



| 光明社科文库 |

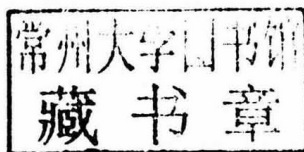


| 光明社科文库 |

从私法范畴到政策维度

——当代物权变动制度的哲学反思

刘经靖◎著



光明日报出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

从私法范畴到政策维度：当代物权变动制度的哲学
反思 / 刘经靖著. -- 北京：光明日报出版社，2019.6
(光明社科文库)

ISBN 978 - 7 - 5194 - 5386 - 2

I. ①从… II. ①刘… III. ①物权法—研究—中国
IV. ①D923.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2019) 第 114048 号

从私法范畴到政策维度——当代物权变动制度的哲学反思
CONG SIFA FANCHOU DAO ZHENGCE WEIDU——DANGDAI WUQUAN
BIANDONG ZHIDU DE ZHIXUE FANSI

著 者：刘经靖

责任编辑：曹美娜 黄 莺

责任校对：赵鸣鸣

封面设计：中联学林

责任印制：曹 净

出版发行：光明日报出版社

地 址：北京市西城区永安路 106 号，100050

电 话：010 - 67017249 (咨询)，63131930 (邮购)

传 真：010 - 67078227，67078255

网 址：<http://book.gmw.cn>

E - mail：caomeina@gmw.cn

法律顾问：北京德恒律师事务所龚柳方律师

印 刷：三河市华东印刷有限公司

装 订：三河市华东印刷有限公司

本书如有破损、缺页、装订错误，请与本社联系调换，电话：010 - 67019571

开 本：170mm × 240mm

字 数：206 千字

印 张：16

版 次：2020 年 1 月第 1 版

印 次：2020 年 1 月第 1 次印刷

书 号：ISBN 978 - 7 - 5194 - 5386 - 2

定 价：85.00 元

版权所有 翻印必究

国家社科基金项目结项成果 (10CFX046)

山东省理论建设工程重点研究基地资助成果

民法典，能否放缓脚步？

我国当代民法诞生于改革开放的背景之下。计划经济向市场经济的转型，民主政治和依法治国的不断深化，为我国民事立法的发展提供了特有的制度生态背景。作为民法重要的有机组成部分，物权法以其固有性、地域性、本土性和强行性表现出其与众不同的特色。进入“物权法定”铁律笼罩下的物权法城堡，穿行在刻满德式符号的街巷，我们很容易迷失在“公示公信”“物债二分”“物权行为无因性”的规则丛林中，似乎忘记了民法最初的“意思自治”原旨，而习惯于刚性十足的制度架构。

在物权法定、棱角分明的制度结构中，物权变动制度构成了物权法最核心的架构，也刻画着物权法最为突出的性格特征。作为与计划经济理念颇为投缘的制度设计，形式主义物权变动制度依赖着经济体制的惯性支撑和德国古典物权法理的理论给养，在当代民法体系中保持着旺盛的生命力，即便在当代政治和经济体制改革的制度生态演变背景下，物权变动制度的演进也谈不上同步，而是缓慢地尾随着改革的步伐。至2007年《物权法》，物权变动制度配置首次出现了形式主义与对抗主义交错并行的分裂格局，但无论在制度比重还是基本理念导向上，形式主义都占据着主导地位，而对抗主

义则以相对低沉和边缘的姿态徘徊在主流视野之外。

《物权法》颁行十年来，物权变动模式理论探讨和制度演化进入相对稳定的瓶颈期，对抗主义范围未及扩张，其宏观理念和微观规则技术亦未有显著进化。于此情势下，民法典物权编立法过程中，不动产统一采要件主义、动产统一采对抗主义成为一种较为均衡的共识，由此也导致了物权变动“二元”结构的进一步深化。实际上，即便在不动产内部，规则的统一也并非“铁板一块”——用益物权以及非基于法律行为的物权变动中存在大量要件主义之外的规则族体，这表明形式主义和对抗主义两种模式的分化具有更微观的渗透性。然而，这种“分裂交错式”立法带有显著的硬伤——同为物权，何以分享不同的物权变动模式？显然，既有理论和立法对这一根本性问题缺乏有责任的回应——尽管物权法第106条已经潜意识地将“善意规则”的适用统一覆盖了不动产和动产。

