

杨立新:关于完善物权法用益物权体系的若干意见 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E6_9D_A8_E7_AB_8B_E6_96_B0__c122_484852.htm 在起草《物权法》的过程中，许多学者对用益物权的体系问题提出了很好的意见。这些意见，有些被物权法草案采纳了，有些没有采纳。对此，我们提出以下意见，供立法机关参考：一、关于物权法用益物权体系的不同意见（一）关于物权法用益物权体系的不同构想 对物权法草案规定用益物权的体系，大体上有以下不同意见：1、中国社会科学院法学研究所的意见 在梁慧星教授主持起草的物权法草案专家建议稿（以下简称“梁稿”）中提出的意见是：在物权法中制订用益物权，应当设立基地使用权、农地使用权、邻地利用权和典权[1]。这四种用益物权，除了典权以外，都是对土地的用益权。“梁稿”提出的这些用益物权，都是必要的，只是在对这些用益物权的称谓上，大家还有不同的意见。不过，该稿提出的用益物权的种类还比较少。2、中国人民大学民商事法律科学研究中心的意见 在王利明教授主持起草的物权法草案专家建议稿（以下简称“王稿”）中，提出的意见是：在物权法中制订用益物权，应当设立土地使用权、农村土地承包经营权、宅基地使用权、地役权、典权、空间利用权、特许物权等七种用益物权[2]。“王稿”的这个意见，范围比“梁稿”要宽。除了对“梁稿”提出的四种用益物权提出肯定的意见以外，还提出了空间利用权和特许物权的概念。另外，还将宅基地使用权单独规定。在对权利的称谓上，也有不同的看法。3、在第一次专家研讨会的讨论中提出的意见 在2001年全国人大法

工委召开的第一次物权法研讨会上，专家除了肯定“梁稿”和“王稿”提出的上述意见以外，还提出了一些新的意见。这些意见主要是要增加新的、实践中需要规定的用益物权种类。比较一致的意见，一是增加典权；二是增加居住权；三是增加空间权；四是增加规定特许物权；五是物权法要更多的规定物役权。

（二）2005年10月《物权法草案（修改稿）》的规定在2005年10月22日全国人大常委会讨论的《中华人民共和国物权法》（草案修改稿）中，几经周折，规定了以下用益物权种类：一是土地承包经营权，二是建设用地使用权，三是宅基地使用权，四是地役权，五是居住权。这次规定的特点是：第一，没有规定典权。自物权法草案全民征求意见稿删除了典权制度后，10月22日审阅的修改稿又延续了这一体例，这样的情况不禁让我们担心，典权是否还有机会再次进入到物权法草案中并得到坚持。对此，很多学者都持批评意见，认为这是不慎重的，是对我国自己的法律遗产的不尊重，没有体现物权法的固有法特点。第二，简略地规定了分层地上权，就是第142条：“建设用地使用权可以在土地的地表、地上或者地下分别设立。新设立的建设用地使用权，不得损害已设立的用益物权。”这种规定，是将分层地上权作为建设用地使用权的一种进行规定的，实际上是空间建设用地使用权。第三，将乡村的建设用地使用权归属于建设用地使用权的大概念，作为建设用地使用权中的一个部分。这样实际上是将建设用地使用权作为一个体系对待，其中包括国有的建设用地使用权、空间建设用地使用权和乡村的建设用地使用权。第四，在用益物权的一般规定中，对海域使用权和特许物权做了原则性的规定，这就是第127条（规定海

域使用权)和第128条(规定特许物权的一般规定)。(三)对物权法草案修改稿规定的用益物权体系的评论意见 我们认为,用益物权是物权法的基本内容之一,是对物的物权性利用规则的最集中的表现,是物权法的重要组成部分。制订完善的物权法,必须制订完备的用益物权体系。如果用益物权体系不完备,这部物权法也是不完备的。在设计用益物权体系的时候,我们曾经提出过应当着重考虑以下几个问题:第一,要尊重传统用益物权的基本内容;第二,要体现时代精神和满足实际需要;第三,要考虑物的利用的中国特色,增加规定具有中国特色的用益物权[3]。这些意见应当是正确的。从对2005年10月的物权法草案修改稿的以上分析观察,对于学者所提出的意见,立法机关基本上是吸收了,但是离学者的主张还存在较大的差距:第一,不采纳大多数学者关于规定典权的意见,并无充分理由。可以说,在中国传统的物权中,典权是最具中国特色的。这不仅仅是对我国传统物权的不尊重,更多的是对社会生活存在的实际需求没有足够的重视和调查,就主观地判断典权对社会是没有用处的,这不是一个实事求是的态度。第二,分层地上权规定较为欠缺,并不恰当的被纳入建设用地使用权体系。草案没有特别突出规定分层地上权,而是仅仅规定空间建设用地使用权,没有突出分层地上权的时代特征。应该指出,分层地上权与建设用地使用权之间的关系并非种属关系,而是对土地的立体化利用物权,因此不能直接适用建设用地使用权的规则,而应该建立完善的分层地上权制度。对此,必须引起重视。在草案中,将分层地上权和乡村建设用地使用权一起规定在建设用地使用权中,形成了一个庞大的建设用地使用权体系,

