

孙宪忠:中国当前物权立法中的十五大疑难问题(上) 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_484820.htm 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,现在的立法方案优点是很多的!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,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，这一点在我国的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。我在我主编的《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 Roma 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就没有人格吗？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。这个我就不用多说了，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，只能够产生相对权的结果，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的独特的法律根据。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，而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，在物权上是有一个行为的，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间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法的会，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，这是完全错误的一个认识。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活的准确调整，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，这其中既有债权又有物权，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》第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，也就没有所谓违约的责任。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一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。我看在座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。我在这里面强调的问题，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，后来这个人也找不着了。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，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，我们都知道你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的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 在一般市场经济国家里，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。 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