



商法文库

*Research on the Commercial
Property Right and Com-
mercial Obligatory Right*

曾大鹏 著

国法制出版社
A LEGAL PUBLISHING HOUSE

商事物权与商事债权制度研究





商法文库

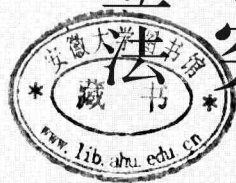
*Research on the Commercial
Property Right and Commercial
Obligatory Right*

曾大鹏 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

商
事
物
权
与
商
事
债
权
制
度
研
究

兼议商法通则立



图书在版编目 (CIP) 数据

商事物权与商事债权制度研究: 兼议商法通则立法/曾大鹏著.
—北京: 中国法制出版社, 2012. 4
ISBN 978 - 7 - 5093 - 3669 - 4

I. ①商… II. ①曾… III. ①物权法 - 研究②债权法 - 研究
IV. ①D913. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 070291 号

策划编辑 舒丹

责任编辑 卜范杰

封面设计 蒋怡

商事物权与商事债权制度研究——兼议商法通则立法

SHANGSHI WUQUAN YU SHANGSHI ZHAIQUAN ZHIDU YANJIU——JIANYI SHANGFA TONGZE LIFA

著者/曾大鹏

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/787×960 毫米 16

印张/14.75 字数/250 千

版次/2012 年 6 月第 1 版

2012 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3669 - 4

定价: 45.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66066621

市场营销部电话: 66017726

邮购部电话: 66033288

上海市第三期重点学科——经济法学（S30902）

“高水平特色法学学科建设与人才培养工程(085工程)”的阶段性成果

立法者在民法之牛面前，已为其配置了商法之犁，附带地，在一定范围内可以证明的是，正是此犁推动了彼牛。

——[法] 让·皮埃尔

总序

多年以前，我们华东政法大学经济法律研究院就有出版《商法文库》的想法，但囿于人力与财力的不足以及迫于经济法学科建设规划的安排，主要力量放在了出版《经济法文库》上，一直未能如愿。到目前为止，在北京大学出版社的支持下，《经济法文库》已经出版著作38种，其中有少数几种涉及商法内容（列为“商法系列”）。仅花费了5年左右的时间，如此密集的产出，这在法学界产生了相当的影响，也表明我们创办经济法律研究院，致力于经济法、商法、自然资源与环境法、劳动与社会保障法以及其他与经济活动相关法律的学术研究已经取得预期的成效。当然，将“商法系列”置于《经济法文库》之内，不免有些缺憾。从学术观点看，商法是有别于经济法的学科部门与法律部门。如今进入十二五规划实施年度，研究院的人力财力有了改善，经济法学科建设有了新的目标，我们在继续做好《经济法文库》出版工作的同时，将与新的合作伙伴中国法制出版社合作，着力推出《商法文库》。

商法在中国的产生很晚，从清末民初算起，也仅有100余年的历史。它真正的发展与受重视始于1979年的改革开放。30多年来，经过各方面的努力，商法在社会主义法律体系中已经占有一席之地，商法体系架构已经初步形成；商法在现实经济生活中已经发挥了重要作用；商法在理论研究方面，也已经取得不小的成绩。但是，商法缺乏像《民法通则》那样的基本规则，部门法之间缺乏必要的协调；商法部门法立法还有缺漏，如至今还没有《期货交易法》、《产权交易法》、《融资租赁法》、《控股公司法》、《电子交易法》或《电子商务法》等这些市场经济必不可少的法律。在商法研究方面，基础理论还相当薄弱，部门法理论还有待深化，现存的学术成果还不足以为市场经济繁荣发展提供强有力的理论支撑。我们的经济法律研究院立足于上海改革开放的前沿，有志对所有与经济发展相关的重大法律问题，其中包括商法理论与实践问题展开研究，并在此基础上编

辑出版著作和文集，为繁荣商法理论研究、促进经济发展做出应有的贡献。

按照我的理解，商法是调整商事交易关系之法，促进商事交易繁荣之法，也是确立市场运行机制之法，规范市场无形之手之法，其内涵非常丰富。《商法文库》的选题，着眼于基础性、现实性、新颖性和针对性；研究范围不限于商法立法的问题，还包括商法执法、商法司法中的问题。除了我们经济法律研究院的研究人员，我们也欢迎热爱商法研究的院外专家学者加入我们的团队，研究我们共同感兴趣的商法问题。《商法文库》反映我们经济法律研究院自身建设学科和研究基地的成果，也反映经济法律研究院特聘的学术指导专家、外聘的兼职研究员以及我们培养的博士后、博士的优秀研究成果。

