

王轶：物权法立法争议及其评析 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/486/2021\\_2022\\_\\_E7\\_8E\\_8B\\_E8\\_BD\\_B6\\_EF\\_BC\\_9A\\_E7\\_c122\\_486193.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E7_8E_8B_E8_BD_B6_EF_BC_9A_E7_c122_486193.htm) 内容提要: 2007年3月23日晚6:30分,中国人民大学研究生会和中国人民大学法学院民商法前沿邀请中国人民大学法学院博士生导师王轶教授在求是楼0220教室为同学们做了一场题为“物权法立法争议及其评析”的学术报告。王轶教授运用其系统独到的民法学方法对物权法立法中的争议问题做了逻辑严密、深入细致的分析。王轶教授秉承其讨论民法学问题的一贯思路,首先确定讨论对象的问题属性,区分民法问题和纯粹民法学问题。对学理上通常论及的物权法定原则、物权客体特定原则、物权变动的公示公信原则及物权效力优先原则,王轶教授认为这四项“物权法的基本原则”属于纯粹的民法学问题,是出于讲授和学习便利而抽象概括出的学术结论,不能起到基本原则应有的功能,也未表达物权法的任何基本价值取向,物权法的价值取向已经由民法基本原则通过物权法的具体规定予以体现,上述所谓的“物权法基本原则”要么是物权法具体规定的简单重复、要么可以通过民事法律的其他基本规范予以取代,它们都不能起到对法律复数解释结论或者填补法律漏洞复数结论的判断准则作用,不适宜立法化。物权变动中的债权形式主义与物权形式主义的差别,王教授认为这是属于与规则设计有关的解释选择问题,不同的选择没有对错之分,其差异在于对同一生活现象选择何种民法范畴进行解释表达以完成“生活世界”向“民法世界”的转换。至于物权保护中物权请求权与侵权请求权的争论,王教授认为这

属于立法技术问题，其结论之间没有实质区别，仅仅是对于冲突利益关系确立的协调规则究竟应该放在民事法律的哪一部分进行规定，而《物权法》认可专门的物权请求权并保持《民法通则》侵权责任制度不变，这会带来一些法律适用上的问题。对于物权请求权是否适用诉讼时效的争论，王教授认为这属于价值判断问题，涉及对当事人的利益安排，影响到不特定第三人的信赖利益，动产物权人享有的返还原物请求权应该适用诉讼时效，因为如果权利人长期不行使，会向不特定第三人呈现权利不存在的状态。在所有权部分，征收涉及对被征收人利益的限制，属于价值判断问题，结合民法价值判断问题的一项实体性论证规则，只有在“公共利益”这一充分而正当的理由的前提下才能对被征收主体的权利做出限制。对于“公共利益”界定这一问题，王教授介绍了立法中的前后论证过程及争议，最终认为交由立法机关通过立法或者司法机关通过裁判活动来解决比较合适。用益物权部分的争议主要涉及用益物权的类型选择，集中在要不要规定典权和居住权，王教授认为这一争议根本上属于事实判断问题，解决的前提是应该先通过实证研究的方法揭示生活世界中典权和居住权的适用范围以及以往的协调手段和效果，否则会影响进一步讨论的质量。在担保物权部分，王教授认为存在一项重要的立法技术问题，就是在担保物权人和担保物权设定人之间的安排涉及到第三人利益时，应该像《物权法》第195条第1款那样采取授权第三人规范，授权该第三人可以请求确认另外两方的行为相对于自己无效，而像《物权法》第194条第1款、第205条那样“不得对其他抵押权人产生不利影响”的不完全法条配置，不仅效力表述不明晰，甚至会

无法妥善容纳价值判断的结论。王教授就“占有的权利推定规则”、“无权占有也受保护”等争议问题也做了解析，还进一步指出占有制度本身起到了保护本权的快捷方式的作用。报告的最后，王教授还就同学们在浮动抵押、征收、网络虚拟财产、小区车位车库归属等诸多提问做了精辟的解答。在两个半小时的报告中，王轶教授运用新颖独特的民法学方法评析物权法立法中的争议问题，使同学们加深了对物权法的理解，也认识到民法学方法的重要性。另外，王教授严谨的态度、缜密的思维、幽默的语言以及对法律条文得心应手的运用使满场同学大为折服，也赢得了大家阵阵掌声。（摘编：王雷）

主持人：同学们，大家晚上好，今天我们“民商法前沿”论坛非常荣幸的邀请到我院著名的中青年法学家王轶教授，想必大家对王轶老师都是十分的熟悉了。王轶老师多年一直致力于合同法、物权法等方面的研究，也一直参与合同法、物权法的立法起草工作，今天王轶老师演讲的主题是《物权法立法争议及其评析》，下面我们以热烈的掌声欢迎王轶老师开始今天精彩的演讲！（掌声）

主讲人：谢谢主持人的介绍，也谢谢大家这么给《物权法》的面子，大家牺牲了宝贵的休息时间，来了解《物权法》起草中间存在的一些争议问题。这应该是我第二次来到这个教室上课了，第一次是就物权变动模式所涉及到的有关问题与同学们做过一次交流，而且我觉得在人大这个地方谈物权法立法的有关争议问题也具有特别的意义。我看到《物权法》的时候经常会想到，在1997年上半年的时候，有一天晚我正在研一楼的宿舍中看书的时候，当时王利明老师过去对我说，立法机关准备进行物权法的起草工作了，然后就带着我到体育场中一边散

步一边就物权的有关问题进行讨论，当时王利明老师显得特别的激动，说：进行物权的起草，包括进行整个民法典的起草，是新中国成立以后好几代民法学者的愿望，特别是一些前辈的民法学家没有看到物权的起草就已经离开人世了，尤其需要特别提到的就是被称为“新中国民法之父”的佟柔教授，佟柔教授倾起一生来推动新中国民事立法和民法学的发展，但非常遗憾的是没有看到《物权法》的出台，甚至也没有看到1999年颁行的《中华人民共和国合同法》的出台。不过，我想如果佟老师了解到这些情况的话，九泉之下一定也会感到很安慰。在今天晚上比较有限的时间内，我就物权法中间相对争议比较大的一些问题，并且结合我自己对于民法学方法的一些理解，做一个简要的分析和说明。大家可能都看到《物权法》的条文了，它一共五编、十九章，加上附则部分一共有247个法律条文，如果开《物权法》课的话，至少也得半学期的课程，甚至更长的时间。我今天晚上在有限的时间内，没有办法就物权法中间所涉及到的方方面面的争议都进行相应的分析和介绍，我大致的按照物权法条文的顺序就物权法各个部分里面存在的一些争议问题，在这个地方和大家一起进行分析和讨论。第一个问题，物权的总则部分（一）基本原则物权法的基本原则在物权法进行起草的过程中，有很多地方存在着重大争议的问题，很多问题媒体已经做了广泛报道，在这个地方我就不再进行详细的讨论。这可能与很多同学的期望不太一样，有的同学可能关心《物权法》是不是违宪啊，《物权法》对我们的基本经济制度究竟做了什么样的回答，我觉得这方面的内容媒体的报道已经足够多了，大家通过阅读相关的报刊和杂志都应该了解

的很清楚了，我不想对这样的问题再做进一步的分析和说明，下面我介绍一个与民法学的研究联系相对比较密切的争议问题。在物权法的基本原则这一部分，我记得在2004年的8月4号到8月11号，当时参加全国人大法工委召开的“物权法草案修改稿”专家研讨会的时候，就围绕着物权法的基本原则出现了争议，争议的焦点主要就集中在，一般的物权法著述上面都能够看到的，被命名为是物权法基本原则的四项原则要不要在物权法中实现它的立法化？具体哪四项基本原则呢？第一，物法定原则；第二，一物一权原则；第三，物权变动的公信公示原则；第四，物权效力优先原则。在这次研讨会中，就这四项基本原则要不要实现它的立法化？换句话说来讲，要不要在物权法的第一章基本原则当中来加以规定？对此就出现了意见分歧，一种意见主张，一定要把这些基本原则在物权法上予以明确体现，但也有少部分的学者包括我个人在内主张，坚决反对把这些命名为是基本原则的原则在物权法上实现它的立法化。关于这个问题的争议，从2004年开始一直延续到物权法的草案提交十届人大五次会议进行表决都仍然没有能够终止。后来在2006年的6月21号到22号全国人大的法律委和常委会的法工委曾经联合在人民大会堂的云南厅就物权法起草中间的四个有重大争议的问题又专门召开论证会逐一的进行讨论。其中有一次论证会就专门讨论物权效力优先原则要不要在物权法上保留下来，出席这次研讨会的不少人士都认为，物权效力优先原则根本没有资格被称为是物权法的基本原则，而且我借用当时参加研讨会的、现在在中国政法大学任教的戴孟勇博士在一篇文章中间表达的看法，他认为，物权效力优先基本上是一句废话，不应当在

