

债的概念：解构与重构

张永健^{*}

摘要 德国民法体系将合同、侵权、不当得利合称为债，并认为债编总则是三者提出的公因式，忽略了三者的根本不同。即令三者都有债权、债务，物权法也同样产生此种法律关系。因为所有债之法律关系的特征，都可以用以描述物之法律关系，物债二分之说无法成立。物权和人格权对世产生原生义务，合同在缔约人间产生原生义务。应以对世、对人的区分、排他程度高低、法律关系之中介等三条轴线，取代物债二分。不当得利与侵权责任都是原生义务未被履行后，转化成的次生义务，与合同、财产、人格是不同层次的概念。在《民法典》第118、468条下重构债的概念之方式为：债权就是请求权，而债是合同关系、物上关系、人格关系之上位概念。若日后《民法典》有大幅修改的契机，则应删除债的用语，告别债的概念。

关键词 对世 原生义务 次生义务 侵权责任 霍菲尔德

导论

若主张中国《民法典》参照了《德国民法典》与德国民法学说，应该不算离谱。《民法典》并非产生于学理或立法例的真空，借镜他国经验可以避免闭门造车，出不合辙。但是，中国不是德国，对德国民法体系不应该不假思索地继受。要采取德国民法概念体系的唯一理由，必须是它有道理。

本文所要反省的德国民法概念体系，是法学将民法规范体系化时所建构的债的概念及其论据，〔1〕而不是指法教义学中文义、目的、历史、体系解释这套论证模式。〔2〕

^{*} 康乃尔大学法学院东亚法讲座教授。作者感谢诸多师友的宝贵意见。

〔1〕 用雷磊的话，本文要批评的是特定的“教义学知识”而非“教义学方法”。参见雷磊：“法教义学：关于十组问题的思考”，《社会科学研究》2021年第2期，第11页。

〔2〕 有学者认为法教义学只是论证模式，不是理论，本身有待价值填充。参见王鹏翔、张永健：“论经济分析在法学方法之运用”，《台大法学论丛》第48卷第3期（2019年），第85-92页。

本文以下详论,现行学说将债作为合同、侵权、不当得利的上位概念,但三者实为不同层次的概念。合同产生原生义务,而侵权和不当得利是对世权受侵害产生的次生义务。继受自德国法的物债二分之说,^{〔3〕}在厘清物和债的概念后,就站不住脚。^{〔4〕}德国民法体系下,债的概念是看着合同而抽取的公因式;^{〔5〕}物权是看着所有权的占有面向(而非所有权和全部类型的他物权)以建构概念。因此,无论是债的概念还是物的概念,都没有真正萃取各自的共通核心特征,才制造了债与物似乎截然二分的表象。物权受侵害产生的某些次生义务归入侵权责任与不当得利,而属于债;而所有物返还义务此种次生义务,法律结构和债务相同,但仍归属于物法。物债何以能二分?

合同与物权当然还是要区分,也很容易区分,但不是用袭自德国学说的论理为之。合同关系、人格关系、物上关系、侵权赔偿的法律关系、不当得利的法律关系,乃至各种债权物权化,都可以放在本文提出的三条轴线上区分:从对世到对人是其一,排他程度高低是其二,法律关系中介^{〔6〕}不同是其三。

任何制度都会造成路径依赖,制度适用越久、越广,锁定效果越强大;如果没有强烈理由,不会轻易更改。如果德国今天才要制定第一部民法典,不当然会与其现有概念体系相同。^{〔7〕}

〔3〕 物债二分之内容,参见冯洁语:“论法律行为对处分的限制——历史阐释与适用范围的教义学反思”,《法学家》2017年第6期,第36—38页;孙宪忠:“再谈物权行为理论”,《中国社会科学》2001年第5期,第125—126页;朱庆育:“物权行为的规范结构与我国之所有权变动”,《法学家》2013年第6期,第62页;张淦纶:“作为教学方法的法教义学:反思与扬弃——以案例教学和请求权基础理论为对象”,《法学评论(双月刊)》2018年第6期,第126页。

〔4〕 同样质疑债权与物权的区分,但以和本文完全不同的论理证成,例如主张支配性是物权的唯一本质构成要素,参见温世扬、武亦文:“物权债权区分理论的再证成”,《法学家》2010年第6期,第38—42页。而从物权类型应该自由,债和物都是财产关系的角度反省,参见苏永钦:“大民法典的理念与蓝图”,《中外法学》2021年第1期,第69—82页。认为物债二分无法全面覆盖所有的民事财产权,参见常鹏翱:“物上之债的构造、价值和借鉴”,载苏永钦教授七秩祝寿论文集编辑委员会主编:《法学的想象(第一卷):大民法典》,元照出版公司2022年版,第258页。认为物上之债构成物债二分的例外,参见张译文:“从债物二分的底蕴看德国物上之债”,载苏永钦教授七秩祝寿论文集编辑委员会主编:《法学的想象(第一卷):大民法典》,元照出版公司2022年版,第292页。

〔5〕 参见王利明:“合久必分:侵权行为法与债法的关系”,《法学前沿》1997年第1期,第100页。

〔6〕 本文有意识地使用“中介”一词,而非客体或标的(物)。似乎只有早期教科书尝试区分客体与标的,例如洪逊欣认为客体是权利标的成立上不可或缺之对象,如物权的权利标的为“对物之支配”,而物权的“客体”则是支配的对象——物,参见洪逊欣:《中国民法总则》,三民书局1960年版,第201页。也有学者不区分客体与标的,参见姚瑞光:《民法物权论》,2002年自版发行,第220页(“物为权利客体,亦称为权利之标的”);黄茂荣:《民法总则》(增订版),植根法学丛书编辑室1982年版,第333页(“客体是各种权利的标的……客体的概念与权利的标的是一致的……此为西德的通说见解”)。无论是否区分标的与客体,若将权利标的理解为“权利主体支配下,各种权利的内容或对象”(郑冠宇:《民法总则》(第5版),2019年自版发行,第186页),则此与霍菲尔德分析框架下不将物作为支配对象的想法不同。因此,本文以新名词“中介”取代在一般文献中会使用“客体/标的”处。

〔7〕 参见苏永钦:“只恐双溪舴艋舟,载不动许多愁——从法典学的角度评价和展望中国大陆的民法典”,《月旦民商法杂志》第69期(2020年),第28页。

但德国民法已经困在百年前的概念体系架构里,中国有百年一遇的机会,^[8]从头建立民法典,应该超越德国民法体系。^[9]《民法典》没有包括债编,也没有制定债法总则,合同规定与侵权责任规定隔了三编,看似没有采取债的概念,非常可喜。但第三编合同的规定,仍频繁使用债权与债务两词。债、债权、债务虽然没有法条定义,但若不慎思明辨,德国民法体系中建构不良的债之概念,恐怕仍要在中国民法的土壤上深耕。

本文旨在建构一套比德国现行概念体系更清楚、一贯、无矛盾的概念体系。概念体系转轨成本不纳入考量(虽说此种成本是否真的很高,也很难说)。本文也无意考究为何德国产生此种概念体系,以及中国当初为何继受此种概念体系。清楚、一贯、无矛盾的概念体系,减轻所有人的思维负担,并更能直指问题本质。须注意者,概念体系本身不承载价值判断。好的概念体系,能建构出任何价值判断所要求的法律规范。坏的概念体系,则必须绕一大圈才能建构出法律规范。

本文对德国民法概念体系与民法学说的诸多批评,或许并非每项都是文献上首创。^[10]但将这些批评用本文的视角串起来,并进而提出替代的概念体系,应是原创。以往的学者不会没有意识到本文指出的许多明显错误,但在没有可资替代的概念体系前,也只能选择容忍。本文以霍菲尔德(Wesley Newcomb Hohfeld)的分析法学框架,^[11]提出新民法概念体系,除了希望凸显德国民法体系的缺陷,也能作为替代方案,为扬弃德国民法体系打下根基。

霍菲尔德分析法学的功能是概念分析,而不是应然或实然分析。霍菲尔德分析法学不能取代经济分析,不能取代实证研究,也不能取代价值判断。有些侵权责任要求故意、过失,有些侵权责任是无过失责任,物上请求权也不以义务人有故意过失为前提,其中的取舍是应然理论的范畴。霍菲尔德分析法学的作用,只在于描述侵权赔偿请求权、物上请求权的法律关系结构。好的概念分析工具,可以用少量的概念,透过叠加、排列组合,描述所有法律关系。

[8] 参见苏永钦:“先点睛再画龙:中国大陆如何面对百年一遇的民法典时刻?”,载刘铁铮大法官八秩华诞祝寿论文集编辑委员会主编:《新时代法学理论之建构与开创:刘铁铮大法官八秩华诞祝寿论文集》,法源资讯 2018 年版,第 455—472 页。

