

河北省社会科学基金项目

物权法律制度构造基础研究

——以物权绝对性为核心

王玉花 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书为河北省社会科学基金项目“小产权房问题及其民法规范研究”
研究成果（批准号：HB11FX028）

物权法律制度构造基础研究

——以物权绝对性为核心

王玉花 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

物权法律制度构造基础研究：以物权绝对性为核心 /
王玉花著. -- 北京：法律出版社, 2018. 12
ISBN 978 - 7 - 5197 - 0432 - 2

I. ①物… II. ①王… III. ①物权法—研究 IV.
①D913. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 306253 号

物权法律制度构造基础研究

——以物权绝对性为核心

WUQUAN FALÜ ZHIDU GOUZAO JICHU YANJIU

—YI WUQUAN JUEDUIXING WEI HEXIN

王玉花 著

策划编辑 沈小英

责任编辑 刘晓萌

装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印业有限公司

责任校对 郭艳萍

责任印制 吕亚莉

编辑统筹 财经法治出版分社

开本 A5

印张 14

字数 358 千

版本 2018 年 12 月第 1 版

印次 2018 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 83938336

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400 - 660 - 6393

第一法律书店/010 - 83938334/8335 西安分公司/029 - 85330678 重庆分公司/023 - 67453036

上海分公司/021 - 62071639/1636 深圳分公司/0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 0432 - 2

定价: 69.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

序

《物权法律制度构造基础研究》一书,是中国社会科学院研究生院法学系毕业的民商法博士王玉花的作品,是在其博士学位论文基础上整理而成的。这篇论文 2008 年曾获得全国优秀博士论文提名、首届北京市优秀博士学位论文、中国社会科学院研究生院优秀博士学位论文。这篇论文写得好,近 10 年来,作者又进一步将其修改完善,现在予以出版,我非常高兴为其作序。

本书选题围绕物权的根本属性及其实现逻辑展开,属于民法学中的基础理论研究,意义重大。物权的法律技术属性是物权法研究领域的难点和热点,也是一个既旧又新的问题。事实上,关于物权性质及相关问题自近代以来一直就有不同看法,大陆法系内,德国和法国的立法就有不同,仅仅德国之内,从萨维尼到鲍尔·施蒂纳尔,看法也不尽一致。亚洲引入该理论后,在中国学者和日本学者之间长期以来看法不一。即使是我国大陆学者和台湾地区学者也还有争议。这些基础性的争议,很有可能导致我们对于涉及物权的立法和裁判出现认识混乱。

在我国物权法制定前后的学术争论中,关于如何改革传统、引进新制度等理论创新的论著已经很多了。而有关物权属性这个基本问题的研究,却常常被很多学者避开,或者以习惯性的折中思维不做确定结论。这种学术欠缺带来了具体制度建构和研究缺乏基本理念指导的问题,对物权法总体制度建设也造成隐患。比如,在一些学者特别热衷的“物权变动模式选择”“公信原则”等话题中,常常没有基本理论的坚持,只有政策选择方面的思考。这说明,我国相当一部分学者的物权基础理论欠缺严重。近年来推行的统一不动产登记制度、最高人民法院所做的物权法司法解释,虽然从法律实践的角度解决了一些物权法基本法理方面的问题,但是其实际效果并不令人乐观。关键的原因是立法者在这些规则的制定过程中就已经进行了大量的折中,而且司法解释编撰者也有受其基本理论掌握不足而未能实现必要的突破,甚至连必要的周到也没有顾及。凡此种顾头不顾尾,制度虽然不断进步而缺陷却一直得不到及时弥补,皆因类似于物权属性这样的基本理论研究缺陷所致。在民法典编纂过程中这些问题还是一再出现。

当前我国市场经济体制已经发展稳固,司法实践和人民权利保护中的物权问题逐年增多,而立法以及司法方面的障碍如何克服,需要基础理论的研究。2017年恰好是我国《物权法》颁布与实施10周年的纪念之年,我们也已到了对现行《物权法》利弊得失加以检讨的时机。我们不难发现,相关基础理论研究不足带来的问题似乎越来越多了。2016年某地地方政府在城市居民住宅建设用地使用权上提出收费续期的做法,差点引起了整个社会的轩然大波。而民众权利保护方面的问题,总是和物权直接或者间接相关。在一些人看来,物权法是“纸老虎”,而民众却想把物权法当成“真老虎”。2016年9月2日,中央全面深化改革领导小组第二十七次会议审议通过了《关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》。2016年11月27日,中共中央、国务院联合发布了《关于

