

“物权法定原则”的理论 反思与制度完善

黄陇一^{*}

目次

一、问题的提出	(一) 改采物权自由创设的必要性
二、本源与变体:“物权类型封闭”与“物权法定”	(二) 改采物权自由创设的可行性
三、物权类型封闭原则的合理性检讨	五、中国的立法选择与规范完善
(一) 物权类型封闭原则的概念体系合	(一) 中国是否应该改采物权自由创设?
理性	(二) 中国是否应该限制物权法律渊源?
(二) 物权类型封闭原则的实质合理性	(三) 规范表达的完善
四、改采物权自由创设的必要性与可行性	六、余论

摘要 物权类型封闭原则起源于潘德克顿法学,其本意只是限制私法自治,并无限制物权法律渊源的意图。东亚地区的物权法定原则是物权类型封闭原则的亚类型,即在物权类型封闭原则的基础上,附加限制了物权法律渊源。物权类型封闭原则的形式合理性在于对物债二分体系的维护,其实质合理性则主要在于保障财物的可流通性与交易安全,同时也发挥着公共政策功能。虽然在公示制度逐渐完善的情况下,物权类型封闭的交易安全保障功能已经减弱,但其在体系维护和公共政策方面仍然发挥着无可替代的功能。已经实行物权类型封闭原则的国家并无改采物权自由创设的必要,同时物权自由创设本身包含的制度风险也削弱了其可行性。我国的民法体系、登记制度现状以及特殊国情决定了未来民法典应当维持物权法定原则,但物权法律渊源应当与民法法律渊源保持一致。立法机关应当对物权法定原则的规范表达进行完善,并对相关制度做出妥善安排。

关键词 物权法定 物权类型封闭 物权自由创设 私法自治 限制物权

一、问题的提出

在《物权法》制定过程中,学术界曾就我国是否应当采纳物权法定原则以及采纳何种物权法定原则产生了激烈争议,最终立法者在《物权法》第5条中做出了“物权的种类和内容,由法律规定”

^{*} 广东财经大学法学院讲师、法学博士。本文系广东高校科研青年创新人才类项目“民法典编纂背景下物权变动条款的评注与修订研究”(项目编号:2018WQNCX046)的阶段性研究成果。

的保守决断。在《物权法》颁布后,虽然学术界仍然有改采物权自由创设的声音,但研究重点已经从立法论转向了解释论,争议的焦点即“法律”一词的含义与范围。2016年12月,“物权的种类与内容,由法律规定”的表述又悄然出现在“民法总则草案第三次审议稿”第115条中,并悄然成为《民法总则》第116条。2018年8月的“物权编草案一审稿”和2019年4月的“物权编草案二审稿”也仅仅是将《物权法》第5条删除,并未做出补充规定。从上述情况来看,立法者似乎认为《物权法》第5条的规定已经至为妥当,无须再改,并没有充分重视《物权法》颁布以来学术界对此问题的研究。事实上,当前中国民法关于物权法定原则的法律条文仍然存在可议之处,学术界围绕物权法定原则展开的立法论和解释论争议亦未尘埃落定。

从现有的研究成果来看,学术界对物权法定原则本身的法理认识存在欠缺,对中国的特殊国情也未给予足够的重视,两者互相纠结牵连,最终影响了立法选择。在本文中,笔者将兼顾物权法定原则的普遍理论与中国现实,但在思维演进和行文结构上保持有区隔的递进关系,先探索总结关于物权法定原则的普遍理论,以期正本清源,为下一步的思考提供路径指引,再将普遍理论与中国现实相结合,为民法典物权编的修订提供较为完善的立法建议。

二、本源与变体:“物权类型封闭”与“物权法定”

汉语法学界一般使用“物权法定”来指称本文所讨论的原则。对于欧陆和英美法系各国学说通常使用的“numerus clausus”这一拉丁文词组,我国学者往往将其翻译并等同于“物权法定”,^{〔1〕}但这样翻译却与其原文文义存在差异。“numerus”的本义是“数字、数量”,而“clausus”表示“封闭、关闭”,两词相连,其文义应该是“数量有限”或“数量封闭”,并没有包含“物权”和“法定”的文义在其中。1930年,海克(Philipp Heck)首次使用“Numerus Clausus der Sachenrechte”的术语,用于描述“物权类型的数量是有限的、封闭的”这样一个事实状态。^{〔2〕}因此,将“numerus clausus”翻译为“物权类型封闭原则”较为适宜,这也与通常使用的类型强制(Typenzwang)和类型固定(Typenfixierung)的含义相符。

“物权类型封闭”的文义准确反映了这一原则的实质,也即物权类型是有限的,它们构成了一个封闭的集合,当事人只能在这个封闭的集合中选择物权类型,不能通过私法自治创造新物权类型或者改变既有物权类型的内容。此处的“内容”应该是指决定物权类型的要素,即变更后会导致物权类型发生变更的要素,主要是指客体以及权能、物上负担(Belastung)等客体上的权利义务关系,而不包括物权变动、物权公示、物权效力或物权保护等一般事项。^{〔3〕}从文义来看,物权类型封闭原则其实只是对当事人私法自治的限制,至于认定物权类型的法律渊源为何,是否限于立法机关制定法,并没有被包含在物权类型封闭原则的原本含义中。^{〔4〕}从比较法来看,物权类型封闭原

〔1〕 例如,谢在全:《民法物权论》(上册),中国政法大学出版社2011年,第32页;〔德〕M.沃尔夫:《物权法》,吴越、李大雪译,法律出版社2004年,第14页。

〔2〕 Teun Struycken, *The Numerus Clausus and Party Autonomy in the Law of Property*, in Roel Westrik & Jeroen van der Weide eds., *Party Autonomy in International Property Law*, Sellier European Law Publishers, p.60.

〔3〕 参见常鹏翱:《物权法定原则的适用对象》,载《法学》2014年第3期,第88—90页;常鹏翱:《体系化视角中的物权法定》,载《法学研究》2006年第5期,第7—8页。

〔4〕 需要说明的是,物权类型封闭原则不限制物权法律渊源,并不意味着物权法律渊源就没有受到任何限制,而只是说这些限制与物权类型封闭原则没有直接关系。特定国家或地区的物权法律渊源仍然受制于该国或地区的民法法律渊源,并取决立法、司法、行政分权以及立法权限在不同层级立法机关之间的划分。

则起源于德国潘德克顿法学,并从 19 世纪下半叶开始逐渐被欧陆各国继受,但无论是在德国、瑞士,还是在法国、奥地利、荷兰、葡萄牙,学说、立法和司法实践都没有认为这一原则构成了对物权法律渊源的限制。^{〔5〕}

汉语语法学界使用的“物权法定”一词,实际上是对《日本民法典》第 175 条、《中华民国民法典》第 757 条“物权,除本法或其他法律有规定外,不得创设”的规范表达的缩略。《物权法》第 5 条、《民法总则》第 116 条“物权的种类与内容,由法律规定”的规范表达,也可以视为对“物权法定”一词的扩写。由《日本民法典》创设的“物权法定”,不仅限制当事人在物权领域的形成自由,还将物权法律渊源限定为立法机关制定法,并将习惯排除在外。日本之所以将物权法律渊源限于立法机关制定的法律,实际上是为了尽快将民法典设计的物权制度迅速转化为现实,从而在短期内实现物权制度的整体更新,并巩固物权秩序更新的成果。^{〔6〕}“物权法定”在日本确定后,对东亚各国(地区)立法产生了长期影响。因此,“物权法定”实际上是在“物权类型封闭”的基础上,附加限制了物权法律渊源范围,因而构成了“物权类型封闭”在东亚国家的一种变体或亚类型。不过,在 20 世纪中期以后,日本、韩国和我国台湾地区都逐渐放松了对物权法律渊源的限制,“物权法定”的变体也就重新向“物权类型封闭”的主流回归了。^{〔7〕}考虑到用词的严谨性,本文将采用“物权类型封闭原则”作为一般术语,在涉及中、日、韩三国时,则沿用汉语语法学界约定俗成的“物权法定原则”。

三、物权类型封闭原则的合理性检讨

物权类型封闭原则限制了当事人在物权领域的形成自由,成为私法领域中的异类。目前,各国(地区)学术界对物权类型封闭原则均存在不同态度——维护者甚众,持废除论者亦不在少数。学者的论辩路径大体上可以分为三类:其一,从法律概念和法律体系出发,在逻辑结构上证立或证伪物权类型封闭原则;其二,从立法目的和制度功能出发,试图说明物权类型封闭原则的实质合理性;其三,运用社会科学的方法和理论,试图说明物权类型封闭原则的经济效率和政治正当性,这一路径实际上也可以归入实质合理性论辩的范畴。法律概念体系背后通常蕴含着立法者的目的和价值,不少学说也兼顾逻辑体系考量和实质考量。为了保持清晰的行文思路,本文将分别予以检讨物权类型封闭原则的概念体系合理性与实质合理性——前者仅在特定法域具有说服力,但唯有后者才具有普世的、终极的说服力。

(一) 物权类型封闭原则的概念体系合理性

在概念体系方面,维护物权类型封闭原则的学者提出的论据主要为统一所有权维护说、物权债权本质差异说以及物债二分体系维护说三种,以下分别检讨之。

1. 统一所有权维护说

该学说认为物权类型封闭原则主要是为了维护统一所有权,防止当事人任意创设他物权导致所有权被分割瓦解的问题重现。这种观点最早来自 19 世纪后半期的法国。法国学者帕托(Patault)认为,虽然法国大革命废除了双重所有权,但统一排他所有权观念在司法实践中被普遍

〔5〕 参见黄泂一:《大陆法系的物权类型封闭原则:历史、演变与启示》,载《私法》第 13 辑第 2 卷,华中科技大学出版社 2016 年版,第 52—107 页。

〔6〕 参见申政武:《物权的本质论与物权法定原则》,载《中日民商法研究》2007 年第 1 号/总第 6 卷,北京大学出版社 2007 年版,第 92—95 页;段匡:《德国、法国以及日本法中的物权法定主义》,载《民商法论丛》1997 年第 1 号/总第 7 卷,法律出版社 1997 年版,第 272—275 页。

〔7〕 见前注〔5〕,黄泂一文,第 94—101 页。

接受实际上是 19 世纪下半叶的事,而只有为了保护统一排他的所有权观念才有必要对他物权进行清楚地列举,禁止当事人按照自己的意愿随意分割所有权。^{〔8〕} 这种观点在受法国法影响的国家也存在,最为明显的就是 1966 年《葡萄牙民法典》第 1306 条对物权类型封闭原则的表述,仍然以维护统一所有权为出发点。^{〔9〕}