[9] 同样主张民法典立法时思考新的体系,参见石佳友:“民法典的‘政治性使命’”,《山东法官培训学院学报》2018 年第 1 期,第 9—12 页。

[10] 中文文献中,对债的概念提出反思的经典文献,参见王利明,见前注[5],第 92—119 页(侵权法和合同法的个性大于共性);魏振瀛:《民事责任与债分离研究》,北京大学出版社 2013 年版。对此见解之反批评,参见崔建远:“中国债法的现状与未来”,《法律科学(西北政法大学学报)》2013 年第 1 期,第 135—137 页。崔建远正确地厘清一些反对债法见解的失当处,这些见解也都不为本文所采。崔建远正面支持债法的见解,则在本文后续回应。新近批判,参见徐国栋:“论中国大陆《民法典》采用新法学阶梯体系及其理由——兼榷苏永钦教授中国大陆《民法典》体系化失败论”,载苏永钦教授七秩祝寿论文集编辑委员会主编:《法学的想象(第一卷):大民法典》,元照出版公司 2022 年版,第 33—56 页。

[11] 对霍菲尔德框架的介绍与在中国法的应用,参见王涌:《私权的分析与建构——民法的分析法学基础》,北京大学出版社 2020 年版。对霍菲尔德架构的延伸,参见雷磊:“法律权利的逻辑分析:结构与类型”,《法制与社会发展》2014 年第 3 期,第 57—74 页。霍菲尔德的原始文献,see Wesley Newcomb Hohfeld, “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning,” *Yale Law Journal*, Vol. 23, No. 1, 1913, p. 16; Wesley Newcomb Hohfeld, “Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning,” *Yale Law Journal*, Vol. 26, No. 8, 1917, p. 710.

本文以下章节安排为：第一部分介绍霍菲尔德的基本术语，以及如何使用霍菲尔德的术语，建构新的民法概念体系。此部分以霍菲尔德对“原生”(primary)和“次生”(secondary)权利的区分出发，^[12]指出侵权责任、不当得利都只是次生请求权，而合同、人格、物上关系才创设原生请求权。民法体系区分部门法的方式有非常多种，而目前物债二分的划界是其中比较不自然的一种。第二部分指出，所谓物债二分的“债”，概念过度复杂，也未内在统一。债之关系、债权、请求权的三层概念，在合同、侵权、不当得利都不成立。主流教义学对物债二分的“物”的解释，定义为没有说服力的人与物之关系，忽略了物(权)法中的法律关系也以“请求权—义务”为主构成，也使得债之概念包含过少——物上广义权利、物上广义义务，^[13]同样应该包含于债之概念下。因此，传统学说的物债二分无法成立。依据现行法条文，本部分重构债的概念。第三部分论述，三条轴线界定了私法部门法：第一，法定不作为义务是对世、对特定人，或完全阙如。第二，不作为义务的排他程度高低。第三，法律关系以什么为中介。告别债的概念后，不称物债二分，仍然可以沿着三条轴线区分合同关系与物上关系。第四部分作结。

一、民事财产法领域的相互关连

要有体系地串起民法典中除了家庭法以外之内容，乃至证立物债二分，^[14]都必须先了解已经形成的民法部门(合同关系、物上关系、^[15]人格关系、侵权责任、不当得利)彼此有何关连。后文的表1总结论理。

了解民法部门关连的第一步，是思考法律关系产生对世效力或对人效力。在霍菲尔德框架下，对世效力与对人效力是量的差异，不是质的差异。有对世效力的法律关系，是指依据法律自动与许许多多的人产生有对人效力的法律关系。^[16]对世的要点在于：自动产生、许多法律关系、关系内容相近或相同。有对世效力的是“人和人间以物为中介”(mediated by things)

[12] 原生和次生的区别，在魏振瀛的原创著作中也可以发现。魏振瀛使用“原权利请求权”和“救济权请求权”两词，而且似乎没有受到霍菲尔德的启发，乃独立构思而出。霍菲尔德的体系更为完整，也与笔者见解完全契合，故本文使用霍菲尔德的术语与论述框架。

[13] 关于此两概念，参见张永健：“物权的关系本质——基于德国民法概念体系的检讨”，《中外法学》2020年第3期，第724页。

[14] 探讨物债二分的不同证立方式，参见冉昊：“论‘义务人的知晓’对物权/债权二元区分的改善”，《法学》2015年第3期，第124—135页；冉昊：“论‘中间型权利’与财产法二元架构——兼论分类的方法论意义”，《中国法学》2005年第6期，第68—79页。

[15] 物上关系之定义，参见张永健，见前注[13]，第728页。

[16] 参见张永健，见前注[13]，第729页。因为制度成本为正，有对世效力之权只能来自法律规定赋予，而不会是某人自行与全世界其余人分别缔结。不可能藉由当事人自行缔结合同而完成的交易安排，可以透过法律直接规范达到目的，此种直接规范就是该法的“核心功能”(essential role)。参考资产分割问题的相关讨论，张永健：“资产分割理论下的法人与非法人组织——《民法总则》欠缺的视角”，《中外法学》2018年第1期，第67页。关于物权的法的核心功能，see Henry E. Smith, “Property Beyond Flatland,” *Brigham-Kanner Property Rights Journal*, Vol. 10, 2021, p. 31.

之物上关系,与“人和人间以人格为中介”的人格关系。

第二步则是区分“原生义务”(primary duty)和“次生义务”(secondary duty),^[17]以及确定其内容。以下第一部分先区别这两种义务,指出物上、人格、合同关系才会产生原生义务。第二部分指出不当得利与侵权责任只是次生义务,是侵害原生义务后才发生的法律关系。分类次生义务的方式,或可争论,但无论如何分类次生义务,都不会改变侵权责任与不当得利两个部门法都只是处理次生义务的结论。无论如何重新分类次生义务,都难以证立物债二分。如下详论,民法理论的真正问题是如何区分物上关系与合同关系,而答案的关键在于原生层次的对世效力差异。

(一)原生义务与次生义务的区别

原生义务与次生义务是分析法理学者霍菲尔德强调的一组概念,^[18]也是理解民事部门法领域彼此关连的关键。霍菲尔德归纳出的四组“相伴的法律关系”(jural correlatives;本文称为“霍菲尔德式关系”):claim^[19](请求权)^[20]—duty(义务);privilege(自由)—no-right(无请求权);power(权力)—liability(责任);immunity(豁免)—disability(无能力)。霍菲尔德认为,所有的私法关系都可以化约成四组霍菲尔德式关系的其中之一。^[21]在霍菲尔德体系下,B有请求权必然表示B的相对人A有义务。E有自由就表示相对人F无请求权要求E做或不做某事。C有权力必然表示相对人D有责任。G能豁免表示相对人H无能力改变或维持现状。霍菲尔德并没有为claim、privilege、power、immunity取一个统称,也没有为duty、no-right、liability、disability取统称。本文以ablements统称前者,disablements统称后者。^[22]前者暂且译为“广义权利”,后者暂且译为“广义义务”。^[23]

请求权—义务这组霍菲尔德式关系,还可以分为原生和次生两种。法律关系最初产生的请求权—义务,是原生请求权与原生义务,原生义务遭违反而产生者,为次生请求权—义务。A对B之原生请求权(例如交付标的物)未能获得满足,A会转而对B获得次生请求权(例如

[17] See Hohfeld, *supra* note 11, p. 752.

[18] 奥斯丁(John Austin)更早以命令论的视角,也区分了原生、次生。See John Austin, *Lectures on Jurisprudence (Fifth edition)*, New Jersey: The Law Book Exchange, 2015, pp. 760—773.

[19] Right或claim,都是霍菲尔德使用过的名词,但right已经有太多种用法,在本文避免使用,以免混淆。

[20] 请求权不是一个适切的名词,沿袭翻译自日文。请求一词太过于客气,没有传达出对方一定要做的意思,“要求”或许更直接。王涌建议翻译成“请为权”,参见王涌,见前注[11],第150页。

[21] 如果民法有所谓的公因式,有什么比四种霍菲尔德式关系更适合?霍菲尔德分析架构在民法的应用,参见张永健:“农村耕地的产权结构——成员权、三权分置的反思”,《南大法学》2020年第1期,第81—100页;张永健、吴从周:“逝者的公寓大厦——灵骨塔的契约与物权安排问题”,《台大法学论丛》第48卷第4期(2019年),第1967—2021页。

[22] 提出disablement用法的文献,see Pierre Schlag, “How to Do Things with Hohfeld,” *Law & Contemporary Problems*, Vol. 78, No. 1 & 2, 2015, p. 188. 关于统称名称的文献梳理,see David Frydrych, “Hohfeld vs. the Legal Realists,” *Legal Theory*, Vol. 24, No. 4, 2018, p. 293.

