

汪晓华◎著



物权法分则研究

STUDY ON THE SPECIAL PROVISIONS
OF REAL RIGHT LAW

本专著由安徽一飞律师事务所资助出版

物权法分则研究

汪晓华 著

 合肥工业大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

物权法分则研究/汪晓华著. —合肥:合肥工业大学出版社,2018.3
ISBN 978-7-5650-3854-9

I. ①物… II. ①汪… III. ①物权法—分则—研究—中国 IV. ①D923.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 050705 号

物权法分则研究

汪晓华 著

责任编辑 王钱超

出 版	合肥工业大学出版社	版 次	2018 年 3 月第 1 版
地 址	合肥市屯溪路 193 号	印 次	2018 年 4 月第 1 次印刷
邮 编	230009	开 本	710 毫米×1010 毫米 1/16
电 话	人文编辑部:0551-62903205	印 张	20.5
	市场营销部:0551-62903198	字 数	323 千字
网 址	www.hfutpress.com.cn	印 刷	安徽昶颀包装印务有限责任公司
E-mail	hfutpress@163.com	发 行	全国新华书店

ISBN 978-7-5650-3854-9

定价:49.00 元

如果有影响阅读的印装质量问题,请与出版社市场营销部联系调换。

序

2017年,《中华人民共和国民法总则》的出台,开启了我国民法典编纂的第一步。按照立法计划,下一步将编纂民法典各分编,并拟于2018年整体提请全国人大常委会审议,经全国人大常委会分阶段审议后,争取于2020年将民法典各分编一并提请全国人民代表大会会议审议通过,完成民法典的编纂。

从目前的安排来看,民法典分则主要是物权编、合同编、侵权责任编、亲属编和继承编。在分则各编中,物权编是重点和难点领域之一,《物权法》颁行前沸沸扬扬的争议已足可说明物权立法对中国社会的基础意义和重要价值。《物权法》遗留了诸多立法难题(如农村土地权利、建设用地使用权续期等)和规范瑕疵,在民法典物权编制定时,已没有拖延的余地;《物权法》至今已施行十一年,其间中国社会和经济领域的诸多变化,也亟须立法者积极呼应。立法者势必面临两大艰巨任务:一是如何研判中国的现实,理性分析社会、经济和文化诸领域对物权制度的影响,权衡多元化主体的利益诉求,体现物权法作为本土法和固有法的特征。二是如何将物权规则体系化,这又包括两个层面:一是物权编本身的内在体系,它要求立法者回答物权编以哪些理念和基本价值为出发点,并如何处理价值冲突;二是物权编的外在体系、物权编和民法典其他各编的外在体系,它要求立法者遵循体系效应的要求编排条文,使物权编的规则和其他各编的规则层次分明、结构工整、逻辑一致。物权编的立法难度可见一斑。

汪晓华教授长期精研覃思、磨砢淬砺,在物权法领域多有所得。沉潜多年后,《物权法分则研究》大功告成。它既有强烈的现实关怀和问题意识,以中国物权制度运行实践观察和思考为基础,又参酌学界近十年来对

物权制度研究的理论成果，对所有权、共有、建筑物区分所有权、相邻关系、土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权、地役权、抵押权、留置权、质权等法律制度都有研究。本书无论是观点还是材料，都具有一定的创新性。我相信这些研究，对推动我国当下民法典物权编立法具有重大的参考价值和指导意义。看到作者能够对我国物权法分则诸法律制度作出如此系统深入的研究，并成书问世，深感欣慰。

是为序。



中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师

中国民法学研究会副秘书长

第八届全国十大杰出青年法学家

二〇一八年四月九日于北京

目 录

序	谢鸿飞 (001)
第一章 所有权	(001)
第一节 所有权概述	(001)
第二节 所有权的取得方式	(012)
第三节 所有权的保护	(023)
第四节 共有	(026)
第二章 建筑物区分所有权	(049)
第一节 建筑物区分所有权概述	(049)
第二节 建筑物区分所有权的法律关系	(056)
第三节 建筑物区分所有权的具体内容	(060)
第三章 相邻关系	(084)
第一节 相邻关系概述	(084)
第二节 相邻关系与地役权的适用区分	(089)
第三节 关于相邻关系中补偿金条款的性质	(091)
第四节 对我国《物权法》关于相邻关系规定的分析	(093)
第五节 各国民法上的相邻关系制度分析	(095)
第六节 我国《物权法》对相邻关系制度规定的不足及其完善	(099)
第四章 用益物权一般原理	(116)
第一节 用益物权的概念	(116)

