



主编 陈立斌 副主编 刘 力 刘言浩

物权案件审判精要

Essentials of Trial of Property Law



人 民 出 版 社

主编 陈立斌 副主编 刘 力 刘言浩

物权案件审判精要

Essentials of Trial of Property Law

 人 民 出 版 社

策划编辑:郑海燕
责任编辑:郑海燕 孟 雪 李甜甜
封面设计:吴燕妮
责任校对:周晓东

图书在版编目(CIP)数据

物权案件审判精要/陈立斌 主编. —北京:人民出版社,2018.6
ISBN 978-7-01-019310-6

I. ①物… II. ①陈… III. ①物权法-研究-中国 IV. ①D923.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 078522 号

物权案件审判精要

WUQUAN ANJIAN SHENPAN JINGYAO

主 编 陈立斌 副主编 刘 力 刘言浩

人民出版社 出版发行

(100706 北京市东城区隆福寺街 99 号)

环球东方(北京)印务有限公司印刷 新华书店经销

2018 年 6 月第 1 版 2018 年 6 月北京第 1 次印刷

开本:710 毫米×1000 毫米 1/16 印张:45.75

字数:717 千字

ISBN 978-7-01-019310-6 定价:185.00 元

邮购地址 100706 北京市东城区隆福寺街 99 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

版权所有·侵权必究

凡购买本社图书,如有印制质量问题,我社负责调换。

服务电话:(010)65250042

前 言

“风能进,雨能进,国王不能进”,这句伴随着2007年中国物权法制定而流传开的谚语代表着中国人对自身财产的渴求与珍视。《物权法》作为调整财产归属与财产流转的重要法律,一向是市场经济的基本法律制度,改革开放以来,中国人的财富积累达到了一定程度,更是重视这部可以“定分止争”的基本法律。而随着党的十八届四中全会把中国民法典的制定列上了议事日程,作为民法典重要组成部分的《物权法》更是受到了广泛的关注。

在人民法院受理的民商事案件中,物权类纠纷在大标的案件中占了相当大的比重。自2007年我国《物权法》颁布以来,最高人民法院就《物权法》的各个章节在司法实践中的适用陆续发布了一系列司法解释,2015年12月最高人民法院审判委员会又通过《最高人民法院关于适用中华人民共和国物权法若干问题的解释(一)》丰富了《物权法》的内涵。2017年3月15日通过并公布,10月1日起施行的《民法总则》也进一步完善了我国物权法律制度。各级人民法院也在各类物权类纠纷的审判实践中积累了经验,为《物权法》的发展和完善作出了有益的探索。

作为法律的实践者,我国法官在实践理性的基础上,对《物权法》有着自己的贡献和创新,不管是从理论上还是从实践中对物权案件审判经验进行总结、提炼均有其必要。本书作者均为来自上海法院系统的具有一定理论造诣和实践经验的法官,他们结合各自专业实践,全方位地审视物权,在一定程度上反映了上海法官对物权的理解和运用现状。

本书按照物权的编章体系进行体系化研究,共分五编十八章,在物权法法理的基础上紧密结合上海法院的司法实践,力图系统总结审判中所涉及的物

物权案件审判精要

权法的主要内容,并以具体物权法案例为载体详细阐述法官在物权案件审理中所体现出的法律思维和法律方法,以期推进物权法的研究,并对指导司法实践尽绵薄之力。

虽然本书作者在编写过程中不辞辛劳,反复讨论,数易其稿,但由于物权法体系广博,法理艰深,作者学力尚浅,错漏在所难免,敬请读者批评指正。

编者

二〇一八年二月

目 录

前 言	1
-----------	---

第一编 总 论

第一章 物权法与物权审判概述	3
第一节 物权法与物权民事纠纷	3
第二节 物权的定义	8
第三节 物权的效力	12
第二章 物权法的基本原则	17
第一节 坚持社会主义基本经济制度原则	17
第二节 平等保护原则	18
第三节 财产所有权自由原则	19
第四节 类型强制原则	24
第五节 物权绝对原则	26
第六节 物权特定原则	27
第七节 物权公示原则	28
第八节 物权变动的区分原则	31
第三章 物权的变动	34
第一节 基于法律行为的物权变动	36
第二节 非基于法律行为的物权变动	45
第三节 无权处分与善意取得	54

第四章 物权保护 73

第二编 所有权

第五章 所有权 109

 第一节 国家所有权 109

 第二节 集体所有权 123

 第三节 个人所有权 136

第六章 业主的建筑物区分所有权 150

 第一节 建筑物区分所有权的概念 150

 第二节 业主专有权纠纷法律问题 159

 第三节 业主共有权纠纷法律问题 166

 第四节 车位与车库纠纷法律问题 170

 第五节 业主撤销权纠纷法律问题 175

 第六节 业主知情权纠纷法律问题 178

 第七节 现有法律未涉问题 181

第七章 相邻纠纷案件的审理 190

 第一节 相邻纠纷的基本范畴 190

 第二节 相邻纠纷的处理原则 200

 第三节 不可量物制度的建立与习惯功能的发挥 203

第八章 共有纠纷案件的审理 214

 第一节 共有的基本概念 214

 第二节 按份共有的内部与外部关系 218

 第三节 共同共有的内部与外部关系 242

第三编 用益物权

第九章 土地承包经营权 267

第一节	土地承包经营权的内涵解析	268
第二节	土地制度的流变与土地承包经营权	274
第三节	土地承包经营权的取得	283
第四节	土地承包经营权人的权利和义务	286
第五节	土地承包经营权的流转	296
第六节	土地承包经营权抵押	317
第七节	土地承包经营权的消灭	321
第十章	建设用地使用权	324
第一节	建设用地使用权的内涵解析	324
第二节	建设用地使用权与有关权利的辨析	331
第三节	建设用地使用权的取得	334
第四节	建设用地使用权的效力	350
第五节	建设用地使用权的消灭	359
第六节	建设用地使用权纠纷审理中的实务问题	362
第十一章	宅基地使用权	366
第一节	宅基地使用权的内涵解析	366
第二节	宅基地使用权的取得	371
第三节	宅基地使用权的效力	375
第四节	宅基地使用权的转让	390
第五节	宅基地使用权的抵押	397
第六节	宅基地使用权的消灭	403
第十二章	地役权	405
第一节	地役权概述	405
第二节	地役权制度的历史沿革	421
第三节	地役权的分类	427
第四节	地役权的取得	431
第五节	地役权的效力	435
第六节	地役权与其他用益物权的竞合	443

第七节 地役权的消灭	445
第十三章 居住权	449
第一节 居住权的立法沿革及现状	449
第二节 实务中居住权纠纷案件的审理概况	453
第三节 居住权纠纷的审判理念与思路	459
第四节 居住权纠纷几种具体情形的把握	466

第四编 担保物权

第十四章 抵押权	479
第一节 抵押权优先受偿性与物上代位性的实践运用	479
第二节 抵押权登记	491
第三节 不动产抵押权的善意取得	504
第四节 最高额抵押	514
第十五章 质权	526
第一节 动产质权	526
第二节 权利质权	569
第三节 应收账款质押案件的处理	611
第十六章 留置权	620
第一节 留置权概述	620
第二节 留置权的构成	621
第三节 留置权的行使与实现	627
第十七章 特殊担保方式	636
第一节 特殊担保案件的审理理念	636
第二节 所有权保留	641
第三节 钢贸质押等特殊担保案件的处理	661
第四节 让与担保	686

第五编 占有

第十八章 占有	701
第一节 占有的基本范畴	701
第二节 占有的保护	704
参考文献	710
后 记	724

第一编

总论

第一章 物权法与物权审判概述

第一节 物权法与物权民事纠纷

一、物权法的制定

物权法的立法宗旨是维护国家基本经济制度,维护社会主义市场经济秩序,明确物的归属,发挥物的效用,保护权利人的物权。这一宗旨可以概括为“定分止争、物尽其用”。“定分止争”就是要以法律规范明确各种财产的归属和侵犯物权的责任,从而避免财产的不确定状态和预防、解决法律主体之间的纷争。

财产的纷争,是确定稳定、高效的市场交易的前提。这其中既包括保护国有资产和集体财产,从而维护国家公有制为主体的基本经济制度,保障国家的社会主义性质,也包括保护公司、企业与个人的各类合法财产,从而营造富有活力的社会经济环境,并立足于人民群众财产权利的维护和社会基础的稳定。“物尽其用”就是要使物权不限于静态的所有权,而是从所有权中演化出用益物权、担保物权、占有等独立的物权利益,使财产动起来、用起来,使财产的占有、使用、处分、收益等各方面的功能都发挥出来,从而使物的利用达到最大、最佳,由此促进社会财富的积聚。“定分止争、物尽其用”的宗旨贯穿于物权法的全部,体现了物权法在社会主义经济与社会建设中的重要地位。

