

■ 中国当代法学文库—研究生教学参考书

物权法

Real Right Law

刘云生 著

刘云生认为：

这是一本非常适合研究生了解与学习物权法的书。

本书就物权总论部分从体例到论证做了全盘翻新，新增物权、债权二元区分理论等内容，于比较法视野下对现行《物权法》及配套性法律体系之利弊得失进行了评析。

本书还特别注重对物权法法源，对乡村地权改革、流质解禁等问题进行探讨，

为未来民法典之物权法编张本开目，并为现行立法修改、

解释与审判提供较为独到的视角与方法。



华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>



014040779

D923.21
19

■ 中国当代法学文库—研究生教学参考书

物权法

Real Right Law

刘云生 著



北航

C1728157

北航

华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>

中国·武汉

D923.21
19

图书在版编目 (CIP) 数据

物权法 / 刘云生著. — 武汉 : 华中科技大学出版社, 2014. 1

中国当代法学文库-研究生教学参考书

ISBN978-7-5609-9623-3

I. ①物… II. ①刘… III. ①物权法—中国—高等学校—教材 IV. ①D923.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 013062 号

物权法

刘云生 著

策划编辑: 王 梓

责任编辑: 李 娜

封面设计: 傅瑞学

责任校对: 九万里文字工作室

责任监印: 朱 霞

出版发行: 华中科技大学出版社 (中国·武汉)

武汉喻家山 邮编: 430074 电话: (027) 81321915

录 排: 北京楠竹文化发展有限公司

印 刷: 湖北新华印务有限公司

开 本: 710mm×1000mm 1/16

印 张: 19.25 插页: 2

字 数: 430 千字

版 次: 2014 年 4 月第 1 版第 1 次印刷

定 价: 42.00 元



本书若有印装质量问题, 请向出版社营销中心调换
全国免费服务热线: 400—6679—118, 竭诚为您服务



北航

C1728157

必究

序 言

2011年,西南政法大学民商法学院决定推出一批高质量教材,借此提升本院教材建设水平以助人才培养之用。2012年,与台湾元照出版社和华中科技大学出版社签约,独立撰写《物权法》一书。按照最初定位,虽为教材,但倾向于专著型教材,为保障观点的统一性,亦为强化责任,故学院要求作者一般不超过两人。

签约后,沉于冗务,2012年底始能提笔。2009年,与恩师李开国教授及同事孙鹏教授共同著有《物权法教程》,忝列中国人民大学出版社21世纪教材。时至今日,回顾之下,众多理论阐释略显浅近,深度广度均有待拓展。趁此机会,就物权总论部分从体例到论证均全盘翻新,以物权、债权二元区分为切入点,新增物权、债权二元区分理论、物权性质、物权法调整对象、物权法法源等章节,注重挖掘传统固有物权制度资源,考辨罗马法以来之各项制度源流,于比较法视野下对现行《物权法》及配套性法律体系之利弊得失多所评析。

为推进中国物权法之现代化进程,本书还特别注重对物权法法源进行拓展,主张实现成文法与物权习惯法之有效调适,同时致力于对乡村地权改革、流质解禁、所有权取得方式、占有制度完善等问题进行深入探讨,以期为未来民法典之物权法编张本开目并为现行立法修改、司法解释与审判提供较为独到的视角与方法。

