物权立法过程中的若干疑难问题

王利明 *

一、如何理解物权的概念？

物权法（草案）第 2 条规定：“本法所称物权，指权利人直接支配特定的物的权利”。概括地说，物权就是对特定物的支配权。所谓支配，就是指物权人依据自己的意志独立地对于特定的动产或不动产予以占有、使用、收益、处分，任何人非经权利人的同意，不得侵害或加以干涉。支配性应当从主观和客观两个方面来考察：就主观上而言，权利人可以直接依据自己的意志对物进行管领和控制；就客观上而言，权利人应当对物存在实际的管领和控制，表现为自己或者他人按照权利人的意思对物进行实际的占有、使用、收益、处分。从物权的支配性上，可以将物权和债权区别开。物权都是支配权，而债权只是权利人可以请求特定人为一定行为或不为一定行为的权利。所以，债权只是请求权。

物权人对物的支配是一种直接支配。例如，某人进入他人房间，对房屋虽然存在一种事实上的控制，但是由此形成的支配只是一种间接支配。而房屋的所有权人以及其他物权人对房屋则是一种直接支配。物权人所支配的物主要是有体物，包括动产和不动产。有价证券如股票、债券等本身不是物权，但可以被视为动产，并作为物权支配的对象。在特殊情况下权利也可以作为物权的客体，例如知识产权可以质押，从而成为质权的客体。

二、如何理解物权法定原则？

物权法（草案）第 3 条规定：“物权的种类和内容，由本法

* 中国人民大学法学院院长、教授、博士生导师。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

和其他法律规定”。这就确认了物权法定原则。物权法定是物权法的基本原则，它主要包括如下方面：一是种类的法定。所谓种类法定，就是指哪些权利是物权、哪些权利不是物权都必须由法律规定。如果当事人通过合同约定了某种权利，而不符合法律规定的物权类型，则该权利是不可能成为物权的。二是内容法定。所谓内容法定，就是指各类物权具有哪些内容应当法定。例如，法律规定所有权的内容包括占有、使用、收益、处分的权利。当然，内容的法定在物权法上并不是绝对的。有些内容并不能完全由物权法来规定，而是按照意思自治原则，允许当事人在一定范围内进行协商，如地役权的设定。除了物权种类和内容的法定以外，物权法定还包括物权效力和公示方法等的法定。所以，物权法定是指物权的种类、类型、公示方法和效力都要根据法律来确定，不允许个人通过合同自由约定。三是规范物权的法律渊源。规定物权种类和内容的法律主要包括物权法和其他法律。这就是说，对于物权的规定，不完全限于物权法，还包括其他法律。比如，关于土地和自然资源的权利，在土地管理法、城市房地产管理法、承包经营法、草原法等各类法律中都有规定。至于习惯法能否成为物权法的依据，我认为，在目前的现有情况下，我们需要进一步理顺各种财产关系，通过立法来定分止争，而不应该通过习惯法来确认物权的效力。

违反物权法定的效果就是合同中关于发生物权效力的内容都应当是无效，但是基于合同自由原则，合同的其他内容仍然在当事人之间发生合同的拘束力。

三、如何理解公示原则？

物权法（草案）规定，物权应当公示。这就确定了公示原则。所谓公示原则是指将物权设立、变动的事实通过一定的公示方法向社会公开，从而使第三人知道物权变动的情况。由于任何当事人设立、移转物权，都会涉及第三人的利益，因此，物权的设立、移转必须公开、透明，以保护第三人的利益，并维护交易的安全和秩序。这就需要在法律上确认物权的公示原则。公示原则应当包括如下几个方面：第一，将物权设定、变动的事实对外公开。公示并非意味着每个人享有的财产权利甚至包括自己私人珍藏品都要对外公开，而只是指将物权设立变动的事实依法向外公开。当然，这种公开并不意味着，将物权人登记记载的各项事由向全社会每个人公开，而只是向有关利害关系人公开或者有交易意向的人公开。在实行公示的时候，应当注意保护权利人的隐私。第二，公示的适用范围应当法定。按照物权法的规定，凡是

需要办理登记的物权，都应当依法办理登记。第三，公示方法应当法定。从原则上讲，不动产的公示方法是登记，而动产的公示方法是交付并移转占有。但并非没有例外，例如，动产也可以设立抵押，在此情况下必须办理登记，再如，航空器虽然不是不动产，但也要求办理登记。

四、如何理解占有的权利推定规则？

物权法（草案）规定，动产占有人是该动产的权利人，但有相反证据证明的除外。该条没有使用推定用语，但实际上所讲的就是权利推定规则。对于该规则，可以从如下几个方面来理解：

