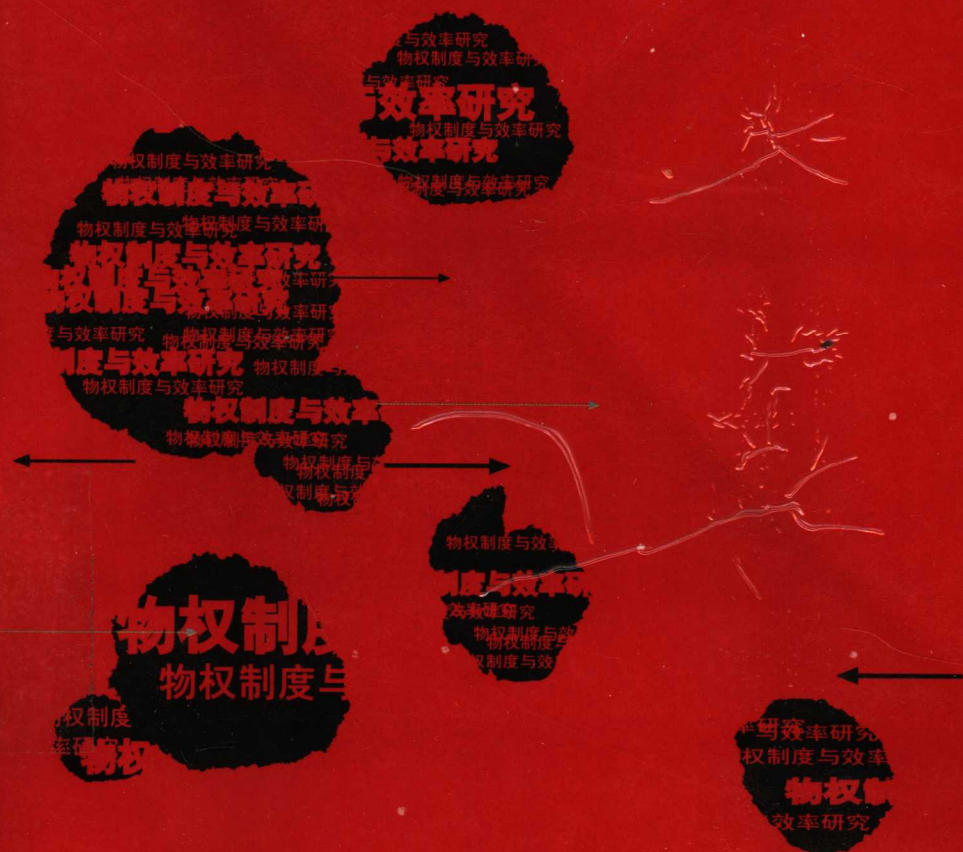


物权制度与效率研究

RESEARCH ON THE SYSTEM AND EFFICIENCY OF PROPERTY INTEREST

林旭霞 / 著



● 人民法院出版社

福建省社会科学研究十五规划项目

物权制度与效率研究

林旭霞 著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

物权制度与效率研究/林旭霞著. —北京: 人民法院出版社, 2005. 3

ISBN 7-80161-974-9

I. 物… II. 林… III. 物权-司法制度-研究
IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 017331 号

物权制度与效率研究

林旭霞 著

责任编辑 杜 澎

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)85250571 (责任编辑) 85250516 (出版部)
85250558 85250559 (发行部)

网 址 www.courtpress.com

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 890 × 1240 毫米 A5

字 数 220 千字

印 张 8.75

版 次 2005 年 3 月第 1 版 2005 年 3 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80161-974-9/D·974

