

物权法草案第六次审议稿的若干问题^{*}

梁慧星^{**}

主 题：“中国民法建设论坛 第四场”

讲演人：梁慧星（中国社会科学院法学研究所研究员）

评论人：王利明（中国人民大学法学院教授）

崔建远（清华大学法学院教授）

主持人：柳经纬（中国政法大学教授）

时 间：2006年 11月 18日晚 6:30 - 9:00

地 点：中国政法大学学院路礼堂

柳经纬（主持人）：

各位嘉宾、老师们、同学们，由比较法研究所和中德法学院共同举办的“中国民法建设论坛 第四场”今天在这里隆重举行。作为本次讲座的主持人，我感到非常荣幸。中国民法建设论坛已经举办了三场，我们分别邀请了江平教授、苏永钦教授和王泽鉴教授，就民法的历史基础以及民法的继受与发展等大家所关注的民法学重大问题进行了深入讨论，三位来自海峡两岸的民法大师给我们带来了一份份丰盛的民法大餐。今天，我们又邀请到梁慧星教授主讲第四场，并请王利明教授和崔建远教授作为评论人，相信定会给大家提供同样丰盛的精神大餐。

梁慧星教授是中国社会科学院法学所资深研究员、学部委员、《民法典》专家起草小组成员。梁老师多年来一直致力于我国民法典的理论研究和立法的推动工作，他所带领的团队从 1995年在《法学研究》上发表《关于制定中国物权法的基本思路》，到 1999年出

* “中国民法建设论坛”为中国政法大学比较法研究所和中德法学院联合举办的大型学术论坛，旨在“广邀资深民法学者，立于民法的历史纬度，驰骋于民法文化与社会疆域，结合当前中国《物权法》和《民法典》的起草，提出和探讨有关中国民法和民法学建设的创造性构想，为中国民法的学术繁荣和立法合理化提供有益论点”。本文为“中国民法建设论坛 第四场”讲演记录，该场讲演于 2006年 11月 18日晚在中国政法大学研究生院进行，中国社会科学院法学研究所研究员梁慧星教授应邀作为主题报告人发言，中国人民大学法学院王利明教授和清华大学法学院崔建远教授担任评论人，中国政法大学柳经纬教授担任主持人。

** 中国社会科学院法学研究所研究员，中国社会科学院学部委员。

版《中国物权法草案建议稿》,再到 2003年出版《中国民法典草案建议稿》,在民法典的研究方面取得了突出的成果。在物权立法上,梁老师不仅积极参与起草工作,而且全国人大常委会每一次的审议稿之后,我们都能听到梁老师的声音,使我们得以了解立法中的诸多问题。今天梁老师所讲的就是他关于物权法草案第六次审议稿的一些重大想法。由此,我们可以看到一位民法学者的执著和他的社会责任感与历史使命感。

王利明教授是中国人民大学法学院教授、院长、中国民法学研究会会长、全国人大常委会法律工作委员会委员、民法典专家起草小组成员。王老师在民法典立法研究和理论推动方面同样卓有成效。他所带领的团队在 2000年出版了《中国物权法草案建议稿》,2003年提出了《中华人民共和国民法典草案学者建议稿》,他领衔承担了教育部重大攻关课题《民法典的体系以及疑难问题研究》。为了推动民法的理论研究,王老师还积极组织各种形式的理论研讨会,从 2004年以来,我本人参加的由王老师组织的有关海峡两岸民法典理论的研讨会就有三场之多。在王老师身上,我们同样可以看到一位学者的社会责任感和历史使命感。

崔建远教授是清华大学法学院教授、中国民法学会副会长。崔老师也是近年来积极参与中国民法典立法工作的几位学者之一,他主持完成了《我国物权立法难点问题研究》项目,同时作为重要成员,参与了梁老师组织的《中国民法典草案建议稿》课题组“物权编”和“债权编”的起草。崔老师的“准物权”理论研究独树一帜,是目前我国在这一领域的最高水平。在崔老师的身上,我们同样可以感受到学者的社会责任感和历史使命感。在崔老师身上,我们还可以感受到民法学者特有的儒雅和谦和。

三位教授均是我国当代民法学界的大家,他们不仅在民法学方面有着卓越的学术成就和学术影响,深得民法学之真谛,而且还积极地参与和推动目前物权法和民法典的立法工作,深得立法之奥妙。这也是我们深信今天的讲座必将给大家提供更加丰盛的精神大餐的理由。我在这里也介绍一下今天出席我们讲座现场的嘉宾。这些嘉宾有我们政法大学的副校长张保生教授、北京大学法学院的尹田教授等。今天到会的嘉宾还有一些媒体的朋友。让我们用热烈的掌声欢迎他们的到来!

众所周知,我国物权立法备受关注,同时也备受责难。在国家的立法中,像物权法草案这样已经六次提交全国人大常委会审议的情况并不多见。物权法到底怎么了?为什么这么艰难?其间还存在哪些重大的问题?这些不仅是我們从事法律专业的人士以及从事法律学习的同学所关注的,也是全国人民所关注的。今天,我们请到的这三位学者将给我们解答这些问题。今天的讲座安排是这样的:先由报告人、评论人发言,之后自由提问。为了节省大家的时间,我们设计了一种新的提问形式,就是通过短信息发到我的手机上。下面我们请梁慧星教授作报告。

梁慧星(讲演人):

谢谢主持人!谢谢王利明教授、崔建远教授来作评议人。政法大学的同学们,晚上好!我很高兴到政法大学来参加这个论坛。物权法草案在今年 10月进行了第六次审议,在下一个个月还要进行第七次审议。据说物权法审议已经接近尾声,明年 3月份全国人大一定会通过,因此剩下的时间不多,要提问题、进行修改的机会也不太多。我今天针对《物权法草案第六次审议稿》来提出问题,不是针对没有规定或者是规定不完善的地方,

而是针对规定存在错误的地方。

首先一个问题是:是“物权法定”还是“物权自由”?

这是针对《第六次审议稿》第5条而提出的问题。该条规定:“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。同学们注意,这个条文如果浅易地看,我们可以说它是规定了物权法定原则?但是由于增加了后面一句,这就改变了这个条文的性质,物权法定原则变成了物权自由原则。这是值得重视的、引人深思的。我认为物权法的基本原则物权法定不能被轻易地改变,如果我们把物权法定原则否定了,把它改为物权自由原则,在理论上是错误的,在实践上是非常有害的。

为什么要规定物权法定原则呢?我们的教科书上讲,物权法定原则是物权法第一条基本原则,其目的在于排除当事人的意思自治,不允许当事人创设物权种类、变更物权的内容。为什么要规定物权法定原则,教科书上给我们作了提示,是因为物权的性质和效力。关于物权的性质和效力,教科书上说,物权是绝对权,是支配权,它具有排除他人干涉的效力;物权被称为对世权,这是由物权的性质和效力决定的。既然它是绝对支配物的权利,具有排除他人干涉的效力,这两个要点结合在一起,就使得我们可以把物权理解为一种独占权。所以,谁要买了一套三居室的房屋,取得了这套三居室房子的所有权,谁就独占了这套三居室房屋;谁要买了一辆汽车,取得了它的所有权,谁就独占了这辆汽车,这就是所有权这一物权的本质。

与此相对,合同上的权利就不一样了,它是相对权,只在当事人之间有效,既然只在当事人之间有效,那我们就可以理解为,合同上的权利通常不会直接影响到他人的利益,不会直接影响到国家和社会的利益。因为一个权利只在双方当事人之间有效,对当事人以外的人通常就没有丝毫的效力,这就是合同权利的性质,它是相对权。有人说,如果有人借口订立合同来损害他人利益和国家利益怎么办呢?这样的合同不是真正的合同,而且,法律上也有办法:规定内容违反法律强制性规定的合同无效,这就够了;规定内容违反公序良俗的合同无效,这就够了。可见,合同法可以规定合同自由的基本原则,它来源于合同权利的本质、性质以及效力。

那么,物权法能不能搞物权自由呢?不行!刚才讲到,物权的效力不仅存在于当事人之间,它还及于当事人以外的一切人,就是说物权是绝对权、是对世权,它实际上是对社会现存财富的独占。那么,如果我们让当事人按着自己的意思来创设物权的种类、改变物权的内容,这等于是允许、许可人们通过创设物权的种类、改变物权的内容,来损害国家利益、社会利益和他人利益,这一点在教科书上已经讲到。所以,物权的性质和效力决定了物权的种类和内容必须由法律规定,必须实行物权法定原则,不允许当事人创设新的物权,不允许当事人改变物权的内容。

教科书上还提示我们,规定物权法定原则还有一个理由,就是物权是市场交易的前提和结果。那么市场交易是什么和什么交易呢?最典型的,是所有权和所有权的交易,是对物的所有权和对货币的权利的交易。可见,所有权首先是交易的前提。那么,抵押权和其他担保物权呢?难道它们不是交易的前提吗?你到银行贷款,你不设定抵押,银行会把这个贷款划到你账户上吗?可见,抵押权和其他担保物权也是交易的前提。用益物权也是如此。

