

中国房地产
法律实务研究论坛会刊

中国房地产
法律实务研究论坛
CHINA REAL ESTATE
LEGAL FORUM
'06

土地股份制改革专号

刘云生·主编

第10卷

中国 不动产法研究

RESEARCH ON
REAL ESTATE LAW OF CHINA

vol. 10

中国物权的功用与时代特征 陈华彬

重庆市户籍改革中的农村地权变动风险及其控制 张力

未竟之论题：小区车位权属性质的规范限缩

——以《物权法》第74条为研究对象 龚海南

我国土地征收制度实施中的问题、影响与挑战

——兼论农地流转制度的实践经验与模式 赵养福

论构建理性的城乡统一建设用地市场价格形成机制 徐银波

欧洲共同农业政策及改革对确定中国农地政策的启示 唐林章

我国农地资本化改革中超越经济强制惯性的破除 张东一

沿海滩涂相关问题浅析及建议 袁晓东

论建筑企业资质对工程施工合同效力的影响 唐烈英

农村土地承包经营权抵押实现法律研究 白昌前

学区房广告宣传违反的民事救济 曾祥龙

兼具多种土地用途的建设用地使用权相关问题探讨

——从综合用地角度出发 陆国飞 秦蕊

重庆地票设定担保物权初探 沈萍 黄立

土地承包经营权“承包权与经营权分离”论驳议 吴昭军

农村土地证券化流转法律机制探析

——基于功能主义角度的分析 王忆茹

农地流转视野下土地承包经营权分离之法人构建 许小芳

俄罗斯联邦法律农地流转法 张建文/译



法律出版社
LAW PRESS CHINA

中国房地产
法律实务研究论坛
CHINA REAL ESTATE
LEGAL FORUM
'06

中国房地产法律实务研究论坛会刊
土地股份制改革专号

刘云生·主编

第10卷

中国 不动产法研究

RESEARCH ON
REAL ESTATE LAW OF CHINA

vol. 10



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国不动产法研究. 第10卷 / 刘云生主编. —北京:
法律出版社, 2015. 3
ISBN 978 - 7 - 5118 - 7664 - 5

I. ①中… II. ①刘… III. ①不动产—物权法—研究
—中国—丛刊 IV. ①D923. 24 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 050124 号

中国不动产法研究 第十卷

刘云生 主编

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787 毫米×1092 毫米 1/16
版本 2014 年 12 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
责任校对 晁明慧
印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 13.75 字数 300 千
印次 2014 年 12 月第 1 次印刷
编辑统筹 学术·对外出版分社
经销 新华书店
责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)
电子邮件/info@lawpress.com.cn
网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779
咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)
全国各地中法图分、子公司电话:
第一法律书店/010-63939781/9782
重庆公司/023-65382816/2908
北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843
上海公司/021-62071010/1636
深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7664 - 5
(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

