

## 中国当前物权立法中的 十五大疑难问题

(时间:2005年5月9日 地点:中国政法大学 主题:物权法的疑难问题)

为什么要选择物权立法中的疑难问题这样一个题目呢?我主要是想从批评的角度,对物权法立法做些分析。这并不是说目前的物权法草案没有好的地方,恰恰相反,现在的立法方案优先是很多的!但是,为了把它立得更好,就需要将它不足的地方指出来,只有这样,立法才能更完善些。另外我发现,在我国法学界长期以来似乎欠缺这种批评与反思的精神。尤其是对于所谓正宗的社会主义民法理论,人云亦云者多,套用这些理论者多,能够对其进行反思者寡。我想,这也是因为长期以来我们的物权法研究确实比较落后的缘故。1995年我从国外回来开始写《德国当代物权法》的时候,发现在物权法这个论题上国内没有对话者。那本书的后记里记载了我当时的心情:一般来说作者写完一本书都有一种解脱感,可是我当时完全没有解脱感,反而心情很沉重,因为我清楚地看到,当时我国物权法“研究”还处于欠缺真正研究的现状。这种情况到现在已经有了变化,但是进步不是很大,我们还是缺乏这一方面的

专家。说到《合同法》《婚姻法》呀,大家差不多都是法学家,似乎每个人都有很多要说的东西,而且大体上说的不会差。但是在物权法制定时几乎没有几个人能说几句真的有水平的话。问题出在什么地方?这一点值得大家思考。

### 1. 物权法在整个市场经济立法中的地位未充分突出

大家可能看到,我以前写的论文或书里已经提到了这样一个问题,就是肃清“民法公法化”这样一种前苏联化的法律意识形态,希望能够恢复民法作为私法基本法的这样一种地位。在整个社会的法律体系中,要不要区分公法和私法、要不要确立公法中间的基本法即宪法以及私法中间的基本法即民法、要不要根据公法和私法的区分规律建立两个法律群体,尤其承认它们的法律语言和法律规范性质的差异呢?我认为,这个问题对于整个法律体系的建设意义是非常大的。我们大家都知道在前苏联的法学中,尤其是物权法这个领域,是基本上被彻底地公法化了。在前社会主

[作者简介] 孙宪忠,中国社会科学院法学研究所民法室主任,研究员

义国家,基本财产支配关系都是利用公法的精神建立的,因此也应该按照公法精神来予以理解,这是我们目前讲物权立法遇到的很大问题。实际上我的想法就是恢复传统的民法的价值理念,从这个意义上来看,就是要把物权法从大量的公法规范中解放出来,要恢复物权法的一些固有的范畴和固有的概念。这个问题在这个小小的讲座中无法说得太清楚,因此我不打算多讲,只是提出来供大家讨论。这是今天讲的第一个问题。

## 2. 物权法中的私权观念受到传统意识形态的挤压

这是我们在物权法立法中一直难以解决的问题。物权在传统民法中是最典型的私权,这个“私”字的含义,我们现在的理解和国际上普遍的理解差异很大。我们中国人理解的这个私权中的“私”字,指的就是个人、私人;而在国际上这个“私”字包括了公法法人自己的特定财产,比如,一个大学是一个公法法人,大学的财产,就是自己的私有财产。大学对于自己财产享有的各项权利,都和民法上的所有权没有区别。但是大学是公法法人,因此大学对于自己所有权的应用,应该遵从公法为其确定的目的,因此从公法的角度看,大学应该承担着为特定目的行使其所有权的义务或者责任。这样,就建立起了公法领域里一个特定主体对于特定财产的法律支配关系,堵塞了公共财产领域里的黑色或者灰色空间,对于防止公共财产流失意义重大。这就是我以前多次说

过的“公法法人所有权”理论。对于这样浅显的概念,我们中国现在许多法学家认为它不符合社会主义法学的传统理论而不支持,也有些人不理解。立法者不理解,社会多数人也不理解。在这一方面,我们中国人受到的意识形态约束是很大的,许多人陷于其中不自知,也无法自拔。

在物权法制定过程中,将权定义为特定民事主体的“私权”,实际上是物权法基本规则的体现。我们说,物权就是特定民事主体对于特定客体财产的支配权,有许多人还无法理解这一点。

物权作为最典型的私权,这一点在我国物权立法造成的最大问题,就是我国法能否真正贯彻公私财产权利“一体承认、平等保护”的规则。在市场经济国家里,物权法所规定的一个基本的精神应该就是平等主体平等保护,只要是合法的财产,就应当给它一个平等的机会,就应该让它能够获得平等的公权力的承认和公权力的保护,就是所有的私权在公权面前都是平等的,都有平等的地位。但是这一点能不能在我们中国做到,就是一个很大的问题了。

即使是发展到现在,我们还有很多人并不认为私权或者私人的财产、私人的发展机会能够和公权一样平等。举一个简单的例子,在中央电视台上,有一个小品演员说:“工人要替党着想,咱不下岗谁下岗!”大家都知道这样一句话,是不是?我真的不愿提这个招致工人群众讨厌的名字,为什么呢?一个工人、一个农民,他最基本的生存的机会或者是

获得财产的机会就是他的工作,他是无产阶级,除了工作他什么都没有了,上有老下有小都要靠他养育,国家又没有很充分的给他提供的救济。但是这种演员居然代表主流意识形态告诉我们,即使是工人这样的弱势群体也应该为了形势的需要,放弃自己生存和发展的机会,甚至放弃自己基本的获得财产的机会。这种愚弄百姓的宣传是非常可恶的。

这几年我一直在思考这样一个问题:就是民法社会建立的经济基础和伦理基础的问题。在我主编的《民法总论》这本书里提到了这一点。从学习和研究西方民法发展史的过程中,我有一个这样的发现:现代社会文明史,正是法治国家建立的历史;而法治国家建立的基础,不论是经济基础还是伦理基础,都是民众的私权,或者说就是民事权利。我在写《民法总论》这本书时尤其强调了罗马法的发现、文艺复兴、宗教改革这“三个R”的运动(Rediscovery of Roman Law, Renaissance, Reform of Religions)以及后来的启蒙运动以来社会法治思想发展的过程,从中可以清楚地看到私权其中主要是民事权利在人类社会文明发展中所发挥的作用。这一点是我们中国人不太熟悉的,这也是我们现在对于民法的理解、对于物权制度的理解为什么和西方国家不一样的根本原因。

人类发展的历史证明,人类的文明是以物质文明作为基础的,这一点对于一个社会是这样,对于一个人也是这样。人为肉身之体,人活着就要改善自己、提高自己,因此追求财富的进取心

是天生的本能。真是这样一种本能造成了人类历史物质文明发展源源不断的动力。这一点在我国改革开放前后的实践中再一次得到证明。我在物权立法之初就曾经说过,尊重财富的进取心,是我们物权立法的基本指导思想。所以,制定一个好的物权法,必须首先否定过去那种压抑甚至打击个人取得财富所有权的进取心的旧意识形态。可能你们没有更多的切身体会,因为在座的同学们,基本上都是能够吃的饱能够穿的暖,而且大家都是打扮的漂漂亮亮的。而就我这个年龄段的人来讲,正是从那个吃不饱穿不暖的阶段过来的,不但在物质上得不到充分的保证,而且在精神上极度被压抑的这样一个过程走过来的人,对这种要求我们为了所谓崇高目标而放弃自己基本权利的宣传,可能就会有更深的体会。

这样的问题涉及到物权法制定的指导思想,对此的争议也最为激烈,原因在什么地方呢?就在于民法中的基本的关系就是财产关系,所谓无财产则无人格。可能有些人问我们穷人有没有人格吗?不是这个意思,不是说穷人就没有平等的人格,而是说如果你真是一个穷人或者是一个没有财产的人的话,你就没有可能获得平等的发展和存在的机会。这一点实际上老百姓看得非常清楚,你想愚弄百姓,百姓不会听你这一套。比如最近东北一个大企业出台了一个政策,就是离婚者可以优先上岗就业,这就导致了工人大批量的离婚。这个事实的教训非常强烈,它告诉我们,

法制文明要尊重人的一般尊严,就首先应该尊重民众生存和发展的基本权利,其中最主要的,就是以所有权为代表的物权。

现在即使是在私权方面,我们也无法做到平等的对待。在我们中国,政策和法律过去是在有意识制造民众的等级差别,其实到现在我们的法律也没有做到让大家都平等。比如说农民,不知道在座的有没有农民的孩子,农民现在就不能算是平等的人,国内著名的四川某县桥梁坠毁案件中,城里人死一个赔偿数万元,农民死一个赔偿不到1万元。农民现在还被城乡二元化结构限制,到现在还不能进入现代化的行业。这个我就不必多说了,这些都是意识形态方面的问题,往下来看就是一些比较具体的问题。

