

民法典物权编通则章立法建议

The Legislative Suggestions to the Chapter of General Principles of the Book of Property of the Civil Code

谢哲胜

XIE Zhe-sheng

【摘要】 全国人民代表大会于2017年3月15日通过民法典总则编，目前考虑编纂物权编等编。本文提出对于民法典物权编通则章的立法建议，希望对于民法典物权编的立法工作能稍尽绵薄之力。第二部分首先分析现行《民法总则》和《物权法》中相关条文对“物权”的定义，探讨现行法对物权的定义是否周延，然后提出物权定义的立法建议；第三部分探讨物权法定或物权自由，比较何者较符合中国特色社会主义市场经济的需要，并提出立法建议；第四部分则探讨物权应采行登记生效或登记对抗，比较何者较符合中国特色社会主义市场经济的需要，并提出立法建议；第五部分总结全文，提出本文结论。

【关键词】 物权 物权编 物权编通则章 物权自由 登记对抗

【中图分类号】 DF521 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206(2017)04-0005-12

Abstract: The National People's Congress Passed the book of general principles of the Civil Code on 15, March, 2017, and is still planning to codify the book of Property and other books. This article submits legislative suggestions to the chapter of general principles of the book of property of the Civil Code. It is hoped that there would be contribution to the legislative task to the book of property of the Civil Code in China. The second part of this article firstly analyzes the definition of property in concerning clauses of the book of general principles of the Civil Code and the Property Act. It explores the appropriateness of the definition of property in current Acts, and proposes legislative suggestion. Part three and part four separately explores the adoption of *numerusclusus* or freedom of property, and the adoption of registration as validity or effectiveness against. They separately compares two regimes from conforming to the needs of market economy with Chinese characters, and proposes legislative suggestion. Part five is the conclusion.

Key words: Property Book of property General principles of the book of property Freedom of property Registration as effective against

[收稿日期] 2017-03-27

[作者简介] 谢哲胜，男，1965年3月生，台湾中正大学法律学系教授，台湾法学基金会董事长，研究方向为民法、房地产法、财经法。

一、引言

在2016年6月、10月与12月，全国人大常委会针对民法典中总则编草案进行了三次审议，民法总则编草案于2017年3月15日经第十二届全国人大第五次会议审议通过，民法典中的总则编已正式诞生^{〔1〕}，根据中国人大网于2017年3月1日所发布的立法动态，民法典除总则编外，目前考虑编纂的其余各编有物权编、合同编、侵权责任编、婚姻家庭编与继承编^{〔2〕}。

全国人大因应编纂民法典工作，按照“两步走”^{〔3〕}的思维编纂民法典，第一步编纂总则编，第二步编纂民法典其余分编。随着总则编的立法工作完成，接着势必是“第二步”，编纂其余各编的工作。

现行的物权法是采单行法典形式，未来在编纂民法典物权编时，现行《物权法》不足之处的完善势必作为立法的建议，本文以下将提出对于民法典物权编通则章的立法建议，即将现行《物权法》中第一编总则章作为评析对象，希望对民法典物权编的立法工作能稍尽绵薄之力。

本文第二部分首先分析现行《民法总则》和《物权法》中相关条文对“物权”的定义，探讨现行法对物权的定义是否周延，然后提出物权定义的立法建议；第三部分探讨物权法定或物权自由，比较何者较符合中国特色社会主义市场经济的需要，并提出立法建议；第四部分则探讨物权应采行登记生效或登记对抗，比较何者较符合中国特色社会主义市场经济的需要，并提出立法建议；第五部分总结全文，提出本文结论。

二、物权的定义

（一）物权就是财产

“物权”一词也就是《民法通则》第五章第一节所称的财产，因此，曾经有使用物权还是财产的论辩，但是这只是名词使用的偏好而已，与实质内容并不直接相关。“物权”一词是《德国民法典》所创设，《日本民法典》继受^{〔4〕}，《法国民法典》并未使用“物权”一词，而是使用“财产”一词^{〔5〕}，“财产”一词为通俗用语，英美法上也使用“财产”（property）一词，物权的客体又不限于物，在台湾地区，“宪法”第15条也使用“财产权”一词，所以，本文认为“财产”一词其实是个更好的用词。然而目前无论是《民法通则》、《物权法》^{〔6〕}以

〔1〕 参见“中国民法总则诞生 开启‘民法典时代’”，载 http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/rlyw/2017-03/16/content_2019204.htm，最后访问时间：2017年3月19日。

〔2〕 参见“民法总则（草案）将提请十二届全国人大第五次会议审议——构建我国民事法律制度的基本框架”，载 http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/lfdt/2017-03/01/content_2009070.htm，最后访问时间：2017年3月1日。

