2007年5月 山西大学学报(哲学社会科学版) May,2007
第30卷 第3期 Journal of Shanxi University (Philosophy & Social Science) Vol.30 No.3

·法学研究·

对物权法草案(第五次审议稿)的修改意见

梁慧星

(中国社会科学院 法学研究所,北京 100720)

摘 要:文章对物权法草案(第五次审议稿)提出了12条修改意见:1.将第一条删去"根据宪法"四个字;2.将第五条删去"法律未作规定的,符合物权特征的权利,视为物权";3.恢复物权法草案(第二次审议稿)第八条关于物权优先原则的规定"在特定的不动产或者动产上,既有物权也有债权的,优先保护物权。但法律另有规定的除外";4.修改第五十一条为"国家投资的道路、电力、通讯、天然气等公共设施,属于国家所有";5.增加一条宗教财产归属的规定"寺庙、宫观、教堂、清真寺的不动产和动产,属于宗教法人所有";6.删去第六章中的"业主"三个字,删去本章所有条文中的"业主"一语;7.修改第一百二十四条的承包期限;8.建议删去第一百八十五条;9.在动产质权一节增加关于"营业质权"的规定;10.将第二百二十八条中的(六)公路、桥梁收费权、(七)应收账款这两项删去;11.恢复第二次审议稿关于"让与担保"的规定;12.增加关于取得时效的规定;等等。文章对上述问题进行了全面、详尽的论证。

关键词:物权法草案;第五次审议稿;修改意见

中图分类号:D923.2 **文献标识码**:A **文章编号**:1000-5935(2007)03-0183-11

一

第一条:"为明确物的归属,保护权利人的物权,发挥物的效用,维护社会主义市场经济秩序,维护国家基本经济制度,根据宪法,制定本法。"

建议删去"根据宪法"四字。

第一条规定"根据宪法,制定本法",是错误的。请注意,物权法草案前四次审议稿的第一条均无"根据宪法"四字,仅规定制定本法的立法目的,属于"立法目的"条款。现行合同法、担保法、婚姻法、收养法、专利法、商标法、信托法、海商法、保险法、证券法等的第一条,也未出现"根据宪法"四字,均属于"立法目的"条款。本条增加"根据宪法"四字,不仅将本条"立法目的"条款,混淆于"立法权源"条款,而且将我国现行人民代表大会制度,混淆于西方"三权分立"的政治制度。

人民代表大会制度与"三权分立"体制的差别何在?实行"三权分立"体制的国家,是先召开"制宪会议"制定宪法,通过宪法将国家权力划分为"立法权"、"行政权"、"司法权",并分设"议会"、"总统"和"法院"三个国家机关,再授权议会行使"立法权",总统行使"行政权",法院行使"司法权"。因此,在采取"三权分立"体制的国家,虽然议会行使"立法权",但议会的"立法权"来自宪法的"授权",且议会的"立法权"不包含"制定宪法"之权,议会不能制定宪法和修改宪法,要制定和修改宪法,必须召开制宪会议。

人民代表大会制度,是中国共产党领导人民革命直接创造的政治制度。人民代表大会,不是依赖于任何法律规定而产生的;人民代表大会所拥有的立法权,不是来自宪法的"授权"。全国人民代表大会一经成立,就拥有全部国家权力,包括制定宪法的权力。新中国刚建立的时候还没有人民代表大会,是由人民政协第一届全国委员会代行全国人民代表大会的职权,人民政协制定的《中国人民政治协商会议共同纲领》,具有临时宪法的性质,发挥临时宪法的作用。但人民政协不是"制宪会议",《共同纲领》不是"宪法"。

中国第一部宪法、第二部宪法和第三部宪法即

收稿日期:2006-12-08

作者简介:梁慧星(1944-),男,四川青神人,国务院学位委员会委员,中国社会科学院法学研究所研究员,中国社会科学院研究生院教授,博士生导师,主要研究方向为民法学。

