

# 物权法定主义： 在自由与强制之间

梁上上\*

---

**内容提要:**对物权法定主义的传统解释导致了物权法的僵硬性,不符合社会经济的现实需要。不同物权类型的性质不同,在法律体系和社会生活中的地位和作用也不相同。可以把物权分为基础性物权与功能性物权。前者主要包括所有权、基地使用权等用益物权、典权和自然资源使用权;后者主要包括抵押权、质权、让与担保和留置权等。当事人设定功能性物权的根本目的是利用物的基础性权利(如所有权)来担保债权的实现。在法律上,对于基础性物权应当坚持物权法定主义,而功能性物权则可由当事人自由创设。

**关键词:**物权法定主义 基础性物权 功能性物权

---

**物权法定原则** 在各国民法著述中均被认为是物权法最重要的基本原则,具有“确保物权之特性,建立物权体系”的功能。对物权法定原则的规定,直接影响着物权法体系的建立,影响着整个私法秩序的建立和社会经济的良性运转。正因如此,物权法定主义被广泛关注,成为激烈争论的重点。但是,目前所有的争议与解决方案都未能从根本上解决问题。为此,本文在深入分析物权法定原则确立的历史与物权制度的理念的基础上,对物权法定原则作出全新建构,希望能把问题引向深入。

## 一、传统物权法定主义的确立

### (一) 物权法定主义的立法例

---

\* 浙江大学副教授,清华大学法学院博士研究生。

本文在写作过程中,由清华大学法学院民商法学崔建远教授主持,民商法学的数位博士生对本文进行了专门的讨论,并提出了有益的评论和建议,丰富了本文的相关内容。在此谨表示衷心感谢。

在本文中,物权法定主义与物权法定原则是同一概念。

中国物权研究课题组:《中国物权法草案建议稿》,社会科学文献出版社2000年版,第101页。

谢在全:《民法物权论》上册,中国政法大学出版社1999年版,第41页。

物权法定主义源于罗马法,其后为继受罗马法的大陆法系多数国家所采用。有的采用法律明文规定的方式,如日本民法第175条规定,“物权,除本法及其它法律所定者外,不得创设”;我国台湾民法第757条规定“物权,除本法或其它法律有规定外,不得创设”;我国澳门民法典第1230条、韩国民法第185条、奥地利民法第308条也有类似规定。有的国家则不采用明文规定的方式,但是民法理论与民法实务都认为采用该原则,如德国、瑞士等。

## (二) 物权法定主义的内容

大陆法系规定,物权除本法或其它法律有规定外,不得创设。这就是物权法定主义的具体规定。具体内容包括:

1. 物权以民法或者其它法律所规定者为限。这里的民法是指狭义的民法。这里的法律是宪法上所定狭义之法律。民法之外,法律对物权作出规定的也不少,例如我国海商法对船舶抵押权作出了规定。但命令(行政命令)不包括在内。

2. 所谓“不得创设”有两种含义:<sup>⑩</sup>(1)不得创设法律所不认可的新的物权类型。如创设不动产质权,与我国现行的法律相违背,为法律所禁止。(2)不得创设与物权法定内容相悖的物权。如设定移转标的物占有的抵押权是为现行法所不允许的。

## (三) 物权法定主义的法律后果

违反物权法定主义时,其法律后果主要有:

1. 非依本法或者其它法律规定的物权种类而设定的物权,不得认可其为物权。这是从反面对物权法定主义作出强调。依大陆法系普遍认可的法理,关于物权的种类历来为强行性规范。罗马法中的“numerus clausus”和德国法中的“Typenzwang”的意思,<sup>⑪</sup>就是物权的种类只能由法律作出规定,在法律之外,当事人之间约定的物权种类不为法律所认可。

2. 非依本法规定的物权内容而设定的物权,无物权的效力。当事人虽然在名义上按照法律规定的物权种类设定物权,但是其所设定的物权的内容违背法律,没有物权的效力。

3. 物权的设定虽然无效,但该行为符合其它法律行为的生效条件的,许可其产生相应的法律后果。例如设定不动产物权,依照物权公示原则应当登记,但是当事人没有登记。此时虽不能认为当事人之间已经设定物权,但是他们之间的债权仍然有效。

上引谢在全书,第40页;梁慧星主编:《中国物权法研究》上册,法律出版社1998年版,第65页;孙宪忠:《德国当代物权法》,法律出版社1997年版,第80页。

该条规定:除法律规定之外,不容许对所有权设定物权性质之限制或其他具有所有权部分内容之权利;凡透过法律行为而发生之不符合上述要求之限制,均属债权性质。

参见[德]罗伯特·霍恩、海因·科茨、汉斯·G·莱塞:《德国商法导论》,楚建译,中国大百科全书出版社1996年版,第187页;王泽鉴:《民法物权·通则·所有权》,中国政法大学出版社2001年版,第44页;前引[3],谢在全书,第40页;前引[4],梁慧星主编书,第65页;前引[4],孙宪忠书,第80页。

这是通说。但周林彬认为,物权法定是指物权的种类、效力、变动要件、保护方法等只能由物权法律规定,不允许当事人自行创设。参见:周林彬:《物权法新论》,北京大学出版社2002年版,第235页。本文以通说为基础展开论述。

参见史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第13页。

[日]稻本法之助:《民法·物权》,青林书院新社1983年版,第52页,转引自前引[4],梁慧星主编书,第67页。

<sup>⑩</sup> 前引[3],谢在全书,第44页。

<sup>⑪</sup> 前引[2],课题组书,第103页。

## 二、传统物权法定主义遭遇的现实困境

固然,物权法定主义对物权法具有最重要的意义,但是,存在于背后的法律僵硬性从其产生的一刻起,就一直困扰着它。特别是资本主义社会获得相当发展之后,社会发展的速度陡然加快,强烈要求法律快速跟进,紧密配合社会的发展。显然,物权法定主义的僵硬性使它再也难以胜任这一要求,遭遇着前所未有的现实困境。其中,让与担保即为典型一例。

