



我国民法典物权编的修改与完善

王利明*

目 次

- 一、前言：民法典物权编应当坚持“小修小补”模式
- 二、物权编总则的完善
- 三、所有权制度的修改与完善
- 四、用益物权制度的修改与完善
- 五、担保物权制度的修改与完善
- 六、结语

摘 要 我国正在制定的民法典物权编应当以问题为导向，在现行《物权法》的基础上，坚持“小修小补”模式。物权编总则需要完善动产交付规则，进一步明确特殊动产的物权变动规则，并协调物权保护制度中物权请求权与侵权请求权的关系。所有权制度需要进一步丰富所有权取得方法，明确规定集体经济组织成员权，适当降低建筑物区分所有权行使的条件。在用益物权部分，需要规定农地经营权，细化住宅建设用地使用权自动续期的规则，增设居住权、典权。在担保物权制度方面，需要建立统一的动产担保登记制度，适当放宽流押契约禁止规则，完善抵押物转让的规则，规定营业质权，适当放宽质押的客体范围。

关键词 民法典 物权编 所有权 用益物权 担保物权

一、前言：民法典物权编应当坚持“小修小补”模式

在《民法总则》颁行后，民法典分则各编的编纂工作也提上了重要的议事日程。毫无疑问，民法典物权编应当以2007年3月16日通过的《物权法》为基础编纂，但究竟应当对现行《物权法》进行小修小改，还是大修大改？仍然众说纷纭。笔者认为，应当看到《物权法》颁布十

* 中国人民大学法学院教授，中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员，法学博士。

年以后，我国社会经济生活确实出现了许多新情况、新问题，需要未来民法典予以应对，但从《物权法》施行十余年的情况来看，其所确立的基本制度、基本规则被证明是科学的、正确的，是符合我国国情的。因此，民法典物权编并不需要对《物权法》进行脱胎换骨式的修改，而应该在保持《物权法》的基本制度与基本规则不变的情况下，以问题为导向，进行必要的、适当的修改。也就是说，我国民法典物权编的编纂应当采取“小修小补”的模式，主要理由在于：

首先，我国《物权法》以宪法为依据，确认了以公有制为主体，多种所有制共同发展的基本经济制度，规定了我国实行社会主义市场经济的基本原则。在公有制基础上实行市场经济，可以说是人类历史上从未经历过的、前所未有的伟大社会实践。《物权法》在坚持公有制的前提下，规定了建设用地使用权制度，实现了土地使用权的有效流转，最终实现了市场对土地等重要生产资料的优化配置。从《物权法》实施十年以来的情况看，该法已经做到了将土地公有制与市场经济的科学、有机的结合，并有力地促进了我国市场经济的繁荣和社会财富的增长。

其次，《物权法》在规定国家、集体、私人所有权的基础上，确立了平等保护原则。平等保护原则要求各类市场主体平等地享有并行使财产权，在其权利遭受侵害的情况下，也应当适用相同的救济规则，这也是市场经济的内在要求。^{〔1〕}《物权法》确认平等保护原则，有利于维护市场主体的平等地位和基本财产权利，并为市场经济提供基本的产权制度框架，也为促进社会财富的创造提供了有效的激励机制。该原则是社会主义初级阶段“两个毫不动摇”原则的具体体现，^{〔2〕}它既为市场主体平等发展创造了条件，也为市场经济的繁荣和经济的增长提供了动力与源泉。

再次，《物权法》的基本体系与结构是科学合理的。《物权法》的体系包括总则、所有权、用益物权、担保物权、占有等部分，这是在借鉴比较法的科学经验并立足于我国国情而形成的科学体系，具有内在的逻辑一致性，是经过实践检验的成功立法经验。因此，我国民法典物权编的编纂应当维持现行《物权法》的基本体系结构。尤其是我国《物权法》所规定的用益物权制度也是完全符合我国现有的国情的，实现了与当前农业经营体制的契合。目前，我国仍然是城乡二元体制，而以“统分结合”为基础的家庭承包经营体制作为农业的基本经营制度长期不会改变。保护耕地、维护粮食安全也是我国的基本国策，对土地用途进行管制是土地管理的最主要的方法。立足于这一国情，用益物权制度的改革就是要改变与目前生产力水平不契合的地方，而非进行重大变革。是否打破城乡二元结构、是否允许农村土地进入土地一级市场、宅基地能否自由转让，都涉及这些问题。尽管现行的《物权法》在这些问题上仍然作了较多的限制，但也为未来的改革预留了一定的空间。这主要是考虑到我国目前土地制度改革仍然处于探索阶段，尚未定型，立法在规定基本制度问题时应当预留一定的发展空间。

总之，《物权法》颁行十余年来的实践证明，该法基本适应了现阶段我国市场经济发展的现实需要，其基本规则具有可操作性，基本满足了司法实践的需求，某些规则存在的缺陷也已经通过相应的司法解释得到了细化、补充和完善。因此，在我国民法典物权编编纂中，并不需要对《物权法》进行“大手术”式的改造，更不能推倒重来，而应当采取“小修小补”的修订模

〔1〕 参见王利明：“平等保护原则：中国《物权法》的鲜明特色”，《法学家》2007年第1期，第128～136页。

〔2〕 “两个毫不动摇”是党的十六大报告所提出的，它是指“毫不动摇地巩固和发展公有制经济”和“毫不动摇地鼓励、支持、引导非公有制经济的发展”。



式,即凡是《物权法》的成功立法经验,都应当予以保留,在民法典中予以吸收和借鉴,但要以问题为导向,对于不足和欠缺之处,有必要进行相应的修改和完善。

二、物权编总则的完善

在我国民法典物权编的编纂时,对于物权编总则部分,应当在《物权法》总则部分的基础上,进行如下修改和完善。

(一) 动产交付规则的修改

《物权法》第26条对指示交付作出了规定,即“负有交付义务的人可以通过转让请求第三人返还原物的权利代替交付”,但在指示交付的情形下,物权何时发生变动?其究竟在交付义务人与受让人之间达成指示交付协议时发生物权变动?抑或在受让人取得标的物占有时发生物权变动?该条并没有作出规定。指示交付情形下物权的变动不仅关系到相关财产所有权的变动时间,也关系到善意取得等制度的准确适用,因此,有必要予以明确。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释(一)》第18条对该问题作出了规定,⁽³⁾物权编有必要吸收这一规则,即明确在交付义务人与受让人之间达成指示交付协议时,物权发生变动。同时,依据《物权法》第26条规定,指示交付的前提是“第三人依法占有”动产,这里强调“依法”就使得指示交付的适用受到限制(如第三人因侵权行为而占有动产就无法适用),因此,“依法”的要求显然是不必要的,⁽⁴⁾物权编也需要对该规则进行必要的调整。

(二) 明确特殊动产物权变动中登记与交付的效力

公示原则是我国《物权法》确立的一项基本原则,它适用于各种类型的基于法律行为发生的物权变动。依据该原则,动产物权变动以交付为公示方法,而不动产物权变动以登记为公示方法,理论界与实务界对此均无异议。然而需要讨论的是,针对船舶、航空器和机动车等特殊动产的物权变动,现行《物权法》第24条规定的是所谓登记对抗要件主义,即依据该条规定,“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”,由于该条并没有提及特殊动产交付的效力问题,更没有明确规定登记与交付之间效力冲突的解决规则,因此在理论和实务中产生了不同的观点。⁽⁵⁾《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释〔2012〕8号)第10条试图为解决此类纠纷设定统一标准,进而确立了交付优先于登记的规则。但是,由于该规则与《物权法》的相关规定发生诸多矛盾,反而引发更多质疑和争议。此外,由于登记对抗模式会内生地产生登记与交付这两种公示方法的冲突,并引发特殊动产一物数卖时的各种纠纷,所以,解决特殊动产物权变动公示方法的冲突应当成为我国民法典物权编需要考虑的一个重要问题。对此,笔者认为,登记和交付均为特

