

制定中国物权法的若干问题

梁慧星*

内容提要: 本文对我国自解放以来调整民事关系的法律法规进行了述评,指出了现行有关物权法律法规的缺陷,提出在我国正在进行的物权立法中坚持对合法财产一体保护原则,实行物权变动与原因行为相区分的原则,从中国实际出发构建用益物权体系并完善担保物权制度。

关键词: 物权法 立法建议 原则 制度

一、导 言

(一) 中国在改革开放前对民事生活的调整

中华人民共和国成立至“文化大革命”(1949—1966)开始的二十余年间,不重视法制,五十年代初和六十年代初两次起草民法典的作业,均因政治运动而中断。这一期间,调整民事生活的法律,唯有《中华人民共和国婚姻法》(1954年)一部。人民法院审理民事案件,主要是依据各项“民事政策”。所谓“民事政策”,是指“党和国家颁布的有关民事方面的规范性文件”^{〔1〕},例如,政务院于1950年10月20日发布的《新区农村债务纠纷处理办法》。为了使“民事政策”能够成为法院裁判的标准,由最高人民法院对一定时期的“民事政策”加以归纳、整理和解释,作成指导法院裁判工作的解释性文件。这样的文件,称为“意见”。例如:最高人民法院《关于贯彻执行民事政策几个问题的意见(修正稿)》(1963年8月28日)。

(二) 改革开放以来的民事立法

中国从1978年开始实行改革开放,纠正“文化大革命”时期的极左错误,放弃“人治”,实行法治。相继制定了若干重要的民事法律,初步形成一个民事立法体系。这个民事立法体系,分为以下层次:第一层次,是作为民事基本法的民法通则;第二个层次,是各民事特别法,包括属于债权法性质的经济合同法、涉外经济合同法、技术合同法;属于家庭法性质的婚姻法、收养法、继承法;属于物权法性质的担保法;属于商事法性质的公司法、票据法、海商法、保险法、证

* 中国社会科学院法学研究所研究员,本刊主编。

〔1〕 唐德华:《民法教程》,法律出版社1987年版,第14页。

券法、专利法、商标法、著作权法。第三个层次,是民事法规,例如工矿产品购销合同条例、加工承揽合同条例、借款合同条例、国内航空旅客身体损害赔偿暂行条例等。第四个层次,是各行政性法律、法规中的民法规则,例如土地管理法中关于土地所有权和使用权的规定、民用航空法中关于民用飞行器权利的规定、城市房地产管理法中关于房地产抵押的规定等。

(三) 现行民事立法体系中属于物权法性质的法律法规

按照大陆法系民法理论,规范财产关系的法律,为财产法。财产法分为物权法和债权法两大部分。物权法是规范财产归属关系的法律,债权法是规范财产流转关系(主要是市场交易关系)的法律。中国进行经济体制改革是从发展市场交易开始的,^[2]因此比较重视规范财产流转关系的法律。现行民事立法体系中,规范市场交易关系的法律法规,相对而言要完善一些。^[3]规范财产归属关系的法律未受到应有的重视。物权法立法明显薄弱和滞后。

属于物权法性质的现行法律法规有:

1. 民法通则

中国现行法体系中,居于民事基本法地位的法律,是1986年4月12日主席令第37号公布的《中华人民共和国民法通则》(1987年1月1日施行)。民法通则既不是民法典,也不同于民法典的总则编。它包括9章156条。即第一章基本原则;第二章公民(自然人);第三章法人;第四章民事法律行为和代理;第五章民事权利;第六章民事责任;第七章诉讼时效;第八章涉外民事关系的法律适用;第九章附则。其中第一、二、三、四、七章的内容相当于民法典的总则编的规定。值得注意的是,第五章对民事权利作了列举性规定,其中第一节“财产所有权及相关财产权”,属于物权法性质的法律规则,包括财产所有权的定义(第71条)、财产所有权的移转(第72条)、关于财产共有的规定(第78条)、关于埋藏物和遗失物的规定(第79条)、关于不动产相邻关系的规定(第83条)。

2. 民事特别法

有关物权的特别法有:(1)1995年6月30日主席令第50号公布的《中华人民共和国担保法》(同年10月1日施行)。主要是其中第三章关于抵押权的规定、第四章关于质权的规定和第五章关于留置权的规定。另在第七章有关于不动产和动产的定义性规定(第92条)。(2)1992年11月7日主席令第64号公布的《中华人民共和国海商法》(1993年7月1日施行)。主要是其中第二章关于船舶所有权、船舶抵押权、船舶优先权的规定。(3)1995年10月30日主席令第56号公布的《中华人民共和国民用航空法》(1996年3月1日施行)。主要是其中第三章关于民用飞行器所有权、抵押权和优先权的规定。

3. 财产管理法

现行的若干财产管理法,属于行政法律性质,但其中往往有关于物权的规则。(1)1986年6月25日通过,1998年8月29日修订的《中华人民共和国土地管理法》(1987年1月1日施行),主要是其中第二章关于土地的所有权和使用权的规定。(2)1994年7月5日主席令第29号公布的《中华人民共和国城市房地产管理法》(1995年1月1日施行)。主要是其中第二章关于土地使用权出让、土地使用权划拨的规定;第四章关于房地产转让、房地产抵押的规定;第

[2] 中国实行改革开放的第一个措施,是“搞活流通”。

[3] 1993年10月,立法机关委托民法学者提出统一合同法立法方案,从1994年1月正式开始起草统一合同法草案。1998年8月第八届全国人大常委会第一次审议统一合同法草案,第九届全国人大第一次会议于1999年3月15日通过统一合同法。

五章关于房地产权属登记的规定。

4. 行政法规

按照中国的立法体制,国务院有行政立法权。由国务院制定的法律文件,统称行政法规。有关物权的行政法规主要有:(1)1983年12月17日国务院发布的《城市私有房屋管理条例》,主要是其中第二章关于房屋所有权登记的规定;(2)1990年5月19日国务院发布的《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》,包括8章:第一章总则,第二章土地使用权出让,第三章土地使用权转让,第四章土地使用权出租,第五章土地使用权抵押,第六章土地使用权终止,第七章划拨土地使用权,第八章附则;(3)1991年1月4日发布的《中华人民共和国土地管理法实施条例》,主要是其中第二章关于土地所有权和使用权的规定。

5. 行政规章

国务院所属部、委发布的规范性文件,称为行政规章,不具有立法的性质。但在现行法律体制下,行政规章在不与法律和行政法规抵触的前提下,有相当于行政法规的效力。有关物权的行政规章有:1983年6月4日城乡建设环境保护部发布的《城镇个人建造住宅管理办法》;1987年4月21日城乡建设环境保护部发布的《城镇房屋所有权登记暂行办法》;1989年11月21日建设部发布的《城市异产毗连房屋管理规定》;1990年12月31日建设部发布的《城市房屋产权产籍管理暂行办法》;1992年3月8日国家土地管理局发布的《划拨土地使用权管理暂行办法》。

