

中国人民大学民商事法律科学研究中心

民商事法律科学研究文丛(10)

物权法实施疑难问题司法对策

Judicial Countermeasures in Property Law Implementation

| 主编 · 杨立新 刘德权 |

人民法院出版社

物权法实施疑难问题司法对策

Judicial Countermeasures in Property Law Implementation

| 主编·杨立新 刘德权 |



人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

物权法实施疑难问题司法对策/杨立新,刘德权主编. —北京:
人民法院出版社,2008.4

ISBN 978-7-80217-546-4

I. 物… II. ①杨…②刘… III. 物权法-中国-文集
IV. D923.24-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 043235 号

物权法实施疑难问题司法对策

主 编 杨立新 刘德权

责任编辑 吴秀军 兰丽专

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号(100745)

电 话 (010)85250525(责任编辑) 85250516(出版部)
85250558 85250559(发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市中华美凯印刷有限公司

经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16

字 数 723 千字

印 张 41.5

版 次 2008 年 4 月第 1 版 2008 年 4 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-80217-546-4

定 价 78.00 元

版权所有 侵权必究

前 言

《中华人民共和国物权法》（以下简称物权法）公布以来，受到国际、国内的普遍重视和热忱欢迎。这是因为这部法律密切结合中国实际，肯定中国社会主义初级阶段基本经济体制，体现中国特色，将改革开放的胜利成果记录在法律文件中，对中国的物权制度赋予了新的精神，即确立和实行所有权平等保护原则，依法保护人民的物权。正是因为如此，博大精深的物权法作为民法典的核心部分，将在中国社会主义法制体系中具有极为重要的地位，发挥重要的作用。对此，自不待言。

立法并不是立法的目的，立法就是为了实施。正如法谚所言：“徒法难以自行”。制定物权法的目的，就在通过物权法的实施，保护人民的物权。2007年10月1日物权法生效之后，全国法院都在受理依据物权法起诉的物权纠纷案件。可以说，物权法生效之后，就已经从立法机关手中转移到全国法官手中，由法官负责它的实施，将物权法规定的物权及其物权规则变为司法裁判的准则，适用到现实的司法实践中去。而法学家的任务，也就从协助立法机关制定物权法，转为协助法官理解、解释和实施物权法。

2 物权法实施疑难问题司法对策

正像预期的那样，在物权法从立法到司法、从制定到实施的这个转变中，法院和法官一开始就遇到了众多的疑难问题，需要从理论上和规则上予以解决。

在这些疑难问题中，既有对物权法规定的物权种类和规则的解释问题，也有对具体的物权规则如何适用于具体物权纠纷案件的问题；既有宏观的问题，更有微观的问题。同时，我们必须看到，一方面，物权法对于各类物权的规定并不十分完备，对已经规定的各种物权规则也没有做到一步到位，留下了很多空间，需要立法予以补充和完善，需要制定一系列的下位法即相关配套的法律、法规支持和丰富，将其较原则性的法律条文具体落实，这些需要补充法律、行政法规；另一方面，物权法的内容中也存在一些具体的问题在实施中必须解决，例如，一是对一些没有规定的物权，如典权、居住权、让与担保和所有权保留等，由于没有规定物法定缓和规则，在实践中出现的问题应当如何处理；二是物权法仍然采取“宜粗不宜细”的立法原则，对物权的具体规则规定较少，又不够具体，在适用中如何应对；三是对物权的权利义务内容缺少明确的规定，在司法实践中究竟应当如何补充；四是对于一些争议较大的问题，如物权请求权究竟是不是受诉讼时效的限制，与侵权请求权是何种关系，业主大会和业主委员会在实体法和程序法上的地位如何界定等，都没有作出规定，法官在处理纠纷时应当如何解决。正是由于存在这样众多的问题，因此，在物权法实施中，就给法院和法官留下了检验其司法艺术的广阔余地，也给广大法官在实施物权法中施展才华提供了条件。

可是，考验确实存在。这些疑难问题都一个一个地、具体地摆在法官面前。这些疑难问题不解决，物权法就无法得到全面正确的实施。实施物权法急需司法解释进行补充，急需理论研究提供司法对策，才能保证现实生活中的物权纠纷及时得到解决，物

