

〔编者按〕

1900年,在巴黎举行的第二届国际数学家大会上,德国数学家大卫·希尔伯特作了题为《数学问题》的演讲,为新世纪提出了23道极具前瞻性和基础性的数学问题。之后一百年间,尽管数学的发展远远超出希尔伯特的预测,但“希尔伯特问题”对20世纪的数学作出了巨大贡献;全世界无数聪明的大脑为此殚精竭虑,并以解决其中任何一个问题为毕生荣耀。

法学与数学虽无法简单类比,但是,从法学学科的自省、发展和研究资源配置效率看,界定法学的“希尔伯特问题”,殊有必要。基于此等考虑,《中外法学》郑重倡导:法学各领域之翘楚,以反思之立场,进取之精神,提炼各自领域中具有挑战性和生命力的命题,集学界之力,久久为功。欢迎学界同仁与我们一起,加入这场反思、分享、对话、成长的精神之旅。

物权法的“希尔伯特问题”

常鹏翱*

摘要 社会发展引发了与物权紧密相关的诸多重大疑难问题,它们为深度透视物权法基础理论提供了新平台,又为拓展物权法的体系效用提出了新要求。以物权法为原点,以体系关联为主线,能逐层看到以下典型问题:①物权法对数据赋权模式的意义何在;②如何借助民法总论和法理学的知识丰富对政策等物权习惯法的认知;③怎么厘定物权法和合同法交错下的合同对抗力的底层逻辑;④家庭财产法中父母和未成年子女之间的物权归属和处分规则是什么;⑤解读商事担保物权规范应如何对待民法制度逻辑;⑥怎样辨析行政许可和物权变动的关系;⑦如何确定司法查封对物权利限制的路径;⑧工业革命基因的物权法怎么因应信息革命的科技变迁。对这些源自实践的问题的纵深探讨,会促成物权法学的进一步发展,为此要深度挖掘物权法的基本制度功能,要贴近实践找出事物发展规律,要进行有效的跨学科交融。

关键词 物权法基础理论 希尔伯特问题 制度功能 回归实践 体系效用

* 北京大学法学院教授。

引言

经过数十年的实践累积和学理探索,我国物权法制度日趋完备,学术研究愈发博大深入。在广袤繁荣的物权法理论园地中,有探究物债关系的深沉学理,有以权利行使为主线解析用益物权的精巧手法,有鸟瞰南非物权自由原则的新奇体验,有回溯罗马法地役权的思古幽情,有借道美国法再塑动产担保的时代脉搏,有深潜于我国三权分置改革的现实敏感。一路走过,边看边学,边学边思,边思边悟,在收获满满的同时,也有问题尚未觅到答案。现不揣浅陋,把它们作为物权法研究中的“希尔伯特问题”,野人献曝,求教于大家。

一、物权法能否保护数据?

(一)问题的初步说明

信息革命的纵深发展促成大数据时代的到来,但数据是否为财产、在保护时是应规制行为还是应赋予权利、目前的赋权模式是否合乎实践需求等基础问题尚有激烈争议。部门法学者多以民事财产权来探讨数据保护,这符合传统认知路径,在学术市场中颇有号召力,与中央着力推动数据产权的举措也若合符节,不能不引起重视。

相比于同为生产要素的土地,数据无疑是新型财产,由此来理解《民法典》第127条,能得出数据是新型财产权的结论。^{〔1〕}不过,该条规定也有其他理解,比如,除法律有特别规定外,物权法能调整数据。事实上,在对数据保护的讨论中,能否将之作为物权看待是一个重要争论点。这个问题是在法律教义层面展开的,尽管它未必挠到数字经济过程的痒处,^{〔2〕}但在一定程度上能深化数据保护的认识,对理解物权法基础规范的制度张力,理解物权法对信息革命的可能效用,乃至促进教义内外的相互理解,也有不小的意义。

(二)问题的展开说明

尽管立论基础、认知脉络和说理逻辑不同,这个争点的正反意见有共性,都以促进数据利用、流通和创新为目的,都有综合多法律部门进行多维度保护的观念。为了使讨论有针对性,下文取制度层面的对立说明论争何在。

1.数据是否为有体物?

赞同者为物权法保护提供了垫脚石,反对者刚好相反,^{〔3〕}有见解还指出,把数据扩张解释为有体物,会破坏物权法体系结构。^{〔4〕}由于有体物是物权法最基础的概念之一,对这一争点只有在物权法的知识脉络中加以甄别才有意义。

与德国法系一样,我国物权法把物限定为不动产、动产这样的有体物。在日常维度上讲,

〔1〕 参见程啸:“论大数据时代的个人数据权利”,《中国社会科学》2018年第3期,第121页。

〔2〕 参见胡凌:“数字经济中的两种财产权”,《中外法学》2021年第6期,第1581—1598页。

〔3〕 Vgl. MueKoBGB/Stresemann, 9. Aufl., 2021, BGB § 90 Rn. 25.

〔4〕 参见郑佳宁:“数据信息财产法律属性探究”,《东方法学》2021年第5期,第49—50页。

土地、房屋、汽车等有体物看得见、摸得着,以此为标准,通过数字技术呈现的数据与有体物八竿子打不着。但有体物是法律概念,而每一法律概念都有规范功能,应由此出发,而非根据日常经验来界定其意义。在物权法中,有体物概念有三个主要功能:①区分功能,即通过强调客体在自然科学意义上的物质三维性,使物权与债权、知识产权等其他财产权区别开来;②归属功能,即为了实现物权的支配作用,只要有经济效益的客体边界清晰、可被支配,即便以能量、自然力的形态呈现,也属于有体物;③发展功能,即随着社会发展,只要科学技术、交易形态、伦理观念允许,诸如受精卵、微生物也能成为有体物。^{〔5〕}基于这些功能,无需扩张解释,以电、磁等物理形态存在的数据就是有体物。

物权法是由诸多像有体物这样的概念基于特定逻辑组合成的群体规范,其体系结构无法外在于有体物等概念成分,是实现有体物前述功能的适宜空间,故而,把数据与土地、房屋、汽车并列为有体物,只会让物权法的体系结构充实饱满,而不会致其破损。

当然,在强大的知识路径依赖下,即便不把数据当成有体物,也不妨碍参照适用物权法来保护数据,^{〔6〕}这样看来,本争点的实质意义不算太大。

2. 物权法的权利结构能否适用于数据?

与土地、房屋、汽车不同的是,数据有无穷使用又不会因此贬值,用户的初始数据与企业的衍生数据紧密交融等特点,与此相应,用户和企业的各自数据财产权均近似于所有权,^{〔7〕}这实际表明数据能同时承载多个平行的自物权类型的财产权,与一物一权、自物权优于他物权等物权法传统不符。^{〔8〕}但另一方面,依据自物权—他物权的分立,数据也有所有权—用益权的分层。^{〔9〕}这两种意见无法兼容,其争点事关物权法的权利结构。

为了最大程度实现物的效用,物权法的基本权利结构是分立分层的自物权—他物权。在此结构下,有先后顺位的类型,即通过有序竞争的多个他物权来最大化物的效用,还有多次分层的类型,即以他物权为基底设立更上层他物权。这种结构表明,无论他物权的权能如何充裕,都不可能等于所有权,用它套用数据,的确与数据的前述特点不太合拍。而且,用户的同一数据被若干企业利用,或企业数据再被他人利用,用先后顺位或多次分层来套用,也都不够妥当。

在前述结构之外,物权法还有按份共有的权利结构。涉及多人的共有会因协商、掣肘、杯葛而有成本,但在它们还未大到共有人通过转让份额走人或分割共有物消灭共有的程度时,应视为可接受。在此前提下来看增加原物价值的添附,根据《民法典》第322条,在没有约定及特别规定时,只要原物和添附的经济价值还未悬殊到必分主次的程度,由原所有人和添附人通过经济价值比例来共有添附物,共同维持添附物的效益,就是应有的选择。用户在企业架构的平台上提供初始数据,企业收集处理加工再衍生数据,后者无非是前者的添附物。由于用户为数众多,有时甚至以十亿记,它们数据集合的经济价值与企业添附增值部分是难分主次的,由此

〔5〕 Vgl. Oliver Kälin, Der Sachbegriff im schweizerischen ZGB, 2002, S. 44 ff.

