



#### 论文精粹

[> 法理学论](#)[> 部门法哲学](#)[> 学术书评](#)[> 法苑随笔](#)[您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读正文](#)[> 论文精粹](#) 

## 杨立新：物权法定原则缓和与非法定物权

admin 发表于： 2008-08-30 08:16 点击： 562

**【关键词】**： 物权法定/缓和/非法定物权

**【内容提要】**：在坚持物权法定的原则下，实行物权法定的缓和也是物权立法的趋势，否则，严格固守物权法定原则，物权法就会脱离市场经济发展的需求，可能会扼杀新兴的物权，阻碍市场经济的发展。因此，《物权法》在奉行物权法定原则的同时，也应当实行物权法定的缓和。

我国《物权法》规定物权法定原则，究竟要严格到什么样的程度，是一个较大的问题，一直争论不休，从立法草案的条文设计上，是坚持较为严格的物权法定原则。但是，从《物权法草案》第五次审议稿开始，规定了较大程度的物权法定缓和。这是一个聪明的决策，是物权立法的一个杰作。

### 一、对典权和居住权以及非典型担保物权究竟应当采取什么态度

在历来的《物权法草案》中，争议最大的，莫过于如何规定用益物权中的典权和居住权了。

典权是一个物权，是无可否认的事实。但是，《物权法》究竟是否规定典权，却有着极为曲折的过程。主张规定典权的大有人在，反对规定典权的也不在少数。而立法机关对典权有些不见，在关键的时候删除了典权的内容。可是，如果不规定典权，那么，按照物权法定原则，典权就有可能在我国的物权法体系中被排除出去，将不再作为物权对待。可是，在现实社会生活中，典权确实存在其必要性，个人购买的商品房，如果暂时不使用，既不想出租给他人使用给自己添麻烦，又不想卖给别人而使自己丧失产权，这时最好的方法就是典出去，既没有对出租房进行管理修缮的麻烦，将来想赎回就赎回，不想赎回就绝卖，都可以。因此，中国人的老祖宗创造出来的这个物权，具有极大的灵活性，可以满足产权人的特殊需求，是中国特有的物权制度，是固有的中国物权种类。如果《物权法》不规定典权为物权，真的是很可惜的。可是，典权的命运就是这样的凄惨，几经几出了，最终《物权法草案》还是舍去了典权的规定，因此引起很多学者的不满，这种不满的含义就在于实践的需要和历史的遗产。那么，删除了典权，就意味着中国的物权法不承认典权是物权，如果民间出现典权的约定，那么就只能认为其是债权，按照债权的规定适用法律。这是我们在《物权法草案》删除了典权之后所能够想出来的办法。

居住权也是这样。开始的《物权法草案》并没有关于居住权的规定，后来，立法机关接受专家的建议，写进居住权，受到了欢迎。但在删除了典权的规定之后，单单规定居住权则受到专家学者的质疑：重要的典权不规定，却规定不那么重要的居住权，是不是在物权种类的取舍上有问题呢？

在非典型担保物权的问题上，也同样存在这样的问题。关于担保物权的部分，《物权法草案》只规定了抵押权、质权和留置权，没有规定其他非典型担保物权，例如让与担保、所有权保留和优先权。这些非典型担保物权，有的是在其他法律中有明确规定，例如某些优先权；有的是在实践中一直在运用，有较为成熟的规则，并且取得了很好的社会效果，例如所有权保留在分期付款买卖中的运用，让与担保在某些不动产交易中的应用。物权法对此没有规定，还算不算物权呢？

综上所述,如果《物权法》不规定这些建筑物的用益物权以及非典型担保物权,而且《物权法》又特别强调物权法定,实行严格的物权法定原则,那么,这样的非典型担保物权就不能认定为物权,就不能适用《物权法》的一般规定,其物权的效力就难以发挥。学者和专家之所以对此忿忿不平,总是想将这样的一些物权种类规定进去,就是因为《物权法》是否规定这些物权,关系到这些物权的生死存亡,它所涉及到的不仅仅是我国物权种类的完备还是不完备,更重要的是如果不承认这些物权是物权,那么在实践中,就会因为《物权法》规定的物权种类不足而影响我国社会经济发展,可能会出现较为严重的问题。

## 二、物权法定原则缓和是解决非法定物权问题的一剂良药

面对这个复杂而且重要的问题,立法机关采取了灵活的立法方法,从根本上解决了这个问题。即在《物权法草案》中规定了物权法定原则的缓和。2006年8月18日,全国人大常委会第五次审议《物权法草案》。这一次的物权法草案与以前的草案相比,内容有了很大的改动,其中,最有价值的一个改动,就是规定了物权法定原则的缓和。这一举措可以称之为一个立法的杰作,是妥善解决建筑物用益物权和非典型担保物权存在的上述问题的一剂良药。这就是《物权法草案》五次审议稿第3条的规定:“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26日《物权法草案》第六次审议稿第5条规定了上述内容。

确立了物权法定原则的缓和,就等于承认了上述争议的物权是非法定物权,而不是非物权。这就把上述非法定物权被判处“死缓”的命运上解放了出来,可以自由地存在并发挥作用了。