《物权法》吸收了现有《民法通则》《担保法》等法律与司法解释的成果,同时针对实践中的问题,吸收理论研究成果,借鉴国外立法例,在立法上出现了许多新内容。概括起来主要有两个方面:

一是构建了具有我国特色的物权法体系,规定了一些新的物权制度。具体说,《物权法》分为总则、所有权、用益物权、担保物权、占有五大块。其中,总则部分规定了物权法的基本原则、物权的设立、变更、转让、消灭和物权的保护;所有权部分规定了国家所有权和集体所有权、私人所有权、业主的建筑物区分所有权、相邻关系、共有,其中业主的建筑物区分所有权是第一次在法律上作出规定;用益物权部分规定了土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权、地役权,其中地役权是立法上的新概念;担保物权部分规定了抵押权、质权、留置权;占有部分是全新的内容,在已有立法与司法解释上从未进行过规定。从理论上讲,占有并非是法律事实,但物权法之所以规定占有并赋予占有一定的效力,是为了维护与事实占有相关的社会秩序,并调整由事实占有产生的权利义务关系。

二是立足物权保护和各类物权利益的协调,规定了许多新的规范。如:

- (1)不动产登记规定了不动产登记主体与实际主体可能不一致情况下协调二者利益的登记异议制度和为保障不动产买受人将来实现物权的预告登记。
- (2)物权保护规定了请求返还原物、消除危险、排除妨害的物权请求权,在立法体例上明确了在物权保护上物权请求权与损害赔偿请求权并列的方案。
- (3)在所有权保护上明确了征收需以公共利益需要为条件,并明确了经济补偿方面保障被征收人生活条件的原则。
- (4)就建筑物区分所有权对规划用于停放汽车的车位、车库的归属作出了规定,确立了车位、车库应当首先满足业主需要的原则,明确了两类基本处理方式,即车位、车库的归属由当事人通过出售、出租或者附赠等方式约定,占用业主共有场地的车位则属于业主共有。
- (5)明确了共有状态下的推定规则。即按份共有或者共同共有不明确的,一般视为按份共有;按份共有人对共有财产份额没有约定或者约定不明确的按照出资额确定。不能确定出资额的视为等额享有。
- (6)规定住宅建设用地使用权期间届满的自动续期,从而与非住宅用地区分开来。
- (7)就抵押改变了《担保法》第四十一条关于应登记而未登记情况下抵押合同无效的规定,明确未经抵押登记不影响抵押合同的效力;同时,对抵押物的变现由原规定为须经审判程序确认变为可不经审判程序直接申请法院变卖、拍卖。
- (8)扩大企

业之间留置权适用的范围,即债权人留置的动产可以与债权不属于同一法律关系。

二、物权民事纠纷的类型

物权作为民法的基本概念范畴,是指权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利,包括所有权、用益物权和担保物权。因上述物权保护产生的纠纷,是典型的物权纠纷。物权民事纠纷,是指所有权、用益物权、担保物权等物权人行使物权保护请求权产生的民事法律纠纷,以及占有人行使占有请求权产生的民事法律纠纷。占有是指对物事实上的控制和支配。占有从本质上讲是一种事实而非权利,但该占有事实却有一定的法律保护效力。因占有人请求返还原物、排除妨害或者消除危险、损害赔偿所产生的纠纷,作为广义的物权纠纷。

2014年上海法院系统共受理一审物权类案件11893件,2015年1—7月,上海法院共受理物权类案件7553件。

因此,《物权法》实施后的物权民事纠纷可以从方法论上分为以下五类:

(一) 物权法律关系的内部纠纷

物权法律关系的内部纠纷也叫物权的相对性纠纷。除单一主体的所有权外,其他的物权法律关系中,都有可能发生物权法律关系的内部纠纷。例如,共有权内部纠纷、建筑物区分所有权内部纠纷、用益物权人与用益财产所有人之间的纠纷和担保物权人与担保财产所有人之间的纠纷。

(二) 物权法律关系的外部纠纷

物权法律关系的外部纠纷也叫物权的绝对性纠纷,是物权权利人与其义务人之间的纠纷。包括权属发生争议的确权纠纷,物权行使受到妨害的排除妨害纠纷,权利受到侵害的返还原物纠纷、恢复原状纠纷和损害赔偿纠纷。

(三) 相邻关系纠纷

相邻关系纠纷既不是物权法律关系的内部关系,也不是外部关系,而是发生在相对的权利人和权利人之间的关系。《物权法》第七章规定了六种相邻关系,包括用水排水、相邻土地的通行、相邻土地的利用、通风采光日照、相邻

污染、相邻防险等,这就是相邻关系的类型。对于《物权法》中没有规定相邻关系,按照第八十五条规定,应当适用民事习惯判决。例如越界的枝丫根系的问题,这种情况就应当按照习惯或者法理处理。

(四) 物权变动的纠纷

物权变动纠纷,就是物权在变动中,即不动产登记或者在动产交付中发生的纠纷。比如不动产物权变动中的纠纷,有异议登记纠纷、错误登记造成损害赔偿纠纷等。即使是在动产交付中的观念交付中,包括简易交付、指示交付、占有改定交付,也是比较容易产生物权纠纷。

(五) 占有的纠纷

《物权法》对占有规定得很简单,只规定了一些基本的东西。在占有发生纠纷时,有返还原物纠纷、恢复原状纠纷和损害赔偿纠纷。

以上是物权纠纷的基本类型。所有的物权纠纷,大概都不能离开这五种基本类型。但是,具体的物权纠纷可能还有很多种具体的表现。在司法实践中,还需要进一步的具体化,将物权纠纷按照这样的五种基本类型进行深入的研究。

三、《物权法》对民事审判的影响

《物权法》颁布实施将对司法审判特别是民事审判产生深远的影响,主要表现在四个方面:

(一) 为司法审判提供了相应的裁判规则

与我国的法治状况相伴随,我国长期缺乏较为健全的物权法规范,社会整体的物权法意识也很薄弱。《物权法》的颁布实施将弥补我国法制体系建设中的一大空白,改变司法审判“缺乏体系”“少法可依”的局面,对于实现司法公正、规范审判裁量意义重大。

(二) 一段时间内相关的案件量可能呈现较大增长

因我国长期缺乏完善的物权法规范和社会层面普遍的物权法意识,社会现存的物权遗留争议数量很大,加上《物权法》对物权保护力度的加强也将影响到拆迁补偿的标准等权利义务关系,直接关系到人民群众的切身利益,《物

权法》实施之后相关案件的数量会有大幅度的增长,涉及一类人群的案件还会形成群体性诉讼。

(三)对司法审判职能发挥提出了更高的要求

物权既包括与所有制相联系的所有权,又包括与市场交易相关的用益物权、担保物权。对于物权的确认、保护事关国家基本经济制度、社会制度的维护,是对市场主体基本利益与市场交易秩序的保障。人民法院审理物权争议案件只有站在这样的高度才能真正实现法律效果与社会效果的统一,否则就会陷入机械执法,既不利于法治的推进,也不利于现实利益的协调和社会秩序的维护。同时,物权最集中地体现着当事人之间利益的纷争,体现着国家利益、集体利益与个人利益,法律规范与政策调整,法律要求与社会现实的冲突,势必进一步提高法院准确适用法律、妥当调整利益、维护社会秩序、充分发挥司法职能的难度。

(四)许多疑难问题需要在审判实践中研究解决

由于《物权法》是调整社会财产关系的基本法,财产关系又是错综复杂、千变万化的,这种研究细化的工作量相当大。如行政审判中应如何把握不动产登记机关的审查性质;对涉征用争议的处理中如何把握公共利益的需要;执行程序中就查封的财产发生权属争议应如何处理,这些都是很敏感的问题。民事审判中需要研究的问题更多,如物权与债权发生冲突时应当如何处理;《物权法》与《土地管理法》《房地产管理法》的适用关系;同类或不同类物权冲突时应当如何处理;物权救济与诉讼时效的关系应如何理解与把握;相邻关系中不违反国家有关工程建设标准的是否就不构成对相邻建筑物通风、采光和日照的妨碍,等等。这些问题在《物权法》上没有明确的规定,但涉及利益关系复杂,需要人民法官深入研究。

四、我国物权法的渊源

我国物权法的渊源有形式渊源与实质渊源之分。物权法形式渊源就是2007年3月16日第十届全国人民代表大会第五次会议通过的《中华人民共和国物权法》。

而物权法形式渊源就是不仅指《物权法》这部法典,还包括与物权相关的其他法律、法规、司法解释等规范,比如,《中华人民共和国担保法》《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》(2009)、《最高人民法院关于审理物业服务纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》(2009)、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(2000)、《中华人民共和国农村土地承包法》《中华人民共和国土地管理法》等。

