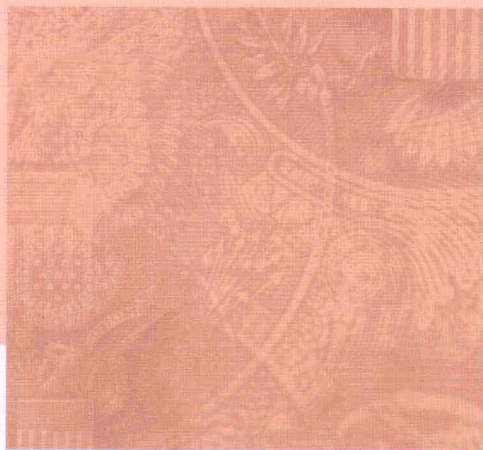


法大民商经济法评论

(第九卷) CUPL-CCE LAW REVIEW

主编 / 王卫国

CHIEF EDITOR WANG WEIGUO



学问之人。

上仰天道之光明，下参地道之精微。

心怀天下，求索不已，刻苦耕耘，持之以恒。

历学途之艰辛，经师道之坎坷，淬砺人品，磨勘学术。

或可有五车之才情，传世之篇章。

人民法院出版社



法大民商经济法评论

(第九卷)

CUPL-CCE LAW REVIEW

主编 / 王卫国

CHIEF EDITOR WANG WEIGUO

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法大民商经济法评论. 第九卷/王卫国主编.

—北京: 人民法院出版社, 2013. 8

ISBN 978 - 7 - 5109 - 0763 - 0

I. ①法… II. ①王… III. ①民法 - 中国 - 文集

②商法 - 中国 - 文集 ③经济法 - 中国 - 文集

IV. ①D923 - 53 ②D922. 29 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 190709 号

法大民商经济法评论 (第九卷)

王卫国 主编

责任编辑: 林志农 张钧艳

出版发行: 人民法院出版社

地 址: 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话: (010) 67550572(责任编辑) 67550558(发行部查询)
65223677(读者服务部)

网 址: <http://www.courtbook.com.cn>

E - mail: courtpress@sohu.com

印 刷: 三河市国英印务有限公司

经 销: 新华书店

开 本: 787 × 1092 毫米 1/16

字 数: 300 千字

印 张: 14.75

版 次: 2013 年 8 月第 1 版 2013 年 8 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5109 - 0763 - 0

定 价: 45.00 元

版权所有 侵权必究

序

《易》：“日月得天而能久照，四时变化而能久成。圣人久于其道而天下化成。”学问之人，上仰天道之光明，下参地道之精微，心怀天下，求索不已，刻苦耕耘，持之以恒。历学途之艰辛，经师道之坎坷，淬砺人品，磨勘学术，或可有五车之才情，传世之篇章。曰：若无炎黄以来数百代学人昼夜不息之涓涓，何以见数千年华夏文明气吞万里之泱泱！

今有中国政法大学（简称“法大”）民商经济法学院，乃今日中国法学学人之一群。本院成立于2002年，集法大各相关学科之精英，纳海内外之名宿新锐，组成民法、商法、经济法、民事诉讼法、环境资源法、知识产权法、财税金融法、劳动与社会保障法八大研究所，迄今有专任教师120余名，兼职教授50余名，在校本科生2000名、硕士博士研究生1500名，实乃当今中国最大之民商经济法学者团队。

自2003年以来，本院以“砥砺学术，辩研精要”为旨，设“秋季论坛”，以为成果之检阅，并为交流之平台。当秋高气爽之时，全院师生济济一堂。论坛分若干单元，每单元先以选拔之佼佼者（青年为主）演讲，再由校内外名家（校外为主）点评，听众与嘉宾问答切磋，最后由主持人小结。论坛情趣高雅，气氛热烈，给人“余音绕梁，三日不绝”之感。曰：高堂论学，神采飞扬，雅室求卷，思绪留芳，学问之乐趣莫过于此；松径通幽，才俊辈出，枫林落雁，劲酋长驻，学府之成就莫过于斯也！

为将我辈学人之涓涓，汇入吾国学术之川流，特创办《法大民商经济法评论》。本书选取我校学术论坛的部分论文，按学科分门编排，作者均为本院师生。此外还将开辟翻译特区，刊载师生译作，以飨读者。祈望学界同仁及全院师生对本刊多加垂注、批评和参与。

