

# 物权法定,定什么?定到哪?

张志坡\*

**摘要:**我国《物权法》第5条是物权法定原则的规定。根据该规定,法定的是、并且只是物权的种类和内容,种类法定和内容法定是一而二、二而一的关系,其实质是种类法定;但种类法定和内容法定并列仍有其意义。物权法定并不包括、也无需包括设立方式、效力、公示方法、保护方法的法定。种类法定是三个层次种类的法定,内容法定是轮廓的法定,轮廓法定应注意把握各种物权的关键特征。轮廓法定使得物权法定中保有了一定的自治空间。地役权的灵活性存在于物权法定内部,其并非物权法定的补充。

**关键词:** 物权法定 类型 内容 效力 公示 关键特征

我国《物权法》第5条规定:“物权的种类和内容,由法律规定。”这是物权法定原则在立法上的表现,法律起草者亦阐明斯旨:“本条是关于物权法定原则的规定。”<sup>(1)</sup>物权法定原则的含义究竟为何,尽管我国学界已经形成某种共识,然而,王利明教授持有异说,相当一部分学者支持该种观点。物权法定作为物权法的结构原则,其含义为何关系到对物权法宏观架构的理解,更由于其强行法的性格,其可以对司法实践、进而对我们的经济生活造成重大影响。近些年,信托公司、银行均出现了信托受益权质押的现实案例,但信托受益权不在《物权法》规定的可质押权利之中,在其上设定质权效力如何,存在疑义;<sup>(2)</sup>近两年,温州等地更是出现了大量的商铺租赁权质押的案件。该类案件共同的问题是:物权法定是否对权利质权的客体提出了要求?对此,亟待理论上予以回答。因此,从法教义学的视角阐明物权法定的含义,辨析学界观点的是非,促进更广泛共识的形成便不仅有助于形成通说,对司法实践更是意义重大。

物权法定的含义,其关键点指向“定”和“依何法而定”。笔者已就物权在物权法定缓和的背景下“依何法而定”加以详细讨论,<sup>(3)</sup>本文将集中对“定”进行研究。具体而言,这可以分解为三个问题:(1)从正面来看,物权法定“定什么”;(2)从反面来看,物权法定“不定什么”;(3)从限度来看,物权法定“定到哪里”。基于此,全文正文分为三部分:第一部分从正面指出,物权法定的是物权种类和内容,并讨论了种类法定和内容法定的关系,二者实为一而二、二而一的关系。第二部分则检讨了学界值得

\* 南开大学法学院副教授,法学博士,南开大学人权研究中心兼职研究员。本文为2015年度中央高校基本科研业务费专项资金项目“法治中国建设的理论与实践问题研究”(63152008)的阶段性成果。感谢常鹏翱、杨代雄、刘风景、张鹏、董学立、王彬、李飞、杨会对本文提出的宝贵建议;感谢《比较法研究》匿名评审专家对本文提出的修改意见。

(1) 全国人大常委会法制工作委员会民法室编著:《中华人民共和国物权法解读》,中国法制出版社2007年版,第13页。  
(2) 相关讨论,参见刘光祥《论信托受益权质押的法律问题及出路——以物权法定原则为视角》,载《金融法苑》2015年第2期,第117-126页;张笑滔《非典型物权类型松绑的功能分析——以昆山纯高案为例》,载《政法论坛》2016年第6期,第75-86页。我国台湾地区学者的研究,参见林盟翔《资产管理之信托受益权设定担保物权风险管控——信托忠实义务之视点》,载《海峡法学》2016年第4期,第24-38页。  
(3) 参见张志坡《物权法定缓和的可能性及其边界》,载《比较法研究》2017年第1期,第157-169页。

商榷的观点,特别是回应了以王利明教授为代表的一种有力说,认为物权法定并不包括设立方式法定、效力法定、公示法定(或变动法定),以及保护方法的法定,强调物权法定的只是物权的种类和内容。第三部分则指出,我国的物权种类法定是三个层次种类的法定;物权的内容法定是轮廓的法定,在法定中依然存在自治的空间。而地役权的灵活性存在于物权法“定之内”,而非“定之外”,这也就决定了其无法构成物权法定原则的补充。在这一部分,一并分析并回应前述司法实践中的难题。最后,总结全文、明确结论。

## 一、物权法定,定什么?

我国《物权法》第5条规定:“物权的种类和内容,由法律规定。”根据其文义,我们可以得出的结论是:由法律规定或者说物权法定所要限制的是物权的种类和内容。据此,物权法定原则可以分解为两项,即物权的种类法定和内容法定,以德国法系之术语加以表述则为物权的类型强制(*numerus clausus*, *Typenzwang*)和类型固定(*Typenfixierung*)。<sup>(4)</sup>

### (一) 种类法定

种类法定,“*Numerus clausus*”是一个拉丁语词组,是“数目封闭”的意思,<sup>(5)</sup>具体是指当事人不得创设法律所规定种类以外的物权。例如,在我国法律未规定物权性质的居住权的情况下,当事人不得设定保护当事人居住利益的居住权为物权,此种不得约定以创设新型物权的情形也被称为“排除形成自由”(Gestaltungsfreiheit)。<sup>(6)</sup>物权的种类集中规定在《物权法》中,这特别体现在《物权法》的编、章、节的用语上,除了总则和作为事实的占有两编,物权法体系就是由物权的种类构建的,这些物权种类清晰而明确。然而,在《物权法》之外,相关法律是否规定了某项权利为物权,是何种物权,有时是明确的,如《海商法》中的船舶抵押权、船舶留置权,属于商法上的物权;有时并不清晰,此时则需要进行法律解释:《合同法》第286条规定的建设工程承包人的优先受偿权就是一例,学界对其性质存在一定的争议,有学者认为其为优先权或者不动产优先权,<sup>(7)</sup>有学者则认为其属于法定抵押权,<sup>(8)</sup>对此,梁慧星教授从历史解释的角度澄清了该权利的性质为法定抵押权。<sup>(9)</sup>而《海商法》上的船舶优先权其性质为何,则存在诸多观点,<sup>(10)</sup>尽管我国海商法学界多数说认为其属于担保物权,但有学者指出,船舶优先权属于误植法国法上的概念,以至于其与以德国法传统建立起来的我国担保物权体系难以相容,应予废除。<sup>(11)</sup>笔者以为,优先权的性质值得研究,不容忽视的是优先权具有多种类型,这至少包括先取特权、优先申请权、优先受让权、优先承包权、优先承租权、<sup>(12)</sup>优先受偿权,其中的优先受偿权,

(4) 参见王泽鉴《民法物权》,北京大学出版社2010年版,第37页。

(5) 参见唐晓晴《论物权类型法定原则》,载唐晓晴《民法基础理论与澳门民法的研究》,中山大学出版社2008年版,第139-140页;Thomas W. Merrill与Henry E. Smith亦如此表述“the number is closed”,See Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, 110 *Yale Law Journal* 1, 4 (2000).

