

对物权法草案的修改意见

梁慧星

(中国社会科学院,北京 100720)

摘要:本文对物权法草案的相关条文提出了具体的修改意见,并对修改的理由进行了详细阐述。

关键词:物权法草案;修改意见;理由

中图分类号:DF521 **文献标识码:**A

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，（另一方案：依照宪法），制定本法。”

修改意见：不赞成另一方案“依照宪法，制定本法”。

理由：我国迄今的立法，如担保法、合同法、保险法、产品质量法等等，均未在法律第一条写上“依照宪法，制定本法”，而是采用“为什么什么，制定本法”的“立法理由”模式。这可以说是我国立法的一项“惯例”。现今制定物权法，当然要遵循此项立法“惯例”。特别要指出的是，我国实行人民代表大会制度，全国人民代表大会的“立法权”，直接来源于全国人民，而不是来自“宪法”。就是“宪法”本身，也是全国人民代表大会制定的。此与采“三权分立”体制的国家，先召开国民（代表）大会制定“宪法”，由“宪法”授权“议会”行使“立法权”（并授权“总统”行使“行政权”，授权“法院”行使“司法权”），是截然不同的。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“权源”；而在人民代表大会体制之下，全国人民代表大会拥有“全部立法权”，当然有权制定“宪法”和“法律”，其“立法权”并非来自“宪法”，如在所制定的每一项法律的第一条写上“依照宪法，制定本法”，将直接抵触“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，不仅有悖于我国“人民代表大会制度”的本质，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一切法律，包括合同法、担保法、保险法、婚姻法、继承法等等，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。岂不正好中了个别法理学教授的奸计？

二、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。”

理由：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。

三、第三十一条“因继承或者受遗赠取得物权的，自继承或者受遗赠开始时发生效力。”

修改意见：建议删去条文后段中的“受遗赠”三字。

理由：继承法上只有“继承开始”，没有“受遗赠开始”。现行继承法第二条规定：“继承从被继承人死亡时开始。根据这一规定，被继承人死亡之时，即“继承开始”。现行继承法第五条规定：“继承开始后，按照

法定继承办理;有遗嘱的,按照遗嘱继承或者遗赠办理;有遗赠扶养协议的,按照协议办理。根据这一规定,“继承开始”是“遗嘱继承”、“遗赠”、“法定继承”的同一前提条件,一旦“继承开始”,既可以发生“继承”也可以发生“遗赠”的法律效果。本条只须规定,“因继承或者受遗赠取得物权的,自继承开始时发生法律效力”。加上“受遗赠开始”一语,属于画蛇添足。

四、第三十七条:“造成不动产或者动产毁损的,权利人可以请求恢复原状。”

修改意见:建议删去本条。

理由:“物权请求权”是专门针对“物权的法律救济措施,是“物权的特殊保护方法。物权请求权的优点,在于其“构成要件简单”,因此物权请求权行使的程序就特别方便,只须证明自己享有“物权”就足够了,法院也仅凭原告享有“物权”这一点就给予保护。这就使请求权人避免了就侵权责任的“构成要件”举证的麻烦。因此,民法在侵权责任制度之外,特别规定“物权请求权”制度,作为保护“物权的特殊救济措施。反过来,物权请求权也有局限性,这就是行使物权请求权一定要有“物权”存在。“物权”什么时候存在?“标的物”存在,“物权”就存在。标的物一旦“毁损、灭失”,例如房屋都已经烧毁,汽车已摔下悬崖变成一堆废铁,手机已经灭失,这时“物权”(所有权)已经消灭,你就不能再行使物权请求权,你只能向法院提起侵权责任之诉。不动产或者动产一经毁损,原物权已不存在,行使物权请求权的基础已经丧失,受害人只能依据侵权责任请求保护,无所谓物权请求权存在。

五、第四十二条:“侵害物权,造成权利人损害的,权利人可以请求损害赔偿。”

修改意见:建议删去本条。

理由:本条规定导致了“物权请求权”制度与“侵权责任”制度的混淆。按照民法原理,物权请求权以恢复物权的圆满状态为目的,而通过判决损害赔偿金以填补受害人遭受的损害,是侵权责任制度的目的,不是物权请求权的目的。按照本条规定,凡物权受侵害,受害人都必然依据本条行使属于物权请求权性质的“损害赔偿请求权”,民法侵权责任制度就被取代了。而在物权受侵害的情形,法院仅根据“物权”存在一项要件,完全不考虑“加害行为”、“损害结果”、“因果关系”、“加害人过错”等要件,以及是否存在免除、减轻责任的事由,怎么可能作出合情、合理、合法的损害赔偿判决?

