

第一章 走出传统物权理论

一、传统的意义与特色

无论是谁，只要关注中国的财产法律制度，都得面对传统物权理论。这里没有选择的自由。作为一种公理，传统物权理论在当代中国的物权领域一统天下，法官律师由此启蒙，学者教授据此立说。传统物权理论，从来没有确切的定义，但我们知道，这是指几十本教材和著作众口一词的有关财产的所有与占有的论述，是指中国现行物权制度中被称为法理的那部分内容——通常从物权的一般原理开始，进而分章解释所有权、他物权和占有。其主要原理有：物权是物权人支配一定的物并排除他人干涉的权利，具有物上请求权、优先权及追及权；物权分为自物权和他物权，后者又分为用益物权和担保物权；物权必须法定，一物只有一权，物权变动以公示为必要程序；所有权是最完整最充分的物权，有占有、使用、收益、处分等权能，其中一项或数项权能暂时分离出去形成他物权；他物权是非所有人在他人所有物上的一种有限的物权等等。

依照目前的情况，传统物权理论将是中国物权法的立法基础。1995年，中国最高法学刊物——《法学研究》发表了一份由中国最权威的法学研究部门——中国社会科学院法学研究所——课题组的研究报告。这份名为《制定中国物权法的基本思路》^①的报告，没有特别申明其理论基础，但从其开宗明义，将

载《法学研究》1995年第3期。

物权法定位于规范财产归属关系的法律和将物权分为完全物权（所有权）限制物权（他物权）以及其篇章结构的安排，我们清晰地看到了研究报告与传统物权理论一脉相承的血缘关系。五年过去了，一部又一部的中国物权法研究的书摆到了人们的桌前，这些累累成果无一例外地以颂扬和阐述传统物权理论为己任，在研究报告所开辟的田园上耕耘不息。传统物权理论由此越来越散发出神圣的光环。

然而，传统物权理论尽管十分显赫，却没有与之匹配的博大精深，其以一种极其自信的方式解释了是什么，包括物权的概念、特征、效力、保护等等，却很少解释为什么，甚至回避中国社会大大小小的财产实务问题。人们可以读到法国、德国如何，日本、中国台湾地区又如何，却无法找到动产不动产分类为何在不同国家和地区有不同的实践，中国应该如何选择；无法找到国有企业的经营权和农村土地承包经营权究竟应处于何种位置，怎样解决现实的利益冲突；无法找到中国有关埋藏物、遗失物的规定的缺陷所在，应如何修改才能公平合理。几乎所有的物权法著作都对纯属立法设计的建筑物区分所有权津津乐道，却很少有人想到土地使用权期限届满后商品房所有权的归属之类的问题。

这些还是表面的和细节的，要真正认识传统物权理论并作出较为公允的评价，必须从传统物权理论的价值取向、基本准则和功能体系上进行分析，以便最终知道传统物权理论是一种什么样的理论，对中国的物权制度有什么样的价值和作用。将一块砖头研究得如何彻底也无法了解整个大厦。我们首先需要在宏观上把握：

1. 解决财产归属问题，是传统物权理论的起点、宗旨和主要任务。传统物权理论，历来有一个经典性的表述：物权法调整财产归属关系，债权法调整财产流转关系。《制定中国物权法的基本思路》正是基于这一传统的调整范围才明确提出物权法调整财产归属关系。财产归属，是财产归谁所有或谁是财产主人的问题，当确定一定的财产归属于某一团体或个人所有时，在法律上

表述为所有和所有权。因此，财产归属关系就是所有权关系。传统物权理论几乎就是所有权理论：首先，物权一般原理以所有权为原型。对照 20 世纪 80 年代的《民法原理》的所有权原理和今天任何一本物权法著作中的物权原理，可以看出，两者高度一致，几乎没有实质性的差异，在这里，所有权和物权在名称上可以互换，如物权具有对世性、绝对性、排他性，在传统物权理论中够格的只有所有权，尽管他物权和占有在物权法教材和著作中所占的篇幅越来越多，但至今没有抽象出可进入物权一般原理的规则。同时，所有权中心的理念贯穿了物权原理的始终。他物权被确认为所有权权能分离形成的定限物权，占有被用于推定所有权的存在和确认所有权的取得，所有权是最完整、最充分、最绝对的支配权。一切都必须服从这一主题，不妨碍、不影响所有权的实现，连物权法定主义，也不只是保护第三人的利益和维护社会秩序的问题，其更重要的意义在于规范其他物权的种类。因此，钱明星先生旗帜鲜明地指出：“物权是所有制的法律形态”^①。陈华彬先生或许感到将物权与财产归属和所有权划等号不很妥当，机智地提出物权法调整财产占有关系，占有关系包括了财产归属关系和财产利用关系，但他同样认为所有权“构成物权法的核心内容”^②。由此可见，传统物权理论对人们的物权观念有何等强大的渗透力。传统物权理论对所有权的投入和对他物权的随意反差鲜明，而且传统物权理论并不否认或掩饰自己对所有权的信仰和崇拜，在传统物权理论看来，这是一件理所当然的事情。

