

确定我国物权种类 以及内容的难点

孙宪忠*

内容提要:物权种类及其内容的确定,是物权立法的首要工作。因为我国有独特的社会体制与国情,物权法在确定物权的种类及其内容的时候肯定要遇到许多要点难点问题。这些问题有些已经得到解决,有些尚未解决。尚待解决的要点难点主要有国家所有权、集体所有权、企业所有权、私有所有权、不动产所有权以及各种使用权、担保物权等等重要物权类型。

关键词:物权 所有权 土地使用权 担保物权

物权体系即由一个国家的法律所认可的各种物权所组成的系统。在普遍承认的物权法关于物权体系的基本理论中,有关于物权法定的基本原则,意为物权的种类及其内容必须由法律作出规定,不许可当事人随意创设。因为我国有独特的社会体制,我国物权法将要确定的物权体系肯定要有与众不同的物权种类及其内容,而如何确定这些物权种类以及内容,是我国物权立法首先要解决的问题。制定一部符合市场经济要求的物权法是我们的根本目标,而这一目标的实现的第一步就是物权体系的设计。物权体系的设计在我国有一系列要点难点问题,这些问题有的在立法或者法理上已经解决,有些还没有解决,有些问题甚至还没有提出来过。本文试图提出一些尚未解决的难点和要点问题,并进行十分简要的分析,希望能够引起大家的关注,使问题早日科学地得到解决。但是限于篇幅,本文无法对这些问题进行彻底的探讨。

一、所有制的法律定位

坚持公有制不但是我国基本的意识形态,而且是宪法的一个基本原则。公有制的这种地位,对物权法的制定发挥着宏观的、基本价值取向的作用。按照我国居主导地位的法学理论,所有权与所有制有密切的联系,而物权法的核心就是所有权制度。因此我国学者一般认为物权法就是关于所有制的立法或者反映所有制的立法。这也就是说,作为规范具体财产权利的

* 中国社会科学院法学研究所研究员。

法律制度,如何表达所有制问题,也就是所有制在物权法中的基本定位问题,成为物权法立法要解决的第一个难题。

公有制的法律判断标准到底是什么,至今在立法上以及法律政策上没有明确的答案。比如,在1956年的“社会主义改造”中,自然人个人或者法人以实物或者货币进行投资、入股方式产生的经济组织被确定为属于集体所有制性质的组织,是公有制组织,享受公有制的法律地位。^[1]但是今天以同样方式组建的经济组织,却被定义为民营企业或者私营企业,属于非公有制性质企业。这种情况给我们带来极大的困惑:所有制问题到底指的是什么?它的判断标准到底在哪里?

对这一问题的答案,应该从马克思主义基本原理中寻找。马克思以前的思想家的著述里没有所有制的概念。这一概念是马克思从对人类历史的生产关系的分析中抽象出来的。马克思说,财产关系决不是人与物的关系,而是人与人的关系。法律意义上的所有权只是一个表象,其决定性因素是社会的所有制。马克思认为,所有制是一定社会生产力发展水平上的生产关系的总和,要说明所有制,就必须把社会的全部生产关系说明一番。^[2]按马克思的本意,所有制就是渗透在社会的生产、分配、交换和消费诸领域里起主导作用的经济基础,或者说是经济基础范围内发挥控制作用的力量。这种力量就是判断所有制性质的标准。但是,在20世纪30年代的前苏联,斯大林却改变了马克思关于所有制的论述,即改变了所有制即生产关系的观点,而把生产关系归纳为所谓的“三段论”:生产资料的所有制形式即所有权、分配关系以及人与人之间的关系。这种后来被成为发展了马克思主义的提法,实际上与马克思的看法差别很大。主要表现在:(1)马克思认为所有制表现在生产关系的全过程,是社会生产过程中起决定作用的一种力量;而三段论的提法,则认为所有制只是生产关系的一部分内容。(2)马克思认为分析所有制必须从经济基础的全方位考察;而三段论的提法认为只能从生产资料的所有权来考察所有制。这一点,其实是后来前苏联民法观点走向片面和极端化的起点。从那时起,前苏联的法学家得出了有什么样的所有制,就会有什么样的所有权,有什么样的所有权,就必然有什么样的所有制的结论。^[3]按照马克思的说法,所有制属于经济基础范畴,所有权属于上层建筑范畴,它们之间有一个法律实现问题,即上层建筑的所有权如何实现经济基础的所有的制的问题;但是,前苏联法建立的观点认为,所有权就是所有制。

前苏联法对所有制的重新定义,与所谓国家所有权属于所有制发展的国家形式或者高级阶段的看法是紧密地联系在一起的。在这种观点的基础上,产生了国家所有权至高无上、国家占有的财产越多越好的看法。本来,按马克思的看法,“共产主义并不剥夺任何人占有社会产品的权利,它只剥夺利用这种占有去奴役他人劳动的权利。”^[4]马克思的想法是,社会主义国家不必取得社会全部生产资料的所有权,它只需要造成一种非剥削的经济基础即实现了社会主义;但是,按照前苏联的所有制理论,社会主义国家必须尽量取得社会全部生产资料的所有权,甚至是非生产资料的所有权。在前苏联法学意识形态的导引下,国家与集体所有权的范围不断扩大,不但将主要自然资源和生产资料纳入其支配范围,而且也将大量的生活资料纳入其支配范围。这种情况不但大大地压抑了个人取得财产、保护财产的积极性,而且也给政府方面

[1] 法学教材编辑部:《民法原理》,法律出版社1983年版,第149页。

[2] 《马克思恩格斯全集》第1卷,第144页,第191页。

[3] 《苏联法律辞典》第一分册,法律出版社1957年版,第110页以下。

[4] 《马克思恩格斯选集》第1卷,第267页。

背上了极为沉重的负担。

按照马克思的观点,社会主义国家的根本目的是消灭剥削制度,而不是要取得一切社会财产的所有权;社会主义公有制可以通过多种方式实现,不一定非得要借助于所有权来实现。所有制的判断是要分析社会生产过程,寻找在这个生产过程中的支配力量,而不是只是分析所有权的归属。因此,只要能够做到对经济基础的控制,使其能够达到既能消除剥削又能促进国民经济稳定、协调与快速发展,就已经是坚持了公有制。所以,坚持公有制不一定要坚持公共所有权,尤其是不一定要不断强化国家所有权。马克思的观点与我国市场经济体制的建立与发展是相容的,可以成为我们制定市场经济条件下的物权法的指导思想。

但是十分遗憾的是,前苏联法所确定的关于所有制的理论流入我国并占据我国主导的意识形态达 50 多年,至今仍然没有得到改正。虽然这些理论违背了马克思主义,虽然它难以自圆其说而且与我国市场经济的体制格格不入,但是目前还被人们认为是正宗马克思主义,看不出有改正的迹象。问题是这种理论对我国制定物权法已经造成极大的潜在隐患,物权法非常容易受到所有制问题的困扰,目前人们所说的所有权标准,却是非常不科学的。在物权法制定的过程中,必须首先清除前苏联法的观点,坚持真正的马克思主义的观点。

