目录

[第一章 物权概论 5](#_Toc121673444)

[**第一节 导论 5**](#_Toc121673445)

[**一、物权的概念 5**](#_Toc121673446)

[**二、物权法概述 5**](#_Toc121673447)

[**三、物权法的体系 6**](#_Toc121673448)

[**四、物权法的基本理念 6**](#_Toc121673449)

[**五、物权的客体 6**](#_Toc121673450)

[**第二节 物权的效力 8**](#_Toc121673451)

[**一、物权的主要特征：支配权 8**](#_Toc121673452)

[**二、物权的排他效力 8**](#_Toc121673453)

[**三、物权的优先效力 8**](#_Toc121673454)

[**四、物权的追及效力 9**](#_Toc121673455)

[**五、物上请求权 9**](#_Toc121673456)

[**思考题 10**](#_Toc121673457)

[**第三节 物权的种类 11**](#_Toc121673458)

[**一、物权法定原则 11**](#_Toc121673459)

[**二、物权的类型体系 11**](#_Toc121673460)

[**思考题 14**](#_Toc121673461)

[第二章 物权的变动 16](#_Toc121673462)

[**第一节 导论 16**](#_Toc121673463)

[**一、物权变动的样态 16**](#_Toc121673464)

[**二、物权变动的原因 16**](#_Toc121673465)

[**三、物权取得权 16**](#_Toc121673466)

[**第二节 所有权的原始取得 18**](#_Toc121673467)

[**一、先占 18**](#_Toc121673468)

[**二、关于拾得遗失物 21**](#_Toc121673469)

[**三、关于发现埋藏物 22**](#_Toc121673470)

[**四、天然孳息的收取 22**](#_Toc121673471)

[**五、添附 23**](#_Toc121673472)

[**六、土地所有权问题 25**](#_Toc121673473)

[**第三节 基于法律行为的物权变动（物权行为） 25**](#_Toc121673474)

[**一、物权行为概述 25**](#_Toc121673475)

[**二、物权行为的类型 25**](#_Toc121673476)

[**三、处分行为（物权行为）与负担行为的主要区别 25**](#_Toc121673477)

[**四、法律行为的一般规定对物权行为的适用 26**](#_Toc121673478)

[**五、物权变动的公示、公信原则 28**](#_Toc121673479)

[**六、物权行为的特别生效要件 29**](#_Toc121673480)

[**七、物权行为理论的实务意义 30**](#_Toc121673481)

[**八、主物与从物、原物与孳息 30**](#_Toc121673482)

[**第四节 不动产物权的变动 31**](#_Toc121673483)

[**一、基于法律规定的不动产物权变动 31**](#_Toc121673484)

[**二、基于法律行为的不动产物权变动 31**](#_Toc121673485)

[**三、不动产登记制度的一般问题 32**](#_Toc121673486)

[**四、更正登记 32**](#_Toc121673487)

[**五、异议登记 33**](#_Toc121673488)

[**六、预告登记 33**](#_Toc121673489)

[**第五节 动产物权的变动 33**](#_Toc121673490)

[**一、基于法律规定的动产物权变动 33**](#_Toc121673491)

[**二、基于法律行为的动产物权变动 33**](#_Toc121673492)

[第三章 物权的保护与限制 35](#_Toc121673493)

[**第一节 物权的保护 35**](#_Toc121673494)

[**一、对物权的私法保护 35**](#_Toc121673495)

[**二、对物权的公法保护 36**](#_Toc121673496)

[**第二节 物权的限制 38**](#_Toc121673497)

[**一、公法上的限制 38**](#_Toc121673498)

[**二、私法上的限制：物权内容的限制 39**](#_Toc121673499)

[**三、私法上的限制：定限物权以及债权的限制 39**](#_Toc121673500)

[**四、私法上的容忍义务：特殊问题 40**](#_Toc121673501)

[**五、不动产相邻关系 40**](#_Toc121673502)

[**第三节 物上请求权 42**](#_Toc121673503)

[**一、物上请求权概述 42**](#_Toc121673504)

[**二、物的返还请求权 42**](#_Toc121673505)

[**三、排除妨害请求权 43**](#_Toc121673506)

[**四、妨害防止（消除危险）请求权 43**](#_Toc121673507)

[**五、物上请求权的其他问题 44**](#_Toc121673508)

[**六、民法上的其他类似制度 44**](#_Toc121673509)

[第四章 所有权 46](#_Toc121673510)

[**第一节 所有权的基本问题 46**](#_Toc121673511)

[**一、不动产所有权概述 46**](#_Toc121673512)

[**二、动产所有权 47**](#_Toc121673513)

[**三、关于货币的所有权 47**](#_Toc121673514)

[**第二节 所有权的善意取得 47**](#_Toc121673515)

[**一、概述 47**](#_Toc121673516)

[**二、动产所有权的善意取得 47**](#_Toc121673517)

[**三、遗失物的善意取得 49**](#_Toc121673518)

[**四、不动产所有权的善意取得 49**](#_Toc121673519)

[**五、他物权的善意取得 50**](#_Toc121673520)

[**六、善意取得的其他法律问题 51**](#_Toc121673521)

[**第三节 共有 51**](#_Toc121673522)

[**一、共有概述 51**](#_Toc121673523)

[**二、共同共有 51**](#_Toc121673524)

[**三、按份共有 51**](#_Toc121673525)

[**四、准共有 52**](#_Toc121673526)

[**五、建筑物区分所有 52**](#_Toc121673527)

[第五章 占有 54](#_Toc121673528)

[**第一节 占有概述 54**](#_Toc121673529)

[**一、占有的基本含义 54**](#_Toc121673530)

[**二、对占有的保护概述 54**](#_Toc121673531)

[**三、占有的分类 55**](#_Toc121673532)

[**第二节 占有的取得、变更、消灭 55**](#_Toc121673533)

[**一、直接占有、间接占有的区分 55**](#_Toc121673534)

[**二、直接占有的取得与消灭 55**](#_Toc121673535)

[**三、间接占有的取得 56**](#_Toc121673536)

[**四、占有的变更 57**](#_Toc121673537)

[**五、占有与代理 57**](#_Toc121673538)

[**六、占有辅助 57**](#_Toc121673539)

[**第三节 占有的保护 59**](#_Toc121673540)

[**一、占有在物权法上的保护 59**](#_Toc121673541)

[**二、占有在债权法上的保护 59**](#_Toc121673542)

[**第四节 占有人与回复请求权人之间的关系 60**](#_Toc121673543)

[第六章 用益物权 61](#_Toc121673544)

[**第一节 用益物权概述 61**](#_Toc121673545)

[**一、用益物权概述 61**](#_Toc121673546)

[**二、用益物权的种类 61**](#_Toc121673547)

[**三、用益物权的取得、变更、消灭 61**](#_Toc121673548)

[**四、特别法上的用益物权或者类似用益物权的权利 61**](#_Toc121673549)

[**第二节 土地承包经营权 61**](#_Toc121673550)

[**一、土地承包经营权概述 62**](#_Toc121673551)

[**二、土地承包经营权的取得 62**](#_Toc121673552)

[**三、土地承包经营权的内容 62**](#_Toc121673553)

[**四、土地经营权的“流转” 62**](#_Toc121673554)

[**五、土地承包经营权的终止 62**](#_Toc121673555)

[**六、“三权分置”改革 62**](#_Toc121673556)

[**第三节 国有建设用地使用权 63**](#_Toc121673557)

[**一、国有建设用地使用权概述 63**](#_Toc121673558)

[**二、建设用地使用权的设定 63**](#_Toc121673559)

[**三、期限 63**](#_Toc121673560)

[**四、内容（权能） 63**](#_Toc121673561)

[**五、权利变动的公示 64**](#_Toc121673562)

[**六、建设用地使用权的消灭 64**](#_Toc121673563)

[**第四节 宅基地使用权 64**](#_Toc121673564)

[**第五节 居住权 64**](#_Toc121673565)

[**一、居住权的概念 64**](#_Toc121673566)

[**二、居住权的取得 64**](#_Toc121673567)

[**三、居住权的内容 64**](#_Toc121673568)

[**四、居住权的消灭 64**](#_Toc121673569)

[**第六节 地役权 65**](#_Toc121673570)

[**一、地役权概述 65**](#_Toc121673571)

[**二、地役权的特征 65**](#_Toc121673572)

[**三、地役权的取得、变更、消灭 65**](#_Toc121673573)

[**四、地役权的效力 66**](#_Toc121673574)

[**四、地役权的消灭 66**](#_Toc121673575)

[第七章 担保物权以及债的其他担保 67](#_Toc121673576)

[**第一节 债的担保概述 67**](#_Toc121673577)

[**一、债的担保概述 67**](#_Toc121673578)

[**二、担保物权概述 69**](#_Toc121673579)

[**三、“优先权”的一般问题 69**](#_Toc121673580)

[**四、保证概述 71**](#_Toc121673581)

[**五、定金概述 72**](#_Toc121673582)

[**六、押金和类似的担保方式 72**](#_Toc121673583)

[**第二节 抵押权 75**](#_Toc121673584)

[**一、抵押权概述 75**](#_Toc121673585)

[**二、抵押权的设定（抵押合同的成立和生效） 76**](#_Toc121673586)

[**三、抵押的效力 79**](#_Toc121673587)

[**四、抵押权的实现 80**](#_Toc121673588)

[**五、抵押权的消灭 81**](#_Toc121673589)

[**六、浮动抵押 82**](#_Toc121673590)

[**七、最高额抵押 83**](#_Toc121673591)

[**第三节 质权 83**](#_Toc121673592)

[**一、质权概述 83**](#_Toc121673593)

[**二、质权的设定（质押合同的成立与生效） 84**](#_Toc121673594)

[**三、质权的效力 86**](#_Toc121673595)

[**四、质权的实现 87**](#_Toc121673596)

[**五、最高额质权 87**](#_Toc121673597)

[**六、质权的消灭 87**](#_Toc121673598)

[**第四节 留置权 88**](#_Toc121673599)

[**一、留置权概述 88**](#_Toc121673600)

[**二、留置权的取得 88**](#_Toc121673601)

[**三、留置权的效力 89**](#_Toc121673602)

[**四、留置权的实现 89**](#_Toc121673603)

[**五、留置权的消灭 90**](#_Toc121673604)

[**第五节 非典型担保 90**](#_Toc121673605)

[**一、非典型担保概述 90**](#_Toc121673606)

[**二、所有权保留 91**](#_Toc121673607)

[**三、让与担保 92**](#_Toc121673608)

[**四、附买回权的买卖 95**](#_Toc121673609)

[**五、融资租赁 96**](#_Toc121673610)

[**六、其他形式 97**](#_Toc121673611)

[**第六节 担保的并存 99**](#_Toc121673612)

[**一、一个债权上有数个、数种担保 99**](#_Toc121673613)

[**二、同一财产为数个债权提供担保的情形 99**](#_Toc121673614)

**第一章 物权概论**

**第一节 导论**

**一、物权的概念**

《民法典》第114条第2款：“物权是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。

* 对物权的概念主要是相对于债权定义的
  + 债具有平等性和相对性，然而物权是相对于债权而存在的
    - 例如，一房二卖情况下，第一个人获得了房屋所有权，但是第二个人就只能获得赔偿金，但是此赔偿金和原本的债权仍然是同一债权，这也是债权相对性的一个体现
  + 试想两种权利：
    - 一、你的电脑被抢走了，但是你只能任由他抢走，你之后再去法院告他
    - 二、在别人抢你的电脑的时候，你可以通过自己的行为（包括你的拳头和工具等）保卫自己的财产
      * 类似的一个历史问题：元朝的统治下，蒙古族打汉族人是非法的，但是汉族人被打的时候不能还手，否则你就是违法的。你只能之后去官府告他。
    - 物权就是第二种权利

**二、物权法概述**

**（一）物权法：规范物权关系的法律。**

* 形式意义的物权法：《民法典》第二编物权（2021年施行）
* 实质意义的物权法：各法律中所包含的规范物权关系的法律规范（如《城市房地产管理法》、《农村土地承包法》、《不动产登记暂行条例》等），以及相关司法解释，例如《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民法典>物权编的解释（一）》。

**（二）物权法的性质**

1．物权法是私法（是民法的组成部分）。但是与许多公法规范有密切联系（应一并学习、了解）

（1）物权法规范的是私人之间的关于物权归属、行使上的法律关系

（2）与物权有关的公法规范

* 物权登记：登记机关是行政机关；登记行为是行政行为；与登记机关的争议适用行政法和行政诉讼法
* 物权的效力：受到公法的广泛限制。例如建筑许可、施工许可，“违法建筑”的管制等

思考：“违法建筑”上的民事权利状况是什么？

* 征收征用：行政法上的制度

2.物权法上的强制性规定与任意性规定

（1）强制性规定：

* 物权的种类和内容：物权法定原则。
* 疑问：留置权、《民法典》第807条规定的建设工程价款优先受偿权，可否预先放弃？

（2）物权法上的任意性规定

举例：

* 《民法典》第301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、变更性质或者用途的，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，但是共有人之间另有约定的除外。
* 其他：《民法典》第307、320、321、380、389、407、421、430条。

**三、物权法的体系**

**（一）《民法典》的编制体例**

**（二）物权法的法律渊源**

**（三）物权法与其他民法领域的关系**

1.民法总则：民法的基本原则、民事主体（适用于物权的主体）、法律行为与代理（适用于物权行为）、诉讼时效（适用于物上请求权）。

2．债权法：债的清偿是物权变动的主要原因；物权法上会直接规定相关的债的发生（例如《民法典》第302条关于共有物管理费用承担的规定等）；担保物权的目的在于担保债的履行，从而产生复杂的关系，等

3.婚姻家庭法：关于夫妻财产制、离婚财产分割的规定，与物权归属有密切的关系

4.继承法：物权是最重要的遗产

**四、物权法的基本理念**

参阅刘家安《物权法论》。

**五、物权的客体**

**（一）物的含义**

* 《民法典》第115条：“物包括不动产和动产。法律规定权利作为物权客体的，依照其规定。”

**（二）物的特征**

1．物权客体须为有体物。“无体物”（或“无体财产”）不是物权法意义上的“物”。

* 物必须是现实存在的物，不包括将来的物

思考：以“将来的物”作为标的物所订立的合同是否具有效力上的瑕疵？

* 动物也是物。
  + 不过要区分活的还是死的
    - 比如甲和乙买一头牛，甲七千块乙三千块，约定乙要后腿，甲要其他的
    - 牛活着的时候，甲和乙是共有这头牛的。但是一旦牛死了，被切开了，那乙就自动获得了后腿的所有权，不会因为这头牛给了甲而因为交付失去了所有权
  + 微生物是不是物？
    - 日常生活中？应该不是，因为没有价值
    - 但是假设，是实验室的试管里的？——或许就有价值
  + 参考：《德国民法典》第90a条：“动物不是物。它们由特别法加以保护。除另有其他规定外,对动物准用有关物的规定。”
* 尸体是不是物？
* 身体、器官是不是物；若与人体相分离，是否有所不同？
* **物权保护的范围问题**
  + 比如，我的墙壁的所有权有其保护范围
    - 别人的无人机就不能开入我家之中，虽然空间是无体的，但是我家是我墙壁所有权的保护范围之内的（可能我对抽象的空间没有所有权，但是我对其他事物的所有权包括了这些空间

2．物权客体须具有可支配性。

* 月球、太阳不是物。

3．物权客体须为特定物：**物权标的特定原则**

* 《民法典》第114条第2款：**“特定的物”**
* 一个物权的客体，以一个物为原则。一个物权不能以两个以上的物为客体。
* 问题：《民法典》第395条第1款规定：“债务人或者第三人有权处分的下列财产可以抵押：……（四）生产设备、原材料、半成品、产品；……”第403条：“以动产抵押的，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。”。——假如甲、乙公司订立的抵押合同约定：甲公司以8台某型号设备、库存的10吨大米（每包10公斤，共1000包）向乙公司提供抵押。乙公司是否取得了抵押权？有多少个抵押权？
  + 类似问题：《民法典》第396条规定的“浮动抵押”。

**（三）物权客体须为独立物**

即，不能以物的成分为客体

**（四）物的分类**

1．动产、不动产

（1）不动产：土地及其上的定着物

（2）动产：不动产以外的物。

2．单一物、合成物、集合物

**（五）物的成分**

1．含义：物的构成部分

2．重要成分、非重要成分的区别

**第二节 物权的效力**

**一、物权的主要特征：支配权**

* 物权的主要特征是支配权，债权的主要权能是请求权
* 物权是“对世权”，债权是“对人权”
  + 物权关系是人与人的法律关系，而非人对物的关系

**二、物权的排他效力**

1.含义：同一标的物上不能同时成立两个以上内容不相容的物权

* 体现：同一标的物上不能有两个所有权；同一标的物上不能存在两个用益物权（地役权除外）。
  + 注意：共有是数人共享一个所有权，而非数人各有一个所有权
* 但是，同一物上可以同时存在所有权和他物权；担保物权与所有权、用益物权可以并存；担保物权可以并存（但是相互之间有顺位）

2.理由：物权的支配性

3.对比：债权不具有排他效力，因为债权是相对权。所以，一物二卖的两个买卖合同可以均有效。

* + 注意：是否存在所谓的“债权物权化”？

**三、物权的优先效力**

1.物权之间的优先效力

* 数个物权之间，必须确定其优先顺序

2．物权对债权的优先效力

3．一物数卖的买卖合同的履行问题

* 注意并分析下列司法解释

《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释[2005]5号）第9条（2020修正） 土地使用权人作为转让方就同一出让土地使用权订立数个转让合同，在转让合同有效的情况下，受让方均要求履行合同的，按照以下情形分别处理：

　　（一）已经办理土地使用权变更登记手续的受让方，请求转让方履行交付土地等合同义务的，应予支持；

　　（二）均未办理土地使用权变更登记手续，已先行合法占有投资开发土地的受让方请求转让方履行土地使用权变更登记等合同义务的，应予支持；

　　（三）均未办理土地使用权变更登记手续，又未合法占有投资开发土地，先行支付土地转让款的受让方请求转让方履行交付土地和办理土地使用权变更登记等合同义务的，应予支持；

　　（四）合同均未履行，依法成立在先的合同受让方请求履行合同的，应予支持。

　　未能取得土地使用权的受让方请求解除合同、赔偿损失的，依照民法典的有关规定处理。

《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》(法释〔2012〕8号）（2020修正） 第六条 出卖人就同一普通动产订立多重买卖合同，在买卖合同均有效的情况下，买受人均要求实际履行合同的，应当按照以下情形分别处理：

（一）先行受领交付的买受人请求确认所有权已经转移的，人民法院应予支持；

（二）均未受领交付，先行支付价款的买受人请求出卖人履行交付标的物等合同义务的，人民法院应予支持；

（三）均未受领交付，也未支付价款，依法成立在先合同的买受人请求出卖人履行交付标的物等合同义务的，人民法院应予支持。

第七条 出卖人就同一船舶、航空器、机动车等特殊动产订立多重买卖合同，在买卖合同均有效的情况下，买受人均要求实际履行合同的，应当按照以下情形分别处理：

（一）先行受领交付的买受人请求出卖人履行办理所有权转移登记手续等合同义务的，人民法院应予支持；

（二）均未受领交付，先行办理所有权转移登记手续的买受人请求出卖人履行交付标的物等合同义务的，人民法院应予支持；

（三）均未受领交付，也未办理所有权转移登记手续，依法成立在先合同的买受人请求出卖人履行交付标的物和办理所有权转移登记手续等合同义务的，人民法院应予支持；

（四）出卖人将标的物交付给买受人之一，又为其他买受人办理所有权转移登记，已受领交付的买受人请求将标的物所有权登记在自己名下的，人民法院应予支持。

《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》　法释[2009]11号（2020修正） 第五条出租人就同一房屋订立数份租赁合同，在合同均有效的情况下，承租人均主张履行合同的，人民法院按照下列顺序确定履行合同的承租人：

（一）已经合法占有租赁房屋的；

（二）已经办理登记备案手续的；

（三）合同成立在先的。

不能取得租赁房屋的承租人请求解除合同、赔偿损失的，依照民法典的有关规定处理。

**四、物权的追及效力**

* 含义：物权人可追及于物而行使其直接支配的权利
* 如果物权消灭，其追及效力自然消灭。在善意取得的情形下，原权利人丧失权利，因此不能请求善意受让人返还。

**五、物上请求权**

（本章暂不要求，列于此处仅供参考。后面的章节再学习）

1．物上请求权的含义：物权人在其权利受到妨害或者有妨害指危险时，请求除去妨害或者防止妨害发生的权利。

2.具体内容

（1）返还请求权：物权人请求无权占有人返还标的物的权利

（2）排除妨害请求权：物权人请求除去以占有之外的方法妨害其物权的权利

（3）妨害防止请求权：物权人请求出去妨害物权之危险的权利

3.性质：一般认为是基于物权的独立的请求权，与债权请求权不同

**思考题**

1．甲男、乙女为夫妻，夫妻共有的财产包括一套房屋（价值200万元，登记在乙名下）和现金100万元。2008年双方协议离婚。离婚协议（经公证）约定：甲取得现金60万元和房屋所有权，但须搬出居住；乙取得现金40万元但有权在房屋中居住至再婚为止。双方办理了变更登记，房屋登记在甲名下。2010年，甲将房屋出售给丙，并办理过户登记。丙要求乙搬离房屋。

（1）丙的要求是否有理由？

如果认为是一个纯粹的债权，则可以让他们搬出。如果认为是一个比债权更多的权利，则可能就结论不同（类推租赁）

（2）如果乙一直不再婚，但从2009年开始与丁在该房中同居。2015年，甲将房屋出售给丙并过户。丙的要求是否有理由？

说明：请查阅法规后回答。

2．2021年3月，甲向乙借款2000万元，期限1年；为担保债务履行，甲同意：将自己所有的一根金条（10千克，须交付）和A房屋的所有权（须办理过户登记并承担税费，但无须交付）转移给乙，甲付清债务之时，所有权自动复归于甲。缔约后，甲交付了金条、办理了房屋过户登记，乙支付了2000万元。2022年3月，甲偿还了全部本息。在此之前，乙因为对丙负有债务5000万元未偿还，丙在2021年4月起诉了乙，12月获得胜诉判决。丙申请强制执行判决，2022年2月，法院查封了A房屋、扣押了金条。甲在2022年3月偿还债务时对上述事实不知情（乙未告知），甲所付款项均被法院执行给丙。

甲提出执行异议，请求法院撤销对金条和A房屋的执行措施。

甲的主张是否有理由？

让与担保在债权人方面，确实取得了所有权。

对于物权是否自动复回，则是一个问题。第二个物权行为的效力

一般认为，对于动产，交付等比较自由，所以认为偿还债务后自动复归所有权是有效的。然而对于不动产而言，这种“附条件的”所有权复回，在物权法上是无效的，只不过仍具有债权效力（基于不动产价值大、转移严格的考虑）

不过在实质意义上，我们考虑：甲还的钱和其房屋都被执行了，那丙其实从甲处获得了两份清偿，对于甲来说几乎相当于偿还了两份债务（：那房子没了我不给钱不就行了吗，既给钱房子也没了），所以在形式上，尽管是这样的，但是我们在实质意义上可能找一些法律渊源支持其优先地位【思考】？

虽然法律上并无“不动产转移变动”可附条件的限制，但是在法律解释上应该认为不能。（法律的解释就是法律本身）

**第三节 物权的种类**

**一、物权法定原则**

**（一）物权法定原则的含义**

1．含义：物权的种类和内容，均由法律规定，当事人非依法律不得创设物权种类、不得变更其内容。

物权的渊源可以是习惯也可以是成文法律，例如居住权【？】

* 《民法典》第116条：“物权的种类和内容，由法律规定。”

2．具体内容

（1）类型强制（类型法定）

（2）类型固定（内容法定）

* 包括各种物权的取得原因、构成要件、权利内容、变更与消灭的原因等
* 法律在一定范围内允许当事人意思自治。但这也是“类型固定”的含义之一。

**（二）主要理由**

* 由于物权具有绝对性（可对抗第三人的效力），任意创设物权类型或者其内容将对他人产生重大影响

**（三）以创设新的物权类型或者物权内容的法律行为的效力**

* 没有物权法上的效力（不发生可对抗第三人的效力）
* 该法律行为如果具备其他法律行为的要件，可以发生相应的效力。主要是债的效力。

**（四）物权法定原则的缓和？**

**二、物权的类型体系**

**（一）理论分类**

1.完全物权（自物权）与定限物权（他物权）

2.动产物权、不动产物权、权利物权

3.主物权与从物权

4.意定物权与法定物权

* 多数物权是基于当事人的意思而发生，是意定物权。
* 所有权的特殊性：可以基于当事人的意思而取得，也可能基于法律规定而取得。

**（二）所有权**

1. 所有权的概念

* 基本规定：《民法典》第二编第二分编。
* 特别规定：船舶所有权（《海商法》第3章第1节）；民用航空器所有权（《民用航空法》第3章第2节）

（1）含义：权利人在法律规定的范围内全面支配标的物，并排除他人干涉的权利。

《民法典》第240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。

* 注意：所有权的客体是物，因此不存在“债权之所有权”、“专利之所有权”等概念

（2）一物一权主义：一个物上只能有一个所有权；一个所有权的标的只能是一个物。

2. 所有权的特征

（1）全面性

（2）整体性

（3）弹力性

（4）永久性（无期限性）：所有权的存在不能预定期限，除非因为灭失、抛弃等原因而消灭。

3. 所有权的类型

（1）不动产所有权与动产所有权

（2）单一所有权与多数人所有权（共有）

（3）自然人所有权、法人所有权

* 国家、集体所有权是法人所有权的特殊类型

4. 所有权的权能

（1）所有权的权能（作用）的含义：所有权人对标的物的支配权利的具体表现

* 所有权并非各项权能的简单“相加”的关系。所有权是一种权利，而非“占有权”、“使用权”、“收益权”、“处分权”等“权利”的总称。
  + 类比：人包括各个肢体、器官，但是并非它们的简单相加。

