

**编者按:** 2005年 10月 30日,本刊与汕头大学法学院联合召开了“英美财产法与大陆物权法比较研究——兼评《物权法(草案)》”研讨会。来自清华大学、北京大学、香港大学、人民大学、中国政法大学、吉林大学、对外经贸大学、汕头大学、广西大学、山东大学、武汉大学、中山大学等高等学府、学术单位及立法、司法机关的专家学者与会,发表了各自独到的见解,进行了热烈的讨论。

《物权法(草案)》出台后,法学界及全国人民极为关注,提出了许多修改意见。在这次研讨会上,专家学者们从宏观角度审视此草案,放眼全球,比较研究世界各国、特别是两大法系之间的相关制度,提出了许多有见地、有价值、值得进一步思考和探讨的意见。本刊限于篇幅,用会议综述的方式摘要发表专家学者们的主要观点,同时从与会者提交的论文中选择数篇于本期专题研讨中发表。

## “财产法与物权法比较——兼评《物权法(草案)》 研讨会 综述

谢增毅 冉昊\*

研讨会上,汕头大学法学院杜钢建教授和中国社会科学院法学研究所陈 研究员首先发言,指出相较于以往学界的众多相关讨论,这一研讨会会有其特殊性,“不是为物权法草案的讨论划一个句号,而是划一个逗号”,但其促进财产法律完善、保护人们经济生活的目的却是始终一致的。在此前提下,大陆法系也罢,英美法系也罢,正好展开充分的对话与对接。

《环球法律评论》主编徐炳研究员做了主题发言。他指出,环球法律评论,顾名思义,就是要放眼全球,比较研究世界各国法律,以为我们的取舍之道。英美法与大陆法是世界上主要的两大发达法系,二者的主要差别在私法领域,而私法领域中最大的差别又在于财产法与物权法。英美私法主要由财产法、侵权法、合同法构成,而大陆法系则将财产法律二分为物权法和债法。针对这两种话语体系的并存共荣,我们就需要反复思考几个基本问题:1)在概念上,物权法和财产法哪个更确切?2)我国财产立法要以其中的哪一个为模型,进行财产法立法的理论依据和现实必要性分别是什么?3)从形式上,开放式立法和系统立法哪个更好?能否一事一立法,还是必须制定统一的物权法?按照这些基本问题引出的思路,学者们针对下面几个主题展开了讨论。

### 一 我国财产立法的体例选择

徐炳研究员认为,大陆法系的物权法和债法在 18至 19世纪由罗马法演变而来,而至当今世界,财产的形式和内容与日俱增,知识产权已是财富的重要组成部分;甚至电视、电台频道、空间轨道等无形物质也都成了重要的财产;股票、债券、流通票据、提单、仓单、信用证等各种金融衍生产品更是五光十色、不一而足。今天,无形财产的总量已大大超过有体物,而且,有体物资产也在向证券化方向发展。德国

\* 谢增毅、冉昊,《环球法律评论》编辑。

民法典试图用物权法调整财产关系的构想,暴露了它的历史缺陷,德国自身也不得不不断出台特别法应付社会财产的发展。反观英美法系国家,它们从来没有试图构建过一部系统的物权法或财产法,而是采用开放的态度和一事一议的方法。整体上虽不如大陆法那样有条不紊,体系完整,但却在每个具体判例上都显得切合实际,逻辑缜密,令人信服。所以,这一表面上看来杂乱无章,却由于重实际、重个案而灵活开放、能应付各种挑战的法律体例,在现代,表现出更强的活力和生命力。

汕头大学曹培教授认为,英美法系的财产权和大陆法系的物权具有共同点,均是优于合同的权利,具有对世性;但二者在客体的范围、静态还是动态、立法构造重理论还是重实践等方面有所差异。曹培教授因此主张,我国物权立法应借鉴英美法系,扩大对无形财产的认识和保护,走出法系之分,走向混合法,建立我国的物权体系。

