

docsriver.com
商家本本店



中国物权法的 过去、现在与未来

Property Law of China: Past, Present and Future

翟新辉 著

物权法



中国政法大学出版社



中国物权法的 过去、现在与未来

ZHONGGUO WUQUANFA DE GUOQU XIANZAI YU WEILAI

翟新辉 著

物权法



中国政法大学出版社

2016 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

中国物权法的过去、现在与未来/翟新辉著. —北京：中国政法大学出版社，2016. 1

ISBN 978-7-5620-6572-2

I. ①中… II. ①翟… III. ①物权法-法制史-中国 IV. ①D923. 22

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第005411号

- 出版者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路25号
邮 箱 fadapress@163.com
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908435(第一编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 880mm×1230mm 1/32
印 张 9.5
字 数 247千字
版 次 2016年1月第1版
印 次 2016年1月第1次印刷
定 价 36.00元

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>





作者简介

翟新辉 男，1991年获华东师范大学哲学学士学位，1996年获中国政法大学民商法专业法学硕士学位。美国印第安纳大学（布鲁明顿）毛利法学院（MAURER SCHOOL OF LAW）访问学者，上海政法学院法律学院副教授，民商法教研室主任。主要讲授民法学、物权法、合同法、公司法课程。主编《民法学总论》（中国政法大学出版社2015年版），参编《合同法》《物权法原理》等教材，合译《法律经济学的原理与方法：规范推理的基础工具》（复旦大学出版社2014年版）；在《法律适用》《人民司法》《学术交流》等期刊上发表论文多篇。论文“论行政规章的制定与行政机关的‘立法’权限——评《上海市房地产抵押办法》（1999）”2002年获上海市依法治市领导小组办公室颁发优秀论文奖，论文“世博会规章、参展合同及相关法律实务问题研究——对上海世博会的些许建议”2005年获上海市法学会颁发优秀论文奖，论文“市场经济体制影响道德：一个伪命题”2011年获铅笔经济研究社“市场经济与道德”征文二等奖。

同时兼执业律师业，从事律师业务逾15年，具有丰富的诉讼及非讼实务经验。主要业务领域有银行贷款、担保、重组、房地产建设工程合同、房屋租赁及销售、外商投资、继承等，并起草中英文法律意见及合同。曾代理国内及国外当事人在最高人民法院、河南

省高级人民法院、广东省高级人民法院、江苏省高级人民法院、北京市第一及第二中级人民法院、上海市第一及第二中级人民法院、深圳市中级人民法院、海口市中级人民法院等法院进行诉讼及申请执行，代理国外及国内当事人在中国国际经济贸易仲裁委员会（北京）等仲裁委员会进行仲裁，代理的“严家花园”继承纠纷案被最高人民法院评为“十大调解案件”。

自序

本书是作者十多年讲授及研习物权法的结果。

书的题目有点大。不过，不知道过去，就不能理解现在；不知道过去、不理解现在，也就无从把握未来。因此，本书力图从大清民律草案、国民律草案及民国时期民法典、民法通则、担保法一路走来的我国物权法立法及比较法的角度，来解说我国的物权法。应该说我国目前的物权法规则漏洞、含混之处不少，因此，本书不仅注重介绍我国目前的实定法，还力图展望相关规则的未来演进。

本书力图结合实务及实定法进行解说，尽量避免纯粹的学术讨论。每章之后均附思考题及推荐阅读文献，以帮助学习。

阅读本书，须有一定的民法基础。本书主要以本科法专业学生为读者对象，力图以我国最新立法为依据，结合司法解释和司法实践，并结合实例及案例辅助进行解说。对于其他研习中国物权法者，也会有帮助。

因时间仓促，著者水平有限，错误及遗漏必然难免，欢迎批评指正，这并不是套话。著者电邮：forestzhai@hotmail.com。

如果有机会再版，希望能够做得更好。

翟新辉

2015年9月于上海

法规及司法解释缩略表

名 称	颁布机关	颁布年代及修订	简 称
《中华人民共和国婚姻法》	全国人民代表大会	1980 年颁布, 2001 年修订	《婚姻法》
《中华人民共和国文物保护法》	全国人民代表大会常务委员会	1982 年颁布, 1991、2002 年修正	《文物保护法》
《中华人民共和国民法通则》	全国人民代表大会	1986 年颁布, 2009 年修正	《民法通则》
《中华人民共和国土地管理法》	全国人民代表大会常务委员会	1986 年颁布, 1988、1998、2004 年修正	《土地管理法》
《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》	国务院	1990 年颁布	《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》
《中华人民共和国民事诉讼法》	全国人民代表大会常务委员会	1991 年颁布, 2007、2012 年修正	《民事诉讼法》
《中华人民共和国海商法》	全国人民代表大会常务委员会	1992 年颁布	《海商法》
《中华人民共和国船舶登记条例》	国务院	1994 年颁布	《船舶登记条例》

