

梁慧星:中国物权法的制定 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E6_A2_81_E6_85_A7_E6_98_9F__c122_486191.htm 一、中国制定物权法的背景（一）制定物权法是改革开放和实行社会主义市场经济体制的必然要求 中华人民共和国成立后，曾几次起草民法典。第一次是1954年开始，至1956年12月完成民法草案，分为总则、所有权、债、继承四编，共525条。此后开展整风、反右运动而致起草工作中断。第二次是1962年开始，至1964年7月完成民法草案试拟稿，仅分三编：总则、财产的所有、财产的流转。因1964年开始的“四清运动”而中断。这两次起草的民法典草案，都未规定物权法编，未采用物权概念。中共中央十一届三中全会，决定实行对外开放政策，发展商品生产和商品交换，民法典起草再次提上日程。自1979年11月至1982年5月，先后起草了民法草案（一至四稿）。至1982年，立法机关考虑到经济体制改革刚刚开始，各种经济关系处在变动中，决定暂停民法典起草，转而采取先分别制定民事单行法，待条件具备时再制定民法典的立法方针。至1985年，已先后颁布经济合同法、涉外经济合同法、继承法、专利法、商标法等单行法。鉴于民事立法中若干基本原则和基本制度不应由单行法分别规定，1986年颁布民法通则。因关于是否采用物权概念发生分歧，致民法通则未采用物权概念，而用“财产所有权和与财产所有权有关的财产权”一语代替。进入90年代，改革开放的方向和目标已经确定，这就是建立和实行社会主义市场经济体制。因废止资金使用的财政拨款制度，改行资金有偿使用的借款合同制度，因而注意到

担保物权制度的作用；因改革国有土地使用的行政划拨制度，实行国有土地出让的有偿使用制度，发生土地所有权与使用权的分离，要求创设新的法律制度和权利类型。自80年代中期开始，发生了严重的三角债问题和金融机构的巨额不良债权问题，原因是担保物权制度的缺位。至90年代初，立法、司法和理论界已就承认物权概念和制定物权法达成共识，并于1993年开始起草担保法，于1995年通过，1996年施行。担保法规定了包括一般抵押权、最高额抵押权、动产质权、权利质权和留置权的担保物权制度，为保障金融机构的债权和回避融资风险提供了有效手段，对于防止三角债和减少金融机构不良债权，发挥了重要作用。同时，担保法的制定和实施，也为采用用益物权制度规范土地使用关系、为物权法的制定铺平了道路。（二）制定物权法是巩固改革开放成果，发展社会主义市场经济的必然要求 市场经济体制下的资金供给采取融资方式，关键问题是融资风险问题。要切实保障，无论在正常的经济环境或者经济环境发生异常变动，金融机构都能够按期收回贷款本金和利息，尽量减少和避免发生不良债权，唯有依赖于完善的担保物权制度。从国外立法看，凡市场经济发达的国家和地区，均有完善的担保物权制度。担保物权，属于物的担保，相对于人的担保即保证合同，更为切实可靠，是确保金融机构债权和化解金融风险最有效的法律手段。中国在发生三角债和金融机构遭遇巨额不良债权之后，于1995年制定担保法规定了担保物权制度，虽然属于“亡羊补牢”，且受到不动产登记制度和登记机构不统一的制约，却仍然对于此后避免和减少三角债和不良债权发挥了重大作用。因此，有必要在总结担保法实施以来的实践经验

基础上，参考发达国家和地区的经验，通过制定物权法以完善担保物权制度，保障金融机构的合法权益，化解和回避融资风险，保障社会主义市场经济持续稳定的发展。中国在90年代初开始实行国有土地有偿使用制度，采用行政法规形式规定国有土地使用权出让、转让制度。由于当时没有制定物权法，没有用益物权制度，甚至没有物权概念，企业以支付出让金为代价所取得的对于国有土地的使用权，已经与合同债权不相符合，但究竟属于什么性质的权利，其权利具有什么样的法律效力，应当如何从法律上予以规范和给予保护，这些问题都不清楚。例如，当时的制度规定建设用地使用权期限届满，地上建筑物无偿归属于土地所有权人，及土地闲置两年地方政府即可强行无偿收回土地等，均与用益物权性质不符，不利于切实保护国有土地使用关系各方的合法权益，不利于建立和维护国有土地使用的法律秩序。因此，有必要制定物权法，规定完善的用益物权制度，实现建设用地使用关系的物权化，切实保障国有土地使用关系各方的合法权益，减少和避免国有土地出让、转让中的违法行为，促进国有土地的合理使用，保障国有土地使用关系的法律秩序，从而巩固改革开放所取得的成果并促进社会主义市场经济的发展。中国农村经济体制改革的基本经验，可以归结为农地所有权与农地使用权的分离，即由原来人民公社体制之下的集体所有、集体使用，改为集体所有、农户使用。此前所采取的法律形式，是合同形式。这种以家庭联产承包责任制合同为基础的农地使用关系，存在若干缺点：（一）农户根据承包合同取得的土地使用权，属于债权性质，法律效力较低，特别是债权属于相对权，不能抗拒来自发包人和乡村干部的

