

## 物权法定原则的适用对象

●常鹏翱\*

**【内容摘要】** 对《物权法》第 5 条的解释表明,物权法定原则的适用对象限于物权种类和内容,不应包括物权变动、公示、效力等其他事项。物权种类是指各层级的物权类别,物权内容是指各类物权的权能及其限制,有关它们的法律规定分属种类规范和内容规范,与《物权法》第 5 条相比,它们是应先予适用的具体规范。当事人约定的权利不符合这些具体规范的,再用《物权法》第 5 条来否定该权利的物权地位,但该约定的法律效力与此无关。

**【关键词】** 物权法定原则 法律适用 物权种类 物权内容

### 一、问题的提出

《物权法》第 5 条规定:“物权的种类和内容,由法律规定。”这是物权法定原则的规范表达,它表明能设立哪些种类的物权,各种物权有哪些基本内容,只能由法律规定,当事人不能创立。<sup>①</sup>从字面含义来看,物权法定原则的适用对象是物权种类和内容,这一点确定无疑。不过,如何理解物权种类和物权内容,在它们之外是否还有其他适用对象,实务和学理有不小争议。

先看实务。在“北大法宝”中,以“物权法定”为关键词检索其司法案例,并结合与《物权法》第 5 条关联的裁判文书,发现截至 2013 年 11 月 1 日,在 2008~2013 年审结的民事案件中,阐述物权法定原则适用对象的裁判文书共 14 件。其中,有 9 件将物权种类和内容法定解释为物权变动等其他事项法定,<sup>②</sup>该见解实际上认为物权种类和内容等同于或至少包含了物权变动等其他事项,可称为混同说。其余 5 件持相反立场,但它们对物权法定原则适用对象范围的认识并不一致,有 4 件严格遵循《物权法》第 5 条的文义,将适用对象的范围限定为物权种类和内容,<sup>③</sup>可称为狭义说;另 1 件超越该条规定的范围,还将物权变动纳入进来,<sup>④</sup>这种立场可称为广义说。

再看学理。从目前北京大学法学院图书馆收藏的《物权法》颁布后出版的 36 种物权法教科书<sup>⑤</sup>来看,有教科书在进行局部细节论述时,模糊地表现出混同说的立场,此外的大多数教科书在整体上认为物权种类和内容不同于物权变动、公示、效力等事项,由此不妨说学理基本不采用混同说。在这些教科

\* 作者单位:北京大学法学院。

① 参见胡康生主编:《中华人民共和国物权法释义》,法律出版社 2007 年版,第 30 页。

② 例如参见河南省南阳市中级人民法院(2010)南民一终字第 84 号民事判决书。

③ 例如参见最高人民法院(2011)民提字第 29 号民事判决书。

④ 例如参见湖南省湘西土家族苗族自治州中级人民法院(2012)州民二终字第 4 号民事判决书。

⑤ 这些教科书均为物权法专论,不包括有物权法内容的民法教材,同一作者撰写的、在不同时期或由不同出版社出版的教科书亦未重复计算在内。

书中,有21种持狭义说,其余15种与广义说的思路一致,它们在物权种类和内容之外,还程度不同地将物权变动、公示、效力、保护等其他事项也归为物权法定原则的适用对象。<sup>⑥</sup>

总括说来,物权种类和内容属于物权法定原则的适用对象,这是实务和学理的共识。在此基础上,有两个十分突出的问题,一是如何界定物权种类和内容的内涵和外延,它们是否等同于或包括物权变动等事项,这涉及对混同说与学理认知大局的评价和取舍;二是如何界定物权法定原则的适用对象范围,这涉及对狭义说和广义说的评价和取舍。不难看出,在回答上述问题后,还面临进一步的法律适用问题,因为无论物权法定原则的适用对象范围怎样,这些对象都有相应的具体条文予以规范,在适用时其与《物权法》第5条的关系如何,各自的适用情形如何,也是应予明确回答的问题。

为了解决这些问题,本文将立足于《物权法》第5条,运用法律解释的方法,结合学理共识和审判实务,对物权法定原则的适用对象展开分析,初步结论是支持狭义说;在此基础上,进一步界定物权种类和内容的意蕴和规范表达,以揭示物权种类法定和物权内容法定的适用规律。