形成了用益物权体系中再包含体系的做法，叠床架屋，结构过于复杂，是不可取的做法。而且乡村建设用地使用权和城市建设土地使用权由于所有人不同而应该适用不同的规则。如此规定，可能会引起不必要的混淆。第三，对特许物权作出规定的态度是可取的，但是，不作具体规定，而仅仅规定一个象征性的条文，并不能解决实际问题。并且，将特许物权作为一种用益物权，在理论上还是存在较大问题的，应该单独作为一种物权类别来规范。第四，规定海域使用权是必要的，但是内容过于简略，不能起到实际的作用。关于海域物权的性质，有渔业权说和用益物权说，我们认为，海域物权是一种私权，是用益物权。

二、增加规定典权的必要性和实际价值

在物权法中是否规定典权，无疑是整个物权法草案体系上变动最频繁的部分。在数次《物权法》草案中，经历了规定典权，不规定典权，又规定了典权，又不规定典权的反复过程，而历稿学者立法建议稿均对典权进行了规定，体现出大多数学者的肯定意见。我们坚决主张要规定典权，有以下几个主要理由：第一，典权是我国古代物权法的传统制度，是我国传统民法的独创。物权法是固有法，典权便是中国物权法最典型的固有制度，可以说，典权制度是中华法系的重大创举，并具有一定的国际影响力。最初的典权不仅可以典房、典地，还可以典人，在后来的发展中不断完善，典权的适用范围排除了典人，包括典房和典地，即不动产典权。一千多年以来，典权制度在我国历史上发挥了重要的融资和担保的作用。《物权法》草案规定的绝大多数物权制度都是源于罗马法的制度，细细清点一下，惟有典权是中国固有的物权制度，保留下来，具有发扬传统、保持民族特色的

重要意义。第二，近几十年我国典权制度的衰落，与普遍实行的公有制、计划经济和人民相对贫穷、缺乏私有不动产有很大的关系。在建国初期，土地和房屋存在私有制，典权制度被广泛地使用。仔细考察建国初期司法实践就会发现，当时的典权纠纷较多，法院和国家机关处理过程中也总结了许多经验，司法部、财政部、原内务部、原国家房屋管理局均对典权关系的调整作出过规定，笔者收集到的最高人民法院涉及典权的各类司法解释有45件[4]，可见典权制度在不动产私有情况下就会存在，而且具有很强的生命力。至公社化和城市土地归国家所有之后，新设的典权就不多见了，这恰恰从反面证明了不动产私有与典权的关系。由于典权的典期很长，因此一直延续到上个世纪的80年代，典权纠纷才基本灭绝，而且2001年北京宣武区法院还就一个涉及典权绝卖的案件作出了判决[5]。我国人民是否需要典权，是与典权存在、生长的土壤有关的。有大规模的不动产私有，就有典权的需求。第三，现在我国人民是不是需要典权？回答应当是肯定的。首先，在城市，大多数住宅房屋已经私有化，基本上不存在公有住宅的出租问题；在农村，农民的住宅绝大多数都是私有的。据统计，在相对比例上，我国现在民众自有权利的房屋已经达到了百分之七十五以上，在绝对值上我国现在城市居民拥有房屋的数量总和已经超过了美国私有房产的总和。既然普遍存在私有住房问题，典房就会存在，只是法律是否承认其为物权的问题。其次，在城市，虽然土地属于国有，不能设置典权，但是土地使用权在理论上具有设典的可能性；在农村，土地承包经营权只要准许，也可以设典，因此典地并非不可能，而仅仅在于法律所持的态度。我国现在

