

崔文星
著

物权法 专论

WU QUAN FA ZHUAN LUN



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

— 111 —

物 权 法 专 论



崔文星
著

物权法专论

WU QUAN FA ZHUAN LUN



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



图书在版编目(CIP)数据

物权法专论 / 崔文星著. —北京:法律出版社,
2011. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2803 - 3

I. ①物… II. ①崔… III. ①物权法—研究—中国
IV. ①D923. 24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 237204 号

物权法专论

崔文星 著

责任编辑 刘彦洋
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 13.125 字数 289 千

版本 2011 年 12 月第 1 版

印次 2011 年 12 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京中科印刷有限公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-2803-3

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

第一编 总 则

第一讲 物权法的基本理念 /3

- 一、关于物权基本内涵的界定 /3
- 二、尊重和保障物权是文明社会的应然选择 /7
- 三、公权力的行使不得侵害私权利 /9
- 四、关于“民事主体地位平等”的理解不能矫枉过正 /13
- 五、“国家财产神圣不可侵犯”的理念无懈可击 /15
- 六、“私有财产神圣不可侵犯”的观点不合法理 /16
- 七、物权法甚至法律不是万能的 /21

第二讲 论物权的效力 /25

- 一、物权的排他效力 /26
- 二、物权的优先效力 /31
- 三、物权的追及效力 /41
- 四、物权请求权 /43

第三讲 论物权法定原则 /47

- 一、物权法定原则的内涵 /47
- 二、物权法定原则的立法原因 /52
- 三、动摇物权法定原则的观点是不妥当的 /54

第四讲 论区分原则及其在我国《物权法》中的贯彻 /63

- 一、区分原则的含义 /63
- 二、区分原则的基本要求 /66
- 三、关于区分原则的认识误区及其矫正 /67
- 四、对物权契约的误解应予矫正 /73
- 五、否定抽象性原则并不能当然否定区分原则 /77
- 六、区分原则在我国《物权法》中得到了较好的贯彻 /79
- 七、关于区分原则的合理性评价 /83
- 八、结语 /86

第五讲 论物权公示原则 /88

- 一、物权公示原则的内涵 /88
- 二、物权公示的基本方式与要求 /91
- 三、物权公示的效力 /94

第六讲 论我国《物权法》上的不动产登记制度 /104

- 一、不动产登记制度的基本含义和作用 /104
- 二、我国不动产登记制度的历史回顾及其缺陷分析 /107
- 三、我国《物权法》上的不动产登记制度解析 /110

第七讲 论非依法律行为发生的物权变动 /129

- 一、非依法律行为的物权变动的内涵 /129
- 二、非依法律行为发生的物权变动的具体类型 /132
- 三、非依法律行为发生的物权变动适用的规则 /141

第二编 所 有 权

第八讲 论土地征收中的物权法律关系 /147

- 一、征收 /147
- 二、我国土地征收制度的运作现状 /153
- 三、土地征收中物权制度的弊端和完善 /157

第九讲 论善意取得制度 /167

- 一、善意取得制度的内涵 /167
- 二、善意取得的要件 /172
- 三、善意取得的效力 /177
- 四、盗赃物、遗失物原则上不适用善意取得制度 /179

第十讲 论国家所有权的性质及行使规则 /185

- 一、问题的提出 /185
- 二、国家所有权的基本原理 /186
- 三、国家所有权的性质 /193
- 四、国家所有权的行使规则 /201
- 五、结论 /209

第十一讲 关于农村集体土地所有权主体制度的思考 /210

- 一、农村集体土地所有权主体制度的伦理基础 /210
- 二、关于现行立法中农村集体土地所有权主体制度的状态 /212
- 三、关于农村集体土地所有权主体制度的争论和评析 /216
- 四、以法人制度完善农村集体土地所有权主体制度 /222

第十二讲 论农村土地权利的冲突和对策 /228

- 一、国家土地所有权和农民土地权利的冲突和对策 /228
- 二、集体土地所有权与农民土地权利的冲突和对策 /239
- 三、尊重和保障农民的成员权是解决所有权利冲突的根本途径 /243

第十三讲 论建筑物区分所有权 /248

- 一、建筑物区分所有权的基本内涵 /248
- 二、建筑物区分所有的专有权 /251
- 三、建筑物区分所有的共有权 /255
- 四、建筑物区分所有的共有部分管理权 /258
- 五、结语 /260

第十四讲 关于小区车库、车位权属规则的完善

——以《物权法》第74条为中心 /262

- 一、问题的提出 /262
- 二、关于小区车位、车库的分类及《物权法》的相关规定 /263
- 三、《物权法》第74条第2款的规定并不合理 /268
- 四、关于车位、车库权属规则的完善 /270
- 五、结语 /273

第三编 用益物权

第十五讲 论建设用地使用权 /277

- 一、建设用地使用权的内涵 /277
- 二、建设用地使用权的权利构造 /281
- 三、建设用地使用权与近似权利之比较 /285
- 四、建设用地使用权的设立 /291
- 五、建设用地使用权流转 /295
- 六、建设用地使用权的抵押 /299
- 七、建设用地使用权消灭 /302

第十六讲 论土地承包经营权 /308

- 一、新中国农地制度的历史变迁 /308
- 二、土地承包经营制度现状评析 /317
- 三、土地承包经营权流转及其前景 /323

第十七讲 通俗化的地役权内涵 /337

- 一、现实中的地役权 /338
- 二、通俗的地役权的基本内涵 /340
- 三、地役权的特征 /342
- 四、地役权与相邻权的关系 /346
- 五、地役权内涵的通俗化解读 /350

