

试论我国先占制度的建立

谢 鸥

(四川大学 法学院, 成都 610064)

摘要:先占,即先于他人占有而取得该物的所有权。作为取得物权的一种基本形式,先占制度在物权理论中的地位不言而喻。让人遗憾的是,我国现行《物权法》竟对其只字未提,不仅造成了理论上的矛盾与缺失,使得我国的民事法律自相矛盾,与外国法律也无法对接,更是在实务中形成了一些影响较大的盲区。诚然,现阶段建立先占制度可能会面对一些问题,但是因噎废食必然得不偿失。

关键词:先占制度;民事法律;物权法

中图分类号:DF521 **文献标志码:**A **文章编号:**1000-5315(2009)01-089-04

一 先占制度的比较研究

先占制度在古今中外的民事法律中都占有及其重要的地位。随着时间的推移,先占制度的内容也发生着变化。

我国古代先占制度可以追溯到2000年前的秦朝,秦简《田律》明确规定了在官府允许的时间、空间内开垦荒原、砍伐林木以及渔猎物,可以取得其所有权^{[1]109}。在魏晋南北朝宋孝武帝时期,政府承认了“封略山湖,强占官田”,即承认了官僚地主有权封山占地,认可了先占制度^{[1]264}。在清代,对于原始取得,也强调先占原则。譬如承认垦荒者享有其所开垦荒地的所有权,此外,若山野柴草、木石之类,本无物主,人得共采^{[1]951}。

由此可见,先占制度对于我国法律并不是一个新鲜之物。在古代,其存在很大程度上是由我国特殊的地质生态环境所决定的,先占制度在鼓励开荒拓荒方面发挥了巨大作用。而时至今日,即使仅仅考察荒僻林地的利用这一方面,先占制度都应在《物权法》中拥有一席之地。

先占作为一种重要的所有权取得方式,早在罗马法时期就有比较详细的规定:“先占”是指“以据

为己有意图获取或者占有不属于人和人所有的物”^{[2]151}。不属于任何人的物包括了无主的自然物与抛弃物。而随后的大陆法系国家都纷纷沿袭罗马法直接或者间接地通过先占的方式取得抛弃物的确权问题。《法国民法典》虽然没有直接通过先占制度来为抛弃物确权,但是其通过先占制度与时效取得制度的配合,要求在取得无主物所有权时适用时效取得制度,必须以先占为前提。这使得其在处理抛弃物的回赎等方面有了更大的空间。第539条规定:“一切无主或无继承人的财产、或继承人放弃继承的财产,均归国家所有。”第2229条规定:“为因时效而取得所有权,必须以所有人的名义持续的,并不中断地、无争议地、公开地、明确地占有。”《德国民法典》更是对于抛弃物给予明确的定义,并且也规定通过先占的方式取得其所有权。第958条规定:“自主占有无主的动产的人,取得此物的所有权。”第959条规定:“动产所有人以抛弃所有权的意图放弃对物的占有时,此动产及为无主物。”《意大利民法典》第923规定:“可以通过先占取得不属于任何人所有的动产。”对于不属于任何人的动产,《意大利民法典》以排除的方式予以了定义,即抛弃

收稿日期:2008-10-30

作者简介:谢鸥(1985—),男,四川成都人,四川大学法学院民商法硕士研究生。

物以及可以猎取或捕捞的动物。《日本民法典》第239条1款规定:“无所有人的动产,因为所有的意思占有而取得其所有权。《瑞士民法典》第656条第2款明确规定:“取得人在先占、继承、征收、强制执行或法院判决等情况下,先取得所有权。但是,非在不动产登记簿上登记,不得处分土地。”这说明,除了土地,一切通过先占取得所有权都不以物权登记为前提。

随着时间的推移,社会生产力的飞速发展,各种土地已经有所归属,而各式各样的抛弃物却越来越多。因此,先占制度的适用范围已经逐渐缩小到了无主动产所有权的取得上面。有的西方国家甚至已经专门立法,直接调整抛弃物行为。

