

二十一世纪法学学术文丛

物权二元结构论

——中国物权制度的理论重构

孟勤国 著



THE DUALISTIC FRAMEWORK
OF REAL RIGHT

人民法院出版社
The People's Court Press

二十一世纪法学学术文丛

物权二元结构论

——中国物权制度的理论重构

孟勤国 著

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

物权二元结构论: 中国物权制度的理论重构 / 孟勤国著. —北京:
人民法院出版社, 2001.10
ISBN 7-80161-211-6

I. 物… II. 孟… III. 物权法 - 研究 - 中国 IV. D923.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 074122 号

物权二元结构论

——中国物权制度的理论重构

孟勤国 著

责任编辑 张晓秦 林志农
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京东交民巷 27 号(100745)
电 话 65222213 (责任编辑) 65136848 (出版部)
65120825 65222201 65286879 (发行部)
E - mail courtpress @ sohu. com
印 刷 北京人卫印刷厂
经 销 新华书店
开 本 890 × 1240 毫米 A5 开本
字 数 240 千字
印 张 8.375
版 次 2002 年 1 月第 1 版 2002 年 1 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-80161-211-6/D · 211
定 价 16.80 元(平) 23.80 元(精)

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

作者简介



孟勤国：男，1957年生，浙江绍兴市人，法学博士。武汉大学法学院教授、博士生导师，广西大学法学院院长，中国法学会理事，中国民法、经济法学会常务理事，广西法学会副会长。1982年从西南政法学院毕业后师从戴镔隆先生（硕士），余能斌先生（博士）。著有《经济体制改革时期的民事立法》（《中国社会科学》）、《占有概念的历史发展与中国占有制度》（《中国社会科学》）等论文、论著70余篇（部），先后获省（部）级优秀科研成果一等奖两项、二等奖两项、三等奖三项，省部级教学成果一等奖一项。1992年获国务院政府特殊津贴，是广西高校首届跨世纪人才、广西“十百千人才工程”第二层次人选、广西优秀教师、广西优秀专家、广西先进工作者。1998年被授予全国优秀教师称号。

内容简介

中国应制定什么样的物权法？是搞一个大陆法系物权制度的中国版本，还是力求创新与突破？本书对此作了明确回答。

作者首先分析了大陆法系物权理论及体系的缺陷，指出传统理论独尊所有权，轻视财产利用权的做法已远远落后于当代的经济、法律实践，不能以之作为制定中国物权法的理论。随后，作者围绕重构中国物权制度这一中心，针对传统物权理论的一元结构，提出了以所有权表述财产归属、以占有权表述财产利用的二元物权理论，对物权的基本问题，包括物权的客体、物权的基本理念、物权的性质与效力、物权的设立与原则、物权的移转与公示、物权的分类与登记和物权的保护，都进行了探析，根本改变并重新建立了物权制度的理论基础。以二元物权理论为指导，作者重新认识了所有权制度中的有关问题，对所有权的概念、性质、内容，以及共有权和相邻义务等进行了具体的探讨，并根据中国国情，对国家所有权和集体所有权作了规定；创立了占有权，建立了统一的财产利用制度体系，使财产利用制度获得了与财产归属制度平等的地位，中国社会两大财产利用权利即土地承包经营权和国有企业法定经营权在占有权中得到了充分的重视和论述。

全书共五章，从证明传统物权理论不适用于中国，提出二元物权理论，到构建二元物权体系，力求基本完成为中国找寻一条新的、现实的、科学的物权理论之路的命题。

序

法学研究是面向实践的，中国的法学研究应以满足中国实践需求为己任。要解决中国的具体问题，不但要有不畏艰险敢于直面重大现实困难的胆识和勇气，还要有独立思考、不落窠臼、穷求真谛的精神和魄力。

