物权编对四种他物权制度的完善和发展

崔建远*

内容提要 农地“三权分置”模式下的土地经营权虽有被解释为物权或债权的空间，但将其定性和定位在物权利多弊少，且不宜仅从存续期限的长短、登记与否等角度来作判断。集体经营性建设用地使用权与国有建设用地使用权同权、同价应当落到实处，既要避免本为商业目的利用集体土地却实施征收的措施，以防集体土地所有权人的收益减少；又应封堵“绕道”宅基地使用权的渠道而后转入集体经营性建设用地使用权的“土地池”的暗度陈仓。居住权制度在相关人之间可以满足住房困难者生活居住的需要，也应成为投资性建设者用其达到合作各方共赢的法律手段，故应允许较为宽松地解释和适用居住权制度。变僵硬地禁止流押条款为弹性地对待流押条款，把流押条款交由各个相应的制度及规则去处理；变由抵押权人独享抵押物转让与否的决定权为充分尊重抵押物所有权人的意愿，设置抵押权的追及效力和涤除权甚至提存的制度来保障抵押权人的利益，平衡方方面面的利益关系，是明智之举。重整抵押权与质权的顺位关系的规则，合并动产抵押和浮动抵押，增设超级优先权，都是可圈可点的。

关键词 民法典物权编 三权分置 集体经营性建设用地使用权 居住权 抵押权

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2020.04.002

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）物权编在承继《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）、《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）、《中华人民共和国土地管理法》（以下简称《土地管理法》）、《中华人民共和国农村土地承包法》（以下简称《农村土地承包法》）、《中华人民共和国担保法》（以下简称《担保法》）等法律的成功经验的同时，又因应社会生活的实际需求有所发展，对物权制度及规则进行了完善，特别是农地“三权分置”制度还是对国家改革农地制度的成果的法律固定，意义就更为非凡。

民法典物权编贯彻《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度 推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》，完善了关于社会主义基本经济制度的表述（第 206 条第 1 款）①；增设了不动产登记信息保密规则（第 219 条）；增加了农村村民住宅征收补偿的规定（第 243 条第 2 款）；新增规定无居民海岛属于国家所有（第

* 清华大学法学院教授，中国法学会民法典编纂项目领导小组成员、物权编召集人。

① 除特别标注外，本文括号内夹注的法条均为《民法典》的条文。

(C)1994-2020 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

248 条）；增加规定农村集体经济组织成员有权查阅、复制有关集体组织财产状况的资料（第 264 条后段）；增加“改变共有部分的用途或者利用共有部分从事经营活动”为业主共同决定事项（第 278 条第 1 款第 8 项）；结合疫情防控工作，在征用组织、个人的不动产或者动产的事由中增加“疫情防控”，明确物业服务企业和业主的相关责任和义务，增加规定物业服务企业或者其他管理人应当执行政府依法实施的应急处置措施和其他管理措施，积极配合开展相关工作，业主应当依法予以配合（第 245 条、第 285 条第 2 款、286 条第 1 款）；② 增加规定添附（第 322 条）；落实农地“三权分置”的改革要求，对土地承包经营权的相关规定作了完善（物权编第三分编第十一章）；农村集体建设用地使用权和宅基地方面，与土地管理法作了衔接性规定（第 361、363 条）；增加规定居住权（物权编第三分编第十四章）；对流押、流质条款予以弹性化处理（第 401、428 条）；抵押物转让、抵押权的追及效力、涤除权之间相互衔接和配合（第 406 条），等等。

这些发展的物权制度及规则具有何种含义和价值？对其如何解释和适用？它们还存在哪些不足以及如何通过学说和判决加以消除？所有这些，都是《民法典》颁行后亟待解决的问题。但限于篇幅，本文仅就其中涉及他物权的四项发展予以释评，并就教于大家。

一、关于农地“三权分置”制度

为适应现代化大农业的规模化经营的要求，跟上农村经济商品化、现代化转变的步伐，需要在保障农民生存权的基础上强化发展权，其中之一是让土地经营权超越原来的集体经济，超越行政界限，向擅长规模经营的“能手”集中。这就是土地经营权与土地承包经营权相分离的内在的、客观的要求。同时，鉴于权利人有以土地承包经营权设立担保达到融资目的之现实且巨大的需求，其实也有金融机构扩张其金融业务的经济人渴望，再创设土地经营权制度，由农户保有土地承包权，流转土地经营权，以后者融资，就兼顾了生存权和发展权，使二者相得益彰。《土地管理法》《农村土地承包法》和民法典物权编落实中共中央的政策，规定了土地承包经营权、土地承包权、土地经营权的制度。

（一）三个概念的使用场合

观察和体会《民法典》涉及土地承包经营权的规定，可知土地承包经营权、土地承包权、土地经营权这三个概念使用的场合和条件是：在农户亲自行使土地承包经营权、不流转土地经营权的情况下，无需使用土地经营权的概念，仅有土地承包经营权的概念足矣；只有在农户流转土地经营权的情况下，才有使用土地承包权、土地经营权的必要，于此场合，集体土地所有权人拥有和行使土地所有权，土地承包经营权被分成土地承包权和土地经营权，农户享有其中的土地承包权并获得收益（土地经营权人支付的对价），

② 参见王晨：《关于〈中华人民共和国民法典（草案）〉的说明——2020 年 5 月 22 日在第十三届全国人民代表大会第三次会议上》，载中国人大网，http://www.npc.gov.cn/npc/c35178/202005/9fed629352914c26abe10bedef1ed060.shtml，2020 年 6 月 17 日访问。

(C)1994-2020 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

土地承包经营权的概念退出使用,受让权利者同时是实际占有、使用、收益承包地之人,享有和行使土地经营权。其实,在利用土地经营权融资时,已经取得土地经营权的实际占有、使用、收益承包地之人可以是抵押人(在承认土地经营权为物权的理论体系下)或出质人(在把土地经营权作为债权的理论体系下)。在土地承包经营权尚未被分成土地承包权和土地经营权的情况下,土地承包经营权人(农户)在融资程序中将土地经营权独立出来,并抵押给(在承认土地经营权为物权的理论体系下)或出质给(在把土地经营权作为债权的理论体系下)出借人。

