

物权法争议问题之挑战

常鹏翱教授《物权法的“希尔伯特问题”》 之启发

谢在全*

摘要 物权法面临诸多争议问题,其中债权物权化是早已存在者,至今争议未歇,因债权物权化仍须受物权法定主义之限制,故法院于裁判上对某种债权创设物权效力时,就其物权化之要件事实及其效果,严密予以确定,不许以违反诚信原则、权利滥用原则等一般条款,任意冲破物权法定主义之框架限制;至电子科技之快速发展,带来数据新型资产之定位及信息革命对公示机制之冲击效应,则为物权法之新挑战。对于前者,于未及立法规范前,习惯法、判例法之运用,当为最佳因应之道;对于后者,登记技术之创新,讲求低成本、高效率,不重在如实反映物权状态,然因物权公示内容之正确性,恰可降低交易之信息成本,实现资产有效配置之法律重要任务,故信息革命对公示机制之变革力道,似仍须有法律之配套,方能展现。

关键词 物权法 债权物权化 商业思维 信息革命 法学方法

常鹏翱教授之大作,^[1]对于法律问题之研究,提升到国际数学家戴维·希尔伯特(David Hilbert)之境界层次,展现视野之前瞻开阔与任重道远之法学家使命感,令人敬佩,实深受启发。面对科技进步所带来的财产多样化,诸多不可知之财产类型,快速诞生,是传统物权法之

* 我国台湾地区东吴大学讲座教授。本文源于2022年2月19日“民法中的希尔伯特问题”第一讲——“物权法的希尔伯特问题”专题讲座,笔者担任与谈人发表的初步构想,嗣后几经增补资料而成。感谢与会的常鹏翱教授、朱广新研究员、冉克平教授、朱虎教授、汪洋教授等法学俊彦提供宝贵意见,获益良多,东吴大学法学院三年级博士生陈旺圣协助本文之撰述,努力甚殷,亦应致谢,惟文责仍由笔者自负。

[1] 参见常鹏翱:“物权法的‘希尔伯特问题’”,《中外法学》2022年第2期,第305-326页。

当代挑战,无论学说及实务,均应务实面对,努力因应。是以本文与常鹏翱教授《物权法的希尔伯特问题》宏文,展开物权法研究之若干启发与对话,并就教于贤达。

一、物权法能否保护数据

(一)数据是否为有体物

数据是否有体物?是一项最根基性之论争。^{〔2〕}本文亦赞同数据是新型财产,为应予保护之财产利益,盖因“物”为物权法最基础的概念之一,更涉及人与物二分之至上命题:维护人性尊严之人格独立自由。

所有权之客体以有体物为限,确有其沿革之历史背景;^{〔3〕}而所有权以外之物权客体不以有体物为限,不但担保物权已松缓,例如《中华人民共和国民法典》(下称《民法典》)第395条规定建设用地使用权、海域使用权可设定抵押权;同法第440条规定之权利质权均然,甚至用益物权,国际立法上也有可参考之例,例如《德国民法典》第1068条之权利利用益物权。基于人、物二分,权利主体之人绝对不能成为权利客体,民法是在上述至上命题不能动摇之根底上,建立债权与物权之区分体系。

人、物二分与债权、物权二分有密切之关联,物权乃物可服从权利主体意思支配之关系,以特定人对特定物之对物性为本质;债权之债权人与债务人同为自由之主体,债务人不能受债权人意思支配,故仅为得请求特定行为之法律关系,是以特定人对特定人的行为之对人性为本质。债、物二分,不但指明二者权利客体之根本不同,更在贯彻个人之自由平等保障之理念,此为物权与债权之区别难以去除之根本原因;^{〔4〕}而此与物权之绝对性、债权之相对性之区别,乃在其权利对外关系上,影响他人行动自由之范围,二者是不同次元之问题。当无体物(指债权、知识产权等权利之无形资产)可为权利客体(物)时,立刻面临“人”可否为权利客体之问题,因若认为对人之债权,具有物权之支配权特质,有使人格独立自由之至上命题沦陷之忧虑,以人格权为例,人格权之近代发展,其中部分朝向财产价值化(例如姓名、肖像等之形象权),就是走在这种绳索上,不能不小心翼翼。人体器官之移植,有无人体物化之危险,何尝不是如此?

对于所有权客体以有体物为限,已不能因应近代社会之需求,民法先贤似乎先知先觉,早已预留可以弹性调整之空间。以我国台湾地区“民法”为例,不但在“民法”第772条、第831条(参照《民法典》第311条)、第883条、第901条(参照《民法典》第446条)为所有权以外之财产权,设有准用之规定,甚至在法律事实之占有,也为物以外之占有,为同法第966条之相同设计,再加上习惯法之运用,本文认为此等之设计,于法律尚未得以规定前,是规范新型财产最好

〔2〕 同上注,第307页。

〔3〕 物是否以有形资产为限,各国立法确有不同,但1992年《荷兰民法典》第3编第3条规定:物系人类所能控制之有形客体,诚有一定之意义。参见(德)克里斯蒂安·冯·巴尔、乌里希·德罗布尼希主编:《欧洲合同法与侵权法及财产法的互动》,吴越、王洪、李兆玉等译,法律出版社2007年版,第278页。

〔4〕 水津太郎「民法体系と物概念」吉田克己=片山直也編『財の多様化と民法学の課題』(商事法務株式会社,2014年)62-84頁参照;谢在全:《民法物权论(上册)》,新学林2020年修订七版,第6、27页。

之对应策略。《民法典》第127条之规定,即为一很好之典范,简言之,数据、网络虚拟财产等新型财产,最好用特别法规定为合理之规范,但在尚无此法律规定前,并非不保护,而是用现有之一般法规范加以保护;就是摸石头过河,在新型财产成为财产利益,尚未稳定成为“财产权”前,运用债法之规定,以为因应与保护,视其社会运用情况,发展成习惯法,随时以学说、裁判介入,为必要之形塑及调整,使其定型与稳定后,方制定法律予以规范,是物权法定主义架构下之最稳当因应途径。例如虚拟货币(比特币),可先定性为动产性质之无体财产,准用(参照我国台湾地区“民法”第772条、第831条、第966条)或类推适用民法动产之规定,并藉由习惯法及法院裁判形成其合理之具体内容。^{〔5〕}

(二)数据之债法与物权法保护

数据新型财产具有财产利益,一旦投入市场交易,^{〔6〕}当事人间之法律关系必然受债法之适用,且因其具有财产利益,于受不法侵害时,亦可获得侵权行为法之保护,于特别法未制定前,仍有民事一般法规范保护之原因,^{〔7〕}然而,财产利益既已存在于人类社会,对于人之关系而言,无论是有形资产(有体物)之所有权,或是无形资产(权利等无体物)之债权或其他财产利益,必然立即呈现归属关系之问题。特定人甲对特定A有体物享有所有权,A物归属于甲,甲与A物间具有归属关系,此为归属关系之基本原型(所有权),财产法之秩序几乎可谓完全建构于此原型上,或于此原型上微调或变化。

基于物权为支配权之特质,其客体之明确性及可识别性,乃物权法之重要客体。所有权客体以有体物为限,将其归属关系之内容,界定为排他、完全之利益享有的支配权,毫无悬念,盖支撑其内在财产价值者,为物理之有体存在,外部范围明显确定之故;然于以无形资产为客体时,例如债权或知识产权之归属关系,因债权是以债务人依其债之内容所为给付为归属客体;知识产权则是以人之心智或劳力技术所创造之成果为归属客体,不但是抽象存在,外部范围界线不明,且于客体具有多样性时,其特性各有不同,^{〔8〕}其归属关系之内容必须反映各该客体不同之特性,从而,与所有权归属关系之内容必截然有异。易言之,一般归属关系虽以所有权予以表现,但于客体具有多样性时,必须因应客体多样之不同特性,就其归属关系之内容,依法律为妥适之调整。身体纵使可承认其“物”之性格,然其归属于主体之归属关系之内容,法律上是用人格权构成,而非所有权,就是一项明显之例证。

