

中國法律系列講座

中國改革與法制建設之路 – 物權法之探討

主講嘉賓：江平教授

江 – 江平教授(亞太法律協會名譽會長)

鄭 – 鄭家賢律師(亞太法律協會會長)

鄭： 各位朋友早晨，我講廣東話，我先介紹一下亞太法律協會，亞太法律協會是由香港法律界人士組成，於 2001 年已經成立，搞過很多活動，過往有您們的支持，將來也希望有您們的支持。我介紹一下江平教授，他是我的老師，是中國民法之父，我國當代法學的翹楚，在起草物權法的過程中有很多爭議，他很多經驗跟我們交流的。現在請江老師來講講。

江： 這次我只好坐著講了，我老了，75 歲啦，哈哈。這次來香港主要是講公司法，家賢希望趁著機會介紹一下物權法。所以我想講一些關於物權法的情況，最後剩餘多一些的時間做個互相之間的交流。如果有關於物權法的、民商法的、乃至於有關中國法制建設的任何其他有關問題我都樂於回答。很長一段時間在報紙上有很多關於物權法的爭論，本來在今年 3 月份要在全國人大審議通過的物權法，最後沒有在會議上出現。所以引起了大家的關注，當然直接導火線是北京大學的鞏獻田教授在網上公開了一封致中共中央的信，指責物權法是違憲的，就引起了高層的通知，同時引起了學術的關注，由於是北大的教授提出物權法是違憲的，導致了上層有些人說要慎重考慮。大家知道物權法這次的爭議大致跟內地改革開放的爭議聯繫在一起的，吳敬璉教授曾經說過，郎咸平教授指責改革開放國有資產流失到現在將近兩年左右，可以說是關於改革開放以來的第三次大爭論。第一次改革開放的大爭論在 79 到 81 年左右，爭論在於到底要不要改革開放；第二次改革開放的大爭論在 90 到 92 年左右，當時國內有很一股很強的左的力量，認為國內局勢的不穩定是由於改革開放所導致的，所以當時的口號是防止和平演變，要注意階級鬥爭，後來因為鄧小平同志南巡講話，這場爭論結束了。這次是第三次關於改革大爭論，當然導火線之一是香港郎咸平教授的指責，認為因為改革開放導致了國有資產的流失，導致國有資產的大買賣、大侵吞，導致了國有資產的廉價出售；接著呢，國務院發展研究所的調查結果認為醫療改革基本失敗，對於內地醫療

改革，意見很大；教育改革對絕大多數人來說，不是受益而是受害；緊接著就是有些人對於住房改革提出質疑。大致來說，國企改革，國有資產流失；醫療改革，老百姓看不起病；教育改革，教育費用過於高昂；住房改革，房價急劇上漲。這導致社會一部分人的不滿，那麼緊接著經濟學界的一部分人，指責中國現在被那些一些所謂的主流派經濟學家，也就是所謂的新自由主義經濟學家把持了。有一部分的經濟學者說要恢復馬克思主義的政治經濟學，不應該完全由市場主導，要加強國家的控制作用。特別是現在出現了兩極分化，西部地區也好，出現一部分窮人也好，這樣的話，就認為這些經濟學家要為改革出現的問題承擔責任，這就引起了經濟學界的爭議。那麼我想北大鞏獻田教授也是法學家裡面比較左的，鞏獻田教授的基本觀點是：中國應以公有制為基礎的，而物權法主要是以保護私有財產為基礎的，所以在這點上，他就認為物權法不符合憲法的，憲法是以公有制為基礎的，為甚麼要發展私營經濟呢？另外，還有一點，他認為憲法里規定了公有制神聖不可侵犯，私有財產並不能與其同一個高度，所以他認為把公有財產與私有財產平等保護也是違憲的。當然他還指責這一部法律是抄德國民法典的，所以說這些爭議都看出了對改革開放的不同態度。當然，在憲法學界、法理學界和其它的一些學界也有一些的共鳴。所以吳敬璠教授說這次是改革開放的第三次大爭論是有背景的，而且是那麼大的背景，既有法學界，又有經濟學界，也有社會各界的，而對於是不是要在制定物權法之前，先要制定國有資產保護法等等都有爭議。物權法在立法中就成為了矛盾的對象，那麼這個問題我想從六個方面來做介紹。

第一個問題，我先講講物權法和民法典。我們知道內地的民法典已經提交全國人大討論了，而這個民法典草案是包含了9大部分，其中4個部分的法律是已經出現，已通過了的，即婚姻法、繼承法、收養法和合同法。草案中還有5個部分是沒有制定的，按順序來說，第一個是物權法，關於社會財產的；第二個是侵權責任法(Tort Law)；第三個是人格權法，涉及姓名權、名譽權、隱私權等等；第四個是涉外民事法律關係適用法，也叫衝突法，國際私法；最後一個是總則(General Part)，主要是規定法人地位、代理制度、訴訟失效等等，由於已經有民法通則的規定，所以這部分主要是修改和補充加強作用。民法典原來計劃在2010年前完成，但是因為物權法這一爭論大大推遲了。合同法99年通過，物權法是在合同法之前開始起草的，已經過了7年的起草。今年全國人大吳邦國委員長的報告中提到，今年的立法任務之一是侵權責任法，我們現在的侵權責任法比較零散，也不詳細。這次人大中有些法學界同仁提出要儘快制定環境污染賠償法，哈爾濱一企業造成

