私　法

PRIVATE LAW REVIEW

Vol. 16 No. 2

第 16 辑 · 第 2 卷(总第 32 卷)

北京大学法学院 主办

易继明 主编

华中科技大学出版社

武汉 · 2019

需要全本请访问 www.ertongbook.com

王利明教授序

《私法》的主编易继明博士请我为他的出版物作序，我感到非常高兴。

公法、私法之分肇始于罗马法时代。此后，在欧洲漫长的历史长河中，私法不仅吸收了教会法、各地习惯法等营养，而且借助于资本主义经济和思想文化的蓬勃发展，逐渐形成了一种内涵丰富、影响深远的私法传统以及私法文化。这种私法传统和私法文化，一方面为西方文明的产生、发展和繁荣提供了思想动力和制度保障，而另一方面，西方文明的兴盛也为私法制度和私法精神的完善、深化与发展提供了原动力和物质基础。因此，可以说，私法传统和私法文化是欧洲资本主义发展的重要元素之一。

众所周知，私法传统在我们国家一直未能形成与发达，其中的原因较为复杂，既有经济方面的原因（比如资本主义生产方式在我国迟迟不能发展），也有社会文化方面的原因（比如儒家的道德规范对整个中华文明的影响）。在我看来，私法传统对于一个民族来说非常重要。它不仅影响到法律制度及法律文化，而且对于一个民族的制度选择、思维习惯、行为方式等也产生着广泛而深远的影响。现阶段，我国正在致力于社会主义市场经济建设和民主法制建设，努力实现中华民族的伟大复兴，在这个过程中，加强民商立法、弘扬民法精神、培育私法文化，对于我们实现这一伟大目标将发挥举足轻重的作用。

加强民商立法，在当前主要是制定民法典。我国民法典的制定自 20 世纪 50 年代初期以来，曾为无数的学者所呼吁和企盼。迄今为止，我国几个重要的法律部门如刑法、刑事诉讼法、民事诉讼法都已制定了较为系统完备的法律。它们尽管在名称上未被称为法典，但实际上已具备了法典的特点和功能。然而，民法典至今仍未出台，许多学者曾呼吁，在刑法典的修改工作完成以后，民法典的起草工作应尽快地提上议事日程。我认为民法典的制定的必要性并不仅仅在于法律工作者的热烈企盼，而主要在于我国经济和社会发展的迫切需要。民法典的制定，正是实行依法治国战略，完善社会主义市场经济的法律体系的重要标志。通过制定民法典，全面地将公民法人的民事权利法定化、明确化，充分保护其合法权益，并使人民法院审理民事、经济案件有法可依、有章可循。通过制定民法典，可以为交易当事人从事各种交易行为提供明确的行为规则，使其明确自由行为的范围，逾越法定范围的后果和责任，从而对其行为后果有合理预期，这就能从制度上保障市场经济的良性

运转，从而有利于市场经济秩序的建立。通过制定民法典，还能够弘扬人格独立、人格平等、契约自由、责任自负等理性的精神，这些都是建立法制社会所必需的。

随着我国《合同法》的制定颁行，市场经济合同活动的规则由以前纷繁、复杂、冲突与落后的状态走向统一和谐与完善。作为民法典重要组成部分的《合同法》的出台，是我国民法典制定工作的一个重要步骤。在《合同法》制定以后，如何加快民法典其他部分的制定步伐呢？考虑到我国民法典不太可能采取"一步到位式"的法典编纂方法，而只能采用分段制定、最后通过汇编整理修订的方式来完成，因此，我们目前应该着重考虑民法典体系的总体设计。我认为，我国民法典总体上应采用大陆法系的民法典体系，同时应采用潘得克顿式（德国式）的模式，既要有总则，又要明确区分债权与物权。但传统的大陆法系民法典体系具有的几个缺陷应加以克服。首先，在传统民法典的体系中缺乏独立的人格权制度。而人格权制度既无法在总则的"民事主体制度"中作出规定，也不能在侵权法中规定，因此，人格权制度应该独立成编，并置于分则之首。其次，传统大陆法系的民法根据债的发生原因，将侵权行为法仅仅作为债法的组成部分，这种模式强调了侵权行为制度与债法其他制度的共性，却忽略了侵权制度所具有的更强的个性。而且由于债权总论中的许多规则无法适用于侵权制度，从而造成了债法体系的不和谐。同时，将侵权法放在债法之中也限制了极为复杂的侵权制度的发展。因此，我认为侵权法应该从债法中分离出来，作为民法分则中的一个独立制度。侵权法与债法的分离，并不意味着债法制度的消亡，债法的基本规则仍将与合同法及其他债法制度（如无因管理、不当得利）共同组成"债与合同法制度"，放在侵权制度之前。

