

私法研究

第6卷

主编 吴汉东 陈小君
Editor-in-Chief:
Wu Handong Chen Xiaojun

PRIVATE LAW REVIEW
VOL.6

顾问

王泽鉴
梁慧星

主办

中南财经政法大学民商法学科

私法研究

第10卷第1期

2010年1月



第10卷第1期

1

PRIVATE LAW REVIEW VOL.6

私法研究

第6卷

主编 吴汉东 陈小君

Editor-in-Chief:
Wu Handong Chen Xiaojun

责任编辑

陈小君 麻昌华 徐涤宇
高利红 胡开忠 薛军

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

私法研究. 第6卷 / 吴汉东, 陈小君主编. —北京: 法律出版社, 2008. 6

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8503 - 3

I. 私… II. ①吴…②陈… III. 私法—研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 070163 号

©法律出版社·中国

责任编辑/吴 昉

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/永恒印刷有限公司

编辑统筹/法律教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/787×960 毫米 1/16
版本/2008 年 8 月第 1 版

印张/26.75 字数/500 千
印次/2008 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908
上海公司/021 - 62071010/1636 北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 8503 - 3

定价: 36.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)



卷首语

陈小君

《论语》云：逝者如斯夫，不舍昼夜。不知不觉中，《私法研究》已经顺利出版五期了。按照成熟的编辑计划，第六卷应该在2006年与读者见面，但却拖了整整一年的时间，对此，我向长期关爱这粒学术青果的作者和读者致歉。正像本卷重点栏目所关注的《物权法》的出台一样，本卷的出版也经历了一点困难：编好的稿件正要交到出版社时，接到出版社不能继续合作的通知！我们措手不及，但又不甘就此放弃。现在回想起来，我们没有任何对原合作方的抱怨，而是充满着感激。在一年来寻找新的支持者的过程中，我们深深地感受到了他们在支持《私法研究》出版时所背负的巨大压力。在感谢法律出版社拯救我们于危难之前，我们要先感谢中国政法大学出版社，感谢他们多年来的支持！

编辑第六卷的过程，正是中国物权法“十月怀胎”的过程。我们组织了一系列关于物权法草案修改意见的文章，以期能对中国物权法的出台有所参考。由于出版的原因，物权法倒先出台了，要不要把它们撤掉？或者让作者按已经颁布的物权法进行修改？经过激烈的思想斗争，编辑部最后还是决定原封不动的刊载。因为我们觉得，这个专栏正好可以作为物权法制定过程的见证！作为全国人民关注物权法的见证！作为中南的学者对物权法倾注精力的见证！

在我国的立法史上，从来没有任何一部法律像物权立法这样充满曲折和反复，这也恰恰说明了物权法的重要性。从1999年物权法制定工作启动，到2005年物权法草案第三稿公布，再到2007年物权法高票通过，其间形成了七个草案。作为物权法制定的直接参与者，梁慧星教授无论冷暖，不计荣辱，始终以一个学者的虔诚投入到对物权法的关注之中。每一次草

案的修改,梁教授都以他敏锐的目光来审视并提出意见,其中很多为立法机关所吸收。为了记录这一过程,在征得梁教授同意后,我们将他对每次草案的修改意见集中刊载,以飨读者。中南的民法学人一向关注国家的立法实践,京外的地理位置决定了他们参与国家立法实践的方式。物权法的制定也深深牵引着他们的学术目光,物权法草案第三稿的意见是他们的集中反映。与通过的物权法相对比,无论是巧合或是吸收,很多地方都令他们开颜。我国台湾地区中正大学谢哲胜教授的“台湾物权法制发展”一文也是物权法通过之前赐稿的,文中依序介绍了物权法通则、所有权、用益物权、担保物权及占有在台湾地区的发展,有些制度的发展在我国物权法的制定过程中也颇有争议,如物权种类的增加、物权法定原则的逐渐放弃、物权受限制的程度增加等。在物权法的制定过程中,物权法的违宪之争最受瞩目,它几乎断送了物权法。在这场争议中,梁成意博士独辟蹊径,从人的社会生活整体性视野的角度出发,分析宪法与民法的关系,得出了判断物权法草案是否违宪的三条标准,至今仍不失其参考价值。