让与担保是指债务人或者第三人以移转担保物的权利担保债务履行的非典型担保。<sup>⑩</sup>债务人或者第三人为担保债务的履行,将担保物的权利移转于担保权人,在债务清偿后,担保物返还于债务人或者第三人,在债务不履行时,担保人可以就担保物取偿。在让与担保中,所移转的担保物的权利一般是所有权。让与担保具有悠久的历史,起源于古罗马的信托制度。在日本、德国、瑞士、我国台湾等国家和地区广泛存在。然而,在物权法中却没有作出明文的规定。让与担保是否有效,存在着四种不同的学说:<sup>⑪</sup>

1. 虚伪表示说。该学说认为,让与担保是当事人之间通谋的虚伪意思表示,应当无效。这种观点存在于德国的普通法时代与日本的明治时代,现在已不为学说与判例所采纳。

2. 脱法行为说。该学说认为,让与担保为脱法行为,违反法律的禁止性规定,应属无效。

3. 新型物权无效说。该说认为,让与担保为法律所没有明文规定的新型物权,设定让与担保违反物权法定主义,应当无效。

4. 让与担保肯定说。该说认为,让与担保是设定人为达到清偿债务的目的,依照让与担保合同将标的物的权利移转于债权人的非典型担保,并非创设法律所没有规定的担保物权,不违反物权法定主义。换言之,让与担保是以担保物的权利移转、附带让与担保契约的债之关系、担保权人负有清算义务的一种担保形式;只要不违反法律的强制性规定和公序良俗原则,当事人可以契约自由原则定之。

现在,这些国家和地区虽然在民法中没有规定让与担保,但在理论和实务中都通过解释的方法承认让与担保的存在和效力。从以上的分析可以看出,这种通过解释的方法来迂回承认让与担保的效力,浪费了很大的精力来解决这一本来不是问题的问题。如果由法律设计一种灵活的制度,认可其具有物权效力,岂不是一种方便的方法?

实际上,社会在不停地向前发展,社会需要也在不停地发生变更,而人类的智慧却总是有限的。在立法时,总是存在着当时所不能预见的情形。所以,社会的发展必将带来法律所给定的物权制度无法满足现实社会需要的结果。对于这一问题,大陆法系的学说与判例往往用习惯来对物权法定主义加以缓和。但是学说对此仍有争论,主要观点有:<sup>⑫</sup>

1. 物权法定无视说。日本学者我妻荣认为,根本应无视物权法定主义的规定,因为物权法定是为了整理旧物权制度,以防止封建时代旧物权的复辟。而习惯在生活中是自然发生

<sup>⑩</sup> 参见梁慧星主编:《中国物权法研究》下册,法律出版社1998年版,第1059页。

<sup>⑪</sup> 参见前引〔3〕,谢在全书,第900页以下。

<sup>⑫</sup> 上引书,第46页以下。

的,不仅没有阻止的必要,而且如果横加干涉或者阻止,还将有害社会的发展。

2. 习惯法包含说。该说认为,根据日本民法第2条的规定,关于法律未作出规定的事项的习惯,与法律具有同等的效力。所以,习惯自然应包含在物权法定主义的“法”中。

3. 习惯法物权有限承认说。该说认为,物权法定主义所指的法律固然不包括习惯在内,但是若依社会习惯所发生的物权并不妨碍物权体系的建立,又不妨碍公示时,可突破物权法定主义的约束,承认该习惯上的物权。

4. 物权法定缓和说。该主张的理由与第三种学说相同,认为新出现的习惯若不违反物权法定主义的立法趣旨,又有一定的公示方法,可以从宽解释物权法定的内容,将其解释为新型的物权。

在以上四种学说中,第四种被认为最为妥当。<sup>⑮</sup>认为其在一定程度上认可了反映社会经济需要的习惯,满足了社会的需要,也维护了物权法定主义的法律尊严。

以上学者的观点可以大别于两类观点,即无视说与习惯缓和说。我认为,这些观点或者从逻辑上是错误的,或者从现实上是不可行的。

#### 1. 对无视说的检讨

无视物权法定主义的说法是不妥当的。如果“物权法定”作为原则在法律中明文加以规定,则不能简单地无视其存在。简单地采取“无视法律”的态度,必将有损于法律的尊严,有损于我们对法律所形成的“法感情”,而这些对维护法律的运作是极为重要的。特别是对于所有权等权利而言,其内容直接规定物的归属关系,是涉及整个私法制度的基础,更不能随意地加以改变。所以,对法律的规定应该采取较为审慎的态度。实际上,这种学说已为大多数学者和历史所抛弃。

#### 2. “物权法定”缓和说的检讨

对于缓和说,三种不同的学说有细小的差别,但共同之处可以归纳为引用“习惯”概念对“物权法定”加以缓和。我认为,这不但会带来逻辑上的混乱,也对规范现实生活无益。因为存在以下疑问:(1)什么是习惯。一般而言,习惯是经过一定的时间于一定环境中形成的,其具有地域性特征与时间性要求。就习惯形成的时间而言,习惯是在什么时候确立的?一个习惯的确立需要多长的时间?就习惯的地域性特征而言,习惯在什么范围内有效?我国地域广阔,民族众多,在少数民族中形成的习惯更是不计其数。在少数民族中形成的习惯在全国范围内是否有效呢?(2)习惯的适用边界在哪里。根据一般的民法理论,习惯是民法的法律渊源。习惯可以适用于合同法领域,我国合同法第61条<sup>⑯</sup>也对此作了明文规定。这是因为合同法是自治法,当事人之间的意思是自由的,他们之间所形成的合同即具有相当于法律的效力。在法律没有规定、当事人之间又不能达成补充协议的,可以用已在人们中形成的为大多数人所接受的习惯加以调整。但是,习惯是否可以适用于民法的任何法域呢?物权法是不同于合同法的法域,具有很大的强制性特征。虽然不能说习惯在此完全不能适用,但应当有所收敛,或者说应当与合同法中的适用有所不同。(3)柔性的习惯能否与刚性的物权

<sup>⑮</sup> 参见前引[4],梁慧星主编书,第69页以下。

<sup>⑯</sup> 中国合同法第61条:合同生效后,当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的,可以协议补充;不能达成补充协议的,按照合同有关条款或者交易习惯确定。

