

# 物权的展开与反思

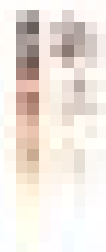
新青年

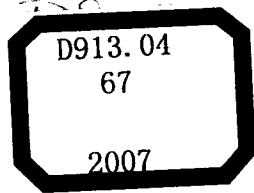
法学文库

常鹏翱 著

  
法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

# 物反书的例子与时间





# 物权法的展开与反思

常鹏翱 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

物权法的展开与反思/常鹏翱著. —北京:法律出版社,2007.1

(新青年法学文丛)

ISBN 978-7-5036-6955-2

I. 物… II. 常… III. 物权法—研究—中国 IV. D923.204

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第157305号

© 法律出版社·中国

新青年法学文丛

物权法的展开与反思

常鹏翱 著

责任编辑 徐雨衡

装帧设计 乔智炜

开本 787×960 毫米 1/16

版本 2007年1月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 28 字数 360千

印次 2007年1月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-6955-2

定价:48.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## “新青年法学文丛”总序

1949年以来,中国法学可谓筚路蓝缕,艰辛历尽。20世纪90年代中期以来,法学研究及著译事业均突飞猛进,成果斐然。于此,法学诸贤可谓居功厥伟,泽被后学。

圣经云,日光之下,无新鲜事。其言所涉,应为人类心性和社会最基底层面。就细节而言,社会总随着时间的流逝而变化,留下或多或少的历史陈迹——虽然未必是线性发展。法学学科同样如此。每代人都必然希望突破前人;也唯有如此,法学的生命才可能有旺盛的活力。法律和法学虽然都注重谱系和传统,但这并不妨碍每代人有自己的学术,“代有才人出”。

学术的断代,与年龄并没有必然关系,它更多地取决于学术本身的风格,如陈寅恪认为:“一时代之学术,必有其新材料与新问题。取用此材料以研究问题,则为此时代学术之新潮流。”美国学者库恩也运用“范式”这一概念,来说明科学的“革命”。今天,虽然中国法学已经日臻成熟,各领域都有自己的研究模式和论证方法,但毋庸置疑,在中国处

于国家和社会两个层面急剧转型的年代,法学应是“广阔天地,大有作为”。

当此,我们推出这套“新青年”,甚望为推动法学事业略效微力。“新青年”是对作者年龄的限定,更是对研究范式的限定。数年来,我国法学研究的主要材料是域外法。本土法律素材的发掘,以及对现实问题深厚学理的回应,目前还不是很多;原创性的思想、新颖的方法更是几稀。有鉴于此,本文丛的主旨,即在尽量体现三“新”:新思想、新方法、新材料。“新”从何而来?对此无疑仁智互见,以下略陈管见。

法学的基石是规则和制度研究。但我们应该研究什么规则、制度?对学者而言,研究生活中的规则,多半是奢侈的,多少会心有余而力不足。我们可以对具体案例进行规则分析,但却很难体察日常生活中的规则。也许我们可以宽慰自己,说法律塑造了生活规则,生活依循法律规则。但这只是一个法律乌托邦,一种麻痹学者感知和心智的托词,一种让人沉迷的精神鸦片。而且,研究者还受自己知识结构的影响,往往会预定一些规则为真理,以此来剪裁国内法律。既然如此,我们的规则之学,至少应强调兼容并包、兼收并蓄,强调各种理论的碰撞。这需要我们的耐心、刻苦和反思,更需要来自现实生活的挑战与回应。

从法学的历史和现实看,法学对规则正当性基础的分析,一直比较薄弱。而对于规则的习而不察,也造成了对规则的合法性的分析,尤其是对其实用语境的分析在法学著作中的缺失。虽然在学科建制意义上的法学起源甚晚,但是,一旦其成为专业,就越来越成为精英的禁脔。在社会分工越来越精密、法律职业越来越精英化的年代,这种局限更为突出。交叉学科研究、法学的社会科学化无疑是很好的突破口。惜乎目前还滞于拟议层面,要真正践行,还有很长的路要走。

关于思想与学术的议论由来已久。其实,思想与学术的区分本来就牵强。优秀的作品应兼具两者。海涅曾言:“思想走在行动之前,就像闪电走在雷鸣之前一样。”在一个思想贫瘠的时代,我们更需要的也许是法学思想,虽然未必是振聋发聩,但必定是理性的、论证严谨的、有现实根基的。

