



论文精粹

[> 法学理论](#)[> 部门法哲学](#)[> 学术书评](#)[> 法苑随笔](#)[您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读正文](#)

> 论文精粹

江平：《物权法》的矛盾与冲突

admin 发表于：2008-08-06 11:19 点击：960

在《物权法》通过之后，我们可以看出《物权法》面临着一些问题，所以要就这些问题来谈一谈。梁治平说《物权法》是我国立法史上过程最艰难、争议最大的一部法律，我想这其中可能有两个原因：一部法律如果仅仅是利益冲突，那么这部法律的通过虽然比较难，但终究还是比较简单的，比如《劳动合同法》、《破产法》。如果一部法律不仅涉及社会群体的利益冲突，还包括了立法理念和意识形态的冲突，那么这部法律就复杂得多了。可以说，《物权法》不但包含了社会各阶层的利益冲突，而且也包含了立法理念甚至意识形态争论的问题。对于《物权法》，我想谈五个冲突。

第一，宪法理念和民法理念的冲突

《物权法》本来是民法的一部分，但是在关于私法的讨论中却介入了公法的指责。北京大学巩献田教授说《物权法》违宪，接着有些宪法学者也声言《物权法》违宪。这里产生了公法思维和私法思维的冲突，或者说宪法思维和民法思维的冲突。这个冲突的结果是一喜一忧。喜在最终确立了国家财产与私人财产的平等地位和平等保护，这条得来不易——经过众多争论、经过高层研究，最后还是确定了市场经济领域中国家、集体、私人的财产地位是平等的。但同时也有忧，主要是《物权法》中的主体地位发生了很大的变化。原来在民事法律领域中，主体都是法人、自然人。现在在我们的民事法律中，第一次使用了国家、集体和私人这样的概念，本来是两种概念应该并存。第二条讲法人、自然人，第四条讲国家、集体、私人，现在干脆都讲国家、集体、私人，而把自然人、法人的概念抹掉了。可以说是妥协，也可以说宪法思维有时压过了民法思维。宪法是政治思维，民法是市场思维。这次《物权法》特别讲的是在市场的范围内是平等的，那么不在市场范围内呢？

改革开放以来，我们尽量想把法人的理念扩大，讲财产的权力最好尽量由法人承担，而这次的《物权法》恰恰又把很多东西扩大到了国家，这里会出现一个问题。举个例子：吉林大学的财产是国家的还是吉大的？这既是我们法律中最容易解决的问题，又是最难解决的问题。要说财产属于吉林大学的，有人会说不行。因为它并不是一个法人单位的，这样做可能犯下私分国家财产罪。要说财产是国家的，不是吉林大学的，国家为什么不替吉林大学还那三十亿元。吉大欠了银行三十亿元，但是还得吉大自己还。这样就形成了《物权法》中的一个很大的矛盾：财产既是国家的又是单位的，其中扩大了属于国家的性质，削弱了其属于法人（机关、事业单位、企业等法人）的性质。这是无可奈何之举。

在市场经济环境下如何解决这个矛盾和冲突呢？现在看起来这个概念如果弄不好，会把原来民法中没有的主体概念——集体都纳入进来。同样是财产权的法律中，我们的《合同法》中没有集体这个主体，《知识产权法》中也没有，《公司法》中也没有，这个理念将来在《民法》和《宪法》的思维冲突中会产生根本的影响。从政治制度角度讲，强调所有的国家财产都是国家所有；从市场经济来说，强调财产利益属于法人而不是一切交给国家——一切都交给国家的危害是很大的。在这个利益冲突中应该怎么办？《物权法》对此没有很好地解决。

第二，现实思维和改革思维的冲突

很多人在《物权法》立法过程中就其改革提出了很多建议，其中涉及农村的三大土地使用权如何改革的问题：一个是承包经营能不能规模化？可否更加放开流通和转让，从而尽快地实行规模化经营？第二是农村集体所有的土地能不能

按照建设用地使用权允许农民出让而无需经过国家征收？第三是农村的宅基地使用权能不能尝试流通？不是宅基地本身的流通而是其上的房屋能否流通。可以看出来，这三个问题上的立法都比较保守，都是按照现有法律（《土地管理法》以及相关规定）来办理。

