

● 崔建远 著

物权：生长与成型

中国当代法学家文库

崔建远民法研究系列

Contemporary Chinese Jurists' Library

 中国人民大学出版社

◎ 崔建远 著

物权：生长与成型

中国当代法学家文库

崔建远民法研究系列

Contemporary Chinese Jurists' Library

 中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

物权：生长与成型/崔建远著

北京：中国人民大学出版社，2004

(中国当代法学家文库，崔建远民法研究系列)

ISBN 7-300-06002-1/D·1108

I. 物…

II. 崔…

III. 物权法-中国-文集

IV. D923.24-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 103601 号

中国当代法学家文库

崔建远民法研究系列

物权：生长与成型

崔建远 著

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511239 (出版部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 河北涿州星河印刷有限公司

开 本 787×965 毫米 1/16

版 次 2004 年 11 月第 1 版

印 张 31.5 插页 3

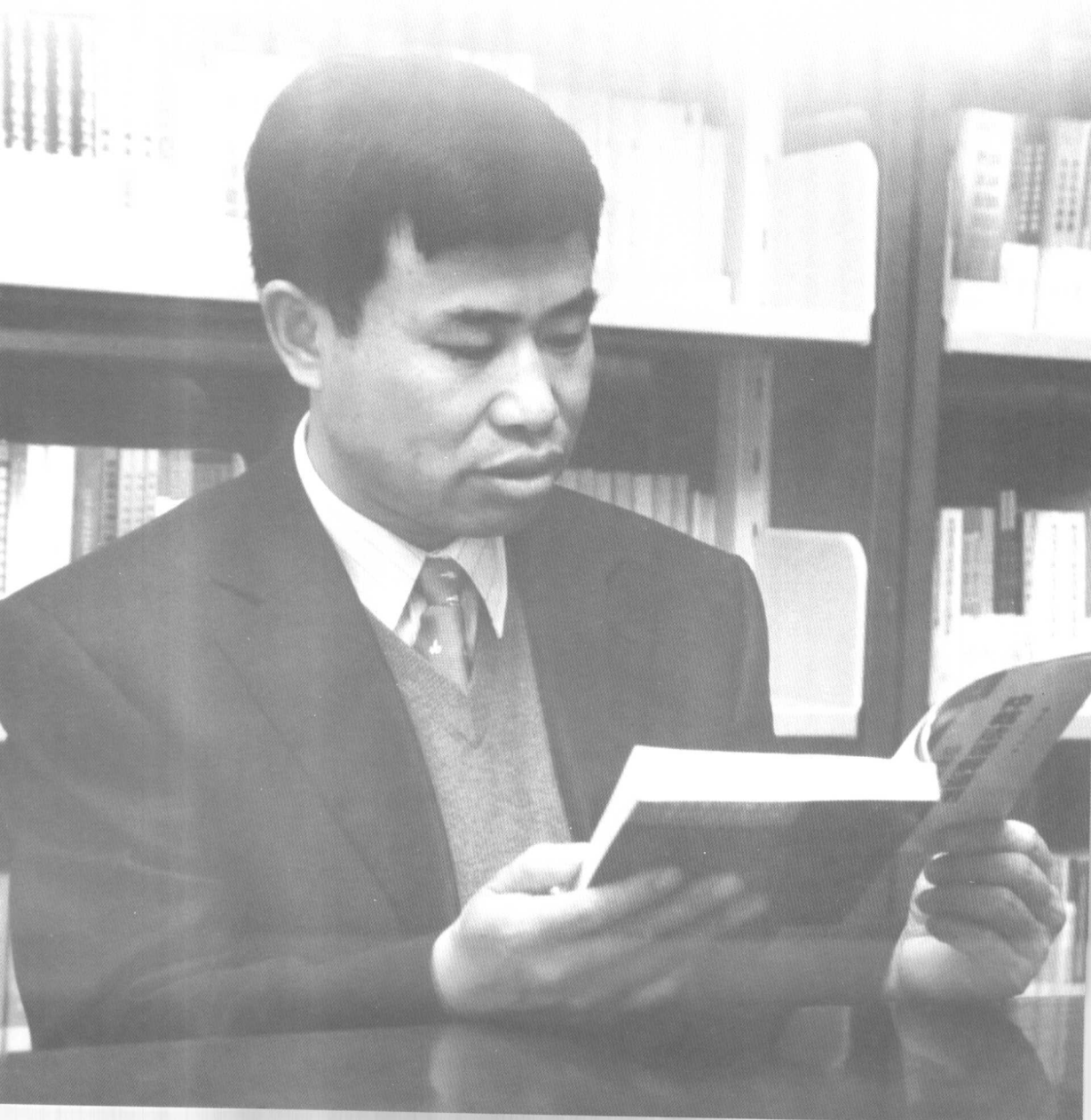
印 次 2004 年 11 月第 1 次印刷

字 数 458 000

定 价 58.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

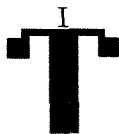


自序

中国人民大学出版社厚爱有加，多次约稿，我却始终献不出佳作。其中原因，在 1997 年至 2000 年间忙于公务和学习英语，难以静心；于 2000 年以后则是醉心于准物权的探索，无暇旁顾。该社不弃，依然愿意编辑出版《民法总则：具体与抽象》、《物权：生长与成型》和《债权：借鉴与发展》三卷本的民法文选。李文彬主任立意高远，运筹帷幄，一锤定音；杜宇峰编辑倾其所思，尽心整理，终成此书。对此，在感动的同时，谨深表谢意！

