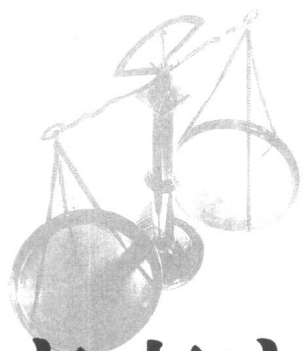




民商事审判 新问题探究

高洪宾 著

人民法院出版社



民商事审判 新问题探究

高洪宾 著

人 民 法 院 出 版 社

图书在版编目 (CIP) 数据

民商事审判新问题探究/高洪宾著. - 北京: 人民法院出版社, 2001.11

ISBN 7-80161-210-8

I. 民… II. 高… III. ①民事诉讼-审判-研究-中国②经济纠纷-民事诉讼-审判-研究-中国
IV. D925.182

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 074108 号

民商事审判新问题探究

高洪宾 著

责任编辑 高绍安

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京东交民巷 27 号 (100745)

电 话 65299063 (责任编辑) 65136848 (出版)

65299981 65136849 (发行)

E-mail Courtpress @ Sohu. com.

印 刷 北京新丰印刷厂

经 销 全国新华书店

开 本 850×1168 毫米 1/32

字 数 327 千字

印 张 13.625

版 次 2001 年 11 月第 1 版 2001 年 11 月第 1 次印刷

印 数 1-5000 册

书 号 ISBN 7-80161-210-8/D·210

定 价 26.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装、请与出版社联系调换)

序

经过几载辛勤耕耘，高洪宾同志又一专著付梓发行，可喜可贺。高洪宾同志在审判实践中潜心钻研，敏感地抓住了近年来民商事审判工作中的热点和难点问题，运用法学理论，精细透彻地研究论述。书中的文章，来之于实践，求之于理论，用之于实践，多为理论联系实际的佳作。

德沃金说：“法院是法律帝国的首都，法官是帝国的王侯。”法律的生命，在于遵守，尤其体现在公正司法之中，而公正司法的前提是法官要掌握甚至精通法律，这就是学者们一直呼吁的专家型法官所应具备的素质。面对诸多的法律条文，每名司法工作者只有深刻掌握法学基本理论，才能领悟法律的真谛，并能融会贯通地运用到纷繁复杂的司法实践中去，并不断地探索和研究新情况、新问题。可以说高洪宾同志在这方面作出了极有成就的努力。本书就是此种努力的成果。书中的文章紧扣司法工作中亟待解决的问题，针对性强，对当前法院民商事审判工作有很好的启迪和指导意义，具有较高的学术水平。

中国的司法改革已进入关键时期。司法改革，需要理论界的呼吁呐喊，更需要实践界的探索研究。理论研究的生命力在于从实际出发，书中对当前民事诉讼中的举证时效、庭前证据交换、审判监督与司法权威等问题作了研究，提出了独到的见解，对当前正在进行的司法改革颇具参考作用。



我与高洪宾同志结识多年，深知其在繁忙的审判工作和管理工作之余从事研究的艰辛，也对其锲而不舍的钻研学问的精神深感钦佩。这种求学和钻研学术的精神正是提高法官整体素质所必需的。从整体上提高司法人员的素质和司法裁判的水平，需要倡导这种精神！

是为序。


2001.8.2.

目 录

序·····	(1)
物权行为若干问题探讨·····	(1)
我国应建立取得时效制度·····	(17)
典权问题研究·····	(30)
抵押权问题研究·····	(45)
保证人民事责任的特征及免责条件·····	(60)
合同法的若干问题·····	(73)
违约责任与履约抗辩·····	(99)
法定抵押权的特征及实现	
——合同法第 286 条之我见·····	(117)
关于国营小型企业租赁经营的几个法律问题·····	(123)
农村承包合同纠纷若干问题研究·····	(140)
配偶权初探·····	(172)
婚姻法修改之比较·····	(183)
离婚案件的审理·····	(211)
试论财产继承法律关系的特征·····	(219)
浅谈继承客体·····	(233)
转继承问题探讨·····	(240)
浅谈胎儿的继承权·····	(247)
继承法若干问题研究·····	(253)



