

当代中国学术文库

docsriver.com
商家本本店

物权法律问题研究

Research on the legal issues
of property rights

郭同峰 / 著



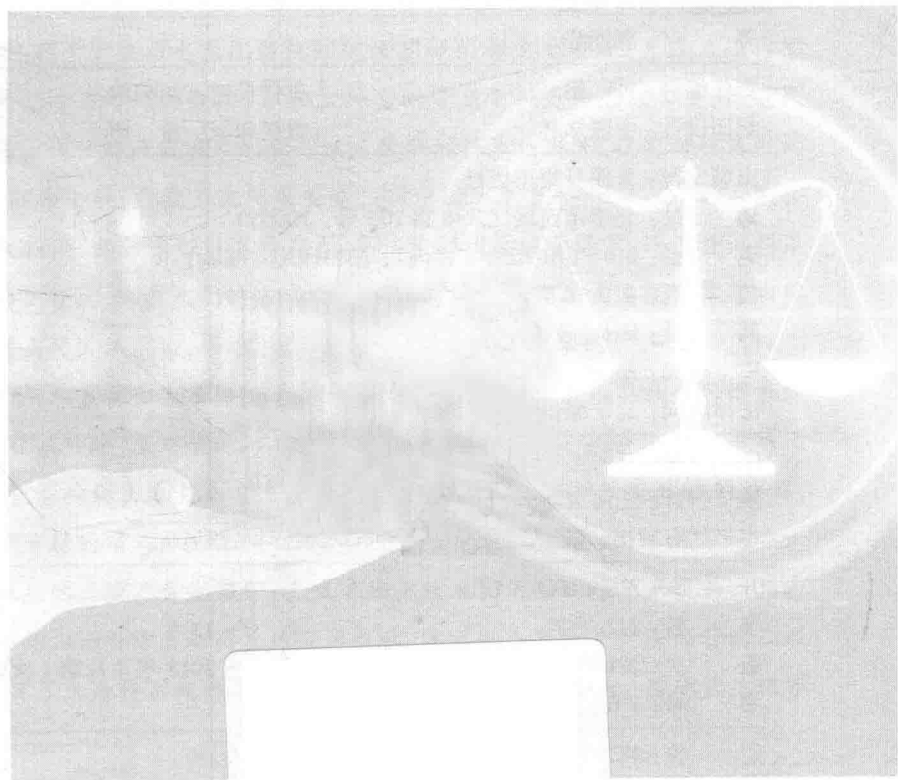
光明日报出版社

当代中国学术文库

物权法律问题研究

Research on the legal issues
of property rights

郭同峰 / 著



光明日报出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

物权法律问题研究 / 郭同峰著. -- 北京: 光明
日报出版社, 2018. 1
ISBN 978 - 7 - 5194 - 3918 - 7

I. ①物… II. ①郭… III. ①物权法—研究—中国
IV. ①D923. 24

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 016780 号

物权法律问题研究

WUQUAN FALV WENTI YANJIU

著 者: 郭同峰

责任编辑: 许 怡

责任校对: 赵鸣鸣

封面设计: 中联学林

责任印制: 曹 诤

出版发行: 光明日报出版社

地 址: 北京市西城区永安路 106 号, 100050

电 话: 010 - 67078251 (咨询), 63131930 (邮购)

传 真: 010 - 67078227, 67078255

网 址: <http://book.gmw.cn>

E - mail: xuyi@gmw.cn

法律顾问: 北京德恒律师事务所龚柳方律师

印 刷: 三河市华东印刷有限公司

装 订: 三河市华东印刷有限公司

本书如有破损、缺页、装订错误, 请与本社联系调换

开 本: 710 × 1000 1/16

字 数: 242 千字

印 张: 13.5

版 次: 2018 年 4 月第 1 版

印 次: 2018 年 4 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5194 - 3918 - 7

定 价: 48.00 元

版权所有 翻印必究

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
但请勿去除文件广告宣传页面

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>



前 言

中国有句古话,有恒产者有恒心。改革开放近四十年来,中国人民在追求共同富裕目标中开始积累了越来越多的社会财富,中国人民实现了从站起来、富起来到强起来的历史性跨越。在现实生活中富裕起来的人们多使用财产概念表达人们所拥有的财富,与普通百姓不同,法学家则使用物和物权来表述相同的东西。在今天其他科目虽已与民法并驾齐驱,但仍有许多人认为民法是最适合于塑造法律思维的科目,因为它在历史上比其他任何法律部门都更受重视,并且为法律家提供了发展其他法律部门的基础。^① 私权神圣的重点之一是所有权神圣,这是民法的基本理念。保护财产所有人的所有权是民法的根本出发点,没有对所有权的保护,就没有经济发展,更谈不上交易安全。新中国历史上“一大二公”的人民公社化运动,“大锅饭”的计划经济发展形式,不仅被证明是效率低下,而且被证明是不符合人性的。可见,保护人们的财产私有权十分必要。现在我国法学界也明确肯定了私权神圣的民法理念,而这在计划经济时代是不可想象的。

土地作为与人类社会生活须臾不可分离的生产资料,随着人类社会的进步发展,土地资源日益紧缺,土地资源的不可再生性进一步加剧了人多地少的不均衡现状,同时严重影响到土地交易市场的供需关系。按照房地产开发建设的过程,我国的房地产市场的结构分为三级:一级市场是土地使用权出让;二级市场即土地使用权出让后的房地产开发经营;三级市场是投入使用后的房地产交易。只有在通过一级市场以出让方式取得土地使用权后,才可进入房地产开发经营的二级市场,这就决定了土地使用权的取得成为房地产开发的前提条件。房地产三级市

^① [法]勒内·达维著,潘华仿、高鸿钧、贺卫方译:《英国法依法国法:一种实质性比较》,清华大学出版社2002年10月版,第45页。

场均是以土地和房屋不动产为开发经营对象,涉及物权法和债权法中最难以解决和处理的不动产和买卖两大难题,这一直是立法机关、学术界及实务界亟须解决的问题。

不动产一词法律上有所定义,而房地产一词为通俗用语,不动产一词可以包含房地产,而房地产一词却无法包含全部的不动产。尽管我国有房地产管理法等法律法规,但更多是作为行政管理法存在。就民商法而言标准用语乃谓不动产或动产,所以本书的书名乃为不动产交易法研究,其实际内容主要是土地以及土地上的建筑物或构筑物。规定不动产的在美国称为财产法,在大陆法系国家称之为物权法。但以不动产法为重心的美国财产法与大陆法系国家物权法不同。^①两大法系财产法看不到多少趋同的迹象,这一方面是由于财产法被认为是最具有地方性的知识。^②霍尔姆斯大法官最喜欢的一句格言是这样说的:“有时候一页的历史需要一整卷的逻辑去解释。”这大概就是关于不动产法的情形。英美财产法的根源是来源于土地的,这些根源至今仍然滋养着这个部门法的成长。^③

传统物权法关注的中心是确定物的归属(重点是确认所有权),现代物权法则相对更注重效率。从重视物的“归属”到重视“利用”,是现代物权法发展的一个趋势。在现代社会,仅仅强调物归其主已远远无法适应技术和经济发展对物的使用需求。传统物权法强调物的“静的安全”,现代物权法则更强调“动的安全”。从这个意义上说,现代物权法不再仅仅是保护静态关系的法律,而且也合同法一样,成了保护动态交易的法律。在交易频繁的现代社会,这对于降低交易成本有相当重要的意义。

本书主要以不动产交易法律制度为中心,第一章是本书的概述,介绍了财产权、物权法上的物、不动产与不动产交易等基本问题。我国现阶段的财产纠纷大多体现为不动产的交易纠纷,深入研究我国不动产交易对物权法的发展与完善具有重要意义。本部分的研究为本书其他部分的展开奠定了基础。第二章和第三章对不动产交易的不同交易类型进行了研究,主要包括土地使用权和房屋所有权

① 参见王家福先生为钟书峰翻译的《不动产》(第四版)所写的序言以及该书的译者前言。*Real Property*为美国法学家 Roger H. Bernhardt 和 Ann M. Burkhart 著。该书已由法律出版社 2005 年出版了中文本。

