

一、物权法的基本范畴及主要制度反思

目 录

- 一、物权法基本范畴分析
- 二、对我国物权法静态财产关系调整制度的反思
 - (一)所有权制度方面
 - (二)土地使用权制度方面
 - (三)担保物权制度方面
- 三、关于物权变动制度的基本构思
 - (一)物权变动与物权公示原则
 - (二)非依法律行为的物权变动
 - (三)依法律行为的物权变动之一,不动产登记
 - (四)依法律行为发生的物权变动之二,动产的占有与交付
- 四、关于第三人保护的制度
 - (一)第三人保护的基本法理
 - (二)公示行为与权利正确性推定的原则

物权法的基本范畴,即物权法的作用范围,是物权法立法与研究中的一个宏观性的问题。对这一问题的研究似乎在法学界已有定论,但真正的探讨并未展开。比如,按我国一般法学家的理解,交易关系已经由合同法规范,物权法只规定静态的支配关系,而不涉及交易关系。但是,因物权与债权的性质的区别,债权的变动却不能直接产生物权变动的结果,故物权法必须规定物权的变动,即关于物权交易的行为。从这一点来看,物权法的范畴就肯定要比目前大多数学者的

看法广泛。在弄清物权法基本范畴之后，依科学的物权法的法理，对相关的我国物权法基本制度的重新思考也是非常必要的。

一、物权法基本范畴分析

物权依其法律性质为排他性支配权，在我国法学界并无争议。所谓排他性支配权，即物权人只按照自己的意思支配权利的客体并依法排斥任意他人的干涉的权利。正因为此，在国内流行的民法学著述中，一般认为，物权法就是关于权利主体对权利客体享有什么样的权利的法律，或者说是关于物权人享有那些权利并如何行使这些权利的法律。然而这种主流性的观点是否得当很值得商榷。因为，依这种看法，物权法的作用范围非常狭小，不但物权的变动，即物权的交易行为被排除在物权法的作用范围之外，另外，关于第三人保护这一极为重要的问题，在这种观点中也无法容纳。

但是，以物权法的基本法理，物权法的作用范围不能仅仅只包含在静态财产关系调整的范围之内。可以以买卖合同这种最为典型的交易行为为例，说明物权法所要解决的问题，进而界定物权法的基本任务。

买卖合同指出卖人交付标的物的所有权，买受人支付买价的意思表示一致的协议。买卖合同的本质是什么？古今中外法学者看法一致，是转移标的物的所有权。我国合同法第 130 条的规定也是如此。出卖人订立合同的目的是取得买价而出让标的物的所有权，买受人支付买价的目的在于取得所有权。但是，根据买卖合同可以直接产生的权利是请求权。这样看来，在买卖合同中涉及两种基本的民事权利，一是标的物的所有权，另一个是双方当事人之间建立请求权，即出卖人对买受人支付买价的请求权，以及买受人对出卖人交付标的物的请求权。买卖这种最普通的交易必然包含着物权和债权这两种基本的民事权利，但是这两种权利的性质有着巨大的区分，这是民法分析和研究的基础。以此为基础，我们就必须对如下问题作出立法上的考虑：

第一个问题是：合同成立后，双方当事人之间只是产生了请求权的关系，所有权的转移是当事人的目的。但是在合同生效后并没有发生所有权的当然转移，而是在交付标的物时才发生所有权转移。从买卖可以看出，虽然支配权和请求权这两种权利同时存在，但是双方当事人订立合同后产生的约束力，实际只是合同法上的约束力，不是物权移转的效力，物权法上的约束力是在所有权转移时才产生的。这是我们要考虑的第一个问题。

第二个问题是，物权的变动需要专门的法律事实。买卖中所有权并非从双方当事人订立合同时就当发生变动，而只能是在动产交付之后或者不动产登记时才发生。这就是说，物权的变动只能在物权公示时生效。这是因为，依合同所发生的债的法律关系，只具有相对权、对人权的法律效力，而不能发生物权的绝对权的效力，不能发生排他性的后果。如果要达到物权排他性的后果，则必须将该物权的变动予以公示，以获得社会对该物权变动的承认和法律的保护。这是物权变动的基本规则。物权的变动，如物权的设立、移转、变更、废止等必须予以公示，因为只有在公示的情况下，第三人才可以知悉物权的变动，第三人的安全才可以得到保障。故从第三人利益出发，物权变动只能在公示时即不动产登记和动产交付时生效。

