

2005年第5辑（总第25辑）

# 判解研究

中国人民大学民商事法律科学研究中心◇主办

王利明◇主编

## 本辑要目

### 【专论】

孙宪忠 / 对修订《物权法》(草案)的建议

崔建远 / 关于我国物权法草案的若干修改意见

### 【法官论坛】

卯俊民 / 论新闻侵权诉讼中的新闻真实

### 【焦点笔谈】

姚辉 邱鹏 马强 戴孟勇 / 部分房屋的承租人能否对出租人整体出售的房屋享有优先购买权

### 【判例评析】

刘英红 / 从一起商品房“退房纠纷”仲裁案看合同解除的法律后果

冯旭峰 / 地下空间的权属与面积问题

张振杰 喻伟泉 / 股东资格认定问题研究

张学军 / 控股股东损害公司权益案中少数股东利益的保护

——兼谈新修订的公司法中少数股东保护条款的法律适用

### 【域外传真】

[德] Eduard Picker 著 周友军 译 / 反歧视纳入民法?

人民法院出版社

◆责任编辑：吴秀军 兰丽专

◆封面设计：温 波

ISBN 7-80217-159-8



9 787802 171596 >

ISBN 7-80217-159-8 定价：25.00元

D920.8-55  
1026  
:25

2005年第5辑(总第25辑)

# 判解研究

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办  
王利明 主编

人民法院出版社

### 图书在版编目(CIP)数据

判解研究 .2005 年.第 5 辑:总第 25 辑/王利明主编.  
北京:人民法院出版社,2006.1

ISBN 7-80217-159-8

I.判… II.王… III.①审判-研究-中国-丛刊②法律解释-研究-中国-丛刊 IV.D920.5-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 142157 号

### 判解研究

2005 年第 5 辑(总第 25 辑)

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办

王利明 主编

---

责任编辑 吴秀军 兰丽专

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东交民巷 27 号(100745)

电 话 (010)85250571(责任编辑) 85250516(出版部)  
85250558 85250559(发行部)

网 址 [www.courtpress.com](http://www.courtpress.com)

E-mail [courtpress@sohu.com](mailto:courtpress@sohu.com)

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16

字 数 226 千字

印 张 13

版 次 2006 年 1 月第 1 版 2006 年 1 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80217-159-8

定 价 25.00 元

1  
加強判解研究  
推進司法改革

肖揚

二〇〇〇年

七月一日

## 《判解研究》编辑委员会

主任：王利明

副主任：杨立新

委员：(以姓氏笔画为序)

王运声 龙翼飞 刘春田

江伟 孙华璞 纪敏

杨润时 吴汉东 张晓秦

俞灵雨 姚辉 钱锋

郭明瑞 董安生 蒋志培

执行主编：姚辉 吴秀军

编辑：兰丽专 熊诤龙 麻锦亮

刘生亮 周友军

电话：(010) 85250571 62514868

传真：(010) 85250586 62514868

E-mail: caselaw@sohu.com

支持单位：北京市鑫兴律师事务所

网址：www.xinxinglaw.com

E-mail: xinglaw@yahoo.com.cn

## 稿 约

《判解研究》旨在对审判实践中的重大疑难案件及司法解释展开研究，将法学理论全面运用于司法实务，通过分析与归纳演绎，在个案中寻找法理与裁判的连接点，在判决中发掘对法律予以选择的理由、法条的内涵，以及判决的一致性，藉此丰富对法律的解释、总结法律适用的经验、探求法律的精神，为立法和司法提供经验。真诚欢迎法学理论及实务工作者惠赐佳作。来稿要求：

1. 稿件应属未公开发表的作品。

2. 稿件字数应在 5000 字以上，引文务必注明出处，注释体例以已出版的《判解研究》中的样式为准，稿件应为打印稿并请附软盘，并以 Word 文件或文本文件存盘。

