

隋彭生 著

民法新角度

『用益债权原论』阶段性成果

民法新角度，是新的切入点，也是新的思维方式。本书对用益债权、用益法律关系、占有、用益侵权等，都展现了独特或原创性的思维。

A New Perspective on Civil Law



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

民法新角度

隋彭生 著

「用益债权原论」阶段性成果

A New Perspective on Civil Law



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

民法新角度:“用益债权原论”阶段性成果/隋彭生著. —北京:北京大学出版社,2012.10

ISBN 978 - 7 - 301 - 21215 - 8

I. ①民… II. ①隋… III. ①民法 - 中国 - 文集 IV. ①D923.04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 213532 号

书 名:民法新角度——“用益债权原论”阶段性成果

著作责任者:隋彭生 著

组稿编辑:陆建华

责任编辑:王建君

标准书号:ISBN 978 - 7 - 301 - 21215 - 8/D · 3179

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址:<http://www.yandayuanzhao.com>

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

电子信箱:law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者:三河市北燕印装有限公司

经 销 者:新华书店

965mm × 1300mm 16 开本 21.25 印张 354 千字

2012 年 10 月第 1 版 2012 年 10 月第 1 次印刷

定 价:42.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

民法新角度「用益債權原論」階段性成果

前 言

我在2008年申请到一个重点课题:《用益债权原论》(教育部哲学社会科学研究重点资助项目,项目编号08JHQ0004)。长期以来我思考着一个问题:有用益物权,就应当有相对应的用益债权。我的一篇论文《用益债权——新概念的提出与探析》(载《政法论坛》2008年第3期),是把用益债权作为用益物权的对应概念论述的。概念与名词不同,它为一个理论体系提供了前提。随着研究的深入,我的观点有所调整,对他人有体物的用益可成立用益债权,对他人无形财产的用益也可以成立用益债权。

在研究过程中,不可避免地需要研究作为课题基础的东西。比如说占有,对他人之物的用益,需要取得占有。因此,对占有的研究,成了该课题的一个重要内容。法律关系是解释纷繁复杂法律现象的钥匙,笔者在研究过程中注意从法律关系的角度分析问题、解决问题。有人问我现在在研究什么,我的回答是:用益债权、占有和法律关系。

本书是论文集形式,包括21篇独立的论文,这些是我研究课题的阶段性成果,有些直接研究用益债权,有些是用益债权的理论铺垫和支撑。有7篇是没有发表过的,另外14篇都在期刊上发表过,在收入本书时,有的保持了原貌,有的作了增补。

隋彭生

2012年9月1日

目 录

(一)

用益债权

——新概念的提出与探析	3
一、物权法定原则的债法补救和新概念的提出	3
二、对用益债权的界定	8
三、用益债权的体系描述	11
四、用益债权对两类既有规则的审视	15
五、结语	18

民事用益法律关系

——一种新的理论概括	20
一、民事“用益法律关系”的提出及其基本属性	20
二、用益债权法律关系与用益物权法律关系的竞合	26
三、用益法律关系的基础法律关系	30
四、结语	34

动产用益质权法律关系分析

——动产质押法律关系与动产用益质权法律关系的竞合	36
一、动产用益质权的意义	36
二、动产用益质权法律关系	38
三、两个法律关系竞合时孳息的收取	43
四、结语	46

知识产权用益法律关系分析	47
一、知识产权用益法律关系的基础问题	47
二、知识产权法定用益法律关系分析	52
三、知识产权意定用益法律关系分析	57
四、结语	62
论作为用益债权的典权	
——兼论确立附有不动产留置权的典权	65
一、典权的性质探析:作为用益债权的典权	65
二、基于用益债权性质对典权法律关系构成的分析:	
双向用益及回复原状	70
三、基于用益债权性质对典权法律关系消灭的分析:	
找贴绝卖、回赎与非找贴绝卖	74
四、对典权制度的一项改造建议:	
确立附有不动产留置权的典权	77
五、结语	82
公司实物用益出资初论	83
一、用益出资与相关现象辨析	83
二、我国《公司法》的相关规定及实物用益出资的适格	87
三、用益出资产生的法律关系及公司责任财产	92
四、结语	95
法定孳息的本质	
——用益的对价	97
一、对法定孳息的定义	97
二、法定孳息的本质——用益的对价	99
三、法定孳息与天然孳息的区别	102
天然孳息的属性和归属	106
一、天然孳息的属性	106
二、天然孳息的归属	113
三、结语	120