是为序！

王卫国

（中国政法大学民商经济法学院院长、教授、博士生导师）

目 录

第一部分 民 法

“典权入律”的价值与依据——典权制度的功能与意义 / 李显东	(1)
民法基本原则解释：意思自治原理及其展开 / 侯佳儒	(13)
物权行为的规范结构与我国所有权变动 / 朱庆育	(40)
“跳单”行为的认定及处理	
——以“指导案例 1 号”为中心 / 戴孟勇	(67)
僧人遗产继承法律问题研究 / 陈 汉	(90)

第二部分 商 法

对控股股东信义义务原则的质疑 / 范世乾	(97)
实际出资人股东资格认定标准的比较法研究 / 梅慎实 张 涛	(106)
中国 VIE 融资模式的合法性分析及法律风险探讨 / 马更新	(119)

第三部分 知识产权法

促进我国企业技术创新与知识产权战略实施的激励机制研究 / 冯晓青 ...	(129)
未注册地理标志保护之探讨 / 李祖明	(148)
专利法生态化下植物新品种法律保护方式的再思考 / 周长玲	(156)

专利法要为科技创新提供制度性保障

- 写在《专利法》第四次修改之际 / 李玉香 孙浩源 (164)

第四部分 经济法

- 对拍卖保证金法律适用的重新认识 / 霍玉芬 (175)

- 将宇宙全息统一论引入法及法学领域的必要性 / 杨 萍 (183)

投资者适当性法律制度的完善研究

- 以结构性投资产品错误销售为例 / 贺绍奇 (193)

- 电子商务诚信的法律规制研究 / 孙 颖 (206)

第五部分 民事诉讼法

- 新民事诉讼法举证时限制度评析 / 刘金华 (220)

第一部分 民法

“典权入律”的价值与依据

——典权制度的功能与意义

李显东*

一、典权的概念

典权,是指支付典价,占有他人不动产而为使用、收益的权利。^①典权制度是在中国有深远影响的传统法律制度。其最大的特点就是“有买卖之实却无买卖之名”。我国《物权法》虽受台湾地区修订“物权法”时是否保留典权之争论的影响,未规定典权制度,但在社会关系及司法实践中典权制度依然存续。基于典权制度特有的用益与担保之双重功能,不但大陆学者有主张保留典权制度者,^②台湾地区也在相当多学者坚持典制已成“具文”的情况下,在2010年修订的“物权法”中依然保留了第八章“典权”。

台湾地区典权制度为我国所独有,源远流长,更兼其与我国社会人文联系密切,相较于西方法律中的类似制度别具一格,因此学界与社会对其关注度始终不减。随着近年来典权制度之存废在两岸法学界引发争议,典权制度亦再度成为讨论之话题。

(一) 典权制度的沿革及其特有传统文化色彩

从典质到典卖,传统意义上的典权制度肇始于隋唐,形成于宋明。追溯典权之渊源,不难发现,最初,典权之所以兴起,乃因我国传统认为变卖祖产尤其是不动产,乃是败家之举,足使祖宗蒙羞,为众人所不齿,故绝不轻易从事,然逢

* 中国政法大学民法所教授、博士生导师。

① 梁慧星:《中国物权法草案建议稿:条文、说明、理由与参考立法例》,社会科学文献出版社2000年版,第582页。

② 详见许德平:《典权与不动产质权之比较研究》,载《山东法学》1999年第3期;米健:《典权制度的比较研究——以德国担保用益和法、意不动产质为比较考察对象》,载《政法论坛》2001年第4期;徐洁:《典权存废之我见》,载《法学》2007年第4期。

困窘之际,不能不有解决之计,于是有折衷办法出现,即将财产出典于人,以获得相当于卖价之金额,日后又可以原价赎回。如此,不仅获得资金以应急需,又不至落得遭受变卖祖产之讥。^① 此中体现了法律对“那些生存受到威胁者的同情伦理,即法律试图给予贫弱者方便。”^② 也彰显了“耕者有其田、居者有其屋”这一类乡土观念与传统伦理对典权制度之肇基。

(二) 典权概念之演化

从诞生到最终为成文法所确认,典权的内涵并非一成不变,我国法律制度史上曾经先后出现过典质、典当、典卖并行的情况,直接导致了后来关于其性质认识的混乱,一直到国民民法典修订的时候,“典”才作为完全独立的物权制度在民法典中出现。迄今为止,学界有关典权性质的分歧仍然存在,这也是过去人们对典权性质认识模糊的一种延续。

