

《物权法》若干问题

梁慧星

(中国社会科学院 法学所,北京 100721)

编者按:2007年10月9日,浙江工商大学十分荣幸地邀请到了我国著名民法学家梁慧星先生来校讲学!梁先生讲学独辟蹊径,采用了由研究生和本科生当场随意提问,由他当场予以回答的形式。梁先生的社会责任感、历史使命感、渊博的学识、深厚的功底、敏锐的目光、惊人的记忆力、语言的风趣和幽默令人称奇!我们对梁先生的讲学进行了整理并送交梁先生审阅。梁先生就物权变动原则、不动产登记的公信力、登记的法律性质等问题所作的回答必将推动人们对物权法的理解和适用。

关键词:物权法;物权变动;不动产;公信力;理解

中图分类号:DF5 文献标识码:A 文章编号:1009-1505(2008)01-0005-08

问题一:《物权法》第14条规定:“不动产物权的设立、变更、转让和消灭,依照法律规定应当登记的,自记载于不动产的登记簿时发生效力。”第15条规定:“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同,除法律另有规定或者合同另有约定外,自合同成立时生效;未办理物权登记的,不影响合同效力。”这些规定与我国法院的做法和《担保法》的规定有明显的矛盾,应该怎么对待?

答:第14条和第15条是中国物权法的创新,称为“物权变动与原因行为的区分原则”,是关于物权变动与原因行为的生效条件、生效时间的规定。这里讲的“物权变动”就是指“产权过户”、“抵押权设立”的“物权变动事实”。这里讲的“原因行为”,是指导致物权变动的“法律行为”(债权行为),主要是买卖合同、赠与合同、建设用地使用权转让合同、抵押合同、质押合同。

以买卖房屋为例,我们先签订房屋买卖合同,然后根据买卖合同去办产权过户登记,“买卖合同”是导致“产权过户”的“原因”,“产权过户”是其“结果”。“买卖合同”和“产权过户”之间就是“原因”和“结果”的关系。设立抵押也是如此,先订立“抵押合同”,再根据抵押合同去登记机构办理抵押登记,于是成立“抵押权”。可见,“抵押合同”是“原因”,“抵押权设立”是其“结果”。“产权过户”和“抵押权设立”是具体的物权变动事实,买卖合同和抵押合同就是发生具体物权变动的“原因行为”。

物权法规定“区分原则”,究竟要解决什么问题呢?要解决把“买卖合同”成立的时间和条件,与“产权过户”发生的时间和条件,分开来对待的问题。所针对的是我们现实当中一些法院裁判案件的错误做法,以及担保法上的错误规定。如房屋买卖合同,没有办理产权过户登记,法院就据此认定房屋买卖合同无效。这样判决,就把买卖合同生效的时间和条件,与产权过户的生效时间和条件弄混淆

收稿日期:2007-12-28

作者简介:梁慧星,男,四川青神人,中国社会科学院学部委员,法学所研究员,博士生导师,主要从事民法研究。

了。《担保法》第 41 条规定,当事人设定抵押的,“应当办理抵押物登记,抵押合同自登记之日起生效”。按照这一规定,订立抵押合同之后,如果没有办理抵押登记,法院就认定抵押合同不生效,同样是把抵押合同生效的时间和条件,与抵押权成立的时间和条件弄混淆了。这在理论上是错误的,实践上是有害的。

按照《合同法》第 135 条的规定,买卖合同生效才发生出卖人交付标的物 and 移转标的物的所有权(即办理产权过户)的义务。买卖合同未生效,登记机构会给你办产权过户吗?可见,因未办理产权过户而认定买卖合同无效的做法,不符合法律的逻辑和基本原理。同时还要看到,这样的判决结果是不公正的。签订了买卖合同,合同生效后,市场变化了,房屋价格上涨了,开发商(出卖人)反悔,故意拖延不办产权过户登记,最后发生纠纷,我们的法院以没有办产权过户登记为由判决买卖合同无效。无效就要恢复原状,即便买房人已经住进了新房,进行了装修,也不得不退房。这样的结果,不正好是开发商所希望的吗?正是我们法院这样的判决,使不诚信的出卖人的阴谋得逞,使他的不正当利益得以实现,而买房人的正当利益就遭受了损害。

