

|天  
Borderless  
|下

法学新青年

# 物权法的 展开与反思

|第2版|

常鹏翱 著

法律出版社  
LAW PRESS·CHINA

# 物 权 法 的 展 开 与 反 思

| 第 2 版 |

常鹏翱 著

法律出版社  
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

天  
Down  
下

物权法的展开与反思 / 常鹏翱著. --2版.--北京:  
法律出版社, 2017

法学新青年文丛

ISBN 978-7-5197-1103-0

I. ①物… II. ①常… III. ①物权法—研究—中国  
IV. ①D923.204

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第173359号

物权法的展开与反思(第2版)

WUQUANFA DE ZHANKAI

YU FANSI (DI 2 BAN)

常鹏翱 著

责任编辑 李峰云

装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

**开本** 720毫米×960毫米 1/16

**版本** 2017年11月第2版

**出版** 法律出版社

**总发行** 中国法律图书有限公司

**责任校对** 王沁陶

**印刷** 三河市龙大印装有限公司

**印张** 29 **字数** 394千

**印次** 2017年11月第1次印刷

**编辑统筹** 学术·对外出版分社

**经销** 新华书店

**责任印制** 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/info@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/010-63939792

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/010-63939781/9782

重庆公司/023-67453036

统一销售客服深圳公司/0755-83072995

西安分公司/029-85330678

上海公司/021-62071010/1636

**书号:** ISBN 978-7-5197-1103-0 **定价:** 75.00元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

# 目 录

第一篇 人与物关系的法律规则	
——以“物”为中心的考察	1
一、引言	2
二、物在民法中的隐喻及其给人带来的困境	4
(一)民法中人与物的二分	4
(二)主体化隐喻和客体化困境	6
(三)抽象人隐喻和具体人困境	9
三、走出困境之一:人体与物的相互转化	12
(一)人体向物的转化	13
(二)物向人体的转化	23
四、走出困境之二:抽象人向具体人的转化	23
(一)分析思路	23
(二)抽象人转化为具体人	26
(三)具体人达致的共识物	29
(四)具体人法规则的指向	33
五、结语	34
第二篇 对物权客体制度的反思	
——一种实用主义的立场	37
一、引言	38
二、无体物的法律地位	39
(一)无体物不是所有权的客体	39
(二)无体物的形态不应受限	40
三、聚合物的法律地位:以企业为例	43
(一)作为聚合物的企业	43
(二)债务随企业财产转移	47
四、违法物的法律地位:以违章建筑为例	49

(一)对待违章建筑的不同态度	49
(二)违法物的类型化调整	53
五、结语	57
<b>第三篇 物的结合、权属界定与利益平衡</b>	
——以装修他人房屋案的法律适用为对象	59
一、引言	60
(一)分析对象	60
(二)分析视角	62
二、我国民法规则的适用	63
(一)找法的对象	63
(二)本案的找法	65
三、自愿附合法理的适用	70
(一)造法的机理	70
(二)德国法系的规则	73
(三)法国法系的规则	79
四、结语	80
<b>第四篇 在债权与物权之间</b>	
——物上之债的构造、价值和借鉴	83
一、引言	84
二、理论概述	86
(一)概貌描述	86
(二)术语表达	87
(三)构造要点	88
(四)缘起发展	89
三、基本类型	91
(一)法定的物上之债	91
(二)意定的物上之债	93
四、主要特质	96
(一)双重属性的融合	96
(二)以物权法为根基	99
五、学理优势	101
(一)问题的提出	101