六、建议增设一条:“在第三十八条和第三十九的情形,物权人受有损害的,可在请求排除妨害或者消除危险的同时,附带请求损害赔偿。”

理由:草案第三十八条规定排除妨害请求权,第三十九条规定消除危险请求权,与此有关的一个问题是,如果因为“妨害行为”或者“危险状态”的存在,已经给

受害人造成实际的损害(损失),此项损害(损失)是否许可受害人在行使“排除妨害请求权”或者“消除危险请求权”的同时,一并请求损害赔偿?若坚持“物权请求权”以恢复“物权之圆满状态”为目的,不许可受害人一并请求损害赔偿,则受害人应当在行使“排除妨害请求权”或者“消除危险请求权”之后,依据侵权法的规定另案提起“侵权损害赔偿之诉”。其结果是徒增当事人讼累和程序的繁复,并违反诉讼经济原则。因此,应当许可权利人在行使排除妨害请求权或者消除危险请求权的同时,附带请求损害赔偿。

七、第四十二条:“权利人请求排除妨害或者消除危险,不适用诉讼时效。”

建议修改为:“行使确认物权请求权、排除妨害请求权和消除危险请求权,不适用诉讼时效。”

理由:本条规定排除妨害请求权和消除危险请求权不适用诉讼时效,当然是正确的。鉴于“确认物权请求权”的目的和作用,在于采用诉的方法解决物权争议,维护正常的物权法律秩序,避免当事人之间因争议长期不能获得解决而酿成恶性事件。因此“确认物权请求权”不应适用诉讼时效,只要物权争议存在,“确认物权请求权”就存在,不受诉讼时效的限制。

八、第四十九条:“国家维护公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度。国家保障国有经济的巩固和发展,发挥国有经济在国民经济中的主导作用;国家保护城乡集体经济组织的合法的权利和利益,鼓励、指导和帮助集体经济的发展;国家保护个体经济、私营经济等非公有制经济的合法的权利和利益,鼓励、支持和引导非公有制经济的发展,并对非公有制经济依法实行监督和管理。”

修改意见:建议删去本条。

理由:本条“照搬”宪法条文,目的是要“堵”个别法理学教授的“嘴”。个别法理学教授指责物权法草案起草者“搞私有化”,纯属无稽之谈。法制工作委员会组织起草物权法,自有其合法性,所起草的物权法草案内容是否适当,应由全国人大常务委员会及全国人民代表大会审议决定。草案已经在第一条明文表述“立法理由”,没有必要再照搬任何“宪法条文”!

如果真的加上这个条文,就会起反作用,会使人理解为:个别法理学教授指责物权法草案起草者“搞私有化”,物权法草案起草者便赶忙搬“宪法条文”予以招架,说明物权法草案起草者理不直、气不壮!这与个别法理学教授指责物权法草案“奴隶般抄袭资产阶级的民法”,我们的民法学者就举出关于“土地承包经营权”等的规定以证明物权法草案“没有奴隶般抄袭”一样,至少是不明智的!

其实,个别法理学教授攻击物权法草案“违反宪法”、“搞私有化”、“奴隶般抄袭资产阶级民法”,是“项庄舞剑”,别有其居心!个别法理学教授在《三问物权

法起草者》一文中讲得很清楚,其与物权法草案起草者的根本分歧在于:不赞成对国家财产、集体财产和私人财产的“平等保护”!该文提出反问:如果不对国家财产实行特殊保护,不规定“国家财产神圣不可侵犯”,还叫什么“社会主义”?!显而易见,个别法理学教授所谓的“社会主义”,是改革开放前的单一公有制基础上的计划经济,而绝不是现今多种所有制经济基础上的社会主义市场经济!靠“照搬宪法条文”是“堵”不住他们的“嘴”的。反驳个别法理学教授的谬论,不是物权法草案的本分。农谚说得对,听见几声蝼蛄叫,难道就不下地了?

