

物权法要论

温世扬 著

武汉大学出版社

阐释和立法研讨,同时表明了对我国物权法在一些问题上应取立场的看法。对于这些问题,作者力求评析各家,立足本国,探索世界立法潮流,寻求中国立法良策。

物权法是一项古老的法律制度,早在古罗马时代就已相当完备,“以致后来的一切法律都不能对它作任何实质性的修改”^①。这既表明了物权法研究资料的丰富,更预示着物权法理论研究的难度——许多基本问题都已成定说,不容妄加置疑。因此,笔者只是在前人研究成果的基础上,参酌各国立法,结合中国的实际情况,对物权法基本问题作了概略性的阐述与讨论,以求对我国的物权法学术研究和制度建设有所裨益。书中错漏之处在所难免,敬希各界指正。

需要说明的是,物权本是大陆法系的特有概念,系统的物权立法也为大陆法系国家所独有,故本书对有关问题的阐述,主要以大陆法系国家的物权立法为对象,同时在某些具体问题上兼及英美法系国家的理论与实践。作者认为,这也是中国物权立法应取的立场。

本书的写作,是在我的导师李双元教授的关心和指导下完成的。值此出版之际,谨向先生致以衷心的敬意和谢意。本书的出版,得到了武汉大学出版社的支持和许光耀的大力帮助,同时有赖于吾妻李庆芬的鼓励,在此一并鸣谢。

温 世 扬

1997年7月识于武汉大学

① 《马克思恩格斯全集》第21卷,第454页。

图书在版编目(CIP)数据

物权法要论/温世扬著. —武汉: 武汉大学出版社, 1997. 9
ISBN 7-307-02467-5

- I 物…
- Ⅱ 温…
- Ⅲ 物权法—理论
- Ⅳ D913.01 D (9) 50

武汉大学出版社出版

(430072 武昌 珞珈山)

核工业中南三〇九印刷厂印刷

(432600 湖北省安陆市第九号信箱)

新华书店湖北发行所发行

1997年9月第1版 1997年9月第1次印刷

开本: 850×1168 1/32 印张: 9.75

字数: 251千字 印数: 1—2000

ISBN 7-307-02467-5/D·362 定价: 12.00元

本书如有印装质量问题, 请寄承印厂调换

前 言

马克思指出：“财产问题从来就随着工业发展的不同阶段而成为这个或那个阶段的切身问题。”^① 在现代社会，一切“财产问题”都受到法律的调整，而物权法正是这个法律调整机制的基础。物权法通过调整各种物质财富的支配和利用关系，在社会生活中发挥着举足轻重的作用，在各国法律体系中都居于显要地位。

市场经济是法制经济。中国社会主义市场经济的发展，在很大程度上有赖于社会主义公有制结构和运行模式的改革和完善。正确处理公有财产的归属和利用关系，乃是改革和完善社会主义公有制的基本途径，而这在法律上又必须通过所有权制度、用益物权制度和担保物权制度才能实现，这就提出了确立和完善我国民法物权制度的要求。

应当承认，近年来，随着改革开放的深入，我国的法制建设取得了长足的进步，物权方面的立法成就也是有目共睹的。《民法通则》和《担保法》的有关规定，已构成了我国物权制度的基本框架。但是，与社会主义市场经济对物的支配和利用关系的要求相比，与市场经济发达国家和地区的物权制度相比，我国的物权立法在体系上尚不完整、严密，在内容上还欠充实，在立法技术方面也存在不足之处。而这些不足，与我国法学界长期疏于对物权法的系统理论研究是密切相关的。

本书主要运用比较方法，对物权法律制度进行了略要的理论

^① 《马克思恩格斯全集》第4卷，第335页。

目 录

前 言	1
-----------	---

总 论

第一章 物权法理念	3
第一节 物权法的概念和渊源	3
第二节 物权法的演进	7
第三节 物权法的基本原则	20
第二章 物权概述	26
第一节 物权的概念和效力	26
第二节 物权的客体	35
第三节 物权的种类	50
第四节 物权的变动	65
第五节 物权的民法保护	77

分 论

第三章 所有权	89
第一节 所有权的概念和本质	89
第二节 所有权的内容与限制	93
第三节 所有权的类别	99

第四节	所有权的取得和消灭·····	113
第五节	相邻关系·····	121
第四章	用益物权 ·····	129
第一节	用益物权概说·····	129
第二节	地上权·····	133
第三节	永佃权·····	141
第四节	地役权·····	145
第五节	典权·····	153
第六节	经营权·····	161
第七节	用益权·····	179
第五章	担保物权 ·····	190
第一节	担保物权概说·····	190
第二节	抵押权·····	197
第三节	质权·····	229
第四节	留置权·····	249
第六章	占有 ·····	265
第一节	占有概述·····	265
第二节	占有的发生和消灭·····	273
第三节	占有的效力·····	276

