

主编 朱大旗



中國人民大學法學院
RENMIN UNIVERSITY OF CHINA LAW SCHOOL

明德经济法学文库 15

论共有私产 及其法律治理

付大学 / 著

非外借



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

主编 朱大旗



中國人民大學 法學院
RENMIN UNIVERSITY OF CHINA LAW SCHOOL

明德经济法学文库 15

论共有私产 及其法律治理

付大学 / 著

2019年度教育部人文社会科学规划基金项目
「共享经济下混合财产权研究」(19YJAB0010)阶段性成果



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

论共有私产及其法律治理 / 付大学著. -- 北京 :
法律出版社, 2019

(明德经济法学文库 / 朱大旗主编)

ISBN 978 - 7 - 5197 - 3347 - 6

I. ①论… II. ①付… III. ①个人财产—研究—中国
IV. ①D923.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 057826 号

论共有私产及其法律治理

LUN GONGYOU SICHAN JI QI FALÜ ZHILI

付大学 著

策划编辑 沈小英

责任编辑 刘晓萌

装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京虎彩文化传播有限公司

责任校对 李景美

责任印制 吕亚莉

编辑统筹 法治与经济出版分社

开本 710 毫米 × 1000 毫米 1/16

印张 15.75

字数 271 千

版本 2019 年 5 月第 1 版

印次 2019 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址 / www.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 - 83938336

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 - 83938334/8335

西安分公司 / 029 - 85330678

重庆分公司 / 023 - 67453036

上海分公司 / 021 - 62071639/1636

深圳分公司 / 0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 3347 - 6

定价: 76.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

中国人民大学经济法学研究中心
《明德经济法学文库》编审委员会

顾 问 刘文华

主 任 史际春 徐孟洲

副主任 吴宏伟 王欣新 刘俊海

张世明

主 编 朱大旗

副主编 孟雁北

委 员 王宗玉 宋 彪 杨 东

姚海放 徐阳光

总 序

当代中国经济体制改革和社会主义市场经济建设催生了经济法学这一新的法律门类和法学学科。1983年中国人民大学经济法教研室成立,成为全国早期的经济法学科点之一;1984年起招收民法学专业经济法学方向的硕士研究生;1987年起招收经济法学专业硕士研究生;1994年成为全国首批经济法学博士点。

30多年来,人大经济法学人以“求经世之道,思济民之法”的精神,致力于经济法学人才的培养和教育,注重学术修养和调查研究,以解决中国社会现实生活中的经济法治问题为方向,理论联系实际,跟踪、把握国际、国内相近学科的最新发展动态,不断开拓创新,自成一脉,在全国经济法学界具有学科前沿地位,为中国经济法学的理论建构和中国社会主义经济法治事业做出了自己应有的贡献。

人大经济法学科自1994年培养新中国第一位经济法学博士以来,迄今已累计培养了200多位经济法学博士。这些博士肩负着人大经济法学科各位老师的谆谆教诲和殷切期望,就职于国家立法、司法、行政机关、国内著名大学、科研机构和其他经济、金融等实务部门,埋头苦干,求真务实,屡创佳绩,成为相关行业领域的领军人物和中坚力量。无疑地,他们在人大经济法学科所受的科学的、前瞻的经济法理论教育、

规范的专业培训和严格的学术熏陶,给予了他们茁壮成长的丰富养料和厚实基础,奠定了他们人生事业的良好起点。

据我观察而言,博士阶段的学习无疑是人的一生中最为宝贵的黄金时期。在这弹指即逝的几年里,青年博士的心灵由稚嫩到成熟,眼界由褊狭趋全面,思维由直线而多维,知识由零散臻体系,正是勃发朝阳而成其大光的关键时刻。但毋庸讳言,这一时期也是青年博士生活压力最重、学术困境最多、外界诱惑最大,因而也是最需要关爱、最需要帮助、最需要提携的时期。在市场经济蝇营逐利、浮躁盲动的大环境下,如何引导广大青年博士理性务实、潜心学术、夯实基础、厚积薄发,奠定未来宏大人生事业的坚实基础,实为我们教书育人、为人师表者不能不关注和解决的重大问题。为此,中国人民大学经济法学研究中心的全体老师在各方面条件都非常薄弱的情况下,决定想方设法争取各界支持,创造条件为人大经济法学专业的博士生纾难解困,提供脱颖而出的便利环境。在取得法律出版社的支持下,广泛筹措资金,遴选、资助每年优秀经济法学博士学位论文及青年教师的优秀著作出版。这一方面可以使优秀的博士学位论文精品得以付梓,使莘莘学子多年呕心沥血的研究成果不至于埋没;另一方面又可以对广大的在读经济法学博士研究生以激励,使他们可以比较安心地埋头学术研究,创造出更多的经济法学学术精品,同时还可以奉献给中国经济法学学科和中国经济法事业以智识,这是一项非常值得投资的多赢的事业。我们有理由也有信心把这一工作持久不懈地开展下去。