定 价 20.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

序

林旭霞的新书《物权制度与效率研究》即将出版，邀我作序。这是成人之美之事，我自然欣然答应。

《物权法》正在制定当中，即将在不远的将来通过实施，成为我国财产制度的基本法律。《物权法》是民法典的重要组成部分。可现实的问题是，为什么在中国当代，民法的其他部分都差不多制定出来了，已经有了《民法通则》、《合同法》、《担保法》、《婚姻法》、《继承法》和《收养法》，而惟有《物权法》却姗姗来迟呢？究其原因，就是《物权法》关涉到国家的基本财产制度和人民的基本财产权利，不可谓关系不重大。好在《宪法（修正案）》肯定了个人财产的法律保护制度，因此制定《物权法》的时机也就成熟了，《物权法》也就要应运而生了。

其实也不然。我们说《物权法》制定的时机成熟，仅仅是相对而言。不是就在立法机关

要通过《物权法》的时候，有很多重要人士提出《物权法》的内容太专业，太不懂，建议推迟通过吗？这说明，物权法的普及工作还必须大大加强。不仅如此，就是在理论上，我国在物权法的研究中也还有很多的问题需要进一步展开，进行深入的研究。两个方面的压力，都放在民法学者的身上，都必须认真做好，只有这样才能够保证《物权法》在通过生效之后得到正确实施。

林旭霞的《物权制度与效率研究》一书，是在这方面进行深入探讨的一个重要尝试。它着眼于对一些物权制度的深入研究，进行最有效率的价值分析，确定物权规则的取舍，意图建立一个最有效率的物权法。所以，它从市场经济运作的原理本身，对物权立法进行充分讨论，致力于从经济学和法学结合的角度展开研究，将《物权法》作为市场机制的有机延伸，勾划出既能保障物的所有、利用，又能保障物的使用过程的利益平衡，使这些物权制度为物质资料所有、利用、交换过程中的利益关系的调整提供有效的机制。依我所见，这些探索是成功的，是有效率的，对于《物权法》的制定具有积极的借鉴意义。

我和本书作者林旭霞认识已经多年。她长期在法学教学、科研第一线工作，也曾经业余兼职作律师，取得了大量的第一手资料，对民法特别是物权法有了较深的理解。在最近两年，她被推举为法学院副院长，主持一个法学院的工作。看到的她，是夜以继日的工作，是经常不断的会议，因此，把一个初建的法学院已经办得有声有色，在法学界小有影响。就是在繁忙的学院管理工作之余，她还继续坚持科研活动，并且考取法学博士研究生，继续进行深造，提高自己的学术水平。我经常为她的勤奋和刻苦而感动。相信在她的辛勤努力下，法学院会越办越好，她自己的学问也会越做越精，为物权法的发展，为民法的进步，能够作出更多的贡献。

“学海无涯”，说的就是学问无止境，对民法、对物权法的研

究也永无止境。在林旭霞的新书中，既有新的思想，也有些微的疏忽和不成熟，相信读者自会有公正的评断。也希望林旭霞在今后的研究中，关注读者的意见，继续努力，不断发展自己的学术思想。

推出民法新人，推荐民法新作，是我们长期从事民商法学理论和实践研究的人的责任。我希望读者喜欢这部《物权法》研究的新书，也希望读者喜欢民法学界的这位新人。

是为序。

中国人民大学法学院教授杨立新

二零零五年元月于北京

目 录

导 论	(1)
一、研究对象	(1)
二、研究方法	(5)
三、研究目的	(9)
四、主要内容	(14)
第一章 物权法与财产法的立法选择：历史比较与 经济分析	(17)
一、财产权、财产法的历史比较	(17)
二、物权法立法选择的经济学分析	(31)
第二章 物权客体的价值化发展	(51)
一、关于“财产”与“物”的分析	(51)
二、物权客体的界定	(57)
三、特殊形态的物权客体——网络游戏中的虚拟 财产	(62)
第三章 物权法定原则若干问题研讨	(72)
一、物权法定原则的含义及其内容	(72)
二、物权法定原则的来源及采物权法定的理由	(74)
三、对否定物权法定原则的若干观点的评析	(78)
四、物权法定原则之“法”的界定	(81)