桂林电子工学院陈泰和明确提出,物权法应当慎行缓行。他认为,从理论上讲,物权概念已经过时,越来越多的国家已经采用了财产概念;物权法的内容和立法思想已过时,如物权法定在一些国家早已不复存在;物权法的立法手段也已过时,法典式的立法存在慢、漏、生硬等缺点,难以满足现实生活的需要。从现行物权法草案上看,其本身也存在诸多问题:草案的内容只是对过去的简单重复,缺乏创新性;草案的逻辑形式表面上是严谨的,实质却仍是松散的;草案无法面对债权物权化的趋势;也无法容纳其他多种制度资源。为此,我们必须进行全面的比较借鉴以利于物权法的制定。而自然的,这一比较首先的指向就是英美的财产法。尽管对此也存在多种反对理由,但针对这些理由,陈泰和教授认为,法律移植的应当是精神而不是形式;物权立法的根本目的应在于保护财产权;而德国法体系在中国并没有深入人心;特别是要注意德国物权法的创立有其自身的特定历史环境。所以,要建立我们自己的物权法,首先就要正确认识 and 定位我们当前所处的特定历史环境,然后坚持以《民法通则》作为物权法立法的理论依据,打破所有权崇拜,从保护使用价值走向鼓励实现交换价值,从仅调整有体物走向涵盖无形财产权利。

武汉大学余能斌教授认为,法律传统、社会经济条件和观念形态等方面的差异,决定了属于英美法系的英国财产法无论在内容还是在法律用语方面,都与大陆法系的物权法制度有所不同。因此,我国近百年来继受的大陆法系传统以及现实的社会经济条件和固有习惯就决定了,在现阶段,我国物权立法完全效尤英国财产法的理由并不充分。但英国财产法的立法政策价值取向、体系构建和制度设计等方面的优点,却在相当程度上需要为我国所借鉴。尤其是其财产法具有的实用性、开放性品质,值得以理性化、概念主义和封闭性为特征的大陆物权立法比较借鉴改进自身。在具体制度上,英国财产法所设计的以土地保有、共有等为内容的所有权分离制度,管理权与享有权的分离制度具有重要的借鉴意义。余能斌教授同时认为,大陆法系各国中对我国立法影响较深的并非只有德国法。实际上,我国曾长期受到前苏联立法的影响,而俄罗斯当前又已经进入了后私有化时期,其立法,如《俄罗斯联邦民法典》等对我国具有重要的参考意义。

香港大学李亚虹副教授指出,英美财产法没有完整的体系,美国和英国都没有统一的财产法,其做法是针对不同领域不同对象发布不同法规或法案。这一体例的好处在于,相关法规可以得到详细制定,具有针对性,法官在引用法律时,能够找到具体依据,无需寻求更多解释。大陆法系的完整立法与此的优劣呈现则正好相反。如我国物权法草案将不动产和动产放在一起规定,与“物”相关的权利得到了系统化,但同时也就降低了它的针对性。所以现阶段,我国物权法的制定是必要的,但应该特别注意辅以单行法,使立法适应实践的需要。李亚虹副教授同时指出,不论英美法系还是大陆法系,其财产立法的宗旨都是保护私有财产不受侵犯,是关于具有真正平等地位的私人财产权利的法律,如果我国要用物权法完成这一历史使命,使用“物权”的概念,就应该采纳这一概念最根本、最实质的特征。

汕头大学王衡涛教授认为,我国目前还不具备制定物权法典的条件,与其法典化立法不如单行立法。

广西大学孟勤国教授则一针见血地指出,立法机构不采用英美财产法体例,其实根源在于英美法的研究在我国才刚刚起步,在此领域还没有形成真正透彻的研究,立法者实际上并没有选择。

中国社会科学院法学研究所陈华彬研究员认为,物权法体例应该采用我国清朝以来一直沿用的德

国法框架。因为总体来说国人较为熟悉这种理论体系。如果采行英美法体系,实务部门将难以适应。但同时,二战以来世界法律发展的趋势就是两大法系的不断融合,我国物权法也应当吸收英美法优秀的制度成分,例如动产抵押、附条件买卖、浮动担保、信托制度等。需要注意的是,对英美法律制度的吸收应与大陆法系概念体系保持兼容,而不是边吸收边破坏。

