

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

更多▲

特聘导师

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十周年
周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

法律与非典论坛

使用大字体察看本文
阅读次数: 491

债的本质研究：以债务人关系为起点

龙卫球

内容提要：债在其高度抽象概念外壳之下，表达了一种有着复杂构成的法律关系，既有债权人方面的关系，又有债务人方面的关系，有时还有其他内容要素，其中何者属于其全部构成的起点或曰本质构成，理解上尚存在重要争议，然而其回答涉及到债及债法的基础如何确立以及能否合法确立问题，因此十分重要。本文挖掘发展了一种通过深入实际现象而阐释概念规则的“深化认识”的方法，并以此重述和阐发萨维尼的有关论说，论证债的关系本质在于债务人的关系或者说债务人方面行为的必要性。本文也对易于引发不同理解的《德国民法典》的有关债编规范进行了系统解读，得出了支持本文立场的实证结论。

关键词：债的本质深化认识 萨维尼 债务人关系 债务人行为必要性 债务人的主体自由

目录

- 一、引言：澄清债的更为本质的知识
- 二、有关债的两种看似对立的界定方式
- 三、债的语词形式与内在规范
 - (一) 哈特“对词的深化认识”的观点
 - (二) 债的概念分析的外部性和内部性
- 四、萨维尼有关债的本质认识及其论证基础
- 五、对《德国民法典》第二编的系统解读
- 六、代结语：认识债务人关系作为起点的意义

一、引言：澄清债的更为本质的知识

“债”亦称“债的关系”（德文Schuldverhältnis），是民法法系国家通行使用的一个法律概念，作为以某种方式（债的方式）相关联的诸具体法律现象的共同表达形式，为“债法”统一规范奠定了不可或缺的法律技术基础。例如，《德国民法典》第二编“债务关系法”或曰“债法”，便是这种统一化体制的例证。在实践中，作为一个规范中的概念，债不能回避释义问题，因为规范适用只有在规范得以具体澄清的基础上才可能进行。而且，对债的本质回答，也决定着整个债法的构建基础的设计或理解。然而，通过考察可以发现，债的释义存在很大的不确定性，这种不确定性有很多表现，其中最主要的是债的本质理解问题：债是两人或多人之间的各种法律联系的集合，其中，有债务，即一方当事人对于另一方当事人负有提供某种给付的义务，也有债权，即另一方当事人要求提供给付的权利[1]；那么，这些构成债的关系的内容中，孰为本质的呢，或者说债权人关系与债务人关系何者才是本位的呢？遗憾的是，对此尽管有这样那样的回答，但鲜有做出慎密论证者，尚难说已有确定的共识。

“债”的本质释义所以困难，原因是多方面的。债首先是一种历史的形成，尤其在民法国家，债这一通用概念存身在继受的话语背景之中，这样其本质解释问题，便必然面临既要避免形而化之的唯历史渊源论又要避免对历史联系完全视若无睹的双重难题。进而，在有关债的定义的简单考察中，还可以看到所谓罗马式定义和德国式定义的语词表述似乎存在巨大差异，这就更增添了释义的复杂性。当然，对于置身于今

天的实践者来说,应该不是旨在寻求一种跨时空的有关债的本质解释,这种观念本身就是不可思议的,甚至也不是要固守过去历史的一点静态地求取一种有关发生的解释,因为我们面对的首先是正在进行的生活而不是考古本身。毋宁说,我们的任务应该是,通过对有关材料和事实的分析,提出在特定的当下应当接受的一种有关债的本质的知识,通过这种知识的帮助,我们得以赋予当下的债法生活以某种堪称必需的意义,反之,如果缺少这种意义的支持,债法不仅会失去光彩,甚至可能会把我们推入一种本来我们经过深思熟虑便要断然拒绝的不合理生活。但是,这种当下意义的确定,却又绝对不是一个简单的历史时间定位问题。所以,即使以现代债法为对象,有关的分析也必须立于更复杂的视角。

其次的一面也是更关键的一面,在民法国家,尤其是作为现代民法代表的德国,债的概念使用又是一种特定立法技术的体现,这就更使得债的本质释义问题变得微妙——这种微妙的体会,受制于对民法法系立法技术特点的把握,换言之,不同的立法技术左右不同的解释实践,所以只有深刻地理解债的规范概念所由来的民法法系的立法技术特点,才能够找到理解“债的概念”本质的出发点。法律要达成规范作用,首先需要借助“作为确定性的辅助”的表达技术明示出来,以达成实践操作要求的可能性、确定性和有序性[2]。到目前为止,这种确定性的表达技术有两种典型方式。一种是具体化的,最绝对的是普通法系的判例法方式,这种方式将规则叙述完成在对于示范案件的有关事实与判决情况的具体叙述中;另一种是抽象化的,最绝对的是民法法系的制定法尤其是法典形式,这种方式深受法学表述思维的影响,吸收法学提炼形成的层次分明的概念,通过使用这些法学概念来叙述规则,使法律表达显得十分简洁但也十分抽象[3]。德国民法在19世纪晚期更是几乎完全屈服于概念法学的学术威望,接受了高度概念化的表达技术,致使其抽象性名噪一时。[4]这两种不同的立法技术,不仅在形式上使得两大法系发生划分,而且在实践中也促成了不同的规范提取及其适用、解释的要求。例如,在判例法,便要求司法者应当能够尽量收集相关的判例,通过对具体的归纳和推论的方法,从中整理、发展出待适用规范,并在此基础上完成确定的适用释义,是一个从具体到抽象(具体——归纳和推论——再到具体)的过程。反之,在制定法尤其是法典法,却可能要求遵循一条几乎相反的路线,即从抽象到具体(抽象——具体分析——再还原抽象)的规范提取和解释路线。

然而,问题却出现了,在法律概念化的抽象表达的精致外壳下,实践者由于不应有地时不时忽略概念法的技术特点之特殊要求,不仅出现了过度痴迷概念形式逻辑的固步自封以致扼杀法律现实成长的问题,而且,更令人忧虑的是,法律实践甚至法学研究常常不免陷入形式化解义的困顿。法律概念化的前一个实践问题已经广受学者诟病[5],但后一个问题却还没有受到应有重视。民法典使用的诸般法学概念,本身经由丰富的归纳提炼并借助法学定义构造而成——概念化之过程也是其丰富内涵的内敛过程,由于与法学间隔或者不同法域间辗转借鉴的缘故,实践者往往只看到其语词表达的形式含义,而失于关注其潜存的内在意蕴。具体到债,这就是说,由于“债”这个高度形式化的用语之存在,在我们的头脑中,通常容易形成关于“债”的高度形式化的解义意识,特别在有关个别法条之表达过于简单片面或者有导致理解歧义的危险时,更容易引发这种形式化痼疾。实际上,概念法的所谓缺陷,虽然与其过度追求抽象表述有关[6],但很大程度更是实践者不能遵循其特殊要求而为实践的结果。概念法的初衷,并非要简化实践者的工作,使其只需充任一个“技师”的角色,恰恰相反,它对于法律实践提出了更高要求,透过概念化背后的法学思维的品味,要求实践者时刻以一种更系统更丰富更接近本质的思想方式对待具体个案的法律适用要求。换言之,概念法实践必须以深化规范解释为前提。但是,由于现实通行的实践思维并没有理会概念法的这一深刻方面,而是浅尝辄止于概念的形式表层,导致了概念法实践的片面与不深刻,也导致了概念法不应有的贬低。

法可以说是社会生活的一种组织形式,这种组织形式本身是通过应然规则而向社会提出要求的,因此法律组织作用的发生,就取决于执行者和社会对于规则的正确阐述和理解,在此基础上才谈得上执行或运用,所以法学最起码的一个任务应该是能够提供有关规则的正确阐述。本文的研究便是由这种深化意识所促成的。假设概念法成为法律表达已经接受的形式,那么在概念法背景下,法学研究的一个目标便应该是去注视诸概念的内在隐蔽的方面并且竭力将其内在意蕴彰显出来。在实际生活中,被“债”的概念表象所掩盖的或者个别法条表达所不及的,往往正是债的制度的内在机理依存之所。笔者试图在严格遵循由概念法立法特点所决定的独特的释义路线的前提下,通过更完整的揭示方式,对债进行有说服力的本质质疑,或者说澄清有关债的易被忽略的然而或许是更为根本的内涵。概念法的立法技术特点,以《德国民法典》为例,它是以概念的抽象化以及对概念进行严格的界定而著称的,其体系特点是将概念分为一般的概念和特别的概念,通过概念的逻辑关系和上下属关系将整个材料做出划分[7]。债的概念属于民法典第二层次的抽象概念,却是债法部分最高层次的概念。所以,债的本质的一般性释义,根据以上的概念法特点,至少应遵循以下两个方法立场:其一,债既然也是概念的抽象化的产物,那么其释义就必须还原到抽象化之前,唯有如此才能够发现概念化过程所省略的内在意蕴,此项解释可称为回归现象的解释或曰事实解释。但要注意,这里的现象或事实并非指待决个案的事实,而是概念形成的事实,所以此项解释意识要与面向个案适用时所谓“问题意识”区别开来。[8]其二,对于法典来说,体系具有重要的意义,每一个概念、每一条规则都是立法者深思熟虑的排列,彼此发生特定联系。所以,就此体系观而言,在债的本质释义,我们首先必须体会体系安排的寓意,包括关注概念之间的种属关系、相对性或兼容性以及与法律思想和原则

之间的内在联系[9]；其次还应认识到，由于债是债法中最抽象的范畴，其适用范围非常广泛，本身还不足以成为调整某一过程或生活事实的具体手段，所以必须下放到下位概念或具体规范中才有可能触及其实质理解。为达到这一目的，我们必须检视债法分则中的有关法律规定，我们的目光因此也应不断地在法典的各编之间游戈。[10]

