

王利明:《物权法》的实施与配套法律法规完善 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E7_8E_8B_E5_88_A9_E6_98_8E__c122_486152.htm 曹康泰主任：今年3月

，十届人大五次会议审议通过的《物权法》是一部非常重要的法律，为了认真学习研究好这部法律，全面准确地理解这部法律确定的一系列制度，同时搞好与这部法律的实施密切相关的有关配套制度建设，我们今天专门邀请十届全国人大代表、法律委员会委员、中国人民大学法学院院长王利明教授为我们做辅导报告。王利明教授是新中国第一位民法学博士，是我国著名的民法学家，他曾荣获第一届“中国十大杰出中青年法学家”等一系列荣誉称号，同时担任国务院学位委员会法学学科评议组成员、中国法学会常务理事、中国法学会民法学研究会会长等许多重要的社会职务。王教授在潜心进行法学研究与教学工作的同时，积极参与国家立法活动，参与起草和修改了《合同法》、《物权法》等一列重要的法律，是一位既有深厚的理论功底，又有丰富实践经验的专家，近几年，他先后向中央政治局、全国人大常委会，就市场经济与法制建设、企业破产法律制度以及关于《物权法》的制定实施的若干问题等作了重要讲座，受到中央领导的一致好评。今天，他为我们作专题讲座的题目是“《物权法》的实施和配套法律法规的完善”，这次专题讲座对于我们加深与理解掌握《物权法》的一些重要制度，做好这个法律制度实施的有关配套制度建设将产生重要的作用，让我们用热烈的掌声欢迎王教授为我们作辅导报告。（掌声）王利明教授：尊敬的曹主任，法制办的各位领导、同志们，我非常高

兴，也非常荣幸，今天能和大家一起讨论《物权法》的有关问题，向在座的各位汇报我个人对于此题目的一些想法，感谢曹主任和法制办同志们的邀请。《物权法》确实是一部关于国计民生的重要法律。一个人一生可以不成家、不结婚，但不可以没有财产，所以不管我们愿不愿意，我们都不得不跟《物权法》打交道。法制办作为最高行政立法机构，与《物权法》的关系可以说非常密切，下面我就针对本次讲座的题目汇报一下个人的几点想法。第一部分关于《国有资产管理法》的制定我认为应该尽快制定《国有资产管理法》，来落实《物权法》有关国有资产保护的规定。应该说，《物权法》确定了国有资产保护的基本框架和原则，并且在某些方面有所创新。《物权法》对国家所有权制度的规定有以下几个特点：第一，物权法确定了国家所有权行使的主体，这就是物权法第四十五条规定的由国务院代表国家行使国家所有权。在物权法起草过程中，有个别人提出，既然国家财产属于全民所有，那么就应当由全国人大代表全民来行使所有权。我们认为物权法规定由国务院代表国家行使所有权是非常必要。首先这是由我国现有的体制决定。我们现行的有关法律都是这样规定的。这个问题在《物权法》的起草过程中也是一个非常有争议的问题，有不少学者提出，国家所有权不宜由国务院代表国家行使，既然是全民财产，就应该由全国人大人大代表国家行使所有权，但后来《物权法》还是维持了现行的立法规定，也维持了现行的体制，所以在45条规定了有国务院代表国家行使所有权，除了保留现行的立法规定和体制外，也确实考虑到全国人大作为最高的权力机构，它本身不能从事一些财产的管理行为，只能由最高国家权力机

构的执行机构来行使管理职能，同时国务院的有关机构建立一系列完善的配套机构，若有全国人大来管理，则必须在其内部再建立一套管理机构和体制，这不可能也不必要，因此维持现在的情况是必要的。因为《物权法》45条规定了由国务院行使管理权，所以后面有关的规定，比如“对国家机关和国家举办的国有单位支配国有资产的权限都是由法律和国务院的有关规定来确定”，就是与45条的规定保持一致的。

第二，《物权法》全面规定和列举了国有财产的范围。这是在基本法律中第一次全面规定和列举国有财产的范围。这一列举有以下两个特色：1、第45条第1款采用了抽象概括的规定方式。物权法第四十五条采取概括列举的方式明确了国有财产的范围，第四十五条以下一直到第五十五条都是对国有财产范围的规定。第在45条的第一款采用了抽象概括的方式。有人提出抽象概括列举不穷尽的，是否都是国有资产，我认为不是。抽象概括是为将来制定特别法律，确定哪些是国有资产提供一个立法依据。物权法关于国有财产范围的规定，可以说为未来制定国有资产法确定了框架。从第45条以下直到第55条，都是对国有财产的具体列举，有一些实际上是在物权法上第一次宣告为国有，如将野生动植物资源宣告为国有。这是现行立法中没有的。这里面尤其指出，在列举国家所有的范围，有一些规定是在法律上进行宣告为国有，比如说物权法第四十九条规定，野生动植物资源属于国家所有。再比如说，第五十条规定无线电频谱资源属于国家所有。过去由一个行政法规规定无线电频谱资源为国家所有，但是在法律上规定为国家还是第一次。这两条在讨论中有一些争论。比如说原来草案规定野生动植物资源属于国有。有人就

提出，路边的野花野草也是野生植物，是不是都属于国有？如果都是国有，如果有人采摘，是不是就侵害了国家所有权？再比如，野生动物的范围非常宽泛，苍蝇蚊子都属于野生动物，是不是被蚊子叮一口，就可以要求国家赔偿？所以考虑到这些意见，物权法就在第四十九条加了一个限定词：“法律规定为国家所有的”，这就是将来要编一个野生动植物资源的名录，只有纳入到名录保护范围的一些重要的、稀缺或者是具有重大科研价值、经济价值的野生动植物才属于国家所有。一些具有重大科研价值的野生动植物，或者为了保护动植物的多样性，防止其被滥捕滥猎、乱砍乱伐，可以确定为国有。再比如，关于无线电频谱，现在很多个人都弄了对讲机通话，这是不是侵害了国家的权利？我们认为，如果政府允许企业生产此种产品或者允许商店出售此类产品，就可以认为国家允许个人在一定范围内使用无线电频谱。2、

《物权法》规定了国家专有和非专有的财产范围。第41条是一个非常重要的条款，确定了国家专属的财产不得由个人取得所有权。什么是专属于国家所有的财产？专属于国家所有就是说，国有的城市土地、海域、河流等，还有一些重要的国防资产，这些财产只能由国家享有所有权。这些财产不能转让，不能抵押，也不能适用善意取得。我个人理解，国家专属的财产主要是一些国有的自然资源，同时也包括一些重要的国防资源，如“两弹一星”等，是不可能由个人或其他主体享有所有权的。国家专属财产的特点，首先是使用权虽可移转，但所有权不可移转；第二是不能进行交易、抵押或者处分行为；第三是不能适用《物权法》的善意取得制度，任何人不能善意取得国家专属财产。此外，对于国家专有的

