



我国物权立法 难点问题研究

WOGUO WUQUAN LIFA
NANDIAN WENTI YANJIU

陈华彬 © 著



首都经济贸易大学出版社

Capital University of Economics and Business Press

014033301

D923. 24
113



我国物权立法 难点问题研究

WOGUO WUQUAN LIFA
NANDIAN WENTI YANJIU

陈华彬 © 著



北航

C1721433

 首都经济贸易大学出版社
Capital University of Economics and Business Press

· 北京 ·

D923.24
113

图书在版编目(CIP)数据

我国物权立法难点问题研究/陈华彬著. —北京:首都经济贸易大学出版社,2014.3
ISBN 978-7-5638-2200-3

I. ①我… II. ①陈… III. ①物权法—立法—研究—中国 IV. ①D923.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 026904 号

我国物权立法难点问题研究
陈华彬 著

出版发行 首都经济贸易大学出版社
地 址 北京市朝阳区红庙(邮编 100026)
电 话 (010)65976483 65065761 65071505(传真)
网 址 <http://www.sjmcb.com>
E-mail publish@cueb.edu.cn
经 销 全国新华书店
照 排 首都经济贸易大学出版社激光照排服务部
印 刷 北京京华虎彩印刷有限公司
开 本 710 毫米×1000 毫米 1/16
字 数 425 千字
印 张 24.25
版 次 2014 年 3 月第 1 版第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5638-2200-3/D·145
定 价 45.00 元

图书印装若有质量问题,本社负责调换
版权所有 侵权必究

序 言

中国之有物权法的制定,始于1911年《大清民律草案》。该草案将物权置于第3编,下分7章:第1章通则、第2章所有权、第3章地上权、第4章永佃权、第5章地役权、第6章担保物权。其中担保物权又再分为抵押权、土地债务、不动产质权与动产质权四种。第7章规定占有,称为一种事实状态。《大清民律草案》因辛亥革命推翻帝制而未能正式颁行。民国建立后,北洋政府继续进行法典编纂,于1925年完成《中华民国民律草案》,其中物权编共分9章,废弃《大清民律草案》第6章担保物权之章名,将抵押权、质权各列一章,并增加规定典权一章。典权之增加规定,为《中华民国民律草案》物权编的重大突破。不过,该草案亦未正式颁行,当时司法部仅于1926年通令各级法院参酌采用总则编与债编,物权编不在其内。1927年北伐成功,中国国民党领导的国民政府成立,1929年1月设立民法起草委员会着手编纂民法典,其中物权编于同年11月30日公布,翌年5月5日施行。这是中国历史上第一部物权法。1949年,中国共产党领导的人民革命取得胜利,建立中华人民共和国,中央人民政府命令废除包括《中华民国民法》在内的“民国六法”。从此,民法典上的物权制度及正式的物权法不复存在、销声匿迹。

1998年3月全国人大常务委员会副委员长王汉斌邀请民法学者梁慧星等人座谈民法典起草事宜,一致认为起草民法典的条件已经成熟。王汉斌副委员长遂决定立即恢复民法典编纂,并委托梁慧星等九人组成民法起草工作小组,负责编纂民法典草案。同年3月民法起草工作小组第一次会议讨论梁慧星提出的《物权法立法方案草案》,决议委托梁慧星负责起草物权法草案。1999年10月梁慧星负责起草的《中国物权法草案建议稿》完成。此后又有中国人民大学的《中国物权法草案建议稿》之问世。在这两个物权法草案建议稿的基础上,全国人大常委会法制工作委员会提出过多个物权法草案,历经艰苦努力,终于于2007年3月16日通过了《中华人民共和国物权法》。

2003年陈华彬以《我国物权立法难点问题研究》课题申报司法部“法治建设与

法学理论研究部级科研项目”成功,随即收集资料、出外调查、参与物权法研讨会。本书为该项目(课题编号:03SFB2020)的最终研究成果。

本书依据物权法基本理论体系,遵循由抽象到具体、由一般到特殊的研究方法,依次研究了物权与物权法的基础理论,物权法定主义之存废与物权的类型体系,物权行为与基于法律行为的物权变动,物权变动的公示公信原则,财产所有权制度,土地所有权与空间权体系的形成,建筑物区分所有权,善意取得、遗失物拾得、埋藏物发现、先占、添附及货币所有权,不动产相邻关系,物权立法中的用益物权,物权立法中的担保物权,以及物权立法中的占有制度等等。每一部分的研究既着重于物权法理论的阐述^①,更着眼于外国立法例、外国经验的借鉴,使得出的结论兼顾社会公共利益、兼顾个人财产所有权之确保、兼顾社会正义与经济效益,旨在建立定分止争、物尽其用、公平、统一的物权法律秩序。