環境污染，居然一分錢都沒賠，當地居民要求賠償，法院拒絕受理。這種情況弄不好就變成鼓勵污染了，雖然這裡有行政制裁或者別的，但是沒有民事賠償的辦法。那麼我們可以看到呢，物權法推遲就是這麼個情況，主要是因為鞏獻田教授和其它一些原因。當然還有一些其他說法，說是由於北大的教授的原因，事實情況不是這樣的。現在對於物權法現在存在的困擾，主要採取三大措施：立法部門方面，法工委主任(正部長級)親自找鞏獻田教授交流意見，充分提取他的意見，主要是改革開放以來的措施導致國有資產的流失，私有企業比重加大等等問題的意見。第二個就是吳邦國委員長委託秘書長召集中央各部委以及法學家召開兩天的會議，收集對物權法的意見，在那次會議中，大家都認為物權法既不違憲，也是迫切需要，應該儘快通過；第三個，因為物權法是民法中重要的一部分，專門委託了人民大學法學院的民法資深學者組成會議，交流意見，會議也一致認為物權法並沒有違憲，也符合改革開放的要求，希望儘快通過。緊接著全國法律委員會主任和副秘書長在報上也發表了物權法在明年 3 月份的全國人大通過應該沒有問題。我想這個已基本成定局了，現在關於物權法的指責不存在了，也應該說在明年 3 月份可以通過了。由於物權法是民事方面的基本法律，在立法程序上，不能由人大常委會通過，只能由人大通過，就是說要推遲到明年 3 月份才能通過，不過最後是否能通過，要看看啦。有人指責說民法典是抄德國的，這裡可要把話說清楚，中國的民事立法體系是採取德國模式的，我們的物權法體系的模式、框架、有些用詞都是採取德國的，是歐洲大陸法系的模式，但絕不能說內容是抄的。拿一個例子來說，土地制度中的公有制度怎麼跟德國一樣呢？物權法最主要是土地制度，農民的承包經營制度是中國特有的，甚至批租制度，比如說甚麼 50 年、60 年、70 年的規定，這就更像香港和英國的制度了，所以從具體內容來說，中國的物權法是反映了中國土地的真實情況。也有人說我們現在的物權法條件不夠成熟，報紙上有人說德國的物權法搞了 20 年，我們才幾年呢？但是我要告訴您們，物權法絕不是新的，很多都是原有法律都有的，待會我會介紹哪些制度已經存在了。那麼，這是第一個，物權法與民法典的關係，也包含有關的爭論，也介紹民法典與物權法的進展。

第二個問題，我想講講物權法與財產法。這次物權法起草的名稱是有爭議的，採“物權法”是採取德國法系，採“財產法”是採英美法系，從討論過程中，立法領導小組也有不同看法，我比較主張採取“財產法”的名稱，比較通俗，但是比較多數的人還是主張叫“物權法”。物權法這次的起草採取了民主立法程序，就是說整個物權法草案在網上公佈，在報紙上公佈，公開徵求大眾意見，反饋意見有一萬三、四千

條，這項工程很大，中國這麼大，反饋意見是很多的，其中有一個意見說物權法難懂，不僅用詞難懂，而且有些制度也難懂。也有人主張改稱“財產法”，對這個問題，我想說明的是，物權這個名詞是來自羅馬法的，當時財產權分為物權和債權，在農業社會裡面，物權是一個最根本的制度，土地是農業社會裡面的命根子，債權法是最簡單的商品交易制度的法律表現。現在的社會當然是發展了，知識經濟裡面，出現了知識產權；資本社會裡面，出現了股權，所以改革開放以來，大陸提出了現代產權的概念，這個現代產權不是指原來的物權和債權，而是股權和知識產權。投資者形成的權利，是股權；智力成果形成的權利，是知識產權。這樣的話，統稱叫“財產法”是比較冒險的，從大陸法的立法體系來說，更準確的說法應該為“物權法”。可是，物權法的英文還是 Property Law，因為這是最通俗的理解。老百姓比較熟悉財產法，對物權法這一稱呼比較陌生，不過在這麼多的爭議中，物權法這一名詞已經家喻戶曉了。我 51 年到蘇聯留學，那時候物權是遭批判的，人們只接受債權，因為物權是人與物之間的支配關係，對於共產學說來說是不能容忍的，所以在 86 年實施的民法通則中，只有債權這一說法，物權卻不讓用，在第 5 章第 1 節中只提及到與所有權有關的財產權。今天允許用物權法這一說法，說明內地的立法觀念也在不斷變化。

