

厦 门 大 学 法 律 评 论

XIAMEN UNIVERSITY LAW

厦
门
大
学
法
学
院



- 物权法定主义松动下的民事财产权体系
- 经济全球化与外国判决承认和执行的互惠原则
- 公益诉讼与当事人适格之扩张
- 日本侵权行为法中的因果关系理论述评
- 日本股东大会召集权制度及其对我国的启示
- 论有限责任公司股东除名

第8辑 Vol.8

厦 门 大 学 出 版 社

X I A M E N U N I V E R S I T Y

厦 门 大 学 法 律 评 论

厦 门 大 学 法 学 院

第8辑 Vol.8

厦 门 大 学 出 版 社

《厦门大学法律评论》编委会

丁丽瑛 古祖雪 齐树洁 李 琦 朱崇实
陈 立 陈 动 柳经纬 徐崇利 曾华群 廖益新

主编：柳经纬

编辑：李晓龙 孙丽岩 钟瑞栋

图书在版编目(CIP)数据

厦门大学法律评论. 第8辑/柳经纬主编. —厦门: 厦门大学出版社,
2004. 12

ISBN 7-5615-2362-9

I. 厦… II. 柳… III. 法学-研究-文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 031096 号

厦门大学出版社出版发行

(地址: 厦门大学 邮编: 361005)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

福建沙县方圆印刷有限公司印刷

2004 年 12 月第 1 版 2004 年 12 月第 1 次印刷

开本: 635×965 1/16 印张: 28.5 插页: 2

字数: 432 千字 印数: 0001~2000 册

定价: 28.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

目 录

【专论】

物权法定主义松动下的民事财产权体系

——再探大陆民法典的可能性…………… 苏永钦(1)

经济全球化与外国判决承认和执行的互惠原则…………… 徐紫利(43)

登记之公信力:不动产善意取得制度…………… 叶金强(73)

论国际强行法的演进…………… 邱冬梅(124)

【判解研究】

公益诉讼与当事人适格之扩张

——《乌苏里船歌》案评析…………… 齐树洁 苏婷婷(150)

鲁某信用证诈骗案评析…………… 黄冬生(172)

【域外法】

日本侵权行为法中的因果关系理论述评…………… 周江洪(185)

台湾地区组织犯罪的发展轨迹与防治对策…………… 周洪亮 李 成(223)

接近正义与人权的司法保护

——欧洲人权法院相关实践的启示…………… 陈洪杰(257)

日本股东大会召集权制度及其对我国的启示…………… 刘永光 陈碧珍(283)

【调研报告】

外来妇女权益保障现状与对策研究报告

——以福建省厦门市为例..... 蒋 月等(302)

关于思明区人民法院落实“司法为民”措施

的调研报告 厦门市思明区人民法院
厦门大学法学院联合课题组(350)**【学位论文】**

滥用诉权及其法律规制研究..... 张海滨(379)

论有限责任公司股东除名..... 刘炳荣(421)

Table of Contents

Treatises

- On the System of Civil Property Rights under
the Condition of the Flexibility of the
Doctrine of Numerus Su Yongqin(1)
- Globalization of Economy and Reciprocity Doctrine
of Recognition and Enforcement of
Foreign Judgements Xu Chongli(43)
- On the Public Confidence of the Registration;
the Innocent Purchase of the Real Rights Ye Jinqiang(73)
- On the Evolution of the Mandatory Rules
of International Law Qiu Dongmei(124)

Studies on Cases and Commentaries

- The Public Interest Litigation and the Expansion of
Qualification for the Proper Party—Comments on
the Case of “Wusuli Boat Song” Qi Shujie, Su Tingting(150)
- Comments on Lu’s Cheating Case
on Letter of Credit Huang Dongsheng(172)

Foreign Law

- Comment on Causation in the Tort Law
of Japan Zhou Jianghong(185)

The Development and Countermeasures of

the Organized Crime in Taiwan Mo Hongxian, Li Cheng (223)

Access to Justice and the Judicial Protection

of Human Rights Chen Hongjie (257)

On the Right of Convening of Shareholders'

Assembly in Japanese Company Law and

Its Significance Liu Yongguang, Chen Bizhen (283)

Findings Report

A Study on Current Protection Situation

of Rights and Interests to Immigration Women

in Cities—Investigation Report from Xiamen

as an Example Jiang Yue, etc. (302)

