

北京大学法学院 2011 - 2012 学年秋季学期

物权法笔记

-新年版-

刘凯湘教授 口述

张驰 笔录

33楼 632 宿舍 版权所有

2011 年 12 月

目录	2
引言	8
第一章 物权概述	8
第 1 节 物权的概念和特征	8
(一) 物权的定义	8
(二) 物权的特征	9
第 2 节 物权法律关系	9
(一) 主体	9
(二) 内容	9
(三) 客体	9
第 3 节 客体——物	9
(一) 物权法上的物的特征	9
(二) 物的分类	10
第 4 节 物权的效力	11
(一) 排他力	11
(二) 优先力	11
(三) 追及力	12
(四) 请求力 (物权请求权)	12
第 5 节 物权与债权的关系	12
(一) 物权与债权的相关性	12
(二) 物权与债权的区别	12
第 6 节 物权法的概念、特征和基本原则	13
(一) 物权法的特征	13
(二) 物权法的基本原则	13
第二章 物权的变动	14
第 1 节 物权变动的概念	14
(一) 物权变动的形态	14
(二) 物权变动的原因	15
第 2 节 物权变动的模式	15
第 3 节 物权变动的区分原则	16

(一)	区分原则概念	16
(二)	区分原则的具体内涵	16
第4节	不动产登记	17
(一)	登记的概念与性质	17
(二)	登记的体例	17
(三)	登记的效力	17
(四)	登记的类型	18
(五)	登记簿与权利证书	19
(六)	无需登记的不动产物权变动	20
第5节	动产交付	20
(一)	交付的概念和类型	20
(二)	交付的具体形态 (类型)	21
(三)	特殊动产的物权变动	21
第三章	所有权原理	22
第1节	所有权的概念和特征	22
(一)	所有权的概念	22
(二)	所有权的特征	22
第2节	所有权的权能	23
(一)	占有权	23
(二)	使用权	23
(三)	收益权	23
(四)	处分权	23
第3节	所有权的取得 (方法)	24
(一)	创造 (劳动、生产)	24
(二)	添附	24
(三)	先占	24
(四)	遗失物的取得	25
(五)	善意取得	25
(六)	取得时效	26
(七)	征收与国有化	27
(八)	继受取得	28
(九)	关于货币所有权的取得	28
第四章	共有权	28
第1节	概述	28
(一)	概念与特征	28
(二)	共有的类型	29
(三)	共有的发生原因	29
(四)	共有权的处理原则	30

第2节 按份共有.....	30
(一) 特征.....	30
(二) 按份共有的产生.....	31
(三) 按份共有的应有部分.....	31
(四) 按份共有的内部关系.....	32
(五) 按份共有的外部关系.....	33
第3节 共同共有.....	34
(一) 特征.....	34
(二) 共同共有人的权利.....	34
第五章 建筑物区分所有权.....	35
第1节 概念与特征.....	35
第2节 专有权.....	36
(一) 专有权的概念.....	36
(二) 专有部分的确定.....	36
(三) 权利.....	36
(四) 义务.....	36
第3节 共有权.....	37
(一) 概念.....	37
(二) 共有部分的范围.....	37
第4节 管理权.....	37
(一) 性质.....	38
(二) 权利内容.....	38
(三) 管理组织.....	38
第六章 相邻关系.....	39
第1节 概念与特征.....	39
第2节 相邻关系的类型.....	39
(一) 相邻的用水、排水关系.....	39
(二) 相邻的土地通行使用关系.....	40
(三) 相邻的地界关系.....	40
(四) 相邻采光、通风、音响关系.....	40
(五) 相邻环保关系.....	40
(六) 相邻防险关系.....	40
第3节 处理相邻关系的原则.....	41
第七章 他物权概述.....	41

第1节 概念与特征.....	41
第2节 他物权的体系.....	42
第八章 地上权	42
第1节 建设用地使用权.....	43
(一) 概念与特征	43
(二) 设立	43
(三) 内容	44
(四) 建设用地使用权与地上建筑物之间的关系.....	44
第2节 宅基地使用权.....	45
(一) 特征	45
(二) 内容	45
第3节 土地承包经营权.....	46
(一) 特征	46
(二) 取得	46
(三) 内容	47
(四) 消灭	47
第九章 地役权	47
第1节 地役权的特征.....	47
第2节 地役权的设定.....	48
第3节 地役权的内容.....	49
第4节 地役权的转让.....	49
第5节 地役权与相邻权的关系.....	49
第十章 典权与居住权	50
第1节 典权的概念与特征.....	50
第2节 典权的设立.....	51
第3节 典权的内容.....	51
第4节 典权的效力.....	52
第5节 居住权.....	52

(一) 居住权的概念与特征	52
(二) 居住权的设立	53

第十一章 抵押权53

第1节 担保物权概述	53
(一) 担保物权的特征	53
(二) 关于反担保	54
(三) 关于数种担保共存时选择权的问题	55
第2节 抵押权的概念和特征	55
第3节 抵押权的取得与登记	56
第4节 抵押权的效力	56
(一) 对主债权的效力	56
(二) 对抵押财产的效力	57
(三) 对抵押权的效力	58
(四) 对抵押人的效力	59
(五) 对其他权利的效力	60
第5节 抵押权的实现	60
第6节 几种特殊的抵押权	61
(一) 浮动抵押	61
(二) 最高额抵押	61
(三) 工程款的优先受偿权	61

第十二章 质权62

第1节 质权的特征	62
第2节 动产质权	62
第3节 权利质权	63

第十三章 留置权64

第1节 留置权的特征	64
第2节 留置权的产生	64

第十四章 占有65

第1节 占有的概念	65
-----------------	----

第 2 节 占有的类型.....65

第 3 节 占有的效力.....65



• 推荐教材：

- ✓ 魏振瀛《民法》
- ✓ 钱明星、崔建远的著作
- ✓ 梁慧星陈华彬《物权法原理》
- ✓ 王利明《物权法论》
- ✓ 杨立新《物权法》
- ✓ 台湾谢在全《物权法论》
- ✓ 王泽鉴的著作

• 物权法体系

物权法较债权法等而言较为单一，以《物权法》为主。物权法与国家具体情况联系较债权法更为紧密，与国家的经济政治制度相关。物权法的学理本身较为艰深一些。

物权法的体系大体如此：

- 1) 物权法总论，物权法的性质、功能、原则，物权的概念、特征、关系；
- 2) 自物权，即所有权、共有、建筑物区分所有权等；
- 3) 他物权，用益物权和担保物权；
- 4) 准物权，即特许物权，不具备物权的典型特征，但同样属于财产权利、类物权，往往需要特许程序才能获得，如采矿权，狩猎权，取水权；
- 5) 占有

第一章 物权概述

物、物质、财产，是人类生存的基本条件。在满足基本生存需要之后，剩余财产出现。财产的你我之分是人性使之然，可以刺激人们创造新的财富的欲望和能力，促进人类文明的发展；避免财产归属不明，防止纠纷。

物权法有两大基本功能：1) 定纷止争，物归其主，解决归属的问题；2) 物尽其用，解决利用的问题。最大限度利用物的使用价值交换价值，满足人类的需求。物尽其用的前提是物归其主。这是物权的必要性。

物权，首先是对物之权，解决归属的状态性质。债权是对人之权，直接指向一个人，是一个请求权。物权赋予权利人完全按照自己的自由意志支配物的权利。物权的核心是支配权，债权的核心是请求权。但物权法调整的不是人与物的关系，而是人与人的社会关系。表面上是人与物的关系，人对物的支配，实质上是排除其他人对物的权利，是人与人之间的关系，物权法律关系中的权利人与义务人之间的关系。

第 1 节 物权的概念和特征

(一) 物权的定义

物权的定义如其他法律权利一样有许多说法。通说如《物权法》规定——第三条：“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，包括所有权、用益物权和担保物权”。

(二) 物权的特征

1) 支配性。

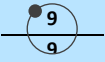
物权的支配性对应于债权的请求性。所谓支配就是权利人能够把自己的意志自由地作用于物之上。

2) 绝对性。

物权的绝对性对应于债权的相对性。所谓绝对就是权利对抗除我之外的任何人，即对世权。债权是对人权，效力止于特定的当事人。物权法律关系中权利主体是特定的，任何人都是义务主体。

3) 排他性。

物权排除其他人对该物的支配以及侵害，物权通常不具有兼容性。“一物一主”是物权法的基本原则。一个标的物之上则可以同时存在若干债权。刘教授第一天签合同把杯子卖给钱教授，第二天签合同卖给潘教授，这两个合同都是有效的，债权不具有排他性。



第2节 物权法律关系

民事法律关系有三要素，主体、内容、客体。

(一) 主体

权利主体是特定的。不是所有人都可以取得所有物权，某些物权只能由特定的人或团体取得，尤其是所有权。如矿产资源等只能属于国家，土地只能属于国家或者农村集体经济组织。我国实行土地公有制，排除个人土地所有，世界上这么规定的还有朝鲜、古巴。说明物权法与国家的经济政治制度有关系。义务主体是不特定的，其他任何人都是义务人。

(二) 内容

物权的核心内容是支配，排除其他人的干预的支配。通过占有、使用、收益、处分四种权能保证。物权的义务的内容通常是不作为。

(三) 客体

客体是权利义务共同指向的对象载体，不同法律关系有不同的客体。物权法律关系的客体是物本身。物权法上的物是纯粹法律意义上的物。

第3节 客体——物

物和行为是民事法律关系最主要的客体。物与财产既有联系又有区分。有的东西是物不一定是财产。随着社会的发展物的范围也不断扩大。

(一) 物权法上的物的特征

1) 有体性。

物权法上的物一般是有体物、有形物，一般看得见摸得着，在物理学上占据一定的空间。空气是不是物，这个可以讨论。现代物权法将固态、液态、气态的物体都称为物。如何理解物的有体性，这个有争议的。物

一般是能够为利用的有价值，能够满足人类的某种需要，总体上范围不断扩大。

2) 独立性。

能够独立地存在、占据一定空间，物能从其他物中独立地区分出来。一栋楼能从其他楼中独立出来，一间房能从这栋楼中独立出来。独立是相对而言的。

3) 单一性。

单一性与独立性有一定关联，独立性是与其他物的分离，单一性更强调每一个物单一存在的价值。每一个物都是单一的。买了100本书，在这笔交易中每一本书都是独立的，要发生100次所有权转移。还有复合物、聚合物的情况：任何一个物有单一的价值，可以成为一个物权的客体，为了交易的方便将若干单一物聚合进行交易，但其中的每一个物仍可以单一进行交易。复合物、聚合物是不是客体的物可以讨论。传统上的单一性有一定的变化，有新的含义，有原则的例外。再如买一双鞋，其中的一只鞋有没有单一价值呢？通常而言只有一双鞋才有价值。

4) 特定性。

在某一个时点上物的归属是确定的，确定是某一个具体物。而债一般没有特定性。没有被特定的物只能成为债的法律关系的客体，债权确立时物是否存在、是否特定并非必须。也有例外，如抵押权是担保物权，采取浮动抵押。

这些特征并非法律规定，而是学理上的归纳与实践中的经验。

(二) 物的分类

物的分类也是学理上的归纳，有的分类十分重要。

1) 不动产与动产

最重要的分类。这一概念借鉴了经济学上不变资本与可变资本的概念。《物权法》第二条：“本法所称物，包括不动产与动产”。不动产与动产区分的标准是它能不能动，能不能改变它的地理位置。典型的不动产是土地和建筑物。通常而言不动产都是价值巨大的财产。不动产以外的物是动产。立法上有的物体介于动产和不动产之间。如轮船、飞行器、机动车。不动产一般登记才发生物权变动。登记才能对抗第三人。不动产包括土地房屋，土地附着物，土地上的林木，在土地下的矿产资源，土地上的庄稼。

2) 主物与从物

从主从关系上分类。主物是独立存在的，从物依附于主物而存在，它的价值通常而言依附于主物存在。读物与主物分离则其价值难以体现。比如手表的表盘是主物，表带是从物，自行车的铃铛是从物，电视机遥控器是从物。主从物涉及物的归属问题。权利人处分主物，一般及于从物，除非约定优先。

3) 可分物与不可分物

根据一个物是否可以划分进行分类。这是从观念交易意义上而不是物理意义上的。手表、汽车一般是不可分物。处分不可分物时，只能归属于一个人，可分物可以归属多个人。没有分到实物的可以进行价值分割。

4) 原物与孳息（物）。

根据物之间的产生、生成关系的分类。有孳息才能进行这种分割。孳息是根据原物的物理属性或法律属性而增加的物。形成有两种，基于自然属性的和基于法律属性，主要是法律行为的。比如苹果树产生的苹果。区分原物与孳息物主要涉及归属问题。根据《物权法》116条规定，天然孳息基本原则是孳息随原物，当事人另有约定的除外。用益物权与所有权不一致，归属于用益物权人而不是所有权人。比如牛与牛黄，出售后发现该牛有牛黄，归购买者所有。法定孳息，归属首先看约定，没有约定看交易惯例。法定孳息，如利息、股息、租金等种类很多。《合同法》规定自然人之间民间借贷没有规定有无利息或规定不明，视为无息。企

业之间，一般视为有息。

5) 特定物与种类物

作为物权客体的物本身具有特定性，将物分为特定物与种类物是与债权法有关的一种分类，特定物是不可替代的、独一无二的，一种是诸如各种文物、画作等，另一种大部分是从种类物中特定出来的。意义在于：

- ①特定物在履行的时候只能交付特定物，特定物灭失会导致履行客观不能，无法强制履行，只能赔偿损失；
- ②对于确定物的移转有一定的意义。特定物看是否约定所有权移转。特定物可能未交付就移转，风险一般不跟所有权而是跟交付，交付前风险归所有权，交付后风险跟买方。如购买家具，尚未运回时家具毁灭。

6) 流通物、限制流通物与禁止流通物

流通物是指任何人都有可能成为其所有权人，限制流通物规定某些主体才能成为其所有权人，或某些人之间才允许流通。禁止流通物是禁止流通的。经济发达的国家，几乎没有禁止流通物，很少有限制流通物。这个标准能体现经济的发达程度。但最发达的国家也有禁止流通物。如毒品在任何国家都属于禁止流通物。枪支、刀具在我国基本上属于禁止流通物，在我国粮食曾经是限制流通物。我国的国家控制的物现在剩下九个大类。限制流通物、禁止流通物如果流通，一般无效，常常追究民法上的责任。国有土地使用权属于限制流通物。

第4节 物权的效力

(一) 排他力

排他力有两个含义。

- 1) 在一个物上形成了一个物权，就在该物上绝对排除其他的物权。物权的这种效力上升为物权法的基本原则，一物一权原则。“一物一权”，不是所有的物权，而是仅限于所有权，不包括他物权，一个物上可以有多个他物权，用益物权和担保物权。如一个物上可以有多个抵押权，这个法律上没有限制。用益物权如农民的土地承包经营权，权利人可以转包、出租、抵押。由于所有权在物权中的核心地位，“一物一权”上升为物权的基本原则。
- 2) 一旦形成了一个物权，就排除其他人对这个物权的侵害、干扰，物权可以支配。

(二) 优先力

有比较才有优先。优先力有两个角度

1) 解决物权内部的效力问题，物权之间的优先力

如甲乙银行对房屋都有抵押权，债务人无法向二者清偿债务，房屋变卖又无法完全清偿，则已登记的优先于未登记的，先登记的优先于后登记的。

2) 解决物权与债权的关系问题

在同一个物上既有物权又有债权，物权优先于债权受法律保护。这是真正意义上的优先力的法律体现。甲签协议将房屋卖给乙，未交付即将房屋卖给丙并交付，物权优先于债权。丙受物权的保护而乙受到债权的保护。但是这也不是绝对的，有例外。如甲将房屋租给乙为其五年，履行第二年时丙欲买，甲可以将房屋卖给丙。但这个时候不可要求乙搬出房屋，而是丙自动变成乙的出租人。买卖不破租赁，即租赁权的物权化，具有某种程度上的对抗力，这个时候债权优先于物权。为了保护居者有其屋而特别设立这一规定。承租者有两个特权，优先购买权和买卖不破租赁。现在这种规定有所质疑。这种规定最初见于法国民法典，出租人多为资本家大财主，为了保护贫苦人民的利益设立这种规则有其进步意义。现在这种特权不一定有现在的存在

…为什么 2011 年还没进入状态呢，就结束了…

价值，刘教授也如此认为。

(三) 追及力

追及力是指物权通常在所有者的控制之下，即使物到了世界上的任何一个角落，物权均可追及地发生效力。我国物权法规定，抵押人处分抵押物，将抵押物卖给第三人，需要征得抵押权人同意。刘老师认为这种规定没有意义，过分严格地限制了所有权人的权利，不合理。所有权人当然有权利处分自己的财产，但无论物流转到哪儿，抵押权人对抵押物都有追及力。

12

(四) 请求力(物权请求权)

物权基本上是进攻性的、积极的、扩张的权利，物权请求权基本是一个防御性的权利。通常有三种请求权：

1) 返还请求权

当物被他人非法占有时，物权人可以要求返还，使物回归到物权人的控制之下，使物权回归到圆满状态。

2) 妨害排除请求权

如果他人对自己的物权行使造成了妨害，可以要求放害人排除。如在北大东门修建垃圾场，损害不动产所有权中的通行权，可以要求排除。再如影响采光。

3) 妨害预防请求权

可以在妨害尚未形成即将形成时要求停止。

4) 损害赔偿请求权

这个不一定属于物权请求权，物权请求权只包括前面三种，这个实际上是债权请求权，但可以归入债权的保护范围内。物权请求权不以过错为前提，不以享有物权为前提，通说而言不应当受到时效限制，或时效限制应当远远长于债权请求权。但刘老师认为这既不符合诉讼时效，也不符合诚实信用原则。

第5节 物权与债权的关系

(一) 物权与债权的相关性

- 1) 他们都是一种概念，是法学抽象的结果，但同时直接表现为立法语言，直接服务于司法。
- 2) 在社会生活中，债权往往是取得物权的手段，物权往往是获得债权的前提基础。相互依存，相互转化。如欠钱不还，以房屋产权、股权等形式进行补偿。

(二) 物权与债权的区别

1) 权利性质

物权是支配权，债权是请求权。支配权可以将意志直接作用于物之上，请求权可以请求他人为一定行为。

2) 权利发生原因

物权的发生，物权法定原则。物权的发生是法律上的规定，不能根据意志创设物权。什么是所有权、抵押权、地役权，都是法律的规定，根据法律规定才能获得物权。不能创设物权。而债权则是根据意思自治产生的，根据约定、合同。

3) 效力范围

物权是对世权，对抗自己以外的任何人。债权是对人权，效力不能及于第三人。债权是相对权，有债的

相对性原理。

4) 期限性

通常而言，债权都是有期限的，只在一定期间之内有效力。未规定借款期限的合同，义务人有义务随时履行义务，权利人有权随时要求义务人履行义务。物权是绝对权，原则上是没有期限的。当然期限性本身具有相对性，不是绝对的，有例外。物权的期限性是由法律规定的，有些规定了例外。如住宅用地的国有土地使用权是个用益物权，期限为70年，林地、宅基地使用权等位30年到70年不等。国家规定宅基地使用权70年，到期之后自动续期。其他用地应该与国家土地管理部门协商。

第6节 物权的概念、特征和基本原则

(一) 物权的特征

物权法是民法的一个分支，民法的各分支都自成体系，内容繁多。物权的特征如下：

1) 财产性

物权法是一个财产性的权利，只涉及财产权利，是一个财产法。财产在现当代社会中不可避免地与人格相关联。

2) 强行性

物权法更多地体现强行性，意思自治的色彩较债权法弱很多，债权法较为强调意思自治，而物权法强制性较强，很多不得根据自由意志改变。

3) 公共性

体现公共政策、政治体制，比如我国的基本土地制度、政策，体现国家的经济政策、分配制度等，与一个国家的现行政策相吻合。我国物权法起草过程中，根据民事主体划分为私人所有权、法人所有权、集体所有权还是划分为私有制、集体所有制、国家所有制曾引起讨论。前者较为科学，但最后意识形态的力量强于立法的科学性。但国家所有权难道是物权法解决的问题么，物权法是一个民法，国有财产的划分应该交给经济法范畴，但它被加在物权法中。

4) 固有性

物权法固有化、本土化，而债法更多的体现国际的相同性、借鉴性、移植性。法律是滞后、保守于社会改革的成果。但不是法律的落后性。

(二) 物权法的基本原则

民法有其基本原则，它自然适用于物权法，但是民法的各分支也有其自身的基本原则，物权法有其自身的原则。

1. 一物一权原则

一物之上只能存在一个物权，而不能存在两个以上的物权。有几点需要注意：

- 1) 如何理解“物”，这个物指的是独立的、特定的物，在独立的、特定的物上才能存在物权。原则上在集合物、聚合物上是不能形成物权的。有十个杯子，就有十个所有权，而不是一个所有权拥有十个物。
- 2) 如何理解“权”，这个权一般只限于所有权。只是说一个物上不能存在两个所有权，至于他物权，则可在一个物上。如一个物可以抵押多次。
- 3) 一物一权与共有的联系共有的拥有一个物权而不是几个物权。

2. 物权法定原则

债权意定，物权法定。物权的种类和内容只能由法律直接规定而不得由当事人创设。

1) 物权法定的内涵

① 类型法定（类型强制）

一个国家中，民事主体能享有哪些物权，由法律直接规定，如果法律没有规定这么一项物权，那么就不存在那么一项物权。合同法只规定了十五种有名合同，其他的合同则可以推定，同样具有效力，可以类推适用。但是物权不是这样，法律规定则有，未规定则没有。比如典权，还没有获得法律的承认。因为物权的效力很强，需要让人们能够进行预期。