## 二、物权法定原则的适用对象应限于物权种类和内容

通过对《物权法》第5条的解释,能看出狭义说的合理性,物权法定原则的适用对象因此应限于物权种类和内容。

### (一)文义解释

《物权法》第5条的文义很清晰,物权法定原则的适用对象就是物权种类和物权内容。但何为物权种类和内容,《物权法》没有明确界定。再看学理对该条的阐释,只有个别教科书将物权种类明定为物权的具体类别,将物权内容解释为占有、使用、收益等具体权能。<sup>⑦</sup>其余的要么在阐述该原则内容时有所涉及,如将物权内容法定解释为物权的基本权能由法律规定,<sup>⑧</sup>要么是例举阐述,如当事人设定抵押权不能约定、抵押权可以脱离主债权独立转让等。<sup>⑨</sup>

1. 对物权种类的解释。在教科书的内容安排中,物权法总论通常专辟章节讨论物权种类,<sup>⑩</sup>主要是分别以主体、客体、权能、期限、变动、公示等因素为标准,对各种具体物权类型进行概括分类。若将这些分类当作《物权法》第5条规定的物权种类,则物权内容、物权变动、物权效力等无疑就为物权种类的内涵所包括。从物权差异性的角度考虑,一种物权之所以不同于他种物权,正源于上述因素的综合作用。

据此,物权种类应有高度包容性,它涵盖了物权内容等限定因素,物权种类和物权内容因此并不处于同一层级,只要前者由法律规定,后者也必然由法律规定。换言之,当事人擅自改变物权内容,无异于创设新物权,物权内容没必要成为物权法定原则的独立适用对象。<sup>⑪</sup>这样一来,物权种类就是法律对某种物权规范内容的总称,其中涉及其功能、主体、客体、权能、变动等诸要素。在此基础上,物权种类法定的实质就是杜绝当事人擅自更改这些规范内容,审判实践中将物权变动、物权行使期限等当成物权法定原则适用对象的混同说,完全与此一脉相通。但这与《物权法》第5条的文义显然不符,因为该条将物权种类和物权内容独立并列;同时其也与学理不符,因为无论狭义说还是广义说,教科书都将物权种类和物权内容独立并列。照此来看,物权种类不包括物权内容。至于物权变动、公示、效力等其他因素应否独立于物权种类,教科书基本予以肯定。以此见解为准,这些因素也不是物权法定原则的适用对象。

⑥ 其中有2种教科书指向物权公示方法,1种教科书同时指向物权变动要件和物权公示方法,9种教科书同时指向物权公示和物权效力,1种教科书同时指向物权取得方式和要件,1种教科书同时指向物权公示、物权效力和物权取得方式,1种教科书同时指向物权变动要件、物权效力和物权保护方法。在《物权法》颁布前,我国大陆学理普遍不采用混同说,也有狭义说和广义说的分歧。对这些观点的简要总结,参见郑云瑞:《物权法论》,北京大学出版社2011年版,第52页。

⑦ 参见尹田:《物权法》,北京大学出版社2013年版,第58页。

⑧ 参见梅夏英、高圣平:《物权法教程》,中国人民大学出版社2010年版,第8页。

⑨ 参见江平主编:《物权法教程》,中国政法大学出版社2011年版,第121页。

⑩ 教科书的称谓不一致,除了表述为种类,还有表述为类型或分类。

⑪ 参见史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第13页。

因此,《物权法》第5条所称的物权种类的内涵相当有限,它并非法律对某种物权规范内容的总称,而是仅指法律规定的物权种类名称,如所有权、土地承包经营权、一般抵押权等,法律依据主要是《物权法》第39条、第125条、第179条等定义性法条。

2. 对物权内容的解释。有物权法教科书在阐述物权内容法定时,例举当事人约定不移转占有的动产质权,认为这违背了内容法定,<sup>⑫</sup>这实际上是将物权变动和公示作为物权内容,是学理在局部细节论述上持混同说的模糊表现。该认识能否成立,可再通过教科书的体系安排来印证。