续表

名 称	颁布机关	颁布年代及修订	简 称
《中华人民共和国城市房地产管理法》	全国人民代表大会常务委员会	1994 年颁布, 2007 年修正, 2009 年修改	《城市房地产管理法》
《中华人民共和国担保法》	全国人民代表大会常务委员会	1995 年颁布	《担保法》
《中华人民共和国民用航空法》	全国人民代表大会常务委员会	1995 年颁布, 2009、2015 年修正	《民用航空法》
《中华人民共和国民用航空器权利登记条例》	国务院	1997 年颁布	《航空器权利登记条例》
《中华人民共和国合同法》	全国人民代表大会	1999 年颁布	《合同法》
《中华人民共和国立法法》	全国人民代表大会	2000 年颁布, 2015 年修正	《立法法》
《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(法释[2000]44 号)	最高人民法院	2000 年颁布	《担保法司法解释》
《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》(法释[2001]7 号)	最高人民法院	2001 年颁布	《精神损害司法解释》
《中华人民共和国农村土地承包法》	全国人民代表大会常务委员会	2002 年颁布, 2009 年修正	《农村土地承包法》

续表

名 称	颁布机关	颁布年代及修订	简 称
《中华人民共和国道路交通安全法》	全国人民代表大会常务委员会	2003 年颁布	《道路交通安全法》
《物业管理条例》	国务院	2003 年颁布, 2007 年修订	《物业管理条例》
《上海市住宅物业管理规定》	上海市人民代表大会常务委员会	2004 年颁布, 2010 年修订	《上海市住宅物业管理规定》
《中华人民共和国企业破产法》	全国人民代表大会常务委员会	2006 年颁布	《企业破产法》
《中华人民共和国城乡规划法》	全国人民代表大会常务委员会	2007 年颁布, 2015 年修正	《城乡规划法》
《中华人民共和国物权法》	全国人民代表大会	2007 年颁布	《物权法》
《人体器官移植条例》	国务院	2007 年颁布	《人体器官移植条例》
《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》(法释[2008]11号)	最高人民法院	2008 年颁布	《诉讼时效司法解释》
《最高人民法院关于审理物业服务纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》(法释[2009]8号)	最高人民法院	2009 年颁布	《物业服务纠纷司法解释》

续表

名称	颁布机关	颁布年代及修订	简称
《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(一)》(法释[2011]22号)	最高人民法院	2011年颁布	《企业破产法司法解释一》
《国有土地上房屋征收与补偿条例》	国务院	2011年颁布	《国有土地上房屋征收与补偿条例》
《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释[2012]8号)	最高人民法院	2012年颁布	《买卖合同司法解释》
《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(二)》(法释[2013]22号)	最高人民法院	2013年颁布	《企业破产法司法解释二》
《不动产登记暂行条例》	国务院	2014年颁布	《不动产登记暂行条例》

续表

名 称	颁布机关	颁布年代及修订	简 称
《全国人民代表大会常务委员会关于授权国务院在北京市大兴区等三十三个试点县(市、区)行政区域暂时调整实施有关法律规定的决定》	全国人民代表大会常务委员会	2015 年颁布	《三十三个试点县、市、区暂时调整实施有关法律规定的决定》

注：此处仅列本书引用的法律、行政法规、地方法规、司法解释，部门及地方行政规章并未列入。

目 录

第一章 物权法的经济意义	1
第一节 交易促进效率——自由的交易促进社会财富	2
第二节 帕累托改进与帕累托最优	4
第三节 市场与政府管制	5
第四节 为达成自由的交易，物权法可以做什么？	6
第五节 科斯定理：因为交易成本的存在，制度才有意义	7
第二章 物权法与财产法：物权法的内容与性质	13
第一节 物权法的主要内容	13
第二节 大陆法系的德国民法思维与英美法传统的思维方法之不同	16
第三节 物权法的性质	19
第三章 我国物权法的过去与现状	24
第一节 1949 年之前的中国物权法	24
第二节 新中国的物权法	29
第四章 物、权利与财产	35

第一节	比较法角度的“物”	35
第二节	物权法所说的“物”——理论视角	38
第三节	物权的其他客体：权利	40
第四节	人体及人体器官、组织是“物”吗？	41
第五节	动物是物吗？	45
第六节	网络虚拟财产	46
第七节	物的分类	47
第八节	物、权利与财产	48
第九节	我国未来民法典关于物的规定展望	49
第五章	物权的种类与性质	53
第一节	物权的概念	53
第二节	物权的性质	55
第三节	物权的种类	61
第六章	物权法的基本原则	64
第一节	公有财产与私有财产平等保护原则	64
第二节	物权法定原则	65
第三节	公示公信原则	67
第四节	区分原则	68
第五节	物权特定原则	70
第七章	物权的变动与物权的保护	82
第一节	物权的变动	82
第二节	物权的保护	93
第八章	处分行为与负担行为以及物权行为理论	97
第一节	处分行为与负担行为	98