© 1994-2008 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

现行宪法，都是全国人民代表大会制定的。现行宪法的历次修改，也是全国人民代表大会自己进行的。现行宪法明文规定“全国人民代表大会是最高国家权力机关”，“全国人民代表大会及其常务委员会行使立法权”。全国人民代表大会所拥有的全部国家权力，包括立法权，直接来自人民，而不是来自宪法。全国人民代表大会制度的实质在于，一切国家权力归全国人民代表大会，国务院的行政权和人民法院的司法权、人民检察院的检察权，均来自全国人民代表大会的授权。这与“三权分立”体制是根本不同的。

邓小平同志一再讲中国不搞“三权分立”，要坚持人民代表大会制度。我们一定要弄清楚人民代表大会制度与“三权分立”体制的关键区别。在“三权分立”体制之下，“议会”与“总统”、“法院”并立，属于依据宪法设立的三个国家机关。“议会”的“立法权”既然来自“宪法”的授权，则“议会”行使此“立法权”所制定的每一项“法律”，均须在第一条写上“依照宪法，制定本法”一句，以明示其合法的“立法权源”，称为“立法权源”条款。

而在人民代表大会体制之下，全国人民代表大会拥有包括“立法权”在内的全部国家权力，其立法权并非来自“宪法”的授权，当然不需规定所谓“立法权源”条款，只需在第一条明示立法目的，即“为了什么什么，制定本法”就够了。这就是我国立法惯例中的“立法目的”条款。直言之，物权法草案（第五次审议稿）第一条规定“依照宪法，制定本法”，将人民代表大会制度混淆于西方“三权分立”的政治制度，直接抵触和违背人民代表大会制度本身。

个别法理学教授以物权法草案未在第一条写上“依照宪法”字样为根据，指责物权法草案及其起草者“违反宪法”，是他们自己把“人民代表大会制度”与“三权分立”体制弄混淆了。如果最终颁布的物权法第一条真的写上“依照宪法，制定本法”字样，不仅直接抵触和违背我国“人民代表大会制度”，并且等于公开承认此前全国人民代表大会及其常务委员会制定的现行法律，包括合同法、担保法、婚姻法、收养法、专利法、商标法、信托法、海商法、保险法、证券法等，均构成个别法理学教授所谓的“违反宪法”！必将陷全国人民代表大会及其常务委员会于尴尬境地！岂不正好钻进了个别法理学教授的“圈套”?!

二

第五条：“物权的种类和内容，由法律规定；法律未作规定的，符合物权特征的权利，视为物权。”

建议删去本条第二句：“法律未作规定的，符合物权特征的权利，视为物权”。

本条因增加“法律未作规定的，符合物权特征的权利，视为物权”一句，导致物权法基本原则的根本性改变，即由“物权法定原则”，变为“物权自由原则”。这一基本原则的改变，在理论上是错误的，在实践上是有害的。

物权法规定“物权法定原则”，其目的在于排除当事人的意思自治，不允许当事人协商创设物权种类和变更物权的内容。因为物权的性质和效力与合同权利不同。合同权利（债权）属于“相对权”，仅在当事人之间有效，不具有排他性，因此可以实行“合同自由原则”。当事人自由订立合同、创设债权，只能约束双方当事人，原则上不会损害国家、社会和他人利益。而物权属于“绝对权”，具有排除他人干涉的效力。“直接支配”的效力，加上“排除他人干涉”的效力，实际上就是对社会财产的“独占”。物权就是对现存有形财产的“独占权”。实行“物权自由原则”，无异于许可通过创设新的物权类型或者改变原有物权的内容，而达到“独占”本属于国家、社会和他人的财产的目的。

物权法规定“物权法定原则”，还有一个理由：物权是市场交易的前提和结果。市场交易，是商品与货币的交易，亦即物权与物权的交易。现行合同法第一百三十条规定：“买卖合同是出卖人移转标的物的所有权于买受人，买受人支付价款的合同。”物权既是市场交易的前提，也是市场交易的结果。

既然物权是市场交易的前提和结果，是市场交易得以进行的前提条件，则作为市场交易的前提的物权，其种类和内容就必须统一化、标准化，就不能允许自由创设物权类型和改变物权内容，否则就会使市场交易复杂化，使市场交易难于进行。因此，基于保障市场交易顺利进行和建立全国统一的大市场的法律政策理由，必须实行“物权法定原则”，必须由“法律”规定物权的种类和内容。这与实行“货币法定原则”和“有价证券法定原则”，是出于同样的法律政策理由。