② 参见吉尔兹:《地方性知识:事实与法律的比较透视》,邓正来译,载梁治平编《法律的文化解释》,三联书店,1998 年版。

③ 参见约翰·E. 克里贝特等著:《财产法:案例与材料》,齐东祥、陈刚译,中国政法大学出版社 2003 年 11 月版,第 175 页。

的买卖、不动产租赁等问题,涉及的一些问题涵盖了债法和物权的用益物权。第二章主要是研究土地使用权的出让和转让问题。就我国现在的不动产交易来看,出现比较多的是土地使用权的交易,在集体土地所有权转化为国有土地、国有土地使用权的出让或转让中存在诸多问题,影响了我国规范合理的土地交易市场的健康成长。第三章研究了房产交易和房产租赁的法律问题,结合我国的不动产交易司法实务进行了理论联系实际的研究。房屋与房产具有不同含义,房屋买卖与商品房买卖又有不同。在本部分中,对房屋买卖的程序、出卖人与买受人的权利与义务进行了展开,特别是阐述了出卖人的瑕疵担保责任问题。在本章中对买卖不破租赁制度进行了分析研究。不动产租赁在我国历史悠久,对不动产的物权效力、买卖不破租赁的构成要件、承租人的优先购买权与优先承租权进行了研究。第四章主要研究了不动产交易中的第三人利益保护问题。在不动产交易中如何保护交易中的第三人的合法利益,这涉及法律的着眼点到底应该侧重保护所有人还是交易第三人的价值选择问题,对此学术界的看法不尽一致。本书的观点是交易安全与效率的选择中,从推进经济发展的角度看,在确保所有人权益的同时,更应该保护的是交易中的第三人的合法权益,因为这关乎社会的利益。因此在本书中,主要阐述了不动产交易第三人利益保护的理論。不动产权变动模式的选择涉及第三人利益保护,作者主张意思主义的物权变动模式,这既尊重了我国民众的历史习惯又考虑了与我国民事法律体系的衔接,从最终的发展来看我国应该过渡到物权形式主义的物权变动模式,但这需要更长的时间。在本章中,作者主张我国应该确立不动产善意取得制度,这会更好保护善意取得人的合法权益,但要对善意与恶意进行很好的研究。不动产的公示公信原则是我国交易安全保护的原则基础。第五章研究了不动产交易担保问题。首先对担保物权的基本理论进行了研究,在此基础上主要对房地产抵押、土地使用权抵押合同纠纷进行研究,力争使研究更有针对性现实性。

目前,中国共产党正在推进全面依法治国不断推出新举措,民事权利法律制度基本完善,公平正义的梦想正在中国大地日渐变为现实。事实上,任何一部法律都不会完备,立法不会一劳永逸地解决所有问题,而法学研究的任务,是在实践中为运用和发展法律规则提供理论指导。

目 录

CONTENTS

第一章 物权相关概念辨析	1
第一节 财产权的含义和要素	2
一、财产权的含义	2
二、财产权的要素	10
第二节 物权法上的物	12
一、物的概念和特征	15
二、物的观念的扩张和物的意义	19
三、物的分类	20
四、特殊的物	23
第三节 不动产的含义和构成要素	25
一、不动产的含义	25
二、不动产的构成要素	26
第四节 不动产交易	32
一、不动产交易的概念与分类	32
二、不动产交易与不动产权变动	33
第二章 建设用地使用权的出让与转让	36
第一节 土地用益物权的历史发展	36
一、罗马法中的土地用益物权	36
二、大陆法系土地用益物权制度的形成	37
三、对固有法上土地使用制度的改造	41

第二节 土地使用权概述	42
一、土地所有权的概念和特征	42
二、土地使用权与房屋所有权	45
三、对我国现行土地使用权制度的评价	49
第三节 土地使用权的划拨	50
一、国有土地两种取得方式	50
二、土地使用权划拨的含义及形式	50
三、土地使用权划拨与出让的区别	51
第四节 土地使用权的出让	53
一、国有土地使用权出让的概念	53
二、土地使用权出让的特征	55
三、土地使用权出让的性质	56
四、对开发区管理委员会出让土地的行为的认定处理	58
五、以出让方式取得的土地使用权转让的有效条件	60
第五节 土地使用权的转让	62
一、土地使用权转让的概念及定位	62
二、国有土地使用权转让合同的主体	64
三、土地使用权转让合同相关法律问题	65
四、名为合作实为土地使用权转让的处理	70
第三章 房产买卖和租赁问题	75
第一节 房屋、房产和商品房辨析	76
一、房屋与房产	76
二、房屋的分类	78
三、房屋所有权的取得与变动	80
第二节 房屋买卖与房屋买卖合同	82
一、房屋买卖的概念与法律特征	82
二、房屋出卖人和房屋买受人	83
三、房屋买卖的程序	87
四、房屋出卖人之瑕疵担保责任	91
五、受限制的房地产转让	102
六、房地产价格评估	104

七、房地产成交价格的申报与管理	106
第三节 买卖不破租赁分析	107
一、买卖不破租赁制度	107
二、租赁权的物权效力	108
第四节 买卖不破租赁制度的要件	110
一、租赁关系有效存在	111
二、租赁物已交付于承租人	111
三、出租人将租赁物所有权让与第三人	115
第五节 承租人的优先购买权	118
一、承租人优先购买权的含义	118
二、优先购买权的性质	118
三、承租人优先购买权的几个法律问题	120
四、解除租赁合同纠纷的处理	125
第六节 承租人的优先承租权与不动产的转租问题	126
一、承租人的优先承租权	126
二、不动产的转租问题	129
三、关于土地使用权和房屋所有权能否分别出租问题	134
第七节 对租赁房屋进行添附(包括装修)纠纷的处理	136
一、基本原则	136
二、善意添附与恶意添附	137
三、善意添附的处理	137
四、恶意添附的处理	138
第四章 不动产交易安全中的第三人利益保护	140
第一节 不动产交易安全简论	140
一、物权变动与交易安全	140
二、不动产交易中的第三人	144
三、物权变动中第三人利益保护的理论基础之争	145
第二节 物权变动模式与不动产交易安全	147
一、物权变动与交易安全概述	147
二、不动产物权登记对物权变动效力之比较法分析	148
三、我国的物权立法对物权变动模式的选择	153

第三节 不动产善意取得中的第三人保护 156

- 一、不动产善意取得制度的理论分析 156
- 二、不动产应适用善意取得制度 158
- 三、不动产善意取得构成要件 161
- 四、关于受让人善意的分析 163
- 五、构建我国不动产善意取得制度的构想 166

第四节 公示公信原则是第三人保护制度的原则基础 169

- 一、公示公信原则的理论分析 169
- 二、公示公信原则与物权行为无因性原则 173

第五章 不动产担保 176

第一节 担保物权的概念与特征 176

- 一、担保物权的含义 176
- 二、担保物权特征 178
- 三、担保物权的分类 179
- 四、担保物权与用益物权的区别 181

第二节 关于担保物权性质的争议 182

- 一、担保物权性质学说分析 182
- 二、担保物权性质为物权理由分析 184

第三节 房地产抵押 190

- 一、房地产抵押的概念 190
- 二、房地产抵押权的特征 192
- 三、房地产抵押的形式 192
- 四、房地产抵押的客体 195
- 五、房地产抵押合同 196

第四节 土地使用权抵押合同纠纷的解决 197

- 一、土地使用权抵押合同的相关限制 197
- 二、土地使用权抵押合同在司法实践中的常见冲突 197
- 三、抵押房屋的处置 199

主要参考书目 201

第一章

物权相关概念辨析

中国有句古话,有恒产者有恒心。改革开放近四十年来,中国人民在追求共同富裕目标中开始积累了越来越多的社会财富,中国人民实现了从站起来、富起来到强起来的历史性跨越。在现实生活中富裕起来的人们多使用财产概念表达人们所拥有的财富,与普通百姓不同,法学家则使用物和物权来表述相同的东西。民法学中存在财产、财产权概念,但是,学者们在讨论物权法时,却避而不谈财产,只以物、物权称之。因此,研究物权法必须澄清物与财产这两个概念。为了更好地保护人民的财产权和维护社会主义市场经济秩序,中华人民共和国第十届全国人民代表大会第五次会议于2007年3月16日通过《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》),该法自2007年10月1日起施行。因物的归属和利用而产生的民事关系,都适用《物权法》。

《物权法》实施已经十周年,中国的《民法典》的制定也已经进入了现在进行时。对任何一个法律材料的理解,均以对那些经常出现的概念的理解为前提。对这些概念的掌握,是运用法律必不可少的要求。它们是人造法律语言的辅助手段,也是法律人所必备的工具。故此,要想读懂民法典中的“物权法”,也就必须要掌握其基本概念。^① 物权制度是构筑社会运行秩序的基础,社会秩序也可以称为社会的结构。人类社会的发展,要求法律制度——物权制度的变化发展,同时物权——法律制度的变化发展,也不断推进社会的进行发展。

