

多元的物权法源及其适用规律

常鹏翱*

内容提要：从我国物权的立法、司法、交易等实践情况来看，我国的物权法源是多元的。在属于规范性法律文件的法源中，国家立法机构制定的物权法等狭义法律是核心，它们的位阶平等，相互间存在替代、细化、补充等关系。狭义法律之外的其他规范性法律文件，包括行政法规、地方性法规、没有变通规定的自治条例、单行条例或经济特区法规、司法解释、部门规章、地方政府规章，解释和细化了狭义法律，在不违背狭义法律目的的前提下，给物权内容提供了重要支撑。规范性法律文件所认可的法源包括国家有关规定或国务院的有关规定以及当事人订立的合同。在上述法源之外，习惯与物权的根本宗旨、基本定位、整体风格、相关规定等高度契合，在无其他法源可供适用时起到补充作用。中国共产党的政策在农村土地物权领域发挥着重要作用，在它与狭义法律不一致时，承载基本政策和具体政策的党中央文件可作为法院裁判说理的依据，但不能成为裁判依据。

关键词：物权种类和内容 法源 规范性法律文件 习惯 政策

引言

根据物权法第5条，物权的种类和内容由法律规定，这是物权法定原则的规范表达。从司法运用的角度来看，该条中的法律是法院在裁判中用以判断客观存在的某项权利是否为物权、是何种物权、有什么内容的法律依据，可称为物权法源。

法律一词有不同的意义层面，从全国人大及其常委会制定的狭义法律（立法法第7条）到习惯法，不一而足。物权法第5条中的法律到底指向哪个层面，单从该条表述看不出端倪。学理也未形成共识，有认为它只能是狭义法律；有认为除了狭义法律，还包括其他法

* 北京大学法学院副教授。

源,至于在法律解释、法规、规章、司法解释、习惯法等其他法源中,波及哪些对象,则见仁见智。〔1〕

物权法定原则的本意是通过明确物权种类和内容来增强交易的确定性,但对物权法源的理解乱局直接削弱了这种确定性。试想,狭义法律和习惯法的差别何其大,在判断某项实存权利是否物权或是何种物权时,依据狭义法律和依据习惯法会有截然不同的结果。可以说,要想发挥物权法定原则本有的效用,就必须深入探讨物权法源,确定其合理范围,只有这样,才能为法院裁判和权利保护提供可靠的法律依据。

关键是如何探讨。若不能确定好切入点和路径,所得无非是在乱局火堆中加了一把柴。综观既有的学理论述,立论和展开大多依靠比较法素材和理论推演,对我国立法、司法、政治、经济等实践情况的关注度较低。本文更多地取材于实践情况。毕竟,物权法源的主要功能,是在实践中给物权种类和内容提供正当依据,观察和总结它们的运用情况,反过来会给学理分析提供更充实的论据,或带来新的视点。而且,物权法颁布实施已逾六年,它不仅不同程度地影响着立法、司法、行政等由国家意志主导的活动,也是执政党在制定有关政策时不容忽视的重要考虑因素,还直接进入生活和交易,由此产生的涉及物权法源的实践素材相当充分,这给本文的分析展开提供了足够的支撑。〔2〕这同时意味着,本文除了为物权法源的确定提供理论支持,还特别注重它们的实践运用,以求为相应的法院裁判提供可能的引导。

一、物权法源的基本界定

(一) 物权法源的基本表现

根据物权法第5条,物权法源的调整对象是物权种类和内容。在法院裁判中,只有在具体规定的层面上讲法源才有意义,故根据调整对象的不同,物权法源可细分为物权种类规范与物权内容规范。

物权种类规范主要指对物权进行定义的规定,如物权法第125条、第135条分别界定了土地承包经营权、建设用地使用权,它们对这些物权起到基本指引作用。至于物权内容,是指权利人基于物权可得的利益形态和可为的行为权限,不仅指占有、使用、收益、处分等基本权能,也包括更具体的形态,如家庭承包经营权的处分权能细化为转让、互换、入股等(农村土地承包法第32条),还涉及对这些具体形态的限制,如家庭承包经营权的入

〔1〕以北京大学法学院图书馆藏的物权法颁布后的36本物权法教科书为例,其中有10本未讨论物权法源;19本把物权法源限于狭义法律,但其中的8本认为物权法定可通过习惯法得以缓和;1本兼及法律解释;2本仅兼及行政法规;2本仅兼及习惯法;1本同时兼及行政法规和习惯法;1本同时兼及行政法规、地方性法规、规章、司法解释和习惯法。这些教科书均专论物权法,不包括有物权法内容的民法教材,且未重复计算同一作者撰写的、在不同时期或由不同出版社出版的教科书。对这些教科书信息的收集和分类,得到北京大学法学院研究生宋方成的帮助,谨表感谢。

〔2〕由于物权法源在法院裁判中最有实用价值,故本文最主要的实践素材是法院裁判文书。本文援引的法院裁判文书都源自北大法宝网。除非有特别说明,其中涉及物权的裁判均发生于物权法颁布实施后的6年内,即2007年10月1日至2013年10月1日。为了在时间上保持大致的均衡,本文援引的裁判均发生在2013年10月1日之前。

股仅限于从事农业合作生产（农村土地承包法第42条）。〔3〕为上述内容提供依据的具体规定，就是物权内容规范。

在法律适用上，物权种类规范为物权提供了基本标准，由此可决定某项权利是否为物权、是哪类物权，能为进一步的法律适用提供正确方向。在此基础上，涉及权利人有无某项权能、是否逾越权限的纠纷，则由物权内容规范提供裁判依据。从实践情况来看，涉及物权内容的纠纷更常见，物权内容规范因此也更常用。

（二）物权法源的法律地位

从名称上看，物权法源与物权的法源很类似，但前者的调整对象仅限于物权种类和内容，后者除了调整物权种类和内容，还涉及物权变动、物权公示、物权保护、物权顺位等事项，就此来看，物权法源应属于物权的法源的一部分。学理对物权的法源范围没有争议，即便主张物权法源仅限于狭义法律的观点，也认为物权的法源包括狭义法律、行政法规、司法解释、规章等，〔4〕这与物权法源的众说纷纭局面形成鲜明对比。

在物权的调整对象中，物权种类和内容是基础，没有它们，物权变动等其他事项根本无从谈起，物权法源因此起着根基作用。而且，对物权变动等事项的全面的法律调整，往往离不开物权内容规范，如基于家庭承包经营权的处分权能，权利人将该权利转让给他人，既要遵循物权变动规定（物权法第128、129条、农村土地承包法第37、38条），又要遵循转让的限制规定（农村土地承包法第33条、第41条），后者正是家庭承包经营权内容规范的具体表现。

（三）物权法源的类型划分

基于立法、司法、交易等实践情况，以立法法等规定的规范性法律文件为基点，可将物权法源分为三类，即属于规范性法律文件的法源、规范性法律文件认可的法源和上述法源之外的法源。

1. 属于规范性法律文件的法源

规范性法律文件是有关国家机关为了体现、贯彻和落实国家意志，依据立法法等法律制定的，具有普遍约束力的法律文件。规范性法律文件的具体形态是成文规范，主要依据是立法法，包括狭义法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章。此外，人民法院组织法第32条规定的司法解释也属于规范性法律文件。以地位和功能为标准，这类法源能分为以下三类：

第一，立法型法源。物权法第5条的法律包括狭义法律属于定论，全国人大常委会的法律解释与狭义法律效力相同（立法法第42条、第47条），也是物权法源，〔5〕它们均源自国家立法机构（下称立法者），可并称为立法型法源。

第二，变通型法源。根据立法法第66条第2款、第81条，民族自治地方的自治条例或单行条例、经济特区的经济特区法规，可以根据本地的社会和经济状况，依法变通狭义法

〔3〕 参见韩松等编著：《物权法》，法律出版社2008年版，第302页以下；王利明：《物权法研究》下卷，中国人民大学出版社2012年版，第829页以下；常鹏翱：《物权法定原则的适用对象》，《法学》2014年第3期。

〔4〕 参见孙宪忠：《中国物权法总论》，法律出版社2009年版，第181页以下，第236页；江平主编：《物权法教程》，中国政法大学出版社2011年版，第15页，第119页。

〔5〕 参见胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社2007年版，第31页。

律的规定。这些变通规定在本地优先适用，可称为变通型法源。目前的自治条例、单行条例和经济特区法规没有针对物权种类和内容的变通规定，还不是实存的物权法源，但不排除今后的可能性。

第三，解释型法源。狭义法律往往通过行政法规等其他规范性文件而得以解释和细化，物权法源也不例外。比如，根据城市房地产管理法第51条和担保法第56条，划拨的建设用地使用权的处分权能有抵押形态，但需什么条件、受什么限制，则言之不详。《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第44、45条给出了答案，即在承载合法建筑物等条件下，该权利可抵押，法院也据此裁判。^{〔6〕}这与该权利的转让限制（城市房地产管理法第40条）如出一辙，是狭义法律规定的更具体表达。显然，为了明晰狭义法律的规定，也为了便于法院适用和操作，像《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》这样的能解释和细化狭义法律的规范也是物权法源，它们可称为解释型法源。这类法源包括行政法规、地方性法规、没有变通规定的自治条例、单行条例或经济特区法规、司法解释、部门规章和地方政府规章，它们的位阶较低，内容不得与狭义法律抵触（立法法第79、80条、人民法院组织法第32条），只能是狭义法律的具体化。

2. 规范性文件认可的法源

这类法源不是规范性文件，但规范性文件——主要是狭义法律——为它们预留了适用空间，为它们成为物权法源提供了通道，主要包括以下两类：

第一，国家有关规定或国务院有关规定。对于在立法时不完全成型的物权，狭义法律无法给予完全界定，会通过引致条款明确把部分调整任务托付给国家有关规定或国务院有关规定。在此方面，物权法第153条相当典型。该条规定：“宅基地使用权的取得、行使和转让，适用土地管理法等法律和国家有关规定。”之所以有这样的引致条款，是因为我国的土地管理制度正在改革，宅基地使用权有无处分权能或有哪些处分权能，能否或如何转让和抵押，均是未定的问题，通过援引国家有关规定，可以适应未来发展的需要，为进一步深化改革留有空间。^{〔7〕}国家有关规定显然不是狭义法律，从立法机构工作人员对物权法第153条的释义来看，应指国家的农村土地政策，^{〔8〕}而在审判实践中，它们被理解为国务院或其所属机构颁发的、在全国范围内普遍适用的规范性文件，其中都指明城镇居民不得购买宅基地的政策。^{〔9〕}此外，在家庭承包经营权之外的其他土地承包经营权的处分权能上，物权法第133条援引了国务院有关规定，而这方面的具体规定，目前主要是国务院办公厅的两个规范性文件。^{〔10〕}从国家有关规定或国务院有关规定的具体形式来看，学理认为它们既不是