这样，在买卖合同中，直接根据合同所产生的债权和合同目的所指向的物权，所进行的变动是在两种不同的基础上进行的。这两种基础是两种不同的法律事实：一是请求权即债权成立所依据的法律事实，即双方当事人对合同完全意思表示一致的事实，它决定合同生效并使得当事人之间产生债权债务关系。另一个法律事实是所有权发生变动的事实，也就是动产的交付和不动产登记的事实。所以，合同成立、生效的法律事实，并不能解决物权变动的问题。物权变动，只能由物权法来规定。事实上，不动产登记和动产占有交付的规则，正是物权法的基本内容。

第三个问题，是第三人的合法利益保护问题。虽然在法学上第

三人是对买卖合同的标的物均享有利害关系的一切人,^①但是从买卖的法律关系出发,此时的第三人其实有两种:(1)与出卖人有法律关系的第三人。比如,出卖人在订立合同时把标的物卖给了另一个人,这在合同法上是完全无法预防的,因为根据当事人合同产生的权利是请求权、相对权,合同内容依法不必也无法公示,所以买受人无权利,也无办法对出卖人“一物二卖”进行限制禁止。在此情形,会产生两个以上的买受人,而这些买受人在法学上互为第三人。这样,在第三人之间,谁能取得标的物的所有权,就必须确定一个法律的标准。这个问题的解决是物权法的基本任务,合同法是不予以规定的。

(2)买受人将物再次出卖后,买得该物的所有权取得人,对出卖人而言为第三人。该第三人权利保护的意義在于:如果出卖人与买受人之间的合同被宣告无效或者被撤销,那么标的物的所有权是否能够从第三人手中追回来?如果能够追夺回来,该第三人的利益又如何保护?在罗马法中,出卖人在合同宣告无效后享有向任意第三人追及的权利,第三人的利益很少得到保护。但是,第三人实际上是交易秩序整体的化身,如果一个出卖人即原所有权人任意追及其权利,第三人的利益得不到保护,则社会整体的交易秩序必然遭到破坏。故必须限制甚至禁止出卖人及原所有权人从第三人手中追夺标的物的所有权。这也是物权法的一项基本任务。

其实,买卖只是最基本的交易,除买卖关系外,尚有其他交易,其中均包含着物权的取得、变更与消灭等。在这些交易中都可能存在着第三人,故对第三人利益的保护是民法立法的重要任务。但是,合同法却基本上不规定对第三人的保护,该任务基本上是由物权法来完成的。保护第三人的利益,已经成为物权法的基本使命之一。

从上述这三个问题的分析可以看出,任何交易,即使是最简单的交易,也都需要物权法与合同法的双重法律调整。物权法和合同法

^①王泽鉴著:《民法学说与判例研究》(第1卷),中国政法大学出版社1997年版,第

都是调整交易关系的法律，它们调整交易关系的区别，是它们解决法律问题的出发点不同、解决问题的阶段不同、与解决问题的重点不同。合同法调整交易关系的出发点，是当事人自己的意思表示，是合同的效力与当事人的意思表示之间的关系。而物权法的出发点是物权变动中的客观公正与交易安全，故物权法的重点是物权变动中物权排他性后果与第三人利益之间的关系。所以，物权法不但是规定作为静态权的物权的法律，而且也是规定物权变动及交易关系的法律。

从上文的分析中，也可以把物权法的基本范畴归纳为如下三点：

①规范静态的物权关系，即根据本国的国情确定物权的具体种类以及内容；②规范物权的动态关系，即建立物权设立、移转、变更与废止的具体制度；③保护交易中的第三人。这三项基本范畴也是物权立法的基本任务，他们贯彻了物权立法的始终。