(3) 依据该条第2款的规定,“当事人以物权法第二十六条规定的方式交付动产的,转让人与受让人之间有关转让返还原物请求权的协议生效时为动产交付之时”。

(4) 参见崔建远:“民法分则物权编立法研究”,《中国法学》2017年第2期,第48~66页。

(5) 参见冉克平:“论机动车等特殊动产物权的变动——兼析法释〔2012〕8号第10条的得与失”,《法学评论》2015年第4期,第153~162页;陈永强:“特殊动产多重买卖解释要素体系之再构成——以法释〔2012〕8号第10条为中心”,《法学》2016年第1期,第38~47页;周江洪:“特殊动产多重买卖之法理——《买卖合同司法解释》第10条评析”,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2013年第4期,第72~81页;景光强:“特殊动产物权变动解释论——重新审视《物权法》第24条”,《法律适用》2016年第6期,第43~49页。

殊动产物权变动的公示方法，特殊动产既可以以登记作为物权变动的公示方法，也可以将交付作为其公示方法。⁽⁶⁾同时，登记对抗模式的立法本意仍然是鼓励登记，因为交易相对人为了取得具有对抗第三人效力的所有权，必须进行登记。如果当事人没有办理登记，虽然也可以因交付而发生物权变动，但其取得的物权的效力会受到影响，新的物权人需要承担不能对抗善意第三人的风险。因此，法律虽然不强制当事人必须办理登记，但当事人如果选择办理登记，其所取得的物权就应当受到更强的法律保护，登记可以成为确权的重要依据。当然，如果登记权利人是恶意的，其不能依据登记取得物权。例如，如果登记权利人在办理登记之前，就已经知道该财产已经转让，且已经交付并为受让人占有，则其不得主张优先取得物权。因此，笔者建议对《物权法》第24条作出适当修改，承认登记和公示都可以成为公示方法，并明确登记的公示效力在一般情形下优先于交付的规则。

(三) 协调物权保护制度中物权请求权与侵权请求权的关系

我国《物权法》采取了物权请求权与侵权请求权相结合、对物权进行全方位保护的模式，这种做法符合我国司法实践需要，也有利于更好地保护物权，因为在侵害物权的情形下，此种物权保护模式如同递交“菜单”一样，可以使权利人非常清楚地了解其所享有的各种救济途径。但如果不严格区分物权请求权和侵权请求权，则此种模式也存在一定的弊端。例如，《物权法》第37条规定：“侵害物权，造成权利人损害的，权利人可以请求损害赔偿，也可以请求承担其他民事责任。”该规定似乎表明，损害赔偿制度是物权独有的保护方法，这就可能导致实践的混乱。关于物权请求权与侵权请求权的关系，学界存在较大争议。⁽⁷⁾事实上，物权请求权和侵权请求权存在以下明显的差异：一是是否以过错为构成要件。物权请求权旨在维护权利人对物的圆满支配状态，其成立并不要求行为人具有过错；而侵权请求权的成立则一般需要行为人具有过错。二是权利人是否需要证明存在损害不同。权利人在主张物权请求权时，其仅需要证明其对物的圆满支配状态受到了不当影响即可，而不需要证明自身遭受了损害；而在权利人主张侵权请求权时，其一般需要证明自身遭受了损害。三是是否适用诉讼时效不同。物权请求权一般不适用诉讼时效；而侵权请求权则需要适用诉讼时效。物权法上独有的保护方法限于物权请求权，因此，有关恢复原状和损害赔偿的规则，应当由侵权法调整，在民法典物权编规定相应的引致条款即可。例如，民法典物权编中可以规定，因侵害物权造成他人损害，需要恢复原状或赔偿损失，应当适用本法侵权责任编的相关规定。

三、所有权制度的修改与完善

我国《物权法》采用所有权多元化的模式，分别确认了国家、集体和私人所有权，这一制度完全符合中国国情，符合《宪法》的规定，但经过十年的适用，《物权法》所规定的所有权制度仍然有必要完善。具体而言，我国民法典物权编应当对如下制度加以修改完善。

(一) 所有权取得方法的丰富和完善

我国《物权法》第7条确认了物权的取得和行使应当合法的原则。然而，在所有权的取得

(6) 参见王利明：“特殊动产物权变动的公示方法”，《法学研究》2013年第4期，第124~137页。

(7) 参见魏振瀛：“论返还原物责任请求权——兼与所有物返还请求权比较研究”，《中外法学》2011年第6期，第1171~1193页；崔建远：“侵权责任法应与物权法相衔接”，《中国法学》2009年第1期，第139~144页。



方式方面,《物权法》只是规定了征收、善意取得、遗失物所有权的取得、漂流物和埋藏物所有权的取得、合法建造等少数几种方式。笔者认为,就所有权的取得方法,尚有以下重要的制度应当加以明确规定。

1. 添附制度。所谓添附,是指不同所有人的物结合在一起而形成不可分离的物或具有新物性质的物。⁽⁸⁾自罗马法以来,添附就是公认的所有权取得方法,其立法理由在于:二个以上的物合并为一体,若要使其分离,必然要毁损或减少物的价值,支付不必要的费用;更何况,在添附的情况下,要恢复原状往往在事实上已不可能。因此,从增进财富、充分发挥物的效用的原则出发,须承认添附可以取得所有权。从我国司法实践来看,因添附引发的纠纷较多,特别是在房屋租赁的情形下,承租人常常因装修问题而与出租人发生纠纷。因此,《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第86条曾对添附作出了规定,⁽⁹⁾这也是目前我国现行法中关于添附的主要规定。但该规则强调关于添附的规则是任意性规范,对在没有约定的情况下,如何确定添附物的归属,该解释仍有需要完善之处。我国民法典物权编有必要规定,在当事人就添附发生争议的情形下,有约定的依据约定;没有约定的,应当根据效率原则,从有利于发挥物的经济效用以及保护善意当事人的角度,确定添附物的物权归属。

2. 先占制度。所谓先占,是指以所有的意思,先于他人而占有某项无主的动产,并依法取得所有权。⁽¹⁰⁾先占是一项古老的财产取得方法,在古代法律中,由于财产常常没有确定归属,所以先占成为取得所有权的主要方法。著名法学家梅因在《古代法》一书中曾指出,“先占”(Occupatio)是罗马“法学阶梯”中“取得所有权的自然方式”中的一种。⁽¹¹⁾然而,我国《物权法》却没有规定先占制度,这主要是考虑到,如果承认该规则,可能导致国有财产的流失和生态环境的破坏。笔者认为,《物权法》制定时没有规定先占原则,固然有其相应的考虑,但必须看到的是,在社会生活和司法实践中,确实存在一些无主物需要确定归属,这就有必要承认先占可以成为所有权的取得方式。例如,如果没有先占制度,那么人们捡拾垃圾而实现废物利用时,该物的所有权究竟归谁?⁽¹²⁾对于人们抛弃的动产,其他人能否取得所有权?因此,我国民法典物权编规定先占规则,有利于解决无主财产的所有权归属确认,维护财产秩序。当然,为了保护国有资产和公共利益,可以设置除外条款,即国有资产以及重要的自然资源不适用先占制度,⁽¹³⁾从而保护国有资产和公共利益。

3. 取得时效制度。严格地说,诉讼时效和取得时效是两个相对应的制度。在诉讼时效届满以后,义务人仅仅享有抗辩权。如果所有物返还请求权适用诉讼时效,且诉讼时效已经届满,则义务人可以享有抗辩权,但义务人并不能因此而取得相关财产的所有权,有关所有权的归属,