法定原则兼容。从本质上讲,习惯是极为模糊的概念,具有很大的伸缩性;而“物权法定”中的法律是十分明确的概念,含有确定的内容。用模糊的概念去缓和确定的刚性的法律规定,这是不是一种逻辑上的矛盾?是不是对法律本身的一种破坏?(4)用习惯来缓和“物权法定”不符合立法目的。当时之所以要采用物权法定,重要理由之一就是为了排除习惯的干扰。总之,用习惯来缓和“物权法定”是不可取的。

从以上的分析可以看出,物权法定主义存在许多疑问,需要对整个物权制度作进一步的研究后再作评判。

### 三、物权制度的理念:在自由与强制之间

(一)德国民法典为什么不直接规定物权法定原则,而由学说来解释<sup>①</sup>

要走出困境,需要全面认识物权法定主义。无疑,从物权法定主义的立法源头上,也即从德国确立物权法定主义的历史与当时整个社会背景中去分析将是有益的。

18、19世纪,对德意志来说是一个观念论的体系化时代,抽象化与体系化是其特征。<sup>②</sup>如果说萨维尼的物权合意主义理论是抽象化思维的产物,那么物权法定主义则是体系化思维的产物。然而,德意志人为什么如此潜心于构造抽象化与体系化呢?

与法国、英国或者西班牙的历史明显不同的是,在德意志发生的事情的记载不能被毫不含糊地称作德意志史。<sup>③</sup>德意志的历史是独特的:首先,其人口从未获得过民族的同质性,有众多的不同民族共同组成。在德意志的历史上,文化和政治生活的中心也是不断变化,从一个地区到另一个地区,从一个王朝到另一个王朝。其次,从地理上讲,也没有一个明确界限的地理范围,上千年的历史总是处于变动之中。<sup>④</sup>这样,长期以来,德意志民族既没有统一的国家,更没有自己的民族同质性。

到德意志统一前夕,民族的弱小、国家的不统一、封建王国的长期割据仍然困扰着他们。这种状况使德意志的知识分子远离政治与社会生活,无力对民族的成长作出政治上的贡献,于是他们试图在精神领域创造出一个同质的德意志民族,使德意志在思想和精神领域获得统一的民族个性。因为只有从思想中,德意志人才有希望建立一种民族的同一性。<sup>⑤</sup>这种理性的努力是在充分的自觉之中进行的,这种自觉不是这片土地上的物质上的混乱状态的反映,而是对它作出的一种反应。<sup>⑥</sup>哲学家和诗人们运用崇高的、普遍的原则,而不顾实际

<sup>①</sup> 本部分的想法主要得益于中国当前的民法典立法活动。民法专家在民法典立法过程中卓有成效的工作,必定会在将来的民法典上深深地打下烙印。由此推论,当时的德国也有类似的情形。文中的“德国历史及德意志人的性格”主要来源于:[德]埃里希·卡勒尔:《德意志人》,黄正柏等译,商务印书馆1999年版。此外,本文中对德国历史的分析也受到了肖厚国先生在《物权合意主义及其对我国民法实践的价值》(载梁慧星主编:《民商法论丛》第18卷)一文中的部分观点的启发。但与肖先生不同的是:不但本文所阐述的主旨与其不同,而且“利用德国历史”所推演出的结论也完全不同。

<sup>②</sup> 参见肖厚国:《物权合意主义及其对我国民法实践的价值》,载梁慧星主编:《民商法论丛》第18卷,法律出版社2001年版,第15页。

<sup>③</sup> 前引[17],埃里希·卡勒尔书,第8页。

<sup>④</sup> 上引书,第14页以下。

<sup>⑤</sup> 上引书,第256页。

<sup>⑥</sup> 上引书,第19页。

情况,去为一种民族生活方式制订政治和文化的模型。<sup>⑲</sup>德意志的思想家转向哲学,其目的是希望在其中找到他们自己的民族存在的概念,其它的欧洲国家已通过民族进化和传统的继承的途径,不费代价地获得了这种概念。这就是德意志的观念常常成为德意志的理想的原因,因为只有从思想中,德意志人才希望建立一种民族的同一性。这就是德意志人如此强烈地潜心于哲学问题的原因,也是他们为什么关心方法的原因。<sup>⑳</sup>总之,由于德意志缺乏民族的同一性和民族的精神,德意志的哲学就在普遍的、抽象的和纯理论的基础上探讨每一个问题。<sup>㉑</sup>所以,18、19世纪对德意志来说是一个观念论与体系论的时代。这种思考方式区别于其它民族而得以独立于民族之林。观念论与体系性共同构成了德意志民族的内在本质性。可以说没有思想精神领域的这一特征,就不是德意志。这对德意志民族而言,具有规定性的意义。物权法定主义正是从一个侧面回应了体系化运动。

那么,确立物权法定主义的社会背景是什么样的状况呢?德国统一前夕,小小德国仍然由39个主权领地组成。<sup>㉒</sup>这还不包括被拿破仑废除了的若干小诸侯国。与众不同的是,德国统一的第一步不是政治上的,而是经济上的统一。1871年,德国统一,但它远不是一个民族国家,它没有同质性,没有明确地属于自己的生活方式。它只不过是按照普鲁士的纪律捆在一起的一些地方政权的集合体。<sup>㉓</sup>所以,刚统一的德国需要观念上的统一。这需要借助法律来统一人们的行为,包括财产关系。法律最重要最基本的功能在于维护社会秩序静的安全。而且,当时社会主义市场经济并不十分发达,物权内容比较简单,可以把它们整理归纳而统一为几种物权,而这几种物权恰好是应当加以法定的。这样,就确立了物权法定原则。

物权法定主义的确立,不但能有效地防止封建制物权的复活,更建立了物权体系,还便于物权进行公示,确保交易的安全与迅速。但是聪明的德国人还是发现:固守物权法定主义不利于新型物权的产生,有必要对此进行适当的缓和。所以,虽然他们在德国民法典第一草案中对该原则曾经作出明文规定,<sup>㉔</sup>但在此后正式颁布的民法典中则放弃了作出明文规定的最初想法,而是把它让位给学说和判例来确立该原则。但是,学习德国民法的日本、我国台湾等国家和地区则在法律中作出明文规定。

重提这一段历史,能给我们什么启示呢?19世纪的“如此喜好体系化思考并需要借助法律来统一国民行为”的德国人尚且已经对物权法定主义有所怀疑和有所保留,那么处在21世纪的中国人是否更应当对此作出反思呢?物权法定主义是不是存在问题?如果存在,那么是什么问题?物权法定主义有没有必要加以坚持?如果有必要,那么是不是不加限制地坚持?如果不是,那么,其限制又是什么?该原则在什么样的空间范围内有其存在的价值?