(二)集体土地所有权行使说之反驳

在研讨和设计农地"三权分置"模式的过程中,有一种意见是反思"他物权乃分享所有权的权能而派生出来的物权"这种理念及理论,主张单纯依赖所有权的行使这一面即足矣,无需赋予所有权人对面之人享有他物权。笔者把它命名为"单纯依赖所有权的行使论"。在笔者看来,这种理论在现行法上是没依据的,在理论上是错误的,在实务中是有害的,极不可取:(1)如果法律不承认土地所有权的行使在对方(即农户或实际占有、使用、收益农地者)一面凝聚成他物权,起码是债权,仅仅单纯依赖所有权的行使这一面,那么,在集体土地所有权人与农户或实际占有、使用、收益农地者之间的关系上,只是表现了前者对于后者从事农林牧渔的允许,后者从事这些活动具有合法性,但后者不享有他物权,起码是债权。这就似乎意味着前者恩赐于后者从事农林牧渔,前者随时可以收回此类恩惠,即停止行使集体土地所有权;后者没有他物权,就产生不出停止侵害、排除妨碍、消除危险等请求权,后者无正当权源对抗他人的不法侵害,也就难以及时和有效地得到救济——后者没有他物权或债权,凭什么对抗前者不适当地停止行使集体土地所有权的行为?(2)如果法律不承认土地所有权的行使在对方(即农户或实际占有、使用、收益农地者)一面凝聚成他物权,起码是债权,一方面,农户或实际占有、使用、收益农地者的预期便不确定,短期行为就在所难免;另一方面,农户或实际占有、使用、收益农地者的法益及边界不明,不易被他人了解,其合法利益容易遭受侵害,加上救济方式缺乏或者救济不及时,会促使农户或实际占有、使用、收益农地者的行为情绪化,破坏性地从事作业。(3)土地所有权的对面就是相应的义务,法律不赋予农户或实际占有、使用、收益农地者享有他物权,起码是债权,就意味着义务的类型与范围不明,农户或实际占有、使用、收益农地者不清楚其负担的义务类型与边界,其行为反倒容易不规范。义务种类与程度不清,集体土地所有权人就难以认定他们是否违反了义务,会出现难以认定责任是否成立的怪现象。(4)法律不赋予农户或实际占有、使用、收益农地者享有他物权,集体土地所有权人擅自将同一宗农地发包给第三人时,农户或实际占有、使用、收益农地者完全无法对抗该第三人,只得追究集体土地所有权人的违约责任,这就有些方面而言不如农户或实际占有、使用、收益农地者享有他物权。(5)法律不赋予农户或实际占有、使用、收益农地者享有他物权,起码是债权,农户或实际用地者就无法以该利益作为客体进行抵押或出质向金融机构融到资金,因为现行法承认的担保物权要么以特定之物为客体,要么以特定权利为客体,没有承认以除此以外的利益为客体的担保物权。(6)单纯

(C)1994-2020 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

依赖所有权的行使论要想立得住,它必须在集体土地所有权人与农户之间的关系中,在农户与或实际占有、使用、收益农地者之间的关系中,都说得通。但该论在实际上是无法完成该项任务的,因为在现行法上,农户对于农地的占有、使用、收益,早在《民法通则》上就被设计成土地承包经营权(《民法通则》第80条第2款),《物权法》亦然,且十分明确地把它作为一种用益物权(《物权法》第十一章),一句话,在所有权行使的受体一方已经凝结成他物权,起码是产生债权(有专家、学者认为《民法通则》规定的土地承包经营权属于债权)。这与单纯依赖所有权的行使论的理念及结论正好相反。也可能这堵法理之墙无法撼动,于是该论只想阻碍土地经营权的设计:农地"三权分置"提出与落实时,众人争议第三权"土地经营权"应为物权还是债权,单纯依赖所有权的行使论独出心裁,认为没必要设计第三权,只要依赖所有权的行使就够了。在笔者看来,单纯依赖所有权的行使论至少存在如下问题:首先,它未做到相似的事物相同处理——在土地承包经营合同关系中农户享有土地承包经营权,在土地承包经营权流转关系中无需凝结成民事权利。其次,在土地承包经营权流转关系中不存在土地所有权的行使,只有土地承包经营权的行使,依逻辑,单纯依赖所有权的行使论在此派不上用场,可该论却是要解决这种关系中实际占有、使用、收益农地者的法益的。视野延伸,若依单纯依赖所有权的行使论,则在所有权人与他人之间的关系中,仅凭所有权的行使就万事大吉,无需他物权的存在和运作。如此,在"物权法"领域,只剩下所有权"一柱擎天",不会有由所有权、用益物权和担保物权共同构建的殿堂,所谓"物权法"便名实不符,应叫所有权法。在笔者看来,这不是在建设农地权利乃至整个物权的制度,而是在为物权制度掘墓。这种忽视人类共同文明的结晶、抛弃传统文化的"开宗立派"是不切实际的。

(三)对土地经营权的定性和定位

《农村土地承包法》第41条规定:"土地经营权流转期限为五年以上的,当事人可以向登记机构申请土地经营权登记。未经登记,不得对抗善意第三人。"《民法典》对此予以承继并加以完善,第341条规定:"流转期限为五年以上的土地经营权,自流转合同生效时设立。当事人可以向登记机构申请土地经营权登记;未经登记,不得对抗善意第三人"。这两部法律如此设计的本意是:在实务中,不同的主体对土地经营权的实际需求不同,有些需要期限较短的土地经营权,有些要求期限较长的土地经营权,大体可以5年为时间节点,5年以上期限的经过登记可以为物权,5年以下的因期限较短不予登记,不宜被定位在物权,仅作债权。③ 如此,同一类型的土地经营权就会因存续期限的长短而表现为不同的权利属性和类型,或是物权,或是债权。在笔者看来,这并非最佳的方案。

把土地经营权定性和定位在债权,最大的弱点是受债的相对性的限制,土地经营权对第三人不具有约束力,有时对抗不了第三人。将土地经营权定性和定位于物权正能克服这种弱点:(1)在土地承包权人(农户)将A地的土地经营权流转给乙之后,乙取得

③ 在2020年1月16日上午由全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室组织召开的《中华人民共和国民法典·物权编(草案)》研讨会上,有关领导介绍了这种立法计划和立法目的。

(C)1994-2020 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

的土地经营权作为物权且经过登记,其后,农户又把A地的土地经营权流转给丙,这时,乙就可以否定丙的土地经营权,保有住自己的土地经营权。但是,若乙的土地经营权作为债权,乙对丙就没有这样强大的效力。特别是,在丙实际占有A地而乙却未占有的情况下,根据《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释〔2005〕5号)第10条第2项关于"均未办理土地使用权变更登记手续,已先行合法占有投资开发土地的受让方请求转让方履行土地使用权变更登记等合同义务的,应予支持"的规定,乙完全无力对抗丙所享土地经营权。(2)如果把它作为债权,在土地承包权人(农户)不复存在的情况下,就会出现承包人难以保有土地经营权的后果。因为土地承包权人(农户)不复存在就是债务人消灭,债权要随之消灭。可若土地经营权为他物权,一经设立就具有独立性,只要其母权没有绝对消灭、土地经营权的存续期间没有届满,即使土地承包权人(农户)不复存在,它也照样存在。(3)土地经营权若作为债权,在第三人不法侵害经营地及土地经营权时,由于现行法尚未普遍承认债权为侵权行为的对象,土地经营权人无权请求该第三人承担侵权责任。反之,若土地经营权是物权,在第三人侵害它时,土地经营权人就有权请求该第三人承担侵权责任。(4)土地经营权作为债权,在债务人宣告破产的情况下,土地承包权人(农户)就此利益只能与其他债权人平等地按比例地受偿,而作为物权,则享有优先的权利。(5)《民法典》第342条允许把"四荒"土地承包经营权流转时形成的土地经营权作为抵押物,④意味着将此类土地经营权定性和定在物权了。为达统一审视和规整土地经营权的体系化要求,把土地经营权定性和定位在物权,理由更充分些。如此看来,将土地经营权作为物权更好些。