一代大儒顾亭林眼里的好书,是“古人所未及就,后世所不可无者”。衡诸坊间法学著作,足以当之者甚鲜。事实上,即便在法学极昌明繁荣的国家,经得起时间沉淀的作品也是极少。经典既难求,作者之勤勉、严谨自然必不可少。循此,作品可望免于“速朽”的命运。尼采云:“以血与箴言写作者,其所欲,不惟有人翻阅,更欲被人诵记。”(Wer in Blut und Spruechen schreibt, der will nicht gelesen, sondern auswendig gelernt werden)读者诸君,也定不会辜负写作者的良苦用心。

人类精神导师的伟人祠中,似乎尚没有法学家的一个龛位。也许是因为法学的晚出,也许是因为法学论及的不是人生与人心,而是社会治理规则。另外,规则本身无法为自身提供合法性,因此,法学多附庸于道德哲学、政治学、经济学及社会学等。在转型时期的中国,如何为法学赢得学科的自尊,也许是法学应面临的任务之一。

“新青年”一语,借自中国思想史上一个气象磅礴的时期。我们无意附丽前代先贤,与他们的业绩相比,我们的所作所为无疑微不足道;我们毋宁是想彰显“新”,它意味着法学学术永远在路上,没有止歇。

谨为序。



## 前 言

自到中国社会科学院研究生院攻读博士学位以来,我给自己定的学术写作目标不是云山雾罩的高深理论,也不是浅白易懂的法条注释,而是想针对我国的实务问题写点既有一定理论性又有相当实务性的东西,重心主要是对实务机制进行理论阐释和评析。

何以如此?最初的朴素认识,还真不是理论与实践相结合的口号式条件反射,而是把民法当作一门实用的技术,说得俗一点,就是学以致用。在我看来,尽管经过漫漫时光的塑造,民法中蕴涵了丰富的近乎无限的理论素材,但不管是什么样的理论,都不应不食人间烟火,而是应迎合民法作为市民社会之基本法的地位,从社会中来并到社会中去。当然,这样说,还因为我深知,尽管自己身处繁华京都的翰林学堂,但阅历、心境、才情、财力都是下里巴人的标准,所以,我只能着眼于尘世,以求从中讨出生存之道。此情此境,哪里还有欣赏高山流水的雅致?

基于这样的指导,这些年来,我尝试着采用功



能主义和实用主义的方法,根据自己对实务问题以及民法理论的理解,写了一些物权的東西,并分别得以发表和出版。在此基础上,我又收集、整理和吸收了大量的实务资料,用了近两年时间对原有的成型或者不成型的成果进行了修改和调整,把它们捏合在一起,就是呈现于读者诸君面前的这本《物权的展开与反思》。

所谓展开,是想言物权法文本和理论没有充分讨论的内容;所谓反思,是想言物权法文本和理论可值深入商榷的内容。无论是展开还是反思,都是在理论层面上进行的,其中既有罗马法和日耳曼法的声音,也有欧陆法和英美法的回响,但无论如何,这些声音和回响都不是绝唱,更重要的,活生生的现实给了展开和反思的理论以最基本的滋养。可以说,没有实务部门的规范文件和实际操作,本书的理论解说充其量也只是历史荣光的返照和异域经验的翻版。因此,本书是理论的,但它更是实践的。自夸一点,这本书是面向实务问题的理论书。

本文有八个专题,内容相互有关联,也有渗透,很难用单一的标准进行范畴划分,不过,依据各自的中心内容,可将它们总结为三个范畴:物权客体、物权法定和物权公示。在我看来,这三个范畴塑造了最基本的物权规则,也是物权法中最基础的理论,更是实务中最容易出问题的领域。

简略地说,专题壹至专题叁分别从不同的角度和层次讨论了物权客体。专题壹以人与物的关系为视角,对物进行了稍具抽象性的观察,看人对物在民法中的定位又如何影响了人在民法中利益,这是一种函数论和整体论的套路,其中反思了人的主体价值和物的客体地位,以及建立在此基础上的损害赔偿等民法规则。专题贰超出德国民法传统中物权客体之物的界定,分析了无体物、集合物和违法物的价值,对前两种物的探讨,基本上否定了物权与债权的截然二分,当然也否定了这种二分法的产物——物权法定;对违法物的探讨,则将公法和私法的纠缠显示出来。专题叁则以具体案件为引子,立足物的整体与组成部分的关系,探讨具体的找法和造法,探讨物权和债权在个案中的关系。

如果说专题贰折射出反思物权法定的影子,那么,专题肆更集中讨

论了这个问题。物权法定实在是个大问题,是否认可并坚持它,直接影响到物权的意义以及民法典的构造。专题肆以个案分析的形式,探讨了当事人之债权债务关系约定的内部约束力和外部约束力,结论就是在公示基础上认定其相应的效力,债权债务关系因此又被物权化的契机。果真如此,物权法定究竟有无必要,真要三思而后行。当然,专题肆的讨论比较简单,这个问题还有再持续展开和再深刻反思的巨大空间。