在包容性最广的“私法专题”栏目中,我们选刊了谢哲胜教授的另一篇文章——“流质(押)契约自由与限制”。谢哲胜教授从债务人责任和担保制度出发,分析了债务人责任与流质契约的关系,阐述了流质契约禁止的合理性,为我国担保物权的立法提供了正面的合理性理由。熊琦博士的“意思表示错误理论与信赖原理”一文,以私法自治为立论之根本,论述了法律行为制度中的意思表示错误与民法信赖原理由如何从冲突走向协调,从新的视角阐释了意思表示理论,让人耳目一新。各国法律对信托的规定及各国学者们对信托的认识,差别甚大,关于信托本质也有契约说、法人说以及个人因素、超个人因素的双重构造说等。在“信托财产上的权利分离的理论思考”一文中,唐义虎博士从信托财产上的“权”、“利”分离的特殊构造来剖析信托的本质,认为信托财产的独立性、主体性也来源于这种特殊构造。而徐卫先生的“受托人委托权问题研究”则全面介绍了信托法律制度中的受托人委托权问题。作者从委托权的确立、性质、委托费用的规制等各方面详细说明受托人的委托权,以达检讨我国信托制度中的委托权规定和提出立法建议之目的。在主债已罹诉讼时效致使主债权丧失法律强制保护的情况下,作为其担保性的从债权是否也随之变动或丧失法律效力,在理论上一直存在争议,现行相关立法也规定不一。郑天锋副教授的“试论主债诉讼时效变动与保证责任承担关系——基于对我国《担保法》及其司法解释的理解与适用”针对这一现实情况,从理论上和立法上详细进行了论述。作者对我国保证法律中的相关规定逐一加以分析,认为“时效独立说”和“时效附随说”在我国保证法律中皆有适用,且区别一般保证和连带保证而作出了不同规定。

“调查报告”是本卷新设的栏目。一直以来,理论研究与现实脱节越来越严重,但再高深的理论如果与实践不符,也只能孤芳自赏。本栏目选载两篇调查报

告,目的是倡导实证主义的研究方法,使越来越多的研究成果能更加贴近实践。第一篇是高飞博士和李斌峰先生的“农村土地制度的现状及福利制度的需求之分析——来自湖北省枝江市的实证调查”,此文对该市部分地区在农业税减免、农产品涨价的条件下农村土地承包的相关法律和政策的实施状况进行了广泛调查和分析,认为农业税减免政策虽然在一定程度上能增加农民的收入,但对村内债务、村民自治、农村基本社会保障和社会福利均造成不同程度的冲击。文章运用材料丰富,为了解我国的农村土地制度现状及福利制度的需求提供了可信参考。第二篇报告是孟令志副教授和陈晋先生的“武汉市民众继承习惯调查与分析——以不同年龄层的比较为视角”,这是作者关于中国民众继承习惯调查的有机组成部分,为中国民法典继承编的制定提供了翔实的数据支持。

“外国法译评”仍是本刊的保留栏目,本卷刊载魏磊杰博士翻译的荷兰法学教授简·M. 斯米茨所著的“法律模式的进口与出口:荷兰的经验”。该文主要从荷兰私法的角度来研究法律移植这一博大精深的问题。文章详细分析了荷兰私法进口与出口的原因、所做的努力和贡献以及在荷兰私法移植过程中需要协调的矛盾和问题,对我国民事立法工作具有重要的借鉴意义。

