

傅穹：物权法定三题 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/485/2021\\_2022\\_\\_E5\\_82\\_85\\_E7\\_A9\\_B9\\_EF\\_BC\\_9A\\_E7\\_c122\\_485510.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_82_85_E7_A9_B9_EF_BC_9A_E7_c122_485510.htm)

“物权法定”字字千钧，定其种类，定其内容，定其效力，定其公示，定其体系。它是我国物权法构建过程中的准则，也恰恰是我国物权立法的疏漏之处和弥补的难点。现行物权制度的不足和未来物权设计的成功与否，从某种程度讲，均系于物权能否最终法定。

一、物权法定的界定 现行物权制度之不足而需要重新构建，其主要原因之一即是物权法定观念的忽视和淡化。物权法定观念的淡化并非仅指有关物权的法律欠缺，而重在法律本身所“定”的内涵不科学或不完善。物权法定作为物权立法的基本结构原则之一，其本身内涵就应有完整的体系性。物权法定究竟定在何处方为完整的体系？此关涉到一国物权法的基本构思和物权法本身功能的发挥。对此，笔者以为物权法定，必须有四个方面：物权种类法定、物权内容法定、物权效力法定和物权公示法定。（注：所谓物权法定，在德国称为“物权的类型强制”，是指物权只能依法律强制性规定设立，当事人不得依意思自由创设或变更物权的种类、内容、效力和公示方法。）首先，物权的种类必须法定，即指当事人不得创设民法或其他法律所不认可的物权类型。各国均以明确物权的种类为物权法体系构造的第一要务，学说称之为“类型强制”。物权种类能否切实地法定，关系到一国物权法体系构建的合理性。在我国，物权种类法定涉及三方面：物权种类名称的法定、物权种类产生途径的法定、物权种类体系的法定。物体种类名称的法定，即指物权种类

名称的非约定性和科学性。所谓非约定性，换言之，“只允许当事人按照法律规定的物权秩序确定他们之间的关系”（注：孙宪忠著：《德国当代物权法》，法律出版社，1997年版，第79页。）对于物权法领域而言，如法律无明文规定物权种类时，不可认为，可以反面得出“法律无禁止即可允许当事人创设”的结论，恰恰相反，如法律没有明文的某种物权类型的规定，只可解释为法律禁止当事人创设此种物权。如不允许当事人在他人的动产创设用益物权，不得创设担保法所未规定的不动产质权，当事人之间约定的所谓地役权不具有物权的效力。所谓科学性，即指物权种类术语上的确定和周严。概念的不周严，此点不仅表现为如物权、担保物权或用益物权概念本身在我国不存在，而被民法通则中使用的“与财产权有关的财产权”所取代。而且表现在具体的各制度概念的不确定和含糊，如土地使用权即是一个内涵与外延极为泛化难以确定的概念，土地承包经营权也是一个债权色彩浓厚的术语。物权种类产生途径的法定，实则是某种物权的具体产生方式问题。对此予以法定，关系到当事人之间基于法律行为或法律行为以外的原因而发生的某种权利的有效性和法律后果。如在动产所有权，基于先占、善意取得、时效取得等原因，究竟能否发生动产上所有权的取得，我国尚无规定；在具体的用益物权上，基于出资、出租、入股、继承、时效取得等究竟能否取得某种具体的用益物权，也有待立法的明定；在担保物权上，于侵权之债、不当得利之债、无因管理之债能否成立留置权，有待商榷等等。物权种类体系的法定，关键是基于法定而产生的物权体系的合理性。一国物权体系的合理科学与否直接影响体系下的各制度的内涵

