



MS  
Law

MinShangFa PanJie YanJiu

# 民商法判解研究

何志 主编

He Zhi · Editor in Chief

人民法院出版社



MinShangFa PanJie YanJiu

# 民商法判解研究

何志 主编

He Zhi · Editor in Chief

人民法院出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

民商法判解研究/何志主编. - 北京: 人民法院出版社, 2004.7

ISBN 7-80161-811-4

I. 民… II. 何… III. ①民法-判例-研究-中国②商法-判例-研究-中国 IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 057995 号

## 民商法判解研究

何志 主编

---

责任编辑 陈燕华 王岩

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市朝阳区安慧北里安园甲 9 号 (100101)

电 话 (010) 65290583 (责任编辑) 65290516 (出版部)  
65290558 65290559 (发行部)

网 址 [www.courtpress.com](http://www.courtpress.com)

E-mail [courtpress@sohu.com](mailto:courtpress@sohu.com)

印 刷 保定市大丰彩印厂

经 销 新华书店

---

开 本 890×1240 毫米 A5

字 数 507 千字

印 张 18.875

版 次 2004 年 7 月第 1 版 2004 年 7 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80161-811-4/D·811

定 价 38.00 元

---

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

## 前 言

判解研究，是研究和学习法律的一种良策，也成为了一种“时尚”。我在 20 世纪 90 年代初，就主张和倡导以判解研究的形式来研讨和学习法律，无意间站在了“时尚”的前沿。随着社会主义市场经济的建立，法治的不断健全，对民商法的学习和研究在法学领域一直很活跃，我们几位作者，便顺应潮流，追求“时尚”，精雕细琢，几易其稿，共同撰写了《民商法判解研究》。

《民商法判解研究》一书，具有较强的理论性、实践性、可读性。它共分为四编，第一编，物权法部分；第二编，合同法部分；第三编，担保法部分；第四编，婚姻法部分。每部分都由若干专题组成，每个专题都是当前法学理论界和司法实务界研究、讨论的热点和难点，针对这些热点和难点，我们采用判解研究的形式，以案例为依托，博采民商法理论之精华，做到以案说法，以法释案，并对具体法律在适用中的困惑，指出了应当注意的问题，亦对法律个别条款的完善提出了建设性的意见和建议。因此，本书的理论不再是空洞的理论，而是理论与实践的紧密结合；本书的案例不再是虚拟的案例，而是发生在现实生活中的真实案例。这样，把民商法理论与实践应用紧密结合，对正确适用法律、推广法律的应用，不无重要的现实意义。

本书的作者，多来自实务界。王立谦、魏强和我，长期从事民商事、民事审判工作，积淀了丰富的理论知识和司法实践经验。胡冰，一直从事民商法的学习和研究，多有真知灼见。张驰，长期从事律师工作，非常重视对民商法的研究和学习。杜传

青，长期从事金融工作，对金融理论和相关法律有深入的研究。我们几位作者，分工合作，鼎力相助，每位作者的写作任务完成后，相互交流，互提修正意见，因此，每位作者对所有文章都进行了统稿和修改。最后，由我来定稿。由于我们的水平有限，书中的疏漏和缺憾在所难免，恳请广大读者和法学界同仁不要见笑，不吝赐教，我们表示衷心的感谢。

《民商法判解研究》一书的出版，得到了人民法院出版社有关领导和三编部主任陈燕华老师的大力帮助和支持，在此，我们表示最诚挚的谢意！

何志于南阳

2004年6月1日

## 目 录

## [第一编 物权法]

论物权的效力·····	( 1 )
论物权行为·····	( 18 )
物权变动的模式·····	( 29 )
论不动产登记·····	( 36 )
无权处分·····	( 54 )
动产的占有与交付·····	( 61 )
论动产的善意取得制度·····	( 69 )
论取得时效·····	( 83 )
论房屋所有权·····	( 93 )
论货币所有权	
——兼对存款所有权的质疑·····	(106)
论拾得遗失物·····	(114)