在对典权的误解中,有一种观点是把典权等同于借贷关系中的抵押或质权,亦或土地关系中的租佃,以为不必在既有法律范畴之外另设典权。这种意见认为,在今日的客观环境之下,典权所能起的作用最多只不过是融资的一种办法,是完全可以抵押、租佃或其他合同取代的。那样,更符合国际产权惯例。需要指出的是,持这一观点的学者对典权的理解似乎流于表面,因为典权其实是一个与我国乡土观念紧密联系在一起,是西方现代法律所没有的附有回赎权的土地转让制度,一旦出典,使用权便立即转让,但出典人仍然保留以有利条件回赎土地的权利。^③

二、典权制度存废之思辨

(一) 典权之回顾与现状

典权制度设立的初衷,无疑是在一定程度上打破传统观念的桎梏,以达到救济贫弱之目的,同时实现社会资源的合理配置。然而,在典权制度趋于成熟的宋明两朝,适逢我国人口增长、土地兼并愈演愈烈之时期,加之法令难以在底层人民中普及,致使典卖制度沦为破产农民向地主出卖土地的“遮羞布”。在典权制度发展的过程当中,人们往往只看到了地主以典卖为手段褫夺农民的土地,却忽视了土地兼并的根本原因在于政策层面的缺陷,如税制的不合理等因素才是加剧土地兼并的主要原因。从这个角度上说,将封建王朝后期的土地兼并现象盲目地

^① 杨昕宇:《典权制度的价值复兴及其发展》,载中国民商法网,于2013年5月10日访问。

^{②③} 黄宗智:《中国历史上的典权》,载法律史学术网,网址:http://www.legal-history.net/article-show.asp?c_class=5&id=1904&c_page=1,于2013年5月12日访问。

归咎于典卖制度，不仅无助于问题的解决，也抑制了典卖制度发挥其积极作用。

自近代以来，伴随着中华法系解体、西方法律制度传入东方，我国的民法体系一贯表现出效法德日的痕迹，在西风东渐的时代背景之下，典权制度能够顽强地在我国近代立法中占据一席之地，充分说明了其在社会生活中不可替代的作用。直到如今，在我国台湾地区，典权制度仍得以比较完整地保留下来，尽管台湾地区半个世纪的司法实践表明，现实中涉及典权法律关系的纠纷并不常见——这一点也正是近年来学者酝酿将典权剔除出民法体系的原因之一——但典权制度本身的存在，就为调整围绕不动产设定的某些权利义务关系提供了一种新的思路。

（二）有关典权性质的探讨

在外观上，典权容易与《日本民法典》规定的不动产质权相混淆，《日本民法典》规定的不动产质权属用益性质，但同大陆法系的不动产质权不同。^① 典权与不动产质权的最大差别，在于质权是从物权，而非对价性权利，其效力受制于主债权，因此在转质等方面均受限，典权则是对价性权利；而就担保属性而言，典价的返还，并不是一种担保，因为它仅产生债权的效力，而无担保物权具有的优先受偿，即排斥一般债权的对抗力。^②

同样的，典权也并不仅仅只是某种用益物权的同义词，从回赎、找贴到土地所有权的流转，无不体现了典权处在不可回赎的“绝卖”与单纯的用益物权之间的地带，换言之，典权在功能上近似用益物权，^③但典权本身又类似于一种缓和了的转让所有权方式，因此有学者指出，典权实际上应划归为用益债权的范畴，毕竟，在当前物权法并未将物权纳入中国大陆民法体系的背景下，称典权为用益物权似不妥当，而从典权产生的基础——合同——来看，典权似为某种附加了对世性的相对权，物权、债权区分的基础在于绝对权和相对权的划分。

在承认典权为他物权的立法之下，典权是在债权的基础上附加了物权的性质，是在相对权的基础上附加了绝对权的性质，是在对人权的基础上附加了对世权的性质。从法律关系论来看，这种附加只是增加了对典权人的保护，在相对法律关系之外，又成立了客体为或不行为的绝对法律关系。^④