在物权法总论部分,教科书不将物权内容当成独立知识点作系统阐述,无法由此找到答案。在物权法分论中,教科书通常专门阐述所有权的内容,主要是占有、使用、收益、处分等权能。延续这种思路,限制物权的内容也应是各种具体权能。以土地承包经营权为例,其内容应限于各具体权能,但有的教科书还涉及权利人依法利用土地、合理使用土地等义务,<sup>⑬</sup>更多的教科书将这些权利、义务合称为土地承包经营权效力。不过,除了上述名称差异外,这些阐述有以下实质相同之处:(1)在涉及处分权能时,虽然均指向转让、互换等具体形态,但如何转让、是否或如何公示等事宜,不在此阐述,而是在土地承包经营权的取得或流转部分予以探讨。(2)上述权利、义务是土地承包经营权法律关系的内容,与物权法总论中的排他、优先、追及等物权效力完全不同。即便在局部细节上表现出混同说的教科书,在此方面也不例外,<sup>⑭</sup>这既说明这些教科书模糊地体现了混同说,还表明从学理整体而言,物权内容不包括物权变动、物权公示和物权效力等因素,主要是指物权的具体权能,法律依据也就是与物权利能有关的条文。

上述文义解释表明,物权种类和物权内容各有所指,内涵相当有限,均不包括物权变动、物权公示和物权效力等其他因素,混同说因此不能获得支持。这一结论是否妥当,还应经过其他解释方法的验证。

## (二)体系解释

体系解释强调在理解特定法条或概念时,应沿循法律的整体脉络给予合理定位。有教科书认为物权法定原则是《物权法》第5条、第6条<sup>⑮</sup>、第8条<sup>⑯</sup>共同确立的原则,<sup>⑰</sup>并以此为据,将物权变动等因素纳入物权法定原则的适用范围,其并无不当。不过,绝大多数见解指出,《物权法》第6条体现了物权公示原则,第8条涉及《物权法》与其他法律的关系,它们并非物权法定原则的支撑点。立足于多数见解进行体系解释,能够支持文义解释的结论。

首先,尽管学理对物权法基本原则的范围争议很大,但物权法定原则和物权公示原则均被认可,这表明物权法定原则不是唯一的基本原则,至少由物权公示原则所调整的物权变动和公示,不在物权法定原则的适用范围之内。不仅如此,在《物权法》第1章“基本原则”中,其第7条明确了物权行使的基本准则,自身相当抽象,是涉及物权行使具体条文的基本指针,也可归为基本原则。既然《物权法》第5条只是基本原则之一,由其他基本原则调整的物权变动、公示、行使等就不是它的适用对象。

其次,物权法定原则不是占据根本地位的原则,不能覆盖其他原则的适用领域。若物权法定原则在形式上虽然不唯一,但在物权法中有最根本的地位,其他原则均由其而衍生,则其仍能涵盖其他原则的领地。但该假设并不成立,因为物权法定原则、物权公示原则等是物权法的结构原则,<sup>⑱</sup>它们分别从不同侧面来引领具体法条,相互协力组成有机统一的物权规范体系。这意味着物权法定原则与其他原则的地位平等,适用范围不能重叠,物权种类和物权内容不宜包括物权变动等其他事项。

<sup>⑫</sup> 参见梁慧星、陈华彬:《物权法》,法律出版社2010年版,第66页;杨立新:《物权法》,法律出版社2013年版,第29页。

<sup>⑬</sup> 参见王利明:《物权法研究》下卷,中国人民大学出版社2012年版,第829~836页。

<sup>⑭</sup> 同前注<sup>⑫</sup>,梁慧星、陈华彬书,第53~65页,第260~263页;同前注<sup>⑫</sup>,杨立新书,第47~49页,第287~295页。

<sup>⑮</sup> 该条规定:“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。”

<sup>⑯</sup> 该条规定:“其他法律对物权的种类和内容等另有规定的,依照其规定。”

<sup>⑰</sup> 参见高富平:《物权法讲义》,法律出版社2011年版,第5页。

<sup>⑱</sup> 参见崔建远:《物权法》,中国人民大学出版社2009年版,第8页。德国和我国台湾地区同样如此。Vgl. Baur/Stuerner, Sachenrecht, 18. Aufl., Muenchen 2009, S. 35 ff.; 参见王泽鉴:《民法物权》,北京大学出版社2010年版,第15~16页。

### (三) 目的解释

物权法定原则的理由是教科书中必有的知识内容,这实际上就是该原则的目的。总括来看,物权法定原则的实质目的有三:一是体现物权的绝对性,落实其与债权的区分;二是配合物权公示,确保交易安全和便捷;三是保护所有权,防止过度限制。以这些目的为标准,可再审视上述结论的妥当性。