再以知识产权为例,法律所以仿所有权之归属型态,承认其一定之独占财产利益,乃因知识产权多为人类心智,或投入劳力技术所获致之成果,劳心劳力,如不为一定之保障,其创作之

〔5〕 参见杨岳平:“论虚拟通货之法律定性——以民事法与金融法为中心”,《月旦法学杂志》第301期(2019年),第50—56页;谢在全,见前注〔4〕,第23页;王泽鉴:《民法物权》,2023年自版发行,第83页。

〔6〕 参见郑佳宁、吴悠然:“论数据交易类型化与规范准则”,《月旦法学杂志》第330期(2022年),第169—175页。

〔7〕 参见缪宇:“网络游戏虚拟财产债权论的展开”,载苏永钦教授七秩华诞祝寿论文集编辑委员会主编:《法学的想象(第一卷)大民法典——苏永钦教授七秩华诞祝寿论文集》,元照出版2022年版,第532—559页。此文对虚拟财产之债权关系论述,详细精彩。

〔8〕 参见谢在全,见前注〔4〕,第22页。

推动力必黯然消失,社会进步的齿轮随之停滞,然知识财产为无形资产,可于社会上普遍存在,具有为多数人同时利用之特性,乃“公共财”,其自由利用又为技术或文化之进步所必须,二者间之利害得失,就必须衡酌各种情况,于立法规范时,力求其平衡,故此种财产利益排他、独占之归属关系内容,即非永久、全面,而须就其要件、效果等内容为明确之规范。〔9〕

但新型财产在发展过程中,尚未稳定成型,如何权衡各方利益,就其财产内容为合理适当之配置,很难一蹴而成,甚至仓促立法,可能扼杀新型财产之生机。此际,就必须依社会各方之运用,形成通念(共识)认为可遵循之潜规则,据以办事、相约成习,习惯法就逐渐呈现,再经法院裁判调整、学说之论证,各方相互影响激荡,对财产利益之配置,为之适时调整。财产秩序终究是以所有权为中心建构,并形成物权法理,此于上述财产利益之形塑及调整,必然扮演一定之功能。数据新型财产之特性与知识财产非常相类似,藉由形成习惯法加以因应,以上之路径应该具有援用之余地,于物权法定主义架构下,应为处理新型财产之最稳当理由。

数据可否受物权之物上请求权保护,若从物权之抽象上位概念为体系性之思考,必然为否定之结论,但是面对社会复杂化所出现之各种财产利益,其法益应如何赋予法之保护手段,于社会现实面,实不能单纯以抽象概念导出之形式理论予以一刀切,而应密切体察科技高度发达之社会现况,紧紧顺应各该具体法益之种类、特殊性质,为个别问题化之解决思考,以实现各该财产之社会机能。〔10〕不动产租赁权虽为债权,但却因当代社会强化承租人法律地位之需要,不同国家之立法或司法实务常赋予物上请求权之保护,即为一项例证。

从数据之归属关系而言,尤其于互联网蓬勃发展之世代,对于数据所享有之权利型态,究竟可否以“所有权”型态为之定位?争论甚多,〔11〕至数据可否受物权之物上请求权保护,乃涉及若承认数据之归属主体具有其一定之独占财产利益时,其受保护之范围,与其他人之利益(公共利益)间如何分配,以求双方利害平衡之问题。此由法律对数据排他使用之范围、内容等为规范,当然是最妥当之方法,是以,由上开之理由,本文认为《民法典》第127条(法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的,依照其规定)之规定为一很好之典范。不过,于法律尚不及制定以前,于具体个案给予一定之物权之物上请求权保护,依旧是学说及法院裁判必须带头面对数据之法益种类、特殊性质,为个别问题化之思考,并提出论证理由,逐渐累积,透过形成习惯

〔9〕 吉田克己「所有權の法構造」吉田克己編『物權法の現代的課題と改正提案』(成文堂,2021年)3-27頁參照。

〔10〕 Vgl. T. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 5. Aufl., 1974, S. 43, 118. 转引自赤松秀岳『物權・債權峻別論とその周辺——二十世紀ドイツにおける展開を中心に』(成文堂,1989年)201頁。本文引用德国法学家特奥多尔·菲韦格(Theodor Viehweg)之学说所为之论述。而常教授大作结语中指出:“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,……法学研究与其他科学研究一样,必须考虑诸多的社会变量因素。”(参见常鹏翱,见前注〔1〕,第325页)英雄所见,正和德国法学大师之看法相同。

〔11〕 消费者取得之数据产权与所有权之异同,参见(美)亚伦·普赞诺斯基、杰森·舒尔茨:《所有权的终结:数字时代的财产保护》,赵精武译,北京大学出版社2022年版,第13、33、56、113页。当可供数据于具备何种条件下,是否有物权法保护之参考。

法及判例法,予以形塑确定数据受物权法保护之规范。^[12]

二、如何寻找当代中国之物权习惯

习惯法为物权形成之法源,于物权法定主义之框架,物权之类型与内容,亦可从习惯法予以增添,如同常教授于大作中所阐述之论点。^[13] 本文进一步认为,或得以如下之思考,强化习惯法缓和物权法定主义之法理,避免物权法定主义适用之僵化,以致妨碍社会之进步。

民事法律是为维护社会安定秩序,及促进社会进步而存在,因此,法律绝不能成为其阻碍,但法律规范与社会现实间常无从密切衔接,时间落差永远存在,当法律规范脱离社会事实太远,又来不及修法或制定法律时,习惯法之因应就成为必然之选择。于物权法定主义架构下,习惯法之引入,为物权法开辟一条活水,就是依循相同之思路。可见,物权法定主义并非禁止法发展之形成。法院得运用软性灵活之习惯法、判例法以因应不断变化进步之社会,此实为解决瞬息万变的市场争议之最佳途径。^[14]

习惯法形成之新型财产权,通常必定是先经由社会团体(例如同业行会、公会)之运作过滤,认为确有其实益和需要,而逐渐被大家接受,习惯法成型,继而经由诉讼争执,进入法院,以裁判予以筛检(screen),排除不合理、内容不明确部分,使其更为稳定合理,以避免第三人受不可预测之侵害,此为判例法肯定之阶段。^[15] 然习惯法形成之新物权最终仍将制定法律,因而成文化,此为习惯法之一般发展过程,^[16]《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第68、69条对于让与担保之成文化,也可如是观。当然,停留在习惯法、判例法阶段之情形,仍然随处可见。行政规章如因社会长年遵循,日久形成惯习,自有成为习惯法之余地,但是仍会经过法院之筛检过程,是习惯法发展之必然道理。

习惯法能否由法院判决创造,或有不同意见,但至少法院可以很容易发现习惯法的星星之

[12] 泉恒希「ビッグデータの法的保護に関する一考察」知的財産法政策学研究58号(2021年)143頁,亦有相类似之结论。

[13] 参见常鹏翱,见前注[1],第308—310页。

[14] 参见普赞诺斯基等,见前注[11],第263页。但财产权之权利内容,其基准仍须由法律为规范,不能由当事人任意约定之,此书自始至终均贯穿此项观点,可为近代备受批评之物权法定主义注入一项强心剂。普赞诺斯基等,见前注[11],第276、282页。

[15] 形成物权之习惯法,须具备三要件:①习惯须具备惯行之事实及法之确信,②明确合理,无违物权法定主义,③有一定之公示方法。参见2009年我国台湾地区“民法”第757条之修正说明;王泽鉴,见前注[5],第75页。

[16] 鳥谷部茂「現代取引と物権法定主義」伊藤蓮=國井和郎=堀龍兒=新美育文編「現代取引法の基礎的課題:椿寿夫教授古稀記念」(有斐閣,1999年)363頁参照。我国台湾地区“民法”原无最高限额抵押权之规定,经最高法院之判例加以承认为习惯法物权,嗣经修法将最高限额抵押权明文化于“民法”第881条之1至第881条之17。

火,经由判例法灌入源源不断之氧气,^[17]予以助燃,裁判与习惯法间之互动,二者相辅相成,最后是星火燎原,发挥相当惊人之规范效力,应是不刊之论,而让与担保在德国、日本之发展,于我国大陆、台湾地区之成长,即为最好之例证。^[18]