此外,《物权法》作为民法的核心组成部分,与《民法总则》《合同法》《侵权责任法》《婚姻法》等形成了体系化的结构关系,所以在民法的其他部分也包含了物权法规范,比如,《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》(2012)就包含标的物交付和所有权转移等部分;再如,《婚姻法》及其司法解释中关于共有财产的处分等。这就需要在物权案件审判中全面地把握《物权法》及其规范。

第二节 物权的定义

物权概念作为物权制度的基本概念,是在物权制度确立后才产生的,而物权制度的确立则是经历了一段漫长的时间。现代民法的研究成果表明,“物权”一词大抵是由11—13世纪的欧洲前期注释法学派代表人物伊勒里乌斯(约1055—1130年)和亚佐(约1150—1230年)等在解释罗马法时创造出来的。而真正建立有关物权法体系的则是1896年《德国民法典》。这部民法典将物与物权予以区分,把物作为权利客体放至总则中加以规定,同时集合物权的所有相关法律,将它们规定为独立的物权篇,从而使这部法典中的物权成为真正具有独立体系的法律制度。物权概念从此有了理论与法律上的依托。要理解物权的概念就要对债权的概念有所认识。

一、物权概念与债权概念形成的比较

对于物权大致有两种定义方式:一是从人与物的关系的角度,将物权定义

为“对物支配之财产权”或“直接就物享受其利益之财产权”，这种见解为近代德国学者登伯格、耶林等所倡，被称为“对物关系说”；二是从人与人的关系的角度定义物权，认为物权是“对抗一般人之财产权”或“具有禁止任何人侵害之消极作用的财产权”，此即“对人关系说”，为德国学者温彻德、萨维尼等所主张；三是综合上述两个方面，认为对物的支配性和绝对性是物权的两个基本构成要素，故物权被定义为“直接支配特定之物而享受利益之排他的权利”，或曰“物权为直接支配物之绝对权”。这种被称为“折中说”或“结合说”的物权观点，是德国、日本物权理论之通说。

罗马法上“债”既指债权、债务，也指债权债务关系，有时被称为“法锁”。近代大陆法系民法基本沿袭了罗马法上债的概念。理论上通常认为债是特定当事人之间请求为特定行为的法律关系，各国在民法典中对“债”的概念的表述有两种：或以抽象的术语概括债的内涵，如《俄罗斯联邦民法典》第三百零七条；或以外延式，即不以单独条文规定债的定义，而是通过规定债的渊源指出哪些法律关系是“债”，如《意大利民法典》债编首条（第一千一百七十三条）。

二、物权与债权的区分

物权之本质在于“支配”某物，而债权之本质在于“受领”给付。支配权是物权的本体，受领权是债权的本体。然而，如果仅有本体性权利，则权利人之权利难免有不获实现之虞，所以受领权必须靠请求权之“法力”予以保障。请求权与本体权利结合在一起，才构成一项完整的债权。

从法律关系的构成及权利的产生着手，物权与债权主体特征区别在：物权发生于特定的权利主体与不特定的义务主体之间，而债权发生于特定的权利义务主体之间。由此决定了物权为绝对权，债权为相对权、对人权；在内容上，物权为支配权，债权为请求权；在标的客体上，物权之标的为物，债权之标的为给付；在权利产生的方式上，物权设定采法定主义，而债权（合同权利）的设置采自由主义；等等。

根据权利之固有特性，物权的直接支配性与债权的请求权性质、物权的排他性与债权的不具排他性、物权的绝对性与债权的相对性、物权的追及性与债

权的无追及性、物权具有公示性而债权不必具有公示性、物权的独立处分性与债权的无独立处分性以及物权的永久性与债权的暂时性。此外,权利的效力、权利的保护方法等,也常被用来作为区分物权与债权的根据。

在特定情况下,物权与债权的区分并非泾渭分明:物权与债权在某些特定的部分仍然处于混合状态,比如债权让与,就是债权人对其债权进行的处分,而处分行为则是典型的行使物权的表现。从这一现象来看,债权人的地位与所有人的地位本质并无区别。债权人的这一权利,在德国法上被称为“类似所有权之地位”。再如,有价证券所记载的权利本质上只能是债权,即请求权,故一般认为有价证券属于债权。但是,有价证券本身又是一种有形之物,而且有价证券尤其是不记名有价证券的流通可以说是完全按照物权法(动产以交付占有转移所有权)的原则,故有价证券上的权利也表现为物权的特征。所以德国民法学家认为,有价证券已经变成为“有形化的债权”,其本质又应当是物权。

三、债权的物权化和物权的债权化

随着市场经济的发展,法律为了强化对一些特殊债权的保护,赋予了这些债权某些物权的效力,这就使这些债权具有物权化的倾向。物和物权被充分利用,也出现了物权债权化的发展趋势。

(一) 租赁权的物权化

具体表现在:首先是租赁期的长期化,我国《合同法》第二百一十四条规定租赁期限最长不得超过20年;其次是买卖不得击破租赁,使租赁权具有对抗第三人的效力。

(二) 优先购买权的确认

优先购买权主要适用于共有中的共有人,承租人、承典人也可以享有优先购买权。即在某一共有人出卖其共有物时,其他共有人在同等条件下有优先购买权;出租人在出卖租赁物时,承租人在同等条件下有优先购买权;出典人在出售典物时,承典人在同等条件下有优先购买权。这些优先购买权不同于债权,具有物权的优先属性和效力。

(三) 承包人建设工程价款的优先权

我国《合同法》规定,承包人为建设工程支付的报酬、材料等实际支出的费用而享有优先权,这种优先权优先于其他民事主体的债权,也优先于其他民事主体在建设工程上设定的抵押权,就建设工程拍卖、变卖所得价款优先受偿,从而使承包人的债权具有物权的对抗和优先于第三人的效力。

(四) 共有中的分管协议

所谓分管协议,是指共有人间约定某个或各自分别占有共有物的特定部分,并对该部分进行管理的合同。例如,甲、乙、丙三方对某市的三处房产享有共有权,三方达成分管协议,由各方分别管理某一栋大楼,并由各方行使其各自占有共有物的特定部分的使用、收益或管理。共有人完全可以通过相互之间的债的约定,就共有财产的特定部分进行分别管理。

(五) 物权的证券化

物权的证券化主要体现在不动产的证券化上。所谓不动产证券化,即是将不动产上的财产权变成证券形态,更具体地说,是将对土地及建筑物之财产权,由直接支配之物权关系,转变为具有债权特性的证券形态,使原来流通性不强的土地及建筑物财产权转化为流通性较强的证券。

(六) 所有权的期限化

所有权的期限化,又称为有期产权,它是通过有期共享购买定式合同产生的一种不动产产权形式。这种定式合同赋予购买人在事先确定的期限排他地使用特定不动产的权能,通常是由许多人长期或短期相继和轮换使用同一不动产,且这种权利可以在生前或死后转让。比如,某人需要固定在夏天使用该市的某个别墅,他可以购买该别墅7—9月的所有权,从而形成了所谓的有期限的所有权。在该期限内,他享有对其产权的绝对支配权,任何人占用其财产,他都可以以所有人的身份请求排除侵害。在这种制度下,时间对权利的享用起到了限制作用。也就是说,每个权利人只是在既定的时间内享有独占的支配权。此种所有权的产生,是现代社会资源的相对稀缺而需要对资源进行更有效利用的产物,这应是一种物权的债权化变动。

第三节 物权的效力

如何理解物权的概念,是与物权的特性具有密切的关系,学界一般有以下四种观点:(1)直接支配说。该说只强调对物的直接支配性。尹田教授就将物权定义为:“对物的直接支配权。”(2)直接支配与利益结合说。该说认为,对物的直接支配与享受利益同等重要,缺一不可。我国台湾地区学者姚瑞光先生认为:“物权者,直接支配特定物,而享受其利益之权利。”(3)直接支配与排他结合说。该说从物权不仅体现人对物的关系而且也要体现人对人的关系出发,认为物权应包括直接支配与排他双重特征。这种学说为大多数学者所赞同。如梁慧星教授在其主持拟定的《中国物权法草案建议稿》第二条规定:“物权是指直接支配特定的物并排除他人干涉的权利。”(4)直接支配、享受利益与排他全面说。该说强调对物的直接支配、享受利益与排他性的定义。支持此观点的学者如台湾地区学者郑玉波先生,他把物权定义为“物权乃直接支配其标的物而享受其利益之具有排他性权利”。

从上述观点可以看出,物权特性的核心在于支配性与排他性、利益性。利益性作为权利的本质属性,在此不赘述。关键在于物权的支配性与排他性如何理解。物权的支配性、排他性与物权的支配效力、排他效力密切相关。一般认为,物权具有四效力:支配力(由此产生的优先效力)、排他力、请求力、追及力。其中,物权的请求力在本书物权请求权中将详细阐述,在此不赘述。

