

Wuquanfa
Lilun Yu Shiwu

海南省律师协会◎编

执行主编：王崇敏

执行副主编：吴骏飞



物权法 理论与实务

南海出版公司

物权法理论与实务

海南省律师协会◎编

执行主编：王崇敏

执行副主编：吴骏飞

南海出版公司

2007·海口

图书在版编目 (C I P) 数据

物权法理论与实务 / 海南省律师协会编. —海口: 南海出版公司, 2007.9
ISBN 978 - 7 - 5442 - 3856 - 4

I. 物… II. 海… III. 物权法—中国—文集 IV.
D923.24 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 162453 号

WUQUANFA LILUN YU SHIWU

物权法理论与实务

-
- 编 者 海南省律师协会
执行主编 王崇敏
执行副主编 吴骏飞
责任编辑 吴 键 庄秀颜
出版发行 南海出版公司 电话: (0898)66568511(出版) 65350227(发行)
社 址 海南省海口市海秀中路 51 号星华大厦五楼 邮编: 570206
电子信箱 nanhaicbgs@yahoo.com.cn
印 刷 海口景达鑫彩色印刷有限公司
开 本 787 毫米 × 1092 毫米 1/16
印 张 17
字 数 340 千
版 次 2007 年 9 月第 1 版 2007 年 9 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978 - 7 - 5442 - 3856 - 4
定 价 32.00 元
-

南海版图书 版权所有 盗版必究

《物权法理论与实务》编委会

主 任：王 晶

副 主 任：廖向琦 姜 丹 王崇敏

委 员：吴骏飞 王航兵 程晓东 童永滨 李宏文

陈文锋 关绍斌 邢少平 符 天 甘小翔

朱新华 王立亚 廖 晖

执 行 主 编：王崇敏

执行副主编：吴骏飞

序

千呼万唤,《物权法》出台啦!应该说《物权法》的出台使我国年轻的民商事法律制度得到了进一步的发展和完善。

欣喜之余,仔细品酌,《物权法》在物权法定、平等保护、重点解决、和谐共处等方面的突破和创新是值得肯定的,但是在土地使用权流转、社会公共利益确定、担保方式选择等方面的制度设计上还有很多欠缺的地方。尽管《物权法》尚有不尽人意之处,尽管《物权法》还没有摆脱时代的局限,但《物权法》的出台毕竟巩固了我国改革开放的成果,推动了我国市场经济的发展,加快了我国法制建设的步伐。

《物权法》是一部涉及国计民生根本利益的重大立法,是调整和规范物权变动的基本制度,直接涉及到物权的变动、物权的归属以及平衡当事人利益等重大问题。它的出台无论在理论还是实践方面都具有重要的意义,尤其在私权的建设、完善和保护方面,使我们这个一直缺乏独立而有效的私法制度的国家,从此为民商事立法寻求权利保护提供了法律依据。

律师是我国民主与法制建设中的一支重要力量,《物权法》的实施离不开律师的作用。律师办理案件要准确理解立法本意,恰当运用法律条款,创造性地挖掘法律内涵,在实践中用娴熟的法理去揭示法律特定的价值和意义,以达到“物权法定,物尽其用,构建和谐,定分止争”的目的。事实上,律师在诉讼中的活动本身就是普法的重要形式。因为,律师办案是个动态过程,在不同案件的法定程序当中接受当事人的委托和授权,行使代理、辩护等职能,以维护当事人的合法权益,维护法律的正确实施,维护社会的公平和正义。通过律师的活动,普及法的内容,彰扬法的公正,发现法的缺陷,完善法的功能。为此,我们在《物权法》即将生效实施之前,组织律师在认真学习和充分讨论的基础上,编写了这部《物权法理论与实务》,力求在物权设立、变更、转移、消灭的物权变动过程中寻找实务操作的技能和方法,挖掘律师在代理活动中科学、准确运用法律的经验 and 智慧,培养律师学以致用、用以致精的实务操作本领。

本书收集了三十几位律师的论文,虽然集稿时间太短,理论和思想提炼得还不够深刻,但是,这些律师都有着多年的执业经验,很多思想和观点都来自于法律实践的第一线。他们有理论,有实践,当然也有发言权。