基于物权之对世效力,物权应有公示方法就异常重要,因此,习惯法生成之新物权,习惯法亦形成公示方法时,物权公示原则即不致于受到影响,例如日本习惯法所生温泉权,形成以明认为其公示方法(如竖立告示牌)。易言之,公示方法亦得由习惯法形成之。^[19]其次,习惯法形成之新财产权,非必为一个新物权,若赋予一定物权效力,即符合社会需要者,自应以此为度。可举日本之例为证:日本裁判承认习惯法所生之流水利用权、水利权、温泉权,然仅称之为“物权之权利”或“物权类似之权利”,不直接称为“物权”。^[20]此等皆得减少习惯法所形成新财产权对已有财产权秩序之冲击力道。

三、合同何以具有物权效力

(一) 债权物权化之问题提出

关于合同是否具物权效力,亦为我国台湾地区聚讼纷纭、争论不休之议题,尤其是在土地所有人甲与乙订有租赁契约以外之债权使用合同,乙在该土地建屋使用,其后,如甲将土地让与丙,或乙将房屋让与丁,于丙本于土地所有权请求乙拆屋还地,或甲本于土地所有权请求丁拆屋还地时,法院裁判常于个案运用诚信原则或禁止权利滥用原则,驳回土地所有人之请求,如此是否等同使上述债权使用性合同,发生对抗第三人之物权效力? 争执尤烈。

首先应说明者,合同具有物权效力亦为物权法定主义之范围,换言之,在物权法定主义架构下,当事人不得任意创设具有物权效力之合同,物权化之合同如允许当事人任意创设,必使物权法定主义下之“物权类型之强制”流于无用,此即“法定机制”成为德国法系债权物权化方案之底层共性机制之一。^[21]诚如常教授大作所说:“具有物权效力的合同冲破惯常的相对性,会危及稳定的交易预期”,^[22]以前段所设事例观之,丙非合同之当事人,其为什么要受合同之拘束? 丁非合同之当事人,其为什么可用乙之合同对抗甲? 申言之,合同具有物权效力,

[17] 有学者即认为若能将判例承认为习惯法,将可使习惯法获得新生命,参见吴从周:“论习惯法作为民法的法源——以习惯法的内涵演变与空洞化现象之观察为中心”,载氏著:《法源理论与诉讼经济——民法法学与法学方法(第五册)》,元照出版2019年版,第41页。

[18] 详细可参见谢在全:“判例法之进程——以让与担保为例”,《月旦法学杂志》第310期(2021年),第178—213页。

[19] 平野裕之《物权法》(日本评论社,2016年)15页;我妻荣着=有泉亨补订『新订物权法(民法讲义II)』(岩波书店,1984年)27页参照;我国台湾地区“最高法院”2020年度台上字第3214号民事判决亦认习惯法得创设公示方法。

[20] 鳥谷部茂,前揭注[16]349页参照。

[21] 关于“债权物权化”之渊源脉络,参见袁野:“‘债权物权化’之范畴厘定”,《法学研究》2022年第4期,第73—78页。

[22] 常鹏翱,见前注[1],第311页。

即为突破债权之相对性,其根本乃为宪法所保障之契约自由原则与财产权的限制,依照我国台湾地区“宪法”第23条规定,必须在防止妨碍他人自由、避免紧急危难、维持社会秩序或增进公共利益之条件下,始得以法律限制之。可为上述“法定机制”之原因,找到宪法上之答案。

合同具有物权效力在物权法定主义架构下,非有法律规定、习惯形成,或法院裁判,不得任意创设,已如前述;然而于法院创设时,更须在上述维持社会秩序或增进公共利益之前提上,就物权化之要件事实及其效果,严密予以确定,更不许以违反诚信原则、权利滥用原则等一般条款,冲破物权法定主义之框架限制。^[23]“公示机制”仅为保护交易安全之手段,并不是合同具有“公示机制”就可物权化,^[24]甚至,有些物权化之合同,根本无公示方法。

(二)合同、物权之交互作用

物权化之合同,最常所举之例有二:一为“买卖不破租赁”(“所有权让与不破租赁”),二为“预告登记”。“买卖不破租赁”通说认为是保护弱者之承租人,是社会政策之一环,很容易找到其欲保护之公共利益;^[25]其虽以租赁物之占有移转于承租人为适用之要件,但占有非其公示方法,因不动产物权(国际立法例,租赁物权化以不动产租赁为限)之公示方法并非占有。“预告登记”保护之债权请求权,其物权化所要保障之公共利益,较不明显;若从我国台湾地区之预告登记予以观察,预告登记所保护之客体虽为不动产物权变动之请求权(参照我国台湾地区“土地法”第79条之1),但因不动产物权是以登记为公示方法,不动产物权于登记后,具有公示效力,则于不动产物权交易之当事人间,对于不动产物权变动之请求权,已采取登记之公示方法以为保全时,为提升其法律效果,对此类债权给予相当于不动产物权登记之一定保护,而突破债权之相对性。换言之,公共政策上认为此类不动产债权因已办理登记,而具有保护之公共利益,亦为有迹可寻。不过应注意者,每一类合同物权化之效果,各有不同。预告登记虽可对妨碍其请求权之处分行为,主张无效,而可对抗该处分行为之第三人,但却不能排除因征收、法院判决或强制执行而为之新登记,可见,其对抗第三人效力之有限性。就租赁合同之物权化,承租人得对抗租赁物受让人之法律效果是受让人应承担让与人(原出租人)与承租人之租赁合同,因此,发生合同法定承担之效果,本质上亦为合同承担之运用,以我国台湾地区而言,亦非像物权一样,具有物权请求权之保护手段。

[23] 参考德国债权物权化学说之代表学者克劳斯-威尔海姆·卡纳里斯(Claus-Wilhelm Canaris)之主张, vgl. Claus-Wilhelm Canaris, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, in: Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Bd. 1, 1978, S. 371 ff. 转引自赤松秀岳,前揭注[10]176页。

[24] “就如何物权化而言,占有既非其单一决定因素,亦非其一项实质性要件”,参见(德)赫尔曼·魏特瑙尔:“物权化的债之关系”,张双根译,《中德私法研究》2006年第1卷,第146页。常教授大作中所说:“标的物占有同样成为其他合同具有物权效力的正当性来源”部分,参见常鹏翱,见前注[1],第312页。德国学者格哈德·杜尔凯特(Gerhard Dulckeit)认为在不动产租赁合同之物权化,就特别强调承租人因占有租赁物,成为具有认识可能性的债权,故具有对外的效力,赤松秀岳,前揭注[10]107页参照。

[25] 欧盟成员国对不动产租赁合同是否强于普通合同之效力,各国立法即有不同,参见巴尔等,见前注[3],第282页。可见,租赁是否物权化,乃是公共政策之考虑,参见(日)星野英一:“物权与债权——基于立法基本问题的思考”,渠涛译,载渠涛主编:《中日民商法研究(第三卷)》,法律出版社2005年版,第11—27页。

常教授指出：“合同对抗恶意第三人，与合同经过公示可对抗第三人，似乎无甚差异”，^{〔26〕}的确是问题之核心。合同立基于平等原则及竞争原则，以鼓励竞争，实现资源之有效分配，^{〔27〕}故竞争者通常皆知道其他竞争者合同之存在，以“知悉”为恶意，其就变成恶意之第三人，如合同可对抗此种恶意第三人，合同之社会机能将沦为无用，合同制度岂不崩溃？为避免此等危险，我国台湾地区之法院面临前述之争议问题时，经常运用“诚信原则”“禁止权利滥用原则”，驳回土地所有人拆屋还地之请求，以免拆屋损害社会经济，或者可能产生房屋所有人流离失所之社会问题，但却因此混淆合同物权化与诚信原则、禁止权利滥用原则适用之分际。