第四章 物权变动模式、物权行为理论与立法选择	(85)
一、物权变动的基本理论	(85)
二、物权行为理论	(92)
三、我国民事立法对物权变动模式的选择	(97)
第五章 取得时效制度的研究	(111)
一、取得时效在我国民法体系中的适用价值	(111)
二、取得时效制度在司法实践中的作用	(116)
三、取得时效的构成要件	(122)
四、取得时效的法律效力	(124)
第六章 市场机制与相邻关系法律规则	(128)
一、相邻关系理论和相邻关系法律调整	(128)
二、经济分析方法对相邻关系调整的启示	(137)
三、相邻关系法律调整原则分析	(145)
第七章 效率与秩序：共有财产管理与处分规则	(156)
一、共有关系及其特征	(156)
二、合作博弈、规范的霍布斯定理与规范的科斯定理的启示	(160)
三、共有财产管理与处分的规则及其效率分析	(163)
第八章 财产征收法律制度	(184)
一、财产征收的涵义及其法律关系分析	(184)
二、财产征收的理论基础——对所有权限制的法理	(190)
三、公共利益的界定	(194)
四、财产权征收补偿问题	(198)
第九章 农村土地物权制度与效率	(205)
一、农村土地所有权研究	(205)
二、农村土地用益物权的制度研究	(220)
三、农村土地承包经营权流转问题研究	(235)

第十章 抵押权制度若干问题研究·····	(241)
一、我国现行法上的抵押权及其特征·····	(241)
二、完善抵押制度必须解决的几个问题·····	(249)
主要参考书目·····	(264)
后 记·····	(268)

导 论

一、研究对象

“制度”是一个内涵丰富，外延广泛的概念，对制度的涵义及其构成的研究是社会科学许多学科共同关注的问题。

制度经济学的创始人凡勃伦认为，人类在社会中的生活与其他生物一样，是生存竞争和自然淘汰的适应过程。在人类制度和人类性格上一些已有的和正在取得的进步，是在自然淘汰过程中留存下来，最具有适应性的一些思想习惯。他认为：“制度必须随着环境的变化而变化，因为就其性质而言，它就是对这类环境引起的刺激发生反应的一种习惯方式。而这些制度的发展也就是社会的发展。制度实质上就是个人或社会对有关的某些关系或某些作用的一般思想习惯……人们是生活在制度——也就是说，思想习惯——的指导下的，而这些制度是早期遗留下来的。……今天的制度，也就是

当前公认的生活方式。”^① 凡勃伦对制度的定义明显地表明，制度是指思想习惯或自然习惯。这些思想或自然习惯是人类适应环境的结果，是随环境的变化而变化的，是用以支配人的行为的。

康芒斯 (J·R·Commons) 承认要给“制度”下定义很困难，因为“制度”的涵义不确定，有时候可以比做一座建筑物，一种法律和规章的结构，像房屋里居住的人那样，个人在里面活动；有时候又指居住者本身的行为；有时候对古典经济学进行批评的东西都被认为是制度的；但是，康芒斯还是从中找到一种普遍的原则，适用于一切属于制度的行为：“我们可以把制度解释为‘集体行动控制个人行动’”，“集体行动的种类和范围甚广，从无组织的习俗到许多有组织的所谓‘运行中的机构’，例如家庭、公司、控股公司、同业协会、工会、联邦储备银行‘联合事业的集团’以及国家。大家所共有的原则或多或少是个体行动受集体行为的控制。”^② 他认为，“业务规则”这个名词适合于表示一切集体行动所共有的那种因、果、或目的的普遍原则，“业务规则在一种制度的历史上是不断改变的，包括国家和一切私人组织在内，对不同制度，业务规则不同。它们有时候叫做行为的准则。亚当·斯密把它们叫做课税的原则，最高法院把它们叫做合理标准，或是合法程序。可是，不管它们有什么不同以及用什么不同的名义，却有这一点相同：它们指出个人能或不能做、必须这样做或必须不这样做、可以或不可以做的事，由集体行动使其实现。”^③ 康芒斯又认为，“集体行动在无组织的习俗形式中比在有组织的团体中还要更普遍一些。”^④ 习俗在强制力和不明确这两

