

LUN SUOYOUQUAN DE XIANZHI

薛 姣◇著

论所有权的限制



中国政法大学出版社

论所有权的限制

LUN SUOYOUQUAN DE XIANZHI

薛 姣◇著



中国政法大学出版社

2017·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目 (C I P) 数据

论所有权的限制/薛姣著. —北京: 中国政法大学出版社, 2017. 2
ISBN 978-7-5620-7389-5

I. ①论… II. ①薛… III. ①所有权—研究 IV. ①D913. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 044857 号

- 出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮 寄 地 址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话 010-58908285 (总编室) 58908433 (编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 880mm × 1230mm 1/32
印 张 9.875
字 数 230 千字
版 次 2017 年 2 月第 1 版
印 次 2017 年 2 月第 1 次印刷
定 价 29.00 元

前 言 Preface

在现代社会里，所有权受到限制是非常普遍的现象，对所有权的诸多限制具有重大的制度价值，是国家通过法律或其他制度安排来实现各类利益之间有效平衡和社会整体利益最大化的必要手段。本书的基本观点是，现代所有权限制制度是一个由诸多规范共同构成的综合有机体，蕴含着个人利益、国家利益、社会利益和制度利益的丰富内容，具备三个维度的功能，即个人自由维度、制度维度和社会维度，而只有正确认识和衡量所有权限制中的各项利益，把握和实现所有权限制各个维度的要求才能满足相关立法、政策制定和司法实务的现实之需。基于这样的观点，本书指出所有权绝对的观念应被时代所淘汰，对所有权的理解应保持一定的开放性、相对性和前瞻性，应认识到合理的限制需符合现代社会所有权限制的三重制度目标：功利最大化、自由与限制的均衡以及社会可持续发展，以实现所有权限制制度应有的社会、经济功能。

本书第一章是引言，主要介绍了研究方法、创新点和本书的层次结构，并对动产与不动产限制、“私法上的所有权限

制”与“公法上的所有权限制”等作了必要的解释和说明。

第二章介绍了所有权限制的时空背景和历史变迁。该章勾画出了所有权限制制度和理念的变迁图景，展示了所有权绝对观念和制度的生长、繁荣乃至衰弱的历史演化，指出这样的变迁源自于法律制度和经济制度的差异化发展。在注重财产动态价值的现代社会里，绝对所有权受到广泛的挑战和质疑，已不再适应于现代社会。在现代社会，所有权不仅体现在权利人支配力层面，而是具有丰富的内涵，体现出个体性、制度性和社会关涉性三个层面的内容。相应地，对所有权的限制应以实现这三个维度的诉求为宗旨，即通过限制来实现所有权的多维功能。

第三章整理了现代社会各种所有权限制的表现，旨在对这些限制作尽可能全面的列举以反映所有权限制在现代社会特别是中国社会中的时代特征。根据限制的法律渊源不同，本章将所有权限制分为私法上的限制和公法上的限制分别进行讨论，着重比较、讨论了所有权公、私法限制中的核心要素：“社会义务”和“容忍义务”。其中，重点介绍了德国、美国容忍义务、征收、准征收、合理限制等方面相对成熟的理论和实践经验，以期为我国相关制度的完善提供思路和借鉴。本章对中国现行所有权限制制度进行了评价，并反思了我国现行所有权限制制度中所折射出的公私法交叉和融合的现象。

第四章探讨了所有权限制的理论基础，指出权利限制意味着所有权人受所欲从事的行为边界的约束，实则为权利界限（边界）问题。本书认为权利限制与权利界限是手段与结

果的关系，两者互不可缺，所有权的边界正是由各类限制共同形塑而成的。本章还着重介绍和讨论了所有权限制的正当性依据，特别强调了所有权限制制度的社会价值和所有权本身所蕴含的社会功能。

第五章思考了这么一个问题：什么才是符合现代时代特征的所有权观念呢？英美法系财产权观念的开放性和相对性特征为这个问题的思考提供了有益的参考。本章借鉴了英美法系财产法的观念，特别是霍菲尔德和奥诺的思想精粹，剖析了英美法财产权权利束观念的逻辑和实质，并在论证了可借鉴性之后，提出了基于限制的所有权模型。在该模型中，所有权的形式是各类限制，而其实质是各种利益汇集而成的利益束。所有权限制制度是利益群角力的结果，在这个利益群里既有个人利益、他人利益、国家利益和社会公共利益这些实体性利益，也有对各种利益安排起牵引作用的“制度利益”这样的程序性利益。

