

# 物权法定主义的立法取舍及其局限与缓和途径论析<sup>\*</sup>

吴国平

(福建省政法管理干部学院,福建 福州 350007)

[摘要]物权法是我国确认财产、利用财产和保护财产的基本法,它的主要作用在于定分止争,物尽其用。为了发挥物权法的这一作用,我国《物权法》采用了物权法定主义原则。但是物权法定主义也有一定的局限性,应当通过一定途径加以缓和或者柔性化,以顺应世界上物权缓和的发展趋势,解决我国《物权法》实施过程中可能出现的新问题。

[关键词]物权法;物权法定主义;物权缓和

[中图分类号]D923.2 [文献标识码]A [文章编号]1672-0598(2007)04-0075-05

物权法定主义是物权法的一项基本原则。在我国《物权法》(草案)制定过程中,对于采用物权法定主义还是物权放任主义,曾经有过争论,有不少人否定物权法定主义。2007年3月颁布的《物权法》明确规定“物权的种类和内容,由法律规定”(第5条)、“其他相关法律对物权另有特别规定的,依照其规定。”(第8条)这表明我国立法采用了物权法定主义原则。但在漫长的立法过程中,人们对物权法定主义的取舍和内容有不同的认识,物权法定主义本身也存在一定局限性。笔者在此结合对物权法定主义历史发展过程的粗略考察和《物权法》立法精神的理解,对物权法定主义的内容、局限和缓和途径作些粗浅的分析,以求教于各位同仁。

## 一、物权法定主义的含义及其形成

物权法定主义,是19世纪民法编纂运动以来各国关于物权立法的一项基本原则,它控制着实证法上物权种类的设置及其效力,在物权的结构体系中居于枢纽地位。关于物权的创设,各国立法上曾经有两种做法,一是放任主义,即物权的创设依当事人的意思,法律不予限制;二是法定主义,也称为物权法定原则,即由法律规定物权的种类及内容,不允许当事人依其意思设定法律规定之外的物权。放任主义仅见于德国民法典施行前的1794年

普鲁士私法中,近现代各国民法大都采取法定主义。许多国家或地区的民法中都明确规定:“物权,除本法或其他法律规定者外,不得创设”<sup>①</sup>我国《物权法》第5条和第8条的规定表明,在我国立法上,对物权的创设也是采用物权法定主义原则。

物权法定主义,又称物权法定原则,是指物权的类型、内容、效力和公示方法,均由法律直接规定,禁止当事人自由创设物权。这是物权法区别于债权法的一个重要标志,也使得物权法具有与其他民法部门迥异的“强行法”特征。物权法定意味着能设立哪些类型的物权,只能由法律规定,不允许当事人自由创立;设立物权的方式和效力以及物权的种类和具体内容,一般也只能由法律规定,当事人之间的约定与法律规定不一致时不发生效力。

物权法定主义源于罗马法。在罗马法中即有物权法定原则( numerus clausus ),意即物权的数目和具体类型必须由法律明确规定。<sup>[2]</sup>罗马法承认具有物权属性的权利包括:所有权、地上权、地役权、用益权、抵押权和质权等。这些权利的类型和取得方式都由法律作出规定,非以法定方式取得这些权利的,法律不予承认和保护。各国物权法均无例外地继承了罗马法的这一原则,<sup>[3]</sup>使物权法定主

\* [收稿日期]2007-02-18

[作者简介]吴国平(1962-),男,福建泉州人,福建省政法管理干部学院副院长、教授,国立华侨大学法学院兼职教授,主要研究方向为民法法学。

义成为物权法的基本原则。近代以后大陆法系的法国、德国、日本、奥地利、荷兰及我国台湾地区的物权法分别继承了物权法定主义原则,或在民法典物权编中明文规定,或于理论及司法实践中予以承认。德国、法国、瑞士等国民法对此虽无明文规定,但在解释上也均承认物权法定主义。<sup>[3]</sup>在《德国民法典》中,尽管立法条文表述中对物权法定没有清晰地加以阐释,但其表达的思想贯彻了物权法定原则,并且采纳物权法定原则的主要依据是基于物权与债权的对立性,债权法以契约自由为指导原理,而物权法则以物权法定原则为指导原理。<sup>[4]</sup>法国的情况与此相类似,尽管学界对《法国民法典》是否采纳了物权法定原则也有不同看法,但主流观点仍肯定物权法定原则。

