

Analyses on the Issues
of Property Law



物权法争点详析

侯水平 黄果天 等著

我国《物权法》业已出台，其制定过程中的争论，在我国乃至世界法制史上都是一种罕见的现象。了解争论的问题及争论中不同的观点，不仅有助于我们了解中国物权法制定的过程，更有助于加深对物权法的理解，提升对不同法律体系下物权法理论的认识，深化物权法的理论研究，也有助于我们正确地实施物权法。



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

物权法争点详析

撰稿人

侯水平 黄果天
王明成 刘期安 罗静

Analyses on the Issues of Property Law



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

物权法争点详析 / 侯水平、黄果天等著. —北京:法律出版社, 2007. 7

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7316 - 0

I. 物… II. ①侯…②黄… III. 物权法—研究—中国 IV. D923. 24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 067461 号

© 法律出版社·中国

物权法争点详析

侯水平 黄果天 等著

责任编辑 孙东育 卞学琪
装帧设计 乔智炜

开本 787 × 960 毫米 1/16

版本 2007 年 7 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 32.25 字数 580 千

印次 2007 年 7 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 7316 - 0

定价:56.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

侯水平,陕西蒲城人,原籍河南尉氏,1955年12月出生。成都地质学院(现成都理工大学)探矿工程专业本科毕业,工学学士;西南政法大学诉讼法专业研究生毕业,法学硕士;四川大学政治经济学专业研究生毕业,经济学博士。1988年至今,在四川省社会科学院从事经济法、民商法研究与教学。1988年通过全国律师资格考试,取得律师资格,兼任律师至今。1993~1995年,在日本神户大学法学部留学。1998年以访问学者身份应邀赴美国纽约证券交易所等进行学术访问。现任四川省社会科学院院长、研究员,四川省学术技术带头人,享受国务院特殊津贴专家。主要学术著作有《日本公司法研究》、《经营权论》(合著)、《论西部企业家队伍建设》(合著)、《证券法律责任》(主编)、《证券交易法概论》(日译汉)、《地质社会学》(英译汉,合译)等。发表学术论文70多篇。学术成果获四川省政府一等奖一项、二等奖二项、三等奖二项。

黄果天,男,四川成都人,原籍四川省仁寿人,1952年3月生。1978~1982年就读于成都地质学院(现成都理工大学)哲学师资班,教育学学士。1982年留校任教。1982~1985年在德育教研室担任专职教师,从事法制科的教学及教学管理工作;1985~2001年在成都地质学院(1992年改名为成都理工学院)社会科学系任教,主要从事法学概论、民法、经济合同法、合同法、经济法的教学工作。其间,先后担任科社教研室副主任(主持工作)和文法教研室主任。2002年至今在成都理工大学文法学院主要从事经济法、合同法的教学,1987年任讲师,现为副教授,2002年至今任文法学院副院长。主要学术成果有《中国经济法》副主编、《经济法通用教程》主编、《经济法》主编、《经济法》(修订本)主编;论文数篇,具有代表性的是“论经济法的调整对象”、“公共资源招标投标监管基本理论研究”;是一项国家社科项目的主研人员,一项国家教育科学“九五”规划部委重点课题的参与人。

前 言

谨将本书奉献给——

法学、经济学等专业的大学生、研究生

法学、经济学专业的教学和研究人员

法官、律师和企业法律顾问等法律工作者

所有对物权法有兴趣的读者

《中华人民共和国物权法》的制定过程在我国乃至世界法制史上都是一种罕见的现象,其争论的时间之久、问题之多以及激烈之程度,都堪称之最。

争论澄清了笼罩在物权立法中的种种谜团,使我们逐渐对中国为什么需要物权法,需要什么样的物权法有了清醒的认识;争论使我们看到了两大法系物权法学说各自的特点和区别,弄清了外国物权法的立法精神以及其产生与成长的经济社会法制文化背景;争论加深了我们对中国国情的认识。在争论中我们找到了借鉴外国物权立法经验的正确途径和方法;在争论中深化并大大向前推进了我国物权法理论研究,初步建立起了中国式的物权法思想和理论;在争论中我们的认识更加明确,思想逐渐统一,扫清了各种立法障碍,为物权法的最终通过铺平了道路。争论是具有鲜明中国特色的《中华人民共和国物权法》诞生的“助产婆”。