〔6〕 参见纪海龙:“数据的私法定位与保护”,《法学研究》2018年第6期,第72—91页。

〔7〕 参见龙卫球:“数据新型财产权构建及其体系研究”,《政法论坛》2017年第4期,第74—76页。

〔8〕 参见冉昊:“论当代中国的交叠特征与法治社会建设:从财产权角度的路径分析”,《中国法学》2021年第4期,第197—198页。

〔9〕 参见申卫星:“论数据用益权”,《中国社会科学》2020年第11期,第110—131页。

说数据由用户和企业共有似不为过。在按份共有的权利结构中,用户和企业均是数据的所有权人,他们按照份额来分享数据利益,这种构造与前述反对意见应有相通之处。

再进一步,若数据确有登记之类的公示机制,在其能展示数据权利以及用户与企业的数据协议时,就像苏永钦教授所说的,这样的共有就是通向物权自由的天梯,^[10]当事人完全能按照意愿塑造自己预想的权利义务关系。把这样的弹性制度放在实践中,就是因应数据开发利用的不同需要,在用户、企业及其关联者之间配置不同的权利义务关系。这虽然不同于数据界权的关系进路,即不提倡分清你的我的,而是借助霍菲尔德框架公式,逐步搭建并灵活调整主体之间法律关系网络,^[11]但效果上究竟有多大差别,可再慎思。

必须注意的是,有论者指出,数据的前述特点说明其缺乏排他性和独占性,而这更便于其共享共用和自由流通,而非更宜于赋予其所有权,^[12]照此说来,本争点的正反见解均开错了药方。不过,排他性不仅是自然科学意义上的,更是法律制度层面上的,通过制定并履行对数据有约束力的法律,把数据打造成具有排他性的产品,它就会呈现出排他性,会成为财产。^[13]在此意义上,只要数据能嵌入物权法的权利结构,通过合理界定其内容和边界,不给予其流通和创新造成障碍,就不算非分之举。

3.能否用物上请求权保护数据?

反对意见认为,虽然企业数据利益源自对数据的事实控制,但因其没有固定的客体或以信息内容为支撑的利益支点,一经扩散,返还财产方式没有适用可能,排除妨害、消除危险等方式也没有实益。^[14]不过,在数据所有权的思路下,用物权请求权来保护数据顺理成章。而且,即便不认可数据所有权,但只要数据能被控制,无论控制人对数据有无权利、有何权利,均有权阻止他人删除、破坏、篡改,这与占有保护如出一辙。^[15]在控制数据的状态构成占有的情况下,在理论上会有无权占有,数据所有权人因而有返还原物请求权,数据占有人也有占有保护请求权。

二、如何找寻当代中国的物权习惯法?

(一)问题的初步说明

1.物权习惯法的界定

《民法典》第10条把习惯法归为补充法源,我国学理普遍认为它适用于物权法,并主要在物权法定原则的“法律”中探讨习惯法,认为正是借助这眼活水,物权种类和内容才能跟上现实

[10] 参见苏永钦:《寻找新民法》,北京大学出版社2012年版,第475—480页。

[11] 参见戴昕:“数据界权的关系进路”,《中外法学》2021年第6期,第1561—1580页。

[12] See Sebastian Lohsse, Reiner Schulze and Dirk Staudenmayer, *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, Baden-Baden: Nomos, 2017, pp. 15—19.

[13] 参见(新西兰)尼古拉斯·阿加:《大数据时代生存法则》,蔡薇薇译,华中科技大学出版社2021年版,第103—121页。

[14] 参见梅夏英:“企业数据权益原论:从财产到控制”,《中外法学》2021年第5期,第1202—1203页。

[15] Vgl. Thomas Hoeren, Datenbesitz statt Dateneigentum; Erste Ansätze zur Neuausrichtung der Diskussion um die Zuordnung von Daten, MMR 2019, S. 5 ff.

需求和社会发展。此外,习惯法还能适用于公示方式,因为绝对性的物权需依托于一定的公示方式,当习惯法物权的公示方式并非成文法规定时,就是习惯法公示方式。当然,成文法规定的物权也可能有习惯法公示方式,如中国人民银行动产融资统一登记公示系统的留置权登记。涉及物权种类、内容、公示方式的习惯法整合起来,构成了物权习惯法的主干。

2.问题的内涵

与传统认知一样,我国习惯法包含两大要素,一是业已形成的民间习惯或商业惯例,二是社会公众对此有“法的确信”,即普遍认为应予遵从。^[16]作为解决纠纷的依据,习惯法“非经解释不得适用”,而解释习惯法与确认其存在是合二为一的,^[17]通过解释来找寻合适的习惯法,因而是适用物权习惯法的第一步。

通常说来,习惯法是在生活或交易实践中自发形成的,代表了自生的社会秩序。在学理中,我国的习惯法物权距离市场需求较远,^[18]以此为评价对象,物权习惯法的社会意义和实用价值着实不大,这从一定程度上表明,在复杂、多元的工业化社会,习惯法事实上不太可能存在。^[19]但是,着眼于我国实践,采用功能主义思维,把公房租赁等涉及物权的政策等成文规范吸纳为习惯法,^[20]会发现物权习惯法天地广阔。而且,把民法总论、法理学有关习惯法的认识引进来,^[21]物权习惯法还包括法官裁判的共识。^[22]两相对比,在定位物权习惯法时,是囿于习惯法乃自生的社会规范观念,还是跨出去,把包含国家意志的成文规范或司法裁判也纳入其中,无疑是个问题。

(二)问题的展开说明

问题的核心点在于,为何不是自生的社会规范也能当作物权习惯法?对此展开说明如下。

1.为何成文规范能成为物权习惯法

回顾新中国、特别是改革开放以来的发展历程,可知党和政府一直保有有机介入并推动社会发展的积极态势,其中的有力手段是力推以注重制度供给、破解制度束缚、推动制度创新的供给侧结构性改革,^[23]既在民间惯行做法被确证行之有效时,用代表国家意志的成文规范加以肯定和固化,典型者如农村土地承包经营,又在民间力量无力介入的民生等公共服务领域,国家根据实际情况边干边摸索形成常规性操作,典型者如公房租赁,还在前景可期但民间尚未普遍行动时,用成文规范加以阐明和引导,借以更新观念、培育市场、催生实践、形成惯例,典型者如碳交易。显然,国家和民间不是充满张力的二元分离,而是边界模糊的交融合力,二者相互作用,形成稳定有序的实践。在这种布局中,成文规范既表征了应被遵守的国家意志,也反映了隐于社会的民间习惯和藏于市场的商业惯例。

[16] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义》(上册),法律出版社2020年版,第29页。

[17] 参见(德)卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆2020年版,第448—449页。

[18] 参见李敏:《民法法源论》,法律出版社2020年版,第164—166页。

[19] 参见(奥)恩斯特·A. 克莱默:《法律方法论》,周万里译,法律出版社2019年版,第189页。

[20] 参见刘贵祥:“《民法典》实施的若干理论与实践问题”,《法律适用》2020年第15期,第11页。

[21] 参见汪洋:“私法多元法源的观念、历史与中国实践”,《中外法学》2018年第1期,第142—143页。

[22] 参见黄泂一:“‘物权法定原则’的理论反思与制度完善”,《交大法学》2020年第1期,第116—117页。

[23] 参见黄奇帆:《供给侧改革》,中信出版社2020年版,第10—13页。

涉及物权的成文规范多种多样,除了法律、行政法规和司法解释,部门规章(如规定储备土地使用权及其登记的《土地储备管理办法》)、地方性法规和地方政府规章(如《重庆市地票管理办法》)、政策(如规定国有农用地使用权及其登记的《中共中央国务院关于进一步推进农垦改革发展的意见》)、地方政府或行业部门推动的操作规范(如义乌商位使用权抵押的相关规范等^[24])等,被普遍认为不属于物权法定机制中的成文法,但它们实实在在起着回应需求、引领实践、催发习惯、形成市场的作用,纸面规范与实践惯行融为一体。以学界普遍否定有法源地位的政策为例,它实质影响着生活、交易和司法,具有本由习惯所发挥的使法律丰富、细致和具体的功能,^[25]特别在土地权利领域是回应社会切实问题的经验规范和实质法源,^[26]具有推动习惯形成的作用,实为习惯的替身。而且,这些成文规范源于国家意志,遵行者对它们有“法的确信”。基于此,将它们归为习惯法,以补充物权成文法供给机制的不足,似无不妥。

最高人民法院的法官显然认识到这一点,他们倾向把地方性法规或行政规章有关担保物权登记的规定作为习惯法。^[27]在为这些法官击节叫好的同时,又不免狐疑,功能相当的政策、地方或行业操作规范等成文规范却不是物权习惯法,是否有违同等事物同等对待的平等正义?

