

PROPERTY RIGHT RESEARCH

产权法治研究

第3卷第2辑（总第4辑）

李凤章 主编

上海大学出版社

PROPERTY RIGHT RESEARCH

产权法治研究

第3卷第2辑（总第4辑）

李凤章 主编

上海大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

产权法治研究. 第3卷. 第2辑: 总第4辑 / 李凤章
主编. —上海: 上海大学出版社, 2017.10

ISBN 978-7-5671-2931-3

I. ①产… II. ①李… III. ①知识产权法—法治—研究—中国 IV. ①D923.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 246226 号

责任编辑 傅玉芳

助理编辑 刘 强

封面设计 柯国富

技术编辑 金 鑫 章 斐

产权法治研究

第3卷第2辑(总第4辑)

李凤章 主编

上海大学出版社出版发行

(上海市上大路99号 邮政编码200444)

(<http://www.press.shu.edu.cn> 发行热线021-66135112)

出版人 戴骏豪

*

南京展望文化发展有限公司排版

句容市排印厂印刷 各地新华书店经销

开本 710 mm×1000 mm 1/16 印张 21.75 字数 322 千字

2017年10月第1版 2017年10月第1次印刷

ISBN 978-7-5671-2931-3/D·199 定价 58.00 元

《产权法治研究》编委会

编委会主任 沈四宝

编委会委员 (按姓氏拼音字母次序排列)

陈剑平 崔文玉 李 本 李凤章 李建勇
李清伟 李 智 刘俊敏 史长青 陶鑫良
王勉青 徐静琳 许春明 张秀全

主 编 李凤章

编 辑 (按姓氏拼音字母次序排列)

陈敬根 李凤章 李俊峰 李立新 刘俊敏
潘传表 杨显滨 袁真富 赵 辉 赵清林

编辑部主任 陈敬根

出版资助单位 金茂凯德律师事务所

声 明

本书的各篇文章仅代表作者本人的观点和意见,不代表编委会和编辑部的任何意见、观点或倾向,也不反映主办单位上海大学法学院的立场。特此声明。

《产权法治研究》编委会

为什么是“产权法治研究”？

自 2017 年起，原《上大法律评论》改名为《产权法治研究》。

之所以将本书聚焦于产权法治研究，首先是立足于上海大学法学院的学科研究方向。经过近几年的快速发展，上海大学法学院已经在产权领域，特别是在知识产权、土地产权、ADR 和新型产权保护、宪法和行政法等领域形成了较为明显的特色。更重要的是，产权法治建设仍然是目前中国法治建设的短板，也因此为法治研究所急需。《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出，社会主义市场经济本质上是法治经济。使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用，必须以保护产权、维护契约、统一市场、平等交换、公平竞争、有效监管为基本导向，完善社会主义市场经济法律制度。要健全以公平为核心原则的产权保护制度，加强对各种所有制经济组织和自然人财产权的保护。始终是把产权建设放在第一位。更可喜的是，2016 年 11 月 4 日，中共中央、国务院通过了《关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》，在执政党历史上第一次公开地、系统地出台专门的保护产权的政策，被评为执政理念的重大变革。随后，最高人民法院也发布了《最高人民法院关于充分发挥审判职能作用切实加强产权司法保护的意见》和《最高人民法院关于依法妥善处理历史形成的产权案件工作实施意见》。可以说，产权保护已成为国家改革的重要抓手。

产权法治建设，攸关经济发展。中国改革开放的巨大成就，归根结底依赖的就是产权激励，无论是农民的承包经营权，抑或是乡镇企业的经营权，乃至国有企业的经营权和后来公司制改革下的股权以及知识产权、网络虚拟产权等，所有这些，构成了一条中国改革开放的主线：产权制度从无到有，从模糊到清晰，从封闭到开放，从管制到自由，从国内到国际，促进了中国市场经济的繁荣。而现在经济结构转型，从依赖资源到依赖创新，其挑战的也恰是滞后的产权制度。长期以来，中国的资源和环境，仍然处于产权模糊阶