物权制度取决于一个国家的基本经济制度乃至基本政治制度的要求，反映着民族传统和文化，因而其特色相对较多；它是社会现实经济生活关系的反映，我国一直在进行着改革，于是，物权在我国具有正在生成的特点，发展变化的态势，目标模式的探索。正所谓已宣布的规则必须被当做尝试性的东西，因为它将要适用的众多不断变化的事实是无法预见的。修正意味着成长。它是法律的生命之所在。^① 据此，将物权卷的题目命名为《物权：生长与成型》。

^① 参见 [美] 本杰明·内森·卡多佐著，刘培峰、刘骁军译，冯克利校：《法律的生长》，74 页，贵阳，贵州人民出版社，2003。





债权作为取得物权或者与物权价值相当的权利、反映财产流转关系的法律形式，具有普遍化的特点，共同性规范较多，且越来越国际化。在债法的建设方面，我国是后发的国家，又面对世界经济一体化的环境，因而我国不可能抛弃人类既有的文明成果，另起炉灶制造债法，明智的选择是借鉴被实践证明是成功的债法规则及其理论，结合中国的实际，翻译出债的规则乃至制度。另一方面，经济在发展，社会在进步，债权在丰富，研究在深化，由此决定，我国债权制度及其理论的创新是必要的，也是可能的。《债权：借鉴与发展》就是对这些现象与思想的反映。

就其本质而言，民法总则是抽象的；从其形成来说，民法总则来源于对具体规范的概括；就其适用而论，民法总则时常要适用于个案。我自己对民法总则的学习与研究，同样存在着具体、抽象的问题。有鉴于此，特意把民法总则部分的研究成果统归于《民法总则：具体与抽象》的标题之下。

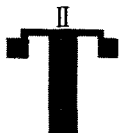
鉴于我对于民法的认识经历了由浅入深、由表及里、去粗取精、去伪存真的过程，有必要就如何对待以往作品的态度做个交代，删去若干极不成熟的习作，对于保留者也尽可能地予以评论，对研究民法的方法和前景作出初步的预期。由于每当我遇有新材料、偶有新想法时，便对电子版的既有作品予以修正，现在若回复原状，则会耗时费力，不合效率原则，莫不如以现状示人，还可收到较少误导青年读者之效。为方便读者，将自评放置于相应的作品之后。

