

242

《厦门大学法律评论》总第十一辑  
厦门大学出版社 2006 年 6 月版  
《当,还是不当:踟躅在理解与诠释之间》  
第 242 页 ~ 第 296 页

# 当,还是不当:踟躅在理解与诠释之间

——品读《物权二元结构论》

李飞<sup>\*</sup>

## 目 次

- 一、由历史背景切入:中国的物权法
- 二、一种跟进式阅读:体悟微言大义
- 三、不动产、动产如何界分:借题发挥

我们读书不是或不应当是为了寻找意识形态的同盟军,而是寻找智慧、方法、进路和洞察力。

——苏力

只能说,我读了并将继续读这本耐读的书,由之,我不屑于也不敢于再套用老式的书评范式去概括其中的内容,因为,对待真正有思想性的东西,我们首先就是要谦卑下去,其次便是要敏感起来。

——作者

## 一、由历史背景切入:中国的物权法

---

\* 李飞,1981年生,厦门大学法学院2004级民商法学硕士生,电子邮件:booklord@126.com。

## (一)

未来的危险冲突可能会在西方的傲慢、伊斯兰国家的不宽容和中国的武断的相互作用下发生。

——Huntington Samuel: *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*

在时下中国的语境中谈论法律的“地方性”，难免会招致许多怀疑，乃至不屑的目光，但如果说去寻求与国情相适应的法律，则恐怕无人反对。然而何谓“适合中国国情”的法律呢？至少是现在，这肯定还不是一个可以说得很清楚的话题。

历史，多半埋藏着令人心头沉重的回忆，中国的近代史尤其如此。当内外交困、风雨飘摇的大清王朝猛然觉悟之际，顾不上收拾“中华帝国”的残

---

强调法律的“地方性”无疑构成了对法律的普遍性预设的直接反动。对此，学者们基本上从三个向度挺进，一是不同群体的特性和法律的差异，以历史法学派为其著例；二是规则的多样性和法的多元性，如强调习惯及惯例的特殊效力；三是从传统哲学主客体二分法和反映论为出发点，运用语言哲学进行更深层次的瓦解，如后现代哲学。但服务于一般意义上的理解，吉尔兹的观点于我们是有益的：法律“乃是一种地方性知识，这种地方性不仅指地方、时间、阶段与各种问题而言，而且指情调而言——事情发生经过自有地方特性并与当地人对事物之想象能力相联系”。[美]克利福德·吉尔兹：《地方性知识》，王海龙等译，中央编译出版社2000年版，第222、273页，转引自陈金全、王薇：《后现代法学的批判价值与局限》，载《现代法学》2005年第2期。

谢晖教授在叙述波斯纳的法律诠释观时，就深受波斯纳有关法律不确定性的类似现实主义法学者的结论，特地这般评论了其对一些中国学者的影响：“特别在当代中国，以苏力教授为代表的一批学者通过对法律就是‘地方性知识’的刻意张扬和阐述，使法律的不确定性理论得到不少人的支持，从而形成了主要以北大一些青年学子为代表的（正式）规则怀疑主义。”参见谢晖、陈金钊：《法律：诠释与应用——法律诠释学》，上海译文出版社2002年版，第28页。我认为，这在很大程度上可以看出中国传统学者应对“法律是地方性知识”等观点的态度，尽管苏力教授的主张并非如其总结的那样简单，那样标签化。

我国台湾地区学者苏永钦教授对此也曾提示性、方向性地说：“本土化的重点，不在勉强让技术性的语言及规范通俗化到一般人民可以了解的程度，而是尽量缩短规范与民众在价值判断上的差距，尽量贴近人民质朴的法感。”参见苏永钦：《私法自治中的国家强制》，载《民法总则论文选萃》，中国法制出版社2004年版，第231页。

梦,于手忙脚乱中完成了“大清民律草案”(史称“第一民律草案”),孰料从此竟开创了我国民事立法的新纪元。其中,物权法被规定在该草案的第三编,称为“物权”,自此中国算是有了物权法。随后历经民国时期的“第二民律草案”,最终在1929年正式形成了我国民法典上的物权制度。

新中国的历史是抛弃物权法的历史。“由于特定的历史条件和国际环境,新中国的民事立法同整个法制建设一样,并没有沿着民国时期的法制轨迹发展,而是在废除旧的法统的基础上,根据新中国革命与建设事业的需要,重新构建新中国的民事法律制度。”但是理论研究、立法实践中却只涉及“所有权”,而“物权”“物权法”已是无人问津的明日黄花,更奢谈什么私有财产保护、财产权利救济?紧随改革开放的步伐,与经济体制、政治体制等方面的改革相配合,包括物权法在内的整个民事法律制度迅速发展,私有财产权利逐步得到确认,“强化对财产的法律保护成为民事立法的重要任务”。毫无疑问,物权法作为基本的财产法,理应对财产的占有关系(包括财产的归属关系和财产の利用关系)做出积极的调整和回应,物权法在中国——不仅是在理念上——迅速开始复苏。

---

当然,这是从形式上讲的,而实质意义上的物权法,学者们研究后认为中国古已有之。关于这个问题可参见李志敏:《中国古代民法》,法律出版社1988年版,第72~114页。

国民政府于1929年至1931年之间先后颁布了民法典的总则、债、物权、亲属和继承五编以及公司法、票据法、保险法、海商法等四部商事特别法。参见柳经纬主编:《我国民事立法的回顾与展望》,人民法院出版社2004年版,第1页。而其中的物权编由起草委员会傅秉常、史尚宽、林彬、焦易堂及郑毓秀等完成草案后,于1929年11月30年获得通过。参见陈华彬:《物权法原理》,国家行政学院出版社1998年版,第39页。

柳经纬:《我国民事立法的回顾与展望》,人民法院出版社2004年版,第1页。

前引,柳经纬书,第14~15页。

2002年12月23日人大法工委提交给全国人大常委会审议的《中华人民共和国民法(草案)》的第二编“物权法”第一条开门见山的规定为:“为保护自然人、法人的物权,维护社会经济秩序,促进社会主义现代化建设,制定本法。”江平教授在2004年南宁召开的“中国物权法理论研讨会”上作了《论公民私有财产的保护》的报告,提出物权法中应确立私人财产权保护的五项基本原则。参见江平:《论公民私有财产的保护》,载孟勤国、黄莹主编《中国物权法的理论探索》,武汉大学出版社2004年版,第108~118页。

现在的中国正处于一个民事立法风起云涌的时期,物权立法尤其已经处于极为关键的时刻。按照所谓“三步走”的方案,<sup>⑩</sup>物权法从1998年开始起草,其后由梁慧星教授负责的社科院物权法建议稿于1999年10月宣告完成,2000年底由王利明教授牵头的人民大学物权法草案建议稿亦告罄而出。人大法工委在综合上述两部草案基础上,于2001年底形成了物权法草案征求意见稿。之后经过李鹏委员长关于民法草案的指示所引起的风波,<sup>⑪</sup>公诸于众,广征民意、数易其稿。<sup>⑫</sup>中国物权法的制定议程方重回旧轨。在千呼万唤声中,2005年7月10日,物权法草案终于“走出人民大会堂”,<sup>⑬</sup>之后,若非北大巩献田教授一纸檄文横空出世,恐怕学者们倾心倾力追求的所谓“二十一世纪的世界民法典”将以物权法为先声,初露头角、一展英姿。

---

学者曾预计说:“如果一切顺利,将在2005年提交人大审议。”参见孙宪忠:《物权法制定的现状以及三点重大争议》,载《金陵法律评论》2004年秋季卷,第28页。

<sup>⑩</sup> 根据第八届人大副委员长王汉斌的指示成立的民法起草小组在1998年3月的会议安排,我国民法典制定的步骤采取“三步走”的战略:第一步是1999年通过合同法,第二步是从1998年开始用四到五年时间完成物权法,第三步是打算在2010年顺利通过一部科学、进步、完善的中国民法典。参见梁慧星:《物权法草案的几个问题——在清华大学的演讲》,http://www.shlaw.com.cn/readnews.asp?NewsID=415,2005-3-10。

<sup>⑪</sup> 由于中国加入世贸等因素的影响,李鹏委员长做出了加快制定民法典草案的指示,要求该草案2002年完成,并交九届人大常委会审议。这就打断了物权法草案的修改审议工作,民法起草小组开始了民法典起草工作,终于在2002年12月份完成改指示。此后的十届人大,不再提民法典的审议,只是讲民法草案上的物权编要在适当的时候安排审议——这个规划重新把中国民事立法的任务指向了物权法。

<sup>⑫</sup> 《物权法面世的台前幕后》,载《法制日报》2005年7月20日第3版。

<sup>⑬</sup> 柳经纬教授专门撰文评述了该草案的得失,认为“得”体现在“坚持物权三元体系,维护了传统的物权法律制度”,“将‘物尽其用’列入物权法的立法宗旨,有利于发挥物的社会作用”,“健全和完善物权法基础性规范,强化物权法制的规范化作用”,“强化对非公有制财产的法律保护,确立物权法乃保护财产安全的基础性的法律观念”;“失”表现在“立法的错位”,“制度的缺失”,“立法技术的错位”。参见柳经纬:《物权法草案的得失与相关问题研究》,载《中国法学文档》(2),中国政法大学出版社2005年版,第2~14页。

法学巨擘萨维尼认为,真正意义上的法典编纂是“不折不扣的学术活动”,“法必然与学说联系在一起,法必须存活在学说之中”,而“立法者在这样的过程中不过是履行形式上的批准手续而已”。<sup>⑭</sup>该说法虽显极端,倒也鲜明表述了法学研究对立法实践的重要作用。眼观中国实际,可以很清楚地看到学者们围绕物权法领域进行了(着)如火如荼的研究工作,取得了丰硕成果。上述诸物权法草案无不是就此而生的极有价值的作品。像一个规律一样,“法典编纂是理论自发进行的‘定分止争’的过程,不同的理论在法典编纂过程中相互竞争,相互融合以图被写入法典之中活的权威性的支持。这的确可以解释为何历史上的法典编纂时期或前法典编纂时期都毫无例外的是理论繁荣时期”。<sup>⑮</sup>目前,我国物权法的制定就正处于这样一个令人激情澎湃、豪情万丈的历史时段——这样的时期,这样的潮流,这样的学术争鸣催生了一个让人耳目一新,颇感震撼的理论——“物权二元结构论”,<sup>⑯</sup>一个构筑在此理论之上的物权法建议稿——“中国物权法草案建议稿”。<sup>⑰</sup>2002年由此注定成为中国物权法理论发展史上不平凡的一年,此一极具创新价值的学术之作必将成为世界物权法发展史上的里程碑。

## (二)

中国知识分子毫无反思和批判地接受西方的概念或理论框架,实际上给西方对中国知识分子的“理论示范”注入了某种合法的“暴力”意义。也正是在这种暴力性的示范下,中国知识分子毫无批判地向西方舶取经验和引进理论的做法,便被视为合理的甚或正当的。

——邓正来:《西方社会科学“文化霸权”值得关注》

---

<sup>⑭</sup> 薛军:《蒂堡对萨维尼的论战及其历史遗产——围绕德国民法典编纂而展开的学术论战》,载徐国栋主编:《中国民法典起草思路论战》,中国政法大学出版社2001年版,第433~434页。

<sup>⑮</sup> 前引<sup>⑭</sup>,薛军文,第435页。

<sup>⑯</sup> 孟勤国:《物权二元结构论——中国物权制度的理论重构》,人民法院出版社2002年版。后文再涉及该书时将不再设脚注,而以“第×页”的形式标注于正文的相应部分。

<sup>⑰</sup> 孟勤国:《中国物权法草案建议稿》,载《法学评论》2002年第5期。

现代意义上的法律(及法学)是西方世界的“舶来品”,当无甚疑义。<sup>①⑧</sup>正如研究民法史的学者评论的那样:“近代中国民法学中的物权法理论,以大陆民法学为宗,基本内容无出其右。”<sup>①⑨</sup>中国的物权法史是西方传统物权法被“借鉴”、“移植”、“引用”的探索史。很难想象,一个自诩有几千年文明,向来自视为“世界中心”的国家曾带着怎样“郁闷”的心结去回应“松岗义正那张扬的脚步声”,又是怀着多么“沉甸甸”的心事表以自慰地感慨:“技不如人时,抄袭和模仿永远是心安理得的。”<sup>②⑩</sup>因之,西方传统物权法在中国的土地上顿时繁荣(其实表述为“繁”而不“荣”才更准确些)起来,经过新中国成立后一段“身不由己的命运的驱逐”(巴荒诗句),又在近些年益显其勃勃生机。逛坊间书市、阅期刊报纸、登法学网站,无不是西方物权法或“西方物权法在中国”,——惟一的差别就在于——同样的一套东西——是外文原著进口,还是本土学人写就。

“法律主要通过借鉴而发展,就利用最少的资源获得最好的法律而论,一项具体制度发展的捷径就是仿效。”<sup>②①</sup>尽管我们可拿艾伦·沃森提示的原

---

<sup>①⑧</sup> 韩世远教授经过一番中国民法继受史的史实回顾后,感叹曰:“若问‘中国民法学自何处来’,还真可能是一笔糊涂账。”参见韩世远:《中国民法随想录》,载高鸿钧主编:《清华法治论衡》(第6辑),清华大学出版社2005年版,第55页。此外,须得指出的是,学者们看待和研究中国古代法学的切入视角颇有分歧——如梁治平、贺卫方、张中秋等教授都认为中国古代本无法学可言,只有所谓的律学,而何勤华教授对此却不以为然,提出“法学本身具有丰富多彩的形态,它不可能是一种模式,一种样态”,并认为“法学形态的区别”阻挠了我们对中国古代法学的理解。参见廖明:《只要付出了,总会有所收获——何勤华教授访谈录》,载何家弘主编:《法学家茶座》(第6辑),山东人民出版社2004年版。

<sup>①⑨</sup> 俞江:《近代中国民法学中的私权理论》,北京大学出版社2003年,第217页。

<sup>②⑩</sup> 前引,孟勤国、黄莹书,第1页。

<sup>②①</sup> [美]艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,中国政法大学出版社1992年版,第257~258页。

则告慰自己并不安闲的灵魂,但由来已久的“传统”<sup>②②</sup>,使得“我们的法学史仿佛是对西方法学思想的简单消费史,我们法学家仿佛成了西方二手文献的拙劣贩卖者”;<sup>②③</sup>面对德国、日本、我国台湾地区的物权法(及其理论)在中国大陆不断升温的“非理性狂热”,<sup>②④</sup>面对传统理论应对中国现实问题的软弱无力,我们应该深思,“中国正处于一个特别需要理论,同时也特别需要关注事实研究的时代。中国发生的一些事至少是空前的,许多都是书本上没有的,是现有理论无法不加经验研究后的限定就可以解释的;需要我们的凝视、研究”。<sup>②⑤</sup>“为什么物权法迄今还搞不出来?这是因为物权问题是民法典中最难的一个部分,它直接同一个国家的政治制度、经济制度、社会生活、风俗习惯等联系在一起。它必须建立在对国情的深刻了解上。”<sup>②⑥</sup>我们制定物权法要面对现实,顾及并坚持我们现有的背景和条件,制定物权法是为了解决中国的问题,“我们不能单纯地照搬国外立法的内容,而是要继承我国的优良传统,解决实践中的问题”。<sup>②⑦</sup>

这,似乎都端赖于我们过分地陷入了传统物权法的泥沼中而不能自拔,“过于偏重既有的理论,力图以不变的理论规范激变的实践……在研究的指

---

②② 孟教授对这个“传统”的解读发人深省:“首先是承接了中国民法模仿大陆法系民法的一贯做法,其次是延续了大陆法系民法的悠久历史,使中国民法与两千多年的罗马法有了一脉相承的历史渊源。传统物权法理论,其实就是大陆法系物权法理论的中国版本,当然,是有所删减的版本。”前引①⑥,孟勤国书,第7页。

②③ 强世功:《迈向立法者的法理学——法律移植背景下对当代法理学的反思》,载《中国社会科学》2005年第1期。

②④ 很多的物权法学者似乎以介绍外国物权法理论、引用外国法学说为能事,在令人眼晕的“天方夜谭”后,莫不“顺理成章”的指出中国类似问题的出路在于将之移为己用。先不论这是否符合我们日呼夜喊的“实事求是”的标准,对学术本身理解的简单化、践行的复制化是否已构成对学术的亵渎?

②⑤ 苏力:《追求理论的力量——读波斯纳法律理论的前沿》,载《波斯纳及其他:译书之后》,法律出版社2004年版,第93~94页。

②⑥ 孟勤国:《中国物权法研究的新进展》,http://www.jcrb.com/zyw/n421/ca313813.htm,2005-3-7。

②⑦ 张鹏等:《中国法学会民法学研究会换届暨2004年年会综述》,载《中国法学》2005年第1期。

导思想上习惯于对现有的法律政策做事后解释,缺乏必要的超前研究”,<sup>②⑧</sup>以为手中紧握久经沧桑的武器就可以屡试不爽,甚或每每试图借细枝末节的“改造”扬名,不时以“现代物权法发展趋势”避短;学者们整日高呼“物权法是最具本土特色的法律”,但除了把“典权”尊为“中国特色”,<sup>②⑨</sup>把“土地债务”视作“德国固有”外,已少有宏论,在传统物权法大背景下对我国物权法在理论与实践中的得失进行大规模检讨、清算的,<sup>③①</sup>更属凤毛麟角。而少有人——至少在近一个世纪里,至少在中国——想到应该“跳出圈外”,换个视角,反观传统物权法那衣衫褴褛,伤痕累累的时代境遇——我们太缺乏对传统物权法的体系性反思和根基于其自身解释力的反问!

