



南开大学法学院
学术文存

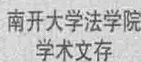
类型视域下的 民商法问题研究

Leixing Shiyuxia De
Minshangfa Wenti Yanjiu

张志坡◇著



人民大学出版社



类型视域下的 民商法问题研究

张志坡◇著



人 民 出 版 社

责任编辑:姜冬红

图书在版编目(CIP)数据

类型视域下的民商法问题研究/张志坡 著.

—北京:人民出版社,2014.9

ISBN 978-7-01-013905-0



I. ①张... III. ①民法-研究-中国②商法-研究-中国 IV. ①D923.04
中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第206152号

类型视域下的民商法问题研究

LEIXING SHIYUXIA DE MINSHANGFA WENTI YANJIU

张志坡 著

人民出版社 出版发行
(100706 北京市东城区隆福寺街99号)

北京大兴新魏印刷厂印刷 新华书店经销

2014年9月第1版 2014年9月北京第1次印刷

开本:880毫米×1230毫米 1/32 印张:11.5

字数:268千字 印数:0,001-3,000册

ISBN 978-7-01-013905-0 定价:28.00元

邮购地址 100706 北京市东城区隆福寺街99号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

版权所有·侵权必究

凡购买本社图书,如有印制质量问题,我社负责调换。

服务电话:(010)65250042

序 论

一般认为,传统的物权法理论作为民法理论的一部分,具有概念的严谨性和体系的科学性。其中,物权、物权法定、一物一权、物权变动模式、物权效力等基本概念规定了物权法的基本范畴和制度构造,这些概念对于认识和理解物权法至关重要。我国的物权立法吸收、借鉴了大陆法系国家或地区的立法经验,并结合我国的实际状况,形成了物权法定框架下的具有中国特色的物权权利体系。然而,物权概念为何,学界历来存有争论。即便是在《物权法》出台的情况下,法定的物权概念能否适用于所有的物权类型(如土地承包经营权、地役权等),也值得探讨。

权利抵押权、权利质权是作为物权的例外存在的,这些权利实际上是“权利上的权利”,并非“物”上的权利,其成为“物权”乃是法律的直接认可,但是,就其本质而言,并非物权。这仅仅是个例外吗?非也,实际上,其他担保物权同样是“权利上的权利”。因此,担保物权这类物权是与所有权和用益物权明显不同的两类权利。就本质而言,担保物权并非物权,这一结论将极大地破坏物权概念的严谨性和物权体系的科学性。

概念以反映事物的本质属性为归依,物权概念则应当反映物权的本质,进而,我们可以依据物权本质或者物权概念来判断某一权利是否为物权,这是概念法学—逻辑操作的必然推论。然而,在

《物权法》的框架下,以概念为基础构建的物权体系大厦中,我们的思考会遭遇诸多困境,如权利抵押权的客体为权利,规定为“物”权是否妥当;未登记的地役权不具有排他性,这如何与物权的法定概念相协调;对物进行支配并具有排他性的租赁权符合物权之属性,却未被确认为物权如何理解?与此类似的问题一再浮现出来。实际上,物权虽为概念,但并非科学意义上的分类概念(Klassenbegriff),其不仅受物权法定原则的影响,还与物权变动模式直接相关,物权是一系列子物权的上位概念,而诸多子物权之间却存在着较大的差异,物权之间呈现出一种“家族相似性”,而非“相同性”,更非“同一性”。如果再考虑到生活实际和物权实践,则物权更是显现出类型(typusbegriff)的特征。这一事实决定了,我们虽然可以抽象出(自认为已妥当定义的)物权概念,但是却无法适用于所有的物权类型。

概念的界定通常与原型有关,在此,浮现在立法者脑海中最重要的物权是所有权,所有权具有物权的一切典型特征;然而,以所有权为原型构建的物权概念或者物权理论,忽略了原型与亚型之间的关联,很容易产生理论上的混乱或者自相矛盾。这种忽略原型的做法也要为学界常见的物权、债权之比较所呈现出来的错误负责。因此,重申物权的原型,并反思原型对物权法的影响也就有了消弭错误、以正视听,将物权法理论导入正途的意义。

物权的原型——所有权——构成物权的一种子类型,所有权与其他物权之间具有家族相似性,它们之间既有共性,又有个性,共性让它们同居于物权这一大的权利类型之下,而个性则使其成为一种独立的子类型。类型具有层级性、流动性、直观性、整体性的特点,在不同的类型之间,仍然存在中间状态,这是生活的常态。就物权、债权的权利体系而言,在类型的视域下,则构成了以物权、

