

申卫星:物权法焦点问题解读 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_94_B3_E5_8D_AB_E6_98_9F__c122_486268.htm

主持人：各位老师、各位同学，大家晚上好，今天晚上“民商法前沿”论坛非常荣幸的邀请到了清华大学法学院的申卫星老师，申老师的演讲题目是《物权法焦点问题解读》。申老师多年来一直从事物权法方面的研究，在物权法方面有着很深的造诣，下面让我们以热烈的掌声欢迎申老师开始精彩的演讲！

主讲人：谢谢主持人的介绍，非常感谢人民大学法学院民商事法律科学研究中心的邀请。大家都知道，中国人民大学法学院民商事法律科学研究中心是我国民商法学研究的重镇，是我们最重要的学术聚集地，能够来到这里和大家一起交流，我感到非常的荣幸。我今天针对新颁布的《物权法》谈两个主要的问题：

第一个问题，谈一下《物权法》第五条的规定：“物权的种类和内容，由法律规定。”应该说，物权的种类和内容由法律规定虽然短短的只有十三个字，但是这“十三个字”里面蕴含着很多的玄机，我们可以细细的品味和解读。围绕着这个问题我们展开一系列的解读，

- 1、比如说物法定“定”什么？除了第五条讲的种类和内容法定之外，还有没有其他的法律内容需要法定？
- 2、物法定依照什么来定？由法律来规定，那么这个法律是狭义的法律，还是广义的法律？这就涉及到了《物权法》起草当中的第五稿和第六稿都出现了法律没有规定但具有物权的特征和性质可以视为物权，这样的规定如何理解？
- 3、违反了物法定又会怎么样？也就是说，物法定主义的效果如何？
- 4、应该以什么样的态度对待物权

法定主义？比如《物权法》立法过程当中第五稿和第六稿的表述，本身就反映了立法者对物权法定不确信的一种状态，到底要不要法定？是法定，还是缓和，还是物权自由？如何看待这个问题？特别是实践当中遇到一些具体问题我们如何来进行分析。

5、物权法作为一个强行法，是否还有民法中的基本精神，比如意思自治的适用空间？意思自治是民法的基本原则，这样一个原则在《合同法》中表现是非常明显的，实务中除了有名合同之外，当事人完全可以设立无名合同，而物权的种类和内容是需要法律来进行规定的，不允许当事人自由创设法律不承认的物权类型，而改变物权的效力和内容。这种情况下，有没有私法自治或者意思自治作用的空间？

第二个问题，关于物权的登记制度在我们国家的理解和适用的问题。

第一个问题，《物权法》第五条规定：“物权的种类和内容，由法律规定。”（一）物权法定“定”什么？

物权法定的拉丁语是*numerus clausus*，意思就是类型的封闭或者数量的封闭，之所以采取物权法定主义就是因为物权的性质是绝对权，其效力之强大关涉到整个世界。也就是说，义务履行者是不特定的任何人，不同于债权是一个相对权，债权只是特定当事人之间的意思表示，只要双方意思表示一致而且不违反法律和公序良俗的情况，法律都认可它的效力。最典型的体现就是《法国民法典》第一千一百三十四条所表述的那样，当事人的约定具有相当于法律的效力，甚至高于法律。

《合同法》的作用是什么？《民法》的作用又是什么？我们需要一部什么样的民法典？我们究竟在多大程度上能够规范这个社会生活？其实就《合同法》或者《民法》而言，不单单是反映了条文上的法律，也包括以合同为典型的

法律行为的解释规则，它本身也是一部法律，当事人的约定是千变万化的，社会生活的场合是各不相同的，当然需求也是各不相同的，在这样的背景下，当事人的约定在不违反法律规定和公序良俗的情况下，国家都给予了充分的尊重，当事人的约定相当于法律，甚至高于法律。可是，在《物权法》当中由于物权不单单是两个人之间的事情，它是绝对权，在绝对权的背景下采取了物权法定主义，种类法定和内容法定。另外，在种类法定和内容法定之外，还有没有其它需要法律来加以规定的？比如说，《物权法》第九条所规定的，不动产物权的设立、变更、移转和消灭需经登记，不登记不发生法律效力。就这条规定而言，当事人之间可以不可以约定来改变其使用？换句话说，包括第六条里面所讲的物权变动的一些基本条件，动产通过交付、不动产通过登记的方式发生物权的变动，当事人之间可以不可以改变法律的规定加以适用？比如我把房子卖给你，按照《物权法》第九条的规定应该以办理登记作为物权变动的条件，我可以不可以说不需要登记，按照我们之间的意思自治来决定？在私法自治的背景下，你把钱给我，我就把房屋的钥匙交给你，你对房屋的所有权我是承认的。当事人之间以交付这种约定来代替《物权法》第九条登记的规定，或者改变这种规定是否有效？这就涉及到《物权法》第五条规定的，物权的内容和种类由法律规定之外，需要考虑的“定”什么？除了物权的内容和种类由法律规定之外，是不是应该包括物权变动条件也应该法律规定，而不允许任由当事人自己来创设，因为物权的变动一方面关系到权利人，另一方面关系到交易安全，在这样的背景下显然也不允许当事人自由的创设。当然，我们也应