土地问题中的立法和现实的差距越来越大，现实中人们根本不按照立法来做，立法又有什么办法来制止这样的行为呢？举两个例子。法律明确规定了农村土地只能用于农村用途，或者搞乡镇企业或者办学校、修道路、建养老院。但实际上，农村土地卖了用来盖房子的有得是，甚至乡镇的集体土地租给城里人盖房子也有得是，远远超过了现在的土地管理法的规定范围。不久前，最高法院黄松有副院长一再强调农村的土地是不能卖了用来盖商品房的。我们在《物权法》的讨论中也碰到这个问题，咨询最高法院的时候他们也说用农村土地盖房子卖是不允许的。但是现在盖了怎么办呢？没有办法，总不能说自己土地却无权盖房子吧。他们说：“这土地所有权是归我的，我为什么不能盖？”城里的人说：“我是低收入者，为什么不能够买廉价的房子而非要买昂贵的商品房呢？”有人在北京南三环附近买的房子，才两千多块钱一平方米，同样的房子，如果买开发商的可能要五千块钱一平方米。到底买得合法不合法呢？只好睁一只眼闭一只眼。只能说二级市场不允许流通，一级市场盖了也就盖了。

很多立法在土地问题上陷入了无奈的境地。立法如果太强硬，最后往往做不到，越是有太多禁止性的规定，出现的反抗就越多。原来的立法规定城市人不能到农村买房子，国务院三令五申，规定农村的房子只能卖给谁。但是能够做到吗？禁止以后能够取缔吗？立法以后也发现没有太有效的办法。

怎么能够做到进一步改革开放，怎么能够做到立法和实际真正能够统一起来？立法如果定下一些无法达到的标准，也会显得立法本身脱离实际，就这一点来说，《物权法》可以说是喜有忧。忧的是大家都感觉到《物权法》有些不令人满意的地方——凡是原来改革开放时期在这方面的一些建议都被划掉了。在土地问题上我们现在是用保持现状、保持稳定的思维来考虑的，因为农村现在很不稳定。农村如果土地改革过快、土地短时间集中可能会引发较大的不稳定。有些人有地，有些人没地，有些人失地，有些人集中土地过多。房屋政策也是这个思维，尽量保持不动。

《物权法》在这个问题上反映出了农民的强烈愿望，农民希望能把自己的房子卖掉，而我们的立法往往担心农民没有土地、没有房子。但是如果禁止土地流通和房屋买卖，实际上就剥夺了农民应该有的一些权利。

我记得《物权法》在起草过程中，《中国改革》杂志的“卷首语”称此为“第二次解放农民”。里面讲了两个尖锐问题，说农村之所以贫困就在于两个要素不能流通。第一是土地不能流通，第二是劳动力不能流通。农民工找不到工作还要回到自己的土地上，在这个意义上农民被拴在了土地上。限制土地转让以及房屋买卖会不会也让农民被拴在土地上？我认为，我们讲的公私平等、私人财产平等实际上在法律理念上是市场经济平等的一个组成部分，市场经济中的平等应该包括三个方面：

第一，中国和外国投资者平等。经过加入WTO的洗礼，大家在这方面的认识应该没有什么问题了，对两税合一、A股B股合并也都没有意见了。国民待遇原则的实现已经没有太大障碍了。

第二，公私平等。国家和私人财产甚至国营和民营企业的平等还做得比较差。《物权法》总算在立法原则上肯定了平等地位，但是在人们的思维中还远远没有达到平等的地位。现在我们贯彻“非公经济三十六条”（《关于鼓励支持和引导个体私营等非公有制经济发展的若干意见》）还有很多要做的。很多领域名义上允许民营企业进入，但是实际上还没有民营企业进入。

第三，城乡平等。如果说在公私平等上《物权法》争论了那么久总算确立了这个原则，那么城乡平等恐怕刚刚起步。这里面包括选举制度、户籍制度、教育制度、医疗制度，甚至现在制定《侵权责任法》还有一个“同命同价”的问题。《公司法》修改的时候提到“同股同权”，广东省提出了“同地同权同价”，集体土地和国有土地要同地同权同价。《物权法》制定前后，广东省有两个创举。第一个创举是在二〇〇五年，广东颁布法规，规定集体土地和国有土地一样可以流通。《南方周末》用大字标出“集体土地和国有土地同地同权同价”，集体的土地集体就能出让，无需经过国家征收。后来广东省又规定农村房屋可以自由买卖。卖的时候当然连带宅基地，而且卖出收入归房屋所有人自己，也不需要交给集体无偿使用土地的费用，只是以后再也不能申请宅基地了。这两条规定是和《物权法》相抵触的。《物权法》是“物权法定主义”，广东的这两个“规定”，土地和国有土地同样流通，是《物权法》讨论过程中被否定的东西。

