

物权法定缓和的可能性及其边界

张志坡*

摘要:我国《物权法》第5条物权法定之“法”的字面含义为法律,而“法律”具有多义性,这为物权法定缓和提供了可能空间;体系解释、沿革解释、比较法解释支持缓和的物权法定,生活需要、交易习惯和类型视角的观察表明严格的物权法定具有不周延性。因此,物权法定可以并且应当作出相对宽松的解释。物权法定之“法”以涵盖行政法规,乃至司法解释为妥。物权法定之“法”不包括习惯法;但法院可根据习惯或者交易需要认定物权性权利,在条件成熟时,可以司法解释加以规定,及时修法更佳。在肯认物权法定应当并可以作出宽松解释的背景下,应严守其缓和的界限,在认定物权性权利的过程中需要考虑事实标准、形式标准、实质标准、必要性标准和排除性标准等五项标准。

关键词:物权法定 解释 类型 习惯法 物权性权利

一、问题的提出

在我国《物权法》的框架下,是物权法定还是物权自由,不是一个问题。严格的物权法定,过于僵化,应予缓和,⁽¹⁾也不会有很大争论。⁽²⁾但主张物权法定缓和者面临的诘难是:在解释论的视角下,我国《物权法》是否容许缓和?如果容许缓和,习惯法可否堪其重任?缓和的边界又在哪里?毕竟,物权法定缓和的结果不应走向物权自由。以笔者的视野来看,既有的研究尚未深入及此,而这却是当下物权法定原则的核心课题,本文对此尝试作出解答。⁽³⁾

物权法定是否容许缓和,这需要对我国《物权法》第5条进行解释论的研究,以辨析其缓和的可能性。本文第二部分从文义解释、体系解释、沿革解释、比较法解释等方面阐释物权法定之“法”扩张的可能性和妥当性,并从类型思维的角度反思物权法定的不足以及适当开放物权性权利的正当性,从而

* 南开大学法学院讲师,法学博士,南开大学人权研究中心兼职研究员。本文为天津市哲学社会科学规划课题“物权类型的梳理与思考——类型视域下的物权法研究”(批准号:TJFX11-039)、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《比较法研究》匿名评审专家对本文提出的修改意见。

(1) 最短的理由是“物权永远少一件”。苏永钦《从以房养老看物权的自由化》,载龙卫球、王文杰主编《两岸民商法前沿》(第3辑),中国法制出版社2015年版,第22页。

(2) 当前,主张宽松的物权法定已是学界主流。如龙卫球教授认为,鉴于立法绝对武断的弊害,物权法定在规范技术上应注意规范的适度开放性。参见龙卫球《物权法定原则之辨:一种兼顾财产正义的自由论视角》,载《比较法研究》2010年第6期,第20页。杨代雄教授亦主张应通过法律解释对物权法定原则予以矫正,扩展物权保护的范围,唯其并未进行专门的解释论研究。参见杨代雄《法律解释与物权法定原则的矫正》,载《月旦民商法杂志》第30卷(2010年),第64-80页。感谢杨代雄教授惠赠该文。但是,也有学者从物债二分的角度主张严格的物权法定。参见陈本寒、陈英《也论物权法定原则——兼评我国〈物权法〉第5条之规定》,载《法学评论》2009年第4期,第36页。

(3) 杨立新教授呼吁,“应当提出适用物权法定缓和的办法,实事求是地解决这些矛盾”。杨立新《物权法》,法律出版社2013年版,第32页。本文也算是对此的一个积极响应。

得出物权法定原则可以并且应当作出宽松解释的结论。第三部分则探讨物权法定之“法”包括习惯法的可能性和物权习惯应有的待遇;第四部分指出法院,特别是最高人民法院在物权法定缓和中的重要角色,并阐明物权法定缓和的边界,笔者为此提出了五项标准。最后,总结全文,得出结论。

二、物权法定之“法”可以并应作扩大解释

根据我国《物权法》第5条之规定“物权的种类和内容,由法律规定。”从文义上看,物权法定之“法”应为“法律”无疑。这清晰明确,甚至无需解释。这种解说具有明显的概念法学的色彩,除了显示我们思维的机械或是对民主立法的尊重外,对于实际问题的解决了无实益。实际上,对此处之“法律”应进行多层次的符合实际需要的解释论探讨,盖法律只是手段,生活才是目的。

(一)文义解释

物权法定之“法”为“法律”,那么,接下来的问题便是何为“法律”?一种观点认为“依照立法法的规定,民事基本制度只能由法律规定。”⁽⁴⁾物权制度是民事基本制度,《物权法》第5条里的“法律”就是《立法法》上的法律,而不是行政法规、地方性法规、条例或者规章,更不是其他效力层级的规范性文件。⁽⁵⁾民事一般法、民事特别法均可,但只有属于法律方足当之,例如《物权法》、《合同法》、《海商法》等均属之。具体而言,根据《立法法》第7条第1款的规定,法律是并且只能是由全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权通过的。这在一定程度上可以保证“从国家整体利益出发,维护社会主义法制的统一和尊严”(《立法法》第4条后段)。

然而,这只是狭义的法律,作为专业术语,广义的法律与“法”同义,在《法律辞典》中,法律在广义上“是国家机关制定或认可的,由国家强制力保证实施的,具有普遍的法的效力的行为规范的总称。”⁽⁶⁾具体而言,其泛指法律、法令、条例、规则、决议、决定、命令等。⁽⁷⁾而巨型法学大辞书《法学辞海》第3卷的“法律”词条中则直接指出,法律与“法”一词通用,今泛指法规、法令、条例等。⁽⁸⁾这虽然有贬低狭义的“法律”地位之嫌,但是,却真实地反映了“法律”一词的基本且通常的内涵,因为即便在法律人眼里,当我们提及法律——特别是在司法适用——针对事实适用法律时,我们所指的法律也是广义的法律,其不仅包括狭义的法律,而且也包括行政法规、部门规章、司法解释,甚至还包括判例法。实际上,“一个概念的外延指的是它所使用的那些事物”,⁽⁹⁾因此,将“法律”作扩大解释、作广义理解并未超出“法律”文义的射程,这不仅可能而且也是相对妥当的。

(二)体系解释

在我国台湾地区,学界对物权法定之“法”作严格的限制(2010年修订第757条之前),“盖因物权有关人之权利义务者甚大,许以命令创设,殊不适宜”结合我国台湾地区“法律”,其“民法”条文如包括命令时,每标明“法令”字样,而关于物权法定之条文既未标明,则解释上自不能包含命令在内。⁽¹⁰⁾我国大陆《物权法》除使用“法律”以强调其效力层次外,还先后使用“行政法规”字样14次,而于《物

