

大民法典的理念与蓝图

苏永钦*

摘要 大陆法系的民法典具有继往开来的特色,20世纪影响最大的德国民法典以其严谨体系在社经文化与意识形态的跨度上最具优势,新民法典接续此一传统之余,应思如何提高体系容量,以适应全球化经济与公私混合治理型态的需要。大民法典的构想源于德国民事财产法的债物两条腿明显呈现一盛一衰,后者的根本错误在于在以动态关系和静态归属的二分掩盖了两种交易选择的本质,并以物权法定与债权自由来加大其差异。大民法典开放所有契约的自由,并改从落实自治本身和维护自治内含界线的二分进行体系化,各自都包含了属人(债的关系)和属物(物的关系)的选项,再从两类规范中提取财产通则的公因式,上承不以财产为限的总则,下启不以身份为前提的意定和法定关系,乃至以身份为前提的财产关系。

关键词 体系效益 大民法典 债物合流 意定关系 法定关系

一、前言

从2002年中国全国人民代表大会宣示要制定民法典开始,到2020年全国人大通过民法典,笔者对这样一部有可能引领风潮的21世纪民法典,一直期待它除了承继《德国民法典》的潘德克顿体系,使其保有跨越意识形态、回应社会变迁的能力外,还要加入更多创新,才足以继往开来,因此近年更进一步用大民法典来概括对我国《民法典》的整体愿景。“纯”固然最能合理化民法典普通法本质的特征——概念精准、规则逻辑、体系一致、政策中立;但德国五编制内含的几个规范技术的限制已经起了重大变化,更不要说一个多世纪经济发展使得财产关系变得复杂而多样,如果新制定的民法典不能顺应这些变化而修改体系,使其有更“大”的规范空间,同样会辜负了百年一遇的法典时刻。为了把

* 台湾政治大学讲座教授。

这样一个大民法典的理念说得更清楚,特撰本文。

既然仍是从纯粹民法典的定性出发,一开始就得把这种民法典和仅仅着重垂直体系化的部门民法或部门取向编纂的民法典,一如甫通过的民法典,做明确的区隔,并说明德国模式殊胜之处,且不同于欧盟国家,我国大陆绝对有条件制订这样一部可以产出更大体系效益的民法典(第一节)。接下来说明,建立于萨维尼4A教义学的五编制到了今天有何不合时宜之处。此一债物分流的设计当然不只是法律概念的游戏,事实上它相当符合19世纪经济发展的需要,但20世纪的实践终究还是暴露了财产法这两条腿高度不对称的问题——肥了债编瘦了物权,避免物权公示成本过高已经是唯一可以正当化物权法定的理由了,因此到了20世纪末,通信科技基本上已可大幅降低此一成本、而使此一大幅限制契约自由的原则很难再合理化时,改革也只是早晚的问题(第二节)。然而真正要让民法典成其大,使其配得上所有私法关系“普通法”的定位,不仅应把物权关系从狭隘的物权概念中解放出来,而使自由化的物权关系和债权关系形成真正的选择——被认为是介于物债之间的物上之债当然也无必要再以法定者为限,还要在物也被从传统交易客体的动产、不动产解放出来以后,把等同于相对关系和绝对关系的债与物,延伸规范到其他早该普通法化的财产关系,主要就是商法和知识产权法所规范者(第三节)。既已走到这里,体例上再把债物分别规范反而不利于发挥体系效益,教义学和法学院的教程其实早有按意定和法定分流的趋势,民法典要做的,某种程度也就是把这样自然形成的内在体系外部化而已,也就是先以意定关系和法定关系分别处理所有债、物关系,再向上提取公因式独立为承上启下的财产通则编,除了两种关系共同者,如义务违反、多数权利义务人、财产关系消灭等可置于此编外,并把商事行为法的基本原则,乃至知识产权的共同原则也放在这里,民法典财产部分的调整大致即已完成。因篇幅及能力所限,本文将不特别处理结构问题不大的总则以及身分法部分。^{〔1〕}最后即将此一包含总则、财产通则、意定关系、法定关系、婚姻家庭与继承的六编制构想,就其中的二、三、四编,从编到细目做好初步的构建,算是交出了大民法典的蓝图(第四节)。在我国大陆甫通过高度务实主义的七编制民法典之际,虽很难期待从大民法典的研究直接对其教义学的开展有何助益,但作为高度理想主义的对照版本伴同新法典进入实务,或可为其内在体系的重建提供某些法理的切磋,甚至在确实感受两者在所谓体系效益的巨大差异后,成为远程再法典化努力的一个方向,故仍以野人献曝的心情略加阐述。

二、民法典和部门民法的抉择

如果说19世纪初法国民法典的主要贡献在于其以私法自治贯穿整部法典,注入了浓

〔1〕 整体而言,一方面从体例看五编制把家庭和继承两编放在最后,也就是前三编的特别法,非如债物两编涉及问题的普遍(不以特定亲人关系为限),另一方面其结构与内容在现代化上也已达到较高的程度。同样的,总则编即2017年才制定的《民法总则》,几乎没有更易,其核心为法律行为制度,抽象度甚高,也对大民法典的探讨影响不大,此处暂时都不纳入。

郁的个人主义、自由主义精神,为早期民法典所未见;〔2〕19世纪末的德国实际上已经需要面对高度工商业化的诸多社会问题,其民法典立法者一方面保留了私法自治的指导原则,另一方面则通过反刍注释罗马法的经验,而把潜存于欧陆法律文化中的体系思维发挥到极致,以人工化的精确概念、高度逻辑的规则与普通特别关系层层叠造的“科学”体系,不仅突破了法国民法源于生活经验的概念体系而能更精准的处理多样的新兴问题,更重要的是,藉着普通特别关系的明确化又可保留立法者针对特别领域修正私法自治的可能性。其典范效果,只要看受其影响国家在种族、文化和意识形态分布上的惊人跨度就很清楚。〔3〕事实上,当基尔克(Otto v. Gierke)教授以过时的自由主义对民法典提出沉重质疑时,参与制订的普兰克(Gottlieb Planck)法官已可以这样科学化体系为特很轻松的回答:需要对弱势者做特别考量的规定都放在特别法,法典本身并不承担这个功能。〔4〕此所以人类在二十世纪从左到右试过各式各样国家组织和政策,但德国模式的民法典总可以随之摇摆而屹立不移。

对于完全相同内容的法规范,经过体系化编纂会带来什么好处,也许可用现代城市的规划管理类比,同样需要建置住房、商办、学校、道路、公园、市场等,城市若能做到方位走向分明,功能配置合理,动线流畅无碍,资源充分开发,就可以让更多人有更多空间,以更低成本做更多事情。法典如果也是经过如此缜密的规划编纂而成,当然不同于只是单纯法条的堆栈。这恐怕是法典在今天因信息技术的发展其实已丧失方便近用(access)法律信息的原有优势,其制订也不再具有象征主权统一、破除封建旧法的政治红利后,仍普遍被采用,新法典也不断推陈出新的唯一解释。〔5〕

更深入的分析,笔者一直是从找法、储法、立法和传法这四个角度来衡量所谓的体系效益。找法应该是最容易理解的,通过精确的概念和规范间逻辑的排列组合,体系可内化规则间的矛盾,便于推论出规则适用的优先次序,大量降低找法过程中的搜寻、比较、权衡、记录成本;〔6〕各种规则再依抽象程度向上堆栈,也很自然的储存了许多符合基本

〔2〕 有关法典功能的类似分析 see Csaba Varga, *Codification as a socio-historical phenomenon*, Budapest: Akadémiai Kiadó, 1991, pp. 318—333.

〔3〕 从西欧的瑞士、荷兰、葡萄牙、希腊,到体制差异甚大的东欧国家,包括俄罗斯、波兰、捷克、匈牙利、乌克兰和三小国,亚洲涵盖文化差异甚大的泰国、日本、中国、韩国,乃至南美的巴西等,中东欧的情形 Vgl. Norbert Horn u.a., *Die Neugestaltung des Privatrechts in Mitteleuropa und Osteuropa*, C. H. Beck, 2002.

〔4〕 Vgl. Plank, *Zur Kritik des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches*, AcP 75 (1889), S. 327 ff., 403 ff.

〔5〕 参见苏永钦:“体系为纲,总分相宜——从民法典理论看大陆新制定的民法总则”,《中国法律评论》2017年第3期,第71—89页。

〔6〕 笔者曾尝试提炼现代民法典的12项体系规则,分别为形式方面的积木规则、蜂窝规则、星系规则、串联规则、序列规则、标兵规则,及实体方面的中立规则、人性规则、效率规则、文化规则、木马规则、鬼牌规则。参见苏永钦:“现代民法典的体系定位与建构规则”,载苏永钦著:《寻找新民法》,北京大学出版社2014年版,第84—97页。

公平、对景就可适用的规范,有助于民法在多元多变社会的调适功能。立法者在既有体系的基础上,更可清楚掌握下一个立法如何更好的“嵌入”既有的体系,哪些仍须多所着墨,哪些可以大幅省略,乃至依其原则例外性决定入典还是另订特别法。最后就是法律专业的教育,如果基础的教育终究只能传承“钓鱼”的技巧,而非直接授与几大桶的鱼,则其重心必然就是体系的基本思维。所以体系化的程度越高,对于法律专业的教育,也越能产生正面的影响。一部好的法典,就是最好的教科书。民法典所以会成为大陆法系(civil law tradition)的代表特征,即在于其高度体系性,^[7]而评价法典的质量也可以从这四个角度分别切入再加总计算其综效。

德国的潘德克顿模式当然不会是唯一的体系化方式,在不同历史条件下,把所有民事规范按普通——特别关系叠造出来的垂直型结构,确实是规模比较浩大的工程,未必都最符合每个国家当时的需要。另一个选择在体系化上要单纯一点,也就是把已经发展成熟的相近民事制度先单独的体系化,把相关规范集中编纂在同一个单行法里,同样按普通——特别的关系叠造起来,以其规模而言,这时再把属于特别政策产物的规定另置于其他特别法,好像没有必要,对于找法者而言,这样一个就某个小民事领域完成体系化的单行法,也会合理期待涵盖所有相关规定。而这一个个并立的民事法小体系,实质上就形成了一个水平型的法典结构,要不要进一步编纂成一部法典,反而只有形式的意义。所以垂直叠造的民法典和水平并立的民法典在体系化上两点根本的不同,前者的体系化特色在于公因式的提取,足可把全部的民事规范纳入一个完整的体系,不像后者其实只在各个部门才有完整归纳的体系。其次是前者贯彻法典的普通法定位,不纯粹而有公共政策介入的民事规范都不入典,不像后者就各部门而言,不做如此严格的区分。我国大陆刚通过的七编制民法典除了第一编的总则有德国模式的特征外,基本上只是9部单行民事法的组合,^[8]加上全新的人格权编,最接近这里所称的部门民法类型。总则本来是抽象程度最高的体例,可统领以下各编如网举而目张,可谓潘德克顿法学的代表作,^[9]但其余各编的水平整合程度不高,不仅没有落实所谓的“串联规则”,^[10]更欠缺公因式提取而成的中间层级,如瑞、德、奥、意民法的债编,荷兰民法还加上了财产通则,仅以总则加冠的安排,很难期待这样没有坚实下层整合的顶层规范可以产出多少体系效益,所以我国大陆

[7] See John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition, An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, 2ed, Stanford: Stanford University Press, 1985, pp.63—66.

