

法院审判理论与实务研究丛书

叶三方 杨正明◎主编

→ 司法视野下的法律适用

SIFASHIYEXIA DE FALU SHIYONG

物权法的热点问题

古代刑事法律和谐意蕴的当代价值

论私法方法在司法实践中的运用

我国工伤保险待遇与相关民事赔偿比较研究

破产股东出资不足责任的承担

证券市场内幕交易民事责任制度探析

人民法院出版社

D920.5/100

2008

法院审判理论与实务研究丛书

司法视野下的法律适用

主 编 叶三方 杨正明

人 民 法 院 出 版 社

图书在版编目 (CIP) 数据

司法视野下的法律适用/叶三方, 杨正明主编. —北京:
人民法院出版社, 2008. 6

(法院审判理论与实务研究丛书)

ISBN 978-7-80217-677-5

I. 司… II. ①叶…②杨… III. 法律适用-中国-文集
IV. D920.5-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 080004 号

司法视野下的法律适用

主编 叶三方 杨正明

责任编辑 钱小红

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) 85250520 (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 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 890 × 1040 毫米 A5

字 数 520 千字

印 张 17

版 次 2008 年 6 月第 1 版 2008 年 6 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-80217-677-5

定 价 40.00 元

版权所有 侵权必究

编委会名单

主 编 叶三方 杨正明

副 主 编 陈国英 吴瞻泉

编委会主任 叶三方 杨正明

编委会副主任 陈国英 吴瞻泉

编委会委员 (以姓氏笔画为序)

方 青	叶三方	陈玉光	陈国英
陈梓东	陈煜文	杨正明	张孙翔
余炳奎	何裕刚	吴瞻泉	姜耀庭
梁灿成	曾建东	潘小登	戴叶群

执 行 编 辑 (以姓氏笔画为序)

刘启聪	余炳奎	李桂模	冼一帆
林航宇	侯 洁	姜莉莎	赵琦娴
彭冬梅	曾 晓		

序

北国千里冰封万里雪飘，南方亦罕见地持续遭受寒流袭击。翻阅三方院长从千里之遥寄来的书稿，回忆起一年前这个时候在课堂上与法官们热烈讨论的场景，不禁感到一丝丝温暖。当时，萝岗法院与黄埔法院联合，分两期组织了98名法官参加中国人民大学法学院举办的“法律理论与实务高级研修班”学习培训。时值寒冬腊月，但法官们的学习热情高涨，脱下法袍背起书包，重新投入校园生活。我曾在1999年出版的专著《司法改革研究》的序言中指出，“司法的成效的取得很大程度上依赖于司法者的素质，而司法改革的各项措施能否推行，关键要看法官的队伍素质能否提高。”时至今日，关于法官职业化的讨论仍如火如荼。萝岗法院敢为人先，创设了基层司法机关与高校合作进行法官培训的新模式，探索了法官职业化建设的新路子，其创新意识与实干精神值得欣赏。

两院法官学以致用，回到审判岗位后，结合法学前沿理论与司法实践，撰写出一批优秀论文，并召开研讨会，精选出42篇论文与部分授课教授的讲义结集出版。统揽这批论文，皆紧扣司法实践，紧跟理论发展，申言之有三：一是着眼工作实际，涉猎学术前沿。从案头的审判工作出发，以学术的视角观察司法实践，阐

述古代刑事法律和谐意蕴的当代价值；立足于法律效果与社会效果相统一的司法政策，对衡平司法进行解读；以《物权法》的实施为契机，反思物权的理论问题。二是围绕法律适用，探寻法律背后的价值取向。以新《公司法》为依托，对公司自治的司法介入、破产股东出资不足责任等司法实践热点问题进行具有前瞻性的思考；从新近实施的《劳动合同法》出发，对劳动争议处理机制选择、逆向劳务派遣、第三者侵权所致劳动赔偿责任的司法认定等新问题进行深入的探讨。三是梳理法律方法，进行类型化研究。以法律方法论为根基，对私法方法在司法实践中的运用进行系统论述；以证明责任理论为依据，对建筑买卖合同纠纷中的证明责任及“分案起诉、分案受理”等问题进行多角度的分析。

