

# 中国

## 物权法的理论探索



孟勤国  
黄莹 主编



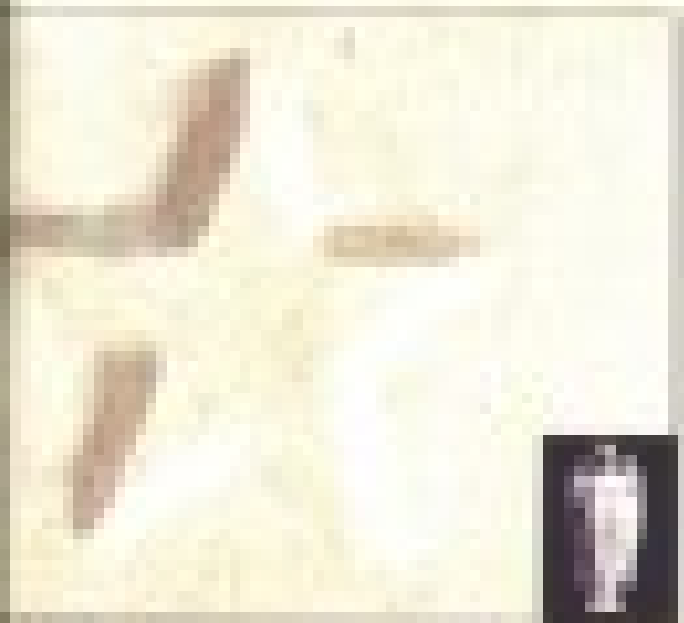
全国优秀出版社  
武汉大学出版社

中國

物理學的理論與實驗



梁士光  
著



清华大学出版社  
Tsinghua University Press

# 中国物权法的理论探索

主编 孟勤国 黄莹

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国物权法的理论探索/孟勤国,黄添生编. —武汉:武汉大学出版社, 2004. 9

ISBN 7-307-04349-1

I. 中… I. ①孟… ②黄… III. 物权法—法的理论—中国  
IV. O22

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 077531 号

责任编辑:郭园园 责任校对:黄添生 版式设计:支笛

---

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: wdp4@whu.edu.cn 网址: www.wdp.whu.edu.cn)

印刷:湖北科学技术出版社黄冈印刷厂

开本: 850×1168 1/32 印张: 13.75 字数: 352 千字

版次: 2004 年 9 月第 1 版 2004 年 9 月第 1 次印刷

ISBN 7-307-04349-1/D·595 定价: 22.00 元

---

版权所有,不得翻印;凡购买我社的图书,如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。

## 前言 点燃中国物权法学的希望

中国即将有物权法，这是一个好消息。虽然大多数中国人还没听说过物权法——曾有京城的记者问江平老师何谓“护权法”，记者将物权法听成了护权法。但总有一天，中国的百姓都会知道物权法与他们的生活息息相关，是一部确认和保护他们财产的基本法律。相对于中华民族度过的几千年光阴，相对于百多年前就有物权法的德国、日本，中国的物权法来得太晚；但相对于中国改革开放和现代化的历史进程，相对于中国社会对物权法的认知程度，中国物权法来得不晚。

说起来，物权法在中国也晃悠了近一个世纪。当风雨飘摇的清王朝响起松岗义正那张扬的脚步声时，物权法就随着《大清民律草案》与中国人照了面。这时的沈家本——大清帝国的修订法律大臣，一定很郁闷，满屋的大清律令即将变成一堆废纸。一个被打散架了的帝国，是没有资格炫耀自己的法律典籍的；当刚刚落成的蒋家王朝挂起中华民国民法典的金字大匾时，人类历史上第一次出现中国物权法（编）。这时的史尚宽——中华民国的民法巨擘，应是踌躇满志，强国的梦想随着强国的民法典降落在中国的土地上。技不如人时，抄袭和模仿永远是心安理得的。

自1949年中国废除中华民国的六法全书始，物权法这个词在中国大陆上销声匿迹了近半个世纪，只是在10年前，我们才发现中国也需要物权法，而我们对物权法几乎是一无所知。于是，搜寻的目光自然落在了海峡彼岸——中华民国的民法典在中国一隅得以存续，那里积聚了一大批研究物权法的书籍。几乎在

