



#### 论文精粹

[> 法学理论](#)[> 部门法哲学](#)[> 学术书评](#)[> 法苑随笔](#)[您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读正文](#)

#### > 论文精粹

 

## 眭鸿明：《物权法》的法理学解读

admin 发表于： 2008-07-21 08:06 点击： 647

**【关键词】** 物权法/立法价值/存在问题

**【内容提要】**从价值层面看,《物权法》充分体现了党的新时期方针、路线和新修正《宪法》精神,以人为本,关爱民生,其颁行具有里程碑意义;《物权法》是社会主义市场经济得以健康、有效发展的基本指导规则之一;物权法颁布,还使得我国财产权利保护的体系基本上得以建立。从技术层面看,《物权法》又有诸多规则上的困惑,由于未确立一个统一的、逻辑严谨的物权变动模式,极易导致交易行为及裁判行为的困惑;《物权法》关于“业主的建筑物区分所有权”的规定,未能表达“业主权”的内在机理,其不当之处显而易见;此外,《物权法》对社会生活条件下主体的诸多法权要求及成熟的理论遵从不够,特别是对民族性特质的法权关系缺乏尊重。

### 一、价值层面上《物权法》颁行意义深远

物权是民事主体在法律规定的范围内,直接支配一定的物并排他地享受其利益的民事权利。2007年3月16日,第十届全国人民代表大会第五次会议通过了《物权法》。《物权法》的颁行具有极其重大的意义。

(一)《物权法》充分体现了党在新时期的方针、路线和新修正《宪法》精神,以人为本,关爱民生,尊重私权,就此而言,《物权法》颁行具有里程碑意义。由于受长期的计划经济体制及经济体制转轨的影响,在民事立法及社会生活中,重国家利益,轻私人利益,有诸多表现。传统经济和政治体制形成的“国家至上”、“国家中心”、“国家意志决定一切”等“国家本位主义”观念,深深地影响着我们的思维方式和行动。立法上对公权的保护在结构和逻辑上多比较严谨,而对私权的保护则较为粗略。如在国家的宪法、刑法制度中,将国家的政权组织方式、国家机构、国家机关工作人员的职权、国家经济秩序的保护等内容放在显要位置,而将私权主体的权利规范,规定于较次要的章节;即便在民法制度架构中,也多将国家利益及公权力的保护、维持规则置于显要之处。

国家本位主义对当今民法的影响主要表现为:

国家财产在规则中和市场交易中的特权。这种特权具体表现有:如无主财产的国家原始取得规则;遗产的先税规则;破产财产的先税规则;合同法中损害国家利益的无效认定规范;交往观念上的“合同工具”意识(合同成了为维护国家利益而实行的治理方式),[1]等等。

国家本位主义的形成有其深厚的历史渊源:一是土地的君主所有或社会少数人所有这种体制。社会经济生活中最重要的生产资源为少数人所控制,使得君主及地主阶级由拥有经济的控制权发展到拥有政治、文化、社会交往的管领权,进而造就了以君主为中心的国家利益的核心地位。二是偏重于战争的政权体制。在历史上,凡是偏重于战争、称霸的政权体制,多造就出“国家本位主义”观念。三是自然经济、村落社会的身份体制。村落社会的本性是身份关联,势必形成“家本位”思想。由无数个家族构成的社会必然要架构起金字塔式的“大家”,大一统的以皇权为中心的国家政权便责无旁贷地承担起维护宗法家族地位与价值的责任。四是“以国为家”的法儒文化的精神影响。法家“重农抑商”和儒家

“重农轻商”虽然实现价值取向的方式不同，但殊途同归。由他们的观念与思想的互补与相融，构造起“国家本位主义”为主干的封建专制体制的思想基础。[2]