各种干涉和侵害。这是广大农村经常发生侵害农民权益的行为而不能彻底解决的原因。（二）债权性农地使用权以承包合同的期限为期限，容易导致农户的短期行为，不利于农村经济长期稳定发展。（三）农地使用权转包或出租须经发包方同意，不利于土地资源的优化配置。（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，难于做到明确和公平合理，并经常发生发包方单方面修改合同，加重农户负担、损害农户利益的情形。（五）于承包农地被国家征收时，仅补偿土地所有权人，作为农地使用权人的承包户不能获得补偿，对承包农户极不公平。因此，有必要制定物权法，规定用益物权制度，为实现农地使用关系的物权化提供了法律根据，使农户对农地的使用权由债权转变成物权，具有对抗土地所有权人的效力，使改革开放以来实行的家庭联产承包合同制度平稳过渡到用益物权制度，保护广大农户的经营自主权，进一步激发其生产积极性，保障中国农村经济的长期持续稳定发展，从而巩固农村改革的成果并促进社会主义市场经济的发展。（三）制定物权法是保护人民群众财产权，全面建设小康社会的必然要求 中华人民共和国历史上，曾经发生过大规模侵犯人民私有财产的违法行为。一次是50年代后期发生所谓“共产风”，以人民公社名义无偿剥夺社员房屋、禽畜、农具、林木等私有财产，严重损害了人民群众的生产积极性和党在人民群众中的威信。60年代初，中共中央决定纠正“共产风”，对“共产风”期间无偿剥夺的私有财产进行清理和退赔。1962年9月27日，中国共产党第八届中央委员会第十次全体会议通过《农村人民公社工作条例修正草案》（简称“六十条”），首次规定了社员私有财产的

保护问题。《农村人民公社工作条例修正草案》第四十一条规定：“社员家庭副业的产品和收入，都归社员所有，都归社员支配。”第四十四条规定：“人民公社社员，在社内享有政治、经济、文化、生活福利等方面一切应该享受的权利。人民公社的各级组织，对于社员的一切权利，都必须尊重和保障。”“要保障社员个人所有的一切生活资料，包括房屋、家具、衣被、自行车、缝纫机等，和在银行、信用社的存款，永远归社员所有，任何人不得侵犯。”“要保障社员自有的农具、工具等生产资料，保障社员自有的牲畜，永远归社员所有，任何人不得侵犯。”第四十五条规定：“社员的房屋，永远归社员所有。”“任何单位、任何人，都不准强迫社员搬家。不得社员本人同意，不付给合理的租金或代价，任何机关、团体和单位，都不能占用社员的房屋。如果因为建设或者其他的需要，必须征用社员的房屋，应该严格执行国务院有关征用民房的规定，给以补偿，并且对迁移户作妥善的安置。”在贯彻执行《农村人民公社工作条例修正草案》和中共中央关于经济工作的“调整、巩固、充实、提高”的“八字方针”，逐步克服由于工作失误和严重自然灾害造成的困难，国民经济开始发展之后，中共中央再次采取了错误的思想路线，发动了持续十年之久的“文化大革命”运动。文化大革命运动中，发生大规模侵犯人民人身权和财产权的暴行，留下惨痛的教训。这就是，必须切实保护人民人身权和私有财产权，而且保护人民的人身权和私有财产必须依靠法律，抛弃人治、实行法治。为此，必须尽快制定保护人民人身权和私有财产权的法律制度。1985年颁布、1986年实施的民法通则第七十五条规定：“公民的合法财产受法

律保护，禁止任何组织或者个人侵占、哄抢、破坏或者非法查封、扣押、冻结、没收。”所具有的重大意义在于，承认公民私有财产属于法律上的权利，并赋予公民私有财产权对抗“任何组织或者个人侵占、哄抢、破坏或者非法查封、扣押、冻结、没收”的法律效力。但以民法通则第七十五条为基础的保护私有财产法律制度存在严重不足，这就是在财产权保护的指导思想上，没有贯彻对国家、集体和私有财产的平等保护原则。在这种特殊保护国家财产的指导思想之下，不可能切实、妥善地保护人民私有财产权益。当人民私有财产受到来自一般人的侵犯时，法律尚可发挥保护受害公民、制裁加害人的作用；当人民私有财产受到国家机关、地方政府滥用行政权力的侵害时，法律保护的天平往往向国家机关、地方政府和国有企业一方倾斜，人民私有财产不可能获得平等的法律保护。当人民私有财产的保护与对国家财产的保护发生冲突时，必然要牺牲私人的财产权益而确保国家的财产权益。进入21世纪以来发生的“强制拆迁”、“圈地热潮”等滥用公权力侵犯人民私有财产权的严重事件，充分表明了这一点。经过近30年的改革，中国社会经济状况已经发生根本性的变革，其基本特征是公有制经济与非公有制经济的并存。是在公有制经济和非公有制经济的基础上实行社会主义市场经济，非公有制经济和公有制经济，在法律地位上应当是平等的，不应有高低贵贱之分，要求获得平等的法律保护。因此，要求完善保护私有财产的法律制度，特别要抛弃因所有制不同而区别对待的陈旧观念，仅着重于财产之取得是否合法，公民合法取得的财产应当受到与对国家财产和集体财产同等的法律保护。社会主义市场经济发展的结果，广

大人民群众的财产状况也有重大变化。城镇长期实行的对于国家机关干部、企事业单位职工的低工资制度、生活消费品的计划供应制度和福利房制度已经废止，城镇人口的生活水平有大幅度的提高。大部分城镇居民，或者从本单位购买原居住的公房，或者从开发商购买了商品房，有了私有房屋，据2005年统计，城镇人均房屋26平方米以上。许多家庭有了机动车，加上彩电、冰箱、洗衣机等家用电器的普及，城镇居民普遍拥有了一定数量的不动产和动产。农村改革的结果，广大农村人口，除西部自然条件特别恶劣的少数地区外，不仅解决了温饱问题，而且生活水准有了很大提高。尤其在东部和中部经济比较发达的地区，农民居住的房屋由草房、土坯房改为砖瓦房，再由砖瓦房改为二、三层的楼房，城乡差别正在缩小。据2005年统计，农村人均房屋达29平方米以上。这就要求从法律上对于私人财产包括动产和不动产物权，给予明确规定并予以切实、平等的法律保护。广大人民群众私有财产的保护问题，与实现中共中央提出的全面建设小康社会的目标有关。全面建设小康社会的目标的实现，最终要由全体人民实际拥有的私有财产的总量来验证。而小康社会的实现，要靠广大人民群众自身的劳动积极性的进一步发挥，要靠激发和维持全社会的创造活力。怎么样才能进一步激发广大人民群众的生产积极性？才能维持全社会的创造活力？其必要条件是，广大人民群众积累的财产能够受到与国家财产、集体财产同等的、切实的法律保护。因此，有必要制定物权法，进一步完善保护私有财产的法律制度。（四）制定物权法是限制公权力的滥用，真正实现依法行政的需要