3. 投稿后 3 个月未接到用稿通知，作者可另投他刊，来稿中请详写联系地址、电话、电子邮箱，以便及时联系。请勿一稿两投。

4. 本刊所发表的所有文章，均已由作者授予自发表之日起 1 年的专有使用权，任何转载、摘登、翻译或结集出版等事宜，均须事先得到本刊编辑部的书面许可。

投稿请寄：

中国人民大学民商事法律科学研究中心，邮政编码：100872。请在信封正面注明“《判解研究》投稿”字样。

E-mail: caselaw @sohu.com

有关本书的征订、邮购等事宜，请直接与人民法院出版社联系。

联系电话：(010) 85250558 85250548 85250550

地址：北京市东城区东交民巷 27 号

邮编：100745

本丛书现已出版 25 辑。欢迎读者邮购。

# 目 录

## 专 论

对修订《物权法》(草案)的建议 … 孙宪忠 (1)

关于我国物权法草案的若干修改

意见…………… 崔建远 (14)

## 法学专论

论我国民法典中风险负担一般规则的

设立…………… 宁红丽 (25)

## 法官论坛

论新闻侵权诉讼中的新闻真实…………… 卯俊民 (34)

## 焦点笔谈

部分房屋的承租人能否对出租人整体

出售的房屋享有优先购买权 …………… (48)

房屋承租人优先购买权之研究

…………… 姚 辉 邱 鹏 (50)

对现行承租人优先购买权制度合理性

的若干思考…………… 马 强 (72)

房屋整体出售与部分房屋承租人

的优先购买权…………… 戴孟勇 (87)



## 判例评析

- 从一起商品房“退房纠纷”仲裁案看  
合同解除的法律后果…………… 刘英红 (99)
- 地下空间的权属与面积问题 …………… 冯旭峰 (107)
- 房屋产权和土地使用权分别  
抵押的效力研究  
——兼对担保法第36条  
的质疑和完善 …… 王显德 何志 (118)
- 股东资格认定问题研究 …… 张振杰 喻伟泉 (129)
- 控股股东损害公司权益案中少数股东  
利益的保护  
——兼谈新修订的公司法中  
少数股东保护条款的  
法律适用 …………… 张学军 (140)
- 医疗费用赔付与保险损失补偿原则  
…………… 张俊岩 (156)

## 域外传真

- 反歧视纳民法?  
…………… [德] Eduard Picker 著 周友军译 (168)

## 综述

- 第二届“法官与学者对话”  
民商法论坛综述 …………… 于宏伟 李富成 (182)

## 书评

- 认真对待人格权法  
——王利明教授《人格权法研究》  
读后 …………… 袁雪石 (192)

- 编辑后语…………… (201)

**编者按：**自全国人大常委会决定将《中华人民共和国物权法（草案）》向社会公布，广泛征求意见以来，各界反响热烈，回应云集。《判解研究》作为以民法科学及民商事审判实践为主要研究领域的专业学术文献，自然也对中国当代民事立法活动中的这一重大事件投注了极大的关心和参与。继上辑发表王利明教授关于物权法立法中的若干重大疑难问题的研究文章之后，从本辑开始编辑部将会继续在专论中集中刊登权威人士关于物权法立法的研究成果。本辑特发表孙宪忠教授、崔建远教授的文章，以飨读者。

## 对修订《物权法》（草案）的建议

孙宪忠\*

我国《物权法（草案）》向社会公布后获得了相当积极的评价，这是首先应该肯定的。这部法律草案（以下简称“草案”）吸收了近年来法学研究与社会调查的成果，其科学性和实践性已经显著的加强了。草案在所有权平等保护方面、在物权变动规则方面、在各种具体物权制度的整合与细化方面，纠正了旧意识形态和前几年法学理论的混乱，因此取得了显著的进步。另外草案在立法技术方面也作出了积极的努力，比如将概念用专门的法条规定等。应该说这个草案超过了预期的价值。但是，草案中一些制度建设或者条文内容的设计，还有不少明显的不足之处。对此本人予以指出，希望立法机关和大家予以关注。

\* 中国社会科学院法学研究所教授，博士生导师。

## 一、对第一章的修改意见

1. 在第1条“充分发挥物的效用”之后，建议加上“保障物的交易安全”一句。原因是，物权法并不仅仅只解决静态的经济秩序问题（也就是物上支配秩序问题），而且更重要的是解决交易安全问题。债权法中的合同因为效力一般不及于第三人，所以无法解决物权变动中涉及第三人的交易安全问题；而物权变动的效果必然涉及第三人，因此这一问题必须由物权法来解决。另外，在市场经济条件下，交易安全问题至关重要。