学界对典权的研究还会深入下去，但典权的存在本身，已经为今人利用典权制度解决一些其他制度所无法解决的问题提供了契机。

① 参见《日本民法典》第342条、第356~361条。本文仅将典权与日本的不动产质权作比较。

②③ 隋彭生：《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》，载《政治与法律》2011年第9期。

④ 隋彭生：《绝对法律关系初论》，载《法学家》2011年第1期。

三、典权的现实意义

——与农村土地流转在改革背景之下的历史耦合

（一）土地承包经营权设典可以有效地促进其流转

农业的现代化需要土地的适度集中以实现农业生产的规模化和集约化经营。而土地的适度集中和规模化经营，只能是通过农民自愿的交易来进行，这就客观上要求进一步放开对农村土地流转的限制。如果把农村土地承包经营权作为债权，则其转让、转包需要经过发包人同意，这显然不利于农用土地进行市场流转。而物权的转让，原则上无须获得他人同意或者通知，土地承包经营权的物权化，就为其流转“松绑”提供了法律上的依据，从而可以更有效地促进土地承包经营权的流转。^①

农民享有的土地承包经营权成为物权之后，物权人处分其权利已不再受制于他人，这不但能够使其真正作为一项稳定的财产进入市场，产生应有的交换价值，而且能使农民的利益与土地联系更为密切，从而更好地维护土地权益。^②

显而易见，土地承包经营权物权化后若进一步容许其设典，就更为其流转“松绑”提供了法律上的依据，既能有效地促进土地承包经营权的流转，也有利于土地资源的优化配置，达到发挥农用土地集约经营效益之目的。

（二）典权可作为解决农村金融供给不足的有效路径

1. 传统民间借贷不具有足以解决资金需要的普遍性。民国时期对典卖的相关研究表明，典作为具有中国特色的一种民间自然产生的他物权制度，其所具有的灵活性使其独显理论与实践优势。典不但在某些方面远胜于西方的不动产质权，如典权系以移转占有为要件，与抵押权有所不同。而且，相对于拍卖的繁琐手续，典权人可多年占有典物，只要予以找贴，即取得所有权，其运行便捷。^③

因此，如果赋予典权以有力的明文法律保障，则典权便可以充分发挥其长处，应用其既有用益又有担保作用的“天赋”，游刃于农民的融资之间。我国要加快建立资本充足、功能健全、服务完善、运行安全的农村金融体系，必然少不了典权作为其中一分子的支撑作用，因此从实体法意义上接受典权，从部门法的实效上保护典权，无疑是最明智之捷径。

2. 禁止土地所有权的转让和抵押必然阻碍土地融资。许多台湾地区学者认

① 杨玉熹：《论物权法定主义》，载《比较法研究》2002年第1期。

② 丁关良：《谈农村土地承包经营权的物权化》，载《山东农业大学学报（社会科学版）》2002年第2期。

③ 选自《典权制度的功能分析及立法选择》，载法律教育网，于2013年3月12日访问。

为典权制度已成具文，故目前业已没有必要再设立典权。台湾地区实行的是土地私有制，其土地所有者均可以像处分其他一切商品一样自由将土地抵押与买卖，随着融资渠道的不断发展，自然减弱了农民适用典卖的意愿，使其似乎变得不再必要。

但在我国大陆的公有制为基础的农村土地集体所有制条件下，土地公有制使得土地所有权既不能成为买卖合同的客体，也不能成为抵押权法律关系的客体。法律严格地限制土地的商品化流转，而农民作为农村集体经济组织的成员，其所享有的又只能是土地承包经营权这样一种用益物权，因此在仅能使用土地的情况下，土地的融资作用无疑也就遭到了雪藏，其可能发挥的巨大作用仅仅由于这一法律障碍而难以成就。

（三）典权可作为化解小产权房交易困境的工具

1. “小产权房”的概念出于房地两权的分离。所谓小产权房是指在集体所有的土地上建设并向本集体经济组织成员以外的人出售的房屋。亦称所谓“乡产权”，系指在农村集体建设用地上建成的，房屋属于该农村的集体所有者，由基层政府颁发产权证书。这种房产没有国家依法颁发的土地使用证和预售许可证，购房合同国土房管局也不会给予备案。

据国土部不完全统计，2007 年以前，全国小产权房的面积累计高达 66 亿平方米。^①究其成因，首先是城乡二元化的土地结构所致；^②其次是经济利益的驱动所致；最后是土地财政造成有关部门的监管不力所致。

2. 已有的清理小产权对策众说纷纭：

（1）补交地价款。即除非严重影响国家和城市的统一规划，对于那些合理合规建设的小产权房，在补办相关手续、补交相关费用之后应当给予相应的正式产权。^③

（2）试点物业税。即在补交房地产交易环节税收后，通过物业税形式，确认业主持有环节的合法性，并形成政府稳定的税收。^④

（3）农村宅基地租赁的放开。即在农民将其住宅转让给本集体经济组织成员以外的他人时，推定在房屋使用期限内房屋受让人与集体经济组织之间有租赁

① 21 世纪经济报道（广州）：《小产权房整治进入倒计时 初步方案已提交国务院》，载网易云音乐，网址：<http://money.163.com/12/0403/09/7U5GN50500252G50.html>，于 2013 年 3 月 12 日访问。