西方国家的商法发展，至今已有400余年的经验积累，市场经济体制机制已经相当成熟。《商法文库》还设置了“翻译系列”，目的在于推介一些西方国家著名专家学者的著述，以利于我们进一步研究借鉴。

华东政法大学经济法律研究院此次出版《商法文库》，是继成功创办《公司法律评论》（已出版10卷本）、《中国商法评论》（已出版6卷本）、《金融法律评论》（已出版2卷本）和出版《经济法文库》（已出版38种）、《经济法文集》（已出版9卷本）等学术载体后的又一个理论平台。我们相信：研究院同仁凭着良好的氛围、共同的理想、真诚的合作以及坚韧的毅力和辛勤的工作，一定会做好做强《商法文库》，使她成为学术精品。《商法文库》也一定会受到越来越多的读者的青睐！

顾功耘^①

2011年7月20日

^① 系华东政法大学副校长，教授，兼经济法律研究院院长。

目 录

Contents

前 言 本书的三个关键词	1
--------------------	---

第一编 商事物权

第一章 物权法定原则的经济分析：一种方法，三个结论？	3
一、经济分析方法下的物权法定原则否定论	3
二、经济分析方法下的物权法定原则折衷论	7
三、经济分析方法下的物权法定原则肯定论	9
四、小结	11
第二章 土地与建筑物的私法关系：一元推定主义的理论探索	13
一、引言：理论分歧与问题还原	13
二、罗马法上添附原则的整体图景	15
三、近现代范式立法中存在一元主义与二元主义的分野吗？	16
四、一元推定主义的补强	22
五、我国土地与建筑物之关系的系统解读	25
六、小结：一元推定主义的意义与要求	29
第三章 商法上的善意取得：比较法的启示与中国法的完善	31
一、问题意识：商事交易安全与善意取得制度之关联性	31
二、大陆法系商法上的善意取得制度	32
三、英美法系商法上的善意取得制度	38
四、我国善意取得制度的商法解读	42
五、小结	45
第四章 商事留置权的法律构造：以《物权法》第 231 条为中心	47
一、商事留置权的主体类型	47
二、商事留置权的客体范围	51

三、商事留置权的内容限度	56
四、小结	59
第五章 不完全质押背书的法律效力：基于立法论与解释论的双重视角	60
一、问题的提出	60
二、立法论视角下不完全质押背书的法律效力	61
三、解释论视角下不完全质押背书的法律效力	65
四、小结	72
第六章 典当制度的完善：营业质权与营业抵押权的引入	74
一、典当业的发展状况及法制需求	74
二、典当立法的制度障碍	75
三、典当制度的完善路径	78

第二编 商事债权

第七章 显失公平的构成要件与体系定位	87
一、问题的提出	87
二、显失公平的构成要件：单一要件说与二重要件说的论争	88
三、显失公平的体系定位：原则与规则的识别	92
四、逻辑延伸：对两个流行命题的反思	97
第八章 企业三角债与债权人代位权制度	99
一、引言	99
二、代位权的实体制度之检讨	100
三、代位权的程序制度之检讨	109
四、代位权的法律价值之检讨	116
五、小结	120
第九章 企业出售中的“债务跟着资产走”原则	121
一、“债务跟着资产走”原则的创设及其缺陷	121
二、“债务跟着资产走”原则的立论依据	125
三、企业出售中债务处理方案的重构	128
四、小结	132
第十章 商事代理的规范类型与体系整合	134
一、商事代理的一般规范	134
二、商事代理：历史的规范类型	135
三、商事代理：现实的规范类型	137
四、商事代理的体系矛盾	154

