

法定物权的自由展开： 经济分析与法律教义

熊丙万*

内容提要 当事人之间创设的财产权能否对外充分公示并因此取得对抗第三人等法律效力,是物权和债权的功能性区分标准。对于不动产和可登记的动产而言,在当前基本实现集中登记的背景下,物权自由模式并不会引发高昂的新物权样态创设成本、公示系统成本和权属识别成本,也不会因更复杂的样态阻碍财产价值的后续发现。相反,自由模式不仅更有助于促进财产权的高效分割和利用,而且还更有助于充分利用以巨额投资搭建的登记公示系统。因自由创设而生的背俗物权样态,可根据当代民法应对这类问题的一般经验,通过一套事前与事后审查相结合的个案排除机制来处理。在《民法典》规定的物权样态之外,新的物权样态已经在地方实施层面自由展开。有必要在法定的物权样态之上认真评估并系统构建新样态的展开机制和法律教义,以解决消极限制型地役权、约定优先购买权、排他性购买权和附条件回赎权等新样态的实践刚需。

关键词 物权法定 物权自由 经济分析 集中登记 个案排除机制

目 次

- 一、问题与方法
- 二、当事人的物权创设成本
- 三、公示系统成本
- 四、第三人的识别成本
- 五、财产利用率
- 六、法定物权自由展开的法律教义
- 七、结语

* 中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员,法学院副教授、法学博士。

一、问题与方法

物权法定是各法域在财产法律史上奉行的一项古老法则,系指在物权样态的种类、内容与公示方式等维度上讲求法定性或者说强制性。^①在法律规定的物权样态(以下简称“法定物权”^②)之外,当事人一般不得自由创设新样态。我国《民法典》第116条沿袭了原《物权法》第5条所采纳的严格物权法定原则。但无论是在《物权法》颁布前后,^③还是在《民法典》颁布前后,^④学理上关于我国应否坚持物权法定原则的争议从未停止。在不动产和一些动产的权属登记公示基础设施日趋发达的今天,对各类财产不加区分地采取法定主义是否不当限制了那些有价值的财产分割与交易,值得专门检视。特别是,自原《物权法》施行以来,一些地方的立法和物权登记实践(特别是涉及不动产的)已经对国家立法层面的法定原则作了明显变通,使法定物权样态在多个维度上得以自由展开。例如,原《南京市城镇房屋权属登记条例》^⑤曾在第29条规定,除“商品房预购人的交付请求权”之外,当事人还可以就“约定优先购买权”“约定回购权”和“为保全约定的其他涉及房屋的请求权”等申请办理预告登记。《江苏省不动产登记条例》第64条也规定,为提高需役地效益,当事人可以申请登记的地役权不限于积极利用供役地的权利,而且还包括消极限制供役地利用的权利。我国《不动产登记暂行条例》第8条也支持对涉及不动产权利限制、提示事项的登记。

不过,一方面,对于法定物权样态以外的不动产权属交易,无论是消极限制型地役权,还是非基于特定需役地而役使他人财产的权利(以下简称“人役权”),事实上只有在那些变通施行物权法定原则的地区才能获得登记支持。另一方面,即便获得登记支持,就据此自由展开登记的财产权样态是否具备物权效力,在审判实践中也存在明显分歧。在关于“所建房屋系自用,二手转让须满足特定条件”“房产需整体经营、不得分割”等约定财产权样态效力的争议中,人民法院的立场差异明显。^⑥这不仅关涉个案当事人的

① 参见刘家安:《民法物权》,中国政法大学出版社2023年版,第43-45页。

② 既有学说常在物权发生原因意义上使用“法定物权”一词,指称留置权等相对于“意定物权”的物权类型。参见前注①,刘家安书,第52-53页。

③ 相关文献回顾,参见冉克平:《物权法总论》,法律出版社2015年版,第54-78页。

④ 参见王轶:《民法典如何对待物权法的结构原则》,载《中州学刊》2019年第7期,第63-65页;谢鸿飞:《〈民法典〉物权配置的三重视角:公地悲剧、反公地悲剧与法定义务》,载《比较法研究》2020年第4期,第73页。

⑤ 《南京市城镇房屋权属登记条例》由江苏省人民代表大会常务委员会于2001年批准施行,于2010年修订,但于2019年废止。

⑥ 例如,在“昆山城开锦亭置业有限公司诉昆山市国土资源局房屋行政登记及行政赔偿纠纷案”中,原告从被告处取得了国有土地使用权,并承诺所建房屋系自用、不对外销售。被告在不动产权证书附注栏中加注了“不得对外销售,如需进行二手房转让,必须先行征得花桥管委会同意”的限制性内容。原告主张撤销此加注,法院以此加注违背物权法定原则为由予以撤销。参见江苏省苏州市姑苏区人民法院(2018)苏0508行初214号行政判决书。但在“黄廷仁诉龙岩市自然资源局城乡建设行政管理房屋登记管理案”中,原告以不动产登记中的“整体经营、不得分割”在合同中未标注为由要求撤销登记。法院以此内容早在原告尚未从第三人手中取得此不动产前便在相关不动产权证中有所登记,原告应受此约束为由否定了原告诉求。这实际上承认了“整体经营、不得分割”这种限制性内容登记的效力。参见福建省龙岩市新罗区人民法院(2019)闽0802行初194号行政判决书。

财产交易需求满足问题,而且影响整类交易需求的实现方式和成本。可预见的是,各地方的物权登记实践与《民法典》沿用的法定主义模式之间的紧张关系将在未来一段时间内持续发生,并转化为裁判分歧。而这一系列实践分歧对应的,则是从2007年《物权法》起草持续至今的物权法定与物权自由模式之理论争议。

整体而言,民法同行围绕这两种模式之优劣展开的论辩日益务实和聚焦:一是少有学者主张绝对的法定或自由模式。法定主义支持者在强调法定主义诸多优势的同时,也大都认识到,社会总是在不断发展的,一概不承认对物的新型利用需求会妨碍社会资源的最优配置。^⑦因此,他们常主张通过发挥既有立法资源的包容力来尽量容纳新物权样态;^⑧或者对实践中确已形成习惯且满足基本公示要求的财产权分割样态采用“零售”方式,通过多种层级的法律渊源将其扩大解释为新的物权类型。^⑨物权自由主义论者主张,对于可集中统一登记公示的财产权属约定,“只要当事人申请,登记机关即应当将其记载进登记簿”,并赋予其排他和对抗第三人的物权效力。^⑩但他们也深刻认识到,自由创设的物权样态不得违反政治经济体制和一般公共秩序、善良风俗。只不过,这些目标可以通过个案排除机制来实现,而无需正面限定当事人可自由创设的物权样态。二是在具体落地方案上,自由主义论者常聚焦于地役权(特别是消极限制型地役权)和人役权,即主张通过赋予当事人自由约定和登记这两类役权的方式来实现物权的自由设定。^⑪三是在社会经济效应的认识上,两类论者都认识到了前述物权自由模式在满足不断新生的财产交易需求、提升财产利用效率上的明显优势。

但迄今为止,关于“自由主义模式在正向促进财产利用的同时是否会引发更大副作用以及莫名的未知风险”的问题,两类论者尚未展开足够系统的辩论,更未形成共识。例如,法定主义论者多认为,自由主义模式不仅会大幅增加当事人针对新物权的谈判缔约成本、登记公示成本(特别是登记系统搭建和运维成本)、交易第三人因生僻物权持续增加而面临的权属识别成本,^⑫而且还可能出现各种有违公共秩序和善良风俗的物权样态。这

⑦ 参见王利明:《物权法研究(修订版)》(第2版上卷),中国人民大学出版社2007年版,第167页。

⑧ 参见董学立:《也论“后让与担保”——与杨立新教授商榷》,载《中国法学》2014年第3期;苏永钦:《寻找新民法》,北京大学出版社2012年版,第197页。

⑨ 参见刘凯湘:《物权法原则的重新审视》,载《中外法学》2005年第4期,第395-396页;梁慧星、陈华彬:《物权法》(第5版),法律出版社2010年版,第71-72页;申卫星:《物权法定与意思自治——解读我国〈物权法〉的两把钥匙》,载《法制与社会发展》2013年第5期,第136-137页。

⑩ 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8-12、15-16页;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75-78页;杨代雄:《物权法定原则批判——兼评〈中华人民共和国物权法〉第五条》,载《法制与社会发展》2007年第4期,第29页。

⑪ 参见苏永钦:《民法典的理念与蓝图》,载《中外法学》2021年第1期,第66页。

⑫ 新近中文文献在评述这两种模式时日益重视经济效率维度的分析,且多受到美国同行对法定主义现象的深入经济研究的影响。See Thomas W. Merrill & Henry A. Smith, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, The Yale Law Journal, Vol.110:1, p.1, 9-23 (2000); Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights*, The Journal of Legal Studies, Vol.31:S373, p.S383-85 (2002). 这些文献对德国法学界的相关讨论也产生了明显影响。Vgl. Staudinger/C. Heinze, in: *Einleitung zum Sachenrecht*, Band 3, 2018, § 4, Rn. 104 ff.

