

中国民法年刊

CHINESE YEARBOOK OF CIVIL LAW

2004

中国法学会民法学研究会 主办
王利明 主编




法律出版社
LAW PRESS·CHINA

中国民法年刊

2004

中国法学会民法学研究会主办

主 编 王利明
顾 问 王家福
副主编 (按姓氏笔画)

王卫国	王学政	王胜明	尹 田
孙宪忠	吴汉东	张新宝	杨立新
赵万一	郭明瑞	崔建远	黄松有

执行编辑 王 轶 朱 岩 李富成



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国民法年刊 2004/王利明主编 中国法学会民法学研究会主办. —北京:
法律出版社, 2006. 4
ISBN 7-5036-6230-1
I. 中... II. ①王... ②中... III. 民法—中国—2004—年刊 IV. D923-54
中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 020579 号
© 法律出版社·中国

中国民法年刊 2004

王利明主编
中国法学会民法学研究会主办

责任编辑 陈 怡
刘彦洋
装帧设计 于 佳

开本 787×960 毫米 1/16
版本 2006 年 4 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 26.75 字数 456 千
印次 2006 年 4 月第 1 次印刷
编辑统筹 法学学术出版分社
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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 7-5036-6230-1/D·5947

定价: 48.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

《中国民法年刊》序

回顾与前瞻：民法研究会与中国民法学

王利明*

2004年8月16日,中国法学会民法学研究会成立与换届大会在中国人民大学胜利召开,这是我国民法学界广大同仁期盼已久的事情,也是今年民法学界的一件大事,这次会议顺利地完成了民法研究会的成立与换届工作,实现了研究会机构的新老交替。会议的成功召开再次展现了我国民法学界全体同仁团结一致、同心同德的优良传统,也为我国民法学未来的发展奠定了坚实的基础。在这次会议上,全体与会者对于学会未来的发展积极建言献策,对学会提出了很高的期望,这些使我们深深感到自己肩上的责任重大。作为中国法学会领导下规模最大的专业学会,民法学研究会承担着团结全国民法理论界与实务界的专家学者、推动我国民法学发展与繁荣的艰巨任务。在今后相当长的一段时间内,学会的重要工作就是促进我国民法学的理论研究,为民事立法献计献策,为民事司法提供理论支持。

改革开放的春风一扫计划经济时代民法低迷的阴霾,市场经济的不断繁荣和发展为我国民商法学者提供了广阔的历史舞台。二十多年来,我国民法学者积极参与国家立法、司法实践,为我国社会主义法治建设事业作出了重大的贡献。1986年的《民法通则》的制订凝聚了老一辈民法学家,如佟柔、谢怀栻、王家福、江平等教授的心血与智慧,这一部法律被国内外赞誉为“中国的人权宣言”,这也是我国民法学界对国家立法所作的重要贡献。此后,在许多重要的民事法律,如合同法、婚姻法、著作权法、产品质量法、消费者权益保护法等的制订过程中,都活跃着民法学者的身影。尤其是在我国改革开放的新时期,民法学者率先

* 中国人民大学法学院院长、教授,第十届全国人大代表,全国人大法律委员会委员,中国法学会民法学研究会会长。

提出了“依法治国,建设社会主义法治国家”的观点,这是对中国法制建设的重大贡献。在司法实践中,广大民法学者也将民法学理论的研究与司法实务紧密结合,为司法改革和许多重要的民事司法解释以及重大疑难案件提供了理论支持。此外,我国民法学者在社会上普及、宣传民法知识,传播法治观念与权利意识,并与国外同行开展了广泛而深入的交流,为中国民法学走向世界,让世界了解中国法治事业取得的伟大成就作出了重要贡献。在教育战线,我国广大民法学者兢兢业业、勤勤恳恳,为我国法制建设的各条战线培养了大批合格的人才。他们不仅教书育人,而且著书立说,推动了民法学的繁荣昌盛。