庞德指出：“法律专业集团对社会整体化以及法制观念和司法方式的培养，始终扮演着一名举足轻重的角色。”法官手握案件的裁判权，在法律专业集团中居于核心地位。故而对于我国而言，从整体上提高法官职业素养与从制度上保证司法机关依法独立行使审判权同等重要，是我国法治建设的关键所在。中国人民大学法学院在推进法学研究、培育法律人才，建设世界一流法学院的同时，愿为中国法官的职业化建设贡献力量。

王利明

2008年2月14日

于中国人民大学明德法学楼

目 录

专 家 论 坛

- 物权法的热点问题..... 王利明(2)
- 新破产法若干问题评析 王欣新(20)
- 新《公司法》实施中的争点问题 刘俊海(38)
- 论合同法分则中各种法律规范的识别和适用规则 王 轶(48)

法 官 论 坛

综 合

当代中国衡平司法的缘由、困惑与路径

- 对一项基本司法政策的解读与扩展 洗一帆(78)
- 浅谈法院物质文化 付 雄(91)
- 相对合理主义视角下的辩诉交易中国化之探讨..... 林航宇(104)
- 论法官的自由裁量权..... 杨 桦(113)
- 人民陪审员制度——揭开司法神秘的面纱..... 周 蕴(122)
- 人民法庭如何加强对人民调解的指导和衔接..... 吴 昊(136)
- 论私法方法在司法实践中的运用..... 杨正明 李桂模(145)
- 论“心理审判”在司法实践中的发展和运用 任全忠(157)

刑 事

- 古代刑事法律和谐意蕴的当代价值…………… 叶三方 李玉振(163)
- 盗窃罪若干问题的司法研究…………… 张庆国(176)
- 浅析商业贿赂犯罪的认定及其对策…………… 郑楠(186)

民 事

- 物的安全侵权责任与赔偿…………… 侯洁(195)
- 买卖合同中质量争议的证明责任及证明标准…………… 陈东生(205)
- 论建筑物区分所有权中的共有权…………… 李娜(214)
- 论民事执行的过错推定原则…………… 姜耀庭(225)
- 试论诉讼调解与人民调解对接…………… 潘小登(239)
- 我国工伤保险待遇与相关民事赔偿比较研究…………… 白峻(255)
- 论交通事故案件中死亡赔偿金的可执行性
- 从平衡与效率的角度出发…………… 张惠滨(266)
- 检讨与重构:我国劳动争议处理机制的选择 …… 陈国英 朱江(275)
- 当议财产权制度体系的逻辑起点
- 以法国无形财产权理论的历史演变为借鉴…………… 陈永平(286)
- 完善我国的消费者权益法律保护制度…………… 张汨鸿(298)
- 逆向劳务派遣的司法认定
- 从梁某某诉某食品公司案件谈起…………… 戴叶群 邓丹云(312)
- 物权行为理论的若干问题…………… 蒋华胜(320)
- 建设工程优先受偿权相关问题探讨…………… 齐红(338)
- “物权—债权”二元结构的形成与反思 …… 周诗根(350)
- 关于离婚诉讼中夫妻共同债务处理与第三人
- 利益保护的思考…………… 吴瞻泉(362)
- 论对违章建筑的执行…………… 谭红玉(371)
- 浅议财产保全担保制度的完善…………… 曾锐鹏 徐骥坤(379)
- 论未成年人的直接抚养权
- 以民事案件的审理为视角…………… 李祖艳 梁宝珊(386)
- 第三人侵权所致劳动者赔偿责任的司法认定…………… 邓丹云(392)

商 事

破产股东出资不足责任的承担	余炳奎(403)
论我国公司自治的司法介入	
——以新《公司法》为视角	张玲南(420)
公司的司法解散实务与完善	
——从实务的视角探析相关问题	李 警(431)
证券市场内幕交易民事责任制度探析	赵琦嫻(440)
司法适用破产法的若干问题研究	陈新美(454)
有限责任公司股东责任的构建与完善	曾建东 汤炜明(464)