不过,把土地经营权定性和定位在物权,有一个回避不了的问题是:土地承包经营权作为一种他物权,何以能充任"母权",由其派生出另一个他物权即"子权"——土地经营权来?可能的思路之一是:将既存的土地承包经营权视为母权,将分割出的权能所形成的土地经营权视为子权。子权和母权虽然形式一样,但内容不同。子权只是行使母权的一部分权能。子权在开始设定时,虽然与母权有着密切的关系甚至有着共同的命运,但是自其设定行为完成的瞬间之后,就与母权完全分离,成为一种独立的、新的、不同种类的权利。思路之二是:把作为土地承包经营权视为民法上的"物",该"物"之上存在着"所有权",该"所有权"即为土地经营权的母权。思路之三是:即使是农户以其承包地作为客体为受让人设立土地经营权,土地经营权所分享的权能,依然是集体土地所有权中的占有、使用、收益诸项权能。农户之所以能使集体土地所有权的权能由受让人分享,是因为在农户的土地承包经营权设立时法律已经将处分权直接授予农户了。农户正是借由这种法律的授权,将集体土地所有权中的部分权能分离给土地经营权人;土地经营权人正是借由这种法律的授权,合乎双方当事人意思且合法地分享了集体土地

④ 《民法典》第342条规定:"通过招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地,经依法登记取得权属证书的,可以依法采取出租、入股、抵押或者其他方式流转土地经营权。"

(C)1994-2020 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

所有权中的部分权能,从而形成了土地经营权。⑤

就利用土地经营权融资而言,土地经营权为物权时所设担保权为抵押权,其为债权时所设担保权是债权质权。以土地经营权设立抵押权,采取物的编成主义,由不动产登记机构在不动产登记簿页上作他项权利登记,其公示效果最为显著,当事人及其利害关系人查询之最为便捷。但在债权质的设立方面,至少截至目前尚无统一的生效要件,有些以登记为生效要件,有些以交付为生效要件。以土地经营权出质时,债权质于何时设立,究竟为质押合同生效时还是债权质登记时,存在疑问。此其一。依现行登记制度,债权质的登记不在不动产登记机构,由哪个机构登记尚不清楚,且采取人的编成主义。人的编成主义与物的编成主义相比较,后者的优点更为明显。此其二。由此看来,把土地经营权作为债权,在设立担保权方面不够顺畅,非理想之选。此外,土地经营权作为债权入股与作为物权入股,在财会手续上、在纳税科目及流程方面,都存在差异。

至于以存续期限长短来决定民事权利是债权还是物权,需要慎思,应予澄清。其一,应当关注物权在个案中的目的及功能。由物权的目的及功能决定,一般来说,物权的存续期限较长甚至无期限,如建设用地使用权、宅基地使用权在这方面表现得特别突出;债权的存续期限一般较短,但也不尽然——有些债权的存续期限较长,如不动产租赁的存续期限可长达 20 年。其实,也有相反的事例。如一个面包,刚出炉就被消费掉,其所有权有点“转瞬即逝”。担保物权,特别是具有从属性的担保物权,因其附随于被担保的债权,而债权存有死亡的基因,目的已达便归于消灭,⑥ 故担保物权的存续期限也未必久长,在个案中可能十分短暂。其二,应当区分法律设计的物权存续期限与当事人选定的物权存续期限。鉴于所有权和用益物权的目的及功能,法律给与其较长的存续期限,这具有合理性和正当性。但这不妨碍当事人在不违背物权法定主义的前提下将法定的存续期限较长的物权在个案中约定为较短期限的物权。而且,《农村土地承包法》(如《农村土地承包法》第 40 条等)、《民法典》(第 339 条以下)未禁止当事人约定较长期限或较短期限的土地经营权,土地承包权人(农户)与土地经营权人(实际占有、使用、收益承包地者)约定存续期限较长的土地经营权可以,约定存续期限较短的土地经营权也可以。在这种背景下,宜统一地、整体地对待和把握土地经营权,仅以当事人约定了 5 年存续期限以下的土地经营权为由就把该权定性和定位在债权,而以当事人约定了 5 年以上存续期限的土地经营权为由就将该权定性和定位在物权,理由并不充分。

还有一种意见是:以登记与否作为界分物权和债权的准绳,据此衡量,5 年以下期限的土地经营权,《民法典》未规定其可登记,便非物权,而是债权。⑦ 在笔者看来,这不足以说服人,因为在《民法典》上,有些权利虽未作登记却为物权,如《民法典》第 209 条第 2 款规定的未经登记的自然资源国家所有权,第 225 条规定的船舶、航空器和机动

⑤ 参见崔建远:《民法分则物权编立法研究》,载《中国法学》2017 年第 2 期,第 54–55 页。

⑥ 参见 Radbruch, Rechtsphilosophie, 1963, S.243. 转引自王泽鉴:《债法原理》,北京大学出版社 2009 年版,第 40 页。

⑦ 在 2020 年 1 月 16 日上午由全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室组织召开的《中华人民共和国民法典·物权编(草案)》研讨会上,有专家学者如此主张。

(C)1994-2020 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

车等即使未办理转移登记也可发生所有权转移,第229条规定的自法律文书或征收决定等生效时即转移到另一主体的物权、第230条规定的因继承取得的物权、第231条规定的合法建造的房屋自其“封顶”时即产生的所有权、第333条第1款规定的自土地承包经营权合同生效时设立的土地承包经营权、第335条规定的受让的土地承包经营权、第374条规定的自地役权合同生效时设立的地役权、第403条规定的自抵押合同生效时设立的动产抵押权、第547条第2款规定的随着债权转让而转移到受让人之处的抵押权或质权,均未经登记。与此相反,另一些权利虽经登记却亦非物权,如《民法典》第221条第1款规定的经过预告登记的业主请求开发商转移商品房的占有和所有权的债权,仍非物权,至多是介于债权和物权之间,兼有二者的性质⑧;再如,根据《民法典》第706条的反面推论,已经登记备案的租赁合同项下的租赁权继续归属于债权,只是在买卖不破租赁这一点上被物权化了罢了;还如,《民法典》第768条关于应收账款债权人就同一应收账款订立多个保理合同时多个保理权的优先顺位的规定中的应收账款,即使经过了登记也仍然为债权。

诚然,事物大多有两面性,绝对化往往不妥当。通过出租/转包、合同式联营的方式流转而形成的土地经营权,被定性和定位为债权,理由更充分些:(1)在合同法领域,通说一直把租赁合同项下的租赁权作为物权化的债权,租赁权只在买卖不破租赁这一点上显示出强大的优先性、绝对性,但在其他任何一项具体的效力上都遵循着相对性、平等性等债权的属性。至于转包场合由次承包人取得的权利,完全符合债权的一切属性,而缺乏物权的绝对性、排他性、优先性,不享有物权请求权。尚未见到通过出租/转包、合同式联营的方式流转而形成的土地经营权不遵循上述原理而改弦更张的理由。(2)在法律适用方面,实务中通行的做法是,对于租赁/转包、合同式联营一直都适用合同法,未适用物权法,这也显示出把由此等方式形成的土地经营权作为物权欠缺支撑。

