



中德私法 研究

Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht



荣誉顾问 江平 王泽鉴
主 编 王洪亮 张双根 田士永

本期主题

物权和债权的区分

专题报告

买卖不破租赁 [张双根等]

物上请求权体系之分析 [王洪亮等]

专题研究

民法制度的移植 [苏永钦]

物权化的债之关系 [赫尔曼·魏特瑞尔著 张双根译]

温德沙伊德论债权与物权的区分 [金可可]

专家访谈

关于物权法总则的若干问题 [王利明]

经典名篇

萨维尼论对人之诉和对物之诉 [田士永译]

萨维尼论财产权 [金可可译]

萨维尼论占有是什么 [常鹏翱 隗斌译]

学术沙龙

学术沙龙

立法数据

《地上权条例》 [李静译]

典型判例

停车位特别使用权在住宅所有权人共同体内部的转让 [张学哲编译]



D90-53

54

:2006(1)

2006

中德私法研究

Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht

2006年·第一卷

荣誉顾问

江平 王泽鉴

学术顾问

(按姓氏笔划排序)

米健 孙宪忠 苏永钦 邵建东 黄立 黄茂荣

Rolf Stürner[德] Rolf Knütel[德] Thomas Raiser[德]

主 编

王洪亮 张双根 田士永

编辑委员

(按姓氏笔划排序)

王洪亮 田士永 申卫星 朱岩 许兰 李昊 沈冠伶 陈卫佐

陈聪富 陈自强 杨继 杨淑文 张双根 金可可 涂长风 常鹏翱

董一梁 詹森林 蔡明诚 Thomas Rübner[德]

图书在版编目(CIP)数据

中德私法研究(第1卷)/王洪亮,张双根,田士永主编.—北京:北京大学出版社,2006.5

ISBN 7-301-10680-7

I. 中… II. ①王…②张…③田… III. ①私法—研究—中国②私法—研究—德国 IV. D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第041045号

书 名: 中德私法研究(第1卷)

著作责任者: 王洪亮 张双根 田士永 主编

责任编辑: 程慧钊

标准书号: ISBN 7-301-10680-7/D·1491

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 北京乾嘉广雅科技有限公司 63938307

印 刷 者: 北京飞达印刷有限责任公司

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 18印张 348千字

2006年5月第1版 2006年5月第1次印刷

定 价: 28.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

编辑说明

就这本似刊非刊的小书,我们在此表明一些宗旨与立场:

我们的宗旨是什么? 增益学术,并仅止于学术研究。至于我们所研究的,能否经邦济世,则非这本小书所能承担;至于我们所译介的,能否为他人所倾听,亦非我们所能左右。我们所能努力的,是奉献我们的认真思考。

我们研究什么? 私法。无论是民是商,凡属私人生活中洒扫应对上的一切规则与方法,都是我们研究的对象。

我们怎么研究? 以德语法系私法制度译介与研究为出发点,以中文世界私法制度的构建为落脚点。我们所说的德语法系,不限于德国的私法制度,而是包括了奥、瑞以及受其影响的法制;我们所说的私法制度,也不仅限于其现有的成规,而是要推溯其渊源,追踪其流变;我们所说的制度,也不限于其实定法上的表现,更要探究实定法之外的学说与判例;我们所说的中文世界,显然更不限于中国大陆。

职是之故,我们的这本小书,取名《中德私法研究》。

基于这样的宗旨与立场,我们有个共同的心愿,那就是尽量使中文世界的读者吃到原汁原味的德式餐,然后让读者自己去甄别,哪些仅适合自己味觉但会伤及脾胃,哪些不合味觉却利于脾胃,又有哪些是味觉与脾胃皆宜的。凡怀此心愿的同行,都可以分享这本小书。

编者

2006年4月28日

本期主题:物权和债权的区分

■ 编辑说明 1

■ 专题报告 1

买卖不破租赁 3

1. 报告:谈“买卖不破租赁”规则的客体适用范围问题[张双根] 3
2. 短评:[申卫星等] 20
3. 评议:“买卖不破租赁”的正当性[朱庆育] 30
4. 回应:法政策判断与法律技术构造[张双根] 56

物上请求权体系之分析 69

1. 报告:论所有权人与占有人关系——所有物返还请求权及其从请求权[王洪亮] 69
2. 短评:[常鹏翱等] 90
3. 评议:所有人—占有人关系规则的设计[谢鸿飞] 100
4. 回应:法律理论与理论继受[王洪亮] 118