“学者或读者不应当轻易接受仅仅某一种工具,某一个学派……各种理论都有其短处和长处,没有一种可以包打天下的工具,没有一种可以以不变应万变并保证成功的理论。所有的理论都是人们的备用工具,都是为了出现问题而准备的。而人来到世界上,就是为了解决问题。……理论对于人类来说并不具有神圣意味,其全部意义仅仅在于能够帮助我们生活得更好。”<sup>③①</sup>

“我有一个朴素的想法,假如法律理论或法律是千古不变的真理,那么也只有罗马法学家才是法学家,后面的人,都只能是法学家的传播者。”<sup>③②</sup>

---

<sup>②⑧</sup> 这是赵万一教授对我国民法学研究陷入窘境的原因分析中的部分内容。参见赵万一:《民法的伦理分析》,法律出版社2003年版,第7页。

<sup>②⑨</sup> 即便是这样,学者们对于典权制度要不要纳入我国物权法体系也是有很大分歧的,典权在中国将来的法律中到底有没有一席之地暂时仍然难有定论。相关观点参见李婉丽:《中国典权法律制度研究》,载梁慧星主编:《民商法论丛》第1卷,法律出版社1994年版,第446~447页。尤其需要指出的是,孟教授就“反对把典权作为物权”。《物权法国际研讨会简报》,http://www.zwyonline.com/index2/wz1.asp?id=305,2005-3-10。

<sup>③①</sup> 温世扬教授在一篇文章中较为全面地总结和检讨了我国物权法的诸多问题。参见温世扬、黄军:《我国物权法之检讨》,载《法学》2000年第6期。

<sup>③②</sup> 苏力:《可别成了“等待戈多”——关于中国“后现代主义法学研究”的一点感想或提醒》,载《南京大学法律评论》2000年秋季号,第144页。

<sup>③③</sup> 2004年5月,孟教授在南宁召开的“中国物权法理论研讨会”上的发言。前引,孟勤国、黄莹书,第426页。

## 二、一种跟进式解读：体悟微言大义

读孟教授大作,有学者评道:“初次读来,有如一缕春风清新自然;细细品味,逼人的震撼力跃然纸上”,并认为该书“研究旨趣务实”、“体例结构严谨”、“内容观点独特”、“研究方法深化”。<sup>③③</sup>

这本书是孟教授穷经年之学术涵养完成的一部重要学术著作。从写作时间和进度来看,“不算前期研究,这本书写了十二年,三次推倒重来”。(第256页)伴着这个理论求索过程,作者从一个热爱物权法,并靠着精研史尚宽先生经典之作《物权法论》真正读懂了传统物权法的研究者,<sup>③④</sup>到成为我国著名物权法学者,从广西大学一位普通教员,到武汉大学博士生导师,孟教授一路走来,理论“批判与重构”之旅的坎坷、艰辛,如不是看到他的万千感慨,委实不察——“这一辈子,我不会有第二本这样的书”,“学术,应是沉甸甸的。”(第260页)

### (一) 批判啥,咋批判?

我一向觉得知识分子扮演的应该是质疑,而不是顾问的角色,对于权威与传统应该存疑,甚至以怀疑的眼光看待。

——萨义德:《知识分子的代表》

该书的主体有五章。第一章为“走出传统物权理论”。讨论的问题是传统物权理论的缺憾,筑成“批判”的前沿阵地。作者先是对传统物权理论给予了宏观观察,简练而有力地指出传统物权理论的根本(“起点”、“宗旨”、“主要任务”)是“解决财产归属问题”,而“所有权能分离论是传统物权理论的支柱”,从而“自物权、他物权是传统物权理论的实践模型”。(第2~5页)树立了靶子之后,作者接着开始了证伪工作,认为传统物权法以财产归属为指向演化成的“古老的拜所有权教”过于单向性,不能顺畅应对物权“从

---

<sup>③③</sup> 陈小君、侯巍:《一部有特色的民商法专著——评《物权二元结构论》》,载吴汉东主编:《私法研究》(2),中国政法大学出版社2002年版,第551~553页。

<sup>③④</sup> 孟勤国:《二元的物权理论——对传统物权理论的批判》,http://romanlaw.cn/subm4.htm,2005-3-10。

归属到利用”的发展趋势,尤其是我们所处的时代特征和“中国最大的国情”——“社会主义”。因此孟教授的结论是“应该重视财产归属不等于只重视财产归属,根本的分歧就在这里。……中国不应认同传统物权理论的选择”。(第8~12页)在中国,认识到传统物权法以所有权为中心的固有理念至少是从史尚宽先生开始的,<sup>③⑤</sup>并作了高瞻远瞩的预测,并有原则性的论述。<sup>③⑥</sup>20世纪90年代初,大陆学者最先从事这项工作的成果似乎是《从归属到利用——兼论所有权理论结构的更新》一文。<sup>③⑦</sup>该文同样指出,向财产利用权利投以轻视目光的一元结构早已落后于经济发展、法律实践、观念更新的要求,但可能其参照系是英美法系国家财产法律和思维习惯,再加上“遗忘”了孟德斯鸠那些关于“法域之外换天地”的似显“武断”的训诫,<sup>③⑧</sup>故此该文的结论却走向了大陆法系传统物权法的反面,“建议在所有权的理论结构中导入英美法的某些观念和思维方式,使人们消除所有权概念化崇拜的心理,把财产权的动态利用作为规定各种具体制度的出发点,这是重塑所有权理论结构的基本前提”。然而,这是一个视觉上的错误,结合社会现实,将该文观点视为过激倒也不算过分。与之对应,孟教授所持的并在多个场合重申<sup>③⑨</sup>的将“所有与利用”并重看待的观点无疑更为平和、适中。

---

<sup>③⑤</sup> 笔者本科时读到的20世纪七八十年代从台湾地区翻印的史尚宽先生的《物权法论》的扉页就有关于未来物权法理念从所有到利用的预测。

<sup>③⑥</sup> 史尚宽:《论物权之构成及其今后以利用为中心之趋势》,载《民刑法论丛》,中国台北1973年版,第84页。

<sup>③⑦</sup> 吕来明:《从归属到利用——兼论所有权理论结构的更新》,载《法学研究》1991年第6期。

<sup>③⑧</sup> “为一国人民制定的法律,应该是非常适合于该国人民的;所以如果一个国家的法律竟能适合于另外一个国家的话,那只是非常凑巧的事。”[法]孟德斯鸠:《论法的精神》,张雁深译,商务印书馆1982年版,第6页。学者们多把孟德斯鸠这句话引來作为先哲强调法律的个异性,反对法律移植的理由,我倒是更倾向于认为孟德斯鸠是在提醒我们要在慎重而周全地考察特定法域独特性状的原则下进行立法活动。

<sup>③⑨</sup> 2004年5月10日至11日在南宁召开的“中国物权法理论研讨会”上,孟教授再次指出:“现代社会应该把用益物权抽象到所有权一样的高度,囊括全部的财产利用关系。”参见孟勤国:《中国物权法理论研讨会观点综述》,载《中国社会科学院研究生院学报》2004年第5期。

对于物权之意义,史尚宽先生写到:“吾人必须藉外界物资以生活,而物资有限,不能不定分以息争,在一定范围对于外界物资之支配,认为权利,以使互不侵犯而保障物资之安全利用,此为物权之社会作用。”<sup>④0</sup>此话按照德国人的理解就是“必须规定哪些物属于哪个人以及这个人对该物有什么样的权限”。<sup>④1</sup>孟教授显然完全明白这一点,并认同是当然之理。他从人的私欲本性、人存活的基础、社会宣扬的和实存的价值主题等方面简洁、明了地阐述了“财产归属和所有权当然重要……财产归属依然是我们这个时代的基本财产问题,没有理由而且事实上也不可能不重视所有权”这样的朴素、自然的伦理观点。<sup>④2</sup>与之适成对照,柳经纬教授对传统物权法的叙述最为直白:物权法“所要解决的主要是财产的归属问题,即财产归谁所有、归谁支配的问题。因此,物权法是财产归属法”。<sup>④3</sup>另外,有必要指明的是,作为立法上的反映,我发现意大利1942年的民法典十分激进地“放弃”了“物权”之称谓,而采用了“所有权”的概念(这可能更多地与其立法传统有关,而非确有这个“心理故意”),并以之统辖了地上权、地役权、永佃权、用益权等其他物权形式。这是极有意思的立法尝试。

日本著名民法学家我妻荣先生以“土地房屋等不动产”及其他三类“现代社会中最主要的所有权”作为分析对象论证“所有权与债权的结合”这个命题时,提到“现代土地所有权大部分不得利用他人土地的人们与其缔结契约(在少数情况下是用益物权设定契约)、取得地价或地租债权而发挥作

---

<sup>④0</sup> 史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第1页。

<sup>④1</sup> [德]M·沃尔夫书:《物权法》(2004年第20版),吴越、李大雪译,法律出版社2004年版,第3页。

<sup>④2</sup> 对此,著名人类学家摩尔根也论到:“人们以财产代表积累的生活资料而对它产生占有支配的欲望,这在蒙昧社会是完全没有的事,但由无到有,到今天则已成为支配文明种族心灵的主要欲望。”参见[美]摩尔根:《古代社会》(上册),杨东莼等译,商务印书馆1977年版,第6页。

<sup>④3</sup> 柳经纬主编:《物权法》,厦门大学出版社2000年版,第2页。

用的”。<sup>④④</sup>从这个意义上似乎可以表明的是,财产利用关系和制度的变迁促成了所谓“债法在近代法中的优越地位”(其实,自然不只是在近代法中)。在证成物权利用的重要性过程中,孟教授从历史演进的角度,以辩证分析的方法,把例证与对比分析结合使用,很有逻辑层次地说明了财产利用既是历史,也是现实(恰如学者评述债权融资的现象时所言:“社会经济形态由‘相对静止’到‘频繁交易’的变化,导致财产利用具有了独立的社会价值和意义。”<sup>④⑤</sup>),而财产利用的事实应该有与之适应的规则来调整的道理。最后,其笔触又落在了中国社会,先是从我国社会发展状况及未来趋势表达的观点是“物权法不能无视财产利用关系的客观现实”,(第13页)接着又与公有制联系来考虑中国建立物权利用制度的必要性,“为了发挥财产利用对社会经济的促进作用,公有制要求物权法重视和解决财产利用中的各种问题”。(第13页)在结尾之际,孟教授信心十足地说:“人类现代物权制度正需要中国今天的时代环境和社会制度才能得以诞生。”(第14页)其理,令人感佩;其情,令人动容!

紧随其后,孟教授以“离奇的权能分离说”开题,透彻地研析了这个所谓的“传统物权理论的支柱”。查其根源,我发现该理论在优士丁尼时代就已成气候了——“用益权是从所有权分离出来的,这种情况以多种方式发生,……但为了避免总是脱离了用益权的所有权完全无用,人们规定用益权以某种方式消灭并回复到所有权。”<sup>④⑥</sup>传统物权法理论的偏爱者(更确切的称谓可能是“忠诚卫士”)对该理论的述说往往是从所有权与用益物权的关联说起,如所有权人对于标的支配通常表现为若干具体形式,这些形式即为所有权的权能,所有权的权能的部分或全部可通过设定他物权而同作为权能

---

<sup>④④</sup> 随后,我妻荣先生又基于同样的道理就房屋利用问题写道:“所有权认为居住而建造的房屋因偶然事情而贷与他人的情况很少,大部分房屋开始就是在投资意义上建造的,房屋所有权大部分依收取的债权而产生支配作用。”[日]我妻荣:《债权在近代法中的优越地位》,王书江、张雷译,中国大百科全书出版社1999年版,第12页。

<sup>④⑤</sup> 周丽君:《探求债权融资新规则》,载《检察日报》2005年3月19日第3版。

<sup>④⑥</sup> [古罗马]优士丁尼:《法学阶梯》,徐国栋译,中国政法大学出版社1999年版,第141页。

整体的所有权相分离,<sup>④7</sup>顺承下去的逻辑当然是“用益物权是以所有权为基础而产生的权利,是所有权行使一种方式,是对所有权的一种限制”。<sup>④8</sup>对此,作者当头棒喝道:“所有权的权能分离理论并无自我证明的过程,能以一种不言而喻的方式征服人们,就是因为其符合生活的表面现象。眼见为实是许多人相信通灵术的心理基础,科学领域中不乏这类现象。”(第15页)这个理论一开始就注定要“栽”在孟教授的手中。之后,作者的分析路径被人总结为:<sup>④9</sup>权利是一种抽象存在,须借助某一特定行为载体得以表现,权能应之而生;权利是抽象的,权能是具体的,两者为内容与形式关系,这并不等同于整体与部分关系,整体与部分可以分离,而内容与形式不能分离;因内容不能脱离形式而存在,任何形式都表现为一定内容,所以所有权的权能分离在客观上不能实现。因而“这一个理论实际上是错误的。我查了很多的资料,发现没有一个人对这一权能分离的理论进行过一个字的论证”。<sup>⑤0</sup>自物权与他物权也并非泉源与派生的关系——从而一举切中传统无权一元结构的要害,并进一步指出“所有权的权能分离论一直限制了中国物权制度研究的视野,中国有许多所有权以外的物权问题需要在理论上做出深刻的研究和阐述,但在其他物权不过是所有权分离出去的所有权的权能观念下,问题常常被简单地抛到一边”。(第20页)如此,在传统物权法中一向跟在所有权后面“狐假虎威”的所有权的权能分离论及其给人们造成的“观念枷锁”以宣告破产和被打碎而告终。

前面对财产所有和利用同样重要的社会事实的阐述,加上传统物权法沟通所有权、利用权关系的权能分离论,自然而然地使人产生传统他物权制度与所有权制度相比矮一头的想法。事实上,这,就是孟教授的逻辑

---

<sup>④7</sup> 有意思的是,在孟教授的著作出版的前一年,有人甚至把所有权的权能理论发挥至区分“正向性分离”、“反向性分离”的境地。参见秦伟、杨占勇:《论所有权及其权能分离的双向性》,载《东岳论丛》2001年第4期。

<sup>④8</sup> 房绍坤:《用益物权与所有权关系辨析》,载《法学论坛》2003年第4期。

<sup>④9</sup> 这一部分的论述也被评价为“该书的最为精彩之处”,“从哲学高度分析”。前引<sup>③3</sup>,陈小君、侯巍文,第553页。

<sup>⑤0</sup> 前引<sup>③4</sup>,孟勤国文。

链,——“跛足的他物权制度”由之进入我们阅读的视野。坦诚地说,德国人对之也不陌生,甚至相当清楚地认识到了在物权法中所有权优位的制度事实——“物上最重要的权利就是所有权。通过对所有权的分析可以最佳地揭示物权的法律特征。<sup>⑤1</sup>”相应地,“所有权的限制多种多样,不能一目了然,也不能一一列举”,<sup>⑤2</sup>在“不动产所有权的限制”方面尤其如此。<sup>⑤3</sup>

孟教授对照观察了罗马法、法国民法典、德国民法典、日本民法典、瑞士民法典、我国台湾地区民法典中他物权的具体形态后,分析指出:“他物权的设立上主要是实务而不是理论的角度出发”的制度设计,“没有抽象和总结出用益物权的一般原理和规则”,“在涉及他物权的权利义务时,仍然只能是个别处理……不像所有权那样,有一套高度抽象的原理和规则。”(第22页)确如其言,相比所有权的概括式立法,这样的列举式方法自然无法做到外延的周延性,自然缺乏理论解释的张力,势必无法容纳没有列举的财产利用现象,而且使得立法者挑选他物权形态的随意性难以受到物权法理论自身的制约,尽管在现代社会,就像有学者认为的那样,“用益物权在物权法中的地位越来越重要,逐渐成为物权法中的核心制度。同时,随着社会经济的变迁,用益物权的种类不断发生变化,其权能也逐步扩大”,<sup>⑤4</sup>但是难以避免的事实却是“只要立法者愿意,就可以抛弃、改造或增加他物权”。(第24页)他物权源出于在所有权“一权独大”的背景下财产利用的实践拟制——而非理论的刻意建构——的模式,造成了传统物权法的逻辑结构、体系构造失去了平衡。恰似法国生物学家莫诺(Monod)所言,“一个漂亮的模型或理论

---

⑤1 前引④1, [德]M·沃尔夫书,第4页。

⑤2 沃尔夫先生列举并概述了五类对所有权的限制,分别是“私法和公法中的限制”,“权限的取消和所有人的义务”,“所有权限制和一般限制”,“特殊限制和一般条款式的限制”,“对土地的限制或者对所有实务的限制”。前引④1, [德]M·沃尔夫书,第45~47页。

