



齐鲁法学文库 2007·6

民商法问题研究与立法完善

MINSHANGFAWENTIYANJIU YU LIFAWANSHAN

民商法问题研究与立法完善
MINSHANGFAWENTIYANJIU YU LIFAWANSHAN
民商法问题研究与立法完善
MINSHANGFAWENTIYANJIU YU LIFAWANSHAN

◎主编 刘保玉 董翠香

MINSHANGFAWENTIYANJIU YU LIFAWANSHAN



中国人民公安大学出版社

齐鲁法学文库 2007·6

民商法问题研究与立法完善

主编 刘保玉 董翠香

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

民商法问题研究与立法完善/刘保玉 董翠香主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2008.5

(齐鲁法学文库. 2007·6)

ISBN 978-7-81139-029-2

I. 民… II. ①刘…②董… III. ①民法—学术会议—文集②商法—学术会议—文集 IV. D.913.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 026640 号

齐鲁法学文库 2007·6

民商法问题研究与立法完善

MINSHANGFA WENTI YANJIU YU LIFA WANSHAN

主编 刘保玉 董翠香

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京兴华昌盛印刷有限公司

版 次: 2008 年 5 月第 1 版

印 次: 2008 年 5 月第 1 次

印 张: 212.5

开 本: 787 毫米×1092 毫米 1/16

字 数: 4284 千字

ISBN 978-7-81139-029-2/D·029

定 价: 465.00 元 (全套 10 册)

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.phcpps.com.cn

www.porclub.com.cn

物权法问题研究

- 物权法理解与适用中的十个问题 刘保玉(3)
- 我国车位车库归属中的三个基本问题 李宗录(12)
- 动产浮动抵押制度若干问题初探 孙瑞玺(20)
- 物权法预告登记制度理解和适用中的几个疑难问题 吴春歧(33)
- 刍议我国浮动抵押
——兼《物权法》第181条、189条第2款之理解 王玉成(43)
- 论特殊动产的物权变动
——兼评《物权法》第24条 肖立梅(50)
- 工程价款优先受偿权纳入预告登记制度之应然性解析 王淑华(57)
- 建筑物区分所有权若干问题探析 徐凤真 张艳霞(63)
- 论城市房屋拆迁中的财产权及其法律保护 夏凤英(69)
- 农村集体土地所有的性质与农民利益保护 于大水 吴万军(80)
- 一般债权质押问题探析
——由一起欠条出质纠纷引发的思考 常淑静(87)
- 论正当性占有是物权行为的一般模式 原永红(94)
- 混合共同担保的结构形态及责任分担
——兼评《物权法》第176条 刘丽娟(101)
- 未经抵押权人同意转让抵押财产的法律处理
——以《物权法》的解释论为视角 宋韦韦(109)
- 论我国集体土地征收的不足与完善 李成龙(116)
- 权利质权基本问题探讨 张永利(126)
- 住宅区配套公建开发建设相关法律问题分析 王倩(134)
- 解析融资租赁中出租人所有权的实然弱化现象 赵萃萃(141)
- 特殊动产登记对抗制下的权利架构
——以买受人的权利保护为视角 刘爱萍(149)
- “买卖不破租赁”适用中的几个问题 赵守江(157)

侵权责任法问题研究

- 论高空抛物侵权责任主体的认定 潘志玉(167)
- 论侵权责任能力与未成年人监护人责任形态 蔡颖雯(173)
- 对第三人侵害债权理论的反思 孙超(181)
- 侵权法中教唆、帮助行为的类型与界定

——借鉴刑法学相关理论	田荣成(188)
浅析受害人过错与第三人过错	赵 璇(196)
试论经营者的安全保障义务	张妍妍(206)