在此,我作为中国人民大学经济法学的一名老教师,作为中国经济法学教学科研事业的初创者、参与者,谨对广大在校的、未来的人大经济法学博士研究生提出以下期盼:

希望你们好好珍惜博士阶段的学习机会和美好时光,多读书,多思考,多讨论,多写文章,夯实理论基础,提升实践能力,争取写出优秀博士论文,不断充实明德经济法学文库,把人民大学的经济法理论体系传承永续。

长江后浪推前浪,一代风流冀尔济。诚望后生小子撷万方之优长,成一家之精微,将人大经济法学的优良传统发扬光大,为推进中国的经济法学事业暨经济法治建设,添砖加瓦,贡献无垠。

是为序。

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized Chinese characters. The signature is written in a cursive style and is followed by a small asterisk symbol.

2012年8月4日
于中国人民大学明德楼

* 中国人民大学法学院教授、博士研究生导师。

序

财产无疑是经济法律关系的重要客体之一。经济法学者往往只重视对国有资产的研究,而忽视对经济法领域其他特殊财产的研究。以住房专项维修资金、住房公积金和企业年金等为典型代表的共有私产,就是经济法学界应该研究的一类重要财产。共有私产是私有和共有的混合财产,既不是公有财产也不是私有财产,而是私有财产社会化的产物。建立在物权法之上的私有财产理论与坚持公私二分的法律思想,无法揭示共有私产的本质,突出私有财产与个人权利的私法学者难以打破物权法固有理论的禁锢,在此类财产研究中裹足不前。对共有私产的研究成为经济法学者义不容辞的责任,付大学作为我的博士学位关门弟子,我积极推荐和支持他对此问题进行研究,以填补共有私产财产理论的空白。

由于经济法理论思维的优势,共有私产理应成为经济法学者重点耕耘的领域之一。其一,经济法具有公私混合观思维。我国物权法毫无疑问主要移植于大陆法系的法律制度。大陆法系公法与私法之分的二元论,有其合理的客观基础和法制价值,但传统的大陆法系理论却把这种区分绝对化、固定化,将两者的关系视作根本对立的进退消长关系,不承认两者之间相互一致、相互交错的同向并行关系;不承认两者之间有相互渗透、相互转化的反向相成关系;不

承认两者之间有非公非私、有公有私、亦公亦私的中间地带。共有私产就是非公非私的中间地带,需要公私混合观思维。而经济法学就是公私混合、纵横统一的法,契合于共与私混合财产的研究。其二,经济法学者更擅长于中观和宏观思维。私法学虽也使用宏观思维,但更倾向于微观思维,对具体制度做精致化设计;而经济法学虽也进行微观思维,但更倾向于中观和宏观思维,对共有私产这种中观财产研究具有思维优势。其三,经济法学不走极端,体现中庸之道,是共有私产研究的思维基础。经济法学不会过分强调“公”或者“私”,会平衡协调“公”“私”“共”之间关系。然而,私法却不同,“私法的观察方式却看不到第三人,亦即各种经济关系中最大的利益人:公众”(拉德布鲁赫言),这恰恰是经济法学所能避免的。

自从制度经济学家阿尔钦提出“共有私产”概念后,没有学者对此财产进行系统研究。本书从共有私产的本质和治理两个方面对其进行了开创性研究。在共有私产本质方面,本书深入探究了共有私产的历史演进、思想基础、形成机理、权利构造与保护规则。历史演进中,共有私产是公与私、共与私结合的产物;思想基础上,共有私产是自由所有权思想受限的结果;形成机理下,共有私产是三种典型混合财产的一种,是共与私的混合;权利构造和保护规则中,共有私产具有不同于私有财产和公有财产的构造模式与救济规则。在共有私产治理方面,本书从理论到实践进行了系统分析。治理问题上,共有私产出现了公地悲剧和反公地悲剧;治理定理中,共有私产应用了科斯定理、霍布斯定理和奥斯特罗姆定理;治理路径上,共有私产离不开政府、市场和社群;治理实践上,以住房专项维修资金为例,共有私产实行政府主导的一体化与投资管理的信托化,并提出了相关立法建议稿。本书的研究既有理论深度,又紧贴中国国情与实践,具有重要的理论创新意义和实践应用价值。