应当注意，“视为”是一个极特殊的法律概念，是由法律直接作出的不允许推翻的“认定”，一经“视为”，即无任何救济途径。因此，“视为”仅适用于“事实”的认定，而不适用于“权利”或者“法律行为”的认定。且作为“视为”的前提的，必须是某种确定的“事实”。例如现行继承法第二十五条规定，继承人在继

© 1994-2008 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

承开始后、遗…受继承”。受遗赠人…有表示的，视为放…条规定，采用数据电…定系统接收数据电…统的时间，视为到达…数据电文进入收件人…到达时间”。

依照本条规…视为物权，而什么是“…”，什么叫“符合”物…智的，怎么能够据以…个特殊法律概念和…且根据不确定的、见…出“物权”认定，在法…律秩序的混乱。

如果“物权法定…物权自由原则”，凡属…特征的权利”，均可以…”、“有价证券法定原则…自由原则”、“有价证券…征的”、“符合有价证券…菜票”、“返券”、“优惠券…视为“货币”、均可视为“…为，不堪设想的！

如果中国物权法规…法律未作规定的，符合物…物权”，则在中国境内活动…律师，就必然会在他们所参…门自己熟悉的本国法律上…类型，当然属于本条所谓“…权特征的权利”，中国政府和…视为物权”！必将对中国的…成巨大的冲击和损害！物权…于否定中国法律未规定的、…外国法律上的物权类型，以维护中国…立法和中国的法律制度…物权法定原则”，而自毁“长…

起草人将“物权…则”改为“物权自由原则”，可能是受个…观点的影响。须知学术研究的规律…求异”，即尽量说别人没有说过的…规律则相反，是所谓“存异而…物权法定原则相对…”的…的。自法国民法典以来二百年，自德国民法典、日本民法典以来一百年，法律未作规定而由法院判例认可的“新物权”类型，仅有“让与担保”一种，而发达国家先由法院判例认可“让与担保”的效力，而后再通过修改法律或者制定特别法实现“让与担保立法化”的实践说明，“物权法定原则”并不会阻碍市场经济的发展。

迄今各国物权法上，“物权法定原则”的地位，并未发生任何动摇，且不说没有哪一个国家以“物权自由原则”取而代之，甚至没有哪一个民法学者提出过这样的主张。可以断言，中国物权法否定“物权法定原则”，而代之以“物权自由原则”，必将导致中国物权秩序乃至整个法律秩序的极大混乱！

三

建议恢复物权法草案（第二次审议稿）第八条关于物权优先原则的规定：“在特定的不动产或者动产上，既有物权也有债权的，优先保护物权。但法律另有规定的除外。”

物权优先于债权原则，是处理物权与债权冲突的基本规则，是法官在司法实践当中最常用的裁判规则之一。主要适用于两类案件：一是在“一房多卖”案件中，据以判决已经办理产权过户的买房人得到争议房屋；二是在企业破产和清产还债案件中，据以判决抵押权人优先受偿及出租人取回租赁物。这一原则的例外规则，即条文“但书”所谓“法律另有规定的除外”：一是合同法第二百二十九条关于买卖不破租赁的规定；二是企业破产法关于优先清偿工人工资的规定。如果物权法不作规定，法律素养高的法官仍会将此原则作为法理规则而予以适用，法律素养较低的法官就往往会无所适从或者任意裁判，势必影响裁判的统一和公正。还是在物权法上明文规定为好。

四

© 994-2008 hina Acad mic Jour al Electron c Publishing Ho se. All rights reserv d. http: www.c ki. et

www.cnki.net

© 1994-2008 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

定:“营业质权,是指当铺营业人以约定的期限和利息向借款人出借款项,并以借款人交付占有的动产为标的而设定的质权。银行存单、存折、股票、债券等有价证券,不得设定营业质权。”

