

物权法定的立法表达

朱庆育*

目次

- 一、引言
- 二、物权法定的立法体例
- 三、物权法定的法条表述
- 四、物权法定的规范内容
- 五、物权法定的规范效力
- 六、结论

摘要 针对物权法定的立法体例问题,物权法定应回归法典物权编,同时为贯彻限制私人形成自由的规范意旨,应表达为针对私人的禁止规范,而非针对公权力的授权规范。就其具体表述上,“法”之外延,应作宽泛界定,但凡有权为私人设置强制规范者,皆在其列。为便于适用,物权法定可设计为包含构成要件与法律效果之完全规范,可考虑的表达如:“当事人违反制定法或习惯法,创设新的物权类型时,其创设行为无效;约定异于法定之物权内容时,以制定法或习惯法未有其他规定为限,其约定无效。”

关键词 物权法定 类型强制 类型固定 立法表达

一、引言

德国传统日耳曼法上,一切以占有为基础的权利,皆可视其需要成为物权,因此,理论上,日耳曼法上的物权数量并无限制。19世纪潘德克顿法学发生转向,要求对物权数量进行封闭性列举,此即所谓物权法定主义。^{〔1〕}如今,物权法定主义被视为物权法借以区别于债法的纲领性原则(Leitprinzip)。^{〔2〕}

* 朱庆育,南京大学法学院教授。本文系教育部人文社会科学研究项目“继承法基础理论与规范体系之重构:以遗产移转的正当性为中心”(项目号13YJC820117)的阶段性研究成果。

〔1〕 Josef Wieling, Sachenrecht, Band 1(2006), S. 25 f.

〔2〕 Wolfgang Wiegand, Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhaltnis zum Schuldrecht, AcP 190 (1990), 117 f.; Westermann, Sachenrecht, 7. Aufl., 1998, S. 3.

新中国立法史上,首次规定物权法定的是2007年《物权法》。该法第5条规定:“物权的种类和内容,由法律规定。”但为何确立此项原则、为何如此表述以及此项原则包括哪些内容、应如何适用等问题,立法说明皆语焉不详。此次民法典制定,立法者更将《物权法》第5条内容植入《民法总则》,在立法体例上作出重大突破。民法典物权编的两次审议稿均未见关于物权法定的规定,相信立法者系为避免与《民法总则》重复,而有意将原《物权法》第5条删除。

本文设置的情境是:假设存在一个虚拟立法者,被输入的指令是将物权法定表达于法典。接到指令后,虚拟立法者需作哪些考量?这些考量如何最终转化为法典文本?由于是虚拟立法,因此不考虑能否为现实立法者所接受,更不考虑现实政治需求;又由于指令内容是将物权法定表达于法典,因此在考量时,直接越过物权法定的正当性这一前提问题。

提供能为现实立法者可接受的“立法建议”并非本文主要目的,实际上,笔者更愿意借此话题验证一个命题:制定法规范之设置,系立法者模拟规范适用的权衡结果,“立法论”与“解释论”的思考方式,在规范科学的意义上并无实质差别。

二、物权法定的立法体例

物权法定主义虽首创于德国,德国民法典却未予明文确认。德国通说认为,制定法系通过物权类型的封闭列举而体现这一原则。^[3]

更早的奥地利民法典亦未明文规定物权法定。奥地利民法典第308条常被当作物权法定之表现^[4],但实际上,该法条虽列举若干“对物物权”(dingliche Sachenrechte)(“对物物权”包括占有权、所有权、抵押权、用益权与继承权。),但据当代奥国通说,此处列举既未封闭,所列举者亦非均属物权,例如,占有本身并非权利而系事实状态,继承权更因其并无直接物之支配效力,自2016年12月31日起被删除。^[5]即便如此,如今奥国通说有如德国,仍承认物权法定之存在,将物权类型限定于法律明确赋予物权效力的权利类型。^[6]

日本民法典另辟蹊径,于物权编通则章将物权法定明文化:“物权,除本法及其他法律有规定外,不得创设。”并置于该编首条,以彰示统领全编之纲领地位。日本做法受到民国民法从条文位置到具体表述的全盘移植。

新中国情况又有不同。《物权法》第5条位处第一编“总则”第一章“基本原则”,此体例安排本与日本相似,但十年后,《物权法》第5条之规定被移至《民法总则》,成为《民法总则》第五章“民事权利”第116条。相应的,“分编一审稿”之物权编未再规定此项内容。不出意外的话,未来的《民法典》

[3] 德国当代著名法学家威灵(Josef Wieling)认为,通说见解不符合法典规范体系,物权法定仅限于不动产领域,即便在此领域,预告登记制度与买卖不破租赁规则亦已将其极大稀释,至于动产领域,由于第1007条将物权的保护扩及至一切占有人,物权法定实际上并无意义。Josef Wieling, *Sachenrecht*, Band 1(2006), S. 26. 不过,威灵见解在德国应者寥寥。反对者认为:仅仅根据动产占有者能够获得物权性的保护,尚不能推出动产领域不适用物权法定的结论,因为,当事人依然不能创设新的物权类型,亦无法持久分裂所有权之用益权能与处分权能,无法对所有权进行质的分割。Brehm/Berger, *Sachenrecht*, 3. Aufl., 2014, § 1 Rn. 38.