自然资源，无需登记即可确立所有权。《物权法》还在第53、54条确定了国家机关和国家举办的事业单位支配国有财产的权限。这两个条款非常重要。我学习有如下三点体会：1、这两个条款位于对国家财产列举的有关规定中，因此应当推定国家机关和国家举办的事业单位所支配的财产都属于国有财产。这里的难点在于，“国家举办的事业单位支配的财产”范围非常广泛，在财政体制上也存在全额拨款、差额拨款等区别，情况很复杂。这里的“国家举办”限定，主要是指国家投资。“国家举办的事业单位支配的财产”首先推定为国有财产，但若确实由其他主体投资，那么投资者要举证他确实作出了投资。也就是说需经过确权程序来确定确属其他主体的投资，属于其他主体所有的财产，如果没有经过这一确权程序，就不能认定为其他主体所有的财产。2、国家机关和国家举办的事业单位的权限是不同的，前者不享有收益权而后者享有。即国家机关不能用国有财产来从事经营活动、从中收益。但是现在有不少地方政府财政紧张，将其管理的财产出租并从中收益以解决财政危机的做法还是存在的，这种出租行为是否合法有效，将来需要法制办来解决。有人认为如果实施“收支两条线”管理，将其看作国家而非管理财产的机关本身行使收益权，因而出租合同应是有效的。我认为，这一观点有道理，这个问题需要国务院法制办来考虑。3、《物权法》第53条、54条明确规定，国家机关和事业单位的具体权限主要由法律和国务院的有关规定来界定。其中国务院的有关规定指以国务院的名义颁布的有关行政法规或者规范性文件。有人提出，财政部发布的文件能否直接界定，地方政府能否作出规定？这个问题在物权法制定过程中

进行过讨论。再如，事业单位究竟享有什么权限，其房屋是否可以出租，其财产是否可以处分，是一个很大的问题。《物权法》的授权只限于国务院这一级别，规定由国务院进行界定，因此需要在以国务院名义颁布的法规文件中作出规定。行政法规和地方性法规不能确定国家机关和国家举办事业单位所享有的权利。第三，《物权法》第55条确定了国家出资企业的管理体制，即国务院和地方政府分别享有出资人资格和履行出资人义务。这实际上为经营性资产的管理确定了一个体制，即中央政府和地方政府分别代表国家享有出资人权益，履行出资人职责。关键是地方政府，不能说地方政府在法律上享有所有权，否则会出现国家所有权和地方所有权，这对现行的国家所有权体制会产生冲击。《物权法》的表述没有承认地方政府享有所有权，但实际上能够发挥鼓励其出资、投资兴办企业的积极性，并且为地方政府加强对其投资企业的管理提供法律依据。“地方政府享有出资人权益”，就是其有权进行一定的管理。所以，虽然国家机关和事业机关的权限由国务院规定，但是按照第55条的规定，地方政府对其出资的企业应有权进行必要的管理。第四，《物权法》针对国有资产在经营中的流失问题作了特别规定。对《物权法》第57条第2款存在一些争议。该款规定，凡是违反了国有资产管理的有关规定，从事了低价转让、合谋私分、擅自担保等行为，造成国有财产的损失，应当承担法律责任。对此有不同的看法。我个人认为可从来两个方面考虑。首先，该条规定为追究相关责任人对国有财产流失的法律责任提供了法律依据，此责任不限于刑事责任，还包括行政和民事责任。目前，国有财产的流失主要是经营中的流失，情况复杂

、查处困难，司法机关介入调查后，未发现相关人员的刑事违法行为，就很难处理。而第57条第2款为此问题的解决提供了法律依据??即便不涉嫌刑事犯罪，也不能免除其他法律责任。但是，究竟该如何承担责任，还需通过相关法律规范加以明确。第二，根据第57条确定的原则，对国有财产流失后的追讨，应该通过司法程序主张合同无效或撤销，通过恢复原状的方法来进行。也就是说，一旦出现低价转让、合谋私分、擅自担保等行为，有关管理机关就有权主张合同无效，追讨国有财产。现在最高人民法院正在考虑作出相关的司法解释，如低价转让到何种程度可以主张无效。对此实际上还有不同的看法，有人认为应将其纳入合同法无效制度的有关规定中，也有人认为这是《物权法》的特别规定，不能完全纳入合同法框架中考虑，需要配套的法律、法规、司法解释来明确。还有我想补充的一点是，《物权法》关于建设用地使用权出让的规定，也有助于保护国有财产，防止国有财产流失。第137条规定，对建设用地使用权必须严格限制，凡是经营性用地以及同一土地有两个以上意向用地人的，都要以招标、拍卖等公开竞价的方式出让建设用地使用权。这是保护国有财产、防止国有财产流失的重要规定。《物权法》大体上已经对国有财产的保护奠定了一个基本框架，在此基础上，我认为还应制定《国有资产管理法》。在《物权法》的制定过程中，有人曾提出应先制定《国有资产管理法》，再制定《物权法》。我认为这个思路不妥当。国有财产所有权只是物权的一种类型，首先应由《物权法》确定物权管理的共同基本原则和规则，在此基础上才可制定《物权法》的特别法。先制定特别法在程序上是不合适的。在《物权法》已

经出台的情况下，制定特别法就显得很有必要了。《物权法》对一些问题确实没有提供周全完善的解决办法，例如《物权法》第55条规定的出资人包括哪一些机构，他们究竟享有多大的权限，国家机关和国有事业单的权限如何确定，对国有出资企业的管理，对经营性资产和非经营性资产究竟如何对待等等。对这些问题还需要进一步深入研究，细化规定，因此需要制定《国有资产管理法》。

第二部分 关于《征收征用法》的制定要贯彻《物权法》的征收征用制度，制定《征收征用法》，修改《拆迁条例》。征收征用可以说是对公民权利的重大限制，各国的法律为强化对公民权利的保护，都在基本法甚至在宪法中规定这项制度。这是因为征收征用，特别是征收会改变所有权，将个人所有改变为国家所有。为防止行政权对公民财产权的不正当干预和侵害，必须严格征收征用的规定和程序，严格补偿的规则，才能保护公民的个人财产权。

第一，《物权法》关于征收征用制度规定的特点我国《宪法》修改后严格了征收征用的条款，根据《宪法》的规定，《物权法》进一步完善了征收征用制度，主要有以下特点：

- 1、《物权法》第42、44条分别规定了征收征用的概念和性质，可以说是法律上第一次对征收征用概念作了清楚的表达和区分。按照这两个条款的规定，征收要改变所有权，而征用不移转所有权，只是在紧急状况下为了公共利益临时使用单位和个人的财产。比如，“非典”时征用单位的房屋作为隔离区，是临时使用，并不移转所有权。征用必须是在紧急状态下才能够适用。《物权法》对二者做了明确的区分。
- 2、《物权法》明确了征收的三个条件：为了公共利益的需要；要有合法的程序；必须依法作出补偿。我个人理解