2. 为何司法裁判能成为物权习惯法

自生自发的习惯法是待被发现的事实,法官在确认时无需创制和加工,在这样纯粹的习惯法之外,还有法官参与形成的习惯法。法官积极参与习惯法的形成,往往带有规制既有民间习惯或商业惯例的意图,使其往法官理解的法律秩序方向靠拢,其中必定包含既有做法所缺失的新元素,社会公众接到这个元素传递的信息后,能及时调整行为模式,以便得到更全面的认可和保护。

在此方面,最典型的物权习惯法应是德国法系的让与担保,其雏形来自交易实践,升级改造则经由法院裁判的一次次打磨。^[28]我国大陆的让与担保在被《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉有关担保制度的解释》(以下简称《担保制度司法解释》)第68—69条成文化之前,也经历了法院裁判裁剪交易模式的过程。^[29]其实,鉴于现代社会自发生自发的习惯法为数甚少,更有现实意义的习惯法毋宁是在法院审判活动中取得共识并成为惯习的裁判,^[30]照此来看,法院参与下的物权习惯法其来有自。

[24] 这方面的实例很多,参见刘萍主编:《中国动产担保创新经典案例》,中信出版社2010年版,第235—266、323—331、385—392页。

[25] 参见苏力:《道路通向城市:转型中国的法治》,法律出版社2004年版,第100页。

[26] 参见陈小君、肖楚钢:“论土地经营权的政策意蕴与立法转化”,《新疆社会科学》2021年第1期,第98页。

[27] 参见最高人民法院民事审判二庭:《最高人民法院担保制度司法解释理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第537页。

[28] 参见(德)鲍尔/施蒂尔纳:《德国物权法》(下册),申卫星、王洪亮译,法律出版社2006年版,第599—639页;谢在全:“判例法之进程”,《月旦法学杂志》2021年3月第310期,第185—208页。

[29] 参见蔡立东:“股权转让与担保纠纷裁判逻辑的实证研究”,《中国法学》2018年第6期,第239—257页;程啸、高圣平、谢鸿飞:《最高人民法院新担保司法解释理解与适用》,法律出版社2021年版,第431—432页。

[30] 参见(德)齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第116—120页;吴从周:《民事实务之当前论争课题》,元照出版有限公司2018年版,第238—240页。

三、合同何以具有物权效力？

(一)问题的初步说明

1.具有物权效力的合同界定

物权法和合同法关联紧密、互动频繁,在诸多接触点中,欧洲学者认为最重要的莫过于“具有物权效力的合同”,^[31]也即在一定限度内能对抗第三人的合同。在德国法系和我国,这类合同的适例有租赁合同、预告登记的买卖合同等。

2.问题的内涵

这类合同冲破了惯常的相对性,会危及稳定的交易预期,没有哪个法域的民法不慎重对待。因制度发展路径不同,德国法系不同国家的处理方案不同。以不动产租赁债权约束租赁物受让人为例,德国以承租人占有租赁物为要件,理论基础是债权物权化;^[32]瑞士以租赁债权预告登记为要件,理论基础是物上之债;^[33]奥地利以不动产登记为要件,理论基础是对人物权的外部效力。^[34]我国学界注意到这些方案,在多数赞同之余也有不同声音,或认为债权物权化有逻辑缺陷,^[35]或认为物上之债失之过泛应予限缩。^[36]

前述德国法系方案的底层共性机制是法定机制和公示机制,即只有在法律规定的情形,符合公示要求的合同才能对抗第三人。从功能上看,这两个机制分别与物权法定原则和物权公示原则对应,用它们支撑合同的物权效力,解释力很强。^[37]但也有研究指出,合同对抗力违背了以物权行为、绝对权和排他性为基础的物权法外在体系。^[38]更重要的是,法定机制和公示机制对于我国为数不少的相关规范和实践并不合身,合同何以具有物权效力,因而是需要认真对待的大问题。

(二)问题的展开说明

1.合同具有物权效力的底层共性机制

法定机制和公示机制的双重叠加效用支撑了合同的物权效力,具体而言:

第一,法定机制通过法律(如《民法典》第 221 条)的公开性使社会公众知悉能对抗第三人

[31] 参见(德)克里斯蒂安·冯·巴尔、乌里希·得罗布尼希主编:《欧洲合同法与侵权法及财产法的互动》,吴越等译,法律出版社 2007 年版,第 402 页。

[32] Vgl. Claus-Wilhelm Canaris, Die Verdinglichung Obligationscher Rechte, in: Festschrift fuer Werner Flume zum 70. Geburtstag, Band. I, 1978, S. 376 ff.

[33] Vgl. Peter Gauch/Jörg Schmid/Walter R. Schlupe, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band. I, 9. Aufl., 2008, S. 14 ff.

[34] 参见(奥)赫尔穆特·考茨欧:“物、所有权与对人物权:《奥地利普通民法典》中被忽视的教义学宝藏?”,冯洁语译,载《南京大学法律评论》2018 年春季卷,南京大学出版社 2018 年版,第 122—125 页。

[35] 参见温世扬、武亦文:“物权债权区分理论的再证成”,《法学家》2010 年第 6 期,第 42—44 页。

[36] 参见雷秋玉:“租赁权对抗效力的民法解释论:基于民法体系方法的批判与修正”,《法学家》2019 年第 5 期,第 96—97 页。

[37] 参见张鹏:“物债二分体系下的物权法定”,《中国法学》2013 年第 6 期,第 67—78 页。

[38] 参见李永军:“民法典物权编的外在体系评析”,《比较法研究》2020 年第 4 期,第 60—62 页。

的合同种类和内容,公示机制通过公示(如预告登记)的公开性使社会公众明了能对抗第三人的具体合同,借助这两重的公开效用,第三人能事先了解合同约定,不至于因为信息不完备而遭受被合同排斥的不测风险,进而决定是否或以何种条件进行以该合同标的物为对象的交易,从而有效降低合同相对性的画风突转所可能带来的负面作用。

第二,法定机制把有对抗力的合同种类和内容(如《民法典》第405、725条规定的租赁合同)一一列举出来,数目有限且明确,社会公众很容易就能确知这些高风险点,而公示机制也要符合法律规定(如《民法典》第405、725条规定承租人对租赁物的占有),这两重的法定效用使对抗第三人的合同有高度确定的样态,能有效控制这些合同的负面作用。

2. 底层共性机制的问题

在《民法典》第221、405、725条之外,前述底层共性机制存在值得深入探讨的问题,主要如下:

第一,有物权效力的合同种类及其公示方式均要法定,法定机制因而与公示机制形成闭环。不过,有些法律仅规定可公示的合同,但未明确其效力,如《城市房地产管理法》第54条规定了房屋租赁合同登记备案,其民事后果如何,交由民事立法和司法判断。房屋租赁合同登记备案能公示租赁信息,《民法典》之所以未把它作为公示机制,是因其尚未普遍实践。^[39]问题在于,在表彰租赁信息方面,实践中业已存在的这种登记备案比占有更公开、更确定,更容易为房屋受让人、抵押权人了解,按照“举轻以明重”的思路,公示效能更强大的登记备案的租赁合同理应有对抗力。^[40]若该认识成立,就会打破法定机制和公示机制的闭环,而这个口子应开多大,标准是什么,不无探讨的空间。

第二,从规范分析来看,法定机制决定了哪些合同在哪些方面具有物权效力,因而不可或缺。但从交易情境出发,是公示机制实质上决定了合同能对抗第三人,法定机制无非是这种现象的法律确认和表达。以不动产租赁为例,正因为占有标的物的不是出租人,受让人才要探知占有人的身份,进而知道租赁关系的存在,受让人在此情况下受让标的物,表明其愿意承受租赁合同,租赁合同因此能对抗受让人。这意味着,承租人对租赁物的占有,使本来隐于当事人双方内部的租赁信息溢散出来,能为不特定的人所知悉,进而对抗租赁物的受让人。也正因此,《民法典》第405、725条相较于此前的规定增加了承租人占有租赁物的要求。

基于相同的逻辑,占有同样能成为其他合同具有物权效力的正当性来源。^[41]《最高人民法院第八次全国法院民事商事审判工作会议(民事部分)纪要》(以下简称“八民纪要”)第15条就规定,在一房数卖的情形,合法占有房屋的买受人权利优先于恶意办理登记的买受人。我国没有哪个成文法规定,占有房屋的买受人能对抗该房屋的受让人,这毋宁是法院创制的习惯法。若法院对占有的这种作用具有共识,那么,借用合同、房地产合作开发合同、共有物管理合同等能导致他人取得占有的合同,均应有对抗标的物受让人的物权效力。这样一来,在法定机制缺失时,通过法院裁判把“转让不破租赁”扩展成“转让不破转移占有的合同”,似无不可,法定机制的必要性因此存疑。

[39] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义》(中册),法律出版社2020年版,第1362页。

[40] 参见房绍坤、纪力玮:“论抵押权与租赁权冲突之解决”,《山东社会科学》2020年第2期,第28—29页。

[41] 参见孙宪忠:“《物权法司法解释(一)》与交易中的物权确认规则”,《法律适用》2016年第11期,第60—61页;陈永强:“论中间型物权变动之多元要素解释方法”,《法商研究》2016年第2期,第89—90页。

第三,根据《民法典》第403、545、641、745条,《担保制度司法解释》第43条等,即便禁止或限制转让抵押财产等约定没有公示,也能对抗善意第三人。这样的构造把合同对抗力的关键支撑点从客观的、普遍可知的公示转向主观的、需个案判断的善意恶意,与《普鲁士普通邦法》规定的、但未被《德国民法典》认可的向物权(Jus ad rem)——能对抗他人的转移占有请求权,如在一物两卖中,在先的买卖合同能排斥知悉该合同的后买受人^[42]——高度相像,但又不同,向物权毕竟限定为导致占有转移的合同,而我国的前述规定没有这种范围限制。即便向物权仍有镜鉴之用,但因其已成今人凭吊的历史遗迹,用它来正当化我国这些规定,似乎并不可取。不过,具有物权效力的合同之所以需要公示机制,目的在于使隐秘的合同公开化,便于他人知悉,虽然合同没有公示,但恶意者已然知悉该合同的,事实上达到了公示机制意欲达到的效果,以此为准,合同对抗善意第三人,与合同经过公示对抗第三人,似乎无实质差异。这样一来,公示机制的必要性也要存疑。

只要这些问题成真,还有什么机制、何种理论能支撑合同的物权效力,就成为一盘没有下完的棋局。

四、从何种视角解读亲子物权规范?