〔3〕 同上注。

〔4〕 日本民法典（みんぽう、明治29年4月27日法律第89号）第二编编名即为“物權”（物权）。

〔5〕 《法国民法典》将财产权规定于第二编。

〔6〕 《物权法》第2条第3项：“本法所称物权指权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利，包括所有权、用益物权和担保物权。”

及《民法总则》^{〔7〕}的正式用语皆是物权，与合同法上的权利和侵权行为的损害赔偿请求权同属财产权，名词只要约定俗成即可，因此，本文不对用词本身争辩。

（二）法典对物权的定义包容性不足

台湾地区“民法”物权编并无物权的定义，大陆的原《民法通则》也无物权的定义，但现行《物权法》及2017年3月15日通过的《民法总则》已对物权定义为：“权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利，……”^{〔8〕}。《民法总则》第五章“民事权利”中，对于知识产权^{〔9〕}、投资性权利^{〔10〕}、虚拟财产^{〔11〕}另行规定，与物权的定义似乎有意脱钩，认为物权仅包括不动产及动产，似乎局限于物理上的物，而知识产权、投资性权利、虚拟财产都不是物权。

对照债权的定义^{〔12〕}，是权利人请求特定义务人为或者不为一定行为的权利，知识产权、投资性权利和虚拟财产都并非债权，但又不是物权，则将有一大部分权利无法归类为债权或物权。除非再创造“准物权”和“知识产权”或其他独立财产权类型，否则就无法将《民法总则》保护的其他权利和利益^{〔13〕}包括在内。

因此，以“对特定的物享有直接支配和排他的权利”作为物权的定义，《民法总则》对物权一词定义的包容性并不足。

（三）本文意见

1. 物权的“物”一词不限于物理上的物

物权的“物”一词，应不限于物理上的物，还包括权利或抽象的物（如智慧财产），其实即相当于“财产”一词，或等同于“财产权客体”，这是对物一词应有的理解。本文亦认为不必强调物权包括所有权、用益物权和担保物权，这样可避免难以对附条件买卖合同出卖人和买受人的权利进行归类，也可避免对兼具用益物权和担保物权的物权，例如抵押权人占有抵押物契约^{〔14〕}及信托受益权^{〔15〕}进行归类。^{〔16〕}

〔7〕《民法总则》第114条：“民事主体依法享有物权。物权是权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利，包括所有权、用益物权和担保物权。”

〔8〕同上注。

〔9〕《民法总则》第123条：“民事主体依法享有知识产权。”

〔10〕《民法总则》第125条：“民事主体依法享有股权和其他投资性权利。”

〔11〕《民法总则》第127条：“法律对资料、网络虚拟财产的保护有规定的，依照其规定。”

〔12〕《民法总则》第118条：“民事主体依法享有债权。债权是因合同、侵权行为、无因管理、不当得利以及法律的其他规定，权利人请求特定义务人为或者不为一定行为的权利。”

〔13〕《民法总则》第126条：“民事主体享有法律规定的其他民事权利和利益。”

〔14〕不动产抵押权（*antichresis*）是指抵押权人就抵押人提供的抵押物，有占有及收益权，以抵充债务人所应支付的利息，See *Black's law Dictionary*, West Publishing Co., 9th edition, 2009, p. 108.

〔15〕所谓信托受益权是指受益人是信托财产实质的权利人，享有的权利成为受益权，受益权是对财产的实质上的所有权，是一种归属性的权利，权利人可直接对信托财产主张权利。受益权是兼具物权（对信托财产的权利）和债权（对受托人请求的权利）性质的权利，参见谢哲胜：《信托法》，元照出版公司2016年版，第182页。

〔16〕参见谢哲胜：“中华人民共和国物权法综合评析”，载《财产法专题研究》（六），翰芦出版公司2008年版，第265页。

2. 物权的客体不限于特定物

物权的客体应不限于特定物，而是可得特定之物，如《物权法》第181条规定^[17]，将抵押物客体及于将有之物（未来之物），这也符合《联合国担保交易立法指南》^[18]的精神。

3. 直接支配并非物权共通的效力

对于权利人占有物权客体的情形，权利人固然占有物权客体，但对于不占有的物权，如抵押权，支配的概念只能想象是支配价值，恐怕就不符合“直接支配”文义的固有意涵。

物权的客体如非特定物，也就难以直接支配该物本身，而只能想象是支配价值。

4. 排他性也非物权共通的效力

部分学者^[19]将排他性加入物权的定义中，是因为支配性的权利当然具有排他的效果，但并非全部物权都有排他的效力，例如因相邻关系无法排除他人干涉，或抵押权人无法排除所有人或其他经所有人允许的使用人使用抵押物。

因此，本文认为不必强调物权的排他性。^[20]

