《物权法》第一百六十五条评述

第一百六十五条　地役权不得单独抵押。土地承包经营权、建设用地使用权等抵押的，在实现抵押权时，地役权一并转让。

一、周边法源

《物权法》第一百八十条　债务人或者第三人有权处分的下列财产可以抵押：

(一)建筑物和其他土地附着物；

(二)建设用地使用权；

(三)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；

(四)生产设备、原材料、半成品、产品；

(五)正在建造的建筑物、船舶、航空器；

(六)交通运输工具；

(七)法律、行政法规未禁止抵押的其他财产。

抵押人可以将前款所列财产一并抵押。

二、条文阐释

本条主要是规定了以土地承包经营权、建设用地使用权等作为抵押标的时地役权的效力。如前所述，地役权具有从属性，不能离开需役地人对需役地的权利而独立存在。根据该条的规定，地役权不得单独抵押，同时，以需役地上的土地承包经营权、建设用地使用权等抵押的，在实现抵押权时，地役权也随同转让。理解该规定应把握下列两个方面：

1. 这一规定与上一条一样，也体现了地役权具有从属性。如果地役权人将需役地上的土地承包经营权、建设用地使用权作为抵押标的抵押于他人作为债务的担保，在债权人实现抵押权时。若不规定地役权随同转让，就意味着需役地上存在的土地承包经营权或者建设用地使用权就会与地役权分离，有违地役权的从属性。

2. 本条中没有上一条文中“合同另有约定的除外”的但书规定，这说明了该条并没有赋予当事人在以土地承包经营权、建设用地使用权等设定抵押权时通过协议排除该条规定的约束的权利。

三、争点与评述

地役权是为了提高土地利用的便利设立的，脱离建设用地使用权、土地承包经营权等用益物权，地役权也就失去了存在的意义。对于受让地役权的主体来说，没有取得土地承包经营权和建设用地使用权，地役权也就无从发挥作用。地役权作为土地使用权的物上权利或者物上负担，与土地使用权紧紧联系在一起，因此应一并转让，否则受让的土地价值就会降低

或者丧失。[1]

对此，《日本民法典》第 381 条第 2 款规定："地役权不能与需役地分立作为其他权利的标的。"显然，日本民法之规定具有更高的抽象性。首先，地役权不得脱离需役地而成为其他权利的标的，如地役权不得单独抵押等。其次，需役地成为其他权利的标的的，基于从属性，地役权也成为其他权利的标的。例如，需役地抵押的，地役权一并抵押。但是，当事人在地役权合同中作出特别约定或者抵押合同中约定地役权不能随之抵押的，地役权不是抵押财产。[2]最后，需役地之上存在的建设用地使用权等用益物权抵押的，地役权是否随之抵押呢？我们认为，地役权从属于需役地而非用益物权，因此地役权并未随之抵押，抵押人在行使用益物权时，仍有权行使地役权。当抵押权人行使抵押权时，建设用地使用权被依法转让的，受让人也享有地役权，但抵押人读地役权的价值不得优先受偿。当然，需役地设定抵押的，地役权也一并设定抵押的，抵押权人对地役权的价值享有优先受偿权。

四、裁判要旨

[1] 参见全国人大常委法制工作委员会民法室编《中华人民共和国物权法——条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社，2007 年 3 月，第 293 页。
[2] 参见李遐桢：《我国地役权法律制度研究》，中国政法大学出版社，2014 年 7 月，第 175 页。

《物权法》第一百六十六条评述

第一百六十六条　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。

一、周边法源

《合同法》第八十一条　债权人转让权利的，受让人取得与债权有关的从权利，但该从权利专属于债权人自身的除外。

二、条文阐释

本条主要是规定了需役地及其上的土地承包经营权、建设用地使用权部分转让时对地役权的效力。根据该条规定，需役地以及需役地上的土地承包经营权或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。这一规定同时体现了地役权的从属性和不可分性。理解该条文的规定应把握下列两个方面：

1. 地役权的从属性已如前述。地役权必须从属于需役地所有权或者需役地上的土地承包经营权或者建设用地使用权等。在这些物权转移时，地役权也随同转移。所以，受让需役地以及需役地上的土地承包经营权或者建设用地使用权的受让人可以同时取得地役权。

2. 所谓地役权的不可分性，在需役地或者供役地为共有时，是指地役权只能由全体共有人完整地拥有或者处分；在需役地或供役地分割时，是指地役权与需役地和供役地之间具有不可分离的关系，即使在需役地或者供役地被分割后，地役权原则上在分割后的需役地或者供役地的各个部分仍然存在，即地役权为不可分割的权利。

不过，我国《物权法》仅仅对于需役地与供役地分割时所体现的地役权的不可分性作了规定。根据该条文以及下一条文的规定，在需役地或者供役地分割时所体现出来的地役权的不可分性主要有两方面：

（1）在需役地被分割时，地役权在分割后的各部分的利益仍然存续，本条"需役地以及需役地上的土地承包经营权或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"即规定了这一点。因为在部分转让的情况下，事实上就相当于分割。不过地役权的行使，按其性质只关系到需役地的一部分的，则分割后地役权仍在该部分上存续。

（2）在供役地被分割时，地役权在分割后的各部分上仍然存续。

三、争点与评述

该条规定的是需役地分割中地役权的不可分性，具体是指需役地被分割时，地役权也具有不可分性，即需役地分割为若干部分的，需役地各部分之所有人都享有地役权。但是，如果地役权的行使仅涉及部分需役地，地役权将仅对该部分而存在。对于《物权法》第 166

条，有学者认为，该条承认了地役权在享有上的不可分性。[1]本条可以细化为以下三种情形：其一，需役地部分转让的，转让部分涉及地役权的，受让人同时享有地役权；其二，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；其三，需役地之一部分为他人设定土地承包经营权、建设用地使用权的，该部分如果涉及地役权的，土地承包经营权人、建设用地使用权人同时享有地役权。我国台湾地区“民法”第856条规定：“需役不动产经分割者，其不动产役权为各部分之权益仍未存续。但不动产役权之行使，依其性质只关于需役不动产之一部分者，仅就该部分仍未存续。”有学者指出，为使第167条规定的适用更加合理，不妨将所谓“转让部分涉及地役权的”解释为含有“如果地役权的行使，依其性质只关于需役地的一部分的，地役权仅就该部分继续存在”之义。[2]

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，产生了分属不同权利人的两个或者多个用益物权时，地役权在部分转让后的需役地的各个部分上依然存续。但是，如果需役地以及需役地上的土地承包经营权、建设用地使用权被部分转让后，地役权在其性质上只与部分转让后的地块有关系时，那么，地役权就只在其有关部分继续存在。[3]

四、裁判要旨

[1] 参见崔建远：《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624页。
[2] 参见崔建远：《地役权的解释论》，载《法学杂志》2009年第2期。
[3] 参见全国人大常委法制工作委员会民法室编《中华人民共和国物权法——条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社，2007年3月，第293页。

《物权法》第一百六十七条评述

第一百六十七条　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。

一、周边法源

《合同法》　第八十一条　债权人转让权利的，受让人取得与债权有关的从权利，但该从权利专属于债权人自身的除外。

二、条文阐释

本条主要是规定了供役地及其上的土地承包经营权或者建设用地使用权部分转让时地役权的效力。

根据该条规定，供役地以及供役地上的土地承包经营权或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。这一规定也体现了地役权的不可分性。因为如果是部分转让，实际上也就相当于分割。因此，在供役地被分割时，地役权在分割后的各部分仍然存续。但地役权的行使，按其性质只关系到供役地的一部分的，则分割后的地役权仅在该部分存续。

《物权法》作这样的规定的原因主要在于：通常情况下，地役权是为需役地的全部的便利而利用公用地的全部，也即地役权的效力及于需役地或者供役地的全部，这是地役权的应有性质。也就是说，需役地或者供役地的分割不应影响需役地各个部分的利用与供役地各个部分的负担。需役地或者供役地被分割后，这种为需役地的便利而使用供役地的需要与权利仍然存在。所以，地役权原则上也应当在需役地或者供役地分割后的各个部分上继续存在。当然，如果地役权仅仅是为特定需役地的便利而对特定供役地施加的负担，在需役地或者供役地分割后，其与地役权无关的部分，自然应不再与既存的地役权相关。

三、争点与评述

供役地以及供役地上的土地承包经营权、建设用地使用权的转让，会产生分属不同权利人的两个或者多个用益物权，地役权在转让后的供役地的各个部分继续存在。但是，如果供役地以及供役地上的土地承包经营权、建设用地使用权转让后，地役权在其性质上只对某部分转让后的供役地有关时，那么，地役权仅对被转让土地的受让人具有约束力。

我国《物权法》第167条关于“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”的规定，已经承认了地役权在负担上的不可分性。本条也具有以下三层含义：其一，供役地部分转让时，转让部分涉及地役权的，地役权对受让人具有约束力；其二，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；其三，供役地之一部分上设定土地承包经营权、建设用地使用权等用益物权时，该部分涉及地役权的，地役权对用益物权人具有约束力。我国台湾地区“民法”第857条规定：“供役不动产经分割者，其不动产役权为各部分仍为存续。但不动产役权之行使，依其性质只关于供役不动产之一部分者，仅就该部分仍为存续。”

四、裁判要旨

对《物权法》第168条的评述

条文内容：

“地役权人有下列情形之一的，供役地权利人有权解除地役权合同，地役权消灭：

（一）违反法律规定或者合同约定，滥用地役权；

（二）有偿利用供役地，约定的付款期间届满后在合理期限内经两次催告未支付费用。”

一、周边法源

未找到相关周边法源

二、法条释义

本条是关于地役权消灭的规定。

物权法规定了解除地役权的条件，当条件具备时，解除权人可直接行使解除权，使地役权消灭。当地役权合同出现以下两项法定事由时，供役地权利人有权解除地役权合同，地役权随之消灭。

(一)违反法律规定或者合同约定，滥用地役权

地役权设定后，地役权人与供役地权利人的任何一方都不得擅自解除地役权合同，但如果地役权人违反法律规定或者合同约定，法律赋予了供役地权利人解除地役权合同的权利。如地役权人超越土地利用的范围不按约定的方法利用供役地等，就属于滥用地役权。

(二)有偿利用供役地，约定的付款期间届满后在合理期限内经两次催告未支付费用

地役权合同是否有偿，由地役权人和供役地权利人约定。如果地役权为有偿，那么，地役权人必须按照合同的约定履行付款义务。如果地役权人无正当理由，在合同约定的履行期间届满后，仍没有按照合同约定支付供役地权利人费用的，而且在一个合理期限内经两次催告，地役权人仍不履行付款义务的，表明地役权人没有履行合同的诚意，或者根本不可能再履行合同，供役地权利人可以解除地役权合同。否则，不仅对供役地权利人不公平，而且还会给其造成更大的损失。供役地权利人解除地役权合同的，地役权消灭。

需要强调的是：本条规定的地役权消灭的两项法定事由，是专门为供役地权利人设立的权利。

三、争点及评述

关于供役地人的合同解除权，学界主要有以下争议：

（一）供役地人应当通过何种程序来行使这一权利

在实践中，供役地人要依据《物权法》第168条行使对于地役权关系的解除权，恐还是必须起诉到法院，由法院判决予以解除，较为妥当、可行。

（二）如何理解地役权人滥用地役权

如果地役权人违反了地役权合同所约定的地役权利用方式和范围，超出了地役权使用权限而对于供役地加以利用，则显然是没有合法依据的，也不正当地加重了供役地的负担。此时就应当成立“地役权人违反合同约定，滥用地役权。”但有时，地役权合同所约定的地役权利用方式和范围可能较为抽象或有所遗漏，那么，地役权人行使地役权应当遵从“对供役地损害最小原则”来进行。如果地役权人没有能够遵守该原则来利用供役地，造成了供役地人不应有的损失，那么，应当视为“地役权人违反法律规定，滥用地役权。”

（三）“合理期间”到底是多长？是在“合理期限内两次催告”即可，还是必须“在两次催告后留有合理期限”？

对于“合理期间”的长短，考虑到地役权关系的复杂性，立法控也的确难以明确规定，而只能留待法院根据具体情况予以确定。

对于后一问题，地役权人未按约定支付相应费用，自然属于违法行为，但如果仅仅强调供役地人在“合理期限内两次催告”而地役权人未支付，则极其容易引发供役地人滥用地役权，对于地役权人有失公允。照此理解，例如，地役权人迟延支付 10 万元的费用，供役地人并没有及时催告他，而是在迟延支付长达一个月（合理期限）之后，接连催告地役权人交款两次，并要求其立即还款，而 10 万元巨款显然不是地役权人能够即刻拿得出来的，于是，供役地人据此主张行使解除权。这其中，显然是供役地人滥用了其所享有的解除权，将地役权人陷于不利地位。按照该条的字面含义，似乎就应当作如上的解释。我们认为，这种做法是不对的，在强调供役地人应当两次催告地役权人的同时，还应当强调催告后必须留有合理的期限以供地役权人筹措相应的资金还款。

（四）因地役权人违约而使供役地人解除地役权后，地役权的费用问题

关于该问题，我国物权法没有规定，结合民法基本原理以及民法公平原则，我们认为：

1.对于因“违反法律规定或者合同约定，滥用地役权”而导致供役地人解除地役权的，因为是地役权人的违约行为所致，故应当对其追加相应的责任。若是一次性支付费用的，地役权人将不得要求返还费用或只能要求返还少部分费用；若是分期支付费用的，地役权人虽无需继续履行按期支付费用的义务，但应当支付供役地人一定费用作为违约的赔偿。

2.对于因“有偿利用供役地，约定的付款期间届满后在合理期限内经两次催告未支付费用”而导致供役地人解除地役权的，因为是地役权人的违约行为所致，故应当对其追加相应的责任。若是一次性支付费用的，虽然随着地役权的解除该支付义务不再存在，但地役权人仍需支付一定费用作为赔偿；若是分期支付费用的，虽然随着地役权的解除该支付义务不再存在，但地役权人仍需支付一定的费用作为赔偿。