为了加以厘清，笔者于拙著《民法物权论(上册)》曾特别说明：“民法目前仍系以债权、物权二分建立财产权法架构，此于法学上当然为可挑战之议题，但在民法未改变此项重要构造前，无论学说或实务仍须以债权、物权二分为前提适用法律，仅于法律上有特别保护之利益时，始突破债权相对性，赋予债权对抗第三人之效力，产生债权之物权化，此与具体个案上，所有权物上请求权之行使具有(我国台湾地区“民法”)第148条(关于诚信原则、禁止权利滥用原则之规定)之情事，乃使其不生该请求权应有之效果，以追求个案之公平妥适者，系不同层次之问题。”^{〔28〕}亦即合同物权化与诚信原则、禁止权利滥用原则之适用，不能混淆，绝不能仅适用诚信原则、禁止权利滥用原则等帝王条款，使之发生债权物权化之相同效果，更不能单以“恶意”，遂认为所有权物上请求权之行使有权利滥用或违反诚信原则，以致帝王条款运用的结果发生遁入合同物权化之不当现象。

凡法律概念二分时，必然会有中间型态出现，例如成年制之行为能力(参照《民法典》第18条第2款、第19条但书、第22条但书、第145条第1项)。债权与物权何尝不然，二者之不同乃就权利分类之光谱左右——纯物权(如所有权)与纯债权(如劳务给付请求权)之二端为观察，实则越接近横轴线之中间点，越为相互靠拢，二者区分并非泾渭分明，如物权横轴端未登记之动产抵押权、所有权保留、融资租赁；债权横轴端具有债权间优先效力之优先承买权、代位权、诈害债权撤销权、租赁权物权化等不同中间阶段之型态。^{〔29〕}换言之，物权通常皆具有排他效力、优先效力及妨害排除效力(物上请求权)，但由于社会之复杂化、高度进步化，在社会现实面，亦有欠缺排他效力之物权(如不动产役权)，受到限制之物上请求权(如因相邻关系而生之情形)；而优先效力被安排于债权相同地位，甚或屈居于债权之后(例如前述未登记之动产抵押权、我国台湾地区“劳动基准法”第28条第1项规定之优先债权)；而债权之立法例上，有不少具有物权部分效力(见上述所举之例)。

就此而言，财产权要有如何之内容、效果，对于财产之享有者，应给予如何之保护，自复杂之社会现实面观之，即非单纯物权、债权之区分，为反映现实社会各种生活事实中，内在秩序之

〔26〕 常鹏翱，见前注〔1〕，第311页。

〔27〕 明确之法律规则可降低交易之讯息成本，而减少交易之信息成本，实现资源之最有效配置，乃法律之重要任务。参见普赞诺斯基等，见前注〔11〕，第109页。

〔28〕 谢在全，见前注〔4〕，第148页。

〔29〕 此为重视物权与债权之共通性，认为其权利之保护具有连续之阶段性，松岡久和『物權法』(成文堂，2017年)291页参照。

不同法律构造,就必须对其权利效力作不同之组合,^[30]而就财产权而论,大抵皆有为促进财产之有效率利用、就政策上所为之价值判断,^[31]合同应否物权化亦可为相同之观察。^[32]

四、从何种视角解读亲子物权规范

对于亲子物权规范所涉之问题,若以我国台湾地区而言,因我国台湾地区没采“房随地走、地随房走”原则,而系认为房屋与其基地(土地)是二个独立之不动产,得分别为交易客体,房屋又不能脱离土地而存在,房屋对土地如无使用权,会面临土地所有权人以无权占有为由,请求拆屋还地之困境。此在房屋与土地所有权人不能以私法自治安排彼此间之使用关系时,最为严重。我国台湾地区“民法”为解决这个问题,于“民法”第 425 条之 1、第 838 条之 1 及第 876 条特设规定,采取介入私法自治、契约自由之手段,其适用之相同前提要件,就是对建筑物(包括房屋)或基地之一让与(包括拍卖)、设定抵押权时,建筑物与基地须为同一人所有。此时即生建筑物与基地分别为配偶、父母子女(亲子)之一方所有时,是否为同一人之争议问题。

关于建筑物与其基地分别为夫妻所有部分,法院裁判多数采取个人主义之视角,不认为系属同一人,但就有不少学说之不同批判;^[33]父母子女(亲子)之一方所有,可否认为是同一人所有,也有不同见解。^[34]就此争议,本文认为民法既然采取个人主义,夫妻、亲子间纵有密切关系,仍然是不同权利主体,自应本此基本原则,一以贯之,不能遇到亲属关系就乱了套,混淆

[30] 赤松秀岳,前揭注[10]325页。

[31] 河上正二『物權法讲义』(日本评论社,2012年)15页参照。

[32] 瑞士民法之“物上之债”呈现债权物权化之不同立法方式,值得深思,详见常鹏翱:“物上之债的构造、价值和借鉴”,载苏永钦教授七秩华诞祝寿论文集编辑委员会主编:《法学的想象(第一卷)大民法典——苏永钦教授七秩华诞祝寿论文集》,元照出版2022年版,第250—264页;张译文:“从债物二分的底蕴看德国物上之债”,载苏永钦教授七秩华诞祝寿论文集编辑委员会主编:《法学的想象(第一卷)大民法典——苏永钦教授七秩华诞祝寿论文集》,元照出版2022年版,第283—296页。

[33] 邱政惠:“论‘民法’第876条法定地上权‘同属于一人’要件之解释与界限”,《东吴法律学报》第2期(2014年),第149—197页。笔者支持实务见解,可参见谢在全:《民法物权论(下册)》,新学林2020年修订七版,第270页。德国学者卡纳里斯更指出:夫妻、亲子间物之使用关系,如是基于亲属法上之扶养义务为基础而存在者,应不能单纯以使用借贷同视,赤松秀岳,前揭注[10]187页。果尔,若可评价为租赁关系,而有租赁合同物权化之适用时,法律或公权力更无任意介入之余地。但有学者采反对说,参见蔡瑄庭:“‘民法’第八七六条‘土地与建物同一人所有’概念扩张之类型分析”,《月旦法学杂志》第194期(2011年),第227—239页。

[34] 肯定说,参见许政贤:“财产权保障与基地利用权——评‘最高法院’九十九年度台上字第一七〇五号民事判决”,《月旦法学杂志》第211期(2012年),第216—231页;林诚二:“房地所有权分离时之法律适用与类推适用——台湾‘高等法院’104年度上字第1377号民事判决评释”,《月旦裁判时报》第90期(2019年),第16—24页。否定说,参见吴从周:“再论‘民法’第四百二十五条之一之适用与类推适用——观察后续实务发展与新问题”,载“司法院”谢前副院长在全七秩祝寿论文集编辑委员会主编:《物权与民事法新思维——“司法院”谢前副院长在全七秩祝寿论文集》,元照出版2014年版,第437—462页。

民法建构之基本法律体系。况双方就土地使用权有所约定时,依宪法保障之契约自由原则,更无任意介入之余地。至于亲子间之法律行为,如有通谋虚伪或诈害债权等情事,则应分别适用各该相关规定处理,乃属当然。

我国台湾地区“最高法院”2016年度台上字第1697号民事判决认为:“家产,依台湾民事习惯,系家长及家属共同共有,应分得之人在家产未分析前,不得任意处分家产中任何财产,也不得让与其应分额于他人。家产之处分行为应得全体之同意,但父祖之处分行为不受此限制。”此判决所言之习惯,追本溯源应是中国之传统民事习惯,此种家产制度彰显家庭之浓厚整体主义视角因素,亦表现我国台湾地区家庭仍然充满着华人悠久传统之习惯色彩。