② 陈国强：《户籍制度二元化土地体制制约城市发展》，载新浪房产，网址：http://bj.house.sina.com.cn/hy/2011-09-07/1054374395_5.shtml，于 2013 年 3 月 12 日访问。

③ 蔡继明：《小产权房数量惊人要承认现实》，网址：<http://news.sina.com.cn/c/2010-03-12/164719851557.shtml>，于 2013 年 3 月 12 日访问。

④ 童大煊：《物业税不妨以小产权房做试点》，载《中国社会报》2009 年 6 月 3 日第 B02 版。

关系。^①

（4）将小产权房顺势转为保障房。主要针对已经建成、尚未出售的小产权房，经政府验收合格后收购作为保障房来源，以弥补保障房供应的不足。^②

3. 已有对策多与我国现行法律制度不尽相容。对于补交地价款以确认产权、以小产权房试点物业税的主张，其制度前提是集体土地使用权的可流转性，因而与现行法律制度并不相容。

关于宅基地租赁或其他集体土地使用权租赁的主张，因为集体土地使用权的出租同样受到了严格的限制而不具可操作性，且租赁作为债权不利于保障购房者利益。

关于将已建成、未出售的小产权房由政府验收合格后收购作为保障房的观点，只适用于未违反城乡规划且质量合格的部分，而以深圳为例，超过95%的小产权房都没有办理工程验收，达不到消防验收标准，存在严重的安全隐患。^③

4. 典权制度与小产权房清理的契合性。首先，房屋所有权仍归出典人，符合现行土地制度；其次，典权人对房屋享有用益权，使居者有其屋，满足典权人对房屋占有、使用、收益的需求；再次，回赎权的行使可充分保障农民权益，防止农民失地又失房，比纯粹的买卖更能保护农民权益，又能充实农民对其房屋的利用权，满足其融资需求。

四、典权入律是对物权法定之缓和的呼应

（一）仅有司法解释和习惯调整的典权是否为法定的物权

早在《物权法》还处于起草阶段之际，立法者就针对“典权入律”展开了讨论，几经波折，最后呈现在我们面前的《物权法》最终也没有将典权纳入其中，这决定了当前典权在中国大陆所处的境地：尽管典权制度是一笔宝贵的财富，但在今天其地位却十分尴尬。由于没有明确的法律规定，罕有司法机关作出有关判例。有学者就曾经指出：大陆有关典权制度的研究囿于理论层面是由于我国调整典权关系依据的仅仅是最高人民法院的批复、意见和民间习惯，而无明确

① 王文军：《论农村宅基地上房屋的买卖——“小产权房”的另一种形式》，载《清华法学》2009年第5期。

② 《郭松海8提案：小产权房可弥补保障房供应不足》，网址：<http://www.iqilu.com/html/house/dongtai/2012/0309/683287.html>，于2013年3月12日访问。

③ 《深圳小产权房无证建设数量惊人 超95%存在安全隐患》，网址：http://house.ifeng.com/news/detail_2012_03/07/13027909_2.shtml，于2013年3月12日访问。

的法律依据借以定纷止争，因而限制了典卖这一制度在现实生活中的广泛应用。^①虽然典权制度之独特的魅力不容否认，但毕竟《物权法》最终并没有将典权规定进去。换言之，在“物权法定”原则面前，典权始终处于名不正则言不顺的尴尬境地。

1. “物权法定”的概念与意义。所谓“物权法定主义”是指，为了保护交易安全和维持社会的经济秩序，任何国家对物权的种类、内容、效力和公示方法都必须采取法定主义的办法。反过来理解，除了民法和其他法律所明文规定的以外，任何人不能创设物权的种类，对既有的物权也不能创设其他的内容、效力和公示方法，这就叫作物权法定。物权法定主义，如果从其发端之时算起，迄今已走过了近二百年的漫长历程，成为了物权法结构体系的基本原则之一。^②