段，这一有意或无意的模糊，为国家权力不顾资源和环境的成本约束，为GDP透支资源和环境提供了方便。现在要建设生态文明，要实现经济转型，就必须使得资源和环境要素作为生产成本对生产者产生硬约束，并可通过市场实现优化配置，而这就依赖于对资源和环境的产权进行明晰，并为其市场配置建构交易规则。

产权法治建设，还是国家建设的根本。产权，特别是有体产权，本质上源于国家对资源的初始分配，代表着国家和社会的契约关系，代表着“风能进，雨能进，国王不能进”。当然，国家的分配，只能以占有形成的利益事实为基础。产权的保护力度和政府的自我约束是成正比的。对产权的破坏，削弱的是国家对契约精神的坚守，摧毁的是国家权力的边界。建立法治政府，必自产权制度始！

产权法治建设，还事关国民素质和文化建设。产权意味着成本和收益的内在化，从而形成对权利人的自我约束和自我激励，因此，产权培养着自律和责任，培养着契约精神和诚信观念，促进着秩序的稳定和对基本价值的坚守。孟子曰：“有恒产者有恒心，无恒产者无恒心。”（《孟子·滕文公上》）所谓恒心，就是这种自律、诚信以及在此基础上形成的对未来的稳定预期，它避免了无视规则的机会主义和短期行为。“苟无恒心，放辟邪侈，无不为己”（《孟子·梁惠王上》）。没有产权保护，大家都抱着“能捞一把是一把”“过了这个村再没这个店”“享乐了才是自己的”的观念，拜挥霍奢靡为时尚，视坑蒙拐骗为本领，则民心大坏矣，所谓企业家精神又从何谈起？

《产权法治研究》，虽名法治，其实需要经济学、社会学、政治学、历史学、法学等各学科的交叉研究。我们希望以本书为平台，汇集专家学者，通过对中国产权问题的交叉研究，打破学科藩篱，形成制度共识，共同推进中国的法治建设和经济转轨、社会转型。

主编谨识

2017年9月

目 录

[名家讲坛]

- 民法法典化运动的历史及几点启示 孙宪忠 / 1

[特稿]

- 西方限权传统与现代人权观念的形成 丛日云 / 22
从公司收购和政府收购看改革模式的选择 郝光华 / 44

[企业产权法治研究]

- 英国《海上保险法 1906》下的最大诚信原则 沈俊翔 / 70
国际海运货损赔偿的归责原则
——兼析归责原则与责任基础的关系
..... 陈敬根 ANASTASIIA BELTIUKOVA / 86

[网络产权法治研究]

- 全球化视野中网络安全法律规则研究 张学博 / 106
论网络言论自由及其规制 杨文龙 李清伟 / 119
网页的著作权法保护 毕文轩 / 139

[产权保护与司法救济]

- “参照”的法理与适用 纪长胜 / 156
人民陪审员的激励机制研究
——兼论《人民陪审员制度改革试点工作实施办法》 陈琦华 / 171

回归传统与锻造技艺：青年法官培养模式的反思与路径

- 师徒制培养模式对案件质量终身责任制的理性回应 潘庸鲁 / 184
- 人民调解专业化职业化建设研究思考 周巨虎 / 197
- 强化社区居民自治职能的法律对策研究 王淑敏 李思美 / 209
- 烧埋银制度的立法借鉴与现实因应
- 以刑事附带民事诉讼死亡赔偿金赔付问题为视角 田 源 / 221
- 论国际私法中的实质正义取向
- 兼评《涉外民事关系法律适用法》的相关规定 黄 炎 / 234
- 我国土地行政审批制度改革：问题与建议 赵 国 / 245

[产权案例分析]

迟延退工损失的赔偿责任认定

- 刘某诉上海某商贸公司劳动合同纠纷案 张利余 / 254
- 引入量化模式解决农村赡养纠纷的思考
- 从一起农村赡养纠纷的解决切入 何一峰 / 260

[其他]