该考虑另外一个问题，在物权变动对抗主义要件下，当事人的约定可不可以改变法律规定？比如说，《物权法》第一百二十七条关于土地承包经营权的合同，采取的是以合同生效作为土地承包经营权产生的条件。《物权法》第一百五十八条是关于地役权的成立，也是以地役权合同生效时地役权产生。在这样的背景下，我想提出的问题就是，是否可以改变《物权法》第一百二十七条、第一百五十八条的规定，包括《物权法》第二十四条关于机动车、船舶、民用航空器也是以登记，可不可以改变物权的变动，不是登记对抗而是成立主义？法律虽然规定以合同就可以了，但是当事人特别约定，合同不算数，合同就是一个债权的效力，将来办理登记的时候你再有物权。在这样的情况下，除了物权的内容和种类由法律规定之外，物权的变动条件也应该法定。在变动条件也应该法定的情况下我们也面临着一个问题，当法律要求比较高的时候，你往低调是不允许的，但是《物权法》第二十四条、第一百二十七条、第一百五十八条登记对抗主义的背景下，我把它变成登记成立要件主义可不可以？这是值得我们思考的问题！这也反映了民法是在自治和管制之间进行一个平衡，作为立法者应该思考些什么，你担心使用法律的人上当受骗，你担心这样的规定对当事人保护不周到，所以规定了很多内容。但是实践中人们的运用远超过立法者，甚至在这次立法的过程中，也反映立法者的一种“家父”情怀。首先，风险不是立法能够化解的；其次，即便有些制度存在风险，完全可以根据当事人自己的需要来选择。你觉得债务人不可靠，你就设定一个最安全的方式，比如抵押，而且是进行登记的。你觉得债务人很可靠，完全可以设定一

个浮动担保或者让与担保。而且在这里面我们应该看到，实际上在立法的时候面临着一个效率和安全的两难选择，越是安全的效率就越低，比如质押，你把标的物交付给别人占有而你不能使用，还有进行登记的成本，这都表明它的成本是比较高的。相反，让与担保、浮动抵押这些制度本身效率高，但是又带来一些风险，这是一个两难的选择，这个选择只能由当事人来进行，所以，法律应该进行一系列的规定，具体实践中由当事人来进行选择。物权法定除了种类法定和内容法定之外，还应该有什么物权变动条件的法定，在这里我们又引申了当订立条件比较高，我往低调在不可以的，但如果订的比较低，我往高调可以不可以？这是值得我们思考的。在实践中如果真的出现了有人订立一个地役权合同，说这个只不过是一个内部协议，将来办理登记之后才产生地役权，你认为这是有效还是无效？这里面本身就体现了在民事立法的时候，什么情况下由当事人决定，什么情况下国家要进行管制。我也注意到了王利明老师在《北方法学》上面发表的一篇文章，文章的题目叫《物权法定原则》，其中也提到了除了种类法定和内容法定之外，物权变动条件也要法定。还有的学者主张效力法定，在我看来效力法定要纳入到内容法定，效力是法律付诸物权强制性的一个作用力，一个物权的集合。当然除此之外，物权的保护方式是不是应该是法定的？法律没有规定的物权效力，你可以不可以主张？比如说，《物权法》第一百八十九条的第二款，对于浮动抵押它的效力就规定了，设定浮动抵押的抵押物如果在正常的经营范围以合理的价格予以转让的话，不得对抗受让人。换句话说，在两个条件下，正常的经营活动和合理的价格支付的情

