

■ 书 评

学术的沉淀 理论的飞越 ——评《担保物权法比较研究》

方 源

(武汉大学 出版社, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 方 源(1962-), 女, 河南鹤壁人, 武汉大学出版社副编审, 主要从事法学和编辑学研究。

[中图分类号] D922 [文献标识码] E [文章编号] 1672-7320(2004)02-0286-02

陈本寒博士花费 7 年心血完成了新作《担保物权法比较研究》(武汉大学出版社 2003 年出版)。该书以两大法系中具有代表性国家和地区的立法、学说和判例为主线, 以典型担保为重点, 采用比较分析的方法, 对担保物权的立法价值取向、立法体系、种类、公示、效力、法律适用等问题, 进行了全面深入的研究。掩卷之余, 笔者对此书特点概述一二。

(一)宏观微观兼顾, 突出比较特色

作为一本实践性很强的著作, 如果仅限于抽象的理论思维, 而不结合纷繁复杂的物权担保的司法实务, 那么, 这一理论只能是毫无意义的“玄学”, 其生命力也不会长久。该书作者在对宏观问题进行抽象论证的同时, 紧密结合我国的立法实际, 针对司法实务中存在的疑难问题提出了解决方案。比如对于最高额抵押的设定条件问题, 动产质权的公示方法问题, 留置权的行使条件问题, 各类物权担保的竞合效力确定问题等等, 作者均从我国现行立法条文和司法解释入手, 提出了针对性很强的建议。因此, 对于从事立法与司法实务工作的人来说, 从书中的观点和建议中或许能得到有益的启发。

当然, 要在一部篇幅不算太长的著作中, 对担保物权的所有问题均从宏观与微观的角度来把握, 既不可能, 也无必要, 为了突出比较的特色, 作者对担保物权制度的内容作了取舍, 对于各国立法、学说和判例争议不大的通说, 往往只作简要介绍, 而对争议较大的不同立法例和观点则着墨较多。这种详略有别、重在比较的写作手法, 应是该书的一大特色。特别值得一提的是, 书中系统地研究了英美法在担保物权方面的立法、判例与学说, 使得比较研究的领域得以拓展。我国传统上仍属于大陆法系, 因此对大陆法系国家立法与理论的研究、借鉴有着相对丰富的学术积累基础, 但是对英美法的相关制度研究则欠深入。特别是在民法领域, 两大法系在法律渊源、法律理念、乃至法律术语上存在的差异, 阻碍了人们对英美法相关制度的了解。中国已经加入 WTO, 而 WTO 规则大多是融合两大法系的做法, 兼收并蓄, 综合而成。因此, 无论是为了制定一部集中吸收世界各国最新立法成就、适应 21 世纪社会发展的法律, 或者是为了遵守我们加入 WTO 后的国际义务, 对英美法的判例和规则进行具体研究都是必要的。当然这其中的困难是可想而知的。不过作者对此问题多年的专注, 显然已有回报。关于英美法的相关制度, 作者似乎也驾轻就熟。

(二)贯彻实践理性, 理论服务实践

该书是一本比较法专著, 书中广泛收集了各国的相关立法例和不同学者对同一问题的不同学术观点, 但是作者并未止步于此, 而是把更多的精力放在对不同立法例的产生背景和在各国的实施效果的考察上。“注重世界最普通之法例, 原本后出世界最精确之法理”, 但其宗旨还是在于“求得最适于国情之法例”。该书的作者深谙此理, 并将这一写作思想贯彻于全书的始终。例如在不动产担保物权的立法价值取向问题上, 作者虽然认为, 德国法上的不动产担保的独立性理论和立法, 较之日本法上的不动产担保附随性缓和理论和立法要先进, 更能适应社会经济发展对投资和融资的巨大需求, 但独立性理论是建立在对以下五个原则承认基础上的, 即物权行为的抽象性原则; 物权变动的公示与公信原则; 物权客体特定原则; 担保权次序固定原则和担保权证券化原则基础上的, 而上述原则的贯彻又必须以以下三项制度的建立为基础: 土地上权利的全面登记制度、登记内容的形式审查制度和错误赔偿制度、担保证券转让的公证制度。由此作者断言,

任何借鉴德国独立性理论的立法,如果离开了对上述原则与制度的承认,最终只能沦为空谈。

基于同样的追求,作者在对每一问题的相关立法、学说、实践进行深入比较研究之后,都会结合我国的实情,提出自己认为最为适宜的立法建议或者实践选择。书中每一篇章的最后一节都是谈论作者对我国相关问题的建议、方案。抛开这些建议或方案的可行性与否不谈,作者这种要使理论服务于实践的态度和方法是十分令人称道的。这种近乎实用主义的态度和方法,突破了纯粹理性,而体现出了一定的实践理性。在美国学者波斯纳看来,实践理性是人们在做实践选择和伦理选择时适用的一种方法。“实践理性涉及到确立一个目标,例如愉悦、善良生活或任何其他,以及选择最适于达到目的的手段。”它“首先是指一种处理问题的进路,它是实践性的和工具性的,而不是本质主义的;它感兴趣的是,什么东西有效和有用”,而不仅仅是“它是什么东西”。这种研究方法可能不符合一些崇尚抽象思辨、习惯逻辑推理者的口味,但对于我国担保物权制度具体规则的完善可以说是多有裨益,而对学者的学术研究,也不无启发。