5. 物权为归属性或定分性的权利

如前所述，将物权定义限于对特定的物理上之物的支配和排他的权利，包容性是不足的。因而只要是直接支配物或归属性的权利，理论上就符合物权的定义，如果真的确实如此，则承租人使用租赁物，是直接支配物的权利，而基于土地使用协议可行使的权利，也是直接支配物的权利，都将被归为物权，英美法上此类权利确实是财产法的范围，然而台湾地区将租赁规定在债编各论，大陆则是将租赁规定于合同法中，一般学者都是将这两种权利归类为债权，这就形成了物权一词所包含权利范围与一般归类上所指的物权范围不同的现象，后者显然比前者狭隘了许多。

此一现象发生的原因在于物权的分类与定义脱节，台湾地区许多民法学者的思维深受德国法的影响，物权的分类基本上也是采取德国的分类方式，德国法采物权法定主义，因而如非法律所规定的物权，就不是物权，台湾地区旧“民法”第757条^[21]采物权法定主义，因此租赁和土地使用协议而产生的权利都是债权，德国对于意定的不动产物权变动以登记为生效要件，因此，未登记之前，即使买受人已占有使用，符合直接支配物的本质，也仍然被认为债权，德国法此一分类标准，物权的归类就排除了许多本质

[17] 《物权法》第181条：“经当事人书面协议，企业、个体工商户、农业生产经营者可以将现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就实现抵押权时的动产优先受偿。”

[18] UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions. See UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, Recommendations 2 (a): Security rights in all types of movable asset, tangible or intangible, present or future, including inventory, equipment and other tangible assets, contractual and non-contractual receivables, contractual non-monetary claims, negotiable instruments, negotiable documents, rights to payment of funds credited to a bank account, rights to receive the proceeds under an independent undertaking and intellectual property.

[19] 如王利明：《物权法研究》（上卷），中国人民大学出版社2007年版，第8页；孙宪忠：《中国物权法总论》，法律出版社2003年版，第24页。

[20] 参见谢哲胜：《民法物权》，三民书局2012年版，第40页。

[21] 台湾地区“民法”第757条修正前条文为：“物权除本法或其他法律有规定外，不得创设。”现行条文已修正为：“物权除依法律或习惯外，不得创设。”

上或事实上符合物权定义的权利。^[22]明了此一物权分类与定义脱节的现象，许多物权的疑难问题皆可以迎刃而解。

综合上述，并呼应《物权法》^[23]是规范“因物的归属和利用而产生的民事关系”，即规范财货归属秩序的法律^[24]。本文认为物权是一种归属性或定分性的权利^[25]，与其强调“直接支配”，不如强调“归属”，而且过度强调特定与排他也将与浮动抵押的规定和优先权的制度互相抵触，并不妥适^[26]。因此本文在此建议未来民法典物权编编纂时，可不必就物权定义，只要保留“因物的归属和利用而产生的民事关系，适用本法”的规定即可。如要将物权定义为明文规定，则建议将物权定义为“物权是指权利人对物享有归属性的权利”，并建议物权客体不局限于物理上的物，应扩及抽象的物，也不应强调物权须包括所有权、用益物权和担保物权。

三、物权法定或自由

过去在《物权法》起草时，即存有是否采行“物权法定原则”的争议，大多数学者肯定物权法定原则，《物权法》第5条“物权的种类与内容，由法律规定”，似乎是采行“物权法定原则”，然而此一条文规定，与台湾地区旧“民法”第757条“物权除依法律或习惯外，不得创设”，强调只有立法机关可以决定物权的种类与内容，行政机关、司法机关以及当事人都不能创设新种类和新内容的物权，仍不相同。

因而物权法定原则的争论，并未在《物权法》订定后就停止，学者间对此仍有许多不同的意见，对于物权法定原则挑战的声音仍不在少数^[27]，仍有所谓“物权法定缓和”或“物权法定弱化”见解的提出，更有少数否定物权法定而主张物权自由的见解。

以下先就赞成物权法定与物权法定缓和以及主张物权自由的见解分别加以叙述后，提出本文意见。^[28]

（一）赞成物权法定的理由^[29]

赞成物权法定的学者认为物权具有排他性，为民事权利中效力最强者，因此必须是社会公认的权利，而不是当事人私自决定的权利。其次，财产支配关系为社会存在与发展的基础，由于各国社会、经济、文化等对物权法有重大决定作用的因素的发展程度不同，各

[22] 参见前注〔20〕，谢哲胜书，第40页。

[23] 《物权法》第2条第1项：“因物的归属和利用而产生的民事关系，适用本法。”

[24] 参见前注〔20〕，谢哲胜书，第39页；谢哲胜：“大陆物权法制的立法建议”，载《财产法专题研究》（三），自版（元照总经销），2002年版，第176页。

[25] 参见苏永钦：“物权法定主义松动下的民事财产权体系——再探大陆民法典的可能性”，《月旦民商法杂志》2005年第8期，第119~120页。

[26] 参见前注〔16〕，谢哲胜文，第265页。

[27] 如申卫星：“物权法定与意思自治——解读我国《物权法》的两把钥匙”，载 <http://www.civillaw.com.cn/lw/1/?id=29342>，最后访问时间：2017年3月1日；尹田：“论物权法定原则的解释及其根据（一）”，载 <http://old.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=35846>，最后访问时间：2017年3月1日。

