

关于《物权法（草案）》总则部分的修改意见 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E5_85_B3_E4_BA_8E_E3_80_8A_E7_c122_479892.htm 规范法条语义 理顺冲突关系--关于《物权法（草案）》总则部分的修改意见 被称为“公民权利保障书”的《物权法》，从研究到起草，再到全国人大常委会3次会审，直至这次将草案向全社会公布征求意见，其立法进程已为全国上下所广为关注。身处其中，我们已切实感到该法对于保障公民财产权益、定纷止争、物尽其用、以及其对于防止公权力的扩张与滥用，建构中国特色社会主义法律体系的支架作用的极端重要性。笔者在认真研究了《物权法（草案）》（以下简称“草案”）文本后，尤为感到作为该草案总则部分所涉及到的物权归属与内容，物权效力与法律冲突等的规定不尽人意，且缺乏统一而有序的法律适用规则体系。现就此略书己见，仅供参考。

一、法律术语方面（一）法律术语使用不规范

1、草案第五条规定：“物权的取得和行使，应当遵守法律，尊重社会公德，不得损害公共利益和他人合法权益。”这里的“公共利益”与“社会公共利益”并非同义语，它除了“社会公共利益”外，至少还包括“国家（公共）利益”和“单位（团体）公共利益”。而我国其他法律习惯使用的又都是“社会公共利益”而非“公共利益”，且法理学一致认可的“公序良俗原则”（公益原则），指的就是“社会公共利益”，《物权法》也不应有所例外。

2、草案第十一条规定：“当事人申请登记，应当提供权属证书，……等材料”。依草案第二条、第九条等条款规定，这里的“当事人”指的就是物权法规定的

“权利人”，它既不同于诉讼程序中的“当事人”，更不同于草案第十五条和第二十一条规定的“当事人”；且在草案这三条规定中的“当事人”概念并不同一，显属“偷换概念”。不仅如此，依我国房地产权属登记规范，在房地产权属的初始登记程序中，“权利人”只能提供有关物权的“权源证书”，而无法提供“权属证书”，对后者权利人只能通过登记机构初始登记程序予以确认登记才能取得。换言之，该“权属证书”只是物权初始登记的结果，而并不能成为物权初始登记的前提。而且，有关物权的后续登记程序所需的“权属证书”作为前一登记程序的结果，正是该后续登记程序的“权源”。

3、草案第三十一条规定：“动产物权转让时，出让人应当将该动产交付给受让人。”该条规定可能是照抄1804年《法国民法典》的说法。《法国民法典》对于物权的转让关系同时使用了“转让”与“出让”两个概念并列的提法，且未对其予以区别。例如《法国民法典》第一六九〇条规定：“受让人，仅依对债务人所为关于转让的通知，始对于第三人发生权利占有的效力。”、“受让人亦得依记载于公证书中的债务人对于出让的承诺，发生权利占有的效力。”而我国法律则对其予以严格区分，法律赋予“转让”与“出让”这两个概念完全不同的涵义。《宪法》第十条第四款规定：“土地的使用权可以依照法律的规定转让”；《土地管理法》及国务院相关行政法规规定，国有土地使用权可以依法出让与划拨《合同法》及《民法通则》的相关规定，则对于国有土地使用权之外的其他财产权的转让，并不称作“出让”。可见，在我国，虽然财产转让包括“国有土地使用权”及其他财产权的转让，但是，“出让”的财产

权益仅指“国有土地使用权”，而非其他财产权益。因此，草案第三十一条规定混淆了我国既有法律规范中有关财产“转让”与“出让”的基本内涵，且不符合我国法律规范的既有习惯，应予修正。（二）修改意见：1、将该草案第五条规定中的“公共利益”修改为“社会公共利益”。2、将草案第十一条的“当事人”改为“权利人”，并将草案第十五条和第二十一条中的“当事人”改为“平等主体”；3、将草案第十一条中的“权属证书”改为“权源证书”。4、将草案第三十一条中的“出让”改为“转让”，从而更符合我国制定和适用法律规范的基本习惯。