近年来,民法学越来越“热”,于是许多人认为民法学已经成为法学各学科中的一门显学,这种说法不无道理。何以见得其“显”与“热”呢?我想从以下现象中可以得到初步的印证,每年各高等院校法律院系中报考民法专业的研究生数量最多;民法理论和实务日益受到社会的关注;民法学界各种有分量的研究成果层出不穷……尤其是有志于民法事业的青年才俊众多,新一代的青年民法学者如雨后春笋般地涌现出来,他们既有扎实的民法功底、缜密的学术思维、良好的问题意识,又有较高的外语水平,思维之严谨、研究之深入、掌握的信息之宽,都令人耳目一新。从他们身上,我们看到了民法学未来的希望。

尽管换届不久,学会已在广泛征求各方意见的基础上,制定了详细、周密的工作计划,以期充分利用学会这一平台,广泛团结全体会员,进一步加强学术交流与合作,推动我国民法学的发展;通过凝聚集体智慧,为我国当前的民事立法、司法提供强有力的理论支持。为此,学会计划重点开展如下几方面的工作:组织各种大型学术研讨会、增强学会凝聚力;加强与国外和港台学者的交流与联系;进一步办好各类网站;组织学者进行课题攻关;大力培养年轻学者。学会是全体民法同仁的学会,学会的建设是我们全体民法同仁的共同事业。相信通过全体同仁的共同努力,学会的工作一定能更上一个台阶。

二

建国之后,中国民法学虽曾走过一段曲折的道路,但改革开放以后,民法学迎来了百花齐放的春天。佟柔、谢怀栻、王家福、江平等老一辈民法学家在十分艰难的条件下所开创的事业,为新中国民法学的发展奠定了坚实的基础。我们这一代学者亲眼见证了中国法治从一片荒芜到日渐繁荣的过程,可谓躬逢其盛。曾几何时,民法学和其他法学二级学科一同被人称为“幼稚的学科”,那时几乎没有什么民法学专著,即便是教科书也为数不多。然而,在经过二十多年的发展之后,我国民法学所取得的成就是惊人的,这主要表现在:首先,我国民法学者紧密

结合国家的民事立法,尤其围绕着民法典制订中的重大理论问题,推出了大量的学术研究成果,包括负责起草了民法典的各编条文草案的学者建议稿及立法理由书等。对于已经颁布的法律如合同法,进行注释、学理的研究。其次,更加注重民法学的基础理论研究,例如对于意思表示、物权行为、侵权行为的归责原则等都有专门的研究著作;对合同法、物权法、侵权法的系统研究也都呈现出欣欣向荣的局面。第三,研究领域在不断拓展,研究方法也日渐更新,许多的新问题、新情况都很快被纳入研究范围,如互联网的侵权问题、一般人格权、动产担保、纯粹经济损失、安全保障义务等。研究方法上不是单纯的注重对比较法经验的介绍与吸收,而且还出现了请求权基础分析方法、法律的经济分析等新的研究方法。第四,更加注重理论与实践的密切结合,加强对判例研究,注重吸收司法实践的宝贵经验。民法方法论也成为学者们重点研究的课题。凡此种种,都表明了我国民法学正处于高速发展阶段,取得了前所未有的成就。我们深信,随着我国社会主义市场经济体制的确立、完善以及社会主义民主法制建设的不断健全,中国民法学的明天将会更加灿烂辉煌。

当然,在看到我国民法学在过去几十年所取得的辉煌成就的同时,我们也必须清醒地认识到不足与缺陷。首先,虽然近年来民法学研究成果不断涌现,数量众多,但是其中高质量的学术精品仍然很少,普遍存在原创性不足的缺陷。主编的作品较多,独著的成果较少;编译的作品较多,翻译的精品较少;粗放性的研究较多,深入实证性的研究较少。某些领域的研究发展过于缓慢,例如,以罗马法的研究为例,20世纪30年代陈朝璧先生的《罗马法原理》一书至今无人超越,依旧是该领域的代表性作品。从数量上来看,尽管有关司法考试、案例汇编等方面的著述以及教科书不少,但其数量与我国现有法学研究人员的数量相比,仍然显得单薄;尤其是对专门领域进行系统、深入研究的专著更为缺乏。以民法总论为例,目前该领域的专著和教材全国加起来不过十来本,而我国台湾地区民法总论著作不下五十部。须知民法总论对于民法研究是何等重要。其次,学风方面也亟待改进,一方面研究上浮躁、冒进现象严重,低水平的重复依然存在;另一方面,个别学者宽容精神不够,存在着自我封闭的现象,也有个别学者持“饭碗法学”的观点,对自己研究的领域不容其他学者染指等等。这些现象都会影响我国民法学乃至整个法学事业的发展。