⑤3 孙宪忠:《德国当代物权法》,法律出版社1997年版,第190~195页。

⑤4 房绍坤:《论用益物权制度的发展趋势》,载《河南政法管理干部学院学报》2003年第3期。

可能不正确,但是不漂亮的则肯定是错误的”,<sup>⑤5</sup>传统物权法的理论模型无论如何不算是漂亮的,这难免让人对其合理适用性产生疑虑的情绪,而“这种按财产归属的价值取向和准则建立起来的他物权,难以解决中国的重大财产问题”的“不容否认的事实”(第25页)彻底把该理论推向了“错误”的渊藪。孟教授正是以“国有企业法人财产权问题”和“土地权利的问题”这两个中国“必须解决的两个现实难题”(第25~28页、第32~33页)为实例对之“发难”的,证明了“这一体系在财产利用上几乎没有值得称道的建树,几乎不能从中发现和吸收有关财产利用原理的内容”。(第28页)对这个过程的评述,借余能斌教授在该书序言中的话是最合适不过的了——“紧扣中国物权实际,……斟酌取舍皆以中国实际需要为基准”,“济世之心诚然可鉴”,显其“独立思考、不落窠臼、穷究真谛的精神和魄力”。(第1页)

我认为,法国社会学家埃米尔·涂尔干以社会学视角看待传统物权法观念的研究成果与孟教授的法内分析不谋而合。在涂尔干看来:“有关物权的规范,以及通过物权形式确立的人际关系构成了一个确定的系统,这个系统不但不把社会各种不同的部分联系起来,反而将它们隔离开来,并为它们划定了明确的界限。因此,这些规范根本结成不了一条积极的社会纽带……(它)代表着团结的消极方面。”<sup>⑤6</sup>涂尔干觉得传统物权理论把所有权作为惟一指向,人们通过物权进行的财产分割必然导致的社会效果是人际关系的紧张、冷漠,无法体现社会共同体的存在,物权“对社会机体的统一性从未做出任何贡献”。<sup>⑤7</sup>

至此,坚如磐石的传统物权法在孟教授的批判中顿时失色,树立千年的偶像和权威被打翻在地,这使人不由得想起了尼采写的一本书的名字:《偶像的黄昏》。但是不要因此而感到失落乃至去喟叹“中国没有物权法,没有自己的物权理论”,因为“历史传统与事实对于现在和未来,永远只是一种参

---

<sup>⑤5</sup> 转引自胡作玄:《影响世界历史的100名著排行榜——人类思想史的一种读法》,天津教育出版社2004年版,第251页。

<sup>⑤6</sup> 转引自朱晓喆:《分工、法律与社会理论——社会分工论的法律思想研究》,载苏力主编:《法律书评》(第一辑),法律出版社2003年版,第142~143页。

<sup>⑤7</sup> 前引<sup>⑤6</sup>,朱晓喆文,第142~143页。

考,而不是非如此不可的”,“我们更有责任去探索和创造,抄需要勇气,创造更需要勇气”。(第29页)此后,作者提出探索新的物权法原理须坚持两个基本原则:首先应该立足前人留下来的一切有益的法律文明成果,其次是必须注重发展和创新。对于前者,作者对传统物权法中有关所有权部分的评论可资见证:“所有权的发达和完备已达到了这样一种程度,除非彻底改变所有权的含义,不可能再有大的修改、补充和解释。……所有权是罗马法文明中最为璀璨的部分。”(第24页)“所有权这一块的规定是相当严密的,不管什么样的财产归属现象,都能归到所有权领域里面。也就是说所有权的外延是非常周延的。”<sup>⑤8</sup>对于后者,作者用三个“可以”表达了“重构中国物权制度”的充足底气——“我们可以在所有权与其他财产权平等的观念下确定所有权的内容,可以在统一财产利用权利的努力中确立财产利用的应有地位,可以将现有的物权术语赋予更合理的含义和更合适的位置。”(第34页)

## (二) 重构啥,咋重构?

把我由不真实引向真实吧!

把我由黑暗引向光明吧!

把我由死亡引向永生吧!

——《奥义书》

苏力教授从波斯纳的《联邦法院》一书中悟出并传达给我们的最大启示就是,学术创新的真正动力和源泉都只能来自经验的研究,而不可能来自单纯的对法学概念的演绎。<sup>⑤9</sup>诚如斯言,法学研究果真脱离对于经验事实的密切关照,无疑将成为灰色的语言游戏,从而法学的生命力必然难以为继。但我们恰恰是学术研究中,尤其在体系化研究中,往往一头雾水地钻到自以为顺畅的理论预设里,“两耳不闻窗外事”,于是理论与生活之间缺失了起码的温存。至此,我弄懂了孟教授在书中的提示:“不少学者将物权与债权的区别看成是近代民法对体系性的逻辑要求的结果,是一种抽象的历史产

<sup>⑤8</sup> 前引<sup>③4</sup>,孟勤国文。

<sup>⑤9</sup> 苏力:《经验地研究司法——读波斯纳《联邦法院》》,载《波斯纳及其他:译书之后》,法律出版社2004年版,第111页。

物”,“无论怎样看待和评价物权,物权就是物权,不同于债权,是一个铁的生活常识”。(第36页)类似地,有学者在考察、叙述了中世纪商人法的发展史后,从中提炼“对我国商法研究的借鉴意义”时,也做出了这样的论断:“法律规范应该是对社会经济事实客观的‘映照’而非主观的‘塑造’,它应该服务人生、熨贴人心,而不是用规则的外形去凌辱社会生活的实际。”<sup>⑥0</sup>而学者们与郑成思教授等人的关于“物权法”还是“财产法”的争论中都侧重于理论解析,倡导和执行理论建构统领现实生活的逻辑,没有也没想到从生活里拣取鲜活的实例,因此其反驳也就少了几分力度。<sup>⑥1</sup>不管怎样,主流学者都认为有必要维持物权与债权的界分,这就保留了底线原则(在一定意义上,也可以说是最高原则),<sup>⑥2</sup>而且有“物权与债权在现实生活中的区别通常是确定的、清晰的”这样的“铁的生活常识”来支撑,孟教授指出:“现代社会有无必要、有无可能区别清楚物权与债权,是重构中国物权制度的逻辑起点。”(第35页)从这个起点出发,作者认为对物权、债权区分中出现的“对似此而彼的现象不加深入研究而冠之于什么什么化,是一种学术上的懒惰,动不动将一种现象夸张为现代社会的趋势,仅仅是新新人类式的新潮时髦”,是“一些随意的实用主义的解释”,是“传统物权理论不能充分解释生活现象时所作的一种巧辩”,“只是人们的认识不够深入或有所偏差”。(第35~36页)而具体来说,作者认为这里面的原因有二:首先是传统物权理论独尊所有权,而这是传统物权理论所必然附带的痼疾;其次是物权客体的意义不清所

---

<sup>⑥0</sup> 朱慈蕴、毛健铭:《商法探源——论中世纪的商人法》,载法苑精粹编辑委员会编:《中国商法学精粹》(2004年卷),高等教育出版社2004年版,第18页。

<sup>⑥1</sup> 如王利明教授对此分析认为,采纳物权概念最大的优点在于,从法律上使物权和债权这两种基本的并且相对的财产权形态得以严格区分,利于组建民法中最基本的财产形式,利于在理顺财产关系的同时更好地处理财产纠纷。参见王利明:《物权法研究》,中国人民大学出版社2002年版,第23页。由上看出,这似乎是理论建构统领现实生活的逻辑。

<sup>⑥2</sup> 从理论上讲,物权、债权的区分实有裨益,但正如学者所言:“债权与物权的区分本身并不是对财产的周延的分类,并不能涵盖一切的财产权利形式”,为此,应该注意的是“避免对债权物权区分说作‘抽象思维式’的僵硬理解”。参见金可可:《债权物权区分说的构成要素》,载《法学研究》2005年第1期。

致,然而,这恰是任何理论必须搞清楚的,“而且必须有自己的解决办法。”(第38~39页)这样,作者随后就进入了对物权法中“物”的概念的重新诠释及其技术设定。

物权的客体是一个引发诸多争论的关节点。无论是“财产法”、“物权法”之争,还是知识产权是否纳入民法典的讨论,抑或是如何看待自己在银行存款的法律性质,都与物权的客体脱不了干系。从而,有学者认为,“理解民事财产权利及其立法构造,必须厘清民法物的概念”。<sup>⑥3</sup>历史地来看,罗马法上从物之形体出发,首创“有体物”、“无体物”,将物视为所有权客体,物的外延大于财产,物为财产的种概念;法国民法不仅将财产视为物的一部分,而且作为法律所调整的并且与人发生关系的权利或权利集合体;德国民法更是以“有体物”与“无体物”分别调整,直至形成了近代民法史上物权与债权的二元结构体系。<sup>⑥4</sup>但正如孟教授所言:“一个焦点是无体物能不能包括于物之中”。(第40页)这个提法一下子就把传统物权价值取向与现代生活状况的内在矛盾冲突揭示出来了。

郑成思教授主张制定“财产法”而非“物权法”的根本理由在于,20世纪后期,无形财产和无形服务,如金融、邮电、计算机网络、医疗、律师服务等行业快速发展,在社会财富构成中日益显耀,已作为一项重要的且所占比例越来越大的财产内容与有形“物”分庭抗礼,有体物的辉煌时代已经在谢幕之中。<sup>⑥5</sup>另有学者进一步发挥了这种看法:“一个世纪以前,有体物是财产的主要形态,而进入21世纪的今天,特别是‘虚拟经济’支配‘实物经济’的新经济时代,把物权客体仅限于有体物则不能适应社会经济发展法律的要求。物权客体有体物的突破,实际上反映了现代知识经济条件下物权客体扩大

---

<sup>⑥3</sup> 吴清旺、贺丹青:《物的概念与财产权的立法构造》,载《现代法学》2003年第6期。

<sup>⑥4</sup> 贺丹青:《物与财产的嬗变——从古罗马所有权到德国物权》,载《杭州商学院学报》2003年第5期。

<sup>⑥5</sup> 梁慧星:《是制订“物权法”还是制订“财产法”?——郑成思教授的建议引发的思考》,载蔡耀忠主编:《中国房地产法研究》(第二卷),法律出版社2003年版,第136页。

化的趋势。”<sup>66</sup>孟教授同样认为,现代社会的资源与财富越来越突破固有的单一的物质形态,优先考虑财产的一般价值无论对社会整体,还是对于个人都成为越来越普遍的现象。而物权客体实物化虽有其明确性、直观性,但面对“事情已经到了连物权、债权都快分不清楚、物权制度本身的存在价值都在动摇的地步”这样的险境,“死守财产的实物性,是一种不合时宜的顽固。”(第41页)一番否定性评价引出了其正式立论——“现代社会的物权制度,应该以财产的价值性为支点,不必纠缠于有体物、无体物之中。”(第42页)

正像王涌分析的那样,物权有体化的倾向,是与法律发展早期人们的实体化思维方式有关,是法律史上的儿童思维的一个遗迹。<sup>67</sup>从物权客体的历史考察和法理分析来看,物权客体正经历着一个“从实体本位到价值本位”的嬗变,就是在这个意义上,高富平教授撰文力图说明,“物权本质上是对法律保护的一种利益,凡是具有一定价值且具有表现其外观的,就可以成为物权客体或纳入物权法保护”。<sup>68</sup>孟教授对此更是持肯定态度,“将物权客体由实物性移向价值性,并不怎么离经叛道,不过是换了一个角度来处理物权的客体”,并指出了迷恋实物性的人们所担心的怕因物权客体价值性容易导致不同财产间混同的忧虑其实“只是一个法律技术问题”。(第42页)这清晰地点出了日本国东海大学刘得宽教授没有说得很透的题中之意:“我们对物之意义,亦应从物理学上之观念移入法律上之‘排他支配可能性’,甚至于后者为重”。<sup>69</sup>自此,中国的物权法著作中,有了一个关于物权客体的新颖别致而简明的定义:“物,是能为特定主体所直接支配的财产利益。”(第42页)此定义一出,令多少以有体物为依归的定义相形见绌,使多少正在对有体物为中心的传统物权客体理论做出的修葺工作戛然而止。该定义较之我们日久生厌的传统物的定义最超脱的地方,就是抓住了不同物的共有内

---

<sup>66</sup> 周林彬:《物权法新论——一种法律经济分析的观点》,北京大学出版社2002年版,第100页。

<sup>67</sup> 转引自高富平:《从实体本位到价值本位——对物权客体的历史考察和法律分析》,载《华东政法学院学报》2003年第5期。

<sup>68</sup> 前引<sup>30</sup>,高富平文。

<sup>69</sup> 刘得宽:《民法总则》(增订四版),中国政法大学2006年版,第135页。

容(也是根本性的)——“满足人类社会需要”,达到了外延上的周延——“凡是能够满足人的需要的资源与财富,都在财产利益的范畴之中。”(第43页)所以,一方面,我认为这是一个高明的抽象,黑格尔尝谓:“物的这种普遍性——它的简单规定性,来自物的特异性,因之它同时是从这一特种的质中抽象出来的,——就是物的价值。”<sup>⑩</sup>事实上,孟教授的定义就基本上验证了黑格尔的判断。另一方面,这也是个有相当难度的抽象,李锡鹤教授以专题的方式研究民事客体时,就曾高屋建瓴地指出:“与民事主体相比较,民事客体这一范畴的抽象程度要搞得多。”<sup>⑪</sup>孟教授一番理论抽象作业也确实证实了这个论断。从而这个抽象合理解决了以往深受物的实体形态假定所束缚而导致的“剪不断,理还乱”的诸多问题。但这还没有完,如何衡量、计算、表现“财产利益”呢?作者极有辩证意味地告诉我们:“有金钱价值的东西总能够满足人的某种需要,有使用价值的东西也总能够转化为一定的金钱价值,财产利益是财产价值和使用价值的高度统一。”(第44页)这个回答仍然是,或至少是在“二级层面”上的设定,于是作者顺势开始了把物质利益特定化的具体操作。

作者认为,物质利益基本有两种与之相适应的存在方式:实物形态、价格形态。前者为我们所熟悉,以有体物为典型。后者是以一定的货币关系为基础的数量状态,突出特点是交换价值同时能表现财产利益的价格,更能直观显示财产多寡,在财产的流转和保护上灵活、畅通。在二者的关系上,作者认为,二者可以相互转化,“财产利益由一种存在形态转化为另一种存在形态,构成了商品生产和交换的基础。在可识别的前提下,形态不同不影响财产利益的统一性”。(第45页)至此,我们可以理解了,物的存在方式、表现形态只是为了使特定物权人行使特定的权利,并不能决定物权的本质属性,即对物的“可直接支配性”,刚好相反,是物权区别于债权的“可直接支

<sup>⑩</sup> 黑格尔:《法哲学原理》,商务印书馆1961年版,第70页。

<sup>⑪</sup> 为此,李锡鹤教授从“民事权利客体”、“民事义务客体”、“民事法律行为客体”、“民事法律关系客体”等四个方面展开研讨。具体可参见李锡鹤:《民法哲学论稿》,复旦大学出版社2000年版,第130~142页。

配性”,从根本上决定和控制着以特定方式表现出来的财产利益的前途和命运。紧随一步,孟教授把我们的视野拉到了如何理解物权的“可直接支配性”上来。

物权法学者无不把物权视为支配权,理应把支配力列为物权的效力之首,<sup>⑫</sup>但对之存在不完全相同的细节上的认识差异。有代表性的观点,如日本学者松坂佐一认为:“所谓支配,指物权人依自己的意思对标的物加以管领处分。此种管理处分,不以法律行为为限,包括事实上的使用、处分等一切可得对物实施的任何行为,……所谓直接,指物权人对于标的物之支配,无须他人行为之介入,即可获得实现,此与债权系请求债务人为一定的权利,炯不相同。”<sup>⑬</sup>孟教授做出了不完全相同的解释。他认为,“支配前面加上直接,是说明和强调特定主体的支配财产利益的意志直达并作用于一定的财产利益的事实或状态”。(第45页)直达作为“第一要义”,即特定主体的支配意志能够畅通无阻地到达特定的财产利益上,任何中间环节的出现将导致权利性质的变异。“第二要义”是支配意志到达特定财产利益后应该发生一定的作用,“作用不一定表现为我想做的事一定做成”,至少是“所想做之事受到了法律和公共利益的限制,被摆上了协商和合作的台面”。最后作者总结说:“物权中的直接支配,表明的是特定主体对一定的物的可控性,是从人与人的意义上着眼的。”(第45~46页)可直接支配性是理论的当然性预设,但要实现这个预设自是要受到客观条件的限制,这就是财产利益是否有足够的使可直接支配性得以实现的特征,换言之,是物质利益的特征消除了可直接支配性得以实现的制肘性因素。

于是,我们又回到了关于财产利益的讨论——孟教授却认为,我们上面

---

<sup>⑫</sup> 陈华彬教授列举了“二效力说”、“三效力说”、“四效力说”,但奇怪的是都没有把支配力纳入其中,后读到“物权的排他效力,依通说发端于物权对于标的物的直接支配权性质”,始明白支配效力在论者眼中是隐而不显。前引,陈华彬书,第90~91页。但马俊驹教授认为:“物权作为一种支配权,其首要的或基本的效力就是对标的物的支配力,以保障物权人支配标的物而享受标的物的效益。”此说堪为对物权效力的一个充分理解。参见马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社1998年版,第365页。