[8] 朱庆育即认为,《民法典》系单行法的活页式汇聚,总则编规范以民事权利的列举为核心,此类规范并非分则编的公因式,而是活页本法典的活页环,其意义在于串起分则各编,并划定《民法典》的最大编数。参见朱庆育:“第三种体例:从《民法通则》到《民法典》总则编”,《法制与社会发展》2020年第4期,第77—90页。

[9] 参见苏永钦,见前注[6],第78—79页。《民法总则》的立法说明也确实表明其“采取‘提取公因式’的办法”,并且要编纂“内容协调一致,结构严谨科学”的法典。参见李建国:“关于〈中华人民共和国民法总则(草案)〉的说明”,载中国人大网,http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/xinwen/2017-03/09/content_2013899.htm,最后访问日期:2020年8月15日。

[10] 比如在物权编和人格权编的权利保护专章(《民法典》第238条、第995条等),都还重复规定了侵权请求权。

《民法典》在水平整合上还不符合德国模式，^[11]再加上其他六编收纳的规定也未严格筛选有特别公共政策考量者，^[12]因此在整体归类上更接近部门民法的模式，水平并立的成分远高于垂直叠造。

比较这两种体系化的模式，德国模式的第一个特色可使其在找法和储法上明显胜出，第二个特色则又可在在立法和传法上占了胜场，所以如果不考虑其他因素，部门民法在体系效益上当然就被比下去了。^[13] 但我们从我国大陆的新民法典和欧洲民法近 10 年的体系化努力，殊途同归的地舍潘德克顿而就部门民法，又可深刻理解部门化的并立民法典背后有高度的务实主义。除了政治上有更高的可行性外，部门民法在一定条件下确实也可产生更多体系效益。在前者，我看到的是我国大陆民法特殊的生成史，在后者，则反映了欧盟这样的超国家组织对内国法制的巨大影响。

欧洲各国在共同市场的驱使下，追求二十几部民法典的调和已非朝夕。2009 年在学者和官方共同努力下完成的《共同参考架构草案》(DCFR)，已经是老民法典在各自的路径依赖下相互妥协的最好结果，其隐隐然从普通到特别的结构，以及仍以债权关系总其成，而且以法律行为作为契约的上位概念，都可看到德国民法的烙印，但和法国修改民法的方式类似，法律行为仅仅放在契约卷聊备一格，又不能说是法国法的成功反压，而确实和没有债的概念的英美法相距更远。仔细读契约法，以及动产担保、信托卷，却又可看

^[11] 《民法典》最终决定不设多数学者认同的债权通则编，各方意见统计可参见朱虎：“债法总则体系的基础反思与技术重建”，《清华法学》2019 年第 3 期，第 127—128 页；在合同编的第 468 条虽规定：“非因合同产生的债权债务关系，适用有关该债权债务关系的法律规定；没有规定的，适用本编通则的有关规定，但是根据其性质不能适用的除外。”勉强整合了合同和非合同之债，但合同编向来以合同的八部曲为底，现在实际上从第 4 章的“履行”开始从合同延伸到所有债之关系，而且在这 5 章也只能从其条文使用当事人或债权人、债务人来判断，何者只适用于合同，何者及于各种债的关系。就民法典体例而言，最外一层是总则在前，各分编在后，到了合同编，又是性质上为分则的合同在前，较抽象的债反而在后，已够吊诡。比如第 4 章规定合同的履行，从第 509 条到 513 条都是有关合同的规定，第 514 条到第 521 条处理的是债的标的及主体的多数，明显不以合同为限，但第 522 条和第 523 条有关向第三人或由第三人给付的规定又是以合同之债为限，接下来有关第三人代位清偿的第 524 条又扩大到所有债之关系。到了第 525 条到第 528 条再回到双务合同，第 529 条到第 531 条再延伸到所有债的关系，第 532 条到第 534 条又回到合同关系，整章规定充满弯道。再以第 6 章合同的变更和转让为例，前两条是有关合同的变更，从第 545 条开始就是一般债权人债务人的移转，不限于合同，到了第 555 条、第 556 条突然又限于合同义务的转移，普通和特别关系以如此诘屈聱牙的文字和混乱的逻辑去处理，法条像麻花一样绞成一团，未来在找法、传法上都将滋生无穷困扰，法教义学更毫无必要的变得复杂几倍，比一个半世纪以前的德、瑞民法还要倒退。

^[12] 只在身份法上有做了一些筛选，物权和侵权责任则反而刻意保留了公共政策的考量。如物权编中第 285 条、第 286 条物业服务企业执行政府措施的规定，侵权责任编中第 1234 条规定的环境公益诉讼，第 1185 条、第 1207 条和第 1232 条规定的惩罚性赔偿，都与公共政策的实现相关。

^[13] 至于水平整合的重心是否一定要五编制那样放在债上，学者中当然还是不乏批判者，比如我国台湾地区学者张永健，见 2018 年 3 月 6 日发表于中央研究院的工作论文：《告别债的概念——德国民法概念体系检讨之二》，载“中央研究院”网站，<http://idv.sinica.edu.tw/kleiber/pdf/obligation.pdf>，最后访问日期：2021 年 1 月 10 日。主要是从 Wesley Newcomb Hohfeld 的一阶义务和二阶义务的厘清出发，认为债编不当的混同了合同之债（一阶）和侵权之债（二阶），此处不赘。

到英国法的擅长。民法学者在规范调适上所费的苦心,斑斑可考。可尽管学者有法典化的高昂热情,反对的声浪更大,比19世纪末期德国走向法典化时蒂堡和萨维尼的论争要激烈得多。^[14] 争论从立法依据开始就有疑义,民事立法的基础勉强可以引《欧洲共同体条约》第95条为据,但订定广泛及于所有民事问题的民法典,肯定超出欧盟的立法权限。不过这个法律问题还小,因为只要有共识,修改条约尚非难事。更实质的理由包括法典的僵硬性,任何错误的调整可能要等到十年才能获得各国的共识,且从立法技术来看,法典几乎都需分段完成,造成新法与尚未修正部分的调适问题,这在一个国家的情形还可忍受,若同时在二三十个国家制造这样的混乱,成本实在过高。^[15] 因此DCFR未如预期的加速民法的体系化也就罢了,欧盟机构的垂直治理仍在部门的框架下进行,欧洲法院的裁判风格同样看不出在个案以外寻求体系化的宏图,渐渐连向来对民法的体系化怀抱最高理想的德国,对于欧洲民法的何去何从,都感到焦虑且已开始分歧。

以促进欧洲私法教义学为目的发行的《欧洲私法评论》(ZEuP),到了2018年庆祝成立25周年的专刊时,就意味深长的刊出两位重量级学者对于体系化问题针锋相对的两篇文章。^[16] 中生代的阿克曼(Thomas Ackermann)教授慨然指出:“当前欧洲民法的体系化工作需要克服的最大障碍,倒还不在于民法裂解为许多特别的事物领域,而在历史形成的民法典已和整个欧洲的法秩序脱钩。”^[17] 已经退休的巴瑟窦(Jürgen Basedow)教授则仍坚信:“对于欧盟民法而言,最重要的还是必须正确认识,除了垂直面向要建立由主要条约提纲挈领形成的垂直体系外,还有对水平面体系化不容舍弃的需求。”^[18] 简言之,阿克曼认为欧洲民法学者,特别是他的国人,应该直面欧洲多层治理和老民法典间路径依赖的困难,转而致力于使民法和上层欧盟指令融为一体,忘掉全景式的DCFR而做部门化的整合。更能反映老一辈观点的巴瑟窦则认为垂直通过条约理顺欧盟规范与各主权国民事规定的体系化,和在DCFR的基础上继续推动水平的民事基础规范调和,仍然是无法迂回的正道。问题是这样的理想主义在欧洲还能撑多久,的确让人怀疑。

不过欧洲民法舍法典而就部门法的原因,完全不能解释我国大陆的现状。我国大陆民法的法典化,比起欧洲本来就有两大优势:后发优势和主体优势,后发的中国无需面对老法典和法教义学的沉重路径依赖,要在体系化上做任何超越相对要简单得多。未受到

[14] 参见(德)蒂堡、萨维尼:《论统一民法对德意志的必要性》,朱虎译,中国法制出版社2009年版。

[15] See Martijn W. Hesselink, “The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law, The Challenge of Recodification Worldwide”, *Tulane Law Review*, Vol. 83, No. 4, 2009, pp.919-971; Mauro Bussani, “A Streetcar Named Desire: The European Civil Code in the Global Legal Order”, *Tulane Law Review*, Vol. 83, 2009, pp.1083-1101.

[16] Vgl. Thomas Ackermann, *Sektorielles EU-Recht und allgemeine Privatrechtssystematik*, ZEuP, 2018, S.741-781ff.; Jürgen Basedow, *Sektorielles EU-Recht und allgemeine Privatrechtssystematik - Korreferat*, ZEuP, 2018, S.782-787ff.

[17] Vgl. Ackermann (Fn. 16), S.744.

[18] Vgl. Basedow (Fn. 16), S.787.

巴比塔诅咒、“书同文、车同轨”已逾两千年的中国，在单层国家治理的体制下，也完全没有今天欧盟和各主权国间的复杂关系。^{〔19〕}然而我国大陆却另有源于历史的务实主义，世纪末出台的《合同法》从立法意图和抽离部门的规范风格（指既存的《经济合同法》《涉外经济合同法》与《技术合同法》）来看，本来都可以算是民法典的开篇之作，到2007年的《物权法》和2009年的《侵权责任法》，不仅时间拉长淡化了法典“分段”出台的期待，另一方面，《合同法》之后，时移势易，社会维稳的功能也压到本来只想作“普通法”的其他两个财产法身上，很自然的又回到“成熟一个，制定一个”的立法风格，各法也有较高的追求完整规范的需要，《物权法》有关土地所有权的规定，上至《宪法》下至《土地管理法》《农村土地承包法》《国有土地上房屋征收与补偿条例》《城市房地产管理法》《城乡规划法》等，无不摘取复制，甚至完全转引特别法而颠覆其本有的普通法地位。《侵权责任法》则有机动车交通事故、医疗损害、环境污染、饲养动物等的特殊责任，同样充斥管理的规定，和《合同法》仅规范基础合同关系的普通法风格，渐行渐远。对许多人来说，部门的体系化也可以从体系效益的观点来认可。以《物权法》为例，因为在范围上作了界定，从交易的公平，到作为交易前提的市场参与者（主体）、交易标的的资源初始分配，乃至基于公共政策考虑对某些交易行为的管制，全都放进去作系统化的编排，尽可能用一个法律解决所有相关问题，以方便机关的执法、司法的用法和民众的守法。这种垂直切割的民事立法，特别是对于一个从计划体制转型到市场体制的社会，正因为公私法的纠结还难以理清，会有特别明显的好处。

可惜这充其量只是短期分析的结果，往长期看，并立而欠缺整合的部门立法或部门式法典，个别法律或各编之间在技术的接轨和政策的协调上，又难免有层出不穷的问题，有时候A法律的适用问题得到解决，潜在的却制造了B、C、D法律更多的问题，原因就在少了跨越各法的体系化规范。此一外部调适的边际成本会随着市场复杂性的不断升高而变得难以承受。部门式民法典既已对于私法自治做了某些政策性修正，比如保护劳工、消费者或不动产承租人，再遭到保护不足质疑的时候，也不能再如前述普兰克法官那样提出这不是民法典任务的抗辩，其结果就是民法典可能面对必须不断修正，却仍无法避免另订特别法的窘境，找法者甚至无法确知法典与单行法之间的选择（比如侵权责任编与医疗法之间发生规范矛盾时），是否还有特别法优于普通法原则的适用，或者只能决之于后法优于前法？至于德国模式民法典因其普通法的本质而可设计为单纯裁判法（以法官为其预设的规范对象），国家并无对受到特别保护者去“普法”的必要与负担，都还是余事了。

从这个角度看，尽管21世纪的欧陆和我国大陆民法各自都有理由走到部门取向的体系化，但究其实质，我国大陆的法典化工作并没有欧洲那样难以克服的路径依赖和多层治理的障碍，因此务实和理想的差距并没有想象的大。如果朝向一个更为科学的方向进行法典化，虽可

〔19〕 因此仅从欧洲的发展即断言以债编统合意定和法定债权关系的立法方式已经落伍，如少数我国台湾地区学者所见，恐怕反而犯了从欧陆的特殊脉络来看我国大陆的谬误。

能需要较长的时间去讨论和寻求共识,但原有的9部民事单行法^[20]本可继续适用,甚至其内容要做任何更张也都无妨个别修正(比如针对合同法增订有关违约者解除权的例外,或在物权法增订居住权),^[21]又何需匆匆组合成为部门式法典,以至二三十年后的整个民法教义学将陷入一种复杂难解却又无法自拔的路径依赖,才被迫开启更大工程的再法典化。这恐怕就是错过了法典时刻要付出的代价。不过话又再说回来,如果走入21世纪的第三个十年之际,我们已经可以清楚看到德国五编制的严重短板,却又还不确定如何转移到一个更具未来性的民法典模式,则或许还可善用这段时间做转移范式的思考,错过德国模式的代价也就不那么大了。因此接着也许可以从五编制背后的萨维尼教义学谈起,看看我们凭什么断言,债物分流的模式已经不合时宜。