^① [德]鲍尔、施蒂尔纳著,张双根译:《德国物权法》法律出版社2004年2月版,第21页。

第一节 财产权的含义和要素

法律制度作为上层建筑的发展是随着经济基础的变化而不断变化的,尽管相对于经济基础来说,上层建筑的变动具有相对独立性。以所有权为核心的财产权制度,是人类经济—社会历史上的一个恒久的制度,但又是一个因社会和历史不断演变和变革的制度。关于财产与社会变革的关系,《不列颠百科全书》的作者写道:社会的政治组织常决定个人所能享受的财产权的种类、范围和内容;反过来,财富的分配不可避免地也会对政治组织的结构和发展施加影响。^①许多伟大的思想家、政治家无不是想通过财产制度的变革,来实现社会结构或制度的变革。

社会需要是财产制度存在和发展必不可少的基础,社会—经济不断发展和演进,自然要求不断改革其所有权制度。正如狄骥的老师 Villegas Basavilbaso 指出:“所有权不是不可触犯的和神圣的,而是不断变化的一种权利,应根据它将满足的社会需要来塑造它。如果在某个时期,个人所有权与社会需要相符合,立法者就应该干预以组成另一种的财富所有形式。”

法律不仅通过财产制度安排组织社会共同生活,建立稳定的社会结构和秩序,而且这种法律制度安排关系着社会(指一定范围内的生活共同体)的发展和进步。因为社会进步发展是人类运用其智慧的结晶——制度于自然资源,发展自己的一个过程。正如 McDougal 论述的,“描述特定社会共同体社会进步的最简便的方法是,将它描述为既定人类群体为了价值的生产而运用制度于资源。在这一总体过程中,不同的民族在不同的意义上为了不同的目的而使用财产(property,又译财产权)一词……”^②

一、财产权的含义

在大陆法系,各个国家立法和学者对物的界定及其与财产关系并没有一个统一的认识。

^① 《不列颠百科全书》第15版第15卷,转自上海社会科学院法学研究所编译《民法》第80页。

^② 高富平著:《物权法原论》,中国法制出版社2001年,第21页。

《法国民法典》并没有将物权和债权概念纳入法典,法典直接使用是财产而不是物。大陆法系与普通法系对财产权有着完全不同的理解。例如,大陆法系的法律以所有权为基础来分析财产和财产权,但是在英美法律中几乎找不到一个完整的所有权的概念。大陆法系宣称“一物一权”,可是在英美法系中,一物(如土地)可能存在着几种不同的所有权。这些重大的差别来自诺曼底的入侵和从那时发展出来的封建土地制度。

根据尹田的介绍,在法国法上,财产的含义分三种:其一,财产是服务于人的“物”,这里的物仅指有体物。其二,财产为权利。即设定于物之上的权利。其三,财产包括物、物权、无形产权和债权。^①

第一种含义是从客体意义定义财产,财产等于有体物。由于物只有置于特定主体排他支配权利之下才成为财产,且有权利才有财产,因而第二种含义的财产,揭示了财产(物权)的本质是一种权利。这两种财产含义似乎仍然局限于有体物和对有体物的支配权(狭义物权)的范畴内。但其第三个含义的财产却远远超出了物权范畴,“它描述了一切具有财富价值的权利”,^②它包括债权和广义的物权。由此可见,在法国法,物只包括有形物,物是财产的一种形式。

在以法国法为传统的大陆法国家,也基本上承认物为财产的一种形态。在西班牙和大多数拉美国家民法典将所有可成为权利客体的物视为财产。如《意大利民法典》第810条将所有为财产的物均认为是权利的客体。^③而《智利民法典》则将财产界定为由有形的和无形的物的组成(565条)。^④因此,如果将物只理解为有形物,那么,物只是财产的一部分;如果将物理解为包括有形物和无形物,那么,物和财产两个词基本上是等同的。

有些民法典中对物与财产做了区分,如《阿根廷民法典》就将该法典的物界定为有一定价值的有形物;而具有一定价值的非物质客体连同(物)被称为财产(第2311~2312条)。这就是说阿根廷民法中的财产是一个与物并行的概念,物仅指有形物,而财产除有形物外,还包括无形物等。《德国民法典》第90条也规定:“法律意义上的物仅为有体物。”根据孙宪忠的解释,第90条的规定主要针对物权法,

① 尹田:《法国物权法》,法律出版社1998年版,第13~14页。

② 尹田:《法国物权法》,法律出版社1998年版,第14页。

③ 中译本的译文为:“所有能够成为权利客体的物品都是财产。”见费安玲、丁玫译:《意大利民法典》,中国政法大学出版社1997年版,第9页。

④ 《哥伦比亚民法典》、《乌拉圭民法典》等也有相同的规定。

在民法典的债务关系一编中的物,不仅仅指有体物。狭义的物仅指有体物,广义上的物是财产权利客体的总称,包括有形物、无形物和权利(但不包括一般性质的债权)。

在这里要特别提一下 1994 ~ 1995 年颁布的《俄罗斯民法典》的规定。该法典第 128 条提出了一个非常广义的民事权利客体概念,它包括:物,其中包括金钱和有价证券;其他财产,其中包括财产权利;工作和服务;信息;智力活动成果,其中包括智力活动成果的专属权(知识产权);非物质利益。显然,这里的民事权利不仅包括物权、债权、知识产权,而且包括人格权。即使我们承认广义物的概念,似乎我们从来不把人格权的客体也称为物。因此,在这个意义上,广义上的物也不能被认为是民事权利,而只应当认为是财产权利的客体。

实际上,在整个大陆法国家民法理论中,存在物权的客体和民事权利客体两个概念。例如,在德国,民法典明确将物权客体限定在有体物上,但同时存在民事权利客体概念,民事法律关系的客体还包括无体物、收益和使用等。在德文中,民法物权中的物为 Sache,而民事权利客体意义上的物称为 Gegenstand。于是,理论界便有狭义上的物和广义上的物。英美法律和著述多使用 property(财产),而不是 things(物),但也有使用 things 的。如劳森和拉登所著的《财产法》就是这样。这两位作者将财产法视为调整人与物之间的法律关系的。而且根据他们的论述,英美法中的物分为有体物(也称具体物)、无体物(也称抽象物)和诉体物(chose in action)。有体物和无体物大致与大陆法相同;诉体物是指合同创设的可转让的权利。所有这些都视为一种财产(property)。

英文“property”一词,中文翻译为“财产”。这个翻译与英美国家的普通人的理解是一致的,指的是某一个具体的物,如汽车、房屋、土地和宝石等;也包括某种无形的有价值的标的物,如有价证券、股票等。但是在美国财产法里,property 一词指的是与物相关联的人们之间的一种法律关系,用边沁的话说是一种“能够从物当中获得一种利益的期待”。所谓法律关系,是一种权利与义务的关系,但是还包括其他的关系,如权力与责任的关系等。

现代意义的(私人)财产权制度在英法德等西方国家,自中世纪结束以来就已普遍建立,而美国自建国之初就形成了“私人财产权神圣不可侵犯”的私人财产权理论和法律保护制度。在私人财产权制度形成、发展和完善的数百年里,西方世界的无数法学家及法官对财产权概念,从各个方面进行了定义。

(一)对有体物的支配权

在布莱克斯通时代,财产法上的财产权被定义为一种对物的专断的、独有的支配权。布莱克斯通在其《英国法评注》(*Commentaries on the Laws of England*)第二部第一章就说:“再没有什么比财产权,或个人对外部世界的物所拥有并施加的那种独有的、专断的,并完全排除世界上任何其他个人干预的支配权,更能激起人们的想象及获得人们的热爱。”布莱克斯通的这个财产权定义主要强调两点:其一是财产权是一种对物权,这里的物当然主要是有体物;其二是这种权利是一种专断的支配权,彻底排除任何个人的干预,强调财产权的绝对性。

这种独有的、专断的支配权赋予权利人如此广泛的自由,以致权利人可以在其财产权范围内做任何令人厌烦的事而不负任何责任,比如,在自己土地上故意修建高楼挡住邻居的视线和光照、修建刁难人的栅栏等。

布莱克斯通关于财产权的定义被美国司法界接受为一项普遍的原则而适用于财产法的案件审判中。这种具有绝对性和对物性特征的财产权概念统治了美国财产法一个多世纪。

(二)有关物的人与人之间的关系

1936年出版的《美国财产法重述》第一版中这样给财产权下定义:“财产权这个词在本书中被用来定义有关物的人与人之间的关系。”^①

财产权、私有制和国家是密切关联的三个概念。菲利科斯·科恩(Felix Cohen)教授在1954年出版的一本有关私有财产权的书中,对财产权所下的定义简短而充分地表达了这三者之间的关系。他给财产权下的定义是:^②

财产权只能由下列的标记所鉴明。对世上其他任何人:除非经我的许可,远离我的财产;对这种许可我既可以授予也可以保留。

签名:私人

背书:国家

这段文字的第一段讲明了财产权的法律性质,即排他性和契约自由。第二段的签名表明所有制的性质即私有制。第三段的背书表明了国家对财产权的介入。

^① Restatement of Property, Introductory Note, at3(1936).