一夜之间，海峡彼岸的物权法学潮水般地涌上中国大陆，此岸的学者纷纷以传播王泽鉴、谢在全先生的论述为己任，原先空荡的书架插满了装帧精美的物权法书刊，原本冷清的学界冒出了成群的物权法学的儒生。

中国有了物权法学，不过，不是中国的物权法学。中华民国民法典源于外族的侵略和内战的动乱，是一个什么都输完的弱者的敬畏和崇拜的产物。松岗义正参与起草大清民律距八国联军攻占北京不到10年，而八国联军中最耀武扬威的正是德国兵和日本兵。清末民初中国留学生蜂拥去了日本，或许就想知道日本这个“小国”怎能歼灭号称世界第五的北洋水师。民族危机堵死了中国选择物权法的时间和空间，民族自卑压抑了中国思考物权法的冲动和能力。既然德国、日本的物权法变成了中华民国的物权法，中华民国能有的只能是德国、日本的物权法学，正如引进机器设备不能不引进图纸技术那样。别国的物权法必须以别国的物权法学来理解和解释，这是别无选择的，惟一可做的是以移植和借鉴的名义在别国的物权法和物权法学上贴上中国的商标以保全民族的脸面。感谢我们的台湾同胞，在这一点上他们做得极为出色。毫无疑问，台湾地区的物权法学是德国、日本物权法学最好的中国版本。

中国有许多理由吃现成饭——将台湾地区的物权法学照搬过来，比如与国际接轨、两岸直通什么的。只不过这碗现成饭掺杂了太多的历史与现实的砂子。台湾地区物权法学的身世固然可以不论，但台湾地区物权法学是否与现代社会和中国的宪政制度合拍，绝不能不论。萨维尼时代的物权法学已经很苍老了。作为一个百岁老人，他只记得田园牧歌，而对生机盎然的现代生活麻木不仁，德国、日本、台湾地区的物权法学者也常带他出去观光，但他总记不住公司、交易所和互联网这些事儿。他固执地认为财富就是农田、农舍、农具，就得以主人自己使用为主，他对公有制丝毫不感兴趣，总以为私有制才是万世不坏的基业。对于这样

一位不可理喻的老人，中国可以执晚辈之礼，断不可将他奉为圣人。德国、日本物权法学在中国的传播时间不长，其影响力只涉及一些学者和学子，还未像台湾地区那样已深入到社会的角角落落。中国尚有机会依据中国社会的现实生活条件，在吸收人类法律文明的基础上，建立自己的物权法学。

物权法学是一个国家和民族的尊严与智慧的象征。我们这一代学者虽然启蒙于德国、日本的物权法学，在知识上、思维上常常受其束缚，但从来没有放弃过思考、放弃过追求、放弃过责任。给我们以时间，5年、10年或者更长，中国一定会出现中国的物权法学。没有这样的自信，没有这样的努力，要我们这些学者何用？事实上，中国物权法学的希望已星星点点地出现在大江南北，其中就包括本书所收录的每一篇论文。这些论文或许不很成熟，或许有错误，甚至夹杂着一些胡说，但即便是胡说，也比小贩的叫卖声来得悦耳动听。这些思想的火花，许多会瞬间即灭，但总有一些会成为中国物权法学的火种，成为能燎原的星星之火。

孟勤国

2004年6月于珞珈山

## 目 录

前言 点燃中国物权法学的希望	1
<b>第一编 中国物权法的基本理论问题</b>	<b>1</b>
中国物权立法刍议	李静堂 1
中国物权立法的几个基本问题	王利明 11
物权法制定之焦点	何 山 20
有体财产法还是财产的基本法	孟勤国 38
论物权法的当代发展	温世扬 廖焕国 48
试论物权法基本原则的体系	刘保玉 66
作为技术规范物权行为的价值	向 甬 79
论物权请求权的立法模式	麻昌华 周佳念 87
物权请求权与消灭时效	董学立 99
<b>第二编 中国财产归属制度的理论问题</b>	<b>108</b>
论公民私有财产的保护	江 平 108
公有制与中国物权立法	孟勤国 119
先占取得制度与未来民法典	李开国 刘云生 138
论物权法上先占的历史基础及现代法理	黄华均 刘玉屏 155
所有权制度的功能与所有权的立法	张里安 169
论集体土地所有权的法律重构	胡吕银 176
论银行存款的所有权归属	徐志珍 黄莹 187