（2）所有权的权能

A．占有

B．使用

C．收益：收取物的利益，包括天然孳息、法定孳息

D．处分

* 事实上的处分：变更或者消灭标的物本身
* 法律上的处分：以法律行为（处分行为）对物进行处置，使其发生法律上的变动。包括变更、限制、消灭所有权

E．消极权能：排除他人干涉

* 有限的自力救济权：正当防卫、自助行为
* 物上请求权

**（二）定限物权**

1. 定限物权的含义

（1）定限物权：在特定范围内对标的物的支配权。

* 所有权是对物的全面支配的权利，定限物权是对物的有限程度的支配性权利

（2）所有权之外的物权，均为定限物权。也称为他物权。

（3）定限物权优先于所有权：这是定限物权主要的存在意义之一

2. 用益物权

此类权利的特征是，在一定范围、一定期限内，享有占有、使用标的物的权利

一般规定：《民法典》第2编第10章

* 土地承包经营权：《民法典》第2编第11章、《农村土地承包法》
* 建设用地使用权：《民法典》第2编第12章、《土地管理法》、《城市房地产管理法》
* 宅基地使用权：《民法典》第2编第13章、《土地管理法》
* 居住权：《民法典》第2编第14章
* 地役权：《民法典》第2编第15章
* 海域使用权：《海域使用法》

3. 担保物权

* 一般规定：《民法典》第2编第16章
* 此类物权的特征是，在特定情形下有权对标的物进行变价（通常表现为处分行为）并获取变价之所得
* 抵押权
* 一般规定：《民法典》第2编第17章
* 特别规定：
  + 房屋、建设用地上的抵押权：《城市房地产管理法》
  + 船舶抵押权：《海商法》第2章第2节
  + 民用航空器抵押权（《民用航空法》第3章第2节）
* 质权：《民法典》第2编第18章
* 留置权：《民法典》第2编第19章
* 其他法定优先受偿权

A．船舶优先权：《海商法》第2章第3节

B．建设工程价款优先受偿权：《民法典》第807条

C．民用航空器优先权：《民用航空法》第3章第2节

**（三）物权取得权**

* “准物权”、“特许物权”

A．探矿权：《矿产资源法》

B．采矿权：《矿产资源法》

C．取水权：《水法》

D.渔业权：《渔业法》

E.狩猎权：《野生动物保护法》

F．野生植物采集权：《野生植物保护条例》

**（四）期待权**

**1.不动产买受人期待权**

例如上述甲乙丙的事例，我们为了让甲获得更优先的地位，我们就可以称为是期待权

**《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》**（法释〔2015〕10号）第二十八条 金钱债权执行中,买受人对登记在被执行人名下的不动产提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持：

（一）在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；

（二）在人民法院查封之前已合法占有该不动产；

（三）已支付全部价款，或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行；

（四）非因买受人自身原因未办理过户登记。

第二十九条金钱债权执行中,买受人对登记在被执行的房地产开发企业名下的商品房提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持：

（一）在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；

（二）所购商品房系用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋；

（三）已支付的价款超过合同约定总价款的百分之五十。

**2. 所有权保留之买受人的期待权**

        《民法典》**第六百四十一条**   当事人可以在买卖合同中约定买受人未履行支付价款或者其他义务的，标的物的所有权属于出卖人。

       出卖人对标的物保留的所有权，未经登记，不得对抗善意第三人。

**第六百四十二条**   当事人约定出卖人保留合同标的物的所有权，在标的物所有权转移前，买受人有下列情形之一，造成出卖人损害的，除当事人另有约定外，出卖人有权取回标的物：

       （一）未按照约定支付价款，经催告后在合理期限内仍未支付；

       （二）未按照约定完成特定条件；

       （三）将标的物出卖、出质或者作出其他不当处分。

       出卖人可以与买受人协商取回标的物；协商不成的，可以参照适用担保物权的实现程序。

**第六百四十三条**   出卖人依据前条第一款的规定取回标的物后，买受人在双方约定或者出卖人指定的合理回赎期限内，消除出卖人取回标的物的事由的，可以请求回赎标的物。

       买受人在回赎期限内没有回赎标的物，出卖人可以以合理价格将标的物出卖给第三人，出卖所得价款扣除买受人未支付的价款以及必要费用后仍有剩余的，应当返还买受人；不足部分由买受人清偿。

**（五）关于占有**

**思考题**

1.甲将房屋出售给乙，并约定：（1）乙在3年内不得将房屋转让他人；（2）乙在3年后出售房屋的，甲享有按照当时的市价买回房屋的优先购买权。（3）甲如果没有行使第2点中约定的优先购买权，对于从乙处取得所有权的人、以及之后因为任何原因而取得房屋所有权的人，甲仍有权行使该优先购买权。

问：双方的约定的法律效力如何？

说明：必须查阅《民法典》条文后回答！

**债的效力均有效，但是其中关于物权的约定、相关处分是无效的**。

2．甲、乙是同村的村民，比邻而居。甲为了能在自己的楼上欣赏远处风景，2006年3月，便与乙约定：乙不得在自己的宅基地上建造超过6米的建筑（现在的高度是5.8米），作为补偿，甲每年年底前支付给乙1000元。

2008年，甲将该房屋转让给丙。丙当年向乙支付1000元，乙接受。

2009年6月，乙将房屋转让给丁。丙于2009年12月向丁支付1000元时，丁拒绝接受。

2010年，丁在现有房屋基础上向上加盖了一层，房屋高度达到9米。

**丙向法院起诉，要求丁拆除加盖的一层楼。你认为法院应当如何判决？并分析本案涉及的其他法律关系。**

注：请忽略本案中可能涉及的建筑规划、许可问题。

参考：《民法典》第372-374条。

思考双方的约定是否可以使甲获得地役权（没有制定法时还需思考习惯法的地役权是否存在，不能事先予以排除〉。如果成立，或可依地役权人的身份而非基于合同关系请求丁拆除加盖的一层楼。

**第二章 物权的变动**

**第一节 导论**

**一、物权变动的样态**

* 物权变动，指物权的发生、变更、消灭

**（一）物权的发生**

1.物权的原始取得

2.物权的继受取得

（1）移转的继受取得（此为狭义的继受取得）

例子：基于买卖合同而受让所有权；

（2）创设的继受取得

例子：在他人所有的物上设立用益物权或担保物权。

**（二）物权的变更**

1.狭义：物权客体、内容的变更

2.广义：还包括物权主体的变更

**（三）物权的消灭**

1.物权的绝对消灭

2.物权的相对消灭：等同于物权主体的变更，在新的物权人角度看来也是物权的继受取得

**二、物权变动的原因**

**（一）法律行为：物权行为**

1.双方法律行为（物权合同）

2.单方法律行为（单方的物权行为）：如抛弃

**（二）法律行为之外的事实（基于法律规定的物权变动）**

1.事实行为。如：先占、加工、拾得遗失物、发现埋藏物

2.事件：如天然孳息的取得、附合、混合

3.状态。如：物上请求权的诉讼时效期间经过；有些国家的取得时效。

**三、物权取得权**

**（一）概述**

1、含义：满足某种条件时，取得所有权或者其他物权的权利。

2、类型

**（二）先占权**

* 《民法典》第329条：“依法取得的探矿权、采矿权、取水权和使用水域、滩涂从事养殖、捕捞的权利受法律保护。”

1. 狩猎权

* + 《野生动物保护法》第22条　猎捕非国家重点保护野生动物的，应当依法取得县级以上地方人民政府野生动物保护主管部门核发的狩猎证，并且服从猎捕量限额管理。
  + 《野生动物保护法》第23条第1款　猎捕者应当按照特许猎捕证、狩猎证规定的种类、数量、地点、工具、方法和期限进行猎捕。

2. 捕捞权

* + 《渔业法》第23条第1款 国家对捕捞业实行捕捞许可证制度。
  + 《渔业法》第25条 从事捕捞作业的单位和个人，必须按照捕捞许可证关于作业类型、场所、时限、渔具数量和捕捞限额的规定进行作业，并遵守国家有关保护渔业资源的规定，大中型渔船应当填写渔捞日志。

3. 野生植物采集权

* + 《野生植物保护条例》。参考《西藏自治区冬虫夏草采集管理暂行办法》（自行检索）

4．探矿权

* + 含义：在许可范围内勘查矿产资源，并优先取得勘查作业区内矿产资源的采矿权的权利。
  + 《矿产资源法》及《中华人民共和国矿产资源法实施细则》。

5. 采矿权

* 含义：在许可范围内开采矿产资源和获得所开采的矿产品的权利。
* 法规同上。

6. 取水权

* 《水资源保护法》第48条第1款　直接从江河、湖泊或者地下取用水资源的单位和个人，应当按照国家取水许可制度和水资源有偿使用制度的规定，向水行政主管部门或者流域管理机构申请领取取水许可证，并缴纳水资源费，取得取水权。但是，家庭生活和零星散养、圈养畜禽饮用等少量取水的除外。
* **“水”作为一种“物”和“资源”是不一样的，你用水浇庄稼、拿回家自己喝，都是可以取得所有权的。只有大量使用“水”作为一种资源时，才应该被管理。**

**（三）物权性的优先购买权**

* 《民法典》第305条（共有人的优先购买权）
* 《民法典》第726条规定的优先购买权，是债权性质，而非物权性质。（第七百二十八条  出租人未通知承租人或者有其他妨害承租人行使优先购买权情形的，承租人可以请求出租人承担赔偿责任。但是，出租人与第三人订立的房屋买卖合同的效力不受影响。）
* 《民法典》第847、859、860条规定的“优先受让权”是什么性质？

**（四）预告登记**

《民法典》第221条  当事人签订买卖房屋的协议或者签订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九十日内未申请登记的，预告登记失效。

**（物权性质：可视为债权的物权化或物权取得权的表现）**

**(以采矿权为代表，这类物权取得权是否可寻求物权救济需要考志权利木身的性质，如他人盗采的盗采物的所有权若归属于原采矿权人，则可依物上请求权请求返还；此存争议，但排除妨害的请求权应无疑义）**

**(对预告登记而言，在中国的实践中，预告登记使得所有权人的处分权受到了很大限制，而非确实属于预期的所有权人的物权取得权）**

**第二节 所有权的原始取得**

**注意，只有对于具有“排他性质”的物体，才具有设立物权的必要**

几个例子：

是想这种情况，你拥有一盆花，花盆里的微生物对于花很有帮助，但是我们并不认为你具有微生物的所有权，而是认为微生物是土壤的一部分，故而你享有利用资源的权利

**一、先占**

（一）先占的含义

* 先占：以所有的意思占有无主的动产，而取得其所有权的法律事实。
* 参考：台湾民法典第802条（无主物之先占）：以所有之意思，占有无主之动产者，除法令另有规定外，取得其所有权。

（二）我国的法律依据

* 没有直接的法律依据
* 习惯法
* 我国法律一直明确承认“废品回收”或者“再生资源回收”。如商务部、国家发展和改革委员会、公安部、建设部、国家工商行政管理总局、国家环境保护总局《再生资源回收管理办法》（2007年），而“再生资源”的重要来源，是废弃物被他人占有后出售给“再生资源回收经营者”。

参考：《德国民法典》  
﻿ ﻿第 958 条 无主动产的所有权取得

（1）自主占有无主动产的人，取得该动产的所有权。

（2）先占在法律上被禁止，或他人的先占权因占有的取得而受到侵害的，所有权不被取得。

第 959 条 所有权的抛弃

动产所有人出于抛弃所有权的意图而放弃对该动产的占有的，该动产成为无主物。

第 960 条 野兽

（1）只要野兽处于自由中，就为无主的。动物园里的野兽和池塘或其他封闭的私有水域里的鱼，不是无主的。

（2）被捕获的野兽重新获得自由，且所有人没有不迟延地追寻，或所有人放弃追寻的，该野兽成为无主的。

（3）被驯服的动物抛弃回到为之而指定的场所的习惯的，成为元主的。

第 961 条 蜂群的所有权丧失

蜂群外迁，且所有人没有不迟延地追寻蜂群，或所有人放弃追寻的，蜂群成为无主的。

第 962 条 所有人的追寻权

蜂群的所有人在追寻时，得进入他人的土地。蜂群迁入他人的空蜂箱的，蜂群的所有人得以捕捉为目的而打开蜂箱并取出或拔出蜂房。蜂群的所有人必须赔偿所发生的损害。

﻿第 963 条 蜂群的联合

两个以上所有人的外迁蜂群互相联合的，追寻其蜂群的所有人成为捕捉到的总蜂群的共有人；应有部分按照所追寻的蜂群的数目定之。

第 964 条 蜂群的混合

蜂群迁入他人有蜂的蜂箱的，原来占据该蜂箱的蜜蜂的所有权和其上的其他权利，及于迁入的蜂群。迁入蜂群的所有权和其上的其他权利归于消灭。

3. **构成要件**

（1）标的物为动产

（2）标的物为无主物

* 依客观标准判断，不考虑先占人的主观认识
* 哪些物不是无主物？
* 提醒：盗赃、遗失物并不是无主物。

**《文物保护法》第五条** 中华人民共和国境内地下、内水和领海中遗存的一切文物，属于国家所有。

　　古文化遗址、古墓葬、石窟寺属于国家所有。国家指定保护的纪念建筑物、古建筑、石刻、壁画、近代现代代表性建筑等不可移动文物，除国家另有规定的以外，属于国家所有。

　　国有不可移动文物的所有权不因其所依附的土地所有权或者使用权的改变而改变。

　　下列可移动文物，属于国家所有：

　　（一）中国境内出土的文物，国家另有规定的除外；

　　（二）国有文物收藏单位以及其他国家机关、部队和国有企业、事业组织等收藏、保管的文物；

　　（三）国家征集、购买的文物；

　　（四）公民、法人和其他组织捐赠给国家的文物；

　　（五）法律规定属于国家所有的其他文物。

　　属于国家所有的可移动文物的所有权不因其保管、收藏单位的终止或者变更而改变。

　　国有文物所有权受法律保护，不容侵犯。

　　第六条 属于集体所有和私人所有的纪念建筑物、古建筑和祖传文物以及依法取得的其他文物，其所有权受法律保护。文物的所有者必须遵守国家有关文物保护的法律、法规的规定。

**《民法典》第二百五十一条** 法律规定属于国家所有的野生动植物资源，属于国家所有。

对于野生动物，你“不能通过捕杀来防止它吃掉你的庄稼”的权利被征收了，而不是国家具有了所有权，只是基于保护野生动物的目的而已。

* 哪些动产是无主物？
  + 自始无主物
    - 野生动物（《野生动物保护法》第3条如何理解？
    - 试想一个例子：甲就要把野鸭捕获了，但是乙此时故意开枪把野鸭吓跑。此时乙并没有侵害甲的所有权，但是甲或许可以基于故意背俗侵权主张赔偿

**《野生动物保护法》**第三条 野生动物资源属于国家所有。

 国家保护依法开发利用野生动物资源的单位和个人的合法权益。

* + - 野生植物是不是无主物？
    - 在荒地寻获的枯树根（可用于根雕）、奇石，海滩拾取的贝壳，是不是无主物？
    - 海水？河水？
    - **比如对于三亚的沙子，在分离之前或许并不是独立的物，但是你想掊一盆土回家留作纪念，你把它分离了，或许它就成为了独立的物，你就可以取得所有权？**
  + 原为有主物，而被抛弃
    - 被扔掉的矿泉水瓶、酒瓶、书籍、电器等

（3）以所有的意思而占有

* 须取得占有
* 须以“所有的意思”
  + 事实上欲与所有人立于同一支配地位的意思。
  + 无须有取得法律上之所有权的意思。
  + 有意思能力即可，无须有行为能力。

（4）须无法律禁止规定或者他人享有先占权的情形

* 法律的禁止性规定：例如枪支（先占他人抛弃的枪支，不能取得所有权）

《枪支管理法》第3条第1款  国家严格管制枪支。禁止任何单位或者个人违反法律规定持有、制造（包括变造、装配）、买卖、运输、出租、出借枪支。

《刑法》第128条第1款 违反枪支管理规定，非法持有、私藏枪支、弹药的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。

* 他人享有先占权的情形：采矿权、取水权、渔业权是否属于享有先占权的情形？

4. 法律效果：先占人取得所有权

* 性质：原始取得
* 特别提示：占有辅助人不是先占人，例：雇员受雇主管领控制而先占的，由雇主取得所有权。

**思考题**

1. 甲去郊游，爬了一座“野山”（属于国家所有的荒山），看到野花很漂亮，摘了一束回家。家人非常喜欢。第二周，甲又来到这座山，花了4个小时，采摘了许多，回家后分成小束，在路边出售，得款300元。——完全合法

2. 甲公司享有A煤矿的采矿权。乙是临近村落的村民，承包了一座荒山用于树木种植。他在山上开挖矿洞，进入A煤矿的范围，开采了煤炭约1000吨（乙为此而花费的成本为10万元）。乙将其中800吨出售给丙，得款40万元（市价为50万元）。另外200吨尚未来得及出售，乙就被抓获。乙因为非法采矿罪，被判刑2年。

按照甲公司目前的开采计划和具体方式，在采矿许可证到期之前，将不会开采至乙盗采的位置。采矿许可证所确定的甲公司生产规模为20万吨/年（即开采量的上限）。由于甲公司管理不当，该年度最终的实际开采量为18万吨。

问：甲公司对乙、丙的请求权。

矿在未采摘的时候，任何人都不享有所有权。只有被采出来的时候才能确立物权。所以物权只能由乙或者国家取得。

**二、关于拾得遗失物**

**1.遗失物的含义：不为任何人占有，但是有主的动产**

**有主，但是所有权人脱离了占有。**

* 其含义应包括“漂流物”（基于《民法典》第319条）

参考：台湾民法典第810条 （漂流物或沉没物之拾得） 拾得漂流物、沉没物或其他因自然力而脱离他人占有之物者，准用关于拾得遗失物之规定。

2. 拾得遗失物的立法选择

* 我国法律：《民法典》第314-318条。
* 参考：台湾民法典

第803条 （遗失物拾得者之招领报告义务）

拾得遗失物者应从速通知遗失人、所有人、其他有受领权之人或报告警察、自治机关。报告时，应将其物一并交存。但于机关、学校、团体或其他公共场所拾得者，亦得报告于各该场所之管理机关、团体或其负责人、管理人，并将其物交存。

前项受报告者，应从速于遗失物拾得地或其他适当处所，以公告、广播或其他适当方法招领之。

第804条 （招领后无人认领之处置－交存遗失物）

依前条第一项为通知或依第二项由公共场所之管理机关、团体或其负责人、管理人为招领后，有受领权之人未于相当期间认领时，拾得人或招领人应将拾得物交存于警察或自治机关。

警察或自治机关认原招领之处所或方法不适当时，得再为招领之。

第805条 （认领之期限、费用及报酬之请求）

遗失物自通知或最后招领之日起六个月内，有受领权之人认领时，拾得人、招领人、警察或自治机关，于通知、招领及保管之费用受偿后，应将其物返还之。

有受领权之人认领遗失物时，拾得人得请求报酬。但不得超过其物财产上价值十分之三；其不具有财产上价值者，拾得人亦得请求相当之报酬。

前项报酬请求权，因六个月间不行使而消灭。

第一项费用之支出者或得请求报酬之拾得人，在其费用或报酬未受清偿前，就该遗失物有留置权；其权利人有数人时，遗失物占有人视为为全体权利人占有。

第805-1条 （认领报酬之例外）

有下列情形之一者，不得请求前条第二项之报酬：

一、在公众得出入之场所或供公众往来之交通设备内，由其管理人或受雇人拾得遗失物。

二、拾得人违反通知、报告或交存义务或经查询仍隐匿其拾得之事实。

第806条 （遗失物之拍卖及变卖）

拾得物易于腐坏或其保管需费过巨者，招领人、警察或自治机关得为拍卖或径以市价变卖之，保管其价金。

第807条 （逾期未认领之遗失物之归属－拾得人取得所有权）

遗失物自通知或最后招领之日起逾六个月，未经有受领权之人认领者，由拾得人取得其所有权。警察或自治机关并应通知其领取遗失物或卖得之价金；其不能通知者，应公告之。

拾得人于受前项通知或公告后三个月内未领取者，其物或卖得之价金归属于保管地之地方自治团体。

第807-1条 （五百元以下遗失物之归属）

遗失物价值在新台币五百元以下者，拾得人应从速通知遗失人、所有人或其他有受领权之人。其有第八百零三条第一项但书之情形者，亦得依该条第一项但书及第二项规定办理。

前项遗失物于下列期间未经有受领权之人认领者，由拾得人取得其所有权或变卖之价金：

一、自通知或招领之日起逾十五日。

二、不能依前项规定办理，自拾得日起逾一个月。

第八百零五条至前条规定，于前二项情形准用之。

3. 拾得遗失物的物权变动：国家取得动产所有权的原因

* 《民法典》第318条。
* 问题：捡了一块金表，是遗失物还是无主物？

4. 遗失物的拾得人与所有权人之间的关系

(1)法定之债的关系

* 与无因管理（与《民法典》第979条第1款）的关系？

A. 拾得人的义务：返还义务（第314条第1句）、通知或者送交义务（第314条第2句）、保管义务（第316条第1句）。

B . 拾得人的权利：费用偿还请求权（《民法典》第317条第1款）、悬赏广告上的权利（第317条第2款）、留置权（通说认为，如果权利人不支付必要费用，拾得人有权留置遗失物）

（2）悬赏广告上的义务（《民法典》第317条第2款承认，其实质是法律行为上的债务）

**三、关于发现埋藏物**

1. 埋藏物的含义：包藏于他物之中，不易从外部发现而所有人不明的物

* 不仅包括埋于地下，也包括藏于其他物中的。《民法典》第319条中的“隐藏物”，可以包括在理论上的“埋藏物”概念之中。
* 例如：土地中发现的黄金，房屋墙壁夹层中发现的字画。

2． 发现埋藏物的立法选择

* 我国规定：《民法典》第319条（参照拾得遗失物的规定），即，最终是国家取得所有权的事由

参考：台湾民法典第808条 （埋藏物之发现）

发见埋藏物而占有者，取得其所有权。但埋藏物系在他人所有之动产或不动产中发见者，该动产或不动产之所有人与发见人，各取得埋藏物之半。

第809条 （有学术价值埋藏物之归属）

发见之埋藏物足供学术、艺术、考古或历史之资料者，其所有权之归属，依特别法之规定。

3．发现埋藏物所导致的物权变动

（1）能够确定所有权人的，仍归其所有。原《民通意见》第93条：“公民、法人对于挖掘、发现的埋藏物、隐藏物，如果能够证明属其所有，而且根据现行的法律、政策又可以归其所有的，应当予以保护。”

（2）不能取得所有权人的：归国有。《民法典》第319、318条。

4. 埋藏物发现人与所有权人的关系

* 依《民法典》第319条第1句的规定，应参照第314、316、317条的规定

**四、天然孳息的收取**

* 参见刘家安《物权法论》（第3版）第二章第二节之三（一）

《民法典》**第三百二十一条**   天然孳息，由所有权人取得；既有所有权人又有用益物权人的，由用益物权人取得。当事人另有约定的，按照其约定。

       法定孳息，当事人有约定的，按照约定取得；没有约定或者约定不明确的，按照交易习惯取得。

**五、添附**

**（一） 添附概述**

1、添附的含义：附合、混合、加工的总称

**《民法典》第三百二十二条**   因加工、附合、混合而产生的物的归属，有约定的，按照约定；没有约定或者约定不明确的，依照法律规定；法律没有规定的，按照充分发挥物的效用以及保护无过错当事人的原则确定。因一方当事人的过错或者确定物的归属造成另一方当事人损害的，应当给予赔偿或者补偿。

* 参考：《民法典》第758条，最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》有关担保制度的解释第41条，最高人民法院《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第7-10条。

**（二）附合**

1. 附合的含义：两个或者两个以上不同所有人的物结合为一物并无法分离。

* 包括不能分离，或者分离的花费过巨，或者非毁损不能分离。比如，将砖头用于建房，墙面漆用于刷墙，化肥用于土壤施肥

2. 动产与不动产的附合

A .含义：两个以上不同所有人的动产与不动产结合，动产成为不动产的重要成分

B. 法律后果：不动产所有权人取得动产的所有权，动产上的所有权消灭

参考：台湾民法典第811条（不动产上之附合） 动产因附合而为不动产之重要成分者，不动产所有人，取得动产所有权。

3. 动产与动产的附合

A．含义：两个以上不同所有人的动产与动产结合，非毁损不能分离，或分离需费过巨

B．法律后果：

* 一般原则：《民法典》第322条第1句“有约定的，按照约定；没有约定或者约定不明确的，依照法律规定；法律没有规定的，按照充分发挥物的效用以及保护无过错当事人的原则确定。”
* 通常情况下，各动产所有人，按其动产附合时之价值，对合成物形成按份共有；但是如果其中一个动产居于主要地位，则由该物所有权人取得合成物的所有权。

参考：台湾民法典第812条 （动产之附合） 动产与他人之动产附合，非毁损不能分离，或分离需费过巨者，各动产所有人，按其动产附合时之价值，共有合成物。

前项附合之动产，有可视为主物者，该主物所有人，取得合成物之所有权。

**（三）混合**

（1）含义：两个以上不同所有人的动产互相混杂，不能识别何部分属于何人所有，或者识别所需费用过巨。

（2）法律后果：

* 一般原则：“有约定的，按照约定；没有约定或者约定不明确的，依照法律规定；法律没有规定的，按照充分发挥物的效用以及保护无过错当事人的原则确定。”
* 一般情况下，各动产所有人按照混合前的动产价值，共有混合物。但是如果一方的动产价值显然高过他方的，由该方取得全部所有权。