2. 物权法定是现代他物权社会化与公法化趋势的集中体现。现代物权法的社会化潮流是对私人财产依法予以限制，法律不仅禁止所有权的滥用，使所有人的权益日益服从于公共利益，而且强调所有权人负有在社会所提供的法律义务范围内正确行使所有权的义务。^③20世纪以来，为了提高对物的利用关系的效率，保护物的利用人的正当利益，促进资源的充分利用，所有权向他物权重心转移，表现出所有权与其所包含的各项权能间分裂的倾向。^④因而才有了利用权强化的规定出现。这些都是所有权社会化理论的具体表现。^⑤

“在授予某人对财产的实际利用，同时授予另外的人保有获取的实物财产作为收益权利甚或资本的担保，”^⑥这种所有权与其权能的分离成为必要时，只有“典卖”制度才能将其保持在一个限度内，使法律将私法的两个基本原则即自由与效率予以平衡。

3. 物权法定旨在效益与公平之间建立起理想的财产秩序。物权法定原则的核心内容，就是为了建立统一的财产秩序，贯彻物权法定原则，才能建立清晰、明确、统一、完善的物权体系，保障整个社会的秩序化，促进交易的高效快捷。物权法定主义作为一项制度安排，符合“制度化所带来的好处与制度化放弃的灵

① 参见杨与龄：《论典权制度之存废》，载《民商法论丛》（第十二卷），法律出版社1994年版，第299页。

② 王泽鉴：《民法物权》，中国政法大学出版社2001年版，第44页。

③ [德] 罗尔夫·克尼佩尔：《法律与历史》，朱岩译，法律出版社2003年版，第259页。

④ [日] 我妻荣：《日本物权法》，有泉亨修订，李宜芬校订，台湾地区五南图书出版公司1996年版，第6页。转引自胡绪雨：《法定主义价值演进与合理性分析——我国物权法的制定是否应当坚持物权法定原则》，载《法学论坛》2006年第21期。

⑤ 谢在全：《民法物权论》，中国政法大学出版社1997年版，第1117页。

⑥ [英] F. H. 劳森，B. 拉登：《财产法》，施天涛、梅慎实、孔祥俊译，中国大百科全书出版社1998年版，第107页。

活性的价值在边际上相等。”^① 因此物权法定原则是成文法国家的立法传统。

(二) 僵化的物权法定原则难以确认典权的合法性

1. 物权法定主义的局限性随着社会情势的变化愈益显露。近现代大陆法系各国民法均采物权法定主义。^② 物权法定维护的是法律的稳定性,其既可减少交易费用,又可保障交易安全。但法律稳定性的同义词,从法律意义上说可以包括僵化与保守。物权法定本身有其不可避免的先天自身局限:让立法者设计的物权种类和内容完全都符合社会发展需要的初衷,但事实业已证明这是绝无可能的事情。

物权法定主义因其将所言的“法”拘泥于民法典等成文法,结果使自身陷于僵化的泥坑,并与社会的需要脱节,甚至成为社会经济进一步发展的桎梏。可见,物权法定主义,须时刻追随社会生活的变迁而不断注入新的因素不可。^③

2. 立法是各个具体时代的产物。立法作为一项探求真理的认识活动,其本身必然受人类认识能力非至上性的限制。^④ 各个时代的立法者必然都会在法律上留下缺漏,使法律不能涵盖社会关系的一切方面。加之社会经济关系在日新月异地发展,社会生活的新需要也在不断地涌现。这些都势必产生立法之初规定的物权类型和内容无法满足现实社会的需要的矛盾。

3. 物权法在本质上是具有强烈民族色彩的固有法。每一部物权法制定之际,立法者往往都会基于当时的社会需要而将习惯法上的物权统统纳入并规定之,这些物权虽大多适宜于当时的社会需要,但随着社会情势的变化,它们又会发生与社会需要脱节甚至相互抵触的现象,为社会所不容。^⑤

无疑,随着社会经济的发展,物权类型和内容的过于僵化必然会越来越难以满足现实的需要。如果不吸纳新的种类与内容至物权法体系之中,定将使一些问题无法解决,造成法律与实务的严重脱节,对经济秩序和法律秩序都将极为不利。

4. 立法本质上就是一个临时应急措施定型化的过程。物权法固有的传统性和民族性,一些新的物权类型和内容必然伴随习惯长久酝酿、发展与成熟,而这

① 汪丁丁:《在经济学与哲学之间》,中国经济出版社2000年版,第61页。

② 事实上,某种权利是否需要确认为物权,更重要的还是一个立法政策的问题。亦即,立法政策对于某种权利是否属于物权乃具有决定性的意义。当立法政策认为某种权利确有承认为物权的必要时,即应认为该权利为物权,反之则否。参见〔日〕铃木禄弥:《物权法讲义》,创文社1994年版,第344页。转引自陈华彬:《物权法教程》,首都经济贸易大学出版社2008年版。