五、商事代理的体系整合	158
六、附录：英国《商事代理条例》及其修正案	161

第三编 商法通则

第十一章 商法通则：扬弃民商分立与民商合一	173
一、民商分立与民商合一的理论反思	173
二、民商分立与民商合一的体例解析	177
三、中国民商关系的立法建构	180
第十二章 从法理到法条的转换：评苗延波先生的《商法通则》草案建议稿	183
一、引言	183
二、商行为立法：全面的一般化与具体的类型化	184
三、商事责任立法：如何体现商法的独立性和现实性	191
四、结语	198
第十三章 商法知识学趣味与体系化结晶：《中国商法体系研究》评介	200
一、引言	200
二、商法概念的内在蕴涵	200
三、商法体系的外部建构	203
四、结语	205
第十四章 合伙的主体地位：从民法到商法的变迁	206
一、合伙的历史发展及其与自然人、法人之别	206
二、合伙的第三民商事主体地位之争议	208
三、合伙财产的分析	209
四、合伙债务的承担	212
五、合伙应为第三民商事主体	215
主要参考文献	218
后记	226

前言 本书的三个关键词

架构本书的三个关键词是：商事物权、商事债权、商法通则。于此，先对该三个关键词作简要的说明。

第一，所谓商事物权，是指商行为所涉及的物权，或者是指商事交易领域中存在的物权。商事物权的概念及其规范体系为德国学者所认可，德国法上的“商人留置权”即置于“商事物权”之中。^①但在我国有些学者看来：“不过，对于任何一种商事物权行为来说，如果仅仅适用《德国商法典》中的规定显然是不够的，它必须借助或结合民法中的原则予以考虑。同时，《德国民法典》构造了一个完整的物权法规范，而《德国商法典》仅有一些零星的物权法规范，这些规范所涉及的内容，即调整的对象也较窄，它主要涉及所有权、质权和留置权等内容，远远不能构成一个完整体系。因此，基于以上情形，一种独立的商事物权是不存在。”^②

笔者认为，对于上述见解要正确地予以领会，其表达的核心思想在于：商事物权虽然不完整、不独立，但商事物权本身确实存在——这两个命题不能相互混淆，因为前者仅为定性的主观判断问题，后者则关乎存在的客观事实问题。

正是在承认商事物权之大前提下，本书第一编试图在肯定物权法定原则之基础上，挖掘出土地与建筑物的动态交易关系、商法上的善意取得、商事留置权、票据质权、营业质权以及营业抵押权等方面的特殊规则。

第二，所谓商事债权，是指商行为所涉及的债权，或者是指商事交易合同中存在的债权。商事债权的概念及其规范体系为德国学者所认可。在德国法上，商事债权行为作为特殊形式的债权法律行为，其特殊性的内容主要涉及契约缔结过程中的要约与承诺、对意思表示之缄默以及缄默之错误等方面。^③

不惟德国商法中存在商事债权这一术语。类似地，在流质契约的效力问题上，

① [德] 卡纳里斯：《商法学》，贝克出版社 2000 年版，第 518 - 522 页；[德] 卡斯腾·施密特：《商法》，第 22 节，第 IV 1 d 段，转引自杨继：《商法通则统一立法的必要性和可行性》，载《法学》2006 年第 4 期。

② 参见范健：《德国商法：传统框架与新规则》，法律出版社 2003 年版，第 336 页。

③ 参见范健：《德国商法：传统框架与新规则》，法律出版社 2003 年版，第 321 页。

《日本商法典》第515条使用了“商行为债权”的术语；^①《韩国商法典》第59条使用了“因商行为所发生的债权”的术语。^②在法国学者著述中，同样存在“商事债权”（*créances commerciales*）的概念。^③

本书第二编试图梳理商事债权合同领域中应否以及如何运用显失公平规则、如何健全清理企业三角债的债权人代位权制度、企业出售中的“债务跟着资产走”的妥当性问题、商事代理异于民事代理等方面的特殊规则。而对商事债权合同中的要约与承诺、缄默及其错误等一般内容暂且不论。

第三，《商法通则》（或称《商事通则》）主要是指关于商法的一般性和共同性规范。其异于法国、德国或日本的《商法典》，也不能完全涵盖于传统的《民法典》之中。

在内容方面，未来《商法通则》包括：立法目的、基本原则、商业登记、商业名称、商业账簿；商事主体，即商法人、商自然人、商合伙；商事行为和商事代理；商事权利，如商誉权、商业秘密权；商事救济，主要是商事责任。从而，《商法通则》和商事单行法（如《公司法》、《票据法》、《保险法》、《海商法》以及《证券法》等）将构成我国商事法律规范系统的整体，其与未来的民法典共同支撑起我国和谐的二元私法体系。在地位方面，未来《商法通则》与现行《民法通则》具有基本法之地位。