(二)学理共识度更高	101
(三)知识传播更便宜	102
(四)理论解释力更强	104
(五)规制机制更简单	106
六、借鉴价值	107
(一)物上之债的可借鉴性	107
(二)如何借鉴物上之债理论	110
(三)可改进的制度空间	110
七、结语	112
<b>第五篇 解开优先购买权的迷思</b>	
——论优先购买权的法律效力和行使要件	114
一、引言	115
二、优先购买权的法律效力	116
(一)问题和解决思路	116
(二)买卖合同的成立	118
(三)双重买卖的规制	125
(四)对抗效力的辨析	129
三、优先购买权的行使要件	137
(一)行使主体适格	138
(二)基础事实具备	142
(三)符合同等条件	148
(四)没有抗辩障碍	150
四、结语	153
<b>第六篇 物权法定与意思自治</b>	
——物权法中的限制与自由	156
一、引言	157
(一)物权法定的意蕴	157
(二)意思自治的限制	158
(三)限制引出的问题	159
二、对约定抵押期限的分析	161
(一)抵押期限的约定应有效	161
(二)对抵押期限的限制	163

三、对分管契约的分析	163
(一)我国台湾地区的“法律”问题	163
(二)可能的理论解说	167
四、结语	168
<b>第七篇 无效行为转换中的法官裁量标准</b>	
——以物权法定为切入点	170
一、引言	171
二、解释先于转换	173
(一)解释的优先地位	173
(二)排除名实不符的行为	174
三、无效行为适格	177
(一)法律行为确定无效	177
(二)无效行为包含有效的替代行为	177
四、不得悖于真意	181
(一)本标准的基本内涵	181
(二)不欲转换的真实意思	183
(三)转换的效果意思的推断	184
五、结语	186
<b>第八篇 物权多元性与物权权属的确定</b>	
——以物权公示为主线	190
一、引言	191
(一)公示的物权权属	191
(二)物权公示的逻辑	192
(三)公示逻辑的问题	193
二、典型物权和习惯物权	195
(一)典型物权	195
(二)习惯物权	195
(三)二者关系	197
三、法律物权和事实物权	199
(一)法律物权	200
(二)事实物权	201
(三)二者区别	209

(四)域外法例	210
(五)二者关系	214
(六)法律物权的主导	223
四、结语	224
<b>第九篇 物权法中的权利证明规范</b>	
——一种比较分析的视角	226
一、引言	227
二、物权证明的不同路径	230
(一)“魔怪证明”路径	230
(二)“权利推定”路径	234
(三)二者分歧的实质	237
三、路径基础的当为选择	238
(一)物权交易的保障	238
(二)交易秩序的维护	240
四、权利推定规范的解析	244
(一)推定规范的内涵	245
(二)证伪方式的界定	249
五、结语	253
<b>第十篇 物权法中的信赖保护机制</b>	
——对不动产所有权善意取得的功能分析	255
一、引言	256
(一)问题的提出	256
(二)分析的主线	257
二、正当性分析	260
(一)不动产登记错误与程序保障	260
(二)制度表达与具体实践	265
(三)概念分析与路径选择	269
(四)善意取得制度的一体化	270
(五)一体化的限度	272
三、制度基础	274
(一)不动产登记的推定力	274
(二)合理的不动产登记机制	278



四、构成要件	278
(一)不动产登记错误	279
(二)完成权利转让	283
(三)转让价格合理	286
(四)第三人善意	287
(五)无异议登记	297
五、法律效果	298
(一)物权关系	298
(二)债权关系	301
六、结语	301
<b>第十一篇 善意取得的规范解释</b>	
——以留置权善意取得为对象	306
一、引言	307
二、从文义到体系的解释	308
(一)文义解释	308
(二)体系解释	310
三、经由目的解释的检验	315
(一)以留置权的规范目的为准	315
(二)以善意取得规范目的为准	317
四、比较法解释的再检验	321
(一)比较法经验的引介	321
(二)对我国大陆的镜鉴	323
(三)再探制度的独立性	327
五、结语	328
<b>第十二篇 不动产制度与物权法的互动</b>	
——论可登记财产权的多元化	330
一、引言	331
二、可登记财产权多元化的动因	332
(一)不动产登记制度与物权法的关系	333
(二)不动产登记机制的发展情况	335
(三)对不动产登记的实践需求	338
三、可登记财产权的标准及形态	339