商法问题研究

商主体及其基本类型研究	董翠香(215)
证券纠纷团体诉讼问题研究	仲崇玉(223)
自然人破产与和谐市场经济秩序	邹小琴(231)
论破产管理人的法律地位及其民事责任	张彩云(238)
从商法的独立性看商事审判的特性	李富建(246)
我国机动车交通事故责任强制保险存在的 问题及完善	王建敏 谭英才(252)
论我国“强制保险”制度的基本原则	刘经靖(259)
论母子公司外部法律关系	王 芳(266)
论控股股东的诚信义务	赵志钢(274)
论异议股东股份回购请求权	田国兴(279)
异议股东股份回购请求权适用问题研究	侯振凯(287)
浅析银行汇票的基本当事人	赵艳霞(295)
小议重整中对债权人保护的实践可操作性	相 玲 袁 锦(302)
我国公司合并中异议债权人范围问题研究	孙书敏(308)

其他问题研究

未出生者利益之保护 ——从父母生育权的角度	邢玉霞(315)
我国是否需要独立的缔约过失责任制度 ——以德国法为鉴	周彬彬(321)
契约效力与国家强制	马 东 李志忠(329)
关于生命权价值的初步探讨	张平华(339)
隐私权、公众人物与私法精神	谢 慧(350)
合同,抑或信托? ——由社会募捐纠纷所引起的法律思考	刘晓蕾(357)
后 记	山东省法学会(365)

物权法问题研究

物权法理解与适用中的十个问题

刘保玉*

我国《物权法》中,既有对传统物权法律制度和共通性规则的承继,也有许多中国特色的创新性规定和巧妙的制度设计,整体上值得肯定。但毋庸讳言,由于种种原因,其中也有不令人满意的规定和表述,还有不少争议问题的避舍。在理解和适用《物权法》中,有许多疑难或争议问题值得进一步明确。在此笔者选取其中十个问题谈谈个人看法,就教于方家。

一、物权的客体不等于“物”

国内物权法著作的通说认为物权的客体为“物”。而关于物权客体或者物的范围问题,立法上有不同的规定,学理上也尚存在争议,主要有以下几种不同认识:一是认为物权的客体只能是有体物;二是认为物权的客体既可以有体物,也可以是权利;三是认为物权的客体包括有体物及“法律上可得支配的自然力”;四是认为物权的客体既可以有体物,也可以是权利,还可以是法律上可得支配的空间、能源与自然力。

笔者认为,在解释物权的客体问题时,首先应予以澄清的是:“物权的客体”与“物”是两个既有联系又有区别的概念,不应将其等同。作为物权客体的物,原本即是指有体物,或者说只能是有体物;有体物虽然是物权的主要客体,但其毕竟只是物权的客体之一。除此之外,可流转的财产权利、“法律上可得支配的自然力”等拟制物,亦可是物权的客体。而如果径将物权的客体等同于物,再解释“物的范围”以及拟制物和权利是否为物等问题,实在是自取其扰,在逻辑上也难以自圆其说。

就物权客体的范围和种类而言,笔者赞同第四种认识。其中,有体物乃原本的物权客体且至今也是物权的基本和主要客体,故可谓之“本体物”;有别于有体物而能够为人力控制并具有经济价值,因而可被“视为物”的特定空间、能源与自然力,可以作为“拟制物”来认识;可转让的财产性权利作为物权的客体,须基于法律的特别规定,其属于特殊的物权客体。^①《物权法》第2条第2款明确区分了“物”与“物权的客体”这两个不同的概念;依其规定,物权法上的物仅限于有体的不动产和动产,而物权的客体并不限于有体物,还可以是权利。此外,《物权法》在“所有权”编中还

* 刘保玉,山东大学法学院教授、副院长、民商法学博士生导师。下篇内容待发表,系未发表稿。

①刘保玉:《物权体系论——中国物权法上的物权类型设计》,人民法院出版社2004年版,第96页。

规定“无线电频谱资源属于国家所有”(第50条),^①并对特定空间作为物权客体问题有所涉及(第136条)。整体而言,我国《物权法》中对物权的客体问题的规定颇为简略,将来仍有进一步完善的空间。

二、物权的设立、转让不等同于物权的发生、移转

学理上所言的物权变动,一般是指物权发生、移转、变更和消灭四种运动状态。我国《物权法》中也设“物权的设立、变更、转让和消灭”之专章(第二章)对物权变动问题作出了系统规定。但在物权的产生、发生、取得与设立、设定是否等同?物权的移转与物权的转让是否同义?这些问题值得讨论。