所有这些，都显现出写此序言的必要。

崔建远

于 2003 年岁末

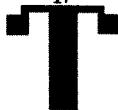
清华大学明理楼



-



- 《合伙企业法》——《中华人民共和国合伙企业法》
《民用航空法》——《中华人民共和国民用航空法》
《领海及毗连区法》——《中华人民共和国领海及毗连区法》
《关于领海的声明》——《中华人民共和国关于领海的声明》
《专属经济区的大陆架法》——《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》
《经济合同法》——《中华人民共和国合同法》
《海洋环境保护法》——《中华人民共和国海洋环境保护法》
《水污染防治法》——《中华人民共和国水污染防治法》
《渔业法实施细则》——《中华人民共和国渔业法实施细则》
《矿产资源法实施细则》——《中华人民共和国矿产资源法实施细则》
《内河交通安全管理条例》——《中华人民共和国内河交通安全管理条例》
《关于民法通则的意见》——《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）》
法释〔2000〕44号——《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》
大民判——日本大审院民事判决
大连判——日本大审院（连合部）判法
地判——日本地方裁判所判决
东高判——日本东京高等裁判所判例
民录——日本大审院民事判决录
民集——日本大审院民事判决集、最高民事裁判所民事判决集



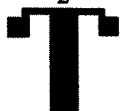
目 录

第一篇	我国物权法应选取的结构原则..... (1)
	关于《我国物权法应选取的结构 原则》的自评 (16)
第二篇	为物权的优先效力申辩..... (20)
第三篇	从解释论看物权行为与中国民法 (38)
第四篇	从立法论看物权行为与中国民法 (82)
第五篇	物权的配置与效率原则 (104)
第六篇	物权的配置与和谐原则 (115)
第七篇	绝对权请求权抑或侵权责任方式? (121)
	关于《绝对权请求权抑或侵权责任方 式?》的自评 (132)
第八篇	房地产法与权益冲突及协调..... (139)
	关于《房地产法与权益冲突及协 调》的自评 (150)





第九篇	土地上的权利群论纲——我国物权立法应重视 土地上权利群的配置与协调 (153) 关于《土地上的权利群论纲——我国物权立法 应重视土地上权利群的配置与协调》的自评 (165)
第十篇	住房有限产权论纲 (166) 关于《住房有限产权论纲》的自评 (182)
第十一篇	“四荒”拍卖与土地使用权——兼论我国农用 权的目标模式 (183)
第十二篇	海域使用权制度及其反思 (195)
第十三篇	准物权的理论问题 (214)
第十四篇	自然哲学观与准物权乃至民法的命运 (234)
第十五篇	再论土地上的权利群——以准物权为中心的 比较分析 (239)
第十六篇	关于准物权转让的探讨 (247)
第十七篇	矿业权基本问题探讨 (255)
第十八篇	矿业权法律关系论 (273)
第十九篇	水权与民法理论及物权法典的制定 (301)
第二十篇	水权转让的法律分析 (386)
第二十一篇	关于水权争论问题的意见 (406)
第二十二篇	水工程与水权 (428)
第二十三篇	关于渔业权的探讨 (445)
第二十四篇	论渔业权的法律构造、物权效力和转让 (462)
第二十五篇	渔业权与水域 (486)

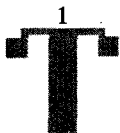


第一篇

我国物权法应选取的结构原则

一、引言

社会生产和人类生活离不开人们对于财产的直接支配，也就是离不开物权法的规范，在社会主义市场经济体制下尤其如此。急社会实际生活之所急，全国人民代表大会常务委员会已将“中华人民共和国物权法”列入“八五”立法规划，今年开始草拟。制定一部优秀的物权法需要完成许多工作，确定合理的物权法体系结构为其中之一。物权法体系结构以物权法的结构原则为其支柱，物权法配置何种结构原则直接决定着体系结构的态样，结构原则不同，体系结构即有差异。例如，在物权的种类上，物权法若取物权法定主义，物权的类型体系就是确定的和相对封闭的；若采物权放任主义，物权的类型体系就是变动的和开放的，物权类型随时因当事人的自由创设而增加。再如，在物权的客体方面，物权法若采客体特定主义，每个物上就只存在一个物权，或存在两个以上性质相容的物权，后者场合以位序确定物权实现的先后；如此，“使法律关系明确，便于公示，以保





护交易安全”^①。反之，物权法若不要求物权客体特定，就会使同一物之上层层叠设物权，公示困难，物权人对标的物的支配不易具体落实，物权自由大打折扣，物权人之间的关系随之复杂，第三人了解不易。还如，在物权变动方面，物权法是否采取物权行为独立性和无因性原则，不但导致物权法的体系结构不同，而且使得整个民法的体系结构呈现出差异。