中国担保物权部分立法尚称完备,但用益物权领域需改良者多多,故于用益物权编中专设“传统用益物权”一章,希冀于传统资源中获取有益滋养与制度借鉴。

鉴于《物权法》中占有制度之各项缺陷,本书专辟一章就其制度史与价值立场予以阐释并就其立法缺陷于相关章节中一一指明。

至于各类具体制度，囿于时间、精力、篇幅，径以制度说明、描述为主，尚难一一深化细化，精雕细琢，一俟后日。

感谢出版社编辑们的认真仔细工作，本书最终能够于酷暑中杀青，虽有挥汗如雨之苦，亦不乏敝帚自珍之乐。弟子李媛辞职攻博，为本书的校对辛勤奉献，特申谢忱！

书中所出观点，或多错谬，惟愿读者诸君不吝赐教为幸。

是为序。

刘云生
癸巳仲夏
绵阳 排云轩

目 录

第一编 物权总论

第一章 物权、债权二元区分	1
第一节 源流考辨	1
第二节 立法回应及两大法系之比较	2
第三节 二元区分现代困境及其突破	5
第二章 物权性质	8
第一节 “人”“物”关系之历时演进	8
第二节 对物性与支配力	11
第三节 对人性与排他力	16
第三章 物权法调整对象	20
第一节 中国大陆学说与立法	20
第二节 物权法中的公与私——以现行农村地权为例	22
第三节 物权法中的法律与道德	28
第四章 物权法法源	36
第一节 物权法定与物权习惯法	36
第二节 形式化物权法存在之必要性及其局限性	40
第三节 物权习惯法存在之必然性	43
第四节 冲突与调适	50
第五章 物权法基本原则	60
第一节 物权法基本原则类别界定	60
第二节 物权法定原则	64
第三节 公示公信原则	90
第六章 物权变动	96
第一节 物权变动概述	96
第二节 基于法律行为的物权变动	99

第三节 非基于法律行为的物权变动	104
------------------------	-----

第二编 所有权

第七章 所有权概论	106
第一节 所有权概念与特征	106
第二节 所有权的本质	109
第三节 所有权的特征	110
第四节 所有权权能	113
第五节 所有权类型	120
第六节 所有权取得与消灭	129
第八章 建筑物区分所有权	139
第一节 建筑物区分所有权概念	139
第二节 建筑物区分所有权特征	140
第三节 建筑物区分所有权法律关系	141
第九章 不动产相邻关系	144
第一节 不动产相邻关系概念与特征	144
第二节 不动产相邻关系立法模式	145
第三节 不动产相邻关系类型化	146
第四节 相邻权与地役权之比较	148
第十章 共有	149
第一节 共有概述	149
第二节 按份共有	151
第三节 共同共有	152

第三编 用益物权

第十一章 用益物权概述	155
第一节 概念	155
第二节 用益物权的特征	156
第三节 用益物权体系	157
第四节 用益物权之制度价值及其地位	158
第十二章 传统用益物权	160
第一节 地上权	160
第二节 永佃权	165
第十三章 建设用地使用权	172
第一节 建设用地使用权概念及特征	172

第二节	城市建设用地使用权	173
第三节	城市划拨用地使用权	177
第四节	农村建设用地使用权	178
第十四章	农村土地承包使用权	182
第一节	农村土地承包使用权名义考辨	182
第二节	农村土地承包使用权特征、性质与内容	183
第三节	农村土地承包使用权之流转	185
第四节	农村土地承包使用权之消灭	190
第十五章	宅基地使用权	191
第一节	宅基地使用权概念及特征	191
第二节	宅基地使用权人的权利与义务	193
第三节	宅基地使用权的取得与消灭	195
第十六章	地役权	197
第一节	地役权的概念及法律特征	197
第二节	地役权的类型	199
第三节	地役权的效力	200
第四节	地役权的取得与消灭	202
第四编 担保物权		
第十七章	担保物权概论	204
第一节	概念	204
第二节	担保物权的特征	205
第三节	担保的无效与责任	205
第四节	担保物权的期限及其消灭	208
第十八章	典权	210
第一节	典权概述	211
第二节	典权的取得	214
第三节	典权法律关系的内容	214
第四节	典期与回赎期	219
第五节	典权的消灭	220
第十九章	抵押权	222
第一节	抵押权概述	222
第二节	抵押权的主体和客体	224
第三节	抵押权的设立与抵押行为的撤销	226
第四节	抵押权的效力	228

第五节 特殊抵押	238
第二十章 质权	244
第一节 质权概述	244
第二节 动产质权	245
第三节 权利质权	253
第二十一章 留置权	262
第一节 留置权概述	262
第二节 留置权的成立与消灭	264
第三节 留置权的效力	266
第五编 占有	
第二十二章 占有概述	268
第一节 占有之哲学基础及历史演化	268
第二节 占有保护之民法理据	274
第三节 占有要件：主观主义与客观主义	279
第四节 占有与所有权	286
第二十三章 占有种类与效力	292
第一节 占有的种类	292
第二节 占有的效力	295
参考文献	299

