

● 民商法

论地役权对物权法定原则漏洞的补充^{*}

刘 乃 忠

(武汉大学 法学院,湖北 武汉 430072)

[作者简介] 刘乃忠(1967-),男,辽宁海城人,武汉大学法学院法律系博士生,主要从事民商法学和经济法学研究。

[摘 要] 物权法定主义是物权法制度中的一项重要原则,主要是指物权的种类及其内容必须依法律制度,当事人不能创设,也不能变更。这一原则使当事人在土地利用中协议自由受到很大限制,地役权具有权利内容不确定的特点,为当事人协议利用土地提供了空间,对物权法原则起很大的补充作用。

[关键词] 地役权;物权;法定原则;补充

[中图分类号] DF521 [文献标识码] A [文章编号] 1008-2999(2001)03-0288-05

一、物权法定原则及其漏洞

物权法定原则又称物权法定主义,是指物权只能依据法律设定,禁止当事人自由创设物权,也不得变更物权的种类、内容、效力和公示方法^[1](第 87 页)。物权法定原则被视为制定物权法的首要原则,在整个物权结构体系中处于枢纽地位^[2](第 9-10 页)。我国学者认为,“物权法定的范围应限定在物权的种类和内容。第一,当事人不得创设法律所不认许的新类型的物权,学说称为‘类型强制’(Typenzwang)。第二,当事人不得创设与物权法定内容相悖的物权,学说称为‘类型固定’(Typenfixierung)”^[3](第 70 页)。台湾学者郑玉波先生认为“所谓‘不得创设’者,其涵义有:(1)物权种类之不得创设:即不得创设法律所不认之新种类的物权,例如在他人全部财产上创设物权的收益权,则非法之所许。(2)物权内容之不得创设:即就法定物权不得创设与法定相异之内容,例如创设不移转占有之质权,纵亦名之为质权,但以与质权之法定内容不同,故法亦不认许之也”^[4](第 16 页)。学者关于物权法定的见解同国内外民法之传统定义相符合。《日本民法典》(第 757 条)均有“物权,除本法及其他法律所定者外,不得创设”。社会科学院物权法课题组起草的《中国物权法草案建议稿》第 3 条规定:“除本法和其他法律有明确规定外,不得创设物权”。第 4 条规定:“非依本法或者其他法律规定的物权种类而设定的物权,不得认可其为物权。非依本法规定的物权内容而设定的物权,无物权的效力。”

通过对各种学说及立法分析,物权法定原则应包括以下内容:

1. 物权种类必须由法设定,而不得由当事人创设,各国均以明确物权的种类为物权法体系结构的第一要务。物权种类能否切实地法定,关系到一国物权法系构建的合理性。在我国,物权种类法定涉及三方面:物权种类名称的法定,物权种类产生途径的法定,物权种类体系的法定^[5](第 30 页)。首先,物权种类名称的法定,即指物权种类名称的非约定性和科学性。所谓科学性,仅对物权种类术语上的确定和周延;而非约定性,则指在物权领域,如法无明文规定物权种类时,不可认为“法无明文禁止即可允许当事人创设”,而只能从严格意义角度,解释为法律禁止当事人创设其他种类物权。其次,物权种类产生途径的法定,实则是具体物权的产生方式问题。对此予以法定,关系到当事人之间基于法律行为或其他原因而生的权利的效力及后果。从另一方面讲,这即表明,物权的种类不得由当事人随意创设,当事人在其协议中不得明确

* 收稿日期: 2000-10-06

规定其通过合同设定的权利为物权,也不得设定与法定物权不相符合的物权。最后,物权种类体系的法定,关键是基于法定而产生的物权体系的合理性。一国物权体系是否科学合理直接影响体系下的各制度的内涵、外延的科学和制度功能的发挥。

2. 物权内容必须法定。即当事人不得创设与物权法定内容相异的内容,否则无效。立法之所以强调物权内容也需法定,其实质是对物权种类法定的维持与巩固,也是物权种类法定的逻辑要求。具体地,关于所有权的各项权能,对所有权的限制,以及他物权的内容尤其是他物权人所承担的义务等物权内容,法律必须予以明确规定。这种规定属于强制性规范,不允许当事人通过协议加以改变。

3. 物权效力法定。即物权的效力必须由法律加以规定,而不能由当事人通过协定加以确定。物权都具有对抗第三人的效力,物权具有的对内和对外的优先效力都应由法律明确规定。