(8) 参见谢在全:《民法物权论》(上),(台湾地区)台北2003年自版,第505页。

(9) 该解释第86条曾对添附作出了以下规定:“非产权人在使用他人的财产上增添附属物,财产所有人同意增添,并就财产返还时附属物如何处理有约定的,按约定办理;没有约定又协商不成,能够拆除的,可以责令拆除;不能拆除的,也可以折价归财产所有人;造成财产所有人损失的,应当负赔偿责任。”

(10) 参见史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第123~124页。

(11) 参见〔英〕梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1996年版,第139~140页。

(12) 参见前注〔4〕,崔建远文,第48~66页。

(13) 例如,实践中出现的乌木、陨石等是否适用先占制度,应当确定这些财产是否属于重要的自然资源,从而明确其是否适用先占制度。

如果不能解决，就不利于维持相关的财产秩序，这也会影响物的经济效益的发挥。⁽¹⁴⁾ 从比较法上来看，取得时效和诉讼时效都是各国普遍承认的，二者是相互对应、相辅相成的制度，都是时效制度的重要组成部分。尤其是，取得时效也是所有权取得的重要方法。诉讼时效期间届满后，如果义务人提出抗辩，则其并不负有返还的义务，但义务人也不能取得该动产物权，该动产的物权仍归属于原权利人，只是在权利人主张权利时占有人享有抗辩权而已。应当看到，《民法总则》第196条规定：“下列请求权不适用诉讼时效的规定：（一）请求停止侵害、排除妨碍、消除危险；（二）不动产物权和登记的动产物权的权利人请求返还财产；（三）请求支付抚养费、赡养费或者扶养费；（四）依法不适用诉讼时效的其他请求权。”从该条规定来看，对于未登记的动产物权而言，似乎可以适用诉讼时效，这就会产生一个问题，即在诉讼时效经过后，如果义务人提出时效抗辩，则其将无须返还该动产，但由于我国并未规定取得时效制度，义务人又无法取得该动产的物权，就会使相关的财产秩序长期处于不确定的状态。因此，《民法总则》的上述规定实际提出了相关的财产保护问题，需要取得时效制度加以解决。

（二）对集体经济组织成员权制度作出具体规定

《物权法》第59条确定了集体财产归集体经济组织成员集体所有的规则，从而第一次明确了成员权的概念，该规定也为未来我国集体经济组织的发展与完善提出了新的路径。农民是农村集体组织的成员，基于此种身份，其应当享有成员权。成员权作为一种身份权，不同于集体土地的所有权。从实践来看，集体组织和其成员利益存在一定的脱节现象，普遍存在集体土地所有权弱化和虚化的问题，这产生了一些漠视集体经济组织成员利益的问题。⁽¹⁵⁾ 其主要原因就在于，成员权的虚化和弱化，故此需要规定集体经济组织成员权制度，扩大集体经济组织成员在管理集体经济组织事务方面的自主权。但是，现行《物权法》并没有规定成员权制度，从而使实践中出现很多问题，如外嫁女是否依然属于集体经济组织成员、在城市定居的人为取得土地承包经营权而故意将户口迁回农村等。因此，我国民法典物权编中有必要对集体经济组织成员权作出更加明确的规定，包括对成员资格认定方法的规定，明确成员资格取得与丧失的条件，成员享有的具体权利和承担的义务等。

（三）适当降低建筑物区分所有权行使的条件

《物权法》首次确认了建筑物区分所有权，解决了住宅商品化背景下物权的确认和保护问题，对于明晰产权、维护业主合法权益具有重大意义。就建筑物区分所有权制度，我国民法典物权编在编纂时应当完善以下规则：

1. 对业主表决程序的完善。《物权法》第76条对业主共同决定的投票程序采用了人数加面积的办法，这样既注重了保护小业主的利益，也注重了保护房产面积较多的大业主的利益。尤其是考虑到《物权法》第76条所规定的事项涉及业主的重大利益，必须广泛凝聚业主的共识，所以对表决程序作出严格的规定是必要的。且这些规定都属于强行法，业主不得通过约定改变。但是，《物权法》该条规定的两个“三分之二”，则过于苛刻，实践中使得业主难以就相应的事项作出决定。笔者认为，可以适当放松要求，只要符合一个“三分之二”即人数或面积中任意一个达到三分之二即可。

2. 应当区分全体业主共有与部分业主共有。对建筑物区分所有权而言，有的区域是全体业主共有，如小区的绿地、道路等，而有的区域则是部分业主共同使用，应当属于部分业主共有，

(14) 参见尹田：“论物权法规定取得时效的必要性”，《法学》2005年第8期，第10~13页。

(15) 参见陈小君：“我国农民集体成员权的立法抉择”，《清华法学》2017年第2期，第46~55页。



如某栋住宅内的大厅、楼梯等。按照权利义务相对等的原则,对于仅属于部分业主共有的部分,其修缮费用也应当由该部分业主分担,而不应当由其他部分业主分担。因此,不同的共有形态下当事人的权利义务是不同的,《物权法》并没有对上述两种共有形态作出区分,这可能不利于明晰当事人之间的权利义务关系。故此,我国民法典物权编应当在区分全体业主共有与部分业主共有的基础上,设置不同的规则。

3. 其他规则的完善。我国民法典物权编中应当明确规定,建设单位、物业服务企业或者其他管理人等利用业主共有部分产生的收益,应当属于业主共有。当然,此种收益应当是扣除必要成本之后所获得的利益。此外,分管协议的效力也是建筑物区分所有权制度的重要问题,但现行《物权法》中缺乏规定。所谓分管协议,就是共有人就共有物的管理和使用达成的协议。为了维持共有物管理和使用的稳定性,立法上有必要适当突破债的相对性规则,即认可经过登记的分管协议可以拘束新的共有人。

四、用益物权制度的修改与完善

(一) 农村土地“三权分置”背景下经营权制度的完善

中国改革开放所取得的巨大成就,归根结底依赖于产权激励,尤其是农村承包经营权的确立,为农村改革的成功奠定了制度基础。但在当前人口大规模流动、土地流转已经展开的社会背景下,承包权的成员性所带来的封闭特征与经营权的财产性所带来的流动特征的矛盾日益凸显,^[16]承包经营权的利用效率受到了严格限制,在此背景下,“三权分置”改革为实现农村土地高效利用提供了可能。我国民法典物权编应当及时确认我国农村土地改革的成果,并引领改革的发展,因此,有必要在承认农地“三权分置”的基础上,对土地经营权作出系统规定。具体来说,应当重点规定如下内容:

1. 确认土地经营权。物权编中可以规定,土地承包经营权人可以在土地承包经营权上为经营主体设立土地经营权。经营权是在承包经营权基础上产生,通常以经营大户与承包经营人之间订立合同的形式形成。经营权主体应当突破承包经营权的身份限制,包括一些经营单位(如专业公司、种植能手等),以充分发挥土地经营的效用。当然,土地经营权的存续期间不能超过土地承包经营权的期间。

2. 物权编主要规定物权性质的土地经营权。应当看到,土地经营的范围十分宽泛,既包括一些可能长期的租赁和转包,也包括一些短期的临时借用、代耕代种、短期托管等。如果将短期的出租和转包都界定为物权,显然与物权的稳定性、长期性的土地利用关系政策目标并不一致。有鉴于此,笔者认为,可以将经营权区分为两种类型:一是短期的具有债权性质的经营权(如临时借用),二是长期的稳定的具有物权性质的经营权(如长期租赁)。但物权编仅应当规定长期、稳定的土地经营权,并将其界定为用益物权。^[17]也就是说,对于订立长期经营合同并且进行登记的,可以认为具有物权的效力;而短期的经营则不应当界定为物权,而应将之明确为债权,交由当事人自行约定更为合适,如土地经营权的内容、投资回报、补偿等问题,可以由