物权法上实现它的立法化。根据这次研讨会的情况，在物权法随后的草案以及我们今天所看法的物权法都没有在第一章基本原则中间确认物权效力优先原则。大家可能会觉得有点奇怪，为什么在大多数的物权法著述当中都把这四项称为是物权法的基本原则，但是又有学者包括我个人在内反对把这些基本原则在物权法上实现它的立法化呢？这就涉及到民法学方法中间的一个前提性问题。按照我个人的理解，我们在学习和研究的过程中所面对的民法学问题上有必要做进一步的类型区分，首先的一个区分就是根据我们所讨论的民法学问题最后要不要落脚在民法规则的设计或者民法规则的适用上，民法学问题可以区分为两种大的类型：第一种类型，我们对民法学问题的讨论要落脚在民法规则的设计或者说适用上，这一类我把它称之为是民法问题的民法学问题。但还有一些民法学问题我们对它的讨论不需要落脚在民法规则的设计或者说民法规则的适用上，这一类的民法学问题为把它叫做纯粹的民法学问题，究竟我们刚才所提到的物法定、物权变动的公示公信、一物一权、物权效力优先不属于物权法的基本原则呢？究竟在物权法著作当中总结出来的这些基本原则具有什么样的意义和价值呢？我想就这个问题做一个简要的分析。大家都很清楚，《物权法》是民法的一个重要组成部分，根据《物权法》第2条第1款的规定，因物的归属和利用所产生的民事关系就是物权法所调整的对象，从这个规定我们可以很明显得看出来，物权法作为民法重要组成部分所处的一种地位，既然物权法是民法的组成部分，物权法的基本原则当然应该是民法的基本原则，那么在《物权法》中间应该有哪些具体体现呢？物权法上的基本原则应当发

挥与民法的基本原则同样的功能。那么，民法的基本原则是什么呢？民法的基本原则要发挥一种什么样的功能呢？我相信这点对于我们今天在座的同学都很熟悉了，民法的基本原则按照学界通说，大家公认的是平等原则、意思自治原则、公平原则、诚实信用原则和公序良俗原则。物权法的基本原则也应当是这几项民法基本原则在物权法中间的具体体现。那么，它们在《物权法》中间有没有具体体现呢？有的有！有的没有！我简单做一个说明，比如平等原则是民法的基础性原则，离开了对民事主体普遍平等的假定，民法这个部门法就丧失了自己存在的基础和前提。物权法上有没有体现平等原则的法律规定呢？我个人觉得还是比较明显的。根据《物权法》第3条第3款的规定，国家实行社会主义市场经济，保障一切市场主体的平等法律地位和发展权利，这其实就是平等原则在物权法中的体现。这句话从什么地方来的？是从十六届三中全会的文件中间来的。另外，《物权法》第4条的规定强调，国家的财产、集体的财产、私人的财产和其他权利人的财产都要受到法律的保护，任何单位和个人都不得侵犯。这就是我们很多媒体上所说的要一体对待、平等保护的问题，只要这个财产是合法的，不管他是谁的，都要一体对待、平等保护，这同样是平等原则在物权法中的具体体现。那么，意思自治原则在物权法中间有没有具体体现呢？意思自治原则在《合同法》上体现为第4条，就是合同自由原则；意思自治原则在物权法当中的具体体现应当就是所谓的所有权神圣原则。所有权神圣原则在物权法中什么地方得到了体现呢？我个人觉得，比较典型的体现是《物权法》第39条和第40条的规定，《物权法》的第39条相当于《民法通则》

第71条的规定，它强调所有权人可以对自己所有的动产和不动产依法享有占有、使用、收益、处分的权利；《物权法》第40条强调，所有权人可以在自己所有的财产上面，包括动产或者不动产去设定用益物权或者担保物权，而用益物权或者担保物权人去行使权利的时候是不能够损害所有权人利益的。这两个条文实际上就是所有权神圣在物权法上面的体现，而所有权神圣又是意思自治原则在物权法中间的具体体现。当然说到这个对方可能会有老师或者同学提出不同意见，所有权神圣不是近代民法上面的三原则嘛，我们已经是现代民法了，不能再说所有权神圣了，所有权都已经社会化了，所以有文章说现在出现了所有权社会化的趋势。我个人不同意这个的看法，当某一天所有权不再神圣的时候，那一定是法律消亡的那一天，一定是美妙的共产主义到来的那一天（笑），只要这一天还没有到来，我们一定要在民法上、在物权法上强调所有权神圣，因为所有权神圣包含着对个人自由来提供保障的一个最重要的法律基础。大家都很熟悉一位英国首相所说的一句话，“风能进，雨能进，国王不能进”，这样的一句话所折射出来法律上的根据其实就是所有权神圣。从这一点可以看出来，意思自治原则在物权法上是有相应体现的。公平原则在物权法上面有没有作出明确规定呢？应当说没有作出明确规定。但在进行法律规则设计的时候，公平原则当然是一项重要的立法准则，这在我们业主的建筑物区分所有权中相关的法律规则都有一定的体现。例如，《物权法》第73条关于商品房小区中间的绿地、物业管理用房、道路以及其他的场所和其他的公用设施等权利归属的规定，其实在进行物权法相关法条拟订的时候就遵循了公平原则

。当然，在基本原则这一章中间没有对公平原则作出明确规定。关于诚实信用原则，在2007年3月5号的下午，全国人大法工委召集了几位学者就即将提交全国人大代表进行审议的物权法草案，又在有限的时间里面做了一次逐条的讨论，在讨论的时候我们强烈的主张，在《物权法》第7条中一定要写上物权的取得和行使要遵守诚实信用原则。但是这个意见没有被采纳，我们现在看到的物权法中没有在第7条中间规定诚实信用原则，不过我们可以从《民法通则》中找诚实信用原则，然后来处理相关的物权纠纷。关于公序良俗原则，《物权法》第7条其实就是关于公序良俗原则的规定，它强调物权的取得和行使要遵守法律、尊重社会公德，不得损害公共利益和他人的合法权益，这其实就是关于公序良俗原则的规定。由此可以看出，民法的基本原则要么在物权法的基本原则这一章中间有明确规定，例如平等原则和公序良俗原则，要么是在物权法的某些地方有它的具体体现。象我们刚才提到的，《物权法》第39条、40条、43条就是这样的规定。有一些在《物权法》上没有作出具体的规定，我们需要从民法的基本原则中间去寻找。民法的基本原则在物权法中间的具体体现和发挥的功能是什么？我们书上谈到民法基本原则的时候会告诉我们说，这是立法准则、司法准则、行为准则，也是民法学者讨论民法价值判断问题的时候要遵循的论证准则。物权法的基本原则当然也应该发挥同样的作用，物权法的基本原则尤其应该发挥司法准则的作用。在物权法颁行以后，尤其是今年10月1号施行以后，当法官或者仲裁员适用物权法中所确立的规则对纠纷进行处理的时候，面对同一个物权法上的法律条文，可能会出现复数解释的可能性。也就是

说，会出现两个或者两个以后的解释结论，我们如何判断这些解释结论是否属于妥当，物权法的基本原则作为对物权法所持守的基本的价值取向的表达，它应当能够发挥判断准则的功能。同样，在物权法上没有对相关的物权纠纷设置明确和具体法律规则的时候，法官和仲裁员需要进行法律漏洞的填补，运用法律漏洞的填补方法得出填补结论。如果存在意见分歧的话，谁的填补结论是妥当的填补结论，物权法的基本原则作为对物权法所持守的基本价值取向也可以发挥判断准则的功能，这恐怕是在物权法上规定物权法基本原则最重要的意图所在。现在我们看，物法定也好，物权变动的公示公信也好，物权效力优先也好，一物一权也好，它们是否表达了物权法所持守的基本价值取向，它们能否对复数法律解释结论或者复数的漏洞填补的结论发挥一种妥当的判断准则的功能呢？我们知道，不能！例如，《物权法》第6条是关于物权变动公示原则的规定，它只不过是把《物权法》第9条的第1款和《物权法》第23条的规定在《物权法》第6条里面又重新抄一遍而已。为什么又重新抄了一遍？让第6条处在这样一个尴尬的地位？原因就在于，物权法的这些所谓的基本原则实际上是一个纯粹的民法学问题，而不是民法学问题中间的民法问题，最初对这些原则所进行的抽象和概括，与物权法规则的设计和适用是没有什么关系的，它们只不过是出于知识讲授的便利，出于对物权法学习和掌握的便利，有学者对物权法上具有关联性的法律条文进行理论上的抽象和概括得出的一个学术的结论，它主要的功能不是表达物权法所持守的基本的价值取向，它只不过是出于知识讲授便利的需要进行的理论总结和概括。但是在长期的讨论中间，我们把