4. 物权的公示方法必须由法律规定,不得由当事人随便确定。即法律应明确规定物权变动时应采用的公示方法,非以法定的公示方法予以公示,则物权的变动无效或不得对抗第三人。首先,公示方法法定必须确定公示方法:动产以交付为原则,登记为例外;不动产公示方法则仅为登记。其次,要明确物权公示对物权变动及对抗第三人的效力。我国法律明确规定,动产必须交付后才能转移所有权,不动产必须在登记后才能转移所有权,交付和登记便是法定的公示方法,当事人不得协商不通过公示而转移所有权。

物权法定,是物权法的强行性的重要表现。如前所述,物权法的规范大多为强行性规范,当事人不得违反,因此,当事人只能设定法律规定的物权,不得自行确定与法律规定不一致的物权内容,也不能任意改变物权的公示方法等。采取物权法定原则的主要理由为维护交易安全和便捷^[6](第 9 页)。物权法定原则在确认物之归属,调整物之利用等方面发挥了无法替代的作用,确有其可取之处,但随着科学技术的进步,经济的不断发达,人们对物之利用方式与范围亦随之不断进步、更新。物权法也从以保护物之归属为中心转向以保护物之利用为中心,因而法律预先规定的物权种类已远不能满足社会发展的需求。物权法系强行法,其确定的物之种类和内容必须得以贯彻和执行,不可能随社会关系的瞬息万变而朝令夕改。物权法之固定与僵化同社会发展需求的背离,是立法者不愿看到的。立法者总是希望制定一部穷尽一切社会关系的万能之法,但这只能是无法实现的良好愿望而已。正是由于作为物权结构体系的枢纽的物权法定原则存在这种背离,使整个物权法体系出现了漏洞。“所谓法律漏洞,涵义如下:其一,指现行制定法体系上存在缺陷即不完全性;其二,因此缺陷的存在影响现行法应有功能;其三,此缺陷之存在违反立法意图。可将法律漏洞定义为,现行法体系上存在影响法律功能,且违反立法意图之不完全性”^[7](第 251 页)。现行法之不完全性则是“指现行法上欠缺当前事态所必要的规范,或规范不完全,或有补充必要”^[7](第 251 页)。

二、物权法定原则之漏洞补充学说

由于物权法定原则之漏洞存在,引起了对物权法定合理性之分歧,日本学者甚至认为法国民法不承认物权法定原则^[8](第 265 页)。长期以来,针对物权法定之漏洞,各国司法实践及理论学者对此展开了广泛探讨,提出以下观点,以期弥补物权法定滞后于社会发展的种种弊端。因各种尝试都是在保留物权法定原则的前提下展开的,因此,学说将之称为“缓和物权法定主义”^[3](第 74 页)。

1. 物权法中并非全部是强行法,对任意法部分可以契约予以变更。“针对立法者所表示出来的债法规定=任意法规,物权法规定=强行法规的单纯图式,在认识到物权法规并非全部都是强行法规的前提下,承认即便是有关规定一定的权利内容的条文,也可对照该物权的性质和目的解释为依据合意可以变更的任意规定”^[8](第 270 页)。笔者将其概括为“合意变更说”。

2. 为了使新的物权种类能在物权法定原则下得以生存,将旧物权种类作扩大解释以适用于新生的物权形式。“或者,就一般所承认之现有物权制度加以利用,以弥补物权法之不足。例如让与担保,即系以所有权移转之构造与信托约款之债之关系,获其法律上之地位”^[9](第 47 页)。再如“实务上对最高限额抵押权,即系将抵押权之从属性作从宽之解释,而承认其仍系物权法所定之抵押权”^[9](第 47 页)。笔者将其概括为“类推适用旧物权说”。

3. 对法律未规定事项之习惯,承认其法律效力,认为习惯作为法律渊源当与法律有同一效力。日本法例第 2 条规定:“关于法令未规定事项的习惯与法律有同等的效力。”“既然日本法例第 2 条规定,关于法令未规定事项的习惯与法律有同等效力,则习惯自然应包含在物权法定主义的‘法’之中”^[10](第 69 页)。此说为“习惯法包含说”。

4. 承认习惯物权形式的法律效力。“从物权法定主义之存在理由看,如社会惯性所产生的物权不妨碍物权体系的建立,例如不违反近代所有权的基本观念,非属物权法定主义所排除的封建物权,且不得于公示时,可突破物权法定主义之