二、如何规定国家所有权

按照前苏联法学建立的意识形态,我国目前各种法学著述均认为国家所有权是所有制的高级形式,宪法和民法通则等法律给予这种所有权至高无上的地位。这些做法给国家所有权带上了神秘而又神圣的光环,使其成为带有强烈政治色彩的所有权类型。这种做法使得人们难以用法律科学的规则对这种权利进行分析和研究。

在我国物权法中,国家所有权的基本规则肯定要加以规定。但是,如果我们要制定的物权法是一部既符合市场经济要求,又符合物权法法理的物权法,那我们就必须放弃旧意识形态给这种所有权所加上的神秘色彩,科学地实事求是地对这种权利的应有规则加以规定。

首先,我们应该脱去旧意识形态给国家所有权加上的神秘色彩,使得这种所有权真正成为法律科学中的所有权。在上文的分析中已经谈到,把国家所有权当作公有制的最高表现形态的做法与马克思主义的原理并不符合,因此关于国家所有权问题的探讨甚至改变原来的国家所有权的结构,都不是对宪法原则的放弃或者变动。我们应该有勇气回到马克思原来的观点,而不是坚持前苏联法学的观点。如果能够做到这一点,物权法建立符合市场经济要求的国家所有权制度要解决的问题就要简单得多。

目前法学主导观点关于国家所有权的许多论述在物权法科学上都是难以自圆其说的。比如,(1)社会主义国家所有权自前苏联以来均被定义为是一种国家代表全体劳动人民所拥有的所有权,而物权法的基本规则要求,物权的主体必须是一个确定的主体,而在国家所有权的法律关系中,“全体劳动人民”作为所有权法律关系中的主体,却是不确定的。(2)法学上所谓的民事权利,意味着对主体的民法利益并对主体行为承担民事责任。既然国家所有权是“全体劳动人民”的所有权,全体劳动人民中的每一个人都应该从国家所有权享受到民法上的利益。这种情况对旧体制下国家承担全体社会成员的生老病死、上学就业等各种责任是一个很好的说明。但是,在市场经济的条件下,国家已经基本上不再以自己的财产为社会成员承担终生保障的责任,此时的国家所有权,又如何能够自圆其说地理解为“全体劳动人民”的权利,这是一个

十分难解的问题。(3)在市场经济体制与法治国家原则基础上,政府的公共权力只能应用于管理社会 and 为社会公共利益服务,而不能进入市场机制,利用其强制力为政府机关“创收”。但是,如果国家掌握社会大量经营资产以及财产资源的所有权,政府必然要利用其占有的资产进行赢利行为。这就违背了我国建立市场经济体制的根本目的。按照旧体制和旧意识形态建立起来的国家所有权,其所代表的财产不但规模巨大而且范围极为广泛,其中有些财产肯定要进入市场,而有些财产不能进入市场。虽然以前曾经应用过所谓“两权分离”理论来解决政府公共权力进入市场经济机制带来的巨大问题,但是实践证明并不成功。其原因就在于这种理论不能消除政府拥有的经营性资产借助于政府公共权力进入市场机制问题。(4)国家所有权理论的基础是全“国家利益”的一致性,即中央利益与地方利益整体一致,不分彼此。这种情况与市场经济条件下我国公共权力控制的财产权利的实际情况完全不符。1995年以来我国开始实现分税制,承认地方政府与中央政府各自有独立的征税权。而分税制的基础就是中央利益与地方利益明显区分。更应该指出的是,税收在法律上就是政府取得所有权的方式,故实行分税制说明我国实际上已经承认了地方政府在一些领域的所有权。(5)在地方政府进行投资时,以国家所有权的名义将其收归中央政府是行不通的。其实这也是地方政府已经拥有所有权的情况。不承认地方政府所有权和行业所有权,不承认地方政府在投资法律关系中的主体地位和自有利益,既与现实发生极大的冲突,实践结果也很糟糕。媒体报导的中原制药厂事件,就是一个典型的例子。^[5]

不按照实事求是的原则规定中央政府和地方政府的分级所有权,结果造成法律与经济混乱的情形实在是不胜枚举。再如,北京市投资十多亿人民币新建了京塘港,而临近的天津港运力却下降了30%。这种地方政府之间发生的资源争夺的情况说明,“国有企业”之上的“国家所有权”是不存在的;存在的,只是地方政府的所有权。^[6]

总之,原来的国家所有权理论已经不能反映中国的实际,如果我们愿意承认实事求是的原则,就应该承认对国家所有权进行改造。要达到这一目标,既可以依据法律科学的法理,也可以参考市场经济发达国家的一般做法。

在民法科学中,我们一般所说的国家其实具有双重意义。其第一层意义,是国际法上的国家,它由领土、主权和居民三者结合而成,是相对于其他国家而言的独立统治区域。国家是“生活在地球表面的确定部分、在法律上组织起来并具有自己政府的人的联合。”^[7]确切地说,国家指“持久地占有一处领土的人民、并且由共同的法律或者习惯束缚在一起成为一个政治上的实体,它通过组织起来的政府为媒体,行使统治领土范围内所有的人和事务、与地球上的其他团体社会宣战、缔结和约和加入国际组织独立的主权。”^[8]这一意义上的国家,也被称为抽象

[5] 《中原“航空母舰”搁浅剖析》,《沿海时报》1998年3月2日报道,“国家”在郑州市郊投资18亿元人民币,因投资关系不清,导致企业“建成”之日,竟是企业破产之时,如今企业负债已经达到30亿元。具体案情也可参考拙作《物权法的基本范畴即主要制度反思》,《中国法学》1999年第5、6期。

[6] 《环渤海:如何振翅高飞》,《光明日报》1997年12月3日。

[7] 《牛津法律大辞典》,光明日报出版社1988年版,第851页以下。

[8] “A people permanently occupying a fixed territory bound together by common-law habits and customs into one body politic exercising, through the medium of an organized government, independent, sovereignty and control over all persons and things within its boundaries, capable of making war and peace and of entering into international relations with other communities of the globe.” Black’s Law Dictionary, Fifth Edition, ST. Paul Minn. West Publishing Co. 1979, Page 1262. ”

意义的国家。”^[9] 其第二层意义,指的是国内法上的概念,指相对于被统治的居民而言的最高的统治机构,即广义的中央政府的意思。第一层意义上的国家,不是物权法上所说的国家。因为这种意义上的国家除对领土这一特定客体可以享有国际法上的权利之外,不是民事权利主体的概念。国家可以作为民事权利主体时,只能是第二层意义上的概念,即广义的中央政府的意思。