[28] 以下也请参见谢哲胜：“中国民法典立法——物权编”，载《财产法专题研究》（四），台湾财产法暨经济法研究协会出版（翰芦总经销），2004年版，第161~164页。

[29] 参见前注〔19〕，孙宪忠书，第151页。

国的政治制度、经济制度等也有所差异，因此各国对于物权的类型、内容以及取得方式等规定也会有所不同，采纳物权法定原则为各国立法发展的必然。再者，物权为人们交易、交换的基本权利，因此各种物权的内容及涵义必须明确，而且在一个法律领域内必须统一，此为交易所必须，为提供社会交易统一的法律基础，必须采纳物权法定原则，由于物权为交易市场的基本条件，为满足建立统一的大市场的要求，法律必须确定统一的标准，才能保证一个国家的市场交易前提条件统一。

（二）主张物权法定缓和的理由^[30]

主张物权法定缓和的学者认为物权法定存在的前提乃物权与债权的区分，但严格的物权法定原则，规定一切物权必须由国家法律认可，具有强烈的公法色彩，若强化物权法定，再加上社会主义特色的国家所有权与集体所有权，就更有物权公法化之嫌，此与整部民法的私法自治原则相悖，不利于物权法与整个民法之统一与协调，所以，应缓和物权法定原则。

其次，传统的物权法定限制物权的种类与内容已与现实脱节，无体物，甚至权利，都已成为物权的客体，对水、空气、光、电的利用已经普遍化，有价证券与权利的质押也已通俗化。可见物的范围已远远超出传统物权法定的物的范围。现今物权法的重点已从“物之归属”转为“物之利用”，“价值”已成为当今探讨物权法的关键课题。近年出现了许多新形态的物权，主要是由于经济的发展，新社会现象层出不穷，如社会主义国家独有的国家所有权与经营权的分离，此为经济政策的产物。另外，市场经济的新生物，预售房屋的登记，使预购人取得相当于物权的权利。此外，与新形态物权的产生相伴者为旧物权的消亡，典权即已不存在，此种已消亡的物权是否仍须物权法定保留，颇有疑义。

再者，从国家管理与经济政策角度，物权法定亦应缓和，中国目前大力发展市场经济，国家仅担任宏观调控的任务，应有灵活的法律及政策去适应与规范调整，物权法定的弱化正能满足此一要求，而传统的物权法定会导致交易过于僵硬，缺乏应变能力。

更何况承认物权法定原则的国家，无不在设计各种物权内容时为当事人意思自治留有空间。目前大陆法系国家物权法虽在物权内容上为当事人留有自治空间的宽窄不一，但基本上都在一定程度上允许当事人以约定形成其内容，且肯定用益物权一定的处分性。为发挥物的利用价值与交换价值，有必要在结合中国现行经济、政治基本制度的基础上，考虑是否应在立法上进一步扩大当事人意思自治以及可处分的用益物权的范围^[31]。

为缓和物权法定原则，乃主张习惯、政策及司法解释可创设物权^[32]。

（三）主张物权自由的理由

否定物权法定的声音是最微弱的，而且出现的时间也比较晚，^[33]但其摆脱人云亦云

[30] 参见聂婴智：“试论物权法定原则之弱化”，载 <http://old.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=14019>，最后访问时间：2017年3月1日。

[31] 参见徐涤宇：“物权法定主义与物权立法”，载 <http://old.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=11268>，最后访问时间：2017年3月1日。

[32] 参见房绍坤、吴兆祥：“论物权法定原则”，载 <http://old.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=7929>，最后访问时间：2017年3月1日。

[33] 参见张鹏：“物权法定经济上合理性之批判”，《月旦法学杂志》2004年第108期，第140页；刘正峰：“论物权法定原则的扬与弃——以公示制度为基础构建有名物权与无名物权并存的开放性物权法律制度”，载 <http://old.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=21526>，最后访问时间：2017年3月1日。

的惰性，严谨检视物权法定的合理性，此一见解值得重视。事实上此一见解也并非创见，因为在台湾地区物权法的教科书中早就提到物权法定无视说的见解，^{〔34〕}而且也在美国法中得到验证。^{〔35〕}

