

# 預約合同與物權變動

唐曉晴\*

## 一、預約合同與物權變動作為命題的意義

### (一) 研究對象

本文以下所研究的是從在交易活動中，從預約合同到本約合同和物權轉移這一整體法律結構的相互關係，而不是作為一個獨立法律行為的預約合同與物權變動的對比。預約合同與物權變動<sup>1</sup>在法律上分別屬於不同的範疇<sup>2</sup>，基本上沒有可比性。

然而，從交易的角度觀察，當事人締結合同到財產真正發生交換卻是一個關係密切的整體結構。即使換個角度，純粹以法律技術的視

---

\* 澳門大學法學院助理教授，法學博士

1. 物權乃民事權利的一種，所謂物權的變動，就該權利的本身而言，是指其產生、變更及消滅。從權利主體的角度，則是該主體取得、變更及喪失物權。由於民事權利一般都會歸屬於特定主體，嚴格地說並沒有“無主體的權利”，所以，上述兩種角度並無本質的不同（參看陳華彬，《物權法原論》，國家行政學院出版社，1998年版，第106頁）。物權的取得可分為原始取得及繼受取得，而繼受取得又分為移轉性繼受取得及特定繼受取得。在權利取得及轉移的問題上，自羅馬法以來便有所謂“任何人不得轉讓超過自己所有的權利”（*Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*）之原則。物權變動本身又是一種法律效果，而一切法律效果的發生，均源於法律事實。從法律效果是否受人的意思影響，可以將法律事實分為有意識之事實或法律上的行為（*acto jurídico*）及無意識之事實或自然事實。以人的意思與法律效果的關係作為標準，又可以將有意識之事實再細分為法律行為（*negócio jurídico*）和簡單法律行為（*simples acto jurídico*）。前者是法律效果按行為人的意思產生，而後者則不一定（詳見【葡】Carlos Alberto da Mota Pinto，民法總論，中譯本，澳門法律翻譯辦公室及澳門大學法學院，1999年版，第195-197頁）。因此，以產生物權變動之法律事實是否屬於法律行為來分類，又可以將物權變動區分為因法律行為而發生的物權變動與非因法律行為而發生的物權變動。只有由法律行為所產生的物權變動是基於當事人變動物權的意思而產生變動物權的效果。由法律行為引起的物權變動大多數是物權轉移的情況，但是法律行為也可以導致物權的產生或消滅，例如抵押權設定即為前者、所有權的拋棄即為後者。
2. 從法律關係的結構上看，預約合同是導致法律關係產生之事實的次分類，而物權變動則是作為法律關係構成之兩極——即權利與義務——的其中一極（權利）的運動形態。

點觀之，合同締結與物權變動仍然是一個密不可分的整體。從目的角度看，預約合同本身的目的是虛無的，其目的必須與本約合同連繫在一起，而本約合同又與物權變動混為一體。古往今來，對於物權變動的法律研究無不涉及契約（主要是買賣契約）與權利變動的關係。對於契約與物權變動的關係或者純粹以物權變動為出發點、然後旁及一切與物權變動有關的法律事實和法律制度的研究都已經不少，唯獨是將預約合同與物權變動涵攝於同一個結構的研究並不太多。本文正是以預約合同/本約合同/權利變動三者作為一個整體結構進行研究。

正因如此，本文所指的預約合同並不是預約合同的全部類型，而是與物權變動有關的、在物權轉移的整個流程中擔當一定角色的預約合同。這一類預約合同中，又以涉及不動產買賣的預約合同最為典型。

## （二）命題的意義

從預約合同制度產生的過程可見，預約合同制度誕生的其中一個最重要的原因就是合意主義原則在財產轉移領域的貫徹。正是因為合意主義原則使到包括不動產所有權在內的一切所有權轉移發生在合同締結的同一時間，而現實交易活動中，財產的出賣人有需要保留所有權，預約合同方作為一種延後所有權效力發生的手段。

預約合同制度經過長時間的發展後，漸漸成了一種適用於各種合同類型的締約模式。雖然經過理論的拓展後，其適用空間有所增加，但是當事人是否使用預約合同/本約合同的締約模式還是視乎有無實際需要。在各種得以使用預約合同/本約合同締約模式的合同之中，以涉及財產轉移的合同最為常見。而在各種涉及財產轉移的合同之中，又以不動產買賣以及其他與不動產的物權變動有關的預約合同使用最為頻繁。所謂涉及不動產物權變動的預約合同並不是指預約合同本身會產生物權變動的效力，而是指為履行預約合同而訂立的本約合同具有這樣的效力。即這些預約合同所對應的本約合同是導致不動產的物權發生變動的本約合同<sup>3</sup>。

---

3. 屬於這一類型的預約合同包括有不動產買賣的預約合同、企業轉讓的預約合同（倘若企業的構成元素之中包括不動產）、不動產互易的預約合同、不動產抵押權設定的預約合同、夫妻共同財產分割的預約合同等等。

為甚麼會發生這樣一個現象呢？這其實不難理解。法律制度在實務中是否被應用主要是取決於該制度的應用有沒有實際利益或需要。合意主義原則在財產轉移領域的應用造成了法律效果與現實需要不銜接的現象，需要以預約合同制度來補充。因此，自始至終，真正從制度上需要預約合同的領域是財產轉移的領域。在拉丁法系的這一個領域裏，預約合同的功能是無法替代的<sup>4</sup>。另一方面，由於涉及不動產物權變動的法律行為一般有嚴謹的要式要求，而遵守這些要式可能需要一段時間，所以當締約人需要快速建立約束關係，預約合同便可以發生作用了。透過預約合同/本約合同的締約模式，締約人可以很快地成立債的關係，然後，再以充足的時間滿足法律規定的要式要求。

所以，預約合同之於不動產物權變動領域的廣泛使用，既是由於其延後物權效力產生的功能，也由於其延後要式要件的功能。這兩項功能正好滿足交易上的兩種需要。基於這一原因，各國的預約合同立法對涉及不動產物權變動的預約合同均有特別的規定。例如，葡萄牙在1980年代兩次關於預約合同的改革的對象均僅僅限於涉及不動產物權變動的預約合同、法國單行法規所調整的預約合同制度也是以涉及不動產的物權變動的預約、澳門第20/88/M號法律也是只涉及不動產交易的預約、《意大利民法典》1996年所進行的預約合同制度改革（主要是引入預約合同的登記制度）也不例外，其對象仍然是涉及不動產物權變動的預約合同。

探討預約合同與物權變動的關係必須以交易中財產轉移發生的全過程作為觀察對象。只有以交易作為主軸，方可串連起預約合同與物權變動這兩個屬於民法不同領域的制度。然而，即使有了交易為主軸，預約合同與物權變動仍然未能直接發生關係。在其兩者之間，必須加入本約合同作為媒介。在承認預約合同制度的各國法律中，僅僅閱讀有關預約合同制度與有關物權變動制度的規定幾乎不可能得出預約合同與物權變動有任何關連的印象。只有當系統地了解預約合同與

---

4. 在其他領域，預約合同的應用不一定出於現實的需要，更多是由於制度的引導。是預約合同制度建立後，其概念的一般化以及形式要求的簡單化引導了締約人使用該制度。人都有這樣一種矛盾的心態，即以最簡單的方式完成交易，但又希望得到最大的法律保障。

本約合同的關係、合同與權利變動的關係，然後以交易作主軸一氣貫穿，預約合同與物權變動的關係方可活現眼前。例如，《澳門民法典》在其第二卷（債法）中規範的預約合同制度（第404條及續後條文）與其在第三卷（物權）中規範的所有權取得制度（第1241條-1242條）表面上便沒有任何關係。只有通過對預約合同與本約合同關係的分析，然後結合該民法典第402條的規定之後，方可窺見預約合同與權利變動之間的曲折關係。

另一方面，不可忽視的是，在財產轉移領域奉行合意主義原則的拉丁法系各國中，一旦將交易作為一個整體進行考察，對權利的變動的分析便不可能脫離預約合同進行。因為合意主義原則使合同的成立與權利的變動發生在同一時間，這時，只有透過預約合同方可能將所有權的轉移與法律產生約束的時間分開。而在交易中最複雜、從而最需要法律作為一種行為規範以及最後作為一種裁判標準介入的，恰恰是法律約束與權利轉移之間存有時間差的交易。

上述以交易作為主軸貫穿權利變動與意思之關係的觀點並不新鮮，早在羅馬法時代，法學家對權利變動的分析以至於法律制度的設計便是以交易作為背景、將權利變動與人的行為或意思相連繫的；後來的薩維尼的抽象物權行為理論將交付視為一項與債法上的契約不同的契約<sup>5</sup>也是以相同的經濟生活事實作為涵攝對象。

對於承認預約合同制度的拉丁法系各國而言，研究物權變動而不理會其預約合同制度的觀點絕對是片面的；而罔顧預約合同與權利變動的整體關係而局部地對合意主義模式的權利變動進行批評也是不夠全面的。因此，本文將以“預約合同/本約合同/權利變動”三者作為一個整體結構進行研究，探討其相互之間的關係。將預約合同與物權變動連繫起來研究乃是對其最核心功能（延後所有權轉移）深入剖析的唯一方法。這一研究同時也將覆蓋在實際應用上佔絕大比例的預約合同。

5. 薩維尼在其《當代羅馬法體系》《債法：第2卷》注釋中寫道：“交付本身是一項真正的契約，並非債法上的契約，而是物權法上的契約。交付雖然與債法契約（如買賣、互易及其他）相區別，但卻可能以其為基礎，並且主要是以先前設定的義務為基礎。”該書第257頁，注m。轉引自田士永，《物權行為理論研究——以中國法和德國法中所有權變動的比較為中心》，中國政法大學出版社，2002年版，第61頁。