况下，抵押权就没有追及效力了，这样效力的没有是法律规定的，当事人可以不可以改变？这都是值得思考的问题。（二）物权法定主义依照何法而定？物权法定主义依照什么来定？根据《物权法》来定！物权法规定了这样一些权利类型，比如所有权、建设用地使用权、农村土地承包经营权、抵押权等等，除了物权法定之外，还应该有什么法定？比如依《合同法》而定可以不可以？比如《合同法》第二百八十六条规定的不动产修建人就其承包款可以对所修建的不动产有优先受偿的权利，且不说这个权利的性质是一个优先权还是一个法定抵押权，它毕竟是一个新的权利类型；再比如说，《合同法》的第四百二十二条规定了行纪人的留置权，在《民法通则》和《担保法》里面只是规定了三种合同，运输合同、保管合同和加工承揽合同，除了这三种合同之外，在《合同法》里面又增加了一种合同类型，叫行纪合同，行纪人全部或者部分完成了委托人委托的事务之后，可以请求报酬，如果委托人不支付报酬的话，行纪人可以对行纪物享有留置权。显然，物权法定不限于物权法，也应该包括合同法。那么，我们能不能说物权法定是依民法而定呢？但这又面临着一个问题，比如《土地管理法》、《房地产管理法》，这些法律规定在物权法通过之后仍然是有效的，如果说物权法定是以民法来定的话，也是不充分的，还应该包括行政法。民法加上行政法等于法律，物权法应该依法律而定，这也符合了《物权法》第五条的表述。但接下来我们再进行一个追问，仅仅是法律吗？比如说，《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》，这里面有一个很有意思的现象，我们的建设用地使用权当中没有规定它的期限，一个美国学者很敏感

的问我，你们建设用地使用权的期限是多少年？我说：住宅用地是70年，工业用地是50年，文化教育50年、娱乐是40年。他又问我，这是什么法律规定的？我说这是物权法规定的，他说物权法没有这样的规定啊！我一看真的没有这样的规定，我又说，那就适用《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》，他说为什么？我说：法律没有进行规定的，可以适用行政法规和部门规章。他说这不对啊，农村土地承包经营权是三十年，草地是三十年到五十年，林地是三十年到七十年，这个规定从哪来的？是从《农村土地承包法》当中来的，我们在物权法中就期限的问题是把《农村土地承包法》的规定纳入进来了，可是建设用地使用权的期限却没有规定，比如《物权法》第一百四十九条规定，期满之后可以自动续期，可是期限是多少？我们都知道是七十年，从哪来的？是从《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》里面来的。但是这个省略是没有必要的，既然把农地、草地和林地的使用期限都进行了规定，也应该把建设用地的使用权一起放进去。就是这个遗漏使得适用《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》是势在必行的，否则使用权就没有期限了。从这个角度我们讲，仅仅是法律还不行，还要适用行政法规，甚至最高人民法院关于担保法的司法解释也在适用范围之内。在《物权法》第一百一十五条规定主物转让从物一并转让，这个规定实际上是存在问题的，当时征求意见的时候就有建议，“处分”主物其效力及于从物，因为是处分而不是转让，其目的就在于扩大这一条的适用范围，因为处分不限于转让，还应该包括设定用益物权和担保物权。但我们看抵押权当中没有讲抵押权的效力可以及于从物的规定，在哪

里讲的呢？担保法司法解释里面有这样的规定，当然我们也可以对《物权法》第一百一十五条进行一个解释，从法律的当然解释里面我们可以得出，属于举重明轻，转让都可以抵押当然也可以。但是就这条而言，实际上我个人认为，转让是最不应该的，为什么主物和从物要一并处分？因为主、从物有一个经济上的结合，从物是辅助主物更好的发挥经济效益的。所以，实际上处分主物其效力及于从物最主要是担保功能，为什么这么讲呢？这是因为当主物转让的时候，附带从物一并转让它可以卖一个好价钱；另外，所卖剩余的钱还可以返还给抵押人，这对抵押人没有任何实质性的影响，相反还有利于他价值的实现。但是转让就不一样了，我买一个十五平米的平房，没有约定附带的储物间是否一起转让，如果没有明确排除的话，就一并转让。在转让问题上有没有从物对当事人的利益是有实质性的影响的，而在抵押的时候有没有从物对当事人的利益没有实质性的影响，相反会促进抵押物的价值会得到最大的发挥，剩余的价值还要返还给抵押人。但是，我认为，《物权法》第一百一十五条没有规定到其核心的价值，如果按照我的想法就不要规定转让了，在抵押当中就可以体现了，因为它们有经济上的关联性，可以更好的发挥抵押物的价值，而且剩余的价值还要返还给抵押人，不影响当事人利益的实现。解决这一问题有两种办法：第一，对《物权法》第一百一十五条进行当然的解释，既然可以转让当然也可以设定抵押，既然转让的效力及于从物，那抵押的效力也应该及于从物。第二，适用《担保法司法解释》第六十三条的规定。另外，习惯法能否在物权法当中适用呢？《物权法》第八十五条关于相邻关系的规定，法律、法