三、萨维尼教义学的昨日今日

诞生于19世纪末的德国五编制民法典是以物权的完全抽离于动态的交易关系为主要特征,第二编的债,不分意法定定,都强调债权债务人间的关系,从发生到消灭的完整规则,主观债权和债务只是客观关系的主要内涵,是交易双方相互实现利益的工具,因此编名为“债之关系法”(Recht der Schuldverhältnisse)。第三编以物权或物法(Sachenrecht)为名,刻意的去关系化,物权不论是交易的结果,还是依法发生变动,法条都聚焦于其权能和限制,所有规范似乎都只面对全世界,即使原来和特定人的密切关连,也都彻底斩断,对这种抽离(Verselbständigung)状态有人用物权4A来形容:自主(Autonomie)、自足(Autarkie)、绝对(Absolutheit)、无因(Abstraktheit),该编的主笔者Reinhold Johow可说完全奉行萨维尼区分债物的财产法体系思维——债为基于自由意志的结合而以相互请求、抗辩相终始的领域,物则为无意志自由、只有支配问题的领域,因此除了偶发的妨害和排除妨害,不存在“关系”的问题。^[22]且因为物权法有不同于负担合意的处分权和处分行为而满足了自由意志前提,取得不假外求的正当性,物权人即可以其支配权能单独面对全世界而甚至不再受原因关系的任何牵连,完全不像债权人和债务人自始就只有内部互动的关系,不能对任何第三人主张,直到关系完全消灭为止。且因为萨维尼从罗马法的全有所有权(dominum)出发,认为定限物权仅在一定时间有其特定权能,消灭后所有权又可回归圆满状态,从而宁为例外的脱离(jus in re aliena),再加上贯彻物权抽离在制度上需要做的种种配套,把物权种类及内容圈定在最需要的少数类型,好像就是逻辑而务实的考虑。

如果我们再细看19世纪欧洲工商业的发展势头,对于萨维尼的债物分离理论所以会比表

[20] 指1950年通过的《婚姻法》(1980年全面修正、2001年修正)、1985年的《继承法》、1986年的《民法通则》、1991年的《收养法》(1998年修正)、1995年的《担保法》、1999年的《合同法》、2007年的《物权法》、2009年的《侵权责任法》和2017年通过的《民法总则》。

[21] 参见王泽鉴:“中国民法典的特色与解释适用”,《法律适用》2020年第13期,第3—14页。

[22] Vgl. Wolfgang Wiegand, Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht, AcP 190, 1990, S.115.

面上看较贴近民众法感的法国民法的合一理论得到更多青睐,一定又会有多一层的体会。简单快速的债权关系显然更能满足多数交易需要,过于复杂的物权关系反而会有拖累交易的顾虑,这只要看当时德国各邦的财产法就很清楚:债权还滞留于少数继受自罗马法的类型,反倒是反映早期庄园经济主佃关系遗留下来的物权种类多样而复杂,特别是对于金融业者而言,各种内含定限物权权能而有第三人效力的债权约定,简直陷阱重重,也就难怪民法理论和经济实务会不约而同的往提升债权自由、压抑物权自由去努力,〔23〕以致于到了世纪末出台的民法典,债权关系的形成自由几无限制,物权的法定也有高度共识,连写进条文都不觉得有必要了。〔24〕由此可见,萨维尼的债物分离理论,和其后延伸发展的立法与教义学,都有其时代背景,这一套看起来象是僵硬概念的逻辑操作,实际上却可更明确的解放债权关系,简化物权类型,并更妥适的解决时空距离较大的复杂交易,〔25〕因此绝对不只是哲学家的天马行空。只是从19世纪初藉债权自由化来压抑物权,到债权实际上全面主宰交易,再到20世纪人们重新认识物权也可以是交易的一种选择而在立法或教义学上又逐步做例外的放宽,包括愈来愈多的有因例外,或对债权物权化、物权债权化给予较高的容忍。〔26〕乃至世纪末更因信息技术的高速发展,连影响债物分合最关键的物权法定原则,都开始动摇,是否应该缓解或打破的讨论,也甚嚣尘上。〔27〕

换言之,债物的分合除了法律理论一致性的问题,也始终还要面对经济理性的考验。以下就再进一步从财产法教义学和经济分析两个面向来正视传统债物分流体系到了今天已经无法回避的问题。先谈财产法教义学,按萨维尼建构的物权4A,真正可以做到债物干净分离的,其实自始即只有所有权,定限物权即使被认为是所有权图像的例外,它会形成多数物权人之间的“内部关系”而在某些情形需要物权法加以调整,仍是不争的事实。而且即使是所有权,在多数人共有——不论何种型态——的情形,同样有共有人之间的内部关系,建立于所有人之间的定限物权,如主、客体都随物的地役权或先买权,谁能说就没有需要建立规范的内部关系。4A教义学要大家只看外部关系,忽略内部关系的必然存在,而使物权法的规定能省就省,结果仍会出现如何找法用法的争议,对于逐案累积的解释,难免衍生学说的分歧,而就实际交易的需要而言,谁又能说满足所有权这样完整物权的交易需求才是原则。刚好相反,市场规模愈大,交易需求的多样性愈高,只就物的特定功能做成交易反而会常态,就此债和物应无不同,只是在法律关系上形成不同的选择而已,因此当物权的关系规范过于简约时,通过立法和司法慢慢

〔23〕 Vgl. Wiegand (Fn.22), S.118.

〔24〕 参见德国民法立法资料, Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd.1, 1888, S.3; Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.3, 1899, S.2.

〔25〕 参见苏永钦:“物权行为的独立性与无因性”,载苏永钦著:《私法自治中的经济理性》,中国人民大学出版社2001年版,第128—129页。

〔26〕 参见苏永钦:“物权法定主义松动下的民事财产权体系”,载苏永钦著:《寻找新民法》,北京大学出版社2014年版,第157—166页。

〔27〕 德国学者的检讨 Vgl. Wolf, Manfred, Beständigkeit und Wandel im Sachenrecht, NJW 1987, S.2647 ff.

就有了一些介于债物之间的特别规则。仔细读德国民法或继受的我国台湾地区“民法”，其实已经有不少与原债权关系分离的例外。比如用益物权的租金，都规定是可以登记而物化的。租赁合同则是按“买卖不破租赁”的习惯法，让租赁合同随物而转。^{〔28〕}反过来，在应该只有支配功能的物权，也可能有请求给付的权能，比如德国民法上的不动产负担，解释和适用上向来容许约定负担人可以请求所有人为与不动产全然无关的给付，如满足养老所需的各种给付。^{〔29〕}另外如德国地役权中供役地所有人不为一定利用或不行使相邻关系上的权利，其本质实为一种给付（不作为），也可认为是隐藏的债权关系。他如各种所有人与定限物权人之间的费用摊还、留买（先买）、维护使用设置、请求停止为一定的行为等，不一而足。

这些调和 4A 僵硬性的规定毕竟只是片断的，在各自独立的物权人之间，不时还是会有利益冲突而欠缺规范的情形，比如我国台湾地区“民法”对于地上权的租金，基于分离原则本来没有规定可随土地价值增减而调整，但实务上并不符合一般人的法感——为什么土地租赁就可以请求调整？争议一再发生，终于得到“最高法院”以解释方法认可，近年修法便直接写进法律（第 835-1 条）。同一物上存在不同的定限物权，或者就是所有权与定限物权，是否还应肯认相互间负有某种一般的、性质为法定的照护义务，一如在相邻土地间被认为有芳邻原则的存在？抵押物所有人对于抵押权人所负的保价义务以及抵押权人的保全处分权，不就是这样——一个照护义务的具体化？在影响重大而未见法律规定，学说上也还未能解释出有特定请求权能，交易者当然只有另以合同约定，在德国就被称为“伴随的债权关系”（Begleitschuldverhältnis），^{〔30〕}对原来的物权关系而言可补规范的不足，但因无法随物而转，当物权转移而为同时约定债权转移时，就不再伴随，而空留债务不履行的问题。

这种情形同样也发生在按份共有，也就是同一物上有数个所有人，各有一定比例的所有权。德国民法把共有间权能的分配和行使定性为特别的债权关系，而以“共有关系”（Gemeinschaft）放在各种之债，我国台湾地区“民法”则放在物权编的所有权章。但对于共有之间如何互动以落实各自的按份所有权，这些简单的规定显然是不够的，比如对于土地有十分之一所有者者，到底要如何具体化十分之一的所有权，如果没有得到所有人的同意，他能在任一部分开始耕种或建造房屋吗？其他共有人对于收成农产有没有一定分配请求权？在法律未规定下，共有人无可避免的一定要做成约定，也就是伴随的债权关系。既然只是未被物化的债权合同，对于受让按份的人当然没有拘束力。《德国民法典》第 746 条明定这些约定可以拘束受让人。我国台湾地区“民法”没有规定，“最高法院”很早就做了法律续造，认为对受让人应有拘束力。多年后有人声请大法官解释，大法官却又回到债物二分的法理，认定分管合同既非物权关系，就不当然随物而转（释字第 349 号解释），此一混沌状态一直到物权编修正，明定不动产

〔28〕 《德国民法典》第 566 条，其立法意旨 Vgl. MüKoBGB/Häublein, 6. Aufl. 2012, BGB § 566 I; 我国台湾地区“民法”第 425 条。

〔29〕 Vgl. Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl., 2009, S. 381.

〔30〕 有关伴随的债权关系的理论 Vgl. Hermann Amann, Leistungspflichten und Leistungsansprüche aus Dienstbarkeiten. Ein Beitrag zur Lehre vom Begleitschuldverhältnis, DNotZ 1989, S. 531 ff.

分管合同得登记而生对世效力才算告一段落。在房屋早已向天空发展,而出现了混合了专有和共有的所谓区分所有时,法律如果没来得及建立制度,而只能用伴随的债权关系,其混乱更可以想象。我国台湾地区的“公寓大厦管理条例”出现得较晚,大楼所有人常常会以高价位出售顶楼,而在买卖合同中约定买受人可以单独使用顶层阳台,几乎一定会引发其他区分所有人的提告,请求法院判决该买受人不得单独使用阳台。在层出不穷的争议出现后,终于有了“公寓大厦管理条例”的立法,规定了规约和区分所有人会议制度,会议依一定程序召开,可以订立规约,规定哪些公有部分可以专用,哪些专有部分可以公用,但会议如果不能合法召开,或者开会后对于规约内容无法达成多数共识,混乱局面仍不能结束。后来才有照“自己役权”的设计理念出来由起造人自己提“规约草约”的制度,只要“经承受人签署同意后,于区分所有权人会议订定规约前,视为规约”(第56条),问题才得以解决。这个例子更可清楚显示,多数物权人之间的关系如果不加以规范,很容易就陷入紧张和冲突,最多只能另用债权关系来调和。但在区分所有的情形,个别的债权关系不能拘束其他区分所有人,共同订立又很难达成共识(我国《民法典》第278条就面对相同的问题),还只有建立特别的制度才能真正解决问题,显然建立在所有权图像上的物权4A教义学,用在多数物权人或多数所有人并立于物上的情形,一定会有难以克服的困难。综上所述,4A教义学以债之关系与物权对债物做不同定性,而在体系上分流,忽略了同一物上多数物权人之间也存在需要规范的动态关系,在物权法规范不足的情形,能否适用或准用债法的规定,当事人所为约定能否随物而转,成为物上之债(Realobligation),^[31]或仅为附随物权的伴随之债,失去物权人地位即不受拘束,都会使得教义学的复杂度大幅增高。4A教义学在19世纪促进交易的功能,到了20世纪反而因其脱离现实的简化而渐渐变成交易的负担。

接着就再谈谈债物分流在经济上的合理性,基于理性经济人的观点,提供选择的制度不但有利于交易的做成,使交易者达到较满意的结果,而且通常也让整体社会的交易成本降到最低,因此优于不开放选择的制度,我们不妨以土地租赁和地上权为例来说明交易的选择,同样都在利用他人的土地,架构在相对关系的租赁有方便、省钱、隐密之利,而赋予对世效力的地上权交易则有优先、排他和低风险之利,视交易对象、标的、目的等可由当事人做最佳的选择。从这个角度来看4A教义学,问题其实不在债权物权的二分,负担行为和处分行为的二分,甚至也不在其独立、无因、绝对的设计,因为这些都可以通过增加选择,而在交易总量和类型不断扩增时,通过更多选择的开放来创造更高效益。只是这套理论刻意忽略定限物权的关系规范本质,有时会没有必要的模糊了债物交易的选择性,债物这两种交易选择因为体例的刻意区隔——比如租赁置于债各而地上权置于物各,以致找法用法时未能适当呈现其选项关系而已,^[32]这种教义学的复杂化当然也会增加整体系统运作的成本。但

[31] 参见常鹏翱,“物上之债的构造、价值和借鉴”,《环球法律评论》2016年第1期,第5—24页;瑞士法的讨论比较丰富,Vgl. Heinz Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Bd.1, Stämpfli & Cie Verlag, 1991, S.54—60 ff.