专题肆已经点出了物权公示,后四个专题则对它进行了更充分的讨论。专题伍主要分析了物权公示的形式,以及公示形式对物权的决定作用和限度;专题陆以物权公示推定力为基点,分析了物权证明规范;专题柒专注于物权公示的公信力,比较详细地探讨了不动产物权善意取得;专题捌则从法律融合和交错的角度分析了不动产登记中的突出问题。

客观地讲,从头至尾,本书都没有离开传统民法,特别是德国民法理论的支持,没有它们,这本书就不是理论书。但我对既有的理论和经验所持的基本立场是智识平等和有限理性,即作为人类思维的结果,传统理论尽管很可靠,但不可能十全十美,因此,它们不应成为被顶礼膜拜的对象,它们的正当性应被反复剖析和证明,这一点在书中表露得比较充分。这同时也是一种危险,因为对于成为特定人群共识的理论而言,它们已经在相当程度上具有不言自明的正当性,再对其证成,是多此一举,证伪则难度太大,出力不讨好。故而,本书实际上是在走理论和实践之间的钢丝绳,方向很明确,姿态却可能不那么好看。我深深知道这一点,所以,衷心希望读者诸君批评本书的错误,以让我能尽快在手中握到这根宝贵的平衡木,借此走得更快更安全。

常鹏翱

2006年12月21日



## 致 谢

在本书的写作和出版过程中,我得到许多前辈、师长、同道、朋友和家人的关爱,书中的部分内容也得到很多同仁的指正,故而,本书只是在形式上归我一人之力,它实际包含了诸多外来的助益,没有这些助益,我不知世间还有没有这本书存在的机会。这样的帮助让我受益无穷,感激之情铭刻在心。更重要的是,与助益者的交往,有深秋负暄而座的适宜,有踏青结伴而歌的畅快,让我受用终生。借此机会,向他/她们说声谢谢!

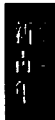
感谢中国社会科学院法学研究所的孙宪忠教授,他给我最直接和很广泛的帮助。自2000年9月以来,我就师从孙老师,没有老师的悉心指导和指引,我不可能以法学研究为业,也不可能进入物权法的研究领域,更不可能领略学习德国法的妙用,当然就没有本书了。同样的感谢要给中国社会科学院法学研究所的王家福、崔勤之、梁慧星、陈甦、于敏、渠涛、薛宁兰等老师。

感谢中国人民大学法学院王利明教授、中国政法大学龙卫球教授、北京大学法学院张谷副教授、

清华大学法学院申卫星副教授、湖北省高级人民法院郭卫华法官、西北政法大学韩松教授、姜战军副教授、澳门大学法学院唐晓晴副教授、北京师范大学社会发展与公共政策研究所高梦滔副教授、哈尔滨工业大学法学院赵海峰教授等,在本书写作过程中,他们以不同的方式给我以指教和帮助。

感谢中国社会科学院法学研究所谢鸿飞副教授和法律出版社徐雨衡编辑,他们长期给我关心和包括本书出版在内的帮助,让我受益良多。感谢法律出版社的黄闰社长、茅院生分社长,他们对法学学术出版的关注和支持,让人感动。

感谢我的分散于不同省市的家人,他们对我的支持让我无从事学术研究的后顾之忧,借此机会,向他们说出我从不言说的谢意!



