

体系化视角中的物权法定

常鹏翱*

内容提要:物权法定是传统物权法的基本原则。但从体系化的视角分析,它的内涵具有高度的不确定性,不能跟上物权公示制度的变化,还背离了民法体系的开放性。这三重缺陷决定了它不能有机地融入民法体系。为了维护民法体系的稳定性和开放性,应在公示基础上采用物权自由的立场,在立法技术上则要兼顾有名物权和无名物权。

关键词:体系化 物权法定 物权自由 物权公示

德国财产法的最显著特征,莫过于借助罗马法中的“对物权(*iura in rem*)”和“对人权(*iura in personam*)”概念,形成了物权和债权的区分,进而又分为物权法和债权法。^[1]这样的区分固然有满足实际需要的成分,但更多地还是出于民法体系化的考虑。^[2]这符合其制定的时代法典化背景,因为近现代民法典正是以概念主义主导的体系化为基本特质,通过特定逻辑操作,使意义精确的概念和规则自洽地连接成有机一致的体系。^[3]源于这样的基础和背景,逐渐确定了物权法定的原则,它被认为是19世纪概念主义发挥到极致的产物,是基于物权和债权区分的逻辑演绎的产物。^[4]后世很多民法如同德国法一样区分了物权和债权,同时也继承了物权法定原则。

所谓物权法定,通常是指物权类型和内容由法律明确规定。^[5]这是物权法定原则的基本内涵,但并非其全貌,除此之外还应再把握另两层含义:1.在德国法系传统中,物权自产生时起,就有明确的公示形式,如用以表征不动产物权的登记,以对社会公众表明其绝对性和排他性,这表现了物权的形式性特点。正因为有了特定形式作为依托,法定的物权类型和内容才能一致地表现出来,否则,即使

* 中国社会科学院法学研究所研究人员。

[1] 参见[德]K·茨威格特、H·克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,贵州人民出版社1992年版,第220页。

[2] 参见[德]霍尔特·海因里希·雅科布斯:《十九世纪德国民法科学与立法》,王娜译,法律出版社2003年版,第182页。日本学者大木雅夫也认为德国民法区分物权法和债权法,并非着眼于其在社会现实中所发挥的功能,而是着眼于从罗马法借用来的形式的法律结构。参见[日]大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社1999年版,第207页。

[3] 参见[美]马蒂阿斯·雷曼:《19世纪德国法律科学》,常鹏翱译,载易继明主编:《私法》第9卷,北京大学出版社2005年版,第220页。

[4] 参见苏永钦:《物权法定主义的再思考——从民事财产法与经济观点分析》,载苏永钦:《经济法的挑战》,清华大学出版社2004年版,第44页;段匡:《德国、法国以及日本法中的物权法定主义》,载梁慧星主编:《民商法论丛》第7卷,法律出版社1997年版,第259页。

[5] 如[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7页;[日]我妻荣:《日本物权法》,有泉亨修订、李宜芬校订,台湾五南图书出版有限公司1999年版,第22页以下;王泽鉴:《民法物权》第1册,中国政法大学出版社2001年版,第46页;孙宪忠编著:《物权法》,社会科学文献出版社2005年版,第66页。

物权的类型和内容法定,社会公众也难以产生一致的认识。^[6] 2. 物权法定中的“法”指向最狭义的法律,是指立法机关通过立法程序产生的制定法,^[7]并不涵盖行政法规、规章、习惯法、契约等规范。基于以上三层含义,所谓物权法定原则,就是在物权形式的配合下,物权的类型和内容完全由制定法规定的原则。

尽管物权法定是当今物权法立法和理论中的基本原则,但对它的质疑或反思一直存在,特别是近些年,随着我国大陆物权法的起草以及我国台湾民法典物权编的修改,重新审视物权法定正当性的理论著述开始比较集中地面世。在既有的反思性作品中,有的从财产法的发展以及法律经济分析的视角出发,得出推翻物权法定,改采物权自由的结论;^[8]有的着眼于我国的社会现实,主张对物权法定持警醒的态度,引入私法自治机制;^[9]有的从检讨物权法定的功能缺失和制度缺陷入手,根据物权类型和功能的不同,提倡部分物权法定,部分物权自由。^[10]

与其他作品不同,本文将采用体系化的视角,围绕上述物权法定的三层含义来展开。首先,看其基本内涵是否明确和精确,这是它作为法律概念的正当性根本所在,因为意义不确定就意味着法律规则的规范功能不明确,围绕这样的基本概念设定的规范群就难以起到纲举目张的体系效用;其次,分析它与物权公示制度之间的关联性,看它是否能与公示制度在物权法中达到功能和谐、逻辑自治、体系一致的程度;最后,分析物权法定的法源与民法整体法源的错位现象,并分析物权法应否以及如何嵌入民法体系。

之所以选择这样的分析视角,是因为物权法定本身是概念主义的演绎产物,而概念主义是导向法律体系化的基本手段,故而,物权法定很重要的功能在于印证和支持物权法和债权法的分离,进而组合民法中的财产法规范体系。要达此功用,物权法定必须具备能被体系化的素质,即不仅其本身的内涵应该清晰确定,还要能与相关制度默契地配合,融入整个民法体系而不突兀或别扭。既然物权法定源于概念主义的演绎逻辑,把它放在体系化的背景下进行考察,把握其作为民法体系一分子的基本意义,把握它和其他民法体系组成部分的关系,正是验证其正当性的基本路径。当然,从这种视角分析物权法定,并非单纯地从概念到概念或从逻辑到逻辑,而是在做到概念明确、规范明晰、逻辑顺当、推理严谨的基础上,再汲取其他合理因素,考虑我国的现实状况等,尽量使所做的分析言之有物,是基于实践产生的理论。

一、不确定的物权法定内涵

物权法定的核心内容在于物权类型和内容的法定,习惯和契约不能决定物权,当事人的意愿也无法主导物权的型态。在法律刚性的调控下,物权类型的数目屈指可数,各种物权也各有确定的内容,物权体系因此具有封闭性和稳定性。可以说,物权法定描画的是一幅体系清晰、错落有致、层次分明

[6] 与德国法不同,法国法并不注重物权的形式,这一点在不动产物权表现的尤甚,如不动产所有权的设定和移转无需登记的强制介入,登记甚至不能证明不动产所有权。参见尹田:《法国物权法》,法律出版社1998年版,第196页以下。与此相对应,法国法没有采用物权法定原则,而是奉行物权开放(numerus apertus),参见J. L. de Los Mozos, Estudios sobre Derecho de Los Bienes, Madrid, 1991, pgs. 54 e segs; José de Oliveira Ascensão, A Tipicidade dos Direitos Reais, Lisboa, 1968, pgs. 74 e segs. 这些信息得到澳门大学法学院唐晓晴教授的提示并提供翻译,特别表示感谢。

[7] 参见史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第13页。在此所谓的制定法,其主力当然是民法典物权编或者单行的物权法,它与其他法律中涉及物权的条文形成了一般法和特别法的关系。

[8] 如前引[4],苏永钦文,第1页以下;苏永钦:《物权法定主义松动下的民事财产权体系——再探内地民法典的可能性》,载苏永钦:《民事立法与公私法的接轨》,北京大学出版社2005年版,第202页以下;张鹏:《物权法定经济上合理性之批判》,《月旦法学》第108期。