在民法典体系确立之后，我们需要分阶段、分步骤，根据社会生活的实际需要程度展开民法典的制定工作。我认为，当前要做的第一项工作应当是加快物权法的制定工作。作为调整人对生产资料、生活资料的支配与使用的重要法律制度，物权法是市场经济最基本的法律规则。如果缺了一个系统合理的物权法律制度，市场经济所需要的法律体系和规则便难以真正建立和完善。在制定物权法的同时，需要加紧修改《婚姻法》、《继承法》及知识产权法的工作。第二项工作就是，制定完善的侵权行为法与人格权法。目前对人格权和侵权责任加以规定的主要法律就是《民法通则》，但《民法通则》的规定过于简略，远远不能适应社会生活与司法实践的要求。因此，应当有一部完善的侵权行为法与人格权法。与此同时，应该加紧对民法总则的修订工作。鉴于《民法通则》主要是关于民法总则内容的规定，因此可以在《民法通则》的基础上完善民法总则内容的修订工作。

迈进新世纪的中国，需要一部民法典。由于我国市场经济体系的建立为民法典的制定奠定了经济基础，我国司法实践已为民法典的制定工作积累了丰富的实践经验，广大民法学者也做了大量的理论准备，因此颁行一部体系完整、内容充实、符合中国国情的民法典，是完全可行的，并将为我国在21世纪经济的腾飞、文化的

昌明、国家的长治久安提供强有力的保障。我们有充分的理由相信，一部有中国特色的、先进的、体系完整的民法典的问世在不远的将来，将成为现实。如果说19世纪初的法国民法典和20世纪初的德国民法典的问世成为世界民法发展史上的重要成果，则21世纪中国民法典的出台，必将在民法发展史上留下光辉的篇章。

由于历史及文化的原因，我国的私法传统过于薄弱，学界对其重视和研究尚不够。为此，我们需要大力弘扬民法精神、培育私法文化。这种精神和文化的培育和发扬，需要一大批人持久而踏实的努力。今天，一批青年学者能够通过出版严肃的学术出版物的形式，来弘扬和发展这种精神和文化，确实是难能可贵的。我想，他们应该得到所有法学界人士甚至是整个社会的支持和认同，因为这不仅是为我们法学界的学术研究做贡献，同时也是在为我们这个社会、为我们的民族做贡献。

祝愿《私法》系列出版物越办越好，也祝愿我国私法研究日益繁荣与昌明。

王利明

2002年6月

梁慧星教授序

私法和公法的划分，是大陆法系区别于英美法系的重要特征之一。作为公法的对称，私法是市民社会的基本法，它调整市民社会中一切私人性质的人身关系和财产关系，在一国法律体系中居于重要的基础性地位。通过物权界定资源归属，通过契约实现资源流动，通过侵权责任救济受到损害的社会关系，通过亲属和继承给个人以家庭的温情与扶助，这些形成了大陆法国家对社会进行治理的基本模式。这种通过私法来实现社会治理的模式，可以有效地将国家权力排除在私人生活之外，实行私人生活的非政治化和非意识形态化，从而实现私人生活的自由、平等与博爱，这是对人的一种终极关怀。

私法在大陆法国家法律体系中具有核心地位，也决定了私法制度、私法理论与私法文化的研究在大陆法国家的法学研究中占有举足轻重的地位。众所周知，在我国，由于历史文化方面的原因，私法一直没有得到很好的发展。清末改制后引进欧陆民法，形成了大陆法传统。但其后民国法统被废除，转而实行高度集中的计划经济，根本谈不上有什么真正意义上的“私法”，甚至对“私人”性质的东西都畏如蛇蝎。《私法》的创办，弥补了中国没有以“私法”命名出版物的缺憾，倡导了一种“私的”精神和理念，也为国际民商法苑增添了一道中国的风景线。