但广东省却率先做了，这是不是具有试点的性质？最近中央决定，成都和重庆成为城乡综合统筹的改革配套试点。这更引起了我们的注意。重庆又以钉子户事件发生的地方即九龙坡区为试点，其中包括户籍制度的改革和农村集体所有土地的改革。重庆已经明确讲了要进行城乡配套改革，我觉得其中最重要的就是户籍制度改革和农村集体土地能否出让的改革。《物权法》虽然对此做出了规定，但是规定过死也不行。在这个意义上《物权法》用了比较笼统的语气，具备单行法所不具备的优点——笼统的规定恰恰有利于下面进行试点、因地制宜。广东也可以说是因地制宜，广东发展程度较高，有些地方城乡已经完全一体化了。重庆的城乡结合和广东的城乡结合显然不是一个概念。

第三，公权利和私权利的冲突

因为我们的《物权法》是私法，《物权法》中规定的私权利又和许多公权利产生联系，这是《物权法》立法中的难点。按照立法者的意图，《物权法》是以规定私权利为主，其中又涉及公权利。但是它又不能规定过多的公权利，因为这样就超出这个法律本身的范围了。由于公权利的那部分需要另外修改，就不得不重新考虑二者的关系了。

据我所知，《物权法》通过以后国务院法制办立即召开会议，会上讨论了两个条例的修改，一个是国务院的《拆迁管理条例》，另一个是国务院的《物业管理条例》。国务院颁布的这两个条例都是和《物权法》直接相关的，但《物权法》通过以后，这两个条例都和《物权法》发生冲突了。可喜的是大家认识到了公权利的管理不能违背《物权法》中规定的私权利保护的原则。原来这两个条例更多的是从管理角度来讲，并没有太注意保护物业管理中业主的权利，也没有很好地保护拆迁中被拆迁人的利益。现在按照《物权法》的规定，私权利不能被侵犯，公权利中也需要予以考虑。

国务院的拆迁管理条例和目前的《物权法》发生理念冲突，问题就更大了。国务院条例讲的拆迁人是开发商，他们到政府那里拿一个拆迁许可证就去拆，给被拆迁人一定的补偿。但如果开发商拿到了拆迁许可证去拆老百姓的房子，达不成协议发生冲突怎么办？按照规定要到政府主管拆迁部门那里协调解决，政府部门于是变成仲裁协调机构了，他们解决不了或者被拆迁人不同意再告到法院。以前一直是这么做，国务院法制办讨论，按照《物权法》的概念认为是征而不是拆。就是首先由政府机构决定征收，然后政府补偿，要公权利机构——政府来补偿。如果老百姓不服，对给与的补偿他们也不满，还要给他们救济办法，还要按照行政诉讼或者别的办法来告。现在还不能告抽象行政行为，将来还可以告抽象行政行为，因为政府是按照统一标准补的。那么，将来行政诉讼法要是不改，就明显权利缺乏。如果救济手段完善了，不仅具体行为可以告，政府的规范性文件也能告。这样穷尽了救济手段，钉子户也该搬了，如果还不搬，那就该强制拆迁了。现在拆迁并不是强制手段，是根据合同，是拆迁双方当事人达成的协议。这些问题现在很难解决，将来怎么办？而且按照现在的《物权法》规定，政府做出征收决定之日起物权就变更了。所以国务院法制办也在讨论，重庆钉子户事件中房子到底是谁的？如果从政府做出征收决定之日起物权就变更了，那么房子就不是私人的而是国家的了。什么时候叫做被征财产权转移？从政府拆迁生效之日还是从别的时间？公权利和私权利碰撞的时候就出现了如何保障私权利的问题。

现在正在制定《行政强制法》，这其中又有一个问题——行政强制手段到什么程度？将来拆迁是不是行政强制手段？只能由法院来拆还是政府也有权拆？行政机关有哪些强制权力？去年六月份讨论了《城市规划法》的修改，要把城市规划和乡镇规划合一，这也是乡镇统筹的重要部分。我们的《城市规划法》向来是太松，《城市拆迁管理条例》中讲到“只要是规划的区域就可以去拆迁”，可是如果是政府擅自的规划行为行吗？现在《城市规划法》也面临争论，任何人不能随便改变规划，市长也不能一上来就改变规划。规划要不要有程序？