① 参见 [美] 凡勃伦：《有闲阶级论》，商务印书馆 1981 年版，第 138～141 页。

② 参见 [美] 康芒斯：《制度经济学》上册，商务印书馆 1962 年版，第 87 页。

③ 参见 [美] 康芒斯：《制度经济学》上册，商务印书馆 1962 年版，第 89 页。

④ 参见 [美] 康芒斯：《制度经济学》上册，商务印书馆 1962 年版，第 90 页。

点上差别很大,有的是没有一定约束力的惯例,有的则是带有命令性质的习俗。^①

在舒尔茨看来,制度是为经济提供服务的。他在《制度与人的经济价值不断提高》(该文获得《美国农业经济学杂志》授予的杰出论文奖)一文中,对制度作了经典性的分类:

(1) 用于降低交易费用的制度,如货币、期货市场等。

(2) 用于影响生产要素的所有者之间配置的制度,如合约、分成制、合作社、公司、保险、公共安全计划等。

(3) 用于提供职能组织与个人收入流之间的联系的制度,如财产、包括遗产法、资历和劳动者的其他权利等。

(4) 用于确立公共品和服务的生产与分配的框架的制度,如高速公路、飞机场、学校和农业实验站等。沿着这一思路,不同类型的制度还可以列举下去。

在新制度经济学分析框架里,制度作为研究对象,有着丰富的内涵。从科斯(R·H·Coase)所用的“制度”,“制度结构”等概念的字里行间可以看出,制度就是指一系列关于产权安排、调整的原则。诺思(D·North)在《经济史中的结构与变迁》一书中说:“制度是一系列被制定出来的规则、守法程序和行为的道德伦理规范,它旨在约束追求主体福利或效用最大利益的个人行为。”^②在《论制度》一文中,诺思说:“制度是为人类设计的、构造着政治、经济和社会相互关系的一系列约束。制度是由非正式约束(道德约束、禁忌、习惯、传统和行为准则)和正式的法规(宪法、法令、产权)组成。”^③埃格特森在《新制度经济学》

① 参见[美]康芒斯:《制度经济学》上册,商务印书馆1962年版,第98页。

② 参见[美]道格拉斯·C·诺思:《经济史中的结构与变迁》,上海三联书店1994年版,第225~226页。

③ 参见[冰]思拉恩·埃格特森:《新制度经济学》,商务印书馆1996年版,第1页。

中指出,制度结构“指限制人类行为并将他们的努力导入特定渠道的正式和非正式的规则(包括法律和各種社会规范)及其实施效果。”^①可见,新制度经济学对“制度”的定义,尽管角度和表述有所不同,但都认为制度是一系列规则,包括非正式的约束和正式的约束。

非正式约束是人们在长期交往中无意识形成的,具有持久生命力,并构成代代相传的文化的一部分。主要包括价值信念、伦理规范、道德观念、风俗习性、意识形态等因素。正式约束是指人们有意识创造的一系列的政策法则,包括政治规则、经济规则和契约以及由这一系列规则构成的一种结构,从宪法到成文法和不成文法到特殊细则,制度通过一系列规则界定人们的选择空间,约束人们之间的相互关系,从而减少环境中的不确定性,减少交易费用,保护产权,促进生产性活动。^②

现代社会,法律就是最重要的规则。

在大陆法国家,物权制度作为调整主体对客体的支配关系的法律制度,是人们从事社会经济活动,取得或让与财产及对财产进行占有、使用、收益和处分的最基本法律规则。作为与债和合同法、侵权行为法等相对应的法律制度,物权法构成我国民法体系的重要组成部分。