主张物权自由的学者重新检视物权法定的理由，发现没有任何一个理由可以成立。^{〔36〕}如一般认为物权法定的几个理由包括：1. 物权的绝对性，如准许契约或习惯创设，有害公益；2. 物尽其用的经济效用，如可任意创设对所有权的负担，将影响物的利用；3. 物权种类和内容法定化便于公示，可保交易安全和便捷；4. 整理旧物权，适应社会需要。^{〔37〕}第一个理由只是从契约自由反推物权法定，只是概念法学的产物；第二个理由则是颠倒经济原理，因为不允许物权自由创设，影响生产的诱因，才是有害物的利用；第三个理由则是将交易安全无限上纲，也不符合“并非要在保护交易安全的必要限度以外剥夺真正的权利”的法理；第四个理由更无说服力，欧陆创设物权法定原则是为了反对封建制度下的物权，但中国并无封建制度下的物权，因此学者后续便不再以此作为坚守物权法定原则的理由之一^{〔38〕}。

依此见解，物权也可分为典型物权和非典型物权，典型物权规则明确，可节约交易成本，人们又可依其需要创设非典型物权，以满足交易上的需求。^{〔39〕}

（四）本文意见

1. 物权法定并非普遍适用的法理

物权法定原则其实是德国人崇尚国家管制的产物，崇尚财产权自由的美国、英国、法国等国，并不采此原则。《法国民法典》并未使用物权一词，更无物权法定相关规定，相当于用益物权的用益权、使用权及居住权的内容都是依当事人意思创设，用益权可以附条件期限，也可就各种动产和不动产加以设定，规定承租人的权利同时具有对人权和对物权的性质。《日本民法典》虽有物权法定原则，但通说是认为习惯法可以创设物权，而且认为物权法定原则并不妥当。在英美法，物权的创设原则上是自由的，^{〔40〕}美国法相当于物权的 Property 可以质、量、时间、空间加以切割，如同信托的受益权创设，原则上也是自由的，受益权既具有物权的效力，引进信托法后，在信托法的架构下，物权已可自由创设，物权法定究竟还有何实质意义，值得未来民法典物权编编纂时作为借鉴。^{〔41〕}这充分显示德国民法的物权法定原则其实与法国、日本、美国等世界主要先进国家不同。^{〔42〕}

〔34〕 如谢在全：《民法物权》（上册），自版，2003年版，第63页。

〔35〕 必须强调如有学者声称美国法也采物权法定，则显然是不了解美国物权法（property law），参见 Roger Bernhardt, *Real Property*, West Publishing Co., Third Ed., 1993, p. 28; Sheldon F. Kurtz & Herbert Hovenkamp, *American Property Law*, West Publishing Co., Second Ed., 1993, pp. 2~8.

〔36〕 参见前注〔33〕，张鹏文，第140页。

〔37〕 参见王泽鉴：《民法物权》（第一册），中国政法大学出版社2001年版，第45页以下。

〔38〕 参见王泽鉴：《民法物权》，自版，2011年版，第43页。

〔39〕 即以物权发生是以当事人的意思或法律规定而为区分。物权的发生如是基于当事人意思称为非典型物权（意定物权）；如是由法律规定而发生，不问当事人的意思则为典型物权（或称法定物权）。参见前注〔20〕，谢哲胜书，第65页。

〔40〕 See John E. Cribbet & Corwin W. Johnson, *Principles of the Law Of Property*, The Foundation Press, Inc., 3rd edition, 1989.

〔41〕 参见前注〔24〕，谢哲胜文，第185页。

〔42〕 参见前注〔20〕，谢哲胜书，第50页。

2. 物权法是私法

民法是私法，民法的物权编所规定的内容当然是私法，私法的法理是私法自治原则，物权法定原则与私法自治原则格格不入，物权的种类和内容规定如有强行规定，也是例外，而不应存在所谓的物权法定原则^[43]。

3. 物权自由符合现阶段发展市场经济的需求

发展社会主义市场经济，物权种类和内容的自由，才能满足市场上各种交易需求，活络市场，促进经济发展，因而政府平常应尊重市场参与者的交易自由，如果市场失灵，政府可以介入市场，进行宏观调控，如因市场失灵有必要限制，也是例外。物权法定原则与市场失灵及宏观调控之间都无关系，因而欠缺合理化理由。

因此，即使台湾地区的“民法”第757条也已明文规定习惯可以创设物权。台湾地区旧“民法”第757条采物权法定原则，但为了因应实际需要，台湾地区的“大法官会议解释”和“最高法院”都挣脱物权法定原则的束缚，借由债权物权相对化，默示或明示地抛弃物权法定原则。^[44]依台湾地区“司法院”二十八年院字第一九一九号解释“仅在保护交易安全的必要限度内才能剥夺真正权利”的法理，物权法定就是超过保护交易安全的必要限度，剥夺真正的权利，即违反比例原则，其实已违反台湾地区的“宪法”第15条财产权保障的精神。另外，台湾地区“司法院”大法官会议释字第三四九号解释认为在第三人明知或可得而知的情形下，债权可以对第三人发生效力，即物权效力，因为债权可以自由创设，形同原则上可以自由创设物权效力的权利，则物权法定主义显然也违反释字第三四九号解释。^[45]