考虑到我国物权法长期厚植于德国形式主义的传统，以及对当下物权法理对于对抗主义原理、公示的多元性、物权效力的层次性、对抗主义与善意取得规则之间的内在关联等基本问题尚存有显著的分歧，以及在更深的层面当代物权变动制度对“形式主义化”内在根本成因——政策视野下的“国家干预”反思的缺位，可以预见，我国物权变动制度的完善还有一段很长的路需要走。理论变革的迟缓投放到如火如荼的民法典编纂背景中就呈现出难以避免的紧张——民法典编纂已正式列入国家立法议程，但物权变动理论研究却并未做好准备。

而细思整个民法，没有做好准备的，或许非仅止于此。我国当代民法的繁荣的背后，无论在民法哲学层面还是微观制度建构层面，

都存在诸多类似的问题——对德国法传统的反省不足以及对英美法经验汲纳的有限，诚如徐显明先生所言，（对于民法典）我们还有很多问题未研究透，还有一些仓促，如果时间更长一些，可能会精雕细琢，在制度创新上更有中国贡献。

真诚地期待民法典编纂能沉下心来，以更宽容的姿态，更从容的脚步，迎接更美好的未来。

是为序。

目 录

CONTENTS

导 论	1
第一章 我国物权变动理论的研究状况及其评价	5
一、我国物权变动模式理论的研究概况	6
二、我国物权变动模式理论研究中存在的问题	9
第二章 物权变动结构与逻辑的应然分析	17
一、物权的含义	17
二、物权变动模式的理论框架	20
三、物权变动模式理论的抽象透视 ——逻辑和历史视野下的双重解读	25
四、物权变动模式与物权之关联性的逻辑考察与结构分析	27
五、物权变动模式的结构化分析	36
第三章 古典法时期的物权变动透视	43
一、古典静态物权真实样态的历史考察与比较分析	43

二、古典动态物权的历史考察与比较分析	49
三、古典法后期的物权变动规则演进：意思主义的萌芽	57
第四章 法国法的物权变动制度走向	66
一、法国法在占有脱离和占有委托领域的进化路径 ——从意思主义到对抗主义	66
二、法国法在合同领域的进化路径：从意思主义到对抗主义	70
第五章 普通法物权变动制度演进主线：从意思主义到对抗主义 ...	76
一、普通法领域在占有委托领域的演进路向	76
二、普通法领域在合同领域的演进路向	80
三、普通法物权变动规则演进的政治哲学背景	87
第六章 普通法物权变动制度演进支线：形式主义路向	89
一、托伦斯登记制度产生的历史背景	89
二、海外殖民扩张中的机遇：托伦斯制度的产生及其推广	93
三、托伦斯登记制度的结构与原则	99
四、托伦斯制度与形式主义物权变动模式的比较	108
五、托伦斯登记制度的现实境遇与客观评价	110
第七章 德国法的走向：形式主义的传承、固化与评价	127
一、德国法在占有委托领域的形式主义倾向	128
二、德国法在正向合同领域的形式主义物权变动制度倾向	133
三、德国物权变动形式主义模式的结构成因、制度表现与 思想根源	137

第八章 两大法系物权变动制度不同流向的逻辑比较 ·····	142
一、两大法系占有委托结构下的物权变动制度比较·····	142
二、两大法系正向交易结构下的物权变动制度比较·····	149
三、对德国形式主义物权变动模式与普通法托伦斯制度 关系的考察·····	153
第九章 从传统理论分析到政治哲学分析：一个框架式转型 ·····	159
一、普通法视野下的两种物权变动制度演进道路的基本反思·····	159
二、从“形式主义”到“实质主义”：英美两种登记体系 差异的转型·····	162
三、物权变动模型的“环境”影响论：以英美两国为中心的 比较考察·····	164
四、对英美两国法律风格差异的追问：基于政治哲学的解读·····	169
五、政治哲学进路的拓展：面向德国法系的分析·····	177
六、从权力治理（管制）到市场治理（自治） ——物权变动模式转型的政治哲学评价·····	187
第十章 中国物权变动制度的传统进路与未来转型 ·····	193
一、中国古代田产交易制度中的国家主义传统·····	194
二、清末以来德国法“威权主义”进路的主流继受·····	201
三、中华人民共和国成立以来的进路：计划经济管制下的 形式主义·····	203
四、我国当代物权变动制度的改革趋势：形式主义的缓和与对抗 主义的成长·····	209