一、物权的排他效力

所谓物权的排他效力,是指同一标的物上不能有两个以上互不相容的物权同时并存。可见,排他效力所涉及的是物权间能否并存的问题,其针对的往往是同一类型和具有同一效力的物权之间,且此种物权间互不相容,或性质不两立。正因如此,物权的排他效力侧重的是比较两种以上的物权间性质可否相容,是否为冲突并排斥的关系。物权的排他效力,从本质言,是发端于物权的直接支配力。否则一物多权,其支配力无法显现;从价值取向而言,是物尽其

用和交易安全理念的必然要求。否则一物上层层设立物权,权利人的使用受到多重限制,物尽其用成为空谈。同时,物的所有权或他物权归属不明确,交易人必然裹足不前,交易安全与货畅其流难以实现。可见,排他效力作为物权效力之一,确有必要。基于其产生的根源,物权的排他效力主要表现在两方面:

(一) 同一标的物上不能存在两个所有权

罗马法上所谓“所有权遮及于全部,不得属于二人”之法谚即是明证。具体而言,在同一物上已有所有权,其后为他人善意取得或时效取得时,前一所有权则消灭,而后一所有权则成立,二者前后相继,但绝不能并存在同一时空。这是物权与债权的重要区别所在,与债权相较,债权属于相对人之间的特定的给付请求权,不具有对世性,因此同一物上可成立多项债权,且其效力平等,按其债权额的多寡予以清偿。否定物权的排他效力,将使物权与债权混为一谈。

(二) 关于所有权以外的物权,在同一物上,原则上不能并存两个以上的以占有为内容的定限物权

本处所说的“占有”特指直接占有,不包括间接占有。其具体表现为两方面:就用益物权而言,均是以直接占有为本体构造的不动产权,原则上在同一土地上不得成立两个以上的以占有使用收益为内容的用益物权,如不得在同一土地上成立不可能相容的两个宅基地使用权、农地使用权、典权,否则其各自的使用目的将无法实现。例外的是在同一土地上可成立数个内容相同的地役权。就担保物权而言,质权和留置权均以现实占有为构成要件,在同一动产上不允许成立两个有效的质权或留置权。

二、物权的优先效力

所谓物权的优先效力,是指在同一标的物上,如该标的物有物权存在,同时也为债权的给付标的物时,或同时有两个以上的相容性质的物权并存时,物权则有优先于债权的效力,先成立的物权则有优先于后成立的物权的效力。

物权优先于债权。物权优先于债权,众所公认。物权之所以优先于债权,原因在于“物权系属对物直接支配的权利,而债权非有债务人之行为的

介入,则不能直接支配其物,二者性质上有所不同,故物权有优先效力也”。对于物权优先于债权,原则上可坚持两点论:不论何种类型的物权均优先于债权;不论该物权成立之先后均优先于债权。本处根据物权的不同类型予以分析。

(一)所有权优先于债权

当债权的特定标的物上成立所有权时,该所有权可基于优先效力破除债权得以实现。在此场合,成立在先的债权人不能要求成立在后的所有权人返还原标的物,而只能要求原债务人承担违约责任。此时以双重买卖最为典型。标的物为动产,后买受人先受领标的物交付的,标的物为不动产,后买受人先完成不动产所有权移转登记手续的,则后买受人取得的所有权优先于先买人的债权。

(二)用益物权优先于债权

当同一不动产上,用益物权与债权并存时,不论用益物权成立的先后,均优先于债权。如甲将其拥有的某土地使用权无偿借用某乙使用,后又将该同一土地使用权转让与某丙,并依法办理了过户登记手续,则丙可行使合法的用益物权,乙的借用权终止。

(三)担保物权优先于债权

当同一标的物上,担保物权与债权并存时,于受偿或补偿时,不论担保物权成立先后,均优先于债权。首先,在一般情形,享有担保物权的权利人可就担保物优先于一般债权人受清偿,此即担保物权的优先受偿性;其次,基于担保物权的优先受偿性,在债务人破产场合,作为破产债权人的担保物权人可不依破产程序,就属于破产人的特定财产,个别优先受偿,此称为别除权。质权人和留置权人于其标的物受其他债权人的强制执行请求时,可本于物权的优先效力,诉请排除之。

(四)优先购买权的承认,也表明物权优先于债权

优先购买权是法定的物权性权利,是指当财产所有权人出卖其财产时,就该项财产与财产所有人有物权关系的特定人在同等条件下,有优先于其他人购买该项财产的权利。我国现行立法承认共有人、承租人、典权人具有优先购

买权和原产权单位对职工购买的有限产权的公有住房享有优先购买权。其中以共有人与承租人的优先购买权效力何者优先最为复杂,且能说明物权优先于债权。

物权间的优先效力。物权之间是否具有优先效力是相对于与物权区别的债权的效力而言的。前面已经论及物权与债权区别之一是物权具有排他效力,而债权不具有排他性。此处我们则进一步强调,物权不仅在不相容时具有排他性,在相容的物权之间,还有优先与否的问题,而债权之间不仅不具排他性,且在平等性的前提下也不具优先与否之别。物权的排他性与优先性均源于物权的支配力的本质,所以承认物权之间具有优先权力,有利于说明物权之为物权而非债权,且有利于解决物权之间效力的位序。物权之间优先效力的适用空间只限于:在同一标的物上不具排他性,且可以相容的物权之间。具体包括:所有权与定限物权之间;可并存的担保物权之间;可并存的用益物权与担保物权之间。物权间的优先效力,原则上是以各物权成立时间的先后,作为确定物权效力强弱标准,采用“时间在先,效力在先”的原则。其细分形态有二:

第一,先成立的物权,优先享受其权利。对此以担保物权中的抵押权最为典型。抵押权可并存于同一标的物上,且成立在先,效力在先。

第二,先成立的物权压制后成立的物权。如在同一不动产上,设定抵押权后,又设定典权。抵押权人实行抵押权时,若无人应买或所出价金不足以清偿抵押物所担保的债权,执行法院可以除去典权,重新估价拍卖。先成立的物权优先于后成立的物权,不可绝对,其仍有例外。例外1:后成立的定限物权优先于所有权。因为后成立的定限物权是因享有所有权的部分权能而从所有权中分离出来,故在性质上当然具有优先于所有权的效力,否则后者无法存在。例外2:对于法律明确规定了物权之间特殊顺序的除外,不适用于上述原则。如我国《民法通则》第五百一十三条的承揽人的法定权。例外3:基于社会公共利益而规定的后发生的物权优先于在先的物权的效力,如《海商法》上的船舶优先权优先于船舶抵押权。

三、物权的追及效力

物权的追及效力,又称物权的追及权,是指物权成立后,除法律另有规定外,物权的标的物无论辗转入何人之手,物权人均可追及至物的所在,请求物的占有人返还原物。

追及权主要在两类物权中最为明显,即动产所有权和担保物权中的抵押权。动产所有权人如因其所有的标的物被盗或遗失等非基于其意思情形,而脱离其手时,原则上无论该物是在偷盗人、拾得人或第三人手中,均得追及至物的所在,要求原物的返还。各国物权法对于善意取得不适用于盗赃物和遗失物的规定,也正是物权追及力的反射。至于抵押权中,为均衡维护抵押人对抵押物的处分权和抵押权人的优先受偿权,则赋予了抵押权具有追及力。如我国台湾地区“民法”第八百六十七条规定,不动产所有人设定抵押权后,得将不动产让与他人,抵押权不因此受影响。换言之,当抵押权于债权届期未获完全清偿时,抵押权人可追及至该不动产处,要求法院依法拍卖以优先受偿。有疑问的是,我国现行《担保法》中是否承认了抵押权的追及力?分析我国《担保法》第四十九条的规定,抵押人负有通知或告知的义务和在转让价款过低时,提供担保的义务,否则转让行为无效。可见,如抵押人不履行以上义务,则不得转让抵押物,抵押人转让的,抵押物人应得追及抵押物行使权利。因此,我国《担保法》虽无抵押权追及力的用语,但实际上肯定了其存在。

第二章 物权法的基本原则

2007年《物权法》在总则部分规定了物权法的基本原则。物权法的基本原则非常抽象,涵盖面很广,可适用性非常强。在民事审判工作中,物权法的基本原则成为物权类案件审理的指导思想。物权法的基本原则是物权类案件判决正确与否的标志,是物权法适用正确与否的判断标尺。依据现行物权法之规定,物权法的基本原则有:坚持社会主义基本经济制度原则、平等保护原则、财产所有权的自由和限制相平衡的原则、类型强制原则、物权绝对原则、物权特定原则、物权公示原则、物权变动的区分原则。