在我国《物权法》制定过程中,物权法定原则曾被认为是争议最少的传统原则。但是随着物权法立法进入了快车道,质疑物权法定原则的声音越来越多。对于选择物权法定主义还是物权放任主义,学者中分歧较大。《物权法》(草案)中也有过反复。否定物权法定原则的最重要理由就是认为该原则导致物权体系的封闭和僵化,极大地限制当事人按照自己的需要对财产进行利用的空间,因而只有放开,允许物权自由设定,才能够适应社会经济的现实需要。<sup>[5]</sup>2005年7月10日公布的《物权法》(草案)第3条规定:“物权的种类和内容,由本法和其他法律规定。”采用的是物权法定原则。而《物权法》(草案)第六次审议稿第五条规定:“物权的种类和内容,由法律规定;法律未作规定的,符合物权性质的权利,视为物权。”由于增加了“法律未作规定的,符合物权性质的权利,视为物权”一段话,使得物权法的基本原则发生由“物权法定原则”变为“物权放任原则”(即物权自由原则)的变化。这在学界引起很大争议。有学者认为,这一基本原则的改变,在理论上是错误的,在实践上是有害的。因为物权就是对现存有形财产的“独占权”,实行“物权自由原则”,无异于许可通过创设新的物权类型或者改变原有物权的内容,而达到“独占”本属于国家、社会和他人的财产的目的。<sup>[6]</sup>还有的学者提出,如果否定物权法定主义,采用物权放任主义,放任当事人创设物权的种类和内容,在我国物权公示部门极不统一的情况下,则物权的公示及其部门首先就是一个问题;其次,如果当事人创设的权利不公示或者自以为公示了,但第三人不知道,有可能会造成物权与债权无法区分,从而产生纠纷,众多的民法理论就需要改写。<sup>[7]</sup>我国多数学者也都主张采用物权法定主义,并最终为立法机关接受,这是非

常理性和明智的。笔者赞成物权法定原则。因为在我国现阶段,实行物权放任主义在立法上、理论上和实践操作上确实存在很大的矛盾和弊端,需要付出的代价是巨大的。撇开近代民法初创之时的特殊立法背景(即为“废旧立新”即破除封建时代的旧物权,建立符合资本主义经济发展需要的财产权体系,并防止封建的物权制度复辟需要,应实行物权法定原则)不谈,从法律的作用来看,现代物权法的作用,直接体现在两方面:其一是定分止争,其二是物尽其用。为了维护国家基本经济制度和社会主义市场经济秩序,明确物的归属,保护权利人的物权,为了加强对物权的保护,合理利用资源,维护公共利益,物权必须由法律来规定。从规范市场交易需要来看,在我国现阶段,科学技术日益发达,市场交易行为空前活跃。为了规范市场交易,保障市场交易的顺利和方便,必须在立法上有一个统一的标准来界定物权的类型和内容,以强化法律对市场交易行为的调控和监管,以保障市场秩序,维护交易安全,发挥物的效用。考虑到立法技术方面的因素和经济方面的成本因素,立法者选择的物权类型必然是在市场交易活动中已经成熟定型的物权,并且通过法律限定物权的类型和内容,便于对物权进行公示和发挥物的效用。当然,随着社会主义市场经济的发展,综合国力的提高,今后财产登记机关的登记能力将不断提高,国家登记机关的设备和技 术完全可以满足社会成员的需要,市场交易实践也有可能产生更多更便捷的公示方式,可以对此有所松动。