定价:38.00 元

余能斌

新中国民法典起草人员，
中国民法研究会顾问，
武汉大学教授、博士生导师。

为实现中国
房地产业法治
化教与呼！

——应邀参加中国房地产业
法律研究论坛开办
余能斌
二〇〇六
六月十五

金平

新中国民法典起草人员，
西南政法大学教授。

中国房地产业法律实务研究论
坛人才荟萃，理论联系实际，
运作有序，必将为中国房地产
业的发展和法律制度的
完善作出巨大贡献。

金平
二〇〇六.六.二二

梁慧星

中国社会科学院研究员，
教授、博士生导师。

办好中国房地产
论坛
完善中国房地产
法制

梁慧星
06.6.15

王利明

中国人民大学副校长、
教授、博士生导师，
中国民法研究会会长。

祝《中国房地
产法律实务研
究论坛》越办越
好！

王利明
2006.6.23
于重庆

陈小君

中南财经政法大学副校长、
教授、博士生导师。

谨祝论坛——
东西贯通，融
中汇外，
历经传统房地产制度之
保守，居现代房地产法
治之鳌头。
陈小君
06.6.13

龙宗智

著名法学家，西南政法大学原校长，
四川大学教授

为创建有活力、有
秩序的中国房地产市场
而努力！
——贺中国房地产法律
实务研究论坛开办
龙宗智
2006.6.16

孙宪忠

中国社会科学院研究员、
教授、博士生导师，
中国民法研究会常务副会长。

有恒产者有恒
心，民有恒产，则
有爱国爱社之
恒久之心。
孙宪忠
2006年6月24日

王卫国

中国政法大学民商经济法学院院长，
教授、博士生导师。

以制度理性推动
房地产法制完善。
以实践智慧促进
房地产经济发展。
王卫国
2006年6月24日

目 录

论坛聚焦

- 3 中国物权法的功用与时代特征
陈华彬
- 24 重庆市户籍改革中的农村地权变动风险及其控制
张 力
- 45 未竟之论题:小区车位权属性质之规范限缩
——以《物权法》第74条为研究对象
龚海南
- 58 我国土地征收制度实施中的问题、影响与挑战
——兼论农地流转制度的实践经验与模式
赵奔涵

理论探索

- 81 论构建理性的城乡统一建设用地市场价格形成机制
徐银波
- 91 欧洲共同农业政策及其改革对确定中国农地政策的启示
唐林垚
- 105 我国农地资本化改革中超经济强制惯性的破除
张东一
- 113 沿海滩涂相关问题浅析及建议
袁晓东

法律实务

- 123 论建筑企业资质对工程施工合同效力的影响
唐烈英

130 农村土地承包经营权抵押实现法律研究

白昌前

139 学区房广告宣传违反的民事救济

曾祥龙

146 兼具多种土地用途的建设用地使用权相关法律问题探讨

——从综合用地角度出发

陆国飞 秦蕊

土地市场化与股份制改革专题

157 重庆地票设定担保物权初探

沈萍 黄立

164 土地承包经营权“承包权与经营权分离”论驳议

吴昭军

172 农村土地证券化流转法律机制探析

——基于功能主义角度的分析

王忆茹

180 农地流转视野下土地承包经营权分离之法权构建

许小芳

域外风采

191 俄罗斯联邦法律农地流转法

张建文/译

编者手记

211 “地主”:污名与反正



论坛聚焦

中国物权法的功用与时代特征

陈华彬*

引言

物权法是调整财产的归属和财产的物权性利用的法律,其功能在于实现社会财富的“定分止争”和“物尽其用”。而新中国的真正全面、系统的物权立法,是在2007年3月由第十届全国人大第五次大会审议通过的《中华人民共和国物权法》。今年恰好是该法通过7周年的纪念之年。经过7年来的施行、适用,我们一方面可以更冷静地慎思该法制定前后对它产生的各种争论,另一方面也可更理性地着眼于中国现实社会对该法的需要,分析这部法律对中国社会的效果、功用,同时指出其遗留的时代烙印及完善之道,这应该是中国民法学者今日的一项很有意义的工作。

中国古代法中并无物权一词。近代中国法制改革之初,财产法开始采取大陆法系的立法模式,通过日本而引进德国民法中的物权概念,并按潘德克顿模式分别编纂民法典中物权编的总则、所有权、用益物权、担保物权以及占有。这一变革对于中国财产法的意义重大,因为从此中国的财产法从形式与内容两方面继受了大陆法系的体制,具备了与德国民法所代表的大陆法系德国法支流基本相通的条件,并使物权法具备了成为国家和社会的基本法的可能。

从世界近代民法典中物权法的编纂可以看出,物权法的制定,是各国财产法制定中最核心的部分。尤其在德国,它是物权、债权二分的结果;法国民法典中虽然没有物权、债权的界分,但其在“财产法”的名称下依旧涵盖了这两个部分。中国在清朝末年进行的法律改革就是引进大陆法系德国、日本、瑞士民法的物权、债权概念,同时在内容上也注意到了法国民法的财产法制度。所以1929~1930年的《中华民国民法》的物权、债权概念及其知识体系,基本上都是外国法引进的结果。

1949年新中国成立以后,废除了国民党政府颁布的“六法”,原《中华民国民法》中的物权、债权等概念不复存在。1956年以后,随着中国对生产资料私有制的社会主义改造的基本完成,物权、物权法等概念被认为是资产阶级的法权概念,受到广泛批判,这种情况使得中国