规对处理相邻关系有规定的依其规定，法律、法规没有规定的可以按照当地的习惯。这条规定我们怎么理解？再看，《物权法》第一百一十六条的规定，在法定孳息的取得上有约定而约定，没有约定的按照交易习惯。物权法定依据何法而定？其实物权法定不仅仅限于物权法、不限于物权法加合同法的民法，不限于民法加行政法的法律，不限于法律还包括行政法规以及司法解释，甚至还包括习惯。（三）如果违反了物权法定原则又会怎么样？如果违反了《物权法》第五条的规定会产生什么样的后果呢？比如，我设立一个违反了《物权法》第一百八十六条所规定的抵押权，或者违反了《物权法》第二百二十一条所规定的抵押权，如果我设定一个这样的抵押权或者质权会怎么样？或者我设定一个邻居的优先购买权会产生什么样的后果呢？现在市场经济的情况下是鼓励交易的进行，以实现当事人预期的利益，在这样的背景下，本着交易的思想如果违反了物权法定原则会发生以下三种效果：1、当部分无效，不影响其它部分的情况下，尽可能使其产生物权的效力。所谓部分无效不影响其它部分就是违反《物权法》第一百八十六条、第二百二十一条的规定，设定了抵押，约定预期不履行债务的话，抵押物所有权归抵押权人；或者违反《物权法》第二百二十一条规定，约定预期不履行债务的，质押物的所有权归质权人。这两种都是违反了物权法定的内容法定，违反了内容法定之后会发生什么效果呢？流质约款无效，但抵押权还是存在的，质权还是有效的，这样才能够确保当事人利益的实现。2、虽然不能够发生物权的效力，但可以转化为债权的效力。例如邻居的优先购买权，老张和老王住对门，老王听说老张要卖房子，老王

就对老张说：你要卖房子你要先卖给我。老张说可以啊，老王不放心就给老张交了一些定金。事后因为老李出的价钱高，老张就把房屋卖给了老李，并且办理了房屋的过户手续。

问：老张和老王之间这样一个邻居的优先购买权的约定是否会发生物权的效力？首先，我们看在优先购买权的类型中都是什么样的类型，有共有人的优先购买权、合伙人的优先购买权、有限责任公司股份的优先受让权、承租人的优先购买权，而没有邻居的优先购买权。这种情况下，他违反了物权法定原则，我们说部分无效不影响整体的效力，仍然让它产生物权的效力，但是这整个物权的类型都没有，这个时候应该怎么办？可以转化为债权的效力，这就意味着老王不能主张老张把房屋卖给老李的行为是无效的，但是老王和老张之间所达成的协议是有效的，这个协议有效就意味着老王可以到法院去起诉老张，要求老张承担违约责任，同时承担定金责任，双倍返还所交纳的定金。

3、绝对无效。例如，两个同学之间来听报告之前约定，听报告的时间你坐在前面的时候不能挡着我，如果挡着我了你要请我吃饭，这样的约定有效吗？这样的约定不违反法律和公序良俗，当然有效了！但是，你能不能把这个约定变成一个物权？扩大到你们两个人之外的任何一个人啊？显然不能！所以它不发生物权的效力。

（四）应该以什么样的态度对待物权法定主义？物权法定从早期的严苛到逐渐缓和，也有极端的物权法定“否定说”，物权法定在立法的时候就整体物权有价值，确定了之后就不需要按照物权法定了；也有学者提出习惯法“包含说”，习惯法是法源之一，习惯法也应该物权法定的一个依据；包括王轶教授提出的，如果程序上法定也可以，只要有合适的