## 二、“預約合同 / 物權變動”結構的要件

### (一) 概述

關於所有權的轉移(或概念範圍更廣闊的物權變動)究竟需要多少個要件、各個要件之間的關係如何等問題,歷來是民法理論研究的難點。其之所以困難,並非因為要件的數目太多,無法識別,而是對各個要件的概念範圍劃定會直接影響到民法體系財產範疇的結構以及有關結構的合理性。

從古代羅馬法的原始文獻(主要是蓋尤斯<sup>6</sup>、保羅<sup>7</sup>、烏爾比安<sup>8</sup>以及尤里安<sup>9</sup>等幾位法學家的論述片斷)之中可以見到,當時的羅馬法學家

- 
6. 蓋尤斯《法學階梯》(Inst. Gai.2, 19)“實際上略式物可以通過交付完全歸他人所有,只要它們是有形的並且因此可以實行交付。”(Inst. Gai.2, 20)“因此,如果我把一件衣服、一塊金子或者一塊銀子以出賣之原因、贈與之原因或者任何其他原因交付給你,該物立即變成你的,只要我是物的所有主。”;參看【古羅馬】蓋尤斯著,黃風譯,《法學階梯》,中國政法大學出版社,1996年版,第84頁。  
蓋尤斯《法學階梯》(2,84):“因而,如果某債務人以一筆金錢向未成年人實行了清償,那麼,該筆錢將為該未成年人所有,但該債務人並不因而擺脫債務,因為未經監護人準可未成年人不能解除任何債。同樣,未經監護人準可未成年人不得轉讓任何物品。但是,如果他已經由該筆錢款受益,但同時又繼續提出清償的要求,則其要求可能因詐欺抗辯而被駁回。”參看【古羅馬】蓋尤斯著,黃風譯,《法學階梯》,中國政法大學出版社,1996年版,第88頁。
7. 《論告示》第31卷中寫道:“交付本身從來不移轉所有權,它只有與導致其發生的、在先的一個買賣或其他正當原因相結合,才能產生所有權轉移的效果。”出自優斯丁尼學說匯纂(D.41,1,31),參看【意】斯巴契尼·桑德羅編,范懷俊譯,《物與物權》,中國政法大學出版社,1999年版,第58頁。
8. 優斯丁尼《學說匯纂》(D.12,1,18,pr)提到烏爾比安在《爭論》第七編的一個片斷:“如果我想送你一筆錢而將這一筆錢給你,而你卻以為是消費借貸,那麼,尤里安認為贈與不成立。我們來看一下消費借貸是否成立。我認為,消費借貸亦不成立。因為這筆錢不能屬於基於不同意願接受它的人。”參看【意】桑德羅·斯契巴尼編,丁玫譯,《契約之債與准契約之債》,中國政法大學出版社,1998年版,第69頁。  
“如果我為了寄托交給你一筆款項,而你卻以為是作為消費借貸給你的,那麼,既不產生寄托的效力,也不產生消費借貸的效力。同樣,如果你是作為消費借貸交給我一筆錢,而我以為是使用借貸,同樣不產生任何效力。但是如因上述任何一種情況下使用了金錢,那麼,出借人就享有不包括欺詐之抗辯在內的返還之訴的保護。”前揭《契約之債與准契約之債》,第65頁。
9. 尤里安《學說匯纂》,第13卷:“當我們同意物的交付而交付的原因有異時,我認為交付無效沒有道理。例如,我認為根據遺贈我有義務將一塊土地交付給你,而你

便討論了轉移所有權的交付與原因的關係，而且看法並不一致。然而，更不一致的是後世對於這些古羅馬法論述片斷的解讀<sup>10</sup>。正是從解釋羅馬法的法言開始，關於所有權轉移所需之要件的爭論正式展開序幕。羅馬法的原始文獻就像未經加工的原材料，在不同時代、不同地域，法學家透過對交付與原因作不同解釋而發展出不同的物權變動體系，這一過程甚至影響了整個民法體系的結構<sup>11</sup>。

在整個羅馬法時期，關於所有權轉移之要件的討論主要還是圍繞原因與交付而進行的。此一狀況一直到注釋學派(*Escola dos glosadores*)沒落為止都沒有改變。隨着評注學派的興起，情況開始發生變化。巴托魯斯(*Bartolus*)的得意弟子、評注學派(*Escola dos Comentadores*)學者巴爾杜斯(*Baldus*)認為轉移所有權除了交付與正當原因外，還需要轉移所有權的合意或意思<sup>12</sup>。自此，關於轉移所有權所需之要件的討論便增加了合意這一元素，成了對“合意”、“原因”與交付的概念範圍以及其互相之間的關係的討論。

預約合同制度的出現對於轉移所有權所需之要件的爭論有影響嗎？這些傳統上被視為轉移所有權所需的要件，在“預約合同/物權變動”此一結構中還是否成立呢？假如成立，其法律地位如何？相互之間的關係又如何？下文將分別從各個傳統要件出發，對這些問題進行探討。

## （二）原因在“預約合同 / 物權變動”結構中的位置

正如上文所示，關於轉移所有權之原因的討論比“合意”或“意思”的討論早得多。從古羅馬法開始，法學家已經討論原因與所有權轉移

---

卻認為它是根據要式口約被交付給你的；又如我將一筆現金贈與你，而你卻將之作為消費借貸接受。雖然我們對交付和接受交付的原因有異，但這並不妨礙我將所有權轉移給你。”；【意】桑德羅·斯巴契尼編，范懷俊譯，《物與物權》，中國政法大學出版社，1999年版，第58頁。

10. 有的認為古羅馬法學家爭論的是交付轉移所有權是否需要原因的問題、有的又認為羅馬法學家的不一致僅僅在於對原因這個概念的認識。參看陳華彬，《物權法研究》，金橋文化出版（香港）有限公司，2001年版，第144頁及續後頁。
11. 民法典之債權物權結構的區分與物權行為理論有莫大的關係。
12. 【德】H.H. Pflüger，《羅馬法所有權取得學說研究》，第26頁至第27頁；轉引自田士永，《物權行為理論研究——以中國法和德國法中所有權變動的比較為中心》，中國政法大學出版社，2002年版，第57頁。

及交付的關係。然而，從古代羅馬法到現代已經走過了數以千年的光陰，但是關於原因與所有權轉移的討論仍然繼續。曾經有一段很長的時間，法學家們將討論的焦點集中於“轉移所有權是否需要正當原因”的問題，但是到近代卻逐漸轉移到“原因”的概念是甚麼的問題上。以下先行對原因在不同時期主要含義及其作用領域進行簡介，然後探討原因在“預約合同/物權變動”這一結構中是否一個要件。

## 1. 原因作為交付的正當原因

上文注腳中引述了保羅、尤里安、烏爾比安等學者的羅馬法法言，在這些法言中，羅馬法學家們論述了轉移所有權的交付與原因的關係。然而，這些法言之間本來就存在矛盾。一般認為，從保羅、烏爾比安等大部份羅馬法文獻中，可以得出所有權的轉移是需要原因的，而尤里安的法言則表現出原因的成立與否不影響所有權轉移的思想。其實尤里安的法言本身不一定要解釋為所有權轉移不需要原因，尤里安僅僅指出當交付行為人所設想的原因與交付受領人所設想的原因有異時，所有權的轉移不應受到影響。所以，要從羅馬法的法言中判斷其所有權轉移是否需要原因其實很大程度上在於解釋者如何理解所謂的原因或正當原因<sup>13</sup>。

對於何謂原因，從羅馬法的原始文獻中表現得非常不統一。上文所引的法言僅僅列舉了買賣、贈與等一些被視為原因的例子，從這些例子中，根本就無法推知羅馬法中的所謂原因的確切概念範圍。然而，透過不懈的努力，不少學者還是掌握了羅馬法使用原因這個概念的一些規律，例如著名的羅馬法學家Kaser總結後指出，羅馬法中所謂正當原因或交付的正當原因包括：清償原因(*causa solvendi*)、出賣原因(*causa venditionis*)、贈與原因(*causa donationis*)、嫁資原因(*causa dotis*)、消費借貸原因(*causa credendi*)、誤信原因(*causa putativa*)和其他原因<sup>14</sup>。而我國的劉家安近期更指出當中的清償

13. 參看陳華彬，《物權法研究》，金橋文化出版（香港）有限公司，2001年版，第146頁。該作者引述Hermann Witte指出，尤里安與烏爾比安的法言的差異並不在於原因之需要與否。

14. 轉引自田士永，《物權行為理論研究——以中國法和德國法中所有權變動的比較為中心》，中國政法大學出版社，2002年版，第75頁。

原因 (*causa solvendi*) 對於所有權轉移與原因的理論發展有特殊的重要性<sup>15</sup>。

無論如何，對羅馬法的這些片斷進行分析以及參考現代學者的研究後，可以得出的結論是，羅馬法所謂的正當原因具有相當廣泛的內

15. 劉家安指出，羅馬法中的清償原因具有非常特殊的意義。茲節錄其文如下：“羅馬法學家為滿足交付對於‘正當原因’的要求，遂將‘清償’ (*solutio*) ——而非導至清償發生的債的關係——本身解釋為交付的原因。但是，在筆者看來，在古羅馬法學上，‘清償’被作為交付的原因有其特殊的歷史性，它與 *solutio* 這項制度的起源有關，不能拋開這一歷史背景而斷言‘清償原因’實際上彰顯了無因主義的結構。在羅馬法上，*solutio* 最初同要式買賣、要式免除等一樣，都是所謂‘秤和銅塊式’的要式行為 (*solutio per aes et libram*)，它是債務人借以使自己擺脫一項同樣以要式方法承受的債務的方法。同要式買賣一樣，最初它包含了標的物所有權的實際轉移——標的物所有權的轉移，使得債務約束由於受有對價而解除。因而，在早期羅馬法上，*solutio* 本身就完全可以成為所有權轉移的‘正當原因’，至於通過要式行為所欲擺脫的那項債務的產生‘原因’，由於 *solutio* 的要式性，當然對所有權轉移不產生任何影響。舉例來說，如果甲通過要式口約 (*stipulation*) 承受了向乙支付10個金幣的債務，那麼當甲通過 *solutio* 的要式行為將10個金幣交付給乙從而使自己擺脫債務時，乙的所有權取得的法律上的直接原因是 *solutio*，而非之前的要式口約。因此，即使事後證實了要式口約的無效，作為清償對象的標的物的所有權轉移的效果仍然不受影響，因為 *solutio* 作為要式行為仍然可以作為標的物發生轉移的原因。在早期，*solutio* 所產生的所有權轉移的效果是絕對的、終局性的，只是到了後來，在錯債清償等情形，才引進 *conditio* 的訴權來平衡當事人的利益。