[16] 参见国务院发展研究中心农村经济研究部《集体所有制下的产权重构》,中国发展出版社2015年版,第105~106页。

[17] 参见高圣平:“承包土地的经营权抵押规则之构建——兼评重庆城乡统筹综合配套改革试点模式”,《法商研究》2016年第1期,第3~12页。

当事人约定，相关权利义务关系也适用民法典合同编的相关规定。

3. 明确规定土地经营权的内容。对于物权性的土地经营权而言，其主要内容是从事农业生产经营活动，作为一种物权，土地经营权应当具有可流转性，如可以进行抵押，从而满足权利人的融资需要。⁽¹⁸⁾ 这也有利于充分发挥土地的经济效用。在确认土地经营权内容的同时，也应当明确规定土地用途的管制规则，即土地经营权的设置和行使应当坚持保护耕地、维护粮食安全的基本国策，这就有必要将其内容限于农业经营活动，而不得用于其他目的。⁽¹⁹⁾

4. 土地经营权应当登记。当事人在设立土地经营权时，可以选择登记，也可以选择不登记，但作为一种物权，土地经营权必须进行登记，主要理由在于：一方面，土地经营权的主体与土地承包经营权的主体不一致，需要通过登记进行必要的区分。另一方面，这也有利于防止承包经营权人多次设置经营权。此外，要求物权性质的土地经营权必须进行登记，也可以为其抵押创造条件，从而发挥其融资功能。⁽²⁰⁾ 如果当事人没有将土地经营权进行登记，则该权利仅在当事人之间发生效力，而不能对抗第三人。

5. 从土地承包经营权中分离出经营权之后，还应当对土地经营期间届满后投资的补偿问题、承包地被征收时对土地经营权人的补偿问题以及土地经营权期间届满后土地经营权人的优先续租权问题等作出规定。

(二) 增设居住权

所谓居住权，是指居住权人对他人所有的住房以及其他附着物所享有的占有、使用的权利。在罗马法中，居住权包括在人役权中。该制度对大陆法系国家民法产生了重大影响。⁽²¹⁾ 居住权制度对于解决非继承人的居住问题、离婚后需要经济帮助的一方的居住问题、长期非婚同居者的居住问题、政府和事业单位工作人员在公有房屋中的居住问题等，都具有重要的现实意义。同时，居住权的设置还可以适当解决住房紧张、实现千百年来人们所追求的“居者有其屋”的理想，也有利于维护社会稳定。我国相关司法解释实际上已经规定了居住权。⁽²²⁾ 此外，如果我国民法典继承编将父母作为第二顺位继承人，则更有必要规定居住权，以保障被继承人父母的基本生活需求。因此，笔者认为，我国民法典物权编中应当对居住权做出相应的规定。

由于居住权是一种新型的法律制度，物权编有必要确认如下规则：一是明确居住权以满足居住生活需要为目的。在实践中，居住权形态多种多样，既有生活保障型的，也有投资型的。⁽²³⁾

(18) 参见高海：“论农用地‘三权分置’中经营权的法律性质”，《法学家》2016年第4期，第42~52页。

(19) 参见高圣平：“土地承包经营权权能论纲——以处分权能为中心”，《社会科学》2012年第7期，第95~101页。

(20) 参见焦富民：“‘三权分置’视域下承包土地的经营权抵押制度之构建”，《政法论坛》2016年第5期，第25~36页。

(21) 参见李显冬、王胜龙：“从居住权渊源看其现实意义”，载费安玲（意）桑德罗·斯奇巴尼主编：《罗马法·中国法与民法法典化》，中国政法大学出版社2016年版，第100页。

(22) 例如，《婚姻法司法解释（一）》第27条规定：“婚姻法第四十二条所称‘一方生活困难’，是指依靠个人财产和离婚时分得的财产无法维持当地基本生活水平。一方离婚后没有住处的，属于生活困难。离婚时，一方以个人财产中的住房对生活困难者进行帮助的形式，可以是房屋的居住权或者房屋的所有权。”

(23) 有学者在考察了其他法域的居住权实践情形后，认为居住权的社会功能正在从保护弱者向促进财产的多样化利用演进。参见申卫星：“视野拓展与功能转换：我国设立居住权必要性的多重视角”，《中国法学》2005年第5期，第77~92页。



但物权编所规定的居住权应当是生活保障型的,其目的在于实现对社会弱势群体,如对妇女、未成年人、老人居住权益的保护。二是明确居住权的设立方法。居住权的设定主要采取意定的方式,即通过合同和遗嘱的方式设定。是否允许通过裁判设定居住权,值得探讨。从审判实践来看,已经出现了通过裁判设立居住权的案件。⁽²⁴⁾既然居住权制度主要是为了保护弱势群体,强化人文关怀,因此,可以考虑允许法官通过裁判设立居住权。三是明确居住权未经登记不能对抗第三人的规则。在设立居住权的情形下,房屋的所有权主体与居住权的主体处于分离状态,此时,房屋所有权一旦发生变动,居住权能否对抗新的房屋所有权人即成为问题。笔者认为,物权编应当明确居住权未经登记不得对抗第三人的规则,即在当事人已经对居住权办理了登记的情况下,该居住权可以对抗房屋的买受人,在居住权未办理登记的情形下,出于保护交易安全的需要,居住权不得对抗房屋买受人。四是明确居住权不能转让和继承的规则。原则上说,生活居住类型的居住权,是为了满足特定人的居住利益而设置的,因此,其不能继承和转让。

(三) 细化住宅建设用地使用权的自动续期规则

由于房屋是每个公民的基本财产,对于绝大多数人来说,房屋也是安身立命之本,并可能是其终生的积蓄,而我国又实行土地的公有制,城市建设用地上只能产生建设用地使用权。这样一来,无期限的房屋所有权与有期限的建设用地使用权的矛盾如何解决,在《物权法》制定时,就成为广大人民群众普遍关注的重大问题。《物权法》第149条专门规定了住宅建设用地使用权的自动续期规则,该规则在立法上首次区分了住宅建设用地使用权和非住宅建设用地使用权,完善了《城市房地产管理法》和《土地管理法》所确立的建设用地使用权续期制度。⁽²⁵⁾该规定切实保护了公民的基本财产权、居住权和基本人权,保障了老百姓的基本民生,保护了广大人民群众的利益,因而该规则成为《物权法》的重大亮点。但是,在《物权法》制定时,由于对住宅建设用地使用权到期后究竟应当续期多长时间、是否收取以及如何收取相关费用,在物权法立法时争议较大,所以立法者采取了回避的态度。⁽²⁶⁾因此,有必要在物权编中加以完善。

笔者认为,我国民法典物权编应当本着形成保护住宅财产的长久稳定预期的原则,对该问题作出更细致明确的规定。具体而言,应当规定如下三方面的问题:首先,应当明确自动续期的内涵,即不需要向政府申请审批,办理审批手续。住宅建设用地使用权人不需要审批,使用权就应当在到期以后自动延长。这既有利于减轻权利人的负担,也有利于保障公民的财产权益,防止出现因建设用地使用权续期未获批准而使房屋所有权不能受到保护的局。其次,续期期

⁽²⁴⁾ “王某某、张某某与李某、王某某等合同纠纷案”,安徽省亳州市中级人民法院(2016)皖16民终312号民事判决书;“许某某因与上诉人黄某某离婚纠纷案”,湖南省永州市中级人民法院(2016)湘11民终922号民事判决书。