拘束,而直接承认该惯性上的物权为有效”^[3](第 76 页)。此为“习惯法物权有限承认说”。

维护物权法定之固有地位,在其框架之内作出一定松动,能否实现弥补物权法定原则之漏洞的目的,并非不存疑问。

(1)物权法定原则的核心内容是物权种类和内容的固定和不可动摇。当事人设定的物权,司法机关、登记机构必须依物权法定原则的要求来承认物权之法律效力,否则即构成与法律规定不相一致,即不为法定之物权种类,当然不具法律效力。“合意变更说”、“类推适用旧物权说”,主张当事人可以设定新物权以合意形式变更法定物权,或承认物权法不包括的旧物权,这实际上已经否定了物权法定原则了。

(2)依日本法例,承认一些已为习惯公认的物权形式似乎可行。德国民法施行法中也认可了一定的习惯上的物权,如永佃权、水利权、堤防和水门权、矿井权、采掘权、狩猎和渔业权等。我国民法通则并没有典权之规定,最高人民法院还是在实务中承认了这种习惯所公认的物权。这些权利之物权属性已由旧法律、习惯、观念所确立,其内容、体系、制度已为社会所公认并得遵守,作为习惯物权可以生存。然而,这毕竟是权宜之计,不能毕其功于一役。社会是不断向前发展的,新的物权形式仍然层出不穷,旧有习惯难以应付,物权法定之漏洞实际上仍未得以弥补。因此,“习惯法包含说”的作用仍然有限。

(3)依“习惯法物权有限承认说”,由社会惯性生成新的物权如不违背近代所有权观念,不属封建性物权,不碍物权公示时,可直接承认其法律效力,这与逻辑有悖。既然是一种新的物权形式,原来的法律和新的法律都没有规定,依物权法定原则的要求,不是法律规定的物权种类,就无法取得物权之效力,物权之对世效用无从体现,物权之排他性、追及性、优先性不能被公认,社会惯性如何能生成新的物权。再者,如果依社会惯性产生一种新的物权,即使法律不承认其效力,人们应愿尊重它,自觉地履行消极的不侵犯义务,这就是说,没有法律的强制规定,只要是对物的支配权,就自然取得了物权的效力,这说明对物的支配属性决定了物权的产生,而不是基于法律的规定,物权法定维护交易安全之价值目标似乎无存在之必要了。“习惯法物权有限承认说”值得怀疑。

三、地役权对物权法定原则之漏洞补充

为了弥补物权法定之漏洞,适应社会进步之需要,在维持物权法定原则之固有地位的前提下,晚近学者提出了种种学说,以期缓和物权法定主义之僵化和滞后性。但是,这些尝试因各种制约因素之存在,都难以真正解决问题。故现代民法要么认可习惯法的效力,要么在某些领域变更物权法定主义。如在德国,让与担保一直遭受“诸如让与担保违反公示原则、规避法律、属于隐藏的担保等批评”,但在“学说和判例的协力之下,对让与担保的种种责难诸如虚伪表示、脱法行为性乃至违反物权法定性等基本上被克服,从而使让与担保有效性最终被承认。进而,在实体法上也出现了以让与担保的有效性为前提的条文规定”(《德国民法典》第 223 条)^[11](第 54 页)。在美国,现行动产抵押制度主要渊源于 1952 年制定的《统一商法典》(Uniform Commercial Code)第九编即“担保交易编”,该法典在形式上和名称上废除了《统一动产抵押法》(Uniform Chattel Mortgage Act)、《统一附条件买卖法》(Uniform Conditional Sales Act)和《统一信托收据法》(Uniform Trust Receipt Act)三种担保制度,仅规定一种担保形式,即“担保约定”(Security Agreement)^[12](第 238 页)。“从而使该法在动产抵押、附条件买卖、信托收据以及一切双方当事人依契约所创设的担保利益上均可适用,从而简化和统一了法律关系”^[13](第 401 页)。“美国毅然变更物权法定主义,废除担保物权在形式上与名称上的差异,容许当事人依契约自由创设担保利益,可谓是‘非物权法定主义’”^[13](第 409 页)。社会总是不断向前发展的,生活关系亦日趋复杂,对物权法更新的要求已无法阻止。上文已述,这种无法遏制的的需求,已迫使各国立法和司法做出让步,变更了物权法定主义。由前文分析,我们发现,这种让步都发生在担保物权法领域,而用益物权法领域都较少出现此种现象,这就颇值得探讨。分析担保物权,我们不难发现物权种类和内容明晰、确定,没有给当事人以更大的自由设定的空间,而这一部分却又恰恰是物权法中最为活跃的一部分。在商品经济社会,交易是灵活多变的,财产的让渡与担保需要法律的调整最为迫切,同时交易的安全亦显重要。自由、效益与安全价值目标总是于相互冲突与碰撞之中共处的。反观用益物权体系,我们亦可发现,除了调整不动产关系的法律制度相对较为稳定的因素之外,对物权法定变更不突出的另一重要原因还是制度本身的优势,即地役权、人役权的存在。役权具有标的物范围之广泛性,权利内容之不确定性,权利创设目的的自由性等特点,为当事人提供了协商的较大空间。虽然现实生活中对不动产的利用已日益充分、复杂,很多用益物权种类无法归入地上权、永佃权、用益权等传统物权种类之中去,但是,由于地役权、人役权之包容性可资利用,其被冠以地役权或人役权之名义予以登记,从而获取法律之保护。因此,尽管用益物权种类、内容亦受物权法定之束缚,缺乏适应性,但由于役权制度之优势,故用益物权体系尚未出现难以弥补的漏洞,当然无变更或否定物权法定之必要。担保物权正是因为缺乏这种制度优势,面对社会发展与制度僵化的背离,不得不突破原来的制度模式,漏洞才能得以弥补。

