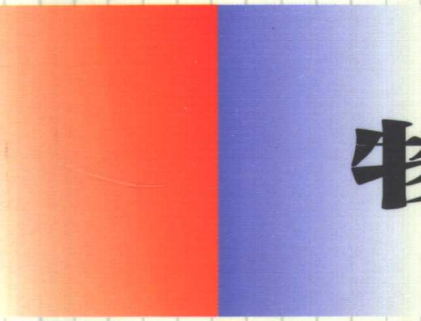




中美 物权法 的现状与发展

江 平 主编

清华大学出版社

中美 物权法 的现状与发展

江 平 主编

崔建远 张 默 副主编

清华大学出版社
北京

内 容 简 介

本书是关于中美物权法的论文集,分四个部分,包括:物权的一般规则及制度;所有权及物权登记制度;用益物权制度;担保物权、占有保护及其他。该文集具有较高水平,在某些方面较有新意,并对我国物权法的制定有一定启发意义。

本书适用于高等院校、研究机构的学者、教师、学生使用。同时,也适用于司法部门的工作人员参考之用。

图书在版编目(CIP)数据

中美物权法的现状与发展/江平主编. —北京:清华大学出版社,2003

ISBN 7-302-06957-3

I. 中… II. 江… III. 物权法—国际学术会议—文集 IV. D913-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 070809 号

出 版 者: 清华大学出版社 地 址: 北京清华大学学研大厦

<http://www.tup.com.cn> 邮 编: 100084

社 总 机: 010-62770175 客 户 服 务: 010-62776969

责任编辑: 方 洁

版式设计: 刘祎森

印 刷 者: 北京四季青印刷厂

装 订 者: 三河市金元装订厂

发 行 者: 新华书店总店北京发行所

开 本: 140×203 印 张: 20.375 字 数: 505 千字

版 次: 2003 年 10 月第 1 版 2003 年 10 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 7-302-06957-3/D·72

印 数: 1~4000

定 价: 36.50 元

2002年在清华大学法学院召开的中美物权法研讨会以及本书的出版得到了美国国际开发署[The United States Agency (or International Development)]和美国天普大学(Temple University)的大力支持和资助,在此谨表衷心感谢。

去年六月份召开了中美物权法研讨会。年底民法典草案便提交全国人大常委会审议。虽然对民法典的体例结构仍有众多的不同意见,但至少在下面几个方面都没有任何分歧了:一是民法典内容庞大,必须分编通过;二是物权法应当是新制订的民法典中最先通过的一编;三是物权法起草已经有五年的历史,现今的草案内容大体可行;四是物权法的框架内容采用传统大陆法《德国民法典》的模式。

中国物权法所调整的法律关系主要是以土地为核心的所有权、使用权制度,而土地法律制度又是和一个国家经济制度紧密相连的。从这个意义上说,中国的土地公有制与西方国家的土地私有制是截然不同的。另一方面,只要允许土地进入市场流通,那么中国的土地使用权制度又与西方国家的土地制度有许多共同点。

中国物权法的理论与立法体系采用的是《德国民法典》模式,但中国土地制度变革的实践却是来源于香港。中国国有土地出让、转让的办法就是取自香港皇家土地的批租制度,也就是来自英国的土地制度。两个政治、经济制度相差迥异的国家,其土地制度相差甚大,但却可以借鉴,这恰恰是法律制度灵活的表现。市场经济使原本非常保守、长期僵化的土地公有制度发生了巨大变化。土地从无偿到有偿,从禁止流通到可以流通,从所有权公有到使用权私有,中国的土地制度显现了过去没有过的巨大活力。

改革开放二十五年来,法律制度建设也在同步进行,也在不断借鉴及与国际接轨。法律的现代化是历史的必然。中国法律制度以及法学的开放、借鉴有着两个轨迹:一个轨迹是民法的立法及理论体系大体沿着德国法的轨迹前进;另一个轨迹是随着大批留学美国的学者和律师的影响,民商法的法律实务乃至法律教育越来越受美国法的影响。对中国法律制度建设影响最大的两个国家是德国和美国。中国物权法立法过程中召开的两个有影响的国际研讨会就是中德物权法研讨会和中美物权法研讨会。