论物格 .....	杨立新	197
论网络虚拟财产的民法保护 .....	蒙晓阳	200
网络虚拟财产的权利性质及其保护 ... 齐爱民	吕光通	213
<b>第三编 中国财产利用制度的理论问题</b> .....		221
如实评估用益物权 .....	孟勤国	221
中国农村土地物权变革方案评析 .....	戴红兵 杨洁	243
“一田两主”的地权结构及其学理分析 .....	童光政	255
我国土地用益物权体系重构的逻辑思路 ..... 李建华	杨代雄	267
农地使用中的占有请求权与占有时效取得 .....	喻文莉	282
建设用地使用权立法若干具体问题研究 ..... 李开国 洪学军	杨佳红	291
对“买卖不破租赁”及租赁权性质之思考 .....	张世海	305
论市政特许经营中的双重法律关系 .....	李显冬	316
建立我国居住权制度的思考 .....	熊进光	331
论非法物之物权 .....	冯桂 黄莹	346
<b>第四编 担保物权的性质与担保制度</b> .....		359
“担保物权支配物的交换价值”是个伪命题 ..... 孟勤国 冯桂		359
论担保权 .....	巩姗姗 崔聪聪	362
让与担保法律构成再论析 .....	陈祥健	384
所有权保留买卖的制度性重构 .....	张淦纶	396
我国担保物权制度新构建的思考 .....	徐 洁	408
<b>附 录 关于物权二元结构理论的讨论</b> .....		416

## 第一编 中国物权法的基本理论问题

### 中国物权立法刍议

李静堂

上届全国人民代表大会常务委员会曾将制定《中华人民共和国民法》和《中华人民共和国物权法》列入该届的立法计划，并下发了《中华人民共和国物权法》（征求意见稿）及其说明和全国人民代表大会常务委员会委员长会议关于提请审议《中华人民共和国民法》（草案）的议案及民法草案的说明。作为1962～1965年那次民法起草参加者之一，笔者想就物权法的有关问题谈点看法。

#### 一、关于物权客体——物的定义

笔者在1982年发表了《加强民事法律关系客体物的保护》<sup>①</sup>一文。在比较、鉴别罗马法、法国民法典与德国民法典、日本民法典对物的定义后，认为物的概念有广义和狭义之分。狭义的概念强调物的形态。凡为人能支配的自然物、人造物，占有一定空间，看得见、摸得着、嗅得到的实体物质。广义的概念将不具有实物形态而实际上受法律保护的东西拟制为物。展望改革开放的前景，还认为知识产权也应定为物，成为民事法律关系的客体。因为知识产品是精神性、思想性的，是知识产权支配的客体，而

<sup>①</sup> 《法学研究》1982年第6期。

知识产权的权利得成为民事权利的客体。1984年制定公布的《专利法》曾规定集体所有制单位、个人申请的专利权归该单位或者个人所有。1985年制定公布的《继承法》将公民的著作权、专利权中的财产权规定为继承权的客体。知识产权的权利作为民事法律关系的客体在立法上逐步被承认。

时至今日，我国的市场经济与世界市场经济已逐渐融为一体，无形商品、拟制商品、具有价值的新型权利大量出现，因此我国物权立法无论采用以往的物的狭义概念或者广义概念都不完全适应现实的需要。应当立足现实，放眼将来，研究解决物权立法中一些重要问题。

其实，法学、法律上的许多概念虽有其特定含义，但随着时代的发展不能包涵新的内容。有些概念看起来非常严谨，完美无缺，也难免留下破绽，物的法律概念也是如此。在一个基本概念不能完全适应现实需要时，立法会采取一些补救措施，以解决历史和现实之间的矛盾、一般问题和特殊问题之间的矛盾。物的概念上的补救，多见的有三种方式。