[32] 这就是笔者过去提出的“星系规则”,参见苏永钦,见前注[6],第86—88页。

从经济观点来看,4A教义学真正的问题还是以所有权为中心建构的物权图像,淡化了物权法定原则结构性排除交易选择之恶。如前所述,这个原则在德国甫从行会、庄园经济解封的阶段登场固然有其高度的经济效益,但等到不动产商品化的大气候形成后,物权类型和内容的限制反而会影响交易效益的扩大,尤其相对于债权,更加明显。同样是两方的交易,物权法定的结果直接就使得这样的选择受到大幅限缩,不但没有雀屏中选的物权根本排除了选择,即使纳入选择的物权,其内容也只能按法律的规定,法律未规定的不能纳入物权交易的内容,只能由双方做成补充的伴随之债,而不能依合意并经公示而变成物上之债,因此在绝大多数情形,因为先天上成本较高(源于各种迂回的债权安排),人们还是会选择单纯债权的交易,足见整个20世纪的发展之所以形成债肥物瘦,实有其制度上的原因,而非权利本质必然导致的结果。整体而言,当然会造成巨大的福利减损。

萨维尼的4A教义学仅仅是以去关系化而凸显定限物权相对于所有权的例外性,除此并未对其种类和内容必须法定(固定)提供任何法理的说明,反而是美国当代两位财产法学者Merrill和Smith,从财产权创设所生的边际成本(含估量和核实成本)必然递增成为上升曲线,而与边际效益必然递减而成的下降曲线会交叉,该交叉点即为最适当的财产权数量,可为物权法定提供交易成本上的正当性。^[33]但如果进一步思考,不但边际效益曲线的斜率会因全球化发展而大幅降低,边际成本曲线更会因通信科技的不断升级而大幅降低,从而使得这个交叉点大大延后,也就是说,物权类型即使不可以无限多,也还可以相当多。果然如此,“谁来创设物权类型”才是有效率的制度安排,便需要跟着探讨,Merrill和Smith显然忽略了这个关键点,使人误以为只要物权的数量必须固定(*numerus clausus*),其类型与内容的决定便只能由国家独力承担,事实上我们从债权合同发展的经验已可知道,即使在自由的债权世界,合同类型与内容的决定也必然须以分工方式完成,从国家决定的有名合同到交易者约定的无名合同,不会只是二分,在两者之间很快就形成了中间型的合同类型,也就是由企业、消费者团体为满足大量交易需要而设计的格式合同,然后才是完全由交易双方按其特殊需要订立的无名或混合合同。三者都是意定而非法定,但保留给交易者的任意性又不尽相同,由国家以有名合同方式制定者,其任意性实质上仅为可跳出(*opt out*)的保留,由产业以格式合同方式制作者,任意性已增加到必须跳入(*opt in*),其余才是个别性较高的无名或混合合同,内容完全由当事人自己逐一协商约定。^[34]这种依交易的大量重复性与对交易问题的熟悉与了解程度所做的制订者分工,可使整体合同订立和操作的成本效益达到最适,然后交由司法部门承担排除不公平的监督功能,早已是自由化的债权交易必要的基础结构,故物权类型即使仍有最适数量的限制,当此一数量已逾有名合同和格式合同类型的总数时,通过这种分工创造的效益即使坚持类型法定——“所有”物权的类型与内容都需要由国家以法律规定的所谓法定原则,已无任何必要。对这一点,我们只要看包括个人计算机、智慧手机、互联网、物联网、云科技、大数据、区

[33] See Merrill and Smith, “Optimal standardization in the law of property: The *numerus clausus* principle”, *The Yale Law Journal*, Vol.110, No.1, 2000, pp.1-70.

[34] 参见苏永钦,见前注[26],第152-153页。

区块链乃至人工智能等通信科技和产业一日千里的发展,不仅相对于4A教义学当时对物权必要的公示仍依赖手抄库存、纸本阅览,即使与二十世纪八十年代整体公示产能相比,对于物权开放创设经济上的可能性与合理性,应该都不必再存有任何怀疑。〔35〕

综上所述,德国五编制民法典背后的教义学,生成于物权凌驾债权,而必须压缩物权的自由以打开债权自由空间的历史阶段,但过于僵硬的债物分流教条,又很自然的迫使司法和学说上转向债物的调和,到了二十世纪末期通信科技的发展更使物权法定的正当性大幅降低,而使债物关系首次出现并存并荣、相互调和的机会。从大民法典的观点来看,现在努力的方向应该就在解除物权法定的枷锁,并使同样自由形成的债权和物权关系朝合流的方向重编,以提供更多样的选择,并贯彻私法自治内含的自主、平等和效率等价值。总结以上表达的观念,也许可以用民法典的范式转移来总结,也是笔者过去一再强调的,大陆法系的民法典从来就是不间断的传承和选择,〔36〕德国五编制模式完全承继了法国民法的私法自治理念,而在其概念体系的科学性上做了重大突破,但这种纯粹民法面对新世纪的挑战,特别是在公私混合体制下——当然包括中国大陆的社会主义市场经济,同时要为市场交易和国家治理提供足够的工具选择,在其建构的科学教义已暴露若干结构上的短板时,新的民法典别无选择,只有在纯粹以外更凸显其规范能量之大,因此本文才特以“大民法典”来描述这种民法典的新范式。

四、解放物权广纳各财产关系

前面的分析既已显示,五编制民法典的主要问题即在压抑了债权、物权关系在现代交易和治理上的高度选择性,则新一代民法典要突破的关键环节就是制度上被紧紧捆束的物权,以及因物权功能僵化而连带被绑架的物的概念。如以德国民法体例上区隔“债之关系法”(Recht der Schuldverhältnisse)和“物法”(Sachenrecht)所反映的4A教义学来说,突破口也许就是把物法同样存在却遭漠视的物上关系回复,并配套的开放其关系类型和内容的创设,而以不特定相对人的属物关系与特定相对人的属人关系形成真正的选择。物的关系有物权物务,正如债的关系有债权债务,就此并不存在结构性的差异。甚至在功能上,传统教义学刻意突出的一在于资源的流转(债),一在于权利的归属(物),也因此得以修正为:除了原始取得的所有权有单纯的归属功能外,其他从所有权分出的物权和所有权之间或者数共有人之间其实也和债权一样承担资源流转的功能,在后者物权和物务的并存绝对不只是例外(比如用益物权通常都有经登记而物化的租金债务,共有

〔35〕 我国大陆学者对这个问题的讨论已经相当丰富,整体似乎也有从维持法定原则往自由化转变的趋势。

〔36〕 参见苏永钦:“民事财产法在新世纪面临的挑战”,载苏永钦著:《走入新世纪的私法自治》,元照出版公司2002年版,第86—90页。

物分管经登记也会有物化的分管约定〔37〕。物法处理的属物关系,其物权物务既都围绕着特定物,自有不同于仅能以对特定债务人请求为主要权能的债权之处,则物权到底有何种内涵,其共同而足以和债权区隔的权能又为何,便须先做教义学的辨明。接着即可延伸到物权的客体,当物不仅是权利客体,而且可能只是属物关系的依托时,显然即无必要再自囿于农业社会物权所依附的动产不动产,而可大幅扩张至其他的财产利益,沿着此一思路,即可一并探讨其他财产关系如何入典的问题。

当萨维尼用支配(Herrschaft)功能来概括物权时,主要目的只在凸显其与用请求(Anspruch)来概括的债权,在本质上的尖锐对立——只有物才具有可支配性,对人只能请求。但支配暗含的去关系化,在瑞士学者看来就不够周延,而强调必须兼具直接性(Unmittelbarkeit)与对世性(erga omnes)。〔38〕支配当然不必限于用益性的支配,也就是以物的用益功能为内容。物因可交换而同时内含交换价值,解释上当然也在支配的范围,因此至少传统的用益和担保两大类型,都大致符合支配权的描述。但同样重要的以“取得”(Erwerb)为功能特色的物权,就不太能放进支配的概念了,包括先买、预告登记、先占等,因此从 Westermann、Baur 以降,多用更宽广的归属(Zuordnung)来概括物权,就成了后来的通说。这样的功能界定对于少数存在的以请求为其权能的“物权”,瑞士学者多以物上之债称之,偏向债权的归类,德国学者则连这样的定性都尽量避免。〔39〕因为无论是支配或归属,其标的都还是物本身的财产利益,请求则已无涉物的财产利益,比如前述以养老为目的的不动产负担(Reallast),其物权人可以请求不动产所有人按月给付一定零用金、食物或必要时的医疗照顾等,把“来自该不动产之反复给付”(wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstück)做了最宽泛的解释,其实都是不动产“所有人”的给付,其内容未必需要与该不动产有关。〔40〕物上之债可能是物上之物(权)的对价,也可能是独立无对价的债权关系,但都是随物而定的债务人或债权人,通过物的依托而有某个债权关系而已,因此都与特定人之间依合同或法定原因而生的债权关系不同。物的依托也可能发生在两个物上而变得比较复杂,如一为需役一为供役的两笔不动产,或其一对另一有先买权的不动产,其役权或先买权的对价,便是依托于这两笔不动产的债权关系。甚至因为属物可排除人的专属性,制度上也有必要肯认在同一所有人的两物上设定物权及/或债权关系,自己地上权、自己地役权或自己先买权,以及其对价的债权关系,都是适例。〔41〕然而一方面,此一属物性(dinglich)正好就可与债权关系的属人性(persönlich)对立,另一方面,属物性又可无例外的涵盖所有传统被承认的物权,包括支配或取得的性

〔37〕 我国台湾地区“民法”第 836 条之 1、第 826 条之 1。

〔38〕 Vgl. Heinz Rey (Fn. 31), S. 46.

〔39〕 Westermann 便称此种请求给付的权利为属物的给付权(dingliches Leistungsrecht), Vgl. Westermann, Sachenrecht, 4. Aufl., 1960, S. 619.

〔40〕 Vgl. Baur/Stürner (Fn. 29), S. 381.

〔41〕 参见苏永钦:“重建役权制度”,载苏永钦著:《走入新世纪的私法自治》,元照出版公司 2002 年版,第 291—297 页。

质。从而以“属物”的特性来概括物权，而与属人的债权对立，无疑可把物权的概念放到最大。不同物权从其属物性往上加，各有不同的内容，其功能类型上有非常完整者，可包含用益、担保、取得乃至请求等（如典权），也可能没有支配性而只有取得和属物的特征，甚至连取得的权能都没有，而仅有本于物而请求的权能，只要放大物权的概念，即可与债权无缝接轨，不必像过去在物权法定原则下，纠结于债权物权化或物权债权化这些中间概念，反而造成教义学上的混乱。物上之债若和满足支配、取得功能的权利义务关系一样依交易或治理需要自由创设，也就是把法定原则下大量存在的伴随之债依需要物化，对于债物两套关系的平衡发展，可能起到的关键作用，是迄今即使在德、瑞那样民法教义学高度发达国家都极少给予关注而几乎从未想象到的境界。法典立法者的主要使命，就是在改采自由原则后，怎样选择功能不一的新旧物权，一如债法上的有名合同，去做有名物权的选择。

一旦开放创设的物权可将其功能从最传统的支配、取得，延伸到其对价的请求，乃至单纯债权关系的依托，物的概念也只有随之放宽，两相配合，债法和物法才能形成更完整的选择。传统物权法反映农业社会的交易需求，以及物权公示要求下登记与近用所造成的昂贵成本，在客体上一直以动产和不动产这两种有体物为限，并通过其特征建立两套交易规则。但即使在德国五编制的民法，物权的客体即已不限于物，而在一定情形把债权、物权、知识产权等也比照动产、不动产纳入成为物权的客体，如设质或供抵押等。随着社会不断变迁，物的概念更早已从有体物扩及空间、光、电、气、频谱、流量、数据等有价值而可控制的资源。大民法典面对的各种环境的丕变，尤其因管制与自治的因素更深度的混合，而登记与近用成本又可大幅降低时，则把物权客体再放大到其他源于公法管制而开放流转的财产利益，如各种配额、指数、次序、容积率等，应该也都是题中之义了。换言之，物权概念的边界一旦可以推到权利义务的属物性，其客体也当然不必再以物为限，所谓的对物之权（Sachenrecht）应该只是种种物化的财产利益之一（dingliches Recht），概念一旦延伸至此，则作为其下位阶的一种类型，对物之权反倒可以回归古典、狭义的动产、不动产上的权利。如果再考量围绕着动产、不动产二分法所建立的两套交易规则，主要也就为了扣紧属物权利义务关系不可或缺的公示，在方法及相关成本效益上的差异，即可理解荷兰在上世纪末建立的比不动产/动产更上位的可登记财益与不可登记财益二分法，背后的深刻思考。朝这个方向提取物和物权的公因式，变成财产利益和以其为依托的权利义务关系，便是大民法典不可回避的挑战。