〔6〕 参见最高人民法院（2012）民申字第1553号民事裁定书。

〔7〕 参见前引〔5〕，胡康生主编书，第339页。

〔8〕 同上书，第340页。

〔9〕 适用物权法第153条的民事裁判文书共56件，其中适用2004年10月21日《国务院关于深化改革严格土地管理的决定》、1999年5月6日《国务院办公厅关于加强土地转让管理严禁炒卖土地的通知》、2007年12月30日《国务院办公厅关于严格执行有关农村集体建设用地法律和政策的通知》和2008年7月8日《国土资源部关于进一步加快宅基地使用权登记发证工作的通知》的各1件。

〔10〕 这两个文件是1996年6月1日国务院办公厅《关于治理开发农村“四荒”资源进一步加强水土保持工作的通知》和1999年12月21日国务院办公厅《关于进一步做好治理开发农村“四荒”资源工作的通知》。参见最高人民法院物权法研究小组编著：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，人民法院出版社2007年版，第404页。不过，适用物权法第133条的民事裁判文书共7件，均未适用上述文件。

狭义法律，也不是行政法规或部门规章，^{〔11〕}无法归入规范性法律文件的范畴。

第二，合同。首先要明确的是，合同不仅约束当事人，在当事人之间有相当于法律的效力，还是法院判断当事人有无相应权利的依据，并能优先于狭义法律的任意规范而适用，应属于法源。^{〔12〕}把合同具体化为物权法源，主要源自狭义法律的任意规范的指引。物权法对物权内容设置了不少任意规范，如根据第204条、第213条，最高额抵押权有无以附随于主债权转让为表现形态的处分权能、质权人对质物孳息有无收取权，均由当事人约定。这表明，虽然物权法定原则不允许当事人私设物权，但在私法自治的底盘上，狭义法律无法强制安排物权的全部内容，在部分领域要用任意规范来柔性调整，合同约定由此成为物权法源，并能优先于任意规范而适用。

此外，还有一类能作为物权法源的合同与任意规范无关，而是存于狭义法律无法穷尽规定物权内容之处。其原理在于，虽然狭义法律初始配置了物权种类，同时也限制了物权内容，但无法包办一切，特别是对于只有当事人才能把握的具体内容，只能由合同约定填充。比如，与土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权的目的被法律严格限定不同（物权法第125条、第135条、第152条），物权法第156条等虽然规定了地役权及其大致权能，但怎么利用供役地来使需役地得到最大效用，只有需役地人最清楚，法律无法越俎代庖，这种留白只能由地役权合同填补，即利用需役地的目的和方法必须由当事人约定（物权法第157条第2款第3项、第160条），离开了这些约定，地役权根本就无法发挥其功能。

3. 其他法源

这类法源既不是规范性法律文件，规范性法律文件也未明确给它们进入司法适用提供通道，但在实践中得到不同程度的默认，主要有以下两类：

第一，习惯。因立法者的有限理性和语词表达的有限功能，任何成文法都不可能无一遗漏地全面反映规范目的，而且，成文法还必然滞后于社会发展，存有遗漏堪称成文法的常态。调整物权的狭义法律同样如此。为了弥补该缺陷，习惯就成为法源。^{〔13〕}我国司法实践在不同程度上确认了习惯的物权法源地位，内蒙牧区普遍存在的“苏鲁克”用益权习惯就是典型。^{〔14〕}

第二，中国共产党的政策（下称党的政策）。对我国立法和司法的实证研究指出，党的政策是法源。^{〔15〕}由于农村问题备受党的重视，党的政策在不同方面牵涉农村土地物权，并在

〔11〕 参见周旺生：《立法学》，法律出版社2009年版，第272页；姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社、高等教育出版社2011年版，第176页。

〔12〕 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社2001年版，第8页；苏永钦：《“民法”第一条的规范意义》，载苏永钦：《私法自治中的经济理性》，中国人民大学出版社2004年版，第14页。

〔13〕 我国台湾民法第757条的变化就能说明这个问题。该条在2009年修订前，仅把狭义法律作为物权法源，修订时增列了习惯，理由是为避免物权法定原则过于僵化，妨碍社会发展，法律对新物权秩序未及补充时，应许习惯予以填补。参见王泽鉴：《民法物权》，北京大学出版社2010年版，第36页。

〔14〕 该习惯的基本含义是指，畜群所有人把畜群交给他人经营，经营者有占有、使用、收益的权利。经营者在期间届满后返还畜群。法院对待该习惯的实践情况，参见戴双喜：《传统法律知识现代社会的变迁与贡献——现代牧业社区苏鲁克物权习惯研究》，载高其才主编：《当代中国民事习惯法》，法律出版社2011年版，第256页以下。

〔15〕 参见苏力：《道路通向城市》，法律出版社2004年版，第99页以下；李友根：《司法裁判中政策运用的调查报告——基于含“政策”字样裁判文书的整理》，《南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学版）》2011年第1期。

法院裁判中得到适用，它因此也是法源，特别是在土地承包经营权上，其地位比较突出。^[16]

上述法源在法院裁判适用中的地位和功能不同，可分为两类，一是裁判依据，即支持裁判结论的法律依据，它们限定为法律、法律解释、行政法规、地方性法规、自治条例或单行条例、司法解释；二是裁判说理依据，即支持裁判文书说理的法律依据，其范围广于裁判依据，还包括部门规章、地方政府规章等其他法源（最高人民法院《关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》第4条、第6条，下称该司法解释为“裁判引用规定”）。

（四）物权法源的主要问题

在上述法源中，规范性法律文件认可的法源的适用范围和情形最确定，学理和实践没有太大问题。有问题的是其他法源，主要表现为：

第一，我国至今还没有对民事法律的法律解释，它目前不是实存的物权法源。基于这种现状，对立法型法源的认知重心是狭义法律。狭义法律的核心是物权法，它命名了各类物权并确定了大致内容，为物权体系提供了基础图谱，但民法通则、土地管理法、农村土地承包法、城市房地产管理法、担保法等狭义法律也从不同角度切入来调整物权，它们的不少规定存在重叠、交错或冲突。这既不利于确定各类物权的内容，也不利于法律适用，亟需理顺它们的关系。本文第二部分将对此加以讨论。

第二，学理对解释型法源多持怀疑和否定态度，但实务操作显然与这种学理见解不同，在此情况下，如何认识这类法源的正当性，它们的规范表达和实践运用情况能否印证上述认识，就相当有讨论价值。本文第三部分将围绕这些问题展开。

第三，习惯能否作为物权法源，我国大陆地区的学理见解不一，而我国台湾民法第757条等可借鉴的法例以及“苏鲁克”用益权习惯等实例，均倒向肯定的见解。在此背景下，如何认识习惯作为法源的正当性，如何厘定司法适用习惯的条件，就需认真思考。本文第四部分将对此进行展开。

第四，从既有研究来看，学理很少关注作为物权法源的党的政策，其适用现状和特点如何，是相对陌生的话题，有必要通过梳理实践情况予以澄清。更为关键的是，《中国共产党章程》的总纲明确指出，党必须在宪法和法律的范围内活动，而依法治国（宪法第5条第1款、《中国共产党章程》总纲）、依法改革^[17]和依法审判（人民法院组织法第4条）也是确定无疑的现实指南，法律因此是国家治理和党务活动必须依循的基本标准。在此大环境下，作为物权法源的党的政策如何能有机地与法律相契合，如何确保其在司法适用层面的正当性，就更有探讨价值。鉴于党的政策在土地承包经营权领域运用较多，本文第五部分将围绕该领域，从党的什么政策、在什么情形下、如何被适用这三个方面，尝试回答上述问题。

[16] 以“土地承包经营权”为关键词，搜索到土地承包经营权纠纷裁判文书2874件，再以“政策”为关键词在当中搜索，涉及778件。由于没有办法从中遴选出裁判文书适用政策的具体情况，本文随机选出2010年和2013年的文书为样本进行观察。在上述778件文书中，2010年、2013年分别为25起和136起，实质援引党的农村土地承包政策的分别为5件和13件，由此可得出粗略结论，即在土地承包经营权纠纷的裁判文书中，适用党的政策的比例在10—20%之间。

[17] 参见《习近平：凡属重大改革都要于法有据》，载新华网（http://news.xinhuanet.com/fortune/2014-03/01/c_126207261.htm），访问日期2014年5月15日；《从三方面理解“凡属重大改革都要于法有据”》，载东方网（http://news.eastday.com/eastday/13news/auto/news/china/u7ai908230_K4.html），访问日期2014年5月15日。

二、狭义法律之间的关系

（一）位阶平等

在涉及物权的狭义法律中，物权法和民法通则是由全国人大制定的基本法律，其他则出自全国人大常委会，它们是否因此有位阶差别，见解并不一致。有最高人民法院法官认为物权法是担保法的上位法，^[18]也有法官和学者把它们放在同一位阶。^[19]若认为它们有位阶差别，其关系就相当简单，即下位法与上位法不一致的，适用上位法（立法法第87条第2项）。但若认为它们位阶平等，就只有进行全盘梳理，才能明确它们的关系。

本文认为，物权法等基本法律与其他法律的位阶平等。因为全国人大常委会虽然无权制定基本法律，但它与全国人大共享性质和功能完全相同的国家立法权（宪法第58条），并在权力行使上高度混同。主要表现为：全国人大虽然有权修改或撤销全国人大常委会不适当的法律（宪法第62条第11项、立法法第88条第1项），但在全国人大闭会期间，在不抵触基本法律的基本原则的前提下，全国人大常委会也有权对基本法律进行部分补充和修改（宪法第67条第3项、立法法第7条第3款），如担保法就部分补充和修改了民法通则。^[20]既然全国人大和全国人大常委会能相互更改对方的法律，就不宜认为法律之间有位阶高下之别，否则就无法合理化上述权力配置。