我们不敢奢望在本书中提出的立法建议为立法机关所采纳。但本着对科学、民主、法治之追求,倾其心力,谨慎从事,完成此书。虽因学识、眼界、社会经验和时间的局限,对中国物权法问题的把握或有不准,对国外判例、学说的取舍或有未当,所提立法建议或有不切合实际,但本书仍不失其学术意义和实践价值。其若能为各界人士了解、掌握,作为评价、检讨、完善未来物权法的参照,并为各级法院民事法官裁判案件提供参考,为学习、研究、讲授民法的学生、学者、教员提供参考,则幸甚!

是为序。

《我国物权立法难点问题研究》课题组负责人

陈华彬

2014年1月10日于北京

^① 我国是在一个特殊的历史时期和在物权法理论准备并不充分的条件下制定物权法,因此制定过程中疑窦丛生并充满了争论。这无论是法工委的起草还是学者的起草都是如此。其中争论最多的还是物权法基础理论及有关重大制度的取舍和规范上。因此,本书在研讨物权立法中的难点问题尤其是物权立法中的重大制度的论争时,都始终结合物权法基础理论来加以展开、叙述。如本书第1章就是专门研讨物权与物权法的基础理论的。在此基础上,各章再分别展开物权立法中难点问题的研究。

目 录

第一章 物权与物权法的基础理论 / 1

第一节 物权的名称与物权的概念 / 1

一、物权名称的缘起以及在立法上的正式确立 / 1

二、物权的定义:各种学说的分析 / 3

第二节 物权的起源与罗马法、日耳曼法的物权观念 / 5

一、物权是如何发生的 / 5

二、罗马法、日耳曼法的物权观念 / 7

第三节 物权与债权 / 9

一、物权与债权的二元权利体系及其相对化 / 9

二、物权与债权的差异 / 12

三、物权作用的变迁、物权与债权的交错以及债权的优越地位 / 15

第四节 物权法的性质 / 16

一、物权法为私法 / 16

二、物权法为财产法 / 17

三、物权法为强行法 / 17

四、物权法的固有成文性质 / 18

五、物权法具有公共性 / 19

第五节 物权法的发展趋势 / 20

一、物权的国际化潮流 / 20

二、物权种类的增加	/ 21
三、物权关系上的意思自治	/ 22
四、用益物权的消长	/ 23
五、所有权的价值化	/ 24
六、担保物权机能的强化与担保形态的多样化	/ 24
七、物权与债权的相对化	/ 26
第六节 我国物权法的制定	/ 27
一、我国物权立法的历史回顾	/ 27
二、我国物权法的起草过程	/ 32
第七节 我国物权立法中的难点问题概述	/ 33
一、物权总则方面的难点	/ 34
二、财产所有权方面的难点	/ 37
三、用益物权方面的难点	/ 42
四、担保物权方面的难点	/ 43
五、占有制度方面的难点	/ 47
第二章 物权法定主义之存废与物权的类型体系	/ 48
第一节 物权法定主义的概念、内容及传统民法承认物权法定主义的理由	/ 48
一、物权法定主义的概念与内容	/ 48
二、传统民法承认物权法定主义的理由	/ 49
第二节 物权法定主义之存废	/ 52
一、问题之产生	/ 52
二、各种学说	/ 53
第三节 物权的类型体系	/ 54
一、物权在学理上的分类	/ 54
二、各国民法典上的物权类型	/ 57
三、我国的物权类型体系	/ 59