但是，物权法三大任务的确定必须有一个基本的前提条件，即必须在立法上坚持物权与债权法律效力的严格区分，以及物权变动与债权变动的法律根据的区分，即坚持债权法上的行为不能发生物权变动的效力，物权变动的效力也不能仅仅取决于当事人债权法上的意思表示的原则。有些国家的立法就不能坚持这些原则。在法国民法中，民法就不特别地规定物权变动的法律问题，法国民法典第二卷“财产及对于所有权的各种限制”，规定了所有权等物权的类型和内容，虽然具备了实质物权立法的内容，但是关于物权变动，它基本上没有规定；在法国民法典第三卷“取得财产的各种方式”中，一些关于物权变动的规范，只是关于依据事实行为或者法定事实所为的物权变动。而依据法律行为的物权变动，法国民法典是完全交给债权法去规范的。法国民法采取这种立法条例的原因在于，法国法在物

权立法中采纳了“债权意思主义”的模式,^①认为物权的变动是债权行为的直接后果,物权的变动不必公示,物权变动的效力也不取决于不动产登记和动产的占有交付这些具体公示行为。此种模式的原因,在于法国法坚持‘广义财产权’理论,其所谓的财产,包括物、物权、债权和无形财产,没有物权与债权的科学区分。^②既然没有物权与债权的区分,也就没有物权变动与债权变动的区分。在实质上仿效法国民法的日本民法,虽然在形式上有关于物权法的体例,即日本民法典第二编的规定,但是在实质内容上,它却没有关于依据法律行为的物权变动。如日本民法典第二编第三章第二节“所有权的取得”,只是规定了依据事实行为和法定事实所发生的所有权取得的情形。所以,在法国民法与日本民法中,看不到关于依据法律行为所发生的物权变动的内容;关于第三人保护的内容,在法国民法中是看不到的,在日本民法中也非常单薄。所以,这些国家的物权法事实上只有一个范畴,而不是三个范畴。

相反,在按照物权与债权的本质区分的基础上建立的科学的物权法的国家与地区中,上述物权法的三大基本范畴的脉络就非常清晰。如德国民法,除以大量篇幅规定静态的物权支配关系外,在民法物权编中明确规定了关于依据法律行为进行不动产物权变动的基本规则(即德国民法典第三编第二章“土地权利通则”、第三章第二节“土地所有权的取得与丧失”等)。在这些章节中,同时包括了不动产物权变动中第三人保护的规定(如德国民法典第 876 条、最重要的是第 891 条、第 892 条关于权利正确性推定及其效力的规定,该规定对保护第三人发挥直接的作用)。关于动产物权的依据法律行为的变动,分散在该法关于所有权以及动产质押权设定等章节中(如德国民

① 所谓债权意思主义,即认为依据债权变动的意思直接发生物权变动的结果的立法模式。该模式为法国民法创立,日本民法等继受。对此以前一般称为“意思主义”立法,为区别德国民法强调物权独立意思表示的物权意思主义,应称其为债权意思主义为佳。对这种立法模式的探讨,见史尚宽:《物权法论》,第 20 页。

② 尹田著:《法国物权法》,法律出版社 1998 年版,第 14 页。

法典第三章第三节“动产所有权的取得与丧失”、以及德国民法典第 1205 条至第 1207 条的规定等)。关于动产物权变动中保护第三人的规则,见该法第 1006 条关于占有人作为所有权人的推定等。^①以德国民法典最权威的解释,不动产登记的权利正确性推定作用,以及动产占有的权利正确性推定作用,正是为保护第三人而建立的。^②

在瑞士民法中,物权法的三大范畴的脉络最为清晰。该法在规定一种物权制度时,实际规定的是该物权的内容,然后即规定该物权的各种变动。如该法第四编第十九章规定的土地物权(即不动产物权)的制度就是这样。关于第三人的保护,该法在物权编之末尾专门规定了“占有以及不动产登记簿”,其中即包括动产物权变动中的第三人保护规则(该法第 930 条),以及不动产物权变动中的第三人保护(该法第 972 条至第 974 条)。

我国旧民法在物权法的制定过程中,非常注重物权法的法理,同时也非常注重立法的技术。该法在其物权编的总则部分规定了物权变动的基本法律规则(从第 758 条至第 764 条)。同时,在各种具体物权的制度中,它也同样规定了关于物权的变动以及相关的第三人保护的规则。该法关于物权法的规定,是我们中华民族物权立法可资借鉴的财富。该法在我国台湾地区得到了良好的运行,说明严格按照从西方发源的物权法的法理缔造的物权制度,完全可以在我们中国施行。