近些年来，法学教育、法学研究逐渐呈现出欣欣向荣的景象，这是一件值得我们欢欣鼓舞的事情。然而，相对中国社会转型的发展方向而言，我们的法学研究和民事立法仍然有些不成熟的表现。早年《民法通则》的制定，就曾遭到一些经济法学学者们的反对，嗣后又有民法与经济法长达数年的论战，不仅民法、经济法学者悉数卷入，许多法理、宪法和行政法学者也被潮流所挟，所发表文章数量之巨，所耗费的人力、物力难以计数。实际上，以今天将私法作为市民社会基本法的观点来看，这些都是一些无谓的争论。私法本身包含了所有与建构市民社会有关的“私人性”的法律，具有其自身的一般价值和完整体系，是可以作为一个整体的理论而存在的。而且，这种理论也并不排斥具有一些“社会性质”但以“私的”价值为追求目标的成分（如反垄断法和反不正当竞争法）。

《私法》倡导将私法作为一个整体的学问进行整合性研究，特别重视私法基本理论，是一个非常有创见、有理论品位的学术出版物。事实上，现在提交到全国人

需要全本请访问 www.ertongbook.com

大常委会审议的民法草案出现了一些立法随意性倾向，也是缺乏私法一般理论研究，特别是缺乏将私法作为一个整体进行研究的结果。没有对私法制度、私法理论与私法精神的统摄性研究，就很难保证民法典有一个完备的体系，民法也就会失去作为市民社会一般法所应当具有的包容性，也很容易使我们在制定中国民法典的过程中迷失方向。

在这个意义上，我欣喜地关注着《私法》的诞生与成长，希望《私法》能一如既往地奉行严格的学术标准和严谨的学术规范，为中国法学的发展留下一笔厚重的财富。

梁慧星

2003 年 4 月

目录

〔专题研究:民法法典化〕

中国民商法典编纂中对物权制度的修正整合与创新完善——附《中华人民共和国民商法典物权编草案建议稿(黄河版)》 …… 王明锁(2)
论《民法总则》中未成年人自我决定权的价值基础和制度完善 …… 骆正言(78)

〔论文〕

风险规制中的科学咨询程序研究 …… 张恩典(98)
信用评级机构声誉机制的兴衰与重塑 …… 阎维博(140)
论第三方支付业务的监管难题及其转型——依据2017年中国人民银行对第三方支付机构106份行政处罚决定书进行的分析 …… 蓝寿荣 杨柳青(162)
论标准必要专利中FRAND承诺的法律性质 …… 宁立志 覃 仪(184)
避风港制度中反通知机制的完善——以UGC内容为分析视角 …… 孙 那(216)
论发行权用尽原则在网络领域的适用 …… 初 萌(232)
论《民法总则》中的个人信息:内涵、性质与保护路径 …… 熊予晴(252)

〔评论〕

罗马法与主权政治的萌芽——以意大利法学家为中心的考察 …… 孔 元(274)
黑格尔国家哲学的伦理阐释——从《精神现象学》到《法哲学》的文献梳理 ……
…… 王 曦(306)
论人工智能实施"民事行为"的类型及其效果 …… 冉克平 谭佐财(352)
被保险人保险合同阅读义务之批判 …… 樊启荣 钱红亮(372)
论工伤事故中的请求权竞合——以建筑业为视角 …… 明 平 胡文韬(396)
中国税收债务关系理论的回顾与前瞻 …… 余鹏峰(416)

〔编后记〕

这个时代因为我而拥挤(诗三首) …… 易继明(438)

Contents

Monograph: Codification of Civil Law

Revision, Integration, Innovation and Perfection of Real Right System in the Compilation of Chinese Civil and Commercial Code: Attached *the Proposal Draft of Real Right Part (Yellow River Edition) of the Civil and Commercial Law Code of the People's Republic of China* ..... by Wang Mingsuo(75)