在设定抵押权的场合也是如此,如某借款的企业与银行的工作人员有关系,一旦银行把钱划到借款人的帐上,借款人把钱转走或者使用,而不去办抵押登记。他为什么不去办抵押登记呢?虽然不是办了抵押登记房子就不能卖了,但一旦办了抵押登记之后再要出卖房子就有困难。房子上面有抵押权,买房人就担心,自己购买的房子有被抵押权人强行拍卖的危险,因此人家就不买了。此外,一旦办理了抵押登记,房屋所有权上成立了抵押权,借款人要再拿该房屋到别的银行抵押借款,别的银行就会不愿意。因此,一旦银行把借款划到借款人帐户上,借款人就借故拖延不办理抵押登记。最后借款人还不了银行的钱,起诉到法院,因为《担保法》第 41 条规定抵押合同自抵押登记之日起生效,没有办理抵押登记,于是法院判决抵押合同不生效,最终使银行遭受重大的损失。这样判决也助长了一些企业的背信弃义。既然不办理抵押登记法院就会判决抵押合同不生效,那我就故意拖延不办抵押登记。一些企业背信弃义、不讲诚信,采用拖延不办抵押登记的办法赖帐,导致社会信用下降、商业道德下降,这与法院的判决有关系,与担保法的规定有关系。

起草人针对司法实务中的错误做法和担保法上的错误规定,在物权法草案上明文规定了“物权变动与原因行为的区分原则”。《物权法草案》第 14 条规定:“不动产物权的设立、变更、转让和消灭,依照法律规定应当登记的,自记载于不动产登记簿时发生效力。”其中所谓“应当登记的”,是指法律规定采“登记生效主义”的不动产物权,包括不动产所有权、不动产抵押权等。这些采登记生效主义的不动产物权变动,包括设立、变更、转让、消灭,从什么时候发生效力?本条专门规定:是自“记载于不动产登记簿之时”。

接下来,物权法草案应当明确规定“原因行为”的“生效时间”。这就是《物权法》第 15 条的规定:“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同,除法律另有规定或者合同另有约定外,自合同成立时生效;未办理物权登记的,不影响合同效力。”条文第一句明确规定“合同”的“生效时间”:“自合同成立时”,此与合同法的规定完全一致。《合同法》第 44 条第 1 款规定:“依法成立的合同,自成立时生效。”须补充说明的是“自成立时生效”是关于合同生效的“一般原则”。“法律另有规定或者合同另有约定”,是此“一般原则”的“例外”。

这样一来,物权变动的生效时间和生效条件与原因行为的生效时间和生效条件,就被区分开来。但是还有一个最重要的问题:因未办理登记而物权变动未生效,对原因行为的效力是否发生影响?而这正是物权法规定“区分原则”所要解决的关键问题。这就是草案第 15 条第二句的规定:“未办理物权登记的,不影响合同的效力”。这一规定将合同的生效与物权变动的生效截然“区分”开来,准确体现了“区分原则”的立法目的。

从《物权法》第 14 条和第 15 条的规定可知,所谓“区分原则”,是指“区分”原因行为和物权变动的“生效时间和生效条件”。作为“原因行为”的“买卖合同”,应当按照合同法的规定,“自合同成立时生

效”;而作为“物权变动”的“标的物所有权移转”,应当按照本法规定办理“产权过户登记”,“自记载于不动产登记簿之时”生效。作为原因行为的“抵押合同”,亦应按照合同的规定,“自合同成立时生效”;而作为物权变动的“抵押权设立”,则应按照本法的规定办理“抵押登记”,“自记载于不动产登记簿之时”生效。订立房屋买卖合同,没有办理产权过户登记的,只是不发生“产权过户”的效果,买卖合同的效力不受影响;订立抵押合同,没有办理抵押登记的,只是不发生“抵押权设立”的效果,抵押合同的效力不受影响。

按照这个原则,买卖合同生效以后,交了房没有办理产权过户,打起官司来,法院就应当按照《合同法》第110条关于强制实际履行原则的规定,责令出卖人补办产权过户登记;如果出卖人既没有交房也没有办理产权过户的,就应当责令出卖人交房并办理产权过户登记,从而切实保护买受人的利益。如果房子已不在出卖人的手里,比如说已经卖给了别人,别人已经办理了产权过户,这时候买卖合同还有效,还可以追究出卖人的违约责任。如果合同约定有违约金,法院就判处违约金,如果合同没有约定违约金,法院就判处损害赔偿金。按照合同的规定,给受害人一定的补偿,保护受害人的利益。