第一，法律拟制论在立法上的运用。法律拟制论是分析和补救一般规定和特殊问题的一个重要理论，在立法上多被采用，可以说已成为立法中的常规、常例。常见的“视为”就是法律上的拟制，就是将不属于某个法律概念或者范畴的东西，法律拟制为某个概念或者范畴的东西。

物的广义概念拟制论来自于古罗马有名的法学家。当时五大法学家之一的盖尤士认为有体物是具体存在、可以触觉而认识的实体物质；无体物并无实体仅由人们拟制。广义的概念就把拟制的无体物包括进去了。梁慧星、王利明在各自主编的物权法草案建议稿中对物的定义，我认为都采用了法律拟制论。梁稿中将“能为人力所控制并具有价值的特定空间视为物，人力控制下的电气也视为物”。王稿中将“依法可以做为物权客体的权利，能够为人力所控制并具有价值的特定空间，人力支配下的电气视为

物”。两者都是具体适用法律拟制论，使物的含义更符合现实情况。

的确，物的传统概念过于强调物的形态和支配物的状态，如果固守这样的概念，已不适应无形商品、信息大规模发展和有价值的权利日益增多的今天和将来。如两稿中所指的电气，行业部门称它为覆盖面极广的无形商品。它只是一种“能”或者“力”，也称电能、电力。热电是由热能转换为电能，水电是由水能转换为电能，风电是由风能转换为电能，几乎是同时生产同时用掉，不能储存，基本上不具有独体存在的时间和空间，很难说清楚在形态上对它的支配。但它又是家家离不开，人人少不了的商品，可以计量计价；电力生产、供应部门对它又有一刹那的所有权而进行转让。可见把电气拟制为物是合适的。

第二，用法律上的特别规定以补救一般规定之不足。民法（草案）物权编第2条第2款末句“法律规定权利作为物权客体的，依照其规定”。这是指普通法对此另有规定或者特别法的规定。如该草案在担保物权中权利质权一节中规定可以质押的权利有：票据和其他有价证券权利，包括汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单和依法可以转让的股份、股票；知识产权中的权利，包括依法可以转让的商标专用权、专利权、著作权中的财产权；公路、桥梁、隧道、渡口等不动产收益权；依法可以质押的其他权利，如城镇国有土地使用权出让转让暂行条例规定的土地使用权等。这样就物权客体物的一般概念没有涵盖的问题得以扩展和补救。这种补救方式与法律拟制说比较，前者要揭示拟制物的内涵和基本特征，讲明道理。后者无须揭示权利成为物的内涵和基本特征，不讲道理，只问法律规定。

第三，通过法律准用加以弥补。如德国民法典第90条a“动物”1. 动物非为物。2. 动物受特别法律保护。3. 对于动物，准用关于物之规定，另有规定的除外。以上准用的规定，将不是物的动物纳入物的法律保护范围。

笔者倾向采用第一种方式。这种方式既有理论意义又有实际意义。它通过拟制将物形成适应我国现代需要的一般概念，看起来清楚，用起来方便。从物的概念涵盖范围看，王稿中的概念更可取，因为他吸收了民法草案中“法律规定权利作为物权客体的，依其规定”，更适合我国的现实情况。

## 二、关于国有企业法人财产权的含义

关于国有企业财产权的含义、性质曾经是上世纪80年代理论研究的一个热门。当时很多人投入研究，取得可喜成果，对推进国有企业经济体制改革起了重要作用。笔者也在1986年和1987年运用马克思关于资本的所有权与经营权分离的理论，结合我国的实际和国有企业经济体制改革的需要，作了些探讨。当时的基本主张是：高度集中的国家所有权结构和高度集中的行政权力结合支配下的国有企业经营权，必须松解出来，股份制是国有企业经营权和所有权分离的重要法律形式。<sup>①</sup>

1992年国家体改委等五部委下发《股份制企业试点办法》，就股份制企业试点的目的、原则、组织形式、股权设置和股份制企业的组建作了明确规定，推进国有企业实行股份制改造，将国有大、中型企业组建成为有限责任公司和股份公司，组建为企业法人实体。草案规定：“国有企业或国有控股企业对该企业的不动产，在企业法人存续期间享有法人财产权。”但没有进一步明确企业法人财产权的含义、性质。它到底是《民法通则》、《全民所