(4) 王胜明主编《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。

(5) 日本、我国台湾地区亦有学者对物权法定之“法”持狭义的理解,参见郑玉波《民法物权》,黄宗乐修订,三民书局2007年版,第24页。

(6) 《法律辞典》,上海辞书出版社2009年版,第1页。

(7) 参见《法学词典》,上海辞书出版社1980年版,第459页。

(8) 参见《法学辞海》(第3卷),蓝天出版社1998年版,第1876页。

(9) [瑞士]丹尼尔·卡拉曼尼《基于布尔代数的比较法导论》,蒋勤译,格致出版社、上海人民出版社2012年版,第54页。

(10) 参见注5引书,第23页。

权法》第5条并未附带行政法规字样,因此,按照前后一贯之体系解释亦应不包含行政法规在内,否则立法应予明示。这一解释与狭义的文义解释获得了相同的结论,即将物权法定之“法”限定于“法律”。

不过,也有学者敏锐地观察到,按照《立法法》第9条的规定,未排除全国人民代表大会及其常务委员会授权国务院制定有关民事制度方面的行政法规。故而,尚存在授权制法、规范物权的空间。⁽¹¹⁾笔者以为,严格的物权法定趋于僵化,虽然经常修法可以弥补法律与现实之间的“缺口”⁽¹²⁾,但是,这一缺口始终存在,甚至在法律生效之时便注定了其已经过时的命运。然而,立法不易,修法亦难,尤其是《物权法》等基本法的修订,并非一朝一夕之功。因此,等待立法确认新的物权并非良策,否则,真是“我等到花儿也谢了”,法律还是那部法律,规则还是那个规则。《立法法》第9条的这一授权条款固然为国务院在物权领域的积极作为提供了某种可能,然而,这种可能变成现实并不比法律的制定或者修订更为简单。但即便如此,在《立法法》支持的背景下,肯认行政法规作为物权法定之“法”源的属性,亦可以降低物权法定的僵硬性。

实际上,《物权法》先后使用“行政法规”字样14次,这本身也表明了《物权法》在调整物权关系上的宽容和谦抑,容许行政法规参与“伴舞”,而非“法律”一家的独角戏。在《物权法》上,涉及行政法规的内容主要可以分为五类:(1)关于不动产程序法的规则,如《物权法》第10条第2款后段、第12条第1款之(四)、第246条;(2)关于物权行使的规则,如《物权法》第61条、第68条、第137条第3款后段;(3)关于集体成员的知情权规则,如《物权法》第62条;(4)关于不动产归属的规则,如《物权法》第149条第2款后段;(5)关于财产抵押、出质的限制与认可的规则,如《物权法》第180条第1款之(七)、第184条之(六)、第209条、第223条之(七),行政法规对新型财产权的出质认可能够达到扩充物权种类——权利质权之下的子类型的效果。从这些规定来看,行政法规调整基本的物权关系不仅是可能的(《立法法》的授权),而且是现实的。行政法规已经切实地介入了物权关系,并在一定程度上拓宽着物权的子类型,以行政法规创设物权之种类及其内容,不仅可行,而且并无制度障碍。在抽象的逻辑推理(单纯观察法律与行政法规并列使用与否)与具体的实证规则(行政法规是否调整着物权的种类和内容)发生矛盾时,具体的实证规则更能表明法律的真意,盖实践优于理论、具体优于抽象之故也。因此,按照《立法法》和《物权法》之规定和精神来看,行政法规完全可以包含于物权法定之“法”中。

(三) 沿革解释

《物权法》要规定哪些物权,无论是民法学界抑或是物权法几次草案,对这一问题都没有统一的、让所有人满意的答案。学界对物权法定的反思和批判在一定程度上影响了立法,当然,既有的反思和批判也是有相当道理的。否则,就不会出现物权法草案物权法定的松动这一现象。

2006年8月物权法草案第五次审议稿第3条规定“物权的种类和内容,由法律规定;法律未作规定的,符合物权特征的权利,视为物权。”2006年10月的物权法草案第六次审议稿第5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。”伴随着这种物权法定的宽松甚至自由化的规定,典权、居住权、优先权、让与担保等淡出物权法的视野,这本无可厚非,盖宽松的物权法定已经能够解决这些权利的定位问题,并得到强有力的保护。然而,最终通过的物权法草

(11) 参见梁上上《物权法定主义——在自由与强制之间》,载《法学研究》2003年第3期,第57页;崔建远《物权法》,中国人民大学出版社2011年版,第20-21页。

(12) [英]梅因《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第15页。

案第七次审议稿在文义上却未显示出这种缓和。杨立新教授对这一过程有详细的记述“在前几次的《物权法草案》中,关于典权要不要规定在《物权法》中,居住权要不要规定在《物权法》中,以及非典型担保如优先权、让与担保和所有权保留等要不要明确规定,曾争论得热火朝天。现在不用争论了,因为《物权法草案》作出了物权法定原则缓和的规定,在现实生活中,法律未作规定的权利,只要符合物权特征,就视为物权,就是非法定物权”,那么,典权、居住权、让与担保、所有权保留以及优先权等,这些具有物权特征的权利也都是物权,是非法定物权,它们都可以获得物权的地位。⁽¹³⁾可以发现,宽松的物权法定是促成诸多争议消失,也是促成诸多物权性权利从《物权法》中消失的重要原因之一,物权法草案虚晃两枪,以形式上严格的物权法定出台,确实出乎很多人的意外。

宽松的物权法定的退场,并不是要否定物权性质的权利,而是因为参与立法者认为:(1)“哪些权利可以视为物权,谁来认定‘符合物权性质’都不够清楚”。(2)“哪些权利‘符合物权的性质’还需要通过立法解释予以明确”,而法律解释与法律具有同等效力。⁽¹⁴⁾这些理由最终让宽松的物权法定烟消云散。实际上,哪些权利可以视为物权,主要是依物权之典型特征为断,在国外的司法实践中则由法院来认定一项权利是否符合物权的性质,当然,法院需要参考典型物权之特征以及学界之通说或者多数说,并从价值法学的角度作出符合社会公平要求的决定。此外,通过立法解释或者立法方式确认新的物权,固然为一种救济之道,但是,立法成本高昂,更非个人可以启动之易事,远水不解近渴。立法者作此严格的物权法定构成预见的法律漏洞,其“本意是随着实践的发展为物权的种类留下一定的空间”将无法有效实现,⁽¹⁵⁾立法过程表明,其并不绝对排斥对“法律”作宽松解释,或对物权法定作目的性扩张,从而实现认可实践中的物权性权利的目的。