二、对我国物权法静态财产关系调整制度的反思

所谓静态的财产支配关系,就是在不涉及他人的情况下,权利人对特定物进行占有、使用收益和处分所形成的法律关系。物权法对

^①关于德国民法中动产物权变动的权利正确性推定,见孙宪忠著:《德国当代物权法》,法律出版社 1997 年版第 110 页;关于其不动产物权变动中的权利正确性推定,见同一本书的第 135 页。

^② Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 54, neubearbeitete Auflage, 1995, Verlag C. H. Beck, Seite 1039, 1079

静态财产支配关系的调整的基本任务,是按照物权法定主义的原则,根据本国的国情(政治制度、经济制度、自然资源拥有的状况和法律文化方面的各种原因),确定本国的物权种类和各种物权的内容。这是我国物权立法的首要任务。物权法的主要种类及其内容,都应该由物权法加以规定。从上文的分析可以看出,对静态关系的规范,是物权法的固有内容,在这一点上我国法学界并无争议。

法学界关于我国的物权体系的建立,提出了许多很有价值的方案。^① 这些方案的共同特点,一是对所有权制度基本无争议;二是对担保物权种类以及内容,多采纳现行“担保法”的规定。在用益物权部分,从表面上看,这些方案似乎有许多不同的设想,但是这些不同,关键是对土地使用权、地役权等权利类型的名称方面的差异:是沿用地上权、永佃权和地役权的概念,还是采用基地使用权、农地使用权和邻地使用权的概念。然而名称问题应该说是一个次要的问题,关键应该是制度的内容。其实,关于物权种类的设想,目前大多数学者的看法仍然是维持现行法律的规定。

但是,现行法律以及法学界关于不论是物权种类的设置,还是一些主要物权的内容的看法,如果依据严格物权法法理反思,在一些重要的制度方面仍需斟酌。现提出几个宏观性的问题,希望能引起大家的注意。

(一)所有权制度方面

1. 关于各种所有权一体承认、平等保护的原则。所谓各种所有权一体承认、平等保护的原则,即对我国目前存在的公有制财产所有权和私有财产所有权在法律上给予平等的承认和保护的原则。建立这一原则的目的,是为了在物权法的领域里彻底否定旧的经济体制

^①对此应该提到的有中国社会科学院法学研究所中国物权法课题组:《关于制定中国物权法的基本思路》,载《法学研究》1995年第2期;钱明星著:《物权法原理》,北京大学出版社1994年版;王利明著:《物权法论》,中国政法大学出版社1998年版;汪卫国著:《中国土地权利研究》,中国政法大学出版社1997年版。

的影响，并真正建立符合市场经济要求的物权法。众所周知，计划经济的物权权利制度的一个极大的弊病，是把所有权按照权利主体的状况划分为不同的级别，给予它们不平等的地位和保护。根据旧的意识形态，私有所有权代表的是不符合历史发展趋势的私有制，故应当被严格限制。正是基于这种分析，以前的物权权利制度建立了国家所有权优先的原则，而私有财产所有权却承受着巨大的限制甚至是歧视性的待遇。

显而易见，依据过去的意识形态建立的所有权制度，不能适应我国目前建立的市场经济体制。仅仅就个体私营经济所发挥的作用就可以看出这一点。1996 年底的统计资料显示，1996 年我国的工业总产值中，城乡个体工业和其他类型的企业产值为 30642.6 亿元，占国家总产值的 30.8%；1996 年社会消费品零售总额 24614.3 亿元，其中个体商业和其他经济成分零售额为 13030.6 亿元，占 52.9%；1996 年全国城镇新增加就业人数 705 万人，其中在个体私营企业中就业的有近 300 万人，超过了国营经济单位的新增就业人数。近年来国营经济中的下岗职工，大多数流向个体、私营经济。^① 这些情况说明，私营经济对促进社会生产力的发展，促进经济增长，抑制通货膨胀，解决就业、满足人民群众的物质文化需要方面所发挥的作用，再也不能用“拾遗补缺”这四个字来概括。限制和歧视私有财产所有权，不但于法理不通，而且与实践有害。所以，1997 年召开的中国共产党“十五大”的政治报告已经明确提出，多种所有制经济的共同发展，是我国社会主义初级阶段的基本经济制度。“建设有我国特色的社会主义经济，就是要在社会主义条件下发展市场经济，不断解放和发展生产力。这就要坚持和完善社会主义公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度；……”^② 这是我国第一次把私营

