

物权原理 解析与批判

WUQUANYUANLI

JIEXIYUPIPAN

河山 肖水 著

4

群众出版社

物权原理 解析与批判

周山 周永 著

清华大学出版社

物权原理解析与批判

河山 肖水 著

群众出版社

2005年·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

物权原理解析与批判/河山 肖水著. —北京: 群众出版社, 2005. 6

ISBN 7-5014-3456-5

I. 物... II. ①河...②肖... III. 物权法-研究-中国 IV. D923.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 041875 号

物权原理解析与批判

著 者/河山 肖水

责任编辑/张忠华 刘玉莲

封面设计/晓 章

出版发行/群众出版社 电话: (010) 67633344 转

社 址/北京市丰台区方庄芳星园三区 15 号楼

网 址/www.qzchs.com

信 箱/qzs@qzchs.com

经 销/新华书店

印 刷/北京地质印刷厂

850 × 1168 毫米 32 开 6.75 印张 126 千字

2005 年 6 月第 1 版 2005 年 6 月第 1 次印刷

印数: 0001—5000 册

ISBN 7-5014-3456-5/D·1616 定价: 14.00 元

目 录

第一章 引子	(1)
第一节 解析物权原理若干年	(1)
第二节 《物权法制定之焦点》	(7)
第三节 孟勤国的《物权二元结构论》	(31)
第二章 物权与物	(34)
第一节 物权的概念和特征	(34)
第二节 物权关系	(48)
第三节 物	(50)
第四节 物权的分类	(59)
第三章 物权的变动	(62)
第一节 物权变动的原因	(62)
第二节 物权变动的公示与公信	(69)
第三节 不动产物权登记	(71)
第四节 动产交付	(79)
第四章 物权法概述	(83)
第一节 物权法的概念和体例	(83)
第二节 物权法的制定	(86)
第三节 物权法的宗旨	(90)
第四节 物权法的适用范围	(92)

第五章 所有权	(93)
第一节 所有权概述	(93)
第二节 不动产所有权	(102)
第三节 动产所有权	(112)
第四节 国家财产所有权	(120)
第五节 劳动群众集体财产所有权	(127)
第六节 公民个人财产所有权	(130)
第七节 团体财产所有权	(132)
第八节 共有	(134)
第六章 用益物权	(138)
第一节 用益物权概述	(138)
第二节 国家、集体财产使用权综述	(143)
第三节 国有土地使用权	(146)
第四节 企业经营权	(152)
第五节 土地承包经营权	(158)
第六节 宅基地使用权	(178)
第七节 征用物权	(180)
第七章 法律责任	(184)
第一节 物权保护的请求权	(184)
第二节 物权保护的自力救济权	(187)
第八章 《物权法草稿》	(190)

第一章 引 子

第一节 解析物权原理若干年

本文解析物权原理，得从制定继承法、民法通则、公司法和合同法说起。

1985年制定继承法时，由于我国没有物权法，缺乏民法的个人财产法，因此继承法第三条在规定“遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产”的同时，采取列举的方式规定了遗产范围，“包括：（一）公民的收入；（二）公民的房屋、储蓄和生活用品；（三）公民的林木、牲畜和家禽；（四）公民的文物、图书资料；（五）法律允许公民所有的生产资料；（六）公民的著作权、专利权中的财产权利；（七）公民的其他合法财产。”很明显，上述（一）至（五）项着重列的是物。著者在1985年出版的《继承法概要》一书中阐述遗产时提及物权，说继承法中的财产是广义的，包括有体物和所有权除外的物权即其它物权、债权、债务、知识产权等，指明物权属遗产。

1986年制定民法通则，第五章民事权利规定了物权的基本条款。这些条文有许多可称道之处。例如，规

定了国家、集体、个人财产的三种所有权，规定了拾金不昧，规定了农村土地承包经营权和全民所有制企业经营权是与财产所有权有关的财产权，规定了保证、抵押、定金、留置为债的担保。民法通则未用物权一词，不是不想用。当时，立法工作机关取民法通常术语，将民法草案四稿的“智力成果权”改为“知识产权”，将“合同”改作“债权”，也拟将“所有权”改成“物权”，第五章民事权利第一节的节名就曾写作“物权”，但由于当时人们对物权的争议，最终未能写上物权法词，而使用的是“所有权和与财产所有权有关的财产权”一语，其实指物权。为了说明这点，笔者在1988年出版的《民法通则概要》中撰叙立法旨意时，第十章的章名就取为“所有权和其他物权”，采用了物权术语。该章阐述了物权要点，包括物权的概念、所有权的占有使用收益处分权能、所有权的取得、善意受让、国家财产所有权、集体财产所有权、个人财产所有权、拾得遗失物、发现埋藏物隐藏物、按份共有、共同共有、国家财产使用权、集体财产使用权、全民所有制企业经营权、农村土地承包经营权、相邻关系等内容。在债的担保中，阐述了违约金、保证、抵押、定金、留置几种主要担保方式。这在国内还算较早使用物权概念的著作。

