

第2辑

中国人民大学民商事法律科学研究中心

民商法 前沿论坛

名家争锋，观点碰撞，勾画出21世纪中国民商法学绚丽多彩的图景

主编 王利明

人民法院出版社

2

中国政法大学民商经济法学院 编

民商法 前沿论坛

《民商法前沿论坛》编委会 编

主编 王利明

中国政法大学出版社

第2辑

中国人民大学民商事法律科学研究中心

民商法 前沿论坛

主 编	王利明	
副 主 编	杨立新	张新宝
	王 丽	李贵方
执行编辑	尹 飞	程 啸

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民商法前沿论坛, 第2辑/王利明主编. —北京: 人民法院出版社, 2004

ISBN 7-80161-740-1

I. 民… II. 王… III. ①民法—研究—中国②商法—研究—中国 IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 014118 号

民商法前沿论坛 (第2辑)

王利明 主编

责任编辑 郭继良 赵作棟

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市朝阳区安慧北里安园甲 9 号 (100101)

电 话 (010)65290581 (责任编辑) 65290516 (出版部)
65290558 65290559 (发行部)

网 址 www.courtpress.com

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市印刷厂

经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16

字 数 500 千字

印 张 29.5

版 次 2004 年 3 月第 1 版 2004 年 3 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80161-740-1/D·740

定 价 49.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

民商法前沿论坛编委会

主 任 王利明 中国人民大学法学院教授、副院长，中国人民大学民商事法律科学研究中心主任

副主任 杨立新 中国人民大学法学院教授，中国人民大学民商事法律科学研究中心副主任

张新宝 中国人民大学法学院教授，《法学家》副主编

王 丽 德恒律师事务所主任，法学博士

李贵方 德恒律师事务所诉讼部主任

编 委 (按姓氏笔画排列)

尹 飞 王 轶 冯 恺 吴兆祥 张 谷

周友军 易 军 姚欢庆 姚海放 高圣平

屠振宇 梅夏英 麻锦亮 程 啸 熊诤龙

序 言

先师佟柔先生在世之时，曾邀请我国著名法学家谢怀栻教授到中国人民大学为研究生讲授外国民法。当时谢老坦言，自己在很多问题上与佟老师观点并不一致，而佟老师仍然坚持邀谢老教学，且特别要求重点讲授不一致之处。斯人已去，但此事已作为坚持学术交流和欢迎学术批评的佳话，为学界广为流传。

随着我国社会主义市场经济的深入发展以及我国法治建设的蓬勃发展，国内各高校法学院系师资力量的普遍加强，校际间教师相互授课客观上已不现实。但我认为，这种情况下更有必要加强彼此之间的学术交流。因此，早在筹建国家重点研究基地——中国人民大学民商事法律科学研究中心的过程中，我就一直考虑在基地建立后，举办一项固定的民商法学术论坛，广泛邀请各方学者到此演讲，并依托基地网站长期开展活动。这样做的理由有三：其一，学术乃天下之公器，学术研究需要的是信息沟通、思想碰撞与学术批评。惟其如此，方能作到问题越研究越深入，真理越辩越明，最终实现学术的昌明与繁荣。有此论坛，可为各方争鸣之地。其二，学者到论坛畅谈自己的最新观点，并通过录音整理上载到网络，可以利用现代化的信息技术，将我国民商法领域最新的成果在最短时间内，以最深入浅出的方式传播出去，引起国内民商法理论界和实务界乃至全世界的关注。这有利于进一步繁荣、活跃学术气氛，促进对民法理论的深入研究 with 思考，真正为国家立法工作提出建设性意见，为中国法治建设做出贡献。其三，先哲孔子曾言，“见贤思齐焉。”人大学子能藉此亲耳聆听各地学者的前沿见解，当面请教乃至质疑，从而开拓视野、博采众长。这一过程，更为人大学子未来的学问人生，树立其行动的楷模和赶超的目标。

这一想法，得到了中国人民大学民商事法律科学研究中心诸同仁的一致赞同。基于其主题集中于民商事法律，且内容为相关领域前沿问题，故名之曰“民商法前沿论坛”。该论坛于2000年8月开始筹备，2000年9月15日正式启动，德恒律师事务所为论坛提供了经费的支持。三年多来，已累计举行讲座100余讲，现场听众一万五千多人次，讲座纪录稿在“中国民商法律网”上全文发表后，累计阅读量百万余次，不仅在国内法学界、实务界和社会上获得了广泛好评，同时影响远及德、美、英、日等