物权法定原则从现代法制来看，仅剩便于公示以确保交易安全一项可以作为其合理化的理由，但确保交易安全的价值并不当然可以抹煞人们对于不同物权种类的需求，人们对于不同种类物权的需求，攸关资源的使用效率，攸关生产诱因的提供。如前所述，采物权法定原则，等于以限制生产的诱因为代价，即剥夺真正权利为代价，换取保护交易安全，其实是得不偿失，不符合现阶段发展社会主义市场经济的需求。

4. 在法律实践上不受物权法定原则的拘束

现行《物权法》规定土地承包经营权为物权，并未规定农村土地“承包权”或农村土地“经营权”。但是关于土地承包经营权是否可以流转，2016年10月中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》，确立了“始终坚持农村土地集体所有权的根本地位”、“严格保护农户承包权”、“加快放活土地经营权”的“三权分置”格局^[46]，明示党政机关可以创设新物权，并未受到物权法定原则的拘束。

5. 本文建议

由台湾地区和大陆实践的经验可知，不必受物权法定原则拘束，民法典物权编编纂

[43] 同上，第51页。

[44] 参见谢哲胜：“从物权的概念和物权法定原则谈起”，《东吴法学》2005年秋季卷，第67～69页。

[45] 参见前注〔20〕，谢哲胜书，第59～60页。

[46] 参见“中共中央办公厅 国务院办公厅印发《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》”，载 http://news.xinhuanet.com/fortune/2016-10/30/c_1119815168.htm，最后访问时间：2017年3月19日。

时，如能采取物权自由原则，宏观调控为例外，才能符合现阶段发展社会主义市场经济的需求。由此可知，“物权的种类与内容，由法律规定”其实可以删除，如不删除，则该条文所称的法律，应理解为包括政府机关所印发的各种“意见”。

四、物权登记生效或登记对抗

有关物权变动采登记生效或对抗效力，在《物权法》起草制定过程中，一直存有争论^[47]，现行《物权法》第6条规定：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，应当依照法律规定登记。”第9条第1项虽然规定“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力，但法律另有规定的除外”，第23条第1项虽然规定“动产物权的设立和转让，自交付时发生法律效力，但法律另有规定的除外”，但就各种不动产物权登记效力的具体规定，至少有三种，包括自登记时设立的“登记设立”^[48]，应当依照法律规定登记的“应当登记”^[49]，以及未经登记不得对抗善意第三人的“登记对抗”^[50]。

本文以下先就物权公示的必要性、物权公示的效力、物权与公示二者之间的关系进行探讨，然后提出本文建议。

（一）物权公示的必要性^[51]

物权具有提供生产诱因的功能和物权可以对第三人主张效力是一体的两面，因为如无法对第三人主张效力，物权人就可能因权利人（关系人）的变动而影响其投资规划，

[47] 参见谢哲胜、吴春歧：“中国大陆不动产物权公示方法的考察与分析”，《中正法学集刊》2004年第14期，第166页。

[48] 《物权法》第139条：“设立建设用地使用权的，应当向登记机构申请建设用地使用权登记。建设用地使用权自登记时设立。登记机构应当向建设用地使用权人发放建设用地使用权证书。”

《物权法》第187条：“以本法第180条第1款第1项至第3项规定的财产或者第5项规定的正在建造的建筑物抵押的，应当办理抵押登记。抵押权自登记时设立。”

[49] 《物权法》第129条：“土地承包经营权人将土地承包经营权互换、转让，当事人要求登记的，应当向县级以上地方人民政府申请土地承包经营权变更登记；未经登记，不得对抗善意第三人。”《物权法》第145条：“建设用地使用权转让、互换、出资或者赠与的，应当向登记机构申请变更登记。”《物权法》第155条：“已经登记的宅基地使用权转让或者消灭的，应当及时办理变更登记或者注销登记。”《物权法》第169条：“已经登记的地役权变更、转让或者消灭的，应当及时办理变更登记或者注销登记。”

[50] 《物权法》第127条：“土地承包经营权自土地承包经营权合同生效时设立。县级以上地方人民政府应当向土地承包经营权人发放土地承包经营权证、林权证、草原使用权证，并登记造册，确认土地承包经营权。”《物权法》第158条：“地役权自地役权合同生效时设立。当事人要求登记的，可以向登记机构申请地役权登记；未经登记，不得对抗善意第三人。”《物权法》第188条：“以本法第一百八十条第一款第四项、第六项规定的财产或者第五项规定的正在建造的船舶、航空器抵押的，抵押权自抵押合同生效时设立；未经登记，不得对抗善意第三人。”《物权法》第189条：“企业、个体工商户、农业生产经营者以本法第一百八十一条规定的动产抵押的，应当向抵押人住所地的工商行政管理部门办理登记。抵押权自抵押合同生效时设立；未经登记，不得对抗善意第三人。依照本法第一百八十一条规定抵押的，不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人。”