改革开放以来,中国和美国的法学交流是最频繁的,即使发生过一些事件与冲突,这个交流势头也没有受到太大影响。有越来越多的美国学者关心中国的立法和法学教育。美国的法律院校开设中国法律课程的也越来越多。去年六月份由清华大学、中国政法大学、中国法学会比较法研究会与美国天普大学共同召开的中美物权法研讨会上,有许多中国和美国的著名学者参加,提交了一些颇有质量的论文,将这些论文汇集成册出版问世是很有意义的。中美有关民法典立法的共同讨论会仅仅是开始,原订于今年六月份召开的中美侵权行为法研讨会因 SARS 延期,我相信中美有关民法典起草的研讨会会不断继续发展,使中美法学交流步入一个更新、更高层次的领域。

祝中美法律和法学交流取得更大成就!

江 平

2003 年 7 月 1 日

第一部分 物权的一般理论

3	对意思主义交错现象之检讨	孙 毅
23	论信托受益权的物权性 ——以比较分析和经济分析的方法	赵一平
33	物权法定主义:在自由与强制之间	梁上上
62	物权的优先效力:反思与重构	戴孟勇
102	国有资产产权界定的规则、权力和游戏	王 钧
133	物权行为的作用域 ——兼论物权变动与交易安全的分野 与影响	吴光荣
157	物权变动的效果意思只能存在于物权 行为中吗	崔建远
162	土地与建筑物的关系和中国物权法的选择	周学峰
177	不动产征收法律制约论	费安玲
198	论不动产物权登记的法律关系和 效力	朱 凯 邱烈飞
214	共识与分歧 ——评现有三部《物权法草案建议稿》 (《征求意见稿》)	柳经纬

第二部分 所有权制度及其理论

- | | | | |
|-----|--------------------|-----|-----|
| 261 | 按份共有若干问题研究 | | 闫大庆 |
| 277 | 动产抵押登记制度比较研究 | | 宋 雁 |
| 301 | 论罗马法中所有权概念的产生 | 张 鹏 | 李立众 |
| 316 | 民事习惯与不动产相邻关系立法 | | 王绍喜 |
| 325 | 试论不动产的物权登记 | 杨振山 | 陈 健 |
| 345 | 所有权起源研究 | | 孙晓光 |
| 364 | 中美取得时效相关制度比较研究 | | 舒 广 |
| 375 | 共有制度的历史考察 | | 方 圆 |
| 389 | 可移动文物的个人所有权研究 | | 语 成 |
| 406 | 我国经济体制下对私人财产所有权的保护 | | 丁一佩 |
| 415 | 取得时效立法问题刍议 | | 惠 玲 |

第三部分 用益物权制度及其理论

- | | | | |
|-----|------------------|-----|-----|
| 433 | 相邻关系与地役权 | | 薄燕娜 |
| 446 | 采矿权、土地使用权的冲突与协调 | | 邓海峰 |
| 458 | 确立中国居住权法律制度的若干思考 | 江 平 | 刘智慧 |
| 480 | 居住权的基本问题探讨 | | 李京法 |
| 499 | 略论土地承包经营权之流转 | | 吕巧珍 |
| 513 | 我国法律中的优先购买权评析 | | 蔡养军 |
| 539 | 我国农地承包经营权的物权化研究 | | 李明发 |

第四部分 担保物权与准物权

559	抵押权在中国企业破产案件中的效力分析	胡文涛
575	对流质契约禁止原则的质疑	李志强 李安刚
596	略论已登记抵押物在抵押期间转让的效力	覃宇翔
605	论我国动产抵押制度的完善	
	——以利益平衡为中心的考察	耿 林
626	智力成果、知识产权对占有制度的适用	彭诚信