第六章主要讲的是方法论的问题。本书充分认识到所有权限制只有在法律推理的动态情形中进行运用，才能准确把握所有权的功能和含义，而从司法实务的角度看，所有权限制问题的主要难点与其说是一个形而上的概念问题，不如说是方法适用上的问题。因此，本章在所有权限制的利益群模型的基础上，探讨了利益法学的重要价值以及如何在实务中利用利益法学的方法来解决疑难、热点问题。利益衡量作为法律解释的有效方法在三个相邻关系实例中得到强调和应用，这三个例子分别是：越界建筑、不可量物和公法中的建筑规划许可。

第七章将研究的焦点放在所有权限制制度的发展层面，提出现代社会所有权限制制度的制度目标或者说制度利益是功利最大化、自由与限制均衡以及实现社会可持续发展。所有权人应对资源最大化利用负责，私人所有权应仅在“合理范围”内才得以存在，受到行使范围的约束。因此，在现代社会“反公地悲剧”而造成“反公地财产”的情况下，这些使用不足的“反公地财产”的社会义务范围就应作扩大化解释。基于此，本章对国务院最新颁布的《中共中央、国务院关于进一步加强城市规划建设管理工作的若干意见》（以下简称《若干意见》）将原封闭小区道路公共化的提法进行了正当性论证，指出特定封闭小区的道路如果造成城市交通资源严重碎片化，可视为一种“反公地财产”。考虑到“反公地财产”的社会义务范围，本章认为道路公共化是封闭小区所应承载的社会义务，是符合现代社会所有权本质的一种合理限制，同时也指出各地政府在具体实施时应注重业主权利的配套保障，进行必要的合理性论证，才能真正实现现代所有权限制制度所具有的效率、规范、价值的三重目标。在当前《民法典》编纂背景下，本书还提出了所有权限制方面的若干立法建议，抓住立法良机，更好应对“互联网+”时代的新挑战，实现现代所有权限制制度的制度目标和利益诉求。

目 录 Contents

前 言	1
-----	---

1 引 言	1
--------------	---

1.1 目前国内外研究情况	2
---------------	---

1.2 本书的研究方法	6
-------------	---

1.3 主要创新点	7
-----------	---

1.4 本书结构	9
----------	---

1.5 必要说明	10
----------	----

2 所有权限制的时空背景和历史变迁	17
--------------------------	----

2.1 农业社会：所有权绝对主义的源与流	18
----------------------	----

2.1.1 古罗马法中的绝对所有权	19
-------------------	----

2.1.2 自由主义的绝对所有权	24
------------------	----

2.1.3 不受限制的绝对所有权真的存在过吗	30
------------------------	----

2.2 工业社会：近代所有权社会化	33
2.2.1 社会连带主义法学的影响	35
2.2.2 所有权社会化的各种表现	39
2.3 新工业社会：通过限制实现所有权的多维功能	51
2.3.1 现代所有权限制的社会基础转向	52
2.3.2 通过限制实现所有权多维度功能	54
2.4 我国所有权限制的历史变迁路径	56
2.4.1 传统中国的土地所有权观念	57
2.4.2 中国近代所有权限制的立法嬗变	59
2.4.3 新中国成立后对私有财产认识的转变	63
2.5 本章小结	65
3 现代社会所有权限制的基本类型和法律依据	68
3.1 所有权限制的类型概述	69
3.2 所有权之私法限制	71
3.2.1 我国私法上对所有权自由的限制列举	72
3.2.2 私法限制中的核心要素：容忍义务	77
3.3 所有权之公法限制	84
3.3.1 我国公法上对所有权自由的限制列举	85
3.3.2 公法限制中的核心要素：社会义务	92
3.4 简评：所有权限制中的公私法交错与融合	114
3.5 本章小结	119