该学说的逻辑起点实际上是拉丁法系对他物权性质的理解,即认为他物权是对所有权的分解形态(propriété démembrée, démembrements de propriété),是统一所有权的例外,法律承认这些所有权分割形态,是迫于现实需要而做的妥协。^{〔10〕} 这种观念明显与德意志法系的理解不同,后者将他物权视为对所有权的限制,即“限制物权”。稍加思考就会发现,拉丁法系对他物权的理解有失偏颇:只有永久性(或持续时间特别长),并且对所有权影响甚巨的他物权,才可能造成所有权的分解,例如永佃权;对于那些非永久性的他物权,例如用益权或居住权,期限届至,所有权即恢复圆满状态,这一类他物权属于对所有权的限制,而非分割;对于那些虽然具有永久性,但对所有权行使影响不大的用益物权,例如地役权,也可以视为对所有权的限制。因此,将他物权一概认定为所有权分解的观点,是有失偏颇的。对他物权性质比较恰当的理解应该是《葡萄牙民法典》第 1306 条,兼采分解说和限制说。既然他物权不都是对所有权的分割,那么就不能以维护统一所有权为由一概否认当事人创设新型他物权的自由,否则就不符合比例原则的法理。值得注意的是,德国理论界和实务界都坚持物权类型封闭原则,但德国学者们并不认为从统一所有权观念中就可以推导出物权类型封闭原则。^{〔11〕} 综上,以维护统一所有权为理由为物权类型封闭原则辩护,在概念体系上欠缺合理性。当然,统一所有权维护说与财货可流通性(alienability)密切相关,但是否可以据此证立物权类型封闭原则已经进入了实质合理性论辩的范围,此处暂时搁置,留待后文再作探讨。

2. 物权债权效力差异说

这一学说认为,物权领域采物权类型封闭原则,契约领域采契约自由原则是由物权与债权的效力差异导致的。这一学说起源于日本《博瓦索纳德民法草案财产法》第 2 条的立法理由,即物权与债权不同,具有对抗效力,能对抗与设定者无关的第三人,因此不能承认私人可以创设法定物权以外的物权,必须对物权采取限定列举。^{〔12〕} 《日本民法典》第 175 条的起草者穗积陈重也持同样的观点,后来这一学说又在《大清民律草案》第 978 条和《中华民国民法典》第 757 条的立法理由中出现:“物权有极强之效力,得对抗一般之人,若许其以契约或依习惯创设之,即有害公益,故不许创设。”^{〔13〕} 时至今日,这一学说在我国的相关论著中仍然常见。^{〔14〕}

〔8〕 A. M. Patault, *La propriété non exclusive au XIXe siècle: histoire de la dissociation juridique de l'immeuble*, Revue historique de droit français et étranger, 1983, p. 217 - 237; see Bram Akkermans, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law* (diss.), Maastricht University, 2008, p. 164 - 167.

〔9〕 1966 年《葡萄牙民法典》第 1306 条:“除法律规定之情况外,不容许设定物权性质的对所有权的限制或权利的割裂形态;凡通过法律行为而产生之不符合上述要求之限制,均属债权性质。”

〔10〕 参见[法] 弗兰索瓦·泰雷、菲利普·森勒尔:《法国财产法》(上),罗结珍译,中国法制出版社 2008 年,第 916 页;尹田:《法国物权法》(第二版),法律出版社 2009 年版,第 347 页。

〔11〕 参见[德] 沃尔夫冈·维甘德(Wolfgang Wiegand):《物权法定原则——关于一个重要民法原理的产生及其意义》,载《中德私法研究》2006 年第 2 卷,北京大学出版社 2007 年版,第 93 页。

〔12〕 见前注〔6〕,段匡文,第 271—272 页。

〔13〕 见前注〔5〕,黄泷一文,第 99 页。

〔14〕 参见王泽鉴:《民法物权:通则·所有权》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 45 页;梁慧星:《物权法草案第六次审议稿的若干问题》,载《比较法研究》2007 年第 1 期,第 3—5 页。

物权与债权的区分,构成了物权类型封闭原则的前提条件,如果这一区分被消解,那么物权类型封闭原则也无存在的必要。在论辩中,维护物权类型封闭原则的学者极力强调物权的支配性、排他性及其与债权的差异。^[15]持物权自由创设观点的学者,则试图借债权物权化、所有权功能化、物权类型之间界限不明等现象说明物权债权区分的模糊性以及物权类型的不确定性,以釜底抽薪地动摇物权类型封闭原则的根基。^[16]

虽然学说上对“物权”的本质是支配性还是排他性存在不同观点,但目前德国通说认为“物权”发挥着财货归属功能(Güterzuordnende Funktion),直接支配性和保护绝对性均由此而生:将财货配属到主体名下,必然要求建立人对财货的直接支配关系,同时只有对这种支配关系提供绝对性的保护,才能达到定分止争的效果。^[17]与此相对,“债权”并不涉及财货归属,而是处于“债之关系”之中的主体间之“关系权”,由此衍生出请求性质以及效力仅及于特定相对人的属性。由此可见,作为“物权”和“债权”的概念,实际上是用于理解和把握现实财产关系的理想型(Idealtypen),基于不同的理念而分别被设置了相反的定义要素。持物权自由创设观点的学者虽然指出了经验世界的复杂性,但却无法从根本上动摇物权和债权的区分。原因在于,作为概念的“物权”和“债权”处于理念世界中,它们只是理解和把握经验世界的工具,必定与经验世界中的现实财产关系存在差距。人们既然无须削足适履,强行将现实生活中多样的财产关系套入“物权”和“债权”概念,也不能因为现实生活的流变光谱,就否认概念之间的明确区分。

然而,虽然物权与债权之间的区分状态依然稳固,但在物权的效力绝对性与物权类型封闭之间,却并无直接逻辑关系。在逻辑上,是先有物权的认定,才有对物支配性和效力的绝对性。就物权认定而言,任何与财物相关的多主体法律关系中的权利类型,在逻辑上既可以被认定为“财货归属权”,也可以被认定为“主体间关系权”。^[18]换言之,物权类型的数量,在逻辑上并没有受到任何限制。因此,物权类型封闭原则与物权的绝对效力之间,并无直接的逻辑关联,从后者自然无法推演出前者。至于任意创设具有绝对效力的物权是否“有害公益”或危及交易安全,并应当采取物权类型封闭原则,已经进入了实质合理性论辩范畴,同样留待后文再作探讨。

3. 物债二分体系维护说

这一学说认为,物权类型封闭原则的作用在于维护物权法和债法二分的民法体系,如果要保持这一民法体系,就必须坚持物权类型封闭原则。该学说来源于19世纪的潘德克顿法学派,他们以物权和债权的概念区分为基础,在民法体系内部分别建构起互相独立的物权法和债法,其中物权法被设想为不受债法、亲属法、继承法影响的彻底独立的领域,也即“物权法自治性”(Autonomie des Sachenrechts)观念,由此派生出“物权客体限于有体物”“物权类型封闭”“物权行为的独立性与抽象性”三个逻辑衍生物。^[19]在这种情况下,如果允许当事人通过约定创设新物权类型或改变既有物权的内容,那么就必然意味着债法(合同法)领域通行的契约自由原则以及相关债法规范在物

[15] 参见陈本寒:《也论物权法定原则——兼评物权法第5条》,载《法学评论》2009年第4期,第33—34页。

[16] 参见常鹏翱:《体系化视角中的物权法定》,载《法学研究》2006年第5期,第4—8页。

[17] 见前注[1],沃尔夫书,第4—5页;王泽鉴:《民法物权》,北京大学出版社2010年版,第30—32页;苏永钦:《物权法定主义松动下的民事财产权体系——再探大陆民法典的可能性》,载《厦门大学法律评论》第8辑,厦门大学出版社2004年版,第3—4页。

[18] 以租赁关系为例,承租人获得并保持对租赁物的占有是基于“财货归属”,还是“主体间关系”,可以做出不同的安排:德国虽然承认了租赁权物权化,但仍然将其定位为债务关系;法国的不动产长期租赁权、英美法系的租赁地产权则将承租人的权利定位为物权。

[19] 参见朱虎:《物权法自治性观念的变迁》,载《法学研究》2013年第1期,第141—158页。

权法领域适用,这就会导致债法对物权法的影响,危及物权法的独立性。因此,物权类型封闭原则实际上是“物权法自治性”观念的逻辑衍生物和重要环节,发挥着对物债二分体系的维护作用。

物债二分体系维护说的逻辑起点是物权法与债法的二分,而不是物权与债权的概念区分,因此这一学说只对采纳潘德克顿民法体系的国家具有说服力。^[20]近年来,有德国学者指出,虽然“物权法自治性”观念构成了立法者的前见,但这一观念在德国民法典的具体制度设计以及后来的司法实践中并没有被百分百地遵循:权利质权或权利利用益物权等物权的客体并不是有体物;抵押权对债权的从属性;物权行为的抽象性原则出现软化;所有权人与限制物权人之间、所有权人与占有人之间也存在适用债法规范的法定债之关系;共有人之间、住宅所有权人之间的约定也具有约束物权继受人的效力。^[21]不可否认的是,上述观点的确是事实,概念逻辑体系与现实生活始终存在距离,法律制度设计与司法实践当然不可能完全遵循“物权法自治性”这样的先验观念,必然要求在一定程度上容忍物权法和债法规范的交融。但是,这与彻底放弃物权法与债法二分的民法体系尚有距离。只要物权类型封闭原则仍然存在,当事人在物权法领域就不具有形成自由,物权法规范就仍然以强行性规范为主,其与合同法规范的任意性属性的区分仍然明显,足以构成独立成编的理由。如果以公示代替物权类型封闭,虽然物权和债权仍然存在区分,但当事人实际上可以通过公示将任何与物相关的权利义务关系转化为物权,物权法规范和合同法规范一样,属于任意性规范,在这种情况下,物权法与债法分编已经失去了意义或者说已经彻底动摇了。例如,在物权类型封闭原则下,租赁合同和地上权分别被规定在债法(合同法)和物权法中,当事人可以通过签订(土地)租赁合同和设定地上权的方式达到利用他人土地的目的,但只有依照物权法的规定设定地上权才能获得完整的物权保护;如果取消物权类型封闭原则,那么当事人只需将(土地)租赁合同提交登记,其基于租赁合同取得的权利即可成为物权并获得完整的物权保护,在这种情况下,关于地上权的规定已经是任意性规定而无独立存在的必要,立法者将其与租赁合同合并规定即可。同理,只要取消物权类型封闭原则,物权法规定的各类意定物权都可以纳入合同编中而无独立规定的必要了。因此,物权类型封闭原则的概念体系合理性,确实在于物债二分体系维护。如果打算改采物权类型开放,那么就需要对民法体系进行重构。^[22]

[20] 对于物权法自治性与物权类型封闭原则在体系结构上的逻辑关系,德意志法系各继受国的理论界似乎欠缺重视。不仅日本学者没有提及物债二分民法体系与物权法定原则之间的关系,我国大陆地区和台湾地区的学者也没有将物债二分民法体系作为维护物权法定原则的理由。可参见[日]近江幸治:《民法讲义Ⅱ 物权法》,王茵译,北京大学出版社2006年版,第7页;[日]我妻荣:《新订物权法》,罗丽译,中国法制出版社2008年版,第26—27页;见前注[14],王泽鉴书,第45页;梁慧星、陈华彬:《物权法》(第四版),法律出版社2007年版,第45—46页。

[21] J. Lieder, *Die Anwendung schuldrechtliche Regeln im Sachenrecht*, Jus Juristische Schulung, 2011, S.874—878; Wolfgang Wiegand, *Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht*, Archiv für die civilistische Praxis, 1990, S.121—126.