（五）除了本条之外，还有哪些地役权消灭事由

根据物权法草案的规定，一般认为地役权消灭的事由还包括：“不动产灭失”、“不动产被征收”、“地役权存续期间届满或约定的消灭事由发生”、“地役权人抛弃地役权”、“地役权人抛弃地役权”、“因不行使而消灭或因法院宣告而消灭”等事由也能发生地役权消灭的后果。

但最终《物权法》由于“宜粗不宜细”的立法思想，上述多种地役权消灭事由均没有规定。

四、相关案例裁判要旨

（2014）葫民二终字第 00018 号

判决摘录：

（2014）葫民二终字第 00018 号

上诉人张洪伟与被上诉人马文永因农村土地承包经营权转包合同纠纷一案，不服辽宁省绥中县人民法院（2013）绥民高初字第 00156 号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭，公开开庭审理了本案。上诉人张洪伟，被上诉人马文永及其委托代理人王剑军到庭参加了诉讼。本案现已审理终结。

原审法院经审理查明，2002 年 3 月 25 日，绥中县高台镇胡家村民委员会，为其本村农民致富，大力发展畜牧业生产，向绥中县政府、高台镇政府申请，在本村建养牛示范小区，经胡家村民委员会在该村二组多次召开全体村民组大会，历经一个月之久，二组村民一致同意发展养殖业。经县政府、乡政府、县畜牧局批准，二组村民一致同意将坐落在凉水西岭的山坡地统一拿出，由村委会统一规划，另行发包给养殖户，其中张洪伟家在该村的西岭山坡地拿出 1.36 亩转包给马文永父亲马俊成做发展养殖业生产，张洪伟与马文永父亲在胡家村委会的监督下，签订了协议书，承包期限 29 年，承包费 3900 元（一次性付清）。2011 年马文永父亲马俊成去世，马文永接管继续承包养殖。并建起大棚，进行棚式饲养。张洪伟认为，马文永在其承包的土地上建大棚，改变用途，遂起诉本院，请求解除土地承包协议，恢复土地原状，拆除建筑物。

原审法院认为，本案的土地流转承包，是依照《中华人民共和国农村土地承包法》的相关规定，经村委会申请，全体村民会议决定，并经县镇府、镇政府、县畜牧局批准，当事人双方协商确定的。双方所签订的土地流转承包协议有效，近年来虽然马文永在该承包地上建造大棚，亦是为了更好的发展养殖业的需要，并未改变土地用途，依法成立的合同受法律保护，该承包协议应继续履行。关于张洪伟所诉马文永改变土地用途请求解除的理由不成立，证据不足，不予支持。马文永提出的承包经营权转让，张洪伟不具备起诉主体资格的辩解，由于没有事实依据亦不予支持。为保护当事人的合法权益，依照《中华人 民共和国合同法》第八条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条之规定 ，判决如下：

驳回张洪伟的诉讼请求。案件受理费 100 元，减半收取 50 元，邮寄费 80 元， 由张洪伟承担。

宣判后，张洪伟不服原审法院上述判决，向本院提出上诉，张洪伟上诉称：马文永改变了土地用途，其将张洪伟转包给马俊成的耕地卖给了铁德隆门业，铁德隆门业已经在诉争的地块上建了生产厂房，马文永也建了住宅，绥中县国土资源局已经作了处罚，根据《物权法》第一百六十八条规定违反法律或者合同约定，滥用地役权，供役地权利人有权解除地役合同，

地役权消灭。要求依法改判。

马文永答辩称：原审判决正确，请求维持原判。

二审查明事实与一审查明事实一致。

本院认为，根据《农村土地承包经营权流转管理办法》的第十五条规定："承包方依法取得的农村土地承包经营权可以采取转包、出租、互换、转让或者其他符合有关法律和国家政策规定的方式流转。"根据该规定，承包方通过互换的方式流转承包地并不违反法律规定。马文永在该承包地上建造大棚，是为了更好的发展养殖业的需要，并未改变土地用途，依法成立的合同受法律保护，该承包协议应继续履行。关于张洪伟提出马文永已经将该承包地卖给他人，缺乏相关证据佐证，本院不予支持。综上，原审判决认定事实清楚，适用法律正确，张洪伟的上诉理由不能成立。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条一款（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费100元，由张洪伟负担。

对《物权法》第169条的评述

条文内容：

“已经登记的地役权变更、转让或者消灭的，应当及时办理变更登记或注销登记。”

一、周边法源

1.上海市人民政府关于贯彻《物权法》做好本市房地产登记工作的若干意见（2007年10月1日实施，已失效）

五、关于地役权登记

根据《物权法》第一百五十八条、第一百六十九条规定，当事人订立地役权合同后，可以向登记机构申请地役权登记。已经登记的地役权变更、转让或者消灭，应当及时申请变更登记或者注销登记。

2.《土地登记办法》（国土资源部第40号令，自2008年2月1日起施行）

第38条：“本办法所称变更登记，是指因土地权利人发生改变，或者因土地权利人姓名或者名称、地址和土地用途等内容发生变更而进行的登记。”

第46条：“已经设定地役权的土地使用权转移后，当事人申请登记的，供役地权利人和需役地权利人应当持变更后的地役权合同及土地权利证书等相关证明材料，申请办理地役权变更登记。”

第53条：“已经登记的土地抵押权、地役权终止的，当事人应当在该土地抵押权、地役权终止之日起十五日内，持相关证明文件，申请土地抵押权、地役权注销登记。”

3.《房屋登记办法》（建设部令第168号，2008年7月1日起施行）

第66条：“已经登记的地役权变更、转让或者消灭的，当事人应当提交下列材料，申请变更登记、转移登记、注销登记：

（一）登记申请书；

（二）申请人的身份证明；

（三）登记证明；

（四）证明地役权发生变更、转移或者消灭的材料；

（五）其他必要材料。”

二、法条释义

本条是关于地役权变动后登记的规定。

不动产物权由于某种原因发生变动时，应当将其变更、转让或者消灭的情形记载于不动产登记簿上，以防止纠纷的发生。公不对于市场经济秩序的建立和维护具有十分重要的意义。登记制度是市场经济社会国家维护秩序，保障交易安全的重要法律手段。

地役权变更、转让或者消灭都是物权变动的内容。如果地役权虽然已经发生了变动，但没有办理变更登记或者注销登记，则在法律上并没有真正完成物权的变动。从法律效果上来看，只要作为公示内容的物权现状没有变动，便可以视为物权变动没有发生过。例如，当地役权人取得供役地的用益物权时，因混同而导致地役权消灭时，就应当及时办理地役权的注销登记。使供役地负担的变化情况及时向公众公示。之所以要求当事人及时办理变更登记或者注销登记，是因为该供役地的用益物权很有可能会转让给第三人，有负担的不动产和没有负担的不动产在价值上是完全不同的，对受让人而言，受让了具有负担的不动产之后，将会使受让人的权利行使受到一定的限制，这样对受让人是不公平的。因此，为了维护登记簿的公示力、公信力，必须要在地役权人办理变更、转让或者注销该地役权登记后，地役权变动才能生效，否则地役权仍然存在。同时，向公众公开不动产负担的情况，对保护受让人的利益、防止纠纷都具有十分重要的作用。

三、争点及评述

关于地役权的变更及注销登记，学界主要有以下争议：

（一）地役权变更登记的效力

《物权法》第169条关于地役权变更登记的效力如何，无明确规定。一种流行的观点认为，《物权法》第169条对于已登记地役权的变动，并未采取登记对抗主义，而是采纳了登记生效主义。 这种观点的依据在于：《物权法》对于地役权的登记问题的规定，采登记对抗主义，即只有进行登记，才能对抗善意第三人。虽然登记不是地役权生效必须具备的要件，当事人可以根据自己的意愿，自主选择登记或者不登记。但是，一旦设立地役权的当事人选择了进行登记，则地役权变更、转让或者消灭的，就应当及时到登记机关办理变更登记或者注销登记，这是其法定义务。

与这种观点不同，有学者主张，在已登记地役权基于法律行为而发生内容变更或者权利移转的情况下，应将《物权法》第169条关于“应当及时办理变更登记”的规定解释为实行登记对抗主义，而非登记生效主义。戴孟勇教授通过《日本民法典》第177条以及日本学者的观点、我国《物权法》第169条使用的词语以及《物权法》的体系解释，论述了第169条实际上采纳的是登记对抗主义而非登记生效主义。 主要理由摘录如下：

首先,《物权法》第169条对于已登记地役权的变更、转让,强调应当及时办理变更登记,显然承认在已登记地役权的变动与办理地役权的变更登记之间存在时间差。这与《物权法》第145条关于建设用地使用权转让、互换、出资或者赠与的,应当向登记机构申请变更登记的规定中所体现出来的登记生效主义规则明显不同,即后者中并无及时办理变更登记的要求。原因在于,在登记生效主义规则下,由于不登记就不能发生物权变动,故物权变动与物权的变更登记之间不存在时间差,当然也不会产生当事人应否及时办理变更登记的问题。反之,在登记对抗主义规则下,由于登记并非物权变动的生效要件,而仅仅是对抗要件,所以才有必要承认物权变动与物权的变更登记之间存在着时间差,以便当事人可以在此期间内决定是否通过办理变更登记来为其权利取得对抗效力。可见,只有将《物权法》第169条的规定解释为

采纳了登记对抗主义,才能合理地解释为何该条会承认已登记地役权的变动与地役权的变更登记之间存在着时间差的问题。

其次,在《物权法》第158条对地役权的设立已采登记对抗主义规则的情况下,若认为第169条对已登记地役权的变动改采登记生效主义规则,就会一方面使得地役权的变动模式更加复杂,另一方面又导致立法价值判断的矛盾性,也即在地役权的设立上注重自由和效率,但在地役权的变动上却又强调管制和安全。反之,如果将第169条解释为对已登记地役权的变动也实行了登记对抗主义规则,就可以避免上述问题的发生。

再次,从《物权法》规定的其他实行登记对抗主义规则的物权来看,第24条对于以船舶、航空器和机动车为客体的动产物权的设立、变更和转让,不区分其物权是否已办理登记,一律实行登记对抗主义规则;第127条对于土地承包经营权的设立虽采意思主义规则,但第129条对土地承包经营权的互换、转让,亦不区分其权利是否已办理登记,一体采纳登记对抗主义规则。按照同样的立法逻辑,《物权法》对于在设立时实行登记对抗主义的地役权,在其权利的变更和转让方面,也应不区分地役权是否已经登记,一概实行登记对抗主义规则,才是合理的。因此,为保持《物权法》确立的各登记对抗主义规则的内在逻辑一致性,也有必要将第169条解释为采纳了登记对抗主义。

最后,从比较法来看,《日本民法典》第177条关于不动产物权的取得丧失及变更,非依登记法所定进行登记,不得以之对抗第三人的规定,通常被认为是登记对抗主义物权变动模式的典型代表。对此规定,我妻荣认为,已经存在之权利变动,不分移转之取得(典型的是买卖)与设定之取得(抵押权、地上权等之设定),或者不仅是继承取得,即原始取得之情形(时效取得、公用征收等),也全都无登记就不能对抗。唯有对新产生之不动产原始取得之所有权(主要是依新建建筑物所有权之取得),无登记才能对抗。(P87) 这种不区分物权的设立与物权的移转,也不区分已登记物权与未登记物权,一律采用登记对抗主义规则的做法,为将我国《物权法》第169条解释成对已登记地役权采纳了登记生效主义规则,提供了参照。

笔者认为，本条中“及时”一词说明，在地役权办理初始登记后如果地役权发生变动的，应当及时办理登记，如果不办理登记的，地役权仍然发生变动，只不过这种变动不能对抗善意第三人而已。所以，这里应从宽解释，尚包括地役权变更登记的效力。

（二）地役权注销登记的效力

对此规定,一种流行的见解认为系采纳了登记生效主义,当事人未办理注销登记的,地役权仍然存在。这种观点既忽视了地役权的消灭与地役权的变更、转让之间的差异性,也没有注意到登记对抗主义规则下地役权所具有的特殊性,值得商榷。

借鉴戴孟勇教授之观点，对于地役权注销登记的效力，应当根据地役权消灭的原因来分别讨论：

其一,在已登记地役权基于当事人的意思表示而提前消灭的场合,例如供役地权利人依法解除地役权合同、地役权人抛弃地役权或者当事人合意消灭地役权时,应适用基于法律行为而引起的地役权设立和变更的规则,也即实行登记对抗主义:当事人不办理注销登记的,地役

权仍然归于消灭,但不得以其消灭对抗善意受让地役权的第三人。换言之,对于善意受让地役权的第三人来说,地役权视为继续存在。例如,供役地权利人根据《物权法》第 168 条的规定解除地役权合同的,虽然地役权在供役地权利人和需役地权利人之间归于消灭,但若未办理注销登记,则善意信赖不动产登记簿的记载而从地役权人处受让地役权的人,仍可有效地取得地役权。于此情形,供役地权利人不得以地役权已经消灭为由,否认受让人取得的地役权。

持上述主张的理由,是因为基于当事人的意思表示而消灭已登记的地役权,与当事人基于法律行为而设立或变更地役权之间,并无实质性的区别,故在处理上应适用同样的规则。从比较法的角度看,我国台湾民法第 758 条第 1 项规定:不动产物权,依法律行为而取得、设定、丧失及变更者,非经登记,不生效力。据此规定,台湾学说及司法实务认为,对于不动产物权的抛弃,如抛弃者为所有权,除须有抛弃的意思表示外,并应向地政机关为所有权涂销登记,始能发生抛弃的效力;如抛弃者为其他物权,须向因抛弃而直接受利益者为抛弃之意思表示,并向地政机关为涂销登记,始能生效。这与台湾民法对不动产物权的设立和转让采取登记生效主义规则的做法是一致的,可供参照。