第二节	用益物权的特征与功能	(117)
第三节	我国的用益物权体系	(120)
第五章	建设用地使用权	(128)
第一节	建设用地使用权制度的设立	(128)
第二节	建设用地使用权的设立和变动	(131)
第三节	建设用地使用权的终止	(141)
第四节	建设用地使用权的效力	(143)
第五节	与建设用地使用权相关的其他几个问题	(145)
第六章	宅基地使用权	(159)
第一节	宅基地使用权的概念	(159)
第二节	我国宅基地使用权的历史发展	(161)
第三节	宅基地使用权与建设用地使用权的区别	(162)
第四节	宅基地使用权的取得	(164)
第五节	宅基地使用权的内容	(165)
第六节	关于宅基地使用权流转的探讨	(167)
第七节	宅基地使用权的消灭	(169)
第七章	土地承包经营权	(175)
第一节	土地承包经营权的概念	(175)
第二节	土地承包经营权的特征	(177)
第三节	土地承包经营权物权化的意义	(181)
第四节	土地承包经营权人的权利	(185)
第五节	土地承包经营权人的义务	(189)
第六节	土地承包经营权的消灭	(190)
第八章	地役权	(197)
第一节	地役权概述	(197)
第二节	地役权的种类	(201)
第三节	地役权的变动	(202)

第四节 地役权的效力	(206)
第五节 地役权的现代化	(209)
第九章 担保物权一般原理	(216)
第一节 担保物权的概念	(216)
第二节 担保物权的法律特征	(216)
第三节 担保物权的功能与作用	(221)
第四节 担保物权的种类	(222)
第十章 抵押权	(231)
第一节 一般抵押权	(231)
第二节 最高额抵押权	(243)
第十一章 质权	(260)
第一节 质权概述	(260)
第二节 动产质权和权利质权	(261)
第十二章 留置权	(281)
第一节 留置权的概念	(281)
第二节 留置权的法律特征	(282)
第三节 留置权的成立条件	(283)
第四节 留置权的效力	(285)
第五节 留置权的实现方式	(285)
第六节 留置权人的法律权利	(286)
第七节 留置权的取得	(287)
第八节 留置权的消灭	(289)
第九节 留置权的实现方式	(290)
参考文献	(312)
后 记	(318)

第一章 所有权

第一节 所有权概述

一、关于所有权概念的历史发展

所有权观念的产生与发展经历了漫长复杂的演进过程。对于所有权的概念该如何精确地表述尚无统一的定论。在传统民法中，所有权的定义主要有两种方式：抽象概括式与具体列举式。

所有权的历史渊源可以追溯至古罗马法时代。抽象概括式则始于罗马法。罗马法最早将所有权称为“dominium”，意味所有人对物的“统治”“控制”。至帝国后期，所有权又被改为“proprietas”，与“ususfructus”即用益权一起使用。罗马法文献注释家们将所有权概括为：从积极的方面对其所有的物行使各种行为的权利，比如使用、收益、处分等；从消极的方面，排除他人对其物为任何行为的权利。注释法学家们对所有权的定义有：“所有权是以所有人的资格支配自己的物的权利”，或者“所有权是所有人除了受自身实力和法律限制外，就其标的物可以为他任何想为的行为的能力”。从注释法学家们对所有权所作的定义中可以看出，所有权具有绝对性、排他性和永久性三个特征。从其中也可以看到，罗马法对所有权的定义是抽象概括的法技术，民法史上将这种定义方法称为“抽象概括式”。13世纪意大利注释法学家认为，所有权是“除法律禁止外，（权利人）可以对有体物享有不受限制的处分的权利”。德国因其大量继承了罗马法，所以其对所有权的定义也采取抽象概括式。《德国民法典》对所有