讲到这里，当然还得接着处理单纯承担归属功能的所有权。源于罗马法的所有权不同于其他物权之处有二，第一，扣除国家法的限制，所有权人有该物的各种权能，在物上已经设定其他物权时，则可保有所有剩余的权能。第二，在物的原始状态，除了国家法有特别规定的情形（所谓的法定物权）外，所有权人有做第一次处分部分权能的权利，也就是在所有物上建立所有人与其他物权人的关系，包括设定特定权能的限制物权，按比例共有全部权能的共有物权（按份共有），按法定的某些共同关系的共有物权（共同共有），目的化所有权信托物权等。一旦物权不以支配或取得的权能为限，而泛指所有属物性

的权利或权利义务关系,其标的也不再以动产不动产为限,而可涵盖所有可控制的财产利益,并二分为可登记、不可登记财益时,源于罗马法的所有权意象已经过于狭隘,比较适宜的公因式或许是撷取前述这两点特征而以“除余财益权”来概称所有这些私法上的初始性权利,比所有权的概念指涉更广,却又能保留大陆法系不同于英美法系财产权那种单纯权能加总(a bundle of rights)的概念。^[42] 果尔则比照前面所谈的物权,所有权也可回归到对应动产不动产的除余财益权。换言之,所有依法具有初始利益而可进一步切分建立对世性权利义务关系,其权能无特定内容而为扣除法定或意定所余权能者,都是除余财益权。

以中国大陆的语境而言,动产和土地以外的不动产原则上都可私有,覆盖其除余财产利益的就是所有权。依宪法不能设定私人所有权的土地,当然仍可能有其他除余财产利益,对于实施社会主义而使许多稀缺自然资源尽归国家或集体所有的中国大陆而言,在建立社会主义市场经济这样的混合社经体制,主体和客体的由公入私、由私而公都已相当多样化后,特别是作为重要经济资源的土地,在国家在农村保有公法物权的前提下,依法释出部分权能开放私用,已是自民法通则、物权法立法后不变的政策,笔者过去即主张,为使私用的效益最大化应在该公物私用的转介点上创设某种概括使用权,^[43]其总体权能虽仍受限于国家保留的所有权而不宜称为所有权,但其内涵也就是私法上的一种除余财产利益,可使其权利人有做第一次向下切分的权能,并保有剩余的所有权能,与原可私有的房屋所有权无殊,而与仅以法定或意定权能为限的定限财益权有异,一为扣除负面表列者,一为列举正面表列者。至于其他财益,如依知识产权法取得的知识产权,或其他公法创设的可流转财产利益,如外贸企业取得的外销配额等其权利,也有初始性,权利人也有做第一次向下切分的权能,但性质上并无相同的除余性,基于保护一般人为自由以及依法行政的考量,其权能应属正面表列而应定性为定限财益权。

综上所述,大民法典仍然立足于潘德克顿模式的债物二分,但把债权物权的二分从请求和支配的想象,更精准而无缝的转换为属人和属物。作为属物前提的客体,又随两权分界的调整而从过于狭隘的动产不动产扩张到所有可控制的财产利益,并考量实务上早已发展出来的其他交易标的,提取更高位阶的不可登记与可登记财益。过去紧扣于物的所有权概念,也随之提升到涵盖面更广的“除余财益权”,至少使排除私有的土地仍可保有发展出某种概括使用权的空间,以利此一稀缺资源的最大化利用。至于潘德克顿模式就交易创设的两种法律行为——即只对未来发生权利义务变动的负担(Verpflichtung),和直接发生权利义务变动的处分(Verfügung),反映在物的交易则有债权行为和物

[42] See John Henny Merryman, "Ownership and Estate: Variations on a Theme by Lawson", *Tulane Law Review*, Vol.48, 1974, pp.916, 924-948; Yun-chien Chang & Henry E. Smith, "An Economic Analysis of Civil versus Common Law Property", *Notre Dame LR*, Vol. 88, No.1, 2012, pp.2-9.

[43] 参见苏永钦:“可登记财产利益的交易自由”,载苏永钦著:《寻找新民法》,北京大学出版社2014年版,第202-206页。

权行为的区分,各自为负担与处分的一种类型,从而与之前的法国民法以一笔交易只需一个合一的行为形成明确对比。在债权物权行为的二分,更因物权变动有对世效力而需公示(不像债权让与那样不要求公示),德国法基于交易安全的保护,甚至认为物权的处分行为在效力上应抽离于原因行为(无因性),而在欧陆各国独树一帜。不过面对现代复杂交易,特别是远距、远期的情形,整体而言萨维尼 4A 教义学所提供的选择确实有一定的优势,而不只是逻辑游戏而已,因此五编制背后的这整套思考在大民法典还是可以保留,继续用于属人/属物权利义务关系,以及可登记/不可登记财益的二分上。

比较值得再深入分析的,是处分行为若以物权为标的,过去囿于物权的去关系化思维,加上物权类型与内容都依法固定,予人的印象就是单纯权利的减少——所有权让与或定限物权的设定、让与,实际上处分不同于负担者,顾名思义即既有权利义务的直接变动,而非仅仅承诺变动。故若正确理解定限物权,经常在狭义的物权外还有物化的对价,其设定或让与处分实际上会同时造成物权物主体或内容的改变,并不以狭物权变动为限。在物权法定的现行法之下,物务可能只是陪衬,一旦开放物权创设,所谓的处分改变的即可能是整套的复杂关系。^[44] 不过就此应该还不至于影响负担和处分的二分,因为把生活经验中的一笔交易分割成负担和处分两种性质的行为,乃至在个数上为多个行为——比如一个买卖的负担,一个物件的处分,再加一个价金的处分等,除了精确反映生活事实外,更重要的目的还是为了彰显自治的一个基本原则:任何人不能改变他人的权利,因此直接造成权属改变的行为需有法律认可的权能(非权利人本身自为改变,至少也要权利人授权改变,也就是授与处分权),反之,单纯承诺改变义务既不发生权属的改变,自无此需要,应该回归自治,比如一物二卖,两件买卖的效力都不容否认,由出卖人设法履行出卖人的义务,并于无法履行时负起责任。此一直接改变和承诺改变的差异,不会因为在教义学的理解上,不再认为其标的只是权利,而是权利义务关系时,有何不同,应该不难理解。由此可知,大民法典理念的应运而生,倒不在于萨维尼的 4A 教义学犯了什么根本的错误,物权与物的概念需要扩大,应该是早已有迹可寻,真正使五编制体例陷入债物两编明显不均衡发展的关键因素,还是物权法定原则,而这个原则即使在 20 世纪大半时期都还可以从交易成本的观点勉强合理化,到了世纪之交这个观点也不再有足够的说服力,而一旦反过来从契约自由这个无可置疑的原则出发,负有主要举证责任的便应该是大幅限缩契约自由的物权法定主张者,而不是怀疑论者。

换言之,放大到财产利益和财益权角度以后,作为契约自由例外的法定主义还有多少主张的余地,对于大民法典的构成就更具关键性。如前所述,法定主义的正当性原来即建立在自由创设交易内容的整体公示成本过大,指的当然是 Merrill 和 Smith 所说无法完全内化(internalize)的外部成本,而开放物权创设的主要理由,至少就不动产而言也是此一成本已可大幅降低,其实已可推知,当我们从动产不动产延展到不可登记与可登记财益时,其可与不可意在言外的其实就是登记的成本可否大幅降低,以动产而言,立法者考量其价值、移动难度等,早已选

[44] 也因此除了单纯所有权或没有任何物上负担的单纯限制物权的抛弃外,物权的处分都需要物权合同,而不能只是单方行为。

择性的改变其公示方法,对某些动产从占有(权属公示)、交付(交易公示)到登记,未来如善用登记工具的革命性改革——使用计算机、网络、云科技、物联网等,进一步选择更多可办理登记的动产也和不动产一样开放物权的创设,便是必然的发展。所以依本文建议的可登记与不可登记财益,便不是任何意义的登记,而是经法律授权的机关基于其相关交易内容可否登记而仍可“内化”其成本来决定,也就是把登记开放与否和开放意定或维持法定做一定程度的连结。就物而言,不动产应该可以开放意定,动产则因种类仍然太多,价值悬殊而又多有移动方便难以定位的问题,即除条件有利于登记的少数例外,原则上仍以其为不可登记财益,对其种类与内容维持法定原则。其他财产利益,也要按这样的观点,由主管登记机关决定是否可为可登记财益。但知识产权是一个特例,商标专利权源于国家认许,当然为可登记财益,但因其绝对效力使所有的人在行为上都受其拘束,任何人做法律保留给权利人独占的行为时,即已构成侵害,并延展至所生的产品上,这和物权人只就该特定物的利用受到法律对世的保护,在范围上完全不同,物权再怎么开放创设,所设定的权利义务关系也只及于该物。因此知识产权的类型与内容如果也要和不动产一样开放自由创设,其防范违法的成本将无限放大,殊难想象,应该是可登记财益却必须采法定原则的例外。^[45]

总结以上分析,即知大民法典的理念仍站稳在德国五编制民法典和背后的法教义学基础上,主要提出的两个新想法,一方面主张物权和物的概念必须配合社会变迁而放大,把所有属物性的权利义务关系都纳入,所有可控制的资源都可成为权利义务的主体,而以财产利益的初始状态为包含所有权在内的除余财益权,便可使属物性的权利义务关系和属人性的权利义务关系成为真正各有长短的两种选择;另一方面又因对知识产权以外的所有可登记财益都可改采和债权一样的自由原则,更可确保市场高度的选择性而大大提高整体交易和国家治理的经济性。以上这些想法已不可能用原来的五编制体例来完整的落实,大民法典即提出了外观上

[45] 无关财益而备受人格权,在法定意定的问题上也有其特色,却很少受到讨论者的留意。按其本质,应该是社会就人们共营生活彼此间应保持的距离所形成的共识,不待法律规定即已存在,且有法的确信,因此法律可以规定,也可以不规定,其种类与内容都不是因法律规定才发生,法律规定也只有宣示意义,而不能创设社会尚未自然形成共识的人格权。法律规定的重点应在于“保护”,而不在“发生”,人格权既不是法定,也不能意定,只能是社会形成,而且人人都有,全凭良知良能,连公示都不需要,是一个零社会成本的绝对权,这应该是人格权不同于其他绝对权之处。因此民法典如果要规定人格权,立法者只能就其种类与内容为适当的宣示,并于社会就此发生变迁后,及时为必要的增减修改。司法者于法意不完整之处,也只能通过调查进行补充。在表面的相似下,不同社会对于人格权的内涵还是会有不尽相同的看法,比如身体完整不受妨害这样的权利,在有的社会可能把某些肢体碰触认定已逾越界线,有的社会刚好相反,反而认可为一种礼节。又比如隐私不容他人揭露,但对于哪些人不得揭露哪些事,每个社会常常有很大的差异;在欧洲普遍认为属于应隐之私,到了美国却发现人们在大庭广众或一般公务商务沟通中可以恣意揭露,丝毫不以为意,比如收入、财产、工作部门、信用卡记录、诉讼程序中证物的开示、嫌疑犯的面貌,乃至公众人物的性生活、网络艳照等等。但民法上的人格权又不可与宪法保护的人格权相提并论,后者是以国家为规范对象,非如民法人格权以人民为对象,作为统治主体的政府公权力,本可期待其学习熟知宪法内容,无虚委诸良知良能,因此宪法如果规定某些超前于社会的人格权,不会有防范违法成本过高的问题,反而是引导社会文明向上的力量。民法人格权一旦超前立法,避法成本就会大增,很少国家会在民法典去规定人格权的种类与内容,所有国家却都会在宪法做这件事,道理在此。