需要说明的是，本文的课题无疑具有一些实践的意义，比如说对于正在进行的中国民法典起草或许可以提供一种有关债的关系本质问题的基础思考，这种思考也有助于提醒起草者应该如何慎重对待债法的基础定位问题。但是，本文的初衷并无意于对于这一重大立法课题提供任何具有针对性的建议，这是因为，一方面，作者认为，任何针对性的立法建议都需要以针对性的立法研究为基础，而作者在本文只打算进行一般性的理论探讨，由“债”的概念抽象化引发的释义问题入手，提出有关其概念本质质疑和探讨的方法思路，进而展开具体论证。作者愿意在将来另有时间时，再对我国当前民事立法涉及的“债”的法政策问题进行专门思考。另一方面，作者也相信，任何关于法政策的有效思考，都应建立在对所涉及对象的基础内容做出较彻底的理论考察之基础上，具体就我国有关“债”的立法而言，这方面的基础研究也应排在优先位置。令人遗憾的是，到目前为止，有关“债”的基础问题的研究在我国几乎阙如，这与目前民法典起草中正在进行的有关“债法体例架构”的热烈讨论似乎不甚相称。[11]

二、有关债的两种看似对立的界定方式

关于“债”或“债的关系”的概念理解，可以先从关于“债”的定义考察入手。这是因为，由概念法的特点所决定，法典上概念的使用通常都要辅助以严格界定。定义是界定法律概念的重要手段，因此也是理解法律概念的规范含义的捷径。定义的意义在于，对概念预先做出说明，以达成理解上的可确定性，其具体方式是，“作为一种文字上的启示，它主要是标明界限或使一种事物与其他事物区别开来的问题，即通过一个区隔语来给出语言上的解说”[12]，或者说是“一种概括复杂现象的思维表现方法，是人们认识了的现象的属性或观念的表述”[13]。概念法要具有可操作性，就必须借助定义方式对其使用的概念进行阐明，否则，如果有关法律概念不能被有效地阐明，那么以此形成的法律规范便无法确定地实践。[14]

罗马法拥有非常发达的债的制度，是民法法系债法的共同起源。债的概念(obligatio)以及债法是罗马法长期的独特的发展结果，而同时代的其他国家或地区的法律文明都没有能够发展出类似的概念和法律制度来。在法律成熟期，罗马法使用obligatio一词表示“债”，该词因此成为后世有关“债”的总词源。obligatio一词不见于罗马古代法，《十二表法》只知道nexum(实际上是金钱借贷)，nexum也可以用以移转物的所有权，而且看重形式。[15]在公元6世纪《国法大全》文献中，罗马法有两个关于“债”的权威定义，这两个定义大同小异，均由债务人的义务入手，界定债为“其他人必须给我们某物或者做或履行某事”[16]，换言之，在债权债务关系中，首先发生债务然后才对应生出债权，是债权对应于债务，而非债务对应于债权：(1)《法学阶梯》的债法部分区分为契约和准契约之债以及侵权之债，前者规定在第3卷第13篇，篇名为“obligatio”，后者规定在第4卷。在第13篇序言，对“债”进行了一般性界定，称“债是法律关系，基于这种关系，我们受到约束而必须依照我们城邦的法律履行某种给付”(obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis jura)。[17] (2)《法学汇纂》承保罗的定义：“债的本质不在于我们取得某物的所有权或者获得役权，而在于其他人必须给我们某物或者做或履行某事。”(obligatiohum substantia non in eo censisitit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum)。[18]

《法国民法典》没有关于债的一般规则，也没有对“债”进行一般界定，而是分别针对各种具体之债做出界定。其关于各种债的定义，基本因循了罗马法的表述方式，也从债务人“应为”给付的角度入手。第1101条界定合意之债，“契约为一种合意，依此合意，一人或数人对于其他一人或数人负担给付、作为或不作为的债务”。第1370条规定，债务可基于非合意原因发生，包括法律规定以及债务人行为，此谓债务人行为又包括准契约、侵权行为和准侵权行为；然后往下，第1371条如此界定准契约之债，“准契约为因个人自愿的行为而对第三人发生的债务，有时于双方之间发生相互的债务”；第1382条如此界定侵权行为之债，“任何行为使他人受损害时，因自己的过失而致行为发生之人对该他人负赔偿的责任”；第1383条至1386条界定准侵权行为之债，也均以债务或责任为出发点。

到了1900年的《德国民法典》，关于“债”的界定似乎发生了变化。《德国民法典》在第2编“债务关系编”第1章第1节开篇第241条第1款称，“依据债务关系，债权人可以向债务人请求给付”。这一界定与罗马法的界定存在一些重要的共同点。一是二者均指出“债”属于一种关系范畴；二是均暗示“债”限于在特定当事人之间发生，并因而仅具有相对性。这种债的相对性，不仅指债权人可以向债务人请求给付以及债务人应对债务人承担给付义务，而且也指债的当事人双方的请求或承担给付的效力仅限于相互之间，对债的关系之外的第三人不发生效力。对于这种相对性，我们也可以从有关民法典的侵权行为责任和违约责任的区别中得到进一步理解，区分的理由基础便是建立在这种认识之上的：存在诸如财产这样的绝对权和诸如合

然而，按照德国学者的认识，《德国民法典》上述界定表述与罗马法存在根本差异。在对“债”进行界定时，许多德国学者以民法典第241条第1款的描述为支持，认为基于《德国民法典》的立场，更多的应立足于债权人角度来认识债的关系本质，即，依“债的关系”，理解上首先是债权人可以向债务人请求给付。换言之，应首先在债权人的角度描述债的关系体现为可以请求给付，而不应首先从债务人方面入手描述“债”体现必须为给付的内容，是债务对应于债权，而非债权对应于债务。[20]这与罗马法的界定正好相反。德国学者这种有关债的债权人本位的解释，在大多数日本和我国台湾学者那里得到呼应。《日本民法典》第3编采用“债权”作为总标题，而且第一章总则诸节也都以“债权”为标题前置词，日本学者根据这一事实，直接将债法称债权法[21]；《中华民国民法典》虽然以“债”为第2编的总标题，但我国台湾学者也多倾向认为，基于第199条规定，应以债权人关系作为债的关系的本质[22]。

一个确凿的事实是，作为现代民法代表的德国民法，与作为古代民法代表的罗马法属于同一法系，存在继受与被继受的关系。在此疑问发生了，既然二者有关“债”的定义表述有着如此重要的不同，那么我们是否可以基于那种法律进化的思维，由此得出结论说：从罗马法到德国法，债法领域出现了根本转向，进而导致债的关系本质由所谓“义务本位”发展为“权利本位”了呢？著名法史家梅因先生在《古代法》中提出，罗马法发展基本上体现了一条“从身份到契约”的原则轨道[23]，这使得我们很容易做出以下联想：罗马债法，愈是往前回溯便越具有身份社会的痕迹，故而必定表现出浓厚的义务法的特性，而德国人由于经受了近代以降个人主义思潮和天赋权利思想的洗礼进而跻身自由社会，故而能够将债法提升为自由法并因而一定表现为权利法。那么，关于“债”的本质事实真是如此的吗？

三、债的语词形式与内在规范

（一）哈特“对词的深化认识”的观点

在做出进一步讨论之前，我们先来看看分析法学家哈特关于法律规则的语义分析的精彩见解。哈特承认，法律规则的解释问题不可消除，这是因为，这些规则本身是使用语言的，而语言本身就on需要解释。[24]哈特首先认为，规则语言之所以需要解释，是因为语言本身具有不确定性或者说边界的模糊性问题，这就导致法律规则都会在某一点上发生适用上的不确定性，即“在所有的经验领域，不只是在规则的领域，都存在着一般语言所能提供的指引上的限度，这是语言所固有的”，由此语言将“表现不确定性，它们具有人们称之为开放构造（open texture）的特征”。[25]就法律规则中的使用概念的释义而言，语言不确定性问题，可转化为概念外部性或概念与概念的界分问题，因为基于语言的边界模糊这一特点，对于概念阐释者而言，进行概念释义，首先要求“去除边缘周围不合乎要求的毛刺”，从而在外部成功地理清概念的外沿。

很多人都注意到了哈特上述有关规则语言不确定的认识，但是往往忽略哈特关于语义分析另外一个更重要的见解。他说，我们时常认为，定义“纯粹是语言上的”或者“仅仅是与语词有关的”问题，这种说法最容易使人产生错误的印象，似乎下定义就是找出一个流行的用词方法，但是这种关于定义认识是不正确的，即使一个普普通通的定义，也至少要做两个方面的事情，“一件事情是通过提供一个代号或公式来把被定义的词转换成其他易懂的用语，另一件事情是通过揭示该词所涉及的事物的特征”，“在探索和寻觅此类定义的过程中，我们‘不是仅仅盯住词……而且也要看到这些词所言及的实际对象。我们正在用对词的深化认识去加深我们对现象的理解’[26]”，“我们还需要某些东西，它比这种定义形式更重要”。[27]

可见在这里，哈特发现就规则语义的澄清，还存在一个更深层次的解释要求问题。他提醒我们，由于定义的目的之一是要揭示被定义者“所涉及的事物的特征”，所以，要解释它就不止是一个形式化解义的问题，即不能仅仅“盯住词”。不幸的是，人们恰恰容易局限于用词形式而做出某种形式化理解。在哈特看来，词与物的关系十分复杂，就概念的完整解释目标而言，阐释者的工作不只是要求说清楚此概念与彼概念如何区分，而是更应要求说清楚其定义揭示了什么“事物特征”。为了达到这一解释目标，哈特提出了跨越定义形式与实质表达的距离的深度思路：仅仅从定义形式——用词的表面用法出发，是不能达成对于现象的真正理解的；对于概念定义所表达的对象而言，真正的概念理解，建立在“对词的深化认识”的基础上，这种深化认识体现为阐释者在关注用词形式的同时，应同时注视这些词所言及的实际对象。这种通过关注实际对象而获得“对词的深化认识”的观点，应该是哈特对于法律语义分析理论的重要贡献。