二 我国现行立法

现代先占制度主要是用于取得无主物的物权,由于我国《物权法》未规定先占制度,也没有时效取得的制度,就造成了非常尴尬的理论空白和法条冲突。

先占制度缺损的影响主要集中在抛弃物的相关问题上。最常见的抛弃物,莫过于各种垃圾,看似污秽不堪,人人唯恐避之不及,实际上却有极大的经济价值。据《人民日报》报道:“全国600多个城市中,约有230万拾荒族……靠着捡垃圾,数百万人解决了生计,甚至脱贫致富别且形成了庞大的、较为严密的产业体系。”^[3]因此,给予这些靠抛弃物为生甚至致富的人群法律上的保护已经成为了一个迫在眉睫的课题。

(一)理论缺损

我国《物权法》对于抛弃物的确权制度完全没有规定,但在其它的民事法律中,我们却能找到对抛弃物进行确权的的规定。比如合同法第104条规定:“在债务人提存五年内如不主张取回权,提存物在扣除提存费用后其所有权转为国家所有。”这条法律推定债权人主张权利,则表示放弃权利,提存物便成为了抛弃物,归国家所有。又如《继承法》第32条规定:“无人继承又无人受遗赠的遗产,归国家所有;死者生前是集体所有制组织成员的,归所在集体所有制组织所有。”这则条文应当作两种解释:一是没有权利人,二是权利人放弃了权利。其中第二种情况所产生的,就是抛弃物。《民事诉讼法》也有关于认定财产无主的特别程序。可见,在《物权法》颁布之前的民事法律,是承认抛弃物存在的。至于

到底能不能适用先占由个人取得抛弃物的所有权,本来应该由《物权法》从物权的角度予以系统化地规定。由于种种原因,《物权法》中“抛弃物”三个字都没有出现过,就更不用说建立以先占为主的抛弃物确权制度了。现在抛弃物不仅没有被法律所规定,反而通过其它条文否定了其存在的可能。本来在《物权法》颁布之前拾荒行为至少是不违法的,应该说是法律上的一个空白,但现在的《物权法》的规定则使得那数以百万计的拾荒者们的拾荒行为完全成为了侵害国有资产的违法行为,因为从《物权法》的相关规定看,除了个人和集体所有的之外,一切动产都归国家所有。更为关键的是,抛弃物的存在与否及其性质以及归属都可以通过现行法律推导出不同的解释。这种理论上的混乱是很危险的,可能就会被别有用心的人根据他的需要来选择适用不同的法律条款来为自己谋利。退一步说,现行法律通过这样的推导来处理抛弃物的问题从理论上讲也算是一种选择,但是公权力过分进入私权领域,显然也会有损于民法的公平原则,因为毕竟抛弃物不是矿藏,国家的职能部门最好也以一种机关法人的形式与普通百姓平等地进行民事行为,对私权的尊重,体现了一个国家法治的程度。

(二)所致危害

抛弃物是大量存在的,只是因为时代的不同,其数量和价值大相径庭。有专家就曾指出,“无主财产的范围较少,其价值也是有限的,主要是一些废弃物”^{[4]241}。这种说法在一段时间内,肯定是具有其正确性的。但是随着我国市场经济的高速发展,消费品的数量与种类已经不可同日而语,伴随而来的是大量的垃圾,而随着科学技术的发展,很多人做起了垃圾循环利用的生意,即使是对于一般人没有使用价值的垃圾,经过加工,也可以作为商品出售,从而形成了一个完整的产业链。

《物权法》第1条就开宗明义地提出了《物权法》的宗旨:明确物的归属,发挥物的效用。然而没有建立抛弃物的确权制度,更没有关于先占制度的规定,使得《物权法》的一些具体规定与其宗旨背道而驰。先占制度从古至今,其目的就是让无主的、闲置的、废弃的东西能够物尽其用。抛弃物对于我们来说是垃圾,但是对于拾荒者来说却是维持生活的物品。《物权法》不建立先占制度,对于抛弃物的权属及确定方式没有明确规定,必将造成整个社会对于抛弃

物的争夺,进而使社会成本急剧升高,造成人力物力的极大浪费,更重要的是,由于抛弃物的权属始终无法确定,这种浪费具有延展性,可能会影响到很多相关行业。

三 制度设计

建立我国的先占制度,是一个补漏的工程,而不是一个改革的问题。因为就现有的民事法律来看,我国完全可以建立一个不与现行法律冲突,并且串联相关法律,消除理论缺损、冲突的先占制度,甚至可以在一些方面大胆创新,以期达到明确物的归属,发挥物的效用的物权法宗旨。