其二,在已登记地役权基于当事人的意思表示以外的其他事实而消灭的场合,例如因供役地灭失或者被征收等原因而消灭的,应适用基于事实行为引起的物权变动的规则,也即不待办理注销登记,就发生地役权消灭的后果,且得以此对抗第三人。于此情形,地役权的注销登记既非地役权消灭的必要条件,也不是地役权消灭得以对抗第三人的条件,而仅仅具有将地役权消灭的事实予以宣示的功能。为了与登记对抗主义或者登记生效主义相区别,本文将这种情况称为登记宣示主义。之所以如此处理,是因为当特定的事实行为发生时,地役权在客观上就不复存在,失去了被交易的可能性。于此情形,即便不及时办理注销登记,也不会危害交易安全。实际上,《物权法》第 28 条和第 30 条的规定已经为上述观点提供了有力的支持。

《物权法》第 28 条规定:“因人民法院、仲裁委员会的法律文书或者人民政府的征收决定等,导致物权设立、变更、转让或者消灭的,自法律文书或者人民政府的征收决定等生效时发生效力。”据此可知,因供役地被征收导致地役权消灭的,应当自人民政府的征收决定生效时,而非自完成注销登记时发生效力。《物权法》第 30 条规定:“因合法建造、拆除房屋等事实行为设立或者消灭物权的,自事实行为成就时发生效力。”据此可知,因拆除房屋等事实行为消灭房屋上的已登记地役权的,应自拆除房屋等事实行为成就时,而非自完成注销登记时发生效力。显然,在以上两种情况下,注销登记都不是已登记地役权消灭的要件,而不过是对地役权消灭的事实进行确认和宣示而已。

《物权法》第 155 条规定:“已经登记的宅基地使用权转让或者消灭的,应当及时办理变更登记或者注销登记。”有学者将该规定解释为对已登记宅基地使用权的变动(包括消灭)采取了登记生效主义规则,并认为对《物权法》第 169 条的规定也应作同样的解释。其实,按照《物权法》第 154 条第 1 句的规定,不论是已登记的还是未登记的宅基地使用权,只要宅基地因自然灾害等原因灭失的,宅基地使用权即归于消灭,而不以办理注销登记为其消灭的要件。基于同样的道理,《物权法》第 169 条规定的已登记地役权的消灭,也不应以办理注销登记为

其消灭要件。

从比较法来看,我国台湾民法第 762 条和第 763 条明确将混同规定为物权的消灭原因。学说上认为,不动产物权因混同而消灭者,乃是因法律规定而生,自可不待登记即生效力,况混同后是否生消灭之效果,大体上可自其登记情形中窥知,虽未为涂销之登记,亦不致有碍交易之安全。另外,台湾学说及实务还认为,地上权、地役权等物权于存续期间届满时,不待办理涂销登记,即当然归于消灭。可见,在对不动产物权的设立和转让实行严格的登记生效主义规则的台湾地区,尚且承认因特定事实行为的发生而导致不动产物权消灭的,无须办理注销登记,不动产物权即归于消灭。相比之下,在对地役权的设立和转让实行登记对抗主义规则的我国大陆,对于已登记地役权因事实行为的发生而消灭的,就更无必要将办理注销登记作为地役权消灭的要件了。

四、相关案例裁判要旨

(2011)桂执复字第 19 号

对《物权法》第170条的评述

担保物权人在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，依法享有就担保财产优先受偿的权利，但法律另有规定的除外。

一、周边法源

（一）法律

《担保法》

第33条　本法所称抵押，是指债务人或者第三人不转移对本法第三十四条所列财产的占有，将该财产作为债权的担保。债务人不履行债务时，债权人有权依照本法规定以该财产折价或者拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为抵押人，债权人为抵押权人，提供担保的财产为抵押物。

第34条第2款　本法所称抵押，是指债务人或者第三人不转移对本法第三十四条所列财产的占有，将该财产作为债权的担保。债务人不履行债务时，债权人有权依照本法规定以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。

第63条　本法所称动产质押，是指债务人或者第三人将其动产移交债权人占有，将该动产作为债权的担保。债务人不履行债务时，债权人有权依照本法规定以该动产折价或者以拍卖、变卖该动产的价款优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为出质人，债权人为质权人，移交的动产为质物。

第82条　本法所称留置，是指依照本法第八十四条的规定，债权人按照合同约定占有债务人的动产，债务人不按照合同约定的期限履行债务的，债权人有权依照本法规定留置该财产，以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。

担保法第84条　因保管合同、运输合同、加工承揽合同发生的债权，债务人不履行债务的，债权人有留置权。

法律规定可以留置的其他合同，适用前款规定。

当事人可以在合同中约定不得留置的物。

《海商法》

第25条　船舶优先权先于船舶留置权受偿，船舶抵押权后于传播留置权受偿。

前款所称船舶留置权，是指造船人、修船人在合同另一方未履行合同是，可以留置所占有的船舶，以保证造船费用或者修船费用得以偿还的权利。船舶留置权在造船人、修船人不再占有所造或者所修的船舶时消灭。

《破产法》

第132条　本法施行后，破产人在本法公布之日前所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金，依照本法第一百一十三条的规定清偿后不足以清偿

的部分，以本法第一百零九条规定的特定财产优先于对该特定财产享有担保权的权利人受偿。

（二）司法解释

《担保法解释》

第51条　抵押人所担保的债权超出其抵押价值的，超出的部分不具有优先受偿的效力。

第79条　同一财产法定登记的抵押权与质权并存时抵押权人优先于质权人受偿。

同一财产抵押权与留置权并存时，留置权人优先于抵押权人受偿。

第107条　当事人在合同中约定排除留置权，债务履行期届满，债权人行使留置权的，人民法院不予支持。

第112条　债权人的债权未届清偿期，其交付占有标的物的义务已届履行期的，不能行使留置权。但是，债权人能够证明债务人无支付能力的除外。

二、法条释义

本文是关于担保物权含义的规定，共1款。根据本条的规定，担保物权具有以下特征：

第一、担保物权以确保债权人的债权得到实现为目的。担保物权不强调对特定财产的使用和收益，担保物权旨在确保债务的清偿，增强债务人信用，减少债权人债权实现风险。

第二，担保物权具有非绝对性的优先受偿的效力。优先受偿是指在债务人到期不清偿债务或者出现当事人约定的实现担保物权的情形时，债权人可以对担保财产进行折价或者拍卖、变卖担保财产，以所得的价款优先实现自己的债权。担保物权的优先受偿性主要体现在两方面：一是优先于其他不享有担保物权的普通债权；二是有可能优先于其他物权，如后顺位的担保物权、同一物上的质权。但是，担保物权的优先受偿性并不是绝对的，如果本法或者其他法律有特别的规定，担保物权的优先受偿效力会受到影响，如我国海商法明确规定，船舶优先权人优先于担保物权人受偿；我国新修订的破产法明确规定，一定比例的职工工资优先于担保物权受偿。

第三，担保物权是在债务人或者第三人的财产上成立的权利，不包括以人的信用为担保的保证方式，其范围小于《担保法》中所规定的担保方式。债务人既可以以自己的财产，也可以第三人的财产为债权设立担保物权，既可以以现在的财产，也可以以将来的财产；既可用不动产，也可用动产，在特定情形下还可用权利进行担保，如本法规定的权利质权。

第四，担保物权具有物上代位性。本法第174条明确规定，担保期间，担保财产毁损、灭失或者被征收等，担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿。被担保债权的履行期未届满的，也可以提存该保险金、赔偿金或者补偿金等。也就是说，担保财产即使灭失、毁损，但代替该财产的交换价值还存在的，担保物权的效力仍存在，只是此时担保物权的效力转移到了该代替物上。

第五，关于担保物权的实现条件。本条共规定了2项实现条件，一是债务履行期届满时，债务人不履行债务的；二是发生当事人约定的可以实现担保物权的情形的。根据《担保法》的规定，只有债务人不履行到期债务时，担保物权人可以实现担保物权。相较于《担保法》

的规定，本法增加了担保物权的实现条件，既为保护担保物权人的利益，同时也充分尊重当事人对实现担保物权的条件的安排，保障意思自治。

三、争点与述评

（一）关于担保物权的性质。在立法中，对担保物权的性质曾有不同意见，对是否在物权法中规定担保物权制度也有不同看法。

武汉大学孟勤国教授认为担保物权本质上并非物权，不应当放入物权法中。首先，担保物权本质上并非物权，不具有物权本质的支配力特征，所谓的价值支配也是一个伪命题。其次，物权优先于债权并不意味着物权法优于债权法或担保法，而且《物权法》已删除该条文。将担保物权放入物权法也不会加强担保物权的社会功能。最后，肢解现行担保法，将担保方式拆散分置各处，不仅耗费更多立法资源，而且割断了各担保方式之间的联系。[1]

西南政法大学李开国教授认为，法律的体系结构问题是一个按一定逻辑联系将法律规范加以排列组合的问题，将抵押、质押、留置三种担保方式无论放在物权法中或者放在债权法中规定，都各有其逻辑上的理由，但是两相比较，以放在债法中为优。[2]

另江平教授、张李安教授、何山教授在中国物权法理论研讨会会议上均表态认为担保物权不是物权。[3]

另有学者认为担保物权是物权，且应当列入物权法。

烟台大学教授郑冠宇教授、赵守江教授认为担保物权具有物权特征，应当列入物权法。首先，不论从理论上还是从实践来看，抵押权人对抵押物具有支配力。其次，交换价值固然是一种比例关系，但这种比例关系是通过一定的实物表现出来的。与交换价值不同，价值是商品之常态，在抵押物折价、变卖、拍卖之前，抵押物的价值就已经存在了。最后，一种权利采取什么方式行使是一回事，而这种权利是什么性质的权利是另一回事，二者不能混淆。因此，担保物权具备了物权的法律特征，将其作为一种物权在我国《物权法》上加以规定，并无不妥之处。[4]

安徽大学法学院李明发教授认为：担保物权应放在物权编中加以规定，其一，担保物权是民法无全体系的重要组成部分是一种他物权，一种价值权。其二，担保物权就其本质属性来说，应是一种支配权。担保物权具有的优先性、追及性以及物上代位性等特征，表明它更符合物权的支配性这一本质特征。其三，将担保物权放在物权中加以规定，并不影响其对摘得担保功能的发挥。[5]

中国人民大学王利明教授认为担保物权应纳入物权法中：第一，从各国立法实践来看，大多将担保物权作为物权。第二，将担保物权作为物权，是为了确保其具有优先于债权的效力，从而保障担保物权人对担保物的交换价值的支配性。第三、担保物权也具有支配性。担

[1] 孟勤国．东施效颦----评《物权法》的担保物权【J】．法学评论．2007年第3期(总第143期)．
[2] 李开国．关于我国物权法体系结构的思考【J】．现代法学．2002年8月第24卷第4期．
[3] 冯桂、蒙晓阳、张海龙．中国物权法理论研讨会会议综述【J】．法学评论．2004年第5期．
[4] 郑冠宇、赵守江．担保物权的物权属性解读—与孟勤国教授商榷【J】．河南省政法管理干部学院学报．2009年第1期．
[5] 李明发．关于担保物权设置的立法研究【J】．江淮论坛．1998年第2期．

保物权中，权利人既可以支配提供担保的标的物，也可以支配标的物的价值。第四，担保物权也具有排他性。担保权人享有的担保物权可以排除来自任何人的干涉，有效的对抗第三人。第五，担保物权也具有追及性，如抵押权人有权在他人非法占有抵押物的情况下，追及该物。只有在物权法中对其作出规定，才能明确担保物权为物权，也有助于对担保物权适用物权的保护方法。此外，承认担保物权为物权也有助于建立一个完整的物权体系。担保物权是与用益物权相对应的，只有在承认担保物权的情况下，才能构建系统完备的他物权体系。[6]

中国社会科学院梁慧星教授的物权法草案中也将担保物权纳入了物权法草案中。

笔者认为，担保物权的设立目的是担保债权的履行，且在现在已经公布单行担保法的情形下，不宜纳入物权法中，避免因法条的重复或体系的分散造成法律适用的困扰及冲突。

（二）是否规定让与担保。

让与担保作为一种非典型担保制度，在其他国家地区都是通过判例加以确定，我国物权法是否规定让与担保，学说上尚存争议。

主张规定让与担保者：

中南财经政法大学陈小君教授认为：我国他物权体系中应纳入让与担保。让与担保具有特殊功能，可弥补现有他物权体系的不足，其次，让与担保已为学说、实务所承认，应正视其存在的合理性，再次，若让与担保出现流质或同谋，可通过法律行为无效或撤销制度加以解决，而不能以此否定让与担保的存在价值。[7]

中国社会科学院梁慧星教授在其主持起草的《物权法建议草案》中，规定了让与担保，其目的主要是用让与担保制度来规范我国房地产市场中的按揭交易。[8]

清华大学马俊驹教授认为应当规定让与担保，让与担保与其他典型担保制度相比，具有很大优越性而且实践中已出现了类似让与担保的按揭制度，对于让与担保的缺陷可以通过法律规制克服。[9]

主张不规定让与担保者：

西南政法大学李开国教授认为：让与担保，则根本不能放在物权法中规定。因为让与担保与所有权保留一样，其本质都是以债的履行作为所有权变动条件的附条件的法律行为。其区别仅仅在于让与担保是附解除条件的所有权转让行为，而所有权保留则是附延缓条件的所有权转让行为。因此，无论所有权保留行为或者让与担保行为，均不产生担保物权，我们可以将它们作为债的担保方式规定在债法中，但是不能将它们作为担保物权规定在物权法中。[10]

中国政法大学物权立法课题组认为应当暂不规定让与担保。首先，让与担保这一担保方式从根本上改变了传统担保物权概念，既加强了债权的保护强度，亦提出了新的问题，现今理论准备和经验总结不足，不宜规定让与担保这一重大制度；其次，让与担保存在的理由不

[6] 王利明．物权立法若干问题新思考【J】．法学．2004年第7期．
[7] 陈小君．我国他物权体系的构建【J】．法商研究．2002年第5期．
[8] 梁慧星．制定中国物权法的若干问题【J】．法学研究．2000年第4期．
[9] 马俊驹．物权法的定位及基本体系分析【J】．法学杂志．2004年5月第25卷．
[10] 李开国．关于我国物权法体系结构的思考【J】．现代法学．2002年8月第24卷第4期．