颇具颠覆性的六编制,简单说明如后。

五、初步制作大民法典的蓝图

整体而言,新体例就是为了更清楚的呈现各种选择而按笔者之前提过的星系规则把债物分流的主结构转换为债物合流,取而代之的是以意定法定分流、各自处理相关属人(债权)和属物(物权)关系的主要结构,接着再提取公因式成为跨越意定法定关系的通则,置于总则之下,使其承担类似五编制中债编通则的承上启下功能,只是范围更广,把过去债编通则鞭长莫及的物权规范也涵纳进去。这在上世纪末许多大陆法系法学院的民法教程其实已经是如此,^[46]显然更能清楚表现民法典一以贯之的私法自治原则:现代民法典的功能本不在于强制或引导人民改变其行为,或藉权利义务风险责任的调配去抑强扶弱,乃至直接做资源重分配;所有规管的功能都留给特别法,包括特别民法,或公法里的特别民事规定。民法典作为普通法,其主要功能只在协助人民在私人关系上公平而有效的自治,协助一方面是经由自治工具的提供——以总则、财产通则的规范为此一功能的主要担当者;另一方面就是自治模版的提供——以意定关系规定为主要担当者,法定关系规定同样完全没有规管的意图,只是为了健全私法自治的基础而提供的衡平规范,也可以说是把存在于私法自治这里一点那里一点的“内在限制”集中做系统的整理。^[47]不以身分关系为前提的总则、财产通则、意定关系、法定关系等四编摆定之后,就是有关身分关系的第五编婚姻家庭,和第六编继承,其内容仍然符合私法自治的基本原则——国家的特别干预,如家暴防制或社会救助,也都还是保留给特别法。经过这样的体例调整,民法典在民法的找法、储法、立法和传法上,整体效益必可超越已有120年历史的德国五编制,毫无悬念,更不要说大陆刚通过的高度部门化的民法典了。相对于传统五编制,这里更动最大的就是第二、三、四编,以下即以这三编为限,勾勒其主要内容。

最简约的说,建立在物和债一样可自由创设上的大民法典,重构债物关系的基本设计,就是把法律行为的部分合为一编,法律规定的部分也合为一编,而把两者共同需要的自治规范提取到财产通则,包括意定和法定关系同样涉及的关系从存续到消灭的各种规范——尽管有的可能涉及一阶义务,有的则是二阶义务的履行问题——也包括作为物权关系前提的所有权等等。因此意定和法定关系编所要收纳的都是有关权利义务关系“发生”的规范,其正当性与必要性,都是基于自由意志的决定,或对意定关系必要的补强或善后,具有私法自治内建衡平机制的性格,已如前面反复论述,相对于此,财产通则收纳的进入债物法律关系以后的共同规范,

[46] 比如上世纪末日本民法教科书在担保方面就已跳脱法典体系,功能化地合物债而述之,蔚为风行。参见(日)内田贵:《民法III物权总论担保物权》,有斐阁1996年版。

[47] 不过既然是意定,形成这些关系的原因一定还是负担性质的债权合同,而不包含处分性质的物权合同。物权开放创设后,其设定仍然需要一个债权行为为其原因,和过去不同的只是,在类型强制(法定)下,即使对该笔交易十分重要的债的约定,如果法未规定也只能伴随原来的物权关系而无法随物而转。物权开放设定后,将完全由当事人决定,哪些约定要属物化,通过物权的设定就可以成为属物关系的一部分,因此有名合同就不能不纳入属人属物关系的不同搭配方式。

则不具有这样的性格,可说是两种不同的工具。为反映一般思考程序,以下不立刻进入全新尝试的财产通则,而是先看看,在债物关系原则上都开放创设而自然合流后,改以自治放的一面(意定关系)和收的一面(法定关系)为其主结构,会形成什么样的构图,各有哪些问题要处理。

我们就从意定关系开始。在这个开放依各自需要去设计、形成交易条件的领域,法律应承担的功能,一是提供如何意定的工具,其次就是选择社会最常见的合同类型作为交易的模版和司法的指导形象,^[48]其规范性质原则上皆为任意法。不论工具或模版,意定关系都不再局限于债,而是包括单纯属人关系,单纯属物关系和混合了二者的各种合同关系。不过既然是意定,形成这些关系的原因一定还是负担性质的债权合同,而不包含处分性质的物权合同。物权开放创设后,其设定仍然需要一个债权行为为其原因,和过去不同的只是,在类型强制(法定)下,即使对该笔交易十分重要的债的约定,如果法未规定也只能伴随原来的物权关系而无法随物而转。物权开放设定后,将完全由当事人决定,哪些约定要属物化,通过物权的设定就可以成为属物关系的一部分,因此有名合同就不能不纳入属人属物关系的不同搭配方式。

接下来的问题就是怎么选择有名合同的问题。如前所述,此一由国家制订的第一层模版在规范对象上应达到相当普遍性,而其权利、义务、风险、责任的分配则应符合一般公认的常态。物权法定时期普遍存在的习惯法,理论上应该都符合普遍性,可优先列入考虑。又原有的法定物权,纵不从指导图像的角度,仅从其为继受历史发展的结果,也可推断该类型应有社会肯定的功能,因此通常也有相当的普遍性与常态性,只是相较于有名债权合同,可能整体功能的完整性与体系性较低,且为使其与有名债权合同之间常有高度选择性,体系上需要按之前所提体系规则重做安排。又如典权这样源于中国历史的权利,于今视之应有高度混合性,有无必要仍予有名化,即可再酌。在选择有名合同的时候,除了要把不够普遍者排除而听由产业就其产业范围订立格式合同,或完全无名化而听由当事人自行设计外,还要注意社会上大量存在的混合合同,也就是在有名合同的主要权利义务外加上一些其他的东西,或者经济上近于等值的数种给付(如电影院),以及其他类型的混合。这些合同只需以有名合同作基础去适当解释即可,不需成为独立的有名合同。^[49]物权开放创设后,原来有些伴随的债权关系有可能具有常态性,这种债物的混合反而可以成为有名合同,比如通行地役权中供役地所有人的维护道路债务。至于并非混合合同的所谓联立合同,种类也不一而足,更无从成为有名契约了。但本质上原为混合合同,因在数量上过于普遍而成为独立有名合同,我国台湾地区后来新增的旅游即为一例,合会与人事保证也是如此,技术上若以特种类型处理,也许更好。大陆合同法的供用电、水、气、热力,好像也以特种买卖略做区隔即可。

挑出有名合同后,接着要做的就是体系化。参考德国与两岸民法使用的体系化方法,在组合上大概可分单一主类型,或二至三种次类型,或以普通、特别形式区隔——前者原则可以适用于后者(如抵押),或以并列而无共同规范方式(如使用与消费借贷)。另有仅在次要事项上

[48] 任意法性质的有名合同所以重要,即在于其承担的交易模版功能,包括降低交易成本及引导制订格式合同,以及指引司法控制格式合同及解释争议合同的指导形象功能。

[49] Vgl. Wolfgang Fikentscher/Andreas Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl., 2006, S. 388 ff.

区隔者,如特种买卖,或者连类型都谈不上,就只是单纯的附带选项,这些差异,在立法技术上可以用节、款等形式表达出来。只消浏览一下德国与两岸民法典的各种之债与物权的体例,就可看得很清楚,在体系化上都是采功能取向,以生活中功能接近者按星系规则物以类聚,德国债法相当规律的按让与、用益、作为、组织及特别许诺(besondere Versprechen)排序,^[50]我国台湾地区大体如此,只有后来加上的合会介于借贷和合伙之间,惟大陆民法典的体系较不彰显。通常还会再按标兵原则将特征最强烈,且普遍性最高者置于类型之首,比如债权关系的买卖、租赁、雇佣等。德国的定限物权则可看到四种功能序列:用益、取得、物上之债、担保,我国台湾地区只有用益和担保,而以兼具用益和担保的典权垫底。大陆也是采用用益和担保的二分,没有典权。^[51]合编后情况虽变得复杂得多,基本上还可以维持功能取向,体系效益最高,立法者要特别考虑债物关系在功能上原即高度接近而有选择性,只因分编而遥不可及,合编后更应彰显其选择性,如租赁或地上权,抵押或保证。串起债物二编原有功能的体系化方式,把债编的让与仍放在第1类型,相关的定限物权首先就是取得权,包括先买、预告登记等,另有一个功能接近的是可以归类为物上之债的关系,包括目前为法定的“买卖不破租赁”原则下的房屋租赁物权化,和土地负担。其交易重心其实不在用益或作为,而在用益债权的随物而转。但把这样的物上之债分散规定于有需要的债权关系(用益、作为甚至担保、组织类型),当然也是一种选择(即债权的属物化)。第2类型还是用益,这里需要把较多的物权和债权做一整合,工程最为复杂。第5类型可以把原来归入特别许诺的保证抽出来,和物权的担保类型结合成为一种新类型,不同于第一类型,这里就常态性而言,应该由物权关系主导,可把担保的一般规则以共同规定领军,让与担保和其他以移转所有权为担保的契约如果要有名化,基于选择性明确的考量,也以置于此处为宜。^[52]第3类型作为、第4类型组织和第6类型特别许诺和物的关系都不大,处理较为单纯。

最后,前面功能取向的类型化思考基本上是以五编制的债权合同为基础,而把开放创设的定限财益权并入以利交易者的选择,但从规范技术来看,^[53]定限财益权以外,所有权或除余财益权通过分管合同或信托合同也可满足许多交易或治理的需求,即使是定限财益权,有时也适合在主体属人客体属物的类型外,以主客体皆属物的方式,在物权法定原则下,两岸都有规定的地役权即为一例,或所有人为自己设定的方式来设计,如德国法上的所有人抵押权、所有人土地债务,另外还有前述功能最单薄的一种物权,所谓物上之债或财益上之债,同样可能包含主体属人或属

[50] Vgl. Wolfgang Fikentscher/Andreas Heinemann (Fn. 49), S. 666 ff.

[51] 《民法典》在比较法上的特殊之处,在于承袭物权法的规范模式,设置用益物权与担保物权的总则领军各典型物权,使得用益与担保兼具的典型物权在体系上无处安放。

[52] 《民法典》因物债分编,担保必然也分置两编。但《民法典》第388条、第414条显然是统领担保及担保物权(包括非典型担保)的“积木规则”,而第690条最高额保证参照适用最高额抵押,则是“标兵规则”的典型。由此可见,即使是在物债分编的体例下,法典本也存在另一套功能聚合的内在体系。

[53] 有关主客体都属物的规范技术分析 Vgl. Urs-Dominik Sprenger, Die subjektiv-dingliche Verknüpfung als Verbindung zwischen rechtlicher Beziehung und Subjekt, insbesondere im schweizerischen Obligationen- und Sachenrecht, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1983.

物,乃至所有人物上之债的态样,可以想象必有助于形形色色需求的满足,这里应该也是“有名化”必须着力之处。体系化可以考虑的方向有二,一是在功能取向之外另采规范技术取向并行规定,一是仍以功能取向为主,而把规范技术上常见于实务者作为有名合同的次类型。德国民法物权编处理主客体属物的特殊类型,地役权以外尚有先买权、不动产负担等,即以功能取向为主而以规范技术为辅,在体系效益上应该比较合理。大民法典的意定关系编也偏向此一方式,不过不论不动产分管合同或主客体属物化、物上之债等,其有名化因为现行制度尚未开放创设(我国台湾地区的不动产分管合同登记也才起步不久),都无法通过调查来完成,暂时将只以财产通则明确规定这些规范技术,意定关系编在初期暂不就其有名化作太多的规定。

又法定物权是物权法定下的产物,在物权种类和内容开放设定以后并不是都还能正当化,从法定(强制)转为有名,即可通过明示排除(opt out)而不适用,应该更为合理。以不动产租赁为例,条文上即明定登记随物而转,从而未为登记的不动产租赁即不再能对抗受让人。大的类型决定以后,功能接近而归属同一类型者,尽量按标兵规则使其中最普遍者领军,固不待言。另一个新的问题是,当从功能出发物以类聚以后,债和物的有名契约要如何进行体系化?以不动产租赁为例,可为全租赁、全居住权,也可以把部分内容通过登记而物权化——随物而转,但未登记部分仅为伴随的债权关系。这时应该先就功能作涵盖面的比对,比如不动产租赁仅仅是租赁契约标的一种,租赁的标的可以涵盖各种可供利用的物或权利,有名物权在范围上相当者尚难想象,主要还是卡在动产和不动产公示方法的不同,因此有名物权关系最多也要从租赁下降到不动产层次时,再接着看有没有与不动产租赁在用益功能上相当者,不动产租赁有时会再下分为农用与其他不动产的用益,因此不动产用益物权若有涵盖各种用益功能者,如德国的用益权、我国台湾地区的典权,即可与租赁并列,如果没有,则要再下降一层到农用权、地上权、不动产役权、限制人役权等,才与耕作相当,而可视情形做并列或普通、特别的安排,整体而言绝对不会是一个简单的工程。