本书作者是我的学生，寒窗下选定物权为毕生的研究方向，十余年来钻研中国物权问题，集长年研究积淀与见解于是书，卓然而成一家之言。综览全书，特点有四：

其一，跟进物权发展潮流，紧扣中国物权实际。当代社会，财产利用价值剧增，传统物权理论过分重归属轻利用的立场渐进更张。本书在传统理论仍一统天下之时，主张物权领域的财产利用应与财产归属平起平坐，对物权的走向见识独到。经纶之学，要义在于为国为民解忧。国有企业财产权与农村土地权利，可以说是中国物权面临的两大难题，改革二十年来未获妥善解决，作者围绕这两大难题举例说明、构想出路，不下数十处，济世之心诚然可鉴。

其二，反思传统理论诸弊，创新物权理论体系。书中不但检讨传统物权理论轻视财产利用的自物权、他物权体系，且发现和指出了作为这一体系理论的权能分离学说存在的逻辑错误，对传统理论撼动亦深。随之又创立了自己的物权理论，在理顺物权基本问题的起点上，分别以所有权和占有权构筑财产归属与财产利用的二元结构体系。破旧立新固显其气魄，难得处还在于其理性地扬弃：破旧而不弃旧、立新而不标新，斟酌取舍皆以中国实际需要为基准。在构建物权二元结构理论中，凡以传统物权理论解决中国物权问题无不妥者，则留之，如占有概念、物权设立、所有权体系仍大致保持传统原貌；凡不合于时者，如物之定义、物

权理念、占有权体系，则改之。

其三，体察国情民情，追求简明可行。中国是一个刚走向市场经济的社会主义国家，传统与现代的诸多因素既相互交融又相互冲突，自然有各种异于西方发达国家的特殊情况。因此，同是国有企业财产权和农村土地权利，在适用传统物权理论的西方国家和今天的中国就有许多明显不同。本书密切关注中国现实，其设想皆谋于国情民情而后定。除考虑到中国处于社会主义初级阶段的若干特点外，作者还特别重视诸如民众文化素质、思维的习惯方式等情况，在创建如物权性质与效力之类理论和规则时崇尚简单明了，有较强的可操作性。

其四，治学态度严谨，说理论证缜密。在以学术丰产为荣的今天，肯耗费十几年心血写一本书的人不多。本书乃作者殚精竭虑之作，其中不论砭弊，抑或立说，颇有真知灼见，论证阐幽发微，逻辑严密，以理服人。

本书系物权领域的全方位创新之作，其理论意义自不待言。其求真务实、勇于创新的精神愈发难能可贵。然若能对某些具体问题更深入展开，其理论与实践价值将会更显完满。

学术创作不会曲高和寡，真正的学术作品定有永恒的魅力。我以为本书是一部真正的学术著作，故荐之于读者。

是为序。

余能斌

2001年8月于武汉珞珈山

目 录

第一章 走出传统物权理论	(1)
一、传统的意义与特色	(1)
二、古老的拜所有权教	(7)
三、离奇的权能分离说	(14)
四、跛足的他物权制度	(21)
五、物权的发展与创新	(28)
第二章 重构中国物权制度	(35)
一、物与物权的逻辑起点	(35)
二、平等独立的物权理念	(50)
三、所有占有的二元结构	(61)
四、财产利用的权利表述	(69)
第三章 研判物权基本问题	(80)
一、物权性质与效力	(80)
二、物权设立与原则	(93)
三、物权移转与公示	(107)
四、物权客体与登记	(119)
五、物权保护与方法	(130)
第四章 琢磨财产归属制度	(141)
一、所有权定义	(141)
二、共有权关系	(152)
三、相邻人关系	(167)
四、所有权类别	(182)
第五章 打造财产利用制度	(197)
一、占有权基本原理	(197)
二、占有权与担保权	(216)

2 物权二元结构论——中国物权制度的理论重构

三、土地承包经营权	(227)
四、国有企业经营权	(243)
主要参考书目	(255)
后记	(258)