有一个案例：上海的松江县搞了一个文教区。在建松江县文教区前有一个台商来找我告状，他在上海松江县申请办理一个台商独资企业获得批准并建了企业，企业效益很好，他很高兴。但没过两年，这块地方规划改为文教区，所有的企业都要搬走，补的钱很少。他不服，向法院提起诉讼被驳回，复议仍然被驳回了。他到国务院法制办找专家反映这个问题，同时也引起了国台办的注意。他的理由很简单：为什么他申请获得批准的时候政府不告诉他这里会成为规划区，难道想变动就变动？他的利益怎么受保护？到底什么是《城市规划法》中的规划？如果每一个县长或者市长都可以变动规划，岂不是等于他们就可以随便拆迁或者征收别人的房子？

现在《物业管理条例》也出现了，《物权法》中物业是以业主权为核心，业主的财产是大家共有的，大家愿意给谁管理就给谁。但是物业管理机构更多是从国家管理的角度来谈。管理也必要，一个地区没有物业管理条例不行。它一

方面给了《物权法》那么大的权力，另一方面还有土地管理的一套制度，二者很可能要发生冲突。从国务院到各个城市都有物业管理条例。如果我们秉承了物业管理条例尊重私权的原则当然更好，但是我们也不排除在一些管理中以公权利为核心。私权利也不能违反社会利益，哪些地方私权利要尊重公共权利的需要，哪些方面公共管理又要尊重私权利的需要？这个界限不是很好划分。行政法学者可能更加主张以公权利为中心，可是在物业中过多地以公权利为核心就会使得业主的利益过多地受到侵犯。

第四，如何区分私人的合法权益和滥用权利《物权法》是一个保护私权利的法律，但是同样也规定不得滥用权利。滥用权利是指侵犯社会公共利益和他人合法权益。民事权利在任何情况下都应该遵守这两条规则——一方面合法的要受到保护，另一方面不得滥用权利。《物权法》通过的时候受到最大的考验就是“重庆钉子户事件”。这是一个典型的案例——公权利和私权利发生碰撞的时候，公权利怎么处置？这其中哪个是合法权利，哪个是滥用权利。这一点上连民法学者的看法都不一样——有的说这完全是保护自己利益的典型，有的说他们也有滥用自己权利的地方。

这个案例中，重庆市政府自己说有两件事做得不对。第一，断水断电做得不对，侵犯了他们的权利。第二，本来房子应该早点拆，一直拖着使其营业收入受到损失。但是怎么补偿呢？吴莘夫妇要求在原来的地方，按原来的商业用途、原来的朝向、原来的面积补给他们。这是滥用权利了。他们说既然这里以后还是修建商业用途的场所，那就一对一谈判，谈不成就不答应政府的条件。这里出现了一个问题：谁来决定是商业用途还是公共利益通过什么程序？国务院法制办讨论中也遇到这样的问题：北京酒仙桥搬迁不搬迁由居民来表决。多一半的人就可以决定少数人的命运吗？到底公共利益是居民表决还是政府决定？是地方议会决定还是法院最后判决？

在美国，侵犯私人权利是由宪法法院解决的，有很多例子。通过什么样的程序拆迁，这个问题现在看来争论很大。如果拆迁决定在政府那边已经生效了，而且行使救济权利后法院判决也生效了，怎么办？我在重庆西南政法大学讲这个问题的时候说到“法院判决之后就要执行”，有的学生说他不同意这个观点。他说：“法院也可能腐败，法院也可能出现错误。在这种情况下，即使法院做出了判断，我也该像钉子户那样抗争。”我问他：“谁来决定法院是对还是不对呢？一个人自己就能说法院判决不公吗？”如果现在的政府滥用权力，我们有什么办法？能不能用极端的方法？到底哪些才是法治理念？

我觉得，《物权法》在保护私人权利的时候有两点对农民利益的保护做得很不错。第一是征收农民的土地以后补偿应该给农民，我是说补给集体的成员而不是集体组织。这一条很重要，因为我们农村很多补偿都是以集体名义由组织者（村委会）、管理人员（村长、支书）拿走了。这次《物权法》明确规定：如果国家征收农民土地，则土地的承包经营人有权获得补偿，这样就真正保护了成员的权利。这次在征地问题上特别讲除了三种补偿外，还要补偿被征土地的农民的社会保障费用，这是《物权法》的一个亮点。过去征收农民土地就只给土地补偿金，现在还要补社会保障费用。土地是农民的命根子，这都是保障农民利益的做法。