第四编 担保物权

第十八讲 论担保物权的性质和适用规则 /355

- 一、担保物权的基本内涵 /356
- 二、担保物权的性质 /359
- 三、物保与人保效力等同 /367

第十九讲 论抵押权顺位规则 /372

- 一、抵押权顺位的内涵 /372
- 二、抵押权顺位的固定主义与升进主义 /374
- 三、我国法关于抵押权顺位规则的规定 /379
- 四、我国法关于放弃或变更抵押权顺位的规则 /383

第五编 占有

第二十讲 占有内涵的解释论 /389

- 一、占有的基本内涵 /390
- 二、无权占有的内涵 /393
- 三、占有的性质 /396
- 四、占有制度的法理基础和社会功能：维护公共秩序 /403
- 五、占有的效力 /406

后记 /412

第一编 总 则

第一讲 物权法的基本理念

在起草《物权法》的过程中,甚至在《物权法》颁布后,关于物权和物权法的一些基本内涵的争论以及关于物权法基本理念的争论时有发生,且见仁见智,有些是观点的交锋,有些是无谓的争论,有些甚至是关于相同问题的不同方面的正确表达,无所谓谁对谁错,因此,澄清物权法上一些基本概念和基本理念的内涵和外延,对于在物权法领域的正本清源甚至对于全面理解民法理念无疑是有积极意义的。

一、关于物权基本内涵的界定

(一) 物权并不等同于财产权

在大陆法系的法律体系中,存在单独的民法,民法中包含物权法。而在英美法系的法律体系中,不存在单独的民法,因此,也没有所谓的物权法,基本与物权法相对应的法律叫做财产法,但二者并非一一对应关系,物权法并不等同于财产法。我国的法律体系,自清末改制

以来,基本沿袭和借鉴了大陆法系的传统和模式,^①所以我国的《物权法》与英美法系的《财产法》是不同的。

民事权利包括财产权和人身权,物权是财产权的主要类型,是财产权的属概念,二者是种属关系的概念,是包含和被包含的关系。广义的财产权除包括物权外,还包括债权、知识产权、继承权等内容,因此,将物权等同于广义的财产权的观点是不妥当的;狭义的财产权包含有体物财产权和无体物财产权,而物权一般是指有体物财产权,因此,将物权等同于狭义财产权的观点也是不妥当的。一言以蔽之,物权与财产权是两个不同的概念,各自具有其特定的内涵和外延。

我国在起草《物权法》的过程中,曾存在过起草《财产法》还是《物权法》的争论,部分争论的观点是混淆了物权和财产权之间的内涵。物权的概念是大陆法系民法特有的概念,有其固有的内涵和外延。英美法系没有单独的民法,没有物权法的概念,也没有形式意义上的物权法。在英美法系,与物权法基本相对应的法律是财产法,但二者并非完全对应关系:英美法系的财产法不仅包含有体物财产权,也包含无体物财产权;而大陆法系的物权法原则上只包含有体物财产权,无体物财产权一般不属于物权法的范畴。

在制定《物权法》还是《财产法》的争论过程中,孙宪忠先生认为只能制定《物权法》而不是《财产法》,其主要理由如下:“财产”一词的含义非常广泛,难以用准确的法律词汇界定。财产的概念有如下几个完全不同的意义:(1)财产是指民事权利主体所享有的具有经济内容的权利和所承担的具有经济内容的义务的综合;(2)财产只是具有经济意义的权利,即积极财产;(3)财产

^① 杨鸿烈:《中国法律发达史》,上海书店1990年版,第898页。

并不是指权利,而是指权利的客体即具体的物,如房屋、土地等;(4)财产在以上权利的基础上,又包括商业经营者特殊意义的人身权,如名称权、名誉权等;(5)商业联系、商业培训资格等在法律上难以从正面界定为财产的权利,在经济实践上和司法上被当做企业的“无形资产”;(6)根据德国民法学的通说,财产权大体上包括大陆法系一般所说的物权、债权、知识产权以及其他无形财产权这些民事权利。据此认为,财产的概念过于宽泛,不符合法律概念必须清晰、同一、准确的要求,因此应当制定《物权法》而不是《财产法》。^①

在不同的法律观念背景下,物与财产两个概念不可互相解释,因此物权与财产权也不可互相解释。财产之不同于物,一是在于其非客观性;二是在于权利与客体的混同;三是财产概念可自然容纳无体财产,甚至不需借助“无体物”的拟制,这又使得上述混同更易发生。这种权利与其客体的混同,究其根源,就是看到了对物支配关系中的物,而未看到对人关系中的物,导致物被主体的人格所吞没,物丧失客观自在性的结果。从狭义的有体物,到广义的物,到财产,这种物的泛化导致所有权本身意义被扭曲。^②

(二)物权的内涵

物权是权利人直接支配特定的物并排除他人干涉的权利。《物权法》第2条第3款规定:“本法所称物权,是指权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利,包括所有权、用益物权和担保物权。”

^① 孙宪忠:《争议与思考——物权立法笔记》,中国人民大学出版社2007年版,第175~177页。

^② 王玉花:“物权的绝对性及相关问题研究”,中国社会科学院研究生院2007年博士学位论文。

物权的概念包括以下三层含义：

1. 物权是对物权，它表示的是人对物的支配关系，它的本质是人对物的支配权。这一概念与债权所表示的人对人的请求关系有明显的区分。从法学技术上看，物权的内容就是一个具体的主体根据自己意思对一个具体物的支配关系，并不涉及其他人的意思；而债权表示的一个具体的主体请求另一个具体主体为或者不为某种行为所形成的法律关系。

2. 物权的本质是排他权，物权的实现不但不依靠他人的意思，而且必须排除他人的意思，才能实现权利人的全部利益。排除他人干涉既包括排除公权力的非法干涉，也包括排除私权利的干涉。权利主体根据自己的意志享有物权。