论试用买卖的预约属性	121
一、对试用买卖的传统定义及笔者所持观点	121
二、试用买卖作为预约的独立效力	125
三、作为预约的试用买卖与作为本约的 买卖两个法律关系的衔接	130
四、结语	133
“特定的物”是“特定物”吗？ ——与“通说”商榷	134
一、立法对物权客体的界定及我国大陆通说	134
二、误解的原因——把交易规则当成了物权归属规则	136
三、种类物作为客体，符合物权属性的一切要求	141
四、“特定的物”的含义——是否排斥种类物	143
五、关于种类物物权与特定物物权的分类	147
六、结论	148
用益侵权 ——一种新的理论概括	150
一、用益侵权的概念	150
二、用益侵权的类型	153
三、用益侵权的归责原则、责任承担方式与阻却违法事由	158
四、用益侵权与不当得利的竞合及不法管理规则的适用	163
五、结语	165

(二)

论占有之本权	169
一、本权的界定：内涵与外延	169
二、脱离占有的本权：间接占有	175
三、本权对占有保护的意義：秩序、回复与抗辩	181
四、立法改进的点滴意见：代结语	184

对拾得物无因管理的占有是有权占有

——与通说商榷	188
一、遗失物拾得的要件及拾得与无因管理的关系	188
二、无因管理对恶意占有和善意占有的排除	191
三、对遗失物进行无因管理而占有的主客观分析	192
四、无因管理占有的本权及法定占有媒介关系	194
五、区分对遗失物有权占有与无权占有的意义	195
六、结语	200

论以占有改定方式设立动产质权

——与通说商榷	201
一、问题的提出	201
二、以占有改定设立动产质权	203
三、公示效力、留置效力及其他效力	206
四、与简易交付、指示交付设立质权的比较	207
五、结语	209

论以指示交付设立权利质权 210

一、问题的提出	210
二、指示交付设质时的法律关系	212
三、指示交付设定权利质权的两种方式	215
四、结语	219

对动产质押合同及动产质权两种现象的观察 223

一、动产质押合同的效力	223
二、动产质权的设立	226
三、动产质权的效力	231
四、结语	234

占有媒介法律关系类型化设计

——一种统一和简化的思路	236
一、间接占有、直接占有及占有媒介关系	236
二、对意定占有媒介关系的讨论	245
三、对法定占有媒介关系的讨论	248
四、结语	253

动产善意取得与善意占有之比较

——动产善意取得不是善意占有的效力 254

一、问题的提出 254

二、善意取得和善意占有与本权的关系 255

三、善意的含义及存续的阶段 257

四、取得占有的法律事实不同 260

五、结语 261

辅助占有与直接占有的区分及转化 263

一、对辅助占有的界定 263

二、对辅助占有的外观识别及占有主人的管领力 266

三、辅助占有与直接占有的区分及转化 268

四、结语 271

(三)**绝对法律关系初论** 275

一、绝对法律关系是因具体法律事实形成的现实法律关系 275

二、绝对法律关系的义务人 279

三、绝对法律关系的客体与绝对权 283

四、相对、绝对法律关系的共生及由给付产生和
保持的绝对法律关系 287

五、结语 290

赠与任意撤销权分析 293

一、任意撤销权的性质及行使 293

二、无任意撤销权的情形与任意撤销权的放弃 307

三、附条件、附负担赠与的任意撤销问题 313

四、撤销后财产后果的处理 318

五、结语 320

关键词索引 321**后记** 325

(一)

用益债权

——新概念的提出与探析

民事用益法律关系

——一种新的理论概括

动产用益质权法律关系分析

——动产质押法律关系与动产用益质权法律关系的竞合

知识产权用益法律关系分析

论作为用益债权的典权

——兼论确立附有不动产留置权的典权

公司实物用益出资初论

法定孳息的本质

——用益的对价

天然孳息的属性和归属

论试用买卖的预约属性

“特定的物”是“特定物”吗？

——与“通说”商榷

用益侵权

——一种新的理论概括

用益债权

——新概念的提出与探析*

摘要:理论上和法律上只有用益物权的概念,对债权性的用益权没有相应的概念。“用益债权”是创新概念,是用益物权的对称。用益债权有自己的体系,以用益债权审视既有的规则,则是一个新视角。