所有权、担保物权和用益物权都是市场交易的前提,既然是市场交易的前提和结果,就应该是统一的,应该是统一化的,应该是标准化的。比如说所有权,法律规定,所有权是对所有物占有、使用、收益、处分的权利。当事人无论是买房还是买汽车,无非是用货币的所有权交换房屋、汽车的所有权。那么,我们在合同上需不需要约定所有权的内容呢?不需要约定。法律不允许你约定,所有权就是所有权。如果允许当事人任意约定所有权的内容,比如说有效期多长、可不可以转让、可不可以继承等,其结果就是市场交易难以进行。物权需要标准化和货币需要标准化是同样的理由。想想现在市场上什么东西不打折,唯有货币不打折,五十元就是五十元,一百元就是一百元。为什么不打折?央行不允许你打折。为什么央行不允许打折?这是因为货币是市场交易的前提,市场交易的一般等价物,必须是标准化的,所有的交易前提都是如此。这就是物权法定原则的第二个理由,物权法定原则是为了使市场交易的前提标准化、统一化,是为了使市场交易顺利进行。

我们刚才讲到的这个条文——“法律未作规定的、符合物权性质的权利,视为物权”,这一规定把物权法定原则改为了物权自由原则。首先要谈一下“视为”这个词。“视为”在民法上是个非常特殊的、技术性的法律概念。所谓“视为”就是法律直接作出认定,这样的认定是不允许推翻的。“视为”和“推定”的差别在于:“推定”也是法律作出认定,但是“推定”是可以相反的证据加以推翻的,因此,法律上凡是规定“推定”的都还有救济之途,还有救济之道,相对人还可以通过举出相反的证据来加以推翻;“视为”不行,法律直接作出认定,不允许任何人以任何证据来加以推翻。可见“视为”这个概念非常特殊,一经“视为”,就毫无救济途径。还有我们可以看到“视为”这个概念仅仅用于对事实的认定,它据以认定的前提条件也必定是事实,一定是确定无疑的事实,必须是确定的事实。

我们举一个例子。现行《继承法》第 25 条规定,“继承人在继承开始后遗产处理前,没有表示的,视为接受继承”。我们看一看这里“视为”的前提条件:时间是卡死的,就是继承开始后遗产处理前;“继承人没有表示”也是卡死的,确定无疑的。根据这样确定的事实作出认定,这种认定是法律强制的认定,就是视为该继承人接受继承。同条还规定了受遗赠,受遗赠人在知道受遗赠后两个月内,“没有表示的,视为放弃受遗赠”。你看,这里“视为”的前提条件也非常明确:知道受遗赠之后两个月内没有表示,这是明确的,根据这样一个明确的事实,法律作出“视为”,作出认定,认定受遗赠人放弃受遗赠。同样的条文在法律上还有很多。如《合同法》第 16 条规定,采用数据电文方式订立合同,如果收件人指定了特定的系统接受该数据电文,这种情况下,“该数据电文进入该特定系统的时间,视为到达时间”;如果收件人没有指定特定的系统,则该数据电文进入该收件人任何系统的首次时间,视为到达时间。我们可以看到“视为”这个概念的使用条件是非常严格的。

现在我们来看看本条。物权法草案第 5 条说,“符合物权性质的权利,视为物权”。那么,什么是“物权性质”?物权有哪些“性质”?什么叫“符合物权的性质”?都是不确定的,可以说是见仁见智的。怎么可以根据这样不确定的、见仁见智的所谓的符合物权性质就视为物权呢?本条将“视为”这一特殊的法律技术用于权利的认定,这在理论上是错误的。学理和法律认为,一个人有何种权利、有没有权利,以及双方之间是否存在某种法律行为、该法律行为是有效还是无效,“不能视为”必须按照法律规定的成立条件和生效

条件,由法院以判决方式作出认定。物权法草案轻率地采用“视为”这种技术来对物权进行“认定”是有极大的危害的。

还有,我们可以看到,不只是物权法有物法定原则,我们的银行法上、金融法上也有货币法定原则。人民币不就是法定的货币吗?关于有价证券,我们的票据法上、证券法上是有价证券法定原则。你看,货币、有价证券都必须是法律明确规定的。如果说物法定原则可以否定,可以改为物权自由原则,按同样道理,货币法定原则也可以改为货币自由原则,有价证券法定原则也可以改为有价证券自由原则,这样一来,我们食堂里面的饭菜票、商场里面的优惠券和返券、私人之间的借条、借据都可以认为符合货币、有价证券的性质,但能否都将它们视为货币、有价证券?显然不行!这是不堪设想的!

教科书上还探讨物法定原则的第三点理由是:国家立法机关借此确认国家所认可的物权,排除国家不予认可的物权。这一点在有的教科书中没有强调,但却非常重要。想象一下,改革开放以来,中国境内有多少外资企业、外国人、外国律师!他们最熟悉的物权一定是本国的物权,如果我们把物法定原则改为物权自由原则,按照草案的规定,法律未作规定的,符合物权性质的权利,均可以被视为物权,那么这些外商、外国律师在中国进行经济活动时当然可以把他们本国的物权搬到中国来适用,这样,对于那些美国的、法国的、日本的甚至拉丁美洲的物权,中国法院依照草案第5条都必须“视为物权”,因为这些物权在他们本国本来就是真正的物权,当然符合物权性质。想一想,这将会给中国的国家主权、法律制度造成多大的冲击和损害!所以,物法定原则不仅在于排除当事人的意思自治,它还有维护国家主权、法律制度的重要功能。我们轻率抛弃物法定原则,将会对国家造成多大的损害!

起草人为什么要规定物权自由原则呢?可能是受个别学者的理论观点影响。但学术和立法是不同的,学术研究是“求同存异”,尽量讲别人没有讲过的话,讲和别人不一样的话,因此在学术领域有各种不同的观点。但国家的立法应该是“存异求同”,不能因为个别学者有某个新观点就在立法上规定下来,而要考虑是否符合学术上的通说,是否取得多数学者同意,是否符合法院的实践以及考虑法律实施相关的部门的意见。立法要考虑子孙后代的利益,一定要慎之又慎,不能仅凭个别人的新观点就作出规定!

实际上,在民法发展的最近一两百年的历史中,在物权领域,最重要的是产生了“让与担保”这个新的物权种类。让与担保最初出现时,法院认为是规避行为,以违背物法定原则而认定为无效。后来发达国家法院认为,让与担保是社会实践创造出来的新的物权,逐渐在判例中加以认可,随后有的通过特别立法或修改法律的方式予以规定。通过这一例子我们知道,一两百年的历史在物法定原则之外仅仅发展出了一个让与担保,物法定原则并没有对社会经济造成负面影响,并没有多大的弊病,这是由法律自身的规律性所决定的。当今世界所有国家的物权法均确立了物法定原则。虽然物法定原则在19世纪后期以来受到挑战,出现了相对化趋势,但须注意的是,所谓物法定原则的相对化,都是在法律规定之外由法院通过法律解释手段来实现的,至今没有任何一个国家废除物法定原则而代之以物权自由原则。可见,物法定原则不可动摇!一旦动摇必将对国家造成巨大的危害。

下面我讲第二个问题:不宜明文规定“国有化”措施。

这是指《第六次审议稿》第 52 条。该条规定：“铁路、公路、电力设施、电信设施和油气管道等基础设施，依照法律规定为国家所有的，属于国家所有。粗粗看来，该条文似乎没有问题，但仔细分析，这不就是“国有化”措施吗？不就是国家随时可以通过立法将铁路、公路等基础设施收归国有吗？这是典型的“国有化”措施，甚至根本没有任何补偿、赔偿的规定。

基础设施是不动产的一部分，依民法“谁投资归谁所有”的原则，国家投资的基础设施归国家所有，私人、企业投资的基础设施归私人、企业所有，这是民法的基本原则。第 52 条讨论的当然不是国家投资基础设施的情形，而是私人、非公有制企业投资基础设施的情形。依民法原则，这属于私人、非公有制企业所有的基础设施，国家要取得其所有权，在现代法治的条件下，惟一的途径就是国家征收。这在宪法、物权法草案中都有明确规定。物权法草案规定，出于社会公共利益的目的，根据法定的权限和程序，可以征收私人、企业的不动产，包括建筑、土地，同时要给以补偿。国有化的措施是社会主义国家、资本主义国家都曾经采用过的最严厉的措施。通过制定一部法律就宣布某些不动产归国家所有，这对社会是十分危险的。

改革开放初期，我国政府对外宣布改革开放的政策。但 80 年代初期、中期，引进的只是一些私人、小企业及所谓“三来一补”企业。大企业迟迟不进入的原因，就在于担心中国政府会实行国有化措施。只是到了 90 年代，中国政府宣布实行市场经济体制，用实践证明了对外资企业给予同等保护，承诺不实行国有化征收，一些大企业、跨国公司才进入中国。这些国际资本进入中国市场之所以顾虑重重，是有历史原因的。历史上，苏联在十月革命以后出现了经济困难，实行“新经济政策”，其中一项政策就是对外开放，吸引境外投资。当时西欧、美国的资本投入苏联，对经济的恢复发挥了很大作用。一度过危机，苏共中央即宣布结束“新经济政策”，颁布“国有化”法令，宣布外资财产全部归苏联国家所有。当时一些苏共中央领导人还尖刻嘲笑这些外国资本家的愚蠢。