An Empirical Study about the Practice of

"Judicature for the People" in Siming

People's Court of Xiamen Siming People's Court of Xiamen

and Xiamen University Law School (350)

Dissertation

On Abuse of Litigious Rights and Its

Legal Regulations Zhang Haibin (379)

On Expulsion of the Shareholders of

A Limited Company Liu Bingrong (421)

《厦门大学法律评论》第8辑
厦门大学出版社2004.12版
《物权法定主义松动下的民事财产权体系》
第1页~第42页

物权法定主义松动下的 民事财产权体系

——再探大陆民法典的可能性

苏永钦*

目次

- 一、再访物权法定主义
- 二、法定主义已经松动
- 三、建构新财产权体系

中国大陆现阶段投入民法典立法的努力,主要当然是着眼于如何响应市场经济发展的需要。但无论从它将成为世界最大经济体的现实角度,或它的民事法制是在一个相当初阶的实定法基础上全盘重建来看,尝试一些新的可能性,乃至引导某些新的发展,毋宁都是很自然的想法。对中国民法学者而言,这当然是极大的挑战。这篇文章延续去年这个时候所做的对于民法典的整体思考,在基本上肯定了民法典的时代意义以后^①,进一步对于决定法典体例最关键的民事财产权体系,提出一些补充的看法。笔者认为,物权法定主义是导致许多重要民法典在体例上把债与物分开规范的最主要

* 苏永钦:台湾政治大学法律研究所教授。

① 苏永钦:《民法典的时代意义》,《月旦民商法杂志》2004年第3期,第111~130页。

的前提决定,因此当物权法定主义在台湾的理论与实践,一如某些国家^②,已经开始松动以后,对于大陆民法典的体例如何建构,应该有一定的参考价值。因此本文第一节先对这个民法政策重新作一番检视,第二节以台湾物权法的发展为例,观察松动的现象和原因,第三节再从一个新财产权体系出发,对大陆民法典的体例提出一些不同的思考。

一、再访物权法定主义

(一)无法回避的物权概念争议

物权法定主义是许多国家民法采取的原则,但要做任何有意义的讨论,恐怕不能不先厘清物权的概念。

立法上就给物权下一个明确定义的国家不多,《奥地利民法》第307条规定:“物权为得对抗任何人之个人财产上权利。”凸显的是物权“对世”(erga omnes)特性,与某些强调物权直接支配性的学说,有着微妙的不同^③。前说把物权和债权放在一样的对人的范畴,而强调债权所无的对世性,认为直接效力可以从其排他性间接导出。后说刚好相反,把物权和债权放在一样的资源利用的功能范畴,但强调物权有不同于债权的直接支配性,认为排他只是从直接性导出的效力。瑞士民法的通说,则同时强调对物的直接支配性和排除第三人的权能^④。何者为本质,何者仅为效力,这样的争执看起

② 德国学者的检讨可参 Wolf, Manfred, Beständigkeit und Wandel im Sachenrecht, NJW 1987, pp. 2647~2652; Dubischar 称此趋势为财产法的债法化(Verschuldrechtlichung des Vermögensrechts),参阅 Alternativ Komm. zum BGB vor § 241ff. Rn. 14.

③ 比如瑞士的著名物权法学者 Peter Liver, 参阅所撰 Das Eigentum, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. V, Sachenrecht, 1 Halbband, 1977, 9.

④ Meier-Hayoz, Arthur, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bd. IV, Das Sachenrecht, 1 Abteilung, Das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und allgemeine Bestimmungen, Art. 641~654 ZGB, 5A., 1981, N. 235ff.; Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 10 A., Zürich, 1986, 549.

来似乎没有太大的实质意义^⑤。权利可否定位为物权,仍必须个别检视它有没有完整的物权效力,而不能只看它的“本质”部分,如果没有完整的效力,我们往往就只称之为有某种“物权效力”的财产权,比如因为“台湾民法”第425条“买卖(让与)不破租赁”的规定,承租人得以其租赁权对抗受让人,但在一物两租的情形,先取得租赁权者仍不得优先于后取得租赁权者,租赁权只取得了物权的追及效力,却没有物权的优先效力。此外,租赁权人除了基于占有事实可排除他人对于占有的妨害外,也不能基于租赁权而对于他人其他妨害租赁权的行为提出排除的请求,显然他没有取得完整的直接支配和排他的权能,因此不是物权。反之,“台湾民法”第426条之二赋予基地承租人、所有人对于基地、房屋的优先承买权,就优先承买的先取权(Erwerbsrecht)性质而言,该条第三项赋予优先承买权人对抗所有权移转登记的效力,即已取得了完整的效力,法条看起来虽只是一种“对抗效力”,其实就已经是一种物权。另一方面,多数民法都给了物的占有人完整的排除妨害请求权,但除了日本^⑥,几乎都不认为占有是一种物权,德国联邦法院认为占有人的物上请求权,只是立法者基于维护和平秩序的考量赋予占有人的暂时性权能,因此只有物上请求权,并没有独立的本权。从而尽管有租赁权所无的排他性,反倒不受侵权行为法的保护^⑦。