争论不仅是我国物权法立法的历史特征,争论的问题、成果乃至过程也是我国立法经验和物权法研究的宝贵财富。了解争论的问题,了解争论中不同的观点,对争论问题进行深入的思考,不仅有助于我们了解中国物权法制定的过程,更有助于加深对物权法的理解,有助于对不同法律体系下物权法理论的认识,有助于深化物权法的理论研究,也有助于我们正确地实施物权法。

物权法的通过,使围绕物权法草案持续十多年的争论在立法层面有了结论,但物权法的通过,并没有也不可能完全结束争论,许多相关问题的讨论,还需要进一步深化,物权法在今后的实施中,也需要不断地发展和完善。

在这部著作里,我们详尽地分析了物权法立法过程中主要的争论问题,对各种不同观点都做了评析和探讨,论及的问题几乎涵盖了物权法的整个体系和全

部内容。需要特别强调的是,尽管您在本书中可以看到对同一争论问题各种不同观点完整的表述,但这不是一部学术观点综述性的著作——虽然客观上具有这样的功效,而是一部对物权法有争论的问题深入研究的学术专著。在这部著作里,针对每一个争论的问题,我们都鲜明地表达了自己的观点,并尽最大的努力从理论和现实两方面作了深入的阐述和论证。我们希望对您提供一部有关物权法争论问题的详尽且具有相当深度的学术研究专著。

这是一部倾注了我们心血的著作,在物权法的整个立法过程中,在十多年的大讨论中,都有我们密切关注的目光,我们的心随着物权法相关问题的争论和立法进展而喜而忧而激动。有关这部著作酝酿构思的时间比较长,从动笔开始,也花了将近三年的时间。如果大学生们、研究生们在这部书里能获得对学习物权法有帮助的内容,如果教学和研究人員从这本书里能得到所需要的重要信息和思想灵感,如果法律工作者从这本书里能获得正确理解和实施物权法的帮助,如果对物权法有兴趣的读者看了这本书,能觉得有所收获,我们将感到欣慰。

我们怀着无限的虔诚,把这本书奉献在您的面前,同时也充满了忐忑不安。

侯水平

于成都

2007年5月6日

目 录

第一章 总则	1
第一节 制定物权法的基本问题	1
一、物权立法的基点:制定财产法还是物权法	1
二、物权法指导思想	8
(一)“一元论”与“三分法”	8
(二)物权法的中国特色	11
(三)归属中心与利用中心	12
(四)物权法的通俗化与规范化	14
三、物权法的调整对象、性质、功能和目的	17
(一)物权法的调整对象	17
(二)物权法的性质、功能和目的	19
四、公共利益的立法模式	25
第二节 物与物权	29
一、物的内涵与外延	29
(一)一般规定	29
(二)动物的地位	32
二、物权的内涵	37
(一)物权的“排他性”	38
(二)物权的客体	41
(三)物权的主体	42
(四)物权的定义——享受利益的取舍	45
三、物权的效力	46
(一)物权效力的内涵	47
(二)物权效力的构成	48
四、物权体系	53
(一)物权体系结构	55

(二)传统用益物权与我国国情的整合	59
(三)担保物权的取舍	60
第三节 物权法的基本原则	64
一、物权法基本原则的内涵与构成	64
(一)物权法基本原则的内涵与品性	64
(二)物权法基本原则的构成	65
二、物权绝对原则	67
(一)物权绝对原则的内涵	67
(二)物权绝对原则的确立原因	70
三、物权法定原则	72
(一)物权法定的构成	72
(二)物权法定与习惯法之间的关系	75
(三)物权法定原则的取舍	77
(四)违反物权法定之后果	83
四、物权公示公信原则	85
(一)公示原则是否包含公信原则	86
(二)公示的性质或者对象	87
五、一物一权原则	89
(一)一物一权之本旨	90
(二)一物和一权之界定	91
(三)一物一权原则取舍	93
六、区分原则	96
七、物权优先原则	98
(一)是否应规定物权优先	99
(二)物权优先是否为物权法基本原则	100
八、效率原则、公序良俗原则及保护物权原则的取舍	102
(一)效率原则的取舍	102
(二)公序良俗原则和保护物权原则的取舍	103
第四节 物权变动	104
一、物权行为	104
(一)物权行为理论本体论	104
(二)物权行为理论的取舍	109
二、物权变动模式	118

