

孙宪忠:中国当前物权立法中的十五大疑难问题(下) PDF转换可能丢失图片或格式, 建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E5_AD_99_E5_AE_AA_E5_BF_A0__c122_484817.htm 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实现所有权的一个方式, 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？它是这么一个实现方式呢？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。每次遇到这样事情的时候，就像那个范伟说的一句话：“我怎么就纳了闷了呢？”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：现实生活中间，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，在所有权的项目下，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的股份制企业(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，实际上反映了三种权利主体的冲突：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移转到社里，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，在我们国家农村地产这个问题上，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我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适格，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重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。简单地说就是，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说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，就是物权法定，物权的种类和内容必须由法律规定，不得由当事人创设。但是贯彻物权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，他们只有两三万人了，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。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com