On Value Basis and Institutional Improvement of the Terms of Self-Determination of Minors in *The General Principles of Civil Law* ..... by Luo Zhengyan(96)

Articles

Research on Scientific Advisory Procedure of Risk Regulation ..... by Zhang Endian(138)

The Vicissitude and Restructuring of Credit Rating Agencies' Reputation Mechanism ..... by Yan Weibo(160)

On the Supervision Problems and Innovation of the Third Party Payment Business: Analysis of 106 Administrative Punishment Decisions Made by the People's Bank of China on the Supervision of Third Party Payment Institutions in 2017 ..... by Lan Shourong, Yang Liuqing(182)

Analysis on the Legal Nature of FRAND Commitments in Standard Essential Patents ..... Ning Lizhi, Qin Yi(214)

The Improvement of the Counter-notice Mechanism in the Sage-harbor Rule—From the Perspective of UGC ..... by Sun Na(231)

On the Application of First-Sale Doctrine in the Online World ..... by Chu Meng(251)

The Connotation, Nature, Protection Path of the Personal Information in *the General Provisions of the Civil Law* ..... Xiong Yuqing(272)

Essays

Roman Law and the Rise of Sovereign Politics—An Investigation Centered on Medieval Italian Jurists ····· by Kong Yuan(305)
From Phenomenology of Spirit to Philosophy of Right—A Thesis on Hegelian Teach of State ····· by Wang Xi(351)
On the Types and Effects of the Implementation of "Civil Behavior" by Artificial Intelligence ····· by Ran Keping, Tan Zuocai(370)
Criticism on the Insured's Duty to Read Insurance Contract ····· by Fan Qirong, Qian Hongliang(395)
Discussion on the Concurrence of Claims in Work Accidents: Focus on the Construction Industry ····· by Ming Ping, Hu Wentao(414)
Retrospect and Prospect of China's Tax Debt Relationship Theory ····· by Yu Pengfeng(437)

Afterwords

This Era Is Crowded Because of Me(Three Poems) ····· by Yi Jiming(440)

中国民商法典编纂中对物权制度的修正整合与创新完善——附《中华人民共和国民商法典物权编草案建议稿（黄河版）》

王明锁

摘　要：为完成“加强市场法律制度建设，编纂民法典”的伟大任务，将作为民法典首编的《民法总则》已经通过，各分编编纂正在进行。从公布的各分编草案看，由物权、合同、人格权、婚姻家庭、继承和侵权责任组成。但从民法典的内在逻辑和形式体系上观之，法典由通则、人身权、物权、知识产权、债与继承构成当更为科学合理、严谨周密和具中国时代特色与民族气派。民商权利中，人身权之后当为物权。然物权编分歧与需修正者，为物权内容体系。本文遵循十九大对新时代社会主要矛盾之论断，追求社会平衡发展与人民美好生活之需，诚守物权为人对物之支配特质，将中国市场经济社会生活中民商事主体对物进行支配的客观现实关系，按其权能特性分别归属自物权和他物权，并从所有权权能与所有权分离的角度，将他物权依次区分为控占权、占用权、用益权和经营权四种基本类型，对相关传统理论进行修整，并创建具有中国科学特色的物权法治理论与学术话语体系，使其更切社会实际地为民商主体提供更为系统的行为规范，亦为司法提供更为简明的裁判规则。且继续知行合一，凝成草案法条。所附《中华人民共和国民商法典物权编草案建议稿（黄河版）》的目次为总则、所有权（自物权）、所有权取得、控占权、占用权、用益权、经营权、获益权、相邻关系、物权证书，共十章398条，加上通则编226条、人身权编247条，总共871条。就法典整体，致达其半。

关键词：民法典编纂；民商法典；物权编；草案；建议稿；黄河版

作者简介：王明锁（1954—　），河南大学法学院教授，硕士研究生导师，主要研究方向为民商法学。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