也是为何要在以意思自治为底色的现代民法中打上针对物权样态的强制标签的原因。自由主义论者虽反复重申自由主义对现实经济交往需求的回应力,但对前述担忧的正面回应尚不系统,特别是未能细致说明法定主义论者的这些关切是否因时过境迁而不再必要。

有鉴于此,本文拟从法定物权样态的自由展开现象出发,以物权法定模式为对照,就涉及物权自由模式的三大类社会经济成本(当事人的物权创设成本、公示系统成本和第三人的权属识别成本)作系统评述。希冀通过贴近容易发生争议的实践场景,细致观察和评估相关当事人在物权自由模式下的行为策略和社会经济效果,研究可能的成本控制方案;并结合我国当代民法在应对背俗民事交往行为中的一般经验,讨论对背俗物权样态的处置机制,为在实定法层面解决当前的实践难题提供更扎实的法律教义方案。

二、当事人的物权创设成本

若不考虑各类社会成本约束,一宗财产上的权利束体或者说权能集合体具有被无限分割的可能性,可分别由不同的人享有和行使。当一宗财产之上的权利被分割为若干项子权利或者说权利条块后,如果各权利人要想和谐、高效地利用该财产,则需要满足两个先决条件^⑬:一是能够通过谈判对各自权利内容作出清晰界定,否则,权利人之间可能因权限模糊发生冲突,或因不清楚财产的剩余分割机会而浪费财产;二是权利能够得到切实保护,特别是要具备对抗交易第三人(以及破产隔离、对抗针对相对人的司法执行)的法律效力。在无权处分他人财产权事件频发的法域,后一条件尤为重要。^⑭要想从根本上保障各财产权人之间和谐、高效地利用财产,就需要一套表征机制对各宗财产上的权利分割状况予以充分公示。这种表征机制不仅有助于权利人和潜在交易人识别权属状况,就各方当事人之间的交易内容和权利归属状况形成共同的理解;而且有利于法官在裁决争议时判断权利归属。公示得越充分,财产的利用效率越高。

然而,无论是当事人就创设某项财产权样态展开谈判,还是为该项财产权办理登记公示手续,都需成本投入。对此,一种常见观点认为,法定主义将当事人的选择空间标准化为有限数量的物权样态,不仅有助于节省当事人的谈判成本,还可以减轻当事人办理公示手续的负担。^⑮关于这一点,既有文献已经作过较有说服力的回应:^⑯当事人在标准化程度和常见度较高的法定物权样态之外磋商新样态的,的确需承担新物权样态的额外磋商谈判成本和登记成本(特别是新物权登记的特别审查费用)。然而,当事人之所以另起炉灶,主要是因为新物权样态能带来特别的收益。只有当特别收益超过额外谈判成本和公示成本时,当事人才有动力如此行事。当事人之所以决定在标准化的物权样态之外创设新样态并办理登记,主要还是出于对新创设物权的经济价值大小、被无权处分或

^⑬ See Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *supra* note 12, 382.

^⑭ 参见冉克平:《论冒名处分不动产的私法效果》,载《中国法学》2015年第1期,第169页。

^⑮ 参见王利明:《物权法定原则》,载《北方法学》2007年第1期,第14页;前注⑨,刘凯湘文,第395页。

^⑯ See Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *supra* note 12, 379-382.

者说被善意第三人取得的风险系数以及登记公示在防患无权处分上的实际作用等因素的现实考虑。也就是说,这些谈判和公示成本能够被交易当事人内化,不会造成额外的社会经济负担,因此也就不构成限制当事人自由创设物权新样态的正当事由。

准确理解当事人的这一行为逻辑,有助于解决诸如房屋承租人优先购买权制度带来的历史遗留问题。该制度可以追溯到1950年《东北城市房产管理暂行条例》,^{①⑦}主要是在解放初期房产资源紧张的特殊历史背景下,为避免房东行使房权影响承租人的生产和生活稳定性而设置。原《民通意见》第118条沿袭了这一精神,甚至强势规定,如出租人未提前三个月通知承租人,承租人可直接主张出租人与第三人的房屋买卖合同无效。然而,早在十年前,有研究就观察到,“租赁权的目的多样化,不动产资源极为丰富,承租人未必是经济上的弱者,其对承租的不动产的依赖性大为降低”,并没有事先一律赋予承租人优先购买权的必要。^{①⑧}而且,该制度在赋予承租人对抗第三人效力的同时,却未建立一个配套公示机制,使得不少第三人在房屋买卖交易的后期遭遇“飞来横祸”。^{①⑨}一些原本并无强烈购买意愿的承租人在第三人与出租人订立买卖合同后采取机会主义行为,主张行使优先购买权。更严重的是,近年来审判实践中出现了大量为了规避执行而生的虚假租赁合同,且因证明困难引发了一系列实践难题。^{②⑩}虽然最高人民法院在原《物权法》通过后废止了《民通意见》第118条,在一定程度上弱化了承租人对第三人的权利,但《民法典》第726条继续一律赋予承租人优先购买权且无公示要求,使得上述问题仍然存在。实际上,在房屋供给市场较为发达的今天,将承租人优先购买权由法律一律强制赋予调整为当事人自主约定,并为约定优先购买权的当事人提供登记服务,不仅可以避免法定优先承租权引发的一系列法律实践难题,也不会影响优先购买需求的有效满足。因为如果承租人对房屋未来的交易估值较高,具有较强的优先购买意愿,则有动力在承租前或承租期间与出租人就“优先购买权及其登记”问题进行谈判,并自主承担因获得优先购买权而产生的成本(如合同谈判成本、向出租人额外支付的对价和登记手续办理成本)。而绝大多数房屋承租人(特别是短期承租人),在未来优先购买租赁房屋的意愿并不强烈,或者根本就没有此种意愿,自然无须如此约定和登记。原《南京市城镇房屋权属登记条例》明确支持当事人就“约定优先购买权”等人役权申请办理预告登记,可以说是物权法定原则的灵活变通。遗憾的是,由于此类非基于特定需役地而役使他人财产的权利样态在《民法典》规定的物权类型中缺乏直接解释基础,江苏省人民代表大会常务委员会于2019年在继续支持消极限制型地役权登记的同时,取消了对前述人役权的登记支持。

在更广泛的不动产权属上,当事人在物权自由模式下虽会创设更多新型物权样态,

①⑦ 参见最高人民法院1952年5月17日发布的《解答关于处理房产行使优先购买权案件,发生疑议的问题的函》(法监字第8012号)。

①⑧ 参见卢正敏:《执行程序中的虚假租赁及其法律应对》,载《中国法学》2013年第4期,第176页。

①⑨ 参见方新军:《权利客体的概念及层次》,载《法学研究》2010年第2期,第55页。

②⑩ 参见前注①⑧,卢正敏文,第169-179页。

但一般也都会主动核算相应的谈判和登记公示成本。而且,出于交易安全和便捷考虑,如今的大宗交易大都有中介服务机构的参与,中介服务人员谙熟商业交易实践和登记程序,可协助当事人快速完成谈判并办理登记手续,进一步降低创设新物权的成本。再加上,随着登记系统的进一步数字化和现代身份识别技术的广泛应用,当事人目前已经可以远程完成登记手续,成本更低。此外,一些当事人选择创设和登记新型物权并不会给其他放弃登记(或者说采用债权模式)的当事人造成不利影响。总之,这方面的成本不具有负外部性,一些当事人创设新物权样态并不减损他人的利益。

三、公示系统成本

与当事人的谈判和登记成本相比,既有文献对“公示系统成本”和“第三人识别成本”的认识分歧要大得多。其中以下两点争论尤为突出:一是物权自由模式是否(以及在多大程度上)会增加这两类成本;二是因自由创设个性化物权而增加的成本是否具有经济合理性和分配正当性。本部分先讨论公示系统成本。