有了这个教训，国际资本对中国的改革开放一直观望，中国政府经过了大量的动员说服，付出了很大的代价给予外资企业以优惠政策才逐渐清除了他们的顾虑。现在中国加入了世贸组织，但这并不等于就自动取得了市场经济国家地位，为了取得市场经济国家地位，必须与各个国家进行谈判，说服这些国家相信中国是市场经济国家。中国政府花费了巨大努力向国际社会作出不进行国有化的承诺，给外资企业以同等的保护，而现在物权法草案居然明文规定国家将对基础设施保留实行国有化，规定只要法律规定为国家所有，就为国家所有，绕过了国家征收，丝毫不提补偿问题！物权法草案明文规定国有化措施，这对我们继续推行改革开放是不利的。退一步说，即使有人对此抱有怀疑，认为社会主义市场经济不是中国长远之计，认为最终将有采取“国有化”措施的一天，也大可不必在物权法上明文规定。因此，这一规定违背了我国市场经济的政策，将会损坏国家形象和市场经济的建设，至少是不明智的。

下面讲第三个问题：承包经营权的期限为什么不统一？

这是针对《第六次审议稿》第 126 条，该条文规定：“耕地的承包期为 30 年，草地的承包期为 30 - 50 年，林地的承包期为 30 - 70 年，特殊林木的林地承包期经国务院林业行政主管部门的批准可以延长。由此可见，物权法有关承包经营权的期限是不统一的。

首先的问题是如何操作。比如,将草地、林地规定不同的期限,显然是根据栽种的草或树木的种类确定的,一块草地究竟种多少种草?哪个机关有权依据不同草的生长期,决定承包期限的目录,制定不同林木承包期限的目录表?即使制定了目录表,如果实行轮作制、间作制,究竟应以何种草决定其承包经营的期限?这是难以操作的。

同样,以不同树种的生长期决定承包经营权的期限,也是难以操作的。银杏树的生长期较长,南方叫做“白果树”或“公孙树”,爷爷种树,孙子才能收成。假设以种植银杏为由可以获得90年的承包期限,那么大多数农民都会选择栽种银杏树苗以获得较长的承包期限。但是,一旦经过一定的程序获得了90年的承包经营权,农民们又一定会刨掉收成期长的银杏而改栽收成期短的经济植物,这是现实利益所驱使的,如果真的种银杏,那么爷爷、父亲他们吃什么呀?如果出现这样的局面,政府应该怎么办?政府可以睁只眼闭只眼,但这又违背了法治的权威。从法治的视野,我们不能睁只眼闭只眼,我们一定要纠正它。但谁又有权去纠正呢?谁可以成为工作队的成员呢?可见要纠正也很困难。纠正的方式也马上就发生了问题,当我们派出工作队的时候,那些农民把那些香蕉树、苹果树刨掉,又种上了银杏树,那怎么办呢?这会造成多大的麻烦啊?这会导致农村经济多大的动荡和混乱!

我们回想一下改革开放。改革从农村开始,取得了巨大的成功。农村的改革开放,说到底,不就是把土地的所有权与使用权的统一给它分开了吗?所有权保留给集体,把使用权转让给了农户。就是这样的一个改变带来了农村改革的成功。还是这些土地,还是这些农民,但我们中国历史上的农产品、副食品,从来没有像今天这样丰富。这个经验从法律上说,就是所有与使用的分离,实际上就是农民自己决定栽什么、种什么。邓小平领导的改革开放,不就是这一点吗?这改革开放的经验归结到一点就是:种什么,政府不要管,让农民自己去管。因此,就取得了农村改革的成功。如果我们置这些经验于不顾,物权法用规定权利的期限去限定农民们栽什么、种什么,用这样的办法来限制农民,导致农村经济的动荡、混乱,这样有没有必要?完全没有必要!这是不明智的,违反了改革开放的经验,是危险的!

下面我要讲第四个问题:不可轻率地规定动产浮动抵押。

这是针对《第6次审议稿》第182条,即“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”。这个条文规定的是动产浮动抵押。它规定的不是我们教科书上的一般浮动抵押,而是动产的浮动抵押。

要讲这个条文,首先要讲抵押,要讲为什么会从抵押中发展出浮动抵押。我们说的抵押权是担保法上规定的一般抵押权。作为一般抵押权,它的标的物是不动产,要办理登记,而且对于一般抵押权而言,一个抵押物要办理一个登记。就是说,如果一个企业有两栋大楼,按照一般抵押权,它应该订立两个抵押合同,办两个抵押登记,最后产生两个不动产的抵押权。一个不动产设定一个抵押权,这叫一般抵押权。但《担保法》作出这样的规定,对一般企业就会造成限制,存在不足之处。一个企业可以有若干栋大楼,除了办工大楼,还有厂房、宿舍及其他一些贵重物品。要一一设定抵押权增加了它的麻烦,要签好多合同,办很多次登记;再说分成了若干个抵押权以后,担保价值也会受到影响。这是一般

抵押权的不足。

鉴于一般抵押权的不足,法律上就产生了一种新的抵押权,这种新的抵押权在日本叫财团抵押。我们的现行《担保法》上有一个规定,就是上述的不动产、动产可以一并抵押。按照这一规定,如果一个企业有好几个不动产,还有好多动产,它就可以把这好几个不动产、好多动产合并起来,编制一个财产清单,然后将财产清单拿去登记机关登记,办一个抵押权登记,设定一个抵押权。这种抵押权的优点是手续简单,它仅办理一次抵押登记。这些财产合起来一起抵押,比分开各个抵押的担保价值可能要更大,对企业更为有利。这样,一般抵押就发展出动产、不动产的集合抵押。动产、不动产的集合抵押有它的优点,但后来发现,它也存在缺点。如果涉及到那些特别大型企业,它的缺点就出来了。那些巨型的企业,要制定一个财产的目录,制定财产清单,非常的困难,要花几十人、上百人,花上好几周、好几个月去登记、清理,还不见得能清理完善,更不用说跨市、省、国的大企业,制定财产目录非常的困难。一旦财产被列入财产目录办理了抵押登记,这个财产就不能动,如果要动,就要变更登记。新买的设备要变更登记,财产转让要变更登记,这就限制了企业的生产经营。

在这样的条件下,就产生了一种更新的抵押方式,就叫浮动抵押。浮动抵押是从英美法上学过来的。什么叫浮动抵押呢?就是抵押物是不确定的。因为是不确定的,设定就非常的简便。一个企业签订一个抵押协议,说将我这个企业的现有财产以及将来取得的财产抵押给某个债权人、银行,它拿去登记的时候要不要什么财产清单呢?不要财产清单,只要把抵押协议拿到企业登记机关,而不是那个不动产登记机关,在那里办一个登记,说这企业现在所有以及将来所有的财产抵押给一个银行,这就足够了。程序手续非常简单,避免了刚才提到的那些大企业制定财产清单的困难,这就叫浮动担保、浮动抵押。

浮动抵押的缺点也显而易见,以现在所有以及将来所有的财产设定抵押,现在的财产如果将来不在了,怎么办?现代市场经济风险是巨大的,看看我们的市场,有多少小企业、中型企业、甚至一些比较大的企业,不断倒闭、不断破产。法律上说,他们是企业法人,企业法人的消灭必须清算。实际生活中,多少中小企业关门了、蒸发了,它们清算了没有?它们没有清算。这是市场经济的风险决定的,不然它就不叫市场经济。所以浮动抵押虽然有它的优点,但如果该企业经受不住市场的风险,破产了,垮台了,蒸发了,那怎么办呢?假设是一个不诚实的商人,他把他现在所有的财产以及将来所有的财产抵押给银行,然后他把这些财产转卖了,然后就关门大吉,就蒸发了,这银行到什么地方找他?浮动担保标的物不特定,连个清单都没有,性质上是允许出卖的,如果他把财产卖了,或者送人了,最后消失了,银行的债权靠什么保障?这种担保必然潜伏着欺诈、骗贷、骗保的危险。所以,发达国家引进这个制度的时候,就采取了措施。

首先,限定浮动抵押的设定人必须是大规模的企业——股份有限公司。为什么股份有限公司可以设定呢?因为在公司法上,作为股份有限公司,它的资本金是巨大的,承受风险的能力较强。根据经验,大型的企业在市场中能够承受风险,而中小型企业难以承受风险。还有一点,根据公司法的规定,股份有限公司的规制比较严格,法律法规比较健全,对内部、外部关系有严格的管理,更不用说还有登记、信息披露等一系列的制度。其次,从浮动抵押的设定主体上限定还不够,还要对担保的债权再进行限制,仅限于担保发行公司