## 二、物权法定主义内容的法理分析

虽然近代以来大陆法系国家陆续采纳了物权法定主义,但对物权法定主义的内容却有不同解释。法国学者认为,物权法定主义仅指物权类型和内容的限制;德国学者认为,物权法定主义不仅包括物权类型和内容的限制,而且还包括物权的设立和移转形式的限制;日本学者认为,物权法定主义是对物权种类和内容任意创设的限制。<sup>[8][9]</sup>我国学界关于物权法定主义的解释,也有各种不同表述。主要有:(1)物权法定原则指除法律直接规定外,物权不得由当事人自由创设,亦即物权的种类和具体内容,均依民法和其他法律所规定者为限,严禁当事人以约定任意创设。<sup>[1]</sup>(2)物权法定原则包括三方面:一是由法律直接规定物权的种类,禁止当事人创设法律没有规定的物权;二是由法律直接规定物权的内容,禁止物权人超越法律规定行使物权;三是由法律直接规定各种物权设立及变动的方式,

非依法律规定的方式不产生物权设立及变动的法律效果。<sup>[9]</sup>(3)物权法定原则有四个方面的内容:一是物权必须由法律设定,不得由当事人随意创设;二是物权的内容只能由法律规定,不能由当事人通过协议设定;三是物权的效力必须由法律规定,不能由当事人通过协议加以确定;四是物权的公示方法必须由法律规定,不得由当事人随意确定。<sup>[10]</sup>(4)物权法定原则以种类与内容法定为主,兼及其他,包括物权种类法定、物权内容法定、物权效力法定、物权的公示方法法定以及物权的取得方式法定。<sup>[11]</sup>(5)物权法定仅指法律对物权设定之当事人意志自由的剥夺,法律对物权设定方式的限制、对物权变动形式的限制,对物权行使的法律限制、物权效力的法定性质、公示方法的法定性都与物权法定原则无关。<sup>[12]</sup><sup>[13]</sup>这是关于物权法定原则的最狭义的理解。

我国大陆学者多采纳第三种观点,即物权的种类、内容、效力和公示方法均由法律规定。许多学者提出,“物权法定原则,是指物权的类型、物权的内容、取得和变更,均由法律直接规定,禁止任何人创设法律没有规定的物权和超越法律的限制行使物权的法律原则。”<sup>[14]</sup>“物权法定原则是指物权的种类及其内容、物权的公示方法、物权的效力及物权的保护方法等均由法律规定,当事人不得自由创设物权法定以外的物权。”<sup>[15]</sup>“物权法定,是指物权的种类、效力、变动要件、保护方法等只能由法律规定,不容许当事人自行创设。”<sup>[16]</sup>从我国《物权法》的规定来看,采用的显然是第三种观点。我国《物权法》第5条规定:“物权的种类和内容,由法律规定。”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。动产物权的设立和转让,应当依照法律规定交付。”第8条规定:“其他相关法律对物权另有特别规定的,依照其规定。”

根据我国《物权法》的规定,笔者认为物权法定原则具有如下内容:

(一)物权的种类须由法律直接规定,不得由当事人随意创设

物权法定主义应当是对物权创设的限制。物权的种类由法律明确规定,当事人不得以协议的方式创设法律所不认可的新类型的物权,理论上称之为“类型强制”。我国现行立法规定了所有权、土地承包经营权、建设用地使用权、国有企业经营权、采矿权、宅基地使用权、抵押权、质权、留置权等,这主要由民事法律法规来规定,此外,我国宪法和行政法也是设定物权的重要依据。根据物权法定原则,物权不得由当事人随意创设,是指当事人在合同中

不得明确规定其所约定的权利为物权,也不允许当事人设定与法律规定的物权不相符合的物权。如果法律对某种物权未作规定,只能理解为法律禁止当事人设定该物权。例如我国《物权法》第十七章规定的质权只有动产质权和权利质权两类,并且明确规定“质权只出质人交付质押财产时设立。”(第212条)我国《担保法》第53条规定,以动产设立质押必须转移占有,当事人不得设立不移转占有的动产质权。而创设不动产质权或者不转移占有的动产质权则与我国现行法律规定相违背,因而为法律所禁止,等等。