诸多著述中认为,“物权的发生或产生,通常又被称为物权的设立或设定”。我国《物权法》第二章章名中使用了“设立”之称谓,其他章节中大量使用的也是“设立”一词。但严格来说,物权的发生、产生与设立、设定,其词语含义及所适用的场合是有差异的:基于法律行为或事实行为、民事行为或行政、司法行为、双方行为或单方行为等各种法律事实而使某一物权(所有权或其他物权)与特定主体相结合,均可称为物权的发生、产生;而物权的设立或设定,通常限指通过当事人双方的法律行为而由一方为另一方创设他物权的情况,其含义较为狭窄。另外,在学理和立法上还使用有物权的“取得”之称谓(参见《物权法》第7条等)。取得的词语含义与“发生”或“产生”大致相当,亦不同于“设立”或“设定”。

依上述名词含义的相似性及其差异,我们在某些情况下可以混用发生、产生、设立、设定、成立、取得等用词(如建设用地使用权、抵押权等自登记时设立或设定,也可说是自登记时发生、产生、成立、取得),但有些情况下则不宜混用或不能混用。例如,留置权在符合法定条件时成立、留置权的成立要件,即不可说成是“设立”或“设立要件”;所有权的取得方式、原始取得、继受取得中的“取得”一词不妨说成是“产生”,但不能说成是“设立”;基于继承等方式“取得物权”,更不能表述为“设立物权”。显而易见,《物权法》第30条中关于“因合法建造等事实行为设立物权的……”在表述上殊有不妥。

在学说著述和立法上,“物权的移转”时常又被称为“物权的转让”,我国《物权法》中使用的即是“转让”一词。但严格说来,二者也是有差异的:物权的转让,一般是指通过平等主体之间的有偿法律行为而使物权由转让人移转于受让人的情形,如通过买卖合同及登记或交付而发生的标的物所有权的转移;而物权的移转等同于继

^①根据国际电信联盟的《无线电规则》的规定,无线电波为频率在3000GHz以下,不用人工波导而在空间传播的电磁波。无线电频谱,一般是指9KHz~3000GHz频率范围内发射无线电波的无线电频率的总称。就此来看,无线电频谱应属于“拟制物”的一种。《物权法》中将其作为所有权的客体来规定,应系将其“视为物”。

受取得中的移转取得,基于法律行为以外的法律事实(如司法判决、继承)及无偿的赠与等,也能发生物权的移转,但这种情况通常不以转让相称。故此,应当认为物权的转让只是物权移转中的一种情况,二者不宜等同。

三、未经公示不生物权变动的效力不等于合同不生效

在物权公示原则的适用中应当注意,未经登记或交付,只是不能发生物权变动,但不能因此而否定合法订立的债权合同的约束力。否则,合同将成为没有任何约束力而可任意撕毁的废纸,合同秩序将无以维护。“公示的欠缺不能反射到原因行为之上而使债权合同无效,因为公示不具有对债的关系的形力,这是各国物权法理论公认的基本原理之一。相反,‘登记得本于债权契约而强制之’,有效的债权契约是完成公示的根据。”^①我国《物权法》第15条规定:“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同,除法律另有规定或者合同另有约定外,自合同成立时生效;未办理物权登记的,不影响合同效力。”本条规定所体现的正是物权变动与债权合同的效力区分原则(又称物权变动与其基础关系的区分原则、物权变动的原因与结果的区分原则)。