改革开放以来，滥用行政权力，侵犯公民人身权的违法行为

，侵犯公民和法人财产权的违法行为十分严重和普遍。这些严重损害公民和法人人身权利和财产权利的违法行为，有其深层次的原因，这就是法律观念问题。长期支配领导干部和公务员的思想和行为的法律观念，是公法观念、公权观念。公法观念和公权观念，把国家自身当成目的，认为整个社会生活，无论是政治生活还是民事生活，都应当受公权力的支配，政府、行政机关、领导干部、公务员是行政权力的执掌者、是管理者，人民是被管理者，人民必须服从他们的管理。而按照私法观念和私权观念，国家本身不是目的，国家存在的目的，国家机关、公务员的职责，是为了保护人民的私权，为最大多数人民某利益。这是两种截然不同的法律观念。中国曾经长期实行单一公有制和计划经济，在这样的经济基础之上不可能自发产生私法观念、私权观念。改革开放以来，主要是从上到下、运用行政手段推行向市场经济的转轨，虽然中央的公权力有所削弱，但地方的公权力膨胀了、扩张了。加之没有及时制定一部完善的民法典，致使社会生活中长期缺乏私法观念和私权观念，造成私权软弱而公权强大，公法观念、公权观念一直占据支配地位，支配着公务员队伍、领导干部的思想和行为。虽然自改革开放以来制定的许多法律、法规，其内容是符合市场经济的本质和要求的，是符合民主和法治方向的，但由于整个社会在观念层面上还是公法观念、公权观念占据支配地位，造成这些正确的、进步的、规定保护人民人身权利和财产权利的法律法规得不到切实的实施。这有点像哲学解释学上说的“语境”、“前见”。现在的许多法律、法规究其内容，是符合市场经济和民主法治的要求的，但解释、适用这些法律、法规的“语境”和

“前见”是计划经济的。中国的经济基础已经转轨到市场经济体制上来，在制度层面虽然制定了许多反映市场经济和民主法治的法律、法规，但由于采用渐进式改革，导致公权力的强大和滥用，公法观念、公权观念一直占据支配地位。在公法观念、公权观念这种“语境”和“前见”之下，那些反映市场经济和民主法治要求的法律法规，不可能得到正确的实施。现在中国政府提出了“全面推行依法行政”的目标。但依法行政并不首先是行政程序问题，首先是公权力的界限问题。公权与私权之间的界线，不是靠行政法来确定的，而是靠私法来确定的。物权法规定人民和企业享有的动产和不动产“物权”，是“排他性”的权利。物权的“排他性”，不仅排除一般人的干涉，而且“排除国家的干涉”。警察没有事先取得搜查证，强行进入人民房屋，就要构成违法行为，所搜出的物证属于非法证据，不具有证据效力。物权界线之外，属于公共场所，是公权力活动的范围；物权界线之内，是私权利的活动空间。现实中发生滥用公权力、严重侵犯公民财产的违法行为，一个重要原因是公务员队伍、地方政府领导人不具有物权观念、私权观念。例如地方政府成立所谓“拆迁办”，动用公权力强拆老百姓的房屋；整顿交通秩序没收所谓“黑出租”、“黑摩的”并予以销毁；为了市容、市貌而没收、毁损流动摊贩的商品和三轮车，等等。其用心可能是好的，却构成严重的违法行为，造成的影响是极为恶劣的，尤其严重损害了人民政府在广大人民群众中的形象和威信！因此，有必要制定物权法，通过物权法规定的物权定义，来教育警察、公务员、国家机关干部、地方党政领导人，使他们知道物权具有“排除他人干涉”的效力，认识物

权是“排他性”的权利，牢固树立物权观念、私权观念。只有这样，才能够限制公权力的滥用，才能真正实行依法行政，才能真正实现民主法治、公平正义的和谐社会。

二、中国物权法立法的开始

1998年1月13日，第八届全国人大常委会王汉斌副委员长邀请五位民法教授[1]座谈民法典起草，五位教授一致认为起草民法典的条件已经具备，王汉斌副委员长遂决定恢复民法典起草工作，并委托九位学者专家组成民法起草工作小组[2]，负责起草民法典草案和物权法草案。1998年3月25 - 27日召开民法起草工作小组第一次会议，议定“三步走”的规划：第一步，制定统一合同法，实现市场交易规则的完善、统一和与国际接轨[3]；第二步，从1998年起，用4 - 5年的时间制定物权法，实现财产归属关系基本规则的完善、统一和与国际接轨；第三步，在2010年前制定民法典，最终建立完善法律体系的目标。这次会议专门讨论了梁慧星预先拟定的《中国物权法立法方案（草案）》。该立法方案的主要内容如下：

（一）制定物权法的指导思想

- 1、强调个人利益和社会公益协调发展的权利思想，在强化对个人和企业权利的切实保护的同时，兼顾对社会公益的保护，禁止权利滥用。
- 2、坚持对财产所有权的一体保护原则，凡合法取得的财产，无分公有私有给予同样的保护。不以生产资料所有制性质划分所有权类别。仅对公有物、公用物（国家专有财产）作特别规定。
- 3、国家基于公益目的并予公正补偿，可以征收农村集体的土地所有权和个人、企业土地使用权。非公益目的用地，由国家批给指标，再由用地单位与土地所有权人或使用权人协商签约。
- 4、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，且

企业财产权中包括物权、债权、知识产权及人格权，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“国有企业财产”的归属问题。