国际上的市场经济国家或者地区,正是依据国家法律形态上的基本法理,把公共财产所有权规定为政府所有权或者公法法人所有权,而且政府所有权是各级政府分别享有的所有权。有时它们也使用国家所有权的概念,但是此时的国家所有权即由立法或者立法解释明确为中央政府的所有权。^[10] 在这些国家里,公共财产的运用要符合公法的目的,即管理社会和服务公共利益的目的,而绝对不能应用于私法上的目的,即为公法法人自己牟取利益的目的。这就严格地限制了公共权力利用其所控制的财产进入市场机制的机会。对此,市场经济国家法律一方面明确规定公共权力的构成方式,如联邦制、中央集权制、中央地方分权制等,通过依法确定公共权力的方式,同时确定公法法人对自己财产的所有权。这就是一般所谓的“公法法人私有所有权”理论。^[11] 这种理论的要点是:(1)公法法人所拥有的财产的使用必须符合公法为建立这种法人所确定的目的;(2)公法法人的所有权是这种法人的权利,这种财产所有权对其成员或者上级政府只承担政治责任和道义责任,而不承担民事法律责任。因此这种所有权并不是民众共有权。这种做法对我国很有借鉴意义。

因此,既合乎法理又符合实事求是原则的结论是:(1)必须在我国物权法中改变关于原来的国家所有权的规定,而重新建立“公共法人所有权”或者“政府法人所有权”制度,明确国家所有权(即中央政府所有权)与地方所有权的区分。这样,国家所有权这一概念虽然可以得到保留,就成为公共法人所有权中的一种类型,即中央政府的所有权,而不是全部原来的全部公共财产的所有权。政府分级享有所有权,仍然是公有制的实现方式,其根据已如前述。(2)以此为基础,将自然资源、经营性资产与非经营性资产再次区分清楚。政府所有权只对自然资源和非经营性资产享有所有权,确保公共权力只应用于公共利益;对经营性资产,公共法人可以只享有股权或者其他权利,而不必享有所有权,通过这种方式,切断公共权力进入市场机制的渠道。(3)对政府拥有的企业,应该按照投资的法律关系确定其权利归属。属于哪一级别的投资,即确定该级政府为企业的主人;属于联合投资的,企业按照股份或者份额确定其归属。

在我国目前和今后一个相当长的时期内,原来的国有企业即国际上通常所说的公共企业将长期存在。所谓公共企业,即政府方面部分或者全部掌握控制权的企业。不过在西方市场经济国家,这些企业一般不具备、不应当具备或者难以具备竞争的能力,由政府予以投资并加以控制是为了社会的稳定。比如在法国、德国就有许多这样的企业。^[12] 我国由于社会体制的区别,政府方面肯定必须掌握具有竞争能力的企业。为了市场经济的正常发展,消除行政垄断和公权力滥用,必须改变政府控制企业的方式。将原来的所有权控制改变为股权控制,是一个值得采纳的方向。

[9] Deutsches Rechtslexikon, Band 3, Verlag, C. H. Beck, 1994, Seite 490—491.

[10] 如中国 1930 年制定的旧土地法第四条规定:“本法所称公有土地,为国有土地、省有土地、市县有土地或乡镇有之土地。”本条中的国有土地,即区别于地方政府的中央政府土地。

[11] 孙宪忠:《德国当代物权法》,法律出版社 1997 年版,第 176 页。

[12] 克劳斯·格林:《联邦德国的社会市场经济》,冯文光、裘艳红译,中央编译出版社 1994 年版,第 64 页以下。

三、集体所有权的重新构造

集体所有权也是一种公有制的实现方式,在传统社会主义法中的地位十分重要。但是作为一种物权,其本身如何在物权法中加以规定的问题值得重新研究。集体所有权本身的法律形态问题如何规定涉及到占我国人口大多数的农民和千百万城镇居民的利益。在旧意识形态中,集体所有权虽然是一种没有政府色彩的权利,但是却同样是一种有强烈政治意义的权利,这种情况也同样妨碍了对这种权利的法理探讨。因为这种权利肯定要进入市场机制,因此物权法对这种权利任何处置关系紧要。但是实事求是地说,我国现行法律对这种所有权的规定以及普遍认可的学理解释有许多方面难以与法理相衔接。

1. 按照宪法第八条和民法通则第七十四条的规定,集体所有权是“劳动群众集体组织”拥有的权利,这也是各种法学著作普遍的解释。但是“劳动群众集体”到底是谁,既然是一种民事主体,它是依靠什么民事规则组织起来的,它的法律形态又是什么,这些问题作为集体所有权立法的基本基础,在立法上和法律政策上却并无规定。民法所谓的民事权利主体,有法人、自然人和非法法人团体三种形态,而集体所有权的主体“集体组织”既不是法人、也不是非法法人团体,当然更不是自然人。因此集体所有权的主体形态与现行民法科学无法衔接,这种情况给如何在物权法中建立这种所有权的具体制度造成不便。到底应该重新塑造民法上的主体制度,还是重新塑造集体所有权本身,均需要进一步思量。

2. 农村集体所有权本来是为“共同劳动、共同分配”、“消灭剥削”的政治目的,通过建立农村集体经济组织后形成的所有权形态,^[13]但是在数十年发展之后,共同劳动、共同分配的农村集体经济组织在我国已经基本上不再存在。然而作为这种组织的所有权却一直保留至今。目前人们在谈到这种所有权时,基本上不再讨论建立这种所有权原来的政治目的,但是却保留了对这种所有权的神秘政治色彩。

物权法立法中以及物权理论必须首先明确这种所有权的主体。如果仍然把这种所有权定义为一种“集体”所有权,那么就必须首先对集体与其成员之间的法律关系按照民商法的基本规则加以规定。过去对集体与成员之间的关系,虽然在法律上没有规定,但是在实践中采取的“共同劳动、共同分配”规则,是一种比较接近原始共产主义社会的模式,即接近氏族社会的模式。这种做法已经被实践证明是不成功的。一种比较理想的方案,是将集体与成员之间的关系股份化,使成员对集体享有真正的民法上的权利义务关系,而集体真正享有法律上的所有权。^[14]这种做法既符合市场经济的要求,也能达到民主而且科学地运用集体财产权利的目的,是一种值得推广的法律经验。

3. 城镇中的集体所有权,是现行法律规定的另一种集体所有权形式。但是这种所有权的法律规则状态与理论状态,和经济生活实践完全不符。在现实中,城镇劳动集体所有权其实也有两种形态,一种称为大集体,一种称为小集体。所谓大集体,指的是20世纪70年代时为解决当时的“待业青年”就业问题,由一些机关或者企业事业单位投资举办的企业。因其投资不