(一)确定标准	339
(二)具体形态	343
四、不动产登记制度的因应和调适	348
(一)不动产登记簿的调整	348
(二)不动产登记类型的调整:扩容预告登记	350
五、物权法制度的因应和调适	352
(一)客体特定标准以及不动产形态的调整	353
(二)不动产登记效力的调整	357
(三)物权法定原则内涵的调整	359
六、结语	362
<b>第十三篇 异域规范与中国实践的冲突和融合</b>	
——预告登记制度的死亡与再生	364
一、引言	365
二、预告登记制度在现房交易中的死因	367
(一)预告登记制度本身没有问题	367
(二)交易机制压缩了预告登记制度的适用空间	368
(三)网上签约机制对预告登记制度的致命冲击	371
三、预告登记制度在商品房预售中的适用困境	373
(一)商品房预售中预告登记的支撑点	373
(二)网上签约机制对预告登记制度仍有致命冲击	375
(三)对预购商品房抵押预告登记的冲击因素分析	377
四、预告登记制度的再生	379
(一)预告登记在既有制度架构内的生机	379
(二)预告登记超越既有制度架构的再生	380
五、结语	390
<b>第十四篇 预告登记与商品房预售按揭的“嫁接”后果</b>	
——预购商品房抵押预告登记的法律效力	391
一、引言	392
二、没有优先受偿的效力	394
(一)预告登记的制度功能	394
(二)预购商品房贷款抵押的独立性	396
(三)“预购商品房”不是优先受偿权的标的物	397

(四)商品房预售交易的担保架构	399
三、取得房屋抵押权的效力	399
(一)对预购人处分行为的影响	400
(二)对开发商处分行为的影响	403
四、保全顺位的效力	406
(一)保全顺位的效力内涵	406
(二)预抵押登记与其他抵押权的顺位	407
(三)预抵押登记与预查封登记、查封登记的顺位	410
五、结语	411
<b>第十五篇 顺位规范的拓展分析</b>	
——先抵押后租赁的法律规制	413
一、引言	414
二、抵押权和租赁顺位先后的判断标准	416
(一)一般的判断标准	416
(二)续租时如何判断	421
三、承租人不当租用发生时的救济机制	422
(一)不当租用的类型	422
(二)遴选可用的机制	423
(三)《物权法》第190条第2句的作用	426
四、抵押权实现时处理租赁的程序问题	428
(一)应设置特别环节	428
(二)如何进行判断	430
(三)除去租赁的程序	432
五、抵押权实现后对承租人的利益保护	434
(一)租赁存续的情形	434
(二)租赁终止的情形	437
六、结语	439
<b>主要参考文献</b>	442

# | 第 | 一 | 篇 |

## 人与物关系的法律规则

### ——以“物”为中心的考察

物在民法研究中的地位相当尴尬，没有它的民法学理体系将残缺不全，但似乎又没有多少话可说。为了看得真切，本文从人与物关系的视角进行观察，看物在民法中究竟起到什么样的作用。当然，这种讨论是在物权法的大背景下展开的，因为物的首要地位是物权客体，抽象地看，它是蕴含抽象经济价值的经济体；具体观之，它又是无生命力的冷冰冰的诸种财货。在这个维度，物有了基本的民法意义，并和人有了基本分野，“人—物”因此可被“主体—客体”所替换，在这幅图景中，物是无言无知的身外之物，与之映对的人也是无情无感的抽象之人。不过，正如价值和意义取乎人心一样，作为制度产品的物因不同的人采用不同的视角观察，也能产生不同的意蕴，而现实发生的器官买卖、宠物受害等事例所产生的实际效应，也提示我们，物可能不只具有物权客体的单一意义，它应当还有其他并非一目了然的意义。正是基于这种认识，本文揭示了物在民法中的隐喻，看它在由人设计的制度体系框架内，如何把制度产品之人送入主体的殿堂，又如何把人塑造成面无表情的抽象角色。隐喻如同谜

