

陈建军:关于物权法草案致全国人大的一封公开信 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/484/2021\\_2022\\_\\_E9\\_99\\_88\\_E5\\_BB\\_BA\\_E5\\_86\\_9B\\_\\_c122\\_484565.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E9_99_88_E5_BB_BA_E5_86_9B__c122_484565.htm) 【关键词】物权法草案

现代民法 民法功能 全国人大：正值全国人大会议即将召开之际，将对《物权法》（草案）存在的问题以公开信的方式提出，请参考。公开信不是从意识形态角度谈物权法草案的问题，也不是从立法技术角度谈草案某具体条文应如何修改，而是从民法的科学性和先进性的角度，从国家职能和物权法的功能定位的角度谈物权法草案存在的问题。物权法草案是以我们现有的物权法理论为基础的，但我们现有的物权法理论存在许多重大的错误。现今的物权法理论缺少独立的思想，很多学者都是在照抄照搬、以讹传讹，把落后的东西当成典范，把错误的东西视为法宝，以这种理论制定的物权法只能成为一国公民的行为规范，永远不能成为世界各国立法学习的榜样。民法的发展如同生物界的演化一样，也有一个自身的演变历程。在国家政治进入近代之后，民法已基本成熟，但这时的民法只有一套法则，即财产权法则，其结构分为两个部分，一是“财产”，一是“取得财产的方法”。当时法律以调整财产利益为中心，对人身权的保护和对契约关系的规范都被归属为取得财产的方法。当民法进入现代，债权法从财产权法中独立出来后，民法由此从形式上发生了重要的变化，成为了既包括物权法则，又包括债权法则和人身权法则的一个体系。现代民法建立新体系以后，民法内容本应进行一次大的调整，物权法和债权法本应自此重建各自的法则内容，但立法者在设计民法新体系时却套用了近代财产权

法的结构，仍保留了原有的内容区分，简单地将近代财产权法中的“财产”内容更名为物权篇，将“取得财产的方法”内容更名为债权篇，从形式上虽然建立了现代民法新体系，但从内容上还保留了旧民法的内容。现代民法虽然使用了物权的概念，却无物权概念的内涵和外延，债权看似独立，却仍被归属为财产权。现在的民法理论中很多基础性理论都值得重新探讨，例如，建设用地使用权是物权而土地租赁只是债权、物权债权化和债权物权化、财产权包括物权和债权以及物权法定等等。物权法定的思想是仍没有跳出欧洲近代财产权法在功能定位和内容区分上的误区，仍然是近代民法思想的延续。事实上，现代的中国社会，农村宅基地使用权是完全意义的自然权利，农村土地承包经营权是基于国家的政策，而以出让方式取得的土地使用权、现代地役权和抵押物权均产生于当事人之间的约定。不能因为某种权利是建设用地使用权或是地役权或是抵押权就说这种权利是物权。物权是一种事实，一种能被法律承认和保护的事实。只要主体在事实上对物享有利益即能够对物占有、使用、收益、处分，这种事实能得到法律的承认和保护，就应认为是物权。这种权利（物权）可能是来自于对自然生活的承认如农村宅基地使用权，也可能是来自于身份关系如农村土地承包经营权，但更多的是来自于契约，如建设用地使用权、地役权、担保物权、租赁使用权、借贷使用权等等。无论这种权利来自于何种原因，只要在事实上享有物的利益，只要是基于合法的方式，法律都应当承认其物权性质并给以保护。物权的内涵是指能够以独立的意志合法地享有物的利益的事实，其外延不仅包括所有权、担保物权，还应包括所有以合法方式形