(一)问题的初步说明

1. 亲子物权规范的界定

父母与未成年子女的亲子关系除了身份利益,还有财产利益,与此相关的规范是亲子财产规范,它在《民法典》中有两部分,一是归属规范,第1070条通过规定父母和子女相互继承遗产的权利,表明未成年子女有独立于父母的财产;二是处分规范,第35条第1款规定,父母除为未成年子女利益外,不能处分后者的财产。在这些规范基础上,亲子财产形态是物权的,其归属和处分还应遵循相关的物权规范,这些规范群构成亲子物权规范。亲子股权因涉及信息披露、股东权利行使等方面,还应遵循相应规范,^[43]亲子物权规范则与此无关。

2. 问题的内涵

与市场背景下的物权不同,亲子物权处于亲情之中,在未成年子女物权归属上,市场会与亲情打架,如父母出资购买的房产登记在未成年子女名下,面对父母的债权人异议,该房产是未成年子女个人所有,是家庭共有,还是夫妻共同财产,学理和实务分歧巨大。^[44]未成年子女的物权处分也有类似的打架,以至于处分是有效、无效或效力待定,学理和实务同样没有共识。^[45]

这些分歧呈现出两种视角,一是注重父母和未成年子女人格独立、财产分离的个人主义,在这种视角中,未成年子女物权归属用物权法调整足矣,处分则以是否符合未成年子女利益为

[42] Vgl. Hans Wieling, Jus ad rem durch einstweilige Verfügung?, JZ 1982, S. 839 f. 另参见金可可:《论债权与物权的区分》,中国社会科学院研究生院2004年博士学位论文,第70—72页。

[43] 参见赵旭东:“未成年人股东与股权的法律性质与法律规制”,《中国青年社会科学》2016年第3期,第120—129页。

[44] 参见夏昊晗:“亲子间赠与、债权人保护与未成年人名下房产所有权归属的认定”,《华东政法大学学报》2019年第3期,第182—192页。

[45] 参见解亘:“论监护关系中不当财产管理行为的救济”,《比较法研究》2017年第1期,第136—156页。

标准;另一是整体主义,它强调在亲情的天然维系下,在共居的生活强化下,父母子女的个体性深植于亲子关系的整体性当中,结果是未成年子女名下的物权未必是其个人财产,只要处分出于父母真意即可生效,无需再附加其他判断。^{〔46〕}这两种视角是对立的,如何评判是问题。

(二)问题的展开说明

1.两种视角对立的根源

民事财产法充满浓郁的个人主义风格,所有权绝对、合同自由就是经典例证。在现代化进程中,随着国家的积极介入,家庭法也以个人主义为精神气质和风格导向,贯彻夫妻平等和未成年子女最佳利益原则。^{〔47〕}这实质影响了亲子财产规范,以德国为例,未成年子女的财产不归属于父母,父母在特定情形应制作未成年子女财产目录并提交给法院,父母不得随意使用未成年子女财产,父母处分未成年子女财产需遵循为子女最佳利益原则并经法院同意。^{〔48〕}我国也是如此。用一句话来概括个人主义视角下的亲子财产规范,就是“亲是亲,财产分”。

不从规范应然层面、而从社会实然层面来考虑,会发现缺乏市场机制的社会是整体主义导向的。比如,狩猎采集社会是人和财产基本不流动、人际间信息充分敞开的封闭社会,主色调是社群团结而非个体独立,在此没有所有权绝对和合同自由,因为迫于生计,有限的财物只能共享而无法独占,财物交换也意在通过互惠加强联合。^{〔49〕}又如,在围地耕织的农业社会,人们相互间知根知底,无需人为的登记来表征土地所有权,土地买卖、借贷等交易虽有经济考量,但至关重要的还有互助、感情和信誉。^{〔50〕}作为弥漫亲密情感的小型社群,亲子的家庭结构无异于前述封闭社会的缩影,亲子关系高度连带,身份彼此成就,情感互为依托,天然排斥个人主义。正因此,萨维尼在区分财产法和家庭法时,特意指出一些财产制度附着于具体的家庭关系,构成“实用家庭法”,不仅在财产法中有独立地位,也不同于婚姻、父权、亲属、监护所组成的“纯粹家庭法”。^{〔51〕}

正因为亲子的法律建构在一定程度上会引导生活实践,但又未完全重叠,面对客观存在的间隙,在解读亲子物权规范时,就有了法律建构的个人主义视角和生活现实的整体主义视角。

2.两种视角下的物权归属

在个人主义视角下,亲子物权的归属不同且边界明晰。遵循《民法典》第216条有关谁名下的不动产物权归谁所有的规范,未成年子女名下的不动产当然归其个人,至于该不动产源自父母抑或他人,在所不问。

在整体主义视角下,父母和未成年子女在具体家庭中通过制度化的生活全面强化了韧性,

〔46〕 这两种视角在夫妻财产研究中也体现,相关评析参见冉克平:“夫妻团体财产与个人财产的法理构造”,《法制与社会发展》2019年第5期,第22—37页;贺剑:“夫妻财产法的精神”,《法学》2020年第7期,第20—40页。

〔47〕 参见施慧玲:《家庭·法律·福利国家》,元照出版有限公司2001年版,第3—33页。

〔48〕 参见(德)迪特尔·施瓦布:《德国家庭法》,王葆苜译,法律出版社2010年版,第349—354页。

〔49〕 参见(美)马歇尔·萨林斯:《石器时代经济学》,张经纬等译,生活·读书·新知三联书店2019年第2版,第53—331页。

〔50〕 参见杨懋春:《一个中国村庄:山东台头》,张雄等译,江苏人民出版社2001年版,第61—148页。

〔51〕 参见(德)萨维尼:《当代罗马法体系(第一卷)》,朱虎译,中国法制出版社2010年版,第260—303页。

在情感、经济等生活各要素上相互依赖、高度交织,形成“全面的合作,整体的生活”,^[52]是离开彼此都不能好好生活的有血有肉的具体个体,而非面目模糊的原子化个体。正因此,亲子家庭堪称人际关系最紧密的生活共同体,其财产混同和弥散到了难以彻底分清你我的程度。特别是在独生子女家庭,父母财产不过是子女可预期的将来财产,实际就是与子女利益混为一体的家庭财产,而非与子女财产严格区隔的、纯粹的夫妻财产。在此基础上,特别是在父母出资为子女购房等未成年子女财产源自父母的情形,既能把子女财产理解为父母责任财产的转换形态,也能理解为是把本应通过继承完成的财产代际传承提前变现,这进一步增加了亲子物权归属的模糊性。在这种整体主义视角下,父母财产与未成年子女财产浑然一体,即便父母刻意把物权登记在子女名下,也是家庭财产的内部流通,不改它们仍是家庭财产的实质。

3. 两种视角下的物权处分

在个人主义视角下,父母处分未成年子女物权,必须符合子女最佳利益原则,并由法官评价和监督,在父母抵押未成年子女房产等情形,原则上推定不符合子女利益。^[53]

在整体主义视角下,爱护子女是长期进化的人类基因遗传特性,“可怜天下父母心”,与这种生物属性匹配,在为子女考虑时,哪怕看上去再违背子女意愿,如“逼迫”未成年子女学钢琴,父母始终都为孩子好;道理相同,除非有瘾君子父母筹备毒资等极端例外,父母处分未成年子女财产普遍没有害子女之心。而且,父母和未成年子女休戚与共,利益割舍不断,只要前者是一家之长,操持家庭的行为会有利他主义导向,^[54]在其根据实际情况对家庭发展进行整体评估和决策后,无论是为子女购入财产还是处分子女物权,都有利于子女。此外,我国父母在家庭生活中往往发挥主导作用,扮演积极决策者和行动者的角色,不光为未成年子女操碎心,在子女成年后还要为子女成家立业购房置物,这是在物质利益中体现的亲密关系,与西方话语中的家庭亲密关系并不相同。^[55]基于此来理解父母处分未成年子女物权,就必须重视他们的情感关系,而不能完全算经济账,不宜仅从减损未成年子女财产价值或子女未能由此直接受益的角度进行金钱衡量。这样一来,父母处分未成年子女物权,原则上推定符合子女利益,除非有前述的极端例外,法官不宜作否定评价。

五、如何理解商事担保物权规范?

