

中山
大学
法学
文丛

物权法定原则： 普遍理论与中国选择

黄浣一 / 著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

物权法定原则： 普遍理论与中国选择

黄泂一 / 著

中山
大学
法学
文
丛



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

物权法定原则：普遍理论与中国选择 / 黄泷一著

— 北京：法律出版社，2019

(中山大学法学文丛)

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2132 - 9

I. ①物… II. ①黄… III. ①物权法—研究—中国

IV. ①D923.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 067337 号

物权法定原则：普遍理论与中国选择
WUQUAN FADING YUANZE:
PUBIAN LILUN YU ZHONGGUO XUANZE

黄泷一 著

责任编辑 韩满春
装帧设计 马 帅

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 三河市龙大印装有限公司

责任校对 杨锦华

责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16

印张 31.5

字数 487 千

版本 2019 年 7 月第 1 版

印次 2019 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/400-660-8393

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-8393/6393

第一法律书店/010-83938432/8433

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 2132 - 9

定价:98.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

黄泷一 1988年生，中山大学法学学士（2010年）、中山大学民商法学硕士（2012年）、中国社会科学院民商法学博士（2015年），曾担任中山大学法学院专职科研人员（2015—2018年），现任教于广东财经大学法学院（2018年至今）。

目 录

导 论 / 001

第一节 本书选题及其研究意义 / 001

一、问题的提出 / 001

二、选题的理论意义及实践价值 / 003

第二节 国内外研究现状 / 004

一、国内研究状况 / 004

二、国外研究状况 / 014

三、我国学者研究的不足之处 / 019

第三节 本书的研究思路及研究方法 / 020

一、本书研究思路 / 020

二、本书研究方法 / 021

第四节 相关概念的界定 / 022

一、物权与债权、债务关系 / 022

二、财产权与合同权利 / 023

三、财产权与人身权 / 024

四、*numerus clausus* / 024

第一章 物权类型封闭原则的历史追溯 / 027

第一节 罗马法上存在物权类型封闭原则吗? / 027

一、罗马法上的“诉权”与“权利” / 028

二、对物之诉与对人之诉的区分 / 030	
三、重要物权类型及对物之诉类型的扩展 / 031	
四、查士丁尼法典化——物权类型及对物之诉扩展的终止 / 037	
五、罗马法上存在对物之诉的类型封闭吗? / 038	
第二节 从中世纪到法国大革命——物权类型封闭原则的消亡 与重现 / 041	
一、中世纪日耳曼习惯法:以持有(Gewere)作为对物之诉的适用标 准 / 041	
二、注释法学派与后注释法学派时期:双重所有权(duplex dominium)观念的诞生 / 044	
三、人文主义与自然法时期:统一所有权观念的产生 / 047	
四、自然法和理性法时代:“所有权—他物权”结构的巩固 / 050	
五、法国大革命废除封建制将导致物权类型封闭原则吗? / 052	
第三节 小结 / 055	
第二章 物权类型封闭原则的生成 / 056	
第一节 法国民法中的财产权类型及财产权类型封闭原则 / 056	
一、法国民法典的形成及其基本结构 / 056	
二、法国财产法的术语界定及民法典的财产法结构 / 059	
三、法国法中的财产权类型及其演变 / 063	
四、法国法上存在财产权类型封闭原则吗? / 071	
第二节 另外两部自然法法典中的物权类型封闭原则 / 077	
一、《普鲁士普通邦法》中的物权类型开放主义 / 078	
二、《奥地利民法典》中的物权类型封闭原则 / 080	
第三节 德国民法中的物权类型及物权类型封闭原则 / 082	
一、潘德克顿法学的贡献与《德国民法典》的形成 / 082	
二、“物权法的自治性”以及物权类型封闭原则的诞生 / 085	
三、德国民法中的物权类型及其变迁 / 090	
四、德国物权类型封闭原则面临的危机和挑战 / 102	
第四节 瑞士民法中的物权类型及其物权类型封闭原则 / 110	
一、瑞士民法中的物权类型简介 / 110	
二、瑞士民法中的物权类型封闭原则 / 113	