[13] 《一九五六年到一九六七年全国农业发展纲要》的序言部分,见《中华人民共和国经济法规范编》(1949年—1979年),中国财政经济出版社1980年版,第106页以下,以及韩延龙主编《中华人民共和国法制通史》(上),中共中央党校出版社1998年版,第271页以下等。

[14] 据笔者1996年12月在广东省的调查,该省南海市农村对集体所有权就进行了这样的改革,其效果非常积极。

是来自于政府,故称为集体企业。而小集体,指的是 20 世纪 50 年代中期的“社会主义改造”期间由原来的个体工商业者、手工业者入股形成的集体企业。这两种企业之间的政治差别是大集体可以享受类似于国有企业的待遇。

在物权法对城镇集体所有权进行规定时所遇到的主要问题,是如何判断这两种城镇集体的主体。对所谓的大集体而言,这种“集体”中根本就没有现行法律和一般学者所说的共同劳动共同分配的群众或者成员,而只是雇员。故这种“集体”原来根本就不是集体。至于社会主义改造时期以入股形式产生的集体组织,本来其成员与集体之间的关系属于典型的民商法律关系,其所有权在物权法上也比较容易规定。但是在多年变化之后,这种成员与集体组织之间的法律关系已经不复存在,因此集体也已经名存实亡。比如原来有民众入股建立的信用社,在 90 年代纷纷改名之后,与其股民之间的法律关系已经切断。

从以上分析中可以看出,在我国城镇“集体”所有权的形成过程中,非法律规则的因素发挥了极大的作用,现行法律或者一般学者解释的这种所有权,基本上背离了物权法的基本原理。这种情况给物权法规定这种权利增加了很大的难度。由于这种所有权一般是城镇“集体”企业的权利,所以是可以进入市场机制的权利,故必须按照市场经济体制的要求,对我国现行法律中的城镇集体所有权制度进行改造。改造的合理方法,应该是按照企业设立的规则,按照投资法律关系的基本模式,将这种所有权改造成为投资人的权利与企业的权利,而不能一概将其称为集体所有权。

集体所有权制度如何建立,并不仅仅是一个理论问题。在实践中,常有一些地方发生农民以私自出卖土地而控告村长的诉讼,结果法院常常依据农民不能行使所有权而驳回农民的诉讼。这种情况说明集体所有权与其成员之间的非民法联系已不能保护农民的利益。在城镇集体所有权实践中,也常常发生谁是主体的诉讼,法院根本无法解决。只有依据物权法法理建立集体所有权时,上述问题方可解决。

四、应该明确规定企业法人所有权

企业法人对其拥有的财产享有所有权,依法理毫无疑问,我国法律对“三资企业”法人以及民营企业法人的所有权已经进行了规定。但是对公有制企业的财产所有权,因有意识形态的障碍而没有予以承认。尤其是国有企业的财产权利问题,法律至今没有科学方案。在所谓的“两权分离”已经不能自圆其说的情况下,公司法使用了“财产权”一词表达企业法人的权利性质。但是,财产权一词的法律含义仍然是不准确的,这一表达并没有确定地定义企业财产权利。鉴于企业是市场经济的主要参加者,企业所有权对我国市场经济具有特别重要的意义,故企业所有权必须按照物权法的法理予以规定。

对于企业法人的财产权利到底是什么权利,以及物权法要不要对这种权利做出规定的问题,学术界有不同看法。一种观点认为,鉴于国有企业实行公司化改组后,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。按照这种规定,物权法应该不规定企业法人的

权利类型。”^[15]

这种观点就企业法人财产权利内容的表述是正确的。确实,企业法人的财产权利是一种复合型的权利而不是单一性权利,而且企业享有的财产权利中,肯定包括着所有权。但是对这种观点可以提出这样一个问题:根据我国现行法律,企业法人享有土地使用权、知识产权是毫无疑问的,在此情况下,能够得出企业法人享有对厂房及建筑物的不动产所有权、对机器、设备、车辆等的动产所有权的结论吗?显然,答案是否定的。在我国现行法律的框架内,企业法人还享受不到这些不动产所有权和动产所有权。根据1988年制定至今仍然有效的“企业法”,全民所有制企业只能享有所谓经营权;根据1995年制定的“公司法”第四条关于公司财产权利的规定,企业法人尤其是公有制企业法人仍然不能享有这些所有权。

鉴于所有权在企业财产权利中的核心地位,在物权法中规定企业法人的所有权仍然是十分必要的。物权法应该宣告企业法人包括国有企业法人享有所有权,揭示企业进入市场经济的法律基础,使国有企业成为真正法人。企业法人所有权的具体内容,还可以由未来民法典总则关于社团法人的规定加以补充。

五、承认财团法人所有权的独立性

财团法人即捐献法人,是建立在财产聚合体上的法人类型,其财产所有权具有鲜明的特点。^[16] 目前我国的财团法人在实践中已经大量存在,各种基金会法人、宗教法人、以捐献资金建立的学校法人和医疗卫生机构法人等在实践中发挥着十分活跃的作用,但是,他们的财产权利问题尚未有妥善的法律保护措施。我国民法通则没有规定财团法人这种法人,也没有依据财团法人的规则规定其所有权。在现行法律中,财团法人及其所有权与社团法人及其所有权没有区别,这一点既不合法律又妨害实践的发展。

因此,有关财团法人的所有权,应该在物权法中得到明确的反映。涉及到财团法人的财产所有权,有宗教法人、基金会法人、以捐献资金建立的医院法人、学校法人等。物权法应该明确承认这些法人对自己占有的财产的所有权。将这些财产规定为财团法人自己享有所有权,对落实一些特殊的政策,如宗教政策也是十分必要的。^[17]

六、依物权法限制公共权力对私有财产所有权的侵犯

传统社会主义法学,或者说是从前苏联法引进的法学,在对公共财产所有权予以神秘化的同时,非常歧视私有财产所有权。但是这种情况与目前市场经济条件下私有经济发挥的巨大

[15] 按照这一观点形成的《中国物权法草案建议稿》,对企业法人权利未做规定。参见中国物权法课题组:《中国物权法草案建议稿》,社会科学文献出版社2000年版。

[16] 孙宪忠:《财团法人的所有权及我国宗教财产归属问题初探》,《中国法学》1990年第4期。

[17] 而在现行法制之下,宗教财产的归属并不明确。按照有关政策,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、伊斯兰教清真寺等,为“信教群众集体”所有。但在不动产登记时,无论何种寺庙宫观、教堂的房产,均被登记为宗教协会所有。这显然违背宗教财产的性质。见前注引文。

作用和人民群众对财富正当追求与正当保护的强烈要求完全不符。^[18] 自从 1997 年中国共产党第十五次全国代表大会召开以及 1999 年中国最高立法机关修改宪法之后,这种情况已经有了根本的改变。但是由于旧意识形态根深蒂固的影响,我国法律对私有财产所有权的歧视尚未得到全面清除,因此还有许多法律法规许可甚至对公共权力侵犯私有财产所有权采取鼓励的态度。因此,作为基本财产权利立法,物权法的制定应该为消除私有财产所有权歧视做出努力,应该建立相应的制度,限制公共权力对私有财产所有权的不当侵犯,作为对歧视私有财产所有权的治理措施。