[23] 戴听则称之为“权益”和“负累”,参见戴听:“数据界权的关系进路”,《中外法学》2021年第6期,第1569页。

履行利益损害赔偿)。再以人格权为例,相对于A,世上任何他人(BCDEFG等)都有不得伤害A身体的原生义务;若B违反了,受害者A对加害者B获得次生的损害赔偿请求权,但没有加害的CDEFG等不会对A产生次生义务。

但请注意,原生义务被违反,并不当然导致次生义务。立法者基于种种原因可以将次生义务的产生与否,系于原生义务被违反的情状。最容易理解的例子就是人人均有不得伤害他人身体的原生义务,但唯有当伤害导因于某人的故意或过失行为时,才能产生侵权损害赔偿的次生义务。如上所论,霍菲尔德分析法并没有提供思考何种情状(条件)方为恰当的理论资源。

原生请求权从何而来?合同的原生请求权一义务由合同双方约定而产生。如果不是由合同约定产生,因而存在于特定人与特定人间,就必须是(依据法律规定而)对世创设。物权和人格权(包括名誉、身体、生命等)有对世(in rem)效力——更精确地说,每个(拥有人格的人),以及原始取得物权的人,和世界上全部人都自动产生法律关系,而其法律关系内容为“排他”(exclusion)。排他是统称,包括排除他人干涉、妨害的请求权(claim)、运用物或人身的自由(privilege)等等。^[24] 此处排除他人干涉、妨害的请求权,就是原生请求权。任何人违反此种原生请求权所对应的不妨害义务,径自占用、破坏他人之物、伤害他人身体,就在符合构成要件时,产生所有物返还义务、损害赔偿义务等次生义务。

人格关系比较简单。A和B之间关于A之人格,必然只有A有可以称为原生请求权的人格权,^[25]其内容为B不得伤害A生命、身体、名誉等。B只有原生义务,没有原生请求权。但是A和B之间关于B之人格,则B为人格权人。A不只和B就A之人格有人格关系,而是和世界上全部人都有同样内容的人格关系——任何人均有对A的原生义务,不得侵犯其生命、身体、名誉等。人格关系的对世效力,就在于当A(之人格)诞生,就自动和世界上所有人产生人格关系。世界上有N个人,A就有N-1个人格关系。^[26]

物上关系比较复杂。A和B之间关于A之某栋房屋,B不得干涉A在法律容许的范围内流转的权力(power),A有使用收益房屋的自由(privilege),A有排除B任意入侵的请求权(claim),A之物豁免于(immune from)B无权处分——这些物上关系中,尤其是所有权关系(ownership relation)中,广义权利的内容统称为排他(exclusion)。这里的B,同样代表着世界上千千万万个(精确说是N-1个)人。而当B从原先和A之房屋不相干的人,到成为该房屋之承租人、抵押权人或用益权人时,则A对B、B对A,有内容不同的请求权,视其定限物上关系的种类与约定而定。

[24] 排他的详细解释,参见张永健,见前注[13],第729页。

[25] 当代不可以有奴隶,没有相当于定限物上关系的“定限人格关系”。每个人固然可以透过劳务合同使其人格为他人所用(《民法典》第993条称之为“许可使用”),但此种合同关系仅相当于租赁物或使用物之合同。进一步言之,并无“定限人格权人”可以排除其他人对人格权之侵害。此种差异,使人格权比物权的法律关系网络更为单纯。类似见解,参见苏永钦:《寻找新民法》,北京大学出版社2012年版,第85—86页;苏永钦,见前注[7],第23—24页。

[26] 就此问题进一步分析,参见张永健:“霍菲尔德分析法对占有、信托概念的新界定”,《经贸法律评论》2021年第6期,第69页。

每个人都必然是人格权人,也都拥有或多或少的物。观察世界上任意两个人间的法律关系时,必然会发现有两重人格关系(双方不得侵犯彼此人格),也会有许许多多、一物一束内容为排他的物上关系。主张物权是对物的支配、归属的主流见解,^[27]忽略了物权其实是人与人之间以物为中介的法律关系,^[28]因而无法適切分析民事法律关系。

原生与次生的区别,在概念上存在,在法律实践上也往往存在。强盗 C 挥刀砍向路人 D、即将抢走 D 的皮包,在千钧一发的一刻,如果问:C 是否有不伤害 D 身体的义务、不拿走 D 皮包的义务? 答案至为显然,C 有这两种义务,而此种义务的性质就是原生义务。《民法典》第 236 条规定:“可能妨害物权的,权利人可以请求排除妨害或者消除危险。”就是 D 可以请求公权力或法院介入,阻止、消除 C 抢走皮包危险的法律依据。换言之,D 对于全世界的人(包括 C)都有原生请求权,而法律会执行 D 对 C 的请求权。另外,假设有报社 E 预备刊载足以破坏 F 名誉的不实报导,F 得到风声,向法院起诉要求 E 报社不得发行之。F 的请求权基础,同样是基于其对全世界人的原生请求权。

人格关系、物上关系之所以异于合同关系,在于前两者对世,后者对人(但请注意第三部分的更多讨论)。所谓对世是指人格权人或物权人与世界上所有其他人间有原生法律关系(其内容为他人有义务不干涉)。但即使是因违反人格关系、物上关系的原生关系所产生的次生法律关系,也是对人,而非对世——只有实际上违反原生法律关系者,若也符合其他构成要件(如过失、违法性),才会产生次生义务。

因此,不应将原生与次生的法律关系混为一谈。如下文所论,德国学说也有类似说法,区分第一次与第二次义务。

(二)原生、次生概念与既有概念的异同

霍菲尔德原生、次生义务的区别,与德国学说体系中的第一次、第二次义务虽有类似处,但并不相同。首先,第一次义务是指“债之关系上原有的义务”,如出卖人之交付或侵权损害赔偿义务;第二次义务是指“原给付义务于履行过程中,因特定事由而生的义务”,例如给付不能、给付迟延、不完全给付而生的损害赔偿义务,或是因解除合同所生的回复原状义务。^[29] 侵权损害赔偿义务,在霍菲尔德概念下是次生义务(近似于第二次义务),而非原生义务(近似于第一次义务)。德国主流见解将侵权损害赔偿义务认为是债之关系原生义务,难以適切解释此种债之关系如何产生。

再者,第一次、第二次义务限定在债之中,且此种义务主要是指“给付义务”(Leistungspflicht)。原生、次生的概念,则可以用在任何民事关系,自然也不限于内容为给付者,双方可能都没有(相对于请求权之狭义)义务,而是一方有他种广义义务。

[27] 中文、德文、日文文献中采取主流见解者,参见张永健,见前注[13],第 736 页。

[28] 此种见解的进一步说明,参见张永健,见前注[13],第 736—737 页。

[29] 参见王泽鉴:《债法原理——基本理论与债之发生、契约、无因管理》,2012 年自版发行,第 41—42 页。

与原生、次生概念更接近的,是义务、责任的区分。^[30] 民事责任是违反民事义务的法律后果。^[31] 《民法典》第 577 条(“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的,应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”)、第 176 条(“民事主体依照法律规定或者按照当事人约定,履行民事义务,承担民事责任。”)都明确区分了义务和责任。在请求权—义务的法律关系中,原生义务就是义务,次生义务就是责任。两组概念的差别或许只在于:原生法律关系可以是四种霍菲尔德关系任一;次生法律关系理论上也可以是四种霍菲尔德关系任一(能想到的常见例子至少有请求权—义务、权力—责任两种)。^[32] 而《民法典》,乃至学说,对于义务、责任是包括四种霍菲尔德关系,还是仅限于请求权—义务这一种,没有完整阐述。但以本文依照霍菲尔德洞见建构新的民法概念体系之目的而言,最关键者确实是请求权—义务这一种霍菲尔德关系。而对于早已广泛接受义务、责任区分的民法学界而言,本文除了使用霍菲尔德术语之外,并未偏离学说、法条的概念体系,反而还能藉此指出套用德国第一次、第二次义务概念者,与义务、责任区分,两者不能相合。

(三)侵权责任与不当得利作为次生义务

了解了原生请求权或藉由人格或物对世自动产生,或由合同约定在缔约人之间产生,就能明白为何本文从人格关系、物上关系、合同关系开始分析,却完全不着笔于侵权责任与不当得利——简言之,侵权责任法领域中的损害赔偿请求权,只不过是部分次生请求权的统称罢了;不当得利请求权,则是另一批次生请求权的统称;^[33] 两者加总,也不当然穷尽了所有次生请求权。以表 1^[34] 说明,通常列为侵权法范畴者,是 A2、B2、C2。^[35] D1、E1、D4,乃至 D0、E0,通常在合同法中讨论。^[36] A3—E3 当中存在者,通常归入不当得利。而 A1 是物上返还请求权等,^[37] 通常归入物权法,虽然概念上要归属于不当得利也不是不可以。

从表 1 的结构就可以看出,大多数国家民法的子领域切分方式,并非理所当然、别无其他可能。体系建构者可以横着看,划分出物权法一块、人格法一块、合同法一块;侵权责任和不当得利完全失去独立地位,只在上揭三种新领域中作为次生义务讨论。此外,体系建构者可以纵着看,把民法分为返还实物法、赔偿损失法、返还获益法。但此种体系结构,难以看出原生义务