民法通则颁布后，看到一部名曰《法人所有权》的书，作者是位日本人，出版物是个薄薄的译本。随后即向有关负责同志做了反映：日本怎样做那是日本人的事，但中国的全民所有制企业绝不能搞法人所有权，应

当关注这本书的影响。

1993年制定公司法时，一些人认为所有权与经营权“两权”分离的理论滞后，应当搞公司所有权。著者多次提出：民法通则规定的全民所有制企业经营权是正确的，这种经营权不是有些人理解的“两权”分离的经营权，是占有、使用、收益和授权范围内处分的经营权。如果担心经营权发生误解，可以提“双重所有权”。所谓“双重所有权”，也不是有两个并行的所有权，而指股东是所有人，享有实质的所有权，公司是经营人，享有形式上的所有权。企业这种虚拟的所有权与民法通则规定的经营权是一回事，只是叫法不同。所有权一物一权，对于国有企业来说，或提国家享有所有权，国有企业享有经营权，或提“双重所有权”，而不是法人所有权，绝不能动摇国家对国有企业的所有权，绝不能搞公司所有权。

1995年制定的担保法只规定了保证、抵押、质押、定金、留置五种担保方式，使一些人误认为担保就这几种方式，为澄清这种模糊认识，著者发表了《论担保方式的多样性》文章。1999年合同法出台，著者在当年出版的《合同法概要》一书中专章写了合同的担保，论述担保方式有保证、抵押、留置、定金、惩罚性违约金、典、当、所有权保留、商业银行转交价金、连带责任、法定抵押权、船舶优先权、备用信用证，进一步说明抵押、留置都是债的担保方式。

合同法制定后，立法工作机关开始物权法的起草。

在草拟和研究中，进一步感悟物权原理既有所有权的灿烂辉煌，又有它物权的不尽人意、难于自圆其说之处，物权原理中许多似乎已成定论的东西，却难经得起推敲。

先是觉察用益物权与承租权交叉。用益物权是使用、收益他人不动产的权利，而在房屋、土地租赁中，承租权也是使用、收益他人不动产的权利，这时的承租权与用益物权在性质上没有什么区别，既然没有区别，那么为什么一个是物权一个是债权？用益物权与承租权的划分标准是什么？

租赁是合同关系，是合同之债，故承租权属债权。而用益物权的许多权利也是基于合同产生，为什么它们都变为物权？显然，这里的逻辑有混乱之处。要么，对不动产租赁的承租权也是物权；要么，基于合同产生的用益物权也是债权，这样逻辑才顺。总之，同样是对他人不动产的使用、收益，不能一个叫物权，一个叫债权。

还有，传统理论认为用益物权仅指使用、收益他人不动产的权利，把使用、收益他人的动产排除在外。把用益物权锁在他人的不动产范围，甚至仅指土地，不能适用于动产，何苦作茧自缚！

再看担保物权与债权的交叉。如果我们把基于合同用益他人的不动产看作债权，那么抵押、留置更是债权关系。同是抵押权，把法定抵押权规定在合同之债，又把约定抵押权当成物权，这怎么也是说不通的。就连大

陆法系的范本法国民法典也未把抵押、留置规定为担保物权，德国民法典的物权篇也没有留置。况且，物权是支配权，而抵押权、留置权毫无支配性，谈何物权！从民法通则时起，立法者就把担保写在债中。

进而分析物权与债权的所谓“区别”。一些人在谈物权与债权的区别时，大讲什么物权是支配权、债权是请求权，物权是对世权、债权是对人权，物权是绝对权、债权是相对权，物权能够对抗第三人、债权不能对抗第三人。这些“区别”未免太绝对化、简单化了。物权是支配权，不错，但债权却不都是请求权，在物的使用合同中，承租人、借用人对承租物、借用物同样具有支配权。物权是对世权、绝对权，这话也不能说绝了，所有权与用益物权之间，同样是对人权、相对权。说债权是相对权，不能对抗第三人，未必债权全都这样，承租、借用等不动产用益债权对于不特定众人来说，也是对世权，能够对抗第三人。

