

第一编物权法总论

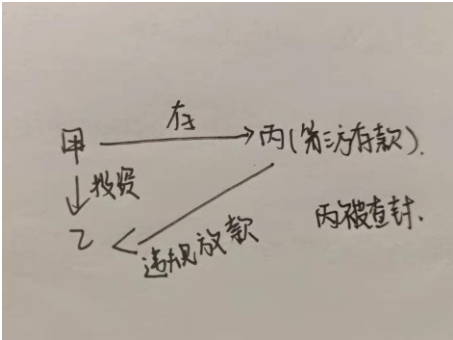
一、物权的概念和特征

(一)概念

物权人直接支配特定物并排他性地享受其利益的权利。
三种学说与三要素：支配特定物、排他(核心)、享受利益——黑车扣押之后能否不返还、甚至销毁防止公权力侵犯私权
政府安置房能否上市交易。
可分别作为科学定义、立法存在和教学说明。

(二)特征

- 1、物权是权利人直接支配特定物的权利——民事法律关系客体：物、行为、人身、智力成果。
 - (1)权利人按照自由意志支配物的限度——租客实现的是房东的意志，业主实现的是自己的意志
 - (2)直接支配特定物——种类物与特定物的区别
- 物权的标的原则上限于特定物、独立物和有体物
货币特殊性，即本身无价值，难以原物返还以及占有即所有，并引发第三方支付错误是否构成侵权。



- 物权的客体必须为现已存在的特定物
- (3)无须他人协助——绝对权与相对权的区别
 - 2、物权是权利人直接支配标的物而享受其利益的权利
民事权力的本质：行为的界限说、耶林的利益说、法律之力说。
 - 3、物权是权利人直接支配标的物而享受其利益的绝对性权利（绝对权、对世性）
 - 4、物权是权利人排他性地享受特定物的利益的权利（独占性或排他性）
排他——定分止争——无尽的欲望与有限的社会资源的矛盾——《商君书》
 - 5、物权是一种具有不可侵性的权利且为侵权行为的客体
 - 6、公式性
 - 7、独立处分性

(三)物权与债权的对比

外法史上物权独立于债权的过程。
支配权与请求权(可理解为是否能够自己动手)、绝对权与相对权(约束所有人还是特定人)。

不同	物权	债权
权利性质不同	支配权	请求权
权利客体不同	①原则上只能是独立物、特定物、有体物；电气、热气、冷	①债务人为一定行为（称为给付）或不为一定行为（称为不作

	气、光和各种能量、能源等，仅在可以管理的范围内，方可成为；权利，仅在有法律规定的情况下方能成为物权（如权利质权、权利抵押权）的客体 ②作为物权客体的物只能是现实已经存在的特定物、有体物和独立物，且法律禁止流通的物，也可以成为物权的客体	为) ②作为债权的给付物的物，既可以是不特定的种类物，也可以是债权成立时还不存在的物，法律禁止流通的物（鸦片等）不能作为债权的客体
主体不同	权利主体：特定的人 义务主体：权利主体以外的天下的不特定的任何人	权利主体：特定的人，债权人 义务主体：特定的人，债务人
所涉及利益不同	当事人的利益、国家利益、社会利益、第三人利益；采取法定原则	当事人双方的利益（第三方）；采取任意主义
权利效力所及的范围不同	绝对权、对世权	相对权、对人权
权利效力不同	对标的物的支配力(基于物权的支配力，物权有排他效力、优先效力和追及效力)	请求他人一定行为或者不为一定行为的请求力（各债权平等，无排他效力、优先效力、追及效力)
权利有无存续期间不同	无期限	有期限
其他	物权请求权是被动、消极的； 物权具有存续性； 物权有取得的时效，没有消灭时效的限制	请求权系债权的主要作用； 债权一经满足即消灭； 时效经过后，债权虽未消灭，债务依然存在，债务人享有拒绝给付的抗辩权

案例：体现债权相对性的三角债，如甲请乙帮忙，乙借了丙的钱给甲后来甲不还钱，乙个人破产，丙能代位行使乙对甲求偿权，但可能面临甲的债务人过多平均受偿的问题，若能够证明甲委托乙向丙借钱的意思表示，也可能构成间接代理；且债权与物权的保护力度不同，如甲允许乙付费在其楼顶上设广告牌，后将房屋卖给丙，甲书面通知丙但丙未理会，楼顶设置广告牌不是物权，以债权的方式行使不能约束丙，且未必能够适用买卖不破租赁，因为甲设置广告牌不值得优先保护，楼顶本身没有优先购买权，且涉及对租赁的理解问题

注意：债权平等性的例外：特殊动产多重买卖（交付、过户登记、合同成立）、一般动产多重买卖（交付、支付价款、合同成立）、一方数租（合法占有、办理备案登记、合同成立）、农村土地多重承包（登记、合同生效、合法占有）、国有土地多重转让（变更登记、合法占有、支付转让款、合同成立）

二、物权的效力

(一)缘由分析

占有使用收益处分四项基本权力是否可否，是罗马法与日耳曼法的区别——信托制度(占有使用权归信托公司，原因)

1、物权之间的优先效力：

一般来说，在同一物上，设立在先，权力在先。

例外：

(1)他物权优先于所有权。

为何会有他物权的产生?——罗马法与日耳曼法对四项基本权力的不同理解——我国立法态度:权力的功能与权力不能相分离。

建筑用地使用权的由来——他物权的产生原因(房地主体不同时,有地的人未必有钱,反之亦然,加之添附与房地一体主义)——城市房屋是建立在建筑用地使用权而非国家土地所有权基础上的——对比:英美法可以直接将占有、使用权转让。

担保物权的由来——他物权不是为了使用,是为了交换——处分权如何变相单独实现——对比:英美法直接将处分权转让。

(2)费用性担保物权优于融资性担保物权,原因何在?法定物权优先与利益考量,如留置车辆原价值50万,交通事故后贬值到30万,经过维修后又恢复50万,修理人的利益与其他权利主体并无冲突。

例外:留置权人以自己的名义再设定抵押,抵押权优先于留置权。

2、物权优先于债权:

“一物二卖”与二手房按揭贷款案件(担保物权优先于债权)

例外:买卖不破租赁(绝对),国家税收(优先于普通债权与发生在后的担保物权)——《税收征收管理法》

思考:物权优先于债权说法是否正确与物权优先于债权的内在逻辑

(1)物权的客体是特定物,债权的客体是特定行为。

(2)各论各的——“一物二卖”中登记人享有的是所有权、没登记的享有的是债权,权利基础不同。

(3)买卖不破租赁是债权债务的整体概括承受

3、先取特权——单行法、司法解释的特殊规定。

先取特权优先于取得时间在先的担保物权(海商法中船员、船长的工资;房地产领域中,有抵押权顺位问题,按照房企破产之时业主是消费者、目前住房不满足生活需求(不限于一套房)且支付一半购房款的房屋消费者可优先受偿、工程承包的优先权、建设工程价款优先受偿权、一般不动产买受人已合法占有,非因自身原因未办理登记、税收、土地出让后使用费用的回收、不动产抵押权排列;土地出让阶段,土地出让金的保障等)——体现对国家、弱势群体的保护。

超级优先权的扩张,包括所有权保留、为价款支付提供融资、融资租赁三种方式,超级优先权冲突,谁先登记谁优先,但仍无法对抗留置权。

(二)物权请求权

1、范围:其中确认权力、恢复原状、赔偿损失按照学理性质是债权请求权,其中恢复原状争议较大,但不外乎物权人找人修理由侵权人付款,或者侵权人找人修理两种情形,物本身仍受到一定的损害。原物返还请求权——不受诉讼时效限制、请求权竞和(电瓶车被偷时,物权、侵权与不当得利的竞合,原物返还举证责任最轻,无须证明过错)、相对人是否有法律依据(如出租不能要求返还)、有返还的可能、没有善意取得。

案例:一房二卖办理过户登记的可以赶走签订合同未办理过户登记的债权人,但是原房东不能。

排除妨害、消除危险请求权——妨害和危险存在或者将要发生,且具有不法性——举例,违章建筑影响采光通风和承重墙拆除。

2、物权请求权更像是独立的债权——方便理解。

(1)物权行使不需要别人特定行为的帮助

(2)债权有请求和受领两个功能,物权没有受领的概念——辨析:权力的本体性功能,非救济性功能。

(3)物权的救济性功能要求一切人都不能妨碍,债权的救济性权利是请求权,对象是特定人

3、物权请求权与占有请求权

占有保护请求权：包括返还原物、排除妨害、消除危险三项权力，且返还原物须在侵占发生后一年内行使，学理上存在自力救济的争议

范围：如承租人到期不搬，户主可以行使原物返还请求权，不能行使占有返还请求权，原因在于非侵夺，又如拾得遗失物，同样理由不能适用占有返还请求权；此外，盗赃物出卖给善意第三人，买受人是善意的占有特定继受人，也不能适用占有返还请求权

原因：原物返还请求权只能在物权编占有返还请求权中寻求支撑——孳息抵消费用与孳息返还与费用承担的不同处理办法

其他几项请求权可以适用侵权编的规定，但是排除妨害、消除危险难以适用过错责任，为无过错责任

三、物权的分类

（一）立法分类

1、所有权——一般为国家、集体和个人，还有共有、建筑物区分所有等特殊形式。

2、用益物权——建筑用地使用权、宅基地使用权、土地承包经营权、土地经营权、地役权。

居住权是否必要——人役权(他物权、终身、不能继承和转让)

典当权是否必要——概念区分、历史沿革与可替代性与否。

典权：出典、回赎、绝卖，占有使用收益，核心在于双方交换使用，针对不动产。

当权：当，回赎、绝卖，时限占有与利息，针对动产

引申出定义：他物权既可以设定在所有权上，也可以设定在用益物权上

3、担保物权——抵押权、质权、留置权。

抵押权和质权的区分——债权人是否实际占有

让与担保是否必要——抵押权人处分与法院处分的区别，所有权在名义上属于谁，历史沿革与不采纳的原因(英美法系占有使用与处分权力的分开，习惯法能够作为审判依据，故英美法有让与担保的规定)。

4、准物权——探矿权、开采权、取水权(水域使用)，经常与建设用地使用权、土地承包经营权冲突——行政许可作为审批手段，与他物权不同。如开矿权经常涉及矿业权出让合同生效时间、完成审批登记时间、颁发采矿许可证时间以及许可证允许采矿时间等要素，并以最后为准

5、其他法律中的物权——涉及先取特权

6、权利界限问题，以松茸采摘为例——天然孳息问题中，国家土地所有权与农村土地承包经营权的关系

（二）学理分类

1、自物权和他物权。

2、主物权与从物权(是否从属于其他权利)

了解：如何区分，主要形式是担保物权与所担保的债权。又如地役权与其基础性权利

应用：从物权与非从物权，涉及抵押权设立与从物的产生时间问题，从物产生在抵押权设立之后可一并处分，但不能优先受偿，在实务中最常见的是所有权转让时加盖的猪圈、厨房不能拆除。

3、所有权与限制物权(罗马法与日耳曼法的区分)——他物权都是限制物权

罗马法：占有使用收益处分+抽象出来的其他一切支配权。

日耳曼法：原所有人设定用益物权之后只有处分权；担保物权，原所有人必然丧失处分权，可能丧失占有权(是否登记为准)

何谓处分：转让、在权利上设定负担、变动权力内容、权利抛弃。

4、有期限和没有期限的物权：所有权、用益物权、抵押权是否有时限

5、本权和占有：区分合法和非法占有。

6、不动产物权和动产物权

注意：按照物权客体理论，还应包括权利

(1) 须设定于有形财产——争骨灰案件，物上附带精神价值，共有物如何分割，人格权益如何保护等

(2) 客体特性——现实性（在建工程抵押）、特定性（货币特殊性，即本身无价值、难以原物返还以及占有即所有，并引发第三方支付错误是否构成侵权）、独立性（房屋所有权与建筑物区分所有权，即不能单独卖一间房）

案例：

在建工程抵押，建立在支付 25% 工程款的基础上，且贷款所得必须用于建房，却经常出现抵押率不足六成，导致抵押之后仍无法完工的问题

投资公司将资金存管于第三方平台，第三方平台在未满足投资条件的情况下违规放款并被查封，投资公司如何维权

(3) 区分意义：物权变动依据、物权公示方法、物权设立种类

四、物权的基本原则

(一) 物权法定——以转质权为例

原因分析：

1、用于对抗，能够对抗必须公示，那么公示类型、何种情况可以对抗，都必须法定，只有法定才能对抗一切，如居住权写入民法典

2、确保物权完全垄断的支配性——种类、内容、效力、公示方法的法定

3、最初是防止封建复辟，后来时维护基本经济、政治制度

影响：法律具有滞后性，法律规定的物权不够用，我国通过红头文件和批文的形式，如三万以下可以当，可考虑引进习惯法

引申——违反效果：行为无效，如符合债权设立条件的，债权成立，如债务人和债权人约定，如未能按期还债，可以将其房屋出卖，但未约定能够优先受偿

4、保障交易安全与降低交易成本，当事人只要听名字就可以知道权利内容，债权与之相比可自由约定，第三人难以得知其内容

(二) 一物一权

辨析：组成部分不构成，集合物权可成立

意义：明确物权人对何物承担责任，便于公示

问题：物权的范围(以宅基地使用权为例，修地铁或者高架是否需要权利人的同意，视宅基地使用权的范围而定，是无限还是按照规划?)——空间概念——建筑物区分所有权的由来

理解：赵本山的小品，集体中奖与按份共有

引申：牵涉到物的重要部分与非重要部分的认定，以及返还原物所有权与附合问题，如盗窃油漆与轮胎并附合于汽车，原物主能否要求返还

(三) 物权公示公信

1、公示：占有对应动产，登记对应不动产

对比：物权登记与结婚领证的区别——与结婚的对比，结婚证才是公示

辨析：物权公示与财产公开的区别，第 208 条的问题，即占有、登记只是公示方法，208 条未能解释公示本身的含义

引申：公示制度产生的原因在于物权具有观念性，区别于债权的隐秘性与相对性：

(1) 物权的绝对效力与公示性，如侵害房屋所有权必须赔偿，与是否公示无关

(2) 公示获得的物权对抗力：物权人以享有的物权否认善意第三人的权利或正当利益的主张的效力，即非经登记不得对抗善意第三人

注意：物权公示并不意味着可以随意查询，如夫妻在分别财产制的情况下就不允许查询，债权人也只有在债务人不偿还债务，并要求法院强制执行对方财产的情况下才能够要求查询

2、公信：如房屋登记人(非实际权力人)的卖房行为，又如买房时未在登记机关发现抵押权登记，但存在抵押合同——公示信息与实际产权发生冲突

条件：存在第三人，第三人通过法律行为取得物权，第三人相信公示的权属信息——善意取得引申——公信的前提是公示信息是错误的，把错误的信息当成对的来评价，才是公信力

来源：法国民法典与经济法股东、法定代表人制度

(四)物权与行政法的关系

如征收征用的问题，涉及农村土地的征收、政府、开发商的获利以及高房价问题，关系到私权利的保护与国家与个人的权利界限问题

五、物权的变动

(一)概念

物权发生：取得(从无到有，有房屋建造的创设与房屋买卖的转让两种情形)、设定(如在所有权上设定他物权)

物权变更：客体变更(如院子种树)与内容变更(如建筑用地使用权期限延长)

物权消灭：绝对消灭(物灭失)与相对消灭(转让)

(二)物权变动模式

法律行为与事实行为的区分——法律行为是行为人追求一定法律后果的内心意思表示于外并且产生一定法律效果，旨在设立、变更与消灭一定法律关系的行为——物权变动的立法模式是建立在法律行为基础之上的学理分析。

1、意思主义——法国模式

举例：房屋买卖中合同成立生效房屋所有权即发生转让，无须交付与登记

分析：合同包含两层意思表示，即债权债务发生与所有权转移——没必要区分有因行为还是无因行为

优势：在交易较不发达地区、自然经济占优势的熟人社会具有便利性——农村土地承包经营权

劣势：实际产权状况与登记公示的内容不一致——善意第三人的权益保护问题——补救：登记对抗主义

2、形式主义——德国模式

举例：房屋买卖中，合同作为建立债权债务的意思表示，加上双方变动房屋所有权的意思表示，以及登记这种外观形式，方产生物权变动的效果——两个意思表示、法律行为和法律效果

思考：有因行为还是无因行为？参照票据和代理权授予的行为；法律行为与登记交付的关系。

3、折中主义

定义：一份合同有建立债权债务关系和发生物权变动的双重意思表示；买卖合同只发生债权法上的效果；

物权变动要求完成登记或者交付

思考：以上哪部分采用意思主义，哪部分采用形式主义；是否有无因性？

4、我国的物权变动模式

(1)思考：我国采取的是何种模式？——物权变动与债权设立相分离

历史沿革：民法上曾有房屋买卖合同未经登记无效的规定，出现过甲付款给乙并收房，但未办理过户登记，甲后因房价上涨，主张合同未登记无效，愿意返还款项并要求乙腾房，但发现甲已经将房屋卖给丙，甚至进行了装修；后来学者逐步明确了，是否登记只是双方当事人是否履行合同义务的问题，与合同本身的效力没有关系，未办理登记只是物权未能发生转移

甚至，担保法还出现过抵押合同未经登记无效的条款，原理同上

思考：被法院查封、扣押期间的房屋能否买卖？

可以卖

(三) 基于法律行为的不动产物权变动

1、登记的效力——三种主义：

(1)登记生效主义——除土地承包经营权的转让、土地经营权的设立与转让、地役权之外的不动产物权变动、部分权利质押，包括在所有权上设置用益物权，以及所有权发生变动两种情形

(2)登记对抗主义——无须登记也取得物权，但是未经登记不能对抗善意第三人——土地承包经营权的转让、土地经营权的设立、地役权的设立——注：在动产领域还包括动产抵押、特殊动产抵押与动产浮动抵押

(3)登记处分主义——基于法律行为之外的原因取得物权，必须经过登记才能进行后续处分——如继承、建造、法院强制执行、政府征收等

2、更正登记

有技术上的错误，如将房屋使用面积登记成建筑面积，导致买房少付购房款的案件，按照《不动产登记暂行条例实施细则》第 80 条，既然所有权已经转让，更正登记已无意义，卖方以不当得利请求买房付款，并追究登记机关责任

也有当事人故意的情形，如甲公司欠款，为防止名下房产被执行，与乙公司串通，由乙公司提出异议登记并要求变更产权

3、异议登记

原因：登记发生错误，包括权属、时间、次序和范围上的错误，且所有权人不同意作出变更登记，实务中较多上手即提出异议登记

流程：对物权有异议的当事人(未必是真正的所有权人)申请

效果：不能限制登记名义人处分物权，但并未无用，为何？

后续：异议人必须在异议登记之后进行诉讼，由法院确认产权之后再申请更正登记

引申：两种立法模式的选择，异议登记是限制登记名义人的处分，还是限制第三人的善意取得，各国立法有所取舍，我国采第二种，但无论如何合同的效力均不受影响

立法模式的影响：异议登记不当造成权利人损害的，权利人可以要求损害赔偿，是指异议登记期间，第三人在购买时发现异议登记，担心风险不予购买的情形，而非异议登记为诉讼外保全，第三人不能购买的情形

问题：法条未规定异议登记一定要提供担保，是因为很多情形下真实权利人没有能力提供担保，但又面临不提供担保容易导致随意申请的问题

4、预告登记

作用：如在二套房的前提下，买方利用分期付款的模式来购买房屋，卖方进行了所有权包括，买方为了防止卖方随意转让房屋所有权或者设定抵押，可以采取预告登记的模式——买卖双方的互相博弈