(四) 现行有关物权的法律法规的缺点

1. 因经济体制的原因发生的缺点

上述法律法规大多是改革开放初期制定的,因旧的经济体制刚开始改革,而新的经济体制尚未确立,难免在法律精神和制度上反映和体现了计划经济体制的特征和要求。例如,按照生产资料所有制对财产所有权进行分类,并强调所谓社会主义公有财产神圣不可侵犯,而对自然人和法人的财产保护不力。此外,动产和不动产物权,属于基本的民事权利,由行政管理法加以规定,也未必合适。

2. 因立法体制的原因发生的缺点

中国现行立法体制受行政体制的制约,除宪法、民法通则等由全国人大常委会的法制工作委员会组织起草外,多数法律法规均由国务院所属部委负责起草。负责起草的部委往往不可能从全局考虑,而是较多地考虑本部门、本系统的利益。这就难免导致现行法律法规的互不协调、重复规定、相互抵触,和缺乏基本制度的规定。迄今未能建立一个统一的不动产登记制度,其原因也在此。

3. 因民法理论的原因发生的缺点

中国原有民法理论是在50年代继受苏联民法理论的基础上形成的,大体符合改革开放前单一的所有制形式和计划经济体制,而不符合市场经济的要求。例如原有民法理论片面强调对公有财产的保护,1986年的民法通则仍规定“国家财产神圣不可侵犯”,至少给人其他财产可以任意侵犯的印象。民法通则之未采用物权概念,未规定取得时效制度和善意取得制度等,均源于原有民法理论。

4. 因立法指导思想的原因发生的缺点

中国向来的立法指导思想强调所谓“立法宜粗不宜细”、“成熟一个制定一个”,不注重法律的科学性和体系性,造成现行法律法规的分散零乱,缺乏最根本的和基本的概念、原则和制度。

例如,缺乏物权、动产、不动产、主物、从物、原物、孳息等概念,缺乏关于动产和不动产物权发生、取得、变更和消灭的基本规则,缺乏关于用益物权的基本规则、物权保护的原则和制度等。

5. 进一步的改革开放和发展市场经济要求制定物权法

现行有关物权的法律法规还没有形成一个完善的体系。主要是缺乏关于物权的最基本的规则和基本制度。例如,区分动产和不动产的准则、不动产物权和动产物权发生、变更与消灭的基本规则、物权保护的原则和制度、关于土地使用权的基本规则、关于高层建筑区分所有权的基本规则,以及善意取得制度、取得时效制度等。有必要指出的一点是,90年代以来中国经济学界一再讨论的所谓“企业产权界限不清”、“国有资产流失”等严重社会问题,均与未及时制定完善的物权法,致社会生活中缺乏规范财产归属关系的基本规则有关。说明现行有关物权的法律法规,已经不能满足市场经济进一步的发展对法律调整的要求。

6. 民法起草工作小组的成立与物权法的起草

按照国家确定的建设法治国家的目标,要在2010年前建成一个与发展市场经济和建设法治国家相适应的完善的法律体系。按照立法机关的构想,该法律体系犹如一个金字塔,最上层是宪法,其次是各基本法,再次是各特别法,下层是各行政法规。宪法和各基本法均应制定成文的法典。现今宪法和刑法、刑事诉讼法、民法均己制定较完善的法典并经过修订,唯有民法仅有一个民法通则,尚未制定民法典。因此,1998年3月,立法机关委托9位民法学者、专家,成立民法起草工作小组,^[4]负责中国民法典编纂和草案准备工作。民法起草工作小组议定的计划是:1999年3月通过统一合同法;4-5年内通过物权法;2010年前完成中国民法典编纂。

民法起草工作小组1998年3月25-26日会议,讨论物权法的起草。讨论了由梁慧星研究员提出的物权法立法方案(草案)。最后作出决议:委托梁慧星按照所提出的立法方案起草物权法草案。^[5]会后,梁慧星研究员所领导的物权法起草小组按照立法方案进行起草,至1999年10月,完成中国物权法草案。中国物权法草案,由十二章构成,共435条:第一章总则,分为四节:第一节基本原则;第二节物;第三节物权变动;第四节物权保护;第二章所有权,分为六节:第一节一般规定;第二节土地所有权;第三节建筑物区分所有权;第四节不动产相邻关系;第五节动产所有权;第六节共有;第三章基地使用权;第四章农地使用权;第五章邻地利用权;第六章典权;第七章抵押权,分为四节:第一节一般规定;第二节最高额抵押;第三节企业财产结合抵押;第四节企业担保;第八章质权,分为四节:第一节一般规定;第二节动产质权;第三节权利质权;第四节营业质;第九章留置权;第十章让与担保;第十一章占有;第十二章附则。以下对物权法草案作简要介绍。

二、坚持对合法财产的一体保护原则

(一) 放弃对某类所有制的财产特殊保护的提法

[4] 民法起草工作小组的9位成员是:中国政法大学民法教授江平;中国社会科学院法学研究所民法研究员王家福、梁慧星;北京大学民法教授魏振瀛;清华大学商法教授王保树;中国人民大学民法教授王利明;最高人民法院原经济审判庭副院长、退休法官费宗祯;法制工作委员会原民法室副主任、退休干部肖峒、原经济法室主任、退休干部魏耀荣。

[5] 鉴于王利明教授关于立法方案中的用益物权、共有、不动产相邻关系和建筑物区分所有权部分,有不同意见,因此委托王利明教授按照自己的意见就这几部分提出草案。

关于财产权保护的基本原则,在社会主义的传统民法理论中是所谓“社会主义公有财产神圣不可侵犯”,民法通则将社会主义公有财产区分为国家财产与劳动群众集体财产,仅规定“国家财产神圣不可侵犯”(第73条)。现今民法学界一致认为,所谓“公有财产神圣不可侵犯”,或者“国家财产神圣不可侵犯”原则,不过是计划经济体制的本质特征在法律上的反映,不能适应社会主义市场经济的要求。是否可将财产权保护的基本原则改为“私有财产神圣不可侵犯”?我们认为不可。无论“公有财产神圣不可侵犯”,或者“私有财产神圣不可侵犯”,均不能反映社会主义市场经济的本质和要求。按照中共十五大报告的提法,现在是多种所有制经济形式并存,各种所有制经济形式并无高低贵贱之分,要求法律给予平等的保护。因此,制定物权法应贯彻的基本原则只能是:凡合法取得的财产无分公有私有,均予平等对待,一体保护。依此原则,当然应放弃传统理论和立法以生产资料所有制性质划分所有权类别的做法,仅对公有物和公用物作特别规定。

(二)规定公有物和公用物制度,不规定国有企业财产权

鉴于国有企业实行公司改组后,国家与企业之间的财产关系属于公司法调整的范围,依公司法原理,国家享有股东权而企业享有法人财产权。且企业财产权中包括各种不同性质的权利,如对土地的基地使用权属于用益物权,对厂房及其他建筑物的权利属于不动产所有权,对机器、设备、车辆等的权利属于动产所有权,对企业名称的权利属于人格权,对专利、商标的权利属于知识产权,等等,应分别适用各有关法律规定,因此不宜在物权法上概括规定“企业财产”的归属问题。^[6]