3. 物权的实现仅仅依据权利人自己的意思，不必依靠他人的意思；而债权的实现必须借助于他人的意思，必须得到他人的协助。法律上所谓权利实现，即权利人取得权利所指向的利益，获得权利的使用价值或者价值。物权的实现与债权或者其他权利的实现有着根本不同的法律条件：物权关系中没有特定的相对人，除权利人以外的人都是义务主体，都负有不作为的义务，因此，物权的实现不需要依靠相对人的意思，只需要自己做出决定即可；而债权关系中必须有一个特别的相对人，而且债权实现必须借助于这个特别的相对人的意思。因此，物权获得了绝对权、对世权的特征。其中，绝对权表明了权利人可以独断地按照自己的意愿行使权利；对世权表明了权利人可以排除他人的意思。^①

虽然说物权包含权利人对物的权利，但物权关系并不是人对物的关系，而是人和人之间的关系。从表面上看，权利人直接对物进行支配，好像是人和物之间的关系；而从本质上看，对物的支

^① 孙宪忠：《中国物权法总论》，法律出版社2003年版，第32页。

配关系实质是排除他人的干涉,也就是说,物权关系的权利主体特定,除权利主体以外的人都是义务主体,都无权干涉权利人行使权利,都负有不作为的义务。物权关系是一种法律关系,法律关系是一种社会关系,而社会关系从本质上说是人和人之间的关系,而不是人和物之间的关系。

二、尊重和保障物权是文明社会的应然选择

物权的确立在于“定分止争”,即名分已定,禁止争夺。商鞅在《商君书》中说:“一兔走,百人逐之,非以兔可分以为百也,由名分之未定也,夫卖兔者满市,而盗不敢取,由名分已定也,故名分未定,尧、舜、禹、汤且皆如鹜焉而逐之,名分已定,贫盗不取。”其中所谓“名分”,就是“权利归属”,所有权属于谁。野生动物属于无主物,谁抓住就是谁的,因此一只野兔,百人竞逐;街市上卖兔的多了,就连小偷也不取。不是不想取,是不敢取。因为那些兔子的所有权有所归属,谁要擅自拿取就是违法行为,甚至是犯罪行为。西方法谚有云:“风能进,雨能进,国王不能进。”也就是说,民事主体所有的房屋,即便是国王也不能随便进入,引申的意思就是,民事主体所有的财产和财产权利,非经法定程序不得剥夺或限制。

我国《物权法》明确规定了民事主体的各项物权,按照权利主体不同,可以分为国家所有权、集体所有权、法人财产权和私人所有权;按照权利内容不同,可以分为所有权、用益物权担保物权和占有。

笔者认为,有必要在此澄清一些模糊认识。曾经有观点认为,新中国前三十年实行人治而非法治,那时没有民法,也没有物权法,所以那时民事主体的财产权不受保护。这种观点曾在一段时间内很流行,甚至曾经一度成为主流观点,这种批判和反思与

文艺界的所谓“伤痕文学”很相似。由于历史发展本身具有复杂性和曲折性,因此,对过去岁月的控诉可以理解,但应该抱有起码的科学态度,应有起码的实事求是的观点,对历史应有起码的温情和敬意,而不是肆意歪曲和篡改。^① 那些控诉中有多少是个人情感的宣泄?有多少理性的成分?有多少“傲慢与偏见”?改革开放三十多年了,民法典仍然还没有颁布。应当认识到,不仅前三十年没有颁布民法典,“特别是”三十年来也没有颁布民法典。这是由主客观等多方面的因素决定的,历史有其自身的发展规律。但我们不能说没有民法典就不保护财产权,现在没有民法典,但有《民法通则》、《物权法》等法律、法规等予以保护;新中国的前三十年没有民法典,但有许多政策对财产权进行保护。清末改制前,中国根本就没有所谓的民法,但人们的财产权也是受保护的。否则如何理解“贞观之治”、“康乾盛世”等历史现象?实际上,许多民本观点几乎都是在封建时代就提出来的,如“民惟邦本,本固邦宁”、“天视自我民视,天听自我民听”、“水则载舟,水则覆舟,此之谓也”、“大道之行也,天下为公”等。可见,是否对权利进行实际的保护,并不在于是否存在形式意义上的法律。

目前的法律很多了,但侵害财产权利的现象并不少见,否则如何解释屡禁不止的非法强拆现象?《刑法》很完善了,但贪污腐败现象不知比前三十年胜过多少倍。问题的根本并不完全取决于有无法律,而关键在于法律的运行,而法律运行的关键在于人,人的素质高低关键在于思想道德水平。孟子说:“徒善不足以

^① 在谈到当代人描写的中国现代史时,王绍光先生认为:“我觉得现代史已经被歪曲掉了,在局外人看来,中国政治里面充满了荒唐、充满了疯狂——这不符合逻辑,也不符合历史事实,但是知识分子为了他们的利益叙述历史,就不得不把这些历史展示成那样的方式。其实,历史不是那样,它有自己的逻辑。”摘自王绍光:“历史的逻辑与知识分子命运的变迁”,载《南风窗》2008年第1期。

为政,徒法不足以自行。”毛泽东说:“思想主人之心,道德范人之行,两者不洁,遍地皆污。”^①费孝通先生的观点给我们深刻的启示,他说:我对知识分子队伍看不大起。不是因为他们浮夸,是庸俗。^②