然後我講講**物權法的體系**。物權就是有形財產，有形財產就分為動產與不動產，我想這樣的話，老百姓好懂了，我有動產，也有不動產。那麼按照西方，特別是大陸法國家，首先是分“自物權”和“他物權”，自物權就是所有權，所有權是物權的根本基礎；他物權分為“用益物權”和“擔保物權”。用益物權是指沒有所有權，只有使用權，這一點很重要，現在中國的土地是國家所有，而使用權在農民手上，現在城市開發商也有使用權，使用權人上繳土地使用費就可以。而西方國家認為擔保物權也很重要，用物來擔保，我國也有擔保法。最後，還有一個佔有制度。那麼，我們現在可以看到，憲法中規定了所有權制度，土地所有權制度、國家所有、集體所有、私人財產、住房財產等等都有了基本的制度；土地使用權的制度我們都有了，農村土地承包經營制度，宅基地制度，建設用地的使用權，我們叫做土地的出讓和轉讓制度(就是你們稱的批租制度)。

所以我們看到物權法不是完全重新起草的，它大致包括三個部分，第一個是把原有制度寫進來；第二個是趁物權法起草的機會，把原有制度規定更詳細，更完整；第三個就是把原來沒有的制度寫進去。那麼，原來沒有的制度有哪些呢？第一個是“善意取得”，有人攻擊善意取得這個制度，是不是可以借善意取得侵吞國家財產？不能這麼說，市

場交易往往買了一些東西，賣者不一定有所有權，這時候我能不能取得所有權？又比如說我委託一個朋友幫我保管一幅畫，朋友沒經我同意卻賣出去了，我能不能追回來呢？從保護所有權者的角度，我是有權追回的，可是從市場交易安全的角度，如果對方是善意取得，且是在拍賣等等一些合法場合取得，我就不能追回了。善意取得是保護市場交易安全的一項重要制度。合同法有類似規定，所以我想這個規定應該沒有甚麼爭論的。

第二個是我們的**土地登記制度**上，不動產的土地的登記制度上更加完善了，不僅有一般登記制度，還有異議登記制度。這次我們還增加了一個居住權的制度，雖然這一制度還有爭議。問題就是說如果一個人沒有繼承權，可是與被繼承人有密切聯繫，可不可以享有居住權？我給79年入學的學生出了這樣一道題，78年廣州市有一個從印度回來的華僑在市中心有一棟兩層高的小別墅，一直以來由女兒照顧，兒子卻不管，最後他立了一份遺囑，因為害怕房子流給外姓人，遺囑上寫了房子所有權歸兒子，但是女兒享有房子的居住權直至死亡，所有權與居住權分開享有，居住權能否單獨享有？這份遺囑的效力如何？現在我們把居住權這一規定了就好辦了。大陸法的佔有制度，有兩條很有意思，一條是佔有人推定為合法佔有，西方國家有“佔有人是所有人”這一說法，要保護佔有人的利益。如果佔有人舉不出證明說物品為自己所有，提出質疑的人也沒有證明到為自己所有，那就推定佔有人為合法佔有人。第二條是，當佔有人佔有不知道是善意還是惡意，推定為善意，這裡跟刑法的“無罪推定”類似，不能做有罪推定，然後進行辯護，辯護不了就判刑定罪，這樣可不行。民法中的佔有也應該推定為善意佔有，如果您認為不是我所有，您舉證，舉證不了，就是我所有，這是保護私有財產的一個重要手段。可是有人指責說，把國家財產侵吞還算是合法的，這不能這樣說。所以說，這次物權法主要是把有關規定更詳細化，準確化。

第三個問題，我想講講物權法和所有制。這個是非常重要的問題，也是爭議很大的問題，我們沒有想到在這部分我們遭到了比較左的人的攻擊，大家知道，最早物權法起草的時候，內地著名的民法學家梁慧星提出在物權法中不應該分國家所有、集體所有、個人所有，既然是平等保護就甬寫，我也贊成，可是不行啊，憲法裡有這樣的規定，你不寫，領導也不同意。公司法起草也爭論這個問題，公司股權要不要分成國有股、法人股、個人股、外資股，股權也不一樣啊。大家說既然股權平等，為甚麼還這樣寫啊？從這個角度說，只要是**平等保護**，就不應該寫。鞏獻田教授認為現在不應該制定物權法，應該制定國有資產法，國有資產流失的防止法。確實，國有資產流失很嚴重，但是國