具备，现行担保物权制度可以满足社会需求，而且我国台湾地区仿照美国制定动产担保交易法施行效果并不令人满意。[11]

中国政法大学的王卫国教授也认为，在我国物权立法中，无论是从动产还是不动产的担保制度来分析，现有的担保制度、现实的社会信用状况以及商业实践都在证明，中国的物权立法不存在建立让与担保制度的需求。[12]

中国人民大学王利明教授主持起草的《物权法建议草案》中并没有规定让与担保，他认为，让与担保本质上违反了物权法关于流质契约的规定。

施行的物权法并没有规定让与担保制度。主要考虑到物权法对动产担保已经做了较为全面的规定，如动产抵押、质押和留置，可以解决动产担保的需要。从国外的情况看，大多数国家没有在物权法编中规定让与担保。因此，目前物权法暂不规定让与担保为宜。

四、相关案例裁判要旨

典型案例 1：自然人之间成立的合法有效的借贷合同，并附有抵押合同时，抵押权人可就该抵押财产优先受偿。

裁判要旨：根据《物权法》第 170 条及《担保法》第 33 条，担保物权是担保物权人在债务人不履行到期债务或发生当事人约定的实现担保物权的情形，依法享有就该担保物优先受偿的权利，但法律另有规定的除外。抵押权作为担保物权的一种，也具有担保物权的特征。本案中，2010 年 12 月 15 日，原告王某某与被告沈某某依据其真实意思成立的借款金额为 150000 元的借贷合同合法有效，原告王某某为了担保其债务的实现，与被告沈某某办理了房屋抵押登记。债权到期，被告沈某某未履行到期债务，原告王某某对该抵押房屋在特定范围内享有优先受偿的权利。

典型案例 2：民事主体间合法成立的有效质押担保合同，当债务人不履行到期债务时，债权人可就质押物优先受偿。

裁判要旨：典当法律关系由两种法律关系组成。一方面，它表现为典当双方之间的质押担保关系；另一方面，它又表现为典当双方之间的债权债务关系。从质押担保关系来看，当户与典当行是出质人和质权人的关系；从债权债务关系看，当户与典当行是债务人和债权人的关系。本案中，被告韩某既是债务人，同时又是出质人，原告典当公司既是债权人又是质权人，被告以其所有的轿车一辆作为质物向债权人借款 140000 元，债务到期后，被告未清偿债务，且无法按期赎回该质物。依照《物权法》第 170 条及担保法第 33 条的规定，债权人可就该质物在特定范围内享有优先受偿的权利。

[11] 中国政法大学物权立法课题组．关于《民法草案．物权法编》制定若干问题的意见【J】．政法论坛．2003 年 2 月第 21 卷第 1 期．
[12] 王卫国、王坤．让与担保在我国物权法中的地位【J】．现代法学．2004 年 10 月第 26 卷第 5 期．

对《物权法》第 171 条的评述

债权人在借贷、买卖等民事活动中，为保障实现其债权，需要担保的，可以依照本法和其他法律的规定设立担保物权。

第三人为债务人向债权人提供担保的，可以要求债务人提供反担保。反担保适用本法和其他法律的规定。

一、周边法源

（一）法律

《担保法》

担保法第 2 条　在借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动中，债权人需要以担保方式保障其债权实现的，可以依照本法规定设定担保。

本法规定的担保方式为保证、抵押、质押、留置和定金。

担保法第 4 条　第三人为债务人向债权人提供担保时，可以要求债务人提供反担保。

反担保适用本法担保的规定。

担保法解释第 2 条　反担保人可以是债务人，也可以是债务人之外的其他人。

（二）司法解释

《担保法解释》

第 51 条　抵押人所担保的债权超出其抵押价值的，超出的部分不具有优先受偿的效力。

第 79 条　同一财产法定登记的抵押权与质权并存时抵押权人优先于质权人受偿。

同一财产抵押权与留置权并存时，留置权人优先于抵押权人受偿。

第 107 条　当事人在合同中约定排除留置权，债务履行期届满，债权人行使留置权的，人民法院不予支持。

第 112 条　债权人的债权未届清偿期，其交付占有标的物的义务已届履行期的，不能行使留置权。但是，债权人能够证明债务人无支付能力的除外。

二、法条释义

本条是关于担保适用范围及反担保的规定，共 2 款。

本条第 1 款明确了担保物权的适用范围。本款将担保物权的适用范围限定在借贷、买卖等民事活动中发生的债权债务关系。我国担保法第二条第一款规定，在借款、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动中，可以设定担保。与担保法的规定相比，本法对担保物权适用范围的规定要宽一些，不仅可以适用于经济活动，还可以扩展到产生债权债务关系的其他民事活动中。

为正确适用第 1 款，以下几点需提请注意：

第一，担保物权适用于民事活动，也就是说担保物权是平等主体之间为确保债权的实现而设定的。不平等主体之间产生的关系，如因国家行政行为(如税款)、司法行为(如扣押产生

的费用)产生的关系等不适用。

第二，虽然本法仅列举了借贷、买卖两种典型的可以设定担保物权的民事活动，但可以设定担保物权的民事活动并不仅限于这两种民事活动。在其他民事活动中，如货物运输、加工承揽、无因管理、补偿贸易等都可以设定担保物权。应从合乎担保物权的设立意义的宗旨出发，扩张解释担保物权的适用范围。

第三，本条第 1 款中本法和其他法律的适用。这里的“其他法律”主要指担保法、海商法、民用航空法等法律，担保法对担保物权做了较为全面的规定，海商法、民用航空法也对船舶抵押权、航空器抵押权等做了规定。依据特别法优于普通法的规定，设立担保物权还应当依据这些特别法。而根据新法优于旧法的规定，本法第 178 条明确规定，担保法与本法的规定不一致的，适用本法。

本条第 2 款对反担保做了规定。反担保是指替债务人提供担保的第三人，为了保证自己的追偿权得到实现，可以要求债务人为自己追偿权的实现提供担保。区别于主债权债务关系中的担保，反担保是债务人或其他人向第三人提供的担保，提供的担保既包括债务人或其他人设立担保物权，同时还包括其他人提供的保证。反担保的实现条件为第三人已承担担保责任。除此之外，反担保具有与担保相同的属性。反担保的设立目的是为了保障第三人追偿权的实现，追偿权本质上也是一种债权。另外，反担保的设立程序实质与设立担保物权一样，因此，本款规定，反担保适用本法和其他法律的规定。

三、争点与述评

本条对于担保物权的适用范围采取的是不穷尽列举的方法，立法中，对是否允许设定担保物权担保因侵权行为产生的债权有不同意见。下文以人事保证为切入点，人事保证合同导致保证人对在工作任职期间因可归责于劳动者事由而导致用人单位的损害承担赔偿则任。侵权之债能否成为担保物权的适用范围，关乎该人事保证合同是否有效。

否定论：

中国社会科学院梁慧星教授认为“人事保证”这个制度违反了我们的国体。经过了十几年，人人平等观念已经深入人心。一个大学生也好，一个打工者也好，你要我是你的权利，你不要我也是你的权利。你信任我，就要我，你不能要求我找一个老板来当我的保证人。这个制度在新中国已经消灭了，现在要求我们再回去，这到底是新人文主义还是旧人文主义，旧人文主义也没有这样的制度。[1]

武汉大学杨巍认为，人事保证制度不应存在。人事保证与现代侵权法上的责任自负原则相违背，其次人事保证不符合公平原则，再次，人事保证不符合应合理分散风险的理念，最后人事保证与我国现行法律、政策的精神不符。人事保证的实际担保作用是令人怀疑的。[2]

云南省政法研究所胡仕林认为，人事保证制度有违意思自治之公平和责任自负原则、对

[1] 梁慧星．中国民法典草案件议稿【M】．法律出版社 2003 年版．第 265 页；江平、梁慧星、王利明．中国民法典的立法思路和立法体例，载中国民法典民商法律网．
[2] 杨巍．浅析人事保证的性质----对我国应否建立人事保证制度的法律思考【J】．法学评论．2008 年第 4 期．

缔约认知基础形成破坏、模糊了合同与侵权法律制度二者相对独立的界限，也为立法精神所不容。该制度既不利于平等就业、促进就业，也不利于管理水平的提高和优秀企业文化的建设。因此，立法应从根本上禁止而非简单的限制。[3]

西南政法大学王永红认为人事保证合同应当认定为无效，因其违反劳动法基本原则以及对非法行为设立担保并不在担保法的适用范围之内。[4]

肯定论：

厦门大学徐国栋教授在其绿色民法典中规定了人事保证制度。人事保证，是一方于他方的受雇人将来因职务上的行为而应对他方为损害赔偿时，由其代负赔偿责任的合同。人事保证并非梁慧星老师理解的那样是受雇的前提，而是荐人者对被荐者在受雇过程中因职务行为对老板造成的损失承担的责任。人事保证制度在当代中国诚信缺失的大环境下，是贯彻诚信原则的一个措施，是维持良好的、信用的人事运作的保障。[5]

西南政法大学朱凡认为，人事保证宜为保证而不宜为损害担保契约，并且宜为就职务关系或其他人事关系所为的一种特殊类型的保证，应当专门立法规定。[6]

福建公安高等专科学校法律系副教授陈荣文认为人事保证责任因当事人间的合同而产生，属于当事人意思自治的范围，只要其约定不违反法律法规的强制性、禁止性规定，应该认可其法律效力。在我国现实生活以及司法实践中，人事保证合同已是现实存在，我们应该在借鉴、扬弃其他国家和地区人事保证制度的基础上，建立起合理的人事保证法律制度。[7]

笔者认为，因侵权行为产生的债权不能用事先设定担保物权的方式加以保障，因其并不符合担保物权的设立意义，但因侵权行为已经产生的债权，属于普通债权的范围，可以用设定担保物权的方式确保债权的实现。

四、 相关案例裁判要旨

典型案例 1：保证人在替债务人清偿债务后，有权向债务人追偿，也可以要求承担连带责任的其他保证人清偿其应当承担的份额，各连带保证人对保证份额没有约定的，平均分担。债务人提供反担保的，已履行代偿义务的保证人还可以要求反担保人在保证范围内承担保证责任。保证人履行代偿义务后，同时向债务人、其他共同连带保证人及反担保人主张权利的，不违反法律规定，应予支持。

裁判要旨：反担保是指为保障债务人之外的担保人将来承担担保责任后对债务人的追偿权的实现而设定的担保。根据《物权法》第 171 条，债权人在借贷民事活动中，为保障实现其债权，需要担保的，可以依照本法和其他法律的规定设立担保物权。第三人为债务人向债

[3] 胡仕林．论人事保证制度的禁止----兼评《劳动合同法（草案）》相关规定【J】．法学研究．2006 年第 4 期．
[4] 贾科、王永红．人事保证合同效力认定及其责任承担【J】．人民司法案例参考．2011 年 8 月．
[5] 徐国栋．绿色民法典草案【M】．社会科学文献出版社．2004 年版，第 614 页．
[6] 朱凡．论我国人事保证制度之构建【J】．法学论坛．2004 年第 3 期．
[7] 陈荣文．人事保证制度若干基本问题研究【J】．东南学术．2004 年第 6 期．

权人提供担保的，可以要求债务人提供反担保。反担保适用本法和其他法律的规定。本案中，债权人永诚贷款公司与债务人同济公司签订了借贷合同，与宝新公司、卞某某、任某某等四人签订了保证合同。之后，第三人宝新公司又与卞某某、任某某等四人签订了反担保合同。后债务到期，债务人不履行到期债务，第三人宝新公司作为保证人之一代为清偿了债务，第三人宝新公司依据反担保合同可请求其他保证人及债务人承担责任。

典型案例 2：债权人在买卖民事活动中，为保障实现其债权，需要担保的，可以依照本法和其他法律的规定设立担保物权。

裁判要旨：根据《物权法》第 170 条及第 171 条，在民事买卖活动中，债权人为担保其债权实现，可以依照本法或其他法律的规定设立担保物权，依法设立的担保物权就该担保物享有优先受偿的权利。本案中，原告亚伦矿山设备制造有限公司与被告恒华公司签订了买卖矿山设备的合同，被告恒华公司分批支付部分货款，经原告多次催要，尚欠货款 75000 元，后被告董彦龙与原告为该 75000 元达成了还款及抵押协议，以被告董彦龙所有的一辆轿车为抵押物。现债务到期，被告董彦龙未清偿债务，原告亚伦矿山设备制造有限公司可依据买卖协议、还款协议及相关法律规定就该抵押物享有优先受偿权。

典型案例 3：劳动合同法规定用人单位不得要求劳动者提供保证金，故要求劳动者提供人保的方式亦不允许。

裁判要旨：陈某于 2005 年 12 月 15 日开办了重庆市沙坪坝区雄凯酒楼（系个体工商户），同月底夏某经樊某介绍到陈某酒楼担任出纳，负责现金、银行款项的保管收付工作以及税款交纳。2006 年 1 月 16 日，樊某向陈某出具保证书一份，载明：夏某同志经重庆市沙坪坝区兴源物业管理有限责任公司樊某介绍到雄凯酒楼担任出纳工作，因工作特殊性，如出现营私舞弊、中饱私囊，将由樊某同志承担赔偿。此后，夏某多次将酒楼现金、银行存款及应收账款、应付税款 449 293.5 元挪用并挥霍。夏某因此被追究了刑事责任，且无力赔偿陈某损失。陈某依樊某出具的保证书为据，请求人民法院判决樊某对其损失承担赔偿责任并支付利息。判断樊某是否需承担赔偿责任，需要考虑的问题是该人事保证合同是否合法有效。一、二审法院以该合同违反《劳动合同法》不得要求劳动者提供物保的规定推定亦不得要求提供人事保证，判定合同无效，樊某不需曾担责任。

笔者认为，人事保证从其性质上来看仍属于保证合同，应当适用《担保法》的相关规定，但因该类合同设立目的与担保法的设定宗旨有异，这也是劳动合同中不得提供物保的原因之一，其内容不在担保物权的适用范围内。因此，应以该劳动合同不在担保方式的适用范围内判定该合同无效。