地役权作为最早的用益物权,在物权体系结构中,不仅孕育了人役权等他物权形式,而且以其制度优势发挥了拾遗补缺、填补漏洞的巨大功能。正如学者所述:“法国民法典第 686 条的规定充分体现了意思自治原则:‘所有人得对其产业或其产业的利益而设定其认为适当的地役权。’根据这一规定,当事人可以设定法律就其类型未作明文规定的地役权,学者认为,这是物权设定限制原则(物权法定原则)之松动。”^[14](第 424 页)亦有学者认为,“物权的所谓种类法定原则已使得当事人仅能在一些次要点上有所约定,但地役权却因土地之间关系极为多样,而使得权利的内容也须由当事人合意而定,这种先天的内容多样性可能说是地役权的最大特色”^[15](第 27 页)。为了说明地役权制度的漏洞补充功能,我们着重以下国家立法为例加以分析:

1. 瑞士立法例。

《瑞士民法典》中有关于建筑权的规定,所谓建筑权是指在他人的土地上或地下建造或保留建筑物的权利。此种权利在性质上与地上权相类似,但瑞士民法并未将其界定为地上权,因为该权利内容未具有代表性,立法也未确定其为一种法定物权形式。根据该法典第 958 条,可予以登记的权利形式只有:所有权、地役权、土地负担、担保权。因此,立法赋予当事人可以地役权名义创设此种权利并予以登记。第 779 条规定:“在土地的土地上或地下建造或保留建筑物的权利,可设定为役权。”如果建筑物突出占用了他人土地空间的,规定可设定为地役权,第 674 条规定:“土地上的建筑或其他设施的上部突出至他人土地之上时,仍为其所在地的土地的组成部分。但土地所有人对该建筑物无物权的,不在此限。对前款突出建筑物的权利,得以地役权登记于不动产登记簿。”对这种其他物权形式无法包容的利用他人空间而享有建筑物所有权的物权形式,法律认可以地役权名义设定之。

瑞士民法中尚有引取泉水的权利,是指对他人泉水享有一定数量的占有、使用的权利。这种权利并非为了土地の利用而引取泉水,故在瑞士法中无独立物权的地位,不能取得物权效力。于是立法同样以地役权来界定之。《瑞士民法典》第 780 条规定:“1. 对在他人的土地上的泉水的权利,得使泉的所有地负担先占及导引泉水的役权;2. 前款的权利,如无特别的约定,得让与并继承;3. 对泉水的权利,如为永久并独立的,得作为不动产在不动产登记簿上登记”。

2. 日本立法例。

日本民法中有入会权的概念,所谓入会权是指居民可以进入特定领域内的山林、原野、河川,进行采集野果、放牧、捕鱼、采伐林木及挖掘矿产的权利。入会权根据入会地之不同,分为共有性质的入会权和非共有性质的入会权两种。入会地属居民本部落所有的,入会权为共有性入会权;反之,则为非共有性入会权。前者规定于该法典第三章所有权第三节共有之中(第 263 条),后者由于入会地非属居民本部落所有,故进入别人土地进行取益的权利当属用益物权之列。由于此种权利为《日本民法典》所不采,不能作为独立物权种类予以登记。为了于物权法定原则之下获取认可,取得保护,立法者将其归入该法典第六章地役权之中。第 294 条规定:“无共有性质的入会权 关于无共有性质的入会权,除从各地方的习惯外,准用本章的规定。”