[4] 参见[日]三浦信三:《物权法提要》(上、下卷),孙芳译,韦浩点校,中国政法大学出版社2005年版,第14页;史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第12页;最高人民法院物权法研究小组编著:《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》,人民法院出版社2007年版,第60页。

[5] Gert Iro, *Sachenrecht*, 6. Aufl., 2016, S. 2; Eccher/Riss in KBB5 § 308 Rz 1.

[6] Martin Binder, *Sachenrecht*, 2003, S. 31f.; Gert Iro, *Sachenrecht*, 6. Aufl., 2016, S. 2; Eccher/Riss in KBB5 § 308 Rz 1.

中,物权法定将成为总则编规范。此立法体例,也许是世界首创。

物权法定显然是物权的规范内容,为何新法将其置于法典总则编?官方给出的理由分为两个层面:第一,《民法总则》需要设专章规定民事权利:“经研究认为,民法通则设专章规定了民事权利,是我国民事立法的重大成就,凸显了对民事权利的尊重和保护,被称为权利宣言书,影响深远。民法总则应该继承这一做法,专章规定民事权利。”^[7]此举显然是向《民法通则》致敬,除此之外,设民事权利专章的考虑还在于,“为民法典各分编和民商事特别法律具体规定民事权利提供依据”。^[8]第二,物权法定规范因《民法总则》中的民事权利专章而前移。不过,物权法定迟至二审稿才进入《民法总则》。《民法总则》二审稿意见称:“物权法定是物权法的一项基本原则,应在总则中作出明确规定,以表达物权由法律规定而不能由当事人自由创设,同时表达违背物权法定原则创设的‘物权’没有法定效力之意思。”^[9]

称民法总则编为分编“提供依据”,这恐怕是对“总则”的误解。总则编规范固然具有一般性,但总则与分则并非泉源和溪流的关系,分则规范不是从总则流出,恰恰相反,总则规范系自分则提取而来,此“提取公因式”之谓。提取时,公因式在何种范围内具有一般性,便提取至何种程度。既已知晓“物权法定是物权法的一项基本原则”,以之为物权法公因式本顺理成章,何以话锋一转,得出“应在总则中作出明确规定”之结论,实在令人难以索解。同样令人费解的是,物权公示、物权客体特定等亦属物权法基本原则,为何却不能成为民法总则的内容?其间取舍标准何在?莫非是因为席位有限,物权编只分配到一项原则“升格”至总则编成为“常委”?

至于向《民法通则》致敬,此尊重传统之意值得赞许,唯具体举措似略可议。《民法通则》系“小民法典”,而非单纯的民法总则;其“民事权利”章具有法典分编具体而微之功效,并非简单的列举宣示。在法典的宏图下,各项具体民事权利为各分编详细规定,此时再保留“民事权利”章于总则编,势将抽空规范内容,而留下抽象定义的空壳。笔者曾经担心总则编成为概念定义之汇总场所,^[10]这一担心似乎正在成为现实。当然,物权法定并非只是单纯的抽象定义,但笔者亦曾指出,能够成为规范公因式的,“并非概念本身的基础性,而是规范适用的共同性”,^[11]物权法定当然具有基础地位,但该基础地位仅限于物权法,显然不具备整部法典上的“规范适用共同性”,将其提升至法典总则编,除了降低总则编的涵摄能力、削弱法典体系的科学性与增加法律适用的检索成本之外,并无其他实质上的意义。

一项权利是否属于物权,可从效力中看到。绝对效力须明定,换言之,未特别规定绝对效力之权利,即可推定仅具相对效力。在此意义上,即使没有物权法定条款,亦不妨碍此项原则之认知——具绝对效力之权利列举,可视为封闭列举。当然,将物权法定条文化亦无不可,但在体例安排上,管见以为,合适的位置是法典物权编而非法典总则编。

《民法总则》虽已生效,但并非金科玉律不可删削,何不趁总则分则各编合成一部完整法典之机,同时启动总则编修订程序,让总则的归总则,分则的归分则?如此,物权法定可重返物编落土为安。其他关于各项民事权利之条款一一安置完毕后,《民法总则》第五章亦可功成身退。