、外延的科学和制度功能的发挥。就我国现行的物权体系言，虽说初具规模，但无论从法律术语的严谨程度考量，还是从各类物权的具体效力范围界定分析，或从相关物权类型的逻辑关系是否合理着手，均有含糊、杂乱、简单之感，难以发挥物权的应有功效，如现有的用益物权体系表现为制度分类的不合理和规范的重复如城镇国有土地使用和宅基地使用权以及自然资源使用权之间即是如此。或某些重要的制度尚未规定，如为各国所承认的对不动产之间相互利用关系进行更宽泛调节的地役权的欠缺等。如何立足于我国的土地公有制的国情和相关的法律政策，勾勒出我国现代化的、稳定的、本土化的物权体系，是我国物权法研究中的难点和立法的瓶颈所在。解决途径无他，首先物权种类法定。其次，物权内容必须法定。即当事人不得创设与物权法定内容相异的内容，否则无效。立法之所以强调物权内容也须法定，其实质是对物权种类法定的维持与巩固，也是物权种类法定的逻辑要求。如果当事人在“名为法定的物权种类之下，任意创设实为法律所不允许的物权内容”，则物权种类法定成为空谈。正因为此，当事人不仅对于物权的种类须在法律所规定的范围内取舍，对于某种物权的内容也应基于物权法定，也不得逾越法律规定的物权内容的界限。基于此，则要求物权法必须对各类物权类型的内容有明确的规定，不至于当事人无所适从，在经济活动中举步维艰。反观我国现实的土地承包经营权，土地承包人的权利义务关系和保护均系于承包合同，此有悖物权内容法定的要求。实质上，承包经营合同只能充当设立农地使用权以及明确农户对集体承担必要的费用交纳义务的一种形式。我国农村土地承包经营权的设定的内

容须有明确的法律规定作为依据。作为用益物权，其共性在于：虽经由债权合同而创设，但随即与之绝缘，具有强烈的物权长期性和稳定性的色彩，因此须于法律中明确其具体的权利义务，以在不动产的所有人与用益物权人之间维持利益的均衡，避免物权法律关系过于复杂，避免不必要的纷争迭起。对这些规定，当事人不得以合同的约定加以变更。“而且，农地使用权一旦设立，便受到物权的保护。集体与农户之间的合同权利义务的变更或争议，除构成物权法上的权利变更或消灭原因外，一般不影响农户的农地使用权。农民违反合同的，如果未违反物权法或土地法的规定，则应按合同上的违约责任处理，而不必发生物权法上的后果。”（注：王卫国著：《中国土地权利研究》，中国政法大学出版社，1997年版，第183页。）就担保物权而言，无论法定抑或约定的担保物权，均与债权息息相关，且从属于主债权，但并不因此影响其物权的本质，确保债权得以实现，只是其功能，非其性质。（注：有关此问题，请详见刘得宽：《担保物权之物权性与债权性》，载《民法诸问题与新展望》，第332页。）正因为此，当事人不得创设移转占有的抵押权或不移转占有的质权，至于约定本金或概括最高额抵押，也因为法律无明确的规定及不符合该制度的本意而无效。可见，学说上在承认物权类型强制基础上要求物权内容不得创设，并称之为“类型固定”，颇有其道理。在我国，物权内容的法定，还有其特殊意义。即物权的内容即物权权利义务关系的法定，应为我国物权分类的标准。适应市场经济体制内在要求和发展需要的原则，对市场经济中运营的主体，必须实行平等的一体化保护。表现在物权法中，则为对财产的所有人和

用益物权人的利益实行一体化保护，为达此目的，在物权的主体上则除法律有规定外，一般不作限制，其主体呈现广泛性和平等性，主体的身份色彩予以消除。与此相应，在分类上，以各制度的权利义务关系的结构为标尺，而不再以所有制的不同为依据来划分。也正是基于此观念，物权法中，所有权不再以国家、集体、个人为划分的标准，而实行保护的一体性，但对土地公制必须予以坚持；在用益物权中，将权利义务关系类似的土地使用权和宅基地使用权和乡镇企业的建设用地归一，设定新型的基地使用权，将土地承包经营权予以物权化，脱胎换骨成为基于市场效益最大化配置的，没有主体身份制约的农地使用权，其根本理由均在此。再次，物权效力法定。立法强调物权类型法定与内容法定，最终的目的是要达到物权的效力法定。因为此不仅涉及当事人之间的利益，且关涉到第三人的利益，影响物权的流转和交易的安全。物权的效力，指法律赋予物权的强制性作用力，是合法行为发生物权法上效果的保障力。它是确保物权的本质得以圆满实现的外壳。本质上言，反映法律保护物权人的支配程度，它虽不是物权的权能，但是物权的权能在法律上的合理延伸。物权的其他问题，诸如物权的保护，物权的设定，物权的公示公信及物权的变动等皆从此衍生和展开。物权效力的法定至关重要。（注：有关物权效力的问题，笔者另著文专题讨论。）物权效力法定的价值，还在于衡量民法中某种权利的性质是物权抑或债权，一个主要的标尺即是权利的效力。就现行的土地承包经营权言，之所以其名为物权，实为债权的根源是其效力欠缺物权法定。物权的种类法定和内容法定，最终是为了落实到效力法定。我国最高人民法院《

