

英美法物上负担制度及其借鉴价值

孟勤国 张淞纶

内容提要：物上负担制度是英美法勾连合同法和财产法的重要纽带：一方面，物上负担可以显示合同标的物的权利瑕疵，从而固定交易双方的合同义务；另一方面，物上负担能够调整原产权人、新产权人以及第三人之间的财产权利分配。可以说，物上负担制度解决了受限制的财产权的支配和流转问题：既明确静态关系中财产权利的分配，又解决了动态关系中财产权利的效力。配以适当的公示手段，英美财产法建构了以土地为标的的物上负担体系。对于采纳物权法体系的中国而言，物上负担同样具有重要的制度价值，值得深入研究。

关键词：财产法 物权法 物上负担 公示

孟勤国，武汉大学法学院教授、博士生导师。

张淞纶，武汉大学法学院民商法专业博士生。

关于英美法系和大陆法系的相互影响和趋同，学界早有认识。^[1]这在私法领域尤其明显，如信托、公司与合同制度。究其原因，不仅来自于罗马法对两大法系的强烈影响，^[2]以及在这种影响下形成的共同术语、技术以及观念、原则和价值，^[3]更来自于两大法系类似的经济生活。在财产法上，德国的物权——债权二元体系虽然在法技术层面与英美财产法——合同法体系截然不同，但两者的相互影响不可避免，因为两者面临着共同的财产问题。实际上，英美财产法中有许多值得物权法借鉴的制度资源。英国学者劳森(Lawson)曾说：普通法在不动产方面比罗马法更为系统，^[4]而物上负担制度正为这一论断提供了最好的证明。本文拟对英美法物上负担制度及其对中国物权法的借鉴价值作一论述。

[1] 参见 Horn, Kötz & Leser, *German Private and Commercial Law: An Introduction*, translated by Weir, Oxford University Press, 1982, p. 13; 谢哲胜：《财产法专题研究》(三)，中国人民大学出版社 2004 年版，第 6 页以下；[英]范·卡内冈：《欧洲法：过去与未来——两千年来的统一性与多样性》，史大晓译，清华大学出版社 2005 年版，第 66 页。

[2] 参见 Buckland & McNair, *Roman Law and Common Law*, 2nd ed, Syndics of the Cambridge University Press, 1952, Introduction.

[3] [美]伯尔曼：《法律与革命》，贺卫方等译，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 643 页。

[4] 参见 Buckland & McNair, *Roman Law and Common Law*, 2nd ed, Syndics of the Cambridge University Press, 1952, p. 21.

一 物上负担^[5]的内涵

何谓物上负担?按照 *Aczas v. Stuart Heights, inc* 一案的经典陈述,物上负担是“会降低土地价值,并随地产移转而约束新地产权人的土地上的第三人权利或利益”。^[6] 美国学者马洛伊和史密斯在《不动产交易法》一书中,将物上负担定义为:“第三人所享有的非占有性权利或利益,其降低财产的市场价格,限制所有人的使用方式或设定其他义务。”^[7] 而另一位美国学者辛格则认为,物上负担不仅包括非占有性权利或利益,也包括占有性权利或利益。^[8] 关于物上负担的内容,美国财产法的观点较为一致,一般认为包括:役权,其又细分为地役权与地产约据;抵押权和优先权,又可细分为裁判优先权、税收优先权等;环境影响评价税,^[9] 租赁、终生保有地产或寡妇地产权以及其他可以附着于地产之上的权利与利益。由此看来,物上负担外延相当广泛。

物上负担的本质特征可以概括如下:(1)附着于土地,也可以说是附着于土地的产权,随着地产的转移而转移。(2)对土地产权的一种限制,每一项物上负担对于地产权利人而言都是一个不可推卸的义务。(3)一般而言,交易通常更倾向于没有或较少物上负担的土地产权,因此在这个意义上,物上负担会减损土地的市场价值。(4)物上负担随着地产移转的结果使其具有了对世的效力:新的地产权利人必须继续履行原地产权利人对他人的义务。这种义务既可以来自公法也可以来自私法。在私法领域,这种义务往往源自原地产权利人以土地为标的对他人的承诺。此种承诺一旦成为物上负担,则使合同确定的义务得以约束非合同当事人即新的地产权利人。因此可以说,物上负担是对如下经济现实的实证法概括:通过公法(如税收)或私法手段(如合同)对土地施加一定的限制并与土地产权结合在一起,与土地产权不可分离,从而成为地产交易中重要的构成要素,以保证相应的权利主张不受地产权利人变化的影响。

人们对财产权或物权的限制并不陌生。诚如美国学者克里斯特曼所言:无论从经济史还是制度史上看,所有权(财产权)始终受到公法和私法的各种限制。^[10] 美国学者库尔

[5] 关于 Encumbrance 的翻译,《牛津高阶英汉双解词典》中翻译成“负担、障碍物”,而《元照英美法词典》将其翻译为土地负担或财产负担。本文译之为物上负担,主要理由如下:1)物上负担的译法同样符合 Encumbrance 的基本涵义。2)土地负担的译法虽然与 Encumbrance 以土地为标的保持了事实上的一致,但不符合物权法的思维习惯,物权法以物指代具体的财产包括土地,如果想让英美法的东西融合到大陆法中,以大陆法的思维习惯称呼英美法的东西是必要的,当然不能曲解其固有的内涵。3)Encumbrance 虽然在英美法中只是指向土地,但物权法在借鉴这一制度时不必受此限制。如果动产也有适用 Encumbrance 的必要和可能,译为土地负担就有削足适履之弊,而译为物上负担则为动产适用 Encumbrance 预留了空间。4)财产负担的译法略显宽泛,且物权法不习惯在制度层面上使用财产的概念。