2. 第2条第1款对于物权法的定义，建议在“本法调整平等主体之间因物的归属和利用而产生的财产关系”这一句话中增加关于物权变动的内容。因为物的归属利用而产生的财产关系并非物权法要解决的全部问题，物权法同时必须解决物权变动问题以及物权变动过程中第三人的保护问题。另外，用益物权是否属于本条所说的“归属”；担保物权是否属于本句话所说的“利用”，在理解上还有歧义。为物权法概念的科学性而言，建议本条文修改为“本法调整平等主体之间因物的支配和物权变动而产生的财产关系”。此概念应该是准确的，基本上无异议的。

3. 第4条规定物权公示原则以及权利正确性推定原则，应该在“记载于不动产登记簿的人是该不动产的权利人”这句话的后面，再加上“记载于不动产登记簿的权利，是该不动产的权利”一句。

增加这句话的原因是：我们所说的不动产登记簿的权利正确性推定，包括两个方面的含义：一是权利正确性推定，即以登记的权利作为司法上的正确权利的推定，因为不动产物权类型较多，各种用益物权、担保物权（可以说物权法中的全部权利类型）都可能出现在不动产登记簿上，因此从司法的角度看，只能推定登记的权利类型是正确的。二是权利人的正确性推定。这一规则草案中已经采纳，意义不必多言。从法理上看，不动产登记簿的权利正确性推定说包含的两重意思都是很重要的。因此所谓正确性推定，应该包括两个方面的推定，只规定一个方面，并不能自然推导出另一个方面。

4. 在第一章应该增加以下条款：

(1) 建议在物权法的基本原则方面，加上“区分原则”的规定，也就是作为物权变动的原因与其结果在法律根据方面相互区分的规则。简要的说，就是合同生效不是物权变动生效；反过来，物权变动不生效，不能说合同也无效。这一规则对于经济生活的调整非常重要，目前最高人民法院的司法解释已经采纳了这一原则，因此物权法不明确规定就显得落后于实践了。具体

的条文使用，建议采纳中国社会科学院法学研究所课题组的建议稿。

(2) 建议对于违背物权法定原则、公示原则的法律后果作出明确的规定。从立法应该建立的规则看，当然首先要从正面规定这些原则，但是也要考虑违背这样原则的结果。比如，实践中当事人没有按照法律规定的种类设置的物权，其效果应该是怎们如何？这种情况是很多的。尤其是在我国还存在着习惯上的物权类型，这一次法律也没有规定，那么这些权利届国会怎么样？这些都需要立法规定。具体的法律条文，建议采纳中国社会科学院法学研究所课题组的方案。

## 二、对第二章的修改意见

### (一) 对第一节的修改意见

#### 1. 对异议登记规则的修改建议

第 19 条建立的异议登记制度意义重大。但是该条制度设计方面有三点缺陷：

(1) 该条第 1 款的第二句所规定的异议登记的具体制度有明显不足。该条的原文是：“登记簿记载的权利人书面同意异议登记或者人民法院裁定予以异议登记的，登记机构应当将该异议记载于不动产登记簿。”依据这一条文，异议登记的申请面临极大的困难，甚至基本上是不可能的，可以说这种立法方案已经违背了建立这一登记制度的初衷。

因为建立异议登记制度，目的是在不动产事实上的权利人发现登记簿上记载的事项对自己不利、而自己一下子无法提出有效或者全部的证据来予以更正登记的情形下，先提出一个异议登记，限制或者禁止不动产登记簿上记载的权利人的处分行为，以保护自己权利的临时性措施。比如，一幢房屋的所有权人发现自己的权利被登记成他人所有，或者他人将自己的房屋设置了抵押等。此时，他的房屋就面临着被他人处分而永远无法返还的危险。当然，权利人需要更正这种错误的登记，但是做更正登记需要充分的证据或者其他法律资料，这要花费很多时间，而没有更正登记之前，可能无法改变登记簿上记载的权利人处分该不动产的行为，此时，就需要异议登记做一个临时性的权利保护措施。