关于审理农村承包经营合同纠纷案件若干问题的意见》中规定：“ 承包人将承包合同转让或转包给第三者，必须经发包人同意，并不能擅自改变承包合同的生产经营等内容，否则转让和转包合同无效”。体现物权之为物权的一个标志即是权利人对其权利在效力上的可处分性。现行的土地承包经营权，非经发包方许可，不得转让。此种权利的非自由处分性，非物权的本性。此转让方式，完全是一种债权的转让方式。这也是土地承包经营权主体身份上限定性和所享有的权能上的制约性的必然结果，导致处分上的债权性。还土地承包经营权的物权本质，必须在物权法中对该制度赋予明确的物权的效力。最后，物权变动的公示制度法定。法律明确规定物权变动时应采用的公示方法，非以法定的公示方法予以公示，否则物权的变动无效或不得对抗第三人。只有物权的类型法定才便于公示，只有物权的内容法定才使公示这一形式有了内涵和血肉，也只有物权公示法定，物权效力的法定才有了保障。反之，公示制度的欠缺必然导致物权设定效力的不稳定、内容的不确定、用途变更的随意等恶果。公示制度的欠缺即是我国物权制度不足的反映，也同时加剧了不足。物权变动的公示方法法定，首先是法律对公示方法的选择：动产公示以交付（占有）为原则，以登记为例外；不动产均以登记为公示方法，此乃各国的通例。其次，有关物权公示的效力，包括对物权变动的效力和对第三人的效力两方面。关于前者，不动产物权的变动采取登记要件主义，但须强调的是，登记不应成为不动产物权移转合同的生效要件，而应是不动产物权变动的生效要件。而动产物权变动则区分两种情况：一般动产物权变动采生效要件主义，特殊动产物权变

动采登记对抗主义如动产抵押场合；关于后者，即指物权公示的公信力的问题。就动产占有的公信力言，各国均法律明文予以规定，如日本民法第188条，占有人于占有物上行使的权利，推定为适法的权利。各国的善意取得制度也是承认动产占有公信力的著例；就不动产登记公信力言，各国虽立法态度不一致，但为保护善意第三人的利益，维护交易的安全，以全面贯彻物权公示原则，承认不动产登记的公信力为潮流。 综上所述，物权法定是具有完整内涵的：只有定其种类，定其内容，定其效力，定其公示，最终才能定一国的物权法体系。

## 二、物权法定的价值

物权法定所以为各国采纳，主要在于其生成的内在必要性和自身的价值：首先，物权法定主义的生成从本质和根本言，是物权作为支配权的特性的必然逻辑要求。物权与债权，为近代民法两项并驾齐驱的财产权，根据其内在性质不同，物权采法定主义，债权采契约自由原则。物权与债权的区别在于其具有直接支配性与保护的绝对性，因此对外效力极强，得对抗一切人。但如许以契约或习惯任意创设，则或是物权的效力减弱以致荡然无存变为与债权无异，变得有其名无其实，或是仍肯定其极强的效力，但确无法协调物权人之间的利益冲突，有害公益。故物权，除民法与其他法律有规定外，不得创设。其次，物权法定主义的确立，为一国物权的类型体系的构建奠定了可行性的基础。“物权制度有关一国的经济，势不能不采取一贯的政策，以为社会民法物权》，台湾1986年版，第15页。）而一国经济的发展与繁荣，必须有赖于该国物权体系的合理科学严谨的构建，各个相关制度各司其职，不可相互逾越和冲突。如所有权明定物的归属，是货畅其流的前提，对此必须