权法才能变成实际的社会行为规则和法官裁判规则。同样，这个艰巨的课题无疑也摆在民商法律学者和专家的面前，需要法学专家、学者与法官一道并肩作战，共同应对物权法实施疑难问题的检验，共同作出回答。

正是在这样的形势下，中国人民大学民商事法律科学研究中心与人民法院出版社，以及福建省高级人民法院和福建师范大学法学院密切合作，在物权法刚刚实施1个月的时候，于2007年11月初召开“第四届法官与学者对话：中国物权法实施疑难问题研讨会”。邀请全国对物权法素有研究的资深法官、资深学者、专家以及日本和我国台湾地区的著名学者参加研讨，为解决物权法实施中的疑难问题献言献计。这次论坛参加人员之多、层次之高、讨论问题之深刻、提出法律适用意见之切合实际，都是前几次“法官与学者对话论坛”所没有的。从与会人员来说，既有法官，又有学者，还有房地产开发商的法律代表；既有国外和我国台湾地区专家，又有国内法官、学者；既有资深的老法官、老专家，又有初出茅庐且又在物权法研究和适用上崭露头角的新法官、新学者，因而，本次论坛是一次名副其实的物权法研讨的盛会。在两天的会议时间里，全体与会法官和学者、专家分成了三个小组，分别就若干个专题进行，其中绝大部分时间都是法官和学者对物权法实施中的具体疑难问题按照专题进行深入研讨，研究应当提出的司法对策意见。同时，参会人员向会议提交了80多篇论文，字数达100多万。在这些论文和发表的意见中，绝大部分都有真知灼见，具有现实的针对性和实际的指导意义。

我们把会议讨论意见集中整理成会议纪要，同时，将与会议文进行整理，精选40余篇文章，汇编成本书，由人民法院出版社出版。相信这些文章和意见将会给最高司法机关进行物权法司法解释和广大法官适用物权法处理物权纠纷、解决疑难问题，提供

借鉴帮助；同时也会给广大读者学习和研究物权法提供有益的帮助。

应当提到的是，“法官与学者对话论坛”已经进行了四届。这个论坛在广大法官和民商法学者、专家，特别是具体承办单位的积极努力下，越办越好，已经成为联系法官和学者、联系民商法理论和民事司法实践的一个品牌论坛，具有越来越大、越来越好的影响。就以本届论坛而言，福建省高级人民法院和福建师范大学法学院，精心组织，竭诚努力，作出了卓有成效的贡献，因而使本届论坛取得如此令人满意的成果。作为“法官与学者对话论坛”的发起人，中国人民大学民商事法律科学研究中心和人民法院出版社对论坛的发展和成效都感到欣慰。我们希望本论坛越办越好，让“法官与学者对话论坛”真正成为联系法官与学者、联系理论与实践的一架金色的桥梁，使更多的法官和学者参加进来，能够把法官和学者以及民商法理论与民事司法实践紧紧地连接在一起，相互作用，相互影响，共同携手，为我国民商事法律的司法和理论研究的进步，不断作出贡献。

中国人民大学民商事法律科学研究中心主任

杨立新

2008年3月

第四届法官与学者对话暨物权法实施 疑难问题研讨会综述

杨垠红*

2007年11月1日至11月2日,由中国人民大学民商事法律科学研究中心、人民法院出版社、福建省高级人民法院和福建师范大学法学院共同举办,并由万科企业股份有限公司协办的“第四届法官与学者对话暨物权法实施疑难问题研讨会”在福建省福州市隆重召开。11月的有福之州,秋风爽爽,清新的小雨为来自全国法院系统、高校、科研机构及出版社的百余名法官、学者及海外学者接风洗尘。与会代表们对本次对话主题表示了浓厚的兴趣,提交的论文达80余篇,上百万字。此次对话为理论与实务、境内外学者的交流提供了良好的平台,会场呈现出畅所欲言、深入讨论、友好交流的景象。