通过与法律解释的对比，更能清晰证明上述立论。法律解释主要是为了明确法律规定的含义，程序相对简单（立法法第43—46条），在其对象是基本法律时，它们的位阶平等。与法律解释相比，基本法律之外的其他法律也出自全国人大常委会，若在该法律制定前，已有针对相同调整事项的基本法律，该法律往往会部分补充或修改基本法律。担保法与民法通则的关系就是明证。这种结果的影响显然比法律解释深远。与此相应，法律制定的程序也更严谨复杂（立法法第24—41条）。从举轻明重的角度来看，旨在明确法律含义且程序简单的法律解释尚与基本法律平等，部分更改基本法律且程序复杂的其他法律更应与基本法律的位阶平等。

物权法与其他法律位阶平等，会使问题变得格外复杂，因为它们的时间有先后、内容有出入、角度有差异。要想理顺它们的关系，必须立足于立法的实际情况，根据具体规定，结合审判实践，进行整体盘点和梳理。

（二）替代关系

在新法和旧法之间，能确证新法修改或废止旧法的，新法就替代旧法（立法法第83条后半句）。作为专门调整物权关系的基本法律，物权法充分吸收了之前的法律经验，又有所

[18] 参见奚晓明：《当前民事审判中的几个法律适用问题》，《人民司法·应用》2007年第13期；王闯：《规则冲突与制度创新（上）》，《人民法院报》2007年6月20日。另外，“裁判引用规定”第2条规定，在裁判文书引用时，应先引用基本法律，再引用其他法律，理由是与基本法律相比，其他法律的地位低。参见吴兆祥：《〈关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定〉的理解与适用》，《人民司法·应用》2009年第23期。

[19] 参见刘贵祥：《〈物权法〉关于担保物权的创新及其审判实务面临的问题（上）》，《法律适用》2007年第8期；崔建远：《物权法》，中国人民大学出版社2009年版，第3页。

[20] 当然，这是默示补充和修改。对法律明示或默示补充和修改的阐述，参见前引〔11〕，周旺生书，第501页。

调整和发展。在主旨相同的事项上，物权法与其他法律有不同规定的，就足以表明立法者有意修改或废止其他法律规定，对此只能适用物权法。

以物权法第204条为例，就其文义来看，在主债权确定后或基于当事人的约定，最高额抵押权随主债权的转让而转让，表现了该类抵押权的处分权能，而担保法第61条禁止最高额抵押权的主债权转让。两相对比，立法者用物权法第204条替代担保法第61条的意图相当明显。^[21]在这种替代关系中，尽管担保法第61条未被明文废止，形式上仍是有效法条，但实际已被物权法第204条替代。除了在物权法实施前发生的案件，担保法第61条不应再予适用。^[22]

必须强调的是，只有新法和旧法均有规定且不一致时，才有上述的替代关系。至于旧法有规定而新法无规定的不一致情形，很可能是新法因旧法有规定而不再重复，旧法由此会对新法起到补充作用。故而，在理解物权法第178条时，应把物权法与担保法因规定不一致而适用物权法的情形，限缩为物权法修改或废止了担保法的规定。

（三）细化关系

除了被替代的规定，其他法律与物权法的规定均并行存在。不过，针对相同主旨的事项，并非与此相关的规定均应付诸适用。若某一法律的规定更具体、更详尽地阐述了另一法律的规定，说明前者更清晰地反映了立法意图和思路，适用起来更有针对性，就应适用该更具体的规定。这就是所谓的细化关系。

细化关系的典型是物权法与民法通则。前者系统规定了物权种类和内容，后者的相应规定均相当简略，全部能被前者予以具体化。此外，农村土地承包法等专门调整土地承包经营权等物权的法律，在权利内容上的规定往往比物权法更具体，也属于细化关系的典型。

在细化关系中，应优先适用更具体的法律规定。比如，根据物权法第120条、第125条，土地承包经营权有使用权能，但限于农业生产的目的，且应依法保护和合理开发利用资源。与这些规定相比，农村土地承包法第17条更具体，即该权能有以下限制：维持土地的农业用途，不得用于非农建设；依法保护和合理利用土地，不得给土地造成永久性损害；其他法律限制。从实践情况来看，更具体的农村土地承包法第17条是涉及土地承包经营权使用权能纠纷的裁判依据。^[23]

在细化关系中，被细化的规定存而不用，看上去好像与被替代的规定一样，没有实际价值。其实不然，因为被替代的规定实质上已不存续，根本无法适用，而被细化的规定仍有效存在，有适用价值，只不过排序在后，一旦更具体的规定因内涵不足而无法适用时，更抽象、更有内涵弹性的被细化的规定就有可能补位适用。

（四）补充关系

在上述关系之外的是补充关系，即对于某一法律的规定漏缺，由另一法律进行补充。根据辨别的难易程度，可把补充关系区分为显性补充和隐性补充。

[21] 参见前引〔5〕，胡康生主编书，第444页。

[22] 有法院针对物权法生效后发生的最高额抵押权，通过解释担保法第61条的立法意图，并针对案情进行利益平衡后，认可最高额抵押权随债权而转让，从而实际排除该条规定的适用（参见浙江省杭州市中级人民法院（2012）浙杭商再终字第1号民事判决书）。这种做法不符合担保法第61条被替代的立法现实，似不可取。

[23] 适用农村土地承包法第17条的裁判文书共53件，均未适用物权法第120条或第125条。

1. 显性补充

针对特定的物权种类或内容,某一法律的规定显然在补充另一法律,就是显性补充。比如,担保法未规定最高额质权,物权法第222条则有规定,鉴于物权法是新法,它对担保法的补充很容易辨别。除了这种时间标志,用以援引其他法律规定的引致条款也是明显标志,物权法的这种条款大致有以下表现形式:

第一,明确指向其他法律。如第151条规定:“集体所有的土地作为建设用地的,应当依照土地管理法等法律规定办理。”据此,集体建设用地使用权的内容被整体打包给土地管理法等法律,在为该权利寻找依据时,直指土地管理法等法律即可。与此有所不同的是,第128条规定家庭承包经营权的处分权能包括互换、转让等形态,但对这些形态的限制需借助农村土地承包法的有关规定,物权法第128条和农村土地承包法的有关规定均是上述处分权能的依据,应共同适用。^[24]

第二,规定某种权利受法律保护。如第122条规定:“海域使用权受法律保护。”海域使用权据此有了物权名分,但权利内容另由法律规定。至于该法律是什么,需根据海域使用权的名称和属性来确定,海域使用管理法由此出现。第123条有关捕捞权等规定与第122条完全相同,渔业法等法律就分别成为这些权利内容的依据。^[25]

第三,以“法律另有规定”的但书形式出现。如第143条规定:“建设用地使用权人有权将建设用地使用权转让、互换、出资、赠与或者抵押,但法律另有规定的除外。”其中的“法律另有规定”,就是指城市房地产管理法等法律对这些处分权能的限制性规定。^[26]

这些引致条款除了能简化文本表述,避免内容重复,还有灵活应对现实情况,保持物权法稳定的功能。如我国集体建设用地制度的改革尚未定型,物权法无法明确集体建设用地使用权的内容,只能确定其用益物权属性,再通过第151条为其内容援引其他法律依据。^[27]

2. 隐性补充

针对特定的物权种类或内容,某一法律的规定是否在补充另一法律,并不容易辨识,需综合运用文义解释、体系解释、目的解释等解释方法加以认定,就是隐性补充。这种补充主要针对物权法未规定、而此前的旧法有规定的情形。一旦认定其他法律规定是对物权法的补充,该规定就是应优先适用的特别规定(物权法第8条、立法法第83条前半句)。

以野生动物保护法第16条、第18条等有关狩猎权的规定为例,虽然物权法对此并未涉及,但通过解释物权法的用益物权规定,能把狩猎权定位成特别法规定的特别物权。原因在于:(1)用益物权是以占有、使用和收益为内容的物权概称(物权法第117、118条),狩猎权是占有、使用特定狩猎场所并取得猎物所有权的权利,具有绝对性和排他性,在权

[24] 有些法院裁判仅把物权法的引致条款作为依据,如针对家庭承包经营权的互换或转让纠纷,河南省许昌市中级人民法院(2011)许民二终字第218号民事判决书、北京市第一中级人民法院(2011)一中民终字第8461号民事判决书所引的一审判决、宁夏回族自治区吴忠市中级人民法院(2011)吴民终字第8号民事判决书所引的一审判决,均仅以物权法第128条等为判决依据,而未引用农村土地承包法的相关规定,不足以给判决提供充足依据。妥当的做法是像多数法院一样,把物权法第128条等引致条款与所援引的法律规定同时作为裁判依据。

[25] 参见前引[5],胡康生主编书,第271页以下。

[26] 同上书,第324页。

[27] 同上书,第335页。

能和属性上符合用益物权的界定。(2) 狩猎权与捕捞权在属性和内容上高度同质,^[28] 后者属于用益物权, 基于相同事物同等对待的道理, 狩猎权也应是用益物权。(3) 把狩猎权作为用益物权, 既符合物权法第 1 条指出的明确物的归属、发挥物的效用的根本宗旨, 也符合保护和合理开发利用自然资源的用益物权制度目的(物权法第 120 条第 1 句)。一旦把狩猎权当成特别物权, 其内容应先适用野生动物保护法, 该法没有规定的, 再适用物权法的用益物权一般规定。

按照上述思路和方法, 农用地使用权也属于特别物权。物权法在农用地上只确认了土地承包经营权, 而实践中存在不以承包经营方式对农用地进行占有、使用和收益的权利, 如国有农场、集体林场等对耕地、林地的使用权, 这在实践中被称为农用地使用权, 土地管理法第 4 条第 2 款、第 9 条为该权利提供了依据。农用地使用权同样满足用益物权的标准, 在权利内容和功能上与土地承包经营权非常接近, 把它确认为用益物权, 既能明确权属, 发挥农用地的最大效用, 还能保障权利行使, 排除外在干涉, 符合物权法第 120 条第 2 句对用益物权的规制目的。^[29] 在法律适用上, 农用地使用权应先适用土地管理法, 该法没有规定的, 再适用物权法的用益物权一般规定。

