

人大法律评论

2001年卷 第二辑

Renmin University Law Review

中国人民大学法学院《人大法律评论》编辑委员会 编



本期要目

[主题研讨：中国物权立法]

- 物权立法的宏观思考……………谢怀栻
物权法的价值……………王利明
物权、财产权与我国立法的选择……………郑成思
是制定“物权法”还是制定“财产法”？……………梁慧星
漫议物权法的用益物权体系……………杨立新
物权与债权的区分价值：批判与思考……………尹 田
大陆物权法制的立法建议……………谢哲胜

人大法律评论

2001 年卷第二辑

中国人民大学法学院《人大法律评论》

编辑委员会 编

中国人民大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

人大法律评论 2001 年卷第二辑/中国人民大学法学院

《人大法律评论》编辑委员会编

北京:中国人民大学出版社,2002

ISBN 7-300-04156-6/D·663

I. 人…

II. 中…

III. ①法律-文集 ②物权法-中国-文集

IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 036560 号

人大法律评论

2001 年卷第二辑

中国人民大学法学院《人大法律评论》

编辑委员会 编

出版发行:中国人民大学出版社

(北京中关村大街 31 号 邮编 100080)

邮购部:62515351 门市部:62514148

总编室:62511242 出版部:62511239

E-mail:rendafx@public3.bta.net.cn

经 销:新华书店

印 刷:北京金特印刷厂

开本:890×1240 毫米 1/32 印张:11.5

2002 年 6 月第 1 版 2002 年 6 月第 1 次印刷

字数:328 000

定价:19.00 元

(图书出现印装问题,本社负责调换)

学术委员会

高铭暄	许崇德	孙国华	王作富	赵中孚
江 伟	程荣斌	杨大文	刘文华	王利明
赵秉志	叶秋华	韩大元	朱景文	史际春
何家弘	卢建平	陈卫东	郑 定	胡锦涛
朱力宇	张曙光	韩玉胜	孙言文	赵秀文

编辑委员会

执行编辑 熊诤龙 李 颖

编 辑 (以姓氏笔画为序)

尹 飞	李 颖	杨 煦	易 军	俞里江
郭泽强	贾敬华	廖 明	熊诤龙	

责任编辑 尹 飞

郭燕红

封面设计 李亚莉

版式设计 王坤杰

目 录

[主题研讨：中国物权立法]

物权立法的宏观思考	谢怀栻 (1)
物权法的价值	王利明 (11)
物权、财产权与我国立法的选择	郑成思 (30)
是制定“物权法”还是制定“财产法”？	
——郑成思教授的建议引发的思考	梁慧星 (45)
漫议物权法的用益物权体系	杨立新 (89)
物权与债权的区分价值：批判与思考	尹 田 (102)
论物权法的私法性	高富平 (127)
特许物权的性质与立法模式的选择	梅夏英 (150)
物权行为理论：事实、价值与体系建构	孙 鹏 (166)
大陆物权法制的立法建议	
——兼评王利明教授物权法草案建 议稿	谢哲胜 (231)

[论文]

西法东渐与中国司法的近代化	何勤华 (250)
论宪法的救济	胡锦涛 任端平 (271)
个体在行政主体中的主体地位探讨	
——行政主体理论问题思考	殷志诚 (297)
我国刑事证据开示制度之建立与完善	甄 贞 于秋磊 (319)
合同法与侵权法的关系	
——以日本消费者保护立法为	

中心…………… [日] 筱塚昭次著

丁相顺译 周永胜校 (345)

编者后记…………… (359)

Contents

Symposium upon Legislation of Real Rights of China

A Macroscopical Reflection on the Legislation of Real Rights	Xie Huaishi (1)
The Value of Real Rights	Wang Liming (11)
Real Right, Property Right and Our Legislative Choice	Zheng Chengsi (30)
“Real Rights” or “Property Law”	
—Reflection on the Suggestion of Prof. Zheng Chengsi	Liang Huixing (45)
Discussion about the System of the Usufruct Rights in Real Rights	Yang Lixin (89)
Criticism and Consideration on Value of Differentiating Real Right and Credit	Yin Tian (102)
About the Private Law Nature of Real Rights	Gao Fuping (127)
Character and Legislative Model’s Choice of Licensed Real Right	Mei Xiaying (150)
Theory of Act in Rem: Facts, Value and System	Sun Peng (166)
Legislative Advice about Real Rights of China	
—Review on Propositional Draft of Real Rights Drafted Mainly by Prof. Wang Liming	Xie Zhesheng (231)