② 内容法定（内容强制）

不能超越法律规定的内容。

2) 物权法定原则的例外

① 类型强制方面

立法难以穷尽所有的民事生活。

② 内容强制方面

如国际货物买卖，如果涉及专利、秘密等，出卖人往往限制受让人的转让权。赠与限制收益权等。这些并不违反物权法定原则

③ 物权法定之缓和

物权法定一定程度上背离私权的自治原则，有人提出物权法定应当废除，实行意思自治，也有人认为物权法定可以缓和，应当坚持，也允许有例外。我国《物权法》第五条：“物权的种类和内容，由法律规定”，是严格的物权法定主义，这是不合理、不科学的。刘老师认为这一条可以保留，但根据交易惯例和诚信原则，符合物权法基本原则的可以有例外。

3. 公示公信原则

物权的任何变动，取得消灭改变更改，得丧变更都应公示公信。

1) 物权的变动应当广而告之，公示之。

2) 一旦公示了，就必须产生一个公信力。不能怀疑、否定公示所产生的公信力。

第二章 物权的变动

物权的变动单独成章，它在体现物权的基本原则、基本特征方面十分显著。在《物权法》上为第二章，物权的设立、消灭。

第 1 节 物权变动的概念

物权变动就是物权的取得、变更和消灭。

(一) 物权变动的形态

物权的变动：得丧变更。

1) 取得

物权的取得也称为物权的创设。

2) 变更

已经创设的物权在不同主体之间、内容、客体方面的变化都称为物权的变更。

3) 转让

学理上讲转让其实是发生变更的一种原因，是最主要的原因。我国物权法把转让单独列出来。彰显转让这种物权主体的变化是物权变化中最重要的一种原因。

4) 消灭

物权法律关系的丧失、终结。如把苹果吃掉。

(二) 物权变动的原因

物权与债权不同，是绝对权，物权的变动需要使外人知晓。物权变动的原因包括两个大的类型。

1) 基于法律行为产生的物权变动

法律行为是以意思表示为核心要素的一种法律事实。如买卖是一种法律行为产生的物权变动。

2) 非基于法律行为的物权变动

基于事实、事件、继承、判决、政府行为等。如将手表抛弃、人死后手表由子女继承、政府征地等。

第2节 物权变动的模式

在所有国家，尤其是在大陆法系国家，无论是不动产还是动产，判断物权变动基本的标准、规则是什么？在不同国家，在大致相似的立法规范中，形成了不同的典型类型的立法例，不同的模式。大致分为三种，主要涉及基于法律行为产生的物权变动。

1) 债权意思主义立法例

债权是一种原因行为，由于设立物权的债权行为的出现而导致物权的变动。是否发生物权变动看合同。采用这种立法例的主要是法国民法典，也称法国式的物权变动模式。

2) 物权形式主义立法例

产生物权的变动，无论是动产还是不动产，并非一个合同、一个债权行为就能产生物权变动，物权变动真正的唯一的原因是当事人进行了一种行为，这种行为叫做物权行为，债权行为是否成立、是否生效都不影响物权的变动，只要发生了物权行为就是物权的变动，必须经过了物权的形式。物权是否变动看物权行为。德国民法典是这种立法例的创立者，也称德国式的物权变动模式。

3) 债权形式主义立法例

是一种折中的立法例。发生物权变动需要两个条件同时具备，第一是债权行为，这个与物权形式主义不同，物权形式主义主张物权的无因性。第二是履行债权效力的行为、形式，结合起来才能产生物权变动。是以瑞士民法为代表的。

日本民法典主张不动产物权变动不需要登记，可以登记，如果登记对抗任何第三人，但登记不是产生物权变动的必要要件。在物权形式主义中，登记是生效要件。日本采用登记对抗主义而不是登记生效主义，这也是一种折中，是物权登记主义立法例，但很难成为一种独立的立法例，法国民法典中其实也有登记制度。

张三将房屋卖给李四，货款已付，尚未登记，李四三年不入住，王五见状向张三购房，张三遂将房屋卖

…为什么 2011 年还没进入状态呢，就结束了…

给王五并进行登记。后李四要求张三交付房屋，张三退款但无法交付房屋，王五认为自己已登记获所有权。这种情况根据不同的立法例就有不同的判断。

债权形式主义使得物权变动变得更加复杂，不过也更加利于保护交易安全。

我国采用的是何种立法例？众说纷纭，莫衷一是。

第3节 物权变动的区分原则

物权是否产生了变动，仅仅从债权、合同是否成立判断，仍然混淆了物权与债权的区分，在实际生活中也有一些疑问。还是要区分物权行为和债权行为，债权行为不能当然地产生物权变动。区分到什么程度，德国法区分的最为彻底，承认了物权的独立性以至于无因性。我国区分到什么程度，从《物权法》的规定来看：

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，但法律另有规定的除外。

第二十三条 动产物权的设立和转让，自交付时发生法律效力，但法律另有规定的除外。

第9条明确表示，登记才能产生物权变动，登记当然不是一个债权行为。这显然是一种登记要件主义，登记是物权变动发生效力的必要要件。这个意义上更加接近于物权形式主义。

我国同时还规定了物权变动的合同。

第十五条 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。

对合同加以规定，有两个基本价值：①未办理物权登记的，不影响合同效力，反推过来，债权行为有效，并不必然导致物权变动，更突出了区分债权行为和物权行为；②物权行为和债权行为是有很强程度的关联性的，物权行为不是无因的，并不是说只要登记了一定产生物权变动，没有登记一定不产生物权变动，某些情况下债权行为会对物权行为效力产生影响。这也是第九条但书的作用

因此根据主流学说，我国的物权法更接近与德国式的登记要件主义，采用了登记要件主义，但是我国并不承认物权行为的无因性，我国仍然把物权行为与债权行为进行某种程度上的关联。

承认不承认物权行为的无因性，在学理上是很有价值的，在实践中有没有价值，还是有一定的意义的。如果只承认独立性和无因性，则判决买卖合同无效之后，并不会直接导致物的所有权的回复，还需要一个回复之诉。

(一) 区分原则概念

要区分物权行为和债权行为，不能把物权法和债权法混为一谈。我国采纳了区分原则，体现在第十五条。

(二) 区分原则的具体内涵

区分原则的内涵有三层含义

- 1) 物权变动要区分导致物权变动的原因行为和物权变动的结果行为。原因行为也成为基础行为，指的是债权行为，也称负担行为；结果行为是结果行为；
- 2) 原因行为的成立或效力不直接导致物权的变动。第十五条核心意思即是如此；
- 3) 分别判断规则，原因行为的效力和结果行为的效力分别按照各自的法律规则做出判断。合同是否有效根据合同规则，登记行为是否有效根据登记行为规则。

这三层含义从三个角度说明在物权变动之中有两个行为的结合，债权行为和物权行为，物权行为在不动产中

是登记行为，在动产中是交付行为。物权行为无效不导致原因行为无效，原因行为无效并不导致物权行为无效。总之不承认法国式的债权意思主义。

第4节 不动产登记

前面所讲归根到底是因为物权是一个对世权，需要公示，公示有两种主要方式，不动产以登记为公示方式，动产以交付为公示方式。

(一) 登记的概念与性质

登记机关通常是公法上的法人、组织。有的国家登记机关就是行政机关，有的不一定。

所谓登记，是指将登记所需的事项按照法律规定以文字方式记载于登记机关要求的登记簿上的行为。登记制度最开始是服务于保护私权利的，是公权力服务私权利创设的一种制度。登记制度起源于英格兰的土地登记。在公权力过分强大时，登记制度比较繁琐，这可能可以更好地保护交易安全，也有可能转化为登记机关创收的手段。我国应当弱化登记效力。但另一个方面，在交易关系越来越复杂的情况下，有些登记还是需要的。

有两个问题可以讨论。

- 1) 登记究竟是一种公法上的行为还是私法上的行为呢？它类似于一种私法行为与公法行为的结合。既非单纯的民法上的法律行为，也非单纯的公法行为，尤其是涉及公民权利的登记。
- 2) 登记行为的效力究竟如何，私法上的权利需要公法上的登记来赋予么？权利其实不是由登记来赋予的，登记起一个公示的作用，赋予公信力、对抗力，它不是创设物权而是表彰权利。这个“表彰”是彰显的意思。有些公法学者认为这些登记行为是直接创设民事权利的，这个可以探讨，根据某些法律规定，登记不但赋予公信力、对抗力，还对物权效力产生影响。

(二) 登记的体例

不同国家对于登记的体例、立法态度，大体有三种立法例：

1) 契约登记立法例

法国民法典的立法例，登记的不是物权，而是一项债权。

2) 权利登记立法例

德国法的立法例，登记的不是对人权的合同，而是一项合同。我国原来《担保法》规定抵押合同自登记之日生效，这个就是错误的理解。

3) 托伦斯登记模式

英美法系澳大利亚采用的立法例。不动产登记是意思自治，不是强制的，如果想进行物权的处分、变动，也不必登记，政府提供登记，登记后取得对抗效力。

我们国家采用的是权利登记，但我国的权利登记进行的是实质审查，需要进行实质查实。

(三) 登记的效力

与原因行为的效力与物权行为的效力互不影响的理论相关。效力有三：

1) 决定物权是否变动

只登记才能发生物权变动的效力。只有登记行为才能决定、判断物权行为是否发生了变动，某种意义上是唯一的判断依据。是最基本的效力，狭义上的登记效力。

2) 权利正确推定效力

一项不动产的物权，尤其是它的归属，在没有相反的证据的情况下，唯有登记簿上的登记事项、内容才能作为推定谁是权利人的唯一的依据。这个效力主要是解决当一个物上有数个主体都主张物权时，推定谁为真正权利人。

3) 善意取得与风险告之（知）

如果名义上登记的权利人并不是真实权利人，将物权处分给第三人，与真实权利人产生争议，第三人责任以此为限，不承担这种交易风险，应由登记的权利人承担责任。登记的权利人有可能被推翻，但登记的仍有公信力。

（四）登记的类型

1. 初始登记

一项不动产第一次的权属登记，又称为总登记。通常由原始取得不动产的人进行登记。如农村土地承包的第一个承包人，建设用地的第一个获得使用权人。一个不动产经过初始登记第一次明确了归属，但并不是说不动产没有经过初始登记，它的权属就不能明确确定。这时应当根据事实确定。

2. 更正登记

原来发生了登记错误，进行更正的为更正登记。更正登记有两种类型：

- 1) 权利人的更正，即对于权利人是谁的更正。
- 2) 权利人以外的内容更正。

注意两个问题：

- 1) 如果是登记机关自己的失职导致的登记错误，并且因此给权利人造成了损失，《物权法》规定：

第二十一条 当事人提供虚假材料申请登记，给他人造成损害的，应当承担赔偿责任。

因登记错误，给他人造成损害的，登记机构应当承担赔偿责任。登记机构赔偿后，可以向造成登记错误的人追偿。

当事人提供虚假材料申请登记，并因此给他人造成损害的，应当承担赔偿责任；因登记错误给他人造成损害的，登记机构应当承担责任，赔偿之后可以向其他责任人追缴（代位求偿）。登记机关实行的是实质审查，理应承担这种责任。这种情况在现实中，尤其是土地问题上，一点都不罕见。赔偿制度可以很大程度上遏制这种公权力形成的错误，并为受损失的人提供较为可靠的救济途径。

当国家机关向其他责任人提出代位求偿时候，是按照民法的规则还是国家赔偿法来办？依国家赔偿法，赔偿范围只限于实际损失，不赔偿精神损害等，但是取证方面采取举证倒置，较当事人有利。

第 19 条第一款的“权利人”“利害关系人”作何理解？第 19 条：“权利人、利害关系人认为不动产登记簿记载的事项错误的，可以申请更正登记”。权利人，一般即是登记簿上登记的权利人，权利人进行的更正登记一般应当是内容变更，当然也不排除权利人的更正，比如婚姻法修改后对房产登记的更正。利害关系人，指登记簿上记载的权利人以外的任何有利害关系的人。通常以权利人的更正为主。权利人登记错误，不外乎两种原因，其一权利人提供虚假材料登记，其二登记机关工作失误。损失以这种更正登记产生为多。

3. 异议登记

《物权法》第 19 条第二款规定：

不动产登记簿记载的权利人不同意更正的，利害关系人可以申请异议登记。登记机构予以异议登记的，申请人在异议登记之日起十五日内不起诉，异议登记失效。异议登记不当，造成权利人损害的，权利人可以向申请人请求损害赔偿。

在现实中，更正登记不能解决所有问题，更正登记通常也是很困难的，可能登记机关不同意或权利人不同意进行更正登记。如果登记机关有证据认为的确更正错误，也应当进行登记。但登记机关的查证需要一段时间，当申请更正登记产生异议时，包括权利人、利害关系人、登记机关对是否应当进行变更存在异议，利害关系人可以办理异议登记，一旦办理了异议登记，权利人就不能对不动产进行处分。异议登记本身并不表明权利人是谁，不需要查实。异议登记后，一段期限之内需要确定、起诉，否则自动失效，异议登记不当造成权利人损害的可向申请人请求赔偿。这个赔偿责任与登记机关无关，异议登记不存在错误的问题。这些规定用来防止恶意的异议登记。

4. 涂销登记

我国物权法没有规定涂销登记，但实际上有。涂销登记是登记机关依据职权对登记簿上记载的事项进行涂销，使原有的登记失去效力。变更登记，会将原有的登记事项涂销并填写新的内容。涂销登记保留了不动产从初始登记开始的权属状况，登记簿不会经常更换。为什么在立法上看不到涂销登记？从立法例上看，涂销登记是一个记载过程，而不是一种独立的登记类型。

5. 预告登记

《物权法》第 20 条规定：

第二十条 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。

预告登记后，债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起三个月内未申请登记的，预告登记失效。

预告登记与我们国家的按揭制度、预售制度等有关，其他国家有的并没有预告登记。预售制度是政府与开发商勾结的结果，风险很大，是房地产市场泡沫。开发商有可能一房二卖、一房多卖，这样开发商即是进行了赔偿仍有更多的利益。买受人的利益就无法保证，因此有预告登记制度。进行过户登记之前可以进行预告登记，出卖人不得将不动产转让他人。

注意以下几点：

- 1) 预告登记的适用情形在远期交易，现房交易不适用于预告登记。
- 2) 预告登记不是强制性的，不是正式登记的前置程序。
- 3) 预告登记的效力，一旦进行了预告登记，出卖人对不动产的处分必须经过预告登记权利人的同意，不经同意处分则处分无效，不得以善意取得等抗辩。效力在于限制出卖人的处分行为。
- 4) 预告登记后，债权消灭或自能够进行不动产登记之日起三个月未申请登记的，预告登记自动失效。原来的出卖人再次为处分行为就不再产生无效的效果了，预告登记人自己承担风险。为了防止预告登记导致的权利人长期悬而未决的状态。预告登记只是临时性的保护，不是一劳永逸的保护。预告登记从法律上承认了商品房预售行为，我国法律允许预售，有一定的问题。预售自然有其价值，但它是一个杀贫济富的行为，正是预售导致了人们买不起房。

(五) 登记簿与权利证书

不动产登记，登记机关要设置登记簿，现在有的已经电子化，同时会给权利人发一个权利证书房产证。人们的观念是认可权利证书，很少有登记簿的概念。但物权的创设不是权利证书产生的，它只是个凭证，是个产权证

书，不是个设权证书。通常而言登记簿上记载的事项与权利证书应当是一致的，但可能有登记簿上记载的事项与权利证书上的事项不一致。这种情况在西方国家很少见到，因为他们没有房产证。

我国《物权法》第 14 条规定：“不动产变动的时间点以登记簿为准”；

16 条：“不动产登记簿是不动产归属、内容的依据，不动产登记簿由登记机关管理”；

17 条：“不动产权属证书是不动产权利人权利的证明，应当与登记簿一致，不一致的，除有证据证明登记簿错误外，以登记簿为准”。

（六）无需登记的不动产物权变动

这是个物权法的规定。这些是不动产登记原则的例外，由法律直接明文规定。有以下情形不需要登记能够产生物权变动：

1) 国家对于自然资源的所有权

第 9 条第一款规定了登记原则，第二款就规定依法属于国家所有的自然资源可以不经登记。有的也可以办，如国有林地的所有权。

2) 公法行为导致的物权变动

基于法律判决、仲裁机构裁决、政府的征收等导致的不需要登记，自公法行为生效时即产生物权变动。《物权法》第 28 条规定，因人民法院、仲裁委员会的法律文书或者政府的征收决定等导致物权设立、变更、转让或者消灭的，自法律文书或人民政府的决定生效时发生物权变动。

3) 因为继承法，继承、遗赠行为发生的物权变动

第 29 条规定，因继承或者受遗赠取得物权的，自继承或者遗赠开始时发生变动。继承或者遗赠什么时候开始，根据继承法的规定进行。在被继承人死亡后继承开始变动前，继承、遗赠的财产由所有继承人临时共有。

4) 因事实行为产生的物权变动

因事实行为导致的物权行为，自事实行为成就之日起产生物权变动。如自建房屋。

《物权法》第二章第三节“其他规定”中，第 31 条：“依照本法第二十八条至三十条享有该物权处分该物权时，依照法律规定需要办理登记时，未经登记不发生效力。”这种情况应当为两次登记才能产生物权变动。如自建房屋需要进行初始登记然后进行变更登记。

5) 宅基地物权的取得

6) 地役权的取得

7) 土地承包经营权的取得

概括地说，无需登记的三个大的类型就是：①国家对自然资源的所有权，主体只是国家，对象只是自然资源；②物权法第二章第三节规定的三种特殊情形；③三种特殊权利类型的物权，登记不是必要要件，登记可以产生对抗效力。

第 5 节 动产交付

不动产的更替是登记，动产则是交付

（一）交付的概念和类型

交付是对物的实际控制状态的一种移转，有的用“管理”一词。通常而言，控制、管理都以占有为前提。基

本规则是交付转移所有权，同样移转风险，同时也有一些例外。随着经济的发展，交付方式逐渐多样化，典型意义的交付成为现实交付，有时候并没有现实中发生交付但法律上同样认为已经完成交付了，产生动产变动的效果，称为观念交付。

（二）交付的具体形态（类型）

1) 现实交付

2) 简易交付

指不需要进行控制状况的移转，因为买受人已经实际占有了动产，自买卖合同成立生效时已经完成了交付。在简易交付的场合一般不必为现实交付。

3) 指示交付

指示第三人为交付。《合同法》中关于涉他合同的规定，包括由第三人交付的合同和向第三人交付的合同。指示交付是涉他合同的一种由第三人履行的类型。物权何时发生变动呢？指示交付中应当等到第三人为交付时方为完成还是合同成立即为交付完成？依据指示交付的原理，应当是合同成立即为交付完成。这样指示交付才是一种独立的观念交付形式。如刘教授将杯子借给钱教授，又将杯子卖给潘教授，指示钱教授将杯子直接还给潘教授，认为将杯子卖给潘教授时候即为交付完成。如果钱教授不将杯子还给潘教授，根据《合同法》相对性的规定，第三人不交付，潘教授只能告刘教授；但是根据《物权法》指示交付的理论，物权已经发生变动，潘教授应当告钱教授。所以这时买受人就有两种救济途径。关于风险承担，《合同法》中的相关规定一般都是关于现实交付的，不适用于观念交付。

4) 占有改定

物权有其物权人，物权人进行出让，基于他们的规定，由出卖人继续为占有。这样可以减少多次交付所带来的成本。动产中的占有改定类似于不动产中的回租。

后三种交付形态其实都是观念交付的三种形态。

（三）特殊动产的物权变动

《物权法》第 23 条：

第二十三条 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。

但书说明动产交付同样存在例外规则。比如动产的抵押会形成物权，这种动产物权的设定产生不需要为交付。

第二十五条 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。

第二十六条 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。

第二十七条 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。

这三条分别规定了简易交付、指示交付和占有改定三种。

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。

有一些动产具有以下特征：

- 1) 价值比较巨大；
- 2) 都是交通工具，与国家交通规则、管制有着比较密切规定。

这些动产的物权变动有其特殊规则，介于动产和不动产之间。事务中这些动产基本上都为登记了。登记不是

…为什么 2011 年还没进入状态呢，就结束了…

第三章 所有权原理

它们的成立要件，但登记可以取得对抗效力。如果不登记，会遇到公法、行政法的问题，不经过登记车辆就没有户口，交警可以进行处罚；在物权法中，如果遇到善意第三人相关问题，没有登记就不便于证明车的所有权。如刘教授将车未经过登记卖给钱教授，钱教授也没有经过登记，而后刘教授让钱教授将车交给潘教授使用，而潘教授与刘教授进行了转让登记，这时钱教授就无法对抗潘教授。登记在很大程度上可以产生证明效力。

第1节 所有权的概念和特征

所有权是物权法理论的根基，一切物权都是以所有权而生，其他与财产有关的权利都因所有权而生。所有权是整个物权的核心。所有权还与国家的经济制度所有制密切相关，所有权是国家经济制度在法律方面的表现。

近现代西方私法的三大理论支柱第一个就是所有权神圣。其他两个是契约自由和过错责任。在西方私法理论中的所有权神圣所指的是私有财产神圣，他们认为一切财产是私人的、公民的，只有属于私人，财产才会得到真正的爱护，政府所有的财产应当越少越好。市场经济本质是私的经济。我国仍然是以公有制为基础的所有制体系。有什么样的所有制大体上会决定什么样的所有权。我国宪法承认私人所有权，在我国这样一个国家，已经是一个相当不错的进步了。

什么是国有？国是一个虚无的概念，要让国家所有必然要归结到一个部门比如政府去，政府就必然要成立各种公司管理国有资产，这样国有资产团体化，很多时候一部分人打着国有的旗号为私人牟利。