[22] 对于物权类型开放下的民法体系,苏永钦教授已经大胆提出自己的设想,放弃了物债二分的体系。杨代雄在主张物权自由创设主义的同时,坚持物债二分体系,显然还是没有认识到物权类型封闭原则对维护物债二分体系的关键作用。张鹏意识到了物权法定原则对物债二分体系的维护作用,表面上主张维持物权法定原则,实际上却主张一概认定特定物上债权的登记能力,各种请求权、支配权、形成权、处分限制经登记后都可以取得对抗第三人的绝对效力,本质上仍然是物权自由创设的观点。可参见前注[17],苏永钦文,第33页以下;苏永钦:《可登记财产利益的交易自由——从两岸民事法制的观点看物权法定原则松绑的界限》,载《南京大学法律评论》2010年秋季卷,法律出版社2010年版,第40页以下;张鹏:《物债二分体系下的物权法定》,载《中国法学》2013年第6期,第75页以下;杨代雄:《物权法定原则批判——兼评物权法第5条》,载《法制与社会发展》2007年第4期,第27页以下。

（二）物权类型封闭原则的实质合理性

虽然物债二分体系为物权类型封闭原则提供了概念体系合理性依据,但这种外部逻辑体系并不具有先验性和普世性,如果不能在价值目的层面为其找寻到合理性依据,那么随着物债二分体系的取消,镶嵌于其中的物权类型封闭原则也将无法自存。实际上,在《德国民法典》制定时,维护财产流通性就成为了物权类型封闭原则在法律政策方面的动因;^[23]法国学者通常将物权类型封闭原则与维护“公共秩序”关联起来。^[24]英美法系国家的财产法并不存在严密的外部逻辑体系,但司法实践一直默默遵循类型封闭原则,即财产权利的类型和内容只能由判例法和制定法决定,这实际上印证了物权类型封闭原则具有超越外在体系的实质合理性。^[25]在当前的论辩中,维护物权类型封闭原则的学者通常以保障交易安全和财物流通性,维护行为自由,防止封建物权复活等理由来说明价值目的合理性;反对者则认为上述理由均站不住脚,物权类型封闭原则是对私法自治的过度干预,不具有实质合理性。

1. 基于自由价值的论辩:“所有权人的自由”与“一般人的自由”

私法自治是私法领域的核心价值,“自由”也是物权类型封闭原则实质合理性论辩的重要出发点。维护物权类型封闭原则的学者认为:(1)任意创设物权,对所有权设置种种限制与负担,将妨碍所有权自由,影响物的利用。实行物权类型封闭,可以促进“物尽其用”。^[26](2)物权类型封闭原则的目的是对法生活(Rechtsleben)的自由保护,防止任意创设物权对一般人行为自由的损害。这种观点即海克的自由保护(Freiheitsschutz)学说。^[27]反对这一原则的学者则认为,物权类型封闭原则是对所有权人自由的限制,反而影响了对物的充分利用,同时物权的自由创设也不会给一般人的行为自由造成损害。^[28]

首先,就所有权人自由(所有权自由)而言,正反两种观点看似都有道理,但仔细分析就会发现双方所称之“所有权自由”并非一回事。维护者所称的“所有权自由”,是指对物的整体进行利用和处分的自由,如果任意创设他物权导致所有权瓦解或受到过多的限制,那么所有权人对物的整体利用或处分的自由就会受到限制。反对者所称的“所有权自由”,是指对物进行分散、多样化利用的自由,在实行物权类型封闭的情况下,所有权人创设他物权的自由确实受到了限制。换言之,“整体利用处分的自由”与“分散利用的自由”之间存在矛盾。在英美财产法的定序授予制度中,也存在着“父亲的自由”与“儿子的自由”之间的矛盾,即定序授予所导致的“死手控制”问题,作为前手的父亲可以对土地权益在时间上进行分割安排,导致非限嗣继承地产权(fee simple)瓦解,作为后手的儿子长期不能自由处分该土地权益。^[29]从历史发展的角度来看,在农业经济的静态社会下,“分散利用的自由”“父亲的自由”受到法律保护,而在市场经济的动态社会下,“整体利用处分的自由”“儿子的自由”则更受重视。如果法律倾向于前一种自由,自然应该选择物权自由创设主

[23] 见前注[11],维甘德文,第100页;Wolfgang Wiegand, *supra* note [21], at 120-121.

[24] 见前注[5],黄泷一文,第69页。

[25] 参见黄泷一:《英美法系的物权法定原则》,载《比较法研究》2017年第2期,第84—104页。

[26] 见前注[14],王泽鉴书,第45页;见前注[20],梁慧星、陈华彬书,第46页;谢在全:《物权法定主义》,载《东吴法律学报》1987年第2期,第117页。

[27] Philipp Heck, *Grundriss des Sachenrechts*, Scientia Xalen, 1960, S.87.

[28] 参见张鹏:《物权法定主义研究——兼论物权自由创设主义之合理性》,载《国际法与比较法论丛》第15辑,中国方正出版社2005年,第590—660页;见前注[17],苏永钦文,第11—15页。

[29] John Henry Merryman, *Policy, Autonomy, and the Numerus Clausus in Italian and American Property Law*, 12 American Journal of Comparative Law 224-231 (1963).

义,但如果法律更青睐于后一种自由,那么就应当选择物权类型封闭原则。因此,空泛地谈维护所有权自由是无解的,关键是主权者意图追求何种自由,而这又取决于其他价值考量。

第二,就一般人的行为自由而言,正方的观点并不足取。通常来说,绝对权具有对世效力,一般人负有不侵害之义务,如果绝对权类型增加或者边界模糊,的确可能对一般人的行为自由造成负面影响。知识产权的本质是对特定行为的垄断权,如果任由当事人自由创设,无疑会使一般人的行为自由空间受到严重压缩,故应实行类型封闭。^[30] 人格权领域原本实行类型封闭,但随着对“一般人格权”的承认,人格权的类型封闭即被抛弃。虽然一般人格权的承认确实有利于对人格尊严的维护,但由于其边界不清晰,判断是否侵权时通常要进行利益衡量,确实对行为自由带来了负面影响。但是,上述原理却不能套用到物权之上。所有权是对特定物的排他控制,其权利边界非常清晰,即标的物的广延,即便开放他物权自由创设,无论是对所有权的分解还是对所有权的限制,新创设的他物权的权利边界仍然不会超出标的物的广延。虽然内容多样繁杂的他物权可能对交易安全造成负面影响,但只要不进行交易,他人就无须了解其内容或获取公示信息。对于一般人而言,只要做到“不侵入自己无权之物”,就不会侵害该物权。因此,改采物权类型自由创设对一般人的行为自由空间并无影响,其承担的义务仍然是“不侵入自己无权之物”。

2. 基于市场秩序的论辩:可流通性与交易安全

在市场经济体制下,促进财物流通是立法者的重要价值考量,也是物权类型封闭原则实质论辩的重点,维护可流通性与保护交易安全实际上都可以归纳于促进财物流通的价值追求。具体而言,促进财物流通有三个制度要求:第一,确保财物具有可流通性(alienability);第二,降低财物流通中的谈判难度;第三,保障财物流通的交易安全。后两个制度要求又可以统称为“流通顺畅性”。可流通性与流通顺畅性相结合,即可达成促进财物流通的效果。

第一,维护财物的可流通性,即确保财物始终处于可流通状态,除非法律另有规定,民事主体不能通过私法自治将财物排除出流通领域。这又提出了两个具体要求:其一,权利人对财物的处分权能,不能通过私约排除;其二,权利人不能通过私约将财物上的整体权利分割瓦解,防止财物在法律上或事实上无法被整体利用或处分。换言之,法律应当倾向于保护“整体利用处分的自由”或“儿子的自由”。在上述制度要求下,法律应该在特定物上配置一种权能全面并及于物之整体的权利类型,并原则上禁止民事主体通过法律行为对其分解或排除其处分权能。在大陆法系,这一制度要求体现为所有权以及对所有权处分权能的维护,例如《德国民法典》第137条、^[31]《荷兰民法典》第3:83条第1项。^[32] 英美法系虽然并无所有权的概念,但非限嗣继承地产权实际上发挥着不动产所有权的功能,自19世纪以来,判例法和制定法不断压缩权利人对非限嗣继承地产权的形成自由空间,并维护非限嗣继承地产权的处分权能,背后的法理基础也是维

[30] 至于在知识产权的法定类型之下,可否自由创设次类型的知识产权,则存在不同观点。参见前注[17],苏永钦文,第13—15页;Christina Mulligan, *A Numerus Clausus Principle for Intellectual Property*, 80 *Tennessee Law Review* 235 (2012/2013); Francesco Mezzanotte, *The Interrelation between Intellectual Property Licenses and the Doctrine of Numerus Clausus. A Comparative Legal and Economic Analysis*, 3 *Comparative Law Review* 1-42 (1980).