完善产权保护制度依法保护产权的意见》,该意见再一次旗帜鲜明地喊出了“有恒产者有恒心”的时代呼声。中共中央、国务院的联合意见被舆论称为“首次以中央名义出台的产权保护的顶层设计”,社会各界寄予热望,特别是对于物权法学界来说,成为继2007年《物权法》出台10年来的一件大事,为该领域的学术研究掀开新的篇章,可以说物权理论研究的第二个春天已经来临。但是,保护产权仅有中央文件提出要求是不够的,必须落实到物权法律制度建设上来。

正是因为这样,我们会进一步看到物权法基础理论研究的重要。也就是因为这样,我认为,王玉花博士将她的博士学位论文仔细修改出版是很有意义的。本书讨论的是物权基本属性问题,在写作过程中,作者紧紧抓住民法社会民事主体意思自治原则这一核心,对于物权的基本属性作出了最准确的界定。作者收集了大量的中外文资料,仔细而谨慎的理论梳理,使这一题目具有长期的理论价值。当前我国社会转型基本成功,但是随着改革向深水区发展,而所有权等物权领域恰恰就是这样的深水区,我国的民法典正在编纂之中,相关的物权法也要得到修正,因此本书完全可以作为相关立法和司法的参考。近年来,作者进行了多次认真仔细的修改,提高了本书的可读性,加强了论证的严密性。

谨依此为序。

孙宪忠

2017年6月北京

目 录

导 论	1
第一章 物权的根本属性:绝对性之发现	13
第一节 物权概念与性质的归纳	14
一、从所有权开始:从权能列举到本质概括	14
二、物权定义与性质的抽象归纳	23
第二节 观察的角度:对物关系与对人关系	28
一、对人关系与对物关系之分歧	28
二、对物关系辨析及“对物权”的对人本质	29
三、物权对人关系的具体内容	36
四、调和与折中的努力	40
第三节 绝对性:物权对人关系本质的最好概括	45
一、语词之困境	45
二、支配与排他:哪个更接近本质	49
三、从排他性到绝对性	58
第四节 物权与债权的区分标准	62
一、物债二分体系对研究物权根本属性的意义	62
二、非主流区分方式:量的区分	64

三、主流界分方式:质的区分	67
四、物权绝对性在型构二分法体系中的作用	69
五、绝对性标准对维系二分体系的作用	77
小 结	82
第二章 物权法之构造逻辑:绝对性之确立	84
第一节 财产权形式的变迁与绝对性的确立	84
一、逻辑的起点:先法权时代的占有	84
二、历史的起点:早期社会的公有制	87
三、罗马法所有权观念:绝对性初步确立	89
四、日耳曼法和中世纪财产法:绝对性的迷失	99
五、绝对性的重构:现代物权制度	103
六、结论	106
第二节 绝对所有权的制度背景	112
一、财产权构造的两种模式	112
二、观念基础:归属与利用、私有与公有	114
三、社会与经济背景:商贸经济、市民社会	116
四、方法论背景:理性与经验	120
五、绝对性的实现机制:推定	122
六、结论:物权绝对性与特定法系文化背景不可分	125
第三节 康德“理性占有”思想对物权构造的影响	127
一、以前的所有权理论及其影响	127
二、康德“理性占有”思想	136
三、“理性占有”思想在物权法中的影响	145
四、结论	163
小 结	165
第三章 绝对性之贯彻	167
第一节 物权—占有的平行保护体制	167

一、物权与占有分离对照的逻辑	169
二、占有制度源流	172
三、占有性质之辨	173
四、占有的要件	176
五、占有保护的法基础	179
六、占有的功能与效力	184
七、结论:平行机制的潜在威胁:占有吞噬本权	186
第二节 绝对性在物权构成要素中的贯彻	189
一、绝对性的要求:法律关系三极分立	189
二、绝对性在物权主体方面的贯彻	192
三、绝对性在物权客体中的贯彻	201
四、绝对性在物权要素中贯彻的不平衡	211
第三节 绝对性在物权法诸原则中的贯彻	216
一、绝对性原则:物权绝对性的重述	217
二、法定原则:绝对效力的逻辑要求	219
三、公示原则:对抗第三人的前提条件	221
四、区分原则:绝对性在物权变动中的延伸	223
五、确定原则:绝对性原则的部分内涵	227
第四节 物权绝对性的衍生效力	228
一、效力概说	228
二、“对抗型效力”:排他、优先、追及效力	229
三、“防卫型效力”:物权请求权	233
四、在执行与破产程序中:取回权、别除权、异议权	237
五、担保物权效力体系及其辨析(以抵押权为例)	239
小 结	250
第四章 绝对性之动摇:善意取得	252
第一节 对善意取得的不同论证角度	253
一、目的论——交易安全论的批判	254