按照生产资料所有制划分属于国家所有的财产(所谓全民所有制财产),可以分为经营性财产和非经营性财产两大类。其中,经营性财产主要是国有企业财产,前已述及,不须在物权法上专门规定。至于非经营性财产,主要是属于自然资源的山脉、河流、湖泊、森林、草原和矿藏,及国家机关专用的建筑物、军事设施、装备等公有物,和社会公用的道路、桥梁、港口、公共图书馆、博物馆、公园等公用物。其中,自然资源一类,物权法仅规定矿藏专属国家所有,其他自然资源不在物权法上规定,而由各自然资源法规定。物权法应对公有物和公用物作出规定。

物权法草案,在第二章所有权的第一节一般规定中,专设第62条规定:“矿产资源,属于国家所有。矿产资源的开发和经营,依照法律特别规定”。按照这一规定,矿藏属于国家专有,农民集体虽然可以享有农村土地的所有权,但对于土地中的矿藏没有所有权。享有土地使用权的自然人或法人,对土地中的矿藏不享有所有权。对矿藏的开发和经营,应由特别法(矿藏法)规定。自然人或法人可以依据矿藏法的规定,取得开发经营矿藏的权利(采矿权)。

在第二章第一节,另设第63条规定公有物、公用物:“公有物和公用物属于国家所有,不得转让,不得作为取得时效的客体。但已不再作为公有物和公用物的除外”。所谓公有物,指为社会公众服务的目的而由国家机关使用的财产,包括国家机关的建筑物、军事设施、军用武器装备。不包括国家机关所有的办公用品及有价证券等动产。后者与一般财产相同,属于可交

[6] 改革开放初期,民法学界关于国有企业财产权性质曾进行长期论争,提出过各种主张,如经营管理权、占有权、用益物权、双重所有权、商品所有权、委托经营权和企业法人所有权等。随着时间的推移,企业法人所有权主张逐渐占据通说地位。现在看来,企业法人所有权主张也有不周延之处。因为,现在属于企业财产范围的,除厂房、设备、制成品和现金之外,还有专利、商标、非专利技术、企业信誉等无体物,以及基地使用权、债权、担保权益等权利,岂非所有权概念所能够涵盖。但八十年代初期的所谓企业财产,是指生产资料和流动资金,基本上相当于民法所谓动产和不动产。无论如何,当时关于国有企业财产权性质的争论,是有重大意义的。

易财产,应许可转让,并适用取得时效。所谓公用物,指为社会公众共同使用的财产,例如公共道路、公路、街道、桥梁、水库、公共图书馆、公共博物馆、公园,可以航行的水道、海岸、海滩、港口、海港等。公有物与公用物的区分,在于公有物是由国家机关为社会公众服务的目的而使用,公用物是由社会公众直接使用。

另一类有必要在物权法上明文规定的财产,是宗教财产。而在现行法制之下,宗教财产的性质不明确。按照现行的有关政策,天主教、基督教和东正教教会的建筑物,归中国教会所有;佛教、道教寺庙宫观的建筑物和法器,为社会所有;伊斯兰教清真寺的建筑物,为信教群众集体所有。但在不动产登记实务中,无论何种寺庙宫观、教堂的房产,均将宗教协会登记为所有权人,显然违背宗教财产的性质。考虑到宗教寺庙财产的特殊性(出于信徒捐赠并用于特殊的宗教目的),物权法专设的64条规定:“宗教财产,属于宗教法人所有”。

(三) 严格限定公益目的,重构国家征收制度

坚持对合法财产权的一体保护,必然要涉及国家征收制度。合法财产的一体保护,作为一项基本原则,当然包含合法财产不受侵犯、任何人不得被强制转让其财产权的含义。但国家出于社会公益并经法定程序的征收应属例外。^[7]中国现在的问题是,国家征收制度被滥用,被广泛应用于商业目的。改革开放以来,各地和各级政府频繁地、大量地为商业目的用地,而征收农村集体土地所有权及农户、城镇居民的土地使用权,且往往不能给予公正补偿。如果政府将以极低的代价(补偿)征收的土地,以市场价出让给用地的企业(中国企业、外资企业及中外合资企业),则政府获得市场价与补偿价之间的差额;如果以优惠价出让给用地的企业,则企业获得此差额。无论如何,均导致严重的不公正。因此,物权法立法方案,提出重构国家征收制度的建议。采用征收方式强制剥夺自然人和法人财产,应仅限于真正的社会公益目的,并严格依照法定程序,给予公正的补偿。非真正公益目的,如商业目的用地,不得适用征收,建议改为由国家批给用地指标,再由用地人与土地所有权人、使用权人谈判签约。

物权法草案在第一章的第三节专设第48条规定:“基于社会公共利益的目的,并依照法律规定的程序,国家可以征收自然人和法人的财产。所谓社会公共利益,指公共道路交通、公共卫生医疗、灾害防治、科学及文化教育、环境保护、文物古迹及风景名胜区的保护、公共水源及水利、森林保护,以及国家法律规定的公共利益”(第1款)。“征收执行人,对自然人和法人因财产被征收所受的全部损失,应当予以公平补偿”(第2款)。“征收不得适用于商业目的。国家基于发展商业的目的而须取得自然人和法人的财产的,只能通过订立合同的方式”(第3款)。

现行法制混淆征收与征用两个不同概念。^[8]所谓征用,是国家不经同意而强制使用自然人、法人的财产。征用的对象,包括动产和不动产。征用与征收的相同点,在于其强行性。不同点在于,征用只是暂时的使用,使用后将予以返还,征收是强行收买,不存在返还问题。另外,征用的对象包括动产和不动产,而征收的对象只是不动产,主要是土地。因此物权法草案严格区分征收与征用,在规定了征收之后,另设第49条规定征用:“因处于紧急状态,国家可以征用自然人和法人的财产。关于被征用财产的返还及损害赔偿,由法律另行规定”。

(四) 区分委托物与脱离物,建立善意取得制度

[7] 例如,法国民法典第545条规定:任何人不得被强制转让其所有权,但因公用并在事前受公正补偿时,不在此限。德国基本法第14条3款规定:剥夺所有权只有为公共福利的目的才能被允许。

[8] 例如土地管理法第46条:国家征用土地,依照法定程序批准,由县级以上地方人民政府予以公告并组织实施。这里所规定的制度,应是征收而非征用。

现代民法为保护交易的安全,有所谓善意取得制度。指没有处分权的人处分他人的动产,在交付该动产于买受人后,如果该买受人属于善意,即可取得该动产所有权;原所有人仅可向无权处分人请求赔偿,而不得向该买受人请求返还。因善意取得制度之贯彻,使买受人免于因出卖人无处分权而承担购买的动产被剥夺之风险,可以保护市场交易的正常进行。中国现行法制关于善意取得未有明文规定,买受人即使对于出卖人之无处分权全然不知且其购买行为发生在合法交易场所,也有可能被剥夺所购买的动产,尤其该动产属于遗失物、盗窃物的情形,更是如此。这显然不利于交易安全之保障和买受人正当利益之保护。于是,立法方案建议参考各国立法经验,规定善意取得制度。