在限制公共权力对私有财产所有权的侵犯方面,西方市场经济国家有许多成功的立法经验。比如,德国基本法即德国宪法第十四条第一款规定:“所有权和继承权受保护。其内容和限制由法律规定。”该条第三款规定:“剥夺所有权只有为公共福利的目的才能被允许。剥夺所有权只有依照法律或者根据法律的原因进行,而且该法律对损害赔偿的方式和措施有所规定。该损害赔偿必须在对公共利益和当事人的利益进行公平地衡量之后确定。对损害赔偿的高低有争议可以向地方法院提起诉讼。”^[19] 自从德国魏玛宪法规定“所有权承担义务,所有权的现实必须为公共利益服务”的原则以来,私有所有权承担为公共利益服务的义务的原则,即所有权的社会主义原则,已经成为国际上具有公理意义的法律原则。^[20] 因此,在当代市场经济国家,法律并不是要禁止公共权力剥夺私有所有权,私有所有权并不具有神圣到可以排除公共利益的地位。当然,私有财产所有权作为居民安身立命的根本条件,也不能许可公共权力随意剥夺。在这里,剥夺私有财产权利的基本条件是非常重要的,即公共利益的需要和给予个人公平的补偿。

根据市场经济国家的普遍经验,我国物权法在限制公共权力对私有财产所有权的不当侵犯方面应该确立的一个基本的标准,就是把公共权力对私有财产所有权的剥夺和限制严格地限制在为公共利益的目的的各种行为,而且还应该给予当事人正当的补偿。

在此意义上,还有以下几个问题需要澄清:

1. 公共权力对私有财产所有权的任何限制,包括剥夺私有财产和限制权利人的权利行使,都只能是为了公共利益的目的。公共权力支持下商业性行为,甚至公共权力参与的商业行为,都不可以成为剥夺和限制私有财产所有权的根据。比如,政府为进行商业性开发所进行的拆迁行为,就不能形成对私有财产所有权进行剥夺和限制根据。这种行为应该按照购买或者其他合同方式。

对这一意义上的“公共利益”的解释,必须有严格的法律标准。根据国际上公认的标准,所谓社会公共利益,应该是指发展公共道路交通、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。一般来说,公共利益需要纳税人的财政负担,或者公益性的捐助支持。经营性的教育、

[18] 关于私有经济在我国当前国计民生中发挥的作用,参见拙作《物权法的基本范畴及主要制度反思》的第一部分,见《中国法学》1999 年第 6 期。另据《参考消息》报道,在 1998 年的国内市场总值中,私营企业产值占 33%,国有企业产值占 37%,其他部分来自于农业、“三资企业”和混合所有权形态企业(见[英]《金融时报》2000 年 5 月 11 日的报道,转引自《参考消息》2000 年 5 月 15 日题目为《民营企业中对中国经济发展作用不小》的报道)。如果考虑到“三资企业”部分属于私有经济、和农业经济中个体承包户的私有经济性质,可以肯定目前私有经济创造的国民经济产值已经超过了公有制企业。

[19] 本文引用的德国法律条文为本文作者自译。译文所据为 Schoenfelder, Deutsche Gesetze, Verlag C. H. Beck, 1994.

[20] 参见前引[11],孙宪忠文,第 188 页以下。

体育、医疗等设施,不可以当作公共利益。

2. 对私有财产所有权剥夺或者限制应该依据严格的法律规定。比如公共利益建设需要时国家政府方面进行的征收和征用。^[21] 这些法律规定,应该包括三部分规范:(1) 实体法规范,即征收和征用的具体条件的法律规范。(2) 组织法规范,即征收和征用的实施人的如何组织的规范。显然,不能任何政府机关都可以主张对私有财产的征收和征用。(3) 程序性规范。不论是征收还是征用,均应该规定严格的程序。至于其他的关于实施对私有财产所有权进行剥夺或者限制的行为,比如拆迁行为,可以参照这些规定进行。

七、完善和发展土地使用权体系

在计划经济条件下,土地只是一种自然资源,是行政法上的客体,而不是民法上的客体,土地的利用基本上不属于民法的调整范围。在市场经济条件下,不动产市场已经成为最重要的市场,而根据常识和国际经验,土地一直是基础不动产,故土地物权是最为重要的物权类型。各种土地物权的法律制度,如土地所有权、土地使用权的制度,对我国市场经济的顺利发展有决定性作用。但是由于土地退出民法的调整范围在我国有 30 多年的历史,而且不动产市场在我国启动较晚,为满足迅速发展的不动产市场的需要,现行土地法律制度的建立非常仓促,对物权法的基本规则未能很好遵守。

现在,不动产市场是我国发展最快也是最重要的市场,然而我国没有土地所有权市场,只有土地使用权市场,土地使用权的具体法律制度意义显得更为重要。比如关于土地使用权种类的设置、层次的设置、土地使用权与建筑物权利之间的关系问题等制度涉及,目前在我国尚有很大的缺陷,因此现行土地制度不能满足市场经济实践的需要。按照市场经济的要求,我国的土地物权制度应该在如下方面有较大的改进。

传统民法中的用益物权,有地上权、永佃权、地役权、人役权、建筑权、使用权、用益权等独立权利类型,如果包括我国历史上的典权之内,这种物权可以说是物权体系中最活跃和最为复杂的部分。物权的这些类型,是人类历史数千年经验结晶,它们的存在,既满足了人们从不同角度对土地进行利用的需要,也满足了人们以土地从事法律交易的需要。在市场经济与人民生活中,这些权利类型发挥着十分积极的作用。

但是我国目前法律体系中的用益物权,只有法律承认的土地使用权和这种权利的变形——农村的土地承包经营权。因为我国可以进入市场机制和日常生活的,只有土地使用权一种权利,而不是传统民法中的多种权利,这一点,就相当于其他市场经济国家只有土地所有权一种土地物权。这种情况,当然不能满足市场经济发展和人民群众生活的需要。

在我国土地用益物权体系的设计方面,我们同样可以参考其他市场经济国家的经验。目前在其他市场经济国家里土地用益物权体系中权利种类虽然很多,但无非是为满足他人建筑需要的权利,如地上权等;为特定土地设定的地役权;以及为特定的人设定的人役权等。因此,可以在我国物权法中建立这些权利类型。考虑到我国已有的土地使用权进入市场机制的良好

[21] 关于征收与征用的具体意义,参见中国物权法课题组《中国物权法草案建议稿》,社会科学文献出版社 2000 年版,第 191 页以下。在我国现行法律中,征收与征用两个概念混淆不清。例如土地管理法第 46 条规定:“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。”这里所规定征用,其实是法律上的征收。在物权法中应该将此两者明确区分。