[6] *Aczas v. Stuart Heights, inc*, 154 Conn, 54, 60, 221 A.2d 589(1966), 转引自[美]杜克米尼尔、克里尔:《财产法》,中信出版社2003年影印版,第621页。原文是:“Every right to or interest in the land which may subsist in third persons, to the diminution of the value of the land, but consistent with the passing of the fee by conveyance.”该定义来自 Tiffany 的《不动产》一书(*Real Property*, 1975),并得到了康涅狄格州其他案例的援引,参见 *Frimberger v. Anzellotti*, 1991, 25 Conn, Ap. 401, 594 A. 2d 1029; *Magun v. Bombaci*, 40 Conn, Sup. 269, 492 A. 2d 235。

[7] 参见 Malloy & Smith, *Real Estate Transactions, Problems, Cases, and Materials*, Aspen Law & Business, 1998, p. 338。

[8] 参见[美]辛格:《财产法:政策、规则、实务》,第3版,中信出版社2003年影印版,第895页。

[9] 参见 *Lick Mill Creek Apartments v. Chicago Title Insurance Co.*, 231 Cal. App. 3d 1654, 283 Cal. Rptr. 231。

[10] [美]克里斯特曼:《财产的神话:走向平等主义的所有权理论》,张绍宗译,广西师范大学出版社2004年版,第26-29页。

茨(Kurtz)和霍温凯普(Hovenkamp)也指出:产权存在限制属于常态,所谓的完美产权很少或根本不存在。^[11]物上负担也是对土地产权的限制,但作为一种制度,其更为深刻的意义在于意图解决受限制财产的交易问题。受限制的财产权需要交易,而物上负担通过对受限制的地产中的财产关系与利益做出恰当的安排而满足了交易的需要。即,物上负担是在现实或潜在的交易背景下,调整和规范原产权人、新产权人以及第三人之间的财产关系的重要制度。

从法律的视角看,受限制的财产权进行交易涉及两组关系,而物上负担在这两组关系中均发挥了重要的作用:第一,在原产权人与新产权人之间,物上负担决定了产权是否适合交易。在美国财产法中,适合交易的产权不必是完美产权,只需符合合同约定,排除合理怀疑即可。^[12]美国财产法通说认为,由于降低了地产价值,物上负担对产权的适合交易具有消极影响。这一点在 *Fraidin v. State* 一案中得到了明确表述,适合交易产权被定义为“无物上负担以及对其有效性无合理怀疑的产权”。^[13]尽管很多法院认为特定的物上负担并不必然导致产权不适合交易,^[14]但一般来说,物上负担对地产买卖意义重大,因为如果产权不适合交易,买受人则可以撤销合同或要求损害赔偿。^[15]这使得出卖人有义务披露物上负担的存在,而买受人为了取得确定的产权,则势必仔细调查产权是否存在物上负担。可见,物上负担作为买卖双方关注的重要因素,决定了合同的交易成本以及当事人的风险分担。第二,在享有与物上负担相对应的权利或利益的权利人与新产权人之间,权利人的权利主张始终针对产权而不论产权属于谁,因此物上负担对新产权人同样具有约束力。也就是说,物上负担已经成为该产权的构成要素,买受人成为新产权人,就意味着接受了物上负担,需要对权利人承担义务。

本文将物上负担在第一组关系中的作用概括为合同法意义;而在第二组关系中的作用概括为财产法意义。不难看出,物上负担兼具合同法和财产法的双重意义:它既明确静态关系中各方的财产权利分配,又解决动态关系中财产权利的效力,实现了财产法和合同法的紧密联系。可以说,物上负担作为勾连财产法与合同法的重要纽带,显示了一种制度理念:即通过将静态产权与动态交易有机结合,建构一种整体性的财产权体系。物上负担内容丰富,限于篇幅,本文着重探讨两个典型:约据制度和抵押权。之所以这样选择,原因在于:德国民法中缺乏类似于约据的制度;而将抵押权作为物上负担,有助于我们从全新的视角审视抵押权。

[11] Kurtz & Hovenkamp, *Cases and Materials on American Property Law*, 3rd ed, West Group, 1999, p. 1114.

[12] 参见 Madison, Zinman & Bender, *Modern Real Estate Finance and Land Transfer*, 2nd edition, Aspen Law & Business, 2002, p. 52; *Conklin v. Davi*, 76 N. J. 468, 388 A. 2d 598; *Norwegian Evangelical Free Church v. Milhauser*, 252 N. Y. 186, 169 N. E. 134, 135 (1929)。

[13] *Fraidin v. State*, 85 Md. App. 231, 583 A. 2d 1065 (1991)。

[14] 参见 Malloy & Smith, *Real Estate Transactions, Problems, Cases, and Materials*, Aspen Law & Business, 1998, pp. 338 - 340。此种物上负担包括:可见的物上负担,因为法院推定买方已经知悉此种物上负担的存在;再如琐事物上负担,因为此种物上负担并不实质性地影响地产价值。但需要看到,这些物上负担不影响产权适合交易的前提是(推定)买家知悉或不影响地产价值,因此与美国财产法通说并不冲突。

[15] *Aczas v. Stuart Heights, inc*, 154 Conn. 54, 60, 221 A. 2d 589 (1966), 转引自[美]杜克米尼尔、克里尔:《财产法》,中信出版社 2003 年影印版,第 579 页。

二 物上负担的两个范例:约据和抵押权

(一) 约据

约据和地役权是普通法役权制度的两大组成部分。其中,地役权区分为积极地役权和消极地役权,积极地役权是在他人土地上为一定行为的权利,而消极地役权指禁止他人于其土地上为一定行为的权利。^[16] 由于消极地役权不易为他人获知,加之缺乏有效的登记体系,一直被认为有害交易安全,因此英国普通法院严格限定消极地役权的类型,一般只允许采光、通风、支撑以及人工疏导水流四类。^[17] 但维护交易安全的同时亦限制了地产权利人对土地的自由支配。为了满足现实的经济需要,人们开始利用合同达到约束和限制他人土地使用的目的。这就是地产约据。