债权为两极,以中间状态的权利为夹层的财产权体系;随着某些重要要素的增减、强度的变化以及相互之间关联的不同,某项权利可能更像物权,或者更像债权。具体而言,在典型物权和典型债权之间,呈现出担保物权——让与担保权——所有权——用益物权——租赁权——特定物债权——金钱债权这样一种过渡,越趋近于所有权,物权的特征越明显;越趋近于金钱债权,债权的特征越显著。物权、债权之间的某些领域泾渭分明,但二者之间流动性的特点也决定了物权、债权之间必然具有诸多模糊地带,这些中间地带的存在不是例外,而是类型流动的必然结果。

以类型来重新认识物权、物权法具有重要的理论意义。在类型的视域下,物权概念的界定和纷争不再具有特别重要的意义;在类型的视域下,物权特征的差异性、物权一般效力的例外情形原属正常;在类型的视域下,物权法定的正当性也需要重新思考,类型的流动性决定了物权法定的僵化需要破除;在类型的视域下,物权的权利体系得以重新构建,物权、债权的二元财产权体系可以重新认识,物权债权化、债权物权化,只是物权、债权各典型要素的重组,在物权、债权之间出现过渡的中间状态正是类型的流动性的反映;在类型的视域下,物权的法定定义与物权法定类型、物权变动模式之间的体系矛盾得以化解。总之,物权是概念化了的类型,正视其类型属性,校对其概念属性,这不仅恢复了物权的本来面貌,而且类型理论也为我们提供了更好的认识物权法理论的工具和视角。

不仅如此,类型还有更广泛的应用空间,在民商法理论的解释、各类疑难案件的处理、法律条文的拟定过程中,类型理论均大有作为。实际上,类型思维是与概念思维同样重要的一种法学思维方式,在德国、英美等国均有相当程度的研究或应用。本书从物

权这一基本概念入手,通过物权概念的研究发现了物权的类型特征,进而将类型应用于物权法理论中,以加深并推动学界对物权及物权理论的认识。此外,作者还意图将类型思维引入到民商法的其他领域,以凸显类型的重要性、操作性、妥当性、圆通性,希望这也许并非很成熟的引入可以推动物权法理论乃至民商法理论研究中法学思维的转向。

本书正文分为四章。第一章为引论,该部分反映作者思考的轨迹,从物权概念的困惑着手展开研究,并提出从概念到类型的思维转向,就类型的基本范畴进行讨论,为后文类型的应用奠定基础。第二章,在认为物权属于“类型”,而非“概念”的基础上,反思物权法定、一物一权、物权效力、物权变动乃至物权、债权的财产权体系的构造问题,并对实践中的疑难问题小产权房的处理进行类型化的研究。具体而言,在小产权房的问题上,应将小区楼宇型和单户转让型分别处理。对于小区楼宇型的小产权房,依然不宜采取一刀切的政策,相反,进行二次类型化更能取得较为妥当的效果:首先,需要考虑是否占有基本农田;其次,考虑小产权房的建设与出售状态;再次,针对已建的房屋需要考虑房屋的建筑质量;复次,需要考虑是否符合土地利用规划、城镇规划;最后,在不符合土地利用规划的情形下,是否可以容忍该小产权房的存在。第三章为类型思维在侵权法中的应用,该章阐释了侵权法是类型思维应用的重要阵地,无论是一般侵权行为,抑或是特殊侵权行为均以类型化规制为较佳的模式,并主张故意侵权从过错侵权中独立、以与过失侵权成为并列的两类侵权。此外,还就电话侵扰、偷拍侵权等实践中常见的案件加以展开,在这些案件中,看似类似的事实却存在诸多的差异,对此,为寻求体系化之认识和稳妥之结论,均需做类型化的处理,以构造不同的侵权责任构成。第四章,为类型思维

在商法中的应用。商人、商行为这些概念实质上具有类型的特征,而构建商人的类型系列、以类型化的方式认识商行为则是掌握这些概念的最佳方式。此外,公司融资中的优先股实为普通股和公司债的中间类型,其具有优先性、股权性、合同性和财产性的特征,其中合同性是其生命力之所在,合同性决定了其灵活多样,因此,实践中可以形成复杂多样的优先股类型,优先股的表决权之有无及多少应主要取决于融资双方之约定,这是较佳的立法模式。公司机会的判断同样应在法律规则的框架下分析案件事实,类型式的判断标准更具有可操作性。