第一，任何人占有某项财产，在法律上都推定其是合法占有。占有人不需要证明自己是权利人。实际上，任何人都无法完全证明其所占有的财产都是自己的财产。如果每个人对自己占有的财产，都要证明其所有权，那么，人们在购物后还要保留发票。这就会给人们的生产生活带来极大的麻烦。如果不能举证证明自己占有的财产是自己享有所有权的财产，其财产的合法性就会受到他人挑战，这样财产的秩序、安全就会受到重大损害。我国宪法规定合法的财产应当受到保护，我认为，“合法”的限定需要通过民法中占有推定规则来加以配套。这就是说，现实中占有的财产都可以推定为合法的财产，从而充分地保护公民的财产所有权，维护财产秩序，防止以暴易暴。换言之，即使是非法的财产，任何人也不能从占有人人手上随意抢夺，而只能依据法律程序予以处理。我国刑法本来实行的是无罪推定，这与占有保护也是一致的。所以，一旦在物权法中引入占有推定规则之后，可以得到保护的合法财产的范围就更为宽泛，尤其在财产权属暂时不明的情况，仍然可以提供有效的保护方式。

第二，即使是无权占有，也推定占有人是善意占有。善意占有和恶意占有存在着很多区别，比如说，在返还的范围上存在差异，如是否需要返还孳息，就应当考虑占有人是善意还是恶意。另外，在占有期间，发生损害之后，善意占有人和恶意占有人赔偿的范围也不同。

第三，举证责任的倒置。通过占有的推定功能保护占有人的权利，就要采取举证责任倒置的办法，由向占有人的占有提出异议的人负担举证责任。通常，提出异议的人首先必须证明占有人是无权占有，如果要主张返还原物的请求权，其还必须证明自己是真正的所有人或者其他物权人，或者其享有合法的占有权而被现占有人侵害。如果不能证明自己是所有人或者真正的权利人，那么他只能请求有关国家机关依据一定的程序剥夺现占有人的占有，

而其自己不能依据自力剥夺现占有人的占有。

五、在我国，登记为什么要统一？必要性在哪里？

众所周知,我国目前不动产登记是相当分散的,各个相关政府部门根据其职能不同而分别行使其登记的职权。这种做法源于对登记制度的功能的误解。事实上，登记应该是不动产物权公示的一种方式，而不是政府管理经济的一种手段。

分散的登记制度的弊端在于：一方面，登记的信息不能得到及时、全面的公开，交易的当事人不能够通过登记全面了解权利的状况以及权利上是否存在负担等信息，不利于交易安全和防止欺诈。例如，房屋、土地登记、林木登记等分别由不同的行政部门进行登记，在房屋抵押后土地还可以再行抵押，这就形成了重复抵押现象，从而给不法行为人从事欺诈行为提供了可乘之机。另一方面，这种分散的登记制度，也给当事人办理登记造成极大的不便，增加了交易成本。目前，上海、深圳等地就已采用房屋权利和土地权利由同一机关进行登记的模式。实践证明，这是一种更加合理的模式。所以，许多学者呼吁，物权法应当规定统一的登记制度，改变多头登记的现象。当然，考虑到统一登记部门涉及行政管理体制的改革，在短期内很难做到全部统一，因此，我们应当创造条件，尽早实现登记部门的统一。从目前来看，完全统一比较难，但至少应做到房地统一。此外，还需要完善异议登记、预告登记以及登记查询等制度。

六、我国物权法（草案）采纳了何种不动产物权变动模式？

所谓不动产物权变动模式，是指不动产物权产生、变更、消灭的法定方式。由于不动产物权的外在公示方法是登记，所以就不动产的物权变动而言，又主要可以分为两种模式，即登记要件主义模式和登记对抗主义模式。登记要件主义模式认为登记是不动产物权变动的生效要件，未经登记，不动产物权不发生变动。德国、瑞士以及我国台湾地区民法采纳了此种模式。登记对抗主义模式认为未经登记物权的变动在法律上也可有效成立，但只能在当事人之间产生效力，不能对抗第三人。法国、日本民法采纳了此种模式。这两种不动产物权变动模式的主要区别在于以下几点：

第一，登记是否为物权变动的生效要件。根据登记要件主义模式，只有依法办理登记，物权才能够有效地设立并发生变动，所以对于以法律行为发生的物权变动采取了“ 合同＋登记 ”的模式，即没有办理登记，只是在当事

人之间产生合同债权关系，并不发生物权变动效果。而按照登记对抗主义模式，即使没有办理登记，当事人之间仍然可以发生物权的变动，如果当事人之间订立合同移转不动产，在合同生效之后，买受人仍然可以取得物权，只不过该物权只是在当事人之间发生效力，而不能对抗第三人。

第二，登记是否为强制性的要件。在登记要件主义模式下，登记是一种强制性的规范，实际上属于物权法定的一部分内容。如果没有办理登记，将无法产生物权变动的效果，这样就强制要求当事人登记才能够发生物权设立、变更和消灭的后果。在登记对抗主义模式下，当事人没有办理登记，也可以产生物权，是否登记可以由当事人自愿选择。登记并不是一种强制性的要求，但是一种倡导性的要求。

第三，关于物权请求权的行使。由于根据登记对抗主义模式没有办理登记不能产生物权，所以在不动产的转让中，受让人在没有办理登记的情况下，并不享有物权，即使已经交付不动产，但没有办理登记手续，也应当认为当事人享有一种合法的占有权，但不享有所有权。因而如果第三人侵害其占有，则其可以基于占有之诉请求保护，但不能基于物权的请求权来保护其权益。但根据登记对抗主义模式，由于未办理登记，受让人也已经取得物权，在其权利受到侵害的情况下，也可以行使物权请求权。