九、第五十四条:“法律规定属于国家所有的野生动植物资源,属于国家所有。”

修改意见:建议删去本条。

理由:按照现代汉语词典关于“资源”的定义,“野生动植物资源”的含义是:野生动物和野生植物的“天然来源”,使人难于理解。其实,所谓“野生动植物资源”,就是指“野生动物”和“野生植物”。“植物”无论“野生”、“家生”,只要生产在土地上,就是土地的附着物,就是土地的组成部分,归属于土地的所有权人。国有土地上的“野生植物”自然属于国家所有,无须法律特别规定。同理,集体土地上的“野生植物”当然属于集体所有,私人享有使用权的土地上的“野生植物”当然属于私人所有。怎么能够设想,“法律规定”集体土地和私人享有使用权的土地上的“野生植物”属于国家所有”?!

保护野生动物,本属于公法上的义务,且首先是国家的义务、整个社会的义务。如将“野生动物”规定为“属于国家所有”,则按照民法原理,应由所有人国家自己承担全部保护义务,广大人民群众就当然被解除了保护义务。再说,规定珍贵的、有价值的野生动物归国家所有,与情理不合。为什么有害的野生动物,如苍蝇、蚊子、跳蚤、蟑螂、老鼠不规定为国家所有?为什么专挑珍稀的、有价值的野生动物规定为国家所有?!

其次,将野生动物规定为国家所有,于法理不合。因为野生动物,如穿山甲,今天在云南、广西境内,明天可能就在越南、缅甸境内。如天鹅、大雁、红嘴鸥等候鸟,秋冬飞来中国境内,来年春暖花开时即飞往俄罗斯的西北利亚,如规定为归中国国家所有,其飞往西北利亚岂不成为对俄罗斯领空、领土的侵犯?如果俄罗斯也规定这些野生动物为俄罗斯国家所有,岂不要产生国际争端?假设某个科学家公布研究结果证明“禽流感病毒是某种“候鸟”传播的,而根据中国物权法的规定,该种“候鸟”属于中国“国家所有”,是否将引发以中国政府为被告的国际损害赔偿诉讼?这至少在法理上是完全有可能的。

其实,野生动物,不具有特定性和直接支配性,在被捕获之前,不构成物权的客体。按照传统民法,野生

动物属于无主物,国家保护野生动物,只须对民法先占取得制度加以限制即可。如规定禁渔期、禁渔区、禁猎期、禁猎区,划定野生动物保护区,禁止猎取、捕捞国家保护的野生动物就够了,不必要也不应该规定为国家所有。

十、第五十六条:“道路、电力、通讯、天然气等公共设施,依照法律规定为国家所有的,属于国家所有。”

建议修改为:“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。”

理由:即使是“公共设施”,也仍然适用“谁投资归谁所有”的民法基本原理。国家投资的“属于国家所有”,集体投资、私人投资的,属于集体所有、私人所有。国家要取得集体投资、私人投资的“公共设施”的所有权,必须采用“征收”程序并给予合理补偿。怎么能够设想,立法机关制定法律规定集体投资、私人投资的公共设施属于国家所有?!

我国自实行对外开放政策以来,不仅制定了一系列给予外资、外商各种优惠待遇的法律法规,而且信誓旦旦地一再保证“不采取国有化措施”,并修改现行宪法明文规定对“非公有制经济”实行平等保护,规定“私有财产不受侵犯”,今天却在物权法上明文规定“道路、电力、通讯、天然气等公共设施,依照法律规定为国家所有的,属于国家所有”,向国际社会发出将对属于“非公有制经济”的财产实行“国有化”的信号!必将严重动摇好不容易树立起来的国际社会对我国政府的信任和信赖!至少将使外企、外资和国内非公有制经济单位再也不敢投资于“道路、电力、通讯、天然气等公共设施”!在我国政府正全力争取“市场经济国家地位”的关键时刻,物权法草案规定这一与我国对外、对内经济政策大唱反调的条文,真正是匪夷所思!

十一、第七十条:“私人的储蓄、投资及其收益,受法律保护。”

国家依照法律规定保护私人的财产继承权及其他合法权益。”

修改意见:建议删去本条。

理由:储蓄、投资和财产继承,非物权关系,不属于本法第二条规定的调整范围。

十二、第七十一条:国家、集体和私人依法可以出资设立有限责任公司、股份有限公司或者其他企业。国家、集体和私人所有的不动产和动产,投入到企业的,由出资人按照约定或者出资比例享有资产收益、重大决策以及选择经营管理者等权利。

修改意见:建议删去本条。

理由:非物权关系,不属于本法第二条规定的调整范围。

十三、建议增加一条规定宗教财产的归属:“寺庙、宫观、教堂、清真寺的不动产和动产,属于宗教法人所有。”