五、如何理解商事担保物权规范

(一) 商业思维之模式

“理解商事物权规范时,不能硬套民事物权规范的逻辑,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,必然扼杀商事交易活力,或逼迫业界另找出路,再造新模式。”^[35]常教授对商业思维之展开说明,本文持高度之赞同。笔者曾于2018年3月间受邀在中国人民大学法学院,以“担保物权制度的成长与蜕变”为题发表演讲,亦有相类之阐述,指出:企业经营讲求弹性、灵活、迅速及低成本、高效率,且要大量资金投入,故需要运用简便、有效率之担保制度,迅速筹措资金;而民法为普通法,民商事行为一律适用,通常未考虑企业此种特殊情况,就企业之特殊需求,如仅由民法解决,不但要复杂之程序、庞大之成本,而且基于民法讲求安定性之特质,就未必能满足此种需求。^[36]企业融资新担保方式,随着企业经营模式之运用,以习惯法、特别法之形态纷纷出现,促成担保物权快速成长;^[37]担保物权制度之成长与蜕变,实与经济发展、社会进步间,具有密切互动关系,与其谓“担保制度是左右市场资金流量之一只手”,不如说“经济发展是推动担保制度前进之一只手”,更为贴切。^[38]申言之,工商经营以资本为奥援,为使资本筹措容易,融资交易得以顺利遂行,于金融市场形成丰沛活络之授信关系,须要仰赖健全之“担保法制”,俾融资于获得确实保障下,源源流入市场。可见,担保法制为商业活动而存在,法律规制之商业交易,其运作应系“商业思维”模式,讲求敏捷、弹性及低成本、高效率,追求商事交易之最大利益,从而促进社会经济之发展及进步;对于担保物权法规范之适用,应以建立有效、透明及高效率之担保制度,使财产价值最大化,进而促进商业活动与法律规范

[35] 常鹏翱,见前注[1],第317页。

[36] 参见谢在全:“担保物权制度的成长与蜕变”,《法学家》2019年第1期,第36页。

[37] 日本近代担保制度之发展,足为例证,近江幸治「日本民法の展開(2)特別法の生成——担保法」広中俊雄=星野英一編『民法典の百年第1巻——全般的觀察』(有斐閣,1998年)181—229頁參照;(日)松岡久和:“日本非典型担保法的最近动向”,郑芙蓉译,载渠涛主编:《中日民商法研究(第八卷)》,法律出版社2009年版,第57—85页。

[38] 参见谢在全,见前注[36],第55—56页。

相结合,产生绵绵无限之生命力为目标。^[39]

(二)浮动担保为例证

《民法典》第396条设有浮动担保之明文,其运用应即是奠基于商业思维之经营基本模式,其中“正常经营(In the Ordinary Course of Business,学上说或称为:正常营业过程)买受人规则”表现最为淋漓尽致,该规则是浮动担保(Floating Charge)之重要特征,^[40]亦为浮动担保制度发挥机能之命脉,因投入现金(资金)、购入商品(或原物料)、出售商品(或原物料制成产品)、取得现金(包括应收帐款),不断循环,产生现金流量,获取利润,乃当代企业经营之基本模式,其间需要周转资金时,以库存原物料或商品作为融资之担保工具,即为将本求利之最佳选择,浮动担保制度应运而生,担保人对此种担保物必须仍保有处分权,方能维持上述营运模式,产生充足现金流量,用以偿还融资外,尚有剩余现金可继续营运,事业乃得永续经营。

是以,于浮动担保,如何解释及适用“正常经营买受人规则”甚为重要。对该规则之适用,具体说明至少应斟酌下列各点:^[41]

1. 处分之标的物须为处分人于其营业上可供处分之资产(担保物),以库存之商品、原物料最为常见。若处分之资产为处分人营业上之设备,应无适用之余地。

2. 处分人须为从事营业(例如商业)者,且处分须合乎其自身或从事相类营业之通常营业方式,例如处分人为零售商,若将担保物出售于经销商,应不足当之;又除非处分人是从事大宗转让交易之营业,否则担保物之大宗转让(Transfer in Bulk),即难认符合上述规则。

3. 须为有偿处分(参照《民法典》第404条),包括让与所有权、或设定担保权,故就处分之相对人而言,必须是买受、互易,或其他有对价之处分,故如系受赠、用以抵偿相对人既存之债务,或就既存之债务为之设定担保权者,均不足当之,因担保物处分后,必须有现金、应收帐款,或其他新资产,成为处分所生之价值代替物(proceeds),为担保权效力所及,且继续投入企业经营,方为企业经营之正常模式,于企业正常营运状况下,担保物虽发生流动之浮动状况,但就担保物之总价值而言,仍维持一定价值之均衡状态。

[39] 参见谢在全、陈旺圣:“最高限额抵押权担保债权范围之争议问题研析”,《月旦法学杂志》第332期(2023年),第118—119页。

[40] 金融机构融资使用浮动担保,是着眼在受融资之事业具有永续经营之获利能力(going concern),该事业继续经营所得之收益,必能清偿融资之债务,收回债权,为确保受融资之事业经营活动之顺利,在“正常营业活动”范围内,担保人(即受融资之事业)可处分贩卖担保物,完全合乎当事人之期待,故“正常经营买受人规则”之适用,实为“浮动担保”与“固定担保”(Fixed Charge,以特定物设定担保权,担保物无流动性)之重要判断标准。小山泰史『流动财产担保论』(成文堂,2009年)169、235页参照;Mike Gedye,“A Hoary Chestnut Resurrected: The Meaning of ‘Ordinary Course of Business’ in Secured Transactions Law,” *Melbourne University Law Review*, Vol. 37, No. 1, 2013, pp. 1—45.

[41] 参见谢在全:“企业浮动资产担保权之建立——以企业资产担保法草案为中心”,《法令月刊》2017年第68期,第56—58页;蔡雯嫻「台湾法における債権譲渡制度(1)、(2・完)——民法下の葛藤と「企業資産担保法草案」による新たな発展」民商法雑誌157卷3、4号(2021年)473—514、709—731页;即为上揭拙文之译介。

4. 相对人须已取得担保物之所有权,处分人与相对人仅成立买卖合同,甚或相对人已支付一定之对价,具有标的物交付请求权者,相对人是否受首揭规则之保护,立法政策上有讨论之空间,但我国台湾地区“民法”第801、886、948条之动产善意取得,是以相对人(受让人)完成物权行为为必要,为价值判断之平衡,首揭规则之适用,应采相同之立场。〔42〕

5. 相对人须非明知该处分有侵害担保权人基于担保契约所享有之权利(without knowledge that the sale violates the rights of another person)。此所谓“明知”系指实际知悉(actual knowledge)担保人之处分是属违约而言,可见,担保人之处分纵属违反担保合同,相对人仍可受首揭规则之保护,除非其明知担保人违约,因担保人在正常营业过程中有权出卖处分担保标的物之缘故,因此,此处所言买受人是否善意,并非指其是否知道买卖标的有设定担保。《联合国国际贸易法委员会担保交易示范法》(UNCITRAL Model Law on Secured Transactions)第32条第4项、第2条(s)项之规定,即为一最好之例证,此正可呼应常教授“不能以是否知悉抵押作为买受人是否善意的标准”之论点。〔43〕

但是上述各点仅为重要之判断标准,是否为正常经营活动之处分,仍要依照处分人所经营之事业、处分之目的(如是否为抢先处分以清偿其他债权人)、处分之场所、数量、价格、担保合同约定之内容、相对人是否为该处分交易通念或惯行上之相对人(亦即买受人之类型,例如处分人为汽车制造商,其处分之相对人应为汽车经销商)、交易当事人是否各自为独立之交易决定(非为关系人交易)、有无侵害担保权人的担保权等情事,综合予以判断。〔44〕

浮动担保仅适用于商事范围,在国际立法例上得以找到,例如加拿大之《魁北克民法典》第2684条至第2686条,或者某种担保制度只运用于商事范围,例如法国商法典之“在库质权”(营业财产质)。

(三) 让与担保之合理化

让与担保之法律构造为权利移转构造或担保权构造,于处理当事人间或对第三人之法律关系时,固然会有比较明确容易之规则可寻,但观诸日本、德国让与担保之实务运作,让与担保之法律构造为何,已非关键所在,日本实务大多采权利移转构造说,德国判例法自始至终均采此说,但二国均不受让与担保法律构造之桎梏,而在不致妨碍让与担保之原动力,维持让与担保为活担保之特色范围内,一方面固守让与担保权利移转之形式,以确保其担保功能,他方面仍强调让与担保是以担保债权为实质之经济目的,及因此所生权利移转效力之有限性,于个案力谋其合理性,进行利害关系人间细致之利益衡量,为必要之衡平调整(例如:德国、日本于权利移转构造说下,均认为让与担保设定人(担保人)就担保标的物,仍具有占有、利用之权限;担保债权清偿期前,担

〔42〕 参见《欧洲示范民法典草案:欧洲私法之原则、定义及示范规则》(Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference)第34条第4项。依《民法典》第404条规定的文义解释而言,“买受人”应以受抵押财产(担保物)的交付,取得该动产为必要。可见此处之“买受人”法律概念,与买卖合同之通常“买受人”不同,应予区辨。

〔43〕 常鹏翱,见前注〔1〕,第317页。

〔44〕 “正常经营买受人规则”之实务适用,英国、加拿大部分,小山泰史,前揭注〔40〕123页参照;澳洲、新西兰部分,see Gedye, supra note 40, pp. 1-45.