私　法
PRIVATE LAW REVIEW

目　次

引言：民商法典各分编重大疑难问题之讨论　4
一、物权编编纂中存在和面临的主要问题：错谬与虚置　4
二、物权的支配性质：直接支配与间接支配　6
三、物权的产生演变与两种基本体系：罗马法国体系与德国日本体系　10
四、担保物权本质上并非物权：强夺债权保障地，荒芜物权自留田　14
五、对国考地役权案例真实性的质疑：地役权制度的独存与容废　17
（一）对国家司法考试中有关地役权案例的评析　18
（二）对地役权与相邻权制度演变的考察　22
六、其他几个无需回避的重要问题：应有或不应有　24
（一）占有　24
（二）典权　25
（三）居住权　25
七、我国物权编应有的特色与创新：自物权为基础及其权能的分离与展开　26
八、中国物权法能否浴火重生？　28
结语：物权编后，路过半程？　31
附：《中华人民共和国民商法典物权编草案建议稿（黄河版）》　32

引言：民商法典各分编重大疑难问题之讨论

中国民法典编纂正在进行，作为法典编纂第一步的《民法总则》已经颁行；从第二步公布的各分编草案看，由物权、合同、人格权、婚姻家庭、继承和侵权责任组成。就此讨论更加热烈。[1]然所论分歧仍不应忽视，诸多问题难圆其说。[2]若按正常逻辑理路，既坚持民商合一，就应将商事远虑近酌其中，故民法典编纂，实为民商法典之编纂。中国理论与实务上，早已民商并称。故所谓民法典者，当为民商法典之简称；民商法典者，乃民法典科学完整之称谓。[3]故于立法名称上称《中华人民共和国民商法典》者，从本质形式抑或内涵外延上皆显科学庄重、严谨周密、大气包容，且具时代风采。中国社会主义性质之民商法典，当由通则、人身权、物权、知识产权、债与继承构成。[4]故我们于完成“通则编”和“人身权编”草案建议稿之后[5]，遂尽力于物权一编。希冀在学术理路上为中国民商法典编纂继续提供些许科学原创性的有价值之重要参考，并消弭物权制度中的诸多矛盾疑说。

一、物权编编纂中存在和面临的主要问题：错谬与虚置

观市场经济、大千世界，熙攘往来，无非人与非人两类。人者，主体者也，以此构成人身权（人之生命健康、婚姻自由在内）之制度。非人者，人之外一切之物（山水林田草湖沙、吃喝穿住用乐玩）也。而人之生存发展，皆赖于物，

1 参见朱宁宁：《多位常委会委员建议：应将人格权编放在民法典分编之首》、《知识产权是否单独入“典”引发常委会委员热议》，《法制日报》2018年9月4日；又参见徐隽：《民法典分编草案首次提请审议》，《人民日报》2018年8月28日。自民法典各分编草案公布后，诸多部门单位举行多种专题会议进行研讨，最广泛集中的研讨当属在郑州举行的中国法学会民法学研究会2018年年会——“民法典分编编纂中的重大疑难问题研讨会”，400余名代表参加，各路大家阐述高见。如崔建远教授的《民法典物权编（草案）的重大疑难问题》、温世扬教授的《对“民法典物权编草案”疑难问题的思考》，参见《中国法学会民法学研究会2018年年会会议简报》。

2 参见王利明：《民法典分编编纂中的重大疑难问题》，《中国法学会民法学研究会2018年年会会议简报》第4期。

3 王明锁：《民商合一模式的演进及民法典编纂中的创新性选择》，《北方法学》2018年第2期。

4 参见费安玲：《民法典理性与债法总则》，《中国法学会民法学研究会2018年年会会议简报》第5期。

5 王明锁：《中国民商法典编纂的重大疑难问题——附〈中华人民共和国民商法典“通则编”草案建议稿〉（黄河版）》，《晋阳学刊》2016年第3期；王明锁：《中国民商法典编纂中对人身权制度的整合与完善——附〈中华人民共和国民商法典“人身权编”草案建议稿〉（黄河版）》，《晋阳学刊》2017年第1期。

必支配于物。惜因物之稀缺有限性，故人支配物之关系，必须有合理之秩序规则。该规则者，即物权制度也。人为有效利用物等目的，必发现发明、创造竞争，此生所谓知识产权制度也。人虽设法长生，但终有一死。待亡之时，而所用之物尚存，必依规转与后人之手，使物继续发挥作用，此规则乃继承制度也。人之生前之生产生活，于近现代社会，必依赖于对物之交换、保护。而交换、保护又需合理秩序，有其基本规则，此规则即契约、侵权与债之制度也。唏！物者，何等之重要！此民商法典与市场经济关系之铁律，亦构成民商法典之基本结构性制度！