[51] 参见谢哲胜：“物权的公示”，载《财产法专题研究》（五），自版（翰芦总经销），2006年版，第135~138页。

如此，则也无法具备提供生产诱因的功能，因此，可以对第三人主张效力，是物权具有提供生产诱因功能的要件。

而一般人都是就已知资讯做出交易的决定，物权的对第三人主张效力（对世效力）本身，可能会影响交易第三人的交易期待。如果交易资讯不明，一般人都会避免交易，否则就必须支出资讯搜集的成本去取得资讯，因为交易一牵涉物权即产生可能受到原物权人追夺的危险，因此，不会不经搜集资讯即从事物权的交易，在未有公示方式时，资讯搜集成本往往相当高，因为交易相对人难以预知有多少人将来会出来主张物权，因此，有必要穷尽搜寻之能事，否则即可能面临交易后纠纷的解决，不论事前或事后，都是此一交易必须付出的成本。为了避免取得的权利被他人追夺，交易相对人的对策就是搜集资讯，资讯搜集愈多，将来被追夺的可能性愈小，然而，资讯搜集有其成本，资讯搜集加上其他交易成本，不得超过交易本身使相对人可以获得的利益。交易可以促使资源流向最有效率的地方，促进资源有效利用，因此，法制借由保护交易安全以鼓励交易，当交易成本过高，超过交易所获得利益，交易即不会发生，在交易所获得利益不变的情形下，促使交易发生的方式即是减少交易成本。

物权交易时的主要成本之一是资讯搜集成本，则减少资讯搜集的成本，即可减少交易成本。减少资讯搜集成本的最直接方法则是使资讯搜集十分简易，不需耗费太多劳力、时间和费用，而公示的手段恰好可以达到此一目的。因为经由公示的权利，赋予公信原则的效力，则交易当事人即可借由少量的成本搜集到交易上应具备的资讯，达到避免受到不测损害的目的。因此，借由公示，即可减少交易成本，由此可见物权公示的必要性。

（二）物权公示的效力

在各国法制上，物权均有公示的规定，可见物权具有公示的必要性，但与公示的效果则是两回事，各国法制规定的公示要件的效果则不完全相同，大致可分为生效要件和对抗要件两种。

1. 生效要件

物权变动采生效要件的立法例，物权变动未经公示不发生效力，主要为德国民法及受其影响的国家所采。在此种立法例下，不仅物权变动不能对第三人主张，即使是当事人间，也未发生物权变动的效力，在此种情形，当事人间即使原来欲发生物权效力，也因公示的欠缺而只能发生对人的效力（如未欠缺法律行为有效的要件）。因此，采生效要件的结果，只要不符合公示的要件，就不发生当事人所期待发生的效力，完全忽视当事人间对权利变动的真意，就此而言，即限制了当事人意思自主的原则。^{〔52〕}

2. 对抗要件^{〔53〕}

物权变动采对抗要件的立法例，物权变动只要当事人有此意思表示一致，而且符合法定公示以外其他物权变动的要件，则物权变动即发生效力，公示与否只是对抗第三人的要件，为日本、法国及英美等大多数国家民事法律所采。

假如有一种权利，仅在当事人间发生效力，不得对抗善意和恶意的第三人，则此种权利仅具有对人的效力，并非归属性的权利，而不具有物权的效力，不能对抗任何第三

〔52〕 同上，第140～144页。

〔53〕 同上注。

人的权利不能称它为物权，因此，登记对抗第三人，通常指善意第三人。

（三）物权与公示二者之间的关系^{〔54〕}

物权权利人既然可以对物主张权利，不受物的权属发生变动的影 响，即可保护投资报酬的期待，达到鼓励生产的诱因、增加财货的产出的目的。为了促使交易发生，使资源流向最有效使用的地方，则必须降低交易成本。降低交易成本，使人们乐于交易，交易增加，资源流向最有效使用的地方，是法律上保护交易安全的目的，而公示即是保护交易安全的手段。因此，真正权利的保护和交易安全的保护，是财产法的两大课题，是在解释适用时所应权衡的两大价值。

真正权利是法律保护的一种重要价值，交易安全也是法律保护的另一项重要价值，二者间的保护须取得平衡，取得平衡也就是取得二者相加的最大利益，也自然符合社会最大的福祉。权衡之下，真正权利的保护，固然是理所当然，但是为求二者相加利益的最大，最好的结果是将对交易安全的负面影响减至最小，以免影响资源配置的效率，在保护交易安全的必要限度以内，就只好牺牲真正的权利。所以真正权利的保护和交易安全的保护权衡的结果，就是在保护交易安全的必要限度以内剥夺真正的权利。^{〔55〕}