(四) 比较法解释

物权法定在德国的形成和发展也许可以给我们提供些许启示。19世纪初德国私法体系的根本变革之一就是所有权概念的重新界定,特别是将其界定为整体的不可分割的绝对的所有权,⁽¹⁶⁾由于其适应并体现了时代精神,满足了经济发展的需要,故而,这种所有权观念快速而稳固地被确认下来。以所有权为代表的物权乃对物之支配,直接指向物;债权则为对人请求权,直接指向人,间接指向物。而对物之概念的限制又导致了对所有权概念进行限制和修改,从而物权、债权形成较为清晰的体系。而为了防止物权、债权之间的混淆,便有了物权类型应予封闭的思想,物权、债权的二分体系排斥混合类型。可以说,抽象的所有权概念和物权法的自治性要求所有权的形成自由不能放弃,就像法律对所有权的限制一样,故而,与仅有当事人之间的效力的契约自由相对,对物的意志支配只能通过法律来形成。除此之外,该原则还是在考量交易利益和交易安全的基础上的结果。这些要素是物权法定的前提,同时,只有物权法定才能更好地保障这些条件的实现。⁽¹⁷⁾另外,德国民法典是站在统一私法的角度选择将在全国通用的、纯私法性的部分权利确认为物权,而并未排除甚至是以立法保留的方式由地方认可地方性的物权,⁽¹⁸⁾从这一点可以看出,物权法定在德国立法之初就放开了口子。不仅如此,

(13) 参见杨立新《物权法定原则缓和与非法定物权》,载《法学论坛》2007年第1期,第13页。

(14) 王胜明主编《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。

(15) 同注14引书,第13页。

(16) 所有权的单一化、绝对化的结果是只认可少数的法定限制,此即物权法定。参见[日]大村敦志『基本民法I 総則・物権総論』273頁(有斐閣,2001年)。

(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91-101页。

(18) 参见[日]七戸克彦『物権法定主義:比較法的・沿革の考察』慶應義塾大学法学部編集『慶應義塾大学法学部法律学科開設百年記念論文集(法律学科篇)』592頁(慶應義塾大学出版会,1990年)。

今天被认为具有重要意义的某些权利,则通过立法或者联邦法有统一的倾向;除此之外,德国学说一般认为物权的产生还可以基于习惯法。⁽¹⁹⁾

物权法定的立法政策被德国学者称为是一种“决断”,这种立法者的自负很可能陷入保守和僵化的危机,⁽²⁰⁾然而,只有将物权法定严格解释,这一担忧才是有依据的。实际上,德国物权法定产生和发展的历史告诉我们,这并不符合立法目的。相反,立法者努力将符合交易需求和社会需要的物上权利加以选择并确定为物权。物权类型法定并没有排除通过立法或者是法律续造来创设和准许更多的新型物权的可能性;只要不能根据当事人的意思创设任意的物上权利,那么便遵守了物权类型法定原则。⁽²¹⁾例如,所有权保留中的物之期待权就是由法官法在不违背物权种类强制的基础上发展起来的。⁽²²⁾

由此可见,德国的物权种类可以来源于联邦立法、地方性立法、习惯法以及法律续造,这种宽松中带有保守的物权法定从其产生时即是如此,而非应对严格的物权法定弊端的结果。不仅如此,德国并未在民法典中规定物权法定原则,其只是作为一个立法原则出现的,因此,德国学者也不用担忧突破立法、弃现行法而不顾之讥。事实上,宽松的物权法定满足了德国经济迅猛发展、交易日新月异的需要,而且很好地保护了相关当事人的合法权益,物权法定并非难解的法学题。难,就难在严格的物权法定。从这一视角来看,我们的物权法定可以宽松些,允许行政法规,甚至司法解释、个案认定创设新的物权种类亦有经验可循。

(五) 类型思维的观察

《物权法》为物权作了概念性规定,按照对概念的通常理解,其应揭示物权的本质特征,只要符合物权概念的界定者即为物权。但是,以笔者的观察视野来看,世界上其他国家并无一国民法典为物权下定义,而是将其归入学理加以探讨,盖典型物权与典型债权之间固然存在很大的差别,然而,在具体的权利构造上,简单划一的界定则显得令人难以信服。实际上,物权是对所有权、建设用地使用权、宅基地使用权、地役权等权利的概括,并不存在某种独立的称为“物权”的权利存在,将物权概念化的结果是:高度抽象的物权概念无法适用于所有的具体类型的物权,不仅如此,其也掩盖了各种物权之间的巨大(虽然不是根本的)差异。与其说物权概念概括了所有物权的特征,不如说各种物权之间在分享着某种家族相似性,这种家族相似性意味着,各类物权之间乃至物权与债权之间的界限并不像想象的那么清晰,⁽²³⁾正因为如此,在法定的物权类型之外存在债权物权化、物权债权化的现象。

在概念体系下,一旦出现债权物权化、物权债权化的中间状态,概念法学便面临着无解的危险,因为,“在抽象概念的思考中没有‘或多或少’,只有‘非此即彼’可言”⁽²⁴⁾。对于租赁权等中间形态的权利究竟是物权、抑或是债权的争论,即源于对物权、债权概念、性质的认识,实际上,物权、债权并非概

(19) 参见段匡《德国、法国以及日本法中的物权法定主义》,载梁慧星主编《民商法论丛》(第7卷),法律出版社1997年版,第262页、第264页。

(20) 这也是当代法学者对物权法定所作的批评,然而,也有学者适切地指出,很多时候我们的争论仅仅限于概念的层面,而关键是要理解概念的功能目标。赵廉慧《财产权视野中的物权法定原则》,载梁治平主编《洪范评论》(第10辑),北京大学出版社2008年版,第72页。