(一) 所有权的概念

《物权法》第39条规定：

第三十九条 所有权人对自己的不动产或者动产，依法享有占有、使用、收益和处分的权利。

这是我国《物权法》对所有权定义的唯一表述。其他国家的表述，认为所有权是一种支配、任意使用甚至滥用的权利。这是真正意义上的自由。人之为人首先是生理上的人，必须有一定的生活生产资料维持生活。所有权是人之为人的价值最基本的保障。同时保障人的基本尊严，处理人与政府、公权力的关系，防止公权力对公民权利的伤害。《法国民法典》将所有权表述为上至天空、下至地心的权利。所有权是绝对权、对世权，是最典型的权利。

我国的《物权法》从另一个角度即权能的角度阐释所有权：占有、使用、收益、处分。这种表述接近于所有权的任意性，并不违背现代民法要求的所有权定义的本质。

(二) 所有权的特征

1) 完整性（完全性）

所有权在所有物权中的权能是所有的、没有任何限制的、最充分的。除了所有权以外其他的物权，可能具备某几项权能，但不能像所有权这样包含所有的权能。所有权在社会义务上受到某些限制，比如将杯子摔碎要负责扫除渣子，这种限制是为了更加完全地受到保护。

2) 原始物权性

所有权是所有财产权利中的第一次权利，是其他财产权利的源泉，其他所有财产权利都是因为所有权而产生的。首先必须有所有权才能有继承权等财产权利，所有权在财产权利中处于核心地位。

3) 弹力性

所有权的权能可以通过法律途径分散出去，让别人来行使，但并不影响所有权，反而是所有权的一种表现。其他物权也有一定的弹力性，但没有所有权这么明显。

4) 永久存续性

所有权没有期限，除非物自己毁灭。其他物权一般有期限，如国有土地使用权的 70 年期限；债权更是有期限的。所有权是没有期限的。

第 2 节 所有权的权能

什么叫所有权的权能？就是指所有权具体的内容。学理上将所有权的权能归结为四项。

(一) 占有权

占有权指对物的实际控制、占有的权利。通常而言，物权首先是从占有权开始的。占有权也可以脱离开所有人由非所有人占有。所有人自己占有成为自主占有，所有权人以外的人占有成为他主占有。他主占有分两种情形：

1) 合法的他主占有

根据法律规定或所有人的意思。如承租人对出租人等。

2) 非法的他主占有

如非法侵占、非法占有。

占有中，合法的是有权占有，法律保护；非法的是无权占有。

(二) 使用权

根据物的性能、价值、功能加以利用从而具体满足物的所有人的需求。使用权也是一项可以分离出去的权利，由他人行使。当他人享有使用权时，会受到来自物的所有人的限制、约束。

(三) 收益权

根据物的属性(通常是商业、经济属性)而获得的财产以外的增值的收益。典型的如房屋出租而获得的租金。使用权利用的是物的使用价值，收益权利用的是物的增值价值。收益权也可以分离出去，根据所有权人的意志由其他人享有或共享。80 年代初期国企改革时，收益权起到了很大的理论价值作用。国企的利润是收益，这些收益过去认为属于国家、政府。现在认为企业也可以拥有收益权，与国家共享收益权。将设备交与公司出资，这不是将收益权交给公司。出资后，设备的所有权不再属于原所有权人，而是属于公司，这是一种股权行为。

(四) 处分权

决定物的命运的权利。在事实上或法律上决定物的最终归属的权利。处分权是所有权能中灵魂性、核心的权利，体现了物权的支配性。一般来说，只有所有权人自己才能行使处分权，不能由所有权人分离出去。所谓“无权处分”即为没有处分权的人处分了所有权人的物。可以通过代理、委托由别人代理自己行使处分权，那是以所有权人的名义进行的，而由其他人行使占有、使用、收益权时是以其自己的名义行使这些权能的。国企改革时也起了作用。所有国有企业成立时获得了国家的授权，能够为处分行为。完整的物权享有处分权，他物权一般没有处分权。抵押合同中权利人变卖、拍卖抵押物，是根据法律规定进行的。

第3节 所有权的取得（方法）

这里虽然讲的是所有权的取得方法、原则，但这些方法、原则大体上也适用于他物权，即使不绝对。有的教材上称为“物权变动的原因”。

所有权的取得方法从学理上讲，大体上分为两个大类：原始取得和继受取得。通常原始取得指的是物第一次物有其主，如建房；继受取得是对有主物的取得。但这中分法不绝对。比如善意取得，有的作为继受取得，有的作为原始取得，因为认为继受取得是基于所有权人的意志的。这种分法意义不大。原始取得也称“拟制取得”，继受取得也称“传来取得”。

所有权的取得方法有以下几种：

（一）创造（劳动、生产）

通过一个事实行为，第一次创造一个物，从而取得所有权。如建房子、种庄稼。创造物是社会进步、物质享受最基本的途径。创造的所有权由创造者所有，不需要登记。

（二）添附

所有权取得的常见方式。罗马法开始，添附就是不动产和动产的一种重要的取得方式。添附是指不同所有人的物复合在一起，形成的新的物；或一个人对他人的物通过加工行为形成的物。

1. 添附的类型

添附有三种具体类型：

1) 加工

一个人对他人之物进行加工，使得被加工物成为加工物后，观念上或者价值上成为新的物。如在布上作画，形成了加工物。将玉送往店铺加工为玉器，这种情况没有所有权争议，因为这是一种委托加工行为。如果加工使原来物的价值并不发生较大的增加，所有权仍然属于原所有人，原所有人需要对加工人进行补偿；如果加工使价值变化非常大，通常物属于加工人所有，对原物人进行补偿；如果增值价值与原价值相当，有可能形成双方共有。

2) 附和

两个物附和在一起，无法分开。如建房时，将邻居的砖砌到墙里去。这是两个物形成的附和物。哪一个提供的原物价值更大，新物归谁，对另一方进行补偿；也有可能形成共有。这似乎也有一些强买强卖的意思，但这种做法较其他做法经济。

3) 混合

两种以上的物经过物理或化学变化形成新的物，无法区分。如牛奶与蜂蜜混合，两堆大米混合。混合后归原物价值更大的一方，也可能共有。

2. 添附的使用原则

- 1) 有约定时按约定；
- 2) 没有约定，要符合经济的原则，考虑价值最大化；
- 3) 同时也要考虑到过错因素。

（三）先占

基于对无主财产第一次的占有、控制、管理而取得所有权的方法。我国《民法通则》、《物权法》中没有规定先占。先占是无主财产，谁先占有就归谁。罗马法中就有关于无主财产的规定。如两头猛兽相斗，死亡的猛兽成为无主财产；洪水爆发时候的漂流过来的一头野牛。抛弃物适用先占，但发现文物、埋藏物，按我国物权法应当属于国家，这也有一定的道理。

(四) 遗失物的取得

我国《物权法》中遗失物的问题放在特殊规定中。遗失物不是先占，遗失物有主，也不是抛弃。遗失物在现实生活中经常发生。遗失物的取得有几个规则：

- 1) 凡是拾得遗失物的人（称为拾得人），应当将物返还原所有权人（称为原主）。这也可能造成无因管理或不当得利。当一个行为同时形成不当得利和无因管理时，首先适用无因管理。如果知道主人而不返还，就构成不当得利了。
 - 2) 如果找不到原主，按我国法律规定，应当交给“有关机关”。通常是公安机关、民政部门、商会、居委会等。
 - 3) 注意义务：返还原主或交给有关机关前，拾得人有义务妥善保管。如果因为故意或者重大过失（不包括轻过失），应当负赔偿责任。
 - 4) 拾得人返还遗失物，可以请求原主支付相应的费用或者合理的成本损失。但是没有规定应当支付一定的报酬。
 - 5) 原主发布悬赏广告，承诺报酬，拾得人返还后原主需要支付报酬。在很多国家，即是没有发布悬赏广告，拾得人也有报酬请求权。如德国有 20% 的报酬请求权。我国没有这种规定，号称这种规定不符合路不拾遗、拾金不昧的精神，这是一种道貌岸然的伪君子行为。
 - 6) 遗失物交给有关机关，有关机关有义务发布招领启事。如果六个月无人认领，则归国家所有。而西方国家这种情况下由拾得人所有大部分，保管机关取得保管费用。
- 关于漂流物、埋藏物、隐藏物，其归属参照遗失物处理。

(五) 善意取得

《物权法》106 条对善意取得作出规定。善意取得也是源自于罗马法。

1. 善意取得的条件

- 1) 出现在无权处分的情形，如果没有涉及到物权处分，与善意取得就没有关系。现实生活中会出现大量的非所有权人占有所有权的情况，占有他人之物的人就有可能处分该物，无权处分行为在生活中经常发生。民法中所指的无权处分只指的是法律行为，事实行为不是无权处分，如将物破坏是事实行为；
- 2) 符合善意取得的要件。有的国家规定的宽松，注重保护交易安全；有的规定的严格，注重保护原权利人。

2. 善意取得的构成要件

我国规定三个构成要件：

1) 主观上是善意的

善意的判断标准是受让人是否知道处分人没有处分权这一事实，善意的举证责任在原权利人，如原权利人认为恶意，要证明受让人知道这一事实；

2) 支付了合理价格

符合市场行情的对价。最高法院将要发布的司法解释将规定“合理价格”是比市场价低 30% 以上。如

…为什么 2011 年还没进入状态呢，就结束了…

10万元要不低于7万元。但这种规定有些不符合实际情况，比如有些东西价格差异大一些似乎也正常。

3) 完成公示

不动产需要已经办理登记，动产需要已经办理交付，即公示已经完成。不动产需要登记指的是登记完毕，仅仅申请不算；交付中观念交付能不能算交付有争议。如钱教授将杯子借给刘教授，刘教授卖给潘教授，又通过占有改定继续使用八个月，这时钱教授知道表示反对，这时应当如何处理。刘教授认为应当采用较为严格的规定为宜。

这三个条件全部达成才能构成善意取得。罗马法中有所谓“以手护手”规则。

3. 善意取得的适用范围

传统上善意取得只适用于动产。我国的物权法对善意取得有突破：善意取得不仅适用于动产，也适用于不动产；不仅适用于所有权，也适用于他物权。

第一百零六条 无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：

- (一) 受让人受让该不动产或者动产时是善意的；
- (二) 以合理的价格转让；
- (三) 转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。

受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的，原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。

当事人善意取得其他物权的，参照前两款规定。

4. 善意取得的效力

善意取得有以下效力：

- 1) 受让人取得所有权；
- 2) 排除了原权利人的返还请求权；
- 3) 求偿权只能针对无权处分人。

如果拾得人将遗失物转让给了第三人，能否使用善意取得？按照《物权法》的规定，给予一定的保护但是不像善意取得那样彻底。如果原权利人发现其遗失物，可以追回，但有期限。原权利人知道或者应当知道两年之内可以追回，第三人可以请求合理补偿，应当向无权处分人请求；如果找不到无权处分人，可以请求原权利人补偿。原权利人亦可向无权处分人请求赔偿。如果两年以内不追回，则原权利人无权要求第三人返还。这是善意取得的一种例外的适用，遗失物在更严格条件下适用善意取得制度。

(六) 取得时效

民法中的时效制度包括消灭时效和取得时效。两者之间在体系中的位置不同，消灭时效在总则编。这个问题有争论。

我国《民法通则》中有消灭时效，没有取得时效；我国《物权法》同样没有取得时效。这个并不是学理上的通说。当民法典修订时，取得时效应当可以写入。

1. 概念

取得时效是以自主占有（所有）的意思，公然、和平、持续地取得他人财产，达到一定的期间。达到期间后就有占有其物，变为取得。

2. 构成要件

- 1) 对他人财产的占有。这与先占不同，取得实效的财产不是无主的；
- 2) 以自主占有（所有）的意思占有财产。取得人占有他人财产是当做自己的财产占有的，以自己所有的意思占有。这就排除了依据法定或者约定合法占有的情况。如租赁、保管等，不是以所有的意思占有；
- 3) 是公然、公开的占有。无论是动产还是不动产，是公开的而非偷偷摸摸的；
- 4) 是和平的占有。这排除了基于抢劫、抢夺、盗窃等非法甚至犯罪手段取得财产的行为；
- 5) 是持续的、不间断的占有，如果中间有时间脱离占有，就不是持续。

这近三条是其实质要件。

6) 达到取得实效的法定期间。我国消灭时效是两年。取得实效，各国立法例差别很大。德国规定动产取得实效是十年，不动产需要三十年；台湾地区民法规定动产为五年，不动产为十年；日本民法一律是二十年。从原则上讲，取得实效区分动产和不动产是有合理性的。我国起草中的民法典倾向于动产五年，不动产二十年。

3. 效果

一旦法律规定的实效期间届满，则达成物权取得，由占有人转为所有人。

4. 功能

法律为何规定取得实效的制度？这个从罗马法时期就有规定。这个主要是解决法律的真实所有权人与事实上的所有、占有、使用关系发生严重脱离。如果原所有人对于其所有财产置之不理，不利于物的利用，容易造成闲置、浪费。对于他人以占有为意思的行为不反对，会形成一种相对稳定的社会关系，这种关系不能轻易被否定。取得实效的功能在于：

- 1) 维护一种既定的法律关系的稳定。这与消灭时效异曲同工；
- 2) 发挥物的效用，做到物尽其用，惩罚权利上的睡眠者，奖励权利上的勤奋者，督促权利人不要浪费财产。取得实效有严格的条件，不能认为是不劳而获、严重侵犯原权力者的行为。

我国取得实效制度也很有价值。如农村闲置土地越来越多，承包土地大量撂荒。对于闲置土地充分利用，按照去的时效制度可以不需要承包经营合同，取得承包经营权。取得时效更多的是对他人闲置、浪费、搁置的动产、不动产由他人占有、利用，而得到法律上的承认。《物权法》起草时，认为规定取得实效的声音就更强。

关于取得实效是否要区分善意与否，各国有不同的立法例。过去各国没有区分，而日本民法做了区分，善意取得只需 10 年，而恶意取得是 20 年。学理上对于这个区分认为意义不大，因为很难区分是否为善意。

（七）征收与国有化

主要是国家所有权的一种特殊的取得方法。通常来说，在一个主权国家刚刚形成时，往往会使用国有化取得所有权，如新中国刚成立时的情况。建国一段采取国有化的也有，60 年代印尼对西方石油公司的国有化、70 年代利比亚卡扎菲对英美石油公司的国有化。征收是一种单向的国家取得所有权的方式。在我们国家，征收是大规模的、每天都在发生的。这些年集体土地每天都在减少，国有土地每天都在增加。有的地方、农村甚至成建制地将集体土地变为国有土地，很少给予一定的补偿。

征收本来是一个政策行为，基于公共利益需要征收本来不成问题。但我国的情况是，政府以公共利益的幌子追求商业利益，与土地开发商勾结；且征收后补偿很有限；征收程序没有任何公证、听证。我国实际上是巧取豪夺、巧立名目盘剥公民利益。

《物权法》第42条规定了征收：

第四十二条 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。

这一条有很大的争议，首先征收可以有专门的法律规定，最后一款与民法没有什么关系。还是规定征收为好，法律上无法回避这一社会问题，与其自欺欺人、视而不见，不如规定一下。对被征收人有所保障，可能可以挽回一些。至于什么叫“公共利益需要”，物权法无法解释清楚，宪法上也无法讲清，但必须挂上这样一个名号。

（八）继受取得

原始取得、继受取得是所有权取得的两个大类，但是这种分类不够明确。这里所讲的继受取得是狭义上的，主要是基于法律行为而取得。这是民事法律行为中最普遍的、惯常的取得方式，如买卖。继受取得的主要形式有：买卖；互易；赠与；继承与遗赠。

（九）关于货币所有权的取得

货币比较特殊，既非不动产、又非动产，也不是有价证券，是一种充当一般等价物的货币符号。货币怎样取得所有权？如将钱存在银行如何判定。货币特殊因为它是一般等价物，不存在原物返还的问题，它是最典型的种类物，没有返还请求权。货币所谓的返还有特定的概念，是欠款请求权。一般的物的占有权可以由他人占，仍属于原所有权人所有；而货币则是谁占有、谁所有，它是一般等价物，更无法登记。如果把钱借给银行，银行就有所有权，可以任意支配。而自己的钱转换为欠款返还请求权，这是债权请求权，而不存在物权请求权。而一般所有权返还则是物权请求权与债权请求权的竞合。法律上所谓的“自有资金”是一个错误的概念。

但也有例外情况，尤其在商业领域，完全按“谁占有，谁所有”有时不利于交易安全。商事法律中有例外的情况。如储户将钱存往银行，假如银行破产，资不抵债，以自己所有资产清偿债务，这时银行借的实物可以行使取回权，不能拍卖；而银行借入储户的钱，如果借入后所有权就转入银行，对于储户十分不利。因此商业银行破产时，有一部分要专门用于还款，主要是居民存款人。即使是在非法集资破产的情况，也是个人集资优先返还。现在许多都是变相的非法集资，如淘宝征收卖家的保证金等。

第四章 共有权

共有权是所有权的一种特殊的表现形式。

第1节 概述

（一）概念与特征

两个或两个以上的人对同一个财产享有所有权。共有是生活中常见的现象。共有与公有是两码事，法律上没有“公有权”，共有纯粹是一个所有权概念。共有也不同于“总有”，总有是法律概念，总有有些类似于共有。典型的总有如农庄中的村集体，农村集体所有的财产不是归村所有，而是全体村民所有，这是总有。共有可能所有共有人都使用、管理财产，但是总有不会如此。我国没有总有的概念，有人建议我国引入总有，用于改善村中集体所有无法真正为村民全体所有的问题。但这个概念引入有一些政治上的问题，与农村土地所有制会产生冲突。

共有的特征有：

1) 主体的复合型

不是一个人所有，而是多个人。

2) 所有权的单一性

所有权仍然是一个，称为共有权。如夫妻共有，所有的仍然是一个财产。

3) 内容的双重性

共有权法律关系要解决共有权人与其他人之间的关系，也要解决数个共有权人之间的关系。如合伙共有。这是与单一所有很大的区别，现实生活中这种情况发生的很多而且比较复杂。物权法司法解释中有三分之一都是规范这一问题的。

4) 目标的共同性

共有双方是有一个共同的目的，风雨同舟，荣辱与共。

(二) 共有的类型

共有有两个基本的类型，一般分为三类，前两个是基本的：

1) 按份共有

按份共有中的数个共有人对于共有财产有份额，在管理权、收益分配方面都按照份额进行。份额通常都是约定的，通常在商业领域，如合伙共有。关于合伙共有是按份共有还是共同共有，曾经认为是共同共有，因为合伙企业表决时是一人一票、同票同权。但合伙出资份额应当是收益份额，所以它其实是典型的按份共有。

2) 共同共有

数个共有人不分份额、完全平等的共同所有。通常共同共有是基于法律的直接规定。这种共有同时基于人身关系确定，最典型的如夫妻共有。但如果约定份额，约定优先。

3) 准共有

前两种是所有权的共有，而准共有是共同享有他物权，包括用益物权和担保物权，适用共有的相关规定。如对于某一块土地上的地役权，相邻的几个不动产的所有、适用人都有共有的地役权。符合共有的特征，可以按份共有或共同共有。

担保物权的共有，如一栋房屋先抵押给甲，后来又继续抵押给乙，甲乙都有担保物权，甲乙是否形成了共有的担保物权？一般认为不会的，履行抵押权是有顺位的，不是共同抵押，已登记的优先于未登记的，先登记的优先于后登记的。

(三) 共有的发生原因

1. 基于约定

1) 合伙；

2) 非合伙商业共有。不组成合伙企业，如委托理财中数位出资组成一个契约性的基金，再如农村。

…为什么 2011 年还没进入状态呢，就结束了…

2. 基于法定

- 1) 基于婚姻关系；
- 2) 基于法定关系。婚姻家庭的共有关系，《物权法》作为基本原则，如果婚姻家庭继承法有特别规定，则要按照这些法律，没有规定的则按照《物权法》；
- 3) 继承。指的是继承开始以后、遗产分割之前，一旦分割了就不是共有了。把遗产分割前规定为共有财产对于保证继承人的意义很有必要。对财产的任何一种处分行为必须经过所有继承人。

(四) 共有权的处理原则

共有权的处理原则既包括共有关系存续期间的处理原则，也包括共有关系结束后的处理原则。有三个原则：

1. 约定优先

无论是按份共有还是共同共有，有约定则按照约定。如可以约定出资额平均而分红不平均，没有约定再按出资额分红。但约定优先原则可能会绝对化。如约定任何人在十年内不得分割共有财产；如夫妻约定十年内不得分割共有财产，但两年内就离婚了，这时如何处理？在有重大理由时候，这种约定可能被排除，这是基于公平、诚实信用原则。一般“重大理由”是结束共有关系。但如果多个人中的一个人要求结束共有关系如何，这个理论上不清楚。

2. 充分发挥物的效力原则

根据物的性能，如何最大发挥它的性能为原则。尤其在分割上，更加体现该原则。

共有权分割有几种方法：

1) 实物分割

这种分割首先是要能进行实物分割，如几间房子、一袋大米。如果能进行实物分割一般进行实物分割，以实物分割为基本原则。

2) 变价分割

在实物分割容易出现纠纷时也是很好的方法。

3) 作价补偿

共有物归一个所有人所有，按照价格补偿给其他所有人。

3. 协商原则

有约定按照约定，约定是协商；约定可以改变也是协商。约定可以事先也可以事后。物权法倡导充分通过协商处理。如共同共有和按份共有没有约定或约定不明，应当协商优先解决。《物权法》规定，当共有没有约定或约定不明时，视为按份共有；这与《民法通则》的规定是相反的。但这些规则同样可以为当事人的约定改变。只有在协商不成时才按照法律规定进行。物权法上的规则都是可以通过约定改变的。

