

国家所有权民法保护论



程淑娟 著

西北政法大學學術文庫

法律出版社

013027582

西北政法
大学学术
文库

D922.291.04
04

国家所有权民法保护论



程淑娟 著

法律出版社

D922.291.04
04



北航

C1637223

图书在版编目(CIP)数据

国家所有权民法保护论 / 程淑娟著. —北京: 法律出版社, 2013. 1

(西北政法大学学术文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4420 - 0

I. ①国… II. ①程… III. ①国有资产—所有权—民法—法律保护—研究—中国 IV. ①
D922.291.04 ②D923.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 310784 号

西北政法大学
学术文库

国家所有权民法保护论

程淑娟 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2013 年 2 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印刷厂

印张 9 字数 222 千

印次 2013 年 2 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4420 - 0

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



北航

C1637223

总序：真研究实在的问题

《西北政法大学学术文库》是西北政法大学在本校教师的研究成果中遴选出版的一套学术丛书，希望它能代表西北政法大学的学术导向、学术风格和学术水平。

西北政法大学来源于中共中央 1937 年在延安创办的第一所干部学校——陕北公学。陕北公学生于战火，旨在救亡。毛泽东就在亲自讲学时鼓励学生：因为有陕公，中国不会亡。1949 年，由陕北公学等学校合并而成的延安大学奉命南迁西安，成立西北人民革命大学，是为了给西北地区新成立的各级人民政权培养干部，它的办学风格自然与本来意义上的大学大异其趣。再后来院校合并，西北大学法律系并入，形成法学教育的“四院四系”或“五院四系”，“文革”中停办。“文革”后恢复，主管由最高人民法院变为司法部，后变为陕西省；校名由西安政法干校、中央政法干校西北分校、西安政法学院、西北政法学院，最后更名为西北政法大学。学校坎坷磨难，师生筚路蓝缕，总算成就了一个全国法学人才重

要培养基地和法学重镇的地位,同时形成了法学特色鲜明,哲学、经济学、管理、新闻、公安、外语等多学科协调发展的格局。

大学的根本宗旨是培养高水平人才;围绕这一根本宗旨,教学和科研是学校的两项中心任务。由于十万校友在全国各行各业,特别是法律行业的杰出表现,西北政法大学对自己的教学水平从来都相当自信。近年来,学校更是旗帜鲜明地反对教育行政化,提倡回归大学本位,坚持加强实践教学、服务社会、开放办学的方针,教育教学质量得到了进一步提高。全国各大法学院都有个别教师挂职司法部门实践的经验,但我们已将法科教授的挂职作了分批次、普遍化的安排;我们在全中国首创了所有法科青年教师担任法官助理一年、法科研究生担任见习法官、检察官助理半年的实践教学模式;多年来,我们都把法庭辩论、模拟法庭教学正式纳入课程体系,等等。一系列的教学改革,使教师的教学能力、学生的实践能力都得到了明显提升。

科学研究也是大学的重要职责之一。经过几代西北政法大学的学人的努力,现已形成了在价值哲学、陕甘宁边区法制史、死刑问题、法学教育研究等领域的一批特色研究成果。但毋庸讳言,在科研方面,由于历史的原因,人文类学科比之理工类学科,单科性大学比之综合性大学,还是有一定距离的。近年来,西北政法大学采取一系列改革措施,大力引进高水平人才,激励教师申报承担各级研究课题,取得了阶段性的成果。全校已经获得博士学位和正在攻读博士学位的教师已达到 170 多人,而且分别来自英、法、德、美、日、韩等国外著名大学和国内名校,学缘结构显著改善。近五年承担国家社科基金项目 42 项,名列陕西高校前茅。为了使教师已取得的高水平研究成果更好地服务社会并鼓励教师取得更多更好的研究成果,西北政法大学决定出版这套学术丛书。

最近有外国学者发表言论,说中国的学者出书是最大规模的废纸制造业。言者无罪,闻者足戒,我们应当提高警惕。出书者成为废纸制造者,不外乎两个原因:一是研究了伪问题,而不是实在的问题。娱乐记者