但问题也随之而来:传统合同法否认合同对第三人的约束力,而地产约据为了限制土地的使用,须能针对地产进而针对任何一个现实和未来的地产权利人,即能随地而走。面对这种矛盾,英国法院在斯宾塞案(Spencer's Case)中明确承认,积极约据满足如下要件即可约束未来的地产权利人:(1)书面形式;(2)有约束的意向;(3)涉及并关系土地;(4)存在地产关系。^[18] 其中,地产关系要件成为合同无涉他效力之例外的关键。^[19] 由于英国普通法院以地产关系须具有持续性为由,拒绝所谓瞬间的地产关系,仅承认租赁构成地产关系,从而拒绝了地产约据在买卖关系中的随地而走。这种做法显然过于狭隘和僵硬,不符合役权“须随着人性环境予以变化和扩展”的灵活性要求。^[20] 有鉴于此,英国衡平法院在著名的 Tulk v. Moxhay^[21] 一案中创设了衡平地役权,后者将地产关系要件变更为“存在对约束土地合同的注意”,^[22] 大大放宽了地产关系要件以满足现实需要。

美国财产法吸收了英国的役权制度。在地产约据上,尽管美国各州的判例与立法有所不同,但总体看来,美国财产法的基本态度是:(1)消除地产约据和衡平地役权的区分,建立起包容二者的统一约据制度。传统普通法认为,地产约据和衡平地役权的区别,来自二者的救济手段不同:违反约据属于违反合同,救济手段为损害赔偿金,而违反衡平地役权则援用财产法上的禁制令。^[23] 现在美国法院多使用禁制令。获得禁制令的一方可以选择实施或将禁制令出售,这意味着由市场而非由法院决定救济方式以及具体额度。^[24] 这使得地产约据和衡平地役权的区分失去了意义,或者如美国学者库尔茨和霍温凯普所说的:“毫无用处而且令人困惑

[16] 参见[美]辛格《财产法概论》,中信出版社2003年影印版,第171页。

[17] [美]辛格:《财产法概论》,中信出版社2003年影印版,第201页。

[18] 参见[美]辛格:《财产法:政策、规则、实务》,第3版,中信出版社2003年影印版,第414页。

[19] 参见 Aczas v. Stuart Heights, inc, 154 Conn, 54, 60, 221 A.2d 589 (1966), 转引自[美]杜克米尼尔、克里尔:《财产法》,中信出版社2003年影印版,第860页。

[20] 参见 Cheshire & Burn, Modern Law of Real Property, 13th ed, Butterworths, 1982, p. 495.

[21] Tulk v. Moxhay, Court of Chancery, England, 1848, 2 Phillips 774, 41 Eng. Rep. 1143.

[22] 参见[美]辛格:《财产法:政策、规则、实务》,第3版,中信出版社2003年影印版,第415页。

[23] 参见 Kurtz & Hovenkamp, Cases and Materials on American Property Law, 3rd ed, West Group, 1999, p. 649.

[24] 参见 Aczas v. Stuart Heights, inc, 154 Conn, 54, 60, 221 A.2d 589 (1966), 转引自[美]杜克米尼尔、克里尔:《财产法》,中信出版社2003年影印版,第869页。关于此不同见解,参见[美]辛格:《财产法概论》,中信出版社2003年影印版,第262页。

(useless and confusing)”。^[25] 第三次财产法重述彻底废除了地产约据和衡平地役权的区分。^[26] (2)放宽约据随地而走的条件。对于地产关系要件,多数学者和判例认为,登记体系的完善足以当事人设定推定注意义务,因此地产关系要件已经失去意义。^[27] 比如在 *Moseley v. Bishop* 一案中,水平地产关系对役权的创设已经失去意义;^[28] 而垂直地产关系也正趋于缓和。^[29] 至于“涉及并关系土地”这一要件同样遭受了此起彼伏的质疑,^[30] 晚近的司法实务更加注重判断约据的规定是否合理,而不是含糊不清的“涉及并关系”概念。^[31] 在第三次财产法重述中,约据随地而走的条件被明确简化为:存在此意图;当事人购买时已经注意;强制执行约据不违反法律和公共利益。^[32] 尽管财产法重述并不具有成文法效力,但其彰显了美国财产法的走势,值得重视。

我国已有学者注意到:约据的发展历史体现了对合同相对性的突破。^[33] 但似乎忽视了约据的财产法意义。约据虽然属于合同形式,但当事人签订约据之目的在于设置财产权:通过合同手段为地产设定负担,除非约据失效或无效(比如具有种族歧视内容),否则约据条款将永远约束供役地的地产权利人。正是出于这一原因,约据或者说约据所指向的地产负担的相对人权利或利益被美国法院认定为地产利益,^[34] 成为地产的重要构成元素。放宽约据随地而走,彰显了英美财产法对约据属于物上负担的接受与认可。从供役地的角度看,约据是地地道道的物上负担,其本质与地役权相同,但适用范围更加广泛,形式也多种多样,如社区规划约据以及环保约据等,满足不同的现实需要。

约据作为土地负担对土地交易的影响,不同时期的看法不尽相同。在工业革命时期,役权被认为对财产流转造成了不当限制。^[35] 但近代之后,人们认为:役权附属于地产,不受地产人变化的影响,虽然降低了供役地的市场价值,但从整个社区的角度看,反而可能会促进社区土地的整体升值。^[36] 从长远角度来看,对供役地同样有利。

(二) 抵押权

在美国财产法中,由于没有物权、债权的二元区分,因此,美国财产法更关注各方对抵押物享有哪些权利。在这个问题上,美国各州看法不一。部分州遵循优先权理论,认为抵押权人(出借人)拥有财产上的优先权,而抵押人(借贷人)拥有产权。部分州根据产权理论,认为抵押权人拥有财产的产权,而抵押人对财产拥有衡平法上的回赎权。^[37] 另外还有少数州

[25] 参见 Kurtz & Hovenkamp, *Cases and Materials on American Property Law*, 3rd ed, West Group, 1999, p. 686.