第三章 物权行为与基于法律行为的物权变动 / 61

第一节 物权行为 / 61

一、物权行为概念的形成与评价 / 61

二、物权行为的概念以及与处分行为的关系 / 63

三、物权行为无因性 / 66

四、物权行为无因性的所谓保护交易安全的机能分析 / 70

五、物权行为无因性的缺点、批判和无因性的相对化 / 74

第二节 基于法律行为的物权变动与物权法应当采取的模式 / 79

一、基于法律行为的物权变动的各种规范模式分析 / 79

二、我国物权法对物权变动规制模式的选择 / 85

第三节 不动产物权变动与公证:采强制与自愿之间的“中间公证制度” / 88

第四章 物权变动的公示公信原则 / 90

第一节 公示原则 / 90

一、物权公示的概念 / 90

二、物权公示制度的内容 / 91

三、不动产物权的公示—登记 / 93

四、动产物权的公示 / 100

第二节 我国物权法是否应当确立公信力制度 / 103

一、公信原则的意义与作用 / 103

二、不动产登记的公信力 / 104

三、动产占有的公信力 / 106

四、我国物权变动的公示公信原则与我国物权法是否应当确立公信力制度 / 106

第五章 财产所有权制度 / 109

第一节 财产所有权的功能及在法律体系中的地位 / 109

一、财产所有权的功能 / 109

二、财产所有权在法律体系中的地位 / 111

第二节 我国物权法应当怎样规定财产所有权 / 112

一、是否规定财产所有权神圣不可侵犯 / 112

二、对财产所有权的平等保护 / 113

三、是否按所有制的性质分门别类规定各种所有权形态 /	113
第三节 农村土地集体所有权研究 /	114
一、我国现阶段农村集体土地所有权制度的弊端 /	114
二、消除我国农村集体土地所有权制度的弊端的思路 /	116
第四节 取得时效研究 /	118
一、基本概要 /	118
二、各国法上的取得时效制度 /	119
三、取得时效制度诸问题分析 /	122
四、我国的时效取得问题 /	130
 第六章 土地所有权与空间权体系的形成 /	133
第一节 土地所有权概述 /	133
第二节 土地所有权的基础理论 /	135
一、土地所有权的概念 /	135
二、土地所有权的范围 /	135
三、土地所有权的特性 /	136
第三节 土地的单独所有与共同所有 /	141
一、土地的单独所有 /	142
二、土地的共同所有 /	142
第四节 从土地法到空间法——空间权体系的形成 /	144
一、从土地法到空间法 /	144
二、空间权的比较法考察 /	145
三、空间权的意义、客体与分类 /	148
四、我国物权法应当规定物权的空间权体系 /	152
 第七章 建筑物区分所有权 /	154
第一节 建筑物区分所有权的萌芽、形成与发展 /	154
一、建筑物区分所有权的萌芽与形成 /	154
二、建筑物区分所有权的发展 /	156
第二节 建筑物区分所有权的基础理论 /	158
一、建筑物区分所有权的名称 /	158
二、建筑物区分所有权的概念 /	159

三、区分所有权的特征与种类 /	165
第三节 专有所有权与共有所有权 /	166
一、专有所有权 /	166
二、共有所有权 /	168
第四节 区分所有权人的成员权 /	171
一、区分所有权人成员权的形成、意义与特征 /	171
二、区分所有权人成员权的内容 /	172
三、区分所有建筑物的管理(一) /	174
四、区分所有建筑物的管理(二) /	176
 第八章 善意取得、遗失物拾得、埋藏物发现、先占、添附及货币所有权 /	183
第一节 善意取得 /	183
一、基本概要 /	183
二、善意取得的比较法观察 /	184
三、善意取得存在的理论基础与经济原因 /	190
四、我国的善意取得制度 /	192
第二节 遗失物的拾得 /	194
一、概念与性质 /	194
二、遗失物拾得的要件 /	194
三、遗失物拾得的效力 /	195
四、关于取得遗失物的所有权 /	197
五、拾得人对遗失物的不法处置 /	197
六、拾得人在特殊场所拾得遗失物 /	198
第三节 埋藏物的发现 /	199
一、埋藏物发现的意义与性质 /	199
二、埋藏物发现的要件 /	199
三、埋藏物发现的法律效果 /	200
四、建议我国将来修改《物权法》或制定民法典时采有限取得埋藏物所有 权主义 /	201
第四节 先占 /	202
一、先占的意义与性质 /	202
二、先占的构成要件 /	203