(6) [德]曼弗雷德·沃尔夫《物权法》,吴越、李大雪译,法律出版社2002年版,第14页。

(7) 参见夏凤英《论建设工程承包人优先受偿权的性质》,载《河北法学》2001年第3期,第38页;魏树发、江钦辉《论建设工程价款优先受偿权》,载《广西社会科学》2003年第6期,第80页。

(8) 参见张学文《建设工程承包人优先受偿权若干问题探讨》,载《法商研究》2000年第3期,第101页。

(9) 对此的详细讨论,参见梁慧星《合同法第二百八十六条的权利性质及其适用》,载《山西大学学报》(哲学社会科学版)2001年第3期,第5-7页。

(10) 参见张丽英《船舶优先权法律性质若干学说析》,载《比较法研究》2004年第4期,第127-133页。

(11) 参见孙新强、秦伟《论“优先权”的危害性》,载《法学论坛》2010年第1期,第130-136页。

(12) 杨德齐《民事优先权之概念及性质辨析》,载《西部法学评论》2009年第3期,第75页。

尽管在优先受偿这一点上与担保物权相同,但是,其能否被认定为特别法上的物权,不可一概而论,而应区分特定优先权和一般优先权,<sup>[13]</sup>特别是根据其对物的支配性这一“物权”的构造标准加以判断,据此,特定优先权为担保物权,而一般优先权则为特种债权的效力。

## (二) 内容法定

内容法定,是指当事人所创设的物权不能与法定的物权内容相异,换言之,当事人创设的物权不仅需要符合法定类型,而且其内容也需要与法定的内容相一致。有学者认为,“物权法定应以物权种类法定和物权公示法定为限,而物权内容不宜法定”<sup>[14]</sup>。这是不能成立的,实际上,只要认可种类法定,那么内容法定就是当然的推论。如果允许当事人自由变更物权的内容,那么当事人即是以法定的物权类型之名,行变更物权之实,其实质等于创设了新型的物权。由此,物权之内容不得自由创设,是在确保物权类型强制之实现。例如,创设移转占有之不动产抵押权,或者创设不移转占有之动产质权,均不为法律所许可。透过种类法定和内容法定的关系,可以发现,物权法定在某种意义上也可以概括为物权的类型法定,亦即德国学者所称的类型强制和类型固定,<sup>[15]</sup>而实际上类型决定内容,类型强制应包括类型固定,若然,则类型与内容的二分便相当勉强,<sup>[16]</sup>因此,德国学者直接以“物权类型法定”原则称之。<sup>[17]</sup>只是在我国大陆和台湾地区以及日本,学者大多称为物权法定原则或者物权法定主义,<sup>[18]</sup>并在此基础上进一步展开物权法定的含义。

## (三) 种类法定与内容法定之关联

从语义的准确性和包容性上看,称为物权类型法定并无明显不妥,盖类型强制要求类型固定,而类型固定则表现为内容的法定。类型是我们认识事物、把握事物的基本方法,相对于物权内容,物权类型比较抽象、宏观,借助于物权类型,其概观作用、图像之导引功能远胜于物权内容的观察;物权法的体系基本上也是以物权的类型谱系为基础加以构建的。唯物权类型的把握是一种实质的判断,而非单纯考量当事人设定权利之用语,其判断依赖于物权具体内容的整体构造。在我国司法实践中,法院也是从实质上认定物权、判断物权的类型,在个案中,当事人关于“借条作为抵押”的约定,由于不符合抵押权的要件,而被法院作为质权加以讨论;<sup>[19]</sup>当事人在《房屋通道协议》上虽载明“长期租用”、一次性支付“租金”,但法院根据协议内容认定为通行地役权。<sup>[20]</sup>就此而言,类型法定和内容法定实为一而二、二而一的关系。但是,二者又非完全等同,在应用上亦可凸显其差异:物权类型是塑造典型的结果,能够起到快速定位、区分物债的作用;一般来看,只有在就设定的物权类型发生争议的情况下,才需要深入到当事人设定的权利内容的实质,二次判断所设定权利的性质进而归入具体的物权类型

[13] 对此二分及其性质的讨论,参见鲍轶欣《民事优先权性质研究》,中国政法大学2008年博士学位论文,第三章、第四章。

[14] 房绍坤、王洪平《论私法自治与物权法定之辩证关系》,载《法学杂志》2005年第5期,第13页。

[15] 参见注6引书,第14页;[德]鲍尔、施蒂尔纳《德国物权法》(上),张双根译,法律出版社2004年版,第58页。

[16] BGB - Komm. Staudinger - Seiler, 12A, Vor § 854, Rn. 38. 转引自苏永钦《物权法定主义的再思考——从民事财产法的发展与经济观点分析》,载苏永钦《私法自治中的经济理性》,中国人民大学出版社2004年版,第86页。

[17] 参见[德]沃尔夫冈·维甘德《物权类型法定原则》,迟颖译,王洪亮校,载张双根、田士永、王洪亮主编《中德私法研究》(第2卷),北京大学出版社2007年版,第87页。

[18] 可参考本文援引的这三个法域学者的著作和论文,此外,再如[日]北川善太郎《物權》13頁(有斐閣,2004年);内田貴『民法Ⅰ總則・物權總論』296頁(東京大學出版會,1994年);[日]佐久間毅『民法の基礎2 物權』4頁(有斐閣,2007年);[日]大村敦志『基本民法Ⅰ總則・物權總論』273頁(有斐閣,2001年)。

[19] 王良友与罗青荷等民间借贷纠纷上诉案[浙江省台州市中级人民法院民事判决书(2008)台民二终字第287号,【法宝引证码】CLI. C. 1645261]。

[20] 余志勇与刘维富地役权纠纷上诉案[陕西省安康市中级人民法院民事判决书(2016)陕09民终712号,【法宝引证码】CLI. C. 8770575]。

或者否定其物权的性质。在认识价值上,物权内容具有基础且实质性的作用,在掌握物权内容的基础上,方能准确辨识物权的类型。因此,将物权种类和物权内容并列,不仅可以接受,而且有助于辩证地认识二者之间的这种关系:没有内容的物权类型是虚幻的,没有类型的物权内容是盲目的,判断一项权利是否为法定的物权需要物权类型和物权内容的双重检测。

## 二、物权法定,不定什么?——对己说的强调与对异说的批判

在我国《物权法》的体系下,笔者主张物权法定仅指种类法定和内容法定,对此民法学界已形成一定的共识,但仍有如下观点值得重视,从而有必要予以回应:(1)参与立法起草的人士对《物权法》第5条物权法定的解读中认为“设立物权的方式以及物权的具体内容,一般也只能由法律规定”。<sup>(21)</sup>尽管全国人大法工委及其组成成员并非立法者,但是,其撰写的立法说明仍具有相当的权威性而受到学界的重视。(2)《物权法》颁布前,王利明教授就认为物权效力和公示方法的法定也是物权法定原则的内容;<sup>(22)</sup>《物权法》通过后,王利明教授依然认为,物权法定原则应当包括效力法定和公示方法法定。<sup>(23)</sup>这种观点颇有影响力,<sup>(24)</sup>有学者认为这是我国“通常”的、<sup>(25)</sup>“一般”的、<sup>(26)</sup>多数学者的观点,<sup>(27)</sup>这还波及到经济法的著述中。<sup>(28)</sup>尽管这一观点是否构成多数说仍然值得怀疑,但可以肯定的是,这不可能是我国的通说,因为通说要求在歧异观点中居于主导性地位、并获得多数重要学者的支持,而据笔者观察,我国其他一些重要学者均主张物权法定只包括种类法定和内容法定两项内容。<sup>(29)</sup>唯即便如此,对于这种较大影响的学说实有必要加以回应,盖理论的建构、批评及防卫乃法学的主要工作,<sup>(30)</sup>法学者有义务透过批判与反批判的理性论辩形成共识,以促进对物权法定的科学理解。下面笔者将从正、反两个方面加以讨论。