■ 专题研究 135

- 民法制度的移植——从所有人与占有人的特殊关系谈起[苏永钦] 137
- 物权化的债之关系[赫尔曼·魏特瑙尔著 张双根译 王洪亮校] 146
- 温德沙伊德论债权与物权的区分[金可可] 161

■ 专家访谈 175

- 关于物权法总则的若干问题[王利明] 177

■ 经典名篇 193

- 萨维尼论对人之诉和对物之诉[弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼著 田士永译] 195
- 萨维尼论财产权[弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼著 金可可译] 207

萨维尼论占有是什么[弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼 著
常鹏翱 隗斌 译] 216

■ 学术沙龙 239

学术沙龙 241

■ 立法数据 257

《地上权条例》[李静 译 张双根 校] 259

■ 典型判例 273

停车位特别使用权在住宅所有权人共同体内部的转让
——《联邦最高法院民事判例集》(BGHZ),第73卷,
第145页以下[张学哲 编译 王洪亮 校] 275

Referate

专题报告

买卖不破租赁

1. 报告

《中德私法研究》(2006)第1卷
页3—19
Archiv für chinesisches – deutsches
Privatrecht
Vol. 1, 2006

谈“买卖不破租赁”规则的客体适用范围问题*

张双根**

一、引 论

1999年起施行的《合同法》第229条规定：“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。”该规定即为学者所称的“买卖不破租赁”规则。^[1]此前涉及该规则的规定，尚有1988年最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第119条第2款：“私有房屋在租赁期内，因买卖、赠与或者继

* 本文为2005年4月于《中德私法研究》编辑部所作报告之文本。为与各位参与同仁之评论保持一致，除个别文字外，本文基本保持原貌。事后增补之若干新思考，均见于新加注释，并以特别注释符号（如5a）与楷体字标出，以示与原文本之区别。——著者

** 德国柏林洪堡大学法学博士，北京大学法学院讲师。

[1] 参见王利明/房绍坤/王轶：《合同法》，中国人民大学出版社2002年版，第382页。

承发生房屋产权转移的,原租赁合同对承租人和新房主继续有效。”另外,原《经济合同法》第23条第2款亦规定:“如果出租方将财产所有权转移给第三方时,租赁合同对财产新的所有方继续有效。”〔2〕前后比较,《合同法》第229条文辞之简约,已达惜墨如金之境地,将这项具有极丰富内涵的制度,浓缩于区区26个汉字之中。这是否意味着《合同法》第229条的表述,是立法者对该制度经过通盘思考后而胸有成竹的选择呢?恐怕不见得是,且有两事为证:其一,在《合同法》之前,就买卖不破租赁制度,学界鲜有详细探讨,故为此项制度立法,理论准备极为贫乏,〔3〕通盘思考无根基可言。其二,在《合同法》颁行的同年,局外人台湾地区民法学者苏永钦教授,即在其一篇论及台湾地区民法相同制度的论文的注批中,表示了对该条规定的怀疑:“中国大陆今年通过的《合同法》第229条规定:‘……’,不仅不区分动产不动产,而且完全混淆契约效力、履行和移转问题,足以当之。”〔4〕苏先生之语,说得轻点,是对《合同法》第229条规定的批评,说得重点,更是对凝聚于该条中的大陆法学智力水平的否定!那么,苏先生的批评,是否切中肯綮呢?让我们自己来检讨一下。凡文辞简约而不当者,异解遂滋。就《合同法》第229条规定而言,其辩莫难解者,约略有如下五端:第一,《合同法》所规定之租赁,包括动产租赁与不动产租赁,则第229条之规定,是否均能同等适用而无区别之必要?第二,该条仅言“发生所有权变动”,然所有权变动有基于法定者,亦有基于约定者,则不同原因之所有权变动,是否均有该条适用之余地?且,所有权变动之外的其他物权变动,对租赁权是否能产生影响?第三,该条所谓“在租赁期间”,又该何解?租赁契约虽有效成立,但出租人尚未交付租赁物与承租人,是否亦为“在租赁期间”?第四,就租赁合同,《合同法》未有类似于买卖合同第132条第1款的规定(“出卖的标的物,应当属于出卖人所有或者出卖人有权处分。”),故而,出租人与出租物所有权人非为同一人者,应为法所不禁,此时若发生所有权人处分租赁物之情形,则又应如何适用第229条之规定?第五,就“买卖不破租赁”之法律效果,该条仅曰:“不影响租赁合同的效力”,然租赁合同在出租人与承租人间,本属债权契约,其效力原本就不受出租人有无所有权以及所有权是否变动的影 响,故而,泛言“不影响租赁合同的效力”,实不知其所云者为何。由以上五端疑问,再回观苏先生的批评,则吾已无语矣!惜乎苏先