付大学作为我精心培养的最后一位博士研究生,具有较深厚的理论功底,但成为第一位研究共有私产的人还需要勇气和智慧。在博士学位论文撰写期间,他心无旁骛、潜心研究,一次次遇到挑战、一次次与我交流,付出巨大努力得以完成论文撰写工作。令人欣慰的是,他的博士学位论文受到答辩与外审专家的一致好评,也在此基础上最终凝结为一本著作。中青年学者的每次创新与跨越都需要鼓励与呵护,共有私产的开创性研究只是一个开端,肯定还存在诸多问题有待深入分析。我希望付大学对此类财产进一步深挖与拓展,取得更多成果,也希望其他经济法学者对此类财产多加关注与研究,让经济法学

科这个新型躯体长满更多贴近中国现实与国情的血肉。

得知本书纳入人民大学“明德经济法学文库”，并将在法律出版社出版，作为导师甚是为他高兴。在本书即将付梓之际，是为序！

A handwritten signature in black ink, appearing to read '刘小萌' (Liu Xiaomeng), written in a cursive style.

于中国人民大学宜园

2019年3月28日

导 论	1
一、选题背景和研究价值	1
(一) 选题背景	1
(二) 研究价值	5
二、概念界定与研究范围	6
(一) 概念界定	6
(二) 研究范围	11
三、国内外(境内外)研究现状	12
(一) 国外(或境外)研究情况	12
(二) 国内(或境内)研究情况	22
(三) 国内外研究现状的简要评价	26
四、研究方法、研究思路及创新之处	27
(一) 研究方法	27
(二) 研究思路	28
(三) 创新之处与不足	28
第一章 共有私产之概念区分与历史演进	30
一、共有私产与其他财产分类的关系	30
(一) 共有私产与相关概念之关系	31
(二) 共有私产与所有制、所有权、财产权(或产权)	36
二、共有私产历史演进之简述	38

(一) 共有私产孕育前的原始社会部落共有	38
(二) 共有私产之原型——古罗马法中的合伙财产	39
(三) 共有私产之发展——封建社会的行会财产	42
(四) 共有私产之成熟——公司财产与社会保障财产	43
三、共有私产历史演进之分合规律	44
(一) 人与人财产关系演进之分合论	44
(二) 共有与私有从结合到耦合的演进	48
第二章 共有私产建构的思想基础	51
一、共有私产对传统自由所有权思想的挑战	51
(一) 共有财产自然法思想与共有私产的不相容	52
(二) 绝对财产权思想与共有私产的不相容	56
(三) 财产权之功利主义与共有私产的不相容	58
二、财产权受限性原则是共有私产制度构建基础	61
(一) 所有权的两组权利与财产权的受限制性	61
(二) 共有私产是一种受限的财产权	63
三、共有私产的功能选择与价值定位	63
(一) 共有私产的功能选择	64
(二) 共有私产的价值定位	66
第三章 混合财产:共有私产的形成机理	73
一、物权法定的经济因素与共有私产之正当性	73
(一) 物权自由的信息成本与共有私产	74
(二) 物权法定的挫折成本与共有私产	78
(三) 共有私产作为一种物权共有形态之正当性	79
二、传统财产分类的局限性与共有私产之挑战	80
(一) 中西方学者对财产的传统分类	80
(二) 共有私产作为混合财产对传统财产分类的挑战	83
三、共有私产之上位理论:混合财产之基础原因与基本构成	84
(一) 混合财产之社会制度原因——两种社会制度的融合	84
(二) 混合财产之经济原因	86

(三)混合财产之基本构成	89
四、共有私产之定位:混合财产的类型与典型例证	91
(一)公—私混合财产及典型例证	91
(二)公—共混合财产及典型例证	96
(三)共—私混合财产及典型例证	99
(四)共有私产是一种典型的共—私混合财产	102
第四章 共有私产之权利构造与保护规则	104
一、共有私产的权利束分析	104
(一)共有私产权利束之霍式理论分析	105
(二)共有私产权利束之奥式理论分析	110
(三)共有私产权利束分析的启示	115
二、共有私产之排他权与容他权	116
(一)共有私产的排他权	116
(二)共有私产的容他权	122
三、共有私产之权利的保护规则	127
(一)财产权的一般保护规则	128
(二)共有私产财产权的保护规则	132
第五章 共有私产法律治理之理论分析	135
一、共有私产的治理困局	136
(一)共有私产之公地悲剧	136
(二)反公地财产、私有财产与公地财产	138
(三)共有私产之反公地悲剧	144
(四)共有私产治理困局的影响因素	146
二、三大定理及其在共有私产治理中的运用	149
(一)科斯定理及其在共有私产治理中的运用	149
(二)霍布斯定理及其在共有私产治理中的运用	153
(三)奥斯特罗姆定理及其在共有私产治理中的运用	156
三、共有私产治理的理论路径选择——混合路径	158
(一)共有私产现有治理路径实证分析——以维修资金为例	159