[9] 如杨玉蕙:《论物权法定主义》,《比较法研究》2002年第1期。

[10] 如梁上上:《物权法定主义:在自由与强制之间》,《法学研究》2003年第3期;刘亚峰:《论无名物权的物权法保护——从对物权法定原则的检讨展开》,《法商研究》2006年第2期。

的物权图像,在此,诸种物权统领着各自的内容,彼此界线极其明确,绝无交错,但它们又相互联结,不存在中间缝隙。

然而,细加揣摩,就会发现这只是一幅虚化的画面,物权类型并非如同想象的那样有限而确定,它们不仅相互交错,类型之间还存有缺口,并随着时势发展而呈现出动态的开放局面;而且,即便是定型的物权,其内容也只是貌似明晰,其实含混不清,还不时掺入当事人的意愿,最终导致名称同一的物权未必有相同的内容。果真如此,物权法定的基本内涵根本就无从确定,只不过是徒有法定之名的概念游戏而已。

(一)难以把握的物权类型

单就法律文本的规定来看,我国的担保法和合同法都以类型化为基本技术,担保物权和合同在各自的法律文本中,均以明确而有限的类型形式存在。粗略地讲,作为思维方式和立法技术,类型的根本特点不在于精确全面地把握对象的全部特征要素,而是或多或少地截取部分要素,再根据特定标准进行归类。^[11]与它对应的是概念式的思维和技术,强调一览无遗地规整对象的特征,进而达到整齐划一、非此即彼的效果,即概念所指称法律事实的特征已经被穷尽地罗列,个案事实单凭逻辑推论即可涵摄到概念之下。^[12]类型则无此功用,它只能大致将对象分门别类,所得结论并不周全,难以达到严密周延的功效。

为了减弱类型的消极性,立法者往往要借用形式逻辑和概念技术来表述已被认识的类型,以确保法律的确性和稳定性,于是,我们看到,无论是抵押权、质权还是买卖合同、租赁合同,均在法律文本中有明确的定义。然而,将类型进行概念化的操作只是一种权宜之计,只能保证法律在调整对象上的局部明确和稳定,因为作为立法根基的类型永远比被抽象定义的概念意义丰富,概念对类型的裁减压制不了不断蔓生的类型,立法不可能达到类型概念化的目的。^[13]这个判断可以绝对地适用于合同,因为在法律规定的有名合同之外,基于合同自由原则,当事人能够自由地设计合同形态,合同类型因此在理论上能无限累加。但在物权法定原则的限制下,物权类型却丧失了类型本色,当事人无法像对法律规定的有名合同类型进行改头换面的手术那样来增减物权特性,物权类型因此被高度概念化。^[14]顺理成章地,基于物权法定,物权的类型非常有限,根据每种物权的定义即可轻易判断出当事人创设的权利是否为合法的物权类型。

不过,尽管类型被概念化了,但其本质仍是类型,只要它还在应用,就表明所指向的对象无论在数量上还是在特性上均是多元的,并且既相互关联又相互区分。这是因为,如果被观察对象数量唯一,或者数量众多的对象的特性完全相同,类型化就无适用余地,因为反正对象就此一家再无其他,有足够的确定性,无需进行归类和区分,此时,适宜的方法是用概念来界定对象的特性要素;如果被观察对象虽然在数量和特性上均不唯一,但它们之间根本就没有关联,对它们进行类型化也没有积极意义,通常所谓的“风马牛不相及”、“驴唇马嘴”即是如此。以此反观,各类物权显然是类型化思维的产物,它们属于“物权”这个同一体系中的有机成分,相互之间在功能上有关联,如所有权是他物权产生的基础;同时,它们又根据一定标准而区分,如根据实际利用还是支配价值的功能不同,用益物权得以与担保物权区别开来。正是类型化这样的区别和连接作用,各种各样的物权在“物权”这个领域内各得其所、各司其职但又相互协力,营造了和谐有序的物权体系。

[11] 参见吴从周:《论法学上之“类型思维”》,载《法理学论丛——纪念杨日然教授》,台湾月旦出版社股份有限公司1997年版,第312页。

[12] 有关类型与概念的区别,参见[德]亚图·考夫曼:《类推与“事物本质”》,兼论类型理论,吴从周译,学林文化事业有限公司1999年版,第111页;[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第100页;黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第240页;前引[11],吴从周文,第308页以下。

[13] 参见上引,亚图·考夫曼书,第117页以下。

[14] 参见前引[12],卡尔·拉伦茨书,第341页;前引[12],黄茂荣书,第500页。

然而,这并不意味着物权类型的归类和划分是确定无疑的,物权类型没有也不可能彻底摆脱类型的天性,不可避免地带有不确定的特色。只要我们拓展观察视野,从规范整体着手,或者将目光投向变动不居的现实,就会看到,建立在类型基础上的物权体系具有高度的不确定性。

首先,类型的基础是特定的归类和区分标准,不同标准确定不同的类型,一旦标准变化,类型必然随之改变。这在担保物权中表现得非常明显,最典型的当数抵押权和权利质权的区分。抵押权和质权是根据不同的公示方式而划分的两类担保物权,后者又以标的形态不同,分为动产质权和权利质权,抵押权和权利质权也因此分属不同类型。问题在于,当担保标的是不动产收益权时,该担保物权应是什么呢?最高人民法院判例认为是抵押权,^[15]《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第97条则认为是权利质权,之所以有这样的分歧,就在于对不动产收益权的定性不同,前者将其定性为用益物权,后者则定性为债权。其实,我们完全可以不再细分不动产收益权的法律属性,而像美国商法典第9章所规定的那样,只要能发挥财产权的经济价值,它就完全可以成为任一担保物权的客体。或者从体系化的角度考虑,根据该权利表现的形式,将之归为相应的类型,比如,以需要登记的不动产收益权为标的的担保物权,无论在权利设定还是在权利顺位上,都宜划归抵押权;反之,以无需登记的不动产收益权为标的的担保物权就是权利质权。

标准转化引发的类型转化还不是什么大问题,毕竟最终还有比较确定的类型,更有疑问的是,类型的层级性所导致的类型划分不完全,将导致某些物权不能妥当定位。所谓类型层级性,表明类型是根据对象特征要素的多少程度来划定的,即根据某一特性的多少程度将对象排序,以确定它们在该序列中的地位,这样,类型之间的界限就不是固定不变的,而很容易出现跨越类型界限的混合形态。^[16]这方面的例子在物权体系中俯拾皆是,比如,在利用他人土地进行建筑的同时又为耕种,是否逾越地上权和永佃权的界限,不无争议。^[17]又如,典权横亘用益物权和担保物权的边界,一方面,权利人能用益标的物,另一方面,典权的发生多因为出典人为融通资金而为之借款担保,故有特种物权之说。^[18]再如,在共有物分管契约经登记产生对抗力的前提下,共有人据此获得的权利实质上又是他物权。^[19]综合来看,不仅他物权类型之间的边界模糊,而且所有权和他物权之间的界线也有点含混不清了,这无异在根本上否定了物权类型的内部体系结构。