物权的多样性,使得要下一个统一而指涉精确的定义,不是很容易的一件事。可能就因为从效力的特征去界定不容易周延,德国和奥地利的多数学者现在都采用 Harry Westermann 的“定分”(Zuordnung)说^⑧,从体系功

⑤ 台湾学者的定义可参见谢在全整理的《民法物权论》(上册),2003年第2版,第20~22页,注1;大陆学者的定义争论则可参尹田:《论物权的定义与本质》,中国商法律网—民事法学, www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp, 造访时间:2004年11月1日。

⑥ 我妻荣:《日本物权法》,台湾五南图书1999年版,第420页。

⑦ 苏永钦:《侵害占有的侵权责任》,《私法自治中的经济理性》,中国人民大学出版社2004年版,第67~83页。

⑧ 如 Baur/Stürner, Sachenrecht, 17A., 1999, 6; Schwab/Prütting, Sachenrecht, 28A., 1999, 3; Wieling, Sachenrecht, 3A., 1997, 5; Müller, Sachenrecht, 3A., 1993, 1.

能的角度去认知物权,换言之,物权和同样有绝对性的人格权、知识产权一样,属于一种定分的权利,也就是一种“财物”的定分权,从而不同于无关客观财产秩序的定分,只处理特定人间相对关系的债权。因此也有人说,债法是“关系规范”(Beziehungsnormen),物法则为“定分规范”(Zuordnungsnormen)^⑨。债权停留在特定主体间的关系,本质上是隐匿的,无关任何第三人,物权则从这样的关系独立出来,而且公开化,变成就特定财物对所有人都有某种潜在规范效力的权利。从相对的关系到绝对的权利,如果不是基于国家公权力的分配的话,一定需要权利主体间比较特别的安排,物权行为也就有了想像空间,德国民法对于仅及于相对关系的交易称为“约定”(vereinbaren),“负有义务”(sich verpflichten),对于会造成定分改变的交易,则会用“设定”(bestellen),“处分”(verfügen),从形成相对关系到形成财物的定分,这中间的改变,不只需要一定的公示而已,怎能没有特别的合意?

仔细看德国和台湾地区的民法典,会发现关系和权利的切入点确实标示了债和物的基本差异。德国民法第二编是“债之关系法”(Recht der Schuldverhältnisse),第三编则是“物权”(Sachenrecht,也兼有物法之意),“台湾民法”的第二编是“债”,第三编则称“物权”,债编各章从债之发生到消灭,规定的都是债的关系,而不强调债权。债权(Forderung)和债(Schuldverhältnis)虽然是不同的概念,但即使在德国,也常常被混用^⑩。另一方面,物权人之间何尝没有特别的关系,比如地上权人和所有权人之间,约定设定地上权的原因契约,未必到了设定地上权之后就全无意义,实务上通常还会有关于地上权设定后的权利义务关系,一直到地上权消灭对所有人 and 地上权人都是重要的规范^⑪。有时候因为物权间在功能上的必要关联,还“必须”维持债的关系来调和物权关系,共有人间的分管契约就是最好的例子,民法没有强制共有人间订立分管契约,但公寓大厦管理条例就强制

^⑨ Koziol/Welser, Grundrisses bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 10A., 1996, 5

^⑩ Hadding, Walther, Schuldverhältnis, Forderung, rechtlicher Grund, in: FS Karl Kroeschell, 1997, p293~308.

^⑪ 德国实务可参见 v. Oefele, Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 3A., 2003, p125~210.