<sup>⑬</sup> 转引自前引,陈华彬书,第4页。

讨论的“直接支配性不是物权客体以外的问题”,(第46页)从二者间的关系及本部分的大背景来看,确实是这样。一句简单的话,提醒了我们应该保持怎样的清醒!财产利益应该具备哪些性质才适于被直接支配呢?孟教授认为“实在性”、“确定性”、“特定性”三者缺一不可。其中,“实在性”注重已然性,“确定性”强调可通过一定的金钱价值客观量化的特点,“特定性”的意义在于可被实施独立的单元化处理,以达至“可识别”的效果。作者着重凸现了第三点,辨析了其“与‘实物性’、‘独立性’、‘特定物’等概念的差异,把物的特定性与识别方法联系起来,一举解决了特定性的难题——‘物有无特定性取决于法律上有无相应的识别方法,与实物形态无必然联系。’(第47页)到这里,对于物权客体的研究从一种实质意义上的重新思考、定位,到技术上的实现机制,作者都尽可能给予了阐发,使我们对物的认知被提到了新的层次。再接下去的工作是比较性的,作者以财产利益的三个性质为标准,在新的高度把物权和债权、物权和知识产权作了言简意赅、直截了当的区分。这些内容里,果真不再有“什么什么化”的表述了,我们一再抱怨的民事权利越来越混乱的现象至此分崩离析。读到这里,我突然觉得很感动,一段前几天看到过的文字隐隐约约蹦入脑海:“法学研究是法治建设的先锋,是法律人呐喊的真谛。在这块阵地上,有为权利而斗争的不懈追求,更有挥舞着达摩克利斯之剑的勇士!”<sup>⑦④</sup>孟教授快刀斩乱麻,干净利落的还给了我们物权法一个清清爽爽的信仰,也实现了他重塑物权的承诺。<sup>⑦⑤</sup>从此,任何读过此书或者说读到这里的读者,都可以斩钉截铁地答复“物权与债权的区别何在”这样的试题——“从主体上看,不论是所有权人还是其他物权人,都是特定的……物权中有物权人之间和物权人与一般非物权人的关系,前者的义务人是特定的,后者的义务人是不特定的。债权的权利主体和义务主体都

---

<sup>⑦④</sup> 这段文字出自山东大学法学院研究生办的一份刊物的“卷首语”。参见山东大学法学院:《研究生法学杂志》,2004年第四卷第一期(总第七期)。

<sup>⑦⑤</sup> 孟教授针对当前物权法学界流行的所谓“物权债权化”、“债权物权化”的论调,曾极为幽默地评论道:“物权法专家认为世上本无物权可言,仍诲人不倦以传统物权理论,可谓中国物权法研究领域的一道亮丽风景。”前引<sup>⑦④</sup>,孟勤国书,第36页。结合后面的工作来看,这自然可以看成是作者为重塑物权许下的庄严承诺。

是特定的。”“债权与物权内容上的不同,一言以蔽之,一个是取得财产利益的权利,另一个是支配财产利益的权利。”“物权与债权的根本区别在客体上,在没有被物权理论与实践误解的客体上。紧紧抓住这一点,我们就不会迷失方向。”(第49~50页)

依照一个建构主义者的思路,孟教授随后的工作是在物权理念的领地掀起一场风暴。那就是倡导“平等独立的物权理念”。此乃出于作者对物权理念的地位和意义的理解——在我看来,孟教授在这里使用的“法理念”即为“法的精神”面向的意旨<sup>①6</sup>——“物权理念,是人们对物权制度的基本认识和价值准则……具有相当稳固的内容和结构,一旦融入社会生活,不仅能够直接支配物权的理论和实践,而且还能渗透到社会生活的各个领域,逐渐成为社会成员的一般道德准则、行为准则和认同准则,以至于人们能够近似于本能地遵守和使用这些准则。”(第50~51页)物权法以所有权为旗帜的价值理念已经落后于时代,尤其是与中国国情相龃龉,这都需要我们重整物权法理念。接着看下去,就发现基本上是走向了传统物权法的反面——孟教授提出根植于平等是民法的最基本的理念的思想,物权就应该是平等的。我以为,以民法基石范畴的平等原则来嵌套物权的法理念是不容易说透这个问题的,因为前者的绝对宏观与后者的相对微观之间有一条不易填充的鸿沟。戴孟勇以传统物权理论为工具,按权利组合形态分情况讨论后得出结论是,物权的效力优先这样的说法太模糊,甚至不准确,尤其会导致我们把对具体问题的思考引致简单化、无理化的境地,故应予放弃。<sup>①7</sup>这个研究模型似乎可为孟教授的议论供给更多说服力。该书往下,孟教授分而述之,先把所有权与他物权的平等抛了出来。这不仅是因为传统物权法的理念与

---

<sup>①6</sup> 按吕世伦教授的说法,法理念是个很宽泛的范畴,由完整意义上讲,法的精神与法的实在之间的统一,其中法的精神又叫法意识、法观念、法概念,属于法的主观性方面,是法的灵魂。从而“法作为精神关系内在规律的东西,就是有意识地表现和实现的自由以及从自由产生出来的理性和正义”。参见吕世伦:《法理念探索》,法律出版社2002年版,第1页。

<sup>①7</sup> 戴孟勇:《物权的优先效力:反思与重构》,载江平主编:《中美物权法的现状与发展》,清华大学出版社2003年版,第62~101页。

平等的物权法理念由此分野,更重要的是以往批判的矛头均是指向所有权与他物权的不平等关系的,这样的立论就显得逻辑流畅、直接有力。第二个平等应该落实在所有权之间和他物权之间——“各种所有权和其他物权,在不相冲突的范围内按照各自的权限实地支配着财产,如果发生冲突,必须按一物一权原则做出处理,因此它们能够平等相处。”(第54页)

物权独立的理念也是相当重要的,作者把它定位在这样的层次上:物权的独立“是物权平等的基础和保障,只有在独立的主体或权力之间,才有可能确立和实现相互之间的平等”。(第54页)事实上,我们相信,我们理解,我们也赞同,听着物权的独立的嘹亮号角,所有权和其他物权的关系又将首当其冲接受这样的训诫:“任一物权都是实现物权人自我意志和要求的方式,不受另一物权的支配和干预”;“任一物权都是基于法律的规定或当事人的约定产生的,与另一物权没有任何权利转化的渊源关系,所有权不是其他物权的母权”;“任一物权的效力都来源于法律,即使是合同产生物权,最终意义上也是有法律决定其效力。”(第54页)这三条戒律封锁了所有权随意踏进其他物权领地的要道,也撑起了其他物权自此不再依赖于所有权的脊梁。

平等独立的大旗已经扬起,传统物权的理论与体系就开始变得底气不足,逐渐趋于瓦解。而在我看来,这是完全符合“法的精神”与“法的实在”之间关系的。其中,“法的精神”就可解为孟教授所理解的“(物权)法的理念”,“法的实在”作为法的外部存在形态,表现为以法律规范、制度为代表的单纯的实证性或经验性的东西。<sup>⑦⑧</sup>在二者的关系中,“作为法理念的两个要素的法精神和法实在,它们是紧密联系的,一方总以对方的存在为自己的前提”。<sup>⑦⑨</sup>黑格尔把实在与理念的关系做了类似的表述:与概念(精神)不相适应的实在,必将沦为单纯的现象,失之主观、偶然、随意,不成其为真理;“假

---

<sup>⑦⑧</sup> 吕世伦教授总结为四类:第一是法规范、法规范小组(即狭义的法律制度等)、法部门、法体系;第二是具有法律性质的人格;第三是立法、执法、司法、守法和法律监督的行为;第四是由上述诸方面结合起来而形成的各种法律制度。前引<sup>⑦⑧</sup>,吕世伦书,第2页。

<sup>⑦⑨</sup> 前引<sup>⑦⑧</sup>,吕世伦书,第2页。

如说,在经验中找不到任何完全与理念符合的对象,那么,理念就将作为一个主观的尺度和现实的对象对立起来了。”<sup>⑧0</sup>同样的,孟教授事实上就遵循了这样的逻辑进路,极为流畅地从重塑物权理念,走向了对既有制度规则的检视。他将旧的物权理念支配下形成的制度规则方面的问题凝练成三个问句:“现代商品交易是否必须以所有权为前提?”“现代利益机制是否必须以所有权为轴心,除了所有权,还有没有其他的确权依据?”“现代法律人格是否必须以所有权为基础,离开所有权是否就无独立人格?”(第55~59页)

第一个问题解决的是处分权并非所有权所独享的问题。作者从我们生活中随处可见的行纪、国企现象入手,通过法理甄别,挑明了自己的看法——“商品交易并不非得有所有权不可……而在于是否有权处分。……处分权是所有权中的重要权能,但不是所有权的专利。”(第56页)也顺手挑出了我们存在理解失误的症结——“将处分权与所有权等同起来,是一个惯性思维错误。”(第56页)细细想来,其实不只是归结为所谓“惯性思维错误”这么简单,根本上还在于在传统物权法框架下,把所有权视为其他物权的“母权”,把处分权能视为所有权最后的也是最坚强的“堡垒”使然;不除去所有权头上那神圣的光环,走不出传统物权法,我们就只能小心翼翼地把处分权都奉献给所有权。第二个问题实际上解决的是社会利益的“分配—获取”机制是否必须以所有权为依据的问题。作者以历史的眼光观察社会经济、管理、企业等紧涉“分配—获取”机制的结构形态后,得出的经验性结论是,利用物权可以和所有权一样成为对新增财产利益拥有一定所有权的依据。将之转化成公司法的话语表述,即为赵旭东教授探讨“劳务出资的法律问题”时的说法:“近年来日渐推行的经理层持股、员工持股、股份期权计划等企业激励方式,都存在以管理人员和公司职员对公司的劳务或服务投入获取公司股权的安排和需要。”<sup>⑧1</sup>同时,另有人在经济学意义上对“管理股”、“技术股”提供了理论佐证:“应赋予这些科技人员一种类似的所有权(ownership-like)——技术股,因为这种人力资本应视为对公司的投资,理应构成

<sup>⑧0</sup> 转引自前引<sup>⑦6</sup>,吕世伦书,第2~3页。

<sup>⑧1</sup> 赵旭东主编:《公司法学》,高等教育出版社2004年版,第256页。

公司资本。”<sup>⑧2</sup>而作者进一步从基础理论层面探求根源的结论模式在我看来,似乎是深受洛克的财产权劳动论影响,<sup>⑧3</sup>即“人们一直认为以所有权为确权和分配依据是世上最为公平的,因为原有财产的所有权本身就是社会赋予的公平象征,却没有进一步考虑原有财产不过是人们原有劳动的物化,而利用财产的劳动同样也会物化为一定的财产,两者没有本质上的区别。”(第58页)从这个面向剔除芜杂无疑得到了最为核心的哲理,但我倒是觉得作者应该依着前面的例证分析路径,进而凝结成“实质投资论”的观点作为理论根源方显体系和谐、一贯——即所有权也好,其他什么形式也罢,都是一定权利人对公司等组织体的投资形式而已。第三个问题是破除迷信法律人格与所有权之间紧密关联的问题。我认为,传统物权法理论把法律人格和所有权扯在一起的一个重要原因,可能是受到马克思关于商品交换的实质与过程的法律学说的影响,<sup>⑧4</sup>因为持“商品经济民法本质观”的学者都是以马克思的那段论述作为经典的理论背景的。然而,正像设立法人要满足的条件是依法设立而不再需要其他条件一样,<sup>⑧5</sup>判断法律人格存在与独立与否的标尺也只能是法律的规定,而非其他条件(包括所有权)。在书中,孟教授并非作解如斯,而是另辟蹊径。他的思路是先指出要区分“作为商品经济社会的独立人格”和“人与自然关系中的主体人格”,区分的原因在于说明前者是“一种法律价值判断”,“由法律拟制而成”;随后把“法人的独立财产”

---

<sup>⑧2</sup> 余晓斌、刘和平:《认股权法律问题研究》,载郭锋、王坚主编:《公司法修改纵横谈》,法律出版社2000年版,第326页。

<sup>⑧3</sup> 有关洛克劳动论的归纳整理材料,请参阅翟小波:《你凭什么拥有财产——西方财产权正当化理论检讨》,载蔡耀忠主编:《中国房地产法研究》,法律出版社2003年版,第8~16页。

<sup>⑧4</sup> 我倒是倾向于翻译方面出现了问题,根据王闯先生的转译,我们看到《资本论》的日文译本就没有说商品的监护人必定有所有权:“为了使这些物作为商品彼此发生关系,商品的监护人必须作为有自己的意志体现在这些物中的人彼此发生关系。”参见[日]星野英一:《私法中的人》,王闯译,中国法制出版社2004年版,第18~19页。

<sup>⑧5</sup> 《民法通则》第37条规定的所谓获取法人的主体资格条件往往使人们的认识产生混淆,引起对法人设立条件的误解。其实,依法设立(包括依法定程序设立和以法律规定的条件设立)足矣。受益于柳经纬教授的精辟见解。

跟“法人所有的财产”相辨别、界分,尤为难能可贵的是作者将理论和实例相结合,较充分地说清楚了论题——“决定人格的存在与否、独立与否,在于法律的意志本身而不是财产,更不是所有权。”(第59页)

“一切的一切都四散了,再也保不住中心。”(叶芝的诗句)至此,所有权在物权法里的中心地位不保,曾与其共存的制度支持亦被击溃、打散。这均源于物权平等独立的理念是客观世界的反映和需求;从反面讲,就成就了我們建立新理论的基石的愿望——“物权平等和独立原则,是最基本的物权价值取向,是重构中国物权制度的基本理念。”(第61页)

在这个物权理念指导下,联系本书第一章中对“古老的拜所有权教”的批判和对社会财产利用现象的考察,作者设计出了中国物权法的架构——“所有占有的二元结构”,即“中国的物权制度,应是解决财产归属问题和财产利用问题的法律规范的总和,一个财产归属制度和财产利用制度组成的二元结构体系。”(第61页)那么在财产所有和财产利用之间有没有必要依重要性分个主次、先后呢?在传统物权法框架底下倡导所有与利用并重的物权观念的钱明星教授的观点是,“物权法在一定程度上限制所有权,提高用益物权等权利的地位,绝不是说物权已不再以所有(归属)为中心,对以所有为中心的传统物权体系,不能轻言放弃。”<sup>86</sup>孟教授对之似乎更显处之泰然:“这在现代社会中是一个无法肯定也没有必要穷究的问题……因而只能说,财产归属和财产利用对于我们社会是同等重要的。”(第61页)不能不承认,这是个机智而又务实的选择。一方面继续坚持保留传统物权法中所有权制度的进路,另一方面重申了财产利用的重要地位,二者比肩而立,方才有了“所有占有的二元结构”的基础。

民法观察社会、规范社会行为的基本方法,我们在研究民法、处理纠纷的基本方法,都取决于我们对民事法律关系的掌握——而“掌握了这个方法

---

<sup>86</sup> 钱明星:《论用益物权的特征及其社会作用》,载《法制与社会发展》1998年第3期。

我们就抓住了民法世界的关键”。<sup>⑧7</sup>以财产所有和财产利用为原点,以法律关系为线索,按照孟教授的分析,顺藤摸瓜,我们得到了财产的所有人、利用人、第三人(一切非物权人)三方面的结构关系,如下图所示:



首先,从所有人出发,可以发生两组法律关系:所有人与利用人之间、所有人与第三人之间。其次,从利用人出发,也可以发生两组法律关系:利用人与所有人之间、利用人与第三人之间。综合在一起,总计有三组法律关系,即所有人与利用人之间、所有人与第三人之间、利用人与第三人之间。这其中,所有人与第三人之间的关系与传统物权法中所具有的法律意义完全一样,这里就不需要特别考虑了。孟教授的“物权二元结构论”在此也就把论述的重点放在了剩下的两个法律关系上了。

在财产利用人与第三人的关系中,基于物权本身的排他性效力,及占有的权利推定规则,“原则上,所有权是确定和处理利用人与一切非物权人之间的关系的根本准则”。(第64页)但这不足以解决一些特殊问题,尤其是财产所有人与财产利用人之间不睦等场合(比如孟教授所举的财产所有权人故意刁难财产利用人的例子),可能就导致理论解释上的不畅——尽管生活事实似乎并非该种设想的支持者。为了“要在理论上说圆”和“在实践中可行”<sup>⑧8</sup>,凭着拉德布鲁赫所谓的“法律感先行于结论”<sup>⑧9</sup>的职业敏感,孟教授率先提出:“要妥善地调整财产利用人与一切非物权人之间的关系,有所

<sup>⑧7</sup> 杨立新教授在中国人民大学民商事法律科学研究中心与德恒律师事务所共同主办的“民商法前沿论坛”的讲座。参见杨立新:《民事法律关系的民法方法论地位》, <http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=13331>, 2005-3-5。

<sup>⑧8</sup> 2004年5月,孟教授在“物权法国际研讨会”上的发言。<http://www.zwyyonline.com/index2/wz1.asp?id=305>, 2005-2-18。