问题尚未终结,还要看到,社会变迁和经济发展给新型物权的萌生提供了温床,这从内外两个方面冲击着既有的物权类型模式,缺口一次又一次地被打开。首当其冲的就是债权的物权化,特别是随着登记制度改革以及登记技术的进步,不仅创设不动产物权的债权请求权可以被预告登记,优先购买权等相关的债权请求权也能被登记,^[20]并因此产生对抗力,约束债权关系之外的第三人。这些权利的功能旨在为将来取得物权做准备,它们的出现显然打破了我国目前的他物权类型布局,要妥当地应对这种变化,唯一的出路就是打开他物权的大门,像德国民法那样,在用益物权和担保物权之外引入“取得权”,^[21]得到暂时的完整齐备。如果说债权的物权化是外部力量的冲击,那么,物权体系内的变革也不容忽视,以完全物权这个单一面目出现的所有权在特定场合,也一改绝对的对世性,在诸如

[15] 参见“汇通支行诉富利达公司用益物权抵押合同纠纷案”,载《最高人民法院公报》1998年第2期。

[16] 参见前引[11],吴从周文,第315页以下。

[17] 参见谢在全:《民法物权论》,中国政法大学出版社1999年版,第347页;前引[5],我妻荣书,第320页。

[18] 参见杨与龄:《有关典权之几项争议》,载苏永钦主编:《民法物权争议问题研究》,清华大学出版社2004年版,第216页以下;前引[7],史尚宽书,第434页。

[19] 参见前引[8],苏永钦文,第232页。

[20] 参见《上海市房地产登记条例》第49-60条,《南京市城镇房屋权属登记条例》第29条。

[21] 参见[德]曼弗雷德·沃尔夫:《物权法》,吴越等译,法律出版社2002年版,第7页;前引[5],鲍尔、施蒂尔纳书,第44页。

借用他人名义登记买房的情形,成为只能针对特定人主张的相对性权利;^[22]而且,还能像担保信托那样,^[23]被抽取几乎全部的内涵,仅仅具有特定功能或者为特定目的而存在。

划分物权类型标准的不唯一,类型层级性导致的物权类型交错、界线不明,债权物权化和所有权的相对化、功能化,均表明看上去有限而确定的物权类型实际上是疑云满楼,物权类型的不确定反倒是客观实际的存在。由于物权类型并非仅仅是抽象的名称,而是具体权利内容的抽象概括,统率了物权内容,具体的物权类型将决定其内容的布局和走向,因此,物权类型不确定自然会导致物权内容难以确定,在这种情况下,法定也就丧失了必要的规制对象,物权是否真能法定的确需要认真反思。

(二)似是而非的内容法定

法律意义上的权利是一种实体存在,它必须具有特定实在的内容,但理论上难以从“内容”的角度来界定权利,^[24]也就是说,在抽象意义上,权利内容本身很不确定。不过,通过法律规定或者当事人约定,具体权利的内容能够被确定,实践中大多数的合同债权就如此。基于物权法定,物权的内容受制于明确的法律规定,应当也具有高度确定性,但其实不然。

在物权法理论中,物权是特定人针对特定物的支配权,其内容就是直接对物享有实际利用或者取得价值的利益,即通常所谓的占有、使用、收益或者处分的权能,^[25]它们都有积极的财产价值,能给权利人带来财产增益,而无需负担任何义务。在这个意义上,物权内容法定意指上述权能由法律明定。

但用权能指代物权内容,不能涵盖所有的情形,最典型的例外莫过于负担社会义务的所有权。从形态上看,所有权是权能最完整的物权,但在所有权社会化思潮的影响下,诸如欠缺自有利益、容忍优势干涉利益等义务最终均要由所有人来负担,因为它们因“物”而设,凡是物之所有人均要负担,就此而言,它们已经内化为所有权的成分,^[26]故而,在权能之外,所有权还有消极义务的内容。作为用益物权的永佃权同样如此,永佃权人在享有永佃权权能的同时,要负担支付佃租的义务,该义务超出当事人约定之债务的范畴,构成永佃权的负担,永佃权受让人因此负有支付欠缴佃租的义务。^[27]这些义务,如同所有权上负载的他物权,构成对世性的物上负担(Belastung),^[28]而非针对特定人的债务负担(Verpflichtung)。^[29]由此,在权能之外,物上的义务负担也成为物权的内容,此时的物权实际上是一种财产关系,而非单纯的权利,故物权内容的范围也因此而扩展。

然而,即使我们把这样的财产关系上升为法律关系,其内容仍然不能满足物权法定的范围,因为物权法定不仅仅指向权利义务,还包括物权的客体,比如,基于物权法定,能作为抵押权标的的权利必须为法律明文规定;^[30]还包括引发物权变动的法律事实,比如,当事人约定的担保物权存续期间无效,因为它违背了担保物权的法定消灭方式;^[31]此外,还包括物权的公示形式,比如,法律规定动产质权的设定须移转动产占有,当事人设定的不移转占有的动产质权就是违背物权内容法定的范

[22] 参见詹森林:《借名登记契约之法律关系》,《台湾本土法学》第43期;陈聪富:《脱法行为、消极信托及借名登记契约——最高法院九十四年度台上字第三六二号民事判决评释》,《月旦法学》第123期;北京市第二中级人民法院(2005)二中民初字第00072号民事判决书。

[23] 参见王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第367页以下;前引[5],鲍尔、施蒂尔纳书,第40页以下。

[24] 参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔等译,法律出版社2003年版,第276页。

[25] 参见前引[5],孙宪忠书,第20页;前引[7],史尚宽书,第9页。

[26] 参见前引[5],鲍尔、施蒂尔纳书,第524页以下;前引[5],我妻荣书,第262页。

[27] 参见前引[5],我妻荣书,第368页;前引[7],史尚宽书,第208、217页。

[28] 关于物上负担的意义,参见前引[5],鲍尔、施蒂尔纳书,第411、653页。

[29] 关于债务负担的意义,参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第167页。

[30] 参见前引[17],谢在全书,第739页。

[31] 参见李国光等:《最高人民法院〈关于适用中华人民共和国担保法若干问题的解释〉理解与适用》,吉林人民出版社2000年版,第87页。

例。^[32]

显见,在物权法定的意义上,物权的内容完全跳出了范围狭隘的“权能”藩篱,具有更丰富的内涵,可以说是主体要素之外的物权法律关系及其法律事实的全部。换言之,物权内容在此成为了一个具有广泛包容性,但因此也高度空洞化的框架性结构,其面目实质上就是法律用以调整特定物权的具体规范内容,即由各类物权统率的法律规范群,如“抵押权”和“质权”在我国担保法中分属不同章节,各有不同的规范内容。由此,物权内容法定所蕴涵的实际意思,就是物权法规范的完全强行性,^[33]当事人针对具体物权所做的约定不得超越或者改变物权法规范的含义,否则,就是对物权法定原则的侵犯。

从理论上讲,由于法律规范有确定的内涵,由法律规范组成的物权内容当然应具有高度的确定性。但实际情况并非如此,在交易的背景下,物权源于当事人的约定,而不同的当事人有着千差万别的需求,无论立法多么精妙细致,面对形形色色的权利交易,想用极其有限的规范条文替代当事人的交易计划,无疑是沙漠里的海市蜃楼。因此,法律在规范内容上并没有也不可能采用完全强制的做法,而是为当事人预留了不少决定或者更改物权内容的空间,比如,地役权是权利人为自己土地便宜而使用他人土地的权利,而便宜究竟指向什么,法律难以涵盖其全部内容,要交由当事人自治,这被认为是物权法定的重大例外。^[34]这样的例外不一而足,比如,在地上权,地租是否构成地上权内容,完全取决于当事人登记与否;^[35]又如,在担保物权,根据我国担保法第46、53、67、71、77、78、80、87条的规定,担保物权担保的范围、担保物权实现的方式,质权人对质物孳息的收取权、质权客体的转让均取决于当事人的意愿。在以上情形,即使当事人约定的内容悖于法律的例示方向,仍不失其法律效力,这无疑柔化了物权内容法定的刚性面目,柔化了物权法规范的强行性,物权内容因此有了自由空间。而一旦自由,它又如何能在法定的意义上确定呢?