接下来就要谈谈和意定关系在落实私法自治上相辅相成的法定关系。我们先做一个简单的盘点,再来思考体系化的问题。债法上扣除与债务履行有关的规定(为意定关系与法定关系中的请求权部分所共同,应以公因式提取到财产法通则)外,高度制度化的几个法定关系发生原因为:无因管理、不当得利、侵权行为和缔约过失,在制度设计上都应注意回到私法自治的要点,避免渗入任何管制的考虑。比如无因管理目的便是坚守意思自主的原则,因此在“未受委任,并无义务”的情形下,原则上对于任何管理行为都只能“有功无赏,打破要赔”,任何超出的设计都属外部限制。作为自治内含的衡平工具,如何衔接意定关系,除嗣后的承认外,就是所谓正当的管理,也就是“利于本人,并不违反本人明示或可得推知之意思”的“拟制委任”,但其效果也一定不能升高到有偿。而不当得利目的则在体现自治世界所有利益的流转都要有原因,“无法律原因而受利益”的状态,便是这个衡平工具唯一要调整的对象,因此和无因管理及侵权行为都是针对行为,有根本的不同。“不当”得利不是对任何行为的评价,也没有损害赔偿、费用求偿的效果,只有排除无因得利的返还请求权,无因得利的状态一旦消失,债权也就消灭。这种状态请求权和绝对权对处于可排除妨害状态者的排除请求权反而比较类似,只是一源于债权,一源于物权。任何逸出此一原则的设计,都非真正不当得利。同样的,侵权行为也

只为了体现自治世界的行为自由原则,而非以参与社会活动者所受伤害恒得填补为原则,从而例外的赔偿责任必须扣紧可责、有因果关系、违反法定保护义务而造成被保护者受到损害者,才会发生。逾此如果要给被害人请求填补损害之权,恐怕都得在民法典外去规定。缔约过失、约后过失则是环绕意定关系——前奏曲或者售后服务——的法定债权,体现的是私法自治一贯要求的诚信原则,提前或者延后的衡平给付。也正因为和意定关系密切相依,依星系规则到底放在财产通则的债的效力章节,或者因其法定关系的性质而同样收纳于此,还有待仔细的衡酌。

至于可归类于物权法上的法定债权人,有所有人占有人关系对无因管理、不当得利和侵权行为所做的修正,和相邻关系、添附等制中的偿金债权。这两个法定债权所以会规定于物权法,完全是星系规则的操作,体例上整合债物关系而改以意定/法定来替代后,更可看出这些债权间的竞和关系。唯一需要慎重考虑的,就是所有物被无权占有期间所生的管理、得利、侵权行为或状态,是否真的需要做特别的调整,在公平或效率上是否真有必要,德国法这部分体现的是自治的重要原则,或者真的只是日耳曼文化的特别评价,值得再好好评估。同样要谈的是迄今还没有看到民法典做体系化处理的绝对权排他请求制度,但这的确可以从绝对权的本质逻辑的导引出来。不以侵权为前提,甚至根本不以行为为前提,只要绝对性的权利处于被妨害的状态,而在法律上有处于得排除此一状态者,若无任何足以抗辩的权利,就有排除此一状态的责任。正因为此一请求权并非如侵权行为或所有人占有人关系那样源于“特定人之间”,而是就处于该状态的“当下之人”(jeweilig),比如请求当下所有人已非所有人,或占有人已非占有人,请求权即不存在,源于债权的请求权却是恒存在于债权人债务人之间。这种源于绝对权状态的当下请求权,与源于债权的回复原状请求权无疑有高度的竞合性。现在应该是建立完善制度的时候。

法定的债权或请求权以外,必须纳入法定关系的当然还包括各种法定的财益权变动,包括物权和知识产权。传统物权法上的法定变动规定,大部分应该都可以收纳进来,因为这些规定多数源于罗马法,在英美普通法往往也找得到类似的制度,其背后几乎都只有资源效率和交易成本的考虑,和前述法定债权凸显的狭义衡平价值固有不同,但私法自治内含的市场经济前提,从18世纪亚当斯密《国富论》对欧陆各国的深度影响绝对可以印证。诸如无主物先占取得,埋藏物发现取得(或与土地所有人各半),动产添附取得,乃至许多相邻关系的规定,特别到了20世纪后期经济学者重新以交易成本理论去理解这些普通法,更可显示若把袋地通行或承受雨水等规定,认定有公共利益的考虑,而使相反的约定无效,反而会把相邻关系制度导入错误的定性。^[54]至于民法典债编或合同法也会零星规定一些法定物权,如留置权、抵押权等,背后的考虑也不是要实现什么公共利益,但能不能归类到这里说的衡平,也就是体现自由、平等或效率的自治内含原则,或者更多的是要妥善处理义务履行的问题,也可以说是履行工具而

[54] 背后真正的法理还是要解决相邻土地所有权必然发生的“反公有的悲剧”(类似共有),即很难避免的策略行为导致过高的交易成本,反而造成土地资源过低的使用。只有通过法定的物权赋予来降低策略行为,才能促成有利资源效率与交易成本的合理交易。

非衡平工具,到底放在上游的财产通则还是下游的法定关系编,则还有细酌的余地。所有直接造成物权变动的规定当然都有必要在法典化时好好检视一番,比如在许多民法典都还保留可发思古幽情的取得时效制度,在不动产乃至许多动产都可以建立登记公示制度后,除了所谓的登记簿取得时效外,还有多少合理性,早已引发争议,最近有学者广泛比较了各国相关规定(超过130个国家有此制)而予以类型化,并从配置效率和生产效率观点做了分析,结论不出预料还是以有登记制度并要求善意者,效率最高,^[55]我国台湾地区过去时有地上权因占有而有声请登记取得时效,成为司法实务的头疼问题,就是因为相关规定已经过时。债编承揽契约中的法定抵押权也是如此,对于不动产登记制度有强大破坏性,后来债编修正,总算排除了这个过时的规定。除了把过时的法定物权淘汰外,有些特别民法规定的法定权利如果再经衡酌,认为可以用私法自治的原则来妥善说明,也不妨全部或部分的入典而使其普通法化,我国台湾地区“民法”把一般定型化契约的限制规定放进债编契约效力的章节,而把暗含交易地位不平等的消费交易定型化契约留在消费者保护法,就是很好的例子。物权编修正时,把“土地法”上为处理土地房屋产权分离问题而设的法定地上权及法定先买权也入典,一般也认为是“房地分离”原则下,避免高系统成本的合理限制。但物权编修正依反公有悲剧的理论原则性的下调了共有人管理的决定权比例,却在处分权上迟疑,最后还是留在“土地法”第34-1条,足见立法者对于内在还是外部限制,可说相当审慎,以致有时难免举棋不定。

挑出要处理的法定关系后,接着要做的就是体系化。和意定关系一样,这里也要善用体例的工具,以追求最大的体系效益。体系化的方式大致有四种,一是将分别从债编和物权编找出来的法定关系,各自做一些内部体系的重整,而不相互整合;二是按其发生变动的理由做类型化;三是呼应之前意定关系编的体系,采功能取向打破债物藩篱重新编排;四是以其是否以一定请求权的赋予为基础,先做基本的二分。以下即分别简单说明,并从体系效益的观点论其利弊。

首先,按债和物的法定关系分成两个单元,再各自体系化,立法上最符合法律人的直觉,事实上对于找法也有其方便之处,和意定关系相比,债物虽未做任何整合,但考虑意定关系主要为模版的组合,更重视用户的选择,因此债物打散重编,才可贯彻功能取向,有利于取舍决定。作为衡平工具的法定关系却无需做太多这方面的考虑,何况在物权部分的法定关系内部还是可以朝功能方向去体系化。不过这种偏于形式的区隔,毕竟还是简单了一点,如果体例上债物已经不分编,即使属于衡平性质的法定关系好像也还有进一步体系化的空间。其次,跨越债物的二分,改从变动的理由切入,比如分为状态(如排除妨害、不当得利)、事实行为(如无主物先占、无因管理)和法律关系(如所有人占有人关系、法定地上权)等,来跨债物的整合不同的法定关系,在找法上也有其便利之处。比较明显的缺点,则是原来在制度上已有的功能链接,比如

[55] See Yun-chien Chang, “The Many Faces of Adverse Possession: Economic and Empirical Analyses of Laws in 156 Jurisdictions”, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3558800> (2020), last visited on 10 January 2021. 我国台湾地区“民法”部分参见张永健:“不动产物权时效取得”,载张永健著:《社科民法释义学》,新学林出版社2020年版,第161—222页。

附合、混合(状态)和加工(事实行为)都是基于资源效率考虑形成的添附制度,或经常在功能上发生竞合的不当得利和侵权行为反而因此被拆散。

在大民法典的课堂上,不少人主张第三种体系化路径,也就是按功能进行体系化。跳出比较形式的区隔,虽然和承担模版功能的意定关系有本质不同而无须刻意呼应,但转向比较实质的功能取向去做分类,确实是值得尝试的方向。比如有人建议可不问债物而按事实行为的功能把法定关系分成:事务处理型、权利取得型、占有法定型、利益移动矫正型和权利损害型等,这个建议在技术面上因概括以事实行为(对应意定关系的法律行为)做功能区分,会使无涉行为,单纯以某种事实状态为原因的法定关系,如相邻关系、物上请求权、不当得利等,有收纳无门的困扰。也有人认为可以加入强制力度的考虑,自弱而强的排列:提供作为、财产担保、财产用益、利益返还、不法追究等等,也相当值得参考。但怎么衡量这里所谓的力度,恐怕未必有很清楚的标尺。如果沿着强制力度的观点往下思考,会发现衡平的实现,有操之于需要衡平的一方者,也有法律直接完成者,前者包括债法上的几种请求权,后者包括各种法定物权。物权法上也还有一些请求权定性不易,比如物上请求权是直接源于物权的请求权,前已说明,所有人占有关系的请求权性质则为债权请求权,相邻关系的偿金请求权又是物上之债,添附的偿金请求权却是债权请求权,债法和物法上的先买权也有债权性质和物权性质不一。因此若按强制力度来分,以请求权为衡平工具的设计为弱度强制,而以不待请求的衡平规范为强度强制,倒真是层次比较清楚又可跨越债物的体系化方式。

就此德国学者梅迪库斯(Dieter Medicus)写的、按请求权基础排序的民法教科书,^[56]不仅在德国国家考试中被奉为圣经,因其抓住复杂多变的民事关系中各种源于意定关系和法定关系的请求权之间,往往有高度竞合的关系,必须加以理清,因此这本“解题”宝典,仍有其教义学的重要内涵,以致在其他大陆法系国家,即使未采类似的考试方式(Klausur),仍多以其为教义学的重要论述,说明精准的请求权序列思考,确实有利于迅速找法,^[57]至于对民法的教育传习更有明确的效果。因此在意定关系编(契约请求权)之后的法定关系编,若也按有请求权基础与无请求权基础来为法定关系排序,前者则如梅迪库斯所见,从请求权竞合选择的观点去排列,后者则按功能排列,整体而言或许会得到较高的体系效益。相较之下,与单纯按债物次序排列无太大差异,但更有体系效益,可说是功能取向的修正版,大民法典暂时即以朝此一方向对各种法定关系进行体系化。可略做补充的是,以有无请求权基础所做的组合,碰到混合类型时,只能按星系规则处理,比如法定地役权性质的相邻关系,常有需役地所有人给付偿金的规定,此时应把偿金请求权的规定留在相邻关系内,不单独规定。反之,遗失物拾得的性质应该是特殊无因管理,主要特别之处即在报酬请求权,仅因在一定条件下有所有权变动的效果而多规定于物权

[56] Vgl. Dieter Medicus/Jens Petersen, Bürgerliches Recht: Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, 22. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2009.