第二节	物权行为理论	108
第三节	微评：移植法律的困境	116
第九章	所有权	119
第一节	所有权是最完全的物权	119
第二节	征收与征用	134
第三节	国家所有权和集体所有权、私人所有权	135
第四节	业主的建筑物区分所有权	137
第五节	相邻关系	143
第六节	共有	145
第七节	所有权取得的特别规定	147
第十章	用益物权	161
第一节	用益物权概述	161
第二节	土地承包经营权	166
第三节	建设用地使用权	174
第四节	宅基地使用权	185
第五节	地役权	191
第十一章	担保物权总论	209
第一节	担保物权的概念及制度意义	209
第二节	担保物权的特征	211
第三节	担保物权的分类	213
第四节	反担保	217
第五节	流质契约的禁止规则及演进	219
第十二章	抵押权	223
第一节	抵押权概述	223

第二节	抵押权的取得及公示	228
第三节	抵押权的主体与抵押财产	231
第四节	抵押权的效力	238
第五节	抵押权的实现	246
第六节	抵押权的消灭	249
第七节	抵押权与诉讼时效	251
第八节	特殊抵押	251
第十三章	质权	257
第一节	质权概述	257
第二节	动产质权	259
第三节	权利质权	265
第四节	质权的实现	269
第十四章	留置权	274
第一节	留置权概述	274
第二节	留置权的发生	277
第三节	留置权的效力及留置权的实现	280
第四节	留置权的实现	283
第五节	留置权与其他担保物权的冲突	284
第六节	留置权的消灭	285
结 语	288	

物权法的经济意义

“物”是最重要和最基础的财产，物权是最重要和最基础的财产权。一提到财产，人们大多马上会想到房产、汽车、首饰、衣物、食品等，而这些都属于“物”。

财产是自由的基础。法律（主要是物权法）对财产的保护，对人民的福祉，对一个人的生存和自由发展至关重要。

同时，物权法规则对一个社会的经济运行和资源配置有着至关重要的作用。

我们可以从经济学的角度来理解物权法规则的重要性。比如，物权法中“所有权人有权追回遗失物”的规则，就蕴含着经济学的假定——一个物在所有权人那里可以发挥最大的效用（否则的话，会有出价更高的人把它买走），而对拾得遗失物的人而言，该物一般不会比在所有权人那里能够发挥更大的效用，从而该规则可以促进资源的优化配置，让资源（物）能够到发挥最大作用的地方去。

经济学原理可以帮助我们更好地理解物权法规则的意义。

第一节 交易促进效率

——自由的交易促进社会财富

一项自由交易的达成，可以促进社会财富的增加。这是自亚当·斯密以来经济学的重大发现。亚当·斯密的《国富论》就是在阐述这个道理：交易源于分工，交易产生财富。

但是这个道理很多人可能觉得不靠谱。怎么是交易创造财富？不是劳动或者生产活动创造财富吗？难道财富不是农民种地生产粮食、工人生产出产品创造的吗？“无商不奸”，商人在人们的心目中总是与奸诈、盘剥联系在一起，在近代以前，商人的地位往往不高，就连重商主义时期也会对商人严加管制。

但是，自由的交易确实创造财富。

让我们举一个常见的例子来进行分析。小明到餐馆以1元钱买了一个包子，看看这个交易是如何促进双方和社会财富增加的。

图1-1显示了交易前后小明和餐馆各自的财富：

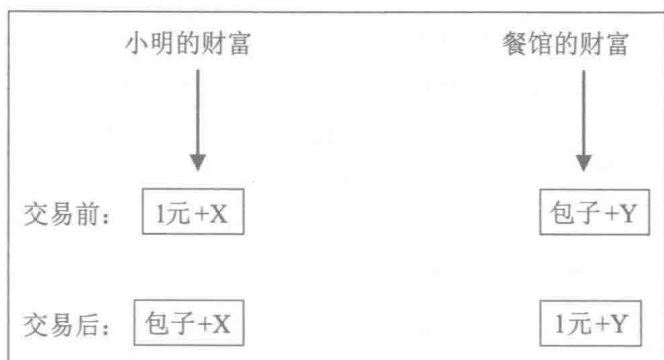


图1-1 交易前后财富变化图

餐馆肯定是赚钱的，对于这点一般不会有疑问。对于餐馆而言，这个包子的价值小于1元（可以假定餐馆卖一个包子赚0.1

元)，因此，通过交易，餐馆的财富增加了： $(1 \text{元} + Y) > (\text{包子} + Y)$ 。

我们看小明的财富变化。如果小明不傻的话，小明肯定认为包子的价值对他而言至少是大于或等于1元的，否则，小明不会进行这个交易，这个交易也就不会发生。因此，小明的财富也通过交易增加了： $(\text{包子} + X) > (1 \text{元} + X)$ 。这个交易的实质是，让小明在1元钱和包子之间进行选择，而且只能选一样，小明会选择对他价值大的东西，而小明选择了包子，放弃了1元钱，因此，包子对小明的价值大于1元钱，这一点是显而易见的。新古典经济学有“经济人”和资源稀缺性的假定，“经济人”就是理性人的意思，即他可以判断自己的利益，如果理性有欠缺、不能独自判断自己的利益，则需要监护人来代他判断。