〔2〕此外,《担保法》第48条:“抵押人将已出租的财产抵押的,应当书面告知承租人,原租赁合同继续有效。”以及《最高院担保法解释》第65条:“抵押人将已出租的财产抵押的,抵押权实现后,租赁合同在有效期内对抵押物的受让人继续有效。”这两条规定涉及“买卖不破租赁”规则的准用问题,可参见王泽鉴:“买卖不破租赁:第四二五条规定之适用、准用及类推适用”,载氏著:《民法学说与判例研究》(第六册),中国政法大学出版社2005年修订版,第202页。

〔3〕远者如王家福主编:《民法债权》,法律出版社1991年版,第650页,就此仅略略几句,且径认“承租人获得物权性质的租赁权”;近者如梁慧星主编:《中国物权法研究》(上册),法律出版社1998年版,第79页,亦语焉不详。

〔4〕苏永钦:“关于租赁物权权效力的几个问题——从‘民法’第425条的修正谈起”,载氏著:《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版,第341页,注11(底线着重号为本文作者所加)。

生的当头棒喝,并未喝醒多少大陆同行,多数有关合同法的论著,因袭《合同法》前的成论,一仍其陋。〔5〕

本报告限于篇幅及时间,专就买卖不破租赁规则的客体问题,〔5a〕谈谈自己的看法。为何以客体问题为切入点?盖客体问题,牵涉租赁权的性质、买卖不破租赁规则的制度目的及构造等根本性问题。报告思路,先谈买卖不破租赁规则的含义,意在为术语表达正名;次谈租赁权的性质,旨在分析租赁权向物权异化的空间;再谈买卖不破租赁规则的制度目的,说明其仅为不动产租赁而设;最后论及对动产承租人之救济可能,揭示占有在其中所担当的功能。

二、买卖不破租赁规则的含义

“买卖不破租赁”规则,依通说源于近现代大陆法系民法,〔6〕与罗马法上的“买卖破除租赁”规则相对立。

依罗马法上的“买卖破除租赁”规则,租赁契约在法律性质上为债权契约,仅在契约当事人间发生其效力,承租人依据租赁契约所获得的对租赁物的占有、使用乃至收益的权利,仅只能对抗契约的对造当事人,即出租人,而不得向契约外的第三人主张。故而,一旦出租人将其出租物的所有权让与他人,则出租人与承租人间租赁契约,对受让人不具有约束力,承租人对租赁物的占有,对受让人来说即构成无权占有,受让人得依据其所取得的所有权,向承租人(现占有人)主张所有物的返还,亦即有权立即将承租人“逐出”租赁物。而在承租人方面,自不得以其依租赁契约所生的租赁权,对抗受让人的所有物返还请求权,而只能向原出租人或其继承人行使诉权。〔7〕

反之,依“买卖不破租赁”规则,在出租人将租赁物交与承租人后又行让与之情形,承租人不仅得以其租赁权对抗新所有权人(受让人),而且更得以其租赁契约对抗新所有权人。换言之,新所有权人须依法继受原所有权人的出租人法律地位,租赁契约之债的关系,因而发生法定的主体变更,且为概括承受。由此可见,在买卖不破租赁问题上,其法律构造的结果,已不单是一项债权的物权化,而是整个租赁契约的物权化。其结果,不仅使承租人的租赁权具有对抗受让人所有物返还请求权的效力,而且更使受

〔5〕 依笔者所接触的文献,就《合同法》第229条有系统的论述并反思者,仅易军/宁红丽:《合同法分则制度研究》,人民法院出版社2003年版,第8章,第211—244页。

〔5a〕 本文所称之“客体”,准确言之,应为给付行为之客体或标的。关于给付之标的与债之标的之不同意义,参见王伯琦:《民法债编总论》,国立编译馆出版,1993年台初版第15次印行,第112页。