[30] 关于此区分,参见王利明:《我国民法典重大疑难问题之研究》,法律出版社 2016 年版,第 563 页;杨立新:《中华人民共和国民法总则要义与案例解读》,中国法制出版社 2017 年版,第 652—653 页。

[31] 参见龙卫球、刘保玉:《中华人民共和国民法总则释义与适用指导》,中国法制出版社 2017 年版,第 610 页;王利明:《中华人民共和国民法总则详解》,中国法制出版社 2017 年版,第 807 页。

[32] 但只有原生义务被违反时,才会产生次生法律关系。参见王涌,见前注〔11〕,第 149—151 页。

[33] 因为不当得利作为次生义务,并非仅起源于违反合同的原生义务,学说上讨论之不当得利也未局限于此。所以,《民法典》将不当得利列为合同编的一章,有欠周详。

[34] 笔者所见,文献上最接近表 1 的表述是王泽鉴:《民法物权》,2010 年自版发行,第 64 页。但王泽鉴并未使用霍菲尔德的术语,纵栏是以不作为请求权、侵权行为、非给付型不当得利作为保护方式之区分。

[35] A2 例如第三人 Y 吃掉 Z 之蛋糕;B2 例如动产质权人 Y 失手打破所有权人 Z 的冬青瓷花瓶;C2 如污辱他人名誉。

[36] 目前多数学说界定的合同法,因此包括原生义务和次生义务。

[37] A1 例如第三人 Y 偷走 Z 之小提琴。

从何而来,次生义务从何种原生义务转化而成,因而明显较不理想。^[38] 目前美国学界、《德国民法典》、《民法典》的部门法分界,是以横行、纵栏交叉考量的成果。此种分类法不是毫无道理,也已经深入人心,但绝非理论上之必然。部门法分类改以横行为之,也有合理处。哪些类型的次生义务要跟原生义务同样归类,哪些次生义务要自成一国,都各有利弊。不应该因为任何民法典或学说,采取了某一种部门分类方式,就率尔认为其他分类法都不合理。

表 1 民事财产法领域的相互关连*

	效力	领域	义务人对请求权人[原生义务(primary duty)类型]	次生义务 (secondary duty)			
				返还 实物	赔偿 损失	返还 获益	支付金钱、返还 实物以外的作 为、不作为
		也是原生义务 的来源	(0)	(1)	(2)	(3)	(4)
A	对世排他	物	任何人对物权人[不妨害使用]	√	√	√	○
B	对人	合同[一般 归类于物 法]	所有权人对定限物权人[依照 合同约定,及物权法规定];定 限物权人对所有权人[依照合 同约定,及物权法规定]	√	√	√	√(如涂销登 记)
C	对世排他	人格	任何人对任一人[不得剥夺、伤 害、任意使用他人生命、身体、 名誉、贞操等]	×	√	√	√(如赔礼道 歉)
D	对人	合同	合同一方对另一方[依照合同 约定,及合同法规定]	√	√	√	√(如移转登 记)
E	对人	无因管理 ^[39] [法定合同]	管理人对本人[通知本人,按照本 人明知或可得而知的意思管理等]	√	√	○	○

* 本文制表。×表示不存在。√表示存在。○表示可以存在,但不常见。本表在于说明民法体系的大原则、大问题,不在于穷尽分类原生或次生义务。此外,若依照后文讨论,合同自动对世产生不得以“故意背于善良风俗方式干扰他人合同”的义务,则 D 行可以分为两行。

[38] 不过,许多法经济学文献会将次生义务一齐分析比较,从合同关系、人格关系、物上关系所产生的次生义务之差异,指出实定法的可能缺陷。See, e.g., Ariel Porat, “Economics of Remedies,” in F. Parisi (ed.), *The Oxford Handbook of Law and Economics: Volume 2: Private and Commercial Law*, Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 308–333.

[39] 无因管理其实只是一种法定合同,发生原因不同于其他的意定合同。物权法中有法定物权,不同于其他意定物权。无因管理之于合同法,就像法定抵押之于物权法,前者并没有特别的重要性或法律关系特征,值得独立成为民法子领域。《德国民法典》的章节安排中,无因管理(§ § 677-687)也是放在债篇各论,在委任合同(§ § 662-676 之 3)之后,寄托合同(§ § 688-700)之前。因此,《德国民法典》应该也将无因管理定性为法定合同。《民法典》将无因管理放在第 28 章,并有准用委托合同之规定,同样也是将无因管理定性为法定合同。因此,本文不会花费太多力气在无因管理上。

从表1已经可以初步看出,物债二分——也就是A1(物上请求权)是物,而A2(侵权赔偿请求权)、A3(不当得利请求权)是债;但合同法产生的D1、D2、D3、D4都是债——在次生层次没有清楚合理的区分标准。

以下将进一步以此表展开论述,凸显物债二分的不合理处。再次强调,本文反对物债二分之论理,但表1显示了横行可以成为独立领域,物上关系与合同关系因此当然可以清楚区分。目前学说与立法把A0、B0、A1、B1统称为物权法,但如同苏永钦指出,所有权人与定限物权人间的关系,就是合同。两方的法律关系内容与他人对相同中介物的法律关系不同,因此定限物上关系自然是对人、而非对世。定限物上关系本身与合同的差异,只在于前者的强制规定较多,后者的任意规定较多。真正使定限物上关系不同于合同之处,是定限物权人依据法律自动与世上其他人产生内容为排他的法律关系,也就是A行所表达者。

二、重新检讨债的体系

物债二分中的债,有颇多概念矛盾。为什么侵权责任与合同皆为债?德国民法学者会说:因为侵权行为发生后,侵权人有民事责任,必须赔偿受害者。而合同若未顺利履行,也必须由合同违约一方弥补另一方。换言之,债之关系中,一方有债权,另一方有债务,而“债务是特定人对于特定人负有为特定给付之义务”。^[40]“法律效果的相同性”总括了“债之内在统一性”。^[41]然而,正是在此意义上债的内在一性残缺不全。本部分将详论,债之关系包括的合同、侵权、不当得利有诸多不同,三者唯一能找出的内在统一性,就是四种霍菲尔德式关系。而这些霍菲尔德式关系,物权法都有。若无法找到债法特有、物权法没有的特征,传统学说下的物债二分就不成立,债的概念就没有内在统一性。因此,本部分重构债的概念。

(一)传统的物债二分之说,不能成立

霍菲尔德的分析体系清楚显示:所有法律关系——无论是有对世效力而自动产生者,还是意定产生者——都是特定人和特定人间的关系。所谓特定给付之义务,只是将此种关系限缩为“请求权—义务”及“权力—责任”两种(甚至限缩到只有前者),而排除他种霍菲尔德式关系而已。此种典型的债权与债务的定义,包含原生请求权—义务,也包含次生请求权—义务。表1中的物、人格、合同,都会产生此种意义下的债权和债务。若是,则如何证立物债二分?

要证立物债二分,^[42]必须找到合同、侵权、不当得利的共通特征,而且物上关系不具备此种特征。但不存在此种特征。

详言之,物权法中有请求权—义务,各国均有的所有物返还请求权,就是特定人对特定人要求给付。此外,譬如:袋地通行(《德国民法典》第917条、918条)是法定产生对袋地之邻地

[40] 黄茂荣:“债之相对性面面观”,《法治现代化研究》第6期(2017年),第95页。

[41] 王泽鉴,见前注[29],第3页。

[42] 较新的德国学说对物债二分之辩护,vgl. Wilhelm, Sachenrecht, 6. Aufl., 2019, S. 24-25.

所有权人的原生义务^[43](必须容忍特定限度的通行),也法定产生对袋地所有权人的原生义务(支付偿金)。越界建筑(《德国民法典》第912—914条)和严重气响侵入(《德国民法典》第906条),则是因为原生义务(不妨害邻地所有权人)被违反,而产生的次生损害赔偿义务。意定产生的物权法上对人的原生请求权—义务,例如《民法典》第348条建设用地使用权之土地用途、出让金。以上例示的物权法上的原生请求权—义务和次生请求权—义务,都是特定人对特定人要求给付,符合债务之定义,^[44]因此也有学者称之为物务^[45]——本文则称之为物上广义义务。

《民法典》物权编产生的原生请求权—义务和次生请求权—义务,无论是法定或意定,都能符合债权—债务之定义。准此,何以债之关系不是合同法、人格权法、侵权法、物权法的共通要素,而要单单排除物权法?债之概念如果非要排除《民法典》物权编中产生的特定人对特定人给付,就必须修改债之概念本身,增加更多限制条件。例如,若有主张,物债仍应二分,因为物权法上的请求权—义务,至少是其中不得移转的类型(如所有物返还请求权不得和所有权分离而移转),与债法上的请求权—义务不同。则债之关系的定义必须修改为:特定人得对特定人请求给付,且此给付请求权可以自由转让。因此,物债之分不在于是否具备特定人得对特定人请求给付此一要素,而在于请求权是否得以自由转让。但是,许多承认精神抚慰金的国家,会限制或禁止精神抚慰金请求权的让与。许多劳务合同的请求权,也不得转让。^[46]如果这样的请求权不会因此变为不属于债法、属于物法,则请求权不得移转就不是能区分物债的特征。