当票为营业质权设定的书面凭证。

当铺营业人不得将质物转质。

当铺营业人与借款人在设定营业质权时可以约定,借款人在约定期限届满经过五日仍不能偿还借款本息的,当铺营业人即取得质物的所有权,其所担保的债权亦同时消灭。

当铺营业人与借款人无前款约定的,借款人在约定期限届满时不能偿还借款本息的,当铺营业人得以拍卖或者其他方法变价质物。当铺营业人变价质物所得全部价款,归当铺营业人所有。变价质物所得价款不足清偿当铺营业人的债权时,当铺营业人不得向借款人追偿。

营业质权因当铺(典当行)营业而发生。当铺(典当行)为我国民间长期存在的一种资金融通方式,对于普通人解决一时的资金困难,具有显而易见的好处。新中国建立后,当铺(典当行)营业逐渐消亡。自改革开放以来,各地纷纷开设当铺(典当行),从事以动产质押担保的小额借款业务。中国人民银行将当铺业务归类于非银行金融业务,经中国人民银行批准经营当铺业务的机构,为非银行金融机构。但因缺乏相应法律规则,而致所发生的纠纷难以裁判,影响到当铺(典当行)营业的健康发展。

按照本法第二百二十条(现行担保法第六十六条)关于禁止流质的规定,及第二百三十条(现行担保法第七十一条)关于清算的规定,现在的当铺(典当行)营业,显然构成违法。因此,建议物权法对营业质权设明文规定,为当铺(典当行)营业提供法律依据,以利于保护当事人合法权益,建立当铺(典当行)营业合法、公正、健康、有序的法律秩序。

因营业质权为特殊的动产质权,应规定区别于一般质权的特殊规则:(一)质物仅以动产为限。银行存单、存折、股票、债券等有价证券,虽在法律上视为动产,但其本身代表一定数额的金钱,持有人不必借助于当铺获取资金。且有价证券权利有其特殊变现方法,若允许以有价证券设定营业质权,因营业质权不适用禁止流质约款规则,难保不损害借款人的利益。因此明文规定银行存单、存折、股票、债券等有价证券,不得设定营业质权。

(二)当铺营业人在借款人偿还所借全部本息时,应当将质物交还给借款人。若当铺营业人将质物转质,则可能会影响借款人取回质物。且当铺营业人向借款人出借资金,一般期限较短,金额不大,若允许当铺营业人转质质物,对借款人不利。因此,应规定当铺营业人不得将质物转质。

(三)考虑到借款人通过当铺融通资金,一般期限不长,借款数额和质物的价值也都不大,若严格要求按质权实行方法公开拍卖,既不经济,也不方便,且与当铺营业从来的习惯相悖。因此,应许可当铺营业人与借款人在设定营业质权时可以约定,借款人在约定期限届满时不能偿还借款本息时,质物的所有权转移为当铺营业人所有,其所担保的借款债权同时消灭。换言之,营业质权不适用禁止流质约款的规则。

(四)鉴于当铺业务的特点在于期限短、金额不大,若要求当铺营业人进行清算,势必增加交易成本,妨碍业务的开展。因此,不宜要求进行清算,借款人在约定期限届满不能偿还借款本息时,当铺营业人变价质物所得全部价款,应归当铺营业人所有,变价质物所得价款不足清偿当铺营业人的债权时,当铺营业人也不得继续向借款人追偿。

如果物权法规定“营业质权”,就为当铺(典当行)这整个“行业”及其从业者提供了生存、发展的法律基础,如果不作规定,就使当铺(典当行)整个行业及其从业者成为“违法”!可见,规定“营业质权”,或者不规定“营业质权”,是关系我国市场经济中一个“行业”及其数十万从业公民的合法生存的大问题,望立法机关及物权法起草者熟虑之!