参考：台湾民法典第813条 （混合） 动产与他人之动产混合，不能识别，或识别需费过巨者，准用前条之规定。

**（四）加工**

（1）含义：对他人的动产，加之以劳动而使之成为新物。

（2）法律后果：

* 一般原则：“有约定的，按照约定；没有约定或者约定不明确的，依照法律规定；法律没有规定的，按照充分发挥物的效用以及保护无过错当事人的原则确定。”注意：加工承揽合同属于“有约定”的情况。
* 一般情况下，加工物的所有权由材料所有人享有。但是如果加工所增加的价值显然高于材料价值时，所有权归加工人享有。

参考：台湾民法典第814条（加工） 加工于他人之动产者，其加工物之所有权，属于材料所有人。但因加工所增之价值显逾材料之价值者，其加工物之所有权属于加工人。

**（五）添附的其他法律效果**

（1）物权法上的其他效果

A．因为添附而丧失动产之所有权的，该动产上的其他权利问题

参考：台湾民法典第815条（添附之效果－其他权利之同消灭）依前四条之规定，动产之所有权消灭者，该动产上之其他权利，亦同消灭。

B. 债法上的法律后果

《民法典》第322条第2句：“因一方当事人的过错或者确定物的归属造成另一方当事人损害的，应当给予赔偿或者补偿。”——并无规范意义。

* 侵权行为（《民法典》第1165条第1款）
* 不当得利（《民法典》第122条）
* 违约损害赔偿责任（《民法典》第583条）
* 无因管理（《民法典》第979条第1款）

**参考《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》**第7-10条

**六、土地所有权问题**

**《宪法》第十条**（基于宪法修正案第二十条修正）

城市的土地属于国家所有。

农村和城市郊区的土地，除由法律规定属于国家所有的以外，属于集体所有；宅基地和自留地、自留山，也属于集体所有。

国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿。

任何组织或者个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地。土地的使用权可以依照法律的规定转让。

一切使用土地的组织和个人必须合理地利用土地。

**第三节 基于法律行为的物权变动（物权行为）**

**一、物权行为概述**

**（一）定义：使一个现存的物权发生变动（变更、消灭）的法律行为**

**（二）物权行为是处分行为的一种**

* 处分行为是使一个现存的财产权发生变动的法律行为。除了物权行为，还包括“准物权行为”，也就是所变动的权利是物权以外的权利（债权、股权、著作权、专利权等等）的处分行为

**二、物权行为的类型**

**（一）主要类型**

1．让与：所有权等物权的让与

2．设定他物权：例如地役权的设定（《民法典》第374条）、在专利权等权利上设定权利质权（《民法典》第440条）。

3．权利内容的变更（如《民法典》第409条第1款）

4．抛弃（如《民法典》第409条第1款）

**（二）可以区分为物权合同和单方物权行为**

* 一般是物权合同
* 单方物权行为：抛弃、遗嘱继承（注：遗赠的性质不同。对比《物权法》第29条与《民法典》第230条）

**三、处分行为（物权行为）与负担行为的主要区别**

* 负担行为又称“债权行为”（债权合同或者单方的债权行为），即，其法律效果是使债权发生的法律行为。

1．法律效果不同（意思表示的内容不同）

2．负担行为的内容更加自由，而物权行为要遵循物权法定原则（创设新类型物权的物权行为无效，内容违反法律中对于特定类型之物权的强制性规定的物权行为无效）

3．处分行为遵循“特定性原则”，一个处分行为只针对一个特定的权利

* 例：甲即将毕业离校，遂与乙约定，将自己不准备带走的200本书以500元的价格卖给乙，甲用8个箱子装好。两天后，乙和同屋同学来到甲的宿舍，支付了500元钱（具体为10张50元面额的钞票）后，将这200本书装好、搬走。**甲、乙之间有哪些法律行为、各自的性质是什么？**

——双方的买卖合同是一个法律行为（负担行为）；乙支付500元钱的行为，是10个处分行为（分别以10张纸币为标的），甲向乙转移200本书的所有权的行为，包括了200个处分行为（分别以每一本书为标的），8个箱子也是如此，共208个处分行为。双方之间总计发生了218个处分行为、1个负担行为。（注意：将25本书装进一个箱子，并未使这26个物形成一个新物）

**四、法律行为的一般规定对物权行为的适用**

* 法律行为的一般规定在哪里？
  + 《民法典》第一编第六章（民事法律行为）和第七章（代理）——可以直接适用
  + 《民法典》第三编第二章（合同的订立）、第三章（合同的效力）的问题
    - **《民法典》中的“合同”是债权合同还是处分合同？**

《民法典》第464条第1款：“合同是民事主体之间设立、变更、终止民事法律关系的协议。”解释上的问题：

（1）“民事法律义务”是否仅指债权债务关系？——似乎**是**。

（2）“设立”债权债务关系的协议，是债权合同（负担行为），而“变更、终止”民事关系的协议，无论如何不是债权行为（负担行为）！而是处分行为！

* **初步结论：《民法典》关于“合同”订立、效力的规定，本身并非关于物权行为的规定，但是适用于变更、消灭债权的处分行为。**
  + **这两章的规定，应在适当的情形下类推适用于物权合同，更进一步类推适用于单方物权行为。**

**（一）法律行为成立的一般规则：适用于处分行为**

* 《民法典》第134-142条、
* 《合同法》第469-493条的类推适用

**（二）法律行为的一般生效要件的适用**

1．行为能力：适用

* 《民法典》第144-145条适用。

2．意思表示的瑕疵：均适用。

* **真意保留：适用**
  + 现行法对一般法律行为尚无明确规定。基于法律漏洞补充而确立一般规则，并适用于物权行为。
* **通谋虚伪表示：适用**
  + 《民法典》第146条适用于物权行为
* **因重大误解而为的物权行为：适用**
  + 《民法典》第147条适用于物权行为
* **受欺诈而为的物权行为：适用**
  + 《民法典》第148、149条适用于物权行为
* **受胁迫而为的物权行为：适用**
  + 《民法典》第150条适用于物权行为
* **显失公平的法律行为：适用**
  + 《民法典》第151条适用于物权行为

3．物权行为的内容

* **物权行为内容的确定性：适用**
  + 《民法典》第472条第1项规定类推适用
* **物权行为的可能：适用**
  + 现行法对一般法律行为尚无明确规定。基于法律漏洞补充而确立一般规则，并适用于物权行为。
  + 例如：转让不存在的物之所有权的处分行为，无效。
* **内容违反强制性规定的物权行为——适用**
  + 《民法典》第153条第1款适用于物权行为
  + 例：买卖毒品，其债权合同无效（违反刑法）；转让毒品所有权的物权行为无效（违反刑法）
* **物权行为能否违反公序良俗？——不适用**
  + 《民法典》第153条第2款：不适用于物权行为
  + 理由：处分行为在伦理上的“中性”
  + 例：“包二奶”关系下，作为这种不道德的性交易关系上的对价，男方向女方转让一辆汽车。其债权合同无效（违反公序良俗），但转移汽车所有权的物权行为，并不存在违反公序良俗进而无效的问题。
    - 如果采无因性，则物权行为有效（但是，因为负担行为无效，构成不当得利）；
    - 如果采有因性，则物权行为虽然不发生违反公序良俗问题，但是原因的不存在（拟清偿的债务未发生）导致物权行为不生效。

**（三）物权行为的特别生效要件**

1．处分权：见后

2．原因的存在：见后

3．物权行为（物权意思表示）的形式

* 《民法典》第135条适用于物权行为
* 要式行为：不动产物权变动。

《民法典》第211条：“当事人申请登记，应当根据不同登记事项提供权属证明和不动产界址、面积等必要材料。”此处的“必要材料”，首先指不动产登记申请书。

4．附条件和期限的处分行为：适用

* 《民法典》第158-160条适用于物权行为
* 买卖合同上的所有权保留：附停止条件的物权行为（《民法典》第641条）

5．代理：适用

* 《民法典》第七章适用。

**五、物权变动的公示、公信原则**

**（一）公示原则**

1．含义：**物权的变动，须以一定的可以从外部察知的方式表现出来。**

* 物权关系社会重大，可以对抗第三人，这要求变动（或者说物权的现状）能够使社会上的人方便地了解，以安排其行为。

2．物权公示的方法

（1）不动产物权的公示方法为登记。

（2）动产物权的公示方法为交付（占有）

（3）特殊动产的公示方法：交付兼登记

如：《民法典》第225条 船舶、航空器和机动车等的物权的设立、变更、转让和消灭，

未经登记，不得对抗善意第三人。

3.物权公示的效力

（1）权利正确性的推定

* 在不动产登记簿上记载的权利人，推定其享有该权利
* 占有人就占有物行使之权利，推定其享有该权利
  + 台湾民法典条文参考：

**第 943 条 （占有权利之推定与排除）**

**占有人于占有物上行使之权利，推定其适法有此权利。**

前项推定，于下列情形不适用之：

一、占有已登记之不动产而行使物权。

二、行使所有权以外之权利者，对使其占有之人。

**第 759条之1 （不动产物权登记之变动效力）**

**不动产物权经登记者，推定登记权利人适法有此权利。**

因信赖不动产登记之善意第三人，已依法律行为为物权变动之登记者，其变动之效力，不因原登记物权之不实而受影响。

（2）物权行为的生效要件（例外为对抗要件）

* 基于法律行为的不动产物权变动，经登记才发生物权变动的效力：《民法典》第209条第1款
  + 例外：如，土地承包经营权的设立（《民法典》第333条）、地役权的设定（《民法典》第374条）
* 基于法律行为的动产物权变动，经交付才发生物权变动的效力：《民法典》第224条
  + 例外：如，动产抵押权的设定（《民法典》第403、404条）（无需交付即可发生物权变动）

（3）基于法律规定的不动产物权变动，未经登记，其效力受限制。《民法典》第232条

**（二）公信原则**

1．含义：因信赖物权的公示而善意取得物权的，即使物权公示所表现的物权状态与真实状态不符，也仍能有效取得物权。

* 体现：善意取得制度

**六、物权行为的特别生效要件**

**（一）处分权：欠缺处分权的处分行为效力未定**

原 **《合同法》第五十一条** 无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效。

原**《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》第三条**　当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持。

　　出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移，买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。

* 例：甲6月1日盗窃了乙的一件价值2000元的西服后，7月1日与善意的丙口头订立买卖合同，以300元的价格出售。7月2日，双方当场“货款两清”。该案件中涉及哪些法律行为？各自的效力如何？
  + 甲盗窃乙西服的行为，不是法律行为。
  + 甲、丙7月1日的口头买卖合同，是一个法律行为。其性质是债权行为。
    - 效力？买卖合同成立，生效要件上，并不存在行为能力、意思表示自由与真实等方面的瑕疵。
      * **须考虑的问题之一**：《民法典》第153条第1款：是否违反效力性强制规定？甲的出售行为构成犯罪（《刑法》第264条的盗窃罪，且盗窃罪所处罚的行为包括处分赃物，不另行构成《刑法》第312条的销售赃物罪。法条竞合关系中的吸收关系。）丙不知情（不构成《刑法》第312条规定的收购赃物罪。该罪名以故意为要件）。从法规目的出发，应不认为甲、丙之间的合同因为违反《刑法》第264条而无效（请回顾民法总论课程的相关内容）。
        + 如果丙为恶意，构成“收购赃物罪”（《刑法》第312条），则，由于甲、丙双方的行为均违法，买卖合同应无效。
      * **须考虑的问题之二**：甲欠缺处分权，是否导致该买卖合同的效力受影响。
        + 曾经的激烈争论。现在已经确定：不影响。
  + 丙对甲转让300元钱所有权的行为，是法律行为。其性质是处分行为。（几个？）
    - 效力？
  + 甲对丙转让西服所有权的行为，是一个法律行为。其性质是处分行为。因为甲并非西服的所有权人，且未获得所有权人（乙）的授权，欠缺处分权。
    - 处分行为的效力：效力未定。
    - 确定其效力的方式：

（1）所有权人（乙）的追认。当乙知道甲、丙的交易后，向甲或者丙做出追认甲之处分行为的意思表示（注意：这是一个单方行为，并且是有相对人的单方行为）（**思考：如果你是乙，你会不会追认？**）

（2）无处分权人（甲）取得所有权。比如，在甲、丙的交易发生后，乙发现了上述事实并拟告发。于是甲恳求乙将西服卖给自己。双方于8月1日达成协议，由甲以2000元（此处假设为合理价格）购买该西服。双方当场同意依“指示交付”（参见《民法典》第227条）方式转移占有，由甲取得所有权。这样，甲就乙处取得所有权（时点：8月1日），进而，甲、丙之间的处分行为生效（交付方式：《民法典》第226条）（时点：8月1日）【思考：可否溯及至7月1日发生所有权变动？】。

参考：台湾民法典第 118 条（无权处分）

无权利人就权利标的物所为之处分，经有权利人之承认始生效力。

无权利人就权利标的物为处分后，取得其权利者，其处分自始有效。但原权利人或第三人已取得之利益，不因此而受影响。

前项情形，若数处分相抵触时，以其最初之处分为有效。

**（二）物权行为须满足法定的“公示”要件（有例外）**

1．动产物权变动的物权行为：原则上以交付为要件：《民法典》第224条。

* 例外：《民法典》第403条（动产抵押）。

2．不动产物权变动：物权行为以登记为要件：《民法典》第209条第1款。

* 例外：土地承包经营权的设立（《民法典》第333条）、地役权的设定（《民法典》第374条）

**（三）物权行为的效力与其原因的关系**

1．处分行为的原因分类

（1）清偿原因：物权行为以清偿债务为目的。债务可以是意定之债，也可以是法定之债。

（2）赠与原因：现实的赠与，而非订立赠与合同后为了履行该合同而赠与

（3）条件原因：以成就另一个法律行为的条件为目的

* 例如：甲、乙约定，如果甲将一条领带的所有权转让给丙，则乙对甲负担支付300元的义务。——甲对乙的物权行为，并非履行债务，而是为了成就甲、乙之间负担行为的停止条件。

（4）取得原因：处分人的目的在于取得返还请求权等权利或者利益。

* 例如：《民法典》第679条：“自然人之间的借款合同，自贷款人提供借款时生效”。——因此，提供借款的行为，其目的并非履行债务（合同尚未生效），而是使借款合同生效，进而取得返还本息的请求权。

2．处分行为与原因的分离：处分行为的独立性（必须的！）

3．处分行为是否以原因的存在为要件？——处分行为的无因性问题

* **实质：原因的存在是不是处分行为的生效要件之一**
* 我国法律上如何解释？——似应采有因性

**七、物权行为理论的实务意义**

**八、主物与从物、原物与孳息**

1．主物与从物

* 《民法典》第320条

（1）含义

（2）意义：物权行为和债权行为的解释性任意规范

2．原物与孳息

《民法典》第321条

（1）含义

（2）意义：

* 对于天然孳息，是物权取得规范（所有权、抵押权等）：《民法典》第321条第1款、第412条第1款
* 对于法定孳息，是物权取得规范（抵押权）（《民法典》第412条第1款）或者意思表示解释规范（《民法典》第312条第2款）。

**第四节 不动产物权的变动**

**一、基于法律规定的不动产物权变动**

**（一）变动的事由**

**1.不动产物权的取得**

* “合法建造”：不动产（主要是建筑物）所有权的取得原因
  + 《民法典》第231条
* 法定继承：《民法典》第230条
* 形成判决：《民法典》第229条，《民法典物权编解释》（一）第7条
* 强制执行：《民法典》第229条，《民法典物权编解释》（一）第7条
* 征收：《民法典》第229条（严格来说，乃是依照公法上的法律行为而发生的变动）。没收的性质类似。
* 建设工程施工行为：《民法典》第807条关于建设工程价款优先受偿权的规定
* 善意取得（《民法典》第311条第1款）
* 取得时效？现行法没有规定

**2．物权的变更（内容变更）**

* 物的变更

**3．物权的消灭（绝对消灭）**

* 不动产的灭失
  + 拆除：《民法典》第231条

**（二）与登记的关系**

**《民法典》第232条**

* 物权变动的法律效果直接发生
* 非经登记不得处分：《民法典》第232条
* 思考：约定的不得处分与此处“非经登记不得处分”有何不同。

**二、基于法律行为的不动产物权变动**

**（一）公示方法：登记**

**（二）公示的效力：原则上是登记生效主义，例外为登记对抗主义**

1.一般规定：**《民法典》第二百零九条**   不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；未经登记，不发生效力，但是法律另有规定的除外。

* 具体规定：《民法典》第349、355条（建设用地使用权）、《民法典》第402条（不动产抵押权）

2．例外规定：地役权，土地承包经营权

**三、不动产登记制度的一般问题**

* 实务中最重要的法规：国务院《不动产登记暂行条例》、国土资源部《不动产登记暂行条例实施细则》|

**（一）登记机构**

1．国土部或者各地的不动产登记中心（《不动产登记暂行条例》第9条）

2.“准物权”的登记部门

（1）地质矿产主管部门：采矿权

（2）水行政主管部门或者流域管理机构：取水权

（3）渔业行政主管部门：养殖权、捕捞权

**（二）登记行为的性质：具体行政行为**

**（三）登记簿**

1．“登记”的含义：将有关事项记载于“登记簿”。《不动产登记暂行条例》**第2条第1款**：“本条例所称不动产登记，是指不动产登记机构依法将不动产权利归属和其他法定事项记载于不动产登记簿的行为。”

2．登记簿与权属证书的关系：《民法典》第216、217条

3．登记簿的查询：《民法典》第218条

**（四）错误登记的赔偿责任**

1.“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。”——《民法典》第222条第1款

* 实质：并非请求权基础规范，而是《民法典》第1165条第1款的注意规定，应当以过错为要件。

2．“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。”——《民法典》第222条第2款第1句

* 实质：行政赔偿责任。适用行政诉讼法。
* “登记机构赔偿后，可以向造成登记错误的人追偿。”（第2句）

**四、更正登记**

* 《民法典》第220条第1款
* 严格地说应当是“登记的更正”

**五、异议登记**

* 《民法典》第220条第2款

**六、预告登记**

* 《民法典》第221条
* 功能：使得一项旨在引起不动产物权变动的债权请求权获得可对抗第三人的效力

**第五节 动产物权的变动**

**一、基于法律规定的动产物权变动**

1．动产物权的取得

* 法定继承：《民法典》第230条
* 形成判决：《民法典》第229条，《民法典物权编解释》（一）第7条
* 强制执行：《民法典》第229条，《民法典物权编解释》（一）第7条
* 征收：《民法典》第229条（严格来说，乃是依照公法上的法律行为而发生的变动）。没收的性质类似。
* 善意取得：《民法典》第311条第1款
* 天然孳息的分离：《民法典》第321条第1款
* 先占
* 添附（附合、混合、加工）：《民法典》第322条
* 拾得遗失物：《民法典》第318条
* 发现埋藏物：《民法典》第319条
* 留置权的取得：《民法典》第447条

2．物权的变更（内容变更）

3．物权的消灭（绝对消灭）

* 灭失
* 混同

**二、基于法律行为的动产物权变动**

**（一）动产物权变动的公示方法为一般是交付（占有）**

1．一般规定：《民法典》第224条：“动产物权的设立和转让，自交付时发生效力，但是法律另有规定的除外。”

* 具体规定：如，动产质权（《民法典》第429条）

2．交付（现实交付）的含义

* 注意一些特殊现实交付的形式（经由占有辅助人交付、经由占有媒介关系交付等）。

3．拟制交付

（1）简易交付

《民法典》第二百二十六条  动产物权设立和转让前，权利人已经占有该动产的，物权自民事法律行为生效时发生效力。

（2）指示交付（返还请求权的让与）

《民法典》第二百二十七条  动产物权设立和转让前，第三人占有该动产的，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。

（3）占有改定

《民法典》第二百二十八条  动产物权转让时，当事人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。

**（二）特殊动产的公示方法：交付兼登记**

《民法典》第二百二十五条  船舶、航空器和机动车等的物权的设立、变更、转让和消灭，未经登记，不得对抗善意第三人。

（1）船舶登记：《海商法》、《船舶登记条例》

（2）民营航空器：《民用航空法》、《民用航空器权利登记条例》

（3）机动车：《道路交通安全法》、《机动车登记规定》等

**（三）某些动产抵押权、权利质权的公示方法**

1．动产抵押：订立合同时设定，未经登记不得对抗善意第三人（《民法典》第403条）。登记：《动产和权利担保统一登记办法》。

2．权利质权：多数的权利质押经登记后生效。例如

（1）应收账款：《动产和权利担保统一登记办法》

（2）著作权：《著作权质权登记办法》

（3）专利权：《专利权质押登记办法》

（4）商标权：《注册商标专用权质押登记程序规定》

**第三章 物权的保护与限制**

**第一节** **物权的保护**

**一、****对物权的私法保护**

**（一）物权法上的保护：物上请求权**

* 具体见第三节

**（二）债权法上的保护**

1.侵权法

（1）《民法典》第1165条第1款（一般侵权行为条款）

* 因故意或者过失，不法侵害物权或者其他绝对权的，承担侵权责任。

（2）各类特殊侵权行为一般以绝对权为保护对象（须具体解释各个条文）

* + 例如：《民法典》第1245条的饲养动物致人损害的责任，其保护范围包括受害人的物权。

2.不当得利

《民法典》第122条：“因他人没有法律根据，取得不当利益，受损失的人有权请求其返还不当利益。”

（1）给付不当得利

* 例如：甲、乙订立买卖合同，甲交付了标的物，但是合同无效。由于不采无因性，甲的所有权自始不丧失。甲有权基于《民法典》第122条请求返还占有，以及与其使用利益相当的价额（给付不当得利）

（2）权益侵害不当得利：更为广泛

3．债务不履行责任上的保护

（1）合同之债的债务不履行责任：继续履行、损害赔偿

（2）无因管理上的债务不履行责任

4.《民法典》第237、238条的意义：注意规定。没有规范意义。

* 第237条很怪异。“重作”？“更换”？

**（三）自力救济**

1.正当防卫（《民法典》第181条）

2.紧急避险

**《民法典》第182条**　因紧急避险造成损害的，由引起险情发生的人承担民事责任。

危险由自然原因引起的，紧急避险人不承担民事责任，可以给予适当补偿。

紧急避险采取措施不当或者超过必要的限度，造成不应有的损害的，紧急避险人应当承担适当的民事责任。

3.自助行为

**《民法典》第1177条**  合法权益受到侵害，情况紧迫且不能及时获得国家机关保护，不立即采取措施将使其合法权益受到难以弥补的损害的，受害人可以在保护自己合法权益的必要范围内采取扣留侵权人的财物等合理措施；但是，应当立即请求有关国家机关处理。

* 法律所允许的（有严格的条件限制）的自力救济措施，阻却了为保护自己的民事权益（包括物权）而侵害他人权益之行为的违法性，不承担侵权责任。
* 德国法的有关状况，参见所附的梅迪库斯《德国民法总论》第16章。

**二、对物权的公法保护**

**（一）刑法**

* 主要体现在《刑法》第二编（分则）第五章（侵害财产罪）的部分罪名，如抢劫罪（第263条）、264条（盗窃罪）、266条（诈骗罪）、267条（抢夺罪）、268条（聚众哄抢罪）、270条（侵占罪）、271条（职务侵占罪）、274条（敲诈勒索罪）、275条（故意毁坏财物罪）等。
* 刑法分则的其他规定，其保护的法益可能也包括物权或者其他财产权。如：第114条（放火罪等），第116条（破坏交通工具罪），第121条（劫持航空器罪），第133条（交通肇事罪，第136条（危险物品肇事罪），第139条（消防责任事故罪），第285条(非法侵入计算机信息系统罪)，第286条（破坏计算机信息系统罪），等。

**（二）宪法**

**第十二条**　社会主义的公共财产神圣不可侵犯。

　　国家保护社会主义的公共财产。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏国家的和集体的财产。

**第十三条**（基于宪法修正案第22条）　公民的合法的私有财产不受侵犯。

　　国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。

国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。

宪法层面的保护，应体现为对法律、法规的违宪审查。中国目前尚无该制度。因此，应认为，我国当前对所有权的宪法保护是名义性保护，并无实质性保护。

**（三）行政法**

1．对侵害人民人身、财产权益的具体行政行为的救济制度

* 《行政诉讼法》（1990年施行、2014年、2017年修正）

第十二条　人民法院受理公民、法人或者其他组织提起的下列诉讼：

　　（一）对行政拘留、暂扣或者吊销许可证和执照、责令停产停业、没收违法所得、没收非法财物、罚款、警告等行政处罚不服的；

　　（二）对限制人身自由或者对财产的查封、扣押、冻结等行政强制措施和行政强制执行不服的；

　　（三）申请行政许可，行政机关拒绝或者在法定期限内不予答复，或者对行政机关作出的有关行政许可的其他决定不服的；

　　（四）对行政机关作出的关于确认土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的决定不服的；

　　（五）对征收、征用决定及其补偿决定不服的；

　　（六）申请行政机关履行保护人身权、财产权等合法权益的法定职责，行政机关拒绝履行或者不予答复的；

　　（七）认为行政机关侵犯其经营自主权或者农村土地承包经营权、农村土地经营权的；

　　（八）认为行政机关滥用行政权力排除或者限制竞争的；

　　（九）认为行政机关违法集资、摊派费用或者违法要求履行其他义务的；

　　（十）认为行政机关没有依法支付抚恤金、最低生活保障待遇或者社会保险待遇的；

　　（十一）认为行政机关不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等协议的；

　　（十二）认为行政机关侵犯其他人身权、财产权等合法权益的。

　　除前款规定外，人民法院受理法律、法规规定可以提起诉讼的其他行政案件。

第七十六条　人民法院判决确认违法或者无效的，可以同时判决责令被告采取补救措施；给原告造成损失的，依法判决被告承担赔偿责任。

第七十八条　被告不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除本法第十二条第一款第十一项规定的协议的，人民法院判决被告承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等责任。