^② F. Cohen, Dialogue on private Property, 9 Rutgers L. Rev. 357, 374(1954)。亦可参见李进之、王久华等著:《美国财产法》,法律出版社1999年版,第4~5页。

1. 财产权的法律性质

尽管英美法系的财产权不具有大陆法系物权的绝对性,但是在排他性上与大陆法系的概念是一致的。财产权的排他性指的是财产权的权利主体是确定的,但义务主体是不确定的任何人。英美法系的排他性最典型的表达法就是科恩教授讲的“世上其他任何人”(the world)都不得妨碍我的既定财产权利。哪怕我的土地是租来的,我的占有权任何人都不得妨碍,该土地的所有人也得远离我的权利范围。科恩教授在一段文字的最后一句话还提到了契约自由的原则,即财产的所有人对财产有处置的自由,这种自由当然是通过契约来实现的。

2. 私有制

科恩定义中的“签名:私人(private citizen)”,表明了土地所有权的私有性质。私有制被认为是一种普遍承认的财产所有权制度。美国学者认为即便在公有制的国家里,私有财产权也在一定范围内存在并受到法律的保护。私有财产权在美国也不是神圣不可动摇的。美国人偏爱私人财产权,并不是因为它是神圣和永恒不变的,而是因为他们认为私有财产权有一定优越性。如果大多数美国人认为公有制比私有制好,那么美国人也会选择公有制。著名的美国联邦最高法院法官霍姆斯(Holmes)在20世纪20年代有关一个社会主义党左派运动的案子中作为反对派意见对此有过一段惊人的说明:“如果在一段很长的时间里,无产阶级专政的信念最终被社会支配力量所接受,言论自由唯一的意义就是给予他们机会和让他们去实践之。”^①

3. 国家

科恩宣言最后一段话“背书(endorsment):国家(state)”,表达了两个含义:一个是英美土地发展的历史过程,另一个是国家对土地私有制的政治功能。背书本身的含义具有同意给予或同意接受的签字行为。这正好与英美土地所有制的来源一致。英国土地所有权都来自国王,国王将土地分封给贵族和武士。作为交换,这些贵族和武士就得在军事上尽忠于国王。在美国,土地在理论上是由国家(各州)让与的。至今国家(各州)在理论上对土地还有一定的所有权。当一块土地无人继承也没有转让给他人时,这块土地就归还给了国家。所有权来自国家不是科恩的主要意思,背书主要意思是承认或认可。在这里国家的“背书”主要指国家承认这种私有财产权并加以保护。美国宪法第5条和第14条修正案将财产和

^① Gitlow V. New York. 268 U. S. 652(1925).

生命、自由并列,规定未经正当法律程序不得剥夺。第5条修正案还规定:“凡私有财产,非有相当赔偿,不得占为公有。”这一点主要是针对国家对土地的征用而言。从这些规定我们可以看到,国家不仅保护私有财产权,同时也有权干预私有财产权,这种干预一定要经过正当的法律程序或赔偿。当今美国社会的发展表明,国家对私有财产权的保护不能狭隘地理解为仅仅是对财产所有人的保护,这种保护已经发展到对财产使用人以及全社会共同利益的保护。今天美国的法律着重保护的是土地和房屋承租人的权利,他们不拥有房屋,靠租赁栖身,法律必须保护他们,以求社会公平。美国对财产权使用的限制典型地表现在对土地的规划(zoning)、环境保护等方面。

约瑟夫·辛格(Joseph Singer)也认为,财产权是涉及有关物的支配和处置的人与人之间的关系。

以上几种财产权定义淡化了对物的强调,虽然物还没有彻底消失,但已将重点转向人与人之间的关系,并已不再提及财产权的绝对性。财产权中人与人的关系的内容由法律定义,受法律保护,也受法律限制。比起布莱克斯通时代,财产权利人的自由度明显减少,法律限制逐渐增加。

(三) 权利集束

威克利·H. 霍菲尔德(Wesley H. Hohfeld)在1913年和1917年发表的两篇文章里,提出了分析财产权的八种相互对应的要素。用这八种要素的不同组合来表达财产权的权利大小,受限范围。这八种要素的排列组合形成下列表格:

法律上 相对立	权利 right	特权 privilege	权力 power	豁免 immunity
	无权 no-right	义务 duty	无权力 disability	责任 liability
法律上 相关联	权利 right	特权 privilege	权力 power	豁免 immunity
	义务 duty	无权 no-right	责任 liability	无权力 disability

沈宗灵:《对霍菲尔德法律概念学说的比较研究》, <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=57177>

一个人拥有财产,就是说这个所有者具有一系列的权利、特权、权力以及豁免

免;一个人如果不拥有财产,那么他就是无权利、无权力,只有义务和责任。结果就是财产权被定义为人们之间的一组关系,财产权不再被看作对物的支配,也不再是绝对的,而是受到限制的,其含义是视不同场合而定的。^①

这是一个大胆激进的新理论,彻底颠覆了布莱克斯通关于财产权的定义。这个理论完全剔除了财产权的对物特征,根本不涉及任何物;而且财产权法律关系成为一组可变的各种关系的搭配,而不意味着任何权利的固定的和绝对的组合,因此财产权再也不是绝对的了。

爱德华·鲁宾(Edward Rubin)认为,财产权只是个人享有的全部事物束的一个标签。琼·威廉姆斯(Joan Williams)指出,把某物标示为财产,并不预先决定所有人拥有或不拥有什么样的权利;托马斯·W. 麦瑞尔(Thomas W. Merrill)和亨利·E. 史密斯(Henry E. Smith)也认为,学术界讨论(财产权)中有一个共识——财产权只是一个权利束,任何个人与个人之间关于物的权利或者利益的分配都可以被贴上财产权的标签。^②

一个权利集束的定义虽然彻底推翻了布莱克斯通的“财产权是一种对物的专断、独有的支配权”的概念,消除了财产权的对物性和绝对性特征,为法律限制财产权提供了理由,为扩大财产权客体提供了可能性,但是也导致财产权客体范围无限扩大,财产权内容和客体不确定性的弊端。人们不能预先获知什么利益可以被认可为财产以及自己的财产权的具体内容,也不能让义务人有效获知自己的义务内容,从而对自己的行为做出合理的安排以避免侵权的发生。另外,对于市场中的交易对象来说,也加大了其交易的风险,为预防这种风险又势必会增加交易成本。司法的判断毕竟是一种事后的救济。

(四)对有价值的资源的排他使用权

杰里米·沃德仁(Jeremy. Waldron)认为:“私人财产权概念就是对有价值资源的获取和控制的规则系统的概念。”^③

理查德·A. 波斯纳(Richard A. Posner)指出:“财产权是对有价值资源进行

① 肯尼斯·万镇菲尔德,《十九世纪的新财产:现代财产概念的发展》,“产权理论研究”,第39页。

② Thomas w. Merrill, Henry E. smith, “法律经济学中财产权”,《私法》第三辑,北京大学出版社,第243、254页。

③ Jeremy waldron, *The private property*, 31 (1988). “The concept of private property is the concept of a system of rules governing access to and control of material resources.”