[31] 《德国民法典》第137条:“处分可让与权利之权限,不得以法律行为排除或限制之。就该权利,负有不为处分之义务者,对其权利所为之负担行为,其效力不受本条规定影响。”

[32] 1992年《荷兰民法典》第3:83条第1项:“除被法律或权利的性质所排除外,所有权、分项权利和债权均可以转让。”

护土地的可流通性。^{〔33〕} 霍姆斯法官在 *Albin Johnson v. Royal Whiton* 案中也是从维护非限嗣继承地产权和财产可转让性的角度来对禁止当事人创设新地产权的政策进行说理的。^{〔34〕} 因此,维护财物可流通性在制度上的体现即为“所有权法定”。不过,维护财物可流通性虽然可以说明“所有权法定”的合理性,但却不能妥善解释“他物权法定”。前已述及,并非所有的他物权都会导致所有权瓦解,大多数的他物权只是对所有权的限制,并不会取消所有权本身。因此,在确保所有权不被瓦解的前提下放弃他物权法定,即便财物流通的顺畅性因五花八门的他物权类型而降低,财物的可流通性仍然存在。

第二,财物流通中的谈判难度,影响着财物流通顺畅性。如果财物上的对世性权利处于碎片化状态,潜在受让人需要获得每一个权利人的同意才能整合全部权利碎片,谈判难度很大,极易陷入僵局。在这种情况下,虽然该物仍然具有可流通性,但流通顺畅性却大打折扣。这就要求在制度设计上尽可能减少财物受让人的谈判对象或者提供解决机制,防止出现僵局。按份共有人的优先购买权、共有领域的司法分割机制和多数决机制,其背后的法理即在于此。但是,基于这种理由仍然不能推导出“他物权法定”。原因在于,“他物权法定”所限制的是他物权的类型,而非他物权人的数量。在他物权法定的情况下,他物权人的数量确实会因为某些人的特殊需求无法满足而客观减少,但并不能保障他物权人数量一定少,因为任何一种他物权都可以由多人共享。因此,从这个角度出发,并无法说明“他物权法定”的合理性。

第三,交易安全能否保障,对财物流通顺畅性影响甚巨。如果无法保障交易安全,受让人屡遭权利瑕疵的损害,将会对财物流通造成负面影响。维护者认为物权类型封闭原则能够使物权关系简化和标准,便于公示,方便第三人知悉。德国学者海克所称之“简化原则”(Vereinfachungsprinzip)即为此义。^{〔35〕} 英国法官在 *Keppel v. Bailey* 案中也是以第三人难以查知为由否定当事人得自由创设财产权利。^{〔36〕} 前文提及的“任意创设物权有害公益”的学说亦可划归此类,论者所称之“公益”实际上也是指交易安全。反对者则认为,在公示制度建立完善的情况下,保障交易安全的任务可以由公示制度单独完成,无需物权类型封闭原则。^{〔37〕} 交易安全保障在本质上是信息查询传递问题,即财物受让人如何获得关于物上权利义务关系的信息,以防止不可预测的损失。为避免此种信息不对称造成的损害,主要形成了两套机制:其一,针对信息本身,即简化信息或对信息进行标准化处理,其制度体现即为物权类型封闭原则,这也是“他物权法定”的合理性所在;其二,针对信息传递机制,其制度体现不仅包括地产公告、不动产登记、动产占有等各类物权公示,还包括潜在受让人进行的信息查询收集、信息传递错误时的救济措施(如善意取得制度)以及公证制度、产权保险等辅助制度。从表面上来看,第一套机制需要对当事人的意思进行裁剪,似乎劣于第二套机制,但第二套机制,特别是登记制度及相关辅助制度的建立与运行,也会消耗较大的人力物力。近

〔33〕 关于英美法系非限嗣继承地产权的变迁,可参见高富平、吴一鸣:《英美不动产法:兼与大陆法比较》,清华大学出版社 2007 年版,第 136—147 页、第 157—164 页、第 191—192 页、第 205—206 页;吴一鸣:《英美物权法——一个体系的发现》,上海人民出版社 2011 年,第 61、71 页,第 151 页;〔美〕约翰·G. 斯普兰克林:《美国财产法精解》(第二版),钟书峰译,北京大学出版社 2009 年版,第 101—110 页。

〔34〕 *Albin Johnson v. Royal Whiton*, 34 N.E. 542 (Mass.1893). 本案为美国法上承认物权类型封闭原则的典型判例。

〔35〕 Philipp Heck, *supra* note 〔27〕, S.87—88.

〔36〕 *Keppel v. Bailey* [1834] 2 My & K 517. 本案为英国法上承认物权类型封闭原则的典型判例。

〔37〕 见前注〔17〕,苏永钦文,第 15 页以下;见前注〔22〕,苏永钦文,第 29 页;见前注〔22〕,张鹏文,第 76 页;见前注〔22〕,杨代雄文,第 26 页;见前注〔3〕,常鹏翱文(2006),第 8—12 页。

代以来,首先产生的是第一套机制,在未建立起公示制度的情况下,物权类型封闭原则就显得尤为重要。即使是到现在,绝大多数国家仍然是靠两套机制共同维护交易安全的。由于这两套机制的功能具有重叠性,随着公示制度的建立完善,他物权法定重要性的确已经大幅下降了。

从经济分析的角度来看,某种权利一旦被认定为物权,非使用者(该类物权人以外的其他人)将承担大部分权利证明执行成本,只有在权利使用人数足够多,带来的综合价值足够高的情况下,将其认定为物权才符合效率。习惯物权是伴随着使用者增多而逐渐形成的,制定法物权通常来源于习惯物权,也具有较高的综合价值。因此,通过制定法或习惯认定物权,是符合经济效率的,物权类型封闭原则实际上发挥着“成本—效益”衡量机制的作用。物权自由创设,实际上是允许权利使用者随意将权利证明执行成本转嫁给非使用者,并不符合经济效率。不过,在权利外观已经存在的情况下,非使用者可以通过“现场观察、询问占有人”(占有外观)或“查阅登记、阅读文件”(登记外观)的方式知悉权利的存在及其内容,开放物权自由创设也不会造成非使用者成本的显著增加。^[38]换言之,在公示制度完善的情况下,物权类型封闭原则的重要性已经下降了,采纳物权自由创设也不会给经济效率带来太明显的负面影响。这一经济分析结论,恰好与基于交易安全论辩的结果相吻合。^[39]

3. 基于公共政策的论辩

学术界对物权类型封闭原则的实质论辩并不限于自由或经济层面,而是包含了更广泛的价值考量。维护者最常用的理由即为“反封建”,^[40]反对者则认为这一论调已经过时,因为在成熟市场经济中不存在封建复辟的可能性。^[41]除此之外,尚有从整体物权结构出发进行论证的学说:法国学者通常将整个物权法视为一种不容当事人通过私法自治加以改变的“公共秩序”;^[42]梁慧星

^[38] 需要注意的是,对于普通动产,很难在公示信息与物权客体之间建立起一一对应的关系,在开放物权自由创设的情况下,非使用者仍然依赖于“占有外观”判断是否存在可能的物权。有疑问时,可以询问占有人是否为物权人以及该物权的内容,如果占有人否认其为物权人或者隐瞒物权的真实内容,那么嗣后自然不能对非使用者主张其物权或主张其物权的真实内容。只要以占有外观作为动产物权成立之前提,开放动产物权自由创设并不会给非使用者造成过重的负担。在特定情况下,某些普通动产也能建立起登记外观:例如,对于名表、名酒等奢侈品或高级电子设备,生产者已经为每一件商品设置了铭牌编号或电子序列号,消费者可以借助编号或序列号查询特定商品的真伪,这种机制实际上已经构成了动产登记的雏形,只要商家将商品的物权信息一并记录并纳入查询范围,即可建立起物权公示信息与物权客体之间的对应关系。因此,普通动产并非不能建立登记制度,只要该动产价值足够高(显然不是面包、普通服装这一类动产),即便没有官方的登记制度,市场也可能自发形成类似的机制。不可否认的是,从物权类型封闭转向物权自由创设,的确会带来交易习惯的改变,必然会消耗社会成本。但是,这种社会成本属于制度变迁成本,只要立法者主动推行改革措施,制度变迁成本就无可避免。例如,在我国传统习俗中,不动产交易只有查阅交付房契地契(房地产权证书)的习惯,并无查阅变更不动产登记簿的习惯,但立法者仍然选择了登记生效主义,这一立法选择当然也会引起交易习惯的改变,并消耗社会成本。如果制度变迁成本无可避免,那么立法者可以采取渐进式的改革方案,将制度变迁成本分摊到较长的时间内,以减少对民众生活的冲击。

^[39] 对学术界关于物权类型封闭原则经济分析的主要观点的梳理,可参见黄浣一:《物权法定原则的经济分析模型及批判》,载《广东财经大学学报》2017年第1期,第99—112页。

^[40] 见前注[20],[日]我妻荣书,第26—27页;见前注[20],[日]近江幸治书,第7页;见前注[14],王泽鉴书,第45页;见前注[26],谢在全文;见前注[20],梁慧星、陈华彬书,第46页。

^[41] 见前注[17],苏永钦文,第15页;见前注[22],杨代雄文,第25页;刘正峰:《论无名物权的物权法保护——从对物权法定原则的检讨展开》,载《法商研究》2006年第2期,第12页。

^[42] Vincent Sagaert, *Party Autonomy in French and Belgian Law, The Interconnection between Substantive Property Law and Private International Law*, in Roel Westrik & Jeroen van der Weide eds., *Party Autonomy in International Property Law*, Sellier European Law Publishers GmbH, p.124 - 125.

教授认为物权类型的确定是国家主权的行使,物权法定原则是对国家主权的维护;^[43]龙卫球教授认为所有权和他物权类型组成的财产结构体现了财产自由与分配正义兼顾的价值追求,通过他物权法定,一方面使财产自由的体制得以保留,另一方面又使得立法者追求的分配正义获得保障。^[44]

公共政策,大体上可以分为消极否定某种价值或者积极追求某种价值,由此导致对某一类物上权利义务关系的消极对待或优先保护。前者实际上属于“公序良俗”的范畴,最为著名的即为前述之“反封建”。封建,本质上是人身依附关系、财产关系与政治权力的结合,与法国大革命后的平等、自由观念相冲突,故属于公共政策的否定对象。但是,从法国大革命时期的反封建措施以及 19 世纪上半叶法国的司法实践来看,反封建只是导致部分物权类型被消极排除了,并没有导致正面列举式的物权类型封闭原则。^[45]实际上,消极否定某种价值的公共政策,都只会使法律消极不承认某一类物上权利义务关系的物权效力,而不会产生物权类型封闭的后果:例如,德国法上基于对限制竞争措施的否定,拒绝承认当事人创设的“竞业上的役权”或“工业实物负担”的物权效力;基于对违背善良风俗行为的否定,拒绝承认对债务人构成束缚(Knebelung)的让与担保的物权效力。^[46]