〔6〕 参见苏永钦:同上揭4,第338页。

〔7〕 参见 Münchener Kommentar zum BGB (3. Aufl., 1995), § 571 Rn. 2 (S. 1503);[意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第378页。

让人取代原出租人而直接进入租赁关系。^{〔8〕}更有进者,这种物权化构造,甚至不必动用登记这一物权法上的技术手段,即可完成。^{〔9〕}

据此制度内容,我们来看看“买卖不破(或破除)租赁”之表述,是否精确到位。首先,“买卖”二字,不得其要,盖买卖与租赁均为债权契约,彼此间不发生效力上的牵扯,故学者多认为,“买卖不破租赁”应改为“让与不破租赁”,^{〔10〕}从而强调所有权让与之效果。此点纠偏,可资赞同。然如此一改,是否已准确概括该制度之内涵呢?笔者认为,仍有疑问,且关键在于“破”字当做何解?若径依“破”之字面义,作破除、打破、击破解,认“使租赁契约之效力归为消灭”,则“买卖不破租赁”固为不当,然“让与不破租赁”之表述,亦不见得切中,盖即使在罗马法之规则上,亦并非使租赁契约归于消灭,租赁契约仍存在于出租人与承租人之间,只是在内容上转为损害赔偿责任,^{〔11〕}而近现代的“不破”规则,亦并非使原归消灭之租赁契约起死回生,故以“让与”代替“买卖”,仍是隔靴搔痒。结合该制度之内涵,笔者认为,“破”字当做“对抗”讲,从而“让与不破租赁”,即指所有权让与之结果,不得对抗租赁契约,自反面言之,则是承租人得以其租赁契约或租赁权,对抗受让人之所有权。

那么,承租人之租赁权,何以能对抗受让人之所有权呢?对此,我们先分析租赁权之法律性质。倘若租赁权本身能够设计为物权,则其对抗属性,自不待论。倘若租赁权在性质设计上偏向于债权,则要明了租赁权之对抗性理由何在;若将对抗性归结为物权性的效力,则该问题也就转化为,债权性的租赁权向物权性异化的空间有多大。

三、租赁权的性质

租赁权乃依契约而生,故为全面计,不妨将分析思路分为两层:第一层,考察租赁契约的特点;第二层,考察租赁权自身的内容特性。

(一) 租赁契约的有偿性

在租赁契约中,可能影响其权利性质构造的因素,依笔者的认识,主要在于其有偿性。

〔8〕 德民、台民之通说,参前揭 Münchener Kommentar zum BGB, § 571 Rn. 16 (S. 1506);苏永钦:同上揭4,第337—338页。

〔9〕 德民第566条之效力构成,不以登记为要件,盖在德国民法上,债权性的租赁权不具登记能力也,参见[德]鲍尔/施蒂尔纳:《德国物权法》(上册)张双根译,法律出版社2004年版,第293页,边码36;至于占有在其中所具有的功能,详下述。

〔10〕 参见王泽鉴:同上揭2,第186页;[德]鲍尔/施蒂尔纳:同上揭9,第671页,边码73。

〔11〕 参见[意]彼德罗·彭梵得:同上揭7,第378页;梅迪库斯(Dieter Medicus):Schuldrecht II, Besonderer Teil, 11. Auflage 2003, S. 109, Rn. 228。

所谓契约的有偿性,是指当事人双方因契约之作成而互受利益而言,亦即一方当事人依契约自对方取得利益时,自己应受一定之不利益。故而,有偿性描述的是契约两造互受利益的对比关系,契约亦常因其有偿性而构成双务契约。^[12]而且,若采物权行为之思路,则有偿性要素,亦仅存于债权契约中,物权契约为处分行为,仅以物权变动为内容,丝毫不含两造利益关系之对比。反之在权利,因其仅自权利主体与客体之单方面关系着眼,所描述的仅是一造(权利主体)的利益,不含对造当事人利益关系之对比,故而,就权利本身言,无有偿性可言。然而,权利因契约而生,契约之有偿性,是否影响至依契约所生之权利的性质构造?对此,原则上应为否定之回答。盖在物权,就其中与本题相关之用益物权而论,虽土地使用权、典权等之取得,常有土地使用权出让金、典价等作为对价,然此等对价之意义,常在该等物权之存续上有其效力,即未依约按期支付对价,可导致设定人有权废止该等物权,而对于其物权性质并无影响,况乎设定人就此对价为减免,亦非法之所禁,更与物权法定主义不生龃龉。而在债权性之使用中,依契约自由原则,让渡对物之使用的当事人,亦得放弃对价利益之取得,此时虽可影响契约之性质,如由租赁而变为无偿之使用借贷,但使用权人对物之使用内容,并不因此产生多少实质性改变,使用权之债权性质,更不发生变化。职是之故,仅抽象的自有偿性角度,探讨权利之债权或物权性质,不得要领。^[12a]