有資產的位階應該在物權下面，物權 - 財產權 - 國有財產，不能爲了有國有財產法而不制定物權法，恰恰制定了物權法，國有財產問題就可以一並處理了。現在內地爭論很大的問題，就是要不要平等保護的問題，這就反映了比較左的觀念，不僅領導層有，學術界也有。居然現在還提出國家財產特殊保護，優先保護。國有財產特殊保護與優先保護，不光理論上有害的，實踐上也是有害的。我舉個例子，這是與香港有關係的，前兩年，國內三大航空公司與香港一家企業打官司，香港公司爲原告，三大國有航空公司是被告，按照內地法律看，應該爲內地法院受理，但是香港公司卻在香港法院起訴，香港法院有這樣一條規定，香港公司在香港以外的地方得不到公平審理，香港法院可以受理。所以香港法院就讓原告與被告各找一個懂得內地法律的法學專家拿法學意見，原告找了武漢大學的專家，被告找了我出具相關法律意見。香港法院問了兩個問題，第一個是國內法院有沒有對國有資產特殊保護，第二個問題是國內法院有沒有終審。我寫這個法律意見的時候已經看到了第一個法律專家的法律意見，頭一位引用的都是報紙上有關法院人員的講話，還有最高人民法院的人員發表的講話，其中有一句引用的話就是“我們的法院要爲國有企業保駕護航”，這就是對國有資產的特殊保護，法院對國有資產有特殊保護，說明法院就不平等，人家就可以不在你那裡起訴。所以從實踐來說，是有害的。我在蘇聯學習的時候，對國有資產的保護有三條：國有財產統一屬於國家所有，任何國有企業之間的買賣都是國家的；國有財產不適用訴訟時效；任何所有權不明的都推定爲國家所有。今天的市場經濟，平等主体，我們還能用這種特殊保護制度嗎？這是個很重要的問題，在物權法裡面不能寫這個。現在有些教授振振有詞的說，現在明明寫著“公有財產神聖不可侵犯”，怎麼物權法不寫“私有財產神聖不可侵犯”啊？這問題太幼稚了，我說神聖只不過是修飾詞，既然不可侵犯，就不可侵犯，管他神聖不神聖呢。事實上，國內公有財產太容易被侵犯和侵吞了，個人的一個錢都難侵犯啊，這個問題上不體現在“神聖”這個修飾詞上。

第二個跟所有權密切相關的一個攻擊說法，物權法主要保護的是富人的財產，而不保護窮人的財產。有人說爲甚麼物權法不規定一些保護窮人的規定，讓窮人富裕起來？我說，這不是民法的任務。你有稅法等等來解決這個問題啊，現在國內還有第二次分配啊，調整貧富差距，最近開徵了消費稅，所得稅也出現差別了，還有財產稅啊。所以通過稅收來解決問題，這個問題需要解決，不過物權法的主要任務是要**保護合法財產**。

第三個是批評物權法比較尖銳的看法，你現在保護的財產很多都是非法取得，我曾在人民日報寫了一篇文章，說要把保護私人財產加進物

權法與憲法中，發表以後，有一次我看到人民日報的編輯，我問反饋意見如何？他說大部分人的意見一致，但有些也很奇怪啊，我說這些人的意見如何啊？有些人說爲甚麼要把保護私人財產寫進法律保護？是不是你們撈足了？這話好尖銳啊。這反映老百姓的一個心態，也反映了社會上一些人的財產的取得確實是不合法的。怎麼證明你的財產是合法的？如何保護你合法的財產？這些問題是很值得關心的。終究你是一個財產法，終究你是保護財產的法律，所以你免不了證明財產是合法還是非法的。

第四個問題，是物權法的核心問題，是物權法與不動產制度。應該說物權法主要是保護動產與不動產，不動產更重要；不動產主要指土地和房屋，那麼顯然物權法的重點又在於土地制度，而中國土地制度是公有的土地制度，土地制度更多在於用益物權的使用制度，所以說一部物權法主要解決的是**土地使用權以及房屋的所有權保障**問題。這裡面首先簡單介紹一下不動產登記制度，這裡的包括準不動產，如飛機、船舶、機動工具(如小汽車)等等，採取了兩種登記制度，一個是登記生效主義，另一個是登記對抗主義。我們一定要區別這兩種登記制度，所謂登記生效主義，不登記不生效，不登記不享有所有權。舉例說，甲房屋交款且入住，卻沒到房屋管理部門登記，甲仍然沒有房屋的所有權，這時候賣方把房屋賣給丙，丙並到房屋管理部門登記，由丙享有房屋所有權，這是嚴格的登記生效主義，學德國的做法，法國和日本採取登記對抗主義。我國的機動車是登記對抗主義。房屋是絕對的登記生效主義；農村房子例外，有些房子可以不登記，城市的房子不登記不行。土地的問題比較複雜，一個是建設用地使用權、土地出讓轉讓制度，適用登記生效制度，必須有土地使用權證；農村土地承包經營權，不用登記，從合同定立時起取得權利；宅基地的問題也很複雜。第二個最複雜的問題，就是對於集體土地處理的能力到底有多大？這裡主要涉及到三類地，第一個是集體所有的土地，這是一個很怪胎的東西。這次物權法把“成員的權利”與“集體所有”聯繫起來，成員享有的權利，類似於公司法中股東享有的權利，加大村民的發言權。土地被徵收以後的補償權由集體成員決定，不能單由村幹部決定；村民有重大決策權，比如說這地要不要賣和怎麼處置；村民可以選擇管理者，行使訴權。集體所有的土地，集體能不能單獨支配呢？這不能，國家往往把它徵用過來，那麼國家用比較低的價格徵用過來，然後用比較高的價格賣給開發商，說得難聽一點就是，國家還盤剝了一下。所以這次討論過程中，有人提出，你不是要讓農村富裕起來，建設新農村嗎？爲甚麼農村不能享有自主權，自己決定買賣土地，或者蓋廠房或其它的？這是爭議很大的問題，廣東省頒布了“廣