(三)批评中肯公允,创新切实严谨

《担保物权法比较研究》一书不乏创新,提出了诸多与国内“通说”不同的观点:如淡化担保物权附随性的观点;确认不动产担保投资功能,处理流通担保制度的观点;普通担保与特殊担保应当分别立法的观点;承认担保物权公示的公信力的观点;废除动产抵押制度,用让与担保取而代之的观点;适当增加法定担保种类的观点等等。其中不乏对权威的质疑,但法律中的权威不同于科学中的权威。“一般说来,有越多的科学家、教科书以及诸如此类的东西赞成某一个科学命题,我们就越是可以放心大胆地接受这个命题。但在法律上,越是有许多案件赞成同一命题,这个命题也许就越不稳定。”这个规则也可以适用于一些学术问题的探讨。

学术批判应当是公允的,学术创新应是严谨的。该书的批判与创新就充分显示了一个学者的严谨与公允。作者的每一持论均有根有据,经严密论证。对于无确实资料的问题,宁愿坦然承认,也不肯枉自论断。例如书中提到日本法上动产优先权与动产抵押的竞合问题,作者坦言因资料缺失,难以评论。对于几乎每一问题,作者都不随便断言,而是详细地阐述相关的观点及其论据,在仔细的比较论证之后,得出自己的结论。例如关于担保物权的立法体例,作者首先对现有的三部立法草案进行了认真的比较,在深入分析的基础上,指出其长处与不足,然后提出自己的设想,赞成将担保物权放在民法物权编中规定,但反对将典型担保中的特殊担保与非典型担保放在民法典中规定,主张将之交由特别法去规制,以保障民法典的稳定性与担保物权法的开放性,并对其合理性进行了详细论证。再如该书在体例编排上,没有沿用学者在讨论担保物权时惯用的抵押权、质权、留置权的分类,而是以担保物权的客体为标准进行章节的设计,使读者一眼便看出,担保物权的公示方法和效力的确定,始终是以担保物权的客体不同为依据的。对于目前认识相对比较含混的担保物权竞合处理规则,作者提出了相当有说服力的方案,即约定担保物权间的竞合,适用公示在先原则,约定担保物权与法定担保物权间的竞合,适用符合社会公益和社会正义的原则。这些观点确实有令人耳目一新的感觉。

(四)内容丰富充实,资料新颖翔实

《担保物权法比较研究》一书,在400余页的篇幅中,既有对宏观问题的构思,例如担保物权立法的价值取向、立法体例、担保物权的类型等问题,也有对具体规则的探讨,例如最高额抵押是否适用于动产;留置物的牵连性要件是否适用于所有的留置担保交易;不动产抵押中,未登记事项的效力如何确定,等等。

优秀的学术作品要求作者必须有相当的学术沉淀。该书中大量的注释,众多的参考文献,以及最终转化而成的丰富内容,都显示了作者在这一研究领域深厚的学术沉淀。书中引用的资料大多为20世纪90年代以后的国内外文献,特别是对国外文献的使用,作者始终坚持“忠实于原著”的态度。能够引用外文原著的,不引用译著;尽可能避免国内学者对国外学说的阐述,使读者能够对相关问题的国外学说与判例的发展动态有尽可能客观的了解。书中行文流畅,论证严谨,引注翔实。一本不算太厚的书,参考文献逾百,几乎页页有注释,句句有出处。

正是由于这些学术的沉淀,使得这本书有着相当丰富的信息含量,即使是一个并不赞成作者观点的学者,也可以从本书翔实、丰富的资料中受益。因此,这本书也可以作为一部关于担保物权法研究的微缩的资料索引书目来使用。

鉴于本书的以上特点,可以预期它将会有广泛的读者群。做立法研究的人,可以从中了解世界主要国家的立法例及其实践情形;从事司法实务和学术研究的人,可以从书中找到一些具体问题的解决方案和可资借鉴的研究思路;初窥担保物权法门径的学子,这本书可以引导他登堂入室,甚至更上一层楼。

当然,正如一切学术著作都不可能完美无缺一样,在肯定该书特色的同时,书中不足也是可圈可点的。例如该书体例既然是按担保物权的客体编排的,对权利担保问题却未能涉及;典型担保中普通担保方式在书中虽得到充分的阐述,但对特殊担保问题则未能充分展开,等等。在该书再版时,作者如果能对上述问题给予足够的重视,相信该书的学术价值将会得到进一步的提高。