关键词:用益债权 使用 收益 准用益债权 侵权客体

一、物权法定原则的债法补救和新概念的提出

(一) 物权法定原则的债法补救

物权法定原则又称为物权法定主义,物权法定原则的内容,包括种类法定和内容法定。^① 内容法定是以种类法定为前提的。物权法定原则的立法理由,考虑到了因物权的绝对性而要求的对世性,由对世性而要求公示性,由公示性而要求类型化公示方法,依公示方法又区分为登记物权和占有物权。如果物权变动又无相适应的法定公示方法辅助,则会侵害交易安全,使第三人蒙受不测之损害。物权类型及其公示方法的设计,是平衡安全与效率的结果。公示方式的法定是物权变动方式的法定。物权法定,还包括物权客体的法定等。如果物权客体不法定,就可能发生在一物之上设立数个所有权等

* 原文载《政法论坛》2008年第3期。《新华文摘》2008年第15期转载,《人大复印报刊资料》2008年第8期转载。本文对用益债权的界定,是针对有体物的,是作为用益物权对应的概念提出和论证的。随着研究的推进,笔者的观点有所调整。取消“准用益债权”,将其当作用益债权的一种表现。为保持原貌,笔者未对本文做更改。

① 《德国民法典》未明文规定物权法定原则,但公认德国采此原则。《日本民法典》和我国台湾地区“民法”都明文规定了物权法定原则。我国《物权法》第5条规定:“物权的种类和内容,由法律规定。”

行为。

物权法定原则是强行性规范,而且它奠定了物权法整体规则的基础。从种类的角度,主要限制他物权;在实质上,主要限制变动物权的民事法律行为。

物权法定原则导致了物权类型的少数化。所有权是唯一的自物权,是物权的原型。物权类型的少数化,主要是指他物权类型的少数化。他物权包括担保物权和用益物权。本文旨在探讨对他人之物的用益,因此略过担保物权。

我国物权立法,有两种不动产用益权的取舍特别引人关注。《物权法》在种类法定的旗帜下,不但阻止了居住权的进入,而且排除了传统的典权。居住权在罗马法是物权中的人役权,法、德等国民法继承罗马法,设人役权制度。日民及我国历史上的民国立法,则中断了人役权的制度传统。典权不是舶来品,是中国固有的制度,属于物权。因我国土地所有权公有,典权的标的物实际上限于房屋。典权人收益权的主要法律表现是居住权。在《物权法》生效后,我国就没有了专以房屋为标的物的用益物权类型。^② 居住权和典权这两种权利,在我国当前社会不具有普遍性,但仍有特殊需求。这里提出的问题是,居住权和典权以及《物权法》没有规定的其他不动产财产权将何以自处?

就我国《物权法》的规定来看,用益物权只有土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权、地役权及六种土地以外的准用益物权(特许物权)。^③ 这十种用益物权都不是动产用益物权,即《物权法》没有规定动产用益物权类型。我国《物权法》用两个条文规定,不动产与动产都可以成为用益物权的客体。^④ 但是,条文中的“动产”,只是给将来的立法预留的空间。^⑤ 在特别法出台之前,依照物权法定原则,对动产的用益是不能形成物权的。

② 我国《物权法》规定的不动产地役权,除了土地地役权以外,还应当包括建筑物等地役权,但需役人(地役权人)并不能以居住的方式对标的物使用、收益。

③ 我国《物权法》第122条规定:“依法取得的海域使用权受法律保护。”第123条规定:“依法取得的探矿权、采矿权、取水权和使用水域、滩涂从事养殖、捕捞的权利受法律保护。”这两个条文规定了六种特许用益物权。这六种特许用益物权是:海域使用权、探矿权、采矿权、取水权、养殖权、捕捞权。这些物权须经行政特许才能设立。

④ 《物权法》第40条规定:“所有权人有权在自己的不动产或者动产上设立用益物权和担保物权。用益物权人和担保物权人行使权利,不得损害所有权人的权益。”第117条规定:“用益物权人对他人所有的不动产或者动产,依法享有占有、使用和收益的权利。”