2. 所有权权能分离论是传统物权理论的支柱。《民法原理》指出：所有权具有占有、使用和处分权能，三项权能中的一项、二项甚至三项都可以暂时与所有人分离而不丧失所有权，恰恰相

① 钱明星：《物权法原理》，北京大学出版社 1994 年版，第 16 页。

② 陈华彬：《物权法原理》，国家行政学院出版社 1998 年版，第 27 页。

反，所有权暂时分离出去正是所有人行使所有权的一种形式^①。9年后的《物权法原理》重复了这一原理，并明确指出：“在物权法律关系中，……权能与所有权发生分离形成他物权……在债权法律关系中，权能与所有权发生分离形成债权”^②。另一本《物权法原理》更发挥为“因对所有权之权能加以分离，于是产生了用益物权与担保物权制度”^③。上述原理可以命名为所有权权能分离论^④。权能分离论在传统物权理论中的地位一向不太显眼，总是在论述所有权内容时才被顺便提及，从来与一般物权原理无缘。这应该是一个天大的委屈，事实上，在传统物权理论中，没有什么原理能比权能分离论更为重要。对物权现象和事实作出自圆其说的解释，是物权理论立足于世的基本条件。传统物权理论虽钟情于财产归属，但面对着实际生活中广泛存在的因财产利用主要是非所有人对所有人财产的占有、使用、收益甚至处分而发生的事实，不能不作出相应的回答。他物权是其试图解释这类现象的选择结果。然而，承认非所有人在所有人财产上享有他物权，隐含着与传统物权理论的基本宗旨和目的的冲突。他物权的存在不可避免，但如果因此损害所有权的利益，为传统物权理论所不能接受，惟一的出路只能是将他物权约束在所有权的意思与利益之下，使他物权成为所有权的一种特殊的实现方式，而要做到这一点，就必须将他物权定位于所有权的依附，于是就有了所有权权能分离论。这一理论利用所有权与他物权都具有占有、使用等对物的具体支配形式，顺势将他物权解释为所有权权能的分离和转化，确定了他物权的渊源、性质和地位。他物权源于所有权，自然应该服从所有权的意思，他物权通常是有期限的，最终要回复为所有权，依然在所有权的范畴当中。这样，既

佟柔主编：《民法原理》，法律出版社 1983 年版，第 126 页。

钱明星：《物权法原理》，北京大学出版社 1994 年版，第 161 页。

③ 陈华彬：《物权法原理》国家行政学院出版社 1998 年版，第 27 页。

孟勤国：《论所有权能的单一性》，《广西大学学报》1988 年第 2 期。

承认了非所有人利用所有人财产的事实，又保证了所有权至高无上的地位，圆满地填补了传统物权理论在观念与现实之间的漏洞和空隙，充分掩盖了传统物权理论的内在逻辑冲突。而且，权能分离和转化的说法比较符合人们直观的生活经验，增添了传统物权理论的说服力。没有权能分离论，传统物权理论无法在所有权和他物权间找到符合自身宗旨的连结点，难以合理展开物权一般原理和物权体系，从这个意义上讲，所有权权能分离论支撑了整个传统物权理论。