区分所有人组成会议订定规约。德国法把这类物权周边的债权关系称为“伴随性债之关系”(Begleitschuldverhältnis)^⑫。惟不论如何,源于相对性的债之关系的债权,本身也只有相对的效力,多数的情形会和债的关系保持密切牵连,债权不是不能独立于债的关系,比如让与给第三人,此时原有债的关系或者继续存在,或者已无实益。物权则一旦设定,就取得了独立的地位,基于物权的对世效力(定分的效力),民法物权编自然就把重点放在独立出来的物权,而忽略可能仍然存续的相对关系。债编规定了各种之债,内容是源于契约、单独行为(如台湾法上的指示证券、德国民法上的悬赏广告)或法律规定的各种债的关系,物权编则规定了多种物权,各有所偏。

但把关系和权利对立起来也容易引起误解,因为精确的说,权利何尝不是关系?债权和物权都是从一定关系中发展出来的小关系,只不过债权保持其相对性,因此通常留在债的大关系内,即使切割出来,也是藕断丝连。物权则因为属定分权——通常是基于定分的合意(处分)——而从相对的关系独立出来,即使原始的关系仍可能存续,但和切割出来的物权也只是并存而已^⑬。唯有如此理解,才更能掌握物权的多样性。直接支配权的想像,很容易就忽略了由“物”方负担一定义务的情形。德国法上的一般人役权(第1090条),除了对特定物为一定利用的类型外,还包含特定物所有人不为一定利用的类型,比如土地不做工业使用。台湾民法继受的地役权,也包含这样的类型^⑭,故役权的设定实际上是切割了特定人对特定地“各时”(jeweiliger)所有人,或特定地“各时”所有人对特定地“各时”所有人的请求利用关系,包括权利人的利用,或义务人的不利用。德国还有一种人役或地役性质

^⑫ Amann, Hermann, Leistungspflichten und Leistungsansprüche aus Dienstbarkeiten, Ein Beitrag zur Lehre vom Begleitschuldverhältnis, DNotZ 1989, p531~562.

^⑬ 债权同样可以通过让与的合意从债的关系切割出来,这种切割因为直接造成权利的变动,而不只是负担,故性质上也是“处分”,不过因为债权本身的相对性,法律不要求债权让与的公开,从而受让人也不能请求交易的善意保护,而最后这种处分仍然不发生在整个财产权秩序的“定分”的效果。所以私人的定分行为一定是处分性质,但处分行为倒不限于定分性质。

^⑭ 苏永钦:《重建役权制度——以地役权的重建为中心》,载《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版,第271~299页。

的土地负担(Reallast)权,是让特定人或特定地的各时所有人得享有特定地的收获物,实际上课以各时供役地所有人一定的收获物给付义务。这类役权都涵盖了他人的作为或不作为义务。

在财产权关系的“切割”上,台湾的物权法以永佃权和典权最有特色。永佃权的设定,同时课以权利人支付佃租的义务,佃租是永佃权上的负担,而不只是停留在原始关系的相对性给付义务。换言之,这个“物权”同时包含了“物务”(dingliche Leistungspflichten, Realobligationen),是物上的权利义务。土地所有人和永佃权人之间的设定契约,同时就土地所有权的耕作权能做了重新定分(由永佃权人享有),并把永佃权人的佃租给付义务也和土地做了结合(即物化 verdinglicht),此定分行为所作的“切割”,异于其他物权之处,即在同时把物以外的金钱给付债务也切进来了。因此永佃权不仅不是纯粹的“权”,也不是纯粹的“物”,不仅是物的定分,而且根本是围绕着特定物的“关系”的定分,完全打破了从直接“支配权”角度理解的物权,这样的合意,也许更适合用“物上合意”,而不只是物权合意来描述了。同样特别的是典权,和佃租不同的地方在于,典价的支付只是成立典权的要件,不是典权的负担。但典权不只是让权利人直接享有对不动产使用收益的权能,转典和优先承买的权能^⑮,还可以在出典人不行使回赎权时,直接取得所有权。因此出典人和典权人之间的典权设定契约,涵盖了部分所有权权