- 国际法框架下的南极旅游立法及其完善 吴 萌 张晏琛 / 270
- 全国人大常委会第五次释法的内容特征和非同寻常的意义 庄金锋 / 320

民法法典化运动的历史及几点启示

孙宪忠*

摘要：本文涉及三个方面的问题：一是从历史的角度看民法典的编纂，二是讨论民法典编纂的现状和要解决的问题，三是民法典编纂的重点和难点的问题。

关键词：民法典 民法法典化运动 民法典编纂

当前我国的法制活动，尤其是立法活动，最大的热点就是编纂民法典和做这一方面的研究。2016年9月3日，本人在全国人大常委会上做了一个关于我国民法典编纂现实问题的报告。在接受任务时，我向全国人大领导提出，希望报告的内容能够更加集中地体现民法典编纂对于国家治理的重要意义，从立法科学性和体系性这个角度，从依法治国的原则和国家治理的一般规律的角度，来理解民法典编纂的现实意义。提出这点所针对的问题是，不要把民法典编纂仅仅讲成某人这样说、某人那样说，在各种制度设计上有哪些争论、有什么观点这样一篇观点集合的问题汇集。因为问题汇集与分析对于做学术研究、立法可能也有一定的意义，但它忽视了民法典编纂这个重大的历史现象和国家治理之间的内在联系，忽视了民法典编纂中的规律性问题，也可能会导致众说纷纭，并无规律可循的社会观感。如果张三李四都有观点，最后到底谁的观点是对的、谁的观点是不对的，不从科学性、体系性的角度分析，人们还是无法理解民法典编纂的意义。我的这个观点获得了全国人大法律工作委员会领导的同意。这个报告凝聚了我几十年学术研究的心得体会，

* 孙宪忠，中国社会科学院法学研究所研究员，法学教授、博士生导师，上海大学自强教授。根据作者在中国社会科学院研究生院、上海大学法学院、湖南大学法学院、河南大学法学院的讲座录音整理。

稿子写得很长，但在全国人大常委会上的报告只涉及其中一部分。

从上述出发点展开，本文涉及三个方面的问题：第一个就是从历史的角度看民法典的编纂，第二个就是讨论民法典编纂的现状和要解决的问题，第三个就是民法典编纂的重点和难点的问题。

一、民法法典化运动的历史原因

民法法典化运动这个问题，在我国民法学界虽然也有人说过，其实还是个比较陌生的话题。本人曾经花了一些时间做这一方面的研究，现在跟各位分享一下。

我们首先应该注意的是民法法典化运动的历史原因。民法法典化运动兴起于 17 世纪，当时在欧洲出现了世界三大民法典：《法国民法典》《德国民法典》《瑞士民法典》。后来这个民法法典化运动的浪潮推向了世界，包括日本明治维新时代制定民法典，中国在清末变法以后制定了民法典，苏联在第一次世界大战共产党取得政权以后也编纂了民法典。第二次世界大战后，亚洲、非洲、拉丁美洲各个民族国家独立以后都在编纂民法典，所以民法典编纂成为世界性的浪潮。为什么会出现这样的浪潮？其中有哪些规律性的东西？我认为，虽说各国编纂民法典的具体原因不完全一样，但是以下四方面的原因是共同的。

（一）通过立法集中地承认和保障民事权利，实现民法基本思想和基本规则的根本更新

应该充分注意的是民法思想的更新，而民法思想的更新，是整体法思想的重大更新，是国家治理社会核心的法思想的重大更新。在民法法典化运动出现之前，也就是 16、17 世纪之前，欧洲社会（其实也可以说全世界）在历史上被称为“黑暗时期（dark time）”。这一时期法律和权利的基本特点可以用三个词来表述：神权至上、君权绝对和等级身份制。

第一个特点是神权至上，指的是人类社会中的一切法权的效力来源都是上帝等神灵，对法律的崇信建立在对神的崇拜的基础之上。当时之世，从世

界各国各地区来看，都认为法权的渊源是神或者上帝，而不是世俗社会，所有的法律和权利归根结底都是神赋予的。在神权法思想体系下，社会上普遍的自然人，甚至包括君主，从法律上看好像是法律上的主体，但实质上都是神权法律的客体或者受体。这种法思想要求大家绝对接受神所创造或者安排的社会秩序，而不能有任何的抗拒。我们现在法律上所说的平等、自由，在那个时期是完全不存在的，每一个自然人，甚至包括君主都应该承认自己是神权的奴仆。从总体上来讲，神权化的法权秩序对社会的统治者是有利的，对老百姓也就是被统治者来讲是非常不利的。因为神权化的秩序总是少数人统治多数人、少数人享有特权，而多数人只能被动地接受统治、接受少数人的压迫。宗教的基本要求就是顺从、不抵抗、不造反、不革命，所以这对下等人来讲是一种“道德鸦片”，剥夺了他们主动地改造社会的能力。