[26] 参见[美]辛格:《财产法:政策、规则、实务》,第3版,中信出版社2003年影印版,第415页。

[27] 参见 Kurtz & Hovenkamp, *Cases and Materials on American Property Law*, 3rd ed, West Group, 1999, pp. 652-654.

[28] 参见 *Moseley v. Bishop*, Court of Appeals of Indiana, Fourth District, 470 N. E. 2d 773, (1984).

[29] 参见 Kurtz & Hovenkamp, *Cases and Materials on American Property Law*, 3rd ed, West Group, 1999, pp. 652-654.

[30] 参见 *Aczas v. Stuart Heights, inc*, 154 Conn, 54, 60, 221 A.2d 589 (1966), 转引自[美]杜克米尼尔、克里尔:《财产法》,中信出版社2003年影印版,第885页。

[31] 参见[美]辛格:《财产法概论》,中信出版社2003年影印版,第228页。

[32] 参见[美]辛格:《财产法概论》,中信出版社2003年影印版,第222页。

[33] 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718页以下。

[34] 参见 Kurtz & Hovenkamp, *Cases and Materials on American Property Law*, 3rd ed, West Group, 1999, p. 649.

[35] 参见 *Aczas v. Stuart Heights, inc*, 154 Conn, 54, 60, 221 A.2d 589 (1966), 转引自[美]杜克米尼尔、克里尔:《财产法》,中信出版社2003年影印版,第781页。

[36] 参见[美]辛格:《财产法概论》,中信出版社2003年影印版,第222页; *Aczas v. Stuart Heights, inc*, 154 Conn, 54, 60, 221 A.2d 589 (1966), 转引自[美]杜克米尼尔、克里尔:《财产法》,中信出版社2003年影印版,第859页。

[37] 参见[美]辛格:《财产法概论》,中信出版社2003年影印版,第531页。

采用折中理论,认为抵押物产权归抵押人所有,唯在其违约时产权自动归于抵押权人。^[38]其中,优先权理论是当下美国财产法的主流,而传统的产权理论正在走向没落。^[39]但诚如美国学者所指出的,上述分歧在实务中,至少在程序上并无意义。^[40]抵押规则集中解决两个问题,即抵押权实现与抵押权存续期间的权利义务分配。

抵押权实现于债务人清偿不能之时。依传统普通法,法院会为无法清偿债务的债务人提供一段额外时间,如届时仍不能清偿,则抵押物产权自动移转。这就是严格的终止回赎权规则。但现代美国采用了变卖抵押物规则,后者要求抵押权人对抵押人违约提起终止回赎权诉讼,如债务人仍不能清偿,则由法院公开出售。此规则已为美国全境所采纳,而且大约半数的州要求公开出售必须在法院的监督之下。为了保护债务人利益,美国财产法要求抵押物的出售价格须与市场价格相符。^[41]另一种方法是设定信托契据,即在法院的监督之下,将变卖抵押物转为信托,由第三方作为受托人,抵押权人作为受益人。如债务人顺利清偿,则抵押物重新回转或者推定起初移转无效;如不能顺利清偿,则受托人可应抵押权人的请求,进行非司法性质的公开拍卖。^[42]

由于设定抵押的财产仍然可以交易,^[43]那么,如何规范抵押人、抵押权人和买受人之间的权利义务?美国财产法在这个问题上的原则是:(1)坚持抵押对于债务的附随性。美国财产法为交易诸方提供了多种可选择的方案,这些方案均显示出抵押权与债务的紧密联系。(2)从抵押物的视角看,抵押物是地产时,抵押是物上负担,对新产权人具有约束力,而且被抵押的地产仍然可以继续设定新的物上负担,比如设定第二顺位的抵押。这些物上负担一般按照时间决定顺序,但登记者具有优先效力。^[44]对抵押的物上负担定位认可了抵押地产的交易和流转,而抵押对债的严格附随,可在保证抵押地产交易的同时,防止抵押权人的利益无端受损。

这不禁让我们反思中国的抵押制度。虽然中国继受了德国的物权概念和物权法,但在抵押制度上,由于德国法同时存在流通性抵押和非流通性抵押,制度构成极其复杂,而且德国学者也承认,这两类制度并存的理由,只是德国各地区抵押制度的历史习惯存在差异。^[45]有鉴于此,中国拒绝了这种极其复杂的“地方性知识”,仅仅承认附随性抵押。而附随性抵押权由于与债务关系不可分离,是否属于物权一直争议颇大。^[46]诚如德国学者雅各布斯所言,“在一个只能由科学解释的问题上,只要科学解释还没有形成,一切还在酝酿中,法学界还在争论将要制定的规则的效力范围,对此的思考还没有得出结果时,立法只能沉默。”^[47]抵押权人对抵押物的支配极其微弱,与物权的直接支配相距甚多。抵押权的实现是为了解决若干债权的清偿顺序,意义主要体现在程序上。而在存续期间,抵押权只是抵押物上的负

[38] 参见 Malloy & Smith, *Real Estate Transactions, Problems, Cases, and Materials*, Aspen Law & Business, 1998, p. 676.

[39] 参见 Kurtz & Hovenkamp, *Cases and Materials on American Property Law*, 3rd ed, West Group, 1999, p. 1070.

[40] 参见 [美]辛格:《财产法概论》,中信出版社 2003 年影印版,第 531 页。

[41] 参见 [美]辛格:《财产法概论》,中信出版社 2003 年影印版,第 532 - 533 页。

[42] 参见 Jacobus, *Real Estate Law*, Prentice-Hall, inc, 1986, pp. 207 - 215.