### (一) 物权法定的只是物权的种类和内容

笔者主张并强调,物权法定的只是物权的种类和内容,是因为:第一,《物权法》第5条的规定采取了列举而非例示的立法技术,按照“明示其一,即排除其他”之解释原则,这意味着物权的其他问题,如物权设立、物权公示(或物权变动)、物权效力、物权的保护方法等并非“物权法定”原则的内容,这些

(21) 同注1引书,第13页。

(22) 参见王利明《物权法研究》,中国人民大学出版社2002年版,第74页。

(23) 同注22,第161页;王利明《物权法研究》(上卷),中国人民大学出版社2013年版,第156-157页。

(24) 《物权法》颁布前,持该观点的文献有:房绍坤、吴兆祥《论物权法定原则》,载《法律科学》1996年第6期,第32页;刘乃忠《论地役权对物权法定原则漏洞的补充》,载《武汉大学学报》(社会科学版)2001年第3期,第289页;徐涤宇《物权法定主义和物权立法》,载《法商研究》2002年第5期,第17页。《物权法》通过后,持该观点的文献有郭明瑞主编《中华人民共和国物权法释义》,中国法制出版社2007年版,第15页;宗志翔《我国物权法的物权法定原则》,载《江西社会科学》2007年第5期,第153页;梅献忠《我国〈物权法〉的物权法定原则》,载《重庆社会科学》2009年第11期,第66页。

(25) 陈洪《不动产物权冲突研究——类型、规则及裁判方法》,中国法制出版社2014年版,第115页。

(26) 关涛编著《物权法案例教程》,北京大学出版社2010年版,第6页。

(27) “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。”而其中的第三种观点即为王利明教授的观点。刘广明《物权法》,河北人民出版社2013年版,第122页。

(28) 参见鞠齐主编《经济法》,四川大学出版社2015年版,第67页。

(29) 参见梁慧星、陈华彬《物权法》,法律出版社2010年版,第66页;陈华彬《民法物权论》,中国法制出版社2010年版,第65页;崔建远《物权:规范与学说——以中国物权的解释论为中心》(上),清华大学出版社2011年版,第24页;孙宪忠《中国物权法总论》,法律出版社2014年版,第261-262页;尹田《物权法》,北京大学出版社2013年版,第58页;高圣平《物权法:原理·规则·案例》,清华大学出版社2007年版,第6-7页;刘家安《物权法论》,中国政法大学出版社2009年版,第31页。

(30) 参见[德]卡尔·拉伦茨《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第327页。

范畴已经超出了物权的“种类”或“内容”的射程,无论怎么扩张解释,也无法为《物权法》第5条的条文所涵盖,这些方面即便法定,其也不能、也不应为物权法定原则所涵盖。第二,从物权法定的目的来看,物权法定不是一个“大箩筐”,只要法定的东西都可以往里装;物权法定只是《物权法》的一个原则而已,其目的在其与合同自由相提并论时更加清晰,即《合同法》列举的有名合同只是立法者出于降低交易成本的考虑而将多发的、典型的合同设计出来供当事人参考,其并不禁止当事人创设新的合同类型或者修改典型合同的内容而形成过渡的、中间类型的合同;而新的物权类型的创设和内容的实质修改却是物权法定原则所禁止的,换言之,物权的种类和内容,由法律规定,其实质上是对行为人提出了禁令:“不得创设”新型物权。这一意涵在《日本民法典》第175条和我国台湾地区“民法”第757条的法条文句上规定得甚为清晰,尽管我国《物权法》并未明示,但是,从物权法定与契约自由的比较我们仍然可以揭示出物权法定的这一目的,即当事人不得创设新型的物权;而物权设立、物权公示(或物权变动)、物权效力和物权的保护方法与物权法定的立法目的并无直接关联。第三,无论是我国物权立法借鉴较多的日本和我国台湾地区的通说<sup>(31)</sup>抑或是我国大陆学界的主流观点均认为,<sup>(32)</sup>物权法定原则法定的是物权的种类和内容,并不包括物权设立、公示方法(或物权变动)、物权效力和物权保护方法的法定。在已经形成通说或者主流观点的情况下,如果要作出与通说不同的解释,则论者需要作更多、更有力的论证,然而持异说论者要么语焉不详,要么论证尚缺乏足够的说服力。

## (二) 物权法定不包括物权设立、公示方法、物权效力和物权保护方法的法定

### 1. 关于设立物权的方式法定

前述参与立法起草人士的观点中“设立物权的方式”具体所指为何并不清晰,<sup>(33)</sup>或许是指物权的取得方式(即原始取得和继受取得),如没收取得、经由买卖而取得等,<sup>(34)</sup>但是,取得又与创设新类型的物权不同,无论设定的物权类型是否属于法定的物权类型,均存在取得问题;而《物权法》禁止当事人创设新型的物权,则法外的新型物权无法通过创设的方式取得,但法定的物权类型则可以、且通常均是根据当事人的意思创设取得,留置权等法定物权究属例外。而合同债权同样需依一定方式而取得,这意味着:谈论物权的取得“法定”并不妥当。对此,有法院认为,“根据物权法定原则,对物权的取得没有法律规定的就是法律禁止的”,而最高人民法院则对此加以纠正:“物权法定原则是指物权的种类和内容法定。物权法并没有对取得物权的主体作出禁止性规定。”<sup>(35)</sup>可见,物权取得的法定并未得到我国最高司法机关的认可。实践中,有法院认为,抵押预告登记在未变更为抵押权设立登记之前,根据物权法定原则,抵押预告登记权利人就抵押房屋处分并优先受偿的权利在行使要件上有所欠缺。<sup>(36)</sup>实际上,这是对物权法定原则的误用,抵押权并不存在,当然无法发生抵押权的效力;这与物权法定无关。此外,亦有学者从立法目的和实用主义出发,指出“限制物权创设事实对立法者来说并没有什么意义”。<sup>(37)</sup>这种观点也许是指设立物权需要交付或者登记的方式,如有学者将此表述为“由

(31) [日]田山輝明『通説物権法』23頁(三省堂、1992年);[日]我妻榮《日本物権法》,有泉亨修訂,李宜芬校訂,五南圖書出版公司1999年版,第24-25頁;同注18,佐久間毅書,4頁;同注18,北川善太郎書,13頁;史尚寬《物權法論》,中國政法大學出版社2000年版,第13頁;同注4引書,第37頁;謝在全《民法物權論》(上),中國政法大學出版社2011年版,第34頁。