2 民商法前沿论坛(第二辑)

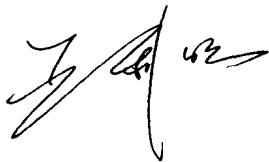
国。“民商法前沿论坛”已经成为民商事法律科学研究中心的品牌性学术活动。

论坛举办至今,曾应邀参加论坛发表精彩演讲已有百余人,其中既有学界前辈大师谢怀栻、江平、陈光中等,也有梁慧星、吴汉东、郭明瑞、崔建远、方流芳、黄进等中青年法学家以王轶、梅夏英、王涌等学界新秀;既有我国大陆学者,也有刘春堂、赖源河、谢哲胜、陈荣隆等我国台湾地区学者,同时还有森岛昭夫、新美育文、田中信行、弗克兰·闵策尔、Winsent Johnson、Benjamin L. Liebman 等国外学者和实务界人士。万鄂湘、高西庆、吴家友、张玉卿、蒋志培、朱少平、孙佑海等立法、司法、行政部门的领导也应邀莅临本论坛,就实务中的重大问题发表演讲。尤为让人感动的是,谢怀栻先生不顾年老体衰,仍大力襄助此事,先后就“民法学习方法”和“物权法的基本问题”发表了自己的见解。藉此论坛百讲汇编付梓之际,我谨对莅临“民商法前沿论坛”的各位学者、专家,致以真诚的谢意!

这一论坛在举办之时,由当时仍在我校任教的张谷老师负责,此后由我指导的博士生尹飞和程啸负责,杨立新、张新宝、姚辉等教授也为论坛的开展提出了许多宝贵意见,高圣平、龙毕敏、潘涛等同志也为论坛的顺利举行承担了大量工作。此外,本论坛的开展,还得到了德恒律师事务所及该所主任王丽博士、副主任李贵方博士的大力协助。最高人民法院出版社陈建德、吴秀军、刘德权等编辑为本文集的出版备极辛劳。在此,对这些同志表示衷心的感谢!

“士不可以不弘毅,任重而道远”,希望“民商法前沿论坛”能继续举行下去,更希望莘莘学子奋发向上,为我国社会主义法治建设和民商法事业的繁荣发展做出应有的贡献!

是为序!



2004年3月3日于中国人民大学贤进楼

目 录

序言	(1)
----------	-------

物 权 法

物权立法的宏观思考	谢怀栻 (3)
物权法的价值	王利明 (12)
物权法的基本原则	王利明 (28)
物权与债权	王利明 (47)
当代财产的发展及财产权利体系的重塑	梅夏英 (67)
关于共有的若干问题	杨立新 (85)
物权法制定中的不动产问题	孙宪忠 (109)
土地上的权利群	崔建远 (121)
关于用益物权体系的几点思考	房绍坤 (134)
准物权的理论问题	崔建远 (148)
担保法司法解释的若干问题	曹士兵 (163)
对我国担保法及其司法解释的几点评述	郭明瑞 (176)
担保法司法解释评析	房绍坤 (182)
物权行为理论中的若干问题	孙宪忠 (199)
物权变动·体系化思考·民法原理	王 轶 (210)
德国物权法的历史及其对中国的借鉴意义	弗克兰·闵策尔 (235)
德国物权法的新发展	雷盖伯 (244)

合 同 法

侵权与违约的区分标准	王利明 (255)
合同自由漫谈	方流芳 (279)
合同解除与违约责任	王利明 (294)
合同法上的证据问题	肖建国 (307)

侵 权 法

民法典侵权行为编若干思考	杨立新 (325)
侵权行为法的一般条款	张新宝 (337)
侵权行为法的一般化和类型化	杨立新 (350)
侵权行为法漫谈	姚 辉 (359)
经营者对服务场所的安全保障义务	张新宝 (370)
精神损害赔偿司法解释的若干问题	陈现杰 (395)
人格权司法保护的重大进展	杨立新 (418)
医疗法律改革对侵权法与保险市场的影响	郁光华 (427)
中国侵权行为法的百年历史回顾	杨立新 (436)
法整備資源：日本不法行為法の新動向	新美育文 (458)