三、解释狭义法律的法源

(一) 本类法源的正当性基础

我国的法制以成文法为主导, 狭义法律是最主要的法源, 其制定和修改有严格程序。为了保持狭义法律的稳定性和可预期性, 立法者主要针对调整领域的通常情况加以规范。在实践运用中, 具有解释和细化狭义法律有关规定作用的, 除了同属立法型法源的法律解释, 主要是国务院等机构制定的其他规范性文件, 即解释型法源。^[30] 为了保持法制的同一, 防止因法出多门而相互矛盾、冲突, 除非立法者有特别授权或狭义法律有特别规定, 否则, 非由立法者制定的其他规范性文件必须遵循狭义法律的目的, 通过更具体的表达, 来解释和细化狭义法律的规定, 以便更有针对性地实施运用(立法法第 56 条、第 63 条、第 66 条、第 71 条、第 73 条, 各级人民代表大会常务委员会监督法第 31 条, 人民法院组织法第 32 条)。

上述布局表明我国的法制以狭义法律为根基, 以其他规范性文件为枝节, 这些规范性文件沿着狭义法律所设定的方向, 通过更细致的调整和更具体的规定, 来落实狭义法律的目的和内容, 它们相互勾连为有机的法律体系。在这种体系中, 就同一规范目的和同一调整事项而言, 狭义法律和其他规范性文件之间具有普遍和特别、一般和具体的紧密一体关系。可以说, 要想全面准确理解狭义法律, 离开了与其相关的其他规范性文件, 恐怕难以达到目的。这些其他规范性文件与狭义法律一道同为法源, 也就不

[28] 参见戴孟勇:《狩猎权的法律构造——从准物权的视角出发》,《清华法学》2010 年第 6 期。

[29] 关于国有农用地使用权的实践状况和问题, 参见蔡卫华:《土地登记实务精解》, 中国法制出版社 2010 年版, 第 165 页。

[30] 上文第二部分中的“细化关系”指出, 狭义法律中也有解释和细化其他规定的更具体规定, 其功能与行政法规等解释型法源相当, 只不过解释型法源的位阶低于狭义法律。

足为奇。当这些其他规范性法律文件针对的是狭义法律中有关物权种类和内容的规定时，它们就是本文所称的解释型法源。

此外，我国狭义法律的规定大多比较粗疏，实用性和操作性不是太强，这更加大了解释型法源的重要性。从物权法等法律的规定来看，受体制改革未定型、认识观念有偏差、经验积累不充分等因素的影响，不少物权内容都不够具体，需解释型法源的协力，《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第44—45条只是适例之一。

当然，行政法规等其他规范性法律文件之所以能成为物权法源，最根本的正当性是它们只有解释和细化功能，只是顺着狭义法律的基本指向前进，并为达到狭义法律的目的地铺设了更具体的路径，设置了更详尽的坐标，因此不会损及狭义法律所框定的物权体系大局的稳定性。为了确保这种正当性，解释型法源从制定到运用均有较严格的机制，如制定中的审查（立法法第63条第2款、《行政法规制定程序条例》第17条、《规章制定程序条例》第18条）和听取、征求意见（《行政法规制定程序条例》第12条、《规章制定程序条例》第14—16条、最高人民法院《关于司法解释工作的规定》第17、18条）、公布后的备案审查（立法法第89条、各级人民代表大会常务委员会监督法第31条、《法规规章备案条例》第10条）、实施中的监督（立法法第90、91条、各级人民代表大会常务委员会监督法第32、33条、《规章制定程序条例》第37条）、法院审理民事案件时对规章的合法有效性的审查（“裁判引用规定”第6条）。只要这些机制落实到位，^[31]解释型法源就不会抵触狭义法律。

综上所述，从我国法制的布局特点以及狭义法律的自身欠缺来看，狭义法律需要解释型法源的配合，这给解释型法源提供了存在基础。解释型法源以解释狭义法律为功能定位，并有严格的程序机制提供保障，这给解释型法源提供了存续的正当性基础。

（二）本类法源的表达与实践

从大面上看，解释型法源有以下布局特点：（1）行政法规在本类法源中的位阶最高，理应占最有力的地位，学理的认同度也较高。但目前涉及物权种类和内容的行政法规数量很少，故其实用价值不高。（2）有不少涉及农村土地物权的地方性法规、单行条例和地方政府规章，它们分别在土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权的内容方面，细化了狭义法律的有关规定，在各自地域成为物权法源。（3）部门规章主要集中在土地承包经营权等农村土地物权领域。（4）司法解释主要集中在担保物权领域。

从具体规定来看，解释型法源既然旨在解释和细化狭义法律，它们就应符合狭义法律的目的。对这一点的最直观判断，就是它们的规定明显落在狭义法律规定的文义范围内。比如，《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第12条明确了出让用地使用权的最高年限，这符合国家实行国有土地有限期使用制度的目的（城市房地产管理法第3条），并因

[31] 根据2014年全国人大常委会工作报告，全国人大常委会在2013年对19件行政法规、32件司法解释逐件逐条进行审查，对审查中发现的同宪法和法律相抵触的问题，督促制定机关及时修改或废止。参见张德江：《全国人大常委会常务委员会工作报告——2014年3月9日在第十二届全国人民代表大会第二次会议上》，载中国人大网（http://www.npc.gov.cn/npc/dbdhhy/12_2/2014-03/17/content_1856100_2.htm），访问日期2014年5月10日。

更明确具体而更宜适用。^[32]又如,互换是土地承包经营权处分权能的形态之一,农村土地承包法第40条对此规定:“承包方之间为方便耕种或者各自需要,可以对属于同一集体经济组织的土地的土地承包经营权进行互换。”在此基础上,农业部的《农村土地承包经营权流转管理办法》第17条把互换的主体明确为同一集体经济组织的承包方,把效力细化为权利和义务的互换,完全符合农村土地承包法第40条的文义,自然也符合其目的。不过,可能因为部门规章在民事审判中没有直接约束力,再加上《农村土地承包经营权流转管理办法》第17条与农村土地承包法第40条的内容差别不大,前者的适用率并不高。^[33]

与上述规定相比,有些规定看上去并未落在狭义法律的文义范围内,而是有所超越,但不过是根据狭义法律的制定背景和立法思路,揭示了隐藏于狭义法律背后的文义。仍以土地承包经营权的互换为例,农村土地承包法第40条未明确不同集体经济组织成员之间能否互换,立法机构工作人员对该条的释义给出否定答案,理由是互换不仅涉及不同集体经济组织的土地权属,也关系农户的生存保障,^[34]这实际表达了互换要兼顾土地所有权人和农户利益的立法意图。据此,只要能落实这种利益平衡,不同集体经济组织成员之间的互换并非不可能。再对比土地承包经营权的转让,就能更清楚地发现,法律并不禁止不同集体经济组织成员之间的互换,因为转让的受让方尚可是本集体经济组织以外的农户,^[35]而互换不像转让那样会导致承包方丧失土地承包经营权,不会危及承包方的生存利益,互换的主体更不应局限为同一集体经济组织的成员。问题的关键因此是如何顾及土地所有权人的利益。这也很简单,只要集体经济组织同意即可。于是,我们看到,《重庆市实施〈中华人民共和国农村土地承包法〉办法》第34条第2款规定,经双方所在集体经济组织同意,不同集体经济组织农户的承包土地可以互换。如果说《农村土地承包经营权流转管理办法》第17条是从字面意义细化了狭义法律规定,重庆的这一地方性法规的规定则把农村土地承包法第40条隐藏的意义清晰地表达出来。受地方性法规适用地域的影响,同时也可能因为不同集体经济组织农户互换土地承包经营权的情况或纠纷较少,《重庆市实施〈中华人民共和国农村土地承包法〉办法》第34条第2款的适用频率不高。^[36]

司法解释也有类似规定。比如,根据物权法第208条和担保法第63条,动产质权有占有权能,但该权能在债务履行期限届满而质权人未受清偿时是否存在,即质权人能否留置质物,并不明确。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(下称“担保法解释”)第95条第1款对此予以明确肯定,这既给债务人履行债务预留了时间,又给质权人实现质权提供了保障,符合担保物权保障债权实现的制度目的。又如,合同法第286条规定了建筑工程承包方的优先受偿权,这被称为法定抵押权,最高人民法院

[32] 适用《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第12条的民事裁判文书共8件,检索不到适用城市房地产管理法第3条的裁判文书。

[33] 与农村土地承包法第40条关联的裁判文书共65件,与《农村土地承包经营权流转管理办法》第17条关联的裁判文书共7件,二者的适用比例约为9:1。上述检索未剔除当事人援引这些规定、而法院裁判未援引它们的情形。但这一模糊因素在这两种检索中均存在,故而不会从根本上影响上述比例。

[34] 参见胡康生主编:《中华人民共和国农村土地承包法释义》,法律出版社2002年版,第100页。

[35] 同上。

[36] 以“重庆市实施《中华人民共和国农村土地承包法》办法”为关键词搜索,适用该法规的裁判文书共12件,其中明确适用第34条第2款的只有1件,即重庆市云阳县人民法院(2012)云法民初字第02905号民事判决书。

《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》从该权利效力、主债权范围、行使期间等方面予以细化,如第1、2条明确了其效力,即优于意定抵押权和其他债权,但不得对抗支付全部或大部分款项的商品房买受人。尽管这种规定已超出合同法第286条的文义范围,但完全符合该权利的立法目的和主导思路,^[37]是在表达狭义法律未尽的文义。鉴于司法解释是最高人民法院颁布的规范性法律文件,各级法院普遍予以遵循,除非所针对的情形较少发生纠纷,^[38]否则会有较高的适用频率。^[39]