4	所有权限制的基础理论和正当性限度	121
4.1	一组概念：所有权限制与所有权边界的关系	122
4.1.1	权利限制的外在理论与内在理论	123
4.1.2	内在理论角度的“硬性限制”和“软性限制”	127
4.2	为限制正名：所有权限制的正当性理由分析	132
4.2.1	法经济学理论 (Law-and-economics)	133
4.2.2	人格财产理论 (Personhood Concept of Property)	138
4.2.3	警察权力理论 (Police Power)	142
4.2.4	社会义务理论 (Ownership Obligation)	143
4.3	本章小结	150
5	所有权限制的逻辑与实质——比较的视角	153
5.1	大陆法系所有权传统观念的局限性	154
5.2	来自普通法系的借鉴：法律关系束之理念	159
5.2.1	英美法中所有权的逻辑：权利、特权、权力和豁免	161
5.2.2	奥诺的权利束要素清单	170
5.2.3	“霍菲尔德—奥诺式”实质权利束	175
5.3	所有权限制中的“利益群”	180
5.3.1	所有权限制的实质：利益群的角色力	181
5.3.2	所有权限制中的利益细分与彼此的关系	186
5.3.3	利益群的物质承载——物	199

5.4 本章小结	203
6 所有权限制问题在民法解释论中的问题分析	206
6.1 利益衡量：一种更优的解释方法	207
6.1.1 利益冲突的衡量标准——兼论利益位阶问题	208
6.1.2 利益衡量的逻辑和方法：评价地形成诚命	212
6.1.3 利益的变体：对所有权限制的法经济学分析 进路	223
6.2 所有权限制的实例分析：以相邻关系问题为中心	230
6.2.1 私人利益冲突一：越界建筑	231
6.2.2 私人利益冲突二：不可量物	234
6.2.3 公法中的相邻关系：建筑规划许可	241
6.3 本章小结	247
7 所有权限制制度的现代趋向与立法建议	249
7.1 所有权限制的制度目标与利益诉求	250
7.1.1 效率目标：功利最大化	250
7.1.2 规范目标：自由与限制的均衡	252
7.1.3 价值目标：社会可持续发展	254
7.2 现代所有权限制中的新现象及应对：公地悲剧—反公地 悲剧	255
7.2.1 “反公地财产”：使用不足的悲剧	257
7.2.2 对传统所有权分类理论之检讨	261

7.2.3 对“反公地财产”社会义务性的思考	266
7.3 从现代所有权限制的角度解读《中共中央、国务院关于 进一步加强城市规划建设管理工作的若干意见》	268
7.3.1 对《若干意见》的必要性论证——化解城市的 “反公地悲剧”	269
7.3.2 对《若干意见》的合法性解读——小区道路的 社会义务	271
7.4 《民法典》编纂背景下所有权限制问题的立法建议	275
7.5 本章小结	284
8 结 语	286
参考文献	289

所有权是大陆法系民法的核心概念，所有权绝对原则、契约自由原则和个人过错责任原则是近代民法大厦的三大基石，其中所有权绝对原则又包括了所有权绝对不可侵性、绝对自由性和绝对优越性，意味着所有权人拥有极大的处置权，具有对世性、绝对性、独占性和排他性。然而，这种个人主义基础上的所有权绝对观念充其量就是一个美好的“神话”，本书的主要诉求之一就是驳斥这一神话。我们应该认识到，所有权和其他绝大多数权利一样，并不是绝对神圣不可侵犯的权利，在现代社会里，所有权受到限制是非常普遍的现象。一般认为所有权人仅在不违反法律、公共利益和损害第三人利益时才能有效行使权利。

诚然，法律上对所有权的诸多限制具有重大的制度价值，是社会经济发展的必然结果，是谋求公共利益、制度利益、私人利益之间有效平衡、实现利益最大化的必要手段，但过度地限制所有权，使其失去应有的弹性和功能，将极大地阻碍社会的稳定和进步，因而存在着限制的“限制”，或说“限制的限度”的必要。另外，尽管法律制定者已力图在所有权人和他人、公共利益冲突中寻求平衡，但法律不会对所有问题都作完整、

具体的安排，如在相邻关系的处理上，《物权法》第84条到第92条仅作了原则性规定，因此，在处理具体纠纷时，很多时候都需要依赖于法律解释定纷止争。本书认为，在众多方法论中利益衡量最能够灵活且妥当地解决现实问题，因此选择了利益衡量作为主要的实例分析方法。