第五节 小结 / 115

第三章 物权类型封闭原则的立法化 / 117

第一节 葡萄牙民法中的物权类型及物权类型封闭原则 / 117

- 一、1867年《塞亚布拉法典》中的物权类型及物权类型开放主义 / 117
- 二、1966年《葡萄牙民法典》的体例结构变化及物权类型 / 119
- 三、物权类型封闭原则的立法化:新法典第1306条 / 120
- 四、附论:《澳门民法典》第1230条及学说讨论 / 124

第二节 荷兰民法中的物权类型及物权类型封闭原则 / 125

- 一、1838年《荷兰民法典》中的物权类型及物权类型开放主义 / 125
- 二、学术界和司法实务界对物权类型封闭原则的继受 / 127
- 三、1992年《荷兰民法典》中的体例结构变化及物权类型 / 130
- 四、物权类型封闭原则的立法化:新法典第3:81(1)款、第3:83条、第3:84(3)款 / 134
- 五、物权类型封闭原则的松动及学术界的讨论 / 136

第三节 日本民法中的物权类型及物权法定原则 / 141

- 一、1890年《博瓦索纳德民法草案》中的物权类型及物权法定原则 / 141
- 二、1898年《日本民法典》中的体例变化及物权类型 / 142
- 三、东亚法系物权法定原则的诞生:1898年《日本民法典》第175条 / 144
- 四、严格物权法定原则的缓和:司法实践中对习惯物权的承认 / 146
- 五、学术界关于物权法定原则缓和的学说以及物权法定原则的危机 / 150

第四节 民国民法中的物权类型及物权法定原则 / 154

- 一、《大清民律草案》与《民国民律草案》物权类型及物权法定原则 / 154
- 二、民国初期大理院对习惯物权的态度 / 157
- 三、东亚法系物权法定原则的再现:《中华民国民法典》第757条 / 161
- 四、严格物权法定原则的缓和:新习惯物权的承认以及学说变化 / 167
- 五、2009年“修法”后的物权法定原则 / 174
- 六、附论:《韩国民法典》中物权类型及物权法定原则 / 179

第五节 小结 / 181

第四章 英美法系的财产权类型封闭原则 / 184

第一节 英美财产法的基本概念及范围 / 186

- 一、分裂的财产法:“land law”和“personal property law” / 186
- 二、分裂的财产法:普通法(Common Law)与衡平法(Equity) / 189
- 三、英美财产法的特殊制度:信托 / 191
- 四、财产权类型封闭原则的前置问题:财产权与合同权利的区分 / 193

第二节 英国的财产权类型及财产权类型封闭原则 / 197

- 一、土地上的首要权利:非限嗣继承地产权(fee simple) / 198
- 二、土地上的用益权利与担保权利 / 210
- 三、动产上的首要权利、用益权利与担保权利 / 228
- 四、英国法上存在财产权类型封闭原则吗? / 237

第三节 美国的财产权类型及财产权类型封闭原则 / 251

- 一、美国法上的财产权类型简述 / 251
- 二、美国法上存在财产权类型封闭原则吗? / 266

第四节 澳大利亚的财产权类型及财产权类型封闭原则 / 274

- 一、澳大利亚司法实践中的财产权类型封闭原则 / 274
- 二、学者对司法实践的质疑 / 278

第五节 财产权类型开放的南非 / 280

- 一、南非的财产权类型概况 / 281
- 二、财产权类型开放原则下的登记制度 / 284
- 三、财产权类型开放下的对人权与对物权的区分标准 / 285
- 四、财产权类型开放原则的实际效果 / 288

第六节 小结 / 289

第五章 物权类型封闭原则的理论反思 / 292

第一节 前置问题:物权与债权的区分 / 293

- 一、物权与债权在概念上的差异 / 294
- 二、所有权与他物权的概念关系:派生与限制 / 297
- 三、概念与现实的差距:现实真的是这样吗? / 299
- 四、物权(财产权)的本质 / 305
- 五、物权(财产权)类型封闭原则的实质 / 311