从私法范畴到政策维度——当代物权变动制度的哲学反思 >>>

结语：从管制到自治

——民法典视野下的当代物权变动制度转型····· 225

参考文献····· 229

后记 《民法典》如何面对过去与未来？ ····· 243

导 论

作为民法体系中的支柱性组成部分，物权变动制度以其复杂的制度设计、宏大的历史叙事和激烈学术争辩而形成了民法世界的奇特景观。1978年恢复民法以来，随着民事立法的逐步推进，物权变动问题作为立法无法绕过的话题，在中国当下的民法理论界引发了空前热烈的学术大讨论，40年来，其热度始终不减，这一主题始终延续保持着旺盛的学术产出，占据着民法的话题热点。40年来围绕物权变动的学术研究，重建并续接了民法基本理论恢复、立法需求背景下物权变动理论与罗马法、民国民法、德国民法、日本民法、我国台湾地区民法以及瑞士等欧洲其他国家物权变动理论之间的学脉关联，并与法国民法、意大利民法乃至部分普通法进行了一定的比较性研究。

总而言之，这些研究不仅构建了我国当代物权变动制度深厚的理论基础，也成为中国民法史上有关物权变动理论研究难以逾越的桥梁。任何一个后来者，面对这样一个已经十分“传统”且文献浩瀚的选题，必须具备充分的勇气。甚至当物权变动抽象的理论内涵、精密的制度结构、丰富的学术史话所带来的学术兴奋持续多年并多少显示出一些学术上的“疲倦”时，有学者不禁发出“该说的都已经说了，不该说的也已经说了”的感叹。但深刻反思当代物权变动理论研究却仍然难以宽

释诸多根本性的疑问：

其一，研究重心的不均衡性。受法系传统影响，当下研究仍主要局限在“形式主义”范畴，其核心表现为纠缠于物权形式主义和债权形式主义之争——其核心为是否承认物权行为，而在真正对立的形式主义和对抗主义模式之间却尚未形成充分交流，在有关物权变动理论的研究文献中，直接涉及对抗主义模式基本原理主题的文献仅 10 篇（0.0025%），如果考虑到物权形式主义和债权形式主义两种模式除了在物权行为这一“抽象解释论层面”所具有的差异之外，本质上仍以“共性”为主，都属于典型的形式主义阵营，那么，这一研究进路所显示的突出的重心失衡至少从侧面表明，我国当下的物权变动理论研究可能更多地局限于（甚至可能是重述了）大陆法系已有的形式主义立场，而主流探讨中形式主义的强势和对抗主义的未及展开意味着，我们甚至还没有机会对强大的形式主义模式进行哪怕是初步的“反思”性评价，在这一意义上，断言形式主义模式作为一种“成熟”的模式必定代表了我国未来立法发展的方向无疑言之尚早。

其二，面向普通法的研究相对薄弱。与前述研究比例失衡相关，在面向域外的比较性研究中，也仍以德日为主，真正面向以对抗主义模式为主流的法国法尤其是英美法的研究虽有面世（马新彦 2004；徐炳 2006；陈永强 2008；秦伟 2008 等），但较之德日流派的宏大历史叙事，仍显得过于单薄且既难以胜任对对抗主义模式本身的理论补充，更勿言及对形式主义理论的对话或纠正。

其三，对不同物权变动模式之间的对立性差异及其根源认识不足。基于形式主义和对抗主义两种对立模式立场的巨大反向差异，以及由此决定的二者在价值导向和效率安排上的迥异不同，可以逻辑地推断出其中必有一种模式与市场价值导向具有较高的吻合性，而另一种模式则必定与之相反，对物权的市场流通秩序存在较大的负面影响和制度成本。

同时，这种既具有较高负面成本、却又能长久盛行的模式，其核心支撑依据必然不是纯粹经济维度的，而必定是经济以外的其他重要因素为支撑的。那么，这种能逆私法制度赖以支撑的经济因素而长期持续发生更大的制度牵引作用的因素究竟是什么？显然，对于这一根本性问题，现有研究没有做出应有的贡献。具体到中国问题上，同样基于交易安全保护之核心价值，我国《物权法》却同时采纳了对抗主义和形式主义两种模式，这种交错立法格局不仅导致了价值依托层面的逻辑断裂，也折射出当下物权变动制度建构中突出的“政策性”导向——即视政策之需要而配置相应的物权变动模式，而不是根据经济秩序内在的价值规律导向进行物权变动模式配置。