所谓区分原则或分离原则,是指在发生物权变动时,物权变动的原因与结果作为两个法律事实,它们的成立生效应依据不同的法律根据的原则。^②其基本含义可以归纳为两点:一是物权变动的基础关系即原因行为、债权合同的成立,应当按照该行为成立的自身要件予以判断,而不能以物权的变动是否成就作为判断标准;二是物权的变动,必须以动产的交付与不动产的登记为必要条件,而不能认为基础关系或原因行为的成立生效就必然发生物权变动的效果。以具有典型意义的房屋买卖合同为例,买卖双方订立了买卖合同,且符合主体合格、意思表示真实、标的合法等要件,其合同即为有效;但买卖合同有效成立,甚至房屋和价款也均已交付,并不意味着房屋的所有权随即发生转移,房屋所有权的变动应以物权法上的移转登记之完成为其要件;未办理过户登记手续的,只是意味着房屋的所有权尚未转移,出卖人的义务尚未履行完毕,但不能因此而否认买卖合同的效力;出卖人不能移转房屋所有权的,买受人有权基于买卖合同而要求出卖人实际履行合同或承担违约责任。

在我国《物权法》制定中,区分原则的意义和价值受到学界的一致赞同,并最终在立法上得到了明确的体现。但该法第15条的规定将其适用范围限于不动产物权变动,有所不妥。因为无论是从物权法理还是从《物权法》的有关规定看,动产物权

^①孙毅:《物权法公示公信原则研究》,载梁慧星主编:《民商法论丛》第7卷,第479页。

^②孙宪忠:《论物权变动的原因与结果的区分原则》,载《法学研究》1999年第5期;梁慧星等:《中国物权法草案建议稿》,第7条、第310条、第312条、第363条及其说明;刘保玉:《物权法学》,中国法制出版社2007年版,第107页以下。

变动(如买卖合同与动产所有权转移的关系、动产质押合同与动产质权设立的关系等)也当然适用同样的规则。

四、观念交付的法律效果不等同于现实交付

在社会生活中,为了交易的便利,在现实交付(直接交付)之外还存在着一些变通的交付方式,即所谓观念交付。根据理论和我国《物权法》第25条、第26条、第27条的规定,观念交付包括简易交付(又称在手交付、先行占有)、指示交付(又称长手交付、替代交付或返还请求权的让与)和占有改定三种形式。

物权法上所讲的交付,以现实交付为一般形态,而以观念交付为变通形态或特殊形态。通常所讲的交付是否包括观念交付在内,应根据语境和所适用的场合而为区别,观念交付的法律效果是否等同于直接交付,亦值得讨论。简易交付中,并非标的物没有实际交付,而是在物权变动的合意形成前即已先行交付,因此,其实际效果与现实交付无异。故此也有人将简易交付视为现实交付的一种情况。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》以下简称《适用担保法的解释》第88条中,对出质人以其间接占有的财产以指示交付的方式设定质权也有肯定的规定,且并未附加其他限制条件。关于《物权法》第106条中所规定的动产善意取得中标的物“已经交付给受让人”,是否包括以占有改定的方式而为交付,人们的认识颇有不同。

笔者认为,观念交付在现实生活中无疑具有重要的适用价值,但观念交付中的占有改定与指示交付,毕竟未伴随有标的物占有的移转,因此不具备完整的公示作用,也不具有公信力。为维护交易的安全,法律上通常有必要对其适用及引起物权变动的效力予以适当的限制。例如,不得以占有改定的方式设定质权;动产善意取得中占有改定的约定不具有对抗第三人和原权利人追索的效力;以指示交付的方式设定动产质权,质权人尚应采取适当措施表彰其权利和控制质物(如粘贴质押封条、在保管人的仓库上加锁等),否则,该质权不能对抗善意第三人。我们认为,这些做法值得借鉴。^①

五、物权变动发生效力不同于“物权生效”

我国的物权法的诸次草案中,对物权公示的效力问题,曾采取了几种不同的规范模式,而每种规范模式下又有两种或多种表述方式。其中,不乏准确的表述和适合中国国情的制度创设,但也存在物权公示的效力模式选择偏差、用语的不统一

^①刘保玉:《论物权公示原则在物权性质界定与类别划分中的意义——兼评公示要件主义与对抗主义的立法模式选择》,载《政法论坛》2007年第3期。

和效力表述的失误等问题。笔者曾就此问题发表过系统性的意见,^①最后通过的《物权法》中也对笔者的意见有所吸收,进行了诸多修正,但仍存在个别不妥的表述,主要是依然存在将“物权变动发生效力”错误地表述为“物权发生效力”的情况。例如,第25条规定,动产物权设立和转让前,权利人已经依法占有该动产的,“物权自法律行为生效时发生效力”。第27条规定,动产物权转让时,双方又约定由出让人继续占有该动产的,“物权自该约定生效时发生效力。”而在不少物权法著述中,“物权生效”或“物权自公示时发生效力”等表述亦不鲜见。