可以确定的是,自由主义模式下会出现更多样态和数量的物权登记申请,并因此增加登记公示系统的工作负担和成本。不少文献较为笼统地认为,自由模式将导致“极具多样化与个性化的物权种类与内容”,大幅增加登记系统的登记和审查成本(以及第三人的识别成本);且非常规物权创设者在享受登记便利的同时却无需承担相应公共成本,或者说造成了比较大的负外部效应,不具有经济正当性和分配正当性。^{②①}然而,负外部性是一个十分容易被误用的词汇,需要深入具体情境作细致观察和系统分析。^{②②}一方面,公示系统成本包括多个子类别。将公示系统成本简单地推定作为一种既定不变的外在成本,^{②③}或者将部分子类别成本的高低等同于整个系统成本但不考虑登记系统的高昂初始搭建成本,^{②④}都不可取。另一方面,采用频率不高的物权样态,在利用登记公示公共服务方面的经济合理性和分配正当性,也需结合登记服务收费机制来准确评估。

(一) 两个前置事实判断

在比较两种模式的公示系统成本(和第三人的识别成本)之前,有必要先讨论两个前置问题:第一,物权自由模式下将会出现更多物权样态,但是否会变得极具多样性?第二,物权自由模式下整个社会上将出现更多物权样态,但是否意味着同一宗财产上出现的物权样态会同步增长?只有在明确这两个问题的基础上,才能更加科学客观地观察物权自由模式相较于法定模式的公示系统成本。

关于第一个问题,实际上,财产权(物权)不像艺术品,会随着艺术想象力的发挥而

^{②①} 参见李富成:《中国语境中的物权法定问题》,载《比较法研究》2007年第2期,第64页。

^{②②} See Steven N. S. Cheung etc., *The Myth of Social Cost: A Critique of Welfare Economics and the Implications for Public Policy*, The Institute of Economic Affairs, 1978, p.51.

^{②③} 相关批评,参见简资修:《物权外部性问题》,载《中研院法学期刊》第8期(2011年),第239页。

^{②④} 参见张永健:《再访物权法定与自由之争议》,载《交大法学》2014年第2期,第125-126页。

千姿百态。相反,财产权主要是一种世俗的社会关系建构,是人们为满足现实需要对同一宗财产上的权利束体或者说权能所作的分割。在自由模式下,即便权利人有机会就其所享有的财产权作复杂分割让渡并登记公示,但如果简明、常用的物权样态能基本满足其生产生活需要,则在同一宗财产上创设新物权样态并不能让权利人额外获利,权利人通常就没有动力去刻意创设一种新物权。毕竟,常见物权样态能够给使用人提供更稳定的价值预期。即便在一些情形中,创设新型物权能够让交易当事人额外获益,但创设过于生僻的物权很可能影响这种权利在未来交易中的受欢迎度和价格,因此只有当生僻物权带来的额外利益明显高于其在未来市场上的价值减损时,当事人才有动力去创设。否则,由于人们对未来市场的不确定性普遍有风险厌恶心理,通常并不会为了非常微小的额外利益而创设一种新的物权。^{②⑤}换言之,在物权自由模式下,物权样态虽会增加,但并不容易出现高度多样化的现象。^{②⑥}

关于第二个问题,在物权自由模式下,同一宗财产上可能同时出现的物权类型和数量的确会有所增加。但是,“一个社会在总体上将创设的物权样态增长”与“同一宗财产上实际同时出现的物权样态增长”不是同步的。相反,即便前者大幅增长,同一宗财产上同时出现的物权样态和总数量都会相当有限。一方面,如前所述,同一宗财产上出现过多物权样态和数量会影响其后续市场欢迎度和交易价格。因此,权利人一般会谨慎选择创设新物权样态。另一方面,一些新设物权会成为既有物权的替代品。当事人有动力在常见物权之外另设新物权,很可能是因为新物权能够比常见物权更好地满足其现实需求;当事人在采用新型物权的同时会放弃对既有样态的使用,一般也不会导致同一宗财产上登记物权总量的增长。

(二) 公示系统成本的分类判断

公示系统成本主要包括三类:一是公示系统的初始搭建成本,特别是修建办公楼房、购买办公设备、建设数据库和雇佣日常办公人员的成本;二是记载和维护物权信息的材料成本,即登记机构用于存储和公示物权信息的纸质或电子材料成本;三是登记机构的审查成本,即为了审查特定财产上新登记物权与既有物权之间的相容性而付出的成本。其中,第一类成本是搭建公示系统的固定成本,后两类成本是保证公示系统正常运转的运营成本。^{②⑦}

初始搭建登记公示系统常需要高昂的一次性固定投入。这类固定成本一般由公共财政负担,一经投入即确定,不大受登记物权样态多寡的影响。物权样态的增长并不会引发任何额外的系统搭建成本,或者说边际成本为零。不过,从提高公示系统的利用率或者说固定投入的产出率的角度看,系统所登记的物权样态数量和物权总数量越大,利用率或产出率越高。反之,若昂贵的登记系统仅为有限数量的物权服务,或交易第三人

^{②⑤} 纪海龙有相似评论。参见王文宇、缪因知、朱晓峰:《合金论坛笔谈:物权法定的利与弊》,载《财经法学》2016年第6期,第115页。

^{②⑥} 参见前注^{①⑩},常鹏翱文,第16页。

^{②⑦} 关于固定成本与运营成本的区分,参见前注^{②③},简资修文,第240页。

需通过另一套权属识别系统去获取其他类型物权的信息,则不仅徒增第三人负担,而且浪费搭建登记系统所耗费的巨大公共资源。

记载和维护物权信息的材料成本只与系统所登记的物权的个数有关,但与所登记物权的样态的多寡并无直接关联。虽然自由模式下需要登记的物权样态和数量较法定模式都可能更高,但这类成本主要表现为每一次物权登记(无论何种样态)所需要的工本费。在电子化政务广泛应用的今天,在初始数据库建成后,因多记载一项物权所需成本几乎可以忽略。^{②⑧}且这类成本还可以通过每一件登记申请的登记费来由申请人自己承担。

第三类成本则有所不同。在物权法定模式下,登记机构工作人员一般无需为认识新的物权样态付出额外学习成本,按照惯例办理登记手续即可。但在物权自由模式下,如果要求登记机构确保同一宗财产上各物权样态的相容性,则登记机构工作人员在面临陌生物权样态时须付出额外学习成本。如果同一宗财产上发生多次物权分割,则新物权样态越多、越生僻,学习成本就越高。“物权类型越多,边际社会成本越高或者说负外部性越大”的判断,^{②⑨}在这个十分有限的行政成本意义上不无道理,但这一成本可通过整理及定期更新物权清单得到有效控制。

(三) 两种模式的综合比较

物权自由模式的确会给登记机构造成额外审查成本,但如何估量此种成本的大小以及在分配意义上的正当性,值得细究:

第一,不少文献认为,“如果登记机关采取实质审查,就会导致行政成本的大幅上升”。^{③⑩}因为,“物权类型数量越大,要辨识权利冲突越困难,越难在登记簿上清楚呈现权利状况,审查时间只会增加不会减少”^{③⑪}。这实际上是未能区分“整个社会的新创设物权样态的增长”与“同一宗财产上实际同时出现的物权样态的增长”这两个事实。如前文详述,二者的增长并不是同步的。即便前者发生较大幅度增长,同一宗财产上同时出现的物权类型和数量也会相当有限。因此,自由模式在“登记审查成本”上造成的额外成本并不会太高。况且,如果登记机构工作人员能够就物权自由模式下的物权相容性审查知识接受系统教育和培训,则会打破对物权法定知识体系的路径依赖,进一步降低学习成本。

第二,与高昂的公示系统搭建成本相比,两类系统运行成本要小得多,且能够以登记手续费的形式由当事人予以一定程度的内化。即便运营成本不能完全由当事人内化,^{③⑫}

^{②⑧} 类似评论,参见尹田:《物权法定原则批判之思考》,载《法学杂志》2004年第6期,第10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》2005年第1期,第19页。

^{②⑨} Merrill & Smith 曾在 *Optimal Standardization in the Law of Property* 一文中多次提到“边际行政成本”(marginal administrative costs),并将其与第三人的识别成本并列为随着物权样态增加而增长的边际社会成本。但 Merrill & Smith 的重点在于阐述第三人的识别成本,并未详细界定其所谓行政成本的具体内容。See Thomas W. Merrill & Henry A. Smith, *supra* note 12, 38, 51. 类似观点,参见前注^{②⑨},张永健文,第123、125-126页。

^{③⑩} 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153页。

^{③⑪} 前注^{②⑨},张永健文,第125页。

^{③⑫} 如果对常规物权登记与非常规物权登记采取统一标准收费,那么,这很有可能发生。因为,登记作为一种公共产品,政府不能定价过高,否则会遭受来自社会公众的批评和压力。此外,登记机构难以实际测算总成本和未来的登记申请量。类似观察,参见张巍:《物权法定与物权自由的经济分析》,载《中国社会科学》2006年第4期,第132-133页。