第二个特点是君权绝对。在上帝或者神权创造的秩序中，君主是神的代表者，因此君权是绝对有效的，其行为是绝对正当的，所以臣民对于君主必须绝对服从，稍有不慎就可能招致祸害。

第三个特点是等级身份制。所谓等级身份制，指的是人与人之间的身份合法地、公开地被划分尊卑贵贱，被划分为上等人 and 下等人、主人和仆从的制度。那个时候实际上还有奴隶，奴隶之外一般的人在法律上叫作自由民。但是自由民之间存在着严重的等级身份差别。等级身份的差别是每个人生下来之后就确定了的，根据血缘，有些人生下来就是贵族，有些人就是一般平民，而且很多一般平民对于贵族还有特殊的人身依附的关系。人身依附就其表现来说，就是我们中国人所熟悉的奴才体制，它要求下等人必须绝对地忠诚和顺从上等人，不可以有任何异议和反对。上等人可以决定下等人的一切，包括他们的财产、性，甚至包括生命。下等人对于上等人的决定必须绝对遵从。这种身份和附从关系甚至还是世袭的，主子永远是主子，奴才永远是奴才，世代不改。这种不平等的身份关系是合法的、公开的、赤裸裸的。

等级身份制基本上起源于分封制。国王把土地分给大贵族，大贵族再分给小贵族，小贵族分给骑士，骑士再把土地分给佃户耕种。在这种土地分封制度下，下等人好像获得了土地所有权，但是，土地是分封来的，不是民法

意义上的所有权取得的，所以构成了多层次的所有权。这种情形就是我们民法学界经常说的双重所有权。实质上这种体制在法权上产生了一个重大的社会效果，就是要求下等人必须对上等人绝对地忠诚或者服从。在这种体制下，像现在大家所理解的平等、意思自治等都是不存在的。就民法几个核心的方面看尤其是这样。首先平等的身份是不存在的，平等的权利也是不存在的。我们从一些历史文学作品中会发现，虽然上等人和下等人之间有市场交换，但平等交换的意义也不存在，下等人把东西卖给上等人称为进贡，上等人对下等人的支付的价格称为恩赐。在法律责任方面也完全没有平等的概念，在上等人和下等人之间存在法律上的侵害问题时，基本上都被认为是下等人对上等人的侵犯。即使上等人对下等人的侵害，甚至谋财害命都能够得到许多宽宥，而下等人对上等人稍有不敬，甚至是正常的事情都会被认为是极其严重的侵权，导致严重的法律后果。媒体报道，2015年四五月份在印度的某村落，一个上等人家的姑娘和一个下等人家的小伙子相爱私奔了。按照印度的种姓制度，上等人 and 下等人不能结婚，不能有任何性的接触。所以这一对年轻人的私奔，被认为是下等人对上等人的严重冒犯。于是村落长老按照习惯法确定由下等人家中的亲属来接受惩罚，将其两个十四五岁的妹妹交给上等人家庭的兄弟们强行奸污，还要把这两个姑娘身上涂上沥青，赤身游街示众。我们可以看到，这两个姑娘所招致惩罚的原因，不是因为她们有行为过错，而仅仅只是其下等人的身份。这种情况，就是我们民法上所说的身份责任。身份责任在历史上是普遍存在的，不但印度，在中国的历史上也有大量的记载。瞿同祖所写的《中国法律和中国社会》这本书里就有很多例子。在欧洲历史上，法律上有初夜权的规定，在新婚之夜，两个年轻人在教堂举行婚礼以后，新娘会被领主领走，新娘的新婚初夜，必须奉献给领主。在我们现在来看，这就是赤裸裸的犯罪，但当时的等级身份制就是这样的。