故于物权，理论学说和相关草案版本及法典编纂计划莫不赞成独立成编，[6]但其内容的逻辑错误及脱离实际的问题却非常明显。大要者如：其一，物权为支配权性质，但其逻辑体系并未以此进行清晰界定，而将属于请求权性质的所谓物上请求权也包括在物权当中。其二，担保制度的本质在于债权人于债权不能正常实现时而经与担保人协商就担保物的变价享有优先受偿权，但所谓的担保物权却被简单列入物权范畴。其三，既然担保是因债、为债而设，《民法通则》将债的担保定于债权，《物权法》却将担保制度归于物权而与债分离。其四，认为“占有”是事实，但占有游离于物权种类之外而又包含于物权法之内，且以单独之编与所有权平行。[7]其五，行为的目的并非法律规范之对象，但却将他物权依设立目的区分为用益物权和担保物权。其六，《民法通则》未定地役权，现行《物权法》及其追随理论均袭承德日和我旧法规定，将地役权列为用益物权，而司法实务中又难觅真实地役权案例，致权威司法考试中的地役权案例不得不编造作假，难经推敲，是为虚设。其七，民法学界号称民法典是社会百科全书，但观其内容却空洞虚无，多有被骗之感。其八，说物权法乃定分止争须臾不可缺之制度，但遇母牛归属返还之争，具体条文都成了银样镴枪，法院二审不得不援引公平原则勉强结案。[8]诸如此类，于民商法典内部，物权制度与其他制度的逻辑关系均当科学协调配置。对他物权之分类，理应囊括所有对他人之物进行支配的社会经济生活现象。物权制度必须更加真切地体现和反映客观的社会生活实际，并能更加简明通俗和易为民众接受，而不致出现“制定颁行一阵叫好，实际使用无啥作用”的结果。否则，仍可能是抄仿之作，而难达全面依法治国和为“加强市场法律制度建设，编纂民法典”[9]之目的，更难建立起科学的

6 参见肖肖：《崔建远：中国首部〈民法典〉正在编写，我对物权编很不满意》，《凤凰文化综合》2018 年 1 月 3 日。

7 参见《中华人民共和国物权法》与《民法典各分编（草案）》（2018 年 8 月委员长会议审议稿）。

8 王明锁：《对孳息的传统种类及所有权归属之检讨》，《法商研究》2015 年第 5 期。

9 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》。

民商法体系和学术话语体系。故在对传统物权制度长期研究的基础上[10]，再次进行全面系统的认真梳理，并凝就出物权编建议草案法条，亦成此文。

二、物权的支配性质：直接支配与间接支配

任何法律，本质上都是对人与人之间关系的规范和调整。民商法的实质与核心，是对民商主体之间的市场商品经济关系进行的规范和调整。人与人或者主体之间关系之形成，必须存有三个要素。一是人或者主体，没有了人或主体，即无所谓社会或人之关系。二是独立于人或主体之外的客体。若无客体，人或主体不可能生存和发展。三是人或主体对客体之行为。[11]行为是主体之间发生法律关系的连接线。没有了行为，人与人之间就难以生发出各种关系。人与人之间正是由于主体对客体的行为才产生出各种关系的。社会的稳定和谐与发展，关键取决于人之行为。故法律无不是对人的行为的价值进行的评论和规范。这种规范，通过法律赋予和规定主体相应的权利、义务，由此使社会关系处于一种可以预设和实施的状态。

民商法上的主体包括自然人、法人、非法人组织以及国家。[12]民商法上的客体包括人的生命、健康、自由、名誉、婚姻、荣誉等人身利益，包括动产、不动产等物质利益，也包括作品演技、技术发明等主要体现为智力成果的精神利益，还包括行为上的作为与不作为以使权利人获得满足的期待利益。民商法上由主体对于客体的关系，即形成相应的人身权、物权、知识产权以及继承和债