3. 自物权、他物权体系是传统物权理论的实践模型。自物权即所有权，他物权即非所有人在所有人财产上的一定的支配权利。这一分类体系，依据权利主体的身份而建立。将物权划分为所有人的物权和非所有人的物权两大类，使物权的逻辑线索变得十分清晰，这本来很有意义。但是，这一分类的价值没有被深入发掘，从罗马时代起，就被注入了所有权至上的理念，成为实现所有权利益的一种既定模式。后世的大陆法系民法，基本上按照这一分类构筑物权法，尽管法典的编纂方式有所不同，但整个物权理论与实践，以此作为基本的逻辑思路和体系。中国没有给予自物权、他物权的提法和分类以正式的名分，民法通则甚至回避了物权的概念，但实际上，中国的物权制度，依然属于自物权、他物权体系。所谓与所有权相关的财产权，其实就是他物权，尽管名称不同，对其所作的解释和定位，完全是在所有权的基础上进行的，借用的法理也是他物权的那一套。在没有什么解释的情况下，那么多的民法教材和物权法著作能够灵活自如地充实地上权、地役权、永佃权、担保物权的内容，就是因为传统物权理论选择了自物权、他物权体系。再没有其他物权体系能充分体现传统物权理论对所有权的崇拜。他物权是所有权派生的，“非所有人行使的权能则不仅要依据法律，还要依赖于所有人的权利，受所有人的意志的制约”^①，这样的表述强烈地道出了传统物权理

论的心声。

在此有必要议一下“传统”两字，这是在什么意义上被人们使用和习惯的？如果以《民法原理》为中华人民共和国民法的开山鼻祖，近二十年的岁月就以传统名之，对于动辄以五千年文明史自傲的我们，未免滑稽了些；如果以 1949 年建国起算，那么前三十年不讲法律的时代断无传统可言。显然，“传统”这个充满历史沧桑感的用语具有超越国体的含义，更多地代表着一种历史文化的进程。

中国直到 1907 年才开始起草《大清民法草案》，在此以前，中国的民法制度包括财产法律制度散乱无序，诸法合体、刑民不分。中华法系以一部刑法史见长于世，几乎没有民法或物权的理论。起草《大清民法草案》是当时学习西方的组成部分，与中华法系成文法的传统相结合，模仿大陆法系民法的序幕由此拉开。国民党统治大陆时期抄出了一个《中华民国民法》，学者评论这个迄今仍在中国台湾地区适用的民法是：“采德国立法例者，十之六七，瑞士立法例者十之三四，而法日苏联之成规，亦尝撷取一二”^①。中华人民共和国成立后明令废止国民党的《六法全书》20 世纪 50 年代使用的是苏联的民法教材，20 世纪 80 年代初期，佟柔先生主编《民法原理》，基本采纳了苏联民法的体系。苏联民法一度被称之为社会主义法系的代表，但谁都承认，其内容和体系基本属于大陆法系的民法。20 世纪 80 年代末后，在与国际接轨和吸收西方法律文明的热潮中，从中国台湾地区民法和法、德、日民法乃至罗马法中吸取原理与制度成为时尚，尤其在物权法上。作为大陆法系民法中最骄人的部分，物权法以其清晰的历史线索和稳定的体系结构体现了其特有的价值和魅力，使得人们不得不以言必称罗马、行必效德法作为学问的证明。我们不仅有了法、德、日、瑞士、意大利民法典的译本，而且还有不少

^① 转引自谢怀栻：《大陆法国家民法典研究》，《外国法译评》1994 年第 4 期，第 17 页。

将大陆法系物权制度当然当作中国物权制度的论文和著作，以至于有些研究物权的成果，一旦注明出处，几乎就是台湾学者史尚宽、王泽鉴、谢在全诸先生大作的翻版，有些雷同甚至表现在半文半白的文字风格之中。我们不仅有了民法通则这部大陆法系民法典的缩写本，而且还有了许多运用法、德、日、瑞士和中国台湾地区物权法原理的司法解释和个案判决，即使这些国家和地区法律在同一问题上相互矛盾或有所区别也丝毫不影响人们的热情。因此，所谓传统，应该这样注解：首先是承接了中国民法模仿大陆法系民法的一贯做法，其次是延续了大陆法系民法的悠久历史，使中国民法与两千多年的罗马法有了一脉相承的历史渊源。传统物权理论，其实就是大陆法系物权理论的中国版本，当然，是有所删增的版本。