① 陈建新：《我国经济的‘生力军’》，1998 年 2 月 18 日《金融时报》。

② 《中国共产党第十五次全国代表大会文件汇编》人民日报出版社 1997 年版第 19 页以下

经济存在的合理性提高到基本经济制度的高度。1999 年我国最高立法机关通过的宪法修正案,对私有经济的地位给予了前所未有的肯定。原来的宪法第 16 条对私有经济的规定是:“在法律规定范围内的城乡个体经济,是社会主义公有制经济的补充。国家保护个体经济的合法权利和利益。”国家通过行政管理、指导、帮助和监督个体经济。”“国家允许私营经济在法律规定的范围内存在和发展。私营经济是社会主义公有制经济的补充。国家保护私营经济的合法权利和利益,对私营经济实行引导、监督和管理。”而 1999 年的宪法修正案将该条的内容改变为:“在法律规定范围内的个体经济、私营经济等非公有制经济,是社会主义市场经济的重要组成部分。”国家保护个体经济、私营经济的合法权利和利益。国家对个体经济、私营经济实行引导、监督和管理。”从该修正案可以看出,我国的私有经济已经在法律上取得了“社会主义市场经济的重要组成部分”的重要地位。

这些情况说明,我国宪法和立法政策表现出对私营经济越来越重视的趋势。从立法的基本趋向看,我国对私有经济的保护力度会越来越大。物权法应该按照宪法修正案的精神,建立各种所有权一体承认和平等保护的原则。所谓一体承认,即在承认公有制财产所有权的同时,承认私有财产所有权在我国存在与发展的合理性,不加区别地规定各种财产所有权的法律地位,否定某种所有权神圣、某种所有权卑贱的提法;所谓平等保护,就是废除给某种所有权优先保护的特权,给各种财产所有权平等地获得保护的机会。建立所有权一体承认、平等保护的原则,是市场经济的需要。作为调整财产关系的基本法,物权法当然在保护私有财产所有权方面发挥其他法律所不能发挥的直接的、全面的作用。在物权法中规定该原则,应该对私有财产所有权的保护发挥巨大的作用。

2. 关于“国家”财产所有权。虽然从表面上看,我国法学界近年

来已经不再以“惟一、统一说”^①解释国家所有权的法律问题，但是在实际上，这种学说仍然在指导着我国的国家所有权问题研究和实践。这一学说不但是偏离马克思主义基本原理的、^②而且也根本不符合法学上的所有权理论。第一，在法学上，所有权是指一个具体的、实在的主体对一个具体的物完全彻底地占有、使用、收益和处分的权利。所有权的主体必须是一个具体的、实在的法律上的人。但是法律上的国家，指的是“生活在地球表面的确定部分、在法律上组织起来并具有自己政府的人的联合。”^③指“持久地占有一处领土的人民、并且由共同的法律或者习惯束缚在一起成为一个政治上的实体，通过组织起来的政府为媒体，行使统治领土范围内所有的人和事务、与地球上的其他团体社会宣战、缔结和约和加入国际组织独立的主权。”^④从这样的论述可以看出，国家是领土、居民与主权的结合，它是一个抽象的概念而不是一个具体的主体。一个抽象的概念，不能享有和行使民法上具体实在的所有权或者其他财产权利。

第二“国家财产所有权”的理论状态与实践状态根本不一样，违背了实事求是的原则。因为，我国目前的“国家财产所有权”在事实上是由各级政府或者其他的公法法人分别享有和行使的，这些公法法人之间，也常常因为他们的财产权利发生诉讼，和一般的自然人、

①所谓“惟一、统一”说，即社会主义国家的国家财产所有权，只有国家一个主体，并且只能有国家统一行使所有权的观点。为前苏联民法学家 B. B. 维涅吉克托夫创立（1948 年《论国家所有权》），经斯大林认定后，成为社会主义国家的一项法律原则。该原则过去为我国全部承认。

②关于惟一统一说偏离马克思主义关于所有权与所有制的基本看法的情形，参见孙宪忠：《公有制的法律实现方式问题》，《法学研究》1992 年第 5 期。

③《牛津法律大辞典》，光明日报出版社 1988 年版第 851 页以下。

④“A people permanently occupying a fixed territory bound together by common-law habits and customs into one body politic exercising, through the medium of an organized government, independent sovereignty and control over all persons and things within its boundaries, capable of making war and peace and of entering into international relations with other communities of the globe.” Black’s Law Dictionary, Fifth Edition, ST. Paul Minn. West Publishing Co. 1979, Page 1262.