抵押的情形也是这样。企业还不起银行的钱,银行向法院起诉,打起官司来,查明抵押合同生效以后,没有办理抵押登记。按照法律的规定,只是抵押权不发生,而抵押合同的效力不受影响。这个时候如果抵押物还在借款人(抵押人)的手里,法院应当按照《合同法》第110条关于强制实际履行原则的规定责令补办抵押登记,使抵押权发生,并执行抵押权拍卖抵押物,使银行优先受偿,保障银行的利益。如果作为抵押物的房屋或者土地使用权已经不在借款人的手里,这个时候至少抵押合同还有效,还可以追究抵押人的违约责任。

简言之,物权法规定“区分原则”的重要意义就在于,要纠正混淆原因行为生效和物权变动生效的错误做法和担保法的错误规定。在原因行为有效,因未办理登记而未发生物权变动的情形,应当执行原因行为。按照《合同法》第135条和第110条的规定,强制出卖人办理产权过户登记(或者抵押登记);如果标的物已经被第三人合法取得、不可能办理产权过户登记(或者抵押登记),则应当按照合同法关于违约责任的规定,追究出卖人(或者抵押人)的违约责任。物权法关于物权变动与原因行为区分原则的规定,目的是要纠正此前人民法院裁判房屋买卖合同纠纷案件和不动产抵押纠纷案件的错误裁判方案,和担保法混淆物权变动的生效与合同生效的错误做法和规定,物权法生效之后,担保法中的混同抵押合同的生效与抵押权发生的规定当然就废止了。

问题二:目前,在购买商品房时,开发商将公摊面积算作商品房的套内面积,要求购房人付款。对此,梁先生有何看法?

答:公摊面积实际上涉及到的是“建筑物区分所有权”。《物权法》第72条规定“业主对建筑物专有部分以外的共有部分,享有权利,承担义务;不得以放弃权利不履行义务。业主转让建筑物内的住宅、经营性用房,其对共有部分享有的共有和共同管理的权利一并转让。”根据区分所有建筑物的使用目的,共有部分具有不可分割性。各国建筑物区分所有权法大都明确规定,禁止分割区分所有建筑物的共有部分,区分所有人取得专有部分所有权,也就同时附带取得共有部分所有权。共有部分的共有权是从属于专有部分所有权的,专有部分,就是实务中所谓套内面积,公摊面积就是业主对共有部分的分额。买卖合同中往往约定购买房屋的总面积是多少,再进一步细分套内面积(专有部分)是多少,所分摊的共有部分(公摊面积)是多少。同学问到的公摊面积就是分摊的共有部分。不能把公摊面积混同于套内面积。但公摊面积的代价,还是要由买房人负担的。

问题三:我国物权法现已正式确立了不动产权变动的公信力原则。如何正确理解公信力?

答:应该注意的是,公信力原则只在采取登记生效主义的国家才承认,采取登记对抗主义的国家是不承认的。物权登记的公信力原则,是物权法上的制度,特别要注意这一原则与合同的关系。物权登记的公信力原则是《合同法》第51条关于无权处分规则的例外规定。按照《合同法》第51条规定,

“无处分权的人处分他人财产,经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的,该合同有效。”依据反对解释,无权处分合同,权利人不追认且处分人事后也未取得处分权的,该合同无效。合同无效,当然不发生所有权转移。请注意《物权法》第 106 条的规定:“无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的,所有权人有权追回;除法律另有规定外,符合下列情形的,受让人取得该不动产或者动产的所有权:(一)受让人受让该不动产或者动产时是善意的;(二)以合理的价格转让;(三)转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记,不需要登记的已经交付给受让人。”这个条文包含了动产的“善意取得”以及“不动产登记公信力”制度。

不动产登记的公信力制度是为了维护交易秩序。从法律政策上看,“善意第三人”是个特殊的概念。《合同法》第 3 条规定平等原则,合同当事人法律地位平等。因此,凡属合同“当事人”,法律上都应该实行“平等保护”。但法律对“善意第三人”却实行“特殊保护”,因为“善意第三人”与“当事人”不同,“当事人”的利益属于个人利益,而“善意第三人”的利益已经不同于一般的个人利益,“善意第三人”的利益关系到社会公共利益,关系到市场交易安全。法律保护“善意第三人”就不是简单地保护个人利益,而是保护市场交易的安全,是保护社会公共利益。因此我们看到,民法上凡是“善意第三人”都实行“特殊保护”。因为不如此不能保护市场交易安全,不能维护市场交易秩序。所谓的“特殊保护”,就是把无权处分制度的效果否定了,作为无权处分制度的“例外”来对待。