这些基本原则与表达物权法基本价值趋向的基本原则混为一谈，因此出现了一种强有力的观点，主张在物权法上实现它的立法化。但是我们看到，出现的是一种非常不遵循体系化思考方法的做法，在《物权法》第一章基本原则的第5条中认可了物权法定，第6条中认可了物权变动的公示原则，但象我们刚才提到的，效力优先原则、一物一权原则都找不到了。当然有人说，为什么不规定一物一权呢？因为今天不再一物一权了，有一些物上同时可以有好多权利，这是今天才有的法律现象吗？一物一权从来强调的都是在同一个物权的客体上不能有两个或者两个以上不相容的物权，如果是相容的物权再多都可以。从来没有人说，在近代民法上或者更早的时候一个物上只能有一个物权，从来没有人这样讲过。所以，不是因为这样的原因，而是因为一物一权没有表达任何物权法基本的价值取向，不能够发挥所谓的立法准则、司法准则、行为准则和学术讨论要遵循规则这样的功能，它只不过是理论的概括而已。在物权法上面由于把纯粹的民法学问题与作为民法问题的民法学问题没有进行清楚地区分和界定，就把这些本来就是纯粹民法学研究中间所得出的结论立法化了。我们将来就会看到，它们并不会在审判实务中间发挥应有的作用。可能有老师或者同学会说，不对吧？物权法定不是很重要吗？如果违背物权法定不是还对合同行为的效力产生影响吗？我简单的分析一下，物权法定有没有必要立法化？不立法化的话，是不是就不能解决物权法在适用的过程中所出现的问题？物权法定通常强调的第一项内容就是，当事人不能随意的创设现行法上没有认可的物权类型。现在的问题是，当事人有没有可能通过一个单方民事行为或者一个多

方民事行为，尤其是通过一个合同行为就真的能够创设一个现行法上没有认可的物权类型，我们说没有可能！就以合同行为为例，合同行为有一项基本的法律原理叫合同的相对性原理，合同的双方当事人怎么可能在一个遵循合同相对性的合同行为里面去创设一个给第三人安排合同义务，或者给第三人安排利益实现序位的物权呢？我们说，合同相对性的原理就能够解决物权法定所对应的第一项内容。我们再看第二项内容，物权法定强调说，当事人在进行物权变动的时候不能够作出与现行法上针对某种类型物权所设置的强行性规定不一样的约定，我们想，如果没有物权法第5条的规定，当事人在移转、变更或者设立、消灭物权的时候，能够作出与现行法上针对某种物权所设置的强行性规定不一样的约定嘛？什么叫做强行性规定？简单的说，是不得通过当事人的约定排除该项规范适用的法律规定叫做强行性规定。每一个强行性规定的背后都有一个效力性的禁止性规定，那就是禁止当事人约定排除该项强行性规定的使用，即使没有《物权法》第5条的规定，如果当事人基于合同行为设定不动产物权的时候，无须按照《物权法》第9条第1款的规定办理登记手续，这个约定我们直接援引《物权法》第9条的第1款就能够认定它的一个绝对无效的约定。同样，由于在《物权法》第23条的规定里面把动产物权基于民事行为，尤其是基于合同行为进行设立和转让要进行动产的交付，把它规定成为是一项强制性规范，当当事人作出与《物权法》第23条所确立的强制性规范不一样的约定的时候，这个约定能够成为生效的约定吗？当然不能！同样，当事人在设定抵押权的合同中间，如果作出了与《物权法》第186条不同的约定，也就是说，在债

务履行期届满以前，就约定在债务人不履行债务的时候抵押物的权利就转归抵押权人所有，这个预定能够有效吗？《物权法》第186条是典型的效力性禁止性规范，如果违反这个规定的，当然绝对无效。同样，《物权法》第211条，关于禁止流质约款的规定，不也是一项效力性的禁止性规范吗？还需要在《物权法》第5条中间有一个物权法定原则吗？物权法定原则不就是对我们刚才提到的法律条文进行理论上的抽象和概括，把这些条文起一个统一的名称叫物权法定，然后再进行物权法讲述的时候，老师可以在物权法定这个标题之下把分散在物权法各处的条文集中在一起来进行分析和说明，它对于发挥物权法对表达物权法基本价值取向的功能又有什么样的帮助呢？没有什么帮助！由此可以看到，就这个争议的问题可能就需要结合民法学的方法去做进一步的思考和讨论，这是第一章基本原则中间所涉及到的问题。（二）物权的设立、变更、转让和消灭这一章的规定可以说是物权法上的一个核心问题，就是物权变动问题，所涉及到的法律条文相对也比较多，从《物权法》第9条到31条都是对物权变动问题的规定。除了第二章以外，在所有权部分、用益物权部分、担保物权部分，还有大量的调整物权变动的法律规则。就这一部分内容在物权法的起草过程中间也有一个存在重大争议的问题，就是物权变动模式的立法选择问题。大家看物权法条文就可能注意到，第二章一共包括三节内容，第一节是不动产登记；第二节是动产交付；第三节是其他规定。其实，第一节和第二节就是对基于民事行为尤其是基于合同行为发生物权变动的法律效果进行调整的法律规则，尽管在“节”的名称上没有明确的标识出这一点，但实际上规定的就是这一

问题。所以，讨论物权变动模式问题主要就是讨论在物权法上究竟基于合同行为如何才能够发生物权变动的法律效果。关于这个问题的争议实际上到今天为止都还没有停止，争议的焦点就是集中在，《物权法》第9条、14条、15条、23条，究竟在这些关于物权变动模式所确立的一般规则里面，确立的是一种什么样的物权变动模式？有学者说这就是物权法书上所说的，债权形式主义的物权变动模式。这种变动模式强调，要想基于合同行为发生物权变动的法律效果，在最低限度上必须要同时满足两项条件：第一个条件，当事人之间要存在生效的合同行为；第二个条件，要采用特定的公示方法。这是在最低限度上必须同时满足的两个条件，从我们的用语就可以看出来，这两个条件是基于合同行为发生物权变动法律效果的充分条件、必要条件还是充分必要条件啊？它只是必要条件！既不是充分条件，更不是充分必要条件，为什么要强调这一点？因为在物权法起草的过程中，关于这个问题还引发了一些附带的争论。有学者认为，在物权法上一个出卖他人之物的买卖合同，我们不按照《合同法》第51条的规定把它认定为是效力待定合同，而是作为生效合同来处理的话，《物权法》第106条规定的善意取得制度的规定就没有意义了。为什么呢？出卖他人之物的买卖合同都是生效合同，然后出卖人如果把一个动产标的物交付给买受人，这就发生动产标的物所有权的转移嘛，这个时候不管买受人是善意还是恶意的，都能够发生所有权取得的法律效果，那要善意取得制度还有什么意义呢！我们国内有一些重要的民法学家都表达了这样的看法，这个看法是否妥当，我认为值得讨论。为什么呢？就象刚才提到的，当事人之间有生效的合同

行为，然后再有公示方法的采用，只是满足了债权形式主义的物权变动模式之下，发生物权变动法律效果的必要条件，它还不是充分条件。即使一个出卖他人之物的买卖合同成为了一个生效的合同，出卖人把标的物交付给买受人了，买受人能够取得标的物的所有权吗？《合同法》的第135条规定得很清楚，在一个买卖合同中间，出卖人所负担的主合同义务是交付标的物，或者是交付提取标的物的单证，并且转移标的物的所有权与买受人，一个出卖他人之物的买卖合同中间的出卖人把标的物交付给买受人了，他可能不可能把自己都不享有的所有权在一般的情况之下都能够移转给交易的相对人？我们说除非满足善意取得制度的构成条件，否则的话，一个生效买卖合同中间的出卖人不可能把一个自己都不享有的权利移转给对方当事人。所以，即使我们把一个出卖他人之物的买卖合同作为生效合同来处理了，也只是满足了发生物权变动法律效果的一项必要条件。还有一个非常必要的条件就是，合同中间的当事人也就是给对方进行义务履行，给对方权利的变动采用公示方法的当事人，他还对处分的财产享有处分权。所以我们强调，债权形式主义的物权变动模式之下，最低限度要满足两个条件。但也有学者不同意这种意见，如孙宪忠教授，孙教授就认为，第9条也好，第14条也好，第15条也好，第23条也好，实际上应该认为是认可了独立的物权合同的存在，尤其象《物权法》的15条的规定，孙宪忠教授认为，这更是我们采纳了德国民法和我国台湾地区民法所认可的，我们物权法的著述当中习惯叫做物权形式主义的物权变动模式。这种物权变动模式的特点大家也比较清楚，在最低限度上需要满足什么样的条件呢？在最低限度上当