在阅读这些论文的过程中,仿佛看到了这些律师在纷繁复杂、变化万千、粘连

多方、是非难辨的案件中运用法律、自出机杼、去伪存真、破解疑难的智慧和勇气，也仿佛看到了这些律师为激励同仁，挑灯夜书，奋笔成卷，无私奉献的品格和精神。这些论文凝聚了他们的心血和汗水，在《物权法理论与实务》即将付梓之时，谨以此为贺，并为序。



2007年9月5日

目 录

一、总 论

- 论《物权法》的“平等保护”原则 廖 晖 / 3
- 论我国《物权法》预告登记制度的不足与完善 童永滨 李彦松 / 8
- 我国不动产异议登记制度的评析及完善 王航兵 孙 静 / 21
- 我国不动产登记机关赔偿责任问题探讨 王崇敏 / 34
- 我国不动产登记机构赔偿制度研究 郑芳玉 / 40
- 商品房预售中消费者权益保护之见解 董学智 / 56
- 浅议物权登记 冯怀东 / 66
- 不动产交易中存在的漏洞及对策 王向和 / 71
- 试论不动产登记制度在司法实践中的运用 符琼芬 孙雨寒 / 77

二、所有权

- 浅谈有限责任公司国有资产合并重组中的律师法律事务 李敬忠 / 83
- 《物权法》对集体财产保护的法律思考 罗晋京 马 杰 / 88
- 债权、物权与所有权之期待权辨析
- 探讨商品房购买人与抵押权人的平衡保护机制 王向和 / 95
- 浅论《物权法》关于征收的规定 秦 波 / 106
- 论我国土地征收补偿制度之改革 连昌松 / 111
- 试论征地补偿费纠纷案件的法律适用
- 以一起农村土地征地补偿费纠纷案为例 罗晋京 马 杰 / 121
- 关于对善意取得制度的理解 程晓东 / 127
- 我国《物权法》的所有权善意取得制度与物权行为理论 廖向琦 柯圣之 / 130
- 论善意取得制度
- 对我国《物权法》第106条的评析 洪 兵 / 139
- 论司法机关在追赃过程中对善意第三人合法权益的保护 王晓平 / 144

- 论善意取得制度及其司法实践要求 齐 虎 / 150
试论国有企业改制中产权转让的交易及定价问题 李勤峰 / 156
产权式酒店的若干法律问题析 李 雯 袁 芳 / 161
正在建造的构筑物应受法律保护 陶嘉乐 / 166
建筑物区分所有权登记冲突及解决机制 吴坤卿 / 170

三、用益物权

- 论建设用地使用权的流转 陈 帆 连昌松 / 177
集体建设用地使用权流转问题研究 张德明 / 185
农村土地承包经营权的公示形式与公信效果 阳立兵 钟平艳 王琳 / 201
关于两种农村土地承包方式的一些思考 朱新华 / 208
农村土地承包的发包主体和发包原则
——评《农村土地承包法》的立法缺陷 王向和 / 213
庄园开发中的问题及对策 滕传枢 / 219
论房屋承租权之法律保护 蔡先国 / 224
户外广告资源归属之思考 符 天 / 229

四、担保物权

- 《物权法》对我国担保物权制度的完善 程晓东 / 237
我国船舶抵押权登记效力之探讨 张晓东 / 241
商业银行住房开发贷款法律风险及其防范 王世杰 / 246
新型知识产权质权法律问题初探 李取华 / 252
留置权问题研究 张 卫 李 龙 / 257
后记 / 265

第1部分

总 论

论《物权法》的“平等保护”原则

廖 晖^①

十届全国人大五次会议于2007年3月16日高票通过了《物权法》。对公有财产和私有财产给予平等保护的问题，最终在这部法律中得以明确。该法将于2007年10月1日起施行，这将是我国法制史上的一件大事。我们欣喜地看到：虽几经波折，但通过的《物权法》仍坚定地贯彻了平等保护的原则，对国家、集体和私人享有的物权都给予一视同仁的平等保护。平等保护原则充分体现了我国市场经济体制的社会主义特色，因为在西方国家，物权法以维护私有财产为其主要功能，所以没有必要对所有权按照主体进行类型化，并在此基础上提出平等保护的问题。但是，在我国，由于实行的是以公有制为主体、多种所有制共同发展的基本经济制度，因此在法律中尤其是物权法中确立平等保护原则具有重要意义。