成的对物使用权而非几类特定的对物使用权。现今物权法理论，拘泥于传统，人为的将不同的生活事实分割开来，把一部分生活事实认定为物权，又把另一部分生活事实认定为债权，而没有发现在同一生活事实中既存在物权关系又存在债权关系。物权与债权的区分不是以生活事实的种类为区分标准，不能说抵押权是物权而租赁却是债权。土地租赁，在出租人交付土地之前，对土地的占有、使用、收益是物权，在土地交付承租人之后，承租人对土地的占有、使用、收益并无质的变化，同样也应认为是物权。抵押和租赁这两种生活事实都产生于当事人的约定，都既存在物权关系同时又存在债权关系，在同一个生活事实中存在物权的同时也存在债权。这是现今民法理论面临的最主要问题，也是我国制定民法典要解决的首要问题。如果这个问题解决了，那么我们的民法典就能够成为世界上最科学最先进的民法典。民法典不仅仅是一部单纯的法律，它是国家治理社会的工具。因为国家职能的演变，法典的社会功能也随之发生变化。现在的民法理论只是就法律而法律，就法学而法学，没有将法律与国家职能、法典与法律的社会功能联系起来，没有从一种更高的层面来认识民法和设计法典。法国为什么会接受罗马法的立法模式，为什么在大革命运动之后会产生《法国民法典》？《德国民法典》在篇章结构上为什么与《法国民法典》不同，其条文为什么具有抽象性的特点？中国为什么没有产生民法典，为什么没有出现用益物权制度？等等。这些问题用法典自身和单纯的民法理论是无法解释的，有些问题看似与民法典无关，但实质上却与民法典有着深层次的联系。大陆法系成形于法国和德国，根源于罗马。早期的罗马社会在由土

地集体公有转化为家庭私有后，国家建立了土地绝对私有的法律制度。国家通过对土地私有事实的承认和保护，消除社会成员间对土地（包括其它不动产）利益的纷争，建立了社会生活的和平和稳定。随着家庭成员地位的独立和无地平民的增加以及土地占有的变化，社会出现了土地所有权人与非所有权人之间对土地利益诉争的矛盾。面对土地资源的有限性和土地私有已被法律制度固定的事实，为解决利益冲突，统治者采用了一种绝妙的变通方法，即在保持土地原私有基础不变的情况下，从法律上再赋予土地的非所有权人一种用益权，在同一物上建立起两种财产权，使所有权人之外的用益权人在法律上同样受到财产权保护。罗马统治者以此方法消除了社会成员间在土地利益上的冲突，使两种利益得到了平衡，使社会秩序再一次趋于和平和稳定。这说明，在罗马国家政治的历程中，统治者曾借助国家公权对土地利益进行一次再分配，通过这一次利益的再分配，国家政权才度过了统治上的危机，使政权统治得以延续。此后，罗马在法律上除所有权制度之外又建立了用益物权制度。因为所有权和用益权隐含了国家法定的意义，属于权利主体固有的权利，农业经济时代的罗马人在对法律进行汇编时就将所有权和用益权下的利益认定为是一种“财产”，将交易关系下通过平等协商、等价有偿方式以及通过继承和损害赔偿方式获得的利益认定为是“取得财产的方法”，并将二者组合成了一套财产权法。法国人在编纂民法典时，因属相同的社会基础，就继承了罗马的这种结构模式。但德国人适应商品经济发展的需要，将“取得财产的方法”从财产权法中独立了出来，拟建立一套服务于交易的法则即债权法，标志着民法开始进