本书利用中外文资料和交叉学科发展的最新成果，遵循历史脉络深入探究，索寻所有权限制理论基础和现代走向，探讨我国物权法所有权限制制度和相关解释问题，进而对《物权法》实施中的问题提出看法。本书对以下几个方面存在着价值：（1）完善我国所有权限制理论和规范，加深对所有权本质和所有权限制制度的认识；（2）平衡所有权限制中利益冲突，发挥利益法学解释功能；（3）重视公法与私法关系，物权与债权的关系，加深对民法体系的开放性和互通性的理解；（4）以中国现实问题为导向，服务实践；（5）加深对所有权社会义务的理解，以及在中国语境下的范围把握。

1.1 目前国内外研究情况

目前本人所查阅的参考文献主要包括以下几个方面：（1）物权法方面；（2）法哲学方面；（3）宪法学方面；（4）社会科学方法论和法学方法论方面；（5）法制史方面。从查阅和整理的资料的研究范畴情况来看，国内外对所有权限制的研究成果较为丰富，有许多高水平的著作和论文，分别从不同的角度对财产权限制、财产权本质、限制的合理性等，特别是政府公益征收、土地管理管制、环境保护、所有权的社会责任等方面进行

了较为深入而广泛的研究。〔1〕研究主要体现在以下三个领域中：（1）公法领域；（2）法理领域；（3）私法领域。在公法领域，所有权或财产权是一种宪法上应受保护的權利，正如王涌教授所比喻的那样：“私人所有权是一个孩子，受其生父——私法的保护，后来，认了一个教父——宪法，亦受其保护。”〔2〕在宪法中更为关注的是宪法中的财产权概念，宪法对财产权的保障，以及财产权基于宪法的社会义务，出现了一系列高水平的私人财产权的宪法限制和保障方面的研究。较有代表性的有

〔1〕 国外相关论著资料参见：Demsetz, H., “Towards a Theory of Property Rights”, *Amer. Econ. Rev.*, 1967; A. M. Honoré, “Ownership”, in A. G. Guest, ed., *Oxford Essays in Jurisprudence* (First Series); R. Dolzer, *Property and Environment: The Social Obligation Inherent in Ownership—A Study of the German Constitutional Setting*, Oxford: Clarendon Press, IUCN, Morges, 1976; Michael A. Heller, “The Gridlock Economy”; Ann Louise Strong, *Private Property and Public Interest*, Johns Hopkins University Press, 1975; Richard A. Epstein, *Taking: Private Property and the Power of Eminent Domain*, Harvard University Press, 1989; Tibor R. Machan, *The Right to Private Property*, Hoover Institution Press, Stanford University, 2002; Roger Clegg, “Regulatory Takings: Restoring Private Property Rights”, *National Legal Center for the Public Interest*, 1994; Murray J. Raff, “Private Property and Environmental Responsibility: A Comparative Study of German Real Property Law”, *Kluwer Law Intl.* 2004; Jacobs Ceditor, “Private Property in the 21st Century: The Future of and American Ideal, Edward Elgar Publication”; Gottfried Dietze, *In Defense of Property*, Johns Hopkins Press, 1971; Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”, *Harvard Law Review*, Vol. 85, No. 6 (Apr., 1972), pp. 1089~1128; Michael A. Heller, “The Boundaries of Private Property”, 108 *YALE L. J.* 1163, 1177 (1999); Gray, K. “Property in Thin Air”, *Cambridge Law Journal*, 1991 (5); Karp, J., “A Private Property Duty of Stewardship: Changing Our Land Ethic”, *Environmental Law*, 1993 (23); William N. R. Lucy, Chterine Mitchell, “Replacing Private Property: The Case for Stewardship”, *Cambridge Law Journal*, 55 (3); Craig Anthony Arnold, “The Reconstitution of Property: Property as a Web of Interest”, *The Harvard Environmental Law Review*, 2002, 26.

