

民法

第1卷

主编 / 崔建远

9人行

金桥文化出版（香港）有限公司

D913
C971
:1

民法人人行

第 1 卷

主编 / 崔建远

MINFAJURENXXING



金桥文化出版（香港）有限公司



20019653

民法总论 (第1卷)

- | | |
|-----------|---------------------------|
| 主编 | 崔建远 |
| 本卷执行主编 | 戴孟勇 |
| 责任编辑 | 王 玲 |
| 封面及版式设计 | 恒信佳艺图文设计有限公司 |
| 出版发行 | 金桥文化出版(香港)有限公司 |
| 港澳台及海外总发行 | 三联书店(香港)有限公司 |
| 中国内地进口总代理 | 中国出版对外贸易总公司 |
| 中国内地发行总代理 | 现代书店有限公司 |
| 印刷 | 永恒印刷 |
| 版次 | 2003年4月第1版第1次印刷 |
| 书号 | ISBN 962-86389-4-7 |
| 公司住所 | 香港中環干諾道中68号华懋广场二期六字楼A室 |
| 公司电邮 | goldenbridge@vip.sina.com |
| 出版声明 | 版权所有 侵权必究 |

作者简介



崔建远

清华大学法学院教授，博士生导师。代表性著作：《准物权研究》、《合同责任研究》、《合同法》等。代表性论文：《“四荒”拍卖与土地使用权》、《土地上的权利群论纲》、《无权处分辨》等。



戴孟勇

清华大学法学院博士研究生。代表性论文：《连带保证责任论纲》、《先买权：理论与立法》、《合同自由与法治》（合著）等。



耿林

清华大学法学院博士研究生，郑州大学法学院讲师。代表性著作：《新编中国合同法全书》（副主编）、《交易安全的法律保障》（合著）、《担保制度比较研究》（合著）。代表性论文：《论音像作品》、《合同成立与合同生效的立法定位研究》、《论我国动产抵押制度的完善》等。



韩世远

法学博士，清华大学法学院副教授。代表性著作：《违约损害赔偿研究》。代表性论文：《论中国民法的现代化》、《减损规则论》、《情事变更原则研究》、《论合同责任成立上的因果关系》等。



申卫星

法学博士，北京大学法学博士后流动站研究人员。代表性著作：《物权法》（合著）、《知识产权法》（主编）。代表性论文：《对民事法律行为的重新思考》、《我国优先权制度立法研究》、《合同保全制度三论》、《期待权研究导论》等。



王成

法学博士，曾在北京大学应用经济学博士后流动站从事博士后研究，现为北京市海淀区人民法院法官。代表性著作：《侵权损害赔偿的经济分析》。代表性论文：《过失的经济分析》、《证明责任的理念与配置》、《权利质权一般理论研究》等。



王轶

法学博士，曾在北京大学法学博士后流动站从事博士后研究，现为北京大学法学院副教授。代表性著作：《物权变动论》、《租赁合同·融资租赁合同》、《合同法新论·分则》（合著）等。代表性论文：《代为清偿制度论纲》、《所有权保留制度研究》、《论无权处分行为的效力》等。



解志国

法学博士，中国人民大学应用经济学博士后流动站研究人员。代表性论文：《民法上优先受偿权的几个问题》、《论意思表示错误的界定与认定》、《论缔约过失责任》、《俄罗斯联邦家庭法典》（译文）等。

杨明刚

中国人民大学法学院博士研究生，最高人民检察院民事行政检察厅助检员。代表性著作：《民事疑案判解研究》。代表性论文：《债权让与的若干法律问题》、《论双方违约》、《论法定抵销》、《论显失公平》等。



序

惯居书斋,无追逐潮流之意;潜心为文,有学以致用之心。况年逾不惑,气度本该更加从容。未曾料,一群风华正茂的可畏后生,有志于民法的理论研究与实践探索,乃倡议创立民法沙龙,以求切磋明理,砥砺为学,取长补短,相得益彰。酝酿之初,倡议者即邀我参与其中,慎思之后,欣然同意。后与诸君研习数次,当日初衷日渐明朗于心。

讨论民法问题,须有学术平台。仅凭一己心力,固然可成一家之言;倘集众人智慧,何愁不能去芜存菁?若论者水平接近,又各有千秋,彼此具有平等对话的能力、把握民法的追求、畅所欲言的自由,则非但可怀疑既有定论,甚或自成其说,亦未可知。论者无论长幼,均为平等成员。或报告,或评论;或倾听,或求教;或立论,或辩解。诸此之事,于己于人,均有裨益。