按照不动产登记的“公信力”制度,以不动产登记簿为根据取得的不动产物权,例如房屋所有权,这个所有权不受任何人追夺。因为不动产登记簿是国家专门设立的登记机构掌管的,物权法采登记生效主义,不动产登记具有权利推定的效力,当然受到公众的信赖,不动产交易的第三人既然信赖登记簿,其取得的物权就应当受法律的保护。这个制度的关键,是以不动产登记簿为根据“取得”不动产物权,其政策目的是保护不动产交易的善意第三人。并且,这种保护是绝对的使善意第三人取得权利,不存在以反证加以推翻的问题。不动产的交易因为有登记制度,直接由登记制度加以保护就足够了,剩下的动产的交易,因为没有进行登记,则创设动产善意取得制度加以保护。不动产登记的公信力制度和动产善意取得制度,是合同法无权处分无效的法律后果的例外规则。最后要说明的是,《物权法》第 106 条将教科书上的不动产登记公信力制度和动产善意取得制度两个制度合并规定,成为统一的善意取得制度。

问题四:对于因登记机关错误登记而受损的真实权利人,我国应如何构建赔偿机制?

答:《物权法》第 21 条规定:“当事人提供虚假材料申请登记,给他人造成损害的,应当承担赔偿责任。因登记错误,给他人造成损害的,登记机构应当承担赔偿责任。登记机构赔偿后,可以向造成登记错误的人追偿。”本条的立法思想是,按照造成登记错误的原因,分别规定登记申请人的赔偿责任和登记机构的赔偿责任。第 1 款规定登记申请人的责任,第 2 款规定登记机构的责任。本条之立法意旨在于:凡属于登记申请人的原因造成的登记错误,均应当由登记申请人承担赔偿责任;凡属于登记机构自身的原因造成的登记错误,即在登记申请人提供的材料真实的前提下因登记机构内部工作人员的过错造成的登记错误,应当由登记机构承担赔偿责任。

按照第 1 款规定,登记申请人承担赔偿责任的构成要件有三:一是“提供虚假材料”,至于提供虚假材料究竟属于故意或者过失,均非所问;二是因登记申请人提供虚假材料导致登记错误;三是因此登记错误给他人造成损害。登记申请人在承担赔偿责任后,当然有权依据不当得利制度,向因此登记错误而获得不当得利的人追偿。考虑到第 1 款已经规定了登记申请人提供虚假材料的赔偿责任,则第 2 款所谓“登记错误”,应解释为:除登记申请人提供虚假材料造成的登记错误之外的登记错误,亦即因登记机构自身的原因造成的登记错误。

因此,根据本条第 2 款的规定,登记机构承担赔偿责任的构成要件是:(一)登记申请人提供的材料真实;(二)在登记申请人提供材料真实的前提下仍发生登记错误;(三)因此登记错误给他人造成损害。实质上,登记机构是为自己内部工作人员的过错导致的登记错误承担责任,属于民法侵权责任中

的使用人责任。其特殊之处在于,既不要求请求赔偿的受害人举证证明登记机构工作人员的过错,同时登记机构也不能通过证明自己对于工作人员无监督管理过错而要求免责。

须注意的是,民法上的使用人责任,有不同方案。一是德国式使用人责任,在被使用人于执行职务中造成他人损害的,原则上应当由使用人对受害人承担赔偿责任,但使用人如果能够举证证明自己对被使用人的选任、监督并无过失的,可以免责。实质上属于使用人对于自己的选任、监督过错承担责任,因此属于过错责任。二是英美法上的使用人责任,凡被使用人于执行职务中造成他人损害的,均应当由使用人承担赔偿责任,并不考虑使用人有无选任监督过失。实质上属于使用人替代被使用人承担赔偿责任,属于严格责任。