另外,还有些规定不过分拘泥于狭义法律的文义,而是立足于狭义法律的目的进行功能考量,采用类推、扩张、限缩等方法来解释狭义法律,在内涵容量上表现出适度弹性。比如,根据物权法第179条和担保法第33条,一般抵押权是以债务人或第三人的财产为标的的担保物权,但“担保法解释”第77条规定,同一财产负担若干有先后顺位的抵押权的,顺位在先的抵押权与该财产所有权归属一人的,所有权人可以其抵押权对抗顺位在后的抵押权,这就是以债权人的财产为标的的所有权人抵押权。^[40]它显然不同于一般抵押权,但其内在支撑的基础是按顺位给物权排序的规则,即先顺位的抵押权优于后顺位的抵押权,而这正是担保法第54条第1项前半句、物权法第199条第1项前半句规定的内容。“担保法解释”第77条在此基础上更进一步,把该规则适用于先顺位抵押权与抵押财产所有权混同的情形,以持续保护先顺位抵押权人的利益。不仅如此,所有权人抵押权的内容与一般抵押权并无本质差异。鉴于此,不妨扩张担保法第54条第1项前半句、物权法第199条第1项前半句,把其意义延伸至“担保法解释”第77条,并通过类推一般抵押权的内容,使所有权人抵押权有同样的内容。

其实,由于物权法定原则有内在的保守性,只要不修法,狭义法律就不能与时俱进地接纳在实践中新生的物权。为了缓和这种保守性,我国台湾的经验是在不逾越或抵触物权核心的范围内,以类推等方法来解释物权法,从而为物权内容注入新元素。^[41]这是一种有适度弹性的解释方法,不仅适用于司法,同样也适用于旨在解释狭义法律的解释型法源。对“担保法解释”第77条的认可,也反映出这种方法。我国大陆的学理,即便不把司法解释作为物权法源的观点,也认可“担保法解释”第77条的所有权人抵押权具有正当性。^[42]这固然能从宽松理解物权法定原则的角度来解释,^[43]但归根结底,还是说司法解释是物权法源。

[37] 参见梁慧星:《合同法第286条的权利性质与适用》,载梁慧星主编:《民商法论丛》第19卷,金桥文化出版(香港)有限公司2001年版,第375页以下。

[38] 以“担保法解释”第95条第1款为例,适用该条款的裁判文书共3件。

[39] 与合同法第286条关联的裁判文书共628件;以“关于建设工程价款优先受偿权问题的批复”为关键词搜索,涉及164件裁判文书。鉴于《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》比合同法颁行时间晚近3年,可把合同法第286条与《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》的适用比例定为高于4:1。当然,上述检索未剔除当事人援引这些规定、而法院裁判未援引它们的情形,但这一模糊因素在这两种检索中均存在,故而不影响上述比例。

[40] 参见李国光等:《最高人民法院〈关于适用“中华人民共和国担保法”若干问题的解释〉理解与适用》,吉林人民出版社2000年版,第280页以下。

[41] 参见谢在全:《民法物权论》上册,作者2010年自版,第52页;前引[13],王泽鉴书,第16页以下。

[42] 参见梁慧星等:《物权法》,法律出版社2010年版,第337页。不过,检索不到与“担保法解释”第77条关联的裁判文书,由此似可说明它还未进入司法运用。

[43] 参见前引[19],崔建远书,第557页。

概括说来,无论解释型法源的规定是否落在狭义法律规定的文义范围内,它们的解释功能都受控于狭义法律的目的,这些法源因此没有背离狭义法律所指定的方向,没有抛开狭义法律另起炉灶,只是在具体内容上针对具体环境或具体问题进行调整,在狭义法律指明的方向上走得远近有所不同而已。

四、习惯的正当性及适用

(一) 习惯作为法源的正当性

从东亚的物权法经验来看,狭义法律对物权种类和内容的规定有疏漏的,习惯就有适用空间,不仅我国台湾民法第757条,韩国民法典第185条也给予习惯以物权法源地位。日本没有这样的明文规定,但实践做法与韩国一样,承认温泉利用权、坟墓基地权等习惯物权。^[44]在我国大陆套用这些东亚经验,可以得出的结论是,针对狭义法律的疏漏,习惯是具有补充作用的法律源。

不过,这一结论没有经过本域法律的检验。若物权法刻意排除习惯作为物权法源的地位,则它无论如何都不是法源。故而,习惯能否成为物权法源,还应看它是否与物权法高度契合,只有通过了物权法的检验,它才具有正当性。用物权法进行检验,是说通过对物权法根本宗旨、基本定位、整体风格、关联规范、稳定发展等各方面的透视,看习惯作为物权法源是否突兀。若答案为否定,就说明习惯作为物权法源与物权法并不背离,无需再质疑其正当性。

1. 以物权法的根本宗旨为评判标准

物权法第1条的立法宗旨表明,它旨在通过明确物的归属,肯定业已形成的合法财富布局,以维护稳定的社会秩序。而习惯是在特定地域或行业内具有高度社会认同感的非正式制度,凝结着人们的共识和惯习,保障着人们的合理预期,象征着稳定的社会秩序,用习惯来补充适当的物权种类或内容,同样是在肯定社会中现存的物权财富,维系与此密切相关的经济秩序,^[45]与物权法的上述宗旨完全一致。而且,习惯虽然相当稳定,但其内容和功能会随社会发展和经济变迁而变化,以迎合时势变化产生的新要求,由此导致与其相关的社会秩序在保持基本稳定的同时,又与时俱进地朝着积极面发生变化。这一点在“苏鲁克”用益权习惯中有清晰的反映,^[46]也符合物权法保护深化改革时代背景下的财产格局和社会秩序的目标。

物权法第1条还包含了通过促使物尽其用,来推动经济发展的宗旨,习惯与此也相当契合。狭义法律之所以在物权种类或内容上有漏缺,可能是因为立法者的主观原因而未将立法时已成型的物权表现出来,也可能是因为立法后有了成型的新物权。无论哪种,这些

[44] 参见[日]高翔龙:《韩国不动产物权与登记制度——与日本法比较》,金玉珍译,载渠涛主编:《中日民法研究》第6卷,北京大学出版社2007年版,第67页。

[45] 这方面的典型事例和阐述,参见周林彬、董淳鐸:《物权法中的“习惯”的法经济学研究》,载谢晖、陈金钊主编:《民间法》第7卷,山东人民出版社2008年版,第195页。

[46] 参见前引[14],戴双喜文。

物权均隐身于习惯当中,若仅因此就不承认其物权地位,结果就会阻碍社会财富向具有排他性的物权转化,挫败权利人凭借这种排他性来实现利益追求的积极性,与物权法促进经济发展的方向背道而驰。还要看到,习惯不只偏居乡村一隅,它在现代工商交易中也不乏身影,如城市中以商品房买卖合同为标的来为借贷之债提供担保,就属于一种正在形成的习惯法担保物权。^[47] 认可这样的习惯,更能贴近物权法服务于市场经济的目标。

2. 以物权法的基本定位为评判标准

立法者有意把物权法塑造成规范财产关系的基本法,与此相应,该法第2条第1款把调整范围明确为物的归属和利用关系,只要是因物的归属和利用而产生的民事关系,都适用物权法。^[48] 这一范围具有相当的包容性,除了狭义法律规定的物权,还应包括习惯中的物权,否则,物权法的财产关系基本法地位就会失色不少。

与上述定位相匹配,物权法的限制物权规范布局也有相当的包容性。德国、日本、我国台湾的物权法只列举规定地役权、抵押权等物权种类,作为它们上位概念的用益物权和担保物权只出现在学理中。与此不同,物权法第117条、第170条分别明确规定了这两个上位概念,第3编、第4编还有它们的一般规定。这些一般规定除了作为土地承包经营权、一般抵押权等各类具体物权的共性规范,还是判断物权法外的其他权利是何种物权的基本指针,这些其他权利既能源自其他法律,如狩猎权、农用地使用权,也能源自习惯。只有这样,物权法的用益物权和担保物权的一般规定才不至于成为具文,^[49] 也才能充分显示物权法的财产关系基本法的地位。

3. 以物权法的整体风格为评判标准

从整体上看,物权法具有适度谦抑的风格,它既不除旧布新,又不移风易俗。首先,与之前的相关狭义法律相比,物权法没有除旧布新,特别是在物权种类和内容上的根本性变革几乎没有,主要是传承和守成,也就是把改革开放以来有关物权的规定综合在一起,再予以程度不同的具体化。^[50] 在具体规定上,物权法对成型的物权着力较多,而在因改革所致的未定之处,如集体建设用地使用权、宅基地使用权等,则保持相当的沉默。其次,物权法通篇不但没有移风易俗,反而通过第85条、第116条第2款,在相邻关系和法定孳息归属上认可了习惯的补充地位,为习惯的正当性提供了有力的背书,这种力度在此前有关物权的法律中并无所见。习惯是活生生的社会现实,代表着基本稳定的社会秩序,把其中的物权作为物权法的对象,完全符合该法适度谦抑的整体风格。

4. 以物权法的关联规范为评判标准

在物权法确认的习惯中,法定孳息的归属主要涉及债权,与物权种类和内容的关联不大。但相邻关系就大不一样,它原本就是不动产所有权内容的限制或扩张,相邻关系规范因此具有形成不动产所有权内容的作用。^[51] 在相邻关系规范调整相邻的用益物权时,它对

[47] 参见杨立新:《后让与担保:一个正在形成的习惯法担保物权》,《中国法学》2013年第3期。

[48] 参见胡康生:《物权法的基本原则及其主要内容》,载前引[5],胡康生主编书,第3页。

[49] 对这些一般规定的批评,参见朱广新:《论〈物权法〉他物权编小总则之设置》,《法学评论》2009年第4期。

[50] 参见[德]Hinrich Julius/Gebhard M. Rehm:《中国物权法生效:这是一场革命还是毫无意义的喧哗》,载高志新、Hinrich Julius编:《中华人民共和国物权法——立法进程资料汇编》,中国政法大学出版社2010年版,第6页,第29页。

[51] 参见前引[41],谢在全书,第261页。

用益物权的占有、使用、收益、处分等权能同样也有形塑作用。就此而言，相邻关系规范实际为不动产所有权或用益物权的权能配置提供了依据，物权法第85条允许习惯在其中有一席之地，无疑是间接承认了习惯的物权法源地位。当然，从该条所在的位置来看，这种承认是有限的，它只针对相邻的不动产所有权或用益物权，且限于这些权利的内容。不过，由于绝大多数的不动产权均处于相邻关系之中，习惯由此而生的法源地位具有相当的普适性。