十

第二百二十八条:“债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质:

(一)汇票、支票、本票;

(二)债券、存款单;

(三)仓单、提单;

(四)可以转让的股权;

(五)可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权;

(六)公路、桥梁等收费权;

(七)应收账款;

(八)法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利。”

建议删去“(六)公路、桥梁收费权”;“(七)应收账款”。

本条在第四次审议稿基础上,增加规定“公路、

© 1994-2008 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

桥梁收费权”和“应收账款”可以设立权利质权，是完全错误的。在经济生活中，可以发挥融资担保作用的，不限于担保物权制度。“公路、桥梁收费权”和“应收账款”融资，属于典型的“债权转让”，是合同法上的制度，而与物权法上的“权利质权”制度无关。

质权担保的实质，是在“质押标的”之上创设一个“质权”，由质权人直接或者间接“控制”、“质押标的”。在动产质押情形，质权人通过直接占有“质押动产”，达到“控制”目的；在权利质押情形，质权人通过直接占有“质押权利”的“权利凭证”，或者通过办理“权利质押登记”，以达到“控制”目的。因此，动产质权“自出质人交付质押财产时发生效力”，即以移转该动产之“占有”为生效要件；质权人一旦丧失对该动产的“占有”，其动产质权即应归于消灭。权利质权“自权利凭证交付质权人时发生效力”或者自“办理出质登记时发生效力”，即以移转“权利凭证”之“占有”或者以“出质登记”为生效要件，质权人一旦丧失对该“权利凭证”之“占有”或者“出质登记”被“涂销”，其权利质权即应归于消灭。

因此，可以设立“权利质权”的权利，必须具备两个条件：一是有“权利凭证”或者有“登记制度”；二是质权人可以通过占有“权利凭证”或者通过办理“出质登记”，达到控制该项权利的目的。如果某项权利，既没有“权利凭证”也没有“登记制度”，或者质权人不能通过占有“权利凭证”或者办理“出质登记”达到控制该项权利的目的，则该项权利不能用于设立“权利质权”。

“公路、桥梁收费权”和“应收账款债权”就属于这样的、不能设立“权利质权”的权利。因为，即使为“公路、桥梁收费权”和“应收账款债权”创设某种“权利凭证”，或者为其创设“出质登记”制度，移转该“权利凭证”之“占有”或者办理“出质登记”也不能达到“控制”该“公路、桥梁收费权”和“应收账款债权”的目的。

实际上，以“公路、桥梁收费权”和“应收账款债权”融资，也根本没有必要设立什么“权利质权”，只需将“公路、桥梁收费权”和“应收账款债权”转让给银行，由银行直接向往来车辆收取“过路费”、“过桥费”，直接向债务人收取“应收账款”就行了。现今国际以“公路、桥梁收费权”和“应收账款”融资，均一律采用“债权转让”方式，而不采用“权利质权”方式，其理由在此。

历史上，中国政府向外国借债而以关税担保，就是采用“债权转让”制度，而不是“权利质押”制度。即将中国海关“关税征收权”转让给该债权国，而由该债权国政府派员到中国设立海关直接收取关税。现今以“公路、桥梁收费权”担保融资，亦应采取同一制度，即将“公路、桥梁收费权”转让给银行，而由该银行（派员或者委托他人）直接向往来车辆收取“过桥费”、“过路费”，以“抵偿”借款本金和利息。

如前所述，“公路、桥梁收费权”不符合设立“权利质权”的条件，即使按照第二百三十三条的规定向有关主管部门办理了“出质登记”，难道出质人就不向往来车辆收取“过桥费”、“过路费”了？除非银行（派员或者委托他人）“直接”行使该项“公路、桥梁收费权”，直接向往来车辆收取“过桥费”、“过路费”，就绝难“控制”该项“公路、桥梁收费权”，就绝难实现其担保融资的目的！为什么我们不采纳中国历史上的、现今国际上的成功经验，而要规定既违背法理又不具备操作可能性的“公路、桥梁收费权质押”呢?!

本条增加规定“应收账款”作为“权利质权”的标的，是要适应银行界关于开展“应收账款融资”（receivables financing）和“保理”（factoring）业务的要求。如前所述，“应收账款”不符合设立“权利质权”的条件，因此国际上“应收账款融资”和“保理”普遍采用“债权转让”方式，不采用“权利质押”方式。这在1988年的《国际保理公约》和2001年的《国际应收账款转让公约》有非常明确的规定。