物权法草案第二章第五节动产所有权,其中第145条规定了善意取得的一般规则:“基于法律行为善意且有偿受让动产的占有,即使让与人无处分权,受让人仍取得该动产的所有权”。“受让人在受让动产时不知让与人无处分权,且无重大过失,为善意”。按照这一规定,发生善意取得的要件是:标的物为动产;让与人无处分权;受让人基于有偿法律行为受让该动产;受让人已占有该动产;受让人为善意。

在民法理论上,适用善意取得制度的动产,区分为委托物和脱离物两类。委托物指基于所有人的意思而丧失占有的物,如借用物、租赁物、保管物。脱离物指非基于所有人的意思而丧失占有之物,包括遗失物、遗忘物、盗窃物。对于委托物,在符合善意取得各项要件时,立即发生善意取得的效果,即善意受让人立即取得所有权,原所有人不得向该受让人请求返还。对于脱离物,在符合善意取得各项要件时,并不立即发生善意取得的效果,所有人在1年内有取回权,仅在此1年期满所有人未行使取回权时,发生善意受让人取得所有权的效果。另外,考虑到对公共市场交易的信赖,应特别规定,即使属于脱离物,如果是善意受让人因拍卖或于公共市场购买,所有人取回时必须偿还受让人支付的价金。

因此,物权法草案在规定善意取得一般规则之后,另设第146条特别规定:“受让的动产若系被盗窃、遗失或其他违反本意而丧失占有者,所有人、遗失人或其他有受领权之人有权在丧失占有之日起1年内向受让动产的人请求返还”(第1款)。“但前款动产若系由拍卖、公共市场或经营同类物品的商人处购得,非偿还受让人支付的价金,不得请求返还”(第2款)。“第一款所称动产若系货币或无记名有价证券时,不得请求返还”(第3款)。之所以对盗窃和遗失物规定有偿返还制度,及货币和无记名有价证券不能请求返还,是为了保护信赖公共市场交易的善意买受人的利益,维护市场交易的完全。

(五) 借鉴各国经验,建立取得时效制度

中国现行法制不承认取得时效制度,是因为原有民法理论认为取得时效有背于道德。且在计划经济体制之下,实行单一的公有制,否认取得时效制度,符合公有制的要求。1986年的民法通则仅规定诉讼时效(消灭时效)制度,而未规定取得时效制度。现在看来,取得时效制度在市场经济条件下,有其必要性,学术界和实务界对此已经达成共识。物权法草案在第二章的第一节关于所有权的一般规定中,第65条至第86条专门规定了取得时效制度。按照该规定,仅对于可以交易的物,适用取得时效。不能在市场上交易的物,不适用取得时效。关于动产取得时效的规定是:“以所有的意思,十年间和平、公然、连续占有他人动产者,取得其所有权。但其占有之始为善意并无过失者,为五年”(第66条)。关于不动产取得时效的规定是:“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涂销登记者,实际取得该不动产所有权”(第67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”(第68条)。

三、实行物权变动与原因行为的区分原则

(一)关于物权行为的争论

物权行为独立性和无因性理论是德国民法所采的立法理论。认为债权合同与物权合同是两个不同的法律行为。债权合同的效力在于使双方当事人享有债权和负担债务,并不能发生物权变动。要发生物权变动,须有独立于债权合同之外,以直接发生物权变动为目的之物权合同。债权行为与物权行为截然分开,各自独立。此即物权行为之成立和有效不受债权行为的影响。例如,买卖合同在交付标的物后,该买卖合同因意思表示有瑕疵或内容违反公序良俗而致无效或被撤销,而物权行为的效力却不受影响,买受人对于所接受的标的物仍保有所有权。丧失所有权的出卖人只能依据不当得利的规定请求返还。德国民法明文规定物权行为独立性和无因性,中国台湾地区民法虽无明文规定,但理论和实务承认此理论,其他国家如法国、日本等不采此理论,即不承认有独立于债权行为的物权行为,认物权变动为债权行为(如买卖合同)履行的后果,债权行为不成立、无效或被撤销,当然影响物权变动(买受人不能取得所有权)。

中国民法学界自八十年代后期开始就是否采纳此立法理论进行争论。主张中国物权法不采物权行为独立性和无因性理论的学者所持的理由是:该理论违背交易之实态和人民的认识,使法律关系复杂化;对出卖人显失公平;其保护交易安全的使用已经被善意取得制度所取代。主张采此理论的学者所持理由是:该理论可以使法律制度更科学、更精确;可以确保交易安全;中国司法实务已承认此理论^[9]。从近年讨论的情况看,多数学者不赞成采纳此立法理论。另一部分学者虽主张承认物权行为概念,却也对采物权行为无因性持否定或者怀疑的态度。主张物权行为理论最力的学者,也认为物权行为理论的重点在于物权变动与原因行为的区分和物权变动以登记和交付为生效要件,而不在于“物权行为”及其“无因性”。因此,物权法草案不采物权行为无因性理论,而明文规定物权变动与原因行为的区分原则和公示原则。

(二)确立物权变动与原因行为区分的原则

物权法草案第一章总则第一节基本原则,其中第7条明文规定物权变动与其原因行为的区分原则:“以发生物权变动为目的的原因行为,自合法成立之时生效。在不能发生物权变动的结果时,有过错的当事人应当承担违约责任”。此项原则应贯彻于各种物权的设定。例如,关于基地使用权的设立,草案规定:“基地使用权设立合同,自合同成立之日生效(第199条)”;“基地使用权,自登记之日设定(第200条)”。关于抵押权的设立,草案规定:“抵押合同自成立之日生效(第310条)”;“抵押权自登记之日设定(第312条)”。

迄今立法和裁判实务的错误做法是,将原因行为与物权变动混为一谈。例如房屋买卖合同履行后,未向房产管理机关办理产权过户手续的,法院往往判决房屋买卖合同无效,而不是判决强制出卖人补办产权过户手续或判决出卖人承担违约责任。订立抵押权设立合同后,未向登记机关办理抵押权登记的,法院往往判决抵押权设立合同无效,而不是判决抵押人补办抵

[9] 此系误解。实际上现行立法和实务关于物权变动并不要求有所谓物权行为,例如城市私有房屋管理条例第7条规定,购买的房屋,双方向房产管理机关办理所有权移转手续时,仅须提交原房屋所有权证、买卖合同和契证。

押权登记或判决抵押人承担违约责任。^[10]其结果,往往使无辜的买受人、债权人遭受损害而得不到救济。按照物权法草案所规定的物权变动与其原因行为的区分原则,未办理登记手续的,只是不发生物权变动,原因行为的效力将不受影响。因此,房屋买卖合同履行后未办理登记过户手续的,只是买受人未得到房屋的所有权,但该买卖合同并不无效,买受人可请求法院判决强制出卖人办理登记过户手续,或者判决出卖人依买卖合同承担违约责任。抵押权设定合同成立后,未办理抵押权登记手续的,只是抵押权不成立,抵押权设定合同并不无效,债权人可请求法院判决强制债务人办理抵押登记手续,或者判决抵押人依抵押合同承担违约责任。

