

## 不可求解的一道方程式

### ——旁觀物權法草案之失

◎ 陳玉峰 許少華

對於目前即將要討論審議的物權法草案，總的感覺是內容落後陳舊，語言囉嗦蕪雜，立法技巧不成熟，完全是幾部草案在內容上的東拼西湊。當然，這不能埋怨法律案的起草者。這是中國目前的社會政治生態環境使然。看了很多學者和官員的發言，多數是「歌德派」之類的「吹鼓手」，還有一部分學者則專注於文字與體系的完善，滿足於「尋章摘句」，但是對於整部物權法的精神卻棄置不顧！所以其效果未免「南轅北轍」。

本文將從幾個方面來淺述即將討論審議並且志在通過的物權法草案存在的缺陷，為興致昂揚的人們潑潑冷水。

#### 一 物權法草案的制定背景

據民法典草案的起草者梁彗星介紹，「在98年3月，成立了民法起草工作小組，制定民法典分三步走。第一步，是要完成統一合同法，目的是實現交易規則的統一，和交易規則的完善和現代化。當時定的是1999年完成。第二步，是完善財產關係的基本規則，通過制定物權法來實現，當時預計要5-6年實現。第三步，就是完成民法典的編纂。當時的目標是2010年之前完成。但是隨著中國加入世貿組織，中國的立法機關提出加快民法典編纂進程的要求。李鵬委員長直接提出要求，要在今年（2002年）就完成民法典的草案。」這就是民法典草案的制定背景情況。民法典制定的啟動，正如徐國棟教授指出的那樣，是前人大常委會的委員長要趕在退休之前，想效法拿破崙，制定一部名垂青史的法典。因此草案也被徐教授稱之為「退休法典」。

拿破崙的確正像他自信的那樣，後世人們記住他不是因為他在戰場上的戰無不勝，因為一次滑鐵盧就足以抵消他無數的勝利，人們記住他是因為他主持制定的民法典。當時的情形是，參政院圍繞民法草案，共召開過102次討論會，拿破崙親任會議主席並參加討論的就有97次，可見他對法典的重視。

熟悉法律史的人都應該知道，當1804年《法國民法典》通過之時，德國人也是躍躍欲試，急不可耐。1814年，海德堡大學的法學教授、古典自然法學的代表蒂鮑發表了名為《論統一的民法典對德國的統一的必要性》文章；呼籲制定一部拿破崙式的法典，以實現德國的統一。呼籲一發出，立即遭到薩維尼的強烈反對。他寫了《論當代立法和法理學方面的使命》一文進行駁斥，使《德國民法典》的頒佈推遲了近100年！這遲來的法典，卻在世界上影響深遠，其體系之科學，術語之精確，讓後人歎為觀止。

兩廂對比，就可以看出我們的心態——急功近利、浮躁——甚囂塵上。我們是以一種起碼的理性、嚴謹的科學態度在立法嗎？無論是官方還是學者個人，都是各懷私利，根本就已經坐不住冷板凳了——「出名要趁早」（張愛玲語）

## 二 物權法草案的立法環境的制約

首先不說我們在民法理論研究上的準備不充分，也不說像民國時期那樣的在全國大規模的進行民事習俗的調查也懶得做——現在完全是閉門造車。最主要的是物權法的起草「生不逢時」，因為我們目前最缺乏開放、多元、自由的政治大環境！而這樣的環境的缺乏，必然要產出一個不倫不類的「畸形兒」！

在民法典的編纂體系中，唯有物權法是最牽動立法者神經的一篇，其原因正如劉軍寧先生指出的那樣：「財產權是一切政治權利的先導，是憲政民主的基石。」財產權與憲政的關係在中國的情形中特別突出。財產制度涉及到一整套的政治和法律制度，並不僅僅是「我擁有這個」，「你擁有那個」的標籤。私有財產權的確立是人類創造物質財富的第一推動力。對私有財產的保護可以釋放公眾創造財富的智慧與熱情，進而推動社會的文明進步——包括政治制度的文明進步。同樣，私有財產權的存在客觀上限制了政府權力的恣意，是抵制政府權力的專橫與擴張的堅固屏障。財產權開闢了私人自治的領域，界定了政府公權力的範圍。這就是物權法的憲政意義。