按照本条第2款规定,登记机构的赔偿责任性质上属于使用人责任,既不要求请求赔偿的受害人举证证明登记机构工作人员的过错,同时登记机构也不能通过证明自己对于工作人员无监督管理过错而获得免责,显然是采纳英美法替代责任,属于使用人责任中的严格责任,但考虑到本条第1款关于登记申请人承担赔偿责任的规定,登记机构当然可以通过证明登记错误是由登记申请人提供虚假材料而造成,而获得免责,因此第2款规定的登记机构的赔偿责任,不同于一般所谓严格责任,而在实质上仍然属于登记机构对于自己的工作人员的过错造成的损害负责。登记机构在承担赔偿责任后,除根据本条第2款第二句的规定,可以向造成登记错误的人即登记机构的工作人员追偿之外,还有权依据民法关于不当得利制度的规定,向因此登记错误获得不当得利的人追偿,自不待言。

问题五:物权登记的性质是行政行为还是民事法律行为?

答:第10条规定:不动产登记,由不动产所在地的登记机构办理。国家对不动产实行统一登记制度。统一登记的范围、登记机构和登记办法,由法律、行政法规规定。既然物权法规定了物权公示原则,不动产物权变动以“登记生效”为原则,以“登记对抗”为例外,可见不动产登记制度非常重要。如果没有一个完整的、科学的不动产登记制度,物权法即便颁布了,也很难发挥作用。因此,不动产登记的基本原则、基本制度要规定在物权法上,在物权法之外还应单独制定一个不动产登记法或者不动产登记条例。不动产登记法或不动产登记条例,是附属于物权法的,是物权法的附属法。

这样一个统一的不动产登记机构设置在哪一个部门,物权法对此未作表态,而将留待制定不动产登记法或者不动产登记条例解决。这个统一的不动产登记机构,根据物权法所办理的登记均与行政权行使无关,属于服务行政的性质。请注意物权法将此前通行的“登记机关”改为“登记机构”,意在表明不动产登记机构与国家行政机关的本质区别,即不动产登记机构不具有行政权力,其从事的不动产登记行为与政府行政权的行使无关。不动产登记,属于民法上的一种法律事实,将导致某种民法上的物权变动的法律效果发生。但不动产登记属于公示方法,其本身不是民事法律行为。

问题六:梁老师对于《物权法》第10条中规定的“统一的登记机构”是如何看待的?这样的规定是否过于理想化,在具体的操作上是重新设立一个机构还是把登记统一到现有的某个机关中?

答:不动产登记制度为物权法的制度基础。中国现在的问题是多个登记机关,多头登记,且登记机关同时又是行政管理机关,极易发生登记机关利用手中的行政权力来牟利,导致登记收费标准混乱和不公正的结果。各地普遍存在办理抵押登记要对抵押标的物进行评估,并按评估的价值收取登记费,既没有什么合理性,也不公正。还有一些地区的登记机关为登记设定有效期限,规定抵押登记有效期一年,期满再登记再收费;还有一些地区要求对登记实行年检,从而收取一定的费用。针对上述一些现状,物权法采取的对策是建立统一的与行政管理脱钩的登记机构、登记制度。不动产登记虽由国家设立的登记机关办理,但本质上属于“服务行政”的性质,与行政管理权的行使无关,更不应容许异化为一种“权限”并用来牟利。登记机构的性质纯粹是为社会服务的机构。

基于上述考虑,《物权法》第10条明确规定:“不动产登记,由不动产所在地的登记机构办理。国家对不动产实行统一登记制度。统一登记的范围、登记机构和登记办法,由法律、行政法规规定。”第13条规定:“登记机构不得有下列行为:(一)要求对不动产进行评估;(二)以年检等名义进行重复登

记:(三)超出登记职责范围的其他行为。”第22条规定:“不动产登记费按件收取,不得按照不动产的面积、体积或者价额的比例收取。具体收费标准由国务院有关部门会同价格主管部门规定。”这样一个统一的不动产登记机构设置在哪一个部门,物权法对此未作表态,而将留待制定不动产登记法或者不动产登记条例解决。参考发达国家的经验,关于不动产登记机构的设置,无非两种模式:一是设置在政府;一是设置在法院。例如,日本设在政府法务局;英国是政府土地登记局;瑞士设在各州的地方法院;德国是在地方法院设土地登记局。因此,关于不动产登记机构的设置,可在这样两种模式中选择其一,或者在基层人民法院设不动产登记局,或者在区县人民政府的司法局设不动产登记局。

问题七:如何看待《物权法》第1条关于“根据宪法,制定本法”的规定?