到了古典時期，*solutio* 已逐漸失去其要式性，成為了對 *dare* (以所有權的轉移為義務內容) 義務予以清償的一般表述。仍舉上述事例，甲向乙交付金幣的簡單行為 (非要式行為) 本身就被稱為 *solutio*，所以此時的 *solutio* 已經不再是一個獨立存在的法律行為。從邏輯上講，它不應再繼續負擔作為所有權轉移的法律原因的功能。但是羅馬法學家作為傳統的遵從者，在 *solutio* 的實質內涵已發生改變的情況下，並未改變原先法律所賦予的功能。這樣，當事人之間關於一項移轉標的物所有權的、以清償為目的的合意就可以成為所有權轉移效果的‘正當原因’了，儘管事實上 *dare* 的義務可能根本不存在。”；“即使是擺脫了要式的‘清償原因’，其作用範圍仍然是有限的——交付的清償效力僅針對存在一個移轉標的物所有權義務的情形。因此，如果交付的基礎不是產生 *dare* 義務的債的法律關係，那麼就無從將‘清償’作為交付的原因，而只能以一個真實的交易關係作為交付的正當原因。所謂‘買賣原因’、‘贈與原因’、‘嫁資原因’等即屬於這種情況：由於買賣、贈與以及設立嫁資本身都不產生移轉所有權的義務，因此，只有存在真實有效的‘買賣關係’、‘贈與關係’、‘嫁資關係’之時，交付才能產生所有權移轉的效果。”；參看劉家安，《交付的法律性質——兼論原因理論的發展》，載於中國法學網，2004年3月4日，閱讀欣賞欄 (<http://www.iolaw.org.cn>)。



涵，而且並不清晰。羅馬法僅僅是將原因視為一種具有特定經濟內涵的合法交易關係，這種特定的經濟內涵就是所有權的轉移。必須注意的是，古羅馬法學家關注的是具體法律問題的解決方案，而不是抽象的體系建構，在古羅馬時代，“原因”、“交付”、“契約”、“所有權”等概念都未得到高度的抽象<sup>16</sup>。

由此可見，羅馬法中的原因並未形成一個統一概念，不同的羅馬文獻在使用原因(或正當原因)一詞時，所指向的可能是不同範疇的事實。因此，有時候原因似乎隱藏在契約之中<sup>17</sup>，另一些時候，原因又似乎是契約以為的其他事實。

唯一可以肯定的是，羅馬法是試圖以原因說明轉移所有權之交付的正當性，進而調節所有權轉移的效力的。其實當代很多的學者都注意到，羅馬法的原因很多時與財產的轉移有關<sup>18</sup>。可以說，羅馬法的原因主要是在“交付(所有權轉移)的正當原因”這個意義上使用的<sup>19</sup>。為甚麼羅馬法需要以正當原因說明交付的正當性呢？因為轉移所有權的交付作為一個事實行為，本身是不負載任何意思內涵的，因此無法表明其所欲實現的目的。而目的或動機是法律對人的行為作價值判斷的唯一可能基準，無論是刑法領域還是民法領域均如此。因此，當行為的目的符合法律的價值體系時，該行為自應被法律所肯定。

然而，就這樣籠統地談論目的或動機對行為的影響不可能建立出一套具操作性的法律技術結構。羅馬法自覺或不自覺地將有關的目的

16. 劉家安，《交付的法律性質——兼論原因理論的發展》，載於中國法學網，2004年3月4日，閱讀欣賞欄（<http://www.iolaw.org.cn>）。

17. 例如，蓋尤斯指買賣是正當原因（參看前面對蓋尤斯《法學階梯》的引述）。這樣，買賣契約就成了原因的外顯方式，原因被包藏在契約之中。

18. 很多學者在論述羅馬法的原因理論時，都會提到原因主要與財產轉移或交付有關。例如【葡】Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 2002年第2版，第615頁；劉家安，《交付的法律性質——兼論原因理論的發展》一文的第四點，載於中國法學網，2004年3月4日，閱讀欣賞欄（<http://www.iolaw.org.cn>）。

19. 雖然也有學者指出，古代羅馬法的原因乃是針對債而言的一個約束的條件，沒有了“原因”（*causa civilis obligandi*），債不會產生。參看【葡】Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 2002年第2版，第613頁。

或動機整理及分析，建立起一個模糊地關連、而且具有類似類型理論之例示作用的“正當原因”體系，使它成為可操作的法律工具。這一貢獻是具有劃時代意義的。然而，羅馬法的正當原因理論仍然太過模糊，無法為解決交付的正當性問題提供穩定的標準。

## 2. 原因作為合同的要件

中世紀評注學派學者巴杜爾斯發現了轉移所有權需要當事人的合意，從此，關於正當原因的討論便多了合意一項。當自然法學派出現以後，意思(合意)逐漸擺脫其他要件，成了合同的唯一要素。開始時，在這一理念尚不絕對，例如，格魯修斯、普芬多夫等雖然強調意思的主導作用，但是卻沒有否定交付作為表現轉移所有權意思的方式。但是一段時間以後，法國的Domat等人顯然走得更遠，以至最後將交付完全拋棄。Domat在對羅馬法的文獻進行研究之後，重新引入了原因這個概念作為合同的元素，並指出“缺乏了原因便沒有債的存在，在合同之中，兩方或以物換物、或以服務換物、或以服務換取服務、一方的義務構成另一方之義務的原因。”“在僅有一方負義務的合同中，例如寄托合同，其負義務的原因是先前發生的交付。而在無償合同中，例如贈與，原因是其作出慷慨行為的一個正當與合理的動機。<sup>20</sup>”到了十八世紀，Pothier繼承Domat的理論，總結出在有償合同中，一方給付的原因是對方的給付義務；在無償合同中，原因是一方施與恩惠的意圖。Pothier更將“合同的原因”界定為能夠作為區分合同的標準的經濟功能，而將“債的原因”界定為合法性的理由。最後，他還指出“原因的錯誤”或“原因的缺乏”會導致合同無效。而法國民法典的草擬者便是受到Pothier的學說影響而將原因作為合同的要素的<sup>21</sup>。在法國，Domat與Pothier關於原因的理論被視為傳統理論。

在法國民法典頒佈以後，原因理論得到重大發展。以Domat和Pothier的傳統理論為基礎，法國學者Henri Capitant發展出較為完

20. 轉引自【阿根廷】Rubén H. Compagnucci de Caso, *Manual de obligaciones*, Editorial Astrea, 1997年版，第41-42頁。

21. 【法】Jacques Ghestin, *Traité de Droit Civil — La formation du contrat*, L.G. D.J., 1993年第3版，825頁。

整的原因理論。**Henri Capitant** 指出，法律行為均是有目的的行為，而其目的就是行為人的意圖，即原因。在法律行為的各種原因之中，**Capitant** 區分出“目的原因”（*causa fin*）與“動機原因”（*causa motivo*），前者是使行為人決定作出法律行為的經濟社會目的；後者是不構成法律行為的組成部份的個人及間接的理由（這一理由完全是心理上的）<sup>22</sup>。另外，他又指出“目的原因”是雙方的，而“動機原因”則是個人的、偶然的。**Capitant** 又指出，在雙務合同中，原因是由合同執行之時的對待給付以及由合同成立之時所預見的目的所構成的。在單獨行為中，原因是決定其受約束意願的目的；在要物合同中，一方（例如借用人、受寄托人、質權人）承擔物的返還義務的原因是另一方在先前所為的給付中將物交付了給他。實際上，法國學者的原因理論主要是區分了遠因與近因。後來，在此基礎上，部份意大利學者<sup>23</sup>又將原因進一步界定為每一種合同類型所特有的社會經濟目的，或者說其固有的客觀經濟因素<sup>24</sup>。

在上述的所有情況之中，原因均是與合同同時產生的。原因就是法律行為（合同）意思表示的組成部份，因此，債權人必須證明原因的存在。因此，合同法律行為的意思表示有兩個要件：一是原因，二是雙方的合意<sup>25</sup>。