权的定义为：“（所有权的权限）在不违反法律和第三人利益范围内，物的所有人可以随意处分其物，并排除他人的任意干涉。”

尔后，随着经济的发展、资本主义制度的建立与发展，抽象概括的定义所有权已经不能适应社会的发展，同为大陆法系的法国法系国家通过列举所有权的各项具体权能来揭示所有权的本质。这种方法被称为具体列举式。以1804年的《法国民法典》为代表，“所有权是对于所有物有绝对无限地使用、收益和处分的权利”。《日本民法典》第206条规定：“所有权是所有人法律限制范围内，有自由使用、收益和处分所有物的权利。”此后，具体列举式曾一度成为民法理论上的通说。

但是具体列举式也存在弊端，主要有以下几个方面：（1）混淆了所有权本身与所有权的作用的界限。占有、使用、收益、处分是所有权的作用的体现，并不是所有权本身，所有权也并非这些权能的总和，将所有权与所有权的作用等同来看显然是不恰当的。（2）按照具体列举主义，所有权的成立要素为占有、使用、收益和处分，如果欠缺其中任何一项都不构成所有权，所有人也不能成为所有人。然而在现实生活中，占有、使用、收益往往并非都是同一个人，四项权能常常可能是分离的，在此情况下，所有人并没有丧失其所有权。具体列举主义无法解释实践中产生的这一现象，然而用概括主义则可以解释此种现象。

概括主义认为所有权绝对不是占有、使用、收益、处分等诸多权能的简单相加，这些权能只是所有权的体现，是所有权所产生的效果，所有权是一种一般的支配权。物权是支配权，而所有权是物权中的完全物权，也是唯一的完全物权，因此所有权是一种一般的支配权，是法律为保护所有人对其特定财产的利益而赋予所有人的特定的法律上之力。所有人不仅可以享受特定物的利益，同时也享有直接支配标的物的排他性权利。现今，这种给所有权定义的方式已成为有力之说。我国立法对所有权的定义也采用了这种方法。

二、我国民法中所有权的概念

《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）第七十一条规定：“财产所有权是指所有人依法对自己的财产享有占有、使用、收益和处分的权利。”《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）第三十

九条规定：“所有权人对自己的不动产或者动产，依法享有占有、使用、收益和处分的权利。”由此可得出我国立法对所有权的定义为：所有权是指所有人在法律规定的范围内，对自己所有的物享有占有、使用、收益和处分的权利。这两条关于所有权的立法，概括但没有尽述所有权的基本内容，只是做了一个概括的规定，指出了所有权的基本内容。我国立法上的所有权并非这四项权能的简单相加的总和，只是指出了所有权作为一个整体的权能包含了这四项权能而已。

三、关于所有权观念及制度的历史变迁

马克思说过，经济基础决定上层建筑，每个历史时代的所有权观念及制度都反映了这个历史时代的经济基础，与其所处的社会背景深深地融合。在不同的历史时代所有权以各种不同的方式发展。大体分为古代、近代和当代三个发展阶段。

（一）古代所有权观念与制度

在这一时期有两种具有代表性的所有权观念与制度，即罗马法与日耳曼法中的所有权观念与制度。

1. 罗马法所有权观念与制度

古罗马法时代，因为实行自然经济，生产规模相对较小，所有权制度以家庭为单位。随着经济的发展，在以家长为中心的个人主义原理上的全面的整体的所有权制度也随之建立。其特征为：

（1）完全性。罗马法的所有权是一种完全的物权权利，所有人对标的物可以自由地占有、使用和处分。

（2）一般的抽象性的支配权利。这反映在所有权的内容上是恒定的，不因时间、地点的改变而改变。所有人都可以在标的物上设立他物权，一旦他物权消灭，所有权便回复到圆满状态。