流程：在签订合同尚未办理物权登记前，由物权人负责办理，登记的内容是合同相对人对房屋享有债权

效果：限制物权人的处分权，不限制其成立新的债权

案例：产权信息登记错误，甚至是借名买房的情况下，登记名义人甲能否在真正权利人乙不知情的情况下与第三人丙签订的房屋买卖合同效力如何？甲能否办理预告登记？该预告登记对真正所有权人乙和第三人丙是否生效，为何？——负担行为与处分行为、无权处分与善意取得

引申：预告登记能否对抗法院的生效判决和强制执行？即预告登记的破产保护作用——开发商进行商品房预售，在房产交付前破产，房屋被法院查封并予以拍卖，买房人能否以预告登记对抗？——法考认为可以，但有学者认为不可，一是财产在登记上仍是开发商的，二是预告登记的物权转移只是有可能发生，万一合同解除物权变动不会发生，三是买房人可以基于先取特权获得特别保护

(四)动产物权变动

1、要件：行为人有处分权、行为人有变动物权的意思表示、交付

引申：动产抵押与动产浮动抵押以法国模式的意思主义为变动条件的原因分析——物尽其用

2、动产交付

(1)现实交付——转移占有——是否约定了交货地址：约定(目的地交货与指定地点货交承运人)；未约定(标的物是否需要运输，不需要则买受人上门提货，需要则货交第一承运人)

(2)观念交付——认知变化

简易交付：受让人已经占有动产，转让人与受让人达成合意，即发生物权变动——举例：出借后的赠占有改定：转让人与受让人达成动产转让合意，又达成转让人继续占有该动产的约定——举例：买卖后的保管——注意：动产质权与某些权利质权不适用，无法适用善意取得——思考：债务人与第三人采用占有改定的交付方式，能否对抗债权人强制执行？

指示交付：第三人占有，转让人将对第三人的债权返还、原物返还与占有返还请求权转让给受让人以替代交付——举例：提货单——物权变动的时间节点：物权编未直接规定，一般以通知到达的时间节点为准

(3)风险承担

原则：交付之前出卖人承担，交付之后买受人承担

应用：占有改定之后的风险承担，如牛买卖之后继续租用，遇到天灾牛死亡如何处理？又如指示交付过程中的风险承担，如化妆品代购，在运输途中遇到的海难如何处理？

3、特殊动产交付

民法典 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

特别规定的原因：船舶、航空器曾经靠进口，海商法和民用航空法的规定也来自于国际惯例，登记是为了方便各国进行管理，我国历来对汽车，甚至是自行车进行登记管理

一种观点：特殊动产物权变动以交付为条件，登记的对抗力也是以交付为前提的。按照文义解释，特殊动产以交付作为所有权转移条件，要对抗善意第三人，除了交付还应当登记，故特殊动产物权的登记对抗性只能在抵押时得到体现，因为抵押不以交付为前提，登记不是特殊动产抵押权设立的先决条件，特殊动产抵押的设立采意思主义

例：甲将汽车交付给乙且乙支付相应价款，但未办理变更登记，甲又与丙签订的汽车买卖合同，并办理了过户登记，丙也支付了价款，应当如何处理？如果甲与丙就该车签订的是抵押合同，丙是否能取得该抵押权？

乙获得了所有权

4、关于无对抗力的理解

无对抗力包括：权利无对抗力(如农村土地权利)、法律事实无对抗力(如法定代表人超越职权的行为等)

渊源：无对抗力规则在法国民法典适用，我国公司法先引入该规则，后在物权领域运用更多·争议：不得对抗的善意第三人范围，必然包括就同一财产已经取得经过登记的物权的第三人，回顾前例，即丙可以无对抗力规则要求取得汽车的所有权，因为丙对汽车登记的公示信息予以信任，乙基于动产交付获得汽车所有权的事实对其来说不存在，但丙未能从甲处实现汽车的交付，不能就该车主张善意取得（“无对抗力规则”和“善意取得”例子：甲将汽车交付给乙且乙支付相应价款，但未办理变更登记，甲又与丙签订的汽车买卖合同，并办理了过户登记，丙也支付了价款。）乙获得了所有权。①丙不能主张善意取得，因为丙没有被交付汽车。②丙可以主张甲将汽车交付给乙的行为不成立（非经登记不可对抗第三人）。

但是否包括就同一财产已申请并经法院采取强制执行措施的普通债权人——如法院依照债权人申请强制执行时买受人提出的执行异议，作为案外人的买受人是否具有足以阻却执行的实体权利——民法典司法解释（一）支持，但学界仍有争议，支持者认为物权优先于债权，买受人享有的是物权，反对者认为债权

人存在信赖利益，法院选择查封无法对抗买受人，再次查封可能面临出卖人转移财产的风险，以及法院执行的社会成本三方面原因

例：甲将汽车卖给乙，实现交付但未在车管所办理登记，后甲因欠款被丙起诉至法院，法院在查询车管所记录后查封甲的宝马车，乙要求法院解除查封，你作为法官该如何处理？

（五）基于法律行为之外事由的物权变动

区别：物权基于法律行为发生变动，才讨论登记或者交付取得物权，若不是因为法律行为发生变动，物权的取得不依赖于登记或者交付，而是采登记处分主义

形式：形成诉权、强制执行的拍卖变卖以物抵债裁定书、继承、政府征收、建造或拆除等

引申：1、法院权力滥用的预防——发生物权变动的法院判决必须是形成之诉——确认之诉、给付之诉与形成之诉的区别，尤其是形成权与形成诉权的区分

案例对比：

确认之诉：不创造任何事实或者权利，只是对事实和权利进行确认，如甲乙签订买卖合同，但乙在催告后仍不付款，甲通知乙解除合同，乙起诉要求法院确认甲不具有合同解除权，又如甲盖房后，乙主张该房屋共同共有，甲要求法院确认房屋所有权归属于自己

给付之诉：法院只能判令当事人有所作为，物权是否变动视当事人行为而定，如甲乙签订买卖合同，甲在乙付款后不肯交付房产，乙请求法院判令甲交付所有权并胜诉，但乙只能在甲实际交付之后才能取得所有权

形成诉权有离婚请求、婚姻撤销、共有物分割、拍卖成交、以物抵债、可撤销合同以及债权人的撤销权

注意：执行中拍卖变卖成交或者以物抵债的裁定书，无论是动产还是不动产，都不需要办理登记或者交付，以裁定书的生效时间为准，原因在于一次性得出终局结果，有效解决执行难的问题，比如台湾地区的执行法，但学者反对意见较大，认为会影响物权变动的系统性

引申：房屋征收的行政命令，也会直接发生物权变动的效果，故引起的批评较大，也未能引入民法典，有学者认为最起码得在听证程序之后才能发生物权变动的效力

2、继承取得物权

继承能够取得物权的原因：被继承人死后财产由家庭成员直接控制——问题：放弃继承的意思表示在继承之后，财产或处于无主状态，故法律拟制放弃继承的效力，溯及至被继承人死亡之时受遗赠被删除的原因——遗赠长期以来被视为附条件的赠与合同，受遗赠人不能直接取得物的所有权，只有在 60 日内做出接受遗赠的意思表示，才发生物权变动的效果——反对意见：有学者提出，受遗赠的意思表示做出之前，物的所有权归谁？遗赠人已死亡不享有所有权，遗赠人的继承人也不应当享有所有权，否则就不是遗赠而是赠与，那么受遗赠人取得财产的时间仍应该溯及遗赠人死亡之时，接受遗赠享有的是原物返还的物权请求权，不接受是抛弃所有权，原规定并无不妥

遗赠扶养协议是否应当等同于遗赠，尤其是在赠与与房产的情形下？

解析：遗赠扶养协议可分为受扶养人生前受到扶养照顾和受扶养人死后得到安葬并将其财产遗赠给扶养人两个阶段，有学者认为，被扶养人死亡时，遗赠发生效力，扶养人当然取得遗赠财产所有权；也有学者认为，遗赠扶养协议是代位清偿预约，一旦继承开始，预约需转化为本约，遗赠人的继承人或遗产管理人、遗嘱执行人应当向扶养人交付标的物，意味着所有权并非当然转移

3、合法建筑的房屋：原因在于房屋竣工或者拆除之后，需要一定时间去办理登记，在此期间房屋所有权或者第三人的信赖利益仍需要保护，如甲并不知情别墅已被烧毁，仍与乙签订的房屋买卖合同并办理了登记

问题：必须是合法建筑，即五证俱全，包括国有土地使用证、建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、建设工程施工许可证、商品房预售许可证，那么小产权房如何处理？政府征收的物权消灭，公共利益如何界定？

第二编所有权

一、所有权

(一)概念：从内容上看，永久全面整体的支配表现为占有、使用、收益、处分，从意思表示上看，支配是支配者将自己的意志反映在物上的过程，通过作用于物，来体现支配者的思想。

(二)特征——全面的支配性与内容的一体性

信托制度：将财产交付信托公司的行为，是一个变动物权的行为，在英美法系中一个物上有占有、使用、收益、处分数项权利，没有所有权的整体概念，所有可以把单独的权利进行让渡，即占有、使用与部分的收益权，在大陆法系对概念进行模糊处理，转移的是财产权

大陆法系的补救措施：他物权的设立。举例，商品房的建造，是建立在他物权即限制物权即建筑用地使用权的基础之上，而非国家对土地的所有权的基础之上。他物权限制的是所有权，时限一到所有权的权能能够回归，即土地使用年限的问题。

(三)所有权的权能

1、占有——事实上的管领力——控制物

举例：超市的自助寄存柜，如物品丢失，涉及合同的认定？——寄存是委托方将财务交给保管方，通俗来说就是保管合同，借用是出借人将自助寄存柜交给借用人(详情参见《合同编》)——自助机的条子为开门的钥匙，那么谁实际控制了商场的柜子？

再举例：宾馆免费停车，车第二天早上发现不见了，是寄存还是借用，请试用占有的概念进行判定，再确定是寄存还是借用合同，最后确定谁承担责任。

2、收益：利用权利给的报酬——草息问题

(1)天然草息与法定孳息：民间借贷、专利权使许可使用，房屋出租是何种草息？彩票中奖的奖金是否草息？股票分红是否孳息？原物能够取回？是否存在风险？

天然孳息不破坏原物，不能杀鸡取卵；法定草息的判断标准是须让渡使用权才能获得的对价，故借贷利息、房屋租金是，分红不是，原因在于股票所有人是投资人不是公司，且有风险

引申：离婚时自然增值和孳息个人所有，其他收益(主要是投资收益)夫妻共有，可分割

(2)孳息的归属——约定优先，也可以按照交易习惯处理，如借贷未约定利息与租赁未约定租金的情形所有权保留情况下孳息的归属，630条和321条的冲突，特别法优先于一般法，交付之后孳息归买受人而非所有权人所有

注意：孳息的收取不等于取得，如质权人可收取草息，但是在实现担保之前对草息没有处分权

3、处分

权利上的处分，包括权利转让(房屋买卖)、权利消灭(抛弃所有物)、权利上设定负担(不动产抵押)、权利内容变更(抵押权顺位与使用时效延长)

事实上的处分，包括物的毁灭与变更，如家养土鸡的宰杀与饿瘦了

注意：他物权能够进行处分：如建筑用地使用权的转让、设定抵押、时间长短变化

债权能够进行处分：如债务减免、债权转让、债权质押？

总结：垄断支配性

(四)所有权的限制

私法上的限制：如相邻关系

公法上的限制：如建筑物外表的粉刷，如政府亮化工程等

表现：容忍义务与作为——是否有于公序良俗——举例：父母由子女分别赡养，一方购买目的不允许另一方安葬母亲的案子

二、国家所有权

(一)国家所有权的性质

宪法规定：如建国初期没收资本家财产、农村土地改革等

学说争议：是否有必要只规定动产所有权与不动产所有权，不区分国家、集体、法人、个人所有，即梁慧星教授观点

(二)国家机关、国办事业单位财产权的性质

立法对比：

国家机关：占有使用以及依法处分

国办事业单位：占有使用依法收益、处分

问题：所有制对所有权的影响，如浙江理工大学资产为国有，那理工大学处分财产，是否需要国家的授权，没有授权即无权处分，甚至可能出现第三人善意取得的情况

(三)企业国有资产的性质

定性：国企财产，国家具有所有权，企业具有经营管理权，原因在于当时国企由国家出资建立，但随着国企改革，民间资本、外资与国企的合作，国有控股即可，该说法已不再提

国企改革后：物权编规定，国家出资的企业，由国务院、地方人民政府按照规定分别代表国家履行出资人的职责，享有出资人的权利，按照公司法应当界定为股权，但是这又与国有资产管理法(出台在物权法之后)相冲突

(四)集体所有权的主体问题

集体土地：本集体成员集体所有，立法深意何在

问题：所有制与所有权的区别，集体财产所有权人的缺位

对比：曾经的人民公社、大队、小队，能够作为所有权人，但已消亡

(五)私法人财产权问题

营利法人：占有使用收益处分的权利

问题：为何不能直接规定所有权，还是国家投资入股公司之后，涉及到所有制问题

影响：按照物权法定原则，国家投资入股公司的财产，是否能够强制执行，强制执行只能针对公司财产；

如何进行不动产登记，该部分财产是登记为公司所有还是国家所有

对比：社会团体、捐助法人规定为所有权

三、善意取得

(一)善意取得与交易安全保护

理由：相信无处分权人有权利进行处分，是所有权的静态保护与受让人交易安全保护之间的冲突

法理：信赖利益与公示公信原则，包括权利外观与身份外观

对比：表见代理可主张代理行为有效

注意：善意取得是原始取得，类似于没收财产的取得方式，物原来是有主的

(二)善意取得的立法模式

国外立法：只涉及动产善意取得

法理：不动产登记与动产占有的公信力不同

我国：一体化规定，动产不动产都涉及善意取得，甚至有担保物权、用益物权乃至股权的善意取得

不动产：借名买房、夫妻共有登记在一人名下

动产：委托物，排除货币、不记名有价证券、禁止流通物

引申：货币、不记名有价证券即使被盗再转卖，也不构成善意取得，为何？

(三)构成要件

1、善意的判定标准及举证责任

(1)善意是不知情，排除恶意串通的可能，是指不知道对方是无权处分

(2)何时不知情，在订立合同时不知情，还是在动产交付与不动产登记时不知情？是后者！例外：设置所有权保留条款，如分期付款情形，只有取得完整所有权的情况下还不知情才构成

(3)举证责任：先有主张善意取得的第三人进行初步举证，主要由物的原权利人承担

如何证明：无权处分人与受让人是否有特殊关系等，如亲属、同居等，可认定为知情非善意

2、合理价款的认定

(1)价款是否必须实际支付，有意见认为必须，否则不构成善意取得，一是对第三人来说并无损失，二是可以有效防止物权人借善意取得规避执行，但立法与之相左，一是善意取得保护的是交易秩序，而非弥补损失，二是当事人以合法形式掩盖非法目的是法院的事实认定行为，故无须实际支付

(2)抵押权的善意取得，价款合理的条件不能适用的原因——担保行为大多是单务、无偿的

(3)赠与等无偿合同是否必然不适用：以抚养对方子女为对价，在赠与合同基础上办理的后发现所赠与房屋是错误登记，原物权人主张返还

3、特殊动产一物二卖，已交付未登记的一方，能否以实际交付主张善意取得

物权法司法解释：可以民法典物权编解释(一)：未明确

学理意见：反对者认为与公示公信原则有矛盾，与无对抗力规则有冲突，且原车主办理变更登记无须实际占有配合；支持者认为可能涉及其他人的信赖利益保护，实际占有人再与第三人签订汽车买卖、租赁合同，故仍有待进一步考察

4、转让合同必须有效

立法进程：曾写入草案，后被删除

理由：合同无效、可撤销是对交易的否定，善意取得是对交易的肯定，如果不能通过合同取得所有权，却可以通过善意取得制度获得，岂不矛盾；物权取得与债权行为是有因的；合同无效、可撤销，必然可归责于交易一方

举例：如果合同可撤销，谁来撤销？如果是无权处分人欺诈第三人，第三人可以直接撤销合同，如果想获得物的所有权，完全可以不行使撤销权，合同自然有效，方有善意取得适用之余地；如果是第三人欺诈无处分权人，作为欺诈人的第三人的法益不值得保护，如何能通过善意取得来获得所有权。

(四)善意取得的效果：标的物上他人权利的处理

民法典第 313 条，动产善意取得，受让人获得原始取得的效果，但受让人知道或者应当知道他人权利存在的除外

原因：动产抵押依合同成立，非经登记不得对抗善意第三人，抵押人未经原权利人同意也可转让抵押

问题：那么不动产善意取得能否适用该规则？

举例：错误登记后，房屋在设定抵押之后，又卖给善意第三人，所有权取得与抵押权设立都是善意取得，那么抵押权是否消灭？不消灭，为什么？

引申：原设定的租赁权，是否因为善意取得消灭

举例：错误登记中，登记名义人出租房屋，并将房屋卖给善意第三人的情形，租赁人认为善意第三人明知租赁情形，而善意第三人要求原始取得效果，如何？

分析：名义登记人将房屋出租是无权处分，原权利人要求取回房屋所有权，承租人不能主张买卖不破租赁，因为租赁是合同行为；但是在本案中，租赁合同是有效的，租赁是有一定物权效力的，承租人是存在信赖利益的，善意取得人在正常情况下(须看房)是明知租赁情形的，符合真实意思表示，且善意第三人无利益损失

(五)对比分析

误区：假冒他人名义处分他人财产，是否善意取得？

对比：表见代理、表见代表；民法总论中的通谋的虚伪行为(举例：已签订房屋买卖合同未过户的，与朋友签订买卖合同并过户)、真意保留(实为赠送情人，做成买卖合同)，合同无效，因此不得对抗善意第三人；

票据法中票据行为的无因性——保护市场交易安全

思考：冒名处分他人财产是否构成表见代理？——举例：房客冒充房东与第三人签订买卖合同——判断标

准：冒名他人是否表明我代理他人，被冒名人如何防范？

总结——善意取得必然是通过法律行为来完成的，冒名行为不发生善意取得与表见代理的效果

四、脱离物无权处分的效果

向无权处分人要求损害赔偿，或者再知道受让人之后两年内要求返还，如有拍卖或者购买的，应当支付相应费用

(一)委托物与脱离物的区分——是否违背别人的意愿

(二)我国脱离物无权处分的立法效果

对比：国外将遗失物与盗赃物一并规定

我国：仅规定遗失物未规定盗赃物，公安部 80 年代曾有部门规章，被物权法废止。

原因：公平与侵吞国有资产的反对意见

结论：盗赃物可以要求无条件返还——对比：司法实践中一追到底与有所保留的两难

(三)适用要点

1、条件限制：法定行使期限、支付费用

实际效果：实际占有人难以寻找；物权人先垫付再要求无权处分人赔偿，增大了操作的难度，除非有精神价值的物品

2、受让人善意的标准

(1)举证责任由受让人自己承担，区别于善意取得

(2)对善意的证明仅限于法律明文规定的事项——拍卖或者商店购买有发票的（否则是无偿回付）

思考——公开市场的界定这一要件为何不见于我国立法？

(3)如存在相反证据，受让人的善意不能成立

(四)关于遗失物返还的立法争议

找不到失主归属拾得人所有；给与拾得人一定比例的奖励；拾金不昧，只有必要费用请求权与由此产生的留置权，有物品损害要赔偿，一年内无人领取归国家所有

学理基础：无因管理，想要奖励除非有悬赏广告

后果：甚至可能构成敲诈勒索罪

(五)漂流物、埋藏物、隐藏物参照适用遗失物规则处理

(六)无主财产归谁所有：①与野生动植物保护的界限②先占原则（中国在某种程度上承认先占，目前没有规定先占原则）

乌木案件：非埋藏物、隐藏物、漂流物，是土地内部产生，也不是文物和矿物，不同于狗头金，国家所有会产生难以鼓励发现者上交国家的问题

五、主物与从物

(一)区分意义：所有权的范围、交易的标的范围

举例：笔记本电脑外接鼠标是否为从物？

(二)从物的附属性：随主物的转移而转移

如何界定：锁和钥匙如何界定，房子与车库如何界定？——在学理上可界定为，一物脱离是否会影响另一物的使用；在司法实践中很难进行一般性辨认，有赖于交易习惯，这就有法官自由裁量权适用的余地