[43] 参见 Malloy & Smith, *Real Estate Transactions, Problems, Cases, and Materials*, Aspen Law & Business 1998, p. 854.

[44] 参见 [美]辛格:《财产法概论》,中信出版社 2003 年影印版,第 537 - 538 页。

[45] [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 29 页。

[46] 参见陈本寒:《担保物权法比较研究》,武汉大学出版社 2003 年版,第 106 页以下;费安玲主编:《比较担保法》,中国政法大学出版社 2004 年版,第 12 - 13 页。

[47] [德]雅各布斯:《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 171 页。

担,而设立于物上的负担并不当然构成相对方的物权。^[48] 此种看法在英美财产法中得到了应和。将抵押权的权利属性问题存而不论,英美财产法为我们提供了一种崭新的思路:从抵押物的视角入手,将抵押权定位为物上负担并进而设计相关的法律规则。

三 物上负担的公示:英国与美国的不同实践

鉴于物上负担对产权的重要影响,为使买受人掌握地产的准确信息和风险,物上负担的公示极为必要,那么,英美财产法是如何解决这个问题的?

英国的登记实施双轨制:负担登记和产权登记。^[49] 负担登记的对象为未经产权登记的土地所承载的负担。^[50] 在产权登记下,物上负担被区分为优先利益和次级利益。优先利益无需登记即可对抗产权的受让人,包括地役权、依据时效已经或正在取得的权利、基于实际占有而取得的权利、地方土地负担、租期不超过 21 年的产权。^[51] 而次级利益包括尚未被登记、存在于土地信托之后的衡平法利益以及二者之外的非优先利益。次级利益与优先利益并不排斥。^[52] 这使得英国登记体系中的物上负担(土地负担)范围极广,几乎涵盖了所有直接针对土地的利益。^[53]

美国的登记制度源自其本土实践,目前只有夏威夷、马萨诸塞、伊利诺伊、明尼苏达和俄亥俄州(后三个州也只是部分地区)仍然采用托伦斯登记,而加利福尼亚等州已经废止了托伦斯登记。^[54] 美国大部分地区仍然采用传统的地契登记,物上负担的公示由地契中的产权约据完成。

产权约据源自出卖人对产权状况的保证。出卖人在不动产合同中会做出关于不动产权的保证,按照传统的“混入规则”,这种承诺在交易完结时会混入契据。^[55] 将上述承诺记载于契据便使合同的约定具有了财产法意义,因为这种约定将作为产权的状况予以公示。契据中的承诺表现为保证约据形式。美国法院一般承认六种保证约据,包括保证占有约据、保证移转权约据、无物上负担约据、担保产权未来情况约据、安静享受约据和进一步保证约据。其中,前三种被称为现时约据,后三种被称为未来约据。^[56]

不是每份契据都包含所有种类的产权约据,这取决于当事人的约定。根据地契包含的产权约据,地契被划分为一般担保契据与特殊担保契据和免责担保契据^[57]。一般担保契据为包含上述六种保证约据的地契,而免责担保契据则是出卖人不承担任何保证的契据。在此两极端之间的特殊担保契据,为出卖人仅担保自己的行为不会导致产权瑕疵而不担保他

[48] 参见孟勤国:《物权二元结构论》(第二版),人民法院出版社 2004 年版,第 341 页。

[49] [英]劳森等著:《财产法》,施天涛译,中国大百科全书出版社 1998 年版,第 212-213 页。

[50] [英]萨尔顿:《产权转让法》第三版,法律出版社 2003 年影印版,第 50 页。

[51] 参见[英]萨尔顿:《产权转让法》第三版,法律出版社 2003 年影印版,第 40-41 页。

[52] 参见[英]萨尔顿:《产权转让法》第三版,法律出版社 2003 年影印版,第 36 页。

[53] 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 563 页。

[54] 参见 *Aczas v. Stuart Heights, inc*, 154 Conn, 54, 60, 221 A.2d 589 (1966), 转引自[美]杜克米尼尔、克里尔:《财产法》,中信出版社 2003 年影印版,第 728-729 页。

[55] 参见[美]辛格:《财产法概论》,中信出版社 2003 年影印版,第 510 页。

[56] 参见 *Aczas v. Stuart Heights, inc*, 154 Conn, 54, 60, 221 A.2d 589 (1966), 转引自[美]杜克米尼尔、克里尔:《财产法》,中信出版社 2003 年影印版,第 616 页。

[57] 国内有学者将 *Quitclaim deed* 翻译为“弃权契据”。参见本期吴一鸣:《英美财产法之契据交付制度研究》。——编者注

人的行为导致产权瑕疵的契据。^[58] 买受人与出卖人可以根据个人预期,决定做成何种契据。但无论如何,物上负担都是重要的考量因素。从这个意义上,不难看到物上负担的合同法意义。

对无物上负担的约据而言,如果出卖人违约即出现了物上负担,买受人可以选择强制履行并降低价金、撤销合同、返还定金或损害赔偿。但如果交易完结后发现违约,则买受人仅得要求损害赔偿。^[59] 此赔偿数额根据物上负担的本质而定:如果物上负担可以轻易祛除,则赔偿祛除费用;如否,则赔偿附有物上负担的地产与无负担地产的价格差价。但以总价额为限。^[60] 同时,美国各州判例对不属于物上负担的限制做出了具体规定。比如,堪萨斯高级法院在 *Lohmeyer v. Bower* 一案中认定,市政规划中所规定的限制并不属于物上负担。^[61] 相应的,康涅狄格州上诉法院在 *Frimberger v. Anzellotti* 一案中进一步指出,为了确保交易的可预测性,关于无物上负担的范围不宜无限制扩大,否则容易造成不确定的后果。^[62]