5. 以物权法的稳定发展为评判标准

作为规范财产关系的基本法，物权法既要保持大局稳定，以维护既有的财产布局和交易秩序，又要与时俱进地发展，以获得长足的生命力。把习惯作为物权法源，完全符合物权法稳定发展的需要。物权法规定了地位和作用最重要的几类物权，它们覆盖了生活和交易的基本面，习惯中的物权为数很少，只在特定地域或行业才有生命力，透过国家立法或法院裁判来认可和保护它们，不仅不会从根本上冲击既有的物权格局，^[52]还能使习惯中的物权在国家法律层面具有相应的地位，进而可在总结实践经验的基础上，及时通过修法、解释等方式理顺既有物权和这些新型物权的关系，从而确保物权法的稳定发展。

综上所述，在狭义法律存有疏漏的情形，习惯作为具有补充作用的法源，与物权法高度契合，应予肯定。

（二）适用习惯的限制条件

与相对明确的其他法源相比，习惯化大道于无形，很不容易确定，为了防止法院不当创设物权的负面效应，有必要建立以下“防火墙”，作为适用习惯的限制条件：

第一，习惯反映了特定地域或行业的人们反复而大量践行的行为方式或认知态度，只有同一性质的行为或状态经过长时间浸润而保持稳定后，才能成为习惯。个别人的个别约定因此不是习惯。不仅如此，习惯在其适用的地域或行业内，为人们信奉具有法律效力，且客观上会产生类似于法律的约束力，即属于通常所谓的习惯法，^[53]违背它会遭到舆论谴责、行业排斥等非正式的社会制裁。在判断习惯是否存在时，必须经过社会调查，除了实地勘验、社会访谈，还可借助村规民约、乡村志记等文字材料，^[54]必要时也可求助历史素材及此领域内的专家学者。^[55]此外，习惯还不能违背善良风俗，不会产生显失公允的效果。^[56]

第二，习惯中的权利必须符合物权的内在特质，即对特定物予以支配和排他的权利（物权法第2条第3款），这要求该权利不仅有特定的客体，有确定的内容，还要有绝对权的特性。要落实这一点，该权利就应为特定地域或行业的人们所共知，并有可从外部查知

[52] 检索不到认可习惯中物权的裁判文书，但通过检索适用物权法第85条的民事裁判文书，能看出习惯在法院适用中的大致比例。该类文书共61件，其中明确适用具体习惯的共3件。以此为准，习惯适用率大致在5%左右。由于相邻关系纠纷比较常见，而围绕习惯中物权发生的纠纷应相当少，故而，在与物权种类或内容相关的纠纷中，适用习惯的比例应更低。

[53] 参见前引[5]，胡康生主编书，第198页；前引[13]，王泽鉴书，第36页。

[54] 这方面的典型事例和阐述，参见曹义荪、高其才：《当代中国物权习惯法》，《政法论坛》2010年第1期；易军：《滇东坝村习惯林权初探》，《林业经济问题》2011年第5期。

[55] 这方面的典型事例和阐述，参见金敏：《明天是“好否”还是“有无”？——香港高等法院“邓光裕案”述评》，《中外法学》2013年第3期。

[56] 参见刘作翔：《传统的延续：习惯在现代中国法制中的地位与作用》，《法学研究》2011年第1期；前引[10]，最高人民法院物权法研究小组编著书，第275页；湖南省郴州市中级人民法院（2010）郴民一终字第699号民事判决书。

的公示形式,如牲畜烙印、树木刻印、栽植树木等。^[57]仅存于个别人之间或仅为个别人知悉的权利,以及无法从外部辨识的权利,均不能是习惯中的物权。

第三,针对实践中出现的权利,只有穷尽其他法源,并且穷尽可能的解释方法,也无法为其找到合适的物权位置时,习惯才能登堂入室,这体现了习惯的补充作用。比如,浙江义乌国际商贸城自营商位的经营者,能以其对所承租的商位的使用权为标的来设定抵押权,并能在商城集团办理抵押登记。^[58]这种商位使用权抵押权虽然未被物权法等其他法源明确规定,但不妨通过解释物权法第180条关于抵押财产的规定,把商位使用权作为法律、行政法规未禁止的抵押财产,进而把这种权利作为抵押权的一种,使其径直适用物权的抵押权规定。

经过以上“防火墙”的过滤后,习惯就能通过法院裁判成为实在的物权法源,这同时意味着,在物权种类或内容上,法院通过个案来续造法律,填补狭义法律的漏洞。一旦这种个案裁判能成为指导性案例,就会对其他法院的裁判提供参照标准(最高人民法院《关于案例指导工作的规定》第2条、第7条)。若把这种指导性案例当成完善我国法律体系的一种独立法源,^[59]则它算是习惯的衍生法源。^[60]

五、党的政策的适用规制

(一) 政策适用的现状

综合土地承包经营权的实践现状,能看出党的政策有以下适用特点:

第一,在什么样的政策可予适用方面,法院裁判文书基本上使用“党的农村政策”、“党的农村土地政策”、“中央政策”之类的笼统用语。与此不同,有关政府机构在行文时,往往会指向具体的党的文件,如农业部在《关于做好当前农村土地承包经营权流转管理和服务工作的通知》(农经发[2008]10号)中援引了党的十七届三中全会于2008年10月12日通过的《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》(下称“农村改革决定”),国家林业局在《关于切实加强集体林权流转管理工作的意见》(林改发[2009]232号)中援引了2008年6月8日的《中共中央国务院关于全面推进集体林权制度改革的意见》(下称“林权改革意见”)。

第二,在什么情形下适用政策方面,法院裁判文书援引的政策内容通常与狭义法律的规定一致;在狭义法律与政策不一致的情形,法院裁判通常肯定政策的实践效果,但不说明这种判断的依据。比如,在农村土地承包法和物权法中,家庭承包经营权没有完全的商品流通属性,其处分权能的具体形态不包括抵押,入股也受限制。以林地为标的的家庭承

[57] 这方面的典型事例和阐述,参见戴双喜:《物权变动视角下的蒙古族游牧烙印文化》,《内蒙古大学学报(哲学社会科学版)》2009年第2期;渠涛:《民法理论与制度比较研究》,中国政法大学出版社2004年版,第109页。

[58] 参见刘萍主编:《中国动产担保创新经典案例》,中信出版社2010年版,第323页以下。

[59] 参见江必新:《司法对法律体系的完善》,《法学研究》2012年第1期。

[60] 在德国,若对第三人有效力的法律地位在交易中被大量创设,并且得到了判例的认可,学理称其为习惯法或法官法。参见[德]沃尔夫冈·维甘德:《物权类型法定原则》,迟颖译,载《中德私法研究》2006年第2卷,北京大学出版社2007年版,第104页。

包经营权（下称家庭林地承包权）同样如此。但在物权法实施后，“林权改革意见”指出，在不改变林地用途的前提下，家庭林地承包权能自由入股、抵押或作为出资、合作条件，实践也据此展开。^[61]这表明，在家庭林地承包权的处分权能上，党的集体林权改革政策突破了狭义法律。在此现实背景下，法院在处理林地承包经营权抵押纠纷时，通常不辨析该权利是否家庭承包经营，而是直接确认这种抵押权或抵押合同的正当性。^[62]

政府部门和交易者则明确适用与狭义法律不同的党的政策。比如，“农村改革决定”虽然没有明确抵押是家庭承包经营权的处分权能之一，但其字里行间透露出，只要不改变土地的集体所有性质，不改变土地用途，不损害农民土地承包权益，家庭承包经营权可以抵押。最能敏感捕捉这种风向变化的，是地方党委、政府等管理者以及农户、银行业金融机构等需把家庭承包经营权作为融资工具的交易者，不少地方就根据“农村改革决定”推动了家庭承包经营权的抵押。^[63]党的十八届三中全会于2013年11月12日通过《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》（下称“全面深化改革决定”），以及2014年《中共中央、国务院关于全面深化改革加快推进农业现代化的若干意见》（下称2014年中央1号文件）又给这些地方实践的正当性提供了可靠背书。它们明确赋予“承包经营权抵押、担保功能”，而这主要针对以农户为主体的家庭承包经营权。

第三，在如何适用政策方面，凡适用党的政策的法院裁判文书均在说理部分提及党的政策，不把它作为裁判依据。其中，有些法院阐明党的政策的用意，在于解释家庭承包经营权法律规定的目的。^[64]与此不同，政府机构行文在形式上不严格划分说理和决定依据，相关政策往往就是政府机构文件得以出台的根据。

（二）司法适用的规制方案

以上大致勾勒出党的政策的适用现状及特点。从理顺党的政策和法律之间的关系以及提高法院裁判水准的角度来看，党的政策在司法适用中有不小的提升空间。以下仍从上述三个方面阐述司法适用的规制方案。

1. 什么样的政策可予适用

与政府机构的行文相比，党的政策在司法运用中面目不清，会让人合理怀疑法院裁判文书中所提及的政策真实性和确定性，从而削弱其说理的信服力。故有必要对作为物权法源的党的政策加以界定。

首先，政策是一个常用但内涵模糊的词语，它随语境变化而有不同含义。套用《辞海》对政策的定义，再结合党的有关规范性文件，可把党的政策界定为：党及其中央组织为实现一定时期的路线和任务而规定的行动准则。对此应从以下相对明晰的意义边界进行理解：（1）它是党及其中央组织制定的准则，而不是党的其他机构或地方党组织制定的准则，也

[61] 除了各地的具体交易实践，还有一些地方性法规、部门规章相继出台，如《安徽省林权管理条例》、银监会和国家林业局《关于林权抵押贷款的实施意见》等。

[62] 参见重庆市渝中区人民法院（2010）中区民初字第1158号民事判决书、福建省龙海市人民法院（2011）龙民初字第2843号民事判决书、浙江省丽水市莲都区人民法院（2011）丽莲商初字第1049号民事判决书。