类型是抽象概念与具体事物之中介,透过类型,我们可以更接近具体事物,更科学地把握事物之本质,也只有如此,我们才能对症下药,化解难题。本书即是以类型以及类型思维为工具而进行的一种尝试,希望这样的尝试能带来一定的启发。

笔 者

目 录

第一章 物权的困惑:从概念到类型	(1)
第一节 物权本质与概念之界定	(1)
一、物权概念的地位	(1)
二、物权概念的前见	(3)
三、物权的基本性质	(8)
四、物权本质与概念	(12)
五、笔者的物权概念	(46)
第二节 物权概念的挑战与重构	(54)
一、物权概念的挑战——此物权非彼物权	(54)
二、物权概念的重构——担保物权的独立	(61)
第三节 原型对物权理论的影响	(66)
一、经典表述存在的问题	(66)
二、经典表述之观点述评	(67)
三、忽略原型乃误导成因	(71)
四、穿过原型再看物权法	(73)
五、小结	(76)
第四节 从概念法学到类型法学	(77)
一、概念思维的法学地位	(78)
二、类型思维的法学构造	(82)
三、从概念思维到类型思维	(91)

四、类型视角下的概念观察	(97)
五、类型思维的功能与前景	(101)
第二章 类型视域下的物权法研究	(103)
第一节 一物一权的新发展	(105)
一、一物一权的内涵	(106)
二、一物一权的理由	(110)
三、一物一权的新发展	(110)
第二节 物权效力:共性与个性之间	(118)
一、物权效力概观	(119)
二、排他效力	(121)
三、优先效力	(124)
四、追及效力	(131)
五、物权请求权	(135)
第三节 物权变动影响物权本质	(150)
一、多样的物权变动模式	(151)
二、我国的物权变动模式	(160)
三、物权变动模式对物权概念的影响	(165)
第四节 类型思维与财产权体系	(167)
一、概念思维与物权类型	(167)
二、物、债二分中的类型	(170)
三、序列化的财产权体系	(180)
第五节 小产权房的类型化应对	(184)
一、小产权房的界定	(184)
二、小产权房的现状与成因	(186)
三、小区楼宇型的小产权房之类型化处理	(193)
四、单户转让型的小产权房法律问题研究	(203)

五、小结	(219)
第三章 类型视域下的侵权法研究	(220)
第一节 侵权行为的类型化规制	(220)
一、一般侵权行为之规制:概念式抑或类型化	(221)
二、特别侵权行为之规制:类型化	(224)
三、故意侵权与过失侵权的二元化	(225)
第二节 电话侵扰的类型与处理	(228)
一、电话骚扰引发的问题	(229)
二、电话号码属隐私信息	(231)
三、电话侵扰的具体类型	(233)
四、电话侵扰的判断标准	(236)
五、电话传播及侵扰预防	(239)
第三节 偷拍侵权的类型与处理	(240)
一、偷拍的含义	(241)
二、偷拍的类型	(242)
三、偷拍的法律效果	(244)
四、偷拍的法律关系	(247)
五、偷拍的法律责任	(248)
第四章 类型视域下的商法研究	(251)
第一节 商人与商行为的类型观察	(253)
一、商人作为类型与商人的类型	(253)
二、商行为作为类型与商行为的类型	(255)
第二节 优先股:普通股与公司债的中间类型	(263)
一、优先股与特别股之关联	(263)
二、优先股与普通股的异同	(268)
三、优先股与公司债的差异	(270)

4 类型视域下的民商法问题研究

四、优先股法律构造的性质·····	(274)
五、小结·····	(281)
第三节 优先股的类型构造·····	(282)
一、累积优先股与非累积优先股·····	(282)
二、参加优先股与非参加优先股·····	(286)
三、可转换优先股与不可转换优先股·····	(288)
四、可赎回优先股与不可赎回优先股·····	(290)
五、株式型优先股与社债型优先股·····	(290)
六、其他类型优先股·····	(291)
七、优先股的类型实例·····	(295)
八、小结·····	(296)
第四节 优先股表决权的构造·····	(297)
一、优先股无表决权说的现状·····	(298)
二、优先股有表决权的可能·····	(300)
三、优先股有表决权之实践·····	(303)
四、优先股表决权的影响因素·····	(305)
五、小结及方法论上的意义·····	(311)
第五节 公司机会的判断标准·····	(313)
一、问题的提出·····	(313)
二、美国判例法上的判断标准·····	(314)
三、美国 ALI 的判断标准·····	(324)
四、Clark 类型化的适用规则·····	(326)
五、笔者的判断标准·····	(328)
主要参考文献·····	(337)
后 记·····	(355)