对《物权法》第 172 条的评述

设立担保物权，应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效，担保合同无效，但法律另有规定除外。

担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。

一、周边法源

（一）法律

《担保法》

第 5 条　担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效。担保合同另有约定的，按照约定。

担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。

第 50 条　抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。

第 52 条　抵押权与其担保的债权同时存在，债权消灭的，抵押权也消灭。

第 74 条　质权与其担保的债权同时存在，债权消灭的，质权也消灭。

（二）司法解释

《担保法解释》

第 7 条　主合同有效而担保合同无效，债权人无过错的，担保人与债务人对主合同债权人的经济损失，承担连带赔偿责任；债权人、担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的二分之一。

第 8 条　主合同无效而导致担保合同无效，担保人无过错的，担保人不承担民事责任；担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的三分之一。

第 9 条　担保人因无效合同向债权人承担赔偿责任后，可以向债务人追偿，或者在承担赔偿责任的范围内，要求有过错的反担保人承担赔偿责任。

担保人可以根据承担赔偿责任的事实对债务人或者反担保人另行提起诉讼。

第 10 条　主合同解除后，担保人对债务人应当承担的民事责任仍应承担担保责任。但是，担保合同另有约定的除外。

二、法条释义

本条是关于担保合同从属性以及担保合同无效后的法律责任，共 2 款。

第 1 款是关于担保合同从属性的规定。体现主债权债务关系的主要是主债权债务合同，体现担保关系的主要是担保合同。担保物权的设立是为了保障主债权债务关系中债权人债权

的实现，没有主债权债务关系的存在，担保关系也就没有了存在以及实现的可能和价值。从这个意义上讲，担保合同是主债权债务合同的从合同。我国担保法第 5 条也明确规定，担保合同是主合同的从合同。

对于“法律另有规定的除外”的理解。上面已经指出，主合同无效的，担保合同无效。但这只是一般规则，在法律另有规定的情况下，担保合同可以作为独立合同存在，不受主债权债务合同效力的影响。例如，在本法规定的最高额抵押权中，最高额抵押合同就具有相对的独立性。在连续的交易关系中，其中一笔债权债务无效，并不影响整个最高额抵押合同的效力。主债权债务合同无效后，担保人仍应对无效后债务人所应承担的法律后果承担担保责任。基于此，本条第一款专门规定“但法律另有规定的除外”。这样规定既是为了适应现实的需要，也为以后担保物权制度的发展留下一定的空间。需要注意的是，不能单独以主合同是否有效来判断担保合同是否有效。担保合同有可能因其本身内容违反法律规定而无效，如债务人与债权人的恶意串通导致担保合同无效。

第 2 款是担保合同无效后法律责任的规定。根据民法通则第 58 条、合同法第 56 条的规定，无效的合同从订立时就失去法律效力，当事人在合同中约定的权利义务关系自然就归于无效。同样的道理，在担保物权中，主债权债务关系无效后，其约定的权利义务关系就不存在了。根据担保关系的附随性，作为从合同的担保合同自然也归于无效。担保合同无效后，依据对债权人、债务人或者担保人各自过错的认定，依据《担保法解释》的第 7、8、9、10 条承担与其过错相应的责任。

三、争点与述评

担保合同是为了担保债权实现而存在，因而从属性是其基本特征。主合同无效，担保合同亦无效。但实践中出现了信用证这一新的独立担保形式，突破了担保合同的从属性，该类独立担保是否有效，司法实践中以及学理上均有争议。

主张独立担保条款有效论：

中国政法大学费安玲教授认为，主合同无效的，当事人有约定独立担保条款的，担保合同有效。因为，实践中已经出现了独立担保形式，且域外法已予以接受，在经济快速发展的今天，我们有必要在理论上对担保的独立合同的特征、该合同于基础关系的关系、合同的主体限定、合同的法律效力等重要问题进行分析，以便于在法律上给担保的独立合同以应有的定位和保护。[1]因此，其从侧面表述了其对于独立担保条款有效性的支持。

北京大学白彦认为在司法实践中应承认独立担保在国内的有效性。承认独立担保符合我国目前和将来的经济发展的需求，独立担保的效力与基础合同分离符合我国《担保法》第 5 条的规定，而且私法自治是一项民法的基本原则，只要不违反法律的硬性规定是没有问题的。[2]

[1]费安玲．担保的独立合同之初探．http://www.romanlaw.cn/sub2-68.htm.
[2]白彦．独立担保制度探析【J】．北京大学学报（哲学社会科学版）．2003（2）．

曹士兵认为，无论是国际还是国内商事活动，合同当事人都可以约定担保合同的性质，独立担保作为一种独立的、非从属性的法律行为，应当承认其效力并且确定其在国际和国内的统一适用规则。[3]

胡康生、李国光、奚晓明等认为独立担保的国内适用具有法律依据，《担保法》第 5 条但书部分是对前半段规定的转折，指从属性担保合同的例外情形。孙礼海认为该处但书的规定目的就是给独立担保留下合法的空间。[4]

《境内机构对外担保管理暂行办法》为银行独立担保提供依据，《境内机构对外担保管理办法》第 2 条承认了独立担保的一种重要表现形式—备用信用证。

否定独立担保有效论：

中国人民大学王利明教授认为，在国际贸易领域，因为交易当事人都是大型公司和企业，他们能够识别欺诈行为，尽可能避免风险，而在国内交易领域，交易当事人并不具备相应的能力，因此，最好不要一概适用于国内交易。[5]

周芬认为，《物权法》第 172 条第 1 款，将《担保法》中的另有约定改为法律另有规定除外，即取消了当事人约定独立担保的可能性。[6]

中国公证协会的指导意见规定：独立担保会导致欺诈和权利滥用，从而引发更多的纠纷，这是否定独立担保国内适用的最重要理由。[7]

笔者认为应当确认独立担保条款效力，一是尊重当事人意思自治，尊重合同自由的需要；二是根据我国担保法第五条的规定，当事人可以约定，主债权债务合同无效的，担保合同有效。在没有特别理由的情况下，物权法应当尽量与担保法的规定一致。

四、相关案例裁判要旨

典型案例 1：当主合同的法律效力不被确认时，附随于主合同的担保合同亦无效。

裁判要旨：根据《物权法》第 172 条第 1 款：设立担保物权，应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。担保合同是主债权债务的从合同。主债权债务合同无效，担保合同无效，但法律另有规定除外。本案中，原告万高公司与被告新中大公司之间的借贷协议因为违反国家金融管制的强制性规定，根据《合同法》第 52 条的规定，对借贷协议的法律效力不予确认。对于已然成立的借贷协议，原告万高公司为保障其债权得以实现，与被告新中大公司签订了抵押担保合同，以新中大公司在地铁公司所有的资产及股权作为抵押，由于主债权债务合同无效，该抵押担保合同亦无效，原告万高公司不享有就该抵押担保合同下的抵押财

[3] 曹士兵．中国担保制度与担保方法【M】．中国法制出版社 2008 年版，第 41 页．
[4]胡康生．中华人民共和国物权法释义【M】．法律出版社．2007 年版．第 371 页；；李国光，奚小明，金剑锋，曹士兵．关于适用<中华人民共和国担保法若干问题的解释>理解与适用【M】．吉林人民出版社．2000 年版．第 29 页．
[5]王利明．<物权法>对我国担保制度的发展与完善—“民商法前沿”系列讲座现场实录第 300 期．中国民商法律网，http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp? id=36636.
[6]周芬．论述<物权法>对担保物权制度的规定—比较<物权法>和<担保法>及其司法解释【J】．商场现化．2007 年 8 月（总第 513 期）．
[7]中国公证协会．办理具有强制执行效力债权文书公正及出具执行证书的指导意见．

产优先受偿的权利。

典型案例 2：主债权债务合同依法被确认无效时，在没有当事人特殊约定的情形下，担保合同已无效。

裁判要旨：根据《物权法》第 172 条第 1 款，主债权债务合同无效的，担保合同无效。本案中，原告新工联公司与被告大腾公司的签订的买卖协议，实属以合法形式掩盖非法目的，根据《合同法》第 52 条第 3 款的规定，本案新工联公司与大腾公司的签订买卖合同属无效合同。被告宜必思在不清楚债权人与债务人之间的真实交易的情形下做出的担保合同，在主合同的情况下，担保合同亦无效，且被告宜必思对于合同无效不存在过错，亦不需根据《物权法》第 172 条承担相应的过错责任。最终法院判决被告宜必思不承担连带责任。

典型案例 3：担保函中虽然有不因委托人的原因导致代理进口协议书无效而失去担保责任的约定，但在国内民事活动中不应采取此种独立担保方式，因此该约定无效。担保合同无效的，担保合同对债权人损失有一定过错的，需承担相应责任。

裁判要旨：湖南机械进出口（集团）股份有限公司（以下简称湖南公司）、海南国际租赁有限公司（以下简称海南公司）与宁波东方投资有限公司（以下简称东方公司）代理进口合同纠纷案。本案中，湖南公司与东方公司先后签订了 5 份代理协议，之后海南公司先后 3 次向东方公司出具不可撤销担保函，为湖南公司履行代理进口协议书提供连带担保，承诺：对湖南公司按时支付代理手续费、货款及其他应付款项负有连带责任；……本担保函不因委托人的原因导致代理进口协议书无效而失去担保责任。后东方公司以湖南公司未履行合同约定的付款义务、海南公司未履行约定的担保义务为由起诉至法院。后事实查明本案代理协议实际为湖南公司员工诈骗工具，合同因违反法律规定无效。但由于湖南公司对该工作人员的出具了授权委托书，在该委托书范围内的民事活动湖南公司应承担责任。最高人民法院在审判中认为，担保函中虽然有不因委托人的原因导致代理进口协议书无效而失去担保责任的约定，但在国内民事活动中不应采取此种独立担保方式，因此该约定无效，海南公司虽对担保合同无效无过错，但对东方公司开立信用证付款存在一定过错，应承担相应的过错责任。根据《担保法》第 5 条第 1 款，因主合同无效担保合同无效，最终判定湖南公司承担付款义务，海南公司对该付款义务不能偿还部分承担二分之一的责任。

笔者认为，该案子发生在 20 世纪 90 年代，现今经济发展状态与之前相比已有较大变化，再拘泥于之前经验，否定独立担保条款的效力，在现今独立担保形式已广泛存在的情形下，有点不合时宜。基于意思自治及当前经济发展态势，应当承认独立担保条款的效力。

《物权法》第一百七十三条　担保范围

担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用。当事人另有约定的，按照约定。

一、周边法源

（一）法律

1、《担保法》（1995 年 6 月 30 日第八届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过，1995 年 6 月 30 日中华人民共和国主席令第 50 号公布，自 1995 年 10 月 1 日起施行）

第四十六条　抵押担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现抵押权的费用。抵押合同另有约定的，按照约定。

第六十七条　质押担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、质物保管费和实现质权的费用。质押合同另有约定的，按照约定。

第八十三条　留置担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、留置物保管费用和实现留置权的费用。

二、条文阐释

《物权法》第一百七十三条是关于担保物权的担保范围的规定。担保物权的担保范围是指担保人所承担的担保责任范围。我国 1995 年颁布的担保法分别在第四十六条、第六十七条、第八十三条对抵押权、质权和留置权的担保范围做了规定。第四十六条规定，抵押担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现抵押权的费用。抵押合同另有约定的，按照约定。第六十七条规定，质押担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、质物保管费用和实现质权的费用。质押合同另有约定的，按照约定。第八十三条规定，留置担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、留置物保管费用和实现留置权的费用。本法在这三条规定基础上对担保物权的担保范围做了统一规定，使条文的内容更全面，文字更简洁，概括性更强。

根据本条规定，担保物权的担保范围包括：

（一）主债权

主债权指债权人与债务人之间因债的法律关系所发生的原本债权，例如金钱债权、交付

货物的债权或者提供劳务的债权。主债权是相对于利息和其他附随债权而言，不包括利息以及其他因主债权而产生的附随债权。

（二）利息

利息指实现担保物权时主债权所应产生的一切收益。一般来说，金钱债权都有利息，因此其当然也在担保范围内。利息可以按照法律规定确定，也可以由当事人自己约定，但当事人不能违反法律规定约定过高的利息，否则超过部分的利息无效。

（三）违约金

违约金指按照当事人的约定，一方当事人违约的，应向另一方支付的金钱。在担保行为中，只有因债务人的违约行为导致不能履行债务时，违约金才可以纳入担保物权的担保范围。此外，当事人约定了违约金，一方违约时，应当按照该约定支付违约金。如果约定的违约金低于造成的损失时，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。所以在计算担保范围时，违约金应当以人民法院或者仲裁机构最终确定的数额为准。

（四）损害赔偿金

损害赔偿金指一方当事人因违反合同或者因其他行为给债权人造成的财产、人身损失而给付的赔偿额。损害赔偿金的范围可以由法律直接规定，或由双方约定，在法律没有特别规定或者当事人另有约定的情况下，应按照完全赔偿原则确定具体赔偿数额。赔偿全部损失，既包括赔偿现实损失，也包括赔偿可得利益损失，直接损失指财产上的现实减少，可得利益损失又称可得利益，指失去的可以预期取得的利益。可得利益范围的确定需要坚持客观的原则，根据合同法第一百一十三条的规定，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。在确定担保范围中“损害赔偿金”的数额时，也应当遵守这个原则。违约金与损害赔偿金都具有代替给付的性质。如果不将它们纳入担保物权的担保范围，就有可能纵容债务人不履行债务，对债权人的保护是不够的。

（五）保管担保财产的费用

保管担保财产的费用指债权人在占有担保财产期间因履行善良保管义务而支付的各种费用。根据本法第二百一十五条、第二百三十四条的规定，在担保期间，质权人和留置权人有妥善保管担保财产的义务。但这并不意味着保管的费用由质权人或者留置权负担，相反，债务人或者第三人将担保财产交由债权人占有的目的是为了向债权人担保自己履行债务，保管费用应当由债务人或者提供担保的第三人承担，否则不利于担保活动的进行，也不利于确保债权的实现。需要特别指出的是，只有在质押和留置中，“保管担保财产的费用”才被纳入担保物权的担保范围；在抵押中，抵押财产由抵押人自己保管，所以保管抵押财产的费用已由抵押人自己承担，自然也就不应纳入担保范围。