[63] 参见前引[58]，刘萍主编书，第223页以下。

[64] 参见辽宁省大连市中级人民法院（2009）大审民终再字第211号民事判决书、广东省高级人民法院（2010）粤高法审监民提字第162号民事判决书、海南省三亚市中级人民法院（2011）三亚民一终字第269号民事判决书。

不是狭义法律、行政法规或单由国务院颁布的文件。(2)它是党开展工作的方向策略,与党的理论、路线、方针齐驱并列、关联紧密。(3)它是党内法规、规范性文件应遵循的指导原则,但本身不是党内法规、规范性文件(《中国共产党章程》总纲、第15条,《中国共产党党内法规制定条例》第7条第2项、第21条第1款第1项,《中国共产党党内法规和规范性文件备案规定》第1条、第7条第1项)。据此,党的其他机构或地方党组织制定的准则、党内法规、规范性文件,即便有涉及物权种类或内容的规定,也不能成为物权法源。

其次,从效用上看,党的政策可分为总政策、基本政策和具体政策。总政策是最根本的行动准则,如“一个中心,两个基本点”,它对党的工作大局起着方向指导作用,极具抽象性和概括性,在相当时期内都非常稳定,是其他政策的基础。基本政策是特定工作领域内的重大决策和基本准则,在该领域内起着导向作用,也相当抽象和稳定。如1995年3月11日中共中央、国务院《关于做好1995年农业和农村工作的意见》、1997年2月3日中共中央、国务院《关于1997年农业和农村工作的意见》等明确指出,以家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制,是党在农村的一项基本政策,它至今未变。具体政策是针对具体任务而规定的行动准则,如集体林权改革的具体意见。

虽然党的政策对法律的制定起着指导作用,^[65]但党的总政策旨在确定根本方向,宣示基本价值,是各项工作的总指引。它过于抽象和宏大,通常难以具体指引民事法律的具体规定,当然也难以在具体案件中发挥具体指引作用,不宜成为物权法源。基本政策相对具体,且有适用领域的限定,能为该领域的立法提供方向引导,如制定物权法总的原则之一,是全面准确体现现阶段党在农村的基本政策。^[66]具体政策更为具体,就其针对的问题也能引导立法。在基本政策和具体政策涉及物权种类或内容时,把它们作为物权法源,会有助于明晰法律规定的意旨和含义。

再次,法院裁判文书只有做到说理透彻、依据明确,才易于为当事人所信服,也便于社会公众监督。基于此,能作为物权法源的党的政策应有明确载体,可以是党中央独自颁发的文件,如“农村改革决定”,也可以是党中央和国务院联合颁发的文件,如“林权改革意见”。^[67]

2. 什么情形下适用政策

尽管与总政策相比,基本政策和具体政策相对具体,但它们仍是党在特定时期就特定领域或具体任务所为的重大政治抉择,主要功能还是统一思想、明确认识和引领方向,并不十分注重具体化和操作性。在其指引下,狭义法律以其特有的规范形式,更明确、更具体地规定相关内容,适用起来更有的放矢,更能解决实际问题。比如,与党在农村的基本政策相比,物权法、农村土地承包法通过较详尽的规定,区分了家庭承包经营权和其他方式的承包经营权,并明确了各自的内容。显然,狭义法律具体化了党的政策,更适宜作为法院说理和裁判的根据。正因此,在我国改革开放后,随着法律的渐趋完备,依据法律而

[65] 参见乔晓阳主编:《立法法讲话》,中国民主法制出版社2000年版,第31页以下;张文显主编:《法理学》,法律出版社2004年版,第344页。

[66] 参见王兆国:《关于〈中华人民共和国物权法(草案)〉的说明》,载前引[5],胡康生主编书,第568页。

[67] 在这两种载体形式中,前者作为党的政策没有异议,后者的主体虽然增加了国务院,但其基本风格、行文方式与党中央文件没有差异。从党中央的角度来看,它们也应是党的政策。

非依据政策来裁判案件，已成为共识和常识。这样说来，在狭义法律与党的政策吻合时，完全无需适用后者。

反过来，只有在狭义法律与党的政策不一致时，特别是后者推动实践发展，出现了狭义法律所不能包容的情形时，才有必要考虑适用后者。如同前述，物权法、农村土地承包法中的家庭承包经营权的处分权能不包括抵押，而晚于它们的“林权改革意见”、“农村改革决定”、“全面深化改革决定”、2014年中央1号文件均提供了新的指向，脱节现象十分突出。在修法之前，面对家庭承包经营权抵押的纠纷，法院首先就要判断这种抵押权的合法性，这些政策对此正当其用。其实，法院在处理家庭林地承包权抵押纠纷时，虽然不像政府机构那样明确援引“林权改革意见”，但对抵押权或抵押合同正当性的确认，实际上是默认“林权改革意见”是该类抵押权的依据。

需要特别指出的是，党的政策虽然有指引狭义法律的功能，但它毕竟不是狭义法律，在遣词用句上会与法律用语不同。面对这种差异，必须从功能上辨析异同，而不能仅因字面不合就得出党的政策不同于狭义法律的结论。举例来看，根据“全面深化改革决定”、2014年中央1号文件等党的政策和地方实践，现时出现了承包权与经营权的分离，结果导致土地承包关系不变，用承包土地的经营权作为抵押财产来担保融资。^{〔68〕}这特别适用于土地承包经营权的转包、出租。这些流转形式不会导致土地承包经营权发生变动，其结果是在次承包人与承包人之间或承租人与承包人之间产生相应的债的关系，在债的目的落实后，次承包人或承租人由此取得对土地的占有，并能进行使用、收益，这种利益状态虽被称为经营权，但究其实质，应为基于转包、出租而产生的债权。鉴于物权法第180条第1款第7项规定，只要法律、行政法规未禁止，均能成为抵押财产，这种开放立场完全能涵括与承包权分离的经营权。故而，以经营权为客体的抵押权具有合法性，无需再借道党的政策给与正当性论证。

3. 如何适用政策

面对党的政策与狭义法律在家庭承包经营权抵押上的脱节现象，有的地方在地方党委或政府的主导下，通过组织和动员地方法院等相关部门共同参与，以确认上述抵押权的合法性。^{〔69〕}从支持制度创新和解决实际问题的角度，可以理解这种做法，但其弊端相当明显，主要是掏空了法院独立审判和依法裁判的功能，与现时的大环境以及现代法治的发展方向不符。为了能让问题回到依法解决的轨道，合适的路径还是从狭义法律出发，理顺它与党的政策在司法运用中的关系。

既有的法院裁判经验是把党的政策作为裁判说理依据。这既与法院须依法审判的法律要求一致，也能避免出现法院裁判依政策而非依法律的不当做法，还能保持法院裁判依据的稳定性，应予坚持。换言之，法院只能在裁判文书的说理部分，把政策文件当成确定物权种类和内容的根据，如通过援引和阐述“林权改革意见”，认可家庭林地承包权抵押的正

〔68〕 参见陈锡文：《加快构建新型农业经营体系》，载《〈中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定〉辅导读本》，人民出版社2013年版，第192页以下。

〔69〕 比如，浙江海盐县允许流转的土地承包经营权抵押，为了确保抵押财产的顺利处置，县政府牵头组织由法院、金融部门等参加的工作协调会，明确在借款人未履行还款义务时，对抵押财产采用诉讼等合法形式进行处置，法院在处置的执行环节上给与积极配合。参见前引〔58〕，刘萍主编书，第257页。

当性，而不能把政策文件作为裁判依据。在此基础上，应特别在党的政策和狭义法律的调适上加强阐释，以合理消解政策、现实与法律之间的差距。

具体说来，物权法之所以在家庭承包经营权的抵押方面持保留态度，根本的考虑是目前我国农村社会保障体系尚未全面建立，土地承包经营权是农民安身立命之本，不具备放开抵押的成熟条件。^{〔70〕}换言之，狭义法律不允许家庭承包经营权抵押，是为了保障农民的生存利益，避免出现因抵押而丧失生活来源的困境。这一目的限定了相关规定的适用对象和调整范围，即承包方主要靠耕种承包地维持生计的，就应严格适用禁止抵押家庭承包经营权的规定，这也与保障农民有稳定的土地承包经营权的基本政策相符。反之，若承包方有其他稳定而充足的收入来源或生活保障，家庭承包经营权的抵押不会危及承包方生存利益的，就应承认该抵押的合法性，这也符合完善土地承包经营权权能的基本政策。

再具体到针对这类纠纷的法院裁判文书，说理部分应通过阐述物权法第128条、第184条第2项、农村土地承包法第32—42条的目的，以及“农村改革决定”、“全面深化改革决定”、2014年中央1号文件等的基本政策导向，来解释上述狭义法律与基本政策的契合度及其限定要件，再结合具体案情，说明本案与上述狭义法律规定的目的、基本政策的导向是否相符，进而确保狭义法律与基本政策在本案适用中的一致性。在此基础上，物权法第128条、农村土地承包法第32—42条就成为裁判依据。

可以说，正是因为基本政策文件的语词在理解上富有弹性，才为狭义法律与其在适用上的调适提供了可能。通观“农村改革决定”、“全面深化改革决定”和2014年中央1号文件，它们在阐述家庭承包经营权抵押时，用的均是导向性用语，意在引导实际工作向所设定的目标方向前进。至于如何改进既有的局面，采用哪些措施来落实目标，从中无法找到确切答案。这样一来，在狭义法律的规定和目的相对明确的前提下，就能借助文义解释、目的解释等解释方法，对照基本政策的导向，来寻找和阐释可用的狭义法律规定。

家庭林地承包权抵押的司法处理要有所不同。因为与上述基本政策文件相比，“林权改革意见”中的具体政策表达得非常明确，与狭义法律限制家庭承包经营权流通性的立场大相径庭。在此情况下，无法像对待上述基本政策与狭义法律的差异那样，通过解释法律规定的目的来弥合二者的差距。对此的可行之道，是把“林权改革意见”作为裁判说理依据，承认家庭林地承包权有完全的处分权能，再把狭义法律的规定作为裁判依据，但该依据不能是与具体情况相悖的物权法第128条、第184条第2项或农村土地承包法第32—42条等具体条文，只宜是更抽象的一般条款。对于家庭林地承包权的抵押纠纷，不妨以体现土地承包经营权依法、自愿、有偿流转原则的农村土地承包法第10条为依据，来确认这种抵押权的正当性。