## [第二编 合同法]

论悬赏广告·····	(129)
论格式合同·····	(140)
论缔约过失责任·····	(150)
论合同的生效·····	(162)
论效力待定合同·····	(177)
论双务合同履行中的抗辩权·····	(199)
论债权人的代位权·····	(216)

论债权人的撤销权·····	(234)
情势变更与商业风险的法律界定·····	(250)
论违约责任的承担形式·····	(262)
买卖合同效力疑难问题研究·····	(284)
论所有权保留·····	(301)
论买卖合同的风险负担·····	(320)
借款合同实务问题研究·····	(334)

**[第三编 担保法]**

担保合同的效力·····	(362)
担保物权期间·····	(371)
保证合同效力的确认及民事责任的承担·····	(377)
论保证期间·····	(391)
抵押权的设定·····	(399)
抵押合同实务问题·····	(412)
论房地产抵押	
——兼对《担保法》第三十六条的质疑与完善·····	(425)
质押合同实务问题研究·····	(440)
存单质押·····	(454)
论定金担保·····	(465)

**[第四编 婚姻法]**

论配偶权·····	(486)
论生育权·····	(500)
论探望权·····	(513)
夫妻共同财产分割疑难研究·····	(527)
离婚时夫妻债务的清偿·····	(555)
离婚损害赔偿制度·····	(581)

## 第一编 物权法

### 论物权的效力<sup>①</sup>

#### 一、问题的提出

所谓物权，是指直接支配特定的物并排除他人干涉的权利。物权的效力，主要表现为排他效力、优先效力、追及效力、物权请求权。

在研究物权的效力之前，先看三则案例，并思考之：

#### [案例一] 承包经营权归属何人？

2002年1月12日，某乡政府将其所有的50亩果林发包给黎明，承包经营期限30年，每年承包费5000元，并实行预交。同日，黎明缴纳了当年承包费，乡政府将果林50亩亦交给了黎明。黎明开始投入承包经营。

---

<sup>①</sup> 本专题所研究的物权的效力，仅指物权的共同效力。由于物权的效力并未在各国法律中明示，而是在民法理论上的概括，因此，大致存在三种分歧意见，即一是“二效力说”认为，物权的效力包括优先效力和物上请求权（史尚宽：《物权法论》，中国政法大学出版社2000年版，第10~12页。又见钱明星：《物权法原理》，北京大学出版社1994年版，第33~38页）；二是“三效力说”认为，物权的效力包括优先效力、排他效力和物上请求权（谢在全：《民法物权论》，中国政法大学出版社1999年版，第31~40页）；三是“四效力说”认为，物权的效力包括优先效力、排他效力、物上请求权、追及效力（王泽鉴：《民法物权》（通则·所有权），中国政法大学出版社2001年版，第60页。梁慧星主编：《中国物权法研究》，法律出版社1998年版，第77~81页。江平主编：《民法学》，中国政法大学出版社2000年版，第326~331页。王利明：《物权法论》，中国政法大学出版社1998年版，第25~32页。陈华彬：《物权法原理》，国家行政学院出版社1998年版，第91~97页。上述三种分歧意见中，相比较而言，“四效力说”对物权效力的解释最为精确和完善，应当为民法之通说，笔者的安排亦采“四效力说”。



同年3月20日,该乡政府进行了换届选举,更换了乡长。新乡长上任之后,便撕毁了与黎明的承包经营合同,将该50亩果林另行发包给其亲戚杨光,杨光亦预交了承包费,双方签订了承包经营合同。合同签订后,杨光便派人去果林地进行经营活动,遭到了黎明的强烈反对,双方为此形成纠纷。黎明以乡政府擅自毁约,侵害其承包经营权为由提起诉讼,请求人民法院判令乡政府继续履行合同。杨光以第三人的身份申请参加诉讼,请求人民法院判令其拥有承包经营权。

**[案例二]** 担保物权竞合,谁更优先?

张三以其红旗轿车作抵押担保在某信用社贷款10万元,并在车辆登记机关办理了抵押登记。后张三因醉酒开车,致使红旗轿车撞毁,张三重伤。红旗轿车在维修中心进行大修,花去维修费用5万元,因张三无款支付,维修中心将红旗轿车予以留置。贷款到期后,信用社主张实现抵押权,维修中心予以拒绝。此时,出现了抵押权与留置权竞合,应当如何处理此案?