建国以后，我们虽然在法律上强调了公民个人的权利与自由的保护，但长期的计划体制决定了在政治与法律的总体价值目标上，仍无法摆脱“国家至上”传统文化的心理制约。直到20世纪90年代初建立起市场经济体制之后，随着市场的繁荣，商品生产交换领域的日益拓展，来自于商品交往内在的以“私权维护”为主要内容的主体权利要求越来越多地呈现出来，国家本位主义的影响才逐步减弱。在市场经济持续发展的今天，党的中央机构顺应市场经济的客观规律，高瞻远瞩，通过党的文件和国家《宪法》，确立了“以人为本”战略方针，强调了私有财产的不可侵犯性。由是，我国的法律制度渐渐呈现出遵从私权的曙光。国家本位主义观念在一定程度上可以说已经开始走上消亡的道路。但是，我们依旧要注意“国家本位主义”的历史惯性影响。[3]

似乎是特意的制度安排，《物权法》就在上述背景下跟随着时代的节拍应运而生了。《物权法》的颁布遵从了社会主义市场经济的客观要求，贯彻了党在新时期的方针、政策，尊重私权、关爱民生，充分体现了“以人为本”这一时代主旋律。

### （二）物权法作为民法的组成部分，是社会经济交往的基本规则之一

物权是百姓参与经济活动的基本条件和前提。在法律上确立以所有权为核心的物权制度，是保障交往者基本经济利益的最起码的手段。社会物质财富的充分利用，离不开物权的恰当调控；市场交易的安全稳定也离不开物权法的有效整合。市场经济越繁荣，对物权的立法要求就越高，如农村土地承包经营权、建设用地使用权、善意取得、相邻权、地役权、业主权等直接关系到社会主体的物权利益，在当前显得尤为突出。

中国改革开放以来，事实上经历了“自物权中心”模式向“他物权中心”模式的转变，即从注重财产的所有转向对物的利用和经济效益的发挥，更强调用益物权的法律地位提升和对用益物权调整力度的加强。最具有代表性的事例是邓小平先生从20世纪80年代便倡导、实行的对国有企业“放权让利”、“搞活”、“松绑”到“承包经营”、“股份制”的改革路径。这一改革方略，使得原有的只关注企业产权的“以所有为中心”的思维方式逐步转移到看重对企业财产的利用这种“以用益物权为中心”的观念之上。这也是中国改革开放取得杰出成就的关键举措之一。这一历史进程中，立法者能够结合中国具体国情，创造性地设定了一些新的物权形式，如企业经营权、土地承包经营权等他物权形态，创设了有中国特色的物权类型。这一历史事实同时表明，《物权法》对社会经济交往的不可或缺性。

### （三）物权法颁布，使得我国财产权利保护的法律体系基本上得以建立

《物权法》对物权的保护途径与方式更加系统化。对物权的保护是维护主体财产权益的必然要求。《物权法》之前，我国有关物权的法律规定散见于《民法通则》、《担保法》、《土地管理法》等相关条款中，并且，这些法律对物权的保护不全面，缺乏系统性和可操作性。《物权法》基本解决了这一缺憾，使得物权保护途径与方式开始系统化、规范化。这主要表现在：一是在现行法律、法规基础上，对物权确认、返还原物、恢复原状、排除妨害、消除危险、损害赔偿等物权保护、债权保护方式作了较为全面的规定。二是对物权遭受侵害时的保护途径也作了系统规定，权利人可以通过和解、调解等途径解决，也可以依法向人民法院提起诉讼。侵害物权，除承担民事责任外，违反行政管理规定的，应当依法承担行政责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

二、《物权法》未确立一个统一的、逻辑严谨的物权变动模式，极易导致交易行为及裁判行为的困惑诸多值得商榷的问题和困惑。

首先，我个人认为，由于《物权法》未确立一个统一的、逻辑严谨的物权变动模式，极易导致交易行为及裁判行为的困惑。物权变动涉及物权的取得、变更、移转以及消灭等动态过程，物权变动规则在《物权法》上有着重要的地位。[4]在物权变动问题上，《物权法》事实上实行了一种“普通情形下的公示效力（即物权变动须以大家知晓的方式进行）维护”和“特定情形下公示效力否认”相结合的折中主义路线。学术上又将这种模式称为“债权形式主义”。债权形式主义物权变动模式又称意思主义与登记或交付相结合的变动模式，指物权因法律行为发生变动，当事人间除了有债权合意外，尚需践行登记或交付的法定方式。[5]