应该承认,美国财产法的设计比较精巧。地契登记的本质是登记交易过程,^[63] 但通过公示契据中的各种产权保证,实际上公示了产权的具体内容。而且,由于产权保证源自不动产合同,地契的产权约据实现了将合同义务与财产责任紧密联系。买受人只要了解契据的内容,即可明确产权上是否存在物上负担。反过来,登记意味着推定买受人已经注意到产权上是否存在物上负担。这意味着明确了双方当事人的权利义务,以及在买卖关系之中的风险分配。可见,美国的契据登记系统妥善地整合了物上负担,有力地保证了交易安全。

但美国的地契登记并不能彻底实现产权的公示:(1)由于登记属于自愿,不予登记并不影响不动产交易的效力,因此很多交易并未登记,^[64] 这使得很多产权无法显示于登记簿,无形中增大了买受人所承担的风险;^[65] 尽管登记具有对抗效力,但正如美国法官兼学者波斯纳在 *Pelfresne v. Village of Williams Bay* 一案中指出的,登记并不能免除善意买受人的最基本注意义务,^[66] 而很多物上负担均属于该义务的内容。(2)有很多利益无法登记,比如相对占有、时效取得的地役权等,而这些利益甚至可以对抗善意买受人,这也增加了交易的风险。^[67] (3)由于美国的登记簿大多做成出卖人—买受人式索引,^[68] 非专业人士查阅非常困难,对专业人士而言,也会出现交易或产权已经登记却难以查到或者根本查不到的情况,诸

[58] 参见[美]辛格:《财产法概论》,中信出版社2003年影印版,第512页。

[59] 参见[美]辛格:《财产法概论》,中信出版社2003年影印版,第511页。

[60] 参见 *Aczas v. Stuart Heights, inc*, 154 Conn, 54, 60, 221 A. 2d 589 (1966), 转引自[美]杜克米尼尔、克里尔:《财产法》,中信出版社2003年影印版,第625-626页。

[61] 参见 *Lohmeyer v. Bower*, 170 Kan. 442, 227 P. 2d 102.

[62] *Frimberger v. Anzellotti*, 1991, 25 Conn, App. 401, 594 A. 2d 1029.

[63] 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573页。

[64] 参见[美]辛格:《财产法概论》,中信出版社2003年影印版,第514页。

[65] Kurtz & Hovenkamp, *Cases and Materials on American Property Law*, 3rd ed, West Group, 1999, p. 1121.

[66] *Pelfresne v. Village of Williams Bay*, U. S Court of App, Seventh Circuit, 1990 917 F. 2d 1017.

[67] 参见 Malloy & Smith, *Real Estate Transactions, Problems, Cases, and Materials*, Aspen Law & Business 1998, pp. 440, 481; 参见 Kurtz & Hovenkamp, *Cases and Materials on American Property Law*, 3rd ed, West Group, 1999, p. 1121.

[68] 参见 *Aczas v. Stuart Heights, inc*, 154 Conn, 54, 60, 221 A. 2d 589 (1966), 转引自[美]杜克米尼尔、克里尔:《财产法》,中信出版社2003年影印版,第663页。

如游逸的契据等。^[69] 为此,美国财产法为登记系统配套了相应的机制,主要包括如下三种:

1. 产权调查。产权调查一般由律师或其他专业人士完成,内容包括对土地状况和产权状况的调查,具体内容包括:产权存在与否、土地与相邻土地的关系、土地的边界以及附属物,以及未登记的地役权以及其他负担,^[70]调查费用会记入购买的价格。^[71]关于调查的结果,美国部分州会要求做成产权摘要形式,对地产上登记的相关地产契据以及物上负担进行总结。而有些州要求出具调查者的专业意见或产权证明。后者并无保证产权适合交易的义务,但具有重要的参考价值。^[72]产权调查因而成为买受人了解物上负担的重要手段。

2. 产权保险。由于地产的市场价值较高,而风险又难以避免,19世纪70年代,费城出现了最早的产权保险业务。^[73]与一般保险针对未来的风险不同,产权保险则针对以往的风险,即产权上可能存在当事人难以发现的缺陷。^[74]根据美国不动产协会(ALTA)提供的产权保险合同标准文本,产权保险的范围包括产权上的缺陷、优先权或物上负担、产权的不适合交易性、缺乏进出土地的权利以及其他双方约定的内容。但不包含如下未能体现于登记簿中的利益:第三人的占有性权利、地役权与地产约据、边界纠纷、优先权以及未缴纳的税收。^[75]对产权经过多次交易之后可能存在大量物上负担的情况,产权保险作为一种良好而有效地降低风险的制度安排,对产权安全以及促进交易意义重大。

3. 物上负担清理。产权经过多次交易,陈旧的负担有时已无用处,如果仍然要求无休止地向前追索调查相应的地契,不仅成本高,而且无必要。美国制定了适合交易产权法案(Marketable Title Act),用以降低产权调查的时间跨度,清除过于陈旧且无人主张的财产负担。据学者考察,截至1998年,共有18个州创设了适合交易产权法案。^[76]适合交易产权法案是对物上负担的一次“清理”,降低了买受人的调查成本。诚如美国学者巴尼特(Barnett)所言,是对登记法的有益补充。^[77]美国学者库尔茨和霍温凯普的观点或许更为精当:适合交易产权法案标志着美国财产法思路的转型——从以往的证明产权适合交易,转换为通过法技术“制作”适合交易的产权。^[78]

四 物上负担的借鉴价值:填补物权法的功能缺陷

德国学者雅各布斯认为,债法与物法的区分(而非五编制)才是德国民法典编纂的体系

[69] 参见 Malloy & Smith, *Real Estate Transactions, Problems, Cases, and Materials*, Aspen Law & Business 1998, p. 437; 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624页。