正因结构原则对物权法的体系结构起着支柱性的作用，因而欲科学地制定我国物权法，就不得不考察研讨物权法的结构原则，以合理确定我国物权法的体系结构，最终建成辉煌壮丽的物权法殿堂。

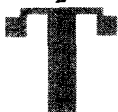
二、我国物权法与物权法定主义

制定我国物权法，必然遇到应该确认哪些物权类型的问题。从原则的角度着眼，便是物权法定主义或者是放任主义。罗马法采取前者，法国、德国、日本和中国台湾地区等国家或地区的民法加以继受，认为除民法或其他特别法律有规定以外，物权不得由当事人自由创设。民法学说认为这是物尽其用的效益原则、交易安全原则和整理旧物权类型的需要。^②

由于我国民法承认物权的绝对性，奉行物尽其用的效益原则，保护交易安全与便捷原则，加上亦有整理物权类型的必要，因此，自然应该确认物权法定主义，而不是放任主义。尽管我国现行民法尚无明文规定物权法定主义，但民法学者无不赞成这一原则。可以断言，我国物权法确认物权法定主义当不成问题。有疑问的是，应如何界定物权法定主义所言之“法”？怎样认识习惯创设物权？法律行为创设“物权”应如何评价？我国物权的类型体系应如何构建？

① 王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），43页，台北，三民书局，1992。

② 参见王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），36页；Heck, Grundriss des Sachenrechts, S.16.
[日] 原岛重义等：《民法讲义·2·物权》，14~15页，东京，有斐阁，1997。





大陆法系的民法学说认为，物权法定主义所言之“法”，系指立法机关通过的法律，命令不包括在内。“盖因物权有关人之权利义务者甚大，许以命令创设，殊不适宜。”^① 这有其合理性，但尚不全面。在我国物权法上，物权法定主义所言之“法”，应指全国人民代表大会及其常务委员会颁布的法律，而不包括国务院制定的行政法规和发布的决定、命令，不包括国务院各个部委发布的命令、指示和规章，不包括地方人民代表大会及其常务委员会制定的地方法规，不包括地方政府颁布的地方规章。之所以如此界定，理由有三：第一，从我国现行法关于立法权限的划分看，包括民事法律在内的基本法律由全国人民代表大会制定，国务院及其各部委、地方立法机关均无权制定法律，更不必说是基本法律。关于物权的种类和内容的法律规范属于基本法律的组成部分，不能降由行政法规、行政规章、地方法规和地方规章调整。第二，从法律效力的位阶关系上看，上位阶法律规范的效力优先于下位阶法律规范的效力，下位阶法律规范同上位阶法律规范相抵触者无效。上位阶法律规范有明确规定的，下位阶法律规范在内容和形式上都不能超越其规定。国务院制定的行政法规、各部委发布的行政规章、地方人民代表大会及其常务委员会制定的地方法规、地方人民政府发布的地方规章若规定物权的种类和内容，就超出了权限范围，与全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律相抵触，应该无效。第三，从价值判断来看，物权对一般第三人的利益影响极大，法律在设置物权的种类和内容时，必须缜密考虑，衡平各方主体的利益。因受立法者的视野范围、利益牵制、业务水平等因素的影响，相对而言，全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律能够合理衡平各方主体的利益，周到地保护善意第三人的合法权益，而位阶较低的法律规范则易有疏漏。就这点而言，物权的种类和内容也应由法律规定，而不宜由行政法规、行政规章、地方法规和地方规章创设。