(21) 参见注17引文,第102-103页。

(22) 参见[德]曼弗雷德·沃尔夫《物权法》,吴越、李大雪译,法律出版社2004年版,第14页。

(23) 最近有学者敏锐地指出,特定物上物权、债权的“共质性”问题,参见张鹏《物债二分体系下的物权法定》,载《中国法学》2013年第6期,第72页。

(24) [德]卡尔·拉伦茨《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第331页。

念,而是类型;⁽²⁵⁾只是立法者意图将物权抽象为概念,物权法定是物权概念化的工具之一,⁽²⁶⁾但同时多样化的典型物权也破坏着统一的物权概念。抽象化了的物权概念无法改变其事实上的类型属性,而类型的“要素具有可变性,借着若干要素的全然消退、新的要素的加入或居于重要地位,一类型可以交错地过渡到另一种类型,而类型间的过渡又是‘流动的’”⁽²⁷⁾。这种流动性为中间现象的存在提供了法理基础和存在的可能,从而在法定物权之间以及物权与债权之间存在过渡性的中间形态在理论上是完全可能的,在实践中更是大量存在。在区分物权和债权时,物权的主要考虑要素有对物性、支配性和绝对性,这些要素的不同强度和结合关系会影响到物权的典型性,债权的考虑要素则是对人性、请求性和相对性,如果一个权利具备物权要素越多,这些要素的特征越鲜明,那么它将具有很强的物权性,或者说人们更倾向于将该权利作为物权或规定为物权;相反,如果符合债权的三个要素,那么我们更倾向于将该权利称为债权;如果只具备物权要素中的部分,而且又略显鲜明,正犹如租赁权的情形,这就出现了“债权物权化”。物权的类型属性使得物权类型之间可能存在着过渡,而且类型的列举不可能完全;在完全的所有权与忠于法律的占有质权之间出现的新的独立的法类型,即是突破物权法定原则的担保性所有权亦属此种中间现象。⁽²⁸⁾由此可见,物权法定所规定的是并且主要是典型的物权类型,在法律之外、类型之间依然蕴藏着某种可能。就此而言,法律亦应作扩大化的解释,以及时将成熟权利物权化,法院站在司法实践的最前沿,对于实践中权利之设计与保护具有深刻的体会,因此,从这一角度考虑,应当允许最高人民法院将实践中发生的、具有支配性、并且有特别保护(赋予对抗第三人效力)之必要的权利以司法解释的方式加以明确。

法定的物权类型是特定历史时期典型的生活关系的反映,而随着经济发展和社会变迁,原来非典型的生活关系可能逐渐居于重要地位,此时,新兴的物权性权利即应获得其应有的名分,从生活类型(习惯物权)进入规范类型(有名物权),进入物权的家族谱系中,而这一过程是通过立法或司法实现的。考夫曼妥适地指出,“立法以及法律发现的成功或失败,端赖能否正确地掌握类型”⁽²⁹⁾。这意味着,在已经采取物权法定原则的情形下,采取缓和的物权法定及时捕捉新的物权类型与及时修法都是必要的,但较为明显的是,前者更具有现实性和可操作性。

三、物权法定缓和与习惯法

从物权性质来看,物权以法定为宜,尤其是某一时期,根据社会结构和经济发展的需要,“不可或缺的权利必须用法律来规定”⁽³⁰⁾,但是,由于人类智慧和预见力的有限,制定法律之时不可能将一切重要的支配性权利均规定为物权,而且,社会是不断发展变化的,原有的法定物权类型可能不敷使用,

(25) 物权作为“概念”(法学方法上的法律概念),是指其特征已经被穷尽地列举,而且它列举的特征属于在该概念的涵摄上所不可缺少、不可替代的特征。而“类型”则是法学方法上的法律类型,其具有层级性、开放性、意义性、直观性、整体性的特点,其与法律概念存在着诸多区别,其详细讨论参见吴从周《论法学上“类型”思维》,载杨日然教授纪念论文集编辑委员会《法理学论集》,月旦出版社1997年版,第305-307页、第315-330页。

(26) 对此,黄茂荣先生描述道:各种物权虽亦具有法上之结构类型的特征,由立法者增益其特征而构成,但基于物权法定主义对于物权种类及物权内容法定之规定,使物权之类型具有“概念”之意义。黄茂荣《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第501-502页。

(27) 同注24引书,第345页。

(28) *Boehmer*, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Bd. II, 2, S. 148. 转引自注24引书,第312页。

(29) [德]亚图·考夫曼《类推与“事物本质”》,吴从周译,学林文化事业有限公司1999年版,第115页。

(30) [日]田山辉明《物权法》,陆庆胜译,法律出版社2001年版,第5页。

而债权性的保护又对当事人不利。此时,严格固守物权“法”(制定法之法律)定无疑只会阻碍社会经济的发展。因此,物权法定之法是否包含习惯法便成为问题。

《物权法》第5条规定“物权的种类和内容,由法律规定。”然而,何谓“法律”,是否仅指成文法而言,并不明确。《物权法》作为文本的存在,其无法像当事人一样直接回答我们,因为它只会沉默。《立法法》的适用对象为制定法,因此,其同样无法为我们提供更多的指引。或许先前的经验可以给我们提供些许参考。

我国民国时期民法亦有物权法定之规定,其所谓法律,仅指成文法而言,不包括习惯法在内(民国时期最高法院1941年上字第2040号判例)。⁽³¹⁾盖物权法定的目的之一即在于清理习惯法上之物权,将习惯法包括在内,有违物权法定原则之立法目的,这在立法之初尤其如此。历史上,各国通过物权法定整理旧物权,⁽³²⁾以适用社会之需要。德国继受罗马法,对物权种类加以限制,与其农地改革有关;⁽³³⁾日本制定民法时,除入会权外以前习惯法承认之物权,全部加以修正;⁽³⁴⁾我国民国时期民法采物权法定主义,确立了典权,而否认了习惯法中的铺底权。⁽³⁵⁾依此而论,法律不应包括习惯法,然而,物权法定反对的是旧有之封建习惯物权,而非针对尚未生成的或者已初步形成但未成熟的新型物权。

对于习惯法上的新型物权,是否予以认可,学界主要有三种认识:

(一) 习惯法优先说

此说以我妻荣(我妻荣)、末弘严太郎(末弘嚴太郎)为代表,其认为应根本否定物权法定之规定,盖物权法定主义整理旧物权制度,以防止封建时代旧物权复活的机能已经实现,⁽³⁶⁾习惯法乃应社会需要而生,不仅无法阻止,且即便阻止也有害无益,从保护土地利用人之立场言之,认为习惯法有废止现行法之效力。⁽³⁷⁾该说从法社会学或方法论来看,固非无据,但如此解释显然逾越物权法定法条之文义。

(二) 习惯法包含说

此说以川岛武宜(川島武宜)、刘志勋、张企泰为代表。该说认为,依日本或者我国民国时期民法之法例,民事法律所未规定者,无悖于公序良俗之习惯有法之效力。故而,习惯法亦包括在法律含义之内。刘志勋则根据我国实情,地广人多,习惯各异,法律对此付之阙如,社会生活不容将其悬而不决,且习惯法之本质与施程序与法律皆无差异,因此,应包括习惯法在内。⁽³⁸⁾然而,习惯法上之物权多多,是否均认可为物权,赋予其对世效力,笔者以为,尚需进一步判断、斟酌。然而,将习惯法涵盖于法律之内,则可以有效地增加物权法定的弹性,并且,由于其符合人们日常生活之交易习惯,并不会因此影响当事人权益过巨,相反,通过物权法定化,当事人(特别是弱势一方当事人)的权益得到了保障,并有利于敦促当事人秉持诚实信用的良好风尚。