予以保护，固然有些时候需要对此予以限制，但必须对可能限制所有权自由性的他物权的种类、内容加以限定，必须置于法律的轨道。对于用益物权一旦经由债权而从所有权中分离出来，则既与产生的基础的债权绝缘，也成为一种独立的、稳定的、不受所有权人的意思制约的独立的物权，为充分发挥其功效，用益物权与所有权的关系绝不应有私的合意来创设，而应委诸于法律的明确规定。只有如此方能保持各物权的本来面目与功效，才能构建一国的物权法律体系，一国的经济才能得以良性发展。再次，物权法定主义的产生，为物权变动的公示提供了技术上的可能。诚如郑玉波先生所言：“此为物权公示原则的需要。倘物权种类许当事人任意创设，则仅依占有而为表象，既不可能，而依登记以为公示，于技术上又困难殊多，故法律为整齐划一，以便于公示计，不能不将物权的种类予以明定，而仅承认当事人在法定的物权内，有选用的自由，并无创设的自由”。（注：郑玉波著：《民法物权》，台湾1986年版，第15页。）可见，从立法技术上言，物权只有法定才便于公示，才能使物权的公示简便易行。最后，物权法定为交易安全的实现，作出了基石性的作用。物权具有对世的效力，其得丧变更关乎第三人的利益，应力求透明。但只有物权的类型、内容、效力法定明确，方能使一般人能无所顾忌，能明了自己的交易行为的法律后果，否则必然裹足不前，交易的安全与便捷无从谈起。

三、物权法定的强化 学者们在看到物权法定重要性的同时，均主张不能因为强调此原则，而使物权法成为封闭的立法，不能使之与社会的发展脱节，变成僵化的没有生命力的禁锢物权法发展的原则。因此，随着经济的发展，该原则渐受检讨，

已非金科玉律。如何克服物权法定主义的局限性，如何协调“于社会生活之长久酝酿，习惯之反复践行所生的新物权与物权法定主义之冲突”，（注：谢在全：《民法物权权论》（上），三民书局1992年版，第47页。）乃成为一重要课题。问题的关键在于：习惯法能否创设新的物权？基于人类认识能力的有限和经济发展的迅速，立法总是呈现滞后的特点，表现在物权法上则是物权种类的、效力的残缺遗漏。正针对此，我国台湾学者郑玉波指出“物权法定主义过于僵化，难以适应现时社会经济的发展，倘于习惯能有适宜的公示方法的新物权的生成，自不妨予以承认。（注：郑玉波著：《民法物权》，台湾1986年版，第16页。）也正因为此，日本司法实务承认了习惯法所通行的水利权（流水利用权、水塘利用权）、温泉利用权和日照权等。我国台湾理论与实务界也认为：为缓和物权法定主义之僵硬，宜认为新成长的物权具有一定公示时，宜从宽解释法律，使其纳入现行物权法体系，承认其效力。在我国台湾实务上，即对最高额抵押的从属性从宽解释为仍然属于台湾民法典中所规定的抵押权的一种，而承认其合法性。笔者有疑义的是：物权法定主义之缓和的呼声不绝于耳，难道物权法定的缓和对我国物权立法果真如此重要吗？就我国现行的物权的制度言，或是某些物权的类型如地役权、建筑物区分所有权、所有人抵押、让与担保等尚未规定，或是物权体系尚待构建如用益物权的体系问题，或是物权如承包经营权的法律效力和权利内容规定残缺遗漏，或是欠缺各项物权之间的严密的衔接和配合。如此多的问题能否用“物权法定主义缓和”的手段来解决？能否等待习惯上的物权类型来弥补？笔者以为：我国物权法最应

该强调和最需要下工夫的正是物权法定，特别是在物权法准备起草之际，更应在如何物权法定上着手。我国现行物权法上的诸多不足，不是因为是否承认物权法定主义的缓和，而是因为没有充分认识物权法定重要，没有认识到物权类型在物权立法之初应予完备；没有认识到物权内容稳定性和法定重要性，其会影响到一种物权类型能否保持其物权的本色，而不被纳入债权的范畴；没有认识到物权效力在物权体系的重要，如不法定，将使物权人之间冲突不断，物尽其用成为空谈；没有认识到物权的公示的法定的重要，而使我国即便是担保法明定的公示机关在实务中也有的未予以建立，至于物权的生效与对抗他人更无从谈起。所以，我国物权法起草之际，对物权法定“刚柔并济”并非不可，但物权法定的缓和的柔性问题，还是后话，对此不妨指出，但不必强调。否则，易导致物权立法取向上的偏颇，避重就轻。笔者始终认为：目前物权立法的症结是物权法定的刚性不足，只有高举物权法定旗帜，物权法才能长治久安，才能保一方水土，才能成功构建。 新闻来源:中国民商法律网 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问

[www.100test.com](http://www.100test.com)