三、公权力的行使不得侵害私权利

公权力(权力)和私权利(权利)具有不同的性质,是有严格区别的两个概念。一般认为,权利是权利主体享有的禁止他人侵害的并受私法调整的权利,权利的行使贯彻意思自治原则,权利只关乎权利主体的利益,通常与公共利益无关,因此权利主体有权通过自己的行为制止不法侵害以维护自己的权益。权力是公法人依据法定权限和程序行使职权的范围,权力的行使关乎公共利益的维护。因此权力由公法机关或其授权部门行使。“在我国的民法用语传统中,权利是存在于横向关系中的概念,权力是存在于纵向关系中的概念。权利关系中的主体是彼此平等的,权力关系中的主体存在支配与被支配的关系。权利是满足私人需要的工具,权力是执行国家治理功能的工具。权利的主要内容是利益,权力的主要内容是支配,这种支配不见得都带来利益。”^③

实践中普遍存在公权力越界、侵害私权利的现象,如城管执法时随意掀翻无证商贩所卖物品,甚至随意销毁其物品,没收商贩的三轮车、天平等售卖工具,这种现象曾一度成为城市的“一道

^① 转引自郭建宁、张文儒主编:《中国现代哲学》,北京大学出版社2001年版,第240页。

^② 徐友渔:“费孝通先生访谈录”,载《南方周末》2005年4月28日。访谈录原文摘录如下:在回答怎样评价知识分子时,费孝通说:“我对这个队伍看不大起。但也没有垮,那时顾颉刚等人还在。真的像顾颉刚这样的知识分子不多了,一般的知识分子都是同现在的知识分子差不多,都没有本领,没有气节,没有东西。‘知识分子’不是浮夸,是庸俗。”

^③ 徐国栋:《民法总论》,高等教育出版社2007年版,第166~167页。

亮丽的风景线”。即使在法律意识普遍提高的今天,这一现象虽然有所减少但远未销声匿迹。虽然无证商贩随意摆摊设点的行为不妥甚至违法,但其对所售卖的物品和售卖工具等物享有所有权或其他民事权利,具有直接支配权和排他权,非经法律程序不得剥夺或限制。执法人员可以依据相关规范性文件对无证商贩进行行政处理或行政处罚,但无权销毁其物品,也就是说,应当依法行政。又如,暴力拆迁中普遍存在的非依法定程序任意损毁他人物品的行为,是严重侵害公民财产权利的行为。因此,应当树立起码的权利意识,尊重和保障物权。

现实生活中经常发生侵犯公民财产的违法行为,可能有多种原因,其中一个重要原因就是我们的公务员队伍、我们的地方政府领导人不具有物权观念,不了解物权的绝对性、支配性和排他性,本来是好心,却办了坏事;当然,并不能排除为了政绩等目的而故意侵权的行为,否则也太低估公务员队伍的水平了。例如,地方政府成立所谓拆迁办,动用公权力强拆老百姓的房屋;整顿交通秩序没收所谓“黑出租”、“黑摩的”并予以销毁;城管部门为了市容、市貌没收、毁损流动摊贩的商品和三轮车,等等。其用心可能是好的,却构成严重的违法行为,造成的影响是极为恶劣的,尤其严重损害了党和政府在广大人民群众中的形象与威信!《物权法》明文规定公民合法私有财产不受侵犯,而且针对历史和现实中严重侵犯公民私有财产的违法行为创设了各种法律对策。例如,关于征收制度的规定,将商业目的用地排除于国家征收之外,企业取得商业用地须按照《合同法》的规定与土地使用权人,即农户、居民谈判签约,彻底解决“强制拆迁”、“圈地运动”等问题;关于土地承包经营权的规定,可以解决任意撕毁承包合同及强行摊派等侵害农民合法权益的问题;关于物权效力的规定,可

以划分行为违法与合法财产的界限,行为违法但财产并不违法,对所谓“黑出租”不能没收汽车、摩托车,对流动摊贩不能毁损、没收其商品和工具,没有搜查证就不能强行进入居民房屋,切实保障公民的人身安全、财产安全和精神安宁。^①

普通民众享有生存权,具有基本的人格尊严,执政者应当善待民众,关心百姓疾苦,而不应当是侵犯民众权利,否则可能会导致严重的后果。发展本身是一个中性的概念,并非是只要发展了,民众就会受益;也不是说只要经济发展了,就一定能够长治久安。这是长久以来存在于我国社会生活中的一个伪命题。发展本身并不能解决民众的疾苦问题,也不能解决长治久安问题。只有将发展成果惠及全体民众时,发展才有社会意义。否则,表面的繁荣充其量是一种病态的浮肿,它只能导致灾难。历史的经验可资借鉴。公元63年,唐代大臣马周曾上书唐太宗,建议唐太宗节俭治国,力戒奢侈,关心百姓的疾苦。他说:“自古明王圣主,虽因人设教,而大要节俭于身,恩加于人,故其下爱之如父母,仰之如日月,畏之如雷霆,卜祚遐长,而祸乱不作也。”他说:“自古以来,国之兴亡,不由积蓄多少,在百姓苦乐也。”马周列举说,隋虽有洛口贮仓米,东都织布帛,西京库金银,当李密、王世充起来造反,这些都成为帮助造反者的财物。^②

唐太宗李世民曾说:“为君之道,必须先存百姓。若损百姓以奉其身,犹割股以啖腹,腹饱而身毙。若安天下,必须先正其身,未有身正而影曲,上治而下乱者。”^③西汉贾谊曾写作《治安策》,充满了忧国忧民的情怀,开篇写道:“臣窃惟事势,可为痛哭者

^① 梁慧星:“制定和实施《物权法》中的若干问题”,载赵秉志主编:《京师法学名家讲坛》(第1辑),北京师范大学出版社2011年版,第65~67页。

^② 张贻玖:《毛泽东读史》,当代中国出版社2005年版,第84~85页。

^③ 《贞观政要》,骈字筹、骈骅译,中华书局2009年版,第180页。

一，可为流涕者二，可为长太息者六，若其他背理而伤道者，难遍以疏举。进言者皆曰天下已安已治矣，臣独以为未也。曰安且治者，非愚则谀，皆非事实知治乱之体者也。夫抱火厝之积薪之下而寝其上，火未及燃，因谓之安，方今之势，何以异此！本末舛逆，首尾衡决，国制抢攘，非甚有纪，胡可谓治！”“天下之势，方病大肿。一胫之大几如要，一指之大几如股，平居不可屈信，一二指搐，身虑亡聊。失今不治，必为锢疾，后虽有扁鹊，不能为已。”