### 3. 物权法基本范畴未明确确定

我前面说到,传统物权法的概念中物权法只有一个范畴:静态的财产支配关系。这一观点,既有一些学者朴素法律意识的背景,也有国际立法的背景。比如在法国法中,很明显的就是把交易的这样的一个过程都交给合同法去处理了。法国法中采用的是同一主义的立法原则,也就是依据合同这样一个法律根据同时达到债权变动和物权变动的结果,这就叫同一原则。比如说是一个买卖合同,在法国法中间反映的精神是什么呢?因为买卖合同是它的原因,它的结果是买得物的所有权,所以在法国法的基本理念就是一个合同一个结果,

就是用同一个合同达到物权变动和债权变动的结果,这个交易过程不区分债权变动和物权变动,这种立法模式就叫做同一主义。但是合同订立之后能不能得到履行?会不会有违约的情形?尤其是在合同订立之后没有发生物权变动的情况下,物权又如何确认呢?合同的关系又如何确认呢?在法国法中间是看不到答案的,或者至少说是没有一个科学的答案的。

德国法的潘德克顿法学体系与法国法不同,它的基本的思考就是,债权意义上的合同只是请求权发生的根据,不是支配权发生的根据,也就是说依据一个债权意义上的合同,只能产生相对权的结果,要发生物权变动这样一个绝对权的后果的话,就必须在法律上要重新寻找法律根据。所以,物权的变动,首先来讲,在德国法中,要将物权的法律效果和债权的法律效果区分开,将物权的变动的法律根据和债权变动的法律根据区分开,将物权的法律关系和债权的法律关系区分开。做这样一个区分以后,德国法就建立起来一种区分原则。所以在德国法中才有了物权和债权这样民法上两个最基本的部分的分离,形成潘德克顿法学体系。德国民法典为什么会有五编呢?首先就是在这个意义上区分开了,物权和债权这两个民法上的支柱部分区分开了,区分了以后才导致了其他的部分的区分。这个问题大家以后有兴趣的话可以看一下我过去写的论文叫做“从一个典型案例看民法基本理念的更新”,在这个论文中我把潘

德克顿法学体系和其他体系做了一个比较,有比较多的讨论。

德国法体系中反映出来的最基本的精神,就是要把物权的变动这样一个问题从合同法中间区分出来,把它作为物权法所固有的一个范畴,在物权法中给它一个很好的交代和解决。这样做的要点是什么呢?要点就是要为物权变动寻找符合物权特征独特的法律根据。大家可以回忆一下我们过去所学的法律关系和法律根据的这些理论。法律根据指的就是法律事实,它在法律上划分为几种情形,大家可以回忆一下,其中最重要的法律根据是什么呢?就是法律行为。法律行为的本质是当事人自己的意思表示要素,意思表示中的效果意思是当事人之间建立、变更和废止一个法律关系的核心要素。就是因为这个理论,我们知道它在民法上确立了另一个新的价值体系,这个价值体系要把民法上的所有的权利义务关系发生变动的正当性归结为人自己的意思,不是归结为法律,或者是公共权力的需求。比如说我要买一个东西,我要卖一个东西,为什么在法律上是正当的呢?原因就在于我愿意。或者我喜欢一个人我要和他结婚,怎么才能判断这个关系的正当性呢?就是“Yes, I will”,就是自己愿意,不是因为谁要你这样做的,不是父母要这样的,或者说是公共利益要这样做的。像我们过去所说的为了一个崇高的革命目标走到一起来,就是非常荒唐的一个结果!我有一次在政法大学做一个讲座,好像就讲到这个问题,就是说我

买一个东西,是因为价格和性能是合适的,才订立这样一个合同,我不会因为它是一个国有企业,就买他的产品,没有必要这样去做也不可能这样做。这个结果就是一种效果意思的真实性,决定了法律关系的正当性,这一点是民法的本质。我想以前老师给大家都讲过,学过民法的人都知道这个精神,我们民法的人知道这一点之后,我们就知道怎么样去真正地尊重人。

那么从物权变动和债权变动的角度看,它恰恰在一点上建立起来了法律关系的根据。效果意思这个理论实际上在萨维尼之前就提出来了,很多人都曾经对这个理论做过很大的贡献,但是能够把这样一个效果意思跟物权变动和债权变动相联系起来的,就是萨维尼以及后来的潘德克顿学派。他认为既然合同的效果和物权的效果是不一样的,所以合同上出现的法律行为和物权上的法律行为肯定是不一样的,在物权上是有行为的,所以萨维尼说交付也是一个独立的法律行为。为什么交付是一个法律行为呢?很简单,就是在合同生效以后,合同上的意思表示已经完成了,在物权上的意思表示肯定要重新做出来的,现实也是这样的。你比如说现在买房子,先订合同,实际上交房子都是好几年以后的了,交房子的时候双方肯定另有一个意思表示。这个房子的所有权要转移给你,怎么转移给你呢?就是交钥匙交占有,这里的交付就是一个新的物权契约。

讲究这样一个法律上的效果,有什

么好处呢?它能够把物权的支配秩序安排

排在恰当的而且是最公正的时候。关于我今天讲的立法方面的内容希望你们看一下《法学研究》(2005年第2期)我所发表的论文,就是“交易中的物权归属确定问题”,谈的就是要遵守物权交易的意思表示这个规则。物权变动的根据也是来源于当事人自己一个真实的效果意思。我们的市场经济已经发展到了一个非常复杂的程度,那么我们自己要建立的法律应该是什么样的呢?我们制定的这个交易规则是应该从满足最复杂的市场经济需求来建立,还是应该从满足简单的交易需求来建立呢?就是说应该从两毛钱买一根黄瓜这样一个交易中总结出我们的民法上的交易规则,还是从应该从类似L380这样一个飞机的交易来总结交易规则呢?这是两种不同的思路。

前一段时间在上海开的一个物权的会,就有一个教授提出来,他说孙宪忠说前苏联的民法的意识形态多么多么的恐怖、多么多么的可怕,但是孙宪忠自己所主张的这个德国法的概念系统简直就是一种法律上的恐怖,为什么呢?它只是创造了一些法学家才懂得的语言,给法学家创造了一个就业和捞大钱的机会,利用这样一个知识系统,把法律隔绝在人民之外,这种法律的恐怖主义是我们绝对不能接受的。所以从那开始我就有这样一个“法律恐怖主义”的外号了。但是我没有跟他们辩论,我觉得没有必要,法律这种规范语言、技术语言,到底应该根据什么来建立?这是一个很大的问题。可能有些人觉

得,我搞的这一套不切合民众,但是问题是,物权法这样一部法律制定出来,它绝对不是给街道上那个卖菜的老太太看的,它是给律师法官这些人在裁决案件的时候看的。裁决案件时,法官和律师需要一个比较合理的、可操作的规范去解决这些案子,如果一个老太太能看得懂的话,它的可操作性就没有了,就只能使用一种大白话,而且不能搞得太细。一个卖菜的老太太都能理解的东西,那我们的大学教授也好,博士生也好,硕士生也好,甚至这个培养制度的建立,就没有必要了。因为我们天生就懂,我们从小在街道上卖菜我们就懂,我们没有必要了解这些东西,甚至连法律的建立也没必要。其实我们大家搞到现在可以看一看,好多立法的方面我们都是不知道的。像我们这样的人也不算太懒,但是很多问题到现在我们都还不知道,原因在什么地方呢?原因就在于市场经济太发达了,不是我们脑子想的问题太复杂了,而是客观的现实太复杂了。所以你不要想着你自己认为它很简单,它就很简单,这是完全错误的认识。

事实上每一个法学家都希望法学能够为大众所掌握,包括我在内,肯定没有一个人希望自己搞出来的东西人人不明白。但是客观现实是复杂的,法律要实现对于现实生后的准确调整,所以法律不得不复杂一些。现在有些人认为客观现实很简单,所有复杂的东西都是我们学习法律的人编出来的,尤其是像我这样学习德国法的人编出来的,这就把我看得太高