值得特别注意的还有,《民法典》第339、342条的规定新创了一种权利产生的机制:通过出租/转包、入股、融资担保的方式流转土地承包经营权时,承租人/次承包人、股份合作制企业或股份有限公司或有限责任公司取得了土地经营权,贷款人所享有的融资担保权的标的物是土地经营权,留在原土地承包经营权人之手的是土地承包权。因为在这些流转方式实施之前,土地承包经营权人之手并无土地经营权,有的是土地承包经营权,但在这些流转方式生效之时,土地经营权即告设立,归属于承租人/次承包人、股份合作制企业或股份有限公司或有限责任公司,或者成为担保权的标的物。换言之,这些流转方式“催生”出土地经营权。这与建设用地使用权等用益物权的转让或作为担保物向金融机构设立担保非常不同,因为建设用地使用权在转让之前或抵押权设立之前已经存在了,有了建设用地使用权才可能发生转让,有了建设用地使用权这个担保物才会有担保权的设立。

另外,土地经营权流转,可有两种路径及方法:一种是《民法典》第339、342条规

⑧ 参见王泽鉴:《民法物权》,北京大学出版社2009年版,第90页。

(C)1994-2020 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

定的路径及方法,流转前是土地承包经营权,流转后变成土地经营权;另一种流转前土地经营权已经存在,流转后仍是土地经营权,属于传统的继受取得。

二、建设用地使用权制度及其释评

(一)《民法典》对于建设用地使用权制度的发展

《民法典》在建设用地使用权方面有两大变化:其一,于第359条第1款把《物权法》第149条第1款关于"住宅建设用地使用权期间届满的,自动续期"的规定,修改为"住宅建设用地使用权期限届满的,自动续期。续期费用的缴纳或者减免,依照法律、行政法规的规定办理"。其二,其第361条与《物权法》第151条在表达语句方面类似,但其精神实质却大不相同。其原因在于,《物权法》第151条指向的土地管理法是2004年修正的《土地管理法》,而《民法典》第361条指向的土地管理法却是2019年修正的《土地管理法》,两者在集体经营性建设用地使用权的流转性方面发生了实质上的变化,特别是2019年修正的《土地管理法》第63条等规定确立了集体经营性建设用地使用权的转让、互换、出资、赠与或者抵押的规则。

(二)建设用地使用权制度发展的意义

在相当长的历史时期,政策和法律仅仅允许集体所有权人可以赋权乡镇企业经依法批准使用本集体经济组织农民集体所有的土地,取得集体建设用地使用权;或者乡(镇)村公共设施和公益事业建设经依法批准使用农民集体所有的土地(2004年《土地管理法》第43条第1款后段)。除此以外的建设需要农村集体所有的土地,必须先将集体所有的土地征收为国有,然后从国家土地所有权中"分离"出占有、使用、收益乃至处分权利自身的权能,由国土资源主管机关出让国有建设用地使用权给用地者,用地者才可在该国有建设用地上从事工业、商业的开发建设(2004年《土地管理法》第43条第1款前段、第44条以下),这就是"先征收、再出让"模式。

这种"先征收、再出让"模式,在实际操作的层面,征收人给付的补偿款严重不足,时常是利用建设用地使用权出让合同关系,让未来取得建设用地使用权的开发商先行支付土地使用权出让金的一部分,将之转付给被征收人,甚至往往是该开发商将该笔款项直接打入被征收人的账户。此其一。尽管《物权法》第42条第2款规定"征收集体所有的土地,应当依法足额支付土地补偿费、安置补助费、地上附着物和青苗的补偿费等费用,安排被征地农民的社会保障费用,保障被征地农民的生活,维护被征地农民的合法权益",且第121条予以重申和强调,但补偿款相较于土地使用权出让金在数额上还是要低许多,所以,"先征收、再出让"模式在客观上是国家获取了"剪刀差","没收"了集体所有权人乃至有关的土地承包经营权人、集体建设用地使用权人的部分收益。这是因为集体所有权人径直与用地者签订集体建设用地使用权出让合同,直接收取用地者支付的土地使用权出让金,该出让金的数额原则上就是集体建设用地使用权的"价值"本身,而通过征收制度补偿给集体土地所有权人的款额却低于甚至明显低于该数额;国家通

(C)1994-2020 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

过出让国有建设用地使用权自用地者处收取的土地使用权出让金又明显高于该数额。简单地说就是,征收补偿款的数额低,土地使用权出让金的数额高。此其二。对此,有学者力主征收补偿一定要实行“同地同价”,即“同样位置的土地无论做公益用途或者是商业用途,应在市场价指导下,给予相同标准的费用”⑨。

率先有条件地突破“先征收、再出让”模式的是广东省。《广东省集体建设用地使用权流转管理办法》第8条第1项规定:兴办各类工商企业,包括国有、集体、私营企业、个体工商户、外资投资企业(包括中外合资、中外合作、外商独资企业、“三来一补”企业)、股份制企业、联营企业等,可以使用集体建设用地。这就无须先将集体所有的土地征收为国有,而后由国土资源管理部门将国有建设用地使用权出让给用地者。

一省的试验毕竟在区域效果上有限,《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》宣布:“在符合规划和用途管制前提下,允许农村集体经营性建设用地出让、租赁、入股,实行与国有土地同等入市、同权同价。缩小征地范围,规范征地程序,完善对被征地农民合理、规范、多元保障机制。扩大国有土地有偿使用范围,减少非公益性用地划拨。建立兼顾国家、集体、个人的土地增值收益分配机制,合理提高个人收益。完善土地租赁、转让、抵押二级市场”⑩。《中共中央 国务院关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》重申“深化农村土地制度改革,坚持土地公有制性质不改变、耕地红线不突破、粮食生产能力不减弱、农民利益不受损的底线,从实际出发,因地制宜,落实承包地、宅基地、集体经营性建设用地的用益物权,赋予农民更多财产权利,增加农民财产收益。”

如今,这些政策已经变成了法律。《土地管理法》经修正于2019年出台,删除了2004年《土地管理法》第43条“任何单位和个人进行建设,需要使用土地的,必须依法申请使用国有土地;但是,兴办乡镇企业和村民建设住宅经依法批准使用本集体经济组织农民集体所有的土地的,或者乡(镇)村公共设施和公益事业建设经依法批准使用农民集体所有的土地的除外。前款所称依法申请使用的国有土地包括国家所有的土地和国家征收的原属于农民集体所有的土地”的规定,于其第63条规定:“土地利用总体规划、城乡规划确定为工业、商业等经营性用途,并经依法登记的集体经营性建设用地,土地所有权人可以通过出让、出租等方式交由单位或者个人使用,并应当签订书面合同,载明土地界址、面积、动工期限、使用期限、土地用途、规划条件和双方其他权利义务。前款规定的集体经营性建设用地出让、出租等,应当经本集体经济组织成员的村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意。……集体经营性建设用地的出租,集体建设用地使用权的出让及其最高年限、转让、互换、出资、赠与、抵押等,参照同类用途的国有建设用地执行。具体办法由国务院制定”。