，征收的这三个条件缺一不可。理解它们，对于理解《物权法》的征收制度以及修改《城市房屋拆迁管理条例》都有重要重要意义。比如第28条规定，人民政府的征收决定一旦做出，即使未经登记程序，也能发生物权变动的效力。有人提出批评，《物权法》强调对公民权利的保护，征收决定做出，对公民的补偿还未谈判决定，公民的财产所有权便移转给了政府，那么公民的财产所有权如何保护？我认为这里的关键在于对“生效”的理解，也就是在什么情况下征收决定才能生效？应将第28条和第42条结合起来理解，也就是说，必须符合了《物权法》第42条规定的三个要件，征收决定才能生效。如果政府发布了征收令，在对公民的补偿还未谈判解决的情况下，公民的财产所有权就移转，确实会损害公民的财产权。所以，我理解生效必须符合征收的三个条件，下面就这三个条件谈一点看法：一是必须为了公共利益的需要。关于公共利益的法律界定是一个值得探讨的问题。我认为，为进一步贯彻《物权法》的规定，建议制定征收征用法，修改《拆迁条例》。在相关的配套法律法规中，需要对公共利益作适当的界定。究竟是否为公共利益下一个定义，这在《物权法》起草过程中争议极大。后经过讨论，《物权法》回避了这一问题，没有对公共利益下定义，也未作具体的列举。我个人认为不做具体定义是正确的。主要有这样几个理由：

- 1、公共利益在《物权法》上是一个弹性条款。我们了解到的国外立法例没有对公共利益下一个明确的定义，而通常是授权法官根据个案和不同时期国家、社会发展的需要，平衡各方当事人的利益作出解释和裁判，法律不宜作“一刀切”的规定。
- 2、公共利益本身就是一个发展的、变动的概念

，它适应不同时期国家、社会发展的需要而不断发展变化，我们今天理解的公共利益和数十年前的公共利益已经有了很大的差别。几十年前，商业开发基本上是被排除在公共利益的范畴之外的；但是现在，很多国家都承认商业开发在一定程度上也体现公共利益。最典型的就是美国辉瑞公司的案子，辉瑞公司要征地、拆房建制药厂，当地有居民认为房屋年代久远，反映了当地的历史和特点，拆除不符合公共利益。但地方政府认为征地、拆房建制药厂是符合公共利益的，可以为当地带来税收，增加就业等。后来，联邦最高法院确认其符合公共利益，其理由是“有利于增加就业机会、增加财政收入”、“公共利益是不特定多数人的利益，只要符合了本地不特定多数人的利益，就是符合公共利益的”。法国、德国也有类似的案例。从这些案例中，我们不难发现公共利益是不断发展的。

3、公共利益的概念本身带有一定程度的不确定性和主观性，因为人们从不同的角度看待同一事物，会有不同的结论。比如刚刚讲到的美国辉瑞公司一案，居民认为房屋本身体现着公共利益，政府则认为拆掉它才体现公共利益。有人建议《物权法》规定，凡涉及商业开发的一概不属于公共利益。我认为，这样的“一刀切”规定甚至会给实践发展造成妨碍。当然，也不能认为凡是能带来税收的商业开发都属于公共利益，这样就太宽泛了，公共利益概念的意义也不大了。但我们不能否认，特殊情况下的商业开发与公共利益有交织。比如说，重庆“钉子户”一案，一大片危房如果不拆除会危及公共安全，不拆除也会降低地产价值、影响城市形象，所以这样的商业开发应当属于公共利益。也有人认为，应当对公共利益进行正面列举，涉及教育、科技

、文化、卫生等的商业开发属于公共利益。但我认为，这样的列举不能绝对，因为私人投资大量进入这些行业，当然不完全是为了追求公共利益。所以商业利益和公共利益不好截然地分开。考虑到这些因素，《物权法》没有对此作具体的界定。应当说，这样的规定是有局限性的，为此我建议特别法对此作出一些指导性的列举。这是必要的。比如说，在《土地管理法》、将来的《征收征用法》或者修订中的《拆迁条例》，对此作一个引导性的规定是有必要的。我个人认为，对公共利益问题如果发生了争议，应该给老百姓一个司法救济的渠道。重庆“钉子户”案反映出一些问题。根据现行《拆迁条例》，公民只能通过行政复议程序寻求救济，无法寻求司法救济。这就提出了一个很现实的问题，如果被征收人对政府行使征收权是否符合公共利益提出了异议，认为政府行使征收权不符合公共利益，该如何进行处理？征收行为本身是由政府表态认定为公共利益而作出的，但是在有关征收行为合法性的争议中，政府并不能全权决定是否符合公共利益的问题，因为这种情况下，政府是争议的一方当事人，此时由政府决定是否符合公共利益，不符合正当程序原则。如果是关于“征收款截留”等纠纷，可以在民事关系纠纷的框架内起诉开发商，在程序上没有任何问题。但是公民现在对征收权本身提出了异议，因此通过诉讼由司法程序来解决才是正当的途径。二是要遵守法律规定的权限和程序。首先，必需要明确《物权法》第42条的规定是一种政府的行为。这与《拆迁条例》的有关规定也有很大差异，因为在《拆迁条例》中，拆迁主要以开发商为主体，政府作出征收决定后就退出，而只剩下开发商和被征收人进行谈判，有关具体征

地、拆迁补偿等活动都有开发商来完成。这样的规定与《物权法》不一致，还需协调。其次，《物权法》第42条规定“依据法律规定的权限和程序”，该规定表明“权限和程序”仅限于法律的规定。有人认为这样的规定使面太窄。我认为这样规定是合理的，“征收”将直接导致人们财产所有权的移转，尤其是对广大老百姓来说，房屋是其居住和生活的根本物质基础，房屋被征收将对其生活造成很大影响，因此，“征收的权限和程序”只能由法律规定有利于保护广大老百姓的利益。第三，这里讲的程序既包括作出征收决定的程序，也包括征收决定作出后，实际拆迁和补偿的程序。这些程序性的规定目前分厂缺乏，确实需要制订征收征用法进行配套。另外，在违反权限和程序作出征收决定的情况下，也应该赋予老百姓司法救济的途径。三是要依法作出补偿。《物权法》区分了农村的土地征收和城市房屋的拆迁，分别规定了补偿的标准和原则。城市房屋的拆迁不存在土地所有权转移，而农村的土地征收却会存在该问题，有所区别。《物权法》在补偿标准上作出了明确的区分，农村土地征收首先要足额支付，农村土地征收中确实存在大量截留征收补偿款的现象。第二，农村土地征收补偿费有的支付给个人，有的给集体。第三，《物权法》强调集体土地征收中对被征收农民的社会保障费用如何安排，标准如何确定等问题；而对城市的拆迁则强调依法作出补偿，对于征收个人住宅的，还需保障被征收人的居住问题，例如拆迁和回迁时的居住问题，需要相关的法律法规来规定。城市房屋征收现常常采用货币补偿的方式，但如何支付，标准如何确定，也还需要相关配套法律制度来细化规定。还要看到，《物权法》确定农村的土