**[案例三]** 抵押物转让纠纷案

李某与某市商业银行宏发支行(以下简称宏发支行)于1997年3月3日签订借款抵押担保合同书,由宏发支行贷给李某款人民币8万元,月息11厘,贷款期限8个月,贷款用途为购买面的轿车,担保方式为李某坐落在该市的上三下三房屋一座作抵押。该房屋经该市房地产交易中心评估价格为11万元。同日,李某和宏发支行一块去房地产登记部门办理了抵押登记手续。次日,李某到宏发支行将该款取出,并从他人手中购买了一辆面的轿车。李某在经营期间,面的轿车被盗,又因该车又超过保险期限而无法向保险公司索赔。1997年8月26日,李某与杨某协商,李某将其抵押给宏发支行的房屋以10.6万元的价格转让给杨某,并商定先由杨某支付给李某房款3万元,余下7.6万元在1997年12月30日前付清。1997年9月1日,李某和杨某

一块到房地产交易中心，因该交易中心的过失而办理了过户登记手续。宏发支行借款到期后，因李某没有偿还，故要求李某以其所抵押的房屋优先受偿。李某称该房屋已于1997年9月1日卖给了杨某，支行遂于1997年11月6日以李某、杨某为被告诉至某区人民法院，请求人民法院依法确认李某与杨某的抵押物转让行为无效，并判令宏发支行对李某的抵押物享有优先受偿权。

## 二、物权的排他效力及对案例一的评析

### （一）物权的排他效力

物权的排他效力，是指在同一标的物上，不能同时成立两个以上内容互不相容的物权。<sup>①</sup>依通说，这一效力发端于物权的直接支配性。早在罗马法上就有“所有权遍及全部，不得属于二人”的法则，足见物权具有排他的效力。<sup>②</sup>

物权的排他效力的主要内容为：

1. 同一标的物上，已有所有权存在的，不能另有其他所有权成立。如同一标的物上所有权，后来他人因时效取得或善意取得时，前一所有权即告消灭。

2. 同一标的物上，已有以占有为内容的定限物权（如建设用地使用权、农村土地承包经营权）存在的，不得另有同样性质定限物权的成立。物权排他效力的一个例外是，数个内容相同的地役权可以同时存在于同一标的物上。

但是，有下列情形，数个物权可以同时存在于同一标的物上：（1）所有权与定限物权；（2）以占有为内容的定限物权与非以占有为内容的物权。如建设用地使用权和抵押权可以并存于同一标的物之上；（3）非以占有为内容的数个物权。如《担保法》

<sup>①</sup> 王泽鉴：《民法物权》（通则·所有权），中国政法大学出版社2001年版，第60页。

<sup>②</sup> 梁慧星主编：《中国物权法研究》，法律出版社1998年版，第77页。

第三十五条所规定的再抵押，即在同一抵押物上同时存在两个或两个以上的抵押权。

需要注意的是，物权的排他效力有强弱之分，所有权最强，同一物上绝不允许存在两个或两个以上的所有权。以占有标的物为内容的定限物权，如建设用地使用权、农村土地承包经营权则次之，至于非以占有标的物为内容的定限物权，如抵押权与留置权竞合时，根据《担保法解释》第七十九条的规定，留置权人优先于抵押权人受偿。

## （二）对案例一的评析

在本案中，主要涉及下列法律问题：

1. 首先应当明确的是，承包经营权在性质上属于物权的范畴，且是用益物权。

2. 某乡政府与黎明所签订的果林承包经营合同是双方当事人的真实意思表示，是基于法律行为所取得的，符合物权法定原则，因此，黎明所取得的承包经营权依法有效，应当受法律保护。

3. 在某乡政府换届之后，因乡政府的法定代表人的更换，撕毁前任乡政府与黎明所签订的承包果林经营合同，而与杨光签订承包经营果林合同。显然，杨光依据承包经营合同所取得的承包经营权当属违法无效。