债。如果一个股份有限公司要发行公司债券,它一定是一个上市公司。一个上市公司也不能随便发行,还要遵守发行公司债的相关法律法规,有严格的实体与程序上的条件。一个大型的股份有限公司,本来承受风险的能力就较强,本来它的内外部管理、法律法规就比较健全,现在还规定只有发行公司债才能设定浮动抵押,又加了一个严格的限制,要经过严格的审批,有严格的程序和条件。从这样两个方面限定浮动抵押,其目的就在于要防止骗贷骗保,就是要保障银行合法的权益。随着社会的发展,90年代以来,有另一类的债权也可以设定浮动抵押,就是项目融资。项目融资所涉及的企业一定是大企业,这个项目一定是一个大项目。随便一个小项目,盖一个宿舍楼,盖一个办公楼的项目会进行项目融资吗?不可能。一定是大型企业的大型的项目融资才可以采取浮动抵押。浮动抵押制度有它的优点,也有它的弱点,所以才从设定人、担保的债权两方面限定。

浮动抵押由于它的抵押物不特定,它的实现方式也是特殊的。一般抵押权的实施,依我们的《担保法》规定就是向法院起诉,而对《民事诉讼法》上规定的企业的破产程序、清偿还债程序,一般抵押权的实施都无须动用。一般抵押权的实现,严格意义上说连诉都不必要,《合同法》第286条规定了承包人的优先受偿权,关于它的实现,合同法上规定向人民法院申请执行就行了,不必起诉,相当于国外的“对物之诉”,比较简便。因为登记的就是那标的物,谁也拿不走,只要向法院申请执行抵押权即可。法院受理行使抵押权的申请,就查封抵押标的物,发布拍卖公告,公告期满没有人异议,法院就决定拍卖,债权人就优先受偿,程序上非常简单。浮动抵押就不是这样,因为它的标的物不确定,设定时说是现在所有的财产及将来所有的财产,但实现时到底有多少财产,那些财产在哪里,你怎么知道?因此必须要动用民事诉讼上的破产程序、清偿还债程序。一旦要实现浮动抵押权,债权人向法院提出申请,法院就要马上作出执行浮动抵押权的裁定,马上要查封被执行人的财产,同时指定财产管理人来登记所有的财产,然后根据破产程序、清偿还债程序拍卖,来使抵押权人优先受偿。可见浮动抵押权的执行也是很特殊的。

我们已经介绍了浮动抵押制度,现在回过来看《第六次审议稿》。首先,它将标的物限定在动产。浮动抵押的标的物本应是抵押人现在所有和将来所有的全部财产范围很宽,包括企业的动产、不动产、知识产权、债权等,因此可以担保较大的借款,可以发挥较大的担保的作用。而我们的草案将不动产、知识产权等全部排除在外,只剩下动产。一个企业,不动产是最值钱的,动产往往不怎么值钱,而同时又将那些值钱的知识产权、股票、债券等动产都排除在外,剩下一堆有形的动产能值多少钱?这种在标的物上的限定,是不合适的。其次,在主体上没有作出限制,没有限定于大企业,这就等于把主体扩大到所有企业甚至个体工商户、农户。在我国,公司企业包括股份有限公司、有限责任公司,非公司企业包括合伙企业等。对大量的中小企业来说,它们有多少动产?它们市场中经受风险的能力较低,它们破产了怎么办?消失了怎么办?除了企业,还有个体工商户,个体工商户的财力更有限,不就是一个手工作坊吗?一个手工作坊、小商店、饭店,它有多少动产?值多少钱?那些锅碗瓢盆值多少钱?经受风险的能力就更小。还扩大到农户!农户有多少动产?好多经济比较好的农村家庭有一辆手扶拖拉机,稍微再好一点的有辆载重汽车,东北大一点的农户可能有个大型收割机,有些可能有载货的机车,就这些动产,值多少钱?农户的动产是很少的,价值是很低的,值不了多少钱。所以说,现在的条文在主体上不加

限制,扩大到所有的企业,扩大到个体工商户、农户,毫无理由。这样做的结果是必然会滋生骗保骗贷。最后,这些财产没有了,企业不见了,个体工商户的财产卖掉了,人也跑掉了、蒸发了,银行这个贷款人,这个浮动抵押权人,其权利就等于零。因为抵押标的没有了,权利也就没有了。

所以,这样规定是危险的,它会进一步助长骗保骗贷。在现代社会市场经济中,诈骗丛生,骗的是谁?如果是小骗子骗个人,骗的就是退休的老太太、老头;如果是大骗,那么骗的是谁?就是银行!改革开放以来,银行遭受的诈骗、欺诈、骗保骗贷何其多!不然为何有如此大的不良资产,如此多的呆账需要国家专门制定法律法规予以解决?这都是因为它们遭受到了欺诈而造成的!再加上我们的银行转入市场经济的时间不长,它们的管理制度不严,你看凡是银行上当受骗的,一定是内外勾结。这样的教训特别多。改革开放以来,最早推出来的委托贷款,最后导致银行遭受多大损失!还有这个债券回购,导致多大损失!然后是机动车保证保险的融资贷款,导致银行多大损失!现在我们物权法如果轻率地规定动产浮动抵押,可预见又将对中国各个银行带来巨大的损失,又将使得市场经济秩序极大混乱,使得现在这些违法行为进一步滋生和泛滥!

下面,我讲第五个问题:是权利质权还是债权转让?

这是针对《第六次审议稿》第224条。该条是这样规定的:“债务人或第三人有权处分的下列权利可以出质:(一)汇票、本票、支票;(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。现在的第六项和第七项是新增加的,在此前四次审议稿都没有这两项,现行《担保法》关于权利质押的规定里也没有这两项。但是,公路、桥梁等收费权和应收账款可以设定权利质权,在理论上是错误的,并且,在实践上也是有害的。

为什么会这样规定呢?为什么规定公路、桥梁等收费权和应收账款可以作为权利出质呢?是因为起草人员没有注意到,现实生活中发挥融资担保作用的不见得都是担保物权。担保物权可以担保融资,但担保物权以外的担保手段、融资手段也有很多。“指定账户”、“债权转让”,“共同债务人”,这些都是担保手段。我们的保证不是担保手段吗?那个定金不也是担保手段吗?押金不也是担保手段吗?所以说发挥担保作用不等于就是担保物权。担保物权是发挥担保作用手段中的一种,还有很多不是担保物权。

这里讲到了共同债务人,共同债务人在担保法上没有规定,实际上,一些老练的企业和精明的律师就在采用这样的手段。什么叫共同债务人呢?比如说甲企业向银行贷款,银行对它的信用没有信心,通常是找一个保证人,找一个大企业或公司来当保证人,由保证人起担保作用。如果这个银行的律师或法律顾问比较精明,他就会说,你找个大型企业在借款合同的借款人一栏签字,不要在保证人一栏签,直接在借款人一栏签就行。这样,这个借款合同就是两个借款人。一个是真的借款企业,还有另一个是名义上的借款企业,这另一个借款企业是在起担保作用的。这就运用了我们债权法上所说的连带债权、连带债务这个制度。两个债务人之间是连带责任,到执行债权的时候,银行想告谁就告谁,谁有钱就告谁,所以这是一种最有利、最诚信的担保形式。这并没有产生担保物权,甚至连担保权都没有产生,这里只是利用了债权债务,是作为债务人发挥担保功能。

现在回到担保物权,在担保物权中,一种权利、一个标的物为什么可以设立担保呢?动产质权与不动产抵押权,一个是移转占有,一个是不移转占有。不移转标的物的占有,叫做抵押,但是要办理登记;转移占有,叫做质押,产生质权,不需要登记。不动产抵押为什么不需要移转占有?那个大楼、房子还在抵押人手里,银行为什么放心呢?这个原因就在于这个标的物是不动产。不动产就是不可移动的财产,用老百姓的话说,跑得了和尚跑不了庙,你这个庙它跑不掉,抵押权人的权利附在这个庙上,我向法院申请,拍卖你这个庙就行,所以说不动产是不可以移动的,符合“跑得了和尚跑不了庙”的老百姓的一般社会经验,因此设立抵押不需要移转占有。动产不行,动产会跑,不但汽车会跑,摩托车也会跑,机器设备也会被别人抬走,马牛羊也会跑,那怎么办呢?非移转占有不可。为什么要移转占有?因为不移转占有,债权人不放心。设定担保物权后,把动产卖了、送人了,人也跑了,这时候债权人遭受损害就毫无救济之道。因此,动产质押非移转占有不可。我们法律上规定,动产质押以移转占有为生效条件,还进一步规定,一旦你这个质权人丧失对动产的占有,这个权利就消灭。这是这个权利的生效条件,一旦丧失占有,这个权利就不存在了,为什么呢?因为你不移转占有,不亲自控制这个物,你就保障不了自己的利益。