⁽²⁵⁾ 例如,1990年《城镇建设用地使用权出让和转让暂行条例》第40条规定:“土地使用权期满,土地使用权及其地上建筑物、其他附着物所有权由国家无偿取得。土地使用者应当交还土地使用权证,并依照规定办理注销登记。”1995年的《城市房地产管理法》第21条规定:“土地使用权出让合同约定的使用期限届满,土地使用者需要继续使用土地的,应当至迟于届满前一年申请续期,除根据社会公共利益需要收回该幅土地的,应当予以批准。经批准准予续期的,应当重新签订土地使用权出让合同,依照规定支付土地使用权出让金。土地使用权出让合同约定的使用期限届满,土地使用者未申请续期或者虽申请续期但依照前款规定未获批准的,土地使用权由国家无偿收回。”(2007年,该法修改时仍保留了这一规定)。

⁽²⁶⁾ 参见胡康生主编《中华人民共和国物权法释义》,法律出版社2007年版,第332页。

限不宜永久续期。⁽²⁷⁾ 这主要是考虑到，我国实行土地公有制，如果实行永久续期，将使建设用地使用权实际上转化为所有权，从而在土地之上形成了两个所有权，这显然与土地公有制的性质不符。因此，续期应当有期限。但从形成保护住宅财产的长久稳定预期的原则出发，应当规定相对较长的续期年限，我们建议，可明确自动续期的最高年限为70年，同时为保护公民的房屋所有权，也应当规定续期的最低期限不低于30年。再次，原则上应当实行有偿续期。因为无偿自动续期有违市场经济公平公正原则，毕竟出让期限越长，住宅建设用地使用权人所支付的土地出让金也越高，如果对不同出让期限的住宅建设用地使用权的期限都平等对待，一律无偿续期，则有悖于公平理念，这也可能会加剧房地产市场的投机行为，进一步加剧炒房行为，且会降低土地利用效率，加剧土地资源稀缺性的矛盾。⁽²⁸⁾ 当然，住宅建设用地使用权有偿续期不宜采纳出让金标准，且从保障民生出发，收费标准也不宜过高，可以考虑在区分居住与投资等情形的基础上，确立不同的收费标准。

（四）删除建设用地使用权的提前收回制度

现行《物权法》第148条规定了建设用地使用权的提前收回制度。笔者认为，未来民法典物权编中应当删除该规定，这是因为：一方面，即使出于公共利益的需要，要收回建设用地使用权，也应当通过征收的程序进行，而不能简单地通过提前收回的方式任意收回，而不给予土地使用权人必要的补偿。另一方面，权利人是通过出让合同取得建设用地使用权，允许政府提前收回，就给予了地方政府基于公共利益的需要任意解除合同的权利，这虽然有利于维护公共利益，但由于该制度给予地方政府过大的权力，该权力一旦被滥用，就会损害建设用地使用权人的合法权益。⁽²⁹⁾ 笔者建议，依据我国《宪法》和《物权法》的相关规定，即使基于公共利益需要提前收回土地，也应当通过征收制度解决。因此，应当删除建设用地使用权提前收回制度，而借助征收制度予以解决。

（五）增设典权制度

典权是我国习惯法所固有的一种物权类型，它是指典权人支付典价，占有出典人的不动产，并对其使用、收益的权利。郑玉波先生指出，“虽典权人对出典人亦有一定金额之支付，但此种给付乃典权之对价，并非缔结借贷契约，以作成一债权，而非以典物为担保，故斯须给付不曰借款，而名为典价；出典人之回赎，不曰清偿债务，而曰回赎典物”。⁽³⁰⁾ 我国民法典物权编应当对典权制度作出规定，理由主要在于：

第一，有利于继承和发扬我国优秀的传统法律文化。典权在我国具有一千多年的历史，属于中国土生土长的法律制度，该制度对其他亚洲国家产生了一定的影响，如日本的不动产质，韩国的传贯权等，都在一定程度上借鉴了我国的典权制度。我国现行立法虽然没有规定典权制度，但典权在我国具有深厚的社会基础，有其适用的社会基础，有必要在法律上予以规定。

第二，典权制度的设置具有重要的现实意义。从我国现阶段的国情来看，根据有关统计，

(27) 参见渠涛：“关于住宅建设用地使用权‘自动续期’的思考”，《法学家》2017年第2期，第113～127页。

(28) 参见袁志锋：“城市住宅建设用地使用权期满自动续期初探”，《中国地质大学学报（社会科学版）》2013年第1期，第15～18页。

(29) 参见蔡立东、刘思铭：“闲置国有建设用地使用权收回制度的司法实证研究”，《法商研究》2014年第3期，第72～80页。

(30) 郑玉波：《民法物权》（第二卷），（台湾地区）三民书局1986年版，第139页。



我国目前农村进城务工人员总数接近3亿人,⁽³¹⁾其在农村的房屋许多长期处于闲置状态,而且年久失修,价值不断降低。如果承认典权制度,则既可以满足其融资的需要,也可以充分发挥房屋的经济效用,而且由典权人对房屋进行使用、收益,也可以及时修缮房屋,维持房屋的经济价值。此外,如果进城务工人员将来需要使用房屋,还可以将房屋回赎。

第三,典权制度既可以发挥融资的功能,也可以在公民之间互通有无,相互接济。有学者建议,典权制度可以被抵押和不动产质所替代。此种观点不无道理,因为从融资的角度看,尽管典价可能比从银行获得的借款要少,但典权的确有与抵押权类似的功能。典权具有不同于抵押权和不动产质的特点,主要表现在:一方面,无论是抵押还是不动产质,都只能发挥担保的作用,而不能实现对财产的用益。而典权不仅仅具有融资的功能,其还具有用益的功能。有利于充分发挥物的使用效能。如某人的房屋暂时闲置(例如公民因为出国留学,房屋空闲),该公民以其房屋设立抵押,房屋仍然由自己占有,也会造成房屋的闲置,但如果将该房屋设立典权,则由典权人行使对该房屋的占有、使用和收益权,从而能够充分发挥对该房屋的利用效益。另一方面,通过抵押、质押借款尽管能够从借款人处借得比典价更高的款项,但债务人对借款要支付利息,如果以房屋设立典权,出典人获得典价,典价通常要低于房屋的卖价,而且可能大大低于借款的数额,但出典人对典权人交付的典价无须支付利息。此外,如果出典房屋的房价上涨,高于典权,当事人之间可以“找贴”,这表明典权制度确实有互通有无的特点。所以,典权制度无法被抵押、不动产质等制度替代,其具有特殊的制度功能。

五、担保物权制度的修改与完善

(一) 建立统一的动产担保登记制度

《物权法》第10条规定:“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。”该条规定了不动产统一登记制度,极大地推进了我国登记制度的完善,也使我国的登记制度进入了科学化、规范化发展轨道,该条规定也成为我国《物权法》的最大亮点。但是,该条只是规定了不动产的统一登记制度,就担保领域来看,并没有规定统一的动产担保登记制度,动产担保登记制度在很大程度上仍然处于部门化、分散化的状态。

产生这一问题的重要原因在于,长期以来,我们把登记视为一种行政管理方式,而没有把登记看作是物权的公示方法,⁽³²⁾不同的政府部门管理不同的动产和权利的相关事务,因而负有不同的登记职责。从我国目前登记管理体系来看,共有十几个部门负责不同类型的动产、权利登记,这既导致登记规则的不统一,也会给登记申请人办理登记带来极大的不便。这种分散的动产担保制度为信息的披露和公开造成了极大的障碍,由于相关的登记系统并未联网,必然会产生“信息孤岛”,这不仅造成查询登记的困难,而且会影响登记信息的充分披露,甚至有可能给欺诈行为提供可乘之机,妨碍交易的安全、有序。从交易实践来看,由于查询的困难,也会极大地增加交易相对人查询动产登记的成本和负担。例如,要以企业现有的存货、设备等动产,