了。其实我并不聪明,能力也不高,虽然我学习得比较努力,但客观现实的绝大多数问题我到现在都不能理解,法律上很多领域我没有能力掌握。

由于我国市场经济发展很快,法律交易越来越复杂,因此我们不能一句简单交易来建立我国的法律规则,这一点应该大家都明白。就说买个房子的问题,房子没有盖好的时候,就先订立预售的合同,之外又开始进行按揭,还有什么保险就介入了,房子在盖的过程中要发生其他很多的法律关系。按揭的问题本身就很复杂,想一想按揭至少有三重合同在里面,一个是开发商和房主之间订立的合同,然后是银行向这个买主提供一个贷款,第三个合同是银行又把买主未来的房屋的取得权掌握在自己手里,又给自己设置一个担保,是不是?这至少是三种合同,大家仔细想一想的话可能还有四重关系,也就是银行和开发商之间的一系列交易。为什么银行抢着做按揭呢?原因就在于按揭获利非常大的,所以很多开发商跟银行之间联系起来,在购买者和开发商订立合同的时候,开发商就规定了,你只能在某个银行做按揭,不能在其他地方,银行为我提出多少按揭,这事先都是有契约的。所以这里面至少有四五重合同,你想想根据两毛钱买一根黄瓜总结的规则怎么处理这个问题,这其中有债权有物权,而且这个物权本身在没有形成之前还只是个期待权而已,这样一个复杂的交易我们怎么用很简单的物权变动的规则来理解它?说句实话,到现在

为止,我都不知道这个按揭(现在建立的这个制度)在法律上到底怎么去处理它。按揭实际上是一个债权担保,并不是一个物权的抵押,因为房子还没有盖起来。有人把它理解成为抵押,它跟抵押可差的远啊,抵押必须要符合一个特征就是物权标的特定,只能就特定标的设置抵押,现在房子还没有,你怎么特定呢?如果在这个交易过程中发生了争议,怎么办呢?你比如说现在国家要提高银行贷款利率,结果很多人提出要提前还债,要消除按揭,银行不同意,为什么呢?它自己获得高利润的机会没有了。很多问题不是我们想象的那样简单,而恰恰相反,现实恰恰是很复杂的,而我们学者尤其是应该根据这种复杂的交易来研究和建立一个比较细致的规则,然后提出这个立法建议,希望立法建立一种比较有效的调整,而不是像现在有些人主张的那样一块钱买一双手套、两毛钱买一根黄瓜,就这样子,一个合同,一手交钱一手交货,当时就清结了,就这样就解决了。但用这样一个交易观念建立的法律规则无论如何都是不能满足我们市场经济的需求的。在这一点上,我觉得比较欣慰的是现在的物权法方案已经基本上跳出了合同法所设定的很多缺陷。

但1999年合同法本身还是严重地受到了法国法同一主义这样一种观念的影响。《合同法》五十一条、一百三十二条等等,它中间反映的基本精神是什么呢?基本的精神就是物权的变动应该和债权的变动同时发生效果,或者说物

权的变动应该受到债权变动的效力的约束,它的基本精神是和法国法比较接近的。那么在物权变动没有生效的情况下或者说达不到效果的情况下,就出现了我们国家《担保法》中所出现的这样一种情形,即《担保法》第四十二条、四十六条所规定的情形:《担保法》四十二条规定抵押合同应该登记,不登记就不生效,质押合同在交付占有时才生效,没有交付占有就不生效。后来的城市房地产管理法以及最高人民法院的司法解释等规定,房地产买卖合同,不登记者无效。

一个债权意义上的合同在没有发生物权变动的时候,结果这个合同被判定无效这种情形,说明一种不科学至少是不成熟的法理严重地侵入我们的法学。要请大家注意,注意什么呢?就是注意对物权变动和债权变动做出区分的法理意义和实践效果与不区分的法理意义和实践效果,这是一个学民法的人要掌握的知识的一个关键点,这也是一个潘德克顿法学的最基本的基础。一个合同没有得到履行的时候,被判定为无效的规则,大家想一想这是一种什么法理意义和实践效果,请你们想一想!我们大家知道什么叫合同无效,无效就是不产生法律上的约束力,就是不产生当事人期待的结果,它是自始无效,当然无效,绝对无效,整体无效,根本无效。既然自始是无效的,那么合同的任何一方当事人都没有履行合同的义务,也就没有所谓违约责任。这个理论体系你看一下成了一个什么样子?这就是说这

个合同在法律上从订立的时候就是一个玩笑,就是一纸空文。这样一种观念,完全打破了我们民法的最基本的一些价值基础,包括我们的诚实信用,包括我们合同中间的一些法锁关系的建立。我们订立合同的目的是什么呢?就是要在当事人之间建立一种法锁关系,就是建立权利义务关系,保证合同得到履行。但是按照中国现行合同法导致的结果是合同没有履行的时候恰恰合同本身就无效了,这是一种非常荒唐和奇怪的模型,这是我们在1999年订立合同法的时候,所贯彻的这样一种思想体现出来的。

到现在为止我看你们还没有足够意识到这个问题的严重性,原因在什么地方呢?原因就是不知道因为交易本身就是靠合同的法锁建立起来的,结果这个法锁失去了法律上的约束力,那整个市场经济就天下大乱了。举个简单的例子。2002年,在武汉,当时我在另外一个地方开会,我看到这个消息,一个开发商开发了139套房子,他卖出去了175套,其中36套房子是一物二卖的或者是一物多卖的,那36个房屋的买受人肯定是取得不了房屋的,后来老百姓就到法院去告他们开发商违约,法院最后判决是什么呢?法院最后判决不动产的合同不登记则无效,也就是说这36个合同从一开始就没有法律上的约束力,所以这36个合同的买受人是得不到法律上的任何救济的,你们想一想这叫什么结果!这叫什么逻辑!全世界上的荒唐事,法制上的荒唐,都没有这件事荒

唐,像我们中国人这样一个比较聪明而且缜密的--个民族能够造出来这样一个荒唐的法律,这是前所未闻的,但是到现在为止还有学者在坚持这个理论!近年来,还有一些学者认为合同法的51条和132条是“PERFECT”,我不知道怎样来理解他们顽强的精神,能够如此执著地坚持这样一种错误!

这次物权法的制订虽然说有很多人参与,真正说到核心问题的时候就是那么几个人在争论,尤其是在关键的问题上。你看看吧,将来的立法也就是一种折衷的结果。虽然我在这里所说的观念,我想至少在座的绝大多数同学都能够明白,也能够理解这样一种潘德克顿法学的精神,但是一些著名的法学家说,我讲的这些只有我自己明白,中国没有其他人明白。真的是这样吗?

潘德克顿法学是一个非常技术化的范畴,像我刚才说的这个问题,你对一个街道上买菜的老太太讲,她肯定是听不懂的,而且她觉得你的这个东西是烦琐的。我们在一开始写这个物权法方案的时候,有些人也是拍桌子、摔板凳的,当着我的面把很重的东西摔在我的桌子上,恨不得跟我打架,觉得我是如此的顽固,但是我坚持了几年,大家也慢慢地都理解了。我觉得现在好像应该是社会上多数的学生和学者是支持我的观点的,但问题就是立法者还没有形成那种想法。谢老师当时在政法大学开会的时候当着我的面批评他们,我觉得很意外。这是第三个方面的东西,是物权基础范畴的东西。

#### 4.统一不动产登记目标未真正实现

通过我刚才讲的物权变动和债权变动的过程的分析来看,物权变动要有一个独立的法律根据,物权变动的法律根据其中很重要的内容就是要通过不动产登记制度建立起来。我看座上的有些同学拿我写的《物权法总论》这本书,希望你们看一下这个书里面写的物权效力的这部分内容。我写的内容跟别的学者写的是不一样的。我在这里强调的问题,实际上是物权效力的核心问题,就是物权效力实际上指的是什么?物权实际上就是物上一个权利束,在这个权利束中间谁是限制性权利、谁是基础性权利,因此必须建立权利束中正常的支配秩序。我在这本书里提出,物权效力的问题解决的就是物上权利的支配秩序的问题。这一点大家可以从这本书里看出来。

那么不动产物权支配秩序靠什么来建立呢?以什么为基础来建立呢?简单地说,就是要以不动产登记来建立。一个不动产上有所有权、地上权、用益权或者是抵押权等等,各种各样的权利都集中在一个不动产上,谁限制谁,谁排斥谁,在发生争议的时候,或者尤其是在债务人发生破产的情况下,先实现谁的权利,后实现谁的权利,这就要靠不动产登记簿来决定。因此不动产登记簿就是决定不动产物权支配秩序的关键。

