

2005年第4辑（总第24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】

王利明 / 物权立法过程中的若干疑难问题

【司法解释之窗】

辛正郁 / 《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

【焦点笔谈】

申卫星 谢鸿飞 张双根 朱 岩 / 法律行为的理论与实践

【判例评析】

张树义 / 原告资格及程序违法的后果

——对一例婚姻登记行政案件的思考

刘晓军 / 试析侵犯商标权纠纷中损害赔偿数额的计算

——兼评欧某诉无锡明星服装有限公司及张建国侵犯商标权案

许中缘 杨代雄 / 论物权变动中未经登记的受让人利益的保护

——兼论我国物权变动立法模式

人民法院出版社

2005年第4辑(总第24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 4 辑:总第 24 辑/王利明主编.
北京:人民法院出版社,2005.11
ISBN 7-80217-125-3

I. 判… II. 王… III. 审判-研究-中国
IV. D925

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 127691 号

判解研究

2005 年第 4 辑(总第 24 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

E-mail 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 240 千字

印 张 13

版 次 2005 年 11 月第 1 版 2005 年 11 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80217-125-3

定 价 25.00 元

《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 熊谔龙 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

加強判解研究
推進司法改革

肖揚

二〇〇〇年

七月一日

支持单位简介

北京市鑫兴律师事务所拥有律师与专业人员近 30 名，其中 85% 拥有法学硕士以上学历，博士后两名，法学博士多名。部分律师拥有海外著名法学院留学和律师事务所工作经历。长期以来，为国内、国外客户提供了大量诉讼与非诉法律服务，代理了许多在全国范围内形成影响的担保、租赁、金融、保险及股权纠纷等民商事案件。曾有多起案件被最高人民法院作为先例性案例公告。

本所主任乐沸涛律师同时担任中国金融学会金融租赁委员会法律部主任和中国外商投资租赁业委员会法律部副主任。

本所开办的网站“北京律师法律咨询网 (<http://www.bjlawyer.com.cn>)”是国内较有影响的专业法律咨询服务网站。

E-mail: xinglaw@yahoo.com.cn

<http://www.xinxinglaw.com>

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 24 辑。欢迎读者邮购。

◆ 欢迎订阅 ◆

2006 年《判解研究》、《合同法评论》

《判解研究》(全年 6 辑)

中国人民大学民商法律科学研究中心主办,著名民法学家王利明教授主编。丛书以促进法学理论研究的繁荣、提高法官的法学理论素养和审判实务工作水平、推进司法改革为宗旨,重点研究各级人民法院已经发生法律效力、具有典型性的案例以及最高人民法院的司法解释,从中发现、总结法学理论对案件的指导作用及方法运用,力求多视角、全方位地追踪和展示中国的判例、司法解释及有关判例研究的全貌。2006 年出版 6 辑。每辑定价 28 元。全年总定价 168 元,邮购另加 15% 邮费,共计 193.20 元(订阅 2006 年全年《判解研究》,将获赠 2005 年《司法文件选》合订本和 2006 年精美记事本各一册)。

《合同法评论》(全年 4 辑)

中国人民大学民商法律科学研究中心与最高人民法院民事审判第二庭主办,王利明、奚晓明主编。丛书旨在对合同法领域的重大理论问题展开深入研究,对司法实践中的重大疑难案件以及合同法相关的法律、法规、司法解释进行深入的分析、梳理和理论整合,丰富对合同法的理解。内设专论、法律及司法评析、案例评析、理论争鸣、国外合同法、论点述要、年度合同法研究综述等栏目。2006 年出版 4 辑,每辑定价 28 元,全年总定价 112 元。邮购另加 15% 邮费,共计 128.80 元。

邮购地址:北京市东交民巷 27 号

联系人:人民法院出版社发行部

咨询电话:(010) 85250548, 85250558, 85250621

目 录

专 论

物权立法过程中的若干疑难问题…… 王利明 (1)

司法解释之窗

《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 (17)

法学专论

企业作为法律关系主体与法律关系客体的
可能性

——兼评我国民法界对企业性质的

认识…… 唐晓晴 (49)

试论行政机关承担民事侵权责任的可能性

——以民法通则第 121 条的效力

分析为中心…… 林鸿潮 (71)

焦点笔谈

法律行为的理论与实践

…… 申卫星 谢鸿飞 张双根 朱 岩 (80)

判例评析

原告资格及程序违法的后果

——对一例婚姻登记行政案件的

思考 张树义 (146)

试析侵犯商标权纠纷中损害赔偿

数额的计算

——兼评欧某诉无锡明星服装有限

公司及张建国侵犯商标权案

..... 刘晓军 (157)

论物权变动中未经登记的受让人

利益的保护

——兼论我国物权变动立法

模式 许中缘 杨代雄 (168)

海外判例选介

德国法以缔约过失责任处理企业

买卖交易的案例类型研究 许德风 (182)

编辑后语 (202)

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。

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有人手上随意抢夺，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债务关系，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

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。