被告变更、解除本法第十二条第一款第十一项规定的协议合法，但未依法给予补偿的，人民法院判决给予补偿。

* 《行政复议法》
* 《国家赔偿法》（1994年施行，2010、2012修正）

第四条　行政机关及其工作人员在行使行政职权时有下列侵犯财产权情形之一的，受害人有取得赔偿的权利：

　　（一）违法实施罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚的；

　　（二）违法对财产采取查封、扣押、冻结等行政强制措施的；

　　（三）违法征收、征用财产的；

　　（四）造成财产损害的其他违法行为。

第十八条　行使侦查、检察、审判职权的机关以及看守所、监狱管理机关及其工作人员在行使职权时有下列侵犯财产权情形之一的，受害人有取得赔偿的权利：

　　（一）违法对财产采取查封、扣押、冻结、追缴等措施的；

　　（二）依照审判监督程序再审改判无罪，原判罚金、没收财产已经执行的。

**第二节 物权的限制**

**一、公法上的限制**

**（一）公法上对物权的限制：概述**

* 参考鲍尔、施蒂尔纳《德国物权法》第二十六章。

**（二）征收与征用**

* 《民法典》

**第一百一十七条** 为了公共利益的需要，依照法律规定的权限和程序征收、征用不动产或者动产的，应当给予公平、合理的补偿。

**第二百四十三条**  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组织、个人的房屋以及其他不动产。

征收集体所有的土地，应当依法及时足额支付土地补偿费、安置补助费以及农村村民住宅、其他地上附着物和青苗等的补偿费用，并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。

征收组织、个人的房屋以及其他不动产，应当依法给予征收补偿，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。

任何组织或者个人不得贪污、挪用、私分、截留、拖欠征收补偿费等费用。

第二百四十四条  国家对耕地实行特殊保护，严格限制农用地转为建设用地，控制建设用地总量。不得违反法律规定的权限和程序征收集体所有的土地。

第二百四十五条  因抢险救灾、疫情防控等紧急需要，依照法律规定的权限和程序可以征用组织、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。组织、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。

第三百二十七条  因不动产或者动产被征收、征用致使用益物权消灭或者影响用益物权行使的，用益物权人有权依据本法第二百四十三条、第二百四十五条的规定获得相应补偿。

第三百三十八条  承包地被征收的，土地承包经营权人有权依据本法第二百四十三条的规定获得相应补偿。

第三百九十条  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限未届满的，也可以提存该保险金、赔偿金或者补偿金等。

* 《城市房地产管理法》

**第六条** 为了公共利益的需要，国家可以征收国有土地上单位和个人的房屋，并依法给予拆迁补偿，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。具体办法由国务院规定。

* 《土地管理法》

**第二条**　中华人民共和国实行土地的社会主义公有制，即全民所有制和劳动群众集体所有制。

全民所有，即国家所有土地的所有权由国务院代表国家行使。

任何单位和个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地。土地使用权可以依法转让。

国家为了公共利益的需要，可以依法对土地实行征收或者征用并给予补偿。

国家依法实行国有土地有偿使用制度。但是，国家在法律规定的范围内划拨国有土地使用权的除外

* + 具体规范：
    - 《土地管理法》第45-48条
    - 《国有土地上房屋征收与补偿条例》（2011）
  + 说明：征收（还有征用）是行政行为，是一种以国家行政权强行剥夺人民的私有财产权的行为，但是法律也规定应予以补偿。也就是说，是一种“强买强卖”。为了公共利益的需要，各国法律均设有该制度，但是其实际运用则有很大的不同。国内的不动产征收，极少是为了狭义的“公共利益”，但是客观上极大地促进了工业化、城市化和商业繁荣，但同时也是一部触目惊心的血泪史。征收问题是行政法问题，而非物权法（私法）问题。有兴趣的同学可以自行研究，查阅上述法规（尤其是《国有土地上房屋征收与补偿条例》）。该法规的通过，北大法学院五位教授的“上书”发挥了很大的推动作用。一个简单的评析，参见，姜明安：《法治政府必须认真对待公民权利——<国有土地上房屋征收与补偿条例>》，<https://jiangmingan.blog.caixin.com/archives/14231>。
* “城市更新”：参见《上海市城市更新条例》《深圳经济特区城市更新条例》
  + 台湾2012年初发生了一起引起轰动的因城市更新而引起的“强拆”案件，参见<http://www.chinanews.com/tw/2016/04-14/7833630.shtml>。
  + 国内诸多城市新近推出的城市更新计划大多借鉴了我国香港地区的立法，其中颇具特色的是所谓强制售卖问题（实质上是允许私人征收，深圳制定相关地方性法规时曾想直接引入类似机制，但在审议过程中因争议过大而放弃，最终仍然采取了传统的政府出面征收的模式），关于香港法上相关情况的简要介绍，可参考下述链接里的内容：

<https://family.clic.org.hk/sc/topics/Properties-arrangements/Redevelopment-and-acquisition-of-property/Compulsory-sale/#content>

**二、私法上的限制：物权内容的限制**

* 参考鲍尔、施蒂尔纳《德国物权法》（上）第二十五章第一、二节（第523-526页）

**三、私法上的限制：定限物权以及债权的限制**

1. 物权人对于具有优先地位的其他物权人负有容忍义务

* 典型：所有权人应容忍定限物权人对标的物的支配

2. 物权人可能负有债法上的容忍义务

* 出租人应容忍承租人对标的物的占有、使用

**四、私法上的容忍义务：特殊问题**

私法上的容忍义务（不得排除他人对物的某些支配），主要源于上述原因（物权本身的内容、定限物权人以及债权人在其权利范围内的支配）。这里讨论的是特殊问题。

**（一）攻击性紧急避险之下的容忍义务**

* 《民法典》第182条是否规定了攻击性紧急避险？
  + 参考：德国民法典第904条：“他人为避开现时的危险而有必要干涉物，且将要发生的损害与因该干涉而对所有人发生的损害相比过于巨大的，物的所有人无权禁止该他人对物的干涉。所有人可以请求赔偿给自己造成的损害。”
* 最高人民法院《关于处理涉及汶川地震相关案件适用法律问题的意见（二）》十、因抗震救灾需要采取的排险、抢修、拆除等紧急避险行为造成公民人身或者公民、法人财产损害的，行为人不承担民事责任或者承担适当的民事责任。

**（二）越界建筑问题**

* 参考鲍尔、施蒂尔纳《德国物权法》（上）第531-534页。

**（三）权利滥用的禁止**

《民法典》第132条：“民事主体不得滥用民事权利损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益。”——禁止权利滥用。是对权利行使的一般限制。

德国法的状况，参考梅迪库斯：《德国民法总论》第15章（例子很好玩呢！）。

**五、不动产相邻关系**

**（一）相邻关系概述**

1.相邻关系的含义：不动产权利人之间，因不动产的利用而发生的权利义务关系。

2.相邻关系制度的性质：关于不动产权利之内容的界定规范

3.相邻关系规范在物权法中的意义

* “相邻权”：一方有权利用相邻不动产（如通行），或者有权以对相邻不动产构成不利影响、但对方应当容忍，这是其不动产权利的法定内容（或者说是一种“延伸”）。不是独立的权利。
  + 因此，其行为即使客观上构成妨害，但是这是权利的行使，对方有容忍义务，不具有违法性，不得主张排除妨害或者妨害防止（《民法典》第236条），因此而发生损害的，不适用《民法典》第1165条第1款，因为该行为虽然致人损害，但是不具有违法性。
* 就应当容忍相邻不动产的权利人的利用而言，是其不动产权利的限制（内容上的法定缩减），不是独立的义务。

4.相邻关系的当事人：“不动产的相邻权利人”（《民法典》第288条）

* 解释：相邻关系规定在《民法典》第2编第7章，属于第2分编“所有权”，因此“权利人”似乎应当解释为所有权人。但是，应解释为包括任何合法利用不动产的其他权利人。

参考：台湾民法典第 800-1 条 （准用范围）第七百七十四条至前条规定，于地上权人、农育权人、不动产役权人、典权人、承租人、其他土地、建筑物或其他工作物利用人准用之。（注：第774-800条，是关于不动产所有权人之间的相邻关系以及建筑物区分所有之规定）

5．相邻关系规范的性质：强制规定还是任意规定

* 实质：是否可以以特别约定而排除其适用
* 分析：应认为属于所有权（或者其他不动产权利）的法定内容，当事人可以以地役权的方式就有关事项进行约定，即，地役权的内容是物权法所允许的，具有物权效力，其中可以对所有权的内容进行限制。如果以债权合同作出与相邻关系之法律规定不同的约定，则该约定具有债权效力，但是不变更所有权的内容，对第三人没有约束力。对债权合同的内容的有效性，可以基于债权合同的规范予以确定。

**（二）相邻关系的一般原则**

1．《民法典》第288条：“有利生产、方便生活、团结互助、公平合理”的原则。

2．具体规范：法律、法规的规定，或者“当地习惯”（第289条）

**（三）相邻关系的类型**

1．用水、排水关系：第290条

2．邻地利用：通行（第291条）、管线铺设（第292条）、建造或者修缮建筑物（第292条）

3．通风、采光、日照：第293条

4．有害物质排放：第294条

5．邻地安全之防免：第295条

**（四）相邻关系上的补偿义务**

1．基本规定：《民法典》无规定。原《物权法》第92条：“不动产权利人因用水、排水、通行、铺设管线等利用相邻不动产的，应当尽量避免对相邻的不动产权利人造成损害；造成损害的，应当给予补偿。”（现为《民法典》第296条，删去了后段）

2．性质：独立的法定之债

**（五）相邻关系与地役权的关系**

**第三节 物上请求权**

**一、物上请求权概述**

1.物上请求权的含义：物权人在其对物的支配受到妨害或者有受到妨害之危险时，请求恢复物权圆满状态或者防止妨害发生之权利。

* 又称“物权请求权”。
* 占有人之物上请求权（《民法典》第462条第1款前段、中段）：与物权人的物上请求权类似。暂不涉及。

2.基础：物权的支配效力

3.性质

（1）我国通说：由物权所派生的、依存于物权的独立类型的权利。并非债权之一种。

（2）物上请求权是“请求权”，而非支配权（对比：物权是支配权。所以，物上请求权不是物权本身）

（3）物上请求权从属于物权，可以与物权一种移转（包括让与），但不能独立地让与（即，不能与物权相分离）。

4．与一般侵权行为之责任（《民法典》第1165条第1款）的区别：

* 构成要件上的区别：不以过错和损害结果为要件
* 法律后果上的区别：并非填补损害（即使导致了损害），而仅仅是排除正在发生的妨害（包括无权占有）或者预防可能发生的妨害。如有损害，只能根据其他规范要求赔偿。

5.具体类型：物的返还请求权（《民法典》第235条）、排除妨害请求权（《民法典》第236条）、妨害防止请求权（《民法典》第236条）

**二、物的返还请求权**

1．基本规定：《民法典》第235条

2．构成要件

（1）请求人为物权人

* 包括所有权、建设用地使用权、动产质权等包括占有权能的物权
* 应排除不包括占有权能的物权（抵押权）

（2）被请求人为占有人

（3）被请求人没有占有权源

* 占有权源：以占有为权能的物权（建设用地使用权、质权、留置权等）、债权（承租人对出租人、使用借贷人对出借人等）

3．法律后果：请求返还物的占有的权利

4．消灭：

（1）请求权人丧失物权

（2）相对人不再是无权占有人。通常为占有消灭（物的灭失，或者因为任何原因而丧失占有，例如被盗）。个别情况下也可能是成为有权占有。

* 注意：不考虑情形发生的原因、有无过错。例如，故意毁灭或者遗弃标的物。

**三、排除妨害请求权**

1．基本规定：《民法典》第236条

2．特殊规定：《民法典》第286条第2款、408条第1句

* 注意：若干法条规定的是“妨害”的具体情形，例如《民法典》第293-295条、432条第2款（须进一步解释），其实质是关于物权内容的规定，须进而结合第236条才能发生排除妨害请求权。

3．构成要件

（1）请求人是物权人

（2）对物权的妨害已经发生并且处于持续状态

* 妨害是指以占有以外的方法阻碍或侵害物权上的利益
  + 非权利人被登记为不动产权利人，也构成一种妨害。真正的权利人可以请求排除这一妨害。不过，从诉讼类型来看，可能体现为确权之诉（《民法典》第234条）。
* 具体类型（参见鲍尔、施蒂尔纳《德国物权法》）：
  + 积极性干预
  + 消极性干预
  + 意识性影响
  + 摄影
  + 声称权利

（3）请求权针对的是妨害人，包括行为妨害人和状态妨害人

* 行为妨害人是指通过自己的行为导致妨害的人（不考虑该行为是否有过错）如停车于他人的车库
* 状态妨害人则是持有或者经营某种妨害他人物权之物或设施的人，如院子里所种之树的树枝掉在邻人的土地上。

（4）物权人无容忍的义务。

* 换一个角度说，就是妨害的违法性。

4．法律后果：物权人取得请求对方排除妨害的请求权。通常体现为后者的作为义务（请求其以积极的行为来消除正在发生的妨害）。

**四、妨害防止（消除危险）请求权**

1．基本规定：《民法典》第236条

2．特殊规定：《民法典》第287条、408条第1句

* 注意：若干法条规定的是“妨害”的具体情形，例如《民法典》第292-296条、432条第2款（须进一步解释），其实质是关于物权内容的规定，须进而结合第35条才能发生排除妨害请求权。

3．构成要件

（1）请求人是物权人

（2）对物权的妨害的危险已经形成

* 两种情形：
  + 已经发生了妨害（但是该妨害已经结束），但是将来还有可能发生同样的妨害
    - 也就是，可以根据过去发生的妨害，综合其他事实，推测将来还可能进行同样的妨害
  + 虽然从未发生实际的妨害，但是综合有关事实，可以合理地认为妨害可能发生

（3）请求权针对的是有可能造成妨害的人，包括行为妨害人和状态妨害人

（4）假如妨害发生，物权人无容忍的义务。

4．法律后果：物权人取得请求被告消除发生妨害的危险的请求权。

* 通常是不作为请求权。
* “停止侵害”的意义：似乎并无实际意义。其含义可以被分别纳入排除妨害与消除危险。

5．请求权的消灭：妨害之危险的消除。

**五、物上请求权的其他问题**

1．物的返还请求权（《民法典》第235条）的履行地点：——往取之“债”还是赴偿之“债”？

* 应当是往取之债。鲍尔、施蒂尔纳《德国物权法》第208页。
* 理由：该义务的发生不以过错为要件，应假定为义务人并无过错。
  + 如果占有人有过错，则同时满足《民法典》第1165条第1款，其回复原状之责任意味着其应当恢复到侵权之前的占有状态。请求权竞合问题：须物权人主张该款之适用。
* 妨害排除与妨害防止请求权（《民法典》第236条）——不发生该问题。因为无须受领。

2．履行期限：《民法典》第511条第4项的类推适用。

3．履行费用问题

（1）《民法典》第235条上的权利：解释上似乎应同上（由物权人承担费用）。

（2）《民法典》第236条上的两种权利：妨害人负担费用（妨害防止义务通常不发生费用）。

* 鲍尔、施蒂尔纳《德国物权法》第239页（注意与不当得利、无因管理的关系）。

4．履行不能：《民法典》第929条（受托人的违约赔偿责任）的类推。应解释为：

* 非因过失而发生的履行不能，不承担损害赔偿责任
* 因过失而发生履行不能，或者在迟延期间发生的履行不能，应承担损害赔偿责任。
  + 迟延的判断

5．履行迟延：《民法典》第929条（受托人的违约赔偿责任）的类推。应解释为：

* 非因过失而发生的迟延，不承担损害赔偿责任
* 因过失而发生的迟延，应承担损害赔偿责任

6．诉讼时效问题：参见刘家安《物权法论》（第三版）第三章第四节。

**六、民法上的其他类似制度**

**《民法典》第七编侵权责任**

**第一千一百六十七条** 侵权行为危及他人人身、财产安全的，被侵权人有权请求侵权人承担停止侵害、排除妨碍、消除危险等侵权责任。**。**

第一千一百九十五条  网络用户利用网络服务实施侵权行为的，权利人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。通知应当包括构成侵权的初步证据及权利人的真实身份信息。

网络服务提供者接到通知后，应当及时将该通知转送相关网络用户，并根据构成侵权的初步证据和服务类型采取必要措施；未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。

权利人因错误通知造成网络用户或者网络服务提供者损害的，应当承担侵权责任。法律另有规定的，依照其规定。

第一千一百九十六条  网络用户接到转送的通知后，可以向网络服务提供者提交不存在侵权行为的声明。声明应当包括不存在侵权行为的初步证据及网络用户的真实身份信息。

网络服务提供者接到声明后，应当将该声明转送发出通知的权利人，并告知其可以向有关部门投诉或者向人民法院提起诉讼。网络服务提供者在转送声明到达权利人后的合理期限内，未收到权利人已经投诉或者提起诉讼通知的，应当及时终止所采取的措施。

第一千一百九十七条  网络服务提供者知道或者应当知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益，未采取必要措施的，与该网络用户承担连带责任。

第一千二百零五条  因产品缺陷危及他人人身、财产安全的，被侵权人有权请求生产者、销售者承担停止侵害、排除妨碍、消除危险等侵权责任。

第一千二百零六条  产品投入流通后发现存在缺陷的，生产者、销售者应当及时采取停止销售、警示、召回等补救措施；未及时采取补救措施或者补救措施不力造成损害扩大的，对扩大的损害也应当承担侵权责任。

依据前款规定采取召回措施的，生产者、销售者应当负担被侵权人因此支出的必要费用。

《专利法》（2020年修正）第七十七条 为生产经营目的使用、许诺销售或者销售不知道是未经专利权人许可而制造并售出的专利侵权产品，能证明该产品合法来源的，不承担赔偿责任。

**《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》（1993年）【已废止】**

九、问：因文学作品引起的名誉权纠纷，应如何认定是否构成侵权？  
　　答：撰写、发表文学作品，不是以生活中特定的人为描写对象，仅是作品的情节与生活中某人的情况相似，不应认定为侵害他人名誉权。  
　　描写真人真事的文学作品，对特定人进行侮辱、诽谤或者披露隐私损害其名誉的；或者虽未写明真实姓名和住址，但事实是以特定人或者特定人的特定事实为描写对象，文中有侮辱、诽谤或者披露隐私的内容，致其名誉受到损害的，应认定为侵害他人名誉权。  
　　**编辑出版单位在作品已被认定为侵害他人名誉权或者被告知明显属于侵害他人名誉权后，应刊登声明消除影响或者采取其他补救措施；拒不刊登声明，不采取其他补救措施，或者继续刊登、出版侵权作品的，应认定为侵权。**

**《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解释》（1998年）【已废止】**

六、新闻单位报道国家机关的公开的文书和职权行为引起的名誉权纠纷，是否认定为构成侵权？

答：新闻单位根据国家机关依职权制作的公开的文书和实施的公开的职权行为所作的报道，其报道客观准确的，不应当认定为侵害他人名誉权；其报道失实，**或者前述文书和职权行为已公开纠正而拒绝更正报道**，致使他人名誉受到损害的，应当认定为侵害他人名誉权。

**第四章 所有权**

**第一节** **所有权的基本问题**

**一、不动产所有权概述**

**（一）土地所有权**

* 城市土地：国家所有
* 农村土地：集体所有，或者国家所有

**（二）房屋所有权**

各类民事主体均可享有房屋所有权。

**（三）自然资源“所有权”**

**《宪法》第九条**　矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有，即全民所有；由法律规定属于集体所有的森林和山岭、草原、荒地、滩涂除外。

国家保障自然资源的合理利用，保护珍贵的动物和植物。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏自然资源。

* “资源”是什么意思？

**（四）其他不动产所有权**

* 海域、河流、湖泊
* 林木
* 桥梁、隧道、水电站（大坝）？
* 道路（以及其他地面“硬化”）、公路、铁轨等——视为土地的一部分？抑或可以独立成为所有权的客体？

**二、动产所有权**

**三、关于货币的所有权**

* 货币所有权：参见刘家安《物权法论》第二章第二节之六；其木提：《货币所有权归属及其流转规则》（《法学》2009年第11期）（另附）

**第二节 所有权的善意取得**

**一、概述**

1．所有权的善意取得的概念：无处分权人的让与他人之所有权的处分行为，相对人如果因信赖关于该所有权的法定公示方式而受让该所有权，则可依该处分行为而取得所有权。《民法典》第311条第1款后段。

2．物权善意取得的概念：无处分权人的处分他人之物权的处分行为，相对人如果因信赖物权的法定公示方式而为该处分行为，则可依该处分行为而取得物权。《民法典》第311条第3款。

3．政策基础：交易安全。

* 须与保障所有权的法律目的相协调

4．权利取得的性质

* 原始取得，还是继受取得？
* 基于法律规定而取得，还是基于法律行为而取得？

**二、动产所有权的善意取得**

**（一）构成要件**

1．须为动产

2．让与人无处分权

* 所有权人原则上有处分权
* 有的他物权人（在特定条件下）有处分权：质权人、留置权人

3．让与人是动产的占有人

* 注意：这里主要是指普通动产的让与人。如果是汽车、航空器等特殊动产（《民法典》第225条），则让与人须为登记的权利人。

4．所有权人丧失直接占有须基于其意思

* 即，标的物须为“占有委托物”（基于租赁、借用、寄存、买卖等原因而丧失占有，不论该债权行为是否有效、是否受欺诈），而非“占有脱离物”（盗赃物（包括被盗窃、抢劫、抢夺等原因）、遗失物）

5．让与行为满足除了处分权之外的所有成立、生效要件

* 其中包括：**动产已经交付**；**原因存在**（如果以债权合同作为原因，则该合同须有效）。
* 关于原因

《民法典物权编解释一》第二十条 具有下列情形之一，受让人主张依据[民法典](javascript:SLC(342411,0))第[三百一十一条](javascript:SLC(342411,311))规定取得所有权的，不予支持：

　　（一）转让合同被认定无效；

　　（二）转让合同被撤销。

* 疑问：此处的交付是否包括占有改定？通说认为不包括。
* 即便是特殊动产（《民法典》第225条），就此要件而言，也只需要交付即可。见《民法典物权编解释一》第19条。

6．受让人在“受让”动产时善意且无重大过失

（1）“受让”的含义（第311条第1款第1项）：应指动产交付之时

《民法典物权编解释一》第十七条　[民法典](javascript:SLC(342411,0))第[三百一十一条](javascript:SLC(342411,311))第一款第一项所称的“受让人受让该不动产或者动产时”，是指依法完成不动产物权转移登记或者动产交付之时。

　　当事人以[民法典](javascript:SLC(342411,0))第[二百二十六条](javascript:SLC(342411,226))规定的方式交付动产的，转让动产民事法律行为生效时为动产交付之时；当事人以[民法典](javascript:SLC(342411,0))第[二百二十七条](javascript:SLC(342411,227))规定的方式交付动产的，转让人与受让人之间有关转让返还原物请求权的协议生效时为动产交付之时。

　　法律对不动产、动产物权的设立另有规定的，应当按照法律规定的时间认定权利人是否为善意。

（2）“善意”指：受让人对于让与人无处分权之事实不知情，且无重大过失

* 说明：司法解释将“无重大过失”也作为“善意”的含义的一部分

《民法典物权编解释一》第十四条 受让人受让不动产或者动产时，不知道转让人无处分权，且无重大过失的，应当认定受让人为善意。

　　真实权利人主张受让人不构成善意的，应当承担举证证明责任。

　　第十六条　受让人受让动产时，交易的对象、场所或者时机等不符合交易习惯的，应当认定受让人具有重大过失。

* 恶意（或者有过失的善意）的证明：
  + 让与人的身份可疑
  + 转让发生于近亲之间
  + 善意占有人通常对于由谁，如何情形下受让有记忆。如果原告要求下，拒绝为此项陈述，应当推断为有恶意
* 受让人受让动产时，交易的对象、场所或者时机等不符合交易习惯的，应当认定受让人具有重大过失。（《民法典物权编解释一》第16条）。

7．受让人“支付了合理的对价”

《民法典物权编解释一》第十八条 [民法典](javascript:SLC(342411,0))第[三百一十一条](javascript:SLC(342411,311))第一款第二项所称“合理的价格”，应当根据转让标的物的性质、数量以及付款方式等具体情况，参考转让时交易地市场价格以及交易习惯等因素综合认定。

* 解释上，只要负担了该债务即可，无须已经履行

**（二）法律效果**

1．受让人取得动产所有权（《民法典》第311条第1款），原所有权人的权利消灭

2．动产上的原有权利原则上消灭（《民法典》第313条）

**三、遗失物的善意取得**

* 《民法典》第312条。注意：仅适用于动产，因为“遗失物”仅可能是动产
* 盗赃物的问题？

**（一）构成要件**

* 基本与动产所有权善意取得相同，除了上述第4要件
* 为什么这样解释？

**（二）法律后果**

1．善意受让人不能取得所有权

* 解释上的疑难：《民法典》第312规定，所有权人有权“向受让人请求返还原物”，“返还原物”似应解释为其所有权并未丧失，是请求返还占有。
  + 这种解释在适用结果上不够合理。但是是否应转而做不同解释，有待讨论。【参见刘家安《物权法论》第五章第六节五（四）】