理由:宗教财产,包括佛教的寺庵、道教的宫观,天主教、基督教和东正教的教堂,伊斯兰教的清真寺,及供奉各种神明的庙宇。根据现行的国家政策,教会(天主教、基督教和东正教)的房产,为中国教会所有。佛教和道教的庙观及所属房产为社会所有(僧道有使用权和出租权),带家庙性质的小尼庵为私人所有,伊斯兰教的清真寺及所属房屋则为信教群众集体所有。在实际房屋产权登记中,无论何种寺庙宫观,均将宗教协会登记为所有权人。首先,“社会所有”一词只能代表不确定的人群,而不能形成明确的、肯定的法律关系主体;把宗教财产规定为社会所有,实际上是把宗教财产当成了无主财产,给侵犯宗教财产提供了可乘之机。其次,规定为“信教群众集体所有”也不妥,因为信教群众既然已经把钱物捐了出去,主观上不存在作宗教财产所有人的意思。且信教群众从来就没有形成一个成员固定的组织形态,不能成为宗教财产的所有权主体。第三,规定为宗教协会所有,违背了信教群众捐献财产的心愿,信教群众并不是要捐给僧众道徒组成的宗教协会,而是通过寺庙等给予他们心中的神仙、佛祖、耶稣、基督、上帝、真主;由宗教协会所有,也有违宗教教规信条。僧众道徒等不能成为宗教财产的所有人。根据民法原理并参考发达国家的经验,应规定一切宗教财产,包括不动产和动产,都属于作为宗教法人的寺庙宫观所有。物权法明文规定宗教财产归宗教法人所有,有利于对宗教财产的法律保护,有利于切实贯彻国家宗教政策和民族政策。物权法草案几乎对所有的财产类型都设有明文规定,而偏偏不规定宗教财产的归属,无论如何是说不过去的!

十四、第六章“业主的建筑物区分所有权”

修改意见:删去章名中的“业主的”三字;删去本章所有条文中的“业主”一语,而代之以“建筑物区分所有人”概念;条文中的“业主大会”,改为“建筑物区分所有人大会”;“业主委员会”,改为“管理委员会”。

理由:“业主”非法律概念。民间用语“业主”,所指称的不限于“所有权人”,企业主、厂主、店主、作坊主等均可称为“业主”,不能准确表示“建筑物区分所有权人”的含义。即使解为“所有权人”,在“建筑物区分所有权”概念之前增加“业主的”三字,就是“所有权人的建筑物区分所有权”,语义繁复难解。在法律上,“所有权”就是“所有权”,不可称为“所有权人的所有权”。“建筑物区分所有权”,不能称为“业主的”或者“所有权人”的建筑物区分所有权,正如“不动产所有权”,不能称为“业主的不动产所有权”或者“所有权人的不动产所有权”;“动产所有权”,不能称为“业主的动产所有权”或者“所有权人的动产所有权”;“不动产抵押权”,不可称为“抵押权人的不动产抵押权”。

十五、第一百一十条:“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,但符合下列

情形的,受让人即时取得该不动产或者动产的所有权:

(一)在受让时不知道或者不应当知道转让人无处分权;

(二)以合理的价格有偿转让;

(三)转让的财产依照法律规定应当登记的已经登记,不需要登记的已经交付给受让人;

(四)转让合同有效。

受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的,原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。

当事人善意取得其他物权的,参照前两款规定。”

修改意见:删去第一款的“(四)转让合同有效”。将本条修改为:

“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,但符合下列情形的,受让人即时取得该不动产或者动产的所有权:

(一)受让人在受让时不知道或者不应当知道转让人无处分权;

(二)以合理的价格有偿转让;

(三)转让的动产已经交付给受让人。

受让人依照前款规定取得动产的所有权的,原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。

当事人善意取得其他物权的,参照前两款规定。

理由:关于不动产物权变动,各立法例均以“登记”为公示方法,但有登记生效主义与登记对抗主义之别。采登记生效主义的立法例,均赋予不动产登记以“公信力”,用来保护不动产交易的善意第三人,而一般动产没有登记制度,不得已创设“善意取得制度”,专用于保护动产交易的善意第三人。采登记对抗主义的立法例,根据生效的债权合同直接发生物权变动,其是否登记取决于当事人自愿,如果登记则使已经发生的物权变动具有对抗效力,不登记则物权变动不具有对抗效力,因此采登记对抗主义的立法例不赋予登记以“公信力”,当然不能靠不动产登记的公信力以保护不动产交易的善意第三人。