[7] 石宏主编:《〈中华人民共和国民法总则〉条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2017年版,第255页。

[8] 石宏主编:《〈中华人民共和国民法总则〉条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2017年版,第255页。

[9] 扈纪华编:《民法总则起草历程》,法律出版社2017年版,第84页。

[10] 参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2016年版,第27页。

[11] 参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2016年版,第31页。

三、物权法定的法条表述

关于物权法定,《民法总则》与《物权法》皆表述为“物权的种类和内容,由法律规定。”我国台湾地区“民法”2009年修正之前的表述则是(第757条):“物权,除本法或其他法律有规定外,不得创设。”后者系日本民法典第175条的汉化版。两种表述的差别,表面上看仅仅是一正一反,但其实不然。

我国民法的表达,强调“由法律规定”,此系授权规范的表述方式。该授权规范的授权对象为法律制定者,内容为授权“法律”(暨有权制定“法律”的机关)对“物权的种类和内容”作出规定。既称物权法定,当然是由“法律”作出规定,如此表述似无可厚非。问题是,授权规范的功能在于授予特定对象以法律权力(Rechtsmacht),故以公法规范为原型,^[12]如果沿着授权规范的逻辑往下讨论,可能难以接近甚至难免掩盖物权法定的真正意旨。

物权法定若为授权规范,意义在于为有权制定“法律”的机关通过“法律”规定“物权的种类和内容”提供合法性基础,同时意味着,未经授权的机关,不得规定“物权的种类与内容”。《民法总则》第116条的官方解释正是贯彻这一逻辑的结果:“物权法定原则中的‘法’,指法律,即全国人大及其常委会制定的法律,除法律明确规定可以由行政法规、地方性法规规定的外,一般不包括行政法规和地方性法规。”^[13]此充满授权意味之解释,系以《立法法》第8条第8项和第9条为基础。然而,物权法定意在限制私人形成自由,^[14]而非授予公权力者以权力,因此,逻辑上,有权对私人自由作出限制之规范性文件,皆为适格之“法”,同时,规范方式上,应以法律行为的实施者、而非公权力者为规范对象,规范性质亦相应归入私法上的禁止规范。就此而言,日本和我国台湾地区以“不得创设”为规范重点,对于物权法定的规范意旨及其私法的规范性质,把握显然更为精准。^[15]

由此引申,法律适用时,法律行为实施者违反物权法定而创设新物权时,“由法律规定”之表述难以提供行为效力的解释指引。其一,“由法律规定”未表明该“法律规定”属于强制规定抑或任意规定,若为任意规定,私人行为之违反如何能导致无效?其二,能够违反“由法律规定”之授权的,系不具有制定“法律”权力的主体,更为合适的适用范例是在非属“法律”的规范性文件规定“物权的种类与内容”时,审查认定其合法性。而直接以法律行为为规制对象的“不得创设”,则因其禁止规范性质,恰可充当行为无效之依据。不过,日本与我国台湾地区“民法”中“不得创设”之表述毕竟只作为禁令,未包含法律效果,属不完全规范,违反者是否无效,须经解释。并非所有违反禁止规范的法律行为皆无效,物权法定规范之违反,是否或为何导致法律行为无效,需结合规范内容与意旨作进一步观察。

四、物权法定的规范内容

“物权法定”虽非法定术语,但这一学术用语恰可显示汉语法学的讨论重点:“定”“法”二字,分别指向“定什么”与“什么法”之追问。

[12] 参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2016年版,第58、59页。

[13] 石宏主编:《〈中华人民共和国民法总则〉条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2017年版,第273页。

[14] Westermann, Sachenrecht, 7-Aufl., 1998, S. 3; Brehm/Berger, Sachenrecht, 3-Aufl., 2014, § 1 Rn. 37.

[15] 可惜日本与我国台湾地区通说仍以授权规范逻辑,对物权法定之“法”作最为狭义之解释。详见下文。

(一)“定”什么?

所谓“不得创设”,我国台湾地区的解释明显接引德国学说,例如,王泽鉴教授认为“其意涵有二”:一是“不得创设民法或其他法律所未规定,或习惯法所未形成的物权,……学说上称为类型强制(Typenzwang)。”二是“不得创设与物权法定内容相异的内容,……学说上称为类型固定(Typenfixierung)。”^[16]对照“物权法定”之表述,类型强制可称为类型法定,而类型固定则可称为内容法定。

称物权类型须被法定,该说法问题不大。如果法律不对物权类型作穷尽列举,那么,物权法定原则将了无意义。同样,如果不“法定”物权内容,物权类型的穷尽列举亦将失去意义,因为,“盖变更内容,即间接创设新种类之物权也。”^[17]问题在于,物权法在何种意义上能够做到物权“内容”的法定?或者,物权法是否可能如穷尽列举物权类型般对其“内容”作封闭式的“法定”?