[12] 关于契约有偿性与契约双务性间的关系,可参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2004年二刷,第58页。

[12a] 就契约有偿性问题,笔者愿在此处再略作补充:首先,用益物权之设立是否有偿,乃其背后之原因行为问题,与其物权之性质无关,即便设立人无偿为之,亦仅为其原因行为上的私法自治之表现,故而,在法律行为方式设立立法上已明定为物权种类之物权时,在采取物权行为独立性与无因性之立法例,实际上因物权行为独立性与无因性之作用,使得有偿性因素进入不了影响其物权性质的范畴,换言之,因物权行为独立性与无因性之作用,有偿性因素已被割裂于物权性质之外,仅能影响其原因行为。反之,在不采物权行为之体例,其结果不应有异,只是在解释上只能循权利不存在有偿性的思路。其次,就非物权性的债权性使用权,法律上的原则起点,应恰好反过来,应首先考虑到债权人以有偿方式取得使用权这一因素,应加重对有偿性使用权人利益之保护,盖有偿性与对物用益之取得与享有,常立于对待给付之关系(亦即双务契约关系,租赁契约正属于此之典型),偏重于一方,即会破坏此对待给付关系,从而,在债权性使用权之物权化过程中,有偿性应是一并予以考量的因素。实际上,本文后述所持“保护承租人生存利益”之立论,其前提亦应暗合此承租人应支付租金之义务。再次,若承租人乃无偿取得对物之用益,则即便遇有“保护承租人生存利益”之大原则,该原则之作用结果,亦不应剥夺出租人之正当获益权利,否则一味张扬“保护承租人生存利益”,已超出民法规范所能承受之功能范围,盖对(不付租金或付不起租金之)无偿承租人之“生存利益”的救济,已应属于国家法或社会保障法之调整范畴,单个之私法主体对他私法主体原则上不负“施加社会救济”的义务,实际上亦无法完成此项功能。

(二) 租赁权之内容

《合同法》所规定的租赁契约,其客体以物为限(第212条称“租赁物”)。^[13] 租赁权之内容,乃对租赁物之使用收益,其中使用是关键,收益多因使用而衍生。如此之权利内容,对租赁权性质之构造,产生什么样的影响呢?另一方面,对物之使用,必以对物之直接占有为前提。而直接占有者,乃占有人对物之实际控制状态,即占有人对物享有实际上的管领力。这样,对租赁权性质的讨论,又可回到占有问题,更确切地说,回到主体与物之间的关系问题。故而,我们不妨先了解一下主体与物之间的关系在理论上的构造,进而在大的理论框架下,求得对租赁权性质的把握。

1. 主体与物之间的关系

对主体与物之间关系的分析,第一步应考察的是事实层面的现象,即主体对物有无事实上的支配与控制。倘若主体对物有事实上的支配与控制,^[14] 则可认定主体对物享有(直接)占有。^[15] 占有在性质上,依通说虽仅为一种事实,但该事实状态在法秩

[13] 就租赁之含义及客体,在法制史上有一段演进史:罗马法上的租赁(locatio conductio),范围最广,包括物之租赁(locatio conductio rei)、劳务租赁(locatio conductio operarum)以及工作成果租赁(locatio conductio operis faciendi)。此种租赁名下的三分法,为法国民法所承继(法民条1708、1779)。在19世纪后期,这种物与劳务不分之统一租赁法体系,渐为德国、瑞士、西班牙等国民法所弃,而就劳务及工作成果,另设雇佣与承揽契约。然在德、瑞,租赁又分为使用租赁(Miete,德民条535以下、瑞债条253以下)与用益租赁(Pacht,德民条581以下、瑞债条275以下),前者之客体仅以物为限,后者之客体尚包括权利。买卖不破租赁规则,在德民规定于使用租赁之第566条,而用益租赁依第581条第2款得准用之。上述内容可参科英(Helmut Coing):Europäisches Privatrecht, Band II, München 1989, S. 481;周相:《罗马法原论》(下册),商务印书馆1994年版,第716页以下;史尚宽:《债法各论》,中国政法大学2000年校勘重印版,第150页以下。