地承包经营权是一种独立于农村土地所有权的物权。土地征收也将使用益物权消灭，因此对用益物权本身也应有所规定。《物权法》的多个条款对此作了规定，例如用益物权编中的第121、132条等都对承包经营权单独作了规定。因此，对土地所有权的补偿和承包经营权如何区分，还需要配套法律法规来解决。另外，补偿的标准是否有可诉性，没有诉讼救济的渠道？没有的话，就不能实现对老百姓权利的充分保护。这个问题值得做进一步考虑。假如给一个司法救济渠道，又要防止法官随意解释公共利益。所以，我建议在法律上对公共利益作一个指导性的规定，这对于法官断案会有很大的帮助。但是这个规定不能写得太死，应当是一个弹性条款，否则将不符合公共利益本身的属性。我认为有必要制定一个征收征用法，对征收征用的程序应当怎样设计，例如是否需要进行听证等，作出统一的规定。

第三部分 关于《物业管理条例》的修改和完善

在今天看来，《物业管理条例》很多内容是比较科学的，在实践中发挥着很大的作用。但是，该条例与《物权法》的规定在一些方面不是很协调。严格的说，应该是先有《物权法》，后有《物业管理条例》，也就是说，必须先由《物权法》把业主的基本物权确立下来，在这个基础上才能制定《物业管理条例》的基本规则。物权没有确立，就很难确立适当的物业管理规则。《物业管理条例》回避了物权的确认等问题，这是因为它很难对此进行规定。《物业管理条例》与《物权法》在理念上存在一定的差别，《物业管理条例》强调的是管理，《物权法》强调的是对物权的保护和对业主自治的尊重，这在《物业管理条例》上有一定的体现，但是体现得不是很充分。在一些具体制度设计上

，《物业管理条例》和物权法的规定也不一样。例如，该条例没有从业主所享有的物权角度出发来规定物业管理问题，尤其是对小区的共有财产没有界定。有关业主大会和业主委员会的议事规则等规定得也并不十分完善，比如《物业管理条例》规定，业主大会的表决程序是按人数来计算，而《物权法》规定既要考虑人数，又要考虑面积，显然《物权法》的规定更合理。再如，《物业管理条例》对业主所享有的聘请物业服务企业等权利，也缺乏十分明确的规定。这就有必要对《物业管理条例》进行修改。下面，我想谈一下《物权法》中的建筑物区分所有权制度及其特点。《物权法》专门用第六章规定了建筑物区分所有权。有很多人对区分所有权提出疑问。在独门独院的情况下，产权归属于一个人，不存在共有的问题，处理起来非常简单。但是，现在的商品房大部分都不是独门独院，需要把建筑物进行纵向和横向上的区分，在区分的基础上形成一套一套房屋。我们在区分的基础上购买一套房屋，就是购买专有部分的所有权。基于对专有部分的所有权，我们享有对建筑物共有财产如绿地、道路的共有权，同时还享有作为业主参与管理的权利。之所以叫做区分所有权，就是指在区分的基础上，由专有部分的所有权、共有权和管理权三者结合在一起所形成的权利。《物权法》上的建筑物区分所有制度主要内容有两个方面：一是强化对业主权利的保护，二是尊重业主自治。首先是对业主权利的保护。对业主权利保护体现在如下几个方面：第一，《物权法》确立建筑区划内的道路绿地等属于业主共有，这个问题在讨论的过程中没有争论，但是在《物权法》颁布后，对第73条提到的“道路属于业主共有，但城镇公共道路除外”

、“绿地属于业主共有，但是明示属于个人的除外”中的“明示属于个人”在理解上产生了分歧和争论。比如，开发商在卖房的时候把一小块绿地卖给了个人，是不是就属于个人所有了？明示属于个人的主要是规划属于个人的，而不是开发商卖给个人的。现在有些开发商赶紧卖绿地的行为，完全是对《物权法》的错误理解。第73条还提到“建筑区划内的其他公共场所、公用设施属于业主共有”，也引发了很多争论，这个问题需要法制办作进一步研究，在相关法律法规中加以规定。现实中住宅小区内的公共场所、公共设施有很多，但是不是都属于业主共有？我认为，公共场所首先是能为业主共同使用，只能为某一个或某一部分业主使用的，不能认定为公共场所。如屋顶的平台，有的是大家都可以上去的，就可以认定为公共场所；有的只是一家可以上去的，就不能认定为公共场所。电梯应当是公共场所，有人会提出，一楼的人不用电梯，所以电梯就不是公共设施。这个问题不能这么理解，电梯是公用设施。第二，公用设施必须是专门服务于业主、作为业主专有部分的配套设施来使用的。不是专门服务于业主，而是向社会开放的设施，不能说都是业主共有。比如会所，因为要经营，要对外开放，但是经营就有可能存在亏损的风险，如果亏损后由业主来承担，会引发很多矛盾，并且不切合实际，所以不应当认定为业主共有。第三，铺设到小区内的管道、管线、设施，如果归业主共有，也不能免除有关公司的维护维修责任。现在这个问题比较突出，如铺设到小区内的管道管线是归业主共有，将来管道管线发生爆裂造成人身财产损失，应当由业主承担。这种观点存在着很大问题，就是按照服务合同，相关公司也有义务来进

行维护。争取权利的时候，应当考虑这项权利对业主究竟有什么好处？我们有时候只是想争取权利，而没有想到承担相应的义务。比如，管道爆裂引发的责任，业主就很难承担。法制办在起草相关法律法规时，应该就这一点作进一步规定，明确相关公司应当承担对小区内管线、管道的维修维护义务。第四，关于车位车库的争议也很大，《物权法》对此确立了两个原则。第一个原则是，车位车库必须根据约定来确定归属。《物权法》没有直接规定归业主公有，而是由双方根据约定来确定归属，约定主要是在购房合同里明确。这种做法是比较好的，一来在商品房买卖实践中，车位车库都是通过约定来确定归属的；二来这样规定有利于鼓励开发商修建车位车库。修建车位车库需要一定的投资，如果由业主共有的话，就会打击开发商修建车位车库的积极性，不能解决当前“停车难”的问题??车位车库修的少了，最终损害的还是业主的利益。这样规定有利于社会财富的创造，因为车位车库是在地下修建的，并不是在地上，对社会财富的创造是有利的，没有损害业主利益。有人认为开发商都是强势的，如果允许通过合同约定，他们就肯定要保留所有权，不利于保护消费者的利益。但是，车位车库的价值与房屋销售市场相联系，房屋好卖了，车位车库的价值就比较大，房屋是否好卖存在着一定的风险，因此不能说这当然会损害业主利益。《物权法》确立的有关车库车位归属的第二个原则是，车位车库必须首先满足业主的需要。根据第一个原则，开发商可以与买房人通过约定确定车位车库的归属。但是现在最大的问题是车位车库建成后，开发商将其高价卖给业主以外的人，导致业主最后买不到车位车库，同时业主以外的人频繁