二、物权公示对法定的影响

在物权的整体架构中,物权法定尽管有其独立存在的特有价值,但它毕竟还是物权法体系的一个部分,在系统整体性功能的牵引下,不可避免地要和其他组成部分发生关系,共同朝着实现物权绝对性的目标形成合力作用。在物权的诸多成分中,物权法定和物权公示的关系最为紧密,因为物权法定的一个很重要的功能,就是便于物权公示,以确保交易安全和便捷。^[36]由此,物权公示成了物权法定的决定性要素,只要物权法中的公示系统不产生本质变化,在排除物权法定基本内涵的不确定性之后,物权法定能在实现物权法体系功能的方向上继续保持其存续的正当性;否则,物权法定除了内涵不确定的自身系统内弱点,其外围制约要素的突变也将削弱其生命力。

(一)法定和公示的合力

抽象的物权要在现实中实现其绝对性和排他性,就必须有可被识别的外观形式,动产占有和不动产登记就承担了这样的使命,而且,这些公示形式是刚性的,当事人不能擅自改变。不过,受制于它们的物理特性或构造机制,占有和登记没有能力充分表现形态多样的物权。占有是特定主体支配物的

[32] 参见前引[5],王泽鉴书,第46页;前引[17],谢在全书,第44页。

[33] 参见梁慧星、陈华彬编著:《物权法》,法律出版社1997年版,第2页;王利明:《物权法研究》,中国人民大学出版社2002年版,第51页。

[34] 参见苏永钦:《重建地役权制度——以地役权的重建为中心》,载苏永钦:《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版,第252页以下;前引[5],我妻荣书,第376页。

[35] 参见王泽鉴:《民法物权》第2册,中国政法大学出版社2001年版,第40页;[日]田山辉明:《物权法》,陆庆胜译,法律出版社2001年版,第203页。

[36] 参见前引[5],王泽鉴书,第45页;前引[17],谢在全书,第42页。

简单事实,尽管它在法律中是所有动产物权的外观形式,但如果没有当事人设定质权或存在留置权等法律关系的旁证,它只能表现动产所有权。^[37]与占有相比,登记能承载更多的也更复杂的信息,但只要登记审查和登记记载完全依靠人工操作,即使不考虑其他成本,单就为了减少登记机关的工作成本和交易者的信息收集成本,登记对象也只能是简约明了的物权,而不能是任由当事人约定的权利。

这也体现了物权与债权的差别,前者从内容到形式均由法定,后者则基本上交由私人自治,这种差异的原因在于:债权是相对性的权利,只约束有直接法律关系的当事人;物权具有绝对性,其面向的是不特定的社会公众,为了避免社会公众遭受被物权人排斥的风险,物权法就要强行规定物权的型态。在物权绝对性的大前提下,正是因为公示的形式和效能非常有限,物权难以像债权那样自由,其类型和内容的法定也就成了不二法门。当然,公示对法定的决定性作用,在历史发展中并非如此简单清晰,而是伴随着物权和债权区分的逐渐明确,以及登记簿的专门化,直到德国民法典才最终确立下来。^[38]

不过,在物权法的规范体系中,公示决定法定的逻辑操作被颠倒过来,成为法定先行、公示殿后,物权法定引导着物权公示的方向,公示的对象必须是法律明定的物权,法定成了公示是否正当的首要标准。这样一来,尽管物权法定和公示分属两套系统,但公示的有限性决定了物权法定,法定反过来牵引着公示。可以说,物权法定固定了我们所能设定的物权型态,指向客观存在的权利;物权公示则指向我们实际享有的主观权利,它通过具体外观向社会公众展示了特定主体支配特定物的关系,并以此沟通具体的主观权利与物权法,最终落实物权法定原则。

物权法定与公示的紧密结合,让交易显得简捷而透明,效能有限的公示形式负载了形态有限的物权,社会公众能一目了然地知道权利是什么、权利人是谁等信息,从而在信息共享的基础上决定行动计划。对国家而言,这样的结合又是双重的干预,不仅物权型态不容当事人自治,物权公示形式也严格受制于法律,物权及其交易形态完全被格式化了,当事人除了在不是否引发物权交易上有主动权之外,其他完全由法律进行控制,这样,由国家法控制的有序的物权布局和良好的交易秩序得以确立。

(二)变化中的公示系统

将占有和登记分别作为动产物权和不动产物权的公示形式,是德国民法典确定并为后世民法所采用的规则。在物权法体系中,公示虽然配合着物权法定,但它也自成系统,影响着物权的确定和变动,这一点在不动产登记表现得更为明显。不动产登记是专门的国家机关依据法定程序将不动产及其物权记载或者不记载于特定簿册上,进而产生特定法律效果的制度,其内容同时涉及公法和私法,实体法和程序法,要由专门的法律进行调整,在法律构造上比单由民法调整的占有复杂得多。^[39]

从整体上看,德国法创设的公示系统有如下特点:1.形式单一,除了占有和登记,其他形式均不能成为物权的公示形式;2.事项单一,除了预告登记之外,占有和登记所反映的只能是法定物权;3.主体单一,登记机构是国家专设的用以表现不动产物权的机构,其他机构或者个人均不能进行不动产登记业务;4.方法单一,对登记事项的操作采用人工的书面记载方法,并实行一事一议规则。公示系统的单一性,正是其效能有限的象征,这给物权法定提供了适宜的生存环境。

但随着社会发展和技术进步,这种单一的公示系统所具有的地方性和时代性特征日益突出,许多国家和地区均根据自身情况审时度势,修改公示系统,从而导致公示系统在百余年的发展过程中不断发生变化,如日本民法中的明示方法就是典型例子,^[40]我国更是如此。以我国为例,可以把公示系统的现实和趋势总括为:

[37] 参见德国民法典第1006条第1款第1句,瑞士民法典第930条第1款。

[38] Vgl. Buchholz, Abstraktionsprinzip und Immobilienrecht, Vittorio Klostermann, 1978, S. 133ff.