一、何为“平等保护”原则？它的依据到底是什么？

平等保护原则，是物权法的首要原则，也是制定《物权法》的指导思想。《物权法》第4条规定，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，体现了对不同物权主体实行平等保护的原则，也体现了宪法的精神。物权法的平等保护原则可以从以下几个方面来理解：一是物权主体的平等，即任何物权主体在设定和移转物权时，都应当遵循共同的规则，而各类物权人在行使物权时，也应当平等遵循物权行使的规则。二是在物权发生冲突的情况下，针对各个主体都应当适用平等的规则解决其纠纷。三是在物权受到侵害之后，各个物权主体都应当受到平等保护。物权法的精神是，只要属于合法所得的财产，都要受到物权法的保护；公有财产要予以保护，私人的合法财产也要保护。各个权利人无论在保护的范围还是保护的力度上，都应当是一致的。

确立平等保护原则的依据主要在于：第一，平等保护是市场经济的基本要求。我们知道，市场经济是以交换为目的的经济。商品交换得以进行的前提，是每一个交换者都必须承认对方和自己一样，是自己商品平等的、独立的监护人即所有者，

^① 廖晖：海南瑞来律师事务所律师。

否则,商品交换将无从谈起。市场经济也是以竞争为动力的经济。竞争的动力就在于市场主体的财富进取心。如果不对市场主体的财富进取心予以保护,市场经济就会失去动力和活力。要保护市场主体的财富进取心,就要保护其合法取得的财产权利,这其中自然包括物权。只有对市场主体的物权予以平等的保护,其才有创造财富的积极性,才有有效的市场竞争。没有平等的保护,就不会有真正的市场竞争。第二,平等保护是现实经济生活的要求。改革开放以来,我国逐步形成了多种经济成分和多种分配方式并存的经济制度。每一种经济成分都是社会主义市场经济的重要组成部分,每一种分配方式都是国家的法律认可的公民合法取得收入的方式。多种经济成分和多种分配方式并存的现实,必然要求法律作出相应的反映。同时,改革开放以来,人民群众的财富迅速增加。虽然财富的来源是多种多样的,但其中大多数公民的个人财产都来源于劳动所得。亚当·斯密曾经指出:“劳动所有权是一切其他所有权的主要基础,所以,这种所有权是最神圣不可侵犯的。”因此,保护劳动者的财产权也就是保护其劳动所得。第三,平等保护是法律上权利平等的要求。民事权利都是平等的权利,并无高低贵贱之分。物权也是这样,并不存在一种物权比另一种物权优越的问题,因此,也不应当对一种物权给予比另一种物权更优越的保护。第四,平等保护原则也是对我国历史上和现实中存在的物权保护不平等现象的纠正。在我国的物权保护实践中,存在着重视所有权保护、轻视他物权保护,重视公有物权保护、轻视私有物权保护的不良倾向。这种倾向极大地限制了我国经济的发展和人民生活水平的提高。这种状况必须予以改变。

二、“平等保护”原则完全符合我国宪法的精神

北大教授巩献田曾向全国人大提出意见,认为我国宪法规定我国以公有制为主体,而以公有制为主体就意味着各类所有制在法律地位上是不平等的,现在物权法讲平等保护,因而物权法是违宪的。这其实是一种误解,理由如下:

第一,物权法确定的平等保护原则符合宪法关于所有制性质的规定。宪法条款虽然在措辞上存在着主体和非主体的差别,但只能理解为各种所有制在国民经济中的作用是有差异的,而不能理解为各种所有制的法律地位是不平等的,不是说公有制为主体就意味着公有制处于优越的法律地位,其他所有制处于次要的法律地位。正是在宪法上,多种所有制在法律地位上都是平等的,因而决定了物权法需要规定对各类所有权的平等保护原则。

第二,我们绝不能因为宪法规定了社会公共财产神圣不可侵犯就认为宪法确立了不平等保护原则。我国宪法规定,我们国家目前处于社会主义初级阶段,实现以公有制为主体、多种所有制经济共同发展,这是宪法对基本经济制度准确的表述,所以,落脚点是在“共同发展”几个字上。怎样才能保障多种所有制经济共同发展