事人之间要有一个生效的物权合同，当然对于物权合同这个法律行为的构成，即使在德国和我国台湾地区的学者看来，也有很大的意见分歧。拉伦茨教授在他的《德国民法通论》里面说，这个物权合同是物权合意加上公示方法，但是鲍尔斯特蒂纳在他的物权法书上说，物权合意就是物权合同，我们不去管他们的这些争议，我们暂且接受拉伦茨教授的这个说法，那就是在最低限度上要有一个生效的物权合同存在，而这个物权合同在内容上是专一引起特定财产物权的变动作为它的内容，它与发生原因的债权合同是不一样的，债权合同已在当事人之间引起债权的享有以及债务的负担作为它的内容。这是对于我们物权法上所确立的相关法律规则另外的一种解读，这样一个问题的争议也涉及到民法学方法的运用，我自己在我的博士论文《物权变动论》里面核心部门着重讨论的就是这个问题。按照我个人的理解，这是一个民法学问题中间的民法问题，它会涉及到法律规则的设计或者适用。我们在讨论民法学问题的时候，还要进一步的去探讨，这些民法问题中间何种类型的民法问题。根据我个人的理解，在成文法的法律传统之下，与民法规则的设计和适用有关的民法问题还要作进一步的类型区分，还要进一步的区分为事实判断问题、价值判断问题、解释选择问题、立法技术问题和司法技术问题。什么是事实判断问题？对事实判断问题进行讨论主要是解决在现实生活中间存在有哪些类型冲突的利益关系，以往对这些冲突的利益关系采用的协调策略是什么，对这些冲突的利益关系采取的协调策略的功效如何，这是我们对事实判断问题进行讨论要解决的问题。什么是价值判断问题？价值判断问题是民法问题中间最核心的问题类型，它

主要解决当我们面对特定类型冲突利益的时候，我们如何在这些冲突的利益关系中间去确立一个协调的规则，这个时候我们所确立的协调规则就是在表达一项价值判断的结论。什么是解释选择问题呢？简单来说，我们要用民法的术语去表述在生活世界里面所存在的各种现象。大家在学习民法总论的时候都知道，民事法律关系和民事法律事实是民法最核心的两个概念，为什么？因为民法的调整只能够在通过民法的术语建构起来的民法世界里面才能够得到实现。所以，民法的调整要完成一个从生活世界向民法世界转变的过程，这个过程就涉及到解释选择问题，我们究竟选择哪一个民法的术语和概念去表述我们所面对的生活世界，这是解释选择问题。而解释选择问题之所以存在，是与成文法的法律传统之下要用有限的法律条文去应对无限丰富的社会生活有着密切的关联，财产归属和利用产生的民事关系难以溯及，物权法只有区区二百四十七个条文，不适用一些抽象和专业术语完成生活世界向民法世界的转变，物权法的调整功能根本就无法得到实现和落实，这是解释选择问题要解决的一些争议。还有就是立法技术问题，立法技术问题它只要解决如何把我们面对不同类型冲突的利益关系所作出的价值判断结论容纳到一部成文法中间去，把这个价值判断的结论放在这个成文法的什么地方是一个妥当的安置，这是立法技术所要解决的一项核心问题。司法技术问题主要解决什么呢？大家看拉伦茨教授的《法学方法论》、看杨仁寿先生的《法学方法论》大概就会注意到，他们所论述的法学方法论其实主要是适用法律的方法论，也就是我们这个地方所说的司法技术问题。我们借用拉伦茨教授的说法，司法技术是在这样的一个过程中

产生的问题，什么过程中呢？一个裁判断者要发现并且转述立法者体现在实体法中间的价值判断结论，他还要在有些情况下，对立法者没有作出明确表态的价值判断问题进行价值的填充，也就是进行漏洞的填补。在这个过程中就会涉及到裁判者司法技术的运用问题，这是司法技术问题所要解决的一些争议。刚才我们也谈到，针对我们物权法上所确立的相关法律规则出现了不同的解读，这些解读不仅仅是法律规则设计上面的分歧，其实更重要的是法律适用上面的分歧。从这一点上来讲，我们说这是一个民法问题。究竟是民法问题中间何种类型的民法问题呢？由于时间问题我就不展开讨论了，因为这方面我也有一些文字的东西，大家有兴趣的话可以看一下。在我的讨论中间尤其是像债权形式主义和物权形式主义模式之间所存在的分析，我把它界定为是一个解释选择问题。解释选择问题为什么要做这样的界定？我认为，债权形式主义与物权形式主义这两种物权变动模式的差异核心就体现在，我们面对同一个生活世界中间的现象，我们究竟选取民事法律事实中间那种类型的法律事实对它进行解释和表述，然后完成从生活世界向民法世界的转变。例如，我把一瓶矿泉水卖给你，在现实生活中间会有一个出卖人把矿泉水交给买受人的行为，在坚持物权形式主义物权变动模式的学者看来，交付的背后要用民事法律事实中间的法律行为去进行描述和解释，认为在当事人之间除了买卖合同之外，还有一个以矿泉水所有权移转为内容的物权合意。但是在债权形式主义看来，这个交付只不过就是民事法律事实中间的事实行为而已，不需要用民事法律事实中间的法律行为对它进行表述。从我们现在看到的资料来看，萨维尼教授最初

在表述和提出物权形式主义变动模式的时候，他强调说：“买卖房屋的时候，不是只有买卖合同这一个契约行为，交付房屋的行为的本身也是一个契约行为”。现在的分歧其实就是，我们究竟是适用民事法律事实中间的法律行为去表述这种生活现象，还是用民事法律事实中间的事实行为去表述这种现象，它是一个选取何种民法的概念和范畴去表达我们所面对的生活世界的问题，所以，我把它界定为解释选择问题。在讨论的过程中间，解释选择问题的讨论当然与其他类型民法问题的讨论就存在有比较大的差别。可以借用法律文化的解释理论来对解释选择问题进行相应的解释和说明，而且解释问题上面所存在的争议没有对错之分，只有那种解释的结论更符合一国的法律传统，尤其是符合一国的立法和司法传统的问题。至于第二章的第三节其他规定大家都很清楚，这是关于非基于民事行为以及基于某些特定的单方民事行为发生物权变动，如何进行法律调整的问题。这点在物权法起草的过程中间发生的争议不大，但是对第31条的表述也有一些意见的分歧，这个地方我们就不再详细的进行介绍了。（三）物权的保护物权保护在《物权法》起草的过程中间涉及到的争议问题也是非常多的，我记得在法学院还没有搬迁到明德法学楼的时候，当时在贤进楼的501会议室，我就物权保护中间所涉及到的争议问题做过一次专题讲座，下面我同样是从民法学方法的角度入手，对物权保护中间所涉及的问题也做一个简要的分析和说明。关于物权的保护从《物权法》的规定我们可以看出来，应该说包含的条文还是比较有限的，从第32条到第38条，一共是七个条文，其中争议最大的有两个问题：第一个问题，如何在《物权法》上处理物权请求

权与侵权请求权之间的关系问题，这个问题我以前也讲过，而且我在2006年《中外法学》第一期上面刊发了一篇文章，也专门讨论这个问题，所以，这里我也只是做一个简要的介绍。这个问题争议的背景与我们物权法起草的背景有关系，大家知道，我们起草物权法的时候不是说没有什么基础、是万丈高楼平地起的，不是这样的！其实在我们已有的法律中间已经有不少调整物权关系的法律规则，比如说，《民法通则》第五章的第一节叫财产所有权和与财产所有权有关的财产权，也就是《民法通则》第71条至第83条的规定，这一部分就是对物权关系进行调整的法律规定，另外在《民法通则》第五章的第二节、第89条的第二项和第四项，也是关于担保物权的规定，这也是调整物权关系的法律规则。除此以外，与我们讨论的话题有关的，《民法通则》中间的第5条、第73条、第74条和第75条、第83条、第106条的第2款、第3款、第117条和第134条的第1款、第2款，这些规定里面都涉及到了对于《民法通则》上面所说的财产所有权和与财产所有权有关的财产去提供相应保护的问题。《民法通则》中是如何对物权提供相应保护的？大家可能也知道，《民法通则》没有认可在德国民法和我们台湾地区的民法上所认可的物权请求权制度，我们用基于侵权的请求权“取代”了传统民法上的物权请求权，发挥对物权进行保护的功能。当然，一定要强调，这个地方的取代要加上一个引号，为什么要加上一个引号呢？因为德国民法和我们台湾地区民法上的物权请求权，当一个物权人向物权占有人主张返还原物请求权的时候，当一个物权人向加害人主张消除危险、排除妨碍请求权的时候，物权人不需要承担举证加害人存在有过错的举证责

任。但是，在《民法通则》上尽管返还财产、消除危险、排除妨碍、停止侵害，都是属于侵权责任的承担方式，但是按照《民法通则》第106条的第2款、第3款的规定，在法律没有作出特别规定的情况下，所有类型侵权责任的承担都是采取过错责任原则。这就意味着，在我们的民事基本法上，当一个财产所有权人或者一个与财产所有权有关的财产权人，他们去主张返还原物、消除危险、排除妨碍的时候，也适用《民法通则》第106条的第2款和第3款的规定，他要承担着举证证明加害人存在有过错的举证责任。这一点上，与传统民法的物权请求权存在着重大差别，这在物权法进行起草的过程中，围绕着物权保护制度的立法选择有着不同的三种意见：第一种意见，以我国著名的前辈民法学家、北大法学院的魏振赢教授为代表，魏振赢教授主张，改造现行法上面的侵权责任制度，用侵权请求权取代德国民法和我国台湾地区民法上的物权请求权，改造的核心是，当侵权责任承担方式是返还原物、消除危险、排除妨碍的时候，侵权责任的规则是严格责任原则，不再适用过错责任原则。第二种主张以清华大学法学院的崔建远教授为代表，崔老师主张，让我们的侵权责任制度回归传统民法，把侵权责任的承担方式限定为损害赔偿，然后在物权法上确立独立的物权请求权制度；第三种主张认为，保持现行法上的侵权责任制度，然后在物权法认可专门的物权请求权制度。我记得2002年参加由全国人大法工委召开的民法典草案建议稿专家研讨会的时候，围绕着这个问题大家几乎是用一整天的时间来进行讨论，而且争论到最后都有点伤和气了，（笑）记得我当时是比较赞同魏振赢教授的观点，当时孙宪忠教授对我进行点名批评，说