第一部分

中美物权的现状与发展

物权的一般理论

对意思主义交错现象之检讨

孙 毅*

一、意思主义与形式主义在我国 物权立法中的交错

所谓意思主义与形式主义在立法中的交错,是指在一国物权立法中既有意思主义的法律规范又有形式主义的法律规范,立法方式上出现了不同立法主义下的法律制度相互并存、相互渗透、彼此交错的现象。在以往的物权变动理论中,往往只强调分析意思主义与形式主义的对立,却很少提及在一国法体系之下,可能出现的两种立法主义交错的现象。更鲜见对这种现象如何认识、它所带来的法律技术问题如何解决等问题的探讨。本文的目的就是要使这种交错现象浮出水面,并进行一定的理论检讨,以阐述对相应问题的学术观点和主张。

首先,我们必须探究一下意思主义与形式主义对立的焦点所在。意思主义与形式主义是学者在研究大陆法系物权变动不同的立法模式的基础上进行的分类。通说认为意思主义以法国、日本为代表。在此种立法例之下,物权因法律行为而变动时仅需当事人之意思表示即可生效力,不需以登记或交付为其成立或生效的要件。而在形式主义之下,因法律行为引起物权变动时,除当事人的意思表示外,还须有登记或者交付的法定形式,始生效力。形式主义之“形式”系指能够公示物权变动的登记和交付的客观事实。

* 中国政法大学研究生院博士研究生。

该种登记或者交付事实在德国法中解释为物权行为的构成要件。正如谢在全所述:“物权行为系物权变动之意思表示,与登记、书面或者交付相结合之法律行为。惟如此定义,方能表现物权法解释上物权行为系采取形式主义之旨趣。”^①学者称其为物权合意主义立法。但是,在1812年生效的《奥地利民法典》第380条中采取的是名义加形式取得所有权说。^②虽然不认为有物权合意的存在,但是仍然贯彻物权变动的登记或交付主义。刘得宽指出:“是否承认物权契约,其与形式主义立法论无直接关系。”^③换言之,形式主义与意思主义的对立,不在于是否承认物权行为,而在于物权变动是否要有一定的形式加以公示,还是物权变动只要有意思表示为已足的对立。^④正是由于这种对立,才演化出两种立法主义上的公示的效力、意思表示的效力以及交易安全保护方法上的一系列差异。

其次,形式主义与意思主义的对立是逻辑上的或此或彼、非此即彼的关系,所以,不会在一国法律之中存在重合现象,只能存在交错现象。针对同一类法律关系的物权变动要么采取形式主义,要么采取意思主义,不可能同时兼采两种主义,即不能重合。但是,在不同类型的法律关系之中则可能存在不同立法主义的法律规范并存的现象,也即可能交错。

理论界的通说认为,我国物权制度自《中华民国民法典》开始,即受德国形式主义的影响。民法学教科书使用的法学概念逻辑体系法律原理等均继受于形式主义的立法。《土地法》、《担保法》、《城市房地产管理法》等一系列规范性文件已经遵循了形式主义的