医疗纠纷的法律研究·····	(298)
论民事诉讼高度盖然性标准·····	(313)
民事诉讼中庭前证据交换之管见·····	(329)
论民事诉讼举证时效制度之确立·····	(340)
证人出庭作证问题探讨·····	(352)
检察机关在民事诉讼中的地位·····	(364)
民事检察监督应当弱化·····	(370)
审判监督与司法权威·····	(378)
浅谈执行的特征及应注意的问题·····	(397)
法院独立审判与法官独立审判·····	(411)
后记·····	(429)

物权行为若干问题探讨

物权行为理论的争论由来已久，在紧锣密鼓起草制定《中华人民共和国物权法》的今天，对物权行为理论若干问题进行研究、探讨更有其现实意义。为此，笔者谈点粗浅的看法，以求教于同仁。

一、问题的提出

案例一：

原告中国农业银行义乌市支行与第一被告义乌市珠宝首饰公司签订了一份借款合同。约定被告向原告借款 70 万元，月息 10.065‰，期限从 1996 年 6 月 11 日至 12 月 10 日。第二被告胡英洪以坐落在义乌市江滨路 22 号的房产作抵押担保，但未依法办理登记手续。之后，原告依约履行了贷款发放义务，借款到期后，被告分文未还。原告以二被告向法院提起诉讼。法院经审理认为：第一被告未按时归还贷款，应承担违约责任；第二被告虽以自己房产作抵押，但未依担保法第 41 条规定办理登记手续，认定抵押无效。据此，判决第一被告偿还本金 70 万元及利息；驳回原告对第二被告抵押房产优先受偿的诉讼请求。



案例二：

原告叶××与被告赵××于1992年1月11日签订了房屋买卖合同，载明：原告自愿把其187平方米二层9间楼房作价34000元卖给被告，买方预付10000元，待原告将房内维修完毕后，被告付清房款，原告把房产证交给被告，在办理房地产过户手续时，原告应大力协助。嗣后，原告维修完毕，被告经验收搬进居住，同时将余款付清，原告也将房地产证交给被告。后因被告的户口未迁，故未及时办理房产过户手续。直至1993年被告户口迁来后向原告提出办理房产过户手续，原告拒绝，并以未办理过户手续为由，向法院提起诉讼，要求被告退房。一审法院经审理认为，原、被告虽已房款两清，但未根据《城市私有房屋管理条例》之规定办理房地产权变更手续，认定买卖行为无效。判决被告退还房屋，原告退还房款。被告不服提起上诉。二审法院认为，双方之间的房屋买卖系平等、自愿，意思表示真实，房款两清，且没有违法行为，根据民法通则第4条和最高法院1984年8月30日《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》第56条“买卖双方自愿，并立有契约，买方已交付了房款，并实际使用和管理了房屋，又没有其他违法行为，只是买卖手续不完善的，应认为买卖关系有效，但应着其补办房屋买卖手续”的规定。判决双方买卖关系有效，原告在二个月内协助被告办理产权过户手续。

从上述二例的判决不难看出，以下问题是值得探讨的：

1. 根据我国担保法第41条之规定，抵押权的登记是生效条件，而非对抗条件，义乌市农行对胡英洪抵押担保的房产丧失了优先受偿权，并非因主合同的瑕疵，而是因为其未办理抵押物的登记手续。这是否意味着我国承认物权行为的理论。

2. 双方当事人办理登记手续，是合同成立的形式要件，还是履行合同的行為，抑或是一种新的合意？如果属合同成立的形

式要件，上述二例的合同均未成立，只能追究双方的缔约过失责任，判决就无从下手，这显然不符合立法本意，也不符合我国国情和交易习惯。如果是履行合同的行为，胡英洪不办理登记手续的违约行为，不仅未得到制裁，反而从中得利，也显然不合常理，有失法律的正义感。如果属一种新的合意行为，双方按照自己的过失，承担相应的法律后果，这比较合理。那么，这是否又意味着承认物权行为理论呢？

3. 从上述案例二所见双方虽然未办理房产过户手续（产权变更登记），但房、款均已实际交付，根据 1984 年的上述司法解释比较注重维护实际交付的效力，这样既有利于保护交易安全，也有利于住房稳定。那么这是否在一定意义上说“交付”优于“登记”。其次，这里的“交付”是一种履行合同的行为，还是一种新的物权合意的结果，笔者认为应是后者。因为双方在买卖契约中只是规定原告维修完毕，被告付清余款后交付房屋，未明确具体时间。而原告何时交付房屋，被告何时搬进房屋，必然有一个新的合意，即随交付而转移所有权。因此二审法院判决维护“交付”的法律后果，这是否也是对物权行为理论的承认。