在市场经济社会,物权制度通过规范财产的占有和支配关系,为市场的形成和发展奠定了必要的前提和基础。所谓市场,乃是无数的交易的总和,而交易的产生,必须以财产所有权的界定为前提;交易的结果,也就是所有权的转移。科斯定理中“财产权利界定是市场交易的前提条件”,正是从经济学角度阐述了

① 参见[冰]思拉恩·埃格特森:《新制度经济学》,商务印书馆1996年版,第1页。

② 参见卢现祥:《西方新制度经济学》,中国发展出版社2003年版,第38页。

法律上的所有权制度的功能。物权法对所有权及其他物权的设定、取得及保护等方面的规定，为交易秩序正常进行确立了最基本的行为规则。物权制度，尤其是所有权制度，最为直接地规定了社会物质财富的分配、归属。物权制度的一系列规则，如物权法定、一物一权、物权变动规则、善意取得以及用益物权、担保物权的具体规则，对于财产权利归属的确定及主体更有效地利用各种资源，具有决定性意义。因此，本书以物权制度为研究对象，以现行立法中的物权规范为研究起点，并将物权制度作为市场机制的有机延伸，勾画出既能增进物的所有利用，又能保障物利用过程的利益平衡的物权基本制度和所有权、用益物权、担保物权制度，并使这些制度为物质资料所有、利用、交换过程中的利益关系的调整提供有效的机制。

二、研究方法

本书采用法律规则分析和经济分析相结合的研究方法，这里特别就经济分析方法加以说明。

法律的经济分析是 20 世纪 60 年代在美国兴起，在西方比较流行的一个法哲学流派，是法学和经济学相互融合的产物，或称之为法学和经济学相互交叉的学科。它有多种不一的称谓。在西方，特别是在美国，人们一般称之为“法学和经济学”（Law and Economics）。例如，1958 年，迪莱克特创办了在该交叉学科领域中具有权威性的刊物就叫“法学与经济学杂志”（The Journal of Law and Economics，由芝加哥大学主办）。在美国的很多法学院开设的相关课程和一般教材、著作也都冠以“法学与经济学”的名称。^① 20 世纪 70 年代以来，随着波斯纳的《法律的经

① 参见张乃根：《经济分析法学》，上海三联书店 1995 年版，第 1～2 页。

济分析》一书的出版，人们开始用“法律的经济分析”（Economics Analysis of Law）、“法律与经济运动”（Law - and - Economic Movement）、“经济分析法学”（Jurisprudence of Economic Analysis）或“经济学法学”（Legal Economics, Economic Jurisprudence）等名称表示这一日益壮大的法学思潮和学术流派。^①

尽管上述的称谓各不相同，大多数美国学者在使用这些称谓时所提及的内容并没有明显的区别，或者说，它们的本质是相同的。只是法学家和经济学家在涉足这一交叉学科领域时，各自侧重点不同。经济学家可能更多地探讨与法律相关的经济学问题，而法学家则可能更侧重于研究利用经济学的一些原理和方法来分析、解释法律问题。基于此，由于本书是将经济学和法学的方法相结合，研究具体法律制度，故采用“法律的经济分析”这一表述方法更为合适。并对其作出如下定义：所谓法律的经济分析，是指运用经济学的原理和方法来考察、研究法律制度和法律关系，界定特定社会制度下不同法律规则的效率的一种研究方法。

法律的经济分析的特点在于：

第一，效率被推定为一切法律制度都应遵循的最终标准。法律的经济分析的理论前提是，人都有一种追求最大效率的动机和由此而进行的行动，即人都是理性的、功利的。在人的理性中，行动都是经过选择、比较后才进行的。这种比较就是效用的比较。因此，人的功利性这个假设在理性中无疑是可以成立的。只要实现了事物之间量化的比较之后，人总是以一定的理性范式进行选择，即选择最优的、收益最佳的。法律不仅是一种规则体系，而且也是社会的一种理性活动，这种理性活动是可以量化的，是可以用经济分析方法进行分析、比较的。基于人是一个理