(31) 参见 <http://society.people.com.cn/n1/2016/0428/c1008-28311721.html>, 最后访问时间:2018年1月9日。

(32) 参见李明发:“论不动产登记错误的法律救济——以房产登记为重心”,《法律科学·西北政法学院学报》2005年第6期,第66~71页。

以及知识产权等财产作为集合财产进行交易，受让人要到多个部门去查询、了解这些财产是否办理了抵押或质押登记，查询成本很高。⁽³³⁾

除了信息的公开、降低查询成本、鼓励交易、维护交易安全外，建立统一的动产担保登记制度，还具有如下重要意义：

第一，明确各种权利之间的优先顺序。与债权相比较，物权具有优先性，但物权的效力常常需要依据登记而确立，如果没有登记，而只是在当事人之间形成合同关系，第三人对是否设立物权、能否产生物权的效力并不知晓，就容易产生各种纠纷。例如，所有权保留是一种担保方式，经过登记后，出卖人对已经交付的物享有优先于第三人取回的权利，但如果未经登记，则第三人可能基于善意取得而获得对标的物的所有权，从而影响所有权保留担保功能的实现。⁽³⁴⁾ 而建立统一的动产担保登记制度，则可以完整展示特定动产之上的担保状况，并明确不同动产担保之间的效力顺位关系。

第二，适应现代社会财产及其交易发展的要求。不少人认为，动产的价值不如不动产重要，因此没有必要规定统一的动产担保登记制度。此种看法是不妥当的，事实上，动产的价值在不断增长，其价值可能超过不动产，且以权利作为融资手段的需要日益增长。现代社会是知识经济的社会、信息爆炸的社会，是以信息、知识、技术等生产分配和使用为主体的时代，知识产权等权利的重要性越来越突出，已经逐渐取代有形财产。随着动产交易日益频繁，动产担保登记的需求也在日益增长，因此，动产和权利登记的类型也日益增长。例如，《物权法》并未规定保证金、账户质押，收费权质押、数据权利质押的规则也不清晰，这也会影响相关交易的发展，需要在法律上作出规定。当动产和权利担保的类型增加之后，在客观上也要求建立统一的动产担保登记制度。

第三，适应互联网、高科技时代发展的需要。21世纪是大数据、互联网的时代，我们的法律制度应当与时俱进，体现21世纪的特色，在这个互联网时代，与时代相一致的登记制度应当互联互通，资源共享，信息共享，动产和权利的担保应当互联互通，可以查询。这就要求我们尽快建立一个统一登记制度，才能适应时代的要求。⁽³⁵⁾ 《联合国动产担保交易立法指南》和《电子移动设备国际利益公约》都倡导要建立基于互联网的计算机化的统一电子登记系统。

第四，极大地鼓励动产担保。随着动产抵押、质押交易的发展，可以设定担保物权的动产的范围也在不断扩张，这在客观上也需要构建统一的动产担保物权登记系统，以明确不同动产担保物权之间的效力顺位关系。动产担保登记机关不统一，会导致实践中各部门相互推诿或相互争抢的现象，影响交易秩序和交易安全。建立统一的动产担保登记制度，则可以有效解决相关担保的公示问题，也有助于提高动产担保登记的公信力，从而鼓励动产担保交易的发展。

我国民法典物权编应当完善各编动产担保登记规则，构建统一的动产担保登记制度，并且应当借助登记制度协调担保物权与债权性担保在效力上的冲突。例如，在合同编中，对于起到担保作用的合同，如融资租赁合同和所有权保留买卖合同，可以考虑规定统一的登记系统，明确相关担保登记的效力。所以，物权编中规定统一的动产担保登记制度，也有利于合同编中担

(33) 参见高圣平：“统一动产融资登记公示制度的建构”，《环球法律评论》2017年第6期，第66～83页。

(34) 参见柴振国、史新章：“所有权保留若干问题研究”，《中国法学》2003年第4期，第71～78页。

(35) 参见董学立：“民法典分则编纂建议——意定‘动产担保物权法’部分”，《法学论坛》2017年第6期，第113～118页。



保规则的完善。

(二) 适当放宽流押契约禁止规则

所谓流押契约 (lex commissoria), 又称绝押契约, 其包含流抵和流质契约, 它是指当事人双方在设立抵押或质押时, 在担保合同中规定, 债务履行期限届满而担保权人尚未受清偿时, 担保物的所有权移转为债权人所有。^[36] 我国《物权法》为了保护债务人的利益, 防止债权人利用债务人一时急需而强迫债务人订立流质契约, 同时也是为了通过清算程序使其他债权人能够获得清偿, 保护其他债权人的利益, 从而分别在抵押中规定了禁止流抵协议 (第 186 条), 在质押中规定了禁止流质契约 (第 211 条)。但对这两条规定的合理性, 学界一直存在争议。不少学者认为, 严格禁止流押契约不利于简化担保物权的实现程序, 而且也不利于尊重当事人的私法自治, 不利于充分发挥物的经济效用。^[37] 此种观点有一定的道理。笔者认为, 物权编在修订时应当对这一问题作出回应, 适当放松对流押契约禁止的立场, 这既有利于简化担保物权的实现程序,^[38] 也有利于充分尊重当事人的私法自治。从比较法上看, 一些国家和地区的法律开始为流押契约解禁, 逐渐承认其效力。例如, 法国在 2006 年 3 月 23 日通过了修改原担保法的法令, 从而明确承认了流押契约的效力。我国台湾地区“民法”曾经设有禁止流押抵押的规定, 但在 2007 年 3 月 5 日修改之后, 则一改以往的做法, 于该法第 873 条之一第 1 款规定: “约定于债权已届清偿期而未为清偿时, 抵押物之所有权移属于抵押权人者, 非经登记, 不得对抗第三人。”尽管该条要求订立流押契约必须登记, 但实际上已明确允许当事人设立流押契约。

如何适当放宽流押契约禁止的立场? 笔者认为, 首先, 物权编应当承认流押契约的效力, 即应当肯定当事人所约定的流押条款的效力。其次, 为了保护其他债权人利益, 应当要求流抵契约必须进行登记, 因为流押契约除涉及担保人的利益外, 还涉及第三人的利益。例如, 担保人在担保财产上设定抵押权、质权后, 其仍然可能处分该标的物, 在此情形下, 一概肯定流押契约的效力, 由担保物权人取得担保财产的权利, 可能不利于保护第三人的利益。因此, 笔者认为, 流押契约原则上应当登记, 在流押契约办理了登记以后, 交易第三人在交易时可以查询抵押财产的权利状态, 并知晓流押契约的存在,^[39] 此时, 既肯定流押契约的效力, 也不会损害交易第三人的利益。当然, 如果没有登记, 也并非一概无效, 而只是不能产生上述对抗效力, 即仅在当事人之间具有效力。再次, 对流质契约而言, 因其无法办理登记, 有必要借鉴比较法上的经验, 明确规定担保物权人负有清算义务。从这一意义上说, 物权编承认流质契约的效力, 只是承认了担保物权人可以依据流质契约直接取得标的物的所有权, 但是担保物权人仍然负有一定的清算义务, 而且只有在清算后, 抵押人才负有配合办理所有权移转登记的义务, 如果担保物权人拒绝清算, 则抵押人可以主张同时履行抗辩权, 拒绝配合办理所有权移转登记。^[40]

(三) 规定营业质权

所谓营业质权, 是指当铺营业人以约定的期限和利息向借款人出借款项, 并以借款人交付占有的动产为标的, 在债务人不能偿还借款本金时, 当铺营业人可以直接取得该标的物的所有