又看物权的所谓“原则”，许多物权书籍都把物权优于债权、物权法定等称作物权基本原则，然这几个原则也难站得住脚。破产还债中，优先偿还的是一定时间拖欠的工人工资，而不是担保物。物权、债权谁优先，都得另说，物权优于债权谈不上法律原则。物权法定违背唯物主义实践论，社会实践创造物权，而不是法律决定物权。还有一物一权，这是所有权特征，但不能任意扩展到整个物权，所有权等有些是一物一权，其它方面可不都是一物一权了。

大陆法系创造了物权和债权两个概念，我们不能只注意二者的区别，不关注它们的同化，不能把物权说得坚硬无比，把债权说得软弱可欺，物权与债权在某些方面具有相同的性质、同等的效力。在这方面，英美法未细分物权债权，而用财产权统而概之，看似模糊，实有可取之处。

这些思考，约在 2001 年立法机关召开的物权法专家研讨会上以“物权法的困惑”为题做了几次发言。这一年何勤华到京，与他谈起民法典的制定和传统物权理论的缺陷，他十分感兴趣，要我写成论文。我说：“挺忙的，哪有空儿。”“那我派研究生来，你口述，他记录。”他接得很快。“那多麻烦，也不敢劳研究生大驾。”学友盛情难却。在何勤华督促下，于是将发言要点撰写成《民法典制定之焦点》，该论文发表在《法学》杂志 2002 年第 4 期。

再谈从“物权法的困惑”到“物权法的批判”。所有权是所有制的法律体现，物权产生于财产的私有制，我们是社会主义公有制国家，就不能照搬旧的物权原理，物权法要旨在巩固社会主义基本经济制度，不能成为私有制的保护伞。这些年，常与郑成思教授探讨物权法问题，从制定著作权法时起，我们就结下深厚友谊，《著作权法概要》请他作序，他是法律委员会委员，法学大家，对中国财产所有制度有许多精辟论述，我们很谈得来。2002 年看到孟勤国的《物权二元结构论》，很有感慨，如果物权立法能吸收孟氏理论，那中国的物权

法定会焕然一新。2004年5月，由广西人大常委会法律委员会法制工作委员会主办、广西大学武汉大学法学院承办的“中国物权法理论研讨会”在广西南宁召开，著者也为会议提交了《物权法制定之焦点》论文，江平教授在会上赞誉孟勤国为代表的广西大学法学院创出“广西学派”。同年夏，立法工作机关召集专家讨论物权法草案，会上著者做了“物权法的批判”的发言：针对“法人所有权”说，指出实施法人所有权势必会架空国家所有权。凭由城里人到乡下购买宅基地，势必会使一些农民丧失最后保障，产生流民，造成社会不稳定因素。制定物权法一要讲政治二要讲逻辑。

2004年10月，《中华人民共和国物权法（草案）》提请全国人大常委会审议，许多委员提出尖锐意见。会后，决定《中华人民共和国物权法（草案）》不提交2005年3月召开的第十届全国人大第三次会议审议。2005年继续研究修改物权法草案，也使著者有时间撰写《物权原理解析与批判》。在物权法颁布之前，河山、肖水从未出版过这类书籍。

第二节 《物权法制定之焦点》

前节已提《物权法制定之焦点》是为广西南宁物权法理论研讨会提交的论文，该文记述了从“物权法的困惑”到“物权法的批判”发言的主要论点，现附于此作为第二节。

中国物权法理论研讨会论文

物权法制定之焦点

谈论物权，首先可提及民法通则的“所有权和与财产所有权有关的财产权”一语。《中华人民共和国民法通则》于1986年由第六届全国人大第四次会议通过，它是在民法草案四稿的基础上制定的。对于民法草案四稿中的几个法律术语，民法通则做了更改，如把“智力成果权”改为“知识产权”，将“合同”改作“债权”，也曾拟采用“物权”取代“所有权”，但由于当时有人不赞成物权一词，故使用“所有权和与财产所有权有关的财产权”，其实就是指物权。笔者在1988年出版的《民法通则概要》一书中撰叙立法旨意时，第十章的章名就取为“所有权和其他物权”，在该章阐述了物权要点。随着法制的进程，制定物权法时人们已很少再为是否采用物权一词争议。

1999年合同法通过后，法工委开始物权法的起草工作。2000年笔者在草拟《中华人民共和国物权法草稿》条文中，深感物权法是民法中最难立法的一部法律。其难，一是物权法规范国家基本经济制度，而我国正处在经济转轨时期，难以用法律固定变革中的各种经济制度。二是传统物权法以土地为核心，建筑在土地私有之上，其有许多内容不仅跟不上现代信息社会的步伐，且传统物权理论存在陈旧，不少地方欠缺逻辑，与