本卷的“民商立法评论”栏目主要聚焦新《公司法》。新《公司法》的出台获得了一致好评,展示了我国商事立法的先进性和前瞻性。彭真明教授和刘学民先生在“中国大陆公司法发展路径探讨”一文中,向我们传输了一种协调化的公司法律理论。作者从解读公司法律文本着手,分析公司法律的现状,梳理制度与现实的抵牾,得出了大陆公司法律存在的主要问题——公司法律的协调性不足。同时作者还提出新《公司法》的不足之处需要在后续的理论研究和配套机制构建中不断加以调整,以走上一条逐步协调化的公司法律发展道路。新《公司法》对许多公司法律制度作出了变更与增补,吴京辉博士就公司法定代表人制度在新旧公司法中的对照撰文“公司代表人制度刍议”。文章运用比较法学的方法,系统评析了新《公司法》中的法定代表人制度,认为新《公司法》中修订的公司法定代表人制度有了重大突破,但仍有三大困惑需在制度改革中才能释然。

物权立法几经波折和坎坷,其中2005年年底的“物权法合宪之争”可谓是最为惊心动魄的一次争论,它将民法学者和非民法学者置于对立的状态之下。中南财经政法大学的法学研究者们为此举行了多次讨论,这期的“法学沙龙”栏目只是选载了其中的一次。

目 录

物权法专题

- | | | |
|-----|-------------------------------------|------|
| 3 | 物权法草案的几个问题 | 梁慧星 |
| 23 | 物权法草案(第二次审议稿)若干条文的解释
与批判 | 梁慧星 |
| 43 | 对物权法草案(第三次审议稿)的修改意见 | 梁慧星 |
| 65 | 对物权法草案(第四次审议稿)的修改意见 | 梁慧星 |
| 82 | 对物权法草案(第五次审议稿)的修改意见 | 梁慧星 |
| 97 | 物权法草案(第六次审议稿)解读:“物权法定”
还是“物权自由”? | 梁慧星 |
| 100 | 对物权法草案(第三稿)的评析与建议 | 民商法系 |
| 121 | 物权立法的进程 | 梁慧星 |
| 132 | 正确认识制定和实施物权法的重大意义 | 梁慧星 |
| 139 | 中国物权法的制定 | 梁慧星 |
| 155 | 台湾物权法制发展 | 谢哲胜 |
| 173 | 人的社会生活整体性视野中的宪法与民法
的关系 | 梁成意 |
| | ——兼论《物权法(草案)》合宪性的判断
标准 | |

私法专题

- | | | |
|-----|---|-----|
| 193 | 流质(押)契约自由与限制 | 谢哲胜 |
| 203 | 意思表示错误理论与信赖原理 | 熊 琦 |
| 213 | 信托财产上的权利分离的理论思考 | 唐义虎 |
| 229 | 受托人委托权问题研究 | 徐 卫 |
| 263 | 试论主债诉讼时效变动与保证责任承担关系
——基于对我国《担保法》及其司法解释的
理解与适用 | 郑天锋 |

调查报告

- 275 农村土地制度的现状及福利制度的需求之分析 | 高飞 李斌峰
——来自湖北省枝江市的实证调查
- 293 武汉市民众继承习惯调查与分析 | 孟令志 陈晋
——以不同年龄层的比较为视角

外国法译评

- 341 法律模式的进口与出口:荷兰的经验 | [荷]简·M. 斯米茨
魏磊杰译

民商立法评论

- 365 中国大陆公司法发展路径探讨 | 彭真明 刘学民
- 386 公司代表人制度刍议 | 吴京辉

法学沙龙

- 399 物权法平等保护原则合宪性之争 | 陈小君等

Contents

Special Topics on Property Law

Liang Huixing	Several discussion about the first draft of Chinese property law	3
Liang Huixing	Interpretation and criticism on some clauses of the second draft of Chinese property law	23
Liang Huixing	Some rivising suggestion on the third draft of Chinese property law	43
Liang Huixing	Some rivising suggestion on the fourth draft of Chinese property law	65
Liang Huixing	Some rivising suggestion on the fifth draft of Chinese property law	82
Liang Huixing	Property right in law or in freedom	97
The Civil Law and Business Law Department	Some suggestions to the third draft of Property law	100
Liang Huixing	The procedure of property legislation	121
Liang Huixing	Recognize the important significance in enactment and enforcement of property law rightly	132
Liang Huixing	Enactment of Chinese property law	139
Xie Zhesheng	The development of Property Law legal system in Taiwan	155
Liang Chengyi	Relations between Constitution and Civil Law from the globality of social life perspective	173