(32) 同注29。

(33) 參見注1引書,第13-14頁。

(34) 參見林志農《物權法定原則及其緩和》,載《人民司法》2007年第3期,第73頁。

(35) 大連羽田鋼管有限公司與大連保稅區弘豐鋼鐵工貿有限公司、株式會社羽田鋼管製造所、大連高新技術產業園區龍王塘街道辦事處物權確認糾紛案[最高人民法院民事判決書(2011)民提字第29號,【法寶引證碼】CLI.C.848638]。

(36) 《中國光大銀行股份有限公司上海青浦支行訴上海東鶴房地產有限公司、陳思綺保證合同糾紛案》,載《中華人民共和國最高人民法院公報》2014年第9期,第39頁。

(37) 艾林芝《澳門物權法》,社會科學文獻出版社2013年版,第43頁。

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>(38)</sup>。这实质指向了物权变动中的公示方法问题,对此将于下文检讨公示方法法定时再行论述,此处不赘。

## 2. 关于物权效力的法定

主张物权法定原则包括效力法定的理由是:物权效力是由法律赋予的,物权的对世效力、优先效力,都要对第三人产生效力,涉及交易安全,因此不能由合同当事人自由作出安排。如果没有效力法定,则种类法定和内容法定在现实生活中将失去规制的作用。<sup>(39)</sup> 笔者以为,物权法定是否包括效力法定,可以从物权法定的确立过程、物权种类、内容法定与效力法定的关系、物权效力是否已经实证法化等角度加以分析。首先,主张物权法定包括效力法定的学说在《物权法》颁布前相当长的时间内具有一定的影响力,但是,立法者最终并未采纳,而是遵循了东亚国家或地区学界对物权法定认识的传统二分法(即种类法定和内容法定),因此,主张效力法定构成物权法定的内容不符合立法者的目的。其次,我们来看物权种类、内容与物权效力之间的关系究竟如何:这需要思考物权效力是否如此重要以至于必须法定,而且效力法定还必须纳入到物权法定的含义中。实际上,物权效力是由物权本质所引发的某种效果,<sup>(40)</sup> 这特别指向物权的共通效力,即物权的排他效力、优先效力、追及效力和物上请求权效力,<sup>(41)</sup> 效力法定肯定论者对此也予以认可。<sup>(42)</sup> 这些物权效力是物权本质的必然要求,其在法律上可能有所体现,但也可以是依据物权作为支配权而进行逻辑推演的当然结果。正如崔建远教授在为物权的优先效力申辩时所指出的那样,物权的优先效力是对民法现象的一种描述,可能是法律的直接规定,也可能是学说对一些法律现象的概括和总结,还可能是一种立法政策。<sup>(43)</sup> 这较为准确地概括了物权的优先效力与实证法之间的关系。笔者以为,这种认识同样适合描述物权效力与实证法之间的关系。就具体类型物权的个别效力而言,其通常是法定的,法律可能在共通效力之外增加、减少或变更其某种特殊的效力。例如,在肯认物权具有对世性的基础上,对于地役权,《物权法》第158条则明定其“未经登记,不得对抗善意第三人”。总之,物权种类、内容和物权效力之间的关系是:物权的种类和内容决定了物权效力,而不是相反,只要我们还认为物权是支配权,并且法律也保护这种支配权,那么就必然赋予物权以物权效力,但是,这种效力并不必然以法律的形式表现出来。对于物权的共通效力,学界存在一效力说、二效力说、三效力说和四效力说,其范围逐渐扩大,尽管对效力的要素强调不同,但物上请求权为物权的效力却是学界的共识,即便是一效力说,其肯定者也是物上请求权,而非其他效力。<sup>(44)</sup> 对此,《物权法》第34条、第35条加以明确规定;但实际上,即便没有规定,物上请求权作为物权的效力也必然得到认可,因为这是物权本质的要求。对此,比照日本的情况具有启示性:《日本民法典》并未规定物上请求权,此时,何来效力法定? 法律未予规定是否意味着物权不具有物上请求权的效力呢? 事实是,这并不影响日本通说和判例认可物上请求权为物权的效力,盖物上请求权是为了维持物的圆满支配状态所当然具有的性质。<sup>(45)</sup> 物权的优先效力,共识亦广,但同样在法

(38) 李开国:《民法基本问题研究》,法律出版社1997年版,第267页。

(39) 参见注23,王利明书(2007),第161页。

(40) 关于物权本质与物权效力的关系,参见注4引书,第47页。

(41) 参见注4引书,第47-48页。该说已在我国大陆取得一定的共识,相同观点参见梁慧星、陈华彬,同注29引书,第53-65页;陈华彬,同注29引书,第95页;崔建远:《物权法》,中国人民大学出版社2011年版,第34页。

(42) 参见注23,王利明书(2007),第39、161页。

(43) 参见崔建远:《为物权的优先效力申辩》,载崔建远:《物权:生长与成型》,中国人民大学出版社2004年版,第21页。

(44) 对此的学说梳理,参见陈耀东主编:《物权法》,南开大学出版社2014年版,第23页。

(45) 参见北川善太郎,同注18引书,15页。

律上难觅明文(以支持所有的物权具有优先效力的情形)。因此,无论是在比较法上,抑或是在解释论的视角下,物权效力法定这种笼统的说法并不能成立,<sup>[46]</sup>更惶论将其纳入到物权法定的含义中。

有学者主张“物权保护的方式法定”,<sup>[47]</sup>这实际上指向了前述的物上请求权,学者所举其他例证《物权法》第189条第2款则涉及追及效力,<sup>[48]</sup>而无论是物权请求权还是追及效力,均属于物权效力范畴。对此,无需再予详论。

### 3. 关于公示方法的法定

除了部分学者直接主张物权法定包括公示方法法定外,<sup>[49]</sup>还有学者认为,依据物权法定原则,不得变更物权公示的方法,<sup>[50]</sup>这属于间接主张;有学者主张的“变动强制”或者“形式与程序强制”,<sup>[51]</sup>尽管侧重点有所不同,但大体上仍可归入此类。笔者承认,物权的公示方法(交付或登记)是法定的,但是,并非法定的内容均应包括在物权法定原则中,否则,《物权法》原则上为强行法,岂不是物权的一切(法定的项目)均为物权法定原则所涵盖?实际上,物权法定和物权公示同为物权法的基本原则,二者不宜混淆,物权法定指向物权的种类和内容,而物权公示则指向物权的享有和物权的变动。物权法定与物权公示的地位相当,在没有足够充分且正当的理由的情况下,我们不可将物权公示也包含于物权法定中,否则公示公信原则何以独存?在进行法律解释时,一个重要原则是,一个规定的解释结果,不得造成其他规定丧失存在价值或变得多余,<sup>[52]</sup>这对于物权法定原则的理解上同样适用。此外,物权法定有助于物权公示,<sup>[53]</sup>从这一角度来看,物权法定和物权公示也非包含关系,而是分属不同的制度。因此,物权法定不包括、也不能包括公示方法法定。更何况,我国采取了混合物权变动模式,在登记对抗主义的模式下,是否登记任凭当事人的选择,而未予公示并不影响物权变动的效力,此时,基于法律行为引发的物权变动与债权变动在意思自治上没有差别,称物权“变动强制”其不妥当性也是明显的。