程 序

民事诉讼中“非正式化开庭”的现象与反思	
——兼论程序适度原则	魏弋凯(473)
我国民事诉讼主管异议制度之构想	
——兼谈与民事诉讼管辖异议制度之异同	夏卫华(485)
论我国民事诉讼财产保全制度之完善路径	
——从遵循财产保全制度的价值取向着眼	陈 莹(495)
从证明责任和举证责任角度探讨“分案起诉、	
分案审理”的有关问题	陈煜文 邓伟峰 徐桂春(504)
构建少年民事诉讼职权主义模式	
——以少年民事诉讼试点实践为视角	李桂模(510)
当事人、程序本位进一步彰显	
——评析我国新民事再审制度	王桂江(523)
后 记	(533)

专家论坛

物权法的热点问题*

王利明

今天主要是想给各位介绍物权法的有关问题。现在《物权法》已经经过了七次审议，可以说已经创下了法律审议之最，到三月份会提交全国代表大会通过。本月16日我们还要在本会议室进行一场大型的关于物权法的研讨会，大家有兴趣的话可以过来参加。

我首先介绍一下什么是物权，物权简单地说是指权利人支配动产和不动产所享有的权利。所以物权首先是一种财产权，是财产权的一种类型，因为财产权在大陆法系国家是一个范围非常宽泛的概念，将一些有财产价值的权利都可以看作是财产权的内容，所以财产权又分为物权、债权、知识产权等等。物权只不过是财产权的一种类型，所以我们说物权法就是财产权法，但是它不能包括所有的财产权法，债权、知识产权就不属于物权范畴。

其次，物权是一种有形财产权。它和知识产权这种无形财产权是区分开来的，不包括知识产权等无形财产权。具体地说物权就是针对房屋、土地、车辆等动产以及不动产。

* 此次讲座是王利明教授于2007年1月在中国人民大学法学院举办的广东法官培训班上的专题讲座。当时《物权法》尚未通过，但该讲座中涉及的物权法内容基本与通过的《物权法》规定相一致。因此，本书收录该讲座内容，以便读者加深对《物权法》的理解。

第三,物权是一种对财产的支配权,支配的概念在法律上和请求权是相对应的。支配权指权利人可以根据自己的意志直接控制动产、不动产,不需要借助他人的帮助就可以行使权利。请求权是指请求特定的义务人为一定的行为或者不为一定的行为。我们简单地举一个例子来进行区分:比如说买卖,如果我要买一批货物,今天签订了合同,规定交货期在2月1日,合同一旦成立我就享有债权,但并不是实际占有货物,因为货物并没有交付,我享有的权利是请求债务人在规定的交货期交货的权利,这是请求权。货物在交货前仍然是由出卖人控制,所以在法律上是由出卖人占有支配权,买受人也就是债权人享有的是请求权,到了交货期之后,出卖人交付了货物,根据物权法一个重要的规定“因交付而移转所有权”,出卖人因为交付而移转了物权、支配权,相应地取得了对价金的请求权,所以交易过程就是支配权和请求权相互转化的过程。民法就是采用这种通过将各种交易的元素提炼出来用物权、债权、支配权、请求权这样的概念来进行解释,所以最本质地概括了交易的基本规律,故支配权和请求权是对各种交易中最基本要素的高度概括。

物权也是一种对世权。所谓对世权是权利人所享有的权利可以对抗除权利人之外的任何人,任何人侵害或者妨害了权利人的权利,权利人都可以向其主张权利。因为物权是对世权,所以物权在遭受侵害的情况下,不仅可以受到物权法的保护,还可以受到侵权法的保护。但是债权不是一种对世权,只是一种相对权,债权人所享有的权利只能对抗特定的债务人,不能对债务人之外的任何其他人产生效力。任何原因导致债务人不能履行合同,债权人也只能找债务人要求其履行或者承担违约责任。在刚才所举的例子中,如果在交货之前,由于第三人的原因造成了货物的毁损灭失而使出卖人不能交货,出卖人在不能交货的情况下,买受人或债权人能否直接找第三人要求其承担损害赔偿呢?显然不行。因为货物在没有交付之前,买受人享有的只是一种债权,并没有享有物权,是出卖人享有物权,所以这种情况下只能由出卖人根据《物权法》或者《侵权法》要求损害人承担责任,但是买受人不能向第三人主张任何权利,因为他享有的是债权,只能针对特定的债务人主张权利,所以只有物权才受到《物权法》和《侵权法》的保护,而债权只能受到《合同法》的保护,这也是《物权