因此,我们看到,在采登记生效主义的立法例,如德国民法和我国台湾地区民法,并用两个制度以实现保护善意第三人的政策目的,即用不动产登记的公信力制度保护不动产交易的善意第三人,用善意取得制度保护动产交易的善意第三人;采登记对抗主义的立法例,如法国民法和日本民法,用一个制度实现保护善意第三人的政策目的,即用善意取得制度保护不动产交易的善意第三人和动产交易的善意第三人。

本法第九条既然规定“登记生效主义”,则其逻辑结果必定是用赋予不动产登记“公信力”的办法保护不动产交易的善意第三人,用“善意取得”制度保护动产交易的善意第三人。不动产登记的公信力制度,应当规定在“不动产登记”一节,善意取得制度应当规定在“动产物权变动”一节或者动产“所有权取得”一节。

我在对物权法草案(第四次审议稿)的修改意见中,建议保留原草案第二十二条关于不动产登记公信力的规定,同时从原草案第一百一十条关于“动产和不动产的善意取得”的规定中,删去“不动产”字样,改为“动产善意取得制度”,专用于保护动产交易的善意第三人。而现在的草案却反其道而行之,将原草案第二十二条关于不动产登记公信力的规定删去,而坚持用一个条文统一保护不动产交易和动产交易的善意第三人,实质上是将不动产登记的公信力制度和动产善意取得制度,合并规定为一个条文,可以见出起草人建立统一的善意第三人保护制度的良苦用心。这样规定的一个优点是,可据以反驳个别法理学教授关于物权法草案起草人“奴隶般抄袭资产阶级民法”的指责。这样规定的另一个可能的优点是,可以兼顾依照本法规定采登记对抗主义的不动产物权,如土地承包经营权。

但无论如何,本条规定以“转让合同有效”为发生善意取得的前提条件,显然是错误的。如果“转让合同有效”,则受让人基于有效的转让合同当然取得标的物所有权,还有适用“善意取得”制度的必要吗?民法创设“善意取得”制度(和不动产登记的公信力制度)的立法目的,正是针对无权处分合同无效,而强行使善意第三人“原始取得”动产的所有权。

特别应当注意的是,本法规定的善意取得制度,与合同法第五十一条规定的无权处分制度,构成特别法与一般法的逻辑关系。1996年的合同法草案(1996年6月稿)关于无权处分制度的规定是:“无权处分合同,权利人不予追认且处分人事后没有得到处分权的,合同无效;但不能对抗已经依法取得财产权的善意第三人。考虑到“但书”所谓“依法取得财产权”,属于物权法上的不动产登记的公信力制度和动产善意取得制度,因此正式颁布的合同法第五十一条删去“但书”,而留待物权法予以规定。可见,合同法第五十一条规定的无权处分制度,属于原则规定,本条关于善意取得的规定属于例外规定。依本条发生善意取得的前提条件,是依合同法第五十一条的规定,“无权处分行为”因权利人不予追认且处分人事后未得到处分权,而致“转让合同无效”。如果无权处分行为,因权利人追认或者处分人事后取得处分权而变成“转让合同有效”,则受让人基于有效的合同而当然取得标的物所有权,也就绝无适用物权法善意取得制度和公信力制度的余地!

起草人坚持以“转让合同有效”作为发生“善意取得”的前提条件,显然是受了我国台湾地区民法著作的影响。这就需要了解现行合同法第五十一条关于无权处分制度,与我国台湾地区民法关于无权处分制度的异同。为此,须从我国台湾地区民法所规定的物权变动模式说起。

我国台湾地区民法的物权变动模式,仿自德国民法。在德国民法,因严格区分“债权行为”(负担行为)与“物权行为”(处分行为),采物权行为独立性和无因性理论模式。买卖合同属于债权行为,仅发生交货、付款的债务,不能发生标的物所有权移转的效果。当事人双方须另外订立一个以移转标的物所有权为目的的物权行为(物权合同),作为发生物权变动的根据。办理房屋产权过户登记,不是凭买卖合同,而是凭物权合同。即“物权合同+登记”,发生不动产物权变动。在动产买卖,亦以“物权合同+交付”,发生动产物权变动。且作为原因行为的买卖合同无效,不影响物权合同的效力,称为“物权行为无因性”。在这一立法模式之下,其合同法上关于“无权处分行为”的规则,亦严格区分“债权行为”(负担行为)与“物权行为”(处分行为),如权利人不予追认且处分人事后也未得到处分权,则仅“物权行为”(处分行为)无效,其买卖合同(债权行为)并不无效。而“买卖合同有效”、“处分行为无效”,其结果仍然是“合同不能履行”,仍然是买受人不能获得标的物所有权。