哈特的深化认识的观点和方法，受到维特根斯坦相似思想的启发，后者更早的时候从语言哲学的角度提出了关于用词理解的深化认识问题。在早期著作《逻辑哲学论》，维氏指出，我们可以寻求一种“物理语言”达成清楚的表达，但是条件是必须“为了一个特殊的目的”限定物理语言，后来维氏虽然转向“日常语言”，仍然承认“特殊目的”或“语言的作用方式”之于语言限定的重要性。他在其《哲学研究》如此虚拟了一段关于奥古斯丁的表述是否合用问题的回答。“这时的回答是：‘是的，你的表述合用；但它只适用于这

“狭窄限定的范围，而不适用于你原本声称要加以描述的整体”[28]；“这就像有人定义说：‘游戏就是按照某些规则在一个平面上移动一些东西……’——我们会回答他说：看来你想到的是棋类游戏；但并非所有的游戏都是那样的。你要是把你的定义明确限定在棋类游戏上，你这个定义就对了”[29]。换言之，对于定义内在方面的澄清，通过简单地对词语指涉的一般用法加以说明是不够的，解释者必须了解有关定义语言的特有使用方式或者说深入察明用词对象，才能够真正对于定义概念有所把握。

（二）债的概念分析的外部性和内部性

哈特的法律语义分析思想，应用到“债”的概念释义上，便至少要求完成以下两项工作，才有可能达成对于“债”的本质理解。其一，针对语言边界的不确定性，进行语义澄清工作。这项工作主要是围绕债的概念的周边联系和外延的清晰化而展开，包括对“债”与物法关系、亲属关系等的区分做出清楚说明。从这个意义上说，这是债的外部性阐释。其二，针对“债”的定义所涉及的揭示事物特征这一目标，对债的概念进行深化阐释。这一解释的出发点，主要不是语词形式本身而更应该是语词的对象——债的实际现象或曰“债的事实游戏”本身。由于要回到实际现象本身，从这一意义上说，可称债的内部性阐释。

一些经典民法学者已经进行了债的外部性阐释，相对权和绝对权的区分理论即是立足这样一个角度的。《德国民法典》在第241条和第242条之中确认债是一种法律关系，并且为特殊结合意义的法律关系，也体现了这一外部揭示的特点。拉伦茨也就债的外部区分性进行过精彩说明，他说：“我们要进一步把法律关系划分为两种……第一种法律关系是，参与这种关系的人往往只是一些特定的人，大多数情况里只是两个人；这种关系首先是债权债务关系。在这种法律关系中，一个人的权利往往只针对另一个人，或者针对多数特定的他人。参与者往往是相互具有权利和义务的。这种法律关系是一种特殊的法律关系，形象地说，是一种法律上的‘纽带’，这种纽带仅仅存在于参与者之间。处于这种联系之外的第三人则与之无关。还有另外一种法律关系，如同人格权和所有权，它提供给一个人对于所有其他人的权利。这种法律关系的‘核心’是‘可以是什么’。我们也可以说，它是法律保证给一个特定人的自由空间，在这里这个特定人可以排除所有其他的人。所有其他的人都有尊重这种权利、不侵犯这种权利的义务。这种义务最初只是一般的，它还不给予权利人对某一特定人的具体的功能。”[30]

但是，如果仅仅以这种外部性区分为基础，便就认为可以揭示出债的关系的本质结构，这就走得太远了。拉伦茨仅仅通过上述外部性分析便断言说，所有的法律关系包括债的关系在内，其主要要素都是“权利和与之相应的义务（即注意不要去损害他人）”，并且“这似乎可以作为使用于所有法律关系的模式概念”[31]，这一结论难免轻率。因为，仅从外部来观察债的关系与所有权等绝对法律关系之间的区别，只能看到债是对立当事人之间的一种特定结合关系的特点，根本不能判断债的关系中是否是以债权人关系为起点，也就是说，根本不能发现特定当事人之间的这种结合关系的基础是什么以及这种结合关系在本质上究竟如何，当然也就不能说债的关系和物权关系以及其他一些法律关系一样，都是以权利为起点了。所以，仅仅依据外部观察便认为，债的关系结构同样是以“权利和与之相对应的义务”为内在构成，这种论证方式是缺乏说服力的。

由此启发，要真正揭示债的关系，弄清其内在结构及其本质所在，仅仅外部性阐述是不够的，只有转向内部性解释才能达成目的。所以，我们应该特别关注债这一语词所言及的实际对象，把关注重点转移到债的现象本身，即，在揭示债的本质这一特定目标意识下，通过对债的现象分析，达成对“债”的语词表述的深化理解。总之，只有彻查债的现象本质，才有可能认识债的本质。在本文接下来的部分，通过学理考察，我们看到，现代民法学的奠基人萨维尼正是基于债的现象分析立场，早就有效地论证了债的复杂关系中其本质构成应该是什么；通过实证分析，我们还发现，《德国民法典》第241条第1款虽然首先在债权人的角度描述债的关系，但是从其整个债编来看，丝毫不能得出有些学者所得出的立法者在此刻意要确立债的本质构成在于请求给付（债权）方面的结论，相反，我们的分析结论是，这种关于立法意图的论断并不符合立法实际，相比较而言，债的本质更应该从相反的方式去做出理解。

四、萨维尼有关债的本质认识及其论证基础

萨维尼对于债的本质进行了深入研究，其著作对此问题在若干处有所涉及，但其中比较精彩也比较集中的一段，主要表现在探求债的本座问题时一段有关债的本质的说明，之所以把这两个问题联系在一起，是因为在他看来，理清法律关系的本质所在，正是确定法律关系本座的前提。[32]萨维尼的核心观点是：在债的关系中，存在着紧密联系的各种关系，有债权人角度的关系，也有债务人角度的关系，但比较起来，归根结底作为本质构成的，不是债权或者请求，而是债务或者履行。他说：“与其他法律相比，在债法回答起这个问题来更为困难和困惑，其原因如下：首先，债具有无形特性的标的，与物权相比较，后者则与一可感知的标的一一物联系在一起。我们因此首先必须尽力了解债的无形标的。其次，债必然地与两个不同的人相关：在一方面而言，它看来似乎是自由的扩张，即支配另一方的意志；在另一方面而言，是对自由的限制，即依附于另一方的意志。这些紧密联系而不同的关系中，我们按照哪一个来确定债的本座

呢？毫无疑问，依据债务人的关系，因为存在于债务人方面的行为必要性构成了债的真正本质。这一观点，为履行地对管辖权具有无可辩驳的巨大影响所证实，因为履行主要存在于债务人的活动，而与之相伴，债权人的活动或者根本不存在，或者表现为次要而从属的方式。此外，由于法院持续与被告亦即债务人发生关联，基于本地法与法庭的内在联系【也应依债务人的关系确定债的本座】。"[33]

在上面的论说中，萨维尼提到债与物权关系的区别关系，但其关于债的本质的论证基础不是建立在与物权关系的外在区分的特征寻求上，而是建立在一种内在的探求方式上——在债的内部各种关系中，通过内在比较找出其中孰为更为本质的一种；而在进行这种内在比较的时候，萨维尼回到了关注现象的观察角度。在注视债的实际现象时，萨维尼把目光定在了债的标的上，在萨维尼看来，要理解债首先要理解债的标的，这是因为，标的不同使得各种法律关系得以进行本质区分，因此，只有深入到对其标的的分析中才能够认清各种法律关系的本质。萨维尼认为，债的独特本质受决定于，债的标的是无形意义的“他人之特定行为”，“在债法中，人从其抽象的人格中现身，置于支配特定法律关系的法律支配之下”，[34]“如果我们想出一种支配他人的特殊法律关系，却又不干涉他人自由，那么，它就与所有权相像但又与之不同，这样，对他人支配就不是该他人全部，而仅能涉及该他人的特定行为。该特定行为，就排除于该他人的自由，而服从我们的自由意思。这种对他人特定行为的支配关系，谓之债（Obligation）。”[35]正是由于他人特定行为成为标的，债的关系在民法世界里就必须显得独特——在反对奴隶制度的前提下，为了解决债务人的自由和尊严的问题，债的关系构造必须有所特殊，即必须以债务人关系为本质。

那么，为什么以他人特定行为为标的，由于涉及他人的自由和尊严问题，便会得出债的本质应该立足于债务人的关系这一方面呢？萨维尼的理由在于，确立债务人义务的本体性或先在性，也就是等于确立了债的建立以“债务人方面的行为必要性”为前提：债之所以发生，是因为在债务人方面构成了“行为的必要性”，即由于债务人方面积极的追求或者消极的驱动，首先导致了债务或责任，然后才致使债权人在反射意义上取得了相对的权利。在这个意义上，债是债务人选择的结果或者说发动的结果，是他把自己的行为纳入到法律关系的作用之下，自愿地“在债法中，人从其抽象的人格中现身”。萨维尼的论证显然受到人文主义和伦理学的深刻影响，在对债进行现象分析时，通过对个人自由和尊严的价值关注，察觉到债的标的之于自由的特殊意义，并在维护这种自由的思考下提出了有关现代债法的债的本质构想。在他看来，通过债务人关系为起点的这种本质安排，债的关系之建立和实现在根本上才不会损及债务人的自由和尊严，因为这种情况下，债的建立及其内容安排归根结底是债务人通过自己意志而决定的自己在某特定行为上的不自由，所以在决定或选择的前提意义而言他仍然具有自由和尊严。反之，如果以债权人的关系为出发，对于义务人来说就不仅构成十分特殊的不平等，在债的关系中其自由受到限制（债务人受到约束），而且甚至还会失去自由这个前提。[36]