(三)防止集体经营性建设用地使用权制度被不当扩大化

有专家、学者担心有人假道2019年《土地管理法》第45条第1款第5项关于“在土

⑨ 石凤友:《我国土地征收法律制度研究》,载房绍坤、王洪平主编:《不动产征收法律制度纵论》,中国法制出版社2009年版,第156页。

⑩ 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》“三、加快完善现代化市场体系”(11)。

(C)1994-2020 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

地利用总体规划确定的城镇建设用地范围内,经省级以上人民政府批准由县级以上地方人民政府组织实施的成片开发建设需要用地的”的规定,偏离第63条的立法计划和立法目的,具言之,所谓“成片开发建设需要用地”并非为了公共利益,但却因此征收集体土地。

防止此种偏离的方法和措施之一是,坚持对2019年《土地管理法》第45条的规定予以整体解释。其实,无论是就该条的文义和体系还是就其规范意旨而言,“成片开发建设需要用地”的征收都必须是“为了公共利益的需要”,而非为了商业的需要。在实践操作的层面,需要甄别“成片开发建设需要用地”在何种情况下是“为了公共利益的需要”。对成片开发建设需要用地是否为公共利益,在各阶段均须以一定的事实审查作为基础。其审查步骤依次包括征收目的本身的正当性、征收目的实现的有效性、征收目的实现的必要性、公益目的与私益损失之间合乎比例,其方法兼具“问题思考”与“体系思考”的特性,是促进国家权力结构平衡、调和公益与私利,达到实质正义的一种理性法则。这一法则借鉴价值较高,当然对法官的要求也很高,应该尝试,也借以避免社会不稳定因素的发酵。[11] 此外,还要注意另外一种倾向:放松对宅基地使用权申请的审核、批准,使本不应取得宅基地使用权的农户却被获批该权,而后,该农户所在的集体经济组织或镇政府乃至县政府调整用地指标和土地用途,把宅基地使用权变性为集体经营性建设用地。防止和封堵此种途径及方式,也是保障2019年《土地管理法》第63条的立法计划和立法目的得以实现的不可忽视的一环。

三、居住权制度及其释评

(一)居住权的类型

住宅的居住人,例如,无自己宅院的长辈居住于晚辈的住宅,离异的配偶一方于其暂无居所时居住于另一方的住房,在异地学习或工作的年轻人借住在亲属所有的住宅里,等等,这些“栖身者”对一项尽可能稳定的法律地位的需求,其合理性,自无需多言。[12] 符合此类规格的居住权出现于《民法典》之中,顺理成章,只不过其过程曲折多舛。也正因如此,更显出居住权制度被确立的弥足珍贵。

有专家、学者认为,婚姻法、继承法上的制度可解决这些问题,无需创设居住权类型。这难被赞同,因为在异地学习或工作的年轻人借住在亲属所有的住宅里等情形,不在婚姻法、继承法的调整范围之内;即使有些类型处于婚姻法、继承法的“射程”,也难以总能保障被赡养者、被抚养者的居住利益,如若不肖子孙把其住房卖与第三人并且完成转移登记,该第三人请求被赡养者、被抚养者退出居住时,这些被赡养者、被抚养者无权对抗该项请求。

与上述生活性居住权存在的原因不同,如果居住权在某种程度上体现为投入建筑资

⑪ 参见陈小君:《〈土地管理法〉修法与新一轮土地改革》,载《中国法律评论》2019年第5期,第60页。

⑫ 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655页。

(C)1994-2020 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

金的对待给付 / 对价（建筑造价补贴），则应该另当别论。于此场合的居住权之不得转让性与不得使用出租性，为一项不合理的缺陷。[13] 从比较法的角度观察，《德国民法典》并未“一刀切”地否定居住权的转让性，而是区分情形，不同对待。例如，法人或有权利能力的合伙享有居住权，便有权为输送电、煤气、远程热、水、废水、油或原料的设施（包括所有直接为输送服务的相关设施），为电信设施，为一个或两个以上私人或公共企业的经营场所之间的产品运输设施，或为有轨电车或铁路设施而使用土地的，该项居住权是可转让的（《德国民法典》第 1092 条第 3 项、第 1059a 条）。《住宅所有权法》第 31–42 条也突破旧制，规定长期居住权可以转让和继承，而且长期居住权人有权进行任何合理的用益，尤其是有权使用出租与用益出租，不必经过住宅所有权人的同意。[14] 这种现象，此种法律发展史，给我们以启示：居住权制度未必甚至不应再原地踏步不前，完全可以顺应社会生活发展，丰富自己。我国物权制度的演变也逃不脱这样的规律，故有下文的展开。

（二）居住权的主要内容

关于居住权的内容，《民法典》在界定居住权的条文中限于占有、使用他人的住宅（第 366 条）。其中的使用，其对象是限于他人的住宅自身，还是可以有条件地延伸至适当的位置？这首先取决于居住权合同的约定或遗嘱中的意思，由其意思表示决定使用的边界。如果没有此类意思表示，那么，居住权人所享有的使用权限，可及于建筑物之外且为居住权人所依赖的土地部分。[15] 任何作为住宅的建筑或其他部分，一切属于住宅并与之一起占有的院子、花园、附属小屋，以及建筑物的其他附属物等，均在其中。[16] 其次，与所有权中的使用在若干情况下可以放宽到使用方法不尽符合物的性能不同，居住权中的使用必须符合住宅的性能和用途，除非住宅的所有权人表示宽容。最后，居住权中的使用，限于居住权人一侧，还是允许住宅所有权人与居住权人共同使用该住宅？《民法典》未予言明，笔者主张这取决于居住权合同的约定或遗嘱的意思表示。如果这些设立居住权的原因行为表示了住宅所有权人与居住权人共同使用该住宅之意，那么，应当依其约定；如果未予表达，则在个案中视具体情况而定。《民法典》第 366 条未明言居住权人有无收益权，对此，不应孤立地墨守本条的字面意思，而应采用体系解释和目的解释的方法。所谓体系解释，用于此处就是，应当结合《民法典》第 369 条后段关于“设立居住权的住宅不得出租，但是当事人另有约定的除外”的规定，来认定居住权人有无出租权。十分明显，该条已经赋权居住权人基于居住权合同关于可以出租的约定把该合同项下的住宅向第三人出租，收取租金。在住宅所有权人就居住权人可否将作为居住权客体的住宅出租事项明确表示同意时，则不成问题。如果住宅所有权人在这方面未曾表态，则首要的准则是出租不得加重住宅所有权人的负担，如打扰了所有权人的正常生活，

---

⑬ 参见前注 ⑫，鲍尔 / 施蒂尔纳书，第 655 页。

⑭ 参见前注 ⑫，鲍尔 / 施蒂尔纳书，第 656、659 页。

⑮ 参见前注 ⑫，鲍尔 / 施蒂尔纳书，第 658 页。

⑯ 参见刘东华：《离婚判决中女性的居住权问题——兼论我国的居住权立法》，载梁慧星主编：《民商法论丛》（总第 18 卷），金桥文化出版（文化）有限公司 2001 年版，第 328–329 页。