---

<sup>①</sup> 参见李静堂：《国家所有权与企业经营权的分离及法律形式》，载《法学文萃》（论文集），法律出版社1987年版；《股份制是国家所有权与企业经营权分离的重要法律形式》，载《法学评论》1987年第2期；《国家所有权与企业经营权分离及承包经营》，载《租赁与承包经营》（论文集），群众出版社1988年版；《社会主义制度改革背景下的所有权制度》，载《中南政法学院学报》1987年第3期。

有制工业企业法》和其他法律、行政法规规定的国有企业经营权还是有些学者主张的企业法人所有权，是采用模糊概念还是法律回避？我认为物权立法时有两种选择：一是若要明定含义，应定为国有企业经营权，但它的内涵要修正、补充；二是立法加以回避。

马克思关于资本所有权与资本经营权分离的理论过去适用，现在仍适用。因为它产生的历史背景正是公司成为主要的经济组织形式的时代。马克思针对股份公司成立时出现的“实际发生机能的资本家，转化为单纯的经理人”，<sup>①</sup>“资本的所有者则转化为单纯的所有者”<sup>②</sup>进行分析后，提出资本所有权与资本经营权分离的理论。正如前述，我国大、中型国有企业经过股份制改造和组建，基本上以公司形式出现，因此将国有企业和国有控股企业法人财产权定为经营权，明确其含义，不仅顺理成章，而且符合我国社会主义公有制的要求和宪法与其他法律、行政法规的规定。顺便指出，我不同意那种把经济发展中的问题都归罪于社会主义公有制，把私有化作为发展经济的灵丹妙药的看法和说法。国家对国有企业财产和国家控股企业中的国家财产享有所有权既是维护公有制的重要权利制度，也是国家从此类企业中取得收益的依据。如果认定国有企业财产和国有控股企业法人财产权是经营权的含义，那么关于企业经营权的内涵应当扩充。《民法通则》规定：“全民所有制企业对国家授予它经营管理的财产享有经营权，受法律保护。”这是国有企业经营权在基本法、普通法上首次出现，但没有规定企业经营权的内涵。两年后，《全民所有制工业企业法》对企业经营权的内涵作了规定，即“国家按照所有权与经营权分离的原则授予企业经营管理。企业对国家授予其经营管理的财产享有占有、使用和依法处分的权利”。企业对其管

① 《资本论》第2卷，人民出版社1956年版，第436页。

② 《资本论》第2卷，人民出版社1956年版，第436页。

理的财产不享有收益权，不合实际，国有有限责任公司或国有控股公司都以经营为目的，有经营就有收益、营利。公司在对外经营、收益、营利时，总不能只经营不收益，或者以公司的名义经营，以所有人的名义（国家）收益。实际上是公司经营、收益并存，法律不予承认是立法上的缺陷，应当是收益权由投资人和企业分享。企业享有现实的、直接的收益权，投资者（国家）享有间接的、最终收益权，因此，如果认定企业法人财产权是经营权的含义，应当扩充该权利的内涵，在物权法中予以明确，特别法可以适用。如我国公司法规定的“公司法人财产权”的内涵在法律没有另行规定的情况下，可适用普通法的规定。

外国和我国台湾地区对所谓法人财产权不仅在民法典的社团法人（包括营利和非营利法人）中未作规定，且调整以营利为目的的社团法人的重要法律公司法也未规定。既然连财产权的名称都不规定，更谈不上其含义或性质了。我国国有企业实行股份改造后主要组织形式是公司型，以往的立法不是不可以借鉴的。在探讨公司法人财产权的涵义时，只有在学者的有关论述中看到其不确定性。马克思认为，股票是所有权证。由此可见股东对其投资享有所有权，公司享有经营权。史尚宽先生在论述债权时将股权归为债权，据此可以认定股东将资本借给了公司，公司对投资享有所有权。英国有认为公司董事和董事会是股东的代理，代理人当然对股东投资不享有所有权。还有认为公司董事、董事会和股东之间是信托关系。立法上对众说纷纭的见解不作规定和界定，而公司照样生存、运作和发展。