[39] 参见常鹏翱:《物权程序的建构与效应》,中国人民大学出版社2005年版,第1页以下。

[40] 参见前引[35],田山辉明书,第98页。

第一,公示形式从单一走向多元。该变化主要表现为:1. 社会变迁和经济发展扩展了物权客体的范围,从而催生出新的公示形式,比如,某些动产在现代社会和不动产一样具有很大的经济价值,我国担保法第42条就顺时而动地规定,登记是动产抵押权的公示形式。2. 特定区域、民族或行业存在着公示物权的习惯形式,为了维持既有的文化或交易传统,法律明确承认或尊重这些形式,比如,在我国农村,当事人对房屋的占有以及他人的见证,也能公示房屋的所有权。^[41]

第二,公示事项从单一走向多元,即公示事项不单纯是法定物权,还包括法律没有规定的权利类型。这主要表现在不动产领域:1. 在法律规定的物权形态之外,经济交易活动创设出形态确定、长期应用的权利,出于确保交易安全的目的,登记机构依据有关规则将这些权利予以登记。比如,我国法律没有明确认可典权,但它存在于民间融资的交易实践之中,登记机关也在进行典权登记,这得到了地方性法规(如《上海市房地产登记条例》第43条)和行政规章(如《城市房屋权属登记管理办法》第3条)的认可;又如,法律没有明文规定的地下空间使用权也因为登记而有独立存在的价值,并能因此进行流通。^[42] 2. 为了明晰权利边界,实现财产权最大化的效用,并化解不必要的纷争,债权也能被登记。比如,作为债权的土地租赁权有稳定的用益功效,为了实现这种价值,它能先登记备案,然后再被市场化利用,即通过登记将其抵押,生成以债权为标的的抵押权。^[43] 3. 为了解决当事人的实际需求,法院根据具体情况确立了法律没有规定的不动产权利,一旦这种权利因为法院的文书生效而得以生成,当权利人持法律文书申请权利登记时,登记机关无权对这些文书的内容和效力提出质疑,而只能采用妥当的技术措施将这些权利记载于登记簿册之中。^[44] 比如,我国司法实务经常出现居住权的判例,即在处理离婚纠纷时,为了维护房屋的整体功能,同时考虑到离婚夫妇不可能共有同一房屋的现实,也为了贯彻一物之上只能负担一个所有权的基本规则,法院将原属夫妻共有的房屋判归一方所有,但考虑另一方没有房屋居住的现实,还会在该房屋上为其设定继续居住该房屋的权利。^[45] 这种权利通常没有具体期限限制,而且专为某人所设,就其构造而言,相当于人役权中的居住权。如果它不能记载在登记簿册之中,一旦房屋所有权人处分房屋,善意购买人无从知悉居住权的存在,获得的将是不负担居住权的房屋所有权,居住权利人的利益无法得到保障,法律文书也就成了一纸空文。为了维护权利人的切身利益,也为了维护司法尊严,登记机关应根据法院判决和当事人的申请,将司法判决中的居住权确定在登记簿册之中。

第三,公示主体从单一走向多元,这主要针对登记而言:1. 随着现实需要的扩增,登记对象从不动产扩及动产和权利,而后两者的形态非常繁多。与此相应,除了国家专设的不动产登记机构,登记机关还包括了多元的动产登记机构和权利登记机构(如担保法第42、43、75条规定的登记机构)。2. 交易手段和观念的发展,使得信托、证券化等高度专业化的金融技术进入到实物交易领域,为了理顺由此产生的复杂关系,专业化的登记机构也应运而生,如2006年6月21日成立的上海市信托登记中心。

第四,公示方法从单一走向多元:1. 随着电子技术、信息技术和网络技术的快速发展和普及,传统的人工登记被电子方式所替代,纸质文件通过数码技术极易被数字化,登记人员能毫不费力地将物

[41] 参见最高人民法院《关于对分家析产的房屋再立遗嘱变更产权,其遗嘱是否有效的批复》以及《关于土改前已分家析产的房屋,土改时误登在一人名下的产权仍归双方各自所有的批复》。

[42] 参见国土资源部(国土资厅[2000]171号)《关于地下建筑物土地确权登记发证有关问题的复函》以及(国土资厅函[2002]84号)《关于跨越或穿越铁路用地土地权属问题的复函》。

[43] 参见国土资源部(国土资厅[1999]222号)《规范国有土地租赁的若干意见》第6点。

[44] 参见《上海市房地产登记条例》第7条,最高人民法院、国土资源部、建设部《关于依法规范人民法院执行和国土资源房地产管理部门协助执行若干问题的通知》第3条。

[45] 参见刘东华:《离婚判决中女性的居住权问题——兼论我国的居住权立法》,载梁慧星主编:《民商法论丛》第18卷,金桥文化出版(香港)有限公司2001年版,第254页以下;徐悦:《夫妻共同购买一套房屋,离婚时一方取得一间居住权——先居住权可以办产权证吗?》,《人民法院报》2004年9月9日。

权、合同约定以及法律文书的具体内容记载于登记簿之中,同时,网络运用的普及和网络技术的发达也便利了登记簿的存储和查阅。^[46] 2. 为了满足交易需求,也为了提高交易效率,在电子化和网络化技术的支持下,特定情形的登记业务摆脱了一事一议的规则,产生了一议数事的“批发”现象,如根据建设部(建住房[2005]77号)《关于个人住房抵押贷款证券化涉及的抵押权变更登记有关问题的试行通知》第2条,登记机构针对特定的信托情形,可以批量办理个人住房抵押权变更登记。

从单一走向多元,表明公示系统发生了深刻的变化。虽然我们很难说这样的变化一定更合理,但无论如何,我们必须正视这个现实,因为即使不考虑这对物权法体系的影响,单从解决实际需要的实用角度来看,公示的变化也意味着它在顺应环境和需求的变化,其中的合理因素不言而喻,对此,我们绝对不能忽视。

(三) 受影响的物权法定

公示系统从单一走向多元,标志着物权公示效能的扩大,与德国法的公示系统相比,现代的公示无论在形式上还是在内容上,均能反映更多的信息。更具体地看,公示事项和方法的变化,使得债权也能很方便地获得与物权相同的外观形式,这在相当程度上模糊了物权与债权的区分,为新类型物权的产生提供了契机,其结果将直接导致物权法定的松动。

建立在物权和债权区分基础上的物权法定,是国家意志直接干涉财产权领域的结果,从理论上讲,受制于物权的绝对性,当事人只要想涉足物权,就只有选择何种类型的自由,而没有如何设计具体内容的自由;相对性的债权则完全不同,是否以及如何发生,国家并不干预。如此截然有别的权利划分,让物权法定和债权自由能在同一民法体系中共存,不会产生机制运行上的矛盾。

但是,这不表明物权和债权当然地分属两套绝对对立的系统。对于基于法律行为的物权变动,债权和物权均基于当事人的意思表示而发生,且不言该意思表示是否应当细分为债权行为和物权行为,单就它们在实践中混为一体的常态观察,物权是衍生于债权的权利,债权的实际履行结果就是物权的变动。在这个背景下,相对性的债权向绝对性物权转化的关键点,就是看债权相对人之外的第三人能否充分知悉债权的履行过程或其结果,如果第三人无从了解这些信息,基于不得为他人私设义务的一般道理,债权只能约束相对人;反之,如果不特定的第三人能充分获得这些信息,债权就能转化为对世性的物权。