实行社会主义市场经济，人民群众私有房屋的趋势还将继续扩大，因此典权已经有了存在的土壤，会继续发生、发展。我们应该典权，以满足人民群众的现实需要。第四，在现实生活中，法律为人民的融资方法增加一个新的渠道，会更有利于人民的生活。例如，闲置的房屋不愿意出租，又不愿意出卖，就可以典出去，所有权人既能收到典价进行使用，又能够保留所有权，不至于灭绝产业，是一个很好的办法。房屋已经成为我国家庭主要财产，现实中已经出现了以建筑物作为融资渠道的各种经营模式，用典权制度去规范，是非常合适和必要的。从这一点上观察，典权的设立，甚至关系到《物权法》是不是代表人民利益的大问题了。第五，最近通过我们的实地调查，在我国许多城市的政府机关和事业单位，已经不再进行福利房的分配，改用一种叫做“以息抵租”的方式来解决职工的住房问题。具体来说，就是单位根据职工的工龄不同，按照住房造价的50%到70%一次性收取职工的房屋保证金，将单位所有的住房交由职工居住，职工无需支付租金，单位也不向职工出卖房屋，以职工交给单位的房屋保证金利息作为职工住房的租金。职工离开单位时，单位全额退还职工的房屋保证金。这种方式往往存在于职工集中居住在单位内或者单位附近的情况，以利于保证职工居住条件和临近单位居住。从民法角度看，这就是典权，只不过暂时没有得到物权法的承认罢了。类似的制度，显然可以推广到各类公有房屋，包括军队房屋，一方面可以解决职工住房问题，另一方面也可以预防国有资产变相流失，还解决了单位建房的资金问题，一举三得，是人民群众的又一创造。这证明，典权不仅仅在房屋私有的前提有存在的必要，在社会

主义公有制前提下，还能够发挥传统典权难以发挥的作用。

第六，既然典权是人民群众生活中所必须的，而且还创造出了公有制下的新典权。如果物权法不规定典权，那么在现实生活中，出现典权应当怎样处理呢？“物权法定”是物权法的基本原则，《物权法》不规定典权，法律就不承认典权是物权，当事人约定典权就没有物权法依据，只能受到债法的保护。就只能按照债的关系，处理典权合同所约定的典权内容，不动产用益关系的稳定性就会大打折扣。从韩国的经验来看，存在债权性典权和物权性典权，尽管两者有一定的差别，但这告诉我们，如果不规定物权性的典权，也会出现债权性的典权。债权性的典权容易出现“一房二典”，这和没有登记体系配套的不动产买卖情况类似，会有较大的社会风险，引发更多本来可以避免的纠纷。这样的后果对物权法定原则本身，也是较大的冲击。出于以上六点考虑，我们极力主张《物权法》应当规定典权。我们认为典权应当，也希望能够，“三进”物权法，并且不再动摇。希望立法机关能够好好斟酌，《物权法》规定典权“有百利而无一害”，又存在生长的现实土壤，让这个土生土长的传统、固有的物权制度继续发展，就会给人民一个既新又旧的物权制度，使人民在物权法的规定中又有一个可以自由利用的空间，岂不是更好？如果没有足够的理由来反对、否定规定典权的意见，就应该规定典权。

三、科学构建完整的地上权体系

（一）地上权的历史

地上权起源于罗马法，准许将土地出租给他人建筑房屋，按照罗马法关于地上物属于土地的原则，定着于他人土地上的建筑物，均属于土地所有人所有，因而造成不便和不公。嗣后，创立了地上权制度，确定支付地租给土地所有

人之后，而在其土地上建造建筑物，取得同土地所有人几乎相同的权利，形成了完善的地上权制度。近现代民法中的地上权制度，均可溯源于罗马法，但效力已不如罗马法广泛。

[6] 在我国，周朝就已存在地上权的事实。陕西省岐山县董家村出土的卫鼎（乙）记载，矩把自己占有林百里（土地）给予袭卫，以交换袭卫付给他的东西，同时又要给土地上的森林所有人颜阵送礼。颜阵在矩所占有的土地上种植森林，既不妨碍矩将土地所有权转移，又因自家种植而得到报酬，是明显的地上权。但在中国古代法律中没有地上权的明文规定。至《大清民律草案》和《民国民法草案》开始设立地上权的条文，至民国民法，正式建立地上权制度。