六、添附

新规定：之前未规定，是意义不大，且规则较为明确

包括：加工（玉石雕刻）、附合（我把我的油漆不小心涂到你的车上了）、混合（我的一万颗黄豆和你的一万颗绿豆混在一起）

适用：添附与租赁、担保物权物上代位性的关联，如租客自己加装的木地板如何处理，用作抵押的玉石被

加工成玉雕，抵押权人的利益如何保护？

租客自己加装：①房东愿意利用折价处理②房东不愿意利用，自己清理。

抵押权人的利益：玉变成玉雕，本身价值上涨，但是担保的数额不变。

第三编建筑物区分所有权、共有权

一、建筑物区分所有权

(一)制度由来

举例：上海世博会“城市，让生活更美好”的展馆主体

问题：两户相邻，作为分隔的墙体如何处理(共有)——相邻两户男女结婚，作为分隔的墙体能否打通(相邻关系：是否为承重墙)——楼层加盖，电梯下水管道如何处理(建筑物区分所有权)

(二)概念

建筑物专有部分的所有权(内部空间)、共有部分的共有权(承重结构的共有性)、因共有关系形成团体表决的成员权，为建筑物区分所有权

(三)特征

主体身份的多重性、权利客体的多样性、权利的不可分性

(四)专有部分所有权

1、范围

①构造上的独立性(物理上六面可以封闭)②使用上的独立性(满足一般生活需要)

思考：为何群租房不被允许——不满足使用上的独立性

专有部分的界限：①壁心说(墙壁的中间为界)②空间说(墙壁的墙面，墙本身不具有所有权)③最后粉刷表层说(粉刷层)。

现在通常使用：壁心和最后粉刷层说(房屋面积与使用面积)——举例：凿墙掏个壁橱是否可以？

2、权利义务

权利：占有使用收益处分

义务：不改变结构义务、容忍维修公共设施义务、不影响他人生活义务

举例：顶层住户在客厅设置浴缸（承重）、楼下的下水管堵塞维修

(五)共有部分

一是设备、设施(消防设施、路灯等)、二是承重结构(外墙、天花板、立柱)

收益：停车费与广告费——义务：维修、维护、保养

(六)社员权

立法：我国物权法没有认可建筑物区分所有团体的地位——登记主体太多与管理上的困难(由谁来管理)

理论推导：业主团体(社团法人、财团法人?)——非法人团体，即设有代表人或管理人但未取得法人资格的社会组合体——意思机构：业主大会；常设机构：业主委员会——是否应该有监察机构？

问题：物业为小区业主服务，由业主委员会和物业公司签合同，但是由小区业主交物业费——不存在委托和法定代理，即便有业主大会授权物业公司收取物业费，物业合同约定的是哪两方？

有待解决的问题：业主团体的承认，有决策、执行和监察机构——业主的权力义务

表决权的分配(份额还是人头?)

诉讼地位：最高院解释为业主委员会——问题：物业服务差，必须由业主委员会诉物业公司，业委会不作为如何处理？

引申：物业费的合理性——公共部分的管理对价

思考：业委会成员在管理社区时，是否需要听取居民委员会的意见？

(七)现实问题

1、业主的界定：未办理过户登记，但已签订买卖合同且实际入住是否为业主？

（最高院司法解释：都视作业主）

2、权利结构

(1)专有权：单元房——辨析：与集合物权的关系，如购买一层办公楼，分割方式的不同

(2)共有权：一部共有部分与全部共有部分，前者如某一单元的电梯（在单元的电梯里面放广告，广告的收益归全体小区业主所有/法院有判决，但物权未规定），后者如小区绿化、道路等，须加以区分——原因：费用的分担与收益的共享

楼房露台的归属：共有部分中的专用部分——问题：开发商可以约定买房送楼顶小花园、露台、楼底菜地的原因：购房人明知

3、会所、地下车库的产权归属

争议：建筑区划内，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，业主共有改建部分，属于业主共有，不过也有意见认为小区会所、地下车库归业主共有

(1)会所（小区的经营性用房）

案例：健身会所租赁成店面，收益归谁所有

立法：会所在实务中以经营性用房为主，投资与管理的职能如何履行——物业服务公司运营收益并成立专项资金

(2)地下车库

车库所有权转化：先由开发商所有，再转让给业主

合理期限内购买车位：现实中开始没车未购买车位，等生活水平提高了，车位没有了，如何处理？

人防工程产权归属：人防工程必须有，如地下条件不够须缴纳异地建设费，非战时可以用作车库、仓库，但人防工程未规定所有权，即谁投资谁收益——问题：车位能否办理产权证，确权判断，有地方性法规规定国家所有，有规定谁投资谁所有。

4、业主大会与业主委员会表决

(一)重大事项与表决方式的改变

根据事项不同，由两个三分之二(业主人数与专有面积)参会，两个过半数同意，或者两个三分之二参会，两个四分之三(专有面积与表决人数)同意即可(筹集维修资金、改建重建、改变共有部分用途)

(二)业主改变房屋用途的特别限制：从居住用房变为商用房

历史沿革：从严格禁止到有限放松，现须有利害关系业主全体同意

争议：是否需要审查人是否善意，反对理由是否合理，与业主期待利益的矛盾

(三)紧急动用维修资金的权利：无须经过表决，如疫情封门

(四)共有部分商业收益的归属：扣除成本之后业主共有（业主委员会）

二、相邻关系

(一)概念和特征

定义：相邻不动产所有人和使用人，因使用不动产形成的权利义务关系

学说：

一是相邻关系是独立的权利和独立的义务——举例：相邻管线设置——法定地役权说(为利用我的土地，必须利用你的土地)——物的需要，由法律直接规定（为了让我的房屋获得采光，你家的房子不能建太高）

二是相邻关系不是一向独立的权利，是所有权的扩张与限制——一片土地上所有权的扩张必然带来周围土地所有权的限制——利用范围在哪里？——生产生活所必须（对于遮挡的邻居来说拥有的采光权是否是生活必须的：如规定冬至日必须获得一小时采光）

我国立法态度：相邻关系规范的目的在于保证不动产利用的基本需求，类似于生活必需品；地役权满足不

动产利用的特别需要，类似于生活奢侈品

相邻关系的规范具有强制性，地役权必须双方协商通过合同设定

思考：相邻关系需要登记么？不需要

(二)原则

原则：有利于生产，方便生活，团结互助(法定性)、公平合理

依据：法律法规与当地习惯

(三)类型

1、相邻用水与排水关系

用水义务，要尊重自然流水的自然状态，不能改变自然流水的流向

自然流水有过水（允许水从你这边经过）和承水（保持水流停在终点的状态）义务，人工水流(如企业排水)只有过水义务

2、相邻通行关系

3、相邻电线、电缆、水管、暖气和燃气的管线铺设用地关系

4、相邻通风、采光、日照关系

5、相邻防险、排污关系

(四)相邻关系与建筑规划法的冲突，严格遵循建筑规划法不会发生侵害相邻关系的问题

三、共有

(一)按份共有

1、特征

(1)共有人对共有物享有一个所有权——一物一权主义——量上的分割：应有部分；质上的分割：每个人的权利及于物的全部——举例：三十个人共同消费后的发票中奖

(2)可以自由处分应有部分——自身份额转让的随意性

(3)按照份额享有权利并承担义务——举例：维修费用按照份额承担

(4)可以请求分割共有物——权利性质：形成权，使共有关系结束

2、按份共有的内部关系

(1)内部关系与外部关系的区别：内部关系是特定人之间的关系，外部关系是特定权利主体与不特定义务主体之间的关系(仅就物权而言)

(2)共有物的使用、收益，按份进行，除非共有物可不受限制使用

举例：农村未分家，宅基地上三间房屋，一人住一间，甲将自有部分出租并收取租金，归谁所有？

对比：拖拉机按份共有人如何安排拖拉机的使用？

再对比：两村共建水库，夏季水源取之不尽，冬季水源不够如何使用？

(3)共有权为其他共有人侵夺或者否认，可以诉讼解决

实质：确认之诉，包括份额之争与共有人身份之争

(4)每个共有人可以自由处分自己的份额

实质：同等条件之下按分共有人享有优先购买权——认知：法律关系越简单越好，按分共有人取得则权利主体减少。

(5)共有人对共有物的处分

规定：三分之二以上份额的共有人同意——不合理

问题：这是按人头还是按份额？当其中一个按分共有人份额超过三分之二时，能够不通知其他共有人直接处分？

对比：多数决与一致决何者更为合理？——集体意志，如人民代表大会与班会——困境：如其他按分共有人不愿意出卖，且不去签合同，卖方当事人是谁？

(6)共有物的管理、保存

重点：物的改良行为(重大修缮)为多数决——理由：效率可以优先

(7)费用的负担——按照份额

3、按分共有的外部关系

(1)对第三人的权利

问题：物上请求权的行使，排除妨害、消除危险任何共有人都可以行使；返还原物请求权，不法侵害共有物的人要向全体共有人返还

原因：全体返还的对象是所有的共有人，效率低的问题可通过内部授权来解决，可对照不可分之债

(2)对第三人的义务

共有物对第三人产生的债务，共有人内部承担按份责任

共有物对第三人造成的损失，如桥梁垮塌致人损害，共有人承担连带责任

(二)共同共有

1、共同共有的概念和特征

举例：夫妻、家庭、共同继承、合伙

特点：

一、共同共有的成员，具有身份上的联系；

二、共同共有建立在共同关系的基础之上，意味着共同共有人不能处分自己的份额(潜在份额)；

三、处分共有物之时，必须一致决；

四、不能请求分割，变通办法则是将团体财产拿出一部分，从团体之中分离，再进行分割，如夫妻一方为自己的父母支付医药费

2、共同共有的内部关系

一、各共同共有人潜在的份额及于共有物的全部

二、共有人之间的权利义务关系按照团体的法则来规定，如《继承法》、《合伙企业法》、《婚姻法》

三、一般都采取一致决，除非习惯、家长的概括委托、一致决一直难以决定、事实上无法取得全体同意

3、共同共有的消灭

一、团体消灭，共同关系结束，这就涉及共有物的分割

二、共有物灭失

(三)共有类型的法律推定

未约定或者约定不明确，如何处理？

历史沿革：民法通则司法解释推定为共同共有，物权法修改为是否具有共同关系，没有则推定为按份共有

问题：在按份共有中是否可以自由约定份额（可以，如不按照出资来按份共有动产），在共同共有中是否可以约定按份共有（可以，如夫妻可以约定各自财产独立），当事人的约定可以排除法定

物权法改为是否具有共有关系（基础关系：合伙企业、婚姻家庭……有基础关系认定共同共有，没有认定按份共有）

(四)共有物的分割规则

1、共有物分割是基于共有关系的消灭，按分共有与共同共有对共有物的分割是不一样的。在共有关系存续期间，按分共有人都有权要求分割，但共同共有人无权要求分割共有物，除非是团体瓦解——有理论认为，按分共有叫做分割，共同共有叫做遗算。

2、共有人有关不得分割共有物约定的效力——可以约定，但效力是否永续，进行分割的正当理由如何界定？信赖本身不复存在或者重大理由，可参考夫妻共有财产分割的案例，包括恶意损害共有财产与法定抚养义务人医疗费用承担——分割时有损失须承担赔偿责任

3、分割方法：实物分割、折价分割(你拿钱我拿物)、变价分割(卖了分钱)

国外不允许折价分割——原因：为了防止当事人都要或者都不要共有物

我国允许——法官自由裁量权——竞价制度

(五)按份共有人优先购买权如何行使

优先购买权：按份共有人转让自己的份额（应有部分）时，于同等条件下，其他共有人有优先购买权，学理上称之为按份共有中共有人的优先购买权。

1、优先购买权的性质界定

(1)意义

举例：甲想把按份共有的份额转让给丙，出租人乙要求行使优先购买权。

区分：如果是债权性质的优先购买权，甲向丙履行合同，就会构成对乙的违约，要对乙承担责任；如果是物权性质的优先购买权，哪怕房屋已经过户到丙名下，乙行使优先购买权也能够对抗丙，把房屋过户过来。

(2)学理分析——《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》

房屋租赁司法解释：具有下列情形之一，承租人主张优先购买房屋的，人民法院不予支持：房屋共有人行使优先购买权的；出租人将房屋出卖给近亲属，包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女的；出租人履行通知义务后，承租人在十五日内未明确表示购买的；第三人善意购买租赁房屋并已经办理登记手续的。

举例：甲把房屋出租给乙，又把房屋卖给知情人丙，并登记到丙的名下，不属于以上四种情形，就应当支持承租人取得所有权，这就说明承租人的优先购买权具有物权效力。

同样，根据该司法解释第24条第1款的规定，承租人的优先购买权已经有了对抗力，但是不能对抗按份共有人，这就说明按份共有人的优先购买权是有对抗效力的，且和承租人的优先购买权一样是具有物权效力的，其依据为司法解释而非法律。

值得注意的是，承租人的优先购买权只限于房屋租赁，不包括其他动产租赁，即在其他情形下承租人没有优先购买权，也不存在承租人与按份共有人的优先购买权冲突。

(3)官方解释

最高人民法院民事审判第一庭编著的《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件适用法律若干问题的解释与适用》一书中将承租人优先购买权性质确定为债权，归入附强制缔约义务的请求权范畴。强制缔约，是指个人或企业负有相对人之请求，与其订立合同的义务，即对相对人之要约，非有正当理由不得拒绝承诺。如果出租人违反此项义务，将租赁房屋出卖给第三人，承租人可以提请公权力介入，强迫出租人对其作出承诺意思表示。

原因在于：首先，承租人优先购买权作为一种法定的权利，其成立的前提条件是租赁关系的成立，既租赁关系一经成立，承租人优先购买权即成立，租赁关系一旦终止承租人的优先购买权即消失，所以属于附随性权利；其次，承租人的优先购买权并不具有支配力，即使具有对抗第三人的效力，也是指出租人与第三人签订的房屋买卖协议对承租人不生效而已，与物权的排他性并不相同；再次，承租人优先权一旦被侵害，其侵害的主体即是出租人，侵权客体即是承租人的优先购买权，这与形成权的无被侵害性和无相对义务人的基本特征不符。综上，承租人优先购买权应为债权，属于强制缔约的请求权。

(4)优先购买的顺序——学理分析

一是共有人优先购买权与承租人优先购买权竞合的处理。共有人优先购买权与承租人优先购买权在同等条件下出现了竞合，两种优先购买权的冲突，表现为谁更优先？共有人的优先购买权优先于承租人原因有三：一是从权利位阶上看，共有人优先购买权产生于共有人所有权关系之中，由物权派生，而承租人优先购买权是基于租赁关系，由债权派生；二是根据义务与权利相一致的原则，共有人对共有财产的利益关系较之于承租人更为密切，其所尽义务要高于承租人，共有人优先购买权也更为优先；三是承租人较共有人没有优先行使购买权，依“买卖不破租赁”的理论承租人不会因没有行使优先购买权而使原有租赁合同受到影响。其权利并没有受到影响和损害。

二是共有人优先购买权与第三人善意取得相冲突的处理。某一共有人转让其共有份额未尽通知义务，而将其财产份额转让给第三人，拟将买受的共有人的优先购买权如何实现的问题。通说认为应当以优先购买权为先，一是法律既然设定了共有人优先购买权就应保障该权利得以实现，若确认第三人与转让人合同有效，

共有人的优先购买权难以实现，债权方式下的违约、侵权和不当得利等内容对优先购买权都没有相关规定；二是不利于共有关系稳定，反而促进矛盾升级。共有人大多产生于特定的社会关系，共有人主张优先购买权与第三人主张善意取得已表明产生了纠纷，若保护第三人进入共有关系只能在原共有人与转让人已产生的矛盾的基础上，再加上原共有人与新加入共有人的矛盾，使共有关系更加不稳定，更不利于共有财产的管理，难以实现物尽其用。

2、权利行使

(1)适用范围：是否适用于共有人之间的转让，如甲乙丙为共有人，甲将份额转让给乙，丙是否能够行使优先购买权？——各国均未有规定，但共有成立的原因在于共有人之间的信任，防止陌生第三人进入导致信任危机，理论上不行——按照民法典条文的文义解释，未做明确规定，在操作中有可能性——参考：继承或者遗赠时，无优先购买权适用的余地，但当事人另有约定的除外

(2)按份共有人已经与第三人签订的合同有效，不能是预约或者意向性约定——原因：同等条件的确定

(3)优先购买权的行使必须及时主张，须以意思表示的行为，采用明示的方法，到达转让人才能发生效力

(4)同等条件进行购买：不仅仅是价格，还包括履行时间、履行方式、担保形式等，如现款付清与分期付款，物保与人保的不同保障效力

(5)之前与第三人签订的合同在优先购买权行使之后的效力如何？——行使之前合同有效，行使之后合同无法履行，第三人应当有所预见，要求原物权人承担违约责任不甚合理

对比：九民纪要第九条——股权转让人与第三人签订合同有效，但是不能履行，第三人可以追究转让人的违约责任

(6)优先购买权行使期限：有疑问，可以参照形成权设立除斥期间，敦促优先购买权人及时行使，否则权利处于不确定状态——对比：德国法土地买卖两个月，其他标的七天，我国物权法司法解释一为十五天，须考虑不同情形，如转让人没有通知，其他按份共有人是否知情有待考证，从共有份额移转之日其六个月起算

(7)优先购买权人是否需要与转让人另行签订转让合同？——国外：不需要，直接照抄与第三人合同

(8)份额的转让亦为物权变动，必须遵循物权转让的相关规则，不动产登记，动产转让的是份额，不能交付，物权只能从合同生效之日起发生变更

(9)共有份额转让给共有人之外第三人时，几个共有人优先购买权竞存的冲突——先协商，后按照份额行使

(10)共有人与承租人优先购买权的冲突——结论：共有人优先，参照民法典第 726 条关于租赁的规定，来源于租赁关系的司法解释

有意见认为承租人优先购买权必须发生在房屋转让的基础上，内部分额转让不同于整体转让，故承租人无法行使优先购买权，但是，如果按照份额转让时承租人不能行使优先购买权的理论，容易导致按份共有人利用规则规避法律的情形，即按份共有人将份额转让给第三人，第三人即成为按份共有人，其他按份共有人继续将份额转让给他