本书第三编在辨析民商分立与民商合一这两种传统立法模式的基础上，讨论了商事立法的“第三条道路”——《商法通则》立法模式。与此同时，本编的两则书评，进一步论证了制定《商法通则》的必要性和可行性。最后，在阐明合伙异于自然人、法人的独特性之后，分析了民事合伙与商事合伙的区分观念。

① 参见马太广编译：《判例所表现的商法法理：日本最高裁判所商法判例要旨（1962—2004）》，法律出版社2004年版，第374页。

② 参见《韩国商法》，吴日焕译，中国政法大学出版社1999年版，第15页。

③ Jean - Pierre MARTY, La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 1981, numéro 4, p. 692.

第一章

物权法定原则的经济分析：一种方法，三个结论？

物权法定原则作为物权法的基础理念，从来都备受推崇，并且大陆法系学者主要是从法律传统、经济安全和政治诉求等方面来论证其正当性，近年来英美法系学者对其也褒扬有加。在本文中，正如其他学者所运用的情况一样，物权法定、物权法定主义和物权法定原则是同义的，一般是指物权的类型法定和内容法定。物权自治、物权自治主义、物权自由、物权自由主义和物权自由创设主义也是同义的，即允许突破类型法定，当事人自行创设的“新型物权”也能取得物权的一般效力和法律地位，当然此时也就无法固守内容法定。

但是，随着法律经济分析方法的引进和运用，当前我国有的学者主张放弃物权法定原则，改采物权自由主义。饶有趣味的是，除了经济分析方法下的物权法定原则否定论，还有学者运用经济分析方法得出了物权法定原则的折衷论和肯定论。显然，在同一种经济分析的方法之下，却获得了三种截然不同的结论，着实令人费解。

面对来自法律经济分析方法的理论责难，物权法定能否确保其在物权法上基本原则的显赫地位并历久弥新，实属关乎物权法定和债权自由二元界分的重要问题。如果物权法定原则被直接或间接否定，则物权制度的存在价值也将被弱化，甚至可能荡然无存。因此，为寻求方法与结论之间的一致性和妥当性，值得反思的是：物权法定原则经济分析的实质是什么？传统物权法定原则的优缺点何在？物权自由有无必要性和可行性？经济分析方法能否完全替代其他方法给出正当结论？经济分析方法本身是否科学，换言之，采用什么样的经济分析方法才能保证结论最低限度的科学性？

一、经济分析方法下的物权法定原则否定论

（一）苏永钦先生的见解及其评析

科斯定理的两个考察要点是财产的自由移转性和交易成本。^① 苏永钦先生认

^① Ronald H. Coase, The Problem of Social Cost, in Donald A. Wittman (ed.), *Economic Analysis of the Law: selected readings*, Blackwell Publishers Ltd., 2003, p. 1.

为，科斯定理的第一点处分（移转）自由，并不因采取物权法定主义而当然有所减损，由此也不违反宪政上市场经济的自由要求；但对于交易成本（包括认识成本、协议成本、规范成本、防险成本和争议成本）和保护成本（包括标示成本、妨害成本和排除成本）组合而成的社会成本，其认为物权法定主义下的财产法秩序，因为经常需要做较迂回的债权安排，所以较物权自治下产生更高的成本，不过标示成本是例外。由此，苏永钦先生主张物权法定原则的否定论。^① 对于此种分析方法，问题之一是上述社会成本划分不具有周延性——这一点苏永钦先生自己也承认，问题之二是完全忽略了物权法定原则之中的私法自治空间，将物权之法定化几乎等同于强制化或僵硬化。

在笔者看来，物权法定与物权自治的社会成本比较，实质上是物权法定下的债权与物权自治下的无名物权之间的社会成本比较。因为，有名物权和有名债权，在物权法定或物权自由这两种状态下的社会成本都是一样；而无名债权，在物权法定或物权自由这两种状态下则可转化为无名物权和无名债权的社会成本比较了，但基于否定论并未否定物权法定原则中物权和债权的区分模式本身，故于此不作论述。下面就否定论对各项社会成本的分析逐一提出商榷意见。