第2节 按份共有

一般认为，按份共有是共有的常态，因为是基于意思；共同共有相对较少，因为是基于法律直接规定。

(一) 特征

1) 份额。按份共有有份额之分，每个共有人有确定的份额。这种份额通常是基于意思表示约定的，也有基于法律规定的。共有人根据份额享有所有权；

2) 所有的按份共有人无论份额大小，比例多少，每一个共有人的共有权是及于物的整体的。如甲乙丙三人，按照等额比例，共同购置三辆汽车。他们并非每个人对应一辆车的共有权，他们的共有权都是及于三辆车的。共有是一个所有权关系而非数个所有权关系的简单相加。

(二) 按份共有的产生

实务中形成按份共有，基于意思表示的通常有三种情形，另有基于法律规定：

1) 共同购置

几个人共同出资购买某物。

2) 共同投资

广义上共同购置也属于共同投资，但共同投资一般是用于盈利的经营活动，是为了物的增值价值而非使用价值，需要与其他人发生关系，典型的如合伙。

3) 其他约定

如被继承人死亡留下三间房，有两个儿子，可以约定共同所有。

4) 法律推定

根据《物权法》，如果没有约定或约定不明，推定为按份共有，具体份额按出资额，出资额无法查明的规定为等额。

(三) 按份共有的应有部分

1. 按份共有的应有部分的性质

前面说每个人按份享有份额，又说每个人的共有权及于整个物，而非分别所有，那么应有部分的份额与物是什么关系，份额是什么性质？

对于这个问题，学术上有以下不同的理解：

- 1) 有的认为是抽象所有，所谓份额只是一个比例，平常仅是一个假定的，只有在诸如分红、表决、财产分割时有价值，对于正常的使用、盈利，份额是没有价值的；
- 2) 有的认为应有部分是实在的，任何权利都是按份额的；
- 3) 有的主张权利范围说，每个人在法律上有一个权利范围，每个人的权利只能对应其范围。

这些学说大同小异。刘教授认为，份额是按份共有的核心，但是基于共有性，所有权又不能进行分割，因此法律规定它及于整体，但是其实是有范围的。按份共有中的份额就是关于权利范围的划分，是法律基于当事人的意思表示或法律规定确定的权利范围。

2. 如何确定权利份额

关于权利份额的确定，《物权法》104条有规定。

第一百零四条 按份共有人对共有的不动产或者动产享有的份额，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。

3. 按份共有的不动产登记

如果是共有有一个不动产，登记时即是按份共有，登记中任何一个共有人无论份额多少，都是所有权人，同

…为什么 2011 年还没进入状态呢，就结束了…

时要注明为按份共有，最好登记出每个人的份额。登记簿上记载的性质、份额本身就是一种约定。

按份共有不能进行区分登记，即对标的物进行物理分割，规定每个人具体有多少，如甲有 70 平米乙有 30 平米，这就违反了按份共有的共有性。

(四) 按份共有的内部关系

共有是所有权的一种形态，因此所有权的规则适用于共有。不同在于，是两个或以上共同所有，因此复杂之处在于其内部关系。

1. 管理权

无论是共同购置、投资或其他按份共有关系，通常都是为了共同的利益，或者使用价值或者收益价值，在相当长的时期内共有关系会存续。如何管理、使用共有物就成为一个问题。如不同份额的人对如何使用意见不同如何解决。有以下原则：

1) 约定优先

对于如何管理、使用有约定的按照约定。

2) 共同管理

没有约定或约定不明，共同管理。按照第 96 条，“共有人按照约定管理共有的不动产或者动产；没有约定或者约定不明确的，各共有人都有管理的权利和义务”，可见与份额、比例无关，都有管理权。但是这首先赋予每个人平等地管理的权利，但不具体，很难具有操作性。第 97 条，“处分共有的不动产或者动产以及对共有的不动产或者动产作重大修缮的，应当经占份额三分之二以上的按份共有人或者全体共同共有人同意，但共有人之间另有约定的除外”。这一条首先确定了约定有限原则；同时规定无约定时，按份共有确定三分之二的原则，不是一人一票，参照公司里股权的原则。所谓“以上”，是不包括本数的，要比三分之二高。这是否不公平，按份共有一般是投资、购置行为，投资应当是谁投资，谁受益，谁承担风险，份额高的风向也高，这符合商业上的公平。

2. 收益权

共同购置、投资通常以盈利为目的，收益分配是重要问题。处理原则是：

1) 约定优先

收益如何分配，首先按照约定。如中外合资企业许多这种规定，前五年中方较少，中间五年平分，后五年中方较多。

2) 没有约定，按出资额

3) 出资额不明，平均分配

3. 处分权

狭义的处分权是将使共有物的处分行为，广义上则不仅仅是共有物本身的处分，还有重大事项的处分。如合伙企业有了一个专利权，如何处分。物权上的处分权主要是物本身。处理原则是：

1) 约定优先

2) 没有约定的按照 97 条，以三分之二的比例确定

处分权的行使有一个问题，如果某一个共有人未经其他共有人同意，擅自处分共有物的全部或者部分，如何处理，是否有按照善意取得处理？这个问题就是说，善意取得规定的情形是无权处分，那么某一个共有人未经其他共有人同意为处分，这种行为是否为无权处分？这个共有人本身也是有共有所有权的。这个问题存在争议。一

般认为可以适用善意取得，因为没有处分权的人无权处分，为保护交易安全，都可以适用善意取得，这种共有权处分的情况下更可以适用善意取得。也有学者认为不能适用，因为要保护共有关系的稳定。但大部分还是认为应当适用善意取得。

（五）按份共有的外部关系

外部关系是指共有关系中与第三人的权利、义务的关系问题，如处分权、损坏救济的请求权问题。

1. 对第三人的权利

1) 物权请求权

当共有权受到第三人损坏时，共有人有损害赔偿请求权、恢复原状请求权等，这种物权请求权如何行使？按法律规定，即使是按份共有，物权请求权由共有人全体行使，对于物权请求权不能分别行使。如果有一个共有人准备放弃赔偿，这时不能使共有权全体减少损害赔偿请求。

按份共有行使对外债权的时候是按份债权还是连带债权？一般认为这种共有的债权行使是不是按份的，是连带的。如果按照按份债权，则不利于共有物的救济。就诉讼程序而言，要按照共同原告进行诉讼，但这个问题也有争议，有的民法学者认为可以分别来诉讼。刘教授认为应当按照连带物权看待。

2) 债权请求权

3) 设定他物权

可以设定抵押、质押等，也是有约定从约定，没有约定按照份额三分之二决定。

4) 份额让与权

除了处分物的行为，还有份额的让与。共有人处分自己份额，与对物的处分不是一个原理。如甲乙丙丁四个人共有一套房产，甲有 20% 的份额，要转让这部分份额，这不是将 20% 的房屋让与，而是转让份额。这与股东转让股份是一样的。

共有人让与份额有两种情形，一种是共有人之间转让，称为内部让与。内部让与不需要其他共有人同意，只需通知即可；另一种是外部让与。这个比较复杂，因为共有除了经济关系，还有人身上的信赖关系。第 101 条规定：

第一百零一条 按份共有人可以转让其享有的共有的不动产或者动产份额。其他共有人在同等条件下享有优先购买的权利。

这里没有说需要其他共有人的同意，没有区分对内与对外转让，都有优先购有权。在一般的按份共有中，共有人如果向第三人转让，不需要其他共有人同意，同时法律授予其他共有人优先购买权。这种规定有利于维系共有关系的稳定，一定程度上可以让其他共有人选择是否允许其他人进入。但是没有表示不同意共有人之一退出的权利。但如果特别法对于份额让与有其他规定，应按其他规定。如合伙企业，合伙人向第三人转让需要经过其他合伙人同意，要按《合伙企业法》的特别规定处理。

《物权法》的规定到此为止，但如果某个共有人没有经过程序，没有让其他共有人行使优先购买权进行转让，也进行了交付，能否成立？如果是合伙，则不能未经同意进入共有关系，但合同有效，只是履行不能；对于其他共有，学理上有争议。一种认为其他共有人接到通知后十五天之内需要做出表示，如果没有做出表示则认为放弃优先购买权，可以对外转让。认为这种共有与合伙企业还是有一定的区别，同时也保护了优先购买权。如果其他共有人请求确认转让共有权的共有人的转让合同无效，请求撤销转让合同，并请求判决其他共有人享有优先购买权，人民法院应当予以支持。这种方法没有说明前提，即转让共有权的共有人是否行使了通知义务，其他共有人是否进行了优先购买权。有人认为这个条款对其他共有人是过度的保护，不利于

保护善意第三人、保护交易安全。从最高法院其他司法解释的精神，这种过度保护是不合适的。比对承租人对出租人出售房屋的优先购买权，司法解释称，出租人没有经过优先购买权而将房屋售予善意第三人，承租人要求合同无效的，人民法院不予支持，只能请求赔偿。以此来看，这种对优先购买权的过度保护是站不住脚的。

2. 对第三人的义务

基于共有物的原因，致第三人损害，第三人作为权利人，共有人为义务人。发生这种情况，也应是连带债务，所有共有人应为连带义务人，权利人可以要求全部共有人赔偿，也可以要求任一共有人赔偿。内部可以根据按份进行债务分配。

第3节 共同共有

(一) 特征

所谓共同共有是指两个或以上共同共有人对共有物不分份额地、完全平等地享有共有权。有三个特征：

1) 无份额之分

这是与按份共有最主要的区分。如果约定了份额就不是按份共有。

2) 权利的平等性

共同共有里的共有人是完全平等的。最典型的共同共有如夫妻共有，103条规定，“共有人对共有的不动产或者动产没有约定为按份共有或者共同共有，或者约定不明确的，除共有人具有家庭关系等外，视为按份共有”。夫妻关系中如果没有约定为按份共有，则推定为共同共有。

3) 权利义务的连带性

基于共同共有形成的对外债权、债务都是连带的。在共同共有中，这个问题是没有任何争议的。在按份共有中，一般认为也是连带的。

(二) 共同共有人的权利

1) 使用收益权

基于共同共有的财产所创造的收益，也是由共有人共同共有，没有份额。在使用上，每个共有人都有共同的决定权。

2) 物权使用权

同样也必须共同行使，这是必要的共同诉讼，没有争议。

3) 债权请求权

与物权使用权相同。

4) 代表权（代理权）

这个有争议，因为共同共有一般是法律规定形成的，共有人之间往往也是有一定关系的。因此有人认为基于这种共有关系，其中的一个共有人可以代表全部共有人进行处理。从学理上讲，可以约定一个共有人代表进行处理。如果夫妻中如果有一人进行了处置，另一人是否可以要求撤销，如何处理？《物权法》也没有进行约定。大部分学者认为，在共同共有场合，单个共有人没有经其他共有人同意，进行负担行为（如合同）甚至进行了交付，合同应当无效；但为了保护交易安全，第三人如能举证善意，可以有效。这个其实是给其他共有人更多的选择，通过否定第三人的善意来保护自己的权利。一般第三人无需证明自己的善意，但

共同共有场合举证责任倒置，如银行按揭贷款，要求丈夫提供妻子的授权书将房产抵押，如果纠纷发生后丈夫没有授权书，则推定为非善意。

第五章 建筑物区分所有权

35

建筑物区分所有权是所有权中一种特别的情形，严格地讲不一定是所有权的类型，是所有权中一种例外的规则。它不是单一的所有权的问题，就规则上有些细琐，但原理并不复杂。物权法中将其称为“业主的建筑物区分所有权”，这里的“业主”是可有可无的。

从法史角度看，罗马法有相关规定，但并不重要；二战后相关的规则逐渐成熟起来。不同国家称呼不同，德国称为住宅所有权，法国称为楼房所有权，英美法称为公寓所有权，日本民法称为建筑物区分所有权，我国基本采取了日本的称法。这与城市、住房、公寓等建筑的发展是相关的，过去土地是供应有足的，城市发展后就难以做到对每一个人建房，逐渐出现几个人合建一栋楼，后来发展到建筑公司建造小区等。一栋房屋分成几个部分，由不同人所有，中间的隔墙应当由谁所有？不同楼层中间的隔断属于谁，是天花板还是地板？这些问题就复杂了，哪些属于个人所有的空间，有哪些规则要求；那些属于公共所有，是什么性质？如何管理？我国的小区规模可能很大，如天通苑有三十万人口，问题更为复杂。

第 1 节 概念与特征

建筑物区分所有权是业主对于建筑物的专有部分享有的专有权，对共有部分享有的共有权，以及对整个物件享有的管理权构成的特殊类型的所有权。可见这其中有一单一的所有权、共有权（包括整个物件的共有权和部分人的共有权）、管理权，由此形成的权利体系。有以下特征：

1) 标的物的整体性

若干所有权人共同作用于一栋建筑上，标的物是不可拆分的。

2) 权利的统一性

建筑物区分所有权人之一必定是与其他所有权人共有这一权利，但权利具有统一性。这体现在权利行使、权利效力是统一的，每个人享有这个权利，这个权利作用于同一个对象，这种所有权是基于单间单户的效力范围、效力行使是统一的。

3) 权利内容的多样性

建筑物区分所有权中包括三种权力——专有权、共有权、管理权。管理权也称成员权，一个人具有建筑物区分所有权，对房屋必定有一定的专有权；同时也形成共有权，每一个所有权人必定与他人共有，但共有多大范围存在争议。如两户住户之间共有的一堵墙，是两户之间的共有，还是整个单元的共有，还是整栋楼的共有？一楼的楼梯属于整栋楼，那么二楼的楼梯属于谁？这些观点有不同的表述，但意义不是很大。一般认为，专有权及于的部分才可能形成共有权，专有权没有的部分不会形成共有权。如 101 号与 102 号之间的墙共有与这两间住户而与其他住户无关；楼层之间的隔板只属于上下的住户。但这也存在问题，如每一层楼的楼梯由谁共有？电梯由谁共有？整栋楼外面的墙壁由谁所有？这些都难以解释。一种观点认为整栋楼应当由全体住户享有，一种认为专有权包括以外的应当由部分人的共有，还有认为专有权以外的形成全楼共有。

4) 权利的性质

关于建筑物区分所有权的性质有不同的学说，有的认为是专有权，有的认为是共有权，一般认为它是复

合型的所有权，这是其特别之处。在建筑物区分所有权中有数个法律关系，首先一个是团体关系，小区的业主在西方国家可以成立业主委员会等法人或非法人团体的社团组织，在我国也承认了业主委员会，但对于它的性质，还没有明确。在诉讼法上，现在认为业主委员会可以作为诉讼当事人。第二个是共有关系，共同有不同的层次，有少数人、多个人、全体人的共有。第三个关系是相邻关系，这与所有权没有多大关系，是另一个法律关系了。如在小区里养一条藏獒是否可以，这个基于小区内的相邻关系、成员权，就有一些约束。许多业主的权利义务是基于业主的所有权的相邻关系。

5) 合同关系，一种物业服务合同

这种关系最初被称为物业管理合同，这些公司一开始是物业管理公司，这种称呼是不对的，他们没有管理权。业主与物业公司的纠纷占了很大的比例，开发商在开发时建立了物业公司。所有权人有没有权利变更原来的物业公司，这都是比较复杂的。

第2节 专有权

(一) 专有权的概念

专有权指的是区分所有权中的业主对专属于自己的部分所有权。它的性质是单独所有，在区分所有权的总概念之下，是专有权。它的根本性质是典型的所有权。

(二) 专有部分的确定

关于专有部分有许多理解。套内建筑无论是套内面积还是专有面积，涉及合理性问题。在公寓中，属于套内的隔墙是专有部分，但外面的墙壁是承重墙的归谁所有？一种说法是空间说。无论是共墙部分、自己套内的墙，都不是专有的，购买的房屋就是购买了相应的空间，这个说法让人怀疑，且与空间权容易混淆。第二种说法是壁芯说，共墙中间的壁芯为界，分别属于两者；第三种说法是粉刷说，墙总会要粉刷的，粉刷的部分属于自己，粉刷之外的是共有的。这样是不是向墙上钉入一颗钉子就是侵权呢？

现在还是壁芯说占主流，它首先解决共墙部分的共有权问题。但有些问题不易解释，如一栋墙是不可分的，所谓分开只是想象出来的。但这是相对合理的一种解释。还要通过其他一些规则加以限制。

(三) 权利

所有权人的权利专有权人都享有。专有权不得单独转让、单独处分，如果专有权转让，其他两个权利不得单独存在。

(四) 义务

义务是区分所有权的特别规定，在其他权利中不存在。有以下几个义务：

1) 不违反使用目的的义务

要按照使用目的使用，如不能将商业用房改为茶馆，除非买房时写明合同是商业房或商住两用房。

2) 维护建筑物的稳定与完整的义务

要维护建筑物的安全、稳固、牢固，如在装修中大兴土木，装修过度，将下水管道打破、将承重墙打破等，是不可以的。

3) 不得侵害共有部分权利

部分人共有的部分不得妨碍他人的使用，如楼道由单元人共有，如果过度侵占是不允许的。

4) 准许进入的义务

尽管专有部分是自己的，但由于相邻关系，要容忍相邻人员甚至物业公司等进入自己家。如上层居民水管出现问题，要求进入修理。

5) 相邻义务

第3节 共有权

(一) 概念

建筑物共有部分由部分或全体业主享有的权利。《物权法》对共有权有定义，72条“业主对建筑物专有部分以外的共有部分，享有权利，承担义务”，这个对共有部分包含的范围没有做出规定，所以存在争议。

(二) 共有部分的范围

一般认为包括四大部分：

1) 建筑物的基本构造部分

如一栋楼四周的墙、地基、屋顶，属于基本构造。隔断墙以外的承重墙是否属于存在争议。

2) 共用部分及它的附属物

这里的共用可以是所有人共用，也可以是部分人公用。

3) 地基使用权

建筑学的地基部分应当是无法区分的，是共同的。发证的时候有房屋所有权证书，也有国有土地使用权证书，但这个是没有四至、具体多少面积的，只是记载国有土地使用权转让给业主。

4) 公共设施部分

整个小区所有业主所共同使用的设施，如小区内的通道、花园、喷泉、停车场、会所等。通道、消防道、小区绿地、车库，肯定属于共有，而所谓会所，这个应当按照约定，看由开发商所有还是业主共有。在这方面，争议比较大的是车库、绿地，许多物业纠纷也是与车位等有关的。买下的车位是否有所有权，是没有的。

关于车位问题，《物权法》74条的以下三款进行了规定：

①“建筑区划内，规划用于停放汽车的车位、车库应当首先满足业主的需要。”这一条看似不像法律规定，但有其价值，有些开发商将车位用作其他用途，如地下旅馆、餐厅等；

②“建筑区划内，规划用于停放汽车的车位、车库的归属，由当事人通过出售、附赠或者出租等方式约定”，可见法律不规定车位的所有，由协商决定。开发商可以将其出售、附赠等，出售、赠与、租赁是业主取得车位的三种途径；

③“占用业主共有的道路或者其他场地用于停放汽车的车位，属于业主共有”。

关于绿地的问题，《物权法》73条进行了规定：

第七十三条 建筑区划内的道路，属于业主共有，但属于城镇公共道路的除外。建筑区划内的绿地，属于业主共有，但属于城镇公共绿地或者明示属于个人的除外。建筑区划内的其他公共场所、公用设施和物业服务用房，属于业主共有。”

第4节 管理权

管理权也称成员权，是基于业主身份享有的权利。

（一）性质

这种管理权与公法行政上的管理权是两回事，用成员权更贴切。管理权是基于专有权和共有权，对建筑物享有管理的权利。

（二）权利内容

有以下权利已经得到法律规定：

1) 表决权

对于如何表决有争议，《物权法》采用了份额决，类似于公司中按照股数。第 76 条进行了规定：

第七十六条 下列事项由业主共同决定：

- （一）制定和修改业主大会议事规则；
- （二）制定和修改建筑物及其附属设施的管理规约；
- （三）选举业主委员会或者更换业主委员会成员；
- （四）选聘和解聘物业服务企业或者其他管理人；
- （五）筹集和使用建筑物及其附属设施的维修资金；
- （六）改建、重建建筑物及其附属设施；
- （七）有关共有和共同管理权利的其他重大事项。

决定前款第五项和第六项规定的事项，应当经专有部分占建筑物总面积三分之二以上的业主且占总人数三分之二以上的业主同意。决定前款其他事项，应当经专有部分占建筑物总面积过半数的业主且占总人数过半数的业主同意。

2) 选举权

不是公法上的意义，而是业主被选举为业主委员会成员的权利

3) 监督权

（三）管理组织

1) 业主大会

业主都是业主大会的当然成员。76 条规定了业主大会决定的事物。由于有些人对这些事物不关心，因而有业主大会的执行机构——业主委员会。业主通过业主大会和业主委员会行使管理权。

2) 物业公司

对于各种住宅和商业房，都由物业公司管理服务。物业公司的选择应当属于业主，开发商没有权利指定。由于业主是陆续入住的，一开始只能由开发商决定；入住率达到 80% 后，应当由业主大会决定是否留任。

第八十一条 业主可以自行管理建筑物及其附属设施，也可以委托物业服务企业或者其他管理人管理。对建设单位聘请的物业服务企业或者其他管理人，业主有权依法更换。

建筑物区分所有权是一个整体性的权利，取得专有权自动取得共有权和管理权，专有权是核心，各项权利不能单独转让。

相邻关系，也称相邻权，与共有权、区分所有权形成体系。区分所有权、共有权在某种形式上都是所有权的一种变异、特殊形式，又构成了不同于所有权的一种权利，源于所有权、基本原理也适用于所有权，但不同于所有权。而相邻权，严格来讲不是一种独立类型的物权，只是所有权效力的一种延伸或者限缩构成，不是独立于所有权以外的独立物权。不过它又的确具有某些物权的效力。学理上对于它是一种独立的物权还是所有权效力的延伸或限缩，学理上有争议，但趋向于限缩。