保权人之债权人就担保物声请强制执行时,设定人得提起第三人异议之诉,以排除其强制执行;在让与担保之担保权人实行让与担保时,无论是变价受偿,或估价受偿,均负有清算义务等),建立健全之让与担保制度,方为商事担保物权规范最应致力之方向。〔45〕

六、行政许可与物权变动之关系

(一)管制规定

对于行政许可与物权变动之关系,乃是以法律对物权变动之管制规定出现。行政机关必须依据法律之规定,始得据以采取行政措施。因行政许可之管制规范涉及财产权之限制,根据我国台湾地区“宪法”之规定,必须依据法律,或法律明确授权得以命令规定为之,方不违背保障财产权之宪法规定。

法令管制财产权,不能通过违宪审查之案例很多。以日本法之著名案例而言,森林法限制共有森林地分割之规定,被法院宣告森林法限制分割之规定违宪。日本最高裁判所指出:共有物分割请求权乃是为使各共有人具有向单独所有权改变之可能,而单独所有是近代市民社会,以此种自由财产权为宪法保障之财产权原型,并为实现公益目的而发展之一种权利,共有物分割请求权作为共有之一种本质属性,与应有部分之处分自由,同为民法所承认。日本森林法第168条规定对于共有森林之应有部分价值低于二分之一以下之共有人,一律否认其分割请求权,乃逾越该条立法所欲达成目的之必要程度,所为之不必要限制,违反宪法财产权之保障,应不具效力。〔46〕此一具有宪法保障财产权高度视野之见解,着实令法律人钦佩。至于宪法之规定,不能直接适用于民事行为,须透过转介条款,从而间接发生效力,如民法之公共秩序、善良风俗条款。

然而,对于物权行为之效力,由于管制规定之限制,若欲认为该法律行为系属无效,乃对私法自治之重大限制,具有强烈干预管制色彩,为法律行为瑕疵型态中最严重之制裁手段,故无效应该只是扮演补充、最后、不得已之制裁手段,〔47〕自应慎重以待。无效分为绝对无效与相对无效、全部无效与一部无效(参照《民法典》第156条、我国台湾地区“民法”第111条但书),即为民法价值判断之适例。而对于物权行为违反管制规定之效力,可见于《民法典》第153条

〔45〕 德国、日本实务于具体个案微调之许多精彩重要案例,参见谢在全,见前注〔18〕,第185—187页。

〔46〕 荒川重勝「共有物分割の方法」星野英一—平井宜雄編『民法判例百選I—総則・物権』(有斐閣,1996年)160—161頁;中島徹「財産権は市民的自由か」法律時報82卷5号(2010年)87頁;谢在全,见前注〔4〕,第410页注94。但已有学说指出:共有物分割请求权不是共有物的本质属性,此观共有物有许多因其使用之目的,致不能分割之情形存在,可为证明,分割请求权只是共有人不能协议分割的必要手段,本件日本森林法第168条的规定是对分割自由采取过度之限制,以致违宪而已。水津太郎「憲法上の財産権保障と民法」宍戸常寿=曾我部真裕=山本龍彦編『憲法学のゆくえ』(日本評論社,2016年)218頁参照;伊藤榮寿「共有法改正の根拠と限界(下)—憲法上の財産権保障の観点から」法律時報92卷5号(2020年)131—136頁参照。此说合于民法共有规定之意旨,应有可采。

〔47〕 陈忠五:“未经土地使用权人同意而抛弃土地所有权的效力——‘最高法院’109年度台上字第918号判决简析”,《台湾法律人》第5期(2021年),第170页。

第1款(参照我国台湾地区“民法”第71条),对于法律之强行规定,仍然应判断其性质究竟强制规定或禁止规定(效力规定、取缔规定),若是强制规定、禁止规定之效力规定,方能认为法律行为违反该规定者无效。如何区分效力规定或取缔规定,裁判实务及学说只能提供抽象标准,^[48]致常有争论,但仍然可以印证宣告法律行为无效之慎重性。

(二)争议问题

行政管制最争议之问题即为“违章建筑物”,^[49]以我国台湾地区而言,法院认为建筑物新建完成后,由出资建筑人依事实行为当然取得所有权(参照《民法典》第231条、我国台湾地区“民法”第759条),此一论点与最高人民法院(2013)民申字第50号民事判决书之意见相同,但依“建筑法”之规定,人民须依法取得建造执照(行政许可)方能建筑,又依“土地法”规定,人民办理建筑物所有权登记时,要检附建筑执照才能办理登记,因此,就形成许多没有建筑执照,以致不能办理所有权登记之建筑物,学说或实务将之简称为“违章建筑物”。

违章建筑物根据相关法律规定,行政机关得强制拆除,但因历史共业,及其他许多因素,拆除速度永远赶不上建筑速度。其次,违章建筑物通常比较简陋,但事实上不少是建在土地使用管制区,有相当价值之建筑物,甚至是豪宅。法院裁判(学说多数见解)对违章建筑物,皆认为是宪法所保障之财产权,出资建筑人在建筑完成时当然取得所有权,其买卖契约并未因违反建筑法相关规定而无效。本文于此仅举出一个情境,即得以明白其根本之因素为何:甲有一栋价值极高之违章建筑房屋,出入生活其间,逍遥自在,甲因欠乙款项,赖债不还,乙经过诉讼,好不容易取得执行名义,声请法院对此一建筑物强制执行,若法院表示此一建筑物依法甲无所有权,则不能强制执行。常民必无法接受,遂至民怨横生。可见,法律理论不能脱离社会事实,否则必然欠缺说服力。

再者,国土资源部2004年《关于国有划拨土地使用权抵押登记有关问题的通知》指出:“以国有划拨土地使用权为标的物设定抵押,土地行政管理部门依法办理抵押登记手续,即视同已经具有审批权限的土地行政管理部门批准,不必再另行办理土地使用权抵押的审批手续。”准此,划拨建设用地使用权抵押未经主管机关批准,但经登记之建设用地使用权抵押,仍然有效,此一见解,对人民财产权之保障发挥十足之作用,然而,为贯彻土地使用权管制之公法规范效果,似乎可将前述抵押权之有效性只限定在已经有第三人交易介入时,例如抵押权已随同担保

[48] 参见赖英照:“有效无效,法无定法——从法律解释方法看‘民法’第七条强行规定之解释方法”,《中原财经法学》第41期(2018年),第49—52页;詹森林:“效力规定与取缔规定之区别标准——‘最高法院’裁判之分析”,载氏著:《民事法理与判决研究(六)》,元照出版2012年版,第41—65页;我国台湾地区“最高法院”2014年度台上字第976号民事判决。

[49] 我国台湾地区相关论文甚多,举其要者,可参见魏大晓:“违章建筑物所有人及其受让人之财产权保障”,载氏著:《法学方法、宪法原理实践》,新学林2017年版,第343—366页;张永健:《法经济分析:方法论与物权法应用》,元照出版2021年版,第419—466页;吴从周:“再访违章建筑——以法学方法论上‘法秩序一致性’原则出发观察其法律性质与地位”,载氏著:《民事实务之当前论争课题——民事法学与法学方法(第八册)》,元照出版2019年版,第127—175页;谢在全:“违章建筑物买受人之民事法律地位”,载陈荣隆六秩华诞祝寿论文集编辑委员会主编:《物权法之新思与新为:陈荣隆教授六秩华诞祝寿论文集》,法源资讯2016年版,第75—97页;谢在全,见前注[4],第72、80页。