2．善意受让人的权利取得原因

（1）权利人向无处分权人

（2）权利人在知道或者应当知道受让人之日起二年内未请求其返还

3．权利人对善意受让人的法定之债：受让人通过拍卖或者具有经营资格的经营者购买该物的，权利人请求返还时，对其负有返还其所付费用的义务（本条第2句但书）。

* 受让人对无权处分人的“追偿”权（本条第3句）怎么解释？

**四、不动产所有权的善意取得**

**（一）构成要件**

1．须为不动产

2．让与人无处分权

3．让与人是不动产登记簿所记载的所有权人

4．让与行为满足除了处分权之外的所有成立、生效要件

* 其中包括：**不动产所有权已经变更登记（《民法典》第311条第1款第3项）**
* 其中包括：**原因存在**（如果以债权合同作为原因，则该合同须有效）

《民法典物权编解释一》第二十条 具有下列情形之一，受让人主张依据[民法典](javascript:SLC(342411,0))第[三百一十一条](javascript:SLC(342411,311))规定取得所有权的，不予支持：

　　（一）转让合同被认定无效；

　　（二）转让合同被撤销。

5．受让人在“受让”不动产时善意且无重大过失

（1）“受让”的含义：

《民法典物权编解释一》第十七条　[民法典](javascript:SLC(342411,0))第[三百一十一条](javascript:SLC(342411,311))第一款第一项所称的“受让人受让该不动产或者动产时”，是指依法完成不动产物权转移登记或者动产交付之时。

　　当事人以[民法典](javascript:SLC(342411,0))第[二百二十六条](javascript:SLC(342411,226))规定的方式交付动产的，转让动产民事法律行为生效时为动产交付之时；当事人以[民法典](javascript:SLC(342411,0))第[二百二十七条](javascript:SLC(342411,227))规定的方式交付动产的，转让人与受让人之间有关转让返还原物请求权的协议生效时为动产交付之时。

　　法律对不动产、动产物权的设立另有规定的，应当按照法律规定的时间认定权利人是否为善意。

* 疑问：是否应为向登记机构递交不动产所有权变更登记申请之时

（2）“善意”：受让人对于让与人无处分权之事实不知情，且无重大过失

* 说明：司法解释将“无重大过失”也作为“善意”的含义的一部分

《民法典物权编解释一》第十四条 受让人受让不动产或者动产时，不知道转让人无处分权，且无重大过失的，应当认定受让人为善意。

　　真实权利人主张受让人不构成善意的，应当承担举证证明责任。

　　第十五条　具有下列情形之一的，应当认定不动产受让人知道转让人无处分权：

　　（一）登记簿上存在有效的异议登记；

**（二）预告登记有效期内，未经预告登记的权利人同意；**

　　（三）登记簿上已经记载司法机关或者行政机关依法裁定、决定查封或者以其他形式限制不动产权利的有关事项；

　　（四）受让人知道登记簿上记载的权利主体错误；

　　（五）受让人知道他人已经依法享有不动产物权。

　　真实权利人有证据证明不动产受让人应当知道转让人无处分权的，应当认定受让人具有重大过失。

* 恶意（或者有过失的善意）的证明：
  + 让与人的身份可疑
  + 转让发生于近亲之间
  + 考察是否占有房屋（看看有没有人住）

6．受让人“支付了合理的对价”

《民法典物权编解释一》第十八条 [民法典](javascript:SLC(342411,0))第[三百一十一条](javascript:SLC(342411,311))第一款第二项所称“合理的价格”，应当根据转让标的物的性质、数量以及付款方式等具体情况，参考转让时交易地市场价格以及交易习惯等因素综合认定。

* 解释上，只要负担了该债务即可，无须已经履行

**（二）法律效果**

1．受让人取得不动产所有权

2．不动产上的原有其他权利问题

* 受让时记载在不动产登记簿上的其他权利继续存在。
* 不动产上无须记载即发生的权利（如地役权），有的是不可对抗善意第三人的权利（如《民法典》第374条），应当解释为不可对抗善意受让人，因而消灭。有的权利应具有可对抗第三人的效力（如《民法典》第807条上的权利），应解释为继续存在。

**五、他物权的善意取得**

《民法典》第311条第3款：“参照”第1款规定。具体到他物权各章节讨论。

**六、善意取得的其他法律问题**

1．侵权损害赔偿责任（《民法典》第1165条第1款）的适用

* 《民法典》第311条第2款怎么解释？

2．不当得利（《民法典》第122条）的适用

**第三节 共有**

**一、共有概述**

1.共有的含义：数人共同享有一个所有权。《民法典》第297条。

2.共有的类型：按份共有和共同共有。

3.共有的特征

（1）共有的主体是二人以上

（2）共有的客体是特定、独立的一物

（3）各共有人的权利及于共有物的全部（每一个极小点）

联系：如何理解按份共有上的“份额”？

**二、共同共有**

1、概念：数人基于共同关系，共同享有一个物的所有权

* 《民法典》第299条的定义太模糊

2．共同共有的发生原因：婚姻关系上的夫妻共有财产；分割前的遗产；合伙；家庭关系（《民法典》第308条）

3．特征

（1）共同共有以某种“共同关系”为基础。没有这种共同关系，不可能形成共同共有。共同关系消灭，则共同共有关系也随同消灭

* 有共同关系，未必发生共同共有。例如夫妻无财产，或者夫妻约定财产分别所有

（2）不区分共有份额

* 但是可能存在“潜在”的份额，其意义在于共同关系消灭时，分割共有物时的份额，而非共同共有存续期间行使权利的份额。例如合伙份额，夫妻共有财产（各半）。

4．共同共有的法律规范

* 法律就各类共同关系分别制定规范。并无统一规范。
* 《民法典》试图就按份共有与共同共有设立通则性规范，是不成功的。只能适用于按份共有。

**三、按份共有**

* 这是狭义的共有。也称分别共有

1．概念：按份共有人对共有的不动产或者动产按照其份额享有所有权。（《民法典》第298条）

2．按份共有的发生原因

（1）基于当事人的约定。如果两个同学共同购买一台电脑

（2）基于法律规定。例如动产与动产附合、混合、加工之下可能形成共有

（3）共同共有转为按份共有。例如离婚、遗产分割时约定为共有

3.共有份额的确定：《民法典》第309条

4.共有人之间的关系

（1）共有物的管理与处分：《民法典》第300、301条

（2）共有物上负担的承担：《民法典》第302条

（3）共有物上的债权债务：《民法典》第307条

5．共有份额的处分（《民法典》第305条）

（1）原则可以自由处分

（2）其他共有人的优先购买权

* 参见《民法典物权编解释一》第9-13条。

6．共有物的分割：《民法典》第303、304条

**四、准共有**

他物权的准共有：《民法典》第310条

债权、专利权等其他财产权的准共有：也应当准用

**五、建筑物区分所有**

**（一）概述**

1．建筑物区分所有的概念：数人对一个建筑物区分其一部分而分别独立享有其所有权，而对共用部分共同享有所有权。

2．性质

（1）对专有部分，分别享有所有权

（2）对共用部分，按份额共有。性质为按份共有，但是其规范内容依特别规范

（3）专有所有权与共有权的行使，受管理规约以及业主大会、业主委员会决议的约束（《民法典》第286条第1款、第280条第1款）

**（二）专有部分**

1.专有部分的范围

《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》 第二条 建筑区划内符合下列条件的房屋，以及车位、摊位等特定空间，应当认定为民法典第二编第六章所称的专有部分：

　　（一）具有构造上的独立性，能够明确区分；

　　（二）具有利用上的独立性，可以排他使用；

　　（三）能够登记成为特定业主所有权的客体。

　　规划上专属于特定房屋，且建设单位销售时已经根据规划列入该特定房屋买卖合同中的露台等，应当认定为前款所称的专有部分的组成部分。

　　本条第一款所称房屋，包括整栋建筑物。

其他：合同中明示由业主单独所有的绿地（《民法典》第274条）、车库或者车位（《民法典》第275条第1款。

2.对专有部分的权利

（1）基本规定：

《民法典》第二百七十二条 业主对其建筑物专有部分享有占有、使用、收益和处分的权利。业主行使权利不得危及建筑物的安全，不得损害其他业主的合法权益。

（2）住宅用途的维持：

《民法典》第二百七十九 业主不得违反法律、法规以及管理规约，将住宅改变为经营性用房。业主将住宅改变为经营性用房的，除遵守法律、法规以及管理规约外，应当经有利害关系的业主一致同意。

《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》第10-11条

**（三）共有部分**

1.共有部分的范围：《民法典》第274、275条

《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》第三条 除法律、行政法规规定的共有部分外，建筑区划内的以下部分，也应当认定为民法典第二编第六章所称的共有部分：

　　（一）建筑物的基础、承重结构、外墙、屋顶等基本结构部分，通道、楼梯、大堂等公共通行部分，消防、公共照明等附属设施、设备，避难层、设备层或者设备间等结构部分；

　　（二）其他不属于业主专有部分，也不属于市政公用部分或者其他权利人所有的场所及设施等。

　　建筑区划内的土地，依法由业主共同享有建设用地使用权，但属于业主专有的整栋建筑物的规划占地或者城镇公共道路、绿地占地除外。

　　第四条业主基于对住宅、经营性用房等专有部分特定使用功能的合理需要，无偿利用屋顶以及与其专有部分相对应的外墙面等共有部分的，不应认定为侵权。但违反法律、法规、管理规约，损害他人合法权益的除外。

2．共有部分的权利、义务:《民法典》第273、283条

（1）使用权：业务有权共同、轮流使用共有部分

（2）收益权：业务有权按照其持有份取得因共有部分产生的受益

**（四）管理组织**

1．机构：业主大会、业主委员会（《民法典》第277条）

2．业主/业主大会的权限：《民法典》第278条

3.业主大会、业主委员会决定的约束力：《民法典》第280条

4.业主大会和业主委员会的诉权：《民法典》第286条第2款

**（五）建筑物的管理**

自行管理，或者委托他人（包括物业公司）管理：《民法典》第284、285条

**第五章 占有**

**第一节 占有概述**

**一、占有的基本含义**

1．占有指人对物的事实上的支配。

（1）占有的主体：任何人。

（2）占有的客体：物，或者物的一部分

因占有是“事实上”的支配，所以不能成为所有权客体的物，仍然可成为占有的客体

（3）占有的客观要件：对物的事实上的支配

（4）占有的主观要件：“占有意思”？

继承：“占有意思”的例外？

2．占有与“占有权”的关系

* 占有的含义是一种单纯的法律事实。基于这一事实，结合其他事实，将产生不同的法律效果
* “占有权”是一个笼统的说法，可以指所有权或者某个其他物权所包含的占有权能，也可以指仅仅基于单纯的占有而可以获得的保护（《民法典》第462条）。

**二、对占有的保护概述**

可以从占有的“功能”角度来说明这个问题。也就是，“占有”这一事实所可以产生的各类法律效果

**（一）保护功能**

含义：法律对于单纯的占有状态（而非对物权）所赋予的法律保护

1. 自力救济权
2. 占有保护请求权：《民法典》第462条第1款第1、2段
3. 占有返还请求权
4. 占有妨害排除请求权
5. 占有妨害防止请求权

3．侵权法上的保护：《民法典》第1165条第1款；《民法典》第462条第1款后段

4．不当得利法上的保护：《民法典》第122条（给付不当得利、权益侵害不当得利）

**（二）维持功能**

* 基于债权的占有的地位强化
  + “买卖不破租赁”：《民法典》第725条

**（三）公示功能**

1．基于法律行为的动产物权变动，以交付为要件。《民法典》第224条。

2．权利推定效力。

* 动产物权的善意取得，建立在占有的权利推定效力之上（如上所述，特殊动产除外）
  + 台湾民法典条文参考：

**第 943 条 （占有权利之推定与排除）**

**占有人于占有物上行使之权利，推定其适法有此权利。**

前项推定，于下列情形不适用之：

一、占有已登记之不动产而行使物权。

二、行使所有权以外之权利者，对使其占有之人。

**三、占有的分类**

1．直接占有、间接占有

2．有权占有、无权占有

3．善意占有、恶意占有

4．自主占有、他主占有

**第二节 占有的取得、变更、消灭**

**一、直接占有、间接占有的区分**

1．直接占有：直接对于物有事实上的支配力。

2．间接占有：虽非直接占有其物，但是基于一定的法律关系（“占有媒介关系”）而对直接占有人享有返还请求权，从而对物有间接的支配力。

* + 严格来说，间接占有并不符合“占有”的定义。占有的定义乃是针对直接占有而来。但是由于法律试图将占有的法律规则适用于那些对直接占有人享有返还请求权的人，所以也将其视为占有人。

**二、直接占有的取得与消灭**

**（一）直接占有的原始取得**

1．含义：不基于他人的占有而取得的占有

2．具体方式：拾得遗失物、捕猎、抢夺等

**（二）直接占有的继受取得**

含义：基于既存的占有取得直接占有。包括：

1．占有的移转：直接占有的继受取得

（1）原占有人的“交付意思”以及对物之支配力的放弃

（2）取得人的“取得意思”

* “交付意思”和“取得意思”均非意思表示，不以行为能力为要件。这一行为的性质是事实行为。
* 具体方式：让与（以买卖为典型。有权处分或者无权处分的买卖，于此并不重要）、出质等。
* 通过单纯合意的继受取得：参见鲍尔、施蒂尔纳《德国物权法》（上）第118-119页。

2.占有的概括承受：继承，法人合并分立、法人解散后的剩余财产归属，等。

**（三）直接占有的消灭**

1．物的灭失

2．支配力的丧失

（1）基于占有人的意思：如交付、抛弃

（2）非基于占有人的意思：如遗失、被盗、被抢

**三、间接占有的取得**

**（一）间接占有的要件**

1．占有媒介关系

（1）合同：如承揽合同，运送合同，动产质权

（2）法律规定：如法定代理人管理未成年子女的财产，基于无因管理而占有

* 间接占有不因为占有媒介关系是否有效而有所不同

2．他主占有的意思

* 直接占有人如果改变了他主占有的意思，而变为自主占有，则间接占有消灭
* 新理论：不需要有他主占有意思？

3．返还请求权

* 不限于占有媒介关系上的请求权，也包括所有物返还请求权，不当得利返还请求权。

**（二）多阶层的间接占有**

* 例如：甲出租某物给乙，乙转租给丙，丙无偿出借给丁，则：丁为直接占有人，甲、乙、丙均为间接占有人。

**（三）间接占有的取得**

1．间接占有的创设取得：两种主要方式

（1）直接占有人为自己创设间接占有。例如，甲将自己的房屋出租给乙

（2）直接占有人为他人创设间接占有。例如，甲将电脑出售给乙、但自己作为承租人继续使用它，于是，双方依占有改定使乙成为所有权人、间接占有人，自己仍为直接占有人

2．间接占有的移转取得

（1）间接占有的让与。例如出租人将租赁物转让他人，并让与返还请求权（指示交付），受让人取得间接占有

（2）间接占有的概括承受：继承，等。

**（四）间接占有的消灭**

1．直接占有人丧失占有

2．直接占有人表示不承认间接占有（即：不再是他主占有）

3．返还请求权消灭

**四、占有的变更**

1．有权占有变更为无权占有

* 例如，租赁合同的租期届满后，承租人未返还租赁物。

2．他主占有变更为自主占有

* 例如：租期届满后，对出租人谎称物品灭失而欲占为己有

3．善意占有变更为恶意占有

**五、占有与代理**

1．占有并非法律行为，不存在“代理人”占有的问题。可能是占有辅助人。

2．特殊情形下（与间接占有有关），可能由代理人取得占有

（1）占有改定。甲授权乙向丙出售其房屋、并授权其与丙订立租赁合同而租赁该房屋（“回租”。则：乙（以甲名义）、丙之间订立买卖合同、租赁合同，乙作为甲的代理人，为丙创设间接占有。

（2）指示交付。甲的汽车出借给乙，授权丙作为代理人将其出售给丁。丙（以甲名义）与丁订立买卖合同后，将甲的对乙的返还请求权让与丁，可以使丁取得间接占有，并消灭甲的间接占有。

**六、占有辅助**

**（一）占有辅助的含义**

1.占有辅助：基于特定的从属关系，受他人之指示，而对物进行事实上的支配

* 例如：甲雇用司机乙为其开车，A公司的设备由职工乙保管、使用，商店营业员对于柜台商品，银行营业员对于顾客递交的金钱，等。
* 区别：法人的法定代表人，在职务上的行为，视为法人本人。因此，法定代表人的占有，就是法人自身的占有，而非占有辅助人。若代表人“超越职务”擅自占有，则为无权占有。

2．当事人：占有主人、占有辅助人

3．占有辅助人并非占有人，占有主人才是占有人

* 占有辅助与代理：占有并非法律行为，不适用代理。但是，代理人可以兼为占有辅助人。例如，某A公司委派员工B携带产品上门推销，就B与客户订立的买卖合同而言，B是A公司的代理人；就B所携带的产品而言，是占有辅助人（A公司仍然是占有人）。

**（二）占有辅助的要件**

1．具有指示与服从性质的从属关系：不论基于公法、私法，基于合同还是法律，长期还是临时，均形成从属关系

* 例如：雇员（劳动合同、雇佣合同）、公务员（公务员法上的关系）

2．受他人之指示而占有

* 与占有媒介人的区别：承租人、借用人等并非基于出租人、出借人的指示而占有，其对物的支配无须服从他人。

**（三）占有辅助的法律效果**

1．占有的取得与丧失

（1）因占有辅助人而取得占有。占有辅助人在从属关系范围内，取得对物的事实上的支配力时，即由占有主人取得占有。

* 例如：甲、乙公司的买卖，乙公司派遣雇员A受让，A取得标的物的占有时，在法律上是由乙公司取得占有。
* 例如：甲遗失某物于餐厅，餐厅服务员A拾得该物，则餐厅取得该物的占有（而非A取得占有）

（2）因为占有辅助人而丧失占有

* 占有辅助人将物遗失，则占有主人丧失对物的占有，自不待言
* 占有辅助关系终了时，如果占有辅助人继续占有该物，则占有主人的占有消灭。
* 实务上具有重要性的是，占有辅助人侵占其物，例如，餐厅服务员发现顾客遗落的某物后，隐匿该物并带走。则餐厅丧失对该物的占有。

**（四）占有主人与占有辅助人的关系**

1.占有辅助人对占有主人不得主张占有的保护

* 即，不得主张《民法典》第462条第1款的权利，也没有自力救济权。
  + 例如，甲公司解雇雇员A，A欲携带公司配发的工作电脑离开，则甲公司可以强行取回电脑，A并无自力救济权，也无权主张占有物返还请求权

2．占有主人对占有辅助人的请求权基础

* 占有主人不能主张占有物返还请求权，因为占有辅助人并非占有人
* 但是，占有辅助人侵占其物的，占有辅助关系消灭，占有辅助人成为占有人。（原）占有主人自可主张占有物返还请求权（或者主张《民法典》第235条上的请求权）

**第三节 占有的保护**

**一、占有在物权法上的保护**

**（一）基于本权的占有保护**

基于所有权、建设用地使用权、质权等物权，可以保护占有。

**（二）占有人的物上请求权（占有保护请求权）**

1．功能：不论占有是否为有权占有，均可获得法律保护，以保护和平秩序

2．占有返还请求权：《民法典》第462条第1款

* 一年的诉讼时效：《民法典》第462条第2款
* 另一种可能的解释：这一年属于除斥期间，不能中止、中断、延长。

3．占有妨害排除请求权：《民法典》第462条第1款

4．占有妨害防止请求权：《民法典》第462条第1款

**（三）占有人的自力救济权**

* 即使无权占有人，也有此权利。
* 无权占有人是否可以针对返还请求权人行使该权利？

1．自力防御权：正当防卫的具体体现（《民法典》第181条）

2．自力取回权：自助行为的具体体现（现行法尚无具体规定。一般规定似可类推适用《民法典》第181条关于正当防卫的规定）

**二、占有在债权法上的保护**

**（一）占有与不当得利**

1．给付不当得利

* 占有是一种法律保护的利益，一方以给付的方式使他人取得占有的，可以请求返还占有
  + 例如：甲、乙订立买卖合同并依让与合意交付，而买卖合同无效（注意有因性），则乙没有取得所有权，其取得占有欠缺法律上的原因，甲可以根据《民法典》第122条请求返还占有（注意，并非返还所有权）。

2．权益侵害不当得利

* 须有权占有人才可以主张。注意权益侵害不当得利的构成要件
* 例如：甲出租某物给乙，被丙侵夺而使用，乙可以向丙依《民法典》第122条主张权益侵害不当得利。可以请求的范围是丙占有期间的使用上的利益。

**（二）占有与侵权行为**

1.《民法典》第1165条第1款与《民法典》第462条第1款后段的关系

* 在德国法，并无相当于后者的规定，而将有权占有解释为《德国民法典》第823条第1款中的“其他权利”的一种。
  + 我国如作相同的解释，则《民法典》第1165条第1款关于侵害绝对权的责任，绝对权的范围在解释上包括有权占有（例如承租人），而《民法典》的上述规定的功能在于说明占有受到侵权法的保护。
  + 侵权法上的其他请求权基础，凡是以财产性质的绝对权为保护范围的，也应做上述解释

2．无权占有不受侵权法保护

* 例如：承租人在租期届满后拒不返还，又被他人侵夺，则不可对他人主张侵权责任
* 注意：仍受物权法保护

**第四节 占有人与回复请求权人之间的关系**

参见刘家安《物权法论》第八章第四节。

**第六章 用益物权**

**第一节 用益物权概述**

**一、用益物权概述**

1．含义：对他人所有的物，在一定范围内占有、使用、收益、处分的他物权。

* 区别：以债权为基础对他人之物的利用，例如借用合同、租赁合同之下的权利
* 租赁权虽然是债权，但是《民法典》第725条赋予了其一定的可对抗第三人的效力。
  + “债权的物权化”；“基于债务关系的支配权”

2．特征：

（1）包含占有权能

（2）是有期限物权

（3）是不动产物权（在我国法律上，未规定以动产为客体的用益物权）。

**二、用益物权的种类**

《民法典》规定了五种。此外还有特别法上的用益物权。

**三、用益物权的取得、变更、消灭**

* 参见物权变动的一般原因（第二章的内容）
* 说明：导致用益物权之取得的原因，除了一般的物权行为（民事法律行为）（如地役权合同）外，还可以是公法行为（具体行政行为、公法上的法律行为）：划拨国有建设用地使用权，（农村）宅基地使用权【说明：性质仍有讨论余地】
* 出让建设用地使用权基于“出让合同”而取得，最高人民法院将其理解为民事法律行为

**四、特别法上的用益物权或者类似用益物权的权利**

1．特别法上的用益物权：如，海域使用权（与土地承包经营权类似）（见《海域使用管理法》）

2．“特许物权”（也有学者称为“准物权”）：探矿权、采矿权、取水权、狩猎权等

* 实质：核心是物权取得权

**第二节** **土地承包经营权**

主要参考刘家安《民法物权》第六章第二节。

**一、土地承包经营权概述**

**二、土地承包经营权的取得**

（一）土地承包经营权的设定

1．家庭承包

2．其他方式的承包

3．权利取得的时间：合同生效时。登记的意义：确权。《民法典》第333条。

（二）土地承包经营权的让与、继承

1．互换、转让（同一集体的成员之间：《民法典》第334、335条、《农村土地承包法》第33-35条）。

2．继承：家庭承包土地的承包人的承包收益可以继承。林地承包权可以继承（《农村土地承包法》第32条）

**三、土地承包经营权的内容**

1.占有、使用权

2.收益权

3.处分权（互换、转让、“流转土地经营权”）

**四、土地经营权的“流转”**

（一）家庭承包的土地承包经营权

1．设定：土地承包经营权人有权以转包、出租、入股或者其他方式流转土地经营权（《民法典》第339条、《农村土地承包法》第36条）。

2．形式要件：合同生效时设定，登记对抗。《民法典》第341条。

3．土地经营权人转让该权利的的，应获得发包方的同意（《农村土地承包法》第46条）。

（二）其他方式的土地承包经营权

* 可以自由“流转”。《民法典》第342条、《农村土地承包法》第53条

**五、土地承包经营权的终止**

**六、“三权分置”改革**

* **“三权”：农村土地的所有权、承包权、经营权**
  + 要点：将“经营权”设置为独立的、可交易性更强的权利。
  + 具体问题：《农村土地承包法》
* 媒体简要报道：<http://www.scio.gov.cn/34473/34515/Document/1515220/1515220.htm>

**第三节 国有建设用地使用权**

**一、国有建设用地使用权概述**

**（一）国有建设用地使用权的含义**

* 对国家所有的土地所享有的占有、使用、收益的权利，包括利用该土地建造建筑物、构筑物及其附属设施的权利。
* 对比：集体建设用地使用权：使用本集体土地进行建设，或者以集体建设用地使用权入股、联营等形式兴办企业，当事人取得的集体建设用地使用权