三、登记	122
(一) 登记的性质	122
(二) 登记模式	125
(三) 登记审查制度	127
(四) 登记的效力模式	128
(五) 登记机关	132
(六) 登记异议催告制度	134
(七) 预告登记	140
 第五节 物权保护	 144
一、物权平等保护原则	144
(一) 平等保护的内涵	144
(二) 物权平等保护肯定论	146
(三) 物权平等保护否定论	149
二、物权保护制度	150
(一) 物权救济模式	150
(二) 物权请求权	154
(三) 物权保护的时效	160
 第二章 所有权	 171
 第一节 一般规定	 171
一、所有权的实质与定义	171
(一) 所有权的实质	171
(二) 所有权定义的立法模式	175
二、所有权的类型	178
 第二节 所有权的取得方式	 183
一、善意取得	183
(一) “善意”的认定标准	184
(二) 善意取得的理论依据	186
(三) 善意取得的适用范围	188
二、取得时效	190
(一) 取得时效的取舍	191

(二)取得时效规范体例	196
(三)适用取得时效制度时取得人的主观要件	200
(四)取得时效的具体适用范围	201
三、先占制度	204
(一)先占的法律性质	205
(二)先占制度的取舍	208
四、遗失物拾得制度	212
(一)遗失物之界定	212
(二)遗失人与拾得人及其关系	215
第三节 具体所有权规定	221
一、国家所有权	221
(一)国家所有权立法取向	221
(二)国家所有权的主体	227
(三)国家所有权的客体	229
二、集体所有权	232
(一)物权法是否应专门规定集体所有权	233
(二)集体所有权的主体	238
三、建筑物区分所有权	242
(一)建筑物区分所有权的内容	243
(二)建筑物区分所有权的性质	246
(三)建筑物区分所有权的客体	247
(四)建筑物区分所有人的权利义务	250
第三章 用益物权	256
第一节 一般规定	256
一、用益物权有无处分权能	256
二、用益物权在物权法中的地位	259
三、用益物权体系的构建	261
第二节 土地承包经营权	269
一、土地承包经营权的概念	270
二、土地承包经营权的性质	279

三、土地承包经营权的流转	283
第三节 建设用地使用权	288
一、划拨土地使用权可否进入市场流通	289
二、土地使用权期限届满地上物和其他附着物的处理	296
三、土地使用权期间届满的处理	301
四、集体建设用地使用权可否自由流转	305
第四节 宅基地使用权	311
一、宅基地使用权的立法体例	311
二、宅基地使用权的流转	313
（一）宅基地使用权是否允许流转	313
（二）宅基地使用权的受让主体	322
第五节 地役权	326
一、地役权的立法取舍	326
二、地役权的立法体例	329
第六节 居住权	332
一、居住权的立法取舍	333
二、居住权法律制度的构建	339
（一）居住权的立法框架体系	339
（二）居住权人的收益权	341
第七节 典权	342
一、典权制度的存废	342
二、典权的法律性质	348
第八节 水权	353
一、水权的概念	353
二、水权的存废	357
三、水权的立法体例	360
第九节 海域使用权	362