第二节 封闭还是开放:基于传统法学的分析框架 / 311

- 一、物权(财产权)类型封闭原则的概念体系合理性 / 312
- 二、物权(财产权)类型封闭原则的实质合理性 / 323
- 三、本节归纳 / 336

第三节 封闭还是开放:基于法经济学分析框架 / 337

- 一、法律经济分析理论的几个基本概念 / 338
- 二、解释物权(财产权)类型封闭原则的三个经济分析模型 / 340
- 三、最优标准化理论的改良论与批判论 / 348
- 四、对三种经济分析模型及衍生观点的分析与回应 / 359
- 五、附论:物权类型封闭原则的政治分析 / 368

第四节 改采物权自由创设的必要性与可行性 / 370

- 一、改采物权自由创设的必要性:基于物权(财产权)类型的功能比较 / 370
- 二、改采物权自由创设的必要性:基于实际制度运行的比较 / 383
- 三、改采物权自由创设的可行性 / 392

第五节 小结 / 397

第六章 中国语境下的物权法定原则 / 399

第一节 中国物权类型体系 / 401

- 一、狭义法律中的物权类型 / 401
- 二、狭义法律以外的“物权”类型 / 414
- 三、双轨物权形成机制下的多元物权法源 / 433

第二节 物权法定原则的解释论与立法论 / 435

- 一、从解释论角度审视我国的物权法定原则 / 436
- 二、未来民法典的立法选择 / 450
- 三、规范表达与相关制度设计 / 461

第三节 小结 / 465

结 论 / 467

参考文献 / 472

后 记 / 492

导 论

第一节 本书选题及其研究意义

一、问题的提出

物权法定原则或物权法定主义,^[1]在我国学者的著作中,大体上是指物权的种类和内容必须由法律明确规定,不允许当事人自由创设。^[2]这一原则与物权效力绝对原则、物权客体特定原则、物权变动的公示原则一道,共同构成了物权法的基础原则。部分大陆法系国家和地区还明确将物权法定原则明文规定在民法典之中,例如《日本民法典》第175条、《韩国民法典》第185条以及我国台湾地区“中华国民法典”第757

[1] “物权法定原则”与“物权法定主义”两个名词经常在法学文献中混用,应该属于同义词,但就何者较为恰当的问题,王泽鉴教授认为采用“物权法定原则”一词较为恰当,因为物权法定主义一词多少寓有教条化之含义,似过于僵化。可参见王文字:《民商法理论与经济分析(二)》,中国政法大学出版社2003年版,第3页,注释1。

[2] 梁慧星、陈华彬:《物权法》(第4版),法律出版社2007年版,第44页;孙宪忠:《中国物权法总论》(第2版),法律出版社2009年版,第234页;王利明:《物权法研究》(上卷),中国人民大学出版社2007年版,第158页;陈华彬:《民法物权论》,中国法制出版社2010年版,第85页;崔建远编著:《物权法》,清华大学出版社2008年版,第18页;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46页;谢在全:《民法物权论》(上册),中国政法大学出版社2011年版,第34页。

条。长期以来,物权法定原则基本上被视为物权的典型特征,与债法领域中通行的契约自由原则形成了鲜明的对比,但进入20世纪末以来,国内外法学界开始对物权法定原则的合理性进行全面反思,其在物权法领域中的基础地位似乎已经开始出现了松动。