因此,要进一步繁荣我国的民法学,就必须重点从以下几个方面着手:

第一,进一步结合我国社会主义市场经济发展的需要,有目的、有针对性的展开研究,尤其是要对那些我国立法与司法实践中的重大理论问题进行更为深

入、细致、扎实的研究。这首先要学者必须走出书斋,对社会生活有敏锐的洞察力与强烈的问题意识,探讨真问题,研究真学问。有的人认为,学术必须要与实践保持距离,才是纯洁的,学问要有超前性,我们认为,这种观点固然有一定道理,但是民法学是一门应用性与实践性都非常强的学科,脱离社会生活实际,完全不顾司法实践,所谓的超前、深入研究只能是流于形式。

第二,要进一步切磋交流,鼓励学术争鸣。所谓学问不仅是学,而且要问,学问在不断的辩驳问难中才能得到提高,因此民法学者相互之间应当定期的进行交流、探讨,相互学习,只有这样,我们的民法学研究才能真正提高。此外,学术争鸣也非常重要,因为学术争鸣是学术繁荣的重要前提。所谓“君子和而不同”,正是通过思想的碰撞才能产生思想的火花,学术争鸣是必要的,学术批评是学术得以健康发展的重要条件。但在进行任何学术批评之前,我们首先需要对他人的创作劳动给予充分的理解和尊重。写作是艰苦的劳动,是创造性的劳动,我们的学人应当充分尊重这种劳动,理解创作者的艰辛,对作品中存在观点的疏漏等这样那样的缺点,有必要进行商榷甚至批评,但这种批评应当是和风细雨的、善意的,不能采取挖苦讽刺的方式,甚至进行人身攻击。更不能把学术批评演化成相互攻击甚至借此出名的一种手段。我们要为学者从事创造性的活动营造一种宽松的氛围。

第三,要鼓励创作,鼓励原创性研究。这里所说的原创性研究并非指所有的观点与思想都是原创的,都是言他人所未言的,而是指在经过缜密的思考、深入细致的研究之后,提出了自己独到的看法与见解,这些看法和见解对国家和社会的发展是有价值的。为此,学者应当淡泊名利,潜心研究。但也不能以此为由,长期不出任何成果,甚至反对他人出成果。有人说,治学之道是“十年磨一剑”,绝不能急功近利。我认为,这句话是正确的,关键看如何理解这句话的真谛。倘若将这句话理解为反对急功近利,反对浮躁的学风,那么这句话完全有道理。但是,如果以此为借口,而在十年、数十年甚至更长的时间内不能向社会提供任何知识产品,则未必可取。殊不知,现代社会是信息爆炸的社会,也是知识处于加速更新的社会。今天社会需要解决的问题,十年之后也许已不成其为问题了,或者已经转变成了其他的问题。社会迫切需要我们解决的问题,尤其是法制建设中迫切需要解决的问题,绝不可能留待十年以后解决。任何一个有责任感的学者他都应当时刻关注社会问题,并及时地提出建设性的意见。从这种意义上看,我们提倡要注重解决现实问题,并不是提倡急功近利。任何研究都应该尽可能地建立在扎实的理论基础之上。这需要对之进行缜密的思考、认真的求索、详尽的考证。但是,成熟的作品或者好的作品也许永远是一个相对的概念,它只是对

某个阶段性成果的总结,并不代表学术研究的终结,这就需要在推出作品之后认真听取各方面的意见,并不断地对之进行完善。

第四,在研究方法上,我们应当注重吸收借鉴一些新的、好的研究方法,诸如经济学和社会学的研究方法等。需要注意的是,研究方法只是研究的手段而已,不能将之作为研究目的、为方法而方法。例如,我们要注重比较法的研究方法,但绝不能为比较而比较,也不能在比较之后完全不理睬我国实践生搬硬套、更不能照搬照抄。中国是一个大国,幅员辽阔、人口众多,各地经济社会发展水平、民情风俗差别很大,而且正处于特殊的社会转型时期,有自己许多特殊的问题。因此,我们必须时刻关注中国的现实、立足于解决本土问题,以此促进中国法治事业与学术事业的发展。