物权的“内容”算不上是严格的规范语词,就用法言,凡物权关系所涵括者,除“主体”“客体”外,其余皆得称为“内容”。因此,物权的各项效力固然构成“内容”,用益物权的存续期限、担保物权所担保的债权金额等亦不妨被称作“内容”。可以想见,物权法想要对每一种物权的全部“内容”做出封闭规定,断无可能。所能做的,充其量是对“内容”进行骨架式的强制规定,以勾勒定型物权种类为其限度。这意味着,所谓“物权内容法定”,其“法定”之含义绝非与“物权类型法定”相同,后者强调物权类型的封闭性与穷尽性,前者则只是表明,行为人所设定的物权内容不得与强制内容相抵触。以抵押权为例,不移转占有及优先受偿权(《物权法》第179条)、流押契约之禁止(《物权法》第186条)等属于强制内容,当事人意志不得与之抵触;其他内容,如抵押权行使条件(《物权法》第179条)、被担保债权种类和数额(《物权法》第185条第2款)、抵押权顺位变更(《物权法》第194条)、抵押权实现方式(《物权法》第195条)等等,则容有当事人选择余地。

(二)什么“法”?

汉语语境下,比“定”什么更值得追问的是,“法”是什么。何种意义上的“法”所“定”的物权类型与内容,当事人意志不得与之相抵触?《物权法》施行后,第5条“由法律规定”之“法律”,无论立法机构、司法机关还是学者,率皆采严格解释,认为仅限全国人大及其常务委员会制定的“法律”,既不包括行政法规与地方性法规,亦不包括司法解释与司法判例。^[18]一个法律解释问题如此众口一词,实属罕见。

物权法定本为限制私人形成自由,为何对于“法”的位阶要求如此之高?对此,日本与我国台湾地区可供参考。日本自法典伊始直至当代,通说均以最狭义“法律”相释,^[19]我国台湾地区通说亦认

[16] 王泽鉴:《民法物权》(增订2版),王慕华发行,2016年版,第45页。亦参见郑玉波著、黄宗乐修订:《民法物权》(修订18版),三民书局2014年版,第29、30页。

[17] [日]三浦信三:《物权法提要》(上、下卷),孙芳译,韦浩点校,中国政法大学出版社2005年版,第15页。

[18] 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《〈中华人民共和国物权法〉条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2007年版,第6页;最高人民法院物权法研究小组编著:《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》,人民法院出版社2007年版,第61页;江平主编:《中华人民共和国物权法精解》,中国政法大学出版社2007年版,第17页;梁慧星、陈华彬:《物权法》,法律出版社2010年版,第66页;杨永清:《〈物权法〉总则与民事审判》,载《法律适用》2007年第6期。

[19] 如三浦信三:所谓“本法或其他法律”者,“即宪法上之狭义法律,其不得以当事人之意思创设,自不待论,并不得以敕令,阁令,部令,或其他各种命令,设定新种类之物权。”参见[日]三浦信三:《物权法提要》(上、下卷),孙芳译,韦浩点校,中国政法大学出版社2005年版,第15页。我妻荣:所谓“本法或其他法律”,“不包括命令(政令、条例等——通说)”,参见[日]我妻荣著、有泉亨订:《新订物权法》,罗丽译,中国法制出版社2008年版,第28页。

为,所谓“法律”,系指经“立法院”通过,“总统”公布之法律,命令不包含在内。〔20〕至于理由,日台亦高度相似。如日本我妻荣称:“不仅是因为对于诸如物权这种影响一切人的权利义务的权力,用政令来创设存有不妥当之处,而且还因为民法在包含命令时,通常会使用‘法令’一词……”〔21〕我国台湾地区学者郑玉波亦称:“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,且民法条文如包括命令时每标明‘法令’字样……”〔22〕在用法上,日台所谓“命令”,包括我实证法体系中的行政法规与行政规章;至于“殊不适宜”,我国《立法法》第8条第8项或可为之作注——物权制度属于“民事基本制度”,对此“只能制定法律”。〔23〕日本及我国台湾地区与大陆关于物权法定的解释,均令其负有限制公权力的功能。