公示方式能够表现出来就可以。但还有一些学者走向了另外一种极端，我国台湾地区的学者苏永钦教授和苏州大学的张鹏博士都主张放弃物权法定主义，我认为，所有的放弃物权法定主义的理由都是站不住脚的，甚至苏永钦老师主张权利分为登记的权利和不登记的权利。在这样的背景下，我们怎么来看待物权法定主义，或者物权法定在当代经济快速发展，人们在生产和生活中不断的创造出一些新的财产形式的时候，我们如何能够及时的把它上升为物权的效力？在快速发展的生产交易现实中，这与物权法定主义僵硬性之间如何来协调？学者们持有不同的意见，有学者主张严苛的物权法定主义，有学者主张物权自由，在这两者之间我个人主张折中的方式。我个人坚持物权法定主义，否则物权和债权就没有办法区分了，最重要的一点是，债权是一个相对权，它只关涉到债权人与债务人之间，只要不违反法律和公序良俗就是有效的。但是物权不同，物权效力之强大，如果不采取物权法定主义，物权效力和债权效力还怎么进行区别呢？在这样的背景下，还应该坚持物权法定主义，但是如何解决生活实践中人们对新的财产利用形式和物权法定僵硬性的矛盾呢？有以下四个思路：1、扩大物权法定主义所依法之范围，范围扩大了以后，权利类型也就多了，再有就是修改法律也要及时。比如我们不单单限于物权法，包括合同法；不单单限于民法，也包括行政法；不单单包括法律，也包括行政法规和司法解释。物权法不好修改，司法解释还不好修改嘛！甚至我觉得还应该包括习惯，这样在生活人们对财产的利用形式就可以不断的变为物权。2、有的权利类型其本身就具有很强的包容性，主要就是地役权，地役权的内容非常不确定

，地役权就像一个筐，什么东西都可以往里面装。什么叫地役权？就是两块土地之间就相互利用而达成的一种协议，土地登记簿上就产生一种物权的效力。如何利用？有通行的利用、有取水的利用、有眺望的地役权，有作为的，有不作为的，你用多长时间，是有偿的还是无偿的，千差万别，只要你要内容固定下来，写在登记簿上就可以产生物权的效力。换句话说，登记有很强的公示能力。在这样的背景下，由于地役权内容的复杂性和不确定性，就使得有很多财产利用行使可以通过登记写在土地登记簿上，使其效力不仅对抗当事人，还可以传之于继承人或者受让人，甚至对抗不特定的人。另外，在美国出现了所谓的需役地的淡化的趋势。需役地淡化是什么意思呢？我们说地役权必须有供役地和需役地，比如在美国，这块土地是我的，我想卖这块土地了，因为我是环保主义者，所以我在卖这块土地时候就说，我可以便宜一万美元，但是谁买了这块土地之后不能在这块土地上盖加油站。这种想法或者意思表示登记在土地登记簿上，以后不管谁买了这块土地就受到这种限制。这种情况下，就没有需役地了，就变成一个负担了，这也叫地役权。只要把利用土地的方式登记在土地登记簿上，就会产生物权的效力，甚至按照《物权法》第一百五十八条的规定不用进行登记，只要有合同就可以，只是不登记不能够对抗善意的第三人而已。包括建筑地役权的出现，在地役权这块我们可以大做文章，我们从学理上进行研究，然后让司法解释来充实这块内容，也可以解决生活实践和立法之间的冲突和矛盾，降低它的僵硬性。

3、在担保物权里面应该更多的规定一些自治性规范。担保物权这次立法体现了一个特征，便于中小企业的融资

，比如浮动抵押等等一些制度。在担保物权这块只需要规定担保物的品质就可以了，不要特别的规定这个担保物是什么。在担保物权里面也体现了很多自治性的规范，《担保法》里面的表述是法律允许抵押的其它财产，但在《物权法》第一百八十条第七项的规定是，法律、行政法规未禁止抵押的其他财产，因为允许抵押必须是法律明确规定的，而未禁止的推过来就是不禁止的都可以抵押，这样就扩大了抵押物的范围，这样就降低了物权法定主义的僵硬性。再比如，《物权法》第二百零九条规定：“法律、行政法规禁止转让的动产不得出质。”这条规定我们得出什么样的结论呢？我们可以对这条进行反对解释，规定的是禁止转让的不得出质，换句话说，可以流转的均可出质，这是对的！因为担保物权叫做价值权，针对的是标的物的交换价值。在这样的背景下，这些规定没有明确规定哪些可以抵押，这样就可以解决物权法定主义的僵硬性。另外，《物权法》第二百三十一条规定：“债权人留置的动产，应当与债权属于同一法律关系，但企业之间留置的除外。”这也不得了，不再讲牵连性了，甚至没有规定哪些合同了，我们刚才探讨的运输合同、保管合同、加工承揽合同等等，其实看来等于白探讨了。按照《物权法》第二百三十一条规定，只要基于同一法律关系我就可以留置，甚至企业之间不受限制。这等于德国法上的商事留置权，这样它的范围扩大的非常宽。这都体现立法者一种思想，刚才举的《物权法》第一百八十条第七项、第二百零九条、第二百三十一条的规定，不论是抵押权、质权还是留置权都体现了放松抵押抵押物的范围，只规定其品质即可成立。另外，《物权法》第一百一十一、一百一十二条也值得大