三、先占的法律效果 /	204
四、我国物权法应当规定先占制度 /	204
第五节 添附 /	206
一、添附的意义与立法旨趣 /	206
二、附合 /	207
三、混合 /	209
四、加工 /	209
五、添附的债权效果 /	214
六、我国物权法应分别设立条文规定附合、混合和加工制度 /	214
第六节 货币所有权 /	215
一、货币是民法上一种特殊的物 /	215
二、货币所有权 /	215
三、建议在物权法中规定货币所有权 /	217
第九章 不动产相邻关系 /	218
第一节 不动产相邻关系概要 /	218
一、不动产相邻关系的意义、功能和权源 /	218
二、不动产相邻关系的性质：不动产相邻关系与地役权的差异 /	220
三、不动产相邻关系的演变史 /	222
四、不动产相邻关系中补偿金的种类与性质 /	224
第二节 物权立法对土地相邻关系的规定 /	227
一、邻地地基动摇或其他危险的防免的相邻关系 /	227
二、水的相邻关系 /	228
三、邻地使用的相邻关系 /	230
四、越界的相邻关系 /	232
五、我国的土地相邻关系 /	234
第三节 物权立法对建筑物相邻关系的规定 /	234
一、建筑物相邻关系的意义与类型 /	234
二、建筑物相邻关系的比较法考察 /	235
三、日照妨害 /	240
四、不可量物侵害 /	242
五、我国物权法应当建立完善的建筑物相邻关系制度 /	245

第十章 物权立法中的用益物权 / 248

第一节 用益物权概述 / 248

一、用益物权的意义 / 248

二、用益物权的特质与作用 / 251

三、用益物权的种类 / 253

第二节 是否将准物权纳入物权法中规定 / 256

第三节 地役权研究 / 259

一、地役权的基础理论 / 259

二、地役权的取得 / 266

三、地役权的效力与消灭 / 267

四、空间役权(空间地役权) / 270

第四节 在物权法中规定居住权的几个问题 / 272

一、各国法上的居住权以及我国确立居住权制度的意义 / 272

二、居住权的法律特征以及居住权与租赁权、借用权的关系 / 274

三、居住权的设立 / 276

四、居住权人的权利义务 / 276

五、居住权的消灭 / 277

第五节 海域使用权研究 / 277

一、基本概要 / 277

二、海域使用权的概念与内容 / 278

三、海域使用权的特征 / 282

四、我国物权立法应规定海域使用权 / 284

第六节 我国物权法应当规定典权 / 285

第七节 土地承包经营权不得转让、抵押 / 286

第十一章 物权立法中的担保物权 / 288

第一节 担保物权概述 / 288

一、担保物权的意义 / 288

二、担保物权的种类 / 289

三、担保物权的本质与特性 / 291

第二节 我国应当建立怎样的担保物权体系 / 294

第三节 抵押权中的立法难点 / 295

一、抵押权的基本概要	/ 295
二、抵押权的发展趋势与我国的抵押权立法	/ 298
三、所有人抵押权	/ 299
四、关于法定抵押权、共同抵押权、财团抵押权、权利抵押权、证券抵押权	/ 304
五、企业担保	/ 313
第四节 关于责任转质和承诺转质	/ 316
一、责任转质	/ 317
二、承诺转质	/ 319
三、承诺转质与责任转质的差异	/ 320
第五节 留置权中的立法难点	/ 320
一、留置权概述	/ 320
二、关于特殊留置权	/ 324
第六节 关于非典型担保	/ 325
一、非典型担保基本概要	/ 325
二、让与担保	/ 330
三、所有权保留	/ 336
四、假登记担保	/ 342
 第十二章 物权立法中的占有制度	/ 345
第一节 占有制度概述	/ 345
一、占有的意义	/ 345
二、占有的沿革与社会作用	/ 347
三、占有与相关概念的区别	/ 349
四、占有的分类	/ 349
五、占有状态的推定	/ 353
第二节 占有的本质	/ 354
第三节 占有的效力	/ 354
一、占有的权利推定	/ 354
二、占有人与回复请求人的权利义务	/ 356
第四节 占有的保护	/ 360
一、占有人的自力救济权	/ 360

