

是“物权法定”还是“物权自由”

中国社会科学院法学所研究员 梁慧星

物权法草案（第六次审议稿）第五条规定：“物权的种类和内容，由法律规定；法律未作规定的，符合物权性质的权利，视为物权。”因增加“法律未作规定的，符合物权性质的权利，视为物权”一句，导致物权法基本原则的根本性改变，即由“物权法定原则”，变为“物权自由原则”。这一基本原则的改变，在理论上是错误的，在实践上是有害的。

物权法规定“物权法定原则”，其目的在于排除当事人的意思自治，不允许当事人协商创设物权种类和变更物权的内容。因为物权的性质和效力与合同权利不同。合同权利（债权）属于“相对权”，仅在当事人之间有效，不具有排他性，因此可以实行“合同自由原则”。当事人自由订立合同、创设债权，只能约束双方当事人，原则上不会损害国家、社会 and 他人利益。而物权属于“绝对权”，具有排除他人干涉的效力。“直接支配”的效力，加上“排除他人干涉”的效力，实际上就是对社会财产的“独占”。物权就是对现存有形财产的“独占权”。实行“物权自由原则”，无异于许可通过创设新的物权类型或者改变原有物权的内容，而达到“独占”本属于国家、社会和他人财产的目的。

物权法规定“物权法定原则”，还有一个理由：物权是市场交易的前提和结果。市场交易，是商品与货币的交易，亦即物权与物权的交易。现行合同法第一百三十条规定：“买卖合同是出卖人转移标的物的所有权于买受人，买受人支付价款的合同。”物权既是市场交易的前提，也是市场交易的结果。

既然物权是市场交易的前提和结果，是市场交易得以进行的前提条件，则作为市场交易的前提的物权，其种类和内容就必须统一化、标准化，就不能允许自由创设物权类型和改变物权内容，否则就会使市场交易复杂化，使市场交易难于进行。因此，基于保障市场交易顺利进行和建立全国统一的大市场的法律政策理由，必须实行“物权法定原则”，必须由“法律”规定物权的种类和内容。这与实行“货币法定原则”和“有价证券法定原则”，是出于同样的法律政策理由。

应当注意，“视为”是一个极特殊的法律概念，是由法律直接作出的不允许推翻的“认定”，一经“视为”，即无任何救济途径。因此，“视为”仅适用于“事实”的认定，而不适用于“权利”或者“法律行为”的认定。且作为“视为”的前提的，必须是某种确定的“事实”。例如现行继承法第二十五条规定，继承人在继承开始后、遗产处理前，“没有表示的，视为接受继承”。受遗赠人在知道受遗赠后两个月内，“没有表示的，视为放弃受遗赠”。现行合同法第十六条规定，采用数据电文形式订立合同，收件人指定特定系统接收数据电文的，“该数据电文进入该特定系统的时间，视为到达时间”；“未指定特定系统的，该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间，视为到达时间”。

依照本条规定，将“符合物权性质的权利”视为物权，而什么是“物权性质”，物权具有哪些“性质”，什么叫“符合”物权性质？是不确定的，是见仁见智的，怎么能够据以“视为物权”。本条将“视为”这个特殊法律概念和法律技术，适用于“权利”认定，并且根据不确定的、见仁见智的所谓“物权性质”，作出“物权”认定，在法理上是完全错误的，必将导致法律秩序的混乱。

如果“物权法定原则”可以被否定，而代之以“物权自由原则”，凡属于“法律未作规定的，符合物权性质的权利”，均可以“视为物权”，则“货币法定原则”、“有价证券法定原则”亦可被否定，而代之以“货币自由原则”、“有价证券自由原则”，凡是“符合货币性质的”、“符合有价

证券性质的”，诸如“代金券”、“饭菜票”、“返券”、“优惠券”、“借据”、“欠条”等等，均可视为“货币”、均可视为“有价证券”！这是非常危险的！不堪设想的！

如果中国物权法规定“物权自由原则”，凡是“法律未作规定的，符合物权性质的权利”，均被“视为物权”，则在中国境内活动的外商、外资、外企和外国律师，就必然会在他们所参与的经济活动中，采用他们自己熟悉的本国法律上的物权类型。而这些物权类型，当然属于本条所谓“法律未作规定的，符合物权性质的权利”，中国政府和人民法院就应当将其“视为物权”！必将对中国的法律制度和国家主权造成巨大的冲击和损害！物权法定原则的重要功能，在于否定中国法律未规定的、任何外国法律上的物权类型，以维护中国的国家主权和中国的法律制度。怎么能够轻率否定“物权法定原则”，而自毁“长城”？！

将“物权法定原则”改为“物权自由原则”，可能是受个别学者的理论观点的影响。须知学术研究的规律，是所谓“存同而求异”，即尽量说别人没有说过的话，而国家立法的规律则相反，是所谓“存异而求同”。个别学者所谓“物权法定原则相对化”的观点，是缺乏事实根据和理由的。自法国民法典以来二百年，自德国民法典、日本民法典以来一百年，法律未作规定而由法院判例认可的“新物权”类型，仅有“让与担保”一种，而发达国家先由法院判例认可“让与担保”的效力，而后再通过修改法律或者制定特别法实现“让与担保立法化”的实践说明，“物权法定原则”并不会阻碍市场经济的发展。

迄今各国物权法上，“物权法定原则”的地位，并未发生任何动摇，且不说没有哪一个国家以“物权自由原则”取而代之，甚至没有哪一个民法学者提出过这样的主张。可以断言，中国物权法否定“物权法定原则”，而代之以“物权自由原则”，必将导致中国物权秩序乃至整个法律秩序的极大混乱！建议断然删去本条第二句“法律未作规定的，符合物权性质的权利，视为物权”。