笔者认为,“物权自公示时发生效力”的表述方式是错误的。依此表述方式进行反对解释,会得出“公示之前,物权虽可成立但尚不发生效力”反向推论,进而引发物权可否有“已经发生效力的物权”和“尚未发生效力的物权”之分类问题。而事实上,各种类型的物权,一经发生或成立就同时当然地具有物权的效力,物权的“成立”和“生效”之间不存在时间差的问题,易言之,“已经成立但尚未发生效力的物权”根本就不存在。

那么,物权法和一些学说著述中何以会出现“物权自公示时发生效力”的表述呢?笔者认为,原因在于对学界关于“公示要件主义,又称为公示成立要件主义、公示生效要件主义”的通说之理解上。该通说本身并没有错,但应明确的是其所指不同:“公示成立要件主义”,指的是“物权”自公示时“成立”;而“公示生效要件主义”,则是指“物权变动”自公示时“生效”。物权变动发生效力,自然导致物权成立(或新物权的产生、设立),二者系同时发生,故而在诸多物权法著述中有“公示成立要件主义,又称公示生效要件主义”之说。而如果未明确不同的表述所指对象的不同,混用“物权变动发生效力”与“物权发生效力”,则就会出现错误。此一问题,值得明确,以免错误用语和含糊观念的继续存在和传播。

六、物权的保护不同于物权请求权

在我国《物权法》中,未使用学理上常用的物权的妨害排除效力或物权请求权等术语,而是设专章规定了“物权的保护”(第三章)。该章中,除对物的返还请求权、妨害排除请求权、妨害预防请求权这三种物权请求权作出规定外(第34条、第35条),还规定因物权的归属、内容发生争议的,利害关系人可以请求确认权利;造成不动产或者动产毁损的,权利人可以请求修理、重作、更换或者恢复原状;侵害物权,造成权利人损害的,权利人可以请求损害赔偿,也可以请求承担其他民事责任。此外,对物权受到侵害时的纠纷解决途径、物权保护方式的单独适用与合并适用以及侵害物权可能发生的行政责任与刑事责任等也作了规定。

^①刘保玉:《物权法草案关于物权公示的效力表述缺陷及其矫正》(民商法前沿论坛报告),载“中国民商法律网”。

显而易见,“物权的保护”一章中规定的内容,远比物权请求权的内容要宽泛,其中既有物权性的保护方式(物权请求权),也有债权性的保护方式(包括合同责任和侵权责任);既有民法上的保护,也有行政法和刑法上的保护。笔者认为,这种规定方式与《物权法》以单行法的形式出台、自身应有一个相对完整的体系密切相关,但决不能将“物权的保护”等同于“物权请求权”。同时,物权请求权(尤其是物的返还请求权)与侵权责任在内涵、构成条件等方面也有不同,故不应等同。为了避免制度的疏漏和内容重合,将来我国制定民法典时,物权编部分只宜规定物权性的保护方式,其他内容则应归入合同法、侵权责任法中规定。

七、善意取得不等同于善意保护

物权法上的善意取得又称即时取得,是指无处分权人将其占有的他人的动产或登记在其名下的他人的不动产转让给第三人,若第三人在交易时出于善意即可取得该财产的所有权,原所有权人不得追索的法律制度。我国《物权法》第106条第1款第1项中一方面将善意取得的客体扩张于不动产;另一方面第3款又规定:“当事人善意取得其他物权的,参照前两款规定。”依此规定,动产所有权与不动产所有权均有善意取得的适用;在符合法定条件的情况下,不动产用益物权以及抵押权、质权等担保物权,亦可发生善意取得。笔者对此规定持赞同态度。根据《物权法》的规定并结合学理,善意取得应符合下列条件:一是让与人须为动产的占有人或者登记的不动产权利人;二是让与人须无处分权;三是受让人须基于交易行为而支付合理的对价;四是受让人受让财产时须为善意;五是转让的标的物须已经完成移转登记或者交付给受让人。^①民法中有许多关于善意行为保护问题的规定,其与物权法上的善意取得制度近似,但不相同。明确善意取得的概念与要件,有利于将不同的情况区分开来。兹对有关问题说明如下:

1. 应当注意将无权处分与无权代理区分开来。作为物权法上的善意取得发生前提的无权处分,是指以自己的名义处分他人之物,而无权代理则是以他人的名义为相关行为。因此,对于实践中遇到的登记的权利人之外的人(如房主的子女或房屋的承租人)通过骗取房地产证原件、伪造房主的身份证件及授权委托书等必要书件的手段,骗取了第三人和登记机关的信任而处分他人的不动产的情况,因其系以真正权利人的代理人的身份而为处分行为,故应构成无权代理;第三人信赖其身份和处分权而与之进行交易行为的,应依《合同法》第49条表见代理的规则处理。

2. 应将无权处分与表见代表区分开来。根据《合同法》第50条的规定,法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同,处分单位的财产的,除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外,该代表行为有效,对财产的处分亦属有效。

^①详见刘保玉:《物权法学》,第220页以下。

善意相对人的权益和所取得的财产得依表见代表的规定而受保护,此与物权法上的善意取得亦有相似之处,但其制度构造和适用条件有所不同,不能混为一谈。

3. 应将善意取得中的无权处分他人之物,与对自己财产的处分权受到限制而擅自处分的情况区分开来。对自己的财产的处分权依法受到限制(如被监管、扣押、查封)却擅自为转让、抵押等处分行为的,善意第三人能否受保护的问题,应依其他规则处理,不属于物权法上所言的善意取得问题。

4. 应将无权处分与行为能力欠缺而为处分行为的情况区别开来。无行为能力人、限制行为能力人隐瞒其行为能力状况,且使他人误信其为限制行为能力人或完全行为能力人而与之进行交易行为的,受让人虽可能为善意,但不能依据善意取得规定取得相应的财产。^①有关问题应依《民法通则》和《合同法》的相关规定处理。

5. 关于债权或由证券表彰的债权等是否可有善意取得制度的适用,学界有不同的认识。^②笔者认为,物权之外的其他权利之取得,原则上亦有善意第三人受法律保护的规则之适用,但此不属于物权法上的善意取得问题,不应将其混为一谈。

6. 关于善意取得制度对占有脱离物的适用问题。我国以往的法律制度上原则上否定善意取得对遗失物、盗赃物的适用。在物权法制定中,多数学者主张应借鉴国外的通常做法,区分不同情况分别对待。^③我国《物权法》第107条中对遗失物的善意取得问题作了特别规定,其规则设计堪称合理,唯此条规定中未承认盗赃物的善意取得,这一做法是否允当,学界仍存有不同的认识。笔者主张,该条规定对“被盗、被抢的财物”亦得适用。^④纵使物权法上不承认盗赃物适用善意取得的规定,但实践中也并非一概追回,而是要根据买受人是否为善意、是否已支付合理对价、交易场所等具体情况而作出不同的处理,故也存在对善意第三人予以保护的问题。

八、担保物权的实行不等于实现

担保物权的实行,是指在债务人届期不履行债务或发生当事人约定的实现担保物权的情形时,担保物权人处分担保财产并以其变价价值优先受偿其债权的行为。

担保物权的实行通常又被称为担保物权的实现,这是由于担保物权的实行通常即意味着权利的实现,因此,人们通常将担保物权的“实行”等同于“实现”。但严格地说,二者是有区别的:前者是一种行为,侧重于权利行使的过程;后者是一种法律状态,侧重于权利行使而使债权受偿的结果。区分此两个法律术语的差别,除了在法理上有其意义外(如我们不宜将担保物权实行的条件、程序等解释为“实现的条件”)