（二）我国现行的地上权制度 关于我国现行立法是否存在地上权，学者有不同见解。一说认为我国没有地上权，仅承认立中规定的国有土地、自然资源的使用权。[7]另一说认为我国因建筑物或其他工作物而使用国家或集体所有的土地的权利，就是地上权。[8]事实上，建设用地使用权与国有自然资源使用权是两种不同的权利。开发土地资源为建设和其他使用目的是国有土地使用权，挖掘土地之泥土烧制建筑材料，以及对其他国有资源的开发利用，则为自然资源使用权。应当确认，我国的建设用地使用权和宅基地使用权，都是为建筑而使用国家、集体土地的用益物权，符合地上权的法律特征，是地上权。地上权的基本特点，是在为建筑的土地关系上，土地为土地所有人所有，土地之上的建筑物等工作物为地上权人所有。在我国，国家或集体是土地的所有人，与国外的土地私有制有本质的不同，但是，这只能决定我国的地上权与传统民法上的地上权性质上的不同，并不能否定我国地上权存在

的必要和可能。国家或集体在自己的土地上为建筑，不发生地上权；法人、公民在国家和集体的土地上为建筑，即为在他人的土地上行使地上权，并取得在该土地上设置不动产的所有权，而土地所有权仍归国家和集体所享有。确认这种法律关系，是明确国家、集体和公民、法人之间在土地使用上的权利义务关系的需要，也是利用土地发展经济，保障人民生活的需要。

（三）我国地上权的特点 我国现行法上的地上权与国外传统民法的地上权不同，最基本的，是不规定一个总的地上权，而是分别规定不同的地上权种类，形成了自己的独特体系：第一，我国物权法未规定地上权的概念。在《民法通则》和现在的《物权法》草案中，均没有专门规定地上权的概念，也不使用地上权的概念。第二，对于实际上同属于地上权的不同种类物权分别未规定共同归责，单独作出了不同的规定。《物权法》草案规定的地上权种类包括第十二章规定的建设用地使用权、分层地上权、乡村建设用地使用权和第十三章规定的宅基地使用权。这些土地权利虽然分别作出规定，但是它们的属性都是地上权，应该有共同的适用规则。第三，各种不同的地上权具有不同的内容。在我国，不同的地上权具有不同的内容，并非适用同一的规则。特别是在建设用地使用权和宅基地使用权两种地上权，其规则具有鲜明的差别，不可适用同样的规则处理。这是各种地上权单独存在的基础，但不能否定共同的地上权基本属性。

（四）我国地上权的应有体系 事实上，上述第二、第三两个特点都是由于我国未承认地上权概念，未对地上权进行体系化造成的。我们认为，建设用地使用权、乡村建设用地使用权和宅基地使用权都是地上权，这一基本的共同属性是不容否

定的。在此基础上，对于地上、地下空间的利用，即分层地上权，是对土地用益物权的立体化。只有明确的在物权法中规定地上权的概念，并适用统一的地上权规则，进而通过分层地上权来达到更高效率的利用，才能达到厘清用益物权体系的目的。当然，在立法条文处理上，每种具体的地上权分章规定，并适用各自独立的规则，也是非常必要的。因此，我国土地地上权的体系[9]是由四类权利组成[10]，他们之间的关系如下：1、国有土地设立的地上权 在国有土地上设立的地上权只有建设用地使用权一种，即在国有土地上设立的建筑物、构筑物以及附属设施的地上权。2、集体土地设立的地上权 集体土地上设立的地上权包括乡村建设用地使用权和宅基地使用权。（1）乡村建设用地使用权。乡村建设用地使用权，即《物权法》（草案）第157条规定的地上权，现在在建设用地使用权一章，主要是认为其性质上属于广义的建设用地使用权，但土地的权属为集体所有，其地上权的主体是乡镇企业或者乡村集体组织。（2）宅基地使用权。宅基地使用权是农村集体组织成员在集体所有的土地上建造住宅的权利，它的性质是地上权，只是在土地的权属性质上以及权利主体的性质上，与一般的地上权有所区别。3、分层地上权。分层地上权则是对土地的分层利用，在关系上，是与前述三类地上权的交叉而非平行。在设立了建设用地使用权、乡村建设用地使用权和宅基地使用权的土地上，所有人还可以设立分层地上权，但不得损害已有地上权人的利益。（五）规定完善的分层地上权 分层地上权，有学者称为区分地上权、空间权或者发展权，是指在他人所有的土地的上下的一定空间内所设定的地上权。《物权法》第141条对此作出