民法学会成立之后,就要进一步倡导严谨求实的学风、营造宽松和谐的氛围、提倡百家争鸣的风气,为民法学者提供一个各抒己见的平台,推动学界同仁的学术交流,共同促进民法学的发展;民法学者要时刻秉持民法自由平等之精神,也要坚持老一辈民法学者所创造的团结、宽容的优良传统与作风,严于律己,宽以待人,海纳百川,有容乃大;民法学会也应当注重培育新人,提携后进,全体学者共同努力,为民法学的繁荣与发展作出自己的贡献。

三

学会成立之后,大家一致希望,学会应当有自己的学术出版物,既便于相互交流,又有利于向社会展示民法学的最新研究成果。经过反复研究,学会决定创办《中国民法年刊》。作为学会的定期学术出版物,该刊将依托中国法学会民法学研究会,旨在展示中国民法学界年度研究成果,为民法学者提供学术平台,增进学术的交流。本刊文章均具原创性,并且反映了当年民法学研究的较高水平,今后学会选评优秀论文将优先从年刊中遴选。《中国民法年刊》的出版得到了法律出版社的大力支持,在此我代表学会及全体同仁深表谢意。

“不积跬步,无以至千里”,学术的发展是一个长期积淀的过程,民法学的发展与繁荣也绝不是一朝一夕之事,因此民法学研究会需要做的工作还有很多,年刊只是我们推动民法学发展过程中所迈出的第一步,今后的路还很长,我们衷心希望全体民法学界同仁能够齐心协力,共同为我国民法学的美好明天而努力,也衷心祝愿《中国民法年刊》越办越好!

是为序!



目 录

2004 年中国民法研究综述	1
2004 年民商法学研究的回顾与展望 / 姚 辉 刘生亮 燕 林	3
2004 年中国民法学焦点	29
关于物权法的若干问题 / 王利明	31
交易中的物权归属确定问题 / 孙宪忠	48
我国未来民法典中设置财产权总则编的理由和基本构想 / 马俊驹 梅夏英	62
2004 年中国民法学论文	79
佟柔民法调整对象理论渊源考 / 杨立新 孙沛成	83
论财产权体系 / 吴汉东	99
请求权类型化研究 / 田土城	119
自然人民事责任能力制度之反思与重构 / 丁 文	150
事实判断抑或价值判断 / 易 军	172
论取得时效制度在人身关系法和公法上的适用 / 徐国栋	198
论以私权利保护为中心的性骚扰法律规制 / 杨立新 张国宏	211

目录 I

债权保障论纲 / 崔建远	239
--------------	-----

彩票刍议 / 韩世远	252
------------	-----

目录 II

走出占有表象的局限 / 杨震 孙毅	271
-------------------	-----

网络时代物权立法的若干问题思考 / 刘德良	286
-----------------------	-----

建立遗失物拾得人报酬请求权和附条件所有权制度的理论思考 / 谭启平	309
-----------------------------------	-----

我国民法典中应当设立优先权制度 / 郭明瑞 仲相	326
--------------------------	-----

美国转交付制度的利用及改造 / 马新彦	340
---------------------	-----

我国抵押权实现制度的缺陷及完善 / 程啸	353
----------------------	-----

准物权及其立法規制问题初探 / 刘保玉	363
---------------------	-----

从美国到全球的证券化市场观察 / 李富成	377
----------------------	-----

2004 年中国法学会民法学研究会大事记	405
----------------------	-----

附录

第三届中国法学会民法学研究会组织机构人员名单	417
------------------------	-----

2004 年中国民法研究 综述

2004 年民商法学研究的回顾与展望

姚 辉 刘生亮 燕 林*

一、物权法理论

作为调整主体对客体的财产支配关系的法律,物权法是民法的重要组成部分;物权也是现代社会经济生活中具有重要意义的基本权利。以物权法的制订为契机,我国民法学者从多角度对物权法理论及物权法的制订展开了探索与研究,既有对传统物权理论的反思,也有对物权法立法技术的检讨;既有宏观视域的整体型构,也有微观之维的条分缕析。