5、实行农地使用关系的物权化，农地使用权期限50年，期满无法定事由的，即自动延长。通过土地登记实现由债权方式的承包合同关系向物权关系的平稳过渡。

（二）制定物权法的基本原则

- 1、在坚持一物一权主义的前提下，将建筑物区分所有权、企业担保等作为例外规定。
- 2、坚持物权法定主义原则，尽量将切合中国实际的新型物权形式纳入本法，以期适应现代化市场经济的要求。
- 3、坚持物权变动的公示原则与公信原则，不动产物权变动以登记为公示方法，动产物权变动以交付或占有为公示方法。
- 4、鉴于物权行为独立性和无因性理论违背交易之实态和人民的认识，徒使法律关系复杂化，对出卖人显失公平，其保护交易安全的作用已经被善意取得制度所取代，中国物权法不宜采取。
- 5、鉴于物权变动的登记要件主义，既便于实行又能保障交易安全，且为我民法通则所采，因此无必要变更，应在物权法明文规定。海商法和民用航空法上的登记对抗主义，为中国物权法登记要件主义之例外。
- 6、建立统一的、与行政管理脱钩的不动产登记制度。实现五个统一，即法律根据、法律效力、登记机关、登记程序和权属文书的统一。建议设立统一的、与行政管理脱钩的不动产登记局，可考虑隶属于区县基层法院或区县司法局。

（三）物权法应规定的物权种类首先是所有权，即完全物权。其中应规定建筑物区分所有权。并规定不动产相邻关系。与完全物权相对应的是限制物权，即不完全物权，分为用益物权和担保物权两大类。拟将作为物权的土地使用权以使用目的区分为两种，用于建筑房屋

或其他建筑物的，称为基地使用权；用于耕种、养殖、畜牧等目的的，称为农地使用权；传统的地役权应予保留，改称邻地利用权。不规定典权，实务中如有发生，视为附买回约款的买卖。担保物权中，首先应规定抵押权，包括最高额抵押、动产抵押、动产与不动产集合抵押、企业担保（浮动担保）；其次规定质权，包括动产质和权利质，并规定最高额质权；最后，留置权仍保留。物权法不规定一般优先权，海商法上的船舶优先权和民用航空法上的航空器优先权，作为特别法上的制度。另外规定占有，为事实上的支配状态，作为一种类似物权加以规定。让渡担保和香港法上的“按揭（mortgage）”，似难以在物权法规定，可考虑以后制定特别法。

（四）物权法的结构 各国物权法的结构模式大别为二。德国、日本及中国台湾地区民法采“五分结构”：总则、所有权、用益物权、担保物权、占有；法国、意大利民法为“三分结构”：财产、所有权、用益物权（不包括担保物权）。建议采五分结构（下略）民法起草工作小组在讨论此立法方案之后作出决议：委托梁慧星负责按照该方案起草一部物权法草案。鉴于王利明不同意该立法方案的用益物权、建筑物区分所有权、共有和相邻关系部分，民法起草工作小组也委托王利明就其不同意部分起草物权法草案。1999年3月，梁慧星领导的物权法立法研究课题[4]组完成中国物权法草案建议稿（社科院草案）[5]，并提交法制工作委员会。同年4月法制工作委员会在北京前门饭店召开物权法草案专家讨论会[6]，讨论社科院草案。2000年12月王利明领导的中国人民大学课题组完成中国物权法草案建议稿[7]，同月28日、29日法制工作委员会在北京北郊九华山庄召开物权法专家讨论会[8]，

讨论王利明负责的物权法草案（人民大学草案）的国家财产所有权和集体所有权部分[9]。2001年5月法制工作委员会完成物权法草案（内部稿）[10]，同月22日至29日在北京昌平蟒山度假村召开物权法草案专家讨论会[11]，讨论该内部稿[12]。2001年底，法制工作委员会在社科院草案和人民大学草案基础上完成正式的物权法草案。2002年1月下旬，法制工作委员会将《中华人民共和国物权法草案（征求意见稿）》[13]印发部分省市及中央有关部门和法律教学研究单位征求意见。按照原计划应当在2002年提交常委会审议，在2003年提交十届全国人大大会审议通过。三、中国物权法的审议经过因中国加入WTO，要求改善国内法制环境，第九届全国人大常委会李鹏委员长要求在2002年完成民法典草案并经常委会审议一次。2002年1月11日法制工作委员会在人民大会堂宾馆召开民法典起草工作会议[14]，由副主任胡康生代表立法机关委托六位学者专家分头起草民法典各编的条文草案[15]，物权法草案征求意见稿将作为民法典草案的物权法编。在六位受托人相继完成各编条文草案后，法制工作委员会于2002年4月16 - 19日召开民法典草案专家讨论会[16]。在对受托人起草的各编条文草案进行了讨论之后，于19日上午集中讨论民法典结构体例。王家福研究员建议民法典设10编：总则、人格权、物权、知识产权、债权总则、合同、侵权行为、亲属、继承、涉外民事关系的法律适用。经过讨论，其中八编，包括总则、物权、债权总则、合同、侵权行为、亲属、继承、涉外民事关系的法律适用，获得一致同意。对于是否设人格权编和知识产权编，未达成一致意见[17]。法制工作委员会在受托人起草的各编草案基础上，用了五个月的时间进行删