自20世纪90年代末以来,物权法定原则就成为我国民法学者讨论的热点问题。在物权立法过程中,民法学界就我国物权法是否采纳物权法定原则展开了激烈的争论,主要分为物权法定严格说、物权法定废弃说(物权自由说)以及物权法定缓和说,各派学者运用概念分析、比较法、经济分析等方法论证己方观点。学术界的争论在一定程度上也影响了立法过程,虽然人民大学和中国社会科学院提交的两个物权法学者建议稿草案均赞同物权法定原则,并且全国人大前四次物权法审议稿均坚持了严格的物权法定原则,但2006年8月和10月的物权法第五次审议稿第3条和第六次审议稿第5条却出现了“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”的规定。虽然在立法过程中出现了这样的波折,但物权法第七次审议稿却又回到了最严格的物权法定立场上来,这一立场最后贯彻到了《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)第5条的“物权的种类和内容,由法律规定”中。《物权法》虽然表明了立场,但立法决断终究不能替代法学研究,在我国有关物权法定原则的学理讨论并未因为《物权法》的颁布而平息,相反因《物权法》的确定立场而继续发展深化,除了继续对物权法定原则进行立法论的检讨之外,为了助力司法实践,学术界也开始出现对《物权法》第5条的解释论的探讨。2016年12月,“物权的种类与内容,由法律规定”的表述又悄然出现在《民法总则(草案)》第三次审议稿第115条中,并波澜不惊地成为《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)第116条。换言之,立法者将《物权法》第5条原封不动地移入了《民法总则》“民事权利”一章之中。2018年8月的民法典物权编草案一审稿和2019年4月的民法典物权编草案二审稿,都未对物权法定原则做出补充规定。从上述情况来看,立法者似乎认为《物权法》第5条的规定已经至为妥当,无需再改,并没有充分重视《物权法》颁布以来学术界对此问题的研究。事实上,当前中国民法关于物权法定原则的法律条文,在体系位置和规范表达上均存在可议之处,学术界围绕物权法定原则展开的立法论和解释论争议亦未尘埃落定。因此,我们仍然有必要对物权法定原则进行全面深入的反思,以期为民法典物权编的完善提供一个较为

圆满的指引。考虑到物权法定原则在理论上和立法、司法实践中的重大影响,本书将物权法定原则作为研究对象,对其进行系统性的研讨。

二、选题的理论意义及实践价值

(一) 选题的理论意义

对物权法定原则的探讨,具有重要的理论意义。第一,物权法定原则不仅涉及物权法本身,还牵涉民法中一个至关重要的基础命题,即物权的本质、物权与债权区分应该如何被认识的问题,而物权与债权的划分又关涉民法如何规制财产关系,涉及对物权法自治性观念的认识,进而影响到我国未来民法典体系结构。第二,物权法定原则在大陆法系国家中是得到普遍承认的原则,但这一原则是否也在英美法系国家存在尚存疑问,对这一问题的研究具有重要的比较法研究价值,通过对英美法系国家财产法体系的研究,也有助于我们认识物权法定原则的实质意义。第三,民法作为私法的基本法,以私法自治为基本价值取向,而物权法定原则使物权法中的大部分规范成为强制性规范,限制了当事人之间创设物权的形成自由,与合同法领域内的契约自由形成了鲜明对比,可以说是私法领域中的异类,因此物权法定原则是否具有价值上的正当性也值得反思。第四,一国的财产法(物权法)制度与该国的社会、历史、政治背景密切相关,物权法定原则作为重要的物权法原则也是特定历史背景下的产物,在不同国家和不同历史时期具有不同的表现,对其进行研究,也能够帮助我们理解财产法与社会历史政治之间的关系。第五,对物权法定原则的探讨,也涉及民法的法律渊源问题、立法与司法分权、法律解释与法律续造问题,因此极富法理上的或者说法政策上的深度论辩价值。

(二) 选题的实践价值

对物权法定原则的探讨,在我国也具有重要的实践价值。第一,在物权法定的框架下,我国形成了一个封闭的物权体系,处于这一封闭清单中的物权类型到底有哪些,各物权类型的具体内容如何界定,这一封闭的物权清单是否能够满足现实需要,应该得到反思。第二,在司法实践中,法院如何适用《物权法》第5条,为满足社会发展的现实需要,物权法定之“法”能否包括司法解释、行政法规等广义的法律渊源,法院能否以司法解释的形式承认习惯物权,可否通过类推适用,将调整法律明确列举的物权的法律规范适用于实践中形成的物权,这些问题都急需得到回答。第三,现实中可进行登记的权利类型并非仅仅是物权,部分债权