在物权法的定位及立法模式上,有所谓“物权法”与“财产法”之争及“有体财产法”与“财产基本法”之争。有学者虽不主张制订财产法,但同时基于传统民法总则的结构性缺失的立场,及如何解决近现代财产权利的膨胀难题,提出了在我国未来民法典中设置财产权总则来整合财产权利体系的构想。^① 对于后者,有学者基于物为一定财产利益的理解,认为物权法应定位为财产的基本法。^② 学者还对公有制与中国物权立法的关系进行了检讨,指出现代社会财产归属与财产利用普遍分离,公有财产的归属和利用天然分离,现代社会和公有制对建立财产利用权利制度有着同样的需求和任务,两者并无内在冲突。中国物权立法在追求物权法现代化的同时,可以而且应该充分反映公有制的要求,切实解决土地承包经营权和国有企业法人财产权的问题。^③ 有学者则针对理论界提出的这种“以

* 姚辉,中国人民大学法学院教授、博士生导师。刘生亮,中国人民大学法学院博士研究生。燕林,中国人民大学法学院博士研究生。

① 马俊驹、梅夏英:“我国未来民法典中设置财产权总则编的理由和基本构想”,载《中国法学》2004年第4期;马俊驹、刘闯春:“物权法的定位及基本体系分析”,载《法学杂志》2004年第5期。

② 孟勤国、蒙晓阳:“物权法:有体财产法还是财产的基本法”,载《人民司法》2004年第4期。

③ 孟勤国:“公有制与中国物权立法”,载《法学》2004年第2期。

财产权概念替代物权概念、以财产法的制订替代物权法的制订”的观点进行了检讨,指出我国物权法应当采纳物权而不是财产权的概念,相应地应当制订物权法而非财产法,物权法中也无需设立财产权总则。^① 学者还指出,在倡导法律全球化的同时不能完全漠视本土化的问题,应将全球化与固有法协调好。在物权法的制订中也应尊重我们固有的民族习惯。^② 还有学者基于对传统物权理论的反思提出,应以所有权表述财产归属、以占有权表述财产利用的二元物权理论来重新建立物权制度的理论基础进而制订物权法。^③

有学者对物权与债权二元权利体系的形成进行了考察与说明,认为物权与债权这两个概念的形成及对它的质疑经历了提出、理论区分与怀疑三个时期。并基于二元区分体系立场就物权与债权的差异、区别作了完整的阐述。^④

对于物权法的基本原则问题,有学者认为,无论是将一物一权原则作为整个物权法的基本原则还是将其定位于物权性质的基本原则均有不妥,而应代之以物权绝对原则。^⑤ 也有学者对物权配置中的效率原则进行了研究,认为在物权的成立要件、变动模式、效力范围、救济方式、物权的形式、物权客体的界定、物权的让与性、程序与实体的协调等方面,效率原则都要发挥作用。^⑥

物权客体制度是物权法制订中必须予以解决的问题,尽管其面临很多亟待解决的难题。有学者主张应当建立物格制度,规定物权客体的物分为不同的物格,根据物的不同物格,确定不同的物在法律上的不同地位,确定人对其不同的支配力,确定不同的法律保护方法。^⑦

物权变动问题是物权法理论中的重点、难点问题,在物权法制订过程中围绕物权变动模式的立法选择以及公示方式等问题也一直是理论界与实务界讨论的一个热点问题。本年度中民法学界延续了这一热点问题的讨论。

有学者分别从解释论以及立法论的视角重新检讨了物权行为理论。基于解

① 王利明:“物权立法若干问题新思考”,载《法学》2004年第7期。

② 王利明:“全球化时代的中国法学学术研讨会”,载《法制与社会发展》2004年第2期。

③ 孟勤国:“中国物权法研究的新进展”,载《广西师范大学学报》(哲学社会科学版)2004年第1期。

④ 陈华彬:“物权与债权二元权利体系的形成以及物权和债权的区分”,载《河北法学》2004年第9期。

⑤ 刘保玉、李燕燕:“一物一权原则质疑——兼论关于物权性质的物权绝对原则”,载《政法论丛》2004年第3期。

⑥ 崔建远:“物权的配置与效率原则”,载《浙江学刊》2004年第2期。

⑦ 杨立新、朱呈义:“动物法律人格之否定——兼论动物法律之法律‘物格’”,载《法学研究》2004年第5期。

释论的立场认为,中国已有的民事立法并未采纳物权行为理论;^①基于立法论的立场指出,物权行为制度是唯美主义立法理念的体现,而我们的物权立法在对待物权行为理论上应当奉行实用主义理念。^②