本文仍然认为合同关系与物上关系确实不同,但两者的不同,不在于只有合同(或债)是特定人对特定人给付,因为物权法的整个结构仍是(特定)人间以物为中介之法律关系。本文第

[43] 物权法上的原生义务,还有提供劳务(维修行使地役权所需之设备)、提供实物(土地负担关系中提供约定孳息)等不同形式。参见常鹏翱:《物权法的展开与反思》,法律出版社2017年版,第94、97页。

[44] 请比较黄茂荣:《债法总论(第一册)》(第3版),2009年自版发行,第61—62页(指出物权法中也有债之规定,但乃体系安排上的不得以)。德国学者以“法定债之关系”称呼此种物权法上之债之关系,参见(德)鲍尔、(德)施蒂尔纳:《德国物权法(上册)》,张双根译,法律出版社2004年版,第84—85页。

[45] 物务(或物上之债)的说明,参见苏永钦,见前注[25],第163页;常鹏翱,见前注[43],第83—113页。法国民法上也有物务的概念,参见(法)弗朗索瓦·泰雷、菲利普·森勒尔:《法国财产法(下)》,罗结珍译,中国法制出版社2008年版,第920页。

[46] 再者,所有物返还请求权不得让与,背后的务实考量也和精神抚慰金、劳务合同请求权不能移转之理由不同。当A把对B的所有物返还请求权让与给C,因为A基于其所有权仍会不断新生所有物返还请求权,即令C从B处获得物之占有,因为没有占有权源,A仍得以其新生的所有物返还请求权向C请求交付。对C来说,白忙一场。对A来说,可能是占人便宜的策略。法律因此完全没必要允许A让与所有物返还请求权。C若成为他物权人或新所有权人,就自然获得物上请求权,也有权源。因此,广义权利是否得让与,不应证成物债二分,因为不得让与的法律考量往往不同,不得让与仅是共通的结论。是否能让与和是否能继承,往往有相通的考量,关于后者,参见张永健:“继承标的之一般理论——《民法典》第1122条的法经济分析”,《中外法商评论》2021年第1期,第258—267页;黄诗淳、张永健:“‘一身专属性’之理论建构:以保证契约之继承为重心”,《中研院法学期刊》第25期(2019年),第285—353页。

三部分会详论如何区分合同关系与物上关系。

(二)债、债权、请求权:叠床架屋

德国教义学的“债”体系,区分债之关系、债权、请求权(乃债权之作用)三个层次,是否必要?债之关系,乃“特定当事人间得请求一定给付之法律关系”;〔47〕“债权系将债务人的给付归属于债权人,债权人因而得向债务人请求给付,受领债务人的给付。易言之,债权之本质的内容,乃有效的受领债务人的给付,债权人得向债务人请求给付,则是债权的作用或权能”;〔48〕“债权与请求权应予区别……就债权言,除请求权外,尚有解除、终止等权能”。〔49〕

区分债的三个层次,既不精确又无必要。传统学说所谓的“债之关系”,其实就是多个霍菲尔德式法律关系之“集合”(set)。这当中自然包含最常见且与债权相混淆的请求权。合同与侵权、不当得利的差异在于:合同的“集合”还包含其他不同类型的霍菲尔德式法律关系。不同内容、不同类型的霍菲尔德式法律关系的排列组合与变化,产生不同合同类型;而在侵权责任与不当得利的“债之关系”,仅有次生请求权一义务(及与之相关的权力—责任,见下述)。

先探讨合同。A和B间有合同关系,但此种典型的债之关系,不是只有“请求一定给付”而已。除了“请求权—义务”之外,通常也包括“权力—责任”,例如解除与终止合同。而在租赁合同中,承租人A对出租人B有使用收益之“自由”。合同权利人“豁免”于他人任意处分其债权。换言之,学说所谓债权之请求权,是合同的集合中所包括的其中一组霍菲尔德式法律关系,即“请求权—义务”关系;学说所谓债权之其他权能,往往是合同所包括的另一组霍菲尔德式法律关系,即“权力—责任”关系。学说定义之债之关系,因此过度狭隘,因为债之关系不是只与给付有关。亦即,既然债之关系是指一方有债权,而债权的权能又包括解除与终止,则债之关系自然不能只定义为包括“给付”。因此,债之关系这个层次,如果要保留,就必须重新定义。在合同法领域,债之关系其实就等于合同本身,而合同所创设的原生广义权利、原生广义义务,都可以用霍菲尔德式法律关系表达。

而学说定义的债权,则是无必要的概念。〔50〕“有效的受领债务人的给付”这个债权的功能,并不需要创设额外的概念来表述。霍菲尔德式法律关系,本身就隐含了保有给付、豁免状态继续有效、自由状态持续、权力行使后不会变更。额外创造债权的概念,只是无谓的概念纠

〔47〕 王泽鉴,见前注〔29〕,第4页。

〔48〕 王泽鉴,见前注〔29〕,第9页。另参见王泽鉴:《民法总则》(增订新版),2014年自版发行,第119页。如黄茂荣指出,“债权与债务是互补的概念。该二概念只是将同一内容从不同的角度描述之而已”,黄茂荣,见前注〔44〕,第68页。这与霍菲尔德的分析架构完全契合。但若德国民法理论也认为如此,要如何从债务人的角度表述“债权系将债务人的给付归属于债权人……受领债务人的给付”?易言之,归属的概念如何转换用债务人视角陈述?如果把归属概念拿掉,债权的内涵和请求权又有何不同?再者,如果债权除请求权外,尚有解除、终止等权能,为何债务的定义没有包括被解除、被终止的一面?

〔49〕 王泽鉴,见前注〔29〕,第9页。

〔50〕 接近但不完全相同的主张,参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2016年版,第515页(“非严格意义上,请求权与债权可作同义词使用”)。

葛。学说另外主张,债权和请求权之区分,使得无请求权之债权得以存在。^[51] 本文认为,罹于时效之请求权,仍然存在,只是法律赋予另一方“权力”,可以藉由主张时效抗辩来使对方罹于时效之请求权失去作用。如果一旦罹于时效,请求权就不能主张,以请求权附期限即可解释。简言之,“债权”是没有必要存在的概念层次。德国学者梅迪库斯(Dieter Medicus)的经典教科书,也承认债权与请求权难以区分。^[52]

而合同既然是包括了请求权—义务、权力—责任等霍菲尔德式法律关系的集合,自然没有必要将其中一种霍菲尔德式法律关系(请求权—义务)又区分为不同层次。

所有权是“多重法律关系的组合”(jural composite)。债权能否以“多重法律关系的组合”之姿,获得新生?恐怕也有困难!所有权作为“多重法律关系的组合”,捆绑了有特定内容的霍菲尔德式法律关系。或许租赁关系中的“承租权”能作为“多重法律关系的组合”,但债权至多作为请求权的同义词,或广义权利的统称,而不可能是“多重法律关系的组合”,因为债权具有一般性,缺乏特定内容。^[53]

简言之,本文认为,在合同法领域,等同于请求权的债权,是不必要的概念层次。如果去掉债权这层,留下债之关系与请求权两层,会忽略了与请求权—义务同一层次的权力—责任等其他三种霍菲尔德式法律关系。若要留下债权,又不造成概念重复,只能考虑重构债权的概念,使债权包括四种霍菲尔德式法律关系。如此,则债权与请求权的概念射程不同,请求权变为其中一种债权。再者,不需要依靠债之关系的概念,就能说明合同的法律性质。一个合同就是一束霍菲尔德式法律关系(可能四种都有,每一种也有不只一个关系,其内容各异;买卖价金请求权和标的物交付请求权就是两个同一种的霍菲尔德式法律关系)。因此,在合同领域使用传统见解的债之三层次,会产生令人混淆的概念重复。

再探讨侵权责任、不当得利。侵权之债,三层次怎么区分?若 A 打伤 B,侵权之债之关系是 B 得向 A 请求损害赔偿之法律关系;债权是将 A 的赔偿给付归属于 B, B 因而得向 A 请求给付损害赔偿金;请求权是 B 得向 A 请求损害赔偿。三者的差异何在?在侵权责任,受害者

[51] 参见黄茂荣,见前注[44],第 64 页。而黄茂荣在此书中也指出,德国民法大家埃塞尔(Esser)指出,“债权(Forderung)与请求权(Anspruch)在德国民法原则上同义使用之”。另参见郑冠宇:《民法总论》(第 3 版),2016 年自版发行,第 216—217 页。法律规定之所以混用请求权和债权,正是因为两者难以区分,没有区分必要。笔者在德国报告此文时,不少德国学者表示,德国的主流学说中,债权就是债法上的请求权,并没有像许多受德国理论影响的中文著作中,区分债权和请求权。

[52] (德)梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,元照出版公司 2002 年版,第 63 页(段码 75;“通说正确地指出,在请求权和债权之间不存在实质上的区别”);(德)梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢谌译,法律出版社 2004 年版,第 7 页(段码 6;“债法常常将这称为债权。依第 387 条,债权可以相互抵消;依第 398 条以下,债权可以让与。从这一角度看,债权意味着是债法上的请求权”)。对梅迪库斯的看法的正反面讨论,参见魏振瀛,见前注[10],北京大学出版社 2013 年版,第 53 页。

[53] 某乙对某甲的侵权赔偿请求权,伴随着其他三种广义权利。要将这些广义权利捆绑在一起成为“多重法律关系的组合”,可行,但此集合不能称为债权。只要合同产生的权利也是债权,而合同的债权的特定内容与侵权损害赔偿的债权的特定内容不同,则债权作为“多重法律关系的组合”就没有一致内涵。而下一步的问题又是,如果合同产生的债权与侵权产生的债权可以被同样称为债权,并以“多重法律关系的组合”理解,则所有权作为“多重法律关系的组合”为何不是债权?