第一节 坚持社会主义基本经济制度原则

物权法的首要基本原则是坚持社会主义基本经济制度原则。该原则是《宪法》规定的再现,一个国家的法律坚持自己的基本经济制度是不证自明的东西。经济制度的核心是生产资料的所有制。所有制在法律上的反映就是所有权制度。物权法的核心内容即对所有权的有关规定。因而,物权法必然反映一国的所有制。《物权法》起草过程中,就物权法的性质,法学界、经济学界有很激烈的争论,最后通过的物权法重申要坚持社会主义的基本经济制度。

坚持社会主义基本经济制度原则规定在《物权法》的第三条第一款和第二款。《物权法》第三条第一款规定,国家在社会主义初级阶段,坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度。第三条第二款规定,国家巩固和发展公有制经济,鼓励、支持和引导非公有制经济的发展。从形式上看,《物权法》对于公有制和非公有制在表述上是不一样的,公有制经济仍然

有重要的地位,这也是《宪法》规定的具体化。我国《宪法》第六条规定,中华人民共和国的社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制,即全民所有制和劳动群众集体所有制。社会主义公有制消灭人剥削人的制度,实行各尽所能、按劳分配的原则。国家在社会主义初级阶段,坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度,坚持按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度。坚持社会主义基本经济制度原则是中国《物权法》的第一基本原则,这个基本原则是政治性的原则,不是技术性的原则,也不是裁判规范。但在一些具体的案件中对当事人行为的有效性具有重要影响。如在涉及农村土地承包经营、国企改革、农村宅基地房屋买卖等诸多领域的交易中,均要从基本经济制度的角度来考量当事人行为的效力。

第二节 平等保护原则

《物权法》的第二个原则是平等保护原则,根据社会主义基本经济制度的要求,我国现阶段是以公有制为主体,多种所有制共同发展。在社会主义条件下,公有制和非公有制是有主次地位的。但是,这只是政治性的、整体性的要求,在立法过程中可以采取对公有制的特殊保护、促进和激励措施,但一旦制定为成文法律规则后,在法律适用的层面,则应坚持法律面前人人平等的原则,不能再搞差别待遇。公有制经济应通过平等的市场竞争来获取优势地位。

《物权法》第三条第三款规定了平等保护原则。该款规定,国家实行社会主义市场经济,保障一切市场主体的平等法律地位和发展权利。在理论、立法和意识形态上,在现阶段,公有制应当处于主体地位,但是在具体法律适用的层面上,法院对各种诉讼主体要给予平等的保护,这似乎是悖论,但是目前中国的国情就是这样。从政治经济学的角度讲,平等保护原则似乎冲淡了社会主义公有制的主体地位,但是无论怎么讲,法律面前人人平等是法治的基本原则,不要说《物权法》,其他法也是一样。在《物权法》起草过程中,就是否要规定平等保护原则有过激烈的争论。有学者认为,物权法要搞平等保护原则就是对资本家的汽车、洋房和乞丐的要饭棍子平等保护,是以形式上的平等掩盖

事实上的不平等,在《物权法》中重申坚持社会主义经济制度基本原则,就是从政治上对这种疑虑的一种回应。坚持社会主义经济制度原则和平等保护原则是一个问题的两个方面,这两个原则都是政治性的原则。在司法实践中,人民法院也是以平等保护作为处理物权纠纷的最基本的出发点。

第三节 财产所有权自由原则

物权法的第三个基本原则是财产所有权的自由原则。这一原则包括财产所有权的自由和财产所有权的限制两个方面的内容。

一、财产所有权的自由

从1804年《法国民法典》开始,财产所有权神圣不可侵犯就成为现代民法的基本支柱。在19世纪,所谓财产所有权神圣不可侵犯,是指财产所有人,只要法律规定其有所有权,他对所有物就具有不受限制的处分权和支配权,即使他行使所有权会给邻居和社会造成损害法律也不得加以干预。1804年《法国民法典》虽然体现的是资本主义的精神,但在法典通过的年代,法国还是小农经济社会,工业革命尚未开始,现代意义上的大城市也未形成,强调财产所有权神圣不可侵犯似乎不会给其他社会主体带来什么样的侵害。但工业革命开始后,随着人口不断向城市集中,因为所有权主体滥用所有权给相邻人造成侵害的新案件就不断发生。比如因城市中建筑密度不断增加,所有权人建筑的房屋就可能影响别人的通风采光,农业社会就没这个问题。比如工业化带来的污染问题,让社会来承担个体发展的成本,这些都暴露出了财产所有权神圣不可侵犯的非常大的弊端。各个国家因应新的社会形势,从判例、立法各层面对财产所有权的自由加以限制。

最早对财产所有权施加限制的判决是19世纪法国法院关于眺望权的判例。被告在自己的房子上加盖了烟囱,把邻居的窗口遮挡住,让邻居看不到远处的风景。原告诉之法院,法院支持了原告请求,认为所有权不能滥用。这是一个很大的突破。因为按当时的所有权理念,私人财产所有权是神圣不可

侵犯的,所有权的行使范围不受限制。这是最早的对个人财产所有权施加限制的判例,现在都作为公理性的原则加以接受了,在当时的确是了不起的一个判决。最早以立法形式对所有权加以限制的是1919年德国《魏玛宪法》,这部宪法对社会公共利益的关注超过以前的任何一个时代。《魏玛宪法》规定,“所有权承担义务,所有权的行使应当服务于公共利益”。我们现在强调集体和公共利益,实际上真正写在法律上也就是几十年前的事情,后来公共利益在纳粹的时候被无限扩大,演变成集体的疯狂。第二次世界大战后,《德国联邦基本法》重申了《魏玛宪法》的规定,该法第十七条第二款写道:“所有权负有义务,所有权的行使应服务于公共福祉。”所有权在个人主义、自由主义的基础上增加了社会性的内容,即对财产所有权也有一定的社会要求的限制。

二、财产所有权的限制

现代各国都认为所有权不是神圣不可侵犯的,而是应该受到合理的限制和平衡的权利。法律对财产所有权的限制和这些限制体现在公法领域和私法领域。

首先我们看公法对公民财产所有权的限制。公法是规定国家权力行使的法律,主要是宪法和行政法。以征用征收领域为例,国家在特定情况下可以征收或征用公民个人财产,比如城市建设过程中的动拆迁。征用是国家借用公民个人财产,用了之后还要归还,比如造地铁需要场地堆放建筑材料,就征用土地,地铁造好之后还要恢复原样,把土地还给所有权人。征收则是收了不还。征用、征收最集中地体现了公法和私法的冲突,体现了社会利益和个人利益的冲突。最牛“钉子户”现象和因动拆迁引发的大规模上访现象,体现的都是征用征收制度中的问题,体现的是财产所有权的保护问题。征用征收制度各国都有。

《物权法》第四十二条规定:“为了公共利益的需要,依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产。征收集体所有的土地,应当依法足额支付土地补偿费、安置补助费、地上附着物和青苗的补偿费等费用,安排被征地农民的社会保障费用,保障被征地农民的生

活,维护被征地农民的合法权益。征收单位、个人的房屋及其他不动产,应当依法给予拆迁补偿,维护被征收人的合法权益;征收个人住宅的,还应当保障被征收人的居住条件。任何单位和个人不得贪污、挪用、私分、截留、拖欠征收补偿费等费用。”《物权法》第四十四条规定:“因抢险、救灾等紧急需要,依照法律规定的权限和程序可以征用单位、个人的不动产或者动产。被征用的不动产或者动产使用后,应当返还被征用人。单位、个人的不动产或者动产被征用或者征用后毁损、灭失的,应当给予补偿。”在法治国家,征用征收是应遵循一定原则的,征用征收中的原则主要有以下四个。

第一个原则是严格的公共利益原则,公共利益在实践中用的是最狭义的解释,不允许借公共利益之名行商业利益之实。但近年来,随着西方国家经济的不景气,这个原则也受到了大的挑战和冲击。美国有一个制药公司要在一个镇上建设生产车间,该镇希望就业、税收的好转,就要征用土地。当地居民不愿意接受征地方案。后来一直上诉到联邦最高法院,最高法院法官以 5:4 的比例通过,认定增加当地的就业和税收属于公共利益,可以限制和征收个人财产。当然也有强烈的反对意见,认为是对公共利益做了不适当的扩张解释。如,奥康纳大法官在反对意见中就写到,如果增加就业和税收就可以视为公共利益的话,那么任何商业项目都可以产生这些后果,她就担心公共利益被无限扩大,但是不管怎样最后最高法院还是通过裁决,通过了征用土地的请求。