法人一样。

因为财产所有权的主体必须是具体的法律上的人，所以计划经济体制下的法学观认为，国家财产所有权的主体，实际上就是中央政府。这样做的目的，是给中央政府贯彻制定和贯彻经济发展计划寻找财产法上的根据，以便中央政府将现在权力和财产权利结合起来制定和贯彻计划。但是，这种看法在过去也是不能自圆其说的。在进入市场经济时代之后，以国家名义的财产在实际上更是被清晰地分割为中央政府的财产和地方政府财产。如我国从 1995 年以来实行的分税制，就是间接承认地方政府的财产所有权的典型例子。分税制就是在承认中央与地方的利益不一致的前提下，把税收按级别分开，这实际就是承认了地方政府的所有权。因为，分税制的基本前提就是中央政府的利益与地方政府之间的利益区分，其中即包含着财产权利的区分，所有权的区分；而且在法学上，税收是以公权力取得所有权的方式，地方政府享有独立的税收，也就是地方政府享有独立所有权的取得方式，所以说地方政府没有独立的所有权在法律上站不住脚。再如“国有企业”在实际上和政策上有中央政府的投资和地方政府的投资，地方政府投资举办的企业财政收入只归地方政府。这也说明中央政府的所有权与地方政府的所有权有明确的区分。从实事求是的原则看，应该承认中央政府与地方政府之间的利益关系是不相同的，应该在法律上承认国家的财产权利，其实就是中央政府与地方政府的权利。

以实事求是的原则，可以看到‘国家财产’实际的占有、使用、收益和处分的权利都是具体的政府享有和行使。这里的具体政府，包括中央政府、省、市、县、乡镇政府等，甚至还包括特种行业如邮政、电讯、铁路、军队等部门。这种财产所有权的实际状态与‘国家所有权’的理论状态的严重背离，违背了实事求是的原则。在实践上屡屡造成十分消极的后果。

不按照实事求是的原则规定中央政府和地方政府的分级所有权，结果造成法律与经济上的混乱的情形实在是不胜枚举。媒体报

导的中原制药厂事件,就是一个典型的例子。位于郑州市西郊的中原制药厂,面积 1300 亩,预定投资 18 亿人民币,原设想是要建成我国最大的制药企业,而且也是河南省的最大企业,被誉为“中原航空母舰”。该厂从建厂到‘建成’共计 12 年,但是,所谓建成之日,竟是其关门停业之日。其结果是,大片的良田完全废弃,盖好的厂房已经破败,价值连城的机器设备已经腐蚀破损,地上四处流淌着化工半成品。最后,企业的债务已经增长到 30 多亿,企业每一天‘保养’的费用就有 100 多万元。纳税人的钱就这样白白流失了。这一投资失败造成巨大浪费的案例,在建国后也是少见的。而该企业失败的重要原因之一,就是该企业的投资关系不清“国家(即中央政府)、省里、市里都投了钱……”,但是从法律上看,这些投资都是‘国家’的投资。这里的“国家”到底是谁?由谁来行使投资人的权利并承担责任?中央政府以及地方政府互相扯皮,发生问题时谁也不负责。^①

不承认地方政府所有权和行业所有权,与现实也发生极大的冲突。比如,北京市投资十多亿人民币新建了京塘港,而临近的天津港运力却下降了 30%。^② 这种地方政府之间发生的资源争夺的情况说明,‘国有企业’之上的‘国家所有权’是不存在的,存在的,只是地方政府的所有权。

因此,对公有所有权,应该按照实事求是的原则,将其规定为中央政府、地方政府以及有关公法法人的所有权。如果做到这一点,就与市场经济国家与地区的立法实现了接轨。在市场经济的国家或者地区里,公共非经营性财产权利与经营性财产权利一样,都有中央政府与地方政府及其他公法法人之间的财产所有权的明确区分。中央政府有中央政府的财产权利,地方政府有地方政府的财产权利,它们之间在财产关系上并不具有依附或者服从的性质。这种情况在市场