(一)先占制度

笔者认为,对于抛弃物确权制度的建立需要以先占制度为基础,并充分考虑中国的实际情况。

各国关于先占的立法主要有三种:1. 自由主义,即不分无主动产或无主不动产,而一律允许由先占而取得其所有权,例如罗马法;2. 先占权主义,即无主动产的先占需要通过法律的许可,才能取得所有权;而无主不动产则只有国家拥有先占权,例如德国民法;3. 二元主义,为大多数国家所采用。无主动产所有权的取得采用先占自由主义,任何民事主体都可以依先占直接取得所有权,而无主不动产则只有国家拥有先占权。^{[5]224}

应当说,二元主义是最适合中国国情的,但是笔者认为,我国在建立先占制度的时候,还可以在无主不动产的先占取得方面作一些有益的尝试。由于我国幅员辽阔,人口众多,而且基础建设并不完善,很难像西方发达国家一样将抛弃物完全置于环卫及相关部门的控制之下,更重要的是,由于生活水平的相对低下,抛弃物对于我国的数以百万计的拾荒者来说,是维系生活的唯一经济来源,如果取得一个抛弃物的物权都要经法律许可,这个假设就已经不用去考虑了。至于先前提到的先占不动产方面的尝试,其实学界早有讨论^[6]。笔者认为,不仅是已经承包出去的荒林荒地可以通过先占的形式取得一个特殊的用益物权,以达到物尽其用的目的,甚至一些废弃的别墅、烂尾楼,只要没有太大安全隐患,都应该允许一些诸如农民工或是拾荒者的人暂时居住,并且受到法律保护。这里,笔者将这个特殊的用益物权应当与占有制度中的善意占有作一个区别。善意占有应当是一种不知情或者理解错误的情况下的占有使用,而这个特殊的用益物权人,应当是明知无权,

仍然去占有。对于被占有的标的物,也应当有区分,善意占有的不动产,从外观上讲一般来说应当是具有完全价值的,而通过先占取得特殊用益物权的不动产,应当是废弃废置的。由于相关土地政策要求房随地走,我国建立的先占制度对于不动产物权时,可以暂不讨论所有权的取得,先尝试着设立一个特殊的用益物权,这是完全行得通的。1990年代初海南的房地产泡沫破裂,留下了很多烂尾楼和废弃的别墅,当时就有很多农民工或是拾荒者在其间居住。在笔者看来,这其实是一个双赢的选择,既为这些低收入人群提供了一个暂居之地,也有效地让他们相对地集中在了一些区域,有利于社会治安的稳定。随着今年金融危机的到来,越来越多的劳动密集型企业裁员甚至破产,有很多务工人员就留在了该地寻找新的就业渠道,而随着房地产市场的走低,烂尾楼的出现也在所难免,如果能赋予这类人群对于这些不动产一定的特殊的用益物权,应该也是一个不错的尝试。

(二)制度选择的缘由

1. 优点

(1)先占制度对明确物的归属,发挥物的效用具有巨大的推动作用。具体到抛弃物,先占制度建立首先要求抛弃物在法理上被承认,并且不被国家直接所有,明确了抛弃物在无主状态下的法律性质。由于承认了抛弃物的先占先得,无论是为了求生的数以百万计的拾荒者,还是拥有垃圾加工能力的组织团体,都会积极地对各种生活垃圾进行分类处理,使得本来会被简单处理的垃圾产生巨大的附加价值。由于我国的实际情况,政府根本没有能力,没有必要从一开始就取得垃圾的所有权,再费时费力地去分门别类,加以处理。合理利用有限的资源也是中央提出的建设资源节约型、环境友好型社会的题中之义。

(2)抛弃物所有权的相对稳定,有利于降低社会成本,维护交易安全,保障弱势群体利益。从制度经济学的角度讲,在不讨论国有是否也属于产权明晰的前提下,产权明晰大大降低了社会成本,还会因为行为人能够相对精确地衡量其利用资源的成本从而促进其对于资源的有效利用。先占制度从前提上就明确了抛弃物的法律性质,保障了交易物本身的合法性,使得权利人,特别是以拾荒人为代表的弱势群体能够光明正大地行使其合法权利,不至于由于