按照许多人的理解,资本主义国家好像私有财产特别是土地是不能侵犯的,其实也不完全如此。在我国当前的发展过程中,个别地方为了追求 GDP,在动拆迁过程中滥用公共利益的名义,很多完全是追求商业利益的行为也以公共利益之名大拆大建,近年来随着国家的进步,这种现象已受到初步的遏制。《物权法》第四十二条写得很明确,为了公共利益的需要,通过法定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位个人的房屋和其他不动产。这个是征用、征收里面的第一个原则,即公共利益原则,在法院的司法实践中主要体现在动迁拆类的民事、行政案件之中。需要重点把握的,主要是对公共利益要做严格的限制解释,不能随意扩大,特别是要合理地区分商业利益和公共利益。

第二个原则是比例原则,所谓比例原则,英文为 Principle of Proportionality,

也可译为适当原则或相当原则。意指实现目的的手段要和目的相适应,追求的目的和造成的权利损害要成比例。在为了更大的法益不得不损害较小的法益时,应将损害控制在最低限度之内。比如修一条高速公路,如果可以从比较贫瘠的土地中穿过即可实现建设目的,就不能从良田中穿过。实际上,在规划的时候就要考虑比例原则,既然是为了公共利益不得限制个人利益,那就要把对个人利益的伤害降到最低限度。在发达国家的法律中,“比例原则”是出现频率非常高的一个名词。

第三个原则是充分补偿原则,就是给予被征收的对象以相当于市场价的补偿,现在中国也在往这个方向发展。但如何理解市场价?是在拆迁时还是在建成后的市场价?比如在市中心拆掉一片民房,建设一个大的商业中心,造好之后地价肯定是要升值的,原来房子如果是6000元/平方米,这个商业中心建设好了以后,可能变成2万元/平方米了,那么这个补偿是按照6000元/平方米还是按照2万元/平方米的标准呢?即使是在发达国家,也是按动拆迁时的市场价标准补偿的。德国就有这样的例子。德国的斯图加特是奔驰汽车公司的总部,该公司要建设一个试验场,做新车的碰撞试验,需要征用土地,周围很多家的居民都谈好了,就剩下两三家居民因为价格原因未谈成。各种配套设施建设起来以后,土地升值了,和开发之前的土地价格完全不一样,被征收的农民要求奔驰公司按照土地升值之后的价格补偿,奔驰公司只愿意按照上涨之前的价格补偿。最后法院判决按上涨之前的价格补偿。

第四个原则是正当程序原则,既然是用行政的力量进行征收、征用,就必须遵循法定的行政程序。

公法对所有权的第二个方面的限制是建筑规划法对公民的个人财产所有权的限制。城市的土地给个人使用的,但是建筑时必须根据相关的建筑规划的要求进行,否则造了也是违章建筑。

公法对所有权的第三个方面的限制是文物保护法的限制。文物承载了特殊的文化和历史因素,各个国家都给予特殊的保护。如上海许多老房子外边挂上了优秀历史建筑的牌子,这些建筑不能随意改造,拆了之后也要恢复原状,这是对所有权的限制,因为这个房子上已经承载了历史和文化因素,属于

公共利益的范畴。

公法对所有权的第四个方面的限制是环境保护法的限制,企业是你的,你也不可以随便排污,让社会来承担个体发展的成本。

在私法领域,也有法律制度限制公民的个人财产所有权,一个是不动产相邻关系的相关规定。根据《民法通则》《物权法》中关于相邻关系的规定,相邻的不动产的所有人,两家相邻的土地使用权人,在使用财产的时候必须考虑相邻人的利益,要处理好通风和采光等关系。另一个是《民法总则》中的禁止权利滥用原则,虽然所有权人有权使用或处分自己的财产,但不可以以加害他人之目的来滥用权利。

财产所有权既是民法权利,也是宪法权利。在一些国家如欧盟各国,对公民个人财产所有权的保护已经上升到人权法的范畴,人权法在西方是高于宪法的,类似于自然法。设在斯特拉斯堡的著名的欧洲人权法院的主要工作就是判断成员国的行为有没有违反欧洲人权公约。欧洲人权公约强调对公民基本人权的尊重,欧盟各国都是该公约的成员国。欧洲人权公约不仅在刑法方面禁止死刑和酷刑,在民法方面将财产权规定为基本人权,规定限制公民财产所有权必须是出于公共利益需要,并且必须遵循比例原则。欧洲人权公约成员国公民的财产所有权如果受到公权力的侵害,在穷尽了国内的司法救济手段之后,可以以国家为被告,诉至欧洲人权法院,由欧洲人权法院来判断国家的行政行为是不是违反了欧洲人权公约的规定。

财产的所有权自由和限制相平衡原则在《物权法》中有没有规定呢?《物权法》第四条和第七条就有体现。《物权法》第四条规定,国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律保护,任何单位和个人不得侵犯。讲的就是所有权的自由。《物权法》第七条规定,物权的取得和行使,应当遵守法律,尊重社会公德,不得损害公共利益和他人合法权益。讲的就是所有权的限制。但是,无论在任何情况下,所有权的自由都是第一位的,是基本原则,所有权的限制只能是第二位的,是例外,必须有法律的明确规定才能加以限制。在私有财产权利观念淡漠的中国,强调这一点尤为重要。

第四节 类型强制原则

物权法第四个基本原则是类型强制原则,也称物权法定原则。所谓物权法定原则,指物权的类型和内容必须由基本法做强制性的规定,当事人不得自由创设。物权法定有两个方面的内容:一是物权种类法定或称物权种类强制;二是物权内容法定或称物权内容强制。

什么是物权种类法定或物权种类强制?指的是物权的种类由法律强制规定,不得任意创设。现行《物权法》规定了11种物权,除此之外其他当事人自己创设的所谓物权得不到《物权法》的保护和承认。我国《物权法》规定了四种所有权,即国家所有权、集体所有权、个人所有权和建筑物区分所有权;四种用益物权即建设用地使用权、土地承包经营权、宅基地使用权和地役权;三种担保物权,即抵押权、质权和留置权,除了这11种物权之外,其他所谓的“物权”得不到《物权法》的承认。如我国台湾地区的“物权法”有典权,典权就是支付典价占有、使用他人不动产这样一种权利。我们中国的《物权法》起草过程中曾对典权加以规定,但最后通过的法律中将典权删去了。典权取消之后,如果当事人再设立典权,就得不到《物权法》的保护了。物权的种类法定中的“法”是立法法意义上的狭义的法律,即全国人大及其常委会制定的法律,因为物权是基本财产权利,只有基本法才可以规定。

物权法定原则的第二个内容是物权内容法定或称物权内容强制,指特定物权的权利内容、权利要件必须由法律作出强制性的规定,不可自由创设。比如动产质权必须移转占有,否则无物权法上的效力。

和合同法里面的契约自由相比,物权法定原则明显限制了当事人的行为自由。为什么是物权法定原则而不是物权自由原则?有学者认为,物权自由原则更为科学。从目前大陆法系国家的情况来看,做法也不尽统一。采取严格的物权法定原则的主要是大陆法系中的德国法系国家。这些国家之所以采取物权法定原则,是基于如下的政策考量:第一,物权具有强大的对世效力,物权是绝对权,债权是相对权,合同效力是很弱的,物权效力很强大,除了权利人

之外的主体都是义务人。若是让当事人自由创设,对社会交易安全构成破坏。第二,物权法是一个国家历史传统和现实经济制度的法律反映,故不允许当事人自由创设和其基本经济制度不相符合的物权。此外,物权在实际生活中的类型也是经过长期的历史演变形成的,私人很难创造出为社会所认可或接受的新的物权类型。第三,有利于降低交易成本。根据科斯的社会成本理论,假定交易成本为零,那么资源怎么分配都是有效率的。任何交易都有成本,所以这个理论只能从反面去理解,财富的第一次分配很重要,立法上就要尽量降低交易成本,便利交易。法律规定明确的物权种类,权利边界清楚,有利于降低物权交易的成本。第四,是交易安全的考虑。将物权的类型及内容做整齐、公开的规定有助于保护交易安全。

在德国法系国家之外,很多国家没有物权法定原则,比如美国就没有物权法定的要求,法国也没有。但在实践中,当事人多选择成型的物权,可以说是事实上的物权法定。我国《物权法》在第五条和第八条规定了物权法定原则。《物权法》第五条规定,物权的种类和内容,由法律规定。但是我们中国的现在经济体制改革尚未最终定型,所以立法机关在第八条又规定,其他相关法律对物权另有特别规定的,依照其规定。我国的物权法定原则是开了天窗的物权法定原则,可能通过其他法律来增加新的物权类型,但在没有以法律形式增加之前就是 11 种物权。2017 年《民法总则》第一百六十一条“物权的种类和内容,由法律规定”。这一规定与《物权法》第五条的内容一样。由此,物权法定原则也在总则中予以明确。对于实践而言,可能更重要的是违反物权法定原则会产生什么后果。违反物权法定原则有两个法律后果:一是违反物权法定原则创设的物权不产生物权法的效力,也即当事人擅自发明的所谓“物权”不具有物权的效力,不能对抗第三人,不具有优先的效力,在受到侵害时也没有物权的请求权。二是当事人通过合同创设的违反物权法定原则的所谓“物权”虽不生物权效力,但当事人之间合同的效力不受影响,直接当事人之间的违约责任或缔约过失责任不能免除。比如当事人如果以合同方式设立了典权,典期没有到,出典人要把房子拿回去,如果不涉及第三人的利益,也是得不到支持的,因为双方当事人之间有合同的约束。但是如果牵涉其他人,比如出