### 4. 小结

在检讨了物权设立方式、物权效力、物权公示、物权保护的方式与物权法定的关系后,最后再次重申:《物权法》的基本范畴远非物权法定原则可以涵盖,物权法定只是《物权法》的一个原则,其含义有

[46] 物权效力法定论者认为,“各物权既有共同的效力,也分别有其自身特有的效力,但均以法律规定为限”(宗志翔,同注2引文,第154页)。这种认识与事实不符。

[47] 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《法制与社会发展》2013年第5期,第137-138页。有学者认为物权法定是指物权的种类、内容、效力、变动要件、保护方法等都只能由法律规定,不允许当事人自行创设。参见温世扬《物权法要论》,武汉大学出版社1997年版,第21页。在《物权法》通过后,该学者主张区分狭义的物权法定和广义的物权法定,狭义的物权法定是指物权的种类法定和内容法定,而广义的物权法定则重申了其早期的看法。参见温世扬《物权法要义》,法律出版社2007年版,第16-17页。

[48] 申卫星,同注47引文,第138页。

[49] 宗志翔,同注24引文,第153页;梅献忠,同注24引文,第66页。

[50] 杨立新:《物权法》,法律出版社2013年版,第29页。

[51] 张玉敏主编《民法》,高等教育出版社2011年版,第179-180页;刘云生、李开国、孙鹏《物权法教程》,中国人民大学出版社2009年版,第19页;有学者用“形式与程序强制”指“变动强制”,即“由法律直接规定各类物权变动(产生、变更和消灭)之方式或程序,非依法定方式或程序不发生物权变动(产生、变更和消灭)法律效果。”刘云生《物权法》,华中科技大学出版社2014年版,第65页。有学者称为“变动要件”的法定。马新彦主编《物权法》,科学出版社2007年版,第18页。

[52] 参见黄异:《法学方法》,元照出版公司2009年版,第96页。

[53] 瑞士民法学理明确了物权法定原则服务于物权公示原则的定位, Vgl. Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3. Aufl., Bern 2007, S. 90. 转引自常鹏翱《物权法定原则的适用对象》载《法学》2014年第3期,第90页。另外,日本学者和我国台湾地区有影响力的学者也表达了相同的观点,参见[日]舟橋諄一《物權法》16頁(有斐閣,1960年);北川善太郎,同注18引书,13頁;王泽鉴《物权法上的自由与限制》,载梁慧星主编《民商法论丛》(第19卷),金桥文化出版(香港)有限公司2001年版,第241页。

其特定的指向,即便物权效力、物权公示具有一定的强制性,其也无需包含在物权法定之中;在物权共通效力源于物权之本质而非法律时,在物权公示与物权法定为不同原则的情况下,就更没有理由将物权法定解释为包括效力法定和公示法定。

### 三、物权法定,定到哪?

前两部分从正、反两方面讨论了物权法定定什么,接下来的问题是,物权法定定到何种程度,对此,笔者将从种类法定和内容法定两个方面依次展开。

#### (一) 种类法定是三个层次种类法定

在我国《物权法》上,物权的种类至少包括三个层次的内容:(1)最抽象的物权种类,这在《物权法》第2条第3款中得到明示,并以《物权法》中编的结构表现出来,即第二、三、四编的所有权、用益物权和担保物权。在其他国家或地区,用益物权和担保物权属于学理概念,而在我国《物权法》中,这两个概念已被法定化。(2)中等抽象的物权种类在《物权法》中居于章的层次,这在用益物权和担保物权中特别明显,即土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权、地役权、抵押权、质权和留置权。所有权中业主的建筑物区分所有权和共有权,也可归入这一层次。此外,探矿权、采矿权、取水权和使用水域、滩涂从事养殖、捕捞的权利被规定在用益物权编的一般规定中,这些权利尽管在《物权法》中未予展开,但同样属于中等抽象程度的物权种类,其具体内容交由《矿产资源法》、《水法》、《渔业法》等特别法调整。这几类权利行政干预的色彩较为浓厚,属于传统的“准物权”的范畴,《物权法》则明确了其物权的属性。(3)最具体的物权种类在《物权法》中则居于节的层次,最高额抵押权、动产质权、权利质权即是;一些权利则隐藏于具体内容中,如浮动抵押权、最高额质权。与此相对,物权的种类法定在这三个层次均有适用。<sup>(54)</sup> 种类法定不仅在用益物权和担保物权有其适用,在所有权上同样有其适用:对所有权进行时间分割的度假寓所所有权,<sup>(55)</sup> 无法构成我国《物权法》意义上的所有权。在我国司法实践中,以让与动产所有权担保债权(或直接称为“让与担保”)由于无法归入既有的担保物权类型,陕西省高级人民法院和最高人民法院均根据物权法定原则,否定了其物权效力。<sup>(56)</sup>

#### (二) 内容法定是轮廓的法定<sup>(57)</sup>

物权的种类法定易于把握,这直接可以借助于权利的名称加以识别,例如,在以《物权法》为核心的物权体系下,当事人不得创设物权种类之外的居住权,即便约定了其也不具有物权的效力,这较为明确。问题是,物权的内容法定如何把握?如何判断当事人的约定超脱了物权内容的法定边界?这里需要思考一个问题,《物权法》关于物权内容的规定都是强制性规定吗?若然,则内容法定的判断同

(54) 相同观点,参见常鹏翱,同注18引文,第90-91页。

(55) 葡萄牙已经立法承认其为有期物权,欧盟则在1994年发布了一项关于时间分配式共有的指令。参见鲍尔、施蒂尔纳,同注15引书,第679页。

(56) 陕西方元建设工程有限公司诉杨凌地普房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案[陕西省高级人民法院民事判决书(2008)陕民一终字第7号,【法宝引证码】CLI.C.4371668];中国建设银行股份有限公司广州荔湾支行与广东蓝粤能源发展有限公司等信用证开证纠纷再审查案[最高人民法院民事判决书(2015)民提字第126号,【法宝引证码】CLI.C.8333543]。

(57) 有学者认为,物权内容是指各类物权的权能及其限制(详细讨论,参见常鹏翱,同注53引文,第92-94页)。这有相当的说服力。唯本文的思路与此有别,物权内容为何学界少有探讨,大多只是出现在物权法定的周边,而其落脚点则是“类型固定”(同注4引书,第37页;谢在全,同注31引书,第35页;崔建远,同注41引书,第20页;梁慧星、陈华彬,同注29引书,第66页;陈华彬,同注29引书,第86页)。正如史尚宽先生所指出的,“不得变更物权之内容,盖因内容之变更,得间接地创设物权之新种类也。”(史尚宽,同注31引书,第13页)。本文的特点在于接续传统,将物权的轮廓和关键特征继续讨论下去,以回应并发展学界的主流观点。