## （一）我国《物权法》上的“债权形式主义”

我国《物权法》之所以采纳的是债权形式主义模式,可以通过以下几个规定予以说明:(1)第6、9、14、155、187条规定,不动产权的设立、变更、转让和消灭,应当依照法律规定登记。经依法登记,发生法律效力;未经登记,不发生效力,但法律另有规定的除外。本条强调了不动产权变动的公示效力。(2)第9条第2款规定,依法属于国家所有的自然资源,不动产所有权可以不登记。(3)第19条规定,权利人、利害关系人认为不动产登记簿记载的事项错误的,可以申请更正登记、异议登记。本条意味着不动产登记并无绝对的公示效力。(4)第129、158条规定,土地承包经营权、地役权等不动产权不需登记及产生物权变动效力,但未经登记,不得对抗善意第三人。本条对部分不动产变动采纳登记对抗主义公示效力。(5)第23条规定,动产物权的设立和转让,自交付时发生法律效力,但法律另有规定的除外。本条强调了交付为动产物权变动的普遍公示方式。(6)第24、188、189条规定,船舶、航空器和机动车等动产物权变动,以及企业动产抵押,未经登记,不得对抗善意第三人。强调了部分动产物权变动的登记对抗主义公示效力。(7)第106条规定,无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的,所有权人有权追回。本规定意味着不动产登记、动产交付并无绝对的公示效力。(8)第106条同时规定,无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的,符合特别情形的,受让人取得该不动产或者动产的所有权。本规定为“善意取得”制度的主要内涵。善意取得规则是以否认物权变动公示效力为制度基础的,即一般情形下,只要无权处分,即便经历了物权变动公示,也无公示效力,但如果受让人主观善意,则认同经过公示的物权变动的效力。(9)第15条规定,当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同,除法律另有规定或者合同另有约定外,自合同成立时生效;未办理物权登记的,不影响合同效力。本条仅表明物权变动不影响合同效力,但并未说明物权变动为债权行为之外的行为。

以上物权变动规则告诉我们,一般情况下,不动产登记、动产交付还是具有公示效力的,主体可以放心地实行正常的物权处分行为。但如果遇到“不动产登记错误”的主张或“无处分权人将不动产或者动产转让给受让人”,即便经历了不动产登记或动产交付,物权变动可能也不具有公示效力。为此,需要我们谨慎对待物权变动中所牵扯的法律问题。可见,我国现行规则事实上采信了“债权形式主义”体制,在确立物权变动公示效力制度同时,又确信了只有在债权意思主义模式下才有价值的善意取得规则。我国《物权法》忽略了公示规则的普遍法律效力,可能会导致社会主体对公示力所代表的国家权力的威严产生怀疑,进而影响诸多法律制度和法律体制的运行。

## （二）债权形式主义及善意取得规则并存的制度缺损

善意取得与动产交付、不动产登记并存的双重制度的普遍建立存有诸多缺憾。这种缺憾表现为:一是善意取得规则虽然在外像上维护了个案中的物权变动的公示力、公信力,但却以普遍否决物权变动公示力、公信力为代价的。二是善意取得规则的援用往往具有偶然性和主观性。在证实受让人“善意”之前,受让人财产利益因债权行为未成立或无效尚不能得到法律保护。三是由于善意取得与动产交付、不动产登记两种规则生存环境不同,可能会导致制度运行上的混乱。动产善意取得规则建立于债权形式主义模式之上,而动产交付、不动产登记的公示规则,则建立于以物权行为形式化、无因性为内容的物权形式主义模式之下。善意取得制度从不承认物权行为的独立性价值,且不认同物权变动的公示与公信效力。

善意取得规则的缺陷表明了该制度的适用限度,同时意味着善意取得理论不足以替代物权行为理论。物权行为体制下,由于“善意”现象表征的逻辑归结,恰巧与物权行为“无因性”原则的应用相吻合,因而,物权行为理论排斥善意取得规则的援用。