①梁慧星等:《中国物权法草案建议稿》,社会科学文献出版社2000年版,第365页。

②黄松有主编:《中华人民共和国物权法条文理解与适用》,人民法院出版社2007年版,第330页。

③梁慧星等:《中国物权法草案建议稿》,第368页以下;王利明主编:《中国物权法草案建议稿及说明》,中国法制出版社2001年版,第236页以下。

④刘保玉:《物权法草案中所有权取得的若干规定及其完善》,载《法学论坛》2007年第1期。

件”和“实现的程序”)，对于一些具体问题的处理也是具有重要意义的，如《适用担保法的解释》第78条第1款规定：“同一财产向两个以上债权人抵押的，顺序在后的抵押权所担保的债权先到期的，抵押权人只能就抵押物价值超出顺序在先的抵押担保债权部分受偿。”这里确立的规则是顺序在后的抵押权虽可先实行其抵押权，但未必可以先实现债权的受偿。

九、未规定质权、留置权关系中的诉讼时效不等于其中无时效的适用

《物权法》中侧重于抵押权的从属性，并考虑到物上保证人以担保财产清偿债务后对债务人追偿权的有效行使，以及充分发挥抵押财产的效用、促使抵押权人积极行使权利和促进经济的发展的需要，改变了《适用担保法的解释》第12条第2款中关于担保物权行使期间的规定，《物权法》第202条规定：“抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权；未行使的，人民法院不予保护。”关于质权和留置权的时效或期间问题，《物权法》上未作明确规定。

有著作根据立法精神指出：依《物权法》第220条和第237条的规定，质权中的出质人和留置权中的债务人可以请求质权人、留置权人在债务履行期届满后及时行使质权或留置权；权利人不行使的，可以请求人民法院拍卖或变卖担保财产。因此，有关问题已足以解决，无须再规定其行使的时效或期间。^①不过，对于担保人未请求权利人及时行使其质权、留置权而后者继续占有担保财产且无放弃权利的表示之情况下，有关问题应如何处理仍有不明。笔者的见解是：以登记方式设立的权利质权，准用《物权法》第202条关于抵押权的时效之规定；而以占有标的物或其权利凭证为成立和存续要件的动产质权、权利质权和留置权，则不应存在行使的诉讼时效或除斥期间问题（这也是国外立法例上通常采用的规则）。权利人在主债权的诉讼时效届满未实行其担保物权也未放弃对担保财产的占有的，应当推定其意思为以担保财产归自己所有的方式抵偿债权（这种推定在担保权人将担保财产变价且不退还多余款项的情况下表现得至为明显）；担保财产的所有人如果认为这种依单方意思所作的处理损害了其合法权益（如担保财产的价值超过债权数额等），则其应在知道或者应当知道其权利被侵害之日起2年的诉讼时效期间内主张自己的权利，否则人民法院法不予保护，也不再作出处理。

十、物权法定不意味着法无明文即一概否定

物权法定与物权公示原则，为物权法上的基本原则，我国《物权法》上对此也有明确的体现。但在物权立法过程中，因观点的争论和立法的时间限制，对不少看不准、有争议、难确定的问题和规则采取了回避的态度，因此遗留了许多有待进行深入

^①胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社2007年版，第440~441页。

讨论和进一步推敲的问题。根据我国物权立法的客观情况和学理通说及实践需要,笔者认为,物权法定原则在实践中亦有进行目的性扩张与缓和解释的问题;物权法定并不意味着法无明文即一概否定。在法无明文的情况下,有些规则和制度仍应坚持。理由如下:

其一,应当明确物权优先于债权的一般效力规则。在物权法制定中,对于物权优先效力的含义如何、物权优先于债权应否设为一般规则,有不同的意见。《物权法》最终没有对物权优先于债权的一般规则及其例外情形作出规定。笔者主张,物权的优先效力限指物权优先于债权的效力,即当特定的物既是物权的支配物又是债权中的给付标的物时,无论物权与债权成立的先后,物权均具有优先于债权的效力,但法律另有特别规定者除外。^①易言之,物权优先于债权应当作为二者关系的一般性规则来定位,但这一基本规则得因法律的特别规定而有例外。