二、起源论的辨析	260
三、依据论的检讨	268
四、善意取得法基础的层次性	269
第二节 绝对性与善意取得生成机制	276
一、善意取得问题的发生根源:绝对性内在矛盾	276
二、绝对性的内在矛盾集中于公示方法	279
三、以善意的要求弥补占有公示缺陷	282
四、善意取得与绝对所有权制度的变迁	284
第三节 善意取得与公信力的同构问题	287
一、同构论与替代论的主张	287
二、构造基础的差异	288
三、同构论与替代论批判	299
第四节 善意取得与物权绝对性的消长关系	304
一、扩大善意取得对绝对性造成更大侵蚀	304
二、“公信”命题下善意取得的扩张倾向批判	305
三、“物权变动模式”命题下的扩张倾向批判	310
四、“保护第三人”命题下的夸大倾向批判	315
五、善意取得的有限性	320
小 结	326
第五章 绝对性之反思	329
第一节 财产权二分体系的反思及评价	329
一、对物权债权二分体系的反思	329
二、反思之反思	332
三、结论	345
第二节 不同财产权观念的冲击	346
一、两种财产权构造模式及其联系	346
二、两种所有权观念及其发展逻辑	348
三、两种模式的冲突:所有权的泛化与失灵	353

四、绝对所有权的“解体”理论及其批判	358
第三节 绝对性诸原则与意思自治的关系	365
一、表面矛盾	365
二、所有权自由与第三人自由的同等实现	367
三、绝对性诸原则与物权人自治的一致性	369
四、法定与形式主义之下的更大自治空间	372
五、法定与强制:在于概念而非实际效果	374
六、结论	377
第四节 物权的限制与社会化问题	378
一、物权的限制及社会化的主要影响	378
二、物权社会化及限制的正当性反思	382
三、物权限制及社会化并未否定物权绝对性	396
四、物权限制及社会化与绝对性的内在一致	403
五、绝对性内涵的确定与物权科学性	410
六、结论	411
小 结	412
结 语	414
参考文献	418
后 记	430

导 论

一个基本问题:物权是什么

物权的概念内涵及根本属性问题,应当说是民法学特别是物权法领域的第一个基本问题,也是一个历时久远的老问题。学者对于物权的根本属性以及物权的定义,一直在争论中而没有统一的结论,认识分歧从德国民法典的理论准备过程中,萨维尼等学者之间,关于物权本质是对人关系还是对物关系的不同见解中就已经存在,到当今学者关于物权定义以及关于直接相关的物权变动等微观制度的不同设计构想中,其实延续的都是同一个问题:物权是什么?

物权这个看起来如此确定的概念有时并非真的如此简单,这首先可以从各家学者关于物权定义的不同主张窥见一斑,其中,“对物关系说”强调权能,认为物权是直接支配物的权利,主张支配性为物权本质;“对人关系说”强调效力,认为物权是得对抗一般人的权利,主张排他性是物权本质,同时,对于何为支配性、绝对性等语词理解上,也有实质的歧义,更增加了对基本概念理解的分歧与混乱程度,并直接影响到

关于物权一般性质的任何有意义的探讨能否顺利进行。

观点分歧背后折射出方法论、法哲学、法观念等方面的差异,因此,欲探究物权概念之本质属性,也离不开对物权法乃至财产制度法观念基础的探索,不能忽视财产制度的历史演进,不能忽视社会文化、法学方法论、法哲学等对构建财产法律形式的重大影响,具体到物权这种法律形式,特别不能忽视理性的思维传统而从经验世界中探寻,在此,本书着眼于物权概念鲜明的形而上学色彩,拟从康德先验唯心主义法学思想中追溯其本质,探究物权概念背后那些隐含的先天特性,在此基础上寻求对物权法中一系列制度、观念得到统一理解和说明。

在回答“物权是什么”的问题时,本书第一部分主要采用了概念分析的方法,力图把科学的物权概念与泛化的“支配物”意义上的一般财产观念分开,并力图使物权性质的绝对性与那种强调刚性的权利行使方式的“绝对性”区分开,为进一步论证物权概念的一般性质,并为回应对于物权以及对于绝对性的种种不恰当的责难打下基础。