二、古老的拜所有权教

物权法调整财产归属关系，作为大陆法系物权制度的历史和现实的最精辟的理论表述，不是为了具体划定调整对象的范围，而是申明其对财产归属和所有权的根本立场。大陆法系物权制度，也有财产利用的内容，他物权和占有客观上反映了财产利用的某些要求。但是，财产利用关系始终没有成为独立的调整对象，他物权和占有一直蜷缩在伟大的所有权的脚边。因此，这一表述的关键或本质，在于将财产归属关系置于一切财产关系之首，将所有权作为解决一切财产问题的起点和终点，将所有权的价值作为物权法永恒的天平。对所有权的普遍崇拜甚至见之于社会主义国家。十月革命后，苏俄民法典确认了所有权、建筑权和抵押权，从中表现出对所有权的迷信不亚于法、德民法；中国历来将所有权问题与社会主义事业连在一起，改革与否、如何改革的分歧和冲突总是集中表现在所有权之上。难怪有学者说：“社会主义者和共产主义者对所有权的批评并不是直接针对所有权制

度本身，而是针对所有权派生出来的特点，即生产资料的私人占有^①；所有权是当代社会的基石^②；资本主义和社会主义都确实如此^③。

财产归属和所有权当然重要，当我们来到世上，人类已经是一个在财富的分配和占有上多寡不均的社会，拥有财产与否和多少往往决定着一个人能否从事某一活动，能从事什么活动，而且在能够想象的将来中，没有彻底改变的可能。作为社会，财富的归属是资源与财富的占有和分配的先决条件，作为个人，所有权是安身立命的基本权利保障，在穷与富的现实对立中，拥有财产的重要性自然而然地矗立在人们面前。希望拥有很多财产，是人之常情，但是，人类社会还无法使任何人实现财产上的梦想，于是就有了财产只能归属于特定的社会成员的选择。这无疑是一种蕴含着冲突和纠纷的选择，因为财产归属的终极意义是排斥他人染指财产。为了定分止争，人类社会创造了所有权的规则作为基本手段，以解决财产应归属于谁，如何体现财产归属的问题。因此，财产归属依然是我们这个时代的基本财产问题，没有理由而且事实上也不可能不重视所有权。

但是，应该重视财产归属不等于只重视财产归属，根本的分歧就在这里。尽管生活经验时时引导人们将拥有财产作为最终的追求目标，从理性的角度，拥有财产绝不应是社会和个人财产追求的归宿点，葛朗台总是有的，但正因为葛朗台对财产的狂热是非理性的，所以成了巴尔扎克笔下的一个可鄙可怜的人物，人人都在追求财产，惟有葛朗台受到嘲笑，区别就在于葛朗台仅仅是为了拥有财产。财产对人类之所以如此重要，说到底是因为财产能够满足人类的生存与发展的自然需要和社会需要，通俗地说，能够解决人的吃、穿、住、行的问题。财产是什么？这是人类文明的一个基本概念，洗去人类在财产上涂抹的油彩，财产就是猴子吃的野果、狗熊住的山洞、老虎爪下的羔羊，只是动物不会将

① 《外国民法论文选》，中国人民大学民法教研室编，1984年版，第181页。

野果、山洞、羔羊称为财产而已。人类社会的一切生产和生活，都是在利用资源与财富的基础上进行的，生产、分配、交换、消费都是不断实现财产的使用价值的过程，这就是财产利用。财产利用是人类社会永恒的社会现象，在财产归属的观念还没有出现之前，已经存在，在人类实现大同世界的理想后，也将继续存在。财产利用是人类认识自然、改造自然的行为方式，是社会和个人拥有财产的最终价值体现。拥有财产，应该是为了能够利用财产或更好地利用财产，若非如此，何必拥有财产。因此，不能只讲财产归属而不讲财产利用。

或许有人说财产利用是人与自然的关系，不能与财产归属相提并论。是的，财产利用直接表现为人对财产使用价值的支配，是一种人与客观环境的系统与互动，具有自然属性。但是，人类对资源与财富的利用不像动物那样仅仅出于本能，从可追溯到的初民社会起，财产利用就与人类认识自然、改造自然的能力联系在一起，就存在着合理开发和消费资源与财富的目的选择，就伴随着按照什么方式利用有限的物质资源的社会问题。原始农业和畜牧业的产生，是人类试图充分利用自然资源的一个时代标志，工业革命和今天的信息革命，使人类更能以有限的资源满足不断增长的人类需求。资源与财富是人类生存与发展无法摆脱的外部环境，以什么方式加以利用，涉及人类共同的整体利益，这是人们普遍关注南极臭氧层、巴西的热带雨林和全球沙漠化危机的理由。即使是个别的孤立的行为，也同样具有群体的性质，一个农民耕作一小块土地的背后，是一个社会如何进行农业生产的严肃问题。一个奢侈浪费的举动，可以成为众矢之的，在道德的谴责声中灰头灰脑。任何一个社会，都不会允许财产利用成为一种自由放任的行为，必定要按照群体的利益和要求规范财产利用的过程和结果，必然产生相应的社会与法律问题。因此，财产利用，同样具有丰富的社会属性。