1. 以体现绝对性为标准。债权是相对权,对第三人没有约束力,在意思自治领域,债权种类和内容由当事人任意约定,与第三人无关。与此不同,物权是绝对权,能波及第三人的利益,这种强力会给第三人带来被排斥的风险,为了降低这种风险,物权种类和内容只能交由法律规定,而不能由当事人自由创设。至于物权变动方式、公示方法、效力和行使是否法定,与债权相对性和物权绝对性的区分并无关联,<sup>①</sup>故而不是物权法定原则的适用对象。

2. 以配合公示为标准。具有绝对性的物权应通过公示机制公开,而要落实这些公示机制,物权法定原则不可或缺。登记是最主要的公示机制,它能清晰展示物权种类和内容,当事人只要查阅就一目了然,从而既将物权排斥第三人的固有风险降到最低,第三人又无需支出额外的检索和甄别成本。不过,审核并记载物权的实际操作需花费大量人力和物力,若允许当事人自创物权,审核和记载的成本就会大幅提高,而这些成本最终要转嫁给当事人,结果自然是很不经济。因此,最简约的方式就是由法律规定物权种类和内容,在登记时只需记载物权名称和大致内容,更具体的信息由法律提供即可。

在登记无法适用的地方,需用占有来公示动产物权。占有的公示效能很弱,无法展示多层次、多形态的物权信息,要确保物权信息的确定性,更需物权法定原则的配合,即先由法律确定占有可表征的物权种类及其内容,再让占有的移转成为这些物权变动的要件,最终使占有与具体物权协调一致。比如,《物权法》初始配置动产质权的内容,并将占有作为公示机制,占有质押财产就表明有相应的质权;与此不同,动产抵押权不以占有为公示机制,占有抵押财产无法体现相应的抵押权。

通过物权法定原则对公示的配合,物权的绝对权属性得以支持,就此不妨说物权法定原则服务于物权公示原则,<sup>②</sup>既然如此,物权变动和公示肯定不是其适用对象。

3. 以保护所有权为标准。所有权是物权体系的基础和根本,他物权基本上是限制或分离所有权部分权能的产物,为防止因设立他物权而不合理地限制所有权,法律应先划定合理界限,结果就是由法律规定各类物权及其内容。在此方面,西欧近代物权法有明确表现。<sup>③</sup>将物权变动、物权公示、物权效力等归入物权法定原则的适用对象,就不能体现这个规范目的,该做法显然不妥。

综合对《物权法》第5条的文义、体系和目的解释,可知混同说和广义说不足为取,因此物权法定原则的适用对象限于物权种类和内容,物权法定原则据此可分为物权种类法定和物权内容法定。

## 三、对物权种类法定的理解和适用

### (一) 对物权种类的确定

物权种类法定是指物权的类别由法律规定,也即法律提供了物权清单,当事人只能从中挑选。要做到这一点,这份清单必须全面而明确。

1. 《物权法》中的物权种类。在《物权法》中,物权种类分为以下三个层级:(1)上位物权种类。德国、日本、我国台湾地区等的物权法只列举规定地役权、抵押权等物权,作为它们上位概称的用益物权和担保物权只出现在学理中。与此不同,我国《物权法》将用益物权和担保物权这两个上位概称作为法定种类,不仅在第2条第3款中将它们与所有权并列,并在第3编、第4编对其作了一般规定,还在第117

<sup>①</sup> 参见尹田:《物权法理论评析与思考》,中国人民大学出版社2008年版,第119~120页;费安玲、刘智慧、高富平:《物权法》,高等教育出版社2011年版,第85~86页。

<sup>②</sup> 瑞士民法学理明确了这样的定位。Vgl. Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3. Aufl., Bern 2007, S. 90.