基础,也考虑到我国目前土地使用权发挥的作用类型于其他市场经济国家的土地所有权,因此,可以将地上权、地役权、人役权等权利设定在土地使用权之上,使得它们成为既能够与现行法律规定的土地使用权制度相协调、又能够满足市场经济和人民群众日常生活的需要的新用益物权类型。

在土地使用权上增设地上权、地役权、人役权等权利类型后,我国土地物权的层次得到了极大的丰富,为妥善解决土地物权与建筑物物权之间的法律关系建立了良好的法律基础。应采纳二元主义的立法经验。

关于土地物权与建筑物物权之间的法律关系问题,是物权法要解决的重点问题之一。这就是不动产的内部结构问题,即土地物权与地上定着物的物权之间的关系问题。对此问题,罗马法时代的做法是土地绝对吸附地上一切物体。这种做法被称为“一元主义”的立法模式。而市场经济立法,尤其是发展程度较高的市场经济立法的一般做法,是承认土地与地上建筑物、定着物在法律上相互独立,各种独立进入交易机制。这种做法被称为“二元主义”的立法模式。^[22]在现代社会,土地资源日益稀少而人口越来越多,因此人们对土地的利用,越来越发展向土地地表上下的空间。因此,承认土地物权与建筑物物权之间在法律上分离,是非常科学合理的法律措施。^[23]在市场经济发达的国家或者地区,常常可以在不动产登记簿上发现一宗土地上同时登记有两重以上的地籍:土地所有权地籍、地上权地籍、一个或者多个“次地上权”^[24](或者空间权)地籍等。从这种情况可以看出,在发达市场经济的条件下,不动产物权尤其是作为基础不动产物权的土地物权是以多层次的权利形式进入交易机制的。

在我国土地使用权上设定多层物权之后,现行法律中的许多问题可以迎刃而解。比如,在现实调查时屡次发现这样的问题:比如一个企业在开发土地时,可以用土地使用权作借贷的抵押,此时的抵押标的仅仅是土地使用权。该企业把房子盖好后,要建工厂、钱不够,又问他人借贷。如果要设立抵押,按担保法的规定,此时抵押标的是房屋连同土地使用权一并抵押,故后来设定的抵押权也包括着对土地使用权的抵押。但是,由于我国法律的规定,第一个抵押权也应该以土地使用权和建筑物的所有权作为标的。这样,一旦该企业到期不履行债务,要清偿这两个债务时,法律到底认可哪一个抵押权?如果认可第一个抵押权,就要把房屋纳入一并清偿,这对第二个抵押权人不公平。但是,如果认可第二个抵押权,对第一个抵押权人不公平。立法与司法在这里陷入了僵局。

但是,对上述这一案例,如果适用市场经济发达国家和地区的立法则很容易解决。我国旧民法,即一般所谓的台湾民法第 876 条第 1 款规定:“土地及其土地上之建筑物,同属于一人所有,而仅以土地或者仅以建筑物为抵押者,于抵押物拍卖时,视为己有地上权之设定……”该条第 2 款规定:“土地及其土地上之建筑物,同属于一人所有,而以土地及建筑物为抵押者,如经拍卖,其土地于与建筑物之拍定人各异时,适用前项之规定。”在这里,我国旧民法即依据地上权的法律制度,解决土地物权与建筑物物权相互分离、各自独立进入交易机制后的法律关系问题。而这里的法定地上权,就是土地使用权与建筑物、定着物所有权之外的另一个层次的物

[22] 对此问题有兴趣者,可参见拙作《土地管理法与物权法的相互作用》,《中国土地科学》1999 年第 1 期。

[23] 参见我国旧民法第 876 条的立法理由。见林纪东等主编:《新编六法全书》,五南图书出版公司 1986 年版,第 199 页以下;蔡墩铭、李永然主编:《民法立法理由、判解决议、令函释示、实务问题汇编》,五南图书出版公司 1983 年版,第 1016 页以下等。

[24] 参见前引[11],孙宪忠文,第 228 页。

权。另外,传统民法中的地役权、人役权在我国法律中的存在也有相当的根据。在我国现行法律的土地使用权上承认这些权利,在法律上实践上均有很大的好处。

八、房屋所有权问题

住房是人的生存与发展的基本条件,因此住房的权利是一项基本人权。在我国开启房地产市场以及实行住房制度改革的情况下,住房所有权成为我国解决城乡居民住房问题的主要法律手段,因此住房所有权成为广大民众普遍关注的焦点。对住房所有权,我国应该有完整的科学的法律规定,因为这是关系到每个人生存的发展的最具体也是最大法律问题。但是现行法律关于住房所有权的规定远远滞后,因此在现实中出现了许多不规范做法,比如“部分产权房”和“使用权住房”等与法理不合,与现行法律无据的操作方式。^[25] 这些不规范的做法,对民众的住房权利的保护十分不利。这些问题,理论界已经有所批评。

另外,还有如下问题非常值得探讨:

1. 住房所有权与房基地使用权之间的关系问题,法律上没有规定,学术界也缺乏探讨。依法理,所有权为恒久性权利,其存在不许预定存续时间,不得对所有权约定处分以及消灭的期间。^[26] 但是在我国,对自然人和法人的住房所占有的土地,现行法律只许可其享受使用权,而不是所有权;而且这种使用权是一种有期限限制的权利。这种在法律上造成一个问题,即住房所有权是否受土地使用权的期限限制的问题。对此问题,现行法律却没有规定。按照有关行政主管部门的解释。住房所有权当然应该受到土地使用权期限的限制,即在土地使用期限届满时,如果权利人需要续期,则必须再次加纳土地使用费,否则政府将收回土地。但是,这种解释的正当性尚有疑问。因为,国际上市场经济国家里居民购买住房的支付为其年收入的六至十倍,而这种购买是连同土地所有权在内的住房所有权的购买,住房永远归属于居民个人。按照我国目前普遍的城市地价与房价,一般居民购买的住房支付远远超过其他市场经济国家的标准。与其他市场经济国家相比,中国是社会主义国家,人民是政治上的国家主人,政府方面应该更尊重人民的正当利益。因此,我国居民当然应该购买到永久的住房所有权以及永久性土地使用权。

因此,物权法应该建立的处理住房所有权与土地使用权关系的法律规范,是承认居民的住房所有权不受土地使用权期限的限制;当住房占有的土地使用权期限届满时,该期限应该自动顺延,政府方面不得无偿收回土地,更不得无偿收回房屋。这一规定,经济上有正当性,法理上比较妥善。这一规则,当然应该适用于城镇及农村一切非行政划拨的土地使用权。