法》、《侵权法》和《合同法》的区别，理解这一点对我们理解整个物权法都非常重要。因为物权法的很多规则都是由于物权本身具有对世性而产生的。

最后，我们要强调的是物权是一种优先权。优先主要是指当物权和债权并存的情况下，物权要优先于债权。比如说在抵押权和一般债权同时存在的情况下，抵押权要优先受偿。正因为如此我们《破产法》将担保物权作为别除权来规定，先实现担保权，再实现一般的优先权，最后才是普通债权，这就是从物权优先债权所产生的规则。《物权法》没有将担保物权作为优先权规定。在《物权法》的起草过程中，银行一再要求将按揭、应收账款质押单独作为担保物权写进《物权法》中，很大程度上就是希望这些权利有优先的效力。按揭最早是在广东实行的，但是到现在为止并没有将它规定为物权，因为规定物权对银行来说是没有风险的，一旦老百姓办了按揭之后，银行帮着还了款，就可以将房子作为担保，但是如果没有承认它是一种担保物权，实际上银行和购房人之间还没有成为一种物权关系，银行也没有相应的担保物权。按照我们下面说的物权法定原则，法律如果没有承认它的话就不能承认它是担保物权，如果购房人欠了很多人的钱，债权人都来追究的时候，实际上银行能否享有对房子的优先受偿权是很难确定的，这也是银行为何坚决要求将按揭规定为担保物权的原因，因为物权是一种优先权，债权不具有这样的效力。

现在讲三项原则：第一项原则是物权法定原则。按照草案规定，物权的种类和内涵要由法律规定。具体包括两个方面：一物权的种类必须要由法律规定。任何行政法规、司法解释都不能创设物权。但是在《物权法》通过之后，如果收费人质押没有写进《物权法》，那么司法解释就有问题了，就没有依据了。同时当事人的合同不能自由创设物权，也就是说在法律没有明确规定哪一种权利是物权的情况下；当事人不能通过合同约定这一种权利是物权，因为种类必须法定，《物权法》和《合同法》的重大区别就表现在合同法有所谓的无名合同，物权法中是不存在无名物权的。《合同法》中规定了买卖、租赁、承揽合同，这些合同都叫做有名合同，但是在这些合同之外如果当事人创定的合同和有名合同规定不相吻合，在法律上仍然是有效的。按照合同自由原则，当事人可以自由创设任何法律没有规定的任何原

则，只要不违反法律的强制性规定以及公序良俗就都是有效的。但是物权法不是这样的，如果当事人约定的类型不符合法律规定的物权类型，它不能产生物权的效力，是不受保护的。二物权法规定的物权内容必须法定，我个人理解这可以从两个方面考虑：第一个方面是物权的基本权能必须由法律规定，当事人不能自由创设；另一方面是必须遵守法律在物权法中对物权禁止性的规定。法律明确规定当事人不能约定债务人一旦不履行债务，债权人 not 通过拍卖、变卖的程序就将抵押的东西全部拿走，这是被禁止的。

物权法定违反了以后能够产生什么样的效果？是否违反了物权法定整个合同就没有效力了？在法律没有承认是物权的情况下，是否所有的约定都是无效的？究竟怎么理解违反物权法定的效果呢？在合同法里面，违反法律规定会导致整个合同无效，在物权法中，如果物权法没有承认当事人约定的物权是物权，这时合同仍然是有效，只不过导致当事人约定的权利不能产生物权的效果，在这种情况下只能将这种权利看成债权。所以我们没有承认按揭是物权，但是银行仍然可以根据合同来进行安排，如果不涉及其他债权人购房人所购买的房产主张的权利，银行可以根据合同来行使按揭的权利，所以合同仍然是有效的，仍然可以在当事人之间产生拘束力，只不过不能享有优先于其他债权的效力，不能产生物权的效果。这就是我们说的违反物权法定的效果。