第一编 物权总论

第一章 物权、债权二元区分

第一节 源流考辨

“物权”概念始于中世纪注释法学派，后经德国民法学家理论抽象形成学理意义之基础概念并通过立法予以实证、适用。

一、罗马法中“债权”属于“物”之一种

罗马法时期，物权、债权并未出现学理上二元区分，债权仅仅是物权之有机组成部分。《民法大全》中将物区分为两类：“有体物”“无体物”。盖尤斯主张：“有体物是能触摸到的物，如土地、奴隶、衣服、金银及数不胜数的其他物；无体物是不能触摸到的物，如权利，比如遗产继承权、用益权及以任何形式设定的债权。”^①

罗马法中，债权不仅包含无体物；尚包含未来之物及可期待之权利。盖尤斯主张，现在虽不存在但未来可能会存在之物（如悬挂之果实、女奴待产之孩子、家畜之幼崽）可以设定抵押权；彭波尼甚至主张未来可能之希望亦可进行交易，是为“无物的出卖”（sine re venditio），或称为“希望的买卖”（spei emptio）。^②

保罗在区分“财产”与“物”的概念时，明确指出：“‘物’（res）这个词的含义比‘财产’（pecunia）的含义广。物包括我们的可有物以为的那些物，而财产的含义同处于可有物状态的那些物有关。”但赫尔莫杰尼安和乌尔比安持相反观点，认为“财产”涵盖“物”。^③

① [古罗马] 盖尤斯：《法学阶梯》（第2卷），载 [意] 桑德罗·斯契巴尼选编：《物与物权》，范怀俊译，中国政法大学出版社1999年版，第1页。

② [古罗马] 盖尤斯：《论抵押规则》；彭波尼：《论萨宾》（第9卷），载 [意] 桑德罗·斯契巴尼选编：《物与物权》，范怀俊译，中国政法大学出版社1999年版，第29、30页。其中，“spei emptio”一词，一般译为“机会买卖”，或有译为“期待权”。

③ [古罗马] 赫尔莫杰尼安：《法律概论》（第2卷）：“‘财产’（pecunia）这一名称不仅包括现金，而且包括像动产和不动产、有体物和权利这样的所有的物”；乌尔比安：《论萨宾》（第49卷）：“‘财产’（pecunia）一词不仅包括现金，而且包括所有的物品，即所有的物体（corpore）。”[意] 桑德罗·斯契巴尼选编：《物与物权》，范怀俊译，中国政法大学出版社1999年版，第20页。

无论观点分歧如何,但均承认了权利甚或债权本身系“物”之一种。

罗马法虽未明确界定债权与物权,但罗马法律体系建构及裁判官判决却根据权利人可行使权利之方式将诉讼分为两类:“对人(in personam)之诉”“对物(in rem)之诉”。依照尼古拉斯(Barry Nicholas)的解释,罗马人从诉讼而非权利角度考虑和解决问题,两种诉讼之间有着“不可抹杀的界限”,前者强调的是对人的权利,是“应当拥有”的问题;后者则是对物的权利,是“拥有”的问题。^①

二、二元区分之学理基础

延及近代,随着理性主义哲学思潮的兴起,德国哲学家与法学家将上述两种诉讼权利转化为抽象且难以兼容的两种权利体系,物权、债权二元区分于理论研究领域渐次成形并占据主流。

略而论之,康德认为私法应该是一门形而上学科学,是将先验概念进行逻辑分类而成的一个完整明确的体系。其中,康德从自由意志加以选择的外在对象上将民法权利分为三类:(1)“具有形体的外在于我的物”(物权);(2)“别人去履行一种特殊行为的自由意志”(对人权或债权);(3)“别人与我的关系中他所处的状态”(亲属权)。康德哲学思想及权利体系构建理论直接影响了萨维尼对民法的体系构建。一定程度而言,康德对私法体系的哲学假设决定了萨维尼对私法的全部见解。萨氏之民法哲学观念深深浸透着康德哲学的个人主义本色,表现为对个人权利的充分尊重与合法性认同。萨氏在《现代罗马法体系》一书中,认为法律关系调整的是人与人之间的关系,而法律关系之作用即体现为划定个人意思所能独立支配的范围,其中,法律主体个人以及其他法律主体和独立于人之自由意志之外的自然构成三大法律关系:其一,主体自出生即享有的先验性权利或自然性权利,表现为民法上之人格权理论;其二,主体对自然的支配,表现为民法上以所有权为中心的物权;其三,主体对他人某种特定行为所拥有之权利,表现为民法上之债权。此外,萨维尼认为基于性的差别与性的补充,人类形成了婚姻关系,基于亲子关系、子女抚养及该种身份产生了继承关系,由是,萨氏将上述五类法律关系整合为物权法、债权法、亲属法三大类,形成了哲学意蕴极为浓厚的民法体系,并对《德国民法典》产生深远的历史影响。^②