（3）所有权的分割为量的分割，也即所有权分割前后性质是相同的，只是范围不同。

（4）个人主义色彩浓厚。罗马法的所有权是所有人对物的全面的支配权。

罗马法所确立的这种绝对的、自由的、独立的所有权观念与制度与当时罗马法时代的简单商品经济相适应，是由当时的经济制度决定的。

2. 日耳曼法所有权观念与制度

日耳曼法扎根于欧洲封建土地所有制和团体耕作的经济基础上，与罗马法所有权观念与制度有显著的区别。与罗马法相反，日耳曼法中没有绝对的、自由的所有权，而是以事实关系为基础，对物所为的各种利用都认为是权利，关于所有权的概念也因动产和不动产而异。动产的所有权是绝对的，具有排他性，而不动产的所有权是分割的。比如：地主对土地享有的所有权称为“上级所有权”，内容为对土地的管理和处分；耕作人对土地享有的权利称为“下级所有权”，内容主要为使用和收益。日耳曼法所有权观念与制度的特征为以下几点：

(1) 封建身份关系浸透于物权的各个方面。土地所有权的内容不仅包括财产权，还有身份权以及地主对农奴的支配权。

(2) 以具体的事实关系为基础，因对财产利用的不同形态而承认各种权利。比如地主对土地享有的“上级所有权”与农奴对土地享有的“下级所有权”的并存。

(3) 不区分所有权与他物权。各种权利都具有同样的效力，只是权利的内容不同。

(4) 没有区分占有与本权。对占有的保护即是对本权的保护。

(5) 多数人就同一标的物可以有不同内容的物权。是对所有权的质的分割，把所有权的使用、收益、处分等权能分别由不同的人享有。分割的所有权与不分割的所有权性质完全不同。

(6) 具有浓厚的身份关系色彩，且具有公法的性质。

(二) 近代所有权观念与制度

近代由于资本主义的发展和市场经济的繁荣，所有权绝对被资产阶级奉为近代民法的基本原则之一。此时的所有权具有浓厚的个人主义色彩，主张私人所有人对标的物可以自由地使用、收益和处分，所有权具有绝对性和无限制性。这种过分强调个人利益的所有权观念忽视了社会整体利益，阻碍了社会化大规模经济的发展，同时还造成了私人权利滥用损害他人和社会的弊端。到了19世纪末，社会性的所有权思想出现，所有权不仅是为了私人的利益，而且也适应了社会的利益。社会所有权强调的私人所有权必须与社会利益相协调。所有人可以自由地随心所欲地处分其财产，但必须接受法律的限制。这种社会所有权的观点在欧洲国家的立法上得到

了普遍的赞同。所有权社会化的主要表现为以下三点：

- (1) 国家在必要的时候可以依法征收或征用私人所有的财产；
- (2) 所有权既包含了权利，同时也有义务，所有权的义务为所有权的行使不得损害社会公共利益；
- (3) 所有权的行使不得以损害他人的利益为目的，否则应当承担相应的法律后果。

从上述可以看出，个人主义的所有权对于社会公共利益不利，但过分强调社会的所有权也有弊端，比如限制了个人自由以及使个人财产处于不安全的状况，于是出现了个人和社会调和的所有权学说。这种所有权学说认为，个人行使所有权时应当顾及社会公益，不得有损害社会公益和他人的行为，法律也应当给予个人行使所有权适当的自由，使人的主观能动性得到充分的发挥，可以最大限度地对标的物加以使用，这样也有助于社会的整体发展。个人和社会协调的所有权学说已成为当今时代主要的所有权学说。

（三）当代所有权观念与制度的新发展

1. 所有权客体的变化

权利关系与客体相结合成为单一的物权客体，即将权利和物的结合作为物权的客体。比如将不动产和不动产上的权利作为一个单一的物权客体。这种物权结合的所有权客体也可以作为交易的对象。其次还有所有权的客体证券化。这是由于经济的发展，为了方便人们对自己所有的财产的使用，最大限度地利用自己的所有物，以取得更大的收益效果，将无记名的有偿证券视为动产所有权的客体，谁占有无记名有偿证券，法律便推定占有人为该无记名有偿证券的所有人。这一变化极大地促进了市场经济的发展。

2. 所有权主体的变化

随着市场经济的发展，除了个人，现代民法承认家庭、合伙、公司可以作为所有权的主体。

3. 所有权权能的分离

随着市场经济的发展，人们为了追求获得更多的利益，最大限度地利用自己的财产，所有权权能分离的现象越来越普遍。所有人可以在自己的物上设立各种限定物权，当限定物权消灭，所有权回复至圆满状态。比如，为适应现代化大生产的需要而出现的股份有限公司，通过发行股票获