节、修改、整理、编纂，形成九编制的《民法典草案（9月稿）》，包括九编：第一编总则、第二编人格权、第三编物权、第四编知识产权、第五编合同、第六编侵权行为、第七编亲属、第八编继承、第九编涉外民事关系的法律适用。9月16 - 25日法制工作委员会在西皇城根宾馆召开民法典草案专家讨论会[18]，讨论这一民法典草案[19]。9月16 - 25日的专家讨论会后，本应在《民法典草案（9月稿）》基础上进行修改、增删，形成提交人大常委会审议的正式法律草案。但出人意料的是，法制工作委员会竟将《民法典草案（9月稿）》的“合同编”、“亲属编”、“继承编”、“知识产权编”草案废弃，而将现行《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国婚姻法》、《中华人民共和国收养法》和《中华人民共和国继承法》原封不动地编入，形成“汇编式”的民法典草案。12月23日九届全国人大常委会第三十一次会议审议《中华人民共和国民法典草案》，会将此草案在新闻媒体公布征求修改意见[20]。而学术界和司法实务界针对该草案发表肯定性意见的不多。[21]2003年法制工作委员会曾就民法典草案第二编物权法中的主要问题，先后在北京、重庆、吉林、辽宁、安徽、江苏等地进行调查研究，并与国务院法制办、国土资源部、建设部、农业部等部门座谈。2004年6月，十届全国人大常委会再次变更立法计划，搁置民法典草案的审议修改工作，恢复物权法草案的修改、审议[22]。同年7月法制工作委员会召开法院系统物权法研讨会，8月召开物权法专家研讨会[23]。10月22日十届全国人大常委会第十二次会议对物权法草案进行第二次审议。会后，法律委员会、法制工作委员会召开座谈会，听取中央有关部门、单位、专家的

意见，并就审议稿中关于不动产登记、国有资产管理、建筑物区分所有权等问题，在北京、上海、河北进行调查研究。2005年6月26日十届全国人大常委会第十六次会议第三次审议物权法草案，并决定向社会公布。7月10日新闻媒体公布中华人民共和国物权法草案（征求意见稿），向社会各界征求修改意见。截至8月20日，立法机关共收到包括26个省市和15个较大的市的人大常委会、47个中央有关部门、16个大公司、22个法学教学研究机构 and 法学专家提出的修改建议11543件[24]。2005年8月12日北京大学法理学教授巩献田发表题为《一部违背宪法和背离社会主义基本原则的物权法草案》的公开信，指责物权法草案规定平等保护原则违反宪法，奴隶般抄袭资产阶级的法律，与国民党六法全书没有本质区别，有利于富人、不利于穷人。由此引发所谓物权法草案违宪的政治争论。2005年9月26日，人大常委会委员长吴邦国召开座谈会，提出修改物权法草案需要把握的三点原则：一是要坚持正确的政治方向；二是要立足于中国实际；三是重点解决现实生活中迫切需要规范的问题，不必求全。10月22日十届全国人大常委会第十八次会议第四次审议物权法草案，并决定将草案提交全国人大大会审议通过的时间推迟至2007年。2006年1月16 - 17日，全国人大常委会副委员长兼秘书长盛华仁，受吴邦国委员长的委托，在人民大会堂主持召开专题座谈会，讨论物权法制定过程中遇到的重大问题，听取中央有关部门的负责同志和专家的意见[25]。4月法律委员会、法制工作委员会组织调查研究组赴上海、江苏、河南、湖南等地，就国有企业财产权、城镇集体所有权、建筑物区分所有权、土地承包经营权、宅基地使用权、土地征收、拆迁补偿等

问题进行调查研究，听取基层群众和有关方面的意见。6月法律委员会、法制工作委员会在北京召开物权法草案立法论证会，就“公共利益”概念、应收账款质押等几个专业性较强的问题，听取法学教学、研究单位和有关部门专家的意见。2006年8月22日十届全国人大常委会第二十三次会议第五次审议物权法草案，在提交审议的说明中强调必须坚持平等保护原则[26]，在草案的所有权一章专设一个条文予以规定[27]，并增加关于基本经济制度和防止国有企业财产流失的规定。9月27日王兆国副委员长召开小型专家讨论会[28]，讨论即将提交常委会进行第六次审议的草案，该草案将关于基本经济制度和平等保护原则的条文移入第一章[29]，并将第一章章名“一般规定”改为“基本原则”。10月27日十届全国人大常委会第24次会议第六次审议物权法草案。12月26日十届全国人大常委会第25次会议第七次审议物权法草案，认为草案已经成熟，决定提请2007年3月召开的十届全国人大五次会议审议通过。2007年1月12日全国人大常委会办公厅将物权法草案发送各位全国人大代表，并有计划地组织各省市自治区全国人大代表研读、讨论物权法草案，作好审议准备。2007年3月5日，十届全国人大第五次会议召开，3月8日王兆国副委员长代表常务委员会作关于《中华人民共和国物权法（草案）》的说明，近三千名人大代表对物权法草案进行了审议，3月16日物权法以高票获得通过。同日，国家主席胡锦涛签署第62号主席令，公布《中华人民共和国物权法》，自2007年10月1日起施行。

四、如何看待所谓“物权法违宪”的政治争论 改革开放以来的重要民事立法，如民法通则[30]、新合同法[31]，均曾受到来自计划经济体制和传统理论的挑战。而以这次物

权法草案遭遇的来自意识形态的挑战为最严峻。2005年秋，因北京大学法理学教授巩献田的一封公开信[32]，指责物权法草案及其起草人背离社会主义和违反宪法而挑起论战[33]。这场争论已经因物权法最终获得高票通过而宣告结束。现在的问题是，应当如何看待这场争论？这有一个背景，即在中国实行单一公有制的计划经济遭遇失败，加上连续不断的政治运动，使国民经济濒临崩溃边沿的危急关头，邓小平和中共中央当机立断，决定实行改革开放。改革开放在共产党的历史上，在马克思主义的历史上，在社会主义运动的历史上，都是没有先例的。决定实行改革开放，没有任何理论根据，更不用说法律根据，当然不可能做到思想统一。实行改革开放是不得已的，属于危机对策的性质。在决定改革开放之时，改革开放的方向谁也说不清楚，因此邓小平讲“摸着石头过河”。中国自1978年实行改革开放以来，围绕改革的方向发生过三次大争论。第一次争论是1980年到1984年，围绕社会主义商品经济问题展开。1984年中共十二届三中全会作出《中共中央关于经济体制改革的决定》，明确提出了“有计划的商品经济”概念，得到邓小平的高度评价，称之为“新的政治经济学”，“讲了老祖宗没有讲过的新话”。[34]第二次争论是1989年到1992年，围绕建立市场经济体制展开。1987年，中共中央十三大报告提出“国家调节市场，市场引导企业”。这个提法遭到一些人的批判，认为是资产阶级自由化的表现，他们反对进一步改革开放，反对搞市场经济。这场争论以1992年邓小平南巡讲话的发表而告终。南巡讲话有三个要点：其一，社会主义也有市场，资本主义也有计划，“姓社姓资”不要再争论；其二，让一部分人、一