第二节 立法回应及两大法系之比较

就立法层面而言,近代民法法典化的首要任务即在于将民法中之各类权利进行

① [英] B. 尼古拉斯:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2000年版,第102~103页。

② 何勒华:《西方法学史》,中国政法大学出版社1996年版,第248~249页。

科学分类并进行逻辑位阶排列,从而使民法之权利体系化、系统化。其中,所有权体系构建成为整个民法体系的基石。

一、所有权中心主义与二元区分

有学者指出:自古罗马法、法国和德国民法典至现当代的日本、瑞士与中国台湾地区“民法”,所有权被明确表述为一种对物的完全支配权,从而具有永久性、弹力性和完整性的特征,在此基础上,所有权成为整个民法权利系统的不可或缺的基石,物权体系和债权体系均围绕此展开。^①《法国民法典》之体系构建纯以所有权和占有为宗旨,而《德国民法典》看似倾向于减弱所有权社会渗透力度,但物权、债权二元结构的创立实则是巩固了传统所有权,物权效力优先于债权效力是上述二元结构合理存在的理论前提,而物权体系之构筑又无疑是以所有权为中心。嗣后的《日本民法典》、中国台湾地区“民法典”、《瑞士民法典》概莫能外。

尚需留意者,大陆法系中,无论是《法国民法典》之所有权、契约立法模式,还是《德国民法典》之物权、债权立法模式,均将所有权之效力推向极致,从而构建了具有排他性、绝对性的所有权制度,《德国民法典》更进一步,将对物之权利与对人之权利加以分解、抽象,拟制了物权、债权的二元结构,实际上无疑是以所有权之绝对性、排他性要素为核心来构建整个民法体系。

如果说《法国民法典》以“人”及其意志为标准来解决人与物、人与人之间的相互关系并形成了典型的意思主义立法体例的话,那么,《德国民法典》则分离了人与物之间的关系与人与人之间的关系,使所有权在《法国民法典》基础上进一步抽象,从而形成了形式主义与法律推定相结合的立法体例。

二、二水分流:两大法系对罗马法的不同继受

与大陆法系相反,英美法系在其私法构建过程中,并不以法国、德国民法体系构建为依托、借鉴,而是通过构建财产法模式来解决人对物的支配利用关系,通过构建合同法来解决人与人之间就一定财产所产生的流转关系。因之,英美法系私法体系中难以发现绝对所有权的踪影,与大陆法系强调所有权之绝对性、排他性支配力并竭力维护所有权各项权能之回归力或完整性不同,英美法系特别是英国习惯法一般将所有权分解成若干组成部分并使得其每一构成部分形成一种抽象的存在,缘乎此,英美法中的所有权在很大程度上成为占有的对应词^②,在谈及“占有”(possession)时,其本意又可能系指“所有权”(ownership)。^③