上述历史和民法典编纂以及民法法典化运动存在着重大的因果联系。在17世纪到18世纪时期，人们受到了人文主义革命、启蒙思想和工业革命的影响，对确定人与人之间社会秩序的法权现象进行了非常深刻的思考，后来大家普遍接受了自然权利的学说，认为人人生来是平等享有尊严的。这个法权

思想陆续被立法者接受了（想一想欧洲的君主最初也是神的奴仆呢，他们也想革命呢）。在立法上，最初接受这些法思想并将这些进步思想写到法典之中的其实就是民法。所以我们可以看到：自然人身份应该生而平等，每个人应该平等地作出意思自治，自己创造的权利由自己拥有，只能因为自己的行为过错承担法律责任而不因为身份而承担法律责任等这样一些法律思想。这些对于社会秩序改造具有革命性价值的思想，都需要集中体现的时候，民法典就承担了这个历史责任。在这个历史阶段，实际上宪法还不发达，而且当时人们认为宪法宪政主要是为了解决公共权力的问题，而这些涉及私权的问题只能通过民法典来解决。现在我们可以发现，其实民法典在其最初确实也代行了现代宪法的部分职责，规定了这些具有革命意义的宪法原则。这些新的法思想表现为民法原则，人人平等、意思自治、私权神圣、自己责任原则，在民法中成为体系，近现代民法也就是这样从思想上得到了再造。民法的这些原则，最初确实承担着用一种新的法思想来改造社会的重大作用。所以，现代民法的地位并不是苏联后来理解的部门法而已。现在中国还有很多人把民法称为部门法，这就是苏联法学的说法。从历史上看，近现代民法从一开始就发挥着社会基本法的作用。

经过人文主义革命改造之后，民法确立了四大基本原则——人人平等、意思自治、私权神圣、自己责任原则，重新构造了民法的知识体系和制度体系，形成了古典民法。仅仅从这些原则看，近现代民法和罗马法就是不一样的。其中一个核心是：罗马法不仅仅是承认奴隶制的，也是承认等级身份制的。因为民法的核心思想、整体的知识体系和制度体系已经重新构造了，所以需要新的民法外在体系，也就是民法典，将这些东西系统地表现出来。这就是民法典编纂的第一个重要的历史元素。

（二）通过制定民法典体现国家的基本治权，体现世俗化社会法权的新渊源也就是其新伦理标准

在法律研究上有一个恒久的问题，就是法律、权利的统治性效力到底是从哪里来的？这个问题同样是针对立法提出来的。现在我们学习民法，特别强调意思自治，用英文说“*Yes, I will*”强调法律上权利义务和责任，来源

于当事人的效果意思、法律行为等。这种解释，也来源于人文主义革命。这个法思想在历史上价值是非常大的。在此之前，关于法权渊源的法思想是神权法学说，人们都认为法律和权利来源于上帝或者类似的神。比如说，为什么说合同会有效力？对此如何解释？历史上著名的神权法学家阿奎那曾经解释说，合同之所以会有效力，就是因为从表面上看起来合同是两个当事人在定约，本质上其实是两个当事人对神的承诺。因为人用合同对神做出了承诺，因而合同获得了神的赋权，所以合同应该具有普遍的约束力，所以契约应该得到履行。这种神权法的合同观念，强调了契约都应该得以履行，所以也具有一定的积极意义。但是，这个学说也有很大的问题，就是把法律效力的渊源归结为上帝，这一点对民法来说同样也有很大的妨害。至少有这样一个问题，就是契约订立以后，遇到重大的社会变迁，契约不能更改，也不能变化，必须要强制履行下去。因为这是你对上帝的承诺，那就即使可能有人因为这个契约就倾家荡产了，或者牺牲生命了，还要他履行这个契约。这就是个问题。其实这一点还是一个小问题，这种观点的本质缺陷是否定了民事主体自己的意思表示。从法思想的角度来看，神权法学说最大的不公正，是没有把人本身当作权利的主体，而是将其当作客体，当作权利和制度的接受者，强制人尤其是被统治的多数人容忍君权和神权对民事权利的强烈干预。按照神权法思想，既然法律和权利是上帝创造的，世俗的人就不能提出任何的质疑，尤其是被统治者不可以提出疑问。后来在人文主义革命和启蒙运动之后，社会产生并接受了人民主权论，接受了自然权利学说，这样就产生了关于法律与权利的新的法思想。按照人文主义学说，既然权利是我自己的，是与生俱来的，那么我应该自己掌握自己的命运，尤其要通过合同来改变自己的命运。因此合同效力问题必须重新定义：必须来源于当事人双方的意思自治。这就是意思自治学说的渊源。以此学说，法权本质在于它的效力来源于民众自己而不是来源于神。这个意义非常重大，这个观念导致公法私法都发生了本质的变化。