## (二) 物权制度的理念:在自由与强制之间

### 1. 物的归属与占用——物权稳定——物权法定主义

<sup>⑲</sup> 前引[17],埃里希·卡勒尔,第256页。

<sup>⑳</sup> 上引书,第19页。

<sup>㉑</sup> 上引书,第255页。

<sup>㉒</sup> 上引书,第286页。

<sup>㉓</sup> 上引书,第289页。

<sup>㉔</sup> [日]远藤浩等著:《民法·物权》,有斐阁1995年版,第9页。

传统民法理论认为,物权与债权之对于法律世界本身,就如同物质和力量之对于自然世界——前者是静止的,后者是动态的因素,而且,根据这种或那种权利的优先地位,人们可以区别法律生活的静态和动态的形式。<sup>⑳</sup> 物权,特别是所有权,其本来的目的只是实现对动产、不动产的现实支配,由所有权人为占有、使用和收益。因此,本来的物权属于对物为现实支配的实体权。所有权对于所有物的使用价值和交换价值享有全面支配权,当所有者将其中的使用价值交给他人支配时,就产生了用益物权;当所有者将其中的交换价值交给他人支配时,就产生了担保物权。在所有权、用益物权和担保物权概念基础上抽象出物权的概念,并形成物权法。据此,物权法是以规范财产归属关系和保障财产归属秩序为其任务。物权法注重保护经济活动的静的安全,以实现其财产归属的功能。物权法具有强行法规的性质,就是全部物权法规范均属于强行性规范。物权法实行物权法定主义,关于物权的种类和内容均由法律作出强行性规定,不容许当事人自由创设物权或者变更其内容。当事人的约定违反物权法的规定时,原则上一律无效。此与债权法所实行的合同自由刚好相反。与物权法不同,债权法以规范财产流转关系和保障财产流转秩序为其任务。其法律规范的属性也大都属于任意性规范,与强制性规范有很大的不同。这样,在市场经济中,物权法与债权法相辅相成,不可或缺,是市场经济中的两大法律基础,是市场经济法律体系的两大基干。<sup>㉑</sup>

但是,需要注意的是,传统物权法理论对物权法性质的认识是片面的、不全面的。这种两分法,把物权法与债权法作为两个相对立的不同部门来认识各自的性质,有利于使我们清晰地看到物权法的强行法规性与债权法的自治性的不同属性。但与此同时,也正是这种过于简单的两分法,掩盖了物权法领域中一些十分重要的其它方面,使我们对物权的认识处于一种不太全面的蒙蔽状态。实际上,并不是所有的物权法律规范都是调整财产归属关系,相当一部分是为保障财产流转的安全而设计的。例如,大量存在的担保物权关系,就是利用物权保障债权实现所产生的法律关系。这不是归属关系,因为具有保障财产流转为目的的法律关系的性质。这种法律规范的性质更接近于合同法的性质。那么,这种不同于调整财产归属关系的法律规范是不是还要再固守物权法定?我认为,应该允许当事人在一定的范围内有相当的自由(与合同法中的“自由”不完全相同)。只有这样,才能真正实现财产的流转。

## 2. 物的效用——物权的交换价值——创设物权的相对自由

实际上,静态形式是中世纪法律生活直到近代的形式。<sup>㉒</sup> 现今资本主义的法律生活是有生命活力的。随着市场经济的发展,为充分发挥物的价值,所有人将物之使用价值交由他人支配,而自己收取租金。这就是用益物权的发展。为满足市场经济对资金的需求,再将物之交换价值交由他人支配,即将该财产设定担保物权,借以从金融机构获取融资。于是,物权由本来注重对标的物的现实支配的实体权,演变为注重于收取代价或者获取融资的价值权。在一种法律客体于其中不间断地流转的法律生活中,它(指物权)的生气勃勃的不安定清楚地脱离了静态法律生活的惯性状态。<sup>㉓</sup> 尤其是二次大战以后,物权的价值化趋势更为

<sup>⑳</sup> 参见[德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社1997年版,第64页。

<sup>㉑</sup> 前引〔4〕,梁慧星书,第2页以下。

<sup>㉒</sup> 前引〔29〕,拉德布鲁赫书,第64页。

<sup>㉓</sup> 上引书,第65页。

明显,担保性物权<sup>③</sup> 制度获得了极大的发展。

我国台湾地区各种权利形式的利用地位的变化可以很好地说明这一点。例如,台闽地区主管机构近年来办理土地他项权利登记笔数列表如下:<sup>④</sup>

年 度 \ 权 利 项	总 计 笔 数	抵 押 权 笔 数	地 上 权 笔 数	地 役 权 笔 数	典 权 笔 数	其 他 笔 数
1995	2446809	2407039	32502	11	277	7028
1996	2461170	2421175	28630	1541	50	9774
1997	2607602	2535474	48858	3878	2002	17390
1998	2151603	2112392	32633	433	16	6189
1999	2314441	2270906	33114	267	431	9723
2000 (1—7月)	1231395	1206533	18708	438	20	5696

(说明:台湾地区民法上的地上权相当于大陆的基地使用权,地役权相当于邻地使用权)