入到现代时期。中国历史上没有出现过土地绝对私有的事实，更没有从法律上建立绝对的所有权制度，也就不可能从制度设计上建立用益权并通过用益权制度来对土地利益进行再分配。社会成员对土地利益的矛盾在家庭成员内部主要是通过分家析产方式予以解决。然而在国家层面上，因为历朝历代的统治者都没有采用有效措施解决人口增长和土地兼并集中这两种现象所造成的社会成员在土地利益上的矛盾，国家无法从制度设计上去自我化解土地矛盾，社会只能以改朝换代的方式重新进行土地分配，建立新的王朝，重建新的社会秩序。自秦代开始，中国进入了中央集权政治时期，国家直接管理社会成员，国家的土地分配制度与国家的基本政治制度密切联系。当大量农民失去土地之后，国家无法采用夏代的奴隶制度和殷周时代的人身依附制度来重建社会秩序，也不可能有欧洲封建时期的农奴制度来化解矛盾，此时，如果从法律上再无解决的机制，社会矛盾聚集的结果只能是产生社会动乱，直到国家政权能够重建与国家基本政治制度相匹配的土地制度之后，社会才会重现稳定和秩序。这从另一个侧面也说明了中国历史上为什么发生过多大的农民起义，为什么会朝代频繁更替。到了现代，中国与欧洲国家一样，都面临着两大特性，一是历史已由农业经济社会进入到商品经济社会，商品经济已成为国家经济主导，交易关系异常发达，；二是财产权属已基本固定，国家已无对财产利益进行再分配的压力，已没有必要再直接对财产利益进行调整，且土地不再是社会财富的主要代表。因为有财产归属为基础和交易规则的成熟，不动产和动产又都是社会的重要财富，社会成员对财产利益的追求通过市场的交换即可实现，交易承

担起了化解社会成员间对财产利益的矛盾的重要职能。欧洲国家在农业经济时代已完成了国家权力对土地利益的再分配，中国历史上从未采用过用益权的调整方式，到现代更无必要再从先建立绝对的私人所有制度后建立用益物权制度的方式重走欧洲国家的历史老路。中国完全能以上述两大特性为指导，承认不动产和动产所有人的财产利益的同时，承认不动产和动产使用人的财产利益，不仅应当将因承包所取得的不动产和动产的使用事实给予财产权的保护，而且还应当将因租赁所取得的不动产和动产的使用事实给予财产权保护；不管权利人是因占有还是因分配还是因市场契约而拥有，只要是以合法的方式在事实上占有使用物，法律都应赋予使用的财产权。具体的讲，就是不仅承认所有权是物权、担保物权是物权，承认因土地承包经营、建设用地和地役所发生的对土地进行使用的事实是物权，同时还要承认因租赁借用或因为其它原因所发生的所有对不动产和动产进行使用的事实也是物权，只要是以合法的方式并以独立的意志享有物的利益。这样，每一个人都可以成为财产关系中的权利人，实现用者有其物；每一个人都有机会拥有和获取财产，使人民安居乐业；每一个人通过市场交换都能实现自己的财产愿望，让君子取财有道；国家也可以运用市场手段化解社会成员在财产利益上的矛盾，实现社会关系的稳定有序。所以现代民法已不能再履行近代国家的职能，不再侧重于对财产利益的分配，而应在于对权利规则的建立，不仅要规范财产关系，还要规范交易法则，用权利规则实现社会利益的自我分配和自我调整。因而在制定民法典时就不能再套用近代财产法的结构，物权和债权的区分不能再受以生活事实种类为

标准的束缚，让物权和债权都从具体的生活事实中抽象出来，将国家的现代职能体现在法典之中，把所有的凡能合法享有物的利益的事实都认定为物权，把债权从财产权中解放出来，把债权法建设成为一部纯粹的规范权利交换行为的法则，让民法典成为真正服务于国家政治的治国工具。我们现今的物权法理论抄袭自台湾和国外，根源于《德国民法典》，只见皮肉，未见其骨，不知有髓；既没有分清中外历史的差异，也没有把握国家职能的演变，也没有看清民法的发展方向；与其说是研究，还不如说是学习和传播，更不敢奢望突破和创新；因为外来的理论如此说，所以我们就如此说，因为《德国民法典》如此设计物权法的内容，所以我们也如此设计物权法的内容。误国误民！现今的中国正处在一个变革的伟大时代，需要学习，更需要创新，需要自然科学的进步，更需要社会科学的进步。历史给了中国人一个绝好的机会，能否抓住这一千载难逢的时机，取决于我们的选择。河南亚太人律师事务所 陈建军 二〇一六年二月二十七日 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问

[www.100test.com](http://www.100test.com)