---

10 王明锁：《物上请求权及物权的民法保护机制》，《中国法学》2003 年第 1 期；《论我国他物权体系的整合与重构》，《政法论坛》2005 年第 2 期；《论所有权占有权能与他物权控占权二元制法律体系的构建》，《法律科学》2009 年第 6 期；《对物权客体——物的含义与种类的新解读——就物权立法的新建议》，《河南省政法管理干部学院学报》2005 年第 6 期；《我国传统典权制度的演变及其在未来民商法典中的改造》，《河南省政法管理干部学院学报》2002 年第 1 期；《论物权法对和谐社会构建的价值意义——兼谈物权法之主要缺憾》，《河南省政法管理干部学院学报》2009 年第 3 期；《论添附与添附物的所有权归属——对我国〈物权法〉所有权原始取得制度的一项补充》，《晋阳学刊》2015 年第 4 期；《论无主物与其所有权归属——所有权原始取得方法之先占》，《学习论坛》2014 年第 5 期；《对孳息的传统种类及所有权归属之检讨》，《法商研究》2015 年第 5 期。王明锁等：《〈中华人民共和国民法通则〉条文释义》，开封：河南大学出版社 1987 年版。

11 王明锁：《民事法律行为范畴的守成与完善》，《北方法学》2013 年第 1 期；《民事法律行为类型化的创新与完善》，《北方法学》2016 年第 4 期。

12 参见中国大百科全书编辑部：《中国大百科全书》（法学），北京：中国大百科全书出版社 1984 年版，第 417 页。我国《民法通则》和《民法总则》没有在主体部分明确将国家列为主体应是一缺憾。因为没有在自然人和法人有关主体的统一规定中明确国家也可以是民商主体，那么就难以与物权制度中的国家所有权制度相衔接，就是对物权关系中国家财产所有权关系主体要素的忽视或视而不见、见而不理。

的制度。

物权是民商主体对物进行支配的权利。其主体包括自然人、法人、非法人组织和国家。特别是在社会主义的中国，国家掌握着经济命脉，拥有着大量重要的物质资源，为物权重要主体。在民商主体之外，存在着各种物质财富，包括自然物和人造物、动产和不动产；现代社会中，这种物基本上都以商品的形式表现出来。从生产领域到消费领域，由于商品是物，马克思曾指出，商品不会自己走到市场上去，不能自己去交换，因此我们必须寻找它的监护人——商品的所有者。即必须靠人对物进行支配，从而产生须臾不可缺的物权制度。

民商主体对物的支配，具有丰富内涵。这首先包括物的归属，要定其名分，确其归属。归属不明，争议必存；归属分明，争议难生。[13]其次是主体对物的控制占据，即主体对物能够控制占据，使物服从于主体安排。这是主体对物进行利用之前提，[14]也是物权与债权之根本区别。[15]如果主体对物难以控制占据，就谈不上对物进行利用和享受利益，因此也难以发生纠纷，并丧失法律对其规范调整之必要。再次，包括主体对物进行的利用。如对房屋的居住、对车辆的使用等。这是主体对物进行支配的主要目的。又次，包括主体对物的收益。这是主体对物进行控占的另一重要目的。对物进行控占使用而又能取得新的物品利益。收益有时被使用所吸纳，有时则可独立存在，并产生或增添新的物权。如对蜜蜂的占控而取得蜂蜜，对果树的控占而收获果实，对羊群的控占而增添羔羊。最后，包括主体对物的处分。这是主体对物进行利用收益的必要方式。对物享受利益，并非都是消极机械的取得和获得。有时欲对物享受利益，就必须对物进行处置和处分。享受肉食利益而对畜禽进行宰杀，对房屋有效利用而进行装修改造，以及对物进行抛弃或者转让等。明确物权内涵，就主体对物的支配行为进行有效的规范调整具有重大意义。总之，物权的支配当有此五项内容或权能。

---

13 《商君书》。商鞅说："一兔走，百人逐之，非以兔可分以为百也，由名分之未定也。夫卖兔者满市，而盗不敢取，由名分已定也。故名分未定，尧、舜、禹、汤且皆如鹜焉而逐之；名分已定，贫盗不取。"