概括而言，党的政策逐步推动家庭承包经营权处分权能的完备，家庭承包经营权的抵押就是这样的风向标，这与我国目前大力发展农业经济、推进城乡发展一体化、推动城镇化等大政趋势完全一致，把它作为物权法源具有现实正当性。不过，为了落实依法治国、依法改革和依法审判，作为物权法源的党的政策在司法适用时，必须受到合理的规制。只有在党的政策与狭义法律规定不一致的情形，作为基本政策和具体政策载体的党中央文件

〔70〕 参见前引〔66〕，王兆国所作说明。

能成为法院裁判说理的依据。在此基础上,法院应通过目的解释等方法,对党的政策与狭义法律进行合理调适,在狭义法律中选择能与党的政策衔接的适当规定作为裁判依据,从而使党的政策和狭义法律协力为家庭承包经营权的处分权能提供正当性依据。

结 语

物权法第5条用法律来限定物权种类和内容,意在把对物权进行定性和定型的权力交由法律垄断,由法律主导物权的初始配置,从而把自治的民事主体拒之门外。在杜绝意思自治的前提下,物权法第5条的结果是搭建了一个由数量有限的物权构成的封闭体系,当事人只能在此范围内选择所需的物权。为了明确这个范围,就必须对法律进行梳理,以整理物权体系和界定物权内容,便于学理分析和实务操作。

通过全盘梳理与物权种类或内容有关的规范和实践,再结合宪法、立法法的相应规定及立法、司法实践,可以看出,立法者制定的狭义法律尽管是主力,但无法独立完成全方位的调整任务,在不同层面或程度上离不开非出自立法者的其他规范的协力,物权法第5条中的法律因此不能局限于狭义法律,物权法源也就有了多元性。这些法源不限于规范性法律文件,还包括意思自治的合同、国家或国务院的有关规定、属于民间法的习惯,以及党的政策。狭义法律之外的法源与狭义法律之间有紧密的功能关联,构成有机的规范体系,只要把狭义法律作为物权法源的基本标准,狭义法律之外的这些法源就没有理由不是物权法源。

在以上认识的铺垫下,本文虽然专门针对物权法源而展开,但涉及的问题在民商法有一定的普遍性。就此而言,对多元物权法源及其适用规律的探讨,对其他领域相关问题的理解和解决会有启示作用。立足于本文重点讨论的问题,并对照其他法律领域,可以概括出以下结论:

第一,我国的狭义民商事法律是为了解决特定领域或特定阶段的问题,根据时势需要而颁布实施的。由于缺乏统一的立法部署、体系安排和制度衔接,狭义法律之间往往会出现规范不一致的现象。要消弭这种冲突,不宜依靠基本法律优于其他法律的简单推论,而应在承认狭义法律地位平等的基础上,根据规范调整事项是否同一、法律颁布时间的先后、规范不一致的具体表现、有无相应的引致条款,综合运用适当的法律解释方法,分类界定和理顺狭义法律之间的关系。^[71] 这些关系主要表现为:(1)就相同的调整事项,新法明确修改或废止旧法的,新法替代旧法。(2)就相同的调整事项,某一法律的规定更具体的,适用该具体规定。(3)就某一调整事项,新法的引致条款指向旧法的,它们相互配合,应共同适用。(4)就某一调整事项,旧法有规定而新法无规定,且新法无引致条款的,应综合运用文义、体系、目的等法律解释方法,判断旧法的规定是否与新法相悖。只有在不相悖时,才能适用旧法。

第二,从我国规范性法律文件的布局来看,狭义法律是主干,对下位的其他规范性法律文件起着指导作用,但受制于立法认识、条件、技术等因素,狭义法律程度不同地存在

[71] 参见侯国跃:《侵权责任法律规范的冲突与协调——从〈侵权责任法〉适用的角度》,《甘肃政法学院学报》2013年第3期;刘贵祥:《外商投资企业纠纷若干疑难问题研究》,《法律适用》2010年第1期。

操作性不强的缺陷,更具体、更有针对性的其他规范性法律文件由此在司法、行政和交易实践中有更实在的作用。在这种局面中,其他规范性法律文件是从狭义法律的目的出发,根据具体情况进行功能考量的结果。即便其文义与狭义法律可能有所不同,但在相同目的的引导下,宜认为其他规范性法律文件不过是更细致、更丰富地阐释狭义法律而已。这样一来,狭义法律可谓“体”,其他规范性法律文件为“用”,尽管它们存在层级之分,但实质上存在荣损与共的有机关联和一体关系,符合后者也就符合前者,违背后者也就违背前者。基于这种实践发展出的合理性,在理解规范表达上的“法律”时,就不宜局限于狭义法律,还应将其他规范性法律文件纳入其中。

该结论还能从以下典型领域得到印证:(1) 合同法第52条第5项规定,违反法律、行政法规强制性规定的合同无效。其逻辑推论就是地方性法规、行政规章等其他规范性法律文件不是确认合同无效的依据(《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第4条)。但在实践中,这些下位规范性法律文件的根基在于上位法,对它们的违反也就是对上位法的违反,合同因此而无效。^[72](2) 公司法第217条后半句规定,有关外商投资的法律另有规定的,适用其规定。鉴于外商投资法律比较粗疏,与此相关的行政法规、部门规章等其他规范性法律文件在实践中发挥着更重要的作用,该条中的法律也应据此而扩大解释。^[73]也就是说,根据我国的实际情况,从妥当解决问题而非盲目遵从法条文义的角度出发,应摆正狭义法律之外的其他规范性法律文件的法律地位,显示出它们与狭义法律之间的密切关系。

第三,民法学理对习惯的讨论,主要集中在什么样的习惯在何种情况下可以成为法源,对此相当的共识,即在规范性法律文件有漏洞时,符合善良风俗且被特定地域或行业的人们遵行的习惯可成为法源。问题在于,是否规范性法律文件有漏洞时,习惯就当然成为法源?这一点在既有的研究中尚未被充分重视。对此,本文认为,在规范性法律文件对习惯有明确指引时,如合同法第60条、第61条、物权法第85条、第116条,答案无疑为肯定;没有明确指引的,不能确定无疑地给出肯定答案。因为我国法律不像瑞士民法典第1条、我国台湾民法第1条那样,把习惯列为成文法之外的当然候补法源,再加上我国处在全面深化改革的特定历史时期,相关领域的改革创新有破除习惯的可能性,故而,此时应辨析规范性法律文件是否刻意排除习惯,为此需综合规范目的、体系、历史、时势、发展等相关因素进行整体观察。只有习惯能有机融入规范性法律文件所表达和创设的语境时,它才是具有补漏作用的法源。

第四,党的政策是我国诸多政策类型中的一种,它们对我国社会 and 经济发展起着至关重要的导向或调节作用。在此现实背景下,司法无法忽视政策在妥当解决案件纠纷中的作用。从目前涉及政策与法源或政策与司法的研究来看,论述视角和内容大多比较宏观,从中难以辨识民事审判适用政策的实然特点和应然规制。与上述论述格局不同,有个别论文分

[72] 参见王利明:《合同法研究》第1卷,中国人民大学出版社2011年版,第636页;黄忠:《违法合同效力论》,法律出版社2010年版,第112页以下。

[73] 参见刘克毅:《析我国外商投资法律的适用》,《法律适用》2010年第1期。需要说明的是,尽管上述两个领域的学理认识与本文的分析结论一致,但分析路径有所差别。相比而言,本文更注重规范性法律文件内在的体系性和关联性,在此方面的着力更多,从而能与上述学理分析形成互补或提供进一步的支撑。

析了包括党的政策在内的经济政策对民事审判的影响，并具体指向合同和侵权两个领域，〔74〕其立论和视角与本文不同。本文对党的政策作为法源的论述可与其形成互补。综合来看，无论何种政策，也无论进入何种民事审判领域，政策均应有明确的载体形式。狭义法律与该政策表述一致的，法院裁判只需适用狭义法律；不一致，但政策与狭义法律的目的有相当契合度的，如家庭承包经营权抵押，法院应通过阐述政策和狭义法律的契合性来说理，并把与政策契合的狭义法律规定作为裁判依据；不一致，且党的政策旨在推动改革发展，以至于狭义法律完全无法包容的，如家庭林地承包权抵押，法院裁判除了应在说理部分阐述党的政策所推动的实践发展情况，还不能把与政策相悖的狭义法律规定作为裁判依据，而应把狭义法律中的抽象一般条款作为裁判依据。

Abstract: The legislative, judicial, transactional and other practices of property rights show that legal sources of property rights in China are diversified. Legal sources of property rights include normative documents of law, the core of which are the laws in the narrow sense, namely those enacted by state legislatures, such as the Property Law and other laws. These laws are at the same level in the hierarchy of legislation and in a relationship of replacement, elaboration or supplementation with each other. Apart from the laws in a narrow sense, normative documents of law on property rights also include administrative regulations, local regulations, regulations on the exercise of autonomy, separate regulations without adaptation, regulations of special economic zones, judicial interpretations, departmental rules, and local governmental rules, which interpret and elaborate on the laws in the narrow sense and provide important support to the property rights under the precondition of not contravening the objectives of the laws in the narrow sense. Legal sources recognized by normative documents of law include relevant provisions adopted by the state or the State Council and contracts concluded between parties to civil relationships. Apart from the legal sources mentioned above, civil customs that are in high conformity with the fundamental purposes, the basic orientation, the overall style and the relevant provisions of the Property Law can be applied as supplements to the Property Law in cases where there is no other applicable source of law. The policies of the Communist Party of China play a vital role in the field of rural land property. When they are inconsistent with the laws in the narrow sense, the documents issued by the Central Committee of the Communist Party of China containing the basic and concrete policies of the Party can be taken as the basis of the reasoning in a judgment, but not as the direct basis of a judgment.

Key Words: categories and contents of property rights, sources of law, normative document of law, civil custom, policy

〔74〕 参见潘军锋：《论经济政策的司法融入——以政策在民事审判中的介入机制为研究路径》，《法制与社会发展》2012年第1期。