答:首先要注意的是,对于每一部法律的第1条是否应当明文规定“根据宪法”,第1条的性质和作用,过去没有进行研究。因此,同样是全国人大或者人大常委会制定的法律,有的第1条明文规定“根据宪法”,有的第1条未规定“根据宪法”。据统计,未规定“根据宪法”的法律很多,迄今有一百多部现行法第1条未规定“根据宪法”,第1条明文规定“根据宪法”的现行法律较少。民事立法实践中,通常将第1条理解为“立法目的”条款而不是“立法权限”条款。关于法律第1条的性质和作用问题,过去缺乏研究,有待于法学界包括宪法、法理和各部门法学者今后共同研究。

物权法立法过程中,反对物权法的人抨击《物权法草案》第1条未明文规定“根据宪法”属于“形式违宪”,抨击物权法草案贯彻平等保护原则属于“实质违宪”,并抨击物权法草案及其起草人背离马克思主义和社会主义,奴隶般抄袭资产阶级的法律,挑起政治争论。本应属于学术问题、立法问题,现在转变成为政治问题、立场问题、意识形态问题。民法学界理应表明态度,予以反驳。民法学者不仅绝不认同所谓“实质违宪”,也绝不认同所谓“形式违宪”。物权法草案的基本原则和基本制度是以现行宪法所确定的基本经济制度、经济体制和基本原则为依据的,是现行宪法所确定的基本经济制度、经济体制和基本原则的具体化,根本不存在所谓“违宪”问题。因此,我在反驳所谓“形式违宪”的文章中,明确指出反对物权法的人混淆了人民代表大会制度与三权分立制度。

人民代表大会制度和三权分立制度,这两个制度是存在重大区别的。实行“三权分立”体制的国家,是先召开“制宪会议”(国民大会)制定宪法。通过宪法将国家权力划分为“立法权”、“行政权”和“司法权”,并分设“议会”、“总统”和“法院”三个国家机关,再授权议会行使“立法权”,总统行使“行政权”,法院行使“司法权”。因此,在采“三权分立”体制的国家,虽然议会行使“立法权”,但议会的“立法权”来自宪法的“授权”,且议会的“立法权”不包含“制定宪法”之权,议会不能制定宪法和修改宪法,要制定和修改宪法,必须召开制宪会议。议会制定的法律,如超越其立法权限,即构成“违宪”。在这种体制之下,议会虽然行使“立法权”,但是不能制订和修改宪法。也就是说,议会的立法权仅仅是制订一般法律的权限,既然议会的立法权是宪法授予的,是有所限制的,在制订每一部法律的时候,就有必要在第一条明确表示“根据宪法”,以明示其立法权源,当然也要接受“违宪审查”。我国现在的刑法学教材和著作,在谈到所谓“违宪审查制度”时,均将议会制定的法律和政府制定的法令、政令纳入违宪审查范围,其理由在此。

回过头来说我们的体制,我们的人民代表大会制度是中国共产党领导人民革命直接创造的政治制度。人民代表大会不是依赖于任何法律规定而产生的。全国人民代表大会一经成立,就拥有全部国家权力,包括制定宪法和修改宪法的权力。新中国第一部宪法、第二部宪法、第三部宪法和现行宪法,都是全国人民代表大会制定的。现行宪法的历次修改,也是全国人民代表大会自己进行的。现行宪法明文规定“全国人民代表大会是最高国家权力机关”,“全国人民代表大会及其常务委员会行使立法权”。全国人民代表大会制度的实质在于,一切国家权力归全国人民代表大会,国务院的行政权和人民法院的司法权、人民检察院的检察权,均来自全国人民代表大会的授权。这与“三权分立”体制是根本不同的。既然我们是这样一种体制,人民代表大会不依赖于任何一部法律,人民代表大会有权制订一切法律包括制定宪法和修改宪法,我们的人民代表大会在制订每一部法律时就没有必要在第1