所谓的相邻关系是指由于不动产的相邻，而形成的相邻所有权人或其他物权人的物权的一种限制或者相应的延伸。因此形成的不动产所有人之间的关系称为相邻关系。是调整由于不动产相邻的所有权人，或用益物权人，或合法占有人之间的关系，主要是一种容忍义务，对权利人的权利的一种限制，也是对另一方权利相应的延伸。

第 1 节 概念与特征

相邻关系易于理解，是生活中的道德规范上升为的法律制度。所谓相邻关系的概念如上。对于其是否作为一种独立的物权有肯定说和否定说，一般认为是否定说。相邻权有以下几个特征：

1) 主体上的特征

主体的特征是广义上的相邻权人。包括三种类型：①所有权人；②用益权人；③不动产合法占有人，如承租人。甲乙房屋相邻，甲的房屋出租给丙，如果乙经常制造噪音、堵塞通道，丙可以基于相邻关系请求乙停止损害或赔偿。

2) 基于不动产相邻的事实

这就意味着如果两个人土地、房屋不相邻，不能形成相邻关系。一般而言必须紧密相邻，只有这样才能涉及到一些权利的延伸或限缩。例外的情况下，隔着远一些也不完全排除，如相邻的取水用水关系，上游与下游尽管相距可能几十公里，也可以形成相邻权。这种情况一般发生在农村，城市里大多距离很近。在城市中，往往是同一楼层。

3) 相邻关系的内容

内容的核心是所有权的限缩或延伸。相邻关系主张相邻权人之间的容忍。

第 2 节 相邻关系的类型

立法上尽可能列举相邻关系的规则。我国《物权法》对相邻关系进行了专章的规定，第七章“相邻关系”，基本上强调了两方面的内容，相邻关系处理的基本原则、列举相邻关系，并对权利的延伸和限缩进行具体规定。学理上认为，常见的相邻关系类型主要有以下几种。

(一) 相邻的用水、排水关系

用水是指生活用水和农业用水、工业用水等生产用水。在我国，水作为自然资源属于国家，但是用水权属于所有民事主体，用水权的获得不需要批准等，是基于生活上的需要，广义上是一种特许物权。对于流经地区的水资源，都有使用权，但不能影响他人需要。排水也要求不能影响他人使用。

《物权法》86 条规定，“不动产权利人应当为相邻权利人用水、排水提供必要的便利”。如用量不能过大，容忍他人铺设经过自己土地的水管等。

第二款规定，“对自然流水的利用，应当在不动产的相邻权利人之间合理分配。对自然流水的排放，应当尊重自然流向”。

关于用水排水，主要在农村，城市中也存在。

（二）相邻的土地通行使用关系

40 由于土地相邻引起土地通行、使用的权利。它与地役权很相似，但是有区别，不是一种权利。地役权，通常来说也是由于土地相邻而引起的役使他人土地的权利。

（三）相邻的地界关系

它也与土地有关。地界关系是由于土地相邻，但不是解决土地通行等问题，而是解决其他问题。土地之间如国界线一样也存在分界线，分界线形成的原因很多，可能是历史原因，可能是国家分配等。地界线确定的途径许多，有的历史形成，有的人为划定等。确定界限是一个问题。如果有既成的分界线，有具体标志就更容易划定。划定后如何处理关系，是一个古老的问题，可以上溯到罗马法甚至汉莫拉比法典。有几个相关问题：

1) 越界建筑

相邻人一方越过分界线在另一方为建筑。这就好像朝鲜从三八线上向韩国方向挖的地道，算哪一方的。如乙越过地界建设的鸡舍。对于这些建筑，学理上争议较大。从归属上说，仍然应当归实施建筑行为一方。但被越界的一方有没有权利请求越界一方停止越界、拆除建筑？在建设前或建设中，可以要求对方停止，是为妨害预防请求权或妨害排除请求权。从诚信角度上讲，如果在建设过程中没有提出异议，而后要求停止侵害有违诚信。一般而言，如果当时没有要求停止，则基于诚信原则和经济考虑，不能再要求拆除，但这对于被侵占人有些不公平。按照国外的法律，如果建筑对于被侵占人有用，可以要求买断或租用，但具体情况比较复杂，我国物权法也没有做出详细规定。

2) 越界竹木

在奔放种植的竹木生长后，枝叶、根系等延伸到对方如何处理？一般认为，如果没有影响使用，对方应当基于容忍义务允许。再如，果木长大后过界，在对方生成的果实等应当归哪一方？这不能理解为一种添附，而应当归被侵占人。果木的这种越界是可以预测的，不再按照通常的孳息物处理。

（四）相邻采光、通风、音响关系

由于土地特别是建筑物相邻，会在邻里间形成采光、通风等，最大限度地体现相互的容忍。一般来说，物权人在自己土地上使用土地基于所有权，但以不得影响相邻的物权人的使用权利为原则，在这个原则上应合理容忍。如不宜在靠近邻居家的地方修建化粪池；而应当允许邻居开湘菜馆炒菜时的辣味。

（五）相邻环保关系

这是新出现的相邻关系。有时一方行为人的行为可能对环保形成影响，尤其是排放污染物、有毒气体等。这最先源于德国民法有害物侵入的制度。我国《物权法》90条：“不动产权利人不得违反国家规定弃置固体废物，排放大气污染物、水污染物、噪声、光、电磁波辐射等有害物质”。这种容忍义务一般不赋予相邻人。现在这种案例越来越多，如北京市六里城由于夜间进城车辆过多，造成噪声过大，居民要求补救。

（六）相邻防险关系

在使用时要防止危害邻居的所有权。如挖水沟、开垦土地等要防止水土流失、土地凹陷等，这也是容忍义务

…为什么这个学期还没进入状态呢，就结束了…

的体现。

第3节 处理相邻关系的原则

相邻关系是由道德上升为的法律规则,法律规定了一些原则。法律援引了一些民法通则的原则,主要有三个:

1) 有利生产、方便生活

2) 团结互助、公平合理

这两个貌似不像法律规则,但《民法通则》《物权法》都是这样规定的。我国不少法律都有通俗化的痕迹,如他物权说成“与财产所有权有关的其他所有权”。这种原则没有实际意义,只是一个理念。《物权法》84条:“不动产的相邻权利人应当按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的原则,正确处理相邻关系”。相邻关系的容忍应到什么程度,一般而言应到这种程度。

3) 尊重历史与习惯

第八十五条 法律、法规对处理相邻关系有规定的,依照其规定;法律、法规没有规定的,可以按照当地习惯”。

这是一个非常好的条款。物权法中根据习惯,交易习惯、商业习惯、乡规民约,都是一种习惯性的规则。许多乡规民约对于处理相邻关系很有意义。这涉及到民法习惯的渊源、与制定法的关系等问题。立法无法穷尽所有问题,有些问题也要习惯处理。如《中华民法典》第一条就规定:“民事立法无规定者,依习惯;无习惯者,依法理”。学习法律要读法条,不但要了解法条的内容,也要看到法条内在的含义、法条的立法理念。如这种尊重习惯,这就表现了立法者的一种谦逊、一种认识论。但刑法不可以这样,需要罪刑法定。

第七章 他物权概述

我国物权法没有规定他物权这个名词。所有权包括自物权和他物权两大类。自物权是指所有权人对自己的物享有的支配权;他物权指权利人对他人所有的物享有的权利。他物权在物权法的规则上很重要,罗马法在他物权上就很发达。常态之下,物是由所有权人自己使用、亲力亲为的,但客观上这难以达成,主观上也不一定有好处。如有超过自己使用之外的物,闲置会造成浪费;而另一些人则需要物而由无法购买。为了物尽其用,则应设立他物权。在我们国家,他物权就更加重要。因为许多生产资料都被国家垄断了,但国家垄断这些资料有何种作用,只是为了维系这种公有制,以维系这种统治。但这种意识形态无法改变,因此他物权就更加重要。他物权形成一种比自物权更为庞杂的体系、规则。

第1节 概念与特征

他物权是指在他人的物之上行使的权利。更精确地说,是权利人在他人的不动产之上,享有的为建筑、种植等行为,或者为实现占权行使权利。或者说,是在他人的不动产上行使的使用他人之物,或者实现担保物权的权利。他物权有以下特征。

1) 必须设定在他人之物之上

他人之物是仅包括不动产还是也包括动产,存在争议。法国、德国等民法通常只承认不动产,尤其是用益物权。现在的法律呈现开放态势,有些动产价值较大,也可以适用他物权。如首饰用于质押、典当。现在的他物权无论是动产还是不动产都可以,但学理上,用益物权一般只是不动产。动产的使用寿命有限,一般

…为什么 2011 年还没进入状态呢,就结束了…

难以形成一个用益物权。一般规定，用益物权只能用于他人的不动产之上。但我国《物权法》进行了突破。117条规定：“用益物权人对他人所有的不动产或者动产，依法享有占有、使用和收益的权利”。

2) 他物权派生于所有权而独立于所有权

他物权是源于所有权的，如果没有所有权无法形成他物权。他物权本身就是所有权人行使所有权的一种方式、表现。如在我国，国家设立土地承包就是对所有权的行使，虽然这实际上是国家敛财的最好方式。他物权是一种对世权，不但针对其他人，也针对所有权人。原则上讲它是独立的物权，虽然在一定程度上受到限制。

3) 他物权是受限制的权利

自物权是一种无限制的甚至在一定程度上可能滥用的权利，而他物权是受限制的，不仅受到所有权人应受的限制，也受到民法的限制，即所有权人的限制。它毕竟是所有权人派生出来的，受到所有权人的某些约束。如国家收回违反建设用途的土地、收回长期不开发的土地。因此，他物权也称为限制物权或限定物权。

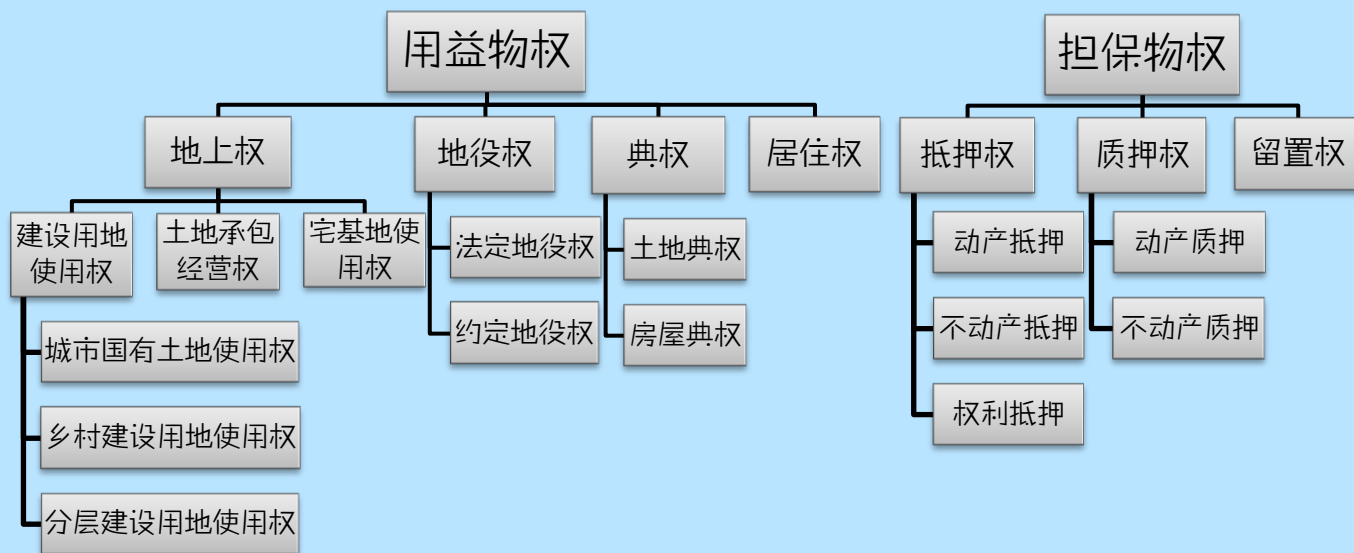
4) 他物权基于法律规定或约定而产生

有的他物权是基于法律直接规定形成，成为法定他物权；更多的时候还是由法律行为、约定产生的。大多数首先是基于当事人的意思，而后由法律确定；但也有法律直接规定的，如留置权。

第2节 他物权的体系

对于一些他物权是否承认，立法时存在争论，如典权在许多亚洲国家受到了承认而在我国没有，这不代表着不成立。法学家一般将其视为一种独立的他物权，前代立法者的糊涂和无知不代表之后的立法者也是如此。

他物权首先分为用益物权和担保物权，用益物权侧重于物的使用价值；担保物权侧重于增值价值。他物权的体系如下。



第八章 地上权

地上权是用益物权的一种，是对他人所有的土地为建筑或者为种植而享有的一种用益物权。我国地上权体系是如何构成，包括哪些类型的权利，在学理上有不同的归纳，即使是根据物权法的规定和相关法律《土地管理法》《农村土地承包法》等，地上权的体系仍然是有争议的。地上权是学理上的归纳，并不是立法中的归纳，这些法律都没有写明地上权。

一般人为，地上权包括建设用地使用权、土地承包经营权、宅基地使用权。后两种是农村的。建设用地使用权包括三种，城市的国有土地使用权、农村的乡村建设使用权和分层建设用地使用权。所谓分层，指的是地上权既包括在地表之上设立，也包括空中设立，也可以在地表之下设立，如建设隧道、地下车库等。同一个土地上有三种建设用地使用权。但是有关空间权，学理上争议比较大；地下的建设用地使用权，学理上一般承认。虽然有着三种区分，但使用时一般统称建设用地使用权。我国的土地系统比较复杂。农村的土地分为只供建设房屋的宅基地使用权、只供耕种的土地承包经营权、以及经过竞争进行经营活动的非农用地。唯有非农用地使用权没有单独出来，广义上一般视为建设用地使用权，一般参照城市的国有土地使用权。

第 1 节 建设用地使用权

这是物权法定定的概念，此前没有这个立法概念。此前的立法只是说国有土地使用权、农村建设用地使用权等。现在《物权法》规定为建设用地使用权。一般分为国有土地使用权和农村建设用地使用权。乡村的一般比照城市的。因此主要介绍国有土地使用权。

(一) 概念与特征

主要是三个方面的特征：

- 1) 主要针对他人所有的土地享有的土地，国有建设用地使用权是国有土地，乡村建设用地使用权是农村集体所有的土地；
- 2) 建设用地使用权的内容非常丰富，学理上认为一般接近所有权；
- 3) 通常来说建设用地使用权是有期限的，但是期限比较长，国有土地使用权最长的期限是住宅用地 70 年，工业用地有 40 年的，商业用地有 50 年的，期限比较长。期限届满后，根据物权法规定应当是自动续期的，但是收费的问题没有规定。

可见这是一种有较长使用期限的、内容基本接近所有权的对国有土地和农村集体土地享有的权利。

(二) 设立

我国城市土地国有，所获得的只有使用权。根据法律规定，获得使用权有两种基本方式：出让设立和划拨设立。

1) 出让设立

出让是指代表国家的土地行政主管部门与土地使用者通过签订出让国有土地使用权合同的方式出让土地使用权。它的最本质特征是有偿性，使用者需要交纳土地出让金，同时颁布证书。出让的具体方式是通过市场竞争，具体有：①招标投标；②拍卖；③挂牌；④协商。最后一种是个别情况。地方政府拍卖土地一般都发布公告，拍卖所得就是政府的纯收入，所谓的土地财政就是这么来的。

2) 划拨设立

划拨是指用地单位需要用地，通过申请由土地行政部门划拨一块地，不用通过招拍卖等方式。他与出让最大的区别在于它是无偿的。划拨通常是基于公共利益的需要，本身一般不是盈利性的，所以是无偿划拨。

所谓公共利益，有外交、军事、立法行政机关、文化机关、公共事业等，最主要的是国家机关用地，是划拨不用交钱的。而事业单位、社会团体，有的是非盈利的，有的也是盈利的。一般的划拨标准是不拿国家财政的、不用国家财政拨款的，使用土地同样需要交钱；由国家拨款的，由划拨取得土地，如公办大学。话虽如此，北京大学蓝旗营的土地是花钱购买的，虽然某种程度上说是划拨的，因为不用交土地出让金，但是要自己交给拆迁户的补偿。有什么方法呢？如向国家要求拨款、向外化缘拉投资、向银行贷款。银行很愿意向大学借款，因为国家不会允许还不上，所以一些有为的校长大肆举债盖教学设施，如吉林大学。而那些优秀共产党员的胆小慎微的校长就不敢举债。这一切都是混乱的体制导致的。要完全的划拨，就应当由国家支付拆迁费。

划拨是否需要签订合同呢，学理上认为它也可以分为要约和承诺，只是不是典型的合同。这有一定的意义，以合同看待，国家就是民事主体的一方，有益于保护合同的一方。虽然国家的确有双重性。

由出让取得的和划拨取得的土地使用权有所差异。出让得到的，是土地的一级市场，可以进入土地的二级市场，可以将土地专卖，赚取差价；而划拨取得的，不得将土地进入二级市场。话又说回来，也可以变相进入二级市场，如北大科技园、清华紫光、北大博雅国际酒店。

(三) 内容

建设用地使用权几乎是一种接近所有权的权利，包括占有、使用、收益，关键是有一定程度的处分权。处分权通常是属于所有权人本人的，但是作为他物权人的建设用地使用人也有非常广泛的处分权。土地使用权人处分的方式有：

1) 转让

转让是最实质的处分。有的土地经过了多次转让炒地皮，层层加价。中国这种畸形的土地房屋价格，政府是始作俑者，中间也有各种加价。政府会在不危及政权的情况下，希望这种高房价。只有民怨沸腾时，才会做做样子。国家为了限制，做了一个限制性规定，开发达到 25% 才可以转让。但实际中没有开发往往就转让，只要政府同意就可以。

受让方要与国家土地管理部门重新签订出让合同，重新取得土地使用权，不用再支付取得土地使用权的费用。

2) 出资

出资方式有多种，可以设立商事组织如合伙，以土地使用权出资，之后要将土地变更到出资对象名下。载入合同出资，如联建，一方出地一方出钱，联合设立一个项目公司，也可以不设立公司。

3) 互换

土地使用权互换，如中央财经大学与一个事业单位有过互换土地的纠纷。

4) 赠予

无偿赠予也是可以的。

5) 抵押

国有土地使用权可以作为一种重要的融资手段。

6) 继承

农村的土地还可以继承。

一个土地所有权人所享有的土地也不过如此，但它也不是所有权，最终还是要受到所有权人的干预、约束，只是说这种干预、约束已经非常小了，但终究还是一个他物权。

(四) 建设用地使用权与地上建筑物之间的关系

…为什么这个学期还没进入状态呢，就结束了…

开发商甲公司通过招标得到土地使用权，在上面建设了一栋楼，这个房屋的所有权当然归开发商。甲公司将房屋卖给乙公司，乙公司取得房屋所有权，但是土地的使用权归谁？土地使用权可以抵押，如果将土地使用权抵押，银行要使用土地抵押权拍卖土地，上面的房屋怎么办。这是一个问题。

土地使用权是个独立类型的物权，房屋所有权是一个独立的物权，而且是个所有权。拿到土地使用权的是否必然拿到土地上房屋的物权，反之，拿到房屋的是否必然拿到土地使用权，这是一个问题。我国土地只有使用权的问题，而外国还有土地所有权，国外土地权利与房屋权利是什么关系是一个问题。一种立法选择是房地一体化，房随地走，地随房走，只能属于一个人。好处是避免房地分离的麻烦。但商业运作、意识自治中，有时可以只使用房屋的或者土地的权利。将二者分开，这是另一种选择。我国物权法选择的当然是绑在一块的。过去房地一体化是有争议的，《物权法》将其法定化了。146条：“建设用地使用权转让、互换、出资或者赠与的，附着于该土地上的建筑物、构筑物及其附属设施一并处分。”这是典型的房随地走。147条：“建筑物、构筑物及其附属设施转让、互换、出资或者赠与的，该建筑物、构筑物及其附属设施占用范围内的建设用地使用权一并处分。”地随房走，两者相互呼应。这种规定不是没有道理，但它违反了意思自治，而且不适用某些情况下地与房分别使用，虽然在我国这种大一统的土地所有情况下，这个问题不是很明显。老师认为这种规定不是很有价值的。在西方国家，房地是可以分离的，虽一般没有约定则推定为一体。

第2节 宅基地使用权

宅基地使用权是在农村特有的一种用益物权。城市里购买商品有没有宅基地使用权呢？城市里是建设用地使用权，是小区范围内多个业主对同一土地享有的一种特殊权利。而农村的是一户对应的一个权力。

(一) 特征

1) 权利主体特殊性

只能是农村集体经济组织的成员；更严格地说只能是本村的村民，只有首先取得一个成员资格才能取得宅基地使用权。不像城市，购买即可。农村只能把土地批给本村村名，许多现在的小产权房，买了房就买了地，但是又买不了地，就出现问题。

2) 数量上的限制性

有一户一宅的原则，一户只能有一处宅基地，不能多得。孩子成家立业可以单独成一个户，不违反一户一宅。城市搞限购令，农村里本来就是限制的。

3) 取得的无偿性和无期限性

农村里是绝对无偿的，而且是无期限，死后还能继承，除非一个人都没有了。这在很大程度上是一种福利。第一，从理论上说，农村土地本来就是集体所有的，再让农民购买从道理上说不通；第二，农民要买也买不起，农民没有国家在城市的福利，所得很多都交给国家了，而土地是他们唯一能成为福利的。其实不是一种福利，因为本来就是他们的。限制一宅一户，也是有其合理性的。这是可以保护农民的，避免都给了一些开发房屋的人。