物權法是調整私人對自己或者他人的財產進行佔有、利用、收益、處分的法律。物權法對物進行了分類，即動產和不動產。其中不動產，尤其是土地，涉及到廣大9億農民的利益——生存、尊嚴、安全、自由等等權利。從中國財產權制度變遷的歷史現實來看，中國的法律傳統中缺乏明確界定的、神聖不可侵犯的所有權觀念。私有土地的買賣雖早就得到國家的認可，但物主並無完全的自由；土地的轉讓一方面受到共同體內部人際關係的限制，另一方面受到國家抑制兼併的均地政策的限制。因此，中國的土地所有權一直不是絕對的，其合法性根據僅在於有據可查的契約文書以及可供尋根問底的契約之鏈。在界定土地所屬時，物主唯一能做的就是證明自己佔有的土地來歷正當，是從契約對方手中合法獲得的，而對方又是從另一佔有者手中合法獲得的，如此層層剝削地直到國家承認的起點或法律時效的終點。此特徵使得中國的土地所有制度主要不是表現為經過登記、獲得排他性的物權形態，而是表現為由一系列契約文書所構成的債權形態；所有權的內部結構也具有彈性，呈現出不同層次的多種權利、權能不斷分離組合的動態。近年來，「農村、農業、農民」三農問題持續成為政府和社會關注的焦點。這所謂的三農問題，我們認為僅僅是表像而已！三農問題的實質是一個圍繞土地權利的博弈而展開的問題！而三農問題的形成，又是與農民在國家政治生活中的地位邊緣化有關。我們只要對人大代表的構成進行觀察，就可以得出這樣的結論。先以第九屆全國人大代表的組成為例：工人佔10.84 %；農民佔8.06 %；幹部佔33.17 %；知識份子佔21.08 %；歸僑佔1.24 %；港澳佔1.3 %；解放軍佔9 %；民主黨派和無黨派愛國人士佔15.44 %；再看湖南省第十屆全國人大代表的組成：國家官員（幹部）有62人，佔54.2 %；企業家32人，佔27.1 %；知識份子13人，佔11.0 %；村「幹部」3人，佔2.5 %；民主黨派2人，佔1.7 %；宗教界2人，佔1.7 %；體育界1人，佔0.8 %；福利院1人，0.8 %<sup>1</sup>）。從以上資料就可以看出，全國人大代表實際上是官商代表。農民代表的比例偏小，這樣他們的利益與訴求根本就無法正式表達出來，他們對土地的權利要求根本沒有多少發言權，其利益被漠視和被限制也是自在情理之中。

我們現在的社會面臨的環境是一種集權化的體制。這是我國各種病態政治現象的總根源。一方面，對於農民的土地權利以及土地的市場化問題，由於受當前的意識形態和政治環境的影響，不可能突破現行憲法對於這個比較敏感的問題的規定，所以，草案的起草者只能是在「戴著鐐銬跳舞」。其效果怎麼樣，不說也明白。再則，由於城鄉二元體制的存在，農民作為社會弱勢群體，導致了其缺乏一個正常的利益表達機制。此機制的缺乏，必然導致農民在事實上成為立法者話語下的客體。由此他們在教育、就業、醫療、衛生、文化、社保等各個方面所受到的待遇產生了嚴重的問題。將來的發展可以預期，那廢除此種管理體制是必然的，城裏人和鄉下人將不再具有身份的色彩。隨著城鄉二元體制的廢棄，建立在此體制基礎之上的經濟制度必將廢除，將不會再有農村集體經濟組織的概念，也不會再有所謂的集體所有權。相應地，以農村集體經濟組織成員身份（即農民身份）為前提的土地承包經營權也會喪失存在的基礎。現行的農村集體所有權是一種帶有原始氏族社會性質的土地制度，雖在特定的條件下促進了生產力的發展，但必將會嚴重阻礙生產力的發展，在條件具備的時候必須改革。現行的土地承包經營權只是改革過程中的過渡性措施，遠非改革的終點。將來的改革可分兩階段完成。第一階段屬於明確產權階段，有兩條路可走：一是農村土地國有化，農民有永久使用權；二是直接私有化。不管走哪條路，農民對土地的產權都將得以明確。第二階段屬於土地集中利用階段，可以實行適度規模的土地集中，集中的方法可以多樣化，既可以通過股權化的方式，也可以實行土地使用權（土地國有化的情況下）或所有權（私有化的情況下）購買的方式。現階段，我國農村土地改革剛處於發軔之機，有些地方，如廣東省，正嘗試進行股份化改革。在此背景下，以物權法的方式來固定農村的集體經濟所有權和土地承包經營權不僅有新瓶裝舊酒之嫌，而且也會阻礙改革的繼續進行<sup>2</sup>。這就是我國當前不具備制定物權法的條件原因之二。

### 三 物權法草案的理論準備的不足

物權法是私法。是一部關於調整私人之間的因物的歸屬和利用而產生的財產關係的基本法。對私有制的確認是它的邏輯起點。這是制訂物權法的基本認識。如果偏離了這點，則物權法就不會是私法體系中的基本法與核心。