中国社会科学院法学研究所渠涛研究员认为,财产法相比物权法,内容更为丰富,将侵权、无因管理均包含在内。财产法其实是物权法的上位概念。德国法律人之所以提出物权法概念,是源于其善于逻辑抽象这一思维特质。中国民法刚刚起步,无论是哪个国家的法律,都不应轻易否定,而应认真研究其与社会的联系、所植根的大量习惯。对此,我们可借鉴日本民法典定立过程中的各种争论。总之,立法过程中应该充满争论,不争论不足以出成果,而这一争论中起影响作用的不仅有政治等要素,还有法律职业之间的竞争,这就要求法律人抛开各自的局部功利,以民族国家的大局和学者的良知为基础,展开交流。

清华大学施天涛教授认为,英美法上的“财产”包含的内容丰富,但仍然以动产与不动产为主要调整对象,尤其是土地。我国物权法草案中将物作为主要调整对象是适当的,其他的财产可以在商法或其他法中规定。

中国社会科学院法学研究所冉昊博士认为,英美财产法和大陆物权法具有共通之处,二者并非完全对立。英美法系依靠历史形成的普通法、衡平法互动产生了普通所有权和衡平所有权,大陆法系则借助逻辑思辨构造出了物权请求权和债权请求权,二者虽然概念迥异,但在处理财产流转时却具有相似的功能。

特别需要一提的是,中国社会科学院法学研究所李步云教授避开体例之争,从法理和人权的角度提出了一个更深刻的问题,即财产权是不是基本人权?为此,我们是否可以考虑在总则的立法目的条款(现行草案第一条)以及物权取得和行使的限制条款(现行草案第五条)中加入有关“保障基本人权”的内容。李步云教授认为这是很有必要的,它将有利于法律的伦理价值的实现。

## 二 物权法的结构选择

广西大学孟勤国教授在强调物权法必须从调整财产归属走向重视财产利用,以“物尽其用”为其基本立法目的的前提下,再次重申了他一贯坚持的物权法结构:即“所有加占有的二元结构”。“所有”指财产的归属,“占有”指财产的利用,因此物的担保既不属于归属问题,也不属于利用问题,应将所谓担保物权摒除出物权法。

武汉大学余能斌教授认为,物权法草案的体系过分理性化,也主张将担保法置于物权法之外。担保物权的实质是一种“物的担保”而不是一种“担保的物权”。“物的担保”包括占有担保和权利担保,实际上是用占有权优先受偿作担保,它不是物权,应该是“物的担保权”。从立法实际来看,“担保物权”把《担保法》搞得支离破碎,破坏了《担保法》的完整性,所以抵押权、留置权、质权可以径行规定在《担保法》里,而不要放在物权法里面。

中国政法大学柳经纬教授认为,我国物权法理论从总体上看,都直接或间接受到德、日和我国台湾地区的影响,因此,物权立法还是应当遵循于此,采取传统的三元体系。所有权、用益物权、担保物权这种三元体系,坚持了物的担保制度的物权属性,维护了物权法律制度的完整性,而且能够充分利用现有的法学理论资源,节约了法律成本,尤其是将大量节约法律颁行后大众普法、法律理论教育和研究以及法律适用的成本。

## 三 物权法的基本理论

除了体例和结构之争外,与会的专家学者们同样也对物权法基本原则和具体制度内容展开了研讨。

首先是关于物权和债权的区分理论。中国社会科学院法学研究所徐炳研究员认为,物权和债权的划分本身有很多缺陷。物权法定、物权公示等原则在当代都面临挑战,物权优于债权的理论在许多场合也无法适用。比如扣船诉讼后,船舶看管费、油费、水费、船员工资、船员遣返费、法院诉讼费等都可以优先于物权受到清偿。北京大学何山教授携其力作《物权原理解析与批判》一书参会,指出物权是对世权、绝对权,债权是对人权、相对权的这一传统理论并不严密,有些债权确为对人权、相对权,但比如在租赁、借用、承揽、保管等物的合同中,债的关系人占有债的标的物,当事人基于对物的占有,可以对抗第三人,乃至对抗所有权人,此时的债权就具有了与物权同样的特性,也是对世权、绝对权。山东大学刘保玉教授则认为我国已经走上法典化的道路,既然如此,在分则中就必须对物权和债权加以区分。但从物权法草案的规定来看,它对物权和债权的区分并不是很彻底。中国政法大学柳经纬教授同样认为,应当继续坚持建立在德国法基础上的物权和债权划分理论。