按照《国际保理公约》第1条第2款的规定，“保理合同”的要件是：（一）供货方向保理商转让应收账款债权；（二）保理商至少应承担以下四项职能中的两项：（1）提供融资；（2）账户管理；（3）收款；（4）防范债务人违约。但《国际保理公约》的适用范围有所限制，且未解决禁止转让条款对应收账款转让的效力，及同一应收账款债权重复转让问题。为了进一步促进应收账款融资，消除法律规则的不确定性，平衡转让方、受让方和债务人利益，联合国国际贸易法委员会1992年提议起草、于2001年7月完成《国际应收账款转让公约》，经联合国大会通过向各国开放签字。

按照《国际应收账款转让公约》的规定，不限制应收账款债权转让的目的（第2条）；许可对未来应收账款债权的转让（第5条）；合同禁止转让条款及对应收账款转让的一切限制，均不影响应收账款转让的有效性（第9条）；区分转让通知与付款指示（第13条）；债务人的付款义务解除以收到付款指示为界（第17条）；禁止债务人放弃因受让人欺诈或者自己行为能力欠缺所产生的抗辩（第19条）。特别应

© 1994-2008 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

当注意的是,《国际应收账款转让公约》对应收账款债权重复转让的解决办法。

于同一债权人将同一应收账款债权重复转让给数个受让人的情形,应由哪一个受让人享有该项应收账款债权?美国建议的方案是"依注册时间的先后";德国的方案是"依转让合同成立时间的先后";英国、日本和西班牙的方案是"依债务人收到转让通知时间的先后"。鉴于上述国家均固执己见、互不让步,最后《国际应收账款转让公约》只好设计一个"附件",并列规定上述三种方案,供参加国选择。

"附件"第一节和第二节规定"依注册时间先后"的规则及国际注册体系;第三节规定"依转让合同成立时间先后"的规则;第四节规定"依债务人收到转让通知时间的先后"的规则。《国际应收账款转让公约》第42条规定,参加国可随时声明:其将接受"附件"第一节所列优先规则的约束并参加依"附件"第二节所组建的"国际注册体系";或者接受"附件"第三节所列规则的约束;或者接受"附件"第四节所列规则的约束。

鉴于《国际应收账款转让公约》涉及受让人对应收账款的权利是否优先于同一债务人的其他债权人的问题,特别是"附件"第一节对同一应收账款债权的重复转让规定了"依注册时间先后"的规则,并在第二节规定了"国际注册体系",容易使人联想到物权法上的作为担保物权之一的"优先权",及将公约所规定的"转让资料的注册"混淆于物权法上的"物权登记"。银行界一些同志主张将"应收账款"纳入"权利质权",其原因盖在于此。

其实,无论《国际保理公约》或者《国际应收账款转让公约》,所规定的都是"应收账款债权转让",并无片言只语涉及"质押"、"权利质押"、"应收账款债权质押"及"担保权"、"担保物权"、"担保权益"。这是由国际"应收账款融资"普遍采用"债权转让"方式的实践,及"应收账款债权"的性质决定其不适于采用"权利质押"方式所决定的。

《国际应收账款转让公约》第22条和第30条规定"受让人对应收账款的权利是否优先于其他请求人的权利,由让与人所在地的法律管辖",与物权法上的"优先权"无关。第42条及"附件"所要解决的,是同一应收账款债权重复转让时哪一个转让合同有效的问题,即使选择第一节和第二节的方案,受"依注册时间先后"规则的约束,由将转让资料在国际注册体系最先注册的受让人享有权利,也并不产生所谓"担保权",因此与物权法上的"抵押权登记"和"权利质权登记"截然不同。

我国现行合同法第七十九条至第八十一条关于"债权转让"的规定,为我国银行界开展"应收账款转让"融资和"保理"业务,提供了初步的、基本的法律框架。其不足之处,如未解决"禁止转让条款"的效力、未区分"转让通知"与"支付指示"、未解决同一应收账款债权重复转让的问题等,可在制定中国民法典合同编时参考《国际应收账款转让公约》相关规定予以补充完善。像现在的草案这样,轻率地将"应收账款"纳入"权利质权",必将导致金融秩序和法律秩序的混乱,对于银行界开展"保理"和"应收账款融资"义务有百害而无一利!