(一)问题的初步说明

1. 商事担保物权规范的界定

在11—13世纪,动产抵押权、货物留置权等担保规范属于西方商法的特征,^[56]后世大陆

[52] 参见费孝通:《乡土中国 生育制度》,北京大学出版社1998年版,第136页。

[53] 参见夏昊晗:“父母以其未成年子女房产设定抵押行为的效力”,《法学评论》2018年第5期,第186—196页;朱广新:《未成年人保护的民法问题研究》,中国人民大学出版社2021年版,第162—185页。

[54] 参见(美)加里·斯坦利·贝克尔:《家庭论》,王献生等译,商务印书馆2005年版,第325—363页。

[55] 参见钟晓慧、何式凝:“协商式亲密关系:独生子女父母对家庭关系和孝道的期待”,《开放时代》2014年第1期,第155—171页。

[56] 参见(美)哈罗德·J·伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第424—426页。

法多把这些规范吸入民法,不再由商法专享。^[57] 不过,商事客观上有异于民事的特别之处,物权法也有专用于商事交易的担保规范,如《民法典》第396条的浮动抵押、《担保制度司法解释》第68—69条的股权让与担保等。此外,存货质押、仓单质押、应收账款质押、融资租赁、保理等是典型的商事交易,对应的规范也属于商事担保物权规范。

2.问题的内涵

从结构布局来看,商事担保物权规范是物权法的有机成分,准确把握物权法的精神气质和结构原则,当然是理解商事担保物权规范的起点。经过长年累月的积累,物权法的说理逻辑和认知脉络相当成熟,浸淫其中的理论界和实务界对基本概念和规范有高度共识,形成可通约、可共情的思维惯习和话语套路,因而往往基于此,用常见的解释方法来透视商事担保物权规范。比如,面对股权让与担保的效力及内外关系问题,通过探秘其担保物权或所有权构造以及与流质条款、善意取得等制度之间的有机关联,借助和谐有序的制度张力来解决。^[58] 很明显,这体现了法律人熟稔的操作,其核心点是把法律当成有内在生命力的体系,以规范为考虑基点,可称之为规范思维。

不过,在利润的引导下,商事交易在风险可控的限度内特别注重高效便捷,而达到这一目的的途径无他,就是在意思自治推动下进行机制创新,并形成一定的运作模式。在此背景下理解商事担保物权规范,交易规律和商业逻辑成了切入点,进而追求规范与商业的契合,这种理解以商事实践为基点,强调法律规范与商事活动规律相结合才有生命力,不妨称为商业思维。比如,同样是面对股权让与担保问题,这种思维想的首先是当事人为何不用现成的股权质押而要创制让与担保的原因及其利弊,再有针对性地进行规范分析,避免因无视具体的交易情况而导致规范间的拉郎配。^[59]

从交叉学科的维度看担保,它是市场的根基,私法的核心,是现代生活方式的基石,甚至是全球金融治理技术与政治的核心场域。^[60] 商事担保物权是担保的重要构成,其重要意义毋庸置疑。在两种不同思维的分别审视下,同一规范呈现出不同映像,如何选择是一个大问题。

(二)问题的展开说明

1.两种思维后果差异的再展示

规范思维和商业思维的后果差异情形很多,再举数例展示:

第一,浮动抵押和存货动态质押都是动产担保,在规范思维下,鉴于它们的标物流动性等共性,两者应合一,但在商业思维下,首先分析业界为何不按浮动抵押模式来运行存货动态

[57] 《德国商法典》规定了商人留置权,但学理认为它不应脱离民法,参见(德)C. W. 卡纳里斯:《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第665—677页。

[58] 参见司伟、陈滋华:“股权让与担保效力及内外部关系辨析”,《法律适用》2021年第4期,第82—89页。

[59] 参见李志刚:“股权让与担保的多维透视与法律适用”,《法律适用》2021年第5期,第58—73页;王洪亮:“让与担保效力论”,《政法论丛》2021年第5期,第138—149页。

[60] 参见(美)万安黎:《担保论:全球金融市场中的法律推理》,江照信等译,中国民主法制出版社2013年版,第6、206页。

质押，^[61]再分析它们的不同规范要点，^[62]结论完全不同。

第二，《美国统一商法典》的正常经营买受人规则对我国影响很大，其要点之一是买受人有不知侵害担保权益的善意，若担保权人不允许担保物人出卖担保物，知情的买受人就非善意。在规范思维下，前述规则可无缝移植到我国。不过，美国规则以买受人通常知悉货物上有担保权益为前提，无法以买受人不知担保登记为善意标准，但为了促进货物流通并适度保护担保权人，才有了前述的善意标准。^[63]该基础与我国不同。随着《担保制度司法解释》第43条赋予限制抵押财产转让的约定对恶意买受人的约束力，银行等抵押权人势必利用优势地位为这种约定并办理登记，^[64]若采用美国善意标准，正常经营买受人规则在我国基本适用不了。而且，受制于抵押权人不能实控抵押物的风险，我国动产抵押实际发生率很低，据此假设买受人普遍不知货物上有抵押权，更符合实际情况，相应地买受人也不应有查询抵押登记、征询抵押合同信息的义务，因此不能以是否知悉抵押作为买受人是否善意的标准。鉴于这样的交易实际，采用商业思维，我国正常经营买受人规则不应以买受人善意为要件。^[65]

第三，在规范思维下，债权转让、应收账款质押、保理、资产证券化的差别之大，不可以道理计，但在商业思维下，不同概念掩盖不了它们根脉相连的事实，对起根基作用的债权转让进行更符合实践的改造，能产生更大的体系效用。^[66]

2. 对商业思维的展开说明

在立法理论上，法律规范的形成被看作立法者将法律理念与拟调整的生活事实相互对应、调适、同化的过程。^[67]放在商事担保物权规范，其对应着代表实际需要、带有普遍性的交易规律。“商人重利轻别离”，商事交易恒定地围绕利润打转，这种内在限定使其不同于民事生活，正因此，民事生活中普通人看重的“别离”才为商人看轻，商事交易规律与民事生活规律因而不能合一。一旦商事交易规律未被批准，商事担保物权规范自然难言妥当。

由于民事物权规范是相应民事生活规律的法律写照，不同于商事物权规范，在理解后者时不能生搬硬套前者的逻辑，而应在探索商事交易规律的基础上进行恰当解释。若非如此，除了扼杀商事交易活力，或逼迫业界另找出路再造新模式，别无他益。在这种内在制约因素的影响下，从商事交易实践出发来理解商事担保物权规范，也即秉持商业思维，就是不二选择。

比较法也能提供印证。德国18世纪末到19世纪中期有这样的观念，即在理解商法时，法官要运用常识去恰当地把握交易规律；商人的法律意识是商法真正的基础，而按照商事交易规

[61] 参见最高人民法院民事审判二庭，见前注[27]，第478—479页。

[62] 参见陈本寒：“动态质押监管人的角色定位与义务承担”，《法学家》2021年第4期，第103—105页。

[63] See James Brook, *Secured Transactions*, Amsterdam: Wolters Kluwer Law & Business, 2014, pp. 345—359.

[64] 参见崔建远：“担保制度司法解释的制度创新与难点释疑”，《财经法学》2021年第4期，第58页。

[65] 参见高圣平：《民法典担保制度及其配套司法解释理解与适用》（上册），中国法制出版社2021年版，第604、650—651页。

[66] 参见李宇：“民法典中债权让与和债权质押规范的统合”，《法学研究》2019年第1期，第56—77页；朱虎：“债权转让中的受让人地位保障：民法典规则的体系整合”，《法学家》2020年第4期，第21—28页。

[67] 参见（德）亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”》，吴从周译，学林文化事业有限公司1999年版，第97—99页。

律进行裁判的商事法庭是商人法律意识的司法组成部分。^{〔68〕}这一观念不仅通过1861年《德国普通商法典》与1879年的德国商事特别法庭制度落地生根,还通过卢埃林影响到《美国统一商法典》,^{〔69〕}也正因此,在借鉴美国经验时,须特别注意与其对应的交易实践。

总的说来,在商业思维下,商事担保物权的规范意义寄托于交易实践中,在理解时,重要的是探索相关的运行规律,进而在法律规范中保留与该规律的契合之处,剔除背离之处,这是“功夫在诗外”的工作。

六、行政许可与物权变动的关系是什么?

(一)问题的初步说明

民法向来不是纯粹私人自治的乐园,代表国家管制的公法从未离场,自治与管制形成复杂的互动关系。^{〔70〕}在国家管制中,行政法支撑的行政许可最常见,它深度嵌入民法并多点开花,除了对合同效力的巨大冲击,在物权变动层面也影响不小。比如,《城乡规划法》第40条规定,城市建设房屋需经规划主管部门核发建设工程规划许可证,这种许可旨在规范建设房屋这种事实行为,事关土地使用权人能否根据《民法典》第231条取得建筑物所有权,与建筑物买卖合同效力无关。^{〔71〕}与其对合同效力的常见切入模式一样,行政许可对物权变动的影响力到底有多大,法律规范往往未予明言。

为了明确行政行为附带的民事后果,常见的认识基点是法律秩序的一致性,以确保行政规范和民法规范在目的及运作上不会出现评价矛盾。不过,由众多规范构成的法律秩序客观上不可能完全一致,法律秩序一致性只是理想。^{〔72〕}而且,因为路径依赖、知识局限等约束,行政法和民法的对接多有错位,需在宪法的高度整合,^{〔73〕}但这要打通宪法、民法和行政法知识壁垒,谈何容易。德国学理就认为这个基点对于理解行政许可的民法连带效果无甚助益。^{〔74〕}

〔68〕 Vgl. Johann Georg Büsch, *Theoretisch-Praktische Darstellung der Handlung in deren mannigfaltigen Geschaeften*, Band II, 1792, S. 366; Levin Goldschmidt, *Handbuch des Handelsrechts*, 2. Aufl., 1864, S. 242 f.