東省集體建設用地使用權流轉管理辦法”，明確講了廣東省的集體土地與國有土地“同地同權同價”，但是又規定不能在任何地方蓋房子和商品房來買賣，其它都可以，如小商品市場，攤位出租。

第二個難點就是**農村中的耕地**，除華西外，其它絕大部分的耕地都施行農戶承包經營土地，那麼這部分的農村承包經營的土地能不能進行流通，能不能進行轉讓啊？或者在多大範圍內可以轉讓啊？這是極其重要的問題。原來的物權法草案規定這部分可以流通，可以轉讓，可以出租，可以抵押，可以入股，後來領導人考慮，農村土地開放這麼大，很危險啊。後來呢，在物權法制定的同時，制定了《農村土地承包經營法》，大大縮小了範圍，轉包可以，互換可以，出租也可以，轉讓受到很大限制，抵押、入股沒有寫了，繼承更加不用提了，土地國有啊。開放寬了，會導致更大的兩極分化。那次我到遼寧省參加法制論壇，遼寧工業化最高，我問副省長遼寧省的農村人口還有多少，他告訴我還有50%呢，遼寧是工業化最高的，其它的城市可想而知了，美國只有20%左右，台灣呢？有多少啊？所以現在農村人口怎麼能在城市真正的安定下來，把農村人口變成城市人口，這些都是需要考慮的。這次“十一·五”計劃說到要給農村承包經營的土地有更大轉讓空間，都是物權法面臨的很大難題。

第三個問題是**宅基地**，農村的房屋土地管理制度與城市不一樣，城市買了房子就可以享有相應的土地；而農村的宅基地是無償使用，我要蓋房子，房子是我私人所有，土地依然是集體所有。草案規定，城裡人不能到農村買房子，農村中的人轉讓房子只能轉讓給農村中的人。開放的程度是十分重要的問題。

一個重要的問題就是**土地被徵用後如何補償**，也是現今爭論最大的問題。隨著國家和城市的發展，必要導致對農民土地和城市房屋進行徵用，這裡必然有公權力與私權力的碰撞。長期以來國家徵收的價格比較低，農民實際得到的補償也很少，所以在拆遷問題上有一些很激烈的行動，如自焚等等，這是大家關注的問題。立法法明確規定了非國有、非公有的財產的徵用都必須是法律的規定，這個規定是狹義的法律規定，是人大通過的法律規定。立法法規定，凡是涉及人身自由的限制和剝奪都由法律規定，而非國務院法規規定。是否給予補償？憲法規定，社會公共利益需要的時候可以徵用，並給予補償。補償的理由是“公共利益需要”，怎麼補償沒寫，難免把憲法規定在物權法中具體化，這個具體化難在兩條：一個是甚麼叫“社會公共利益”？這個範圍太寬了，立法過程中有人主張把社會公共利益列舉。經過慎重考慮，列舉較難。很多時候，社會利益與商業利益交叉，很難說是單純是社會利益還是單純是商業利益。在討論過程中，參考美國最新案例，有一個小鎮，建造一個新制藥廠，需要徵地，當地居民很反對，認為這是

基於商業利益的需要，應該經過談判，於是起訴到最高法院，該法院大法官認為該鎮失業現象較嚴重，制藥廠的建造能大大增加居民的就業率，在這個意義上可以說建造制藥廠是爲了社會公共利益的。現在這個案子也被廣泛參照了。最近在大陸的《法學雜誌》中，有學者引用美國另外一個意見，就是說要由代議機構來衡量和決定是否屬於社會公共利益需要。社會公共利益不應列舉，應該程序化判斷，在中國來說，應該由人大等專門機關去衡量是否社會公共利益。接下來的是如何補償呢？土地法中說“適當補償”，城市房產管理法、三資企業法中說“相應補償”，憲法修改中規定“並給予補償”，物權法中爲“合理補償”，說法不一，不過現在傾向於用“合理補償”，以市價衡量，至於以甚麼時候的市價來補償？這也是個問題。