第一章 走出传统物权理论

一、传统的意义与特色

无论是谁，只要关注中国的财产法律制度，都得面对传统物权理论。这里没有选择的自由。作为一种公理，传统物权理论在当代中国的物权领域一统天下，法官律师由此启蒙，学者教授据此立说。传统物权理论，从来没有确切的定义，但我们知道，这是指几十本教材和著作众口一词的有关财产的所有与占有的论述，是指中国现行物权制度中被称为法理的那部分内容——通常从物权的一般原理开始，进而分章解释所有权、他物权和占有。其主要原理有：物权是物权人支配一定的物并排除他人干涉的权利，具有物上请求权、优先权及追及权；物权分为自物权和他物权，后者又分为用益物权和担保物权；物权必须法定，一物只有一权，物权变动以公示为必要程序；所有权是最完整最充分的物权，有占有、使用、收益、处分等权能，其中一项或数项权能暂时分离出去形成他物权；他物权是非所有人在他人所有物上的一种有限的物权等等。

依照目前的情况，传统物权理论将是中国物权法的立法基础。1995年，中国最高法学刊物——《法学研究》发表了一份由中国最权威的法学研究部门——中国社会科学院法学研究所——课题组的研究报告。这份名为《制定中国物权法的基本思路》^①的报告，没有特别申明其理论基础，但从其开宗明义，将

^① 载《法学研究》1995年第3期。

物权法定位于规范财产归属关系的法律和将物权分为完全物权（所有权）、限制物权（他物权）以及其篇章结构的安排，我们清晰地看到了研究报告与传统物权理论一脉相承的血缘关系。五年过去了，一部又一部的中国物权法研究的书摆到了人们的桌前，这些累累成果无一例外地以颂扬和阐述传统物权理论为己任，在研究报告所开辟的田园上耕耘不息。传统物权理论由此越来越散发出神圣的光环。

然而，传统物权理论尽管十分显赫，却没有与之匹配的博大精深，其以一种极其自信的方式解释了是什么，包括物权的概念、特征、效力、保护等等，却很少解释为什么，甚至回避中国社会大大小小的财产实务问题。人们可以读到法国、德国如何，日本、中国台湾地区又如何，却无法找到动产不动产分类为何在不同国家和地区有不同的实践，中国应该如何选择；无法找到国有企业的经营权和农村土地承包经营权究竟应处于何种位置，怎样解决现实的利益冲突；无法找到中国有关埋藏物、遗失物的规定的缺陷所在，应如何修改才能公平合理。几乎所有的物权法著作都对纯属立法设计的建筑物区分所有权津津乐道，却很少有人想到土地使用权期限届满后商品房所有权的归属之类的问题。

这些还是表面的和细节的，要真正认识传统物权理论并作出较为公允的评价，必须从传统物权理论的价值取向、基本准则和功能体系上进行分析，以便最终知道传统物权理论是一种什么样的理论，对中国的物权制度有什么样的价值和作用。将一块砖头研究得如何彻底也无法了解整个大厦。我们首先需要在宏观上把握：

1. 解决财产归属问题，是传统物权理论的起点、宗旨和主要任务。传统物权理论，历来有一个经典性的表述：物权法调整财产归属关系，债权法调整财产流转关系。《制定中国物权法的基本思路》正是基于这一传统的调整范围才明确提出物权法调整财产归属关系。财产归属，是财产归谁所有或谁是财产主人的问题，当确定一定的财产归属于某一团体或个人所有时，在法律上