另外，必須明白的是，物的歸屬與利用主體一定是能夠明確界定的，即，特定化，而不能夠是含混與模糊的。因為，物權說到底，它必須昭示的一個基本事實是——「誰」在佔有與利用這個「物」。

下面的分析將遵循這個認識而展開。

#### 1. 國家、集體和私人所有權？

在草案中，出現這樣的所有權主體的排列形式，據說是本草案的「中國特色」。有學者說西方資本主義國家的物權法只保護私人財產，而我們卻保護國家、集體和私人的財產，體現了平等保護的憲法原則。這是我們的優越性。說這話的人完全不懂私法的本質與精神是甚麼。在這裏我們不想討論那些玄學上的東西。我們只問一個最簡單，但是最有效的問題：國家所有權的主體是誰？是國務院嗎？是地方政府嗎？如果是的話，那麼，它們是如何行使對物的管領與支配的？如果是通過投資來進行的話——比如是通過設立公司——那麼，這時投資的財產的歸屬還是屬於國家的嗎？答案是否定的。公司法的基本原理告訴我們，投資後的財產

歸屬於公司，公司擁有法人財產權。但是我們來看看草案第58條的規定：

[五十八條] 國家投資設立的企業，由中央人民政府和地方人民政府依照法律、行政法規規定分別代表國家履行出資人職責，享有所有者權益。

很顯然，國家投資設立的企業，是由中央人民政府和地方人民政府享有所有者權益的。但是，從國家設立的目的進行倫理意義上的追問：國家應該擁有自己的私產——或者說小金庫嗎？能夠與民角逐經濟利益嗎？

集體所有權的主體又是誰？草案第60條和61條分別作了這樣的規定：

[第六十條] 城鎮集體所有的不動產和動產，屬於勞動群眾集體所有。

[第六十一條] 農民集體所有的不動產和動產，屬於本集體的成員集體所有。

很顯然，城鎮集體所有的物權，屬於勞動群眾集體所有。農民集體所有的物權，屬於本集體的成員所有。

而第62條則進一步規定了「屬於農民集體所有的，由村集體經濟組織或者村民委員會代表集體行使所有權；屬於鄉（鎮）農民集體所有的，由鄉（鎮）集體經濟組織代表集體行使所有權。」

[第六十二條] 集體所有的土地和森林、山嶺、草原、荒地、灘塗，依照下列規定行使所有權：（一）屬於村農民集體所有的，由村集體經濟組織或者村民委員會代表集體行使所有權；（二）分別屬於村內兩個以上農民集體所有的，由村內各集體經濟組織或者村民小組代表集體行使所有權；（三）屬於鄉（鎮）農民集體所有的，由鄉（鎮）集體經濟組織代表集體行使所有權。

看到這裏，我們不免糊塗起來：

（1）、「村集體經濟組織」是個甚麼組織？其組織結構如何？意思如何形成？代表人是誰？與村委會有何區別？在現實中有沒有？

（2）、「村內各集體經濟組織」又是個甚麼組織？其組織結構如何？意思如何形成？代表人是誰？在現實中有沒有？

（3）、「村民小組」本身就是一個集體，它又怎麼代表村民小組集體行使所有權呢？

（4）、「鄉（鎮）集體經濟組織」是個甚麼組織？如何組建的？其組織結構如何？意思如何形成？代表人是誰？與鄉政府有何區別？在現實中存不存在？

只要本著實事求是的精神進行上述追問，我們會發現，所有這些問題都是物權法草案沒有解決的。其實這些條文憲法早就規定了，而正是因為憲法規定的模糊性，導致了實際生活中農村集體的主體缺位，導致村委會、地方政府濫用權利損害農民利益。我們的物權法如果不能解決農村土地所有權主體在事實上缺位的問題，那麼它制定的價值何在？意義何在？

## 2. 農村土地的市場化問題

草案將建設用地使用權嚴格限制在國家所有的土地。目前在我們的生活中，農民的土地往往

先是由國家以低價出面徵收後，然後再以市場價進入建設市場，給農民的利益造成重大損失，這是利益分配不公的重要根源，是政府官員貪污腐化的良機，是許多解決農村土地所有權主體在事實上缺位的問題，地方政府與農民關係緊張的導火索。現在媒體上到處是充斥著農民因為土地被低價徵收後集體上訪的舊聞！因此，可以說我們國家到了該考慮的時候了，對農民利益的限制要到甚麼時候為止？農民要為城市的建設付出多大的代價？當然，允許農村土地直接進入建設市場，並不意味著國家對農村土地放手不管，國家要搞好宏觀調控，要制定土地利用的總體規劃，耕地還是要嚴格保護。