物权为什么要法定？法定的原因是什么？在《物权法》中概括起来主要有几点：

1. 物权大多涉及社会的基本经济制度，反映了社会的基本财产关系，是非常重要的，所以只能用法律来明确规定，而不能由当事人随意创设。

2. 为了保护交易安全。我们刚才说到物权具有对世的效力、优先的效力，所以物权涉及第三人的利益，涉及交易安全的问题，这在经济学中被称为物权涉及外部化的问题、外部成本的问题。抵押权具有优先受偿的效力，假如一个债务人只有一套房产，他却欠了很多人的债务，可是他房产的价值远远不能清偿所欠的这些债务。那么这套房产究竟怎么分配？如果不存在物权的话，那么就在债权人之间平均分配，但是只要其中一个债权人涉及了物权、抵押权，要优先受偿的

话,可能他一个人就将这套房产全部拿走了,其他的人都得不到了,所以优先性就直接关系到其他债权人利益的保护,而不仅仅只是涉及一个特定债权人和一个特定债务人之间的问题。假如物权不能法定,抵押权的设定完全可以由当事人通过合同自由设定,那就会产生很多麻烦,交易就没有秩序了。

3. 要充分发挥物权法的基本宗旨:物尽其用。这是《物权法》的一个宗旨,也就是如何使物权更有效率。比如说我们的空间是具有非常大争议的一个问题,我国法律目前还没有承认空间是一种权利,那么登记机关就不会对涉及空间的问题进行登记,这种结果就造成了空间不能有效利用。如果想利用地下的空间建造停车场或者想单独买下地下的空间建造地下停车场,都会在法律上遇到障碍。如果单独买下地下的空间,地上的土地使用空间是别人的,一旦发生了转移,那么新的受让人就不一定会允许在地下继续开设停车场。如果我们承认它是一种权利,可以单独登记的话,那么土地所有权人就可以对资源进行一种非常有效力的利用和安排。所有的物权,特别是像土地承包经营权、海域使用权等等,物权法要承认它是一种物权,要形成成为一种长期稳定的财产权利,才能鼓励人们全力地投资,才能形成合理的利益的期待,才能真正使它成为一种稳定的财产,受到法律的保护。这就是为什么要物权化的一个重要好处。

最后一点就是我们《物权法》之所以承认、确定新的物权,之所以要实行物权法定、确定一些新的物权,很大程度上是要构建一个完整的物权体系,这是任何国家起草物权法的一个重要使命。我们国家的《物权法》所采纳的体系从大的方面讲包括两大块:一块是所有权,另一块是所有权以外的其他物权。其他物权包括的范围非常宽泛,在《物权法》中又可以分为两大块:用益物权、担保物权;这种分类的标准主要是从物的价值、属性上进行分类的。因为物权主要调整的是有体物,有体物都有使用价值和交换价值双重属性。在用益物权中像土地承包经营权、宅基地使用权、建设用地使用权这些权利,权利人设定的目的是追求物的使用价值;担保物权人设立担保物权的目的是为了获取使用价值,权利人追求的是一种交换价值。抵押权设定的目的是为了使得抵押权利人能够在债务人不履行债务的情况下,通过拍卖、变卖抵押物的价值中优先受偿,抵押物在拍卖、变卖时的

价值就是交换价值。因为我们的法律要求所有的担保物权最后在实现的时候应该经过拍卖、变卖程序，拍卖、变卖实现的价值就是交换价值，因此整个物权的体系的构建就是三大权利组成：所有权、用益物权、担保物权。