第五個問題：物權法與擔保制度。 這裡涉及幾個問題，第一個是擔保法怎麼辦？當然有人主張擔保法繼續保留，也有人主張把涉及物上擔保的制度寫進物權法，包括抵押權、質押權、留置權，其他各歸其類，這是德國的做法。擔保制度是涉及市場交易的根本制度，我們開放外國銀行到中國來辦理業務，外國銀行首先關注和要搞清楚以下兩個問題，第一個就是中國企業用甚麼提供擔保，第二個是銀行的抵押權償還的順序是第幾位。總工會和一些部門堅決認爲勞動債權完全優先。而美國法律中，抵押權是擔保之王，抵押權在一定程度上優先於稅和工資。破產法要解決的問題是，銀行對企業的抵押權在多大的程度上、多大範圍內優先於勞動債權受償。物權法規定哪些可作擔保？這裡我順帶說一下這次物權法起草中討論的兩個問題，英美法國家有一種叫浮動抵押(Floating Charge)，大陸法的叫“全產抵押”，就是企業拿全部財產做抵押。而我們的企業現在只能拿它的不動產、機器設備、儀器、交通工具作抵押，其它的不可能。那麼，在這種情況下，浮動擔保就擴大了。大家知道，大陸法抵押儘限於不動產。另一個是美國的動產擔保交易制度。台灣也單獨制定了一部“動產擔保交易法”。我國擔保法制定的時候已經突破了大陸法抵押權的範圍，除了房屋，還有交通工具、飛機和船舶等等。物權法草案中增加了幾個很重要的抵押，包括在建的建築物、原材料、產成品，這與美國的動產擔保交易接軌了。交通工具、機器設備等等都有部門登記，原材料、產成品如何登記呢？這裡規定還不完善，具體怎麼操作還是有問題。世界銀行的教授對這個問題也很感興趣，親自登門造訪探討這個問題，應收帳款是否可作抵押？美國規定中，一個企業的應收帳款是債權，可作抵押。按我國現在的物權法，債權可作爲質權。但是拿債權作質押，風險大，可能壞帳或者是呆帳，外國教授說不用您擔心，這應該是由質權人自己考慮和決定。前三、四個月，銀行專門召開擴大擔保

範圍的討論會議，中國人民銀行堅決主張擴大擔保範圍，他們說如果債權可以質押的話，他們可以專門制定一套風險評估機制，但前提總得是法律先有規定。現在債權有三類，一種是物權化的債權，如銀行債券、公司債權；第二種定期收費的債權；第三種是其他的應收款。

第六個問題：物權法與建築物區分所有權。“建築物區分所有權”是大陸法特有的概念。物權法涉及三種關係，第一種是“共有關係”，德國法稱共同關係；第二種是“相鄰關係”，如兩個房子，土地之間等等；第三種是“區分關係”，城市物權法與農村的最大區別就是農村有相鄰關係，沒有區分關係。城市沒有太多土地的問題。過去人們擔心買了房子，而土地使用權有使用年限問題，按照用途不同，有70年、60年、50年不等，土地上的房子是歸自己所有的，但是土地使用權期滿後，房子該怎麼辦？現在物權法明確規定了可以繼續使用，交一定的土地使用費，社會公共利益需要徵用的除外。這樣老百姓就大概放心了。另外，業主與物業管理機構的關係也比較尖銳，甚至動武，這一點也是徵求意見反饋比較多的，大致包含四個問題：第一個就是這個詞太難懂了，甚麼是“區分所有權”？能不能簡化？第二個是區分所有權包括甚麼內容？在大樓中買了一層房子，房子為單獨所有，電梯、走廊為共有，那麼哪些為共同管理的問題呢？哪些屬於共有？目前爭議最大的是地下車庫，不斷有糾紛，究竟是屬於開發商還是共有管理？應該舉証說明。第三個是業主與物業管理機構是甚麼關係？拿香港或者是其他英美法系國家的信託關係來解決，我不知道香港的甚麼信託關係，可是內地信託制度不健全，雖然制定了信託法，物權法也沒有明確，實際上應看作委託管理，委託管理是屬於甚麼性質？能否單方解除這個關係？廣東有一個律師曾親自找我談了這個問題。有人認為，既然是委託關係，就可以單方解除啊。第四個業主之間怎麼行使權力的呢？雖然法律上規定業主組成業主委員會行使這個權力，這個跟公司股東大會不完全一樣，有些業主根本不關心、不理會，現在有些地方出現了兩個業主機構，一個支持物業管理的，一個反對的。調查發現，城市里有一半以上的都沒有成立業主委員會，誰來代表業主？怎麼完善？這些都是爭議比較大的問題。當然還有拾得物如何處理的問題，這個立法趨向世界立法，拾得人把拾得物交給失物招領機構後期滿沒人認領，可以考慮給拾得人。日本就有這樣的案例。過去長期以來，我國原來規定無主財產歸國家所有。一直以來立法受一貫的意識形態深深影響，就是那些：公有制為基礎，公有財產優先保護，一切以國有利益為先，無人財產歸國家所有。憲法修改加進了對私有財產的保護已經很不容易啦。有人批判國務院有關民營企業(非公有經濟)規定的36條大大放開了準入的領域，如航空領域這些重要