因此上图的结果如下图1-2：

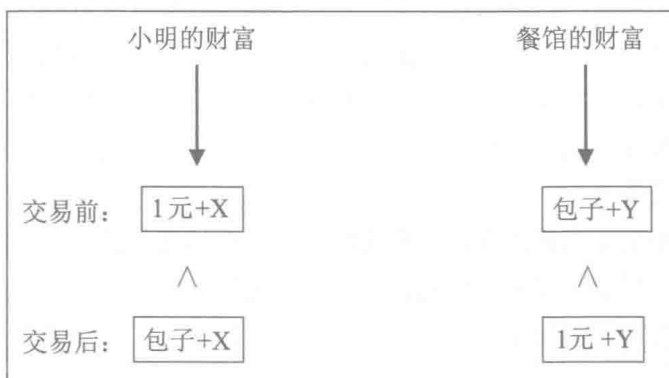


图 1-2 交易后的财富大于交易前

小明和餐馆的财富都增加了，这个社会的财富自然就增加了，国家也可以通过这个交易收到税，从而用于增进社会公共福利。

肯定还会有人觉得迷惑，包子和1元钱只不过换了个地方，双方财富、社会的财富怎么就增加了呢？但确实是增加了。

同样一件物品，对于不同的人，在不同的时间、地点，价值或

者说效用不同，这应该是个常识。举个稍极端的例子：你的身份证件丢了，被别人捡到，你的身份证件对你的价值和对你拾得者的价值肯定是不一样的。经济学甚至认为，同样是1元钱，对于一个月收入1000元和10000元的人而言价值或效用是不同的。

受剩余价值理论及价值—价格波动理论影响的人可能会觉得这个常识很难理解。应该说，这是不同的范式系统，确实需要打破一个旧的范式系统，才能转过弯来。

如果说通过双方自由的交易促进了双方的财富的增加有点难理解，那我们可以换种说法：通过交易，资源得到了更优的配置。通过交易，一样东西到了出价更高的人那里，它就发挥了更大的效用，从而资源得到了更优的配置。

中国自20世纪80年代以来取得的经济成就有目共睹，而这个过程是在中国的经济体制变革过程中实现的：从计划经济，到有计划的商品经济，再到市场经济。现在中国已经结束了计划与市场的争论，认为计划和市场都是配置资源的手段，而市场是配置资源的更优的手段，中国正是通过市场经济改革、不断地放松对经济的管制，使资源不断得到优化配置，从而使经济得到了发展，取得了今天的经济成就。

自由的交易促进资源的优化配置，自由的交易改善交易双方的福利，合同就是双赢。因此，应该鼓励交易。非有重大理由，不能禁止或抑制某种交易。

第二节 帕累托改进与帕累托最优

帕累托（Vilfredo Federico Damaso Pareto，1848年～1923年）是位意大利的经济学家，帕累托改进与帕累托最优是以其名字命名的两个经济学名词。帕累托改进是指一项交易或政策，至少使一个人得益且没有任何人受损失。帕累托最优是指不可能再发生任何帕

累托改进。

帕累托最优是指一种理想状态：在一个固定区域有一固定的人群，他们各有资源，人们会进行各种交易来改善各自的情况，直至不会发生任何交易，即再进行任何交易都不会对任何人的情况有进一步的改进了，换句话说，达到了“物尽其用”的状态，资源得到了最佳的配置。

帕累托最优作为一种理想状态，永远不可能达到。因此，现实中，交易在不断地进行。

第三节 市场与政府管制

交易促进效率和财富，因此，应当鼓励交易而不是抑制交易。

市场经济体制是与计划经济体制相对的配置资源的制度体系。市场经济体制通过各市场主体的自主决定和自由竞争，通过价格机制（即价高者得）实现对资源的优化配置——资源到了出价最高的人那里，自然就发挥了最高的效用，资源也就得到了最优的配置。

一个社会可能基于历史、文化及社会公共利益，禁止某种交易。比如，对枪支、卖淫嫖娼等，不少国家或地区可能基于公共安全及社会善良风俗予以禁止；我们对出租车、金融保险、电信、石油等交易进行比较严格的管制；我们对教育、医疗服务、新闻出版等的管制；我们对房地产市场，包括建筑市场的各种管制；我们还有最低工资、最长工时等劳动保障以及消费者权益保护方面的管制。不过，我们可以看到世界不同的司法区域可能会采取不同的态度。

一般地，交易越自由顺畅，交易越频繁、容易，一个社会就越繁荣、富强；相反，一个社会条条框框过多，这也不能干、那也不能干，交易受到不正常的抑制，这个社会就会贫困、物资匮乏。

当然，市场也不能离开政府而自足。市场需要政府制定规则、

保护产权，另外，市场需要政府的补足。比如，公共品的生产很难通过市场提供，需要由政府提供；又比如，两个人的交易给第三人造成损失，即存在负的外部性，因此，政府会禁止恶意串通损害他人利益的行为。