# 目 录

## 壹、人与物关系的法律规则

### ——以“物”为中心的考察 /1

#### 一、引言 /2

#### 二、物在民法中的隐喻及其给人设定的困境 /5

##### (一) 民法意蕴中的人与物二分 /5

##### (二) 主体化隐喻和客体化困境 /7

##### (三) 抽象人隐喻和具体人困境 /10

#### 三、走出困境(一): 人体与物之间相互转化 /14

##### (一) 人体向物的转化 /14

##### (二) 物向人体的转化 /28

#### 四、走出困境(二): 抽象人向具体人的转化 /28

##### (一) 切入基点和分析进路 /29

##### (二) 抽象人转化为具体人 /32

##### (三) 具体人达致的共识物 /36

##### (四) 具体人法规则的指向 /41

#### 五、结语 /42

## 贰、物权客体制度之反思

——一种实用主义的立场 /44

一、引言 /45

二、无体物的法律地位 /47

(一) 无体物不是物权客体? /47

(二) 无体物的形态受限制? /50

三、聚合物的法律地位 /57

(一) 企业:典型的聚合物 /57

(二) 债务随企业财产移转 /62

四、违法物的法律地位 /63

(一) 违法物不是物权客体? /63

(二) 违法物的类型化调整 /70

五、结语 /73

## 叁、物的结合、权属界定与利益平衡

——以装修他人房屋案的法律适用为对象 /76

一、引言 /77

(一) 分析对象 /77

(二) 分析视角 /79

二、我国民法规则的适用 /80

(一) “找法”的对象 /80

(二) 具体的“找法” /82

三、自愿附合法理的适用 /87

(一) “造法”的机理 /87

(二) 德国法系的规则 /91

(三) 法国法系的规则 /100

四、结语 /102

## 肆、物权法定与意思自治

——物权法中的限制与自由 /105

- 一、引言 /106
  - (一) 物权法定的意蕴 /106
  - (二) 意思自治的限制 /108
  - (三) 限制引出的问题 /110
- 二、当事人约定的有效性 /113
  - (一) 分析对象的确定 /113
  - (二) 现行方案的分析 /114
  - (三) 抵押期限的类型 /117
  - (四) 抵押期限的判断 /120
  - (五) 抵押期限的限制 /122
  - (六) 抵押登记的意义 /124
- 三、当事人约定的对抗性 /125
  - (一) 台湾的法律问题 /125
  - (二) 异域经验的考察 /129
  - (三) 可能的理论解说 /130
- 四、结语 /132

## 伍、物权多元性与物权权属的确定

### ——以物权公示为主线 /135

- 一、引言 /136
  - (一) 公示的物权权属 /136
  - (二) 物权公示的逻辑 /139
  - (三) 公示逻辑的问题 /140
- 二、国法物权和习惯物权 /142
  - (一) 国法物权 /142
  - (二) 习惯物权 /143
  - (三) 二者关系 /144
- 三、形式物权和实质物权 /150
  - (一) 形式物权 /150
  - (二) 实质物权 /151
  - (三) 二者区别 /161

- (四)域外法例 /163
- (五)二者关系 /167
- (六)形式主导 /180
- 四、结语 /181

## 陆、物权法中的权利证明规范

——一种比较分析的视角 /183

- 一、引言 /184
- 二、物权证明的不同路径 /187
  - (一)“魔怪证明”路径 /187
  - (二)“权利推定”路径 /191
  - (三)二者分歧的实质 /194
- 三、路径基础的当为选择 /195
  - (一)物权交易的保障 /196
  - (二)交易秩序的维护 /198
- 四、权利推定规范的解析 /202
  - (一)推定规范的内涵 /202
  - (二)证伪方式的界定 /206
- 五、结语 /213

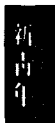
## 柒、物权法中的信赖保护机制

——对不动产物权善意取得的功能主义  
分析 /215

- 一、引言 /216
  - (一)问题的提出 /216
  - (二)分析的主线 /220
- 二、不动产物权善意取得的实然存在 /222
  - (一)登记错误与程序保障 /223
  - (二)制度表达与具体实践 /227
  - (三)概念分析与路径选择 /234



|                        |  |
|------------------------|--|
| 三、不动产物权善意取得的应然分析 /236  |  |
| (一)善意取得制度的一体化 /236     |  |
| (二)善意取得一体化的限度 /238     |  |
| 四、不动产物权善意取得的制度基础 /240  |  |
| (一)登记的推定力和公信力 /240     |  |
| (二)合理的不动产登记机制 /244     |  |
| 五、不动产物权善意取得要件的确定 /247  |  |
| (一)对“相对公信”构造要件的辨析 /247 |  |
| (二)对我国物权法草案要件的辨析 /253  |  |
| 六、不动产物权善意取得要件的内涵 /257  |  |
| (一)登记错误 /258           |  |
| (二)权利外观 /260           |  |
| (三)交易行为 /262           |  |
| (四)善意信赖 /263           |  |
| 七、不动产物权善意取得的排除情形 /267  |  |
| (一)知道错误 /267           |  |
| (二)异议登记 /272           |  |
| 八、不动产物权善意取得的法律后果 /275  |  |
| (一)物权关系 /275           |  |
| (二)债权关系 /278           |  |
| 九、结语 /279              |  |



## 捌、物权法中的程序机制

### ——以不动产登记为分析对象 /284

|                    |  |
|--------------------|--|
| 一、引言 /285          |  |
| 二、不动产登记机关的构制 /287  |  |
| (一)不动产登记机关的设置 /287 |  |
| (二)不动产登记机关的职责 /293 |  |
| (三)对不动产登记法的定位 /295 |  |
| 三、不动产登记簿册的构制 /301  |  |
| (一)不动产登记簿册的构造 /301 |  |