* 陈华彬,中央财经大学法学院教授,博士生导师,法学博士。

直到1986年颁布《民法通则》时仍然不承认物权概念。1992年中国实行社会主义市场经济制度后,中国社会认识到物权法作为市场经济基本法的作用,法学界和立法机关对于物权法的概念、知识系统以及编纂技术采取了接受的态度,中国法学界对物权法的研究进步非常快。这一时期,有关物权法的教科书和学术专著的出版,以及国家立法机关提出中国应制定自己的物权法,这些举措成为中国民法学发展的一个亮点。^①

物权法是关于财产的法律规则之一,历经艰苦努力,经全国人大常委会进行7次审议,中国已于7年前颁行了这部法律。鉴于中国《物权法》的特殊性、重要性,以及这部法律在颁行前后发生的一些争论,于该法施行7周年之际,就该法对中国社会的需要、效果、功用、社会影响等按照中国的基本国情予以认真的评价,对于其中的积极意义进一步予以弘扬,对其中的不足予以建构或完善,无疑有其必要。中国的改革开放已经进入到一个新的更深层次的时期,需要包括物权法在内的民商法制度为其奠定基础 and 予以新的启程,物权法的发展不可能再像改革开放前受到批判,在2007年颁行前后对其予以否定、予以误解。今日中国面临的进一步的艰巨的改革开放任务,更加证明了中国颁行物权法的价值。在中国未来社会的发展中,中国《物权法》将扮演愈加重要、愈加突出的角色,发挥其他法律与政策不可替代的社会效果。

一、中国引进和建立物权制度体系之初

中国引进物权概念与最初制定物权法起于清末变法。1902年光绪皇帝颁布诏书,宣布实行“新政改革”,中国“私法之革新事业”^②由此起航。1907年光绪皇帝委派沈家本、俞廉三、英瑞为修律大臣,设立修订法律馆,起草民法典。1908年民法典起草正式开始,由日本学者松冈义正负责起草总则、债权、物权三编,由曾经留学法国的陈篆与留学日本的高种、朱献文负责起草亲属、继承两编。1911年,民法典起草完成,称为“大清民律第一草案”,其中第1编总则、第2编债权、第3编物权、第4编亲属、第5编继承。虽然这一民法草案尚未正式颁布而成为法律,但是通过这一民法草案,西方民法的编纂体例及概念、原则、制度和理论体系被引入中国,这充分显示中华民族这一古老民族“如何在外来压力下,毅然决定抛弃固有传统法制,继受西洋法学思潮,以求生存的决心、挣扎及奋斗”。^③

从清末的民法立法来看,物权法被置于第3编,其下第1章为通则,从第2章开始分物权为所有权、地上权、永佃权、地役权及担保物权,分列第2章至第6章。这种立法理念,是以地上权、永佃权、地役权为用益物权,担保物权则再细分为抵押权、土地债务、不动产质权与动产

^① 这一时期笔者的一些研究是中国大陆地区在物权法领域比较早的作品,如《现代建筑物区分所有权制度研究》,法律出版社1995年版;《物权法原理》,国家行政学院出版社1998年版;笔者与梁慧星学部委员合著的司法部九五规划高等学校法学教材《物权法》,法律出版社1997年版。另外,孙宪忠:《德国当代物权法》,法律出版社1997年版;钱明星:《物权法原理》,北京大学出版社1994年版。这些著作对于物权法知识体系在中国的普及和弘扬发挥了很大作用。

^② 杨鸿烈:《中国法律发达史》(下卷),上海书店1990年版,第898页。

^③ 王泽鉴:“民法五十年”,载王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第5册),台北自版,1992年。

质权四种,至于占有则为一种事实状态的法律关系,列为物权法之末,即第7章。^④

清末民法立法对物权概念的引进及其所建构的物权制度体系,实际上开启了中国主要继受德国民法物权概念与知识谱系的大门,而且它奠定了中国编纂物权法的基础,其后数十年乃至今天的物权法编纂与法教义学讲授以及物权法的研究都是主要在这个基础上进行的。