表述为所有和所有权。因此，财产归属关系就是所有权关系。传统物权理论几乎就是所有权理论：首先，物权一般原理以所有权为原型。对照 20 世纪 80 年代的《民法原理》的所有权原理和今天任何一本物权法著作中的物权原理，可以看出，两者高度一致，几乎没有实质性的差异，在这里，所有权和物权在名称上可以互换，如物权具有对世性、绝对性、排他性，在传统物权理论中够格的只有所有权，尽管他物权和占有在物权法教材和著作中所占的篇幅越来越多，但至今没有抽象出可进入物权一般原理的规则。同时，所有权中心的理念贯穿了物权原理的始终。他物权被确认为所有权权能分离形成的定限物权，占有被用于推定所有权的存在和确认所有权的取得，所有权是最完整、最充分、最绝对的支配权。一切都必须服从这一主题，不妨碍、不影响所有权的实现，连物权法定主义，也不只是保护第三人的利益和维护社会秩序的问题，其更重要的意义在于规范其他物权的种类。因此，钱明星先生旗帜鲜明地指出：“物权是所有制的法律形态”^①。陈华彬先生或许感到将物权与财产归属和所有权划等号不很妥当，机智地提出物权法调整财产占有关系，占有关系包括了财产归属关系和财产利用关系，但他同样认为所有权“构成物权法的核心内容”^②。由此可见，传统物权理论对人们的物权观念有何等强大的渗透力。传统物权理论对所有权的投入和对他物权的随意反差鲜明，而且传统物权理论并不否认或掩饰自己对所有权的信仰和崇拜，在传统物权理论看来，这是一件理所当然的事情。

2. 所有权权能分离论是传统物权理论的支柱。《民法原理》指出：所有权具有占有、使用和处分权能，三项权能中的一项、二项甚至三项都可以暂时与所有人分离而不丧失所有权，恰恰相

① 钱明星：《物权法原理》，北京大学出版社 1994 年版，第 16 页。

② 陈华彬：《物权法原理》，国家行政学院出版社 1998 年版，第 27 页。

反,所有权暂时分离出去正是所有人行使所有权的一种形式^①。9年后的《物权法原理》重复了这一原理,并明确指出:“在物权法律关系中,……权能与所有权发生分离形成他物权……在债权法律关系中,权能与所有权发生分离形成债权”^②。另一本《物权法原理》更发挥为“因对所有权之权能加以分离,于是产生了用益物权与担保物权制度”^③。上述原理可以命名为所有权权能分离论^④。权能分离论在传统物权理论中的地位一向不太显眼,总是在论述所有权内容时才被顺便提及,从来与一般物权原理无缘。这应该是一个天大的委屈,事实上,在传统物权理论中,没有什么原理能比权能分离论更为重要。对物权现象和事实作出自圆其说的解释,是物权理论立足于世的基本条件。传统物权理论虽钟情于财产归属,但面对着实际生活中广泛存在的因财产利用主要是非所有人对所有财产占有、使用、收益甚至处分而发生的事实,不能不作出相应的回答。他物权是其试图解释这类现象的选择结果。然而,承认非所有人在所有人财产上享有他物权,隐含着与传统物权理论的基本宗旨和目的的冲突。他物权的存在不可避免,但如果因此损害所有权的利益,为传统物权理论所不能接受,惟一的出路只能是将他物权约束在所有权的意志与利益之下,使他物权成为所有权的一种特殊的实现方式,而要做到这一点,就必须将他物权定位于所有权的依附,于是就有了所有权权能分离论。这一理论利用所有权与他物权都具有占有、使用等对物的具体支配形式,顺势将他物权解释为所有权权能的分离和转化,确定了他物权的渊源、性质和地位。他物权源于所有权,自然应该服从所有权的意志,他物权通常是有期限的,最终要回复为所有权,依然在所有权的范畴当中。这样,既

① 佟柔主编:《民法原理》,法律出版社1983年版,第126页。

② 钱明星:《物权法原理》,北京大学出版社1994年版,第161页。

③ 陈华彬:《物权法原理》,国家行政学院出版社1998年版,第27页。

④ 孟勤国:《论所有权能的单一性》,《广西大学学报》1988年第2期。

承认了非所有人利用所有人财产的事实，又保证了所有权至高无上的地位，圆满地填补了传统物权理论在观念与现实之间的漏洞和空隙，充分掩盖了传统物权理论的内在逻辑冲突。而且，权能分离和转化的说法比较符合人们直观的生活经验，增添了传统物权理论的说服力。没有权能分离论，传统物权理论无法在所有权和他物权间找到符合自身宗旨的连结点，难以合理展开物权一般原理和物权体系，从这个意义上讲，所有权权能分离论支撑了整个传统物权理论。