大家可能还记得拿破仑在做法国皇帝的加冕典礼上，自己给自己戴皇冠的故事。按照神权法的观念，拿破仑当法兰西的皇帝，其权力根源应该是上

帝授权，所以应该是教皇给他加冕。在拿破仑当法兰西皇帝加冕典礼上，罗马教皇已经出席，并且准备好了要给他加冕。可是拿破仑看了很多伏尔泰的书籍，接受了伏尔泰人民主权思想的影响，所以就在司仪宣告加冕那个重要一刻，他一个箭步跑上去，把教皇手边放着的皇帝冠冕拿来自己给自己戴在头上，而且嘴上还说，我自己给自己加冕，我的权力来源于人民。这一句话意义实在太重大了，很多历史书对此大书特书，因为拿破仑的这一句话揭示了人类社会关于公共权力法思想的新纪元。拿破仑这一句话说明，国家治权的渊源不再是上帝，而是民众。仅仅这一点就可以说明，他不是封建皇帝，他是真正的革命家。他承认自己的权力来源于世俗社会，而不是来源于神权社会，是来源于人民的。这个思想相对神权法思想就是革命的、进步的。

拿破仑这个法权效力来源于世俗社会、来源于民间的思想，就是那个时代主导的启蒙思想的体现。这个思想反映在民法之中，导致民法思想发生本质改变。联系我们在上文讲到的关于合同效力的分析，我们再看看《法国民法典》的很多规定，就可以看到民法整个指导思想的变化。关于合同为什么会有法律上的拘束力，该法典第1342条规定，当事人意思表示一致，合同已经成立，就具有法律效力。现在我们可能觉得这个条文是很平常的，但如果结合历史背景来看，就知道这个条文的意义是非常重大的。在此之前，合同以及全部法权的效力是来源于神或者君主的；而现在只要当事人已订立契约，合同就具有了法律上的效力。这个规则揭示出来的道理，就是合同的法律效力来源于当事人的内心意愿，来源于当事人的真实意思表示。启蒙思想在法学上的观念之一：契约就是立法。当事人以合同来直接发生法律效力，就是这种思想的体现。这个指导思想的确立在法制史上意义非常大。如果没有法律历史观念的话，就看不出来这个法条的重大价值。这个法条体现启蒙思想，它要从意思自治的这个角度，把民法上的人，从神权或者君权的奴仆的地位，改变成为真正的权利主体，进而把民法改造成为真正的权利立法。从此，法律的效力来源于世俗社会，来源于民事权利主体自己的行为，而不再是神权或者君权。这样才最终使得即使是所谓社会上的下等人，也成为民法上的人，他们也有机会从法律上来决定自己的命运。

这一段历史说明，民法发挥了这样的一个作用，就是用契约来改造社会。大家都知道法学思想史上有一句名言：“人类历史从古到今最伟大的变化，就是从身份到契约。”本人上课时经常说，契约是民法改造社会的锐利武器。现在我们大家也能看到这一点，为什么中国权利的意识很高涨？就是因为中国人越来越需要订立合同，通过订立合同，自己给自己设定权利，从而导致自己的权利观念发生重大改变，也导致自己重新认识社会。