也不能因此就简单地断定“非常规物权的登记会造成额外的社会成本”。否则,将会只侧重考虑小额运行成本,却忽略了对大额固定投资的有效利用。事实上,当事人在创设非常规物权的同时通常也提高了对相应财产的利用效率,获得了更多收益。的确可能会有一类当事人,在所获个人收益低于登记机构付出的相容性审查公共成本时仍去使用登记公示系统,从而造成社会总福利的减损。但是,由于登记常常对应着交易税的征缴,这类当事人的登记冲动会被进一步抑制。

第三,即便需要控制对公共产品的“不公平”消费,也可通过对登记费实行分别定价来实现。^{③③}从操作层面而言,可以先在国家层面对当前已出现的具有可登记性和重要经济价值的财产权样态作一次系统整理和规定,并对这些物权的登记申请收取基本的工本费。对于此后出现的新型物权登记申请,可额外收取一定的登记审查费用,用于支付登记机构在确保新物权的可登记性时的成本,特别是审查拟登记新物权是否边界清晰、是否与同宗财产上既有物权相容、是否可以纳入既有法定物权类型及是否背俗等事项时所付出的成本。^{③④}登记机构的中央主管部门可定期更新登记物权清单,以节省一线登记机构的审查负担和同类登记申请人的登记费用。尽管初次整理和后续定期更新都会引生公共成本,但集中整理的固定成本投入可一次性解决规模化的分散审查成本,在总社会效益上是合理且必要的。不过,对于集中整理名录以外的新物权登记,额外的登记审查费用应当沿用《民法典》第223条采用的按件收取固定费用的机制。这样不仅有助于避免地方登记机构随意收费的问题,也可以为登记申请人提供明确的成本预期,便于申请人评估是否申请登记。

值得注意的是,可登记性的审查判断不宜以特定物权的使用频率或者说常见度为标准,而应主要考虑这些权利是否边界清楚、是否易于被登记机构工作人员认识和操作以及是否背俗等因素。例如,《民法典》第14章新设的居住权,就是一类使用频率不高的财产权形态,但其边界清晰,相应登记既不会增加登记机构工作人员的审查负担,也不会给第三人造成额外的权属识别成本,法律没有不予登记的可靠理由。^{③⑤}事实上,允许使用频率不高但边界清楚的财产权登记,有利于更充分地利用昂贵的登记公示系统,发挥权利登记公示机制在抑制无权处分、降低纠纷发生概率和处理成本的功用。例如,在居住权取得登记支持后,此前诉至法院的大量居住权纠纷即可得到根本化解。^{③⑥}此外,即便是当前使用频率不高的物权样态,也可能随着网络交易平台的广泛应用而被不断推广,甚至成为常态。及时为这些新生权利提供登记服务,有助于加速这些财产权分割方式的推广和应用。

^{③③} 参见前注^{①①},杨代雄文,第29页;前注^{②⑤},王文宇等文,第116页。

^{③④} 有观点认为,需要当事人内化的行政管理成本难以测量。See Yun-chien Chang & Henry E. Smith, *The Numerus Clausus Principle, Property Customs, and the Emergence of New Property Forms*, Iowa Law Review, Vol.100:2275, p.2285 (2015). 这很可能是因为误将整个社会上出现的新物权数量等同于单宗财产上出现的新物权数量。

^{③⑤} 参见前注^{③②},张巍文,第140页;前注^{①①},常鹏翱文,第10页。

^{③⑥} 参见江苏省南通市中级人民法院(2014)通中民终0169号民事判决书。

四、第三人的识别成本

关于对第三人的权属识别成本和财产的流通价值的影响之讨论常在诸如“第三人的交易安全”这类言说习惯下展开。这两项是被既有文献重点提及但却常被误估的因素。

（一）两种常见的认识

一种较为流行的观点认为，在物权自由模式下，物权种类和内容会持续复杂化，不断降低物权样态的明确性，持续加重第三人的权属信息识别成本，^{③⑦}以致于在物权样态达到一定数量之后超过新物权创设者从中获得的收益。因为，那些使用频率高、价值大的物权样态总是在交易实践中被率先创设，且数量有限；而越后创设的物权样态，使用频率越低，边际社会收益越低，以致于在物权样态达到一定数量之后低于因新创物权给第三人增加的识别成本。这个“数量”曾被称为“最优规模”。超过这个数量规模，允许进一步创设新物权所来的社会总收益为负，只不过新物权创设者将成本转嫁给了第三人而已。^{③⑧}因此，有必要对物权进行标准化或者说模块化处理，只将常见财产权类型确认为物权，赋予其对抗第三人的法律效力。超出最优规模的财产权约定，创设者只能通过债权安排或者对法定物权样态的组合安排来实现。如此，不仅有助于减轻第三人在认识每一项物权时所支付的识别成本，还能够控制第三人需要辨识和审查的物权总量，从而将第三人的交易成本控制在合理幅度。^{③⑨}在此种流行观点的基础上，另一种较常见的观点认为，随着物权多样性和复杂性的持续性增加，物权转让的难度也随之加剧，并影响物的充分利用和价值发挥。^{④⑩}这不符合促进“鼓励交易”^{④⑪}和“物尽其用”的现代法律精神。

这两种关于“第三人识别成本”的认识与前文评论的关于“登记机构的审查成本”的认识高度相似：二者都力图在一个抽象的层面评估物权法定与自由两种模式的经济优劣。但这样却糅杂了多个不同维度的因素，既影响对一些重要事实的准确判断，又阻碍了细致观察具体限定条件（如社会经济结构的稳定性与变动性、登记机制的分散性与统一性、登记机构审查的形式性与实质性等）对两种模式之经济效益的影响差异。

（二）物权种类“最优规模”之辨

前文对“一个社会在总体上可创设物权样态的增长”与“同一宗财产上实际同时出现的物权样态的增长”这两个事实作了特别区分：在物权自由模式下，即便前者持续增长，后者也不会发生同步增长。相反，其物权样态和数量都会相当有限。这一区分对于

^{③⑦} 参见前注②④，张永健文，第125页。

^{③⑧} 物权最优数量规模及其标准化控制理论最初由Merrill & Smith系统阐述，且得到不少中文文献的接受和阐发。参见Thomas W. Merrill & Henry A. Smith, *supra* note 12, 31-33; 前注②④，张永健文；前注③，冉克平书，第76页。

^{③⑨} See Thomas W. Merrill & Henry A. Smith, *supra* note 12, 26-27, 33-34, 39; 前注⑤⑬，王利明文，第15页。

^{④⑩} 参见前注③④，冉克平书，第76页；前注⑤⑬，王文宇等文，第116页。

^{④⑪} 鼓励交易的关键在于降低各种交易成本，让当事人更能自主决策，但不能忽视市场交易逻辑，强行推进交易。参见罗昆：《鼓励交易原则的反思与合理表达》，载《政治与法律》2017年第7期。

判断第三人的识别成本同样重要。因为,第三人在考虑是否要买入某宗财产上的部分权利时,只需要考察该宗财产上既存的各种物权分割状况,审查拟交易的那部分权利与既存物权是否相容,对于其他各宗财产上的既存物权,无论类型多复杂、数量多庞大,都无需考虑。^{④②}因此,在物权自由模式下,整个社会上的物权样态的持续增长并不会导致第三人识别成本的持续增长。如果进一步要求对自由创设新物权作“集中统一登记”和“实质相容性审查”,第三人识别成本的增长幅度会相当有限(主要表现为对单宗财产上的有限数量的生僻物权的熟悉成本),甚至可以忽略不计,^{④③}以至于无需新物权的创设者提供补偿。之所以有人认为第三人的识别成本会持续加重,主要还是因为未能区分前述两个基础性事实。这与前述对“登记机构的识别成本”的误判如出一辙。

由此可见,所谓物权种类的“最优规模”问题,在很大程度上是个假问题。这不仅是因为物权自由模式下第三人识别成本的稳定性,而且是因为新创设物权的经济价值也不像此类观点所观察的那样会持续降低,以至于在物权样态达到一定数量规模之后会低于因新创设物权给第三人增加的识别成本。在科技水平有限、商业模式和经济结构迭代更新慢的社会,此种观察的确有一定道理——越晚被创设的物权,被采用的频率越低,边际社会收益越小。仅有形式区别但并无功能差异的新创设物权更是如此。因此,有必要对物权样态予以强制归类处理,以尽量节省潜在交易第三人的权属信息识别成本。

然而,一方面,对新创设物权所带来的社会收益与给第三人增加的识别成本并不能像前述观察者那样进行抽象的总体比较。因为,在统一的登记公示机制下,一项新物权只会给其所依附财产的交易第三人产生(轻微)影响,并不会影响到其他财产的交易第三人。在后述集中登记公示机制下,登记机构的实质性相容审查的核心功能就在于大幅降低第三人的识别成本;而前述登记审查收费机制则能让新物权创设人内化相容性审查的成本。因而就每一项通过审查并登记的新物权,应推定其带来的社会总体经济效益是正面的。另一方面,社会科技水平、商业模式和经济结构总处于变革中,人们在财产的利用方式和财产权的分割方式上的需求也随之不断更新。原本没有经济价值或者价值不高的分割方式在新背景下可能大幅提升,原本不可行的物权分割需求在新技术下可能得到实现。^{④④}前者例如,在人口流动性低的时期,房屋的“分时度假”式财产权安排鲜有发生,但当下,这类商业实践与日俱增,相应的登记公示需求也应运而生。^{④⑤}后者例如,机械设备融资租赁出租人公示其所有权以对抗第三人的需求,难以通过粘贴标识等方式实现,易引发“何种标识构成充分公示”“如何证明标识在第三人交易时已存在”等难题。^{④⑥}而直到动产和权利担保统一登记系统的建立(尽管该系统的登记范围以及与其他登记

④② 在批评 Merrill & Smith 提出的“物权最优标准化理论”的文献中, Hansmann & Kraakman 较早提出了这一点。See Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *supra* note 12, 401.