进出小区，也带来管理上的问题。为了解决这个问题，《物权法》规定了小区车位车库首先满足业主需要的原则。车位车库建成后，开发商首先应当问业主是否需要，在业主没有满足需要前，开发商与业主以外的人订立的买卖合同应当是无效的。这个原则应当比优先购买权还要严格。优先购买权是在同等条件下有权优先购买，如果业主以外的人出价更高，就可以卖给业主以外的人。但是按照这个原则，业主以外的人在出高价的情况下也不能出售。这里也提出了一个问题，对车位车库价格应当有适当的管理。政府现在对房价和车位的价格管理不够，把车位车库的价格完全放手给开发商，不符合实践的需要。《物权法》充分尊重业主自治。《物权法》是私法，业主自治体现私法自治。业主自治就是要由业主通过业主大会制定管理规约，作出有关决定，管理他们的共同财产和共同事务。第一，构建和谐社区需要充分尊重业主自治。很多人还没意识到这个问题的重要性。有人提出说，把业主召集起来开业主大会很难实现，甚至连开会的场地都没有，《物权法》的规定脱离现实。但是我认为，如果没有业主大会，《物权法》上规定的很多业主权利也就没有意义了。现在，我国有将近五亿人住在社区，相互之间会产生各种冲突和纠纷。是不是产生了这些问题后，大家都要去法院解决？实践中已经提出了很多问题，比如唱歌打牌影响其他人休息等，这些问题都要法院来解决是不现实的，这样就需要业主自治。如何构建和谐社会？和谐社会在小区的体现就是构建和谐社区，而构建和谐社区必须要充分发挥社区自治的功能，就要真正实现业主自治。不能遇事都找政府、找法院。业主通过业主大会来制定相关的规则章程，解决业主

间的矛盾，约束业主的行为。如果没有业主自治的话，像小区内对业主的收费等问题都要通过司法调节的话，就根本无法管理好自己的社区，更谈不上构建和谐小区。第二，如果没有业主自治，我们就无法落实《物权法》规定的业主权利。比如自行管理权，对物业服务企业的聘任权、解聘权、监督权等等，都是非常重要的业主权利，如果没有业主大会，这些权利根本就无法落实。有人提出，即使有业主认为物业服务公司的服务不好，但是单个业主却无权解聘它。关于这个问题，应当明确，有些权利是法律赋予全体业主的，单个业主自然没有权利解聘物业服务公司。在房屋刚开始销售的时候业主比较少，由开发商聘请物业公司是合理的。但是随着业主的增多，业主就有权召开业主大会，根据具体情况选择物业服务公司，而不受开发商的限制。业主享有自行管理权，行使这个权利也必须要召开业主大会，全体业主通过业主大会行使权利，单个业主无法行使自行管理权。为什么实践中业主和物业公司矛盾很大？一个很重要的原因就是，物业公司是开发商聘请的，不是由业主大会选择的，物业公司实质上很容易受到开发商的影响，即使收费很高或者服务质量差，业主也没有办法。如果是通过业主大会聘请物业公司的，那么收费问题就必须按照管理规约进行处理。第三，如果没有业主自治，就无法管理业主的共有财产。举例来说，一个电梯用了很长时间，不能继续使用了，需要更换；但是物业公司说没有权利更换，因为这是业主的共有财产，物业公司无法决定换还是不换；最后电梯出故障，官司打到了法院，在审判过程中提出问题，这究竟是谁的过错？这就是因为业主自治没有搞起来。本来是否更换电梯完全可以并且应

该通过召开业主大会议定，但问题是无人管理，而且业主也没有地方开会。《物权法》特别强调业主自治的重要性，第78条就是为了要尊重业主自治，规定业主大会和业主委员的决定对业主产生约束力，业主都要遵守。如果有关决定侵害业主利益，业主可以请求人民法院予以撤销。但是，管理规约不能依照第78条的规定请求撤销。管理规约是业主的共同生活章程。对弃置垃圾、排放污染物或者噪音等问题，都要通过管理规约来解决，包括第77条涉及的“住宅商用”问题。现在《物权法》规定必须通过管理规约加以确定，管理规约规定不允许，就不能撤销。管理规约是全体业主的共同行为准则，需要由全体业主通过共同意思表示加以执行，因此业主大会机制不健全的话，管理规约实际上就无法执行。个人建议，国务院法制办应当致力于推进业主自治。首先必须要把业主大会开起来，场地费用是另一个问题。第75条写明，地方人民政府对于设立和选举业主大会给与支持 and 引导，这是政府的义务。没有政府推动，业主自治就根本无法做起来。如果设立和召开了业主大会，很多关系就会理顺，大部分问题就会迎刃而解，否则就无法实现整个小区的有效管理。按照《物权法》的规定，小区可以不设业主委员会，也可以不请物业公司，但必须设立业主大会。个人还建议，政府应当提供管理规约的示范文本，这非常重要，否则《物权法》这一章的规定就很难落实，因为如果完全放给业主自己写，一是怎么写不清楚，二是实际控制权还是会落到开发商手里。

第四部分 关于不动产登记条例的制定 物权法是实体性规范，主要调整实体权利义务关系。但是物权法中也不能排除程序性的规定，例如关于登记的规定。这些规范虽然属于

程序性规定，但属于物权的确认和保护必不可少的规定，缺乏则实体权利的保护是不周全的，《物权法》关于不动产登记的规定主要有以下几个重要特征：1、规定不动产物权变动原则上采用登记要件模式。第9条规定，不动产物权的设立、变更、转让和消灭须依法办理登记才能发生效力，比如房屋登记。不动产物权变动例外采用登记对抗模式，就是非经登记不能对抗善意第三人，主要适用于船舶、车辆、土地承包经营权等。以登记要件模式为例，比如开发商把房子卖给两个人，第一个支付价款没有办理过户登记，第二个没有支付价款但办理了登记，第二个人依法取得房屋所有权。2、明确了登记制度完善的目标是建立统一登记制度。长期以来，我们对登记性质有一种错误认识，认为不动产登记就是一种政府管理活动。这种理解不能说没道理。但是登记作为物权的公示方法，其意义主要体现为将物权的设立和变动对外公开，起到确权和保护交易安全的作用。过去比较强调管理，从而造成登记严重分散。这确实存在弊端，既不便民，也造成了实践中的一些欺诈案件。国际上现在流行将企业整体财产作为担保物，比单个财产担保更能够保障债权人的利益，同时发挥担保财产的价值。实际上，企业的无形财产，如品牌、名称，是无法拆散计算到担保财产里的，只有将企业整体财产供作担保，担保价值才能提高。同时，将提供担保的企业财产整体进行拍卖，也比拆散拍卖的价值高，因为买受企业可以整体利用，整体治理。但是我国分散、落后的现行登记体制、制度与整体担保交易方式还不相配套。统一登记制度非常有利，符合不动产制度的发展趋势，《物权法》的这一制度选择是正确的。3、规定了登记机构的审查义务