要建立一个完善的科学的支配秩序,法律上最为重要的前提,就是要建立一个统一的不动产登记簿,要建立一个统一的不动产登记机关,这样才能够

把这些权利形成一个权利束,这个登记所建立起来的支配秩序才是公开的透明的而且是有公信力的。你想想,如果有一些权利登记在土地登记簿上,有一些权利登记在房产登记簿上,有一些权利是登记在中央的登记簿上,有一些权利是登记在县里的登记簿上,这样的权利无法形成一个权利束,你作为法官也罢作为律师也罢怎么去判断这些权利之间的关系呢?这不是一个荒唐事吗?问题是恰恰在这个关键点上我们目前就是这样做的。我们知道中国的不动产登记有土地登记、房地产登记、海洋滩涂登记、草原登记、铁路登记等等,其中最重要的就是房屋和土地的登记是区分在不同机关里进行的。除了登记的机关不同之外,登记的级别还不一样,中央的企业登记在中央的不动产登记簿上(中央后来通过一个法律,北京市范围内属于中央的单位,委托北京市房地产管理局来进行登记),省里的单位登记在省里,地区的单位登记在地区,县里的单位登记在县里面。不但是多部门的登记而且还是多级别的登记,我们的这样一种不动产的登记秩序已经混乱到了极端,根本没有办法看出来这些不动产物权之间的支配关系。

举一个简单的例子。数年以前我在南昌遇见了一个案子,一个开发商,是个港商,来内地开发房地产,他先取得了一块地的土地使用权,然后到银行去贷款,用他的土地使用权做了一份抵押。我们大家知道,在没有建筑物的情况下,这个抵押权应该登记在土地管理

部门所设置的土地登记簿上。后来房子盖到快封顶的时候,又没有钱了,向另一个银行去贷款,贷款的时候又设置了抵押,这时已经有了建筑物了,按照《担保法》的规定,这个新的抵押权应该登记在城市房地产管理部门所设置的那个房地产登记簿上。请大家注意这两个抵押权都是严格按照我们国家的法律设置起来的。后来因为我们国家房地产政策调整,房地产继续开发遇到了困难,这个开发商就放弃了继续开发,把一些余款拿着跑了,后来这个人也找不到了。银行的还款期限到了以后,两个抵押权人都到法院主张自己的抵押权。问题大家都看出来了,这两个抵押权在法律上都是第一顺位的抵押权,从法律上讲他们之前都没有任何抵押顺序,都是第一顺位。而且更糟糕的是,按照我们国家《担保法》规定,在设置抵押权时土地上没有建筑物,但是在实现抵押权的时候土地上有建筑物,土地和建筑物一并纳入抵押,都是抵押权支配的对象,因此这两个抵押权支配的范围也是完全重合的,因此这两个抵押权的效力和支配范围是完全重合的,也是完全矛盾的。从法律上看,不论那一个抵押权优先实现都是正当的又同时是不正当的。这样一个案子清楚地告诉我们,登记规则的不科学会造成荒唐的结果。我到这个地区讲课,法官来问我这个案子,他们说,孙老师,我们都知道是我们国家物权法搞得很有名的学者,大家都知道你的名字,你给我们讲讲这个案子怎么处理吧。我说这个案子我真是处

理不了,原因就在于它从立法上就造成了一种司法不能的结果,这叫做立法的司法不能,就是立法根本就没有考虑到司法的问题。别的案子中的司法不能,是市长批的什么条子或者是什么影响,而这个案子是立法本身有重大的缺陷,没有办法贯彻下去。

在我国我可能是最早研究不动产法的吧,了解这里的很多案子,对其中法律制度方面的缺陷也是深有感触。你们看一下我以前写的书很多都是关于不动产登记制度的。因此想起来都还有一些心酸,就是从立法一开始我就在强调这个问题,大家也都基本上认识到了这里的问题,但是到现在为止,立法机关可以说在这一问题上没有表现出足够的勇气,领导方面似乎没有做出努力协调各个部门的利益,把我国的登记机关统一起来。到现在为止我们还是多部门、多级别的登记!我在国土资源部做法律顾问,在建设部也做过立法顾问,两个部门我都在那跟他们的部长啊副部长啊政法处的人聊这个事,他们说你说的都是对的,我们也都愿意统一,但是现在没有人从上头跟他们协调一下。当然我不可能去协调部长,我也做不到这一点。

大家都知道,不动产物权是最重要的物权,对国计民生的意义远远超过动产物权。而法律上的失误,对民众造成的损害也远远大于动产物权。这个问题如果不解决的话,不动产的法律根据不统一的问题没有解决的话,物权立法的价值就大大地打了折扣了。未来没有人

为两毛钱买一根黄瓜去打官司的,主要的官司都是不动产的争议,大多数都是不动产的争议。比如按揭这样的官司,现在越来越多了,如果不和不动产登记簿联系起来,这样的案子根本无法出来。所以我们必须大力呼吁建立中国统一的不动产登记制度。

### 5.国家所有权制度建设向旧理论退让

在一般市场积极国家里,物权法并不规定国家所有权这个类型。按照我们中国人的思维方式,国家所有权要写在物权立法方案里面。但是,我国现有的关于国家所有权的理论,和一般市场经济国家的这一方面的理论差异很大。因为一般市场经济国家的所有权理论和制度,是按照市场经济的需求建立起来的,而我国的所有权理论和制度来自预测的否定市场经济体制的前苏联。到目前为止,我们还没有在肃清前苏联的民法理论方面取得有效的进展,在所有权制度建设方面,尤其是在国家所有权制度建设方面我们还是采用前苏联的那一套。关于这个问题我不想多说了,你们如果有兴趣的话,请看一下我前几年发表的一篇论文《我国物权法中所有权制度的应然状态》,以及2005年我发表的论文,就是《物权法的现状及其三大争议》,其中最重要的就是关于国家所有权的问题。

尽管现在的物权法立法方案在这一点上有很大的进步,但是由于意识形态方面的原因,物权法中所有权立法还是采取一个三分法的立法模式,就是把

所有权划分为三种情形,就是国家、集体和个人,其中国家所有权还是按照这个模式规定的。这种立法模式缺陷明显。首先就是我在开始给大家讲的,立法部门也想努力建立平等保护的机制,但是他们采取了三分法这种表述方式,这就表达了他们对于前苏联法学的软弱和退让,而且否定了我国现实中更多的所有权类型,比如法人所有权的丰富类型。这一点我们现在还不如前苏联民法,因为在前苏联民法中还承认了工会、社会团体等的所有权,可是我们现在就是不承认这些现实的所有权类型。所以这种所有权立法模式比前苏联还极端。这是一个很大的问题。

我在这里想说一个细节问题,供大家思考。按照现在这个物权法立法方案,国家所有权仍然表现出统一和唯一的特征,在这个原则下,国家只能是个抽象性的主体,而不是具体的主体,它的法律责任和治理模式到底怎么样?究竟要靠什么制度来建立我们在前面所说的物权法意义上的支配秩序?现在的物权法方案可以说是不明确也不肯定的。物权法的支配关系必须是明确肯定的,而恰恰在国家所有权上是达不到这一点的。大家都知道现在国有资产流失很严重。据郎咸平先生说,现在我们国家正常的情况下,每年流失的国有资产是500亿到800亿。500亿到800亿人民币,大家想一想,这笔财产有多大!为什么有这样的流失呢?实际上从民法上来讲太简单不过了,就是因为没有明确的支配关系,也没有明确的责任关系,

才造成这样一个结果。在国家统一所有政府分级管理这样一种传统的治理模式下,国有资产的流失是必然的。虽然我们在法律上来讲这种所有权享有的地位可以说是至高无上的,但是遗憾的是现行制度又造成了这种所有权最容易受侵犯的弊端。我们有时候经常可以看到,一些老先生提到国有资产流失时痛苦得不得了,拍桌子摔板凳的都有,但问题是他们就是要坚持国家统一所有政府分级管理这样一个治理模式。国有资产的流失恰恰是他们所器重的理论所造成的,实际上这个问题的解决很简单,就是要按照民法的理论来改造国家所有权,就是要把国家所有权改造成公共法人或公法法人的私有权,把支配的主体和主体所支配的财产的范围两个方面能够明确下来,这样就能够明确责任,也能够制止住这个流失。就是说,只有民法上的法人治理模式才能解决这里的问题。

但是现在,我所提出的“公法法人所有权”理论,很多人还不理解。因为,说到法人所有权,它毕竟是民法上特定主体的所有权,是私有权。公法法人私有财产这一理论在中国人听起来可以说类似于有天书的性质,尤其在有一些法学家看来,在那些觉悟比较高但法理比较糊涂的法学家看来,这些概念有如颠覆性的后果。而且叫他们看来也好像是非常非常的可怕,因为他们不知道不理解公法法人所有权到底是个什么意思。他们不知道公法法人实际上就是承担公共责任和公共利益的一个法人,它