^⑮ 典权人的留买权在现行法下还只是相对性质的先买权,不能对抗受让人,修正案拟改为有对世性的权能。

能的让与,以及所有权本身的附条件让与^⑩。从关系切割的角度来看,无疑也是一种复杂的物权。

把物权理解为一种关系,对于抵押权这样的担保物权一再受到的质疑^⑪,也比较容易回答。此类物权享有的担保权能,不在物的有形的使用价值,而在物的无形的交换价值,从而常常不以占有为必要,且有高度的代位性,毁损以后还可以继续存在于所谓“变形”的物或权利上。这些有别于用益物权的特征,还不是问题的全部。先取权(Erwerbsrecht)同样不以占有为必要,支配的是处分对象的选择权能,一定程度也可以满足物权的效力特性,如德国民法上的先买权,也有人役(第1094条)和物役两种(第1103条)。更受到质疑的是担保物权的从属性(Akzessorietät),也就是除了少数例外——如德国民法第1191条的土地债务(Grundschuld),这个号称对物的权利都如影随形地跟在一个债权后面,换言之,从担保物权的对世性来看,固然和用益物权无异,担保物让与他人,抵押权随同移转,抵押权人对于抵押权妨害的排除,比如第三人的行为减损担保利益,也可以对其行使排除请求权。但另一方面,债权移转,担保物权也会随同移转,债权消灭,担保物

^⑩ 从这个角度来看“民法”第923条第2项典物所有权取得性质的争议,就应该是“继受取得”,典权人基于设典合意中的附停止条件让与而取得,地政机关依申请把典权涂销改变登记典权人为所有人,性质上只是宣示登记,其所有权移转的效力实源于当初的典权设定行为。至于典物上的抵押权存续,则依物权优先性法理,要视该抵押权发生于设典行为之前或之后而定,抵押权如先于典权,自不因典权人继受取得典物所有权而消灭,如后于典权,则已可预知典物所有权的附条件让与,解释上应认为除非得到典权人的同意,其优先受偿权应后于典权,而典权人取得所有权既有“实现担保”的实质功能,解释上在典权人取得所有权后,抵押权即应归于消灭(无可供受偿余额),并没有原始取得或继受取得的定性困难,学者间的争议可参见谢在全:《民法物权论》(中册),2003年第2版,第304~305页。

^⑪ 加贺山茂著,于敏译:《担保物权法的定位》,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第15卷),法律出版社2000年版,第476页。

权也跟着消灭^⑮。这种担保物权的切割,也不同于物权原始设计所构想的单纯支配权,而是连同手段目的的债权关系一起切割下来,以前例而言,即把一个三边关系——甲为了对乙的债权而在丙的土地上有抵押权,做了定分。不是严格意义的物的定分,而是与物相关的关系的定分^⑯。

民法上物权的多样性,使得物权实质上只能用一种“物上关系的定分权”来涵盖,而依个别情形,具有直接(追及、不可分)、排他(物上请求)、优先等效力。如果考虑到物权的标的实际上还扩张到权利(权利抵押权、权利质权等),则物权的定义必须再扩张到“一种物或权利上关系的定分权”,若再加上担保物权的代位性,以及物权的内涵除了一定的权能外,可能还有一定的负担,一如相对性的债权关系,从而和传统单纯利益的权利概念已经格格不入,只能称为一种法律地位(Rechtsposition),则其完整的定义应该是“特定物或权利,或其延伸的可特定物或权利,就其上的财产关系加以定分的法律地位”。惟债权关系中有债权债务,通常其债权仍有单独处分的可能,被切割成“物权”的“物上关系”,则原则上反而不能再单独“处分”其一部分的权能^⑰,除非这部分权能可以再做权利的分割,比如典权人将其典权设定抵押,或立法引进区分地上权后,普通地上权人同意所有人为第三人设定区分地上权(参照物权编修正草案第841条之一第2项),实质上无异于处分其

^⑮ 此一从属性不能和有因性(Kausalität)混淆,抵押权的设定行为在德国法和台湾法下仍然是无因的,也就是说约定设定抵押的原因行为纵使无效或被撤销,抵押权仍然不受影响。抵押权从属的不是设定抵押的原因行为,而是特定的债权,虽然这个债权和约定抵押的契约可能合一。比如甲银行贷款给某乙,借贷契约约定由乙提供抵押物,此时抵押权不因此一存在于借贷契约的约款无效而消灭(无因性),但借贷债权一旦消灭,抵押权当然归于消灭(从属性),故如无效的原因存在于整个借贷契约,抵押权仍然可能消灭,但原因不在设定抵押的原因消灭,而在抵押权担保的债权消灭。抵押设定的原因行为有时独立于借贷契约,比如由第三人某丙和债权银行作成为乙担保的契约,此时抵押权不因契约被撤销而消灭。