（六）实现担保物权的费用

实现担保物权的费用指担保物权人在实现担保物权过程中所花费的各种实际费用，如对担保财产的评估费用、拍卖或者变卖担保财产的费用、向人民法院申请强制变卖或者拍卖的费用等。之所以将实现担保物权的费用纳入法定担保债权的范围，主要基于以下考虑：实现担保物权的费用是由于债务人不及时履行债务导致的，这些费用理应由债务人承担，否则不利于保护担保物权人的利益。当然，担保物权人应本着诚实信用的原则实现担保物权，所花的费用也应当合理，对不合理的费用不应当纳入担保的范围。

对担保物权所担保的债权范围，当事人可以依照自己的意思进行约定。本条规定的“担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用”属于法定担保债权范围，当事人约定的效力优先于本条关于法定担保债权范围的规定，也就是说，当事人约定的担保物权的担保范围可以与第一款规定的范围不同，例如，当事人可以约定抵押权的担保范围只限于主债权、损害赔偿金、实现担保物权的费用，不包括利息。这是合同法的意思自治原则在担保物权中的一定体现。所以，本条还规定“当事人另有约定的，按照约定”。

三、争点与述评

（一）优先权所担保的债权范围

在一般情况下，确定优先权所担保的债权范围，应当原则上适用《物权法》第173条规定的担保物权所担保的一般范围的规定，主要包括：主债权、利息、违约金、损害赔偿金以及优先权人因保全和实现优先权所支出的费用。[1]由于优先权是一种法定性非常强的担保物权，因此不同的优先权所担保的债权范围必须依据法律的明确规定。对于不同性质的优先权所担保的债权范围作不同的规定，是因为优先权是无须公示而产生的物权，如果不对其担保的债权范围予以限制，将会对交易安全造成很大的威胁；同时，优先权的立法目的就是基于社会政策以及公平的考量而对某种利益予以优先保护，对利益保护的程度不同，决定了不同的优先权所担保的债权范围的不同。

以消费者损害请求权优先权为例，优先权的担保范围是：

1、损害赔偿金。消费者损害赔偿请求权优先权担保的范围主要是损害赔偿金请求权，也可以叫作赔偿金之债，消费者的合法权益受到侵害造成损失，不论是财产损害赔偿金还是人身损害赔偿金，不论是救济性损害赔偿金还是惩罚性赔偿金，作为损害赔偿的请求权，都一律受到优先权的保护。即使是确定的精神损害赔偿金，其请求权也受到优先权的保护。

2、损害赔偿金迟延给付的利息。在通常情况下，损害赔偿责任在判决确定之前是不计算利息的，如果判决已经确定了损害赔偿金，并且规定了给付赔偿金的期限，那么超出该期限而为给付者应当承担利息之债，该利息之债才受优先权的保护，否则不存在利息的赔偿问

题。

3、保全和实现优先权所支付的费用。消费者作为优先权人，为了保全和实现优先权所支出的费用，应当在优先权担保的范围之内。在经营者侵害了消费者的合法权益之后，消费者作为受害者，其为了救济权利而支出的费用并不是保全和实现优先权所支出的费用，而是为了救济受到侵害的权利而支出的必要费用，这也是在损害赔偿的范围之内的费用，是计算为损害赔偿责任的内容。由此可见，不论是救济损害而支出的费用，还是保全、实现优先权而支出的费用，其实都在优先权的担保范围之内，只不过是分别计算而已。

对于律师费是否属于实现优先权、保全优先权的费用这一问题，笔者认为合理的律师费应当属于实现优先权和保全优先权的费用，按照法律规定的计算标准确定的律师代理费，应当属于消费者损害赔偿请求权优先权的担保范围。

（二）最高额抵押权的效力范围

《物权法》第一百七十三条规定："担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用。当事人另有约定的，按照约定。"由此可见，如果最高额抵押合同中对最高额抵押权的效力范围有约定，从其约定；没有约定的，最高额抵押权的效力范围包括主债权（本金）及利息、违约金、损害赔偿金和实现抵押权的费用。

确定最高额抵押权的效力范围，关键在于确定最高额抵押权的最高限额的认定标准。关于最高额抵押权的最高限额的认定标准，《物权法》没有作出明确规定，各国立法、理论及实务中主要存在两种不同的观点，即本金最高限额说和债权最高限额说。前者认为，最高限额指本金，至于本金所生的利息、迟延利息、违约金等，本为抵押效力所及，应不受最高限额的限制；后者认为，最高限额是指本金、利息、迟延利息以及违约金的合计最高金额，如果超过此金额，则无优先受偿权。 可见，持本金最高限额说，最高额抵押权所担保的债权数额与最高额抵押权的最高限额是两个不同的概念；持债权最高限额说，最高额抵押权所担保的债权数额与最高额抵押权的最高限额是同一的概念。

有学者认为，最高额抵押权所担保的债权范围应当包括主债权（原本）及利息、违约金和损害赔偿金，但实现抵押权的费用不得算入最高额，而应在抵押物的拍卖、变卖所得价金中扣除。这是保护抵押权人利益所必须的。因为，实现抵押权的费用系基于抵押关系而产生的，自应列入抵押权担保的范围之内。但如果将此费用算入最高额，就会增加抵押权所担保的债权额，而一旦这一债权额超过最高额时，就会损害抵押权人的利益。 该论述前部分将"最高额抵押权所担保的债权"与"最高额"视为同一概念，后部分又将之区分为两个不同的概念，而且前部分将实现债权的费用排除出最高额抵押权的效力范围，通过优先权予以救济，而后部分又认为"实现抵押权的费用系基于抵押关系而产生的，自应列入抵押权担保的范围之内"，只是考虑可能损害抵押权人利益，才将之从最高额扣除，通过优先权予以救济，显然前后互相矛盾。

有学者认为："惟实现最高额抵押权的费用不得算入最高额，而应在抵押物拍卖、变卖所得价金中扣除。" 因为："如将此费用算入最高额，就会增加抵押权所担保的债权额，而这一债权额超过最高额时，就会损害抵押权人的利益。" 显然，该观点的前提是采债权最高限额说，从保护抵押权人的利益出发，将实现债权的费用排除出最高限额和担保范围，通过优先权予以救济。

笔者认为，在采债权最高限额说前提下，由于最高额抵押权所担保的债权数额与最高额抵押权的最高限额是同一概念，如将实现债权的费用排除出最高限额，就等同于将其排除出抵押权效力范围，这样债权人就抵押物优先受偿的最大债权数额为最高限额和实现债权的费用之和，因此，将实现债权的费用通过优先权予以保障，对保障债权人的利益，不失为一种合理的技术安排。但该安排是与《物权法》第一百七十三条规定相冲突的，从这一点也可以推论不应采债权最高限额说。而在本金最高限额说前提下，则不存在此问题，实现债权的费用当然属于抵押担保的范围，与《物权法》第一百七十三条规定一致，因此，从这一点上看，最高额抵押权的最高限额应采本金最高限额说。

四、裁判要旨

案例 1：汤斌与李琰动产质权纠纷上诉案（北京市高级人民法院民事判决书，(2012)高民终字第 958 号）

裁判要旨：一审法院认为《中华人民共和国物权法》第一百七十三条规定"担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用。当事人另有约定的，按照约定。"但在主债权债务起诉时并未主张对质押车辆行驶质权，在主债务清偿完毕后，质权已经依法消灭。关于保管费用问题，根据保管行为的一般原则和机理，《物权法》第一百七十三条规定的保管担保财产的费用应当限定在"必要费用"，而非所有的保管费用都可纳入被担保债权范围，否则无疑于鼓励债权人采用费用过高的保管行为，从而有害于担保物权设定人的权益。在上述费用中，因机动车交通事故责任强制保险费、车船税属国家规定强制缴纳的税费，故应属必要费用。

案例 2：原告镇平县农村信用合作联社安子营信用社与被告张中朝、镇平县宇都装饰材料有限公司为金融借款及担保合同纠纷案（河南省镇平县人民法院一审民事判决书，(2013)镇民初字第 0214 号）

裁判要旨：本院认为，在借款及担保合同法律关系中，《中华人民共和国物权法》第一百七十九条规定："为担保债务的履行，债务人或第三人不转移财产的占用，将该财产抵押给债权人的，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，债权人有权就该财产优先受偿"。《中华人民共和国物权法》第一百七十三条规定："担保物权担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现债权的费用。当事人另

有约定的，按照约定”。抵押人签订了抵押合同，并办理了抵押担保的登记手续后，抵押人应当为借款本金、利息以及实现债权的费用以其抵押财产承担担保责任。

案例 3：原告新野县下岗失业人员小额贷款担保中心与被告马中显为追偿权纠纷案（河南省新野县人民法院民事判决书，(2013)新民商初字第 260 号）

裁判要旨：本院认为，本案系因被告未履行反担保合同义务而引发的担保责任追偿权纠纷。《中华人民共和国物权法》第一百七十一条第二款规定：“第三人为债务人向债权人提供担保的，可以要求债务人提供反担保，反担保适用本法及其他法律的规定。”《中华人民共和国担保法》第十二条规定：“同一债务有两个以上保证人的，保证人应当按照保证合同约定的保证份额，承担保证责任。没有约定保证份额的，保证人承担连带责任，债权人可以要求任何一个保证人承担全部保证责任，保证人都负有担保全部债权实现的义务。已经承担保证责任的保证人，有权向债务人追偿，或者要求承担连带责任的其他保证人清偿其应当承担的份额。”

案例 4：李×诉王××等民间借贷纠纷案(台州市椒江区人民法院民事判决书，(2013)台椒商初字第 1476 号)

裁判要旨：本院认为，抵押借款合同系双方当事人真实意思表示，内容合法，应为有效。而共同借款人，在收到借款后未及时返还借款本息，其行为已构成违约，应当承担还本付息的违约责任，并且依据双方抵押借款合同的约定，在逾期还款后应支付滞纳金。

《物权法》第一百七十四条　担保物上代位性

担保期间，担保财产毁损、灭失或者被征收等，担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿。被担保债权的履行期未届满的，也可以提存该保险金、赔偿金或者补偿金等。

一、周边法源

（一）法律

1、《物权法》（2007 年 3 月 16 日第十届全国人民代表大会第五次会议通过，2007 年 3 月 16 日中华人民共和国主席令第 62 号公布，自 2007 年 10 月 1 日起施行）

第二百一十五条　质权人负有妥善保管质押财产的义务；因保管不善致使质押财产毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。

质权人的行为可能使质押财产毁损、灭失的，出质人可以要求质权人将质押财产提存，或者要求提前清偿债务并返还质押财产。

第二百三十四条　留置权人负有妥善保管留置财产的义务；因保管不善致使留置财产毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。

2、《担保法》（1995 年 6 月 30 日第八届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过，1995 年 6 月 30 日中华人民共和国主席令第 50 号公布，自 1995 年 10 月 1 日起施行）

第五十八条　抵押权因抵押物灭失而消灭。因灭失所得的赔偿金，应当作为抵押财产。

第六十九条　质权人负有妥善保管质物的义务。因保管不善致使质物灭失或者毁损的，质权人应当承担民事责任。

质权人不能妥善保管质物可能致使其灭失或者毁损的，出质人可以要求质权人将质物提存，或者要求提前清偿债权而返还质物。

第七十三条　质权因质物灭失而消灭。因灭失所得的赔偿金，应当作为出质财产。

第八十六条　留置权人负有妥善保管留置财产的义务；因保管不善致使留置财产毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。

（二）司法解释

1、《担保法解释》（2000 年 9 月 29 日最高人民法院审判委员会第 1133 次会议通过，2000 年 12 月 8 日公布，自 2000 年 12 月 13 日起施行）

第九十二条　按照担保法第六十九条的规定将质物提存，质物提存费用由质权人负担；出质人提前清偿债权的，应当扣除未到期部分的利息。

第九十三条　质权人在质权存续期间，未经出质人同意，擅自使用、出租、处分质物，因此给出质人造成损失的，由质权人承担赔偿责任。

二、条文阐述

本条是关于担保物权物上代位性的规定。

物上代位性指担保物权的效力及于担保财产因毁损、灭失所得的赔偿金等代位物上，其是担保物权的重要特征。担保财产的代位物包括：（1）担保财产因第三人的侵权行为或者其他原因毁损、灭失时，担保人所获得的损害赔偿金；（2）保险金；（3）补偿金。在担保期间，担保物权人可以就担保人所得的损害赔偿金、保险金或者补偿金等优先受偿。当担保债权的履行期届满时，担保物权人可以直接向第三人请求该代位物；如果未到期，担保物权人可以请求第三人或者担保人向提存机关提存该代位物。

由于担保物权人设立担保物权并不以占有和利用担保财产为目的，而是以支配担保财产的交换价值为目的。所以，即使担保财产本身已经毁损、灭失，只要该担保财产交换价值的替代物还存在，该担保物权的效力就移转到了该替代物上。这种效力不但在抵押权上存在，在质权、留置权上也存在。我国担保法对担保物权的物上代位性做了明确规定，例如，担保法第五十八条规定，抵押权因抵押物灭失而消灭。因灭失所得的赔偿金，应当作为抵押财产。第七十三条规定，质权因质物灭失而消灭。因灭失所得的赔偿金，应当作为出质财产。最高人民法院在关于担保法的司法解释中也规定，在抵押物灭失、毁损或者被征用的情况下，抵押权人可以就该抵押物的保险金、赔偿金或者补偿金优先受偿。许多国家的民法典或者担保交易法也做了类似规定，例如，日本民法典规定，抵押权对债务人因其标的物变卖、租赁、灭失或者毁损而应受的金钱或其他物，也可行使。德国民法典规定，属于抵押权的标的物为土地所有人或自主占有人的利益提交利益时，抵押权扩及于对保险人的债权。本法在担保法和最高人民法院司法解释的基础上，借鉴国外的立法经验，对此做了更为明确、更全面的规定。与担保法的规定相比，本条增加规定了两方面的内容：一是扩大了代位物的范围。担保法只规定了赔偿金，本条不但规定了“赔偿金”，还规定了“保险金或者补偿金等”；二是本条规定了“被担保债权的履行期未届满的，也可以提存该保险金、赔偿金或者补偿金等”，担保法对此未作规定。