物 权 法

物权立法的宏观思考*

谢怀斌**

我今天主要就以下几个争议较大，大家又普遍关心的问题来谈一下自己的看法：

一、物权法的立法理念与基本原则

物权法主要是规定一个国家和它的人民对于财产的关系。对于财产的关系，表现在两个方面：一方面，这个社会里的各种财产属于谁，人民可以享有哪些财产。这是“所有制”的关系。例如，在我国，宪法明文规定，城市的土地属于国家所有（又称全民所有）（第十条），矿藏、水流等自然资源（除法律规定属于集体所有的外）属于国家所有（第九条），农村和城市郊区的土地（除法律规定属于国家所有的外）属于集体所有（第十条），等等。当然，还有其他的财产也可以属于国有和集体所有。凡是宪法和法律规定属于国有和集体所有的财产，个人就不能享有。当然，还有许多财产，宪法虽未规定（专门）属于国家或集体所有，国家和集体也可以享有，例如，现在我国存在的大量的国有企业、集体企业的财产。这就是我国的国有制和集体所有制。另一方面，享有财产的人（包括国家、

* 本次演讲系中国人民大学民商事法律科学研究中心与德恒律师事务所共同主办的“民商法前沿论坛”之一，于2001年12月6日在中国人民大学法学院贤进楼501会议室举行，主持人程啸。本记录稿经演讲人审阅，全文刊登于《人大法律评论》2001年第2辑。

** 中国社会科学院法学研究所教授。

集体和个人)对属于“他的”的财产究竟享有什么权利,这些权利的内容是什么。这一方面通常由国家用另一些法律来规定。在我国,由民法通则、担保法等法律来规定,现在正在制定中的物权法,也是要规定这一方面的内容的。

在上述两个方面的关系中,我国过去对前者非常重视,但对后者不十分重视,所以,出现了一些问题。这些问题表现在各个方面,也出现在国家财产和集体财产方面:第一,国家财产没有很好的主管机关,成为一个空的东西;第二,所谓集体财产更是找不到所有人,农村的集体财产没有人管。我们民法学界把以上这类现象称为产权虚置。所谓产权虚置就是指没有一个真正的所有人,或者说对真正所有人的权利——所有权没有真正的界定。所以我们现在制定物权法,就要解决这些问题,当然还有许多其他的问题要解决。我觉得这就是我们制定物权法的一个基本理念。

有的国家把所有制方面的特别问题规定在宪法里面,有的国家只在宪法里规定一些所有制方面的特别问题,有的国家有专门的“国有财产法”,等等,各种情况都有。我们今天已经有了宪法,宪法中规定了一些所有制方面的问题,物权法对此应当如何规定,就是一个要研究的问题。

假如把所有制问题,即什么人能享有什么样的财产权作为宪法规定的主要内容的话,那物权法的主要内容就不再是什么人可以享有财产权,而是说,不管你是什么人,国家也好,集体也好,个人也好,一旦你享有所有权,这种所有权的内容是什么?这就是物权法主要规定的内容。物权法与宪法的界限,多少还是要顾及的。当然,现在有学者主张把宪法规定的内容再规定到物权法中,那也未尝不可,宪法中要规定的是所有制问题,物权法中规定的是所有权问题。

关于物权法的基本原则,我认为还是应该坚持以下三个原则:一物一权、物权法定、公示公信。对于这三个原则应该没有太多的异议。物权法定主义原则还是应该坚守的,不能够像某些学者所说的要突破物权法定原则,准许个人创设物权,甚至习惯创设物权。那都是做不到的,这不仅仅是个理论上的问题,在实践上也是做不到的。物权法中要规定的最重要的一个问题,就是要规定哪些物权。物权法与债权法不一样,债权法里面合同的种类无限多,只能规定几种典型的合同,其他的合同列不清,也用不着列清。而物权法就必须列明它的种类,并在物权法中规定清楚。这个道理用不着多讲,因为物权与债权不一样,债权只涉及特定人与特定人之间的关系,而物权涉及一个物权人与全社会人的关系,所以物权法必须要采用物权法定

主义。舍弃了物权法定主义,物权就受不到保护了。物权没有公示就受不到保护了,就跟现在的合同一样,我可以跟你随便订一个合同,我也可以跟你随便设定一个物权,如果舍弃了物权法定主义,则物权不为物权,物权可以为债权了!所以物权法定主义要坚持。当然对于一物一权的原则,有人认为早已经被突破了,像区分所有权。其实区分所有权并没有完全突破一物一权的原则,区分所有权里面还是有单独所有权,这就看你把那个物怎么限定。即使你认为区分所有权是突破了一物一权的原则,但那个突破只是例外,而不能否定整个原则。公示公信原则也是要坚持的,我现在自己创设一个物权,但不向外公示,那怎么能够成立呢?人家怎么知道?国家又怎么去保护呢?所以我觉得这三个原则是没有问题的。