4. 根据物权的排他效力，黎明的承包经营权依法有效，而杨光的承包经营权因违法而无效，则黎明的承包经营权具有抗辩杨光的权利。因此，黎明的诉讼请求应当得到人民法院的支持，并判决解除乡政府与杨光的承包经营合同。

## 三、物权的优先效力及对案例二的评析

物权的优先效力，亦称物权的优先权。关于物权优先效力的范围，学界历来存在争论。有的学者认为物权的优先效力仅限于

物权优先于债权的效力。如我国台湾地区学者史尚宽先生指出，在物权依当事人合意而设立、移转时，可以适用先发生的权利优先于后发生的权利的原则，这时才有物权间的优先效力可言。但如果动产物权依交付而设立、移转，不动产物权依登记而设立、移转时，一物之上不容有同一内容的物权同时成立，“……故为物权成立与否之问题，而非效力优先之问题。他人因时效而取得所有权时，则原所有人之所有权因而消灭，更不发生先后问题，其非同一内容之物权，例如地上权与抵押权，或就一供役地成立观望、通行、引水等得同时行使之地役权，则彼此并存，亦不发生优先问题。惟抵押权因登记之先后而定其次序。然此为物权之次序，即为物权效力强弱之问题。又在直接占有和间接占有之阶段，占有不因成立之时之先后，而异其效力。”<sup>①</sup> 也有的学者则认为物权的优先效力仅限于物权之间的优先的效力。<sup>②</sup> 但通说还是认为物权的优先权对于先后发生的物权间及物权与债权间都是存在的。<sup>③</sup>

物权的优先权，其基本涵义是指权利效力的强弱，即同一标的物上有数个利益相互矛盾、相互冲突的权利并存时，具有较强效力的权利排斥或先于具有较弱效力的权利的实现。<sup>④</sup> 物权相互之间以及物权与债权之间的关系，物权的优先效力都是存在的。这种物权的优先权是物权因对标的物的直接支配权而具有的排他性的表现，是法律根据物权的特性而对之赋予的强烈的法律效力。

① 史尚宽：《物权法论》，中国政法大学出版社2000年版，第10页。

② 郑玉波：《民法物权》，台湾地区三民书局1988年版，第25页。

③ 王泽鉴：《民法物权》（通则·所有权），中国政法大学出版社2001年版，第61～62页。谢在全：《民法物权论》，中国政法大学出版社1999年版，第33～36页。江平主编：《民法学》，中国政法大学出版社2000年版，第326～328页。梁慧星主编：《中国物权法研究》，法律出版社1998年版，第78～81页。陈华彬：《物权法原理》，国家行政学院出版社1998年版，第93～95页。等等。足见其为民法之通说。

④ 江平主编：《民法学》，中国政法大学出版社2000年版，第326页。

### （一）物权对债权的优先效力

物权对于债权的优先效力，是指物权与债权在因同一标的物而有关联时，不论各自的种类为何，也不问各自成立的时间的先后，物权均具有优先于债权的效力。<sup>①</sup> 这具体地体现在以下几个方面：

1. 所有权的优先性。物已为债权的给付标的，如就该物再成立物权时，则物权具有优先的效力。如一物数卖，但在后的买受人已经接受了出卖物（动产已交付，或已就不动产办理了所有权移转登记手续），则该买受人即取得了出卖物的所有权，即使不动产已交付给在先的买受人亦然。此时该买受人的所有权当然优先于在先的买受人的债权。

2. 用益物权的优先性。用益物权人对于标的物的价金或补偿金、赔偿金，有较其他债权人优先受偿的权利。如在一栋房屋上设定抵押权后，再设定了典权。在抵押权人实行抵押权时，如果附有典权的房屋所有权无人愿意购买或其出价低于抵押权所担保的债权额时，可以除去典权将房屋出卖。在卖得的价金清偿抵押权所担保的债权以后尚有余额的，典权人有权优先于一般债权人（当然还包括登记在后的其他物权人）而受偿。