这当然还不能说明问题的全部，他物权也可以说是承认了财产利用的社会性质，但这种承认是建立在不承认财产利用的独立

价值之上的。财产利用被认为是所有权关系中的一个特殊的暂时的现象，不构成独立的财产问题，有了所有权的规则，就可以解决一切财产问题。这种观念一直延续下来，具有传统通常有的不容置疑的力量。然而，这是一个谬误。财产利用，有两种基本形式：一是所有人自己利用财产，种自己的田，住自己的房，花自己的钱；二是所有人将财产交给他人利用，即非所有人利用他人财产，佃他人的田，租他人的房，用他人的钱。前一种形式中，利用财产没有产生不同于所有权的法律关系，所有人和利用人合一，不特定的义务人履行对所有权的义务就足以保障财产利用，利用财产的后果完全由所有人承受，不影响他人的利益，因此，有所有权，就已足够。但后一种形式中，法律关系就不那么简单了，在所有人和不特定的义务人之间，插进了一个利用人，利用人原本是不特定的义务人中的一员，但由于所有人将财产交给其利用的事实，摇身一变成了一个有权支配财产的权利主体。对所有人，其所负的义务由原来的一般的消极义务变成了特定的积极义务，而对不特定的义务人，其俨然成为所有权的代表，要求他人像尊重所有人那样尊重自己，由此形成了所有人与利用人，利用人与不特定的义务人，所有人与不特定的义务人之间的复杂关系。这种法律关系交织在一起，已非所有权所能解释和处理。以租赁房屋为例，房主将房屋租给承租人占有使用，通说认为他们之间是债权关系，对第三人应无约束力；但事实上，不仅不特定的义务人要尊重承租人的权利，而且按买卖不破租赁的规则，新房主不能以租赁合同是前房主所订为由收回房屋，承租人的占有使用房屋的权利无论从债权的角度或所有权的角度，都难以解释，又不在传统的他物权之列。许多学者辩之为现代社会物权法的一个趋势：租赁权物权化。这非常牵强，所谓债权物权化，是否意味着今后无须分辨物权、债权，无须再有物权法、债权法？其实，如租赁权之类的具有多重含义的法律关系普遍存在于民事领域，并非个别例外，其形成和确立以财产利用为中心而非财产归属。看到这一点，无须作牵强附会的解释或滥用常常不可理喻

的但书就能知道，财产利用，至少非所有人利用他人财产的问题不是所有权所能包容的。这是一个独立的财产问题，需要物权法以有别于所有权的价值取向和规则加以调整。

我们可以理解传统物权理论。作为大陆法系物权制度的中国版本，其忠实地体现了大陆法系物权制度的时代特点。法国民法典、德国民法典诞生之时，基本上是风车、水磨和马车的时代。当时，财产利用主要是所有人用以满足简单的生产和消费，有时候也许会让邻居和朋友用一下自己的财产，但马车应该不会将财产带到过于遥远的地方，土地、房屋、果园、鱼塘和手工作坊摆在村里，是谁的产业一清二楚，连果树给他人管理而果实该归谁所有的问题都能上民法典，能有多少复杂的产权关系和纠纷。原始而简单的财产利用极少产生新的复杂的人际关系，只要明确了财产归属，基本能够预防和解决财产纠纷，没有必要考虑财产利用与财产归属哪个更为永恒，财产利用有无独立价值之类的问题。不仅如此，传统物权理论还自发地体现了大陆法系物权制度的社会背景。罗马法、法国民法、德国民法、瑞士民法、日本民法、中国台湾地区民法，都是私有制社会的法律。如何评价私有制是政治家的话题，我们知道的是，私有是一个财产归属意义上的表述。按照恩格斯的研究，原始社会没有私有的观念和制度，是生产力的进步导致社会有了剩余产品，而剩余产品为社会一部分成员所占有并被社会逐渐确认为一种秩序时，就出现国家、法律、权利，形成了私有制。由此看来，大陆法系物权制度特别重视财产归属和所有权亦在情理之中，既然整个社会以私有制作为最高的组织原则和行为准则，作为社会的一种规范方式的物权法就没有理由不特别重视财产归属问题，这是法律必须适应社会的政治、经济和社会生活条件之使然。私有制与财产归属有着天然的不可分割的联系，这或许是大陆法系物权制度尽管陈旧仍通行于今天的根本原因。时代变了，生产力进步了，但私有制没变，这足以使大陆法系物权制度只需修修补补就能实现其固有的社会功能。