〔69〕 See James Whitman, *Commercial Law and the American Volk: A Note on Llewellyn's German Sources for the Uniform Commercial Code*, *The Yale Law Journal*, Vol. 97, 1987, p. 156.

〔70〕 参见(日)美浓部达吉:《公法与私法》,黄冯明译,中国政法大学出版社2003年版,第149—251页。

〔71〕 参见王轶:“行政许可的民法意义”,《中国社会科学》2020年第5期,第91—92页。这类规范还有《城市房地产管理法》第40条有关划拨建设用地使用权转让需经由批准权的政府审批的规定、《土地管理法》第60条有关宅基地使用权由乡(镇)政府审核批准的规定、《农村土地承包法》第52条有关“四荒”经营权报乡(镇)政府批准的规定、《探矿权采矿权转让管理办法》第10条有关矿业权转让经审批管理机关批准的规定等。通常认为不动产登记不是行政许可,参见尹飞:“不动产登记行为的性质及其展开”,《清华法学》2018年第2期,第49页。

〔72〕 参见(德)魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2005年版,第117—123,319—331页。

〔73〕 参见章程:《民法学的地平线》,北京大学出版社2021年版,第113—134页。

〔74〕 参见(德)汉斯·J. 沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔:《行政法(第1卷)》,高家伟译,商务印书馆2007年版,第213页。

即便在法律秩序一致性的基点上,对行政许可与物权变动的关系也有三种不同思路:一是公法优位,即没有行政许可,物权不能变动;二是私法优位,即行政许可不会影响物权变动;三是衡平考量,即行政许可是否影响物权变动,需结合规范功能、限制因素等酌定。

由上可知,在理解行政许可与物权变动的关系时,既有以什么为认识基点的根本问题,在法律秩序一致性基点上,还有三种不同思路的取舍问题。

(二)问题的展开说明

1.对公法优位思路的说明

这种思路的主要理由如下:

第一,法律出于维护公共利益的目的,以行政许可的方式对相对人的行为自由进行事先限制,没有行政许可,相对人的行为自由未被恢复,物权变动会损害公共利益。比如,没有建设工程规划许可的建设行为没有合法性,建筑物不宜归土地使用权人所有,^[75]否则会不当解禁对建设自由的限制,导致个人自由和公共利益的失衡。

第二,行政许可是后续管制环节正当性的来源,在后续环节是不动产登记时,缺失行政许可会导致登记错误。在德国,为了邻人和公众的利益,在建设规划的范围内,没有许可,即便土地分割完成登记,所有权也不能变动。^[76]在我国,对宅基地的使用涉及耕地保护、粮食安全等公共利益,其使用权的取得因而需先经批准,^[77]未经批准的首次登记错误。

第三,行政许可有合理配置产权的功能,若允许物权变动不经行政许可即可完成,会导致产权配置失当。比如,根据《城乡规划法》第37—39条,控制性详细规划是土地使用权划拨和出让的基础,基于该规划的容积率、建设密度、建筑限高等规划条件事先具体化了土地使用权的权能,故而,没有建设工程规划许可,土地使用权人会逾越本有的权限,对由此产生的建筑物当然不能取得所有权。

第四,与法院相比,行政机关处于市场管制和行政服务的第一线,它更了解也更熟悉市场运作和行政规律,在没有行政许可时,法院不宜确认物权变动与否。正因此,我国民事法官不能擅自确认没有建设工程规划许可的建筑物有无所有权。^[78]

2.对私法优位思路的说明

这种思路的主要理由如下:

第一,以所有权为代表的物权是民众最基础的财产权,物权变动事关民事基本权益,法律不应通过行政许可为物权变动设置障碍。而且,在行政法中,合法并正确地保护私益本身就是公益,^[79]因此不能说没有行政许可的物权变动必然损害公共利益。

第二,虽然没有行政许可,但后续的不动产登记使物权变动成为实然,表明国家已恢复相对人的行为自由,不能说登记必定错误。比如,《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第

[75] 参见王利明:《物权法研究(上卷)》,中国人民大学出版社2018年版,第268—269页。

[76] 参见鲍尔等,同前注[28],第486、564—568页。。

[77] 参见韩松:“宅基地立法政策与宅基地使用权制度改革”,《法学研究》2019年第6期,第77页。

[78] 参见杜万华主编:《〈第八次全国法院民事商事审判工作会议(民事部分)纪要〉理解与适用》,人民法院出版社2017年版,第369—370页。

[79] 参见李惠宗:《行政法要义》,元照出版有限公司2016年版,第146页。

45条规定划拨建设用地使用权的抵押须经主管部门的批准,但2004年《国土资源部关于国有划拨土地使用权抵押登记有关问题的通知》(以下简称“划拨土地使用权抵押登记通知”)指出未经批准、但经登记的划拨建设用地使用权抵押有效,就相当典型。

第三,物权变动不影响物权人受行政处罚等公法制裁,仍能实现行政许可规范的目的。比如,在没有建设工程规划许可的情形,建造人取得建筑物所有权,不影响《城乡规划法》第64条的行政处罚等措施适用于建造人。^{〔80〕}

第四,物权变动是受民法调整的民事现象,而民法规范有其特有的运行机理,外在的行政许可规范改变不了这一机理。比如,即便没有建设工程规划许可,建设行为也是事实行为,基于事实行为的原理和规范,建造人能取得建筑物所有权。^{〔81〕}

3.对衡平考量思路的说明

这种思路的主要理由如下:

第一,在行政许可的功能能通过其他机制实现时,无需把它作为影响物权变动的关卡,反之则另当别论。比如,划拨建设用地使用权抵押的审批旨在确保土地出让金,以免影响政府财政收益,《担保制度司法解释》第50条第2款以抵押权实现时的变价先用于补交土地出让金为条件,再次重申了“划拨土地使用权抵押登记通知”的立场,这表明抵押权实现机制可确保审批的功能,没必要再用它来限制建设用地使用权人设立抵押权的自由。又如,“四荒”经营权的审批事关生态治理和保护,该功能没有替代实现机制,故而,“四荒”经营权未审批不能产生。

第二,任何制度都不是无机存在,而是深植于社会中有有机成长的,行政许可也不例外。一旦制约因素发生变化,行政许可会随之变化,进而对物权变动的的影响也会变化。比如,控制性详细规划是建设工程规划许可的基础,而城市规划的行政法属性是以未来为导向的计划,它有配合环境变迁的修正调整的弹性。^{〔82〕}任何计划的有效性都要经实践检验,而计划赶不上变化是常见的现象,无论在中国一线城市还是在英美等资本主义发达国家,城市规划往往跟不上人口变化。^{〔83〕}而且,城市规划虽然以布局合理、统筹发展、宜居舒适为指引,但往往无法全面顾及众多居民具体而微的实际需求,缺乏生活的温度,因而会产生脱离实际、浪费资源等负面效应,以至于出现“大城市生与死”的忧虑。^{〔84〕}一旦城市规划因时因势而修正调整,势必影响行政机关是否作出建设工程规划许可的判断标准,结果会出现原先不予许可的建设行为之后合法,土地使用权人因此能取得建筑物所有权。故而,不以建设工程规划许可作为判断是否违法建筑唯一标准的法院裁判才时有出现。^{〔85〕}

第三,行政许可有其运作机制,这种机制的弹性大小也影响物权变动。比如,通过补交土

〔80〕 参见王洪平:《公私法交融视域下的违法建筑问题研究》,中国人民大学出版社2020年版,第171—184页。

〔81〕 参见最高人民法院(2013)民申字第50号民事判决书。

〔82〕 参见陈敏:《行政法总论》,2011年自版发行,第647页。

〔83〕 参见周其仁:《城乡中国》,中信出版社2017年版,第451—452页。

〔84〕 参见(加拿大)简·雅各布斯:《美国大城市的生与死》,金衡山译,译林出版社2006年版,第1—216页。

〔85〕 参见最高人民法院(2019)最高法行申7904号行政裁定书。

地出让金来换取容积率的扩大,在实践中不乏其例,这表明在一定条件下,建设工程规划许可的有关判断标准灵活可变,这会导致建筑物权属处于不确定状态。

七、司法查封如何限制物权处分?