[36] 参见前注 (10), 史尚宽书, 第 305 页。

[37] 参见程啸《担保物权研究》, 中国人民大学出版社 2017 年版, 第 124 页。

[38] 参见孙鹏、王勤芳: “流质条款效力论”, 《法学》2008 年第 1 期, 第 84~92 页。

[39] 参见程才芳: “流抵及流质契约之解禁”, 《台湾法学杂志》(台湾地区) 2009 年第 134 期, 第 1~7 页。

[40] 参见高圣平: “论流质契约的相对禁止”, 《政法论丛》2018 年第 1 期。

权。从实践来看，营业质权主要发生在典当交易中，典当是指当户将其动产、财产权利作为当物质押或者抵押给典当行，交付一定比例费用，取得当金，并在约定期限内支付当金利息、偿还当金、赎回当物的行为。在我国，典当已经成为一种重要的融资方式，其特点在于以移转实物的占有为担保形式，为中小企业和个人获取临时性贷款提供担保。自1987年新中国成立后的第一家典当行在成都设立以来，截至2017年11月底，全国共有典当企业8478家。⁽⁴¹⁾ 典当关系中存在多种法律关系，如质押、抵押等，这些法律关系已经受到《物权法》的调整，但在抵押、质押之外，还存在营业质权关系，此种法律关系并没有受到《物权法》的调整。依据《典当管理办法》第43条第2项的规定，“绝当物估价金额不足3万元的，典当行可以自行变卖或者折价处理，损益自负”，该规定实际上是关于营业质权的规定。从我国典当行实践来看，设定营业质权以借款是中小企业和自然人重要的融资手段之一，典当作为民间融资手段在小额信贷市场迅猛增长，⁽⁴²⁾ 这为营业质权进入民法典提供了社会实践的基础。我国台湾地区曾对当铺经营以“当铺业管理规则”的方式进行规定，但是并没有纳入营业质权，因此，在我国台湾地区“民法”物权编修改时，专门增加了营业质权的规定（参见我国台湾地区“民法”第899条）。这一经验也值得我们借鉴。

物权编所确立的营业质权应当具有如下特点：首先，主体具有特殊性。营业质权以“营业”为特征，营业的主体主要是当铺营业人，即典当行。商务部、公安部2005年出台的《典当管理办法》对于典当行的设立进行了严格的限制。非依法批准设立从事典当业务的法人和自然人均不得从事营业质权的设定业务。其次，设立上的特殊性。通常而言，质权的存在乃是为先前存在的债权提供担保，但是营业质权的成立则与主债权的成立同时发生，同时，借款合同以设立营业质权为条件。⁽⁴³⁾ 再次，该权利的客体是价值相对较低的动产。依据《典当管理办法》第43条，对于3万元以上的当物，应当按照《担保法》处理，而对于3万元以下的当物，才有营业质权适用的余地。至于银行存单、存折等有价值证券，不得设定营业质权。最后，实现程序不同于一般的质权那样受禁止流质规定的限制。申言之，一般质权实现需要进行清算程序，但营业质权则并不受禁止流质的限制。因此，如果借款人在约定期限届满时不能偿还借款本息的，当铺营业人直接取得质物。营业质权的实现也不存在多退少补的问题。变价质物所得价款不足清偿当铺营业人的债权时，当铺营业人不得向借款人追偿。因为典当行应当对自己的酌价评估不准承担相应的后果。这是营业质权同一般质权最显著的区别，其主要是考虑到典当行业经营的特征，即期限普遍较短，金额相对较小，严格按照质权的实现程序会导致效率较低，不利于行业的健康发展。⁽⁴⁴⁾

营业质权的上述特点决定了其不同于一般的质押关系，更不同于抵押。有观点认为，营业质权可以通过放宽流押契约规则予以解决。但笔者认为，通过放宽流押契约无法解决营业质权的规范问题，因为一方面，流押契约只是担保物权的一种特殊实现方式，而营业质权则是一种

(41) 参见商务部流通业发展司：“2017年9月全国典当行业运行情况”，载中华人民共和国商务部网站，http://pawn.mofcom.gov.cn/pawn_monitor/_news/html/2017/11/1/1509507371355.html，最后访问时间：2018年1月9日。

(42) 参见中国人民银行调查统计司编《金融统计与分析（2016.03）》，中国金融出版社2016年版，第70~71页。

(43) 参见屈茂辉、戴谋富“论营业质权”，《法学评论》2001年第6期，第26~31页。

(44) 参见邹海林、常敏《债权担保的理论与实务》，社会科学文献出版社2005年版，第287页。



特殊的担保物权。另一方面,流抵需要进行登记才能产生对抗第三人的效力,而营业质权并不需要办理登记。此外,营业质权是一种特许经营方式,其主体具有特殊性,即仅限于典当行,而流押契约适用的主体并没有特殊限制。

(四) 承认动产让与担保

债务人或第三人为担保债务人的债务,将担保标的物的权利事先移转给担保权人,在债务清偿后,标的物的权利应返还给债务人或第三人,当债务人不履行债务时,担保人可以就该标的物受偿。让与担保有广义和狭义之分。广义上的让与担保,包括转让权利人所有权利(包括所有权、股权、债权等权利)为标的的担保,狭义的让与担保主要是指移转所有权以为担保的担保方式。使债权人获得原先属于担保人的财产上的归属性权利,从而在其债权到期不能实现时,能够获得该业已由其取得的财产上受偿。⁽⁴⁵⁾ 动产让与担保本质上是一种非典型的担保,也就是说,它并不是由法律直接规定的,而是通过习惯和司法判例创设的。各国法律大多没有将其在物权法中作出规定。例如,以德国为代表的国家承认了动产让与担保,在实务中广泛采用了动产让与担保形式。

在我国《物权法》制订过程中,曾经有不少学者呼吁对动产让与担保做出规定,但是现行立法并没有对此作出规定。笔者认为,在物权编编纂过程中,有必要对动产让与担保作出规定。一方面,动产让与担保具有独特的制度功能,承认这种担保方式,可以给当事人更多的制度选择,从而便于当事人进行融资。既然动产抵押都得到了法律上的承认,动产让与担保也应当被法律承认,毕竟动产抵押权只是当事人约定在动产之上设定的他物权,而动产让与担保是当事人约定的移转所有权,更应当承认。另一方面,如果不承认动产让与担保,当事人可能会采取一些变通的方法(如分别签订借款合同和动产的买卖合同),从而实质上采取了动产让与担保的方式为债权提供担保。尤其应当看到,这种交易方式在实践中已经产生,只不过法律上没有承认其为一种物权,这也在一定程度上影响了其作用的发挥。

问题在于,放松流质契约的限制能否解决动产让与担保的问题?笔者认为,这是不同的情形,不能相互替代,因为流质契约是指担保物权实现时,标的物的所有权移转归债权人所有,而动产让与担保生效时,所有权已经转让,而且所有权的移转是担保的方式。尤其是流质契约并不改变担保的方式,而只是改变了担保物权的实现方式。但是动产让与担保生效时,结构发生变化,所有权已经转移。所以,它是一种独立的担保方式,不同于既有的抵押权、质权。

(五) 完善抵押物转让的规则

《物权法》第191条明确规定,抵押物转让必须取得抵押权人的同意,该制度的主要目的是为了为了保护抵押权人,防止抵押人在未经抵押权人同意的情形下处分抵押财产,因为如果抵押人不将转让的价款用于清偿债务,将直接导致对抵押权人的损害。但笔者认为,应当删除抵押物转让必须取得抵押权人同意的规则,因为一方面,抵押权为支配抵押物交换价值的权利,保护抵押权人的权利主要是维护其对抵押物价值的支配,而不是对抵押物实物的支配,因此,如果抵押物转让不影响抵押权的实现,则法律没有干涉的必要。⁽⁴⁶⁾ 抵押权是一种变价权,它并不会禁止对抵押财产转让。⁽⁴⁷⁾ 另一方面,抵押权作为物权的一种,存续于抵押财产之上,只要承认

(45) 参见张翔“物权法典规定让与担保的可行性质疑”,《法商研究》2006年第2期,第57~63页。

(46) 参见邹海林、常敏《债权担保的方式和应用》,法律出版社1998年版,第151页。

(47) Vgl. Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 2011, S. 762.