既然物权法定主义所言之“法”仅指法律，而不包括行政法规等，既然物权

^① 郑玉波：《民法物权》，16页，台北，三民书局，1988。



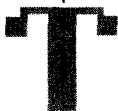


法定主义的目的在于限制物权的种类和内容，那么它也就不包括习惯在内。

但是，若绝对贯彻这种含义的物权法定主义，有时会将实际上普遍存在的但法无明文的物权类型视为非法。这既难以被人们所接受，又不利于社会秩序的稳定。尤其是自建国始直至实行改革开放这一相当长的历史时期内，我国制定的法律非常有限，全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律欠缺典权等规范，但是典权早已被习惯所承认，随之又被最高人民法院的司法解释所认可。在此场合，就不宜再固守物权法定主义所言之“法”非成文法不可的观念。其实，在一定条件下承认习惯创设物权，符合人们的认识规律，符合经济关系法律化的过程。关于这一点，下述观点颇有见地：“物权法定主义过于硬化，难以适应现时社会经济之发展，倘于习惯上能有适宜的公示方法之新物权之生成，自不妨予以承认。同时旧习惯之物权，虽因不合现行法之规定，而被抹煞，但行之自若者，亦非无有，对此种社会事实，若绝对严守物权法定主义而不予承认，则法律将不免与社会脱节，若竟视若无睹，不加可否，则又将貽人以掩耳盗铃之讥。”^①

物权法定主义反对当事人任意创设物权，因而不允许当事人以法律行为创设民法或其他法律所不承认的物权，例如，不允许在他人动产上设定用益物权；不允许当事人以法律行为创设与物权法定内容相异的内容，例如，不允许设定不移转占有的动产质权。但是，民事主体在实际中却有设定“物权”的需要。对此需要，可由债权行为而获得满足。例如，承包经营权由承包合同设置，在我国《民法通则》未将其作为物权加以规范时，按物权法定主义衡量，它虽不生物权效力，却可以产生债的效力，即基于承包合同，承包人有权请求发包人交付承包物，有权占有、使用、收益承包物，以满足自己的需要。还有住房有限产权，基于标准价购房合同而产生。迄今为止，只有部门规章和地方法规及地方规章对此有所规定，全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律尚未对此规范。按照严格的物权法定主义衡量，住房有限产权亦不具有物权的效力，只能有债权的性质。

^① 郑玉波：《民法物权》，16页。

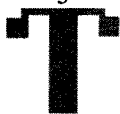




应该看到,这样解决问题具有不圆满性,作权宜之计尚可理解,长久如此则不能尽如人意。因为第一,债权毕竟只有相对性,而无对世的效力,在我国现行法尚未承认第三人侵害债权的背景下,仅承认承包经营权、住房有限产权等为债权,难以有效地抵御第三人的不法侵害。第二,债权仅具有请求力、保持力、执行力、处分权能等,而无支配力。将承包经营权、住房有限产权视为债权,仅仅着眼于发包人与承包人之间、售房人与购房人之间的相对关系,却忽视了承包物交由承包人占有、使用、收益的事实,忽略了住房登记于购房人名下,由购房人占有、使用、收益乃至处分这种主体对标的物的支配关系,即实质上的物权关系。对承包经营权、住房有限产权等所具有的物权之实,法律视而不见或视而不管,违反事理,不能谓之为善法。只有当法律将具有物权之实,却以债权形式表现出来的承包经营权、住房有限产权等,除去债权形式,还其物权的本来面目,使经济关系的本质要求与法律的最佳保护真正统一起来之时,才算较为圆满地解决了问题。我国《民法通则》赋予承包经营权物权效力后,情况大为改观,即为明证。

但应明确:第一,法律行为创设的事实上的“物权”转化为合法有效的物权,其进程应尽量缩短,亦即物权立法应及时进行。住房有限产权至今尚未被全国人民代表大会及其常务委员会通过的法律所规范,购房人的合法权益缺乏强有力的保障。第二,法律行为设定的“物权”在社会上比较普遍化以后,形成习惯时,只要有适当的公示方法,即应承认此类物权。第三,我国法学理论认为,党的政策是立法的指导依据,法律是党的政策的规范化、定型化和法律化。“上一层次的法律规范没有明确规定的,下一层次的法律规范在内容和形式上要符合党和国家的政策,或者要有不与上一层次法律规范相抵触的具体依据。”^①就是说,当法律行为设定的“物权”已被党的政策所肯定时,亦可成为有效的物权。承包经营权就是以法律行为创设之后又被中共中央文件所肯定,在全国范围内倡导,