④③ 类似观点,参见张鹏:《物权法定经济上合理性之批评》,载《月旦法学杂志》第108期(2004年),第148页。

④④ 参见前注②③,简资修文,第237页。

④⑤ 参见刘家安:《“分时度假”及相关法律范畴之厘清》,载《广东社会科学》2013年第5期。

④⑥ 参见杭州市萧山区人民法院(2012)杭萧商初4257号民事判决书;常州市中级人民法院(2014)常执异24号执行裁定书。

系统之间的关系仍存不少争议^{④7}),才为解决这类问题提供初步方案。^{④8}这些都表明,所谓物权样态的“最优规模”问题在很大程度上是一个假问题,是对复杂和变动的现实社会作过度抽象和简单化约处理的结果。更为关键的是,科技、商业和经济的变革有大有小,随时随地都可能发生,而不会是有节奏的变化。我们既难以预测下一次变革会在何时发生,也不太可能去决定每一次变革何时结束,但相对能够确信的是:对这些新兴物权分割需求的及时满足,能够反过来进一步推动相应社会科技、商业和经济的发展。

(三) 分散公示系统与统一登记系统

如果同种类的财产(无论是房屋、土地,还是交通工具、机械设备等特殊动产)对应着分散多元的财产权公示方式,那么,在物权自由模式下,第三人识别成本的确容易持续性升高。^{④9}因为,第三人既难以知晓一宗财产上既有财产权负担是分别以何种形式公示的,也难以准确认识不同财产权公示方式的重要性。^{⑤0}法律承认的物权公示方式越多元,第三人的识别成本就越高;当事人自由创设的物权样态越多,第三人的识别成本也越大,以致于在物权样态达到一定规模之后高于新物权创设者获得的利益。因此,无论是从社会整体经济效益考虑,还是从新物权创设者与第三人在成本分担上的公平性考虑,都不宜在分散登记公示机制下采取物权自由模式。

例如,在《民法典》颁布前,曾有多套机械生产设备融资租赁登记系统:一是原《物权法》第189条确立的由工商行政管理部门提供的动产抵押登记系统;二是由中国人民银行征信中心提供的动产融资登记平台,提供包括资产抵押、质押和受让等业务在内的动产权属信息登记服务。^{⑤1}部分试点省市的金融办和法院系统曾明确要求金融机构在办理资产抵押、质押等业务时,应登录征信中心的融资租赁登记系统,查询标的物的权属状况;否则,推定这类机构未尽审慎注意义务,不构成善意。^{⑤2}如此一来,不仅出租人需要承担双重登记成本,而且第三人需要承受双重查询负担。而试点省市的非金融机构和非试点省市的交易当事人和第三人,更无法确信中国人民银行征信中心的权利登记公示的法律效力。出租人和第三人分别在两套系统办理登记的,登记效力就更难判断。^{⑤3}但是,动产和权利担保统一登记系统的建立,为机械设备等可编码的特殊动产提供了登记和查询服务。这不仅大幅解决了前述实践难题,还可能因大幅降低物权公示和识别成本催生新

^{④7} 例如,关于机动车、船舶、知识产权的担保登记信息,目前尚无法在该统一登记公示系统中查询,统一查询工作尚处试点阶段。参见中国人民银行征信中心2022年7月1日颁布的《关于试点开展重庆市机动车、船舶、知识产权(含注册商标专用权、专利权)担保登记信息统一查询的公告》。

^{④8} 参见高圣平:《融资租赁登记公示制度的建构——以民法典合同编融资租赁合同章的修改为中心》,载《河南社会科学》2017年第6期,第41-43页。

^{④9} See Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *supra* note 12, 401.

^{⑤0} See Thomas W. Merrill, *Property as Modularity*, Harvard Law Review, Vol.125:151, p.158 (2012).

^{⑤1} 参见中国人民银行征信中心于2014年6月30日发布的《中国人民银行征信中心中征动产融资统一登记平台操作规则》。

^{⑤2} 参见天津市金融办发布的《关于做好融资租赁登记和查询工作的通知》(津金融办〔2011〕87号)第3条;天津市高级人民法院于2011年发布的《关于审理融资租赁物权属争议案件的指导意见(试行)》第2条。

^{⑤3} 参见前注^{④6},常州市中级人民法院(2014)常执异24号执行裁定书。

的财产权分割方式。而在房屋和土地等不动产领域,可以根据财产所在地理位置便捷地确定登记机构。即便允许当事人自由创设和登记物权,第三人也能够以较低的成本获取每一宗财产上的既有权属信息,并不会面临识别成本的持续增加问题。

(四) 形式审查与实质审查

与“统一登记系统”同样重要的条件是“登记权属相容性的实质性审查”,即登记机构需要确保在一宗财产上拟登记的新权利样态与既有物权样态之间是相容的。如此,第三人在查阅登记簿时能够便捷地发现此宗财产上的过往权属分割状况,进而确认拟交易的那部分权利是否与既有权利相冲突。在物权自由模式下,尽管单宗财产上平均登记的物权种类和数量都会稍高,但并不会影响第三人准确获取相应的权属信息,更不会出现识别成本大幅增加的问题。

如果登记机构并不提供实质相容性审查服务,而是一律采取或者对法定物权样态之外的登记申请采取契据登记制度(仅登记过往交易合同),那么的确会实质增加第三人的识别成本。第三人在每次交易时都需要系统地梳理一宗财产上的过往交易史,因此常需聘请专门的律师或者中介提供契据查阅和权属识别服务,因而面临来自新物权创设者的成本转嫁。这类成本不仅表现为此种商业查询服务所要求的利润,更重要的是,还包括每次查询时因重复审查过往交易史的堆叠成本。此外,考虑到此类商业查询服务的品质参差不齐以及伪造契据的问题,交易当事人为了确保权属信息的真实性还可能会进一步付出购买“产权保险”(title insurance)等成本。在此背景下,强调物权自由创设行为给第三人造成的识别成本是有道理的。^{⑤4}但是,我国自《物权法》施行以来的不动产登记就采取了实质审查模式,且如前文所述并无实质性审查成本分配难题。即便对于机动车、机械设备等尚在统一建设中的登记系统而言,推行实质相容性审查也同样具有可行性。因此,并不存在物权自由创设增加第三人识别成本的问题。

五、财产利用率

就不动产和具有可登记性的动产而言,允许当事人自由创设物权样态能够让物得到更充分的利用,给新物权的创设和使用人带来诸多实质性的经济收益。即便是法定主义论者,也大都认识到了这一点。^{⑤5}但如前文已提,法定主义论者却常常同时认为物权自由创设行为会持续性加剧物权的复杂性和转让难度,不利于“鼓励交易”和“物尽其用”。^{⑤6}为了系统认识物权自由模式到底是促进还是阻碍“物尽其用”,可从两种模式支持者的共识性看法出发,结合范例展开细致评估。

^{⑤4} See William B. Stoeckel & Dale A. Whiteman, *The Law of Property*, 3rd ed., West Academic Publishing, 2000, p.928, n.20.

^{⑤5} 他们同时倾向于认为,这些目标可通过对法定物权的组合使用来实现,就像通过有限词汇的组合来生成无限语句和篇章一样。See Thomas W. Merrill & Henry A. Smith, *supra* note 12, 8; Henry E. Smith, *Property as the Law of Things*, Harvard Law Review, Vol.125:1691, p.1708 (2012). 但是,使用复杂语句和篇章本身也有实质成本(如要求额外担保来保护债权)。

^{⑤6} See Yun-chien Chang & Henry E. Smith, *supra* note 34, 2288-2289.