样轻而易举;但是,这一答案却是否定的,盖“物权的内容由法律规定,但也不是可以无限度地予以规定的”<sup>(58)</sup>。因为只有当事人才是自己利益的最佳判断者,父爱主义的法律也无法满足不同当事人的多样化需要,也无法预知当事人之间的关系与期待,也不可能作出事无巨细、毫厘不差的规定以致于当事人进行选择之后其间的权利义务即一清二楚,因此,在物权法定的框架下承认私法自治仍是不可避免。实际上,物权法定之内容法定是指物权内容“轮廓”上的法定,<sup>(59)</sup>有学者翻译或者表述为“基本方面”的法定。<sup>(60)</sup>这意味着,在物权内容的“轮廓”法定之外,当事人享有较为广泛的自治空间。例如,对于土地承包经营权的期限当事人可以相对自由地约定,土地承包经营权人种植之客体更非《物权法》关注之重点,地役权之费用听凭当事人自决。

但是,我们不能仅仅满足于知道土地承包经营权的期限、土地承包经营权人的种植客体、地役权的费用可以自治,不构成内容法定;我们还必须追问,所谓的“轮廓”或“基本方面”究竟是怎样一个轮廓或者哪些因素构成基本方面,否则,这一说法在理论上仍是模糊的,在实践中仍是无法操作的。有学者指出,物权内容法定的是“法律上之关键特征”或“具交易上重要功能者”,如抵押权“优先受偿”之性质,而非物理上之特征,如土地大小、尺寸等,或是其他应依个人或个案而定之事项,如金额、存续期间等。<sup>(61)</sup>笔者以为,这一回答具有一定的价值,尽管仍需要继续澄清何为“法律上之关键特征”或“具交易上重要功能者”。或许本文无法完全回答这一问题,但笔者愿意从这一视角继续思考,回答物权的内容法定到底法定到了哪里。

笔者以为,一种物权区别于其他种类物权确实取决于该种权利法律上的关键特征,这些关键特征的聚合形成了某种整体的轮廓或形象,这些关键特征均必不可少,具备这些特征、形成某种轮廓即可归入该种特定的物权,不具备或者缺少某些关键特征、无法形成该种轮廓则无法构成该种特定的物权类型。由于物权种类存在差异,每种物权法律上的关键特征便很难像物权与债权对比那样可以一概括出物权的特征,实际上,我们通常所言物权的特征,也只是典型物权与典型债权相比而凸显的特征,<sup>(62)</sup>物权虽然名为概念,但实际上却具有类型的属性,<sup>(63)</sup>因此,欲研究物权的内容法定必须采取类型化的思路,具体认定每种物权的关键特征。前述位于三个层次的物权其关键特征侧重点有所不同,因此,三个层次的物权内容关键特征应分别加以判断。

就第一个层次的物权种类而言,其关注的是对物支配的圆满程度及其支配领域,所有权的關鍵特征是对物的完全支配,用益物权的关键特征在于对物的使用和/或收益,而担保物权是个例外,其客体不仅可以是物,而且还可以是权利,<sup>(64)</sup>其指向财产的担保性功能,重视的是优先受偿性。<sup>(65)</sup>从而,当事人设定的权利如果不是对物的圆满支配,则不是所有权,例如分时支配的权利,<sup>(66)</sup>无法构成所有

(58) 鲍尔、施蒂尔纳,同注15引书,第7页。

(59) 鲍尔、施蒂尔纳,同注15引书,第7页。

(60) Baur/Stürner, Lehrbuch des Sachenrechts, 16. Auflage, Verlag C. H. Beck, 1992, Seite 3. 转引自孙宪忠《德国当代物权法》,法律出版社1997年版,第79页。相同观点,陈华彬《我国物权立法难点问题研究》,首都经济贸易大学出版社2014年版,第49页。

(61) 王文宇《物权法定原则与物权债权区分》,载王文宇《民商法理论与经济分析(二)》,中国政法大学出版社2003年版,第22页。

(62) 详细讨论,参见张志坡《从原型说反思物权法理论》,载《东方法学》2010年第2期,第146-151页。

(63) 对此,笔者拟另文讨论,《物权:概念抑或类型?》一文已被梁慧星主编《民商法论丛》(第65卷)用稿,法律出版社待刊。

(64) 参见《物权法》第180条关于权利抵押、第223条关于权利质权的规定。

(65) 参考《物权法》第39条关于所有权权能的规定、第117条关于用益物权权能的规定、第170条关于担保物权权能的规定。

(66) 参见陈耀东、任容庆《所有权型分时度假对传统所有权理论的冲击与发展》,载《法学杂志》2005年第1期,第38-41页。

权;约定所有权不具有处分权的,这种约定由于违背所有权的完全支配性而不生物权的效力。<sup>(67)</sup>如果不是以使用和/或收益为内容的权利,则无法构成用益物权;如果不是以担保债权为内容的权利,则无法构成担保物权。至于属于使用和/或收益的权利,或者具有担保功能的权利是否就可以归入用益物权或担保物权,并无法直接得出结论,因为用益物权和担保物权属于上位类型,而物权法定已经法定到了具体的子类型,这决定了单纯观察这一层次的特征,只能判断某些权利不属于该种权利,欲积极地归入该种权利,则需要继续考察该等权利是否属于该等物权的子类型。

就第二个层次的物权种类而言,主要在用益物权和担保物权下展开。(1)在所有权中,共有的规定确定了按份共有和共同共有两种形式,其关键特征是所有权的量的分割,故而排斥上级所有权与下级所有权对所有权进行质的分割的样态。<sup>(68)</sup>建筑物区分所有权的关键特征是所有权、共有权与管理权的三位一体,<sup>(69)</sup>这一特征是由建筑物的多单元性和人们的团体生活决定的。(2)在用益物权中,土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权、地役权的关键特征是土地用途:<sup>(70)</sup>土地承包经营权指向农业使用,建设用地使用权和宅基地使用权指向建筑使用,而地役权则是出于土地利用便利的考量。从这一角度观察,建设用地使用权和宅基地使用权并无本质不同,二者与传统民法上的地上权(德文原意为建筑权)有同一实质,只是我国的城乡二元结构在短期内无法改变,历史决定了我们依然需要对二者作一定的区别对待,宅基地使用权专用于农村集体成员,除此之外的建筑用地上设定的物权均属于建设用地使用权。探矿权、采矿权、取水权和使用水域、滩涂从事养殖、捕捞的权利,其内容较为明确,其关键特征已由该等权利的名称基本限定,无须赘述。(3)在担保物权中,留置权属于法定物权,并无以约定方式设定的问题,因此,需要研究的只是抵押权和质权的关键特征。与用益物权内部关注土地用途不同,抵押权和质权的关键特征在于其是否移转物的占有,这可以从质权和抵押权的演进脉络中发现,<sup>(71)</sup>动产质权需移转物的占有,抵押权则无需移转物的占有,<sup>(72)</sup>这是抵押权大受欢迎的原因。因此,约定移转占有的抵押权则构成变更抵押权的内容,与此相同,约定不移转占有的动产质权则构成对动产质权内容的变更,非法律所允许。至于权利质权,其无形性使得其无法与动产质权适用相同的标准,将权利质权纳入物权并作为质权对待,是历史而非逻辑的产物;<sup>(73)</sup>最近有学者即建议“民法典中担保物权应以公示方法的不同为其类型化基础,以下再依客体的不同进行亚类型化区分”,<sup>(74)</sup>这一建议从体系的科学性上来看,确实优于《物权法》的现有做法。