从制度层面考察,两大法系之差异表面看来似乎是对罗马法中“物”的概念采

① 梅夏英:《民法上“所有权”概念的两个隐喻及其解读——兼论所有权的泛化及财产权法律关系的构建》,载《中国人民大学学报》2002年第1期。

② [英] F. H. 劳森、[英] B. 拉登:《财产法》,施天涛等译,中国大百科全书出版社1998年版,第74、114页。

③ [英] B. 尼古拉斯:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2000年版,第110页。

用了不同的继受方式：罗马法上的“物”，有狭义与广义两种，狭义之物概念略接近于后来德国民法体系所界定之概念，注重物本身之特殊性、独立性及其有形化^①；广义之物的概念不仅包含前者，还广泛及于抽象物，换言之，除具体之有形物外，抽象的利益甚至权利均可称之为“物”。B. 尼古拉斯在评介罗马法之“财物法”（law of property，中文通常译为“财产法”）时，明确阐述了如下观点：罗马法法权意义上之物，包含一切具有经济价值的财产，并且包括可用货币加以估算的权利。^②也正是从该种意义出发，F. H. 劳森和 B. 拉登认为，英国法中，如果合同所创设的权利可以转让，法律就将其作为一种财产来对待。^③但就其实质而言，两大法系之真正差异表现为对人之认识差异而非对物之认识差异：大陆法系所宗奉的绝对所有权观念及其制度构架旨在体现特定之人对特定之物的自由支配权，从法律上排除其他人对所有权人之非法干预或限制，是典型的个人主义立场；英美法系则更注重保护实际占有人对特定之物的占有及其基于占有所产生的法律利益或权益，也不失为个人主义的典范。故而就其价值目标而言，两大法系表现出惊人的相似——都以保护个人对相关财产之自由权利为宗旨。两者之微妙差别即在于大陆法系从逻辑上抽象出了一种可以对抗任何其他人的绝对性、排他性权利——所有权，由此导致大陆法系之中心价值趋于保护物之静态所属关系，而英美法系则趋于保护物之动态流转关系。此点决定了两大法系分别具有其存在价值理据，也形成了两大法系长期对垒而不能相互替代的历史格局。

此外，以《德国民法典》为代表的大陆法系认为民法所体现的各项价值追求必须找到一种客观而系统的表达方式，以此巩固民法之固有价值体系，同时也为法官寻法提供技术支持。因之，《德国民法典》从抽象、概括的原则出发，逐步演绎为具体的法条。换言之，以德国为代表的大陆法系从个人与社会之基本关系出发，确立民法之目的价值，继而采用法律概念之位阶配置方法使逻辑体系与价值体系合而为一。如此的结果即导致《德国民法典》以“总则”形式解决基本价值目标体系及其相互位阶并直接导致债权、物权的二元对峙立法模式。英美法系则继受罗马法之衡平法传统，置重于通过具体案例甚至经验将抽象的自然法理念适用于某一具体事件，然后从该一事件之处理过程中归纳出相应规则，以使法官之判决与自由、正义、衡平等理念相吻合。由是，两大法系在形式上或方法论上形成了法典法（成文法）与法官法（判例法）的对立。

① 陈华彬：《物权法原理》，国家行政学院出版社 1998 年版，第 53～54 页；[日] 田山辉明：《物权法》（增订本），陆庆胜译，法律出版社 2001 年版，第 9 页。

② [英] B. 尼古拉斯：《罗马法概论》，黄风译，法律出版社 2000 年版，第 100 页。

③ [英] F. H. 劳森、[英] B. 拉登：《财产法》，施天涛等译，中国大百科全书出版社 1998 年版，第 3 页。

第三节 二元区分现代困境及其突破

物权、债权二元分离虽然有利于实现权利构建之体系化、程序化、客观化，有利于区分所有权自由与契约自由^①，法官或当事人亦较易于法典中寻法、适法，但此类区分仅限于一种学理假设与逻辑构造，难以涵括、界定现实生活中所有法律关系及其所生权利，学界与实务界之各种学说、判例或买椟还珠，难以自治；或饮鸩止渴，毁灭根本。

一、特殊权利难以界定且易滋纷争——以不动产租赁权为例

作为一种理论抽象与逻辑生成的物权、债权二元模式，在其诞生之初，即有着先天性不足——不可能在实务中将相应权利或未来、可能之权利无可置疑地划归其中一元，进而产生逻辑与价值方面的双重缺失。

典型事例如不动产租赁权之权利体系系统属问题。当罗马法采用土地吸附原则时，将不动产租赁权人之权利划归债权殆无疑义。盖尤斯主张，如在他人租借地上起造房屋，根据市民法和自然法，房屋的所有权归属于土地所有权人；建造人仅能享有准用益权或使用权。如此，当上述权利受到侵害或有侵害之虞时，乌尔比安认为，地上权人（*superficiarius*）既可向土地所有权人提出“租赁之诉”，亦可基于占有事实获取保护地上权令状，还可提起“准对物之诉（*quasi in rem actio*）”。^②由此可知，罗马法虽然原则上将土地租赁权置于债权范畴，但赋予其今时所谓物权性保护效力及程序权利，呈现为法权构造与保护程序的双重性原则。