因此,在德国民法和我国台湾地区民法,在无权处分合同因权利人不予追认且处分人事后也未得到处分权的情形,其处分行为无效、买卖合同有效,最终结果是“合同不能履行”,这种情形,买受人如果属于善意第三人,须根据物权法上的公信力制度或者善意取得制度,才能获得标的物所有权。其适用公信力制度和善意取得制度的前提条件,是“买卖合同有效、处分行为无效”。我国台湾民法学者在论述“动产善意取得”时,指出以“转让合同有效”(处分行为无效)为条件,正是以其立法和理论仿德国民法,采所谓物权行为独立性和无因性理论模式,为立法根据的。

但我国起草中的物权法和现行合同法并未采取所谓“物权行为独立性和无因性”理论模式,而是采取“债权行为+登记(交付)生效主义”的所谓折衷主义模式。现行合同法第五十一条规定:“无处分权的人处分他人财产,经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的,该合同有效。这里明文规定的是“合同有效”,不是“处分行为有效”。则其反面,权利人不追认且处分人事后也未取得处分权的,则是“该合同无效”,而不是仅“处分行为无效”而“转让合同有效”。

因此,在物权法草案和现行合同法所采取的物权变动理论模式之下,无权处分的合同,如果经权利人追认或者处分人事后取得处分权,则转让合同有效,受让人根据有效的转让合同获得标的物所有权,当然不发生适用“善意取得”制度的问题;如果权利人不追认且处分人事后也没有取得处分权,则转让合同无效,这种情形才有适用“善意取得”制度的可能性。

未注意我国物权法草案采取的立法理论模式和现

引合同法第五十一条关于无权处分的规定,而不当引用我国台湾学者关于“无权处分”和“善意取得”的论述,正是本条误将“转让合同有效”规定为发生“善意取得”前提条件的原因。

十六、第一百二十九条:“耕地的承包期为三十年。草地的承包期为三十年至五十年。林地的承包期为三十年至七十年;特殊林木的林地承包期,经国务院林业行政主管部门批准可以延长。”

建议修改为:“土地承包经营权的期限一律为五十年。现存土地承包经营权的期限不足五十年的,延长为五十年。”

土地承包经营权期限届满时,按原设立条件期限自动延长。但土地承包经营权人明确表示不愿延长的除外。”

理由:本条所要规定的是“承包经营权的期限”,而不是“承包期”。“承包经营权的期限”与“承包期”是两个完全不同的概念:前者是“用益物权”的存在期限;后者是“合同”的有效期限。第三次审议稿称为“承包经营权的期限”是正确的,本条改称“承包期”不妥。本条的问题不仅在于误用“承包期”概念,还在于针对土地的不同用途规定不同的期限,将使农用地法律秩序和法律秩序复杂化。

国家仅应限制农业用地转为建设用地。在农业用地范围内,仅对将林地改为耕地有所限制。原则上,将土地用于耕作、养殖、畜牧或者栽种林木,属于承包经营权人的自主权,并且可以根据自然条件和市场条件的变化适当改变,例如耕地改为林地,耕地改为草地,草地改为林地。尤其对种植的草和林木的种类,更无预先加以限定之理。

本条依据所种植的草和树的类别决定不同的承包经营权期限,所导致的第一个问题是,必须预先制定一个草地和林地承包经营权期限的“目录单”,其中明确规定种哪一种草为三十年?哪一种草为三十五年?哪一种草为四十年?哪一种草为四十五年?哪一种草为五十年?何种种树为三十年?何种种树为三十五年?何种种树为四十年?何种种树为四十五年?何种种树为五十年?何种种树为六十年?何种种树为七十年?何种种树可以经批准予以延长?问题是,这样的“目录单”由什么人、什么机构,依据什么样的理论和实践的权威根据予以制定?

另一个问题是,权利人采用“间作法”在同一块草地上种植不同种类的草,在同一块林地上种植不同种类的树,或者采用“轮作法”在同一块草地轮流种植不同种类的草,在同一块林地上轮流种植不同种类的树,应当依哪一种草或者哪一种树决定其承包经营权的期限?