14 英国法谚有曰："占有者占上风。"（Possession is nine points of the law.）转引自〔日〕穗积陈重：《法窗夜话》，曾玉婷、魏磊杰译，北京：法律出版社 2015 年版，第 291 页。

15 物权为对物支配之权，债权为对人请求之权。买卖合同成立，买受人虽已付价金，但出卖人未将物品交付于买受人时，买受人不能对物进行控制占有，而只能请求出卖人交付标的物。只有当出卖人将出卖物交付给买受人时，买受人才取得对该物的属于支配权的自物权。租赁合同成立，当出租人未将租赁物交付承租人时，承租人只能请求出租人交付租赁物，而不能对租赁物进行控制支配；只有当出租人将租赁物交付承租人时，承租人才能对租赁物进行控占使用，成立对他人所有物进行直接支配的他物权。但可惜的是，传统和现行理论都没有将此简单明白的承租人对他人之物进行支配的权利现象抽象上升和概括归属于支配权的物权范畴，而依然固守于债权观念和债的范畴，更有甚者，尚撇废债之制度而将其下跌混入于债之生发原因的民事事实法律行为中的合同之中。此真乃传统或现行民商法理论中最为可悲可痛之事。

但是民法传统权威理论中，认为“物权是权利人直接支配物的权利”[16]，认为所有权“是所有人对所有物直接支配的权利”[17]，规定“物权，是指权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利，包括所有权、用益物权和担保物权”[18]。此处将物权定义为主体对物的“直接支配”，但并未对直接支配作出合理的解释，而有的解释则根本不合实际或者不够科学完整或周密严谨。

第一，什么是直接支配？所谓支配，乃“安排、调动，指挥、控制”。[19]所谓“直接”，《辞海》未有解释；《现代汉语词典》解释为“不经过中间事物发生关系的（跟‘间接’相对）”[20]。根据常识，应当是没有中间环节而直达目标。如直接领导、直接到达、直接选举等。而直接支配，即应当是主体对物的直接控制，没有中间环节，没有他人隔阻，主体的支配之力直接作用于特定之物。

第二，直接支配与现实如何对接？实际的事例是，物之所有权人将自己的物出借或者出租给他人后，借用人或承租人对物直接进行着控占和利用，算不算是直接支配？如果算是直接支配，那为什么承租人对物的支配又不被认为具有物权性质？如果不能算作直接支配，那么对直接支配又当作何理解？这是个两难选择。

第三，有所谓直接支配，就应当有间接支配。因为直接和间接本来是相对的概念和范畴。那么，什么是间接支配呢？根据上面的解释，即应当是非直接的，是有中间环节或者他人阻隔的支配。如物之所有权人通过承租人对租赁物的承租经营而使自己的财产增值，取得相应利益；物之所有人通过中间环节的运送人将自己的某物送达给另外的人。这时，物之所有人对自己的物算不算是直接支配？如果不是直接支配，那么所有权人对自己的物难道就没有了物权？如果还是直接支配，那什么算是间接支配呢？这里又是个两难选择。由此得出的正确结论只能是所有权人对出租出去的物仍然享有支配权——间接支配。而既然是间接支配，关于物权的定义就不能局限于直接支配的含义了。

第四，现行民法理论中对直接支配的解释有明显的回避和歪曲。理论上有的认为物权的特征在于直接支配其标的物，可以依自己的意志就其标的物上直接行使权利，无需他人意思或义务人的行为介入。如房屋所有人对自己的房屋可以居住、出卖、出租、抵押等。并说这是物权和债权的不同。说债权的实现必须依赖债务人的行为，否则不能也不得直接支配标的物，例如租赁合同成立，

16 参见魏振瀛主编：《民法》，北京：北京大学出版社、高等教育出版社 2000 年版，第 205 页。

17 参见全国第三期法律专业师资进修班民法班整理：《中华人民共和国民法原理》（下册），1983 年 11 月，第 1 页。

18 《中华人民共和国物权法》第 2 条第 3 款。

19 参见《新华词典》（第 4 版），北京：商务印书馆 2013 年版。

20 参见《现代汉语词典》（第 7 版），北京：商务印书馆 2016 年版，第 1681 页。

需要全本请访问 www.ertongbook.com