排他性使用的权利。”私人财产权法律保护有一个重要的经济功能,就是创造有效率利用资源的激励;一个有效的财产权制度体系有三个标准:普遍性(Universality):除人人都可以随意消费而不减少任何他人的消费的资源外,所有资源都被或可以被个人所拥有;排他性(Exclusivity):给所有者对其所拥有的物承担资源有效利用成本的一个激励;可转让性(Transferability):因为,如果一种财产不能被转让,就没有办法使一种资源从低效率利用向高效率利用转移。

大陆法系的物权概念与英美法系财产权概念有一个重大的不同,即关于物权或所有权的绝对性。大陆法系强调物权的绝对性,英美法系的财产权里只有少数权利是绝对的,多数权利都是相对的,财产的非所有者也可能有一定的财产权,财产的所有者还有现实和未来利益之分。

财产一词可从两个角度进行观察。从主体的角度观察,任何一种财产均表现为某人对某种财产利益享有某种权利,或者说任何一种针对或表现为一定经济或财产利益的权利均可称为财产。言及财产,必定是说它归属于某人的,也就是某人享有某种权利。因此,只要特定人的权利指向某种财产利益,那么,对权利人而言就拥有财产。财产的本质是财产权人享有的某种权利。在这个意义上,人身权以外的民事权利基本上均属于财产,因为它们均指向财产利益。这个意义上的财产权不仅包括物权等支配性权利,而且也包括债权性质的权利。这也就是法国法中最广义的财产所包含的意思。

从客体的角度观察财产是什么,实际上是在问各种各样的财产权利指向的对象是什么,这种权利指向的对象均称为客体。按照民法学一般观点,物权的客体是物(有的国家仅指有形物,有的还包括无形物);知识产权的客体是无形物或智力成果;债权客体是给付行为。

在这一点上,两大法系存在着差异。英美法财产或财产权不包括一般债权(或合同权利),只包括一些可自由转让的债权(如债券)。实际上,这里的债权已经成为交易的客体,成为流转的财产,成为权利客体。而大陆法将债权也视为一种财产权,只是从结果上说债权人最终可取得财产利益。两者的标准显然不一样。

从客体的角度探讨财产,我们仅应当探讨那些能成为对世性权利客体的东西,即支配权的客体;应当是权利人现时的可拥有的财产形态,而不是将来可能拥有的财产。在这一点上,英美法的财产概念:财产权是一种对世性的排他支配权,凡是置于排他支配权之下的东西均为财产。这种财产即是物权

的客体,即是物;而这种物权,是一种广义的物权概念,即相当于英美法的财产权概念。

由此,从客体意义上观察财产,实际上就是要探讨哪些东西可置于支配权之下,成为支配权客体。由于成为支配权客体的东西多种多样,法律即撇开各种差异,而将之抽象为物。故法律上的物,实际上就是从客体意义上观察的财产。随着人类征服自然能力的提高,纳入支配权客体的物愈来愈丰富,一方面从有形物发展到无形物,另一方面法律制度创制了许多类型和层次的可转让权利,也成为支配权客体。于是法律上对于物的界定愈来愈脱离物理形态的物,成为一种特有的法律概念。

5. 我国学者的见解

有学者认为,所谓财产,指具有经济价值,同一定目的而结合之权利义务之总体:其一,财产具有经济价值,即能够满足人们经济上的需要,且可以以金钱估计其价格。其二,财产是依一定目的而结合。一财产与其他财产的区别在于财产目的的差异。其三,财产为权利义务的总体。权利上的总体为积极财产,义务上的总体为消极财产。财产依其目的,可以做如下分类:(1)一般财产。即依人的一般生活目的而结合的财产。(2)联合财产。分属两个主体的财产,依一定目的而结合者。(3)部分财产。于一般目的之外依特别目的而结合的财产。(4)独立财产。即依独立目的而结合,自一般财产独立管理之财产。(5)集合财产。为特殊目的,属于多数主体的财产的一部分相结合而形成的独立的财产。^①

也有学者指出,“财产”不过是指人与人之间的一种关系。但是,财产(无论动产还是不动产)一般会首先表现为某种“物”。^②

二、财产权的要素

大陆法强调财产权的绝对性。所谓绝对性指的是对财产的占有、使用、收益和处置完整地合为一体,也表现为一物只有一个完整的所有权。美国财产法不强调财产权的绝对性,而是强调财产权中的各种不同的利益。因为美国财产权中的各种权利往往是分离的,英美法对所有权没有一个完整的定义。科利贝特(John Cribbet)说道:有趣的事实是我们可以不提到所有权而讨论财产权的法律问题。

^① 梁慧星著:《民法总论》,法律出版社2001年版,第106~108页。

^② 郑成思:《知识产权、财产权与物权》,载《中国软科学》1998年第6期。

按照普通法的观点,阿莫里案要回答的问题是,失物的发现者有没有一种财产权利。

但是所有权这个词还是出现在英美的判例、法律和其他法律文献中。法学家们力图对这个概念加以界定。著名的耶鲁大学法学教授霍弗尔德(Wesley Hofeld)对此做了很大的贡献。他将财产权分为四大对称的法律关系:权利和义务(right and duty),特权和无权(privilege and absence of right),豁免和无能力,权力和责任(power and liability)。《法律重述·财产法》第一版采纳了霍弗尔德的定义,并分析如下:

权利:一个人要求他人作为或不为的法律诉求(claim)。权利的对应关系是义务,举例如下:

甲是黑土地的所有人,乙是任何一个人。甲通常有权利要求乙不得通过黑土地,乙通常负有不通过黑土地的义务。

特权:一个人不受他人约束的行为或不行为的法律自由。特权的对应关系是无权。

权力:一个人通过行为或不行为来改变一种法律关系的能力。其对应关系是责任,举例如下:

甲是黑土地的所有人,授予乙出售黑土地的法律权力。乙享有一种权力,甲对乙具有一种责任。

豁免:一个人当因他人的行为或不行为而改变了法律关系时享有的自由,其对应关系是无能力。举例如下:

甲是黑土地的绝对所有人。乙通过法院判决是甲的债权人。乙对于黑土地有一种权力,甲具有一种责任。甲付清了全部债务,这时甲就获得一种豁免,乙对黑土地无能力。

以上的概念和举例非常抽象,而且在实际中可能互相重叠,特别是对豁免权的定义最容易与别的几项混同,所以霍弗尔德的财产权的定义受到许多批评。但是,这种批评只是逻辑上的争议而已。霍弗尔德定义之所以被美国法律学会采纳进《法律重述·财产法》里,一个主要的因素是通过这个定义,人们比较容易理解英美法中的财产权中的各种利益和所有权的分割情况。

美国财产法强调的是财产权中的各种利益。所谓利益指的是上述各种权利、特权、权力和豁免的集合,或者指其中的某一项。财产权可能分割为许多部分,这些部分就是各种不同的利益。

美国财产法强调财产的各种权益,但是并非不重视财产的所有权(ownership)。法律虽然没有对所有权给出明确的定义,但是根据《法律重述·财产法》(第一版),所有权指的是上述权利、特权、豁免和权力的完整的结合。财产的所有权也就是完整的财产权。这种完整的财产权只有相对的意义,依时间、地点和当地的法律而定。在动产中,这种财产的所有权是比较清楚的,但是在不动产中完全的财产权只有一种,即“绝对土地权益”(fee simple absolute,)。财产的所有权仍然是财产权的核心,但是只有弄清了财产权中的各种利益,财产所有权的问题才会水落石出。

第二节 物权法上的物

两大法系对不动产与动产的分类一直沿用至今,并对财产法理论和立法产生深远影响。但仅具有纯粹物理意义的分类何以导致两者社会属性和法律意义上的巨大差异,是令各国学者费解的一个问题。梅因认为,探索物的分类的理由不属于法律哲学而属法律历史^①。法国学者马洛里和埃勒斯也认为,“这种分类的重要性并不能以其分类本身解释,而只能从历史的角度予以解释”。^②亦即只有通过该项分类对古代和近代物权法理论和立法的影响去了解其价值,而不是仅仅通过抽象笼统的历史规律去分析,这使我们意识到考察该项分类是了解物权法历史发展的一条重要线索。^③动产与不动产分类在物权法上具有十分重要的地位,其对物权法的技术影响,甚于自物权、他物权分类。自罗马法以来,大陆法系国家和地区都将财产区分为动产与不动产,在此基础上建立起对物权制度至关重要的物权公示制度。“动产和不动产的划分对整个《德国民法典》,尤其是对德国民法物权体系有着根本性的意义”^④,德国民法典的物权编事实上建立在对动产与不动产区别对待的法律规范上面。中国的民法通则没有动产与不动产的概念,但在民法理论上和近几年的立法中,接受了这一分类,担保法中的不动产抵押和动产质押表明,动产与不动产分类及其作用在中国同样重要。动产与不动产的分类反