语,一旦揭示不仅不会令人索然无味,还会让人有更进一步思考的空间。在本文采用的功能主义整体论的论述基调中,物的上述隐喻陷入了困境,人在特定场合未必是主体,而且未必是抽象主体,而这种变化就是对物之意蕴不同认知的结果,物在此时恰似引发“静悄悄革命”的火种,由它燃起的火光正是指引我们走出困境的方向。

## 一、引言

在物权法规范体系中,“物”是首当其冲的规范要素,因为采用简而化之的方法对物权进行界定,它无非是人直接支配物的权利,也即物权是存在于物上的权利,物是物权的客体。一句话,物之不存,权将焉附?!故而,要想了解物权及其运作规律,首先要界定何者为物。

物的意义大致有三个层面:(1)哲学意义,物是一切可能被想及的东西,即使它在当前实际上并不存在;(2)物理意义,物是一切有形的存在,是可以触摸到的或起码可以被感官所感受到的东西;(3)法律意义,物是经过一定标准遴选的能负载物权的客体。<sup>①</sup>其中,物的法律意义是最合乎标准的讨论对象。

何为法律意义之物?根据王泽鉴先生的总结,尽管民国时期以及我国台湾地区的学者表述不一,但实质没有差别,即“物者,指除人之身体外,凡能为人力所支配,独立满足人类社会生活需要的有体物及自然力而言”。<sup>②</sup>我国大陆民法学理与此认识相同。据此,物的首要意义,就是人体之外的物质对象。之所以有这种基本界定,是因为人体具有特定的人格价值,即“活着的人的身体仍然不能是一个权利客体,不是法律意义上的‘物’,人的身体从来就不是一个完全的客体,它只是一个和现存的人的本身的外在表现。任

---

① [葡]Carlos Alberto da Mota Pinto:《民法总论》,澳门翻译公司等译,法律翻译办公室、澳门大学法学院1999年版,第186页。

② 参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第168页。

何人都不能在他人身上规定一个支配权,即使法律允许他对这个人可以实施某种行为,而他的这种行为也就不违反法律。对人身的权利属于人格权的范畴,而不属于对人身体的一种物权”。<sup>①</sup>

不过,只要深入观察和思考,就会发现,这种清晰只是表层的,其下涌动的是难以说清道明的模糊,特别是随着生物科技、医疗技术的进步,人与物之间的关系究竟如何界定,并不像百余年前那么清晰,如胎盘、血液、肾脏、受精卵、胚胎等人体器官和组织在母体中构成人体一部分,一旦脱离母体,它们属于人体还是物?再进入人体,又如何确定法律属性?这些问题看上去突破了人体与物截然划分的界线,凸显了人体器官和组织的归属等微观问题。与此相关的还有,进入人体的外界物质、丧失生命力的遗体又当如何定性?

这些问题表明理论上的完美解说往往不能涵盖现实,因为实际发生的状态不是理论构建出来的,并不一定按照理论描绘和总结的轨迹来运转,溢出理论框架的部分就不得不处于中间的混沌状态。在人与物的关系中,人体就是这样的中间状态。

重新审视人与物的关系,还有可能给我们提供另一个契机,促使我们深入思考民法对物的界定以及由此折射出来的人的形象,这是对人与物关系的宏观把握,尽管接近这个问题的入口是具体的。比如鳏夫张老汉无儿无女,每天以饲弄爱犬“欢欢”作为人生最大乐事和精神寄托。但天有不测风云,一天在老汉牵着“欢欢”遛弯时,醉酒司机违章驾车将“欢欢”轧死。老汉痛不欲生,要求肇事者除赔偿经济损失外,还要赔偿其精神损害。