### 3. 公共利益的「陷阱」

草案第49條規定，為了公共利益的需要，縣級以上人民政府依照法律規定的許可權和程式，可以徵收、徵用單位、個人的不動產或者動產，但應當按照國家規定給予補償；沒有國家規定的，應當給予合理補償。

現在值得討論的是：甚麼是公共利益？如何界定其範圍？甚麼是合理補償？我們公共利益是與商業利益相對的概念，而國家利益是與私人利益相對而言的，國家利益跟私人的利益，這是一個矛盾。私人利益不能侵犯國家利益。但是，國家行為也不一定都是為了社會公共利益，只有社會公共利益需要的時候，才能徵收、徵用私人的財產，這一點是明確的，它是區分商業目的和社會公共利益為目的。但是很遺憾，我們國家由於建設發展需要徵用農民的土地，或者由於城市發展需要進行拆遷，往往都籠統地說是社會公共利益，其實全然不是這樣。我們現在最大的問題是把一切國家社會經濟的發展都稱為社會公共利益。只要看看失地農民集體上訪的原因，其土地的失掉，絕大多數都是在這些似是而非的帽子下被徵收的。如果我們現在不能對公共利益的範圍進行界定，那麼它就必然會成為農民土地被徵收的一個危險「陷阱」。從正面去界定「公共利益」的範圍可能麻煩點，但是我們可以考慮從反面去界定，即凡是屬於商業利益的，一定不是屬於「公共利益」。這是個立法技巧問題。

對於合理補償的範圍，目前一般是以《土地管理法》規定的補償費為標準，具體包括土地補償費，安置補償費，新菜地開發基金，被徵收土地上的附著物和青苗補助費。但是這些補償費已經遠遠不能和那些被徵收的土地的市場價值相比。這也是那些失地農民要集體上訪的主要原因。

我們認為，合理的補償就是按照市場價格來補償。為了切實保護私人財產權益，還應該規定：補償費必須在土地被徵收之前到位。

### 4. 物權法的法律性質

表面看起來，這不是個問題——至少在起草者的書本上或者腦子裏不是問題——但是看看我們的物權法草案，只要涉及到法律責任時，卻到處充斥著行政法上或者刑事法上的責任條款，以至於我們還以為翻錯了法律文本。因此，我們建議刪除「不動產登記」一節中的登記管理制度，刪除相關章節中關於行政責任、刑事責任的宣示性規定。我們認為，物權法屬於民事法律，調整的民事關係乃平等主體之間的財產關係，屬於私法範疇。而不動產登記管理，目前在我國仍然屬於國家的行政管理活動，由行政管理法律、法規規範調整。因此，平等主體之間的財產關係和國家的行政管理活動形成的行政管理關係，屬於不同的性質，應當由不同的部門法調整。否則，會出現所謂的公私法性質不分的立法現象。儘管目前出現了所

謂的私法公法化、或者公法私法化現象，但是它們一般也僅出現在某些公私法律性質難以分清的社会活動領域，例如競爭關係，勞動法律關係等。從物的歸屬和利用所產生的關係看，其平等主體之間的關係的性質還是十分明確的。另外，為了保持物權法單純的民事法律性質，有關章節中關於行政責任、刑事責任的宣示性規定（例如第 24 條、第 43 條第 2 款、第 68 條第 3 款、第 71 條、第 72 條、第 86 條第 2 款）也應當予以刪除。我們認為，追究這些責任的法律規範的依據不是物權法而是憲法，在物權法中刪除這些宣示性規定不會影響依據相關法律、行政法規規定追究相關當事人的相關責任。

## 5. 抵押權的轉讓效力

物權法草案對於抵押權轉讓的效力規定是明顯錯誤的。不但不符合擔保法的基本原理，也與草案規定的第210條「不得對抗善意第三人」的內容不符。

[第二百一十四條] 抵押期間，抵押人經抵押權人同意轉讓抵押財產的，應當將轉讓所得的價款向抵押權人提前清償債權或者提存。轉讓的價款超過債權數額的部分歸抵押人所有，不足部分由債務人清償。抵押期間，抵押人未經抵押權人同意轉讓抵押財產的行為無效。