得资本，而股东拥有所有权，但未必拥有公司的经营权，这就是所有权与经营权的分离。

四、所有权的基本内容

所有权的基本内容可以分为积极权能和消极权能。

（一）积极权能

（1）占有：是所有人对其所有的物实际上的统领和支配。占有是拥有一个物的前提，是所有人直接行使所有权的表现。所有人的占有受法律的保护，排除一切非法侵犯。对于动产，法律推定占有人即为所有人，除非有相反证据证明。占有是所有权的一项独立权能，可以与所有权分离，非所有人的合法占有受法律保护。

（2）使用：是所有人在不毁损或改变其物的性质的前提下，按照通常的使用方法，对其所有的物加以利用的行为。使用权能以占有为基础，旨在实现物的使用价值。但在一些场合，占有人并非有使用权，比如质权和留置权。

（3）收益：是所有人有权收取其所有物所产生的天然孳息和法定孳息。

（4）处分：所有人对其所有物的处分既包括事实上的处分也包括法律上的处分。所谓事实上的处分是指改变物的物理属性的行为，比如对物进行改造或者毁损。法律上的处分是指针对物上的权利实施一系列的民事行为，比如在其物上设置他物权（租赁、抵押等）。处分是所有权内容的核心。《物权法》第四十条规定：“所有权人有权在自己的不动产或者动产上设立用益物权和担保物权。用益物权人、担保物权人行使权利，不得损害所有权人的权益。”由此可见，在物权法中，所有权处于最高效力，所有权人享有对物的全面支配，即使在其物上设立了他物权，他物权人也不能损害所有权人的权益，给所有权人造成损害的要承担赔偿责任。这体现了所有权的全面支配性。质权和留置权，这两项以占有他人之物为基础的担保物权中，质权人和留置权人的义务都包含了妥善保管质物、留置物，因过错导致质物、留置物毁损灭失的应当承担赔偿责任。不得擅自使用处分质物、留置物。这些都是对所有权人权益的保护。所有权人在自己的所有物上设置他物权是所有权人行使其所有权的具体表现，这是对其所有物进

行的法律上的处分。

（二）消极权能

以上基本内容是所有人自己为或不为某种行为的权利，又被称为所有权的积极权能。所有权作为一项完全物权，还是一种对世权、绝对权，具有排他性。所有权的消极权能即为在法律限制的范围内排除他人对其所有物的不正当的干涉。

五、所有权的特点

（一）全面性

这是区别用益物权和担保物权的标志。用益物权是对物的使用价值的支配，担保物权是对物的交换价值的支配，所有权是对物全面的概括的占有、使用、收益和处分，所有人可以对物的使用价值和交换价值进行全面的支配。所有权是其他定限物权的基础，定限物权是所有权的派生。

（二）整体性

如前所述，所有权不是占有、使用、收益和处分四项权能的简单相加的总和，而是对标的物的统一的概括的全面的支配，所有权是一个整体的权利。在所有权上设立的他物权是一个新的独立的物权，并不是将所有权的一部分让与出去，即使标的物的占有、使用、收益等权能归他人享有，所有人的所有权也不受影响。

（三）弹力性

所有权作为一个整体性的权利，权利内容可以自由伸缩。当所有权上存在定限物权时，所有权会受到限制；当定限物权消灭，所有权归于圆满状态，所有人得以全面支配所有物。

（四）永久性

所有权的存续没有期限限制，除非所有物灭失。不得预定所有权的存续期限，否则无效。这也是所有权与他物权的区别，他物权以所有权为基础，一般有期限限制。

（五）观念性

所有权的观念性是指所有权不以对物的实际支配为必要，即所有人即使不直接支配标的物，其所有权性质也不受影响。这是由于当今社会经济的飞速发展，为了使所有人能够最大限度地利用所有物取得更多的收益，

所有权的内容被分化,物的使用价值归用益物权人,物的交换价值归担保物权人。所有人放弃对物的现实的支配,转而收取对价或获取金钱融资的价值利益的现象,被称为所有权的观念性或所有权的价值化。