尤其应该注意的是,清末民法立法在建构物权法制度体系的过程中,对于德国民法中的属于日耳曼法固有的物权制度也一并采纳了。例如,它规定的土地债务、不动产质权就是德国“土著法”的物权制度。另外,德国物权法中的物权行为理论的各项规则,清末的民律草案也予以了采纳。^⑤所有这些,显示了清末中国在继受德国物权法的过程中的盲目性、过分依赖和不太加以取舍的态度。而在百余年后的今日中国物权法中,这种对于德国物权法的态度已完全不复存在了。无疑,这说明今天中国的物权立法已不再具有盲目性和对西方法律不加以取舍的态度。而事实上,这一点正好反映了中国物权立法对于以德国为代表的西方物权法的创新、选择乃至反拨。

值得指出的是,在中国清末的财产法制变革中,日本民法与日本法学家做出了很大的贡献。事实上,中国清末民法立法中使用“物权”一词,其除了直接来源于《德国民法典》第3编“物权”的编名外,也是直接地来源于《日本民法》第2编的编名。而这主要是通过当时协助中国编制民律草案的日本学者松冈义正、志田钾太郎的帮助而实现的。这两位学者兼法官除了建议中国民法中采取物权法的名称外,更是推动中国采取了物权法中非常重要的不动产物权变动登记生效、动产物权变动交付生效的物权变动规则。这一规则是德国、瑞士物权法中最具风格的物权规则。采取德国法、瑞士法的这一物权变动规则可以避免源自于法国民法的日本民法中的物权变动制度的不确定性及其适用中的困难^⑥。日本这两位人士的这一做法,实际上表现了他们“放弃狭隘民族主义的学术勇气”。^⑦不过,1911年10月,辛亥革命爆发,清王朝被推翻。由此,在日本人的帮助下完成的这一民律草案未能正式颁布施行。1912年中华民国成立,其后不久又开始第二次“民律”起草的工作。^⑧

发生在民国时期的第二次“民律”起草,其起草者们首先对大清民律草案过分仿效德、日立法成例,尤其是过分移植西方法,规定土地债务、不动产质权以及物权行为等纯粹属于德国日耳曼民族固有法和习惯法上的制度进行了检视、反省。起草者认为应对中华民族习惯法上的物权制度,如老佃、典和先买等予以吸纳、规定。^⑨1925年,“民律”第二次草案完成起草。

④ 谢在全:《民法物权论》,文太印刷有限公司1989年版,第4页。

⑤ 孙宪忠:“中国民法继受潘德克顿法学:引进、衰落和复兴”,载《中国社会科学》2008年第2期。

⑥ 《日本民法》第175条、第176条及第177条为关于物权变动的规定,由于其采取继受自法国而来的债权意思主义,加之这些条文规定的模糊性,造成学者出现了对这些条文的不同解释意见,而且日本司法实践中在适用这些条文时也出现了困难。关于学者围绕这些条文而发表的解释论著作,可谓非常多。比如,铃木禄弥:《物权变动与对抗问题》,株式会社创文社1997年版;滝沢聿代:《物权变动的理论(1)》,有斐阁1987年版;滝沢聿代:《物权变动的理论(2)》,有斐阁2009年版;鹿巢信孝:《物权变动论的法理检讨》,九州大学出版会1994年版;等等。

⑦ 孙宪忠:“中国民法继受潘德克顿法学:引进、衰落和复兴”,载《中国社会科学》2008年第2期。

⑧ 对于民国时期的民法编纂,中国法制史学者杨鸿烈指出:“民国时代编纂法典,不过完成清代未竟之业而已。”参见杨鸿烈:《中国法律发达史》(下册),上海书店1990年版,第1032页。

⑨ 谢在全:《民法物权论》(上册),文太印刷企业有限公司2004年版,第4页。

在该草案中,物权编共计9章,未设“担保物权”的章名,而将抵押权、质权分开,各占一章,另外再追加规定典权。应该指出的是,增加规定典权,以及将典权作为担保物权对待,^⑩构成了民律第二次草案的特色。不过,与大清民律草案相同,该民律草案也未正式颁行而成为生效的法律。^⑪

此后经过数年的立法研究和准备,中国终于在1929年完整地颁布了自己《民法典》中的《物权法》。在此之前,国民党中央执行委员会政治会议曾规定了物权编14条立法原则,包括实行物权法定主义、所有权社会化、不动产物权变动采登记要件主义,规定所有权时效取得、动产善意取得和典权等。从立法的形式和内容看,1929年《民法典》中的物权法编主要参考了德国、瑞士和日本民法中的物权立法与体系设计,但同时也有基于对本土的社会资源的调查而确立的典权制度等。