(C)1994-2020 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

有害于住宅的功能、美感甚至缩短住宅的寿命，等等，否则不允许居住权人出租住宅。此其一。所谓目的解释，用于此处就是，居住权的目的功能决定了居住权人有权居住于住宅，免去风吹、日晒、雨淋、寒冷，保有私密，学习，思考，甚至偶尔待客，这些都是收益。居住权人无需再去他处承租住宅，节省租金，这也是变相的收益。此其二。其三，在不背离居住权的目的及功能的范围内，居住权人的家庭成员，包括亲生子女、养子女和共同生活的继子女；必需的服务人员，包括为权利人及其家庭提供服务而与权利人一起生活的人员，如保姆、护理人员等，[17] 都有权使用作为居住权客体的住宅。这对居住权人而言，也是获取收益的一种表现。其四，考察罗马法及后世的有关立法例，有些居住权不具有出租的效力，如《德国民法典》第 1092 条第 1 款第 2 句规定的居住权不具有出租的效力，除非得到所有权人的同意。[18] 不过，另外类型的居住权，则不排除居住权人的出租权。在罗马法上，居住权 (babitatio) 是在一所房子里居住和出租它的权利，优士丁尼赋予其特别形象，承认居住权的享有人有权出租房子，但无权让人免费享用它。[19] 德国的《住宅所有权法》也承认租赁收益（第 31–42 条）。[20]

对于居住权内容的把握，务请注意《民法典》第 367 条准予的订立居住权合同以及第 371 条确认的以遗嘱方式设立居住权。换言之，居住权人应尽力通过居住权合同约定或通过遗嘱方式明定较为丰富的权利内容，并且通过居住权登记而获得强制的效力，除非其约定内容或遗嘱内容违背物权法定主义，背离公序良俗。即使居住权合同的约定、设立居住权的遗嘱不合物权法定主义的要求，不发生物权法上的效力，也可以发生债法上的效力，除非该约定、遗嘱存在着无效的原因。在这里，物权法与债法的相互衔接和配合照样具有必要性，奉行意思自治原则的合同法恰恰能完成受法定主义羁绊的物权法“不可做”之事。

（三）扩张解释《民法典》关于居住权的规定

在解释《民法典》第 368 条前段关于“居住权无偿设立，但是当事人另有约定的除外”的规定时，可否认其为不排除投资性居住权的约定？对此应作肯定的回答，因为社会生活实际需要法律承认投资性居住权；生活性居住权与投资性居住权并非“有你无我”的关系，投资性居住权理论不具有抵触法理的品格。

所谓社会生活实际需要法律承认投资性居住权，常见的例证至少有如下几种：（1）在一方出“钱”（投入建设资金）、一方出“地”（以建设用地使用权出资）合作建房的场合，合作建房合同因种种原因而未成立、被撤销或被确认为无效，关于出“钱”的一方日后分得多少所建房屋的约定失去法律效力，建成的房屋归属于出“地”的一方（房地权属变动一体原则使然），出“钱”的一方只有权请求返还本金及相应的利息，这远低于依约分得房屋的价值，非常不公正。用投资性居住权解决此类问题，即由出“钱”

⑰ 参见崔建远主编：《我国物权立法难点问题研究》，清华大学出版社 2005 年版，第 224 页。

⑱ 参见前注 ⑫，鲍尔 / 施蒂尔纳书，第 655 页。

⑲ 参见［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 259 页。

⑳ 参见前注 ⑫，鲍尔 / 施蒂尔纳书，第 659 页。

(C)1994-2020 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

的一方在相应的所建房屋之上享有居住权这种他物权,显然相对公平。(2)受有关政策(如北京市等地采取的限购政策)的限制,某些身份的自然人、法人、非法人组织不得在某地购房,但确实需用房屋,若承租则受20年期间的限制,居住权制度是解决此类问题的好手段。在这方面有过教训:甲法人受政策限制不得在某地购房,只好与A楼所有权人乙签订了《A楼租赁合同》,约定的租金数额其实都高于购房价款额,租期为20年,但期满时有权优先续租。因该地的房价不断飙升,受利益驱动,《A楼租赁合同》期满时出租人乙坚决拒签续租合同,导致甲损失巨大。如果有居住权制度,甲用其可较长期地占有、使用、收益A楼,就能平衡双方的利益关系。(3)买房,所需价款数额过高;承租,要受20年租期的制约,权衡利弊,居住权方式最适合用房人。

在立法论上,以上情形均可由居住权制度解决。在解释论上,若对《民法典》第366条以下所谓住宅采取宽松的解释,则这些情形可统由居住权制度解决;但若对住宅采取严格的界定方法,则标的物不属于生活用房的房屋就难以适用居住权制度。

所谓生活性居住权与投资性居住权并非"有你无我"的关系,是指两种居住权制度各有其适用的领域,而非重叠于一个适用空间;各自演化出一套规则。这样,两者就不会相互干扰,不会相互混淆。那种以《民法典》同时确立两种居住权会造成混乱为由反对投资性居住权的意见,是不成立的。

所谓投资性居住权理论不具有抵触法理的品格,是指投资性居住权理论完全可以融入物权种类的理论中,视野延伸,它与民法学说乃至法理学也不存在抵触之处。有些专家、学者囿于古典民法所认居住权无投资性居住权的类型,就断言《民法典》确立投资性居住权会使得居住权体系"乱套"。笔者不赞同这种理念及看法,理由主要有以下几点。其一,其知识体系是不完整的,其脑海里的某国法及学说的"样子"并非该国法及学说的已然态样。如上文所述,德国《住宅所有权法》确立的长期居住权,已经不同于传统的生活性居住权,至少有的长期居住权带有投资的性质。那种认为传统民法上的居住权仅限于生活性的意见,是不符合事实的。其二,民法不是考古,并非必须还原历史真实,不必甚至应该摒弃因循守旧;而是为满足社会生活的实际需求而设置相应的制度,即法律人应当树立发展的而非静止的观点。生活在高科技时代,仍逼着人们拿着大刀、长矛作战,禁止使用导弹、电子干扰,令人匪夷所思。连螃蟹都知道蟹壳无法容纳其身躯时就必须脱掉旧壳,生长新壳;连蛇都懂得必须适时地褪掉老皮,更换新皮,以适应身体的增长,何况人呢?四世同堂无法居住了,就得分户,就得加盖房屋。在这方面,传统民法及学说早就践行了,只是某些专家、学者没有看到。例如,地役权起初仅调整需役地对供役地的需要这种关系,但法国、瑞士、德国等国家并未止步不前,而是在继承传统的地役权制度的基础上,还有所发展,出现了营业竞争限制的地役权(wettbewerbs-beschrankendeDienstbarkeit),有人称之为地役权的第二春。[㉑] 我们不应对欧美法基于社

㉑ 例如,土地所有权人甲和土地所有权人乙约定,乙不在其土地上从事某种营业,不贩卖某种商品,不将该地出租与他人经营某种营业,或不贩卖某种商品。参见前注⑧,王泽鉴书,第317页。

(C)1994-2020 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

会生活要求而发展的新制度或规则就大赞其美,而对我国为解决社会生活的实际需求而设计的法理制度或规则却看不顺眼,要么指责,要么否定。其实,“凡是传统民法的都是要照搬的”或“凡是传统民法的均须拒绝的”都是极端的思潮,均不可取。一方面,我国作为民法的后发国家,在全球化的大背景下,在世界贸易体系下,没有必要也不宜事事都另起炉灶,设计全异于大陆法系、英美法系的民法制度及规则,无论是立法者还是解释人,都应有广阔的胸怀学习、借鉴有益于我国的规则及学说,补充、丰富自己的民法;另一方面,如果说在政治上、哲学上必须坚持实践是检验真理的唯一标准的理念及观点,那么,在物权法上立足于我国实际、解决我国问题、因应我国实际需要而设置相应的居住权规范,包括投资性居住权规范,在《民法典》未明确规定时积极地解释出投资性居住权,而非唯罗马法、德国民法或英美法马首是瞻,就是唯一可取的立场和态度。