传统民法经验认为,精神损害赔偿发生在侵害人身权的领域,对包括物在内的财产的侵害不能引发精神损害赔偿,据此,老汉的精神损害赔偿诉求不能为法院所支持,因为小狗“欢欢”属于权利客体之“物”,一旦它受到物理损害,主人只能得到经济利益补救,对由此而产生的情感利益损害,法律爱莫能助。这一点在古罗马的阿奎利亚法中就有体现,即谁杀死一头牲畜,就应当按照标的物在当年

---

<sup>①</sup> [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔等译,法律出版社2003年版,第380页。

的最高价值进行赔偿,至于权利人对物的感情利益因为他人侵权而受到损害的,原则上无获得赔偿的可能。<sup>①</sup>问题随之而来,精神损害赔偿制度为何要对人不对物,这种制度设计与民法中人与物的关系有什么内在关联?

本文将以“物”为中心来分析人与物关系的法律规则,这种关注虽然也会涉及道德伦理,但主要是尝试着提供一种技术规则,使之不落入空洞的道德说教之中。本文的讨论将主要涉及:(1)微观意义上的人与物的关系,主要指向脱离人体的器官、遗体以及进入人体的物的法律地位;(2)宏观意义上的人与物的关系,主要指向物的特性还原导致的人的形象的改变,主要表现为打破传统民法对物之单纯经济属性的界定,显现其中存在的人的情感属性,从而将人在民法之物的领域中的“抽象人”形象改变为“具体人”。

## 二、物在民法中的隐喻及其给人带来的困境

### (一)民法中人与物的二分

在我们这些当代法律人看来,人与物作为法律概念和实体在民法中的截然划分,应当是天经地义的,而普洛泰戈拉之“人是万物的尺度”这个基本命题的正当性似乎也是毋庸置疑的:“法律意义上的人的相对概念是物。这个意义上的‘物’,是指人以外的、可供人支配和处分的一切东西。人为了满足其直接的需要,将物作为工具和材料来使用;他为了改善生活以及达成其他各种各样的目的,而对这些材料进行加工改造。这样,人就可以从对外界的直接依赖性中解放出来,在一定程度上为自己创造一个适当的环境和生活条件,并可以为未来作预先的打算。”<sup>②</sup>

不过,当我们回首历史进程,就会看到别样的风景。在古罗马时期,人、动物和自然界在宇宙平等共居,人对自然和万物的“君临

<sup>①</sup> 参见曾世雄:《损害赔偿法原理》,中国政法大学出版社2001年版,第369页。

<sup>②</sup> [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔等译,法律出版社2003年版,第52页。

一切”的主体态度,尚未建立起来。<sup>①</sup>此时,人和物虽然有所区分,但二者也时有交与融,比如在自然形体上应当归属于人的奴隶,在万民法中只不过是能被触觉到的与土地、衣服、金钱地位相同的有体物,对奴隶的使用与驭兽等同;<sup>②</sup>而侵犯那些不宜由个人获取或者实行经济管理的共用物,则是人身侵犯,要用侮辱之诉加以惩处。<sup>③</sup>葡萄牙学者马光华通过分析支配制度的发展历史,也指出在人基于直接捕获而获取财物的阶段,财物和交换之间没有空隙,存在和拥有之间没有明确区分,人本身与物的界限也分不清楚。<sup>④</sup>这种人与物区分不甚明晰的状况一直到15、16世纪才有了改观,此时的法律把自然人和其他的被造物明确予以区分,规定只有自然人才具有法律上的人格,<sup>⑤</sup>至此,民法中的人与物方才有了井水不犯河水的疆界。

这导致我们随意翻看一本当代的民法总论读本,进入视野的必有权利主体之人和权利客体之物的论述,德国法学家拉伦茨是这样来描述此幅图景的精神基础:康德的伦理人格主义哲学通过目的一手段、理性—非理性、尊严—无尊严、主体—客体的区分,把人和物隔离到不能通约的河流两岸。<sup>⑥</sup>萨维尼则用法学家的手法,将此种哲学演绎到民法理论和实践之中,他从人的意思支配对象入手,把人之外的自然中可支配的物当作客体,在其上负载了人之可欲的权利类型——物权,而其中最纯粹和原始的形态当属所有权。<sup>⑦</sup>就在这些思想的推进下,德国民法中的“物(Sache)”完成了独立性的塑