可以连篇累牍地讨论名角情变、名媛怀孕,但自称并被称为“学者”的人不能研究这样的伪问题。二是写了实在的问题,但没有真研究。真正的研究要大量搜集资料、广泛调查事实、深入思考道理,而不能东拼西凑、东拉西扯,让读者不知所云。如前所述,西北政法大学的师生一直很实在,出书不太多,其中制造废纸的数量可能也有限。但现在看来,能写书的学者多了,学校又狠抓科研工作,质量问题自然要引起关注。

所以,本丛书的编辑者希望、也会督促丛书的作者们:真研究实在的问题。

贾 宇

于古都长安

二〇〇九年二月八日

自 序

公共所有权与传统民法的私人所有权都属于所有权的类型,但存在一系列鲜明的差别。国家所有权是公共所有权的一种。它是法律为实现公共利益而赋予国家所享有的民事权利,民法保护国家所有权就是保护公共利益。国家所有权的法律保护,是包括宪法在内的各个部门法的共同任务;国家所有权的民法保护,则是以民法的特有规律和特有方法对国家所有权提供保护。

国家所有权的民法保护,在传统含义上多是指用民法对所有权的保护方法来保护国家所有权。这些具体的保护方法包括返还原物、排除妨碍、防止妨害、恢复原状和赔偿损失;它们与刑法中的刑罚和行政法的行政处罚方法具有不同的目的,并以自身的特点和优势适用于对国家所有权的保护。但民法的各项制度和功能都能为国家所有权提供保护,因此“国家所有权的民法保护”这一命题的内涵必然大于具体的民法保护方法。

对我国的国家所有权进行民法保护主要有以下

原因:一是国有财产的范围应当由民法确认。目前看似清晰的国家所有权客体范围其实还有若干理论问题没有解决。二是国家所有权是一种极易被“私化”的所有权,所以具备需要民法特别保护的弱势性。三是国家作为所有权主体与其他民事主体的平等地位应当由民法来保证。通过国家所有权的主体平等性,就能划清国家所有权和国家公权力的界限。四是民法的保护方法可以救济被侵害的国家所有权。

由民法保护国家所有权,应当针对公共所有权普遍存在的“主体缺位”问题,由民法对国家作为国家所有权的主体地位进行确认。这是民法为国家所有权提供的最重要的确权保护方法。国家所有权的主体只能是国家,“全民所有”反映的是国家所有权作为公共权利的公共利益本质和目的,“全民”不是法律意义上的主体;“政府”在我国是国家所有权的行使者而不是所有者。此外,由于国家是一种抽象存在的主体,国家所有权的民法保护必须明确实际占有使用国家财产者的民事权利。这些民事权利在总体上是相对于国家所有权的他物权,它们既是国家所有权实际运行的前提,也是国家所有权内含的公共利益实现的方式;在民法上对这些他物权进行明确的规定,能最好地维护国家所有权,确定它们对“国家”这个所有权人的义务,防止国家所有权被实际占有使用者“私化”。实际占有使用国有财产者,按照国家对财产不同的控制需要分别享有公益性使用权、经营权和公司法人经营支配权。这三种权利分别属于“两权分离模式”和“股东所有权与法人财产权的分离模式”。

国有财产的范围不仅涉及民法的权利配置,同时也是国家所有权民法保护的对象和范围。本书所指的国有财产应当采用狭义来解释,即指有形财产,包括动产和不动产,不包括属于无形财产的债权、知识产权等民事权利。对于作为传统国家所有权客体的国有财产的范围学界并无争议,但是鉴于目前国有独资或参股设立的公司日益普遍化,对于这类公司法人占有、使用的财产归属就是一个值得深入研究的问题。虽然我们对“企业”可以采用多种含义的理解,但客体意义的企业经由历史发展的事

实足以证明,它是由股东(包括国家)享有所有权的客体;有多个股东时,则成立民法上的按份共有。在民法理论上将企业的所有权确定为国家单独所有或与他人按份所有,这同样是目前非常迫切的、对国家作为股东所享有的所有权应当进行的民法确权,也是民法保护国家所有权的应有举措。民法对国家所有权客体提供的保护方法,应当按照分类保护的基本原则,即按国家所有权客体与公共利益的直接或间接关系将国有财产分为两大类:直接公益性国有财产和间接公益性国有财产。这种分类方法借鉴了罗马法以来直至当代各国对公共财产制度进行分类保护的普遍规律。在我国,国有财产两大类别之间的界限应当依照公平和效率的价值抉择来确定。在保护措施上,对于直接公益性国有财产,应当采用民法的特殊保护措施,包括禁止参加市场流通、排除时效制度的适用等,以维护这类财产对公共利益的服务职能。对于间接公益性国有财产,则应当适用与其他类型所有权主体的财产相同的保护措施;为了维护间接公益性国有财产的公益性本质,国有资产的收益征缴制度是必要的。