二、占有保护请求权 /	362
第五节 占有的消灭与准占有 /	366
一、占有的消灭 /	366
二、准占有 /	366
第六节 建议我国物权法将来设详尽条文规定占有制度 /	368
主要参考文献 /	369
后记 /	373

第一章 物权与物权法的基础理论

第一节 物权的名称与物权的概念

一、物权名称的缘起以及在立法上的正式确立

物权,为近现代民法上一项重要概念,其与债权一道共同构成大陆法系民法财产权的两大基石。没有物权、债权等概念,也就没有大陆法系的近现代民法制度及其体系,尤其是作为形式民法的民法典。因此,与债权并立的物权概念十分重要。

现代民法的研究成果表明,人类社会之有真正的物权观念,大抵肇始于古罗马法时代。但是,限于当时的人们尤其是法律学者对于物权关系的认识程度,以及受抽象思维水平的限制,于罗马法的全部法律文献中,始终未见“物权”一词^①。因此散见于罗马法史料中的只是一些具体的物权概念,如所有权、用益权、役权、永借权、地上权、永佃权、抵押、质押、占有等等^②。正因为如此,日本研究罗马法的资深学者船田亨二在《罗马私法提要》(有斐阁1985年版)中说:“罗马法时期没有物权一语,同一用语在罗马法时期毋宁说是在对他人的物的权利,即后世所称的他物权(*iura in re aliena*)的意义上被使用的”。

不过,在罗马法时期,其诉讼法上存在着“物的诉权”(*actio in rem*)与“人的诉权”(*actio in personam*)这两个概念。“物的诉权”,是所有权、役权和其他权利的保护手段,“人的诉权”,是债权的保护手段,二者形成对峙的局面。也就是说,罗

① 对于这一点,日本十分著名的、资深的罗马法学者原田庆吉也明确地指明了。他在《日本民法典的历史的素描》(创文社1954年版)第二编“物权”中,开门见山就说:“在罗马法上,存在债权(*obligatio*)这一术语,但没有物权这一概念”(第91页)。以前我曾主张,罗马法上也没有“债权”一语。但原田庆吉这里说存在“债权”的术语。我始终认为,与物权概念一样,罗马法时期也是没有出现“债权”这一概念的。这两个概念的出现,最早可能见于中世纪后期的注解法学派,最晚,也是比较可靠的,应当说出现于18、19世纪时期。

② [德]Max Kaser:《罗马私法概说》,[日]柴田光藏译,创文社1960年版,第153页以下。

马法的物权观念,是通过对物本身的诉讼来表现的权利人对于特定物的追及性。进而言之,通过诉讼来确认权利人对于特定物的追及性,这就是罗马法的物权的中心观念^①。

据考,以“*ius in re*”来表述“物权”这一术语,是在欧洲的中世纪时期^②。也就是说,“物权”(*iura in re*)这一术语,是中世纪时期的学者所创造的^③。此外,欧洲中世纪时期的教会法、封建法也创立了“对物的权利”(*jus ad rem*)这一名称^④。但无论怎样,物权这一名称,在欧洲的中世纪时期被如何创造出来的,它是由一人创造的还是由数人创造的,或者是由一个集体创造的等等,根据现有的史料是还不能确定的。不过,大体上可以说,它可能是由11—13世纪的欧洲前期注释法学派,或13世纪后半期至15世纪后半期的后期注释法学派(注解法学派、疏证法学派)的学者们,如伊尔内留斯、阿佐(1150—1230)、F·阿库修斯(约1182—1260)、奇诺(1270—1336)、巴尔多鲁(1314—1357)等人在对《优士丁尼民法大全》进行文字注释、分析各法律文献的结构,致力于使罗马法和实际生活相结合的过程中提出的^⑤。往后经过近400年的时间,“物权”一语正式见于民法典上,这就是1811年《奥地利民法典》对“物权”一语的规定。该法典第307条规定:“物权,是属于个人的财产上的权利,可以对抗任何人”^⑥。随后又经过85年的时间,在德国的普通法学、潘得克吞法学对物权和债权的概念有了深刻的理性研究的基础上,1896年公布的德国民法典遂把财产权区分为物权和债权,并在“物权”(第三编)这一编名下,规定了442个条文(第854条—第1296条)的物权内容,是物权法发展史上的一个里程碑,标志着从罗马法以来,物权法在名正言顺的名称下业已完成了它的立法化。在民法典上设立专门的“物权编”来规定物权制度及其体系,这一点对后来制定民法典或物权法的国家产生了直接影响。效仿这样的做法,在民法典中设立专门的物权编来规定物权制度,就成为大陆法系的一些国家,如日本、瑞士、苏俄(1922)、希腊、土耳其、韩国和我国台湾地区等民法的一项普遍做法。我国2002年