① [英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1996年版,第155页。

② 尹田:《法国物权法》,法律出版社1998年版,第68页。

③ 马俊驹、梅夏英:《不动产制度与物权法的理论和立法构造》,《中国法学》1999年第4期。

④ 孙宪忠:《德国当代物权法》,法律出版社1997年版,第9页。

映了人类社会的一个基本思想,财产对于人类,有些很重要,有些则不那么重要,人类社会必须将那些很重要的财产从一般的财产中区分出来,给予特殊的管理和保护,从而为人类社会的生存与发展提供基本的物质保障。人类生存与发展的一切最终来自土地,拥有土地意味着占有和支配物质资料的最充分的可能,而土地是不能移动的,因此,以不可动性为社会重要财产的基本特征,自然而然地为直观的认识所认同。在中国,由于历史习惯的原因,不可动物称为不动产,可动物称作动产。作为得到不同历史时期不同国家和地区认同的分类,其本应有一个清晰而统一的分类标准,^①但事实正好相反,动产与不动产的分类在相当程度上是模糊的。同样是种子,在法国民法中,只要是供给佃农的,就算不动产,在德国民法中,则必须投入土地才能成为不动产。一项财产,因为其自身所处的条件或背景的差异时而为动产时而为不动产,这一事实本身就说明动产与不动产标准的不确定性。或许正是因为这一点,不少学者如谢在全先生宁可在动产与不动产其他问题上洋洋千言,也不愿意在如何区分动产与不动产上花费点墨。大陆法系民法都以物的不可动性作为动产与不动产分类的基本依据,使得动产与不动产在大陆法系物权制度中成为共同的法律概念发挥基本相同的作用,而德国民法、法国民法在物理标准之外增加了其他标准,是动产与不动产一直没有确定说法的基本原因。^②

在人类社会中,财产的定义从来不只体现在实物形态,罗马人了解这一点,创造了无体物的概念,这一概念本质上不容于动产与不动产的物理标准,因此,罗马法只能将地上权、永佃权、地役权之类的无体物,先联系上其标的的性质,才确定为不动产,从而造成物的存在形态(无体物)以外又拉入标的存在形态(有体物)的混乱结构。从来没有哪个国家或地区将财产价值作为动产与不动产唯一或重要的分类标准,法国民法也只将其辅助于物理标准。但财产价值标准并没有起到弥补物理标准内在缺陷的作用,财产价值大小与可动与否同样存在意义上的混乱,物理标准的缺陷与价值标准的荒谬同时保留了下来。

德国民法典的程序标准是一个相当机智的对策,但在物只限于有体物的体系中,程序标准不仅没有用以弥补物理标准的缺陷,反而缩小了不动产的范围,使物

① 孙宪忠:《德国当代物权法》,法律出版社1997年版,第7页。

② 孟勤国:《物权二元结构论——中国物权制度的理论重构》,人民法院出版社2002年版,第121页。

理标准更趋向于狭隘和偏颇。德国民法典对附属于土地或建筑物的物,区分为临时目的和永久目的,前者不属于不动产,表明程序标准对物理标准的修正是失败的。应该登记的未必就是不动产,不可动的未必就是必须登记的,除非能够容忍混乱,不可能同时选择程序标准和物理标准。不动产的社会价值其实不在于财产是否可动,而在于指代了重要财产,“这种基本的划分在现代法中表现为不动产和动产之分,这是惯用的名词,因为分属这两个范畴的财物在历史上和各不同法典中,随着社会需求的变化而发生变化,并不看它们是具有可动性还是不可动性”,^①财产是否具有重要的社会意义要由一个特定社会来具体判断。这种判断,既来自人类生活的一般需要,也来自特定期限、特定国家的实际需要。在现代社会,登记是各个国家和地区管理重要财产的普遍形式,在财产法律制度中具有必不可少的地位和作用。登记使得社会上的重要财产的位置、特征、数量等在档案中一目了然,使得财产的确权、移转和变动处于社会的监管之下,使得财产权利的实现和保护有了足够扎实和权威的依据,因此,土地房屋要登记,飞机轮船要登记,股票债券也要登记。凡社会认为是重要财产需要登记的,必须经过登记,其他财产则不需要登记。“历史上一直以不动产指代重要财产,因而不动产必须登记,作为一种全称的判断,可以表述为须经登记的是不动产,不须登记的为动产。德国人对此或许已有朦胧的意识,提出了程序标准,可惜没有挣脱物理标准的枷锁。然而,不管国家和立法者是否意识到或充分意识到,社会生活自身的规律和要求总是要顽强地表现出来,影响人们的行为。以登记区分动产与不动产,已经成为生活中的一个事实,我们所要做的仅仅是揭示和说明这一客观存在。”^②我认为这个论断是有道理的。一个社会中,哪些财产重要,哪些财产不甚重要,由社会生活和经济生活的状况和要求决定,重要的理由是多样的、可变的,是人们的物质和精神要求所决定,不可能有一种固定不变的标准。资源的不可再生或稀缺,物的特定用途或危险,利益的秩序要求或形式以及其他的情形,都能构成财产必须纳入社会管理的理由,成为被社会时时关注的重要财产。这些是决定财产是否在登记范围之中的客观原因。另一方面,财产该不该登记,也与立法者的主观意志相关。立法者判断的准确与及时直接影响着登记财产的范围,有些不甚重要的财产被列

① [意]彼德罗·彭梵得著,黄风译:《罗马法教科书》,中国政法大学出版社1992年版,第191页。

② 孟勤国:《物权二元结构论——中国物权制度的理论重构》,人民法院出版社2002年版,第126页。

入了,有些很重要的财产却遗漏了,这种现象总是有的,但这是主观反映客观、上层建筑反映经济基础要求的过程中所不可避免的,并不因此改变客观决定主观、经济基础决定上层建筑的基本规律和趋势。

我国旧民法,包括现在的中国台湾地区民法,也多使用物来表示客体意义上的财产,只是正统观点继承德国民法,将物仅限于民法物权中的有形物,没有发展出一般权利客体意义上的广义物概念。有形物和无形物的划分主要停留在理论层面上。新中国成立以后,有关物和财产概念随着旧法的废除,也不再使用。

改革开放以后,我国在恢复建立适应新经济体制法律体制过程中,逐渐地接受传统大陆法国家的法律概念体系。只是受特定历史条件的限制,1986年制定的《民法通则》及其他立法均回避使用物和物权概念,而直接使用财产。由于这样的背景,使我国民众对物和物权概念显得比较陌生。

由于物和物权在建构大陆法民事法律体系中的特殊作用,所以理论界一直在使用并呼吁立法中使用物和物权这一概念。现已提上议事日程的物权法,实际上也正在使用物和物权概念。

一、物的概念和特征

1. 物的概念

物权作为对物的直接支配并排斥他人干涉的权利,其客体是物。作为物权客体的物,我国民法有以下理解:

有的学者认为,物是存在于人身之外,为人力所能支配而且能够满足人类的某种需要的物体。^①有的学者认为,民法上的物,也就是作为民事法律关系客体之一的物,是指民事主体能够实际支配和利用的,并能满足人们生产和生活需要的物质材料。^②有的学者认为,物是人们能够实际支配的物质实体和自然力。^③有的学者认为,民法上的物,是指占有有一定空间,能够为人力所支配并能满足人们需要的物体。^④也有学者认为,民法上所说的物,是指作为民事法律关系客体的物,是民事权利主体能够实际控制和支配的具有一定经济价值的财产。^⑤

① 王利明、郭明瑞、方流芳著:《民法新论》(下),中国政法大学出版社1987年版,第8页。

② 佟柔主编:《中国民法学·民法总则》,中国人民公安大学出版社1990年版,第192页。

③ 张俊浩主编:《民法学原理》(一),中国政法大学出版社1991年版,第315页。

④ 钱明星著:《物权法原理》(一),北京大学出版社1994年版,第23页。

⑤ 刘士国主编:《民法总论》,上海人民出版社2001年版,第76页。

2. 关于物的法律特征,有学者认为包括以下几点:(1)存在于人体之外。(2)物为有体物。有体物是指占据一定的空间,依人的五官可以感觉到的物质。(3)物能够为人力所支配。(4)物须独立为一体,能够满足人类社会生活需要。^① 有学者认为,作为物权客体的物具有以下特征:(1)物权的客体必须是单一物;(2)物权的客体必须是独立物;(3)物权的客体主要是有体物;(4)物权的客体主要是特定物。^② 也有学者认为,物:(1)须为权利客体;(2)须为有体;(3)须为人力所能支配;(4)须有确定的界限和范围;(5)须独立为一体。^③