总之,民法对国家所有权的保护,有着丰富的理论内涵和重大实践价值。我国的民法对作为公共利益实现方式之一的国家所有权进行保护,不是为了以国家所有权“凌驾”于私人所有权之上,而是追求国家所有权内含的公共利益的真切实现,促进社会的公平正义。这正是本论题的价值所在。

目 录

引 言/1

第一章 现有国家所有权民法保护理论的 实践障碍/16

第一节 国家所有权民法保护的含义和 具体表现/17

一、国家所有权民法保护的内涵/17

二、我国民法对国家所有权进行保护的具体表现/18

第二节 国家所有权民法保护理论的实践障碍/23

一、国家所有权民法保护的“前提性、直接性和充分性” 与应用民法保护的“劣后性”/23

二、国家所有权主体的唯一性与“全民所有”及“行使者” 多样性之间的矛盾/29

三、国家所有权客体的确定性和模糊性/36

四、国家所有权事实上的“弱势性”与国家所有权法律 保护的“神圣性”存在矛盾/42

第二章 国家所有权民法保护的法理研究/49

第一节 民法保护国家所有权的目的是维护公共利益/50

一、公共所有权的内涵/50

二、国家所有权的性质取决于国家的性质

——以历史的考察为基点/57

三、我国的国家所有权是一种公共所有权/69

四、民法保护国家所有权的目的是保护公共利益/73

第二节 民法保护国家所有权的可行性

——兼及判断国家所有权性质的方法论思考/83

一、国家所有权的性质是“公共权力”的观点简介/83

二、我国国家所有权是民法中的所有权而非“公共权力”/84

三、国家所有权是“公共权力”的谬误所在

——一个方法论的思考/90

第三节 民法保护国家所有权的必要性/98

一、侵害国有财产的行为构成民法上的侵权行为/98

二、运用侵权责任法救济国有资产流失的迫切性/101

第三章 民法保护国家所有权普遍性之确证

——比较法的考察结论/110

第一节 民法保护国家所有权的典型

——俄罗斯民法典对国有财产的保护/111

一、俄罗斯民法对国有财产的分类/111

二、俄罗斯民法保护国有财产的特点/113

三、对俄罗斯以民法保护国有财产模式的评价/116

第二节 “公法保护模式”中民法保护的普遍性

——德国、日本的公共财产法律保护制度/119

一、德国的公产制度及法律保护/119

二、日本的国有财产法律保护制度/124

三、“公法保护模式”与国有或公共财产民法保护的普遍性/126

第四章 民法确保国家所有权主体的唯一性/133

第一节 国家是我国国家所有权的唯一主体/134

一、国家作为所有权主体的适格性/134

二、“全民所有”是指国家所有权的本质而非法律上的主体/147

第二节 政府享有民法上的他物权而非国家所有权的主体/149

一、政府享有民法上的他物权而非国家所有权的主体/149

二、我国的中央和地方政府享有民法上的他物权而并非国家所有权的主体/153

三、我国的国家所有权和西方社会“政府法人所有权”的价值取向区别/157

第五章 民法以他物权制度保护国家所有权的实现/161

第一节 国家所有权实现中运用他物权制度的立法借鉴/162

一、俄罗斯国家所有权实现中的两种他物权/162

二、俄罗斯国家所有权实现方式对我国的借鉴意义/168

第二节 对“两权分离模式”的评价与合理应用/171

一、“两权分离模式”的历史回顾/171

二、对“两权分离模式”的基本评价/174

三、“两权分离模式”在我国国家所有权实现中的具体应用/175

第三节 公司制中作为他物权的“公司法人经营支配权”/185

一、学界对我国“公司法人财产权”解释的多样性/185

二、公司法人的经营支配权/188

第六章 民法对国家所有权客体范围的确认和保护/197

第一节 国家所有权客体的特点/198

一、国家所有权的客体是国有财产/198

二、“国有财产”作为国家所有权客体的必要性分析/201

第二节 企业是股东(包括国家)所有权的客体/204

一、关于企业的一般观点及本书对企业的定位/204

二、企业是民法中的集合物/218