和责任。第12条规定了登记机构的审查义务，同时第21条规定了登记机构的责任。现在对第21条还存在争议，需要相关的配套法规或者解释。我个人认为，第21条确定了两种责任，一是如果登记申请人弄虚作假，提供虚假材料申请登记给他人造成了损害，首先应由登记申请人对他人的损害进行赔偿；二是登记申请人的责任并不能免除登记机关的责任，如果登记机构没有尽到适当的审查义务，也要对第三人的损害承担责任。第1款属于过错责任，第2款属于严格责任。除了第1款规定的情况外，登记机关都应该负责，包括应该登记不给登记、内外勾结造成登记错误、办理异议登记后又办理过户登记等，都属于登记错误，应当适用严格责任。现在争议比较大的是，登记机关的赔偿责任究竟是国家赔偿责任，还是民事赔偿责任？登记机关认为是国家赔偿责任，因为登记机关没有多收钱，《物权法》第22条规定了不动产登记的收费原则，这使得民事赔偿根本无法实现。然而对当事人来说，国家赔偿确实无法充分补偿损失。对此法院在实务中很难处理，需要进一步作解释。

4、明确规定了登记的效力。登记是不动产物权归属和内容的根据，确权时要以登记为准，如果产权证和登记簿记载不一致，要以登记为准。《物权法》第15条严格区分物权效力和债权效力。比如办理抵押合同登记，过去有个误解，对意思表示的物权效力和债权效力不加区分，即没有登记的话，抵押和合同都无效，所谓“登记要件”，意思就是登记不仅决定物权的效力，也决定合同的效力，这个严格讲是不正确的。《担保法》受这一观点影响，《物权法》改过来了。根据第15条的规定，即使没有办理登记，抵押合同仍然有效，只是抵押权不能设立。如果不涉

及第三人，即使没有办理抵押权登记，抵押权人仍然可以根据抵押合同要求抵押人承担抵押责任，根据抵押合同要求其承担违约责任，或者要求其补办登记。但是因为没有办理登记，不能发生设立抵押权的物权效力，其他债权人要求执行时，银行不能据此要求优先受偿，但是其抵押合同仍然有效。《物权法》把这两个问题分开来讲是很科学的。再比如一屋数卖后，登记权利人享有物权，没有办登记的其他买受人不享有物权，合同仍然有效，可以据此要求开发商承担违约责任，而如果合同无效，未办理登记的买受人就根本无法要求开发商承担违约责任，这不利于权利人的保护。

5、规定了预告登记这样一种重要的登记制度。《物权法》第20条规定了预告登记，这对业主或者期房买受人的保护非常重要。举例来说，买方交钱买期房，等房子盖起来后，开发商到登记机关办理了初始登记，将大产权抵押给了银行，最后由于开发商无法偿还贷款，银行要求强制执行。这时候很多业主已经入住了，但是银行主张其抵押权办理了登记，必须保护其登记权利；法院于是要求强制执行，赶走业主；业主主张，其已经交了房钱并住了两年；但是法院认为业主没有办理登记；业主又主张，没有办理登记是开发商的事，其本身没有过错。我认为，这样处理是有问题的，问题的根源是开发商钻了法律的空子，因为我国一直没有预告登记制度。按照现在的《城市房地产管理法》，商品房预售仅仅是备案，不是登记，也就是向主管部门报送有关房屋销售的材料，以备检查，而不需要像登记那样公开批露，供权利人和利害关系人查阅，实际上有些查起来是很困难的。这样就产生了问题，如果没有预告登记，开发商等到房屋盖好后再把房子抵押或

者卖一次，第三人确实也无法查询到这些信息。有的开发商携款潜逃，问题就很难处理。现在按照《物权法》第20条的规定，必须办理预告登记。办理预告登记后，任何人，包括银行要设立抵押权，就要去查阅是否有预告登记，如果没有查询，将来产生的任何风险都要自己承担。第20条的规定强调保障办理预告登记的权利人将来取得物权。不经预告登记权利人的同意处分不动产，不发生物权的效力，处分包括抵押、转让等。这样一来，所有的风险都要银行来承担风险。这对保护买受人来说很重要，但确实也需要相应的配套制度，需要修改有关条例、制度。

6、规定了保护交易安全的善意取得制度。这是第一次在法律上明文规定此制度。法律上为什么要对物权的变动进行公示、登记，为什么要把物权变动的事实对外公开呢？很大程度上就是为了维护登记的效力，以保障交易安全。交易安全保护的一个重要方面就是通过善意取得制度来实现的。举例来说，这是两年前发生在海南的一个案例，一家内地公司在海南买了一套200多万的房子，并派办公室主任管理房子，该办公室主任通过关系把房产登记到自己名下（可能属恶意串通），后来就把房子卖给了第三人。买受人开始很怀疑，但经查房子确实是登记在卖方名下的，于是付了200万的房款。双方正在办过户的时候，被该公司发现起诉到法院，要求宣告合同无效并追回房屋。当时没有善意取得制度，法院不知如何处理。此案中的房屋究竟应判给买受人，还是公司呢？能不能适用善意取得？按照现在《物权法》的规定，首先买受人必须是善意的，即在买房子的时候相信登记簿记载的权利信息。如果买受人在买房子的时候就知道卖方的登记是通过非法手段取得的，登记本身

是错误的，就不能适用善意取得；此案中买受人相信登记信息。还有，必须要完成登记，而不能适用善意登记。现在的规定很严格，即须最终办理了登记过户，产权才能移转，作为真实权利人的公司才不能追及；如果还只是在办理登记的过程中，还没有最终完成登记时，就不能适用善意取得。这里最大的问题就是，赃款赃物能不能适用善意取得制度。由于立法过程中的争议太大，《物权法》回避了这个问题。我个人建议，对赃款赃物应该实行“一追到底”的原则，但也应该有例外。也就是说，如果“一追到底”严重损害交易安全，恐怕就不能再往下追。例如，如果物品是从拍卖行买到的，就不宜都追。因为拍卖行有合法的拍卖资格，是按照合法程序进行拍卖，如果后来因为是赃物而被警方收走，导致买受人两手空空而无一分钱的补偿，就会导致严重缺乏交易安全感的问题。很多人认为这种情况下必须要追，因为如果不追的话，赃物将来可能都会流到拍卖行，通过拍卖而导致善意取得制度的滥用。这种说法有一定道理。但是要防止这一问题，可以对拍卖行进行严格的管理，要求拍卖行在拍卖前对拍卖物品进行严格把关，拍卖行没有尽到适当审查义务的话，可以对其进行处罚，而不能让善意的买受人承担由于拍卖行未严格把关造成的所有风险。在公开市场买卖也存在类似问题。问题非常复杂，处理起来不能一刀切，要考虑例外情况。应该考虑客观上能不能追及，追及是否合理等因素。再比如，一幢大楼已经盖起来，不能因为其中有赃物作为建筑材料，就非要把它拆掉。这个例子虽然很极端，但确实说明应对“一追到底”的原则适当加以限制。还需要指出，对赃物的概念应有有所限制，不适用善意取得的赃物主要是