① [日]原田庆吉:《日本民法典的历史的素描》,创文社1954年版,第91页。

② Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, 3aed. 1935, p167; [日]原田庆吉:《日本民法典的历史的素描》,创文社1954年版,第91页。

③ [日]船田亨二:《罗马私法提要》,有斐阁1985年版,第122页。

④ [日]佐贺徹哉:“关于物权与债权的区别的考察”,《法学论丛》第98卷5号。

⑤ 日本学者佐贺徹哉在“关于物权与债权的区别的考察”(《法学论丛》98卷5号)中说,物权、债权的三元权利体系,是由中世纪的前期注释法学派通过对罗马法的综合研究,把罗马法的诉权体系替换为权利体系后获得的。也就是说,他认为“物权”这一名称,是由前期注释法学派创立的。

⑥ 在它之后于法条上对物权加以定义的,是日本1890年的“旧民法”财产编第2条。

12月由全国人大常委会制定公布的《中国民法(草案)》也都设有独立的物权编规定物权制度。这种做法同样是来源于德国民法典的创造。

二、物权的定义:各种学说的分析

自德国民法典在立法上采用“物权”一语,并建立系统的物权制度以来,“物权”这一概念遂成为大陆法系民法立法与理论上的一项重要概念。尽管如此,但对于物权的意义究竟是什么,学者之间是没有完全达成一致的共识的。各国学者对物权下过很多种定义^①。将学者之间对物权所下的各种定义加以分门别类,可以看到,学者对物权的含义的认识主要有三种见解,这就是“对物关系说”、“对人关系说”和“折衷说”。

“对物关系说”。该说可能最早滥觞于中世纪的注释法学派或注解法学派(疏证法学派)。19世纪德国古典法学时期,学者德恩堡(Dernburg)积极倡导之,并将该说的内容进一步加以完善。认为债权关系是人与人的关系,物权关系是人与物的关系。从而物权的定义应当是:人们直接就物享受其利益的财产权。

“对人关系说”。该说肇端于欧洲近代时期,主要的倡导者为德国民法学者温德沙伊得(Windscheid)和萨维尼(Savigny)。他们以一般权利的通性为论据,认为由法律所规定的各种权利,无论其性质如何,它所涉及者莫不为人人与人的关系。易言之,在他们看来,无论债权关系或物权关系,都属于人与人的关系,二者的差异,仅在于债权只可以对抗特定人,而物权则可以对抗一般人。萨维尼说:一切法律关系均为人与人的关系,故物权也为人与人的关系。温德沙伊得说:权利,系存在于人与人之间,而非存在于人与物之间。基于这些认识,他们将物权的定义界定为:具有禁止任何人侵害的消极作用的财产权或对抗一般人的财产权。

“折衷说”。此为折衷上述两说而形成的学说。认为物权有对人、对物两方面的关系,权利人支配特定物的方法、范围,不仅为事实问题,而且也包含了法定的法律关系。不过,仅有权利人对于特定物的支配关系,尚难确保权利的安全,所以还需要使社会上的一般人对特定物负担一种不作为的消极义务。只有这样,才能确保物权的安全,进而使物权充分发挥其效用^②。

上述三说中,我们认为以采“折衷说”为宜。从物权与债权的性质上的差异来

^① 据台湾学者谢在全在《民法物权论》(上册)(三民书局1991年版)第106页注释1中的例举,日本和台湾地区学者对物权所下的定义就有21种之多,足见对这一问题学者认识歧见一斑。

^② 对各种学说的较详细的介绍,可参见陈华彬:《关于建立我国民法物权制度的研究》,西南政法学院1990年硕士学位论文,第8—9页。