<sup>⑧9</sup> 转引自[德]阿图尔·考夫曼:《古斯塔夫·拉德布鲁赫传——法律思想家、哲学家和社会民主主义者》,舒国滢译,法律出版社2004年版,第165页。

有权的一般规则还不够,必须有一些基于财产利用理由的规则,而且还须将两种规则以恰当的方式结合起来。”(第64页)而在财产利用人与财产所有人之间的关系中,双方都是特定的主体,其与财产所有人的关系,较之于第三人更为特殊和直接,且依托财产利用在现代社会中的独立价值,进而获得了利益的互利或双赢的现实基础。“是相互得利吸引着财产所有人和财产利用人走到一起,携手合作”,使得“财产所有人和利用人所构成的特定主体之间的权利义务关系,完全不能在财产归属和所有权中得到合乎逻辑的解释”。(第65~66页)值得一提的是,与孟教授的观点不谋而合,伊斯特布鲁克大法官和费希尔教授通过对公司的投资者和管理者之间走向结合的社会心理动机、市场机制等相关分析,按我的理解,也指出了财产所有、财产利用的联手支持了公司形态的动态构成,揭示了以公司为典型的企业形态存在与发展的根本动因,及其事实基础——“它使得那些虽拥有财富却缺乏管理能力的人,可以通过雇用劳动将她们的资金用于生产活动;而那些有管理能力却又缺乏资产的人,则可以受雇于市场上的资本。”<sup>⑩</sup>两相对照,正所谓是取比之物相合,所言之意同一。

再次回到了中国的语境中,作者以国有企业、土地承包这两个中国社会财产利用问题中的焦点为联系理论整合的载体,又一次(但绝非简单的重复)说明了中国需要而且能够去建立“一个像财产归属制度那样高度概括性、普遍性和统一性的财产利用制度”。(第66页)在这里,我明显注意到,作为一个学者关注和解决实际问题的强烈的责任感、使命感,以及化解难题所需要的睿智、洞察力。作者不是或者至少不只是踌躇于构造一种精巧、细致的理论,而是以实证材料为根据和最高准则,<sup>⑪</sup>充分去发掘、利用既存的制度片断和制度潜能,<sup>⑫</sup>力图找出核心难题,以使一切迎刃而解。这是理性

---

<sup>⑩</sup> [美]弗兰克·伊斯特布鲁克、丹尼尔·费希尔:《公司法经济结构》,张建伟、罗培新译,北京大学出版社2005年版,第12页。

<sup>⑪</sup> 如孟教授不是像一些学者那样回避问题,而是首先肯定了既存事实的价值性,从中发现问题,提炼实证材料,总结经验教训。

<sup>⑫</sup> 孟教授认为,中国的法律政策在探索和规范财产利用关系上取得了一定的成效,一些制度设计、操作模式可取之处甚多。

的方法选择,能够给人以启示。苏力教授在《法治及其本土资源》一书中的一句话似乎可以作为最好的注解:“一个民族的生活创造它的法制,而法学家创造的仅仅是关于法制的理论。”<sup>⑨③</sup>

在此基础上,孟教授较为系统地表述了物权制度二元结构的内容及层次关系。“现代中国物权制度中应有独立的财产利用制度,其与财产归属制度相互依存、相互作用,平等共处,这是物权制度二元结构的基本定义所在。”(第68页)作为有不同价值取向的财产归属法律制度和财产利用法律制度,二者在统一于中国物权制度的前提下,在相互尊重和利益平衡的基础上,又各成体系,借助于大陆法系的抽象思维优势以形成成文法,将能够把全部的物权纳入财产和财产利用的权利体系中去,<sup>⑨④</sup>按照孟教授的说法是,最终“足以覆盖整个物权领域”。(第69页)

接下去题为“财产利用的权力表述”的一节,是为财产利用寻求法律表现形态的努力,<sup>⑨⑤</sup>也是在新的背景下廓清“占有”的身份、内涵的考证,自此“占有—占有权”成了财产利用的专利,在支撑财产利用制度的同时,也增强了财产利用作为制度性存在的解释力和张力。由于这块内容更多地以“知识考古”的方式展现的,且有两个版本相映成趣,<sup>⑨⑥</sup>特别是深入到了财产利用的制度实践,相对来说较少反映“二元论”的体系化解说的过程,所以我在此就不再详述。

---

<sup>⑨③</sup> 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第289页。

<sup>⑨④</sup> 我认为,胡吕银教授运用孟教授的物权理论基本消除了了在自然资源利用权立法思路上存在的分歧,其通过对自然资源利用权完全具备物权要素的验证,得出的研究结果是“物权能够涵摄自然资源利用关系”。参见胡吕银:《自然资源利用中的私法自治与国家强制——兼评自然资源利用立法的思路论争》,载王利明、郭明瑞、潘维大主编:《中国民法典基本理论问题研究》,人民法院出版社2004年版,第471~480页。

<sup>⑨⑤</sup> 在评论物权法“从所有到利用”的发展趋势时,有学者就有疑问:“‘利用’既非法学概念,又非经济学术语,对之如何界定,迄今未有人做出缜密的阐述。”前引,温世扬、黄军文。可以说,孟教授的这项工作刚好解除了这个疑问和难题。

<sup>⑨⑥</sup> 一个版本是该书的第69~79页,另一个版本是孟勤国:《占有概念的历史发展与中国占有制度》,载《中国社会科学》1993年第4期;其中前者是后者的“精华版”和“升级版”。

该书以后的三章内容分别是“研判物权基本问题”、“琢磨财产归属制度”、“打造财产利用制度”。相对前面来说,这三章是在较为具体的方面探索了物权法的基本问题,是“二元结构”之建构的努力,其中所折射出的反思与批判精神熠熠生辉,理论说服力和辩证观令人叹服。但鉴于本文自觉地把写作重心放到了所谓的“在批判与重构之间”这样宏观的视域,更是由于篇幅所限,在此不予展开评论。

### 三、不动产、动产如何界分:借题发挥

在我的词典里:思,丝也,思乃我生命的游丝或触须,在风中试探,试试看能抓住什么。

——何怀宏:《对思想的权力》

孟教授自己也谦虚地说,由于该理论创立时间不久,许多地方还尚待学界对之进行更广泛的研讨、争辩;<sup>⑨7</sup>事实上孟教授在该书出版后,的确又通过更为细致、深入的工作把该理论向前推进了一大步。兹举两例,<sup>⑨8</sup>如其在《公有制与中国物权立法》一文中论证了:“现代社会和公有制对建立财产利用权利制度有着同样的需求和任务,两者并无内在冲突。中国物权立法在追求物权法现代化的同时,可以而且应该充分反映公有制的要求,切实解决土地承包经营权和国有企业法人财产权的问题。”<sup>⑨9</sup>在这篇文章里,作者把中国公有制的实际作为分析场景,从现代社会发展中大规模出现的“财产归属与财产利用普遍分离”的现象与公有制所要求的“公有财产的归属和利用天然分离”的内在契合点出发,通过与中国现有的两个物权法草案建议稿相关制度安排的比较,说明了孟教授依“物权二元结构论”创设的建议稿应对中国国情的切实可行性或其制度优越性。再如为了继续增强其在该书中所辩解的担保物权的非物权性,孟教授在此前研究的基础上,进一步从学理上

<sup>⑨7</sup> 前引<sup>③4</sup>,孟勤国文。

<sup>⑨8</sup> 当然,这里只是简单地举例说明,而孟教授的工作绝不止停留在这两个地方,常读孟教授的作品就会有更多体会。

<sup>⑨9</sup> 孟勤国:《公有制与中国物权立法》,载《法学》2004年第2期。

指出:“‘担保物权支配物的交换价值’是个伪命题。”<sup>⑩</sup>在这篇简洁干练的短文中,孟教授认为,视担保权为物权的学者实际上在利用政治经济学里商品二重性原理过程中,自觉或不自觉地偷换了概念,即把“价值”偷换成了“交换价值”,<sup>⑪</sup>而实际上这次偷换的结果也不尽如人意,不但“担保物权支配不了物的价值”,基于交换价值作为“一种物的交换关系和比例”的事实,“担保权人也不可能支配交换价值”。<sup>⑫</sup>

学者们认为尚存的其他问题也不少,如陈小君教授等认为孟教授“构建的用于解决实际问题的二元结构在逻辑上仍须斟酌、完善”,<sup>⑬</sup>王利明教授尚采“担保权仍属于物权”、“物权法有必要规定物权请求权”等观点,<sup>⑭</sup>崔建远教授提出了“为物权的优先效力申辩”的论说,<sup>⑮</sup>赵万一教授还是觉得处分权非所有权莫属,<sup>⑯</sup>刘保玉教授关于客户在银行存款的所有权是否转移的疑问,<sup>⑰</sup>秦海生“研究生”在一篇书评中“愤然”指出的若干批评意见。<sup>⑱</sup>

我在阅读该书过程中,不解之处甚多,但随着进度的加大,反倒基本上从书里获得了满意的答案,但目前尚有一处还不理解,即孟教授把“登记标

---

<sup>⑩</sup> 孟勤国、冯桂:《“担保物权支配物的交换价值”是个伪命题》,载孟勤国、黄莹主编:《中国物权的理论探索》,武汉大学出版社2004年版,第359~361页。

<sup>⑪</sup> 黑格尔使用的就是“价值”这个概念,并非物权法学者所谓的“交换价值”——“我作为物的完全所有者,既是价值的所有者,同时又是使用的所有者。”前引,黑格尔书,第70页。

<sup>⑫</sup> 前引<sup>⑩</sup>,孟勤国、冯桂文,第359~361页。

<sup>⑬</sup> 前引<sup>⑬</sup>,陈小君、侯巍文,第553页。

<sup>⑭</sup> 王利明:《物权立法若干问题新思考》,载《法学》2004年第7期。

<sup>⑮</sup> 崔建远:《物权:生长与成型》,中国人民大学出版社2004年版,第20页。

<sup>⑯</sup> 2004年5月,赵万一教授在南宁召开的“中国物权法理论研讨会”上的提问。前引,孟勤国、黄莹书,第418页。

<sup>⑰</sup> 2004年5月,刘保玉教授在南宁召开的“中国物权法理论研讨会”上的提问。前引,孟勤国、黄莹书,第419页。

<sup>⑱</sup> 秦海生:《应提倡“大胆设想,小心求证”的优良学风——评孟勤国先生著《物权二元结构论:中国物权制度的理论重构》》,http://www.beincity.net/isaybbs/viewthread.php?tid=1557,2005-3-10。孟教授严肃回复了相关问题,并“主张学术批评应该以理服人。”参见孟勤国:《愤然不能代替读书——答秦海生“研究生”》,载《法学》2003年第10期。

准”作为不动产、动产划分标准的理论。为此,我不揣浅陋,专门做了一项考察和辨析不动产、动产划分标准的工作,以期搞清楚这个疑问。

不动产、动产这种对物的划分方法在民法—物权法中向来有极为重要的理论和实践意义。从罗马法到法国民法,再到德国民法,跨过千年的历史长河而仍旧维持着其常青的生命——这自有它存在的合理性,甚至于一定的科学性。然仔细观察,细致分析,我们发现,不动产、动产的划分标准并没有像这种划分自身一样保持恒久如一的品性,相反,划分标准在不同的时间和空间里并不相同,差异颇大。同种分类模式为何在划分标准上出现了重大的差别?这个分类形态是否仍有其理论与现实意义?“近代法将所有财货商品化,不动产与动产已丧失本质上的差异。然两者非在自然性质上有所不同,且在资本主义社会里,对成为财产信用基础之不动产,有特别的规定。”<sup>⑩</sup>我国对之应该抱何种态度,在如火如荼的民事立法活动中做出何种选择?对此进行全面而纵深的考察、研析就显得甚为必要。

### (一) 不动产、动产的划分及其意义<sup>⑪</sup>

#### 1. 不动产、动产划分的方法论意义及其局限性

“在每一种法中都有一个‘对物的基本划分(summadivisio rerum)’……这种基本的划分在现代法中表现为不动产和可动产之分。”<sup>⑫</sup>我们认为,罗马法学家彼德罗·彭梵得的这句话可以解析为如下三个要点:第一,将立法、法学研究建筑在对物予以分类的基础上,这具有科学的方法论意

---

<sup>⑩</sup> 前引<sup>⑨</sup>,刘得宽书,第139页。

<sup>⑪</sup> 该部分内容按照我的初步设计是不按照时代、国家等而一体进行阐述,但在这个作业过程之中发现就此而论者早已有之,且在类似模式下,笔者目前尚不能达到实质性突破,故为求妥善和较为实证的体现各个时期的特色,以及行文中前后的对应关系,特此分别而述之。有关典型的论述模式,可参见梅夏英:《财产权构造的基础分析》,人民法院出版社2002年版,第250~251页。

<sup>⑫</sup> [意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第190页。

义,<sup>⑩</sup>即将研究对象依照一定标准划分以后,分而述之,有利于形成规模效应,使信息搜集、知识生产、学术交流等的成本降下来,<sup>⑪</sup>有利于使研究工作在横向和纵向上实现立体性地展开,同时能对理论点的完善和理论体系的构筑及其合理化论证提供很好的线索;第二,不动产、动产的划分不是出自现代法律的实践,而是起源于相当久远的年代,但因这种对物的划分较之其他的分类形式,更能够适应时代和社会发展的要求,也就渐渐稳固了其独特的历史地位;第三,不动产、动产的划分无论是在其最初出现时,还是在现代法上,都是“一个对物的最基本划分”,始终占据了机要位置,<sup>⑫</sup>也就预示着整个经济—社会制度都以它为基点,由之而辐射法律机制的里里外外、方方面面。

毋庸置疑,上述分析仍然不能解决这样一些问题,如不动产、动产的划分是如何产生的?这种划分形式存在的法律及现实基础是什么?我们今天来考虑这个问题的立足点何在?自然,这又涉及了一个思考方法的问题,彼得罗·彭梵得的叙述充其量也只是给了我们一个物经过划分后的存在样态得以显现的样板,这并不能够告诉我们这种样态的成因及现状得到稳定保持的原因。而要获取这些“内幕”,则不能一味地在这块划分后的样板上徘徊,一定得另辟蹊径。对这类层次的问题,英国的法史学家梅因曾极有先见地讲到,探索物的分类的理由不属于法律哲学而属于法律历史,<sup>⑬</sup>与此看法

---

<sup>⑩</sup> 郑成思教授指出,这种划分有助于分别不同客体去研究各种法律关系,即较有条理地去“入门”,另一方面提到了马克思对这种划分的目的的认识——掩盖“剩余劳动”中隐藏的阶级剥削关系。转引自前引<sup>⑧</sup>,梁慧星文,第90页。

<sup>⑪</sup> 宋功德博士列出的有关社会科学中学科分工的益处的探讨文字,给笔者以经济学分析法取向之启示。详细论述可参见宋功德:《法学的坦白》,法律出版社2001年版,第134页。

<sup>⑫</sup> 孟教授认为,动产与不动产的分类对物权法的技术影响基于自物权、他物权的分类。前引34,孟勤国书,第119页。从马俊驹教授在一篇讲述不动产法的地位和意义的文章中,我们也可从侧面看到不动产、动产划分的价值所在——“迄今为止,大多数国家的物权法或财产法中……若抽出不动产法,整个物权法便黯然失色”。参见马俊驹、梅夏英:《不动产制度与物权法的理论和立法构造》,载《中国法学》1999年第6期。

<sup>⑬</sup> [英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1996版,第155页。

相呼应,法国学者马洛里和埃勒斯同样认为,“这种分类的重要性并不能以其本身解释,而只能从历史的角度予以解释”。<sup>①</sup>在这种思想的指引下,我们把研究的触角伸向历史的发展长河,期待着这种法律层面上的纵向历史性考察能给我们带来新鲜、有益的味道。下面按照时间发展的主线分时代和国别对此问题展开述说。

## 2. 罗马法上不动产、动产的划分及其意义

不动产与动产作为物权法中对物的一种分类形式,其端绪最早可以溯及罗马法时期。<sup>①</sup>在优士丁尼以前的罗马法中,根据古老的移转物的方法,“要式物(res mancipi)”和“略式物(nec mancipi)”是市民法所做的分类,<sup>②</sup>且是最重要的分类,直到拉丁世界发生危机,一直是罗马法的基础。这是与古罗马社会正处在较为早期的农业经济状态<sup>③</sup>及与之相适应的“当时财产属团体占有,尚不存在生产资料个人所有的实际情形”<sup>④</sup>相符合的。到帝政后期,这种划分方式趋向没落,<sup>⑤</sup>优帝一世“再未从生活中发现这些制度的痕迹,也不理解它们的古代精神”,<sup>⑥</sup>因此便废除了这种区分,以“不动产”和