指“盗脏”，即在盗窃、抢劫、抢夺等犯罪中非基于权利人的真实意思丧失占有的赃物，对于赃物的丧失占有，被害人根本不能预测或者不能控制这种风险。但对于诈骗等犯罪中，赃物是基于被害人的意思而丧失占有的，毕竟是由被害人将物交出去的，被害人在一定程度上能够预测赃物被转让，所以对这类赃物是可以适用善意取得的。我们建议，现在应该尽快制定不动产登记法。《物权法》是从实体角度对不动产变动进行规定的，不动产登记中既有实体性内容，又有程序性内容，但更多的是程序性内容，这些程序性内容具备较高的技术性，而且很琐碎，要有专门的配套法律。《物权法》虽然规定了实行统一登记，但是究竟怎样统一？《物权法》只是确定了目标，考虑到现实中存在的问题，第246条规定在法律、行政法规对不动产登记范围、机构、办法作出规定之前，还允许地方性法规根据《物权法》作出规定。这实际上要求有关国家机关尽快制定不动产登记的特别法。另外，现在登记制度都由行政法规和地方性法规进行规定，而涉及基本民事权利的内容很多都不适合由其规定，如责任承担、权属确定、法院查封扣押的房产能不能转让等问题。我认为，这些都不是行政法规、地方性法规适合解决的问题，因而制定不动产登记法非常急迫和有必要。

第五部分 关于《土地管理法》和《城市房地产管理法》的修改

《物权法》在用益物权方面有一些制度创新，与原有或者现行规定不一样，体现在以下几个方面：1、在建设用地使用权方面，首先第136条规定了空间权。依照第136条的规定，建设用地使用权可以在土地的地表、地上和地下分别设立，这就是确定了空间权制度。空间权制度对有效利用和保护土地资源有很重要的意

义。原来没有规定，但是实践中已经提出了很多这样的问题。这也涉及到了对136条怎样理解的问题。问题在于空间权是不是只能规定在建设用地使用权中，能不能单独设立？如在公园中修建地下停车场，是否非要将公园的地买下来才能修？单独利用地下空间行不行？公园的地是否属于建设用地、是否可以设立空间权还存在问题。即便能设立，能不能转让？这些问题都需要通过配套法律法规解决。再比如，户外广告的利用空间问题，其归属怎样界定，还没有完全解决。

2、严格限制建设用地土地使用权的划拨，规定在第137条。我个人理解这是强行性规定，若违反该规定订立建设用地使用权出让合同，合同无效，因为它直接损害国家利益。法院也在考虑对这个问题作出司法解释。

3、第149条是一个重大的制度创新，规定了住宅建设用地使用权期限届满自动续期制度。这是为了强化对公民房屋所有权的保护而专门设置的特别规定。按照这一规定，首先应当区分住宅与非住宅建设用地，只有住宅用地才适用此规定。在建设用地使用权到期时，只有住宅用地才能自动续期延长。如果到期的不是住宅建设用地，而是商业或工业用地，就不能适用此规定。有人提出，综合开发、商住用地能否适用此规定？这就需要国务院法制办进行解释和解决。按照该规定，续期时房屋必须存在。第149条规定的本意在于确定“地随房走”的规则。尽管建设用地使用权有期限，但是只要房在，地就在。这也体现了房屋所有权的永久性，强化了对房屋所有权的保护。但反过来，如果房子不存在，“地权”就没有必要再延长了。

4、《物权法》第十四章设立了地役权制度。地役权是按照合同约定利用他人不动产，以提高自己不动产效能的权利。从实

践看，很多情况下，不动产权利人都要利用别人的土地来实现自己的利益，比如在他入土地上建造设施。《物权法》在用益物权中规定了地役权，这实际上是规定了在出让、划拨、租赁等方式之外的一种利用土地的方式。这种方式适用范围究竟有多大，还需要配套的法律法规作进一步解释。地役权和相邻关系经常发生混淆，怎样区分这两者，也是《物权法》起草中争议很大的问题。举两个例子：第一个例子是，一个楼层分上下两户，楼上住户经常从楼下经过。后来楼下用户把房子卖出去作为商店，买受人开店后就把楼梯封死，楼上住户无法从楼下通行，就想办法从旁边搭建楼梯，政府提出不能随便乱搭乱建，否则影响城市市容规划，于是楼上住户每天只能借助木梯上下通行，其母亲五年没有下楼，这是一个上访多年的案例。第二个例子是，一个公司建了高尔夫球场，后来又修了一个会所，从会所到球场的直线路线需要经过一个村子的土地。公司无权征收土地，而如果修一条专用道路，就要与农民达成协议，双方在协商过程中对价格发生了争议。一般情况下，这两个例子中的前者属相邻关系，后者则属于地役权的问题。区别在于，就第一个例子来说，相邻关系是相邻的一方在必要范围内必须给另一方提供相应的便利，但过去民法中没有关于通行便利的规定，所以法院很难处理。而按照《物权法》的规定，楼下住户应该有义务向楼上住户提供通行的方便。为什么必须由法律规定？这实际上就是一种法律上的强制性干预，是相邻方的法定义务。通风、采光、通行等属于个人的基本生活需要，也可以说是保障个人正常生活的最基本条件，所以有人把它总结为个人的基本人权。有的国家把通风、采光、通行等权利作为人

格权，比如日本，就是从这个角度考虑的??它是个人最基本的需要，所以法律必须强制性地要求一方给另一方提供这种便利，才能满足相邻方最基本、最低限度的生活需要。其次，这个问题为什么要由法律强制性地干预，而不能由双方通过合同来协商呢？这是因为涉及到最基本生活需要的问题，双方是无法通过谈判协商的，一方可能漫天要价以求对基本生活需要进行补偿，另一方在其基本需要不能满足时则可能会采取激烈的措施，这就会引发社会严重的冲突矛盾，所以法律要尽量避免这种冲突矛盾，就要直接干预，强制一方提供这种便利，而且不能要求对价，这是法律强制性的要求。