(二) 内容

内容包括可以包括占有、使用等。

1) 关于收益

是否可以有收益权呢？收益一般来自于房屋，城市的土地可以出租，农村的宅基地使用权是用于农民自

己居住的。所以收益权是没有的。

2) 关于处分

统统的不允许。只能盖房，不允许以任何方式进入二级市场。

一户一宅有其合理性，但一个口子也不能开，似乎也有问题。不让农民以土地作为抵押，农民基本没有任何的融资工具。中国的农民的确是很苦的，免除了 400 多种农业税还要农民感谢政府，根本就不该收这种税。现行的这种政策，某种程度上实质是打着保护农民的幌子，要把农民永远束缚在土地上。

第 3 节 土地承包经营权

土地承包经营权是农村的另外一种用益物权，与宅基地使用权有类似的地方但不完全一样，还有单独的《农村土地承包法》。

(一) 特征

承包经营权源自于改革初期安徽凤阳小岗村的承包制，承包到组、承包到户。中国的农村之前的土地，解放之前是土地私有制，农民有自己的土地，虽然各个时期有些不同，大多数是私有，但可能出现土地兼并，土地集中到少数人手上，大多数人没有土地。因此有的人承典土地，或者说是永佃权。我们把它说成是地主剥削农民的手段，但它实际上是一种土地制度。我国现在的土地所有制某种情况下就是这种永佃权的改进。永佃权，及所谓口粮田，这是一种基本保证农民最基本需求的制度。承包地对于农民来说是命根子，生存的基本保障。对于这一点要专门规定，因此制定了《土地承包法》，《物权法》有单独的一章。是不是一个农民第一看有没有宅基地，第二看有没有承包地。这个权利有以下几个特点：

1) 主体的特殊性

承包地是保证农民的基本生存的，主体只能限制为村民。但它与宅基地的主体有一点区别。承包地的初次获得者必须是本村的村民，但他可能转让给别的村的村民进行耕种，土地流转，某种程度上类似于二级市场。

2) 标的物的特殊性

土地承包经营权的土地指的是耕种土地。

3) 目的性

承包经营权是为了保障农民基本的生存而设立，目的不是为了盈利，必须保证每一户人家有口粮田。

4) 产生方式的特殊性

这与宅基地的申请批准不一样，与城市土地的取得更不一样。以下专论。

(二) 取得

承包经营权有两种取得方式

1) 基于合同取得

这个合同称为“农村土地承包经营合同”。一方称为发包方，即村、集体经济组织；另一方称为承包方，为承包户。这个合同直接产生、直接设定权利，不需要像城市里需要登记、发权证。虽然有的农村推行登记，但法律上它的取得并不依照登记成立。按照《土地承包法》，发包需要经过村民大会确定。确定后签订合同，从合同签订之日取得承包经营权。这种合同没有行政干预，村民自治；而且本村集体为一方，村民为一方，不允许外村人参与，且发包有一定的自主性。

2) 流转

流转有些类似于转让、二级市场，但又不完全相同。流转作为承包经营权的一项内容即流转权，可以将土地承包、转包给其他人。土地承包经营权的流转是很特殊的，转包人并不获得原有的土地承包经营权，但转包人也获得新的承包权。承包经营权也可以互换、入资入股，甚至转让，转让给其他村民。抵押现在没有放开。转让需要经过许多程序，对受让方有一定的限制，如所谓“种粮能手”，转包则不需要。如果是非承包地，其他土地的使用权，除了这两种方式，还有第三种方式，可以通过招投标、拍卖等方式。尤其是“四荒地”，可以以盈利性的方式获得。

(三) 内容

根据《土地承包法》和《物权法》规定，土地承包经营权有四个方面的权利。

1) 占有、使用、收益

2) 流转权

可以转让、出租等。

3) 补偿权

农村土地承包的期限，各个省自己定，有二十年、三十年、四十年、五十年的。在期限之内，不可无故收回；期间国家可以对各种土地征收，要加以补偿。补偿给集体，集体可以各种方式运作还于农户。现在农户基本拿不到，集体直接截留，许多上访、冲击政府等群体性事件是如此产生的。现在的村干部、乡干部鱼龙混杂，都是农民养着。民国时期一个乡顶多三个乡干部，而现在一个乡动辄五六十个干部。

4) 继承权

承包期内如果承包人死亡，继承人可以继承。农村中有一些问题。农村分地大部分是按照人口来。如果女儿外嫁，外嫁的地方不会增加土地，所以有增人不增地，减人不减地的原则。看似公平，对于外嫁女是不公平的，也因此出现许多纠纷。但如果不搞这个，也很麻烦。

(四) 消灭

如果全家进城打工，能否将土地收回？按理说是不允许的，他们还可能回来，但土地也可能荒废。有的地方将农民变成城里人，又没有享有城市的福利，变化就是土地没有了，变成国家所有。许多问题法律无能为力，土地政策不改变，我国农村将永远处于这样一种畸形状态。

第九章 地役权

地役权与地上权一样，也是一种用益物权，也是以对他人的不动产，尤其是土地，作为客体、标的物的一种用益物权。但是，地役权与地上权最大的差别在于，地上权主要是对他人的土地为建筑或者为种植的权利，仅仅作用于土地之上。地役权主要是对他人的土地或者房屋进行役使达到权利。所谓地役权就是役使他人的土地，从义务角度讲是允许他人役使土地。如甲乙土地相邻，甲要经过乙的土地通行，甲就役使了乙的土地，乙的土地为甲所役使。

第 1 节 地役权的特征

1) 标的物

…为什么 2011 年还没进入状态呢，就结束了…

地役权可以设定与土地之上，也可以设定与房屋之上，总之是设定与不动产之上。

2) 目的性

地役权的目的在于对他人的土地加以役使。通过对他人的不动产的役使，是为了提高自己不动产的效力。156条说，地役权的目的是“提高自己的不动产的效益”。如甲乙两人的地相邻，甲只能从乙的土地上出入，则甲有对乙的地役权，甲的土地是“需役地”，乙的土地成为“供役地”。需役地人是享有地役权的人，供役地人是负担地役权的人。

3) 取得无需登记

自合同成立时就取得了地役权。《物权法》158条规定，“地役权自地役权合同生效时设立”。通过约定取得，无需登记，但是可以登记，如果登记了就有了对抗效力；不登记只能在供役地人和需役地人之间的权利，不能对抗第三人。

第2节 地役权的设定

1) 合同

地役权是供役地人与需役地人通过合同订立的。一般规定供役地位置、需役地位置、供役地人、需役地人、地役权的范围内容（是通行权、管道铺设权、排水权或其他）、期限；地役权通常是有偿的，需役地人一般要向供役地人支付价金，同时相对应地有供役地人的义务。157条规定：

第一百五十七条 设立地役权，当事人应当采取书面形式订立地役权合同，地役权合同一般包括下列条款：

- (一) 当事人的姓名或者名称和住所；
- (二) 供役地和需役地的位置；
- (三) 利用目的和方法；
- (四) 利用期限；
- (五) 费用及其支付方式；
- (六) 解决争议的方法。

其中第五条是核心条款。

2) 登记对抗主义

设定不以登记为要件，地役权不需要登记，但是登记产生对抗第三人的效力。没有登记，只在供役地人和需役地人之间设立。地役权自地役权合同生效时设立。158条规定：“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”。

甲役使乙的土地，如果乙将土地转让给丙，并告诉丙，地役权随之转让；如果乙并未告诉丙，丙是否为善意第三人？这在学理上有争议，有人认为受让人不是善意第三人，不能对抗地役权。这是主流观点。也有人认为受让人就是善意第三人。一般认为受让之后，要承当任何权利负担，包括地役权。

如果需役地人将土地转让，即甲将土地转让给丙，如果甲告知丙该地役权，地役权随之转让，地役权在某种程度上具有从属性。如果甲没有告诉丙，丙是否享有地役权？地役权是否享有与是否行使没有关系，只要土地上有地役权，无论是否知晓，都随之转让。

如果乙将土地出租给丙使用，丙没有取得所有权，乙没有告知丙该地役权，承租人丙是否是善意第三人？第三人通常是与供役地人有关的人。如果是出租，地役权能否对抗善意第三人？学理上认为这应当包含在

158 条规定的“未经登记，不得对抗善意第三人”。承租等应当是第三人，但是排除受让人。也就是说，即使没有登记，也可以对抗受让人。

第 3 节 地役权的内容

根据约定，地役权有役使土地的权利，如通行、排水、铺设管道、架设天线等。义务包括缴纳价金，以及尽量保护供役地的利益，地役权消灭时要归还地役权。供役地人的权利主要是收取费用，义务主要是容忍需役地人对土地的役使。

第 4 节 地役权的转让

1) 不能单独转让

地役权具有一定的从属性，地役权通常都是从属于需役地和供役地的。当然，地役权是一种独立类型的用益物权，但是与地上权存在一些区别。当发生转让时，地役权本身能否单独转让是一个问题。如甲有对乙的地役权，能否将地役权单独转让？这是不允许的。原因就在其从属性，地役权首先是基于土地相邻，基于土地的所有权、相邻权，所以地役权不能单独转让。

2) 供役地人或需役地人的转让

如果转让时土地上设定有地役权，附设于它之上的地役权一同转让，除非另有约定。

162 条规定：“土地所有权人享有地役权或者负担地役权的，设立土地承包经营权、宅基地使用权时，该土地承包经营权人、宅基地使用权人继续享有或者负担已设立的地役权”。这一条专指农村的集体土地所有权，如果甲村与乙村签订合同，甲村有对乙村土地的地役权。如果甲将土地发包开发，受让方自动享有对乙村土地的地役权。

163 条规定，“土地上已设立土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权等权利的，未经用益物权人同意，土地所有权人不得设立地役权”。这是对地役权设立的限制。如果土地先由他人取得了地上权、用益物权，这时土地所有权人，集体、国家等，没有权利再设立地役权，这是为了限制所有权，保护用益物权人。

164 条规定，“地役权不得单独转让。土地承包经营权、建设用地使用权等转让的，地役权一并转让，但合同另有约定的除外”。这里所谓的“合同”是设立地役权的合同还是土地转让合同？应当解释为转让合同。转让时约定，受让人不享有地役权。假定原来设定合同时就有约定，地役权不得一并转让，也可以排除地役权随受让合同一并有效。但转让合同和设立地役权合同都可以做出限制规定，这就存在矛盾。所以对于这个“合同”就有三种理解，或两者其一，或两者都有。从实践当中来看，土地所有权人如果先设立地役权的，而后进行发包，后者即用益物权人自动取得地役权。相反，如果先设定了地役权，就排除了土地所有权人设立地役权的权利。

做出这种限制的三种情况都存在。刘老师认为，应当严格地从立法本意上解释。这里应当疏忽了“但设立地役权合同另有规定的除外”。

第 5 节 地役权与相邻权的关系

地役权是由于不动产相邻，一方为了更好地实现不动产的利用、效用，通过一定的方式，以一定的价格取得对土地的役使。二者有类似的地方。通行地役权、排水地役权、管道铺设地役权等类似于相邻排水关系、相邻铺
…为什么 2011 年还没进入状态呢，就结束了…

设关系等。它与相邻权的区别在于，相邻权要求紧密相邻，而地役权不一定要紧密相邻。

1) 性质

地役权是一个独立类型的物权，相邻权通说认为不是独立类型的物权。相邻权只是土地所有权权能的一种眼神，本身还是所有权范畴之内的，没有超越所有权。物权立法上也没有“相邻权”的概念。

2) 目的

地役权主要是更好地利用自己的不动产，相邻权也有这个目的。一般而言相邻权产生一种容忍义务，这是一种最低限度的容忍，但是所有权的延伸也就到此为止。而地役权不是最低限度的容忍，是为了更好地实现不动产权。如相邻权中的排水，屋檐排水是一定的，容忍其排水是最低限度的；而地役权不然，如要求对方的房屋不得超过一定的高度，以使自己的房屋能够眺望大海，“眺望地役权”，这就是一种更高限度的容忍。这既然是一种更高限度的，就需要有代价。

3) 产生

相邻权不需要约定，不需要登记甚至不能登记，而地役权通过约定设立，可以登记。如“袋地”“飞地”，乙的土地完全在甲的土地之内，乙没有任何其他出入口，必须经过甲地才能进入乙地，这就是一种最低限度的容忍，是一种相邻权。而如果还有其他的出入口，为了能够更快捷方便，从甲的土地通过，这就是一种地役权。

4) 是否有偿

由于地役权是一种更高层次的容忍，所以是有偿的，而相邻权是无偿的。

5) 期限

相邻权是永远享有、没有期限的，地役权是有期限的。

可见地役权与相邻权是不同的。更根本地说，地役权是一种独立类型的物权，而相邻权一般认为不是。

第十章 典权与居住权

重点介绍典权，因为居住权比较简单，而且争议比较大。

第 1 节 典权的概念与特征

典权在中国其实有很长的历史。有的史学家认为秦朝就有典的制度，到了汉朝比较完善了，一两千年来一直到明末一直都有。解放以后，很长一段时间还有土地和房屋承典的现象。但是私有制改造以后，土地已经没有了私有无法承典，但是房屋仍有。到了文革以后，除了农村有私有房屋外，城市已经没有私有房屋了，都是房产局的房。改革开放后，农村实行土地承包，城市也承认了各种房屋的所有权，所以典权是一个很需要的制度。《物权法》起草时，几乎所有的民法学者都认为典权应当规定。在日本、韩国、中华民国的民法中，都有典权制度的。但是立法者没有采纳学者的意见。80、90年代时，最高法院的司法解释对民间实际存在的典权关系是保护的。由于《物权法》没有规定典权，现在这个司法解释也很难适用。

《物权法》总则第一批司法解释中，规定当事人约定的不具备《物权法》规定的名称、类型、内容的物权不受法律保护，用来解释、明确法条的第5条：“物权的种类和内容，由法律规定”，即物权法定原则。这遭到刘凯湘等教授的反对，认为物权法定应当缓和，这一条本身就有争议，物权法定可以作为原则，但也应允许例外，如果当事人约定的物权符合物权的基本特征，又不害及第三人和公序良俗的，也应当适用物权法的规定。私法不同于公法，应当允许类推。

典权在实务中是存在的，尤其在南方。“典”与“当”是两个不同的制度，所谓“典当”只是当，不是典，所以叫“当铺”而不是“典铺”。比如在大酒店赌钱赌输后到旁边很多的当铺去典当，有的叫“押金行”，取得质押贷款。“当”相当于一个质押担保。当铺的主人不是用典当来的东西，而是为了获得高额利息。

“典”不是这样的，它指的是承典人对他人的不动产加以利用并支付典价的一种权利。典的标的物也是不动产，只能在土地和房屋之上设典，与地上权、地役权一样，共同构成用益物权体系。

典权的目的是对他人的不动产加以利用，占有、使用、收益。这种利用与地上权、地役权有不同，地上权在土地上为建筑、种植，地役权是为了为役使，如通行、排水，而典权在某些情况下有可能会对土地为种植，但主要是对他人的土地和房屋进行占有、使用、收益。它相对更接近于地上权，与地役权完全不同。

典权的获得是有偿的，必须支付典价。如甲有一栋房屋，承典给乙，乙在房屋之上取得了典权。这样甲称为“出典人”，乙称为“承典人”。甲乙之间需要通过合同设立典权，这合同称为“典契”，解放初期许多民事纠纷都是典契纠纷。出典的不动产称为“典物”，承典人取得的权利称为“典权”，承典人向出典人支付的价格费用称为“典价”。典权通常是有期限的，称为“典期”。所以所谓典权，就是承典人与出典人签订一个典契，由承典人向出典人支付典价，出典人向承典人交付典物，在典期之内，由承典人来使用典物。

第2节 典权的设立

典权与地役权等权利一样，通过合同设立。那么典权是否需要登记？在规定了典权制度的国家，有不同的立法例，有的采用等级要见主义，有的采用登记对抗主义。比较多的采用登记对抗主义，类似于地役权。典契生效，典权就设立。可以登记以对抗第三人。许多大陆学者在登记这个问题上主张，在将来修订《物权法》时，典权还是采用登记要件主义好一些。但是典权城市有，农村也用，让农民对房屋、宅基地使用权、土地等都去登记，不太现实，也增加了成本和负担。所以刘教授认为还是采取登记对抗主义好一些。

第3节 典权的内容

典权可以获得的权利很多：

1) 占有、使用、收益

2) 转让

典权还可以转让，乙承典甲的房屋十年，用了五年以后，将典权卖给丙，让丙称为典权人，乙退出，这是没有问题的。除非当初典契中已经明确限制不许转让，否则转让不需要出典人同意。

3) 转典

转典与转让不同，转典类似于转租。如上个例子，乙转典给丙，乙仍然是承典人，同时又是丙的出典人。一般认为，除非合同有相反约定，否则承典人有转典的权利。

4) 出租

承典期间可以出租。转典是拿一个典价的差价赚取利益，但自己就不能占有、使用土地了，而出租不同，典权没有让渡，可以收取出租。

5) 抵押

承典的房屋可以抵押，这种抵押权的设定不需要出典人同意，除非合同有相反约定。但要注意，从学理上讲，这个房屋上有了三个物权，房主的所有权、承典人的典权、抵押权人的抵押权。如果抵押人没有履行债务，抵押权人如何处理？出典人根据约定

第4节 典权的效力

出典人根据约定，支付的典价可以回赎。如农村中有人进城做生意，需要启动资金，可以将祖传的房屋典当给别人，这是一种融资、利用的渠道，各取所需，是很好的制度。比如典10年，甲的房屋的市场价100万，可以卖给乙，但是这样甲就没有房子了；可以出租给乙，但是每天收取租金很麻烦。这样可以典给乙。典价必须一次性支付，出典率通常是市价的六成到八成。这个房屋以70万典给乙，典期是十年，十年到期时，出典人有回赎权，以当初的典价回赎。即甲可以以70万回赎，无论房屋是涨是跌，法律规定的是死价。对于出典人来说，不用支付任何利息，使用了十年的70万的资金；承典人无偿地使用了10年的不动产，最后资金和房屋都回到各自的手中，完全是公平的。承典人使用不动产相当于没有支付成本；出典人使用资金相当于没有支付利息。这样就有些类似于担保。典价相当于贷款，不动产相当于抵押。不同在于担保抵押对于抵押物没有权利使用、收益、转让、出租等，但承典则可以，更好地做到物尽其用。这就是典权的价值。

如果到期没有赎典，就构成“绝卖”，即房屋所有权以典价转移。回赎权丧失，承典人由用益物权人、典权人变成了所有权人或者地上权人。这就是出典人可能承担的风险。出典人有权回赎，但有风险，这一点与当完全一样。但是当可能期限只有几天，典则比较长。当铺是没有权利使用当物的，承典人则可以使用典物。

典在民间有一个“找贴”的问题。这与银行的贴现业务有些类似。在典价还没有届满的典期之内，承典人再向出典人支付一笔价款，结束典权关系，形成买卖关系，获得典物的所有权。通常也不会以市价，而是有一个贴水率。在银行业务中，使用远期汇票，如三年期国债，年利率3.8%，三年的总利率是11.4%。过了一年，购买人需要以国债套现，就将国债卖掉。这时只能按一年，利率也不能按原来的3.8%，要打一个折扣，这就叫“贴水”。商业汇票贴现是指商业汇票的持票人将未到期的商业汇票转让于银行，银行将票面金额扣除贴现利息后将余额付给持票人的一种资金融通行为。典权也是这样的，在典期之内经过协商，由承典人在典价以外支付一个约定的价格，构成买卖，也可以说是绝卖。个别情况在典契里有与约定，如典期十年，约定在第七年承典人可以以一定的价格找贴、买卖，但实践中通常是履行当中找贴。

房屋典、土地典，在农村、在城市，都是很有价值的。法律给当事人不同的使用、融资途径，买卖、租赁、抵押、信托、出典、出当，都是可以的。“当”是一种典型的动产的质押担保，“典”只能是不动产。

第5节 居住权

居住权的争议确实比较大，不像典权，它反对的声音强烈，支持的声音微弱。从立法例上看，一般认为是二战前后在西方出现的制度，时间不是很长，也不是西方国家都规定了这一制度。现在有通过修改立法或判例承认居住权的趋势。居住权广义上也可以纳入用益物权的范围。前面的地役权是役使土地房屋，而居住权是一种“人役权”。因为地役权是基于土地相邻而役使他人土地，居住权是基于主体特殊的人身关系而可以役使他人的居住使用的房屋。居住权只有自然人才有，其他的物权则是自然人、法人、非法人组织都可以享有；标的物只能是居住用房，排除商业、营业用房。可见居住权是为了保障某些特定的人有安身之地。它还不是更广义上的“居者有其屋”，那是较高的需求，用经济适用房、保障性住房之类，实现“安得广厦千万间”什么的。居住权则是一种更低层次、基本的要求的满足，法律如果不设立这种权利，某些人就会流离失所，不是住的好与差的问题。

(一) 居住权的概念与特征

基于特定的人身关系，而由法律规定或当事人约定，使用他人居住用房的权利。

特征如前所述，有三个方面：

1) 只能由自然人享有；

…为什么这个学期还没进入状态呢，就结束了…

- 2) 只能由某种特定的人身关系之间才能形成；
- 3) 标的物仅限于居住用房。

(二) 居住权的设立

我国法律没有规定居住权。从国外的立法例来看，居住权有两种产生方式：约定和法定。

1) 约定的居住权

经过当事人协商，一方可以以居住为目的地使用他人的房屋。这种情形，比如夫妻离婚，双方协议房子所有权归男方，但是女方没有房子住，约定五年之内女方仍然可以使用这套房屋。这就给了女方一个居住权。这种情形首先要基于双方自愿，可以约定居住权的范围是使用整套房屋还是一间房屋。如果约定女方用一间或者双方公用，这种约定很好的，说不定什么时候就小夜曲重弹，破镜重圆了。从人道主义讲，许多居住权就这样的，如德国的许多判例。双方藕断丝连，以后还可能和好，这个制度功能是存在的。