其次是关于物权法定原则。北京大学何山教授认为,物权的内容完全由法律规定、物权人不得创设的做法过于绝对,应当允许当事人根据实际需要补充约定。如果当事人约定的物权内容与法律的规定相违,是从约定还是从法定,则需看法律条款的性质。中国社会科学院法学研究所徐炳研究员认为,物权法定导致立法落后于实践的难题,应当允许约定物权。中国人民大学法学院博士后李富成认为,现有的物权法定原则肯定论与否定论均忽视了我国特有的中国语境,从中国“公有制物权法”的时代特征出发,应肯定该原则在转型中国的积极意义。中国人民大学高圣平博士认为,在我国民商立法普遍关注交易安全的情势下,物权法定主义对交易安全的独特维护功能实不可没。这就决定了我们的选择不能从严格的物权法定主义这一极滑向物权自由主义的另一极。同时为了兼顾自由与安全,在保留物权类型体系稳定性的前提下,应维持必要的开放性。对外经济贸易大学宁红丽副教授认为,从欧洲物权法统一的历程来看,严格的物权法定原则在大陆法系民法典中的确存在着一定的缓和趋势,而在英美法系,那种认为财产权类型从来就不是完全开放的、法官在创设新型财产权时一直非常谨慎的观点也相当普遍。两大法系在物权法定原则上观念的逐步接近,为我国物权法在物权类型创设上是采纳强制还是开放的势态提供了一定参照。

第三是关于物权变动模式和登记制度。对外经济贸易大学宁红丽副教授认为,债权形式主义的立法模式,即坚持形式主义的“交付”要件和所有权转让的债权合意的做法,到目前为止一直得到坚持。中山大学于海涌副教授认为,法国不动产登记对抗主义这一制度设计的主体维护的是契约自由的传统民法精神,必然地也就带来了它对交易安全维护的不足。于是,在此主体制度外,它又设计了不动产留置权、解除诉权、不动产特别优先权、强制公示制度、相对效力原则以及登记员责任制度等一系列配套措施,在总体上实现了当事人之间的利益平衡并基本上维护了第三人的交易安全。有鉴于此,中国的物权立法移植必须重视整体制度环境问题。在物权变动模式的选择上,对于登记对抗主义,我们不仅要考虑其便于统一登记效力、降低交易成本、加速财产流转等优势,同时也不能忽视其制度设计的缺点。在中国目前的法制环境下,缺少优先权制度等措施的配套,将导致当事人之间的利益失衡以及名义权利人和真正权利人的错位,由此会为交易秩序埋下安全隐患,因此我国物权立法不宜采用登记对抗主义。此外,北京市柴傅律师事务所苗壮律师认为,担保登记应该是对抗要件,而不是生效要件,无论动产登记还是不动产登记,都应当采用对抗主义,未经登记不能对抗第三人。北京市高级人民法院薛峰法官提出,有关立法应该明确登记机关的性质。

第四是关于善意取得制度。山东大学孙新强教授介绍了美国《统一商法典》中设计的善意取得制度,指出在该法典中,所有权被淡化到了极点,没有所有权的人同样可以要求别人返还财产。而为了保护交易安全,《统一商法典》将交易划分为市场内的交易和市场外的交易,对市场内的交易可以适用善意取得进行保护。中国政法大学刘承魁博士比较了我国 2002年和 2005年物权法草案中的善意取得制度,针对后者之不足,建议将不动产和特殊动产也纳入善意取得的标的物,以无权处分人与受让人之间转让合同的“有效”作为善意取得制度的构成要件,并规定“受让人通过拍卖或者向具有经营资格的经营者购得该动产的,所有权人等权利人有权请求返还原物”,受让人不能受到善意取得制度的保护。