Articles

Learning from the West Law and the Modernization

- of the Judicature in China **He Qinhua** (250)
- On Constitutional Redress **Hu Jinguang Ren Duanping** (271)
- Discussion on the Individual's Position of Subject in
the Administrative Subject
——Reflection on the Problem of Theory of
Administrative Subject **Yin Zhicheng** (297)
- Establishment and Perfection of Disclosure of
Evidence in Chinese Criminal Procedure System
Zhen Zhen Yu QiuLei (319)
- Relation between Contract Law and Tort Law
——Focused on Japanese Consumer
Protection Law **[Japan] Xiao Zhong ZhaoCi** (345)
- Translated by Ding Xiangshun**
Collated by Zhou Yongsheng
- From the Editors (359)

主题研讨：中国物权立法

物权立法的宏观思考

谢怀拭*

一、物权法的立法理念与基本原则

物权法主要是规定一个国家和它的人民对于财产的关系。对于财产的关系，表现在两个方面：一方面，这个社会里的各种财产属于谁，人民可以享有哪些财产。这是“所有制”的关系。例如，在我国，宪法明文规定，城市的土地属于国家所有（又称全民所有）（第10条），矿藏、水流等自然资源（除法律规定属于集体所有的外）属于国家所有（第9条），农村和城市郊区的土地（除法律规定属于国家所有的外）属于集体所有（第10条），等等。当然，还有其他的财产也可以属于国有和集体所有。凡是宪法和法律规定属于国有和集体所有的财产，个人就不能享有。当然，还有许多财产，宪法虽未规定（专门）属于国家或集体所有，国家和集体也可以享有，例如现在我国存在的大量的国有企业、集体企业的财产。这就是我国的国有制和集体所有制。另一方面，享有财产的人（包括国家、集体和个人）对属于“他的”的财产究竟享有什么权利，这些权利的内容是什么。这一方面通常由国家用另一些法律，在我国，由《民法通则》、《担保法》等法律来规定，现在正在制定中的物权法，也是要规定这一方面的内容的。

在上述两个方面的关系中，我国过去对前者非常重视，但是对

* 中国社会科学院法学研究所研究员。

后者不十分重视，出现了一些问题。这些问题表现在各个方面，特别是出现在国家财产和集体财产方面：第一，国家财产没有很好的主管机关，成为一个空的东西；第二，所谓集体财产更是找不到所有人，农村的集体财产没有人管。我们民法学界把以上这类现象称为产权虚置。所谓产权虚置就是指没有一个真正的所有人，或者说对真正所有人的权利——所有权，没有真正地界定。所以我们要制定物权法，就要解决这些问题，当然还有许多其他的问题要解决。我觉得这就是我们制定物权法的一个基本理念。

有的国家把所有制方面的特别问题规定在宪法里面，有的国家只在宪法里规定一些所有制方面的特别问题，有的国家有专门的“国有财产法”，等等，各种情况都有。我们今天已经有了宪法，宪法中规定了一些所有制方面的问题，物权法如何规定，就是一个要研究的问题。

假如把所有制问题，即什么人能享有什么样的财产权作为宪法规定的主要内容的话，那物权法的主要内容就不再是什么人可以享有财产权，而是说，不管你是什么人，国家也好，集体也好，个人也好，一旦你享有所有权，这种所有权的内容是什么？这就是物权法主要规定的内容。物权法与宪法的界限，多少还是要顾及的。当然现在学者主张把宪法规定的内容再规定到物权法中，那也未尝不可，宪法中要规定的是所有制问题，物权法中规定为所有权问题。

关于物权法的基本原则，我认为还是应该坚持以下三个原则：一物一权、物权法定、公示公信。对于这三个原则应该没有太多的异议。物权法定主义原则还是应该坚守的，不能够像某些学者所说的要突破物权法定原则，准许个人创设物权，甚至习惯创设物权。那都是做不到的，这不仅仅是个理论上的问题，在实践上也是做不到的。物权法中要规定的最重要的一个问题，就是要规定哪些物权。物权法与债权法不一样，债权法里面合同的种类无限多，只能规定几种典型的合同，其他的合同列不清，也用不着列清。而物权法就必须列明它的种类，并在物权法中规定清楚。这个道理用不着多讲，因为物权与债权不一样，债权只涉及特定人与特定人之间的关系，而物权涉及一个物权人与全社会人的关系，所以物权法必