我国现行民法上的租赁,大体与德、瑞、西等民法立场相近。本文所论虽以《合同法》之规定为主,但应注意者,尚有:第一,依1988年起施行之《全民所有制小型工业企业租赁经营责任制暂行条例》之规定,企业得成为租赁之客体;而企业之构成,除有体物外,还包括各种性质的权利,由此权利亦可得为租赁之客体。此种企业租赁经营,颇类于德国民法上的用益租赁制度。第二,依1990年《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第4章,2003年《农村土地承包法》第32、36、37、39条之规定,国有土地使用权与土地承包经营权,也可以成为租赁之客体。然与前述之企业租赁不同,在土地使用权租赁(包括土地承包经营权之租赁),其客体仅是一项权利,且租赁权之内容,实为对土地之使用收益,而非对土地使用权之使用,故而,在土地使用权租赁场合,究其实质,乃土地使用权人以土地为出租客体,以“土地使用权租赁”称之,似有未当。

[14] 在主体对物无事实上的支配与控制时,有时仍可成立其占有,如下注(注15)所示之间接占有与以他人(占有辅助人)为占有工具之占有,有时虽无占有关系,但对占有物有请求关系,如所有权人对侵占人之所有物返还请求权、买受人对出卖人交付标的物之请求权。对后一情形之考察,于研究债权物权之区分,有重要意义;本论题仅限于讨论承租人之(直接)占有及租赁权,故从略。

[15] 此时须注意两个例外:第一,主体对物虽有事实上的直接支配与控制,而法律不认其有占有者,占有辅助人情形;第二,主体对物虽无事实上的直接支配与控制,但可通过直接占有之媒介而享有占有者,为间接占有者情形。然在此情形,其占有之成立,均要求一定关系之先存,即在占有辅助,要求占有人与辅助人间存在从属关系,而在间接占有,一般亦以所谓占有媒介关系为其成立前提。故而,这两种占有情形,已非单纯之事实层面问题,而已触及占有背后的法律关系。另,此二例外情形,本身构造颇为复杂,且与本文论旨关切不深,故从略。

序上非无保护价值，^[16]故而，现代民法多设占有保护制度，以维持占有之事实状态。由此，以禁止之私力侵夺或妨害他人之占有者，占有人得基于其占有之事实，对侵害人行使自力防御权，或主张占有保护请求权。^[17]

然而，占有人虽得依其意志对物实施支配与控制，但此种支配毕竟仅为一种事实上的支配，不含任何法律的评价。若要引入法律的评价，则须进一步考察，即须对该事实支配背后的法律关系予以分析。法律关系中寓有权利义务，是故，第二步的考察为权利层面的分析，即探究该事实上的占有，有无权利为其作支撑，或曰占有人取得其占有有无权源。占有有无权源，在对占有的保护上，遂生差异。申言之，若占有人取得其占有，无法律上的权源，则其占有为无权占有或非法占有，对占有人的保护，也就仅止于占有事实状态之一层；^[18]又，占有人之占有既为无权，则必另有对物享有权利之人，在该权利人基于其权利而对无权占有人主张占有物之返还时，无权占有人在法律上无可为抗辩，即须负返还占有物之义务。^[19]若占有人取得其占有，有其权利依据，则其占有构成有权占有或合法占有，占有人乃依该项权利，而对物予以占有也。由此又产生两方面的效果，即一方面占有人对物之占有及使用等，应以占有权所规定之内容为限，另一方面占有人之占有权多源于他人之本权，故而在占有人所享有之保护方面，除基于占有事实之物权法保护外，对于本权人基于其本权向占有人主张占有物返还请求权时，占有人得基于其占有权而予以抗辩，如在租赁期间，承租人得基于其租赁权，拒绝出租人之租赁物返还请求。^[20]因此，在占有事实之外附加有权利因素时，占有人所享受的保护，也就更进一层。