值得指出的是,中国1929年民法典中的物权法制度,是当时的立法者运用“取法乎上”,“得乎其中”的立法方法,经过严谨严肃地比较研究后获得的一个成果。在当时,德国、瑞士、日本等已有成熟、现成的物权法制度及体系构建的成例,而且属于最先进的“上”者,而中国此时的物权法等民法体系构建尚处于初级阶段,“取法乎上”总比“取法乎中”或“取法乎下”要强得多。中国今日包括物权法在内的民事立法与物权法学等民法学研究的繁荣昌盛,其实正是得益于改革开放以来中国新时期民法立法与民法科学不断借鉴国际及一些先进国家的经验,即所谓“取法乎上”而结出的硕果。“只有通过取法乎上,才能自己有所创造,达到更高的水平”。^⑫正因为如此,在中华民国民法制定的时代乃至今天,1929年国民政府颁行的物权法在内容设计和编制体系等方面,都是一点也不逊色于其他国家的物权法的,是先进的。而关于这一点,新中国成立以后的中国民法学界基本上忽视了,或者避而不谈。

1929年中国《民法典》中的物权编从立法技术的角度看,也是先进的。尽管它“采德国立法例者十之六七,瑞士立法例者十之三四,日法苏联之成规,亦尝撷取一二”,^⑬但它的“条文辞句,简洁通俗,且避去翻译式的语气,为纯粹的国语”。尤其是它吸收瑞士物权法的长处,且避免了此前各民律草案的日本语的口气,由此足见当时的立法者独具智眼,这堪为立法技术上的重大进步。^⑭

从中国清朝末年进行财产法制变革到1929年颁行《民法典》中的物权法编,是中国在民法立法上引进和建立自己的物权制度体系的开始。其除立基于中国的固有法和实际国情而予以立法外,还着重参考并直接以德、瑞、日民法立法成例为蓝本。1929年颁布的《民法典》中的物权编尽管在中国大陆仅施行了20年,但自1945年在台湾地区施行以来至今已有近70年的时间。1929~1949年的中国,内忧外患交织,战事连绵,一般人民拥有的财产很少,由此,

^⑩ 典权的性质主要有三说:用益物权说、担保物权说和折中说。此三说中,以用益物权为通说。1925年的《民律草案》采取的是担保物权说。

^⑪ 谢在全:《民法物权论》(上册),文太印刷企业有限公司2004年版,第5页。

^⑫ 梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,谢怀栻先生所作的“谢序”,第3页。

^⑬ 梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,谢怀栻先生所作的“谢序”,第2页。

^⑭ 梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第19页。

包括物权法在内的各项民事法律很难有其作用空间。这样的境况,使得这部先进的物权法在大陆未能获得很好的施行;而该法在台湾地区施行近 70 年来的情况显示,其对于保障台湾地区人民的财产权、人权、自由及民主等发挥了非常大的作用。台湾地区的人民以拥有这样的包括物权法在内的民事法制而深感自豪、骄傲和幸福。这一点从笔者与台湾地区民法学者的交流、对话中常常可以真切地感受和体会到。

二、中国 1949 ~ 1956 年对物权法的基本肯定与之后至 80 年代末对物权法的否定

1949 年中华人民共和国成立后,因废除国民党政府的“六法”,所以中华民国民法也就被废止了。在中国大陆,从此也就没有了民法典意义上的物权法。

但是,应该注意的是,自中华人民共和国成立到 1956 年生产资料公有制的社会主义改造的基本完成,中国尽管没有通过制定施行于全国范围内的民法典来建立所有权、用益物权、担保物权以及占有制度,但散见于当时地方立法中的民事法律文献,以及当时最高人民法院和司法部就民事问题所作的一些“批复”或“解释”,均表明这一时期中国是肯定物权制度的。