(一)问题的初步说明

查封是民事强制执行的最常见措施,其主要针对被执行人的物权。根据《民法典》第399条第5项、《城市房地产管理法》第38条第2项等规定,被执行人不得转让或抵押查封财产,此即查封的处分限制规范。

从最高人民法院有关司法解释和司法文件可知,理解查封对物权处分的限制,有两种不同思路:一是限制被执行人的处分权,以查封财产为标的物的买卖、抵押等合同履行不能,如《最高人民法院、国土资源部、建设部关于依法规范人民法院执行和国土资源房地产管理部门协助执行若干问题的通知》第22条规定,对查封的不动产物权不能办理转移登记、抵押登记,查封登记的不动产物权客观上处分不能;二是限制被执行人的处分自由,合同仍能履行,但不能对抗申请执行人,如《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》(以下简称《查封扣押冻结规定》)第24条第1款规定,被执行人就查封财产所作的移转、设定权利负担或者其他有碍执行的行为,不得对抗申请执行人。不同思路下的后果看上去差异很大,何者为优,有展开深入探讨的必要。

(二)问题的展开说明

1.对限制处分权思路的说明和评析

我国法院认为查封限制了被执行人的处分权,^[86]这样一来,查封财产的处分权转由法院取得,被执行人丧失了处分的可能性。这看上去与继承人不得处分遗产管理人管理的遗产这种典型的处分权限制规范结构完全一致,根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉物权编的解释(一)》第15条第1款第3项,可把被执行人处分查封财产看作无权处分。

不过,查封的处分限制规范与前述的处分权限制规范存在以下差异,可议之处不小:

第一,基础不能相提并论。继承对死者的原有关系带来重大冲击,继承人之间、继承人与死者的债权人之间会有急剧的利益冲突,而继承份额、债权数额等利益往往需要一定程序和时日来甄别确定。对此,法律采用谨慎谦抑的私法调整机制来防范可能的失序,它未把国家公权力引入门内,而是由遗产管理人这样的私主体作为协调利益和维护秩序的主导者。为了使管理人师出有名并行之有效,法律只有剥夺继承人的处分权,并将其赋予管理人这一条路可走,这体现了处分权的保护功能,^[87]处分权限制规范因此得以成形。与此不同,强制执行是国家提供的法律保护,处理的是申请执行人和法院之间的公法关系,只要能满足民事诉讼法或强制

[86] 参见沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》(下册),人民法院出版社2015年版,第1295—1296页。

[87] Vgl. Christian Berger, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen, 1998, S. 11.

执行法的要求,申请执行人的实体权利是否有效存在,不构成实质影响。^[88]这意味着,被执行人不得处分查封财产是其负担的公法义务,法院对查封财产的处分权也是公权力,与处分权限制的规范基础有根本区别。

第二,法律效果不尽一致。在被继承人死亡时,处分权限制规范保护的继承人或债权人利益的具体内容可能不确定,但的确存在这些利益。经过利益衡量,管理人可同意继承人处分遗产,继承人未经同意擅自处分的,适用善意取得规范。^[89]与此不同,申请执行人的利益未必真实存在,它会遭受案外人执行异议之诉等法定障碍。受制于这种不确定性,在德国法,被执行人仍能处分查封财产,只不过该行为相对不生效,也即在损害申请执行人利益的限度内物权不变动;同时,为了保护处分相对人,可参照适用善意取得规范。^[90]《查封扣押冻结规定》第24条也基本相当。^[91]

这些差异表明查封限制处分权的思路不能成立,结果是以查封财产为标的物的合同并非履行不能,被执行人处分查封财产不是无权处分,结果并非效力待定,而是不能对抗申请执行人的相对不生效。

2.对限制处分自由思路的说明和评析

有处分权的物权人有处分自由,是否以及如何处分,由物权人自行决定。但有处分权,未必能实现处分自由,因为法律还可能限制处分自由,限制处分自由的思路就基于此而产生。

从理论上讲,限制处分权与限制处分自由是不同的。限制处分权有两种方式,一是从物权内部容量切入,扣减其处分权能,如《民法典》第369条规定居住权不得转让,这种内在限制使居住权人没有能力转让权利;另一是从主体入手,法律将本属于物权人的处分权授予遗产管理人其他人,即便物权人的处分行为客观上成形,也会因为缺乏必要条件而效力待定。在处分自由限制,物权有处分权能,物权人也有处分权,具备处分行为的必备要件,处分结果不是效力待定,但法律从行为外部规制切入,压缩物权人的行为自由空间,不允许其为处分行为,对于违背者视情况给予不同评价,比如,违背公序良俗的行为无效;又如,损害申请执行人利益的行为不生效;再如,不损害申请执行人利益的行为受相应的公法制裁即可,如根据《民事诉讼法》第111条第1款第3项被罚款、拘留或刑罚,民法无需再给予负面评价。

限制处分权和限制处分自由分属不同的层面,若某行为能适用处分权限制规范,就不必再为维护某人的利益而禁止相应的处分行为,^[92]结果就不会相对不生效。由此来看,查封是通过限制被执行人的处分自由来实现制度目的的。基于此再来理解查封的处分限制,就知道它不是要彻底杜绝被执行人处分查封财产的行为,而是要以申请执行人的利益为标准,对这种行为的效力进行分类评价,只有损害申请执行人的行为才受负面评价,原则上不能产生物权变动的效果。

[88] 参见(德)康拉德·赫尔维格:《诉权与诉的可能性》,任重译,法律出版社2018年版,第38—64页。

[89] 参见(德)雷纳·弗兰克、托比亚斯·海尔姆斯:《德国继承法》,王葆蔚、林佳业译,中国政法大学出版社2015年版,第104—105页。

[90] 参见(德)维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第414—427页。

[91] 参见吴光荣:“论违反让与禁止的法律后果”,《法律科学》2014年第5期,第82页。

[92] 参见(德)迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第501—502页。

由上可知,限制处分权和限制处分自由是两种不同思路,后者在理论上能更清晰地说明查封对物权处分的限制。不过,这种理论清晰有何实益,还需三思。在我国,国有建设用地使用权等以登记为变动要件的不动产物权在查封登记后,被执行人客观上不能转让、抵押,查封限制的是处分权还是处分自由,在该现实面前没有任何区别。在德国,处分查封财产的行为虽然相对不生效,但能参照适用善意取得规范,实际上与效力待定的无权处分殊途同归。这些实益模糊之处提示我们,在传统观念忽视查封对物权影响的大背景下,^[93]也许这两种思路均不周延,那加深这方面的探讨,寻找能更合理地解释查封限制处分的路径,无疑是很有价值的工作。

八、信息革命会解构物权法吗?

(一)问题的初步说明

作为与债权对立的法律概念,物权缘起于德国,在物权绝对性的基础上,公示、法定、特定等原则搭建了物权法的体系结构,使它区别于债法。这一区分是潘德克顿的法学实证主义产物,同时也符合工业革命的发展情况,符合市民经济社会的利益,^[94]对同处工业革命时代的其他物权法影响深远。

现时的信息革命极大地改变着政治、经济、社会、人类的身体和思想,^[95]它是否会解构物权法,是应认真思考的问题。公示是引发问题的导火线。有研究指出,信息革命对登记机制产生剧烈冲击,会削弱法定原则的必要性,在物权自由的转向下,债的关系能替代他物权,孤木不成林的所有权不能自担纲物权法,它只宜与其他绝对权构成规范群,物权法因此不复存在。^[96]在本世纪初,有德国学者就深刻反思了债权与物权的关系,认为物权法规范要么能被债法吸收,要么能分解到民法典其他编,物权法因此丧失独立地位。^[97]信息革命对公示机制的冲击效应,看上去会强化这一论述。若这一结论成真,物权法要么实质缩水为所有权法,要么在形式上被其他规范整合,这种剧变不能不引起重视。

(二)问题的展开说明

1.三位一体的物权法结构原则

为了表明绝对性,物权需有公然可见、众所周知的外观,此即公示原则的意蕴。在公示机制中,不动产登记远比动产占有稳定、可靠、精准,占据中心地位。不动产登记在中世纪欧洲业已流行,但彼时只能凭人工在羊皮或纸质登记簿上记载与不动产有关的信息,而记载的信息越

[93] 参见刘哲玮:《诉的基础理论与案例研习》,法律出版社2021年版,第199—205页。

[94] 参见(德)弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史》,陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店2006年版,第415—463页。

[95] 参见(以色列)尤瓦尔·赫拉利:《未来简史》,林俊宏译,中信出版社2017年版,第202—361页。

[96] 参见苏永钦:“大民法典的理念与蓝图”,《中外法学》2021年第1期,第73—74页。

[97] Vgl. Franz Jürgen Säcker, Vom Deutschen Sachenrecht zu einem Europäisches Vermoögensrecht, in: Festschrift fuer Apostolos Georgiades zum 70. Gebuertstag, 2006, S. 359 ff; Jens Thomas Fuller, Eigenstaendiges Sachenrecht?, 2006, S. 526 ff.