③ 陈华彬:《物权法教程》,首都经济贸易大学出版社2008年版。

④ 徐国栋:《民法基本原则解释》,中国政法大学出版社1993年版,第140页。

⑤ 陈华彬:《物权法》,法律出版社2004年版,第82页。

需要一个过程，一个立法认识的过程。正如梅因指出：社会的需要和社会的意见常常是或多或少地走在法律前面的。我们可能非常接近地达到它们之间缺口的结合处，但永远存在的趋势是要把这缺口重新打开。因为法律是稳定的，而我们所谈到的社会是进步的。^①

5. 从理念上看物权法定与私法自治内在要求冲突。毋庸置疑，私法自治、契约自由才是商品交换本质的要求，而物权法定原则却要求非经物权法或其他法律规定者，不允许当事人自由创设物权的种类和类型，即“法无明文规定即不可为之”。^② 物权严守法定主义的结果只能使私法自治半途而废。

相对于合同法领域实行的契约自由，规范财产归属与分界的物权法所充满着强制，都使物权法定明显与民法的基本理念、与私权的本质格格不入，这不但严重制约了物权领域的自治空间，也减少了当事人交易的选择机会。

五、典权制度的完善

（一）传统典权制度与小产权房问题的冲突症结：作绝

1. 传统民法中典物逾期不赎要转为绝卖。传统典权中，出典人逾期不回赎典物，典物所有权归于典权人，典权关系消灭。^③ 在此种方式的作绝中，不存在典权人支付典价与时价之差价的情况，而是直接以买卖关系替代典权关系，因而也被称为“非找贴绝卖”。^④

2. 典权一般均可通过找贴转为绝卖。典权存续期间，出典人与典权人达成协议，典权人向出典人支付的典物时价超过典价部分金额，即取得典物所有权。

通过上述两种所谓“作绝”，必然都要引起小产权房的所有权变动，而这无疑又与我国现行法相悖。这自然成为通过“典权”清理“小产权”的最大法律障碍。

（二）以小产权房问题为基点改造传统典权制度

为利用典权制度彻底解决小产权房问题，必须废除典权制度中的作绝对小产权房的适用。本文认为，可通过适用典权制度既有的别卖及构建留置权来调整典期届满的法律关系。

① [英] 梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆 1995 年版，第 15 页。

② 苏永钦：《走入新世纪的私法自治》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 87 页。

③ 如前述我国台湾地区“民法”第 923 条、第 924 条之规定。

④ 隋彭生：《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》，载《政治与法律》2011 年第 9 期。

1. 别卖：

首先，在典权存续期间，出典人可以将房屋所有权转让给其他符合购买条件的民事主体如同一集体经济组织的其他成员，以所得价款归还典价。

其次，出典人未进行别卖、典期届满又不回赎的，典权人可以将房屋卖与第三人，以收回典价，消灭典权。此处的第三人须为适格主体，主要是同一集体经济组织的成员，而这实际上增加了别卖的难度，是对典权人别卖的极大限制。

2. 设立“房屋储备中心”对验收合格的小产权房予以收储。与此相似的是集体建设用地抵押贷款中抵押权如何实现的问题，实践中一般通过政府土地储备中心以土地收储的方式予以解决，^①因而，针对小产权房别卖的困境，可参考上述政府收储方式，设立房屋储备中心，^②对验收合格的小产权房进行收储，一方面增强了别卖的可操作性，另一方面也可将收储的房屋纳入住房保障体系。^③

3. 基于留置权进行的占有应受法律保护。出典人未将房屋别卖或找不到合适的买主，典期届满后又不回赎，此时典权人欲将房屋别卖，也可能找不到合适的买主。此种情况可以通过在典期届满未回赎时赋予原典权关系中的典权人留置权的方式予以解决。此时，典期虽已届满，但由于未能收回典价，原典权人基于留置权得以继续占有该房屋，不因典期届满而丧失占有的合法基础。