那我们来说权利质权。权利是无形的、无体的,你怎么说它是动还是不动呢?所以,适合权利质押的不是一般的权利,不是所有的权利,而应该是有权利凭证的权利,这个权利一定要有权利凭证。这个权利凭证不是一般意义上理解的权利凭证,不是我给你打一个欠条、收据,或者给你多少返券、优惠券,这里说的权利凭证是有价证券,即汇票、本票、支票、仓单、提单,还有股票和债券。注意,一张什么纸成为权利凭证,是需要法律明文规定、严格限制的,汇票票面应该有哪些字,有什么图案,背面应该划分几栏,怎么背书,怎么转手等等,法律有严格的明文规定。注意,可以作为权利质押的不是一般的权利凭证,而是有价证券。什么是有价证券?大家想一想我们海商法上讲的提单,合同法上讲的仓单,我们教科书上说这叫债权凭证。什么叫债权凭证呢?就是债权的享有和行使,必须以该凭证为依据。谁拿着这个提单,谁就有权提货,谁拿着这个提单谁就享有提货的债权。仓单也是如此。提单、仓单不仅是债权凭证,它们还是物权凭证。为什么说是物权凭证呢,这个提单交付就代表着物的交付,代表所有权的过户,谁拥有提单,谁就是这批货物的所有权人。可见,仓单、提单它不是一般的权利凭证,它是特殊的,是有价证券,既是债权凭证,在以仓单、提单提取货物的情况下它还是物权凭证。当然其他的如汇票、本票、支票、仓单、提单,还有股票和债券等,只是债权凭证,不是物权凭证。

进行权利质押,须将权利凭证交给对方。那么,为什么要把权利凭证交付给对方呢?刚才讲过了,动产质押要把动产交付给债权人占有他才放心,那么,在权利质押的情况下,同样只有把权利凭证交付给债权人,债权人作为质权人占有权利凭证他才放心。为什么他会放心?因为仓单、提单、汇票等这些权利凭证的性质决定了谁拿着这些权利凭证,谁就享有这些权利。要提货、取款就是靠这个权利凭证:你只要出示汇票、支票,银行就要把款给你;你只要出示提单,船长就要把货交给你;仓单也是这样的,你只要出示仓单,仓库保管员就把货物交给你。它们就代表债权,就代表货物所有权,代表提取货币的权利,因此要移转权利凭证的占有,通过移转占有来达到控制这些权利的目的。那么,没有权利凭证的某些权利要设立质押,怎么办呢?比如刚才所说的可以质押的股权,如果没有这个权

利凭证怎么办呢？一些债券、公司债也不发行票面的权利凭证，而是记账。记账只要符合法律也可以设定权利质押，因为这个权利有登记制度，虽然没有权利凭证，但有登记就可以了，就像不动产登记一样，仍然可以达到控制的目的。

这就是说，权利质押，设立权利质押的权利一定要有条件。所以，权利质权不是所有的权利都可以设的，要按规定条件。这个规定条件就是要么有权利凭证，要么有登记制度，并且，通过移转权利凭证来移转占有，或通过登记，来达到控制权利的目的。反过来，如果一个权利没有权利凭证或登记制度，或者虽有权利凭证和登记制度，但不能通过移转权利凭证来达到控制权利的目的，就不能设立权利质权。公路、桥梁收费权和应收账款恰恰是既没有权利凭证，也没有登记制度的权利。没有权利凭证或登记，就不能通过移转占有或登记来控制权利。

首先，公路、桥梁收费权不适于设立权利质押。因为它有什么权利凭证呢？它有什么登记制度呢？没有。有人问，我们通过物权法给它搞出一个物权凭证，给它设计一个权利凭证，或者给它设计一个法律登记不就行了吗？好，退一步讲，我们真给他搞出一个公路桥梁收费权凭证，搞出一个公路桥梁登记制度，能否通过移转占有或登记达到控制公路、桥梁收费权的目的呢？同学们想一想，过往车辆来来往往，谁来收费？这还不是原来的权利人去收费吗？你既然设立了权利质押却仍由原来的权利人收费，你怎么控制他？那有人会说，我们再建立一个制度，要求债务人必须在债权人的银行开户，他收的过路费必须存入这个账户，这当然可以达到控制权利的目的，但这样做他就采取了另外一个担保手段，叫指定账户。他只要设立指定账户就够了，又何必画蛇添足设立权利质押？完全没有必要！还有一个办法不让他收费，由银行派人收费或者委托中介机构收费。但这不就是合同法的债权转让吗？公路、桥梁收费权的权利性质决定了，只要过往车辆，你非收费不可。你办理了所谓的登记也好，你移转了所谓的权利凭证也好，你控制不了收费。所以想要以之为担保，可行的办法是，要么设立指定账户，要么进行权利转让。

以公路、桥梁收费权作为担保手段最常用的形式就是权利转让。我们回忆一下，中国历史上曾经向外国政府借款，向英国政府借款，中国清政府曾用什么做担保？用海关的收费权担保，就是用关税来担保。我们回忆一下，可以去查一下历史资料。中国海关设立时的关长是谁？关员是谁？海关总署的头是英国人，关员是英国人，或者英国人雇用的奥地利人或欧洲其他国家的人。为什么中国海关由英国人担任关长、关员来收关税呢？因为中国政府把对海关的收税权拿来作为向英国政府借款的担保了。那么怎么担保的呢？就是把海关收税权转移给英国政府，由后者直接来收费，直到收的关税金额充抵了借款和利息，后者才撤走，撤走后才换成中国的关长和关员。想一想，中国海关的收回和租借地的收回是不一样的，不是拿着枪把外国人赶走租借地就回来了，海关是在还清了本息，是在外国人收费够了撤走之后我们才收回的。为什么海关关税只能采取债权转让的方式？因为海关关税没有债券凭证，没有登记制度，不能通过移转凭证或办理登记来控制海关收费，所以非要亲自控制收费不可。所以现在公路、桥梁收费权，要作为债权担保，就不能不采取历史上的形式，采取债权转让的形式，当然你也可以搞指定账户，但就是不能搞权利质押。

其次，应收账款也不能设立权利质押。什么是应收账款？就是出口商在出口后对进

口商所享有的货款的债权,所以又叫应收账款债权。那么在出口商出口货物后他怎么来收回货款呢?我们教科书上说他可以采取信用证的方式,采用跟单信用证的方式。过去的教科书说信用证是最安全的,安不安全呢?看看我们改革开放以来各级人民法院、最高人民法院有多少信用证诈骗案件!可见信用证这种方式并不是安全的,它容易滋生信用证诈骗;同时进口商要开出信用证,他要先拿一笔钱存在银行开立信用证账户,银行才会开信用证,而这样一笔钱存在银行里,就会影响他的经营,对进出口的发展不利。因此90年代就发展了一种新的方式,这种新的方式叫保理业务。

保理是什么意思?首先就是应收账款债权的转让。按照1988年的《国际保理公约》,出口商把应收账款债权转让给出口商所在地的银行,单这一点还不叫保理合同,保理中银行还要承担其他职能,根据《保理公约》的规定,就是要么为进口商提供融资,要么为出口商收款,要么替出口商管理账户,或者为出口商防范债务人违约,防范呆账。《保理公约》中规定,出口商把应收账款债权转让给银行以后,只要银行提供了四种作用中的两种,或者为进口商提供融资;或者为出口商收款;或者替出口商管理账户;或者防范债务人违约,这样的合同就叫保理合同,这样的银行就叫做保理商。

保理商对于应收账款债权又怎么办呢?他又把它转让给进口商所在国的银行,这个银行往往就是进口商的开户行。进口商所在国的银行在受让应收账款债权以后,怎么办呢?它就向进口商要钱就行了。它向进口商要钱很方便,进口商的账户就在它这个银行,它就在这个账户上扣收扣划就够了。万一进口商有抗辩权,比如说,产品质量不合格,或者同时履行等等抗辩权,不付这个款的话怎么办呢?这种情况下,进口商所在国的这个银行就又把把这个应收账款债权反方向地转让给出口商所在国的那个银行。那个银行拿到这个应收账款债权以后就找这个出口商退钱,把我先给你的钱退给我,你要不退给我就在你账户上扣掉。这就是保理业务,是用来代替信用证的一种制度、业务。

但是1988年的《国际保理公约》对保理有限制。首先,这在前面已经说到了,你要么承担融资,要么替它收款,有这样的限制。其次,还有什么样的限制呢?限于进出口合同,限于商人之间合同上的应收账款债权才可以实行保理,才可以转让。还有,这个公约没有解决一个问题,就是出口合同上有一个禁止转让条款的时候怎么办呢?当事人约定了一个禁止转让条款,如果出口商把这个应收账款债权转让给了银行,那么当事人之间的禁止转让条款对于受让人是有效还是无效?能不能够对抗受让人?如果能够对抗受让人,转让就无效,受让人就不能得到这个应收账款债权。

关于这个问题,《国际保理公约》没有达成一致的意見。这存在两种方案:以美国为首的意见是不能对抗受让人,当事人在合同上有禁止转让条款,这个禁止转让条款只在当事人之间有效,不能对抗应收账款债权转让的受让人;但是德国不同意,德国认为,当事人之间禁止转让,这也是合同自由,既然符合合同自由,是当事人真实意思的表示,当然具有对抗他人的效力。于是,《保理公约》就规定了两套方案,由参加国去选择。不管怎么说,这不方便,没有最终解决这个问题。《保理公约》还遗漏了一个重要的问题没有解决,就是一个出口商把一笔应收账款重复转让给两个以上的银行、两个以上的受让人时怎么办呢?哪一个转让有效?哪一个受让人享受权利?在《保理公约》上根本就没有讨论这个问题,没有提出对策。因此,这不利于国际间的应收账款转让的发展。