在用益物权中首先谈谈关于建设用地使用权与空间权的关系。《物权法（草案）》第一次规定了空间权的概念，承认了空间是一种权利，但是没有将空间权单独列出来，现在是将建设用地使用权放在土地使用权中。就是说建设用地的使用权人有权在规划、确定的范围内享有对地上、地下空间的权利，所以空间的权利归属于土地使用权人，权利有多大都是由规划确定的，所以空间权属于土地使用权的范畴，但是空间权又可以形成一种权利，这应该是借鉴了许多立法国家的经验，但是对这个问题存在非常激烈的争论，不少学者认为将空间权简单地包括到土地使用权中有很多问题不好解释，将来是否有可能妨害对空间资源的利用？土地使用权人已经利用地上的空间做了一些房地产开发，土地使用权已经分别记录到了各个业主的权利中去了。如果现在要再开发地下的空间，房地产商是否对此有土地使用权？如果没有的话将来会否与地上房产的业主发生冲突？其次我们现在的模式是将空间和土地连在一起的，但是在很多情况下可能需要空间和土地有一定程度的分离。比如说我买到一块地在上面盖了一个小旅馆，要在地下建一个停车场，需要利用别人的空间延伸出去一点，按照现在的情况，如果要利用别人的一点地下空间，必须要把地买下来，否则就不能利用这个空间。如果仅仅只是想利用这一点空间就买下一块地，这样的成本是非常高的，如果不买地而是单独买空间，在我们现有《物权法》中是不允许的，很多人提出这有可能妨碍将来对空间的利用。将建设用地使用权放在土地使用权中，有一个很大的现实问题没有解决，就是空间权是否都属于土地使用权？所有权人是否有空间权？所有权人和空间土地使用权人是什么关系？这确实是法律上的一个难题。我个人建议：（1）应该确认所有的空间应该在一定限度内属于土地所有权人的，超过了这个限度的空域，应属于国家所有。除了法律特别的限制，土地使用权人只是在转让的时候根据规划和合同确认使用的范围，但是在规划和合同确认之外的范围应该还是属于土地所有权人的。土地所有权人与土地使用权人在空间上究竟是什么关

系？这在《物权法》中确实是一个麻烦的问题，现在的写法是有一定道理的，但是很多问题还没有解决。（2）土地使用权到期之后处理的问题。像广州、深圳一些土地使用权的批租做得很早；当时批的时间很短，现在很多土地已经快到期了，到期之后地上的建筑物应该怎么处理？《物权法（全民征求意见稿）》第155条规定了三个原则：①土地到期之后必须要提出续期的申请；②国家基于公共利益的需要有权收回；③土地使用权人如果要续期的话要得到批准的，并补交出让金。当时规定了这三项基本的规则，但是在征求意见时，很多人对这一条提出了大量的建议。所以在最新的七审审议稿中规定的基本的原则是区分住宅和非住宅用地。对住宅用地不能采用提出续期申请的办法，必须实行自动延长。因为在一个小区中可能有成千上万的住户，土地使用权到期了，这些成千上万的住户怎么提出续期申请是无法操作的。如果业主不同意续期可能会发生争议，老百姓买房时认为他买到的是永远的使用权，很少人会想到自己买的房子是有期限的，如果要续期可能会有许多老百姓不高兴，会觉得我们法律对老百姓财产的保护是不完全的。事实上即便政府不允许续期，这也是很难操作的。从保护公民的财产所有权的基本原则出发，对到期的住宅用地采用自动延长。对非住宅用地，特别是工业、商业用地必须要提出延期的申请，这就意味着政府有权批准，也有权不批准，必须要由政府进行重新的审批。但现在仍然保留了政府出于公共利益的需要考虑有权收回，这个规定主要是针对非住宅用地，对住宅用地即便是出于公共利益的考虑要收回的时候也要特别慎重，所以草案没有规定。对于这一点在司法解释上也要作出解释的，因为公共利益的概念本身就是一个弹性条款，是一个主观性非常强的概念，所以对于公民的私有房屋来说，不能随意扩大解释公共利益的内涵，而以公共利益的理由收回；但是对非住宅用地就不一样了。如果续期，是否应该补交出让金的问题。一些人不赞成补交出让金，认为政府不缺这点钱。也有许多人认为如果续期的话，非住宅用地如果续期当然应该补交出让金，这个出让金需要由土地所有人与政府进行协商。对于住宅用地是否需要补交出让金的争议是比较大的。几次草案的规定一直都规定“即使是住宅用地在续期之后也要补交出让金”。曾经有一个出让金补交的办法写着由政府 and 业主具体协商，但是这里面也存在着很多问题。成千上万