我们的先哲先人们早就指出，治国就是治吏，只有把官吏治理好才能实现长治久安的目标；如果官吏寡廉鲜耻，这个国家离灭亡也就不远了。贾谊在《治安策》中明确提出了这样的观点：“夫人之所设，不为不立，不植则僵，不修则坏。《管子》曰：‘礼义廉耻，是谓四维；四维不张，国乃灭亡。’使管子愚人也则可，管子而少知治体，则是岂可不为寒心哉！秦灭四维而不张，故君臣乖乱，六亲殃戮，奸人并起，万民离叛，凡十三岁，而社稷为虚。今四维犹未备也，故奸人几幸，而众心疑惑。”“顽顿亡耻，诟亡节，廉耻不立，且不自好，苟若而可，故见利则逝，见便则夺。主上有败，则因而挺之矣；主上有患，则吾苟免而已，立而观之耳；有便吾身者，则欺卖而利之耳。人主将何便于此？群下至众，而主上至少也，所托财器职业者粹于群下也。俱亡耻，俱苟妄，则主上最病。”唐代马周在给李世民的奏折中也提出类似的观点：“臣窃寻往代以来成败之事，但有黎庶怨叛，聚为盗贼，其国无不即灭。人主虽欲改悔，未有重能安全。凡修政教，当修之于可修之时，若事变一起而后悔之，则无益也。故人主每见前代之亡，则知其政教之所由丧，而皆不知其身之有失。是以殷纣笑夏桀之亡，而幽、厉亦笑殷纣之亡。隋帝大业之初，又笑周、齐之失国。然今之视炀帝，亦

犹炀帝之视周、齐也。”^①民国政府寡廉鲜耻、四维不张、鱼肉百姓，终致逃离大陆，遭到了人民的唾弃；历史选择了人民共和国。民国失败的教训和新中国胜利的经验犹未远去，可资借鉴。陈晋先生曾用优美的文笔描绘了历史的神韵：“在人们眼里，缺乏城市经济管理经验的共产党人初战告捷，对未来执政全国来说，无疑是一个好的兆头。观望的民众充满期待地稳定了下来。事实上，这种期待在5月27日上海解放的时候就已出现。那天，一位年轻人打开自家大门，看到进城的人民解放军不扰百姓，睡在马路上面，不禁感叹道：‘看来，国民党再也回不来了。’这个年轻人就是中国民族资本家中的标志性人物荣毅仁。40多年后，他成为了新中国的国家副主席。”^②

四、关于“民事主体地位平等”的理解不能矫枉过正

民事主体地位平等充分体现了民法的人文关怀，每一个个人在民法面前都是平等的民事主体。相对于专制主义而言，地位平等则尤显其崇高和珍贵，因为在专制主义者看来，每一个个人都是被奴役的工具；而在民法慈母般的眼里，每一个个人就是整个的国家。诚如孟德斯鸠在其不朽名著《论法的精神》中所言，“专制主义自身就具备了一切；在它的周围全是一片空虚。所以当旅行家向我们描述专制主义统治着的国家时，他们很少谈到民法”。“因此，公家需要某一个人的财产的时候，绝对不应当凭借政治法采取行动；在这种场合，应该以民法为依据；在民法的慈母般的眼里，每一个个人就是整个的国家。”^③

民法是调整平等主体之间的财产关系和人身关系的法律规

① 《贞观政要》，骈字騞、骈译译，中华书局2009年版，第180页。

② 陈晋：“1949，和历史约会”，载《党的文献》2009年第5期。

③ [法]孟德斯鸠：《论法的精神》，张雁深译，商务印书馆1982年版，第109、362页。

范的总称。一方面,凡是平等主体之间的法律关系都由民法调整;另一方面,凡是民法所调整的法律关系的主体地位都是平等的。平等性是民法最本质的属性,甚至可以说,没有平等性的存在,就没有民法的存在。《民法通则》第3条规定:“当事人在民事活动中的地位平等。”这条规定是平等原则的法律表现形式。在民事法律关系中,自然人、法人和其他社会组织的合法民事权益平等地受法律保护,任何组织和个人不得侵犯。也就是说,不论是国家权利、集体权利,还是个人权利,都平等地受法律保护,因为国家、集体和个人在民事法律关系中地位平等,没有高低贵贱之分。

关于平等保护的问题,在民法上本无任何障碍,因为民法最本质的特征就是平等性;当事人在民事活动中地位平等,如果不进行平等保护,反倒是有悖于民法的根本属性和特征,违反“民事主体地位平等”的根本民法原则。进入资本主义社会后,人类发生了“从身份到契约”的运动。“契约”是唯一可概括近代几百年来一切社会进步的一个名词。契约即意味着当事人在平等基础上的自由选择,人们可以通过契约利用对一切社会成员开放的机会,从而获得自身的发展。因此,契约就是机会均等,就是人人有权自主选择,就是把人们从各种身份关系中解放出来,契约制度因而成为现代社会的基石。诚如梅因所指出的那样,“如果我们依照最优秀著者的用法,把‘身份’这个名词用来仅仅表示这一些人格状态,并避免把这个名词适用于作为合意的直接或间接结果的那种状态,则我们可以说,所有进步社会的运动,到此处为止,是一个‘从身份到契约’的运动”。^①