附 论

第七章	涉外物权关系的法律适用 ·····	287
第一节	概说·····	287
第二节	涉外物权关系的法律适用原则·····	289
第三节	物之所在地法的适用范围及其例外·····	299
第四节	我国对涉外物权法律适用的立法选择·····	305

总 论

第一章 物权法理念

第一节 物权法的概念和渊源

一、物权法的概念和特点

物权法,即规范物权关系之法,有实质意义和形式意义之分。实质意义的物权法泛指以物权关系为调整对象的一切法律规范,不仅指民法典中的“物权编”,还包括民法典其他部分(如债编)有关物权的规定,以及特别法(如土地法、森林法、矿产资源法、渔业法、水法、海商法)中有关物权的规定。因此,实质意义上的物权法,是调整物权关系的法律规范的总称,亦即广义的物权法。形式意义上的物权法,仅指民法典中以“物权”命名的编章而言,亦即狭义的物权法。物权法的理论研究,主要以狭义的物权法为对象,但不以此为限。

物权法是民法的重要组成部分。自古以来,民法就以平等主体间的财产关系为主要调整对象,而物权法则为民法不可或缺的组成部分。马克思指出:“财产问题从来就随着工业发展的不同阶段而成为这个或那个阶段的切身问题。”^①在阶级社会,一切“财产问题”都关系到人们的切身利益,因而都必须受到法律调整,而民法正是调整社会财产关系的基本法,物权法则为这个调整机制的基础。物权法通过规范各种物质财富的占有和支配关系,明确生产和交换的前提,确认分配的结果,决定消费的范围,在社会生产总过

^① 《马克思恩格斯全集》第4卷,第335页。

程中发挥着举足轻重的作用,因而成为民法的支柱内容之一,在各国法律体系中都居于显要地位。

物权法与债法同属财产法,均以平等主体间的财产关系为其调整对象,以平等、自愿、等价有偿、诚实信用为调整方法,二者共同构成民法的基本内容。但是,二者在调整对象和调整方法等方面仍存在显著差异。

其一,调整对象的形态不同。财产关系按其社会生活中的形态,可划分为静态财产关系和动态财产关系。前者是指因直接占有、使用、收益、处分财产而发生的财产支配关系,具有相对稳定性;后者是指因移转、交换财产而发生的财产流转关系,极富变化性。这两类财产关系,无论是性质、内容还是成立要件,都存在很大的差别,因而自古以来就由不同的法律制度加以调整。在大陆法系国家,调整静态财产关系的民法制度称为物权法,调整动态财产关系的民法制度称为债权法;在英美法系国家,物权法律制度包含在财产法(property law)之中,债权法律制度则在合同法(contract law)和侵权法(tort law)等法律部门中得到体现。

其二,物权法因其调整财产支配关系,事关社会公共利益,因而多为强制性规范,除了少数例外,物权法的规定不许当事人任意变更而必须绝对适用,故此被称为“强行法”^①;而债法则为“任意法”,以当事人意思自治为原则,以任意性规范为主导。

其三,物权法在确认和保护社会物质财富的占有和支配关系时,最直接地反映了特定社会的阶级关系,体现着统治阶级的意志,因此,不同国家,特别是所有制形式不同的国家,物权法的内容很难完全一致;而在债法方面,由于其所调整的社会关系(商品交换关系)在不同国家、地区和不同的所有制形式下都具有共同的特点,遵循共同的规律,因而在国际上呈现较强的趋同化和统一化趋势。

① 郑玉波:《民法物权》,台湾三民书局1984年版,第5页。

二、物权法的渊源

物权法的渊源,即物权法规范的表现形式,简称法源。

在民法渊源问题上,向有一元制和多元制两种主张。所谓一元制,就是只承认制定法为民法的渊源的主张,法国民法典即采此制;而多元制则主张民法的渊源除制定法外,还包括习惯、判例、法理等,瑞士民法典有此规定。物权法作为民法的一部分,在渊源上也存在这种差别。