以上所说的信息公开机制就是公示,它将债权的内容公布于众,第三人因此得知交易信息,在此基础上估算风险,进而做出如何采取下一步行动的判断和选择,一旦第三人愿意承受债权的内容,就必须承受由此产生的制约和负担。这也说明,受制于有限的理性能力和认识能力,国家对物权的干涉不可能是完全的,它难以替代当事人基于不同目的和需求所为的行动计划,而必须为当事人预留在物权领域内自由行动的空间,只不过,为了确保这种自由不会损及第三人的利益,它必须有为公众所知的明晰界线,即通过公示而为世人所知。即使在严守物权和债权区分的德国法,我们也能看到这一点:比如,当事人在设定地上权时,通过约定使地上权人承担义务,如始终妥善保持房屋完整,在该项约定义务登记入土地登记簿时,才构成地上权内容;^[47] 又如,抵押权人甲与土地所有权人约定了期限为5年的抵押权,该期限没有登记在土地登记簿中,后乙基于对登记的信赖而从甲处取得该抵押权,则该期限约定对乙没有法律效力。^[48] 可见,当事人的意思表示因为是否登记而能产生不同的权利属性,债权和物权因此有互换的实际可能。

在债权和物权区分的框架内,当事人意欲发生债权的约定虽然在本质上是债务负担,但因为依附

[46] 参见国土资源部《土地登记资料公开查询办法》第5条,《北京市房屋权属登记工作规范(试行)》第1条第3款,《上海信托登记中心信托登记业务守则》第3条。

[47] 参见前引[5],鲍尔、施蒂尔纳书,第652页。

[48] Vgl. Wieling, Sachenrecht, 3. Aufl., Verlag Springer, 1997, S. 271.

于登记的公示,它也具备了对世性,从而构成物上负担。这两种负担的差别在于,债务负担对人不对物,约束的是债之当事人,与物权变动无关;物上负担对物不对人,只要物权存在即可,至于谁是权利人在所不问。在信息公开化的基础上,把物权关系中存在的债务负担认定为物上负担,谁获取该负担得以依存的基础性权利,谁就要承受该负担,这样,当事人的约定与基础物权关系之间就具有了关联关系,成为属于随物权而移转的负担,当事人的约定因此能约束第三人。由于债务负担的内容在理论上是无穷的,只要公示技术能承载这样的无穷变化,就会产生类型无穷的物上负担,如此一来,物权法定的稳固地位受到了极大的挑战。

在现代技术条件下,登记所具有的丰富涵量以及近乎无限的承载能力,为债权向物权的自由转换提供了便利的途径。而且,在我国目前的体制内,登记是一种典型的国家控制社会的手段,它除了表现物权,还承担着维护社会稳定、保护耕地、维持国有资产、环境保护等其他私法体制外的价值目标,^[49]国家机关在落实这些目标时,尽管物权法定也是很重要的考虑因素,但它并非至高无上的圭臬,一旦国家机关超越物权法定,由此产生的副产品就是将债权上升为物权地位,诸如地下空间使用权、土地租赁权抵押权等就是适例。

应当承认,物权和债权区分的模糊,从根本上来讲,是社会发展和经济需求的产物,但是,公示系统在其中起到的技术作用不容忽视,正是公示发生的变化为新类型物权的问世提供了通道。可以说,如果没有登记对象和效用的扩展,即使社会需求再大,这些权利终将是冻土下的种子,难有发芽时机。这也再次表明,物权公示决定了物权法定,在公示系统突破自身有限性的情况下,物权法定将随之松动。^[50]

三、现代民法体系中的悖论

物权法定的含义之一,在于制定法是决定物权型态的唯一力量,物权法因此极具封闭性,契约、习惯、道德等规范不能介入其中。与此不同,债权法、亲属法、继承法均有相当程度的开放性,这种共性被提取公因式后,表现为民法在整体上对外开放,其他成文法、习惯、道德等在民法中占据一席之地。显然,物权法与民法的其他部分形成了鲜明对比,对于这种局部封闭、整体开放的格局,本文称为体系悖论,表达同一民法体系内部不协调之意。如果体系悖论着眼于特殊情形,因此设计特殊规则,而且还不会产生不良后果,倒也不妨大局。但如果体系悖论出于并不清晰的政策考量,还因此产生影响民法体系整体功能的负面效应,其正当性就颇值思量了。

(一)开放的民法体系

制定法是源于社会活动并意欲调整社会关系的规范,它首先要反映和再现社会活动的特征和规律,然后基于特定目的进行调整。由于社会是在不停运动和变化的,而制定法的文本是静态的,是对动态社会的静态把握,受制于有限理性,立法者无从全面理解和再现其意欲规范的社会活动,只能调整已经把握的那部分社会关系,新生成的以及立法者尚未把握的社会关系就不能披上法律的外衣,法律漏洞因此产生。不但如此,被立法者把握的部分在上升为制定法条文时,也可能因为人类语言歧义、立法表达欠缺等原因出现意义不明的缺陷。

[49] 参见国土资源部(国土发[2001]359号)(《关于依法加快集体土地所有权登记发证工作的通知》)、(国土发[2003]302号)(《关于依法做好退耕还林中土地变更调查和土地变更登记工作的通知》)以及《关于加强农村宅基地管理的意见》,国土资源部、农业部《国有农场土地确权登记工作座谈会纪要》,国家环境保护总局(环办函[2003]313号)(《关于自然保护区土地确权问题的复函》)。

[50] 这个结论也得到了法律经济分析的印证,参见前引[4],苏永钦文,第34页以下;前引[18],苏永钦文,第214页以下;胡天赐:《物权之自由与限制——以台湾与美国之不动产法制为例》,载台湾财产法暨经济法研究协会2006年大陆学术访问团:《私法自治与管制论文集》,第158页。

在这些情况下,为了弥合制定法和社会活动之间的缺口,补救制定法的欠缺,立法者只能事先在法律中引入人的因素,即授予法官自由裁量权,使法官在处理具体纠纷时,能以动态的司法行为来处理动态的社会关系,或根据具体情况来解读和界定意义不明的条文。法官裁量权在上述意义上的运用,说明法官能创造性地运用自己的心智,根据案件的实际情况,做出其认为合理的结果,从而弥补制定法的漏洞,这就是通常所谓的法官造法。

承认制定法的不足并由法官造法,是欧陆自19世纪末摆脱理性至上和法典万能思想后的基本共识,这在民法领域表现得尤其突出。^[51]不过,尽管法官在造法时要超越制定法,但远没有自由到“无法”的程度,而是必须遵循一定的规矩,否则,法官与立法者混为一谈,基本宪政架构将一触即溃。就像法官裁判要依循立法者的意志一样,法官在造法时也必须要在立法者指定的范围内活动,从既有的规则经验来看,^[52]这些范围大致为法律、习惯法和法理,它们构成法官造法所必须援引的基本法源。

在上述民法法源中,法律的含义要远比制定法宽泛,它指所有对个案法官均可适用的法律规范,包括立法机关的制定法、行政机关的法规命令、被法院确认的习惯法、^[53]国际条约、基于法律行为产生的有效规范等。^[54]一言以蔽之,此处所谓法律是指有形的、有正当权源——要么源于国家的公共权力,要么源于私人的意思表示——的成文法。