[70] 参见 Malloy & Smith, *Real Estate Transactions, Problems, Cases, and Materials*, Aspen Law & Business 1998, pp. 386 - 387。

[71] 参见 Kurtz & Hovenkamp, *Cases and Materials on American Property Law*, 3rd ed, West Group, 1999, p. 1114。

[72] 参见 Malloy & Smith, *Real Estate Transactions, Problems, Cases, and Materials*, Aspen Law & Business 1998, pp. 497 - 506。

[73] 参见 Malloy & Smith, *Real Estate Transactions, Problems, Cases, and Materials*, Aspen Law & Business 1998, p. 517。

[74] 参见 Gile Morgan, "Title Insurance: Its Relevance to Lenders," in *Contemporary Property Law*, edited by Paul Jackson & David C. Wilde, 1999, p. 169; 同时可参见 Malloy & Smith, *Real Estate Transactions, Problems, Cases, and Materials*, Aspen Law & Business 1998, p. 519。

[75] 参见 Jacobos, *Real Estate Law*, Prentice - Hall, inc, 1986, pp. 260 - 261。

[76] 参见 Malloy & Smith, *Real Estate Transactions, Problems, Cases, and Materials*, Aspen Law & Business 1998, p. 571。

[77] Walter E. Barnett, Marketable Title Acts-Panacea or Pandemonium? 53 *Cornell L. Rev.* (1967)

[78] 参见 Kurtz & Hovenkamp, *Cases and Materials on American Property Law*, 3rd ed, West Group, 1999, p. 1162。

特点。^[79] 这一观点颇有见地。物权、债权二元体系的建立,不仅成功地将罗马法“对物之诉”与“对人之诉”转化为相应的实体权利,^[80]同时,通过物权法与债权法的严格区分,借助概念法学工具,德国民法以物权和债权作为财产权的基本支柱,建立了物权、债权二元区分的财产法体系。^[81] 应当承认,德国民法的这一创举把握了物权和债权在客体(即物与行为)与权利行为(支配与请求)上的根本区别,不仅实现了对财产权极富原创性的精确划分,而且形成了与法国法系并驾齐驱的德国法系,对此后的大陆法系财产法产生了深远影响。

一般而言,财产权的静止状态体现为物权,在运动状态中表现为债权。^[82] 这个观点可以上溯到 19 世纪末的德国。德国民法典第一草案说明书根据当时的流行观点明确指出:“债法被视为运动、易变化、财产流通、短暂关系的场所;而物权法却是平静、静态、财产秩序长期性的场所。”^[83] 然而,德国学者克尼佩尔通过历史考察指出,随着时代发展,对所有权利人处分自由的限制被逐步祛除,物日益成为商品化的对象。在这种情况下,作为交易法一部分的物权法“不能够也不愿意纳入静止和稳定”。^[84] 尽管如此,德国物权法的动态化仍然乏善可陈。考虑到物权和债权的分野本身就是逻辑思维的产物,因此我们可以理解,物权法的静态取向是其逻辑思维使然。但若着眼于物权法的经济功能,我们必须指出,这种逻辑思维存在重大缺陷。财产关系其实没有绝对的静止状态,所谓的静止状态无非是交易的结果或者原因,体现着交易的内容和特征,甚至可以说是运动状态中的一种暂时形式。财产关系的静态和动态永远相辅相成,相互融合。从这个视角看,德国民法的物权、债权二元结构虽然有助于从静态与动态二元视角更精细地认识财产关系,但缺乏将分解了的认识还原为整体的完整逻辑,因此往往容易片面地、孤立地、僵硬地看待物权关系或债权关系,从而难以满足现实财产关系的需要。表现在实证法中,物权、债权二元逻辑体系缺少在交易背景下描述财产状态的思维,相应也就缺少一种勾联物权法与债权法的机制。

所以,在一项约定是针对某一财产设立时,对于可能涉及第三人利益的问题,按照德国民法的逻辑,只能选择:或者将其认定为物权(限制物权)以便约束第三人,或者将其认定为合同权利如借用而与第三人无关,或者以例外的名义打破合同相对性(如买卖不破租赁)。

第一种选择的适用空间极其狭窄。德国物权法中的限制物权的确是一种解决多重财产关系和利益的努力,事实上,德国的实物负担和英美财产法中的物上负担甚至有些相似。^[85] 实物负担源自德国的终老财产权利,指对土地设定负担,使该地产权利人须向因设定负担而受利益的人就该土地定期给付。^[86] 按照德国学者鲍尔和施蒂尔纳的解释,实物负担系一种介于土地用益物权与担保物权之间的法律制度,强调“对权利人的持续性给付”,此种给付

[79] 参见[德]雅各布斯:《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 182-183 页。

[80] 参见[德]维甘德:《物权类型法定原则》,迟颖译,载《中德私法研究》,2006 年第 2 卷,北京大学出版社 2007 年版,第 92 页。参见“萨维尼论对人之诉和对物之诉”,田土永译,载《中德私法研究》,2006 年第 1 卷,北京大学出版社 2006 年版,第 195 页以下。

[81] 参见“萨维尼论财产权”,金可可译,载《中德私法研究》,2006 年第一卷,北京大学出版社 2006 年版,第 207 页。

[82] 参见王利明:《物权法论》(第二版),中国政法大学出版社 2003 年版,第 7 页。

[83] [德]克尼佩尔:《法律与历史——论〈德国民法典〉的形成与变迁》,朱岩译,法律出版社 2003 年版,第 237 页。

[84] 参见[德]克尼佩尔:《法律与历史——论〈德国民法典〉的形成与变迁》,朱岩译,法律出版社 2003 年版,第 244 页。

[85] 在陈卫佐先生翻译的德国民法典中,即将 Reallast 翻译为物上负担,参见《德国民法典》(第 2 版),陈卫佐译,法律出版社 2006 年版,第 378 页。