有学者对民法上公示制度的法律意义及其后果进行了研究,认为民法上的公示制度兼有权利成立和赋予权利对外效力之功能,是事实权利冲突消除的制度化体现,也是意思自治原则所依赖的制度前提。物权法中动产占有和交付公示方式的缺陷使动产物权的公信力减弱,使动产抵押制度难以施行。公示制度的存在是物权行为及其无因性和独立性的起点,强制性的国家管理性质的公示制度在理论和立法上无法通过法律行为理论来解释。基于公示制度对物权转移的重要意义,立法上应将公示作为合同设定的绝对权转移的必要条件。^③

也有学者对物权公示制度的价值进行了检讨,认为作为法律价值的具体化,物权公示制度的价值一方面体现了作为主体的人与作为客体的物权公示制度之间需要和满足的对应关系;另一方面又体现了物权公示制度所具有的、对主体有意义的、可以满足主体需要的功能和属性。但物权公示制度价值的根本内核还在于这一制度对主体的积极意义。其目的性价值体现为正义、效益,而工具性价值则为安全与秩序。从最直接的层面来看,物权公示制度首先是有助于明确物权归属,解决物权的冲突,其次是保护交易安全和维护交易秩序,最后是减少交易费用和提高效率,实现交易迅捷。^④

有学者对物权的公示方式进行了类型化梳理,认为选择物权公示方式除考虑物的本身自然属性之外,还应考量物权客体本身的特性、物的价值大小及国家管理之需要、经济要求等方面。权利物权的公示方式与动产物权、不动产物权都不一样,其公示方式呈现出多元化的趋势。非移转占有型动产让与担保最适合的公示方式还是登记与标示相结合的方式。^⑤

对于物权公示制度的立法模式方面,有学者认为公示对抗主义存在难以克服的理论逻辑矛盾,并导致了法律适用上的巨大困难,而公示要件主义向当事人提供了更为充分的公示激励,具有更为完整的公示效果。相应的立法模式应当

① 崔建远:“从解释论看物权行为与中国民法”,载《比较法研究》2004年第2期。

② 崔建远:“从立法论看物权行为与中国民法”,载《政治与法律》2004年第2期。

③ 梅夏英:“民法上公示制度的法律意义及其后果”,载《法学家》2004年第2期。

④ 屈茂辉:“物权公示制度的价值分析”,载《求索》2004年第7期。

⑤ 屈茂辉:“物权公示方式研究”,载《中国法学》2004年第5期。

以公示要件主义为主兼采公示对抗主义之所长。^①

有学者对交付的法律性质进行了重新梳理,认为在罗马法上,交付本身并未被赋予所有权移转的意思。罗马法通过对原因的要求来控制交付的效力。按照罗马法法律渊源本身对交付原因的定位,交付的性质原则上应该是要因的。由于对罗马法上的清偿原因缺乏充分的了解,中世纪的法学提出了误信原因的原因理论,从而使在要因交付的框架下孕育出抽象的无因理论成为了可能。^②

也有学者对物权法之形式主义传统进行了历史之维的解读,揭示了物权变动中不动产登记制度和物权法形式主义规则的基本正当性。^③

有学者对物权变动中的善意和恶意问题进行了研究,指出善意、恶意在基于法律行为的物权变动中的认知基础和法律意义在于不同主体间的利益平衡,在非基于法律行为的物权变动中的认知基础和法律意义在于抛开当事人个人的主观状态,依公意强力配置稀缺资源旨在维护社会整体利益。并认为,基于法律行为的物权变动中,在占有交易物的情况下,不论是债权形式立法主义还是物权形式立法主义,都没有探讨第三人主观状态的法律意义,在占有委托物的情况下,只有在债权形式立法例下才有探讨第三人主观状态的法律意义,在占有脱离物的情况下其仅属于公示公信原则适用的政策性例外。在非基于法律行为的物权变动中,当事人的恶意因素不予法律考量。^④