王轶你怎能坚持这样的观点呢？（笑）当然孙老师是本着对立法负责的态度表达这样一种看法的，我也完全可以理解。有关这个问题的争议，如果我们适用民法学方法去进行讨论的话，这究竟属于什么类型的民法学问题呢？我们说，它涉及到民法规则的设计问题，涉及到民法规则的适用问题，这是属于民法学问题中间的民法问题。它们是民法学中间那种类型的民法问题呢？我个人认为，对这些观点还要作进一步的区分，第三种观点是主张保留现行法上的侵权责任制度不做改变，然后认可专门的物权请求权，这意味着什么？当一个物权人依照《民法通则》中间的侵权责任来保护自己的物权的时候，他需要举证证明加害人存在有过错，这与第一种、第二种观点相比较，和物权人主张加害人去返还原物、消除危险、排除妨碍不用举证证明对方存在有过错相比，这会导致当事人之间不同的利益关系安排的结局。所以，第三种观点和前两种观点的分歧是一个价值判断的问题，我们应当运用价值判断问题的讨论规则进行讨论。运用什么样的价值判断问题的讨论规则去进行讨论？我觉得，这涉及到民法价值判断问题的第二项实体性论证规则，那就是，在没有足够充分且正当理由的情况下，不得限制民事主体的自由，要用这样的一项实体性的论证规则作为讨论这一类价值判断问题的前提和基础。这一点我在《中外法学》发表的文章中间有讨论，我也不再展开进行讨论了。另外就是第一种观点和第二种观点之间的分歧，它们是什么类型的民法问题呢？我们知道，采纳第一种观点也好，采纳第二种观点也好，其实两种观点在价值判断的结论上没有什么分歧。大家都主张，当一个物权人要求加害人返还原物、消除危险、排除妨碍的时

候，他不用举证证明加害人有过错，就可以主张自己请求权的实现。二者的区别在于，究竟把对这种冲突的利益关系作出的价值判断设置一个协调规则，这种协调规则放在民法的哪一部分，如果放在物权法的第三章物权的保护里面，我们把它叫做物权请求权制度，如果放在侵权责任法里面，我们把它叫做侵权请求权制度。从这一点上来讲，这只不过是一个如何在一部成文法中间妥当的安置相同的价值判断结论问题所产生的争议，这是一个典型的立法技术问题上面的分歧。我认为，我们应当适用讨论立法技术问题的讨论规则对它进行分析和说明。这点我在《中外法学》上面《关于物权保护制度立法选择》里面也有专门的讨论，这个地方也不再做进一步的分析和说明。由此可以看到，在物权保护中间首先涉及到的争议问题就涉及到了两种类型的民法问题，就是价值判断问题和立法技术问题，在物权保护中间还有另外一个争议很大的由于争议太大了，我们现在看到的物权法不再规定这个问题，这就是物权保护的请求权要不要适用诉讼时效制度。在物权法草案的全民征求意见稿的第三章物权保护的最后一条，曾经有一个规定，消除危险、排除妨碍不适用诉讼时效制度。现在我们的物权法中找不到这个条文了，究竟我们现在的《物权法》第34条、35条所规定的返还原物请求权、消除危险和排除妨碍请求权要不要适用诉讼时效制度？现在没有作出回答。在今年3月5号的下午讨论物权法草案的时候，当时大家提到这个问题，法工委的同志说：“交给最高法院去起草司法解释吧。”那么，作为物权保护的请求权要不要适用诉讼时效制度？从民法学方法的角度来看，它是属于什么类型的民法学问题？首先，当然涉及到法律规则的

设计和适用，这肯定是民法问题。这究竟是民法中间什么类型的民法问题呢？我们知道，诉讼时效制度根据《民法通则》第135条、第137条的规定，在诉讼时效期间届满的时候会发生权利功效减损的法律效果，这就意味着诉讼时效制度会影响到当事人之间利益关系的不同安排，适用不适用诉讼时效制度，利益关系安排的结论一定会存在差别，这是一个典型的价值判断问题。价值判断问题里面有两项实体性的论证规则，一个与平等原则有关，那就是在没有足够充分且正当理由的情况下，要坚持强式意义上的平等对待，只有在有足够充分且正当理由的情况下，才可以对民事主体进行类型的区分，进行区别对待；第二个实体性论证规则我刚才也谈到了，在没有足够充分且正当理由的情况下，不得限制民事主体的自由，限制民事主体自由的地方一定是有足够充分且正当理由的地方，既然诉讼时效期间届满可以发生特定类型的请求权权利功效减损的法律效果，而权利的核心或者权利的本质按照学界通说的认识，就是自由，所以民事权利不外乎就是类型化的自由。诉讼时效制度导致权利功效减损就意味着，诉讼时效期间届满会对民事主体的个人限制构成限制，这是一个与自由及其限制有关的民法上的价值判断问题，那就要遵循第二项实体性论证规则来进行讨论。这在《中外法学》的文章中间我就主要分析了我们以往的民法学著述谈到诉讼时效制度的时候，我们就诉讼时效制度可以限制民事主体的自由提供了哪些正当性的论证，我们发现最常见的就是，督促权利人行使权利、保护义务人的利益、减轻法院负担，还有一些著述当中会提到，保护不特定第三人的信赖利益，我在那篇文章分析得出的结论就是，督促权利人行使权利

、保护义务人的利益以及减轻法院负担都不是可以对民事主体的自由进行限制的足够充分且正当的理由。原因是什么呢？因为在民法的范围内，我们即使是从解释论的角度出发来比较的话，我们就会发现，现行的民事立法上可以限制民事主体个人自由的足够充分且正当的理由，要么是国家利益，要么是社会公共利益。这是限制民事主体个人自由的足够充分且正当的理由，督促权利人行使权利、保护义务人的利益、减轻法院负担，都不能够证成有维护国家利益和社会公共利益的必要性。比如，督促权利人行使权利，我们说一个财产性的权利，当事人放弃都可以，凭什么要督促当事人行使权利，而且督促权利人行使权利还要让他承担权利功效减损的法律效果，这个正当性在什么地方？如果不把督促权利人行使权利与保护不特定第三人的信赖利益结合在一起，督促权利人行使权利本身不足以提供诉讼时效制度，限制民事权利，限制民事主体个人自由的正当性。最后我得出的结论就是，保护不特定第三人的信赖利益这是诉讼时效制度存在的正当性最重要的一个理由，因为权利人总是不向义务人去主张权利，就会向其他人呈现出来一种似乎在当事人之间不存在权利义务关系的状态，别人就会基于对这种状态的信赖去进行相应的民事交往。如果没有一个诉讼时效制度的话，动辄就改变这种状态，会对不特定第三人的信赖利益产生影响，而不特定第三人的利益在我们合同法上也是如此，它是属于社会公共利益的一种重要类型。所以，从这一点上来讲的话，作为物权保护的请求权要不要适用诉讼时效制度，应当以此作为讨论的基础和前提，我们应该逐一的分析一下返还原物请求权、消除危险请求权和排除妨碍请求权，如果不适

用诉讼时效制度会不会对不特定第三人的信赖利益造成损害？如果会，就该适用诉讼时效！如果不会，就不该适用诉讼时效！我在文章中间分析得出的结论就是，动产的物权人不管这个动产物权的公示方法是占有还是登记，存在有保护不特定第三人信赖利益的必要应当适用诉讼时效制度。但是，如果是登记的不动产物权人要求返还原物请求权、消除危险请求权和排除妨碍请求权不存在保护不特定第三人信赖利益的必要，一般不应当适用诉讼时效制度。这里面运用的就是价值判断问题的一种讨论规则。以上是《物权法》的第一编三章内容中间涉及到的几个立法过程中的争议问题，我从民法学方法的视角做了一个简要的分析和说明。第二个问题，所有权所有权中涉及到的问题非常丰富，我就选取其中的一个问题来进行说明。这就是《物权法》第42条的规定，刚才在我们讲座开始之前，有同学问我对重庆的“历史上最牛的钉子户”的问题是怎么看待的？我看到的资料也比较有限，据我的了解，这是开发商和这个业主之间要协调谈判订立一个房屋拆迁安置协议，但一直未能达成一致意见。在这种情况下，开发商先是走了行政的程序，要求有关的主管部分作出一个强制拆迁的规定，然后又到法院提起诉讼，法院有做了一个强制执行拆迁的决定。在这个事件当中，即使我们不用物权的规则，2004年我们的《宪法》以及修改后的《土地管理法》，《宪法》和《土地管理法》上关于征收集体土地、征收单位和个人的房屋及其它不动产，从2004年修改宪法开始已经加了一个前提条件，那就是出于公共利益的需要。所以，我觉得物权法生效不生效不影响这个纠纷的处理，当然生效了更容易解决一些。这就意味着国家什么情况下