[57] 梅迪库斯的请求权基础序列,如以意定关系的请求为最优先——合同、准合同,其次是所有物的返还,主要考虑的就是教义学上的经济性——重复思考的减少。

编,按星系规则还是以放在无因管理内为妥当。

写到这里,差不多就可以开始抽取意定和法定关系共享的规范置于财产通则,并做初步的体系化了。不同于债编通则仅从债权关系去提取共性的规定,财产通则是跨越债和物的关系去提取,从而和最一般性的总则规定更紧密的接轨,在体系上可填补五编制留下来的许多漏洞,基本上应该包含所有财产关系发生“之后”的所有事项,除了最重要的权利行使和义务履行外,如主体为多数,关系主体的变动,关系的消灭等。在此之前,作为下位阶关系规定乃至特别法的共同前提,使民法典作为民事基础关系的定位更名符其实,且从大民法典刻意导正德国五编制民法的债物二分在法理上将物权去关系化的错误,同时扩张物权与物的概念,在规范技术上把主体、客体属人属物,乃至财益上之债等,集中做明确的规定,使属人与属物的关系反倒因更为分明而能无缝接轨,为交易者提供更多的选择,通则必须负起建构这些新概念,并厘清其内容及相互关系的使命。从前面反复谈及现代民法典承担的工具箱和模版功能来看,财产通则因承继债总而又从债延伸到物,并收纳无涉关系的财产权规范,如知识产权,商事特有的行使权利、履行义务原则,而可更完整的承担财产法工具箱的功能,另使意定关系编承担完整的模版功能,法定关系编则是从不同角度贯彻自治理念(去政策化、去惩罚化)的工具箱,基本功能的分配更见明确。

按照以上的说明,三编的蓝图已然呈现(详见文末附件)。

六、结 语

有相当长的时间,民法典的制定被认为是国之大事,现在已经很少再被赋予这一层仪式性意义。但大陆法系国家基于体系思维仍普遍倾向于制定,主要反映的还是民事法学和司法实务连动的成果,也就是对实定民法的内容所做系统性研究与操作的教义学,一旦达到一定的成熟阶段,就产生了把这样的体系外部化的动力。但在这继往的一面以外,和多数立法一样也还有通过预测未来新需求而在制度上追求创新,也就是开来的一面。从德国五编制体系出发的大民法典思维,有相当部分其实只是总结了过去一世纪已经发展出来的种种学说或规则上的调适,但也有不少地方堪称重大观念的突破。对于法学技术上仍未脱离借鉴阶段的后发国家,提出这样的新思维当然要考虑,这里谈的已经不只是个别规则的创新,而主要在于体系的再造,没有理论的积累与法学的共识,无疑会有甚高的论证困难与实施风险。因此更多学者的投入,提出批判或修正,是绝对有必要的。笔者始终相信,以法教义学承载体系的传承和改善,确有其必要与优势,但结构的自我锁定(lock-in)所造成的高度路径依赖,只要看看几部老民法典近年力图再法典化却鲜见真正的突破,即可印证,就此后来者确实反有较大的机会。从这个角度来看,中国大陆新通过的,也许只能说是九法编纂而成的准法典,连五编制的体系化程度都没有达到,固然令人嗟叹,但若往长远看,对于法典化的追求兴许反是好事,大民法典的理念和蓝图,或可视为真正法典化之前不能不做的功课,谁说中国不可能继法、德之后,在二十一世纪民法的体系化上做出典范式的贡献,两岸的民法学者盍兴乎来?

附：大民法典第二、三、四编蓝图

2. 财产通则

2. 1. 财产权

2. 1. 1. 债权(特定人对特定人请求为一定给付之权)

2. 1. 2. 财益权(就特定财益得向任何人主张之权)

2. 1. 2. 1. 类型

2. 1. 2. 1. 1. 除余财益权

2. 1. 2. 1. 1. 1. 所有权

2. 1. 2. 1. 1. 2. 公法财益转为私权

2. 1. 2. 1. 2. 定限财益权(就他人财益有一定用益、担保或先取的权能,或随该财益生灭、移转的债权)

2. 1. 2. 1. 2. 1. 定限物权

2. 1. 2. 1. 2. 2. 知识产权

2. 1. 2. 1. 2. 3. 其他定限财益权

2. 1. 2. 2. 客体(特定原则)

2. 1. 2. 2. 1. 财益(涵盖物、权利及其他可控制的财产利益)

2. 1. 2. 2. 1. 1. 不可登记财益

2. 1. 2. 2. 1. 2. 可登记财益

2. 1. 2. 2. 2. 物

2. 1. 2. 2. 2. 1. 动产

2. 1. 2. 2. 2. 2. 不动产

2. 1. 2. 2. 3. 权利(债权、物权、知识产权、法定可流转的公权利如配额、指数等)

2. 1. 2. 2. 4. 其他可控制的财产利益(空间、次序、数据等)

2. 1. 3. 占有(不得主张的财产利益)

2. 2. 财产关系

2. 2. 1. 债权关系(单纯特定人间的债权债务关系)

2. 2. 1. 1. 自由意定

2. 2. 1. 2. 例外法定

2. 2. 2. 财益关系(在特定财益上存在的权利义务关系,dingliches Verhältnis 而不限

于 Sachenrechtsverhältnis)

2. 2. 2. 1. 自由意定

2. 2. 2. 1. 1. 对可登记财益的除余财益权

2. 2. 2. 1. 1. 1. 普通共有(分管合同为主体均随份额的财益上之债)

2. 2. 2. 1. 1. 2. 区分所有(规约为主体均随份额的财益上之债)

2. 2. 2. 1. 1. 3. 信托(所有权目的化的管理受益关系)

2. 2. 2. 1. 2. 对可登记财益的定限财益权

2. 2. 2. 1. 2. 1. 主体属人、客体随财益的定限财益权

2. 2. 2. 1. 2. 2. 主体客体均随财益的定限财益权

2. 2. 2. 1. 2. 3. 财益上之债

2. 2. 2. 1. 2. 3. 1. 主体随财益、客体属人的债权

2. 2. 2. 1. 2. 3. 2. 主体属人、客体随财益的债权

2. 2. 2. 1. 2. 3. 3. 主体客体均随财益的债权

2. 2. 2. 2. 法律规定

2. 2. 2. 2. 1. 对不可登记财益的财益权

2. 2. 2. 2. 2. 对可登记财益的除余财益权(限于共同共有,其财益关系视共同关系而定)

2. 2. 2. 2. 3. 对可登记财益的定限财益权

2. 2. 2. 2. 3. 1. 定限物权

2. 2. 2. 2. 3. 2. 知识产权

2. 3. 行使权利,履行义务(含债权与财益权)

2. 3. 1. 一般规定(诚实信用原则、权利滥用禁止、情事变更原则、商行为基本原则)

- 3. 2. 1. 1. 1. 3.自己先买
- 3. 2. 1. 1. 2.买回、典
- 3. 2. 1. 1. 3.拍卖
- 3. 2. 1. 1. 4.供用电、水、气、热力
- 3. 2. 1. 1. 5.数据财产权
- 3. 2. 1. 2.互易
- 3. 2. 1. 3.赠与
- 3. 2. 2.提供用益
- 3. 2. 2. 1.租赁
- 3. 2. 2. 1. 1.不动产、其他可登记财益
- 3. 2. 2. 1. 1. 1.债的使用方式
- 3. 2. 2. 1. 1. 2.财益使用方式
- 3. 2. 2. 1. 1. 2. 1.不动产用益权(经营
权)
- 3. 2. 2. 1. 1. 2. 2.地上权(建设用地使用
权、宅基地使用权)
- 3. 2. 1. 1. 1. 2. 2. 1.普通地上权
- 3. 2. 1. 1. 1. 2. 2. 2.区分地上权
- 3. 2. 2. 1. 1. 2. 3.农育权(土地承包经营
权)
- 3. 2. 2. 1. 1. 2. 4.居住权
- 3. 2. 2. 1. 1. 2. 5.其他可登记财益用益
权
- 3. 2. 2. 1. 2.不可登记财益用益权
- 3. 2. 2. 2.限制地役、限制人役
- 3. 2. 2. 2. 1.限制地役(含自己地役)
- 3. 2. 2. 2. 2.限制人役
- 3. 2. 2. 3.使用借贷
- 3. 2. 2. 4.消费借贷
- 3. 2. 3.提供作为
- 3. 2. 3. 1.劳务
- 3. 2. 3. 1. 1.一般劳务
- 3. 2. 3. 1. 2.医疗服务
- 3. 2. 3. 2.承揽
- 3. 2. 3. 2. 1.一般承揽
- 3. 2. 3. 2. 2.旅游
- 3. 2. 3. 3.委任及类似契约
- 3. 2. 3. 3. 1.委任
- 3. 2. 3. 3. 2.居间
- 3. 2. 3. 3. 3.行纪
- 3. 2. 3. 3. 4.支付服务
- 3. 2. 3. 4.技术
- 3. 2. 3. 4. 1.一般规定
- 3. 2. 3. 4. 2.技术开发
- 3. 2. 3. 4. 3.技术转让、技术许可
- 3. 2. 3. 4. 4.技术咨询、技术服务
- 3. 2. 3. 5.保管、仓储
- 3. 2. 3. 5. 1.保管
- 3. 2. 3. 5. 2.仓储
- 3. 2. 3. 6.运输、多式联运
- 3. 2. 3. 6. 1.运输
- 3. 2. 3. 6. 2.多式联运
- 3. 2. 3. 7.悬赏广告、优等悬赏广告
- 3. 2. 3. 7. 1.悬赏广告
- 3. 2. 3. 7. 2.优等悬赏广告
- 3. 2. 4.组织
- 3. 2. 4. 1.合伙
- 3. 2. 4. 2.合会
- 3. 2. 4. 3.特许经营、授权经营
- 3. 2. 4. 3. 1.特许经营
- 3. 2. 4. 3. 2.授权经营
- 3. 2. 5.担保
- 3. 2. 5. 1.抵押
- 3. 2. 5. 1. 1.可登记财益抵押权
- 3. 2. 5. 1. 2.最高限额抵押
- 3. 2. 5. 2.可登记财益债务
- 3. 2. 5. 3.质
- 3. 2. 5. 3. 1.不可登记财益质权
- 3. 2. 5. 3. 2.最高限额质
- 3. 2. 5. 4.融资性租赁、保理
- 3. 2. 5. 4. 1.融资性租赁
- 3. 2. 5. 4. 2.保理

- 3. 2. 5. 5. 让与担保
- 3. 2. 5. 6. 保证、人事保证
- 3. 2. 5. 6. 1. 保证
- 3. 2. 5. 6. 2. 人事保证
- 3. 2. 6. 特别许诺
- 3. 2. 6. 1. 指示证券
- 3. 2. 6. 2. 无记名证券
- 3. 2. 6. 3. 终身定期金
- 3. 2. 6. 4. 和解
- 3. 2. 6. 5. 债权约束、债权承认
- 4. 法定关系
- 4. 1. 法定关系的发生
- 4. 1. 1. 基于请求权之行使
- 4. 1. 1. 1. 无因管理
- 4. 1. 1. 1. 1. 一般规定
- 4. 1. 1. 1. 2. 遗失物拾得
- 4. 1. 1. 2. 财益上请求权
- 4. 1. 1. 2. 1. 适用对象(所有绝对性权利)
- 4. 1. 1. 2. 2. 所有物返还
- 4. 1. 1. 2. 3. 权利行使受有妨害
- 4. 1. 1. 2. 4. 权利行使将受妨害
- 4. 1. 1. 3. 侵权行为
- 4. 1. 1. 4. 不当得利
- 4. 1. 2. 不待请求之变动
- 4. 1. 2. 1. 登记簿上之时效取得
- 4. 1. 2. 2. 添附
- 4. 1. 2. 2. 1. 附合、混合
- 4. 1. 2. 2. 2. 动产加工
- 4. 1. 2. 3. 无主物先占
- 4. 1. 2. 4. 埋藏物、隐藏物发现
- 4. 1. 2. 5. 相邻关系
- 4. 1. 2. 5. 1. 土地相邻关系(不动产役权、偿金请求权)
- 4. 1. 2. 5. 2. 房屋相邻关系(不动产役权、偿金请求权)
- 4. 1. 2. 5. 3. 房地关系(不动产役权、先买权)
- 4. 1. 2. 6. 知识产权的强制许可
- 4. 1. 2. 7. 留置权

Abstract : The civil law tradition is marked by its succession and innovation in the production of codes. The most influential German BGB prevail with its “scientific” system on its span over different social-economic structures and cultural ideologies. This century-old system needs to be adapted to the global economy and mixed governance of public/private laws of today by immensely enlarging its normative capacity. This article argues that the most crucial point lies in the outdated Savignyian diffusion of law on obligation and law on property, with the latter governed by the *numerus clausus* principle. While sticking to the freedom of contract, regardless its nature, purely personal or through a thing, we propose a new system based on diffusion between contractual relationships and legal relationships of equitable nature. The common factors of the two groups could then be put in a general part of transaction.

Key Words: System Efficiency; Big Civil Code; Obligation/Property Synthesis; Legal Relationship by Will; Legal Relationship by Law

(责任编辑:贺 剑)