- 
22. 【法】**Henri Capitant**, *De la causa de las obligaciones*, 西語版第102頁；轉引自【阿根廷】**Rubén H. Compagnucci de Caso**, *El negocio jurídico*, Editorial Astrea, 1992年版，第175頁。
23. 例如 **Coviello** 及 **Ruggiero**。參看【葡】**Manuel de Andrade**, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, Coimbra, 1992年第7次重印，第345頁。
24. 部份拉丁學者將 **Capitant** 的原因理論稱為主觀說，而將意大利學者 **Coviello** 及 **Stolfi** 的學說稱為客觀說（參看【阿根廷】**Rubén H. Compagnucci de Caso**, *El negocio jurídico*, Editorial Astrea, 1992年版，第176頁；【葡】**Manuel de Andrade**, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, Coimbra, 1992年第7次重印，第345頁）。事實上，法國學者並沒有認為 **Domat**、**Pothier** 與 **Capitant** 等的理論是主觀說，例如，法國學者 **Jacques Ghestin** 就將傳統理論稱為被“客觀原素中和的主觀觀念”（*la conception subjective tempérée d'éléments objectifs*）（參看【法】**Jacques Ghestin**, *Traité de Droit Civil — La formation du contrat*, L.G.D.J., 1993年第3版，827頁）；我國學者尹田更將原因的傳統理論稱為客觀原因論（參看尹田，《法國現代合同法》，法律出版社，1997年版，第154頁）。
25. 【阿根廷】**Rubén H. Compagnucci de Caso**, *El negocio jurídico*, Editorial Astrea, 1992年版，第176頁。

在上一世紀五十年代，以法國 **Planiol** 為首的部份拉丁學者<sup>26</sup>又提出“反原因論”或原因理論的否定說，認為原因的概念是虛假的<sup>27</sup>。然而，無論在法國抑或其他拉丁國家，反原因論最終並沒有被接受<sup>28</sup>。

26. 除 **Planiol** 外，較著名的還有法國的 **Baudrey Lacantinerie**, **Cornil**；意大利的 **Giorgi**, **Melucci**；比利時的 **Ernst**, **Laurent** 以及葡萄牙的 **Manuel de Andrade**（其學生 **Carlos Mota Pinto** 在其著名的民法總論中完全省略關於法律行為原因的論述，似乎也應視為追隨 **Manuel de Andrade** 的思想）。

27. 關於“反原因論”（*tesis anticausalista*），參看【阿根廷】**Rubén H. Compagnucci de Caso**, *El negocio jurídico*, Editorial *Astrea*, 1992 年版，第 181 頁；另外，我國學者尹田對該說亦有非常詳細的論述（行文與上述阿根廷學者差別不大）。他指出了反原因論的兩點最重要理由，“1）傳統的原因定義有不確切性：在雙務合同中，雙方的義務是同時產生的。而從邏輯上講，結果總是在原因之後，故不存在一方的義務是對方的義務產生的原因這種可能性。”“2）傳統的原因概念具有不必要性：法國民法典第 1131 條規定，合同可因原因缺乏、原因錯誤或原因不法三種情況而無效，而事實上，只存在兩種情形。因為原因的錯誤產生於債務人的誤解，即債務人誤以為存在的原因實際上並不存在，但這實際上又可說是原因缺乏的一種特殊情形。”另外，“在不同場合，原因的缺乏或者混淆於合意的缺乏，或者混淆於標的之缺乏。至於原因不法，其一些合同中根本不適用，而在另一些合同中，則與標的的不法混淆。”所以，傳統的原因理論毫無價值（參看尹田，《法國現代合同法》，法律出版社，1997 年版，第 154-156 頁）。

28. 參看【阿根廷】**Rubén H. Compagnucci de Caso**, *El negocio jurídico*, Editorial *Astrea*, 1992 年版，第 181 頁。當代的學說多數認為，原因理論並沒有違背邏輯，而且有其作用的空間，故應予重視。關於其邏輯性問題，當代的學說指出，只要將傳統原因論的“一方承擔義務的原因是另一方承擔義務”換成“一方承擔義務是為了讓另一方也承擔義務”，則沒有邏輯不通的問題。而關於不必要性的問題，則視乎其適用對象是何種合同，如果僅僅是指要物合同，則把原因視為合同相對方先前所作之交付的說法是不必要的（然而，要物合同是否應被視為一種合同類別卻經常受到質疑），在諸如商法的債權證券等領域的票據行為中，原因理論絕對有適用之處；而在雙務合同中，如果不承認原因作為合同成立的要件，則只有那些缺乏標的或標的不合法的合同義務才歸於無效，而其他義務仍應繼續有效。也就是說，在買賣合同中，當出賣人的義務因其標的物缺乏或不法而歸於無效時，買受人仍應支付價款，因為買受人的義務標的是可能和合法的（參看尹田，《法國現代合同法》，法律出版社，1997 年版，第 154-156 頁）。

只是，在葡萄牙，由於 **Manuel de Andrade** 的巨大影響，反原因論似乎佔有一定市場（參看【葡】**João de Castro Mendes**, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, *Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa*, 1985 年版，1995 年重印，第 267 頁）。

另外，根據尹田先生的介紹，法國當代的原因理論傾向於重新將動機或遠因納入原因的範疇（參看尹田，《法國現代合同法》，法律出版社，1997 年版，第 158-159 頁）。

從以上分析可見，拉丁法系的原因理論主要是將原因視為合同的要件，即原因與合意。無論是那一種合同，只要接受該原因理論，原因均包含在合同之中。即合同訂立之時，原因即產生。因此，即使合同涉及財產轉移亦毫不例外，除贈與以當事人的慷慨意願作為原因外，有償的財產轉移合同均以對待給付作為原因，而原因與合同成立一起產生，包含在合同之中。

正因為財產轉移的原因被包含在合同之中，因而，當合同因為原因不法或不存在而無效，則財產轉移也會無效，所以，這種模式的財產轉移便被稱為要因模式。然而，要因模式僅僅是德國法學理論將焦點集中於財產轉移，從而得出法國法的財產轉移為要因之評價。事實上，從法國法（以至整個拉丁法法系）的原因理論發展過程來看，該理論並沒有特別關注財產轉移的問題。財產轉移合同之要因與其他任何一種合同之要因並沒有任何區別，例如，按照上述的原因理論，假如一份雙務合同的給付內容是雙方互相為對方提供服務而不是財產轉移，其原因的問題與具有財產轉移內容的合同並沒有任何區別。法國法僅僅是將原因視為契約成立的要件。

### 3. 原因作為給與正當性的基礎

與法國法將原因視作所有合同<sup>29</sup>的成立要件不同的是，德國法並沒有將原因列為法律行為成立的要件。德國法對原因的討論主要是為了解答物權行為不要因的問題<sup>30</sup>。

德國民法為甚麼需要以原因理論解釋物權行為的不要因呢？這個問題其實與其物權行為理論的結構有關。

29. 由於法國民法典沒有總則，所以該民法典關於合同成立要件的規定實際上就相等於一切法律行為成立要件的規定。因此，法國民法的原因理論也可以被視為法律行為的原因理論。

30. 曾世雄，《民法總則之現在與未來》，中國政法大學出版社，2001年版，第178頁；德國當代民法學家Flume更直接指出，“原因行為與抽象行為乃給與行為的範疇”（參看田士永，前揭著作，第271頁）。

眾所週知，德國法學巨匠薩維尼(Savigny)在胡果區分所有權轉讓與其基礎行為理論<sup>31</sup>的基礎上，發展出抽象物權行為理論。而該理論的最核心要件其實是將一向被視為事實行為(轉移佔有的行為)的交付視為一項真正的契約<sup>32</sup>，即所謂之物權契約。薩氏的此一理論發明是一項非常複雜系統工程，其論證過程中充份體現了作者深厚的羅馬法基礎以及超人的創造力<sup>33</sup>。

- 
31. 參看田士永，《物權行為理論研究——以中國法和德國法中所有權變動的比較為中心》，中國政法大學出版社，2002年版，第58頁。
32. 在其著作《當代羅馬法體系：第3卷》第140節中，他寫道：“私法契約最複雜常見。所有法律制度中都可以產生契約，而且它們是最重要的法的形式。首先是在債法中，確而言之，首先是債的設定，還包括債的消滅。此外，在物權法中，它們同樣廣泛應用着。因而，交付是一項真正的契約，因為它具備契約概念的全部特徵：它包含着雙方當事人對物的佔有和所有權轉移的意思表示，行為人據之確定彼此間法律關係。僅該意思表示本身作為一個完整的交易還不夠，因此還必須加上物的實際佔有取得作為其外在的行為，但這些都不能否定其本質是契約。同樣，役權通常也是通過契約產生，和所有權轉移一樣，人們主要通過交付得以實現，或者單純契約就足夠了。永佃權、地上權、質權也是通過契約產生，甚至不像錯誤斷言那樣，必須附加交付。該行為的契約本質經常在重要場合被忽略，因為人們完全不能把它與債的契約區分開，那些行為常常是隨時伴隨而來的。比如一幢房屋買賣，人們習慣上想到它是債法買賣，這當然是對的；但人們卻忘記了，隨後而來的交付也是一項契約，而且是一項與任何買賣完全不同的契約，的確，只有通過它才能成交。在不太常見的只有交付而此前不存在債的情形，可以清楚發現這一混淆，例如，贈與某種施捨的情況，它包含了一項真正的契約，但絕不是債，當事人協商的意圖只是給予和接受；此外，通過無佔有的設質(抵押)也可以看清楚這一點，通過契約只確立了物權性質的質權，根本沒有債。為了明確區分這些情形，人們可謂之物權契約(dingliche verträge)。”“交付是一項真正的契約，並非債法上的契約，而是物權法上的契約。交付雖然與債法契約(如買賣、互易及其他)相區別，但卻可能以其為基礎，並且主要是以先前設定的義務為基礎。”田士永，《物權行為理論研究——以中國法和德國法中所有權變動的比較為中心》，中國政法大學出版社，2002年版，第59頁；另見孫憲忠譯，《抽象物權契約理論——德意志法系的特徵》，載於《物權法論》，第652頁。
33. 事實上，薩維尼在構建其物權行為理論之時，是托研究羅馬法之名而進行的。薩維尼將交付視為一項契約可謂對羅馬法的一種全新的演繹。從上文所引述的羅馬原始文獻可見，在古羅馬法中，交付不僅僅是轉移佔有的行為，而且是轉移所有權的行為。另外，羅馬法文獻又有交付轉移所有權需要原因的法理，加上其本人對占有制度的深入研究以及當時流行的“名義”+“形式”的所有權轉移模式，全部都為薩維尼創造出抽象物權行為理論提供了素材。
- 關於這一理論，孫憲忠教授的《物權行為理論探源及其意義》是第一編系統地將其介紹到我國的論文。至於對物權行為理論所涉及的所有元素作最鉅細無遺的分析