[86] 参见《德国民法典》,第 1105 条。

可以为物(包括金钱)或劳务给付,既可以发挥用益功能,也可以发挥担保功能。^[87]然而,实物负担在当代德国的作用与范围极其有限,^[88]不仅缺乏英美财产法中物上负担的合同法意义,更不具备贯穿整个财产法的制度功能。究其根源,传统的物权法定主义框死了限制物权的种类,难以包含非常广泛的地产利益。即便放宽甚至废除物权法定主义,很多地产利益本身也并不具有物权属性,很难与物权法契合。限制物权无法容纳各种附着于物上的合同约定,更无法解释附着于物上的公法义务。

第二种选择的本质是限制正当的交易。一项附着于物上的约定随时可能因为所有权人的变动而消灭,人们将本能地回避这样的约定。如果没有买卖不破租赁原则,租赁可能会像借用一样稀少和短暂,因为承租人的权利没有任何保障,随时可能因为出租人转让租赁物而落空。基于生活的需要,这种回避更多地以规避法律的方式操作,而规避法律不仅有害法律的尊严,更会增加无谓的社会成本。

德国民法或许考虑到了这一点,因而有了第三种选择。但动辄以例外作为一种解释和解决问题的方式,在合理性上常常被质疑。况且,需要例外的情形其实很多,只给其中一些财产现象以例外,无异于留出了许多法律空隙和漏洞。例如,在拆迁安置协议中,开发商承诺原地安置被拆迁户,但开发未完就将项目转让给另一开发商,原开发商与拆迁户的约定如何约束新开发商?德国民法无法以自身的逻辑解决问题,最后求助行政法规的介入,以公法方式防止开发商逃避原地安置的义务。^[89]这不仅耗费政府资源,限制被拆迁户以私主体身份解决问题的途径,也有背离私法规范的“目的独立”性质之嫌,导致法律失去普适性。^[90]而按照英美财产法的逻辑,原地安置的约定是一项物上负担,新开发商必须承担原地安置的义务。尽管殊途同归,但无论从解决此问题的社会成本还是从理论逻辑上来看,德国民法的做法远逊于英美财产法的制度安排。差距即在于:英美法通过物上负担制度实现了财产法与合同法的有机衔接,而德国物权与债权的区分没有相应有效的整合机制,难以准确定位现实交易中受限制物权的财产状态。

综上所述,德国物权法存在着一定的功能缺陷。不仅仅是德国,所有采纳了物权法体系的国家和地区,包括问世不久的中国物权法,都存在着这个功能缺陷。然而,物权法的功能缺陷总是应该被填补的,这不仅是德国物权、债权二元体系的逻辑需要,更是现实生活的需要。任何一种思维体系,如果没有在逻辑上自我完善和功能上自我调节的意识和能力,走向枯萎是必然的。墨守成规不是一种美德,而是对前人基业的彻底破坏。现在有不少学者提出抛弃物权法,重构财产法,^[91]也许正是对物权法体系自我更新能力的失望。但我们不赞同抛弃,这不仅是考虑到抛弃所带来的理论和实践上的种种困难,^[92]更是因为在基本概念和逻辑上,德国的物权—债权二元体系仍然有着比较充分的合理性,其缺少的只是一种将物

[87] [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735-738页。

[88] 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735-738页。

[89] 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565页以下。

[90] 朱庆育:《“买卖不破租赁”的正当性》,载《中德私法研究》2006年第1卷,北京大学出版社2006年版,第46-47页。

[91] 比如,有学者建议完全借鉴英美法,废除物权与债权的界分,转而采取各种具体财产权利的组合。参见顾培东:《法学与经济学的探索》,中国人民公安大学出版社1994年版,第136页。另一种类似的观点更指出,应当通过“价值化”过程消解物权与债权的区分,建立统一的财产体系。参见赵廉慧:《财产权的概念——从契约的视角分析》,知识产权出版社2005年版,第139页。

[92] 梅夏英:《财产权构造的基础分析》,人民法院出版社2002年版,第233页。

权与债权有机统一以便适应现代社会交易需要的机制。

相比以往的物权法,我国物权法在物权法现代化上有了显著的实质性进步。^[93] 这为人们理解和借鉴英美财产法的物上负担制度创造了基本的条件。英美财产法的开放性与灵活性对大陆法系的概念法学具有良好的调节作用,我国应当在借鉴的基础上建立自己的物上负担制度,在交易视角下恢复物权法与合同法的内在联系。如何建立物上负担制度需要更深入、更全面的研究,笔者在此提出一个基本的思路:物上负担是附着于物和物权、随着物和物权转移而转移、对任何现实和潜在的物权人具有约束力的权利或利益;物上负担产生于法律规定和当事人约定,前者包括法律直接规定和公法义务如税收,后者是指物权人以物为标的对他人的承诺;当事人的约定经适当的公示(不一定限于登记)成为物上负担,产生约束未来物权人的效力;物上负担所附着的物包括不动产和可以设定物上负担的动产,以便适应社会的现实需求。

[Abstract] The encumbrance rule is an important connection between contract law and property law in common law system. On the one hand, the rule can reveal defects in the rights relating to the subject matter of a contract, thereby clarifying the contractual obligations of both parties; on the other hand, the rule regulates the distribution of property right among the ex-owner, the new owner and the third party. The encumbrance rule solves the problem relating to the disposal and circulation of restricted property right: it clarified both the distribution of property right in static relationships and the effect of property right in dynamic relationships. In Anglo-American property law, the encumbrance rule, supplemented by proper public summons mechanism, constitutes an encumbrance system with land as its object. The encumbrance rule is of great reference value to China, which has adopted German property law (Sachenrecht) system, and therefore needs to be thoroughly studied by Chinese scholars.

(责任编辑:姚 佳)

[93] 参见孟勤国:《论中国物权法的历史价值》,载《法学》2007年第9期。