因此，无论是从立法目的还是从实践的角度看，异议登记申请都只是单方申请性质的，它无法取得对方权利人的同意，因此立法也不必要求申请人取得权利人的同意；另外也不必获得法院的裁定，法院的裁定需要审理之后才能做出，考虑到法院的审理程序需要的时间，裁定下发的时间可能不动

产已经被处分掉了。因此也没有必要建立法院对此予以裁决的制度。在当事人之间为此引发争议而发生诉讼的时候，法院对此当然以最终确定权利的判决来解决其争议，此时异议登记也没有必要了。

对此应该建立的制度，是异议登记申请而只需要申请人提供自己有权利存在的简要实施即可。

(2) 第 19 条第 2 款规定的对异议登记申请人的限制，因为上面的原因也出现了错误。

因为异议登记具有临时性特征，所以申请人在异议登记之后，必须迅速收集证据和自己权利的法律资料，来进行更正登记。因此，异议登记自被纳入的时候起一段时间，申请人没有进行更正登记的时候，异议登记就应该被涂销。因此现在草案第二款“申请人自登记簿记载的权利人书面同意异议登记之日起三个月内不起诉也不申请更正登记的，或者自人民法院异议登记裁定生效之日起十五日内不起诉的，异议登记失效”，这一规定也是违背立法理由的。建议修改为“异议登记自纳入登记之日起三个月失效。”

(3) 考虑到异议登记可能是不正当的，因此，建议在第 19 条第 3 款确定的申请人的侵权责任的基础上，规定第四款“不动产登记机关可以要求异议登记的申请人就其申请提供担保。”这样可以避免登记机关为登记不当承担责任。

## 2. 对草案预告登记规则的修改建议

草案第 21 条建立的预告登记制度的意义同样十分重要。但是目前草案的制度设计，有法理欠确切、法律关系不准确的缺陷。具体是：

(1) 第 21 条第二句“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”，对预告登记申请人提出的“支付一半以上价款，或者债务人书面同意”的要求，法理上难以成立。具体理由是：预告登记的申请人提出的申请依据，从表面上看，是当事人之间的债权债务关系，但是在本质上却是“居者有其屋”这个人权性的公法要求。正是因为居者有其屋这个“权利”，这里的债权才能够纳入登记，取得和物权一样的地位，并对房屋出卖人构成强大“公义”的限制。也正是因为这样，草案对预告登记的申请人提出的上述两项要求，在法理上都无法成立。尤其是要求支付一半以上价款的规定，基本上可以说没有道理。规定这两点要求之后，反而在法理上出现认定标准的困难，司法上不好操作。

因此，建议在此用“债权人可以根据有效的买卖合同，向不动产登记机构提出预告登记的申请，登记机构应当进行预告登记。”

(2) 该条第2款对于预告登记消灭事由的规定,也有思路不明晰的问题。应该考虑的出发点,是预告登记的权利人在买卖合同规定的履行期限到达后并不积极履约取得房屋的所有权,并同时保留预告登记权利,从而妨害出卖人的情形。对此立法应该采取措施保护房屋出卖人。

如果购买人积极地取得了房屋的所有权,那么其预告登记权利自然应该在房屋所有权纳入登记时涤除(物权的混同原则)。这种情况下不必考虑预告登记消灭的问题,同样债权消灭引起的预告登记失效也不必考虑。

建议应该采纳的条文内容是:“债权人自合同规定应该取得指定不动产的所有权或者其他权利、并进行相应权利取得登记之日起三个月,而未取得该项权利并进行相应登记的,预告登记失效。但权利人未取得权利并办理取得登记的原因在于债务人的,预告登记仍然有效。”