當薩維尼將交付視為一項直接導致物權變動的契約，他即時便遇到一個在羅馬法中已經出現的問題：交付<sup>34</sup>雖然可以展示出當事人自願地將物的佔有以致所有權轉移，因而具備作為契約的特徵，可是，以交付作為意思表示同時也存在很大的局限性；無論如何辨證，作為意思表示的交付所能展示的就僅僅是當事人轉移佔有的意思以及其轉移是自願的。交付不可能展示出當事人為甚麼轉移物的所有權（及佔有），因為在客觀層面，交付始終是一個單一的事實行為。

自然法與法國民法典的經驗顯示，契約的效力是取決於當事人的動機或目的（或稱原因）的，而當薩維尼將交付視為一項真正的契約以後，當事人的行為目的或原因便無從探究。顯然，將所有權轉移與行為人動機的關係完全割斷是與法律的公平正義觀念不符的，行為人雖然通過交付表示出其自願轉移物的所有權，可是其轉移的動機在法律上是否成立與其行為的結果（即所有權的轉移）不可能沒有關係（但是其關係的方式如何則有商榷的可能）。因此，薩維尼便必須為其作為一項真正契約的交付補充一項足以說明其理由的附件。這樣，他指出，“交付雖然與債法契約相區別，但卻可能以其為基礎，並且主要是以先前設定的義務為基礎<sup>35</sup>。”“其存在與效力完全獨立於真正的或者錯誤的行為基礎”<sup>36</sup>。

薩維尼的研究為物權契約與債權契約各自作為獨立的契約建立了系統的架構，然而，他並沒有鉅細無遺地為組成該架構內的法律概念進行設計的銜接。這是薩維尼之後的法學家的貢獻。例如，薩維尼雖然透過將交付視為契約而創立出物權行為理論，但物權行為的概念範圍、原因的概念範圍、兩者的關係等的進一步釐清卻還有一個過程。

---

者，應是田士永先生的《物權行為理論研究——以中國法和德國法中所有權變動的比較為中心》。

34. 必須注意的是，從其早期著作《論佔有》可以看出，薩維尼所指的交付絕對不是單純的真實交付，而是更廣義的、包括佔有改定等的觀念上的交付。參看 Von Savigny's *Treatise on Possession*（英語譯本），Erskine Perry 譯，Hyperion Press Inc. 1979 年版，第 205 頁及續後頁，尤其第 236 頁。

35. 參看田士永，上述著作，第 61 頁。

36. 參看田士永，上述著作，第 92 頁。

薩維尼的理論提出後，德國法學家對於原因的確切範圍意見並不一致。例如 **Puchta** 認為“正當原因只是關於所有權給予與取得的協商的意思，該法律行為中該意思以外的其他內容，一般不屬於正當——原因。”**Otto Bähr** 認為“原因乃是財產轉讓的直接並且惟一的法律基礎。”**Dernburg** 認為“交付人的轉移意思需依賴一項基礎——原因。因為，一個人通過法律行動減少其財產，比較合符理性的是他心裏想到了某個目標，這個目標促使他去這樣做。....這些基礎通常構成轉移目的的識別標記。因為，這些目的在交付中幾乎沒有特別表示，並且主要通過作為其基礎的行為推斷出來。”<sup>37</sup>

到十九世紀末期，**Ernst Bekker** 從前人論述中，發展出財產法中的給予行為 (*Zuwendungsgeschäfte*) 概念<sup>38</sup>。到了二十世紀，德國學者更以給予行為作為原子核，將給予行為、物權行為、原因等不同層次的概念串連起來，使到其民法的概念體系更為嚴謹。**Enneccerus/Nipperdey** 指出，“某人通過該行為使他人獲得財產，該行為即給予。”**Flume** 認為，“對於財產行為，人們區分給予行為和不包含給予的行為。給予，即某人使他人獲得財產得利。根據有償給予行為和無償給予行為的標準，可以對給予行為再次進行區分。”“原因行為與抽象行為乃給予行為的範疇。”我國的學者田士永對此作了總結，其要點為：給予行為是行為人透過意思表示，使財產利益從一方轉移到另一方的行為。因此，不屬於法律行為的行為不會是給予行為，即使該行為涉及財產利益從一方到另一方的轉移 (例如混合、加工等事實行為)；是法律行為，但不涉及財產利益者 (例如收養契約) 不會是給予行為；屬於法律行為，也涉及財產利益，但只要不是財產利益由一方轉

37. 全部參看田士永，上述著作，第 96-100 頁。

38. 關於給予行為 **Ernst Bekker** 指出，“最狹義上，它可作如下理解：給予 (*Geben*) 行為，即，發生權利由某財產向他財產轉移的效力的法律行為；該類行為需要兩項相符合的意思表示，一項是處分人方面減少財產的給予，一項是處分人方面增加財產的接受。” (轉引自田士永，上述著作第 275 頁。田指出 **Bekker** 所指的後一個處分人應為取得人。) “廣義上，權利轉讓，該權利轉讓係轉讓人有意進行，縱非通過法律行為而實現亦可；此外，所有允許的行為，行為人旨在通過該行為使他人獲得積極金錢價值。” (轉引自田士永，上述著作第 275 頁)。



移到另一方者也不是給予行為(例如所有權的拋棄)。給予行為不同於物權行為,因為涉及財產利益從一方向另一方轉移的法律行為既可以是債法上的行為,也可以是物權法上的行為。而作為物權行為的所有權拋棄、抵押權的設定等等又不是給予行為<sup>39</sup>。

德國學者認為,給與使財產利益從一人轉移到另一人,這一變化需要說明原因。**Bekker**指出,“原因學說發展的依據在於,人們注意到,給與通常並不單獨存在,而是伴隨旨在通過給與產生對給予有法律意義的利益的表示出的目的有償發生。”及後,**Von Tuhr**又對動機與原因進行區分,指出原因是“對給與法律意義具有決定性的目的<sup>40</sup>。”最後,**Flume**更指出原因可以說明給與的正當性,以及原因的構成方式(即意定或法定的方式)<sup>41</sup>。

從本節所引述的德國學者對原因的分析可見,德國學者所理解的原因的實質意義與拉丁學者所理解的原因區別不大(都是從區分遠因與近因著手)。只是,德國民法沒有將原因視作一切法律行為的成立要件,在法律行為的整體效力控制方面,德國民法的控制鍵是意思表示(包括單獨的意思表示與合意)的自由與真實。此一理念實際上是將法國民法從合意中獨立出來的原因重新又結合到合意之內。

39. 全部參看田士永,上述著作,第276-278頁。

40. **Von Tuhr**指出,“任何一項給與均包含受領取得財產利益的直接結果。但給予並不是為了它本身而發生,而是為了達到某個目的,當然,該目的可以是達到其他目的的手段。行為人心中的目的,同時也就是動機,該動機促使該法律行為實施。在這一系列目的及與其相適應的動機中,一般只有直接存在於給與中的目的才有法律意義:根據該目的確定給與的法律性質,即,該給予之下的法律規範群,如果該目的未達到,要麼該給與本身無效,要麼確立通過不當得利返還而返還的請求權。”“對給予法律意義具有決定性的目的,可稱之為法律目的。從技術角度分析,原因這一源自羅馬法的表述方式更為合適,在普通法學中,該詞既有前述法律目的的含義,又不包含隱藏在該目的後的實際動機”。氏著,《德國民法總則》,第二卷,第2冊,第62,63頁。轉引自田士永,上述著作第284頁。

41. **Flume**指出,“所有法律行為為給予,均要求法律基礎,也就是原因,通過該法律基礎或原因,給與作為行為當事人間的給與,才具有正當性。法律行為給與可以通過意定規則或法定規則獲得其意義。...所有權轉讓要求法律基礎,以說明取得人取代轉讓人成為所有權人的正當性。所有權轉讓並不是為了它本身而發生。該法律基礎可以是意定規則,例如,所有權轉讓人已將該物出賣於取得人,也可以是法定規則,例如,根據法律轉讓人有義務向取得人轉讓所有權。”氏著《法律行為》,第152-153頁。轉引自田士永,上述著作第285頁。

但是，另一方面，在物權行為(當所給予的財產利益具有物權的性質)的範疇，德國民法卻別出心裁，將給予的合意從籠統的合意中區分出來，作為獨立的一個合意(法律行為)。在交易中，作為整體的法律行為是內涵豐富而且具有說明性的(足以說明其本身的正當性)，但是被德國學者分離出來的給予行為卻不具有這一特徵。相反，本來是一個整體的法律行為減去了給予行為這部份內容後，變成了一個仍然具有說明性，但卻不具有給予內容的法律行為。這樣，具有說明性內涵的法律行為當然就可以作為給予行為的原因了。由於把作為原因的法律行為與給與法律行為視為兩個法律行為在理論上是可能的，而為了交易安全的目的，在給予涉及物權性財產利益的時候，德國民法便規定給予行為的效力不受原因行為所影響。

本文認為，關於物權變動與原因的關係，薩維尼以後的德國法學家不斷的將概念精細化，然而並未超越薩氏所建立的體系。以給予行為作為“原子”，然後為其添加原因的思考進路與薩維尼將“交付”作為“原子”，然後為“交付”添加“行為基礎”的進路如出一轍。雖然經過理論的加工後，“給予行為”、“物權行為”與“原因”等概念都有了更清晰的內涵、更邏輯關係模式，但是“給予行為”作為一個僅僅具有有限的因素、不具目的之說明性的行為，因而需要“原因”來說明這一點始終沒有改變。