三、企业作为股东所有权客体的历史实证解释/224

第三节 对国家所有权客体的分类保护/236

一、罗马法中对国有财产的分类保护/236

二、我国国有财产分类的标准/238

三、直接公益性国有财产的民法特别保护措施/241

四、间接公益性国有财产的民法保护/248

结 语/258

参考文献/261

后 记/274

引 言

在前苏联,国家财产受到特别的、优先的法律保护。典型的如苏联刑法对偷窃、抢劫、欺诈和勒索等依据它们是直接针对社会主义财产抑或“仅仅”针对公民个人财产而加以区分:如属前者,刑罚要明显严厉;^[1]而“苏维埃民事法律对国家财产比其他各种财产给予更多的优惠。”前苏联民法在立法和学理上都非常强调对国家所有权的特殊保护。民事立法赋予了国家对合作社、公共团体和私人无条件的返还请求权,并且这种返还国家财产之诉不适用诉讼时效;对国家财产还排除了善意取得制度的适用。学理上则认为,进行这种民法特殊保护的原因是“对属于国家财产的物发生争议时,苏维埃民法不使也不

[1] [德]K. 茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,法律出版社2003年版,第476页。另1926年颁布、1953年修改的《苏俄刑法典》,郑华译,法律出版社1956年版。典型如该刑法典第7章“财产上的犯罪”中第162条“秘密窃取他人财物”中的第4款、第5款以及第169条“欺诈”中的第2款等。

能使善意取得人的利益高于国家(所有人)的利益。”〔1〕

新中国成立后有关国家所有权的立法,曾仿照前苏联,也构建了一个国家所有权高高在上及实施绝对保护、特殊保护的理论体系。该理论体系缘于国家所有权的特殊政治和经济地位——国家所有权是社会主义全民所有制在法律上的体现,所有制的优位性自然成了国家所有权受特殊法律保护的逻辑前提。就我国国家所有权的民法保护而言,特殊保护原则同样被立法和学界广泛承认。例如,在我国当时通行的一本民法学教材中曾这样介绍国家所有权的民法保护:〔2〕在我国,对国家所有权的保护,遵循的是宪法规定的“社会主义的公共财产神圣不可侵犯”原则,因此,保护国家所有权是各个部门法的共同任务,那些侵犯了国家所有权的人,不仅要承担民事责任,如返还原物、赔偿损失等;如果他们违反了行政法的规定或是触犯了刑法,还要受到行政处罚或刑事制裁。至于“特殊保护”中的“特殊”之处,则表现为两点:一是国家有权追索被他人非法占有的财产,不问是直接占有或是通过他人非法转让而占有,也不问占有人有无过错,也不论占有时间经过多久;一经发现,国家均有追索原物的权利。二是对所有权人不明的财产即推定为国家所有,即当因财产所有权归属不明发生了争议,在事实上又无法确定所有权的归属时,又排除了任何集体或公民个人对争议财产享有所有权的情况下,就可适用推定原则,推定所争议的财产为国家所有。

前述通行了若干年的国家所有权民法特殊保护理论,在我国却日渐受到了民法学界的质疑。尤其是在《物权法》的制定过程中,许多民法学者明确提出了物权保护中的平等问题,认为国家所有权应当与其他各类所有权一样受到平等的保护。如梁慧星教授即指出,“……对于一切民事主体的物权权利给予平等保护……是为了在财产法的领域里彻底否定旧

〔1〕〔苏〕C. H. 布拉都西:《苏维埃民法》(上),中国人民大学民法教研室编译,中国人民大学出版社1955年版,第212页。

〔2〕佟柔:《民法原理》(修订版),法律出版社1987年版,第158页。

的经济体制的影响,并真正建立符合市场经济要求的财产法的基本规则”,“以前的物权权利制度建立了国家物权权利优先的原则,基于这一原则,过去的物权权利制度对其他主体的物权权利作了相当大的限制,甚至是歧视性的规定;因此必须按照市场经济的精神,对中国物权权利制度进行更新,根据社会主义市场经济的财产关系的自身规律,建立完全适应形势发展需求的新的物权权利制度”。〔1〕在微观的保护制度方面,学者们认为对各类所有权实施平等保护即是在诉讼时效、民事责任的承担方式等方面,国家所有权不应当享有特权,〔2〕也就是说,国家所有权与其他类型的所有权应当适用完全相同的民法保护措施。