第一章 物权的困惑:从概念到类型

第一节 物权本质与概念之界定

与权利的本质之争论一样,如何给物权下定义,历来学者众说纷纭,莫衷一是。在法典上给物权下定义者更是寥寥可数,即便下了定义,所下定义是否科学合理,也是需要进一步思考的问题。盖概念者,应反映事物的本质属性,进而通过概念所揭示的本质可以区别一事物与他事物,物权概念同样应当满足这一要求。在物权的权利层级结构中,物权实居于物权权利体系的顶层位置,据此,物权概念应对所有物权具有一体的适应性。既有的争论诱使笔者思考,学界的物权定义,抑或是我国《物权法》中的物权定义,能否完全适用于全部物权,对此,按照一般的认识过程,物权的语源、性质和学界学说的整理有助于澄清这一问题。

一、物权概念的地位

民法体系(外部体系)实为概念体系,因此,法学概念是构成民法体系的基石。离开了法学概念,民法学的体系大厦将成为无源之水、无本之木而顷刻倒塌;离开了法学概念,我们更无法用民法的眼镜有条理地认识错综复杂的现实生活。因此,法学概念对

法学的重要性不言而喻。民法中充满了概念,人、法律行为、代理、时效、物权、债权、侵权行为,等等,诸多概念为基础的法条形成了民法的规则体系。在众多的民法概念中,人是第一重要的,权利则仅居其次,盖民法乃确认并保护民事主体利益的法律,此之所谓利益在民法上即为权利,物权、债权、亲属权、继承权构成了民事主体利益的典型承载者。^①

如果说,“权利是私法的核心概念,同时也是对法律生活多样性的最后抽象”(安德烈亚斯·冯·图尔语)。^②那么,物权则在私法权利体系中居于核心地位——“物权,为近代民法上一项重要概念,其与债权一道共同构成大陆法系民法财产权的两大基石。没有物权、债权等概念,也就没有大陆法系的近现代民法制度及其体系,尤其是作为形式民法的民法典。”^③Jean Carbonnier 认为,物权和债权的区分,构成了大陆法系近现代民法上财产权利制度的“脊梁”。^④这种物权、债权的二元划分为民法的体系化和科学化奠定了基础,这一认识已成为法律人思考相关问题的基础。在物权、债权的关系中,物权具有目的性、终极性,而债权具有死亡的基因,债权的目的便是要转化为物权或者与物权相类似的权利;^⑤尽

① 除了权利之外,尚有所谓“法益”同样是民法保护的对象,权利与法益的关系大体可以表述为:权利乃有名的法益,法律对法益给予积极确认并赋予名称者,法益即升格为权利。

② [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社 2000 年版,第 62 页。

③ 陈华彬:《物权法》,法律出版社 2004 年版,第 1 页。

④ [法]Jean Carbonnier, *Droit civil, Tome 3, Les biens*, 15e éd., P.U.F., Paris, 1992, p.38. 转引自尹田:《物权法理论评析与思考》,中国人民大学出版社 2004 年版,第 1 页。

⑤ 需要指出的是,这并不适用于所有的债权,而是在与物权对比的过程中,指向与物有关的、以物为债权标的的财产移转型合同债权。

管债权本身也日益受到重视,但依然是物权而非债权,更能激发人们的想象力和进取心。

二、物权概念的前见

(一) 物权概念的历史演变

物权制度发展至今,历经罗马法、中世纪法而最终在德国发展成熟,其发展的每一步对于物权概念的形成都具有一定的意义。因此,我们首先对物权的发生史做必要的考察。

1. 罗马法时代:物权概念的萌芽

一般认为,近现代民法起源于商品经济时代的罗马法,^①现代民法上的诸多概念、原理和制度均可以在罗马法中寻得蛛丝马迹。对于物权的理解,我们同样可以追溯至罗马法;然而,既有的研究成果表明,“人类社会之有真正的物权观念,大抵肇始于古罗马法时代。但是,限于当时的人们尤其是法律学者对于物权关系的认识程度,以及受抽象思维水平的限制,在罗马法的全部法律文献中,始终未见‘物权’一词。”^②

