

中青年民商法文丛

王利明 主编

财产权构造的 基础分析

梅夏英□著

人民法院出版社
THE PEOPLE'S COURT PRESS

D913.01
A1293

财产权构造的基础分析

梅夏英 著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

财产权构造的基础分析/梅夏英著. —北京: 人民法院出版社, 2002. 6

ISBN 7-80161-335-X

I. 财… II. 梅… III. 产权-理论研究
IV. D913.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 034212 号

财产权构造的基础分析

梅夏英 著

责任编辑 陈建德

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京东交民巷 27 号 (100745)

电 话 64813516 (出版部)

64813540 64813518 64813514 (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

字 数 247 千字

印 张 8.875

版 次 2002 年 5 月第 1 版 2002 年 5 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80161-335-X/D·335

定 价 18.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

《中青年民商法文丛》编辑委员会

主任委员：王利明

委 员（以姓氏笔画为序）：

马俊驹 孙宪忠 沈四宝 吴汉东

余能斌 郭明瑞 徐国栋 崔建远

丛书策划：陈建德

作者简介

梅夏英，1970年生，湖北黄梅人。2000年获武汉大学民商法博士学位，其后在中国人民大学民商事法律科学研究中心从事博士后研究工作，并在王利明教授的指导下参加了中国物权法草案专家建议稿的起草工作。主要著作有，《物权法草案建议稿及说明》（合著）、《物权法专题研究》（副主编）、《私有财产的法律保护》（合著）。此外，还在《中国社会科学》、《中国法学》、《中国人民大学学报》、《人民日报》等权威性刊物及其他核心期刊上发表学术论文多篇。

中青年民商法文丛

总 序

随着我国市场经济的进一步发展和完善，中国加入 WTO 由理想成为现实，我国的经济生活发生了巨大变化，经济关系面临重大的调整。可以认为，信息时代的来临，标志着一场社会生活领域革命的开始。与此相对应，法律上的新问题和矛盾层出不穷，而对于一些前沿问题作出理论上的回应，是目前民商法学者面临的重大任务。

我国民商法自 20 世纪 70 年代末开始起步，至今已取得了巨大的进展。学科理论体系框架得以建立，立法活动的有效开展也丰富了理论的发展，相应地一批中青年学者脱颖而出，民商法的研究呈现出欣欣向荣的局面，这是一种可喜的现象。但是，由于历史的原因，我国的民商法学仍存在一些不足，表现为对民商法各项制度和规则的研究不够深入和系统，许多研究尚处于探索阶段；研究的方法论仍有待于丰富，包括法律的经济分析法、判例研究法、分析法学方法等有待引入；在法律规制上，尤其是立法和司法中许多新问题在理论上尚未得到足够的支持。因此，提倡和支持青年民商法学者结合当代中国国情，进行民商法理论的更新和创造势所必然。我们的民商法学需要大量借鉴两大法系的先进经验，但不能完全照抄照搬和简单复制。人在天地间贵在自立，国家和民族贵在自强，我们的民商法，也应当在世界民商法之中有自己的重要地位。

对当代民商法学者而言，站在历史的十字路口，肩负着重建当代民商法的重任。现实要求我们，既要进一步了解和消化传统理论的深厚底蕴，又要在此基础上予以合理建构；既要维护已有的法律

传统，又要合理吸收两大法系中的科学制度；既要结合其他学科理论进行形而上的“应然”论述，又要基于现实需要进行“实然”的制度设计。我们主张多种民商法理论生长空间的存在，提倡各种学术观点的碰撞，以期孕育出科学而具有现实意义的理论。毫无疑问，这对于我国的 21 世纪民商法理论的完善是有益的。

鉴于此，中国人民大学民商事法律科学研究中心与人民法院出版社共同组织出版《中青年民商法文丛》，旨在实现上述目的。我本人也希望借此渠道向社会推出优秀的学术著作。本丛书收录的均是中青年学者在相关领域具有开拓性和前瞻性研究的著作，这些著作将会对民商法理论的发展起到一定的作用。我热忱希望更多的中青年学者能加入其中，为 21 世纪中国民商法大厦的建立奉献自己的聪明智慧。



2002 年 4 月于中国人民大学

序

在大陆法国家，民法的财产权构造体系早已形成了稳定的模式，特别自《德国民法典》颁布以来，物权与债权的二元结构已经成为民法财产权制度中绝对的观念，是不容人们作任何怀疑的。但是，随着社会经济、科学技术的发展，财产权日益呈现出多样化、无形化、专门化的局面，传统民法的民事权利体系已经不能涵盖目前既有的财产权利关系。人们必须在现有的财产权体系中，打开一扇开放之门，以适应当代和迎接未来。