结论：承租人可以行使优先购买权，但是必须劣后于共有人

(11)侵犯共有人优先购买权的效果：共有人优先购买权被侵犯能否参照承租人优先购买权的规定？——承租人优先购买权被侵害的责任承担：承租人只能要求赔偿责任，但出租人与第三人的合同效力不受影响，来自于租赁纠纷的司法解释。

结论：不能，租赁的非公示性，有善意第三人的存在，共有份额不可能有善意第三人存在的空间，第三人受让的是份额，必然知道有其他按份共有人存在，且不动产转让还须办理过户登记。

物权法司法解释(一)第 12 条只是说明优先购买人要求撤销转让人与第三人合同无效，法院不予支持，那反向解释要求与转让人签订同等条件转让合同，法院应该支持

思考：股权优先购买权被侵害能否适用租赁规则？同样理由不能，第三人理应知道其他股东有优先购买权

(12)争议：商业租赁优先购买权是否有必要？

学术观点：承租人优先购买权只能适用于住房租赁，原因在于生活圈的形成与社会秩序稳定，但商业租赁不存在保护的必要，原因在于风险自我承担，且买卖不破租赁已经足以保护，没必要设立优先购买权，且美国等国家也不承认商业租赁的优先购买权。

司法实务：存在店铺租赁拖欠租金的情形，有房东甚至认为买卖不破租赁都是不合理的；承租人未能获得房屋，如果房屋溢价，仅仅赔偿就够了么？

第四编用益物权

一、一般规定

(一)用益物权的性质和特征

主要设定于土地；权利期限具有长期性乃至永久性；用益物权一般为占有、适用、收益的权利，无处分权，意味着权利可以转让，物不能够转让

(二)海域使用权的特征

《海域使用管理法》应建立在所有权的基础之上，2002 年专家的立法建议有前瞻性范围：领海、大陆架、专属经济区的界定

(三)特许物权

探矿权、采矿权、取水权、使用水域从事养殖、捕捞的权利

由行政法规规定；主要根据行政许可程序取得；不涉及对动产和不动产的直接支配；内容多样，容易受到公权力的干预

二、土地承包经营权的设立与移转

(一)一般特征

1、土地承包经营权

种类：家庭承包经营权与四荒土地承包经营权的区分，前者可分为口粮田、责任田，分别按照人口、劳动力进行分配，且受制于各地行政法规及规章

特征：以农村土地为客体，以农业经营为目的；具有强烈的身份性与社会性；从 15 年拓展至 30 年，现在可续期，实质上无期限

设立方式与转让限制：丈量土地的成本太高，且土地具有人身性，只能在成员间互换或者转包

2、土地经营权

为何引入土地经营权？——土地承包权遇到的问题：没有改变农民与土地的人身依附关系，外来资本难以进入，不利于产业化经营；土地非私有，农民掠夺式开发利用

不能废除的原因：保障农民的基本生存权利，农村社保体系的建立与共同富裕削弱了该项需求。

(二)土地承包经营权的设立——更似于行政行为

在乡政府指导下制定发包方案后，经村民大会表决通过，甲村将 A 耕地发包给本村的农户乙。该土地承包经营权的设立要件有二：第一，甲、乙间的承包(发包)合同有效；第二，甲村拥有相应的处分权。设立登记并非乙对 A 耕地土地承包经营权设立的生效要件。乙对 A 耕地的土地承包经营权设立后，即使未办理设立登记，亦可对抗第三人。此后，未经乙同意，甲村又把 A 耕地发包给本村的农户丙，应当认定，丙不能取得对 A 耕地的土地承包经营权。

(三)土地承包经营权的移转——登记对抗主义

农村集体内部转移。

甲村通过发包将本村的 A 耕地承包给农户乙后，经甲村同意，乙将其对 A 耕地的土地承包经营权转让给本村的农户丙。根据《民法典》第 335 条的规定，丙自乙处受让对 A 耕地的土地承包经营权，要件有二

第一，乙、丙之间的转让合同有效；第二，乙拥有转让给丙的处分权(须经甲村同意)。

丙自乙处受让对 A 耕地的土地承包经营权，无须移转登记(移转登记并非生效要件)，但未办理移转登记的，丙受让的土地承包经营权不能对抗善意第三人。如丙受让对 A 耕地的土地承包经营权后，一直未办理移转登记，此后，乙谎称仍对 A 耕地享有土地承包经营权，并转让给不知情的本村农户丁，为丁办理了移转登记。则丁善意取得对 A 耕地的土地承包经营权，丙自乙处受让的土地承包经营权因此消灭。

注意：土地承包经营权转让与转包的区别：

转包时原承包方与发包方的承包关系不变，转包期限届满后，原承包方仍享有该土地承包经营权，而转让则不同，转让后，原承包方在该土地上的承包经营权终止，由受让方与发包方重新签订土地承包合同，从转让之日起，原承包方不再享有该转让土地的承包经营权。另外，备案要求也不同。而转包及其他方式流转的，因无需经发包方同意，须将流转合同报发包方备案，但发包方仅以未报备案为由请求确认流转合同无效的，不予支持；转让的，因已经发包方同意，由受让人与发包方重新签订了新的土地承包合同，则无需再报发包方备案；

案例：承包方未经发包方同意，即与他人签订了土地承包经营权“转让合同”，但合同的内容却约定：每年每亩地转让费 120 元，转让期限为 10 年

分析：虽然合同名称写的是“转让合同”，合同条款中使用了“转让费”、“转让期限”的词语，但未经发包方同意，违反了《农村土地承包法》第三十七条和第四十一条的规定，转让合同无效；从合同的实质条款内容看，也属于转包合同，因而不能认定其为转让合同，而应确认为转包合同。

思考：利用转包合同来盘活农村土地资源？效果如何？

(四)土地经营权的设立——登记对抗主义

甲村将 A 耕地发包给本村的农户乙。2020 年 3 月 1 日，乙与丙公司订立合同约定：“乙在其对 A 耕地享有的土地承包经营权之上为丙公司设立为期 10 年的土地经营权，乙因此占有丙公司万分之五的股份。”

乙以对 A 耕地的“土地承包经营权”为基础，以入股的方式，为丙公司设立土地经营权。根据《民法典》第 341 条的规定，丙对 A 耕地土地经营权设立的要件有二：第一，乙、丙间的合同有效，第二，乙具有相应的处分权。设立登记并非生效要件，仅为对抗要件；10 年期间届满，丙对 A 耕地的土地经营权消灭，乙对 A 耕地的土地承包经营权上的负担消灭，回复到圆满状态；10 年期间，A 耕地上同时存在三个物权：第一，甲村的“所有权”；第二，农户乙的“土地承包经营权”；第三，丙公司的“土地经营权”。

这是为改革农村土地流转制度，而创制的三权分置制度。

(五)土地经营权为标的的抵押

甲村通过发包将本村一块 3 亩的 A 土地发包给农户乙，为乙设立了土地承包经营权。2021 年 3 月 1 日，乙以其对 A 土地为期 6 年的土地经营权为标的抵押担保向丙银行借款 10 万元(不考虑利息)，借期 1 年。乙抵押给丙的标的物并非乙对 A 土地的“土地承包经营权”，而是其中“潜在的为期 6 年的土地经营权”。该抵押权设立的要件有二：第一，乙、丙间的抵押合同有效；第二，乙拥有相应的处分权。注意：不以登记为生效要件，但未经登记不能对抗善意第三人。该抵押应当向发包方甲村备案。若 1 年借期届满，乙不能对丙银行履行还款义务，丙银行行使其担保物权时，只能拍卖乙对 A 土地的“为期 6 年的潜在的土地经营权”；假设丁于 2022 年 4 月 1 日以 12 万元的价格拍得该“为期 6 年的土地经营权”丁享有的仅为自 2022 年 4 月至 2028 年 4 月期间对 A 土地的“土地经营权”；对 A 土地的承包经营权仍归乙享有。

三、居住权

(一)要件：设立居住权的法律行为(合同或遗嘱)有效；让与人(设立人)对住宅(不动产)拥有相应的处分权；办理完毕设立登记(采登记生效主义)

甲起诉与乙离婚，法院判决双方离婚。因离婚后，乙生活困难且无住房，依据《民法典》第 1090 条的规定，离婚后甲对乙负有提供居住条件的法定义务，法院在作出的离婚判决中判令甲在其所有的房屋上为乙设立居住权。判决生效后，甲、乙订立合同约定：“甲无偿在其个人所有的 A 房屋上为乙设立居住权，

居住权自乙再婚时或者自乙有能力自行解决居住问题时消灭。”甲、乙共同办理 A 房屋的居住权设立登记。

思考：法院能否直接判决乙享有居住权？——不能。法院不能直接规定物权

(二)内容：占有使用权能。居住权人有权按照约定的生活居住需要对住宅占有、使用；原则上无收益权能，但当事人另有约定或者遗嘱另有特别载明的除外；无转让权能

A 市的甲被确诊重病后，订立了一份《自书遗嘱》，其中载明：“甲死亡后，甲所有的 B 房屋由儿子丙遗嘱继承，在 B 房屋上为保姆乙设立居住权，由丙负责办理居住权设立登记。出现下列原因之一，乙对 B 房屋的居住权消灭：第一，乙确定永久不在 A 市经常居住；第二，乙在 A 市购买房屋用作住宅；第三乙死亡。”

(三)居住权的制度起源

人役权与地役权的划分，居住权是人役权的一种

居住权有强烈的人身性与扶助性质，不得转让、继承，期限如无特别限制，到死为止。

思考：为何东西方对人役权中居住权设置的态度不同？

(四)居住权的立法争议

反对意见：制度古老，适用狭隘；不能物尽其用；财产无人关心，需求可用其他制度满足(居住权与租赁的关系)

·支持意见：可在公房设定居住权；以房养老模式可采用(反向抵押不可，先卖后租可行)，在小产权房问题上，能够满足所有权与居住的双重需求

(五)问题

两种不同性质的居住权并存：扶助性居住权、交易性居住权

居住权的任意设定，可以成为逃避债务的工具，还涉及学区政策、社会福利保障等社会问题未规定房屋维修费用负担、侵害居住权赔偿、房屋拆迁等细节问题。

四、地役权

(一)要件

地役权自地役权合同生效时设立，不需要登记；但未经登记，不得对抗善意第三人。须强调：所谓不得对抗善意第三人，指不能对抗取得供役地权利的善意第三人；约定的地役权的期限不得超过需役地和供役地上的土地承包经营权、建设用地使用权等用益物权的剩余期限；土地上已设立土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权等用益物权的，未经用益物权人同意，需役地或者供役地的土地所有权人不得设立地役权。

(二)地役权的法定取得与法定负担

法定取得：书面合同

法定负担：

甲村在乙村的一个水库上设立取水地役权，约定每年取水 1 万吨，甲村每年支付乙村 20000 元。此后，乙村经村民表决，将该水库承包给丁。丁法定负担甲村的取水地役权。若地役权没有登记，则善意的丁就不负担该地役权。这和地役权的法定取得并不相同。

(三)地役权的从属性

宅基地使用权人甲为了通行方便，在乙的土地上设立通行地役权。①假设甲仅将地役权转让给丙，转让无效，甲仍享有地役权。②假设甲仅将建设用地使用权转让给丙，丙仅取得建设用地使用权，不能取得地役权。地役权消灭。③假设甲将建设用地使用权转让给丙，将地役权转让给丁。则丙仅取得建设用地使用权，对丁的转让无效，该地役权消灭。

(四)地役权的不可分性

地役权不受需役地部分转让的影响。根据《民法典》第 382 条，需役地以及需役地上的土地承包经营权、

建设用地使用权“部分转让”时，转让部分“涉及”地役权的，受让人“同时享有”地役权。须注意：在此情形下，地役权是否登记在所不同。

地役权不受供役地部分转让的影响。根据《民法典》第 383 条，供役地以及供役地上的土地承包经营权、建设用地使用权“部分转让”时，转让部分“涉及”地役权的，地役权对受让人“具有约束力”。

须注意：在此情形下，若地役权未登记，供役地部分转让的，地役权不得对抗善意第三人。

非经登记不可对抗善意第三人只用于供役地的转让上，需役地不受影响。

五、建设用地使用权

(一) 建筑物的范围

占有、使用、收益三项权能、包括建筑物、构筑物及其附属设置

(二) 空间权的立法安排

地表、地上或者地下，有关国际公约，在物权法，立法时仍未明确

举例：住宅式商铺招牌悬挂案，在招牌上钉钉子，招牌本身超过阳台面积

(三) 建设用地使用权的取得

1、农产品自由市场化之后，农村土地须收归国有之后才能盖房子，且之前按照不超过 30 年的土地收益来征收不甚合理，且征收还涉及公共利益的界定、18 亿亩土地等正反问题

2、行政划拨用地和出让用地的区别

3、建设用地使用权出让合同的性质：行政合同还是民事合同

举例：PPP 项目，即政府与社会资本一起出资，建成后由社会资本经营一段时间，所有权最终归于政府。

(四) 建设用地使用权的转移

1、房地合一原则，防止法律关系复杂化，如抵押必须同时抵押房屋所有权与建设用地使用权

2、转让的限制：分割转让必须审批，如开发商进行商品房销售，必然将房屋所有权分割，建设用地使用权业主共有；

此外，按照我国法律规定，开发商投资开发房地产，必须经过项目审批，且投资数额必须达到总额的百分之二十五，但是在司法实务中，经常存在开发商之间的建设用地使用权转让，本着有利于房地产开发的原则，没有达到开发标准但已经处于实际开发状态，或者没有办理相关的审批手续，转让合同仍可认定有效，但是附加行政处罚并补办手续，否则将导致受让者投入资金血本无归，甚至无人愿意进入土地二级市场的后果，但仍有隐患

3、续期

关于土地使用权续期的立法争议：物权法指定时，仅规定住宅用地使用期届满，自动续期，但是土地出让金是否需要重新缴纳？之前开发商已经缴纳，但七十年过后仍应缴纳。以土地的市场价格缴纳，可能费用昂贵，如果进行减免，对少房产乃至无房产不够公平。故物权编仍未规定。

现在：房产税到底是一个什么税

六、宅基地使用权

(一) 特征

身份性、无期限、无对价

(二) 宅基地转让的严格限制

转让人全家进城落户、本集体村民购买、购买之人不能有宅基地

规避：有专门加入农村户口申请宅基地的，尚有权利保障，但是将宅基地上的房屋进行买卖的，如著名的画家村案件，争议很大，法院认为房屋所有权和宅基地使用权可以分开，宅基地使用权可以特批取得，但违反了房地合一的原则

宅基地使用权：通说是登记对抗主义

第五编担保物权

一、担保物权的概念体系

(一)概念

举例：甲向银行借钱，以房屋作抵押。如果甲到期不还钱，银行就拍卖房屋，用所得价款抵债。即便甲还欠乙钱，不管乙是借钱在先还是债权到期在先，银行都可优先受偿。

定义：担保物权人在债务人不履行到期债务时，依法享有就担保物权优先受偿的权利。

特点：设定担保物权是为了主债务；担保物权是针对担保人的财产所享有的权利(可以是债务人，也可以是第三人)；实现担保物权必须具备一定条件；实现担保物权的手段是处分（要先卖掉，之后再受偿），并有优先性。

(二)体系

债的担保分一般担保(债权的平等保护)和特别担保，特别担保分为人的担保和物的担保，两种立法模式的选择：

①法国民法典的优先权体系，对应我国立法，还包括海商、破产法、工程款的优先权内容②德国民法典的担保物权体系，在我国根据实际情况规定了抵押权、质权和留置权

思考：工程款优先权，是否符合抵押权的构成要件？两种立法模式的优劣如何？为什么所有权让与担保、工程价款优先权不列入担保物权？

(三)担保债权范围

范围包括：主债权、利息、违约金、违约赔偿金、保管担保财产、实现担保物权的费用

注意：这里的主债权是指原本债权，如本金、价款等，不同于从属性中论述的主债权，后者包括担保范围的所有内容。

(四)提供担保的物的范围

1、及于添附物

①抵押权依法设立后，抵押财产被添附，添附物归第三人所有，抵押权人主张抵押权效力及于补偿金的，人民法院应予支持。

②抵押权依法设立后，抵押财产被添附，抵押人对添附物享有所有权，抵押权人主张抵押权的效力及于添附物的，人民法院应予支持，但是添附导致抵押财产价值增加的，抵押权的效力不及于增加的价值部分。（抵押物的 35 万优先受偿，添附的 1 万平等）

③抵押权依法设立后，抵押人与第三人因添附成为添附物的共有人，抵押权人主张抵押权的效力及于抵押人对共有物享有的份额的，人民法院应予支持。

2、及于从物

①从物产生于抵押权依法设立前，抵押权人主张抵押权的效力及于从物的，人民法院应予支持，但是当事人另有约定的除外。

②从物产生于抵押权依法设立后，抵押权人主张抵押权的效力及于从物的，人民法院不予支持，但是在抵押权实现时可以一并处分。

二、担保物权的性质

(一)从属性

例：甲向乙借款 50 万元，为担保甲对乙还本付息的债务，丙以自己的房屋为乙设立抵押权，办理了抵押登记。抵押合同订立后才发现，甲、乙间借款合同无效。《民法典》第 388 条规定：“主债权债务合同无效的，担保合同无效，但是法律另有规定的除外。”主合同(甲、乙间借款合同)无效，乙、丙间抵押合同也无效，抵押权未设立，乙对丙的房屋不享有抵押权。根据《民法典担保制度解释》第 18 条的规定，丙无过错的，不承担缔约过失责任；丙有过错的，丙承担缔约过失责任的范围不超过债务人(甲)不能清偿

部分的三分之一。

1、从属性在担保范围上的体现（一切以主债权（主合同义务）为准。）

①当事人对担保责任的承担约定专门的违约责任，或者约定的担保责任范围超出债务人应当承担的责任范围，担保人主张仅在债务人应当承担的责任范围内承担责任的，人民法院应予支持。

②担保人承担的责任超出债务人应当承担的责任范围，担保人向债务人追偿，债务人主张仅在其应当承担的责任范围内承担责任的，人民法院应予支持；担保人请求债权人返还超出部分的，人民法院依法予以支持。

2、从属性在行使时间上的体现主债权诉讼时效期间届满后，抵押权人主张行使抵押权的，人民法院不予支持；抵押人以主债权诉讼时效期间届满为由，主张不承担担保责任的，人民法院应予支持。主债权诉讼时效期间届满前，债权人仅对债务人提起诉讼，经人民法院判决或者调解后未在民事诉讼法规定的申请执行时效期间内对债务人申请强制执行，其向抵押人主张行使抵押权的，人民法院不予支持。引申：借旧债还新债主合同当事人协议以新贷偿还旧贷，债权人请求旧贷的担保人承担担保责任的，人民法院不予支持；债权人请求新贷的担保人承担担保责任的，按照下列情形处理：（1）新贷与旧贷的担保人相同的，人民法院应予支持；（2）新贷与旧贷的担保人不同，或者旧贷无担保新贷有担保的，人民法院不予支持，但是债权人有证据证明新贷的担保人提供担保时对以新贷偿还旧贷的事实知道或者应当知道的除外。主合同当事人协议以新贷偿还旧贷，旧贷的物的担保人在登记尚未注销的情形下同意继续为新贷提供担保，在订立新的贷款合同前又以该担保财产为其他债权人设立担保物权，其他债权人主张其担保物权顺位优先于新贷债权人的，人民法院不予支持。