<sup>③</sup> 参见申政武:《物权的本质论与物权法定原则》,载梁涛主编:《中日民商法研究》第6卷,北京大学出版社2007年版,第94~96页。德国学理同样认可这一点,参见前注<sup>①</sup>, Baur, Stuermer 书,第4页。

条、第170条分别对它们加以界定。据此,限制物权在《物权法》中被二分为用益物权和担保物权,此外别无其他,这两个上位种类因此是物权法定原则的适用对象。这意味着我国无论如何都无法像德国学理那样,将优先购买权和预告登记概括成取得权,以之为限制物权的第三种形态。<sup>②</sup>究其原因,固然在于《物权法》未规定这类物权概称;此外,《物权法》的相应制度也未提供支撑:一是尽管《物权法》第101条规定了按份共有人对共有份额的优先购买权,但优先购买权不能登记,只有债的效力,<sup>③</sup>其与《德国民法典》物权编第5章规定的作为物权的优先购买权相去甚远;二是《物权法》第20条的预告登记以房屋买卖合同等债的关系为记载对象,被学理和实务普遍当成一种登记种类,充其量只是债的物权化表现之一,把它看作物权,既与其中的债权债务内容不符,也难以融入学理和实务的普遍认知。(2)中位物权种类,如土地承包经营权、地役权等,这是学理通常所谓的物权种类。(3)下位物权种类。以土地承包经营权为例,它分为家庭承包经营权和其他方式的承包经营权,前者为农民提供了基本生活保障,没有商品的完全流通性,后者则没有这样的约束,它们因此在主体、权能、期限等方面大不相同。《农村土地承包法》对此有明确体现,其第2章和第3章分别调整这两类土地承包经营权。针对承包纠纷进行个案判断时,只能在上述两类权利中择一而定,故下位物权种类也是物权法定原则的适用对象。

2.《物权法》之外的法律规定的物权种类。其他法律也规定了物权,但它们要么未冠以某种物权的称谓,要么未明确为何类物权,在判断时应区分以下三种情形。

第一,其他法律有关物权的权利称谓与《物权法》的称谓相同,其类别和属性也一致,如《合同法》第264条等规定的留置权就是适例。根据《物权法》第8条,其他法律有关物权的规定属于特别法的,应优先适用。

第二,其他法律有关物权的权利称谓与《物权法》的称谓不同,但实质相同的,应遵循《物权法》的权利称谓。比如,《土地管理法》和《城市房地产管理法》均规定了土地使用权,但形态并不同,前者的客体包括建设用地和农用地,后者的客体仅为国有建设用地。《物权法》未采用土地使用权的称谓,而是根据客体的差异,分别规定了土地承包经营权、建设用地使用权和宅基地使用权,这实际上是对《土地管理法》规定的土地使用权的分解,土地使用权由此不再是物权种类。

第三,其他法律有关物权的权利类型与《物权法》上的物权在称谓和实质上均不同的,除了参酌立法资料,还应根据这些权利的主要权能,结合《物权法》对用益物权或担保物权的界定来综合判断。比如,根据《土地管理法》第4条第2款、第9条规定,国有农场、集体林场等对耕地、林地有占有、使用和收益的权利,它们未采用承包经营的方式,不是土地承包经营权,但其权能符合《物权法》第117条对用益物权的界定,根据《土地登记办法》第2条第2款,该权利在不动产登记实务中被称为农用地使用权,属于用益物权下的中位种类的物权。

3. 物权种类的规范。在上述物权种类中,居于最上位的所有权、用益物权和担保物权是第一层次的物权种类,《物权法》第2条第3款、第39条、第117条、第170条是其规范。居于中位的土地承包经营权等是第二层次的物权种类,《物权法》第125条等定义性法条是其规范。居于下位的家庭承包经营权、其他方式的承包经营权等是第三层次的物权种类,其具体规范在形式上不明显,除了《物权法》第16章抵押权中的一般抵押权和最高额抵押权、第17章质权中的动产质权和权利质权,其他均需根据法条布局 and 表达来辨析。至于其他法律中规定的物权种类,如农用地使用权,需在《物权法》上位物权种类规范的支持下,将《土地管理法》第4条第2款、第9条等相应条文作为其规范。

## (二) 物权种类法定的法律适用

<sup>②</sup> 参见[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6~7页。我国学理的相应主张,参见蔡明诚:《物权法研究》,学林文化事业有限公司2003年版,第19~21页;同前注<sup>①</sup>,崔建远书,第25页。

<sup>③</sup> 同前注<sup>①</sup>,胡康生主编书,第231页。在我国有法院以物权法定原则为根据,将优先购买权排除出物权(参见湖南省衡阳市中级人民法院(2012)衡中法民一终字第213号民事判决书)。尽管该判决针对的是房屋承租人的优先购买权,但该权利与按份共有人的优先购买权没有本质差别,故该判决结论能适用于按份共有人的优先购买权。