梅夏英博士所著《财产权构造的基础分析》一书，是在他的博士论文基础上修改而成的。本书首先对两大法系财产权理论和立法构造进行了详尽的历史考察，指出大陆法“绝对所有权”理论的局限性；在“当代财产权制度的发展趋势及困境”一章中，深刻探讨了与财产权相关的几个概念，在运用大量事实的基础上，强调财产权制度必须做出两方面的调整：一是界定利益归属，二是保证财产充分利用，避免交易障碍。作者在对无形财产的理论探讨中，认为无形财产是从更高层次上对于包括物权和债权在内的财产权利的一种抽象，它充分揭示了权利人财产利益的实质，无形财产的立法涉及到整个财产权立法体系的构建问题，物权法和债权法只是其中的重要的两个组成部分。归纳起来，本书最有创新意义和学术价值的见解集中于一点：即对传统民事权利构造体系的局限性及其原因进行剖析，重点在于揭示物权——债权二元体系的封闭性，以及所有权——他物权理论的弊端和不足，在此理念的基础上，试图建立一个开放的、多元的财产权体系。就理论层面而言，作者为我们全面理解整个财产权构造体系提供了新的框架和视野。

梅夏英是我在武汉大学任教期间的民商法硕士生和博士生。他勤奋好学、天资聪慧，在获得法学博士学位后，于2000年又到中国人民大学深造，在我国著名的民法学家王利明教授的精心指导下，从事博士后研究工作。这期间，他有了更加厚实的法学理论基础，进一步施展了自己的英俊才华，成为一位在财产权制度研究方面颇有见地的青年学者。为此，我感到高兴。我非常欣赏他谦虚谨慎、刻苦治学以及善于独立思考、勇于创新的精神。的确，民法理论博大精深，对任何人来说，不付出认真的努力是不可能攀登一步的。我还希望梅夏英博士继续努力，任重而道远啊！

值此《财产权构造的基础分析》一书即将出版之际，特作此序。

马俊驹

2001年12月8日于清华大学

前 言

财产权的构造体系问题目前在我国民法学界并未引起多大重视，这大概是由于传统民法中超稳定的私权概念体系使这一问题无法凸现。在被英美法学家惊呼“权利爆炸”的当代社会，财产权日益呈现多样化、无形化、专门化的趋势，传统民法的民事权利体系已不能涵盖目前既有的财产权利关系。显然，从根本层次上对财产权及其构造体系进行分析、抽象和概括，对我国目前的民法理论和立法具有重要的现实意义。

本文的核心主要可概括为“批判”和“重构”。所谓“批判”，即对传统民事权利构造体系的局限性及其原因进行剖析，其重点在于揭示物权——债权二元体系的封闭性，以及所有权——他物权理论的不科学性。显然，这种批判涉及的主要是传统民法的权利制度。就“重构”而言，则是一项远比“批判”繁重的工作。它需要的不仅是民法的有关理论，而更多地涉及到法哲学、法史学和经济学的基本理论范畴。本书突破了传统民法理论的“概念游戏”规则，将财产权置于若干学科共同交叉的领地，从而力图对财产权正确定位，揭示其实质原貌。事实上，这项工作并不是作者本人能完全胜任的，但可以肯定，对这一领域进行研究是大有可为的。因为，探索财产权的基本理论问题实际上是解决目前民法理论和立法诸多重要问题的链接点。就其意义而言，小而言之，对传统财产权利体系的扩展和完善能起积极作用；大而言之，则能为我们对整个法律体系进行正确理解提供新的框架和视野。

在写作过程中，我曾疑惑为何大陆法系民事权利体系的局限性显而易见，而又能经久不衰，后来通过吸收当代著名分析法学大师

霍菲尔德的权利分析理论才基本明白，问题出在研究方法上。的确，科学的分析方法是传统民法理论发展和创新的关键，否则，仅在概念之间兜圈子是很难走出迷宫的。事实上，传统民法概念系统的局限性正是导致权利体系封闭的根源。本书主要在这方面进行了努力，较详细地探讨了物、权利、行为、私法、产权等基本理论范畴的逻辑关系，运用历史分析、实证分析、经济分析以及分析法学的基本原理和方法得出了一些结论，并且运用这些相互独立的结论，对于我国目前财产权体系的重构提出了较为系统的设想。