这张表格告诉我们,不同的物权在不同的社会历史场景中所扮演的角色发生了很大的变化:(1)用益物权没落了吗?有人认为,上述统计资料显示用益物权已趋没落,反映台湾社会经济发生了变迁。<sup>⑤</sup> 我认为,这种观点不完全正确。的确,不同类型的用益物权地位不同:永佃权因“实施耕者有其田”政策,已不再存在。地上权每年约有 3 万笔左右,数目还相当不少。但近三年地役权笔数降至数百,在 1998 年仅有 16 笔,在 2000 年 1—7 月仅有 20 笔,登记数目有较大的萎缩。但是,这是不是说明用益物权没落了昵?实际上,用益物权是整个社会流转秩序的基础,对社会起静态凝固的作用,其扮演的角色本身就意味着不会过于活跃。只是在以前的静态社会中,担保物权不太活跃,用益物权相对地处于比较中心的地位。所以,不能说用益物权已经没落,也不会没落,只是说明对社会起着基础性作用的物权处于相对稳定的状态。(2)担保物权的地位在不断地上升。从上表中可知,设定抵押权登记,每年约有 200 多万笔(可惜缺少担保债权金额的统计),足见担保物权在市场经济的重要功能。(3)与用益物权相比,担保物权在当今社会经济生活中扮演的角色更为活跃,各项用益物权的登记笔数之和还不到抵押权登记笔数的 2%。

总之,物权的交换价值化趋势从本质上讲,是财产流转关系极大发展的要求。随着社会的发展,财产流转正前所未有地大量发生。为满足这种要求,担保物权令人吃惊的速度以展变化着。在近来,担保性物权的极大发展,使担保物权几乎成了物权法的代名词。<sup>⑥</sup> 所以,不作任何调整地一成不变地固守物权法定原则,显然已不能适应社会对其提出的现实要求。

<sup>③</sup> 按照传统物权法理论,担保物权仅仅包括抵押权、质权和留置权。对于民法典以外的让与担保、所有权保留和融资租赁等物权的性质有一定的争议。这里的担保性物权包括抵押权、质权、留置权、让与担保、所有权保留和融资租赁等具有担保作用的物权。

<sup>④</sup> 资料来源:王泽鉴:《民法物权·通则·所有权》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 30 页以下。

<sup>⑤</sup> 上引书,第 32 页。

<sup>⑥</sup> 台湾辅仁大学法律系陈荣隆教授于 2001 年 4 月 28 日在浙江大学法学院所作的“台湾物权法”的演讲。



这就需要立法对物权法定原则作出调整,给予担保性物权以相当的创设自由。

### (三)对两种观点的评析

#### 1. 自由创设物权论

苏永钦教授认为“物权法定原则”限制人民创设法律未明确规定的物权,人民如果创设这样的权利,国家不承认任何物权的效力,<sup>③7</sup>对于人民的自治性,是不是构成过度的限制?相对于债权的自由创设,此处的法定原则违反自治精神似乎相当明显。<sup>③8</sup>他还认为,基于自治的当然法理:“任何人不得处分大于自己的权利”,否则不生效力,当事人所能创设的,最多只能是在当事人间“既有”物权基础上的新物权,从而反射到第三人发生的义务,也不会超过对原有物权不干涉的义务范围,由此推论,即使开放物权种类和内容的自由,对于第三人的行为空间,原则上也还不至于造成新的限制。所以,物权法定原则不具有正当性。<sup>③9</sup>

我认为这种观点不太妥当。因为认为民法是自治法,从而认为物权法定原则的确立将危及人民的自治性。这种“先整体后部分”的逻辑推理是错误的。民法属于自治法,这是从本质上整体上讲的。不可否认的是,在民法内部不同的法律部门之间存在着相当的差异性,特别是合同法与物权法之间的差异十分明显。所以,不能把合同法的自治来简单类推于物权法。苏教授认为,在遵循“任何人不得处分大于自己的权利”的原则下,即使开放物权种类和内容的自由,对于第三人的行为不至于造成新的限制。当然,如果只创设担保物权等权利,确实不会产生问题。但这只是看到了问题的一个方面,更重要的问题在于创设什么样的权利?实际上,从其字里行间可以看出,他不自觉地预设了一个前提:在当事人间是在“既有”物权基础上创设新的物权。问题的关键是,什么是“既有物权”呢?所有权、土地使用权等是不是“既有物权”呢?如果不是“既有物权”,那么什么是“既有物权”?如果是“既有物权”,那么,这些权利要不要加以法定呢?这些权利是不是允许当事人自由地创设呢?如果允许,则不同的当事人之间将拥有不同的所有权。例如,虽然名称同为“所有权”,但是,A可能创设出内容完全不同于B的所有权内容的具有“个性化”特征的所有权。这将给社会带来怎么样的混乱呢?所以,我认为,对于所有权、土地使用权等权利加以法定,不得由当事人自由创设,是可行的。因为所有权等权利涉及物权间的分际,是整个社会的基础,应当稳定可靠。如同一座大厦,不能建立在经常移动的沙丘上,而应当打桩固基,建立在稳固的基础上。

#### 2. 债权代替物权论

有人认为,让与担保等这类物权都可以通过自由创设债权关系来替代,所以,坚持物权法定主义并不影响当事人权利的实现。<sup>④0</sup>我认为,这种观点是不妥当的。因为:(1)债权可以代替的仅仅是物权的某些功能。有的物权的功能可以由债权替代,最典型的就是继续性的债权关系和用益物权关系,所有的用益物权关系都可以用租赁或类似关系来替代,担保物权则可以用保证或类似关系来替代。但是与债权相比,物权毕竟是不同的权利,具有自己的

<sup>③7</sup> 这是苏永钦教授针对梁慧星教授负责主持的《中国物权法草案建议稿》而言的,但是梁教授的观点基本就是通常大家所说的观点。所以,这里泛指通常的观点,而不特指梁教授。