## 学术对话

本身就是公的,“私”无非是民法上的一个手段,只是要明确这种支配关系的手段,而不是把公共财产演化成个人财产,演化成社会民间的资产。在一次立法会上,有一个老先生就慷慨激昂地说,我们辛辛苦苦搞了这几十年,集结了这么多的国有资产,让宪忠的一句话怎么就把它变成私有财产了呢?!他说得非常慷慨激昂,非常让人感动。我的回答是,民法中的这个“私”字,只是民法技术上的私,只是一种法律责任和概念的技术手段,它的含义是主体的特定化、支配关系的特定化而已,并不是说这样就把公共财产变成私有财产了!提供民法上的治理模式来改造现行的国家所有权,目的是明确支配关系和法律责任,建立科学的公共财产支配秩序。

我这样一说大家基本上都会明白,但是目前立法者是绝对不会接受的,因为这个涉及到中国传统的意识形态必须从根本上予以改造这个大问题。像国家统一所有、国家唯一所有权、国家统一所有权呀,这是写在宪法里面的,那是几项基本原则所确定的。我提出的支配秩序明确化,虽然对人民有好处,对国家有好处,但是如果立法采纳了,恐怕还是有些政治风险的。从2004年人大代表对物权法方案的讨论意见看,很多人大代表也是旧意识形态的坚持者,他们也不会许可立法做出太大的变动。在我们中国就是这样一种现状,有些人就是宁肯坚持意识形态也不愿意坚持社会规律。对这个问题中的法理细节,你们可以看一下我所写的论文。

## 6.法人所有权尚未得到立法的承认

这次物权立法的草案中,企业所有权这个概念本来是写过的,法人所有权也都是写过的,但是后来因为一些人大代表提出,它不符合国家、集体和个人这个所有权三分法的社会主义立法模式,所以法人所有权就被废止了、就不承认了。现在的法人所有权规定在什么地方呢?规定在国家所有权的栏目下,不叫所有权而仅仅是企业是实现所有权的一种方式,你们看一下这个立法方案你们就知道。这个理论大家看一下,所以在这个问题上,物权法方案一下子就倒退到改革开放初期了。那个时候,提出了过去我们搞了几十年都没搞清的两权分离,理论上的缺陷严重妨害了改革的发展,这个问题到上个世纪90年代末期“企业现代化改制”的时候才解决,可是现在一下子又倒退到回去了。为了在法人所有权这个问题上建立科学的制度,这几年我做了很大的努力,本来这一努力就能达到目的了,可是因为反对的力量在立法者队伍中占据主导地位,目前的物权法法案没有明确地采纳我的观点,然而似乎又模糊地采纳了我的看法。

把企业当作国家所有权的实现方式,这是非常荒唐可笑的。因为,实现现代化改制之后,“国家”(尽管实际上并不是国家而是各级政府以及各种公法法人)是纯粹的公权持股。如果只是一个公法法人代表国家持股,我们还能把它叫做企业是国家所有权的实现方式,但现在这种纯粹的国家持股的企业并不多了,被我们叫做混合所有制的企业却

越来越多了。那么,这种混合所有制企业的所有权,怎么能作为国家所有权的实现方式来看待呢?一部分是国家持股的、政府持股的,一部分是社会持股的,那你能说企业是实现国家所有权的方式吗?

现实生活中,公司持股是非常复杂的,一级一级的,完全就不是说像一个主体、一个客体这样非常简单的所有权方式。我给你们举个简单的例子,比如说像东直门工程。东直门这个地方要建一个北京市的交通枢纽,五星级的饭店建一座,三星级的要建好几座,地下多少层地上多少层,是一个非常大的建筑项目,建成奥运会配套设施。原来说的是2004年建成,2007年就要配套成功,现在连地基都没挖出来。为什么呢?地皮是属于北京市的,有一个北京市企业获得了这块土地的使用权,但是这个企业自己的经济实力不够,又和另一个企业共同组建了一个开发公司,这就是一级了;然后他又把自己公司的一部分主要的股份又卖给了香港的一个企业,又吸收了香港这个公司,组建了第二级的公司;然后香港这个公司又把一部分股份上市,一部分股份拿来招股;后来这个公司又招了四五个法人公司,四五个股东又把它设置成一个公司,在这个公司的下面又组建了酒店集团、结构建设集团等一些集团,总共有六级法人。你说这个国家所有权在什么地方?你说这个企业是实现国家所有权的方式吗?它是怎么样一个实现方式呢?表面上是统一的国家所有权,实际上是企业的严重

矛盾和冲突。如果坚持统一的国家所有权理论,那么类似于东直门项目这样的企业形式,它们的权利冲突怎么理解呢?这个传统的国家所有权,你说它多害人呀!依据传统的国家所有权理论,一个国家一个企业,国家是一个小作坊主人,企业就是像豆腐房一样,有一头毛驴拉着一个石磨在那里磨豆腐,这样一种支配关系非常明确,就那么简单!我们现在就天真地以为就是这样!简直是太天真了,太傻了!像东直门那样,它有六级公司,一级一级地持股一级一级地参股,不断扩大自己的股份,结果导致许多企业产生了,他们之间的矛盾导致这个项目开发的困难。但是这样一个企业,它名义上还统一地叫国家全民所有制企业。如果真的是你们教科书里写的那种国家统一的所有权,那种代表了劳动人民的统一利益的权利,那么怎么能出现这个项目开发中的问题呢?

其实,类似于这样的企业,就必须利用民法上的法人所有权理论来予以规范。学习过民法的人,都能够理解这里的股权支配关系和法人所有权,也只有利用法人所有权理论,才能建立类似企业明确而且清晰的支配关系。遗憾的是,法人所有权理论和我们现在关于所有权理论的意识形态产生了冲突。前苏联法学的立法观念在目前似乎还是我们物权立法的主流观念。因此许多人看不到、不愿用民商法的规则——法人治理这种模式来精确地解决这个问题,不承认法人所有权的理论,不许可在我国物权法中建立法人所有权制度。这一

## 学术对话

点,又给我们的物权法留下了遗憾。

像现在东直门项目各个企业之间的关系,从法人所有权的角度看,从法人持股的角度看,其实很容易理解,是法人治理结构上出现了问题。但是一强调其中的国家所有权,就肯定要出麻烦。每次遇到这样的事情的时候,就像那个范伟说的一句话:“我怎么就纳闷了呢?”因为一旦运用国家权力,以国家名义介入到这里面的时候,企业之间的实际利益和矛盾就无法解决了。现在我们还能够看到一个令人啼笑皆非的现象:现实生活中,企业经营得好的,控制得好的,都不太说自己的企业是国家所有权,如果企业一强调自己的国家所有权,那么这个企业肯定出了问题。

现在的物权法法案,在所有权的项下,有几个条文似乎模糊地承认了法人所有权。这一点将来在立法解释上留下了很大的灰色空间。

### 7. 城镇集体所有权没有被规定

大家将来会看到,很遗憾,这次物权立法草案基本上就没有反映城镇集体所有权。你们在大学里学的课,是说社会主义公有制有两种实现形式——国家所有权和集体所有权,集体所有权又分城镇集体所有权和农村集体所有权。但是这次具体的立法方案基本上就没有反映这个城镇集体所有权。为什么呢?就是因为城镇集体所有权大家说不清楚。集体所有权被我们法律定义为劳动人民群众集体所有的所有权,但是你

现在看看,城镇中的劳动人民群众集体,这个主体在哪里呢?谁能找到城市中间的这样一个劳动群众集体?