家进行深入的研究，比如拾得遗失物，拾得人可以要求必要的费用，在没有给费用之前拾得人可不可以留置呢？再有和第三款的侵占是什么关系？留置是不是构成侵占了？比如我拣了一头牛喂了三个月，不管有没有孳息我都付出不少劳动，你不给我报酬就想把牛牵走，那可不行！如果失主到法院主张我侵占了他的牛怎么办？当然这可以根据事实来进行判断，如果刚开始我根本就不招领，你来找的时候我说没有拣着，最后从牛棚里面找出来了，这构成侵占。相反，我没有进行招领，失主找来的时候，我说你应该给我一定的补偿，如果不给钱就不能够把牛牵走，这是可以的！但同时，也不能够违背善良风俗。这些问题都值得我们进一步的研究。我们需要在担保物权这块尽可能的设定一些自治性的规范，同时只需要做一个框架性的规定，而不需要规定的特别详细。只需要规定担保物的品质，就像《物权法》第二百零九条规定的那样，不能够转让的禁止出质，换句话说，能够转让的都可以出质，这样就呈现出一种宽松的环境，我们应该多规定一些物权类型。

4、我们对待物权法定主义的态度，简单归纳就是，我们还要坚持物权法定主义，否则物权与债权的区别就荡然无存。但同时我们应该采取以上的四种思路，来降低物权法定主义的僵硬性。

（五）物权法定与意思自治之间的关系 我们都说物权法是强行法，它与任意法是截然不同的，任意法的作用在于弥补当事人意思表示不足，体现了私法自治的精神，作为强行法的物权法是否还含有意思自治作用的空间？或者是否还贯彻意思自治的精神？我个人认为，物权法并不影响意思自治，作为民法一部分的物权法同样应该贯彻意思自治的精神。主要表现为以下几个方面：1、

物权法定和法定物权不一样，法定物权是基于法律的规定而产生的，比如说优先权、留置权。而大多数物权类型虽然法律规定了这些类型，但是仍然需要当事人通过法律行为的取得、变更、消灭而发生物权的变动。既然通过法律行为就意味着这里面有意思自治作用的空间，法律规定抵押权你怎么取得啊？通过抵押合同！即便在法定物权里面，像留置权，实际上它本身的法律效力没有优先权那么强，但可以通过约定来加以排除。

2、在物权法里面特别是在担保物权部分，有很多规定后面加上了另有规定除外，这些规范也体现了私法自治的精神。也就是说，在物权法中存在着很多自治性的规范，比如，当事人另有约定的除外等等这样条款。

3、在物权法定的背景下，实际上也有意思自治的空间，比如我们谈到的地役权、担保物权，它们只是一个框架性的规定，更多的内容需要当事人自由的意思表示来形成，并且登记在土地登记簿上来产生物权的效力。比如刚才谈到的，只规定担保物的品质，而不规定哪些担保物，这都体现了自治的空间，当事人可以自己来确定。

4、实际上有的权利还是可以放弃的，比如说，《物权法》第一百九十四条规定的抵押权可以放弃；还有《物权法》第二百一十八条规定质权人可以放弃质权，这些规定都体现了私法自治。所以，物权法定只是比债权具有很强的刚性，但是仍然有私法自治的空间，债权和物权的关系就像我国台湾地区学者谢在全先生形容的那样，物权为骨骼和组织，债权为血液和肌肉，二者共同构成这样一个有机体。在这样的意义上，物权在框架下仍然有很强的自治空间。