（一）促进分割和利用效率

现有共识是,在法定主义模式下,由于无法在法定物权样态之外借助登记公示系统创设具有对抗第三人、对抗执行和破产隔离效力的财产权,潜在财产权交易当事人需借助各种合同债权安排来拟制物权的法律效果,或者干脆选择替代性交易方案。这至少会增加三类交易成本:一是监管成本,即一方当事人为防止相对人将受让财产权再次让与第三人,采取物理占有、张贴告示、频繁巡查等措施的成本。这些措施常常比办理登记手续的成本高,且在破产隔离、对抗执行上面临明显争议和不确定性。^{⑤⑦}二是执行成本。物权人和债权人在实现权利时对相对人之配合的依赖程度有着明显差异。即便没有第三人介入,相对人在履行合同义务时可能实施的机会主义行为仍然不可小觑,这甚至是我国商业实践面临的系统性问题。而经登记公示的物权人在请求相对人履行义务时更具心理优势和主动权。三是寻找替代方案的成本。前述两项成本高到一定程度后,会从根本上动摇交易信心,促使权利取得人要求相对人提供额外担保以增强信用,甚至直接放弃交易。无论是要求额外担保,还是放弃交易,都会导致财产闲置和浪费。

例如,在商住两用的小区,单元楼是一梯两户型的,同一楼层的两套房屋归同一人所有。所有人在出卖其中一套时,不希望该套房屋未来用于商业经营,以保证自用的另一套有一个安宁环境。出卖人可以通过在出让房屋上设定“禁止商用”的消极限制型地役权来实现,当然通常需要以“降价出让”为条件。在法定主义模式下,此种役权在大量省市都无法获得登记,出让人只能借助于与受让人的合同约定。但当受让人将房屋再次转让给第三人时,此项役权就难以约束第三人;所有人只能请求受让人承担违约责任。特别是在房价变动不居时,此种风险更不可小视。基于前述担忧,有的所有人干脆放弃转让房屋,转采“出租”等替代性方案,并丧失利用房屋转让资金重新投资的机会。而在物权自由模式下,买卖双方可以将“禁止商用”役权予以登记披露,让第三人一目了然,从而取得对抗第三人等法律效力。如此一来,前述各项成本都可得到有效控制。

（二）后续流通中的价值发现

但问题在于,允许此类物权自由设立是否会加剧物权的复杂性和转让难度,以致于阻碍相应财产的后续利用?的确,单宗财产上平均登记的新物权样态和数量都会较法定主义模式下略高,转让难度也会随之增加。例如,与设有“禁止商用”役权的房屋相比,没有任何负担的普通房屋更受市场欢迎,当然价格也更高。但是,不能错误地将“换手率”与“物尽其用”这两个概念等同起来。鼓励交易,或者说单纯换手次数的增长,并不一定就能够实现物尽其用。关键在于,潜在的市场交易主体之间能否相互竞价,并利用便捷的方式公示锁定竞价交易的结果。“禁止商用”役权本身就是当事人之间的一次竞价交易。与普通房屋买卖相比,这样一种财产权分割方式更符合买卖双方的利益:出卖人确保了安宁的居住环境,买受人支付了便宜的价款,各得其所。与以普通方式买卖

^{⑤⑦} 关于两种模式在破产场景之效应差异的分析,参见张巍:《物权法定的效率问题再思考——文献回顾与视角转换》,载《中研院法学期刊》第13期(2013年),第254页以下。

相比,房屋在这样的交易中发挥了更大经济价值,得到了更好利用。

只不过,当事人在法定主义模式下缺乏便捷有效的方式去锁定这个结果。但在物权自由模式下,当事人不仅可以锁定登记公示这一交易结果,而且更重要的是,并不会影响该房屋流通到能使其价值得到更大发挥的第三人手中。因为,如果第三人认为设有“禁止商用”役权的房屋对其而言性价比不高,则其会转向其他市场交易机会,购买没有役权负担的房屋。反之,如果第三人认为该房屋对其而言性价比够高,则其要么以低于普通房屋的价格买入该房屋,要么通过向役权人支付一定对价使役权人同意涂销该项负担,从而买入一个没有负担的房屋。而且役权人一般也没有敲竹杠的机会,毕竟,如果役权人要价过高,则会吓退愿意为涂销役权而支付对价的第三人,得不偿失。

就非基于特定需役地而役使他人财产的权利或者说“人役权”而言,此种价值发现机制和市场运转逻辑同样适用。实际上,《民法典》新增的居住权就是一种典型人役权。法律之所以应支持居住权登记,不在于其使用频率有多高,而在于每次使用都能增进社会福利且无副作用。再如,我国各地政府当前在向中低收入群体供给保障性住房的同时,普遍设置了禁售期、转售补偿支付等限制,在性质上也是非基于需役地的人役权。只不过,目前这类役权是通过公共政策文件来对外公示的,^⑤但此类役权背后的设权目标也完全可以通过不动产登记公示系统来便捷实现。总之,当事人在物权自由模式下设定的更为复杂的物权,非但不会阻碍“物尽其用”,反而会更好促进物的利用和价值发挥。

正因如此,我国部分地方立法在原《物权法》颁行后对物权法定原则作了变通适用,不仅通过灵活解释地役权规则来支持消极限制型地役权的登记公示,而且还为居住权以外的其他人役权办理登记。因为即便当事人创设了“禁止商用”消极地役权和“所建房屋系自用,二手转让须满足特定条件”“房产需整体经营、不得分割”等人役权,也不大会阻碍物尽其用。

六、法定物权自由展开的法律教义

对于难以集中统一登记和公示的财产权,的确应坚持严格法定主义,以避免因自主创设物权引发各类高昂社会成本。但大量社会生活背景条件已时过境迁,继续坚持法定主义将是一个时代错误。^⑥特别是不动产,尽管当前尚未实现全国性的登记信息互联互通,但已基本实现集中统一登记,不影响确定特定财产的唯一登记机构和查询平台。允许当事人自主创设物权并积极提供登记服务,实有必要。反之,将会迫使当事人通过高成本的曲线救国方式来满足现实的财产交易需求。这种必要性不仅出于一般理论推演,更重要的是来源于社会现实需要。无论是前文论及的那些已经在法定物权名目下获得登记的新型物权(整体开发要求、用途限定以及排他性购买权),还是那些有强烈需求但

^⑤ 参见彭诚信:《现代权利理论研究》,法律出版社2017年版,第316页。

^⑥ 参见高圣平:《物权法定主义及其当代命运》,载《社会科学研究》2008年第3期,第2页。

尚未获得登记支持的不动产约定优先购买权,都是常见事例。

面对法定物权样态的自由展开现象,不仅需要深入理解这一现象背后的经济原理,而且需要思考如何采取妥帖的姿势去拥抱它,特别是构建一套对缺乏可登记性的新物权样态的审查排除机制,并在实定法层面为可登记的新物权样态提供法律教义方案。

(一) 新物权登记申请的审查排除事由

物权自由并不是一个绝对的概念。即便不少法律同行主张采取“物权自由”模式,但也并不是说自由创设行为不受任何限制。^⑩就像大量法律同行主张坚持“物权法定”模式,也不再是那种严苛甚至僵化的法定。不过,在“物权法定+个案承认”模式中,法定是原则,自由创设是例外,当事人需要负担论证其自由创设行为之正当性的义务;反之,在“物权自由+个案排除”模式中,自由创设是原则,限制创设是例外,登记机构负担论证当事人拟自由创设物权缺乏可登记性的义务。问题在于,登记机构可基于何种事由拒绝新物权样态的登记申请?概括而言,不予登记的正当事由主要包括三大类:

一是申请登记的物权样态边界不清晰,特别是与同宗财产上既设物权之间不相容或者说存在边界冲突。事实上,因相容性欠缺而拒绝登记并非物权自由模式单独面临的问题,即便在物权法定模式下也同样如此。

二是拟创设的新物权与既有物权样态之间并无实质区别,既有物权样态能有效替代前者的功能。登记此种“新”物权将徒增登记机构工作人员的学习成本和交易第三人的识别成本。例如,一些国有农场在进行市场化改革过程中将国有农地的使用权出让给社会私有资本,但是否有必要单设一类“国有农地使用权”呢?《民法典》物权编第3分编已经采取了按土地用途(农用、建设用)分类管理的体系。其中,农用地归入第11章规定的土地承包经营权,建设用归入第12章调整的建设用地使用权。《民法典》第343条还规定,“国家所有的农用地实行承包经营的,参照本法的有关规定”。因此,对于向私人出让的“国有农地使用权”,可以根据出让协议约定的土地用途(农用、建设用),将其分类归入第11、12两章项下的土地承包经营权或建设用地使用权即可,并无必要单设一类“国有农地使用权”。