#### 4. “預約合同/物權變動”結構中的原因

秉承自然法學派的法國民法將原因與合意並列，視為合同的成立要件。德國民法並沒有將原因視為與合意分離的合同成立要件，但是其物權行為理論將涉及物權變動的法律行為區分為物權行為與債權行為兩項行為，而原因則被發展成給予的原因，進而成為物權行為的原因。

預約合同的活躍區域主要是拉丁法系。拉丁法系(很多時直接被稱為羅馬法系或法國法系)關於物權變動的規則主要受法國民法影響。可是，與一般理解不太一樣的是，由於預約合同制度的存在，在交易的整個結構中，從交易當事人建立法律的約束到標的物的所有權轉移同樣存在兩個法律行為而不是一個。

然則，在這樣一個從預約合同的締結到物權變動的結構中，“原因”的位置在那裏呢？我們有需要從新建立一套專門為“預約合同/物權變動”這一結構而設的原因理論嗎？以下將對這些問題進行探討。

從本節的分析可見，德國民法的物權行為理論最特別的地方是其將涉及物權變動的法律行為分為債權行為與物權行為。一般以債權行為作為物權行為的原因。既然在“預約合同/物權變動”這一結構中，物權變動同樣經歷兩個法律行為，那麼，預約合同有可能是物權變動的原因嗎？

這一問題很容易使人困惑。因為，在物權行為理論中，物權行為是為履行債權行為而作出的行為，而在這樣一個結構中，德國法又肯定了當事人的原因合意作為給予行為的原因，給物權行為導致物權變動，所以債權行為也是物權變動的原因。同樣，本約合同是為履行預約合同而作出的行為，而本約合同也會導致物權變動，那麼預約合同自然也應該是物權變動的原因了。

可是，這樣看原因的問題並不正確。物權行為作為債權行為的履行行為和債權行為是否物權行為（以及物權變動）的原因並不是同一個問題。

從本文對羅馬法以來的原因理論的分析，交付、給予行為或物權變動（在羅馬法的時候以交付作為表徵，因此羅馬法總是談到交付的正當原因而不是所有權轉移的正當原因）之所以需要原因理論補充，是因為這些都是不負載意思因素的事實行為，而原因的作用就是說明其正當性。換而言之，原因之所以成為原因，乃是因為它說明了另一行為或事實的目的，而不是因為該行為或事實是“原因”行為的履行或履行結果。

另外，既然原因必須足以解釋當事人行為的正當性（實際上就是必須具有說明當事人行為之目的正當之可能性），那麼，原因就不可能是一個不具意思內涵的行為或事實。例如，交付是一個動作，它不負載意思，任何交付都是物從一個人的手上交到另一個人的手上，這一動作本身不會說明為甚麼；財產利益的轉移或給予雖然比交付抽象，然而在抽象層面給予同樣是一種不負載意思的行為，財產利益轉移本身

也無法說明為甚麼，例如，甲銀行戶口的一筆資金被轉移到乙的戶口，這一轉移本身無法說明其意思。

那麼，預約合同也具有原因的這種特性嗎？換而言之，相對於債權合同而言，預約合同具有解釋性嗎？預約合同可以說明本約合同的目的嗎？

答案是否定的。預約合同是當事人締結本約合同的約定，其結構極為單純。合同的一切權利義務均視為本約合同所產生的，因而，能說明本約合同目的的並不是預約合同，而是本約合同本身。預約合同倒像是交付那樣，是不負載意思的。

相反，作為預約合同之履行行為的本約合同卻有豐富的內容，其本身即足以說明其社會經濟目的，因此，本身也就足以說明其正當性。

既然本約合同本身就足以說明其正當性，那麼，也就再沒有必要為其尋找原因了。

假若一定要問，在“預約合同/物權變動”這一結構中“原因”在那裏，則唯一可能的答案是原因藏於本約合同裏。

由於本約合同也就是導致物權效力的產生的法律行為，本約合同的締結與物權效力的產生發生在同一時間，所以，在“預約合同/物權變動”這樣一個結構中，物權變動的原因也就隱藏在導致該變動發生的法律行為（即本約合同）裏。

從以上分析可見，將涉及物權變動的合同區分為預約合同與本約合同兩個階段的締約模式並沒有改變原因所處的位置，原因仍然是隱藏在合同中作為合同成立的要件<sup>42</sup>。

---

42. 必須注意的是，部份拉丁法系的民法學說（例如上文提到的葡萄牙學者 Manuel de Andrade 以及其他所謂的“反原因論者”）既承認合意主義原則的物權變動模式，又否定原因作為合同成立的要件。對於這部份學說而言，原因等同於合意，所有權轉移的正當性直接源於當事人的合意。

### （三）“預約合同 / 物權變動”結構中的合意

在探討了原因理論的發展過程之後，合意與交付的概念與範圍與所處之地位便豁然開朗了。

在羅馬法的時候，合意是沒有被獨立出來的，我們既可以認為合意被隱藏於原因之中，也可以認為交付是合意。古代羅馬法的法言不斷提到“交付轉移所有權”<sup>43</sup>，我們很自然便會聯想到羅馬法中的交付其實是一種轉移所有權的合意。可是，另一方面，這些法言同時又指出買賣、贈與等屬於原因的範疇。以今日的目光看來，買賣是合同，而合同由意思表示一致產生，那麼原因其實也是合意<sup>44</sup>。事實上，羅馬法根本就沒有從合意的角度考慮問題。

“合意”在所有權轉移中的地位是從巴爾杜斯開始才進入法學家的視野的。及後到自然法學派才成功地將合意提煉成合同的要素，並將原因與合意結合成一個整體，共同產生合同的效力。這就是著名的合意主義原則。此一原則具有一般性，所以即使合同的標的涉及物權的轉移，合意主義原則仍然適用。在這種情況下，合意主義原則又被稱為物權變動的合意主義原則<sup>45</sup>，其表現形式為：“合同即足以產生轉移所有權的效果”<sup>46</sup>。

上文指出，“預約合同/物權變動”這一個結構正是以物權變動的合意主義原則為基礎的，預約合同的出現就是為了解決所有權轉移的時間差問題。因此，在“預約合同/物權變動”的結構中，合意仍然是導致物權變動的要件，而且是唯一要件。然而，這一合意究竟在何時表現出來呢？嚴格意義上，它僅僅在本約合同中表現出來，然而，預約合同又預視了本約合同的全部內容，那麼可以認為合意在預約合同階段已經出現嗎？本文認為，這是一個極為關鍵的問題。預約合同的最重

43. 參看上文所引的保羅、烏爾比安及尤里安法言。

44. 薩維尼就是這樣認為前者是“債權合意”，而後者是“物權合意”的。

45. 孫憲忠老師稱之為基於法律行為物權變動的債權意思主義模式。參看其《論物權法》，第151頁。

46. 【西】Luís Díez — Picazo/Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, Editorial Tecnos, 1994年第5版，第71頁。

要功能是延後合同效力的發生，其中最重要的是延後所有權轉移效力的發生。由此可見，物權變動的效力是由本約合同產生的。然則，難道預約合同在這個結構中一點影響力也沒有嗎？本文並不這樣認為。實際上，預約合同必須完全描述本約合同的內容，倘若本約合同產生轉移物權的效力，實際上該轉移物權的意思在預約合同的階段已經完全展露，只是其效力僅在本約合同階段才發生。所以，邏輯上應該認為預約合同是轉移所有權合意達成的階段，本約合同只是使該效力發生的一個條件。然而，預約合同與本約合同又被視為兩個獨立的法律行為，那麼，每一個法律行為都應該有本身的意思表示、本身的效力。也只有這樣，後一個合同的效力才不會被前一個合同的意思表示瑕疵影響，交易完全方得以保障<sup>47</sup>。因此，本文仍然認為，在“預約合同/物權變動”的結構中，導致物權變動的合意發生於本約合同階段。

#### （四）交付在“預約合同 / 物權變動”結構中是否要件

在古代羅馬法中，僅適用於羅馬市民及要式物的市民法取得方式主要有要式買賣及擬訴棄權<sup>48</sup>。“交付”是萬民法（適用於羅馬市民以外之人民的法律）的取得方式，在市民法中，交付僅能轉移佔有或持有。在羅馬帝政後期，銅塊和秤式不再為人們所採用，一般的“交付”即可以移轉任何物件的所有權。西方帝國滅亡後，東方羅馬帝國在優帝一世時明令廢止要式買賣；同一時期，擬訴棄權也喪失了作為轉移所有權的通行方式的地位，但由於方式較要式買賣簡便，所以直到公元3世紀末前後還為偶有採用<sup>49</sup>。實際上，到了優帝一世時，隨着要式轉移物與略式轉移物的區別消失，萬民法的取得方式取代了市民法的取得方式，“交付”（*traditio*）——或者說，以轉移所有權的有效原因或正當原因為根據的交付——成了唯一通行的移轉所有權的方式<sup>50</sup>。

47. 下文對此將有進一步的論述。

48. 周枬，《羅馬法原論》，商務印書局，1996年版，上冊，第312頁。

49. 周枬，《羅馬法原論》，商務印書局，1996年版，上冊，第317-318頁。

50. 參看周枬，《羅馬法原論》，商務印書局，1996年版，下冊，第339頁；另見，【英】Barry Nicholas 著，黃風譯，《羅馬法概論》，法律出版社，2000年版，第123頁。