① 参见谢在全:《民法物权论》(上),68页,北京,中国政法大学出版社。

② 该条规定:欠缺名义、欠缺合法取得形式的所有权不能转移。

③ 刘得宽:《民法诸问题与新展望》,527页,北京,中国政法大学出版社,2002。

④ 本文除有特殊提及,则以形式主义的共同性特征“以登记或交付为物权变动的必要条件”作为形式主义的一般理解。

立法原则。从“法律是对传统的认可”的角度来看,我国物权法应当采用形式主义似乎已成定局。然而,考察我国的实然法,研究物权立法草案性文件,意思主义的法律规范却也是实实在在地存在着。这是一个不能回避必须正视的问题。交错现象在我国实然法中的表现主要有以下几个方面:(1)我国《民用航空法》第14条、第16条规定,民用航空器所有权取得、转让、消灭,抵押权的设定合同采用书面形式即可生效,但是,未经登记不得对抗第三人。^①该法第33条规定民用航空器的融资租赁和租赁期限为三个月以上的其他租赁,承租人的占有权未经登记不得对抗第三人。^②(2)我国《海商法》第9条、第10条、第13条规定,船舶所有权的取得、转让、消灭、共有、抵押权设定,未经登记不得对抗第三人。^③《船舶登记条例》第6条又将光船租赁权的登记作为对抗第三人的要件加以规定。^④(3)我国《担保法》第43条规定了法律规定以外的其他财产设定抵押,抵押合同自签订之日起生效,并以登记作为

① 《中华人民共和国民用航空法》第14条规定:“民用航空器所有权的取得、转让和消灭,应当向国务院民用航空主管部门登记;未经登记的,不得对抗第三人。民用航空器所有权的转让,应当签订书面合同。第16条规定:设定民用航空器抵押权,由抵押权人和抵押人共同向国务院民用航空主管部门办理抵押权登记;未经登记的,不得对抗第三人。”

② 《中华人民共和国民用航空法》第33条规定:“民用航空器的融资租赁和租赁期限为六个月以上的其他租赁,承租人应当就其对民用航空器的占有权向国务院民用航空主管部门办理登记;未经登记的,不得对抗第三人。”

③ 《中华人民共和国海商法》第9条规定:“船舶所有权的取得、转让和消灭,应当向船舶登记机关登记;未经登记的,不得对抗第三人。船舶所有权的转让,应当签订书面合同。第10条规定:船舶由两个以上的法人或者个人共有的,应当向船舶登记机关登记;未经登记的,不得对抗第三人。第13条规定:设定船舶抵押权,由抵押权人和抵押人共同向船舶登记机关办理抵押权登记;未经登记的,不得对抗第三人。”

④ 《中华人民共和国船舶登记条例》第6条规定:“船舶抵押权、光船租赁权的设定、转移和消灭,应当向船舶登记机关登记;未经登记的,不得对抗第三人。”

对抗第三人的要件。^① (4) 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》中,第 49 条、第 59 条、第 67 条、第 87 条、第 98 条、第 99 条也都运用了对抗力规则。

从物权法的立法文件考察,也可以发现大量的交错现象。例如:王利明负责的《物权法草案建议稿》中,对汽车的物权设立、转移、变更,对于不动产物权的变更,对于动产物权转移时间的约定,对于转让农村土地承包经营权的登记,土地使用权的转让变更登记等均采取了意思主义立法例。^② 人大法工委《物权法(征求意见稿)》将汽车物权的设立、变更、转让和消灭的登记作为对抗第三人的要件。对于土地承包经营权的设定,未登记的土地承包经营权的转让、转包、互换、入股、赠与、抵押,邻地利用权的取得,动产抵押等也都采用了意思主义的立法方式。^③

二、我国物权立法中交错现象的成因

交错现象是我国物权立法对不同的立法主义进行平行继受的结果,是法律移植过程中产生的现象。所谓“现实的就是合理的”,交错现象的产生总有其原因和说得过去的理由。从好的一面去说,这叫博采众长,兼取两者的精华,充分发挥我国立法的后发优势,进行制度创新。对一切人类历史上的优秀法律文化和制度都可以充分利用。就如同我国《合同法》兼采大陆法系的不安抗辩权

① 《中华人民共和国担保法》第 43 条规定:“当事人以其他财产抵押的,可以自愿办理抵押物登记,抵押合同自签订之日起生效。当事人未办理抵押物登记的,不得对抗第三人。当事人办理抵押物登记的,登记部门为抵押人所在地的公证部门。”