3. 自物权、他物权体系是传统物权理论的实践模型。自物权即所有权，他物权即非所有人在所有人财产上的一定的支配权利。这一分类体系，依据权利主体的身份而建立。将物权划分为所有人的物权和非所有人的物权两大类，使物权的逻辑线索变得十分清晰，这本来很有意义。但是，这一分类的价值没有被深入发掘，从罗马时代起，就被注入了所有权至上的理念，成为实现所有权利益的一种既定模式。后世的大陆法系民法，基本上按照这一分类构建筑物权法，尽管法典的编纂方式有所不同，但整个物权理论与实践，以此作为基本的逻辑思路和体系。中国没有给予自物权、他物权的提法和分类以正式的名分，民法通则甚至回避了物权的概念，但实际上，中国的物权制度，依然属于自物权、他物权体系。所谓与所有权相关的财产权，其实就是他物权，尽管名称不同，对其所作的解释和定位，完全是在所有权的基础上进行的，借用的法理也是他物权的那一套。在没有什么解释的情况下，那么多的民法教材和物权法著作能够灵活自如地充实地上权、地役权、永佃权、担保物权的内容，就是因为传统物权理论选择了自物权、他物权体系。再没有其他物权体系能充分体现传统物权理论对所有权的崇拜。他物权是所有权派生的，“非所有人行使的权能则不仅要依据法律，还要依赖于所有人的权利，受所有人的意志的制约”^①，这样的表述强烈地道出了传统物权理

^① 钱明星：《物权法原理》，北京大学出版社1994年版，第162页。

论的心声。

在此有必要议一下“传统”两字，这是在什么意义上被人们使用和习惯的？如果以《民法原理》为中华人民共和国民法的开山鼻祖，近二十年的岁月就以传统名之，对于动辄以五千年文明史自傲的我们，未免滑稽了些；如果以1949年建国起算，那么前三十年不讲法律的时代断无传统可言。显然，“传统”这个充满历史沧桑感的用语具有超越国体的含义，更多地代表着一种历史文化的进程。

中国直到1907年才开始起草《大清民法草案》，在此以前，中国的民法制度包括财产法律制度散乱无序，诸法合体、刑民不分。中华法系以一部刑法史见长于世，几乎没有民法或物权的理论。起草《大清民法草案》是当时学习西方的组成部分，与中华法系成文法的传统相结合，模仿大陆法系民法的序幕由此拉开。国民党统治大陆时期抄出了一个《中华民国民法》，学者评论这个迄今仍在中国台湾地区适用的民法是：“采德国立法例者，十之六七，瑞士立法例者十之三四，而法日苏联之成规，亦尝撷取一二”^①。中华人民共和国成立后明令废止国民党的《六法全书》，20世纪50年代使用的是苏联的民法教材，20世纪80年代初期，佟柔先生主编《民法原理》，基本采纳了苏联民法的体系。苏联民法一度被称之为社会主义法系的代表，但谁都承认，其内容和体系基本属于大陆法系的民法。20世纪80年代末后，在与国际接轨和吸收西方法律文明的热潮中，从中国台湾地区民法和法、德、日民法乃至罗马法中吸取原理与制度成为时尚，尤其在物权法上。作为大陆法系民法中最骄人的部分，物权法以其清晰的历史线索和稳定的体系结构体现了其特有的价值和魅力，使得人们不得不以言必称罗马、行必效德法作为学问的证明。我们不仅有了法、德、日、瑞士、意大利民法典的译本，而且还有不少