但是,如果法律积极追求某种价值,并赋予体现这种价值的物上权利义务以优先地位,就必须以物权类型封闭原则为前提,才能够实现。具体来说,法律对具有重要价值的权利义务关系,赋予其物权效力,使其优先于其他只具有债权效力的权利义务关系,从而确保法律积极追求的价值能够实现。有时法律甚至可以将特定价值追求置于交易安全之上,搁置公示性要求。例如,各国(地区)法律中常见的工资优先权、我国《合同法》第 286 条规定的建设工程承包人优先权、《民法总则》和《物权法》将农民的土地承包经营权确定为物权等,体现的是保护弱势群体的价值追求。这类权利一旦被确定为物权后,即可产生“定分止争”的效果,免于其他普通债权的竞争,得以优先实现。从这个角度来看,整个他物权体系,实际上就是法律意图保护的重要利益的集合,这也就是龙卫球教授所说的他物权的分配正义功能。此处的“法律”并不仅仅是立法机关的制定法,还包括习惯法在内,因为他物权体系未必是由立法机关以制定法的形式主动建构的,也可能是来源于日常生活中的民事习惯,但既然能够形成习惯物权,至少可以认为社会公众默认其背后存在值得优先保护的重要利益。当然,在立法机关进行“物权整理”,并通过制定法主动构建他物权体系时,这种分配正义表现得尤其明显。在市场经济的情况下,如果不通过物权类型封闭对立法者选择的他物权体系进行维护,那么物上权利的主体之间就会存在竞争,具有优势经济地位的主体的权利就会成为效力优先的权利,而法律对特定利益的保护的意图就将落空。从这个意义上来说,物权类型封闭的确有维护物权整理成果的功能,任意创设物权将导致法律意图落空。因此,物权类型封闭原则所维护的“公益”显然不限于交易安全。梁慧星教授所说的物权法定原则对主权的维护,也应该从这个角度来理解,即物权法定原则可以确保中国立法者重视的利益得到优先保护,防止优势外资凭借强大经济实力,在中国移植外国物权类型以优先保护其利益。

^[43] 见前注[14],梁慧星文,第 5 页。

^[44] 参见龙卫球:《物权法定原则之辩——一种兼顾财产正义的自由论视角》,载《比较法研究》2010 年第 6 期,第 31—36 页。

^[45] 见前注[5],黄泷一文,第 63—67 页。

^[46] 参见[德] 鲍尔、施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,法律出版社 2004 年版,第 715—718 页,第 735 页以下;见前注[1],沃尔夫书,第 330 页以下,第 370 页,第 416—417 页。

从政治分析的角度来看,物权类型封闭原则的实质合理性与财产权制度的政治功能和正当性密切相关。^[47] 首先,财产权制度具有政治功能和公共属性,它体现法律对人类核心关系的规范理念和对客观福利的追求。^[48] 相对于合同权利来说,财产权利是一种更加关注客观福利的社会和政治机制,物权类型封闭原则实际上是作为国家的管制平台而存在的。^[49] 此处所说的“客观福利”“政治功能”实际上就是公共政策论辩中所说的“法律积极追求某种价值”,物权类型封闭原则缺位,即无法保障法律目的实现。因此,从财产权制度的政治功能出发论证物权类型封闭原则的合理性,实际上可以纳入公共政策论辩的范畴。第二,既然财产权制度具有政治功能和公共属性,那么其形成过程就必须具有政治正当性。在民主社会,只有通过集体行动创造的财产权类型才具有政治正当性,物权类型封闭原则的存在实际上是为了限制私人立法。^[50] 基于协商民主的理念,新财产权类型的增加应该是立法者、法院、公民以及社会运动共同达致的结果,而不能交由私人决定。^[51] 从这个角度来看,由民意代表组成的立法机关创造的制定法物权,在日常生活中逐渐形成的习惯物权,以及法院通过判例对习惯物权的承认,都具有正当性和民主性。考虑物权形成过程的政治正当性,并将其与民主价值相连接,不仅证立了物权类型封闭原则,也对物权的法律渊源提出了民主性要求。

四、改采物权自由创设的必要性与可行性

从前面的分析来看,物权类型封闭原则在市场秩序和公共政策方面均具有实质合理性,即便公示制度能够单独完成保护交易安全的任务,也不能完全取代其在公共政策方面的作用。但是,即便不考虑物权类型封闭原则在公共政策层面的意义,在已经采纳了这一原则的情况下,改采物权自由创设必然涉及相关制度的调整,必须以充分的必要性为前提,同时也要预判其可行性以及相伴的制度风险。目前,持物权自由创设观点的学者在必要性论证和制度设计方面,均停留在逻辑推演层面,并没有现实制度加以佐证,也没有意识到其可能存在负面效应;^[52] 维护物权类型封闭原则的学者则认为,近百年来新增的物权类型只有让与担保一种,改采物权创设并无必要,^[53] 但这种论断其实是基于物权类型封闭原则的实施后果来为该原则辩护,在逻辑上有循环论证的瑕疵。虽然论辩双方的观点对立,但实际上都停留在理论推演的层面。其实,要判断改采物权自由

[47] 近年来,部分英美学者认为,经济分析工具无法全面解释物权类型封闭原则,并开始引入政治学理论对这一原则进行研究。我国学术界对这一派学者的关注较少,限于文章篇幅,此处仅概括介绍他们的观点。

[48] Hanoch Dagan, *The Craft of Property*, 91 California Law Review 1517 (2003); Daphna Lewinsohn-Zamir, *The Objectivity of Well-Being and the Objectives of Property Law*, 78 New York University Law Review 1669 (2003).

[49] Joseph William Singer, *Democratic Estates: Property Law in a Free and Democratic Society*, 94 Cornell Law Review 1009 (2008/2009); Nestor M. Davidson, *Standardization and Pluralism in Property Law*, 61 Vanderbilt Law Review 1597 (2008).

[50] Avihay Dorfman, *Property and Collective Undertaking: The Principle of Numerus Clausus*, 61 University of Toronto Law Journal 467 (2011).

[51] Anna di Robilant, *Property and Democratic Deliberation: The Numerus Clausus Principle and Democratic Experimentalism in Property Law*, 62 American Journal Competition Law 367 (2014).

[52] 见前注[17],苏永钦文,第33页以下;见前注[22],苏永钦文,第37页以下;见前注[22],张鹏文,第76—77页;见前注[22],杨代雄文,第27—30页;见前注[3],常鹏翱文(2006),第16页。

[53] 见前注[14],梁慧星文,第5页。

创设的必要性、可行性与制度风险,最为简单的路径即直接观察实行物权自由创设的国家的制度运行情况,并将其与物权类型封闭的情况进行比较。

(一) 改采物权自由创设的必要性

1. 物权类型封闭与物权自由创设的后果趋同

对改采物权自由创设必要性的判断,最为直接的就是比较类型封闭与类型开放之下的物权类型的差异,也即对两者的制度实施后果进行比较。两大法系各国物权类型或财产权类型在历史发展和概念术语上存在差异,但从功能比较的角度来看,大体上都可以通约为“所有权”“用益权利”“变价权利”以及“取得权”。^[54] 南非虽然在不动产领域实行物权类型开放,但其物权类型大体上也就是来源于罗马法的所有权、役权、质权、抵押权、永租权、地上权、居住权,来源于英国普通法的租赁地产权、限制性约据(restrictive condition, restrictive covenant)以及在南非本土产生的矿业权(mineral right)、分享土地收益的权利,并没有出现常见物权类型的大幅增加。南非的物权类型与实行物权类型封闭的国家相比,并没有太大差异,在数量上也没有超过德国。^[55] 无独有偶,同样实行物权类型开放的普鲁士和西班牙,也呈现出了类似的情况:普鲁士实行物权自由创设主义,但来自罗马法上的物权以及租赁权(Miete und Pacht)似乎就已经满足需要了,实践中并没有再创造其他物权的尝试;^[56]《西班牙民法典》采纳的也是物权自由创设,但在西班牙的司法实践中也并没有产生新的物权类型。^[57] 这背后的原因是显而易见的,在共同的市场经济体制和相似的科技条件下,人类的生活不会有太大差异,物的利用可能性也是有限的,在物上形成的权利义务关系也是雷同的。只要合理选择配置物权类型,通过物权类型封闭也能满足现实需要。^[58] 因此,采纳物权类型封闭还是物权自由创设,只是一个路径选择的问题,最后到达的终点可能是相同的。

2. 物权类型封闭与物权自由创设在实际运行中的关联

如果我们再进一步思考,就会发现,虽然物权自由创设和物权类型封闭在理念上差异巨大,但两者在具体制度运行中的差距却没有想象的那么大,这也是两者后果趋同的原因之一。在法律结构上,特定物权类型的形成,是法律对现实中的物上权利义务关系光谱进行选择性的截取并赋予其对世性的过程,因此,我们在列举物权类型时,所获得的就是一条存在很多断裂带的光谱。物权类型封闭和物权自由创设的区别就在于,是否允许当事人通过私法自治来填补空缺。值得注意的是,这种截取可以是严格的,也可以是宽松的:前者形成的是内容固定的非框架性权利,并没有给当事人留下形成自由的空间;后者形成的是内容宽松的框架性权利,仅指明了其所容纳的物上权利义务关系的基本特征,具体内容留待当事人约定。正是这种框架性权利的存在,使得物权自由创设和物权类型封闭在现实中的距离大幅拉近,具体而言:

首先,在框架性权利数量充足且分类周延的情况下,物权类型封闭与物权自由创设并无实质差异。例如,在分享型用益权利领域,用益物权人与所有权人的法律关系可以被周延地划分为“作

[54] 见前注[25],黄泷一文,第 89—90 页。

[55] 参见黄泷一:《物权类型开放的得失——来自南非的启示》,载《法治社会》2016 年第 4 期,第 113 页。

[56] Hans Josef Wieling, *Sachenrecht, Band 1 Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen*, 46 *Juristen Zeitung* 1129—1130 (1991).

[57] See Bram Akkermans, *supra* note [8], at 550.

[58] 有德国学者甚至认为德国民法典所规定的不动产担保物权类型远远超过了实际需要。事实也确实如此,在各国(地区)对不动产担保制度修正的同时,德国民法典的不动产担保制度在一百多年来基本没有发生变化。由此可见,只要立法安排得当,规定的物权类型足够丰富,物权类型封闭原则并不一定会阻碍社会发展。可参见[德]鲍尔、施蒂尔纳:《德国物权法》(下册),申卫星、王洪亮译,法律出版社 2006 年版,第 43 页。

为一容忍”“限制—不作为”“请求—作为”三类。^[59] 大多数大陆法系国家在这一领域只配置了地役权一种框架性权利,存在较大空缺,而德国法则配置了人役权、地役权、实物负担三个框架性权利,完全涵盖了所有类型的权利义务关系;南法律原本仅配置了人役权和地役权两种物权,当事人通过私法自治创造的“分享土地收益的权利”,实际上就是在填补实物负担的空缺。换言之,在分享型用益权利领域,德国的物权类型封闭和南非的物权自由创设所达到的结果以及在这两个路径下当事人所享有的形成自由空间都是相同的。

第二,在伴随非框架性权利的债务关系获得对抗力的情况下,非框架性权利就出现了向框架性权利转化的趋势,部分新的物权类型甚至可以借此被塑造出来,物权类型封闭与物权自由创设的界限也开始模糊了。例如,我国台湾地区“民法典”第 836-2 条、第 850-9 条规定,关于地上权和农育权的设定目的和使用方法的约定在登记后可以对抗第三人,实际上将地上权和农育权转化为了框架性权利,可以据此设立各种亚类型的地上权和农育权;英美法上伴随着租赁地产权的租赁约据(covenant)的对抗效力也使得租赁地产权更加灵活多变;借助共有物分管契约登记,东亚国家甚至可以将缺少的居住权创设出来。^[60]