^① 参见张文显：《二十世纪西方哲学思潮研究》，法律出版社1996年版，第199页。

性最大化者的基本假设，可以推导出：“无论一种法律制度的特定目标是什么，如果它关注经济学中旨在追求手段和目的在经济上相适应的学说，那么它就会去设法以最低的成本去实现这一目的。”^① 法律的经济分析将“效率”概念引入法律体系中，强调经济效率高于一切，并把它作为衡量一切法律规则适当与否的根本标准。认为正义与效率是可以协调的，法律规则的主要功能就是“克服交易成本的障碍而成为财富最大化的交易”。^② 只要能最大化地实现社会财富，也就是在更高层次和更大意义上实现了公平和正义。由于法律最终是服务于社会、服务于经济的，因而，对法律的研究必然要同社会的经济效益相联系起来，正如马克思的一句经典名言：“人们奋斗所争取的一切都同他们的利益有关。”^③ 法律的经济分析学派以效率为价值取向的主张，要求一切法律制度和法律活动都应以有效分配和使用资源为原则，以最大化地增加社会财富为目的，使法律朝着促进经济效率最大化的方向发展，这使对法学价值目标的一个重要贡献。

第二，法律的经济分析方法，弥补了传统的规则分析方法的不足。传统的法律规则分析，或称逻辑分析，研究的中心集中在“公平”“正义”“权利”“义务”等概念之间。但是，现代社会由于生产力的发展，市场优势地位和垄断现象的增多，这就威胁到平等的基础：自由选择和自由竞争，并由此导致了法律体系的价值紊乱。^④ 因此，就需要一种新的价值来取代，那就是效率。而对效率的解释必须依赖经济分析。经济分析中的数量分析实现了理性的确定性要求。与传统的法学研究只注重对过去发生的事件和现实条件进行分析和堵漏（或者说只注重事后分析）显著不

① 参见钱弘道：《经济分析法学》，法律出版社2003年版，第52页。

② 参见〔美〕波斯纳：《法理学》，中国政法大学出版社1994年版，第450页。

③ 参见《马克思恩格斯全集》（第一卷），第82页。

④ 参见钱弘道：《经济分析法学》，法律出版社2003年版，第52页。

同,法律的经济分析引入了实证分析方法,通过假设、模型、验证建立了预测法律后果的一般理论,实现对法律后果的事前分析。通过事前的实证定量分析,可以对新法的制定、实施和法律规则的修改后果进行事前分析、预测,从而尽可能地避免法律法规制定、修改过程中的失误。应该说,这种新研究方法的引入是对传统法学研究方法的重大变革。由于法律的经济分析既有规范分析,又有实证分析,这样就能使定性分析与定量分析相结合,两者相得益彰,这必将更大地促进法学研究的进一步发展。

法律的经济分析学派的产生在西方法学界的影响是巨大的,为法学的研究和发展作出了重大贡献。法律的经济分析学派的著名的代表人物波斯纳将法律的经济分析的主要发现归纳为四点:第一,法律程序的参加者都是“有理性的使自我利益极大化者”。像普通的消费者一样,他们节约,当某一商品的价格上涨时,就少买,价格下跌时就多买。第二,法律制度本身——法律规则、程序和制度受到促进经济利益这种目的的强烈制约。第三,对法律进行经济学分析有助于设计法律制度的改革方案,只要法律制度还有重要的领域不是根据效益要求组织的,经济学家就能够帮助设计增加法律制度效率的改革方案。第四,对法律制度进行定量研究是富有成效的。^①

当然,法律的经济分析也存在一些局限和不足,甚至因此受到各种各样的批评和指责。^② 法律的经济分析简单地将法律的价值观归结为效率,将法律的作用仅仅归结为“追求社会财富最大值”,排斥法律的其他价值和作用的存在。这未免过于绝对化,因为法律的价值是多元的,而不是单一的。如果仅仅简单地考虑

① 转自张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第200~201页。

② 参见张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第237~238页。