2. 对公寓化住宅的法律关系问题,现行法律的规定有相当的漏洞。所谓公寓化住宅,即多数人共同居住在一个建筑物中而每个住户对其特定支配空间享有专门权利的住宅。我国人口众多而土地资源过分稀缺,在城镇中只能用公寓化住宅方式解决我国的住房问题,而不能

[25] 所谓“部分产权房”和“使用权住房”,是城镇居民住房制度改革过程中出现的解决房屋所有权问题的一种临时性的法律措施。在城镇住房制度改革过程中,需要将职工居住的原来政府拥有或者职工所在单位拥有的住房出售给职工,使其成为私有住房;在职工尚无能力支付全部房款或者不能按照市场价格支付房款的情况下,政府或者职工所在单位保留了部分房屋所有权甚至全部所有权,职工只是获得“部分所有权”或者“住房使用权”。这种做法在法律上是没有根据的,因此他们违背了物权法定原则。在司法中如何维护这种权利,也有许多疑问。

[26] 史尚宽:《物权法论》,荣泰印书馆股份有限公司1979年版,第56页。

单一住宅方式即每户人享有一个独立建筑物的方式解决住房问题。公寓化住宅的法律问题相当复杂。因为每个住户支配的范围不但彼此密不可分,而且有些部分完全重合;每个住户虽然在法律上享有所有权,但是权利人只能对标的物为法律上的处分(如转让、出租等),而不能为事实上的处分(如拆毁等)。由于这种物权事实上涉及绝大部分城市居民,所以这一物权问题的解决,对社会的长治久安意义重大。

对公寓化住宅当事人的权利,目前我国尚没有法律规定,学者以从台湾地区转引入日本的学理解释,多称其为建筑物区分所有权。实践部门从香港地区引入“物业管理”制度,解决单一住户与住户整体之间的利益协调问题。但是,物业管理者只是住户所有权人团体的雇佣人员或者机构,他们当然不能作为住户权利的代表。间接引进的日本的建筑物区分所有权制度,是在学理上有认为其参照德国“住宅所有权法”的看法,^[27]但是德国住宅所有权法的规定有日本法有相当的差距。在德国法中,住宅所有权并不是单一权利类型,而是一种复合性权利。^[28]该权利包括的权利有:(1)全体住户或者部分住户对他们共同支配的建筑物整体或者部分、地基、以及建筑物的附属设施所享有的按份共有权。这一权利的基本意思是,建筑物整体上为住户全体的所有权的支配对象,其法律意义是为保证建筑物整体的完好,防止单一住户损害建筑物的行为,全体住户的代表人可以对加害人采取法律措施。这一共同所有权的行使方式,是法律许可全体住户聘请住房管理员,或者成立住宅所有权人委员会,代表全体所有权人行使整体所有权。单一住户对这一权利享有一个份额(按住户占有建筑物的面积与建筑物整体面积之间的比例确定)的权利,并按照这一份额承担义务。(2)特别所有权,即单一住户对其特定支配空间的所有权,这一权利在我国台湾、日本被称为专有权。

值得注意的,是德国民法学家关于特别所有权与单一住户对建筑物整体的按份共有权的关系的表述。按照一般理解,特别所有权是上述按份共有权的附属物或者必要组成部分,其意思是强调单一住户的权利,时刻必须服从建筑物整体的利益。^[29]正是由于这种特殊的共同关系,德国法把住宅所有权称为按份共有与共同共有之外的第三种共有。

日本“有关建物区分所有等之法律”对建筑物区分所有权的处理方式是,首先区分住房人专有部分的支配部分,此外划定为共同支配部分;权利人对共同支配部分有按份共有的权利与义务。^[30]就权利人可以支配的专有部分与共同支配部分之间的关系,法律没有类似于德国法那样的规定与第三种共有那样的学理解释。

德国法与日本法的区别,是德国法非常强调建筑物整体的权利,强调单一住户对建筑物整体的维护责任;而日本法比较强调单一住户的权利,对于住户之间的关系,日本法的指导思想是按照民法关于相邻关系的规定处理。如从法理上分析,应该认为德国法的规定为优。因为,建筑物为多数住户共同居住,而且建筑物的任何支撑部分与全体住户均有利害关系,故全体住户已经形成了一个利害共同体,建筑物整体成为全体住户权利的客体。公寓化住宅的全体住户因为自然的关系,不能单一地行使对建筑物的权利。如他人对建筑物的侵权,就不是对单一

[27] 见上注所引史尚宽书第 109 页对区分所有权的表述。所谓区分所有权,德文为“*Teileigentum*”,为德国“住宅所有权法”中规定的一种权利类型。

[28] 参见前引[11],孙宪忠文,第 212 页以下。

[29] Baur/Stuener, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 16. Auflagen Verlag C. H. Beck, 1992, Seite 309.

[30] 关于该法的名目以及内容,引自温丰文译:《有关建物区分所有等之法律》。该译作见温丰文:《建筑物区分所有权之研究》,三民书局股份有限公司 1992 年版,第 188 页以下。

住户的侵权,对这种侵权需要建筑物整体的权利人出面予以排除。因此,公寓化住宅中的共同关系已经无法由相邻关系处理。故在法律上必须首先建立住户整体的权利义务关系,强调单一住户对整体利益的服从义务。根据这一点,我国物权法关于公寓化住宅法律关系的规定,应该抓住三个要点:(1)按照“第三种共有”的理论,对全体住户对建筑物整体的权利义务关系做出明确合理的规定。因建筑物的自然特性,公寓化住宅全体权利人自然形成一个整体权利人。所以这一部分规则的核心,是强调住户对建筑物整体的责任,以及对建筑物整体、建筑物地基以及附属设施按份享有的权利,以及按份承担的义务。(2)建立所有权人权利行使的机构。公寓化住宅的所有权人,对建筑物整体的权利不可能单一地行使,而只能由整体权利人行使。因此应该建立全体住户的权利行使机构。这一机构不是政府机构如居民委员会等,也不是服务性机构如物业管理者等。这一结构应该是全体所有权人的代表,对建筑物整体的权利的行使承担责任。对这一结构,可以按照民法总则中关于非法人团体的规定,建立住宅人大会或者管理委员会的体制,现实中的物业管理,可以与这种体制良好地衔接起来。(3)至于住户对其专有部分的权利即特别所有权,在法律上与一般单一所有权的特征,除明确限制权利人对标的物为事实上的处分之外,并没有其他规则,因此可以规定,由权利人参照一般所有权的规则享有这一权利。

九、农业用地的物权问题

农业,包括牧业、渔业等在我国具有基础产业的地位,农业用地的法律制度即农用地物权制度应该为这种基础产业的发展提供切实的保障。在我国,以农业承包方式建立的农村经济体制改革取得了举世闻名的成就,但是民法通则只是用一个条文十分简单地规定了农业承包经营权,没有对这种权利的具体制度如权利的取得丧失的法律规则加以规定。1998年修订的土地管理法在规定了土地承包经营权的同时,又规定了农业用地使用权。但是对这两种的具体的内容、区别以及他们的取得丧失的基本条件等制度,该法还是没有规定。因此,我国法律中的农业用地的物权制度还是不明朗的,弥补这一法律缺陷当然是物权法的任务。