登記的抵押因具有公示公信力，即使抵押物的所有權流轉，其具有的追及力使得抵押權不受影響，因此，沒有必要規定上述轉讓行為無效。另外，抵押人即使已經將物設定了抵押，但是，抵押人仍然是物的所有人，因此，他依然可以自由的轉讓該物。所以上述轉讓行為仍然有效，轉讓人與受讓人的關係依照合同法中的權利瑕疵擔保、違約責任等規定處理（這是由合同自由與債的相對性原理決定的），但登記的擔保物權可以對抗任何人，包括受讓人。此外，受讓人可以通過代替清償債務來消滅抵押權，所以應增加一款，即「滌除權」方面的規定。

## 6. 共有不明時的推定

在司法實踐中，當共有關係的存在已經得到證明時，共有人之間就某項財產究竟屬於共有還是個人所有發生爭執，該財產的權屬得不到證明時，一般是推定為共有財產，對共有財產的爭執，還可能表現為該財產究竟是共同共有還是按份共有。按照《民通意見》第88條的規定，對共有關係的性質認定，各共有人意見不一且無法查明的，推定為共同共有。在物權法草案第108條中，立法者卻無視《民通意見》第88條之規定，對共有關係不明時，作了與之完全相反的推定。

[第一百零八條] 共有人對共有的不動產或者動產沒有約定為按份共有或者共同共有，或者約定不明確的，除共有人具有家庭關係等以外，視為按份共有。

此條這樣規定，在邏輯上是矛盾的：既然是共有關係處於不明狀態，此時推定為按份共有，但是問題就出在「按份」這裏了——按多少份？誰該多誰該少？這本身就是不明的。物權法定紛止爭的功能在此時就完全消失了。比較一下台灣民法典第817條第2款就可以看出草案規定的不妥之處，「各共有人之應有部分不明者，推定其為均等」。台灣民法典所說的「均等」之意就比草案規定的「按份共有」的意思要明確。「均等」其實就是共同共有之意。

閱讀草案，有個比較突出的印象，就是物權法草案的用語使用相當累贅、混亂及不規範。關

於這點，徐國棟教授有專文《物權法草案文字輪理》進行了歸納，並且認為「原因在於起草者在這方面的能力不夠」。

最後，我們要討論的是，如果這部草案能夠通過的話，其負面影響在那裡？作為一部基本法，民事法律的核心部分，一旦在盲目的激情下獲得通過，則在將來要修改就會困難重重！廢止更是渺茫！因為「如果經常修改法律，那麼人們在特定時間將很難發現法律的規定是甚麼，人們將陷入修改法律的憂慮之中，因為他們所瞭解的法律已成為過去」。人們對於法律的信心也必將大打折扣。

從整體上說，這不是一部精心編纂的「法典」，而是一部七拼八湊的「法律彙編」！在內容上，我們可以看到多麼熟悉的身影：這裏是憲法的影子、那裏是土地管理法的影子；這裏是農村經營承包法的內容，那裏是擔保法的內容。所以說它是一部法律彙編絕不是妄言。

這難道是我們苦苦追尋的市民社會裏人民安身立命的法典嗎？

主要參考資料：

- (1) 北京大學「中國民法百年：回顧與前瞻」研討會上樑彗星先生的發言
- (2) 劉軍寧著：《風能進，雨能進，國王不能進——政治理論視野中的財產權與文明》，載《公共論叢·自由與社群》，三聯書店1998版，第141頁
- (3) 劉軍寧著：《財產權：憲政的基石》
- (4) 季衛東著：《中國憲法改革的途徑與財產權問題》，載《憲政新論》，北京大學出版社2005年版。
- (5) <http://www.zj01.com.cn/05iptv1m/system/2007/01/28/008136684.shtml>
- (6) <http://bbs.phoenixtv.com/fhbbs/archiver/?tid-2109911.html>
- (7) 李應利著：《物權法草案的總體評價及80條具體修改建議》，見 <http://forum.lnnu.edu.cn/showpost.php?p=1367005>
- (8) 參見台灣民法典第867條：不動產所有人設定抵押權後，得將不動產讓與他人。但其抵押權不因此而受影響。
- (9) [英]約瑟夫·拉茲：《法律的權威：法律與道德論文集》，朱峰譯，法律出版社2005年版。

## 註釋

- 1 <http://bbs.phoenixtv.com/fhbbs/archiver/?tid-2109911.html>
- 2 李應利著：《物權法草案的總體評價及80條具體修改建議》，見 <http://forum.lnnu.edu.cn/showpost.php?p=1367005>

陳玉峰 法律碩士，湖北法鳴律師事務所。

許少華 法律碩士，湖北法鳴律師事務所。

© 香港中文大學

本文於《二十一世紀》網絡版第六十期（2007年3月31日）首發，如欲轉載、翻譯或收輯本文文字或圖片，必須聯絡作者獲得許可。