11月1日上午,研讨会开幕式在福建师范大学旗山校区学术大讲堂举行,会场上华灯璀璨,座无虚席。会议开幕式由福建师范大学法学院院长林旭霞教授主持。与会代表中国人民大学民商事法律科学研究中心主任杨立新教授、人民法院出版社副总编刘德权同志、福建省高级人民法院副院长周瑞春同志、武汉大学法学院余能斌教授、福建省人大法制委主任阮荣祥先生、原福建省人大常委会副主任、省老年书画艺术协会名誉会长宋峻教授、福建省人大法工委主任包志荣先生、万科集团风险管理部总经理颜雪明律师等在主席台就座,首先由汪征鲁副校长致欢迎辞,他代表各主办单位向与会的各位专家学者表示热烈欢迎,指出物权法颁布和实施的重要作用及召开本次会议的重大意义,介绍了作为举办方之一的福建师范大学百年老校的历史,并预祝本次大会取得圆满成功。随后,杨立新教授致开幕辞,他先指出本次会议的重点是研究物权法实施过程中的疑难问题。物权法关系国计民生,但由

* 福建师范大学法学讲师,法学博士。

于它过于抽象,使得具体实施过程中存在许多疑难之处,为了更好地解读物权法,本次会议汇集众贤,集思广益,立志为立法机关、司法机关献计献策。而后他说明了“法官与学者对话论坛”的性质与宗旨,它是中国人民大学民商事法律科学研究中心与人民法院出版社共同打造的品牌,目的在于设立一个平台,理论联系实际,为司法实践提供借鉴。接着他简要介绍了中国人民大学民商事法律科学研究中心与它的核心刊物《判解研究》。而后,人民法院出版社刘德权副总编、福建省高级人民法院副院长周瑞春先后致辞,两位专家分别从理论与实践两方面表达了对本次大会的殷切期望,并预祝研讨会圆满成功。

开幕式后,七名专家学者作了大会主题发言。中国人民大学民商法律中心主任杨立新教授首先发言,他的发言主题是“中国建筑物区分所有权存在的问题及适用办法”,主要讨论了业主委员会、业主大会的法律地位和建筑物区分所有权的共有部分的界定问题。杨教授认为,目前我国物权法第70条的本质含义否定了业主大会和业主委员会的团体性,这对维护业主的合法权益,保障业主权利的正当行使,都会造成较为严重的影响。故建议在今后的司法解释中应当赋予业主大会、业主委员会程序法和实体法上的团体地位,即承认业主大会、业主委员会的性质为“其他团体组织”。在合同法和诉讼法领域中,业主大会、业主委员会具有民事主体和民事诉讼主体的地位,有权对外签订与业主整体利益有关的合同,有权代表全体业主起诉和应诉,维护全体业主的合法权益。就建筑物区分所有权的共有部分的界定问题,他认为现有物权法第73条对确定的共有部分没有进行全部界定,而仅仅规定了五种情形,而且其中关于“明示属于个人的绿地”和“其他公共场所”没有作出明确界定。他有针对性地提出了三点建议:其一,应当对确定的共有部分进行全面的列举,除了已列明的五种情形外,还应包括区划内的建设用地使用权、建筑物的整体构造部分、楼顶平台、外墙面、维修资金、共有部分产生的收益。其二,“明示属于个人的绿地”应界定为独栋别墅围墙内的绿地;连排别墅房前屋后的绿地;普通建筑物一层业主窗前绿地,如果明确了权属、有明确的规划并且解决了费用问题的,也可以认为是“明示属于个人的绿地”。其三,“其他公共场所”应当指相对于会所之外的,供全体业主活动用的公共场所,如棋牌室、图书室、活动室等公共场所。此外,他还提及业主的专有权及其内容限制、业主的共有权及专有权的主导性、车库和车位的权属、业主大会和业主委员会、业主大会决定的事项范围和方法、业主大会决定的效力和业主的撤销权、维修资金性质和使用、