对于标的对于法律关系本质具有决定意义，法国学者也有同感。法国学者达宾（Dabin）在其《主观权利》一书，强调权利标的对于权利的形式具有决定性作用，他说“权利的形式会不可避免地被打上隐含之物的形式的印记……客体必定起决定作用”。[37]雅克·盖斯坦等人也认为，对于权利或法律关系而言，“虽然按客体对权利分类或许不是绝对行得通，但它囊括了几乎所有的权利，并‘提供了最好的阐述基础’”[38]，由此他们赞成，在主观权利所界定的区域，“权利的客体和内容对该专有领域的界定起着决定作用。事实上客体在题材上将权利定了位，而内容却确定了主体行使自由的范围。这两个因素中，一个明确了权利主体享有的不平等是什么，另一个明确了其界限是如何”，这其中，权利客体的影响力更为关键，因为“权利的内容是千差万别的，这使得我们很难以权利的范围为基点来作分类。相反，客体的可能性是相对限定的。而且，权利的客体必然对其内容有影响”。[39]由此，具体到债，法国学者清楚意识到，由于其标的是债务人的给付，因而具有关涉自由与尊严的特殊性，即“确实如果按照通常的方式来分析债权，就会发现要求完成某一给付（权利的内容）的权力所针对的是债务人本人。将人当作客体，这与人格的尊严相抵触”。[40]“物权的权利主体可以要求所有的人都尊重专属于他的权力领域，而且物权所表达的社会关系也正是这样表现出来的；相反，债权人只能向债务人要求履行给付，而且债权为其权利人的形成的根本社会关系恰体现于此。”[41]

五、对《德国民法典》第二编的系统解读

萨维尼通过回归债的现象，从维护个人自由出发，论证了债这种法律关系由于其标的特殊性，决定了其本质必定在于债务人的关系方面。既然如此，为什么与历史法学派有着密切渊源的《德国民法典》制定者们描述债的关系时却在第241条首先由债权人的关系入手描述债的关系呢？对于这一疑问，存在两种解答可能，一是在萨维尼之后，有关债的关系本质立场发生了转变，但是这种猜测似乎没有足够的材料证据，我们还没有发现任何专门阐发这种理论转变观点的系统学说或论著。另一种可能，就是第241条的表述并不指向一种有关债的关系的本质表达的有意安排，它仅仅是在单纯的一个条文的角度揭示了债的关系中的一些内容而已，有关学者就此推断《德国民法典》确立了债权人关系本质的立场，完全属于一种望文生义的结果。现在看起来后一种解答更符合实情。实际上，在债编的其他地方，立法有时便是先从义务着手规范债的关系的，由此而论，单纯通过观察具体规范的某种顺序安排来认识本质的办法，在《德国民法

典》上至少在其债法部分本身并无说服力。在合同中的买卖为例，在第七章（2002年债法修改后为第8章）“各种的债的关系”第1节“买卖，互易”第一目“通则”之下，首要一个条文即第433条便是设定义务[42]，接下来的第434条继续规定出卖人的瑕疵担保义务。

我们不妨对1900年《德国民法典》有关债的规定进行一番实证考察。《德国民法典》的立法者为了维护法律的稳定性和裁判的可预见性，在法律科学高度发达能够提供必要的法学概念和表达方式的基础上，选择了抽象概括或者说高度系统化的立法方法。这可以说是它的一大进步。[43]所以依据《德国民法典》的立法特点，这种实证分析不可能是个别规范的实证，而应该是一种系统实证。对于其中债法部分而言，体系化表现为：《德国民法典》总则部分有关法律行为、请求权等一般规定，适用于民法的所有领域，当然适用于债；债法规范统一在第2编，往下又将债法分为“总则”和“分则”，第1至6章（2002年修改后为第1至第7章）为债法总则部分；债的关系可以通过合同形成，也可以通过其他方式例如侵权行为形成，对于“因合同所生的债务关系”（原为债法总则部分的第2章，2002年修改后为第3章），又制定了一系列的一般规定；债法编第7章（2002年修改后为第8章）是分则，对典型的债务合同以及其他具体的债的情形作出一些补充规定。在这种系统技术下，债法规范的意义不是简单地通过个别规范发生作用，而是通过“体效应”发挥作用。所以，对于《德国民法典》债的本质揭示，应该在遵循“体效应”的方法，在规范整体架构下探求，而不能简单从一个具体条文的解释或者有关具体条文的次序安排中推导。“若要弄懂一种法律制度，不能单独研究其法律条文，而要明白这个条文如何组合到一起的，该制度是如何架构的。”[44]以下，通过系统实证，我们可以发现，《德国民法典》不仅从总体框架上将债的关系明确抽象为首先是债务关系或给付关系，而且债的发生、变更、消灭也被实际规范为首先是债务的发生、变更和消灭，债的实现及其实现障碍也主要体现为债务履行和给付障碍，有关债务人的义务规范实际上也通过诚信原则的连接而被置于中心位置，有关司法实践也显示出，债的关系应侧重在债务人关系方面而加以理解。

首先，可以通过考察第二编使用的标题，来体察《德国民法典》有关债的关系本质的立场。根据系统化的立法技术特点，《德国民法典》各类标题概念通常就是相应部分的全部规范的抽象表述，因此第二编的有关标题概念本身就是我们体察债法规范的“体效应”或者总体架构非常有效的视角。《德国民法典》在第2编使用的总标题，是“债务关系法”（Recht der Schuldverhältnisse），而不是“债权法”（Recht der Forderung）[45]；此外，在第1章“债务关系的内容”之下，第一节标题赫然为“给付义务”——即债务，然后在此之下才有作为该节开篇的第241条，而且，该节主要都是关于给付义务方面的要求（例如给付义务内容、给付方式、清偿地、付款地、清偿期、债务人留置权等）以及给付障碍的类型及其后果的规定。所以，虽然第241条在具体条文的表达顺序上先叙述债权人关系，但是却是在“债务关系法”或者说“给付义务”这个总体框架下进行的，后者在解释地位上显然更接近于本质揭示。由此而论，相比较之下，《德国民法典》更应该被解释为采取了以债务人关系为本质的立场，而不是有关学者仅根据第241条所片面推论的以债权人关系为本质的立场。

其次，基于对债的发生、变更和消灭的规范的系统分析，我们也不能发现，从各类债因之构成及其对于债的关系的存续的影响方面，也一直是债务人关系作为思考起点。我们先来看看债的成立特点。《德国民法典》就债的成立具体区分了不同情形，学理上总结有基于合同、侵权行为、无因管理、不当得利而成立四种典型情形以及其他一些非典型情形，其中，合同与侵权是最一般、最重要的债因。

就侵权之债而言，其成立特点的义务基础性是显而易见的。《德国民法典》直接揭示了其义务法的性质，例如，第823规定：“（1）因故意或过失不法侵害他人的生命、身体、健康、自由、所有权或其他权利者，对被害人负赔偿损害的义务。（2）1，违反以保护他人为目的的法律者，负相同的义务。2，如依法律的内容，虽无过失亦可能违反此种法律者，仅在有过失时，始负赔偿损害的义务。”第826条规定：“以违反善良风俗的方法对他人故意施加损害的，对受害人负有损害赔偿的义务。”一方面，这种义务法的性质表现为侵权行为须以不法性即违反以避免侵害他人为目的的注意义务为直接构成，另外一方面也是更重要的方面，侵权行为的后果首先并非直接表现为损害赔偿请求权，而是加害人的损害赔偿义务。

至于合同之债的成立特点，其首先在于设定义务关系，这一点更是不言而喻的，虽然《德国民法典》对于合同的这一成立特点并没有明确，而是主要在意思表示一致层面强调了合意的要求，但是人们借助规范原则并不难达成这一认识。因为基于合同自由的一般考虑，任何人都不能将自己的意志强加在别人行为之上，除非对方同意设定义务，否则合同债权无法成立。

《德国民法典》对于合同没有专门定义。民法典“总则”部分的法律行为一般规定适用于合同，另外，该章第3节专门规范合同构成的特殊问题，主要涉及合同的缔结方式和过程；债编第2章（2002年修改后为第3章）则就合同债的关系的成立、内容和终止、双务合同等具体问题做出规定。学者们多从双方法律行为的角度界定合同，并特别强调合同的效力在于建立一种当事人之间的法律约束力的关系，例如拉伦茨就这样说，“合同在所有参加的权利主体之间的关系方面是一种发生法律约束力的双方行为。他们在合同中所确立的规则原则上只适用于他们自己。”[46]就合同的效力进行界定时，强调法律约束力的一面不是偶

然的，这里涉及对于合同效力即合同之债的关系更为基础一面的指涉，即合同之债对于当事人来说首先是一种“约束”内容，或者单务的或者双务的，这种约束即“债务”。合同之债的核心是一种负担，是一种法锁（*vinculum juris*）或者说“法律上的绳索或纽带”，也就是说债务人的债务方面。由于合同之债本质上被认识为一种义务关系，为了体现自由的保障，这种义务关系的建立就应该体现当事人的意志尤其是债务人的意志，所以德国民法确立了合同自由原则[47]。双方当事人彼此必须明确表明各自的建立合同约束关系的意愿，并且其内容一致时才能建立有效合同。另外，德国学者把物权合同归入处分行为，而把债法合同归入负担行为，负担行为这一表述也暗含了债权合同的效力本质在于债务方面的理解立场，所谓负担，指在法律上的某种行为负担或者说约束。

这里补充一点，关于合同法本质上为义务法的认识，在英美国家属于不争之观点。英美合同法教科书通常在开篇就定性说，“合同法是义务法的一部分”，属于“自我设定义务的”法律的一部分。[48]英美国家关于合同法这种性质认识，与其关于合同是设定义务的法律形式的认识是同出一辙的。在英美国家，其早期关于合同的定义，多界定为单方面的义务诺成即允诺，后来尽管一些通行定义转向以协议取代允诺，但其关于合同以产生诺成义务为主旨的认识并未改变。在英国，目前通行的定义是“在法律上可强制履行或在法律上被认为设定了义务的协议”；在美国，目前广泛使用的定义如美国法律学会《合同法重述》第1条提出的定义为，“合同是一个允诺或者一组允诺，法律因它们被违反而提供救济，法律以某种方式将它们履行确认为一种义务”。[49]也正是在这个意义上，凯尔森在以英美法为分析对象时，指出合同权利不过是实现合同义务而服务的民法的一种特定技术而已，即民法交由义务相对人发动法律强制机器实现债务的法技术装置，他说，“一个契约当事人，只有在另一方当事人对他有以一定方式行为的法律义务时，才有对另一当事人的权利……一个契约当事人之所以有对另一方的法律权利是因为：法律秩序使制裁的执行不仅要依靠一个契约已缔结以及一方没有履行契约的事实，而且还要依靠另一方表示了应对不法行为人执行制裁的意志。”[50]