加强民法修养,须有学思兼行。发现民法问题,必备相当学识,不然,案型生于咫尺,不是熟视无睹,就是张冠李戴。解决民法问题,尤需更高境界,否则,面对社会现实,难免束手无策,或者庸见迭出。此类境界既非与生俱来,亦非从天而降,惟有潜心研读经典,辅之以冥思苦索,辩论争鸣,历经日积月累,方可望有所修为。学而不思则罔,思而不学则殆。诚哉斯言!民法沙龙犹如阅读经典、交流心得之学堂,置身其中,或能登高望远,再上层楼。

发展民法学说,须有适当方法。观览民法学发展史,诸多流派各具千秋,均有其生存空间。就沙龙成员而言,各种法学方法的神髓尚

需深入领会,相关学科知识有待逐步补充。民法沙龙有望成为自由言说之所,鼓励百花齐放,提倡百家争鸣。沙龙成员学术兴趣不尽一致,个人尊崇法学流派亦未必相同。然不同方法、不同思维,相互碰撞,激荡回声,或可启迪心智,共繁共荣。

提升法学水准,须有学术批评。自由地表达,平等地讨论,严肃地批评,诚恳地回应,乃学术发展的正道。反观我国民法学界,自言自语者多,批评回应者少,看似一派兴旺,实则繁而不荣。民法沙龙践行针锋相对的辩论,鼓励不留情面的批评,赞赏切中肯綮的意见,摒弃人云亦云的附和。

阐释民法理论,须守学术规范。没有规矩,不成方圆。民法沙龙的报告,论证说理须遵循规则,引文注释应符合规范。民法沙龙的评论,大到选题价值,观点正误;小到标点符号,引文注释,都在检视之列。

民法沙龙乃开放的学术论坛,或志同道合而自愿加入,或工作繁忙而无暇光顾,或兴趣减弱而中途退场,来去随意,均属正常。

民法沙龙目前依托于清华大学法学院民法研究中心,其报告与评论皆属于该中心学术活动的组成部分,以《民法九人行》之名连续出版。

此记。

崔建远

于清华大学法学院明理楼

2002年11月12日



目 录

序	崔建远(1)
---------	----------

主题报告

水权·物权法典的制定·民法理论的反思	崔建远(1)
--------------------------	----------

• 评论

对“反思”的解读与反思	韩世远(84)
完善论证的几点建议	王 轶(90)
水权研究的理论价值	王 成(96)
水权的法律定位:在传统与创新之间	戴孟勇(101)
新意与困惑	解志国(109)
域外理论、本土资源与水权研究	耿 林(112)
怎样理解物权客体的特定性?	申卫星(117)

主题报告

论我国物权变动模式的立法选择	王 轶(120)
----------------------	------------

• 评论

解释选择的多重路径	崔建远(162)
-----------------	------------

物权变动模式的形成:一种历史决定论?	韩世远(171)
从问题思维到方法思维	王 成(175)
解释选择方法的迷思	耿 林(178)
立法“前见”的有限作用	戴孟勇(180)
理解、商榷和联想	解志国(188)

主题报告

道路交通事故损害赔偿归责原则之经济分析	王 成(195)
---------------------------	----------

• 评论

过失、过失责任与无过失责任	崔建远(242)
法律经济分析方法的运用及其局限	王 轶(244)
法学论文的语言、内容和形式	申卫星(248)
违章、过错及归责原则的确定	耿 林(250)
民法制度的多重任务	戴孟勇(256)

主题报告

物权的优先效力:反思与重构	戴孟勇(263)
---------------------	----------

• 评论

“物权优先于债权”宜存不宜废	杨明刚(317)
反思传统的意义与论证的有效性	王 成(321)
物权优先效力的问题属性与讨论方法	王 轶(327)
理论问题还是立法问题?	解志国(332)
为物权的优先效力声辩	崔建远(335)
反思有了,重构何在?	申卫星(350)
对民法基础理论的批评勇气与方法	耿 林(353)

主题报告

保留买主期待权论..... 申卫星(361)

• 评论

期待权杂想..... 韩世远(389)

解释论还是立法论? 崔建远(394)

名实未符与思维习惯..... 王 成(396)

期待权研究的起点及内容..... 耿 林(402)

期待权本质的问题属性与讨论方法..... 王 轶(407)

期待权的定位:理论代价及问题价值 戴孟勇(409)