呢？前提就是必须要实行平等保护。假如说优先保护公有制一种，对其他所有制采取歧视的态度，就不可能有平等发展，就不可能有共同发展。我们实行的是社会主义市场经济，平等保护市场主体的平等地位和发展权利，就是我们必须要确认各类企业，不管它在所有制上是公还是私，不管企业的大与小，都必须要在同一起跑线上平等竞争，适用同等的法律规则，并且承担同样的法律责任，绝不能把企业分成三六九等。如果说我们对财产的保护实行三六九等的话，就意味着对企业也应该三六九等地对待，这是完全不符合市场经济体制的要求的。如果在侵害国家财产的情况下就应当多赔，侵害私人财产就应当少赔甚至不管，那怎么能维护市场经济主体的平等地位和发展权利呢？这和市场经济体制是完全对立的。所以，那种认为平等保护违背了宪法关于我国基本经济体制的规定的说法是站不住的。实质上，对于物权法平等保护国家、集体、个人财产的原则“违宪”的指责，其目的在于否定私权保护的合理性，而混淆作为基本经济制度的所有制与作为民事法律制度的财产权之间的界限和性质，混淆公法与私法的界限和功能，混淆“国家财产”在不同领域、不同场合的不同含义和不同地位，是其采用的基本方法。与此相适应，这些指责意见在否定物权法的财产平等保护原则的同时，当然也确定了与此“违宪”原则之相反的原则，即物权法应当赋予不同的财产以不同的地位并予以不同的保护，亦即“国家财产的地位高于集体财产，公有制财产的地位高于私有财产”。事实上，如果物权法对于不同财产予以不同对待，则物权法的基本规则和制度几乎均不可能成立。例如，物权法不可能对国家财产实行“一物二权”；不可能规定国有企业的物权未经登记也可发生变动或者发生对抗力；不可能规定国有企业的抵押权即使设定在后也比设定在先的抵押权更具有优先性；不可能规定国家财产在被侵犯的时候，原物损毁也必须返还原物；不可能规定在不动产相邻关系中，即使国家财产的使用妨害了个人财产的使用，也不得请求排除，等等。据此，即使抛开一切理论论证，物权法平等保护民事生活领域的一切财产的原则，是自然而然、无可非议的。

三、“平等保护”原则是民事法律的根本原则

在讨论物权法应不应当遵循平等保护原则这个问题之前，有两点是应当明确的。首先，现行的《民法通则》一开始就规定了民法的调整对象，民法调整的对象是平等主体之间的财产关系、人身关系。那么，主体的平等首先就是财产平等，而物权法不过就是民法的一个部门法，因此物权法规定的财产关系范围，不应该超越民法的调整对象范围。具体说，物权法应当规定的不可能是我们社会中的一切财产关系，而主要应当是民事生活领域的财产支配关系，这种支配关系的基本特征就是主体地位平等。反过来说，如果某种财产关系存在命令与服从的性质，一方命令另一方，享有特权和优势，这就不属于民法和物权法的调整范围。因此，

我认为脱离民法原则去谈物权法原则,脱离民法的对象去谈物权法的对象,也就认为物权法应当具有解决一切财产纠纷问题的功能,以至于认为民法具有解决一切财产问题的功能。而在这种情形之下来谈物权法该不该平等保护,民法该不该平等保护,这个观点是错误的。其次,民法的平等指的是民事主体相互地位的平等,物权法上的平等指的当然就是民事主体享有的财产支配权平等。这种民法意义上的平等原则不适用于民事关系之外的其他法律关系,物权法上的平等原则也不适用于民事生活领域之外的其他领域的财产关系。因此,我们物权法坚持对民事领域中的各种财产实行平等保护原则,是由物权法的调整对象和调整方法所决定的,完全符合物权法的民法性。