此外，在《德国民法典》上，债的变更、债的消灭之各种原因之构成及其对于债的关系的影响，也同样具有首先指涉义务的属性。债的变更原因，归结起来都限于那些尚未涉及到债的根本目的但对于债的关系平衡有所影响的事由，至于债的消灭原因，则都表现为那些涉及到债的根本目的的事由。判断是否触及债的目的的标准，具体来说在于是否影响到债务的继续存在，这样就把债务人关系放到了关注重心。限于篇幅，在此仅以债的消灭的几种典型原因为例加以说明。《德国民法典》在第3章（2002年修改后为第3章）规范了债的关系的消灭的四种典型情形，即清偿、提存、抵销和免除，从法律构成界定看，都是以债务消灭为展开，实际上是债务履行（清偿），债务提存，债务抵销和债务免除。[51]其中，关于免除的构成规定尤为精当，由于是债务免除而不是“放弃债权”（所以在债法上放弃债权并不当然发生债的消灭效果），因此法律规定必须采取契约的方式，即只有债务人本人亦同意才能发生债务免除的效果从而在根本上消灭债。换言之，在债的关系中，仅仅债权消灭并不必然涉及债的根本，只有有关原因涉及到债务消灭时，才触及债的根本，如此债才会消灭。所以在考察消灭时效制度时，我们便不难理解，为什么债权经过了消灭时效之后，如果债务人自动履行，债权人仍然可以合法受领和保有给付，因为在这种情形债权虽然受有障碍，但债务本身并没有消灭，债的关系视为依然存续。

再次，从对债的实现以及实现障碍的表述和规范的系统分析，也可认为《德国民法典》采取了债务人关系本质立场。其一，在《德国民法典》上，债的实现从根本上言之，首先体现为债务履行而不是债权行使。在债权债务关系中，给付请求权只是法律赋予债权人方面的一种促进债的实现的手段，在一般情形债的实现对于债权人而言可以是消极的，因为即使债权人不请求，根据债的实现规范的要求，债务人仍然负有履行义务，通常情形仅且必须以给付履行才可以解脱自己。所以，债的实现多数情形是通过债务人自动履行而实现。债权人方面的受领、保有利益与其理解为债权的权能内容，不如理解为通过债务人义务履行而达致的债权人方面的反射利益，或者说理解为给付义务的对应意义。所以，《德国民法典》第362条[52]规定，债是因广义意义的履行而消灭而不是仅仅通过债权人的请求实现的方式而消灭。其二，债的实现障碍，在《德国民法典》被设定为债的履行障碍或曰给付障碍，其构成不取决于债权是否行使而是直接取决于债务是否履行。债务人是否按照合同或者法律要求全面履行其给付义务，是给付障碍构成的直接前提，所以即使债权人不请求，只要债务人不按照规定内容履行债务，便可遂行成立给付障碍。具体，如违约的构成，仅指违反合同义务，而限于对债权请求或行使不予配合之范围。

1900年《德国民法典》曾规定了三种给付障碍：债务人的给付不能（第275条、第276条、第280条），债务人的迟延（第284条、第285条、第286条）以及债权人受领迟延（第293条，拒绝受领给付；第298条，同时给付的不提供债务人请求的对待给付），这三种障碍尤其前两种与债权行使没有任何必然联系，而是都直接构建在债务履行的基础上。[53]在后来的实践中，这种关于给付障碍的类型化规定暴露出不周延的缺陷，在非常重大的方面不完善，所以由判例发展出积极侵害债权（债务人虽然准时，但却以其他方式不良地履行给付）、目的障碍（也称交易基础丧失，指负担的给付尚可履行，但其已丧失合同上所称的意义）等给付障碍类型。[54]这些新发展的障碍类型，同样直接建立在债务应当履行的前提上。2002年1月1日生效的《德国债法现代化法》，重点之一是修改原债编的给付障碍法，取消了有关给付障碍的类

型化规定，但仍然维持义务的基础性，将“违反义务”这个一般性构成要件作为核心连接根据统一了给付障碍的构成，新法第280条第1款如此规定，“债务人违反由债务关系产生的义务的，债权人可以请求赔偿因此而发生的损害。义务违反无须由债务人负责的，不适用前句的规定”。这一统一规范解决了以前类型化思维造成的弊端，然而在债的实现障碍仍然以债务人关系为思考起点的意义上，这种观念不仅没有削弱反而得到强化。

最后，也可以通过考察《德国民法典》上有关债务人义务规范的实际地位，来认识其有关债的关系的本质取向。或许在1900年《德国民法典》制定时期，法典制订者们存在债务对应于债权而存在的意识，但是在以后的实践中，德国民法学说和司法实务显然格外重视债务人关系的核心地位，逐渐放弃了债务固有对应性之认识，而转到债务具有原生性立场上，与之相适应，逐渐把债权仅仅是视为推动债务履行的工具而不是债务存立的前提。至少可以从两个方面获得这种认识。一方面，是《德国民法典》第242条的广泛应用及其规范意义的重新评价。《德国民法典》第242条是关于债务人的债务内容的规定，即“债务人应依诚实和信用，并参照交易上的习惯，履行给付”。自《德国民法典》颁布以来，无数的判决已经以这样那样的方式引用第242条，建立了丰富的“判例库”，在许多判例中，该条在解释债的关系内容上与第241条对照具有优先效力，因此同时构成对第241条的债权的限制。[55]表面上看，第242条是由于引入了抽象的诚信原则作为债的履行的基本原则才受到特别关注，有关实践的判例也主要是对诚信原则如何应用进行细化，但是实际上，由于第242条措辞上只是对于债务人的义务——“履行债务”展开规范要求，所以其积极实践无疑也表明了德国学者和司法者有意识地接受这样一种立场：债的履行首先是与“履行给付”即债务人的义务实现而不是“请求给付”即债权人的权利实现联系在一起，所以，作为债的实现的基本原则的“诚信原则”，是作为债务履行原则而不是债权实现的原则名义出现的，换言之，它是以债务人关系为中心展开它的适用的，其结果是首先导致对第242条债务人履行给付（义务履行）的限制，然后再间接发生对第241条规定的债权内容的限制。总之，具体到债的实现环节，在第241条和第242条的关系中，实践的态度是，第242条比第241条更应被理解为指向到债的关系本质。实际上，第242条的实践倾向不是偶然的，因为正如以上所分析的那样，在《德国民法典》有关规范中，债的实现问题确实是围绕债务履行而不是债权行使展开的，债的实现障碍的也是以给付障碍即债务不履行而不只是债权行使受到挫折为构成的。

另一方面，是所谓“保护义务”（Schutzpflicht）学说的发展和扩张实践。德国现代债法理论在传统的“履行义务”（Leistungspflicht）基础上，发展出一套所谓“保护义务”（也称其他行为义务）出来。履行义务通常旨在改变债权人的利益状态，而与之相反，保护义务仅仅在于保护每一位参加到债之关系中的人的现有利益状态免于受到侵害，包括免受身体侵害、免于不当处分财产等。[56]1900年《德国民法典》在“债法总则”部分并没有明确提到这种义务，只有“债法分则”如第618条（对保护措施的义务）零星规定了这种义务，但是后来的司法实践极为夸张地发展了这种义务类型。德国在2002年债法修改生效之后，开始明确对缔约过失与合同从义务进行法定调整，并将其视为债的关系的核心内容之一。第241条原先的内容全部并入第1款，然后增加第2款，明确确立保护义务是债的内容的当然组成，即“（2）依据其内容，债之关系可以使得合同的任何一方负有对另外一方照顾其权利、法益及其利益的义务。”此外，新法第311条第2款和第3款区分各种缔约过失并做出规定。

保护义务的基础不在于服务于履行利益，而是在于服务于保护利益，学说和判例认为归根结底是以第242条中的诚信原则为渊源的。[57]一部分保护义务与履行义务结合在一起，并且伴随有效的债之关系（依据现行法，此类义务保护构成积极侵害债权），另外一部分保护义务则独立于履行义务或者说有效债的关系之外发生和存在，具体可以在缔约磋商之际就产生（违反这一阶段保护义务构成缔约过失），甚至在给付义务履行完毕之后还存在，直至当事人真正相互分开为止（违反之，便可构成契约终了后的过失，culpa post contractum finitum），此类保护义务有时对第三人也发生作用，而且在无效合同情况下也有存在余地。[58]保护义务的发展不仅冲击了合同与侵权之债的划分基础，而且也直接改变了过去一些人关于债的关系尤其是合同之债的关系性质的认识，如果说在有效的合同债的关系中，履行义务至少还有债权与之对应而容易导致人们对于谁对应谁的关系有所混淆的话，那么保护义务则因为其独立性使得人们可以在债的关系中清晰地义务与权利区分开来，从而认识到债务具有的原生性。违反保护义务虽然可以导致关于特殊联系方面的法律所规定的救济意义的请求权，但是这种义务本身的发生却并不以债权存在为直接前提，而是以缔约磋商或者其他可信赖关系事实出现为直接前提，其真实的唯一的基础是这种信赖关系事实促动了法律上的诚信原则发挥作用。[59]

总之，那种认为存在一种与罗马式的债的本质观截然对立的德国式的债的本质观的认识，根本经不起《德国民法典》规范实证的检验，有关《德国民法典》第241条第1款已经确立了以债权人关系为债的关系本质的看法，可以说是有关学者未作深究的一种误读。