的領域。

好了，我想剩下半個小時的時間進行問題交流。

問：您最後說的業主與物業管理公司的關係，是委託關係，為甚麼不是合同關係？合同法不是解決這個問題了嗎？

江：但是合同法只有委託合同，能不能適用委託合同還是適用其它的合同，這並不非常明確。

問：那這個跟物權法有甚麼關係呢？

江：應該說沒有關係，不應該在物權法里面。

問：應收帳款可否作抵押？

江：沒寫，但是一個企業可用原材料、產成品作抵押，這點已經開放了，但還不能作全產或者是不動的抵押，這裡面問題在那裡呢？如果我們真正實行了 Floating Charge，債權人發現這個企業財產發展巨大變更，瀕臨破產或者效益很不好，比如說財產從 9000 萬元下跌到 6000 萬元，那麼也許財產的繼續減少造成債權人利益的損害，有甚麼辦法可以採取呢？西方國家的做法是接管(Receivership)，可是這風險很大。債權人是否可以監督管理？債權人監督管理不好，責任誰來承擔？這拿不准，很難定。

問：那就說現在國內不能做這樣的擔保？

江：沒寫，這裡實際包含了這樣的內容，整個叫浮動擔保(Floating Charge)。

問：因為我這邊有個案件，在具體的操作過程中，除了特定的不動產與動產之外，公証機關辦理抵押管理辦法中提到一些應收帳款和將來可得利益可作抵押登記，關於這方面可不可以歸到 Floating Charge 這方面來？

江：這裡面有個複雜的問題，把物叫抵押，債權叫質押，權利作為質權，權利不用登記，債權不能登記。動產質權轉移佔有，沒登記制度。

問：沒登記制度就不可以對抗第三人啊。

江：因為質權就沒所謂的登記制度，物在手上轉移佔有當然沒問題，問題是現在權利轉移佔有問題的爭論。

問：操作的時候，國內的一家獨資企業以所有不動產、動產、應收帳款向國外公司抵押，有些抵押不作登記，到將來執行的時候，法院審理的時候就會有問題。

江：這一點物權法在立法上關於擔保制度舉棋不定，實際上有兩個問題：第一個是抵押權、質權的範圍有多大？第二個就是程序化的操作規定。

問：如果十年前村里把土地轉讓給香港人，十年後村民不承認轉讓給香港人，該怎麼辦？物權法對這些爭議有何解決辦法？

江: 首先要看當時的規定, 看是否符合當時的程序。當時也有規定及集體土地不能隨便轉讓給香港人, 更不用說將集體土地轉讓給境外人了。所以說, 最重要還是要看當時的規定, 是否當時經過村民討論。

問: 物權法能給老百姓帶來哪些方面的實惠和方便呢? 可以列舉嗎?

江: 這個問題應該說很難用一句話來說, 至少任何您所擁有的財產在法律規定範圍內都可以轉讓, 但是國家法律有限制的除外(如農村承包經營的土地、農民自有的房子)。另外, 物權保護的一些方法, 當您的權利受到爭議時, 可主張權利是您的, 主張排除妨礙, 恢復原狀, 賠償損失等等, 法律按照這樣的一些規定來進行保護。同時, 幾個“推定”的規定對於保護財產所有權很重要。

問: 可否將住宅的會所的產權轉讓給小業主呢? 可以的話, 如何轉讓? 地下車庫(非人房)是否可以賣呢? 在物權法草案中有這樣的規定嗎?

江: “小業主”甚麼意思啊? 還是業主吧。第一個問題能否具體點?

問: 會所本為開發商所有, 可現在開發商不想要這個了, 想把它轉移給買房的業主, 物權法是否保護這樣的產權轉移?

江: 這裡我念一下這樣的規定: 會所、車庫的歸屬, 有約定從約定, 沒約定的, 建築權人能證明為其所有, 為其所有; 不能證明的, 為建築物區分所有權人共有。如果你現在屬於這樣的情況, 在房子買賣合同中, 你要寫清楚關於會所、車庫的歸屬了, 沒有寫明就歸業主共同所有。

問: 在物權法起草過程中, 起草委員會如何考慮外國的經驗, 保證融合性和保持一致性?

江: 應該說現在一些法律, 包括民法典、合同法, 所有這些法律的起草, 對於周邊一些國家和其它發達國家的法律都作了充分的參考, 大概是這樣的, 一個是德國, 一個是日本, 一個是台灣, 還有英美法系的香港、美國等等。物權法中有三種東西: 第一個是完全中國的, 不能吸收外國, 如土地制度; 第二個是參照了英美國家的制度, 如土地出讓制度借鑒英國的土地批租制度, 擔保法制度也向英美法國家靠攏; 證券制度更接近美國; 第三個就是體系, 接近大陸法體系。

問: 香港有一種叫逆權佔有制度 Adverse Possession, 如果有人在某土地佔有一定時間, 過了時效(如 20 年或者 60 年), 業主就不能主張其所有了, 草案是否有這樣的規定?