四、抵押权制度及其释评

(一)抵押物种类的调整

《民法典》第395条规定的允许抵押的财产范围中删除了《物权法》第180条第1款第3项列举的“以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权”,增加了“海域使用权”;《民法典》第399条“不得抵押”的财产范围中删除了《物权法》第184条第2项列举的“耕地”。这是因为农地“三权分置”改革后,以“四荒”和耕地为标的物的土地经营权均可成为抵押的标的,故《民法典》无须再有《物权法》那样的限制,此系法律的整体性使然。

(二)弹性化地对待流押条款

《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”的规定,改变了《物权法》第186条“抵押权人在债务履行期届满前,不得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”的规定,是个进步。

《物权法》禁止流押的理由主要是:流押合同可能不是当事人自愿签订的,流押条款可能使抵押人因一时的急迫而蒙受重大的不利,禁止流押合同也可以有效地保护国有财产。[㉒] 其实,所谓非自愿、不公正、国有资产流失,这些都只是可能,未必在个案中为真。为真时,可视具体情形依据合同不成立、撤销或无效等制度处理,不会放任违背公平正义之举;非真时,就不必也不宜完全否定流押条款的效力。其实,流押条款的法律效果也不完全依据当事人的约定发生,而是应依相应的法律制度处理。例如,在抵押人的责任财产不足以清偿数个并存的债权的情况下,如果流押条款低估了抵押物的价值,据此办理会损害抵押人的其他债权人的正当权益的,则应按照公平的价格确定,以平衡抵押权人和抵押人的其他债权人之间的利益关系。在这方面,可以参考改革后的《法国民法典》

㉒ 参见王利明、尹飞、程啸:《中国物权法教程》,人民法院出版社2007年版,第454页。

(C)1994-2020 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

的做法,即在承认流质、流抵押协议有效(《法国民法典》第2348条第1款、第2459条)的前提下,为了保护债务人利益,也要求担保财产的价值应当由专业人士评估(《法国民法典》第2348条第2款、第2460条第1款)。㉓总而言之,无论是流押条款的效力还是对抵押物的处理,都按照《民法典》第401条"只能依法就抵押财产优先受偿"的规定处理。

所谓"只能依法就抵押财产优先受偿",其一,它体现了物权法和合同法各负其职的分工,流押条款的效力问题交由民事法律行为制度调整,适用《民法典》第143-157条的规定,抵押权制度仅管自己分内之事,更从容些,效果也更佳。其二,所谓流押条款为以物抵债协议的一种,在其不害及抵押人的其他债权人时,法律自无干预的必要,不必明文禁止之。该以物抵债协议适当履行(包括抵押财产为动产时完成交付,抵押财产为不动产时办理完毕登记手续)后,抵押权人取得该抵押财产的所有权。其三,抵押人的其他债权人关于清偿的请求若不涉及抵押财产、抵押人也没有进入破产程序的,抵押权人可依基于该以物抵债协议及其适当履行取得抵押财产的所有权。其四,抵押人的其他债权人关于清偿的请求已经涉及抵押财产时,抵押人虽未进入破产程序,抵押权人也不得请求抵押人实际履行以物抵债协议,只可援用《民法典》第410条的规定,实行抵押权,就抵押财产的变价使担保债权优先获得清偿。其五,在抵押人已经进入破产程序的情况下,抵押权人也无权请求抵押人实际履行以物抵债协议,必须适用《企业破产法》的有关规定,包括其第109条关于"对破产人的特定财产享有担保权的权利人,对该特定财产享有优先受偿的权利"的规定。

(三)抵押物的转让、抵押权的追及效力、涤除权三项制度的衔接与配合

《民法典》第406条第1款前段以"抵押期间,抵押人可以转让抵押财产"取代《物权法》第191条第2款"抵押期间,抵押人未经抵押权人同意,不得转让抵押财产"的规定,体现了抵押物的转让取决于抵押人和第三人之间的合意,而不受限于抵押权人的"专断",符合财产及其流转的本性要求,确认了抵押人的自然权利;第406条第1款中段增设"当事人另有约定的,按照其约定",尊重了抵押人和抵押权人的合意,贯彻了意思自治原则;第406条第1款后段规定"抵押财产转让的,抵押权不受影响",确立了抵押权的追及效力,以维护抵押权人的权益。

当然,客观地说,依《民法典》第406条第1款的规定,在有些场合,抵押权的实现可能遇到一些周折。例如,抵押人诚实信用、无诉讼缠绕,抵押物的变卖或拍卖顺畅无阻,甚至被折价冲抵被担保债权也无人异议;但抵押物的受让人则不然,要么已经或将要进入破产程序,要么肆意损害抵押物,要么诉讼缠身,等等。这给抵押权的实现增加了困难,甚至加大了成本。假如仅仅从抵押权人的利益保护一侧着眼,《物权法》第191条的设计有其道理,但这是以牺牲财产的流转性、忽视抵押物的所有权人和受让人的意思自治为代价的。如果全方位地审视和平衡抵押权人、抵押人、抵押物的受让人乃至社

㉓ 参见李世刚:《关于法国担保制度的改革》,载《政治与法律》2007年第3期,第170页。

(C)1994-2020 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

会效益之间的关系，就不难发现，《物权法》第191条优惠地保护抵押权人显得目光狭隘，《民法典》第406条兼顾各方的利益，视野广阔，权衡适当。

《民法典》第406条第2款前段以“抵押人转让抵押财产的，应当及时通知抵押权人”替代《物权法》第191条第1款前半句的“抵押期间，抵押人经抵押权人同意转让抵押财产的”，是在配合和衔接抵押权的追及效力。《民法典》第406条第2款中段关于“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”的规定，与《物权法》第191条第1款前段后半句关于抵押人“应当将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存”的基本精神相一致，确立涤除权以维护抵押权人的利益，明确抵押人的提存义务，同时平衡了抵押人和抵押权人的利益关系。当然，增设“抵押权人能够证明抵押财产转让可能损害抵押权的”的限定条件，兼顾了抵押权人和抵押人各自的权益，更为合理。[24]

（四）合并动产抵押与浮动抵押

与《物权法》分设动产抵押（第180条第5、6项，第188条）和浮动抵押（第181条，第189条）两项制度不同，《民法典》第403、404条的规定，至少在形式上已把动产抵押与浮动抵押合并，统称为动产抵押。当然，浮动抵押与普通的动产抵押在客观上的确存在着差异，这在实质上并未因《民法典》的合并规定而被抹杀，只不过浮动抵押权和普通的动产抵押权变成了动产抵押权的下位范畴。正视这种实质的法律表现是，《民法典》于第404条规定“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”，以及于第416条规定了超级优先权，两者都是在满足浮动抵押的特殊要求。