了规定：“建设用地使用权可以在土地的地表、地上或者地下分别设立。新设立的建设用地使用权，不得损害已设立的用益物权人的权利。”这种规定方式，看似用分层建设用地使用权替代了分层地上权的概念，但因其忽略了乡村建设用地使用权的现实，而且进一步阻碍了宅基地使用权适用分层地上权，因此是不可取的。分层地上权与普通地上权同样是地上权，其区别在于，设定普通地上权时，地上权的客体与该设定面积内的土地所有权相同；但是，如果设定者为分层地上权时，于设定面积内，其地表上下所及效力的范围，不是该面积内的土地所有权的全部，而仅为其中一空间部分[11]。数个分层地上权人之间在互不影响的前提下，各得其所，大大提高了土地的利用率，满足了现实的需要。因此，我国《物权法》在建立科学的地上权体系前提下，确认分层地上权的是十分必要的，其必要性体现在以下方面：第一，扩大土地利用范围，适应社会发展需要。人类生活不能脱离土地，然而土地有不可增性，近代以来的人口又不断增加，土地使用的需求日益迫切。同时，建筑科技不断进步，使得土地的立体空间向上向下的扩大利用不仅有可能而且有实益，有独立规定之必要。因此，土地的利用由传统的平面垂直利用逐渐转向立体空间利用发展，影响到土地物权的，形成了立体物权演进的趋势，分层地上权应运而生。实际上，我国民国时期就曾经出现了大量的分层地上权民事习惯，如江西省关于水塘利用的水面、水底和水中的三分法和山西省在农田中开煤矿等[12]，都涉及分层地上权的问题。第二，确定原有普通地上权和分层地上权的合理界限，避免权利界限不清晰。在传统的普通地上权观念和现代的分层地上权之

间，必须界定合理的界限，防止两种权利界限不清而发生冲突。应当看到的是，当今社会分层地上权的存在和设定已经是不可避免的，如果不解决这个问题，就必然发生冲突。确认分层地上权，就可以界定好两个权利的界限，防止冲突的发生。我们认为，土地表面的分层必须满足普通地上权的安全和利用需要，下层地上权的垂直高度依据权利人需要和地质安全由相关部门确定。第三，确认分层地上权，对于解决实际纠纷具有重要意义。既然土地的分层利用已经是不可避免的，那么，在现实生活中，分层地上权的设置就带来了一系列的问题，发生不同的纠纷。确认分层地上权，有利于解决实践中遇到的土地分层利用的纠纷，稳定社会秩序。《美国法学会侵权法重述》（第二次）第三十九章支撑土地之利益将分层地上权之间的关系分为侧面支撑和地下支撑。所谓侧面支撑，是指支撑土地与被支撑土地系于垂直平面而区分的情况，所谓地下支撑，是指被支撑土地位于支撑土地正上方的情况，大多适用于矿产转让于他人，保留表面土地权力的情况。侧面支撑与地下支撑方式的不同，主要体现在侧面支撑土地下矿产的开发也可能导致被支撑土地地陷（第818条）。我们认为，可以用相邻关系作为处理冲突的基本原则，允许分层地上权人之间约定地役权，分层地上权的侵权纠纷适用无过错责任原则。分层地上权具有以下法律特征：第一，分层地上权的性质是用益物权。分层地上权的性质属于用益物权，是用益物权中地上权体系中的一种。分层地上权不是土地之上下空间的所有权，而是在他人所有的土地的上下空间设立的用益物权。第二，分层地上权是在土地的地上或者地下的空间中设定的用益物权。地上权的客体是他人所有

的土地，在他人的土地之上设立建设用地使用权、宅基地使用权，设定的都是地上权。但是，普通的地上权设置在土地的地表，尽管按照传统民法的理解，土地的权利包括地上权的权利的纵向范围，上至大气层，下至地心，但是，在科技发展的当今时代，这种观念已经被打破，在土地的上空和地下，还可以建立地上权。因此，分层地上权的客体是不同水平分层的土地，根据登记确定。第三，分层地上权的是可以与普通地上权在地域上重合的他物权。分层地上权可以与普通地上权在地域上重合，那就是，在一个他人的土地上设立了普通地上权之后，还可以在该地上权的上下再设定分层地上权。技术条件和安全允许的情况，可以设立多重分层地下权。设置的这些地上权相互之间并不冲突，只要界定好它们之间的垂直空间的距离就不会发生权利的冲突，这并不违反“一物一权”的基本原则，而是对这一原则的更深刻诠释。当然，在土地所有权之上，也可以不设置普通地上权而直接设定分层地上权，而由所有人保留地表的使用。