### 三、物权立法应多考虑对物的利用

物权关系是由于人们支配物而产生的社会关系。物权立法就是确认和保护自然人、法人和其他组织支配物的权利，维护其支配物的秩序。物权法对物权设立实行法定主义，物权变动实行公示主义，法律规定物权的排他性以及物权保护方法的完善，强化

了物权人对物的支配力和支配秩序。但是现代物权立法更要着眼于对物的利用和其产生的效益，特别是我国是以公有制为主体的社会主义国家，社会重要的物质财富归国家或集体所有。如矿藏、水流全部属于国有；土地、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等除属于国有的以外全部属集体组织所有，因此在物权立法时在这方面应多加考虑。

的确，物在被人们利用时有多种功能，许多国家的物权立法尽其所能地予以确认和保护。如土地私有制国家，物权法规定物权所有人对其所有的土地不仅享有占有权、使用权、受益权和处分权，而且土地所有人为取得土地上的利益，由他人在其土地上设立地上权、租用权、地役权，还可以为取得借款抵押土地。有的国家物权法除规定土地抵押权以外，还规定土地负担、土地债务、定期土地债务，还规定在一块土地上同时得设立抵押权、地上权或其他权利。我国台湾地区“民法典”规定地上权、永佃权及典权，均得为抵押权之标的物。这样五花八门的规定是土地多种利用功能在法律上的确认和保护，发挥地尽其用，为土地所有人、使用人带来多样的、最大的经济效益。我国在改革开放前，法律死守土地所有权。法律除规定土地所有权之外，用益物权、担保物权基本上是法律上的“空白”，造成土地的极大浪费。改革开放后开始研究“土地从所有向利用为中心转变”的理论，立法逐步规定农村土地承包经营权和城镇国有土地使用权出让转让，土地使用权得转让、出租、抵押、继承等，大大提高了土地的使用率和收益率。现在制定物权法，思想应再解放一些，更多考虑物尽其用。比如农村国有土地使用权出让转让，在立法上可否予以规定。

#### 四、几点具体建议

物权的支配权、排他权，是它有别于债权的基本特征，但是草案中有些规定淡化了它的基本特征。



第一，应当由其他法律解决的问题不应在物权法中多作规定。这样的规定多了，就淡化或混淆了物权法的基本特征，主要表现在：

1. 草案第 11~24 条的关于不动产登记的规定，其中大量不属物权法解决的问题。物权立法通常只规定不动产登记的效力，至于登记的内容、登记的程序、登记机关和登记费用等应当由行政法律、法规予以规定。因为其中许多属于登记人和登记机关之间的关系，应由行政法调整。传统物权立法对此大都采用民行分离的方式。如《日本民法典》和我国台湾地区“民法典”。前者在物权法中关于不动产登记的规定只设一个条文，明确登记效力，其文字是“不动产权的取得、丧失和变更，除非依登记法律规定进行登记，不得以之对抗第三人”。明确规定不动产登记实行对抗主义。另行制定不动产登记法，规定不动产登记的内容和种类、登记所及登记官、登记簿册及图式、登记程序、审查请求和罚则，共六章 159 条。该法可以说对不动产登记规定完备无遗。我国台湾地区“民法典”对此也只规定两个条文，即它的 758 条规定：“不动产权，依法律行为而取得，设定、丧失及变更者，非经登记不生效力。”明定为登记生效要件主义。接续的一条为“登记宣示”。另有“土地登记规则”相配套。规定的登记范围包括土地及建筑改良物所有权及其他权项。相比之下，草案的规定既没有涵盖不动产登记法的全部内容，又占领了行政法的大部分领域，草案如此规定实不可取。

2. 草案第 50 条第 2 款的“禁止将国有企业或者国有控股企业的财产无偿或者以明显不合理的低价转让给个人。国家委派出资人代表通过公司章程规定出资人权利，通过股东会、董事会、监事会行使权利，对该企业的经营活动进行监督管理”大可不必在此规定。因为：(1) 上述列举的“无偿或以明显不合理的低价转让给他人”的情况在国有企业实行股份制或者该转让的已基本转让了之后，不一定是非法侵占国有企业财产的主要方式，多见