债权之让与而移转(参照《民法典》第407条),或者抵押权实行,抵押之建设用地使用权已经因折价、拍卖(参照《民法典》第353、411条),而由第三人取得时,始有首开通知之适用。换言之,上述登记未经审批就办理登记,是登记机关之错误登记,登记机关在尚无交易之第三人介入前,得依法办理更正登记,但是一旦有交易第三人介入,即须保护交易之安全。此一折衷处理方式,可于公共政策之维护与交易安全之保障间,取得平衡,于不动产登记之推定力与公信力之法理上获得依据。^[50]

七、司法查封如何限制物权处分效力

“查封限制的是处分权还是处分自由,在现实面没有任何区别”,^[51]本文对此卓见深为赞同,以下仅就我国台湾地区之情形略为说明。

为贯彻强制执行之效果,对妨碍查封效果之行为(参照我国台湾地区“强制执行法”第51条第2项),通常皆采取较严格之态度,几乎是实务及学术界难得之共识,债务人之不动产出售后,与买受人办理所有权移转登记未完成前,如该不动产经债权人依强制执行程序申请查封者,一经法院查封,上述移转登记程序即应停止,纵使完成,对债权人亦不生效力;若不动产已经查封,债务人趁法院疏于函请地政机关办理查封登记之机会,将该不动产让与第三人,该第三人无论是否善意,均不受登记公信力之保护。此点与《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉物权编的解释(一)》第15条第1款第3项之规范较为不同。

破产程序是破产人债务之总清理程序,债务人经法院宣告破产后,对应属于破产财团之财产,依破产法即丧失处分权(参照我国台湾地区“破产法”第75条),则其未经破产管理人同意所为之处分,应面临与查封相同之效果,此与德国法之见解,或有不同之处。但依德国破产法,破产管理人具有撤销权,此对善意取得人亦适用之,^[52]总之,破产人之处分行为,对破产债权人并未造成不利益,破产财团之总价值未减损时,破产管理人即无干涉之必要。

我国台湾地区对共有物之裁判分割诉讼,为查封物之处分限制性,开个小门,或可介绍,以供参考。甲、乙共有A不动产,应有部分各二分之一,甲之应有部分,被债权人丙申请强制执行,经法院查封后,共有A不动产之分割,若无法律禁止分割之规定,或甲、乙约定不能分割之限制时,乙仍向法院诉请甲分割该共有物。共有物分割虽为处分行为,但因法院之裁判分割所采分割方法,应公平为之,故其分割结果,不致影响债权人丙之利益,且分割结果无论甲是否分得原物(例如:甲、乙各分得A不动产之一半,或甲分得之补偿价金),因皆为甲被查封之原有财产之变形物,当为查封效力所及,丙尽可对甲分得财产继续其执行行为,总之,于查封效力无碍,丙不得对之主张不生效力。^[53]此项见解对于执行债权人之权益与共有人共有物分割

[50] 错误登记涉及之登记推定力、公信力之适用问题,参见谢在全,见前注[4],第90页。

[51] 常鹏翱,见前注[1],第323页。

[52] (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508页。

[53] 我国台湾地区“最高法院”1983年台上字第2642号民事判例。

自由之财产权保障,都能兼顾,颇值赞赏。共有人中如有经宣告破产之情形,上述见解应可同样适用。

八、信息革命是否解构物权法

(一)公示机制之冲击

“信息革命对公示机制的冲击效应,可能导致物权法因此丧失地位,这种剧变不能不引起重视。”^[54]确实如此,其实,大数据、网络、区块链、电子支付、人工智能等电子科技,沛然而来,使人完全透明化,此种技术革命,必使法之权利义务世界,全面迎向新之挑战,岂止物权法而已。如前所述,维护人性尊严之人格独立自由是至上命题,人、物二分,人不能成为权利客体,是建立在此一无法动摇之至上命题根底上,债权与物权二分又是衔接在人、物二分上建构之民事法律体系,于此法律体系尚未为安全之安排前,面对剧变,所有法律人固然都应认真严肃以对,但对物权法之未来发展,是否因此丧失其地位,笔者尚未如此悲观。

信息革命对公示机制必定会带来变革,以动产之公示机制而言,《美国统一商法典》第9编动产担保权之登录(登记)就是着例,但须知此种登记与通常之不动产物权登记,有根本性之不同。其中动产物权登记系按人之编成,登记之基准非以权利变动之客体(动产),而是以“动产担保权设定人”为基准,其登记信息当然是用设定人为基准查询之,故无从于动产之所在处,查询其权利状况,与不动产物权登记是按物之编成,其登记是按每一不动产单位为基准,其登记之物权状况皆可于该不动产所在地查询之,是动产与不动产物权登记制度构造最大之不同,为二者之差异,故不能用不动产物权登记为不动产物权公示方法之角度,藉以认识或解释动产物权登记之效力。^[55]

(二)声明登录制之借镜

动产性财产(动产、债权或其他相类之无形资产,英美法之 personal property)担保物权之公示方法,国际上确普遍向登记方式发展,且由于电子科技之进步,登记亦采用网络传输方式统一于公示网站,以电子科技方法为之,迅速简便,不仅如此,为促进担保物权之安定性及透明性,其登记内容更由“交易登记制”(recording system/transaction system)改向“声明登录(登

[54] 常鹏翱,见前注[1],第323页。

[55] 白石大「動産讓渡登記をめぐる諸問題の一考察」道垣内弘人=片山直也=山口齐昭=青木则幸编『社会の発展と民法学上卷——近江幸治先生古稀記念論文集』(成文堂,2019年)313-328页参照;谢在全,见前注[35],第422页注118、第431页延伸探讨。动产物权登记后,固得对抗第三人,但因动产物权之登记是采按人编成,所以,于动产性资产担保权登记于按担保人编成后,其登记所得对抗第三人之范围,应以与该担保人从事交易之第三人为限。参见董学立:“第四百零三条”,载孙宪忠、朱广新主编:《民法典评注:物权编[4]》,中国法制出版社2020年版,第145页。故立法上在担保物之所有人变更后,除非担保权人取得登记以外之公示方法(例如占有担保物),均要求担保权人应于一定期间内办理变更登记,否则,其担保权会变成未登记之担保权,无从对抗第三人,或其担保权优先次序将劣于其他担保权人,参见《联合国国际贸易法委员会担保交易示范法》第26条。

记)制”(notice filing system/filing system),美国、新西兰、澳洲之动产担保权即采取此种登录制度,《联合国国际贸易法委员会担保交易示范法》亦同。“声明登录制”具有下列特点:^[56]

1.登录之内容仅为双方正在进行或已为之融资交易,其交易内容由担保权人提出一定之制式化文件[例如融资声明(financial statement)]表明之,该文件由当事人双方签名,主要记载其地址,及担保标的之种类。因此,登录之有效性及对抗第三人之效力,可与个别担保合同分离,不受个别担保合同之影响。纵使某一担保合同无效、未成立,仍可为其他担保合同成立担保。且仅须于登录有效期内,当事人日后成立之担保权均受该登录之保护,无论是新放款、新融资,或新担保资产,均无须再另行登录。

2.登录文件仅需叙述担保标的种类,而非担保标的之个别项目(特定担保标的),故担保人将来取得资产亦可成为担保标的。以库存或应收帐款为担保标的时,只要担保人日后取得之库存或应收帐款为原登录所述担保标的种类所能涵盖,即为原登录效力所及,不必再另行登录。准此,担保标的具有变动性之浮动担保,其登录问题迎刃而解。至于后续订立之担保合同,为使担保标的范围明确化,亦可就担保标的详细具体说明,将有助于日后就担保标的范围发生争议时,发挥厘清之积极作用。