(二)物权的内容、效力和公示方法只能由法律规定,禁止由当事人协议确定

第一,关于所有权的各项权能、对所有权的限制以及他物权的内容尤其是他物权人所承担的义务等物权内容,须由法律予以明确规定。当事人不得创设与法律规定内容不符的物权,也不得基于其合意自由决定物权的内容。这在理论上称之为“类型固定”或“内容固定”。例如,当事人不得协议设立不移转占有的动产质权或无须登记的不动产抵押权等等。在我国《物权法》制定过程中,对土地承包经营权的抵押和宅基地使用权的转让能否放开问题,一直存在着争议。我国立法机关从我国国情和维护广大农民的土地利益出发,坚持不开口子,没有放开,体现了立法者的理性和务实态度。

第二,物权所具有的对抗第三人的效力和对内、对外的优先效力均应由法律明确规定。例如,在同一非登记亦可生效的动产上(如交通运输工具等)设定抵押权时,法律规定登记者优于未登记者,均未登记时先成立者优先。当事人约定效力与法律规定不符的,其约定不具有法律效力。

第三,我国《物权法》明确规定,交付为动产所有权转移的法定公示方法,而不动产所有权的转移则以登记为其法定的公示方法。当事人不得协商不经公示而转移所有权。例如法律规定房屋买卖必须办理过户登记手续,当事人约定不办理登记手续就转移所有权的,即使双方已经付款交房的,该约定只能在当事人间产生效力,不发生房屋所有权转移的法律效力,更不能对抗善意第三人。

(三)物权法定与物权体系的开放性

物权法定原则使物权法规范具有明显的强制性,与债权法规范具有很大区别。但笔者认为,实行物权法定原则并不意味着物权就是一个封闭的、一成不变的体系。第一,物权法定主义仅要求当事人不得以自由意志创设法律规定之外的物权类型,但对当事人在法律规定的物权类型中选择设立何

种物权则没有限制,可以由当事人在这一范围内自由设立。例如我国《物权法》和《担保法》中规定了三种担保物权,至于当事人是设定抵押权还是质权,则完全取决于其自由意志。第二,随着社会经济的发展,物的利用方式的更新和多样化,现有法律规定的物权的类型将可能无法满足现实生活的发展变化需要。法律在坚持物权法定原则的同时,更应当注重物权体系的开放发展和立法的不断完善。况且法律禁止个人创设法律没有规定的物权,并不意味着物权法不能规定新的物权类型。正如我国多数学者认为,对于新生的习惯上的物权,如不违反物权法定的立法宗旨,应当从宽解释物权法定原则的内容承认其为物权类型的“<sup>[12]</sup>”我们应当认可根据交易习惯或者司法判例设定的新型物权。

### 三、物权法定原则的局限性与缓和的途径

如前所述,尽管我国的物权法学说接受了物权法定主义理论,但在《物权法》正式颁布前,由于缺乏实在法的支撑,人们对物权法定原则的取舍和物权法定主义的内容的认识并不一致。从正式颁布的《物权法》第 5 条和第 8 条规定的内容来看,立法上显然是接受了传统民法关于物权法定的学说,排斥了当事人创设物权和变更物权内容的权利。但现行立法上并没有明确规定究竟哪些法律可以作为规定物权的法律。这有待于今后通过制定配套法规或者相关司法解释来补充完善《物权法》的规定;关于物权法定主义认识的统一,也有待于今后我国《物权法》配套法规或者相关司法解释来解决。尽管在民法理论上,通说认为我国物权法应当坚持物权法定主义。因为物权法定对物权种类和内容的限制,能够稳定社会经济关系,减少交易成本,保障交易安全。但是由于物权法定原则具有“强行法”的特征,我们也必须正视物权法定的局限性。理由是,第一,立法者本身的理性是有限的,在制定法律时往往不一定就能够将社会需要通过立法加以规定的物权全部都纳入法典的规定中。第二,当社会经济发展出现了与立法当时不同的变化,对民事实践中的某种新的权利类型需要物权化时,物权法定主义就会显得过于僵化,物权法就有可能损害社会经济发展的活力。反之,当物权法中规定的某些物权,因社会经济变化的变化而没有意义时,由于物权法定的限制而无法从物权体系中剔除,也不利于社会经济的健康发展。第三,立法上对物权种类和内容的限制,也使法律失去了应有的灵活性,抑制了新型权利的出现,压抑了社会对权利的