我认为,作为物权客体的物本身是不断发展的。从罗马法开始直到近代,物权的客体主要是土地,自工业革命以来,随着工业化的发展和科学的进步,尤其是市场经济的日益繁荣,人们对物的概念的认识也产生了重大变化。对物的占有不仅仅是为了使用某物,更重要的是将物投入流通领域,获取增殖的价值。而有价证券的出现,使动产较之于不动产具有更重要的价值。在现代社会中,物权的客体是十分广泛的,可以说,凡是存在于人身之外,能够为人力所支配和控制、能够满足人们某种需要的物,都能够成为物权特别是所有权的客体。我国《物权法》第二条规定: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。即将于2017年10月1日实施的《民法总则》第一百一十五条也做了同样的规定。

从学理上看,作为物权客体的物主要具有如下特点:

1. 物的有体性。物为有形之客体,也就是说,物是有形、可触觉并可支配的。依此标准,其他所有的财产形式,均被排除在物权法适用范围之外:各种表现形式的债权、无形财产权(专利权、商标权)属于债法(民法典第413条),或在特别法中适用专门规定。计算机程序因缺少有体性也不是物,但它们因储存于数据载体中而获得可把握的形式时,却成为物。^④ 有体物是相对于无体物而言的。在罗马法中,有体物是指:“实体存在于自然界之物质,而为人之五官所可觉及者也。如土地、房屋等。”无体物是指:“法律上拟制之关系,而为人之五官所不可觉及者也。如用益权、地役权。”^⑤物权的客体是否仅限于有体物,在英美法中,由于对物和财

① 刘士国主编:《民法总论》,上海人民出版社2001年版,第76、77页。

② 王利明著:《物权法论》,中国人民大学出版社1998年版。

③ 梁慧星著:《民法总论》,法律出版社2001年版。第97~99页。

④ 《联邦最高法院民事判例集》,第102卷,135页。

⑤ 陈朝璧:《罗马法原理》(上册),商务印书馆1936年版,第84页。

产的概念未做严格区分,财产既可以是物(tangibles),也可以是无体物(intangibles),因此,无形财产也可以成为所有权的客体。在大陆法系国家,关于是否承认无体物为权利客体问题,存在两种不同观点。一是以德国法为代表的法律仅承认权利客体本为有体物而排斥了无体物的概念,如《德国民法典》第 90 条规定:“本法所称的物,仅指有体物。”二是以法国民法为代表的国家将物分为有体物和无体物,认为有体物与无体物均可以作为权利客体,如《法国民法典》第 526 条规定,不动产的用益权、地役权或土地使用权和旨在请求返还不动产的诉权均为不动产。这两种观点各有利弊。德国民法对于物权的客体的物的范围规定得过于狭小,从而使许多权利上的物权不能纳入物权的范畴,而法国民法将许多权利都作为物对待,未严格区分权利与权利客体,因此也不完全妥当。^①应当看到,物的概念确实是一个不断发展的概念,在罗马法时代直至近代,物权的客体主要是有体物。随着市场经济的发展,不仅有体物,而且许多权利也开始进入交易领域,从而可以作为支配的对象;而财富证券化、权利化的发展,也促使了物的概念不断为财产的概念所取代。我国《民法通则》并未就物的概念和种类做出专门规定,在市场经济条件下,由于交易的发展和物的使用效益的提高,不仅有体物作为商品进入了流通领域,而且具有实存利益和价值的权利可作为商品进行交易,特别是以有价证券作为债的担保已是担保物权发展的一个趋势,这就在权利上产生了一些新的物权形式,如权利质权、权利上的用益权等。许多国家的民法典也确认了这些物权形式,可见,权利可以作为他物权的客体。在我国,《担保法》也已经确认了权利质权、土地使用权的抵押权,这就已经承认了权利可以作为其他物权的标的。随着我国社会主义市场经济的发展,物的使用效益必将日益提高,以权利作为他物权的客体也将逐渐发展,所以应当认为权利可以作为他物权的客体。

承认某些权利可以作为物权的客体,应当注意到两个问题:首先,应当明确作为客体的权利的范围。我认为,作为物权客体的权利,应当是指债权以外的其他权利,因为债权本身作为一种特定主体之间的请求权,对债权人来说它只是一种未来将要实现的期待利益,债权人能否实现其期待利益,尚有待于债务人的履行行为,故债权所体现的利益是很难实际确定并且很难作为支配对象的。尤其是债权也不可能公示,而为第三人所知悉,所以债权本身不能成为物权的客体。除在

^① 陈旭琴:“关于物与建立我国物权制度的法律思考”,《杭州大学学报》(哲社版)1996年1月。

特殊情况下债权可成为质权标的以外,在一般情况下,有价证券的权利、土地使用权等可以作为物权的客体。其次,即使将权利作为物权的客体,权利本身只是作为财产或财产利益存在的,也只有这样它才能成为权利的客体。总之,在法律上不得将权利的客体与权利本身加以混淆。

2. 物的独立性。所谓独立物,是指在物理上、观念上、法律上能够与其他的物区别开而独立存在的物。^① 依据传统的民法观念,物必须具有物理上的独立性,才能成为独立物。物理上的独立性是指物必须在现实形态上与其他物相区分,并为主体所占有的控制。然而,随着社会的发展,独立物的概念正在发生变化。一个物具有物理上的独立性,固然可以作为独立物而存在,如果不具有物理上的独立性,也可以交易上的观念和法律规定作为标准来确定某物是否具有独立性。一方面,以交易的观念作为判断标准,是指某物即使在物理上与他物相互连接但在交易时可以将其划分为若干部分而成为单独的交易对象,也不妨成为独立物,并单独成为物权的客体。例如一块土地的某一部分,在物理上与其他部分难以分开,但在交易时,可以将其划分为不同部分作为交易对象,且在交易前可以通过登记而确定其“四至”范围和坐落的地点,这样分割为各部分的土地也可以成为独立物。另一方面,以法律的规定作为区分标准,如通过法律规定的登记方法,将分割的数块土地公示于众,则成为了法律上的独立物。

3. 物的单一性。物权的客体必须是单一物。所谓单一物,是指在形态上能够单独地、个别地存在的物,如一幢房屋、一个茶杯等,这些均为人为的单一物。而树木、牛马为天然的单一物。^② 单一物是相对于集合物而言的。集合物通常分为两种:一是事实上的集合物,又称物件集合,指因为当事人的意思或经济上的目的,多数单一物或合成物集合成一体,如商店内的全部商品,图书馆的全部书籍。二是法律上的集合物,又称为权利义务的集合,指多数物和权利在法律上视为一体,又称为集合财产,如夫妻共有财产。关于集合物能否作为独立物存在并作为物权的客体,在学说上历来存在着两种不同的观点。一种观点认为,按照一物一权原则,单个的物之上可成立单个的物权,没有必要专门在集合物之上成立一个权利。集合物因欠缺特定性和独立性,公示时会产生技术上的困难,因而不能作为物权的客体。另一种观点认为,集合物如能与其他物分开,也可以整个作为一

^① 崔建远:“我国物权法应选取的结构原则”,载《法制与社会发展》1995年第3期。

^② 洪逊欣:《中国民法总则》,1992年版。第133页。

个独立物,只要有适当的公示方法,集合物是可以作为一个独立物存在的。^① 随着市场经济的发展,各类物和权利都进入了交易的领域,而以集合物作为交易的对象,可以减少交易成本,使交易更为简便、迅速。既然集合物在交易观念上可以独立存在,则只要具有适当的公示方法,应当可以作为物权的客体存在。从实践来看,许多称为集合财产的财产如失踪人的财产、企业财产、营业财产等可以作为一个整体的财产而作为交易或抵押的对象^②,社会经济的发展要求在其之上设立一个物权。因此,集合物在特殊情况下可成为物权的客体。