部分地区先富起来；其三，十多年体制改革实践的感性认识，上升到理性认识，就是废止单一公有制的计划经济体制，实行社会主义市场经济体制。邓小平南巡讲话发表之后，通过党的文件和修改宪法，明文规定废止单一公有制的计划经济体制、实行社会主义市场经济体制，承认非公有制经济是社会主义市场经济的重要组成部分，使中国的改革开放在排除种种思想干扰之后，继续向前推进。前两次争论都是由邓小平出来讲话，肯定改革的方向而告终结[35]。但关于改革开放方向问题的分歧并未真正解决。关键在于：中国的改革开放和建立社会主义市场经济体制（特别是承认非公有制经济），在社会主义和马克思主义运动的历史上，是没有先例的，从马克思、恩格斯、列宁、斯大林和毛泽东的著作中，不可能找到现成的理论依据，与马克思、恩格斯和列宁所设想的、斯大林和毛泽东所领导的在单一公有制基础上实行计划经济的社会主义实践经验不符。就像当年毛泽东领导起义军上井冈山、以农村包围城市，与马克思、恩格斯指导的法国巴黎公社革命和列宁领导的俄国十月革命，依靠中心城市的产业工人暴动、直接夺取国家政权的实践经验不符一样。这就留下了再次发生“姓社、姓资”争论的可能性。进入21世纪以来，改革开放和社会主义市场经济在取得伟大成就的同时，发生了两大严重社会问题：一个是国有资产的严重流失，另一个是两极分化的扩大。加上出现了房价高、看病贵、教育乱收费等新矛盾、新问题，导致一些人对改革产生怀疑，那些本来就不赞成改革开放的人因此认为改革开放搞糟了、搞错了，于是形成“一股新的否定改革、反对改革的思潮”。[36]这就是自2004年开始，围绕中国国有企业改革、医

疗、教育、住房改革、贫富差距等问题展开的第三次大争论。2004年以来的这一股新的否定改革、反对改革思潮，由三部分组成：一是民粹主义倾向的滋长，这在网络中十分明显，他们以嘲讽、挖苦、打倒权威为快事；二是年轻人情绪化，他们对当前就学难、就医难、就业难、住房难等现状极为不满，因而迁怒于改革，认为都是改革的错；三是有一部分人，一直抱着极左观点，从来不认同改革，利用改革过程中产生的问题，将争论引入意识形态，重现“姓社姓资”之争，从而定论改革失败。他们否定市场经济，否定改革，要走回头路，这是要害。[37]以巩献田为首的一批人，就是一直抱着极左观点，从来不认同改革，否定市场经济体制，要求走回头路的极左派。他们连篇累牍地摘抄马克思主义经典著作的词句，却闭口不提“实践是检验真理的唯一标准”这一马克思主义的精髓，闭口不提邓小平关于建立社会主义市场经济体制的南巡讲话；喋喋不休地鼓吹单一公有制的计划经济体制的优越性，拚命向市场经济体制改革拨脏水，却闭口不提规定“国家实行社会主义市场经济体制”的现行宪法第十五条；极力反对物权法规定对国家、集体、私人财产实行平等保护，顶礼膜拜所谓苏俄民法典开创的社会主义传统理论，强烈要求恢复所谓国家财产特殊保护原则；以所谓“新马克思主义派”相互标榜，号召所谓“新马派”、“老马派”联合所谓“新左派”，共同抵制所谓“市场化改革”。一言以蔽之，就是挑战中共中央十一届三中全会决定改革开放的既定方针，反对现行宪法确立的社会主义市场经济体制，要求走单一公有制的计划经济的回头路！中国围绕改革的三次大争论，前两次都是靠邓小平出来讲话，肯定改革的方向

而告终结。这一次却不同，已经不再可能像前两次那样，依靠邓小平那样的领导人出来讲话，肯定改革方向而终结争论。历史的风云际会，一部民事法律被推到这场决定中国改革开放的前途命运的政治争论的风口浪尖上，社会主义市场经济体制与单一公有制的计划经济体制的再次较量，被转换为要物权法还是要社会主义的二择一的命题[38]。就这样，中国的前途命运——是坚持社会主义市场经济体制，还是倒退回单一公有制的计划经济体制的历史抉择，被托付给了一部民事法律：物权法！2007年3月16日，十届全国人大第五次会议就物权法草案进行表决的结果表明：中国人民没有受巩献田一伙极左派的蛊惑，他们明智地选择了物权法，选择了社会主义市场经济体制！物权法以高票获得通过，宣告了关于改革方向的第三次政治争论的终结。物权法的通过和实施，就彻底堵塞了中国向单一公有制的计划经济体制倒退的可能性！【注释】本文为2007年8月31日在东京大学召开的中日民商法研究会上的报告。[1] 中国政法大学的江平教授、中国社会科学院法学研究所的王家福研究员和梁慧星研究员、清华大学的王保树教授、人民大学的王利明教授。[2] 民法起草工作小组的九位成员是：江平（中国政法大学）、王家福（中国社会科学院法学研究所）、魏振瀛（北京大学）、王保树（清华大学）、梁慧星（中国社会科学院法学研究所）、王利明（中国人民大学）、肖峒（法制工作委员会退休干部）、魏耀荣（法制工作委员会退休干部）、费宗?（最高人民法院退休法官）。[3] 合同法的起草始于1993年，1993年10月拟订《合同法立法方案》，1994年1月正式开始起草，1995年1月产生《合同法建议稿》，1998年形成正式草案提交人大常