第四，关于物权、债权概念的区分标准。根据登记要件主义模式，只有在登记之后，才能够取得能够对抗其他一切第三人的不动产物权。就不动产的移转变动来说，物权债权的区分标准在很大程度上取决于是否完成了法定的公示方法。但是就登记对抗主义模式而言，登记并不是取得物权的要件，只不过会影响到物权的效力。所以，登记并不是区分物权和债权的标准。这样一来，就会导致物权和债权的标准并不明晰。我国物权法（草案）第 2 条第 3 款规定：“ 本法所称物权，指权利人直接支配特定的物的权利，包括所有权、用益物权和担保物权。 ”我个人理解，其中只是强调物权的支配性，而没有明确强调物权的对世性，这在很大程度上与物权法（草案）中在多处作出了登记对抗的例外规定具有密切联系。

在我国物权法起草过程中，对于不动产物权变动是应当采取登记对抗主义模式还是采取登记要件主义模式，一直存在较大的争议。我国物权法（草案）实质上是采取登记要件主义模式作为一般原则，而登记对抗主义模式作为特别例外的规定。因为物权法（草案）第 9 条规定：“ 不动产物权的设立、变更、转让和消灭，应当登记；未经登记，不发生物权效力，但法律另有规定的除外。依法属于国家所有的自然资源，所有权可以不登记。 ”这就明确

需要全本请访问 www.ertongbook.com

了登记要件主义应当成为不动产物权变动的基本原则。但是物权法（草案）在例外情况下也规定采取登记对抗主义，例如，物权法（草案）第 28 条规定：“船舶、飞行器和机动车等物权的设立、变更、转让和消灭，未经登记，不得对抗善意第三人。”以登记要件主义为一般原则，这有利于维护交易安全。因为在我国现阶段，经济生活处于转轨时期，市场体制仍不健全，信用体系缺失，如果在不动产交易过程中不要求交易当事人办理登记，很容易发生欺诈现象。而采取登记要件主义，有利于法官正确地审理有关不动产地案件，减少调查取证的困难。

七、为什么要区分登记和合同的效力？

物权法（草案）第 15 条规定：“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。”这就意味着，除非法律有特别规定，合同一经成立，只要在内容上不违反法律的强行性规定和公序良俗，就可发生效力。合同只是当事人之间的一种合意，并不必然与登记联系在一起。因为登记是针对民事权利的变动而设定的，它是与物权的变动联系在一起的，是一种物权变动的公示方法。登记并不是针对合同行为，而是针对物权的变动所采取的一种公示方法，如果当事人之间仅就物权的变动达成合意，而没有办理登记，合同仍然有效。只不过当事人之间的关系在性质上仍然只是一种债的关系，并没有形成物权关系，此时产生的只是债权，而不能产生物权变动的效果。正是由于未完成公示要件不产生物权变动的效果，公示直接决定着物权设定和变动效力的发生，所以，当事人的合意不能产生物权变动的后果。例如，当事人双方订立了房屋买卖合同之后，合同就已经生效，如果没有办理登记手续，房屋所有权不能发生移转，但买受人基于有效合同而享有的占有权仍然受到保护。区分合同效力和登记的效力具有如下几个方面的意义：

第一，有利于保护买受人依据合同所享有的占有权。在不动产买卖合同成立以后，即使没有办理不动产权利移转的登记手续，但是，因为合同已经生效，所以依据有效合同而交付之后，买受人因此享有的占有权仍然受到保护。即使买受人不享有物权，但是可以享有合法的占有权，针对第三人侵害不动产的行为，可以提起占有之诉。

第二，有利于确立违约责任。如果一方在合同成立之后没有办理登记，或者拒绝履行登记义务，由于合同已经成立并生效，此种拒不履行登记的行

为构成违约行为，应当承担相应的违约责任。假如未办理登记导致合同无效，非违约方将无法要求违约方承担违约责任。

第三，有利于登记请求权的行使。在买卖不动产的情况下，登记已经构成出卖人的一个重要义务，如果一方在合同成立之后没有办理登记，或者拒绝履行登记义务，则另外一方基于有效的合同可以行使登记请求权。

第四，有利于保护善意一方当事人。当事人之间买卖房屋未经登记的情况错综复杂，如果以登记为合同生效要件，则在因出卖人的原因而未办理登记手续的情况下，在房屋价格上涨之后，出卖人有可能以未办理登记将导致合同无效为理由，要求确认合同无效并返还房屋，这有可能鼓励一些不法行为人规避法律，甚至利用房屋买卖欺诈他人，而损害的却是善意的买受人的利益。特别是在房屋已经交付使用，买受人对房屋已进行了重大修缮的情况下，如果因未登记而确认合同无效并返还房屋，这确实会打乱现有的财产秩序。如果严格的区分合同效力和登记效力，则可以防止此种现象的发生。