可以动用征收权呢？只有在涉及到公共利益的时候。刚才我们谈到的案件究竟涉及不涉及公共利益，据有关的资料显示，这次拆迁完全是服务于商品房开发的需要，完全是一个商业的目的，在这种情况下，不存在进行强行征收的可能。你就不能动用国家的征收权，这个时候就是依靠双方当事人之间的平等协商，如果达成协议了，当事人愿意迁走；如果不成协议，就不能让他迁走。另外，国家的公权力这个时候就更不能发动去保护拆迁安置协议尚未达成的时候，为了保护一方商业目的的实现，就让对方作出牺牲。下面我就结合《物权法》第42条的规定尤其是其第1款的规定，对公共利益及其相关问题做一个简要的分析和说明。在2005年的7月10号，当全国人大常委会办公厅全文公布了物权法草案以后，从7月10号到8月20号，通过各种途径反馈到全国人大法工委的意见一共是一万一千五百四十三条，其中相当大的一部分是问我们的立法机关，能不能够告诉我们什么是公共利益？不然的话，地方政府建设学校是公共利益，建设道路是公共利益，建设一个商场也是公共利益，建设一个宾馆也是公共利益，全都是公共利益了，我们老百姓招架不住啊！所以，2005年8月18号，全国人大的法律委和常委会的法工委当时就在人民大会堂召开了一次论证会，其中主要讨论了公共利益的问题，但这次讨论未能达成共识。后来在2006年的6月21号又召开的物权法争议问题的论证会上，一共涉及了四个论证问题，第一，物权效力优先要不要规定为物权法的基本原则，要不要实现它的立法化？第二，物权保护请求权要不要适用诉讼时效？第三，公共利益能否在物权法上作出具体界定？第四，应收帐款能够不能够设立权利质权？其中专门有

半天的时间论证什么是公共利益的问题，这次论证给我留下了很深的印象，我记得首先发言的就是王利明教授，王利明教授认为：“从比较法的经验来看，公共利益是物权法不能承受之重，物权法上没有办法对公共利益作出具体界定，公共利益的界定应该交给立法机关在制订其他法律的时候，对公共利益作出进一步的类型化。另外，王利明教授还认为，我们要充分相信法官、相信法院，法院在具体纠纷的处理中，针对个案是否存在公共利益作出具体认定。第二个发言的是法院系统的一位前辈，曾经承担过最高人民法院审判委员会委员、经济审判庭厅长的费宗?法官，费宗?法官认为，王利明教授的观点有一定道理，但是他有一个担心，我们的法院都是按照行政区划设置的，法院在很多地方受制于地方政府，地方政府说这是公共利益，法院敢说这不是公共利益吗？这种情况下，物权法还是给一个交待比较好。两位老师发言以后，大家就陷入论战状态了，有人主张要具体界定的，有人主张不能具体界定的，后来反对具体界定的就提出来，你们说能够具体界定，准备具体列举哪些公共利益？主张具体界定的认为，建学校、建医院、建公用道路，这总该是公共利益吧！反对者马上就提出批评，学校还有私立学校啊，《民办教育促进法》上一个民办教育机构的投资者可以民办教育的收入中获得利益啊，这是《民办教育促进法》修改后的一个重要内容，这能够说就是公共利益吗？医院不还有私立医院吗？这一定能够说都是公共利益吗？那公用道路总该是公共利益吧，建设部的一位同志说，公用道路也不好说啊，（笑）为什么呢？今天很多公用道路的建设是用BOT的方式，BOT的方式也不是企业的公共行为啊，怎么就是公共

利益呢？后来大家说看来正面列举有困难，怎么办呢？反面排除吧，然后主张进行具体界定的人主张说，凡是与商业利益有关的一概不是公共利益。这种观点提出来马上就受到反驳，从比较法上来看，一些比我们对财产保护程度比较高的国家和地区来看，他们都不会说，与商业利益有关的一定就不是公共利益。大家马上引用了一个美国的判决，美国在2005年的时候，联邦最高法院作出一个判决，凯罗诉新伦敦市政府案，美国有一个州的小城市叫新伦敦市，新伦敦市的经济不景气，当地政府就进行了招商引资，由此就专门成立了一家开发公司，由这个开发公司负责招商引资工作，后来一家大型的跨国医药公司要在当地投资建设一个研究院，如果这个研究院建设完成可以提供很多的就业问题，其中有一部分的场地是通过市场交易购买的，还有一部分土地就动用了政府的征收权。凯罗就是我们所说的拆迁户，他就带着其他几户拆迁户进行上访告状，在当时州的官司没有打赢，最后上诉到联邦最高法院，联邦法院最后以五比四通过一项判决，说新伦敦市政府进行的征收符合《宪法》第5条修正案中间合乎公共使用目的的要求，也就是说，政府的征收是符合公共利益的。当然我们可以批评说，资产阶级的法律是虚伪的，（笑）这是为了那些大资本家的利益，所以小老百姓只能够作出牺牲了。当然，可以做这样的批评，今天是一个价值取向多元化的社会，我们允许各种不同的意见来进行自由的表达。但是，我想在这样一个对私人权利重视程度相对较高的国家，他们都不会说与商业利益有关的一定不是公共利益。我们如果在物权法上规定凡是与商业利益有关的就不是商业利益，这在物权法上就有一个内在的困难。什么困难

？在我们的物权法上尽管就农村集体土地中间的建设用地使用权，进入土地一级市场自由流转，预留有调整的空间，但只是预留调整空间而已，并没有明确的许可宅基地使用权可以进入土地的一级市场自由流转。在这样的背景下，公共利益不能与商业利益沾边，凡是涉及到商业利益的都不是公共利益，农村集体土地建设用地使用权不能进入土地一级市场进行自由流转，那城市还怎么发展，这样也就没有办法发展了，这恐怕有损中国社会经济进一步的健康和良性的发展。从这一点上来讲的话，恐怕也不能说与商业利益有关的一定不是公共利益。最后经过讨论，人大法工委的杨景宇同志作总结说，看来物权法还是没有办法就公共利益给老百姓一个说法，我们就交给其它法律或者法院来进行具体处理。但是，这对我们现行法还是有一个很大的变化，今天上午海淀区建委召开了一个房屋拆迁工作的研讨会，当时与他们交流的时候他们说，看来物权法颁布以后我们建委就不能再下一个最终的裁定强制拆迁了，我说是这样的。因为物权法上公共利益的决定权行政机关绝对不能享有，决定权在立法机关和司法机关，立法机关可以按照《立法法》上所认可的表决程序和表决规则对何为公共利益作出具体的认定；司法机关可以在纠纷的处理的过程中，就何为公共利益作出具体的认定，这也是法治相对健全的国家地区被证明是行之有效的经验和做法，我们也应该坚持这一点。同时，《物权法》第42条第1款的规定意味着，凡是不是出于公共利益你要想去进行征收和拆迁，必须借助市场交易的方式去完成，那你就得挨家挨户的谈判，你不能把要求征收补偿天价的人称为刁民，因为为权利而斗争就是为法律的生命而斗争，（

笑) 我们应该赞赏这样的人。所以, 从这一点上来讲的话, 我觉得就《物权法》第42条的第1款中间的公共利益的认识其实就是一个典型的价值判断问题, 当立法机关和司法机关认定有公共利益的需要, 认为可以发动国家征收权的时候, 立法机关和司法机关应当告诉我们为什么这个地方有公共利益, 你的论证方法是什么, 理由是什么, 尽管我们最后看到的是立法机关和司法机关的决定或者是裁断。这种决定或者裁断严格来讲, 就是我们所说的一种政治决断, 对这种政治决断你要告诉我们背后理由是什么, 所以说在法官的判决书里面当你认定纠纷的事项涉及到公共利益的时候, 判决书中间一定要有论证公共利益存在的理由。不然的话, 我们没法认为你的这个判断就是一个可以接受或者成立的判断。所以, 在所有权制度里面我选了这样一个问题来进行分析和说明。另外大家可能也注意到, 物权法总体上来讲有一个非常明显的倾向, 就是关注民生, 这体现在《物权法》第42条的第1、2、3款里面都有明显的体现。比如, 第42条的第2款关于征收补偿的规定, 这一次征收补偿标准的确定遵循的基本准则就是, 保证被征地的农民生活水平不降低, 长久生计有保障, 这恐怕是对征地的农民最好的一个补偿的标准。从这个方面来说, 所有权里面如果我们从民法学的方法的角度来看的话, 对《物权法》第42条的第1款中间的公共利益的认定是一个典型的价值判断问题, 因为在物权法上包含着国家利益和社会公共利益的公共利益是可以让所有权不再神圣的足够充分且正当的理由, 因为这个时候国家的公权力可以去改变私的所有权的归属, 所以它是限制民事主体自由的足够充分且正当的理由, 只要符合我们前面所说的, 讨论民法价值判断