〔2〕 王涌：“自然资源国家所有权三层结构说”，载《法学研究》2013年第4期。

林来梵教授的“论私人财产权的宪法保障”、张千帆教授的“‘公正补偿’与征收权的宪法限制”、张翔博士的“财产权的社会义务”等。^[1]法理学界在权利、自由、限制、权力、权利冲突、利益位阶、利益衡量等方面有较深入的研究。^[2]私法领域中也并不乏大量高质量的研究成果，如高富平教授的“拉美所有制度的形成与演变”、梅夏英教授的《财产权构造的基础分析》、俞江教授的《近代中国民法学中的私权理论》、金俭教授的《不动产财产权自由与限制研究》等。^[3]特别是近年来民法学界非常

[1] 较有代表性的有林来梵：“论私人财产权的宪法保障”，载《法学》1999年第3期；李累：“论宪法限制财产权的两种形式”，载《学术研究》2001年第8期；张千帆：“‘公正补偿’与征收权的宪法限制”，载《法学研究》2005年第2期；张翔：“财产权的社会义务”，载《中国社会科学》2012年第9期；赵世义：“论财产权的宪法保障与制约”，载《法学评论》1999年第3期；林来梵：“针对国家享有的财产权——从比较法角度的一个考察”，载《法商研究》2003年第1期；李龙、刘连泰：“宪法财产权与民法财产权的分工与协同”，载《法商研究》2003年第6期；谢立斌：“论宪法财产权的保护范围”，载《中国法学》2014年第4期等。

[2] 林来梵、张卓明：“论权利冲突中的权利位阶——规范法学视角下的透析”，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2003年第6期；张平华：“权利位阶论——关于权利冲突化解机制的初步探讨”，载《法律科学》2007年第6期；苏力：“《秋菊打官司》案、邱式鼠药案和言论自由”，载《法学研究（西北政法学院学报）》1996年第3期；郭明瑞：“权利冲突的研究现状、基本类型与处理原则”，载《法学论坛》2006年第1期；王克金：“权利冲突论——一个法律实证主义的分析”，载《法制与社会发展》2004年第2期；熊静波：“真实世界中的权利冲突”，载《时代法学》2004年第3期；刘作翔：“权利冲突的几个理论问题”，载《中国法学》2002年第2期；郝铁川：“权利冲突：一个不成为问题的问题”，载《法学》2004年第9期；张平华：“权利冲突是伪命题吗？——与郝铁川教授商榷”，载《法学论坛》2006年第1期；张翔：“基本权利冲突的规范结构与解决模式”，载《法商研究》2006年第4期；梅夏英：“权利冲突：制度意义上的解释”，载《法学论坛》2006年第1期。

[3] 高富平：“拉美所有制度的形成与演变”，中国政法大学1998年博士学位论文；王涌：“私权的分析与建构”，中国政法大学1999年博士学位论文；梅夏英：《财产权构造的基础分析》，人民法院出版社2002年版；俞江：《近代中国民法学中的私权理论》，北京大学出版社2003年版；赵廉惠：“财产权的概念”，中国政法大学2003年博士学位论文等。

关注宪法和民法上的所有权的区分，特别是对自然资源所有权的属性和限制作了较多的探讨。^{〔1〕}这些研究成果无疑对权利限制理论的发展和所有权限制制度的完善起到推进的作用，但综观上述研究成果，似乎尚未很好地解决以下问题：

第一，对所有权限制的深度研究较少。虽然近年来有学者对私法领域所有权（财产权）问题作了较多的研究，但笔者目力所及范围内的很多研究还停留在教科书式的列举或现象的描述上，更多的只是具有资料意义上的价值，理论深度不足，特别是缺乏对所有权以及所有权限制本质性探讨。

第二，对国外的制度研究缺乏应用性，未能与中国国情有机结合。国内的很多研究还停留在制度的介绍或经验的引入层面，未能实现与中国实际问题和国情的良好结合，对需纳入中国法律体系的东西欠缺足够的论证。

第三，对所有权限制中的新问题和动向关注不足。例如法学界尚未充分认识到私人所有权严重支离破碎后形成“反公地财产”的严重性和普遍性，而如何通过限制来重组碎片化的所有权是新时代最大的难题之一，需予以重视。

综上，虽然对该问题的研究数量成果较多，但深度、广度、实用性、创新性均存在较大不足，有很大的拓展和深化空间。

〔1〕 代表性的论文有，巩固：“自然资源国家所有权公权说”，载《法学研究》2013年第4期；王涌：“自然资源国家所有权三层结构说”，载《法学研究》2013年第4期；税兵：“自然资源国家所有权双阶构造说”，载《法学研究》2013年第4期；巩固：“自然资源国家所有权公权说再论”，载《法学研究》2015年第2期；张翔：“国家所有权具体内容有待立法形成”，载《法学研究》2013年第4期；崔建远：“自然资源国家所有权的定位与完善”，载《法学研究》2013年第4期等。