四、特许物权的地位与体例安排

（一）特许物权的独立性 特许物权制度是基于当代社会对土地和自然资源利用的多元化而出现的，并且随着这种多元化的趋势不断发展而日益强大起来的。在传统民法中，对于土地的归属及利用关系的调整是通过所有权和用益物权的理论和立法模式来实现的。而自然资源附属于土地，依附于土地，因此而成为土地的附属物。对于自然资源的开发利用，以对土地的归属和利用关系的理论和立法模式作为基础，把对自然资源的利用和转让参照不动产的规则来处理，也是顺理成章的。因而，大陆法系的物权法并没有专门的特许物权概念，而是对自然资源作为土地的开发利

用关系，用益适用物权的规则处理。但是，这种状况在当代遭到了挑战。诸如水资源、渔业、动物、林业等附属于土地的资源利用和开发具备了独特的价值，并逐渐脱离于土地所有人的支配范围，因而，自然资源的使用和开发权不能再作为一般的不动产用益物权，逐步地形成了独具特色的权利体系，并且与传统不动产用益物权存在较大的差异。特别是在世界各国已经将环境和资源作为人类最重要的宝贵财富予以保护的今天，对自然资源的使用和开具有更为重要的意义，物权法对此必须予以高度的重视，通过特许物权制度的规范，使环境和自然资源得到有效的开发和保护。特许物权在法律上究竟处于何种地位，各国各不相同。在大陆法系国家，特许性的权利因涉及政府许可等公法行为，一般由公法调整，采用单行法的形式进行规范。在英美法系国家，对于特许性的权利不存在单独立法问题，并不区分其公法、私法的性质，而是同其他法律一样，在判例法或成文法上作出调整。

（二）特许物权的物权属性 事实上，在已经明确了特许物权的性质之后，对于其法律地位就已经明确了。这就是，特许物权的法律地位是民法物权法的基本内容之一，是物权法中的一个新型的物权。其理由如下：首先，特许物权在性质上是民事权利，是民法的基本内容。特许物权虽然是经行政机关直接许可，经过行政审批而赋予权利人的权利，但并不影响特许物权的私权利性质。这是因为，特许物权被赋予民事主体后，就成为民事主体所享有的一种关乎到私人利益的私权利，并且可以与其他民事权利一样，在民事主体之间形成民事法律关系。尽管特许物权在赋权方面，民法无法做更多的干预，但其权利的主体、内容和客体都是私权利的性

质，是民法的调整范围，因而属于民法的重要内容之一。其次，虽然特许物权与用益物权存有重大差别，但其仍属于物权范畴，是物权法的基本内容。不动产物权的存在，是政府赋予特许物权的前提。只有在物权法确定自然资源所有者的情况下，才能够确定特许开发自然资源的特许物权。国家将自然资源授权他人从事某种开发利用行为，设立特许物权，就是物权法所调整的范围，是物权法的基本内容之一。第三，特许物权含有对物的用益的性质，但并不是用益物权。用益物权是对物的物权化用益，但并不是所有对物的物权化用益均是用益物权。与传统物权体系设定的价值目标相比较，特许物权的设定已经超出了以物的占有和支配为目的的范畴，对特许物权而言，更重要的是一种行为的自由，物的归属和占有并不重要。因此在权利归类中，特许物权与用益物权确实互不从属。

（三）特许物权应当在物权法中规定 根据对特许物权独立性和物权属性的分析，我们认为物权法必须规定特许物权。这是因为：第一，在《民法通则》中就规定了特许物权。《民法通则》将特许物权作为一项民事权利权，规定在“财产所有权和与财产所有权有关的财产权”一节中，将其界定为物权性质，这是非常好的立法经验。在民法典中，也应当坚持这一立场，否则这一类私权就无法在民法体系上得以体现。第二，在物权法上规定特许物权符合物权法的价值目标。物权法的主要功能表现在确定物的归属、促进物的利用、完善物的占有秩序三个方面，特许物权的设定同样具有这样三种功能。物权法要实现其上述三种价值目标，就不能忽视特许物权的存在。我国特许物权大量存在的重要原因，在于我国土地和自然资源由国家所有。物权法在规