十一

建议恢复第二次审议稿关于"让与担保"的规定。

我国商品房"按揭"贷款中所谓"按揭"和抵押不同。抵押担保,必须先有房屋所有权,然后在房屋所有权之上设定一个抵押权。不能在"债权"之上设定抵押权。大陆法系物权法及我国现行担保法,不承认"债权"抵押,抵押的标的必须是"所有权"(还有土地使用权)。在日本、德国等大陆法国家,把我国现在的"按揭"担保称为"让与担保"(因经济政策上的理由,这些国家不允许"商品房预售",因此仅承认"动产让与担保",不承认"不动产让与担保")。可以设立"让与担保"的,既可以是债权,也可以是所有权,还可以是知识产权。

所谓商品房按揭,就是买房人把自己根据商品房预售合同享有的债权和将来取得的房屋所有权,一并让与银行,用来担保银行的借款债权。签订按揭协议后的一段时间里,银行手中只有债权,当开发商交房并办理产权过户之后,银行手中的债权消灭,变换成房屋所有权。因此可见,按揭担保有一个从债权担保转变成所有权担保的过程,和抵押担保不同。

为什么不叫"按揭担保"呢?因为"按揭"是广东话,写在法律上也不好看,也不知道是什么意思。有人说,人家香港人把这个"按揭"叫做"楼花抵押"。"楼花"就是合同上的"债权"。即使在香港地区,"楼花抵押"也不是真正的"抵押"。在中国内地,现行担保法规定,只有所有权、土地使用权,亦即现实存在的动产、不动产才能抵押。"让与担保"是一个新的制度,是用来整合、规范现在的商品房"按揭"的。

必须指出,按照"让与担保",按揭银行的利益将

© 1994-2008 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

得到妥善的保障。如果在开发商交房并办理产权过户之前按揭人陷于不能支付，按揭银行可以直接行使受让的合同债权，请求开发商对自己交房并办理产权过户，直接从开发商得到房屋和房屋所有权。如果在开发商交房并办理产权过户之后按揭人陷于不能支付，则按揭银行有权自己决定行使让与担保权的方式，以按揭房屋变价受偿，或者直接从按揭人手中收回按揭房屋，自己成为真正的所有权人。"让与担保"的最大优点，正是其行使简便，可以回避设立和行使抵押权的严格程序、手续和方法。

反之，物权法不规定"让与担保"，不仅现实中的商品房按揭没有法律依据，因商品房按揭所发生的纠纷案件难以裁判，按揭银行的利益也不可能获得妥善保障。如果在开发商交房和办证之前按揭人陷于不能支付，因为没有办理抵押登记，按揭银行没有抵押权，其借款债权属于无担保债权，且不可能阻止开发商向买房人交房和办理产权过户；如果在开发商交房、办理产权过户并同时办理抵押登记之后按揭人陷于不能支付，按揭银行虽然可以行使抵押权，但必须遵循物权法关于抵押权行使程序、手续和方法的规定。

除此之外，"让与担保"还与融资租赁有关。现行合同法第十四章规定"融资租赁合同"，这是一种新的合同类型。企业与租赁公司签订一个融资租赁合同，由租赁公司替该企业垫付购买设备的价款。按照融资租赁合同的"所有权转让条款"，企业把打算购买的设备所有权转让给了租赁公司。实际是租赁公司替企业支付购买设备的价款，而企业预先把设备的所有权转让给租赁公司，以担保租赁公司的垫款债权。供应商虽然对企业交付设备，但这个企业只得到设备的使用权，设备的所有权已经转让给了租赁公司。因此，合同法第二百四十二条规定："出租人享有租赁物的所有权"。须注意的是，虽然所有权归了租赁公司，但租赁公司并不是真正的所有权人，只是用这个所有权作为担保手段。以后这个企业把租赁公司的租金还清以后，租赁公司必须把设备的所有权归还给企业。这是典型的让与担保，和"按揭"是同样的原理。

所以说，物权法规定让与担保制度，虽然是一个新创，但并不是凭空产生的，一是针对现实中的商品房预售中的"按揭"担保，要用"让与担保"制度来规范、整合现实中的"按揭"担保；二是针对我们合同法上融资租赁合同中的"所有权让与"担保，为融资租赁合同所规定的"所有权让与"条款提供法律根据。