对传统典权制度的上述改造，可以实现典权制度与清理小产权房的衔接。以典权关系构建小产权房法律关系，一方面能够促进农民对其不动产的利用，完善其所有权能，另一方面又能保证购房者的住房需求，总体上有利于房价的调控。由于房屋所有权并未转移以及回赎权的存在，在很大程度上打击了炒卖小产权房的行为，更重要的是，其与我国现行土地制度相符，达到了时下既要适法，同时又要兼顾各方利益的清理小产权房之目的功能。

典权诞生之初，显然是带有济弱的道德色彩：出典人多为经济上之弱者，使其于典物价格低减时抛弃其回赎权，即免负担；于典物价格高涨时，有找贴之权利，诚为我国道德上济弱观念之优点。^④然今日不同往昔，城市化进程加速致使

① 赵伟莉、陆峰：《海门尝试集体建设用地抵押贷款》，载《中国国土资源报》2008年11月20日；刘长荣：《枝江：以政府土地收储方式处置不良资产》，载《中国农村信用合作》2009年第12期。此外，《成都市集体建设用地使用权抵押融资管理办法（试行）》第17条规定变卖或拍卖的集体建设用地使用权“可由集体建设用地所有权人收购，也可由区（市）县土地储备中心按集体建设用地最低保护价收购。”

② 与此相似的如2008年成都市委出台的《关于加强耕地保护进一步改革完善农村土地和房屋产权制度的意见（试行）》提出“有条件的区（市）县可以成立农村房屋储备中心，以市场价格收购进城农民的农村房屋，促进农村房屋流通。”

③ 政府收储房屋用于住房保障之实践，详见侯大伟：《为住房保障攒房源，成都设住房储备中心》，载《新华每日电讯》2007年9月11日。

④ 杨昕宇：《典权制度的价值复兴及其发展》，载中国民商法网，于2013年3月12日访问。

乡土观念随之发生转变,最为明显的变化在于土地使用权的流转不仅更加频繁,同时也带有更浓厚的商业色彩,在这一背景下,典权作为交易的一面应当得到彰显。

同过去相比,如今的典权人与出典人之间的地位发生了显著的变化,毋庸置疑,典权制度赋予了出典人以理论上的优势地位,从权利义务分配上来看,出典人享有回赎、找贴等权利,相较而言,典权人则处于被动的地位,没有足以与之对抗的权力;但是,考虑到封建社会森严的社会等级,以及在传统观念的影响下,出典人往往处于极度窘迫的境地才会考虑出典祖产等因素,这种权利义务的倾斜并不足以改变出典人居于相对劣势的事实;而从典权人角度看,其之所以能够支付典价,取得典物的占有使用收益的权利,其目的并不只是占有使用收益该不动产而是最终想取得该不动产的所有权。因此,将回赎设置成出典人的权利,实际上是对典权人的一种抗衡。^①

但是在现代典权中,出典人和典权人的关系却发生了变化。

首先,如上文所述,现代社会,商业意识深入人心,加上近几年中国大陆房地产市场呈现过热的态势,往往出典人不再是急等资金周转的被动地位,而典权人却有可能是需要住房的紧急状态,传统的买方市场变成了现在的卖方市场,掌握稀缺资源的主体从过去的典权人变成了今天的出典人:出典人将自己多余的房产出典,获得典价,然后将所获得的典价做更多的投资,而此时典权人的想法也不再是最终取得房屋所有权,因为他已不再掌握典权关系中的话语权;其次,作为相对强势的一方,典价将由出典人主宰,意味着典权人无法对典价施加决定性影响。因此,如果再将回赎等作为出典人的权利,而不为典权人设置与之相抗衡的权利,将典权存在或消灭的决定权全部由本来就强势的出典人行使,那么对典权人来说很不公平。

针对现实,同样保留典权制度的韩国作出了相应改进,韩国法律上为保护典权人的利益,设置了典权人的拍卖请求权、优先受偿权等制度,除维护典权人使用收益之外,更加保障典权人的典价返还。^②这些都值得我国借鉴的。

可以说,正是由于济弱色彩的褪去,典权才能够在今天发挥更大的作用,但也正是由于这一点,典权制度的合理性与公平性遭到了削弱,为了充分发挥典权制度的价值,一味地承袭是不够的,典权制度的完善是必要的任务。

一个典型的例子是,典权与用益物权之权利人均享有对土地使用与收益之权

^① 参见邓纯:《由典权存废的争议而引发的思考》,载《法制与社会》2009年第9期。

^② 王全弟、陈建宏、高贤升:《典权制度比较研究》,载中国民商法律网,网址: <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=37240>,于2013年3月12日访问。