费用分摊和收益分配、建筑物的管理人、建筑物物业管理人的职责、业主大会和业主委员会的管理职责等问题。

第二位发言的是日本早稻田大学法学院的近江幸治教授，他作了题为“中国担保物权制度的展望”的发言。他认为，中国物权担保制度具有可设立抵押权的标的物范围十分广泛、整体抵押制度以登记制度为基础、物权担保的实行方法多样化三个特点。就此三个特点，他比较了中日两国不同的立法规定，对中国担保制度的完善和配套制度的建设提出了一些建议。

接着，台湾地区辅仁大学法学院陈荣隆教授就“台湾最高限额抵押权立法之借鉴与省思”展开发言，介绍了台湾地区“物权法”担保物权篇修订后的最高限额抵押权的主要内容，比较了：台湾地区、大陆和日本法律中的相关规定。在此基础上他指出：该制度在其制定过程及当前立法与实践仍存在的一些可检讨之处，如新法未对累积共同最高额抵押权加以明确说明，新法理论上尚无企业担保、财团担保等制度互相配套，在实践上，土地法、强制执行法等均须在内容上进一步改进，并就此提出因应对策，从而为中国抵押担保制度的完善提供有益之鉴。

日本上智大学加藤雅信教授则“从一个外国人看中华人民共和国物权法”的角度，高度评价了我国物权法的制定。他还分析了物权移转上中日两国规定的差异，在日本法中，物权移转上的形式主义与意思主义是相互分离的，与中国不同，日本民法承袭法国民法，所有权分为相对所有权和绝对所有权，于是他提出了“分阶段转移”的观点。之后他就中国物权变动制度的有关规定提出一些可商榷之处，如中国物权的相关登记程序复杂繁琐，可能会导致周期的拖延，从而使得效率难以实现；国家所有权、集体所有权、个人所有权三种类型的所有权对中国现代社会是否有实质性意义。

之后，台湾地区东吴大学法学院的郑冠宇教授分析了物权法中共有规定的适用问题。他首先讨论了共有的适用范围，在对物权法第93条、第94条和第105条的规定进行分析的基础上，他指出，物权法上的共有仅针对所有权、用益物权与担保物权，物权法仅规定用益物权及担保物权可参照共有的规定，而其他权利的共同享有则适用民法通则的规定。此外，还得注意其他具体法律对共有的规定，如海商法第16条、城市房地产管理法第37条、个人独资企业法第18条及合同法第340条的规定，与物权法的协调问题。其次，他讨论了共有的产生问题。他认为按份共有的情形，通常均认为可经由各共有人间的约定而产生。但在共同共有的法律关系中，是由数个人根据一定原因所成立的关系而产生，所谓的共同关系是指两人以上因共同目的

的结合，共同共有人间是基于一定关系的紧密结合，较一般情形为特殊，有其特殊的共同目的，共有人间应受此种共同目的或结合关系的拘束。例如，因夫妻关系、家庭关系、继承关系或合伙关系而共有财产的情形，欠缺这一共同关系，即使有人的结合，亦非共同共有关系，故共同共有不同于按份共有，共同共有不能由任意的约定而产生。再次，郑教授认为在共有内部关系中，物权法第101条关于优先购买权的规定过于简单、模糊，它仅就发生优先购买权的要件进行规定，而没有就优先购买权的行使方法与其法律效果加以规定，这将造成共有人主张优先购买权时法律适用上的困难。例如，共有人是以书面还是以言词方式行使该权利？按份共有人有数人，当数人均欲行使优先购买权时，他们之间的关系应如何确定？未遵守优先购买权规定的按份共有人，其法律责任应为如何等等，这些问题法律无明文可依，这将影响到共有人间权利的合理保障。所以他倡议学说与实务应对此加以重视，努力弥补其中不足。最后，他说到共有物的分割问题，若共有人经约定禁止分割共有物，则应尊重共有人的意思，但应对禁止分割的期限给予限制，应允许共有人以重大理由需要为由请求分割，否则将影响物的价值的发挥，影响共有人对共有物的的使用收益及处分权。对共同共有人请求分割权应加以适当的限制，当共有人协议分割不一致时，可以参照台湾地区“民法物权修正草案”第824条的规定加以分割。