编辑手记 戴孟勇(416)

主题报告

水权·物权法典的制定·民法理论的反思

报告人/崔建远

报告时间/2001年9月30日、2001年11月9日

报告地点/清华大学法学院明理楼

一、引言

本文的构思和写作,主要源于三方面问题的凸现,并萦绕于心。其一,水资源(water resources)的重要性已有目共睹,对水资源进行全方位的法律调整便愈加急迫,水权(water rights)制度作为基础的一环必须引起我们的重视。其二,我国正在制定物权法典,水权、矿业权与渔业权等准物权是否被纳入其中,既取决于立法者对物权法准确地总体把握,又离不开对准物权的透彻了解。即使追寻着德国法系的物权编的体例,我国物权法典不直接规定准物权,也应给准物权的存在尤其是发展预留适宜的空间,而不是成为它们生长的羁绊。只有我们熟知准物权的属性、构成和效力,才能使物权法的总则适合准物权的要求,成为填补准物权规范漏洞的依据;使各种物权制度与准物权制度衔接和配合得恰到好处。以水权制度简陋、水权理论贫瘠的现状,我们不能胜任其责。其

三,既有的民法理论系对以往的民法现象的概括和总结,可能涵盖不住其后出现的民事关系。事实的确如此,某些民法理论已不能令人信服地说明现在活跃着的民事权利义务的状态,未能概括出全部民法现象的本质要求,亟待修正。矿业权、渔业权与水权及其制度的独特属性和法律要求,既是我们修正某些民法理论的动力,研究它们的成果本身也就是达到上述目的的组成部分。笔者曾经就矿业权问题作过探讨,本文专就水权问题加以讨论。

二、水权的概念分析

水权,是权利人依法对地表水(surface water)与地下水(ground water)使用、收益的权利。也有人说它是权利人引取(divert)定量之水与储蓄(store)定量之水的权利。^[1]相比较而言,前者界定得全面,后者系针对汲水权、引水权、蓄水权等类型的水权所作的概括,未能涵盖排水、航运水权等类型,故不够准确。由此显现出应将水权认定为一束权利的必要性。实际上,水权为一集合概念,它是汲水权、引水权、蓄水权、排水权、航运水权等一系列权利的总称。不同类型的水权所具有的性质、效力、功能可能有所差别,甚至相距甚远。为准确与方便起见,除非特别指明,本文所论水权,主要以汲水权、引水权等用水权为审视与概括的对象。

水权、水资源所有权与水所有权系本文常用的概念。按照通说,水资源所有权属于特殊主体所享有的权利,在我国归国家享有。水资源及其所有权基本上不作交易的对象。水所有权,或称水体所有权,已归普通的民事主体享有。业已引入企业的储水设施、家庭水容器中的水,不再是水资源所有权的客体,而是水所有权的客体。水权,系从水资源所有权中派生,分享了后者中的使用权与收益权而形成的物权,准确地说,准物权。水权人行使水权,便得到水所有权。行文至此,有必要对这种观点予以评论:“水权之水,所有权仍属于国家,惟为经水权人之取水设施引入或汲出之



水,为‘私水’。水权之水,此处之水已非天然状态之水,为水权人
之额定水权内之水,但不保证水权满额之水量。水权之水已为水
权人占有,为物,为动产,已非为公物之公用物,为公物之特别用
物。占有人无民法之所有权,惟适法有使用或收益之权,其使用或
收益依水利法及民法占有之规定。”^[2]就汲水权、引水权、航运水
权、竹木流放水权等类型的水权而言,作为水权客体的水仍然与作
为水资源所有权客体的水资源融为一体,并未分离、独立出来,故
水权人对此处之水不享有所有权,有的是直接占有(航运水权等场
合),有的不关注占有(引水权等场合),此处之水仍归国家所有。
这种观点可予赞同。但在排水权的情况下,水权的客体未必属于
国家所有。还应注意,“经水权人之取水设施引入或汲出之水”,其
所有权已归水权人享有,不再是水资源所有权的客体,不再归国家
享有;也不复为水权的客体。水权人与此处之水的关系,本质上是
所有权人与水所有权客体之间的关系;准确的称谓,应是水所有权
人而非水权人享有水的所有权,只不过此处水权人与水所有权人
系同一人,故称之为水权人享有水的所有权,亦无不可。