1. 鉴于“土地承包经营权”这一概念在我国使用多年,在这一概念已经被立法机关和实践部门接受,而且在这一概念的基础上已经建立起了一些行之有效的制度,所以物权法不应该废弃这一概念而另创名词替代之。虽然该权利中的“承包”一词来源于合同,但是不能因此就认为该权利具有债权性质,因为此处的承包,是创设物权的行为,或者说是物权变动中的原因行为。在传统民法中,地上权、地役权、抵押权等权利的创设同样需要订立合同,但是通过合同创设的权利,仍然是物权而不是债权。土地承包合同与土地承包经营权的关系,也是这样。土地管理法创设“农业用地使用权”之后,并没有相应的法律解释说明其意义,实践中也没有使用这一概念。因此,应该将这一概念包括的意思,归并至土地承包经营权。

2. 由于土地承包经营权也是一种有期限的物权,故在期限届满时这一物权仍然有延期的条件和基本程序的问题。为稳定农业经济秩序,鼓励农业经营者建立长期经营规划,应该建立“到期自动顺延”的制度,即在承包期限届满时,如承包人自己愿意,而且承包人没有违背法律明确禁止的行为时,承包人可以自动获得另一个顺延的期限。

3. 草原、滩涂、荒山、荒地、水面包括海洋洋面等养殖、垦殖、使用的承包经营权,也可以归并为土地承包经营权,法律上可以不创设新的概念。因为,这些自然资源的承包经营,在经济

意义上属于大农业的范畴,仍然属于传统意义上的农业经营。另外,这些自然资源承包经营权的设定与行使,与一般的土地承包经营权没有实质区别。

十、抵押权制度的完善

抵押权、质押权等担保物权是市场经济的法律安全阀,对交易安全与经济秩序稳定发挥重要作用。对这些权利,我国担保法已经有所规定。虽然我国担保法的制定有许多成功的经验,但是,该法是为解决 20 世纪 90 年代中国发生严重的“三角债”问题而制定的,^[31]其本身具有一时的功利目的,欠缺长久的考虑,不但法理上的不完善有目共睹,而且没有采纳国际上担保物权制度最新发展的成果。鉴于担保法缺陷突出,物权法当然应该予以更替。

我国担保物权制度的重点是抵押权制度。现行担保法关于抵押权的制度,不合法理与国民普遍做法者颇多,最值得重新思考。其中如下问题尤为显著:

1. 抵押权担保的债权数额,与抵押物价值的关系问题。现行担保法第 35 条规定,抵押权担保的债权,数额不得超过抵押物的价值;设定第一顺位抵押权后,其他抵押权担保的债权只能是优先顺位抵押权担保债权的余额。这一规定的目的是确保抵押权的实现。但是这一规定否定了不能完全清偿或者不能完全实现的抵押权设定的合理性与合法性,依物权法的法理,这一做法应该废弃。因为:(1)抵押权只是担保物权,而不是债的清偿的必要手段,而且抵押权物(尤其是不动产)的价值总是变化的,故超过抵押权担保数额的债权部分、以及后续顺位的抵押权所担保超额部分,在理论上和实践中均有实现的可能。(2)在建立不动产登记制度后,任何抵押权人都可以从不动产登记簿上清楚地了解有些顺位的抵押权实现的状况,因此是否应该设定后续顺位的抵押权,应该由当事人根据意思自治的原则自己决定。(3)抵押物在抵押权设定后也有自然价值下降的可能,但是抵押权不因此而废止。故在国际上,一般认可抵押权担保的债权的数额可以超过抵押物的价值。

2. 抵押权实现时,土地物权与地上建筑物的物权的处理问题。担保法第 36 条规定,在抵押权实现时,无论抵押权设定在土地物权之上或者设定在建筑物的物权之上,抵押权均可以同时土地物权和建筑物物权纳入处分范围。这一做法,是罗马法早期时代的做法,为民法规则早已废弃。物权法对土地物权与建筑物物权的关系,应该采纳“二元主义原则”,承认土地物权与建筑物物权各自独立进入交易机制。^[32]

3. 抵押登记,是抵押法律关系的登记,而不是担保法第三章第二节项下规定的抵押物登记。抵押登记,必须对抵押法律关系的当事人、抵押担保的债权、以及抵押物等各种事项的登记。

4. 抵押登记,是抵押权设定的条件,而不是抵押合同的生效条件。^[33]因此,担保法第 41 条的规定应该修正。

5. 抵押登记,为物权变动的公示手段,在法律上必须实现登记机关的统一。^[34]担保法第 42 条规定的多部门登记应该废止。

[31] 中国物权法研究课题组:《中国物权法草案建议稿》,社会科学文献出版社 2000 年版,第 1 页。

[32] 本部分的论理,见上文第七部分关于土地物权与建筑物物权关系的讨论。

[33] 见拙作《论物权变动的原因与结果的区分原则》,《法学研究》1999 年第 5 期。

[34] 前引 [22]。

6. 设定抵押权后,抵押人转让抵押物的行为,可以不通知抵押权人,因为抵押权的设定已经纳入登记,而后来的转让也不得违背这一登记。因此,担保法第 49 条的规定应该废止。

另外,国际上普遍建立的共同抵押、财团抵押等制度,在我国物权法中也应该予以确立。对此已有学者论述,笔者深以为然。^[35]

上述问题虽然不尽全面,但是从其中已经可以清楚地看出,物权法关于物权种类及其内容确定所要解决的问题,正是我国建立市场经济体制应该解决的核心问题,所以是应该首要解决的问题。如果这些问题没有得到妥善解决,可以说市场经济法律制度中最重要的部分就没有建立。上述物权的问题在没有解决之前,我国市场经济向更深层次、更高层次发展是不可能的。

Abstract :According to the principle of numerous clausus,the definition of classification and the content about ius in rem (sachenrecht) is the first important job for legislation of ius in rem (sachenrecht). Due to the specific social system and state situation in our country,it 's sure that many difficult problems will be met when the classification and content of ius in rem (sachenrecht) are defined in ius in rem (sachenrecht) law. There are some problems from it solved ,some still left. Some unresolved problems are mentioned in this article ,which covers such important types of ius in rem (sachenrecht) as state ownership ,collective ownership ,enterprise ownership ,private ownership ,real estate ownership and various using rights ,ius in rem (sachenrecht) for guarantee. A brief discussion about them is given in this article.

[35] 中国物权法研究课题组:《中国物权法草案建议稿》,社会科学文献出版社 2000 年版,第 681 页以下。