4. 物的特定性。尽管作为物权客体的物在范围上十分广泛,但是这些物在法律上都具有一个共同的特点,即必须是特定物。在法律上,物有特定物和种类物之分。特定物是指具有单独的特征,不能以其他物代替的物。如某幅图画、某个建筑物等。种类物是指具有共同特征,可以用品种、规格或数量等加以确定的物,如某种标号的水泥、某种等级的大米等。种类物可以用同类物来代替,但是当种类物已经从同类物中分离出来作为权利客体时,也就有了特定化的性质。物权的客体必须是特定物,因为物权是权利人支配特定物的权利,标的物不特定化也就无从支配,而且物权的移转要采取登记和交付的方式,如果标的物不能特定,则无法登记或交付。对于债权来说,其权利客体主要是行为,即使是以物为给付标的物,大多也是种类物。不过,当这些种类物由债务人交付给债权人以后,则种类物已变成特定物,并成为债权人享有的所有权的客体。

关于何为有体物、何为无体物,学者们之间的认识并不相同。有学者认为,所谓有体物是指占据空间之一部,依人的五官可以感觉的物质,包括固体、液体、气体。电、热、声、光、气味,以在法律上有排他的支配可能性为限,作为物对待。无体物,指不能触觉之物。^③ 而有的学者则认为,所谓有体物,指占有一定空间而有形体存在者,因此流动的空气,水及海洋等非有体物。无体物指能源、热、光。只要是法律保护的法益,而不是权利的,皆可纳入此概念。^④

二、物的观念的扩张和物的意义

有学者认为,物是个历史范畴。在不同的历史阶段,由不同社会的生产方式

① [日]舟桥淳一:《物权法》,昭和五十四年日文版,第15页。

② 洪逊欣:《中国民法总论》,第214页。

③ 梁慧星著:《民法总论》,法律出版社2001年版,第98页。

④ 黄立著:《民法总论》,中国政法大学出版社2002年版,第163~164页。

和统治阶级意志所决定,物的范围和法律意义存在着差异。^①因此,有学者分析在现代社会中物的观念的扩张,表现在以下几个方面:(1)无形的“自然力”只要可为人力所支配,也属于物。(2)人力尚不能支配的物。人力尚不能支配的物,原非法律上的物。随着科学技术的发展,人类征服自然、改造自然的能力日益增强,即使现在不能支配但有支配可能性者,亦不妨承认其为法律上的物。(3)活人的器官。现代科技的发展,使器官移植、器官捐献、代孕母亲等成为可行,这些以活人器官为合同标的物的做法对传统的物的观念提出了质疑。(4)“空间”可以为物。^②

有学者对这种物观念的扩张进行了反思,认为物的观念的扩展在给人类带来福祉的同时,也带来了负面效应,这就是市民社会中的人所面临的两难结局,人类应当反思,并走一条尊重自然、合理利用自然、尊重生命的自然属性的健康发展道路。^③

有学者认为物具有以下意义:(1)民法调整对象的主导方面是财产所有和财产流转关系,所以,物是民事法律关系的最基本、最普遍的客体;(2)在以物为客体的民事法律关系中,物是该民事法律关系的三要素之一;(3)由于各种物具有不同的属性,以不同的物作为客体的民事法律关系的种类和效果也是不同的。^④

三、物的分类

1. 动产与不动产

财产权的标的可分为动产和不动产。动产和不动产是大陆法的概念。动产的英文是 personal property,直译是个人财产。不动产是 real property,直译是真实的财产。这种划分来自英国普通法的诉讼程序。在早期的英国普通法的诉讼中有一种“真实的诉讼”(real action),处理土地被他人不当占有的案子。在这种诉讼中,土地可以返还给合法的所有人。另外还有一种“个人诉讼”(personal action),处理土地以外的物的纠纷。在这种诉讼中,所有人只能获得金钱赔偿,不能要求返还原物。这种诉讼程序的划分导致了今天财产的划分。因为英文里的“个人财产”的范围与中国的动产的分类一致,“真实的财产”与不动产一致,故我们采

① 佟柔主编:《中国民法学·民法总则》,中国人民公安大学出版社1990年版,第193页。

② 刘士国主编:《民法总论》,上海人民出版社2001年版,第77~78页。

③ 肖厚国:《民法上物的扩展之反思》,载《现代法学》第23卷第1期。

④ 佟柔主编:《中国民法学·民法总则》,中国人民公安大学出版社1990年版,第194页。

纳了大陆法的概念。

不动产指的是土地以及与土地相关联并附着于土地的物,如房屋和其他建筑物等。本书在后面所有的论述中提到土地时通常也包括房屋。动产指土地房屋以外的任何财产,包括有形物和无形物。

通说认为,所谓不动产,指依自然性质或者法律规定不可移动的物,包括土地及其定着物。^① 土地为不动产在各国民法中均无异议。然而,除土地外之外的不动产,各国民法的规定有所不同,德国民法的不动产限于土地,其定着物如建筑物为其重要成分,所以也是不动产。法国民法上不动产分为四类:一是性质上不动产,指土地及其附属物;二是用法上不动产;三是标的上不动产,指以不动产为标的之权利;四是登记上不动产。日本民法另设定着物之观念,为独立的不动产。所谓定着物指依交易上观念,以继续地附着于土地。而达其经济上之目的,尚未构成土地成分之物。^②

所谓动产,指不动产以外之物。

关于区分动产与不动产的意义,有学者认为:(1)公示方法不同;(2)取得时效期间不同;(3)不动产之上可以设立用益物权,动产则不行;(4)动产之上可以成立留置权和质权,不动产则不行;(5)设立抵押权时,登记的效力不同;(6)适用的法律不同;(7)裁判管辖法院不同;(8)强制执行方法不同。^③ 在法律实践中,许多事情并不是按照常理来判断的。比如土地上的自然植物和生长物如谷物,有时分为动产,有时分为不动产。这种纠纷通常发生在土地租赁中。

动产和不动产的划分在英美法里也具有很大的意义。比如租赁的土地利益,在继承时通常划分为动产。一个尚未完成的土地转让。比如原所有人与他人签订的土地买卖合同,合同签订以后原所有人去世,对方没有付清钱,土地所有权也没有转移,在法律上该土地所有权属于原所有人,但在继承时该土地所有权利益划分为动产。如果原所有人在遗嘱里写明动产归甲继承,不动产归乙继承,那么甲乙之间的利益就差别很大。^④

2. 主物与从物

这是从两个以上的物之间关系上说的。所谓从物,是指依交易习惯或当事人

① 梁慧星著:《民法总论》,法律出版社2001年版,第98页。

② 史尚宽著:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第255~256页。

③ 梁慧星著:《民法总论》,法律出版社2001年版,第102、103页。

④ 李进之等著《美国财产法》,法律出版社1999年1月版,第14~15页。

明确的意思表示经常辅助某物使用的物。从物的构成要件有:(1)非主物的构成成分;(2)须辅助主物使用;(3)须与主物同属一人。从物之外皆属主物。^① 区分的意义在于,在没有约定的情况下,主物的处分及于从物。

3. 融通物与非融通物

融通物指可以作为交易标的的物,非融通物指不能作为交易标的的物。区分的意义在于以非融通物作为交易标的的物的交易行为无效。

4. 代替物与不代替物

代替物指可以以同品种、同质量、同数量的物相互代替的物。不代替物是指不能以同品种、同质量、同数量的物相互代替的物。区分的意义在于,只有代替物才能作为消费借贷的标的物,非代替物不行。

5. 特定物与不特定物

特定物是指依当事人的意思具体指定的物。不特定物是指当事人仅依抽象的种类、品质、数量予以限定的物。区分的意义在于法律效果不同。

在特定物、不特定物与代替物、不代替物之间的关系上,有学者指出,在民事法律关系中,不代替物一定是特定物,而代替物既可以是特定物,也可以是不特定物。^②

6. 消费物与不消费物

消费物是指不能重复使用,一经使用即改变原有的形态、性质的物。不消费物是指可以反复使用,经反复使用不改变其形态、性质的物。区分两者的法律意义在于,消费物只能作为消费借贷的标的物,而不消费物只能作为租赁、使用借贷的标的物。

7. 可分物与不可分物

可分物是指依物的性质可以分割,且分割后不减少价值的物。不可分物指依物的性质不能分割,分割后价值减少的物。区分的法律意义在于,决定多数人之债是属于可分之债或不可分之债及决定共有物的分割方法为现物分割或变价分割。

① 刘士国主编:《民法总论》,上海人民出版社2001年版,第80~81页。

② 张晓都:《论特定物与不特定物、代替物与不代替物及相关法律问题》,载《现代法学》第22卷第4期。