须要采用物权法定主义。舍弃了物权法定主义，物权就受不到保护了。物权没有公示就受不到保护，就跟现在的合同一样，我可以跟你随便订一个合同，我也可以跟你随便设定一个物权，如果舍弃了物权法定主义，则物权不为物权，物权可以为债权了！所以物权法定主义要坚持。当然在一物一权的原则，有人认为早已经突破了，像区分所有权。其实区分所有权并没有完全突破一物一权的原则，区分所有权里面还是有单独所有权，这就看你把那个物怎么限定，即使你认为区分所有权是突破了一物一权的原则，但那个突破只是例外，而不能否定整个原则。公示公信原则也是要坚持的，我现在自己创设一个物权，但不向外公示，那怎么能够成立呢？人家怎么知道？国家又怎么去保护呢？所以我觉得这三个原则没有问题的。

二、所谓物权行为理论问题

现在民法学界争论的一个问题有所谓“物权行为”问题。实际上争论的核心是“一部分物权行为的无因性问题”。

这里有几点应该弄清楚：

第一点，有人争论“我国是否承认物权行为这个概念”，这是一个误会。“物权行为”在民法学中是“法律行为”的下位概念。民法中讲到法律行为的种类时，依不同的标准，把“法律行为”加以分类。例如“单方法律行为”和“双方法律行为”，“负担行为”和“处分行为”等。“债权行为”、“物权行为”、“亲属行为”和“继承行为”是以法律行为的目的为标准所作的分类。债权行为是以债权债务关系的发生、变更或消灭为目的的法律行为，物权行为是以物权关系（或物权）的发生或变动为目的的法律行为（其他亲属行为、继承关系仿此）。只要你承认债权（债权债务关系）和物权应该区别开，就应该承认债权行为和物权行为也应该分开。随之，也就应该承认在民法中，在债权行为之外还有物权行为。如果认为民法中没有“物权行为”（根本不承认物权行为这个概念），那么设定地上权、设定地役权、设定抵押权、抛弃所有权，这些行为

是什么行为呢？总不能说“抛弃所有权”是债权行为吧。

第二点，作为法律行为的一种的物权行为是很复杂的，物权行为又可以分类。通常，可以说物权行为有以下几种不同的情况：

第一种情况，我们可以称之为纯粹的物权行为。有的物权行为，就是一个单纯的以物权变动为目的的行为，它不与其他的行为有什么联系。最普通的，如物权（所有权、地上权等）的抛弃。这种行为只要有权利抛弃人的意思表示就行了（当然，有时还要有登记行为，这是另一问题）。又如在债权债务关系尚未发生时，设定最高额抵押的行为。这样的物权行为并不与其他的行为有什么联系，它的发生不需以其他法律行为为前提，所触也就没有“独立性”和“无因性”问题。

第二种情况，有些物权行为，在它的发生、变动、消灭上与其他的法律行为（主要是债权行为）有联系。例如留置权的发生要以一个债权债务关系为前提，抵押权的设定通常也以一个债权关系为前提，这样就发生了留置权和债权的关系，抵押权和债权的关系。不过对这些物权，法律常有规定，如《担保法》第 52 条规定：“抵押权与其担保的债权同时存在，债权消灭的，抵押权也消灭”（第 74 条和第 88 条就质权和留置权也有类似规定）。抵押权、质权、留置权都具有从属性，所以在这种情形下，不发生所谓“独立性”和“无因性”问题。

第三种情况，物权行为和债权行为并存于一个大的交易行为中，如在买卖这个交易行为中，先要订立买卖合同，后要移转标的物 and 价金的所有权（在不动产买卖还要登记，在动产买卖要交付）。订立买卖合同与移转标的物 and 价金有时相隔很长时间，这时就发生一个问题，即：是承认“买卖”这个交易行为中包括一个债权行为和一个物权行为，还是不承认包括两个行为而只说“买卖合同的订立和履行”。这就是所谓的“分离原则”，也就是“在买卖中物权行为的独立性问题”。跟着就又发生一个问题，既然把买卖中的债权行为分开，那么，二者的关系如何，二者即使有因果关系，那么，债权行为（原因）的有效是否也引起物权行为的有效无效问题呢？德国民法认为不是的，这即是所谓“买卖中物权行为的无因性”。