复旦大学法学院刘士国教授采用案例引发问题的方式，从一则正在买卖过程中的房屋倒塌致人损害案引出了物权变动与风险分担问题。刘教授认为，合同效力分为债权效力和物权效力两个部分，不动产未登记不影响不动产买卖合同债权效力，而该合同物权效力在登记时产生，不动产在合同订立前已为买受人占有的情况下，合同订立时间即为不动产交付时间，交付不动产毁损灭失或致人损害风险自不动产交付时转移。刘教授建议最高人民法院对这类问题依物权法和合同法作出体系解释，并对物权法第15条和第140条等作出详细解释。

颜雪明律师从房地产开发实务角度分析了建筑物区分所有权中的两个焦点问题：一是关于共有部分的进一步划分，颜律师认为目前在法律上和学说上对共有部分没有具体划分，他认为按权利来源可以进一步分为三部分：法定共有、约定共有、天然共有。法定共有即法律明确规定为全体业主共有的，如物权法规定的小区内的道路、未作特别约定的车位、绿地为业主共有。约定共有即原本具备独立的结构和功能，可以作为所有权标的的专有部分，原所有权人通过合同约定把所有权转移给全体业主，使之成为业主共有

的财产,如泳池、会所、车库等,可以通过约定成为全体业主的共有财产。天然共有即法律没有规定,合同也没有约定,但在结构上和使用功能上不具有独立性,只能为建筑物或建筑群提供某种功能,而不能单独作为所有权标的部分。它又可细分为构造部分、交通部分、增益设施部分以及公共空间。二是小区车位、楼底花园、露台等的归属问题。就车位问题,他以卖豆腐模型理论批判了支持车位属于全体业主共有的“成本说”、“容积率说”、“配套说”、“业主投资说”,他认为根据物权法第74条规定,开发商作为原始所有权人可以出售、出租或者附赠。就楼底花园问题,他认为房地产开发虽然过程复杂,但其原理同做豆腐一样,从取得土地、规划设计、施工建造,到最后销售交付,开发商是唯一的所有人,它有权处分楼底花园,将之附赠与他人。就露台问题,他从两个方面来说明开发商附赠露台的合法性,其一是因为开发商作为原始所有权人,有权进行产品创新,也有权在销售时作出利益分配;其二这种创新有利于物尽其用,又未损害其他业主的利益,不为任何法律所禁止,也不违反买卖双方的合意。

11月1日下午到11月2日上午,会议分为三个分会场,分别围绕物权变动和物权保护法律实施中的问题与对策、所有权法律实施中的问题与对策、用益物权、担保物权法律实施中的问题与对策展开了热烈的探讨,提出了许多真知灼见。

一、物权变动和物权保护法律实施中的问题与对策

学者与法官主张围绕以下几个问题展开热烈讨论:

(一) 关于所有权类型问题

加藤雅治教授对中国的国家、集体、个人三种类型所有权制度提出了疑问。他认为,中国的物权法既有社会主义制度特点,同时又体现了市场经济制度的思想,然而在承认生产的私有化前提下,物权法是否维持社会主义公有制是个十分重要的问题。从严格意义上说,所有权分为三种可能会影响市场物流一体化的形成。虽然在中国民法中规定单一的所有制是困难的,但中国市场却要求单一体制,所以他对这三种所有权的規定表示遗憾。

刘士国教授认为,这三种类型的所有权的设计,是适应我国国情的。在中国还存在混合财产权问题,公司法有规定所有权,越南也有此规定,例如股份有限公司的财产权就是一种混合的财产权。所谓混合所有权是指既属于公有的,又属于私人的所有权。股份公司的股东,可以是国家,也可以是集体,又包括个人,这种情况是很常见的。

中国法学杂志社编辑朱广新教授指出：中国的传统观念会影响物权法的制定。从另一方面说，所有权主体包括个人、法人、非法人组织。国家是特殊主体，更接近法人的概念，更符合大陆法系的思维模式。国家财产可分为经营性、公益性、资源性。对于刘教授提出的“混合财产权”表示质疑，因为公司一旦成立，公司的财产归公司所有，公司就是拟制法人，所以不存在混合所有权。