^⑯ 最高限额抵押虽打破了抵押权对个别债权的从属性,但并未使这样的抵押权变成较单纯的物权,实际上反而是把更复杂的法律关系做了对世的定分。

^⑰ 无涉重新定分的债权行为当然不受限制,比如典权人出租典物,通行地役权人与周围地所有人约定一年内不行使通行权。

地上权的一部分。仅仅从前面的分析就知道,各种物权切割出来的关系,其复杂的程度远超出特定人对特定物享有特定对世性权能的想像,事实上连权利人一方也可能有其不确定性,地役权这样主观属物—客观主物(subjektiv-dinglich-objektiv-dinglich)的权利,就是切割了一种主体和客体都“随物”而定的不确定关系,其内容可能为主体方的作为权,或客体方的不作为义务^②。

在厘清了物权的真实内涵后,我们就可以进一步检视物权法定主义的妥当性。

(二) 物权法定主义的合宪检验

首先,乍看之下,法定主义似乎是所有定分性质权利的宿命。但细思即知,人格权、身份权和知识产权的法定主义,都有和物权不同的理由,甚至可以从宪法的观点,找到不同的正当性基础。

同样界定人与人之间在社会上的法律关系,人格和身份上的权利,属于非财产秩序的定分,不同于知识产权和物权——前者中的人格权内涵除外。这个领域的定分有浓厚的价值性和伦理性,本来就不适于交易,且其规范性格源于社会既有的秩序(gegebene Ordnung),多于法律的建制(gesetzte Ordnung)。所谓法定,宣示的成分也更大于制定,即使是颠覆旧封建社会的革命,新创的诸如男女平等的身份权,也要拉高到宪法的位阶,不能和财产秩序定分权的法定相提并论,换言之,不是立法政策的决定。只有在古老的奴隶社会,人格可以分等,低等人格者可以成为交易的对象,自由创设对世性的“人上关系”也才可以想像。因此真正值得和物权做比较的是知识产权,两者同属财产秩序的定分,也都是由普通立法者基于政策考量做出种类和内容的决定,但其宪法上的正当性基础,仍有微妙的不同。为讨论方便,

^② 瑞士学者 Urs-Dominik Sprenger 曾就此做了非常详尽的分析,可参见: Die subjektiv-dingliche Verknüpfung als Verbindung zwischen rechtlicher Beziehung und Subjekt, insbesondere im schweizerischen Obligationen- und Sachenrecht, 1983(博士论文)。

以下先讨论物权法定主义合宪性问题^②。

“台湾宪法”在经济体制上,采取的是自由市场经济,市场经济的基本精神,就是让资源的生产、分配和利用,都分散由私人自己去计划,基本假设就是经由私人的自由竞争和交易,可以使资源达到最有效率的分配和利用。民法的任务,就是经由适当的制度设计,以最小的成本使这样的自由得到最大的实现。所以私法自治、契约自由就成了最高指导原则。“大法官”在最近的第576号解释中特别提到这一点:“契约自由为个人自主发展与实现自我之重要机制,并为私法自治之基础,除依契约之具体内容受‘宪法’各相关基本权利规定保障外,亦属(宪法)第22条所保障其他自由权利之一种。”很清楚地说明,台湾的民事立法者在做任何契约自由的限制时,必须先通过“宪法”的检验。

物权法定主义使物权的种类和内容必须依法律的规定,也就是德国学说所称的“类型强制”(Typenzwang)和“类型固定”(Typenfixierung),这是不是已经构成对契约自由的限制,应该是首先要确认的一件事。法定主义并未限制物权交易的“是否”与“对象”,就交易的内容而言,物权交易必以交易一方有物权,或至少有物权的处分权能为必要,否则不能作成有效的处分(“民法”第118条),这一点可说是基于“宪法”财产权保障必须坚持的原则——“任何人不得处分大于自己的权利”,财产权保障是市场经济另一个不可动摇的前提,契约自由也只在此前提下有其意义。因此到这里为止,还不能说已经限制了契约自由。尤其依台湾地区 and 德国民法,对于无涉定分的交易内容,也就是仅以未来定分为目的的“负担行为”,只在相对人身上发生债权债务,并未改变物权定分的契约,并未限制当事人须有物权,从而诸如一物两卖,出卖他人之物或未来物的买卖,其效力原则上都不生问题。此一明确的区隔(负担/处分),更显示有权处分原则尚不构成对契约自由的限制。

② 有关民事立法的合宪性控制一般的讨论可参见苏永钦:《宪法权利的民法效力》,《合宪性控制的理论与实际》,1994年版,第15~75页;及苏永钦:《民事裁判中的人权保障》,《宪政时代》2004年第30卷第2期。