⑤ 参见黄松有主编:《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》,人民法院出版社2007年版,第350页。

物权法定原则的缺憾,在于固定的物权类型不能及时反映日新月异的社会发展、经济发展的需要。虽然立法可以规定物权的新类型,但立法是一个较漫长的过程,可能落后于实践。还有,法定的物权只考虑普遍需要,不能兼顾特殊需要。“在物权法定主义下,如提供之物权种类或内容,确能符合社会需要,固为最理想设计。然事实上殆无可能。”^⑥物权法定原则,被认为有僵化的一面。学说上提出的救济方法有“物权法定说”、“习惯法包含说”、“习惯法有限承认说”、“物权法定缓和说”^⑦等。笔者认为,就我国的严格物权法定原则而言,除非特别立法,在已有立法框架内的任何救济方法,都是徒劳的。不过,在用益物权制度之外,债权性的用益制度及时弥补了物权法定原则的“缺憾”。

物权法定原则,是用来限制当事人变动物权的法律行为的。当事人意定居住权、典权以及其他未被物权法类型化的不动产财产权为用益物权的行为无效;意定动产为用益物权的行为无效。此处,涉及的一个理论问题是:物权法定原则是强行性规定,违反该原则的行为是否一律无效、绝对无效?所谓“强行”,在针对表示行为时,是为了排斥当事人的意思自治。各种各样的强行性规定的目的和价值各有不同,因此违反强行性规定的行为之效力,也应有所不同。

法律行为不符合此要件,但符合彼要件时,可按彼要件生效。^⑧ 当事人的法律行为违反物权法定原则时,不能产生物权上的效力,但并非不产生任何效力。例如约定居住权为物权的时候,该居住权可按债权生效,转受债法保护。在现代社会,有比较完备的登记制度,传统意义上的人役权“现象”,在不能登记的情况下(没有公示方法),已经“进化”为以占有为前提,以使用、收益为内容的债权。也就是说,在丧失作为物权、他物权、人役权的居住权之后,居住权作为债权仍然存在。^⑨ 典权也是如此,它作为对房屋的债权

⑥ 谢在全:《民法物权论》(上册),中国政法大学出版社1991年版,第45页。

⑦ 参见谢在全:《民法物权论》(上册),中国政法大学出版社1991年版,第46、47页。

⑧ 我国台湾地区“民法”第112条规定:“无效之法律行为,若具备他法律行为之要件,并因其情形,可认当事人若知其无效,即欲为他法律行为者,其他法律行为,仍为有效。”此规定之法理,为大陆学者所普遍接受。梁慧星教授主持的《中国物权法建议稿》第4条第3款是这样设计的:“物权的设定虽然无效,但该行为符合其他法律行为生效要件的,许可其产生相应的法律后果。”(社会科学文献出版社2000年版,第5页)。此设计无疑是正确的,但在民法典法律行为部分作总括性规定为好。因为,不仅是物权设定行为需要此类规范的调整。

⑨ 居住权作为债权,在我国现行法律制度中实际上是存在的。例如,我国《婚姻法》第42条规定:“离婚时,如一方生活困难,另一方应从其住房等个人财产中给予适当帮助。具体办法由双方协议;协议不成时,由人民法院判决。”条文中的居住权,是对他人之物的用益性债权。

性用益权仍可继续存在,当事人可以通过典契(债权行为)来设定居住权。其他未被物权法“收入”的不动产的用益权利、动产的用益权利,均可作为债权受债法保护。

用益物权的自治空间较小,而债权贯彻意思自治原则,“只要不是被禁止的,就是被允许的”,当事人可以自由地确定用益的内容,灵活满足各种特殊需要。“债权在保障财产流通关系、实现资源最优化配置方面,有时有着比用益物权更完备的功能。”^⑩债权没有公示的要求,债权是相对权,当事人的任意设定在当事人之间发生效力,一般不会危害到第三人的利益。从生活实践来看,物权法定原则的消极影响并不明显,那是因为有债权制度的积极配合。笔者把这种现象称为“物权法定原则的债法补救”。这是物权法定原则与用益权冲突的一种解决之道。不同财产制度相辅相成的作用,由此可见一斑。