3、从属性在法律效力上的体现

主合同有效而第三人提供的担保合同无效，人民法院应当区分不同情形确定担保人的赔偿责任：（一）债权人与担保人均有过错的，担保人承担的赔偿责任不应超过债务人不能清偿部分的二分之一；（二）担保人有过错而债权人无过错的，担保人对债务人不能清偿的部分承担赔偿责任；（三）债权人有过错而担保人无过错的，担保人不承担赔偿责任。

主合同无效导致第三人提供的担保合同无效，担保人无过错的，不承担赔偿责任；担保人有过错的，其承担的赔偿责任不应超过债务人不能清偿部分的三分之一。

对比：反担保担保合同无效，承担了赔偿责任的担保人按照反担保合同的约定，在其承担赔偿责任的范围内请求反担保人承担担保责任的，人民法院应予支持。

例：甲向乙借款，丙为该笔借款提供汽车的质押担保，但不放心甲的还款能力，丁是甲的好友，向丙提供房屋的抵押担保。甲到期未还款，乙向丙行使质权前发现质押合同无效，乙丙对此均有过错，丙须向乙承担缔约过失责任，此时丁的房屋抵押担保并不因此无效，丙在向乙赔偿后可要求丁承担反担保责任

4、当事人自由约定能否排除担保合同从属性？——不能

当事人在担保合同中约定担保合同的效力独立于主合同，或者约定担保人对主合同无效的法律后果承担担保责任，该有关担保独立性的约定无效。主合同有效的，有关担保独立性的约定无效不影响担保合同的效力；主合同无效的，人民法院应当认定担保合同无效，但是法律另有规定的除外。

例外情形：抵押权的证券化可能导致抵押权的独立存在，目前以独立保函为主，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

（二）物上代位性——如房屋拆迁中的物上代位

1、担保物权的保全定义：在担保期间，如果担保物损毁灭失，用什么来替代

情形：（1）担保物因不可抗力损坏灭失，担保物权随之消灭——如地震（2）担保物因担保人的过错损毁灭失——担保人提供其他财产替代原担保物提供担保——举例：开发商挖地下车库导致刚竣工的楼房倒塌（3）担保物因第三人过错损毁灭失——汽车抵押之后，停在路边被卡车撞坏（4）担保物因政府征收灭失（5）担保物损毁灭失后获得保险赔偿金

2、抵押权物上代位的范围及于“转让抵押物的价款请求权”

例：为担保甲对乙的 50 万元债务，丙以其 A 车为乙设立抵押担保，办理了抵押登记。抵押期间，未经乙同意，丙将 A 车以 40 万元的市价出卖给丁，并完成交付。①根据《民法典》第 406 条第一款的规定，只要丙、乙间无相反约定，即使未经乙的同意，抵押人丙享有转让 A 车的处分权，因此，丙、丁间的 A 车买卖合同属于有权处分。②《民法典》406 条第一款规定：“抵押财产转让的，抵押权不受影响。”这确立了“抵押权的追及效力”，基于这一效力，A 车转让给丁后，乙对 A 车的抵押权不受影响，甲到期不对乙清偿 50 万元债务的，乙可对丁所有的 A 车行使抵押权。③《民法典》第 406 条第二款规定：“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。”据此，若乙证明 A 车的转让可能损害乙的抵押权并选择主张物上代位权的，则乙对 40 万元价款债权享有法定债权质权，但与此同时，乙对 A 车的抵押权消灭。

3、相关司法解释

抵押权依法设立后，抵押财产毁损、灭失或者被征收等，抵押权人请求按照原抵押权的顺位就保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿的，人民法院应予支持。给付义务人已经向抵押人给付了保险金、赔偿金或者补偿金，抵押权人请求给付义务人向其给付保险金、赔偿金或者补偿金的，人民法院不予支持，但是给付义务人接到抵押权人要求向其给付的通知后仍然向抵押人给付的除外。

（三）不可分性

1、案例为了担保甲对乙负担的 5 万元债务，甲以其基于买卖合同对丙享有的 10 万元价款债权为乙设立债权质权并通知了丙。①为乙设立债权质权的通知到达（第三债务人）丙后，乙的债权质权对丙发生效力，其中包括“丙对甲的履行行为被冻结”，未经乙同意，丙向甲履行 10 万元的，不发生清偿的效力。②为乙设立债权质权的通知到达（第三债务人）丙后，不仅丙对甲履行全部债务的履行行为被冻结，基于债权质权的不可分性，丙对甲履行“部分债务的履行行为亦被冻结”，假设未经乙同意，丙对甲履行 4 万元的，不发生甲对丙的 10 万元债权被清偿 4 万元的效果，甲对丙仍享有 10 万元金钱债权。

2、相关立法担保财产被分割或者部分转让，担保物权人主张就分割或者转让后的担保财产行使担保物权的，人民法院应予支持，但是法律或者司法解释另有规定的除外。

主债权被分割或者部分转让，各债权人主张就其享有的债权份额行使担保物权的，人民法院应予支持，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

主债务被分割或者部分转移，债务人自己提供物的担保，债权人请求以该担保财产担保全部债务履行的，人民法院应予支持；第三人提供物的担保，主张对未经其书面同意转移的债务不再承担担保责任的，人民法院应予支持。

三、债权债务转让与担保物权

（一）是否必须书面同意？

法条：第三人提供担保，未经其书面同意，债权人允许债务人转移全部或者部分债务的，担保人不再承担相应的担保责任实务：未经书面同意，是否一定免责——实际上是给予担保人口头承诺后的翻悔机会，未经书面同意，难道不能以行为来确认继续履行担保义务么？

（二）债权转让与担保物权

1、九民纪要对公示要求的放松甲欠乙 100 万元，丙以自己的房屋为乙设立抵押权，办理了抵押登记，丁以自己的汽车为乙设立了质权，交付了汽车。后乙将对甲的 100 万元债权转让给戊，但一直未办理房屋抵押变更登记，乙也未将质押的汽车交付给戊。①戊受让乙对甲的 100 万元债权时，基于移转上的从属性，戊同时取得对丙房屋的抵押权和对丁汽车的质权。②根据《九民纪要》第 62 条规定的精神，虽未办理房屋抵押权的变更登记，亦未向戊完成质押汽车的交付，但对抵押权和质权基于从属性移转给戊不产生影响。

2、学理对公示要求的收紧学理：抵押权因主债务而转让，未经登记，不得对抗善意第三人问题：未经办理过户登记的抵押权受让人能否主张其抵押权？如甲公司将房屋设定抵押权，担保其对乙公司的债权，此

后乙公司将债权转让给丙公司，但是未通知甲公司，此后丁公司购买房屋，并行使涤除权付款给乙公司，因为没有变更登记，抵押权解除且房屋过户到丁公司名下，那么丙公司的损失如何处理？

3、例外情形甲公司因买卖合同对乙公司负有 30 万元到期债务。后甲公司将自己的一辆汽车交给乙公司修理（已经支付了全部修理费），乙公司为了担保前述 30 万元到期债务，留置了该汽车。①乙公司对汽车的留置权为商事留置权。②假设乙公司将对甲公司的 30 万元买卖合同债权让与丙，丙不能取得乙公司对汽车的留置权。这是从属性的例外。③原因：商事留置权具有专属性，只能于特定的企业之间成立，因此只有乙公司能够享有该留置权，债权受让人丙则不能基于移转上的从属性取得。

4、担保人受让债权的情形同一债务有两个以上第三人提供担保，担保人受让债权的，人民法院应当认定该行为系承担担保责任。受让债权的担保人作为债权人请求其他担保人承担担保责任的，人民法院不予支持；该担保人请求其他担保人分担相应份额的，依照本解释第十三条的规定处理。

（三）债务转移与担保物权

“免责的债务承担”。债务人以外的“第三人”提供物保（抵押或者质押）或者保证的场合，债权人同意被担保的债务全部或者部分由他人“免责地承担”，若未经提供物保的第三人“书面同意”，物保人对免责承担的债务免除担保责任。

“并存的债务承担”。债务人以外的“第三人”提供物保（抵押或者质押）或者保证的场合，被担保的债务全部或者部分由他人“并存地承担”，物保人的担保责任不受影响。

四、担保合同与担保物权

（一）担保合同

1、范围的扩大 388 条规定的是担保合同的一般性规则，不再局限于物的担保。原因：其他具有担保功能的合同，甚至包括所有权让与合同、融资租赁合同、附买回条件的合同等，在实际上扩大了担保权的范围

2、查封扣押不影响抵押合同效力征求意见稿：以权属不明或者有争议的财产、被查封或扣押的财产、在海关监管期内的财产等设定担保的，不影响担保合同的效力。因不能办理登记给债权人造成损失，债权人请求担保人在约定的担保财产价值范围内承担违约责任的，人民法院应予支持，但不得超过担保物权有效设立时担保人应当承担的责任。

正式稿：当事人以所有权、使用权不明或者有争议的财产抵押，经审查构成无权处分的，人民法院应当依照民法典第三百一十一条的规定处理。当事人以依法被查封或者扣押的财产抵押，抵押权人请求行使抵押权，经审查查封或者扣押措施已经解除的，人民法院应予支持。抵押人以抵押权设立时财产被查封或者扣押为由主张抵押合同无效的，人民法院不予支持

（二）流押条款与流质条款的效力

1、之前禁止流押和流质条款的原因与优势一是违背公平原则与设立抵押权的目的，原因在于抵押物的价格会发生变动，二是可能导致合同强制。具体来说，禁止流质抵押的好处在于：首先，有利于防止担保设定人和与担保人串通以逃避债务、损害担保设定人的其他债权人的利益。如果法律允许流押条款，尤其是物的价值高于担保数额，担保人与担保权人就有可能恶意串通，通过订立流质抵押条款这种合法的方式，来逃避担保人对其他债权人的债务，从而给其他债权人造成损害。其次，有利于防止债务人与债权人串通以损害担保人的利益。在担保设定人不是债务人的情况下，如果允许流质抵押条款，那么债务人就有可能与债权人串通，债务人到期故意不履行债务从而让债权人取得担保物的所有权，并以此来损害担保人的利益，特别是在担保人不能及时、有效地对债务人行使追偿权的情况下，担保设定人的利益更有可能受到损害。总之，禁止流质抵押的终极目的是为了保护担保人及其他债权人的利益。在担保物的价值不是一般的高于而是过分高于被担保的债权额时，如果允许流质抵押条款的存在，则不仅会造成担保设定人和债权人之间的利益失衡，造成显失公平，在担保设定人没有足够的财产以满足他的其他债权人的债权时，还会造成担保设定人的其他债权人与债权人之间的利益失衡。优势：无须司法介入，简便易行，是典型的以物抵债的行为；主要是商法学者更强调效率，认为这是一种典型的对赌行为

2、目前民法典的规定 2017 年室内稿：抵押权人在债务履行期限届满前，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，未经登记，不得对抗善意第三人

民法典第 401 条：抵押权人在债务履行期限届满前，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。评价：未指明流押条款是否有效，也未指明对流押条款事实的必要性

3、法考观点甲对乙负担 100 万元债务（2021 年 9 月 1 日到期）。为担保该笔债务，甲、乙于 2021 年 3 月 1 日订立抵押合同约定：“甲以其 A 车（市价 160 万元）抵押担保甲对乙的 100 万元债务。若债务到期甲未还款，乙取得 A 车所有权，抵偿甲对乙 100 万元债务，无须多退少补。”后甲到期无力清偿对乙的 100 万元债务。该抵押合同中，“若债务到期甲未还款，乙取得 A 车所有权，抵偿甲对乙 100 万元债务，无须多退少补”这一部分属于流押条款。该流押条款无效，因此，虽出现了所约定的甲到期未还款的事实，但乙不能依据该流押条款取得 A 车所有权。但甲、乙抵押合同属于“部分无效”，流押条款之外的其他内容仍属有效，因此，乙对 A 车仍享有抵押权，乙可依照《民法典》第 410 条第一款的规定对 A 车行使抵押权。若甲、乙于 2021 年 10 月 1 日达成协议约定：“A 车（市价 155 万元）归乙所有，抵偿甲对乙的 100 万元债务，不再多退少补。”甲、乙的这个约定不属于流押条款（因约定之时甲对乙的债务已到期），而是法律允许的行使抵押权的方式，这个约定完全有效。若就乙如何行使对 A 车抵押权，甲、乙不能达成协议，根据《民法典》第 410 条第二款的规定，乙有权申请法院拍卖、变卖 A 车，并就所得的价款（假设为 140 万元）优先于甲的普通债权人优先受偿 100 万元。例外：甲将其 A 电视机典当给乙当铺，借款 2 万元。乙当铺出具给甲的当票载明：“当期 3 个月，当期届满甲未赎当或者续当的，为绝当。”

思考：典当应当认定为什么性质的物权？或以待日后立法

4、学理意见（1）流押条款有效，未经登记不得对抗善意第三人（2）无论是否约定，债务到期，抵押双方必须对抵押物进行折价（3）抵押物所有权变动，不动产以登记为依据，动产以交付为依据学者观点实质上是流押条款的后让与担保化，因为流押流质与让与担保有明显的不同，两者关键的区分点仍在于该抵押物是否发生了所有权转移。让与担保在合同成立以后，债务人就应当将担保物的所有权转移在债权人名下，发生了所有权的实际转移；而流质抵押只是合同约定在债务人不履行债务时抵押物归债权人所有，并没有实际发生所有权转移。

五、混合担保

（一）约定的效力

有约定从约定的含义，如提供物保与人保之人能否与债权人约定，只有一方无法履行保证责任，才能请求另一方履行

任何约定都是有效的么？不能损害第三人的利益，如债权人债务人恶意串通，在不能履行时先请求担保人履行

（二）法定的顺序

债务人以自己的财产提供物保的，债权人应当先就该物的担保实现债权。因此，便产生了以下两个规则：第一，债权人未对债务人以其财产提供的物保行使担保物权时，就请求提供担保的第三人就全部债权承担担保责任，第三人可主张对债务人以其财产提供物保担保的债权部分不承担担保责任。第二，债权人放弃债务人以其财产提供的物保的，提供担保的第三人在债权人因此丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任。只有债务人以外的第三人提供物保和人保的（包括债务人未以自己的财产提供物保以及债务人以其财产提供的物保已经实现但不足以清偿全部债权两种情形），提供物保和保证的第三人的地位平等，应当对债权承担连带担保责任，债权人对提供担保的第三人行使保证债权或者担保物权无“顺序”和“份额”上的限制。

六、追偿权的行使

(一) 追偿权的类型: 当事人为财产给付后可请求他人予以补偿的权利, 最重要的有连带债务人(共同侵权人、共有人、合伙人)的追偿权、保证人及物上保证人的追偿权

(二) 两种立法模式的选择主债权债务消灭, 保证人对主债务人享有追偿权在上述情况下, 保证人在享有追偿权的同时, 还取得主债权人的债权(包括直接取得与代位行使, 实质效果是一样的)

(三) 追偿权与代位权的区分保证担保制度涉及到三类法律关系:其一,债务人与债权人之间的主合同关系,该主合同关系也称为主债务关系,它在整个保证担保制度处于基础地位。如果没有主债务关系,就不会发生第三人与债务人之间的法律关系,更不会因此而产生债权人与第三人之间的保证合同关系。其二,保证人与债权人之间的保证合同关系。依据保证合同,当债务人不履行债务时,保证人按照约定履行债务或者承担责任。保证人所负的保证债务从属于因主合同产生的主债务关系,具有从属性与补充性;其三,保证人与债务人之间的法律关系,该法律关系属于保证合同的原因关系,通常包括委托合同关系、无因管理关系以及赠与关系。一是权利基础不同。保证人的追偿权产生的基础在于保证人与债务人之间的法律关系。保证人与债务人之间的法律关系通常包括三类:即委托合同关系、无因管理关系以及赠与关系。但是,保证人代位权产生的基础不在于保证人与债务人之间的法律关系。保证人之所以享有代位权是因为保证人并非主债务人与债权人之间的债权债务关系的当事人,其代主债务人向债权人履行债务的行为属于债务人之外的人为债务人进行清偿,在民法上被称为“代位清偿”或“第三人清偿”。尽管,此种清偿是第三人所为的清偿,但是由于保证人既属于与债务履行有利害关系之的第三人,且保证人与债权人之间存在保证合同,因此当保证人履行保证债务之后,其向债务人享有追偿权,并在该追偿权的范围内发生法定的债权移转,即保证人有权代位行使债权人针对债务人的债权及有关的权利。二是法律性质不同。保证人的追偿权是指保证人在履行保证债务而对债权人进行清偿等行为之后,享有的向主债务人请求偿还的权利。它是由于第三人的清偿而依据法律规定产生的一种新的权利。然而,保证人的代位权是指保证人在履行保证债务之后,取代债权人的地位向债务人行使债权人的权利。它不是一种权利,其实质上是一种债权的法定移转。三是功能不同。保证人的追偿权是一种依法产生的新的权利,因此保证人仅仅凭借追偿权是不得过问原债权的担保,无论该担保是人的担保还是物的担保,保证人都无从主张。如果债务人不清偿,则追偿权毫无保障。然而,代位权正好可以弥补这一缺陷,因为代位权人在求偿范围内承受债权人的权利属于债权的法定移转,其效力与债权让与相同,所以不仅本债权,而且该债权的人的担保与物的担保以及其他从属性权利都一并移转给代位权人。

(四) 我国的立法选择我国担保法 31 条、物权法 176 条、民法典 392 条只规定了担保权人的追偿权,原因在于风险承担与法律关系复杂化对比: 民法典第 700 条规定: 保证人承担保证责任后, 除当事人另有约定外, 有权在其承担保证责任的范围内向债务人追偿, 享有债权人对债务人的权利, 但是不得损害债权人的利益另外, 连带债务人的追偿权立法, 即民法典第 519 条规定: 实际承担债务超过自己份额的连带债务人, 有权就超出部分在其他连带债务人未履行的份额范围内向其追偿, 并相应地享有债权人的权利, 但是不得损害债权人的利益。其他连带债务人对债权人的抗辩, 可以向该债务人主张; 被追偿的连带债务人不能履行其应分担份额的, 其他连带债务人应当在相应范围内按比例分担。民法典第 178 条第 2 款规定: 连带责任人的责任份额根据各自责任大小确定; 难以确定责任大小的, 平均承担责任。实际承担责任超过自己责任份额的连带责任人, 有权向其他连带责任人追偿——可见, 保证人与连带债务人有代位权行使, 但不包括物权担保人。同时, 第三人代位清偿, 即第 524 条规定: 债务人不履行债务, 第三人对履行该债务具有合法利益的, 第三人有权向债权人代为履行; 但是, 根据债务性质、按照当事人约定或者依照法律规定只能由债务人履行的除外。债权人接受第三人履行后, 其对债务人的债权转让给第三人, 但是债务人和第三人另有约定的除外第 524 条的规定方式与台湾民法相同, 台湾法定代位人包括: 一是共同债务人, 如连带、不可分债务人与保证人, 二是就债的履行有利害关系的第三人, 包括物上保证人(如抵押人、出质人清偿债务当然代位)、后顺位的抵押权人(清偿前顺位抵押权所担保的债务)、共有人(对共有债务有清偿利益), 区别在于我国立法是直接取得债权人的权利, 台湾是行使代位权。

(五) 我国立法存在问题 1、表述问题 700 条规定保证人“享受债权人对债务人的权利”, 519 条规定连带债务人“享受债权人的权利”, 两者区别在于 700 条能否取得从属性的担保权, 按照学理必须包括从权利 2、规范冲突 519 条规定连带债务人“可追偿并享受债权人权利”, 178 条第 2 款规定“连带债务