### 3. 对本章没有规定的一些重要制度的增加建议

(1) 建议一定要规定顺位制度。这是本章比较明显的缺陷。顺位制度是不动产物权的固有内容。从目前立法的方案尤其是本草案后面关于不动产物权具体类型看,将来一宗土地上能够负担的物权类型是很多的,即使是用益物权在一宗土地上都可以有多个同时存在,再加上本来就可以同时存在的抵押权,所以一宗土地上的多个物权存在,现在已经是事实,将来会很多。多个物权存在于一宗土地上,他们之间的支配秩序必须用顺位制度来解决,否则问题很多。因此建议一定要规定顺位制度,具体内容可以参照中国社会科学院法学所课题组的建议稿。

(2) 建议一定要在不动产登记部分建立不动产的混同、合并与分立的制度。因为这些制度都涉及到标的物上第三人的权利如何保障的问题,因此必须在立法上予以处理。目前草案没有这样的制度,将来势必对实践造成消极影响。

不动产物权的混同,就是一个标的物上的多个物权为同一主体取得的情形,在其他的权利发生混同的情形下,权利可能会发生抵消或者消除,但是物权混同有时候可以消除(完全物权吸收不完全物权),有时候却不能消除。比如一种土地上的所有权和抵押权为同一个人取得,本来所有权属于完全物权,抵押权属于不完全物权,因此抵押权应该被所有权吸收而消灭。但是,由于标的物上可能还存在着第三人的另一个抵押权,因此所有权人的抵押权被吸收后,他自己的所有权也可能被迫消灭。因此这个时候的抵押权是不能随便消灭的。这种特殊的情形是物权制度特有的,因此必须予以建立。

不动产的合并与分立同样发生着标的物上第三人权利如何处理的问题。

因此这些制度也涉及交易安全这个非常重大的问题。

对于不动产物权的混同、合并与分立，中国社会科学院法学研究所课题组物权法建议稿有比较详细的立法建议，希望能够得到采纳。

(3) 权利人以单方行为放弃不动产物权，因为也会损害第三人权利（比如放弃的建设用地使用权上存在第三人的抵押权），因此，建议也应该关于单方行为放弃物权的制度，解决第三人权利受损害的责任问题。

#### (二) 对第二章第二节、第三节的修改意见

1. 建议在第 27 条在第 1 款规定的动产物权变动基本规则之后，增加第 2 款：“合同订立而未发生交付的，不影响合同的效力”。具体理由与草案第 15 条相同。动产的规则与不动产的规则保持一致是应该的。

2. 在第 33 条规定的继承取得之后，增加“遗嘱取得”，建议的条文是“因遗嘱取得物权的，自遗嘱生效时取得物权”。

### 三、对第三章的修改意见

1. 建议改变第 41 条以及第 42 条的文字，目前的文字表达有明显的语法缺陷。以第 41 条为例：“有可能危及行使物权的，权利人可以请求消除危险”。从语法逻辑上看全部条文的主语是“权利人”，而事实上在这个法条中，前半句的实际主语并不是“权利人”。所以这个条文是个病句。

应该修改为“对有可能危及行使物权者，权利人可以请求消除危险。”

第 42 条也是这样—个病句。建议修改原因和结论相同。

2. 草案第 44 条规定的不适用诉讼时效的规定，意义重大。在肯定这一规定的同时，建议增加“占有返还请求权，也应该不适用于诉讼时效”的内容。因为占有返还请求权只受取得时效的限制，其中的法理和排除妨害的请求权—样。

### 四、对草案第四章的修改建议

第 48 条以及以下的条文，都使用了“单位”作为所有权主体的提法。但是单位作为物权的主体，法学上很不规范，实践上弊端很大。应该还是用自然人和法人这些规范的主体概念。

### 五、对草案第五章的修改意见

1. 建议第 60 条再规定“城镇集体所有权”，能够对这种权利的主体以及行使权利的方式作出明确的规定。目前草案所说的“劳动群众”是谁？

“劳动群众集体”又是谁？他们的所有权如何行使和保护？这些问题在实践中发生了很多很大的争议。立法不能采取回避的态度。

2. 建议第 61 条规定“农民集体所有权”时，能够对“集体”的法律形态作出明确规定。目前农民内部的侵权问题越来越严重，原因就是“集体”出了问题。首先要规定集体在法律上是个什么概念，然后应该就这种所有权的行使以及保护方式等作出明确规定，这才是解决“三农问题”认真的态度。