问题”。

所以“独立性”（分离原则）和“无因性”问题只涉及物权中的一部分（如买卖、互易等），主要涉及买卖。但在通常谈论时就把“在买卖中”这一点忽略了，只说“物权行为的无因性”。这就使初学者以为，这里谈的是一切物权行为的无因性问题，也就把“物权行为的无因性问题”变为“物权行为理论”问题，再变为“物权行为这个概念是否存在”的问题。现在我们应该把“物权行为理论问题”和“在买卖中物权行为是否有独立性和无因性”这两点划分清楚。

考虑物权行为无因性的问题，应该多举一些实际例子来考虑，而不应该就理论而理论，而应该在具体的实例中考虑合理不合理？公平不公平？而不是像我们现在许多学者讨论独立性问题的时候，老是争论为什么一个行为要分为两个行为，一讨论就拿那个当年德国人常讨论的买手套的例子。这些学者举的买手套的问题是这样，那他们就不能想想在现在的国际贸易中一些手套以外的问题吗？比如我们买波音飞机，约定五年以后交货，这和手套问题是一样的吗？这个不是债权行为和物权行为明明相差五年吗？所以我们在讨论法律问题时应各方面都考虑到。物权行为独立性、无因性的问题本来就不是应付手套问题的，而是要应付像买波音飞机那样履行期限很长的大宗国际贸易问题。有的人在讨论中，说物权行为纯粹是一种法学家的空想。这种话就太过了，法学家没有什么空想，法律上的东西都是从现实中抽出来的。

三、物权、财产权、无形财产权

有的人主张不应该制定物权法，应该制定财产法。我们应该先把财产的概念弄清楚，物权不等于财产。各国的财产概念是不同的，比如英美中的 property 指的是什么？它指的仅是不动产，不包括动产。我国的财产除了包括物权还包括债权。有的同志，主张把物权法叫做财产法，那是不是把债权排除在财产之外呢？如果你承认债权也是财产，当然你就不应该把物权法叫做财产法，物权法只

能规定物权。物权与债权的区别主要在于一个是对世权，一个是对人权，这个应该搞清楚。当然现在把债权限定在特定人与特定人之间的关系这个原则已经有所突破，但原则究竟还是原则，突破的只是例外。原则上，债权还是特定人与特定人之间的关系，物权还是特定人与所有的人的关系。这个区别一定要弄清楚。

无形财产权究竟是不是需要规定在物权法中？物权是不是包括无形财产权？换句话说，物权法上的所谓物是不是以有体物为限？无形财产是英美法的一个名称，德国从前是叫做无体财产，现在德国人也不讲无体财产，现在既不讲无形财产也不讲无体财产，就叫知识产权。一方面是物权法的物权，另一方面是知识产权。在德国物权法上的物是以有体物为限，物权法上的物权当然也是以有体财产权为限。我赞成这种主张，物权法上的物权应该以有体物上的权利为限，不包括无体物上的权利。这是什么道理呢？因为我们现在制定无形财产权首先是专利权、商标权、著作权（主要是这些，当然现在越来越多），而这几种财产权跟有体财产权确实有很大的区别。这个很大的差别，我曾在我那篇《民事权利体系》一文中简单地讲了。在那篇文章里我把知识产权不列入财产权这一类，另外单独列，就叫做知识产权，就是这个道理。它们不仅仅是摸得着与摸不着的关系，它们在权利的性质上有很大的不同，比如专利权、商标权等知识产权涉及很多行政行为。你要取得专利权，需要获得国家的批准、经过一定程序。你要取得所有权，就不一样，比如我买一本书，我就取得这本书的所有权，用不着国家行政机关的批准。还有，一般的知识产权都有一定的期限，而所有权是没有期限的，除非所有人抛弃所有权，所有权一直存在。所以这两个权利本身性质是不同的。而且我觉得“无形财产权”这个名字也不好，容易跟有体财产权混淆。我们还是应该在物权编中只规定有体财产权，无形财产权另外规定，制定知识产权法，像我们现在的做法就比较好。