（二）关于不动产登记审查标准问题

我国不动产的登记是采用形式主义，抑或实质主义，各位专家学者、法官主要从物权法相关条文的立法目的、法律条文的文字解释、实践操作等方面阐述各自不同的看法。福州市中级人民法院黄勤武副院长认为，当前中国大部分还是形式审查，根据物权法第12条规定，中国当前法律规定体现了以形式审查为主，实质审查为辅的原则。山东法学会法律中心主任石凤友教授认为，初始登记作为第一阶段应当进行实质审查，第二阶段则进行的是形式审查。刘士国教授认为，我国法律介于法国法与德国法之间，所以我国应从实际出发，采取折中主义方式，实行的即不是形式审查也不是实质审查。台湾地区学者谢永志教授建议应对物权法第12条“有关登记事项和有关登记情况”进行司法解释，作出明确的规定。福建金融职业技术学院李良雄老师认为，从条文上看形式审查还是实质审查是没有实质意义的，他建议对不同物权类型采取不同的审查。武汉大学法学院余立力老师指出，登记只是一种形式审查，法院有权对登记进行审查。公示不是绝对的，是可以修正的。因为物权变动的根本动因在于双方意思表示达成一致，而不是行政机关的登记行为。公示方法可分为静态公示与动态公示，而动态公示中，动产通过交付，不动产进行转移登记。而且针对当前中国登记机关少而登记人数众多的社会现状，登记机关进行实质审查在现实中很难操作。中国人民大学王轶教授介绍了在物权法制定过程中立法机关在这个问题上的一些考虑及立场，如果认可公信力的效果、认可保护善意第三人制度，则应进行实质审查；但立法机关最后认识到，这两者间不存在必要的联系，所以制定了现今的物权法相关规定。但在形式审查上，仍有很多问题没有界定清楚，包括实质和形式审查的界限问题等。福建省高级人民法院段思明庭长则认为，解决这一问题关键在于如何确定登记机关的责任问题，应当适当地课加登记机关的责任。法院一般应相信行政机关的登记，但若当事人能举出相反证据，法院可以推翻登记。

（三）司法如何审查行政登记引发的民事诉讼与行政诉讼交叉问题

黄勤武副庭长认为，登记机关的审查应是形式审查，在此基础上，发生的实质争议应由民事诉讼方式解决，司法机关可以不受行政机关所作的物权登记的限制，有权依据实际情况另行确定物权的归属。谢永志教授介绍了台湾地区的相关做法，即台湾地区“土地法”第43条规定，土地登记具有决定效力，若有争议，采用诉讼方式处理。公示的作用在于保障交易的安全，以登记簿上所记载的所有人作为交易对象，法院不能挑战登记机关的登记效力，否则登记就不具有公示效力。但一旦对土地归属问题发生纠纷，登记机关仍要尊重法院的判决，而且会根据法院的判决进行相应的修改。公民若不服行政机关的处分，可以通过行政诉讼来解决，这一般由行政法院专门负责。加藤雅信教授随后介绍了日本的做法。在日本，法院对所有争议均可进行审查，登记机关应尊重法院的判决。日本的行政机关权力很弱，司法权力却是很强的，所以在日本不可能产生司法机关是否有权变更行政登记的问题。王轶教授认为，行政诉讼和民事诉讼之间关系可以采取以下方式协调：行政诉讼主要解决登记机关的登记行为是否合法、是否应承担赔偿责任的问题，民事诉讼主要负责确认之诉，解决的问题在于对登记错误之处进行修改。为避免登记错误，山东大学法学院董翠香和刘保玉教授都主张实质审查可由公证机关或中介机构进行，这样有利于各主体责任的界定和在行政诉讼与民事诉讼审理上责任认定的明晰。

（四）登记行为的物权效力问题

来自江西宜春的雷震法官认为，确权不是办证的前提和基础，这样有利于司法实践。而石凤友教授则从实践操作的角度提出了不同的意见，确权是没办法办证书的。对此，余立力老师则指出：行政机关的行政行为不是取得物权的依据，登记机关的颁证行为只是帮助认识物权的存在。