近代以来，不动产租赁权人基于罗马法物权性保护效力及程序性权利，渐次获得了实体性权利拓展，所有权变更破除租赁权之罗马法传统亦随之改观，“买卖不破租赁”几成各国和地区立法通例。《法国民法典》第1743条规定：“如出租人出卖租赁物时，买受人不得辞退经公证作成或有确定日期的租赁契约的房屋或土地承租人；但于租赁契约中保留此项权利者，不在此限。”^③《德国民法典》第571条第1项以权利义务替代角度规定：“出租的土地在交付转承租人后，由出租人让与第三人时，受让人代替出租人取得在所有期间因租赁关系所产生的权利和义务。”《日本民法典》第605条则以租赁权人之对抗效力层面予以规定：“不动产租赁实行登记后，对以后就该不动产取得物权者，亦发生效力。”中国台湾地区的“民法典”对此也作出了规

① [日] 於保不二雄：《日本民法债权总论》，台湾五南图书出版有限公司1998年版，第4页。

② [古罗马] 盖尤斯：《论行省告示》（第25卷）；[古罗马] 乌尔比安：《论告示》（第70卷），载[意] 桑德罗·斯契巴尼选编：《物与物权》，范怀俊译，中国政法大学出版社1999年版，第163页。

③ 《拿破仑民法典》（《法国民法典》），李浩培、吴传颐、孙鸣岗译，商务印书馆1996年版，第243页。

定,该法典第425条规定:“出租人于租赁物交付后,纵将其所有权让与第三人,其租赁契约,对于受让人,仍继续存在。”中国大陆地区对于此条立法虽然晚近,但在早期之《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第119条第二款规定:“私有房屋在租赁期内,因买卖、赠与或者继承发生房屋产权转移的,原租赁合同对承租人和新房主继续有效。”《城市房屋租赁管理办法》第11条亦规定:“租赁期限内,房屋出租人转让房屋所有权的,房屋受让人应当继续履行原租赁合同的规定。”《合同法》第229条专门规定“买卖不破租赁”原则:“租赁物在租赁期间发生所有权变动的,不影响租赁合同的效力。”

租赁权之相对性日益减弱,其对抗效力于立法层面不断强化,其性质、类型于物权、债权二元区分模式下是否仍归属于传统所谓债权,至今仍为学界难结之公案。学界就此问题聚讼纷纭,或主张物权说,或主张债权说,或主张债权物权化,或主张债权享有物权之效力。

为突破此一困境,著者主张,不动产租赁权虽具有占有之事实,且享有优先购买权,但本质上仍应归属于债权为宜,仅仅是其权利行使与保护可比照物权优先效力予以考量及实施。

二、“混合型权利”学说之逻辑悖论——以股权为例

“债权物权化”或“物权债权化”等称谓近年来日趋常见,借此填补物权、债权二元模式之不足;就不能明确划归于物权或债权二元模式之权利,学界至有以“混合权利”相呼者。

典型者如股权。股权究属于物权抑或债权,学界难有定论。

主张股权为物权者,其大旨略谓:其一,股权系所有权人以自有资金购买股票而获得之权利,为所有权之转化形态;其二,股权之持有、存续系以有价证券方式为表征,属于典型之有体物;其三,股权中记名者必须登记,不记名者必须交付,此点与物权之公示公信方式吻合;其四,股权人不仅享有表决权,尚对持有之股票享有处分权,可为自由交易、赠与甚或抛弃。

主张股权为债权者,其大旨略谓:其一,股票虽系所有权之转化形态,但权利人不得主张返还原物,亦不得主张返本或保底,否则有违股权产生之原初机理。权利人一旦购买股票,仅得依股权人身份行使请求权而非物权;其二,股票表现形态虽系一种有体物且具有客观化、形式化等类似物权之公示公信特征,但其记载之权利本质上仅能为债权,不能为支配权;其三,股权之实现虽有赖于股权人之处分行为,但其实现权利之最终方式及所实现权利之后果系以请求权为基础,以股票记载权利为目的,而非实体性处分股票。