典人把房子卖给第三人,第三人要求“典权人”迁走,则可以得到支持。所以,违反物权法定原则并不是不产生任何法律效力,只是不产生物权效力而已。

第五节 物权绝对原则

物权法第五个基本原则是物权绝对原则,该原则和债权的相对原则相对应。物权绝对原则有以下四层意思:一是物权是绝对权,约束除了权利人之外的所有主体。物权人行使物权时,其物权意思表示是对世的,对一切人都有效力。康德说过,物权是反对一切占有者来占有它的权利,在只有一个人的孤岛上是没有物权的,如鲁宾逊在星期五到来之前,就没有产权区分的必要。

物权绝对原则的第二个含义是一物一权,即一物之上只能有一个所有权,共有也是一个所有权。物权的这一属性和债权不同,债权具有包容性,一个标的上可以成立数个有效的债权。如开发商可以将一套房同时卖给十个人,订立十份有效的买卖合同,但其只能交付给一个人,对其他九个人则依据有效的合同承担违约责任。

物权绝对原则的第三个含义中当同一物上并存数个物权时,物权相互之间具有优先的效力。这一特点也与债权不同。就同一标的物上成立的数个债权,相互之间是平等的,不存在优先的顺序。如果债务人破产,则各债权人按比例平等受偿。而一个物上有多个物权时,必须确定其先后顺序。一个物上有多个物权的时候相互之间优先效力如何确定呢?是当限制物权和所有权并存时,限制物权优于所有权。多个限制物权并存的,如果是不动产物权,则登记的优先于未登记的;同样登记的,先登记的优先于后登记的。如就同一标的成立数个抵押权的,依其登记的先后顺序确定其顺位。在前一顺位有余额时,后一顺位才能在余额范围内受偿。中国的物权法中有一个特殊问题,即抵押权和租赁权的关系。根据《合同法》的规定,买卖不破租赁,为什么呢?承租人处于弱势地位,要保护承租人。

但是承租权和抵押权产生冲突怎么办?出租人没有将租赁的房屋卖给第三人,而是抵押给第三人,租赁权和抵押权孰先孰后?《合同法》对租赁合同

未做登记之要求,实为法律之漏洞,实际上,即使是抵押权也必须是经过登记之后,才可以对抗第三人,不公示不能对抗第三人是法律原理,租赁合同也应不例外。所以,当抵押权和租赁权产生冲突时,如果都登记的,就看登记的先后来确定其权利的顺位,如果一个登记一个没登记,那登记的就大于没登记的。在动产方面,一个物多个权利时候,法定担保物权优先于约定的担保物权。《物权法》第二百三十九条规定,抵押权和留置权冲突,留置权优先。留置权人为什么要优先呢?因为留置权人直接占有标的物,和物的联系更加紧密,所以占有的物权优先于不占有的物权。有些人说物权优先于债权,这是假命题,为什么呢?比如甲将一套房子卖给张三、李四两个人,没过户到张三的名下而是过户到李四名下,这个时候张三对甲只有一个债权,李四对甲有一个物权,这个时候不存在物权大于债权的问题,而是李四取得的所有权具有对抗效力,对于所有的第三人包括张三都可以对抗。

第六节 物权特定原则

物权法第六项基本原则是物权特定原则,即物权客体必须特定。该原则有两层含义:第一层含义是作为物权客体的物必须已经存在。如一幢规划20层的楼房在只盖到第五层时开始预售,购房人签订合同,购买的是第十层的房子,这时其享有的是债权,因为房子还没有实际存在。如房子大幅涨价后开发商一屋数卖或者开发商造的是“烂尾楼”,因资不抵债破产,此时,如果将购房人的权利定性为债权,则无法充分保护小业主的利益,为此,《物权法》第二十条规定了预告登记制度,例外地使该债权具有物权的效力。该条第一款规定,当事人签订买卖房屋或者其他不动产物权的协议,为保障将来实现物权,按照约定可以向登记机构申请预告登记。预告登记后,未经预告登记的权利人同意,处分该不动产的,不发生物权效力。物权特定原则的第二层含义是作为物权客体的物必须是特定物。种类物只能成为债权客体而不能成为物权客体。在所有权确认的诉讼中,原告要先证明特定的所有物的存在,否则就无法胜诉。《物权法》第二条第三款指出,本法所称物权,是指权利人依法对特定的

物享有直接支配和排他的权利,其中即体现了物权特定原则的要求。

第七节 物权公示原则

物权法第七个基本原则是物权公示原则。物权公示原则是指物权的存在和变化必须以法定的方式公示出来。为了保护交易安全,从公平的角度出发,为了对抗第三人,必须要求物权公示。物权公示有三个方面的效力。

第一,物权公示具有决定物权变动与否的效力。根据我国《物权法》规定的物权公示方式,不动产物权的公示方式是登记,动产物权的公示方式是交付或占有。物权公示原则体现在《物权法》第九条、第十四条和第二十三条。在大陆法系国家,对物权公示的效力有不同的立法例。具有代表性的是法国法的公示对抗主义和德国法的公示要件主义。根据法国法的公示对抗主义,物权变动不公示不能对抗第三人,在买卖合同中,特定物的标的物所有权自合同成立时转移,种类物自标的物特定化时所有权转移。比如买卖房屋,出卖人和买受人订立合同时所有权就转移了,不是登记与否。如果交付之前出卖人要再卖给第三人并完成交付,买受人就不能对抗第三人。若没有第三人,出卖人要违约是不可以的,因为所有权在双方当事人内部已经转移。公示对抗主义在实践中有很多问题。法国就有这么一个案子,房屋所有人委托拍卖师拍卖房产,拍卖会的现场就设在房屋的一楼大厅,然后竞拍人竞价,在其中一个竞买人出了最高价后拍卖师落槌后,意味着买卖成交。各竞买人在房屋拍卖成交后到二楼看家具,结果人太多楼板塌了,法院判决由刚刚拍卖成功取得所有权的人承担风险。日本也采取登记对抗主义,这是法国法因素在日本法中的重要存在。德国法采取公示要件主义,赋予物权公示以很高的效力。

我国立法与德国法基本相同,原则上采用公示要件主义,但也有几个重要的例外采取了公示对抗主义。《物权法》第六条规定,不动产物权的设立、变更、转让和消灭,应当依照法律规定登记。动产物权的设立和转让,应当依照法律规定交付。该法第九条规定,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,但法律另有规定的除外。该法第十

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。该法第二十三条规定,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。从这些规定中可以看出,物权法采取的是物权公示要件主义。

物权法中规定的例外情况是:一是准不动产即大型交通工具的公示采取公示对抗主义,《物权法》第二十四条规定,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。二是土地承包经营权的转让和互换亦采用公示对抗主义。《物权法》第一百二十九条规定,土地承包经营权人将土地承包经营权互换、转让,当事人要求登记的,应当向县级以上地方人民政府申请土地承包经营权变更登记;未经登记,不得对抗善意第三人。三是地役权的设立。《物权法》第一百五十八条规定,地役权自地役权合同生效时设立。当事人要求登记的,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。四是在建航空、船舶等的抵押。《物权法》第一百八十八条规定,以本法第一百八十条第一款第四项、第六项规定的财产或者第五项规定的正在建造的船舶、航空器抵押的,抵押权自抵押合同生效时设立;未经登记,不得对抗善意第三人。五是浮动担保。《物权法》第一百八十九条规定,企业、个体工商户、农业生产经营者以本法第一百八十一条规定的动产抵押的,应当向抵押人住所地的工商行政管理部门办理登记。抵押权自抵押合同生效时设立;未经登记,不得对抗善意第三人。可见,我国物权法原则上是登记公示要件主义,例外采取的是公示对抗主义。可以说呈现出混合继受的法律特点。

第二,物权公示具有权利推定的效力。所谓推定,是证据法中的名词,指在特定情况下法院认定某种事实状态成立,从而免除或转移证明责任。推定有事实推定和法律推定之分。在确认物权诉讼中,法院应推定公示出来的权利状况是真实的权利状况。相对人如果否定则应举证证明。此种推定是事实上的可以推翻的推定。在不动产确权诉讼中,法院要首先推定登记的权利人是真正的权利人;在动产物权的确权诉讼中,法院要首先推定占有动产的人是真正的权利人。相对人如否认需举出有力的证据。对房屋产权有争议的,起