在民法渊源方面,还存在法系之间的差别。一般说来,大陆法系国家秉承罗马法传统,以制定法作为民法的唯一渊源或主要渊源,物权法作为民法典的一部分或以单行立法的形式存在;而英美法系国家的物权法(财产法)历史上则大多来源于判例规则,以判例法的形式存在。但需指出的是,在英美法系国家,近代以来也越来越多地采用制定法的形式,将其物权法规则系统化,从而形成了多元制的物权法渊源体系。例如,英国于1925年就制定了《财产法》、《土地授予法》、《信托法》、《土地登记法》、《土地特殊权益法》和《遗产管理法》等6项法律,从而使制定法在物权法领域取得了主导地位。

就制定法而言,各国在物权法的编制上所采用的体例也不尽相同。其一为法兰西模式。法国民法典以罗马法学家盖尤斯创立的罗马式编制法(将罗马法分为人法、物法、诉讼法)为基础,由总则和三编组成,其第二编“财产及对于所有权的限制”包含了物权法的基本内容。采此模式的,还有荷兰、比利时、意大利、西班牙等国民法典。其二为德意志模式。德国民法典采用德国法学家在继受罗马法的基础上所创制的学说汇编体系(潘德克顿体系),设总则和四编,“物权”为第三编,居“债务关系法”之后。采此体例的还有日本、瑞士、泰国、韩国民法典(日本、瑞士民法典物权编置于债法之前)。除上述两种典型物权立法体例外,还存在各种独特的物权立法体例,如前苏联、东欧公有制国家民法典中多有“财产法”部

分,英美法系国家则由各种单行立法调整相应的社会关系(物权关系)。

中国传统上属大陆法系国家,向以制定法为主要法律渊源,物权法也不例外。现阶段我国物权法的渊源有以下几种:(1)宪法。我国宪法中有关物权方面的规定(如第9条关于自然资源所有权的规定,第10条关于土地所有权的规定,第12条关于国家所有权和集体组织所有权的规定,第13条关于个人所有权的规定等),是我国物权法的重要渊源。(2)法律。全国人民代表大会及其常务委员会依据宪法制定的有关物权的法律或包含物权法规范的法律,是我国物权法的主要渊源。目前我国尚未制定民法典,物权法的基本内容规定在《民法通则》的有关章节(第五章第一节关于“财产所有权和与财产所有权有关的财产权”的规定,第二节关于担保物权的规定)中;另外,《土地管理法》、《城市房地产管理法》、《森林法》、《草原法》、《矿产资源法》、《水法》及《担保法》等法律中的物权规范也是物权法的渊源。(3)国务院及其所属部、委、局制定的法规及命令、指示、规章。如《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》、《全民所有制工业企业转换经营机制条例》等行政法规中的物权法规范。(4)省、自治区、直辖市人民代表大会及其常委会和县以上各级人民代表大会制定的地方性法规、决议、命令。如《上海市土地使用权有偿转让办法》、深圳市《深圳经济特区土地管理条例》、《海南经济特区土地使用权有偿出让和转让的规定》、《湖北省土地管理实施办法》等。(5)最高人民法院的司法解释。例如最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》中有关物权的规定及就某些具体物权问题所作的司法解释。(6)国家政策。《民法通则》第6条规定:“民事活动必须遵守法律,法律没有规定的,应当遵守国家政策。”据此,国家政策中有关物权方面的规定也是我国物权法的渊源之一(以法律没有规定为适用前提)。(7)经国家认可的习惯。传统习惯中涉及物权的内容,经国

家认可,也可成为我国物权法的渊源^①。

第二节 物权法的演进

一、早期物权法

历史的考察表明,物权制度是随着私有制的出现而产生的。在原始社会,人们在以血缘关系为纽带而形成的共同体(氏族或部落组织)中生产和生活,生产资料公有制是这种共同体存在的基础,个人对物质财富的占有和使用,必须“以他作为部落等等成员的自然形成的存在为媒介”^②,因此“不存在个人所有,只是个人占有”^③。也就是说,占有还没有成为法律上的权利。至原始社会末期,劳动生产率的提高导致了剩余产品的出现,而社会分工的形成又破坏了生产和占有的共同性,从而使个人占有成为占优势的规则^④。在这一条件下,人类社会出现了私有制的最初形态。私有制的发展,促成了奴隶制国家的产生;而奴隶主阶级以法律的形式确认和保护奴隶主对生产资料和奴隶的占有和支配,便形成了奴隶制国家的物权法律制度。对此,马克思曾作过如下精辟的分析:“私有财产的真正基础,即占有,是一个事实,是不可解释的事实,而不是权利。只是由于社会赋予实际占有以法律的规定,实际占有才具有合法占有的性质,才具有私有财产的性质。”^⑤