无疑，对本论题进行探讨任重而道远，本人所做的力所能及的尝试，仅仅是抛砖引玉，诸多疏漏之处，敬请各位专家和同仁指正。

目 录

《中青年民商法文丛》总序	(1)
序	(1)
前言	(1)

第一章 两大法系财产权理论和立法构造的历史

考察及比较	(1)
-------------	-----

第一节 大陆法系财产权理论和立法构造	(1)
--------------------------	-----

一、古罗马的财产和权利观	(1)
--------------------	-----

二、罗马法财产权构造的形成机制	(8)
-----------------------	-----

三、近代大陆法系财产权构造的演进	(20)
------------------------	------

第二节 英美法系财产权的理论和立法构造	(27)
---------------------------	------

一、英美财产法的渊源	(27)
------------------	------

二、英美法系财产权构造分析	(37)
---------------------	------

第三节 小结	(48)
--------------	------

一、关于两大法系财产权构造的两个结论	(48)
--------------------------	------

二、一个尚待论证的结论	(49)
-------------------	------

第二章 当代财产权制度的发展趋势及困境	(53)
---------------------------	------

第一节 市民社会与财产权功能的互动	(53)
-------------------------	------

一、古典市民社会：财产法与自然秩序	(53)
-------------------------	------

二、近现代市民社会：财产法与自由	(58)
------------------------	------

三、当代市民社会：财产法与利益平衡	(63)
-------------------------	------

第二节 当代财产权制度的发展趋势	(67)
------------------------	------

一、财产权的形式和种类骤然增长	(67)
-----------------------	------

二、财产权的非物质化	(69)
三、财产权的专门化	(70)
四、财产权公私法界限的模糊	(71)
第三节 物、财产和财产权的几个误区	(73)
一、物即财产	(75)
二、财产权是对已有财产利益的法律保护	(76)
三、财产权可分离出新的权利	(78)
第四节 大陆法系财产法的当代困境	(80)
第三章 无形财产的理论 and 立法问题	(85)
第一节 无形财产的概念诠释	(85)
第二节 无形财产的性质和法律地位	(90)
一、无形财产客体性溯源及评价	(90)
二、无形财产的独立法律地位解释	(95)
第三节 无形财产的功能	(98)
一、利益界定：无形财产的衡量功能	(98)
二、财产利益的广延：无形财产的扩张功能	(100)
三、财产权利的重组：无形财产的制度调整功能	(102)
第四节 无形财产的立法模式	(105)
一、无形财产立法的沿革及当代立法趋势	(105)
二、关于我国无形财产立法的构想	(106)
第四章 当代财产权的公法与私法定位分析	(109)
第一节 公法与私法划分的源流及财产权属性的 理论评价	(109)
一、罗马法上的公法和私法与财产权的 属性	(109)
二、西方近代法上的公法私法与 财产权的属性	(116)
第二节 当代财产权的公法化趋势及评价	(120)
一、现当代财产权公法化趋势	(120)
二、私权与公权对立的理论诘难	(123)

三、财产权公私界限的实质意义方面的解释·····	(126)
四、公法和私法：一种法律关系的分类·····	(130)
第三节 当代财产权体系与公权私权定位·····	(133)
一、财产权主要体现为法律规范赋予主体的 一种行为选择自由·····	(135)
二、公权与私权划分的价值和规范层面 分析·····	(138)
三、财产权利的相对性：跨越公法与私法的独立 权利体系·····	(141)
第四节 财产权公法和私法保护的融合·····	(149)
第五章 财产权构造体系的经济分析·····	(153)
第一节 财产权经济分析的理论基础·····	(153)
一、财产权经济分析方法的理论背景·····	(153)
二、新制度经济学的主要理论假设和前提·····	(158)
三、新制度经济学关于财产权制度的主要 理论渊源和范畴·····	(160)
第二节 产权、财产权与所有权·····	(168)
一、产权的意义阐述·····	(168)
二、产权与所有权·····	(172)
三、产权与财产权·····	(176)
第三节 财产权构造形成及其变动的经济学解释·····	(179)
一、财产起源的经济学模型·····	(179)
二、财产权体系的形成与变迁：产权博弈·····	(185)
第四节 产权分析方法对当代财产权体系构建的启示·····	(192)
一、产权的普遍性对传统财产权封闭性的冲击·····	(193)
二、产权的制度性与民法财产权物化 思维的矛盾·····	(194)
三、产权的具体分析与民法财产权理论的性质 分析的矛盾·····	(196)