诉到法院,法院首先就要调查房屋产权登记在哪一方名下,登记在被告名下,就推定被告是权利人,原告要主张房子的产权,就要举证证明,举证不力,原告就应当承担败诉的后果。

第三,物权公示产生公信力,具有保护善意第三人的效力。物权公示之后还具有公信力,对于相信物权公示状态的交易相对人的信赖利益,应当加以保护。如夫妻买房,登记到男方名下。男方将该房屋卖给第三人,女方主张合同无效。此时,如果法院判无效是错误的。因为根据物权公示原则的要求,买房人的义务仅仅是查明房屋所有人是谁,房屋登记在男方名下,我国基于对国家登记制度的信赖就和男方交易,这种对于国家登记制度的信赖应该得到保护。没有公信力的登记制度就不是真正的登记制度。在一些国家如日本的学说中,将物权的公示、公信原则并称为物权法的基本原则,其道理正在于此。物权公示的方式,在不动产是登记,在动产是交付。鉴于不动产的巨大价值,登记制度对于物权法的重要性就不言而喻了。不动产登记法对于物权法的重要意义就相当于民事诉讼法和民法的关系一样。日本、法国、德国在物权法之外都有单行的不动产登记法,因为不动产是最重要的财富。所以在物权法通过之后,马上就应着手起草单行的不动产登记法。是否建立统一的不动产登记制度,登记机关的责任如何承担都是很现实的问题。

动产以交付作为所有权转移的公示方式。直接移转占有在很多时候不符合生活习惯,所以在动产物权的公示上,虽然原则上采用交付作为公示方式,也有几个不需要交付的例外规定,第一种情况是第二十五条规定的简易交付。该条规定,动产物权设立和转让前,权利人已经依法占有该动产的,物权自法律行为生效时发生效力。第二种情况是第二十六条规定的让与返还请求权,动产物权设立和转让前,第三人依法占有该动产的,负有交付义务的人可以通过转让请求第三人返还原物的权利代替交付。第三种情况是第二十七条规定的占有改定,动产物权转让时,双方又约定由出让人继续占有该动产的,物权自该约定生效时发生效力。一个原则有这么多的例外还能算原则吗?交付在动产物权转移过程中的作用微乎其微,是瞬间动作,交付在动产物权中的公示作用不过是聊胜于无罢了,总比没有好。

第八节 物权变动的区分原则

在法理上,引起法律关系变更的事件和行为,是法律事实。行为有两种:一种是法律行为;另一种是事实行为。物权变动也分为两种:一种是基于法律行为的物权变动;另一种是非基于法律行为的物权变动。什么叫物权变动?就是物权的产生、变动和消灭。基于法律行为的物权变动,法律行为有合同和遗嘱,外国还有婚约,但最主要是合同。以下以合同为例分析基于合同的物权变动所引发的法律适用问题。基于合同引起的物权变动往往有两个方面的问题:从合同法的角度,要考虑双方当事人之间合同的效力,从物权法的角度,还要判断标的物的所有权在什么时候转移了。所有基于合同的物权变动都涉及两个层面的问题,第一个是合同法的问题,第二个是物权法的问题,合同法解决合同的成立和生效问题,物权法解决物权的转移问题。正因为一个交易牵涉两个领域法律问题,所以基于合同的物权变动可以说是处于合同法和物权法的十字路口。如交易双方之间订立了一份房屋买卖合同,约定买受人以人民币 50 万元购买出卖人的房子,约定一个月后在买受人交付房款之后过户,但随着房价上涨,出卖人反悔了,拒绝把房屋过户给买受人。买受人诉至法院,出卖人不能以“不动产转让应该登记,不登记没有效力,所以房屋买卖合同没有生效”为由进行抗辩。在未办理抵押登记引发的抵押诉讼中,抵押人不能抗辩抵押合同未登记没有生效。为什么?因为违反了物权变动的区分原则。

什么是物权变动的区分原则呢?所谓区分原则,是指将合同和基于合同而产生的物权变动分别根据合同法和物权法加以考察的原则。合同生效与否只看是否符合合同法的规定,物权变动与否只根据物权法来加以判断,物权变动与否不是合同成立或生效的条件。我国《物权法》第十五条规定了物权变动的区分原则,该条规定,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。举一个例子说明物权变动的区分原则。比

如10月18日有买受人愿意出200元买出卖人的手表,出卖人同意,双方约定到次日下午,一手交钱,一手交货。到了10月19日的交付时间,双方一手交货,一手交钱,一个交易到此结束。这个交易有三个步骤:第一步是10月18日双方就一个手表的买卖达成合意,买卖合同成立。但双方达成合意的一刹那,标的物所有权没有转移,买受人要付的200元所有权也没转移。这个买卖合同只有合同的约束力,不转移标的物所有权,此行为被称为债权行为,也可称为负担行为。假如到了10月19日,出卖人要向买受人交付手表,交付即移转占有,双方通过交接实现了移转占有。在交付的一刹那,作为出卖人,是不是有把所有权转移给你的意思?买受人接过手表的时候是不是也有同意接受所有权转移的意思呢?此时双方不仅有客观上的移转占有,主观上也存在一个转移所有权的合意。这个主客观统一的行为就是物权行为,也可称为处分行为。正是这个物权行为导致了所有权的变动。

同样,付钱的行为也是客观上移转占有和主观上转移金钱所有权的合意的统一体。导致标的物所有权转移的其实不是法律规定,而是由于在交付的瞬间双方达成了物权合意。康德曾说,来自契约的权利,仅仅是一种对人权,它只有经过交付才变成物权。其实导致所有权转移的合意不是因为前面的债权合同,而是因为双方交付时物权转移的合意。所以,要把合同和物权区别对待,合同是合同,物权是物权,合同成立不意味着物权转移。登记或者交付与否不影响合同效力。同样物权没转移,合同也不一定没效力,这就是区分原则。《物权法》第十五条规定了区分原则,合同成立与否和登记与否、交付与否不相关。区分原则本来应适用于不动产和动产的,但我们只在不动产法中有规定,可以说是立法的一大失误。但在法理上,动产物权的变动应适用区分原则,并无太大争议。法学大师、物权行为的发现者萨维尼(Savigny)曾说:“交付是一种真正的契约,因为它具备契约概念的全部特征:它包括双方当事人对占有物和所有权移转的意思表示……仅该意思表示本身作为一个完整的交付是不足够的,因此还必须加上物的实际占有取得作为其外在的行为,但这些都不能否认其本质是契约……该行为的契约本质经常在重要的场合被忽略了,因为人们完全不能把它与债的契约区分开,那些行为常常是伴随而来

的。”我国 1995 年的《担保法》未认识到物权行为的重要性,规定抵押合同从登记时候生效,这一立法的错误现已得到解决。

物权变动区分原则指的是物权行为不影响合同的效力。但我们倒过来考虑,如果合同因为欺诈被撤销或因违法而无效,登记或者交付行为还有没有效力呢?传统观点认为,合同是物权变动的基础,合同不存在了,物权行为也随之无效,而且自始无效。出卖人有权基于所有权请求返还原物,这种思路我们称为有因原则,即把合同当原因,把物权变动当结果,原因无效,结果随之无效,双方应恢复原状。这对交易安全构成巨大威胁。德国法没有采纳有因原则,德国法采取的是无因原则,买卖合同无效,交付依然有效。双方通过返还不当得利来救济。在有因原则下,双方权利义务是不对称的,出卖人可以要求返还原物的所有权,买受人只能要求返还同等金额的不当得利。在无因原则下,双方的权利义务完全对称,都是返还不当得利。没有第三人的时候,这种区分的实践意义不大,但一旦有第三人,这种区分的结果就会大不相同。如甲和乙买卖手表,乙在受领手表交付后又转让给了丁,丁转让给其他人,这是很常见的连环交易。用有因原则来判断会出什么问题?甲和乙的合同无效,交付亦随之无效,所有权还是甲的,所有权有追及力,只要甲有所有权,无论所有权辗转流落到何方,都可以追及物之所在请求持有人返还原物,甲可以向丁和以后的受让人追及手表,这就会严重破坏交易安全和交易效率。正是基于交易安全的考虑,德国法抛弃了有因原则,采取了抽象原则,将物权变动与合同完全区分开来。我国《物权法》继受了德国法的区分原则,但对是否采用无因原则未作规定,只能留待实务去解决这一问题。目前在实践中,已有运用区分原则处理不动产物权变动纠纷的诉讼,但对于无因原则,尚未见到有关的判决。