3. 建议第 68 条第二句话中，将“禁止以拆迁、征收等名义”中的“以拆迁、征收的名义”几个字删除。目前的提法是：“禁止以拆迁、征收等名义非法改变私人财产的权属关系”，是否太过？禁止以“拆迁、征收”的名义，以后这些名义还能不能使用呢？显然立法不是禁止这些名义，而是禁止“非法改变”私人所有权。目前的提法似乎词不达意。

4. 建议恢复使用传统民法法人所有权的概念。目前第五章将法人的权利当作国家、集体和个人所有权的一种实现方式，而不是独立权利，这对于我国建立完整的法人制度、进一步推进改革非常不利。因为受到旧意识形态的约束，我国法长期以来没有真正承认法人制度，尤其是公法法人制度，应该说这是旧法学的弊端，正是我们应该改革的方面。本草案既然能够使用“单位”概念作为所有权的主体，为什么不使用更为科学的“法人”概念呢？

## 六、对第六章的修改建议

1. 建议首先就建筑物整体的所有权作出规定，以维护建筑物整体的安全和效能。

2. 建议第 75 条“业主转让其建筑物专有部分所有权的，其对建筑物共有部分享有的共有和共同管理的权利视为一并转让”一句中，在权利一词后增加“以及因此而承担的义务”几个字。

3. 建议第 77 条规定“业主委员会”时，考虑有时候业主数量较少，没有必要选举业主代表组成设立业主委员会的情形。因此，可以在原有条文之后增加一款：“业主人数在十人以下者，由全体业主组成业主委员会”。

4. 建议第 79 条规定“业主重大事项多数人绝对权”时，将目前草案规定的标准简化。目前规定的“业主决定本法第七十八条第一款第五项和第六项规定的事项，应当经专有部分占建筑物总面积三分之二以上的业主且占总人数三分之二以上的业主同意”，在实践中有不能操作的问题。建议这两个“三分之二”取一个就行了。



## 七、对第七章的修改建议

第 90 条规定的“不动产权利人应当为相邻各权利人用水、排水提供必要的便利”一句中，“相邻各权利人”提法不妥，到底是哪些权利的享有人？建议这几个字修改为“相邻不动产物权享有人或者占有人”。

## 八、对第八章的修改建议

第八章普遍使用“单位、个人”作为共有主体的提法，立法上欠缺严谨性。应该采用民法上普遍承认的“自然人、法人”的主体概念，原因是“单位、个人”的含义不明（单位到底是不是法人？是否包括非法人团体？个人是指单一的自然人还是指个人组成的团体——私人团体？），实践效果更无法与“自然人、法人”的概念相比。旧意识形态下，我国法律实际不承认法人制度，因此造成公共财产无法建立法人治理模式、给我国公共财产管理留下巨大的遗憾，至今国有资产流失问题无法从制度上解决。这次物权法应该在这一方面为改革作出贡献。

## 九、对第九章的修改建议

1. 第 113 条规定的“但书”有明显的歧义，立法目的不明，法理不清。请看原文：“善意受让人取得动产后，该动产上的原有权利消灭，但善意受让人在受让时知道该权利的除外。”后面但书“知道该权利”五个字是什么意思？受让人即使知道该权利也可以正当的购买或者以其他合法方式取得，比如委托第三人先买进，然后自己再从第三人处买得，我国目前还有实行的外贸代理制中有许多就是这样。可见这是非常正常的交易方式。

建议立法只能把“明知或者应知前手交易有法律禁止的事由”当作恶意，并建立不保护恶意取得的规则。

2. 建议 118 条恢复传统民法“先占取得”的规则。草案规定的“遗失物自发布招领公告之日起半年内无人认领的，归国家所有”一条，表明上看似乎不错，实际上属于受旧意识形态影响的虚假立法。因为几十年来这样的规定，实践中几乎没有操作性，也无法回答现实问题。

## 十、对第十章的修改建议

第 128 条规定的内容，前面第 49 条已经规定，在此运用“援引”方式就可以解决要解决的问题，没有必要重复规定。