

2005年10月《环球法律评论》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。

### 一、我国财产立法的体例选择

曹培认为,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。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。

陈泰和提出,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、立法思想和立法手段也已过时,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。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,首先就要正确认识和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。

余能斌认为,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。他同时

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,如《俄罗斯联邦民法典》等对我国具有重要的参考意义。

李亚虹指出,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。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。

陈华彬认为,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。如果采用英美法体系,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。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。

渠涛认为,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订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。

施天涛认为,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有体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。

冉昊认为,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,李步云避开体例之争,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。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

孟勤国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。

余能斌认为,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。

柳经纬认为,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。徐炳认为,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。何山指出,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。刘保玉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。柳经纬同样认为,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。何山认为,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。徐炳认为,物权法定导致立法落后于实践的难题,应当允许约定物权。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。高圣平认为,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。宁红丽认为,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。宁红丽认为,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。于海涌认为,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,苗壮认为,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。薛峰提出,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。孙新强介绍了美国《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。刘承晔比较了我国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。

(摘自《环球法律评论》2006年第1期)