在北京、沈阳好几个地方都出现过这样的案子:城镇中的集体企业本来人家经营得还不错,后来政府就给它们派官员,比如派厂长派书记什么的,后来就把人家那个企业给搞黄了。搞黄了以后,工人就向法院告主管集体企业的这些政府机构,要他们赔偿损失——因为我们是集体企业,不是你们政府企业,你怎么能派官员而把我们企业搞黄了呢?现在法院对这些案件都不受理了。以前受理过几次,但是都把工人驳回了。北京这个法院驳回工人的原因在什么地方呢?我记得法院判决书是这样写的,说对民法上所有权的侵害,应该由所有权人或者说是能够代表所有权的人来行使请求保护的权力,或者来行使诉权,而工人是在工厂中做工的人,也就是工厂的雇员,不是所有权人,所以工人作为诉讼主体是不适合的。你只是打工的一个雇员、一个工人,你工人怎能行使所有权人的诉权呢?不可以的,所以把工人给驳回了。那工人反过来就问法院,到底谁是所有权人?谁能够有权行使所有权?到现在为止法院不知道该怎么回答。所以,后来法院就“聪明地”下达了一个决定,从上到下以后这种案子都不受理了。

现在大家看一下,北京商业银行,上海商业银行,城市信用合作社现在都叫城市商业银行,城市商业银行原来就是按照劳动群众集体这个观念组建的大型股份制企业(这些企业本来是法

人类型),后来不承认老百姓的股份了,不要老百姓这个股东了,就把它变成了名义上的集体企业。这些企业实际上根本就没有劳动人民参与了,而成为当地政府的财政手段,甚至成为一些贪官污吏的钱包。我的话可能说得有点过分,但是在有些地方确实是这样的,很多集体企业名义上叫做集体企业,但是呢,既没有劳动群众共同劳动,没有劳动群众共同分配,因为根本就没有劳动群众的集体。这样,这笔很大财产就成了官僚财产或者权力财产。这是我们立法的一个很大的问题,名义上有那个财产在那儿,但实际上我们也不承认它是法人所有权,因为在立法上来讲集体不是法人。集体是社会主义的经济组织,法人是资本主义的。法人明确受民法上的控制,而集体不受民法原则的控制。我不知道这个问题怎么解决,把问题提出来大家可以研究一下。

我最近看到南开大学金岩老师的一篇论文,很受启发。这篇论文把过去城市劳动群众集体所有权发展过程进行了仔细的梳理,政府怎么一步一步地先吸收老百姓的股份,然后在何时不承认老百姓的股份了!这个过程写得很清楚。下一步怎么办?财产聚合起来了,现在这个财产量也不小。像北京市城市银行,这儿办一个分行那儿办一个分行,这些财产原来都是股东的财产集合起来的,但是现在立法不承认原来股东的存在了。这实际上就是一个集体财产,可谁是他的所有权人呢?搞不清楚,所以在物权法里立法者就聪明地不写

了。我们中国人就有这个特长——眼不见心不烦。反正我就不写你,就不规范你,你想找我的茬儿你也找不着,免得写一个条文说不定就引发诉讼了,把当权的套在里头了。

#### 8. 农村中的集体所有权的规定脱离现实

现在大家都在讨论“三农”问题。三农问题的核心问题之一,是农村的地权问题,这就涉及到物权法对于农村地权的规定。农村地权制度,实际上反映了一种权利主体的冲突,一是“国家”在农村土地上的利益与农民地权的冲突。我们国家的法律规定,只有“国家”(在我上面的分析中已经谈到,这里的国家其实不是国家,而是各级政府,因此我这里的国家是打引号的)才有权利开发土地,农民没有权利开发自己的土地,因此就开发土地的利益而言,农民与“国家”冲突不断。二是农民个人与农民集体之间的冲突。按照我国的法律,农村土地所有权归属于集体,而农民个人享有承包经营权,农民个人的权利和集体的权利之间一直存在着尖锐的冲突。对于前一个冲突,我们这里无法仔细谈,对于后一个冲突,我想介绍一些历史知识供大家参考。

农村中的集体所有权中集体和个人是什么关系?这个问题太值得研究了。可是现有的研究对此事语焉不详。最近我仔细看了一下历史,才得出了结论。实际上通过对农村集体所有权建立的历史过程的分析,就能够清楚地看出问题。

农村中的集体所有权的建立有四个步骤。第一个步骤是初级合作社。我们大家都知道,新中国成立后农村地权制度最大的变革就是土地改革。土改把土地的所有权平均分配给农民,实现了平均地权,人人都有保障了,这是新民主主义革命的理念;然后就建立初级合作社,初级合作社的基本特征就是农民保留自己的所有权而换工互助,互助合作是初级合作社的特征。第二个步骤是高级社。高级社的特征是农民拥有的股份和所有权转移到社里,农民个人保留股份,集体取得了所有权。这种地权的结构还是按照民法上原则建立起来的。第三个步骤就是1958年建立的人民公社。人民公社并不是后来长期存在的乡镇政府的称呼,而是一种积极组织的称呼,它的基本特征就是把所有权上升为代表共产主义社会的人民公社,实现土地公有制,从而消灭了农村土地上的任何民法权利残余。后来的民法学研究都忽略了这一段历史,但是在我看来,这一段历史是很重要的,因为后来的集体所有权的基础是在这一时期打下来的。由于农村土地所有权一律“上升”为人民公社了,大家都没有民法上的权利了,这样大家都进入了共产主义社会了,所以农村里村村办起了大食堂,干活不计报酬,吃饭各取所需。人民公社最初建立的时候并不是政权组织,而是经济组织,是高级社或者说共产主义的高级社的发展阶段,大家都归了公了,所以才有了大炼钢铁等那些乱七八糟地瞎搞的事情。但是,很快就发现人民

公社是失败的,根本就搞不通!原因在什么地方呢?原因就在于当时的人民公社体制本质就是乌托邦式的。所以到了1962年,就出现了农村地权的第四个阶段,就是到现在一直存在的集体所有权阶段。1962年,中央制定了新的农村政策,对人民公社予以调整,将“一大二公”的人民公社重新向民法上的所有权“倒退”,建立了“三级所有、队为基础”的所有权结构模式。什么叫三级所有?就是公社一级所有,生产大队一级所有,生产小队所有。其中生产小队的农民集体所有,是农村的集体所有权的基础形式,在这个生产小队里面,农民共同劳动、共同分配、按劳取酬。请大家注意,这一阶段的农村地权,与第三阶段的农村地权差别很大。按照当时人们的说法,第三阶段的那种地权模式,是共同劳动各取所需的共产主义性质,而第四阶段的地权模式是按劳取酬的社会主义性质。从那个时候起,才产生了现在大家理解的农村集体所有权,人民公社才成了中国最基层地方政权组织的称呼,因为毛主席说“人民公社好”,人民公社就留下来替代乡镇政权了。当然1982年宪法以后,才又称为乡镇政府了,总之,1962年以后,才有了现在我们大家所理解的农村集体所有权。

一看集体所有权建立的四个阶段你们就会知道,在我们国家农村地权这个问题上,体现着一个最基本的问题,就是社会主义传统的理想怎样和中国的实践相结合?这是中国人面临的一个需要很好解决的问题。毛泽东的《新民

主义论》提出,中国共产党人建立的农村地权制度的目标是消灭剥削和人人得有保障。新中国实行土改,就是按照这一精神进行的。可是后来的做法,比如建立人民公社,就主要是为了实现共产主义的目的了。所以农村的集体所有权,是否还符合新民主主义的精神,这一点值得大家思考。

另外,你再用人人得以保障这样一种观念,怎样能够跟现在中国这个生产力发展相适应?这就是个问题。人民公社强调的共产主义性质的人人都有保障,所以最后,所有权一下子就归公社了,把土地的所有权事实上交给了基层政府,但是很快就发现这个观念根本就行不通,在中国脱离国情了。后来又把所有权做了一个倒退或调整的一种规定。到了1962年,建立“三级所有、队为基础”的所有权模式,又把地权归还给农民,但不是归还给农民个人性质的高级社,而是归还给“集体”。大家应该明白,“农民集体”就是这个时候建立的。

1980年前后,我们建立的农村承包经营责任制,实际上是想恢复新民主主义革命时代的一些理想,想打破这个集体所有权。这一点从农村集体所有权制度建立的过程看,应该是很清楚的。人民公社化后来留下来的消极影响,就是集体所有制和集体所有权,它在法律上有很多荒唐的消极方面,一个很重要的方面就是在这儿要提出的问题:个人的成员权在集体所有权里怎么体现?个人作为一个成员有没有民法上的权利?在这个共同劳动共同分配的集体里,“共同

劳动共同分配”是一个前提,但是这个前提过去有,人民公社时代有,而现在没有了。现在很多人坚持集体所有权,但是他们忘记了这个集体建立的前提条件,那就是共同劳动共同分配,没有这个前提条件,为什么还有集体呢?这一点也是大家应该思考的。

即使过去也存在这个问题——就是个人作为一个成员的权利在哪里?在民法上,个人的成员权实际上在人民公社化的时代就消亡了,大家都知道初级社的时候个人有所有权,高级社的时候个人还保留着民法上的权利,作为个人成员权的法律基础;但是到了人民公社的时候,个人就没有了任何民法上的权利了。集体相对于成员而言,没有一个一个的成员哪来的集体呀?但是现在我们就是本末倒置了,我们的立法就是只认集体不认成员!过去改革开放之前的时代就是这样的,农民成员个人没有任何民法上的权利!所以,对于农民的侵害,农民个人是没有任何权利来自我防护的。就是通过这样一种制度的设计,农民不知不觉地变成了中国没有基本权利的人,所以农民被剥夺得十分厉害,到现在也翻不了身。不知道在座的有没有农村来的同学,他们可能更清楚。城里的同学可能都不太了解这一段历史,没有到农村去过,但是你们看看那些到城里打工的农民就知道了。