在一定的财产关系范围内,国家作为民事主体,与其他民事

^① [英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1984年版,第191页。

主体处于平等地位。比如,国家发行国债,就是国家与购买者之间发生借贷关系,购买者买入国债实质就是将钱借给国家,国家按照约定还本付息。在国债买卖关系中,国家与购买者之间的关系是民事法律关系,国家与购买者之间的地位是平等的。因为地位平等,当事人之间意思自治,所以任何人不能把自己的意志强加于人,不能强迫他人进行交易,否则就是违法的。此前曾发生过的个别地方或个别单位强迫职工购买国债(大多是从工资中直接扣除)现象是违法的,违背了民事法律关系当事人地位平等的基本规则,混淆了国家的管理者身份和借款人身份,将二者等同起来,将民事法律关系误解为行政法律关系。

根据民事主体地位平等的原则,《物权法》第4条规定了平等保护原则:“国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律保护,任何单位和个人不得侵犯。”这一规定体现了民法的本质要求,即地位平等。起草《物权法》的过程中,曾有观点主张《物权法》应规定“国家财产神圣不可侵犯”,也有观点主张《物权法》应规定“私有财产神圣不可侵犯”,但这两个观点都没被物权法采纳。主张由《物权法》明文规定上述两个“神圣不可侵犯”,在性质上有矫枉过正之嫌。因为“国家财产神圣不可侵犯”应由宪法等公法予以规定,在公法上体现相应的不平等符合法理;而“私有财产神圣不可侵犯”已成为百年前的历史,不合法理。

五、“国家财产神圣不可侵犯”的理念无懈可击

在起草《物权法》的过程中,曾产生过这样的观点:《物权法》草案没有对国有财产进行特殊的保护,而与集体财产和个人财产进行平等保护,因此《物权法》草案规定的“平等保护原则”与《宪法》所规定的国家财产神圣不可侵犯相抵触。笔者认为,这里存在认识误区。确认国家财产神圣不可侵犯并对国有财产进行特

殊保护,是宪法、行政法等公法应当承担的使命。而民法不能承担这样的使命。因为民法是私法,在民法上,每一个民事主体都是平等的,都平等地享有权利和承担义务,都平等地受民法保护。基于此,《物权法》第4条明文规定了对民事主体的物权进行平等保护的原则。

私法上的平等保护与公法上的特殊保护是相对而言的,公法上的特殊保护体现了立法者的意志,向某些特殊主体倾斜,以维护有利于统治阶级的社会关系和社会秩序;而在私法上,主体的地位都是平等的,都平等地受法律保护,因此不存在所谓“利益倾斜”问题。比如,我国《宪法》规定“国家财产神圣不可侵犯”,但并没有规定“私人财产神圣不可侵犯”,理由就在于公法对特殊主体进行了“利益倾斜”,几乎每个国家都有对国家财产进行特殊保护的规定。之所以进行这样的规定,是因为每个国家都有其核心利益,都对其核心利益进行特殊的保护。

现在,许多人热衷于提公民教育,在其语境中,公民教育的重点好像是强调公民的自由和民主权利。其实恰恰相反,公民教育的首要内涵应该是爱国主义教育,应该是对国家和民族的认同,作为公民,首先应奉献于国家和民族,首先应树立“国家利益至上、民族利益至上”的理念。公民是一个政治学、宪政学的概念,是指具有一国国籍并为该国国籍法所确认的人,公民的概念内在地包含着国籍的因素。因此,每个国家的公民都应当首先做到热爱自己的祖国和人民,而不是首先热爱他们心中的天堂——美国。唐代杜甫有诗云:“国破山河在,城春草木深。感时花溅泪,恨别鸟惊心”。皮之不存,毛将焉附?覆巢之下,岂有完卵?

六、“私有财产神圣不可侵犯”的观点不合法理

前几年,曾有人提出在修改《宪法》时应当增加规定“私有财

产神圣不可侵犯”，该观点主张：“修改现行宪法，承认财产权是公民个人神圣不可剥夺的权利，并以此作为构建政治体制的出发点”。^① 此建议未被采纳，理由就是私有财产与国有财产是有区别的，私有财产并不能与国有财产一样“神圣”不可侵犯。因为私人财产权应受特殊的限制，当个人权利与社会利益发生冲突时，个人权利应当服从于社会利益，个人权利应受到必要的限制。这是历史发展的必然，是人类文明的产物。“就大体言之，所有权乃对于所有物为全面的支配之权利，应具有完全性与绝对性。唯在现代社会，所有权绝对自由之理论，已无学者支持。盖因社会物资，若绝对的任由个人自由支配，势必影响国家社会之公共利益。因此，权衡轻重，遂不得不对所有权加以种种限制，使其与国家社会之公共利益相一致，是为所有权之社会化。然若完全废除所有权，则又不免违反人性。国家财富，在国民毫无所有欲而不思积蓄时，反而无形减少。故在不危及国家社会公共利益之前提下，仍承认所有权之存在，并加以保障。”^② 我们反对不分具体条件地奢谈“绝对平等”，反对所谓私人财产与国家财产同样“神圣”的观点，这种观点并不符合辩证法。“相对中有绝对，绝对只存在于相对之中，普遍只存在于个别之中，永恒只存在于暂时之中，离开这些来谈什么客观辩证法……岂非自相矛盾。”^③

为了反对封建特权，资产阶级启蒙思想家曾提出“天赋人权”和“私权神圣”等口号，这些思想在资本主义初期的民法典中都有相应的体现，所以，“私权神圣”或“所有权绝对”曾成为近代“民法三原则”之一（此外还包括契约自由和过错责任）。随着资