人有权向其他连带责任人追偿” 700 条规定保证人享有“追偿权和债权人对债务人的权利”，第 592 条规定一债多保“有权向债务人追偿”

九民纪要规定：一债数保，担保人互相之间不发生追偿

结论：如果允许追偿，追偿必须有代位权的行使

（六）权利如何行使一是顺位的问题，是否需要先对债务人进行追偿，才能代位行使债权人对其他担保人的权利二是数额的问题，尤其是在未能完全履行担保责任之时，不得侵害债权人的利益

（七）相关司法解释 13 条：同一债务有两个以上第三人提供担保，担保人之间约定相互追偿及分担份额，承担了担保责任的担保人请求其他担保人按照约定分担份额的，人民法院应予支持；担保人之间约定承担连带共同担保，或者约定相互追偿但是未约定分担份额的，各担保人按照比例分担向债务人不能追偿的部分。同一债务有两个以上第三人提供担保，担保人之间未对相互追偿作出约定且未约定承担连带共同担保，但是各担保人在同一份合同书上签字、盖章或者按指印，承担了担保责任的担保人请求其他担保人按照比例分担向债务人不能追偿部分的，人民法院应予支持。除前两款规定的情形外，承担了担保责任的担保人请求其他担保人分担向债务人不能追偿部分的，人民法院不予支持。

18 条：承担了担保责任或者赔偿责任的担保人，在其承担责任的范围内向债务人追偿的，人民法院应予支持。同一债权既有债务人自己提供的物的担保，又有第三人提供的担保，承担了担保责任或者赔偿责任的第三人，主张行使债权人对债务人享有的担保物权的，人民法院应予支持。23 条：人民法院受理债务人破产案件，债权人在破产程序中申报债权后又向人民法院提起诉讼，请求担保人承担担保责任的，人民法院依法予以支持。

担保人清偿债权人的全部债权后，可以代替债权人在破产程序中受偿；在债权人的债权未获全部清偿前，担保人不得代替债权人在破产程序中受偿，但是有权就债权人通过破产分配和实现担保债权等方式获得清偿总额中超出债权的部分，在其承担担保责任的范围内请求债权人返还。债权人在债务人破产程序中未获全部清偿，请求担保人继续承担担保责任的，人民法院应予支持；担保人承担担保责任后，向和解协议或者重整计划执行完毕后的债务人追偿的，人民法院不予支持。24 条：债权人知道或者应当知道债务人破产，既未申报债权也未通知担保人，致使担保人不能预先行使追偿权的，担保人就该债权在破产程序中可能受偿的范围内免除担保责任，但是担保人因自身过错未行使追偿权的除外。

七、担保物权的分类

（一）法定与意定担保：留置权——抵押权与质权（二）留置性担保物权和优先性担保物权所有担保物权都有优先性，该分类标准只在于是否转移担保物的占有

留置权的由来——德国的留置性担保物权

德国法：法定质权等同于我国的留置权，还有一种不能处分的留置权，只能控制财产，类似于债法上的同时履行抗辩权

结论：在我国，质押和留置具有留置性和优先性，抵押只有优先性

在德国，单纯留置性是留置权，单纯优先性是抵押权，法定质权具有留置性和优先性（三）动产担保物权和不动产担保物权（四）权利担保物权和特定财产担保物权

问题：建筑用地使用权能够成立担保物权？是物的担保还是权利的担保？土地能不能成为担保物？土地使用权能否转让？房屋所有权能否转让？房屋连地一起转让，是物的担保还是权利的担保？（五）定限型担保物权和权利转移型担保物权——后者如让与担保（六）占有担保物权和非占有担保物权——质权、留置权——抵押权-

八、担保物权的消灭

（一）主债权消灭——从属性（二）担保物权实现——优先受偿

（三）债权人放弃担保（四）法定其他情形——如抵押权期限届满，留置物脱离占有等

第六编 担保物权类型

（一）抵押权的特征

1、不转移标的物的占有案例：转移占有的约定的效力，司法实践中有债权人签订抵押合同之后不放心，要求签订补充协议，将不动产转移占有并使用，有意见认为违反了物权法定的原则，应当认定为无效；有意见认为抵押合同成立，但是在抵押合同的基础之上，又成立一个新的债权债务关系。

对比：在签订抵押合同时，约定抵押权的设立，可排除不转移占有的物权规定 2、抵押物主要是不动产案例：假如当事人之间只是就动产设定了担保，那成立的物权是抵押还是质押，其是否能够成立？应当认定为抵押，因为质押以交付作为成立要件，目的在于保护抵押权人的合法权益

3、抵押权以登记为物权公示方法，不动产登记来源于抵押权历史沿革：占有是最古老的公示方法，不动产最初也是以占有为公示方法的，如跑马圈地，在抵押权出现之后登记才逐步成为不动产的公示方法

4、抵押权的实现经常需要司法介入抵押物协议折价是可行的，如果损害其他第三人利益，第三人可以行使撤销请求权，来自 460 条第 1 款

（二）抵押权的强制设立——第 397 条

如何贯彻房地合一主义

1、房地一体主义甲取得对 A 宗土地的建设用地使用权后，在其上建造了 B 房屋。此后，为融资，甲于 4 月 1 日将 B 房屋抵押给乙，仅办理了 B 房屋的抵押登记。甲又于 4 月 20 日将对 A 宗土地的建设用地使用权抵押给丙，仅办理了 A 宗土地的抵押登记。4 月 10 日，B 房屋占用范围内的建设用地使用权“视为一并抵押”给乙，乙对 B 房屋及其占用范围内的建设用地使用权享有第一顺位的抵押权。4 月 20 日，B 房屋“视为一并抵押”给丙，丙对 B 房屋及其占用范围内的建设用地使用权享有第二顺位的抵押权。B 房屋“占用范围之外”的建设用地使用权，仅丙享有抵押权，乙不享有抵押权。

2、新增建筑物无优先受偿权为建造办公楼，甲将其对 A 土地享有的建设用地使用权抵押给乙，向乙借了 1000 万元（不考虑利息），办理了抵押登记。此后，甲在 A 土地上建造了 B 办公楼。借款到期，甲不能对乙履行 1000 万元的还款义务，乙行使抵押权。①B 办公楼并非乙抵押权的客体，乙抵押权的客体仅为甲对 A 土地的建设用地使用权。②乙行使抵押权时，不仅可以拍卖、变卖甲对 A 土地的建设用地使用权，还可以一并拍卖、变卖 B 办公楼。③但是，应分别计算拍卖、变卖甲对 A 土地建设用地使用权与拍卖、变卖 B 办公楼所得价款，乙对处分 B 办公楼所得价款不享有优先受偿权。

3、实务纠纷建筑物占地范围如何界定，涉及到建筑物抵押之后，有多少建筑用地使用权面积被一同抵押，是按照建设规划还是实际占用面积来计算呢？

（三）抵押物的范围

1、法定范围（1）可单独流转的财产和不动产权利，即可设定抵押权；必须随建物流转的土地权利，只能和建筑物一并抵押，不能单独抵押（乡镇、村企业的建设用地）（2）禁止流转或者限制流转（查封）的财产不得抵押，但是，以查封、扣押、监管的财产签订的抵押合同，符合合同法规定的有效

2、营业法人的抵押范围两种立法模式：财团抵押，其设立于企业现有财产中的全部或者特定部分浮动担保，又称为企业担保或者浮动抵押注意：我国未能建立不同性质财产一个抵押权登记的制度，且除在建工程之外都是现有财产的抵押，因此我国采取何种模式？

（四）动产浮动抵押

1、我国浮动抵押的特征设定浮动抵押的优势：突破一物一权的概念，捆绑式的抵押

问题一：抵押物被抵押出去，抵押人是否享有处分权？

举例：共享单车生产企业，生产的自行车要不要卖掉？为了生存要卖掉，所以设定动产浮动抵押

问题二：不断生产和销售不会影响企业的经营，但抵押权是否存在风险？——浮动抵押的风险临界点

对策：除债务人不履行债务，可以拍卖抵押物，当事人也可以约定资产到达临界点，不管主债务是否到期，都可以拍卖

问题三：动产浮动抵押的范围——厂房是否包括？建筑土地使用权是否包括？货币是否包括？债权、知识产权是否包括？——企业一切财产的范围何在？浮动抵押的风险何在？

结论：（1）抵押人和抵押标的具有特定范围：与国外不同，不包括不动产（2）抵押人在抵押物确认之前有权处分（3）优势在于通过抵押获得融资的同时，不影响生产经营，缺点在于企业经营存在风险，需要抵押权人对资金具有强大的管控能力，与企业良好的信用

2、动产浮动抵押的设立与实现（1）设立及对抗力合同设立，非经登记不得对抗善意第三人注意：第404条规定：以动产抵押的，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。动产浮动抵押也适用动产抵押的一般性规定，从立法沿革上说，404条款来自于原来的动产浮动抵押原因：涉及动产的抵押，公示方法是登记，在交易中不方便，也不符合交易习惯，所以对善意第三人进行特别保护

（2）动产浮动抵押的实现债务到期；破产解散、约定、其他 3、动产浮动抵押的相关规则甲公司的主营业务为制造挖掘机。为担保甲公司对乙银行负担的1000万元借款债务（2021年9月1日到期），甲以其动产为乙设立动产浮动抵押，办理了抵押登记。2021年6月1日，甲将其制造的A挖掘机以市价出卖给丙并交付。2021年11月1日，甲将其制造的B挖掘机以市价出卖给丁并交付。因甲到期不能履行1000万元借款债务，2021年12月1日，乙行使对甲财产的动产浮动抵押权。①根据《民法典》第411条的规定，2021年9月1日，休眠期结束，乙对甲享有的动产浮动抵押权的抵押财产特定。②甲转让给丙的A挖掘机，系在休眠期内转让，且符合《民法典》第404条规定的三个条件，A挖掘机自动解除抵押关系，不再属于抵押财产。③甲转让给丙的B挖掘机，虽系在休眠期结束后才出卖的，但因符合《民法典》第404条规定的三个条件，乙对B挖掘机的动产抵押权的“追及效力”被阻断（不得对抗买受人丁），乙不能对B挖掘机行使抵押权。但根据《民法典》第406条的规定，乙可对甲出卖B挖掘机的价款请求权主张“物上代位权”。

（五）动产抵押权

1、法条对比：第四百零三条以动产抵押的，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。第四百零四条以动产抵押的，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。

2、法条理解 403条理解：动产（包括特殊动产）抵押权根据抵押合同设立，非经登记不得对抗善意第三人，第三人范围包括：已接受动产交付的买受人（不需要付款）、已接受动产并进行抵押登记，或者接受质押并接受动产交付的债权人、已申请法院采取强制执行措施的债权人 404条理解：属于正常销售、已经支付合理价款、已完成交付，三要件缺一不可

3、思考：为何学理上有学者支持申请法院强制执行的债权人获得对抗未登记的抵押权人的效力？举例：甲将其A车为乙设立抵押权，办理了抵押登记。甲欠丙50万元到期不还，丙因此起诉甲获得胜诉生效判决后申请强制执行，法院依丙的申请查封了甲抵押给乙的A车。

①乙对甲A车的抵押权设立后，抵押的A车被查封的，乙对A车的抵押权不受影响。对A车，抵押权人乙优先于甲的查封债权人丙受偿。②须注意：假设乙对A车的抵押权未办理抵押登记，则根据通说观点，乙对A车的抵押权不能对抗善意第三人（查封债权人）丙，乙无权提出执行异议。

4、具体适用（1）若符合以下三个条件：在正常经营活动中出卖；买受人已经支付合理价款；买受人已经（通过受让交付）取得动产所有权，则适用《民法典》第404条。

甲是一家4s店，为担保甲对乙的50万元债务（2021年9月1日到期），甲以其B车为乙设立抵押权，办理了抵押登记。2021年3月1日，未经乙同意，甲将B车以55万元的价格出卖给丙并交付。①若符合以下三个条件：第一，甲将B车出卖给丙属于正常经营活动；第二，丙已经向甲支付合理价款；第三，丙已经取得B车所有权，则适用《民法典》第404条，乙对B车的抵押权“不能对抗”买受人丙，已经转让的B车自动解除抵押关系，乙对丙所有的B车不再享有抵押权。但仍可适用《民法典》第406条第

二款，乙可对转让价款请求权主张物上代位权，请求甲以转让价款提前清偿债务或者提存。②若甲将 B 车转让给丙不符合上述三个条件中的任何一个，则不适用《民法典》第 404 条，仅适用《民法典》第 406 条。（2）若不符合 404 条的规定，则适用无对抗力的规则：甲是一家房地产公司为担保甲对乙的 50 万元债务（2021 年 9 月 1 日到期），甲以其 A 车为乙抵押担保。2021 年 3 月 1 日，未经乙同意，甲将 A 车出卖给丙公司并交付（丙不知乙对 A 车享有抵押权）。甲将 A 车出卖给丙，不属于甲的“正常经营活动”，不符合《民法典》第 404 条规定的“三个条件”，不适用《民法典》第 404 条，可适用《民法典》第 403 条与《民法典》第 406 条。若乙对 A 车的抵押未办理抵押登记，则乙对 A 车的抵押权“不得对抗善意的丙”，对善意受让人丙“无追及力”，丙取得 A 车所有权时，乙对 A 车的抵押权消灭。乙只能基于有效的抵押合同请求甲承担违约责任或承担侵害抵押权的侵权责任。若乙对 A 车的抵押已经办理抵押登记，则乙对 A 车的抵押权“能够对抗善意的丙”，对善意受让人丙“有追及力”，丙取得 A 车所有权时，乙对 A 车的抵押权不受影响。

（六）抵押权对租赁的影响

1、对比：所有权变动不影响租赁的规则 2、先租后押增加转移占有条件的原因：防止倒签、可能明知 3、先押后租，租赁有效，抵押权实现时，租赁合同解除，非房屋承租人不得主张优先购买权 4、动产抵押先押后租，且抵押权未登记的，只要租赁物交付先于登记，可以视为先租后抵 5、举例（1）先抵押后租赁甲将其 A 车抵押给丙。此后，甲又将 A 车出租给乙，租期 5 年。租赁合同订立时，甲将 A 车交付给乙。半年后，丙行使抵押权拍卖 A 车。若适用买卖不破租赁不会对丙抵押权的实现造成妨害，则甲、乙间的 A 车租赁合同适用买卖不破租赁。若适用买卖不破租赁会对丙抵押权的实现造成妨害，在租赁合同成立前丙对 A 车抵押权已经办理抵押登记，则甲、乙间的 A 车租赁合同不适用买卖不破租赁；在租赁合同成立前丙对 A 车抵押权未办理抵押登记，则抵押权未设立。法条：抵押人将抵押财产出租给他人并移转占有，抵押权人行使抵押权的，租赁关系不受影响，但是抵押权人能够举证证明承租人知道或者应当知道已经订立抵押合同的除外

（2）先租赁后抵押甲将其 A 房屋出租给乙，租期 5 年。租赁合同成立时，甲向乙交付了 A 房屋。半年后，甲将 A 房屋抵押给丙，办理了抵押登记。一年后，因丙行使抵押权拍卖该房屋，被丁购得。“先租后抵”，租赁期间，因丙行使抵押权导致乙租赁的 A 房屋所有权变动的，甲、乙的房屋租赁合同适用买卖不破租赁。丁取得 A 房屋所有权之时，法定承受该房屋租赁合同。其原因在于，虽然买卖不破租赁规则可能对抵押权的实现产生“负面影响”，但若系“先租后抵”，法律仍选择优先保护承租人的利益。

（3）抵押权行使过程中承租人的优先购买权甲将其 A 房屋抵押给丙，办理了抵押登记。半年后，甲又将 A 房屋出租给乙并交付，租期 5 年。第二年，丙行使抵押权拍卖抵押的 A 房屋。先抵后租，若乙对 A 房屋继续享有承租权（即若适用买卖不破租赁）将妨害丙对 A 房屋抵押权的实现，则甲、乙间的 A 房屋租赁合同不适用买卖不破租赁。即使属于不适用买卖不破租赁的情形，丙拍卖时，承租人乙仍然享有以同等条件优先购买的权利。原因在于，乙行使优先购买权不会对丙抵押权的实现产生不利影响。

思考：拍卖与优先购买权是否可能冲突？

（七）抵押物转让

1、立法沿革：1984 年《民法通则》：拟转让抵押物，要经过抵押权人同意 1995 年《担保法》：无须经抵押权人同意，只须通过受让人和抵押权人，第三人是无负担取得——原因：财产流转受到限制——如何保护抵押权人：物上代位性——问题：金钱担保全靠自觉，甚至有法官在另案执行中执行了代位的金钱

2000 年最高院担保法解释：抵押物转让仍须通知，并不消灭抵押权——抵押权跟着抵押物走——买受人继受取得——问题：强制执行不能执行生活必需品——抵押人有两套房子

可以抵押一套，但是受让人只有一套房子怎么执行 2007 年物权法：抵押物的转让要经过抵押权人的同意——合同效力：有效——物权效力：经过抵押权人同意，变动物权的登记才发生效力，

且价款必须提前清偿或提存 2020 年物权编：抵押物可以转让，但是抵押

人有通知抵押权人的义务，抵押权人证明可能损害抵押权的，才能够要求提前清偿或者提存

2、抵押物不能转让的理由物权法的立法理由：以抵押物交换所得价款偿还债务，符合抵押权设立的目的，可减少抵押物流转过程中的风险，更好保护抵押权人和买受人的合法利益；转让抵押物前须经抵押权人同意，可以避免抵押人擅自转让抵押物，抵押权人无法追回造成的损失学者观点：抵押物保存和实现依赖抵押人的信用，债务人抵押对债务清偿的保证作用（抵押物拍卖变卖价值必然受损）

3、法条与分析（1）法条抵押期间，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。（2）分析约定不明的情况下，物权法推定不能转让，物权编推定可以转让，但我国目前抵押权人多数为银行，完全可以在抵押合同中约定不能转让，严格来说区别没有想象中那么大抵押人的通知义务，具体时限应该是多久，且未尽到及时通知义务的法律后果，严格来说及时通知并不能影响抵押物转让的效力，但是会阻碍抵押权人主张转让行为可能对抵押权造成损害更进一步，通知义务的设定真有必要么？办理抵押物过户登记或者变更登记时，登记机关必须查明抵押双方是否存在禁止转让的特别约定，因此抵押权人必然得到登记机关的通知，那么债务人的及时通知义务有何必要？

抵押权人以何种事项证明损害抵押权的可能性？如可采用商业信用太差等理由来证明，抵押权人的权利是否过大？如能证明，抵押权人能否在请求提前清偿和提存任意选择？抵押权人要求提前清偿即可包括所有收益，何必要提存？涤除权被删除的原因：物权法第 191 条第 2 款，抵押人未经抵押权人同意，不能转让抵押财产，但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外，但立法者认为合同编第 524 条，即第三人代为履行并取得债权的规定，所以涤除权并未消灭，但是 524 条是否可替代存在问题

4、举例（1）抵押权转让效果为担保甲对乙的 100 万元债务（2021 年 9 月 1 日到期），甲以其 A 房屋为乙设立抵押权，办理了抵押登记。2021 年 3 月 1 日，未经乙同意，甲将 A 房屋以 150 万元的价格出卖给丙，同日为丙办理了过户登记。①甲将 A 房屋转让给丙属于有权处分，自为丙办理过户登记时，丙取得对 A 房屋的所有权。②乙对 A 房屋的抵押“不受影响”。转让后，乙对丙所有的 A 房屋继续享有抵押权。甲不对乙履行到期的 100 万元债务时，基于抵押权的“追及效力”，乙有权对丙的房屋行使抵押权。③若乙能够证明 A 房屋转让给丙“可能损害”乙的抵押权，对甲对丙享有的转让价款请求权，乙可选择主张“物上代位权”，一经选择主张，乙对该转让价款请求权享有“法定债权质权”；但与此同时，乙对 A 房屋的抵押权消灭。乙实现该法定债权质权时，除非甲、乙另有约定，须经清算。