3. 担保物权的优先性。在债务人的财产上设有担保物权的，担保物权人享有优先受偿的权利，这即为别除权。如在债务人房屋上设定了抵押权，在实行该抵押时，无论该债务人的财产是否足够清偿债务，抵押权人对于抵押房屋的卖得价金享有优先受偿权。即使该债务人宣告破产，也不影响抵押权的优先效力，抵押权人仍可行使别除权，而优先受偿。

4. 非属于债务人所有之物，所有人有取回该物的权利，这即为取回权。如根据《合同法》第一百三十四条的规定，在所有

---

<sup>①</sup> 特定的不动产或者动产，既是物权的支配物，又是债权的标的物时，优先保护物权，但法律另有规定的除外。

权保留买卖中，在买受人未付清价款的情况下，则出卖人享有取回权，取回标的物。

物权优先于债权，是其一般原则，但也有例外的情形：

(1) 买卖不得击破租赁规则。关于租赁权的性质，大致存在三种学说：债权说、物权说、租赁物权化说。其中，租赁物权化说为当今有力的通说。<sup>①</sup> 根据我国《合同法》第二百二十九条“租赁物在租赁期间发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力”的规定，说明我国从立法角度上对租赁权的对抗效力予以确认，体现了“租赁权的物权化”，明确了“买卖不得击破租赁”的规则。

(2) 基于公益或社会政策的理由，法律规定某些物权不得有优先次序。如根据《海商法》第二十一条的规定，船长、船员等工作人员的工资、其他劳动报酬、船员遣返费用和社会保险费用的给付请求权，优先于设定在前的抵押权。

## (二) 物权相互间的优先效力

物权相互间的优先效力，是指依物权效力的强弱，具有较强效力的物权或者排斥具有较弱效力的物权的存在或者先于具有较弱效力的物权得到实现。物权对于标的物的直接支配性与排他性特征，决定了确定物权相互间效力的基本原则，是以物权成立的时间先后决定效力的孰先孰后，称为“成立在先，权利在先”原则。<sup>②</sup>

### 1. “成立在先，权利在先”原则的体现。

同一标的物上存在两个或两个以上不同内容或性质的物权时，成立在先的物权优先于成立在后的物权（成立在先，权利在先）。设立在先的物权由此具有两项优先效力：

<sup>①</sup> 关于租赁权性质的三种学说，详见何志：《合同法原理与审判实务》，法律出版社2002年版，第508～509页。

<sup>②</sup> 《民法物权草案》第七条第二款规定：“在特定的不动产或者动产设立两个以上物权时，优先保护先设立的物权，但法律另有规定的除外。”

(1) 优先享受其权利。如在同一不动产上设定抵押权后,又进行再抵押或重复抵押时,则根据《担保法》第五十四条的规定,优先效力即依抵押权设定登记的先后顺序而定,先成立的抵押权优先于后成立的抵押权。

(2) 先成立的物权压制后成立的物权。后成立的物权利害及于先成立的物权时,后成立的物权将因先成立的物权的实行而被排斥或消灭。

## 2. “成立在先,权利在先”原则的例外。

先设立的物权优先于后设立的物权,为一般法律原则。但其例外的情形主要有:

(1) 定限物权优先于所有权。定限物权,是于一范围内限制所有权的权利。同一标的物上,定限物权虽成立于所有权之后,但仍有优先于所有权的效力。

(2) 基于法律的特殊规定,不适用“成立在先,权利在先”的原则,须依法定的序位确定数个物权的优先效力。如《海商法》第二十一条规定:“船舶优先权先于船舶留置权受偿,船舶抵押权后于船舶留置权受偿。”《担保法解释》第七十九条规定:“同一财产法定登记的抵押权与质权并存时,抵押权人优先于质权人受偿。同一财产抵押权与留置权并存时,留置权人优先于抵押权人受偿。”