由于《保理公约》有这些缺点,联合国国际贸易法委员会在 1992年提议起草一个应收账款融资与应收账款转让的公约。这个公约在 2001年完成,完成以后,联合国大会通过,向各国开放签字。这个公约起草的时候,叫做《应收账款融资与应收账款转让公约》,最后完成以后,把“应收账款融资”删掉了,就叫《国际应收账款转让公约》。为什么要把“应收账款融资”删掉呢?这是因为这个公约对应收账款转让废除了目的限制。《保理公约》规定银行要么融资,要么收款等等,从目的上进行限制。这个公约把任何限制都取消了,不管你是融资、收款还是其他目的,只要你把应收账款转让给银行,就叫应收账款,就适用这个公约。所以说,实际上它就是规定应收账款债权转让。

前面讲到了,进出口合同、商人之间的合同,才可以适用《国际保理公约》,现在《国际应收账款转让公约》也把合同的限制取消了。国内的合同、进出口的合同,甚至一般的消费者的合同,都可以适用这个公约,都可以进行应收账款转让。并且,将来的应收账款,合同还没有签订,还没有发生的应收账款债权,或者签订了还没有交货,将来可能发生的应收账款债权也可以转让。前面讲到的,当事人在合同中规定了禁止转让条款的情形,这个公约采取了一个彻底的态度,就是禁止转让条款不能够对抗受让人。不仅禁止转让条款不能对抗受让人,当事人在合同上对应收账款债权转让所附加的任何限制,对于受让人都是无效的。当然,应收账款基础合同上的禁止转让在当事人之间还是有效的。还有,这个公约把我们债权法上的债权转让通知进一步地加以区分,规定了债权转让的通知与付款指示,并且规定如果债务人收到付款指示以后还把货款还给原来的出让人,他不能免责。债务人能不能免责以什么作为标准呢?以收到付款指示为标准。

特别值得注意的是,这个国际公约对于重复转让有规定。关于重复转让,一个应收账款债权转让给了两个、三个银行,有两个、三个受让人,哪一个受让人享有这个应收账款债权呢?美国的方案是:应当按照国际上的应收账款转让的注册体系的注册为准,以注册的时间先后为准,注册在先的受让人享有应收账款债权。德国的方案是:以债权转让合同成立的时间先后为准,成立在先的债权转让合同有效,后面的债权转让就无效了,成立在先的债权转让合同的受让人享有这个权利。德国人的理论就是,一个应收账款债权,你转让给了张三之后,你就没有权利再进行对李四的转让,你就是无权处分,当然不能够有效,他们严格以债权转让合同的成立时间先后为准。英国、日本、西班牙采取第三种方案:以债务人收到债权转让通知的时间为准。所以债务人收到债权转让的通知,第一份通知上的受让人享有债权,享有应收账款债权。这三种方案在公约制定的过程中达不成一致意见,所以《应收账款转让公约》不得已设了一个附则,附则当中同时规定了这三种方案,三种规则,然后在公约当中专门有一条规定,参加国可以随时声明接受附则三种方案中的哪一项。如果接受第一项,以注册登记的时间为准的话,你同时就要加入国际间一个专门的注册系统;如果你接受第二个方案,以合同成立的时间先后为准的话,当然你声明就行了;你接受第三种方案,以接到债权转让通知的先后为准,你也只要随时声明就行了。

由于这个公约在它的附件中规定了三个方案,第一个谈到了以注册时间先后为准,并谈到了注册体系,就很容易使人联想到物权法上的登记。但是这个注册是登记吗?或者说是不是因为登记就产生了一个担保权呢?《国际应收账款转让公约》规定重复转让的第一个方案,以注册的先后为准,要加入国际间一个注册体系,就使我们银行的一些同志

误认为这就是担保权——有登记,而且登记决定了先后顺序,这不就是担保权了吗?这也正是把应收账款这个债权转让误解为权利质权的原因。他们甚至没有看《应收账款债权转让公约》的中文文本。这个公约以及前面的《国际保理公约》两个国际公约,都是规定了应收账款债权转让,而没有任何一个字讲到权利质押或者应收账款债权质押,没有任何一个字讲到担保物权、担保权益等等,它纯粹的、彻底的就是债权转让的方式,就是一个债权转让的制度。我们的物权法却将应收账款纳入权利质权制度。

据了解,现在中国的银行绝大多数银行都没有开展保理业务,都没有开展这样一种应收账款债权转让的业务,对于这两个公约不熟悉。只有个别的银行,哪一个银行呢?例如交通银行,它制定的合同文本当中,有一个保理合同的文本。我们立法机关在作规定的时候呢,开了一个专家论证会,请的都是银行方面的专家。所以,后来法工委的同志告诉我,银行方面同志在这个方面的一致意见是,物权法草案要规定应收账款权利质押。这样,就把一个普遍的债权转让制度,在物权法上作为权利质押来规定,和国际的实践截然相反。应收账款这样的债权不适于设定权利质押,这样的规定是理论上的错误,在实践上是绝对有害的。如果不删掉它,那么将来我们银行开展保理业务,开展应收账款融资业务,如果按照物权法,则难以操作,并且将会造成极大的害处。

由于时间关系,关于物权法草案第六次审议稿,我今天就说这么多。实际上存在的问题还有不少。我在这里讲了几个我认为是错误的,是绝对错误的,一定要提。我向立法机关提出,现在时间已经不多,漏掉的虽然重要,不规定也不要紧;规定不完善的,规定不准确的,也不要紧,毕竟法律生效以后,我们还有最高人民法院的解释加以补充、完善和准确化,但是,如果我们物权法上规定了错误的制度,将来就无可救济,最高法院也不能改变它,因为不能通过解释来纠正法律的规定。在此做个提醒,我们的立法机关一定要利用这最后的时间把这五个问题彻底解决,不然,将会给实践造成极大的问题。谢谢大家。

柳经纬(主持人):

梁老师刚才给我们谈到物权法中的五个问题,我个人的感受是既有法理又有情理,既有理论又有实务,非常的精辟。接下来我们请中国人民大学法学院王利明教授作评论。

王利明(评论人):

老师们,同学们,我非常荣幸今天能够担任梁老师的这个非常精彩的报告的评议人。这对我来说也是一次非常难得的学习机会。刚才听了梁老师非常精彩的报告,对我来说确实有耳目一新的感觉,收获很大。我想,梁老师的这些意见可以说都是非常重要的意见,也肯定会受到立法机关的高度重视,并肯定会对我们国家物权法草案的完善起到极大的帮助作用。尽管有一些意见和梁老师不太一样,但是我想我和梁老师在这一点上的意见都是共同的,就是都认为物权法应当尽快出台。早出台比晚出台好,早一天出台比晚一天出台好。因为我们的国家迫切需要物权法,我们的民族迫切需要物权法,我们的社会主义市场经济体制,我们的国家的繁荣富强都需要物权法的保障。所以我们在此强烈呼吁立法机关,要排除各种干扰,尽快地出台物权法。下面我想简单地谈几点意见。

第一点,就是梁老师谈到的关于物权法定原则在物权法草案中的表述。我觉得梁老师的意见应当说是非常正确的,我有一些意见曾经在有关的全国人大的研讨会上和梁老师交换过。比如说“视为物权”这个表述,我也感觉到至少在文字表述上不是太确切,当

然我个人建议是不是删去“视为物权”这句话或换一种表达。当然这都可以再讨论。

这里确实有一个非常重大的问题,就是物权法定原则需不需要缓和。如果我们在物权法上要表述物权法定原则,我们就必须要对这个问题作出回答。可能我在这一点上和梁老师的观点不完全一致。我是极力主张要在物权法上表述“物权法定”这个原则,同时我也建议要作一点适当的缓和。主要是考虑两个原因。一是我们现在处于一个社会的转型时期,财产关系处于一个急剧的变化、变动之中,我们还不能指望物权法把各种物权都能够固定下来。其次,我们在整个物权法定过程中都一直就一些物权的形态是不是要在物权法中规定进行讨论。比如说典权,它在实践中已经存在,那么是不是要在物权法里规定?还有一些权利类型,比如说像居住权、空间权,是不是要规定,争议很大。第六次审议稿就把居住权删除了,但也有很多人认为将来居住权也有可能变得越来越重要,是不是未来要通过某种形式把它承认为物权?另外关于新的担保,现在有些学者说担保既是一种古老的制度,也是一种新型的制度。在担保这一领域,的确我们要看到,一些新的物权类型已经产生了。这些是不是都要规定在我们物权法中当然是另外一个问题。

这就是说,在物权法上对物权法定原则作一些必要的缓和,留一些开放的空间,对将来人们更有效率地利用资源,更有效率地通过物权的形态来利用资源,也许是有利的。我看到一个葡萄牙学者谈这个问题,他的基本观点是认为,如果物权法定过于封闭的话,就会妨碍人们有效率地利用资源。我觉得这个观点可能还是值得我们思考的。所以我更倾向于认为,适当地留一个开放的空间可能是有一定好处的。但是我确实赞成在如何表述上进一步探讨。我赞成梁老师刚才提出的意见,可能确实需要作一些修改。