第二个问题，关于物权登记制度的规定 物权法关于登记制度的规定主要体现在第二章物权的变动当中，物

权的登记制度可以从以下四个角度去分类：1、从物权变动的角度可以分为物权设立的登记、物权变更的登记、物权转让的登记、物权消灭的登记。《物权法》第一百二十七条关于土地承包经营权的取得就没有规定必须登记，它是依土地承包经营权的合同产生的，登记的效力就是确认。但是《物权法》第一百二十九条关于土地承包经营权的互换、转让时候需要办理登记，不登记不能对抗善意第三人。还有的登记是涂消或者消灭登记，比如《物权法》第一百六十九条规定：“已经登记的地役权变更、转让或者消灭的，应当及时办理变更登记或者注销登记。”我这里只是给大家提供一个思路供大家参考，到底这个登记属于什么？有的是设立登记，有的是变更登记，有的是转让登记，有的是涂消登记，从纵向的角度是我们能够看到的。2、按照权利类型分为所有权的登记、用益物权的登记和担保物权的登记。所有权的登记是我们最常见的，特别表现在不动产所有权和动产所有权方面。比如说，《物权法》第十四条规定：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，依照法律规定应当登记的，自记载于不动产登记簿时发生效力。”除了所有权登记以外，用益物权登记也有很多，建设用地使用权采取的是登记的成立要件主义，农地承包经营权采取的是对抗要件主义，宅基地采取的是审批制度，但是如果说已经进行了登记，将来要进行转让的时候也要办理变更登记，如果消灭的时候也要办理消灭登记。另外，在担保物权中除了抵押权要登记，还有权利质权也是要登记的。3、按照登记的客体的不同可以分为不动产登记和动产登记。通常来说，登记在不动产物权方面是最主要的，但是在动产物权方面也有登记，主要表现在《物

权法》第二十四条的规定：“船舶、航空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。”除此之外，还包括《物权法》第一百八十八条规定的动产抵押的登记；还有《物权法》第一百八十九条规定的浮动抵押也是需要登记的。这些都是针对动产的，从客体的角度还应该包括权利的登记，也就是权利质权的登记。4、登记的效力是不是可以分为一般的登记和特殊的登记。一般的登记就是我们前面提到的那些登记制度，特殊登记涉及到了《物权法》第十九条和第二十条规定的异议登记制度和预告登记制度。以上是我们从四个角度来观察登记制度，从物权变动时间顺序、从权利类型、从客体、从常规的登记与非常规的登记。登记效力分为成立要件主义和对抗要件主义，登记的成立要件体现在《物权法》的第九条，不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力，这体现了登记要件主义。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。还有一个例外就是《物权法》第一百二十七条规定的土地承包经营权自土地承包经营权合同生效时设立。《物权法》第一百五十六条是关于地役权人有权按照合同约定，利用他人的不动产，以提高自己的不动产的效益。但是要求登记的可以向登记机构申请地役权登记，未经登记不得对抗善意第三人。另外，采取登记对抗主义的还有动产登记，动产登记主要体现在《物权法》的第二十四条，船舶、航空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。这里有一个问题与大家探讨一下，这条的规定意味着不意味着签订了合同就可以获得所有权，未经登记，不得对

抗善意第三人，这与地役权、土地承包经营权是不是一样？我个人觉得，就是因为它们本身与土地使用权、地役权是不一样的，土地使用权、地役权是不动产物权，而船舶、航空器和机动车是动产物权，更应该适用《物权法》第二十三条的规定动产物权的设立和转让，自交付时发生效力，但法律另有规定的除外。也就是说，它应该是以交付为准，我买一辆汽车，以我开车这辆汽车为准，但是开走了汽车如果不办理登记的话，回过头来人家拿着车证就可以抵押给银行，等到你办理登记的时候不能对抗债权设立的抵押权，这个抵押权人是一个善意的第三人。所以，这条如何理解？我个人主张，先适用《物权法》第二十三条的规定，但是有人就提出疑问了，一个进行了交付，一个办理了登记，这个时候应该怎么办？以哪个为准？在这种情况下，就适用《物权法》第二十四条的规定。简单的讲，你买汽车也好，买轮船也好，买飞机也好，买了之后你开走了，这就取得所有权了，但是你不登记不能对抗别人在汽车上登记的其它物权，不可能出现订立合同就转移所有权的情况，甚至比买一个别针、粉笔都容易，这里的所有权还需要以交付行为来实现。另外，《物权法》第一百八十八条关于动产抵押采取的也是登记对抗主义，《物权法》第一百八十九条第一款规定的是浮动抵押需要办理登记，但是登记也是一个登记对抗主义，而且这个登记是没有追及效力的。在《物权法》第九条以外还有很多例外的情形，一个是国家所有的自然资源不用登记、土地承包经营权的对抗要件主义，地役权是对抗要件主义，还有特殊的动产是对抗要件主义，动产抵押是对抗，浮动抵押是对抗，还有一个就是《物权法》第二十八条到三十条所规定