（2）受让人的涤除权为担保甲对乙的 100 万元债务（2021 年 9 月 1 日到期），甲以其 A 房屋为乙设立抵押权，办理了抵押登记。2021 年 3 月 1 日，未经乙同意，甲将 A 房屋以 150 万元的价格出卖给丙，同日为丙办理了过户登记。丙购买该 A 房屋作为结婚用房。①甲将 A 房屋转让给丙属于有权处分，完成过户登记，丙取得对 A 房屋的所有权，但乙的抵押权不受影响，乙对 A 房屋继续享有抵押权。②若甲对乙不履行到期债务，乙可对丙所有的 A 房屋行使抵押权，这将严重影响丙的家庭生活。若丙代为清偿甲对乙的债务，则乙对 A 房屋的抵押权消灭。因此，丙作为抵押物的受让人，对甲对乙债务的清偿，丙拥有“法律上的利害关系”。③根据《民法典》第 524 条的规定，丙享有“代为清偿请求权”，丙对乙提出代为清偿甲对乙的 100 万元债务时，乙不得拒绝；乙拒绝的，丙有权提存，自提存时，甲对乙的债务因代为清偿消灭。④抵押物的受让人享有的代为清偿请求权，俗称“涤除权”。

5、司法解释规定

（1）抵押财产转让损害抵押权的情形——不够详细存在下列情形之一，抵押权人以抵押财产转让可能损害其抵押权为由，请求抵押人将转让所得的价款用于提前清偿债务或者提存的，人民法院应予支持：（一）抵押合同约定禁止或者限制转让抵押财产；（二）抵押财产是商品房的，受让人为其权利依法优先于抵押权人的商品房消费者；（三）抵押财产转让可能损害抵押权的其他情形。

（2）抵押物不得转让的特殊约定抵押人与抵押权人约定禁止或者限制转让抵押财产，

抵押人违反约定转让抵押财产的，无论是否已将该约定办理登记，转让合同的效力不因此受影响。因转让给抵押权人造成损失的，抵押权人可依照约定请求抵押人承担损害赔偿。抵押人与抵押权人约定禁止或者限制转让抵押财产，但是未将约定登记，抵押人违反约定转让抵押财产，并且已经向受让人完成抵押财产的交付或者登记的，规则是：若受让人为善意（受让时不知该约定），转让发生物权效力，受让人取得抵押财产所有权（当然，抵押权仍有追及效力）；若受让人为恶意（受让时知道或者应当知道该约定），转让不发生物权效力，抵押财产仍归抵押人所有。抵押人与抵押权人约定禁止或者限制转让抵押财产，并且已将该约定登记，抵押人违反约定转让抵押财产，即使已经向受让人完成抵押财产的交付或者登记的，除非受让人行使涤除权，转让不发生物权效力，抵押财产仍归抵押人所有。

（八）抵押权顺位——重复抵押

1、顺位的放弃

抵押权因放弃而消灭。重复抵押时，前顺位抵押权人可以放弃抵押权。

2、抵押权变更

抵押双方可协议变更抵押权，包括抵押担保的债权数额和抵押顺位的变更，不动产抵押权经变更登记生效，动产抵押权依抵押合同变更而变更，非经登记不得对抗善意第三人。

重复抵押时，抵押权变更对其他抵押权人产生不利后果，应经其同意，否则变更无效——举例：甲以房屋作为抵押，向乙丙丁三银行分别借款 100、300、500 万，乙丁协商互换抵押权顺位并办理登记，丙不知情，甲破产房屋被房屋拍卖只得 600 万，论如何分配？

（九）抵押权的孳息收取与实现

1、孳息的收取：抵押权人申请法院实现抵押权，对抵押物进行诉讼保全的，有权利收取孳息，但未经通知，孳息收取权不能对抗交付人（如租赁合同的承租人）。

2、实现方式协议：以物抵债，或者申请法院司法拍卖。

司法解释规定：当事人约定当债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，担保物权人可以自行将担保财产折价或者自行拍卖、变卖并就所得价款优先受偿的，该约定有效。因担保人的原因导致抵押权人无法自行对担保财产进行折价或者拍卖、变卖，抵押权人请求担保人承担因此增加的费用，人民法院应予支持。当事人依照民事诉讼法有关“实现担保物权案件”的规定，申请拍卖、变卖担保财产，被申请人以担保合同约定仲裁条款为由主张驳回申请，通过仲裁方式解决纠纷，人民法院经审理后，应当按以下情形处理：（一）当事人对担保物权无实质性争议且实现担保物权条件已经成就的，应当裁定准许拍卖、变卖担保财产；（二）当事人对实现担保物权有部分实质性争议的，可以就无争议的部分裁定准许拍卖、变卖担保财产，并告知可以就有争议的部分申请仲裁；（三）当事人对实现担保物权有实质性争议的，裁定驳回申请，并告知可以就有争议的部分申请仲裁。债权人以诉讼方式主张行使担保物权的，应当以债务人和担保人作为共同被告。

（十）动产购买价款抵押担保的优先权

实务分析：动产浮动抵押与担保物权的顺位，导致超级优先权的出现。

学理分析：购买价款担保权，按照联合国动产担保立法指南，包括出卖人对标的物所保留的所有权、融资租赁的出租人对标的物保留的所有权、为购置标的物提供贷款的债权人对标的物享有的抵押权。

我国态度：前两者都有合同法规定，第三者在物权编进行单独立法，担保的不是价款的本身，而是价款的来源，可理解为在浮动抵押下用借款购买的货物就还款所做的抵押，可以较动产浮动抵押优先受偿。

（十一）主债权时效届满对抵押权的影响

1、立法沿革

之前仿照台湾民法典的规定，在主债权诉讼时效消灭两年之后仍可以行使，但我国有学者认为担保权具有从属性，应当随主债权消灭而消灭，但担保人自愿履行的除外。

2、问题思考：当事人关于抵押权存续期间的约定是否有效？

在司法实务中有抵押人为了敦促债权人及时行使权利，要求约定抵押权的存续期间。按照法理，抵押权具有从属性，担保的债权未消灭，抵押权也不能够消灭。我国目前立法，当事人关于抵押权存续期间的约定

是无效的，出质人只能要求质权人及时行使质权，也可要求法院行使，且怠于行使造成损失须承担损害赔偿
责任，按照整体解释也可适用于抵押权。

3、司法解释规定

主债权诉讼时效期间届满后，抵押权人主张行使抵押权的，人民法院不予支持；抵押人以主债权诉讼时效期间届满为由，主张不承担担保责任的，人民法院不予支持。主债权诉讼时效期间届满前，债权人仅对债务人提起诉讼，经人民法院判决或者调解后未在民事诉讼法规定的申请执行时效期间内对债务人申请强制执行，其向抵押人主张行使抵押权的，人民法院不予支持。

主债权诉讼时效期间届满后，财产被留置的债务人或者对留置财产享有所有权的第三人请求债权人返还留置财产的，人民法院不予支持；债务人或者第三人请求拍卖、变卖留置财产并以所得价款清偿债务的，人民法院应予支持。

主债权诉讼时效期间届满的法律后果，以登记作为公示方式的权利质权，参照适用第一款的规定；以动产质权、以交付权利凭证作为公示方式的权利质权，参照适用第二款的规定

(十二) 最高额抵押权

1、概念

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的，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，抵押权人有权在最高债权额限度内就该担保财产优先受偿
举例：甲、乙订立“合同A”约定：“甲公司可在2018年1月1日至2018年12月31日期间对乙银行不定期借款。”同日，丙、乙订立“合同B”约定：“为担保甲基于‘合同A’对乙负担的借款债务，丙公司以其办公楼为乙设立最高额抵押权。担保的最高债权额为1亿元。”双方办理了抵押登记。

2、最高额抵押中的债权转让

最高额抵押权转让的禁止和例外，即最高额抵押担保的债权确定前，部分债权转让的，抵押权不得转让，当事人另有约定的除外
举例：甲药厂、乙银行、丙公司订立三方协议约定：“为了担保甲药厂在2021年度向乙银行的所有不定期不定额借款，丙公司以其A楼房设立最高额抵押担保，担保的最高债权限额为8千万元。办理了A楼房的抵押登记。第一季度，甲药厂共向乙银行借款4千万元，因资产重组，乙银行按照上级要求将这4千万元债权全部转让给了丁资产管理公司。第二季度，甲药厂未向乙银行借款。第三、四季度甲药共向乙银行借款1.2亿元。因甲药厂到期不能清偿对乙银行的1.2亿元借款债务，乙银行于2022年3月1日申请法院拍卖了丙公司抵押的A楼房，共获1.4亿元。经查，甲药厂对丁资产管理公司所负的4千万元也未清偿。①乙银行将对甲药厂的4千万元个别债权转让给丁资产管理公司之时，个别债权确定，根据《民法典》第421条的规定，此时，最高额抵押“不具有”从属于个别债权的“移转上的从属性”，丁资产管理公司对A楼房不享有抵押权，对拍卖抵押物的1.4亿元，丁资产管理公司不享有优先受偿权。②2021年12月31日营业时间结束，约定的确定期间届满乙银行对甲药厂的个别债权确定（1.2亿元），但因属于最高额抵押权，根据《担保法解释》第83条的规定，对拍卖抵押物的1.4亿元，乙银行只能优先受偿8千万元。

3、司法解释相关规定

最高额担保中的最高债权额，是指包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产的费用、实现债权或者实现担保物权的费用等在内的全部债权，但是当事人另有约定的除外。登记的最高债权额与当事人约定的最高债权额不一致的，人民法院应当依据登记的最高债权额确定债权人优先受偿的范围。

(十三) 质权

1、概述概念

在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时，可以就债务人或第三人转移占有而提供担保的质物所卖得的价金优先受偿的权利

举例：甲将结婚戒指质押给银行；甲将国债债券质押给银行，若甲不偿还债务，国债债券到期银行可兑换，没到期银行可转卖

2、动产质押

(1) 概述构成要件：以质权人以外的他人的动产为标的物，且质权人占有质押物；动产可以是债务人的，

也可以是第三人的；就质物折价或者变价所得的价金优先受偿

问题：不能归责于质权人的事由可能使质押财产损毁或者价值明显减少的，质权人有权要求出质人提供相应的担保；不提供的，可以拍卖、变卖——不可归责于质权人的事由是否包括不可抗力？——从法律逻辑上看，不可抗力已经造成质押物损毁灭失了，担保物灭失担保物权也不复存在，不应纳入此条款——那么本条的适用情形是非不可抗力，举例：如质押的动物生病了，质权人可以要求提供其他质物，质押人不同意，质权人可以提前拍卖，否则动物死亡更难卖出价格

(2) 质押的方式基于法律行为取得动产质押的要件：必须在某一特定的动产上设定、出质人有处分权

(质权人必然是债权人)、要用于担保债务、签订设立质权的合同（合同只有债权法上的效力，物权的生效必须交付）——注意：交付不包括占有改定

破产法的别除权与质物的物上代位性——举例：甲以牛向银行质押换取借款，牛被车撞死了，保险公司的赔偿金由出质人掌控，即使未归质权人占有，仍为质物——问题：赔偿金被甲花光了，银行不知情，质权难以实现——在破产的情形下，赔偿金作为债务人的责任财产，用来清偿甲对银行的债务，且具有优先受偿性，即为别除权

(3) 质权人的权利义务与质权消灭

质权人的权利：质物占有权、优先受偿权、孳息收取权、质权保全请求权、转质权、抛弃质权质权人的义务：不得擅自使用、处分质物、妥善保管质物、保全质物价值、质权消灭后，向出质人返还质物、及时行使质权

质权消灭：一般消灭事由。动产质权作为担保物权的一种，一般担保物权的消灭事由，亦可导致动产质权消灭的效果。包括：(a) 质权人抛弃质权；(b) 质物毁损、灭失，且无代位物；(c) 质权担保的主债权全部消灭；(d) 质权得以实现

特殊消灭事由。动产质权作为“占有质”，其成立与存续，以质权人占有质物为要件。因此，根据通说观点，具有下列情形之一的，动产质权消灭：(a) 动产质权人丧失对质物的占有的（一并丧失直接占有和间接占有）；(b) 动产质权人将质押动产返还给出质人或者返还给债务人的

(4) 转质指质权人为担保对他人的债务，以该质物对其债权人再行设立质权的行为。经过出质人同意的，为承诺转质，反之为责任转质

按照我国目前立法，仅认可承诺转质，一般要求为：承诺转质所担保的债权，应当在原质押所担保的债权范围之内，超过的部分不具有优先受偿的效力；转质权的效力优先于原质权；质物在转质权人占有期间发生毁损灭失的，其风险应当由出质人自己承担，除非转质权人保管不善举例：甲欠乙 10 万元，甲以其价值 20 万元的汽车为乙设立质权。经过甲同意，乙以该汽车为丙设立质权，担保的债权数额为 15 万元。这属于承诺转质，其法律效果是：①丙的转质权优先于乙的质权。②丙的质权具有独立性，体现在：丙对质物优先受偿的数额为 15 万元（不受乙之优先受偿范围的限制）；乙的质权消灭的，不影响丙的质权继续存在；只要丙实现质权的条件具备，即使乙的质权尚不具备行使条件，丙也可以行使自己的质权。

③质物在丙处毁损、灭失的，转质人乙仅承担“过错责任”

对比学理上的责任转质：甲欠乙 10 万元，甲以其价值 20 万元的汽车为乙设立质权。未经甲同意，乙擅自以质权人身份将该汽车为丙设立质权，约定担保的债权数额为 15 万元。这属于责任转质，其法律效果是：①丙的转质权优先于乙的质权，但是受限于乙的质权。一方面，乙、丙优先受偿的范围合计不得超过 10 万元（因乙的债权仅 10 万元）；另一方面，乙、丙权利冲突时，丙优先于乙。②丙的质权具有从属性，体现在：(a) 虽然丙的转质权所担保的债权额为 15 万元，但丙对质物的优先受偿权以 10 万元为限（原因：乙、丙对质物的优先受偿权均来自于乙的质权。并且，乙、丙对质物之优先受偿权的累计数额亦以 10 万元为限）；(b) 乙的质权尚不具备行使条件的，丙的转质权也不得行使；(c) 乙的质权消灭的，丙的转质权随同消灭。③质物在丙处毁损、灭失的，不论乙是否具有过错，乙均应对甲承担赔偿责任

3、权利质权

(1) 概述以“有权利凭证”的有价证券为标的的权利质权的设立，要求以现实交付、简易交付或者指示交付的方式完成出质的有价证券权利凭证的交付；以“没有权利凭证”的有价证券为标的的权利质权的设立、

以基金份额、股权为标的的权利质权、以知识产权财产权为标的的权利质权，要求办理完毕出质登记，但统一的权利质权登记机关的设立有待将来，具体要求可参照各单行法。票据质押——标的物是票据上记载的债权，该债权依附于有价证券，权利的证券化导致证券的动产化——物权法要求有一份质押协议，且交付票据之后才发生质权效力，而票据法规定票据质押必须背书才能成立，以何者为准？——举例：票据是甲签发给乙，乙质押给丙，按照物权法规定，乙丙成立质押协议后，乙将票据交付给丙票据质押即可成立，按照票据法规定，票据背面必须写明乙作为背书人，丙作为被背书人，在记载事项上写明质押，否则丙不享有票据质权——实务操作中以票据法为准。如以汇票出质，除交付外，还须背书记载“质押”字样并在汇票上签章（《民法典担保制度解释》第58条）。再如：以仓单出质的，除交付外，还须在仓单上背书记载“质押”字样，并经保管人签章（《民法典担保制度解释》第59条第一款）

（2）债券存款单的质押——如银行存款单、公司债券和国债债券举例：甲向工行借款80万，以未到期的100万农行存款单为质押，签订协议并交付。后来甲以遗失存款单为由向农行申请补办，并申请提前取款。到期后，甲未向工行还款，工行怎么办？——最高院担保法司法解释规定，存款银行有义务进行核押审查，经过核押后提前付款的，存款银行承担法律责任——农行有义务对存款单进行是否存在权利质押的审查，来保证工行的权利质权

（3）仓单、提单——除我国外没有国家规定仓单提单反映的权利是物权——《海商法》提单项下的权利是对承运人的债权——提单的权利应当是托运人将债权转让给收货人的债权转让，还是承运人代替托运人向收货人进行给付（由第三人履行的合同）

（4）权利质权的实现——汇票、本票、支票、存款单等债权质权的实现，由质权人行使票据的权利，要求票据债务人付款，如果权利之上所含的债权早于被担保的主债务到期的，可以提前行使权利，即质押人可以提前请求票据债务人付款，拿到钱后要提前清偿债务，要么将钱作为留置物继续担保——仓单、提单、知识产权和应收账款，可以提前行使权利，也可以拍卖变卖来实现优先受偿

（5）应收账款质权的设立应收账款是企业财务管理上的概念，指权利人因提供一定的货物、服务或者设施而获得的请求义务人付款的权利，包括现在和未来的金钱债权及其产生的收益可质押应收账款范围：应收债权质押登记办法，但是债权人如何实现质押是一个问题，尤其是公路桥梁经营性不可转让的收费权，只能设置特定账户，且应收账款的设立和转让应通知债务人

4、流动质押和金钱质押

（1）流动质押要件：债权人、出质人与监管人订立三方协议，出质人以通过一定数量、品种等概括描述能够确定范围的货物为债务的履行提供担保，当事人有证据证明监管人系受债权人的委托监管并实际控制该货物的，人民法院应当认定质权于监管人实际控制货物之日起设立。监管人违反约定向出质人或者其他人放货、因保管不善导致货物毁损灭失，债权人请求监管人承担违约责任的，人民法院依法予以支持。在前款规定情形下，当事人有证据证明监管人系受出质人委托监管该货物，或者虽然受债权人委托但是未实际履行监管职责，导致货物仍由出质人实际控制的，人民法院应当认定质权未设立。债权人可以基于质押合同的约定请求出质人承担违约责任，但是不得超过质权有效设立时出质人应当承担的责任范围。监管人未履行监管职责，债权人请求监管人承担责任的，人民法院依法予以支持

案例：甲向乙借款1000万元，约定借期一年，利息150万元，2021年3月1日借款到期。为担保甲对乙借款债务的履行，2020年3月1日，甲、乙、丙订立《动产流动质押协议》约定：“①甲将其现有以及未来一年将取得的大米全部交付给监管人丙监管，为乙设立动产流动质押。②质押期间，甲在经营中需要出让大米时，由乙根据情况向丙签发提货单，由丙按照提货单确定的数量向甲放货。③监管人必须确保监管之大米的数量保持在3000吨并且价值保持在1300万元以上。”

（2）金钱质权为了突破金钱占有即所有的规则，出质人必须完成出质金钱的交付，且通过特户、封户、保证金等方式使金钱特定化。金钱质权设立的目的何在？

举例：乙公司在甲银行开设保证金账户，账户内转入的资金为甲银行在向乙公司发放住房贷款时按每笔贷款的2%存入，转出的资金为扣划未及时还贷的购房者的应还贷本息。除此之外，该账户并未用于日常结算。根据甲银行与乙公司签订的《个人购房贷款项目合作协议》，当购房人未按借款合同约定按期还本付