水权属于何种类型的权利?一种观点认为,水权是独立于水
资源所有权的一种权利,也是一项法律制度。^[3]另一种观点则主
张,水权,就是水资源所有权和各种用水权利与义务的行为准则和
规则,它通常包括水资源所有权、开发使用权、经营权以及与水有
关的其他权益。^[4]前者思考的方向正确,后者值得商榷,理由有
四:第一,这违反了财产权体系内部的位阶关系。水权属于财产
权,^[5]而在财产权体系中,水资源所有权的上位权利是财产所有
权,再上位权利是物权,不会是水权。水权概念若有存在的必要,
逻辑上只能是水资源所有权的下位概念。所以,“水权包括水资源
所有权、开发使用权”说是把水权作为了水资源所有权的上位概
念,这不符合民法逻辑。正如有人所说,水权不是对水的占有权、
所有权,水权人不享有受法律保护的水所有权上的利益(interest

in the ownership of the water itself),受保护的权利只是用水权。^[6]第二,如果一个人既对水资源享有所有权,又自己利用该水资源,那么,在法律上只设置水资源所有权制度便足矣,没有水权制度存在的必要。只有在非所有权人为自己的利益而需要使用水资源时,为清楚地划分他与所有人之间的利益,也为了对抗其他人,才有设置水权制度的必要。在这种背景下存在的水权,恐怕它只会从水资源所有权中派生,系分离该所有权中的使用、收益诸权能而形成的他物权。由此可见“水权包括水资源所有权、开发使用权”说犯了本末倒置的错误。第三,在中国,它不符合《中华人民共和国水法》(以下简称为《水法》)的立法原意以及具体规定。《水法》区分了水资源所有权和使用权,强调水资源属于国家所有,水资源的所有权由国务院代表国家行使。农村集体经济组织的水塘和由农村集体经济组织修建管理的水库中的水,归各该农村集体经济组织使用(第3条)。国家对水资源依法实行取水许可制度和有偿使用制度,但是,农村集体经济组织及其成员使用本集体经济组织的水塘、水库中的水的除外(第7条)。上述使用水的权利就相当于我们所说的水权。这两类权利是各自独立的。前者不得易其主体,而后者则可以转让。第四,从比较分析的角度观察,会发现至少通说都主张水权不含有水资源所有权。在美国西部,大多数水法都宣称公有权(public ownership)存在于水资源之上,采用先占用原则规律用水权(water-use rights),用水人从州的水资源管理部门获得许可证时,该用水权就是水权(water rights)。^[7]在日本,学说认为水权是利用水的权利,而非对水享有所有权。^[8]中国台湾水利法规定,水权是依法对于地面水或地下水取得使用或收益的权利(第15条),可归团体公司或人民取得,而水资源所有权则只归国家享有(第2条)。可见水权不含有水资源所有权。所谓渔业权是水域的利用权,而非所有权,^[9]也佐证出水权不含有水资源所有权说的合理性。道理在于,按照渔业权属于水权中的一



类的观点,该说直接在反驳着水权包含水资源所有权说;依据渔业权系与水权并列的一类准物权的理论,只要我们遵循相似的问题相同处理的公平原则,仍会得出水权乃水资源的使用权,而非水资源所有权的结论。由此可知,“水权包括水资源所有权、开发使用权”说显然忽视了水资源所有权和水权之间的性质差别。

其实,持水权含有水资源所有权说的专家、学者,都一方面承认水权的转让,另一方面坚持我国宪法所规定的水资源所有权归国家享有的原则,否认水资源所有权的转让。这使他们陷入自相矛盾之中。为避免如此尴尬局面,只好多费笔墨,特意指出水权中的用水权等可以转让,水资源所有权不得转让。这是自找的麻烦,不遵循民法思维的结果。在民法的视野里,水权系从水资源所有权中派生出来的用益物权。这十分清晰、简单。如此,就非常容易表述水资源所有权不得转让而水权可以转让的精神。

我们界定一个特定的事务,所采用的概念必须准确地揭示该事务的本质属性,这是起码的要求;其次是受此领域前见的制约,符合此领域内大家都遵循的界定概念的规则要求;再次是所用概念在使用上要方便,如果所采用的概念在使用时常常要作许多限定,作若干辅助说明,则所用概念难谓妥当。水权这个概念,中国的使用者最想用它描述的,正是用水人使用水并获得利益的现象,而非水资源归国家享有的事实;最想用它解决的问题,正是国家这个水资源所有者把用水利益如何妥当地分配给各种各类用水人,如何配置用水资格最有益,最能使我国可持续发展。如果是这样,把水权界定为使用水并获得收益的权利,而非对水资源所有的权利,就最能达到上述目的。如此界定,才符合法学尤其是民法学既有的权利位阶体系理论,即受制于先见,才遵循了“财产权——物权——用益物权——水权”的逻辑结构。如此界定,使用水权概念时才最便利,在谈论水权转让等现象时,无须再作限定说明。