实际上,近来我国台湾地区“民法”第757条修订为“物权除依法律或习惯外,不得创设。”其立

(31) 参见杨与龄《民法概要》,中国政法大学出版社2002年版,第262页。

(32) 我国有学者甚至认为“物权法定最重要的作用在于整理旧物权。”王成《物权法定与物权整理》,载《浙江社会科学》2005年第6期,第89页。笔者赞同整理旧物权是物权法定的重要作用之一,但对于“最重要”这一定位则持保留态度。

(33) 参见王泽鉴《民法物权 通则 所有权》,中国政法大学出版社2001年版,第45页。

(34) 参见[日]我妻荣《日本物权法》,有泉亨修订,李宜芬校订,五南图书出版公司1999年版,第23页。

(35) 关于铺底权的详细讨论,参见倪宝森《铺底权要论》,倪宝森律师事务所1942年版,第1-82页;胡长清《铺底权之研究》,载《法律评论》第6卷第52号(1929年),第5-10页。

(36) 参见[日]近江幸治《民法讲义II:物权法》,王茵译,北京大学出版社2006年版,第7页。

(37) 参见谢在全《民法物权论》(上),中国政法大学出版社1999年版,第46页。

(38) 参见刘志勋《民法物权编》,中国政法大学出版社2006年版,第14页。

法说明谓“为确保交易安全及以所有权之完全性为基础所建立之物权体系及其特性,物权法定主义仍有维持之必要,然为免过于僵化,妨碍社会之发展,若新物权秩序法律未及补充时,自应许习惯予以填补,故习惯形成新物权,若明确合理,无违物权法定存立之旨趣,能依一定之公示方法予以公示者,法律应予承认,以促进社会之经济发展,并维护法秩序之安定,爰仿《韩国民法》第185条修正本条。又本条所称‘习惯’系指具备惯行之事实及法的确信,即具有法律上效力之习惯法而言,并予指明。”⁽³⁹⁾这一做法无疑有利于及时确认社会经济生活中的新型物权,并给予强有力的保护,且可以避免法律适用的困难和法律解释的牵强,这是物权法定在立法论上的新动向。

(三) 习惯法包含之物权有限承认说

此说以舟桥諄一(舟桥諄一)、郑玉波、王泽鉴、谢在全为代表。该说认为,物权法定所指的法虽然不包括习惯法在内,但从物权法定主义的存在理由来看,如果依社会惯行所产生的物权:(1)并非妨害自由的所有之封建物权,(2)有某种公示方法,特别是存在一定的公示手段,且为地方周知时(例如入会权),则物权法定原则即失其适用的合理性。此时,习惯法产生的物权不应受此拘束,而应予承认。⁽⁴⁰⁾

如上各说各有所长,而第三说以目的解释的方法来诠释物权法定原则的适用范围,较前两说为优。然而,即便如此,习惯法能够创设物权的可能性值得怀疑,盖习惯法乃实践中有此惯行,且人民对之有法的确信。如果说,在德国无物权法定明文或者立法之初的情况下,容易发生对习惯法物权的确信;那么,在严格的物权法定框架下,至少相当多的人相信物权法定,从而,要求人们对实践中的新生权利均有物权的确信几乎为不可能,⁽⁴¹⁾从而,习惯法物权无由发生。以此而论,物权法定之“法”无法涵盖习惯法。

与侧重将习惯法引入物权法定的内涵不同,法国最高法院晚近以来的判例认为,基于物权法定而创设的某些新型的权利可以具有物权的性质和效力,其中尤其是基于役权、所有权或者用益权而创设的新的权利(如狩猎权、相邻不动产的标界),可能会具有物权的性质和效力。⁽⁴²⁾尽管日本民法的起草者否定习惯法上的物权,但现在看来,日本判例和通说均认为习惯上的物权可以成立,⁽⁴³⁾日本判例亦对水利权、温泉权和让与担保权予以认可,⁽⁴⁴⁾唯需特别注意的是,判例个别有限地将具有物权效力的权利作为物权性权利对待,与《日本民法典》第175条的物权法定主义并无抵触,判例对这种予以承认的权利使用的是“物权性权利”,而非“物权”。⁽⁴⁵⁾日本判例中的修辞“物权性权利”有效地避免了与物权法定之明文相冲突,较好地协调了立法与司法的关系,其同样达到了将习惯中的部分权利给予物权性保护的目的,实现了当事人之间的利益平衡。不能忽视的是,日本判例在认可了部分习惯上的物权之外,否定了表土权等权利的物权性质,⁽⁴⁶⁾这表明习惯上的物权要进入物权家族并非水到渠成,

(39) 王泽鉴《民法物权》,北京大学出版社2010年版,第36页。

(40) 参见[日]舟桥諄一『物權法』18頁(有斐閣、1960年)。这也是日本最近的通说,相同观点者再如中俊雄、水本浩、鈴木祿彌,参见[日]林良平ほか編『注解判例民法物權法』27頁[田中康博](青林書院、1999年)。

(41) 张永健先生对此有较详细之论述,参见张永健,同注1引文,第154页。

(42) See Cass. civ. 3e, 22 juin 1976, Bull. civ. III, n 280; Cass. civ. 3e, 18 juin 1984, Bull. civ. III, n 356; V. Philippe Malaurie, Laurent Aynès, *Droit civil, Les biens. Defrénois*, 2003, pp. 85-86. 转引自王利明《物权法研究》,中国人民大学出版社2007年版,第165页。

(43) 参见[日]能見善久=加藤新太郎編『論点体系判例民法2物權』26頁(第一法規、2009年)。

(44) 参见[日]田中整爾編『物權法』15頁(法律文化社、1998年)。

(45) 参见注36引书,第10页。

(46) 参见注43引书,第26页。

相反,其需要符合一定的标准,与物权法定的规范意旨相一致,对于物权性权利的认定标准,将在本文第四部分予以探讨。

在我国《物权法》的框架下,物权法定确实起到了确立地役权、浮动抵押权、商事留置权等新物权,肯认建设用地使用权、宅基地使用权、土地承包经营权、抵押权、质权、留置权等已有物权的目的,发挥了整理旧物权的功能。然而,这一整理工作并不到位,因为《物权法》要规定哪些物权曾存在较大的争执,而这又与物权法定密切相关。我国的物权法草案几经更易,在物权法定缓和的背景下放弃了对典权、居住权等内容的规定,而最终通过的《物权法》并未延续缓和的草案,而就是在这最后审议通过的《物权法》中,本欲规定的典权、居住权没有机会再次进入全国人民代表大会讨论的视野。如此,我们并无法得出立法要否定典权、居住权、让与担保权等的物权效力。在《物权法》生效后,原有的关于典权的司法解释也失去效力,严格按照物权法定原则,典权将无法享受物权待遇。然而,这种规定并不符合典权人之所欲,甚至会造成典权人的弱势地位。学者对典权的认识也许是与时俱进、与法俱进的,⁽⁴⁷⁾而民众对典权的认识也许更多地是基于传统认识和民间习惯,因此,作为民间习惯存在的典权,同样应当具有物权的效力,只是其效力来源并非法律规定,而是源于习惯做法和习惯认知。如果说合同是当事人之间的法律的话,那么,交易习惯则是当事人群体的法律。实际上,《物权法》第5条之“法律”乃制定法,故有“规定”的问题;习惯乃生成的,只有确认的问题,认可习惯中的物权性权利与《物权法》第5条之文义与意旨均无冲突,而且更能实现物权法定的目的。