二、所有权法律实施中的问题与对策

针对该议题，学者、法官们主要围绕以下几个小议题展开讨论：

（一）建筑物区分所有权中存在的问题以及适用办法

这是本次讨论的主要议题。该议题由万科集团的颜雪明律师“卖豆腐模型”的理论引发。颜律师认为，开发商对小区的附属设施包括共有部分的处分类似于卖豆腐，一片建筑就好比一整块豆腐，开发商将其切成小块分售，开发商和业主的权利义务关系是物权原始取得人和继受取得人的关系。

共有包括法定共有、约定共有和天然共有，除此之外的公共部分由开发商保留权利，而不能当然地认为属于业主共有。车位、露台、楼顶等如果事先没有约定由业主所有，应归原始所有权人，即开发商所有。开发商是原始取得，业主则是继受取得。

对此，杨立新教授首先“发难”，他认为，不动产买卖不同于动产买卖，有其特殊性。不能把卖豆腐和卖房子作对比，卖豆腐是动产买卖，适用契约自由；卖房子是不动产买卖，既要遵守物权法的规定，当然也要体现一定的契约自由。虽然所有权、使用权都可以分原始取得与继受取得，但问题在于开发商保留一部分物业的做法违反了物权法第72条的规定（区分所有权以外部分都是共有的）。接着，段匡教授从上海房地产开发现状及相关司法实践问题切入，对该议题作了纵深分析。他介绍了上海的做法，在上海，先强调住宅，后强调配套，车位就是配套，而物权法有一特色，即用益物权尤其强调“用途”，引发了车位归属的争议。为避免争议和更好保护业主的权利，物权法应当规定车位不能单独登记，应附在房子产权之后登记。就楼顶、露台的定性问题，吉林大学法学院马新彦教授认为，它们属于业主专有部分。从比较法的角度，他阐述了美国的排除妨害请求权制度的发展及对我国的借鉴意义，即业主不得在楼顶、露台搭建破坏小区美观的设施，否则其他相邻业主对其可以行使排除妨碍请求权。中国计量学院陶丽琴副教授认为，就车位问题而言，首先应满足业主需要，这是物权法确定的一个原则，如果开发商创设一个条件而业主无法达到，开发商即可对车位作出自由处分，这样的话，车位与业主生活不配套，则首先满足业主需要的规定就形同虚设。在首先满足业主需要的条件下，不能对外开放买卖车位，只能对业主开放，即只对内不对外；而出租方式可对业主之外其他人开放，在租用方式下，也应首先满足业主的需要。

（二）关于支撑权的问题

物权法第136条的规定有些空泛，对此，杨立新教授建议，建立完整的支撑权体系，并提出了自己关于支撑权的理论体系，包括对不动产支撑利益的类型划分、不动产支撑利益的物权法律关系、支撑利益关系的当事人、不动产支撑利益的保护。马新彦教授则考虑在解决支撑权问题时，也可以适用排除妨害请求权，因为对支撑权的侵害同时也是对财产的妨害。