然而，若分析仅止于此，则尚不能谓已揭示占有人与物之间关系的全部内容，盖占有权人会发问，自己的占有权，除上述针对本权人之抗辩效力外，是否具有其他效力？详言之，针对他人侵害其占有或占有物之行为，占有人除基于其占有之保护外，是否得以其占有权为据，向侵害人主张其占有权受侵害之责任？若本权人之外的第三人，取得对物之物权，并基于该项权利而向占有人主张占有物之返还，则占有人是否仍得以其占有权而予以抗辩？要回答这两个问题，则务必使我们进行第三步的考察，即对占有权性质的性质进行分析。因是对权利性质的分析，故第三步的考察仍为权利层面

[16] 占有保护之思想基础，向有争议，简要阐述可参见鲍尔/施蒂尔纳：同上揭9，第157页，边码9。

[17] 德民可参见[德]鲍尔/施蒂尔纳：同上揭9，第9章，第154页以下；台民虽未使用“禁止之私力”概念，但学者见解同德民，参见王泽鉴：《民法物权，第二册：用益物权·占有》，中国政法大学出版社2001年版，第343页；我国各物权法草案，就占有之保护，大体承台民体例。另，除正文所述之物权法手段外，债法上的侵权行为法与不当得利法，对占有亦有保护作用，对此可参见前揭鲍尔/施蒂尔纳氏与王泽鉴氏之著作。

[18] 占有纵无权源，占有人仍得基于其占有之事实，享受占有保护上的权利，乃通说也，对此可参见[德]鲍尔/施蒂尔纳：同上揭9，第161页，边码17。

[19] 参见王泽鉴：同上揭17，第177页。

[20] 同上。

的考察。可作为占有之权源者,可大致分为两类,即物权与债权。^[21]基于物权之占有者,如所有权人、动产质权人、留置权人、土地使用权人、农地承包经营权人、宅基地使用权人、地役权人、典权人、居住权人之占有等;^[22]基于债权之占有者,主指契约之债,因契约自由原则,不可能穷尽列举,大体以物之交付为其必要内容之契约者,均足当之,如承租人、借用人、承揽人、运送人、保管人、仓储人、受托人之占有等。占有权之为物权或债权,对上述两问题之回答,便见分晓。申言之,若占有权为物权,则在他人不法侵害其占有或占有物时,占有人除享有占有保护权利外,更得基于其物权而主张物权受侵害时的保护,尤其享有物权请求权;^[23]若物权设定人以外之第三人,取得对物之所有权或其他物权,则占有人先存之物权,其效力并不因此而受影响,第三人对占有人所主张之占有物返还请求,占有人得基于其物权而予以拒绝,盖物权具有对世效力也。反之,若占有权仅为债权,则对这两个问题均应为否定回答,占有人既不得以其占有权受侵害为由而有所主张,亦不得以其占有权来对抗物的新所有权人或其他物权取得人。

如此三步层层推进的分析,大致可勾勒出主体与物之间的各种关系构造,总结如下:主体对其物,初由占有之事实,次经占有权,再至占有权之物权性,而获得渐次增强之保护。自占有角度来观察,则该条总结又可转述如下:占有所获得的保护,随占有有人有无占有权而变化,占有有人之占有权,对占有有人地位之保护,具辅助强化作用,且随占有权之物权性而达极致。故此,占有有人占有权之物权属性,对占有有人利益保护,至关重要。

2. 租赁权之债权性

然而,上述分析,仍不能回答:为什么此权利为债权,而彼权利在性质上却归为物权?回到租赁权问题上来。租赁权的内容,为对租赁物之使用收益。而以使用收益为权利内容者,在物权法领域,恰恰存在用益物权这一大类。为什么同为使用收益,^[24]

[21] 此外,占有尚可基于亲属关系所生之权利,如台民第1019条之夫对妻原有财产之使用收益权、第1088条之父母对未成年子女特有财产之共同管理权,参见王泽鉴:同上揭17,第177页。然此时夫或父母之占有,乃基于法定关系之直接占有,妻或未成年子女得因此而成为间接占有人。