但中国不应认同传统物权理论的选择。

首先，我们所处的时代已完全不同于拿破仑和萨维尼生活的年代。一百多年来，尤其是二战以后，以计算机、航天技术、生物工程为代表的科学技术突飞猛进，迅速提升了人类的生产力，使人类的生存与发展方式发生了革命性的变革，我们走进了地球村、互联网、虚拟世界和知识经济，已由过去简单地依赖和利用资源与财富转向了创造性的利用。与以往的财产利用主要是财产原有价值的释放不同，现代社会的财产利用趋向于创造远高于财产原有价值的财富，在许多高科技领域，财产的原值已经微不足道，如电脑芯片，其所消耗的材料价值，与芯片的价值相比，简直可以忽略不计。科技含量的不断提高使财产利用成为一个将知识转化为财富的过程，从而成为创造物质财富的基本途径。与以往的财产利用主要是依靠所有人的知识与能力不同，现代社会的财产利用更多地依赖科学的管理系统与知识，专家管理成为生产和经营取得良好效益的基本保障，所有人将财产交给专业的法人和个人经营，收益往往较之于自己去勉为其难更为现实和可能。股票交易，一买一卖，如此简单的经营，专业的投资基金就是比个人投资者成功，何况其他更为需要专业技术的生产经营。管理也能出效益，非所有人利用他人财产能够创造更多的物质财富，因而成为财产利用的一种普遍的形式。总之，现代社会的财产利用，是一个依靠科技和管理组织起来的创造性的过程，由此产生以往财产利用所没有或很少发生的人际关系。财产利用所创造的新增财富远远高于原有财富时，如何确定新增财富的归属？是像原来那样以原有财产所有权为惟一依据，还是承认财产利用人有分享新增财富的权利？当所有人将财产交给专业人士经营管理时，如何确定经营管理的权限？是原来那样一切须按所有人的授权进行，还是承认财产利用人有自主经营的权力？这些问题的解决有待于物权法如何界定所有人与利用人的权利义务的内容；如何使所有人满意，利用人有积极性，实现所有人和利用人的利益平衡；如何适应和促进现代社会的非所有人利用他人财产的经营

形式。物权法不能无视财产利用关系的客观现实。

同时，我们所处的社会也完全不同于资本主义国家和地区。社会主义是中国最大的国情，尽管目前流行市场经济趋同论，但社会主义制度的存在和影响是无可争辩的事实。社会制度，既是一国的政治、经济、社会条件的综合反映，又是决定一国政治、经济、历史走向的根本因素。中国物权制度，必然而且必须反映和适应社会主义制度的基本要求。就私有制和公有制的价值取向而言，私有制本身有推动国家与法律特别重视财产归属问题的内在动力，而公有制在客观上并无这样的要求。苏俄民法典和中国的民法通则确实也很突出财产归属，但这更多的是出于政治需要和受传统观念的影响。从长远的眼光看，随着社会主义走向成熟，公有制将逐渐成为一种全社会共同认可和习惯的现实，从而使财产公有脱离权利的性质，最终成为一种自然状态。财产归属的意义随着公有制的发展和成熟必定越来越淡化，只有这样，人类才能走向共产主义，以为财产归属是而且永远是公有制生死攸关的问题，实际上是排除了共产主义实现的可能性。从现实的角度看，虽不能说目前中国社会中的各种利益不再有对抗性，以财产作为剥削的手段已为社会绝对不容，但社会主义确实引导我们走向共同富裕。在诸如生产目的之类的问题上，虽不能说具体的生产者、经营者不以营利为目的，但社会生产的根本目的是满足人民群众不断增长的物质和精神生活的需求并制约着生产者、经营者追求利润的动机和手段，确已是全社会的共识，并不断转化为国家和法律的意志。社会主义社会根本利益上的一致性使得公有财产不像私有财产那样有强烈的实现对物质财富的控制和垄断的要求，公有财产是实现共同富裕的物质条件，是为全社会成员的共同利益而存在的，最重要的是如何合理利用财产，使之发挥最大限度的效益。公有制不需要厚爱所有权，不需要为了国家和集体的所有权利益而违背财产利用的规律。相反，为了充分发挥财产利用对社会经济的促进作用，公有制要求物权法重视和解决财产利用中的各种问题。