一个基本立场:什么是物权

与“物权是什么”直接相连的另一个问题是“什么是物权”,如果前一个问题还是在物权法体系内对概念科学表述的追寻,那么第二个则站在物权法体系外,把物权概念看作解决财产问题的诸多法律形式之一,与其他的形式——如财产权、所有权等体系区别看待,从区别中追寻物权作为一种独特财产制度的特性所在,这也是研究物权一般性质必须要回答的问题。

正如谢在全先生指出的,“所有权为社会之产物,故其为历史之观念而非逻辑之观念”,^①物权亦如是,物权作为精确内涵的法

① 谢在全:《民法物权论》(上、下册),中国政法大学出版社1999年版,第118页。

学概念,不是自古就有的,也不是各国固有法自生之物。据信,物权来源于罗马法上的对物诉讼,正是在对物之诉与对人之诉的基础上,区分出对物权和对人权,在十三四世纪,注释法学派通过研究罗马法首创“物权”概念。德国民法正式用“物权”命名,物权法制由此成为一种有独特法系文化特征的崭新制度。因此,对于作为一套制度体系的物权法的总体特性的完整把握,还需求诸历史。

基于上述认识,本书注重历史的方法,第二章通过分析罗马法所有权制度、日耳曼占有制、中世纪封建地产制等制度变迁,考察了罗马法的所有权到近现代物权的发展过程,以及在概念演进过程中,作为概念核心的绝对性是如何逐步抽象、精确并被确立为概念构造基础的,通过这些考察,从中试图归纳出物权概念演进的一般规律,以及作为一种制度体系,其构建的社会历史背景和条件,以期从历史中追寻其内在的合理性,为构建科学的物权体系,揭示概念构建背后的观念源流做出一些有益的探索。

与物权的历史性紧密相关的是其法系文化属性。与那些认为物权有一个古今中外普适意义的看法相反,笔者坚持认为,物权是以法律手段调整财货的支配秩序,但“支配”问题本身不是物权,而是物权调整的对象,支配问题古已有之,各民族都曾用各自的习惯法和制定法加以调整,从不同的调整方法之中产生了不同的财产权形式,物权是其中之一。有学者为了强调这种类似制度间的分别,提出了“实质物权与形式物权”的分类法,形式物权专指德国法意义上的物权,实质物权则兼指德国法之前所有其他法制之下的财产权。^①其实更严格说来,德国法意义上的物权与英美法系的财产权及法国法的所有权等概念不可通约,物权作为一个严密的法学概念,其本质决定于自身特殊的形式,构筑我们的物权法体系之时,也应始终准确把握并忠于物权与生俱来的独特品质,以

① 参见孙宪忠:《德国当代物权法》,法律出版社1997年版,第20页。

求名至实归,保证物权法体系的科学性。

因此,有必要借助比较的方法,把物权与其他财产制度区别开来,并进而找出是什么把它们分开的,才能从中发现物权作为一种独特制度得以自立的基础,这种比较研究也应当是对物权性质探索的必要内容。本书第二章、第五章有关部分运用了比较的方法,分析了罗马法所有权制度、日耳曼占有制度、中世纪英国地产制度、近代物权制度的不同,并在强调形式区分的意义上,试图勾勒出统一“财产”命题的两种民法实现方式,即绝对所有权和相对所有权两种构造模式,强调了两者在具体侧面的区别之上,更根本的构造基础上的差异,从中互相对照地探寻物权作为一个法律制度体系的总体特征,本书经分析认为绝对性是专属于罗马法—现代物权法的体系特征,也是这一体系与日耳曼—英美财产权制度体系的主要区别,是物权法作为一个制度体系的标志。这样不但在一般的概念表述中,也在作为一种财产制度的法系文化特征上,回答“什么是物权”的问题。

一个主要忧虑:泛化、庸俗化与体系破碎

按照体系化的思维,物权的根本属性必须要追问清楚,找到根本属性并坚决贯彻下去,才能避免在物权分则和具体制度层面的迷惘和摇摆不定,回答许多制度层面的问题,都需要回过头来重新从出发点审视物权的概念,特别是面对种种思潮、英美法系的新观念冲击之时,找到根本属性是我们的立足之地,才不会轻易被似是而非的非体系化观念冲倒,而发生体系违反、张冠李戴现象。遗憾的是,关于物权一般性质的讨论往往被论者一笔带过,或认为是已经解决了的问题而避而不谈,直接研究更具体的微观制度,但在这些具体问题的讨论中我们却往往发现,不可避免地要遇到关于物权性质的认知差异,具体制度层面的许多尖锐观点冲突,其最终根源也是关于物权概念的不同理解直接导致的。