其四，缺乏系统深刻的哲学方法运用。当下研究对物权变动制度中的“国家干预”虽有涉及（郭明瑞 2005；陈历幸 2003），但还缺乏明确的“问题意识”，以形式主义为基调的研究进路还存在着显著的“政策迎合”性倾向，缺乏将物权变动置于“从管制到自治”的政治哲学维度下的考量，尚未建立起“物权变动制度演进”与“政府管理模式变迁”之间的关联性研究体系。对形式主义模式与国家干预之间的关系、造成的影响及其在当代的变化规律和发展趋势等皆缺乏清晰的回应。在这一背景下，物权变动模式理论研究的过度重述化、重复化和技术化导致其既不能向民法学研究输出哲学和方法论层面的贡献，也无法从当代相对薄弱的民法哲学研究中汲取营养，从而导致研究的僵化与匮乏，也制约了当代民法哲学研究的深化。

在民法典编纂的背景下，如何将物权变动这一传统理论话题的研究推向深入，以期不仅能妥善解决物权变动制度自身之问题，更能在这一基础性制度研究与民法哲学之间形成呼应，为我国私法理论之发展做出应有的贡献成为我国民法典背景下绕不过去的话题。本研究成果拟以货币规则为参照系，建立“交易安全”与“流通频率”之间

的定量分析模型，替代模糊意义上的“法经济学分析”范式，为物权变动模式的纠偏提供了具有客观参照意义的制度坐标，其次提出物权观念“从绝对到相对”及物权变动模式“从形式主义到对抗主义”的基本演进规律。以此为基础，剖析我国当代物权变动制度“形式主义化”的内在根本成因——政策视野下的“国家干预”以及物权变动政策的变迁路径和改革方向：从“政策管制”“政策干预”到“政策引导”。

第一章 我国物权变动理论的研究 状况及其评价

最晚从 20 世纪 80 年代末起，自“物权行为无因性理论”之争开启我国物权变动模式理论的论战序幕以来，有关物权变动模式及其在中国立法选择问题的争论已经持续了 30 年。尽管无论从当下理论界现存的比较具有代表性的观点来看，还是从新近生效的《中华人民共和国物权法》所持的多元模式交错并存的立法立场来看，有关物权变动模式的争论丝毫没有终结的迹象。但从这一问题所持续的时间以及已有的理论成果积累来看，可以说，现有观点的表达已经比较充分了。在《物权法》已经出台，并就此一问题的争论给出了阶段性的明确的立法姿态，进而通过一段时间的实验整合《民法典》的时代背景下，梳理和评价我国已有的物权变动理论研究成果，结合国际物权变动规则的未来发展趋势，对物权变动模式理论之争进行系统的反思，寻求物权变动理论的科学定位就成为当下物权法理论研究中的一项重要工作。

一、我国物权变动模式理论的研究概况

(一) 我国物权变动模式理论研究的体制性起点

民法作为商品经济的法律体现，与作为其经济基础的社会经济之间存在密切的联系。中华人民共和国成立后的经济体制上的变革对民事立法的演变产生了直接和深刻的影响，而物权变动模式作为民法上的重要内容，必然受制于这一基本规律。从我国的具体情况来看，从20世纪70年代末开始，我国进入了经济体制改革时期，由于基本经济体制的改革不能一蹴而就，因此，这一基本经济制度的改革表现出了持续性和渐进性。众所周知，经济体制作为经济基础的重要组成部分，在很大程度上决定和制约着社会的政治文化的特性和发展。经济体制与作为上层建筑重要组成部分的法律之间必然存在密切的关联性，而我国经济体制改革的长期性则决定了，在相当长的一个历史时期内，我国的法律必然也将处于一个剧烈变动的背景下。更为重要的是，由于经济体制作为一种社会的根本制度所导致的政治文化模式的滞后性影响在相当长时期内仍然对民事立法和理论的推进产生较大的负面影响。因此，作为中华人民共和国成立以来物权变动模式研究的起点，对经济体制的变迁脉络进行大致的回顾，并在此基础上把握经济体制变革下的民法物权变动模式的未来方向是必要的。在高度计划经济体制下，由于社会经济生活领域已经不存在自由意义上的商品交易，因此，除了个人人身关系领域，作为商品经济领域的“民法”基本失去了存在的基础，而民法意义上的物权变动规则也就根本无从谈起。到20世纪末，市场经济体制已经初步形成，在法律领域，市场经济的重新产生迅速催生了对民法的强烈需