第二点,就是关于52条。关于第52条的表述,我觉得梁老师指出的问题是有一定道理的。我想这可能在很大程度上是一个因表述不太清楚而产生的问题。据我个人了解,写这一条的出发点主要是想把一些重要的国有财产在法律上规定下来。有不少人建议,我们的物权法应当就一些重要的国有财产都在草案中作出确认和规定,这样有利于保护国有财产。立法机关是不是考虑到这个意见呢?因为这次确实是增加了一些关于国有财产的客体的规定。第52条可能也是从这个角度,想把铁路等基础设施这些重要的国有财产规定下来,但可能在文字表述上存在问题。

目前个别教授可能对物权法有些偏见,把一些纯粹技术性的规则政治化,这样一些批评与指责在我看来是没有道理的。比如物权法案规定了占有,他说你就是要占有国有财产,导致国有财产流失;又比如规定善意取得,他说你就是要善意取得国有财产,为侵吞国有财产提供方便,其实我们对此写得非常清楚,前提必须是支付合理的价格。规定取得时效更不行,他说那就是要为非法占有国有财产大开方便之门。我曾经建议说写上先占,那更不能写了,弄不好就被误解为是要侵占国有财产。所以有人提出要把占有、善意取得统统删掉,否则就不利于保护国有财产。这种观点是对物权法的误解,但我觉得这种误解有些离谱了。我觉得立法机关应该不受这些误解的左右,把我们的物权法起草得更好。

第三点,是关于新的担保形式。我们注意到国际上担保物权有新的发展,出现了新的担保形式,但这些新的担保形式是不是都要写进物权法,我觉得需要进行讨论。梁老师对于浮动抵押利弊进行了分析,我觉得非常精辟。浮动担保可能从理论上是有许多的优点,比如它跟固定担保不同,它可以利用集合物担保,充分利用担保物的价值;它跟财团抵

押不同,不仅仅是以集合物担保,还可以对集合物一件件进行灵活处分,有效率地利用企业的财产,理论上比财团抵押还有效率,但确实潜伏有许多的风险。

草案只是规定了这种担保形式,但还有许多重大问题没有解决,如关于该制度的适用范围是否要有严格的限制;还有它与固定担保的关系,设置了浮动担保是不是还可以设置固定担保;优先顺序怎么确定;债权人何时能够介入等。这些问题还需要我们研究,我个人觉得还应该规定得详细一点,但有的人认为这样写太琐碎了,物权法只能把基本形式表现出来,将来可以通过特别法和司法解释完善。但我认为,完全由有关行政规章进行解释很危险,弄不好是由行政机关决定物权的内容,而且,我想这样做也不一定符合《立法法》的规定。

关于收费权的质押与应收账款的质押问题,我觉得梁老师的分析有道理,但有些观点我与梁老师又有分歧。比如,关于权利质押是不是主要限制在有权利凭证的权利方面,权利质押是不是实际上都是权利转让,这些都值得探讨。但我觉得梁老师的观点都很精辟,看问题也很独到。我赞成梁老师的这样一个观点,就是我们对于新的担保形式的认可应当慎重,特别是担保制度在现代社会与金融体制有密切的联系,是以金融为中心的担保,因此我们在设计新的担保形式时,要看它能不能为中国现行的金融体系所接纳,这是需要我们认真思考的问题。我们需要看到,现在的四大商业银行,尽管经过一些改革,在法人治理结构上有很大进步,但还是很不完善很不健全,国有商业银行一些固有的毛病还相当严重,而且银行业从业人员素质还需要提高。如果我们盲目地没有限制地允许银行采用这些新的担保形式,确实像梁老师讲的,可能会出现骗贷骗保,出现大量的呆坏账。

对于应收账款我也赞成这个意见,就是我们要慎重,即使规定也要有明确的限制,对于什么是应收账款要有明确的定义。否则,本来大量债权法院判下来都收不回来,将来都拿去银行作质押,像梁老师刚谈到了,一方面贷出去的钱收不回来,另一方面作质押的债权都是坏账,不是更助长了呆坏账吗?我们的银行又不是非常理性的商人。这样的结果是对经济有害的,所以我也很有担忧。这些问题值得进一步探讨。我们怎样更进一步地充分发挥现行法律所规定的担保形式的作用?这些作用、潜力是不是都作了充分的挖掘?现有的担保手段是不是真正发挥了它应有的功能?如果我们能够通过充分发挥现有担保手段的作用,可以起到新的担保方式所起的作用,我们也不一定规定新的担保方式,除非是现有方式实在不能发挥作用。所以我个人在这个意义上赞成梁老师的想法。

总的来说,我非常感谢政法大学给我这次机会,感谢政法大学的邀请,谢谢大家!

柳经纬(主持人):

王老师刚才对梁老师所谈的几个问题都作了正面的评论和回应,我们看到立法上考虑的角度可能是多元的。下面请清华大学的崔建远教授作评论,大家欢迎!

崔建远(评论人):

首先感谢中国政法大学邀请我参加今天晚上梁老师的报告以及让我作点评。听了今晚梁老师的报告、利明教授的点评,我确实有很大的收获,也有许多感想。第一个感受,我感到梁老师具有社会责任感、法律人的历史使命感和理论勇气,这些都值得我们学习。从进入民法的领域以来,在很多的时期、很多的法律事件上,我都深刻地感受到梁老师的勇气和精神风貌。比如在过去,我们都不敢直接引用境外学者著作中的观点,唯恐被扣上精神污染、资产阶级自由化的帽子。在我的印象里,第一次读到的是梁老师的论文明

确地引用了例如史尚宽先生等人的著作,并且明确地称他们为先生。我们私下里都很感佩梁老师的勇气,为了追求真理,不计后果!在现阶段,无论是合同的立法还是物权的立法,梁老师都针对法律的草案,而不是针对人,本着为中华民族、为我们国家负责的精神,为了学术的纯正与向前发展,勇于发表自己的意见,尽管这些意见可能是逆耳的,但他还是毫无保留地把它袒露出来,这确实值得我们学习。第二个感受,是梁老师目光的敏锐,他能发现我们常人难以发现的问题。今天梁老师谈到的国有化措施,我就没有发现。过去梁老师提到的物权登记制度的问题我也没有发现(我想我能够代表亿万常人)。但这些问题,都被梁老师发现了并明确提出来,从理论上说明它的不足以及应该改进的路径与方法,我们的法律学术应该这样一步步向前发展。第三个感受,是梁老师学识渊博、富于逻辑。他今天的报告不仅涉及传统的民法理论,还涉及到很多新兴的学科,他都能娓娓道来,并按照逻辑的层次步步展开。第四个感受,是梁老师亦庄亦谐,趣味横生。梁老师看上去是个严肃的人,严肃地做人,严肃地做学问,阐释他的意见,但其中不乏幽默之感,像今天谈到的银杏树的问题,还有货币的标准化类比问题。以前的讲座他还谈到,如果把水资源规定为国有,那滚滚长江水流入东海,就等于是每天国有资产都在流失。都很幽默,使得我们永生难忘。

下面,我谈谈自己对有些问题的理解。

第一个问题是物权法定还是物权自由。我的想法要坚持物权法定,关于这点,梁老师已经说得很多了。我觉得,考虑到我国现实,除梁老师所讲的理由之外还有一个理由,就是在我国现行法与物权法草案上,物权的构成要件、法律效力非常不一致,在这种情况下,物权法定就更便于我们了解中国现行法上的物权是什么样子,才能使权利者的利益、交易安全都得到兼顾。

但我感到坚持物权法定有一个前提,就是我们必须把已经认识到的物权类型、生活中需要的物权种类都在物权法上明确清晰地规定下来。如果已经认识到一些物权,哪怕它适用得有限,不像所有权那么普遍,但它有用——如刚才利明老师谈到的典权、实务中争论激烈的居住权,这些都应该规定下来。我担任了北京检察院的咨询员,他们向我咨询民法的案件,里面就有居住权的案例。老人需要这个制度,担心儿女们不孝。有的学者说我们有婚姻法、继承法的规定,但那些规定是对还有孝心的儿女而言的,对于丧尽天良的儿女,如果他把房屋卖给第三人并且过户,那么老人就一点办法也没有。可见,我们需要把对我们有用的物权种类在法律中都明定下来,供老百姓、法人在未来生活中选择适用。在这样的前提下,物权法才是最佳的选择。

很遗憾,我国的物权法草案把物权的类型越缩越小,不敷使用,在这样的情况下如果还套上物权法定的紧箍咒就有问题了。所以,在目前物权法草案只规定几种有限的物权的情况下,如果对于物权法定不采取一些缓和的措施,那么法律就不能令人满意地适应社会的发展。我的结论是赞成物权法定,但要把现在能认识到的成熟的物权明确地规定出来,目前草案规定的物权种类远远不够。

第二个问题是关于应收账款。我指导过招商银行一位工作人员的硕士论文,指导过一位博士生的博士论文,都是应收账款的转让;我还请教过建行的工作人员,对这个问题有所了解,并且还参加过世界银行在中国办理的应收账款的研讨会。我国物权法草案规