一、海域使用权的性质	363
二、海域使用权的立法体例	367
第十节 空间权	368
一、空间权的性质	369
二、空间权的立法体例	371
第四章 担保物权	375
第一节 一般规定	375
一、担保物权的性质	375
二、担保物权的立法体例	379
三、担保物权存续期间——担保物权约定期间的效力	381
第二节 抵押权	384
一、抵押的设立	384
(一)抵押权公示的效力	384
(二)抵押合同与抵押权	388
(三)不动产抵押的法律问题	391
(四)动产抵押的存废	395
(五)浮动抵押制度	400
二、抵押权的效力	402
(一)抵押权的追及效力	402
(二)抵押权物上代位性	406
三、抵押权的实现	411
(一)流质契约	411
(二)抵押权顺位	416
第三节 质权	419
一、权利质权的性质与立法模式	420
二、转质的立法问题	423
三、营业权能否质押	426
四、抵押与质押的区分标准	429
五、抵押权与质权并存的效力	432

第四节 留置权	434
一、留置权能否随主债权转移	435
二、留置权中的“牵连关系”	437
第五节 其他担保物权	439
一、让与担保	440
(一)让与担保的取舍	440
(二)让与担保的立法体例	444
(三)让与担保的公示	447
(四)让与担保与动产抵押	449
二、优先权	455
(一)优先权的性质	455
(二)优先权在物权法上的取舍	460
第五章 占有	467
一、占有的本体问题	467
(一)占有的性质	467
(二)占有的效力	470
二、占有的立法体例与内容	476
(一)占有的立法体例	476
(二)占有的内容	476
参考文献	479
著作类参考文献	479
论文类参考文献	484

第一章 总 则

第一节 制定物权法的基本问题

一、物权立法的基点：制定财产法还是物权法

【争点概要】在这一问题上主要有两种观点：一种观点认为，我国立法不应当采纳物权概念，而应当采纳财产权的概念，物权法应当改为财产权法。所谓“财产法”是调整具有对世性的财产权的法律。^{〔1〕}也就是说传统的物权、知识产权等统由财产法调整；另一种观点则认为，我国应当采用物权的概念，不应当用财产法替代物权法。所谓“物权法”是调整有形财产归属关系的基本法律，不调整无体财产。^{〔2〕}

【争点解析】“财产法”论的主要理由概而言之：
(1) 法律应当研究人与人的关系，而不是人与物的关系。物权法须开宗明义地界定什么是“物”，并非所有物都属于法律规范的对象。物权法调整人对物的关系，“见物不见人”是不恰当的。因此，称“财产法”而不称“物权法”就更加合理。
(2) 民法典的始祖《法国民法典》并未使用“物

〔1〕 郑成思：“再谈应当制定财产法而不制定物权法”，载《中国社会科学院要报·信息专版》2001年第62期。

〔2〕 王利明：“物权立法：采纳物权还是财产权”，载《人民法院报》2001年8月27日版；梁慧星：“是制定‘物权法’还是制定‘财产法’？——郑成思教授的建议引发的思考”，载《人大法律评论》（2001卷），中国人民大学出版社2002年版；房绍坤：《民商法问题研究与适用》（法学论丛），北京大学出版社2002年版，第35～37页；马俊驹、刘阅春：“物权法的定位及基本体系分析”，载《法学杂志》（第25卷），第17～20页。

权”,20世纪90年代,曾经与我国制度相同的俄罗斯与越南的新民法典也都没有使用“物权”概念。使用物权的国家在物的分类时,也暂时放弃了“物”(Real Thing)的概念,而使用“财产”一词(Property)。物权法也存在明显的名实不符,例如:物权法中划分所有人掌握的物时,仍划为“动产”与“不动产”,却不按其逻辑划为“动物”与“不动动物”。可见该法起草者在解决实际问题时仍自觉不自觉地回到“财产权”的理论上去。因此,民法典归纳为三个部分:一是人,二是财产权(即一人对一切人的民事权利),三是债权(即一人对某一个或某一些特定人的民事权利)。这样的归纳可能比目前许多持“物权”论的民法学说更加合理、科学一些,它至少不会产生把物都当成财产或把债都当成财产那样的误解或误导。(3)物在财产中的比重已经很小,而“物”又是一个缺乏弹性和延伸性的概念。如果以“物权”为起点立法,就会造成调整社会财富关系的基本法律制度将社会财富的主要部分排除在外的结果,而这种结果是完全不能被接受的。各种服务行业快速发展,在社会财富构成中所占比例越来越大,但是“服务”与“物”或“物权”没有直接关系,“物”或“物权”也不能容纳以知识产权为代表的无形财产,而财产和财产权的概念完全能够包括无形财产和服务的内容。所以,如果真要制定一部调整社会财产关系的基本法律,就不要再把有形的“物”作为主要的甚至唯一的财产形式来对待。(4)从历史上看,人们对财产的关注主要集中在不动产,但随着历史的发展,动产的地位开始上升,并开始出现以股权、给付债权乃至确定的服务为客体在内的无体动产,而且近二百年来财产的客体进一步扩展到人类抽象的劳动成果,出现了知识产权。但不论财产的客体如何变化,也不论管理这些不同客体的规则如何有别,一个最基本的事实仍然不会改变,那就是,它们仍然是作为财产的客体而不是作为与人无关的客体而存在,对于这种权利最好的概括仍然是财产权。^[1]