创新功能。正因为如此,在《物权法》起草过程中,我国民法理论界对物权法定主义进行了检讨,形成了四种学说。其一,物权法定无说。认为应根本无视物权法定主义,承认习惯上物权的效力。其二,习惯法包含说。认为可援引民法总则中有关政策与习惯等的效力问题的规定,将习惯法包含于物权法定中“法”的含义内,承认习惯法上物权的合法性。其三,习惯法物权有限承认说。认为物权法定主义中所称之“法”,虽然不包括习惯法在内,但社会习惯上所生的如果不妨碍物权法体系的建立,且能以适当的方法公示时,可突破物权法定主义的拘束,直接承认习惯法上的物权。其四,物权法定缓和说。理由与第三种学说相同,认为新生的社会习惯上的物权,如果不违反物权法定主义的立法旨趣,且又有一定的公示方法时,可以从宽解释物权法定主义的内容,将其解为非新型的物权。<sup>[13]</sup>以上学说的不同观点,其焦点在于对物权法定的“法”的理解上,是仅指民法等成文法,还是包括习惯法等。多数学者主张物权法定缓和说或柔性说。认为物权法定主义并不意味着物权法是一成不变的封闭性立法,而应随着社会经济的发展而有所发展变化。即要在坚持物权法定主义的前提下,对物权法定主义加以缓和(柔性)。<sup>[14]</sup>而缓和物权法定主义的途径,一是适当扩大物权法定之“法”的范围,将“法”扩大到国务院制定的行政法规。其法律依据是《立法法》第 9 条关于全国人大及其常委会可以授权国务院根据实际需要先制定行政法规的规定。该规定未排除全国人大及其常委会授权国务院制定民事制度方面的法规。因此,国务院可以基于此类授权并根据现实生活的需要,制定行政法规承认某些物权的类型和内容。二是承认习惯创设的物权。我国有这方面的先例可循。例如在我国相当长的历史时期,全国人大及其常委会制定的法律中欠缺典权等规范,但是典权早已被习惯所承认,随之又被最高人民法院的司法解释所认可便是实例。在这种情况下,就不宜再固守物权法定主义之“法”非成文法不可的观念。在一定条件下承认习惯创设的物权,符合人们的认识规律,符合经济关系法制化的过程,没有必要僵化地固守严格的物权法定主义。<sup>[15]</sup>笔者主张我们应当顺应世界上物权缓和的趋势,在司法实践中,根据市场交易的需要,将习惯纳入“法”的范畴,即适当扩大“法”的范畴,认可根据交易习惯或者司法判例设定的新型物权。因为物权法定缓和说既满足了社会经济发展的需要,又维护了法律的权威和尊严。应当指出的是,物权法定在适用中的缓和及从宽解释,并不否

定其作为物权法基本原则的地位。行政法规、司法解释对法律没有规定的“物权”在肯定其具有物权的效力时,应限定在其权限范围之内,不得违反我国《立法法》和其他有关法律规定的程序。同时,在适用时应满足三个前提:一是社会实践中所产生的法律规定之外的新型“物权”,须符合物权的支配性、保护绝对性等特征;二是应能够以适当的方法公示其存在,不至于对交易安全造成不测之损害;三是从社会发展的角度看确有其存在的必要且有发展的前景。<sup>[14]83-84</sup>