不过,这一时期并不长久。1956 年以后,由于中国成立起了生产资料的社会主义公有制经济制度,所以此前曾一度存在的私人土地所有权不复存在。与之有联系或以之为标的物的物权性质的权利,如地上权、地役权等也随之消灭。加之在这一时期,中国民法全盘移植、继承了前苏联民法理论与制度。中国社会于是认为,所有权以外的他物权是资本主义私有制经济关系的产物,在中国,由于现今已经建立起社会主义的生产资料公有制经济制度(尤其是土地公有制制度),所以,所有权以外的土地用益物权等也就自不应当继续存在。^⑤ 反映在立法上,中国当时的民法立法也就只承认了所有权,而未承认用益物权;至于担保物权,因那时基本上不存在私人之间的融资,所以也就当然不会不发生以担保物权来担保债权人的债权实现的问题,从而也就没有担保物权制度。这种情况一直持续到 1986 年中国《民法通则》的颁布。

尤其值得指出的是,在 1956 ~ 1986 年这 30 年期间,物权法的教学与研究大多停滞。据笔者的检索,这一时期没有一篇法学论文是涉及物权法的;同时,物权概念与 1929 年国民政府颁布的《民法典》中的物权法受到极大的批判。这一点可以从 1958 年中央政法干部学校民法教研室编著的《中华人民共和国民法基本问题》中清晰地看出。该书十分尖锐地指出:“国民党物权法是资本主义和帝国主义国家反动民事立法的翻版,同时又保留着旧中国封建性的物权观念”,是“半封建半殖民地的产物”,所以“物权”这一概念应当被摒弃。^⑥ 应该注意的是,这一观点的影响十分深远,20 世纪 90 年代中国物权法制定之初,有一种观点就认为,物权的概念和知识体系不科学,它不如英美法的财产法,因为物权法无法包括财产权利的全部,而且

^⑤ 《法学研究》编辑部编著:《新中国民法学研究综述》,中国社会科学出版社 1990 年版,第 216 页。

^⑥ 中央政法干部学校民法教研室编著:《中华人民共和国民法基本问题》,法律出版社 1958 年版,第 118 页。

中国人难以接受物权法这一外来词和制度。^⑭

中国自1978年起实行改革开放的基本国策,至20世纪80年代中期,经济体制改革已成功由农村转移到城市。这一时期,反映经济体制改革取得的成果及规范社会主义有计划商品经济的发展的需要,中国在1986年颁布了《民法通则》。但十分遗憾的是,由于中国社会长期排斥、批判物权概念及其知识系统,该法没有启用物权的概念,而是使用了“财产所有权和与财产所有权有关的财产权”(第5章第1节)这一名称。在这一名称下,它除了规定所有权外,还规定了国有企业财产经营权、国有自然资源使用权等用益物权;而对于担保物权,立法者并没有在体例上将它规定于其中,而是将抵押权、留置权与保证、定金担保一并规定于“债权”中。在此,我们可以清晰地看到,这种立法编制体例是中国长期拒绝认可物权概念及其制度体系的结果。也就是说,抵押权、留置权既然不是民法总则上的制度,也不是亲属和继承法上的制度,所以唯一的可能就是债法上的制度。从而,将这两种制度一并规定于“债权”中也就是顺理成章的了。

总之,在1956~1986年期间,中国的民法立法与法教义学,否定来自于西方法律中的物权概念的正当性,物权法的教学、研究及立法活动处于停滞状态。在这种情形下,包括所有权、用益物权、担保物权以及占有在内的完整而系统的物权法对于中国社会的需要已完全变得没有必要。对于这一时期物权法受到冷落的这一特殊的万马齐喑的历史,中国民法学界长期以来也同样基本上忽视了。在笔者的阅读范围内,除笔者外,中国民法学界基本上无人提及或省思这一段历史。^⑮

三、20世纪90年代初期开始的物权法复兴

起于1978年的改革开放,到1992年时,使中国国家和社会的面貌焕然一新。中国的普通民众通过自己的劳动业已积聚了相当的财产。而且,中国一般民众已经认识到保护私有财产的重要性和由此产生的积极价值。由此,在1992年之时,中国即宣布实行社会主义市场经济体制。从此,中国的经济改革进入了建立社会主义市场经济体制的崭新时期。

从国际社会和各先进国家经济与社会发展的经验看,既然实行市场经济体制,也就意味着要建立规范财产的物权关系与交易和流转的法律体系。这是因为,市场经济就是法治经济。这其中,民商法体系的建立尤其具有决定性意义。而在民商法体系中,物权法体系和债法体系起着基础地位的作用。