Special Topics on Private Law

Xie Zhesheng	Freedom and restrictions of pledge contract	193
Xiong Qi	Theory of private autonomy mistakes and trust principle	203

Tang Yihu Theory research on the separation of the rights and the benefits on the trust estate	213
Xu Wei Study on the trustee's commissioned right	229
Zheng Tianfeng First study on the relations between the change of main claims' limitation of action and responsibility undertaking	263

Investigation Report

Gao Fei , Li Binfeng Analysis of the current situation of land system in rural area and the demand of welfare system	275
Meng Lingzhi , Chen Jin Investigation and analysis of the people's inherit custom in Wuhan	293

Foreign Law Review

Jan M. Smits Import and export of legal models: The Dutch experience Civil Law and Business Law Legislation Review	341
---	-----

Civil Law and Business Law Legislation Review

Peng Zhenming , Liu Xuemin Probing into the development mode of Corporation Law in mainland China	365
Wu Jinghui On the representative of company	386

Jurisprudential Salon

Chen Xiaojun , etc The debate on the constitutionality of equal protection principle of Property Law	399
---	-----

物权法专题



物权法草案的几个问题^{〔1〕}

梁慧星

目 次

- 一、物权法起草的情况
- 二、物权法草案总则主要内容的介绍和理解
- 三、对物权法草案的批评

一、物权法起草的情况

物权法的起草是从1998年开始的,1998年第八届人大的副委员长王汉斌同志,委托了一些专家、学者,成立了民法起草工作小组。民法起草工作小组的任务是为国家民法典的制定和物权法的制定准备草案。民法起草工作小组在1998年3月第一次会议上,讨论了制定民法典的步骤,这个步骤大家可能知道叫做“三步走”:第一步是通过制定统一合同法实现交易规则的完善、统一和与国际接轨,这个任务打算1999年完成;第二步是要制定一部物权法,通过物权法的制定实现财产关系基本规则的统一、完善和与国际接轨,从1998年开始算打算花四到五年的时间来完成它;第三步就是要制定一部科学的、进步的、完善的中国民法典,打算在2010年前完成。这就是当时所谓“三步走”的方案。

这个方案在实施过程中第一步顺利完成了,1999年统一合同法顺利通过了。第二步也在顺利地进行当中,1999年10月社科院的草案,就是我负责的社科院物权法课题组,其中包括清华大学的崔建远教授参加,就完成了中国物权法草案的建

〔1〕 这是梁慧星教授2005年10月14日在清华大学所作的演讲,针对的是物权法草案第一次审议稿,文中作了一些删减。

议稿。到了2000年年底,人民大学的王利明教授也领导了一个课题组,完成了一个人民大学物权法草案的建议稿。这两部建议稿提供给立法机关以后,法制工作委员会在2001年5月,先产生了一个内部草案。这个草案在2001年5月召开了专家讨论会进行讨论。会后到了2001年年底,法工委就产生了物权法草案征求意见稿。法工委的这两部草案都是参考两部学者的建议草案来完成的。2001年年底的物权法草案征求意见稿发到了地方人大、法院、部门和法学院征求意见。按照当时的设想,这个草案在2002年讨论进入审议的程序,在2003年的大会要通过。

但是在这个时候,我们中国加入了世贸组织,我们最高领导人由此认识到完善国内法律环境的重要性。李鹏委员长作出指示:要加快民法典草案的制定,要求2002年完成民法典草案,要在九届人大常委会上审议一次。根据李鹏委员长的这个指示,2002年就把物权法草案的修改审议工作停了下来,腾出手来进行民法典的起草。2002年1月就布置起草民法典草案,起草出来后,经过4月的讨论会、9月的讨论会,最后到去年的12月提到人大常委会进行第一次的审议,就完全符合了李鹏委员长的那个指示。但是这个民法典的草案,经过审议、公布,在社会上的反响是很复杂的。就我个人的看法,学术界对这个草案持积极的肯定的态度的同志较少。有一些相反的意见,比如我就采取完全否定的意见,还有很多同志没有正式表态,从这种情况看,反映不太理想。