3. 德国立法例。

《德国民法典》第 1018 条规定:“一块土地为了另一块土地的现时所有人的利益,得设定权利,使需役地的所有人得以某种方式使用该土地或使在该土地上不得实施某种行为,或排除本于供役地的所有权对需役地行使权利。”此为德国法中的地役权制度。依德国法,相邻权为一不动产因相邻事实而产生的利用他人不动产的权利,此种权利不是一项独立的物权,而是所有权之组成部分,系所有权之扩张与延伸,此处“本于供役地的所有权对需役地行使权利”即为相邻权,学说和立法亦称为相邻关系。该项法律制度主要调整相邻不动产的基本利用关系。不动产之利用可能因具体情况不同,相邻权利之行使也随之发生变化,如权利人变更,甚至放弃部分法定权利,对于这种法定权利行使上之异动,法律应当尊重当事人之意愿,允许变更。那么,应该用什么样的权利来界定这种异动,即用一种权利来约束,或排除另一种权利的行使就颇费思量。显然,德国法采用地役权来完成这个使命。

4. 美国法例。

美国的路易斯安那州深受法国法之影响,属大陆法系传统,法国法中的物权法定原则亦被视为不可动摇的原则。但是,社会的发展,要求突破物权种类限制,丰富物之利用形式,地役权之价值功能,再次得以体现。在矿业法颁布之前,法院比照地役权创设了一种重要的采矿权,使这种不能为其他物权涵盖的物权形式成了地役权之内容,从而受到法律的保护。再如,为了防洪而创设“堤坝地役权”。美国近 40 年来又新出现了一种物权,“保全地役权”(Conservation Easement),这种权利的内容主要是指公益机构或私人性质的慈善组织,为了保全科学、历史名地或开阔地而限制土地所有人建筑楼房的权利,这种权利不以需役地之存在为前提,无期限限制,并可转让。为了避免该项权利引起普通法上的怀疑,几乎所有州都以成文法的方式作为否定地役权规定下来,从而取得物权效力。地役权之漏洞补充功能在此表现得淋漓尽致。

[参 考 文 献]

- [1] 王利明.物权法论 [M].北京:中国政法大学出版社,1998.
- [2] 课题组.制定中国物权法的基本思路 [J].法学研究,1995,(3).
- [3] 陈华彬.物权法原理 [M].北京:国家行政学院出版社,1998.
- [4] 郑玉波.民法物权 [M].台北:三民书局,
- [5] 傅 穹.物权法定三题 [J].法制与社会发展,1999,(1).
- [6] 李景丽.物权法新论 [M].成都:西苑出版社,1999.
- [7] 梁慧星.民法解释学 [M].北京:中国政法大学出版社,1995.
- [8] 段 匡.德国、法国以及日本法中的物权法定主义 [J].民商法论丛,1998,(7).
- [9] 谢在全.民法物权 [M].北京:中国政法大学出版社,1999.
- [10] 梁慧星.中国物权法研究 [M].北京:法律出版社,1998.
- [11] 王 闯.让与担保法律制度研究 [M].北京:法律出版社,2000.
- [12] 王泽鉴.民法学说与判例研究(第一册) [M].北京:中国政法大学出版社,1998.
- [13] 王 闯.动产抵押制度研究 [J].民商法论丛,1996,(5).
- [14] 尹 田.法国物权法 [M].北京:法律出版社,1998.
- [15] 苏永钦.相邻关系在民法上的几个主要问题 [J].法学丛刊,1996,(6).

(责任编辑 车 英)

Easement Supplement to Legalization of Real Right

LIU Nai-zhong

(Wuhan University Law School; Wuhan 430072, Hubei, China)

Biography LIU Nai-zhong(1967-), male, Doctoral candidate, Wuhan University Law School, majoring in civil and economic law.

Abstract It is an important principle in real law that real right should be legalized. Depriving the parties of freedom to create and alter it, the principle mainly points out that classification and content of real right should be stipulated by legal system, which sets limit to the parties' freedom of negotiation in land exploitation. As a supplement to real right, easement is characteristic of its uncertain content, which provides parties with an opportunity to exploit land by negotiation.

Key words easement; real right; legalization; supplement