根据上述分析,《物权法》第5条的物权种类法定已具体化为物权种类规范,其指向不同层次的物权种类。在这样的多层次规范架构中,如何进行法律适用,就是接下来的问题。

1. 物权种类规范的适用。首先,在判断当事人约定的权利是何种物权时,物权种类规范能提供直接依据,鉴于具体规定优于一般规定,《物权法》第5条不应再被援引。

其次,下位物权种类规范在物权种类规范中最为具体,应先予适用。下位物权种类规范不足适用的,若同层级的其他物权种类规范相对更一般,可予直接适用。如根据《物权法》第207条、第229条,最高额抵押权适用一般抵押权的规定,权利质权适用动产质权的规定;或可参照适用,如根据《物权法》第222条第2款,最高额质权参照适用最高额抵押权的规定。没有下位物权种类规范或没有如上同层级规范的,适用中位物权种类规范。由此所得的适用结果,要么是将当事人约定的权利确定为下位种类的物权,要么是在没有下位物权种类的情况下,确定为中位种类的物权。

不过,有法院在案件裁判中并未遵循上述规律,而是直接将某项权利认定为上位种类的物权。如有法院在一起案件判决中即称,A对场地有用益物权,B未经A同意而占有使用该场地,侵害了A的用益物权。<sup>⑳</sup>从形式上看,该判决既符合物权法定原则,也符合《侵权责任法》第2条第2款,即用益物权是该法所保护的民事权益。但在中、下位物权种类中,不同物权种类的差别不小,抛开这些具体规定而将某项权利归于上位物权种类,无法展现法官如何认定该权利、如何适用法律的思维和说理过程,无法有效地进行评价和监督,应不足取。

最后,基于上述规律,只要下位或中位的物权种类规范相当确定和完整,上位物权种类规范就存而不用,这表明其价值主要是引领规范体系的布局,而不在适用。但如前述,在判断其他法律规定的权利是何种物权时,应由上位物权种类规范作为指南,其在此有积极适用的空间。

2. 《物权法》第5条的适用。首先,只有在当事人约定的权利确定不是物权时,该条才可以作为法律依据。对该条进行反面解释,法律未规定为物权的权利,不是物权;当事人约定的权利与法律规定的物权种类不符的,不是物权。比如,在用益物权范围内,若某项权利与下位或中位种类规范均不相符,则它确定不是用益物权。如有法院在一份民事裁定书中就指出,A公司承包经营B公司的业务,对B公司的财物有承包经营权,而物权法规定的用益物权没有该类型,则该承包经营权不是用益物权。<sup>㉑</sup>

其次,物权种类法定强调物权种类应由法律规定,并不涉及其他。故而针对当事人约定的权利,若所有的物权种类规范均无法适用,根据《物权法》第5条,只能说明该权利不是物权。至于该约定无效力,只能由合同的效力规范给予评判,而不能适用《物权法》第5条。在实践中,法院可依据《物权法》第5条来判定某项权利不是物权,至于产生该权利的合同有无效力,以及如何保护该权利,宜另案处理。<sup>㉒</sup>换言之,物权法定原则意在落实债权与物权的二分,物权种类法定只调整物权种类,在适用《物权法》第5条时,无需考虑合同之债的效力、债权如何实现等债的事项。

#### 四、对物权内容法定的理解和适用

##### (一)对物权内容的界定

上文指出,物权法教科书将物权内容主要指向权能,但有的还涉及物权人的义务,这显然超出了权能的范畴。面对这样的差异,如何认识和取舍,是应先予解决的问题。

1. 物权权能及其规范。将物权权能作为物权内容是学理共识,这在所有权中最为突出,物权法教科

<sup>⑳</sup> 参见湖南省常德市中级人民法院(2011)常民三终字第59号民事判决书。

<sup>㉑</sup> 参见广西壮族自治区高级人民法院(2011)桂执复字第19号民事裁定书。

<sup>㉒</sup> 参见山东省青岛市中级人民法院(2011)青民二终字第235号民事裁定书。不过,有法院将物权法定原则当成否定合同约定效力的根据,如一份判决指出,让与担保的约定违反了法定原则,该约定无效(参见陕西省高级人民法院(2008)陕民一终字第7号民事判决书)。这种做法显然不当,因为法律未将让与担保作为物权,合同约定只是不能为物权设立提供基础,但它只要符合合同的生效要件,仍能发生债的效力。