^① 《中原航空母舰 搁浅剖析》,《沿海时报》,1998 年 3 月 2 日第 5 版。本段中的括号以及括号内容为本文作者所加。

^② 《环渤海如何振翅高飞》,《光明日报》1997 年 12 月 3 日。

经济国家被称为“公法法人的私有财产所有权理论。”^①其意思就是包括各级政府在内的公法法人，按照民法的原则享有各自的财产所有权，并且按照法律和自己的需要行使自己的所有权及其他财产权利。其实，我国过去的法律也是按照这一原则来规定公法法人的财产权利的。如 1930 年制定的土地法第 4 条规定：“本法所称公有土地，为国有土地、省有土地、市县有土地或乡镇有之土地。”该条文中所说的国家，就是特指中央政府。这一规定说明，中央政府与地方政府之间的所有权是区分开来的。这一规定，实际上是市场经济国家地区的公有财产所有权基本规则的反映。

3. 关于集体财产所有权。所谓集体财产所有权，按照我国法律的规定以及大多数法学家的解释，即劳动群众集体享有的所有权，包括农村劳动群众集体的财产所有权和城市劳动群众集体财产所有权。在我国的意识形态中，集体财产所有权被当作公有制的一种重要形式。因此，我国物权法当然应该对这种所有权予以规定。但是，如何规定这种所有权，在法学界很难取得共识。但是在经济实践中，这种所有权遭受损害的情况屡见不鲜，为保护这种所有权，在物权法按照法律关系科学定义来规定这种所有权是至关重要的。

在物权法中按照科学的法理规定集体财产所有权，实现必须打破旧的意识形态在这种所有权上的束缚。旧的意识形态对集体所有权所确定的逻辑是，必须在物权法中把这种所有权规定为“劳动群众集体”财产所有权而且这种“劳动群众集体”既不是法人，也不是自然人的合伙，更不是非法人组织。总之，这个“劳动群众集体”不能是

① Baur / Stürmer, Lehrbuch des Sachenrechts, Verlag C. H. Beck, 1992, Seite 6—7.

民法科学所包容的主体形式。^①但是,既然这种所有权的主体不是按照民法上的主体制度的规则加以构造的,则这种所有权又怎么能构成物权法中的所有权呢?到底是民法科学中的主体制度有重大的缺陷,以至于它不能包容‘劳动群众集体’的概念呢,还是‘劳动群众集体’的概念本身不科学呢?答案只有一个,即按照旧的意识形态造就的“劳动群众集体”的概念在法学上不是科学的概念。的确,因为“劳动群众集体”的法律形态在民法上无法界定,故这种所有权在物权法上也无法科学地加以规定。所以要想在物权法中按照法律自身的逻辑规定集体财产所有权,就必须首先按照法律自身的逻辑对“劳动群众集体经济组织”进行重新构造。

按照民法上的主体制度对劳动群众集体经济组织的再造应该说并不是一件困难的工作。农村的“劳动群众集体经济组织”本来就是农民‘入社’形成的,而所有权的主体‘即队为基础,三级所有’的组织。不论所有权在那一级组织,均应该承认该组织是法人,并按照法人的形态对其进行再造。城镇的“劳动群众集体经济组织”,基本上是由群众‘入股’的方式形成的,^②因此,可以将其恢复为股份公司或者股份有限公司。^③

(二)土地使用权制度方面

不动产的政治意义和经济意义一般要远远大于动产,这是生活

^①我国在计划经济的体制下,对集体财产所有权的法律调整十分消极。其中最突出的,即对‘劳动群众集体’的准确法律形态一直没有规定,过去的法学著述,包括民法学和宪法学著述,均对劳动群众集体的法律形态不做说明。因为,如果把这种‘集体’解释为法人,则必然要把集体财产所有权解释为法人所有权。这是法学家们竭力想避免的。但是如果把这种“集体”解释为法人之外的主体,则有可能导致把集体财产所有权解释为私有所有权,这与这种所有权的公有制性质发生显然的矛盾。所以,历来的法学家们只好不以民法科学中主体的意思来解释‘集体’的意义。