在此,需要言明者,笔者主张法院认可的是习惯上的物权性权利,而非习惯法上的物权性权利。此时的疑问是,法院的法律续造在方法论上如何正当化。笔者以为,在此涉及形式上的证成和法益衡量的实质性判断。在形式上,物权法定原则的解释论已表明,物权法定可以并应予缓和。在实质上,物权性权利的确认是一种财富的再分配,承担着实现财产正义的功能,因此,是否认可系争权利为物权,是一种关乎公平正义、是否需要物权性保护的价值判断,这一判断不能由法官恣意为,相反,法官应探寻物权法定的规范意旨、参考法秩序中已经明示或者隐藏着的价值判断和政策倾向(如给予土地承包经营权人、不动产承租人强有力的保护)以为断,将系争权利与典型物权对比,是否在重要之点上法律评价相同或者相近,以致于给予物权性保护符合“相同事物相同对待”的原则。不仅如此,尚需衡量的是,“是否应把这个问题交给立法者去解决(de lege ferenda),还是应当由法官自己去处理(de lege lata)”⁽⁴⁸⁾。具体到此种情境,其重点是:系争权利的物权性保护是否具有急迫性,以致于等待立法规定构成对权利人利益的重大侵害或者明显不公,当系争权利呈现出类型的属性(反复出现)时,认可系争权利为物权性权利就是法所容许、也是法所要求的。因此,谨慎地认定物权性权利,无论是在形式上,抑或是在实质上,均具有相当的正当性。

需要注意的是,物权应采取抽象的概念法学的思考方式个案认定,而非采取类型化的思考方式,认可物权与债权之间广泛存在的某些权利为物权。⁽⁴⁹⁾日本学界的新近研究与此结论类似,亦即物权以外的权利可以通过个别保护加以保障,民法第175条物权法定之规定并无变更的必要。⁽⁵⁰⁾换言之,

(47) 在典权未得到《物权法》确认的背景下,有学者将典权归入“用益债权”。参见隋彭生《民法新角度“用益债权原论”阶段性成果》,北京大学出版社2012年版,第65-82页。然而,也有学者认为,在《物权法》之框架下,不能否定典权可以由其他物权或债权制度替代;宜通过缓和物权法定之运作,仍将典权作为习惯法上的物权予以承认,并继续交由习惯法调整。参见睦鸿明、解维克、丁璐《回归习惯法视野的典权制度与物权法定》,载《理论月刊》2010年第12期,第112页。

(48) [德]莱因荷德·齐佩利乌斯《法哲学》,金振豹译,北京大学出版社2013年版,第292页。

(49) 参见[德]カナリス(赤松秀岳)「債権の物権化」同法35卷1号101頁(昭58)。实际上,笔者前文已暗示,批发式的认可物权性权利应属于立法的任务,已逾越了法院的职权。

(50) 参见[日]加藤雅信「日本民法改正試案の基本方向」ジュリ1355号92頁(平20)。

要达到确保所有权绝对并兼顾交易便捷之需要,物权法定实有必要,唯物权法定的目的并非排斥交易中多发、无碍交易秩序的权利物权化。故而,尽管德国、日本对物权法定的规范模式存在差异,然而,二者均在实践中发展了物权法定原则,恢复了这一原则的本来或者应有的面貌,通过立法、习惯法的肯定以及法院的个案认定,实现了物权法定的开放性,但是又不是过于恣意的开放性,这种做法既无违立法宗旨,又因符合社会和交易的需要,从法制发展来看是一种可预期的良性发展的路径。我国形式上严格的物权法定原则,同样有必要透过这种方式,确认习惯上的物权性权利,并逐渐成文化。

四、物权法定缓和的边界

如前所述,通过将“法律”扩张解释为包括行政法规乃至司法解释,物权法定可以大幅缓和,但是,要发生缓和的实效,则以相关行政法规或司法解释的及时颁布为前提。这意味着,在行政法规或司法解释确认新型物权之前,缓和物权法定的重任将落在法院的身上。如果说司法解释重在总结经验、统一认识,那么,法院在个案中对物权性权利的认定就显得更加重要,因为,单一的案件很难触动最高人民法院为此个案颁布司法解释,而法院的个案认定则可以为当事人提供快捷的处理。法院在个案中缓和物权法定具有相当的正当性:第一,在权限上,全国人民代表大会及其常务委员会具有优先的立法权,法院则具有“候补”的立法权——在法律存在漏洞之处进行个案造法的尝试;⁽⁵¹⁾而法律必有漏洞,物权法定造成的类型不足属于立法者预见的漏洞,法院应依法秩序之精神补充漏洞。第二,法院在个案中认定物权性权利与物权法定原则并不冲突。尽管我国《物权法》第5条并未明示,但是,域外的立法例大多明定“当事人不得创设法律没有规定的物权”,即物权法定的规范意旨仅在于限制当事人创设物权,法院认定并不在禁止之列,⁽⁵²⁾德、日等国也允许法院发展习惯物权。我国的物权法定原则是学说继受的产物,亦应作相同理解。第三,法院有义务裁判当事人之间的纠纷。在当事人将案件诉至法院时,法院有义务而不能回避对系争权利之性质进行认定,并依法合理确定当事人间的权利义务。第四,法律的历史性要求法院有所作为。正如有学者所指出的,“法律的解释是持续的过程,其中在法律中表达的意图被继续和进一步思考,这一过程的起点是法律,但只要法律还有效,就没有终点”⁽⁵³⁾。因此,法律实为一部未完成且永远不会完成的作品,有学者称此为“立法的待续本质”,⁽⁵⁴⁾法律作为一个动态系统的进化功能使得其透过法官之手在立法者指明的大方向上不断地自我完善、渐次地向正义靠拢。在物权法定的问题上,法官只有在不违反物权法定规范意旨的情况下,将符合特定条件的权利认定为物权性权利,方能克服物权法定之不足,回应生活实践的同时推动法律进步。