[22] 我国立法草案就物权之种类,彼此略有不同,上述从王利明教授及全国人大常委会法工委之草案。

[23] 关于物权请求权,德民以所有权为典型,规定各种物权请求权,而就其他物权,特设各准用条款,台民大体从之;而我国各物权法草案,均在物权法总则中,就物权保护设一般性规定。德台体例,虽其准用条款之设置,不免繁复,且在未设准用条款之物权,常生准用与否之争议,但其优点在于,能于所有权章中,就各物权请求权之具体内容,尤其就所有权人与占有人之关系,予以详尽规定,从而减轻占有规定的负荷。反之,在设一般性规定之体例,虽可尽抽象之能事而简约条文设计,然各物权是否均有各物权请求权之适用,不无疑问,倘若因此而设适用之限制,则一般条款之简约功能,必失之于各物权中的特别限制条款;且所有权人与占有人关系之规范,势必割裂于“物权保护”与“占有”两块,如梁慧星草案,或将就于“占有”章中,如王利明草案、全国人大法工委草案。两种体例,孰优孰劣,颇值深思。

[24] 以变价并优先受偿为内容之担保物权,在逻辑上,只能成就其物权属性,否则担保之目的,即告落空。

在租赁只能成立债权,而在土地使用权、农地承包经营权、宅基地使用权、地役权、典权、居住权等,却成为用益物权而具有物权属性呢?因此我们尚不能满足于三步骤考察,还须续其第四步,即考察租赁权内容乃至客体之特性。

从法制史角度看,罗马法以降,租赁权虽大多列入债权体系,但其间亦有例外立法例,将租赁权规定为物权者,如依1794年之《普鲁士普通邦法》,由租赁关系所设立者,乃一项物权;又如在西班牙民法中,不动产租赁契约长于6年,且已登记者,不动产租赁权视为一项物权。^[25]如此一来,将租赁权是否规定为物权,则似乎仅是一项立法政策选择问题,而未必有内在的逻辑要求。依笔者认识,其实不然。将租赁权规定为物权,至少遭遇下述棘手问题:其一,客体问题。租赁之客体为物,且不分动产与不动产。传统类型之用益物权,多成立于不动产之上,将不动产租赁定位于物权,似无疑问。然就动产租赁,若设计其性质为物权,则在某一特定之动产物上成立用益物权,实难想象,盖动产易于流动,且其寿命不似不动产长久,不适于建立长期稳定之用益物权关系。虽就立法例言,德国法上有动产用益物权之规定,亦即存在动产用益权(*der Niessbrauch an beweglichen Sachen*),然细考其适用范围,则可得知,就某一特定动产而设定用益权者,在德国法实践中几未所闻,仅在就某人之财产或聚合物或土地设定用益权,而该财产或聚合物之构成中含有动产,或该土地有其动产从物之场合,得因物权特定原则,就各动产而成立用益权。^[26]故而,自客体角度观察,纵以租赁权为物权,亦只能以不动产租赁为限。其二,公示问题。租赁权产生于租赁契约,故若以租赁权为物权,则其成立必须满足法律行为方式物权变动之公示要求。此在不动产租赁,借助不动产登记簿而完成公示要求,法技术上问题不大。然在动产租赁中,甚为困难,盖动产物权之公示手段,仅占有一端,而占有之公示能力,本已微弱,若再要求其公示具有使用内容之动产物权,则无异于雪上加霜,其结果,更使动产交易之进行如履薄冰,盖动产租赁权一旦为物权,则应有善意取得制度之适用,从而在动产所有权及质权善意取得之外,对动产所有权人又多一分威胁,更使其惮于将物交与他人。由此,自公示角度看,亦仅以不动产租赁,在法技术之构造上,有使其为物权之可能。其三,期限问题。传统用益物权在存续上,常以较长期限为特点。反之在租赁,租赁权之存续,在立法上多设上限,如《合同法》第214条之20年最长期限,然在最长期限内,租赁期限之长短,全依承租人之主观需求,可长可短,且无下限。就几天、几月乃至年余之短期不动产租赁,若悉定为物权,则对租赁方式之运用,恐非善事,盖不动产物权设定行为(书面)形式及公示要求之烦琐,恐使当事人望而却步,从而另谋他途。若如西班牙民法,取一定期限为准,而分其为债权或物权,则该期限应为多长,又为颇费思考之疑问。综此三点,则租赁权在性质上,定位于债权体系,有其内在的逻辑性,并非仅仅的立法政策选择。即

[25] 对此参见科英:同上揭13, S. 482。

[26] 参见[德]鲍尔/施蒂尔纳(Baur/Stürner):*Sachenrecht*, 17. Auflage, München 1999, S. 668 Rn. 1 f.。