由于制定物权法还是财产法之争系财产法论者引起,故“物权法”论者的论证分为反驳与证立两部分。其反驳理由有:(1)尽管物权的概念本身强调了权利人对物的支配,但物权概念的使用并不会导致物权关系完全成为人与物之间的关系,并使物权法陷入“见物不见人”的状况。关键在于如何解释物权的概念。历史地看,物权的性质经历了从“人对物的支配关系说”到“人与人之间的关系说”的演变。无论是债权关系还是物权关系,实际上都是人与人之间的关系,这在20世纪初为大多数民法学者所接受。^2法国式三编制并不等于

[1] 郑成思:“再谈应当制定财产法而不制定物权法”,载《中国社会科学院要报:信息专版》2001年第62期。

[2] 王利明:“物权立法:采纳物权还是财产权”,载《人民法院报》2001年8月27日版。

现有国外民法典的成例,大量实证表明这种体例只是少数。法国没有采用物权,其原因是采用了罗马法上的广义的物的概念,并非也不可能因为采取历史唯物主义立场,就认为物的形式下掩盖的仍然是人与人的关系,故应当以财产法代替物权法。而且,法国民法典事实上是采“对物关系说”。(3)中国现行民事法律与其他大陆法系国家一样,是采用广义的财产概念、财产权概念和财产法概念。财产不仅可以包含物权,还可以包含债权。因此,物权立法并不会导致财产、物权与债权的术语混乱与逻辑矛盾。(4)认为“有体物”不重要、“有形财产”不重要,也就是认为物质生活资料的生产不重要,认为物质生活资料即“有体物”、“有形财产”的生产已经不再是人类社会赖以生存的前提条件,这显然违背了历史唯物主义的基本原理!高科技等无形财产如果不与“有体物”结合、不能物化于“有形财产”,也就丧失了其存在的目的和价值。^{〔1〕}(5)想制定“一部调整社会财产关系的基本法律”是不可能的,任何国家都没有这样做,也不可能这样做!此外,制定物权法并不能造成将“社会财富的主要部分排除在外”的结果。有形财产在社会生活中仍占有十分重要的地位,这是无形财产所不能取代的。即使制定财产法也不可能包括所有的无形财产和服务。^{〔2〕}(6)如果采纳财产法立法将导致一系列困难。其一,制定的“财产法”中的权利类型无法确定,需要对整个民法理论体系进行根本的变动,其困难和代价之大可想而知;^{〔3〕}其二,在立法技术上存在问题,物权法的规则难以与知识产权整合;其三,知识产权中的程序规范和公法规范势必破坏民法典的形式美;其四,知识产权是极为开放与变动的,纳入财产法而置于民法典之中将破坏民法典必要的稳定性。^{〔4〕}

“物权法”论者的证立理由主要有:(1)有利于将所有权与其他物权作出准确的概括。(2)“物权”一词的采用准确地区分了对有体物的支配和对无形财产的权利,而使用“财产权”一词则不可能对此作出区分。(3)物权的概念使物权和其他财产权如债权、知识产权等能够得以区分开。^{〔5〕}(4)物权法的存在基础在于物权关系。人们在物质资料的生产、分配、交换和消费过程中,必然要发生一定的关系,经过法律的调整它就形成了一定的法律关系,即“物权关系”。(5)物权法具有严谨的逻辑结构,只有正确选择逻辑起点,才能在立法过程中形