农民个人对于农村土地权利状况,我举个简单的例子。我在国土资源部做法律顾问的时候,有个兰州郊区的农民来咨询,说他们那里村长和书记把地给

卖了,而且卖土地的钱也不知道到哪里去了。有一些老农民不愿意卖土地,就到法院去告这个村长和书记,告他们两个卖地,要求保护集体所有权。农民的起诉名义是保护集体所有权,法院受理这个案子后的判决书说,从民法上来讲对集体所有权的侵害,应该由能够行使集体所有权的人来主张诉权,而农民个人并没有这样一种资格代表集体来行使这个所有权,所以这个诉讼也是以主体不合格,把农民给驳回了。农民反过来就问法院,那谁才有资格来代表集体来行使所有权?谁才有资格作为集体所有权的代表呢?法院说那就是你们的村长,农民说我们告的就是村长,难道他们自己去告自己吗?你想想这个案件听起来有多么可笑,你去想一想集体所有权的制度建设本身,理论上把农民抬得很高,实际上把农民的权利剥夺得很彻底。

相对于法人制度而言,“农民集体”这个概念的缺陷太明显了。因为法人制度中间恰恰是成员权,你要是侵害法人财产的话,法人的董事会啊,或者是什么人要是侵害法人财产,法人成员就可以行使自己的法人成员权来保护自己的利益。但是我们这个集体经济组织不是按照法人建立的。其实,以来农村的高级社还是符合法人规则的,后来的人民公社就违背了民法上的规则,所以才导致现在很大的问题。

现在对于集体财产的侵害,也是很大的问题。三农问题大家都觉得很遥远,但是看一下周围进城来的农民工我们都知道,看他们的衣着、看他们的举

止、看他们萎靡的精神状态我们就知道,实际上他们被隔离在整个社会的围城之外,中国的现代化大门对农民是限制的或者说是关上的,甚至我们可以这样说,原因就是农村中的很多问题都不是按照科学构建的。地权问题、所有权问题是个核心问题,现在农民有什么真正的权利?这是个很大的问题。所以我们主张个人的成员权能得以重建,将农村集体按照法人制度予以改造,但是我们现在看到的立法方案还没有写到这一点。这里也有一个意识形态障碍的问题。

#### 9. 农民的承包经营权的定性未能确切到位

上面说道,农民权利实际上还有两种权利,一种是农民集体的权利,另一种是农民个人的权利,最主要的就是农民的个人土地承包经营权。土地承包经营权是目前我们解决农村问题的一个主要法律手段,但是土地承包经营权从民法的理论上来讲是所有权衍生出来的或者说是派生出来的权利,所以在法律上来说它应该附属于所有权。但是从我们现在的立法所反映的立法指导思想来看,恰恰土地承包经营权是解决农村问题的基本的法律手段。上面为什么给大家回顾一下历史呢,因为新民主主义革命的基本理想是农民个人要从土地直接的获得保障。可以说,毛泽东虽然在新民主主义论里给农民个人做了一个将土地权利交给农民的政治契约,但是后来这个政治契约也被他自己撕毁了,然后邓小平希望能把这个政治契

约恢复过来,能够把契约上的权利还给农民。

但是,现在在这两个价值之间发生了很大的冲突,到底集体所有权是基础,还是农民的个人土地承包经营权是基础?二者中,谁是根本的权利?举个最简单的例子,土地征用的时候,要给农民进行补偿,以什么权利作为补偿的重点、作为补偿的对象,就在这个问题上反映出来了。是把钱交给集体,还是把钱交给农民个人?这个问题简直是太普遍了,对农民利益的损害就是从这里出现的。前一段在全国人大开会,他们有一份资料就说,现在土地征用时补偿给农民的款项,交到农民个人手里头的最多只有17%,最少的是5%,一般的情况下是百分之10%左右;多数的钱,就是90%的钱不知道到哪去了,都是以集体的名义最后找不着了。可以想一想,我们法律上的设置,可能很简单,但是实际上,中国有多少农民啊,多少人!这损害的利益有多严重!所以你说农民不高兴农民不满意,在我们这次物权立法中,有些人竟然说,就是你们这些人整天煽风点火,把农民的权利意识给煽动起来了,什么搞暴动啊,砸政府的大门啊,动不动就跑到城市上访,弄得城市乱七八糟的!就这样,说你煽风点火,有这样的嫌疑。剥夺农民、欺负农民的事他看不见,农民晚上到城里坐一下,他倒觉得他们穿得破破烂烂,嫌他们好像有意丢中国人的脸似的。但是你想想,农民穿的破破烂烂,难道是他自己愿意的吗?农民有什么办法呢?他们不来上

访又有什么办法呢?

#### 10. 农村土地流转限制欠缺正当性

农村土地的流转引发的社会争议越来越大,但是这一次的物权法法案对这个问题基本上没有规定。

农村土地的流转涉及两个大的方面。第一点,是农村土地所有权向“国家”方面转移,包括征地等。目前,我国法律基本上禁止农村土地由农民自己开发,农村土地只能由“国家”开发。因此,在土地开发之前,其所有权必须首先转移到“国家”手里。这就是我国实行的“土地一级市场国际垄断”制度。目前,实行这项制度的正当性越来越引起怀疑,为什么农民不能直接从土地开发中获得利益?为什么农民就只能做农民?说到底理由不充分。

农民土地流转的第二个方面,就是农民土地承包经营权在农民个人手里流转。由于近年来进城农民越来越多,这种土地流转的发生也越来越多。但是,我国法律对于农村的基本政策,就是土地承包经营责任制的长期稳定。长期稳定的意思就是禁止流转。但是现实生活中的流转越来越多,也越来越复杂,对此法律基本上是闭目塞听。希望这个问题能够引起注意,早日建立良好的法律对策。这是一个很大的问题,因为时间的关系,我就不再多讲了。

#### 11. 建筑物区分所有权忽略了最基本的权利

这次的物权立法的方案,相比其他地

## 学术对话

方来看,在建筑物区分所有方面,可以说还是不错的。原因是什么?原因就是这部分条文相对来说写得要细,写得要多。

但是与实际生活状况相比,还是不能满足需要。居者有其屋是一项基本人权,老百姓不能没有住房。而中国城市里的住房主要是依据建筑物的区分所有权来解决,不像人家国外,城市居民住房也主要依靠单一住宅来解决。中国常规的居住的情形,是中国城市居民绝大多数住在区分单元里,因此中国建筑物区分所有权是中国城市居民普遍拥有的权利,物权法对此权利的规定当然不能依靠特别法,而只能依靠普通法。当然少数人也会有别墅,也就没有建筑物区分所有的问题了,但是绝大多数人是要发生这样一种权利。

在建筑物区分所有权的法律制度中,最值得引起注意的,是这种所有权本身是多从权利的复合体这一特征。我以前的著作里谈到,这种所有权中至少包括三种所有权,即:全体业主对建筑物整体的所有权,部分业主对部分建筑物的部分所有权,单一业主对特定建筑物空间的专有所有权。其中,全体业主对建筑物整体的所有权,是各项所有权的基础,因为建筑物的整体安全是其他权利的基础。在我之前,我国法学界从日本引进了建筑物所有权理论,其基础是单一业主的所有权,业主之间的关系,用民法相邻关系解决。这就忽略了建筑物整体的存在以及利益问题。

在这种情况下,问题就很多,尤其是涉及到公共使用空间的时候,像绿

地,车库之类。甚至在广州、深圳,都出现了开发商保留临街外墙的所有权的现象。开发商卖房的时候把房顶上,还有外墙的所有权给保留了,为了自己将来做广告或者收取做广告的利益。后来我到建设部开会,我说这些根本是非法的,原因是,这种保留忽略了建筑物整体的利益。后来建设部通过一个规定把这些东西都否定了。但是目前的物权法方案还是没有考虑到建筑物整体的问题。

现在最显著的就是车库的公共使用问题。前一段有一个律师给我说,说是有一个地方规定草地、公共设施等都还许可业主来保留所有权。我觉得这是很荒唐的。你想想,草地从功能上它就是公共使用,为什么要保留这个权利呢?原因是开发商在房子盖好以后,还想在这个地上建商场或者搞其他的商业性设施,反过来再赚一些钱。这也是违背建筑物整体利益的行为。昨天我见一个律协的人,他说他办了不少房地产的案子,到目前为止还没有发现一个诚实的开发商,这些开发商都有些不是大就是小地欺骗老百姓,在广告和最后做的事情里都是如此。我刚才说了,相比较来看物权法草案这部分内容比其他部分要好,但是还是有很多的地方做得不细,所以希望能够改进。