如果物权法定确系授权规范,限制公权力乃是一体两面。问题在于,物权法定用以限制私人形成自由,并不指向或至少不直接指向限制公权力。作为物权法定的发源地,德国法似乎无意对之委以限制公权力重任,普遍认为,此处所称“法”,为民法典施行法第2条所界定,不仅包括联邦或州议会颁行的“形式法律”(Gesetze im formellen Sinn),行政立法之条例(Rechtsverordnungen)及司法造法之习惯法(Gewohnheitsrecht)等实质法律亦在其列。〔24〕条例的典型表现如,地上权初为1919年颁行的地上权条例(Verordnung über das Erbbaurecht)所创立,该条例迟至2007年始升格为地上权法(Gesetz über das Erbbaurecht);至于习惯法,德国学者明确指出,法官对于物权类型的续造,并不抵触物权法定原则,事实上,举凡所有权保留中的物权性期待权、担保性所有权(Sicherungseigentum)、信托所有权(Treuhandeigentum)及担保性土地债务(Sicherungsgrundschuld)等物权类型,无不由法官的司法裁判发展而来。〔25〕其正当性在于:“法律只是禁止通过当事人的个别合意创设对第三人有效力的法律地位。但是,如果这种法律地位被大量创设,法律交易接受了它们,并且也得到了判例的认可,那么这就构成了法律之续造,人们可以根据自己的喜好称其为习惯法或法官法。”〔26〕

我国许多学者在肯定物权法定的同时,主张缓和该原则的僵硬性。〔27〕《物权法》制定过程中,亦曾试图作柔性规定,为此,《物权法》“五草”增加第二分句:“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。”“六草”立场未变,惟措辞略有不同:“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。”不过,所谓“符合物权特征(性质)”,

〔20〕 参见王泽鉴:《民法物权》(增订2版),王慕华发行,2016年版,第45页;谢在全:《民法物权论》(上册)(修订5版),中国政法大学出版社2011年版,第34页;郑玉波著、黄宗乐修订:《民法物权》(修订18版),三民书局2014年版,第28页。

〔21〕 [日]我妻荣著、有泉亨补订:《新订物权法》,罗丽译,中国法制出版社2008年版,第28页。

〔22〕 郑玉波著、黄宗乐修订:《民法物权》(修订18版),三民书局2014年版,第28页。亦参见[日]我妻荣著、有泉亨补订:《新订物权法》,罗丽译,中国法制出版社2008年版,第28页。

〔23〕 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《〈中华人民共和国物权法〉条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2007年版,第6页。

〔24〕 Palandt/Sprau(2016), Einleitung, Rn. 17 ff.; Palandt/Bassenge(2016), Einl v § 854, Rn. 2; Palandt/Sprau(2016), EGBGB § 2, Rn. 1.

〔25〕 Vieweg•Werner, Sachenrecht, 4. Aufl., 2010, § 1 Rn. 5; Wolf/Wellenhofer, Sachenrecht, 31. Aufl., 2016, § 3 Rn. 3; Mü Ko/Gaier(2013), Einl. v § 854, Rn. 11 ff.

〔26〕 [德]沃尔夫冈·维甘德:《物权类型法定原则——关于一个重要民法原理的产生及其意义》,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104页。

〔27〕 近期文献如温世扬:《“民法物权编”修订中的几个重点问题》,载《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2018年第1期;陈华彬:《我国民法典物权编立法研究》,载《政法论坛》2017年第5期;杨立新:《民法分则物权编应当规定物权法定缓和原则》,载《清华法学》2017年第2期;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。

似有二律背反之嫌：“物权特征(性质)”当以该项权利具有绝对效力为其标志，而物权法定之下，非经法律特别规定，财产权利不得产生绝对效力。这意味着，“法律未作规定的”，财产权利无从“符合物权特征(性质)”。“五草”“六草”之柔化举措遭到激烈批评后^[28]，“七草”回归“一草”立场，亦即现行《物权法》第5条，《民法总则》第116条未再更易一字。

我国台湾地区已率先迈出缓和步伐。民国法典关于物权法定的最初表述是“物权，除本法或其他法律有规定外，不得创设。”2009年1月23日公布(6个月后施行)的修正表述增列“习惯法”。修正理由谓：“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，故习惯形成之新物权，若明确合理，无违物权法定主义存立之旨趣，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条规定修正本条。又本条所称‘习惯’系指具备惯行之事实及法的确信，即具有法律上之效力之习惯法而言，并予指明。”^[29]只不过，对于“法律”，台湾通说依然采狭义理解。

“上有所好，下必甚焉”传达的信息是，踵步者往往犹有过之。所谓物权法定的僵化，也许只是继受者变本加厉的结果。如果一方面坚持物权法定，另一方面却仅提供极少的物权类型供当事人选择，同时对“法律”采取最严格解释，僵化局面之出现，几乎也就成为必然。