的，物权变动的公示、公信原则，这些原则都是依法律行为发生物权变动的，它是另外一种模式，这就涉及到第二十八条的规定，人民法院的判决书、仲裁机构的裁决书、人民政府的行政决定也可以作为物权变动的依据，并且不以登记作为要件。另外，继承、遗赠或者合法的建造、拆除等事实行为，这些物权变动也不是以登记为成立要件主义的，只是在处分的时候需要进行登记。我们讲了这么多例外的情形是不是就意味着冲淡原则，我们为什么要规定这种登记的对抗主义，主要的考虑无非两点：第一，降低成本，像农村有的人不愿意去登记，这样就不用去登记，但是不登记不能对抗善意第三人，但像农村这块地是谁的大家都知道，明明是张三的你非要登记到自己的名下去，大家都知道你是知道的，这可以举证证明。第二，在效率与安全之间实现当事人的自治，由当事人自己去选择。你要为了安全你去进行登记，你要为了效率你可以不去登记。另外，即便是在登记对抗主义这样的背景下，也不能否认登记的成立要件主义，我们列出了很多例外的情形，但是没有列出来的都是一般规定。以上是我个人对物权登记方面的一些解读，总的方面分为两个大的部分，一部分是从四个角度观察登记制度，一部分是登记的效力。登记的效力有登记要件主义和登记对抗主义，这是公示的效力，另外还有推定的效力、善意取得的效力，这在《物权法》中都有明显的体现。由于时间的关系，我今天的讲座就先讲到这里，谢谢大家！（掌声）问：关于《物权法》第二十一条应该怎么理解？登记责任的性质是什么？答：按照我个人的理解，《物权法》第二十一条的规定从责任性质上应该是属于国家赔偿，它的归责原则应该以过错为准，至

于是补充责任还是连带责任？从法条的规定来看，实际上登记机关要承担直接责任，由此再找具体造成登记错误的人员来追偿，显然不是补充责任和连带责任。问：登记属于什么性质？答：其实登记有两部分构成：一个是行政机关的行政行为，不论房管局、林业局、渔业局他们的登记都是一种行政行为，都是行政许可的收费；同时，还有当事人之间就物权变动而申请的民事行为，二者是并存的，当事人之间不可能你强迫着我就可以去登记，即便登记了也是无效的，当事人之间必须就登记有一个合意的意思表示。当然这个合意的意思表示解释成为物权行为还是解释成作为基础合同的债权合同中的一部分，就变成了物权形式主义与债权形式主义的分离，但是不管怎么样来理解，其中必然含有两部分，一个是行政机关的行政行为，还有一个当事人之间的民事行为。问：《物权法》第一百零三条您是怎么理解的？答：《物权法》第一百零三条的规定和《民法通则》的规定是有冲突的，《民法通则》规定是约定不明的为共同共有，《物权法》第一百零三条现在规定为按份共有，这条从法律的效力来讲，新法优于旧法，我个人也觉得，如果约定不明的情况下应该是按份共有。但是，如果大家有兴趣应该专门研究共有的问题，共有的问题是被我们忽略的，同时又是一个非常值得研究的一个问题，为什么值得研究呢？因为共有不单单在物权法中有体现，在其它制度都会涉及到，比如，用益物权也可以共有，担保物权也可以共有，知识产权也可以共有，都会出现共有的问题。到底共有人对共有份额的处分效力如何？按份共有与共同共有有什么不同？另外，共同共有产生的基础是什么？除了夫妻和合伙这样一些家庭关系之外，其他还

有一些什么情况？再比如，两个人共同拥有一辆车，当然这也可以按份共有和共同共有，我个人觉得，如果这个物是一个不可分物，它还是不是按份共有？这个时候把它作为按份共有还有什么意义？所以，我们在按份共有与共同共有这方面的研究是非常薄弱的，什么情况下是按份共有，什么情况下是共同共有，区分按份共有与共同共有在法律适用上有什么不同，而且这种研究对其它的方面问题的解决都有指导意义，这是一个非常有价值的研究课题。 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