到了今年(2004)十届人大,我们看到人大常委会在6月份讨论立法规划,就再也没有提到民法典草案的审议,只是讲到了民法草案上的物权编要在适当的时候安排审议,根据这个规划,我们现在中国的民事民法的主要任务是什么呢,就是讨论物权法,就是修改物权法的草案。民法典怎么样,是否继续审议讨论都没有说。不管怎么说,现在我们面临的的就是物权法的草案,所以今天晚上我要向同志们介绍的就是这个物权法草案。这个草案就是去年12月常委会审议的民法草案审议稿上面的第二编——物权法编,这个物权法编和2001年发布的物权法征求意见稿可以说是一样的。只是个别的有变动,主要的内容就是那个征求意见稿,下面我把草案的内容跟同学们作一个介绍。

草案分为五个部分:第一部分是总则,包括三章:第一章一般规定,第二章就是我们平时所说的物权变动,第三章物权的保护,是我们教科书上所说的物权请求权。第二部分是所有权,在这个部分中,第五章、第六章、第七章是按照生产资料所有制来划分财产所有权,这就是对所有权分类保留了按照生产资料所有制划分这一点,这一点是采纳了王利明教授的意见,关于所有权其他的部分主要是以我负责草案的内容为主还有一些新的东西。第三部分叫做用益物权,在土地使用权名称的使用和分类是按照王利明教授的草案,叫做土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权,比如说建设用地使用权和宅基地使用权分别规定以及它们的名称基本上是采纳了王利明教授的那个草案,其他部分比如说邻地利用权、典权采纳了

社科院的草案。在这一部分还增加了一些我们教科书上没有的权利,比如说居住权、取水权、采矿权,等等,这些权利有的是过去没有,是现在新创的,有的是过去教科书上所称的特许物权,对这几个权利我在最后一个部分讲对草案批评的时候会特别讲到。第四部分是担保物权,以现行的《担保法》为基础,这一部分两部学者的草案基本上都是按照《担保法》来制定的,新增加的一个权利就是让与担保,让与担保这一章基本上是社科院草案上的内容。第五部分是占有。这就是对这个草案结构作一个简单的介绍,下面就是我今天讲座的主要部分,即第二个部分,对草案总则的主要内容作一些讲解和介绍。

二、物权法草案总则主要内容的介绍和理解

(一) 物权法的指导思想

首先,物权法的指导思想是制定物权法草案最重大的一个问题。这个指导思想在我们过去的《民法通则》上有一个规定叫“国家财产神圣不可侵犯”,在我们的宪法上叫做“公有财产神圣不可侵犯”,在学者讨论建议草案的时候,认为以上规定是反映单一公有制和计划经济体制的要求,与我们现在的经济生活已经严重地脱节,已经不符合,我们改革开放以来的经济生活和原来已经发生了本质的区别。顺应市场经济的要求,我们现在的经济生活是多种所有制、多种经济形式、多种经营形式同时并存,因此要求我们在物权法制定的指导思想上要采取平等对待的态度。因此社科院的课题组提出的对策,提出的指导思想叫做“合法财产一体保护”。它的侧重点在于,不考虑生产资料所有制是什么,只考虑财产的取得,财产取得只要是合法的,在法律上应当受到同样对待、同样保护。这就是一体保护的思想,我们认为这个思想是符合市场经济要求的。