根据本条的规定，担保财产的代位物包括：第一，担保财产因第三人的侵权行为或者其他原因毁损、灭失时，担保人所获得的损害赔偿金。但是，如果担保财产是由于债权人的原因导致担保财产毁损、灭失的，根据本法第二百一十五条、第二百三十四条的规定，质权人、留置权人负有妥善保管质押财产的义务；因保管不善致使质押或者留置财产毁损、灭失的，应当承担赔偿责任，质权人、留置权人向出质人或者债务人支付的损害赔偿金不能作为担保财产的代位物。第二，保险金。担保人对担保财产保险的，因保险事故发生而致使担保财产毁损、灭失时，担保人可以请求保险人支付保险金。该保险金可以作为代位物。第三，补偿金。这里的补偿金主要指担保财产被国家征收时，担保人从国家得到的补偿金。本法第四十二条明确规定，征收单位、个人的房屋及其他不动产，应当给予拆迁补偿，维护被征收人的合法权益；征收个人住宅的，还应当保障被征收人的居住条件。例如城市居民将自己的房屋向银行做了抵押贷款，如果房屋被国家征收的，其所得的补偿金应当作为抵押物的代位物。担保期间，担保财产毁损、灭失或者被征收等产生的法律后果就是担保物权人可以就担保人所得的损害赔偿金、保险金或者补偿金等优先受偿。在因担保财产毁损、灭失或者被征收产生代位物的时候，可能会出现两种情况：一种情况是担保物权人的债权已经到期或者出现当事人约定的可以实现担保物权的情形。在这种情况下，担保物权人当然可以立即在代位物上实现自己的优先受偿权；另一种情况是担保物权人的债权还没有到期。在这种情况下，代位物虽说是特定的，但毕竟已经货币化，担保物权人对其进行控制的可能性降低，其到期实现债权的可能性也会降低，为保障担保物权人的债权得以实现，担保物权人可以提前在代位物

上实现自己的债权；如果担保物权人还希望保留自己的期限利益，也可以不立即在代位物上实现担保物权，而等到债权履行期届满，债务人不履行债务时再在代位物上优先受偿。担保人可以自己或者应担保物权人的要求向提存机构提存该保险金、赔偿金或者补偿金等。

担保物权的效力虽及于担保财产的代位物，但在某些情况下，代位物的给付牵涉到第三人，例如，对担保财产造成损害的侵权行为人。担保物权人是否可以直接向第三人请求支付损害赔偿金、保险金或者补偿金？有一种意见认为，为确保担保物权人的债权得以实现，如果债务确已经到期，担保物权人可以直接向第三人请求该代位物，但不得损害其他债权人的利益；如果债务没有到期，担保物权人可以请求第三人向提存机关提存该损害赔偿金、保险金或者补偿金。当然，如果担保物权人不能及时请求第三人提存的，担保物权人可以要求担保人提存；担保人拒绝提存的，担保物权人可以请求人民法院对损害赔偿金、保险金或者补偿金等采取保全措施。

三、争点与述评

（一）抵押权人优先受偿权受损的认定

设立抵押权的目的，在于确保债务人未履行债务时，抵押权人有权从处理抵押物获得的变价款中优先受偿。现实生活中，抵押物因天灾、意外事件、第三人行为等而被灭失、损毁导致价值消减的情况并不鲜见，为了保障抵押权人利益，物权法第一百七十四条规定：“担保期间担保财产毁损、灭失或被征收等，担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿。被担保债权的履行期未届满的，也可以提存该保险金、赔偿金或补偿金。”该条规定通过赋予抵押权人物上代位权，使得在抵押物的形态或性质发生变化时，抵押权的效力能够及于抵押物的代位物，以此确保担保权人的权利。

笔者认为，第一百七十四条未规定一套完整的法律机制确保抵押权人优先受偿的实现，条款关于“被担保债权的履行期未届满的，也可以提存该保险金、赔偿金或补偿金”的规定存在两方面的缺陷：第一，该条款未将提存设定为一项法律义务，这无法完全保证抵押权人优先受偿的实现，因为如果不将代位物特定化，将可能导致抵押权人无法通过处置抵押物而优先受偿。第二，未规定提存的主体，由于物权针对的是不特定的民事主体，但是从法条的上下文出发，提存人应为保险金、赔偿金或者补偿金的支付者。

（二）抵押权的物上代位性

抵押权之物上代位，非直接存在于金钱等赔偿金上，而是存在于抵押人所获得之赔偿金等请求权之上。抵押权物上代位的重要特征在于抵押物毁损灭失后，抵押人因此而对第三人所享有的债权及取得的特定财产。因此，抵押物转卖所得之价金、租金债权、抵押物毁损后之残余物及抵押物拆除后之重建物均非物上代位之范围。

从理论上讲，所谓担保物权的物上代位性是指担保物权的效力及于担保财产的代替物

上，担保物权人得就担保财产的代替物行使担保权。关于担保物权物上代位的理论基础，学者们见解不同。[2]

第一种学说是特权说。此说认为担保物权作为物权的一种，因标的物的消灭而消灭，即使因标的物的灭失而产生变形物也不能认为担保物权继续存在。

第二种学说是价值权说。此说认为担保物权与用益物权不同，不以取得标的物的使用价值为目的，而以取得标的物的交换价值为目的的权利，属于价值权。

第三种学说是公平说。此说认为担保物权的物上代位制度与债法上的给付不能时的代偿请求权同属于代位法理，都是基于公平原则而设立的。

综合以上三种学说，公平说理论的核心是认为担保物权的物上代位性并非源于担保物权的价值权性，而是由担保物权的价值权性、物权的优先效力与公平原理三者结合而产生的。公平说表面看来比较全面但是实际上仍然没有跳出价值权说的框架。担保物权的价值权属性，以及物权的优先效力都是担保物权之所以为担保物权的特征所在。至于公平原则也是一个比较宽泛的原则，担保物权作为一项法律制度自然应当遵守，所以说公平说实际上仍是价值权说的另一种诠释。

抵押权之物上代位，非直接存在于金钱等赔偿金上，而是存在于抵押人所获得之赔偿金请求权、保险金请求权抑或补偿金请求权之上。 保险金请求权原则上得为物上代位之范围但在担保权设定后始订立保险合同并指定第三人为受益人之情形，似不应为担保物权之物上代位效力所及。 就抵押人转让抵押物所得之价金而言，对于抵押人经抵押权人同意转让抵押财产之情形，可解释为抵押权的提前变现。 而对于抵押人非经抵押权人同意转让抵押物之买卖价金请求权，因基于抵押权之追及效力，抵押权人可追及至受让人处实行其抵押权，因此抵押物之转让对抵押权之实行并无影响，故无物上代位之必要。 抵押物毁损后之残余物源自抵押物之本体，自并非从第三人处取得之物， 故其与代位物乃独立并列关系，而非被包含与包含关系。

笔者建议《物权法》第 174 条修正如下：担保期间，担保物权因担保财产灭失或被征收而消灭。 但担保人因此而对第三人获得保险金请求权、赔偿金请求权或补偿金请求权的，担保权人在该请求权上享有权利质权，其次序与原担保物权相同。给付义务人因故意或重大过失向担保人为给付的，其所为的给付不得对抗担保物权人。抵押权的效力及于担保财产毁损后的残余物，担保人因担保财产毁损而对他人享有赔偿请求权的，准用前两项之规定。

四、相关案例裁判要旨

案例 1：熊茂清与杨长剑物权保护纠纷上诉案（张家界市中级人民法院民事判决书，(2011）张中民三终字第 22 号）

裁判要旨：本院认为，因债权未得到清偿行使房屋抵押权益，由于该抵押房屋被征收拆迁，抵押标的物灭失后而主张物权权益保护的请求，依据“担保期间，担保财产毁损、灭失或被征收等，担保物权人可以就获得的保险金或补偿金等优先受偿”的理由正当。本案中，因担保物房屋被征收拆迁后，上诉人已经就担保物房屋拆迁补偿款受领，担保物权人就其担保财产优先受偿的权利受到侵害，上诉人无正当理由占有该补偿款，应当在其担保财产受领的补偿款范围内代为清偿担保物权人享有的债权。

案例 2：商某某与朱某某等抵押物申请案（江苏省宿迁市宿城区人民法院民事裁定书，(2013)宿城民抵字第 0043 号）

裁判要旨：本院认为，本案中的借款合同及抵押担保合同合法有效，故债权及担保物权真实有效。鉴于涉及本案的抵押物已被征收，依据《中华人民共和国物权法》第一百七十四条规定“担保期间，担保财产毁损、灭失或者被征收等，担保物权人可以就获得保修金、赔偿金或者补偿金等优先受偿。”依据上述规定，申请人对于抵押物上的补偿金享有优先受偿权。

案例 3：上海银行股份有限公司黄浦支行诉上海闸北动拆迁实业有限公司财产损害赔偿纠纷案（上海市闸北区人民法院民事判决书，(2010)闸民二(商)初字第 595 号）

裁判要旨：本院认为，在房屋抵押情况未核查的情况下，就动迁拆除作为抵押担保的涉案房屋的行为明显有过错，侵犯了他人的合法抵押权，抵押权人有权要求被告承担侵权的民事责任。由于抵押物已被拆除，故抵押权人无法以原抵押物变卖的价款优先受偿，无法实现抵押权，也没有获得抵押物拆除的补偿金，故抵押权人应在房屋抵押担保的债务范围内，对债务人的借款本金和利息承担赔偿责任，后有权向债务人追偿。

案例 4：中国建设银行股份有限公司上海川沙支行与上海浦东工程建设管理有限公司抵押权纠纷上诉案—拆迁人因发放补偿款致抵押权人利益受损的法律责任（一审：（2012）浦民六(商)初字第 3396 号，二审：（2012）沪一中民六（商）终字第 187 号）

裁判要旨：拆迁人在确定拆迁房屋状况时，除查明房屋所有权权属状况外，还对房屋是否设定抵押负有必要的注意和审查义务。拆迁人未通知抵押权人即向抵押人发放安置款，致使抵押权人失去对代位物的控制并无法实现优先受偿权的，应就抵押权人的损失承担相应的补充赔偿责任。

《物权法》第一百七十五条　未经担保人同意的债务转移

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。

一、周边法源

（一）法律

1、《担保法》（1995 年 6 月 30 日第八届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过，1995 年 6 月 30 日中华人民共和国主席令第 50 号公布，自 1995 年 10 月 1 日起施行）

第二十三条　保证期间，债权人许可债务人转让债务的，应当取得保证人书面同意，保证人对未经其同意转让的债务，不再承担保证责任。

（二）司法解释

1、《担保法解释》（2000 年 9 月 29 日最高人民法院审判委员会第 1133 次会议通过，2000 年 12 月 8 日公布，自 2000 年 12 月 13 日起施行）

第二十九条　保证期间，债权人许可债务人转让部分债务未经保证人书面同意的，保证人对未经其同意转让部分的债务，不再承担保证责任。但是，保证人仍应当对未转让部分的债务承担保证责任。

二、条文阐释

本条是关于债权人未经担保人同意允许债务人转移债务的法律后果的规定。

第三人提供担保财产一般是基于其与债务人之间的特殊信任关系或者对债务人的资产、信誉有所了解。所以，在担保关系中，一旦未经担保人同意，债务人擅自转移债务的，将给担保人带来较大风险，因为提供担保财产的第三人对新的债务人可能一无所知。设立担保物权虽主要是为保障债权的实现，但也要照顾到担保人的利益，特别是当担保人是债务人以外的第三人时，如何平衡担保人、担保物权人和债务人三者的利益就很重要。本条对债权人的权利行使进行了限制，明确规定，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。这种限制不但是对担保人利益的保护，同时也是对债权人利益的保护。本规定较好地平衡了担保人、债务人和债权人的利益。

正确理解本条应当注意以下几点：一是本条只适用于第三人提供担保财产的情况，如果担保财产是由债务人自己提供的，除非债权人明确放弃担保物权或者债务的受让人明确表示愿意代为提供新的担保，否则债权人同意债务人转移债务的行为并不意味着债务人担保责任的免除。二是债权人允许债务人转移债务必须要经提供担保财产的第三人的书面同意，如果不是书面形式，而是其他形式，视为不存在担保人的同意。根据合同法第十一条的规定，书面形式是指合同书、信件和数据电文(包括电传、电报、传真、电子数据交换和电子邮件)等可以有形地表现所载内容的形式。三是本条规定的债务转移不但包括债务人将债务全部转移给他人，也包括将部分债务转移给他人。债权人许可债务人部分转移的，原债务人并不退出债务关系，只是其所应承担的债务额发生减少，新债务人与原债务人共同向债权人承担债务。部分转移债务的也必须经担保人同意，否则担保人对转移出去的部分债务不承担担保责

任。四是未经担保人书面同意，债权人许可债务人转移全部债务的，可以免除担保人全部担保责任；债权人许可债务人转移部分债务的，可以免除担保人部分的担保责任，担保人不得要求免除全部担保责任。这就是本条中“不承担相应担保责任”的正确内涵。

三、争点与述评

（一）抵押权、质权和留置权的公力救济途径

我国《物权法》关于质权和留置权的实行的规定与抵押权实行的规定并不完全相同。《物权法》第 219 条第 2 款规定：“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，质权人可以与出质人协议以质押财产折价，也可以就拍卖、变卖质押财产所得的价款优先受偿。”第 236 条第 1 款规定：“留置权人与债务人应当约定留置财产后的债务履行期间；没有约定或者约定不明确的，留置权人应当给债务人 2 个月以上履行债务的期间，但鲜活易腐等不易保管的动产除外。债务人逾期未履行的，留置权人可以与债务人协议以留置财产折价，也可以就拍卖、变卖留置财产所得的价款优先受偿。”此两款规定与《物权法》第 195 条第 1 款规定相当，该款规定：“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，抵押权人可以与抵押人协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿。协议损害其他债权人利益的，其他债权人可以在知道或者应当知道撤销事由之日起 1 年内请求人民法院撤销该协议。”