多,耗费的人力和材质就越多,错误疏漏也越多,^[98]这样的客观限制导致登记成本高、效能低。《德国民法典》对前述限制的突破,是对可登记的信息进行瘦身,除了不动产物权及其密切相关的异议登记、预告登记等信息,其他事项不能登记。

法定原则借助法律的公开性和稳定性,能使民众便宜地知晓现实中的物权有哪些,相应地也能把握自己有怎样的、不会损及物权的行为空间。通过法定原则的协力,公示原则可落到实处,这一点在不动产登记最为明显,因为物权种类已被法律逐一列明,只要在登记簿上记载权利主体、物权名称等必要事项,就足以应对实际需要,登记成本因此减少,效率随之提升。

特定原则也有助于物权公示,^[99]道理很简单,以土地为例,若其四至范围不特定,不动产登记簿无法建立。

总之,在物权绝对性特质的基础上,以公示原则为龙头,以法定原则、特定原则为辅助的原则三位一体,支撑了物权法的体系结构。^[100]

2. 信息革命对物权法的解构

在信息技术推动下,合同订立可电子化,不动产登记簿和申请材料也采用电子介质,能轻而易举地再现合同约定;申请、审核、记载均可线上实现,甚至人工智能的审核、记载在实践中业已展开;区块链技术使整个登记流程踏雪有痕、全然可视;移动互联网则使信息查阅不受时空限制。这样的革新同样见诸动产和权利担保登记以及其他担保登记。相比于从前,登记公示效能的提高何止千万倍。在这样的变化下,登记完全能把交易全貌展示给世人,再仅仅截取其中的物权变动部分加以确认,把登记仅定位成物权公示机制,那真是杀鸡用了牛刀。

随着信息革命的发展,登记的运行成本会愈发低下,效能会愈发高企。只要允许物权和债在登记中共生并存,它们均能为他人轻易知悉,绝对性就不再是专属于物权的特质。在三位一体的物权法结构原则中,既然最主要的公示机制不再以物权为限,法定、特定原则的辅助作用也随之荡然无存;既然这些结构原则被摧枯拉朽,物权法的大厦将倾,就不是杞人忧天。信息革命就这样解构了物权法。

3. 信息革命对物权法的再塑

不过,换个视角再审视信息革命对公示机制的冲击,结果也许不是解构物权法,而是通过结构原则的变化再塑物权法,主要表现为:

第一,信息革命促使信息爆炸,在信息过剩的局面中,简约易得就是美德。在历史上,法定原则的重要功能还有去除对不动产所有权的人为约束,使分割所有权等产生于封建时代的处分限制所形成的约束无处可藏,从而能形成绝对的、抽象的所有权观念,这便于不动产流通,符合自由经济交易的需求。^[101]若登记信息过于庞杂,只要与物相关的债均能记载并能产生物权效力,封建时代的约束将换个马甲卷土重来,这会增加识别成本,不利于权利流通。为了防止这种负面效用,法定原则能否退出历史舞台,颇值三思。

[98] Vgl. Stephan Buchholz, Abstraktionsprinzip und Immobilienrecht, 1978, S. 52 ff.

[99] 参见张双根:“物权公示原则的理论构成”,《法学》2019年第1期,第56页。

[100] Vgl. Heinz Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3. Aufl., 2007, S. 77.

[101] 参见(德)沃尔夫冈·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版,第92—104页。

想在登记信息丰沛化和可掌握信息简约化之间走出一条平衡道路,《美国统一商法典》第9章、《欧洲示范民法典草案》第9卷的动产担保功能化思路也许值得借鉴,即根据权利功能的差异,设置用益权(如建设用地使用权、租赁)、担保权(如抵押权、让与担保)、取得权(如优先购买权、回购)等种类,当事人按需申请记载相关信息,以解决权利识别和交易问题。比如,当事人约定以房屋提供担保,不动产登记机构根据申请将其记载于登记簿的“担保”部分,至于具体形态是抵押、让与担保还是其他,查阅约定内容即一目了然。根据这种思路,随着登记机制的巨大革新,法定原则仍有必要,只不过权利种类和内容要从形式主义转向功能主义。

第二,信息革命会使各路信息即时互联互通,不留信息孤岛,会使物理形态完全不同的数物成为同一特定物,承载同一物权,从而改变特定原则的内涵。举例说明,不动产登记与动产担保登记汇成统一的信息平台后,不动产和动产能整合为一个特定物,比如,在按照特别参数建造仓库以储藏特别货物的情形,把仓库及货物一体作为同一担保财产,在担保权实现时避免对仓库和货物分别估价和变价,能实现效用最大化,为此可通过登记记载把它们配置为功能一体的特定物,成为同一担保权的客体。不仅如此,随着物联网、传感网、动态二维码等信息技术的发展,动产占有不只有对物的实际控制这种传统形态,还包括在线感应控制的新形态,这种新形态之间很容易互联互通,从而能把不同动产合一为特定物进行占有。而且,对动产的在线感应信息与登记信息互联互通后,还能促成占有与登记共存于同一平台的新格局,产生同一客体既有登记型物权又有占有型物权的新样态。《担保制度司法解释》第53条允许动产担保财产概括描述,表明特定原则在此领域具有空间特定与观念特定相结合的内涵。^[102] 信息革命带来的前述变化能印证这一点,并使特定原则的内涵变化对所有的物权都雨露均沾。

信息革命还在推进中,如何分析其已给物权法结构原则带来的变化,并展望将来可能的变化,作出解构或再塑物权法的规划方案,既是顺势而为之举,更有未雨绸缪之效。

九、结 语

与伦理、习惯等其他隐于现实的社会规范不同,成文法外显于社会,配以立法、司法、执法、法学研究、法律服务等一整套机制,有引导、调整和规制社会的法治使命,职是之故,它往往被命名为“法律世界”,以表明与社会现实这种所谓“生活世界”具有不同的逻辑和价值。牢牢抓住并深刻分析这种基于规范的独特性,成为部门法学研究的普遍现象,物权法研究也不例外。

不过,成文法终究不是独立于社会现实的自由王国,它必须关注并考虑现实,在各种羁绊下,它被拉入现实世界,成为其中的一部分,对成文法的研究因而不能只着眼于规范,把现实置之脑后。这样看来,法学研究与其他社会科学研究一样,必须考量诸多复杂的社会变量因素,^[103]而对变量的取舍和赋予的权重不同,针对同一现象会有不同认识,从而产生评价问题。

本文的问题是物权法的(of)理论问题,但它们未局限在学理或规范的抽象文本层面,而是把硬邦邦的、具体的现实素材摆了出来,要把文本与现实之间或和谐、或调适、或抵牾的微妙关

[102] 参见谢鸿飞:“担保财产的概括描述及其充分性”,《法学》2021年第11期,第104—105页。

[103] 参见许中缘:“论《民法典》的功能主义释意模式”,《中国法学》2021年第6期,第183—184页。

系清晰地描画出来,非下大功夫深度观察我们所处的真实世界不可。这些也是关于物权法的 (about)理论问题,它们虽然植根于物权法的基础知识,但又与其他学科血脉相连,要想让血流顺畅、脉动正常,非下大力气深入理解关联学科的知识不可。

维特根斯坦说:“我们踏上了光滑的冰面,没有摩擦,因此在某种意义上条件是理想的,但我们也正因此无法前行。我们要前行;所以我们需要摩擦。回到粗糙的地面上来吧!”^[10]是的,引出前述问题的素材更多的是真实世界的现实情况,是其他学科的关联知识,在物权法学理论视野中,它们可能是粗糙的,是不规整的,习惯了沿着无缝衔接的平整规范而滑行的物权法理论思维之脚一旦踏上去,会很硌不舒服,但问题素材摆在那里,迈出去的步伐又收不回来,那就尽快找到更合适的鞋穿上,或干脆脱掉旧鞋,光脚踩着粗糙地面,用渐增的厚茧适应它。无论如何,理论研究要有新观念新思路。

Abstract: It is believed that the development of the society leads to many major problems relating to property, which provides new platforms for the research on fundamental theories in property laws and needs new requirements for the utility of property law system. With the analysis of property law as the origin and the relationships between legal systems, this article analyses following typical issues layer by layer. 1. What is the meaning of the mode of empowerment for data by the property law? 2. How to enrich the recognition of customary law in property by the knowledge of general theories in civil laws and jurisprudence? 3. How to explain the underlying logic for the confrontation effect of contracts by theories between property laws and contract laws? 4. What are the ownership and disposition rules between parents and children in family property laws? 5. How to explain commercial security rules under the logic in civil law systems? 6. What is the relationship between administration licensing and changes in property rights? 7. How to clarify the path for judicial seizure to restrict property rules? 8. For the property law with genes of industrial revolution, how to deal with changes caused by technique development in information revolution? It is undeniable that deep discussions for these problems from practices would lead to the development for property law theories. Therefore, it needs to analyze fundamental functions in legal systems for property laws deeply, discover the development rules by the closing recognition of practices and make interdisciplinary researches efficiently.

Key Words: Fundamental Theories of Property Laws, Hibert's Problems, Functions of Institutions, Back to Practice, Utility of Legal Systems

(责任编辑:贺 剑)

[10] (英)维特根斯坦:《哲学研究》,陈嘉映译,上海人民出版社2001年版,第70页。