关于债法体系,中国当时已经有三个合同法(经济合同法、技术合同法和涉外经济合同

^⑭ 郑成思:“关于制定‘财产法’而不是‘物权法’的建议”,载《中国社会科学院要报:信息专版》(第41期);孙宪忠:“中国民法继受潘德克顿法学:引进、衰落和复兴”,载《中国社会科学》2008年第2期。另外,值得提到的是,在1998年3月民法起草工作小组第一次会议上,江平教授认为“物权”概念不通俗,建议以“财产权”概念取代之。在2001年5月的物权法草案专家讨论会上,江平教授声明“不再坚持”这一意见。在2002年4月19日的民法典草案专家讨论会上,江平教授明确表示赞同在民法典中设物权编。对此请参见梁慧星:《中国民事立法评说:民法典、物权法、侵权责任法》,法律出版社2010年版,第12页注释2。

^⑮ 关于笔者对这一段历史的检视、省思,请参见陈华彬:《物权法》,法律出版社2004年版,第56页以下。

法),已经有了规范财产的交易关系的法律基础,所以当时面临的任务是,消除这三个合同法之间存在的龃龉,建立适应社会主义市场经济发展的统一的合同法制度及其体系。从1992年起,经过数年时间的努力,中国终于在1999年结束了合同法“三足鼎立”的局面,完成了统一合同法的颁布,建立起了规范市场经济的交易与流转的基本法律规则。

但另一方面,规范财产的归属与利用的完整而系统的物权法规则却尚付阙如。因为物权既是财产交易的起点,也是财产交易、流转的归宿。如果从事交易的民事主体对用于交易的财产没有物权权利,则交易行为(如买卖行为等)会变成无效抑或目的不能实现,而且买受人也不能取得标的物的物权。由此,首先确定市场交易的标的物的权利归属,就显得十分必要。为此,就需要建立包括所有权、用益物权、担保物权以及占有制度在内的完整而系统的物权法体系。也就是说,在这一时期,中国社会已不能回避对于物权法的迫切需要。正是大体从这一时期开始,中国的物权法进入了其编纂时期。

在中国物权法的制定中,最初提出中国物权法立法方案(草案)的是中国社会科学院法学研究所的课题组,其所提立法方案,坚持了以下立法指导思想:(1)贯彻个人利益与社会公益协调发展的所有权思想;(2)坚持对合法财产的一体保护原则;(3)严格限定公益目的,重构国家征收制度;(4)总结农村改革的经验,实现农地使用权的物权化。从起草物权法的这些指导思想可以看出,中国民法理论在新时期摆脱苏联民法理论的羁绊后,力求将继受而来的西方物权法制度与知识体系与中国改革开放和发展社会主义市场经济的生动实践相结合,将其用于除旧布新、推动中国社会进步、维护公平正义及创建新的物权制度与物权理论。^⑨

但是,这些正确的立法指导思想却遭到中国法学界一些学者的质疑。2005年末,他们将反对的浪潮提升到物权法草案系违反宪法这一风口浪尖。他们认为,物权法草案对国家、集体和私人财产实行平等保护,违反宪法基本原则,并且该草案有利于富人而不利于穷人。因此是决然无法接受的。这些反对的声音,使得全国人大常委会于2006年8月对物权法草案进行第五次审议,同年10月进行第六次审议,并在说明中特别解释称,规定对国家的、集体的和私人的物权予以平等保护,符合社会主义市场经济的本质要求和现行宪法的基本精神。尽管如此,它使得颁布物权法的计划还是推后到2007年才得以实现。^⑩

不过,中国《物权法》最终还是在十届全国人大第五次大会上以高票通过。《物权法》最后颁布的文本,明确规定国家、集体及私有财产一体保护,并无高下之分。这一点的意义十分重要。另外,该《物权法》在体例编制上,采取5编制(第1编“总则”,第2编“所有权”,第3编“用益物权”,第4编“担保物权”,第5编“占有”),这一点反映了中国《物权法》对德国、瑞士、日本及中国台湾地区物权法的继受;但同时,该《物权法》又立足于中国社会的实际国情而摒弃了西方物权法中的一些不适合于中国社会的理论或制度,并且还创建和发展了一些新制度。