(3) 基于社会公益、政策的理由,成立在后的某些物权优先于在先的物权。如海商法上的优先权具有优先于后成立的船舶抵押权的效力。

### (三) 对案例二的评析

在本案中,信用社所享有的抵押权与维修中心所享有的留置权发生了竞合,能否适用“成立在先,权利在先”的规定?是本案争议的焦点。

根据《担保法解释》第七十九条第二款“同一财产抵押权与留置权并存时,留置权人优先于抵押权人受偿”的规定,显然,

维修中心的留置权虽然成立在后，但其权利优先于信用社的抵押权而优先受偿。

#### 四、物权的追及效力及对案例三的评析

##### (一) 物权的追及效力

所谓物权的追及效力，是指物权成立后，其标的物不论辗转于何人之手，物权人均得追及物之所在，而直接支配其物的效力。<sup>①</sup>这也正是《民法物权草案》第五条“权利人享有的物权，受法律保护。任何人不得侵害物权”原则的体现。

物权的追及效力，是否为物权的一项独立效力，有否定说和肯定说两种主张。否定说认为，物权的追及效力是物权优先效力的内容之一或是物权请求权的反映，没有必要将其另立为物权效力。肯定说则认为，虽然否认追及效力为物权的独立效力的见解有一定的合理性，但为更周全地保护物权，更清楚、深刻地把握物权的本质，将追及效力作为一项独立效力认识，确属得当。<sup>②</sup>

物权的追及效力主要表现如下两种情形：

1. 当标的物由无权处分人转让给第三人时，除法律另有规定外，物权人有权向第三人请求返还原物。物权在此种情况下所具有的追及效力属于物上请求权的一种形式。

2. 在抵押期间，抵押人擅自转让抵押物给第三人时，抵押权人得追及至抵押物之所在行使抵押权。<sup>③</sup>

---

① 王泽鉴：《民法物权》（通则·所有权），中国政法大学出版社2001年版，第62页。

② 梁慧星主编：《中国物权法研究》，法律出版社1998年版，第81页。

③ 《担保法》第四十九条规定：“抵押期间，抵押人转让已办理登记的抵押物的，应当通知抵押权人并告知受让人转让物已经抵押的情况；抵押人未通知抵押权人或者未告知受让人的，转让行为无效。转让抵押物的价款明显低于其价值的，抵押权人可以要求抵押人提供相应的担保；抵押人不提供的，不得转让抵押物。抵押人转让抵押物所得的价款，应当向抵押权人提前清偿所担保的债权或者向与抵押权人约定的第三人提存。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。”



当然，物权的追及效力并不是绝对的，而是相对的。物权法为维护交易安全，保护善意第三人，确立了善意取得制度，对物权的追及效力进行了若干限制。如未经登记的抵押权，不具有对抗第三人的效力。《担保法解释》第八十四条规定了动产质权的善意取得，即“出质人以其不具有所有权但合法占有的动产出质的，不知出质人无处分权的质权人行使质权后，因此给动产所有人造成损失的，由出质人承担赔偿责任。”

## （二）对案例三的评析

1. 李某与宏发支行的借款抵押担保合同的效力问题。李某与宏发支行所签订的借款抵押担保合同，是双方当事人的真实意思表示，且抵押物房屋经过房地产登记部门办理了登记手续，使抵押权得以生效，故双方所签订的借款抵押担保合同应为有效合同。

2. 李某将抵押物房屋转让给杨某的行为效力问题。李某将抵押物房屋转让给杨某的行为应当系无效民事行为。主要有如下理由：（1）抵押人李某违反《担保法》第四十九条第一款所规定的法定义务，即未通知抵押权人宏发支行，也未告知受让人杨某，属于强制性无效民事行为范畴，因此，应当认定抵押物转让行为无效。（2）李某将其房屋抵押给宏发支行，并办理了抵押登记，使抵押担保合同得以生效，抵押物经登记即具有对抗效力，宏发支行的抵押权可以对抗杨某的购买权。（3）李某将其已设置抵押的房屋转让给杨某，未履行法定通知或告知义务，有违民事活动应当遵循诚实信用原则。（4）虽杨某取得抵押物房屋没有过错，系善意取得，但我国法律上尚未明文规定善意取得制度，杨某所遭受损失可向转让人李某请求损害赔偿，李某也有义务赔偿。

3. 抵押权对杨某的追及效力。正如上文所说，李某将抵押物房屋转让给杨某的行为应当认定为无效民事行为，则根据《民法通则》第六十一条的规定，应当适用返还原则，即由李某将所