第三,除了通过框架性权利增加私法自治空间外,部分具有占有或登记外观的权利亦获得了对抗效力,虽然它们并没有获得“物权”的名分,但却大幅软化了物权类型封闭原则。例如,《德国民法典》第 986 条第 2 款所规定的“动产占有权链条”,通常被视为是“债权物权化”的表现,即基于债务关系之动产占有权受到了处分和继受保护,不仅能够对抗新所有权人的原物返还请求权,还可以对抗现质权人、现用益权人之返还请求权。^[61] 又如,《荷兰民法典》第 6:252 条规定,“关于可登记财产的容忍或不作为义务”可以经过登记获得对抗效力,假设这种约定的内容可以扩展到包括“关于可登记财产的作为义务”,那么就与物权自由创设的南非没有区别了。^[62] 再如,在英国土地登记法中,属于优先利益的“实际占有土地的权利”以及次级利益都是开放的,当事人之间约定的土地权益只要通过实际占有或登记就能获得对抗效力,就能够约束地产权的受让人。^[63]

从前面的分析来看,既然物权类型封闭和物权自由创设的实际后果没有太大差异,运行过程中的差距又没有想象的那么大,对于已经采纳了物权类型封闭原则的国家来说,只要合理配置物权类型,适当增加框架性权利,承认伴随性债务关系的对抗效力,即可满足现实需要,改采物权自由显然是不必要的。东亚地区之所以有不少学者主张改采物权自由创设,其实是因为东亚国家自身的原因造成的:其一,与欧陆各国相比,日本、中国和我国台湾地区法律承认的物权类型明显偏少,缺少动产或集合物用益物权以及发挥生活保障作用的居住权;^[64]其二,长期以来将物权的法

[59] “用益权利”可以划分为“独占型用益权利”和“分享型用益权利”两类。在独占型用益权利的法律结构中,用益物权人单独享有物的使用收益,所有权处于虚化状态。在分享型用益权利的法律结构中,所有权人和用益物权人共享物的使用收益,具体又可以周延地分为三个亚类型:(1)“作为—容忍”关系,即为了权利人或权利人之物的利益,权利人直接使用他人之物,所有权人必须容忍权利人的行为;(2)“限制—不作为”关系,即为了权利人或权利人之物的利益,权利人可以限制他人之物的用益,所有权人须承担相应的不作为义务;(3)“请求—作为”关系,为了权利人之利益,权利人可以请求所有权人积极履行给付义务,所有权人必须承担积极作为义务。

[60] 参见苏永钦:《寻找新民法》,北京大学出版社 2012 年版,第 477 页。

[61] 参见金可可:《基于债务关系之支配权》,载《法学研究》2009 年第 2 期,第 30—31 页。

[62] 见前注[5],黄浣一文,第 90 页。

[63] 见前注[25],黄浣一文,第 100—101 页。

[64] 在《物权法》制定过程中,物权法草案曾经规定过“居住权”,但最后未被立法者采纳。目前,“物权编草案一审稿”(第 159~162 条)和“物权编草案二审稿”(第 159~162 条)再次规定了“居住权”。依据“物权编草案二审稿”第 160 条,居住权须无偿设立,不得转让、继承,原则上也不得出租,明显属于生活保障性质。

律渊源限定为制定法,制约了法院对新增习惯物权的认定。

(二) 改采物权自由创设的可行性

对改采物权自由创设可行性的判断,须考虑两方面的问题:一方面,改采物权自由后,物权类型封闭原则所维护的价值目标和概念体系能否保全;另一方面,物权自由创设的制度设计能否与现有制度相匹配,是否会带来制度风险。

1. 改采物权自由创设能否保全物权类型封闭的制度功能?

物权类型封闭原则在市场秩序、公共政策和民法体系层面发挥着重要功能。就市场秩序而言,可流通性维护通过所有权法定实现,交易安全则通过他物权法定和公示制度共同完成。由于他物权法定和公示制度的功能具有重叠,从理论上讲,在公示制度建立完善的情况下,在他物权领域改采物权自由创设并不会危及交易安全,南非的情况恰好说明了这一点。公共政策包含了对特定价值的积极追求或消极否定,在物权领域内,物权类型封闭原则成为全面施展公共政策的有力工具,主权者既可以通过正面列举物权类型的方式赋予某些物上权利义务关系以优先地位,也可以通过消极排除的方式将某些物上权利义务关系排除在物权之外。但是,在改采物权自由创设的情况下,主权者就失去了通过正面列举物权类型对特定物上权利义务关系予以优先保护的权力,仅余下消极排除的权利。换言之,物权自由创设无法向物权类型封闭那样为主权者提供公共政策工具。就民法体系而言,物权类型封闭对物债二分体系具有维护作用,如果改采物权自由创设,那么物债二分体系也无法维持下去。当然,民法的外在体系的确也可以改变,但问题在于成熟民法体系的形成需要经过学术界的长期研究讨论并达成共识,在新体系形成之前贸然放弃物债二分体系,显然不是明智的选择。由此可见,改采物权自由创设,并不能保全物权类型封闭原则所维护的价值目标和概念体系。

2. 登记制度设计及其风险

在制度设计方面,主张物权自由创设的学者一般会提出“物权”或“可登记范围”的抽象标准,凡是符合该标准的权利类型,经过公示即可成为物权:例如,杨代雄以“直接支配物的权利”作为物权的抽闲标准,张鹏以“有关不动产利用、处分、限制的约定”作为登记对象的抽象标准。^{〔65〕} 这些制度设计方案看似简单易行,但仍然思虑不周:

首先,不同登记制度的信息传递能力不同,准确性和效力也不一样,制度实施的前提、辅助制度也不同,登记机关的审查义务、信息公开方与信息获取方的权利义务也存在差异,登记制度的调整或改变并非易事。张鹏、杨代雄等人的制度设计方案的实质是在登记制度中直接引入“契据登记制”,但却对相关制度的调整安排缺乏通盘考虑,特别是对“权利登记制”与“契据登记制”的衔接问题欠考虑。潘德克顿法系国家多采与物权类型封闭原则相匹配的权利登记制,登记范围扩展以制定法承认某一新权利为前提,也即先由制定法承认某一类物上权利义务关系的登记能力,然后再在登记簿上为其安排位置。因此,在以权利登记制为基础的登记制度中,契据登记的因素也被权利登记制所吸纳,被预先归属到各类权利登记中,通常以框架性权利或伴随物权的债务关系的形式存在着,例如地役权约定、共有物分管契约等,但这同样以制定法对现实财产关系进行类型化并明确承认为前提。如果要直接引入与权利登记制并行的契据登记制,原来的登记簿设置显然要做重大调整。^{〔66〕}

〔65〕 见前注〔22〕,张鹏文,第78页;前注〔22〕,杨代雄文,第30页。

〔66〕 对于契据登记因素引入后,不动产登记制度和登记簿如何调整,我国学者的讨论并不充分。可参见常鹏翱:《论可登记财产的多元化》,载《现代法学》2016年第6期,第45—62页。

第二,在物权自由创设的情况下,登记制度本身也包含着制度风险。立法者不可能让所有的约定都可以通过登记而转为物权,何种约定能够被纳入登记,只能由立法者或法院提出的抽象标准来决定,这些“物权”或“可登记范围”的抽象标准看似简单,但在具体操作中却会因欠缺清晰性而引发争议。南非法院以“所有权扣减”(subtraction from the dominium test)作为对人权与对物权的区分标准,并以之判断何种约定可以被纳入登记簿,但这一抽象标准太模糊,极易在当事人之间或当事人与登记机关之间引发争议,最后还是需要法院介入,不仅损害了法的安定性,还消耗了大量的社会资源。^{〔67〕}西班牙学者也指出,物权自由创设会造成不动产登记标准不明确,进而导致解释和识别困难,使登记机关经常面对这样的争议。^{〔68〕}这种制度风险也大大削弱了改采物权自由创设的可行性。

五、中国的立法选择与规范完善

普遍理论固然对中国同样适用,但想要得出最为全面妥当的结论,我们尚须将中国的实际情况考虑在内,这既包含了民法体系选择与登记制度安排这样的一般问题,也包括公有制和转型改革的特殊国情。在立法论层面,我们需要思考的问题有三个:其一,中国未来民法典是否应该改采物权自由创设;其二,在维持物权法定原则的情况下,是否有必要限制物权的法律渊源;其三,如何进一步完善对物权法定原则的规范表达。

(一) 中国是否应该改采物权自由创设?

1. 民法体系结构方面的考量

在潘德克顿民法体系中,物权类型封闭原则是物权法自治性观念的逻辑衍生物之一,对物债二分体系具有关键的维护作用。这就是说,只要未来民法典仍然要选择物债二分体系,就不能放弃物权法定原则。从目前民法典编纂情况来看,《物权法》《合同法》《侵权责任法》均独立成编,而依据《民法总则》第118条第2款,合同、侵权行为、无因管理、不当得利在体系上已被纳入债法范畴。虽然我国民法学界对是否设立债法总则,人格权是否独立成编仍然存在争议,但采纳物债二分的民法体系仍然是主流意见。

当然,民法的外在体系并非不能改变,我国也有主张物权自由创设主义的学者提出应该抛弃物债二分,重建民法体系。苏永钦教授建议将民法典划分为“主体法—财产法—民事责任”,其中财产法并不作物权编和债编的划分,而是将所有权、负担行为与处分行为等一般性的内容作为财产法通则,将交易行为形成的财产关系和非交易行为的财产关系作为财产法的两个分则。但是,苏永钦教授提出的民法体系仅仅是一个简单构想,还不具备被立法机关采纳的可操作性。他自己也认为,在全面废止物权法定原则之前,必须在法学界凝聚财产法新体系的共识。^{〔69〕}目前,中国民法典编纂正在进行,在短时间内形成新的民法体系恐怕是不现实的。在这种情况下,沿袭物债二分体系、采纳物权法定原则就成为必然选择。

2. 登记制度方面的考量

我国主张物权自由创设的学者一般认为应该以公示作为物权债权的区分标准,凡具备公示形

〔67〕 见前注〔55〕,黄泷一文,第111—113页。

〔68〕 Antonio Roman Garcia, *La tipicidad en los derechos reales*, Montecorvo, 1994, p.131-170, 196. 转引自唐晓晴:《论物权类型法定原则——兼论澳门民法典第1230条的渊源与范围》,载《民法基本理论与澳门民法的研究》,中山大学出版社2008年版,第165页。

〔69〕 见前注〔22〕,苏永钦文,第43页。

式的权利,即可认定为物权。虽然该派学者对不可登记财产能否实行物权自由尚存争议,但对于可登记财产,均认为应当改采物权自由创设。^{〔70〕}前已述及,物权自由创设对登记制度有特定要求,也包含了一定的制度风险。从中国的实际情况来看,实不宜改采物权自由创设。