市场与管制、市场与政府各自的边界何在，这是经济学和法学的重大课题。

第四节 为达成自由的交易，物权法可以做什么？

民商法是市场经济的基本法，它为交易的达成提供了一个基本的框架。

要达成一个自由的交易，需要三方面的规则：一是交易的人，即谁可以进行交易；二是交易的东西，即什么东西可以交易，以及交易的结果会得到怎样的保障；三是怎样达成一个自由的交易以及确保达成的交易实现、履行，并排除那些有欺诈、胁迫、重大误解（错误）和显失公平的交易。

这三方面的规则，分别是民事主体法、物权法（或者财产法）及合同法，实际上就是人、物、债的三分法。

民事主体法规定什么是民法上的人（包括自然人、法人和非法人团体），以及他们中哪些人可以进行怎样的交易。对于自然人中那些不能对自己的利益作出合适判断的人，由于有行为能力制度或禁治产制度的限制，他们不能进行重大的交易，需由其监护人代理进行。法人依据其目的的不同（比如营利、公益或中间法人），可以进行不同类型的交易；非法人团体，（比如分公司），根据授权的不同，其交易的能力受到限制。比如，《担保法》规定，“具有代为清偿债务能力的法人、其他组织或者公民，可以作保证人”（第7条）；“国家机关不得为保证人，但经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外”（第8条）；“学校、幼儿

园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体不得为保证人”（第9条）；“企业法人的分支机构、职能部门不得为保证人。企业法人的分支机构有法人书面授权的，可以在授权范围内提供保证”（第10条）。

合同法，则是有关交易具体如何达成及履行的规则。合同法将合同或交易的订立拆解为要约和承诺的过程，承诺到达受要约人时生效（《合同法》第26条），承诺生效时合同成立（第25条），依法成立的合同自成立时生效（第44条）。欠缺民事行为能力的人进行的交易，有待追认；欺诈、胁迫、乘人之危或显失公平的交易，受害人可以撤销或变更；恶意串通损害第三人利益的交易，从成立时起无效。而依法成立的合同，对于当事人有相当于法律的效力，好似一条无形的锁链将交易双方联系在一起，债务人不适当、全面履行债务就要承担违约责任，直至合同终止、债权消灭。

物权法，提供了交易的前提并保障交易的后果。首先，什么东西可以交易、什么东西不可以交易，你有一样东西你可以对它做什么，是交易的前提。这由物权法规定，即什么是物、什么是物权、有哪些物权以及你有物权可以做什么（物权的内容及效力为何）。其次，物权具体什么时候以及如何变动，或者说通过交易，你具体什么时候和怎样才可以拿到交易标的的物权，而你只有拿到了交易标的的“权”，才会受到法律的保护，才有法律的力量。

后面我们会看到，物权法所说的物主要是指有体物。而交易的标的除了有体物（实际上交易的是物权），可能还会有知识产权、股权或者债权，而对这些权利进行交易，其权利变动的规则参照（即准用）物权变动的规则，因此，才会有准物权行为的存在。

第五节 科斯定理：因为交易成本的存在，制度才有意义

R. H. 科斯（R. H. Coase）是位非常伟大的经济学家，其于

1991 年获得诺贝尔经济学奖。其最重要的两篇论文分别是《企业的性质》和《社会成本问题》，可以说，他开创了 20 世纪的制度主义经济学或者说产权学派，并因之派生出法律经济学或法律的经济分析方法。

新制度主义经济学认为，古典经济学的“交易促进效率”没错，但古典经济学是“理论”的或“理想”的经济学，新制度主义经济学才是“现实”的经济学。由于信息不对称、有限理性、交易成本、垄断及外部性等的存在，凭市场自身无法实现帕累托最优。

科斯发现了“交易成本”（或“交易费用”），并因之有了著名的“科斯定理”。科斯定理的主要内容是，如果交易费用为零，则无论制度或产权如何确定，总可通过市场交易达致帕累托最优或者说效率或资源的优化配置。“他含蓄地表明：各种法律对行为产生影响的主要因素是交易成本，而法律的目的正应是推进市场交换，促成交易成本最低化。”^{〔1〕}

让我们以上述的“所有权人有权要求拾得人返还遗失物”的规则为例，进行分析。依据科斯定理：如果交易费用为零，则无论法律是否赋予所有权人要求拾得人返还遗失物的权利，均可通过市场的自由交易使资源得到最优配置。

假定遗失物对所有权人的价值为 100 元、对拾得人价值为 1 元，如果法律不规定所有权人有权要求拾得人返还，那么，所有权人只能从拾得人处购回该遗失物，理论上，所有权人支付 2 元给拾得人，拾得人就会把遗失物交易给所有权人。