书普遍将占有、使用、收益、处分等权能作为所有权内容。但在限制物权,有的教科书将物权的权能归为内容,有的将其归于效力,以对所有权的阐述为准,限制物权的权能无疑也是内容。为了避免不必要的理解偏差,即便将限制物权的权能放在效力的标题之下,也宜明确单列。<sup>⑳</sup>

从规范表达来看,法律对物权的界定中包含了主要权能,如《物权法》第39条规定了所有权的占有、使用、收益、处分权能,第125条规定了土地承包经营权的占有、使用和收益权能,第170条规定了一般抵押权的优先受偿权能,其既是物权种类规范,也是物权内容的基本依据。但这些定义性规范所提供的物权的权能并不全面具体,还要用其他规范来落实其他权能。比如,依据《物权法》第129条、第133条,土地承包经营权还有处分权能,权利人可以转让、互换、抵押等方式处分该权利。又如,根据《物权法》第197条,一般抵押权也有收益权能,即在法院扣押抵押财产后,抵押权人有权收取该财产的孳息。

2. 作为物权内容的消极义务及其规范。物权的权能给物权人带来积极利益,但其只有在正当限度内才算合理,法律对物权的限制就是该正当限度,它们与权能密不可分,属于物权内容的有机部分。比如,土地承包经营权以农业生产为限,其权能不能背离该功能限度,这种限制往往在法律对物权种类的界定中体现出来,《物权法》第125条就是明证。此外,法律还会针对具体权能设置限制要素,比如,入股是家庭土地承包经营权处分权能的具体形态之一,《农村土地承包法》第42条将其目的限于从事农业合作生产;又如,根据《物权法》第140条,建设用地使用权人要合理使用土地,不得改变土地用途,这是对使用权能的限制。

无论是哪种限制,权利人据此均有不作为的消极义务,其不同于权能的积极利益形态。但这种消极义务是对积极利益的正当框定,两者实属同一硬币的两面,并不矛盾。再看物权法教科书对物权人义务的表述,有部分义务就是权能限制,既然它们是对权能的天然制约,将其归入物权内容,自然说得过去。如此,除了将权能作为物权内容的重点,因限制而由物权人负担的消极义务也应归入其中。<sup>㉑</sup>

3. 积极义务并非限制物权的内容。有不少教科书将物权人为某种行为的积极义务也纳入限制物权的内容或效力,如地役权人支付土地使用费等。这种积极义务与地役权等限制物权同源自地役权合同等基础行为,它能否实现直接影响到限制物权的存续,如根据《物权法》第168条第2款,地役权人未按约定支付土地使用费,供役地人可解除合同来消灭物权。

尽管上述积极义务与限制物权有紧密关联,但其显然不是物权内容,不仅因为物权是权利,内容不包括以积极义务形态出现的不利益,还因为物权是支配权,无需假借他人之力就能实现,其内容是物权人对特定客体的占有、使用、收益、处分等具体的支配利益,而上述积极义务对应着供役地人等相对人的请求权,体现了物权人与相对人之间的债的关系,与物权格格不入。

## (二)物上债务的法定

既然物权人为某种行为的积极义务属于债务,并非物权内容,由此推论,它们不受内容法定的调整,有关这些义务的法律规定也就不是物权内容规范,当事人的约定与它们是否相符无关紧要。不过,这些债务的特性存在差异,其中有些债务与物权紧密相关,也要遵循物权法定原则。

先看地役权人支付使用费这种普通债务,其特点是“认人而不认物”,即它是对合同的特定相对人的义务负担,而不是特定客体上的负担,物权受让人不因受让物权而承担该债务。比如,A在利用其土地时需经B的土地通行,A按约定应每年支付1万元的使用费,后C从A处受让土地,同时也受让了该通行地役权,但不经B同意,C不同时承担上述债务,而要与B重新协商使用费。

与此不同,建设用地使用权人基于出让合同所承担的债务不仅约束合同当事人,根据《城市房地产

<sup>⑳</sup> 在此方面,史尚宽先生对地上权效力的阐述可供参考,其将地上权的效力分为三部分,一是权能,二是地上权的让与性和担保性,三是支付地租的义务。同前注<sup>⑪</sup>,史尚宽书,第196~200页。