① 刘军宁：“产权保护与有限政府”，载董郁玉、施滨海主编：《政治中国——面向新体制选择的时代》，今日中国出版社1998年版。

② 姚瑞光：《民法物权论》，中国政法大学出版社2011年版，第26页。

③ 《毛泽东哲学批注集》，中央文献出版社1988年版，第499页。

本主义社会的发展,生产的社会化程度越来越高,人们逐渐认识到,过分强调私人权利会影响社会公共利益,最终影响国家利益和社会利益,因此人们提出对个人权利进行适当的限制,相应地体现在民法上,则规定了禁止权利滥用的原则,对私权进行限制。因此,“私权神圣”或者“所有权绝对”是近代民法的重要原则,而不是现代民法的重要原则,更不能在宪法中予以规定,有必要在此处澄清,以避免矫枉过正现象。“在 20 世纪以前,由于经济的相对不发达,人与人之间联系形式较少,财富上的差距较小,工业和科技发展造成的公害尚不严重,法律可以允许个人享有较大的行为自由,由此形成了一系列通过个人享有较大的行为自由实现生命人人格平等的原则,如所有权绝对原则、契约自由原则、过错责任原则等。然而,进入 20 世纪后,由于经济的迅速发展,大量新的交易形式被创造出来;超大企业的出现,使各个体人在经济实力上形成了天壤之别;工业和科技的发展,使公害成为严重的社会问题。在这种情况下,如果再不折不扣地坚持根据 20 世纪以前情况制定的实现生命人人格平等的一系列原则,就无法真正实现生命人人格平等。为了在新的情况下实现生命人人格平等,法律对上述原则作了修正。这些修正,简单说来,就是社会加强了对个人的限制。这一过程被称为从个人本位到社会本位。”“从近代民法到现代民法,是从个人本位到社会本位的过程,但不是从契约到制度,也不是从形式正义到实质正义。”^①

禁止权利滥用原则的具体体现便是对所有权的限制,也称所有权的社會化。典型者如征收制度,为了公共利益的需要,对私人所有的财产进行征收时,个人的财产所有权应当受到征收制度

^① 李锡鹤:“论民法的本位”,载李锡鹤:《民法基本理论若干问题》,人民出版社 2007 年版。

的限制,个人的民事权利服从于行政权力。也就是说,此时的私人财产权不是“神圣”的,它必须服从于公共利益的需要,服从于社会的需要,服从于行政权力。从世界各国法律规定来看,即使是对私有财产的保护非常全面和完备的国家,也认为私有财产权并不是绝对不受限制的。国家出于公共利益的需要,可以对私有财产进行征收。所以,征收制度是各国法律普遍认可的制度。鉴于征收是对个人财产权的重大限制,征收行为的实施对个人财产利益关系巨大,其将导致个人财产权被限制甚至被剥夺,所以各国大多对征收制度做出规定。征收制度设立的目的就是为了实现社会公共利益。^①

“根据《德国民法典》第 903 条的规定,物的所有人可以随意处分其物,并排除他人对物的干涉。但是,这一规定随即受到所谓合法性但书条款的限制,即所有人的自由不得违反法律和第三人的权利。迄今为止,一直存在着一种不可动摇的趋势,这就是对所有权人随心所欲处分其财产的自由,加强法律上的限制。”“《基本法》中不仅含有可以对之加以法律限制的但书,而且使用了‘所有权包含义务’这样的措辞,即行使所有权应考虑到公共利益。由此可见,在所有权的法律保护与所有权的社会义务之间,存在着某种制约关系。”^②

民法是市场经济的基本法,它内在要求正常的社会秩序,因此,其价值取舍偏重于维护社会秩序。如果没有正常的社会秩序,则交易便很难进行,市场经济本身也会遭到破坏。正因为如此,现代法治理念更强调公共利益的维护,当个人利益与公共利益发生

① 王利明:《物权法论》,中国政法大学出版社 2008 年版,第 125 页。

② [德]霍恩、科茨、莱塞:《德国商法导论》,楚建译,谢怀拭校,中国大百科全书出版社 1996 年版,第 189 ~ 190 页。

冲突时,个人利益应当服从公共利益的需要,因此,个人权利受到法律的必要限制,也就是禁止权利滥用。这并不是什么恣意妄为,而是为了维护大多数人的利益,为了维护整体的社会秩序。

资本主义初期,资产阶级启蒙思想家提出天赋人权、私权神圣等观点,这与当时反封建的背景是相符的;但工业革命后社会化大生产的兴起和发展,客观上要求适当限制私人权利,这已成为近百年来法治文明的共识,^①因此,应当辩证地、历史地看问题。如果执意坚持所谓“不能以公共利益之名,牺牲少数人的利益”的观点,则有文不对题之嫌,属于偷换概念的“假辩论”或曰“伪命题”。

严格地说,究竟是坚持社会本位主义还是坚持个人本位主义,其本身是价值判断,不是事实判断。现实的人类社会中是否出现了社会本位主义的趋势,是事实判断,不是价值判断。“所有权的限制作为一种事实,从来都是存在的。在世界各国民法发展史上,私人的利益必须服从公共利益,这是民事立法之一项不变的原则。”^②要区分价值判断和事实判断,价值判断中不存在充足理由律,不存在统一的标准,因为所站的立场不同,故所持的观点不同。而事实判断应有统一标准,如果误以为对于事实判断也有不同的标准,那么在理论上势必导致否认客观真理的存在。^③

^① 许多国家的法律都规定了对所有权的限制,如《德国民法典》第903条规定:“物的所有人,以不违反法律或第三人的权利为限,可以随意处分,并排除他人任何干涉。动物的所有人在行使其权限时,应遵从关于动物保护的特别规定。”《瑞士民法典》第702条规定:“为公众的利益,特别是建筑警察、消防警察及卫生警察,林业及市政建筑业,专行线、界标及测量标记的建立,土地的改良,财产的分割,耕地的合并及建筑工地的整理,名胜古迹、风景区及矿泉的保护,联邦、州及乡镇有权制定不动产限制的有关法规。”