委会审议，1999年3月15日经全国人大第二次会议通过，同年10月1日生效。[4] 课题组成员：梁慧星、孙宪忠、邹海林、张广兴、陈华彬、陈?、崔建远、渠涛、侯利宏。[5] 包括：第一章总则；第二章所有权；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；第八章质权；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。共435条。[6] 出席会议的除民法起草工作小组成员外，有谢怀?、孙宪忠、尹田、崔建远、陈华彬、陈?、邹海林等。由法制工作委员会顾昂然、胡康生、王胜明主持会议。会期4天，其中3天讨论物权法草案，1天讨论梁慧星受委托起草的《中国民法典大纲草案》。[7] 第一章总则（第一节一般规定；第二节物；第三节物权的公示；第四节物权请求权）；第二章所有权（第一节所有权通则；第二节国家所有权；第三节集体所有权；第四节公民个人所有权；第五节社团和宗教组织的所有权；第六节共有；第七节建筑物区分所有权；第八节优先购买权；第九节相邻关系）；第三章用益物权（第一节土地使用权；第二节农村土地承包经营权；第三节宅基地使用权；第四节地役权；第五节典权；第六节空间利用权；第七节特许物权）；第四章担保物权（第一节抵押权；第二节质权；第三节留置权；第四节优先权）；第五章占有；第六章附则。共575条。[8] 出席会议的学者专家：江平、王家福、梁慧星、费宗?、肖峒、魏耀荣、尹田、孙宪忠、崔建远、郭明瑞、陈小君、覃有土、房绍坤、钱明星等；由法制工作委员会顾昂然、胡康生、王胜明主持会议。[9] 实际上只讨论国家财产权问题，主要争论点：物权法是规定国家财产特殊保护原则，还是规定国家、集体、

私人财产平等保护原则？是否规定国有企业的财产权问题？是否规定国有资产的管理问题？国家所有权是否区分为中央的所有权和地方的所有权？ [10]包括：第一章一般规定；第二章物权的设立、变更、转让和消灭；第三章物权请求权；第四章所有权；第五章土地承包经营权；第六章建设用地使用权；第七章宅基地使用权；第八章邻地利用权；第九章占有；第十章附则。共10章，191条。 [11]出席会议的学者专家：王家福、江平、王利明、梁慧星、费宗?、魏耀荣、肖峒、唐德华、奚晓明、李凡、钱明星、孙宪忠、郭明瑞、崔建远、陈?；法制工作委员会干部：顾昂然、胡康生、王胜明、孙礼海等。由胡康生、王胜明主持会议。 [12]主要争论点：如何规定基本原则？是否规定物权定义、物的定义？是否规定物权的优先效力、追及效力？如何规定不动产登记制度和登记机构应否统一、如何统一？不动产登记的公信力与善意取得制度的关系？是否规定不动产登记的权利推定和动产占有的权利推定？如何规定物权请求权？国家所有权是否区分中央所有权与地方所有权？是否规定取得时效？用益物权的名称，叫土地承包经营权还是农地使用权，建设用地使用权还是基地使用权？是否规定担保物权亦即是否保留担保法？ [13]包括六部分，27章，共336条：总则（第1 - 39条）：第1章一般规定（第1 - 8条）；第2章物权的设立、变更、转让和消灭；第3章物权的保护；所有权（第40 - 115条）：第4章一般规定；第5章国家所有权；第6章集体所有权；第7章私人所有权；第8章建筑物区分所有权；第9章相邻关系；第10章共有；第11章所有权取得的特别规定；用益物权（第116 - 247条）：第12章一般规定；第13章土地承包经营权；第14章建

设用地使用权；第15章宅基地使用权；第16章邻地利用权；第17章典权；第18章居住权；第19章探矿权、采矿权；第20章取水权；第21章渔业权；第22章驯养权、狩猎权；担保物权（第248 - 323条）；第23章一般规定；第24章抵押权；第25章质权；第26章留置权；第27章让与担保；占有（第324 - 334条）；附则（第335 - 336条）。[14]参加人：民法起草工作小组成员江平、王家福、费宗?、梁慧星、王利明、魏耀荣、肖峒；中国社会科学院法学研究所郑成思教授、中国政法大学巫昌桢教授、国家工商行政管理局王学政司长；最高人民法院副院长唐德华、庭长奚晓明、副庭长李凡；法律委员会副主任顾昂然、法制工作委员会副主任胡康生、法制工作委员会民法室主任王胜明及民法室干部。主持人：胡康生。

[15]委托中国社会科学院法学研究所梁慧星研究员负责起草总则编、债权总则编和合同编；人民大学法学院王利明教授负责起草人格权编和侵权行为编；中国社会科学院法学研究所郑成思研究员负责起草知识产权编；最高人民法院唐德华副院长负责起草民事责任编；中国政法大学巫昌桢教授负责起草亲属编和继承编；最高人民法院退休法官费宗?负责起草涉外民事关系的法律适用编。[16]参加人：江平、王家福、费宗?、巫昌桢、刘慧珊、郑成思、梁慧星、王利明、魏耀荣、肖峒、唐德华等。[17]梁慧星不赞成设人格权编，梁慧星和郑成思不赞成设知识产权编。[18]其中，15 - 19日讨论总则、人格权、合同、侵权行为等编，参加者除民法起草工作小组成员外，有费安铃、马俊驹、王轶、段匡、王卫国、张广兴、尹田、张谷、孙宪忠、崔建远、郭明瑞、唐德华、李凡、姚新华、王学政、郑成思、张新宝、巫昌桢、陈宪杰、