2) 法定的居住权

如遗嘱继承中的居住权。近年来有许多这样的纠纷。老人患病十几年，子孙不孝，不管不问，保姆尽心尽职。老人很感动，立遗嘱将房屋给保姆并公证。老人死后子女争遗产，保姆称房子是留给自己的。这时将房屋留给保姆可以算是遗赠，法律上是没有问题的，当然前提是不能剥夺子女的应留份。即使没有将房屋遗赠给保姆，如果保姆没有去处，保姆也应有居住权。这会形成法定的居住权，即使当事人没有约定，法律可以规定某些人可以基于特定的人身关系，役使他人的房屋。如法院判决离婚，判决房屋归男方，女方没有房子住，可能获得法定的居住权，在判决书中写明女方可继续无偿使用两年之类。实务中一般认为，父母对子女的房屋居住权是法定居住权，子女不得干涉。如刘教授论证过这样的案例，房子本来是老两口的，后来儿子结婚，将房屋赠送给儿子进行登记。儿子是妻管严，儿媳要以种种理由把老人赶出去。老人要怎么保护呢？道德上可以谴责，但是法律上没有居住权制度，确实没有法律依据。有人说是赡养义务，儿媳则称可以提供赡养费，只是不愿住在一块。可见这就是一个居住权的问题，但老人确实没有地方住。所以居住权尽管可能使用比较例外的情形，但正是因为这些例外的情形、特殊的人群更需要法律的保护。所以刘教授认为，在以后的立法中，应当规定居住权。

第十一章 抵押权

前面关于地上权、地役权、典权、居住权几种类型，包括地役权中土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权、农地使用权等等，构成地上权体系。加上地役权、典权、居住权，构成完整的用益物权体系。接下来讲另外一个重要的他物权的体系，担保物权。担保物权中一些细致的规则，需要自行研究发条，里面并不蕴含多少法理

第 1 节 担保物权概述

(一) 担保物权的特征

担保物权有三个主要特征：

1) 目的性

所谓担保物权指的是以债务人或第三人的财产为债权的实现提供担保；当债务人不履行债务时，担保物

权人或者说债权人，有权就担保的财产优先受偿。担保物权的目的在于担保债权的实现。这与用益物权是不同的。用益物权的目的是，使得用益物权人能够对他人的不动产加以占有、使用、收益，所以成为用益。而担保物权不然，是为了担保一个主债权的实现。

2) 从属性

由于担保物权是担保主债权的实现，所以担保物权从属于主债权。设立担保物权的行为是个从行为，产生主债权的行为是主行为。这个主从关系体现在以下两个方面：

- ① 从产生上看，先有主债权才能设立担保物权，如果没有担保的对象就不会设立从债权，当然可以同时产生。如甲公司以厂房设立抵押，向银行贷款，这个担保物权以银行的主债权为前提；
- ② 从效力上看，如果主债权得到实现，从权利担保物权也随之消灭。如公司将债务还清，抵押权也随之消灭，不可以在再主张从权利。如果放弃主债权，同时也放弃了抵押权；如果主合同被认定无效或者被撤销，从合同也随之无效。

注意《物权法》172 条的规定：“设立担保物权，应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同”。抵押、质押一般都需要订立合同，留置则不需要，那是法定的担保物权。

“担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效，担保合同无效，但法律另有规定的除外。”也存在例外情形。

第二款：“担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任”。担保合同的无效可能因为主合同的无效而无效，也可能因为自己符合了合同法关于合同无效的条件而无效，比如银行与第三人恶意串通骗取保证人提供担保会无效。如果确认无效，一般不再承担保证责任，如果当事人有过错，则要根据各自过错承担民事责任，这种责任是民事责任而不是担保保证责任。

3) 期限性

用益物权中大部分也有期限，也有宅基地使用权等无期限的。即使用益物权有期限也一般很长，如国有土地使用权 70 年等。担保物权也有期限，但是因为其从属性，一般期限短得多。担保物权的期限决定于主债权的期限。借款合同是短期贷款的六个月还是最长的长期贷款五年，会影响担保合同的有效期限。原来《担保法》关于担保物权的有效期限有规定，现在《物权法》将其统一了。按照《物权法》的有关规定，担保物权的有效期限是主债权诉讼时效届满之前。202 条：“抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权；未行使的，人民法院不予保护。”该条从抵押权的角度讲，其他的担保物权也适用。如六个月的借期届满，从第二天开始进入诉讼时效两年期。两年之内任何时候可以行使抵押权；如果连续两年不行使主债权使其诉讼时效届满，这期间也没有行使抵押权，抵押权就消灭了，法律就不再保护。当然时效是可以中断的，只要中断，担保物权就一直存在。否则如果主债权的诉讼时效届满，担保物权因之消灭。

(二) 关于反担保

保证担保只能是债务人以外的第三人为债权人设立担保，称为人保；定金担保是一种货币担保。除了这两种以外就是物的担保，形成担保物权。抵押、留置、质权这种物的担保，既可以是债务人自己的财产设立物的担保，也可以是第三人的财产。如甲公司向银行借款，乙公司与银行签订抵押合同为甲公司担保。如果是第三人财产担保，第三人可以要求债务人提供反担保，即乙公司可以要求甲公司提供反担保，当主债权不能实现，债权人对第三人的财产实现债权，第三人承担保证责任，之后第三人可以向债务人求偿。这称为反担保。

《物权法》171 条第二款规定：“第三人为债务人向债权人提供担保的，可以要求债务人提供反担保。反担保适用本法和其他法律的规定”。为什么债权人向第三人提供反担保却不直接向债权人提供担保呢？因为担保的各种情形不一样。如银行要求必须以不动产抵押，甲公司只用机器设备等动产，乙公司有不动产，符合银行的条

件,可以提供本担保,同时乙公司要求甲公司提供反担保,以机器设备、股票等担保。实务中为了促进交易完成,可以有各种情形,只要当事人同意。担保物权的本质是促进交易,为交易的达成提供便利。《美国统一商法典》对于担保的问题,将这一章就规定为“通过担保完成的交易”。

(三) 关于数种担保共存时选择权的问题

特别需要解决既有物保又有人保的情况,也包括既有抵押担保又有质押、留置等的顺序问题。《物权法》关于一般规则的规定主要解决人保和物保共存的问题。这个问题在《担保法》和它的司法解释中有不同的规定,《物权法》进行了较为先进的改正。如甲公司向银行借款1000万,以自己的厂房做担保,但数额不足,甲公司又请乙公司进行保证担保,即人保,乙公司与甲公司签订保证合同。到期不能还债,应当如何求偿?按照原先《担保法》规定,同一个债权既有物保又有人保,要区分两种情况。人保一定是第三人,而物保既可以是债务人自己的财产,也可以使第三人的财产。

- 1) 如果物保是债务人自己的财产,必须先实现物的担保,物保优先,变卖、拍卖进行清偿。如上面提到的情况,如果银行首先要求乙清偿债务,以可以以物保的存在进行抗辩。此所谓物保优先规则。
- 2) 如果抵押的财产也是第三人的,债权人获得选择权,可以选择保证人的人保全部承担担保责任,也可以选择抵押担保,物的担保不够还可以要求人保。如果要求保证人偿还债务,保证人偿还后可以向债务人求偿,他能否向保证担保的担保人求偿呢?这个要看约定。因为保证担保还有不同类型,包括一般保证和连带责任保证,关于共同责任的规定是不同的。

176条规定了物保和人保共存的规则:

第一百七十六条 被担保的债权既有物的担保又有人的担保的,债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形,债权人应当按照约定实现债权;没有约定或者约定不明确,债务人自己提供物的担保的,债权人应当先就该物的担保实现债权;第三人提供物的担保的,债权人可以就物的担保实现债权,也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后,有权向债务人追偿。”

两个担保人之间能否求偿要看约定,规定可以则可,没有规定则不可。

第2节 抵押权的概念和特征

抵押权指债务人或第三人为债权的实现而以财产设立的一种担保,当债务人不履行债务时,债权人即抵押权人有权利就抵押物优先受偿。传统法上的抵押,抵押物、抵押财产仅限于不动产,土地、房屋,但是后世的发展扩充了抵押物的范围。我国的担保法对抵押物也持开放的态度,只要是担保人能够自己处分的不动产、动产、权利,都可以拿来抵押。在各种担保方式中,抵押、质押、留置、定金、保证及其他方式,违约金、让与担保、所有权保留等等,抵押被称为“担保之王”。这是因为抵押权在担保债权的实现中可能性是最大的。尤其是不动产,减损价值很小,变卖价值很大,不能随意被处分,有了这种担保后就可以高枕无忧。像银行这种商业贷款中,首选的就是抵押担保。除了担保物权的一般特征,从属性、目的性和期限性外,抵押权还有以下特征:

1) 抵押物不移转占有

抵押设置以后,抵押的财产抵押物仍然由抵押人占有、控制、支配,而不是交给抵押权人。不管是甲将自己的财产抵押还是乙用自己的房子为甲抵押,都由抵押人自己控制占有,不移转给抵押权人。这是抵押与质押的显著区别。“质”常组词如扣为人质,是要移转占有的,但“押”不是这样的。

2) 抵押的标的物,可以是不动产、动产或权利

不动产是最主要的,不动产只能抵押,不能质押,不可能被留置。动产既可以抵押也可以质押。权利本身也可以抵押,如国有土地使用权、农村土地承包经营权等。

…为什么2011年还没进入状态呢,就结束了…

3) 物上代位性

抵押物设置抵押以后,如果抵押物价值发生损毁、灭失、损坏而获得的任何价值赔偿,如赔偿金、违约金、保险赔款,对于这些抵押权同样发生效力,可以用于实现债权。如抵押的房屋遭到火灾得到保险金,它是有形的物的价值变成了货币价值,也可以用于实现债权。其实担保物权都具备这种物上代位性,如质押权,而抵押权表现的最为明显。174 条规定:“担保期间,担保财产毁损、灭失或者被征收等,担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿。被担保债权的履行期未届满的,也可以提存该保险金、赔偿金或者补偿金等”。这其实是受用于各种担保物权的。

第 3 节 抵押权的取得与登记

抵押权的取得有两种方式:

- 1) 依合同取得,只要合同成立生效,债权人就同时取得抵押权;
- 2) 除了合同生效,还必须办理抵押权登记。按照《物权法》规定,凡是以不动产进行抵押的,要办理登记。非不动产的不需要登记,可以登记,登记产生对抗效力。

无论是动产、不动产还是权利,合同是第一位的。185 条规定:“设立抵押权,当事人应当采取书面形式订立抵押合同”,对于哪些登记哪些不登记,187 条规定:“以本法第一百八十条第一款第一项至第三项规定的财产或者第五项规定的正在建造的建筑物抵押的,应当办理抵押登记。抵押权自登记时设立”。这里有引至条款,180 条规定如下:

第一百八十条 债务人或者第三人有权处分的下列财产可以抵押:

- (一) 建筑物和其他土地附着物;
- (二) 建设用地使用权;
- (三) 以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权;
- (四) 生产设备、原材料、半成品、产品;
- (五) 正在建造的建筑物、船舶、航空器;
- (六) 交通运输工具;
- (七) 法律、行政法规未禁止抵押的其他财产。

抵押人可以将前款所列财产一并抵押。

所以,建筑物、建造用地使用权、农村非承包经营权的土地经营权的抵押(指四荒土地的抵押),加上正在建造的建筑物,这四种类型的抵押必须登记,仅有合同而没有登记的不形成抵押。但是以动产抵押,自合同成立抵押权产生,登记时对抗要件。可见是否登记取得关键看是动产还是不动产。

第 4 节 抵押权的效力

抵押权的效力有以下几个角度:

(一) 对主债权的效力

如前所讲,债权本来应当实现,抵押权是加了一道保护锁。所以抵押权的效力是,当债务人不能履行债务时,

债权人可以行使抵押权，这个权力是抵押权的主要内容，也是抵押权作为一项物权的体现。抵押权人通过抵押实现债权，可以有三种方式：①折价；②拍卖；③变卖。当主债权到期之前，抵押权存在，这个权力是隐而不露的，不能占有、使用、收益、处分。如果债权本身可以自动实现，不用动用抵押权。这个物权的意义在于，一旦到期不履行债务，抵押权就可以发挥作用。

折价，就是抵押人与债权人经过协商，确定抵押物价值，抵押物归债权人，以物抵债。不动产房屋，进行协商价格或者评估确定价格，而后过户折价。

但是，如果在债权没有实现之前，双方就约定，一旦债权人不能履行债务，抵押物就归抵押权人所有，这样约定是不允许的。这种约定称为“流押”，质权中称为“流质”，法律所不允许。这是为了防止对抵押人、质押人、出置人的不公平。担保物权毕竟具有从属性，债权并非只能通过担保物权才能实现。一栋房屋价值经过评估为1200万，银行抵押率一般是八成左右，只能去抵押1000万的债权。用这栋房屋抵押两年期1000万的债权，如果到期不能履行，那时候这个房屋的价值就不是1200万了，按照我国的房价，可能是2400万、3600万。如果直接归抵押权人，对抵押人非常不利。当然，也有相反的情形，可能不动产的价值狂跌，但是这不会影响到债权人的利益，如果价值下跌变现不足抵债，则可以继续追偿。所以抵押物价格下跌对抵押权人没有影响，而价格上涨对担保人不利。这也没有经过折价程序，折价需要有价格的协商，而直接归抵押权人就没有协商的问题了。而且通常设立主债权时，出质人、抵押人往往处于不利地位，如果允许合同规定流押，往往对担保人不利，所以流押、流质为法律禁止。

拍卖，与变卖基本类似，只是要委托专门拍卖公司。法院组织拍卖也要通过拍卖公司。变卖就是不通过拍卖公司，而是协商找到下家变卖。无论是拍卖还是变卖，都是从所得价金中优先受偿，先偿还债务，不够继续追讨，超过部分归还抵押人。

（二）对抵押财产的效力

这个问题比较复杂，有以下问题需要注意：

1) 有关从物

如果抵押清单中只有主物，没有列明从物，从物是否被抵押？按照《物权法》规定，首先要看约定，如果约定不明或没有约定，及于从物，可以一并折价变现。前提是设立抵押时从物就存在。

2) 有关添附物

这是指的设立抵押以后才添附进去的增加了的东西，一般是动产。抵押权能否及于添附物，同样是有约定按约定，没有约定或约定不明原则上及于添附物。

3) 有关孳息

更为复杂，对于抵押期间抵押物生成的天然孳息、法定孳息是否为抵押物？原则上讲，孳息归抵押人所有，但是法律担心抵押人通过使用抵押物把价值耗尽，让抵押物只剩下空壳。所以有观点认为，物上代位性不仅仅指抵押物毁损灭失获得的财产，还包括孳息。如抵押房屋可以出租获得租金，但是租金要拿来优先清偿债务。以上两种立法例都有。按照我国法律的规定，孳息有约定按约定，没有约定的，事实上应当抵押权及于孳息。换句话说，抵押物在抵押期间获得的孳息应当优先用于清偿债务，除非有相反约定。

关于这个问题，《物权法》197条规定：

第一百九十七条 债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，致使抵押财产被人民法院依法扣押的，自扣押之日起抵押权人有权收取该抵押财产的天然孳息或者法定孳息，但抵押权人未通知应当清偿法定孳息的义务人的除外。

这里设定了一个前提，抵押财产为法院扣押，扣押的财产抵押权人无法实现抵押权。在这期间获得的孳

息，如被查封的房屋出租所得，直接归抵押权人。如果没有发生扣押的情况怎么办？有关孳息的规定只有这一条。所以有的学者通过反推进行解释。有的进行扩大解释，扣押以后产生的孳息归抵押权人，扣押没有移转占有，所以相应的，没有扣押之前的孳息也应当归抵押权人。但是 197 条也可以作相反解释。它特别指出了只有扣押以后的财产的孳息才可以归抵押权人，意味着没有扣押的不能这样，孳息应当归抵押人，物上代位性不及于孳息，只有在扣押以后才及于。第二种解释是现在的通说。有约定按约定，没有约定的归抵押人自己，一旦出现了扣押的情形，自扣押之日其所有的孳息归抵押权人。

4) 有关增建物

添附物是动产，增建物是不动产，指土地和房屋之上新增建的建筑物、构筑物等不动产。如果设定抵押时只是土地使用权的抵押，抵押期间上面建筑一栋房屋。后债务没有实现，抵押权人要行使抵押权，效力能否即于增建物？这与从物、添附物不一样，是抵押不能及于的。但问题是，我国房地一体化，房随地走，地随房走，没有竞买人愿意只买这块土地的使用权而不能为建筑。这是一个矛盾。按照《物权法》的规定，第一，对于增建物，抵押权的效力有限度地及于它。所谓“有限度”，是指在执行折价或变卖、拍卖权利时，有权利连同增建物一同折价或者变卖、拍卖。这是房随地走、地随房走所决定的。第二，对于增建物部分变卖、拍卖所得的价款，抵押权人无权优先受偿，都归抵押人。200 条规定：

第二百零条 建设用地使用权抵押后，该土地上新增的建筑物不属于抵押财产。该建设用地使用权实现抵押权时，应当将该土地上新增的建筑物与建设用地使用权一并处分，但新增建筑物所得的价款，抵押权人无权优先受偿。

变卖拍卖不能只说卖土地使用权，因为卖不出去，但又必须卖，所以只能对属于土地使用权的价值优先受偿。在实务中往往必须请专门的鉴定部门鉴定土地和建筑物各自占的变卖、拍卖价款的比例，除非当事人可以达成合意。

(三) 对抵押权的效力

有的把对抵押权的效力于对主债权的效力放在一起讲，这里进行了区分。对抵押权的效力主要有两个方面的问题。

1) 关于处分权的问题。

在抵押期间，抵押人如果要行使对抵押物的处分权，受到抵押权的限制，要征得抵押权人的同意。191 条第一款，“抵押期间，抵押人经抵押权人同意转让抵押财产的，应当将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。”这体现了物上代位权。第二款，“抵押期间，抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产，但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外”。这一款很重要。抵押权形成了对所有权的限制。抵押人作为所有权人，处分权被抵押权限制了。所以抵押权人在抵押期间要处分抵押物，必须征得抵押权人的同意；未经同意转让了，这种法律行为会是无效的，因为违反了法律的规定。对于这一条，学界批评的声音比较多。有人认为这种行为会害及抵押权的实现，其实，担保物权有追及力，无论处分给谁，抵押权一直是有效的，即使变更所有权人，一旦债权不能实现，都能变卖、拍卖抵押物。这种规定过度干预了抵押人的权利，所以遭到了许多学者的批评，比如清华大学的崔建远教授和北京大学的刘凯湘教授，是提出质疑最多的。

如果经过同意，抵押物可以转让，但是所得的价款要按照物上代位性处理，即要么提存，要么直接归还，相当于提前清偿，与保险金、赔偿金、征收款等相同。当然无论是转让所得还是保险金等毁损灭失所补偿价款，它们的提前清偿都需要清算，最后结算要减免一些利息。

如果未经抵押权人同意进行了转让，第三人即受让方愿意直接清偿债务以消灭抵押权，是允许的，不需

要抵押权人同意。

A 是债权人，B 是抵押人，以房屋抵押。首先，B 要转让房屋需要 A 的同意，否则转让无效；第二，经过同意可以转让给 C，但是所得价款需要首先实现债权；第三，如果没有经过 A 的同意而将房屋转让给 C，受让人 C 直接清偿 A 的债权，这时抵押权人 A 无权提出抗辩。实务当中，债权人如银行通常而言会很高兴债权先得到实现。但银行从事金融业务，有些时候，非银行的实业债权人，是希望以不动产折价，可能不同意。这种规定的意义就在这里，债权人不能提出异议。

抵押权设置以后，如果债权人转让债权，抵押权作为从权利同时转让，受让人同时也取得抵押权。除非当初债权人与抵押人之间的抵押合同中另有约定。同时，债务也可以让与，如果债务人转让债务，按照债务的让与规则，必须经过债权人的同意。如果抵押权人即债权人同意转让，则抵押人不再承担担保义务，除非另有约定，或抵押人同意继续承担担保责任。

2) 关于顺位权的问题

这时指的在同一个财产之上，有数个抵押权的时候，抵押权怎样实现的顺位问题。顺位在前的人获得一种利益，称为顺位权。按照法律规定，必须先实现顺位在前的债权，如果有结余，下一顺位人才能依次递进。顺位权可以放弃。199 条规定：

第一百九十九条 同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押财产所得的价款依照下列规定清偿：

- (一) 抵押权已登记的，按照登记的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿；
- (二) 抵押权已登记的先于未登记的受偿；
- (三) 抵押权未登记的，按照债权比例清偿。”

可见法律设定了三个顺序。同一天在不同登记机关登记的都视为相同顺序。顺位权可以抛弃、让渡。

(四) 对抵押人的效力

对抵押人的效力有三个问题需要注意。

1) 关于出租权

按照《物权法》的规定，如果一项财产抵押后又出租，或相反，先出租后抵押，首先租赁权法律保障，抵押人有权出租抵押物，不需要抵押权人同意。法律要解决的是，现有租赁合同，然后设定抵押，实现抵押权时能否对抗承租人。按照物权法原理，在先租后押的情况下，租赁权得以对抗抵押权。也就意味着得以对抗抵押物新的受让人。但是如果相反，先押后租则相反，抵押权得以对抗租赁权，抵押物新的受让人得以对抗租赁人。可见关键是看先押后租还是先租后押。190 条：