<sup>㉑</sup> 参见张礼洪:《物权法教程》,北京大学出版社2007年版,第21页;韩松、赵俊芳、张翔、郭升选编著:《物权法》,法律出版社2008年版,第302~307页,第319~322页。

管理法》第42条,还能约束建设用地使用权的受让人,它就不同于普通债务,有了“认物而不认人”的特点,即它不只是针对某特定人的义务,而是依附于特定客体的负担,无论谁是该客体的物权人,都要负担该债务。比如,D市政府出让建设用地给E,E按约定除了建商品房,还应为所在地建配套市场,后E把该使用权转让给F,F同时要承担建配套市场的义务,若F再把该使用权转让给G,G也因此承担该义务。E的这种债务被称为物上债务,<sup>②</sup>以显示它对客体的依附性。除了出让合同的债务,《物权法》第20条规定的预告登记债务、第92条规定的相邻关系中的损害赔偿也是物上债务。

与普通债务一样,物上债务也有平衡当事人利益关系的功能,但它们无法等同并论,因为除了上述特性差别,还在于以下两点:(1)物上债务以特定客体的物权为基础,只要物权存在,物上债务就存在,诉讼时效制度在此通常不能适用,而普通债务的存续与物权存续无关,是诉讼时效制度的主要对象;(2)物上债务与物权一体存在和处分,物权转让必然导致物上债务的承担,而普通债务的承担除了当事人合意,还需债权人同意。既然物上债务以物权为基础,能约束受让物权的第三人,为了避免物权的负担过度,也避免给第三人带来不测风险,物上债务也受物权法定原则的调整,<sup>③</sup>当事人不得自创物上债务。

### (三) 物权内容法定的法律适用

首先,与物权种类法定一样,《物权法》第5条的物权内容法定也具体化为内容规范,在判断当事人的约定与物权内容是否相符时,物权内容规范能提供直接依据,无需适用《物权法》第5条;只有在当事人的约定与法律不符时,才将《物权法》第5条作为法律根据,约定内容因此不是物权内容。至于该约定有无效力、能否实现等债的事项,与《物权法》第5条无关。

其次,物权内容规范只是对物权内容的初始配置,当事人想在实践中获取实在的物权内容,通常要根据实际情况进行约定,这表明物权法定原则并不完全禁止意思自治,而是要求当事人的约定不能逾越法定界限。从既有的物权内容规范来看,它们大都只框定了物权的概貌,具体信息还需当事人加以细化。如建设用地使用权人只要不改变土地用途,只要规划许可,如何利用土地完全取决于自我决定。更有甚者,地役权人怎样使用供役地,《物权法》第156条除了要求提高需役地的效益,根本不框定其目的和大致范围,而完全交由当事人自治。而且有些物权内容规范还是任意规范,当事人的约定优于这些规范。如根据《物权法》第204条、第213条,最高额抵押权有无以转让形态表现的处分权能、质权人有无对质物孳息的收取权,均先由当事人约定。整体而言,物权内容规范为当事人的约定预留了不小的空间,这与物权种类的严格法定情形有所区别,在法律适用时应体现这种特点。

最后,尽管物权内容法定的法定色彩被当事人的约定冲淡,但其主导方向还是法定原则,若严格受限于法律规定,否定新生物权的法律地位,意在维护和促进交易的物权法定原则就会走向反面。为了减少这一副作用,从我国台湾地区的经验来看,妥当的方法是在不逾越或抵触物权核心的范围内,通过类推适用或扩张、限缩解释内容规范,使新生的权利能成为物权,<sup>④</sup>这值得我们借鉴。

(责任编辑:洪玉)

<sup>②</sup> 物上债务译自瑞士法律术语“Realobligation”,是瑞士物权法教科书的必有知识。同前注<sup>①</sup>,Rey书,第66页以下。此方面的中文资料,参见苏永钦:《可登记财产权利的交易自由》,载苏永钦:《寻找新民法》,北京大学出版社2012年版,第163~165页;常鹏翱:《债权与物权在规范体系中的关联》,《法学研究》2012年第6期。

<sup>③</sup> 同前注<sup>①</sup>,Rey书,第67页。

<sup>④</sup> 参见谢在全:《民法物权论》上册,作者2010年自版,第52页。