## （三）不采信物权行为理论的负面影响

只有经过合法的公示程式的物权变动,才具有对社会的公信效力。经不动产登记这一公示后,其他交易主体可以完全信任登记记载的权利状态而与物权主体进行权利变动行为,以减低交易成本,提高交易效率。[6]我国如长期忽略公示规则的法律效力,则可能导致社会主体对公示力所代表的国家权力的威严产生怀疑,进而影响诸多法律制度的运行。

由于《物权法》未采信物权行为理论,不仅会产生诸多负面影响,而且会动摇一些在我国物权理论与司法实践中业已成熟的观念和原则:(1)物权变动的公示、公信原则已无确立的必要。(2)无区分债权请求权与物权请求权的法律意义。(3)刚确立的房产登记游离于合同效力之外的司法观念必将打破。即便登记与否不影响合同效力,但登记依旧是

房地产买卖合同的成立要件。(4)“物权行为”这一语词也无保留价值,甚至“物权变动”概念也没有存在的法律环境。(5)民法学关于“债权客体为‘给付行为’”之传统也要被否决。债权客体不再是单纯的“给付行为”,还应包括所给付的“物”、“行为”、“智力成果”,因为动产交付、不动产登记乃债权行为之一隅。(6)由于对物的支配性已包含于债权行为之中,经济交往中“物权”概念越来越需要谨慎对待,这种谨慎态度的终极出路,只能是颁行一部囊括现有物权、债权、知识产权之“财产法”。

有人会说,不承认物权行为理论不等于不要物权行为。其实,一旦承认物权概念、物权变动,或承认物权行为,就必然要承认物权变动公示力,承认物权行为理论中之独立性原则,而承认其独立性却不认同无因性,显然无法解释物权变动效力,也难以树立物权变动之公示公信效力。

当然,采纳能够有效保证物权变动公示和公信效力的物权行为理论,并非没有限度。由于物权行为理论特别强调物权变动公示和公信效力,往往会使得物权行为规则适用变得“绝对化”,并有可能给那些有意损害他人财产权利的“恶意”交易行为提供“保护伞”。物权行为规则体现的形式化、无因性、绝对性的禀性,常常会导致该规则在实践运行中出现价值裂痕。[7]

相形之下,笔者在前两年提出的“恶意失权”理论所蕴涵的“动态交易安全”既关注物权变动的无因性、形式化层面,又重视行为者的意思表示的主观层面,即:一方面,强调当事人交易的公示程式和公示、公信效力;另一方面,对受让人主观恶意条件下的物权变动行为,或受让人与出让人恶意串通的物权变动行为,即便经历了物权变动的公示程式,亦应排斥其所谓的“公信力”以恢复物权原有之权属状态。[8]

### 三、“业主的建筑物区分所有权”立法困惑

《物权法》中有许多条款直接关系到百姓的生活起居,如业主的建筑物区分所有权、相邻关系、地役权等。长期以来,居民小区中业主、开发商和物业公司之间的矛盾一直缺乏有效、有力的法律规制。《物权法》突出确立了业主的建筑物区分所有权制度。业主对建筑物内的住宅、经营性用房等专有部分享有所有权,对专有部分以外的共有部分享有共有和共同管理的权利。《物权法》规定充分表达了立法者尊重和关爱普通百姓生活、维护百姓权益的良好愿望。同时,这些规定也将有利于解决业主与开发商、物业公司之间的矛盾,减少物业纠纷。

《物权法》虽然对相关权利做出了部分规定,在一定程度上使业主权、建筑物区分所有权找到了法律依据,但现实生活中主体所期望的“物尽其用”、“定分止争”、“经济民主”等权利要求尚不能得到满足;而且,就法律规则的适用而言,《物权法》采用的是“业主的建筑物区分所有权”这一称谓,与社会生活中百姓所称呼的“业主权”不相对应,可能会在将来具体的适用上带来歧义,也会使得相关的权利在民法理论上产生思维混乱,导致民法理论与社会生活出现裂痕。基于上述缘故,笔者曾就业主权、建筑物区分所有权等概念进行过辨析,提出了以“业主权”取代“业主的建筑物区分所有权”这一称谓的设想。