---

① 该文字转引自尹田:《法国物权法》,法律出版社1998年版,第68页。

② 转引自前引①,柳经纬书,第57页。

③ 周枏、吴文翰、谢邦宇:《罗马法》群众出版社1983版,第147页。

④ 彼德罗·彭梵得认为,要式物和略式物的划分一直与在意大利占主导地位的农业经济相对应。前引①,[意]彼德罗·彭梵得书,第191页。

⑤ 前引④,马俊驹、梅夏英文。

⑥ 有学者认为,其原因在于个人所有权的出现冲击了这种古老的划分方式赖以存在的基础——以生产资料归团体占有的经济结构。前引④,马俊驹、梅夏英文。

⑦ 前引①,[意]彼德罗·彭梵得书,第192页。

“可动物”<sup>⑪</sup>的划分来表示具有重要社会意义与具有个人意义的物之间的基本对应关系,并在此基础上逐渐建立起了物权法里极为重要的物权公示制度。<sup>⑫</sup>有学者依据所有权权能分离理论分析后得出结论:“古罗马物权法体系其实完全构筑于不动产制度之上的。”<sup>⑬</sup>我国一些著名的罗马法专家也认为:“总的看来,罗马法对于不动产的保护要比动产更为周密得多。”<sup>⑭</sup>具体而论,已故著名罗马法学家周相先生更是耐心地在五个方面对罗马法上不动产、动产划分的法律意义进行了概述。<sup>⑮</sup>

### 3. 法国民法上不动产、动产的划分及其意义

法国物权法继承了罗马法关于物的这种分类方法,<sup>⑯</sup>动产与不动产是法国民法上对财产最为重要的基本分类。这一分类是《法国民法典》编撰时期法国统治者有关物权的立法思想的重要反应。……即使在法国现代物权

---

<sup>⑪</sup> 对此,我国学者已习惯称之为“不动产”与“动产”,为照顾习惯,以下行文,均以“不动产”、“动产”称之。但是笔者认为这种习惯性称谓应予纠正,以便做到名实一致。因为在“财产”与“物”的关系定位之争尚未平息的情况下,不动产、动产往往被人有意或无意地归入“财产”项下,以致引起不必要的麻烦。如郑成思教授的说法即是一例:“动产(Movable Property)与不动产(Immovable Property)都重新使用了可移动与不可移动的‘财产’(Property)概念,暂时放弃了‘物’(Real Thing)的概念。”参见郑成思:中国社会科学院《要报·信息专版》第41期,2001年6月8日;转引自前引<sup>⑥</sup>,梁慧星文,第90页。

<sup>⑫</sup> “古典法学理论从未使用过‘不动物’这种表述……只是到了最后时代,在罗马法发展的新区域内,皇帝、大区长官以及地方习俗才开始引进转让不动产的、公共的要式手续和对这类行为的登记程序(gesta publica)……”。前引<sup>⑪</sup>,[意]彼德罗·彭梵得书,第192页。

<sup>⑬</sup> 前引<sup>⑪</sup>,马俊驹、梅夏英文。

<sup>⑭</sup> 前引<sup>⑪</sup>,周相、吴文翰、谢邦宇书,第151页。

<sup>⑮</sup> 这五个方面是“二者取得时效期间的长短不同”、“二者手占有保持令状保护的法律规定不同”、“二者可能被侵犯的形式不同”、“对二者的处分和返还的要求不同”、“二者在能否在其上设立他物权不同”等。参见周相:《罗马法原论》,商务印书馆1994年版,第307页。

<sup>⑯</sup> 尹田教授认为,法国古代法(droit ancien)真正确定了这种分类的重要价值,罗马法基于形式主义的立法思想只束缚反倒并没有对之予以足够的重视。参见尹田:《法国物权法中动产与不动产的法律地位》,载《现代法学》1996年第3期。

法上,其仍不失为财产的主要分类之一”。<sup>⑫</sup>众所周知,1804年《法国民法典》第二卷“财产以及所有权的各种变更”开首一编“财产的分类”中只规定了不动产和动产这一种分类形式<sup>⑬</sup>及对各自内容的详细列举。以后的各编莫不以之作为其制度设计之本。<sup>⑭</sup>有学者认为,“《法国民法典》……立法事实上就物的分类而形成了各自不同的具体制度,不动产与动产也开始成为了解该法典的一条较为清晰的线索。其中,不动产成为物权法的核心。”<sup>⑮</sup>这的确很有道理。其立论依据正如前所述,在于动产与不动产的分类形式已经贯穿其中,且基本的规范对象及其主要范围被限定为不动产,遂使不动产法的法定主义色彩显得极为强烈,并有意识地限制了当事人对不动产的支配权之行使,突出了不动产立法的重要法律地位。拿破仑称帝后,采取了逐渐恢复封建制度和革命前的贵族制度的措施,这样,诞生在这种特定环境的法国民法典自然注重保护拿破仑所寻求的彼时稳定的制度根基,即地产及其法律地位。法国历史学家勒费弗尔对此也讲到:“民法典对地产特别注意,因为地产仍然是当时财富的主要形式。”<sup>⑯</sup>此外,法国民法学者对动产与不动产分类的法律意义大体也是从划分标准的角度来评论的,突出的例子如“一是这种分类揭示了动产与不动产在物理上的区别。一般而言,鉴于物的自然属性,这种区分不因时间的经过而发生变化(虽然事实上已经发生了某种改变)。二是揭示了动产与不动产在价值上的区别,这一点是此种分类在价值上最为古老之处,相应地也是现代社会动产与不动产因价值上趋向同一而使其分类的效果得以减弱之处”。<sup>⑰</sup>

<sup>⑫</sup> 前引<sup>⑫</sup>,尹田文。

<sup>⑬</sup> 该法典第516条明文规定“一切财产,或为动产,或为不动产”。

<sup>⑭</sup> 如第二编“所有权”之“添附权”就依不动产、动产的分类来规定的;第三编“用益权、使用权与居住权”中,这三类物权形式之设立(第581条、第625条)便循此分类而设置;从第四编“役权与地役权”第638条、第687条可明显看出该分类留在其中的痕迹。

<sup>⑮</sup> 前引<sup>⑭</sup>,马俊驹、梅夏英文。

<sup>⑯</sup> 欲对此有更详细的了解,可参见徐国栋:《公平与价格—价值理论》,载《中国社会科学》1993年第6期。

<sup>⑰</sup> 前引<sup>⑫</sup>,尹田文。

#### 4. 德国民法上不动产、动产的划分及其意义

“动产和不动产的划分对整个《德国民法典》,尤其是对德国民法物权体系有着根本性的意义。”<sup>⑬</sup>在德国学者眼中,“民法典的物权条款对动产和不动产有清晰的界分。这个界分关涉到物权的取得及权利的类型。……由于公法的影响,特别是土地的规划及其环境法律,对财产权的效力有实际意义。”<sup>⑭</sup>与《法国民法典》对照,《德国民法典》的第三编“物权法”将不动产、动产的分类形式贯彻得更为坚决和彻底——“该法典整个物权编完全建立在对不动产和动产的区别对待上面,不动产和动产的法律规范也有着明显的区分”。<sup>⑮</sup>从体例安排看,除了该编第一章“占有”外(事实上,占有本身不具有区别动产占有、不动产占有的必要,尽管该章也包括不动产占有的规范),第二章“土地权利通则”根据不动产法的基本规则对作为不动产的核心即土地的权利取得、变更、废止及与之关系密切的登记制度等都做了详实规定,并将之列于“占有”之后,自然是颇为“抢眼”;在随后第三章“所有权”中,“头等重要的区分了土地和动产所有权”,再后的几章“并没有按照物权的种类和性质而编排他物权结构,而是分别具体规定不动产物权和动产物权,而对于不动产和动产均适用的条款则被分解出来,单独列出”。<sup>⑯</sup>此论述可以从“物权法”一编的第四章到第八章关于不动产的诸种物权形式之规定与第九章“动产和权利质权”的相关比照中看出来。不动产与动产的分类不仅体例编排上殊为清楚,从条文数量(规定不动产的条文数量是动产条文数量的四倍多)、制度设计(仅物权法中的不动产制度就包括多种物权形式,如土地权利、地上权、地役权、抵押权等)、顺序排列(自罗马法以降,各国关于动产、不动产的分类方法是先决定不动产,而后不动产之外者为动产,德国物权法诚为典型之一)等观之,物权法中的不动产立法亦是非常显耀的。再就是如德国学者沃尔夫教授指出的那样,所有权移转适用的规则、设定特定限制物权

<sup>⑬</sup> 前引<sup>⑤</sup>,孙宪忠书,第7页。

<sup>⑭</sup> Werner F. Ebke and Matthew W. Finkin, *Introduction To German Law*, C. H. Beck Kluwer, 1996, p. 229.

<sup>⑮</sup> 前引<sup>④</sup>,马俊驹、梅夏英文。

<sup>⑯</sup> 前引<sup>④</sup>,马俊驹、梅夏英文。

的客体受限规则等方面在不动产、动产上完全不同。<sup>⑬</sup> 通过分析可以这样认为,以上无不表明《德国民法典》对不动产的重视与厚待。<sup>⑭</sup> 另外,尽管德国法学家一贯以抽象思维见长于世,并将之淋漓尽致地发挥在代表了其民族精神的法典中,但对于不动产、动产规则却并没有“提取公因式( *ver die Klummer ziehen* )”即未曾抽象出对二者共同适用的一般通则。<sup>⑮</sup> 可能德国法学家确实不认为存在能对不动产、动产共同适用的所谓“一般通则”,存在的只是差别与对立。因此之故,这是一个真正深刻而彻底的划分形式,难怪有学者感叹说——“两者在立法上的分野最终由《德国民法典》完成”。<sup>⑯</sup>

### 5. 我国民法上不动产、动产的划分及其意义

我国民法通则中并没有不动产与动产的概念,但在有大陆法系民法传统<sup>⑰</sup>的中国民法理论与近几年的立法实践已经接受了这一划分,如1995年6月30日通过的《中华人民共和国担保法》中关于不动产抵押和动产质权之规定,该法第92条进一步限定了不动产的具体范围(“本法所称不动产是指土地以及房屋、林木等地上定着物”)及动产的确定方法(“本法所称动产是指不动产以外的物”)。在2003年公布的《中华人民共和国民法(草案)》第二编“物权法”和2005年7月10日发布的物权法草案中,不动产和动产的分类得以彰显其中。仔细观察前一个立法文件,可以看到,该编由总则到分则,从形式架构至内容展开基本上都接受、吸纳了这种分类形式——单就“总则”而论,在第一章“一般规定”及第三章“物权的保护”中,就已经对物权

---

<sup>⑬</sup> 沃尔夫教授从不动产规则和动产规则适用上表现出来的特殊性角度出发,说明了德国物权法上“对动产和不动产的区别处理”。前引<sup>④①</sup>,[德]M·沃尔夫书,第9页。

<sup>⑭</sup> 孙宪忠教授认为《德国民法典》的物权编的首要特点就是“不动产立法是《德国民法典》物权编的重点”,并有针对性地引述了德国法学家对于该立法的认识论基础及要达到的目的。前引<sup>④③</sup>,孙宪忠书,第48~49页。

<sup>⑮</sup> 前引<sup>④③</sup>,孙宪忠书,第10~11页。

<sup>⑯</sup> 前引<sup>④①</sup>,马俊驹、梅夏英文。

<sup>⑰</sup> 孟教授认为我国物权法,乃至民法的“传统”首先承接了民法模仿大陆法系的一贯做法,其次是延续了大陆法系民法的悠久历史,使中国民法与两千多年前的罗马法有了一脉相承的历史渊源。前引<sup>④⑥</sup>,孟勤国书,第7页。

的客体做了动产与不动产的划分,而未提及其他的分类形式,如第6条、第7条、第15条、第16条等的规定。在第二章“物权的设立、变更、转让和消灭”中,更是把“不动产登记”和“动产交付”作为物权变动的生效要件,分节顺次给予规定。可以说,如果缺失了动产、不动产的划分,物权法将陷入“零落成泥碾作尘”的境地,并一发不可收拾。另外,由于不动产本身的地位、价值、现状等情况,结合中国一向注重对土地的严格控制的国情,不动产法因此而更多的掺入了公法性要素,扮演着公与私的双重角色,“执行着公共事务和私人受益的双重职能。……当前强调不动产的‘利用’并非不动产流通的‘市场化’,而是在国家控制下对社会利益和个人利益的调和过程。因此,若不明确不动产制度的特殊性而抛弃二元划分,显然对我国当前立法是不利的。”<sup>⑭</sup>这之外,有学者认为,不动产、动产的划分有着深刻的经济意义,并从该视角预见并论定“我国物权立法之重点,是不动产物权之立法”。<sup>⑮</sup>

## (二) 既往划分标准的对照观察

由以上分析可见,在不同历史时期、不同的典型国家,不动产、动产的分类形式得到了广泛认同和应用,更有甚者,如《魁北克民法典》的立法模式是仅规定不动产和动产,<sup>⑯</sup>这似乎也预示着这种对物的划分标准的旺盛生命力,基于这个划分,我们可以很清楚地知道现实中不同物的相应类属,进而推知其在法律上的地位及与之相适应的相关规则。然而严酷的事实嘲弄了理想的预测——不动产和动产的划分标准不仅出现了历时性的变异,而且在特定时期、特定国家,关于该分类到底采用了何种标准尚待我们仔细考察。孟教授对此感慨道:“同样是种子,在法国民法中只要是供给佃农的,就算不动产,在德国民法中,则必须投入土地才能成为不动产,这一事实本身

---

<sup>⑭</sup> 前引<sup>⑪</sup>,梅夏英书,第251页。意识到不动产与动产划分的重要性和必要性已为相当多的学者接受,如王利明:《物权法论》,中国政法大学出版社1998年版,第85页;王卫国:《中国土地权利研究》,中国政法大学出版社1997年版,第5页。

<sup>⑮</sup> 前引<sup>⑯</sup>,周林彬书,第116页。

<sup>⑯</sup> 该法第907条规定:“所有的其他财产,如果未被法律规定,视为动产。”王利明教授对这种立法模式持保留态度,认为我国物权法中不应采纳这种模式。前引<sup>⑯</sup>,王利明书,第93页。

就说明动产与不动产标准的不确定性。”(第 120 页)反映在法律条文中,我们看到《法国民法典》第 517 条、第 527 条给出的不动产、动产标准实不一致,“或依其性质”、“或依其附着客体”、“或由法律确定”。动产与不动产划分标准之模糊性、不一致性引发了我们继续深入探究的兴趣和热情。

### 1. 罗马法上的不动产、动产划分标准之观察

罗马法上的动产与不动产是“以物能否移动和移动后是否变更其性质、损害其价值进行的分类”。<sup>⑭</sup>依此观之,罗马法上的标准是以自然属性为根据的,并且物的性质、价值始终如一的纯粹物理标准,即以能否实现物理意义上的“移动”作为对物予以梳理的标杆。这是一个有着极强的感性特点的标准,能为具有一般感性思维的普通人所认知并成为辨别某物类属的天然尺度,充分体现了罗马人崇尚务实、注重实际的禀性。按照这个标准,不动产在罗马法上被分为三类,即土地<sup>⑮</sup>、动产因附着于不动产而成为不动产、因权利客体的原因而成为具有不动产性质的他物权。在罗马人的头脑中很自然的有这样一种常识性的感觉,土地及房屋等定着物对人很重要,于是就有了把这些物集中起来加以管理和保护的必要,而这些物外观上又都具有不能自行移动或被外力推动这样同一的显性特征,且此标准的理论单调、能为具有一般理智者轻易察之,在实务中简便易行,于是,当初可能仅仅只是一种自然秩序安排的“巧合”,结果却使物理标准冠冕堂皇地成就了一项影响千年的法律制度。

### 2. 法国民法上的不动产、动产划分标准之观察

关于不动产与动产的划分标准,早在 1283 年,法国学者博马努瓦尔(Beaumanoir)撰文提出了以能否实现移动的物理标准一以断之的观点,<sup>⑯</sup>

<sup>⑭</sup> 前引<sup>⑫</sup>,周相书,第 283 页。

<sup>⑮</sup> 当时建筑物因被视为土地的当然成分,故此处的土地,用现代的眼光看,实际上包括土地和建筑物。这就是以土地为农业经济、甚至整个社会经济之核心的年代出现的所谓附属性现象(fen ómeno da acessoridade)。参见[葡]马光华:《物权支配权的发展》,载《中国房地产法研究》(第二卷),法律出版社 2003 年版,第 184 页。

<sup>⑯</sup> 该学者的原话是:“不动产指不能被移动的财产,动产指能从一地移往另一地的一切财产。”Beaumanoir, Coutumes de Beauvoisis. p. 31;转引自前引<sup>⑫</sup>,尹田文。

这一思想反映在 1804 年《法国民法典》中就构成了其分类的基本标准。如此,不仅对物进行了方便明快地梳理,还通过人为的方法借助权利客体的反射作用而适用于各种权利。<sup>⑭</sup>

法律应该稳定,但不能静止不变。随着社会经济的发展,法民法基于财产的用途的考虑,对物理标准进行了修正处理,<sup>⑮</sup>使特定财产超脱于物理标准的统辖之外,达到改变其法律属性及法律效果的目的。这种修正的基本思想被认为是:不动产是贵重的长期存在的和能够产生受益的财产;动产则具有较低的价值且不能长久存在的财产。<sup>⑯</sup>很自然地,不但是《法国民法典》基于不动产的重要价值上的考虑,“其整个法律体系的设置都有意识地使当事人对不动产的支配权的行使不太容易”;<sup>⑰</sup>在法律实践中,价值标准与“将财产保存于家族内部的原则”及“动产是债务清偿能力的核心的原则”发生契通,并照应了其在法典中的法律效果。