忽视或淡化物权根本属性的直接结果,不仅带来具体问题上的认识困扰,进一步还会因为这种困扰而影响到物权法体系构建的科学性,突出的表现是在具体制度设计中的种种体系违反和逻辑混乱。这在关于物权变动及善意取得的制度构想方面表现得最明显,学者为了阻击物权行为及无因理论而强调“公信原则”、以保护第三人的功能替代思路夸大善意取得,甚至通过实行所谓“对抗主义模式”变相地制造物权的相对性,这样在出发点上背离了物权绝对性原理,而在实际效果上又对绝对性造成更大损害,并为解决这些主张直接造成的更多“相对权利”情况而要求更进一步夸大善意取得等特殊制度进行外部平衡,于是在解决一个问题的时候产生十个问题,然后再来解决这十个问题并再产生一百个问题,最终破坏了体系的完整性而使法律学的研究陷入不可救药的混乱境地。另外,降低物权概念的技术性,直接后果是降低其稳固性,成为脆弱的描述性概念,很容易在异质文化和新的社会思潮冲击下被瓦解,突出表现就是为一些学者极力推崇的“所有权解体”理论,以及与此相关的英美法财产权“权利束”观念引入物权法中的物权概念进行侵蚀,种种思潮,总的根源在于对物权概念的构造基础不能坚守,并对物权绝对性的真正含义不能明确,最终导致了对这个概念本身的价值产生动摇。

反体系的思维在我国物权法草案讨论过程中,在许多焦点问题的交锋中表现得淋漓尽致。有学者根本否认物权立法,称物权立法违宪、物权法保护富人等。在民法学者中间,在忽视物权构造基础方面的绝对性本质,在相同的“支配”表象认识下,一些论者热衷于寻求不同制度间的互补与替代问题,更多人在“取各家所长而自成一统”的思路寻求创造符合中国特色的,更具灵活性的“物权”,甚至津津乐道于“草案内容 70% 是西方国家物权法里没有的”,其任意不受拘束的创新达到了极端的程度;在物权法价值取向上,区分不同主体进行区别保护的原则曾被许多论者奉为主

梟;在物权设定原则上,《物权法草案(六次审议稿)》突然改物权法定为物权自由;在物权规范特征上,在许多学者提出的构想中,大量的刑法、行政法规规范都必须塞进物权法;在物权法的整体性质上,甚至定位为公法还是私法都成为争论的一个话题,虽然多数民法学者力拒公法化倾向,视其为“倒退”,但淡化其私法性质和体系色彩而制定“关于财产的法”或“国有资产保护法”的呼声显然不乏支持的声音,宪法学者对“防止公权入侵私权”的立场轻蔑地指出,这不过是“少数物权法起草者的主张”各种体系混乱乃至根本背离私法精神的具体主张,乃成为我国物权法立法的最大威胁,物权法治建设的最大危险不在于物权法能否通过,而在于通过的物权法“质量如何”。有人提醒:存在一种“体系破碎”的危险,即物权法会因各种新思潮和“国情化”而逐渐通俗、逐渐破碎,面临着尚未精细化即被庸俗化的危险。^①

因此,物权概念及其根本属性的研究,对维护物权法体系的严整具有重大意义,如果物权法真的是一个内部结构合理、逻辑一致的规范体系,而不是许多“与财产有关的规定”简单罗列而成的“大杂烩”,那么这整个体系就应当有一个灵魂,一个总的构造基础,有一个主线把许多零散的规定贯穿起来,这个灵魂应当存在于物权概念的根本属性之中,对此属性的探讨就是对物权体系构造基础的发现和巩固过程。物权的根本属性不应停留在概念层面的一般认识,它更在整个物权法的制度层面贯彻下去,其影响要反映在物权法的整体结构性特征方面,要在静态和动态中都保持一致,其主要的贯彻工具是物权的各种衍生效力、物权法的基本原则等,并因此而确保整个物权法在这一共同构造基础之上,围绕一个统一的灵魂和主线,而形成高度体系化,并以此来保证物权法的科学性与稳固性。而对此根本属性予以淡化,或只是笼统停留在支配

^① 参见王洪亮:《物权立法需警惕破碎化危险》,载《法制日报》2006年11月24日。