首先,我国不动产登记制度仍然很不完善,“契据登记”因素较为匮乏。一方面,我国对不动产长期实行分类分级登记,农村地区至今尚未完成总登记和初始登记,直到2014年《不动产登记暂行条例》和2015年《不动产登记暂行条例实施细则》颁布后,才开始推行统一的不动产登记制度。在这种情况下谈论改采物权自由创设,显然过于超前。另一方面,我国不动产登记制度涉及契据登记的仅有地役权制度,并未将常见的共有物分管契约、区分所有建筑物管理规约等纳入登记范围。^{〔71〕}《房屋登记办法》第65条和《土地登记办法》第37条第2款虽然将“地役权合同”纳入登记范围,但第三人能否查阅以及如何查阅均未规定;《不动产登记暂行条例实施细则》第60条将“地役权合同”规定为申请地役权登记需要提交的材料,但却没有将其纳入登记范围。鉴于地役权在现实生活中极少出现,我国登记机关和交易当事人在短期内恐怕难以适应物权自由创设所带来的大量内容各异的合同登记。

第二,物权自由创设带来的风险和纠纷,可能促使我国登记机关在实际操作中变相实行物权类型封闭。在物权自由创设下,登记机关将依据抽象标准判定当事人的约定能否被纳入登记簿,由此享有很大的权力,同时也面临大量风险和纠纷。在这种情况下,即便法律改采物权自由创设,行政机关为规避风险也可能以政策文件的形式自行对合同内容进行类型化处理,并对各种类型的合同提出具体标准,要求当事人的约定必须符合这些具体标准才准予登记。这样一来,物权自由创设在现实运行中就可能异变为行政机关主导的类型封闭,欠缺正当性。

3. 中国特殊国情方面的考量

改革开放以来,中国在维持公有制的前提下逐渐向市场经济转型,这一特殊国情决定了中国物权制度的两个特点:其一,“公有私用”,即土地或其他自然资源的所有权只能由国家或集体享有,可以被私人享有并进入市场交易的只能是用益物权;其二,采取政府主导的可控渐进式改革,实质物权法规范处于“公私交错”的状态,部分不动产用益物权尚处于未定型状态。在这种特殊国情下,究竟应该实行物权自由,还是物权法定,苏永钦和李富成的观点恰好处于对立状态。^{〔72〕}笔者认为,在特殊国情之下,我国应当维持物权法定原则。

首先,土地一级市场应当维持物权法定原则。一方面,中国市场经济改革的目标之一就是清晰划分政府职能与市场机制,并让市场发挥资源配置的基础作用。如果在一级市场上实行物权自由创设,那么地方政府就可以通过创设不同种类的“私用权”积极介入市场经济。从短期效果来

〔70〕 对于以占有为公示形式的财产,是否可以实行物权自由创设,苏永钦教授曾经持肯定态度,并设想“建立某种结合占有和公证书面的公示制度”,但后来其态度有所变化,认为对不可登记财产应该维持物权法定原则,可登记财产则应改采自由创设。常鹏翱、杨代雄并未区别对待可登记财产和不可登记财产,只是笼统主张物权自由创设,张鹏则认为对不可登记财产,应该维持物权法定原则。参见前注〔17〕,苏永钦文,第41页;见前注〔22〕,苏永钦文,第29页;见前注〔22〕,张鹏文,第77页;见前注〔22〕,杨代雄文,第29—30页;见前注〔3〕,常鹏翱文(2006),第15—16页。

〔71〕 目前,“物权编草案一审稿”和“物权编草案二审稿”亦未设置关于共有物分管契约登记、区分所有建筑物管理规约登记的规定。

〔72〕 苏永钦:《物权法定还是物权自由——在土地国有的情况下对于私用的权利类型应该是更开放还是更限制?》,中国人民大学“民商法前沿 私法论坛”讲座记录(2005年12月2日);见前注〔22〕,苏永钦文,第35—37页;李富成:《中国语境中的物权法定问题研究》,载《比较法研究》2007年第2期,第55页以下。

看,地方政府可以借此展开竞争,吸引投资者,促进地方经济发展,但这种“地方政府公司主义”暗藏着大量的权力寻租空间,无法使市场发挥资源配置的基础作用,从长期来看并不能导向健康的市场经济体制。因此,在一级市场上应该坚持物权类型封闭,使“私用权”向“类所有权”的方向发展,确保其可流通性,并使其成为均质化的交易基础。另一方面,政府和国家的公共属性与私法自治无法兼容。虽然政府出让土地用益物权的行为属于私法行为,但政府的私法行为也是履行公共职能的方式,因此同样受到宪法以及相应的行政法的拘束。^[73] 因此,即便民法改采物权自由创设,政府在一级市场上也无法享有私法自治权。

第二,土地二级市场也应当维持物权法定原则。我国土地一级市场由政府垄断,并通过“招拍挂”实行土地批租,客观上有利于大资本集团,不利于中小企业与普通群众。在这种情况下,如果在二级市场上开放物权自由创设,那么从一级市场上获得大量“私用权”的资本集团极可能蜕化为食利的大地产者,通过设计物权机制,持续性盘剥交易相对人。因此,为防范这种新封建风险,二级市场上也应该实行物权类型封闭。

第三,物权法定原则是维持可控渐进式改革的保障。目前的土地制度改革是一种由中央政府控制的渐进试错改革,在这一过程中,私权逐渐形成,公权力放松管制、逐渐退缩。从目前的情况来看,土地制度尚未定型,特别是农村土地制度,在未来一定时期内,这种改革过程还将持续。在这种情况下,如果实行物权自由创设,那么地方政府和农村集体均可自由创设各种物权类型,可控渐进式改革的局面将被打破,中央政府也将失去对改革全局的控制。

(二) 中国是否应该限制物权法律渊源?

《民法总则》第10条明确承认了“法律”和“习惯”的民法法源地位。根据全国人大法工委和最高法院的理解,此处的“法律”应该做广义解释,包括了狭义法律、法律解释,特定情况下也包括了行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例、经济特区法规。^[74] 在民事司法实践中,前述各类制定法和司法解释可作为“裁判依据”引用,指导性案例、规章、规范性文件虽然不能作为“裁判依据”引用,但可作为“裁判说理”发挥作用。^[75] 与民法法律渊源的广泛性不同,《物权法》第5条和《民法总则》第116条仍然将物权法律渊源规定为“法律”,全国人大法工委和最高法院均将其理解为狭义法律。^[76] 从全国人大法工委的解释来看,我国对物权法律渊源的限制恐怕只是对日本和我国台湾地区的早期理论和制度的简单因袭,并非深思熟虑的结果。^[77] 这种限制不仅在理论上站不住脚,也与我国实际情况相悖:

首先,物权秩序更新并不一定要通过限制物权法律渊源来实现。欧陆各国在法典化后,均存在物权秩序更新的问题,但却没有限制物权法律渊源。以德国为例,德国在制定民法典时,也对全

^[73] 关于私法自治与国家私法行为的关系,可参见袁治杰:《民法典制定中的国家与国库问题研究》,载《中国法学》2017年第3期,第134—136页、第140页。

^[74] 参见李适时主编:《中华人民共和国民法总则释义》,法律出版社2017年版,第32—36页;沈德咏:《中华人民共和国民法总则条文理解与适用》(上),人民法院出版社2017年版,第153—159页。

^[75] 《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》(法释[2009]14号);《最高人民法院关于案例指导工作的规定》(法发[2010]51号);《最高人民法院关于案例指导工作的规定实施细则》(法[2015]130号);《人民法院民事裁判文书制作规范》(法[2016]221号)。

^[76] 见前注[74],李适时书,第359页;见前注[74],沈德咏书,第788页。

^[77] 参见全国人大常委会法工委民法室:《中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2007年版,第6—7页;朱庆育:《物权立法与法律理论——评〈物权法草案〉第一章》,载《中外法学》2006年第1期,第11页。

国物权秩序进行了更新,但并没有将物权法律渊源限定为立法机关制定法,而是通过民法典施行法来完成物权秩序更新的任务,该法采取了不溯及既往的态度,对各种旧物权的存废进行了细致地区分处理。^{〔78〕}相比之下,德国的处理方式比日本更为妥当,不仅实现了物权秩序的更新,也避免了“一刀切”限制物权法律渊源给司法实践带来的困扰。

第二,将物权法律渊源限定为立法机关颁布的制定法,固然可以巩固物权秩序更新的成果,但却导致了由立法机关垄断物权制度未来发展的后果,与物权的一般形成机制相悖。民事法律来源于社会生活习惯,大多数制定法物权亦脱胎于习惯物权:基于现实生活需要,某种常见物上权利义务关系的排他性逐渐获得普遍承认,新的习惯物权也就在社会生活中生成,它通常先被司法判例承认和调试,待规则逐渐明晰成熟后再被纳入制定法。立法者不可能提前预知社会生活的演变发展,并无垄断控制物权制度发展的能力,制定法相对社会生活的滞后性必然需要习惯法来进行补充。这实际上就是东亚各国(地区)逐渐放松对物权法律渊源的限制,承认习惯可以作为物权法律渊源的原因。

第三,我国立法者并无通过物权法或民法典编纂实现物权秩序整体更新的意图和条件。物权秩序的整体更新,以立法者能够设计出一套理想的物权制度为前提。在转型期,物权不仅是从现实生活中自发生成的,也是从政府主导的可控渐进式改革中形成的,后者发挥着基础作用。建设用地使用权、宅基地使用权、土地承包经营权等基础性“私用权”,最初都存在于政策文件、规章、法规中,试点改革成功后,才逐步被上升到公私杂糅的管理类法律中,最后才被纳入《物权法》,在未来的改革中,它们还会在政策文件和广义法律的推动下持续发生变化。例如,近年来的农地“三权分置”改革导致土地承包经营权发生变化,并促成“土地经营权”的产生。“土地经营权”先是出现在各类政策文件中,后由《农村土地承包法》(2018年修订)明确规定,“物权编草案一审稿”和“物权编草案二审稿”中新增的“土地经营权”也只是对前述改革成果的确认。在这种渐进式改革未结束前,《物权法》或未来民法典所规定的物权类型,仍然只是改革的阶段性成果,而非一套理想的物权秩序。在这种情况下,即便物权种类能够被狭义法律垄断规定,对物权内容的理解也必须结合各种广义法律渊源。相应地,我国的物权法律渊源必将长期处于一种多元杂糅的状态,在司法裁判中,狭义法律、法规、司法解释、规章、政策文件或作为“裁判依据”或作为“裁判说理”分别发挥作用。^{〔79〕}在这种情况下,通过“民法施行法”进行物权整理都困难重重,^{〔80〕}强行将物权法律渊源限制为狭义法律更是不切实际。