公示既然仅是保护交易安全的手段，不可将手段误以为是目的，也不可在保护交易安全的必要限度以外剥夺真正的权利。^{〔56〕}

（四）本文意见

公示的目的既仅在保护交易的安全，并无必要在保护交易安全的范围外侵犯真正当事人的意思，在第三人不至于遭受不测损害的前提下，未经公示的物权当然仍具物权的效力。

因为公示作为生效要件超过保护交易安全的必要限度剥夺真正的权利，动产因承认观念交付也发生动产物权变动效力，就不成为问题，因此，现行不动产登记效力有“登记设立”、“应当登记”及“登记对抗”三种。

在现行土地所有权仅承认国家所有权和集体所有权的状况下，为保护国家和集体的土地所有权，强调“登记设立”，或许有防止私人不法取得土地使用权的考量，然而，如私人欲以不法手段取得土地使用权，也可克服登记的关卡，因此，“登记设立”与防止私人不法取得土地使用权，并无直接关系。私人仍须依法才能取得用益物权，也足以保护公有土地所有权。登记生效既非保护公有土地所有权所必要，则应恢复登记作为保护交易安全手段所应有的效力，即非经登记不得对抗第三人的“登记对抗”效力。

因此，本文建议不动产物权变动有关登记的规定，应全部采对抗效力^{〔57〕}，具体文字可以是“合同生效时设立”、“应当依照法律规定登记”及“未经登记不得对抗善意第三人”。

〔54〕 同上，第144~148页。

〔55〕 以上两段参见谢哲胜：“债权确保与信托制度的平衡”，《月旦法学杂志》2003年第93期，第223~234页。

〔56〕 例如，不动产所有权取得时效的客体是否限于未登记的不动产，若从此观点，即不能谓已登记的不动产不能时效取得，盖公示的作用仅在保护信赖登记的第三人，如此而已，不得将公示的功能作无限制扩充。参见谢哲胜：“不动产所有权取得时效之客体立法政策之探讨”，载《财产法专题研究》，三民书局1995年版，第171~173页。

〔57〕 参见前注〔16〕，谢哲胜文，第264页。

五、结论

物权就是财产，现行《物权法》和《民法总则》对物权的定义“权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利”，因物权的“物”一词不限于物理上的物，物权的客体不限于特定物，直接支配并非物权共通的效力，排他也非物权共通的效力，因而该定义包容性不足。呼应《物权法》是规范“因物的归属和利用而产生的民事关系”，因而物权是一种归属性或定分性的权利。本文建议未来民法典物权编编纂时，可不必就物权定义，只要保留“因物的归属和利用而产生的民事关系，适用本法”的规定即可。如要将物权定义为明文规定，则建议物权定义为“物权是指权利人对物享有归属性的权利”，并建议物权客体不局限于物理上的物，应扩及抽象的物，也不应强调物权须包括所有权、用益物权和担保物权。

物权法定与物权法定缓和以及物权自由的见解，都有人支持，显得意见分歧。物权法定并非普遍适用的法理，为德国民法所采，但其实法国、日本、美国等国并不采此原则。物权法是私法，物权法定原则与私法自治原则格格不入，物权的种类和内容规定如有强行规定，也是例外。物权自由符合现阶段发展市场经济的需求，物权法定原则与市场失灵及宏观调控都无关系，欠缺合理化理由。党政机关在《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》创设新物权“农户承包权”与“土地经营权”，在法律实践上不受物权法定原则的拘束。因此，本文建议，不必受物权法定原则拘束，于民法典物权编编纂时，如能采取物权自由原则，宏观调控为例外，才能符合现阶段发展社会主义市场经济的需求。由此可知，“物权的种类与内容，由法律规定”其实可以删除，如不删除，则该条文所称的法律，应理解为包括政府机关所印发的各种“意见”。

公示的目的仅在保护交易的安全，并无必要在保护交易安全的范围外侵犯真正当事人的意思，在第三人不至于遭受不测损害的前提下，未经公示的物权当然仍具物权的效力，也因为公示作为生效要件超过保护交易安全的必要限度剥夺真正的权利，动产因承认观念交付也发生动产物权变动效力就不成为问题，因此，现行不动产登记效力有“登记设立”、“应当登记”及“登记对抗”三种。在现行土地所有权仅承认国家所有权和集体所有权的状况下，私人仍须依法才能取得用益物权，也足以保护公有土地所有权。登记生效既非保护公有土地所有权所必要，则应恢复登记作为保护交易安全手段的非经登记不得对抗第三人的“登记对抗”效力。因此，本文建议不动产物权变动有关登记的规定，应全部采对抗效力，具体文字可以是“合同生效时设立”、“应当依照法律规定登记”及“未经登记不得对抗善意第三人”。

参考文献

- [1] 王利明. 物权法研究：上卷 [M]. 北京：中国人民大学出版社，2007.
- [2] 王泽鉴. 民法物权：第一册 [M]. 北京：中国政法大学出版社，2001.

(责任编辑：朱晓峰 赵建蕊)