**（二）建设用地使用权的具体类型**

1.划拨国有建设用地使用权：以划拨方式取得的国有建设用地使用权。

2．以有偿方式获得的国有建设用地使用权

**（1）**出让国有建设用地使用权：以出让方式取得的国有建设用地使用权。

（2）租赁国有建设用地使用权：以国有土地租赁方式取得的国有建设用地使用权

（3）作价出资或者入股国有建设用地使用权：以国有土地使用权作价出资或者入股方式取得的国有建设用地使用权

（4）授权经营国有建设用地使用权：以国家授权经营方式取得的国有建设用地使用权

**（三）性质：他物权，用益物权，在国有土地上设定**

**二、建设用地使用权的设定**

1. 行政划拨
2. 出让或者其他有偿方式

**三、期限**

* 划拨建设用地使用权没有期限，出让建设用地使用权40－70年（根据用途）

**四、内容（权能）**

1. 占有、使用、收益。其具体方式要受到用途的限制。
2. 处分（对权利本身的处分）
3. 转让：买卖，赠与，互易。法律上有转让的限制
4. 设定抵押权

**五、权利变动的公示**

登记生效主义（《民法典》第349、355条）

**六、建设用地使用权的消灭**

* 灭失，依法收回，期限届满

**第四节 宅基地使用权**

见刘家安《民法物权》第六章第四节。

**第五节 居住权**

**一、居住权的概念**

* 含义：权利人对他人的住宅，在特定期限内占有、使用的权利。《民法典》第366条。

**二、居住权的取得**

（一）居住权的设定

1. 基于合同取得：《民法典》第367条。

2．基于遗嘱取得：《民法典》第371条

（二）登记问题

登记时设立。《民法典》第368条第2句。

**三、居住权的内容**

以生活居住为目的的占有、使用（《民法典》第366条）

不得出租（另有约定除外）（《民法典》第369条）

不得转让（《民法典》第369条

**四、居住权的消灭**

1. 期限届满

**2．**居住权人死亡

**第六节 地役权**

**一、地役权概述**

1.地役权的定义：为自己享有物权之不动产（需役地）的利益，而使用他人不动产（供役地）的权利。

2.地役权设定在不动产之上

* 是否包括房屋？——理论上应当包括。
* 地役权可以发生在土地与土地之间、土地与房屋之间、房屋与房屋之间。

3.地役权乃是权利人（需役地的权利人）对他人之不动产的权利。供役地的权利人对此有不作为义务或者容忍义务。

4.地役权和相邻关系的关系：扩张、限制或者使之具体化

**二、地役权的特征**

1.地役权的从属性

* 须与需役地上的基础权利一并让与。《民法典》第380条。
* 实现抵押权时导致基础权利变动时，地役权一并转让。《民法典》第381条）
* 供役地上地役权负担的转移：《民法典》第383条。——严格来说，这里并非地役权负担的转移。
* 移转上的从属性：无相反约定，需役地权利人同时取得地役权；
* 消灭上的从属性：权利人若丧失需役地上的权利，其地役权也因此消灭。

2.地役权的不可分性

* 地役权不受需役地部分转让的影响（《民法典》第382条）；
* 地役权不受供役地部分转让的影响（《民法典》第383条）。

**三、地役权的取得、变更、消灭**

**（一）地役权的设定**

1.地役权依地役权合同而取得

* 地役权合同的性质：物权合同（物权行为）
* 如果约定了地役权费用，则关于该费用的条款的性质是债权合同，所发生的债务具有可对抗第三人的效力（但非经登记不得对抗善意第三人）。
* 合同双方：供役地权利人与需役地权利人
  + 就自己的不动产设定地役权？

2.地役权合同须满足法律行为的各种要件，并须采取书面形式（《民法典》第373条第1款）

* 其中，处分人（供役地权利人）须具有处分权。
* 为他人之不动产设定地役权，是一种处分行为。须供役地不动产的所有权人或者用益物权人（建设用地使用权、土地承包经营权、宅基地使用权）。
  + 土地所有权人（国家、集体）设定地役权的限制：《民法典》第379条
  + 用益物权对处分权的限制？《民法典》第379条
* 以债权为基础而利用不动产的人（例如房屋承租人），是否享有该处分权？

3.地役权未经登记，不得对抗善意第三人（《民法典》第374条）

* 思考：哪些属于善意第三人？需役地权利人的继承人？

**（二）地役权设定后的继受取得**

1.让与

2.继承、法人合并、分立等法定原因而导致的权利取得

* 应与需役地上基础权利同一命运。类推适用《民法典》第380条地役权的法定取得与法定负担（《民法典》第378条）。

**四、地役权的效力**

1.一般规定

（1）地役权人的权利：“利用”供役地（《民法典》第372条第1款），但应尽量减少对供役地权利人的限制（《民法典》第376条）

（2）供役地权利人的义务：容忍地役权人的使用，或者不为一定的行为（《民法典》第375）条）

2.“利用”的具体形态

（1）对供役地进行使用、收益，例如通行、排水、引水、铺设管线等

（2）禁止供役地上的某种使用，例如，不得建造建筑物或者不得建造超过一定高度的建筑物（以使地役权人获得采光、眺望上的利益。“眺望地役权”、“采光地役权”），或者不得进行某种行为（例如不得排放某种污染物或者噪音，营业竞争的限制）

* 注：营业竞争的限制能否在我国被登记机构进行登记，尚有疑问。

3.特定地役权的内容，以地役权合同的约定为准

**四、地役权的消灭**

（一）期限届满

（二）供役地权利人“解除地役权合同”：《民法典》第384条

**第七章 担保物权以及债的其他担保**

**第一节 债的担保概述**

**用益物权和期待权等都是对所有权的限制，所以比所有权更优先。担保物权亦如此。**

**一、债的担保概述**

**（一）债权不能实现的风险及其规避**

**（二）债的一般担保：债务人应以其全部财产清偿债务**

1．普通债权人的法律地位：仅可以主张债的一般担保

* 维持债的一般担保的特别制度：债的保全（债权人代位权、债权人撤销权、破产法上的债权人撤销权）
* 某些普通债权人的优先地位

《企业破产法》第一百一十三条　破产财产在优先清偿破产费用和共益债务后，依照下列顺序清偿：  
　　（一）破产人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金；  
　　（二）破产人欠缴的除前项规定以外的社会保险费用和破产人所欠税款；  
　　（三）普通破产债权。  
　　破产财产不足以清偿同一顺序的清偿要求的，按照比例分配。  
　　破产企业的董事、监事和高级管理人员的工资按照该企业职工的平均工资计算。

第四十一条　人民法院受理破产申请后发生的下列费用，为破产费用：  
　　（一）破产案件的诉讼费用；  
　　（二）管理、变价和分配债务人财产的费用；  
　　（三）管理人执行职务的费用、报酬和聘用工作人员的费用。  
　　第四十二条　人民法院受理破产申请后发生的下列债务，为共益债务：  
　　（一）因管理人或者债务人请求对方当事人履行双方均未履行完毕的合同所产生的债务；  
　　（二）债务人财产受无因管理所产生的债务；  
　　（三）因债务人不当得利所产生的债务；  
　　（四）为债务人继续营业而应支付的劳动报酬和社会保险费用以及由此产生的其他债务；  
　　（五）管理人或者相关人员执行职务致人损害所产生的债务；  
　　（六）债务人财产致人损害所产生的债务。  
　　第四十三条　破产费用和共益债务由债务人财产随时清偿。  
　　债务人财产不足以清偿所有破产费用和共益债务的，先行清偿破产费用。  
　　债务人财产不足以清偿所有破产费用或者共益债务的，按照比例清偿。  
　　债务人财产不足以清偿破产费用的，管理人应当提请人民法院终结破产程序。人民法院应当自收到请求之日起十五日内裁定终结破产程序，并予以公告。

* 债的一般担保的例外情形：虽然属于债务人的财产，但是无须用于清偿债务
  + 限定继承

《民法典》第一千一百六十一条　继承人以所得遗产实际价值为限清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务。超过遗产实际价值部分，继承人自愿偿还的不在此限。

继承人放弃继承的，对被继承人依法应当缴纳的税款和债务可以不负清偿责任。

* + 不得强制执行的财产

《民事诉讼法》 第250条第1款 被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，人民法院有权扣留、提取被执行人应当履行义务部分的收入。但应当保留被执行人及其所扶养家属的生活必需费用。

第251条第1款 被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，人民法院有权查封、扣押、冻结、拍卖、变卖被执行人应当履行义务部分的财产。但应当保留被执行人及其所扶养家属的生活必需品。

**（三）债的特别担保：债权人可获得比一般担保更多的受偿机会的各种措施**

1．人的担保：保证；债务加入（并存的债务承担）也可以发挥类似的功能

2．物的担保——各种担保物权

3．金钱担保：定金、押金

4．非典型担保：通过对所有权的特殊约定，达到类似担保物权的效果。可以包括融资租赁、所有权保留、让与担保、卖渡担保等。

**（四）其他法律制度上可以达到类似债的担保作用的制度或者合同安排**

* 票据行为
* 股份有限公司的优先股、普通股、劣后股的股东类别
* 有限合伙中普通合伙人、有限合伙人（又可分为“优先有限合伙人”和“劣后有限合伙人”）的区分
* 信托关系中的“优先受益权人”和“劣后受益权人”的区分。

**（五）债的担保与公示**

1．人的担保（保证）仅有债的效力，不存在公示问题。

2．法定担保物权（留置权、建设工程价款优先受偿权）依照法律规定直接发生，不以公示为要件。

2．动产质权、某些权利质权（如票据质权），须交付才能发生。这些担保物的变价，依赖于对担保物的事实上的支配（占有）。担保权人通过交付而占有了担保物，就可以直接变价。

3．某些担保物权，须登记才发生：不动产抵押权、某些权利质权

4．某些担保物权，依照意思表示而发生，但未登记不可对抗善意第三人，如动产抵押权

5．让与担保：须符合权利转让的要件。例如，以不动产为担保物，须完成登记；以动产为担保物，须完成交付（包括占有改定）。

6．可以登记的担保物权：具体登记方式

（1）不动产登记：县级以上地方人民政府确定的机构。见国务院《不动产登记暂行条例》和建设部、国土资源部《不动产登记暂行条例实施细则》

（2）动产融资统一公示系统：根据中国人民银行《动产和权利担保统一登记办法》（依据为《[国务院关于实施动产和权利担保统一登记的决定](https://www.pkulaw.com/chl/6938bfb6624beb87bdfb.html?way=textSlc)》）而设置

* 担保物的范围：动产抵押；应收账款质押；存款单、仓单、提单质押；融资租赁（被登记的权利的性质是出租人对租赁物的所有权）；保理（应收账款的让与担保）；所有权保留。
* 《动产和权利担保统一登记办法》第四条

中国人民银行征信中心（以下简称征信中心）是动产和权利担保的登记机构，具体承担服务性登记工作，不开展事前审批性登记，不对登记内容进行实质审查。

征信中心建立基于互联网的动产融资统一登记公示系统（以下简称统一登记系统）为社会公众提供动产和权利担保登记和查询服务。

（3）其他可以登记的动产和权利担保：

* 机动车抵押、船舶抵押、航空器抵押、债券质押、基金份额质押、股权质押、知识产权中的财产权质押，由相关部门分别进行登记

**二、担保物权概述**

**（一）担保物权的一般特征**

1．目的在于担保债务的履行

2．标的是特定的物或者特定的权利

3．是一种变价权、优先受偿权

4．具有从属性和不可分性

**（二）担保物权的类型**

1．抵押权（包括船舶抵押权、民用航空器抵押权）

2．质权（包括动产质权、权利质权）

3．留置权

4．其他的法定担保物权

（1）建设工程价款优先受偿权（《民法典》第807条）

（2）船舶优先权（《海商法》第二章第二节）

（3）民用航空器优先权（《民用航空法》第三章第三节）

**三、“优先权”的一般问题**

**（一）优先权的概念**

1．定义：基于法律的规定，特定原因的债之关系的债权人对于债务的全部财产或者特定财产所享有的优先受偿的权利。

2．分类：一般优先权、特别优先权

3．在我国法律上的地位：并非统一制度，而是一个理论概念

* 共通特点：均是基于法律规定而发生的权利

**（二）一般优先权**

1．定义：特定债权的债权人就债务人的一般财产所享有的优先受偿的权利。

2．具体类型：参见上文《企业破产法》条文

3．效力：相对于其他债权，具有优先地位。但是，不能优先于担保物权（包括特别优先权）

**（三）特别优先权**

1．定义：特定原因债之关系的债权人就债务人的特定财产所享有的优先受偿的权利

2．性质：法定的担保物权。

3．具体类型：现行法之下的三种

（1）建设工程价款优先受偿权

《民法典》第八百零七条 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，除根据建设工程的性质不宜折价、拍卖外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以请求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。

（2）船舶优先权

《海商法》第二十一条 船舶优先权，是指海事请求人依照本法第二十二条的规定，向船舶所有人、光船承租人、船舶经营人提出海事请求，对产生该海事请求的船舶具有优先受偿的权利。

第二十二条　下列各项海事请求具有船舶优先权：  
　　（一）船长、船员和在船上工作的其他在编人员根据劳动法律、行政法规或者劳动合同所产生的工资、其他劳动报酬、船员遣返费用和社会保险费用的给付请求；  
　　（二）在船舶营运中发生的人身伤亡的赔偿请求；  
　　（三）船舶吨税、引航费、港务费和其他港口规费的缴付请求；  
　　（四）海难救助的救助款项的给付请求；  
　　（五）船舶在营运中因侵权行为产生的财产赔偿请求。  
　　载运２０００吨以上的散装货油的船舶，持有有效的证书，证明已经进行油污损害民事责任保险或者具有相应的财务保证的，对其造成的油污损害的赔偿请求，不属于前款第（五）项规定的范围。

（3）民用航空器优先权

《民用航空法》第三章（民用航空器权利） 第三节（民用航空器优先权）

第十八条 民用航空器优先权,是指债权人依照本法第十九条规定,向民用航空器所有人､承租人提出赔偿请求,对产生该赔偿请求的民用航空器具有优先受偿的权利｡

  第十九条 下列各项债权具有民用航空器优先权:

 (一)援救该民用航空器的报酬;

 (二)保管维护该民用航空器的必需费用｡

  前款规定的各项债权,后发生的先受偿｡

    第二十条 本法第十九条规定的民用航空器优先权,其债权人应当自援救或者保管维护工作终了之日起三个月内,就其债权向国务院民用航空主管部门登记｡

第二十一条 为了债权人的共同利益,在执行人民法院判决以及拍卖过程中产生的费用,应当从民用航空器拍卖所得价款中先行拨付｡

第二十二条 民用航空器优先权先于民用航空器抵押权受偿｡

第二十三条 本法第十九条规定的债权转移的,其民用航空器优先权随之转移｡

第二十四条 民用航空器优先权应当通过人民法院扣押产生优先权的民用航空器行使｡

第二十五条 民用航空器优先权自援救或者保管维护工作终了之日起满三个月时终止;但是,债权人就其债权已经依照本法第二十条规定登记,并具有下列情形之一的除外:

 (一)债权人､债务人已经就此项债权的金额达成协议;

(二)有关此项债权的诉讼已经开始｡

民用航空器优先权不因民用航空器所有权的转让而消灭;但是,民用航空器经依法强制拍卖的除外｡

4．取得：有的直接取得（建设工程价款优先受偿权、船舶优先权），有的需要登记（《民用航空器法》第20条）

5．效力：法定的担保物权。与其他债权、担保物权的关系，依特定的法律规定决定。

（1）建设工程价款优先受偿权：优先于抵押权。

（2）船舶优先权：《海商法》第23-25条

（3）民用航空器优先权：《民用航空法》第21、22条。

**四、保证概述**

**（一）概念**

1. 定义：保证合同是为保障债权的实现，保证人和债权人约定，当债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，保证人履行债务或者承担责任的合同。《民法典》第681条。

2. 当事人

（1）债权人：就是主债权人

（2）债务人：保证人。

**（二）特征**

1．属于人的保证

2．是单务合同、诺成合同、要式合同（《民法典》第685条）

3．是从合同，具有从属性（《民法典》第682条1款）

**（三）类似保证的其他制度**

1. 部分的财产保险

如：保证保险（履约保证保险、忠诚保证保险）、责任保险、信用保险

2. 独立保证（independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit）

《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定（法释〔2016〕24号）（2020修正）

第一条　本规定所称的独立保函，是指银行或非银行金融机构作为开立人，以书面形式向受益人出具的，同意在受益人请求付款并提交符合保函要求的单据时，向其支付特定款项或在保函最高金额内付款的承诺。

前款所称的单据，是指独立保函载明的受益人应提交的付款请求书、违约声明、第三方签发的文件、法院判决、仲裁裁决、汇票、发票等表明发生付款到期事件的书面文件。

独立保函可以依保函申请人的申请而开立，也可以依另一金融机构的指示而开立。开立人依指示开立独立保函的，可以要求指示人向其开立用以保障追偿权的独立保函。

**五、定金概述**

1．概念：合同一方当事人为确保合同的履行，而向对方支付的一定的金钱。

* 《民法典》第586条第1款“当事人可以约定一方向对方给付定金作为债权的担保。定金合同自实际交付定金时成立。”

2．定金的种类

（1）违约定金：《民法典》第586-588条。

（2）解约定金：以适用定金罚则为代价而解除合同。是约定解除权的一种情形。

（3）其他种类的定金：立约定金、成约定金、证约定金。

3．定金（违约定金）担保的特征

（1）是金钱担保：特殊的物的担保

（2）定金合同的当事人就是主合同的当事人

（3）定金合同为实践性合同（须交付定金才生效）

（4）定金合同为从合同，有从属性

**六、押金和类似的担保方式**

**（一）押金的概念**

* 押金，或称为“保证金”、“履约保证金”、“风险抵押金”等，指当事人双方约定, 债务人或第三人向债权人给付一定的金额作为其履行债务的担保, 债务履行时，返还押金或予抵扣；债务不履行或者符合约定的其他条件时, 债权人得就该款项受偿。
* 实质：金钱担保。与定金类似（但是没有相当于定金罚则的规则）

**（一）民法上的押金**

例如：

1．租赁合同。特别是房屋租赁合同。

2．“住院押金”：患者在办理住院手续时，通常被要求向医院交纳一定数额的住院押金，通常抵扣医疗费用，目的是防止患者接受治疗后不支付医疗费。

3．信用证开证保证金

4．期货交易保证金

《期货交易管理条例》（2007年制定、最后修订于2017年）第二十八条　期货交易应当严格执行保证金制度。期货交易所向会员、期货公司向客户收取的保证金，不得低于国务院期货监督管理机构、期货交易所规定的标准，并应当与自有资金分开，专户存放。

　　期货交易所向会员收取的保证金，属于会员所有，除用于会员的交易结算外，严禁挪作他用。

　　期货公司向客户收取的保证金，属于客户所有，除下列可划转的情形外，严禁挪作他用：

　　（一）依据客户的要求支付可用资金；

　　（二）为客户交存保证金，支付手续费、税款；

　　（三）国务院期货监督管理机构规定的其他情形。

　　第二十九条　期货公司应当为每一个客户单独开立专门账户、设置交易编码，不得混码交易。

第三十四条　期货交易所会员的保证金不足时，应当及时追加保证金或者自行平仓。会员未在期货交易所规定的时间内追加保证金或者自行平仓的，期货交易所应当将该会员的合约强行平仓，强行平仓的有关费用和发生的损失由该会员承担。

　　客户保证金不足时，应当及时追加保证金或者自行平仓。客户未在期货公司规定的时间内及时追加保证金或者自行平仓的，期货公司应当将该客户的合约强行平仓，强行平仓的有关费用和发生的损失由该客户承担。

第三十六条　会员在期货交易中违约的，期货交易所先以该会员的保证金承担违约责任；保证金不足的，期货交易所应当以风险准备金和自有资金代为承担违约责任，并由此取得对该会员的相应追偿权。

　　客户在期货交易中违约的，期货公司先以该客户的保证金承担违约责任；保证金不足的，期货公司应当以风险准备金和自有资金代为承担违约责任，并由此取得对该客户的相应追偿权。

　　第三十七条　实行会员分级结算制度的期货交易所，应当向结算会员收取结算担保金。期货交易所只对结算会员结算，收取和追收保证金，以结算担保金、风险准备金、自有资金代为承担违约责任，以及采取其他相关措施；对非结算会员的结算、收取和追收保证金、代为承担违约责任，以及采取其他相关措施，由结算会员执行。

5．包装物押金。企业销售货物时就包装物向对方收取的押金，退还包装物（例如啤酒瓶）时退还，目的是促使购货方退回包装物，以便再利用。

6.拍卖、投保、竞买保证金。

例如：

**《招标投标法》（2017年修正）**第46条第2款）  招标文件要求中标人提交履约保证金的，中标人应当提交。

第60条  中标人不履行与招标人订立的合同的，履约保证金不予退还，给招标人造成的损失超过履约保证金数额的，还应当对超过部分予以赔偿；没有提交履约保证金的，应当对招标人的损失承担赔偿责任。  
    中标人不按照与招标人订立的合同履行义务，情节严重的，取消其二年至五年内参加依法必须进行招标的项目的投标资格并予以公告，直至由工商行政管理机关吊销营业执照。

因不可抗力不能履行合同的，不适用前两款规定。

**《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》**（2002年国土资源部制定，2007年修订）

第二十条 以招标、拍卖或者挂牌方式确定中标人、竞得人后，**中标人、竞得人支付的投标、竞买保证金，转作受让地块的定金。**出让人应当向中标人发出中标通知书或者与竞得人签订成交确认书。

中标通知书或者成交确认书应当包括出让人和中标人或者竞得人的名称，出让标的，成交时间、地点、价款以及签订国有建设用地使用权出让合同的时间、地点等内容。

中标通知书或者成交确认书对出让人和中标人或者竞得人具有法律效力。出让人改变竞得结果，或者中标人、竞得人放弃中标宗地、竞得宗地的，应当依法承担责任。

第二十一条 中标人、竞得人应当按照中标通知书或者成交确认书约定的时间，与出让人签订国有建设用地使用权出让合同。中标人、竞得人支付的投标、竞买保证金抵作土地出 让价款；其他投标人、竞买人支付的投标、竞买保证金，出让人必须在招标拍卖挂牌活动结束后5 个工作日内予以退还，不计利息。

**《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》**（2004年，法释[2004]16号，2020年修正）

第十条　拍卖不动产、其他财产权或者价值较高的动产的，竞买人应当于拍卖前向人民法院预交保证金。申请执行人参加竞买的，可以不预交保证金。保证金的数额由人民法院确定，但不得低于评估价或者市价的百分之五。

应当预交保证金而未交纳的，不得参加竞买。拍卖成交后，买受人预交的保证金充抵价款，其他竞买人预交的保证金应当在三日内退还；拍卖未成交的，保证金应当于三日内退还竞买人。

第二十二条　拍卖成交或者以流拍的财产抵债后，买受人逾期未支付价款或者承受人逾期未补交差价而使拍卖、抵债的目的难以实现的，人民法院可以裁定重新拍卖。重新拍卖时，原买受人不得参加竞买。

重新拍卖的价款低于原拍卖价款造成的差价、费用损失及原拍卖中的佣金，由原买受人承担。人民法院可以直接从其预交的保证金中扣除。扣除后保证金有剩余的，应当退还原买受人；保证金数额不足的，可以责令原买受人补交；拒不补交的，强制执行。

6．物业装修保证金。

例如：《厦门市物业管理服务收费办法》（厦门市人民政府，1997年）

第五条 本办法下列用语的含义是：……（五）装修保证金，是指业主和非业主使用人在入户装修时，为保证遵守有关规定，维护房屋总体安全而向物业管理单位预交的押金。

第十七条 房屋装修保证金应在装修户与装修单位签订装修合同后或发生实际装修前，由物业管理单位向装修户收取。  
 房屋装修保证金按每单元建筑面积每平方米15元的标准收取（最高限额为5000元），装修完毕，应由物业管理单位验收，没有破坏主要房屋结构或平面的，装修保证金应在验收后如数退还，其代管利息应作为物业管理单位承担监管任务的费用列入收支范围；破坏主要房屋结构或平面的，物业管理单位有权制止，并要求其限期改正；逾期不改正的，可会同有关部门进行强制恢复；造成损失的有权要求责任人赔偿。

**（三）押金条款的适用**

* 似乎应当准用《民法典》关于定金（违约定金）的规定，但应注意特定行业的交易习惯。

**（四）公法上的类似制度**

1．取保候审保证金

《刑事诉讼法》第68条：“人民法院、人民检察院和公安机关决定对犯罪嫌疑人、被告人取保候审，应当责令犯罪嫌疑人、被告人提出保证人或者交纳保证金。”

第71条第3款：“被取保候审的犯罪嫌疑人、被告人违反前两款规定，已交纳保证金的，没收部分或者全部保证金，并且区别情形，责令犯罪嫌疑人、被告人具结悔过，重新交纳保证金、提出保证人，或者监视居住、予以逮捕。”

第73条：“犯罪嫌疑人、被告人在取保候审期间未违反本法第七十一条规定的，取保候审结束的时候，凭解除取保候审的通知或者有关法律文书到银行领取退还的保证金。”

2.发票保证金

《中华人民共和国发票管理办法》（国务院1993年制定、2010、2019年修订） 第十八条　税务机关对外省、自治区、直辖市来本辖区从事临时经营活动的单位和个人领购发票的，可以要求其提供保证人或者根据所领购发票的票面限额以及数量交纳不超过1万元的保证金，并限期缴销发票。

按期缴销发票的，解除保证人的担保义务或者退还保证金；未按期缴销发票的，由保证人或者以保证金承担法律责任。

税务机关收取保证金应当开具资金往来结算票据

3．直销企业保证金

《直销管理条例》（2003，2017修订）　第二十九条　直销企业应当在国务院商务主管部门和国务院工商行政管理部门共同指定的银行开设专门账户，存入保证金。

　　保证金的数额在直销企业设立时为人民币2000万元；直销企业运营后，保证金应当按月进行调整，其数额应当保持在直销企业上一个月直销产品销售收入15%的水平，但最高不超过人民币1亿元，最低不少于人民币2000万元。保证金的利息属于直销企业。

　　第三十条　出现下列情形之一，国务院商务主管部门和国务院工商行政管理部门共同决定，可以使用保证金：

　　（一）无正当理由，直销企业不向直销员支付报酬，或者不向直销员、消费者支付退货款的；

　　（二）直销企业发生停业、合并、解散、转让、破产等情况，无力向直销员支付报酬或者无力向直销员和消费者支付退货款的；

　　（三）因直销产品问题给消费者造成损失，依法应当进行赔偿，直销企业无正当理由拒绝赔偿或者无力赔偿的。

4．旅游质量保证金

《旅游法》第三十一条　旅行社应当按照规定交纳旅游服务质量保证金，用于旅游者权益损害赔偿和垫付旅游者人身安全遇有危险时紧急救助的费用。

《旅行社条例》（2020年最后修订）第十三条　旅行社应当自取得旅行社业务经营许可证之日起3个工作日内，在国务院旅游行政主管部门指定的银行开设专门的质量保证金账户，存入质量保证金，或者向作出许可的旅游行政管理部门提交依法取得的担保额度不低于相应质量保证金数额的银行担保。