<sup>③8</sup> <sup>③9</sup> 参见苏永钦:《社会主义下的私法自治:从什么角度体现中国特色?》,载于中国民商法律网//港澳台民商法。

<sup>④0</sup> 这是一种常见的观点。

特点,具有不同的利益、成本和风险。对当事人而言,物权设定成本较高,也不够隐密,但权利明确而且风险较低,后者的优缺点则刚好反过来。所以,物权的有些功能虽然可以由债权代替,但有些功能则是债权所无法代替的。(2)采取物权方式还是采取债权方式应当由人们依不同情况自己作出判断和决定,这是尊重当事人意思自治的表现。自治法可贵之处,就在于减少不必要的限制,提供给人们最大限度的选择空间和最多的选择方式,让人们自己作出选择,这岂不更好?又岂能以当事人可以债权替代为理由而不增设新物权?若以此推论,所有限制物权岂非都属多余,物权只要规定所有权即可?也有人以现行物权已少见利用,特别是典权、地役权等,多设何益?实际上,民众不积极设定物权的理由很多,是否果真无此需求,或者是制度上有所不足,不能轻易断定。<sup>④</sup>(3)允许创设功能性物权,有利于发挥物的效能。资源稀缺是所有社会都存在的问题,我国更是如此。如何充分利用稀缺资源,保障资源在不同主体之间高效流转,实现资源的优化配置,在很大程度上依靠功能性物权的创设。(4)允许创设功能性物权,有利于整体上促进社会的发展。根据经济学原理,在物的安全而频繁的交易中,依靠无形的力量,使社会生产力得到整体上的提高,能不断给整个社会带来财富。总之,功能性物权与债权在社会生活中扮演的角色并不相同,相互之间不能代替,限制功能性物权的创设对社会并没有好处。

#### (四) 小结

在市场经济中,为确保物权的效力与交易的安全,需要立法对社会上存在的形形色色的物权进行整理。经整理,不仅物权的种类大大减少,而且物权的内容也日趋统一。这与财产流转所要求的物权稳定性是相适应的。所以,基于物权的稳定性要求而产生的物权法定主义仍然有其存在的价值;但是,物权的价值化趋势更是一个必须面对的事实。如果为了片面地追求物权的稳定性,而忽视物权创造社会价值的一面,那么,这种物权制度的设计会阻碍社会的进步,从根本上讲是不可行的。可见,物权稳定性要求与价值化趋势是一个事物的两面,不能抛弃任何一个方面。最好的方法是对它们进行重新思考基础上,进行重新构建。

## 四、物权法定主义的重构:建立在物权的解构与重构之上

### (一) 物权法定主义的问题:从物权的解构中寻找

近现代物权在民法上的分类,不同的人有不同的分类,同一个人基于不同的目的也会有不同的分类。在传统民法中,有一种根深蒂固的极具影响力的分类方法,即把物权分为所有权与定限物权。所有权也就是自物权,为完全物权。定限物权也就是他物权,由用益物权和担保物权等共同组成。当然,这种分类方法对于认识所有权与定限物权的性质是有益的。

但是,也正是这种分类方法对于如何更好地确立物权法定主义却是相当有害的。因为:一方面,由于所有权是物权中最为常见、最为典型、最容易为人们所理解,特别是对物权性质的认识和整理中,往往以所有权为代表来归纳物权的性质,把所有权的性质当作一切物权所共同具有的性质,这就过于扩大了所有权在整个物权体系中的地位,从而掩盖了其他物权的真实性质。另一方面,加剧了所有权与他物权之间的对立。虽然这可以使人们对所有权与

<sup>④</sup> 前引〔38〕。

他物权之间的关系有清楚的认识,但是使人们忽视了所有权与用益物权的共性,也忽视了担保物权与用益物权的差异性,从而使人们产生一种误解:只有所有权是其他物权的权利来源,其他权利都是所有权上分裂而产生的,只看到在所有权上可以创设担保物权,而没有看到在用益物权上有时也能分裂出某些权利,也能创设担保物权。只要面对社会生活,可以发现在用益物权上创设担保性物权的例子是大量存在的。所以,在处理物权法定主义的问题上,不能采取这种分类方法。

## (二) 物权法定主义的重构:建立在物权的重构之上

实际上,虽然同属于物权,但是,不同物权类型的性质不同,在法律体系和整个社会中所扮演的角色和地位也不相同。据此,可以把不同种类的物权进行重新归纳和分类为:

### 1. 基础性物权——因基础而需法定

基础性物权<sup>④2</sup>主要包括:(1)所有权、建筑物区分所有权;(2)基地使用权、农地使用权与邻地利用权等用益物权;(3)典权;(4)水权、探矿权、采矿权、渔业权、驯养权、狩猎权等自然资源使用权。就所有权与用益性物权<sup>④3</sup>等基础性物权而言,都具有对世的支配力,同时也是以“可能自由处置”的特性,成为交易的对象。这些权利的“基础性”,体现为四个层次:(1)从根本上讲,这涉及不同当事人之间的权利分际关系,以及该权利具体内容。这与物权归属与占用关系密切相关。(2)对功能性物权而言,只有在基础性权利的基础上才能创设新类型的物权。功能性物权在创设时利用了基础性物权。(3)对交易而言,只有基础性权利的边界明确,才能使财产流转关系变得流畅。(4)对整个社会而言,明确的基础性物权是整个社会稳定的基础,这有利于维护社会经济秩序,促进社会主义现代化建设。

从经济学的角度分析,实行物权法定有利于降低物权的行使、保护与移转的成本。具体地,(1)基础性物权法定能使人知道各种物权的标准内容,减少财产关系中的信息成本。(2)由于基础性物权内容明确,易于确定权利移转中的风险值,降低交易的缔约成本和监督成本。(3)只有基础性物权种类确定和内容明确,才能降低公示成本,使公示制度得以实施。这种与公示制度的结合,保障了交易的安全。可见,物权法定通过限定基础性物权的种类和内容,使财产的归属与占用关系及其具体内容明确化,大大降低了交易费用。

正是因为物权法定主义的这些优点,使它在实践中具有普遍的适用性。即使在英美法中,虽然没有明确提出“物权法定”,但也包含了这一原则的某些成分。如英国1925年财产法第4条第1款的但书中禁止创立新的类型的财产权益,大大简化了财产权的形态。<sup>④4</sup>贝勒斯也在对英美财产法的原则的论述中指出了法定所有权原则——土地法定所有权形态的名目要少,以便于财产之转让。<sup>④5</sup>

所以,基础性物权的内容应该是社会普遍公认的统一的东西,作为原则,其种类和内容必须由法律来规定,而不可以由双方当事人通过合同随意创设。

### 2. 功能性物权——因效用而需自由

<sup>④2</sup> 基础性物权与功能性物权是描述性词语,这不同于一般的定义性词语。

<sup>④3</sup> 用益性物权不同于用益物权。用益物权是传统物权法上概念,包括基地使用权、农地使用权与邻地利用权。用益性物权包括传统的用益物权、典权和自然资源使用权等。