二、物权行为的争议

（一）物权行为的特征

物权行为，是指以物权的设立、变更和消灭为目的，与登记交付相结合的法律行为。它最早是由德国学者萨维尼在其 1840 年出版的《现代罗马法体系》一书中提出来的，他的基本观点是：（1）交付是一个独立的契约，是一种物权合意，故即使“一个源于错误的交付也是完全有效的”；（2）交付是一种转移标的



物的法律行为，它独立于债权关系的原因行为；(3) 基于债的原因行为被撤销，交付的法律行为不能当然失效。^①

物权行为具有以下明显特征：

1. 目的性。物权行为是一种以设立、变更、消灭物权关系为目的行为，当事人主观上具有明确的目的性。

2. 独立性。物权行为一般情况下是基于债权行为（也有不基于债权关系的物权行为），但又独立于债权行为，它不是债权行为意思表示的重复，而是债权关系的延伸，是一种新的意思表示。

3. 无因性。物权行为不受债权行为效力的影响，当债权行为被宣告无效或被撤销，物权行为（动产的交付、不动产的登记）不当然失效。

4. 法律性。物权行为必须依法进行，并依法产生设立、变更、消灭物权的法律后果。

（二）物权行为的争议

物权行为理论自萨维尼创立以来，在世界各国就引起了较大争论。法国、日本民法采用了债权合意主义，否定了物权行为；瑞士、奥地利民法采用了债权形式主义，对物权行为采取了折衷态度；德国民法无疑肯定了物权行为的理论，但在其法学界对此仍争论不休。在我国主要有二种观点，民法界的主流即通说，是持否定态度。他们认为：所谓转移物权的合意实际上是学者虚构的产物，它本身不可能超出债权合同。交付行为并不是独立于债权合意而存在，实际交付标的物不是什么单独的行为，而是当事

^① 参见孙宪忠：《物权行为理论探源及其意义》，载《法学研究》1996年第3期。

人依据债权合同而履行义务的行为。就登记来说,其本身并非民事行为,而是行政行为。物权行为的无因性理论虽然有利于维护买受人和第三人的利益,但这种保护是以损害民法的公平和诚信原则为代价的。^①在现代民法普遍建立起善意取得及公示公信制度后,物权行为无因性之生存空间已丧失殆尽,其所谓交易保护机能已被这些制度所抽空。如从利益衡量角度考量无因性在交易上的机能,则可发现无因性乃与现代人类之正义的法感情、法意识及社会的一般道德观念相悖。^②由此可以说,物权行为的无因性已步入穷途末路之境,其灭亡的丧钟已经敲响!^③

肯定说认为:物权行为的存在既符合实际,又符合法理,在一个交易中既有债权行为又有物权行为时,不能因表象性的债权行为而否定较深层的物权行为。^④物权行为理论使得民法体系更加清晰,富有逻辑性,它加强了对交易安全的保护,为保护善意第三人的利益提供了最切实的理论基础。^⑤物权行为的确立必将同时有利于物权公示制度的完善,这是符合我国市场经济条件下物权经常变动但又需要担保物的权利无暇以求得交易安全的客观要求。^⑥因为仅靠债法的原理无法保护物权关系中的他物权设立