其权益的灰色性而使其可能屈从于一些优势群体的压力。

2. 必要性

(1)我国法律历来都是重视公权,轻视私权。先占制度的建立,有利于明晰公权与私权的界限,阻止公权用权属的模糊过分干涉私权。公权的扩大化和绝对化与发展市场经济以及构建法治的和谐社会是背道而驰的。

(2)《物权法》没有对先占制度加以规定,造成了《物权法》与其他民事法律在逻辑上的一些冲突和混乱,对于完善法律体系是个明显的阻碍。

(3)《物权法》的很多规定对于一些现实问题考虑不够,造成其可行性不强,而又对人课以过高的道德要求,其实并不利于《物权法》的实施以及构建新的社会主义道德体系。法律,特别是民事法律,不仅仅应当是一个工具,更应当是一种法文化,在规范民事主体的民事行为的同时,应向人们灌输私法的精神,增强权利意识。如果一种文化过于脱离现实,显然是不利于人们接受的。

3. 经济学分析

对法律问题进行经济学分析,有助于走出单纯进行法理分析、视野比较狭窄的桎梏,从而建立更具有操作性的高效低成本的制度。新制度经济学理论认为:在当事人的偏好都是准线性时,如果市场出现了外部性效应,则讨价还价的过程会产生一个有效的结果,而且该结果与所有权具体归属于哪一个当事人无关^{[7]9}。

产权制度是一种基础性的经济制度,对经济效率有重要影响。人们要合作首先要界定产权,这一界定直接影响了人们的成本和收益,而这是人们进行经济决策的基础。当某种资源没有明确的产权归

属的时候,对于这一资源的利用就要冒着不能完全获得该资源产生的收益的风险,即外部性的问题。在这时,产权制度的出现,为这一外部性的内部化提供了条件。

抛弃物问题本质上是一个外部性问题。确实,通过庇古税我们可以解决这个外部性的问题,但是,这将带来极大交易费用和社会成本。同时,仅就外部性的问题来看,就垃圾的抛弃者而言,负的外部性很强烈;就拾荒者而言,却有着极强的正的外部性。因此,在立法上我们需要考虑社会交易费用和社会成本。

先占制度无疑符合了以上两个条件。如果否认先占制度,即抛弃物国有,从我国的实际国情考察,就会出现国家环卫部门、一级代理(垃圾回收公司)和二级代理(拾荒人)之间多重代理人之间多对多的谈判过程。而如果采用先占制度,就只存在简单权利人之间的交易。这样,既降低了交易成本,也有助于引导资本进入垃圾循环利用的绿色产业链当中来,而不仅仅是扮演回收垃圾的简单角色。另一个方面,由于垃圾已经成为了维系数百万人生计的资源,如果拾荒人的收入不能够得到保障,如果想不产生严重的社会问题,国家又必须通过其他方式来满足他们的最低生活需求,进而造成了社会成本的提高。

先占制度作为古今中外民事法律中相当能体现立法者对于私权态度的一部分,在《物权法》中出现如此遗憾的矛盾和忽略实属不该。而关系到数百万拾荒者生计的垃圾归属问题,更应当尽快立法,通过先占制度予以确定和保护,从而吸引更多资本进入环保利用等领域,加速我国建设资源节约型、环境友好型社会的脚步。

参考文献:

- [1]张晋藩.中国民法通史[M].福州:福建人民出版社,2003.
- [2]彼德罗·彭梵得.罗马法教科书[M].黄风译.北京:中国政法大学出版社,2005.
- [3]叶晓楠.中国城市该如何应对城市垃圾[N].人民日报(海外版),2005-12-20.
- [4]魏振瀛.民法[M].北京:法律出版社,1998.
- [5]梁慧星,陈华彬.物权法[M].北京:法律出版社,2004.
- [6]刘云生.民法典设立先占取得制度之必要性与可能性透视[J].河北法学,2005,23(3).
- [7]盛洪.现代制度经济学:上册[G].北京:北京大学出版社,2005.

[责任编辑:李大明]