三是申请登记的权利与我国宪法和法律确定的基本经济制度相冲突,或者有违一般性公共秩序和善良风俗。例如,在2018年《农村土地承包法》确认农地“三权分置”以前,农村集体经济组织成员将其享有的承包经营权转让给集体经济组织以外的成员;或者此后将土地承包权如此转让。再如,旅游业发达地区的开发商为了提高房产吸引力和售价,拟将来自某一些地域的买受人永久地排除在外;又如,为特定财产权类型附加带有封建身份制色彩的条件。^⑪实际上,除前文已经系统评述过的各项社会经济成本关切外,法定主义论者也常常以此为理由反对当事人自主创设物权。^⑫但需要注意的是,我国当

^⑩ See Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *supra* note 12, 402; 前注^⑩,张鹏文,第77页。

^⑪ 参见前注^⑩,李富成文,第61-63页;龙卫球:《物权法定原则之辨: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30页。

^⑫ 参见前注^⑦,王利明书,第157-158页;前注^⑩,龙卫球文,第31-36页;前注^⑩,朱虎文,第151-152页。

代民法在处理有违公序良俗或者损害第三人权益的民事交往活动的一般经验是：在坚持私人自治原则的前提下，基于充分理由来个案式排除有违公序良俗或者有损第三人利益的行为。否则，按照法定主义论者处置背俗物权创设风险的思路，现代民法应采合同法定原则，把合同法的任意性规范底色转换为强制性规范，将当事人可自主缔结的合同样态限定于各类有名合同。显然，事实并非如此。当事人缔结的合同原则上自成立时生效，除非存在有违公序良俗等效力瑕疵。同理，对于有违公序良俗或者有损第三人利益的新物权设立动议，通过一套一般性的反面排除机制即可实现规范目标。^{⑥3}

实际上，在相当长的历史时期，私人之间的财产权是可以自由创设的。启蒙时期的自由人形象不仅是德国以及整个欧洲私法典的一般观念基础，也是表面上看仅具技术性的具体法律制度的解释依据。一个人“如何安排自己的生活，占有何种物品，与何人达成合意，均取决于个人的决定”，人与物之间的关系，以及这一关系背后的人际关系，取决于私人自己的意愿。^{⑥4}自《德国民法典》以来的大量成文法之所以在后来采取物权法定原则，一方面受到了关于“物/债”二元区分的纯粹学说建构的影响，即为了强调物权相对于债权的独特性而建构了包括物权客体仅限于有体物、抽象所有权、物权类型法定和物权行为等在内的学说；另一方面，在登记系统尚不发达的背景下，也有控制第三人权利核验成本的务实考虑。^{⑥5}然而，“私法规则的基点是，个人权限基于其自身产生，若需考虑公共福利，则需以独立的、明确描述的、要件式的方式为之”^{⑥6}。法律不能将基于公共福利促进目标而压缩的私人财产自由空间与私人可以享有的财产自由空间等而视之，更不能颠倒过来把私人的财产自由置于边缘空间。^{⑥7}大抵是因此，这些法域后来不得不通过各种别扭的“债权物权化”措施来迂回解决法定主义给交易实践造成的制度障碍。^{⑥8}

我国自《物权法》以来的确规定了严格的物权法定原则。但常被人遗忘的是，无论是私人创设物权的意愿，还是缔结合同的行为，都应当尽可能贯彻《民法典》总则编在基本原则层面和民事法律行为一般规则中确立的意思自治精神，从而“才能够真正地把民事主体变成主体，‘人’也才能真正地成为一个法律上的人”^{⑥9}。物权的设立和变动，同样如此。若无明显负外部性，对当事人物权自由创设行为予以精准限制才具道德正当性。这也是为什么原《物权法》第9、142条（《民法典》第209、352条）在强调“登记”作为确定物权变动效果的一般公示方式的同时，特别采用“但书条款”立法技术，为承

⑥3 参见孙宪忠：《论民法典贯彻体系性科学逻辑的几个要点》，载《东方法学》2020年第4期，第24页。

⑥4 参见〔德〕奥科·贝伦茨：《〈德国民法典〉中的私法——其法典编纂史、与基本权的关系及其古典共和宪法思想基础》，吴香译，商务印书馆2021年版，第14、15页。

⑥5 参见前注③⑩，朱虎文，第142-145页；〔德〕M·沃尔夫：《物权法》（第2版），吴越、李大雪译，法律出版社2004年版，第14页。

⑥6 前注④⑩，奥科·贝伦茨书，第71页。

⑥7 Vgl. Roman Herzog, Grundrechte aus der Hand des Gesetzgebers, Festschrift für Wolfgang Zeidler, Band 2, Walter de Gruyter · Berlin · New York, 1987, S. 1425-1426.

⑥8 Vgl. Lettmaier, in: Münchener Kommentar BGB, Band 8, 9. Aufl. 2023, BGB § 883 Rn. 4.; Staudinger/C. Heinze (Fn. 12), § 4, Rn. 104 ff.

⑥9 前注③⑩，孙宪忠文，第22、24页。

认当事人通过其他方式达成物权变动的合意预留了空间。^⑩ 基于维护公序良俗的抽象事由而对于当事人自由创设新型物权的合意予以概括性限制,无论是从域外私法发展史上的经验来看,还是从我国《民法典》的精神底蕴和技术安排上看,都属剪裁过度。^⑪ 实际上,当事人创设的新物权样态有违公序良俗或有损第三人权益的,其缔结的合同也有违公序良俗或者存在其他效力瑕疵。创设物权的合同无效或者被撤销,相应物权也就成了无本之木,可以通过一套事前审查与事后处置相结合的机制予以排除。

(二) 新物权登记申请的审查排除机制

前文在评述公共登记系统的公平利用时,提出对新物权样态的登记申请收取专门费用,以便对新物权的可登记性进行审查。一方面,对于边界不清晰、与既有物权没有实质差别以及违反基本经济制度或者公序良俗等缺乏可登记性的新物权登记申请,可以通过登记机构的事前审查予以排除。不过,在程序上,登记机构需要在一个确定的期限内对登记申请作出审查决定,及时向申请人作出准予或者不予登记的答复,并明确告知不予登记的具体事由。这有助于申请人及时作出替代交易安排,或者在不服审查决定时启动行政复议或者行政诉讼等救济机制。

另一方面,当登记机构因审查能力局限登记了本不应登记的新物权时(特别是与既有物权不相容或有违公序良俗的),可通过事后处置机制来排除。当事人、有利害关系的第三人或者相关的政府主管部门可通过两个途径来解决。一是按照《民法典》第 220 条确立的异议登记规则或者类似程序请求涂销相应登记。二是登记的物权人滥用权利的,相对人可以根据《民法典》第 132 条以及第 151 条的显失公平规则适用弹性请求人民法院合理确定登记物权的限度。例如,地方政府为了控制土地用途,与建设用地使用权人约定“所建房屋系自用,二手转让须经其同意”并就此办理人役权登记,在房屋建成并使用合理年限后,房屋所有人拟出卖房屋的,役权人可以通过“允许转让但按照商业用地标准追收土地出让金”“参照同类政策性用地上的房屋转让价格确定优先购买权人”等合理方式来行使权利。但是,役权人既不同意二手市场转让,又拒绝同意替代性的房屋流通方案的,则很可能构成权利滥用。供役方可以要求人民法院予以必要干预。

(三) 新物权的实定法依托

在法律教义学层面,为物权自由模式提供有效的实定法依托必不可少。理想方案是对现行法规定的严格法定原则予以明确修改,为那些具备可登记性的新物权的自主创设提供宽松的制度环境。但在《民法典》等新近立法均对物权法定原则作严格表达的大背景下,这一理想方案在短期内不太可能实现。相对务实的方案是,在现行法框架下尽可能地发掘法定物权的拓展空间,让法律既定的物权样态在种类、内容以及公示方式等多个维度上尽可能地自由展开,以满足实践需求较为迫切的新物权样态创设需要。

就消极限制型地役权而言,尽管我国立法机关回避了《民法典》第 372 条所规定的

^⑩ 参见孙宪忠:《民法体系化科学思维的问题研究》,载《法律科学》2022 年第 1 期,第 39、54、56 页。

^⑪ 域外也不乏以维护公序良俗为由主张采法定主义的观点。See Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *The Property/Contract Interface*, Columbia Law Review, Vol.101:773, p.795-796 (2001).