业主概念的引入是房地产经济发展的结果,到2003年出台的《物业管理条例》,“业主”逐渐从经济学概念演化为法律概念,并在经济生活与人们的日常物业管理活动中被广泛地使用。2003年建设部出台的《物业管理条例》第6条中规定“房屋的所有权人为业主”,把业主界定为房屋所有权人。其实未必如此。就建筑物区划内的房屋及相关物的权利享有和维护而言,只要对房屋及相关物享有占有、使用、收益或处分中的部分权能与利益,即可构成法律意义上的“业主”。依这一判断,建筑物区划内的“业主”是指对房屋及其相关物有直接支配权并享有其利益的物的所有人、使用人以及收益人、处分人。只要符合以下几个规定性,就应当在区域范围内正当行使权利而成为建立于房屋及其相关物之上的权利主体——业主。这些规定性包括:在以土地整幅利用为基础的建筑物区划范围内;区域范围内客体应为房屋及其相关物;享有对房屋及其相关物直接进行全部或部分支配的权利;直接享受房屋及其相关物的占有、使用、收益或处分利益;对房屋及其相关物的权利具有排他性。

在建筑物区划范围内,房屋的居住权人、典权人,由于能够直接享有房屋及相关物的支配权和利益,即对房屋及其相关物享有占有、使用和部分的收益、处分权利,因此,居住权人和典权人可以称为“业主”;[9]在房屋及相关物之上的特别债权人如承租人,因为其对房屋能够享有支配权、排他权等“物权性”因素,享有对房屋及相关物的占有、使用、收益和排他效力,亦具备了“业主”的构成要素,[10]所以,享有对房屋及其相关物的权利的承租权也可以成为业主。综上所述,我们所谓的“业主”,事实上表达在两种语境之中,在建筑物区划之外的“业主”仅为房屋的所有权

人：在建筑物区划之内，则可以包括房屋及其相关物的所有权人、居住权人、承租人和典权人。

一般观点认为，“业主权”并非法律意义上的概念，而是房地产经济活动和群众社会生活中的通俗语词，在立法中使用不够规范；[11]并且，在西方传统的物权法理论体系中并没有业主这个概念，故而，援用这一概念会影响物权法律理论体系的严密和完整，甚至出现法律思维的混乱。持此观点的学者主张用“建筑物区分所有权”来界定相关概念。

其实，立法中使用“业主权”的法律概念更为恰当，主要理由如下：一是使用“业主权”可以使得法律规范更具有“亲民性”。业主概念作为我国房地产经济领域中产生的概念，长期以来作为房屋产权所有人或相关权利人的代称，这一概念表述也被群众广泛接受和使用，已形成社会经济生活中的一种习惯名称。法律作为反映社会物质生活条件法权关系的主要载体，将社会生活中被反复使用的“业主权”引入民法制度之中，是立法机关尊重社会生活中的风俗习惯，顺应经济民主，遵从经济生活条件的恰当行为，也是立法者关注民生，关爱普通百姓生活，促进、发扬民法制度“亲民性”风格的重要举措。二是“业主权”概念简洁明了，有利于主体的权利维护的便捷化及司法裁判操作性的增强。“业主权”这一表述更能考虑到普通百姓运用法律维权的方便，符合一般群众的认知和社会现状，业主权概念是适合国情、合乎实际的法律概念，而建筑物区分所有权人概念不容易被百姓学习和理解。三是使用“业主权”可以避免法律概念与社会通念的矛盾和冲突。法律制度中的概念不仅要在规范意义上具有逻辑性、统一性，而且应当与社会生活中的一般观念相吻合，使之在法律领域的表述与社会生活中的通念一致，避免使用中不必要的矛盾和冲突发生。