必須注意的是，在優帝時代以後，雖然羅馬法學家將交付視為所有權的取得方式，然而，其所指的交付並非僅包括物件的授受的事實行為，而是所謂附有正當原因的交付。因此，其交付實際上是包含當事人的意思因素的，只是當時的法學家還未能形象地描述這種觀念上的“意思”，才會將具有外觀特徵的“交付”以及主觀意思特徵的原因作為取得所有權的方式。具有主觀意思特徵的原因難以把握和定義，所以羅馬法學家就籠統地將其隱藏在交付的定義之中。因此，當羅馬法上提到轉移所有權的交付時，其所指的實際上是具有正當原因的交付<sup>51</sup>。

可以說，從古代羅馬法起，交付便一直是一種透明的無色行為<sup>52</sup>。根據羅馬法不同制度的規定以及其所依附意思之不同，交付既可以轉移所有權（古代的萬民法、後期的優帝法），也可以轉移占有或持有（古代的市民法）。

曾經有一段時期（從西方帝國滅亡後到優帝一世之前的一段時間），在古代羅馬法之中僅僅具有債的效力之諾成買賣契約也開始產生轉移所有權的效力<sup>53</sup>。但是，到了優帝一世之時，又恢復了交付轉移所有權的古典觀念<sup>54</sup>。

除了上述優帝之前出現過的、以諾成買賣轉移所有權的例外情況，直到自然法學派的早期，交付一直是轉移所有權的要件。十八世

51. 周枬在提到作為萬民法所有權取得方式的交付時，便指明要以“轉移所有權的意思”（原因）作為要件。參看其前揭著作，上冊，第337頁。

52. 參看【英】Barry Nicholas 著，黃風譯，《羅馬法概論》，法律出版社，2000年版，第123頁。該作者形象地指出交付的無色特性：“它根據行為實施時的具體情況得到法律上的顏色。如果我根據一項買賣協議向你交付我的戒指，我給你的是所有權；如果我向你交付戒指是為了擔保一項債務，我給你的是占有；如果我是為了租用的目的向你交付，給你的只是持有。”

53. 例如康士坦丁大帝所規定的土地買賣契約。參看【德】Max Kaser 著，Rolf Dannenbring 譯，*Roman Private Law (Römischer Privatrecht)*, University of South Africa, 1984年第4版，第129頁。

54. 參看【德】Max Kaser 著，Rolf Dannenbring 譯，*Roman Private Law (Römischer Privatrecht)*, University of South Africa, 1984年第4版，第129頁。

紀“名義”+“形式”理論的盛行足以證明這一點。只是，從自然法學派開始，法學家們便注意到對所有權的轉移起決定性作用的僅僅是當事人的意思(合意)，由於羅馬法的傳統，自然法學派的這些法學家一時之間並沒有將交付完全拋棄，相反，他們更為交付在所有權轉移之中找到一個重要的角色：作為所有權轉移之意思的特有表現形式<sup>55</sup>。

後來，自然法學派在法國大放異彩，其法學家通過研究後逐漸發覺以交付作為轉移所有權意思的獨特表現形式完全是沒有必要的，至此，交付作為轉移所有權要件的思想才被完全拋棄。《法國民法典》以及受其影響的《意大利民法典》均採納了這種思想，以當事人的意思(合意)作為轉移所有權的唯一要件。

在採用了預約合同/本約合同這一締約模式後，僅以當事人之意思作為轉移所有權要件的合意主義原則完全拋棄了交付這一特徵並沒有改變。

在“預約合同/物權變動”結構中，有無物的交付原則上<sup>56</sup>不影響所有權轉移的發生。

### 三、預約合同與物權變動的關係式

#### (一) 關係式之一：以本約合同作為媒介的間接連結

預約合同與本約合同總是成對出現，不可能僅僅有預約合同而無本約合同。“預約合同是約定於將來締結另一份合同的協議或合同”。由此可見，預約合同僅僅約束締約人於將來作出一個法律行為；其指向的是人的行為而不是權利或者物。

---

55. 參看上文關於格魯修斯之理論的介紹。

56. 之後所以說“原則上”是因為某些預約合同制度的特例使交付在轉移所有權的過程中重新獲得重要的地位。這些特例包括《葡萄牙民法典》以及作為其繼受者的《澳門民法典》。



原則上，預約合同不可能跳過本約合同而與物權變動連上關係<sup>57</sup>。

當預約合同所指向的本約合同是一份以財產利益轉移為目的的合同，根據合意主義原則，在本約合同訂立之同時，財產利益便發生轉移。假若有關的財產利益是物權性質，則當締約人為履行預約合同而締結本約合同時，物權便發生變動。由於預約合同的義務單一、理論上的適用範圍廣闊，而且不直接指向物權變動的效果，因此一般在觀察預約合同制度之時，很少會把它與物權變動聯繫起來。

締結本約合同的意思表示就是導致物權變動的意思表示、也是物權變動發生所需的唯一要件，兩者發生在同一時間、融合為一體。因此，要觀察預約合同與物權變動的關係，必須以本約合同作為媒介。

## （二）關係式之二：時間上的先後關係

以交易的全過程作為關注的對象，將預約合同/物權變動納入一個整體結構之內便可以發現，兩者之間必然存在時間差。其理由如下：

物權變動被隱藏於本約合同之中，預約合同與物權變動的關係是透過預約合同與本約合同的關係而展現的。由於預約合同的締結與本約合同的締結之間必然存在時間差（否則預約合同/本約合同這種締約模式便屬於毫無必要），所以，預約合同與物權變動之間也一定存在時間差。或者說，物權變動的發生時間必然後於預約合同成立與生效的時間。正是因為這樣，預約合同/本約合同的締約模式方可滿足交易中之當事人的現實需要。

## （三）關係式之三：法律行為分離的關係

預約合同與本約合同是兩個結構上獨立的合同。相對於直接導致物權變動發生的本約合同，預約合同是一個獨立的法律行為。因此，可以得出預約合同與物權變動在法律行為上分離的結論。

---

57. 可是葡萄牙民法典規定了一種預約合同的特別類型，稱為“具有物權效力的預約合同”，顧名思義，這種預約合同本身便產生物權效力。

按照學說與各國法律對預約合同所作的界定，預約合同僅僅在締約當事人中間產生將來締結本約合同的權利義務，而這一給付義務的內容是一個法律行為（締結本約合同）。由此可見，無論預約合同所對應的本約是否涉及財產利益的轉移，預約合同本身都不可能產生物權變動的效力。而當本約合同涉及物權性財產利益的轉移，則物權的變動的效力在締結本約的意思表示作出之同時產生。因此，直觀上，預約合同就是債的合同，而本約合同就是物權合同。從這個角度看，似乎預約合同/本約合同的結構（或者說預約合同/物權變動的結構）也可以達到德意志法系之物權行為理論一樣的功能。

然而，這種看法是完全錯誤的。預約合同與導致物權變動的本約合同雖然在學說上與實證法上均被視為兩個獨立的合同（法律行為），可是，從上文所作的分析可見，預約合同與本約合同的區分與物權行為理論的區分原則是完全不同的法律技術。

#### 四、“預約合同/物權變動”結構與 具有相同功能的其他結構比較

##### （一）與“名義”（*titulus*）+“形式”（*modus*）結構的比較

###### 1. 名義+形式理論簡述

“名義”（*titulus*）加“形式”（*modus*）理論乃是部份自然法學派的法學家對前述羅馬法學家尤里安、烏爾比安等相關言論的解讀。這些自然法學派的法學家以“名義”與羅馬法法言中的原因對應，而以“形式”與羅馬法法言中的交付對應，兩者結合而產生所有權的轉移。最早論述該理論的法學家應為格魯修斯，他將羅馬法法言中的合法原因界定為當事人的意思，同時又將交付界定為該意思的表現形式，並強調只有當兩者結合之時才可轉移所有權<sup>58</sup>。“名義”+“形式”理論的出現使到

58. 【西】Luís Díez — Picazo/Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, Editorial Tecnos, 1994年第5版，第70-71頁。然而，該作者又指出，格魯修斯及

羅馬法中極為模糊的“原因”或“正當原因”得以具體化，從而令到所有權轉移的理論更具操作性。在其之後，普芬多夫、沃爾夫以及托馬修斯等人均持類似的見解。在德國，該理論主要被C.F. Glück所接受<sup>59</sup>。

從十八世紀末到十九世紀，“名義”加“形式”的所有權轉移結構影響了歐洲大陸的多部民法典，例如，1794年的《普魯士普通邦法》(ALR)的第一部第二章第131條規定：“所謂所有權取得方式，是指人們為取得物權而實施的行為。”；接着的第132條又規定：“賦予前條所稱的行為以取得物權的效力的法律上的原因，稱為權源。”另外，1811年的奧地利民法典(ABGB)也明顯採納了“名義”加“形式”理論。該法典中足以反映此一事實的規定包括：第380條，“無權源和無法律上的取得方式的，不能取得所有權。”；第424條，“可以成為繼受取得的權源的，有契約、遺囑、判決和法律規定。”，以及第425條，“僅有單純的權源，所有權不轉移。所有權及其他一切的物權，除法律有特別規定外，僅可依法律上的交付和受領而取得。”

## 2. 兩種結構比較

“預約合同/物權變動”與“名義+形式”結構比較，同樣具有延後所有權轉移的功能。無論是“預約合同/物權變動”抑或“名義+形式”的結

---

普芬多夫實際上已將導致轉移所有權的要素轉向意思。另外，德國學者 Franz Wieacker 也指出，合意主義原則從格魯修斯開始被接納（參看 Franz Wieacker 著，A. M. Hespanha 譯，*Privatrechtsgeschichte der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung der Deutschen Entwicklung*，第2版，葡語譯本，Fundação Galouste Gulbenkian, 1993年版，第330頁）。由此可見，轉移所有權的“名義”+“形式”理論與合意主義理論其實是同源而且同時期出現的。《奧地利民法典》採取了“名義”+“形式”理論，而法國民法典卻選擇了合意主義理論。