^① 转引自谢怀栻：《大陆法国家民法典研究》，《外国法译评》1994年第4期，第17页。

将大陆法系物权制度当然当作中国物权制度的论文和著作，以至于有些研究物权的成果，一旦注明出处，几乎就是台湾学者史尚宽、王泽鉴、谢在全诸先生大作的翻版，有些雷同甚至表现在半文半白的文字风格之中。我们不仅有了民法通则这部大陆法系民法典的缩写本，而且还有了许多运用法、德、日、瑞士和中国台湾地区物权法原理的司法解释和个案判决，即使这些国家和地区法律在同一问题上相互矛盾或有所区别也丝毫不影响人们的热情。因此，所谓传统，应该这样注解：首先是承接了中国民法模仿大陆法系民法的一贯做法，其次是延续了大陆法系民法的悠久历史，使中国民法与两千多年的罗马法有了一脉相承的历史渊源。传统物权理论，其实就是大陆法系物权理论的中国版本，当然，是有所删增的版本。

二、古老的拜所有权教

物权法调整财产归属关系，作为大陆法系物权制度的历史和现实的最精辟的理论表述，不是为了具体划定调整对象的范围，而是申明其对财产归属和所有权的根本立场。大陆法系物权制度，也有财产利用的内容，他物权和占有客观上反映了财产利用的某些要求。但是，财产利用关系始终没有成为独立的调整对象，他物权和占有一直蜷缩在伟大的所有权的脚边。因此，这一表述的关键或本质，在于将财产归属关系置于一切财产关系之首，将所有权作为解决一切财产问题的起点和终点，将所有权的价值作为物权法永恒的天平。对所有权的普遍崇拜甚至见之于社会主义国家。十月革命后，苏俄民法典确认了所有权、建筑权和抵押权，从中表现出对所有权的迷信不亚于法、德民法；中国历来将所有权问题与社会主义事业连在一起，改革与否、如何改革的分歧和冲突总是集中表现在所有权之上。难怪有学者说：“社会主义者和共产主义者对所有权的批评并不是直接针对所有权制

度本身，而是针对所有权派生出来的特点，即生产资料的私人占有”，“所有权是当代社会的基石”，“资本主义和社会主义都确实如此”^①。

财产归属和所有权当然重要，当我们来到世上，人类已经是一个在财富的分配和占有上多寡不均的社会，拥有财产与否和多少往往决定着一个人能否从事某一活动，能从事什么活动，而且在能够想象的未来中，没有彻底改变的可能。作为社会，财富的归属是资源与财富的占有和分配的先决条件，作为个人，所有权是安身立命的基本权利保障，在穷与富的现实对立中，拥有财产的重要性自然而然地矗立在人们面前。希望拥有很多财产，是人之常情，但是，人类社会还无法使任何人实现财产上的梦想，于是就有了财产只能归属于特定的社会成员的选择。这无疑是一种蕴含着冲突和纠纷的选择，因为财产归属的终极意义是排斥他人染指财产。为了定分止争，人类社会创造了所有权的规则作为基本手段，以解决财产应归属于谁，如何体现财产归属的问题。因此，财产归属依然是我们这个时代的基本财产问题，没有理由而且事实上也不可能不重视所有权。

但是，应该重视财产归属不等于只重视财产归属，根本的分歧就在这里。尽管生活经验时时引导人们将拥有财产作为最终的追求目标，从理性的角度，拥有财产绝不应是社会和个人财产追求的归宿点，葛朗台总是有的，但正因为葛朗台对财产的狂热是非理性的，所以成了巴尔扎克笔下的一个可鄙可怜的人物，人人都在追求财产，惟有葛朗台受到嘲笑，区别就在于葛朗台仅仅是为了拥有财产。财产对人类之所以如此重要，说到底是因为财产能够满足人类的生存与发展的自然需要和社会需要，通俗地说，能够解决人的吃、穿、住、行的问题。财产是什么？这是人类文明的一个基本概念，洗去人类在财产上涂抹的油彩，财产就是猴子吃的野果、狗熊住的山洞、老虎爪下的羔羊，只是动物不会将

^① 《外国民法论文选》，中国人民大学民法教研室编，1984年版，第181页。