依据科斯定理，我们看遗失物遗失前、拾得后及交易后所有权人、拾得人及社会的财富变化，见表 1-1：

〔1〕【美】理查德·A·波斯纳著，蒋兆康译：《法律的经济分析》，中国大百科全书出版社 1997 年版，第 6 页。

表 1-1 遗失物交易财富变化表

	所有权人的 财富	拾得人的 财富	社会财富	社会财富比 遗失前增减
遗失前	$S + 100$	T	$S + 100 + T$	0
拾得后	S	$T + 1$	$S + T + 1$	-99
交易后	$S - 2 + 100$	$T + 2$	$S + T + 100$	0

(注：假定所有权人在遗失物遗失前的财富为 $S + 100$ ；遗失物对所有权的价值为 100；对拾得人的价值为 1；拾得人在拾得遗失物前的财富为 T ，所有权人以 2 元价格购回遗失物；社会财富为所有权人与拾得人的财富之和。)

通过上表，可见科斯定理的正确。但科斯定理的推论则是，因为交易成本的存在，法律、制度、规则以及产权的确定就对资源的优化配置非常重要了。而现实世界是有交易成本的，而且有时候交易成本会大到无法达成交易。

仍以上述遗失物规则为例。所有权人怎么能找到拾得人呢？理论上，拾得人和所有权人应该在 1 和 100 之间的价格达成交易，但拾得人总想通过交易多要些钱，而所有权人总想少付些钱，他们需要进行谈判或者讨价还价，而双方可能互相不知道对方的底价，如果拾得人要价大于等于 100，交易就不会达成，这会是个艰难的过程。更不要说，双方还互相怕对方欺骗自己，说不定还要再找个律师或见证人；甚至有可能东西有损坏，交付有迟延，双方还可能因此要诉诸法庭……

因此，法律需要对遗失物制定规则，比如，绝大多数的司法区域会赋予所有权人要求拾得人返还遗失物的权利。但是比较不同立法例，可以发现，不少立法例同时赋予拾得人要求失主支付报酬的

权利（详见后述），我国现行物权法却没有赋予拾得人该权利。

这些都是交易成本。有人比喻交易成本就好像是物理世界的摩擦力，在理想世界中，不存在摩擦力，而现实世界是存在摩擦力的，甚至有时候摩擦力大得惊人，需要很大力气才能推动一个物体。交易成本主要包括“度量、界定和保证产权（即提供交易条件）的费用，发现交易对象和交易价格的费用，讨价还价的费用，订立交易合约的费用，执行交易的费用，监督违约行为并对之制裁的费用，维护交易秩序的费用”，等等，“交易费用是经济制度的运行费用”^{〔1〕}。完全竞争的世界类似于物理学家的无摩擦模型或真空状态，“这不是当我们走出图书馆同街上的真实的、活的、呼吸着的人接触时我们所认识的那种真实世界的画面”^{〔2〕}。

交易自由达成，结果是利人利己；而由于交易成本的存在，交易不能达成，就会有“损人不利己”的情况出现。

我国台湾地区现行“民法”就有不少规则体现了这一原理。

比如其第 783 条规定：“土地所有人因其家用或利用土地所必要，非以过巨之费用及劳力不能得水者，得支付偿金，对邻地所有人请求给与有余之水。”

又如，其第 786 条规定：“土地所有人非通过他人之土地，不能设置电线、水管、瓦斯管或其他管线，或虽能设置而需费过巨者，得通过他人土地之上下而设置之。但应择其损害最少之处所及

〔1〕【美】罗纳德·哈里·科斯著，盛洪、陈郁译校：《论生产的制度结构》，上海三联书店 1994 年版，“译者的话”。另可参见，【美】尼古拉斯·L·吉奥加卡波罗斯著，许峰、翟新辉译：《法律经济学的原理与方法》，复旦大学出版社 2014 年版，第一部分，第 5 章。

〔2〕【美】保罗·A·萨缪尔森、威廉·D·诺德豪斯著，高鸿业等译：《经济学》，中国发展出版社 1992 年版，第 1135～1136 页。该书第 19 版已有中译本，见商务印书馆，萧琛等译，2012 年版。

方法为之，并应支付偿金。”^[1]

其第 787 条规定了“通行权”：“土地因与公路无适宜之联络，致不能为通常使用时，除因土地所有人之任意行为所生者外，土地所有人得通行周围地以至公路。前项情形，有通行权人应于通行必要之范围内，择其周围地损害最少之处所及方法为之；对于通行地因此所受之损害，并应支付偿金。”其第 788 条接着规定：“有通行权人于必要时，得开设道路。但对于通行地因此所受之损害，应支付偿金。前项情形，如致通行地损害过巨者，通行地所有人得请求有通行权人以相当之价额购买通行地及因此形成之畸零地，其价额由当事人协议定之；不能协议者，得请求法院以判决定之。”

上述台湾地区现行“民法”第 783 条规定的“使用邻地余水之用水权”、第 786 条的“管线安设权”、第 787 条“袋地所有人之必要通行权”、第 788 条“开路通行权”，均是法律在自由交易无法达成时进行的某种产权安排，以避免“损人不利己”后果的出现。