除了对加害者的赔偿请求权之外,没有解除、终止的权能,区分债权和请求权更无实益。债之关系与请求权的差异,就只是“之法律关系”的五个字而已。而照霍菲尔德所指出,请求权—义务本来就是法律关系,所以后者少的五个字,是当然之理而没有写出而已。真正要问的是,B如何获得对A之请求权?A打伤B是事实,但从事实如何产生债之关系或请求权?在德国民法理论下,当A打伤B,A、B间发生法定之债,法定之债发生后便会产生B之损害赔偿请求权。但是,为何不这样表述:“当A打伤B,依据法律规定而产生B对A之损害赔偿请求权”?为何一定要以法定之债的概念描述之?侵权之所谓债之关系,应该指涉回原生的法律关系,可能是物上或人格关系。

而侵权责任(和不当得利)的概念体系,不但常常切除原生法律关系;即使追溯到物和人格,也不以法律关系视之,因此也难以跟人与人之间的债之关系接轨。因此,在侵权责任法、不当得利法,并无法区分出三个层次,而只有单纯的请求权—义务这组霍菲尔德式法律关系,自然也只有一层法律关系。即使再深究下去,指出:义务人在罹于时效时,有时效抗辩的权力;请求权人同样有移转请求权的权力,这些仍然是同一层次的次生广义权利。

侵权责任、不当得利的特色,是以一个(次生)请求权为中心,围绕着为数不多的其他霍菲尔德式法律关系。绝大多数合同是双务合同^[54]的特色,是以两个以上的请求权为中心(而且合同双方至少各有一个请求权),围绕着或多或少的其他霍菲尔德式法律关系。如果合同、侵权责任、不当得利要提炼出公因式作为债的内容,那就是请求权—义务这种霍菲尔德式法律关系。当然,请求权—义务也存在于物上关系,因此这个公因式无法用于证立物债二分。

总而言之,主流学说中的债的概念,之所以没必要,是因为毋须借助此概念,就足以说明侵权责任、不当得利、合同的结构。不单单没必要,既有的债的多层次概念更是不精确。侵权责任与不当得利只有一层法律关系,而且以一个请求权—义务为中心;反观双务合同有两个以上的请求权,并有更丰富的其他霍菲尔德式法律关系。无论侵权责任、不当得利、合同,都没有区分可能的三层次(甚至二层次)的实益。

(三)《民法典》下的概念重构

《民法典》中充满了债权、债务两词,第118条、第468条基本肯认了债的概念。在此种现实条件下,要在解释论上立即扬弃债的概念确实不可行。本文以霍菲尔德术语分析民法,主要贡献在于提出替代框架,在立法论上建议日后告别债的概念。

不过,即令在现行法下,若肯认本文分析有理,仍可考虑重构债之概念。《民法典》第118条第2款规定:“债权是因合同、侵权行为、无因管理、不当得利以及法律的其他规定,权利人请求特定义务人为或者不为一定行为的权利。”既然是总则条文,此条的“法律的其他规定”更可以解释为包括物权编、婚姻家庭编、继承编等其他法律中的相同法律关系。“权利人请求特定义务人为或者不为一定行为的权利”就是请求权—义务关系,因此,《民法典》第118条第2款可以如前述德国学说一般,将债权与请求权划上等号。将债权等于请求权当作前提,又从语意关系上认定唯有债之关系能产生债权,也如通说肯认物上关系也产生请求权(=债权),则债只能是合同关系、物上关系、人格关系等之上位概念或共通元素。

[54] 在英美法,大陆法系典型的单务合同—赠与—并非合同,所以正文所述特色更为明显。

而《民法典》第 468 条规定：“非因合同产生的债权债务关系，适用有关该债权债务关系的法律规定；没有规定的，适用本编通则的有关规定，但是根据其性质不能适用的除外。”本条的文字同样没有将债权债务关系（=请求权—义务关系）局限于合同、侵权行为、无因管理、不当得利所生者，^[55]而可以包括物上关系等法律关系产生者。本条的本文与但书的规范模式，使学说有广阔的空间可以在恰当套用合同规定时适用之，而在不恰当套用合同规定时不适用之。要注意，这些债法总则规则也并非一律适合套用到所有传统的债之关系。在以霍菲尔德框架重新分析了物、人格、合同、侵权责任、不当得利的关连后，所有传统上在债法下探讨的、看似专属于债的制度，都需要重新检讨。^[56]《民法典》第 468 条容许先将传统债法以外的法律关系先包入重构后的债的概念，再视其性质决定是否适用合同之规范。

在《民法典》下，债权等于请求权。因为债之关系和物上关系都有请求权（=债权），传统的物债二分之说不成立。若要保存债的概念，以债之关系包含物上关系，或许最为自然。想以任何方式重构债，并继续维持物债二分，都会遇上概念分析的困境。例如，若将物上关系中的所有请求权都划归于债，则物法作为独立部门只剩下其他三种霍菲尔德式法律关系。但若债之关系只有债权（=请求权），则合同中的解除权等权力，不是划归物法，就是和物法中的权力又一起提出公因式成为新的部门。而若债之关系包括全部四种霍菲尔德式法律关系，只是把最常见的请求权称为债权，则又要如何说明为何债法没有包括物法？

另一种维持物债二分的可能性，要在《民法典》第 118 条的字义上作文章，同时改变债、物两个部门法的范畴。亦即，债权指第 118 条中限定于“特定义务人”的请求权。虽然在霍菲尔德的分析框架下，所有请求权—义务关系都是个别人之间的法律关系，但或许可以依照中文法学界的传统理解，将义务人特定的请求权，理解为只有某一个特定人有义务的请求权，而其他人没有相同内容的义务。换言之，是将债权限缩为“对人”（in personam）的请求权，而不包括“对世”（in rem）的请求权。在霍菲尔德的分析框架下，对世请求权是指权利人对世界上 $N-1$ 个人都有内容相同的个别请求权；换言之，对世请求权只是 $N-1$ 个对人请求权的集合。在中文语境下，或许可以刻意将“特定义务人”的请求权，理解为不包括对世请求权。在此理解下，表 1 的 A0 和 C0 是对世请求权，而所有的次生义务、B0、D0、E0 等是对人请求权。债的范畴扩大了，包括所有权人与定限物权人间的关系，也包括物上返还请求权。物的范围缩小了。此种物债二分成立的代价是物和债的概念都改变了，而且仍无法包括 C0 的人格关系。而新的物债二分就是对世、对人概念的翻版，也没有提供新的概念。再者，物债能够二分吗？典型对人、对世之外，有许多中间类型，德国学说称为债权物权化。物债二分的一刀，到底要切在哪里？此即为何，本文将以三条轴线区分私法关系，以彰显对世、排他是量的差异，而非质的区别。

[55] 参与《民法典》编纂的两位学者咸认，“合同的保全”一章之所以使用债权人、债务人此种词汇，而不使用合同当事人，是刻意为之——使代位权、撤销权制度可以用于其他债之关系。参见龙俊：“民法典中的债之保全体系”，《比较法研究》2020 年第 4 期，第 120 页；朱虎：“债法总则体系的基础反思与技术重整”，《清华法学》2019 年第 3 期，第 141 页。

[56] 同样以霍菲尔德分析框架，反省损害赔偿之债，参见张永健：“损害赔偿（之债）作为公因式？大民法典理论下的反思”，载苏永钦教授七秩祝寿论文集编辑委员会主编：《法学的想象（第一卷）：大民法典》，元照出版公司 2021 年版，第 265—282 页。

三、以三条轴线区分物上关系与合同关系

传统的德国民法理论,从“物权是人对物的支配与归属”“债是特定人对特定人之关系”出发,很容易一刀切,证成物债二分。但若依据本文见解,物上关系仍存在于人与人之间,又扬弃了债的概念,则或许会让人有体系解体的质疑。但是,放弃了物债二分,仍可沿着三条轴线,区分私法的各种部门。第一条轴线一端是对世的不作为义务、一端是没有对任何缔约者以外者产生不作为义务。第二条轴线是不同的排他程度。第三条轴线区分法律关系的中介。第一条轴线是取自霍菲尔德重新诠释的对世、对人。第二条轴线是不作为义务的内容。第三条轴线以中介区分出人与之间的数不清霍菲尔德式法律关系究竟何指。