经营国内旅游业务和入境旅游业务的旅行社，应当存入质量保证金20万元；经营出境旅游业务的旅行社，应当增存质量保证金120万元。

质量保证金的利息属于旅行社所有。

第十五条　有下列情形之一的，旅游行政管理部门可以使用旅行社的质量保证金：

(一)旅行社违反旅游合同约定，侵害旅游者合法权益，经旅游行政管理部门查证属实的；

(二)旅行社因解散、破产或者其他原因造成旅游者预交旅游费用损失的。

第十六条 　人民法院判决、裁定及其他生效法律文书认定旅行社损害旅游者合法权益，旅行社拒绝或者无力赔偿的，人民法院可以从旅行社的质量保证金账户上划拨赔偿款。

第十九条 旅行社不再从事旅游业务的，凭旅游行政管理部门出具的凭证，向银行取回质量保证金。

**第二节 抵押权**

**一、抵押权概述**

1．概念：为担保债务的履行，债务人或者第三人不转移财产的占有，将该财产抵押给债权人，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，债权人就该财产优先受偿的权利。《民法典》第394条第1款。

2．特征：

（1）标的物：动产，不动产，某些不动产物权（如建设用地使用权）

（2）抵押人：债务人或者第三人

那么第三人是债务人吗? 当然，假如是保证人，第三人保证债务人的债务履行。那么这个“作为保证人”的丙和“作为抵押人的”丙一样吗？应该理解为抵押中的丙不是债务人。此时实际上乙和丙是在物权法上的关系（对于保证人，一般会存在保证人和债务人之间的合同，所以保证人和债务人之间实际上是债的关系）（注：例子中的甲：债权人；乙：债务人；丙：第三人）。——而实际上一般抵押物权保护效果总体更强）

（3）不转移标的物的占有

假如当事人约定转移占有，对于动产，其实就是质权了。而对于不动产，法律上并无不动产质权的规定，那么债权人就并不是以抵押权人的身份占有房屋，而是一个债法上特别约定占有房屋（类似于保管或者租赁合同），只是一个债上的约束，而非物权。

（4）抵押权的从属性：抵押权是从物权，主债权不发生则抵押权不成立，主债权转移则抵押权随同转移，主债权消灭则随同消灭。《民法典》第388条第1款第3、4句、第393条第1项、第407条。

比如甲和乙订立了借款合同，乙和丙约定对此抵押房屋，同时乙和甲约定办理完抵押登记乙才放款。假设登记已经完成，乙没有把钱实际付给甲——没有借款，则甲当然不负有返还本息的义务。而丙的抵押是为了甲返还本息这项债务所设定的，由于债权不发生，则抵押权其在实体法层面当然不发生。

（5）抵押权的不可分性：抵押人于债权未受全部清偿之前，可以就抵押物的全部行使权利。

（比如1000万只剩100万没还，银行仍可以就房屋变价。当然，此时如果是第三人的房屋，第三人就可能为了自己的房屋不被变价，把这剩下的100万替他还了，那么主债务就消灭，抵押权消灭）

（6）物上代位性：抵押人因为抵押物的毁损灭失而受有赔偿金，其赔偿金为抵押物的代位物，抵押权人对其有优先受偿的权利。《民法典》第390条。

**二、抵押权的设定（抵押合同的成立和生效）**

* 抵押合同的性质：物权合同。参见葛云松《物权行为：传说中的不死鸟》
* 注意：就不动产抵押权而言，具有物权行为性质的抵押合同，是抵押申请文件。“抵押合同”本身，如果包含了设定抵押权之债的合意，则为债权合同。否则，什么也不是。

**（一）成立要件：书面抵押合同**

《民法典》第400条第1款

**（二）法律行为的一般生效要件**

* 应满足法律行为的一般生效要件。除了适用一般规定外，法律还就其中某个要件有具体规定：

1．民事行为能力问题——公益性机构原则上无效、例外有效

2．内容的确定性

3．内容的合法性

（1）抵押物适格：一般规定（《民法典》第395、399条）

* 原则：抵押人有权处分的财产。并非必须享有财产权本身。
  + 房、地产权利一致原则：《民法典》第397条。
  + 包括在建工程。《民法典》第390条第1款第5项
  + 包括按份共有的份额，但不包括共同共有的“份额”
  + 包括“法律、行政法规未禁止抵押的其他财产”——《民法典》第390条第1款第7项。
    - 不包括社会公益设施（《民法典》第399条第3项）
    - 不包括禁止流通物
    - 不包括权属不明或者有争议的财产（《民法典》第399条第4项）
      * 解释上，应认为仅指：如果此类财产的抵押须登记，则登记机关不办理抵押登记，从而使得抵押权不能设定。其他财产，应不受该规定的限制。
        + 具体判断：就不动产而言，应主要根据异议登记来实现。如果权属是某个诉讼中的争议事项，一方将此事实（证据）提供给登记机关，登记机关应否不予办理登记？【若如此，则与被采取强制措施的效果一致】
    - 不包括正在被采取强制措施的财产（《民法典》第399条第5项。
    - 不包括违章建筑
    - 不包括土地所有权（《民法典》第399条第1项）
    - 不包括普通的集体土地使用权（《民法典》第399条第2项）。
      * 农村建设用地使用权抵押的限制：《民法典》第398条。

（2）流押（绝押）条款无效（《民法典》第401条）

《民法典》第四百零一条 抵押权人在债务履行期届满前，与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有的，只能依法就抵押财产优先受偿。

* 说明：双方不得在抵押权可以行使之前做上述约定。而在抵押权可以行使之后，即，在抵押权实现的过程中，双方可以约定以“折价”的方式实现抵押权。

**（三）特别生效要件问题**

1．无权代理（代表）问题

2．无权处分问题：适用一般规则

3．特别生效或者对抗要件：登记

（1）以不动产所有权或者不动产用益物权作为抵押：必须登记才生效（《民法典》第402条），登记的内容优先于合同约定的内容（《民法典担保制度解释》第47条）。

（2）动产抵押：合同订立即可生效，但未经登记不得对抗善意第三人。《民法典》第403条。

5．抵押权的从属性：主合同无效的，抵押合同无效（《民法典》第388条第1款第4句）。

**（四）抵押权的善意取得**

《民法典》第311条第3款：准用第1款

**1．不动产抵押权的善意取得**

（1）抵押标的物须为不动产或者不动产用益物权

《民法典》第402条（指向第395条第1款第1、2、3、5项的财产）

* 建筑物和其他土地附着物
* 建设用地使用权
* 海域使用权
* 在建工程

（2）抵押人无处分权

（3）抵押人是登记的抵押财产的权利人

例外：以在建工程抵押的，该工程尚无初始登记。解释上，抵押人应当是建设用地使用权人

（5）抵押合同须满足成立要件和除了处分权之外的其他生效要件

* 其中包括：**已经办理了抵押登记**
* 所有权善意取得之要件中的**“原因存在”**（以债权合同上的债务作为原因，则该合同须有效），此处如何参照适用？——**应当理解为，债权人对债务人的债务存在。**假如抵押人受债务人的委托而提供抵押，假如委托合同无效，应不影响抵押权的设定。

（6）债权人在取得抵押权时善意且无重大过失

* “受让”时（第311条1款1项）如何类推适用于不动产抵押权的善意取得：应指提交登记申请之时。
  + 《民法典物权编司法解释一》第十七条第1款 民法典第三百一十一条第一款第一项所称的“受让人受让该不动产或者动产时”，是指依法完成不动产物权转移登记或者动产交付之时。——“完成登记”并非妥当的解释。
* “善意”：不知情且无重大过失

（7）债权人以抵押权的设定为实质上的条件而向债务人提供了对价

**善意取得的对价：“如果没有这个抵押，我就不会放款”。而不是先放款而后抵押。**

* 《民法典》第311条第1款第2项“以合理的价格转让”如何准用于抵押？
  + 如果对一个已经实际存在的债务提供抵押担保，则不满足该要件
  + 也就是，债权人在实质上是因为取得了抵押权（或者期待取得抵押权）才向债务人提供了一定的给付，并因此而取得了债权
    - 例如，对一个已经发生的法定之债提供担保，或者，对于一个已经订立并且贷款人已经提供了借款的借款合同上的还款义务提供担保
    - 例如，抵押贷款合同之下，银行在设定抵押权之后才向借款人提供贷款，从而取得债权
    - 如果借款合同之下，贷款人先行提供了贷款，而后才设定抵押权，只要抵押人和债权人（抵押权人）关于为债权人设定抵押权的约定是债权人提供借款的实质条件，也应认为满足该要件。
    - **假如借款合同订立后，贷款人已经发放了贷款，此后才另行订立抵押合同并登记，则应认为这里是在为一个已经存在的债务提供担保，不满足该要件。**

**2．动产抵押权的善意取得**

（1）抵押标的物须为动产

（2）抵押人无处分权

（3）抵押人是抵押财产的占有人

（4）动产所有权人丧失直接占有须基于其意思

* 动产所有权的善意取得有此要件，以更多地保护所有权人的利益。在抵押权的善意取得之下，也应如此。
* 即，标的物须为“占有委托物”（基于租赁、借用、寄存、买卖等原因而丧失占有，不论该债权行为是否有效、是否受欺诈），而非“占有脱离物”（盗赃物（包括被盗窃、抢劫、抢夺等原因）、遗失物

（5）抵押合同须满足成立要件和除了处分权之外的其他生效要件

* 所有权善意取得之要件中的**“原因存在”**（以债权合同上的债务作为原因，则该合同须有效），此处如何参照适用？——**应当理解为，债权人对债务人的债务存在。**假如抵押人受债务人的委托而提供抵押，假如委托合同无效，应不影响抵押权的设定。

（6）登记问题：

* 动产所有权的善意取得，须动产已经交付（《民法典》第311条第1款第3项）。而动产抵押权的取得，无须交付，登记仅为对抗要件。
  + 一种可能的解释是，动产抵押权的取得不可能以交付为要件，也不应以登记为要件。
  + 是否合理？
  + 或许应当解释为，动产抵押权善意取得，须以登记为要件

（7）债权人在取得抵押权时善意且无重大过失

* “受让”时（第311条1款1项）如何类推适用于动产抵押权的善意取得？

（8）债权人以抵押权的设定为实质上的条件而向债务人提供了对价

* 此处与不动产抵押权的善意取得时相同。

**（五）相关问题**

1．恶意抵押损害其他债权人利益的，债权人有权撤销抵押行为

2．抵押人拒不办理登记时，是否有民事责任？

**三、抵押的效力**

**（一）抵押担保的范围：全部债权**

《民法典》第三百八十九条 担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用。当事人另有约定的，按照其约定。

**（二）抵押权效力所及的标的物的范围**

* 代位物问题（《民法典》第390条）
* 自法院的扣押开始包括孳息（《民法典》第412条）
* 以建设用地抵押权抵押的，不包括新增房屋（《民法典》第417条）

**（三）抵押人的权利义务**

1．妥善保管义务（对应抵押权人的保全请求权。从《民法典》第408条第1句反推）

(妥善保管的义务可以认为是一种物权法上的义务，因为你本来或许可以随便用自己的物品，但是设立抵押权之后你就要好好保管，因为要不然你就会损害他人的抵押权，使得变价之后物品价值变低了)。既然如此，抵押权人即可用物上请求权保全其抵押权。

2．占有、使用、收益的权利（包括法院扣押前的孳息收取权——《民法典》第412条第1款）

3．转让（基于出卖、赠与等原因）抵押物的权利？《民法典》第406条

《民法典》第四百零六条 抵押期间，抵押人可以转让抵押财产。当事人另有约定的，按照其约定。抵押财产转让的，抵押权不受影响。

　　抵押人转让抵押财产的，应当及时通知抵押权人。抵押权人能够证明抵押财产转让可能损害抵押权的，可以请求抵押人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。

4．再次设定数个抵押权的权利（《民法典》第414条）

**（四）抵押权人的权利义务**

1．抵押权的保全（《民法典》第408条）

2．对抵押权的处分

（1）可以连同债权一起转让，不得单独转让（《民法典》第407条）

（2）可以放弃抵押权（《民法典》第409条第1款）

（3）可以放弃抵押权顺位（《民法典》第409条第1款）

（4）可以与抵押人协议变更抵押权顺位以及被担保的债权数额等内容（《民法典》第409条第1款）

3．优先受偿的权利。这是最核心的权能。

4.抵押物变价所得超过债权数额的部分，应当返还给债务人。基于《民法典》第413条第解释（“归抵押人所有”）。

**四、抵押权的实现**

* 实质是抵押权中的优先受偿权的实现

**（一）实现抵押权的条件：债务人不履行债务或者发生约定的情形**

《民法典》第410条

**（二）实现的方法**

1．一般规定：折价、拍卖、变卖或者请求法院拍卖、变卖（《民法典》第410条）

（1）折价：双方约定，由抵押人将抵押财产让与抵押权人，并以约定的价格抵偿债务。

（2）以约定的方式拍卖、变卖，抵押权人就所得价款优先受偿。

（3）请求法院拍卖、变卖。

可以直接提起“实现担保物权案件”的特别程序，也可以在普通诉讼中请求实现抵押权。

2．特殊规定：

（1）有新增房屋时的拍卖（《民法典》第417条）

（2）不得预先约定以流押方式实现抵押权（流押条款无效：《民法典》第401条）

（如果二人提前约定如果债务无法实现，房屋所有权就归债权人所有，这是无效的条款（这是为了防止债权人利用优势地位）。只有到期的时候债务无法实现，才能再次约定如何履行）——流押无效

**（三）抵押物价值不能清偿全部债务时的清偿顺序**

* 注意：抵押权（物）和主债权人的数量关系，主要有：一个抵押物一个债权人；一个抵押物数个债权人；数个抵押人一个债权人。其中，一个抵押物数个债权人之下发生抵押权的顺位问题，数个抵押人一个债权人是共同抵押问题。共同抵押问题将在“担保的并存”一节讨论。
* 一个抵押物一个债权人是最简单的，在抵押物变价所得足以清偿全部债务时，债权可以获得完全实现。但是如果不够，则发生这里的清偿顺序问题。其实质，是理论上所谓“清偿抵充”问题的一个具体情形。因为，抵押所担保的债权，其实并非一个单一债权，而是包括了数个债权（《民法典》第389条规定的担保物权所担保的范围包括数个债权）。

1．抵押物变价后的清偿顺序

（1）实现抵押权的费用

（2）主债权的利息

（3）主债权

2.孳息变价后的清偿顺序

（1）收取孳息的费用

（2）主债权的利息

（3）主债权

**（四）同一物上设有数个抵押权时的清偿顺序**

《民法典》第414条（注意：这里适用的是一物数债）

1．登记的抵押权按照登记的先后顺序

2．已经登记的抵押权优先于未登记的抵押权

3．未登记的抵押权，按照债权比例受偿

**（五）抵押权的实现与租赁权**

* 《民法典》第405条

1．抵押时已经存在租赁权（订立合同并转移占有）：抵押权的实现不破租赁。

2．抵押后才出租的，抵押权实现后可以击破租赁。

* 租赁合同上的赔偿责任问题，依合同法一般规定处理。

**（六）相关问题：协议实现抵押权时，债权人撤销权问题**

* 《民法典》第410条第1款第2句

**五、抵押权的消灭**

1．主债权消灭（《民法典》第393条第1项）

2．抵押物灭失，但如有代位物则继续存在（《民法典》第390条）

3．抵押权实现（《民法典》第393条第2项）

4．债权人放弃抵押权（《民法典》第393条第3项）

* “放弃”是一种单方法律行为（物权行为），其成立要件，除了抛弃权利之意思表示外，对于须登记才能设定的抵押权，还须完成注销登记。

5．主债权的诉讼时效届满（《民法典》第419条）

6．债权上有两个以上抵押并存时，债权人放弃债务人提供的抵押（或者抵押顺位、或者变更了抵押权），其他担保人的担保责任在债权人丧失优先受偿权利的范围内免除（《民法典》第409条第2款）。

**六、浮动抵押**

**（一）浮动抵押的设定**

1．抵押人的资格：企业、个体工商户、农业生产经营者（《民法典》第396条）

2．抵押权的设定：订立书面合同（《民法典》第400条）时生效（《民法典》第403条）

3．未经登记，不得对抗善意第三人（《民法典》第403条）

**（二）抵押财产的确定**

1.一般规定：《民法典》第411条

2．**抵押权的效力不得对抗正常经营活动中已经支付合理价款并取得抵押财产的买受人**（《民法典》第404条）

　　《民法典担保制度解释》第五十六条 买受人在出卖人正常经营活动中通过支付合理对价取得已被设立担保物权的动产，担保物权人请求就该动产优先受偿的，人民法院不予支持，但是有下列情形之一的除外：  
　　（一）购买商品的数量明显超过一般买受人；  
　　（二）购买出卖人的生产设备；  
　　（三）订立买卖合同的目的在于担保出卖人或者第三人履行债务；  
　　（四）买受人与出卖人存在直接或者间接的控制关系；  
　　（五）买受人应当查询抵押登记而未查询的其他情形。  
　　前款所称出卖人正常经营活动，是指出卖人的经营活动属于其营业执照明确记载的经营范围，且出卖人持续销售同类商品。前款所称担保物权人，是指已经办理登记的抵押权人、所有权保留买卖的出卖人、融资租赁合同的出租人。

**（三）抵押权的效力**

* 在抵押权确定后，与一般的动产抵押权相同。

**七、最高额抵押**

**（一）概述**

1.定义：为担保债务的履行，债务人或者第三人对一定期间内将要连续发生的债权提供担保财产，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，抵押权人在最高债权额限度内就该担保财产所享有的优先受偿权。《民法典》第420条。

2.特征：为将来发生的债权（并且其数额尚不确定）作担保。也可以按照约定将已经存在的债权转入最高额抵押所担保的范围（《民法典》第402条第2款）

**（二）担保的债权**

1．一般规定：一定期间内将要连续发生的债权（《民法典》第420条第1款。

2．债权的确定：发生约定或者法定事由之时

* 《民法典》第423条。

**（三）最高额抵押的主合同债权转让的，抵押权不随同转移**

《民法典》第421条。

**（四）抵押权的实现：在债权确定后，适用普通抵押权的规定，但不超过最高限额**

**第三节 质权**

**一、质权概述**

1．概念：为担保债务的履行，债务人或者第三人将其动产或者出质给债权人占有或者将其权利出质给债权人，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形，债权人所享有的就该动产或者权利优先受偿的权利。

2．特征：

（1）标的物：动产或者某些财产权

（2）出质人：债务人或者第三人

（3）动产质押：转移标的物的占有

（4）质权的从属性：质权是从物权，主债权不发生则质权不成立，主债权消灭则随同消灭。《民法典》第388条第1款第3、4句、第393条第1项）。

（5）质权的不可分性

（6）质权具有物上代位性（《民法典》第390条）

**二、质权的设定（质押合同的成立与生效）**

质押合同的性质：物权合同

**（一）动产质权的取得**

1．成立要件：（《民法典》第427、429条）

（1）书面质押合同

（2）交付。质权人取得间接占有时符合该要件（以指示交付的方式），但是**不可以以出质人为直接占有人**。

2．生效要件

（1）民事行为能力问题：公益性机构“违反法律规定提供担保的”，无效。

（2）内容的合法性：

A．质物的适格：必须是动产；可以是特定化的金钱；不包括禁止流通物，不包括社会公益设施。

B．流质条款无效（《民法典》第428条）。

（3）无权代理（代表）问题

（4）无权处分问题

* 质权人通常没有处分权（没有进行转质的权利），除非出质人进行了授权。
* 例外：善意取得（《民法典》第311条第3款）

（5）质权的从属性：主合同无效，则质押合同无效（《民法典》第388条第1款第4句）。

3．动产质权的善意取得：《民法典》第311条第3款

（1）须为动产

（2）出质人无处分权

（3）出质人是动产的占有人

* 注意：这里主要是指普通动产的让与人。如果是汽车、航空器等特殊动产（《民法典》第225条），则让与人须为登记的权利人

（4）动产所有权人丧失直接占有须基于其意思

* 即，标的物须为“占有委托物”（基于租赁、借用、寄存、买卖等原因而丧失占有，不论该债权行为是否有效、是否受欺诈），而非“占有脱离物”（盗赃物（包括被盗窃、抢劫、抢夺等原因）、遗失物）

（5）动产质押合同须满足成立要件和除了处分权之外的其他生效要件

* 其中包括：**动产已经交付**
* 即便是特殊动产（《民法典》第225条），就此要件而言，也只需要交付即可。
* 动产所有权善意取得之要件中的**“原因存在”**（以债权合同作为原因，则该合同须有效），此处如何参照适用？——**应当理解为，债权人对债务人的债务存在。**假如出质人受债务人的委托而出质，假如委托合同无效，应不影响质权的设定。

（6）债权人在取得质权时善意且无重大过失

* “受让”时（第311条1款1项）如何类推适用于动产质权善意取得：应指动产交付之时
* “善意”：受让人对于让与人无处分权之事实不知情且无重大过失

（7）债权人以质权的设定为实质上的条件而向债务人提供了对价

* 《民法典》第311条第1款第2项“以合理的价格转让”如何准用于质权的善意取得？
  + 如果对一个已经实际存在的债务提供质押担保，则不满足该要件
  + 也就是，债权人在实质上是因为取得了质权（或者期待取得质权）才向债务人提供了一定的给付，并因此而取得了债权
    - 例如，质押贷款合同之下，银行在设定质权之后才向借款人提供贷款，从而取得债权
    - 如果借款合同之下，贷款人先行提供了贷款，而后才设定质权，只要出质人和债权人关于为债权人设定质权的约定是债权人提供借款的实质条件，也应认为满足该要件。
    - 对一个已经发生的法定之债提供担保，应认为不满足该要件
    - 假如借款合同订立后，贷款人已经发放了贷款，此后才另行订立质押合同并交付，则应认为这里是在为一个已经存在的债务提供担保，不满足该要件。

**（二）权利质权的取得**

1．成立要件：书面质押合同

2．生效要件：

* 与动产质权基本相同，差异在于出质标的的种类以及各自的特别生效要件。

（1）汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单：《民法典》第441条

A．背书问题：汇本、支票必须背书记载“质押”字样。

B．必须交付权利凭证；没有权利凭证的，必须办理出质登记。

（2）基金份额、股权：办理出质登记。《民法典》第443条

（3）商标专用权、专利权、著作财产权：须办理出质登才能生效（《民法典》第444条第1款，）

（4）应收账款：须办理出质登记（《民法典》第445条第1款）。

* 不动产收益权（《民法典担保制度解释》第61条第4款），性质是将来应收账款的质押。
* 中国人民银行《动产和权利担保统一登记办法》第三条

本办法所称应收账款是指应收账款债权人因提供一定的货物、服务或设施而获得的要求应收账款债务人付款的权利以及依法享有的其他付款请求权，包括现有的以及将有的金钱债权，但不包括因票据或其他有价证券而产生的付款请求权，以及法律、行政法规禁止转让的付款请求权。

　　本办法所称的应收账款包括下列权利：

　　（一）销售、出租产生的债权，包括销售货物，供应水、电、气、暖，知识产权的许可使用，出租动产或不动产等；

　　（二）提供医疗、教育、旅游等服务或劳务产生的债权；

　　（三）能源、交通运输、水利、环境保护、市政工程等基础设施和公用事业项目收益权；

　　（四）提供贷款或其他信用活动产生的债权；

　　（五）其他以合同为基础的具有金钱给付内容的债权。

3．权利质权能否善意取得

* 票据法上有票据质权的善意取得。其他权利质权，法律并无直接规定。须解释。
* 应当解释为无善意取得。因为，法律上并无关于专利权、股权等权利的善意取得的制度，因此也不应设有在这些权利之上权利质权的善意取得。
  + 有观点认为，所有权之外的财产权也可以善意取得（类推适用《民法典》第311条第1款）。假如这种观点成立，或者，某个特别法之下设有明确的规定，则也应承认该种权利上的权利质权的善意取得。

**（三）相关问题：出质人拒不移交质物的赔偿责任？**

**三、质权的效力**

**（一）质权担保的范围：全部债权（《民法典》第389条）**

**（二）质权所及于的标的物的范围**

* 孳息：《民法典》第430条
* 代位物问题（《民法典》第390条）

**（三）质权人的权利和义务**

1．（动产质权）占有质物

* 不包括使用、处分质物的权利（以及违反时的赔偿责任）（《民法典》第431条）

2．妥善保管质物的义务（赔偿责任）和返还义务（《民法典》第432条）

3．质物的保全（《民法典》第433条）

4．优先受偿权。

5．质物的变价所得超过债权数额的部分，应当返还给出质人。《民法典》第438条（价款的超出部分“归出质人所有”）。

6．转质问题：经出质人同意可以转质，否则无效（《民法典》第434条

* 注意：构成无权处分，但可能发生善意取得。
* 经出质人同意的转质，转质权的效力优先于原质权

**（四）出质人的权利义务**

1．转让质物所有权或者出质之权利？——原则上没有。

2．主债务消灭后的返还请求权（《民法典》第436条第1款）

3．质权人保管不善时的损害赔偿请求权和保全请求权（《民法典》第432条）

**四、质权的实现**

**（一）实现的方法**

1．动产质权：折价、拍卖、变卖（《民法典》第436条第2款）

* 动产质权人可以不必经过法院，直接拍卖、变卖质物。但是如果其希望通过法院，也可以提起“实现担保物权案件”的特别程序，或者提起普通诉讼。
* 出质人也享有请求实现质权的权利。《民法典》第437条第1款。