息时，甲银行有权从该保证金账户中直接扣划。因此，可认定甲银行取得了乙公司在甲银行开设的保证金账户的控制权，此种控制权移交符合出质金钱移交债权人占有的要求。

(十四) 留置权

1、特征

法定性、债务人未清偿债务之前，债权人可以留置动产（留置性担保物权）、留置的动产与债权属于同一法律关系。留置的动产与债权属于同一法律关系的原因——《民通意见》在承揽、保管和运输合同中规定的留置权，《担保法》解释出台后留置权的范围超出了这些合同的范围——留置的动产与债权产生于不同的法律关系——牵连关系的相关理论——人大制定《物权法》确立同一法律关系的标准，以保证同案同判——同一法律关系的影响，是否要求债务人享有留置物的所有权，如是第三人财产能否行使留置权？《民法典担保制度解释》第62条第一款规定：“债务人不履行到期债务，债权人因同一法律关系留置合法占有的第三人的动产，并主张就该留置财产优先受偿的，人民法院应予支持。第三人以该留置财产并非债务人的财产为由请求返还的，人民法院不予支持。”

特殊情形：（1）动产入侵——牛冲进承包地，主人不赔能否留置牛——踢球砸坏教室放映机，小学生没钱能否留置足球——侵权关系与基于占有的返还义务，不是同一法律关系不能留置

（2）对方拿错雨伞后，要求对方将自己的伞先给自己可以么——交互债务，不能留置（3）无因管理牛，主人不领走——占有牛和请求支付费用属于无因管理这一法律关系，有权留置

台湾和大陆对动产入侵和交互债务都设定留置权，且只会发生债法上的效力，与是不是同一法律行为无关——留置权的对抗效力，类似于同时履行抗辩权。我国对留置权除对抗效力外，还赋予其物权属性，留置权人可以处分并优先受偿，类似于德国的法定质权——我国没有债法上的留置，保留了动产质意义上的法定留置，形成了现在的留置权，并要求产生于同一法律关系，并具有物权优先受偿效力

2、留置权的成立与消灭

条件：债权人占有债务人的动产、债务清偿期已经届满、债权人取得动产与债务产生是同一法律关系、债权人并非因侵权行为占有动产

例外情形：行使留置权将欲债务人交付动产时或交付动产前的指示相违背、有悖于公序良俗——举例：大学生救人身亡，打捞尸体的人能否留置？

3、商事留置权

商行为的概念：目的（买进为了卖出，卖出为了买进）、有资本运作的行为、以盈利为目的——问题：公司购买办公用品、超市赠送礼物是否是商行为，能否享受赠与合同免责条款？医生私人行医是不是商行为？思考：商事留置中，有价证券能否成为留置权的客体——债权性质的留置（抗辩权）可以，物权性质的留置（处分权）必须区分有价证券是否记名，记名证券不能留置，因为涉及冒名处分的问题

总结：债权人因商行为占有动产或有价证券、债权因双方商行为产生（必然是企业和企业之间）、债权已经到期、债权包括缔约过失与违约责任

商事留置与一般留置权的区别：留置的动产与被担保的债权“不必属于”同一法律关系。这是商事留置权的特别之处。但被担保的债权须为债权人“持续经营中”发生的债权。对此，《民法典担保制度解释》第62条第二款规定：“企业之间留置的动产与债权并非同一法律关系，债务人以该债权不属于企业持续经营中发生的债权为由请求债权人返还留置财产的，人民法院应予支持。”

4、留置与盗窃

运输个体户甲将其汽车送乙处修理，因甲不对乙支付到期修理费，乙将汽车留置。为不耽误经营，甲将汽车从乙处偷回。甲偷回汽车致乙“对留置的汽车丧失占有时”，乙对汽车留置权的命运如何，有两种观点：一种观点认为，乙的留置权尚未消灭，若乙自丧失占有之日起一年内未恢复对汽车之占有，一年期间满，乙的留置权消灭；另一种观点认为，自丧失对汽车占有时，乙的留置权消灭，如乙自丧失占有之日起一年内恢复对汽车之占有（如通过行使占有回复请求权），乙对汽车的留置权“复活”。我国通说认可第二种观点。

(十五) 让与担保

1、概念

让与担保，指为担保债务的履行，债务人或者第三人与债权人订立合同，约定将担保标的物的财产权形式上转让至债权人名下，使债权人在不超过担保目的范围内取得担保标的物的财产权，债务人到期清偿债务，债权人将该财产权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、折价偿还债权的非典型担保。

2、类型

严格意义上的让与担保，指已经将担保标的物的财产权以完成财产权利变动的公示方式转让至债权人名下的让与担保。根据《民法典担保制度解释》第 68 条第一款与第二款的规定，让与担保具有物权效力，债权人享有“让与担保担保物权”。后让与担保，指尚未将担保标的物的财产权以完成财产权利变动的公示方式转让至债权人名下的让与担保。后让与担保尚不具有物权效力，但根据区分原则，不影响“让与担保合同”的效力

3、让与担保与物权法定

若持“物权法定缓和主义”，所谓物权法定中的“法”，不仅包括全国人大及其常委会制定的法律，还包括习惯法（《民法典》第 10 条规定：“处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。”）。同时，可以确定在我国长期经济实践中，已经形成了承认让与担保属于担保物权的习惯法，故让与担保不违反物权法定。为了克服融资难、融资贵之问题，同时本着务实的精神，最高人民法院在制定《九民纪要》第 71 条时采“物权法定缓和说”

4、让与担保合同的效力

观点一：担保信托合同。该观点认为，让与担保合同所追求的经济目的系为履行债务提供担保，但其采用的法律手段系向债权人移转标的物的财产权，但双方订立合同时具有“一致真实的效果意思”，属于担保信托合同

观点二：隐藏行为。该观点认为，双方移转财产权的协议属于“双方虚假行为”，根据《民法典》第 146 条第一款属于无效合同，双方提供让与担保的协议属于“隐藏行为”，若不存在法定无效事由，让与担保合同有效

5、典型的让与担保与后让与担保

(1) 甲向乙借款 100 万元，约定借期一年，利息 15 万元，2020 年 12 月 1 日到期。为担保甲还款义务的履行，2019 年 12 月 1 日，甲、乙订立《担保合同》约定：“①甲将其 A 车所有权移转给乙，由乙取得 A 车所有权。②甲以占有改定方式交付 A 车，担保期间仍由甲直接占有使用 A 车。③若甲到期清偿了全部借款债务，乙对 A 车的所有权消灭。④若甲到期未清偿借款债务，乙即终局确定取得 A 车所有权，甲向乙履行 A 车的现实交付，抵偿甲对乙的 115 万元金钱债务，无须清算。其中：流担保条款无效、让与担保合同有效、让与担保担保物权已设立，即担保物权人可以就物行使优先权，来源于《民法典担保制度解释》第 69 条

(2) 甲向乙借款 1000 万元，借期一年，约定利息 150 万元，2020 年 12 月 1 日到期。为担保甲还款义务的履行，2019 年 12 月 1 日，甲、乙订立《担保合同》约定：“①甲将其 A 房屋以 1150 万元的价格出卖给乙。②若甲到期清偿了借款债务，A 房屋买卖合同终止不再履行。③若甲到期未清偿借款债务，乙有权请求甲交付 A 房屋并办理过户登记，由乙终局确定取得 A 房屋所有权，以抵偿全部 1150 万元还款义务。无须清算（无须多退少补）。”

其中：流担保条款无效、让与担保合同有效、让与担保担保物权未设立、具有债权上的担保效力，来源于《民间借贷规定》第 23 条

6、让与担保相关案例总结

(1) 债务履行期届满前达成以物抵债协议，但未转让担保物权的协议效力。

案例：2008 年 10 月 26 日，天骄公司与南通三建签订建设工程施工合同，约定：由南通三建承建天骄公司的某别墅楼工程，付款方式为天骄公司每月按形象进度的 70%付款，验收合格时付至工程款的 80%，

余款在保修期满后三个月内结清。随后，南通三建即开工建设。2009年1月，因天骄公司未能如约支付工程款导致南通三建拖欠农民工工资，双方产生争议。2009年1月3日，经当地政府部门介入协调，双方达成补充协议，约定：天骄公司承诺给付南通三建工程款300万元，如其在2009年1月14日前不能按时给付300万元，则天骄公司将项目土地使用权以500万元的价格一次性转让给南通三建。补充协议签订后，天骄公司仍未按约付款。南通三建公司便诉至法院，要求天骄公司履行补充协议，将涉案土地变更至自己名下。

分析：双方当事人于债权未届清偿期之前达成以物抵债协议，虽然不是直接约定成立担保关系，但抵债有对价，抵债协议的本质，是为了担保债权的实现。由于当事人双方没有就债务不履行时将抵债标的物进行清算的约定，以物抵债协议其性质上仍为流抵契约，故应认定为无效。

那么，是否可以认为，我国立法否认当事人事前达成无需清算、担保物权人直接取得担保物所有权的协议效力，以物抵债必须在实现担保物权时才能使用，即担保的履行必须由变卖担保物或协议估价的清算程序

(2) 清偿期届满前签订以物抵债或“物权转让”协议，且该合同已经备案

案例：2007年6月27日，杨伟鹏与嘉美公司签订《商品房买卖合同》，涉及53间商品房，并约定了过户、违约责任等问题。次日，双方于房屋登记部门对合同办理了备案登记。杨伟鹏向嘉美公司支付340万元并收取61万利息。后杨伟鹏诉请确认该合同有效，判令被告交付房屋，被告嘉美公司答辩称双方当事人之间不存在商品房买卖合同关系，而是民间借贷关系，商品房买卖合同只是民间借贷中的担保环节。

解析：结合双方签订该合同的具体情况、双方的真实意思表示是借款法律关系。双方签订商品房买卖合同并办理备案登记的行为有担保的法律特征，属于非典型担保方式。既然属于担保，就应适用物权法有关禁止流押的原则，也就是说在债权人实现担保债权时，对设定的担保财产，应当以拍卖或者变卖的方式受偿。

(3) 债务履行届满后达成以物抵债协议，但转让物权未发生转移的协议效力。

案例：2009年9月9日，陈某向廖某借款4.5万元，约定2009年9月14日偿还。2009年9月15日，因债务无法清偿，双方达成房屋买卖合同，约定借款转为购房款，但只有陈某在《存量房屋买卖合同》上签字，陈某向廖某出具收到5万元购房款的收条。2010年，陈某将房屋产权证及钥匙交予廖某，2011年，廖某诉至法院，要求办理过户手续。

分析：双方签订了房屋买卖合同，在债务已届清偿期后约定以物抵债，其本质是否为代物清偿，在性质上争议极大。若代物清偿为实践性法律行为，不仅需要当事人的合意，还需要履行物权转移手续。本案中，双方之间存在的还是借贷关系，双方达成以物抵债协议后，虽然交付了房产证和钥匙，但因未办理物权转移手续，即未“交付”，所以以物抵债协议尚未成立。陈某不履行以物抵债，廖某不得要求其履行，当然，其可以另案起诉陈某，要求陈某偿还借贷债务。按照此种理论，债务清偿期届满后当事人约定以物抵债，但未办理物权转移手续的，如债务人反悔，债权人要求继续履行以物抵债协议的，法院应不予支持。但经释明，要求履行原债权债务合同的，法院应予支持。若代物清偿为诺成性法律行为，仅需要当事人的合意即可成立，按照2017年最高法院公报的判决要旨，可能成立债的更改，即成立新债务，同时消灭旧债务，也可能是新债新偿，新债与旧债并存，但是如果当事人明确消灭旧债的合意，应当认定为新债新偿，即旧债务于新债务偿还之前不消灭。若新债务届期不履行，债权人有权请求履行旧债务，且不受以物抵债协议无效、被撤销、解除的影响。

(4) 债务履行届满后达成以物抵债协议，已转让物权的协议效力。

案例：1994年，某乡政府为扶持辖区内乡镇集团企业某焊材厂，先后向供销公司法定代表人李某借款155万元，并约定了年利率。后由于无力偿还，某乡政府（甲方）于1999年1月4日与供销公司（乙方）签订了《产权整体移交协议书》，约定：双方协商自1999年1月1日起由甲方将所属“焊材厂”整体移交给乙方，产权归乙方所有；甲方从李某等6人处借的155万元本金及利息等由乙方承担，并负责偿还；其余发生在乙方接受前的该企业一切债权债务由甲方承担，协议生效后，该企业所发生的一切债权债务由乙方承担……同年1月8日，某乡政府将焊材厂全部资产登记造册整体移交给供销公司。同时，双方在焊材厂资产移交明细表上盖章签字确认。之后，供销公司即接管了焊材厂，并开展生产经营活动。之后，双方发生纠纷，供销公司主张其与某乡

政府之间的《产权整体移交协议书》是无效协议。

分析：以物抵债属于清偿债务的一种方式，通过债务人将其固定资产作价转移给债权人，从而清偿其对债权人负有的相应债务。只要双方的意思表示真实，协议内容不违反国家法律的强制性规定，便为有效合同。合同一方不能因为事后经营抵债的资产不盈利便质疑原以物抵债合同的有效性。具有以物抵债的性质，双方意思表示真实，协议不违反国家法律的强制性规定，应为有效合同。

（十六）占有

1、占有的含义

（1）占有和占有权——占有是一种状态，占有权视占有的后果——占有保护（2）占有和有权占有——举例：基于所有权、租赁关系下的占有，是有权占有，区别于所有权四项权能中的占有权（3）占有的特征和主体特征：对象是特定物、对特定物的实际控制、属于一种现象——无民事行为能力人可以继受占有，不能原始占有（没有控制特定物的意思）

2、分类

有权与无权占有——举例：拾得物的占有（抛弃、遗失物是否无因管理）；善意与恶意占有——均为无权占有；无过失占有和有过失占有——取得时效有关；和平占有和强暴占有；公然占有和隐秘占有——取得时效有关；持续性占有和非持续性占有——取得时效有关；无瑕疵占有和有瑕疵占有——善意、无过失、和平、公然、持续性的判断标准；自主占有和他主占有——取得时效有关；直接占有和间接占有——对租赁物的占有

分类的意义——举例：善意占有和恶意占有的适用——善意取得、不当得利返还义务（恶意占有的赔偿义务，加重责任）——取得时效：无权、善意、无过失、和平、持续性、公然、无瑕疵、自主占有加上时间经过方可取得——举例：拿错别人的东西并持续占有数十年

3、占有的取得与变更

（1）占有的取得——物权的原始取得，非基于原所有人的所有权或意志，如取得时效、政府征收和善意取得——物权的继受取得，以原所有权且以原所有人的意志为依据

（2）占有的变更举例：他主占有变为自主占有（保管物据为己有）、有权占有变成无权占有（租赁期限届满未搬离）、善意占有变成恶意占有（找钱后多了没还）等

4、占有的效力

（1）推定效力——对占有不作合法性审查——第一步推定为有权占有，第二步推定为善意占有，举证责任倒置，由相对人而非占有人证明

（2）时效取得——86年民法通则立法，计划经济体制——07年物权法，技术性问题，与消灭时效放在一起还是放在物权法中，单轨制还是双轨制——消灭时效，权力行使的限制，取得时效，物权的取得方式之一

（3）占有人的回复请求权——返还原物、排除妨害、原状回复、损害赔偿请求权——所有权人在间接占有之时，能否行使占有人的权力？如房东对出租房屋门口堆放的垃圾如何处置？

5、占有返还请求权分析

（1）概述权利的行使，以占有物被侵夺为要件，比如占有的动产被盗窃、不动产被霸占等。没有他人的积极侵夺行为则无此请求权，如借用期限届满不返还借用物，遗失物被拾得人占有，均不能认为是侵夺占有。享有该请求权的主体既包括直接占有人也包括间接占有人，不论有无正当原权，也不论善意还是恶意，只要是被侵害的占有都享有此权。但占有辅助人不能作为此项请求权的主体，只能以占有人的名义来行使占有物返还请求权。此项请求权的相对人不限于最初的侵夺者，还包括侵夺者的概括继受人。对于不具备即时取得条件的善意特定继受人，由于其不了解侵夺的事实，出于保护善意第三人和保证交易安全的考虑，应对其已确定的占有加以保护，因而其不应作为占有物返还请求权的相对人。

（2）注意义务与物损毁灭失的责任承担甲的A手机丢失，被乙拾得。乙谎称己有，以市价出卖给不知情的丙，丙为善意的自主占有人，因为根据其掌握的信息，有理由相信自己是手机的所有权人，尽管是无权

占有，但是丙是没有注意义务的

甲的 A 手机丢失，被乙拾得。乙谎称已有出租给不知情的丙，丙善意的他主占有，因为根据其掌握的信息，有理由相信自己是手机承租人，尽管丙是物权占有，只要不超过假想占有权限，即便造成损害也无须承担责任

(3) 法定孳息的返还与必要费用承担甲将马出租给乙，该马走失，被丙拾得，丙出售给不知情的丁，马生小马，甲乙可要求返还孳息，但须偿付必要费用。甲将马出租给乙，该马走失，被丙拾得，丙出售给不知情的丁，马生小马，甲乙可要求返还孳息，不必偿付必要费用

(4) 原物返还与占有返还请求权的区分甲租赁的电脑被乙盗窃。此后，乙将该电脑出卖（赠与、出租、质押）给丙。①乙经由侵夺取得对电脑的占有。通过侵夺取得占有，系暴力占有，该无权占有因此具有瑕疵。②丙通过买卖（赠与、租赁、质押）取得电脑的占有，丙系侵夺人乙的占有特定继受人。③恶意的占有特定继受人，须承受其前手于占有上的瑕疵；善意的占有特定继受人，无须承受其前手于占有上的瑕疵。④因此，若丙系恶意的占有特定继受人，甲对丙享有占有返还请求权；若丙系善意的占有特定继受人，甲对丙不享有占有返还请求权。⑤《民法典》第 235 条规定的返还原物请求权就不存在这个问题（只要被请求人系现时的无权占有人，无论其为善意占有人还是恶意占有人，均不影响返还原物请求权的成立）。

(五) 几个问题

- 1、占有返还请求权的行使对象，包括间接占有人，如盗赃物出租后失主的占有返还请求权，但盗赃物出卖之后，原物主能否行使占有返还请求权，须视买受人是否善意，善意则不能行使，这与原物返还请求权不同
- 2、占有丧失的认定，退房时发现遗落物品未丧失占有，退房后发现为占有交替，即宾馆成为直接占有人，遗落物品在机场登机关门为丧失直接占有
- 3、有权占有的依据分为依照物权占有与债权占有，如一房二卖都构成有权占有，但取得物权的占有人可以赶人
- 4、最典型的是拾得遗失物的处理，买受人或出租人都是无权直接占有，拾得人是间接占有，如出卖是自主占有，出租是他主占有，他主善意占有超越假想占有权，同恶意占有，须承担赔偿责任，如用手机砸人而非正常磨损
- 5、一般买卖合同签订后不付款，在合同撤销之前形成的占有，是自主占有的，且原物主不能要求占有返还，这不同于保留所有权买卖合同，是有权的他主占有，可以要求返还
- 6、无法证明善恶的推定为善意，故拾得遗失物后出卖的，物权人无法证明的，买受人为善意可要求支付必要费用
- 7、出租到期不腾房，出租人直接住进去，无权占有的承租人是不能行使占有返还请求权的，但第三人住进去可以