也具有可公示性和可登记性,这在一定程度上也会影响到我国权利登记制度的设计。第四,与许多大陆法系国家一样,我国也引入了英美法中的信托制度,该制度在现实运行中不可避免地会导致所有权权能的各种功能性分割,实际上是承认了当事人之间的约定具有对抗第三人的效力,如何协调信托法与物权法的关系,我国现行《信托法》实际上是采纳了模糊处理的态度,并没有提出明确的解决方案。第五,我国是以公有制为经济基础的国家,在不动产领域,所有的土地都归于国家或集体所有,在实行市场经济的情况下,就存在“公有私用”的问题,在这一特殊背景下,物权法定原则是否具与其他国家不同的特殊意义,也值得我们关注。第六,我国目前仍然处于快速转型时期,各地经济发展程度差异较大,而我国的立法政策往往是“成熟什么,制定什么”,现有的物权类型往往是对前阶段改革成果的确认,政府改革政策、各地的制度创新、交易实践都可能在不断突破现有的法定物权类型,这在农村集体土地领域表现得尤为明显,物权法定原则对社会发展所起到的作用究竟如何,如何在转型社会中对其进行调试,也具有重大的实践意义。第七,目前,我国正在制定民法典,未来民法典对物权法定原则采取何种态度,采用何种规范表达,相关制度如何安排,也需要做通盘考虑。

第二节 国内外研究现状

一、国内研究状况

(一) 整体概况

自20世纪90年代中期以来,我国学者开始对物权法定原则进行持续性的研究,至今已有近20年,积累了较为丰富的研究成果。据笔者根据中国知网的初步统计,目前我国大陆地区较为重要的专门研究物权法定原则的论文有70余篇,^[1]以“物权法定”为标题的博士论文1篇。^[2]从这些学术成果的分布时间来看,20世纪90年代末学术成果的数量较为稀少,但随着物权法立法工作的开展,从2001年到2005年,关于物权法定原则的论文数量开始增加,并在2006年和

[1] 可参见本书参考文献部分。

[2] 李遐桢:《物权法定下地役权的困惑》,中国政法大学2008年博士学位论文。

2007年到达了高峰,2007年《物权法》颁布后,学者们对物权法定原则的研究热情有所下降,但在每年的法学核心期刊上仍然能看到以物权法定原则为主题的论文。近两年来,伴随着民法典编纂的重启,关于物权法定原则的论文数量有所增加。从整体研究状况来看,在《物权法》颁布之前,我国学者对物权法定原则的讨论主要是应景式的立法论研究,急于为立法机关出谋划策,表明学术立场,形成了物权法定严格说、物权法定废弃说以及物权法定缓和说三种主要学说,但学者们对物权法定原则的理论基础、前置性问题研究不够,对外国法的情况虽有涉及,但把握未必准确。立法决断不能代替法学研究,我国有关物权法定原则的学理讨论并未因为《物权法》的颁布而停止,相反却因《物权法》的确定立场而继续发展深化。立法过程的喧嚣之后,部分学者开始深入研究所有权绝对观念、物债二分、物权法的自治性这些物权法定原则的前置性理论问题,详细考察物权法定原则在各国物权法(财产法)中的体现形态,也有部分学者在《物权法》颁布后,转向了解释论的研究,关注司法实践中《物权法》第5条的具体适用问题。

(二)主要观点及其代表人物

就我国物权法是否应当采纳物权法定原则,目前主要形成了物权法定严格说、物权法定缓和说以及物权法定废弃说三种学说。

1. 物权法定严格说

持物权法定严格说的学者认为物权的种类和内容应当由全国人大通过的法律进行规定,行政法规、地方性法规、司法解释、习惯法、当事人的约定均不能创设物权或改变物权的内容。持这种观点的学者以孙宪忠教授、尹田教授为代表。

孙宪忠教授认为,物权法定原则是罗马法以来各国均遵守的原则,强调物权法定中的“法”仅仅指民法典的物权编以及其他的法律,民法、物权法中规定的物权是典型物权,特别法中的物权类型为准物权,部门规章、地方性立法不享有创设物权类型或确定物权内容的权利。孙宪忠教授为物权法定原则提出的论证理由主要有三点:第一,物权具有排他性特性,是民事权利中效力最强的权利,所以必须是社会公认的权利,而不是当事人私自认定的权利;第二,财产支配关系是一个社会存在和发展的基础,各国政治经济文化对物权法有重大影响,在各国政治制度、经济制度有所差异的情况下,所确立的物权种类和类型自然有所不同,因此采纳物权法定原则是各国法律发展的必然;第三,物权作为一种交易交换的