(三)关于物权变动的公示原则

关于物权之变动,各国立法上有四种模式:其一,意思主义。为法国立法模式。买卖合同有效成立,标的物之所有权即行移转,无须登记或交付。其二,登记对抗主义。为日本立法模式。买卖合同一经有效成立,标的物所有权即行移转,但非经登记或交付不得对抗第三人。其三,登记要件主义。为奥地利、俄罗斯、匈牙利立法模式。中国民法通则亦采此模式。买卖合同虽有效成立,标的物所有权并不当然移转,其所有权的移转必须以登记或交付为要件。其四,形式主义。为德国立法模式,中国台湾地区民法亦采此模式。买卖合同有效成立后,在登记或交付之外,还须当事人就标的物所有权之移转作成一个独立于买卖合同的合意,此项合意系以物权之变动为内容,称为物权行为。其中,第一、第二和第四种模式,均有其弊。唯第三种登记要件主义,既便于实行又能保障交易安全,且为现行法制所采^[11],因此无必要变更,应在物权法明文规定。

同时,现行海商法、民用航空法已经规定船舶、飞行器物权变动为登记对抗主义^[12],符合国际惯例,应维持不变。海商法、民用航空法属于特别法,其关于船舶、飞行器物权实行登记对抗主义,为中国物权法登记要件主义之例外。考虑到海商法规定的船舶为20总吨以上的船舶^[13],20总吨以下的船舶应由物权法规定,既然20总吨以上的大船已经采登记对抗主义,则20总吨以下船舶若采登记要件主义将不合逻辑,因此决定对船舶一律采登记对抗主义。既价值相对巨大的船舶、飞行器均已采登记对抗主义,则价值相对较小的汽车,其数量多、转手频繁,若规定采登记要件主义,将显得轻重倒置、不合逻辑,因此决定对汽车采登记对抗主义。

现实生活中在汽车多次转手,均未办理登记过户手续的情形,汽车的实际上所有人与登记上的所有人不一致,一旦该汽车发生交通事故时,法院往往判决登记上的所有人对受害人承

[10] 例如担保法第41条规定:“当事人以本法第42条规定的财产抵押的,应当办理抵押物登记,抵押合同自登记之日起生效”。该规定将抵押权设定与抵押权设立合同的生效混为一谈。

[11] 城市房地产管理法第60条规定:房地产转让或者变更时,应当向县级以上地方人民政府房产管理部门申请房产变更登记。第61条规定:房地产抵押时,应当向县级以上地方人民政府规定的部门办理抵押登记。城市房屋产权产籍管理暂行办法第18条规定:凡未按照本办法申请并办理房屋产权登记的,其房屋产权的取得、转移、变更和他项权利的设定,均为无效。

[12] 海商法第9条规定:船舶所有权的取得、转让和消灭,应当向船舶登记机关登记;未经登记的,不得对抗第三人。第13条规定:设定船舶抵押权,由抵押权人和抵押人共同向船舶登记机关办理抵押权登记;未经登记的,不得对抗第三人。民用航空法第16条规定:设定民用飞行器抵押权,由抵押权人和抵押人共同向国务院民用航空主管部门办理抵押权登记;未经登记的,不得对抗第三人。

[13] 海商法第3条规定:本法所称船舶,是指海船和其他海上移动式装置,但是用于军事的、政府公务的船舶和20总吨以下的小型船艇除外。

担赔偿责任,而实际上的所有人不承担责任。^[14]这样的判决既不公正也不合理。按照物权法草案的规定,对于汽车采登记对抗主义,在汽车转手未办理登记过户手续的情形,登记上的所有人如果举证证明该汽车已经转让他人,即可免于承担赔偿责任。

因此,物权法草案第6条明文规定物权公示原则:“依法律行为设立、移转、变更和废止不动产物权,不经登记者无效;依法律行为设立、移转、变更和废止船舶、飞行器和汽车的物权,未经登记的,不得对抗第三人”(第1款)。“依法律行为设立、移转、变更和废止其他动产物权,经交付生效”(第2款)。

(四) 建立统一的、与行政管理脱钩的不动产登记制度

不动产登记制度为物权法的制度基础。中国现在的问题是多个登记机关、多头登记。^[15]甚至有的登记机关,藉登记以牟取不当利益。^[16]不动产登记虽然由国家设立的登记机关办理,但本质上属于“服务行政”性质,与行政管理权之行使无关,更不应容许异化为一种“权限”并用来牟利。因此,中国物权法所设想的不动产登记机关,应当同时解决登记的统一问题和与行政管理权脱钩问题,建立一个统一的、与行政管理脱钩的不动产登记制度。实现法律根据、法律效力、登记机关、登记程序、权属文书的统一,并使登记机关没有行政管理权。参考发达国家的经验,关于登记机关设置,日本在法务局、地方法务局、支局及其法出所;瑞士在各州的地方法院;德国是设置于地方法院的土地登记局;英国为政府土地登记局。因此,建议在县级人民法院设立统一的、与行政管理脱钩的不动产登记机关。

物权法草案第一章第三节专设第20条,规定不动产登记机关:“不动产登记,由不动产所在地的县级人民法院统一管辖。关于不动产登记机关的组成、登记官员的资格,以及登记的基本程序等,由不动产登记法规定”。第21条规定不动产登记簿的效力:“不动产登记簿为证明不动产物权的根据,由县级人民法院设立的登记机关统一掌管并保存。登记簿的形式,依照不动产登记法的规定”(第1款)。“不动产登记簿对不动产物权的当事人及利害关系人公开,利害关系人不得以不知登记为由提起对登记权利的异议”(第2款)。

物权法草案第一章第三节还专设第22条规定不动产权属文书:“登记机关颁发给权利人的不动产权属证书,是享有不动产物权的证据。国家建立统一的不动产权属证书制度”(第1款)。“权属证书的移转占有不能作为不动产权变动的生效要件,但法律另有规定的除外”(第2款)。“不动产权属文书的内容与不动产登记簿不一致的,以不动产登记簿的记载为准(第3款)”。专设第28条规定不动产登记簿作为证据的权利推定效力:“在不动产登记簿上记载某人享有某项物权时,推定该人享有该项权利。在不动产登记簿上涂销某项物权时,推定该项权利消灭”。第29条规定了不动产登记的公信办:“以不动产登记簿为根据取得的不动产物权,不受任何人追夺。但取得人于取得权利时知悉权利瑕疵或者登记有异议抗辩的除外”。

[14] 道路交通事故处理办法(1991年9月22日国务院发布)第13条规定:交通事故造成人身伤害需要抢救治疗的,交通事故的当事人及其所在单位或者机动车的所有人应当预付医疗费。第14条规定:……发生机动车交通事故逃逸案件的,由当地中国人民保险公司预付伤者抢救期间的医疗费、死者丧葬费。中国人民保险公司有权向抓获的逃逸者及其所在单位或者机动车的所有人,追偿其预付的所有款项。其中规定的“机动车的所有人”,法院在审理交通事故案件时,往往解释为登记上的所有人。