2．以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质

3．以应收账款出质时，有权直接要求债务人对自己履行。

**（二）质物变价所得不能清偿全部债务时的清偿顺序**

* 注意：质权（物）和主债权人的数量关系，可以有：一个质物一个债权人；一个质物数个债权人；数个出质人一个债权人。其中，一个质物数个债权人（例如债权部分转让。在转质情形下也会发生，但很少见）之下发生质权的顺位问题，数个出质人一个债权人是共同质押问题。共同质押问题将在“担保的并存”一节讨论。
* 一个质物一个债权人是最简单的，在质物变价所得足以清偿全部债务时，债权可以获得完全实现。但是如果不够，则发生这里的清偿顺序问题。其实质，是理论上所谓“清偿抵充”问题的一个具体情形。因为，质押所担保的债权，其实并非一个单一债权，而是包括了数个债权

1．质物变价后的清偿顺序

（1）实现质权的费用

（2）主债权的利息

（3）主债权

2.孳息变价后的清偿顺序

（1）收取孳息的费用

（2）主债权的利息

（3）主债权

**五、最高额质权**

《民法典》第439条：参照关于最高额抵押权的规定。

**六、质权的消灭**

1．主债权消灭（《民法典》第393条第1项）

* 注意：主合同的解除并非质权的消灭事由

2．质物灭失，但如有代位物则继续存在（《民法典》第390条）。

3．质权实现

4．质权人放弃质权（《民法典》第393条第3项）

* “放弃”是一种单方法律行为（物权行为），其成立要件，除了抛弃权利之意思表示外，还须放弃占有（返还质物，涂销票据等有价证券上的背书或者完成注销登记）。

5．第三人提供质押时，主债权人允许债务人转移全部或者债务，而未经质权人书面同意（《民法典》第391条）。

6．主债权的诉讼时效期间届满：《民法典担保制度解释》第44条第3款

* 以登记为公示方法的权利质权，主债权的诉讼时效期间届满，质权消灭
* 动产质权和其他权利质权：不受影响，仍可以行使

**第四节 留置权**

**一、留置权概述**

1．概念：债务人不履行到期债务，债权人就其已经合法占有的债务人的动产进行留置并就该动产优先受偿的权利。《民法典》第447条第1款。

2．特征

（1）是法定的担保物权

（2）标的物：动产

（3）留置权的从属性：只有基于现实存在的债权，才能取得留置权。

（4）留置权的不可分性

（5）留置权的物上代位性：《民法典》第390条

**二、留置权的取得**

**（一）积极要件**

1．债权人合法取得债务人动产的占有：《民法典》第447条。

（1）适用的合同类型：保管合同、运输合同、承揽、行纪等。不限于合同，例如管理人基于无因管理而占有了本人的物。

* “债务人的动产”的含义：见下文对“善意取得”的部分。

（2）债权人取得了直接占有或者间接占有，但是不得以债务人为直接占有人。

（3）债权人对动产的占有与其债权的“属于同一法律关系”（《民法典》第448条）。

* 例外：企业之间的留置（《民法典》第448条但书）

2．债权人的债权已届清偿期（《民法典》第447条第1款）

* 例外：债权人能够证明债务人没有支付能力。

3．留置物的价值应相当于债务的金额，但留置物为不可分物的除外。《民法典》第450条。

**（二）消极要件**

1．留置不与法律规定和公序良俗相抵触。《民法典》第449条。

* 例如：毕业证、授权委托书（撤回代理权后）、身份证、尸体等不可以留置

2．留置不与债权人的义务或者合同的特殊约定相抵触。

* 例如，承运人基于运费请求权的留置，应当以运送为条件；修理业务承揽人的修理费请求权应当以已经修理为条件。

3．合同中没有约定排除留置权。《民法典》第449条。

**（三）留置权的“善意取得”？**

**三、留置权的效力**

**（一）留置权所担保的债权范围：全部债权**

《民法典》第389条

**（二）留置权所及于的标的物的范围**

1．按照约定占有的动产（《民法典》第447条第1款）。

2．孳息：《民法典》第452条第1款

3．代位物

4．从物

**（三）留置权人的权利**

1．继续留置并收取孳息的权利

2．占有留置物、并对抗第三人的效力

3．优先受偿权

**（四）留置权人的义务**

1．妥善保管留置物，不得使用、出租、处分：《民法典》第451条

2.留置物变价所得超过债权数额的部分，应当返还给债务人。基于《民法典》第455条

3．留置权消灭时（主债权消灭，或者债务人另行提供担保并被接受），应当返还留置物。《民法典》第457条。

**四、留置权的实现**

**（一）实现的方法**

* 《民法典》第453条

1．债务人在宽限期内不履行的，债权人可以折价、拍卖、变卖。

* 具体方法，应与动产质权相同。
* 债务人也享有请求实现留置权的权利。《民法典》第454条。

2．宽限期的计算

（1）双方有约定的，按照约定的履行期限

（2）双方没有约定的，债权人可以通知债务人在60日以上的期限内履行。

（3）例外：鲜活易腐等不易保管的动产，不必设宽限期，或者债权人指定的宽限期可以短于60日

3．相关问题：债权人在应设的宽限期内直接变价处分留置物的法律效果

* 仍享有优先受偿权
* 对债务人因此而发生的损失应承担赔偿责任

**（二）留置物变价所得不能清偿全部债务时的清偿顺序**

此处问题，与抵押权、质权上的问题相同。

1．留置物变价后的清偿顺序

（1）实现留的费用

（2）主债权的利息

（3）主债权

2.孳息变价后的清偿顺序

（1）收取孳息的费用

（2）主债权的利息

（3）主债权

**五、留置权的消灭**

1．债权消灭（《民法典》第393条第1项）

2．留置权实现（《民法典》第393条第2项）

3．留置权人放弃权利（《民法典》第393条第3项）

* 具体要件：应与动产质权相同（参见前文）

4．留置权人丧失占有（《民法典》第457条）

* 注意：留置权人丧失占有后，可以请求返还

5．债务人另行提出担保并为债权人所接受的（《民法典》第457条）

* 解释上，如果债务人另行提供的担保是合理的，债权人应有接受的义务。其性质是一种法定之债。

6．主债权的诉讼时效期间届满：不影响留置权。《民法典担保制度解释》第44条第2款

**第五节 非典型担保**

**一、非典型担保概述**

* 法律所规定的担保类型之外的、能够实现担保债权之目的的法律行为类型。
* 与典型担保的区分在于，是否有法律（特别是担保物权）的明确规定。
* 体现方式：未必直接体现为对一个债权的实现提供担保，但是可以在经济功能上类似。

**二、所有权保留**

**（一）所有权保留的含义**

1．在动产买卖合同中，买受人虽基于出卖人的交付而占有、使用标的物，但在双方约定，仅当约定的特定条件（通常是价款的全部清偿）成就之前，出卖人仍保留标的物所有权，待条件成就时，买受人才取得所有权。

《民法典》第六百四十一条　当事人可以在买卖合同中约定买受人未履行支付价款或者其他义务的，标的物的所有权属于出卖人。

出卖人对标的物保留的所有权，未经登记，不得对抗善意第三人

第六百四十二条　当事人约定出卖人保留合同标的物的所有权，在标的物所有权转移前，买受人有下列情形之一，造成出卖人损害的，除当事人另有约定外，出卖人有权取回标的物：

　　（一）未按照约定支付价款，经催告后在合理期限内仍未支付；

　　（二）未按照约定完成特定条件；

　　（三）将标的物出卖、出质或者作出其他不当处分。

　　出卖人可以与买受人协商取回标的物；协商不成的，可以参照适用担保物权的实现程序。

第六百四十三条　出卖人依据前条第一款的规定取回标的物后，买受人在双方约定或者出卖人指定的合理回赎期限内，消除出卖人取回标的物的事由的，可以请求回赎标的物。

买受人在回赎期限内没有回赎标的物，出卖人可以以合理价格将标的物出卖给第三人，出卖所得价款扣除买受人未支付的价款以及必要费用后仍有剩余的，应当返还买受人；不足部分由买受人清偿。

2．**客体：仅限于动产**。

3．与类似的担保方式的比较：动产抵押

* 动产抵押：买卖双方可以约定，买受人取得动产所有权，进而以该动产抵押给出卖人。这样，买受人和所有权保留之下一样，可以占有、使用标的物。
* 动产质押不能实现所有权保留之买卖的主要目的：买受人在付清价款前取得标的物的占有并使用之。

**（二）所有权保留的法律构成**

* 出卖人与买受人的让与行为（性质是物权行为），其让与合同中包括了一个特殊内容：停止条件（通常是买受人付清价款）。如果标的物已经交付，并且满足物权行为的所有其他要件，则其生效要件已经基本全部具备，但是该法律行为的停止条件使其生效发生阻碍。待停止条件成就时，物权行为的要件全部具备，所有权发生变动。

**（三）出卖人的取回权、变价权**

**《买卖合同解释》**第二十六条 买受人已经支付标的物总价款的百分之七十五以上，出卖人主张取回标的物的，人民法院不予支持。

　　在民法典第六百四十二条第一款第三项情形下，第三人依据民法典第三百一十一条的规定已经善意取得标的物所有权或者其他物权，出卖人主张取回标的物的，人民法院不予支持。

* **参考：最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（二） 第34-38条，主要是第37-38条。**

**《民法典担保制度解释》第六十四条** 在所有权保留买卖中，出卖人依法有权取回标的物，但是与买受人协商不成，当事人请求参照民事诉讼法“实现担保物权案件”的有关规定，拍卖、变卖标的物的，人民法院应予准许。  
　　出卖人请求取回标的物，符合民法典第六百四十二条规定的，人民法院应予支持；买受人以抗辩或者反诉的方式主张拍卖、变卖标的物，并在扣除买受人未支付的价款以及必要费用后返还剩余款项的，人民法院应当一并处理。

**（四）买受人的期待权**

* 在取得标的物占有之后、取得所有权之前（即，让与行为所附条件成就之前），买受人的权利是什么？——应不仅仅是债权人。
* “期待权”：赋予更高程度的保护。

**三、让与担保**

**（一）概述**

1.含义：债务人或第三人为担保债务的履行，将特定的财产权移转给债权人，在债务人清偿了债务时，债权人应将该财产权返还债务人或第三人；如果债务人不履行债务，债权人有权就该标的物的变价所得受偿。

* **与典型担保的区别：所有权发生移转**

2．特点

* 让与担保所涉及的财产权范围极广，可以是所有权、股权、专利权、票据债权、其他债权等
* 让与担保之下，动产或者不动产是否转移占有、其他财产权如何利用，均可以自由约定
* 与其他担保方式的对比

3．现行法之下的效力

* 承认让与担保，是否与物权法定原则冲突？
* 不违反物权法定原则。因为，让与担保的约定并未创设新的物权类型。债权人所取得的权利，在物权法上（如果涉及其他财产权，则在其他法律上，如专利法）与一般权利人的地位并无差别。在债务人履行了债务时，债权人（担保权人）向设定人（让与人）返还财产权的义务，是一种债务而已。在债务人不履行债务、债权人行使其担保权的行为，从处分的角度，乃是行使其所有权（或者其他财产权本身，例如专利权），处分所得价款如果超过债务数额，债权人的返还义务，也仅仅是以一种债务而已。
* 所以，让与担保并不违反物权法定原则。

《全国法院民商事审判工作会议纪要》（“九民纪要”）

71.【让与担保】债务人或者第三人与债权人订立合同，约定将财产形式上转让至债权人名下，债务人到期清偿债务，债权人将该财产返还给债务人或第三人，债务人到期没有清偿债务，债权人可以对财产拍卖、变卖、折价偿还债权的，人民法院应当认定合同有效。合同如果约定债务人到期没有清偿债务，财产归债权人所有的，人民法院应当认定该部分约定无效，但不影响合同其他部分的效力。

当事人根据上述合同约定，已经完成财产权利变动的公示方式转让至债权人名下，债务人到期没有清偿债务，债权人请求确认财产归其所有的，人民法院不予支持，但债权人请求参照法律关于担保物权的规定对财产拍卖、变卖、折价优先偿还其债权的，人民法院依法予以支持。债务人因到期没有清偿债务，请求对该财产拍卖、变卖、折价偿还所欠债权人合同项下债务的，人民法院亦应依法予以支持。

**（二）让与担保的设立与生效**

1．当事人：债务人或者第三人（设定人），债权人（担保权人）。

* 例外情形下，当事人可能约定由第三人取得财产权。其功能类似于上述“第三方支付”之下的第三人。

2．标的：动产、不动产、其他可以转让的财产权（债权、知识产权等）

3．被担保的债权：**可以是现有或者将来的债权。**

4．让与担保合同的成立与生效

（1）让与担保合同的性质

* 就其中关于财产权之让与部分而言，是处分行为。
  + 如果双方约定了设定人负有移转财产权之义务，该约定为债权行为，而上述让与行为乃是该债务的履行
* 关于担保权人的清算义务的内容，是债权行为

（2）生效：须满足特定财产权之让与的各个要件。例如，以动产让与的，应交付（包括拟制交付）；以不动产、专利权让与的，应变更登记；以有限责任公司股权让与的，应满足公司法的要求（其他股东的优先购买权等）。

**（三）让与担保的效力**

1.内部效力：让与担保的设定人与担保权人之间的关系

（1）所担保债权之范围

（2）标的物的范围：孳息、从物、添附等问题

（3）标的物的利用关系：从约定；无约定时，应解释为由设定人利用（理由：让与财产权的目的在于担保债权的实现，而非使担保权人获得利用担保物的利益）

（4）保管义务：似乎应当根据有关情形，类推适用《民法典》第408、432条。

2．外部效力：与第三人之间的关系

（1）标的物的处分与第三人的关系

* 担保权人是标的物的权利人，其对第三人的处分是有权处分（即使不符合让与担保合同的约定）
* 设定人已经不是权利人，没有处分权。擅自处分是无权处分（但第三人可能善意取得）

（2）第三人侵害标的物

* 担保权人可以作为所有权人（或者专利权人等地位）主张侵权损害赔偿
* 设定人可以作为占有人（或者专利权的独占许可使用人，等）主张法律救济

3．让与担保的实行

（1）担保权人负有清算义务。如让与担保合同中约定，债务人不履行债务时，则标的物确定地归担保权人所有、债务消灭，则类推适用《民法典》第401、428条关于流押、流质条款无效的规定，应为无效。

（2）担保权人实行的条件：可以类推适用抵押权、质权实现的条件

（3）让与担保实行的方式：折价、拍卖、变卖。可以类推适用关于抵押权、质权的有关规定。

**（四）让与担保的一个类型：有追索权的保理**

**《民法典》第七百六十一条**保理合同是应收账款债权人将现有的或者将有的应收账款转让给保理人，保理人提供资金融通、应收账款管理或者催收、应收账款债务人付款担保等服务的合同。

**第七百六十六条**　当事人约定有追索权保理的，保理人可以向应收账款债权人主张返还保理融资款本息或者回购应收账款债权，也可以向应收账款债务人主张应收账款债权。保理人向应收账款债务人主张应收账款债权，在扣除保理融资款本息和相关费用后有剩余的，剩余部分应当返还给应收账款债权人。

**（五）“后让与担保”？**

《民间借贷司法解释》第24条 当事人以订立买卖合同作为民间借贷合同的担保，借款到期后借款人不能还款，出借人请求履行买卖合同的，人民法院应当按照民间借贷法律关系审理。当事人根据法庭审理情况变更诉讼请求的，人民法院应当准许。

　　按照民间借贷法律关系审理作出的判决生效后，借款人不履行生效判决确定的金钱债务，出借人可以申请拍卖买卖合同标的物，以偿还债务。就拍卖所得的价款与应偿还借款本息之间的差额，借款人或者出借人有权主张返还或者补偿。

* 附：一个应用——“约定购回式证券交易”

深圳证券交易所、中国证券登记结算有限责任公司关于发布《约定购回式证券交易及登记结算业务办法》（深证会〔2012〕146号）

第二条　约定购回式证券交易，是指符合条件的客户以约定价格向托管其证券的证券公司卖出标的证券，并约定在未来某一日期由客户按照另一约定价格从证券公司购回标的证券，证券公司根据与客户签署的协议将待购回期间标的证券产生的相关孳息返还给客户的交易。

示例：A持有方正证券股票600万股，每股价格为10元。A与B证券公司达成“约定购回式证券交易”协议，以50%的折扣率，以该价格作为将这些股票转让给B公司，获得3000万元（“初始交易金额”）。双方约定，交易期限为182天（即，A应当在182条后购回这批股票），购回价格为年化利率9%，另有0.15%的固定费用，即，182天后的购回价格为：3000万（1+9%×182÷365+0.15）=3139.13万元。双方可能约定，当股票价格下跌至初始交易金额的130%时（本例中，跌至每股6.5元，600万股总值为3900万元）时，A应当提前购回，否则B公司有权处置这些股票，所获得的价款抵偿按照约定方式A公司应当支付的金额后，返还A；如有不足，A仍应偿还。

**四、附买回权的买卖**

**（一）概述**

1．含义：当事人在买卖合同中约定，出卖人可以在一定期限内，支付一定价金而买回已出卖的标的物。

2．功能：

* 通常作为融通资金的手段。但是，其法律结构并不表现为债权-担保权的方式，而是由提供资金一方取得“担保物”的所有权，而将约定应提供的资金以“价款”的名义支付给融资方。融资方将来有钱时，以买回之价金的方式将其支付给对方，并可请求其返还“担保物”。
* 也可能用于其他目的。例如，我国曾经较多地出现过这样的情形：单位将房屋以较低的价格卖给职工（作为一种福利待遇），但是约定：如果职工离职，单位有权以一定的价格将房屋买回。

3．现行法之下的效力：应为有效。不违反物权法定原则。但是，“买回权”仅有相对效力。

**（二）设定**

买卖合同中的买回权条款。应解释意思表示以确定。

**（三）买回的性质**

* 如果没有特别理由，应理解为一个新的买卖合同（与原买卖合同不同），在原买卖合同成立时，即告成立，但是，该合同附有一个停止条件：买受人行使其买回权。
* 其他理论：解除条件说；解除权说；预约说。
* 注：不排除当事人明确约定为其他效力。

**（四）效力**

1.买回权是一种形成权

2.买回权的行使是否应有一定的期限？

* 参考：台湾民法典第380条规定：“买回之期限，不得超过五年。如约定之期限较长者，缩短为五年。”

3.标的物的利用关系

* 双方可以约定由买受人利用。即，买受人与一般买卖之买受人并无区别。——此类情形下，通常双方所约定的买回之价金数额较低（相对于下一种利用关系），可能就是原买卖合同上的价金。从经济意义上，买受人利用了出卖人所支付的价款而无须支付利息，出卖人在对方买回时仅需返还标的物，而无须就其对标的物的利用而支付对价。
* 双方也可以约定，标的物仍由出卖人利用（不转移物的占有）。此种情形下，其功能与典型的让与担保更为接近。相应地，双方所约定的买回之价金显然会更高一些。
  + 广义的“让与担保”概念，可以区分为“信托让与担保”与“买卖式让与担保”。“信托让与担保”是狭义的让与担保（如上文），而“买卖式让与担保”，又称“卖渡担保”（日本法用语），其法律结构就是附买回权的买卖（不过，二者似乎不必等同。附买回权的买卖也可以用于担保之外的目的）

4．买回之效力：再买卖合同生效。原则上应适用买卖合同的一般规定。

5.买受人不行使买回权时，出卖人是否有清算义务？

* 如果没有该义务，则不论标的物将来价值的涨跌，买受人（提供资金一方）承担其损益。
* 问题：似乎当事人可以用这种方式规避流押、流质条款之禁止的规定。

**五、融资租赁**

**（一）融资租赁合同的含义**

1．定义：出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同。《民法典》第735条。

2．功能

* 出租人所收取的租金，从经济意义来看，并非按照租赁物的市场租金来计算，而是按照出租人为了取得租赁物而支出的金额为基础，按照其预期的、相当于融通资金之收益水平来计算。
  + 例如：甲融资租赁公司基于乙公司的选择，以100万元购买了一套机器，并出租给乙公司，为期5年，预期的收益相当于年息8%。则：双方约定，每月应付租金20,276.39元，共60个月，总计还款金额1,216,583.66元；租期届满时，机器归乙公司所有。（这是一种比较简单的方式。市场上还有其他方式）
    - 对比：同样的设备，一般租赁合同之下的市场租金水平可能远低于上述约定的2万余元。
* 从出租人的角度，由于其享有租赁物的所有权，不必担心承租人破产的风险。
  + 在这个意义上，融资租赁的功能与所有权保留的分期付款买卖类似。如上例，甲、乙公司可达成一个买卖合同：总价款120万元，分60期支付价款，每月支付2万元；价款付清之前，甲公司保留其所有权。不过，两者在财务、税务的处理上有所不同。还涉及金融监管问题（融资租赁属于金融业务，有严密的监管）。
    - 一些生产企业为了推销其产品，也可能采取相当于融资租赁的方式来“销售”其产品。不过，采取所有权保留的分期付款买卖，似乎较符合其目的，也避免经营范围和监管问题。　《银行业监督管理法》第十九条　未经国务院银行业监督管理机构批准，任何单位或者个人不得设立银行业金融机构或者从事银行业金融机构的业务活动。

**（二）融资租赁合同的效力**

1.出租人的权利

* 请求承租人支付租金的义务。**即便租赁物毁损灭失（《民法典》第751条）**
* 请求承租人妥善保管、使用租赁物及维修的权利。《民法典》第750条。
* 承租人对租赁物价值的部分返还请求权（《民法典》第758条）

2.承租人的权利

* 对租赁物的占有、使用的权利。
* 对出租人主张瑕疵担保责任的权利：原则没有，例外时有。《民法典》第747条。
* 应承担租赁物造成第三人损害的责任。
  + 该事项是侵权法问题。
  + 出租人不承担。《民法典》第749条。
    - 如果是《民法典》第1165条第1款之下的责任，通常不认定出租人有过错。
    - 如果是无过失责任，例如，以民用航空器为租赁物，《民法典》第1238条规定，民用航空器的“经营者”承担侵权责任。本条的意义在于，出租人不属于第1238条之下的“经营者”。
* 租赁期满时取得租赁物所有权的权利。《民法典》第757-759条。

**六、其他形式**

**（一）预告登记**

其效果在于，让预告登记权利人的债权取得可以对抗第三人的效力。

**（二）“第三方支付”**

* 买方将货款付给买卖双方之外的第三方，第三方担当中介保管及监督的职能，在符合约定条件时，第三方才可以将资金支付给出卖人。
* 在淘宝网，普遍采用此类支付方式
* 在二手房买卖，常常采用该种支付方式
  + 一种简单的方式是，在买卖合同生效后，买受人将价款支付给中介机构，然后出卖人办理过户手续。办理完毕后，中介机构将款项支付给出卖人。
  + 例如，住建部、发改委、人社部《房地产经纪管理办法》规定了“客户交易结算资金专用存款账户”。
  + 似乎应当认为采用了信托的结构

**（三）“共管账户”**

一个简单的介绍（“在融资活动中的共管账户运用方案的设计与操作实践”），参见(https://www.docin.com/p-1273915785.html )

* 银行业务中，接受2人以上共同设立账户（“联名账户”，或称“共管账户”），存入资金的方式不限，但是账户资金的支出，须各方同时到银行办理。
* 主要功能：如果价款债权人（出卖人）的债务履行须一个较长时段（或者需要经过批准），例如股权转让、不动产转让，担心其先履行后买受人不能按期支付款项；价款债务人（买受人）则担心其支付了价款后，对方不能履行义务。设置共管账户后，则该笔资金无法被任意支取，即便将来合同无效或者一方不履行义务，对方也可以就这笔资金实现其债权。
* 注意：此种担保并无物权法意义，也不存在优先受偿权问题
* 共管账户之下的权利归属：缺乏讨论。银行账户上的“资金”代表了账户持有人对银行的债权。联名账户，似乎应认为是债权的准共有。
* 类似的安排：出卖人开设一个账户，买受人向该账户存款，但是买受人设置支取资金的密码。
  + 风险：该安排与银行无关。出卖人可以持证件重置密码！

**（四）抵销**

**（五）代理受领**

* 债务人对第三人享有债权时，债权人可以和债务人约定，债务人委托债权人受领清偿或者收取其对第三人之债权，并于受领后双方的债务抵销。
* 例如：甲向乙提供贷款500万元，乙因从丙处承揽工程而享有工程款债权。甲、乙订立合同，乙委托甲代为受领丙应支付的工程款，或者有权代为收取。
  + 其机能与债权让与类似。但是，如果乙、丙之间约定，乙对丙的债权不得让与，则“代理受领”可以发挥独特作用。
  + 为加强效果，甲、乙可以约定：乙不得任意解除对甲的委托（《民法典》第933条任意解除权的放弃）；乙不得再以该债权让与第三人、设定权利质权或者另行设定代理受领。最好获得丙对于该代理受领关系的承认，则丙也受约束。

**第六节 担保的并存**

**一、一个债权上有数个、数种担保**

**（一）同一债权上有数个保证担保：共同保证问题**

**（二）同一个债权有数个抵押担保并存的情形**

**（三）同一债权上有数个、数种物的担保并存的情形**

**（四）同一债权上人的担保和物的担保并存的情形**

**二、同一财产为数个债权提供担保的情形**

**（一）同一财产上设定了数个抵押权的：抵押权的顺序问题。**

**（二）同一财产上有数个不同类型的担保物权并存的情形**

**（三）同一标的物上有两个质权**

**（四）特别优先权的地位**