<sup>④4</sup> [英]F. H 劳森、B. 拉登:《财产法》,施天涛等译,中国大百科全书出版社1998年版,第219页。

<sup>④5</sup> [美]贝勒斯:《法律的原则》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第106页。

功能性物权主要包括抵押权、质权、让与担保和留置权(其比较特殊)等权利。所谓功能性权利,是指其在当事人之间设定该物权并不是他们的直接目的,其根本目的是为了保障债权的实现。换言之,在功能性物权中,创设该物权是为了充分发挥物的交换价值,是利用物的基础性权利(如所有权)来担保债权的实现。所以,从某种程度上讲,这不是物权的重新创设,而只是对基础性物权的利用。或者说,这只是物权与债权的重组、迭加或者伸缩。总之,相对于债权而言,该物权是第二性的,其处于从属的地位,主要是发挥物的担保上的功能。而在创设基础性物权的行中,其直接目的是创设新的物权,该物权是第一性的。就债权与物权的“基础——从属”关系而言,担保物权就是典型。在这里,以债权关系为基础,发展出了从属于债权的物权。例如,梁慧星教授主持的物权法草案第329条<sup>④</sup>规定了具有从属性特征的意定担保的抵押权;第404条<sup>⑤</sup>规定了具有从属性特征的法定担保的留置权。

### (三) 创设功能性物权的条件

虽然有充分的理由允许创设功能性物权,但是这并不意味着没有限制。也就是说,法律必须给定创设功能性物权的基本规则(如遵守物权变动的公示原则)。具体的条件有:

1. 创设功能性物权是建立在基础性权利之上的。这种权利来源上的确定性是功能性权利本身的确定性所需要的。

2. 在实现权利时,该物权的内容可以确定。例如,在最高额抵押中,所担保的债权的范围,在抵押权设定登记时,应当一并登记。抵押人和抵押权人登记被担保债权的范围,目的在于限定抵押人和抵押权人所发生的不特定债权的范围,但所担保的(将来发生的)债权本身并不确定。所以,在行使最高额抵押权时,其所担保的不特定债权应当特定。最高额抵押权担保的不特定债权在最高额抵押权确定时,转变为抵押担保的特定债权。最高额抵押权确定后,其所担保的债权,以被担保债权确定时存在的、不超过最高限额的特定债权为限,抵押权人只能依照普通抵押权行使的要件行使权利。

3. 具有适当的公示方法,社会可以对此产生公信。在现实生活中,对于动产,由于种类太多而且价值大小不一,除了特定动产,其最便利的公示只能依赖最简单的占有,否则成本就可能过高,在找不到适当的替代公示方法以前,只好限制其种类。对于不动产,因为种类有限而价值较高,统一登记就成了合理的公示方法。登记公示技术在使用传统书写登记和公告方法时,因为成本过高限制了物权的种类。科学技术的进步为当事人创设功能性物权带来了技术上的支持。目前,计算机和网络的使用已经相当普遍,这可以克服传统方法中的登录、储存、传递和查阅的成本(人力、时间、物力)过高的问题。这将给创设新的物权种类带来方便。所以,在对所有权坚持物权法定的同时,逐渐开放更多类型或次类型的物权是可取的。基于此,有人对于我国台湾民法物权编的修正,提出了在物权类型的开放上显得过于保守的批评意见,还对中国大陆梁慧星教授主持的物权法草案提出了开放更多类型物权的建议。<sup>⑥</sup>

<sup>④</sup> 抵押权与其担保的债权同时存在,债权消灭的,抵押权也消灭。但法律另有规定的除外。

<sup>⑤</sup> 留置权因债权的消灭而消灭。

<sup>⑥</sup> 前引〔38〕。

## 五、对我国物权法草案关于物权法定主义的评价与完善

到目前为止,不但梁慧星教授主持的《中国物权法草案建议稿》与王利明教授主持的《中国物权法草案建议稿》均制订完毕并已向社会公布,而且全国人大法制工作委员会也公布了《中华人民共和国物权法(征求意见稿)》,并向社会各界征求意见。可以确定的是,这三个草案必将对最后出台的物权法产生直接的影响。所以,对这三个草案中的关于物权法定主义的规定加以评析,并提出建议是十分必要的。

### (一)对物权法草案的评价

#### 1.对梁慧星教授主持的物权法草案相关条款的评析

梁慧星教授主持的物权法草案关于“物权法定主义”的具体条款如下:

第3条 [物权法定主义]除本法和其它法律有明确规定者外,不得创设物权。

第4条 [违反物权法定主义的后果]非依本法或者其它法律规定的物权种类而设定的物权,不得认可其为物权。非依本法规定的物权内容而设定的物权,无物权的效力。物权的设定虽然无效,但该行为符合其它法律行为的生效条件的,许可其产生相应的法律后果。

本法施行前依原来的物法规则设定的物权,到原设定定期限届满之前有效。

评析:这两个条文非常精当地表达了传统物权法定主义的内容及其违反该原则的法律后果。与之相关,传统物权法定主义所具有的缺陷也完整地保留了下来。固守传统的物权法定主义,一些新的物的交易与利用方式会不能及时得到立法的吸纳,而被排除在物权制度之外,必然会发生法律严重滞后于经济发展的现象。

当然,该草案第4条第3款规定,“物权的设定虽然无效,但该行为符合其它法律行为的生效条件的,许可其产生相应的法律后果。”这是十分妥当的,也在一定程度上弥补了物权法定所导致的不良后果。但是,如前所述,这种用其他法律方式来代替物权设定的“替代”方式,终究不是最好的解决方法。

该草案第4条第4款,是关于新物权法与该法实施前已存在的物权的规定的规定。虽然根据“法不溯及既往”的原则,应当承认原物权可以继续存在,但是基础性物权涉及整个社会秩序,所以应当对业已存在的物权作适当调整,具体可以由国务院以行政法规的方式规定。

#### 2.对王利明教授主持的物权法草案相关条款的评析

王利明教授主持的物权法草案关于“物权法定主义”的具体条款如下:

第3条 [物权法定原则]当事人非依本法和其它法律的规定,不得创设物权。非依本法或者其它法律规定的物权种类、内容而设定的权利,不具有物权的效力。依法规、司法解释而形成的物权,如具有相应的公示方法可以认定其效力。

评析:该草案看到了传统物权法定主义存在的僵硬性,认为仅仅通过法律确认物权是不够的。这一点是值得肯定的。但是,该草案规定,“依法规、司法解释而形成的物权,如具有相应的公示方法可以认定其效力。”这一规定则过于扩大了“法律”的范围。法规包括国务院制定的行政法规和地方性法规。就行政法规而言,没有问题。但是地方性法规,则不无疑问。因为我国地域广大,民族众多,各地习惯各不相同,如果不分物权的具体性质,认可地方

性法规具有认可物权的效力,必将造成物权制度的混乱。而且,这也违背了立法法的规定。该法第8条第7项规定,民事基本制度只能制定法律。物权制度属于国家专属立法权,不能采取地方性立法的方式。当然,这也不属于地方性法规的范围。根据立法法第64条的规定,“地方性法规可以就下列事项作出规定:(一)为执行法律、行政法规的规定,需要根据本行政区域的实际情况作具体规定的事项;(二)属于地方性事务需要制定地方性法规的事项。除本法第八条<sup>49</sup>规定的事项外,其他事项国家尚未制定法律或者行政法规的,省、自治区、直辖市和较大的市根据本地方的具体情况和实际需要,可以先制定地方性法规。”同样,司法解释也不能从立法法中找到法律依据,其效力层次更低。所以,这一条款是不妥当的。此外,如果对“物权的设定虽然无效,但该行为符合其它法律行为的生效条件的,许可其产生相应的法律后果”作出规定,则效果会更好。

### 3. 对全国人大法工委的物权法征求意见稿相关条款的评析

全国人大法工委的物权法征求意见稿关于“物权法定主义”的规定,十分简单,即:第4条:物权的种类及其内容,由本法或者其它有关物权的法律规定。

显然,这一规定过于简单,而且不能传神地表达出物权法定的思想。实际上,物权法定主义是指当事人不得以自己的意思创设物权的种类和内容,但本条则没有表现出这一思想。因为物权的某些内容可以由当事人自由约定,而不可能由法律一一规定,如抵押权的标的和所担保的债权额,土地使用权的范围和期限等。

#### (二)完善我国物权法关于物权法定主义的建议

基于以上的分析,我对物权法定主义的相关条款建议如下:

下列物权,由本法、其它法律或者行政法规作出明确规定,当事人不得创设。(一)所有权、建筑物区分所有权;(二)基地使用权、农地使用权、邻地利用权;(三)典权;(四)水权、采矿权、探矿权、渔业权、驯养权、狩猎权等自然资源使用权。

非依本法、其它法律或者行政法规而设定的以上物权,不得认可其为物权。

非依本法、其它法律或者行政法规规定的物权内容而设定的以上物权,无物权的效力。

物权的设定虽然无效,但该行为符合其它法律行为的生效条件的,许可其产生相应的法律后果。

本法施行前依照相关法律设定的物权,继续有效,不完全符合本法规定的,应当在规定的期限内作相应的变更。具体实施办法,由国务院另行规定。

设定的权利以保障债权的实现为目的的,在实现权利时该权利种类和内容可以确定,并具有相应的公示方法的,认可其为物权。

说明:

1. 为避免基础性物权与功能性物权等概念的模糊,在具体立法时,采用了列举的方式。

2. 水权、探矿权、采矿权、渔业权、驯养权、狩猎权等自然资源使用权,规定在特别法中比较合适。王利明教授主持的物权法草案和全国人大法工委的物权法征求意见稿规定了这些自然资源使用权,是不妥当的。因为这些权利已不仅仅是纯粹的私法上的权利,还带有浓厚的公法性质。

<sup>49</sup> 即国家专属立法条款。

3. 应当把行政法规纳入“法律”的范畴。由于立法本身总是滞后于社会生活,特别是由于我国目前仍然处于社会转型时期,经济生活变动不居,法律体系还不完善,严守“法律”的概念会导致现实生活中一些新出现的权利得不到物权的保护。为缓和物权法定的僵硬性,应当把行政法规纳入“法律”的范畴,使行政法规也可以创设物权,待物权法修改时再将其提升到物权法中。因为这有利于保护当事人的利益,也不违反立法法。该法第9条规定,“本法第八条规定的事项尚未制定法律的,全国人民代表大会及其常务委员会有权作出决定,授权国务院可以根据实际需要,对其中的部分事项先制定行政法规……。”

需要指出的是,在学者谈及物权法定中的“法律”时,都把“行政命令”排除在外,而把习惯则作为缓和物权法定的手段。这是极为有趣的现象。当然,这里的行政命令与行政法规是两个不同的概念。但可以确定,在学者所划定的“行政命令”范围内,行政法规是其中之一。我认为,这种观点违反法律常识。就行政法规而言,经过严格的立法程序和专家论证,相对于习惯,显然科学。而且,由国务院制定的行政法规有利于在全国范围内统一实施。

4. 对于物权法实施前已经存在的物权,虽然根据“法不溯及既往”的原则,应当承认原物权可以继续存在。但是如果该物权是基础性物权,则会涉及整个社会秩序,所以应当对此作出限制。为此,建议条文规定,“本法施行前依照相关法律设定的物权,继续有效,不完全符合本法规定的,应当在规定的期限内作相应的变更。具体实施办法,由国务院另行规定。”

---

**Abstract :**The traditional interpretation of the doctrine of numerus has resulted in the rigidity of the law of things and therefore cannot meet the need of social and economic development. Due to their different nature, different types of right of things have different status and roles in the legal system and social life. Rights of things can be divided into two categories: basic right of things and functional rights of things; the former mainly include usufructuary rights such as ownership and right to the use of curtilage, pawning right, and right to the use of natural resources; the latter mainly include right to mortgage, right of pledge, guarantee of alienation, and lien. The basic purpose of creating the functional right of things is to guarantee the realization of creditor's right through the exercise of basic rights (such as ownership). Basic rights of things should follow the doctrine of numerus while functional rights of things may be freely created by parties.

---