[15] 根据中国现行法制,由国土资源管理机关、房产管理机关、矿产管理机关、水行政机关、渔政管理机关及林业管理机关等,分别负责不动产物权或准物权的登记。

[16] 有的地方规定,办理抵押权登记,依据抵押物评估的价值收取登记费。甚至规定抵押权登记,每办理一次登记,有效期1年,期满应当续登记,当然须再收费。

物权法草案第 35 条,参考外国的立法经验,设立预告登记制度:“为保全一项目的在于移转、变更和废止不动产物权的请求权,可将该请求权纳入预告登记。预告登记自纳入登记时生效。不动产物权处分与预告登记的请求权内容相同时,该不动产物权处分无效”。关于登记机关的原因造成的登记错误,第 40 条规定由国家承担赔偿责任:“因登记机关的过错,致不动产登记发生错误,且因该错误登记致当事人或者利害关系人遭受损害的,登记机关应依照国家赔偿法的相应规定承担赔偿责任”。

四、从中国实际出发建构用益物权关系

(一) 关于用益物权的争论

各国关于用益物权的规定不同。德国民法典规定的用益物权,包括地上权、先买权、土地负担;日本民法典规定的用益物权,包括地上权、永佃权、地役权;中国台湾地区民法规定的用益物权,包括地上权、永佃权、地役权和典权^[17]。中国民法学界关于物权法应当规定的物权种类曾进行争论。分歧在于,是沿用地上权、永佃权和地役权概念,或是采用基地使用权、农地使用权和邻地利用权概念。再就是关于废除典权与保留典权之争。

鉴于土地使用权这一概念,已经为现行立法和实务所接受,^[18]建立以土地使用权概念作为基础概念,再依不同目的^[19],分为基地使用权与农地使用权。基地使用权相当于传统民法的地上权概念,农地使用权类似于传统民法的永佃权概念。再以邻地利用权取代传统民法的地役权。加上中国习惯法上的典权,构成用益物权体系。

(二) 总结国有土地出让的经验,建立基地使用权制度

现行法律和实务上的土地使用权概念,是一个笼统的概念。其中,用于建筑房屋或其他建筑物、构筑物的,有的称为建设用地使用权,有的称为场地使用权,有的称为宅基地使用权,大致相当于传统民法上的地上权概念。物权法草案采用基地使用权一语,并在总结现行法律法规和实务经验的基础上,建立基地使用权制度。所谓“基地”,指用于承载房屋等建筑物、构筑物和其他附着物,作为其地基的土地。物权法草案第三章规定基地使用权。

首先,物权法草案第 196 条规定基地使用权概念:“基地使用权,是指为在他人土地上建造并所有建筑物或其他附着物而使用他人土地的权利”。为贯彻土地用途管制的政策,草案第 197 条规定:“基地使用权只能在法律许可为基地用途的土地上设立。基地使用权的范围由当事人在基地使用权设立时确定,并以不动产登记明确表示。基地使用权的纵向范围如未约定,以土地所有权的纵向范围为限”。草案第 199 条规定“设立基地使用权的合同,应当采取书面形式”。第 200 条规定“当事人双方应向不动产登记机关进行设立登记”。鉴于现实中行政划拨设立基地使用权方式仍在一定范围内沿用,因此物权法草案第 202 条规定,“在国有土地上,县级以上人民政府可以划拨方式设立基地使用权”。以划拨方式设立基地使用权的“条件、程序等,由特别法规定”。

关于基地使用权的转让,物权法草案第 214 条规定:“基地使用权可以让与、交换、赠与等

[17] 1998 年的物权编修正草案删除永佃权,增设农地权。

[18] 现行法律法规中,土地管理法、房地产管理法和国有土地使用权出让和转让暂行条例,均采用土地使用权概念。

[19] 土地管理法第 4 条规定,国家实行土地用途管制制度。国家编制土地利用总体规划,规定土地用途,将土地分为农用地、建设用地和未利用地。

方式转让,但农村集体所有土地上以无偿方式取得的农户宅基地使用权除外。行政划拨方式设立的基地使用权转让时,应事先向原划拨设立基地使用权的县级以上人民政府申请批准。经批准转让的,土地所有人与基地使用权受让人可另行约定基地使用权的期限、租金。基地使用权转让时,不得变更土地的登记用途和约定用途”。

关于基地使用权期满时其建筑物和其他附着物如何处置,现行规定和实务做法是无偿归土地所有人。^[20]这种做法有背于民法公平原则。因此,物权法草案第223条规定基地使用权人有取回权,土地所有人有买取请求权:“基地使用权期限届满未续期的,基地使用权人可以取回其建筑物及其他附着物,并应恢复土地原状。但土地所有人提出以时价购买基地使用权人的建筑物及其他附着物时,基地使用权人无正当理由,不得拒绝”。为协调双方利益,第224条进一步规定了基地使用权人有补偿请求权,土地所有人有延期请求权:“基地使用权期限届满,基地使用权人不取回其建筑物及其他附着物时,可请求土地所有人补偿。土地所有人可请求基地使用权人在其建筑物及其他附着物可使用期限内,延长基地使用权的期限。基地使用权人拒绝延长的,不得请求土地所有人补偿。”

(三) 总结农村改革的经验,实现农地使用关系的物权化

总结中国农村经济体制改革的基本经验,可以归结于一点,即土地所有权与土地使用权的区分,由原来人民公社体制之下土地的集体所有、集体使用,改为土地的集体所有与私人(农户)使用。迄今所采取的法律形式,是家庭联产承包责任制,即由农村集体组织作为土地所有人与农民(农户)签订家庭联产承包合同。依据承包合同,农民(农户)取得承包农地的使用权,并承担向土地所有人缴纳一定金额的义务。这种以合同形式实现土地所有权与土地使用权区分,农民(农户)所获得的土地使用权^[21],是依据承包合同产生的权利,性质上属于债权。因此,这种方式在极大地调动农民生产积极性、发展农村生产力的同时,也产生了若干缺点:其一,农民所享有的土地使用权性质上属于债权,债权在法律上的效力较所有权低,不具有排他性,由此不能抗拒来自发包人(土地所有人)和乡村行政组织的各种干涉、侵害。这正是中国广大农村经常发生各种侵害农民利益的行为,^[22]而一直不能得到彻底解决的原因。其二,农民所享有的土地使用权性质上属于债权,并以承包合同的期限为期限(债权有期限性),这是导致农户的短期行为,不愿作长期的投入以及合同期限将满时进行破坏性经营的根源,严重不利于农村经济的稳定发展。其三,土地使用权转让或出租须经发包方同意,不利于土地资源的优化配置;其四,农户所享有的权利和负担的义务,取决于承包合同的规定,而分别签订承包合同不能做到权利义务的明确和公平合理,现实中经常发生发包方单方面修改承包合同,加重农户负担、损害农户利益的情形。其五,遇国家征收土地时,仅作为发包人(土地所有人)的集体组织成为被征收的当事人和受补偿人,作为承包人的农户利益得不到妥当的保障。这些缺点之所以发生,都是因为土地所有权与土地使用权的区分采用的是债权(合同)方式。

因此,物权法立法方案提出的对策建议是:通过物权法的规定和不动产登记,将农户对承包土地的使用权,转变成物权性的农地使用权,实现农地使用关系的物权化,使土地所有权与

[20] 城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例第40条规定:土地使用权期满,土地使用权及其地上建筑物、其他附着物所有权由国家无偿取得。