其二,《物权法》在所有权取得的特别规定中,未规定先占、添附、货币的占有与所有一致等规则,但依物权法理对此均应作肯定的解释。

其三,《物权法》中未规定共同共有中偿还债务超过自己应承担份额的共有人向其他共有人的追偿权(第102条),不等于就绝对不得有此追偿权。

其四,《物权法》中未规定共同担保中承担担保责任的第三人向债务人追偿不能的部分,有向其他担保人要求分担的求偿权和代位权。有关问题应如何处理,有不同的主张。^②笔者认为,《适用担保法的解释》第38条第1款和第75条中的有关规定更为允当(惟其没有明确“代位权”,值得弥补)。物权法中未明确担保人之间的追偿权问题,不等于司法解释中不得对此作出肯定的解释。

第五,《物权法》中未规定共同抵押、固定式集合财产抵押,并不意味着就是否定这些特殊的抵押形式。

第六,《物权法》在占有一章中,未明确规定“占有的状态推定”和“占有的权利推定”规则,但依物权法理,应作肯定的解释。

①关于例外情形的存在是否动摇了物权优先于债权的一般规则,学界有不同的认识:一种意见认为,由于例外情形太多,足以影响物权优先于债权的一般规则之成立,因此,《物权法》上不应设此一般规则;另一种意见认为,例外情形的存在不足以影响一般规则的成立,而且在实践中真正需要援用这些例外规定的情况颇为少见。笔者赞同后一种观点。

②胡康生主编:《中华人民共和国物权法释义》,第380~382页;黄松有主编:《中华人民共和国物权法条文理解与适用》,第521~522页。

我国车位车库归属中的三个基本问题

李宗录*

一、基本问题之一:《物权法》第74条虽然没有明确规定

车位车库归属的判定依据但其中隐含着判定依据

(一)《物权法》第74条没有明确规定车位车库归属的判定依据

《物权法》第74条是对车库车位归属问题的专门规定,共有3款,其中第2款规定:“建筑区划内,规划用于停放汽车的车位、车库的归属,由当事人通过出售、附赠或者出租等方式约定。”如果我们将当事人之间的约定直接作为判定车位车库归属的依据则必然会出现理解上的困惑和法理上的矛盾:一是通过约定来决定车库的归属,约定是在什么层面上的约定?很可能是在开发商与每一位业主所签订的售房合同中予以约定规划的车库归开发商所有,而不归业主共有。但是,通过许多具体的合同形成的约定对车库的归属仍然存在隐患,因为如果购房后的某些业主提出由于购房合同采用的是格式合同,对此合同条款开发商没有尽到提示义务,而主张此条款对其不发生效力。由于此时只是合同的部分无效,房屋的所有权仍然归属业主所有。在一部分合同对车库车位归属条款约定不发生效力,而另一部分合同约定却发生效力的情况下,车库所有权的归属仍会存在争议。二是为什么约定能够使所有权发生变动?这是否与建筑物区分所有权的内容相冲突?如果按照建筑物区分所有权的性质和内容,规划的车库本身能够被确定为专有部分或共有部分,其约定还有什么效力?因为以是否约定来决定车库车位的归属,无非在于确定车库车位是属于专有还是共有,这应当首先属于建筑物区分所有权的内容,而不是单纯所有权变动的问题。三是如果通过在售房合同中明确约定车库车位归开发商所有,并且业主对此也被明确告知,但是如果业主所购房屋已经均摊了车库车位所占用土地的建设用地使用权的费用,或者规划的车库车位没有公摊建筑区划内土地的建设用地使用费,而开发商却通过合同约定将车库车位的所有权归自己,从而可以名正言顺地再出售,这种不公平的现象,必然导致开发商与业主的纠纷。

笔者认为,《物权法》第74条所导致的理解上的困惑在于其规范所体现出的法理思路不清晰,主要表现在以下几个方面:

1. 将出租与出售、附赠并列作为归属的方式,是发生疑问的原因之一。

* 李宗录,山东科技大学文法学院讲师。