民法上的权利来源于世俗社会，来源于民事权利主体自己的行为观念，在整个法律制度发展历史上意义重大。因为继受苏联法学的缘故，我国很多人的法权观念至今也没有接受民事权利来源于主体自己的行为的法思想。比如说所有权，现在还有不少人坚持民事权利来源于国家赋予的学说。比如，我国法学界主要是宪法学界和法理学学界、行政法学界，还有民法学界很多人都认为不动产登记就是国家确权和国家赋权的过程。这个观点，就是认识不到不动产登记就是物权公示方式之一，它是对当事人已经享有的权利的公示和对权利变动过程的公示。可是我国法学界很多人都认为，不动产登记就是公共权力给民事权利赋权。关于这一点，本人的著述曾经多次进行解释。比如张三把房子卖给李四，李四获得的房权应该来源于张三，对不对？在这里，之所以要不动产登记，是因为权利是抽象的，我们通过公示的方式，把抽象的权利转移到李四的手里。可是我国很多人认为，登记就是确权，你不登记就没有权利。那么，那些老百姓买的房子，当事人已经居住了很多年还没有办理登记，你说老百姓没有所有权吗？！这种情况下没有办理登记的原因很复杂，有时候是开发商的原因，有时候是政府的原因，有时候是老百姓的原因。比如开发商，他要把一块地的大产权办到业主的产权，这件事情只能在房子卖得差不多的时候甚至卖完之后才能做，这里有技术上的规则。在这种情况下，老百姓买的房子都住了好多年了，登记一时办不了，那么，这个所有权归谁呢？法理学、行政法学不理解这一点，我们民法学界那些主张债权形式主义的学者也不理解这一点。这一点对于民众所有权极为有害。坚持这个观点的根本原因就是这些学者没有接受人文主义思想，没有接受意思自治的学说。

（三）通过编纂统一民法的渊源为现代工商业发展铺平道路

1453年东罗马帝国被土耳其奥斯曼帝国打败以后，神圣罗马帝国的统治权威基本上就不存在了。然后很多国家就慢慢开始自己获得了法律主权，原来和神圣罗马帝国相联系的教会法和罗马法，或者说是被教会法改造过的罗马法，在社会上逐渐走向式微。这种式微导致了习惯法的极大扩张，人们就普遍开始适用习惯法。梅汝璈老师指出，罗马帝国消亡以后，欧洲整个社会存在的民法体系有1200多种。欧洲就这么小，一个土地上有1200多种民法体系，仅仅法国就有好几百种。伏尔泰就曾经讽刺法国民法不统一给国家发展造成损害。因为那个时候交通主要靠骑马，伏尔泰说如果在法国旅行，上马的时候是一种法律，下马的时候可能就是另一种法律。甚至在旅行过程中间，就换了好几种法律。更换法律比换马还要频繁。这就意味着在依据上马的时候订立的合同依据法律是有效的，在下马的时候依据法律就可能无效了。或者从银行的角度来讲，在上马的地方办一个汇票或者支票，在下马的地方的银行就不承认了。伏尔泰说，这样一种换法律好比换马的法律体系，民商法律分崩离析，只适合农业社会，无法满足现代化工商业社会的需求。因为农民在地里种地，打下来的粮食基本上是自己消费，然后做少量的买卖，这样就没有一个市场运作的法律问题。可是到了工业化社会，工厂生产就是为了出卖，这几十公里路就换几种法律，没有统一的法律，就没有统一的市场。伏尔泰说，你看人家英国现在是世界上的日不落帝国，可是我们法国还这么愚昧落后，不思进取，封闭落后。伏尔泰的话对拿破仑影响很大。拿破仑上台以后就下定决心要制定法国统一的民法典。历史记载，最初法国国民议会讨论民法典立法方案时，很多法学家尤其搞罗马法教会法那些人整天在那里争论，争论来争论去浪费很多时间。拿破仑一看很生气，说要是让这帮家伙搞民法典，那得要搞多少年呢？我们法国要到什么时候才能进步呢？所以后来拿破仑自己就主动主持了讨论民法典的国民议会，主持这些讨论工作。历史记载，关于民法典编纂的国民议会开了102次，拿破仑自己当主席57次。要知道拿破仑军人出身，并没有在大学里学习法律，但是他看了很多伏尔泰的书，接受了人文主义的启蒙思想。他根据伏尔泰的书，主持会议并不是消