八、登记究竟应当采取实质审查还是形式审查？

所谓实质审查，是指登记机关不仅是要审查申请材料的真伪，而且要对交易的真实性、合法性等进行调查了解。所谓形式审查，就是指登记机关仅仅对当事人所提交的材料进行形式审查。关于登记究竟应当采取实质审查还是形式审查，在物权法讨论中一直存在争论。赞成实质审查的主要理由是：实质审查制度有利于保护交易当事人的合法权益。在实践中，由于登记机关不实行实质审查，常常发生登记错误，而使交易当事人蒙受损害。登记的实质审查主义也有利于强化登记机关的责任感。然而，采取实质审查，要求登记机关的工作人员具有较高的素质，而且因实质审查需要支付较高的费用，且在实行实质审查之后，要对于登记机关责任更严格的责任等等，这些条件在现有的条件下还很难完全具备，所以物权法（草案）并没有完全采纳实质审查制度。

但是，物权法（草案）也没有完全采用形式审查。物权法（草案）第12条规定：“登记机构认为对申请登记的不动产的实际状况需要查看的，申请人以及其他有义务协助的人应当协助。”这实际上确认了登记机关在特殊情况下，必须进行实质审查，以防止出现欺诈、伪造登记文书、虚构交易等情况。如果登记机关未尽到此种义务，就应当承担相应的责任。可以说，物权法（草案）实际上既没有采取完全的实质审查，也没有采取完全的形式审查，而采取了一种较为折中的、兼有两种审查的特点的方法。

九、关于期房登记的效力

物权法（草案）第 21 条规定“当事人约定买卖期房或者转让其他不动产物权的，债权人为限制债务人处分该不动产，保障将来取得物权，可以向登记机构申请预告登记。债权人已经支付一半以上价款或者债务人书面同意预告登记的，登记机构应当进行预告登记。预告登记后，债务人未经债权人同意，不得处分该不动产”。该条是关于期房登记的规定。期房登记在性质上属于预告登记。预告登记是指为保全债权的实现、保全物权的顺位请求权等而进行的提前登记。预告登记与一般不动产登记的区别在于，一般不动产登记都是指不动产物权在已经完成的状态下所进行的登记，也就是说，登记申请人为了取得或移转某现已经完成的不动产物权而进行的登记。而预告登记则是为了保全将来发生的不动产物权而进行的一种登记。在法律上之所以要设立期房登记，目的主要在于，保护买受人的利益，防止欺诈行为的发生，维护房屋买卖的有序。

期房本身并不是有体物，不是确定的支配对象，它和现房登记是不同的。所以不能说经过期房登记就能产生物权。期房登记主要产生两种效力：一是优先受偿的效力。即在完成期房登记以后，如果开发商将房屋一物数卖，后面的交易是无效的。因为以后的买受人应当查阅先前的期房登记情况，采取这种做法有利于防范交易风险，防止出卖人一物数卖。二是对抗现房登记的效力。既然期房登记也是一种登记，也会产生一种对抗的效力。如果期房登记与现房登记不一致的话，应当以已经办理的期房登记为准。

十、如何理解登记的公信力？

所谓公信力，就是完成公示方法所产生的法律推定的效力。这就是说，对基于占有和登记所公示的权利状态，第三人产生了信赖，并依据此种信赖进行了交易，对此种交易法律应当保护。一是登记的权利推定规则。物权法（草案）第 4 条规定：“记载于不动产登记簿的人是该不动产的权利人”。严格地说，登记的推定规则更为绝对，只要是登记记载的权利人，都一概在法律上推定为真正的权利人。登记记载与权利证书不一致时，以登记记载为准。二是对信赖利益的保护。如果第三人基于对登记所记载的内容的信赖而与登记记载的权利人从事了不动产交易，此种交易应当受到保护。物权法（草案）第 23 条规定：“基于不动产登记簿享有的物权受法律保护，但记载于不动产登记簿的权利人在取得权利时知道或者应当知道该权利有瑕疵的除

外。”这实质上是确认了登记的公信力。这就是说，登记记载的内容即使发生错误，但因为信赖公示内容而进行交易的当事人，其信赖应当受到保护。例如，甲向乙借款 100 万元，以其价值 100 万元的房产作抵押。但在登记时，本应记载的抵押所担保的债权为 100 万元，但误写为 50 万元。后甲又向丙借款，因甲没有其他财产可供抵押，甲提出拟以该房产向丙作抵押并借款 10 万元。丙在查阅登记时，发现该项房产已经设立了一个抵押，但该项抵押所担保的债权仅为 50 万元。于是，丙同意接受该项房产作为抵押。后丙发现第一个抵押发生了登记错误，但即便如此，丙的信赖利益仍然应当受到保护。

保护登记所产生的公信力，实际上就是要保护交易安全。因为登记的事实会使第三人产生信赖。此处所说的信赖，是指交易当事人对于登记记载的物权设立、变动等情况所产生的信赖。因基于这种信赖所从事了交易，就使交易当事人形成了一种信赖利益。信赖本身是交易安全的组成部分，保护信赖利益实际上就是保护交易安全。如果登记记载的事实都不值得信赖，或者信赖了登记从事的交易不受保护，那么，人们就不敢从事交易，从而危及经济交往。