[21] 现在的政策文件中称为土地承包经营权。

[22] 其典型表现是,作为发包人的集体组织擅自撕毁承包合同,收回农户承包的土地,以及乡村干部任意向农户摊派、增加农户负担、损害农户利益。

土地使用权的区分方式,由签订承包合同形式转变为设定用益物权形式,使改革开放以来实行的家庭联产承包责任制,平衡过渡到用益物权制度。物权法草案第四章规定农地使用权。主要条文如下:第230条规定农地使用权的概念:“农地使用权,是指以种植、养殖、畜牧等农业目的,对国家或集体所有的农用地占有、使用、收益的权利”。第231条规定农地使用权的标的,包括一切适于为农业目的而使用的土地。第233条规定:“农地使用权设立合同,应采取书面形式,当事人双方应到不动产登记机关进行设立登记。农地使用权设立合同,自合同成立之日生效。农地使用权自登记之日设定”。第236条规定“农地使用权的期限为五十年。既存的农地使用权,其期限短于二十年的,延长为五十年”。第242条规定农地使用权人可以出租土地,但不得超过农地使用权期限,不得超过二十年。第244条规定农地使用权人可以将土地发包给他人经营。根据第245条和第246条的规定,禁止农地使用权转让、抵押,但国有或集体所有荒山、荒地等以拍卖方式设立的农地使用权除外。第247条规定农地使用权可以继承,但限于从事农业的继承人实际分得农地使用权,农地使用权继承不得进行登记上的分割。第252条规定“农地使用权期限届满时”,除有法定情形的外,“按原设立条件,期限自动延长。延长的期限为五十年”。但国有或集体所有荒山、荒地等以拍卖方式设立的农地使用权,不适用期限自动延长的规定。

物权法草案规定农地使用权期限为50年,期满自动延长,以及规定转让限制(可继承、出租,禁止抵押、出卖、赠与),是为了保障广大农村人口有地可耕,避免出现农村两极分化、出现无地、少地的贫农、雇农,以此保障农村经济的长期稳定发展。

(四) 借鉴传统地役权概念,建立邻地利用权制度

在传统物权法上,两个不动产所有人的不动产相邻,一方为自己土地的利用方便,须使用他方土地时,有两项制度可供利用。一项是不动产相邻关系制度,在民法通则已有规定,^[23]另一项是地役权制度。相邻关系上双方的权利义务,出于法律强制性规定,但利用的程度有限。如果须超出此程度的利用,则应当采取协商设立地役权的方式。考虑到现代社会中,地役权制度仍有广泛利用的余地,例如在他人土地上下敷设管线等,物权法应当规定地役权制度。又考虑到与基地使用权和农地使用权的协调匹配,改称邻地利用权。物权法草案第五章规定邻地利用权。

(五) 整理传统习惯,规定典权制度

关于如何对待中国习惯法上的典权,学者间有典权保留论与典权废止论之分。典权保留论的主要理由是:1. 典权为中国独特的不动产物权制度,充分体现中华民族济贫扶弱的道德观念,最具中国特色,保留典权有利于维持民族文化,保持民族自尊;2. 典权可以同时满足用益需要和资金需要,典权人可取得不动产之使用收益及典价之担保,出典人可保有典物所有权而获得相当于卖价之资金动用,以发挥典物之双重经济效用,为抵押权制度所难以完全取代;3. 随着住房商品化政策之推行,人民私有房屋增加,其有房屋因种种原因长期不使用而又不愿出卖者,设定典权可以避免出租或委托他人代管的麻烦,因此应保留典权。^[24]典权废止论

[23] 民法通则第83条规定:不动产的相邻各方,应当按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的精神,正确处理截水、排水、通行、通风、采光等方面的相邻关系。给相邻方造成妨碍或者损失的,应当停止侵害、排除妨碍,赔偿损失。

[24] 参见李婉丽:《中国典权法律制度研究》,载梁慧星主编《民商法论丛》第1卷,法律出版社1994年,第446页以下。

的主要理由是:其一,典权之所以产生,在于中国传统观念认为变卖祖产属于败家,受人耻笑,而现今市场经济发达,人民观念改变,于急需资金时出卖不动产或设定抵押,为正常的经济行为,因此典权无保留必要;其二,随着国际贸易的发展,国内市场与国际市场接轨,导致民法物权制度的趋向,称为物权法的国际化,典权为中国特有制度,现代各国无与之相同者,^[25]为适应物权法国际化趋势,宜予废止;其三,中国实行土地国家所有和集体所有制度,就土地设定典权已不可能,就房屋设定典权虽无统计数字,但依法院受理案件的情形推论,出典房屋的实例也极少,保留典权价值不大。^[26]

以上保留论与废止论双方所持理由,均有其一定合理性,如何取舍,颇为困难。考虑到中国地域辽阔,各地经济发展不平衡,传统观念与习惯之转变不可能整齐划一,纵然少数人拘于传统习惯设定典权,物权法上也不能没有相应规则予以规范。曾设想废止典权而对于少数人拘于习惯设立的典权关系准用关于附买回权的买卖的规则。但附买回权的买卖为债法制度,其效力较物权弱,一旦受买人将标的物转让他人,买回权势必落空,致出典人利益遭受损害。而依典权制度,典物所有权仍归出典人,其回赎权不致因典物的转让而落空,如其放弃回赎权,则典权人可取得典物所有权。可见,典权制度确有利于当事人利益之保护,并且较为灵活方便。尤其对于因种种原因长期不使用房屋而又不耗出让房屋所有权的人而言,将该房屋设定典权可以避免出租或委托他人代管的种种不便和麻烦,使典权在现代社会具有生命力。随着住房商品化政策之推行,人民所有不动产将大量增加,物权法规定典权,增加一种交易、融资途径,供人民选择采用,于促进经济发展和维护法律秩序有益而无害。因此决定保留典权。

物权法草案第六章规定典权,其中第288条规定典权的定义:“典权,是指支付典价,占有他人不动产而为使用、收益的权利”。此所称不动产,“仅指建筑物及其所占用基地的基地使用权”。关于典权性质,学者间有用益物权说、担保物权说之分,本法采用益物权说。第289条规定:“设定典权,应当由双方当事人订立书面合同并向不动产登记机关办理登记。典权设立合同,自合同成立之日生效;典权自登记之日设定”。第291条规定:“典权之约定期限不得超过二十年。当事人约定期限超过二十年的,缩短为二十年”^[27]。第300条规定:“约定期限的典权,于期限届满后,出典人可以向典权人返还原典价而赎回典物。出典人于期限届满后经过2年而未行使回赎权的,回赎权消灭,典权人即取得典物所有权”。第301条规定:“未约定期限的典权,出典人得随时向典权人返还典价而赎回典物。但自典权设定之日起经过20年未行使回赎权的,回赎权消灭,典权人即取得典物所有权”。

五、适应市场经济的要求完善担保物权体系

(一)关于担保物权的争论

有学者主张物权法不规定担保物权,保留现行担保法,使物权法与担保法并存,待编纂民法典时再作处理。多数学者主张物权法当然要规定担保物权,物权法生效,担保法关于担保物权的规定同时废止。关于担保物权种类,有学者主张增加优先权,适用于:诉讼费用、劳动工