在肯认物权法定应当并可以扩大解释、缓和化的背景下,更应注意其边界问题。笔者以为,认定物权性权利应依次考察如下五项标准:(1)系争权利是否具有了物权的典型特征,特别是其支配性或排他性,使得其在整体上观察更接近典型物权,且不能为其他物权所涵盖。这是认定物权性权利的事实标准,以此标准对权利作出归属或者认定,能够在理论上与有名物权保持一致;符合相同事物相同

(51) 参见黄茂荣《法学方法与现代民法》,法律出版社2007年版,第456-457页。

(52) 参见注17引文,第102-103页;注22引书,第14页;谢在全《民法物权论》(上),中国政法大学出版社2011年版,第36页。

(53) 张青波《理性实践法律——当代德国的法之适用理论》,法律出版社2012年版,第29-30页。

(54) 周赞《论立法的待续本质——从用法者角度看立法的本质》,载《哲学研究》2014年第6期,第95页。

对待原则。(2) 系争权利是否具有公示方法,以致于能够从外界识别,⁽⁵⁵⁾ 认定其为物权不会危害到交易安全,唯这里的公示方法并非必然限于登记,盖登记需要具备登记能力,经登记者固然可以构成有效的公示,虽未登记但直接占有亦可构成对不动产权利的公示。⁽⁵⁶⁾ 这是认定物权性权利的形式标准,其与事实标准相呼应,盖对物的支配权一般均以一定的外观表现出来,反之,当一项权利具备支配物的外观时,其更接近于典型物权,且有助于对抗力的发生。(3) 认定系争权利为物权性权利有利于实现对弱者的保护,能够更大程度地实现财产的分配正义。这是认定物权性权利的实质标准。实际上,他物权的产生,既是物之利用、充分发挥物的效用之需要(在这一点上,债权性的利用权与物权性的利用权相同),又是强化弱者保护、二次分配资源的需要,通过规定为物权,他物权人便有了可以对抗一切人,特别是所有权人的武器。由此可见,是否规定为或者认定为物权,不是简单的约定或者公示问题,而是法律或司法者对公平正义的审慎判断问题。换言之,规定一项权利为物权或债权,赋予其更多的物权性效力抑或是更多的债权性效力,不仅仅是一个事实判断问题,更是一个价值判断问题,这最终取决于该种权利给予强力保护的必要性程度。物权性权利的认定同样需要遵循这一标准,以在与时俱进中实现公平正义。(4) 系争权利并非出现一次,而是多次或者反复出现,这多次或者反复出现的个别权利在整体上共同形成一种类型(生活类型),⁽⁵⁷⁾ 只有如此,方有专门认可的必要(使之转化为规范类型)。这是认定物权性权利的必要性标准。司法固然关注个案,但是制度性的物权并不调整只出现一次的事物,只出现一次的权利没有资格成为独立的物权类型。(5) 系争权利不会将所有权过渡分割,以致于严重影响所有权的自由转让。⁽⁵⁸⁾ 这是认定物权性权利的排除标准。所有权的绝对性、圆满性是近代民事立法的重要成果,其有利于建立顺畅的交易秩序、促进物之利用的效益最大化。尽管出现了“所有权社会化”的趋势和“从所有到利用”的转向,但是,财产的可转让性或者易于转让性,仍是财产(权)——特别是物上权利——的重要属性,⁽⁵⁹⁾ 也是设计财产权制度的核心考量因素之一。此外,学者已经证实,权能强大的所有权之存在,有效地避免了公地与反公地悲剧的发生。⁽⁶⁰⁾ 因此,过度限制所有权、设置后所有权的圆满性不易回复的权利不宜认定为物权性权利。

在满足前述五项标准的情况下,法院可根据民间习惯或者交易需要认定物权性权利,在此过程中,域内外的物权立法、判例认可之物权或者物权性权利亦可提供相当的参考,通说或者有力的学说亦会有所助益。例如,我国旧时之典权,法国民法之居住权,德国民法之用益权、限制的人役权、先买权,德国判例和学说认可的让与担保权(日本判例亦认可让与担保权)⁽⁶¹⁾、物权的期待权⁽⁶²⁾,日本和

(55) 对于不动产尤其如此,动产则较为特殊。Heck 称让与担保为“隐藏的质权”,参见陈本寒《担保物权法比较研究》,武汉大学出版社 2003 年版,第 367 页。最近有学者论证并指出,无论是现实交付还是观念交付,都不可能实现动产物权变动的公示,动产物权本身是否可以被公示也值得怀疑。参见聂卫锋《交付公示:一个幻象》,载《现代法学》2014 年第 4 期,第 49-61 页。

(56) 有学者指出,英国土地登记法采用了一种有限的公信力,该公信力模式十分强调对占有人的保护。详细讨论,参见陈永强《登记公信力与占有保护》,载《环球法律评论》2012 年第 3 期,第 129-140 页。

(57) 类型论者指出,类型与具体物不同,它是透过直观的抽象作用抽取个物之共同特征而形成,只出现过一次的东西绝非典型的事物。参见注 25 引文,第 330 页。

(58) 相似观点,参见[日]佐久间毅《民法の基礎 2 物権》6 頁(有斐閣,2007 年)。佐久间毅指出,构成自由所有权障碍的封建式物权不得承认其有物权的效力。

(59) 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。

(60) 简资修《物权外部性问题》,载《中研院法学期刊》第 8 期(2011 年),第 245 页。

(61) 参见[日]平井一雄编《民法 II (物権)》9 頁(青林書院,2002 年);同注 58 引书,第 5 页。

(62) J. von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12. Aufl., 1986, S. 26. (Hans Hermann Seiler) Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. I, 1963, S. 2; Bd. II, 1965, S. 4. 转引自[日]鳥谷部茂《非典型担保の法理》151 頁(信山社,2009 年)。

韩国习惯法上的墓地使用权⁽⁶³⁾、葡萄牙之分时度假所有权等⁽⁶⁴⁾当这些权利在我国有一定的应用,满足前述标准时,均可审慎地认定为物权或者物权性权利,“从特别的需要出发赋予必要的物权效果”⁽⁶⁵⁾。考虑到不动产租赁人的不利地位,为了强化其居住利益及稳定性,必要时设立或认可物权性的住家权⁽⁶⁶⁾亦属调控房屋租赁关系的重要手段。此外,法官可以视社会变迁所生的新需要扩张某些债权的物权效力。这种被归类于具有某种物权效力的债权,包括预告登记的债权、得为占有的债权、信托债权人对受托人的债权、占有人就费用偿还请求权的扣留权及行纪委托人对行纪人的债权⁽⁶⁷⁾这些权利同样应予重视。