^⑨ 梁慧星:《中国民事立法评说:民法典、物权法、侵权责任法》,法律出版社2010年版,第43~44页。

^⑩ 关于中国《物权法》的颁布过程及其困难,参见:“中国物权立法历程:从未如此曲折 从未如此坚定”,载《南方周末》2007年3月22日。

尤其值得指出的是,在对西方国家物权法理论与制度的摒弃中,具有代表意义的,无疑是德国民法的物权行为理论与制度。这一理论与制度被认为是德国民法最具风格的特征。如前述,大清民律草案与国民政府在1929年颁布《中华民国民法》时将这一理论和制度移植过来,可以说主要是认为,德国民法上的多半是好的,不加怀疑,不敢怀疑;但现在不同了,中国民法学者在研究起草物权法的过程中,对德国民法的制度和理论敢于怀疑,就是否采用物权行为理论进行了热烈讨论。^①通过讨论既加深了对德国这一理论的认识,也加深了对中国国情的认识,最终决定中国物权法不采物权行为理论,从而完全自主地建立了自己的物权变动理论,这就是以债权形式主义为主,债权意思主义为辅的混合物权变动模式。由此可见,中国《物权法》并不“幼稚”,而是“比我们的先人们前进了一大步”。^②

四、中国《物权法》对国家与社会的效果

在中国《物权法》颁布、生效之前,中国的改革开放业已走过了近三十年的历程。而在这一过程中,中国的改革开放大多是在“摸着石头过河”的情形下进行的。直至2007年时,业已进行的近三十年的改革开放使中国人民的面貌、社会主义中国的面貌发生了历史性变化。改革开放在政治、经济、社会建设及意识形态等方面取得重大进步、获得巨大成功的同时,对于改革开放在这些方面所取得的成果又急需以立法的形式予以厘定、巩固或加以回应、认可。具体来说,对于近三十年改革开放取得的成果,对公众要求平等保护国家财产、集体财产和私有财产的要求,对公有制为主体、多种所有制经济共同发展的中国社会主义基本经济制度,以及中国近三十年经济发展中的效率取向等,在法律上应给出回答,即给不给予其法律上的地位。这一点是厘定中国社会现实状态与未来发展的关键抉择。另一方面,在国际上,西方一些国家的政治体制、民主制度对中国的影响有所渗透,中国需要回答为什么只有中国特色的社会主义民主、政治道路在中国是唯一可行的,而决然不能选择西方一些国家的民主、政治道路等重大问题。对于中国社会发展进程中的这些紧要问题,中国《物权法》尝试做出了回答。

就中国《物权法》对中国国家和社会的效果,我们可以指明如下几个方面的内容:

(一) 中国《物权法》与中国特色社会主义

时任国家主席胡锦涛在十七大报告中指出:“改革开放以来我们取得一切成绩和进步的

^① 对此,笔者于1997年发表于《民商法论丛》(第6卷)上的论文“论基于法律行为的物权变动”对德国物权行为理论的源起、形成及遭遇的困难等进行了全面梳理,明确指出中国物权法不宜采取此理论。与笔者相同的观点,还有梁慧星:“我国民法是否承认物权行为理论”,载《法学研究》1989年第5期;王利明:“物权行为若干问题探讨”,载《中国法学》1997年第3期,等等。而坚持中国物权法要采纳德国物权行为理论的,则主要见于孙宪忠所撰写的以下论文中:“物权行为理论探源及其意义”、“再谈物权行为理论”、“物权行为理论中的若干问题”等,载其所著《论物权法》(法律出版社2008年版)等相关著作中。

^② 谢怀栻:《谢怀栻法学文选》,中国法制出版社2002年版,第374页。谢怀栻先生在谈及继受外国法时曾指出,不论哪个国家都有自己的特点,没有特点的民族是没有的。因而在继受外国法时,辨别自己的特点也是一个重要问题。机械地、盲目地照搬外国的法律,当然不一定好;强调甚至借口自己的特点,而拒绝接受先进的外国法律,也是不对的。要敢于接受,善于研究,不断修改,这是继受外国法律很重要的原则。又请参见谢怀栻:《谢怀栻法学文选》,中国法制出版社2002年版,第451页。梁慧星:《中国民事立法评说:民法典、物权法、侵权责任法》,法律出版社2010年版,第44~45页。