(二) 共有私产治理应是以政府为主导的混合路径	163
(三) 信托理论在共有私产治理中的运用	166

第六章 共有私产法律治理之制度构建

——以维修资金为例	171
一、法律应确认共有私产是一种不同的共有类型	171
(一) 制度与实践之矛盾、理论与现实之妥协	172
(二) 由法律确认共有私产是一种不同的共有形式	175
二、共有私产内部管理一体化及其法律关系	176
(一) 共有私产内部管理实行政府主导的一体化	177
(二) 共有私产一体化管理之法律关系	180
三、共有私产投资运营的信托管理法律关系	184
(一) 政府应放宽共有私产投资的范围	184
(二) 建立共有私产投资管理信托法律制度	187

结 论	192
一、共有私产制度设计应突出其价值功能	192
二、共有私产治理制度要突出政府作用	193
三、共有私产相关法律制度的联动修改问题	194
四、共有私产应成为经济法学所研究的重要问题	194

附件：住宅专项维修资金相关立法建议稿	196
一、《物权法》与《物业管理条例》相关条款的修改建议	196
二、住宅专项维修资金管理条例(立法建议稿)	198
三、住宅专项维修资金基金投资管理辦法(立法建议稿)	207

参考文献	219
------------	-----

后 记	234
-----------	-----

导 论

一、选题背景和研究价值

(一) 选题背景

随着人们社会化生活的扩大,基于多种因素一些不同财产组合形式不断出现。共有私产就是一种不同的共有财产组合方式,如住宅专项维修资金(以下简称维修资金)、住房公积金、企业年金等。此类财产数额巨大(如维修资金 2015 年全国总额超过 1 万亿元;住房公积金 2015 年全国总额超过了 8.9 万亿元),其管理和使用直接涉及权利人的利益。由于我国《物权法》仅有按份共有、共同共有和建筑物区分所有中的共有关系三种类型,依据严格限制的共有制度很难对此类财产进行有效治理。下文以维修资金和住房公积金为例简要分析二者管理运作中存在的主要问题。

1. 维修资金管理运作中存在的问题

首先,维修资金提取难、使用难。维修资金是为了住宅共用部位、共用设施的维修和确保其正常使用所提前储备的资金,在对小区共用部位等维修时理应随时提取、随时使用。然而,现行法律制度却造成维修资金提取程序极其烦琐,合法合规提取却面临重重

障碍。^① 根据我国《物权法》第76条规定,维修资金的筹集和使用要经过绝对多数业主(2/3以上)的同意,而且专有部分占建筑物总面积和人数同时达到绝对多数(2/3以上),即实行“绝对多数决”原则。《住宅专项维修资金管理办法》(以下简称建设部165号令)和各个地方规定进一步细化了我国《物权法》的规定,将“绝对多数决”简化为共用部位所涉及业主的“绝对多数决”,但在提取时依然困难重重。例如,某幢楼屋顶漏水的业主欲动用维修资金维修楼顶,即使是要求该幢楼(而不是整个小区)全体业主2/3以上同意就非常之难,因为非顶楼的业主一般不会同意。因此,维修资金的使用率非常之低,成为“沉睡”的巨额资金。以深圳为例(见图1),资金归集总计达人民币116.65亿元,资金划拨总计才2.766亿元,占比约2.4%,近5年划拨总计2.622亿元,占比约2.2%。有些地方的维修资金使用率则更低,甚至不足1%。