（三）若干案例分析

主要讨论了两个典型案例：其一，婚前以婚后使用为目的买房，男方出

钱,却将房子登记于女方名下,后来两人未结婚就分手,房子在此期间增值,此时该房屋及增值部分的归属应如何处理。杨立新教授认为,房子应退还于男方,就增值部分,女方亦无权主张权利,因为房子是男方出钱买的,这是基础,增值自然也是房子本身的价值部分,房子及其增值部分都应属于男方。武汉大学法学院余能斌教授从附条件的合同角度进行理解,他认为结婚为所附条件,若结婚,则合同成立,所有权发生转移,若不结婚,则合同不成立,所有权不转移。他还提出另一种看法,即不将这种行为看作附条件的合同,则女方获得房屋增值部分的价值,其他归还男方。其二,福建省莆田市中级人民法院关玉辉庭长提出有关后设立的建设用地使用权与先设立的用益物权冲突引发的案例。案情如下:有一石场要续办许可证,但在不久前有一个燃气管道在采石场50米的地下通过,按照相关规定,采石场与这样的管道至少要相距200米,所以该采石场安全许可证未能通过,采石场状告燃气公司,燃气公司则主张他们有合法许可不负任何责任。杨立新教授认为这是与物权法第136条规定的“新设立的建设用地使用权,不得损害已设立的用益物权”相关的问题。该案中的采石场,可以对两个被告提起诉讼:一个是政府,一个是燃气公司。采石场可以起诉政府,因为政府行政许可行为导致采石场损失,采石场或要求政府变更行政行为,或要求行政赔偿。采石场亦可起诉燃气公司,因为燃气公司是经营性单位,其经营妨害了采石场的经营,这是相邻关系问题。若此管道的铺设属于公共利益的需要,则应给予采石场合理的补偿。广东外语外贸大学王荣珍副教授亦主张只要行政行为侵害个人利益就有权提起诉讼,请求获得相应的赔偿,不能说只要有许可其行为就是正确的,公共利益不一定大于私人合法权益,许可不对就要赔偿,就要变更。本案中,完全可以通过改道来解决问题。

三、用益物权、担保物权法律实施中的问题与对策

该分会场围绕此主题讨论的问题比较多:

(一) 关于应收账款出质问题

最高人民检察院民事行政检察厅办公室副主任杨明刚博士指出:中国人民银行出台了应收账款的登记办法,应收账款的质押将会蓬勃发展,这是值得肯定的。但对于将来的应收账款能否质押,现行法律并无规定,在将来的司法解释中如何加以规定?近江教授作出回应,他介绍了日本的情况,在日本,债权出质较少,一是银行贷款的分期付款,二是生命保险金的担保,其余为让与担保。

（二）农村土地承包经营权的问题

其中较为重要的问题是当该权利受到损害时，起诉主体是承包户或是村委会？或是二者均有诉权？烟台大学法学院郭明瑞教授主张二者都可以起诉，实质上，依权利的不同是存在两个请求权的。天津师范大学法学院贾邦俊教授则认为究竟谁有权起诉，需要考虑所有权与使用权主体的利益，承包经营者是近期利益，而村集体的所有权是长远利益。因此，承包经营权人起诉，法院是允许的。

（三）关于善意占有人是否承担责任问题

物权法区分了善意占有与恶意占有，强调了恶意占有人须承担占有物损害的法律后果，这是否意味着善意占有人无须承担任何责任呢？郭明瑞教授作出了肯定的回答。他分析到，善意应是指不知情，而不是从道德上进行考量，恶意占有人的赔偿责任体现了过错原则。善意占有人把财产当作自己的财产加以处理，善意占有人不知道也不应当知道是别人的财产，因此，善意占有人不赔偿。福建社会科学院陈荣文教授则从另一角度解释了这一问题，他指出善意占有人不承担责任也可以用不当得利返还的原理来解答，在不当得利中，善意的受益人只需要返还现有利益，然而恶意的受益人则要返还所有利益。

（四）房产、地产分开抵押的效力及优先受偿权的范围问题

最高人民法院杨永清法官认为，依物权法规定，当一个房地产只抵押房屋时，土地视为一并抵押，依此规定可得出的结论是优先受偿的范围不仅包括已抵押登记的房屋，而且还包括视为一并抵押出去的土地。郭明瑞教授则提出可商榷之处，虽然根据物权法，房屋抵押出去后，土地也视为一并抵押，这是无争议的，但他认为优先受偿的范围并不及于未抵押登记出去的土地。

（五）关于违章建筑出租是否有效的问题

杨永清法官根据物权法关于“合法建筑物的所有权”的规定，提出了对违法建筑的保护问题。余能斌教授认为，“合法”与否的认定是依公法（行政法）进行，而作为私有财产的建筑物，依私法上应给予保护，至少基于私法上的物的所有权应给予保护。一些法官介绍了司法实践的处理方法，即一般认为违章建筑出租是有效的，即使无效，承租人也应支付使用费，但非租金。

此外，福建省宁德市中级人民法院余梓安法官、福建省高级人民法院李