现在很多农村发生的问题不全是关于国家征地以后对农民的补偿是否到位，还有农民集体的土地共同开发或者出让以后成员的利益受到损失的问题。这方面大家可能听到的案例不少，一次我讲课的时候就有农民来反映。那个地方完全是农民自己的地，结果搞了个四川办事处。因为那是农民集体的土地，所以内部根本对农民没有补偿。结果看看村长，两层小楼、汽车都有了。也就是说，我们经常只注意了集体经济组织而忽视了集体成员。这次《物权法》特别对于集体成员的重大决策权、收益分配权、财务知情权乃至诉权都做了规定——只要集体组织或者其管理机构负责人给成员造成了侵害，成员就有权向法院提起诉讼。

第五，《物权法》在担保上出现了新的理念

它采纳了英美法（尤其是美国法律）中的一些担保理念，这和传统的大陆法的担保理念发生了冲突。现在有人说好，也有些人说是倒退，大家看法很不一样。

在《担保法》这部分，我们是在加入WTO五年期满、外国银行可以进入中国从事人民币业务的背景下来进行《担保法》修改的（《担保法》进入《物权法》）。世界银行代表很关心，人民银行总行也很关心，原来的担保范围能不能再扩大？也就是原材料、半成品、产成品和应收账款能不能作为担保。

按照大陆法，担保理念趋于保守。大陆法的担保理念是抵押只限于不动产，不动产抵押以后还可以继续使用。动产

做抵押就比较危险了，所以动产一般是转移占有，但是因为使用价值的丧失会影响生产经营。美国规定所有动产都可以抵押，这样的抵押更能既体现财产的担保价值又体现使用价值。全部的产成品、半成品、原材料、机器设备、交通工具都可以用作抵押，而抵押的同时也能继续使用不影响经营。既有担保价值又有使用价值，这多好。大陆法国家如果强调只有不动产才能抵押，这就把很多流动资产排除在具有担保价值的范围外了。大陆法造成“要使用就不能担保，要担保就不能使用”的情况，但是现在的经营往往要求既有担保价值又有使用价值。如果既要担保价值又要使用价值，那么动产的担保就会使得银行的风险增大。美国把这个叫做“浮动抵押”。《物权法》在起草过程中曾经考虑要不要把“浮动抵押”单列一章，后来改而将其写在动产里面了。上次华东政法学院讨论的时候，意大利学者对此还是很反对，认为现在浮动抵押也不是太可靠，何必要允许它呢？允许浮动抵押之后就出现一个问题：原材料、产成品、半成品都在不断变化，企业效益好，它的半成品、产成品、原材料可能就多；企业效益不好，它们可能就少。或者这个产品本来价格很高，但是将来可能不值钱了。这都是问题，怎么办呢？这次我们还是大胆地做了这个规定。

另外一个就是应收账款。如果允许把产成品、半成品、原材料作为抵押，那么应收账款也就随之进入讨论。立法原来也担心，因为应收账款、债券的风险都是很大的。过去一直在考虑要不要写进去，现在写进去了，但是加进去了一个前提：要在信贷征信机构登记以后才生效。这就留了一个很大的口子，什么叫信贷征信机构登记？由于中国人民银行总行坚决主张要把应收账款作为出质来担保，所以中国人民银行下面有一个专门的信贷征信机构，这个机构记载现在的企业在向银行的借贷中有哪些

不良记录，甚至还有法院判决的记录。总之，到银行借钱的企业有哪些不良信用记录他们那里都有。当然可能不是很全，但将来可能更全。我觉得，应收账款作为出质，最重要的原因是中国已经初步建立了信贷征信机制——中国一直都欠缺这套机制。私人建立这套机制太遥远，因为其信用不够高；公权利如果建立了这套机制，将对中国的经济发展非常重要。我拿着企业的应收账款来出质，银行不是看账款能否收回，应收账款能否收回，关键在于企业总的信用好不好。如果能够有良好的信用记录，就能给银行提供较为全面的资料。这套制度的建立可能意味着将来中国信用征信机制的完善。没有这套机制就无法扩大信用担保范围。由此也可以看到，在担保领域上我们是适应了国际上扩大融资担保范围的需求。在这点上，我们是和国际接轨了。

（本文收入《洪范评论》第十辑，将由北京大学出版社出版）