江: 陳弘毅教授這問題很有意思, 在大陸法國家有佔有時效這一制度。第一, 這個問題原來在總則規定, 既有訴訟時效(也叫消滅時效), 也有佔有時效(也叫取得時效), 這是一個考慮。這次在物權法的起草中, 有人

提倡把這個寫進物權法，因為也是物權法的內容，也是取得的一種方式，但是呢，根據德國學者、台灣學者的介紹，現在通過佔有時效取得的已經很少很少了，佔有時效要求很嚴格，比如說要符合善意佔有、合法佔有等等條件；相對地，善意佔有的多，所以說先規定善意佔有制度就夠了，佔有時效制度以後再考慮是否規定。

問：物權法對內地知識產權相關法律有甚麼影響及補充？普通法中財產權的概念對物權法有甚麼影響？

江：這是另外一個問題，涉及民法典起草中知識產權是否納入到民法典這個爭論，現在基本認為知識產權應該作為一個獨立法律體系存在，不納入民法範圍，兩者有不同的規則，尤其是在侵權責任方面，知識產權的侵權歸責原則跟一般侵權責任不完全一樣，前者不一定要造成損失。但 86 年民法通則肯定了知識產權也是民事權利的一種，所以在現代民法典起草中，也只會再總則中規定知識產權是民事權利的一種，也不會作具體的規定，因為知識產權在世界各國裡面都用單獨的法律規定。至於物權法對知識產權的影響方面，兩者屬不同體系。第二個問題，物權法基本是受德國的影響。英國的土地制度太複雜了，財產權也包含太多內容了，不過我想有些內容的基本理念是一樣的。

問：物權法與行政法的關係？尤其是在賠償問題上？

江：張健利大律師這個問題很有意思。傳統大陸法系物權法解決平等主體關係，物權法有兩方面涉及行政方面：第一個是登記制度，行使國家權力，第二個是徵收徵用制度。這是物權法的兩大不足，也就說土地房屋登記單靠物權法規定不足夠，有人主張單獨制定不動產登記法，那麼登記機關是否可統一？可否由單獨的事業機構進行登記，不由行政機關登記呢？現在中國政出多門，土地在土地部門登記，房屋在房屋部門登記，可是土地跟房屋又連在一起，這邊抵押了，那邊的權利就受影響了，所以現在原則上將來土地和房屋只能由一個機構登記，據調查，其它的財產登記機關有十多個，飛機、機動車、輪船有單獨的登記，其它的有獨立的登記機構。能否集中到一個機構辦理不同類型的登記？現在還不可能。還有一個爭論很大的問題，登記到底是實質登記還是形式登記？登記機關人員登記錯誤，要承擔責任，這是行政賠償還是民事賠償，均有爭議。登記時間的問題等等，這一部分是民法、行政法、物權法交叉很大的地方，是單獨規定一部不動產登記法還是留在民法，很多人主張制定不動產登記法。第二個徵收徵用的問題，也有人主張專門制定一個徵收徵用法作更詳細的規定。物權法僅限於平等主體之間造成的損害，如果國家機關造成了損害，賠償金額很低，怎麼辦？南京當時有一名居民的自焚就是因為他認為南京市政

府補償標準太低，告到法院也無法告，因為按照中國現在法律，不能對政府的抽象行政行為進行起訴，這就需要進一步完善保障公民權利的機制，就應該允許公民能對造成公民損害的抽象行政行為起訴，行政法學者正在提議修改行政訴訟法。

問：土地的所有權只有兩種，一個是國家所有，一個是集體所有。現在南方有一種很不公平的現象，在東莞、順德等等一些地方，農民不耕地，而是把土地出租給一些商戶之類的，掙取很高的租金，新物權法有沒有解決這個問題？宅基地可否像香港的居屋計劃，通過估地價，讓宅基地自由流通，讓市場搞活土地？

江：第一個問題，在南方特別是在廣東，尤其是深圳，是常有的現象。不過這個只能通過稅法調整，不宜以民法、物權法調整。第二個問題，這是個很好的想法，原來的物權法規定了農民可把自己的房屋賣掉，當時條文這樣寫的：農民不能單獨出買宅基地，但是把宅基地上的建築物出賣，視同連帶宅基地一同轉讓；每個農民只有一塊宅基地，宅基地如超出面積應該補償費用。不過後來的草案還是控制很嚴，農村很多的是家族的勢力，你說一家只有一個宅基地，村長有權就可以給你兩個宅基地，國家也管不了，這也讓人擔心啊。從理念上說很對，本人也主張適當放開，但是開放程度還不能確定。

好了，今天到這裡了，謝謝大家。

2006年4月1日