对于国有土地使用权是不是无形财产权这个问题，我个人认为，实际上我们现在的国有土地使用权与所有权，除了在期限上有差别，实际上也是差不了多少，既可以转让，又可以继承。但它与

无形财产权还是两码事。

四、农地使用权与特别物权

我在报上看农业部正在起草“农村承包经营法”，可能还要在物权法之前公布。这部法与物权法的关系是什么？它一旦以法律的形式公布出来，将来物权法这部分怎么搞？这还真不好办：把承包经营权当做债权还是当做物权呢？中国农村的土地问题实在是一个很重要的问题。现在制定物权法就有一个困难，那就是你无法说服那些主张土地承包经营权的人为什么叫经营权不好，而一定要改叫农地使用权。我觉得经营权是一种债权，它与物权有很大的差别：第一，你搞个经营权的话，经营权老是要限定年代，而作为物权就没有年代限制的问题；第二，经营权既然属于债权的问题，就会经常发生破坏债的关系的问题，而作为物权制度之后就不能随便地改动。我想就得从这两方面说明为什么要用物权来改造我国农村的用地制度。这个问题如果不谈清楚的话，你要在物权法上规定农地使用权就会受到一些人的反对。当然要说明这个问题还得从根上说起，这个根是什么呢？这个根就在于物权和债权的区别。债权是对人权，因此人与人之间就可以随便撕毁合同，而物权不是撕毁合同的问题，那是侵犯物权。你要真正说服别人把土地经营权改为物权，就得从物权和债权的区别这个根上来说。

关于特别法上的物权，我认为其中一些普遍性的问题物权法当然应该规定，比如水资源使用权。但特别物权这个问题不需要很多的理论，这牵涉到立法技术问题，而且主要是立法技术问题。我们需要在物权法上规定大的原则，其他涉及行政法的问题还是在行政法规中规定。特别物权的性质问题不仅仅是立法问题，还是一个理论研究的问题。采矿权当然是一种特别物权，需要国家的特别许可，但采出来的矿归采矿人所有，那个矿产所有权就是一般的动产所有权，没有什么特别的。在没有离开土地之前，它是土地的一部分，由于土地所有权是国家的一部分，因此你现在想把土地的一部分采出为自己所有，当然要经过国家的许可。这就与采沙权一样。

最近不是公布了长江里面不许随便挖沙的规定，沙子在长江底下是土地的一部分，土地是属于国家所有，你去随便挖沙，就要经过国家的特别许可，也就是行政许可。国家既是基于所有人维护所有权，同时也是基于公共利益做出许可的。这个和普通的物权不一样，所以要加以区别。

五、典权立法与立法技术的完善

物权与债权的一个不同是物权法需要植根于它所在的社会。它是土生土长的东西。你这个社会有哪几种物权，有你这个社会的特点，我们不可能把英国的土地所有权拿到我们中国来，所以必须在研究本国的情况之后规定物权的种类，规定各种物权的内容。物权法的制定跟债权法的制定应该有大的区别，当然制定合同法的时候，我们就是参考我国过去制定的合同法，参考外国的立法，广泛地借鉴外国规定的合同的种类，所以那时说合同法制定完备一些更好，即使有些合同我国目前用的不多，但是国际上很流行的，我们也应该制定。比如融资租赁合同，那时就是在国内还很少用的合同，但也制定在合同法里面了。但制定物权法就不一样，开始讨论物权法的时候，我在法工委召集的物权法研讨会上就提出过，制定物权法与合同法不一样，制定物权法应首先搞清楚本国目前有什么物权，然后再说哪些物权我们应该保留，哪些物权我们不应该保留。不能随便说我们到外国移植一个物权过来。假如是我们本国完全没有的物权，移植过来那是行不通的。所以我在研讨会上建议，制定物权法你们首先要做调查工作，希望你们派调查人员出去到全国调查访问，查明全国各地现在存在什么物权。我特别建议对农村的土地问题进行调查，对典权问题作调查。我国物权法中要不要规定典权？有人主张要规定，有人主张不规定，但都是从理论上去讨论，没有经过调查得出来的资料。我说的这种资料，就是我国社会里现在究竟还有没有典权制度。我国的土地已属于国有和集体所有，不发生典权的问题，只有私人所有的房屋会发生典权的问题。究竟现在我国社会中出典房屋的情形还有没有，有多少，要调查清