### 12. 用益物权类型还应该发展

上面说到,目前物权法的方案在用益物权方面有比较大的发展,但是依我看,还应该做进一步的发展。就是说,除了上面我所说的地役权和人役权也就

是居住权之外,还要不要增加新的用益物权的形式,比如说地上权。这是值得考虑的。我们要不要规定地上权?有一些观点认为不应该规定,因为我们的国有土地使用权就是地上权。但是实际上是不一样的。我给大家举一个简单的例子,在西方市场经济国家,以所有权作为基础的不动产权利,在所有权上面准许设立地上权等各种各样的权利来满足市场经济的提高、人民群众生活的需求。但是在中国,土地所有权不能进入市场,只有使用权能进入市场,所以国有土地使用权在中国所发挥的作用就恰如一般市场经济国家的所有权一样。简单地讲就是,在其他国家中除了一种基础的所有权能够进入市场交易机制之外,还有地上权等等各种权利;但是在我们国家能够进入交易机制的就只有国有土地使用权这么一种权利,而没有其他能够进入交易机制的权利,所以它不能够满足我们现在市场经济的日益发展的需求。

事实是不是这样的呢?回答是肯定的。比如说在大连,沃尔玛想在地下的防空洞做一个地下超市。土地是国家所有的,土地的所有权已经明确了;而土地的地面部分,也有一个单位已经取得土地使用权了。而现在沃尔玛就是想利用地下这个特别的建筑,他这种权利在西方国家,一般会许可他设定一个地上权——五十年或几十年的地上权,沃尔玛就是要这个五十年的地上权。但是这个五十年的地上权,在中国法律中是没有依据的,中国法律只能给他二十年的

租赁权,而租赁权无法满足沃尔玛的需要,所以最后这个投资就撤销了。因为按照中国传统的租赁合同最多只有二十年,可二十年对人家来说经济上是不合算的,自然就无法再做这个项目了。这就叫作茧自缚。如果我们法律上承认了地上权,就能解决这个问题,但现在还不能解决。

这次立法中,在这点上,稍稍有一些松动,可能将来会理解为地上权。比如有一个条文就是在使用权之上还可以设立其他的民法上的权利,有这样一些条文但是没有提出这样一个概念。可以说有一些改变的措施,但不是太明显。

### 13. 抵押制度的根本缺陷

担保物权是一个附属物权,是附属在债法上的权利。中国建立的这个担保物权制度当中,尤其是抵押权这样的权利,能不能满足市场经济的要求呢?或者说在这方面的法律制度设计上,有哪些改进和研究的价值呢?就这些理论上是有很多问题值得探讨的。我只讲一些具体的问题,具体的实际问题大家可以讨论一下。

以抵押权为例,抵押权可以担保主债权。这个主债权在法律上产生的时候、转让的时候都是不要式的,比较随意的,但是我们现在所设置的这个抵押权的每一次转移都要进行登记。主权利的转移,并没有这样一种复杂的手段,但是附属权利的转移,却必须要有登记等等这样一些程序,而登记往往是比较复杂的。按说应该是附属权利和主权利

一起转移才对。问题出在什么地方呢？就出现我们对于当代的担保物权制度了解不够。现在世界上多数国家建立的抵押制度，都是以流通性抵押作为基础的。关于流通性抵押，你们可以看一下我的《当代德国物权法》中的阐述。你们可以看到，发达国家是以流通性抵押作为基础抵押关系，或者说作为常规性的情形，尤其是发展到以证券式抵押的时候，更加方便快捷。我们国家所建立的抵押制度是以保全性抵押，也就是说，以一种不能流通性的抵押权，但是我国的抵押权是以这种权利作为基础的，所以说我们目前建立的抵押权是世界上最笨拙的一种抵押权，这种制度建设当然无法满足实践的需要。

最近我看到一些论文在讨论一些东西，有些学者说流通性抵押在中国不可靠，产生了它会带来交易风险等一些与登记脱钩有关的担忧。实际上这样的担忧是没有道理的。因为证券抵押、流通抵押总的说来，最初还是源于登记这样一些制度建立起来的，只是在登记之后才纳入流通的，而不是说从来都不登记，就做出了证券，就能流通。所以对我国学者来说，我觉得还是个研究不到的问题。

#### 14. 非典型担保的作用被忽视

在当代国际上物权法领域的一个新的发展，就是在动产担保领域非典型担保取代了典型担保，取得了动产担保物权的支配地位。但是现在的物权法方案，基本上还是以典型担保作为核心，

对于非典型担保置之不理。关于什么是非典型担保，我以前的著述里谈了很多，大家可以参阅。目前，对于一些非典型性的担保怎么样看，对于浮动抵押、企业担保怎么样定性，由于时间问题，我就简单的提一下，不再一个一个具体解释了。

#### 15. 对于习惯物权，不能置之不理

习惯物权，即习惯中的物权、交易习惯中的物权，怎么样规定、怎么样处理的问题，是很值得讨论的。物权法方案对此采取置之不理的态度，这是不对的。

物权法的一个原则，就是物法定，物权的种类和内容必须由法律规定，不得由当事人创设。但是贯彻物法定原则必须有个前提，就是法律必须要把这个习惯中的东西研究一下总结一下。对于习惯中的物权，目前你是承认还是否定呢？要有个答案才行。习惯中的物权其实是很重要的，比如农村中的土地承包经营权，原来就是习惯物权。现在大部分立法方案，包括我们自己搞的物权立法，都是学者自己搞出来的东西，立法机关搞出来的东西也没有进行实践调查。习惯中的物权到底是什么样子？我觉得这将来对我们的改革来说意义是非常大的。比如说土地使用权的问题，现在法律上规定的国有土地使用权的取得的两种方法：一种是划拨，一种是出让。但据我的了解，实践中城市中间的国有土地使用权，我大概总结了一下有九种类型，除去划拨和出让之外，还有国家或者企业以土地出资等各

种形式。其他的土地权利类型你承认不承认?法律要有个态度,否则必定损害经济发展。再举个简单的例子,就是国家或者企业以自己的土地使用权出资。这里的出资就是以土地使用权为股份。大家都知道出资是个什么含义,投资在商法是个什么概念。投资有个最基本的规则,只要企业是存在的,就不能随便撤资啊,除非法人清算的时候你才能清理你自己的资产。只要法人存在你就不能把你的资产收回去,那么,国家或者企业将土地投资进去了,你怎么还可以把它设定一个期限呢?尤其是国家所做的土地投资,政府的所做的土地投资。有些企业存在尤其是国际上一些大型的企业,存在好几百年的都有啊。因此怎么能说投资受到期限的限制呢?怎么能许可投资人将土地中间撤回呢?这是问题之一。此外,投资人对于自己的投资只能享有股权,企业拥有其整体资产的所有权,因此土地作为投资后,企业就对土地有处分的权利,这个权利总不能还叫做使用权吧?

现在我国的习惯物权,比如沿海农民在海洋上耕种的权利,也出现了。立法者怎么考虑这些权利类型呢?不能说人家是不合法的,就把人家给取缔了,对不对?一说到习惯物权,就有人拿摩梭人的所有权做例子。但是咱们不说摩梭人那个所有权的情形了,他们只有两万人了,咱们不研究也行,但是对整

个国民经济有意义的类型我们还是要研究研究的。

我今天讲的这十五个疑难问题,实际上并不是说我故意挑立法上的刺儿,只是想将物权法的立法促进一下。大家可以看一下,我讲的这些问题是确实存在的,有些还是很关键的。这些问题的解决对司法经济的发展、老百姓的生活,具有非常重要的意义。因此不管是作为学者也好还是作为立法者也好,我们都应该有勇气来面对这些问题,更应该有勇气来改变,以免给市场经济的发展埋下祸根。我也给大家提一个希望。第一点,就是我们必须要有扎实的研究,不能像有些书中说国家是统一所有政府分级管理,两权分离,把这些当作社会主义本质。所以,我们不能人云亦云,大家必须要有清醒的头脑。第二点,就是要有创造的精神,在现在这样的情形下,你不能相信别人搞出来的东西都是对的,我们对每个问题要有创造,要有这样一种勇气。第三点就是要有突破精神,现在的东西,你看出缺陷了就要勇敢地往前走,不能固步自封,更不能限于旧的意识形态和旧的学习方法之中。我们中国人是不乏勇气的。■

(这是作者2005年5月9日应龙卫球教授之邀在中国政法大学所做的学术讲演。李兆存、董亚川、王晶根据录音整理)