定土地和自然资源国家所有的前提下，如不通过特许物权来实现对自然资源的利用，便与物权法的价值目标和立法逻辑相违背。第三，在物权法上规定特许物权有利于完善物权法体系。我国的动产物权体系已经相当成熟，不动产的土地和建筑物的物权体系也比较成熟，唯有自然资源的物权体系还存在较大的不完善，在体系上未能与土地物权相匹配。特许物权正是对自然资源使用和开发的有效补充，是自然资源物权体系的完善和深化，完善特许物权体系和规则，有利于完善物权法的体系。（四）特许物权在物权法中的体例安排 按照我国物权法的基本立场，占有不是一种物权，而是一种事实状态，但法律予以保护，因此也不妨称其为准物权。同样，特许物权不属于用益物权而是一种独立的物权类型，也不是一种典型物权。因此，将特许物权与占有放在一起，归属于物权法的准物权类型中的思路，是有一定的道理的。将特许物权以准物权的形式独立规定，是对传统物权法的突破和发展，有利于当代关于不动产利用的科学权利体系的构建。这种思路的具体展开还有待深入探讨。五、关于海域物权的几点意见 关于海域物权，我们认为应该明确以下四个问题：第一，从海域的属性上来看，首先应该确立海域的“物”属性。过去对于物的研究比较简单，慢慢发展到特殊物和一般物。我们提出，要建立法律物格制度[13]，将各种新型的物，包括虚拟财产、人体变异物等纳入物格体系。海域也可以作为物来考虑。第二，海域作为物在性质上非常接近土地，是一种特殊的不动产。海域物权应该建立与土地物权类似的体系，包括所有权，与之配套的用益物权和担保物权。第三，海域涉及到水面、水体、水底，其分层地上权的性质更为

明确，我们应该更重视这样的权利，建立科学的海域物权体系，特别是海域分层地上权体系。关于土地地上权，我们在前文进行了分析。海域使用权的基本构想是，将港口、海上平台和海底电缆及其他建筑物的建设纳入海域地上权，对这个权利进行规范。第四，在物权法当中应该更好的规定这种权利，不能仅仅写一个条文，最好应该有一章，对基本问题进行规定，具体的详细规定可以交由海域使用权管理法来规范，这和土地管理法与物权法中土地物权的规定关系是一样的，角度和侧重不同。注释：[1] 参见梁慧星主编：《中国物权法草案建议编》，社会科学文献出版社2000年版。[2] 参见王利明主编：《中国物权法草案建议稿及说明》，中国法制出版社2001年版。[3] 参见杨立新：《物权法的基本内容和在制订中争论的主要问题》[4] 有学者对1990年之前最高人民法院关于典权制度的司法解释进行了检索，共收集到18件，参见李婉丽：《中国典权法律制度研究》，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第1卷），法律出版社1994年版，第446页。笔者近日进行了全面检索，确定共计45件。[5] 《北京法制报》2001年3月16日第8版。[6] 江平等著：《罗马法基础》，中国政法大学出版社1991年版，第182页。[7] 孙宪忠：《论我国的土地使用权》，《中国社会科学院研究生院学报》1987年第8期。[8] 钱明星：《物权法研究》，北京大学出版社1994年版，第293页。[9] 关于海域分层地上权，参见后文。[10] 笔者曾经建议中国的地上权应当包括三种权利，即国有土地使用权、宅基地使用权和土地承包经营权中的用于种植林木造林等的内容的权利，将由于耕作畜牧的承包经营权从中分开，参见：杨立新：《论我国土地承包经营

权的缺陷及其对策??兼论建立地上权和永佃权的必要性和紧迫性》，《河北法学》2000年第1期。我国台湾地区民法典物权法编修改草案将种植竹木的权利、永佃权中的种植农作物的权利与畜牧的权利整合为农用权，更加有利于对农业土地的开发里哟更浓，我们赞成这种新体例。 [11] 谢在全：《民法物权论》中册，台湾三民书局2004年版，第128页。 [12] 参见前南京国民政府司法行政部编：《民事习惯调查报告录》，胡旭晟点校，中国政法大学出版社2000年版。 [13] 杨立新、朱呈义：《论动物法律人格之否定??兼论动物之法律“物格”》，《法学研究》2004第5期。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com