① 参见王利明:《物权行为若干问题探讨》,载《中国法学》1997年第3期。

② 参见陈华彬:《论基于法律行为的物权变动——物权行为及无因性研究》,载梁慧星主编《民商法论丛》第6卷。

③ 引自梁慧星主编:《中国物权法研究》,法律出版社1998年6月版,第163页。

④ 参见孙宪忠:《物权行为理论探源及其意义》,载《法学研究》1996年第3期。

⑤ 参见王萍:《物权行为的法理基础》,载《政法论坛》1998年第2期。

⑥ 参见蒋怀来:《对我国是否承认物权行为的重新认识》,载《法学》1997年第10期。



的需要（如抵押权、地上权的设立等）。^① 持肯定说观点的人在台湾虽属少数，但台湾的民法界学者大多数承认物权行为的理论。如：姚瑞立先生认为，物权行为，由物权的意思表示，与登记或交付相合，而成之要式行为；王泽鉴先生认为，依广义物权行为概念，物权行为必须包括登记或交付；谢在全先生认为，不动产之物权行为，乃物权变动之意思表示，与登记、书面相结合之要式行为；动产之物权行为，乃动产物权变动之意思表示，与交付相结合之法律行为。^② 所以，台湾民法也确认了物权行为理论。如台湾民法第 758 条规定“不动产物权依法律行为而取得、设定、丧失及变更者，非经登记不生效力”。第 761 条规定“动产物权之让与，非将动产交付不生效。但受让人已占有动产者，於让与合意时即生效力”。这些规定与德国民法典所确认的物权行为相比较，只是 758 条中“合意”两字未在条文中写明。但其寓意是明确的，因双方当事人依法去登记机关登记，意思表示是一致的，如同一方交付标的物，另一方接受标的物一样，这种不言而喻的合意应该是明显的，否则就不能达到预期的法律后果。

三、我国制定物权法应该承认物权行为

（一）承认物权行为的现实性和可行性

物权行为理论的核心是独立性和无因性，即物权的合意与交

① 参见孙宪忠：《物权行为理论探源及其意义》，载《法学研究》1996 年第 3 期。

② 参见王利明：《物权行为若干问题探讨》，载《中国法学》1997 年第 3 期。

付、登记行为的结合而独立于债权行为。债权行为被宣告无效或被撤销，交付的物权行为不当然失效。笔者认为，在现实的财产流转、商品交易过程中，物权行为是客观存在的法律现象，而不是学者的虚构。因为：

1. 从时间上看，债权行为总是在先，物权转移在后，在这时间差中当事人的意思表示可能相同，也可能相异，应该承认大多数物权转移是以债权合同为基础的，有些债权合意和物权合意可以竞合。但不能否认随着时间的推移，当事人的意思表示会发生变化，物权转移是债权行为的延伸，但不等于是同一意思的重复，如前述案例二的原被告在各自交付房屋、房款之后，因办理登记手续缺少合意而发生纠纷。怎么能说物权合意是一种虚构呢？有人也许会说原告拒绝办理登记手续是一种不履行债权合同的违约行为，而不是物权行为。按这一解释，这里又有一个新的问题，根据《城市私有房屋管理条例》第6条、第9条之规定，房屋买卖必须到房地产管理部门办理登记手续，否则买卖合同无效。既然合同尚未生效就不存在履行合同的义务，更谈不上追究违约责任。也有人认为登记是债权合同成立的形式要件，而不是物权合意，那么合同成立的形式要件不符，能否说合同已经成立呢，回答也应该是否定的，既然合同尚未成立，也就不存在履行合同的问题。

2. 从意思表示看，作为原因行为的债权合同是当事人一定行为或不为一定行为的意思表示之合意，物权行为是当事人设立、变更、消灭物权关系的意思表示之合意，一般情况下，先有债权行为，后有物权行为，在某些情况下，二者可以竞合，但并非等同也不能包容。在某些情况下，物权行为并非以债权行为为前提，如赠与行为，特别是家庭成员、亲密朋友之间的动产赠与，其物权转移的合意，并非以债权合同为前提，更不是债权行



为的履行。有人认为赠与行为也得先有一个赠与合同，包括口头合同，笔者认为这未必太牵强了。如过年的时候，长辈给晚辈的“压岁钱”也有一个口头合同的履行问题吗？这显然违背了当事人的真实意思，这种“交付”与其看成是一种债权行为，不如认定为物权行为。即使这位长辈患有精神病，也应确认“压岁钱”的交付行为有效。

3. 从客观效果看，把所有的民事流转、物权转移行为都严格区分其债权行为、物权行为，显有不妥，如不因当事人意思为原因而成立的物权变动，即依照法律的直接规定或事实行为而原始取得的物权，可不必区分债权行为和物权行为。但对因买卖引起的物权转移及一些不动产的他物权（如抵押权、地上权、土地用益权等）的设立变更、消灭，区分债权行为与物权行为极为必要，否则不动产的公示原则难以贯彻。因为我国立法至今仍采用的是公示登记生效主义，而不是公示登记对抗主义，即没有公示登记行为，物的合意不能成立，物权的设立、变更和消灭即为无效。公示原则是世界各国都承认的原则，只是效力有所不同。在我国，不动产的登记具有以下作用：一是契约作用，即所有权、抵押权等设立、变更、消灭的合意的结果；二是公示作用，将权利公布于众，避免和减少不必要的纠纷；三是对抗作用，即对第三人具有抗辩作用，保护交易安全；四是权利凭证作用，有利保护自己的合法权益，减少讼累；五是保护作用，有利于保护善意第三人的合法权益。