六、代结语：认识债务人关系作为起点的意义

过去，我们区分物权关系和债的关系，通常仅限于在外部的效力特点上做出描述，即认为物权关系具

有绝对效力债的关系具有相对效力，而对于它们之间的区分基础或者说内在不同缺乏认识，这样对于二者在外部为什么存在这种区分也就缺乏理由说明，产生了不少思想混乱。但是现在由于注意到债的本质区分问题，我们不仅得以认识到债的内在方面的特殊性，而且也就能够将债与物权关系这两类同属财产关系的法律关系从根本理由上区别开来：首先，我们认识到，债之所以看起来像是“权利和义务的复合体”，而物权关系看起来近似一束个体权力，是因为债的关系在其权利和义务貌似相互交织的关系中，债务人的地位十分突出，而债权人的地位是次要的。债权对于债权人来说是重要的，但是其重要性仅仅在于它是在积极促进债务履行的意义上而被设置，即，“债务人提供的给付将构成债权人所真正获得的利益，而作为权利实质的请求权不过是达到这一目的的手段”[60]；其次，我们发现，两类法律关系的区分虽然对外表现为简单的效力及其范围的区分，但是最终是其内在本质构成不同才决定了这种外部差别，即“在第一类法律状态中【即物权关系】，主体的特权和利益因素是首要的：它们是主观法律状态，即目的主要在于创设权利而不是义务的法律状态。在第二类中【即债】，义务和负担的因素是决定性的：它们是客观法律状态，即主要旨在确立义务而不是权利的法律状态”[61]。在债的关系，由于债务是债的起点和目的，债权只能相对债务而发生并作为其手段而存在，所以，债权也就只能具有相对效力——即限于促进债务履行而具有效力，而物权关系正好相反，由于物权是起点和目的，所以其效力是绝对的，并不预先受到对对应义务的限制，是物权决定了所有他人不得干涉的义务。

依据债的本质在于债务人关系的认识以及由此进行的债与物权关系根本区分，我们也可以进一步推论：民法是权利法、民法以权利为本位这样一种思维定式，在债法领域无法贯彻下去。民法作为维护和促进私人利益的法律，其自由运动的形式并不是完全定格在权利技术上，因为至少在债的关系上债务更应该成为决定性因素，那种将个体所能遇到的所有私法状态都归结为权利体系的观点具有片面性。[62]这一点对于全面接受“权利本位”这一私法解释模式的人来说，几乎不能想象。一直以来，权利概念都似乎是民法的代名词，将民法上个体的全部法律状态都归结为权利体系也成为习惯。当然，权利之于民法的确具有异常的活力：一方面，民法是在个体化运动中获得巨大发展的，而这种在国家生活中捍卫个体的努力，通常借助权利形式作为便利手段。首先，在政治价值方面，权利作为民法中鲜明的法律符号具有特殊的意义，“是旨在保护个体对抗国家专制主义侵犯的民主与自由理念运动的产物”，因为它与人权、公民权以及反对专制、捍卫个体有着一体的精神联系；其次，在经济和社会发展的方面，权利形式也经常成为维护个人的手段。另一方面，权利实践确实有效地推动了个体发展其自主精神和责任意识，确保了一种个体的安全感和积极意识，并成为一种社会发展的动力机制。[63]所以，拉伦茨说：“权利的概念是私法的基本概念之一，没有这个概念，将会引起很多困难。”[64]

但是，权利形式之于个体维护具有特殊的意义，是不是就意味着权利符号便是民法的终极意义者？或者说，在所有类型的法律关系包括债的关系中，权利都必定占据决定性的位置，除了权利之外其他任何法律形式任何情况下都不足以维护个体价值呢？上述问题也可以转换一个角度提出，即在债的关系中为什么会出现“权利本位”的异常呢？为什么权利没有成为一种普适形式，而是由债权让位于债务，使债务最后成为维护那些被视为重要的个体价值的决定性手段呢？对于这个问题，对于法律实证主义者来说，只要认真思考，便不会觉得回答起来有什么困难。一方面，从权利和客观法的关系来看，许多实证主义者都发现，权利或者个体的权力都是最终要服务于一种法律秩序的，而这种法律秩序很难说就是适合权利化的。所以，即使在民法的范畴，权利的意义也不可能完全取代作为基础的民法秩序的全部意义。[65]实际上，不仅在债的领域，义务具有突出位置，在民法上的其他某些领域，如人的民事身份或家庭地位，也难以归结为权利系列，在此突出强调义务也是十分必要的[66]。当然，这些领域虽然也强调义务或负担为起点，但理由基础可能并不相同，在债的关系中突出义务，其意义依据我们以下的分析主要是起因于对债务人主体自由地位的考虑，而家庭法上的义务的强调则可能意味着对某种社会结构特点的维系。另一方面，即使打算以权利的形式来组织所有的法律关系，也要面临这样的问题：是否所有的法律关系都适合采取权利人关系本位的方式来达成其关乎个体维护的目的？在此正确的回答应当是：每一类法律关系的发生条件和作用对象都存在差异性，这些差异性有时如此微妙迫使我们不得不慎重对待，因为这些条件或适用对象的变异，很可能导致权利也罢、义务或者负担也罢，抑或其他效果形式也罢，无法获得通常情况下的那种适用效果。

所以，具体法律关系的本质构成问题，存在着法律秩序和相异性两个更深层次的限制。“权利本位”在很多法律关系上贯彻起来恰如其分，例如在物权关系、人格权关系（人格在何种意义上成为权利客体还有争议）、著作权关系等等领域，权利本位确实成为捍卫个体价值的一种有效手段，这也是因为它符合法律秩序在这些领域的本质要求——即建立个体“主权”式秩序的要求。单纯从权利的内容来看，任何一种法律权利都是法律赋予给个体的一种针对他人的合法的权力或不平等地位，所以从致力于维护个体利益的民法正义理念出发，这种“不平等权力”只有在与之并行不悖的情形才能够取得合法性。以物权关系为例，其“权利本位”的不平等设计的理由基础在于在物的支配秩序上唯有如此可以建立一种符合个体对客观世界的自由的财产支配秩序来，因为这种“自由的或完整的所有权结构，如同自由的法律主体、自由意志和自由的合同结构一样，都应被理解为消除封建的、等级的秩序的斗争概念”，[67]或者说，因为这种所有权本位、物权本位的设计体现了以个人自由和尊严为最高价值的社会里有关分配性公平的思想[68]。但是，

在其他法律关系领域，或者，由于法律秩序在此中具有特殊意图，例如在家庭关系里面，与其说是要像在物权关系领域那样建立一种体现财产自由的较为全面的个体化秩序，毋宁说是要在追求个人独立的同时也要求某种家庭生活的伦理结构在其中起到决定性的作用，上个世纪开始所发生的家庭法的激烈改革最终也没有完全去除这一点，所以家庭关系从来没有松散到只是权利化秩序的程度[69]；或者，由于法律关系的条件和作用对象具有不可忽视的相异性，所以即使同样是要维护个人秩序，却不得不在法律技术层面上要反“权利本位”其道而行之，从而达成在制度层面维护个体秩序的效果，债的关系正是这样一个具有相异性的例外。在债的关系里，由于标的相异性，不能像对物权一样将债权确立成为其中具有决定性的因素。

我们已经知道，萨维尼比较早就观察到了债的标的相异性这个现象。萨维尼在研究债的本质时，提出了一个深化考察问题的角度，即对债的本质研究应该回到债的现象或者说债的实际社会关系之中。萨维尼发现，在实际社会关系视角下，债的一个至关重要的特点就是，债的标的具有独特性，这样就决定了物权和债权的实际法律效果应有很大的不同：物权的标的是物，这样物权就成为通过对物的排他的支配而取得对他人的权力——限制他人干涉或染指物的自由；而债权的标的是给付，即他人特定行为，这样债权就成为通过对他人给付的控制作用而取得对特定他人的权力。所以，就债权而言，“如同其他权利一样，在这里也有为权利人利益而对他人自由设定的限制……但就负担履行给付义务的人来说，权利构成一个十分特殊的不平等：‘由于对债权人负有义务，债务人的自由不仅受到了限制，而且受到了控制：他本人受到了约束’。债权不只是在保留给主体的领域中排斥他人的侵犯，它还是对另一个体的攻击。它不仅是对第三人行动的阻碍，还给予了债权人主动行事的能力。从某种程度上讲，这是针对债务人的‘侵犯权利’。”[70]换言之，由于标的差异，物权建立的社会关系是以对物的支配为实际效果的，他人的不自由是不是直接波及的，而债权建立的社会关系则是以对他人的行为自由的直接“侵犯”为实际效果的。在物权关系中，义务人的自由问题也会涉及，但主要是抽象的财产自由问题，即法律上的财产支配地位赋予给物权人时是否不当地剥夺了其他人的支配，或者说对物权的配置是否贯彻了分配性的公平；在债的关系中，由于涉及对债务人行为自由的直接作用，债的关系中权利和义务的关系问题则直接关系到债务人主体自由问题。因此，债的关系与物权关系虽然是同属于民法上的财产关系，虽然都以建立个体秩序为追求，但是由于标的相异性决定了它们在个体秩序的主体性要求上的实现手段上应有不同。具体到债的关系配置，面临以下置疑：民法既然承认每个个体的独立主体性，承认个体的自我人格，为什么又允许一个人可以对另外一个人的行为自由的权力呢？这个问题可以称为债的关系的主体性合法问题。以债务人关系为起点，正是在标的相异性条件下在债的关系中做出的维护债务人主体自由的正当选择。

由此可见，认识到债务人关系为起点，除了前面提到的有利于在根本上对于法律关系做出区分的意义之外，还有一种更重要的有关法律关系构建的方法论方面的意义。这就是说，任何法律关系的构建，都面临一个更深层次的思考，即如何在相异性条件下保证该法律关系的合法性尤其是其中权利配置的合法性，这一合法性思考就个体秩序体现的最高价值而言，首先便是当事人在相互关系中其主体及其自由地位的维护问题。[71]在针对债的关系配置的上述提问中，存在两种回答的可能：要么是在债权人的主体装置方面首先发动了控制他人行为的必要性，要么是在债务人主动装置方面首先产生了作为主体应当承担的行为的必要性（或者说负担义务的必要性）。萨维尼毫不犹豫地回答说：债的本质在于债务人方面的行为必要性。因为唯有如此，债的关系才能恰如其分地体现个体秩序在债法上的最基础要求：债务人在债的关系中始终没有丧失主体自由，而反过来，由于债权直接指向他人的自由，如果以债权本身为起点，无论如何都不能解释债务人的主体自由何以就合法地成为债权的标的。