上述两论,各持一端,难以契合。缘此,学界主张以“混合型权利”概括物权、债权二元模式所不能涵括之权利。此点看似左右圆通且具实效,实则分裂物权、债权二元区分模式之逻辑基座,使该种区分失去固有之逻辑基础与价值基础。诚如罗马法以来,对性别之分类及社会治理,无非于法律预设及制度构建两方面承认“男”

“女”二性^①；但绝不否认经验世界确乎存在所谓双性人（俗谓“阴阳人”或“双身观音”），即生物学所谓“两性畸形”（hermaphroditism），医学所谓雌雄间性（inter-sex）。至若双性人选择何种社会角色，则取决于其自身意愿或占主导地位之性特征，或男或女，法律调整无由亦无须于男女两性外新增所谓“中性”^②，诚如罗马法谚所谓“人们不为那些可能只在某个偶然情况下出现的事物制定法律”（Ex his, quae forte uno aliquot casu accidere possunt, iura non constituuntur.）。

理论研究中，对于不动产租赁权与股权之性质可自由研析、辩论，但于立法与司法领域则应明确界定其权利类型。著者以为，作为一种新型权利，股权之性质仍应于物权、债权二元区分模式下予以界定，不宜斤斤拘泥于“物权债权化”“债权物权化”，更不宜再翻新词，徒增困扰，引致无谓之争论。质而言之，本书采用“创设目的一实现方式”分析路径，主张股权无论其创设，还是其实现，均以未来、可能之债权实现为目的，以请求权实现为手段，固应认定为债权。

① 如盖尤斯认为：“毫无疑问，‘人’这个词涵盖女人和男人。”〔古罗马〕盖尤斯：《论尤利和巴比法》（第10编），载〔意〕桑德罗·斯契巴尼选编：《民法大全选译 人法》，黄风译，中国政法大学出版社1995年版，第2页。

② 罗马法以类推方式解决双性人问题。如乌尔比安认为：“人们问我们把两性人（hermaphroditum）类推如何？我比较倾向于：把他身上占主导地位之性视为他的性别。”〔古罗马〕乌尔比安：《论萨宾》（第1编），载〔意〕桑德罗·斯契巴尼选编：《民法大全选译 人法》，黄风译，中国政法大学出版社1995年版，第22页。

第二章 物权性质

物权性质问题虽则高度抽象,但如惮于探讨则难以明确物权独立存在之必要性,更难以解释物权、债权二元区分之价值前提与逻辑元点。

第一节 “人”“物”关系之历时演进

一、从罗马法到现代民法之立法脉络

从罗马法到近代民法乃至现代民法,其核心价值始终以人作为其最高价值。自逻辑层面而言之,罗马法以人为中心,将整个法律体系区分为人法、物法及诉讼法。盖尤斯《法学阶梯》认为,所有的法,或者涉及人,或者涉及物,或者涉及诉讼,此种观点后为优士丁尼《法学阶梯》所继承。^①罗马法通过人法解决人与人之间的法律身份及其相互关系,通过物法解决人对物之支配、控制以及由此产生的人与人之间的相互关系问题。尤为重要的是,罗马法之诉讼法实质上是通过诉讼或者审判赋予权利,因之,“诉讼先于实体法并造就实体法本身”即成为罗马法之固有逻辑。换言之,罗马法中并不存在所谓的实体权利体系,所谓实体权利必须通过诉讼行为始得产生。而罗马法之诉讼理念并非一如后世所谓解决纠纷,其最高理念是为了实现“社会和平”。^②延及古代法国法,虽然继承了罗马法的两大原则,即将不动产保存于家庭内部,而动产成为债务清偿的核心^③,但其最大变革即在于从逻辑和价值两方面抽象出了实体权利体系并直接为《法国民法典》所承袭。发展至《德国民法典》,“人”“物”“法律行为”成为民法的三大元概念,或者说最上位概念,各类权利体系日臻完备并最终确立了以物权、债权为核心的民法权利体系。

二、功利主义哲学体系中的“人”与“物”

近代功利主义哲学体系以人与物之关系作为切入点,在天人对立的哲学背景下

① [英] 巴里·尼古拉斯:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2000年版,第59页。

② [意大利] 米塞佩·格罗索:《罗马法史》,中国政法大学出版社1994年版,第122页。

③ 尹田:《法国物权法》,法律出版社1998年版,第86页。