此外，由于建筑物区分所有权人不能涵盖建筑物及其相关物上所实际应有的权利，如把概念界定为建筑物区分所有权实质上缩小了业主的范围，不利于业主权利的保护，相当多的与建筑物相关的法律关系将得不到调整。

四、《物权法》对社会生活条件下主体的权利要求遵从不够

根据历史唯物主义观念，包括《物权法》在内的法律制度，根源于一定社会的物质生活条件，只不过“是以法律形式表现了社会的经济生活条件”。[12]马克思对社会经济生活条件与法律制度的关系描述，恢复了理性的原本意蕴，克服了先验的“逻各斯中心主义”。马克思的理性思维观念，并不是一种“基于可欲目的的刻意思维”的实用主义，也不是运用先验的自然理性甚至神的理性进行演绎的建构论唯理主义。马克思的可贵之处在于他能够尊重社会物质生活条件，形成遵从这种物质生活条件滋生的法权关系的理性思维能力，并在此前提下，评价包括法律在内的现行社会制度。[13]

我们用马克思历史唯物主义“社会物质生活条件决定法律制度”这一标准来衡量政治国家法律创制过程，可以清晰地感受法律的“善”与“恶”。就物权法律制度的创制而言，市场经济阐发的“自由、平等和正义”等法权要求，是评价和衡量其“善”与“恶”的根本标准。物权立法应始终以这一科学的理论为导向，否则，颁行的规则经受不住现实生活条件的考验，甚至因为存有严重背离本土生活条件的规范还会成为误导主体行为的“恶法”。

值得关注的是，《物权法》事实上未能全面、真实地反馈社会生活中主体的诸多权利要求。对当代中国社会业已存在的一些“法权关系”，如居住权益保护、宗教财产权利的归属问题、优先权、取得时效、相邻关系类型拓展等主体的“权利要求”均未触及。尤其是“优先权”这一象征关爱社会特殊群体的规则未能入律很令人遗憾。其实，现行《合同法》第286条事实上将承包人对建筑工程欠款（其中包括农民工工资）的受偿权确立为一种“优先权”；国务院、最高人民法院在关于企业破产案件适用法律的法规和解释中也曾确立了“安置破产企业职工”的债的利益优先地位。物权法立法回避这一“权利要求”显然背离了经济生活条件。又如居住权益的保护问题，社会生活中存在诸多居住他人房屋现象，有公房改制所遗留的问题、有孤寡老人残疾人居住政府或单位住房问题、夫妻离婚涉及的居住他人房屋问题、为亲友利益设置的居住现象等。有学者以为，以上居住现象可以通过政策或行政行为解决，如果将上述现象规定为“居住权”还可能引发伦理道德上的问题。这种观点虽然有其合理性，但必须清醒地认识到，由于社会生活中大量存在上述现象，我们的立法就不能无视其中的法权要求。全面、恰当地规定中国特色的“居住权”是遵从社会生活条件的应然法则。此外，《物权法》对生活条件中事实上存在的主体“习惯权利要求”也多采回避的态度，如实践中已有的“动产先占之习惯”、相邻不动产权利人之间关于“越界”的处理习惯、广泛实行的民间“典权”“典当”习惯等，均未在草案中触及。

其中，物权立法取消“典权”、不设“典当”尤为值得商榷。典权是指支付典价，对他人不动产进行占有、使用、

收益的权利。典权是从中国传统社会经济交往的习惯中提炼出来的特有物权习惯规则。建国之后,随着土地的公有,典权规则一般多适用于百姓的私有住房上。司法实践及相关解释中历来承认并调整典权现象。《物权法》取消典权可能基于以下理由:现代社会信用体制比较充裕,融资需求完全可以通过担保途径供给,没有必要运用陈旧的、效率低的典权方式融资;而且,典权人的用益也完全可以通过其他方式获得。因典权发生的纠纷数量非常少,也是立法机构确定取消的原因之一。