第六章 财产权的理论和立法重构	(198)
第一节 当代财产权的科学定位	(198)
一、物、财产和财产权	(198)
二、当代财产权的特征	(202)
第二节 财产权利体系的构建	(215)
一、财产权的解体：财产概念的新发展	(215)
二、财产权法律关系的理论重构	(220)
第三节 我国财产权体系的立法重构	(231)
第四节 不动产制度与物权法的理论和立法构造	(235)
一、不动产制度与物权法体系形成与演变的 历史考察	(236)
二、不动产与动产的同化趋势及其评价	(244)
三、不动产制度与我国物权立法	(249)
第七章 财产权的定义是什么	(256)
主要参考文献	(261)
后 记	(266)

第一章 两大法系财产权理论和立法构造的历史考察及比较

第一节 大陆法系财产权理论和立法构造

一、古罗马的财产和权利观

(一) 早期罗马的财产分裂

如同大多数早期人类社会，早期罗马社会也是氏族社会。公元前 750 年，意大利境内一些较小的雅利安部落基于相互保护的需要走到一起，形成了古罗马最早的氏族，该氏族由若干部落和其他低等级宗教单元如库里亚、宗联、家族等组成。就土地的归属而言，罗马最早的土地是部落共有，这种共有土地即罗马土地（Ager Romans）。^① 古罗马第一个王罗慕洛（Romulus）在土地共有的基础上，将土地依据部落、库里亚、宗族进行层层分配，最后分配给各个家庭占有和使用。但事实上，家庭并未取得土地的完全所有权，因为土地等重要生产资料仍在氏族范围内进行团体分配。值得注意的是，罗马法中最早的财产概念是“familia”和“pecunia”，经学者考证，前者指奴隶，后者指羊群等财产。^②这说明早期罗马的最小单元家庭已能拥有奴隶和羊群等私有财产，并在一定程度上反映

① 摩尔根：《古代社会》，商务印书馆 1997 年版，第 548 页。

② Gyorgy Diosd, Ownership & Ancient and Preclassical Roman Law, p21.

了私有财产的原初形态。

羊群和奴隶成为早期罗马家庭的主要财产是由当时的经济条件决定的。在以畜牧业为主的阶段，土地是无多少用处的，家畜成了价值超过以前所知道的一切财产总和的一种财产。家畜具有多种功能，它可供食用，可用于交易和赎回俘虏，支付罚金，并可用作宗教仪式上的牺牲。正是因为家畜可以无限地增加，在对他们进行占有的基础上才使人类头脑中第一次出现了财富的概念。只有当古罗马进入农业社会，土地逐渐取代家畜成为最主要的生产资料时，土地占有的观念才侵入人的观念。在早期财产观念上，应当认为，仅仅羊群和奴隶的家庭占有并不意味着私有制的产生，这是因为动产的家庭化是天然的，当早期共同体开始分裂并形成宗法家庭时，最早从共同体中独立出去的只可能是衣物、武器、装饰品以及羊群、奴隶等动产，奴隶和羊群在团体初步分裂为家庭占有时，只可能由家庭使用和支配，所以，虽然家庭可以占有部分动产，但彻底的私有观念和法律意义上的财产权并不存在，宗法家庭和氏族仍成为人们的归宿。

真正的私有财产体现为土地的分裂，而土地的最初私有则起源于宅地的分配。当罗马家庭开始从共同体中分化出来，房屋便不可避免地成为家族财产的中心，由于房屋与土地不可分割，宅基地隐约间便具有家庭财产的性质。但早期罗马和日耳曼部落均将房屋列入动产之中，这是由于房屋常与其他动产（如武器、装饰品、衣物以及宠爱的牲畜等）一起随着死者而焚化，因此又有古西欧谚语“火炬能燃烧者为动产”。房屋的私有使住宅附近的土地被严格分割，罗马共和早期颁行的《十二铜表法》便在一定程度上反映了当时的财产状况。当时罗马人住宅常用岩石筑成的围墙与外界分割开来，围墙以内为法定的房屋围绕地（*curtis legalis*）。该法第七表“土地权利法”中第1条规定，建筑物周围的空地，须有二尺半宽；第2条又规定挖掘井、墓穴和坑道等应与周围的物件留出足够的空地。值得注意的是，由于当时尚未出现庄园，该法第3条用“hor-