物权法定,是物权法的基本原则之一,我国物权法应当规定这个原则。实行物权法定原则,就必须实行物权类型强制和物权类型固定,要求物权立法和当事人实施设定物权的行为必须遵守以下规则:第一,物权的种类和类型必须在物权法中明确规定,让民事主体在设定物权时有明确的依据。司法机关在适用法律的时候,应当遵守“类型强制”的规则,严格按照法律规定的物权种类确定物权。第二,法律规定物权的内容应当尽量全面,避免在民事主体设定物权时对该种物权的内容约定不清。当事人在设定物权的时候,如果约定的物权内容超出了法律规定的内容,法院应当确认其约定无效,而应当按照法律规定的该种物权内容认定。第三,随之而来的,就是当事人在设定物权行为时,应当遵守类型强制和类型固定的规则,按照法律的规定设定物权种类设定物权的内容,而不能自行其是。但是,由于市场经济的迅速发展,在坚持物权法定的原则下,实行物权法定的缓和也是物权立法的趋势,否则,严格固守物权法定原则,物权法就会脱离市场经济发展的需求,对应当确认为物权的权利,由于立法的滞后而无法承认其为物权,可能会扼杀新兴的物权,阻碍市场经济的发展。因此,《物权法》在奉行物权法定原则的同时,也应当实行物权法定的缓和。

物权法定原则的缓和,就是指物权法定原则固然为确定物权类型和内容永久符合社会需要的理想,但是在事实上却存在理想和现实的距离问题。立法总是反映立法当时对社会规律的认识,存在历史的局限性;对于未曾发生的历史现象,立法也永远存在实践的局限性;立法也是各个具体时代的产物,各个时代立法者的认识能力也具有自己的局限性。这些局限性必然导致在法律上留下缺漏,使法律不能穷尽一切社会生活现象。同时,社会总是在不断的发展,新的需求也在不断产生。在这样丰富多彩、日新月异的社会生活面前,物权法定原则受到严峻考验,需要进行检讨,不能过于僵化,需要缓和。这就是实行物权法定原则以后提出的物权法定原则的缓和问题。

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,典权当然具有物权特征,那么就当然地将其视为物权了。尽管居住权的规定也从《物权法草案》中拿掉了,但是,实践中出现的居住权,法律将其视为物权,当然也就没有什么争论了。其他的还有让与担保、所有权保留以及优先权等,难道还有再争论的必要吗?没有了,问题解决了。这就是,我们在前边所提到的典权、居住权、优先权、让与担保和所有权保留等,都是重要的物权形式,法律是都应当有明确规定的。但是,由于有了物权法定缓和的规定,在《物权法》中不作具体规定,这些具有物权特征的权利也都是物权,是非法定物权,当然也就不再争吵和争论了,因为它们都可以获得物权的地位了。

在《物权法草案》没有进行本次讨论之前,立法专家就提到了物权法定缓和的修改意见。笔者当时是极力赞成这个

规定的,并且赞扬说,这就是物权法定原则缓和的一个立法杰作,其价值是不可低估的。它不仅解决了上述这些物权的法律地位的确定问题,而且还给其他物权发展以更大的空间,使物权法具有了更为灵活的弹性和包容性。在这样的法律原则之下,物权法具有了开放性,能够适应市场经济的发展需要,不仅对于非法定物权,而且即使是市场经济有新的设置物权的要求,开放性的物权法也能够发挥其弹性的作用,确认其为物权,适应社会的发展,推动社会的进步。

### 三、《物权法》实行物权法定原则缓和的具体对策

应当看到,我国《物权法》实行物权法定原则缓和,原因还不是我们对这样的一些物权认识的局限性,或者还没有发现这种物权,而是明确它们属于物权的性质,但是由于立法不想规定更多、更复杂的物权种类,因此,才将非法定物权不加以规定。这大概是我国立法机关一直奉行的立法原则,就是立法要简明扼要。在《物权法草案》第六次审议稿中,可以数出来的物权,除了所有权之外,用益物权就是土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权和地役权,担保物权就是抵押权、质权和留置权,除此之外,其他的物权都没有规定。这些规定的都是最典型的用益物权和担保物权。换言之,立法不想规定这些非典型的物权。

应当说,这样的立法方法是不够好的。立法的时候,已经明确的物权,已经确定在生活实践中存在的物权,就应当在法律中规定,仅仅强调立法的简洁而不加以规定是不对的。不过,现在有了物权法定原则的缓和,就可以较好地解决这个问题了,基本上解决了物权种类立法不足和物权法定原则之间的矛盾。因此,在《物权法草案》通过立法成为正式的法律之后,应当特别注意采取以下对策:第一,注意对非法定物权的立法研究和适用。非法定物权在有些法律和法规中是有规定的,有的已经规定了它们的基本规则。对于这些法律和行政法规,应当特别加以研究,在司法实践中准确进行适用。第二,民法理论研究者应当特别注意对《物权法》没有规定的非法定的用益物权、担保物权加强理论研究,详细描述这样一些非法定物权的法律特征,确定这些非法定物权的具体规则以及保护措施,能够形成完善的非法定物权的理论体系和规则体系,为司法提供帮助,为将来的立法提供参考。第三,各级司法机关在民事审判活动中,应当特别注意积累审判经验和典型案例,将理论研究成果与具体的司法实践经验结合起来,注意解决具体非法定物权纠纷的特点和规律,总结处理这类纠纷的实践经验,不断丰富和完善非法定物权的法律适用规则体系。第四,物权法定原则的缓和,给最高人民法院制定关于非法定物权法律适用的司法解释提供了广阔的空间。因此,最高人民法院应当对各地法院审理非法定物权纠纷案件的审判经验进行总结和提高,运用民法学界研究非法定物权的理论作为指导,对新出现的物权规则进行探索和研究,确定这些物权行使的具体规则,以及对这些物权进行保护的方法,适时地作出有效的司法解释,指导全国法院的非法定物权纠纷的审判工作,防止在非法定物权纠纷处理上出现大的偏差。第五,立法机关应当不断进行研究和总结,对非法定物权的体系进行梳理和总结,在时机成熟的时候,例如在编纂民法典的时候,应当将成熟的非法定物权规定进去,使之成为典型物权,在社会生活中发挥更大的作用。

出处:《法学论坛》2007年第1期