六、所有权的种类

我国《物权法》以所有权的主体为标准,将所有权划分为国家所有权、集体所有权和私人所有权。

(一) 国家所有权

我国是社会主义国家,我国的基本经济制度是以公有制为主体多种所有制经济共同发展,我国的经济制度以生产资料公有制为基础。所有权是所有制在法律上的反映,《物权法》也对国家所有权做了较多的规定。《物权法》第四十一条明确规定,国家专有的财产不能通过任何流通手段转移所有权,任何单位和个人都不能取得所有权。这说明了国家所有权的主体具有唯一性。国家所有权的主体并不是占有国有财产的国家机关、事业单位或其他组织个人,他们只是使用人、管理人或占有人,国家所有权的权利主体是代表全体人民意志和利益的国家。因此,国家所有的性质为全民所有。

1. 国有财产的范围

《物权法》第四十六条至第五十二条规定了国有财产的范围,据此国家所有权的客体为:(1) 矿藏、水流、海域。(2) 属于国家所有的自然资源:森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源,但依法律规定属于集体所有的除外。(3) 法律规定属于国家所有的野生动植物资源。并非所有的动植物都归国家所有,要依照法律的规定,比如珍贵、濒危的动植物,有重要经济、科研价值的动植物,经法律规定属于国家所有。(4) 国家所有的土地:城市市区的土地;农村和城市郊区已经被依法没收、征收、征购为国有的土地;依法不属于集体所有的林地、草地、荒地、滩涂及其他土地;农村集体经济组织全部成员转为城镇居民,原属于该农村集体组织的土地;因国家组织移民、自然灾害等原因,农民集体迁移后不再使用的原属于迁移农民集体所有的土地。(6) 无线电频谱。(7) 法律规定属于国家所有的文物。(8) 国防资产归国家所有,铁路、公路、电力设施、电信设施、油气管道等基础设施依法律规定为国家所有。

从国家所有权的客体中可以看出,任何具有广泛性的财产都可以成为国家所有权的客体,但不一定能够成为集体组织财产所有权和私人所有权的客体。从表面上看,国家所有权是国家的意志在立法中的体现,是由国家自身决定的。然而,实际上,国家所有权的取得和行使必须符合法律的规定。

物权法是民法,民法的职能是调整平等主体间的民事法律关系,平等是民法的重要理念。作为物权主体的国家、集体和个人,对他们的所有权应当给予平等的保护,保障市场主体平等的法律地位也是市场经济的基本法则,好的立法就是要适应经济的发展。《中华人民共和国宪法》明确规定:“公民的合法的私有财产不受侵犯。”我国的所有权制度采取个人利益和社会公益相调和的所有权思想。对于征收和征用的规定应当严格依照法律,按照法律规定的程序征收征用,并依法给予补偿。关于征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产的问题,《物权法》第四十二条第二款、第三款分别做出了规定:“征收集体所有的土地,应当依法足额支付土地补偿费、安置补助费、地上附着物和青苗的补偿费等费用,安排被征地农民的社会保障费用,保障被征地农民的生活,维护被征地农民的合法权益。征收单位、个人的房屋及其他不动产,应当依法给予拆迁补偿,维护被征收人的合法权益;征收个人住宅的,还应当保障被征收人的居住条件。”由第四十二条可以看出,征收是国家以行政权取得集体、单位和个人所有权的行为。征收的目的必须是公共利益的需要,征收要以法律为依据,依法律规定的权限和程序进行。征收是国家以公权力为手段而采取的一种行为,必须给被征收人公平的补偿。考虑到各地的发展不平衡,具体的补偿标准和方法由土地管理法等有关法律依照物权法规定的补偿原则和补偿内容,根据不同情况作出规定。

2. 国家所有权的行使

国家所有权的行使是指国家对国家所有权的占有、使用、收益和处分权能的行使。《物权法》第五十三条及第五十四条规定,国家机关对其直接支配的不动产和动产,享有占有、使用以及依照法律和国务院的有关规定处分的权利。国家举办的事业单位对其直接支配的动产和不动产,享有占有、使用以及依照法律和国务院的有关规定收益、处分的权利。《物权法》第五十五条对国家出资的企业做出了规定,国家出资的企业,有国务