第一百九十条 订立抵押合同前抵押财产已出租的，原租赁关系不受该抵押权的影响。抵押权设立后抵押财产出租的，该租赁关系不得对抗已登记的抵押权。

2) 关于转让权

如前所述，按照我国《物权法》规定，抵押人的转让权受到严格限制，未经抵押权人的同意不得转让，除非受让人替抵押人清偿全部债务。

3) 关于重复抵押权

如某人将房屋抵押给 A 银行，抵押期间又以此房屋为抵押向 B 银行抵押，此为重复抵押。重复抵押是允许的，只要债权人同意。实务当中，某人只有一个土地使用权，可能值 5000 万，只抵押过 1000 万，剩下的还可以进行抵押，只要债权人同意。重复抵押很少设立在动产之上。如果无法实现债权，则按顺位清偿，

前面讲顺位问题已经说明重复抵押时允许的。

(五) 对其他权利的效力

主要是抵押权与留置权、质权的相互关系问题。

1) 对留置权的效力

同一个物之上既有抵押权又有留置权时哪一个先实现？所谓留置权，指的是债权人基于合同关系，预先占有了债务人的动产，当债务人不履行债务时，债权人可以留置预先占有的财产。在担保物权中，抵押权、质权通常是约定产生的，而留置权一般是法定的。如建造船舶，广义上属于承揽合同。定作人有义务支付加工费，如同拿衣服去干洗店，干洗店要获得加工费。基于这个合同，债权人实现占有了债务人的财产，如果到期不履行债务，如缴纳 50 元的洗衣费，债权人可以留置财产。本来定作人有所有权返还请求权，但他不履行债务，债权人就可以拒绝归还。当然如果留置经过合理期限，债务人仍然不履行债务，债权人即留置权人有权利变卖拍卖留置物，从所得价金中优先受偿。

一套设备先抵押给债权人，后该设备交给修理厂修理，但还没有付修理费。这样就有抵押权和留置权，到期后债务人不履行债务，哪一个先实现？留置权先于抵押权实现。事实上，在有物权冲突的时候，留置权总是第一个实现的，一是基于债的牵连性，二是基于现实占有性。除非法律规定了其他的优先权，这种优先权是不是一种物权有争议。比如海商法上的船舶优先权，船舶之上可以形成一个物权群。有船主的所有权；船舶通常都会拿去做抵押等，会形成船舶抵押权；船舶不时要进行大修，往往会形成修船厂的留置权；船上的员工拖欠的工资、人身损害的赔偿，这种权利称为船舶优先权。可能有的船舶这四个权利同时存在，这在船舶当中一点都不罕见。假如没有船舶优先权存在，首先实现留置权，然后实现抵押权；如果有法定优先权船舶优先权，应优先于留置权。

2) 对质权的效力

同一个物可能既抵押又质押，这肯定是动产。质押必须移转占有，一个价值 100 万的交通工具抵押给 A，移转占有出质给 B，有了抵押权和质押权，它们的价值都是 100 万，这时质权在先，因为它移转占有。

3) 对税收权的效力

这时一个公法上的效力。如果一项财产上有抵押权，这个抵押人涉及到拖欠国家税款，根据我国《税收征收管理法》45 条规定，税务机关可以查封、扣押纳税义务人的任何财产，在宽限期后如果仍不纳税，税务机关可以变卖、拍卖财产，从所得价金中优先受偿。税收债权也是债权，但它带有公法性质。法人债权也是合法的，法律也是要保护的，应当先还哪一个呢？不是先还国家税款，应当公平受偿。但是这里有个问题，税务债务发生的时间与设立抵押权的时间是不是一个考量因素。如果首先设定了抵押权，欠税发生在后应如何处理。可能早就形成了纳税义务关系，欠税行为也早就发生，但税收征收权的时间应当是税务机关确定应当缴纳税款而未缴纳之时。公平的处理方法是，如果民事主体的抵押权设定在先，税收征收权发生在后，抵押权应当先于国家的税收征收权。如果税务机关已经下发催税单，之后设立的抵押权，这个时候应当保证国家税收权的实现。所以应当分两个情形，看抵押权与税收征收权设立的先后顺序。如果抵押权设立在前，税收征收权为劣后权；有证据证明税收征收权发生在前，此时抵押权劣后。

第 5 节 抵押权的实现

关于抵押权的实现问题在抵押权的效力中有提及。它实现的方式就是折价、变卖、拍卖等。

第6节 几种特殊的抵押权

在我国的物权法上，有两种典型的特殊抵押权。如果在加上合同法的规定，有三种特殊抵押权。

(一) 浮动抵押

担保物权也是物权，同样要符合一物一权、标的物的特定性等特征，但是有例外，浮动抵押就是个例外。进行抵押，抵押财产应当是特定的，但是浮动抵押突破了这种限制。所谓浮动抵押，是指抵押物的范围，甚至包括价值，不是确定而是浮动的。签订抵押合同时，抵押人把一定期限之内现有的和将来可能获得的财产一并抵押给债权人，也称为企业财团抵押。只会发生在企业、盈利性法人当中。比如经过清点，企业有1000万资产，但它要借款5000万，这时就可以签浮动抵押合同。如规定企业的现有财产和一年之内，企业所获得的任何合法财产都加入到抵押的财产范围内。一旦一年到期，没有清偿债权，企业的所有资产，都可以用于清偿债务。浮动抵押对于中小企业、创业型企业、成长性企业非常有好处，不需要找其他企业增加负担，而是利用其成长性获得更多的融资，是非常好的方式。

它的特点在于抵押财产范围不确定，而是约定一段时间内的所有合法取得财产都属于抵押物的范围，抵押权的实现可以及于所有这些财产。

我国对于浮动抵押仅限于动产，如果抵押人有新增的不动产，不是自动加入到抵押财产中，需要进行登记，我国采用的是动产浮动抵押，这与日本等国家不同。

(二) 最高额抵押

在担保法中，也有最高额保证。只在保证和抵押当中，定金担保、质押担保、留置担保则不存在所谓最高额的问题。它的特点在于设定抵押的时候，担保的对象即债权本身是不确定的。它只是规定一个上限、最高额。实务当中主要用于银行当中。比如民生银行给北大方正在11-12年之间2个亿的受限于额度。在这个年度之内，北大方正可以从民生银行获得2亿额度的贷款，包括流动资金、固定资产、中长期等各种形式。这个额度一般很大，实际可能用完也可能用不完。这个额度是一个意向性的合同，最后要签一个具体的合同。即抵押人以财产提供抵押，担保一段时期内最多2个亿的贷款。担保财产的范围是什么？最高额保证是保证人，抵押则是抵押物。担保的是一个额度，抵押权的实现必须等约定的时间届满后，或其他行使抵押权的情形出现的时候，进行结算，进行固化，确定债权，对这个债权行使抵押权。它的特点是，在担保确定的时候，担保数额并不是固定，要经结算才能确定。

(三) 工程款的优先受偿权

这是由《合同法》规定的，《合同法》286条，“发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿”。这种抵押法律直接规定的，不需要签合同或登记，这是法定抵押权。对于这个权力究竟是什么性质的权利有三种观点：

- 1) 法定抵押权，在成立合同时，建筑物就抵押了，法律直接规定不需要登记、合同，其他特征符合抵押权的特征；
- 2) 留置权，留置权本身就是法定的，基于约定事先占有了财产，符合留置权特征。但是按照学理，留置权的客体只能是动产，不动产不可能发生留置；
- 3) 优先权，这就是一种优先权。在建工程可以办抵押，如果同时不能清偿，优先受偿权优先于银行的抵押

…为什么2011年还没进入状态呢，就结束了…

权。

留置权比较勉强，通常而言的优先权不是指的作用与一个物之上的，更倾向于担保物权，而且这种优先权不能优先于所有的权利。《最高人民法院关于商品房买卖合同纠纷的司法解释》规定优先受偿权优先于银行的抵押权，但是自然人购买房屋支付了价款，要求交付房屋或退款，这种权利是一个债权，它优先于工程款的优先受偿权。自然人有购房的房屋交付请求权或款项退还请求权，如果要求交房，就不能对其购买的房屋变卖、拍卖。变卖、拍卖能够指向的对象是并非卖给个人的，或卖给个人而没有付清价款的房屋。自然人的这两种请求权在权利群中，排除任何权利，最为优先，这才是真正的优先权。所以刘教授认为《合同法》286条的工程款优先受偿权。理解成一种法定抵押权更为妥帖。

第十二章 质权

质权是另外一种物的担保形态。

第1节 质权的特征

质权也称为质押权，债务人或者第三人以财产或权利向债权人提供担保，如果不能履行。提供质押物的称为出质人，享有质权的人成为质权人。质权有以下基本特征：

- 1) 质权是一项担保物权
- 2) 设质的标的物有两种，动产和权利。《物权法》分为两节，动产质权和权利质权。哪些动产、权利可以设置质权，进行了规定。物权法规定了不能作为质物的动产，实务中一般都能设定。
- 3) 必须移转占有。这是与抵押最大的不同。抵押设置后，抵押物仍然由抵押人自己占有；而质押开始后，质物即由质权人占有。

第2节 动产质权

1) 动产质权的设立

《物权法》212条规定，“质权自出质人交付质押财产时设立”。

2) 质押标的物的范围

- ① 关于从物，如果出质的财产有主从之分，原则上讲，从物一并质押，但是另有约定的除外；
- ② 孳息物，出质期间如果标的物产生了孳息，无论是天然还是法定，由质权人收取。这不是指的是无偿地占有，而是用于充抵债务、优先受偿；
- ③ 代位物，获得的赔偿金等代位物也由质权人获得。

3) 出质人的权利。

占有、收益权由质权人获得，关键是处分权的问题。行使处分权需要质权人同意，所得需要用于优先受偿，与抵押权类似。

4) 质权人的权利。

- ① 占有权。需要移转占有。
- ② 收益权。出质财产在出质期间产生的孳息由质权人获得，用于充抵债务；
- ③ 转质权。乙将某物质押给甲，甲可以将该财产质押给他的债权人丙。如果合同中排除转质权则不能

转质。这与租赁相似。物权法规定，如果转质期间质物发生了损害，需要由质权人承担责任；

④ 质权保全权。如果出质财产因为其自然属性等原因，价值下降，不能担保债务，则质权人有权要求另设质押物以符合债务的价值，这个债务是指设定质权时的价值；

⑤ 优先受偿权。如果不履行债务，可以变价拍卖，所得优先受偿实现债权。与抵押类似，同样禁止在设立质押合同时约定流质。流质与债务不履行时协商折价是不同的。

5) 质权人的义务。

① 保管义务，如果质押期间纯粹是由于自然属性等其他因素导致毁损灭失，是风险，由出质人承担；如果仅仅是由于质权人的故意或过失导致的，则质权人要承担赔偿责任；

② 返还义务，如果债权得以实现，需要将质物返还给出质人，如果不返还，则是无权占有。

实务中出质的财产从大型工业用具、金银珠宝等到生活用品，均可以作为质物，但是文物是不可以的。

第3节 权利质权

权利质权的标的物不是有形物、财产，而是权利。原则上讲，凡是可以让与、交易、转让的权利都是可以设质的。权利质押主要是从不同类型的权利质押中掌握每一种的程序要件及其效力问题。

1) 有价证券权利质押

这是实务中用的比较多的权利质押，比如票据、大额存单（定期存单）、提单、仓单。票据中无论是汇票（银行汇票、商业汇票）、本票、支票都可以。如果是票据，必须把票据交给质权人。除非按照法律规定不需要交付的，需要办理登记手续。债权存单，如国库券，也可以担保，同样需要交付，不能交付的登记；仓单提单，提单既是债权凭证也是物权凭证，可以交易、转让。如某公司从日本进口一批货，船长就会签一个提单，从合同法上讲这是一个在途货物权利，从物权上讲，谁持有提单谁就具有所有权。仓单也是如此。这些有价证券的设置出了要签订合同，原则上需要转让这些证券。

2) 股权和基金份额

目前这种质押很多。这种担保有两种情形，一种是进入了证券交易领域的股权或基金份额，这种不需要办理交付，因为无法交付，都是电子交易，没有凭证，这些必须到证券交易部门办理登记手续，上交所、深交所所有证券登记结算部门；如果是非上市流通的股权或基金份额，不存在去交易部门办理登记手续的问题。这种需要到工商管理部门办理登记。但是有限公司转让股份需要有一些规则的限制，需要其他股东同意才可以。实务当中更多的是将股权变卖、拍卖，所得价金优先偿还债务。

3) 知识产权中财产权部分设质

知识产权、商标权、专利权、非专利技术权等，通常都有双重属性，有人身权和财产权，人身权是不可转让的，财产权可以转让。如版权的署名权、修改权是不能设置的，专利权中的署名权不能设置，而稿费是可以设置的。以知识产权中的财产权设质的办理登记，登记部门是国家知识产权局。原则上设质后，出质人不得使用知识产权成果，不能再转让给别人或允许他人使用，除非质权人同意。而且如果允许转让，转让所得的价金需要优先提前偿还债务，或者提存。

4) 应收账款质押

从学理上讲，这是一种普通债权的质押。它同样可以进入担保领域。这是西方国家 70、80 年代才出现的。为了用各种权利用于质押促进交易，物权法规定了这一种质押。如高速公路收费权，开发公司可以用收费权用于质押向银行融资。我国的公路收费，除了高速路，还有一些一级公路、二级公路，甚至乡村公路。现在我国的许多公路收费纯粹是盈利，得到的除了上交国家的，大多数都被利益集团、开发公司瓜分。我国已将一级公路收费权取消了，但是高速公路收费仍然存在。我国什么时候政府将高速公路收费取消，这个国

…为什么 2011 年还没进入状态呢，就结束了…

家政府可能就有希望了。公路这个链条是极端腐败的，非常恶劣。

如果应收账款也需要办理登记，登记部门在哪里？按照物权法规定，有信贷征信机构办理登记，在我国实际上是在银监会系统。按照物权法实际上是银行部门。应收债款的实现，债权的变现比较难，不像前几种一般可以直接实现。除了高速公路收费权，一般的债权是比较难的。需要在合同中规定好债权的实现方式。

有的以判决书确定应收债款，一般而言，这个证明效力比较强，但是不可能可以像有价证券那样等比担保，实务中往往要打四五折，因为质权人的风险比较大。自从物权法规定了应收账款质押后，实务中的纠纷比较多，但是也起到了促进交易的作用，是很有好处的。

这是物权法直接规定的权利担保方式，其他权利也可以。比如物权法只讲股权，合伙人的份额也可以作为担保权利，它类似于股权。

总之，质押是由质押权人占有质物，出质人承担风险，质押券人负有保管义务，其他许多有关登记等具体规定，不同的形式有所不同。

第十三章 留置权

留置权是第三种物的担保方式，与质押、抵押有相同的地方，也有自己的特点。

第 1 节 留置权的特征

1) 债权人事先已经基于法律关系事先合法占有了财产。流质的财产也只能是动产。这与质权、抵押都不一样。质权中，质权人占有出质人的财产是基于质押合同，留置则事先已经占有了，如加工留置合同，已经事先占有加工物。

2) 留置权是一种法定担保。这与抵押、质押不同。抵押、质押都需要有合同约定，留置权不需要合同、约定，是由法律直接规定的。留置权的产生不需要约定，但当事人之间的合同可以做排除留置权的约定。如果合同约定留置权适用的排除，则不能适用留置权。如果没有排除，到期就可以享有留置权。如冲洗照片，照片是留置物，需要缴纳冲洗费，履行这一债务才可获得留置物。

3) 法理上认为，这种留置权类似于一种抗辩权，如同时履行抗辩权。但无论是同时履行、后履行、不安抗辩权都有着自己的条件；抗辩权是一个消极的、防御性的权利，而留置权是一个物权。留置权是第二次占有，第一次是基于技术关系等合同，留置权是第二次占有，由基于债权的占有变成一个基于物权的占有。

第 2 节 留置权的产生

留置权是法定的，但受到若干条件的限制：

1) 必须是动产

从不动产的利用上说，是不能以不动产实行留置权的，比如建设一栋教学楼，是一种共有事业单位的设施，不能以此作为留置；

2) 牵连性

假定钱教授欠刘教授 1 万元，某天钱教授要到刘教授家借宿，刘教授提出要把他的包留置，这可不可以？这不能作为留置。留置必须有牵连性，与前面的技术法律关系等法律关系是直接相关的。有人提出，营利性企业之间，只要有债权债务法律关系，不一定要有关联性，以保障债权的实现。这种观点近年来得到承认，

在我国也获得了认可。230条、231条规定了原则上需要牵连性，但企业之间的留置除外。

第二百三十条 债务人不履行到期债务，债权人可以留置已经合法占有的债务人的动产，并有权就该动产优先受偿。

前款规定的债权人为留置权人，占有的动产为留置财产。

第二百三十一条 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。
如甲公司欠了乙公司钱，乙公司因其他原因占有甲公司的某物，就属于这种情况。

留置期间的风险由留置人承担，留置权人负有保管义务，这与质押权类似。239条规定，“同一动产上已设立抵押权或者质权，该动产又被留置的，留置权人优先受偿”。

第十四章 占有

第1节 占有的概念

占有在学理上是一个很有争议的问题。我国物权法专门用一章来规定占有，但是只有5个条文。

所有权中权能之一是占有。占有是一种实际控制、管理的状态，是一种事实状态。如钱教授借用刘教授的杯子，借用期间可以拒绝刘教授的返还要求，但到了借期之后就必须返还，否则就是无权占有；这个杯子被潘教授偷走了，潘教授也是占有。无论是什么原因，占有都是一种控制管理的状态。再如汪教授要抢夺潘教授偷来的这个杯子，潘教授能否反抗，法律是否保护这种占有？法律一方面保护占有，另一方面，如果不是权利人自己的占有，原权利人能否要求返还？所以占有不是一种权利，而是一种状态，涉及到多方面的权利，为了维护占有秩序，法律规定了占有。有人认为占有不是物权，但是类似于物权的功能，是一种准物权。它的表现是一种事实状态。

第2节 占有的类型

1) 有权占有

承租人、借用人、承用人、保管人、承揽人、出租人、定作人等，占有的财产都是有权利占有，有技术法律关系，能够占有别人的财产。

2) 无权占有

如租期届满之后的占有，拾得遗失物的占有，先占的占有，无因管理的占有等，即没有一个基础权利的占有。无权占有有两种情形：①善意占有，不是基于本权的占有，但是没有恶意，如先占、拾得遗失物；②恶意占有，如租赁期届满后拒不返还、偷窃的占有、抢夺的占有。

第3节 占有的效力

1) 保护原权利人权利

保护原权利人的返还请求权。

2) 占有人的义务，有返还义务

这两个效力是保护原权利人的权利。

3) 对占有人利益的保护

占有是一种为稳定社会秩序设立的制度，也要保护占有人的利益，包括无权占有甚至恶意占有。如果是

善意的占有，占有人只负有原物返还义务，任何的风险导致的占有物的毁损灭失，占有人不負責任；如果是惡意占有，标的物的任何風險、毀損滅失的責任都要由惡意占有人承擔。

占有期間產生的孳息，善意占有已經消耗的孳息，善意占有人不負返還義務，惡意占有則必須全額返還。如某人以為一片果林是天然果林，對其進行開發，採摘果實，幾年後其物主返回，這種情況是善意的無權占有，對它的果實不負返還義務。如果是搶奪的果園，期間按照平均產量產生的孳息利潤都要返還。

占有人的利益也需要保護，如果第三人侵佔占有物，占有人也有返還請求權。李四偷了王五的車，趙六把車搶走了，李四仍然可以要求趙六把車歸還。

《物權法》第 241 條規定：“基於合同關係等產生的占有，有關不動產或者動產的使用、收益、違約責任等，按照合同约定；合同没有约定或者约定不明确的，依照有关法律规定”。可見產生占有的不僅僅是合同關係。占有人導致的占有物受到損害的，惡意占有人應當承擔賠償責任。242 條規定，“占有人因使用占有的不動產或者動產，致使該不動產或者動產受到損害的，惡意占有人應當承擔賠償責任”。所以如果是善意占有人占有使用，即使構成損害，則不負賠償責任，惡意占有人則要賠償。

243 條，“不動產或者動產被占有人占有的，權利人可以請求返還原物及其孳息，但應當支付善意占有人因維護該不動產或者動產支出的必要費用”。可見善意占有人還有權要求返還保管維護的必要費用。

244 條，“占有的不動產或者動產毀損、滅失，該不動產或者動產的權利人請求賠償的，占有人應當將因毀損、滅失取得的保險金、賠償金或者補償金等返還給權利人；權利人的損害未得到足夠彌補的，惡意占有人還應當賠償損失”。這是指的代位物，本來應當返還原物但是原物不在了，因此有某種物上代位費用，應當返還；如不足占有人有補足差價的義務。總之，善意占有人只負有原物返還義務，還有權要求返還成本；惡意占有人不但不可要求返還成本，還要負侵害賠償責任。

245 條，“占有的不動產或者動產被侵佔的，占有人有權請求返還原物；對妨害占有的行為，占有人有權請求排除妨害或者消除危險；因侵佔或者妨害造成損害的，占有人有權請求損害賠償。

占有人返還原物的請求權，自侵佔發生之日起一年內未行使的，該請求權消滅”。

這裡還規定了占有人返還請求權的實效。原權利人的返還請求權不受訴訟時效限制，永遠可以要求返還；但占有人的返還請求權就有除斥期間，這一年不是訴訟實效，是導致實體權利消滅的除斥期間。

《物權法》關於占有的五個條文，分別規定了占有產生的原因、兩個類型及相關權利義務、所有占有人本身對第三人侵佔，都有返還請求權、妨害排除請求權、妨害預防請求權。也就是第四章物權的保護是可以用於准物權即占有的，但是其中的原物返還請求權有一年的除斥期間。