二、所谓物权行为理论问题

现在民法学界争论的一个问题是所谓“物权行为”问题。实际上争论的核心是“一部分物权行为的无因性问题”,这里有几点应该弄清楚:

第一点,有人争论“我国是否承认物权行为这个概念”,这是一个误会。“物权行为”在民法学中是“法律行为”的下位概念。民法中讲到法律行为的种类时,依不同的标准,把“法律行为”加以分类。例如“单方法律行为”和“双方法律行为”,“负担行为”和“处分行为”等。“债权行为”、“物权行为”、“亲属行为”和“继承行为”是以法律行为的目的为标准所作的分类。债权行为是以债权债务关系的发生、变更或消灭为目的的法律行为,物权行为是以物权关系(或物权)的发生或变动为目的的法律行为,其他亲属行为、继承关系仿此。只要你承认债权(债权债务关系)和物权应该区别开,就应该承认债权行为和物权行为也应该区分开。随之,就也应该承认在民法中,在债权行为之外还有物权行为。如果认为民法中没有“物权行为”(根本不承认物权行为这个概念),那么设定地上权、设定地役权、设定抵押权、抛弃所有权,这些行为是什么行为呢?总不能说“抛弃所有权”是债权行为吧。

第二点,作为法律行为的一种的物权行为是很复杂的,物权行为又可以分类。通常,可以说物权行为有以下几种不同的情况:

第一种情况,我们可以称之为纯粹的物权行为。有的物权行为,就是一个单纯的以物权变动为目的的行为,它不与其他的行为有什么联系。最普通的,如物权(所有权、地上权等)的抛弃。这种行为只要有权利抛弃

人的意思表示就行了(当然,有时还要有登记行为,这是另一问题)。又如在债权债务关系尚未发生时,设定最高额抵押的行为。这样的物权行为并不与其他的行为有什么联系,它的发生不需以其他法律行为为前提,所以也就没有“独立性”和“无因性”问题。

第二种情况,有些物权行为,在它的发生、变动、消灭上与其他的法律行为(主要是债权行为)有联系。例如留置权的发生要以一个债权债务关系为前提,抵押权的设定通常也以一个债权关系为前提,这样就发生了留置权和债权的关系,抵押权和债权的关系。不过对这些物权,法律常有规定,如担保法第52条规定:“抵押权与其担保的债权同时存在,债权消灭的,抵押权也消灭”(第74条和第88条就质权和留置权也有类似规定)。抵押权、质权、留置权都具有从属性,所以在这种情形下,不发生所谓“独立性”和“无因性”问题。

第三种情况,物权行为和债权行为并存于一个大的交易行为中,如在买卖这个交易行为中,先要订立买卖合同,后要移转标的物 and 价金的所有权(在不动产买卖还要登记,在动产买卖要交付)。订立买卖合同与移转标的物 and 价金有时相隔很长时间,这时就发生一个问题,即:是承认“买卖”这个交易行为中包括一个债权行为和一个物权行为,还是承认包括两个行为而只说“买卖合同的订立和履行”。这就是所谓的“分离原则”,也就是“在买卖中物权行为的独立性问题”。跟着就会发生一个问题,既然把买卖中的债权行为和物权行为分开,那么,二者的关系如何,二者既然是因果关系,那么,债权行为(原因)的效力是否也引起物权行为的有效无效问题呢?德国民法认为不是的,这即是所谓“买卖中物权行为的无因性问题”。

所以“独立性”(分离原则)和“无因性”问题只涉及物权中的一部分(如买卖、互易等),主要涉及买卖。但在通常谈论时就把“在买卖中”这一点忽略了,只说“物权行为的无因性”。这就使初学者以为,这里谈的是一切物权行为的无因性问题,也就把“物权行为的无因性问题”变为“物权行为理论”问题,再变为“物权行为这个概念是否存在”的问题。现在我们应该把“物权行为理论问题”和“在买卖中物权行为是否有独立性和无因性”这两点划分清楚。

考虑物权行为无因性的问题,应该多举一些实际例子来考虑,而不应该就理论而理论,而应该在具体的实例中考虑合理不合理?公平不公平?而不是像我们现在许多学者讨论独立性问题的时候,老是争论为什么一个