以这三条轴线,可以更精确区分物上关系与合同关系——本文虽然反对物债二分的说法,并不是认为物上关系与合同关系不用区分;恰恰相反,本文认为物上关系与合同关系必须区分,只是不能用传统的论理。以上部分在破,本部分在立。而无论破、立,都是针对民法的概念体系,而非价值判断——霍菲尔德的分析法学框架,本来就是追求语词精确、概念清楚,并以精准定义的概念语词,承载任何立法者的价值选择。而本部分的立,目的更不在推翻既有的全部民法体系,而是用更清晰、不矛盾的关键概念,串起法律人本来就熟悉的民法制度。

(一)法定不作为义务的拘束对象多少

第一条轴线对本文立论最重要。对世的法律关系必定是依据法律规定而自动产生,对人的法律关系则可能是意定或法定。依照霍菲尔德的看法,对世法律关系就是对全部人有内容近似或相同的对人法律关系。换言之,对世法律关系是一个一个对人法律关系的加总。第一条轴线的第一个端点,是法律自动在权利人与世界上其他人间产生“请求权—不作为义务”关系。对世的定义有两个要素:依据法律自动产生法律关系;^[57]此法定关系存在于权利人与世界上其他人之间。后者是连续变数,换言之,法定“请求权—不作为义务”关系可以存在于权利人与世界上全部或部分其他人间。

第一条轴线的第一个端点上有物权、知识产权、人格权。此端点上,法定不作为义务拘束全部人。例如,每一物权人都与世界上全部人有法定物上关系,其内容是排他;换言之,法定物上关系是请求权—义务关系,他人有不干扰的义务(duty;也就是不作为义务)。

第一条轴线的第二个端点上,无人有法定不作为义务(当然可以有人有意定不作为义务)。合同权在此端点上吗?主流学说认为,合同有相对性或对人性,所以合同权位于物权的另一极端的此端点上。但细究之下,第三人侵害债权理论使合同权的轴线位置难以立即断定。

如果不承认第三人侵害债权理论,则合同权人、侵权赔偿请求权、不当得利请求权,就在第二个端点上。合同关系、侵权赔偿关系、不当得利关系中的广义权利人,虽然对世界上全部人有自由、权力、豁免,但没有请求权——亦即世界上全部人不会对所谓债权人产生义务。

[57] 一般简称为法定关系,相对于意定关系。法定与意定是互斥概念,也没有中间类型。

若承认第三人侵害债权理论,^[58]就必须回答:不侵害他人合同请求权的原生义务从哪里来?以下提出两种可能的概念体系建构方式:

第一,人格的对世效力,包括不能故意以背于善良风俗方式加害任何人的任何利益的义务。因此,第三人侵害债权,可藉由人格对世效力的渠道,产生原生义务。以《德国民法典》而言,就是以解释第 826 条完成体系建构。一物二卖可以建构成:“后买受人如果明知有他人的买卖合同存在,仍要引诱出卖人转卖自己,就是故意以背于善良风俗损害他人人格。”此种建构方式,说理很勉强,也大大扩张了人格的范畴。不过,以此建构概念体系,并无矛盾。在这第一种取径下,传统所谓债权人仍在第一条轴线的第二个端点上。

第二,合同关系产生对世效力。亦即,所有合同成立时,也自动在合同权人和全世界其他人间产生“(特定情况或条件下)不得干扰他人合同”的义务。王涌主张:并不是债权成为对世权,只是债权人享有从属于债权的对世权,此对世权是债权的从权利。^[59]王涌之思路,与本文合同对世效力的观点,近似但不全然相同。在本文第二种取径下,合同权本身就成为对世权,与物权同在第一条轴线的第一个端点,因而打破了传统的合同相对性。但请注意,并非霍菲尔德分析框架导致合同对世性,而是民法理论承认了第三人侵害债权,才导致合同对世性。

如果认为只有特定人(例如明知合同存在者)才有不作为义务,则法定不作为义务并非人人都有,而是只有特定人有。由此可知,第三人侵害债权理论的射程范围、对象改变,概念建构方式也必须随之调整。但无论如何,都可以用霍菲尔德术语建构。

此外,请注意,即使是主张债权作为侵权法保护客体者,所设想的债权也都是合同所生的广义权利,而不是侵权赔偿请求权或不当得利请求权。^[60]若某甲鼓吹某乙脱产或浪掷千金

[58] 是否该采取此理论,必须探讨法律是基于何种价值,要课予第三人损害赔偿,参见薛军:“民法典编纂的组织体制问题:结合意大利经验的讨论”,《比较法研究》2015 年第 3 期,第 37 页。若不采此理论,就毋须建构概念体系。本文先假设有理由有限度承认此理论。而无论是否采取此理论,都不影响是否使用霍菲尔德分析框架以建构概念,因为其概念体系本身不带价值判断,但可用以建构任何价值判断或政策所要求的法律手段。

[59] 参见王涌:“财产权谱系、财产权法定主义和民法典《财产法总则》”,《政法论坛》2016 年第 1 期,第 111 页。

[60] 陈聪富:《民法债编总论(一):侵权行为法原理》,元照出版公司 2017 年版,第 127—130 页所举出的第三人侵害债权态样中,有 2 种可能涉及法定之债:合谋脱产与第三人清偿,但此两种案例只需要用不当得利制度,配合代位、撤销债权制度,就可以处理,不需要承认为第三人侵害债权。例如王泽鉴:《侵权行为法》(增订新版),2016 年自版发行,第 247 页。在两篇长论文中,陈忠五:《第三人侵害债权的侵权责任——问题争论实益的探讨》,载谢前副院长在全七秩祝寿论文集编辑委员会主编:《物权与民事法新思维——谢前副院长在全七秩祝寿论文集》,元照出版公司 2014 年版,第 356—362 页;陈忠五:《侵害债权的侵权责任——学说与实务况况分析》,载民法研究基金会主编:《民事法之思想启蒙与立论薪传:孙森焱前大法官八秩华诞祝寿论文集》,新学林出版公司 2013 年版,第 580—582 页,陈忠五教授探讨的案例也都是合同所生的请求权,是否为侵权行为保护客体之问题。没有特别谈到“侵害债权”的客体是否包含法定之债,但从脉络中看起来都在讨论合同债权,参见张新宝:《侵权责任法原理》,中国人民大学出版社 2005 年版,第 244—245 页;杨立新:“制定侵权责任法应当着重解决的几个问题——对 2002 年 12 月 23 日《侵权责任法草案》的研究报告”,《法学杂志》2007 年第 3 期,第 2—9 页;葛云松:“纯粹经济损失的赔偿与一般侵权行为条款”,《中外法学》2009 年第 5 期,第 689—736 页。

导致破产,因而无资力支付某丙补偿或赔偿。某甲是否积极侵害了某丙的债权?若连此种恶意侵害债权的极端案件,也仍不承认第三人侵害债权的适用,则侵权赔偿请求权人或不当得利请求权人,仍在第一条轴线的第二个端点上。拥有合同所生广义权利者,则在第一条轴线的第一个或第二个端点。因此,取决于如何建构第三人侵害债权理论,合同关系与侵权责任、不当得利可能在第一条轴线的相同或不同端点。

第一条轴线中间,还有许多类型的准物上关系^[61](传统文献称为债权物权化),某些条件下拘束了不特定人或不在少数的特定人,但非世界上全部人。

第一条轴线的两端,是否还有其他必然存在的特征?有人会说是公示。对世法律关系确实常见公示的安排,但公示并非对世概念本质的一部分。缺乏适当公示的对世法律关系,会造成不良后果,但立法者仍然可以创设出没有公示的对世法律关系(例如在不少国家,时效经过后占有人可以不待登记即取得不动产所有权)。

有人会提议,另一特征是法律关系是否可以转让。但是,且不说人格无法移转,实定法不乏不能任意移转的他物权(像是土地承包权;外国法上也不乏其他例子)。另一方面,买卖合同双方也可以约定,无论是买方或卖方都可以把其身作为合同一方的地位,移转给第三人。

或有认为,对世一端有优先性,对人一端无优先性。但优先性之有无,其实正来自于有没有先存在的、内容为排他的法律关系。一物二卖之情形,之所以前买受人并未优先于后买受人,是因为前买卖合同并未产生前买受人与后买受人间,内容为前者排除后者干涉的法律关系。而在物权法(人格权法没有优先性问题),后设立的用益关系或租赁的使用权人,劣后于先设立的抵押关系中的抵押权人,正是因为抵押关系设立在前时,自动产生了抵押权人与世界上全部人(包括使用权人)间,内容为前者排除后者干涉的法定物上关系。