四、“平等保护”原则是中国和谐社会建立的基础和保证

强调财产平等保护,有利于遏制政府机关滥用公权力损害集体和个人的合法利益。国家利益、集体利益和私人利益的协调平衡是中国和谐社会的基本要素,过去我们曾过分甚至极端强调国家利益的保护而忽略轻视甚至否定对私人利益的保护。改革开放以来,我们中国的经济发展取得了巨大的成就,但是老百姓提出的问题就包括有一些政府机关滥用其行政权力,在土地征收、房屋拆迁等各种问题上非法损害农民以及其他公民的利益,由此导致社会矛盾,许多腐败行为就在这个过程中发生。应该看到一个国家由于对老百姓强征暴敛,固然可以增加国家财政收入,但是个人和国家利益的平衡就被打破,国富民穷、社会冲突由此而生。因此,一方面要强调对国家财产的保护,利用刑法与公法的手段,重点保护国有资产;另一方面,要强调对于法人和自然人财产的保护,利用民法的手段重点保护民事主体的合法财产,这样建立中国社会主义和谐社会的目标才能实现。社会主义市场经济是一种竞争经济,竞争的结果必然是优胜劣汰,中国经济改革的重要作用就在于破除了平均观念,倡导平等精神,这样才能调动广大中国老百姓的积极性。但是,依据法律的性质和功能,物权法与税法、劳动法、社会保障法等财产分配法律不同,物权法是财产的保护法,其任务是对依法进行的财产分配结果予以法律上的确认和保护。在社会主义市场经济条件下,财产分配的结果必然不是均等的,就会有贫富差异。但是,穷人和富人的合法所得必须予以同等法律保护,对于税法等财产分配法而言,必须要考虑个人利益和整体利益的平衡。对于劳动法等财产分配法而言,必须着重对劳动者等弱势群体的保护。物权法对于私人财产的平等保护是以私人财产的合法性为前提,物权法对于财产所有权和其他物权的取得、转让和消灭所设计的一整套规则,都是向人民提供取得各种财产的合法途径和法律准则,凡是违背法律规定取得的财产,不受物权法保护。

五、“平等保护”原则与加强国有资产保护之间的关系

现在社会上国有资产流失比较严重，那么我国《物权法》是怎样加强对国有资产保护的？《物权法》规定了平等保护原则，并不是说立法就不能对现实中保护某一类特定财产的问题作出专门规定。针对当前国有资产流失的实际情况，《物权法》在坚持平等保护原则的基础上，强化了对国有资产的保护。《物权法》具体规定了各类国家所有权行使的主体，明确了国有财产的范围和归属，这对于保护公有财产是十分必要的。《物权法》还专门规定了保护国有资产、防止国有资产流失的各种具体措施，《物权法》关于物权保护的这些方法，就是为了保护国家和集体财产。这些都体现了宪法关于加强社会主义公共财产保护的精神，具有重要的现实意义。但《物权法》不是单纯地保护国有财产的法律，不能将保护国有资产、防止国有资产流失的任务都加在其身上，这显然是《物权法》不能承受之重。我国立法机关已经将国有资产法的立法提到了议事日程，国有资产法将对国有资产的监督、保护作出更为具体、更富可操作性的规定。

六、结论

目前，社会上权力腐败及由此导致的国有资产流失、社会保障机制的不健全等不合理的社会问题，引发了关于中国经济体制改革走向的争论。一些人认为，问题的根源在于体制改革的不深透，必须进一步实现真正的市场化；另一些人则认为，问题的根源在于体制改革的走向错误，市场的自由多了，计划及政府权力控制少了。在这个背景之下，以《物权法》的制定为契机，法学界一些人通过指责《物权法》“违宪”，表达其对“中国体制改革错误”观点的支持，这其实才是此次《物权法》中对“平等保护”原则争议的深层次原因。巩献田教授的观点是主张法律的阶级性，所谓“乞丐的打狗棍与富人的宝马车应不应该平等保护”的命题，其实是一个伪命题，因为中国现实社会中并不普遍存在一种阶级压迫的情况，而所谓“物权法应当保护穷人而非富人”，其表达的根本不是一种完善法律的要求，从根本上来说那是一种政治诉求。他们对于《物权法》的批判，实际上是对中国社会的批判，由此可见，“物权法应当保护穷人而非富人”的论调背后，实际上是一种盲目的情绪。

论我国《物权法》 预告登记制度的不足与完善

童永滨^① 李彦松^②

一、引言

预告登记制度是不动产登记法上与本登记相对应的一项登记制度，是为了保全相关请求权而为的一种登记。具体而言，预告登记是相对于本登记（即终局登记）而言的一种预备登记（临时登记），即指在进行本登记的条件尚不完备时为保全不动产的变动请求权或保全进行本登记的顺序而进行的登记^③。