本章思考题

1. 交易促进效率或者促进社会财富吗？为什么？
2. 你认为什么交易应该被禁止或者限制？为什么？
3. 物权法对交易的完成有什么意义？
4. 你认为法律应当规定拾得人的报酬请求权吗？为什么？我国台湾地区和澳门特别行政区的法律关于此问题是如何规定的？

[1] 《大清民律草案》（1911 年）第 1006 条已有类似规定：“甲地所有人非通过乙地不能安设水管、煤气管及电线，或虽能安设费用过钜者，得通过乙地之上下而安设之。但安设时，须择乙地损害最少之处所及方法，并对乙地所有人支付偿金。”见杨立新点校：《大清民律草案·国民律草案》，吉林人民出版社 2002 年版，第 132 页。

▶ 本章推荐阅读文献

1. 【美】罗纳德·哈里·科斯著，盛洪、陈郁译校：《论生产的制度结构》，上海三联书店1991年版；

2. 【美】保罗·A. 萨缪尔森、威廉·D. 诺德豪斯著，高鸿业等译：《经济学》，中国发展出版社1992年版；该书第19版已有中译本，见商务印书馆，萧琛等译，2012年版；

3. 陈郁编：《企业制度与市场组织——交易费用经济学文选》，上海三联书店、上海人民出版社1996年版；

4. 【美】罗伯特·考伦、托马斯·尤伦著，张军等译：《法和经济学》，上海三联书店、上海人民出版社1994年版；

5. 【美】R. 科斯等著：《财产权利与制度变迁——产权学派与新制度学派译文集》，上海三联书店、上海人民出版社1994年版；

6. 茅于軾：《生活中的经济学》，暨南大学出版社2007年版；

7. 【美】理查德·A. 波斯纳著，蒋兆康译：《法律的经济分析》，中国大百科全书出版社1997年版。

第二章

物权法与财产法：物权法的内容与性质

在成文法系、民法法系、法典法系或大陆法系的司法区域，一般会有民法典，物权法规则通常是其民法典的一部分，如其在德国民法典中，则构成其中的一编；在英美法系、普通法系或判例法系的司法区域，包括英国本土及其前殖民地，一般以英文为官方语言，通常没有民法典或相应的成文法，但会有财产法（property law）规则，而且主要是由判例组成的规则。

第一节 物权法的主要内容

成文法系或大陆法系与英美法系或普通法系的主要区别是有无成文法，以及判例的作用不同（美国有些财产法教材会包含部分知识产权的内容），而且由于历史文化原因，各司法区域的物权或财产权利的种类会有所不同。不过，物权法与财产法所规范的内容却

是大致一致的。^[1]

物权法主要规范四个方面的问题，或者说是主要包括四个方面的规则。见下表 2-1：

表 2-1 物权法内容表

	物权法规则的四个内容	王泽鉴的表述 ^[2]
问题 1	什么是物（或财产）？	何种之物（或财产）得为私有？
问题 2	什么是物权？	所有人对于其物得为如何的使用、收益、处分？
问题 3	如何取得物权？	如何创设物权？
问题 4	如何保护物权？	所有权被侵害时的救济方法。

我国物权法共五编，分别是第一编总则、第二编所有权、第三编用益物权、第四编担保物权、第五编占有，可以说，基本上每一编都是这样的结构，比如，总则编就规定：什么是物（包括动产和不动产），什么是物权（包括所有权、用益物权和担保物权），物权如何变动，物权如何保护。分则编的各种物权（占有除外），也

[1] 应该说，称“物权法”是继受德国五编制民法典的结果。债与物权分别是德国民法典两编，债权与物权的区分也是德国民法典编纂的理论基础。“对于德国民法典严格划分债与物权的办法的一种非难来自关于买卖合同的问题。特别是在与英美法中的规定比较时，更受到批评。在英美法，关于买卖的法律既解决买卖双方的义务，也解决买方取得所有权的问题。而在德国民法典，这两个问题分别由债法和物权法去解决”。见谢怀栻：《大陆法国家民法典研究》，中国法制出版社 2004 年版，第 46 页；该论文原部分连载于《外国法译评》1994 年第 3、4 期及 1995 年第 2、3 期。美国的财产法教材一般不会讲到动产买卖时物权的变动，但会讲到类似于善意取得、遗失物、先占、时效占有及不动产登记效力等制度，不动产的买卖、租赁等也会包括在财产法中。可以参见 [美] 史蒂文·L·伊曼纽：《财产法》，影印本，中信出版社 2003 年版。

[2] 见王泽鉴：《民法物权 1·通则·所有权》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 14 页。

是分别规定每种物权可以成立在什么“物”上面（部分物权可以成立在权利之上），每种物权有什么效力（内容），每种物权如何取得，以及如何保护。

以下分别就这四个方面的问题予以简单解说。

一、什么是物

这是物权法或财产法规则首先需要规定的问题，法律需要明确什么是物权法所说的物或财产，以及人民可以拥有什么财产。

我国《物权法》第2条第2款规定：“本法所称物，包括不动产和动产。法律规定权利作为物权客体的，依照其规定。”