为了保障物权法定规范意旨的贯彻,法院对物权性权利认定的介入应慎之又慎,因此,物权性权利的确以报最高人民法院讨论决定为宜,最高人民法院可以以答复或者指导性案例的方式发布,既可以起到审判指南、统一操作的作用,又可以防止地方各级法院随意认定物权。⁽⁶⁸⁾在相关交易常规化和理论较为成熟后,最高人民法院以司法解释加以规定亦无不可⁽⁶⁹⁾从而实现判决例向成文法的过渡,而及时修法确定实践中的新型物权当属最佳。唯在司法中,最高人民法院的态度至关重要,其是消极地担任法律的精致复制者,还是在法教义学的框架下积极地担任法律疆土的开拓者,直接决定了物权法定的严格与缓和。对于承租人的优先购买权,最高人民法院内部人士在解读最高人民法院《关于审理房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》时认为“《解释》将承租人的优先购买权定性为债权。依照物权法规定的‘物权法定原则’,在法律未规定承租人的优先购买权为物权的情形下,该权利不应纳入物权保护的范畴,不具有排他性权利。”⁽⁷⁰⁾并废弃了《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第118条中认可的房屋承租人优先购买权可以对抗第三人的绝对效力。这被认为是最高人民法院对物权法定原则的牛刀小试,从形式上看,其给予了物权法定原则高度的尊重,在以后的司法实践中,当无名的物权性权利遭遇物权法定时,其命运如何,还需拭目以待。

从某种意义上说,严格的物权法定原则体现了立法者的“傲慢与偏见”⁽⁷¹⁾其持有的是一种思维至上主义的认识论⁽⁷²⁾立法万能主义、静态而僵化的发展观⁽⁷³⁾其无法应对社会发展及物之利用多样化的需要。对此,我国部分地方不动产登记机关已经走在了前头,如《南京市城镇房屋权属登记条例》

(63) 参见注43引书,第26页;许茹媛《原住民族传统土地权利与习惯法物权》,台湾大学法律学研究所2013年硕士学位论文,第130页。我国有学者主张确立坟墓的所有权以及建设用地使用权,以强化对墓主及墓主近亲属利益的保护。参见宋刚《我国墓地不动产权利的确立》,载《法学》2013年第11期,第74页。

(64) 葡萄牙已经立法承认其为有期物权。参见[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679页。

(65) [日]遠藤浩ほか監修『民法注解 財産法』第2卷46頁[多田利隆](青林書院,1997年)。

(66) 参见苏永钦《物权法定主义的再思考》,载苏永钦《私法自治中的经济理性》,中国人民大学出版社,第95页。

(67) 卡纳里斯认为,物权法定主义可以适用于具有物权性的债权关系,但是这一原则“只拘束当事人,不能拘束法律适用者”。参阅Canaris, FS Flume, 1978, S. 371-427. 转引自注66引文,第92页。

(68) 在日本,地方法院也认可了一些物权性权利,如墓地使用权、盐田使用权。参见注65引书,第44页。

(69) 张弛、董东认为,以司法解释方法为补救物权法定弊端的缓冲机制,是正确贯彻执行我国《物权法》所确立的物权法定原则的明智选择。参见张弛、董东《我国〈物权法〉中物权法定原则之探究》,载《法学》2007年第10期,第90页。然而,二人并未提出司法解释认定物权的标准。

(70) 关丽《最高人民法院〈关于审理房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释〉涉及的若干问题解析》,载《法律适用》2009年第10期,第28页。

(71) 杨代雄《物权法定原则批判》,载《法制与社会发展》2007年第4期,第27页。

(72) 参见刘雪斌《质疑物权法定原则》,载《求是学刊》2003年第6期,第87页。

(73) 参见李国强《相对所有权的私法逻辑》,社会科学文献出版社2013年版,第126页。

(2001)第29条明确认可“约定优先购买权的”、“约定回购房屋的”当事人可以申请预告登记,在2010年修订时仍予以保留,这实质上奠定了这些购买权的物权性质。最高人民法院“若绝对严守物权法定主义而不予承认,则法律不免与社会脱节,若竟视若无睹,不加可否,则又将贻人以掩耳盗铃之讥”(74)。因此,最高人民法院应该相信“法律比立法者更聪明”(75),从而通过自身的审慎判断,在保守中承认物权种类的开放性,在开放中固守物权法定的规范意旨。

五、结论

在《物权法》第5条的框架下,物权法定可以缓和,但应注意缓和的界限。本文从“法律”的文义出发,在其具有多义的情况下,综合运用各种解释因素,探讨了物权法定缓和的可能性:体系解释、沿革解释、比较法解释均支持物权法定的缓和,类型视角的观察则从反面支持物权法定的缓和。这意味着,缓和物权法定并无制度障碍,不仅如此,缓和物权法定似乎更符合立法的规范意旨。在此基础上,物权法定之“法”以涵盖行政法规,乃至司法解释为妥。物权法定之“法”不包括习惯法,但法院可根据习惯或者交易需要,借助于事实标准、形式标准、实质标准、必要性标准和排除性标准审慎地认定物权性权利。在个案中,最高人民法院既可以直接认定物权性权利,又可以对下级法院的认定提供指导,唯无论最高人民法院以何种方式介入,实践期待着其积极回应生活的需要。

Possibility and Its Boundary of Numerus Clausus Relaxation

Zhang Zhipo

Abstract: The article 5 of the Chinese Real Right Law is about the principle of Numerus Clausus. Literally, the “law” in this article means legal rules, which is ambiguous, and in this way the interpretation could be more flexible. We found that it’s possible to make a relaxed Numerus Clausus through the system interpretation, history interpretation and comparative law interpretation. The observation of life needs, practice of dealings and the type perspective manifested that the strict Numerus Clausus is incomplete, so the Numerus Clausus principle is able to and should be made a relative relaxed interpretation. To be concrete, the “law” of Numerus Clausus Principle could be laws, administrative regulations and judicial interpretations, but the customary law is not included. We should recognize that with the consideration of practice and dealings needs, the court could decide the quasi real right. We could make judicial interpretation or amend the law to deal with it when we have enough experience. Meanwhile, it’s necessary to stick the boundary line. There are five criteria could be follow in the process, de facto criteria, formal criteria, substantial criteria, necessity criteria and exclusion criteria.

Keywords: numerus clausus; interpretation; type; customary law; quasi real right

(责任编辑:杨琦萍)

(74) 同注5引书,第25页。

(75) Vgl. Karl Engisch, Einführung in das juristische Denken, Stuttgart/Berlin/Köln, 8. Aufl., 1989, S. 90. 转引自林立《法学方法论与德沃金》,学林文化事业有限公司2000年版,第126页。