在讨论的过程中,也有专家比如一些经济学界的学者提出,是否应该把“公有财产神圣不可侵犯”抛弃,彻底改为“所有财产神圣不可侵犯”呢?在社科院的课题组也进行了研究,认为公有财产神圣不可侵犯和私有财产神圣不可侵犯都不符合我们社会主义市场经济的要求,和我们的经济基础不一致。因此对于这两种指导思想我们认为都是偏颇的,不能反映社会主义市场经济的本质,因此我们提出“合法财产一体保护”。

那么这个指导思想在后来的法工委的草案当中是不是被完全的采纳呢?没有完全的采纳,现在的草案上保留了生产资料所有制的划分,分为国家财产所有权、集体财产所有权和私人财产所有权,这是财产所有权传统的分类。但是现在的草案没有规定对国家财产的特殊保护,没有规定《民法通则》上的“国家财产神圣不可侵犯”,也没有出现“公有财产神圣不可侵犯”这样的字样,特别是没有采纳王利明教授的草案中所建议的特殊保护的三个制度。这三个制度就是:第一,某一项财产归属不明推定为国家所有;第二,如果某一项财产双方都有争议,但争议的过程

中都不能充分证明自己的权利,也推定为国家所有;第三,就是国家财产不适用时效。这三项特殊保护的制度在法工委的草案中都没有采纳,因此我对这个草案的评价是,在财产保护问题上向前跨了半步,和《民法通则》相比前进了半步。但是按照我这个课题组的意见觉得这还远远不够,问题在什么地方?我们注意,在今年(2004)4月在云南丽江开了一个民法典的讨论会,这个会议的纪要发表在民商法律网上,从这个网上可以看到,就这个问题学术界有两种意见:一种意见就是赞同法工委的草案中这样按照所有制划分,叫做“三分法”,一些同志肯定“三分法”,认为按照所有制划分没有什么不好,是可以的;另外一种意见认为应该进一步就是一体保护,叫做“一元论”。

我们物权法的基本规则,不是区分它的所有制,我们只看财产合法不合法,合法就保护,这叫“一元论”。这个“三分法”和“一元论”是现在讨论物权法草案上关于财产保护指导思想的一个分歧。这两者究竟哪一个对呢?在这里我做一个表态,我认为“一元论”是对的。有的同志说,“三分法”按照所有制划分有什么害处啊?我们划分了并没有说国家财产就特殊保护啊。但是从我们的经验看,从逻辑上看,为什么要区分?区分的结果必然意味着要区别对待,区别对待必然是不平等对待。

要说明这一点并不难,从改革开放前我国的大学招生就可以看出来,考生在报考志愿填表时,有一栏叫家庭出身,一定要填你是出身于农民还是工人,还是革干,还是革命军人。如果是农民,你还要进一步明确你是上中农、中农还是下中农,还是贫农。这个可见我们在改革开放前考大学要依家庭出身来区分,区分的结果当然是不平等对待。至少是很多专业包括我们的法学专业在过去绝对是不招地主富农、资本家出身的考生,只招革干、革命军人、工人和农民中的贫农,我举这个例子就说明,过去为什么要区分考生的出身呢,就是为了区别对待。这个区别对待就必定是不平等对待。过去即使成绩再好,因为你的出身不好考不上大学的多得是。但是这种对人区别对待的制度改革开放以来我们已经废弃了。现在考大学找工作不再区分家庭出身,我们只一个标准就看你的成绩和你的品行,这就是我们现在所说的法律面前人人平等。

对待个人我们已经走到了正确轨道,对于财产我们还划分它的出身,以所有制划分,以这个对比就可以看到,划分的结果不管你是有意的无意的,是否有明文的规定,其结果必然是不平等的对待。我们的执法机关,我们的行政机关在涉及不同所有制的财产时,我们有意无意地就偏向了一边,事实上就是不平等的对待。这样的结果不符合市场经济的要求。所以从这一点考虑,对于财产保护的指导思想问题,我觉得应该严格贯彻合法财产一体保护,就是刚才说到的“一元论”。“三分法”不合理就是因为它潜在着不平等对待。关于指导思想我就介绍到这里。这个问题到现在为止仍没有解决。