[25] 仅韩国民法典规定有典权制度。

[26] 参见中国社会科学院法学研究所中国物权法研究课题组:《关于制定中国物权法的基本思路》,《法学研究》1995年第2期。

[27] 典权的最长期限,中国台湾地区民法典规定为30年,韩国民法典规定为10年。

资、税金、医疗费、丧葬费等。有的学者建议规定不动产质权。另一个问题是,如何对待近年来实务中所实行的“按揭”担保?“按揭”担保,来自香港地区,而香港地区来自英美法的 mortgage 制度。物权法草案采取的立场是,以现行担保法的规定为基础,予以适当补充修正,并借鉴英美法 mortgage 制度,规定让与担保制度。物权法不规定优先权,而使海商法上的船舶优先权^[28]和民用航空法上的民用飞行器优先权^[29],仍作为特别法物权。考虑到中国传统无不动产质权,且已规定典权,因此未采纳规定不动产质权的建议。

(二)完善抵押权制度,增设企业担保

物权法草案以现行担保法第三章关于抵押权的规定为基础,加以修订完善,规定为第七章抵押权。第 305 条规定抵押物的范围,包括:“抵押人所有或者依法有权处分的房屋和其他定着物;抵押人所有或者依法有权处分的尚未与土地分离的林木等农作物;抵押人依法有权处分的基地使用权、农地使用权;抵押人所有或者依法有权处分的机器设备、机动运输工具;抵押人所有或者依法有权处分的财产结合体;法律规定可以抵押的其他财产。”第 307 条规定土地所有权、法律禁止抵押的基地使用权和农地使用权、公益法人的财产,不得抵押。关于抵押登记的效力,草案作分别规定:不动产抵押,采登记要件主义,即不经登记,抵押权不发生;船舶、民用飞行器、铁路机车、汽车及其他动产抵押,采登记对抗主义,即未经登记,不得对抗第三人。

值得指出的是,物权法草案在一般抵押权(第一节)和最高额抵押权(第二节)之外,增加规定了企业财产集合抵押(第三节)和企业担保(第四节)。所谓企业财产集合抵押,是将属于企业的动产、不动产、基地使用权及知识产权等财产,作为一个财产结合体设定抵押权。设定企业财产集合抵押,应制作抵押财产目录表并予以登记。企业财产集合抵押设定后,抵押财产目录表所列财产,不得单独处分。所谓企业担保,是将企业现在所有和将来所有的全体财产,设定抵押。系参考英美法上的浮动担保(floating charge)制度。物权法草案第 352 条规定:“公司法人向银行借款或发行公司债,可以设定企业担保。”将企业担保所担保的债权范围,限于公司法人向银行的借款和依公司法发行的公司债。第 353 条规定:“设定企业担保权的合同,应作成公证证书,并登记于公司总部所在地的不动产登记机关的登记簿。企业担保物,非经登记,不生设定的效力”。第 354 条规定:“企业担保权的效力及于企业担保权设定后属于公司的全体财产,但对企业担保权设定后公司经营过程中被处分的财产无追及效力。”第 355 条规定:“企业担保因企业担保权的实行或设定公司的破产而转化为特定担保。企业担保权人就企业担保权实行、企业合并或人民法院受理破产案件时公司所有的全体财产,享有优先于其他债权人受偿的权利。”

(三)完善质权制度,增设营业质权

物权法草案第八章质权,系以现行担保法第四章关于质权的规定为基础,适当修订完善。规定了动产质权、权利质权、最高额质权和转质。特别需要指出的是,考虑到改革开放以来,各地有所谓“当铺”或“典当行”,从事以动产质押为条件的小额借款业务,而担保法对之未作规定,致发生纠纷难以解决。因此,物权法草案,在第八章质权中增加规定了“营业质”。草案第 384 条规定,营业质之质权人以经主管机关许可的经营者(当铺营业人)为限。基于营业质的

[28] 海商法第二章第三节船舶优先权,第 21 条:船舶优先权,是指海事请求人依照本法第 22 条的规定,向船舶所有人、光船承租人、船舶经营人提出海事请求,对产生该海事请求的船舶具有优先受偿的权利。

[29] 民用航空法第三章第三节民用飞行器优先权,第 18 条:民用飞行器优先权,是指债权人依照本法第 19 条规定,向民用飞行器所有人、承租人提出赔偿请求,对产生该赔偿请求的民用飞行器具有优先受偿的权利。

特性,质权人不得请求债务人清偿债务,仅得就质物行使其权利。即取赎期间届满而债务人未取赎质物时,质权人即取得质物所有权,其所担保的质权同意消灭。同时规定,本章关于最高额质权、转质、质权实行方法及流质禁止的规定,不适用于营业质。

(四)借“按揭担保(mortgage)”,增设让与担保

近年来,中国大陆许多地方在房屋分期付款买卖中推行所谓按揭担保。这种担保方式相当于大陆法国家的让与担保。而一些大陆法国家迄今并未在立法上规定让与担保,而是作为判例法上的制度而认可其效力,学说上称为非典型担保。因此,中国物权法上是否规定让与担保,颇费斟酌。考虑到许多地方已在房屋分期付款买卖中采用所谓“按揭”担保,如果物权法草案不作规定,将造成法律与实践脱节,且实践得不到法律的规范引导,也于维护经济秩序和法律秩序不利。因此,决定增加关于让与担保的规定。

物权法草案第十章规定让与担保权。第408条规定让与担保权的定义:“让与担保,是指债务人或第三人为担保债务人的债务,将担保标的物的权利移转于债权人,于债务清偿后,标的物应返还于债务人或第三人,于债务不履行时,担保权人可就该标的物优先受偿的权利。”第409条规定:“凡依法可转让的财产或财产权利,均可以设定让与担保。”按照第410条的规定,设立让与担保权,应当由债权人与债务人或第三人以书面形式订立让与担保合同。以动产设定让与担保权,应当采用占有改定方式移转财产所有权;以不动产设定让与担保物,应当就标的物所有权移转进行登记;以权利设定让与担保权,应当依各种权利的转让方式完成权利的移转,有权利凭证的,应当将权利凭证交付让与担保权人占有。让与担保权的设定应当登记,让与担保权自登记之日设定。第411条规定,登记包括通知登记和设定合同登记两种形式,由当事人选择。第416条规定,债务人于受担保债权清偿期届满而未履行债务时,让与担保权人可以实行让与担保权;无论以何种方式实行让与担保权,让与担保权人均应履行清算义务。

结 语

物权法草案完成后将提交民法起草工作小组讨论,经过修改定稿后正式提交法制工作委员会进入立法程序。考虑到中国在一个相当长的时期不承认物权概念和各项物权制度,人民对于物权法缺乏了解。且物权法涉及若干现行政策和法律法规的修改、变更。因此,可以预见物权法草案要最后通过成为法律,还须立法、实务和学术界付出巨大的努力。

Abstract: This paper, in its comments on the laws and regulations dealing with civil relations since the liberation in 1949, points out that the current laws and regulations concerning property rights have some defects, and suggests that, in the present draft of the property rights law in China, the principle of simultaneous protection of lawful properties being upheld, the principle of distinction between the cause of change of property rights and action of change of property rights being adopted, and the systems of beneficial property rights and property guaranty being established and perfected based on the Chinese reality.