其一，认识成本（information costs）。^② 否定论认为，如果被限制的物权交易会 被债权交易所替代，则物权法定主义下就特定物所生的认识成本可能反而大于物权自治主义。但既然物权交易已被债权交易所替代，那为何还认之为物权法定主义的认识成本？其当然也非物权自治主义的认识成本——与有名物权或无名物权均无关，而是债权行为模式的认识成本。

其二，协议成本（coordination costs）。否定论认为，一方面物权法定主义会导致债权替代关系的增多，另一方面，种种代替限定物权的债务负担，实质上对所有人可能构成更多的限制，因此协议成本可能更高，并且处分自由不会受到威胁。然而，无论是物权自治主义下的无名物权，抑或物权法定主义下的债权关系，其协议成本是相同的。同时，债务负担的形成是基于所有人的自愿，其与物权自治主义下成立无名物权以自我设限并无二致，但后者中还形成了对第三人的排他效力，此种限制则是前者所无，所以，物权自治主义反而更容易导致对交易自由的限制。

其三，规范成本（norm costs）。同协议成本一样，物权法定主义中的规范成本也可能低于物权自治主义。在否定论的理由中，其承认了典型契约减少社会支出规

① 本文所涉苏永钦先生对否定论的详细论证，均请参见苏永钦：《物权法定主义的再思考——从民事财产法的发展和经济学观点分析》，载《私法自治中的经济理性》，中国人民大学出版社2003年版，第96-106页。

② 认识成本（information costs），也称信息成本，它与估量成本（measurement costs）同义。参见张巍：《物权法定与物权自由的经济分析》，载《中国社会科学》2006年第4期。

范成本的功能，同理，当然也应肯定典型物权减少规范成本的功能。试想，如果立法不奉行物权法定主义，何来典型物权？典型物权是通过与非典型物权相比较才能显现存在价值的。

其四，防险成本（risk costs）。物权法定主义之法律，并不会直接导致交易层次增多，或者使得交易对象更复杂化，物权法定或物权自治都难以直接控制风险，后者之中的防险成本也完全可能高于前者。

其五，争议成本（suit costs）。否定论认为，大厦公约作为物权关系来处理，较之于作为单纯的债权关系来处理，可以节省争议成本，但这仅仅是说明了“此类”债权关系有作为物权关系加以法定化的必要，当然，这还主要是类型的法定化。因为，一方面，内容的法定化或强制化会导致千差万别的大厦公约无所适从。另一方面，依物权法对大厦公约实行法定化处理，并不意味着所有的债权关系均可改而开放式地承认为物权。

其六，标示成本（label costs）。债权因无须公示，所以其标示成本较低。但对于采取公示对抗主义的物权，其公示成本则与债权模式一致，由此所带来的其他成本如防害成本的提高，与债权模式也是一致的。

其七，防害成本（theft costs）。否定论认为，在物权法定主义中，因多层替代性债权关系的存在会增加防害成本。但从其所论述的具体情形来看，例如，房东加盖铁窗或房客分摊保险费，此类实际发生的防害成本，即使在物权自治主义中也是无法避免的，而与是否采取物权法定主义无关。

其八，排除成本（enforcement costs）。表面上看来，物权人可直接为救济行为，而债权人则需辗转请求。但实际上，针对物权法定下的债权，民事诉讼法中的无独立请求权第三人制度足以保护债权人的利益，将这种债权承认为物权自治下的无名物权不一定对被害人更为有利。同时，基于无名物权的侵权损害赔偿请求不一定较债权的违约损害赔偿请求更有利。因为，侵权损害赔偿一般采取过错责任原则，并且诉讼时效短，诉讼管辖也较为固定；而违约赔偿一般实行无过错责任原则，诉讼时效更长且可以约定管辖。

综上，可得实行物权法定与物权自治的社会成本比较表（此处“+”表示成本较高，“-”表示成本较低）：

成本项目	物权法定	物权自治
认识成本		
协议成本	-	+
规范成本	-	+

防险成本	-	+
争议成本		
标示成本		
妨害成本		
排除成本	-	+

可见，物权法定主义下的社会成本并不会“必然”高于物权自治主义，甚或是相反的，否定物权法定主义有所不妥。但苏永钦先生还提出了其他两项否定理由，一是英美国家采用物权自治，交易者自会做出最好选择，以法律限制物权种类没有必要；二是自动化登记制度产能的提高，使得维持物权法定主义没有必要。^① 对于此两点，后文再述。