问题的第二项实体性论证规则。所有权当中应该说值得讨论的话题有很多，比如业主的建筑物区分所有权、所有权取得中间的特别规定善意取得制度和拾得遗失物，由于时间的关系我们这里就不做讨论了。第三个问题，用益物权用益物权当中我也简单介绍一个物权起草过程中争议比较大的问题，那就是用益物权的类型选择问题。在物权法起草的过程中，关于用益物权的类型选择集中的讨论就是要不要规定典权和居住权。关于这个问题的讨论我个人认为，如果从民法学方法的角度去进行观察的话，在这个问题已有的讨论里面有一个比较大的缺陷，这个缺陷就是，我们在讨论典权和居住权的时候，没有人把要不要规定典权和居住权首先作为民法问题中间的一个事实判断问题来进行讨论。这句话是什么意思？在讨论要不要规定典权的时候争论的双方主要的意见是什么呢？像谢怀志老师在去世以前接受访谈的时候说，典权在现实生活中比较少见，我们没有必要浪费三四十个条文去规定典权制度，这是浪费立法资源啊。但主张规定典权的认为，现实生活中典权纠纷很多的啊。我记得在一次会议上，全国人大法工委的同志问最高人民法院的同志，你们在这么多年的审判实务中间受理过多少典权的纠纷？最高人民法院的同志回答不太一样！这个问题的争论到这一步的时候，我觉得一定要有一个事实判断问题的讨论作为我们进一步讨论的前提，那就是我们要用事实判断问题的讨论方法来解决一个前提性的问题，什么问题？现实生活中究竟有多少涉及典权的使用，究竟法院受理的典权纠纷在我们已有的习惯法认可典权的情况下有多少。但是到现在为止，我没有做过这方面的调研，我也没有看到有人拿出非常详实和准确的资料告诉

我们，典权是有还是没有，有的话有多少，法院受理的典权纠纷有多少，纠纷的事项集中在什么地方，没有人做这项工作。昨天晚上在民商事法律科学研究中心召开的博士沙龙中，吴春歧博士以《不动产物权变动新类型公示方法的研究》为题发表自己的观点，我觉得有一点给我印象很深，首先做事实判断问题的讨论，我们要用社会实证分析的方法，用社会调查的方法去看一下，到底现实社会中间有没有这种冲突的利益关系，以往对这种冲突的利益关系进行协调的策略是什么，功效如何，我们大多数人只限于纸上谈兵，没有充分的进行社会调查，没有作为事实判断问题的讨论，我觉得影响了关于这个问题讨论的质量。居住权也是一样，有人说居住权一定要规定，给我印象很深的是2004年的4月份，当时全国人大法工委和中国人民大学民商事法律科学研究中心以及复旦大学法学院联合召开了一次国际研讨会，在这个会议上，上海市长明区法院的院长做了一个发言，坚决要求在物权法上规定居住权，他说，根据他的调查如果不规定居住权的话，上海大概有二十到三十万人流落街头，这会严重影响上海的社会稳定。这个事情的背景大家可能很清楚，就是返乡的知青子女问题，在当年城市就业压力非常大的时候，我们的伟大领袖想了一个办法，知识青年到农村去，农村广阔天地大有作为，很多在城市无法安排就业的青年就到农村去了。最后很多知青就在成家立业了，等到后来恢复政策可以返回城市的时候，很多人自己回不去了，但是为了下一代的发展考虑让孩子回去了。这些知青到农村大有作为的时候，都是一些初中生、高中生，都没有自己独立的房产，他们的子女返回上海以后怎么办？投亲靠友，以前这些家属都还健在的时

候，一方面可能因为亲情比较浓厚，另一方面可能心理上感到比较歉疚，当时是孩子的父亲或者母亲下乡了，所以这个时候不会发生很大的纠纷。但是等到这些人去世以后，堂兄、堂弟、表姐、表妹不乐意了，凭什么住我们家啊？出去！长明区法院受理了好几起这样的纠纷，感觉到这个问题比较难办，认为应该规定居住权。但是，也有学者坚决反对规定居住权，认为居住权没有多大存在的必要性。反对意见最坚决的是梁慧星教授，但是梁慧星教授不是针对这位法官的发言，他主要是针对江平教授和王利明教授所提出规定居住权的理由，那就是2000年5月份的时候法工委召开了一次物权法草案的研讨会，在会议上江平教授提出了给保姆提供房子去住，所以主张要规定一个居住权制度。王利明教授主要是从比较法的角度说，法国和德国都有居住权制度，我们是不是也要规定居住权制度。梁慧星教授主要是针对这样的观点表达不同意见，但是我个人觉得要不要规定居住权，首先也应该做事实判断问题的讨论，要运用社会实证分析方法去调查，究竟象上海是不是有二十到三十万人需要居住权，除了上海以外，别的地方还有多少人需要居住权。我记得在2004年的一次研讨会上，我们国内一位著名民法学家烟台大学的郭明瑞教授就主张，农村就需要居住权，父母两个人辛苦一辈子，孩子要成家立业了，花钱给儿子盖了一栋新房，房子盖好媳妇也娶进来了，结果媳妇看不惯两位老人，不让老人与他们住在一起，这种情况下如果要有一个居住权就可以解决这个问题。我们说，这个问题究竟要不要规定，一定要讨论一个作为前提存在的事实判断问题，不过到现在为止我自己也没有做过这方面的调研工作，我也没有看到这方面比较详

实的调研资料。所以用益物权的类型选择里面，我个人觉得，如果从民法学方法的角度来看的话，主要涉及到对事实判断问题的讨论，这是民法问题中间的事实判断问题。第四个问题，担保物权对担保物权中从立法技术的角度，也就是从民法问题中间立法技术问题的角度来做一个分析和讨论。我们知道，在进行一部民事法律起草的过程中，妥当的进行不同类型法律规范的配置，这是容纳价值判断结论的立法技术里面非常重要的一个组成部分。从这一点上来讲，我们担保物权从立法技术上来看，有不少地方值得进一步完善。为了说明这个问题我举几个例子来进行解释，有的涉及到担保物权，有的涉及到总则里面的规定，根据《物权法》第20条的规定，我们的物权法认可了预备登记中间的预告登记制度，那现在就有一个问题了，根据《物权法》第20条第1款的规定，如果当事人在买卖商品房或者其它不动产的时候，基于约定办理了预告登记手续，如果出卖人又把同一处房产进行处分行为，卖给了其他人，甚至还给其他人办理了过户登记手续，预告登记权利人如何保护自己的利益？按照《物权法》的规定这可以不发生物权效力。这个从立法技术的角度来讲，应该怎么妥当的进行民法规范的配置呢？按照我个人的理解，民法是一个部门法，在所有的部门法里面，是法律规范类型最丰富的一个部门法，从立法技术的角度来讲的话，就物权法进行规范的配置就会涉及到任意性规范、倡导性规范、授权第三人规范和强行性规范。然后任意性规范中间有补充性的任意性规范和解释性的任意性规范；强行性规范中间有强制性规范和禁止性规范，而禁止性规范又要进一步的区分为管理性的禁止性规范和效力性的禁止性规范。结合《

《物权法》第20条第1款的规定，应该设置一个什么类型的法律规范来进行调整呢？我们先看一下它协调的利益关系是什么，比如说开发商和甲之间订了一个商品房的买卖合同，然后根据双方的约定，甲在登记机构申请办理了预告登记。办理了预告登记以后房子的价格在不断的进行上涨，开发商又和另外的买受人乙之间又订立了一个商品房的买卖合同，这次价格当然比第一次要可观得多，然后不知道通过什么办法，开发商还给乙办理了房屋的过户登记手续。这个时候我们看，《物权法》在第20条第1款中间要协调的是什么样的利益关系，是合同当事人与合同关系以外特定第三人之间的利益关系，对这种类型的利益关系进行协调，物权法应当与合同法一样，采用授权第三人规范进行调整。什么授权第三人规范呢？授予利益受到影响的特定第三人一项权利，什么权利？决定影响自己利益的合同行为效力的权利。我们现行法上在涉及到《物权法》上这种类型利益关系的时候，用的就是授权第三人规范，例如，《担保法司法解释》第69条规定，一个债务人有数个债权人，债务人的责任财产不足以实现数个债权人的债权，结果这个债务人和其中一个债权人恶意串通，订立设定抵押权的合同，把自己的全部财产或者主要财产抵押给了其中一个债权人。这个时候我们看，《担保法司法解释》是怎么样协调设定抵押权合同的双方当事人，他们与合同关系以外的特定第三人、其他债权人之间的冲突，《担保法司法解释》的第69条规定的很清楚，其他债权人有权请求法院撤销债务人和与他恶意串通订立设定抵押权合同的对方当事人所订立的设定抵押权合同，用的就是授权第三人规范，让利益受到影响的特定第三人取得决定合同行为效力