以“民事基本制度”“只能制定法律”为由，否认行政法规规定物权类型的合法性，看似对民事权利的极大尊重，但这种理解也许不过是一厢情愿。^[30]根据《立法法》，“只能制定法律”的是民事“基本制度”。所谓“基本制度”，宜应理解为有关民事权利义务的框架性体系性制度规定，诸如《合同法》《物权法》《侵权责任法》乃至正在编纂的《民法典》即属此列，并不意味着，但凡涉及民事权利，均须由“法律”规定。事实上，《立法法》第9条已作明确规定：“本法第8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，但是有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项除外。”有关民事权利的事项并不在“除外”之列。与之相应，我国法律体系中，大量民事权利为行政法规所规制，如《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》《城镇集体所有制企业条例》《人体器官移植条例》《基金会管理条例》《储蓄管理条例》《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》等等，至于其他对民事权利具有实质影响的各类管理条例乃至部门管理办法，更是俯拾皆是。泛泛而言，几乎所有民事权利均与国家管制相关，在此意义上，几乎所有涉及国家管制的法规，皆直接或间接对民事权利作出规制，声称“民事权利”或者“对民事权利的限制”必须由“法律”规定，既不现实更无可能。^[31]

再者，日本、民国(台湾地区)均认为，违反物权法定，系强行法之违反，除非有其他效力规定，否则

[28] 主要批评理由是，如此宽泛笼统的但书，将令物权法定形同具文。梁慧星、陈华彬：《物权法》，法律出版社2010年版，第71页。杨立新教授则仍然主张恢复《物权法》“五草”规定，以之为缓和物权法定之手段。参见杨立新：《民法分则物权编应当规定物权法定缓和原则》，载《清华法学》2017年第2期。

[29] 陈聪富主编：《月旦小六法》(第19版)，元照出版有限公司2015年版，第3-84页。

[30] 《立法法》第8条第8项的官方解释是：“为保证国家经济和社会生活的和谐、有序，维护和促进国内市场的统一，对事关全体社会成员利益和国内市场统一的重要民事制度，必须由最高国家权力机关统一立法。”郑淑娜主编：《〈中华人民共和国立法法〉释义》，中国民主法制出版社2015年版，第44页。该解释并未显示，作此规定存在尊崇民事权利本身的考虑。

[31] 已有学者主张直接对物权法定之“法”作扩张解释。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。

应属无效。^[32]此亦我国学者之认识。^[33]依《民法总则》第153条之规定,导致法律行为无效者,除违反狭义法律外,尚包括违反行政法规之情形。由此可知,行政法规无妨为当事人确立不得违反的强制规范。^[34]法定物权之强制规范,与其他对于民事权利的限制相较,并无特别之处,单就物权类型不许行政法规作出规制,其理何在,令人费解。^[35]在物权法定框架下,即使仅仅考虑与《民法总则》第153条协调,亦至少应当允许行政法规创设新的物权类型。况且,更多法律类型创设更丰富的物权类型,意味着当事人拥有更多选择自由,此恰可降低物权法定的僵硬性。

无论如何,将物权法定的“法”限缩为狭义法律,正当性固然值得怀疑,更与我国立法现状扞格不入。就目前状况而论,物权法定之“法”的狭义解释,实质影响主要存在于司法解释领域。虽然法释〔2009〕14号《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件法律文件的规定》将司法解释置于“法律”及“法律解释”同一序列,但在物权法定问题上,最高法院反应可谓迅速而自律。例如,房屋承租人的优先购买权,“民通意见”第118条曾予之以物权(绝对)效力:“出租人出卖出租房屋,应提前三个月通知承租人,承租人在同等条件下,享有优先购买权;出租人未按此规定出卖房屋的,承租人请求人民法院宣告该房屋买卖无效。”由于1999年《合同法》第230条未规定“承租人请求人民法院宣告该房屋买卖无效”之内容,2008年12月24日,“民通意见”第118条为最高法院“关于废止2007年底以前发布的有关司法解释(第七批)的决定”所废止,原因是“与物权法有关规定冲突”。此“有关规定”,即是《物权法》第5条。继而,2009年“房屋租赁合同解释”第21条则正面明确先买权的相对效力:“出租人出卖租赁房屋未在合理期限内通知承租人或者存在其他侵害承租人优先购买权情形,承租人请求出租人承担赔偿责任的,人民法院应予支持。但请求确认出租人与第三人签订的房屋买卖合同无效的,人民法院不予支持。”

不过,严格而论,上述承租人先买权之规范变迁并非典型,其所体现的,更多是下位法(司法解释)不得抵触上位法(《合同法》)的原理。如前文所述,及于第三人的绝对效力须法有明文,《合同法》未予承租人先买权以第三人效力,即意味着无此效力,无论《物权法》第5条是否存在,均无差别。