有学者对所有权的社會化立法进行了研究,认为所有权社会化的立法政策是应时代变化而对私人所有权绝对性所进行的修正,并指出所有权社会化并非否定私人所有权,而是在充分尊重私人所有权的前提下使私人所有权的行使与社会公共利益保持一致。^⑤

有学者就用益物权的体系建构问题进行了研究,认为用益物权体系在概念的使用上应当具有明确性、在种类界定上应当具有概括性、在内容规定上应当具有前瞻性和本土性、在立法设计上应当具有层次性,即在規定各种具体的用益物权同时就用益物权的一般规则做出规定。^⑥ 有学者对不动产相邻关系与地役权问题进行了研究,认为在物权立法中不动产相邻关系与地役权并存的模式比较

① 孙鹏:“物权公示二元主义立法论”,载《河北法学》2004年第2期。

② 刘家安:“交付的法律性质——兼论原因理论的发展”,载《法学研究》2004年第1期。

③ 常鹏翱:“物权法之形式主义传统的历史解读”,载《中外法学》2004年第1期。

④ 董学立:“论物权变动中的善意、恶意”,载《中国法学》2004年第2期。

⑤ 马俊驹、江海波:“论私人所有权自由与所有权社会化”,载《法学》2004年第5期。

⑥ 房绍坤:“构建用益物权体系的基本要求”,载《河南省政法管理干部学院学报》2004年第3期。

适合我国国情,将地役权改称为邻地利用权并非科学选择。^①

在抵押权方面,有学者指出,未来的物权法应当采取抵押权追及效力的方案取代现行法上的相关制度;应当明确抵押权的次序及其处分规则;应当明确土地使用权抵押和房屋抵押作为共同抵押的形态、成立要件和效力协调;应当承认最高额抵押担保债权的让与性。^② 有学者对恶意抵押问题进行了研究,指出恶意抵押是指有多个普通债权人的债务人仅与债权人之一设定抵押,以减少债务人的一般担保,而侵害其他债权人的利益的抵押。并认为恶意抵押是债权人的撤销权的客体,因此可以被其他债权人撤销;恶意抵押中抵押人的法定代表人或直接责任人需要对受害人承担民事赔偿责任。^③ 有学者对如何完善抵押权制度进行了检讨,指出优先受偿性不是抵押权的属性,而是抵押权担保债权的效力。从有利于债权人的立场出发,可以承认抵押权的不可分性,但应当设有例外。抵押权的物上代位,可以不采取法定债权质的法律构成。抵押权的效力原则上及于抵押物的附合物、从权利,对从物则宜区分情形。在采取抵押权次序升进原则的情况下,应当承认所有人抵押。^④

有学者对法定抵押权的立法模式以及制度设计进行了研究,指出我国现有担保物权体系的立法和学说既无体系性的法定抵押权制度,又无系统性的优先权制度。在立法模式的选择与制度设计上我国应采取法定抵押权制度而不采用优先权制度,即突破德国民法将法定抵押权在债编而非物权编规制的模式,明确法定抵押权作为一种独立的担保物权形式,而非仅是债权担保手段的地位。^⑤

有学者对动产上担保物权并存之效力顺序问题进行了研究,认为动产上担保物权并存可分为同类担保物权之间的并存和不同类担保物权之间的并存。其基本样态有抵押权与抵押权之间的并存、抵押权和质权的并存、抵押权和留置权的并存、质权与留置权的并存。解决其效力顺序的基本规则为登记优先、直接占有优先、善意第三人担保物权优先。^⑥

有学者对留置权的概念进行了考察,指出我国民法中的留置权概念与其他

① 费安玲:“不动产相邻关系与地役权若干问题的思考”,载《江苏行政学院学报》2004年第1期。

② 崔建远:“抵押权探微”,载《法学》2004年第4期。

③ 郭明瑞、张平华:“论恶意抵押”,载《法律科学》2004年第4期。

④ 崔建远:“完善抵押权制度七论”,载《河北法学》2004年第6期。

⑤ 李建华、董彪:“论我国法定抵押权制度的立法模式”,载《社会科学战线》2004年第4期。

⑥ 马俊驹、李茂年等:“动产上担保物权并存之效力顺序”,载《江西社会科学》2004年第1期。