行为要分为两个行为，一讨论就举那个当年德国人常讨论的买手套的例子。这些学者举的买手套的问题是这样，那他们就不能想想在现在的国际贸易中一些手套以外的问题吗？比如我们买波音飞机，约定五年以后交货，这和手套问题是一样的吗？这个不是债权行为和物权行为明明相差五年吗？所以我们在讨论法律问题时应该各方面都考虑到。物权行为独立性、无因性的问题本来就不是用来应付手套问题的，而是要应付像买波音飞机那样履行期限很长的大宗国际贸易问题。有的人在讨论中，说物权行为纯粹是一种法学家的空想。这种话就太过了，法学家没有什么空想，法律上的东西都是从现实中抽象出来的。

三、关于物权、财产权、无形财产权的概念

有的人主张不应该制定物权法，应该制定财产法。我们应该先把财产的概念弄清楚，物权不等于财产。各国的财产概念是不同的，比如，英美法中的 property 指的是什么？它指的仅是不动产，不包括动产。我国的财产除了包括物权还包括债权。有的同志主张把物权法叫做财产法，那是不是把债权排除在财产之外呢？如果你承认债权也是财产，当然你就不应该把物权法叫做财产法，物权法只能规定物权。物权与债权的区别主要在于一个是对世权，一个是对人权，这个应该搞清楚。当然，现在把债权限于特定人与特定人之间的关系这个原则已经有所突破，但原则究竟还是原则，突破的只是例外。原则上，债权还是特定人与特定人之间的关系，物权还是特定人与所有的人的关系。这个区别一定要弄清楚。

无形财产权究竟是不是需要规定在物权法中？物权是不是包括无形财产权？换句话说，物权法上的所谓物是不是以有体物为限？无形财产是英美法的一个名称，德国从前是叫做无体财产，现在德国人也不讲无体财产，现在既不讲无形财产也不讲无体财产，就叫知识产权。一方面是物权法的物权，另一方面是知识产权。在德国物权法上的物是以有体物为限，物权法上的物权当然也是以有体财产权为限。我赞成这种主张，物权法上的物权应该以有体物上的权利为限，不包括无体物上的权利。这是什么道理呢？因为我们现在所说的无形财产权首先是专利权、商标权、著作权（主要是这些，当然现在越来越多），而这几种财产权跟有体财产权确实有很大的区别。这个很大的差别，我曾在我那篇《民事权利体系》一文中简单地讲了。在那篇文章里，我把知识产权不列入财产权这一类，另外单独

列,就叫做知识产权,就是这个道理。它们不仅仅是摸得着与摸不着的关系,它们在权利的性质上有很大的不一样,比如专利权、商标权等知识产权涉及很多行政行为。你要取得专利权,需要获得国家的批准、经过一定程序。你要取得所有权,就不一样,比如我买一本书,我就取得这本书的所有权,用不着国家行政机关的批准。还有,一般的知识产权都有一定的期限,而所有权是没有期限的,除非所有人抛弃所有权,所有权一直存在。所以这两个权利本身的性质是不同的。而且我觉得“无形财产权”这个名字也不好,容易跟有体财产权混淆。我们还是应该在物权编中只规定有体财产权,无形财产权另外规定,制定知识产权法,像我们现在的做法就比较好。

对于国有土地使用权是不是无形财产权这个问题?我个人认为,实际上我们现在的国有土地使用权与所有权,除了在期限上有差别,实际上也是差不了多少,既可以转让,又可以继承。但它与无形财产权还是两码事。

四、关于农地使用权与特别物权

我在报上看到农业部正在制定《农村承包经营法》,可能还要在物权法之前公布。这部法与物权法的关系是什么?它一旦以法律的形式公布出来,将来物权法这部分怎么搞?这还真不好办:把承包经营权当作债权还是当作物权呢?中国的农村的土地问题实在是一个很重要的问题。现在制定物权法就有一个困难,那就是你无法说服那些主张土地承包经营权的人为什么叫经营权不好,而一定要改叫农地使用权。我觉得经营权是一种债权,它与物权有很大的差别:第一,你搞个经营权的话,经营权老是要限定年代,而作为物权就没有年代限制的问题;第二,经营权既然属于债权的问题,就会经常发生破坏债的关系的问题,而作为物权制度之后就不能随便的改动。我想就得从这两方面说明为什么要用物权来改造我国农村的用地制度。这个问题如果不谈清楚的话,你要在物权法上规定农地使用权就会受到一些人的反对。当然要说明这个问题还得从根上说起,这个根是什么呢?这个根就在于物权和债权的区别。债权是对人权,因此人与人之间就可以随便撕毁合同,而物权不是撕毁合同的问题,那是侵犯物权。你要真正说服别人把土地经营权改为物权,就得从物权和债权的区别这个根上来说。