十一、在未经登记不得对抗第三人的规则中，第三人的范围如何界定？

物权法（草案）第 28 条规定：“船舶、飞行器和机动车等物权的设立、变更、转让和消灭，未经登记，不得对抗善意第三人。”这是关于登记对抗主义的规定。这就是说，以船舶、飞行器和机动车等为客体的物权的设立、变更、转让和消灭，可以不经登记而发生物权的变动。换言之，当事人双方就船舶、飞行器和机动车等达成协议，以设立、变更、转让和消灭物权的，即使没有办理登记手续，在当事人之间仍然可以发生物权变动的效果。如果涉及物权的转让，则受让人可以依法取得物权，只是此种物权不能对抗善意的第三人。

关于未经登记不得对抗第三人的规则中，第三人的范围如何界定，历来是学理上争议很大的问题，这个问题在实务中也不无意义。例如，甲乙双方就一艘船舶的转让达成协议，并已经交付，但未办理过户手续，在此期间，原所有权人将该船舶转让给他人或者设定抵押，先前的买受人因合法的转让取得物权，但是这种物权的对抗效力如何？这在法律上值得研究。我认为，如果甲乙双方就一艘船舶的转让达成协议，并已经交付，即使没有办理登记

手续，在当事人之间已经发生物权移转的效力。但是问题在于，该买受人享有的物权能否对抗以后的买受人或者抵押权人？我认为，首先，此种未登记的物权可以对抗一般的债权人，但是，不能对抗经过登记取得物权的权利人。例如，后手的买受人只是一般的债权人，只依法取得了请求原所有权人履行交付义务的合同上的请求权。因而，先前的买受人可艺对抗后手的买受人。但是，对于抵押权而言，因为其已经通过登记获得了抵押权，所以，未经过登记而取得物权的买受人，不能对抗已经登记的抵押权。因为抵押权已经登记，其本身可以对抗所有第三人。其次，此种未登记的物权不能对抗善意的第三人，而可以对抗恶意的第三人。如果抵押权设定时，抵押权人明知船舶已经转让而仍然接受原出让人在该传播上设定的抵押权，他就是恶意的第三人，即使抵押权已经登记，受让人也可以对抗该抵押权人。这和民法上“不保护恶意”的诚信原则也是相一致的。

十二、如何理解简易交付规则？

物权法（草案）第29条规定“:动产物权设立、转让前,权利人已经占有该动产的，物权自法律行为生效时发生效力。”这是关于简易交付的规定。所谓简易交付，是指出让人在转让动产物权之前，受让人已通过委托、租赁、使用借贷等方式而实际占有了该动产，则从移转标的物所有权的合同生效之时起，视为交付。也就是说，双方当事人以动产物权转让的合意来代替对动产的现实的交付，此种交付又称为无形的交付。关于受让人占有的原因可以不予考虑，但一般要求合法。在简易交付的情况下，由于双方已经达成了移转所有权的合意，同时标的物已经发生了占有的移转，因此没有必要再继续完成交付行为。在简易交付时，转让人仅将自主占有的意思授予受让人，使受让人从他主占有变为自主占有，以代替现实的交付行为。

由于简易交付可以简化实际交付的过程，减少交易费用，我国《合同法》第140条也承认这一交付方式。简易交付不仅可以导致所有权的移转，而且也完成了物权变动的公示方法。

十三、如何理解指示交付？

物权法（草案）第30条规定“:动产物权设立、转让前,第三人占有该动产的，可以通过转让请求第三人返还原物的权利代替交付。”这是关于指示交付的规定。所谓指示交付，是指第三人在转让动产物权时，如果该动产已经由第三人占有，转让人可以将其对第三人的返还请求权转让给受让人，

以代替物的实际交付。在学理上，指示交付又称为让与返还请求权或返还请求权的代位。例如，甲将其财产委托乙保管，后甲与丙达成转让该财产的协议，在双方订立了转让合同之后，甲可以不实际交付该财产，而只是通知乙，丙可以直接请求乙返还原物。一旦作出这种通知，实际上就完成了交付行为。指示交付的目的是为了保障第三人继续占有标的物，从而进一步发挥物的使用效益。一般来说，在指示交付中，出让人转让的返还请求权应当是对特定的第三人的返还请求权，如果其物被他人占有以后，出让人不知道占有其动产的人是何人，因而不能对特定的占有人提出请求，当然不能将这种返还请求权转让给受让人。

在移转返还请求权的情况下，出让人应当通知第三人，受让人不能在未通知第三人之前直接向第三人提出请求。

十四、如何理解占有改定？

物权法（草案）第 31条规定：“动产物权转让时，出让人应当将该动产交付给受让人，但双方约定由出让人继续占有该动产的，物权自约定生效时发生效力。”这是关于占有改定的规定。所谓占有改定，是指转让人和受让人在转让动产物权时，如果转让人希望继续占有该动产，当事人双方可以订立合同，特别约定由转让人继续占有该动产，而受让人因此取得对标的物的间接占有以代替标的物的实际交付。占有改定的目的是要使转让人继续占有标的物，从而既满足转让人的要求又继续发挥物的效用。