但是,针对民法学者按照平等保护原则所设计的2005年的《物权法》(草案),我国有宪法学者却对其提出了“违宪”的质疑,从而引发了一场新中国法制史上影响最大、参与人数最多、影响最为广泛的学术大辩论。因为我国《宪法》明确规定的是“社会主义公共财产神圣不可侵犯”,国家所有权作为社会主义公有制的实现方式,应当优位于其他所有权而受到法律保护;因此国家所有权受特殊保护系由宪法所确认的原则,《物权法》必须体现这个宪法原则。〔3〕不过宪法学界也有不同观点,如有学者提出,应当通过解释宪法来对市场经济条件下各种所有权实施平等保护。这种观点力图解决宪法和民法之间在国家所有权民法保护上的“冲突”,但实质上仍是主张在市场经济条件下应对各种所有权实施平等保护。〔4〕

前述宪法学者对这部《物权法》(草案)提出的“违宪”质疑,多少使民法学者感到有些无奈。源自罗马法的大陆法系民法,尤其是经过近代自

〔1〕 梁慧星:《中国物权法草案建议稿——条文、说明、理由与参考立法例》,社会科学文献出版社2000年版,第212页。

〔2〕 赵万一、赵信会:“物权法对国家所有权的有效保护”,载《法制日报》2005年12月8日版。

〔3〕 龚献田:“一部违背宪法和背离社会主义基本原则的《物权法(草案)》”,载北大法律信息网,2006年4月12日访问。

〔4〕 童之伟:“物权法如何通过宪法之门”,载《法学》2006年第3期。

然法学的充分阐释,早已经使民事主体平等、意思自治等理念成为民法整个理论体系中的“公理”性原则。^{〔1〕} 鉴于我国民法与大陆法系民法的承继关系,我国民法自然也应当遵从这些公理,否则民法将无所适从。并且全国人大2004年3月14日通过的《宪法修正案》第22条,已经明确地将私有财产保护列入宪法,还修改了以前通过列举式的方法规定公民财产所有权的客体范围的做法,并明确规定:“公民的合法的私有财产不受侵犯。”“私有财产”的概念表述既然得到了宪法条文的正式确立,那么按照民法的主体平等原则来“平等保护”各类所有权,怎么看都没有违宪;更何况,马克思不是早有断言“商品是天生的平等派”吗?如果说在计划经济体制下,国家所有权尚可受到“特殊保护”,而在市场经济条件下,国家所有权难道还不能和其他类型所有权受平等保护吗?如果不对各类所有权实施平等保护,又何谈市场主体的平等乃至市场经济体制的建立和运行呢?至于平等保护的内涵,民法学者则提出了各种观点,如认为平等保护应包括三层含义:一是物权主体的平等。这就要求,任何物权主体在设定和移转物权时,应当遵循共同的规则;各类物权人在行使物权时,也应当平等遵循物权行使的规则。二是在物权发生冲突的情况下,针对各个主体都应当适用平等的规则解决其纠纷。即使是国家在与其他主体发生产权纠纷以后,当事人都有权请求法院明晰产权,确认归属,也就是说,都平等地享有确权请求权。三是在物权受到侵害之后,各个物权主体都应当受到平等保护。^{〔2〕} 还有学者认为,一体承认、平等保护的原则,简单地说,就是物权法必须对我国目前存在的各种类型的所有权给予平等的承认和保护的原则。^{〔3〕} 还有学者认为,所谓平等保护,是指在物权法的物权体系中,国家、集体对于公有财产的归属权,将被界定为所有权;在此基础上,国家、集体的所有权就將与其他非公有制主体的所有权获得共生,

〔1〕 徐国栋:《民法基本原则解释》,中国政法大学出版社1992年版,第60页。

〔2〕 王利明:“物权法平等保护原则之探析”,载《法学杂志》2006年第3期。

〔3〕 孙宪忠:“物权法应一体承认平等保护原则”,载《法律科学》2006年第4期。