综上所述,我国不应该对物权法律渊源进行限制,《物权法》第5条和《民法总则》第116条的“法律”的外延应该解释为与民法法律渊源的范围一致,包括各类型的制定法和习惯。最高法院也可以通过司法解释或指导性案例承认习惯物权。

(三) 规范表达的完善

关于物权法定原则的法律规范应当包括正面表达和违反后果两方面,但《民法总则》第116条与《物权法》第5条仅仅是对该原则的正面表达,“物权编草案一审稿”和“物权编草案二审稿”也没有对违反物权法定原则的后果做出规定。结合前面的分析,未来民法典应当明确承认“习惯”的物权法律渊源地位。如果未来民法典仍然要在总则部分正面规定物权法定原则,那么物权编就不必重复,而应当对违反物权法定原则的后果做出规定。

〔78〕 见前注〔5〕,黄浣一文,第105页。

〔79〕 参见常鹏翱:《多元物权法源及其适用规律》,载《法学研究》2014年第4期,第114—137页。

〔80〕 参见王成:《物权法定与物权整理》,载《浙江社会科学》2005年第6期,第89—94页。

违反物权法定原则的法律行为的效力,取决于物权法定原则的性质:一种观点认为,强制法(ius cogens)有赋权规范(gewährende Rechtsnormen)与行为规范之分,前者为私法自治内部之技术性规定,后者为国家从外部对私法自治的管制或干预。法律行为不符合赋权规范,即因无权而不生效力(unwirksam),法律行为违反行为规范,即受到无效制裁(Nichtigkeitssanktion)。物权法定原则在性质上属于赋权规范,是私法自治的门栏规定,原则上将对物权类型和内容的塑造排除在私法自治的范围外,当事人不能(können nicht)创设新物权类型或改变既有物权类型的内容。因此,当事人法律行为的内容如果涉及创设新物权类型或改变既有物权类型的内容,即不生效力。^[81] 另一种观点认为,整个财产法均属于不容当事人任意变更的“公共秩序”^[82],故而物权法定原则属于国家对私法自治的管制或干预,构成了前述之行为规范,亦属于《合同法》第52条和《民法总则》第153条的“强制性规定”。所以,法律行为的内容如果涉及创设新物权类型或改变既有物权类型的内容,将因违反内容禁令(Inhaltsverbote)而无效。不过,上述两种观点的区分实益不大,因为法律行为确定不生效力与无效制裁在实际效果上并无实质区别。

就违反物权法定原则的后果,目前学术界的共识是尽量挽救当事人之间的交易,使其发生债权效力。相当部分学者运用“法律行为转化”理论对其进行解释,即法律行为虽不生物权效力,但如果满足其他法律行为的生效要件,仍具有相应的效力。^[83] 在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释(一)》的制定过程中,民法学会讨论稿第1条即为“违反物权法定的后果”,其中第2款明确运用了“法律行为转化”理论。^[84] 但亦有学者认为,在物权行为的学理框架内,物权行为因违反物权法定原则不成立或无效,并不影响债权行为的效力,因此并无适用转化理论的余地。^[85] 笔者认为,无论是否承认分离原则(Trennungsprinzip),法律行为转化理论均应适用,只是转化对象存在差异。在合意原则(Konsensusprinzip)下,物权变动过程仅包含一个法律行为,当该法律行为因违反物权法定原则而不生效或无效时,转化即针对该唯一的法律行为。在分离原则下,虽然物权变动过程可以划分为负担行为与处分行为,但这它们均因无权而不生效力或因违反内容禁令而无效。欲维持当事人之间的债务关系,即须针对负担行为进行转化。

值得注意的是,在物权的所有权能中,处分权能处于核心地位,是确保财货可流通性的关键。从欧陆各国民法典的相关规定来看,无论是否正面表达了物权类型封闭原则,均强调维护物权(所有权)的处分权能。反观东亚模式,对处分权能维护这一规制重点未给予足够的重视。在完善物权法定原则条款时,应当特别强调对处分权能的维护。

结合上述分析,未来民法典关于物权法定原则的规定可以考虑按照以下方案进行调整完善:

第××条【物权法定原则】

物权的种类和内容,依据法律或习惯确定。

第××条【违反物权法定原则的后果】

[81] 参见苏永钦:《私法自治中的经济理性》,中国人民大学出版社2004年版,第42—43页;见前注[60],苏永钦书,第310—311页;李宇:《民法总则要义:规范释论与判解集注》,法律出版社2017年版,第630—631页。

[82] 见前注[5],黄浣一文,第69页。

[83] 参见梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿附理由:物权编》,法律出版社2013年版,第13—15页;孙宪忠:《中国物权法总论》(第3版),法律出版社2014年版,第266—267页。

[84] 《物权法司法解释(一)》(民法学会讨论稿)第1条:“当事人之间关于物权种类和内容的约定违反物权法第五条规定,其请求确认或保护所约定的物权的,人民法院不予支持。前款所称当事人的约定符合其他法律行为生效要件的,依据相关法律、行政法规的规定处理。”

[85] 参见常鹏翱:《无效行为转换的法官裁量标准》,载《法学》2016年第2期,第47—48页。

依法律行为创设物权种类或者改变物权内容,该法律行为无效。

依法律行为排除或限制物权的处分权能,该法律行为无效。

前两款规定的法律行为,符合其他法律行为生效要件的,可作为该其他法律行为生效。

六、余 论

物权类型封闭原则兼具形式合理性和实质合理性。对于实行物权类型封闭原则的国家来说,改采物权自由创设并无必要,还可能诱发风险和纠纷。结合我国的实际情况,未来民法典应当维持物权法定原则,但物权法律渊源应当与民法法律渊源保持一致。除了对物权法定原则的规范表达进行完善外,我国民法立法与司法实践尚需对以下问题进行妥善安排:

首先,通过增加框架性权利和利用登记制度,扩大物权领域的形成自由空间。虽然“物权编草案一审稿”和“物权编草案二审稿”在数量上增加了物权类型的供给(居住权和土地经营权),但各类物权类型仍然刚性有余,柔性不足,留给民事主体的私法自治空间较小。对此,立法者在民法典物权编修订时,一方面,可以考虑增加人役权、实物负担这样的框架性权利,扩大法定物权类型对私法自治的容纳空间;另一方面,可以借助登记制度,使部分伴随物权的债权债务关系获得对抗效力,具体做法可以借鉴荷兰和我国台湾地区。^{〔86〕}当然,这两种机制都需要在我国的登记制度中增加契据登记和契据查询的因素。

第二,妥善协调管理性信托与物权法定原则的关系。可以考虑的路径有两种:其一,将管理性信托纳入“所有权—他物权”结构。在受托人享有“所有权”时,受益人即享有他物权性质的“信托受益权”;在受益人享有“所有权”,受托人即享有他物权性质的“信托管理权”。此处的“信托受益权”和“信托管理权”可以设计为框架性权利,其具体内容可交由当事人约定。对于以不动产为标的的管理性信托,可借助登记作为公示手段。^{〔87〕}其二,运用债权物权化原理解释管理性信托。在受托人享有所有权的情况下,管理性信托关系属于债之关系,受益人的权利性质为债权,如果管理性信托关系具有外观表征,例如已纳入不动产登记簿或具有占有外观,那么受益权即获得了对抗第三人的效力。反之,则仅仅具有债权效力。

第三,与物权法定原则相关的司法对策。对于日常生活和交易实践中形成的物上权利类型,在未被法律或抽象司法解释承认前,法院可以通过两种方式承认其物权效力:其一,运用法律解释或续造的方法,对物权法规范进行扩张解释或类推适用,从而将该物上权利纳入现有的物权类型中。^{〔88〕}其二,直接承认其为独立的习惯物权。法官对习惯物权承认,涉及事实认定和价值判断两个层面。在事实认定层面,如果某一物上权利频繁出现,且排他性得到了普遍尊重,并具备了能够

〔86〕 比较稳妥的做法是渐次扩展可登记债权债务关系的范围:先引入共有物分管契约和建筑物区分所有规约登记;再选择几种常见物权类型,承认伴随这些物权类型的债权债务关系的登记能力;条件成熟后,再一般性地承认“关于可登记财产的容忍或不作为义务的约定”的登记能力。

〔87〕 南非《信托财产控制法》(Trust Property Control Act)即采纳了将信托纳入“所有权—他物权”结构的制度设计。见前注〔55〕,黄泷一文,第109—110页;王涌:《论信托法与物权法的关系——信托法在民法法系中的问题》,载《北京大学学报(哲学社会科学版)》2008年第6期,第93—101页。

〔88〕 日本和我国台湾地区法院对“最高额抵押”的承认,就是通过对“附随性”进行扩张解释实现的。我国“应收账款质权”的客体仅限于基于合同的金钱债权,但法院可以通过类推适用合同法关于债权转让的规定来承认一般债权质权,并以通知债务人作为对抗第三人的要件。参见杨代雄:《法律解释与物权法定原则的矫正——以一般债权质权的普遍承认为范例》,载《月旦民商法》总第30期,第64—80页。

为外界所识别的表征,即可初步认定为习惯物权;在价值判断层面,认定某一物上权利为习惯物权,须符合积极和消极的公共政策,即契合公平正义的价值追求且不违背公序良俗。^{〔89〕}

Abstract The *numerus clausus* principle originated in Pandekten jurisprudence, which intends to restrict private autonomy and has no intention to limit the legal sources of property rights. The *numerus clausus* principle in East Asia is a subtype of the *numerus clausus* principle, which not only restricts private autonomy in property laws but also appends a restriction on the legal sources of property rights. The formal rationality of the *numerus clausus* principle is to maintain the separation between obligation laws and property laws. The substantive rationality of the principle is that it protects the property's alienability and transaction security. Moreover, it ensures the realization of some public policies. Even though with the gradual improvement of the registration system, the function of the *numerus clausus* principle to protect transaction security has been weakened, it plays an irreplaceable role in maintaining the Pandekten civil law system and ensuring the realization of some public policies. As for a country that has adopted the *numerus clausus* principle, it is unnecessary to change to *numerus apertus*. Meanwhile, the institutional risk contained in *numerus apertus* has also weakened its feasibility. Chinese civil law system, the status quo of the registration system and the unique national conditions of China determine that the future civil code should maintain the *numerus clausus* principle, but the legal sources of property rights should be consistent with the legal sources of civil law. The legislature should revise the normative expression of the *numerus clausus* principle and make proper arrangements for relevant systems.

Keywords *Numerus Clausus*, *Numerus Clausus*, *Numerus Apertus*, Autonomy of Private Law, Limited Property Rights

(责任编辑: 庄加园)

〔89〕 对司法对策的专门探讨,可参见张志坡:《物权法定缓和的可能性及其边界》,载《比较法研究》2017年第1期,第166—169页。