（二）张鹏先生的见解及其评析

张鹏先生也是物权法定主义的否定论者，他除了正面反驳物权法定主义的合理性理由，也从科斯定理出发论证物权法定主义经济上之不合理性，并且与苏永钦先生的观点相映成趣。^②

第一，对于张鹏先生引自苏永钦先生的大厦公约例子，有必要进一步指出的是，此处只是表明具体的地役权制度需要完善。即使有必要承认大厦公约的物权效力，从大厦公约之中抽象出社区建筑物役权，进而构造为一种地役权的次类型，也不足以在整体上彻底地否定物权法定主义。

第二，张鹏先生断言“公示方式的有无应当是决定物权能否生成的根本理由”，则对公示制度与物权法定主义之间关系的认识较苏永钦先生更为激进，忽视了公信制度对公示制度的补强作用，也没有注意到公示制度有对抗主义和要件主义的内部模式差异，^③ 由此误解了公示原则和物权法定原则各自的独特内涵和基本要求——前者主要解决公示力和公信力问题，后者主要解决类型法定和内容法定问题。

第三，张鹏先生认为美国法上采物权法定原则，则与苏永钦先生分道扬镳，并引发了王立争先生的质疑。^④ 从美国学者 Henry Hansmann 和 Reinier Kraakman 的论述来看，实际上，“在普通法系国家只是在最近才对财产权的限制给予了些许关注，

① 参见苏永钦：《物权法定主义松动下的民事财产权体系——再探内地民法典的可能性》，载《民事立法与公私法接轨》，北京大学出版社 2005 年版，第 242～244 页。

② 本文所涉张鹏先生对否定论的详细论证，均请参见张鹏：《物权法定主义否定论论纲》，载王利明等主编：《中国民法典基本理论问题研究》，人民法院出版社 2004 年版，第 442～458 页。

③ 公示对抗主义的立法例以法国、日本为代表，公示要件主义的立法例以德国、瑞士为代表。

④ 参见张鹏：《美国法上的物权法定原则》，载《法学》2003 年第 10 期；王立争：《美国法上物权法定原则及相关问题——与张鹏同志商榷》，载《法学》2004 年第 4 期。

或者甚至可以说是才予以承认”，进一步的，类型限制的目的在于为证明用以转让的权利的归属或特定履行提供便利，^① 而非 Thomas W. Merrill 和 Henry A. Smith 所认为的使权利标准化。^② 但英美法都限定土地上的不动产权益类型，而对财产权的内容，因有准地役权、衡平地役权等制度，则显得较为宽松。^③ 换言之，英美法对土地上的不动产权益类型控制严格，但其财产权的内容具有相当的灵活性，这种 property 概念的灵活性对信托受益权、衡平法（判例法）上的限制性不动产条款（restrictive covenant）、^④ 习惯法上的不动产（estate）都适用，并且英美法洋溢着“救济方法决定权利”的主旨。^⑤ 而大陆法的物权法定原则一般排斥判例和习惯，强调“权利决定救济”的传统理念。所以，主张英美法中存在类似于大陆法的物权法定原则恐怕并不合适——这里可以再考虑英美法中的双重所有权理论和多元化的担保方式，但由此认定英美法采取物权自治原则也不妥。较为合理的认识是，英美法中不动产权的类型是法定的，但内容尚未一律法定化。不过，无论如何不能简单地认为：英美法国家采取了物权自治原则，故我国亦应奉行物权自治原则。

二、经济分析方法下的物权法定原则折衷论^⑥

张巍先生认为，对非市场参与者，物权自由不会带来信息成本外部化问题；对同类市场参与者，采取消极善意观念（客观上不知情）也不存在外部化问题；在分散型信息披露机制下，采取积极善意观念（客观上不知情，也不应该知情）同样不会产生信息成本外部化问题。但是，在集中型信息披露机制下，采取积极善意观念

① Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights*, *Journal of Legal Studies*, vol. 31 (2002), p. 373.

② Thomas W. Merrill & Henry A. Smith, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, *Yale Law Journal*, vol. 110 (2000), p. 1.