条写上“根据宪法”,因为宪法就是它自己制订的,而且人民代表大会制订的法律不发生“违宪”的问题,只发生法律与法律之间及法律与宪法之间的“冲突”问题。

以上是我关于所谓物权法“违宪”问题的基本见解,不见得与立法机关的意见完全一致。但在法律第1条是否明文规定“根据宪法”与所谓“违宪”无关这一点上,我的意见与立法机关的意见是完全一致的。换言之,立法机关并不认为第1条不规定“根据宪法”就构成所谓“形式违宪”。为什么这样肯定?我们注意到,十届全国人大五次会议同时审议、同日通过了物权法和企业所得税法两部法律,《物权法》第1条添加了“根据宪法”四字,而《企业所得税法》第1条却没有出现“根据宪法”四字。企业所得税法规定国家公权(征税权)的行使,当然必须以宪法为根据!按照批评物权法的同一理由,更有必要在《企业所得税法》的第1条明文规定“根据宪法”。但该第1条却没有规定“根据宪法”!难道是立法机关的疏忽?当然不是。立法机关在同时审议、同日公布的《企业所得税法》第1条不写“根据宪法”四字,显然是有意为之,意在表明立法机关的主张:一部法律的第一条是否规定“根据宪法”,与所谓“违宪”无关。因此,不得认为立法机关在《物权法》第1条添加“根据宪法”四字,是认可了反对物权法的人关于“形式违宪”的指责,现行第1条未明文规定“根据宪法”的一百多部法律也当然不存在所谓“形式违宪”问题!

问题八:梁教授,请问盗窃物是否可以适用善意取得制度?

答:你问的问题涉及善意取得制度的特殊规则。第106条规定善意取得制度的一般规则,第107条规定特殊规则。前面已经谈到,《物权法》第106条规定了统一的善意取得制度,将教科书上的不动产登记公信力制度和动产善意取得制度合并为一个条文。第106条规定的是善意取得的一般规则,适用于市场交易的一般情况,第107条规定善意取得的特殊规则,适用于市场交易的特殊情况,即盗窃物、遗失物的善意取得。

请看《物权法》第107条。它是这样规定的,“所有权人或者其他权利人有权追回遗失物。该遗失物通过转让被他人占有的,权利人有权向无处分权人请求损害赔偿,或者自知道或者应当知道受让人之日起二年内向受让人请求返还原物,但受让人通过拍卖或者向具有经营资格的经营者购得该遗失物的,权利人请求返还原物时应当支付受让人所付的费用。权利人向受让人支付所付费用后,有权向无处分权人追偿。”我们可以看到,在这个条文中仅仅规定了遗失物适用善意取得制度,并没有规定盗窃物是否适用。但是物权法草案第三次审议稿的第107条是这样规定的:“善意受让人取得的动产属于赃物、遗失物的,所有权人、遗失人等权利人可以向无处分权人请求损害赔偿,也可以在支付善意受让人所付的价款后,请求返还原物,但请求返还原物应当自丧失占有之日起两年内提出。”按照第三次审议稿的规定,购买盗窃物、遗失物的“善意受让人”是可以取得所有权的。但自第四次审议稿起却删去了“盗窃物”,显然是受到关于物权法违宪的政治争论的影响。删去关于“盗窃物”适用善意取得的规定,就造成了法律漏洞。假设张三偷了李四的手机,托在商店当售货员的朋友摆在商店出售,被顾客王五购得。李四向法院起诉要求判决王五返还该手机,王五是否可以要求李四支付其购买手机的价金?法院应当如何裁判?因为第107条删去“盗窃物”造成法律漏洞,使本案裁判失去明确的法律依据,要靠法院和法官通过解释予以弥补漏洞。造成裁判的困难、裁判的不确定性和不统一。

问题九:请问梁教授,物权法为什么对飞机、船舶的抵押采用登记对抗主义?为什么对汽车也采用登记对抗主义?

答:飞机、船舶是特殊的动产。动产是指可以移动的财产,不动产是不能移动或者移动之后会降低价值的财产。而移动是飞机和船舶的本质所在。对于飞机、船舶,我国《海商法》和《民用航空法》采取的就是登记对抗主义。《海商法》第9条第1款规定,“船舶所有权的取得、转让和消灭,应当向船舶登记机关登记;未经登记的,不得对抗第三人。”《民用航空法》第14条第1款规定,“民用航空器所有权的取得、转让和消灭,应当向国务院民用航空主管部门登记;未经登记的,不得对抗第三人。”《物权法》沿用海商法和民用航空法关于船舶、飞机实行登记对抗主义的规定。《物权法》的第24条规定:

“船舶、航空器和机动车等物权的设立、变更、转让和消灭,未经登记,不得对抗善意第三人。”