(二) 新概念的提出

笔者通过居住权、典权的物权属性到债权属性变迁的认识,也基于对现存债权属性的用益权(如婚姻法规定的居住权、债权合同约定的对不动产和动产的孳息收取权等)的认识,感到应当寻找一个概念来概括、反映针对不动产和动产的全部债权性的用益权。在中国当代民法,即使是对居住权,也不能启用人役权的概念。笔者在给学生讲物权法课的时候,直接使用了“债权性用益权”的说法,观点应当是正确的,但感觉不够凝练,不属于概念性表达方式。笔者还将用益权分为用益物权和债权性用益权。债权性用益权的现象是客观存在的,只是没有归纳成体系,没有完整的理论概括和概念凝练。

还有一个相近的术语是“债权利用权”。王泽鉴教授谈道:“关于土地的利用,除设定用益物权外,尚得成立债权的利用权(尤其是土地租赁),而发生所谓土地利用的二元体系。”“用益物权系属物权,受类型强制及内容固定的限制。土地租赁等债权利用权,有广泛的自治空间,惟不具有物权性。”^⑪还有的学者直接使用了“‘不动产’债权利用权”的术语。^⑫ 债权利用权的提法,一是有它的局限性,它指向的是土地等不动产,不能包括对动产的使用和收益。二是有模糊性,把“债权”放在“利用权”之前,意在表示“利用权”的债权属性,但一般人不会这样理解。例如,他们会像理解“土地利用权”一样,

^⑩ 周林彬:《物权法新论》,北京大学出版社2002年版,第582页。

^⑪ 王泽鉴:《民法物权》(2),中国政法大学出版社2001年版,第15页。

^⑫ 参见房绍坤:《用益物权基本问题研究》,北京大学出版社2006年版,第61页。引文中的单引号为笔者所加。

将债权利用权理解为对债权的利用权。三是在文字上不能直接反映出使用、收益的权利内容,不能使人望文生义(望文生义对知识普及的效率是非常重要的)。因此,债权利用权作为用益物权的对称是不适宜的。

笔者进而考虑,应当创立一个崭新的概念来概括全部债权性用益权,并以它作为用益物权的对称。笔者提出的这个概念是:用益债权。这个概念的提出,当然并非仅仅基于居住权、债权利用权等。

理论上和法律上都有用益物权的概念,但没有用益债权的概念。^⑬ 概念是对事物的精炼和总结。概念是反映事物特有属性的思维状态。它浓缩了相关信息。一个法律概念,是相关法律现象体系化的“龙头”。用益债权作为新的概念,准确表达了权利的内涵和性质,可以反映出我们对事物的认识深化,而且为相关法律现象的类型化研究提供了前提。此概念的提出,为对他人之物利用的“二元体系”应有完善或巩固基础的作用,为完善民法制度或许有添砖加瓦的功效。

笔者对用益债权的定义是:用益债权,是对他人所有的不动产或者动产,依法享有的占有、使用、收益的债权。这样,就把用益权分为了两大类,一类是用益物权,一类是用益债权。用益权是作为用益物权和用益债权的上位概念存在的。此处所谓用益权自与罗马法及其承继者的用益权有所不同。罗马法的用益权是物权,而这里笔者所说的用益权却涵盖了用益物权和用益债权两种法律现象,是上位概念。“债权性的用益权”,可以作为用益债权的通俗说法。

所有权的积极权能,分为价值权能和用益权能,而用益权能是价值权能的基础。实现物的用益权能,是物的财产效应之一。由他人用益,则是财产流转的表现,即用益权能与所有权的分离,是商品交换的一种形式。用益权能的分离,是产生用益物权和用益债权的基础。用益权能的分离,可能产生的是物权,也可能产生的是债权。用益权制度,不能当成用益物权制度的同义语。用益债权与用益物权,同为解决“所有”与“利用”矛盾的制度安排,都是以物的最大化利用为目的。用益物权与用益债权都是法益,只是产生和保护的方法不同。

用益物权,以法律行为设定,即用益物权,来源于所有权人或其他权利人分离用益权能的意思;用益债权,同样以法律行为设定,但存在法定用益债权

^⑬ 在中国政法大学继续教育学院2007年度学术研讨会(2008年1月20日)上,笔者首次提出了这一概念。