十二

建议增加关于取得时效的规定：

第　条：以所有的意思，十年间和平、公然、连续占有他人之动产者，取得其所有权。但其占有之始为善意并无过失者，为五年。

第　条：现时登记为不动产所有人，虽未实际取得该项权利，但占有该不动产并依所有人身份行使其权利的，自其权利登记之日起满二十年而未被涂销登记者，实际取得该不动产所有权。

本条规定可准用于用益物权。

第　条：以自主占有的意思，和平、公开、持续占有他人未经登记的不动产满二十年者，可以请求登记为该不动产的所有权人。

本条规定，不适用于国有土地所有权。但可准用于用益物权。

第　条：取得时效的中止、中断，准用关于诉讼时效的规定。

各国民法均规定取得时效制度。按照取得时效制度，张三所有的某项财产被李四占有，经过法律规定的期间之后，李四即可取得该财产的所有权，而张三对该财产的所有权因此消灭。取得时效制度的合理性在于：

第一，非权利人李四自以为自己是所有人，长期占有该项财产，经过相当长的时间之后，人们已经相信李四是该财产的所有权人，并与其发生各种法律关系。这种情形，如果要恢复张三对该财产的占有，势必要推翻这些已经存在的法律关系，引起法律秩序的混乱。

第二，由于李四占有该财产已经过相当长的时间，例如20年，证明该财产所有权归属的证据已经很难收集，即使收集到一些证据，也往往难辨真假，直接以该财产的占有事实为根据，使占有人李四取得所有权，可以避免法院收集和判断证据的困难，可以减少讼累。

第三，张三虽然是该财产的所有权人，却长期未行使其权利，李四虽然不是真正的所有权人，却长期实际行使权利，与其保护长期不行使权利的所有权人张三，不如保护长期积极行使权利的非所有权人李四，更能发挥该财产的效用。

第四，当就某项财产的所有权归属发生争执时，通常要求双方举出证据，证明自己是该财产的所有权人。但经常发生这样的情形，因为年代久远，证据湮灭，证人死亡，很难判断该财产真实的权属。现实

© 1994-2008 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

占有该财产的一方，就可以援引取得时效制度保护自己的利益。他只要证明自己占有该项财产已经达到法律规定的时效期间，法院就应当根据取得时效制度，认定他为该项财产的所有权人。因此，取得时效制度，是现实占有财产的一方获得胜诉判决的最简便、有力的方法。

第五，我国自1949年以来，农村历经土地改革、互助组、合作社、大跃进、公社化等运动，城市国有企业、集体企业也经历多次合并、分立、转制，导致财产关系混乱和产权界限不清。因土地、建筑物归属发生争执，以致发生严重的暴力事件。物权法规定取得时效制度，将有利于减少这类事件的发生，有利于财产关系和社会秩序的安定。

Amendments to the Property Rights Law Draft (the 5th Version)

LIANG Hui－xing

(*Research Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences, Beijing* 100720, *China*)

Abstract: This paper advances 12 Amendments to the Property Rights Law Draft (the 5th Version). They are: 1. leaving out the "according to the constitution" in article 1; 2. leaving out "the rights which law does not define and which conform to the character of the property rights are viewed as property rights." in article 5; 3. restoring the provision as to the priority principles of the property rights in article 8 in the Property Rights Law Draft (the 2nd Version): "for the movable and immovable property with both property right and the creditor's right, property right has the priority to be protected; 4. revising the article 51 to be "the roads, electric power, communication, natural gas and other public facilities are owned by state"; 5. adding a provision as to the ownership of religious property "the movable and immovable property of temples, churches and mosques are owned by religious legal person; 6. leaving out "owner's" in chapter 6 and "owner" in all articles; 7. revising the time term of contract; 8. suggesting leaving out article 185; 9. adding the provision as to "business pledge right"; 10. leaving out "(6) the right of collecting the road and bridge toll and (7) fund receivable on account in article 124; 11. restoring the provision as to "transfer and guarantee" in the 2nd Version; 12. adding the provision as to the time limitation of obtaining. This paper makes a thorough and detail discussion on these problems above.

Key words: the Property Rights Law Draft; the 5th Version; amendments

(责任编辑　李雪枫)

© 1994-2008 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net