和其他法律制度一样,物权制度在不同的历史时代中“以各种不同的方式,在完全不同的社会关系下面发展着。”^⑥ 在西方法制

① 参见钱明星:《物权法原理》,北京大学出版社1994年版,第5页。

② 《马克思恩格斯全集》第46卷上册,第483页。

③ 同上书,第486页。

④ 《马克思恩格斯选集》第4卷,第170页。

⑤ 《马克思恩格斯全集》第1卷,第382页。

⑥ 《马克思恩格斯全集》第4卷,第180页。

史上,曾经存在两种具有代表性的物权制度,即罗马法物权制度和日耳曼法物权制度,它们在立法思想、体系和内容等方面都存在鲜明的差别,而这种差别在后世两大法系的物权法(财产法)之间也得到了充分的体现。

罗马法的物权制度,是古罗马社会简单商品经济和个人本位主义法律思想的产物,其基本特点可以归纳为:(1)以所有权为中心。在罗马法时代,抽象的物权概念尚未形成,对物的各种支配都是建立在所有权基础上的,所有权是对物支配权的最高体现,所有权以外的支配权(他物权)不过是所有权支配力发生作用的结果。这种以所有权为中心的物权观念,强调个人对物的抽象支配,漠视物的利用,带有浓厚的个人主义色彩。(2)奉行一物一权主义。在罗马法中,所有权被定义为“对所有物的完全支配权”^①,所有人对其所有物拥有自由处分权,故在同一物之上不允许有两个以上所有权同时存在。这种排他性,在某些他物权上也得到体现,它是罗马法强调物权支配力的必然结果(对物的支配必然是排他的)。(3)强调所有权的弹性力或归一力。罗马法认为,当所有权的某项权能与所有权分离而成立其他物权时,所有权只是在一定时间内受到限制,他物权终止后,其权能即自动复归于所有权,所有权的圆满状态亦得以恢复。(4)承认所有权量的分割而不承认质的分裂。就同一物而言,允许数人共享同一所有权,但不允许数人各自享有不同内容的“所有权”。(5)将占有作为独立概念。罗马法认为,所有权是对物的法律上的支配力,而占有是对物的事实上的支配,因此,本权与占有相分离,所有之诉与占有之诉也相互独立。

与罗马法物权制度不同,日耳曼法物权制度是早期欧洲封建社会土地所有制和农本经济在法律上的典型体现,它一方面具有封建法律的特征,另一方面又保留了较多的原始公社习惯的残余。其主要特点是:(1)不承认抽象的所有权概念和所有权与其他物权

① 周树:《罗马法原论》,上册,商务印书馆1994年版,第299页。

的区别,而是基于物资利用的种种形态,确认各种物权的存在,以表现各种对物的占有和利用关系。(2)各种物权因其支配客体的不同而具有不同的性质,在支配方式、效力和保护方法等方面也有严格的区别。(3)同一物之上可设立两个所有权,其典型形式是对土地的双重所有权(收取地租者的“上级所有权”和支付地租者的“下级所有权”)。(4)当数人对同一物享有所有权时,所有权的分割为质的分割,即所有权所包含的不同权能分别由不同的人享有;(5)对所有权与占有不作严格区别,凡对于物的事实上的支配均具有物权效力,受到法律保护。(6)物权具有身份的支配特征和家庭、村落等团体主义色彩(前者如领主所有权,后者如“总有”)。

罗马法和日耳曼法的物权制度尽管各具特色,对比鲜明,但对后世立法都有广泛和深远的影响。随着罗马法的传播和继受,罗马法所确立的物权观念也为近代大陆法系各国立法所接受(这种接受并不是盲目的,而是因为它迎合了资产阶级所倡导的个人主义理想和自由平等思想,符合资本主义经济的发展要求),因而成为大陆法系国家物权法的共有观念,至今未有根本动摇;在那些具有大陆法系历史传统的公有制国家的民法理论和民事立法中,这种物权观念也得到了全面的继受。日耳曼法在西欧封建社会始终是一种普遍适用的法律,也是近代资本主义法律的历史渊源之一,它在物权法方面所确立的一些基本观念,由于不符合近代资产阶级立法的根本指导思想而未被欧陆各国物权立法所接受,但(由于历史的原因)却在英国财产法(尤其是不动产法)中得到了体现,并通过英国的殖民统治而移植到世界各地,成为普通法系财产法的固有理念——正是在这一意义上,英国法被恩格斯称为“传播于世界各大洲的唯一的日耳曼法”^①。但是,无论是罗马法还是日耳曼法,其物权制度的影响都不仅限于大陆法系或普通法系。“即使在英国,为了私法(特别是其中关于动产的那一部分)的进一步发展,也