伴随着我国房地产市场的日益繁荣与活跃，开发商“一房二卖”以及“先卖后押”等问题也日趋严重。在《物权法》出台之前，上述问题通常是通过追究违约方的违约责任来解决的。虽然，在理想的情况下，“一物二卖”以及“先卖后押”等问题的受害者能够获得充分、有效的赔偿，但其巨大的预期利益损失却是难以得到弥补的。

2007年3月16日，《物权法》于第十届全国人大五次会议上被审议通过。该法第20条规定：“当事人签订买卖房屋或者其他不动产物权的协议，为保障将来实现物权，按照约定可以向登记机构申请预告登记。预告登记后，未经预告登记的权利人同意，处分该不动产的，不发生物权效力。预告登记后，债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起三个月内未申请登记的，预告登记失效。”该条之规定，是我国首次在国家立法层面规定预告登记制度。

诚然，《物权法》第20条的规定，有效地弥补了我国无预告登记制度国家立法的缺憾，极大地推动了我国的预告登记制度的发展，但是其远未达到完善的程度。本文的写作目的在于通过实证分析等研究手段，洞察我国《物权法》中预告登记制度的不足之处，并进而提出完善我国预告登记制度的基本对策。

① 童永滨：海南外经律师事务所律师。

② 李彦松：海南金华林业有限公司法务部职员。

③ 余能斌：《现代物权法专论》，法律出版社2002年版，第403页。

二、我国《物权法》中预告登记制度的不足

（一）适用范围狭窄，不利于各种风险的防范

在不动产交易不甚频繁、不动产的利用不甚充分的阶段，不动产物权变动请求权实现过程中主要的风险来源是“一物数卖”问题。因此，在此阶段，将预告登记的适用范围仅仅限定为保全所有权变动请求权，未尝不可。但是，随着市场经济的发展，不动产物权频繁地进入市场交易。为了充分利用资源，充分发挥财产的效用，吸收更多的主体利用有限的资源，在一物上需要设立越来越多的物权，例如土地之上可能有土地所有权、土地使用权、地上权以及地下的空间权、土地抵押权、地役权等等^①。可以说，上述物权的分离愈多，实现上述物权的请求权可能遭遇的风险就越多。预告登记制度设计的目的正是在于通过登记簿的公示，赋予某些特殊的请求权一定的对世性，从而预防各种风险的损害，最终保障请求权所指向的物权得以顺利实现。

具体而言，随着物的利用效率的增加，从请求权的产生到物权的实现的这段区间内，除了上述的“一物数卖”以外，相关的请求权还会遭受以下几种风险：

1. 先卖后押。作为物权，不动产抵押权同样具有强大的对抗效力。所以，在买卖双方签订买卖合同之后，房屋所有权变更登记之前，如果义务人将房屋抵押给第三人，并先行完成了抵押权登记，此时，权利人不得不承受第三人抵押权的负担。

2. 多重抵押。由于抵押权仅仅关注标的物的交换价值，所以法律并不禁止在同一标的物设立多个抵押权。然而，由于抵押物的价值随时发生波动，每个抵押权不可能同时实现。所以，在先签订抵押合同，但对无法进行抵押登记的情形，亦有可能被后设立的抵押权“先声夺人”。

3. 强制执行。强制执行属于非法律行为性质的中间处分行为，它也会给不动产物权变动请求权这样的权利带来风险。例如，甲出卖某房屋给乙，业已交付，但未办理所有权移转登记。丙为甲的债权人。此时，如果丙对该房屋申请强制执行，乙则不得提起第三人异议之诉，只能任其债权落空。当然，在台湾地区民法上，不动产物权变动请求权即使经预告登记，其对强制执行亦无排除效力（征收、法院判决同此）。

4. 债务人破产。出卖人将不动产交付于买受人后，在办理所有权转移登记前，出卖人破产。此时，因该不动产的所有权仍然属于出卖人，破产管理人得将之归属为破产财产。买受人只能以债权人地位加入破产程序，参加分配，而不享有对不动产的取回权。

^① 王利明：《物权法论》，中国政法大学出版社2003年版，第182页。