在占有改定的情况下，当事人通过占有改定可以完成所有权的移转，这种移转在当事人之间可以产生物权变动的效力，但不一定发生物权变动的公示效果。这主要是因为在占有改定的情况下，受让人本来应当直接占有标的物，但因为占有改定而将使其本应取得的直接占有转化为间接占有。所谓间接占有，是指自己不直接占有某物，而基于一定的法律关系对直接占有其物的人享有返还请求权。例如，甲将其房屋出卖给乙以后，乙并没有占有该房屋，双方通过合同约定由甲继续占有并使用该房屋，乙的占有属于间接占有，而甲的占有属于直接占有。正是因为受让人只是取得了间接占有，所以物权的公示效力很低，很难使第三人通过占有来判断其是真正的权利人。正因为这一原因，所以，不能通过占有改定来完成动产物权变动的公示方法，即占有。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

十五、因事实行为发生物权变动的效力如何？

物权法（草案）第 34 条规定：“因合法建造、拆除住房等事实行为设立和消灭物权的，自事实行为成就时发生效力。”该条实际上是对因事实行为而发生的物权变动所作的规定。物权法（草案）中就物权变动所作的规定主要涉及到基于合同等法律行为所发生的情况，不过，对于因事实行为所发生的物权变动也作了例外的规定。这主要涉及到合法建造、拆除住房等事实行为。

关于事实行为所产生和变动的物权，在事实行为完成之后就会产生物权变动、消灭的法律后果。例如，合作建房，一旦建房完成，建房人便取得对建造房屋的物权。如果第三人了侵害该物权，建房人因已经取得了物权，可以行使物权请求权排除第三人的侵害。如果不承认通过事实行为可以发生物权变动，就会出现在登记之前形成无主财产，这既不利于对权利人的保护，也不符合一般的生活习惯。但是因事实行为所发生的物权变动与一般物权变动有区别，此种区别表现在：一方面，基于事实行为而发生物权变动时，权利人所享有的权利并非完整的物权。例如，在合作建房的情况下，建房人并不是完全的所有人，其必须经过登记才能够取得完整的所有权。另一方面，此种基于事实行为所取得的物权在对抗第三人的效力方面受到限制。因为此种物权毕竟没有经过登记，缺乏法定的公示外观，所以，在处分方面应当受到一定的限制。例如，如果物权人将该未经登记的房产转让，第三人购买该房产，不一定都要受到善意取得制度的保护。所以，物权法（草案）第 35 条规定，依据事实行为取得的物权，应及时办理登记；未经登记，不得处分其物权。

十六、法院关于物权变动的判决效力如何？

物权法（草案）第 35 条规定：“依照本法第三十二条至第三十四条规定，导致不动产物权设立、变更、转让和消灭的，应当依照法律规定及时办理登记；未经登记，不得处分其物权。”该条实际上确定了法院关于物权变动的判决的效力。具体来说，法院关于物权变动的判决的效力如下：首先，法院关于物权变动的判决一旦生效，就产生法律效力，对当事人直接产生法律拘束力。这就是说，如果判决是重新确认归属的，原权利人已经不得再处分其物权，而新的物权人可以产生取得物权的合法依据。其次，如果依法需要办理登记，新的权利人必须从登记之日起取得完整的物权。尽管法院关于

物权变动的判决已经发生一定的法律效力，但是，如果依法需要办理登记，也必须从办理登记以后才能进行物权的处分。在登记没有更改的情况下，只能推定登记记载的人是法律上的权利人。在此种情况下，可以通过异议登记的临时措施，防止物权变动，保护善意第三人。如果依法不需要办理登记的，自判决生效之日起即发生物权的变动。

十七、确权请求权是否属于独立的请求权类型？

所谓物权的确认，是指当事人在物权归属发生争议或者权利状态不明时，请求确认物权归属、明确权利状态。物权确认主要通过有权机关以法定的方式进行。从物权请求权产生和发展的历史来看，物权请求权并不包含物权确认请求权。物权法（草案）第 37 条规定：“ 因物权的归属和内容发生争议的，利害关系人可以请求确认权利。 ”这就在法律上确认了请求确认物权归属和内容的请求权，学理上通常称为确权请求权。

在我国实务中，通常采取以行政确权的方式来代替民事确权。例如，在房屋买卖中，在登记发生错误以后，利害关系人常常起诉登记机关，希望通过由人民法院责令登记机关更改登记等方式来变更登记，从而完成确权程序。这种方式的优点在于一次性地解决了权利归属问题。因为在登记有错误的情况下，责令登记机关直接更改，可以一次性地解决问题。如果采取民事确权的方式，在法院确权以后，当事人再依据法院判决重新申请登记或者变更登记。如果登记机关拒绝办理或者拖延办理，都有可能使确权问题无法最终得到解决。但是，我认为，行政确权毕竟不能代替民事确认方式。主要原因在于：第一，产权争议是发生在双方当事人之间，登记机关常常是依据一方当事人请求而为登记。虽然，登记机关有可能在审查登记材料时没有尽到应尽的审查义务，但如果仅仅依形式审查的要求来看，登记机关可能已经尽到了审查义务。所以，要确认登记机关有过错是非常困难的。而在无法确认登记机关存在过错的情况下，要让登记机关承担更正登记的行政责任也是非常困难的。为什么这些案件通过行政确权来救济当事人非常困难，跟这个有非常大的关系。第二，即使能证明登记机关有过错，也不一定要求登记机关负有对产权进行变更的义务。例如，登记错误可能仅仅只是涉及到审查不严，从而导致了“ 四至 ”不清，在此情况下也未必要变更登记。第三，确权毕竟是发生在当事人之间的争议而发生，法院要确认是否需要变更登记，还是要审查有争议的另一方当事人所提供的材料是否属实，是否具有足够的权属证明。实际上最终还是要审查判断双方当事人对此享有的权属。权属的确