因此，传统物权理论关于物权法调整财产归属关系的命题不宜于中国。中国已不是一个封闭落后的国家，现代社会的一切同样发生在中国辽阔的大地上。诚然，在许多地方，耕畜、农具和种子依然是重要的生产资料，但支撑起共和国经济大厦的已是现代工业、现代农业、现代科技，财产利用的现代意义已经鲜明地凸现出来，中国的物权法，不充分考虑财产利用关系是不可想象的。中国的社会主义公有制有着体制上的优势，在物权法上没有私有制要求突出财产归属与所有权的太重太多的负担，能为现代社会财产利用关系的保障提供社会基础。而且，中国没有民法典也为中国选择和设计符合现代理念的物权制度留出了充分的空间，或许，人类现代物权制度正需要中国今天的时代环境和社会制度才能得以诞生。

三、离奇的权能分离说

所有权权能分离论是大陆法系物权制度特有的理论。英美法沿袭日耳曼法的精神，没有统一的至高无上的所有权理论和制度，只有各种基于财产实际利用形态而形成的财产权，同一财产上，甲享有使用权，乙享有受益权，彼此独立。英美法理论与实践有时也说所有权，但其含义完全不是我们通常理解的所有权，只不过是某一财产权益而已。是大陆法将所有权定位为惟一的完全物权，其他物权均为有限物权。“有限的物权是依据对所有权所设定的债权而形成的，而且来源于所有权，所以，通常把所有权称为有限的物权的母权”^①，才有了所有权权能分离的解释。这一解释直观地反映现实生活的一个情景：所有人将财产交给他人使用而自己失去了使用的机会，财产还给所有人时，所有人恢复了自己使用的权利，所有人不能使用自己财产的那一段时间，

^① 《外国民法论文选》中国人民大学民法教研室编，1984年版，第185页。

正是他人的使用权存在的期间。这极易引导人们认同：“这些有限的物权向有资格获得这些权利的人提供包括在所有权之中的或多或少的部分权能”^①。所有权权能分离论并无自我证明的过程，能以一种不言而喻的方式征服人们，就是因为其符合生活的表面现象。眼见为实是许多人相信通灵术的心理基础，科学领域中不乏这类现象。

所有权权能分离论以权利与权能的关系作为出发点。首先是将权利具体为各种权能，所有权于是有了占有、使用、收益和处分的权能。从所有权的某一项或几项权能被分离出去中，表明所有权权能分离论将权能与权利理解为部分与整体的关系，惟其如此，才能分割；其次是权能与权利连环转化，所有权权能分离后转化为他物权，他物权中又有占有、使用、收益或处分的某一项或几项权能。没有人讨论他物股权能还能不能分离和转化为另一种物权，但依其原理，应无不可。权利与权能的关系，在其本身的领域，也是一个相当复杂的问题，而且，所有权权能分离论所采纳和理解的权利与权能的关系，还不是法理学上的通说。

什么是权利？大多数学者认为：“是法律赋予行为主体进行某种行为包括作为和不作为的可能性”^②。还有学者给予通俗的比喻：“权利的含义就如法律在主体周围划了一个自由活动的圆圈”^③。据此而言，权利具有确定范围内的不确定性，确定范围是指权利被法律划定了一定的界限，主体不能跨越以免越权或侵权，但在确定的范围内，权利又是不确定的，活不活动，如何活动，由主体根据自己的意愿和需要自由掌握，在主体没有作出具体的选择和决定之时，权利只是一般抽象的存在，只有主体实施了特定的行为，权利方可成为一种具体的实在，才能产生实际的利益。权利必须以某一特定行为作为载体以表现和实现自己，这