宋笛。[19]讨论会上主要的争论点如下：（1）是否规定“非法人团体”？（2）是否规定“权利滥用的禁止原则”？（3）是否规定“无法律规定时可以适用习惯，无法律规定和习惯时可以适用公认的法理”？（4）关于法人的分类，是分为社团法人与财团法人，或者营利法人与非营利法人，或者沿用企业法人与非企业法人的分类？（5）是否保留“法律行为制度”？（6）是否规定“间接代理”？（7）是否保留“债法总则”和“债权”概念？（8）人格权是否独立设编？（9）如何看待法人的本质，以及法人是否有“一般人格权”？（10）侵权行为是否独立设编，以及是采大陆法系模式或者英美法系模式？（11）是单独规定“物权请求权”，还是纳入侵权行为法编？[20]《民法典草案（征求意见稿）》包括九编：第一编总则（117条）；第二编物权法（329条）；第三编合同法（454条）；第四编人格权法（29条）；第五编婚姻法（50条）；第六编收养法（33条）；第七编继承法（35条）；第八编侵权责任法（68条）；第九编涉外民事关系的法律适用法（94条）。共1209条。[21]梁慧星在2003年3月召开的第十届全国政协会议上提交题为《关于纠正民法典立法的任意性的建议》的提案，建议废弃这一“汇编式”的民法典草案，另在法律委员会之下设立由学者、法官、律师组成的起草小组，研拟“民法典立法方案”，明定立法方针、指导思想、基本原则、基本制度和结构体例，据以起草一部逻辑严密、体系完整、内容进步、既符合我国实际又与国际接轨的中国民法典草案。[22]据人民网2003年6月16日报道：在今天举行的十届全国人大常委会第四次委员长会议上，全国人大常委会副委员长兼秘书长盛华仁就全国人大常委会今年

的立法计划作了汇报。根据立法计划安排，全国人大常委会确定年内将修改民法草案中的物权法编等30件法律草案，待条件成熟时适时安排审议。 [23]参加会议的民法学者有：王家福、魏振瀛、王利明、崔建远、郭明瑞、孙宪忠、尹田、孟勤国、徐国栋、王轶等。 [24]引自彭东昱《一路走来物权法》，《广州律师》2007年3月号，第7 - 8页。 [25]据媒体报道，会议参加者一致认为，物权法草案符合宪法规定，符合中国现阶段的基本国情，体现了改革开放以来中共中央的方针政策，总体上适应全面建设小康社会对物权法律制度的要求。见欧阳斌《一部法律引发的姓社姓资争论》，载《巩献田旋风实录??关于物权法草案的大讨论》，中国财政经济出版社2007年2月版，第364页。 [26]全国人大法工委副主任委员胡康生在作说明时说：“坚持我国的基本经济制度和对国家财产、集体财产和私有财产给予平等保护是一个统一的有机体。没有前者，就会改变社会主义性质；没有后者，就违背了市场经济原则，反过来又会损害基本经济制度。”引自南方周末记者：《中国物权立法历程：从未如此曲折从未如此坚定》，《南方周末》，2007年3月22日。 [27]第42条：国家、集体和私人所有权受法律保护。禁止任何单位和个人用任何手段侵占或者破坏国家、集体和私人的财产。 [28]除全国人大和政府部门的干部外，民法学者王家福、梁慧星、王利明应邀出席了会议。 [29]第4条：国家的、集体的和私人合法的物权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。 [30]因民法通则草案采纳了大民法观点，因而受到持大经济法观点的学者和官员的抵制。一些经济法学者向中共中央上书，要求停止民法通则的起草，而代之以起草经济法典或者经济法大纲

。1986年1月立法机关在北京召开民法通则草案专家讨论会，同时国务院经济法规研究中心却在广州召开所谓经济法大纲专家讨论会，指名批判民法通则是“资产阶级民法观点”。[31]因新合同法草案规定合同自由原则，取消行政机关对合同的监督管理和行政性仲裁，因此受到一些行政部门和少数经济法学者批判，被指为“资产阶级民法观点”。[32]北京大学法理学教授巩献田在一封给中共中央的《公开信》中，给物权法草案及其起草人横加四项罪名：（一）背离苏俄民法典的社会主义传统，迎合资本主义民法原则，奴隶般地抄袭资产阶级民法；（二）背离中国革命根据地和建国后的人民民主法制的优良传统，迎合资产阶级的旧法传统，与国民党的“六法全书”没有根本区别；（三）背离民法通则的社会主义原则，迎合资本主义全球化和新自由主义经济学；（四）背离马克思主义的立法原则，迎合资产阶级的立法原则，是一部开历史倒车的物权法。[33]参见刘贻清、张勤德主编《“巩献田旋风”实录——关于物权法草案的大讨论》（中国财政经济出版社2007年2月版）一书。该书收文35篇，其中，主张物权法草案违反宪法或物权立法应当缓行的23篇，作者是：巩献田、李成瑞、左大培、杨晓青、程恩富、杨紫、徐炳、乔新生、红木、黎阳、张文显、郝永生、李永瑗、张飞岸、梁剑兵、李树泉、张光博、田士永、詹武、马宾、李兆吉、赵荫华、孙学文、臧乃光、喻权域、杨荣、杨守正、徐飞、张勤德；主张物权法草案符合宪法的5篇，作者是：王利明、刘军宁、燕继荣、梁慧星、杨侠。另外7篇为采访稿。[34]皇甫平：《如何看改革的第三次大争论》。金羊网2006-06-01 10:46:46。皇甫平是《人民日报》原副总编辑周瑞

金的笔名。 [35]皇甫平：《如何看改革的第三次大争论》。金羊网 2006-06-01 10:46:46。 [36]皇甫平：《改革不可动摇》。 <http://finance.sina.com.cn> 2006年01月25日 13:04 和讯网 - 《财经》杂志。 [37]皇甫平：《如何看改革的第三次大争论》。金羊网 2006-06-01 10:46:46。 [38]使人油然联想起一百年前日本民法典论争中的所谓“民法出而忠孝亡”。 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