笔者也不赞成水权含有经营权说,更不同意水权是经营权的

观点。因为经营权是一动态的概念,它属于水权人利用水进行经营乃至生产的过程的权力,就水权人自身而言,经营权描述的重点是水权人的内部活动;就水权人通过行政许可取得水权来说,经营权“并没有授予你财产使用的权利”,“经营权的不同在于经营所得不完全归经营者,经营者还有上交经营所得的任务。”^[10]而水权重在解决水权人的用水资格,标示的重心在于水权人与非权利人之间的关系,也有水权人与水权授予部门之间的关系。水权在说明着下述事实:用水人使用、收益水是合法的,而非侵权行为,应受到法律的保护。至于水权人获得具体量的水时如何进行经营活动,则不在水权的效力范围之内。由此可见,把水权等同于经营权的观点不足取。

在民法的分析框架中,只要把水权界定为用益物权,或者再准确点,水权为准物权,那么,使用水之权、转让水权之权、获得利益之权等就都是水权的内容,或者说它们属于水权的效力范畴。所以,将水权说成使用权、转让权、交易权等,是混淆了总体与部分之间的关系,误把水权的效力作为了水权本体,违反逻辑。

笔者之所以主张以民法的思维界定水权,是因为水权在总体上属于民事权利,尽管它较一般民事权利具有更浓厚的公权性质。水权是以民事权利的基本属性出现在水法当中的,水法是以这种民事权利为基础构建起属于民事法律规范体系的部分,再进而建构其庞大的行政法律规范这个主干体系,同时配置有经济法、刑法等法律规范体系的。正因为水权是水法这栋大厦的基础,所以,我们对其界定一定要准确,不然,水法的大厦可能会倾斜。正因为水权的基本属性是民事权利,所以我们应按民法思维界定水权,否则,会使许多水法制度走样,衔接不佳,运作起来笨拙不堪。就笔者所掌握的国外的文献看,它们实质上都是遵循着类似于大陆法系的民法思维界定水权的。我国的一些学者也是如此。^[11]

应予指出,对于普通的市场主体来说,其用水根据至少有两



类,一是水权,二是水合同(water contract)及其债权。水合同债权虽是用权人使用水的权利,但它不具有物权的性质与效力,仅仅是债权。就是说,水权的真实含义窄于其定义的字面意义,仅指具有(准)物权性质及效力的用水资格。

水自身为“动产”,但水权却是不动产权益。^[12]因水权派生于水资源所有权,故水权属于他物权;因它是权利人使用水并获得利益,而不是为担保债权的实现,故它为用益物权(usufructuary rights),即为特定的用途从特定的源流而引取、使用水的权利。^[13]但同一般的用益物权相比,水权具有以下自身的特点,于是人们称其为准物权。

1. 客体方面具有特殊性

水权的客体是水,包括地表水和地下水。它存在于河流、湖泊、池塘、地下径流、地下土壤之中。当水由用水人从河流、湖泊等处引取来存蓄于自己的水池、水塔等容器里时,它就不再是水权的客体,更不是水资源所有权的客体,而是水所有权的客体。除极少数情形外,作为水权客体的水,在物理上并未与水资源相分离地孤立地存在着,而是融汇于水资源中,是水资源的一部分。就是说,在现实世界中,在水权设定时直至行使前,水权的客体与水资源所有权的客体融为一体,在物理上无法识别出独立性。按照传统的界定特定物的标准衡量,水权的客体是不特定的。但另一方面,水权确实在质与量上存在着,并受到法律的承认和保护。如果彻底而绝对地否认水权客体的特定性,又如何能在范围上使水权同水资源所有权区别开呢?况且人们都承认这样的原理:物权系主体直接支配客体的权利,只有客体特定才能实现支配,故客体的特定性便为物权的一大特征。^[14]水权同为支配权,逻辑上亦要求其客体具有特定性。对此,应如何认识呢?笔者认为,一应反思客体一律自物权设定之时就必须具备特定性的僵硬模式,承认支配力及其内容的不同对客体何时具备特定性的要求并非一致;二应反思特