二、法律适用方面（一）法律适用规则不统一 草案第九条规定：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，应当登记；未经登记，不发生物权效力，但法律另有规定的除外。”该条表明，我国物权归属制度实行的是“登记主义”，而非“当事人主义”。这里所谓的“法律另有规定”，从法理上讲，应当仅指法律规定中“特别例外之情形”，例如草案总则部分“第二章第三节”中的“其他规定”即是。该节对于行政与司法强制、继承以及住宅拆、改、建等行为引起的物权设立、变更、转让与消灭，作为“登记主义”制度之外的“特别情形”予以例外规定。这些“特别规定”均未损害物权归属制度总体上的“登记主义”规则。但是草案第十五条和第二十七条规定则是相反。

1、第十五条规定采用的是典型的“当事人主义”原则。该条规定，有关物权的设立、变更、转让与消灭，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。该条主张的当事人“契约自由”与草案第九条的物权“登记主义”明显相悖，且与《合同法》第四十四条规定相抵触。《合同

法》第四十四条明文规定：“依法成立的合同，自成立时生效”，“法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定”。例如房地产的设立、变更、转让与抵押等物权，《合同法》及其他有关法律法规采用的都“登记主义”，而并非象草案第十五条规定的那样采用“当事人主义”。不仅如此，结合草案第十五条内容与第九条“法律另有规定的除外”之规定，我们对于物权归属与使用的法律适用，究竟是适用草案第九条及《合同法》第四十四条规定的“登记主义”，还是适用草案第十五条的“当事人主义”去判定其是否合法有效呢？

2、草案第二十七条规定：“动产所有权的转让和动产质权的设立等，除法律另有规定外，自交付时发生法律效力”。这就是说我国在动产物权上实行的原则是“先占主义”。该条规定再次冲击了草案第九条业已确立的物权登记制度。草案第二十六条规定：“依照本法和其他法律的规定，对动产物权、权利质权进行登记的，参照不动产登记的有关规定办理。”草案第十条第二款规定：“国家对不动产实行统一登记制度。统一登记的范围、登记机构和登记办法，由法律、行政法规规定。”这就意味着，国家根据《物权法》而出台的具体法律、行政法规，对于有关动产物权登记范围的规定，不可能继续象草案那样“参照”了，它必须作出明确的选择：要么实行“登记主义”要么实行“当事人主义”，要么实行“先占主义”。而有关法律、行政法规的这一选择，其结果不是背离了草案第五条的“登记主义”，就是背离了草案第十五条的“当事人主义”，或者草案第二十七条的“先占主义”，同样是“三者必居其一”。草案在这三个条款中建立的三种互不相容又彼此并存的

物权归属与使用制度，并都声明“法律另有规定的除外”，不仅是“画蛇添足”，而且是“自我否定”，教我们在社会实际生活中实在无所适从。3、草案第二十九条似乎为了查缺补漏，进一步明晰草案有关物权归属与使用制度的逻辑合理性和可操作性，而作出这样的规定：“动产物权设立、转让前，权利人已经占有该动产的，物权自法律行为生效时发生效力”。这里的“法律行为”指的什么？无论联系上下文，还是结合草案有关物权归属与使用的制度，我们都无法明白的是：这里的“法律行为”指的是物权归属上的“登记”行为，还是“当事人约定”的行为，抑或是权利人的“先占行为”（当然这里仅指“有权占有”，笔者注）？（二）修改意见：1、对于草案第十五条的修正：《法国民法典》在解决这类法律冲突规则上的成熟做法，可谓是“他山之石”。《法国民法典》第六条规定：“个人不得以特别约定违反有关公共秩序和善良风俗的法律。”该法典第一一三四条进一步规定：“依法成立的契约，在缔结的当事人之间有相当于法律的效力”，“前项契约，仅得依当事人相互的同意或法律规定的原因取消之”，“前项契约应以善意履行之。”《法国民法典》的这种规定就意味着：当事人有关物权的约定，依法在当事人之间产生法律效力，但并不形成对国家物权“登记主义”制度的抗辩。草案直接借鉴《法国民法典》的这一立法精神，事实上就解决了我国物权归属与使用制度中有关“登记主义”与“当事人主义”的相互关系及冲突规则问题。2、对于草案第二十九条的修改，应考虑并充分维护草案第九条中业已确立的物权登记制度的严肃性和统一性，并充分注意个体差异性。这就要考察我国物权归属与使用