一种反对理由，可能认为，债权人之前存在受保护的权力，由于受到债务人的侵犯，所以债权人就遂行取得了这种为了恢复权利利益直接针对他人的行为的自由。这种理由在合同之债无从说起，在侵权之债似乎有些说服力。但是我们更应当注意到，近现代侵权法通常只是将权利受害作为一个或有或无的条件，而主要在于强调侵权构成归于某种更为广义的法定义务之违反、某种程度主观不法的存在、因果关系、损害等因素以及强调损害赔偿义务的直接发生性，可以说，即使存在权利救济意识，但债权优先于债务而设计的这种形式逻辑本身是不存在的。另一种反对理由，可能认为，当事人的共同意志或者说自由合意导致债权人首先遂行取得对债务人的行为自由的权力。这在合同法上似乎有所体现，但同样经不起细致考量，即使共同意志论被认为是合同自由的基础，在合同之债的建立过程，难道不应该认为首先应该是债务人自愿将自己的行为自由纳入到约定义务以及对方的可请求之下么？近代债法理论先驱者波蒂埃尔清醒地看到，在所谓的合同自由意思结构中，合同义务的允诺才是核心的，他在1761年《合同之债

（续）》一书因此将合同定义为“由双方当事人互相承诺或由双方之一的一方当事人自行允诺给予对方的某物品或允诺或不做某事的一种契约”，也就是说合同首先是关于义务的允诺。[72]更何况，在今天，许多所谓的合同义务很难说是纯粹建立在当事人的主观意志的决定之上，毋宁说其中不少是同时建立在某些社会理由例如关于信赖的考量之上，是法律基于对和谐的个体秩序的理解而强加的某种“自由决定”，在这个意义上说，在维护债务人主体自由的前提下，债务人行为的必要性的考量更应该成为决定合同法律关系形成的前提，唯其如此，我们才可以说债务人的主体自由得到尊重。

[1] 参见拉伦茨：《德国民法通论》（上），王晓晔、邵建东、程建英、徐国建译，谢怀栻校，法律出版社2003年版，第40页。

[2] 参见本杰明·卡多佐：《法律的成长：法律科学的悖论》，董炯、彭冰译，中国法制出版社，第3—4页。

[3] 关于民法法系法学发展与立法形式的关系过程，可参见巴里·尼古拉斯：《罗马法概论》，黄风译，法律出版社2003年版；艾伦·沃森：《民法法系的演变及形成》，李静冰、姚新华译，中国政法大学出版社1992年版；F. Wieacker: A History of Private Law in Europe-with particular reference to Germany, 2 ed, Göttingen, 1967；霍尔斯特·雅科布斯：《十九世纪德国民法科学与立法》，王娜译，法律出版社2003年版。

[4] 参见霍尔斯特·雅科布斯：《十九世纪德国民法科学与立法》。

[5] 法律成长是法律的双重需要之一，即“法律必须稳定，却不能静止不变”，参见卡多佐：《法律的成长：法律科学的悖论》，第4页。耶林将这种概念固定思想称为“概念天国”，参见Rudolph von Jhering, Im Juristischen Begriffshimmel, in Schertz u. Ernst, in der Jurisprudenz, 11. a ed., 1912。霍姆斯、庞德也对这种意义的法律概念公理化危机提出了中肯的批评。霍姆斯认为，“法律系统能像数学那样依据一些一般公理进行运作，是一个谬误”，“谬误就是认为促成法律发展的唯一力量就是逻辑”，“一般命题不解决具体案件”，“当遇到问题时，单一的逻辑工具是不够的”；庞德在《法律史解释》和《机械法学》认为，法律发展仰仗于“对既有的、无视事实真相并常常与事实相抵触的法律概念进行严密的逻辑推演”是一种完全错误的信念，他使用了许多贬抑性的字眼形容这种错误的方法，如“机械的”、“自动售货机”、“形式的”和“概念主义”。参见Oliver W. Holmes, The Common Law, Little, Brown and Company, 1881, 1991；Roscoe Pound, Interpretations of Legal History, Cambridge, 1923（中译本参见邓正来译，中国法制出版社2002年版）；Pound, Jurisprudence, St. Paul, Minn, 1959。另，参见H. L. A. Hart, Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence, in H. L. A. Hart (ed.), Essays in Jurisprudence and Philosophy, Oxford University Press, 1983, 265。

[6] 一种批评因此指向了概念法本身，要求通过清除或者尽量克制使用概念法技术来解决其法律实践的解释难题。这种建议无疑是有益的，然而却可能导致法律表达的臃肿以及最令人忧虑的那种因过于具体化而导致的诸规则关联思考的欠缺，从而导致法律治理难以成为一种协调性的治理，而协调正是社会生活和谐的要求。实际上，无论具体意义的判例法还是抽象意义的制定法，在法律表述本身同样都存在过于绝对问题。在判例法国家，有关方面试图通过法学系统思维的努力进行矫正，英美国家从事的法律重述的工作即此；在法典化国家则相反，有关方面试图通过填补具体材料的努力加以弥补，民法国家展开的法典评注工作便是。所以，任何针对概念法技术的单方面的指责都是欠公允的。人们从中受启发开始思考是否存在一种介乎中间的立法技术，美国统一商法典似乎就是怎样一种尝试，是一种削弱了的概念化表达与评注相结合的方式。

[7] 参见拉伦茨：《德国民法通论》（上），第38页。

[8] 概念抽象化意味着规范表达的高度形式化，概念越抽象，表达便越趋于形式化，表达含义便越不明确。然而，面向具体问题的法律实践，总是要求必须就待回答的具体问题给出具体的规范指示，这里就发生了由抽象转为具体的概念法的解释任务。由于本文不涉及个案适用命题，而是只关乎债的本质的一般性研究，所以有关讨论可以忽略。

[9] 参见拉伦茨：《德国民法通论》（上），第38页。

[10] 参见拉伦茨：《德国民法通论》（上），第40页。

[11] 目前我国民法典起草有关债法争论，并未涉及债的本质问题，已经成为核心议题的主要是“债法的统一与分离”这一债法体例架构问题。这场讨论主要发生在江平教授和梁慧星教授之间。前者主张废除债法总则，其形式理由为“删繁就简”，实际理由为债法内部具有分离性。这一债法分离运动观点得到了部分学者的呼应。反之，后者则强烈呼吁保留债法总则，其形式理由是债的体系化需要，实际理由为债法应具有统一性，这一立场也得到另外部分学者的赞同。参见江平、梁慧星、王利明：《中国民法典的立法思路和立法体例》，载《月旦民商法杂志》2003年3月特刊；另参见魏振瀛：《论债与责任的融合与分离——兼论民法典体系之革新》，载《中国法学》1998年第1期。

[12] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2 ed., Oxford, 1994, P13. 中文译本, 参考张文显等译, 中国大百科全书出版社1996年版。

[13] E. A. 霍贝尔: 《初民的法律》, 周勇译, 中国社会科学出版社1993年版, 第18页。

[14] 在概念法中, 有时一些法律概念直接由立法规范做出定义, 此种定义之所以由规范来明确, 一方面立法者认为为了避免理解歧义实有规范化的必要, 另一方面也是其自认有所把握。定义方式或者是列举属性和特点, 或者是抽象本质属性, 不一而足。但是大多数法律概念尽管在立法中被使用, 却并未有规范定义, 其中有的早已形成通行定义, 故勿需立法赘言, 有的则完全因为争论不休一时没有定论, 故只好放弃立法武断, 立法者有意遗留给司法界依据学术和实践进展决断。

[15] 参见优士丁尼: 《法学阶梯》, 张企泰译, 商务印书馆1989年12月第1版, 第158页, 注①。

[16] 现代意大利罗马法学家彼德罗·彭梵得在其著作《罗马法教科书》从债权人的角度对罗马法上的债进行定义。我个人私见以为, 他的这一定义之所以与罗马法的原始定义不同, 应该是不自觉受到德国法学和立法影响的结果。

[17] J. 3, 13. 参见彭梵得: 《罗马法教科书》, 中国政法大学出版社1992年版, 第284页; 优士丁尼: 《法学阶梯》, 张企泰译, 商务印书馆1989年版, 第158页。

[18] D. 44, 7, 3pr. 参见斯奇巴尼: 《民法大全选译·债·契约之债》, 丁玫译, 中国政法大学出版社1992年版, 第1页; 保罗《法学阶梯》第2编; 彭梵得: 《罗马法教科书》, 黄风译, 第284页。

[19] 参见詹姆斯·戈德利: 《过失行为致人经济损失不予赔付规则: 是历史偶然吗?》, 载《欧洲法中的纯粹经济损失》(毛罗·布萨尼、弗农·瓦伦丁·帕尔默主编), 张小义、钟洪明译, 法律出版社2005年版, 第36页。但也有观点认为, 侵权行为责任和违约责任的区别基础并不在于绝对权利和相对权利效力及其受保护范围的区分, 而是基于其他方面考虑的结果。

[20] 梅迪库斯便是在债权中心这一角度来理解债务关系的本质的, 他强调第241条的首要位置, 并且强调债务概念的对应性; 他在“债的实现”的表述中还突出“债权实现”的本体位置。参见梅迪库斯: 《德国债法总论》, 杜景林、卢湛译, 法律出版社2004年版, 页3、6、8, 以及第三章标题“债权实现”。

[21] 日本学者的债法著作多以“债权”字样命名, 例如石坂著《日本民法债权总论》(大正十年), 鸠山著《日本债权法》(大正十四年, 修订版), 我妻荣著《债权在近代法中的优越地位》(有斐阁, 1953年版)等债法名著, 均不言自明地在债权的角度认识债的本质。

[22] 黄立在《民法债编总论》(台湾1996年版)认为“民法”第199条第1项对债的关系的描述, 源自《德国民法典》第241条第1项, 其规定系以债权人出发点, 并说“债权人依债之关系, 得向债务人请求给付。由此相反观点看来, 就是债务人义务, 在受请求时应为一定之给付, 正好是债权或请求权的反面”(页2); 王泽鉴在《民法债权总论第一册》(台湾1997年版)中, 也认为“债者, 指特定当事人间得请求一定给付之法律关系”, 显然从债权人关系角度定义, 但有趣的是, 他也注意到“民法多从债务之观点设其规定”(页3); 林诚二在《民法债编总论——体系化解说》(中国人民大学出版社2003年版)也是从请求入手界定债, “债者, 即为特定人请求为特定行为或不行为之法律关系”(页5)。早期学者史尚宽先生在《债法总论》(台湾1978年版)虽然认为台湾民法采取一种债权债务的综合视角, 但关于债的性质的叙述还是略为偏向债权人关系(页1)。

[23] 参见梅因: 《古代法》, 沈景一译, 商务印书馆1959年版。

[24] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, P123.