尽管如此,罗马法学家曾经使用过 *iura in re*(对物的权利)以及 *jus ad res*(对物之权)。^③ 用现代的视角来看,古罗马是通过不同方式的诉讼来体现这两种权利的区别。例如,盖尤斯指出,对人的诉讼是向负责人要求其“应当给、做或履行”,“对物的诉讼是我

① 不同的解说,参见魏琼:《民法的起源:对古代西亚地区民事规范的解读》,商务印书馆 2008 年版。

② [日]原田庆吉:《日本民法典的历史的素描》,创文社 1954 年版,第 91 页。转引自陈华彬:《物权法》,法律出版社 2004 年版,第 1 页。

③ [英]Vinding Kruse, *The Right of Property*, p.131. Oxford University Press, 1953.转引自王利明:《物权法论》,中国政法大学出版社 1998 年版,第 3 页。

们据以主张某个有形物是我们的或者主张我们享有某种权利(例如使用权、用益物权、通行权、引水权、加高役权或者观望役权)的诉讼。”^①具体的说,“原告对被告提起诉讼,不是因为被告对原告负有债务,而是同被告就某物发生争执,在此种情形下,原告所提起的是对物的诉讼,例如某人占有一有形体物,铁提肯定这物是他的,而占有人主张他是所有人。铁提自己主张物是他的,所以这是对物的诉讼。同样,如果在诉讼上主张对土地或房屋享有用益权或对邻地享有通行、驱赶牲畜或导水权,该诉讼是对物的诉讼。”^②对物的诉讼和对人的诉讼中隐含着物权、债权的因子,是近代物权与债权区分的萌芽。在古罗马法中,并非不存在具体的物权,使用权、通行权、引水权、加高役权或者观望役权等物权也是存在的,只是尚未抽象出普遍的物权概念。因此,我们可以说,在古罗马时代是存在物权观念的。

2. 中世纪:物权概念的出现

伴随着罗马帝国的扩张,罗马法也得到了广泛的传播,尽管如此,“物权一词(*jus in re*)甚至他物权(*iura in re aliena*),在罗马法中并未出现,而是中世纪注释法学家在解释罗马法时所创造的。”^③大约在11世纪至13世纪,欧洲前期注释法学派代表伊洛勒里乌斯(*Irnerius*)和亚佐(*Azo Portius*)等人在解释罗马法时,提

① [古罗马]盖尤斯:《法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社1996年版,第288页。

② [古罗马]查士丁尼:《法学总论》,张企泰译,商务印书馆1989年版,第205页。

③ Gyorgy Diosdi, *Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law*, p.107. Akademiai Kiado, Budapest.1970.转引自王利明:《物权法论》,中国政法大学出版社1998年版,第3页。

出了“物权”(jus in re)的概念,建立了初步的物权学说。^①日本学者的研究成果同样显示,物权、债权的二元权利体系,是由中世纪的前期注释法学派通过对罗马法的综合研究,把罗马法的诉权体系替换为权利体系后获得的。^②由此可见,在物权法发展史上,是先有具体的物权形式——所有权、地役权、抵押权等权利,而后又在此基础上归纳、抽象、创造出物权的概念,这一过程暗示着物权原型在物权概念的形成过程中可能发挥着决定性的作用,原型说或许可以提供不同的思考视角。

3. 奥地利:物权概念的确立

法国民法典采古罗马的《法学阶梯》模式,在第二编中使用了“财产及对所有权的各种限制”的称谓,而没有采用“物权”一词,其广义的财产权理论或许也与此有关。在法典上使用“物权”,可以追溯到18世纪,《马克西米连——巴伐利亚民法典》和《普鲁士普通邦法》采用了与罗马法完全不同的模式,并提出和使用了“物权”(Sachenrecht)一词,^③但是在这两部法典中并未界定物权的含义。实际上,世界各国的民法典对物权大都未作定义性的规定,物权概念只散见于学者的讨论和著述中。以笔者的视野为限,在中国《物权法》出台之前,世界上唯一规定物权定义的是奥地利民法典。1811年公布的《奥地利民法典》明确使用了“物权”一词,目前通说认为该法典是近代物权制度的先导。^④

① 参见陈华彬:《物权法原理》,国家行政学院出版社1998年版,第2页。

② [日]佐贺彻哉:《关于物权与债权的区分的考察》,《法学论丛》第98卷第5号。参见陈华彬:《物权法》,法律出版社2004年版,第2页脚注5。

③ 孙宪忠:《德国当代物权法》,法律出版社1997年版,第39页。

④ 参见梅夏英:《财产权构造的基础分析》,人民法院出版社2002年版,第21页。