那么为什么对于船舶、航空器采用登记对抗主义呢?让我们首先看一个例子。假设我国上海港的一艘远洋轮船开到了欧洲的阿姆斯特丹港,这时它需要一笔资金,当然船长就到阿姆斯特丹的银行去申请贷款,银行要求设定抵押,船长就把这条船舶抵押给了阿姆斯特丹的银行,取得了一笔贷款。这时发生一个问题,这个船舶抵押权的设立是采登记生效主义,还是采登记对抗主义呢?如果法律规定船舶抵押权采取登记生效主义,那阿姆斯特丹银行就必须派银行工作人员把抵押协议拿到中国该船舶的船籍港例如上海港办理船舶抵押权登记,否则船舶抵押权不生效。我们可以想见,这样规定显然是不现实的,是不可能做到的。因为船舶的船籍登记簿是在上海港,从阿姆斯特丹乘飞机到上海要十多个小时,要花多少时间和金钱的代价呢!阿姆斯特丹的银行显然不可能专门养一批工作人员,成天飞往世界各地的船籍港办理抵押权登记,它最有可能的对策就是拒绝接受船舶抵押,当然也就不向船舶贷款。很显然,物权法对飞机、船舶采取登记对抗主义的根本的理由是由船舶、飞机的特殊本性所决定的。船舶、飞机是满天下飞、满世界游动,规定登记生效主义做不到,船舶的登记簿只能保管在它的船籍港,飞机的登记簿只能保管在中国民航总局,不可能跟着它满世界飞。

对汽车也采取登记对抗主义,主要的理由是:首先,汽车的价值相对小得多,一架价值上亿的飞机尚且是登记对抗,价值相对小得多的汽车却要登记生效,显然是不成比例,显得轻重倒置。其次,汽车数量众多、转手频繁,如果实行登记生效主义将会不胜其烦,很多人就会不去登记。法律太繁琐,人们会去遵循吗?结果就会有很多人买车、卖车都不登记,使法律规定与现实生活严重脱节,我们的现实情况不就是有很多机动车转手不登记吗?与其规定登记生效主义而不能实行,倒不如规定登记对抗主义以符合现实。

物权法对机动车物权变动规定采登记对抗主义,还有一个好处,即方便法院公正裁判交通事故损害赔偿案件。一辆汽车发生了车祸,受害人告谁呢?按照我们的《民法通则》第 123 条及道路《交通安全法》的规定,受害人应当告汽车所有权人,他怎么知道汽车的所有权人是谁呢?他到登记机构去查,查到这辆车的所有权人是张三,就把张三告上法庭。张三在法庭审理中主张说,这辆车我在三年前就已经卖给李四了,我不应该承担责任。这时法庭如何处理,就要看我们的物权法对汽车物权变动是采登记对抗主义还是采登记生效主义。假设物权法规定采登记生效主义,法官就应当问张三:“你说已经卖给李四了,那你办理过户登记了吗?”张三回答说:“没有办理过户登记。”法官就会说:“法律上规定的是登记生效主义,你既然没有办理过户登记,你就还是肇事汽车的所有权人,按照法律的规定,你作为汽车所有权人应当对受害人承担损害赔偿责任。”这样判决当然“于法有据”,但张三的汽车已经卖给别人好几年了,却还得承担损害赔偿责任,你说冤不冤?合不合情理?公正不公正?这样判决于情、于理都说不通。因为汽车肇事是人的行为导致的,张三与这个肇事行为毫无关系,让他承担赔偿责任当然是非常冤枉的,是不公正的。

物权法规定机动车实行登记对抗主义,张三可以通过举证证明汽车转手的事实而不承担责任。实际上,从上世纪 80 年代直到 90 年代初期,好些地方法院都把汽车过户登记当作“登记生效”,因此就出现了一些不公正的判决。到 90 年代中期法院内部就已经注意到这样判决不合情理而改变态度,现在绝大多数地方法院已经不再把汽车登记当作“登记生效主义”,而是允许没有办理过户登记的出卖人以其他证据证明汽车转卖的事实,最后使应该承担责任的实际上的汽车所有权人承担赔偿责任。因此可以说,物权法规定机动车物权采取“登记对抗主义”,是采纳了人民法院的裁判经验,使法律规定与人民法院的裁判实践相一致。

(责任编辑 陶舒亚)