对象,其含义在一国法律领域内必须统一,为了给社会中的交易行为提供统一法律基础,就必须采纳物权法定原则。^[1] 在孙宪忠教授起草的物权法专家建议稿草案中,也体现了上述严格坚持物权法定的观点,但就《物权法》颁布之前就存在的物权关系,其认为应该遵循“不溯及既往”原则,即“本法施行前依原来的物权法规设定的物权,至原设定期限届满之前有效”。^[2]

尹田教授也采取物权法定严格说,他认为物权种类和内容法定意味着物权创设的法定,主要有三个理由:第一,反封建、整理旧物权,防止旧物权复辟;第二,物权法定原则是维系国家经济制度的需要;第三,物权法定便于公示,能够保障交易安全,降低交易成本。^[3] 尹田教授反对习惯产生物权的说法,认为在没有制定法的情况下,习惯无法实现对物权的有效公示,同时公示技术的发展可能导致法定物权范围的扩展,未必导致物权法定原则的废弃。对于物权法定与私法自治的关系,尹田教授认为,物权法定原则并没有背离私法自治,物权法定原则的目的是权利保护,而非权利限制,而且该原则没有限制当事人对权利的选择自由,也没有剥夺当事人的行为自由。^[4] 与尹田教授观念基本相同的还有洪海林教授。^[5]

陈本寒教授明确坚持物权法定严格说,并对物权法定废弃说提出了批评。他认为,物权法定原则的内在根源是物权的支配性与排他性,其产生的前提条件是物权与债权的二分。就物权法定废弃说所提出的以公示原则代替物权法定原则的建议,陈本寒教授认为,以公示制度取代物权法定原则的做法无论在理论上还是在实践中都存在重大缺陷,物权法定原则与公示制度之间是“体”与“用”的关系,先有立法者对物权性质的认定,才有对此类权利的公示,公示制度为物权法定原则提供了技术支撑,即使已经建立了完备的公示制度,物权法定原则仍然不能废除。同时,陈本寒教授反对法官在司法实务中认定法律未确认的物权类型,物权类型法定所带来的僵化,应该通过及时修改法律来解决。^[6]

[1] 孙宪忠:《中国物权法总论》(第2版),法律出版社2009年版,第234~236页。

[2] 梁慧星等:《中国物权法草案建议稿附理由》(第2版),社会科学文献出版社2007年版,第92~95页。

[3] 尹田:《论物权法定原则的解释及其根据》,载《河南政法管理干部学院学报》2002年第4期,第20~27页。

[4] 尹田:《物权法定原则批判之思考》,载《法学杂志》2004年第6期,第8~11页。

[5] 洪海林:《物权法定主义研究》,载《现代法学》2003年第3期,第60~66页。

[6] 陈本寒:《也论物权法定原则——兼评物权法第5条》,载《法学评论》2009年第4期,第32~37页。

2. 物权法定缓和说

持物权法定缓和说的学者认为,在物债二分的民法体系下,应当坚持物权法定原则,但对其应当进行一定程度的缓和。我国民法学界赞同物权法定缓和说的人较多,主要以梁慧星教授、王利明教授、崔建远教授、龙卫球教授、杨立新教授为代表。这一观点在物权法立法中作为立法论出现,在《物权法》颁布后,又以解释论的形式继续存在。但就物权法定原则具体应该如何缓和,学者们的观点并不一致:他们或主张对法律所承认的物权内容进行扩张解释,将新的权利类型纳入既有的物权类型;或主张扩大物权法定之“法”的外延;或主张允许法院承认物权性权利;或主张将部分与不动产物权相关的债务关系纳入登记。