就第三个层次的物权种类而言,既有单纯的子类型的细分,又有较为特殊的物权。(1)在质权内部,动产质权和权利质权的关键特征在于客体的判断,存在于动产之上的质权构成动产质权,直接设

(67) 参见佐久間毅,同注18引书4頁。

(68) 日耳曼法上有所谓上级所有权与下级所有权,详细讨论请参见李宜琛《日耳曼法概论》,中国政法大学出版社2003年版,第71-73页。

(69) 参考《物权法》第70条关于建筑物区分所有权人权能的规定。

(70) 参考《物权法》第125条关于土地承包经营权人权能的规定、第135条关于建设用地使用权人权能的规定、第152条关于宅基地使用权人权能的规定、第156条关于地役权人权能的规定。

(71) 彼德罗·彭梵得在《罗马法教科书》中指出:“在罗马法中,质权和抵押似乎是一个统一的制度,因为抵押只不过表现为是对质权的完善”,“只不过按照更地道的说法,如果在履行协议时向债权人转移了占有,人们通常说是质权(pignus);如果标的仍由债务人占有,人们则称其为抵押(hypotheca)。”[意]彼德罗·彭梵得《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第344页。

(72) 参考《物权法》第179条第1款关于抵押权的表述、第208条第1款关于动产质权的表述。

(73) 担保物权进入物权的成因有三:认知错误、简化处理和路径依赖,参见张志坡《担保物权的本质及其在民法典中的位置》,载龙卫球、王文杰主编《两岸民商法前沿》(第五辑),中国法制出版社2016年版,第478-479页。

(74) 高圣平:《民法典中担保物权的体系重构》,载《法学杂志》2015年第6期,第33页。

定于权利之上的质权构成权利质权。至于权利质权本身,是否尚需考虑设定的客体不同而予以差别对待,笔者以为并无这种必要。只要设定于不动产和动产之外的可转让的财产权之上,可以一律认定为属于权利质权,这符合权利质权的基本界定。就此而论,无论是信托受益权,或者是商铺租赁权,在其上均可设定权利质权。《物权法》第184条对不得抵押的财产采取限制模式具有一定的合理性,而《物权法》第223条对可以出质的权利也采取了限制模式,则缺少正当性。按照民法价值判断的实体性论证规则,“在没有足够充分且正当理由的情况下,应当坚持强式意义上的平等对待;在没有足够充分且正当理由的情况下,不得主张限制民事主体的自由”<sup>(75)</sup>。事实上,对于可以出质的权利,就是这样一个问题。对于权利质权,其客体的关键特征是权利的可转让性,这一事物的本质要求对于具体的权利种类一体对待,对于法律、行政法规没有规定可以出质的权利区别对待,已经违反了平等原则;不仅如此,在没有足够充分且正当理由的情况下,限制民事主体的出质自由更是与民法的财产权处分自由、财产权的可转让性原则相悖。<sup>(76)</sup>可见,该条款是立法细节上的一个失误,应予废弃或不再实施。(2)最高额抵押权的关键特征在于其期间性和最高额限制,<sup>(77)</sup>期间性的存在造成了最高额抵押权从属性的降低,因此,低从属性作为诱发的特征,<sup>(78)</sup>不构成最高额抵押权的关键特征。最高额质权的关键特征与最高额抵押权的关键特征相同,二者的不同仅存在于第二个层次的物权种类之上。(3)浮动抵押权的关键特征在于其客体的集合物属性及其流动性(浮动性),<sup>(79)</sup>物权客体特定是传统物权法的基本原则,<sup>(80)</sup>尽管我国《物权法》未予明确,但这也是学界共识,<sup>(81)</sup>而为了满足商业实践的需要,浮动抵押权突破了这一点。

除了物权的关键特征决定了物权类型,需要法定外,笔者并不否认,“各类物权的权能及其限制”可能更符合物权“内容”的含义,<sup>(82)</sup>然而,根据学界对物权法定的理解和司法实践中的关注点来看,如果物权的权能及其限制不属于物权的关键特征,通常并不会创设新物权,当事人也无变更的热情,甚至没有变更的需要,因此,物权的内容法定理解为关键特征法定更符合物权法定立法的本旨。至于物权的权利期限,法律多有限制。《物权法》第126条第1款第1句规定耕地的承包期为30年,而《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第12条则规定了各类建设用地使用权的出让最高年限,这些规定对当事人的约定构成了限制,属于法“定”,但是,物权的期限本身并不构成物权内容,正因为如此,在世界范围内,同一种物权,物权内容(轮廓)相同;但是,期限的规定却可以有很大差异。例如,无论是地上权,还是建设用地使用权、宅基地使用权,其内容为建筑使用是相同的;无论永佃权、农育权,还是土地承包经营权,其内容为农业使用亦无差异。但是,对于建筑权,德、日等国并无时间限制,完全由当事人自行约定,而我国大陆则规定了建设用地使用权的期间上限,笔者以为这与我国的公有制及政府财政体制有关。另外,债权具有死亡的基因,目的已达,即归消灭,但我们不会说,债权的较短期限构成债权的内容,这甚为显然,这一认识同样适用于物权。因此,讨论违反物权法定的后果时,将

(75) 王轶《民法价值判断问题的实体性论证规则》,载《中国社会科学》2004年第6期,第104页。

(76) 可转让性、普遍性和排他性是有效率的财产权制度的三大标准。参见[美]约翰·E.克里贝特、科温·W.约翰逊、罗杰·W.芬德利、欧内斯特·E.史密斯:《财产法:案例与材料》,齐东祥、陈刚译,中国政法大学出版社2003年版,第8-9页。财产权制度应追求效率,因而,可转让原则也是财产法的基本原则。参见鲍尔、施蒂尔纳,同注15引书,第66页。

(77) 参考《物权法》第203条第1款对最高额抵押权的表述。

(78) 有学者将“被担保的主债权不特定”、“从属性十分微弱”与“优先受偿有额度限制”相并列,作为最高额抵押权的特征。杨会:《担保法》,北京大学出版社2017年版,第121-122页。笔者以为,前两个特征均导源于“期间性”,因此不能作为关键特征。