也可能有认为,合同关系和物上关系的关键区分在于给付与支配。但是,合同虽有给付面向,却不只于此;意定物上关系也有给付面向。两者已如上述。以支配、归属刻画物权特点的论述,也站不住脚。^[62]从霍菲尔德的分析架构来看,支配的定义不明、法律结构模糊,而且产生自相矛盾的物权理论。因此,给付或支配,并非区分关键。

总之,以第一条轴线区分物上关系与合同关系的方式是:物上关系一定在第一条轴线的第一个端点,而合同关系不一定在第二个端点。

(二)排他程度高低

如果只有第一条轴线,则许多部门法仍会挤在轴线的同一个端点。第二条轴线是排他程度。排他程度就是第一条轴线的法定不作为义务的范畴大小、是否附有条件、强度高。不同人格权有不同的排他效力(例如生命权和人性尊严不得侵犯;隐私权则要和其他权利比较权衡,侵犯隐私权不当然不合法),整体而言,关于生命、身体、健康的人格关系,排他程度可谓高

[61] 参见张永健:《物权法之经济分析——所有权》,北京大学出版社2019年版,第95—105页。

[62] 详细批评,参见张永健,见前注[13],第735—741页。

过法定物上关系,因为物权的排他效力受到社会义务的节制。^{〔63〕}法定知识产权关系,受到著作权合理使用、专利强制授权等规范节制,排他程度又低于人格关系与法定物上关系。合同关系的排他效力有无及强度,须视第三人侵害债权的理论内涵而定。绝大多数的学说实务至少都要求侵害者的故意、过失或违背善良风俗,作为侵害债权赔偿义务的前提——此相较于物上请求权的毫无主观要件,排他程度较低。

第一条与第二条轴线合观,可以更清楚显示合同关系与物上关系的差异。以物的短期或长期使用为例,当事人可以使用意定合同关系规范,例如租赁、使用借贷;也可以使用意定物上关系规范,例如:建设用地使用、宅基地使用、承包经营。在物权类型法定^{〔64〕}与合同自由的制度下,两造可以选择单用合同、单用物上关系或两者并用。但合同关系与物上关系不能完美替代彼此,因为两者结构不同:物上关系是对世、很强的排他;而意定合同则是两者皆无(若不采第三人侵害债权理论)或对世或对特定人、较弱的排他(若采取某种第三人侵害债权理论)。总之,以第二条轴线区分物上关系与合同关系的方式是:物上关系的排他强度高于合同关系。

(三)法律关系的中介类型

第三条轴线则可以区分法律关系的不同中介。此种不同中介,在现行立法与学说中,已经是区分不同法律以及不同部门法研究的关键。不少部门法同样在第一条轴线的对世权端点,而第二条轴线也都在接近完整排他的端点,可以用第三条轴线彰显其不同。例如:著作权关系的中介是创作;专利关系的中介是某种新技术等;人格关系的中介是人格;物上关系的中介是物。中介不同,会影响公示方式、第三人资讯成本、(因为公共财产性质有无造成的不同)制度成本等等不同面向。

至于合同关系的中介有时是物,有时不是,视合同性质而定。以人的某些行为作为中介者,被归类为劳务合同;而与物的使用、转让有关者不会归类为劳务合同。因此,第三条轴线也有助于区分有名合同的类型。

总之,以第三条轴线区分物上关系与合同关系的方式是:物上关系一定以物为中介,而合同关系不一定以物为中介。

(四)以三条轴线证立物债二分?

三条轴线可以区分原生法律关系。但读者可能会希望以三条轴线分析次生法律关系,而若发现侵权赔偿请求关系、不当得利请求关系、合同关系在三条轴线上都在同一端点,并与物上关系(有时)处于不同端点,则就可以在本文见解(而非传统见解)下,证立物债二分。

〔63〕 关于财产权(包括但不限于物权)的社会义务理论,参见张永健:《土地征收与管制之补偿——理论与实务》,元照出版公司2020年版,第191—208页。

〔64〕 近年来民法学说中最大胆的主张之一,莫过于苏永钦主张的物权法定原则松动。参见苏永钦,见前注〔25〕,第133—174页。不过,即使赞成苏永钦物权自由化的见解,合同关系与意定物上关系仍有巨大不同。物债二分与物权类型法定与否,系属二事。所谓的物权类型自由创设(物权自由),意指当事人可以自行创设新物权类型,而任何新物权类型都伴随着对世、排他特征。因此,使用新物权类型者,就自动创设了与世界上全部人的排他关系。反之,使用任何合同者,没有这种自动产生与世界上全部人的排他关系。合同关系与意定物上关系因而在物权类型自由的世界中仍然应该区分。

第一条轴线:若完全不承认第三人侵害债权理论,则侵权赔偿请求关系、不当得利请求关系、合同关系同位于第二个端点。若只承认合同权的第三人侵害债权理论,前两者与合同关系就在不同端点。若认为第三人侵害债权理论也可用于保护侵权赔偿请求权、不当得利请求权,则要进一步追问其构成要件是否相同。若相同,则三者就会同位于第一条轴线的某个点。若不同,则前两者与合同关系就会同位于第一条轴线的不同点。

第二条轴线:同样端视第三人侵害债权理论的内涵而定。

第三条轴线:前两者有可能源于违反物上关系或人格关系的原生义务(名誉、肖像此种人格的原生义务违反,可能产生不当得利请求权)。因此,根据第三条轴线,侵权赔偿请求关系、不当得利请求关系,都要各自区分为以物为中介者,以及以人格为中介者。而合同关系有以物为中介者,有以人格为中介者,也有以人的特定行为为中介者。

因此,纵使采取某种非主流版本的第三人侵害债权理论,使前两者与合同关系在前两条轴线都在同一点,前两者与合同关系在第三条轴线也不会重叠。

当然,论者可能主张,物债二分也可以是块状的:只要在前两条轴线上,能取一个分界点,一边是物,一边是债,仍可以物债二分。纵使在第三条轴线上无法区分物债,仍可以主张在私法的其中两条轴线上有物债二分。此种论述,看似让物债二分可以获得新生。但是,若要在侵权损害请求关系、不当得利请求关系套用三条轴线理论,也应一并讨论其他次生法律关系。物上请求权作为次生法律关系,更可能与以物为中介的侵权赔偿请求关系、不当得利请求关系在三条轴线上完全重叠。^[65] 再一次,又回到第二部分第三节的论述:除非要将物权、债权转化为对世权、对人权,并且改变物、债的概念范畴,否则三条轴线理论无法证立物债二分。

四、结论

本文区分原生请求权—义务与次生请求权—义务,并以此重新建构民法的部门法体系关连。产生对世、原生请求权—义务的物上关系与人格关系,与产生对人、原生请求权—义务的合同关系,同在原生层次;仅为次生请求权—义务的侵权与不当得利,则同在次生层次。由此框架可知,德国民法学说中的物债二分,把物上关系的原生请求权和部分次生请求权归为“物”,把物上关系的部分次生请求权、人格关系的次生请求权、合同关系的原生请求权与次生请求权,归为“债”,是十分勉强的分类。

德国民法体系中的“物权”的概念自相矛盾,是不理想的理论建构。德国民法体系中的“债”的概念也有诸多问题,债之关系、债权、请求权无法找到不互相重叠的内涵。“债”之定义只关注了霍菲尔德法律关系体系中的请求权—义务,忽略其他三种法律关系;尤有甚者,物权法中产生诸多请求权—义务,却没有被归为债。债之定义无端画地自限,又平添复杂。本文尝试在现行法规范下重构债的概念。最可行的方案是债权等于请求权,这因此使债的关系成为

[65] 若第三人侵害债权理论也可用于保护侵权损害请求权、不当得利请求权,有何道理不同时用于保护所有物返还请求权?

物上关系的上位概念——债包括物,而非物债二分。

中国《民法典》没有制定债编,甚至刻意地让合同编与侵权责任编不并肩,是非常正确的体系建构方向。仅就此而言,《民法典》的体系安排,超越了《德国民法典》!

Abstract: Using obligation as the umbrella term for contract, torts and unjust enrichment, and conceptualizing the general principles of obligation as the common factors utterly ignore the fundamental differences among the three. Granted, all three create claims—duties, but so does the law of property. The dichotomy of obligation and thing, a so-called fundamental principle, is contradictory as it ignores the claims—duties created by property law. Property and personality both create in rem primary claims—duties, whereas contracts create in personam primary claims—duties between the signing parties. The dichotomy of obligation and thing should be replaced by a new theory of three axes: the distinction between in rem and in personam, the extent of exclusion, and the mediation of jural relationships. Unjust enrichment and torts are nothing but secondary claims—duties transformed from unfulfilled primary claims—duties; thus, they are conceptually distinct from property, personality, and contracts. Given Articles 118 and 468 of the Civil Code, which include the term obligation, obligation should be reconceptualized in the following ways: an obligational right is coterminous with a claim, and obligation is an umbrella term for contractual relationship, property relationship and personhood relationship. If the Civil Code could be reformed in the future, the term obligation should be avoided.

Key Words: In Rem; Primary Duty; Secondary Duty; Torts; Hohfeld

(责任编辑:贺 剑)