总之,在我国《物权法》制定颁布之后,必须抓紧对现有的物权类型和内容等进行整理,以在《物权法》配套立法解释、相关法规和司法解释中尽最大可能详尽地确认现实生活中已经存在并定型的物权种类。在坚持物权法定主义原则的基础上,应将习惯纳入“法”的范畴,并通过司法实践,及时认可交易习惯中出现的新型物权。值得一提的是,2006年8月22日《物权法(草案)》的第五次审议稿在被提交到第十届全国人大常委会第二十三次会议上进行审议时,删除了有关“居住权”的规定。当然,正式颁布的《物权法》最后也都没有规定居住权。目前现实生活已出现或者今后有可能出现的“非法定物权”究竟应包括哪些类型,具体还应通过今后的立法解释或者制定《物权法》配套法规来加以明确规定,或者由最高人民法院来制定规则,通过司法解释的途径使这些权利得以进一步明确,使之在现实生活中能够发挥更大的作用。

#### [注 释]

①例如《日本民法典》第175条(物权的创设)规定:“物权,除本法或其他法律规定者外,不能创设。”我国台湾地区

“民法”第757条也规定:“物权除本法或其他法律有规定外,不得创设。”此外,《韩国民法典》第185条、《奥地利民法典》第308条也有类似规定。

#### [参考文献]

- [1] 徐济宇. 物权法热点问题讲座[M]. 北京:中国法制出版社, 2007. 12.
- [2] 魏振瀛. 民法[M]. 北京:北京大学出版社、高等教育出版社, 2000. 211.
- [3] 尹田. 物权法理论评析与思考[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2004. 109-113.
- [4] 段匡. 德国、法国以及日本法中的物权法定主义[A]. 梁慧星. 民商法论丛(7)[C]. 北京:法律出版社, 1979. 259-260.
- [5] 李富成、常鹏翱. 物权法定的意义与法律政策选择[N]. 人民法院报, 2005-3-28; (B1).
- [6] 梁慧星. 是“物权法定”还是“物权自由”[N]. 人民法院报, 2006-11-20; (5).
- [7] 崔建远. 物权法定主义及物权种类[N]. 人民法院报, 2005-7-20; (B1).
- [8] 孙宪忠. 中国物权法总论[M]. 北京:法律出版社, 2003. 150; 陈华彬. 物权法[M]. 北京:法律出版社, 2004. 77.
- [9] 李开国. 民法基本问题研究[M]. 北京:法律出版社, 1997. 267.
- [10] 王利明. 物权法论(修订本)[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2003. 77-79.
- [11] 刘保玉. 物权法[M]. 上海:上海人民出版社, 2003. 161-162.
- [12] 江平. 民法学[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2000. 317.
- [13] 郭明瑞、唐广克、房绍坤. 民商法原理(二)[M]. 北京:中国人民大学出版社, 1999. 9.
- [14] 张俊浩. 民法学原理[M]. 北京:中国政法大学出版社, 1997. 321.
- [15] 白非. 物权法例论[M]. 北京:法律出版社, 2005. 28.
- [16] 陈华彬. 物权法[M]. 北京:法律出版社, 2004. 82-83.

(责任编辑:杨 馨)

## Analysis of legislation about property right law and its limitation and moderating path

WU Guo-ping

(Fujian Cadre College of Politics and Law, Fujian Fuzhou 350007, China)

**Abstract:** Property right law is the basic law for China to confirm property, utilize property and protect property. The main role of property right law is to solve debate and make use of the property as much as possible. In order to give the role of property right law full play, China's Property Right Law uses real right legal doctrine principle, however, real right legal doctrine principle has its limitation and should be moderated or softened so as to accord with the development trends of property right in the world and to solve new problems in the process of the implementation of China's Property Right Law.

**Keywords:** property right law; real right legal doctrine principle; property right moderation