^① 《马克思恩格斯选集》第3卷,第150页。

不得不参照罗马法的诸原则”^①；而日耳曼法对近代欧陆国家的物权制度(尤其是不动产物权)，同样具有深刻的影响。

二、现代物权法

近百年来，随着社会经济关系的变迁，在历史上深受罗马法物权观念影响的大陆法系各国物权立法，在指导思想上也发生了由“个人本位”到“社会本位”，由片面强调对物的抽象支配到重视对物的利用的转变。基于这种指导思想的转变，这些国家的物权立法出现了一些引人注目的变化。

一是所有权的社会化。19世纪末叶，资本主义进入垄断时期。随着各种社会矛盾的加剧，《法国民法典》所确立的民法基本原则显示出了其与社会经济发展的不适应性，“私权神圣”及“所有权不受限制”的传统观念开始受到冲击。在德国，潘德克顿法学的代表人物之一耶林在坚持罗马法所有权观念的同时，论述了所有权的社会性，认为“所有人不仅是为自己的利益，同时还须适合于社会的利益，行使权利方能达成所有权之本分”；另有一些历来强调团体利益的日耳曼主义者(如基尔克)，更提出了“禁止权利滥用”的主张^②。在这种理论指导下，1896年《德国民法典》确立了禁止权利滥用和诚实信用原则，1919年《魏玛宪法》更明确规定：“所有权要承担义务，其行使应有益于公共利益。”这就表明，资产阶级民法中的所有权观念开始由“个人本位”向“社会本位”转变。在“社会本位”的权利观念下，所有权不再是受任何限制的个人绝对权利，而必须受到社会利益的制约。这种制约主要表现在：(1)对所有权的效力范围的限制。各国立法普遍摒弃《法国民法典》中有关土地所有权的效力“上达天空、下至地心”的规定，主张其仅于“法令

^① 《马克思恩格斯全集》第3卷，第71页。

^② 转引自刘得宽：《民法诸问题与新展望》，1980年台北版，第60～61页。

限制的范围内”及于地上及地下,并规定“所有人不得禁止他人入在与所有人无利害关系的高空和地层中所为的行为”(《日本民法典》第207条,《德国民法典》第905条);即使在法国,也通过特别立法,规定地下矿藏为国家所有,大气空间为公共财产(1910年矿业法,1924年的航空法)。(2)对所有权行使的限制。《法国民法典》中虽有“法规所禁止的使用不在此限”的规定(第544条),但它并未构成对所有权行使的一般性限制;《德国民法典》规定,所有权的行使“以不违反法律和第三人权利为限”(第903条),将“第三人权利”也作为所有权行使的限制;而《瑞士民法典》则进一步规定:“明显地滥用权利,不受法律保护”(第2条),将对所有权行使的限制置于民法基本原则的调整之下,完成了由特殊限制到一般限制的立法转变。(3)所有权负担的设定。如《德国民法典》规定:“土地所有人不得禁止煤气、蒸汽、臭气、煤烟、热气、噪声、震动和其他来自他人土地的类似的干涉的侵入”(第906条第1款);《瑞士民法典》规定:“土地所有人已取得全部损失赔偿时,有许可水道、疏水管、煤气管及地上、地下电缆在其土地上安设的义务”(第691条)。

二是新的用益物权形态的出现。随着社会生产力和科学技术的发展,人类对客观世界的控制能力不断增强,对物质财富的利用程度逐渐加深,传统的用益物权形态已无法完全适应经济发展和社会生活的需要,一些新的用益物权形态应运而生。例如:对土地资源的利用由地表向高空延伸,导致了确认“空间使用权”的立法;城市高层建筑的发展,产生了建筑物区分所有人的共用权;为了更大程度地发挥不动产的效用,确立了比传统的地役权内容更为丰富的相邻权,等等。上述现象,表明现代资产阶级物权立法重视物的利用,以图最大限度地发挥其社会经济效益。

三是所有权实现模式的变革。传统民法上的所有权观念强调所有人对标的物的直接管领和支配,对标的物的处分权尤其被视为所有权存在的必要标志,不允许与所有人相分离。这种观念,与现代社会化大生产的客观要求显然是不相适应的——后者要求通