② 参见王利明:《物权法草案建议稿》第 6 条、第 24 条、第 36 条、第 271 条、第 242 条。

③ 参见人大法工委《中华人民共和国物权法(征求意见稿)》第 26 条、第 126 条、第 133 条、第 134 条、第 182 条、第 263 条。

制度和英美法系的预期违约制度以弥补单一制度的不足一样。从坏的一面来讲,似乎也可以诘责以功利主义立法观,是立法上的拿来主义,这种平行继受并没有建立在进行充分的合理性论证的基础上,很有可能是学派折衷的产物甚至是一种无意识的照抄与模仿的结果。我们无法对这种交错现象的成因做出概括性的对或错的判断。但是,大凡要突破一个体系,牺牲逻辑的一贯性,都要对必要性和可行性进行充分的论证才行。然而,我们却很难发现对我国物权法这种平行继受的充分论证。我们认为,在前文列举的大量交错现象中,有些是可以合理解释的,但是有些则无法合理解释。例如我国特别法将船舶、民用航空器的物权变动采用了意思主义的立法方式。将登记作为物权变动对抗第三人的要件。因为船舶、民用航空器的物权变动涉外因素较多,为了减少交易中的法律冲突,所以采用意思主义,不增加交易成立的障碍,其对策性尚可理解。但是,在物权立法《建议稿》、《征求意见稿》中,将汽车的物权设立、变更、转让、消灭规定为不经登记不得对抗善意第三人,就颇难理解。汽车从价值来看,在我国可谓重要的动产;从公式的方法来看,是需要登记来公示物权的特殊动产。但是为什么在汽车的物权变动中却采取了意思主义呢?就因为汽车与船舶、民用航空器同属于交通运输工具吗?那么,是不是对于各种以交通运输工具为客体的物权变动采用意思主义原则要比采用形式主义原则更合理呢?来自实务中的理由是汽车交易登记业务量大,工作人员不能保证一一登记。如果这样,说明登记作为汽车物权公示的条件不成熟,或者仅仅将登记作为一种管理手段,那么汽车物权变动就应采用交付主义,登记既不能成为物权变动的生效要件,也不能成为物权变动的对抗要件。总之,这种依据“交通工具”概念的家族相似性就将汽车物权变动规定为意思主义的立法方式似乎不妥。

当然,不因一眚掩大德,笔者不想借此完全否定交错现象。跨

越立法主义甚至跨越法系的法律继受是完全可能的。比如为了弥补传统大陆法系抵押权制度的局限,我国台湾继受了英美法系制度制定了“动产担保交易法”;为了填补制度空白,我国移植了英美国家的《信托法》;为了欧洲建立统一的私法制度,德国在一定范围内放弃抽象原则等。关键是要对这种现象加以分析,期求从自发达到自觉的境界。

三、意思主义的价值与困境

意思主义与形式主义的交错现象说明,意思主义立法模式在一定程度上还是有其魅力所在的。我们通过对意思主义如何解决“交易安全与交易效率、内部性与外部性”这两类财产流转中的紧张关系,来揭示意思主义的价值与困境。

意思主义的价值在于有利于促成财产的流转,实现交易便捷和高效。意思主义使得物权变动仅依据当事人的意思表示即可成立,无须完成公示。物权变动是债权行为的当然结果,并以意思表示完成的时间为变动标准。这样,就减少了物权变动因公示的欠缺而无效的情形。尤其在不涉及第三人主张权利的场合,意思主义的物权变动较之于形式主义效率更高。不妨举一例说明:甲银行向乙公司贷款,由丙公司用其向丁公司购买的房屋作抵押担保。丙公司虽然与丁公司签订了书面买房合同并已经付款完毕占有该房屋,但是没有办理所有权变更登记。甲银行与丙公司签订抵押合同时,丙公司只出示买房合同和付款收据证明产权,抵押权也没办理登记。后来乙公司不能清偿贷款,甲银行主张抵押权。该案件如在形式主义国家,丙公司与丁公司的房屋转让不生物权变动效力,甲银行的抵押权亦不存在,而且甲银行与丙公司要分清过失,对抵押无效负责。甲银行的利益不能得到保障。如在意思主义国家,该案中的抵押与买卖均发生物权变动的效力,甲银行可