（五）抵押权与质权的效力顺序

抵押权与质权并存于同一个动产之上时，二权的效力顺序如何确定？《物权法》对此未设明文，《民法典》第415条则明确规定：“同一财产既设立抵押权又设立质权的，拍卖、变卖该财产所得的价款按照登记、交付的时间先后确定清偿顺序”。解读其意，可知其含有如下具体规则：（1）作为动产的A物既是抵押物又是质物，动产抵押权尚未登记的，无论出质的时间是先于还是迟于抵押合同的生效，在效力方面，质权都优先于动产抵押权；（2）作为动产的A物既是抵押物又是质物，动产抵押权的登记先于A物出质的，在效力方面，动产抵押权优先于质权；（3）作为动产的A物既是抵押物又是质物，A物出质先于动产抵押权办理登记的，在效力方面，质权优先于动产抵押权；（4）作为动产的A物既是抵押物又是质物，出质与动产抵押权的登记同时完成，在质权和动产抵押权的实行时，宜类推适用《民法典》第414条第1款第3项关于“按照债权比例清偿”的规定。

（六）超级优先权

《民法典》第416条设计的超级优先权规则适用的典型案型是：出卖人甲将动产A

[24] 关于《物权法》第191条的利弊分析以及赞同抵押权的追及效力的理由，参见崔建远：《抵押权探微》，载《法学》2004年第4期，第75-78页；崔建远：《物权：规范与学说——以中国物权法的解释论为中心》（下册），清华大学出版社2011年版，第811-818页。

(C)1994-2020 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

物交付给买受人乙,因约定的乙的付款期限较迟(如赊销的场合),若恰遇乙进入破产程序,或者A物被出质给丙或被抵押给丁,质权或抵押权的实现条件已经具备,那么,甲就可能因无法实现其货款债权、A物也难被取回而遭受损失。可是,此种案型中的甲应受(应有的)周到保护,措施之一是赋予他超级优先权。㉕该权在效力方面优先于A物之上的质权、普通的动产抵押权、含有A物的财团抵押权等优先权,只是留置权除外。当然,从平衡方方面面权益的目的出发,该权的设立得符合一定的条件,《民法典》第416条设置了如下几条:(1)被担保债权是A物的价款债权;(2)A物已被买受人占有;(3)A物交付后10日内办完(超级优先权的)抵押登记。只要出卖人甲满足了这些条件,即使买受人乙的其他担保物权人就A物先于甲办理了普通动产抵押权的登记或设立了质权,这些担保物权在顺位上也后于超级优先权。相反,如果出卖人甲在A物交付后10日内未就A物办理(超级优先权的)抵押登记,那么,该超级优先权在顺位上已不再超级优先,与买受人乙的其他担保物权人享有的担保物权之间的顺位,不再根据《民法典》第416条的规定确定,而是必须依据《民法典》第414条第1款关于"同一财产向两个以上债权人抵押的,拍卖、变卖抵押财产所得的价款依照下列规定清偿:(一)抵押权已登记的,按照登记的时间先后确定清偿顺序;(二)抵押权已经登记的先于未登记的受偿;(三)抵押权未登记的,按照债权比例清偿"的规定予以处理。

(七)为动产担保的统一登记预留空间

《民法典》颁行之前,我国法对于动产担保分门别类地予以登记。例如,浮动抵押权的登记由抵押人住所地的工商行政管理部门(市场监督管理部门)办理(《物权法》第189条第1款前段,《动产抵押登记办法》第2条)。机动车辆抵押的,登记部门为机动车所在行政辖区的车辆管理所(《机动车辆登记规定》第2条第2款、第22条、第23条)。以船舶抵押的,登记部门为船籍港港务监督机构(《中华人民共和国船舶登记条例》第8条、第20条以下)。以民用航空器抵押的,登记部门为国务院民用航空主管部门(《中华人民共和国民用航空法》第16条,《中华人民共和国民用航空器权利登记条例》第3条、第4条、第7条以下)。票据质权自权利凭证交付质权人时设立;没有权利凭证的,质权自有关部门办理出质登记时设立(《物权法》第224条后段)。以基金份额、中国证券登记结算有限责任公司及其下设深圳分公司与上海分公司登记的股权出质的,质权自中国证券登记结算有限责任公司及其下设深圳分公司与上海分公司办理出质登记时设立;以其他股权出质的,质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立(《物权法》第226条第1款)。注册商标专用权质权、专利权质权、著作权质权自国家知识产权局等主管部门办理出质登记时设立(《物权法》第227条第1款)。记账式国库券质权、在证券交易所上市交易的公司债券质权自中央国债登记结算有限责任公司、中央证券登记结算有限责任公司等部门办理出质登记时设立(《物权法》第224条)。应收账款质权自中

㉕ 清华大学法学院副教授龙俊博士被借调到全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室,直接参与《中华人民共和国民法典(草案)》的草拟和研讨,了解法律制度及条款设计的初衷,他向笔者介绍了此种案型。特此致谢!

(C)1994-2020 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

国人民银行征信中心办理出质登记时设立（《物权法》第 228 条第 1 款，《应收账款质押登记办法》第 4 条）。

这种分散管理及登记的模式，不易为当事人及其利害关系人所了解、所掌握，不便于他们查询，给当事人增添了困难，使物权的公示效果打了折扣。有鉴于此，《民法典》只规定有关担保物权自办理（抵押或出质）登记时设立 / 得对抗善意第三人（第 403 条、第 441、443–445 条），不再一一列举登记机构，这就为于时机成熟时设置动产担保的统一登记机构、尽可能地统一登记格式预留了空间。这不失为一种较好的处理方式。

Abstract: Although there is room for the right to land management under the pattern of ‘separation of ownership, contract right, and management right’ to the rural land to be interpreted as the property right or creditor’s right, the benefits outweigh the disadvantages to characterize and position it as the property right, and it is not appropriate to judge only from the perspectives such as the length of the duration, and registration or not. The same rights and prices of the right to use collectively-owned commercial construction land and the right to use state-owned construction land should be implemented, which not only avoids implementing the measures of expropriation on the collectively-owned land for commercial use to prevent that the collectively-owned land owner’s earnings are reduced, but also blocks the improper behavior of bypassing the channel of the right to the use of the house sites and transferring to the ‘land pool’ of the right to use collectively-owned commercial construction land. The system of the right of habitation can meet the living need for the people with housing difficulties among the people concerned, and should also become the legal means for investment builders to achieve win-win cooperation with all parties involved. Therefore, the system of the right of habitation should be allowed to be interpreted and applied more leniently. To flexibly treat the agreement between the parties about the mortgagee’s acquirement of the ownership of a mortgaged property if the obligor fails to perform its obligations within the time limit for the rigid provision to ban the agreement, the provision about the agreement is handled by each corresponding system and rule; to fully respect the will of the owner of the mortgaged property, changing the right to decide whether the mortgaged property is transferred or not which is enjoyed alone by the mortgagee, setting up recourse and elimination right of the right to mortgage, or even the deposit system to guarantee the interests of the mortgagee and balance the interests of all sides, which is wise. It is advisable to reorganize the rules of sequence relation of the right to mortgage and the right to pledge, combine chattel mortgage with the floating mortgage, and add the super priority.

（责任编辑：任　彦）

(C)1994-2020 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net