^② 尹田:《法国物权法》,法律出版社2009年版,第131页。

^③ 龚育之、逢先知、石仲泉:《毛泽东的读书生活》,三联书店2010年版,第158页。

七、物权法甚至法律不是万能的

物权法调整具有物权内容的社会关系,调整物权及与物权相关的权利义务关系,但并不是所有的物权关系或与物权关系相类似的社会关系都由物权法调整。也就是说,关于有些社会关系,物权法无须调整;关于有些社会关系,物权法无力调整。这样的观点原本很正常,因为法律本来就不是万能的,物权法当然也不是万能的,有些社会关系的调整是不需要法律的,而是需要道德调整、纪律约束等。人类社会的经验反复证明,社会治理的方式多种多样,除法律的方式外,还有经济的、行政的、宗教的、哲学的、艺术的等多种方式。尤其需要指出的是,历史和现实中都存在过或存在着政教合一的国家,在那样的国度里,社会治理的主要方式甚至唯一方式是宗教,法律发挥作用的空间很小或者根本就没有法律发挥作用的空间。因此,我们应当有起码的实事求是的态度,正视历史和现实,不能人为地拔高法律的作用,也不能人为地拔高法治的作用。

如同任何书面合同一样,法律总是不完全的,一个法治社会中的法律运作并不只是靠法律,而总是要靠其他一系列因素,包括信用、道德和习俗。近年来,经济学界和商界都强调信用、商誉,开始注意社会规范并不是偶然的。事实上,由于制定法和法律建制不可能预先确定社会上发生的所有情况,就法律制度的实际效用来说,法律和制度总是不完备的,总是存在着剩余立法权的问题。如果从立法机关、行政机关和司法机关以及判决执行来看,立法机关可以说是预先的法律制定者,司法机关是事后的法律制定者,行政机关在一些事务或事件上则可能同时是预先和事后的法律制定者,执法机关也可能在某种程度上是事后的法律制

定者。^①

一段时间来,中国法学/法律界有一种说法、一种政治神话,似乎法律人特别正义。其根据多种多样,什么法学是正义之学、法学关注公正而经济学只关心效率等,言外之意是接受了法学教育或掌握了法律技能,法律人说话办事就更公道或更公正。这个逻辑多年来一直影响了中国法制建设和司法改革,中国法治中存在的问题也往往被归结为法学教育或法学研究不足、法律人才不足。这个说法有积极的社会功能:它推动了社会对法学的关注,要求国家和全社会加大对法学教育的投资,鼓励司法人员在在职学习和培训,受过系统法学教育的中青年人在司法体制中也获得了相对于其他人而言更快的晋升,推动了法律职业化的发展,包括法官、检察官和律师等。但这个命题是不成立的。从经验上看,近代以前一直没有什么现代意义的“法学教育”。中国法学人津津乐道的所谓世界上最早的波洛尼亚大学法学教育,其实与今天法学教育没多少相似之处,至少没产生过什么著名的法律家或法学家,今天也不算一流法律名校。而人类历史上那些公认的伟大裁判者/法官都没有接受过正规系统的法学教育,无论包公、海瑞,还是一不小心创造了司法审查的伟大的马歇尔,即使卡多佐也和比尔·盖茨有一拼,是法学院的辍学生。^②

自从提出“实行法治、反对人治”的观点以后,人们便开始迷信法治,以为所有社会关系都应由法律调整。所以经常看到一些现象:每当某一领域出现问题时,总会有人出来说,问题的根本是法制不健全,应当起草相应的法律,否则这一问题无法解决。好

^① 朱苏力:“这里没有不动产——法律移植问题的理论梳理”,转自北大法律信息网。

^② 朱苏力:“法律人自身的问题”,2008年12月5日在“第四届中国青年律师论坛”上的致辞,转自北大法律信息网。

像只要出现了问题,都是因为没有法律;所以只要有了法律,一切问题都会迎刃而解。这种观点几乎成为很多人的思维定式,并逐渐被当今的社会所普遍接受。笔者认为,这种观点并不妥当。理由如下:

1. 就事实而言,改革开放以来的三十年所立的法律比新中国成立之初的三十年所立的法律要多几百倍甚至几千倍,然而很多社会问题却严重地摆在那里,令人不能视而不见,只要不抱有偏见的人或者说只要能够实事求是的人都能承认其客观性。历史的事实得出了无情的结论:法律不是万能的。就历史演进而言,“法律万能论”迄今为止还没有得到人类社会的证实,反倒更多的是智者的忠告:“徒法不足以自行。”

2. 相对于人治而言,法治不一定是“最优”。因为法治和人治都是社会治理的手段,本来无所谓优劣,其适用应根据具体的条件决定,具体问题具体分析。正所谓“萝卜白菜,各有所爱”。关于法治和人治的关系,笔者非常赞赏朱苏力先生的下列观点:“法治和人治都具有其特定的合理性,而且这种合理性都是历史和社会构成的,并不具有永恒的普遍的合理性。相对说来,法治具有更多的普遍的合理性,但是,这种优点不是法治本身具有的,而是由于社会生活的特点促成的。我们可以看到,人治的问题并不在于任何统治者都可能犯错误(事实上法治同样可能犯错误甚至是重大的错误),而在于人治无法作为一个长期治国的手段,无法保证制度、政策的稳定性和可预期性,在于领导人是否真的或总是具有那么多的智慧和贤德,尤其在现代的高度分工的社会中。尽管如此,我们必须看到,在特定的历史条件下,特别在社会需要变革的历史时期,人治不仅是必要的,甚至是不可避免的。”“事实上,在法学和政治学中,法治是同人治并列的两种基本的治