习惯法处于上述规范之外,是与特定地域、行业的经济交往或生活方式紧密联系,从社会中内生的、能在特定人群中产生普遍约束力的规范。更确切地说,习惯法是社会大众在交易或者生活中实践出的利益选择和公平衡量机制,蕴涵了人们从社会交往中得来的实践理性,它是大众在社会交往中创造并依据的无形规则,人们对它的知悉和遵循,既无需职业知识传授,也无需国家强制力作为后盾,它是蕴藏于人们内心的衡量是非曲直、善良邪恶的准绳。与法律的显性规范意义相比,习惯法的规范意义藏于人心、形诸活动,属于隐性的、因而也更抽象的非正式制度。

法理则是通过法学职业化操作而形成的抽象思维结晶,它在相当程度上是法学专家通过归纳、演绎、比较等推理活动产生出来的主流意见,尽管它不能偏离、而且必须考虑社会现实,但在法学职业化色彩的映衬下,它要比内生于社会的习惯法更远离社会大众所身处的那个现实世界。故而,与习惯法相比,法理更有大道无形的特色。

作为制定法的民法典将这三重规范纳入自己的法源范围,为自己面向其他规范资源留下了出口和通道,这体现了民法体系的开放性,将民法典与法典之外的法律、习惯法或法理连接起来,为法官打造了有形规则和无形规则紧密结合的规则框架,只要法官依次适用这些规则,其审判结果均将具有合法性,这使得内容和范围有限的民法典获得了无限的扩张力。

再仔细审视中外民法文本,还会发现,民法内部的制度构造与其他规范的衔接也同样表明了民法的体系张力,以我国民法为例,这主要表现在两个方面:

首先,在社会结构日趋复杂的现代社会,国家管制和私人自治在很多情况都是形影不离的,与这种现实相呼应,公法和私法在特定事项上也联手行动,这样的实例相当多见:在判断合同效力时,除了看合同是否符合民法规则,还要衡量它是否违背行政法规(我国合同法第52条第5项);在不动产物权变动,只有当事人的意思,没有登记的行政介入,物权变动无从产生实效(我国担保法第41条);在

[51] 参见[德]弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史——以德意志的发展为观察重点》,陈爱媛等译,上海三联书店2006年版,第495页以下。

[52] 参见瑞士民法典第1条,《日本裁判事务须知》第3条,我国台湾民法典第1条。

[53] 主要是指最高法院或终审法院通过长期判例形成的规则,参见前引[24],卡尔·拉伦茨书,第11页以下。在我国,最高人民法院的裁判和司法解释有相同的功能,参见曹士兵:《最高人民法院裁判、司法解释的法律地位》,《中国法学》2006年第3期。

[54] 参见苏永钦:《“民法”第一条的规范意义——从比较法、立法史与方法论的角度解析》,载杨与龄主编:《民法总则争议问题研究》,清华大学出版社2004年版,第34页。

国家通过公法途径保护民众权益时,行为是否违背该法律,也是在过错侵权之外的判断侵权行为构成的另一个角度(民法通则第124条)。

其次,为了保持民法在社会中的适度弹性,也为了延伸其生命力,成文法之外的习惯、道德、伦理等不断变迁的非成文规范也在民法中登堂入室,它们相互牵制、相互协力、融为一体,使得民法得以在基本稳定的体系框架中与时俱进地保持创新能力。这种融合在我国合同法中表现得最为明显,从合同成立、履行到解释,均能看到习惯和法律携手共进的力量(合同法第22、26、60、61、92、125条等)。侵权行为规则虽然没有给上述的非成文规范提供空间,但在社会公德和公共利益(民法通则第7条)的指引下,把民法通则第106条第2款中的“财产”和“人身”合理扩张解释为财产权益和人身权益,完全能够衍生出违背善良风俗的侵权类型。我国婚姻法和继承法同样也没有明文提示非正式制度,但其伦理道德属性表达得相当清晰(婚姻法第2、4条、继承法第7、14条)。

(二)民法体系的悖论

民法需在法源和制度构造上引入其他规范资源,表明民法体系不是一个自治、自足的系统,不是一个单靠逻辑推演即可完成应然使命的系统,而是一个极度开放的体系。然而,就在民法体系的整体开放性中,物权法定却使得物权法成为一块封闭的领域,从理论上讲,除了制定法之外,物权法没有给其他规范任何涉足的机会。详言之,物权法定引发的物权法封闭性主要表现为:1.立法者专断了物权型态,法官在此没有造法的可能,只要当事人意欲设定的权利不属制定法预设的物权,即使该权利与既有的物权属性相同,法官也不能背离和超越制定法,而只能裁判该权利不产生物权效力。2.除了公法有限度的介入外,物权法在具体制度构造上没有引入习惯等非成文规范,法官和当事人失去了依据习惯来解释法律或者解释物权的可能。

在民法“对外开放”的格局中,物权法如此倒行逆施,似乎暗指立法者在物权法领域有足够的理性认知能力,能够以有限的制定法完全涵盖物权的全部型态,但现实显然不是这样。与民法其他部分一样,物权法也面临着立法者有限理性、制定法有限包容力和社会变迁不定的矛盾,物权法的既有规定难以总揽全部的物权,不能穷尽之处就是法律漏洞。以此为标准进行界定,最典型的例子莫过于教科书中所谓的非典型担保物权,即让与担保和所有权保留,它们是德国民法典未及的物权漏洞,处于交易者自发的交易行为之中,具有内在的合理性,给社会公众形成了稳定的预期,可归于习惯法的范畴,最终,基于交易需要,它们借助法官造法之力获得了正统地位。^[55]我国同样如此,所有权人抵押权、不动产收益权质权均是最高人民法院通过司法解释创设的新类型物权。^[56]立法者既难以总括现实中的全部物权,也不可能准确预测将来的物权,在这种不可知的前提下,可行的策略与对待民法其他部分的态度一样,就是一方面规定既有的物权,同时采用开放和包容的态度对待那些未知的物权。

不过,我们不能因为立法者的有限理性,就完全否定物权法定及其造成的体系悖论,因为从另外一个角度看,虽然立法者和制定法都不万能,但基于特定功能的考虑,要实行刑法中的罪刑法定那样否定法官在物权法领域造法的可能,也并非什么坏事,那么,物权法定是否有着同样的功能基础呢?答案为否。在刑事法律框架中,代表国家行使刑罚权的法官虽然也居中裁判,但他本身又是刑罚权的行使者,这使得国家和被告人处于对立地位,与强大的国家相比,被告人处于劣势,但在刑罚权行使之前,国家和公民还处于引而不发的均衡状态,为了尽可能保持这种均衡,防止刑罚权的滥用,刑法特设罪刑法定,以划定国家刑罚权的合理范围,公民在此范围内不受刑罚追究,故而,罪刑法定的功能在于,杜绝法官利用弥补法律漏洞的便利,破坏国家和公民之间的均衡状态。与此不同,民事法官是完全中立的裁判者,他与当事人之间不是直接对立的关系,包括物权法在内的民法除了给法官提供裁判规范之外,不承担像刑法那样的强力约束法官的任务,自然也就不能以法定的策略来制约法官。不仅