## 四 担保物权制度

如上所述,担保物权与物权制度整体的关系问题涉及物权法的结构设计,成为本次研讨会上的一个争点。除此以外,针对担保物权的各种具体制度,多名青年学者们也进行了论述。

首先是关于动产担保制度。中国人民大学高圣平博士认为动产担保交易制度在大陆法属物权法范畴,在英美法属财产法和商法领域,两者间虽制度迥异,但“私法自治”均受到特别限制。美国《统一商法典》摒弃大陆法意义上的物权法定主义,崇尚私法自治,但其对动产担保交易之创设、公示、实行等均作了程序上的强制规定以限制私法自治,与其他国家所采之“物权法定主义”异曲同工。它将传统物权“法定”的内涵由种类固定转换为程序固定,即通过立法对公示方法、实行方式的规定,设计出当事人通过协议创设新的担保交易类型必须具备的程序要件,呈现出一种开放空间。这种方法使法律对新创制的物权类型由事后的个别承认转变为同步的有前提的一般承认,从而一方面引入私法自治机理的积极效用,另一方面通过程序要求限制私法自治开放过度的弊端,为经济生活中出现新的担保交易形态预留了空间,使法律得以与时俱进。对外经济贸易大学宁红丽副教授也对此进行了论述,指出美国《统一商法典》第9编产生的影响是非常广泛的,它将所有的担保设施汇集到同一个法律制度之下,仅对担保权利作出功能/目的上的区分,通过由简单的公告簿册记载来确定完整的优先次序,从而节约了交易成本,并有助于实现交易安全。加拿大魁北克新民法典和1994年的《欧洲复兴开发银行动产担保交易示范法》都从中吸取了灵感。

其次是关于让与担保制度。中国社会科学院法学研究所陈华彬研究员认为,我国物权立法应当借鉴香港地区之英美法系经验,将这一制度纳入物权法中,从而有助于按揭银行利益的实现并获得妥善的保障。如果在开发商交房并办理产权过户之前按揭人不能支付,按揭银行可以直接行使受让的合同债权,请求开发商对自己交房并办理产权过户,直接从开发商处得到房屋和房屋所有权。如果在开发商交房并办理产权过户之后按揭人不能支付,按揭银行则有权自己决定行使让与担保权的方式,以按揭房屋变价受偿、或者直接从按揭人手中收回按揭房屋,自己成为真正的所有权人。“让与担保”的最大优点,在于其行使简便,可以回避抵押权实行的严格程序、手续和方法。而全国人大常委会法工委干部胡健认为,尽管将让与担保写进物权法的呼声很高,但立法机关不应当将它作为物权法上的一项制度加以规定。理由是:(1)实务中的房产按揭并非让与担保,就不动产而言,对于这项制度没有现实的需求;(2)我国已经建立了动产抵押制度,该制度完全可以代替让与担保;(3)出于合同自由的考量,可以赋予让与担保以债权效力,仅在当事人之间有效,不影响第三人。

此外,胡健还一并考察了另一项动产担保制度——动产抵押,主张应确认这一制度,同时借鉴日本和我国台湾地区采用的“同一性识别法”解决其公示问题,兼顾抵押权人与交易第三人的安全。

## 五 占有

北京大学何山教授认为,占有是一种事实,而所有权、用益物权是物权权利,二者并列相排,逻辑不顺;占有只是所有权的一种权能;同时,在租赁、融资租赁、借用、委托、行纪、承揽、运输、保管、仓储、出质等关系中发生的占有,可适用所有权占有的相关原理。总之,占有不是独立的民事权利,因此,无需在物权法中将其独立成篇。

北京大学张双根博士认为,我国物权立法应该引入间接占有制度,其必要性在于间接占有人有占有保护之需求,而且,我国物权法草案引入了简易交付、返还请求权让与以及占有改定等制度,这些制度若不借助间接占有概念,就无法得到合理的说明,交付或替代交付的概念也就无从建立。

此外,与占有相关,中国政法大学柳经纬教授认为,物权法草案应该规定先占取得制度。先占取得作为无主物所有权的取得方式,有着悠久的历史,是一项古老的民法制度。在今天的社会仍然具有积极意义。现实生活中,无主物的存在是一个不可否认的客观事实,大到价值连城的无主玉石的发现,小到