〔1〕 梁慧星:“是制定‘物权法’还是制定‘财产法’?——郑成思教授的建议引发的思考”,载《人大法律评论》(2001卷),中国人民大学出版社2002年版。

〔2〕 房绍坤:《民商法问题研究与适用》(法学论丛),北京大学出版社2002年版,第35~37页。

〔3〕 王利明:“物权立法:采纳物权还是财产权”,载《人民法院报》2001年8月27日版。

〔4〕 马俊驹、刘阅春:“物权法的定位及基本体系分析”,载《法学杂志》(第25卷)。

〔5〕 王利明:“物权立法:采纳物权还是财产权”,载《人民法院报》2001年8月27日版。

成科学的法律规范,才能在司法过程中形成较为简洁的逻辑推理过程。但是,“财产”一词就不能作为立法的逻辑起点,“财产”概念具有不确定性,导致其不适合作为法律的逻辑起点。^[1]

笔者认为,在论据的视角下,正如物权法论者所反驳的,财产法论者的论证是站不住脚的,就此不再赘述。如果财产法论者的目的真的如有的赞成制定物权法者所言,主张制定财产法旨在将知识产权法纳入物权法,^[2]那么财产法论是不恰当的。经典作家指出“在现代国家中,法不仅必须适用总的经济状况,不仅必须是它的表现,而且还必须不是因为内在矛盾而自己推翻自己的内部和谐一致的表现”,现代法的发展大部分旨在消除“将经济关系直接翻译为法律原则而产生的矛盾,建立和谐的法体系”。^[3] 同部法律的协调一致要求法律原则、法律制度、法律规范以及结构、形式等的和谐,不矛盾。学界对知识产权的根本特性的认识有分歧:有的认为是“创造性的智力成果”,有的认为是“智力成果和经营标记”,有的认为是智力成果、经营标记和信誉,还有的认为是信息,^[4]但知识产权的客体的属概念为信息的观点已被越来越多的人所接受。信息是无形性的、非物质性的,不可能像有体物那样为人所占有、支配,本身也没有排他性。因此,如果将知识产权纳入物权法,则物权法的基本制度、基本原则将难以适用于知识产权,导致物权法内部的矛盾与冲突。不过,笔者认为,物权法与财产法之争的实质是,我们是应该制定一部“调整社会财产关系的基本法律”,还是应当制定一部“调整有形财产归属关系的基本法律即物权法”,^[5]或者说制定一部物权法是否还有其必要性和合理性。在这一意义上,财产法与物权法之争的核心是我国财产法该如何构建,是制定一部(在民法典中为一篇)统合的财产法即设有财产法的一般规定,还是将各种财产权分离,简单地铺陈在民法典中?由此,我们可以得出如下结论:其一,无论如何,必须先制定出物权法。财产有静态归属与动态流转两种关系,我国已经制定调整财产流转关系的合同法,但还缺失

[1] 房绍坤:《民商法问题研究与适用》(法学论丛),北京大学出版社2002年版,第35~37页。

[2] 马俊驹、刘阅春:“物权法的定位及基本体系分析”,载《法学杂志》(第25卷)。在文中,作者有“不意味无形财产要采用物权法来调整”、“将物权法的触角延伸至其他财产权利之上”的看法。

[3] 《马克思恩格斯选集》(第4卷),人民出版社1972年版,第483~484页。

[4] 郑成思:《知识产权》,法律出版社1998年版,第63页;刘春田:《知识产权法教程》,中国人民大学出版社1995年版,第1页;吴汉东:《知识产权法》,中国政法大学出版社1999年版;张玉敏:“知识产权的概念和法律特征”,载《现代法学》2001年第5期。

[5] 梁慧星:“是制定‘物权法’还是制定‘财产法’?——郑成思教授的建议引发的思考”,载《人大法律评论》(2001卷),中国人民大学出版社2002年版。