典当即营业质权,出当者以动产(许多地区典当行业还涉及不动产)交付于当主,从后者借得短期现金,于当期届满时还本付息并取回质物的一种本土习惯规则。典当虽然具有相当于担保物权中的质权之特质,但民间“典当”多由习惯规则予以调整。目前,我国大多数地区民间组织根据当地的传统习惯,建立了自己的“典当规矩”。遗憾的是,现行法律规范尚未有针对性地触及该领域,质权担保规则很难吻合典当的诸多权利要求。

在社会学视野中,将习惯视为与国家法并列的“民间法”。在法学语境下,“习惯”乃是物质生活条件中生存并制约着法律创制,具有民族特性的“法权关系”。虽然因“典权”而发生的纠纷数量并不多,“典当”习惯也不是在所有地区得以普及。但必须承认,通过典权、典当方式获取融资、获得用益或实行担保,因为具有方便、简洁的特性,会为普通百姓所肯认。特别是在房产私权化的今天,将传统典权规则写进法律条文,使得融资方式和用益途径更具有比较效应,也为百姓选择机会的增多和维权提供更多的法律帮助。至于取消理由所言的“现行担保规范足以保证融资需求”一说,显然不符合普通百姓尤其弱势群体对“融资”或“用益”需求的实际情况。再者,因典权发生的纠纷数量少与典权存在价值之间没有必然关联。由纠纷少而推断出典权的现有社会存量不多这一结论,即便可以成立,亦与现有不动产规范的谨慎姿态、政策的暧昧态度相关。物权立法如果确认“典权”“典当”这两种关涉百姓生活的富有本土特色的习惯规则,可以想见,通过法律的指引、向导、规范作用,一定会使得其在社会生活中大放异彩。

对民族习惯的法律确认,不仅是个立法技术问题,更重要的是,遵从这种“习惯法权”实则是一种“恢复理性原本意蕴”之真实的理性思维方式。权利确认的逻辑告诉我们,国家要颁行“良法”,应当关注并遵从具有“先在性”意义的“习惯法权”。

“习惯法权”作为社会生活条件下阐发的应有权利,对于现实的立法具有优先性,即对社会基本结构及其现有权利体系有优先地位。[14]习惯用“一贯性行为”将抽象的人格尊严凝结起来,尤其作为调整商品生产交换关系重要依据的习惯规则,实际上是主体在商品交往中的“一贯性行为”权利要求。马克思在《资本论》关于“交换过程”问题的性质论述中,曾阐述过用“习惯”形式固定下来的“法权关系”,他说:“这种具有契约形式的(不管这种契约是不是用法律固定下来的)法权关系,是一种反映着经济关系的意志关系。这种法权关系或意志关系的内容是由这种经济关系本身决定的。”[15]

在当代全球化历史条件下,如何保持优良的民事习惯,弘扬本土资源中的“法律伦理精神”,确是中国当代法律发展中值得关注的话题。[16]我们注意到,用益、担保、相邻关系等物权法调整范域的诸多民间习惯规则,多能表达出“团结互助”、“平等合作”、“诚实信用”等民法精神。如果能将“典权”、“典当”等这些既契合百姓生活,又能张扬“平等”、“诚信”理念的习惯确立于物权法律制度中,必然有益于法律制度“民族性品格”的树立。

“以人为本”、“和谐社会”乃是当代中国社会遵从社会物质生活条件而确立的宪政思想之核心要素。“以人为本”意味着物权立法应当充分尊重物质生活条件下社会主体的“私权”(这里的“私”包含了以“私”的身份参与社会交往时的国有机构或组织);“和谐社会”则意味着物权立法应当全面地依托于社会主义市场经济体制和全球化社会物质生活条件;始终关爱社会主体特别是弱势群体的财产权益的确认与维护;积极认同中国传统社会(包括百年来已继受西方法律文化所形成的“传统”)的物权习惯规则的法律意义。

---

注释:

[1]赵晓力.通过合同的治理[J].中国社会科学,2000,(2).

[2]相关论述可参见睦鸿明.民法现代化历程中的三个误区[J].山东警察学院学报,2006,(4).睦鸿明.中国传统法律文化总体精神评析[J].法制与社会发展,1999,(5).