① 《外国民法论文选》中国人民大学民法教研室编，1984年版，第185页。

② 《法学理论参考资料》（五）北京大学出版社1981年版，第244—256页。

③ 同上书，第196页。

就有了权能的提法。权能是指权利的具体表现形式，有学者对有无权能存在也持异议。作为一个区分抽象的权利与具体的权利的概念，权能还是有其特有的功能和作用的，但不应对权能赋予漫无边际的含义。权利是从一般可能的角度出发，权能是从特定行为的角度出发，权利是抽象的，权能是具体的，权利、权能实为一体，这或许就是法学中经常互用权利、权能概念的原因。由此看来，权利与权能，不是整体与部分的关系，而是本质与表现形式的关系。一个权利有多种权能，不意味着权利是多个部分的组合，而是指权利可以有多种表现形式。一种权能也可以表现多种权利，占有权能既能表现所有权，也能表现他物权，同样是因为权能是一种表现形式。

哲学上，部分与整体的关系完全不同于内容与形式的关系，前者是可分的，后者是不可分的。内容不能脱离形式而存在，任何形式都表现一定内容，因此，所有权与权能的分离在客观上不可实现。我们总是以支配力之类的表述描述所有权，而在描述所有权的权能时又总是附之于具体的形态，如占有、使用等，就是以所有权表现所有人对其财产的抽象的总括的权利，以所有权的权能表述所有人对其财产的具体的或特定的权利。说所有权有多种权能，是表明所有人在选择和确定实现所有权的具体方式上有多种选择的可能，并不表明所有人能够将所有权同时表现为多种权能。这非常关键。任何事物在不同条件下可以有不同的表现，这是众所周知的事物的多样性原理，但是，不能同时表现为多种形态。在特定的时间和空间中，事物只能有一种表现形态，水分子在一般意义上可以表现为固态、液态、气态，但所依据的条件各不相同，在特定的温度下，只能表现为一种形态，或水，或冰，或汽，绝不能三者并存，温度处于临界点会出现冰中有水，水中有汽的情形，这不能理解为水分子同时表现为两种形态，而只是临界点中存在着两种但极其近似的温度条件。就其中的一种而言，水还是水，冰还是冰。同理，权利在特定的时空条件下也只能有一种权能形态，所有权的占有、使用、收益和处分权能，是

指所有权表现为多种特定行为的可能性，而不是说所有权同时表现为四种形态。其实，学者都知道：“要列举出所有权中固有的全部权能是不可能的”^①，为什么不可能？因为时空的条件不可能穷尽，所有权的具体表现因而也无法穷尽，四种权能只不过是所有权比较普遍的表现形式而不是全部。在众多可行的行为中，一旦所有人选择了其中一种，所有权的全部意义就体现在这一特定的行为之中，换言之，所有权就表现为某一特定的权能形态：所有人占有财产，占有权能就代表所有权；使用财产，使用权能就代表所有权；处分财产，处分权能也同样代表所有权。

物权的各种权能之间也不是一种并列的关系，权能的外延大小有别，而且存在一权能兼容另一权能、权能之间相互重叠的情况。当权利人的行为包含着两种权能形态，而其中一种可以兼容另一种的时候，应当认为前者代表着整个物权。比如使用权能兼容占有权能，此时的占有权能已不具有独立表现所有权的价值，使用权能包含着占有的要素，这时就由使用权能代表着整个所有权，无须再提占有权能。当所有权表现为某一权能时，其他权能不是一种实在，只是所有人以后再行选择的可能性，此时说所有权与其他权能分离，是无聊的，所有人收取租金，已不存在所有权表现为使用权能的问题。至于说各种权能同时分离于所有权，更为离谱，所有权不能表现在特定的行为上，还有什么实际的意义？

既然所有权和所有权权能本质上同一，那么，所有权权能永远不能脱离于所有人，因为，所有权权能脱离于所有人的含义等于是所有权脱离于所有人。所有人一旦与其拥有的所有权分离，便不再是所有人。张三将自己的财产卖给李四，可以说成是处分权能脱离了张三，但这没有任何意义，实际上只不过是张三移转了所有权。张三将自己的房屋租给李四居住，张三的所有权表现为收益的权能，这时的所有权与张三并无分离，只是不能再表现

《外国民法论文选》，中国人民大学民法教研室编，1984年版，第195页。