(79) 参考《物权法》第181条对浮动抵押的表述。

(80) 参见鲍尔、施蒂尔纳,同注15引书,第65-66页;同注4引书,第15页;谢在全,同注31引书,第11-12页。

(81) 参见崔建远,同注41引书,第19页。

(82) 参见常鹏翱,同注53引文,第87页。

违反期限的效果列入,<sup>(83)</sup>是不妥当的,因为这混淆了物权内容与物权期限的根本不同。

### (三) 地役权的法定性与意定性——“物权法定,定到哪”的个案观察

在物权的诸种类中,地役权较为特殊,因为在地役权的框架下其内容之灵活远非其他物权可比,特别是其与同作为用益物权的土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权形成鲜明的反差。正如前文所述,其他用益物权均有特定之用途指向,要么以耕种为目的,要么以建筑为目的,而地役权的关键特征则是除此之外,出于土地利用便利的考量,而设定的利用他人土地的权利。至于具体约定何种内容,则完全取决于当事人的约定。就地役权的构造而言,既可以表现为作为地役权,又可以表现为不作为地役权;既可以约定继续地役权,又可以约定不继续地役权;既可以设定表见地役权,又可以设定不表见地役权;还可以是如上诸多视角的组合。其他用益物权则均具有作为、继续、表见的特征,而无地役权如此多的样态。就地役权的具体内容而言,可能是通行地役权、<sup>(84)</sup>取水地役权,<sup>(85)</sup>也可以是采光地役权、<sup>(86)</sup>眺望地役权,或者其他地役权,<sup>(87)</sup>其内容不一而足,因设定主体土地利用的需要而有差异。我国台湾地区“民法”修订后的第851条规定:“称不动产役权者,谓以他人不动产供自己不动产通行、汲水、采光、眺望、电信或其他以特定便宜之用为目的之权。”其例示了五种特定的目的,谢在全教授认为这属于“社会常见”的情形,此外尚有为调整相邻关系或因其他便宜目的而设定的不动产役权,甚至可以达到环境保护、营造特色社区、竞业禁止之目的。<sup>(88)</sup>苏永钦教授将地役权的内容弹性表述为“想象有多大,自由就有多大”,<sup>(89)</sup>此言正中鹄的,地役权可以充分激发人们利用土地的想象力。正因为如此,有学者认为地役权为物权法定原则的补充,地役权具有标的物范围的广泛性、权利内容的不确定性、权利创设目的的自由性等特点,为当事人提供了较大意思自治空间,并可以包容物权的发展与变动,<sup>(90)</sup>甚至有学者将地役权提到“物权法定原则立制的制度保障”的高度。<sup>(91)</sup>不可否认,地役权确实存在较大的弹性空间,可供当事人自行约定,但需要究明的是,地役权这一物权种类及其内容是物权法定的结果,就此而言,地役权上显示的意思自治是物权法定之内的意思自治,地役权带来的灵活性并非来自于物权法定的外部,因此,地役权制度也就谈不上是物权法定原则的补充,更不可能是物权法定原则立制的制度保障。另外,苏永钦教授敏锐地指出,正是因为地役权的灵活性如此之大,以至于其在实践中的应用相对较少,其内容的不明确、不清晰影响了交易安全,正所谓

(83) 参见谢在全,同注31引书,第35页。

(84) 在我国司法实践中,通行地役权纠纷最为常见,如段化忠等与支国臣地役权纠纷上诉案[黑龙江省齐齐哈尔市中级人民法院民事判决书(2016)黑02民终2305号,【法宝引证码】CLI.C.9187386];余志勇与刘维富地役权纠纷上诉案[陕西省安康市中级人民法院民事判决书(2016)陕09民终712号,【法宝引证码】CLI.C.8770575];陈珊耀与李麦成地役权纠纷再审民事裁定书[甘肃省两当县人民法院民事裁定书(2015)两民申字第1号,【法宝引证码】CLI.C.15620047];彭春红与彭仕俊相邻关系纠纷、地役权纠纷上诉案[贵州省遵义市中级人民法院民事判决书(2015)遵市法环民终字第10号,【法宝引证码】CLI.C.6740819]。在日本,通行地役权纠纷最值得关注,参见[日]判例六法编修委员会编《コンサイス判例六法》450页(三省堂,2003年)。

(85) 郑伟贤与郑开普取水地役权纠纷上诉案[云南省曲靖市中级人民法院民事判决书(2014)曲中民终字第776号,【法宝引证码】CLI.C.16415700]。

(86) 方光兴与陈朝春相邻关系、地役权纠纷案[福建省宁德市中级人民法院民事判决书(2015)宁民终字第1135号,【法宝引证码】CLI.C.7824003]。

(87) 我国实践中出现了保持一定房间距为内容的地役权,沛县沛城镇村镇建设开发有限公司与燕超元地役权纠纷上诉案[江苏省徐州市中级人民法院民事判决书(2012)徐民终字第710号,【法宝引证码】CLI.C.868653]。

(88) 相关例证,参见谢在全《民法物权论》(中),中国政法大学出版社2011年版,第508-510页。

(89) 苏永钦《促销不动产役权》,载《法令月刊》2010年第8期,第153页。

(90) 刘乃忠,同注24引文,第290页。

(91) 张鹤《我国物权法定原则与地役权》,载《法学杂志》2007年第6期,第46页。

“‘便宜之用’一旦变成各种可能的利用,这样的地役权谁敢设定?”<sup>(92)</sup>对此,有必要予以重视。地役权并非我国固有的权利,为了充分发挥地役权的功能,我们应借助于特定目的的登记实现地役权的亚类型化,明确地役权的具体内容,发挥地役权在现代社会的重要作用。

## 四、结论

物权法定是物权法的基本原则,其法定的对象直接影响到物上法律关系的效力,对此,学界并未形成共识,实践应用也尚属少见,对此,有必要加以澄清,以促成共识的形成和法律适用的安定。本文围绕《物权法》第5条、以法教义学为视角,从正面和反面论证了物权法定定什么,并进一步探讨了物权法定定到哪的问题,得出了以下结论:

(1) 物权法定定的是、并且只是物权的种类和内容,其实质是种类法定,种类法定要求内容固定,唯种类法定和内容法定的并列仍有其意义:物权种类需要借助于物权内容进行实质判断,并在此基础上进行类型的归入;物权内容则借助于物权种类得以有名化、抽象化而易于言说和把握。

(2) 通过对学界有影响力异说的批判,本文论证并澄清了物权法定原则不包括、也无需包括设立方式、物权效力、公示方法、保护方法的法定。笔者希望这种观点的切磋与互动有助于法学通说的形成,并进而为司法提供助力。

(3) 种类法定是三个层次种类的法定;内容法定是轮廓的法定,或者说是关键特征的法定。三个层次种类的物权,其关键特征各有不同,本文对各种物权的关键特征依次进行了研究,这些关键特征的概括和梳理不仅明确了物权内容法定的含义,而且为司法实践中违反物权法定、创设新型物权的判断提供了可操作性的标准。轮廓的法定,使得物权法定中保有了一定的自治空间。地役权在具体内容上的意定存在于物权法定之内,故而,其无法成为物权法定原则的支撑或补充;地役权的弹性使得地役权具有广泛的应用空间,但内容不明也是其设定较少的原因,为了发挥地役权的作用,在个案中需要对其具体内容加以明确。

### *Numerus Clausus: What Is Fixed by Law and Its Limit*

Zhang Zhipo

**Abstract:** Article 5 of the Chinese Real Right Law is about the principle of *Numerus Clausus*. According to this provision, the category and content of real right are fixed only, and these two aspects are mutually restricted and category is of the essence, but coexistence of category and content still has its importance. Furthermore, the creation mode, effect of real right, methods of publicity and methods of protection are not included. In detail, all the three levels of categories are fixed and in the content only the outline is fixed, so we should pay attention to the key characteristics of the concrete real right. So there is some space for autonomy in this principle, and the flexibility of easement exists within the principle of *Numerus Clausus*, and it cannot be a supplement.

**Keywords:** *Numerus Clausus*; category; content; effect; publicity; key characteristics

(责任编辑:杨琦萍)

<sup>(92)</sup> 苏永钦,同注89引文,第152页。