3.担保之债权或其数额,登录之文件无须说明,因初次放款或有一定数额,但可能因清偿而减少,且未来可能有新放款、新融资等后续融资交易,故债权种类或其数额之登录,对于了解实际担保债权之多少,毫无帮助。关于担保债权之信息,则应于个别担保合同中充分揭露。

4.登录可由担保权当事人单方为之,且得于担保权(担保交易)成立前办理,因登录所依据之内容为融资交易文件,而非担保合同。按通常担保权必须在担保权成立后,方可办理登录,担保权成立与申请登录时间必有一定落差,未完成登录前,如有法定担保权发生,或善意买受人介入,其优先效力就受到影响。因此,为保障担保权之优先效力,及衡诸交易实情,必须为登录保留一定犹豫期间,但又衍生此期间长短,或如何折衷各方利益,以求公允之困扰。声明登录制度下,因可在签订担保合同前办理登录,上述问题完全消失。登录可由担保权当事人一方为之,登录机关又不负审查责任,故登录如有不正确情形,法律自应设计一定之更正或救济程序。

5.担保权人除非自愿,对担保人以外之人不负提供担保物权内容信息之义务。因担保权人并无用自己之劳费,提供详细之金融信息,以满足好管闲事者、营业竞争者、信息搜集者之理由。但融资详细信息对担保人获取其他融资或信用,密切攸关,故担保权人对担保人负有提供信息之义务,换言之,担保人之潜在信用授与人或其他利害关系人,可经由其债务人(担保人)取得担保交易之详细实际信息。

由于声明登录制度之设计目的在于用最便捷手段、最低劳费、建立担保权公示方法,确保担保权安定之效力,故登录内容非常简单。又登录仅在警告担保人之潜在授与人,或与担保人从事交易之利害关系人,担保人之资产可能有担保权负担之状况,为此提供可进一步调查担保人资产有无担保权存在之起点(a starting point for further investigation)。可知登录机关对

[56] 参见高圣平:“动产抵押登记的法理”,载董学立主编:《担保法理论与实务(第二辑)》,中国法制出版社2016年版,第48—73页;谢在全,见前注[36],第45—46页。

登录内容无需为实质审查，^[57]故仅具警告作用，无推定力、公信力之效力。^[58]美国动产担保权之登录制度已如上述，因登录内容非常简单，而担保权人又无提供担保权信息给利害关系人之义务，担保人之利害关系人要全盘详细了解担保权内容，十分不易，所以韩国、日本担心水土不服，都不敢遽然实行。^[59]登记作为物权公示方法之重要机制，乃在物权登记内容之正确翔实，足以降低交易之信息成本，实现资产之有效配置，惟声明登录不担保登记内容之正确性，美国之动产担保权登录制度是否为公示机制改革之一帖万灵丹，即不无深入研究之余地；数据资产所运用之区块链技术，经由公共维护，事务历史记录确有难以篡改之特性，但因缺乏中央权威之监管机制，只是经由添加区块需要之大量资源投资（例如“矿工”使用专门计算机“挖掘”新区块），以防止假信息之进入，其准确性仍非无疑虑。电子科技之进步，改善公示之技术方法，令人刮目相看，仿如信息革命，但财产权是法律之产物，如无法律之革新配套，单靠技术创新是否就可解决产权之公示问题，^[60]从而，翻转物权之传统公示机制，似仍有待评估验证。

至于，浮动担保是为因应担保财产必定会有销售、制造（加工）之流动、变化过程而生，登录时，动产担保财产可为概括描述、担保效力会及于其价值代替物（proceeds，包括销售所得之价款），及前述正常经营买受人规则等皆为必须之配套制度，^[61]随着“物联网、传感网、动态二维码等线感应”科技之运用，能否巨细靡遗之追踪担保财产所在（例如原料制成食品，最后因食用而消灭、担保财产因正常经营买受人规则而断链），相关财产权如何分配（一个细小之电子芯片由上亿之组件构成），同样是法律人要破解之物权法希尔伯特问题。

九、结 语

德国著名法学家古斯塔夫·拉德布鲁赫（Gustav Radbruch）说：“在实然中实现应然，在现

[57] 《魁北克民法典》导入声明登录制度，关于债权、动产物权登记簿（RDPRM），民法并不要求提供抵押权设定契约书复印件或其他证明文件（参照《魁北克民法典》第2995条第1项），登记官无从确认申请当事人之同一性，及登记事项是否真正，不实登记之风险因之提高。片山直也「動産・債権担保法制をめぐる二元の構成の新たな二つの動向：フランス法を起点としたベルギー法・ケベック法の比較研究の試み」法学研究94卷11号（2021年）12頁参照。

[58] 声明登录（登记）制所以使用“file”一字之缘由，see Olin L. Browder, Jr., Roger A. Cunningham and Allan F. Smith, *Basic Property Law*, 4th ed., St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1984, pp. 875-890; Grant Gilmore, *Security Interests In Personal Property*, V.I, Union: Lawbook Exchange, 1999, pp. 129-145; 谢在全，见前注[36]，第44-45页。

[59] 日本自2019年开始，推动非典型担保之立法，对登记之公示方法，在现实面仍有许多必须克服之问题，参见（日）道原内弘人：“日本非典型担保立法动向”，杨东译，载渠涛主编：《中日民商法研究（第十八卷）》，元照出版2019年版，第30-45页。至2022年10月，上述立法已进行至中间试案的总检讨阶段，似未改采「声明登录」制度，参见日本法务省网站，https://www.moj.go.jp/shingi1/housei02_003008.html，最后访问日期：2023年3月1日。

[60] 参见普赞诺斯基等，见前注[11]，第277-282页。

[61] 参见谢在全，见前注[41]，第47页；谢在全，见前注[36]，第42页。

实中体现价值,此即为意义。”^[62]日常生活中因物权所生之纷争,为实然,物权法之法规(制定法、习惯法、法理、法院裁判)为应然,将目光置放于个案事实与法规,二者间来回往返关照,透过法学方法为价值之体现与融合,以为妥适之“发现法律”,寻求事物之意义,乃法学家及法律实务工作者,于科技日新月异之时代,面临物权法新旧争议挑战之当为。

物权法以规范财货归属秩序为任务,而物权法当中所生之希尔伯特问题,随着社会及科技进步,新类型资产不断发生,自然不在少数,当代法律人必须正面直击。无论是从法律解释,或是法之续造,皆在于若干问题之理性论证,透过规范之建构,形塑出可验证(具正当化)之法学思维,以资实现合目的性、法秩序安定性、正义性之理念,进而符合物权法(秩序)各自之本质,为物权法所生之疑难争议,提供一解决之入口,推动法律之形成与发展。

本文诸多浅见,只是野人献曝,旨在抛砖引玉,唤起两岸法学研究者之探索情怀,对话沟通,水乳交融,或可有些许不同景象。

Abstract: The Real Right Law has been confronted with many controversial issues, such as “the propertization of obligatory rights” has long been an issue and has not been settled. Since the propertization of obligatory rights must be limited by the principle of legality of right in rem, the court, when creating the effect of a real rights for certain creditor's rights in judgment, tended to strictly determine the essential facts and effects of its in rem rights, and it is not allowed to violate the principle of good faith and the principle of abuse of rights, and other general provisions to break through the framework limit of the principle of legality of right in rem at will. The rapid development of electronic technology has brought about the positioning of new data assets and the impact of the information revolution on the publicity mechanism, which is a new challenge to the property law. For the former, the application of customary law and case law should be the best way to respond before the regulations were legislated. For the latter, the innovation of registration technology emphasizes low cost and high efficiency, rather than focusing on true reflection of the status of property rights. However, because of the correctness of the content of property rights publicity, the information cost of transactions can be reduced and the legal task of effective asset allocation can be achieved. Therefore, it seems that the impact of the reform of the information revolution on the publicity mechanism still needs legal support to be shown.

Key Words: Real Right Law; The Propertization of Obligatory Rights; Business Thinking; Information Revolution; Method of Jurisprudence

(责任编辑:贺 剑)

[62] 参见(德)古斯塔夫·拉德布鲁赫:《法律智慧警句集》,舒国滢译,中国法制出版社2020年版,第39页。