债权交叉，难以自圆其说，有不当之处。为此，2001年5月在十三陵水库召开的专家讨论会上，笔者以“物权法的困惑”为题，先后做了两次发言，说传统物权理论的不足。又在2002年1月撰写了《民法典制定之焦点》，其中亦谈及物权与债权的交叉。2002年，广西大学法学院副院长戴红兵同志在我单位挂职结束时转送了《物权二元结构论》一书，读罢孟勤国教授的大作，真感遇到知音，我只是只言片语，人家都出书了，他在祖国边陲一隅，竟潜心钻研出如此成果，实为令人钦佩。这期间亦几次与郑成思教授探讨物权法理论的问题，我们谈得十分投机。今疾书《物权法制定之焦点》，在物权法制定提上立法工作日程之际，再次质疑传统物权理论，以图减少差错，为制定出一部更符合中国实际的物权法尽职尽责。

一、是继续民法物权法编还是制定单行的物权法

2002年12月，《中华人民共和国民法（草案）》提请全国人大常委会审议，物权法为其中的第二编。今日，是继续完成《中华人民共和国民法（草案）》物权法编，还是制定《中华人民共和国物权法》，首先摆在了我们的面前。

《中华人民共和国民法（草案）》采取汇编方式，将物权法、合同法、人格权法、婚姻法、收养法、继承法、侵权行为法、涉外民事关系法律适用法八个民事单行法拼接在一起，既大又不全。用这种方式编纂民法典，全世界独一份，法律界称道的甚少，几乎没有听到

说好的。如何编纂民法典，笔者在《民法典制定之焦点》一文里阐述了自己的观点，又在讨论中用四句话概括：民法典不求大但求全，民法典民事权利点到为止，民法典与民事单行法并存，民法典是民法通则的扩写。应当制定民法通则式的民法典，这样的民法典也可以仍叫民法通则，民法通则与民事单行法共同构成中国民法。建议中止《中华人民共和国民法（草案）》的进程，先制定《中华人民共和国物权法》。物权法完成后，即可按民法通则体例编纂民法典，没有必要再单独制定侵权行为法、人格权法、涉外民事关系法律适用法。这三个单行法的条文不多，其基本内容民法通则都有，扩写民法通则就可以了。

二、社会主义公共财产是不是神圣不可侵犯

这次修宪，一些人指责宪法中的“社会主义的公共财产神圣不可侵犯”，一味鼓吹私有财产与公有财产同等保护，认为不能光提“社会主义的公共财产神圣不可侵犯”，你神圣我也神圣，也要规定私有财产同样神圣不可侵犯；或者索性主张删去“社会主义的公共财产神圣不可侵犯”一语。这种自由化观点当然要被修宪工作所拒绝。我国是社会主义国家，社会主义公共财产就是神圣不可侵犯，宪法的提法没有错，“社会主义的公共财产神圣不可侵犯”依然屹立在宪法之中。

我国经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制，即全民所有制和劳动群众集体所有制。宪法十分强调社会主义公有经济，规定“国有经济，即社会主义全

民所有制经济，是国民经济中的主导力量。国家保障国有经济的巩固和发展。”“国家保护城乡集体经济组织的合法的权利和利益，鼓励、指导和帮助集体经济的发展。”而对非公有制经济则规定为：“国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展，并对非公有制经济依法实行监督和管理。”二者的提法是不同的，公有经济与非公有经济在宪法中的地位是有别的。

我国的经济制度以公有制为基础，多种经济成分并存，几种所有制经济共同发展，物权法要体现这一宪法原则。这一思想可开宗明义地在第一条立法宗旨中体现：“为保障国家、集体和公民、法人对物的占有和支配，巩固公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度，促进社会主义现代化建设，制定本法。”

我国是人民民主专政的社会主义国家，对于关系国计民生的财产就是要实施特殊保护。物权法可规定下列财产不得用于清偿债务，在还债中享有豁免权，不受法院强制执行：1. 涉及国家主权、安全的财产；2. 国家机关执行公务的财产；3. 承包地、宅基地等农民赖以生存的集体所有的土地；4. 涉及社会公共利益的财产；5. 公民必需的生活物品。

三、法人是否享有财产所有权

今日盛行法人所有权说，《中华人民共和国民法(草案)》在国家所有权中没有规定国家对国有企业的所有权，在用益物权中也没有规定民法通则的全民所有制企业经营权。笔者历来不赞成法人所有权的学说，这种