① 孙琬钟主编:《立法学教程》,59页,北京,中国法制出版社,1990。





在实践中获得保护的。

物权法定，我国法律规定了哪些物权呢？我国《民法通则》规定了所有权、承包经营权、土地使用权、采矿权、其他自然资源使用权、国有企业经营权、抵押权和留置权。我国其他法律和最高人民法院的司法解释规定或认可了宅基地使用权和典权。这种物权体系发挥了重要作用，但也存在着应予改进的地方：其一，物权的种类尚不完整，例如，地役权就尚付阙如。其二，物权配置欠缺严密的衔接和配合，有些类型的物权在适用范围上界限不清。例如，我国《民法通则》和《城市房地产管理法》规定的土地使用权以及《城镇个人建造住宅管理办法》等规定的宅基地使用权如何区分？就难以准确回答。自然资源使用权包括土地使用权和其他自然资源使用权，后者与承包经营权在实践中就有交叉。其三，我国新创的物权，如承包经营权、土地使用权、其他自然资源使用权，其法律效力残缺不全，权利人的权利、义务及其责任均未规定完整。其四，借鉴采用的传统物权，如抵押权、典权，其法律性质与法律效力如何取舍缺乏明确规定。其五，从法律规范目的看，土地使用权基本上属于传统民法中的地上权，可从其语义上分析，它应包括宅基地使用权、土地承包经营权、土地使用权租赁。使用土地使用权这个概念，需要将它同土地承包经营权、宅基地使用权、土地使用权租赁诸概念相区别时，难以简洁地表述。其六，国有企业经营权已不能满足国有企业作为合格的市场主体的全部需要，《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》已用财产权取代了经营权，许多学者解释说，此处之财产权实际上就是法人所有权。笔者赞同法人所有权说。其七，抵押权与质权不分，致使两者在成立要件、法律性质和法律效力的差别方面或多或少地模糊了，人们在表述时也颇费笔墨。

鉴于上述，笔者认为，制定“中华人民共和国物权法”时应重新整理物权类型，并适应社会经济发展的需要建构相对开放的物权体系。据此要求，该物权法应规定如下物权类型：

(1) 所有权。它包括单独所有权和共有权。前者从主体角度着眼，应包括国





家所有权、法人所有权和个人所有权；从限制性角度看应包括住房有限产权，此外还有集专有权、共有权和社员权为一体的建筑物区分所有权。

(2) 地上权。它包括我国现行法规定的土地使用权、宅基地使用权。

(3) 农使用权（承包经营权）。农使用权，亦可沿用我国现行法所称之承包经营权，系指农使用权人（承包人）以耕作、牧畜或经营其他农业商品项目为目的使用、收益集体所有或国有的土地、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面之权。农使用权包括我国现行法上的土地承包经营权和自然资源使用权的一部。对农使用权与地上权主要在目的上加以区别。

(4) 地役权。地役权是指以他人所有或使用的土地供自己土地便利而使用的权利。之所以要增设该物权，是因为我国现行法规定的相邻关系与土地使用权租赁不能尽如人意地满足实际需要。相邻关系“乃法律上当然而生之最小限度的利用之调节，仍未出所有权之范围，而地役权乃超越此最小限度外之一种更宽泛的调节，亦即依当事人之约定，而存于所有权之外一种从属性的物权，对于相邻关系之规定，常具有弥补其不足之功能”^①。土地使用权租赁排斥了土地使用权人对其土地的利用，不如地役权能使双方当事人都可利用土地，就是说土地使用权租赁替代不了地役权。

(5) 典权（内容略）。

(6) 采矿权、水权、渔业权。这三种物权由特别法加以详细规定。其中采矿权是指全民所有制单位、集体所有制单位以及公民个人在法律允许的范围内，对一定的矿产资源享有占有、开采和收益之权。水权是指全民所有制单位、集体所有制单位以及公民个人依法对地面水、地下水占有、使用和收益之权。渔业权是安置渔业权、区划渔业权、专用渔业权的总称。

(7) 抵押权。它包括约定抵押、法定抵押、权利抵押、动产抵押、财团抵押、共同抵押、最高额抵押、证券抵押以及所有人抵押。

^① 郑玉波：《民法物权》，182～183页。