制度上究竟采用“登记主义”，还是“先占主义”了。换言之，我国的物权法，是确立法律明文规定的“登记主义”物权范围，还是法律明文规定的“先占主义”物权范围之制度？笔者建议选择前者，规定“物权登记生效的范围由法律、行政法规规定”，并规定“法律、行政法规未明文规定应当进行登记生效的物权，自物权交付时生效或者自平等主体之间的约定成立时生效。”

三、法律冲突方面（一）法律冲突规则相抵触 如上所述，草案第九条、第十五条、第二十七条等规定，在物权归属与使用制度上构成“三足鼎立”局面的同时，都一致规定了“法律另有规定的除外”，即其他法律例如《合同法》、《担保法》、《土地管理法》、《城市房地产管理法》等“另有规定”的，可以不适用《物权法》，而适用“与《物权法》不同规定”的这些部门法律的具体规定。问题是：这些部门法在对物权制度作出具体规定的同时，也犯了同样的错误，或者说“殊途同归”。例如《合同法》第一百二十三条规定：“其他法律对合同另有规定的，依照其规定”（有关物权设立、变更、转让与消灭的合同约定，直接关系到物权设立、变更、转让与消灭的效力。笔者注）；《担保法》第九十五条规定：“海商法等法律对担保有特别规定，依照其规定”（该条规定的“海商法等法律”的外延，因《物权法》的出台，当然也包括《物权法》在内。笔者注）。如此等等，不一而足。

1、这就引发了法律冲突规则上的一个严肃问题：鉴于上述无论是《合同法》、《担保法》还是《土地等资源法》、《房地产管理法》、《电力法》、《电信法》等等，依《物权法》的规定，都应是《物权法》的“子法”，因而都不得与作为“母法”的《物权法

》之规定相抵触，而且作为物权法律体系中的法律制度，无论“母法”还是“子法”，它们都一致规定了“法律另有规定的除外”或者“其他法律对合同另有规定的，依照其规定”之条款，那么，我们在对某一物权（例如担保物权）归属与使用的判定上，究竟是适用“物权法”，还是适用《担保法》等“特别法”呢？对此，我们可肯定地得出结论：没有标准答案！2、问题不仅如此。而且，我们在这个问题上的任何一种选择，都是违法的和错误的。这是因为，我们所做的任何一种选择，实际上不是违反了“特别法优先于普通法”的法律适用原则，就是违反了“新法优先于旧法”的法律适用原则。??这种“二律背反”不是康德先生传承给我们的，而是《物权法》（草案）直接馈赠给我们的。3、在这方面，众所周知的“游戏规则”是：依据我国宪法及法律规定，“保障国家法制的统一实施”这一最大的国家利益必然要求所有的立法规则及法律适用规范，都必须遵从一个首要的前提??“下位法的规定不得与上位法的规定相抵触”，“特别法的规定不得与普通法的规定相抵触”。违背了这一个法律冲突规范，可以说，我们的全部立法规则及法律适用规范都已失去其存在的任何价值。（二）修改意见：在坚持上述修正意见的基础上，并应在“附则”中增加专条规定：“其他法律和行政法规，可以根据本法及《立法法》的规定，对物权的种类和内容、统一物权登记的范围、登记机构及登记办法等作出具体规定，但不得与本法的规定相抵触。”四、法条内容方面法条内容重复应合并1、通观草案总则部分，第三条规定与第八条规定内容同一，应合并，且基于上面的理由应被“附则”中新增专条规定所吸收。2、草案第十四

条与第九条内容相似，且是对第九条“物权登记生效”制度之具体化，第十四条应合并到第九条，作为第九条第二款并修改为：“前款所称‘登记’，以不动产登记机构将物权内容记载于不动产登记簿为准。”以上仅仅是笔者针对草案总则部分修改的几点意见，可能不成熟，企望各级领导及法学前辈们指正。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com