第三，从效益角度考虑，也只有提供便利才符合“物尽其用”的要求，尽管通行会给一方造成妨碍，但和另一方对其物的有效利用相比，这种妨碍是比较小的。第二种情况为什么要称其为地役权呢？地役权不是由法律强制规定的，而是由双方通过合同谈判解决的。为什么必须这样呢？就是因为这不是一个最基本生活需要的问题，因为不是说你无路可走、无法通行。假设出现了民法上所说的袋地，也就是说房屋四周全被人家的土地包围，无路可走了，这时就属于相邻关系，周围的邻居必须让人家走路。但是第二个例子里的情况并不是无路可走，是为了走近路；不是为了满足基本生活需要，而是为了满足经营需要。该公司追求的是一种商业利益，这是法律不能强行干预的，只能由双方通过谈判解决。这就是地役权的范畴，能征到地就征地，征不到地就通过达成协议来设定地役权。其次，用人家的地通行可能会给他人造成重大损失，法律很难确定补偿的问题，但是损失必须得到补偿，因此只能由双方协商，通过地役权的方式解决。当然，

现在有一个复杂的问题，就是公共服务公司提出来的：铺设管线等是为了公共利益的需要，但是没必要征地，而是要经过农村土地。如果通过设立地役权的方式，谈判成本过高，可否为了公共利益而适用相邻关系？有些国家将此视为特例，称之为“公共地役权”，就是介于地役权和相邻关系之间的一种权利，规定土地权利人必须提供便利，但是补偿的问题由双方谈判。我国目前没有这个制度，将来需要考虑制定配套的法律法规。总的来说，《物权法》已经在很多方面改变了《土地管理法》和《城市房地产管理法》的规定，这就涉及《物权法》第8条“其他相关法律对物权另有特别规定的，依照其规定”的理解问题。关于这个规定产生了一些误解，很多人认为，第8条的意思是说凡是其他法律有特别规定，与《物权法》规定不一致的，只能依据其他法律规定。我谈一下自己的理解。第8条的规定有一个前提，就是其他法律和《物权法》的规定没有冲突，或者说《物权法》没有明显地修改这些规定。如果存在冲突，或者《物权法》已经明显修改了这些规定，那就不能依据这些特别法，只能根据“新法优于旧法”的规则适用《物权法》。第8条的意思实际上是“特别法优于普通法”，也就是说《物权法》是基本法，如果有特别规定，就适用特别规定。比如说关于承包经营权，《土地承包经营法》中有很多特别规定，这时才适用《土地承包经营法》。所以第8条确立的规则实际上是“特别法优于普通法”，但是如果存在冲突，还是应当适用“新法优于旧法”的规则。我个人认为，《土地管理法》和《城市房地产管理法》中的一些规定已经被修改的，就应该适用《物权法》中修改后的规定，而不应再适用《土地管理法》和

《城市房地产管理法》的规定。王利明教授：曹主任，大家是不是提些问题，我们共同探讨一下？提问一：《物权法》中对担保做出了相关规定，《担保法》将来是不是只剩下保证的内容？《物权法》是不是把《担保法》中关于担保物权的内容全部吸收了？王利明教授：是这样的。第178条规定，《担保法》和《物权法》不一致的，应当适用《物权法》。有关担保物权的规定基本上都被吸收到《物权法》中了，保证没有。因为《担保法》制定时没有考虑到未来民法典的体系，就把各种担保形式集合起来作出了规定。但是严格来说，民法典上的担保法应当分为两块，即人的担保和物的担保，物的担保由物权法规定，人的担保由合同法规定，各国民法典基本上都是这样处理的。将来我国搞民法典的时候，《担保法》就不能继续单独存在了，会把保证这一部分放到合同编中。提问二：在公共地役权的设定过程中，价格问题当事人怎么谈，国外法律有没有规定？王利明教授：这个问题在国外是完全通过当事人自治解决的，谈不下来还是会影响到权利的设定？虽然应当为他人提供用地，但最后还是要达成合意。公司毕竟不是政府，由其判定公共利益缺乏合理性，所以我国要引入这个概念是很难的。提问三：登记机构对物权的审查有所谓形式审查和实质审查之分，并会直接影响到责任承担问题，《物权法》对此有没有区分，您是怎么理解的？王利明教授：对第12条讨论的时候，大家有一个共识，就是既不是形式审查，也不是实质审查，而是二者的结合。对于目前第12条的写法，我个人认为应该是以形式审查为主，当然也有实质审查的内容，比如说现场察看，但是从第一到第四项都是形式审查。那么究竟审查到什么程度呢？这

的确是个问题，也是大家感到很困惑的问题。比如说查验，是要查证属实，还是仅查看材料？要不要判断其真实性？完全不判断其真实性很难，不能完全没有实质审查，房产证就是这样，某人拿着假的房产证到登记机关办过户，登记机关说审查不了其真实性，这是无法让人信服的。所以要依据具体情况来理解第12条。我建议法制办出台相应的实施细则，这就更好了。

提问四：关于第9条，《物权法》采用不登记原则上不发生法律效力，不能对抗第三人，是出于什么理由？

王利明教授：主要是以下几个理由：第一，我国实践中历来实行登记要件主义，从立法到实务都是如此，在立法上一下子改为登记对抗主义，难以被接受。其实登记对抗主义非常复杂，法官普遍感到登记对抗主义难以理解。比如说，第三人究竟包括哪些人，采纳登记对抗主义的国家普遍遇到这个难题，而且登记对抗需要一系列的配套制度来保障其实施。因为在登记对抗的情况下，会出现两个或两个以上的物权人，比如说一物数卖，假设说卖给三个人，在登记对抗的模式下，只要双方意思表示一致，物权就变动了，即使没有登记，受让人也获得物权。这时如果再卖给第三个人，第三个人也享有物权，这时就出现了两个物权，对抗就意味着有物权的冲突，这就需要有一套处理物权冲突的规则，这就相当复杂。但是登记要件主义就很简单了，不会出现两个物权，谁办了登记就承认谁享有物权，而不存在对抗的问题，法官掌握适用起来也相当简便，所以从当前我国法官的整体素质来看，全面搞登记对抗主义不大可能。但是登记对抗主义也有一些优点，最大的好处之一就是对抗出卖人，美国、日本、法国等很多国家都采登记对抗主义。

曹康泰主任：非常感

谢王教授用三个多小时的时间，结合实际、深入浅出地对《物权法》规定的国有财产制度、征收征用制度、建筑物区分所有权制度、不动产登记制度和用益物权制度作了全面地介绍，同时对如何加快制定和修改有关的配套法律法规来保证《物权法》的有效实施，提出了许多很好的建议。今天这个讲座既加深了我们对《物权法》基本制度的理解，更重要的是为我们的工作增加了新的压力。让我们以热烈的掌声对王院长精彩的辅导报告表示衷心的感谢！100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com