再一个问题是,在根据某种草或者树决定承包经营权的期限以后,在该期限之内改种别的种类的草或

树怎么办?如预定种植松树,批准承包经营权期限三十年,若干年后决定改种银杏树,是否主管部门必须批准将承包经营权期限延长为七十年?如预定种植银杏树经批准承包经营权期限七十年,若干年后发现种植苹果树更划算,于是拔去银杏树苗改种苹果树,主管部门是否应主动查处并将承包经营权期限改为三十年?当主管部门决定予以查处之时,权利人又拔去苹果树、栽上银杏树怎么办?当主管部门决定免于查处之后,权利人再拔去银杏树、再种上苹果树又怎么办?

这种以种植的树和草的种类决定承包经营权期限长短的想法,不仅是难于实行的而且是不合情理的。同是农民,同是土地承包经营权人,张三的权利期限三十年,李四的权利期限五十年,王五的权利期限七十年,是否符合平等、公平的基本原则?农民自己会怎么想?农民同意不同意?种什么草、栽什么树,属于农民的生产经营自主权,我们有什么必要予以干涉?这种用不同的承包经营权期限去折腾农民的立法,会产生什么样的社会效果?出于物权法定原则和农用地法律秩序统一的要求,出于维护农民生产经营自主权和农村经济稳定发展的要求,土地承包经营权的期限应当统一。建议将土地承包经营权期限统一规定为五十年,并规定期满自动延长,以保障农业经济的长期稳定发展。

二十、第二百零三条:“经当事人书面协议,企业、个体工商户、农户可以将现有的以及将来拥有的动产抵押,债务人不履行到期债务或者出现当事人约定的实现抵押权的情形,债权人有权就约定实现抵押权时的动产优先受偿。”

修改意见:建议删去本条。

理由:本条规定“浮动抵押”。浮动抵押,或称企业担保,是以企业全部财产包括动产、不动产、知识产权和债权设立抵押的一项新型担保制度。从担保物权制度的发展看,浮动抵押发生最晚,源于英国判例法上的浮动担保,后为大陆法国家所仿效。

在此之前盛行“企业财产集合抵押”,或称“财团抵押”。实行企业财产集合抵押,须将企业全部动产、不动产和工业产权作成一份“财产目录清单”,并在不动产登记机关进行登记。在设定企业财产集合抵押之后,企业财产发生变化如设备更新等,必须相应地变更、修改“财产目录清单”,并到登记机关重新进行登记。此集合抵押“财产目录清单”的制作和变更、修改及重新登记,将耗费大量的人力、物力。设定企业财产集合抵押权后,“财产目录清单”所列各项财产被禁止处分,也不利于企业的经营活动。

浮动抵押制度,正好可以克服企业财产集合抵押制度的上述缺点。设定浮动抵押,无须制作财产目录清单,也不必就各项财产进行公示,仅须以书面形式订立浮动抵押合同并在企业法人登记机关进行登记即

可。其手续非常简便。设立浮动抵押之后,企业新取得的财产,将自动成为浮动抵押的标的物。设立浮动抵押之后,企业对财产的处分权不受限制,企业仍可自由转让财产或者设定抵押。且浮动抵押的标的物,包括企业全部有形财产、无形财产和债权,显著增强了企业的担保功能。

但浮动抵押终究属于一种特殊的担保形态。因在浮动抵押权实行之前,企业仍可自由处分其财产,如在债权届期之前企业财产急遽减少、企业经营状况严重恶化,都将影响浮动抵押权之实现,甚至使债权人设立担保权的目的落空,对债权人甚为不利。有鉴于此,各国遂对浮动抵押权的设定人和受担保债权予以限制。如日本企业担保法规定,唯股份有限公司发行公司债,可以设定浮动抵押。这是因为对股份有限公司的财产状况有严格的监管制度,其运营状况通常也较稳定,股份有限公司设定浮动抵押对债权人的风险较小。股份有限公司发行公司债,通常金额大且期限长,适于设定浮动抵押予以担保。鉴于我国公司法规定,国有企业采取国有独资有限责任公司形式,如我国物权法创设浮动抵押制度,应规定设定人限于公司法人,将国有独资有限责任公司包括在内,以方便国有独资有限责任公司采用浮动抵押方式。并考虑到以浮动抵押方式进行项目融资的日益普遍,因此应扩大受浮动抵押担保的债权范围,包括项目融资和发行公司债。