的权利，就是撤销权。再比如，《最高人民法院关于商品房买卖司法解释》第10条的规定，这里面规定的就是一房数卖的问题，开发商先与甲订立了一个商品房买卖的合同，又与乙订了一个商品房买卖的合同，并且给乙办理了过户登记手续，他们之间是恶意串通，这个时候是适用《合同法》第52条第二项的规定，当事人之间恶意串通订立的合同绝对无效吗？不是啊！这个时候先订立买卖合同的甲有权请求法院确认，开发商与乙之间恶意串通订立的商品房买卖合同是无效合同，这叫相对特定第三人无效，不是《合同法》第52条里面的绝对无效，这也是一个授权第三人规范。按照这样的道理，《物权法》第20条的第1款应该是一个授权第三人规定。我记得今年3月5号我们在表达这个意见的时候，法工委的同志说，很好，挺好！但是最后还是“不发生物权效力”。所以，从这一点上来讲，我觉得立法技术上有值得讨论的地方，应该设立一个授权第三人规范，不是不发生物权效力，为什么？因为完全有可能发生物权效力，如果预告登记权利人不主张法院确认出卖人和后手交易当事人的合同相对自己无效，当然发生物权效力。所以，不仅仅是不发生物权效力含义不明晰的问题，而是价值判断结论的妥当性值得怀疑的问题。以上是总则中间相关的一个问题，下面我们回到担保物权中来，担保物权在这方面体现出来我们在立法技术上值得改进的地方，在担保物权里面有几个条文也涉及到对合同关系当事人与合同关系以外的特定第三人对他们之间的利益进行协调的问题，有些规定了授权第三人规范，有些就没有规定。例如，《物权法》第195条第1款的规定都是抵押权实现方式的规定，根据第195条第1款的规定抵押权怎么实现呢

？双方可以协议，用抵押物来折价，当然也可以通过拍卖或者变卖的方式来实现抵押权。其中就谈到，如果是协议用抵押物来折价的话，双方订立的协议能不能损害债务人其他债权人的利益啊？是不行的！如果损害了怎么办？自知道或者应当知道之日起一年内可以行使撤销权，这不就是典型的授权第三人规范嘛！但是同样的情形，由于立法技术方面的原因没有设置这样的授权第三人规范，比如《物权法》第194条的规定，就涉及到对合同关系当事人与合同关系以外特定第三人他们之间利益关系的协调问题，这条规定的是关于实现抵押权顺位的规定，比如抵押权的顺位当事人当然可以放弃，另外，作为抵押权人可以与抵押人协商达成这样的协议，比如你去调整所担保债权的数额，在调整抵押权顺位的时候你不能影响其他抵押权人的利益。但是没有告诉我们影响了怎么办？我们最想看到的是影响了应该怎么来处理，结果话说到这就不说了，需要我们去猜，这个地方应当有一个授权第三人规范，影响了，被影响的人是因为抵押人和抵押权人之间的协议行为，而遭受利益损害的当事人，应当有权请求法院确认，这个合同对自己是相对无效的合同。再比如，在担保物权里面关于最高额抵押权的规定，其中有一个205条，205条也是涉及到最高额抵押权中，在最高额抵押权的债权确定以前，当事人可以协商，协商什么呢？比如说关于他债权担保的范围可以做变更，担保的债权的数额可以做调整，确定债权的期限可以做调整，这个调整能不能影响作为债务人其他权利人的利益，尤其是其他抵押权人的利益？当然不可以啊！问题是，影响了怎么办？没有做进一步的规定。这点我觉得用妥当的民法规范的配置来落实价值判断的结论，

这是立法技术的一个重要的组成部分，是民法问题中间的立法技术问题。不过我们挺遗憾的，有不少地方没有设置完全法条，它是一个不完全法条，这就只能像法工委的同志说的，要靠最高法院出台司法解释来进一步处理问题。从这一点上来讲，我觉得民法问题中间的立法技术问题也是民法问题中非常重要的一种问题类型，对它也不能够忽视。这是第四编担保物权的问题。第五个问题，占有这个问题我就不详细的展开讨论了，因为占有规定的太简单了，3月5号下午我们当时提出来太简单了，但是有的人说，就这样还有很多人不能接受，为什么呢？怎么无权占有也受法律保护，甚至还有人提出来一个占有的权利推定规则，认为这些都是错误的，最后物权法的起草就是要在各种不同意见中间寻找最低限度的共识，最后的共识就是占有里面硕果尽存的几条。而且这几条还表达的非常的委婉，为什么这么讲呢？在占有这部分第一条规定的就是有权占有，但是大家看一看条文的表述，还真不容易看出来规定的就是有权占有，后面几条主要规定的是无权占有，最后一条是占有保护请求权。如果不做认真的分析，不结合物权法起草中间的一些资料还真看不出来它们是无权占有的规定。为什么规定的这么隐蔽呀？就是因为有人对占有制度本身就不满，对学者表达这样的看法，有民法学者说，小偷的占有也受保护，这怎么可以啊？小偷的占有怎么能够受到保护呢？大家想一想，小偷的占有能不受保护吗？听说一个小偷偷了别人五千块钱，谁都去主张他把钱交出来，那还不天天打架啊，只有有权机关和失主可以主张他把钱交出来，别人没有权利剥夺他的无权占有，在这个意义上小偷的占有也受保护。再比如，小偷刚偷了五千块钱

出来，遇到抢劫犯把五千块钱抢走了，（笑）抢劫犯抢走的是无权占有人的财产，也会满足犯罪构成的要求，也要承担刑事责任。只不过这种保护是一种暂时的保护，而且占有保护请求权有的时候可以发挥保护本权快捷键的作用。所以，从这一点上来讲，它的作用很重要的，但是我们规定的太简单。第六个问题，附则至于附则部分只有两个条文，一个涉及到不动产登记，在法律、行政法规作出规定以前，地方性法规可以先做登记。这样也可以嘛，中国地大物博、人口众多，各地发展不均衡，先搞一些试点，尝试成熟了，我们再按照《物权法》第10条第2款的规定建立统一的不动产制度。最后一条就是告诉我们，《物权法》10月1号要生效了。（笑）我在将近两个小时的时间里面，就物权法中间涉及到的一些争议比较大的问题，从民法学方法的角度做了一个简单的分析和介绍，其中很多问题都没有展开来介绍，今天是周末，大家很给《物权法》面子，牺牲了休息的时间来这里听我的报告，我在这个地方向大家表示感谢，谢谢大家！（掌声）

主持人：谢谢王轶老师精彩的演讲，机会难得，同学们有什么问题可以向王老师提出来！问：地方人大有没有权力对“公共利益”作出界定？答：大家如果比较我们现在看到的物权法，和物权法全民征求意见稿就会注意到，在关于征收的条件上面有一个变化，物权法全民征求意见稿上是县级以上人民政府依照法律规定的权限和程序去进行征收，而现在的物权法上没说征收的主体。没说征收的主体就是因为立法的时候争议很大，在物权法起草的过程中间，包括我个人在内有很多学者主张，如果是县级以上人民政府去进行征收的话，由于征收是适用于非紧急情况，所以应当让同级的人大

或者上级的人大，当然最好是同级的人大表决认定是否有公共利益存在，然后再由县级以上人民政府行使征收权去进行征收。曾经提出这样的主张，但是也有不同意见，为什么有不同意见呢？这就涉及到立法权与司法权之间的关系问题，如果同级人大已经作出认定了，当事人不服产生纠纷，当事人可以不可以到法院提起诉讼，法院可以不可以裁定认定错了。而我们法院的审判员是由同一级人大常委会任命的。所以，当时出于这样的考虑，最后大家说算了吧，不进行规定了，以后再做进一步的考察，现在的物权法上没有对征收的机关作出明确的规定。从一点上来讲的话，有可能的处理方式就是我们前面提到的，可能交给全国人大常委会制订法律的时候做类型化，其他的各级人大就不再对这个问题表态了，然后交给法院去处理，这是最可能的一种选择的方案。

问：物权法中的物包括动产和不动产，那么，虚拟的财产算不物？

答：我记得2002年9月份召开的民法典草案建议稿的专家研讨会上就讨论过这个问题，按照目前《物权法》第2条第2款的规定，物权的客体是动产和不动产，法律规定权利是物权客体的，就按照法律的规定。当时就有人提出来，虚拟财产究竟属不属于物权的客体？作为一个玩家他对虚拟财产的权利究竟是一个物权还是一个债权，这个问题当时讨论的时候意见分歧也是非常大，由于参加讨论的大部分学者都不太会玩游戏，（笑）所以，最后大家说，这个问题我们基本民事立法不要管它，还是交给特别法去规定吧，所以最后也没有回答这个问题。前几天我碰到一个网络的运营商，他就对我说，我特别希望能够把玩家虚拟的财产享有的权利界定是一个债权，是玩家租用我的设备而享有的一个债权，不是一

个物权。如果说物权法对虚拟财产是一个什么态度的话，我们只能说物权法没有回答虚拟财产的问题，因为它的动产和不动产限于是有体物，权利只有法律规定是物权客体才是，我想虚拟财产的问题只能留给特别法去解决。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](http://www.100test.com)