① 参见赵晓力:《民法传统经典文本中“人”的观念》,载《北大法律评论》1998年第1卷第1辑,第133~134页。

② 参见[罗马]查士丁尼:《法学总论——法学阶梯》,张企泰译,商务印书馆1989年版,第59、63页。

③ 参见[意]彼得罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第186页。

④ 参见[葡]马光华:《物权法》,唐晓晴译,澳门大学法学院教材,第8页。

⑤ Vgl. Hattenhauer, Grundbegriffe des Buergerlichen Rechts, Muenchen 1982, S. 3.

⑥ 参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔等译,法律出版社2003年版,第46页以下。康德指出:人是主体,他有能力承担加于他的行为;物是指那些不可能承担责任主体的东西。[德]康德:《法的形而上学原理》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第26页。

⑦ Vgl. Savigny, System des heutigen Roemischen Rechts, Band I, Berlin 1840, S. 334. ff.



造过程,成为独具意义的与“人(Person)”对立的法律概念。

## (二) 主体化隐喻和客体化困境

人与物在民法中的截然区分,表明物理意义上的物要想进入民法,首先必须非人化,人体因此被排除在物的范围之外,此后才有人支配物的可能。这就树立了人高大、富有进取心的形象,凡能为人所控制的物均可能成为民法之物,这诚然反映了人的务实性,但也具有“蓝天之下皆蒙古人牧场”的成吉思汗式豪情:只要能为人支配的物无论在现时还是于将来,皆有可能成为为人所控制的客体。好一幅人栖息在天地中心,傲视万物的图画!海德格尔洞察了这一点,他用极富哲理的语气表明:“对世界作为被征服的世界的支配越是广泛和深入,客体之显现越是客观,则主体也就越主观地,亦即越迫切地凸显出来,世界观和世界学说也就越无保留地变成一种关于人的学说。”<sup>①</sup>

通过物的客体本性来展示人的主体地位,这是民法之物的一个隐喻。正因为物的物性折射,才使人有了主体化的可能。在这个世界中,没有物这个客体,人这个主体有什么意义?

正如我们看到的,在民法中,人与物的二元分离并非存续。当人在四海之内与万物皆兄弟之时,在人陷入对神灵图腾的崇拜而迷失自我之际,<sup>②</sup>人并非主体意义上的人,物当然也不是客体意义上的物。之后,人的理性除魅刻画并确保了这种分离,正是除魅使得人能在清朗的光辉中审视自身和身外之物,毋庸担心有另类的灵体篡夺自己的王位,人据此有了得以与物之客体相区别的主体地位。理性负载在人的身体之上,人因而塑造了至高无上的主体尊严,以与身外之物划清法律地位上的界限;人还因此有了欲望、意识、知识和技术,用以征服所有的身外之物,无论它是动物还是非生命体。这种区分表现在民法上,就是人成为权利和义务的主体,物则成了权

<sup>①</sup> [德]海德格尔:《林中路》,孙周兴译,上海译文出版社1997年版,第89~90页。

<sup>②</sup> 比如,以狩猎为生的原始人在特定仪式上,会将动物称为“大哥”或者“大姐”。参见[法]列维·布留尔:《原始思维》,丁由译,商务印书馆1985年版,第230页。又如,在东南非洲的Transkei地区,人与家族、家族的牲畜与神灵构成一种联系,牲畜是家族中在世成员与其祖先神灵之间的物质纽带。参见[英]A. R. 拉德克利夫-布朗:《原始社会的结构与功能》,潘蛟等译,中央民族大学出版社1999年版,第27~28页。