抵押权具有物权的绝对效力，就应该肯定抵押财产的自由转让。从比较法来看，各国大多采自由转让说，即使未经抵押权人同意，抵押人也可以自由转让抵押财产。⁽⁴⁸⁾ 还要看到，允许抵押物自由转让，也有利于鼓励交易，促进物尽其用，即在抵押权设定之后允许抵押人自由转让，有利于所有权人对抵押财产的充分利用，充分发挥物的使用价值提高物的利用效率。例如，在目前的二手房交易实践中，如果房屋上有抵押负担，出卖人必须先清偿债务，涂销抵押登记，才能与受让人办理移转登记，但如果受让人不能足额支付价金，还得向银行申请贷款，这样就导致两次信贷交易，如果承认抵押权的追及效力，允许抵押人未经抵押权人同意即可转让抵押物，即可以减少“先清偿债务，涂销抵押登记”这一交易流程，这就可以简化交易流程，提高交易效率，发挥物的效用。

但是，在允许抵押物自由流转后，为保护抵押权人的利益，对已经登记的抵押权而言，应当允许抵押权人追及行使其抵押权。因为抵押权作为一项物权，客观上应当具有追及效力，而且对已经登记的抵押权而言，受让人在受让抵押物时，明知抵押物上存在抵押权，允许抵押权人追及行使其抵押权，并不会损害受让人的利益。尤其是在抵押权已经登记的情形下，买受人无法通过善意取得规则消灭该抵押权。我国相关司法解释也采纳了这一立场。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第67条规定：“抵押权存续期间，抵押人转让抵押物未通知抵押权人或者未告知受让人的，如果抵押物已经登记的，抵押权人仍可以行使抵押权。”可见，司法解释这一规定实际上承认了抵押权的追及效力。⁽⁴⁹⁾ 民法典物权编可以借鉴这一经验，对没有登记的抵押权而言，如果受让人不知道或者不应当知道抵押物上存在抵押权，则其可以主张善意取得抵押物的所有权，在此情形下，抵押权人不得再向受让人追及行使其抵押权。

当然，民法典物权编在允许抵押人自由转让抵押财产后，要注意防止抵押人滥用这一权利，损害抵押权人的合法权益。对此，笔者认为可以采取如下两种方法加以解决：一是赋予抵押权人要求抵押人提前清偿的权利，二是抵押人应当将所获得的价款提存，专门用于清偿抵押权人的债权。毕竟债务还未届清偿期，要求提前清偿，可能会损害债务人的期限利益，此时，可以通过提存予以解决。

（六）适当放开质押的客体范围

关于质押财产的范围，可以有如下两种规范模式：一是以“正面清单”列举可以作为质押客体的物或权利，二是以“负面清单”列举不可作为质押客体的物或权利。我国《物权法》第180条第7项在规范抵押财产的范围时，采用了“法律、行政法规未禁止抵押的其他财产”这一表述，这实际上是采用了负面清单的立法模式，有利于保持抵押财产范围的开放性；但该法第223条第7项在规范可以设定质权的权利范围时，则采用了“法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利”这一表述，这实际上是采用了正面清单的立法模式，可以设定质权的财产权利的范围较为封闭。笔者认为，有必要对质权的客体范围做适当修改，应当采用负面清单的立法模式确定质押财产的范围。因为一方面，正面清单模式会不当限制质押财产的范围，这也不利于交易实践的发展。例如，在实践中，当事人在出口退税权上设立质押时，需要将其解释为应收账款质押，否则其效力难以受到法律认可。⁽⁵⁰⁾ 但是，将出口退税权解释为应收账款，显然较为牵

(48) Vgl. Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 2011, S. 762.

(49) 参见许明月：“论中国担保物权制度的现代化”，《安徽警官职业学院学报》2004年第6期，第1~7页。

(50) 参见刘保玉：“完善我国质权制度的建议”，《现代法学》2017年第6期，第48~60页。



强。另一方面,从现代社会的财富类型来看,各种新型的动产和权利会越来越多,价值也会越来越大,法律上很难列举穷尽,采用正面清单的规范模式,将不利于新型财产的有效利用。例如,数据、网络虚拟财产等已经为《民法总则》所确认的财产权,是否可以进行了质押?按照现行《物权法》的规定是不能质押的,这显然会限制新型财产的有效利用。因此,笔者建议,应当放宽质押财产的范围,即采用负面清单的方式对质权的客体范围作出规定,这有利于有效发挥这些财产的效用,这也有利于鼓励更多具有经济价值的财产进入担保领域。例如,数据质押、网络虚拟财产质押、有线电视收费、电厂收费、广告的收益、公园门票收集、科技创新企业未来的收益权等。

当然,并非任何权利之上的担保都可以成立权利质押,应当结合物权法定和能否有效公示的角度加以判断。⁽⁵¹⁾ 质押的设立同样应当遵循公示原则。一般动产的质押可以通过转移占有的方式进行。在有价证券尤其是提单的质押中,事实上也是通过占有移转的方式进行公示。当前,不少学者建议,应当允许铁路货运提单的质押。笔者认为,由于提单通常被作为权利凭证,具有一定的物权效力,尤其是在国际货运中,提单的交付可能意味着占有的移转,⁽⁵²⁾ 因此,此类提单的质押符合公示的要求。

此外,在采用负面清单方式扩大质押财产的范围时,必须与动产担保公示系统配合,这就需要统一登记机关,因为在没有登记的情况下,不知在哪个部门查询,这不仅会增加查询成本,而且会导致交易的混乱,损害交易安全。而在无法通过占有移转进行有效公示的场合,则需要辅以后登记作为公示手段。《物权法》并没有规定登记机关,实践中,中国人民银行等不同单位已经陆续提供登记服务。但如果采取负面清单模式,可以预见,新兴的质押客体会大量涌现,则可能出现登记机关或争抢或推诿的局面,导致新兴客体的质押无法高效实现,利益相关人查询登记成本也会显著提高。因此,对于登记机构进行统一的规定,是保障负面清单模式落实的制度保障。

六、结 语

法治不可能大跃进,其发展和进步并不是一蹴而就的,而应当是一个渐进的、不断积累的进程。从制度变迁的角度来看,如果人们希望改革,渐进式的改革总是容易被接受,因为渐进式改革从总体上是一种“帕累托改进”或近似于“帕累托改进”的过程。但激进的改革,则具有“非帕累托改进”的性质,其成本和代价极高。⁽⁵³⁾ 我国民法典物权编的编纂同样如此。凡是现行《物权法》及相关法律和司法解释中的规定,已经被实践检验,被证明是先进的、科学的规则、制度和经验,都应当在未来我国民法典的物权编中予以保留。同时,“法与时转则治”,物权法的规则和制度也应该与时俱进,那些不符合时代社会发展的规则应当删除,社会经济生活中出现的新情况和新问题,应当加以重视并认真对待,从而做出相应的规定。

[责任编辑:程啸]

(51) 参见陈本寒“新类型担保的法律地位”,《清华法学》2014年第2期,第87~100页。

(52) 参见王文军“提单物权效力的法律构成”,《清华法学》2010年第4期,第104~111页。

(53) 参见樊纲《渐进改革的政治经济学分析》,上海远东出版社1996年版,第155页。