[55] 参见前引[12],卡尔·拉伦茨书,第287页以下。

[56] 参见最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第77、97条。

如此,民事法官面对具体的诉讼两造,有维护利益正当者的义务,这种义务不因正当利益没有被制定法明文规定而豁免,即法官在处理个案时有弥补法律漏洞的义务。而且,在相当程度上,法官在填充漏洞时,还有义务将眼光及于本案和将来的类似情形,提出裁判同类案件的一般性准则。^[57]在此意义上,物权法定减轻了法官的上述义务,在当事人所设定的权利不同于物权法规定时,法律实际上出现了漏洞,但法官却无需予以补充,只要否定该权利的物权性质,让其产生债权效力即可。但实际上,这种处理方案恰恰背离了当事人的目的,从物权到债权的大挪移足以让当事人的利益安排落空,法官保障当事人正当利益的义务也流于形式。

显然,物权法定给民法带来的体系悖论,既无法从立法者的认知能力,也无法从民法功能上得到正当理由的支持,反过来还会影响民法体系的稳定性。物权法定否定了制定法之外的规范资源,但现实又并非如此,如德国通过司法判例创设了非典型担保物权,日本司法判例认可了习惯法上的温泉使用权。^[58]我国更是如此。由于我国的制定法存在明显的不足,为了妥当解决因此遗留的现实问题,司法机关通过司法解释和判例,行政机关通过行政规章和命令,各个地方通过地方条例和规章,不断冲击着既有的物权体系,导致新物权不时地出现,这样,物权法定之“法”其实已经大大超出了制定法的范畴,涵盖了行政法规、地方性法规、部门规章、司法解释、判例等成文法,但却因为物权法定的逻辑,它们又无法被确定为弥补制定法漏洞的规范。在司法裁判时,由于它们没有纳入民法体系,无法成为法官找法的对象,制定法的漏洞仍然只能通过法官造法的方式得以弥补,这又导致民法体系开放过度,引发民法规则的无序,民法体系的稳定性因此大打折扣。

另外,物权法定用固定的标准来格式化现实中的物权型态,在机制明确、稳步发展的社会里,物权型态和交易型态相对比较成熟,它们为格式化提供了固定的模板,无论是为了维护交易安全还是促进交易效率,物权法定都是不差的选择。但我国的社会经济处于转型时期,物权和交易形态也因此处于比较大的动态变化之中,在这样的基础上进行物权法定的格式化工作,有可能像在流动沙丘上建楼房,根基不稳,时效太短,如曾被教科书认定为物权的国有企业经营权、房屋有限产权,随着国企改革、房产商品化均成了明日黄花。而且,我国存在城乡二元体制,城市和农村在经济、文化、教育、社会保障等方面存在巨大的差距,同时,各地区发展也非常不均衡,在普适于全国的制定法中硬性规定有限的物权型态,可能会扼杀不那么典型、但又现实存在于特定地域的物权性权利,这一弱点在我国农村土地使用权制度上已经暴露得比较充分。^[59]总括地讲,物权法定的刚性太强,没有给社会经济变化以及经济发展的不平衡留下足够的柔性空间,最终也在削弱民法体系稳定而动态发展的体系效应。

四、结 语

在体系化的视角中,我们看到,物权法定是一个外观模糊、内涵不定的概念,难以跟上物权公示系统的变化,与开放的民法体系也格格不入,面对它的如上种种缺陷,我们不得不慎重考虑它的正当性。一旦否定物权法定,物权势必自由,物权法也势必开放,这种自由和开放不仅面向法官和行政官员,还面向当事人,当事人可以依凭自己意愿决定物权型态,或者改变物权法的规定。

而且,物权自由是针对全部物权而言的,正如前文所言,不仅债权可能被物权化,所有权也可能被他物权化或者功能化,在此情形下,只要公示系统能完全准确地再现权利内容,该权利能凭借公示而产生对世性和对抗性,它究竟是所有权还是他物权,都不过是抽象的名称而已,其具体内容和功能均要取决于公示。当然,即便如此,债权和物权的区分仍然存在,前者是当事人自愿保持权利相对性的

[57] 参见[德]H·科殷:《法哲学》,林荣远译,华夏出版社2002年版,第226页;前引[54],苏永钦文,第5页注18。

[58] 参见前引[5],我妻荣书,第186页。

[59] 参见前引[9],杨玉薰文。

结果,后者则是当事人借助公示提升权利绝对性的产物,当事人的意愿和公示决定了权利的特性差异。

在放弃物权法定之后,物权法仍然有必要规定典型的有名物权,并认可当事人创设的其他无名物权,它们的关系正如有名合同和无名合同的关系。这种做法之所以必要,不仅因为法律对典型物权的明示,就像法律专家给社会公众提供了法律意见一样能满足当事人的信息需求,一旦当事人选择这样的物权并遵循法律的规定,会降低社会整体的交易成本,^[60]而且也符合物权实际有限的客观事实。从理论上讲,在物权自由的前提下,人们的需要不同会导致物权的型态不定,但能成为典型物权的权利是生活或者交易经验的总结,反应了优胜劣汰的竞争规则,那些不足以迎合人们需要的权利,或者那些虽然能迎合人们需要但在数量和规模上不足的权利,势必要为那些在质和量上均能满足公众需求的权利所替代,由此形成的权利肯定在数目上具有稳定性,也有一定的规律性。由此,我们不难理解英国比较法学者的以下认识:自罗马法以来的所有非封建制度的模式通常相似,只有不超过12种的财产权形式。^[61]这也表明人们在应对交易需要时产生了路径依赖心理,即在优胜的权利能迎合和满足人们的需求时,除非出于特别需要或者情势有重大变更,人们没有必要再创造其他新权利,那些为社会公众普遍认可并予以实行的权利因此也就固定下来。

在多元化公示的基础上,通过有名物权和无名物权的结合,物权法既保持了安定性,又有一定的创新能力,从而能和合同法等一起,共同展示民法体系的动态稳定性。当然,要做到这一点,必须在国家立法机关的主导下、在科学方法的指引下、在认真求知态度的引导下,进行广泛而深入的社会调查,惟有如此,才能抽象出合理的典型有名物权规则。这同时也意味着,立法者不能只走精英路线,还要尊重群众的生活智慧;物权法立法不只是在书斋中苦思冥想的产物,还是源于现实、反映现实、回馈现实和引导现实的体系化产品。

Abstract: Though *numerus clausus* is the basic principle in the traditional property law, viewed from systematism, its contents are very uncertain, and it can't correspond with the change the publication of real right as well as the opening of the civil law system. These defects make it impossible to function well in the civil law system. To keep the stability and opening of the civil law system, it is necessary to give up *numerus clausus* and to set up *numerus apertus* based on the publication of real right. Moreover, the typical real right and the innominate real right should be paid attention to equally in the legislation.

Key words: systematism, *numerus clausus*, *numerus apertus*, the publication of real right

[60] 参见前引[8],苏永钦文,第238页。

[61] See Bernard Rudden, *Economic Theory v. Property Law: The Numerus Clausus Problem*, in John Eekelaar & John Bell eds., *Oxford Essays in Jurisprudence: Third Series*, Clarendon Press, 1987, pp. 239, 241.