定问题主要还是涉及到双方，不应当将登记机关纳入其中。当然，在当事人之间的诉讼可能存在一个问题，即在法院裁量之后，登记机关有可能会拒绝变更。我认为，原则上法院的裁判应当是变更登记的依据，具有法律效力。登记机关没有合法的依据不能否定法院判决，拒绝办理变更登记。当然，将来在物权法通过之后，可以通过有关司法解释明确登记机关在法院作出有效判决之后必须在一定期限内进行变更登记。

十八、确权请求权是否适用诉讼时效？

尽管确权请求权也是一种请求权，但该请求权原则上不应当适用诉讼时效，主要理由是：第一，该请求权很难确定时效的起算点。换言之，诉讼时效是应当从发生权利争议之时起算，还是从法院作出确权判决之日起算，对此很难确定。因为这两种情况下都很难说权利已经遭受损害。例如，即使就产权发生争议，也不能说权利已经遭受侵害。第二，从确权请求权的性质来看，它只是请求国家机关作出最终的判断，并不是在权利遭受侵害之后寻求救济。也就是说，它是在权利发生争议的情况下要求公权力介入，对当事人的权利进行确认，并不要求对方当事人作出一定的给付。这种请求并不是针对对方当事人而行使的。尽管该请求权的行使可能涉及到对方当事人，但是对方当事人并不是请求的直接对象，因此它是一种特殊的请求权。第三，这种请求权可能有特定的相对人，也可能没有相对人。例如，土地长期“四至”不明，权利人请求确定土地边界，在此情况下，可能不一定有相对人。

十九、为什么物权法要增设物权请求权？

所谓物权请求权，是指在其物被侵害或有可能遭受侵害时，物权人所具有的有权请求侵害人返还原物、恢复原状、停止侵害、消除危险、排除妨害的权能。物权请求权是保护物权的一项专门的制度，是民法上的一种独立的请求权。民法通则第六章（“关于侵权的民事责任”）采纳的是广义的侵权概念，将各种侵害物权或妨害物权的行为都视为侵权，一律用侵权责任加以保护。但物权法在承认了侵权请求权（主要是损害赔偿请求权）是对物权保护的重要方法之外，新增了物权请求权，这是对物权保护所采取的一项重要措施，也是完善我国请求权体系的重要步骤。

物权法之所以增设物权请求权，是因为物权请求权与侵权请求权在适用条件上存在很大区别：一方面，适用侵权请求权一般来说都要考虑过错，而物权的请求权不考虑相对人是否有过错。因此，在其物权受到侵害或妨害的

情况下，若行使物权的请求权，物权人只须证明相对人已实施了侵害或妨害其物权的行为和行为的违法性，便可以要求相对人排除妨害、返还原物、恢复原状，而无需证明相对人是否有过错，这就极大地减轻了权利人的举证责任。例如，某人非法占有他人财产，所有人要求返还，其并不需要证明占有人是否有过错，而只需要证明权利受到侵害以及违法性。另一方面，侵权请求权以实际损害的发生为前提，而物权请求权的行使则无需考虑是否造成实际损害。此外，两种请求权在诉讼时效的适用方面也不一样。基于这些原因，同时规定物权请求权和侵权请求权，能够更有效地保护物权。

二十、物权请求权和侵权请求权是何种关系？

物权法（草案）第 43 条规定：“本章规定的物权保护方式，可以单独适用，也可以根据权利被侵害的情形合并适用。”这就明确了物权请求权和侵权请求权之间的相互关系。一是在物权遭受侵害以后，受害人可以仅仅行使一项请求权。此种方式称为请求权的竞合，即一种行为符合多种请求权行使的要件，权利人依法仅选择一种请求权。例如，不法侵害人致他人财产毁损灭失，受害人仅要求不法行为人赔偿损害，这样就只是选择了侵权请求权。如果不法行为人造成他人不动产行使的妨害，受害人只是要求排除妨害，这只是行使了物权请求权。二是当事人可以合并适用两种请求权。这是请求权的聚合。所谓聚合就是指一种行为符合多种请求权行使的要件，权利人可以同时主张多项请求权。例如，在物权受到侵害的情况下，权利人既可以要求其赔偿损害，也可以要求其返还原物。这实际上就是同时选择了物权请求权和侵权请求权。