梁慧星教授对物权法定原则的见解应该归入物权法定缓和说,虽然其在物权法立法过程中严厉批判物权法定废弃说,最终导致我国《物权法》第5条重归最保守的立场。除了赞成上述物权法定严格说提出的理由之外,梁慧星教授特别强调,物权法定原则对于维护国家主权的重要意义:国家立法机关借此确认国家所认可的物权,排除国家不予认可的物权,如果采用物权自由说,将导致外国的物权制度在中国发展,危害中国的立法主权和法律制度。^[1]虽然梁慧星教授对物权法定废弃说提出了严厉的批评,但他仍然认识到严守物权法定原则将导致法律与社会需要脱节,因而赞成台湾学者谢在全主张的物权法定缓和说,即社会惯行上新产生的“物权”,倘若与物权的绝对支配性和保护的绝对性既不相悖,同时也有适当的公示方法,以及社会上确有其存在的必要与需要时,即应肯定它与物权法定主义的旨趣无违,进而也就应当通过从宽解释物权法定主义予以接纳。^[2]陈华彬教授的观点与梁慧星教授相同,也认为在坚持物权法定主义的同时,为适应社会发展变迁的需要,应该对物权法定主义进行扩大解释,对于社会惯行中产生的物权,如明确合理,不违反物权法定主义之本旨,且有一定的公示方法时,应综合及实质地从严判断,采物权法定主义扩大解释的方法,解释为非新种类的物权。^[3]

王利明教授认为,确认物权法定原则具有必要性:第一,基本财产权利反映

[1] 梁慧星:《物权法草案第六次审议稿的若干问题》,载《比较法研究》2007年第1期,第1~21页。

[2] 梁慧星、陈华彬:《物权法》(第4版),法律出版社2007年版,第48~49页。

[3] 陈华彬:《民法物权论》,中国法制出版社2010年版,第92~93页。

了国家所有制关系,如果允许随意创设,将会对我国的基本经济制度造成妨害;第二,物权法定原则便于物权公示的进行,维护交易安全;第三,物权法定原则能够实现财产权的标准化,节省交易成本;第四,物权法定原则有助于我国建构物权体系,完善物权制度。同时,王利明教授采取扩张物权法定原则之“法”的范围的办法,来缓和物权法定原则的僵化:他认为物权法定之“法”原则上应该是指法律,在获得全国人大授权时,行政法规也可以创设物权,但规章和地方性法规不宜规定物权的类型及内容;司法解释应当具有物权创设的功能;但王利明教授明确反对习惯法成为创设物权的渊源,理由是习惯法缺乏合理的界定标准,合理性难以判断,影响交易安全。^[1] 在王利明教授主持的物权法草案建议稿中,也体现了上述观点,该草案第3条第3款承认依法规、司法解释而形成的物权。^[2]

崔建远教授也反对物权法定废弃说的观点,他认为,如果否定物权法定主义,放任当事人创设物权的种类和内容,物权的公示和负责该物权公示的部门就成为了问题。对于物权法定的缓和,崔建远教授认为应该通过两个路径进行,其一是根据全国人大的授权,物权法定之“法”可以扩及行政法规;其二是对于习惯物权,可以由司法解释加以承认。^[3] 在没有法律依据时,符合党的政策的,应该承认为物权。^[4]

龙卫球教授也是物权法定缓和论者。他认为,他物权与债的关系具有重大的区别,债权关系体现的仅仅是单纯的交易功能,而他物权体现的是物的利用与社会再分配的兼顾,所有权与他物权的组合体现了私人自由导向亦兼顾物的社会配置的财产结构,为维持这一财产结构,物权法定原则是必要的,但可以通过引入概括性物权、开放分管契约登记、物权法定的法律概念扩张等方法适度弱化物权法定,以使其能够解释更多的规范实践和发展空间。^[5]

杨立新教授认为物权法定原则的缓和能够有效解决现实中存在的非法定物权问题,最高法院可以通过司法解释的方法对非法定物权进行调整,同时应当承

[1] 王利明:《物权法定原则》,载《北方法学》2007年第1期,第5~21页。

[2] 王利明主编:《中国物权法草案建议稿及说明》,中国法制出版社2001年版,第2~3页。

[3] 崔建远:《物权法定主义及物权种类》,载《人民法院报》2005年7月20日,第B01版。

[4] 崔建远:《我国物权法应该选取的结构原则》,载《法制与社会发展》1995年第3期,第24~32页。

[5] 龙卫球:《物权法定原则之辩——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18~37页。