废品的收集,都存在所有权的归属问题,因此确定无主财产的归属也就成为物权法的任务之一。先占取得制度也是其他制度无法替代的,物权法应该对其做出规定。

## 六 其他

广西大学孟勤国教授认为,不应在物权法草案中使用用益物权的概念,一是用益物权只限于不动产,二是用益物权没有处分权。

吉林大学兼职研究员、北京柴傅律师事务所苗壮律师认为,现在的物权法草案没有纳入他物权上的一些有益的制度,如地役权以及一些有物权效力的合同专约等,但依照实践的需要,这些有必要加以规定。此外,他重点论述了美国法中的妨害制度,认为这一制度涉及财产法和侵权法两个领域,特别适于运用经济分析方法进行利益衡量。

对外经济贸易大学宁红丽副教授在研讨会上的发言围绕欧盟统一民法典的制定展开,强调了他山之石:来自普通法系的制度的影响。除上文已涉及的问题外,她还介绍了信托制度的广泛移植。普通法中信托制度的宗旨在于,通过赋予受托人以所有人的处分权,以降低交易成本,同时通过向受益人提供财产规则的保护以降低代理成本。作为普通法系处理财产关系的一项代表性制度,毫无疑问,我国物权法的制定中如果要考虑比较法的因素,这将是不可绕过的一个智力资源。

中国政法大学柳经纬教授认为,各部法律之间都有一定的分工,刑事责任不应由物权法规定,有关企业组织和行为关系的规范也不属于物权法调整的范围。现行物权法草案将这些不该纳入的内容规定了进去,同时却又遗漏了许多本属于自身的重要制度,如上述先占取得制度以及典权制度等。物权法保留规定典权制度,将使人们多一条融资的渠道,是一项“有益无害”的事,何乐而不为?此外,柳教授认为现行物权法在立法技术上也存在一些缺陷,第一,简单挪用物权法教学语言;第二,条文重复、安排不合理。

武汉大学余能斌教授认为,物权法草案存在的主要问题是:1)立法目的和价值取向不明确,缺乏前瞻性。2)立法根据不明确,法律地位不确定,缺乏法制的一贯性。3)适用范围不清楚,应该有“原则+变通”的条文。4)结构安排不合理,过分理性化,都是教科书上的语言、结构。5)立法技术上存在问题,有些概念不清楚,很多制度设计上缺乏逻辑。比如什么是动产,什么是不动产,什么是地役权并不明确,另外非法律语言太多,没有经过提炼,比如规定了业主的权利,而什么是“业主”,草案并没有解释。

通观本次研讨会,与以往相关研讨中的争论一样,不同的学者受到各自的学术背景和学术资源(特别是语种资源)的智慧影响,形成了不同的方法论和制度观点,于是有的赞同英美财产法,其主要理由在于“物”的范围在不断扩大,无形财产的重要性持续增加,而英美财产法体例恰恰具有灵活性、开放性、实用性等优点,能够适应社会的这种动态发展;有的赞同大陆物权法,其主要理由则在于该体例具有体系性,符合我国的法律传统和文化传统。但是以“财产法与物权法比较”为题的本次研讨会并不仅仅止步于此,相反,许多学者立足于各自的智识资源,以充分的问题意识对己派的主张进行了反思。传统大陆法系学者从法系内部各个具体制度入手(如担保物权),解构其体系,分析其不足,转而主张对体系性带来的固有缺陷必须通过借鉴英美法的有益制度或单行法体例进行弥补。致力于英美法的学者则敢于面对自身研究的真实现状,承认相关研究还远远不够透彻,我们其实根本拿不出完整的英美财产法立法资料。如此,我国的财产立法是贯彻大陆物权法还是英美财产法的取向,就不再是一个有研究价值的学术命题,而沦为了技术层面上基于现实可操作性的无奈选择。有鉴于此,一些学者索性放弃了对大陆法系物权法和英美法系财产法的优劣评判,转而关注法律移植中的整体制度环境问题,力图在透彻了解两大法系制度运作的基础上,采用功能主义比较方法,实现彼此专业话语和思维形式的相互改造、磨合直至整合。当然,这是一个极需理性的工作。但就像本次研讨会的主持人、汕头大学法学院张月娇教授所说,抱着包容的心态,从国情出发,既不强分门派,也不妄自菲薄,我们相信中国法律的创制能力必将有所成就。