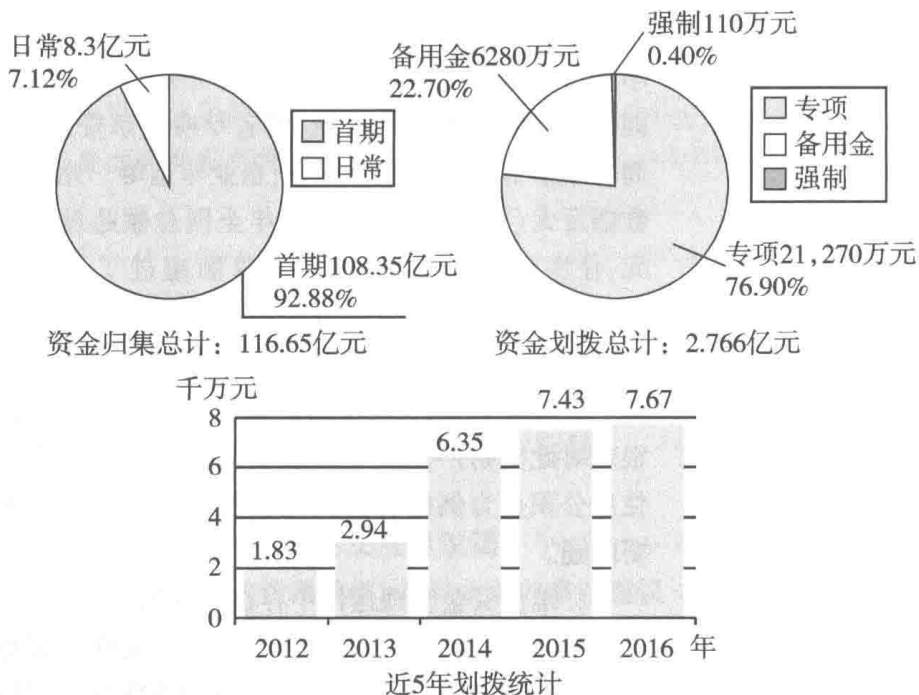


图1 深圳市维修资金归集和划拨统计^②

^① 如张女士因楼顶漏水需要动用维修资金,却遇到麻烦而只能自己埋单。参见高芳芳:《小区顶楼漏水,维修谁来埋单?》,载河源网:<http://www.heyuan.cn/xw/20141113/106022.htm>,最后访问日期:2015年12月20日。

^② 深圳市物业专项维修资金管理中心:<http://www.szjs.gov.cn/csml/szwzjz>,最后访问日期:2016年11月6日。

其次,维修资金监管难。为了避免维修资金被违规使用、挪用等现象发生,政府对其进行监管,但监管过程中也暴露出诸多乱象。乱象之一,维修资金被挪用问题。房地产商有关维修资金的违法行为时有发生,如应缴未缴、挪用等情形,^①另外负责监管的国家工作人员挪用维修资金也禁而未绝。^② 乱象之二,维修资金收益被侵占问题。尽管建设部 165 号令已明确规定维修资金收益归业主所有,但实际中维修资金收益仍存在被非法侵占现象。如南京某小区的业主发现一部分维修资金被主管部门(某区住建局)私自从活期转存为定期,并盈利 293.5 万元。^③ 乱象之三,伪造业主签名,非法使用维修资金问题。物业公司和业主委员会相互勾结伪造业主签名,非法使用、侵占维修资金的现象也屡见不鲜。

最后,维修资金增值难。一方面,维修资金作为小区业主的共用资源,每位业主并不关心其增值问题。在没有投资激励制度下,业主委员会委员也缺少投资的动力。另一方面,尽管建设部 165 号令第 26 条规定维修资金可以用来购买国债,但大多数维修资金仍以定期存款形式(甚至很多是活期存款)存在银行专用账户中。因为,即使是购买收益稳定的国债,无论是否成立业主大会,都需全体业主的“绝对多数决”通过。业主委员会为了避免烦琐程序,多倾向于由监管机构将维修资金存在指定银行。可见,除存款和购买国债外无其他投资渠道,维修资金存在增值难问题。

2. 住房公积金管理运作中存在的问题

首先,住房公积金使用效率低,巨额资金成为沉淀资金。根据住房和城乡建设部等 3 部委公布的公积金 2015 年年度报告,截至 2015 年 12 月缴存总额 89,490.36 亿元,而缴存余额 40,674.72 亿元(占比 45.45%),住房公积金的利用率仅为 54.55%。4 万多亿元巨额资金利用率低,成为沉淀资金,无不与

① 如 2014 年年初福州市某小区业主发现,11 年前他们缴纳给开发商的总计 150 万余元住宅专项维修资金根本就没有存入福州市房管局专用账户。参见李洁:《上万亿的住宅专项维修资金,为何想用用不了?》,载《都市快报》2014 年 5 月 25 日,A19 版。

② 如 2009 年北京市住房资金管理中心矿务局分中心原主任范子林,挪用 400 万元公共维修基金炒股。参见刘晓莉、马姝瑞:《住维资金:“漏洞”“黑洞”如何解?》,载新华网:http://news.xinhuanet.com/fortune/2014-05/24/c_1110840953.htm,最后访问日期:2015 年 12 月 7 日。

③ 查道坤、杨羚强:《代管机构“借鸡生蛋”290 万维修基金定存收益归属成疑》,载凤凰网:http://finance.ifeng.com/a/20140912/13100889_0.shtml,最后访问日期:2015 年 12 月 7 日。