二十一、返还原物的请求权是否适用诉讼时效

所谓返还原物，又称为所有物返还请求权，就是指所有人对无权占有或侵夺其所有物的人有权请求其返还所有物。返还原物的请求权是否适用诉讼时效，对此一直存在争议。我认为，对此可以区分两种情况。一是对于已经登记的财产，不发生适用诉讼时效的问题。因为登记具有公示的效力、对抗的效力以及权利推定的效力。凡是已经登记的产权，在法律上推定登记记载人是真正的权利人。如果就登记财产发生争议，如有人对登记提出异议，那么，就只能通过确权程序进行变更登记。对于登记财产已经为某人所占有，登记记载的权利人可以在任何时候提出返还该登记财产的请求，而不应当受到时效的限制。二是对于登记之外的财产或者是未登记的财产，不论是动产

还是不动产，如果确实被他人非法占有，应该可以适用诉讼时效。这主要是因为，占有本身就是一种公示，它是一种法定的公示方式，可以形成权利外观，也可以适用权利的推定规则。因而，第三人对于占有人占有的财产的外观会产生一种信赖，即会相信占有人享有物权。如果其基于此种信赖受让了占有人的所占有的财产，可能会受到善意取得规则的保护。所以，对于登记之外的财产或者是未登记的财产，经过了很长时间而不适用诉讼时效的限制，可能会使权属状态不明，交易处于不安全的状态。但是，考虑到我国诉讼时效仅仅只是两年，如果返还原物只适用两年的诉讼时效，某人占有他人财产之后，将该财产隐匿以来，经过两年以后不受时效保护，对权利人是非常不利的。所以，我认为，如果适用诉讼时效，应当延长诉讼时效的期限。

二十二、为什么排除妨害和停止侵害的请求权可以不适用诉讼时效？

物权法（草案）第 44 条规定“权利人请求排除妨害或者消除危险，不适用诉讼时效。”所谓排除妨害的请求权，是指当物权人的圆满状态为占有以外的方式妨害时，权利人对妨害人请求其排除妨害、使得自己的权利恢复圆满状态的权利。为什么排除妨害的请求权，不适用诉讼时效？这主要使因为：一方面，排除妨害的请求权是一种特殊的请求权，妨害行为通常都是一种持续性的行为，或者妨害的结果具有持续性，只要妨害行为继续存在，或者妨害结果继续存在，权利人就一直处在被侵害的状态，因此，应当允许权利人行使排除妨害请求权。如果经过两年之后，妨害行为仍在继续，或者妨害结果仍然存在，但因为时效期间已经经过，权利人就不能行使排除妨害的请求权，就不利于保护权利人，也间接地使行为人的行为合法化了。三是对排除妨碍的请求权的行使，也难以确切计算诉讼时效的起算点。由于侵害的事实状态一直存续，所以，无法确定应从何时计算时效。

所谓消除危险的请求权，是指对将来可能出现的危险，权利人有权请求予以消除。消除危险请求权之所以不适用诉讼时效，是因为只要危险状态继续存在，权利人就应当有权请求法院责令造成危险结果的人或者实施危险行为的人负担排除危险的责任。如果适用诉讼时效，既无法确认时效的起算点，也难以充分保护权利人的物权。例如，某人在他人房屋边上挖了一个大洞，尽管该洞是两年前挖的，但该洞一直存续，仍然对他人不动产构成威胁，所以行为人不能援引时效期间届满作为抗辩。此外，对于消除危险的请求权不适用诉讼时效，这也可以贯彻物尽其用的原则。

《关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》的理解与适用

辛正郁 *

一、起草司法解释的相关背景和指导思想

建设现代农业，发展农村经济，增加农民收入，是全面建设小康社会的重大任务，事关经济社会全面、协调和可持续发展的大局。上世纪九十年代中后期，第二轮土地承包（延包）工作在全国各地农村陆续展开。随着我国经济社会在历经二十年改革开放的量的积累后，进入阶段性的质的提升的重要阶段，围绕农村土地制度产生的许多深层次问题渐次显现，农民权利意识与平等观念的觉醒和树立，与广泛存在的侵害农民土地承包经营权益现象以及城乡发展水平差距的持续加大、相对贫困状况的日趋严重之间，产生激烈的碰撞。其结果反映在诉讼层面，就是在随后的几年时间内，涉及农村土地承包的纠纷案件数量呈现出持续的增长态势。以往，相关案件的处理，一般是以民法通则、合同法的原则规定为依据。在肯定民法通则及合同法在农村土地承包纠纷案件处理依据层面具有统辖意义的同时，还应当看到它们在面对和调整这类较为特殊的纠纷案件时，确实存在针对性不够强、涵盖面不够全的问题。农村土地承包纠纷作为一类特殊的民事争议，具有不同于或者说不完全同于其他类型民事纠纷的内在特征和处理原则。这种特殊性不仅体现在对土地承包经营权权利性质的正确认识方面，还体现在对土地承包经营权保护方法以及纠纷处理规则的准确适用之上。农村土地承包合同虽属民事合同，但

* 最高人民法院民一庭法官，法学博士。

需要全本请访问 www.ertongbook.com