真正检验物权法定对于司法解释影响的,是法律所无而司法解释独有之情形,如此方可检验司法解释能否创设物权类型。“典权”为之提供了检验样本。典权原为最高法院《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》(1984年)第58条与《民通意见》第120条所规定,一般视其为物权,但《物权法》

[32] 唯《日本民法典》仅在第90条规定法律行为违反公序良俗无效,违反法律禁令的法律行为有效性问题,则未提供一般规则,为救其穷,不得不将法律禁令嫁接至第90条的“公共秩序”概念之下;而我国台湾地区“民法”第71条则规定:“法律行为,违反强制或禁止之规定者,无效。但其规定并不以之无效者,不在此限。”两相对照,在解释适用物权法定条款时,我国台湾地区“民法”的规则体系似略胜一筹。参见[日]我妻荣著、有泉亨补订:《新订物权法》,罗丽译,中国法制出版社2008年版,第29页;[日]我妻荣:《新订民法总则》,于敏译,中国法制出版社2008年版,第246-250页;刘志馥:《民法物权编》,中国政法大学出版社2006年版,第14页;王泽鉴:《民法物权》(增订2版),王慕华发行,2016年版,第45页;郑玉波著、黄宗乐修订:《民法物权》(修订18版),三民书局2014年版,第30页;谢在全:《民法物权论》(上册)(修订5版),中国政法大学出版社2011年版,第35页。

[33] 参见梁慧星、陈华彬:《物权法》,法律出版社2010年版,第69页。

[34] 在更一般的意义上,强调私法强制规范的法源位阶,该思考路径与规制方式本就值得商榷。参见朱庆育:《〈合同法〉第52条第5项评注》,载《法学家》2016年第3期。

[35] 石佳友教授从另一个角度提出质疑:“行政法规和地方性法规可否创设物权?从严格解释的角度来看,答案似乎是否定的,因为物权法定原则在于确保法律的可预见性价值,应该尽量避免其他法律渊源行使来创设物权,因为第三方往往可能事先并不知晓这些法律渊源所可能创设的物权。但是,从法律允许的实际来看,很难完全禁止行政法规和地方性法规在某些特定的领域、特定的地域创设某些特殊的物权类型。”王利明主编:《中华人民共和国民法总则详解》(上册),中国法制出版社2017年版,第483页(石佳友)。法律的可预见性如果可以成为理由,同样适用于其他对民事权利作出限制的强制规范。

颁行后,在第5条的制约下,典权遽然失去物权地位。

为缓和物权法定的僵硬性,一些学者主张借鉴域外经验,将习惯法纳入其中。^[36]此建议殊值认同。由于物权法定“只是禁止通过当事人的个别合意创设对第三人有效力的法律地位”,习惯法并未与之抵触,加之习惯法系直接自民众交往习惯中抽取而来,向下可贴近民众交往需求,向上可为制定法物权类型提供资源,因此习惯法不仅可防止物权法定僵化,更可称理想的法定物权形成渠道。

根据罗马法传统,习惯而成为法,须具备三项要件:第一,长期稳定的习惯(longa consuetudo);第二,普遍的确信(consensus omnium);第三,观念上以其为具有法律拘束力之规范(opinio necessitatis)。^[37]此三项要件皆属实质判断,如果没有一个密切关注法律实践并具有足够权威的判断者,习惯法无法被识别。德国法上,权威的识别者是法官,习惯法之形成,须借助法官的法律续造活动,故德国学理又称之为法官法。习惯法足够稳定后,可俟机纳入制定法,如2002年债法现代化法之前的缔约过失与积极侵害债权等制度。^[38]以法官为媒介,可维持法律交往与制定法沟通渠道之畅通。

我国自1949年后,缺乏司法个案造法的传统,司法造法职权被收归于最高法院,并且主要以抽象条文的司法解释体现。近年来,最高法院尝试推行案例指导制度,而司法解释的合法性亦已得到《立法法》(第104条)明确认可,此可利用为习惯法之形成机制,以指导案例与司法解释为习惯法形成之二阶段并以后者为其正式载体。如此,迄今尚存在于司法解释的典权,可视为习惯法创制的物权类型。

五、物权法定的规范效力

物权法定之规范价值,在于借助强制规范限制当事人法律关系之形成自由。此亦日台以禁止性规范表述物权法定的意义所在。不宁唯是,法律规范必指向某种法律效果,因此,仅仅规定某种行为受到禁止,该规范并不完整,还须显示:如果规范被违反,所涉行为效力如何?就规范意旨而言,当事人既然不得自行创设物权类型,亦不得创设与法定相异之物权内容,此类行为即不得发生物权创设之效力,否则,规范意旨将落空。换言之,当事人自行创设物权类型及物权内容之行为在物权法上无效。若物权法定之禁止规范如日、台般未显示法律效果,适用时,须与违法无效规范相结合。