^② 王作堂等编:《民法教程》,北京大学出版社1983年版,第167页以下。

^③在“社会主义改造”时期由群众入股形成的企业,按照我国法律政策被称为集体企业,是公有制的一种形式。但是在当代,由入股方式形成的企业却被称为私有企业,不是公有制性质。所以,按照所谓的‘所有制’来区分企业的性质是非常不合适的。

的常识。因此不动产物权历来是物权法的重点。因为我国以市场经济作为基本的经济体制，故我国不动产物权体系的建立必须以满足市场经济的需要为基本出发点。

我国不动产物权法的一个最基本的特征，是没有所有权的市场，而只有土地使用权的市场。由于我国的使用制度改革已经有多年的历史，故关于土地使用权进入市场经济的理论基础以及法律形态，在我国已经有比较成熟的经验，有关立法，如“城市房地产管理法”“担保法”等所涉及的土地使用权设立、出卖以及抵押等内容，也是按照市场化机制制定的。因此，我国土地使用权的发展，主要是如何完善的问题。

1. 土地使用权类型及内容的细化。完善土地使用权制度的一个基本的出发点，是细化土地使用权的类型。目前的使用权基本上包括了全部以土地利用为目的的权利，它既有传统民法地上权的意义，又有传统民法永佃权、地役权等其他权利的意义，有时还具有这些权利的复合性意义。这种使用权的意义，不但在法理上不符合物权法精确调整的原则，而且在实践上容易造成混乱。比如，地上权性质的使用权在法学上属于独立物权，可以由权利人独立转让和设置负担；而地役权性质的使用权，在法学上属于从物权或者附属物权，并不可以独立转让和设置负担。故如果只采用使用权这一种权利类型，则必然造成解释上的混乱，在司法中也无法操作。因此，完善使用权制度的首要任务，是将各种不同的使用权按照其法律性质进一步的细化，规定更细密的使用权类型。具体的方法是：①以地上权为模式，规定在他人土地上建筑的权利，这种权利可以被称为地上权（国内大多数学者的观点），也可以称之为基地使用权（中国社会科学院法学研究所物权法课题组的观点），这种权利的基本特征是作为独立物权可以转让和独立承受负担；②对耕作性质的使用权，可以规定为耕作权或者农地使用权，这种权利的基本特征是只能在有限的范围内转让；③对地役权性质的使用权，可以直接规定为地役权或者邻地利用权。对这些

权利的具体名称,应当许可有进一步的商榷,以便达成科学的解决方案。但是无论如何,对现行法律中的土地使用权的名称和内容进行改造是有充分必要性的。

在土地使用权得到进一步的细化之后,土地使用权的概念基本上演化为与传统民法中的用益物权等值的概念。这种演化是科学的,比如,用益物权的概念,在德国民法中即为“Nutzungsrecht”,即使用权。^①这样,对土地使用权制度的进一步科学化,就完全可以在保留我国法律和司法实践对土地使用权的现行规定的基础上进行,这种做法比废除现行土地使用权的立法和司法实践的工作惯例这种“改革”动荡要小得多,因此非常可行。当然,土地使用权不能与用益物权完全相同,因为,传统民法中的用益物权,包括对一切不动产的使用与收益的物权权利,而不仅仅是对土地的使用权。但是,如果考虑到其他的不动产物权也是直接或者间接的对土地的权利,则将土地使用权作为基本的用益物权也无不可。

土地使用权的类型及其内容进一步的细化的主要任务,是按照各种权利的性质建立更为细密的法律制度,以满足市场经济和人民群众生活的需要。

2. 土地使用权层次的增加。土地使用权种类及其内容的设计,还必须考虑到不动产物权法在市场经济体制下的普遍法理和国际共同的做法:作为基础不动产的土地,与其他的不动产虽然在自然形态上不可分离,但是在法律形态上则可以相互独立,各自进入交易机制。这就是不动产的内部结构问题,即土地物权与地上定着物的物权之间的关系问题。对此问题,罗马法时代的做法是土地绝对吸附地上一切物体;而非市场经济体制的一般做法是土地与地上物不可分离;市场经济,尤其是发展程度较高的市场经济的一般做法,是承

^① Karl Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Auflage, Verlag C. H. Beck, 1989, Seite 217; Baur / Stürmer, Lehrbuch des Sachenrechts, Verlag C. H. Beck, 1992, Seite 327.