③ Kate Green & Joe Cursley: *Land Law*, 法律出版社 2003 年版（英文影印本），尤其是该书的第二部分。另参见 *International Encyclopedia of Comparative Law. Volume VI, property and trust, Chapter 2, structural variations in property law*, pp. 127 - 130. 以及 John E. Cribbet, *Property: Cases and Materials*, The Foundation Press, INC, 1996, Chapter 18.

④ 限制性不动产条款（restrictive covenant）有时也被称为限制性约据、限制使用土地约据等。谢哲胜先生主张利用限制性契约理论来规划小区管理和相邻关系，但苏永钦先生反对之。显然，如何认识限制性契约的性质和作用是关键。参见苏永钦：《相邻关系在“民法”上的几个主要问题——并印证于 Teubner 的法律发展理论》，载《私法自治中的经济理性》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 243 - 247 页；谢哲胜：《民法上相邻关系与小区管理之探讨》，载蔡耀忠主编：《物权法报告》，中信出版社 2005 年版，第 29 - 37 页。

⑤ 参见〔日〕木通口范雄：《从英美法的观点看“物权”与“债权”》，林青译，载渠涛主编：《中日民商法研究》（第二卷），法律出版社 2004 年版，第 130 - 141 页。

⑥ 本文所涉折衷论的详细论证，参见张巍：《物权法定与物权自由的经济分析》，载《中国社会科学》2006 年第 4 期。

则会产生信息成本外部化问题。信息成本局部性的外部化,表明物权法定或物权自由的价值是等同的。物权法定的挫折成本(frustration costs)主要源自法律对物权、债权的不同救济方式。^①因此,降低挫折成本的途径有二,一是维持现有救济制度,改物权法定为物权自由;二是维持物权法定,将救济制度改为物权、债权的一体保护,此时物权法定或物权自由的价值也是等同的。抽象地看来,在经济分析方法下,张巍先生对物权法定原则持折衷论。

但他在对大陆法物权体系的具体论述中,则认为:第一,对于所有权,允许自由创设所有权,不仅违反效率要求,还会改变公平的标准。第二,对于用益物权,用益物权法定化或自由化应考虑的要点是物权法律救济的难易度、其对义务人破产的敏感度以及集中型信息披露机制的便利度。第三,对于担保物权,在标的物的种类方面可以相对自由一些,但内容和效力方面则非但可以而且应该实行法定化。

通过上述第一点和第三点来观察,折衷论实际上更倾向于对所有权、担保物权实行法定化,即采物权法定原则。这里试对上述第二点进一步进行分析。

首先,虽然针对占有性的用益物权(如居住权),占有诉权也可运用于其之拟制债权救济模式中,此时用益物权无论是采物权法定下的物权救济模式,抑或是物权自治下的拟制债权救济模式,其救济成本(排除成本)难谓孰高孰低。^②但是,当用益物权人主张物权请求权,则既无需证明对方有过错,也不必举证存在损失,而我国违约责任的承担限度其实是以实际损失为参照的(《合同法》第113、114条),此时物权救济模式较拟制债权救济模式更能节省救济成本(排除成本)。

其次,在义务人破产的场合,用益性物权人的地位通常较用益性债权人更优越。但是,一方面,特定履行具有唯一性(张巍先生关注的义务人破产因素与前述学者 Henry Hansmann 和 Reinier Kraakman 所强调的特定履行问题具有相通之处);另一方面,倘若用益性债权人对义务人破产极为敏感,则其可以另行采取担保物权的模式,所以,破产因素对用益物权的法定化或自由化影响不大。

再次,集中型信息披露机制,如不动产的电子登记制度或自动化登记制度,由于我国城乡体制之间的差异颇大,并且现代化的电子商务技术普及程度不高,这基本上注定了此种信息披露机制主要是为大都市的商业活动提供便利的,而不可能在设定物权的场合得到普遍性的运用。因此,物权自由所赖以存在的集中型信息披露

① 也有的学者将挫折成本称为“僵化关系成本”,即指过度之格式化,将戕害契约自由之空间,使得交易关系人之期待落空或无法满足的负面效应。参见王文字:《物权法定原则与物权债权区分——兼论公示登记制度》,载《民商法理论与经济分析》(二),中国政法大学出版社2003年版,第26页。

② 关于法律保护和财产规则、责任规则之间的关系,请参见 Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One view of the Cathedral, in Donald A. Wittman (ed.), *Economic Analysis of the Law: selected readings*, Blackwell Publishers Ltd., 2003, pp. 21-33.