### 3. 德国民法上的不动产、动产划分标准之观察

由于《德国民法典》并没有像《法国民法典》那样给不动产、动产下明确的定义,我们只能从它们在法典条文中反映出的各自的范畴去反向推断其划分标准。在《德国民法典》中,不动产的通行解释是“地产”,另外,建筑物、非因临时目的而在法律上不能与土地或者建筑物相分离的动产都包含在不动产的外延之内。《德国民法典》没有列举动产的范围,通说认为,不动产之外的一切物都是动产,它包括人们的消费资料、人工制造物和货币等。<sup>⑱</sup>

<sup>⑭</sup> 该标准广泛适用于各种权利,如物权、债权、无形财产权等。有关这些情形的描述可参见前引<sup>⑫</sup>,尹田文。

<sup>⑮</sup> 这主要体现在三种情形,分别是所谓的“预置动产(meubles par anticipation)”、“不动产附着物(immeubles par destination)”、“物的替代”。前引<sup>⑫</sup>,尹田文。

<sup>⑯</sup> 前引<sup>⑫</sup>,尹田文。

<sup>⑰</sup> 不动产立法在各国民法典向来都呈现出精细而宏大的制度形态,法民法自然也不例外,但在法国,意图以只具有辅助意义的价值标准去理解和认同之,未免有些失之牵强。前引<sup>⑫</sup>,尹田文。

<sup>⑱</sup> “地产”只能是可以纳入不动产登记的土地,是精确地指向“其内容是从不动产登记簿的角度考虑的法律技术概念”,而不是泛指的土地(Boden)。前引<sup>⑬</sup>,孙宪忠书,第7~9页。

按上所述,我们看到,“地产”、建筑物、永久附着物三类(而非其他,比如前面提到的动产范围内的有体物)构成不动产的基本形态在直观上已经提示了我们物理标准早就毫不客气地渗入《德国民法典》的血脉。孟教授仔细琢磨了“地产”的概念后,睿智地感叹道:“这是一个具有物理和程序双重意义的分类标准,土地、房屋和永久附着物是不动产,首先出于其不可动性,同时还在于业经不动产登记的程序性质。”(第120页)并认为马俊驹教授、余延满教授在《民法原论》中关于动产于不动产分类标准的论述明显带有德国民法的气息。<sup>⑮</sup>的确,素以思维缜密、严谨著称的德国法学家为了加大不动产、动产的区分度,将不动产的物权变动之生效要件移入“前台”,与物力标准相辅相成,实乃高明之创举。与《法国民法典》相比,这种耐人寻味的尝试也构成了《德国民法典》的特色。

### (三) 四种划分标准之评析

#### 1. 罗马法上的划分标准之评析

“《法学阶梯》认为,‘物实际上可分为可动物和不动物’。前者指得以实现占有,并可移动之物,如奴隶、农具;后者虽得实体占有,但不可移动之物,如土地。”<sup>⑯</sup>以是否具有可动性来区分动产与不动产的划分标准的做法确立于罗马法,并辗转被法、德立法所承袭,誉之为源远流长、不可小觑当不过分。然而孟教授以今天之视角,认为“物理标准的固有缺陷几乎是不可克服的”,并对此提供了三条论证:实物形态的不动性掩盖了物的其他性质,现代社会中物的地位和作用已经很难与“不动性”相挂钩,科技进步打破了不动性本身的根基。(第121~122页)由此可见,物理标准并不是万无一失的,不然法国为何还要辅之以价值标准,德国为何非得求助于程序标准?这自然也表明了复杂难解的社会生活现实已经对我们的理论和立法构成了重大的冲击,也对一些学者在该物理标准上那些不懈坚持的论道发出了深沉的

---

<sup>⑮</sup> “动产与不动产是根据物能否移动并且是否因移动而影响其价值,以及物权变动要件的不同为标准而进行的划分。”前引<sup>⑫</sup>,马俊驹、余延满书,第91页。

<sup>⑯</sup> 江平、米健:《罗马法基础》,中国政法大学出版社1982年版,第151页。

叩问。<sup>⑮</sup>

## 2. 法国民法上的划分标准之评析

如前所论,法国民法中不动产、动产划分的首要标准是物理标准当无疑义,但随着时代的发展,认识水平的提高,法律也有了变革,辅助性的价值标准应运而生。于是,当时对财产价值因素的考虑作为不动产的确定标准时,因物理标准衡量形成的物理性意义就不能不受到遏制,换言之,人们心目中的价值观念挑战了物理性自身的权威。而“财产的贵重与否与财产在社会中的地位不一定成比例,贵重的未必就是社会公认的重要财产……从来没有哪个国家或地区将财产价值作为动产与不动产惟一或重要的分类标准。法国也只将其辅助于物理标准”。(第123页)法国学者对此亦颇多批评,认为法典中不动产的体系被两个标准搅得成了不规则的“跛子体系”,更有法国学者提出要对划分标准作重大修改,等等。总之,尽管不动产在法国继续保持了最重要的财产的地位,但是不动产与动产的划分(包括其标准)在逐渐趋向衰落。<sup>⑯</sup>

## 3. 德国民法上的划分标准之评析

《德国民法典》关于不动产、动产的分类在物理标准之外加入了一个程序性标准很好地解决了一些问题,如车、船、航空器等按照纯粹的物理标准应当归入动产规则适用对象的范畴,但法律明文规定其一律适用不动产规则,<sup>⑰</sup>建筑物可以被整体迁移的今天,其适用不动产规则的要求和做法本色不改、天经地义,究其原因,程序标准使然。孟教授在肯定程序标准为“一个相当机智的对策”的同时,认为,在物仅限于有体物的体系里,程序标准“不

---

<sup>⑮</sup> 但仍有学者倾向于选择物理标准。参见屈茂辉:《关于物权客体的两个基础性问题》,载《时代法学》2005年第2期;房绍坤:《动产与不动产划分标准探究》,载《河南政法干部管理学院学报》2006年第2期。

<sup>⑯</sup> 前引⑮,尹田文。

<sup>⑰</sup> 德国将“船舶所有权”视为“不动产所有权的特殊形式”,并对之专门立法以求变通《德国民法典》第三编的有关内容,这就是1940年德国制定的《已登记船舶和建造中的船舶的权利法》及其实施细则《关于贯彻已登记船舶和建造中船舶的权利法》的法令》。前引⑮,孙宪忠书,第224页。

仅没有用以弥补物理标准的缺陷,反而缩小了不动产的范围,使物理标准更趋于狭窄和偏颇”。(第 123 页)并把因临时目的附属于土地或建筑物的物纳入动产的例子拿来引以为阐释程序标准拙劣的佐证,由之,“应该登记的未必就是不动产,不可动的未必就是必须登记的,除非能够容忍混乱,不可能同时选择程序标准和物理标准”。(第 123 页)

#### 4. 孟勤国教授所倡的划分标准之评析

通过对罗马法和法、德民法中相应划分标准的批判,孟教授反思道:“要理清动产与不动产分类标准的思路,还得回到问题的起点”;并一针见血地指出,人类区分动产与不动产的目的在于区别对待,而区别的依据在于某些物特有的“重要的社会意义”,<sup>⑩</sup>然而“重要的社会意义”自然呼唤与之相对的“社会管理”,且“管理方法”与“登记”是划等号的。如此一来,“登记”合乎逻辑地与“登记的对象是具有社会意义的财产则是一个没有挑明但实质意义一致的基本点……”(第 123 ~ 126 页)联系起来。<sup>⑩</sup>随即,孟教授似乎稍有些夸大了这个“基本点”,以积极的“旁观者”视角指出:“囿于传统的观念和模式,人们没有认识到,在接受动产登记的例外时,实际上已经树立了一个新的划分标准,这就是登记。……以登记区分动产与不动产,已经成为生活中的一个事实,我们所要做得仅仅是揭示和说明这一客观存在。”(第 126 页)

在这个长长的推理中,我们看到,从“不动产必须登记”到“须登记的是不动产”的反向思维转换,以及因此便确立登记标准的惟一至上地位过程中,孟教授只是简单地请出了所谓的“全称判断”,便意图实现对传统不动

---

<sup>⑩</sup> 我认为孟教授的这个判断十分准确,也具有终极性的意义(这句话反过来说,似乎也有其意义)。从历史演进的路向来说,该论点会更加清晰起来,比如赞恩先生在讲述人类法律产生、演化的进程时,曾顺便谈到土地(作为不动产)的重要意义:“当然,土地是食物的延伸,也是集体保存自己的本能延伸。”参见[美]约翰·梅西·赞恩:《法律的故事》,孙运申译,中国盲文出版社 2002 年版,第 32 页。

<sup>⑩</sup> 对以上的分析理路,笔者十分赞同与钦佩,其重要价值在于构建了我们弄清“登记的对象”与某些具有“重要的社会意义”的物之间关系的大体框架,且思维连贯,论证严密,顺理成章。

产、动产划分标准的颠覆——“历史上一直以不动产指代重要财产,因而不动产必须登记,作为一种全称的判断,可以表述为须经登记的是不动产,不须登记的为动产。”(第126页)然而,我们细加注意,便可以看到这个论断在逻辑上似乎是不成立的。

何为“全称(的)判断”?简单说来,全称判断作为“特称判断”的对称,是判定主项全部对象具有或不具有某种性质的判断。根据该定义,“不动产必须登记”诚如孟教授所言,是一个全称判断(且是肯定式的全称判断)当属无疑。问题出在全称判断的谓项的周延性上。结合“不动产必须登记”这个全称判断,从其谓项的周延性来看,在其表示的断定上,它断定了主项“不动产”的全部外延都在谓项“登记”这个概念的外延之中,因此,其主项“不动产”在该性质判断(“全称判断”和“特称判断”是“性质判断”的一种分类形式)中是周延的;而就其谓项来说,因该判断只断定了“不动产”的全部外延在谓项的外延之中,并未断定是谓项“登记”的全部外延,所以,谓项“登记”在该判断中则是不周延的。如此一来,孟教授之从“不动产必须登记”到“经登记的是不动产”的这般逆向操作在逻辑衍进上将毫无疑问地因主、谓项周延性的差距而陷入失误。

日常生活的所见所闻也告诉我们,登记与不动产之间并非必然的相互对应关系,登记顶多构成不动产、动产的一个区别点,只是不动产的特性之一。若以“登记的对象”等同(替代)“具有社会意义的财产”难免犯了以形式代称实质的实例中的常见病——失之偏颇、难分轻重。

提出登记标准后,孟教授随之进行了论证。首先就认为“与物理标准相比,登记标准具有全部覆盖所需指代的重要财产的功能……登记财产、不动产、重要财产三者成为外延完全相同的概念,不生任何歧义和冲突”。(第126~127页)根据上文中的逻辑学验证和经验事实的检讨,我们其实已经否定了上述所谓三概念“外延完全相同”这个同义反复式的证明格局。此外,要指出的一点,孟教授根据以《物权二元结构论》为理论基础而起草的《中国物权法草案建议稿》中,以登记标准定义不动产的同时,把不动产的种类和范围,即“应当登记的物的种类和范围”委之于“特别法规定”。这是耐人深思的,其理由固然是为了保证法律的稳定、简洁,但另一方面是否也暴

露了这个标准在周延性问题上的无可奈何呢?<sup>⑩</sup> 为了实现形式上的所谓标准统一而在信仰“物权法定”的物权法下,牺牲一个相当难以确定长短的期限(“填补期”、“删减期”、“纠正期”等)内众多无辜民众的财产利益(至少是财产利益),而且这些损失在既有的法律框架下不能得到救济,民法的人文关怀涤荡殆尽。这极可能是一个漏洞,也是一个隐忧。

接下来,孟教授论及登记标准的“独立性”问题时,又导致该标准的形式独立与实质标准的对立。在形式上,用登记标准来划分不动产与动产的方法较之于法、德民法的做法,不再依靠辅助标准去对物理标准的不足予以纠偏或严格厘定,正如孟教授谈到的那样:“必须明确,登记标准只能证明财产的重要而不能决定那些财产为重要”,(第127页)这就需要从“社会生活和经济生活的状况和要求”、“人们的物质和精神要求”,甚至“立法者的主观意志”等标准和尺度中去寻求登记标准的支撑。如此,登记本身的职能的单一性缺陷与登记标准表现的形式单一性必然产生矛盾。后果是孟教授的“作为重要财产的标志与管理财产的方式的合二为一目的明确,简便易行,社会成本相对较少”的理想化的预言难以实现,其反问句“登记本身不能证明财产是否重要,为何要登记”也似乎缺少了一些力度。

“企图以一个分类标准决定财产是否重要,正是传统物权理论与实践的一个误区。”(第127页)孟教授以这一论断来论证登记标准职能单一性合理的判断或许下得随意了些。按英美法学家的看法,只有不动产能够在相当长的时间内产生一种收益,并可以随时确定其存在,即是不可移动和不可破坏的,而实物动产极易被破坏和抛弃,听由权利人(尤其是所有人)任意处置的随意性很大。<sup>⑪</sup> 换言之,不动产与其长期的效益性、稳定的物理性具有天然的联系,“土地不同于动产,因它不可能被毁坏、挪动或隐匿。很多世纪以

---

<sup>⑩</sup> 孟教授下面的话似乎会让很多人心里不够踏实吧?——“登记目录(在立法实践中由特别法规定的应登记的物的种类与范围的文本形式——笔者注)是重要的财产根本标志,其间或有一些该有而没有或不该有而有了的情形,随着时间的推移,会逐渐得到纠正”。前引<sup>⑩</sup>,孟勤国书,第128页。

<sup>⑪</sup> [英]F·H·劳森、B·拉登:《财产法》,施天涛等译,大百科全书出版社1998年版,第86页。

来,使用土地是积累财富的惟一切实可行的方法。因此在法律上不动产和动产的区分,仅仅是对自然情况的承认而已”,<sup>⑩</sup>即便是物理标准作为一个划分标准本身不能决定财产的重要性,但它已经给我们提供了大体的线索和客观地划定物是否重要的认知模式,按图索骥,我们就能比较准确地识别不动产的现实而具体的形象。

诚如孟教授所言:“登记一向被归为行政机关的职能行为,不太提得起民法学者的兴趣”。(第128页)其中缘由无非在于民法与行政法分属截然相异的两个领域,即私法与公法之别。我们承认现代社会有了所谓“公法私法化”、“私法公法化”之趋势,但这并不表示二者的界限将不清,甚或相互融合。相反,这二者根本有别的制度价值、法理念从根本上抵御着趋同的势头和论调。<sup>⑪</sup>所以,无论如何,我们必须以审慎的眼光和果敢的魄力坚决限制、制止行政法肆虐于民法领域的现象。登记作为一种行政行为,其在民法物权中出现及存在的理由缘出何故?事实上,登记在物权法中的核心意义就是赋予物权变动以公信力,保证交易的和平秩序,维持特定物权的安定状态,而本来这在以调整平等主体间财产和人身关系为己任的民法领域内是无法办到的;与之相对应,行政法—行政权—行政主体的权威性、公正性、效率性等固有特点恰恰补充和满足了民法的内在功能需求。在很大程度上,

---

<sup>⑩</sup> 相应的,“在现代,动产成为积累财富的最重要组成部分。他依靠微妙的信用机构的正常运转,并且绝大部分不漏形迹地体现在各种不同的票据和证券上。”转引自潘念之主编:《法学总论》,知识出版社1981年版,第8~9页。

<sup>⑪</sup> 这并不意味着我们反对学者们跨学科、跨部门进行的研究工作,因为这种交叉性质的科研活动的目的主要是通过开辟新的视域的方式加深对各相关学科、部门的内在了解和把握,以期达至所谓的“视域交融”之境界。这在另一方面也表明了社会科学的整体性和对学科、部门划分的人为性、机械性、局限性。宋功德博士认为,人们对社会科学严格地进行分门别类形成的所谓“井田制”在原本息息相通的各学科之间筑起了一道万里长城,导致了“作茧自缚”的后果。前引<sup>⑩</sup>,宋功德书,第134~138页。

这也是民法的无奈之举,<sup>⑩</sup>因之,登记只能在特定范围(消极意义上)发挥其作用,而不能被滥用,否则,后果将不堪设想。孟教授在以实用主义的眼光看待登记时,又虑及“登记由于对物权法的影响之深刻,使得人们不能不对登记本身的问题掉以轻心”,(第128页)进而提出改革方案的举措在充分显露登记危险性(用之不当会在民法领域内造成灾害)的同时,该方案自身的广延性<sup>⑪</sup>是否符合“成本—收益”的经济学要求,能否经得起社会学、经济学<sup>⑫</sup>等多方面理论的检验也是值得进一步认真思考的。我们并不否认我国现行物权登记制度改革的必要性,只是觉得该项改革牵涉面广,涉及多部门利益,书面定制与实际实施的阻力必然很大,因此需要更多的实证研究和配套措施的相应跟进。<sup>⑬</sup>