由上可见，物权行为是一种法律行为，而不仅仅是履行债权债务合同的事实行为。两者的本质区别在于事实行为是法律直接依据事实本身确认其效力，而无需考虑行为人的意思表示；而法律行为必须以意思表示为要素，是法律赋予行为人的意思表示以法律约束力。正如台湾学者史尚宽所说“物权行为谓以物权之设定、

转移、变更或消灭为目的之法律行为”，^① 而“事实行为仅与意思表示行为相区别存在”。^② 事实行为不依赖于行为人的意思而产生法律后果，法律行为所产生的是被法律所确认的意定后果。

（二）承认物权行为具有法律依据

物权行为理论对德国民法典的制定起到了极为重要的作用。如该民法典第 873 条 1 项、第 875 条、第 891 条、第 928 条对登记的效力作出了规定，明确不动产的权利取得、转让、放弃、废除都必须经过登记，否则不发生效力，载明“在土地登记簿中为了某人登记一项权利的，应推定此人享有该项权利。”“在土地登记簿中注销一项权利的，应推定该项权利不复存在”（第 891 条）。该民法典第 929 条又对动产所有权的取得和丧失作出规定“转让动产所有权需由所有权人将物交付于受让人，并就所有权的转移由双方成立合意。受让人已占有该物的，仅需转移所有权的合意即可”。根据上述德国民法典的规定，比较我国以往的民事立法和司法实践，不难看出我国也承认物权行为的理论，只是文字表述上有所不同。

1. 关于登记效力的规定：（1）早在土改确权时就采用了公示原则，在发放土地证前，农会对每户农民的土地、房屋都要进行张榜公布，核对无误后再填发土地证，土地证上所确认的土地面积、房屋间数和四至均为产权凭证。所以最高法院《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》中明确规定“有关土改遗留房屋确权纠纷，一般应以土改时确定的产权为准”。（2）1983 年

① 参见王利明：《物权行为若干问题探讨》，载《中国法学》1997 年第 3 期。

② 参见孙宪忠：《物权行为理论探源及其意义》，载《法学研究》1996 年第 3 期。



国务院颁布的《城市私有房屋管理条例》第6条、第9条都规定“房屋所有权转移或房屋现状变更时，须到房屋所在地房管机关办理所有权转移或房屋现状变更登记手续”。(3) 1986年修正后的《中华人民共和国土地管理法》第12条规定“依法改变土地权属和用途的，应当办理土地变更登记手续”。第13条规定“依法登记的土地所有权和使用权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯”。《中华人民共和国土地管理法实施条例》也作了类似的规定。(4) 1990年实施的《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第16条规定“土地使用者在支付全部土地使用出让金后，应当依照规定办理登记，领取土地使用证，取得土地使用权”。第25条规定“土地使用权和地上建筑物、其他附着物所有权转让，应当依照规定办理过户登记”。(5) 1994年通过的《中华人民共和国城市房地产管理法》第60条3款规定“房地产转让或者变更时，应当向县级以上地方人民政府房产管理部门申请房产变更登记”。第61条又规定“房地产抵押时，应当向县级以上地方人民政府规定的部门办理抵押登记”，“因处分抵押房地产而取得土地使用权和房屋所有权的，应当依照本章规定办理过户登记”。(6) 1995年实施的《中华人民共和国担保法》第41条规定“当事人依本法第42条规定的财产抵押的，应当办理抵押物登记，抵押合同自登记之日起生效”。(7) 1999年通过的《中华人民共和国合同法》第44条第2款也明确规定“法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定”。(8) 由梁慧星教授牵头搞的《中华人民共和国物权法草案建议稿》第6条也明确“依法律行为设立、移转、变更和废止不动产物权，不经登记者无效”。这里也是采用的登记生效主义，而非采用登记对抗主义。(9) 最高法院的一系列司法解释也非常注重保护不动产登记效力。如1990年2月17日(89)民