浮动抵押,性质上为一种约定担保权,应遵循普通抵押权之设定方式,即应采书面形式订立浮动抵押合同,并向登记机关办理登记。考虑到浮动抵押权至实行之前其标的物一直处于浮动状态,不可能在不动产登记机构进行登记,且浮动抵押权的实行将导致设定法人的清算和消灭,因此为方便浮动抵押权的实行和保障债权人利益,应以负责公司法人登记的工商行政管理机关,作为设定浮动抵押权的登记机关。

浮动抵押权是存在于公司所有的不特定财产上的担保权,须待浮动抵押权确定后,才能发挥其担保作用。浮动抵押权实行,为其确定事由,其理自明。设定公司破产将导致浮动抵押权实行,企业合并将导致合并前的公司一方或双方解散,亦将导致浮动抵押权的实行,因此,浮动抵押权的实行、企业合并或设定公司破产,同为浮动抵押权确定的事由。浮动抵押权一经确定,浮动抵押权人即对确定时属于公司的全体财产,享有优先受偿的权利。

须特别注意的是,浮动抵押权的实行不同于普通抵押权的实行。实行浮动抵押权,应由浮动抵押权人向法院提出实行申请。法院受理浮动抵押权人的申请后,经审查符合实行条件的,应作出浮动抵押权实行的决定,同时发布浮动抵押权开始实行的公告和查封公司总财产的公告,并指定财产管理人负责管理公司总财产。财产管理人应当在公司总部所在地的工商行政

管理机关进行浮动抵押权开始实行的登记。浮动抵押权的实行,必然导致公司的清算和消灭,因此应适用公司破产程序和清产还债的程序。

由上可知,浮动抵押制度的创设,是我国物权法上的一项重大举措。我国是否已经具备采用浮动抵押的社会经济条件?我国银行、企业界和法律实务界是否具备正确运用浮动抵押制度的条件?应如何发挥浮动抵押的正面功能而规避其消极作用?我自己也难免举棋不定,心存犹豫!

本条关于动产浮动抵押的规定,其与发达国家通行的浮动抵押制度的区别在于:(一)将设定人的范围扩及一切企业(包括公司企业、非公司企业、合伙企业、个体企业)和个体工商户、普通农户。(二)仅规定动产可以设定浮动抵押,而将不动产、知识产权和债权等财产排除在浮动抵押标的物范围之外。

相对而言,不动产(包括土地使用权、建筑物和其他土地附着物)的价值要大,如果再加上知识产权和股票、票据等证券债权和普通债权,所发挥的担保功能,肯定要比仅以动产设定浮动抵押的担保功能大不知多少倍!个体工商户、普通农户究竟有多少动产可以设定浮动抵押,究竟能够起多大的作用?个体工商户、普通农户设定浮动抵押,在哪一个机关进行登记?

犹须注意的是,对于个体工商户、普通农户现在的和将来拥有的动产,甚至对于个体企业、合伙企业、非公司企业现在的和将来拥有的动产,缺乏可行的监管制度,如何避免“骗贷骗保”行为的发生?如何保障债权人的利益?从改革开放以来因轻率开放“证券回购”、“委托贷款”、“委托理财”和“保证保险的汽车融资”等等,引发欺诈行为丛生,造成金融秩序混乱和银行等遭受重大损害的严重教训,足可断言,在学术界关于浮动抵押尚缺乏理论研究、司法实务界关于实行浮动抵押尚缺乏心理准备以及在哪一个机关进行浮动抵押登记的问题尚未解决的条件下,物权法规定所谓“动产浮动抵押”制度,是非常轻率、非常危险的!应断然删去!

二十一、建议在动产质权一节增加关于“营业质权”的规定:“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、债券等有效证券,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

拍卖或者其他方式变价质物。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。”

理由: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。且证券权利有其特殊变现方法,若允许以证券设定营业质权,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。

二十二、建议恢复第二次审议稿关于“让与担保”的规定。

理由: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,转换成房屋所有权。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”。在中国大陆,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。

二十三、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。

理由: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,以致发生大严重的暴力事件。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。

Opinion on amending the draft of the law of property

LANG Hui - xing

(Chinese Academy of Social Sciences, Beijing 100720, China)

Abstract: the author gives his concrete opinions on how to amend several clauses in the draft of the law of property in this article, and also gives his reasons for the amending opinions in detail.

Key words: Draft of the law of property; Amending opinion; Reason