回顾前述内容，也可以说，对于什么东西可以交易做出规定。这方面的规则当然重要，如果什么东西可以交易、什么东西不可以交易不清楚、不透明，人民就会无所适从，这样怎么进行交易？

二、什么是物权

也就是说人们对一个物可以拥有怎样的权利，可以对这个物做什么。所有权是最重要的物权，所以王泽鉴直接归纳此问题为“所有人对于其物得为如何的使用、收益、处分”。

这个问题还包括以下内容：有哪些种物权？每种物权有什么内容或效力？我有某种物权可以做什么？

三、如何取得物权

可以通过哪些途径取得物权？取得了一个物权，就存在了一个物权的法律关系，就有了物权法律关系的变动，就有了物权的变动，因此，这一问题也可以换成“物权如何变动”。

这是物权法的重要内容。因为只有依法取得了物权，才会有一个真正的“权”，才有法律的力量，才会受到法律的保护。

学习物权法的一个重要方面，就是掌握每种具体的物权如何变动、何时取得或创设、何时消灭。

四、如何保护物权

物权受到侵害，会依据侵权法规则受到保护。但除了侵权法规

则，物权自身的效力也可以成为维权的请求权基础；此外，部分物权还有保全“权”。比如，《物权法》第193条规定：“抵押人的行为足以使抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求抵押人停止其行为。抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求恢复抵押财产的价值，或者提供与减少的价值相应的担保。抵押人不恢复抵押财产的价值也不提供担保的，抵押权人有权要求债务人提前清偿债务。”

第二节 大陆法系的德国民法思维与英美法传统的思维方法之不同

大陆法系特别是德国法的思路，是从生活事实中抽象出高度抽象的概念，依逻辑关系编排法典，从而试图没有遗漏地规范纷繁复杂的生活事实。法典式的方法，如同用重要的概念作为结点，编织一个细密的网，去兜住需要规范的生活事实，一旦概念不清，网编得有问题，要么会漏掉东西，要么会兜住不应该兜住的东西。“德国民法典的总则编是最引人注目、最引起争议的问题。”^{〔1〕}

而用判例的方法进行修补，那是个需要时间的细活。

英美法的判例法方法，好比在地面上安置一顶顶的小雨伞（判例），互相遮蔽，挡住落下的雨滴，有漏下的，就会及时通过判例补漏，虽然看似笨拙，但通过好几百年的循序渐进，细致得很，很少有漏洞了，但这种方法不好轻易搬过来用。

德国法与英美法在法律体系和方法上的不同，植根于其哲学传统的不同。英国有经验主义的哲学传统，从洛克、休谟、霍布斯到贝克莱，都强调经验的重要，其方法是归纳的方法，具体到法学，则是遵循先例，判例在其法律体系中具有决定性地位，因此，英美

〔1〕 谢怀栻：《大陆法国家民法典研究》，中国法制出版社2004年版，第41-45页。

法可以没有成文法，但离不开判例和熟悉判例的法律职业团体，虽然现在成文法增多，美国联邦甚至有了美国法典，各州也有所谓州的法典，但不过是各种法律的散乱汇编而已；而欧洲大陆，主要是德国与法国，则是理性主义传统，比如从笛卡尔、莱布尼兹、康德到黑格尔，均强调抽象的概念和逻辑体系，其方法是演绎的方法，强调逻辑体系、概念的严密和概念的层级或位阶，德国法的法律行为概念是其理性主义哲学抽象的体现，比如“民事权利—财产权—物权—他物权—抵押权”递降的层级；又比如“法律事实—行为—私法行为—合法行为—表示行为—法律行为—合同”递降的层级，通过对生活事实进行抽象，创造出概念，再企图以其概念的精确来涵盖所有生活事实。

就英美法与德国法（大陆法）对中国的意义而言，无所谓优劣。从个人角度，则更喜欢英美法——英美法判例法遵循先例的原则可以稳定司法，但又不拘泥于先例，普通法可以通过判例的点滴演进变革社会结构，从而避免了社会的剧烈动荡¹⁾。相反，大陆法由于法典化，适合“革命”，似乎可以随时重来一套。

总之，大陆法系的物权法通常是民法典的一编，而民法典的编纂是先从生活事实抽象出概念，遵循概念的逻辑结构编写出民法典，包括物权法。而英美的财产法则是另外一番景象，主要由判例法组成，靠几百年的判例积累、演进构成。这样，大陆法就显得逻辑严谨，企图用概念涵盖所有生活事实，但显僵硬；而英美法虽显笨拙，但灵活实用。

举例而言，大陆法讲物权特定，即物权必须建立在特定的物

[1] [美] 腓特烈·G. 坎平：《盎格鲁—美利坚法律史》（Historical Introduction to Anglo—American Law），法律出版社2001年版，作者的第三版序。“The history of our law is a history of change. Without the need for violent social revolution, the common law has adapted to changes in our social and economic structure from feudalism through mercantilism to a modern capitalism society.”