#### (四) 研究立场及三点启示

##### 1. 关于不动产、动产划分标准的研究立场

<sup>⑭</sup> 事实上,登记从根本上并不具有行政管理的性质,该性质的获得应该说是一种伴随状态的生成所致,但却因而满足了物权变动(主要是不动产物权变动及特殊的动产物权变动)中公示、公信的要求。此外则可能涉及登记机关基于诸种原因而使当事人利益不能顺利实现,从而给背离制度设计的初衷,可称之为“副作用”。

<sup>⑮</sup> 孟教授认为,尤其不能将如何登记推给登记机关,而应在物权立法时从物权法的需要和目前的中国实际出发,特别对确定登记的范围的主体、登记地点、登记的原则、登记错误的责任、登记费用等五个方面做出改革。前引<sup>⑯</sup>,孟勤国书,第128~130页。

<sup>⑰</sup> 根据微观经济学理论,最佳效率是边际成本与边际收益处在相等的均衡点上。所以,效率目标的实现不能一味追求节省法律改革成本,导致成本投入不足,也不能一味加大法律改革成本,导致成本浪费。所以“效率”是一个很值得关切的分析点,似乎不能轻易说哪个制度选择是有效率的,哪个刚好相反。参见钱弘道:《经济分析法学》,法律出版社2003年版,第396页。

<sup>⑱</sup> 刘保玉教授关于物权登记问题说得很明白,也是笔者所认同的更为实际些的态度:“由一个部门统一办理物权登记事宜的体制固然有其优点,但立法上,改行体制的成本过高的阻力也会很大,不如实际一些,将努力的重点放在避免同类物出现多头登记的现象和完善登记规则方面。”参见刘保玉:《物权法体系设计问题之我见》,载王利明、潘维大、郭明瑞主编:《中国民法典基本问题研究》,人民法院出版社2004年版,第399页以下。刘教授似乎在不同场合都在强调他的观点,又参见刘保玉:《试论物权法基本原则的体系》,载孟勤国、黄莹主编:《中国物权法的理论探索》,武汉大学出版社2004年版,第75页。

“罗马法的历史就是‘要式物’和‘非要式物’同化的历史。在欧洲大陆上的财产法史则是罗马法的动产法消灭封建化的土地法的历史。”<sup>①⑦</sup>梅因的断言得到了近现代法上先后出现的一些不动产和动产趋向“同化”的现象的印证。<sup>①⑧</sup>这直接导致不动产、动产的划分界限模糊难辨,<sup>①⑨</sup>相应地,二者划分标准的一再变迁也是可以理解的。但“动产”同化”不动产的过程只是不动产自身由早期限制逐步向便利流转的调整过程,属于不动产法自身的发展和完善,与动产制度并无本质上的联系。……迄今为止,不动产与动产在两大法系均已发展成为两套成熟的规则,两者在物的转让、取得以及利用方式上仍存在着很大差异”,“不动产和动产法律规则的根本差别依然存在”。<sup>①⑩</sup>须得提及的是,在关于《物权法(草案)》的一次研讨会上,就有非法律人士特别提到应在物权立法中明确不动产和动产的概念、范围、区分标准的问题。<sup>①⑪</sup>另外,根据本文前面所述,我国的物权法在物权体系的建构上依旧采取了对物的不动产、动产之二元划分的立法例,从而,在立法实践上支持了这种划分方法,确定了其在物权法中不可动摇的权威地位。总之,理论的内在规定性和现实的外在需要就是不动产和动产这个分类的理由,我们要做的就是挑明其中的划分标准——这,就是我们对此问题的研究立场。站在这个立场上,我们坚信不动产、动产的划分标准不是一个虚构的神话,不是遥不可及的;但由以上的评判,我们确也看到揭示这个标准的艰难。“不能证明,并不意味不能相信,或不给人以启发。”<sup>①⑫</sup>在此,笔者无意提出全新的说法——这也委实超出了笔者的现有能力所及之范围——权且把以往

<sup>①⑦</sup> 前引<sup>①①</sup>,[英]梅因书,第155页。

<sup>①⑧</sup> 有学者将这种现象归纳为三种,分别是不动产动产化、某些动产适用不动产的法律调整方法、不动产和动产形成独立的集合物等。前引<sup>①①</sup>,马俊驹、梅夏英文。

<sup>①⑨</sup> 史尚宽先生认为,由于不动产证券化等现象的影响,不动产、动产及其上的物权形式之划分的意义也渐为减弱。前引<sup>④⑩</sup>,史尚宽书,第14页。

<sup>①⑩</sup> 前引<sup>④①</sup>,马俊驹、梅夏英文。

<sup>①⑪</sup> 刘正山:《以法律的眼睛看物权——物权法(草案)土地问题座谈会综述》,载《中国土地》2005年第9期。

<sup>①⑫</sup> 苏力:《当还是不当,这是个问题——读波斯纳《公共知识分子》》,载苏力:《波斯纳及其他:译书之后》,法律出版社2004年版,第166页。

的做法和观点中蕴涵的启示性话语传达出来。

## 2. 既往立法实践及理论研究的启示

我们知道,不动产、动产的划分标准须依附于物权的客体,即物是划分标准赖以依靠的本体存在,所以,对物的划分始于对物本身的研究,而这又尤其集中在对物的范围的界定问题上。<sup>①7</sup>

按照梁慧星教授的考证,罗马法上的物有广义、狭义两个概念之别。广义的物,是指除自由人外存在于自然界的一切东西,而不管它是对人有用的,还是有害的;狭义的物,则指一切人力可以支配,对人有用,并能构成人们财产组成部分的物,即有体物。<sup>①8</sup> 罗马法上的物当是采用了广义的概念,其外延包括了有体物和无体物(权利)。<sup>①9</sup> 这就出现了笔者在前面阐述的一幕——“因权利客体的原因而成为具有不动产性质的他物权”俨然被纳入了不动产的范畴内,也就是说,设立于不动产之上的权利成为了不动产。根据尹田教授的介绍,在法国民法上对物进行理解必须还得和财产的概念之解读联系起来。自然界中存在的一切东西都是物(不管是否能够给人带来利益),但并非一切物均为财产,只有可以给人带来利益的物,才属于财产,也并非一切财产都是物,除物之外,财产还包括权利和智力成果。<sup>②0</sup> 这在说明了物与财产在法国民法上是不完全的种属关系的同时,也告诉我们在财产的具体范围内,物与权利是并行不悖的,二者没有包含与被包含(或相反)的关系。但这只是就一般情况而论的,例外之处还是有的,如《法国民法典》第

---

<sup>①7</sup> 据笔者查阅的大量资料来看,任何负责的物权法研究者莫不采取了这个逻辑进路,即便是未涉及对物做专门论述的著作、教材等,也在关于物权的分类中附带性地做了这个工作。

<sup>①8</sup> 前引<sup>①6</sup>,梁慧星文,第128页。

<sup>①9</sup> 有体物是能触摸到的物,如土地、奴隶、衣服、金、银及数不胜数的其他物。无体物是不能触摸到的物,如权利、比如遗产继承权、用益权及以任何形式设定的债权。遗产中包含有体物无关紧要,因为虽然由土地产生的孳息是有体物,根据一些债应给付的物一般也是有体物,如土地、奴隶、金钱,然而继承权、用益权及债权本身却是无体物。被称为役权的城市和乡村的土地上的权利也属于无体物。参见桑德罗·斯奇巴尼:《物与物权》,范怀俊译,中国政法大学出版社1993年版,第12页。

<sup>②0</sup> 前引<sup>①8</sup>,尹田文,第13~14页。

526条规定的“不动产之用益权”、“地役权与土地使用权”及“旨在请求返还不动产的诉权”的处理规则却是“因其附着客体而为不动产”。从上面的分析我们看到,罗马法、《法国民法典》将某些物权本身也作为权利客体对待,这无疑混淆了“权利”和“权利客体”的界限,“会不可避免地出现债权之所有权、地上权之所有权,甚至所有权之所有权现象。当一种权利可以作为另一种权利的客体时,意味着权利将在客体与权能之间不断地循环。……这样的有害无益的重合”。(第40页)尽管如此,不动产、动产的分类在法国人那部“主要反映法国农业社会风貌”的古老法典中仍然大行其道。

着重于法律概念的逻辑性、抽象性的德国潘德克吞学派以“权利客体”这一概念取代了罗马法上广义的物的概念,并在法律上将之分为三种,分别是物(有体的权利客体,即有体物)、无体物(无体的权利客体,即精神产品)、权利(以金钱价值为内容)。首开物权、债权二元结构之先河的《德国民法典》在其“物权法”一编中将物限定为“有体物”,进而不动产、动产的划分以此展开并提升到不动产物权、动产物权的二元对立的结构设计之中。

孟教授在其所倡之登记标准成立之前就已经重构了“物与物权的逻辑起点。”(第35~50页)具体做法是抛弃有体物、无体物的分类形式以解除传统束缚给现代物权法带来的机械性、僵化性危机,创造性地把物权客体由实物性移向价值性,<sup>⑬</sup>而财产价值又可以通过一定的法律技术借助与之相适应的存在方式(比如实物形态、价格形态等)实现特定化、独立化。这就为登记标准的诞生做好了奠基性准备。

笔者深以为,研究不动产、动产的划分标准必须以对物权客体的深刻洞见及严格厘定为基础。“物的概念的出现与发展,对民法学体系的科学构建与发展有着重要意义。……物的范围的不断扩大对丰富和发展物权法乃至整个民法部门具有重要意义。……物是研究物权法的逻辑起点”。<sup>⑭</sup>如果

<sup>⑬</sup> 孟教授给物权客体下了这样的定义:物,是能为特定主体所支配的财产利益。并随后以财产价值的高度涵盖性,尤其是能对近现代生活的财产状况进行周延性的包容之事实来说明该表述“是一种现实的选择”。前引<sup>⑬</sup>,孟勤国书,第43页。

<sup>⑭</sup> 余能斌主编:《现代物权法专论》,法律出版社2002年版,第56~57页。

这项工作未做或未做好,都不可避免地对于我们挑明划分标准构成制肘。而时下,人们对物权客体的相关争论虽非达到众说纷纭的程度,倒也有互不相让、各抒己见之势,因而回归问题的最底层,从物权客体的层面重新开始我们的思考应该成为我们关于不动产、动产划分标准之探索的始端。这,就是我们得到的第一点启示。

在逻辑学上,“划分标准”(梁慧星教授称之为“划分基础”<sup>⑩</sup>)是“划分”的三个组成部分之一。<sup>⑪</sup>划分是非常讲究规则的,其中居于首要者即为“在同一划分中所依据的标准必须保持同一”;<sup>⑫</sup>这样做的效果便是各个子项的外延之间是全异关系。具体到不动产、动产这个对物的划分,<sup>⑬</sup>罗马法上的纯粹物理标准和孟教授的登记标准坚持了对物划分的同一标准原则,在逻辑划分上来说当然是正确的。而法国民法、德国民法中采取了两个标准(或具有双重意义的标准)的做法是否就犯了“多标准划分”的逻辑错误呢?

首先,在法国民法中,尽管物理标准和价值标准共存的场面给“标准必须保持同一”的规则之要求构成挑衅,但这仅是表象。深入透析来看,物理标准是以基本标准的面目出现的,而价值标准只是处于“辅助标准”(第123页)的位置。这样,在对物的划分中,物理标准自是首当其冲,然后在法律名义下,价值标准方对依前者划分后形成的子项给予“价值衡量”式的二次划分,于是两个标准之间的地位关系名至实归,并没有像表面看来的那样不幸地挤进“同一次划分”的轨道。以上表明,法国民法的划分标准未越过关于

---

<sup>⑩</sup> 梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社2000年版,第97页。

<sup>⑪</sup> 其余二者是母项(被划分的属概念)、子项(划分所得到的种概念),而划分标准被视为列举子项的依据。与母项、子项相比,划分标准具有一定的隐秘性,甚至常常是人们在划分使自己也为意识到,然而不论划分者是否意识到,在列出一个属概念时,总免不了有它所依据的划分标准。参见雍琦主编:《逻辑》,中国政法大学出版社1999年版,第60页。

<sup>⑫</sup> 前引<sup>⑩</sup>,雍琦书,第63页。

<sup>⑬</sup> 不动产、动产这个关于物的划分,在逻辑上讲,是划分的一种特殊形式,即所谓的“二分法”,是把一个属概念分为具有矛盾关系的种概念的方法,它是否具有某种属性作为划分标准,因而它所分出的子项的外延之间构成矛盾关系,通常表现为一个肯定概念和一个与之相对的否定概念。前引<sup>⑩</sup>,雍琦书,第66页。

划分的首要规则。根据我们在本文第二部分的论述已知,德国民法上的两标准其实是一个标准,是同时具有物理和程序意义的一个特殊标准,反映到对物的划分中就是,必须同时具有不可移动性(或不可被移动性)和须履行登记程序的特性才能进入不动产子项的外延之列,余者构成动产子项的外延。由于划分标准的实际单一性,从而德国民法也合乎划分的首要规则。

划分—划分标准这个问题本身是一个严格的逻辑问题,应该首先达到逻辑上的自我满足才能得到初步的肯定和继续被认同的可能。由上观之,罗马法上的物理标准、法国民法上的两个标准、德国民法上的具有双重意义的标准,以及孟教授的登记标准在逻辑上服从划分规则,都是成立的。于此,我们得到关于研究不动产、动产划分标准的第二点启示:该划分标准无论是否具有单一性,都必须符合逻辑要求,实现逻辑上的完满。

“这种基本的划分(不动产与动产的划分——笔者注)在现代法中表现为不动产和可动产之分,这是惯用的名词,因为分属这两个范畴的财物在历史上和各不同法典中,随着社会需求的变化而发生变化,并不看它们是具有可动性还是不可动性。”<sup>⑩</sup>作为20世纪前半叶“意大利和欧洲最伟大的罗马法学家之一”的彼德罗·彭梵得早就看到了不动产、动产划分的“名不正,言不顺”现象,认为它们只是“惯用的名词”,对社会现实来说,已经是词不达意的描述了。<sup>⑪</sup>确实,不动产、动产的划分标准从罗马法到法国民法,再到德国民法,甚至到孟教授的“二元物权法”,经过了一个划分标准历时性的变化进程——实际上,该变化不过是物权客体趋向于多样化<sup>⑫</sup>的激烈反映而

<sup>⑩</sup> 前引<sup>⑪</sup>,[意]彼德罗·彭梵得书,第191页。

<sup>⑪</sup> 在彭梵得的阐述中可发现,他的逻辑是先从不动产、动产划分出现之前,即优士丁尼前的罗马法中,“要物”和“略物”谈起,随后讲到这个标准的渐趋没落,进而引出了“不动物”、“动物”的划分,之后列举了该划分中的一些混乱情形及历史境遇。从这个逻辑理路似乎可以看到“事实反驳法”和“揭示矛盾法”的运用,并起到了有力的说服作用。关于这些反驳方法可参见周礼全主编:《逻辑——正确思维和成功交际的理论》,人民出版社1994年版,第586~591页。

<sup>⑫</sup> 余能斌教授把物权客体多样化的表现归结为三点:其一是由有体物扩及无体物和权利,出现了无体物上的物权和权利上的物权;其二是由独立物扩及非独立物;其三是由特定物扩及不特定物。前引<sup>⑩</sup>,余能斌书,第22页。

已——在这个变化过程中,一方面是新标准的不断涌现、问世,另一方面是旧标准,尤其是物理标准这个表彰着不动产、动产分类的源头性、十足物理性的标准却在逐渐隐退。诚如王利明教授所言,从近现代开始,不动产、动产呈现出相互渗透甚或是相互转化的状况,似乎预示着物权法的一种发展趋势。<sup>⑩</sup>类似的,我国台湾地区著名法学家苏永钦教授指出,所有权在民法典之外的大量法令中得到日益增多的“分类和分级”,结果是“让民法典的动产不动产二分法,像一幅泼墨山水一样地远离实景”。<sup>⑪</sup>而这,实在是时代的快速演进,经济的高速发展,社会的不断进步带给以尽量保持稳定为一项价值追求的法律制度的被动与尴尬。彼德罗·彭梵得对此所做出的高瞻远瞩的概括性回应令人感佩!启示之三:不动产、动产的划分标准未必须得受拘于物的物理性质,相反倒可能有更为超脱的存在样态。

或许很多事情远非看上去那么复杂,乃至复杂得难以琢磨,法律也未尝不是如此!从实证的向度而言,现实中反倒尚未发现有当事人因为物之不动产或动产归属而起纷争的案例,惯常例证说理的孟教授似乎在其煌煌之论中也有意回避了这一点。是的,或许我们可以像大陆法系的后续精英如日本、瑞士一样,用一个简单的条文就能达至解脱之境,<sup>⑫</sup>但这种简单化,对我们来说,“坦率而言……是一种学术上的懒惰”,而“学术,应是沉甸甸的”!(第258页)

---

<sup>⑩</sup> 前引<sup>⑥</sup>,王利明书,第92页。

<sup>⑪</sup> 前引,苏永钦文,第198页。

<sup>⑫</sup> 《日本民法典》第86条规定:“(一)土地及其定着物为不动产。(二)此外的物皆为动产。(三)无记名债权为动产。”《瑞士民法典》第713条规定:“性质上可移动的有体物以及法律上可支配的不属于土地的自然力,为动产所有权的标的物”,其不动产基本上限于土地、矿山及土地附着物。