

## 物权法草案值得关注的几个问题

渠涛

目前,物权法草案正在向社会公开征求意见,引起了社会各界的极大关注。从整体上看,这部草案经过立法机关和各界长期不懈的努力正在逐步走向完善,但其中仍有许多问题值得深入探讨。

第一,国有财产的保护是否应坛在物权法中特别强调,是立法中争论较多的问题之一。民法调整的对象是市场经济社会中平等主体之间的关系,因此它在财产归属问题上的原则是,法主体一律平等,平等主体之间的财产权应得到平等保护。物权法重视对“人”,尤其是公法人以外的“私人”的财产保护,是基于其在法律体系中的“私法”定位。其定位着眼于私人财产保护与社会经济发展之间存在的紧密关系,换言之,只有私人财产得到充分保护,才能通过鼓励“私人”创造财富达到促进社会经济的整体发展。仅就我国的社会现状而言,在私权不断得到扩张的今天,比起以往私权遭到忽视的时代更需要强调“国有财产神圣不可侵犯”。但是,这些国家财产的特别保护以及社会财富的再分配等机制,在法律体系中应该由税法、刑法等公法构建,因此在物权法中不必特别强调国有财产的保护。关于这一点,《物权法征求意见稿》之后已修改了原有突出强调国家财产权的立法模式,继而采取了折衷的态度。这一变化应该予以肯定。

第二,物法定原则与习惯法之间的关系。物权法草案第3条规定“物权的种类和内容,由本法和其他法律规定”。这条规定在学理上应理解为采用了严格的物法定原则。该原则最早见于罗马法,后为近代欧洲大陆法系国家立法广泛采用。采用该原则是为了限制物权的种类,其理由是:(1)清算封建时代的所有权关系,强调所有权的绝对自由;(2)物权在社会经济生活中占有重要地位,其安全应该得到特别保护;(3)要得到特别保护必须具备公示要件,即动产交付和不动产登记,而基于技术的有限性必须限制可登记权利的种类。

但是,这些理由都是基于近代法立法之初社会状况的判断,随着时代的发展和研究的深入,早有学者对其提出质疑,这些理由在今天是否还能成立值得探讨。首先,在近代法为所有权“正名”之后,应该根据社会的发展重新认识所有权应担负的社会责任和应承受的限制;其次,一些国家和地区在不动产登记业务中已经采用了计算机联网,将现有科学技术应用于登记,突破了物权种类为登记技术所限。

探讨物法定原则的取舍,尤其需要考察该原则与习惯乃至习惯法之间的关系。在这一点上,日本的教训值得汲取。日本在立法时曾做过地方习惯普查,但因为解除治外法权而急于立法,没能将普查结果反映到民法典之中。后来,只能通过判例承认许多传统习惯中的物权性权利。与此相对,我国民国时期制定的民法典,尽管参考德国和日本的民法典采用了物法定原则,但同时规定在“民法物权编实施前发生之物权”作为物权性权利继续存在。

中国地域广大,民族众多,长期以来以民间习惯形成的物权性权利种类不胜枚举。物权法立法以来,学界乃至社会各界都曾呼吁对民间习惯进行普查,但却一直没有见到对基层进行普遍性的习惯调查。法律不能脱离社会而存在,现实社会中存在的物权性权利不应因“现代化的法制建设”而遭到否定。

第三,我国农村土地的集体所有,长期以来一直没有在法律上予以明确定位。其主要问题表现为,法律主体虚化,财产权性质不明,并由此引发了诸多问题。如何以成熟的民法理论和制度解决这些问题是我国物权法立法责无旁贷的历史任务。

所谓集体所有,在民法上表现为“共有”。传统民法的共有有三种基本形态,即按份共有、

共同共有(合有),总有。按份共有是共有中最为简单的形式,目的仅在于各自出资以取得某物的共同所有权,其共有关系可以随时通过分割或处分所持份额而解除;合有多为合伙人共同出资兴办某项事业,其共有关系在出资和财产取得之外更有共有人之间以相互信赖为基础的人际关系要素,所以,只要共同的事业尚存,共有人无权自由处分所持份额,也不能请求分割,但共有人脱离共有关系时对其他共有人享有购买自己份额的请求权;在总有关系中,总有人对公有财产没有明确的份额,共有人对总有财产没有任何处分权,只有利用权。我国现实社会中的农村土地集体所有权,实质上就是这种总有形式。

但是,草案第八章关于共有的规定,只是以综合性的条文排列笼统地规定了按份共有和共同共有,没有规定“总有”。另外,草案第59条至第65条对所有权行使方式的各种规定,似乎体现了所有权人的“实化”,但这种所有权毕竟是共有,而其共有的具体形式却没有界定。草案第63条规定“农民集体所有的土地等,应当依法实行家庭承包经营”。在我国法律中,“应当”意味着“必须”,63条的这种规定没有任何理论依据和政策依据。因为目前在广大农村中还有一些没有实行“承包制”而得到肯定的地方,诸如广东的股份合作制、江苏华西村的综合财产制、河南南街村的社会主义小社区,等等。如果按照前述“物权法定原则”判断,这些地方包括土地在内的集体所有财产权都不能作为物权受到法律的保护。

第四,关于担保物权制度的设计,应该为非典型担保保留出一定的发展空间。担保物权是物权法中技术性要求最高的制度。这种高标准的要求不仅限于法律实务工作者,更需要金融实务工作者具备。基于我国目前金融市场正处于发展阶段,对于一些在市场上尚未成熟的担保物权不宜在实体法中作为典型担保制度加以规定,而应该为非典型担保保留出一定的发展空间。

第五,对土地使用权的担忧不必要。土地使用权最长只有70年,老百姓担心70年后将如何处置。这种担心在于两条,一是年限过后土地被收回,自己所有的建筑物会成为空中楼阁;二是即便不被收回,还得交一笔不可预知的费用。

其实,土地所有权与土地使用权之间在传统民事法律上的差异不像一般人想象得那样大。近代以来,伴随着资本主义的出现和发展,所有权作为财产归属法律的中心制度备受推崇,遂成为私权中最为绝对的权利在近代以后各国法律制度中得到贯彻和实现。但是,尽管如此,英国作为资本主义历史最长的国家并没有紧跟着这一潮流,而只是以土地英皇所有为中心,以土地使用权为一般权利形式。从法律制度的设计上,我国现行的国有土地使用权制度就是从英国经由香港引进,再用中国民事法律传统继受的德国法中的地上权制度加以改造而成的。德国法上的地上权制度源于罗马法,是仅次于土地所有权的强有力的权利,传统理论上称之为“亚所有权”。这次的物权法草案也正是承继了我国的现行制度。我国现行的土地使用权与国外的土地所有权之间唯一的区别是,期间限制的有无,而其他方面则没有实质性的不同。再则,草案第155条已经明确规定:“建设用地使用权的期间届满,建设用地使用权人需要继续使用土地的……,除因公共利益需要收回该土地的外,出让人应当同意”。总之,笔者认为土地使用权制度是成熟的,人们没有必要担心。