[3]当然,社会主义的国家利益是完全可以张扬的,因为我们的国家利益就是广大人民的利益所在,“人民利益高于一切”是我国社会主义国家制度的根本和国家性质的核心所在。但实践中的问题是,在实际的操作与观念上,往往会出现“两个脱节”,一是国家利益与人民利益的脱节,二是人民利益与具体人的利益脱节。这样,在一些人那里,原本实在的“国家利益”便成了空洞的“国家利益”了。所以,这时的“国家本位主义”依旧是不可取的。具体阐述可参见睦鸿明. 权利确认与民法机理[M]. 北京:法律出版社,2003. 19 - 20.

[4]债权行为与物权行为的关联性,有四种表现情形:一是债权行为与物权行为皆属有效成立情形下,买受人依法取得标的物所有权,不发生任何问题;二是债权行为与物权行为均为无效或不成立之情形下,买受人不能取得买卖标的物所有权,出卖人得主张所有物返还请求权;三是债权行为有效成立,物权行为不成立或无效,买受人虽占有标的物,仍未能取得其所有权,但得基于有效的债权行为,请求出卖人再行转移所有权;四是债权行为成立无效,但物权行为本身有效成立,买受人能否取得标的物所有权,将视立法者对物权行为与债权行为之关系采取何种态度,在此情形下,即产生物权行为的“有因”或“无因”问题,即如何确立、表达物权变动在交易中的地位问题。参见王泽鉴. 民法学说与判例研究:第1册[M]. 北京:中国政法大学出版社,1998. 257 - 258.

[5]具有代表性的物权变动模式有两种,即意思主义和形式主义的物权变动模式。如果将一个交易行为划分为债权行为(负担行为)与物权行为(处分行为)两个层面的话,债权意思主义则将物权变动仅作为债权的意思表示之成分而已,即一个交易行为就理解为一个债权关系,登记、交付仅是债的内容而已;物权形式主义则将物权变动独立于债权意思之外,通过分离原则、无因性、形式主义,明晰地将交易行为中的债权行为与物权行为作了界分。

[6]孙宪忠. 德国当代物权法[M]. 北京:法律出版社,1997. 70.

[7]王泽鉴. 民法学说与判例研究:第1册[M]. 北京:中国政法大学出版社,1998. 266-267.

[8]睦鸿明. “恶意失权”规则的价值再析[J]. 现代法学,2005, (5).

[9]关于“居住权”的定义、内涵存有不同见解。参见王利明. 物权法论[M]. 北京:中国政法大学出版社,2003. 533.

[10]尹田. 物权与债权的区分价值:批判与思考[J]. 人大法律评论,2001, (2).

[11]易继明. 对物权立法的思考[N]. 学习时报,2005-07-18.

[12]马克思恩格斯选集:第4卷[M]. 北京:人民出版社,1995. 676.

[13]“法权”作为主体在社会物质生活条件中的直接的权利要求,它存在于主体的相互交往活动之中,是人的价值和尊严的确证和表现。“法权”关系是客观存在的,相对于现实社会的国家法律制度,“法权”具有优先性,它是国家“法定权利”构造的基础,并且是评价现有法律制度的基本价值尺度。

[14]基于对“根植于人性”的中国特色的“天地自然的理”的自然法之体会,日本学者滋贺秀三先生在其论著中,事实上确立了“习惯”的应然意义上的法权性质。“如果将实质性视为法的本质的要素,法就是由集中的权力定立或承认的同时具有强制作用的规范等这样来定义的话,”像试图由“天理自然的理”来说明问题的方法论就不能成立。”参见[日]滋贺秀三. 中国家法原理[M]. 张建国,李力,译. 北京:法律出版社,2003. 10.

[15]资本论:第1卷[M]. 北京:人民出版社,1975. 452.

[16]“伦理主义精神”更应当体现为一种行动过程,“道德调整模式”则表现为一种伦理精神展现的逻辑归论。波斯纳认为,“道德的”与“伦理的”这两个词常常被人们混用。