[25] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, P123, 124.

[26] J. I. 奥斯丁: 《为宽恕而斗争》, 载《亚里斯多德会刊》, 第57期(1956年7月), 转自 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, p 15.

[27] 参见 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, p14, 15.

[28] 参见维特根斯坦：《哲学研究》，陈嘉映译，上海人民出版社2001年版，第5页。

[29] 维特根斯坦：《哲学研究》，第5页。

[30] 参见拉伦茨：《德国民法通论》（上），第256页。

[31] 参见拉伦茨：《德国民法通论》（上），第256页。

[32] 参见Savigny, A Treatise on the Conflict of Laws and The times of Their Operation in Respect of Place and Time, Translated by William Guthrie, 2ed., T. & T. Clark: Edinburgh, 1880, Sect. XVII, XVIII.

[33] Savigny, A Treatise on the Conflict of Laws and The times of Their Operation in Respect of Place and Time, Sect. XXVI, p194-195.

[34] Savigny, A Treatise on the Conflict of Laws and The times of Their Operation in Respect of Place and Time, Sect. XXVI, p194

[35] Savigny, System des heutigen Roemischen Rechts, I (萨维尼：《现代罗马法体系》，第1卷), § 53.

[36] 实际上，维护个人自由的要求也决定了债权的请求特点，因为为了维护个人自由和尊严，不仅要使债权相对于债务而产生和存在，债法还须更进一步，使这种相对的权利其内容本身不能过于强大以致可能导致债务人的自由和人格的丧失，所以法律仅仅允许债权人的作为只能到请求为止，唯有如此债务人的自由地位在债的关系中才得以保全。

[37] Dabin, 《主观权利》，转引自雅克o盖斯坦、吉勒o古博、缪黑埃o法布赫一马南：《法国民法总论》，陈鹏、张丽娟、石佳友、杨燕尼、谢汉琪译，法律出版社2004年版，第166页。

[38] 雅克o盖斯坦、吉勒o古博、缪黑埃o法布赫一马南：《法国民法总论》，第167页。

[39] 雅克o盖斯坦、吉勒o古博、缪黑埃o法布赫一马南：《法国民法总论》，第166页。

[40] 雅克o盖斯坦、吉勒o古博、缪黑埃o法布赫一马南：《法国民法总论》，第166页。

[41] 雅克o盖斯坦、吉勒o古博、缪黑埃o法布赫一马南：《法国民法总论》，第169页。

[42] 参见《德国民法典》第433条：“（1）1，因买卖契约，物的出卖人负有向买受人交付其物，并使其取得该物所有权的义务。2，权利的出卖人负有使买受人取得其权利的义务，如因其权利而有权占有一定之物时，负交付其物的义务。（2）买受人负有向出卖人支付约定价金并接受买卖物的义务。”

[43] 参见拉伦茨：《德国民法通论》（上），第34页。

[44] 艾伦沃森：《民法法系的演变及形成》，第18页。

[45] 陈卫佐博士正确地注意到王宠惠博士翻译和注解的世界上第一个《德国民法典》英译本（1907年版）将这一编名译为“债务法”（law of obligations），另外一些法文译本也是采取“债务法”的译法。但陈博士却也转而认为，第241条第1句可知，在债务关系中更重要的是债权，因此“债务关系法”也叫“债权法”。参见陈卫佐译注：《德国民法典》（中译本），法律出版社2004年版，第69页注【2】。

[46] 拉伦茨：《德国民法通论》（下），第718页。

[47] 拉伦茨：《德国民法通论》（下），第718页。

[48] P. S. 阿蒂亚：《合同法导论》，赵旭东、何帅领、邓晓霞译，法律出版社2002年版，第1页。

[49] 允诺参见P. S. 阿蒂亚：《合同法导论》，第36页；A. L. 科宾：《论合同》（上），王卫国、徐国栋、夏登峻译，中国大百科全书出版社1997年版，第8—9页。

[50] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第92页。

[51] 《德国民法典》第362条关于清偿的一般构成和效力：“（1）向债权人履行债务给付者，债的关系消灭。（2）以清偿为目的向第三人履行给付时，适用第185条的规定。”第372条关于提存的要件：“（1）债权人受领迟延时，债务人得在指定的公设提存所为债权人提存金钱、有价证券和其他证券以及贵重物品。2，由于债权人本身以外的其他原因，或由于非因过失而不能确知谁是债权人，致使债务人不能或无把握清偿其债务时，亦同。”第387条关于抵销的要件：“二人互负债务，而其给付标的物种类相同，在当事人双方均请求履行已届清偿期的给付，并履行其负担的给付时，当事人双方各得以其债务与他方的债务，互相抵销。”第397条关于免除的要件和效力：“（1）债权人以契约向债务人免除其债务者，债的关系消灭。（2）债权人以契约向债务人承认债的关系不存在者，亦同。”

[52] 参见《德国民法典》第362条：“（1）向债权人履行债务给付者，债的关系消灭。（2）以清偿为目的向第三人履行给付时，适用第185条的规定。”

[53] 这一类型概括，可参见梅迪库斯：《德国债法总论》，页227；以及杜景林、卢湛：《德国债法改革——《德国民法典》最新进展》，法律出版社2003年，页17以下。需说明的，我国一些教科书里提到的拒绝履行在1900年《德国民法典》并非给付障碍的独立类型，理解上应该吸收在给付不能和给付迟延之中。即使在我国有关学者的理解中，拒绝履行也不是以债权主张为前提。

[54] 参见梅迪库斯：《德国债法总论》，页228—229；以及杜景林、卢湛：《德国债法改革——《德国民法典》最新进展》，第19页以下。

[55] 参见莱因哈特·齐默曼、西蒙·惠特克：《欧洲合同法中的诚信原则》，丁广宇、杨才然、叶桂峰译，法律出版社2005年版，第14、16、17页。

[56] 参见梅迪库斯：《德国债法总论》，页5—6；朱岩编译：《德国新债法条文及官方解释》，法律出版社2003年版，第82页。

[57] 参见海因·克茨：《欧洲合同法》（上卷），周忠海、李居迁、宫立云译，法律出版社2001年版，第176页。

[58] 参见梅迪库斯：《德国债法总论》，第6页；朱岩编译：《德国新债法条文及官方解释》，第82—83页。

[59] 虽然过去一般的理论论说认为，保护义务的基础是第242条的诚信原则（参见梅迪库斯：《德国债法总论》，页6），但针对德国债法修改的官方解释认为，第241条第2款虽然承认保护义务，但该款也有意识地不去回答保护义务的产生基础是法律还是一个有效的法律行为，因为这是一个有待学术解决的问题（参见朱岩编译：《德国新债法条文及官方解释》，第85页）。

[60] 参见雅克·盖斯坦、吉勒·古博、缪黑埃·法布赫—马南：《法国民法总论》，第147页。

[61] Roubier, Droits subjectifs et situations juridiques（鲁彼埃：《主观权利与法律状态》），p53, 54。转引自雅克·盖斯坦、吉勒·古博、缪黑埃·法布赫—马南：《法国民法总论》，第138页。

[62] 参见雅克·盖斯坦、吉勒·古博、缪黑埃·法布赫—马南：《法国民法总论》，第139页。

[63] 雅克·盖斯坦、吉勒·古博、缪黑埃·法布赫—马南：《法国民法总论》，第126页。

[64] 拉伦茨：《德国民法通论》（上），页276。

[65] 参见雅克·盖斯坦、吉勒·古博、缪黑埃·法布赫—马南：《法国民法总论》，第124—126页。典型论述，例如狄骥（DUCUIT），见其《宪法学论》第1卷（第3版，1927）；凯尔森，见其《国家与法的一般理论》。

[66] 参见雅克·盖斯坦、吉勒·古博、缪黑埃·法布赫—马南：《法国民法总论》，第140页。

[67] 参见克尼佩尔：《法律与历史》，第240页。

[68] 参见雅克o盖斯坦、吉勒o古博、缪黑埃o法布赫—马南：《法国民法总论》，第145、146页。另参见洛克的《政府论》和霍布斯的《利维坦》等近代政治哲学著作关于财产自由与所有权的论述。

[69] 参见克尼佩尔：《法律与历史》，朱岩译，法律出版社2003年版，第102页以下。

[70] 参见雅克o盖斯坦、吉勒o古博、缪黑埃o法布赫—马南：《法国民法总论》，第147页。

[71] 关于债的关系或债权的合法性问题，其思考非常复杂，除了至为基础的债务人的主体性自由问题，还有债作为财产形式等一系列因素，限于篇幅以及本文主旨，笔者将另行撰文探讨。

[72] 参见布涅编：《波蒂埃尔文集》（Oeuvres de Pothier）（1984），页2，3，转引自海因o克茨：《欧洲合同法》（上卷），第1，2页。

来源：新法学Law-Frontier.com(原载于《中国法学》2005年第6期)

相关文章：

[关于《物权法草案》（第四次审议稿）的一些讨论](#)

[有风自南翼彼新苗——怀念谢怀栻先生](#)

[法律实在性讨论——兼为概念法学辩护](#)

[让房屋拆迁走出“以政促政”的困境](#)

[论法律主体](#)

[民法典体系问题探讨](#)

[姜维为何屯田避祸？](#)

[论万国法](#)

[论国家](#)

[论万国法](#)

[美国实用法律教育的基础](#)

[返回](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