定应收账款可以出质,背景是我国合同法上的债权转让限制较多,据此判定银行实际开展的保理业务,会发现它们是违法的;我国物权法草案坚持不承认让与担保,有些银行系统又在实际开展应收账款的转让工作;而最高法院在研讨会上明确表示,如果打官司,我们就不支持你们银行,因为你们没有法律的根据;实务的运转又发现它们有令人满意的效果,在这样的背景下,需要法律规定作为它们运转的法律基础。

从这个意义讲,我赞成把应收账款规定在物权法中作为一个质权的标的。通过我国合同法规定的债权转让制度,银行难以达到目的,我们就应该另辟途径。现在,应收账款在权利质上有一个通道,我们把它规定下来,使我们的实际生活已经运作的东西能够找到法律依据。当然对此应加以一定限制。至于能不能用债权让与来替代应收账款的出质,我感到它们的制度是各有千秋。我现在正修订《合同法》教材的第三版,前段在做债权让与、债务承担的工作,发现债权让与在我们现行法上限制很多,比如《合同法》第79条规定,合同性质决定不能让与的、当事人约定不能让与的、法律规定不能让与的债权都不能让与,存在很多的限制。保理业务中的应收账款的转让就不符合合同法的这些规定。那么是按照法律压制实际生活的运作,还是突破法律呢?过去,在合同法生效、物权法欠缺的情况下我们找不到适当的途径。现在,可以利用《物权法》开出另外一个渠道,通过再转质来解决这个问题,这也是可以考虑的一个方法。

还有,在债权让与中,像梁老师谈到的重复让与,它的规则和债权质就不一样。债权让与可以是未来才存在债权、未来才转移的债权,那么对于债权的这种重复转让而言,两个让与合同都是有效的,因为债权在合同订立的时候并没有转移给受让人,在这种情况下,我与另外一个商人再签订合同,都是有标的物的,都不违反《合同法》第51条的规定。德国也承认了未来债权的转让,尽管用德国法的物权行为理论来解释很别扭。德国法也采取了很多解释办法,比如用区分成立要件与生效要件来解决。我们不用这样,就可以很顺利地解决这个问题,但这与债权转让时间到来归哪个商人有关,与通知哪个债务人有关。而如果是存在债权质,就不存在这么多的说道。所以我自己感到它们是各有各的功能,不妨在法律上都承认它们,只不过对它们各自的成立要件、形式要件、法律效力都进行严格的规定。这样也符合一方面坚持物权法定,另一方面尽可能增加物权类型这样一个基本要求。我就先说到这儿,不对的地方再议,谢谢大家!

柳经纬(主持人):

感谢崔老师的非常精彩的评论。尤其是崔老师对梁老师的几点感受,我想这些也是我们大家共同的感受。现在时间已经超过了,但还是要给听众一些机会。我手机上接到了不少的问题,我已经把它们一一记录了下来。由于时间的原因,今晚不能对所有的问题都进行回答。按提问的顺序,回答三个问题吧。第一个问题是,物权法定与货币法定、有价证券法定有何逻辑上的联系?货币法定、有价证券法定何以推导出物权法定?这个问题我想应该是请梁老师回答。

梁慧星(讲演人):

它们的联系在马克思关于市场交易的理论里就已经说得很清楚。马克思当时讲,最初的交易是斧头和羊的交易。后来慢慢产生了一般等价物——货币,货币一定是法定的货币,货币是市场交易的一般等价物。所有权也是市场交易的一般等价物。大家想一想,

商品房的所有权国家是统一的,汽车的所有权是统一的。当然,抵押权也是统一的,用益物权也是统一的,它们都是市场交易的一般前提。一般等价物是市场交易的前提,在这一点,它们完全是相同的。它们具有相同的理由。

柳经纬(主持人):

谢谢梁老师。第二个问题是,物权立法如何体现缩小贫富差距,建设和谐社会的要求。这个问题请王利明老师回答吧。

王利明(评论人):

确实要看到中国现在两极分化十分严重,有报告说已经达到了基尼系数的警戒线。但是解决两极分化这个问题,最直接的是要靠有关国民收入再分配的法律制度来解决,例如税法以及社会保障法等社会法,通过这些法律制度的完善来解决两极分化的问题。物权法作为财产法,主要是确认财产的归属、利用关系,解决的是资源的利用问题,它不直接决定财富的分配。但是物权法对这个问题,也是能够发挥作用的。通过鼓励亿万民众去爱护财产、创造财产,鼓励社会财富的增加,促使老百姓手上财富的增加,肯定会对缓解两极分化起到重大的作用。毕竟,国家富强了,人民富裕了,两极分化会好解决得多。

我们非常不赞同这样一种看法:平等保护只保护富人的宝马车、别墅,老百姓只剩一根打狗棍,所以不需要物权法保护,物权法就是保护富人的法。这个看法是不正确的。改革开放二十多年来,我们亿万人民的财产有了很大的增加,绝不就是一根打狗棍。老百姓的财产、农民的承包经营权、宅基地使用权等,都要在物权法中规定。规定的目的就是要保护广大人民群众的利益,保护广大农民和城市居民的基本的财产,这对构建和谐社会是非常非常重要的。没有这些物权法制度性的安排,和谐社会是很难建立起来的。这是我个人的一点意见。谢谢大家!

柳经纬(主持人):

还有一个问题。物权法在立法过程中,如何处理对于自然资源的权利。我个人认为,这个问题由崔老师回答更合适一些。

崔建远(评论人):

这些权利富有特色,比较特殊。比如说在成立上,这些权利大多都需要许可,有行政的介入,不像我们普通的、典型的物权基本上是由当事人通过法律行为或者直接基于法律的规定来产生。这样一来,这些权利就在成立以及在主体上受到了很多的限制。这些权利在效益上也不尽如人意,所以,有人主张取消许可制,完全交由市场交易。这些权利在属性上也存在是公权还是私权的激烈争论;这些权利的效力也不像所有权、抵押权等典型物权那样明确,而是参差不齐;尤其是,这些权利的成立、存续和消灭,往往有行政的因素伴随其中。这样,就与物权的主要性质不是很吻合,所以这些权利的规范往往不是私法的。从这个意义上来讲,应当在特别法、单行法里面,比如说由《水法》、《渔业法》、《自然资源法》或者说《矿业法》等等来规定,这样更详尽、更周全。这样能够维护物权法的纯洁性,并且在物权法中概括地说一下又解决不了多大的问题。从这些理由来讲,不规定在物权法里为妥。

但以上的结论是学术的,而立法不仅仅是个学术,还要考虑到实际的需要。在我国,目前有关国家机关都希望其管理的自然资源的权属在物权法上有一个地位。探矿权、采

矿权、取水权还好,单行法已经有规定,相关的管理部门也在对它实施管理。比较麻烦的是,捕捞权、养殖权在渔业法上没有规定。我们国家出了一个《海域使用管理法》,在世界上首次规定了海域使用权这种新的权利,在世界上规定海域归国家所有也是比较罕见的。在这样的一个背景下,就涉及到渔民在海里湖里捕鱼、在水里养殖到底怎么办。据我掌握的信息,农业部和海洋局就各自有各自的看法。

那么怎样承认、如何规定这些关切渔民生存的利益呢?不在法律上予以明确,这些问题就难以解决。在境外的一些立法例和实务当中,渔民祖祖辈辈在海里捕鱼的权利是当然享有的,而按照我国《海域使用管理法》,海域使用权的设定,要实施拍卖、招投标,由价高者得,由经济实力强的人得。这样,许多渔民就失去了生存、生活的基础。我去海岛调研过,见到过一些渔民,那么强壮的汉子,拿着十几本证件。一个渔民要有十几种证件才能驾船出海捕鱼,缺少一本都不能去。渔民一边数着证,一边叙说着他们的艰辛,热泪盈眶。我心里面也特别不是滋味。考虑到这些问题,如果再次修改《渔业法》、《水法》、《矿产资源法》,也不是一天两天的事。

现在赶上物权立法,能不能在物权法定这条里面增加一款,从种类列举的角度说一下我们国家的物权应该有哪些,也可以进一步分典型物权的和非典型的,至于这些是叫准物权还是特别法上的物权,都是小事。为它们在法律上确定一个地位,无论民事主体取得这些权利,还是有关部门的管理;无论权利的实施,还是发生纠纷到法院进行诉讼,就有一个依据。即使规定得简单,通过以后的立法或者司法解释使之具有可操作性,也是一个可取的路子。我自己在这个问题上认为:从学理上讲,物权法不应该规定;但从实用主义上,觉得可以在物权法定这个条文里面增加一款,把它们规定下来,为有关的当事人的行为找到法律依据。

柳经纬(主持人):

三位老师从不同的角度对物权法草案,尤其是《第六次审议稿》进行了深入的解读,使我们进一步了解了物权法中的重要问题;同时,也让我们得以领略三位学者的学识和风采。让我们以热烈掌声,再次感谢三位老师。今天的论坛到此结束,谢谢各位!

卫丹 刘靖靖 丁洁 整理 龙卫球 校
(责任编辑:幸颜静)