不过,“无效”并不表示,违反物权法定之行为在任何情况下皆属无效。物权法定只存在于物权法领域,其所规制者,亦仅仅是私法行为在物权法上的效力,或者更明确地说,依据物权法定,相关行为只能被判定“在物权法上”无效,此领域之外,即超出物权法定之效力辐射范围。由此推断,若所涉行为具备其他法律领域(如债法)的效力要件,理当能够在相应法律领域获得效力,此亦物权法定不宜置于法典总则编之原因。

另值得注意者,违反物权法定禁令,固可笼统宣称行为无效,但类型强制(类型法定)与类型固定(内容法定)之违反,仍有细微差别。

关于类型法定。不符合物权设立要件(如不移转占有的质权),因而设定该物权的行为无效,未必表明该物权设定行为即归无效。除质权外,我国实证法上,动产担保性物权尚有动产抵押权,此类物

[36] 参见温世扬:《“民法物权编”修订中的几个重点问题》,载《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2018年第1期;陈华彬:《我国民法典物权编立法研究》,载《政法论坛》2017年第5期;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。

[37] Honsell, in: Staudinger/Eckpfeiler (2005), S. 35.

[38] Heinz Hü bner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl., 1996, Rn. 37.

权不以移转占有为要件,且不以登记为生效要件,因此,若当事人愿以无效的不移转占有之质权设定行为发生动产抵押效果,法无禁止之理。唯此效力转换,在技术上需要借助转介条款方显顺畅。在德国与我国台湾地区,担当此项转介任务的是总则编中的法律行为“效力转换条款”(德国民法典第140条、我国台湾地区“民法”第112条)。可见,物权法定之效力不仅在物权法上至关重要,还关涉民法典总则编法律规范如何设置之问题。简单的“物权的种类和内容,由法律规定”之表述,除能够宣示某种政策立场,似乎并不具有太大的规范意义。

关于内容法定。根据物权法定的规范意旨,当事人被禁止的,是创设与法定物权内容不相容的内容,当约定内容与法定内容部分相异时,涉及法律行为部分与整体之关系。例如,《物权法》第161条规定:“地役权的期限由当事人约定,但不得超过土地承包经营权、建设用地使用权等用益物权的剩余期限。”若当事人约定期限超过剩余期限,效力如何?《民法总则》第156条确立“法律行为部分无效整体无效”原则,由主张其余部分仍有效者负举证之责,^[39]若据此裁断,地役权期限约定将因超出法定期限而无效,地役权设定行为则将因期限约定无效而无效。然而,《民法总则》第156条原则之确立,以法律行为整体不可分为前提。一般而言,可认定地役权设定行为与期限约定不可分,很难想象地役权的有效设定建立在期限约定无效的基础上,因此,如果当事人无相反意思,期限约定之部分无效将导致地役权设定之整体无效。问题在于,期限约定本身是否不可分?换言之,部分期限约定无效是否导致整体期限约定无效?管见以为,一般情况下,同样很难想象当事人会坚持“或者全期或者全无”,此与《合同法》第214条第1款后句(“超过二十年的,超过部分无效”)关于租赁期限的效力规则道理相通,属于“无效部分具有独立性”之例外情形,排除《民法总则》第156条之适用,^[40]因此,违反《物权法》第161条(《物权编二审稿》第168条)但书规定,如果当事人无相反意思,应类推适用《合同法》第214条第1款后句,超过剩余期限时,仅超过部分无效。^[41]此意味着,当事人约定异于法定的物权内容时,应根据规范意旨与当事人意旨作具体考量,难以一概而论。

六、结论

体例上,物权法定应回归法典物权编,同时为贯彻限制私人形成自由之规范意旨,应表达为针对私人的禁止规范,而非针对公权力的授权规范。具体表述上,“法”之外延,应作宽泛界定,但凡有权为私人设置强制规范者,皆在其列。同时,物权法定之禁止规范若未显示法律效果,系不完全规范,需参引另一效果规范方可适用,适用时,应以禁止规范之规范意旨为准据。鉴于参引适用易生误差,物权法定亦可设计为包含构成要件与法律效果之完全规范,可考虑的表达如:“当事人违反制定法或习惯法,创设新的物权类型时,其创设行为无效;约定异于法定之物权内容时,以制定法或习惯法未有其他规定为限,其约定无效。”

(责任编辑:马长山)

[39] 参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2016年版,第311页。

[40] 参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2016年版,第311、312页。

[41] 欲避免类推,《物权法》第161条(《物权编二审稿》第168条)应增加法律效果之规定:“超出剩余期限的,超出部分无效。”