“利用他人的不动产”是否包括“消极限制供役地利用的权利”的问题,且地方实践常持否定立场,^⑦但是,的确可以发挥《民法典》第372条规定的地役权样态的内容弹性优势,^⑧采取如《江苏省不动产登记条例》第64条对“利用他人的不动产”的解释方案,将有助于提高需役地效益的消极限制型地役权也包括进去。

相较而言,要将那些非基于特定需役地而使役他人财产的人役权归入既有法定物权样态名目之下,则需要更多解释上的努力。一个相对可行的方案是充分发挥《民法典》第221条关于预告登记规则的解釋空间,容纳可登记的物权新种类。该条规定,“当事人签订买卖房屋的协议或者签订其他不动产物权的协议,为保障将来实现物权,按照约定可以向登记机构申请预告登记”。文义上可解释为:除以特定房屋所有权的即时移转为直接交易目标的房屋买卖之外(典型的如商品房预购),还支持有助于保障有可能在将来实现的各种其他种类的不动产物权交易。据此,当事人围绕不动产权属变动签订的协议(无论是房屋还是土地,所有权变动还是部分权属变动,普通的物权变动还是附条件、附期限的物权变动,也无论是直接权属变动还是间接权属变动),只要协议不因违法或者背俗而无效,协议约定的物权种类都可申请预告登记。经预告登记,当事人拟交易的物上权属得以对外公示,既可避免第三人因缺乏信息披露遭受不测风险,也可保护当事人的交易预期。

可以说,原《南京市城镇房屋权属登记条例》在房屋买卖之外,通过“有限列举加兜底条款”方式明确支持各种其他具有保全房屋权属交易约定的权利样态预告登记,是对预告登记制度的一次建设性展开实施。通过拓展适用预告登记制度,至少可以满足以下四种新型不动产物权样态的设立需求:

1. 约定优先购买权,即一方当事人对外出让其不动产时,另一方在同等条件下享有优先受让的权利。实践中,当事人可能基于生产经营需要就建设用地使用权、厂房所有权等重要资产达成优先受让协议,^⑨也可能基于工业园区建设规划约定土地一级市场出让方享有对出让建设用地使用权的优先购买权,^⑩还可能在协议离婚并将房屋分配给夫妻一方时约定另一方享有优先购买权^⑪。如果这些优先购买权样态能够通过预告登记物权化,使之对此后取得不动产所有权的第三人具有对抗效力,则不仅无损于第三人利益和公序良俗,而且有助于降低交易当事人之间的增信成本和争端解决成本。其他法域也有类似做法,如德国物权法将先买权与预告登记效力一体化、瑞士将先买权等形成权和租赁权等债权纳入预告登记范围。^⑫ 尽管,各法域在具体实施上存在细微差别。

2. 排他性购买权。在一些情形,用人单位基于福利分配的目的向职工低价出让房屋

^⑦ 参见前注⑥,江苏省苏州市姑苏区人民法院(2018)苏0508行初214号行政判决书。

^⑧ 参见前注①,刘家安书,第50页。

^⑨ 参见最高人民法院(2018)最高法民终130号民事判决书。

^⑩ 参见浙江省温州市中级人民法院(2017)浙03民终5657号民事判决书。

^⑪ 参见江苏省昆山市人民法院(2016)苏0583民初11873号民事判决书。

^⑫ 参见常鹏翱:《论优先购买权的法律效力》,载《中外法学》2014年第2期,第405-406页。

或者协调外部资源帮助职工低价购买房屋,以激励职工持续、尽职工作。为预防职工职业变动引发的定向福利给予损失,用人单位在出让房屋的同时约定了特定条件下(如职工在服务期限届满前离职的)的排他性购买权或者说独家购买权。在条件具备时,权利人可以主张按照约定购买房屋。对此类排他性购买权提供预告登记,同样可满足各方当事人的利益预期且不引发社会成本。至于登记权利人在条件成就时行使购买权的价格条款,则可通过合同法上的交易公平控制机制来解决。

3. 附条件的回赎权。实践中,一方当事人将房屋或者其他不动产权利出让给另一方时,鉴于自身将来的生产经营计划,希望保留在将来具备特定条件时回赎已出让不动产的权利。但受让人已具有权利外观,若将不动产转让给善意第三人,出让人的回赎利益即告落空。为此,出让人可在将不动产过户登记到受让人的同时,于受让人的不动产权利之上预告其回赎权,以在条件成就时实现相应的物权变动。至于赎回不动产权利的交易对价,既可以根据约定价格或者约定计价方法确定的金钱给付;也可以是特定行为给付的完成,如履行了约定的债务。在我国长期争论的具有担保性质的财产让与交易中,让与人的财产回购权或者取回权在性质上可以理解为让与人(担保合同债务人)的附条件回赎权,可通过预告登记来解决。《担保制度司法解释》第68条虽然明确了名义上的财产权利变动的可公示性(包括不动产登记公示)和担保权利的实现规则,但并未解决让与人的回赎权登记公示问题,更未解决出于非担保目的的约定回赎权登记问题。这些问题都可以通过拓展实施预告登记制度来实现。

4. 合同目的挫败后的回复请求权。在前文述及的“房产需整体经营、不得分割”等财产权约定案件中,双方直接约定的是一方当事人对另一方的财产用途的消极限制权利。由于双方之间既没有供役地与需役地的关系,也不存在明确的买卖关系,所以看起来似乎难以纳入地役权或者预告登记制度下来处理。实际上,在房屋建成并投入使用后,当房屋所有人的确遇到重大障碍,难以按照约定进行整体经营的,可以根据《民法典》第580条第2款等请求终止原来的合同关系;而相对人则希望确保此时能够回收其出让的土地或者房屋,或者说实现财产权的返还。因此,此种对财产用途的消极限制权利,最终仍然表现为一种关于不动产物权变动的协议,同样可以纳入预告登记制度中处理。只不过,与“约定优先购买权”“排他性购买权”和“附条件的回赎权”相比,通过预告登记制度将此种财产权样态升格为物权,需要对预告登记制度作较大幅度的“基因编辑”,拓宽我们对其文义的惯常理解。

当然,上述四类财产权只是当前较为突出的新型物权创设需求。对于本文尚未观察到或者正在发生的新型物权创设实践需求,在短期内同样可以按照上述思路,尽可能地依托既有的法定物权样态来实现。但从长远来看,仍有赖于对严格的物权法定原则本身予以系统松绑。

七、结 语

通过以物权法定模式为参照系,从微观视角就物权自由模式可能对“当事人的物权创设成本”“公示系统成本”“第三人的识别成本”和“财产利用率”这四项重要经济因素的影响进行细致评估和研究,可以发现:对于不动产和具有可编码性、登记性的动产而言,如果存在集中统一的登记公示系统,物权自由模式并不会比物权法定模式引发更高的社会经济成本,也不会阻碍财产的后续价值发现和流通。相反,与法定主义相比,物权自由模式不仅能促进人们对财产权进行更有效的分割和利用,而且还有助于更充分地利用经巨额投资搭建的登记公示系统。

我国一些地方性实践对物权法定原则予以灵活解释,并对法定物权样态作了一定程度的自由展开。尽管这些实践做法很可能是出于对财产交易现实需求的朴素认知,但在社会经济正当性上是经得起细究的。在短期内,比较务实的法律教义方案是在现行法框架下发挥地役权制度和预告登记制度的拓展空间,尽可能满足新物权样态的创设需求;从长远来看,这些实践需求的满足有赖于对物权法定原则予以系统松绑。

Abstract: The functional demarcation between property rights and personal rights shall be based on whether the patrimonial rights in relation to things crafted by contracting parties can be adequately posted in a public notice and thereby acquire prior legal effects against third parties. In the context of establishing a largely unitary title registry system for immovables and registrable movables, the implementation of *numerus apertus* principle that grants parties the freedom to craft and register property rights will not incur substantial costs in creating new forms of patrimonial rights, nor in their notification and verification. Neither will it hinder the subsequent exploitation of property carrying complicated forms of rights. In fact, *numerus apertus* not only facilitates efficient partitioning and utilization of proprietary rights, but also maximizes the benefits of the heavily invested registration system. Forms of property rights violating public order and good morals as a result of customization can be addressed through a case-by-case excluding mechanism consisting of both *ex ante* and *ex post* reviews. This approach aligns with the general method of contemporary civil law in addressing such violations. Beyond the property rights stipulated by the *Civil Code*, new forms of property rights have emerged at the local implementation level. It is vital to undertake a serious evaluation and systematically build a mechanism for developing new forms of property rights, on top of statutorily recognized forms, so as to aid in the practical crafting of new forms, such as negatively restrictive easement, agreement on the right of pre-emption, right of exclusive purchasing, and conditional right of redemption.

(责任编辑:任彦)