59. G.F. Glück 指出：“依學者通說，要取得標的物的所有權，需具備兩項要件：一是使物權的取得成為可能的所謂“權源”（名義），二是使物權的取得成為現實、或依取得標的物的現實佔有而使物權取得的可能性轉化為現實性的“取得方式”。…例如，我在書店購買一冊圖書，如書店方面把圖書交付給我，我便成為該圖書的所有人。我的權源，是我與書店方面締結的買賣契約。所以這樣，是因為正因有此買賣契約，所以才使我成為（圖書）的所有人的可能。我的取得方式，是交付。交付，使取得圖書所有權的可能變成現實，並使我現實地成為圖書的所有人。” Christian Friedrich Glück: *Asufuhrliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, ein commentar, Bd.8, Erlangen, 1807*, 第83頁；轉引自陳華彬，《物權法研究》，金橋文化出版（香港）有限公司，2001年版，第106頁。

構，均是由當事人先行透過意思表示構成法律約束，後發生所有權轉移。所有權的轉移也同樣是取決於一個法律上有意義的事實——在“預約合同/物權變動”的結構中，這個事實乃本約合同的締結；在名義+形式結構中，這一事實是交付。

兩者之間不同的是，在預約合同/物權變動結構中，導致物權變動發生的法律事實是一個法律行為，而在名義+形式結構中，該事實並非法律行為。另外，名義+形式的結構以“名義”作為原因，解釋所有權轉移的正當性，而作為原因的名義一般先於所有權轉移的發生。相反，在“預約合同/物權變動”結構中，“原因”隱藏在本約合同中，而本約合同的締結又與物權變動同時發生。由此可見，雖然此一結構使到所有權轉移遲於當事人第一次完成合意的時間，但原因與所有權轉移之間卻沒有時間差。

## （二）與債權行為 / 物權行為結構的比較

我國關於物權行為的研究已經不少，而且都做得十分細緻<sup>60</sup>。本文作者自忖沒有可能再做得更好，因此，下面就直接對兩種結構進行比較。

首先，無論是“預約合同/物權變動”結構抑或“債權行為/物權行為”結構都涵攝了兩個獨立的法律行為。在“預約合同/物權變動”結構中，該兩個法律行為是預約合同與本約合同，而在債權行為/物權行為的結構中，其兩個法律行為就是債權行為與物權行為。

其次，兩者相似的是，產生物權變動的法律行為均是前一個法律行為的履行行為。在預約合同/物權變動結構中，產生物權變動的本約合同是履行預約合同所產生之債而作出的行為，同樣，在債權行為/物權行為的結構中，物權行為也是履行債權行為所產生的債而作出的行為。

---

60. 具先驅意義的有孫憲忠的《德國當代物權法》，法律出版社，1997年版，第56頁；同一作者，《物權行為理論探源及其意義》、《再談物權行為理論》，載於《論物權法》，法律出版社，2001年版；王軼，《物權變動論》，中國人民大學出版社，2001年版；田士永，《物權行為理論研究——以中國法和德國法中所有權變動的比較為中心》，中國政法大學出版社，2002年版。

兩種結構最大的不同是，“預約合同/物權變動”結構雖然也區分了兩個法律行為，但它並不像債權行為/物權行為的區分一樣，對應著結構上完全不同的債權與物權。無論是預約合同還是本約合同，其所指向的原則上都是債法的結構。預約合同/本約合同的締約模式使到合同的整體效力後移，因此，本約合同既產生債的效力，又產生物權效力。

另外，當合同的內容不指向物權的變動時，預約合同/本約合同的締約模式同樣適用，這時，無論是預約合同抑或本約合同都僅僅會產生債的效力，而並不涉及任何物權變動的效力。

## 五、從民法邏輯體系的角度對 “預約合同 / 物權變動”結構作分析

當我們從交易之整體結構角度出發，將預約合同與物權變動結合起來觀察、並簡單地與其他所有權轉移的結構作出比較後，可發現雖然“預約合同/物權變動”的結構在表面上與其他結構類似，但是其形成的基礎以及所使用的法律技術完全不同。從民法的整個邏輯體系上看，這種法律技術的不同究竟是否更為合理呢？以下試為探討。

預約合同制度的出現，使合同的締結可以分為兩個階段：預約合同階段和本約合同階段。這樣一個區分無疑滿足了交易的主體的現實需要，使法律約束與所有權轉移(物權變動)之間產生時間差。

然而，正如上文所示，“預約合同/物權變動”的結構與“債權行為/物權行為”的結構在法律技術上完全不同。

表面看來，“預約合同/本約合同(或物權變動)”的模式似乎亦可以達到效力的區分：預約合同產生債的效力，物權合同產生物權變動的效力。可是事實完全不是這樣。

在概念上與預約合同區分的是本約合同，而並非“產生物權效力的法律行為”。兩者的本質區別在於，預約合同僅僅產生締結本約合同的權利義務，而本約合同則可產生各種各樣的權利義務。實際上，預約合同僅僅延後了合同效力的發生，除此之外本身並無任何的其他效力(也只有這樣才可能實現預約合同與本約合同的區分)。因此，不可以

認為預約合同所對應的是債權，因為其產生的效力不是任何一般的債權效力，而是締結本約的權利義務。相反，本約合同所對應的也不一定是物權，根據各國實證法的規定，有時它僅僅產生債權，而有時候它既產生債權又產生物權。

由於這一原因，預約合同在民法典中並沒有獨立的制度結構，它的結構也就是合同的結構。

德意志法系在法典的結構上將財產法區分為物權與債權，兩種權利各有不同的性質。以此兩分結構為基礎，產生法律效力效果的意思又被區分為產生債法效果的意思與產生物法效果的意思，因而有債權行為與物權行為之分。這樣，不同法律效果的產生就與當事人的不同法律行為為連接起來。因此，法律行為的區分就成了民事財產法區分的清晰線索。

顯然，預約合同/本約合同的區分就不會成為物權債權區分的線索。物權與債權的區分要依靠其他的識別標記（主要是合同的類型以及各類型的內部定義，例如在買賣與贈與中定義其必然轉移所有權）。

可是，另一方面，預約合同/本約合同以時間為區分標準除了解決所有權轉移的問題外，卻同時為解決其他不涉及財產利益轉移的法律行為的要式要件或要物要件僵化的問題。

僅僅從邏輯上，很難說債權行為與物權行為可以實現法律效果意思的區分就邏輯，而預約合同與本約合同從另一個角度作出區分就不邏輯。但必須承認的是，物權行為與債權行為的區分把物權變動與原因割斷的結果有利於交易安全，這一點在商品化社會中尤其重要。

預約合同與本約合同區分的概念是成立的，但結合實務應用就會造成困難（例如當事人不可能不在預約合同中附加一些立即發生的權利義務）。這些困難反過來卻影響了預約合同制度的邏輯性。

不可忽視的是，在考慮預約合同制度的體系邏輯性之時，必須同時考慮其誕生的時間以及當時的歷史背景。預約合同制度誕生於著名的法國民法典（主要受到理性自然法思想的影響），當時的民法研究對於物權與債權結構的區分還不是清楚，因此，法國民法典當然更不可能考慮財產性權利作結構性的區分需對應法律行為的區分這個問題。

實際上，法律行為的效果意思是否有可能區分為債法的效果意思與物法的效果意思這一點不是沒有爭議的。法律效力的發生是由當事人啟動，然後再由法律秩序界定<sup>61</sup>。而法律秩序界定其意思的方式主要是透過類型。

因此，在法律行為意思表示的層面不區分債法效果意思與物法效果意思而任由合同的類型決定其效果究竟是上述的其中之一抑或是混合效果亦未嘗不可。

另外，也很難說在意思表層面不區分債法效果意思與物法效果意思便沒有必要保留作為括號外元素的法律行為甚至民法典的總則，因為即使不作這樣的區分而將民法典分為五篇，法律行為意思表示的規則同樣貫穿分則各部份。起碼，部份拉丁國家民法典與日本民法典所反映的就是這樣一種情況。當然，若果區分的話，法典各部份的邏輯關係會更清晰。

總而言之，具體法律制度與法律的整個邏輯體系之間總是會產生張力的，世界上從來就未曾出現過邏輯上完美的法律體系，也永遠不可能出現。

對於這些問題，葡萄牙民法學家Menezes Cordeiro有一段論述使人印象深刻：“法典化是作為一個整體進行的，而法律文化與法律科卻單獨發展，這一狀況所產生的張力值得注意<sup>62</sup>。”

事實正是如此。對於當代大陸法系的法律人而言，從體系上分析個別法律制度很多時會得類此的結論（具體制度違反法體系的邏輯），原因是大陸法的現代法學方法均深受德國的形式邏輯體系影響。這是無可避免的，因為構成我們法律知識的大部份基礎法律概念均由德國法創造或在德國法中發展成熟。因此，我們分析任何法律制度時，不

---

61. 【葡】Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 2003年第二版，第252-253頁；【葡】Carlos Mota Pinto，前揭著作，中文版，第212頁。

62. 【葡】António Menezes Cordeiro, *Direitos Reais — Sumários*，里斯本大學法學院學生會1998年版，32頁。

自覺地便會走進這一既定邏輯，而與該邏輯不相符的一切事物都會顯得不自然。

就預約合同制度而言，其出現以及其在財產利益層面的應用更多是出於解決經濟生活上的實際需要，與固有邏輯的接合是之後的問題。另外，制度的單獨發展所形成的生活習慣與法律傳統也是支持其存在的原因。