笔者认为，质权、留置权与抵押权同属担保物权，本着同一事件作同一处理的法适用原理，质权、留置权的实行应与抵押权的实行作同一解释。[3]这些规定可以有两种理解：第一，《物权法》第 195 条第 1 款、第 219 条第 2 款、第 236 条第 1 款均为协议实行担保物权的规定，《物权法》第 175 条第 2 款为抵押权公力救济途径的规定，对此，《物权法》质权、留置权的相应规定中未对质权、留置权公力救济途径作出规定，准用《物权法》第 195 条第 2 款抵押权公力救济途径的规定。第二，《物权法》第 219 条第 2 款、第 236 条第 1 款中“也可以变拍卖、变卖质押（留置）财产所得的价款优先受偿”，既包括了申请人民法院拍卖、变卖质押（留置）财产，又包括了担保物权与担保人协议不经过人民法院直接拍卖、变卖、质押（留置）财产。按此理解，前一种情形与《物权法》第 195 条第 2 款相当，后一种情形在《物权法》第 195 条第 1 款相当。

四、相关案例裁判要旨

案例 1：交通银行股份有限公司宁波宁海支行诉宁波英士电器有限公司等金融借款合同纠纷案（浙江省宁海县人民法院民事判决书，(2010)甬宁商初字第 2196 号）

裁判要旨：本院认为，本案金融借款合同关系中，主体合格、内容合法、意思表示真实，应认定合法有效。根据《物权法》第一百七十六条规定，被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，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，债权人应当按照约定实现债权。本案争议的焦点是否应承担保证责任，虽然担保人在共有人申明中签名表示同意提供担保，并愿意以家庭共有财产清偿，但并未有其本人提供保证的意思表示。

案例 2：颜永建与梅来伟、季秀芬民间借贷纠纷一审民事判决书（浙江省青田县人民法院民事判决书，（2013）丽青船商初字第 265 号）

裁判要旨：本院认为，双方债权债务关系明确，除借款合同对利息约定过高应予调整外，其余均合法成立并生效。债务转移是指债务人将合同的义务全部或部分转移给第三人，而本案并未发生债务转移到案外人的情形。而借条未约定保证方式和保证范围，故担保人应当对全部借款本息承担连带清偿责任。

对《物权法》第一百七十六条的评述

条文内容

被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，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，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。

一、周边法源

（一）法律

《中华人民共和国担保法》（1995 年 6 月 30 日第八届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过，1995 年 6 月 30 日中华人民共和国主席令第五十号公布，自 1995 年 10 月 1 日起施行）

第 28 条：“同一债权既有保证又有物的担保的，保证人对物的担保以外的债权承担保证责任。债权人放弃物的担保的，保证人在债权人放弃权利的范围内免除保证责任。”

（二）司法解释

1、《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（于 2000 年 9 月 29 日由最高人民法院审判委员会第 1133 次会议通过，2000 年 12 月 8 日公布，2000 年 12 月 13 日起施行。）

第 38 条：“同一债权既有保证又有第三人提供物的担保的，债权人可以请求保证人或者物的担保人承担担保责任。当事人对保证担保的范围或者物的担保的范围没有约定或者约定不明的，承担了担保责任的担保人，可以向债务人追偿，也可以要求其他担保人清偿其应当分担的份额。

同一债权既有保证又有物的担保的，物的担保合同被确认无效或者被撤销，或者担保物因不可抗力的原因灭失而没有代位物的，保证人仍应当按合同的约定或者法律的规定承担保证责任。

债权人在主合同履行期届满后怠于行使担保物权，致使担保物的价值减少或者毁损、灭失的，视为债权人放弃部分或者全部物的担保。保证人在债权人放弃权利的范围内减轻或者免除保证责任。”

2、《最高人民法院民二庭庭长宋晓明在“物权法担保物权国际研讨会”上的讲话——物权法担保物权编实施中的几个重要问题》（2008 年 4 月 29 日颁布，2008 年 4 月 29 日生效）

第二部分第 2 点提到：“中国物权法第一百七十六条的规定基本沿袭了《担保司法解释》

第三十八条第一款的模式，并进而形成‘私法自治原则＋保证人绝对优待主义＋平等主义’的模式。尽管两者模式基本相同，都承认债权人的选择权，但存在一个重要区别：担保法司法解释既承认担保人对债务人的追偿权，也认可担保人之间的相互追偿权；而物权法仅规定担保人对债务人的追偿权，却未明确规定担保人的相互追偿权。因此，是否允许担保人之间相互形成追偿权，就成为了担保物权编司法解释应当明确的一个问题。”

二、法条释义

本条是关于物的担保与人的担保的关系的规定，共有一款。

物的担保是以物担保债务的履行，包括本法规定的抵押权、质权和留置权；人的担保是以人的信誉担保债务的履行，指担保法规定的保证。对于被担保的债权上既有物的担保又有人的担保的情况下，应如何处理物的担保与人的担保的关系问题，有不同意见。有的认为，根据“物的担保优于人的担保”的理论，担保权人应当先行使担保物权，保证人只有在物的担保不足以清偿债务时，才承担补充责任。我国担保法体现了这一观点，担保法第二十八条第一款规定，同一债权既有保证又有物的担保的，保证人对物的担保以外的债权承担担保责任。也就是说，担保物权人没有权利选择优先行使物的担保或者人的担保，而必须先行使物的担保。还有的认为，物的担保与人的担保没有先后之分，在债务人不履行债务时，是先行使物的担保还是人的担保应由担保权人自己决定，法律不应当限制。这既有利于保护债权的实现，也尊重了债权人的意愿。[1]

根据条文的文义，本法对物的担保与人的担保的关系做了具体规定：

1、同一债权既有人的担保又有债务人提供的物的担保时，如果对担保责任的分担未作约定或者约定不明确的，物的担保责任绝对优先，保证人享有先诉抗辩权。其理由是：“债务人是本位上的债务承担者，保证人仅是代替其承担责任，在承担了担保责任后，仍然对债务人享有求偿权。在债务人自己提供物的担保的情况下，首先处理该物清偿债务，可以避免日后再行使追偿权。”[2]“而且，在债务人自己提供物的担保的情况下，要求保证人先承担保证责任，对保证人也是不公平的。”[3]这一规定实际上限制了主债务人充当物上保证人时债权人的选择权。

2、同一债权既有人的担保又有第三人提供的物的担保时，如果当事人对担保责任的分担未作约定或者约定不明的，保证人和物上保证人处于同一清偿顺序，债权人既可以要求保证人承担保证责任，又可以要求物上保证人承担担保责任，债权人有权选择。其理由是，此时物上保证人与保证人处于平等地位，都不是最终的债务承担者（亦即准债务人），债权人无论是先实现物的担保还是先实现人的担保，物上保证人或者保证人都存在向债务人求偿的问题。为保障债权人的债权得以充分实现，法律应当尊重债权人的意愿，允许债权人在这种情况下享有选择权。[4]

[1] 参见北大法宝《中华人民共和国物权法释义》。
[2] 参见曹士兵. 中国担保诸问题的解决与展望[M], 北京:中国法制出版社, 2001. p83。
[3] 参见胡康生. 中华人民共和国物权法释义[M], 北京:法律出版社，2007. p360。
[4] 参见胡康生. 中华人民共和国物权法释义[M], 北京:法律出版社，2007. p380-381。

此外，对同一债权，若债务人和第三人均提供了物的担保，还有第三人提供人的担保的情形，无论是从公平的角度，还是从防止日后追索权的烦琐，节约成本的角度，债权人应当先行使对债务人的物的担保，否则保证人可以有抗辩权。

三、争点与述评

对于混合共同担保问题，学界对以下几点存在争议：

（一）混合共同担保中的责任优先问题

混合共同担保中人的担保责任与物的担保责任何者优先问题，各国立法和学说上有三种主张：

1、“物的担保责任绝对优先说”。此说认为，债权人应先向物上保证人主张权利，在其不受清偿的范围内，再向保证人主张权利，保证人仅对物的担保以外的债权额承担保证责任。在立法例上，我国《担保法》第28条第1款采此说。其理由是：物的担保相对于保证而言，具有物权的追及效力、物权行使的不可分性、物上代位性以及优先受偿性等功能。基于物的担保，债权人可以直接支配担保人供作担保的特定财产，债务人不履行债务时，债权人可以变价担保财产以优先于其他债权人受偿。物的担保不仅增强了债权实现的程度，还弥补了债权对债务人的财产没有追及力的缺陷，使得债权物权化。物的担保以其特有的物权优先品质确保债权受偿，成为优于保证担保的债权担保方式。[5]

2、“物的担保责任相对优先说”。此说认为，债权人可以选择行使担保权利，但保证人在承担保证责任之后可向债务人求偿，并代位行使债权人享有的担保物权，债权人致使保证人可代位行使的担保物权消灭的，保证责任相应消灭。在立法例上，《德国民法典》、《法国民法典》、修正前的台湾地区“民法典”采此说。我国亦有学者主张此说，其理由是：物上保证人仅以特定物的价值为限承担有限的责任，而保证人以其全部财产负无限责任。人的担保责任对保证人形成的压力更大，人的担保责任的追究对保证人生存产生影响的可能性更大，赋予保证人优越地位，并无不当。在立法技术上，让保证人与物上保证人共同分担责任，会使法律规则过于繁杂。诸如分担比例标准如何确定、是否考虑担保设定时间之先后、是否应考虑担保数额约定之有无、是否应考虑责任顺序约定之有无、是否应考虑是一般保证还是连带责任保证、到底应为当事人的意思自由留下多大的空间等等问题无法合理地解决并最终融入规则之中。此外，我国《担保法》实施以来，物的担保责任优先已植入国民的法律意识之中，成为当事人的潜在意思。[6]

3、“物的担保责任与人的担保责任平等说”。此说认为，债权人可以选择行使担保权利，已承担担保责任的担保人可向其他担保人追偿其应承担的份额。《日本民法典》和修正后的台湾地区“民法典”采此说，我国也有学者主张采此说。其理由是：保证对于主债务具有补充性，但对担保物权并不具有补充性，因此，保证人对物上保证人无法主张先诉抗辩权。

[5] 邹海林, 常敏. 债权担保的方式和应用[M], 北京:法律出版社, 1998. p69-70。
[6] 叶金强. 担保法原理[M], 北京:科学出版社, 2002. p25-26。

[7]此外，基于公平理念，债权人究竟先就担保物实行其担保物权或向保证人请求清偿，有其选择的自由，物上保证人与保证人的地位并无差别。[8]

本文作者以为，物的担保责任与人的担保责任之间的关系，主要涉及债权人与保证人、物上保证人之间以及保证人与物上保证人之间的关系，与公益无涉，因此，宜由当事人自由约定。如当事人约定物的担保责任或人的担保责任优先，抑或物的担保责任与人的担保责任平等，则均无不可。如当事人没有相反约定，宜采“物的担保责任与人的担保责任平等说”。

（二）混合共同担保中的求偿问题

保证人或物上保证人履行担保债务之后，对于主债务人而言，均有求偿权之发生，但在同一债权既有人的担保又有物的担保时，其中之一的担保人履行了担保债务后是否有权向其他担保人求偿，不无疑问。

1、主张“物的担保责任绝对优先说”和“物的担保责任相对优先说”的学者认为，保证人先为清偿时可向物上保证人主张担保物权，即可行使求偿权，但物上保证人先清偿时，因其本应优先负责，故无向保证人行使求偿权的可能。[9]

2、主张“物的担保责任与人的担保责任平等说”的学者认为，物上保证人与保证人地位相同，除合同另有约定之外，两者间应连带负担保责任，无论谁先清偿，彼此之间均发生求偿问题。[10]

本文赞同“物的担保责任与人的担保责任平等说”，因此，本文作者同时主张保证人与物上保证人相互之间均可发生求偿权。

（三）混合共同担保中债权人放弃物的担保的，保证人的责任承担问题

1、“物的担保责任与人的担保责任平等说”之下的推论

依“物的担保责任与人的担保责任平等说”，虽然债权人可选择保证人或物上保证人主张权利，但就内部关系而言，保证人与物上保证人应分担担保责任，一方承担担保责任使对方免责后，对对方在其应分担责任的范围内享有求偿权。如债权人放弃物的担保，保证人在物上保证人应分担责任的限度内免除担保责任，因为保证人只在该限度内才因债权人放弃物的担保的行为而受有损害。如保证人因债权人的放弃行为而可免除超过该限度的担保责任，则其显然受有超额的利益。如债权人放弃人的担保，物上保证人在保证人应分担责任的限度内也免除担保责任，理由同上。

2、我国法上的观点及其评价

我国《担保法》第28条采取“物的担保责任绝对优先说”，于其第2款规定：“债权人放弃物的担保的，保证人在债权人放弃权利的范围内免除保证责任。”这一规定是“物的担保责任绝对优先说”的当然结论。在这里，立法者显欲给予人的担保较为有利、更为优越的地位，即只有保证人对物上保证人才享有求偿权。《担保法解释》第38条对于同一债权

[7] 史尚宽.债法各论[M],台北:作者自版,1974.p860。
[8] 郑玉波.民法债编各论（下）[M],台北:作者自版,1981.p845。
[9] 郑玉波.民法债编各论（下）[M],台北:作者自版,1981.p856-857。
[10] 黄茂荣.法学方法与现代民法[M],台北:作者自版,1993.p361。

既有人的担保又有第三人提供的物的担保的，改采“物的担保责任与人的担保责任平等说”，其第1款规定，保证人与物上保证人应分担担保责任，但其第3款中规定：“保证人在债权人放弃权利的范围内减轻或者免除保证责任”，与第1款相互矛盾。该条第3款的规定实际上是对《担保法》第28条第2款的补充解释，而《担保法》第28条第2款的前提是“物的担保责任绝对优先说”，亦即物的担保责任优先，人的担保责任仅具有补充性，债权人放弃多少物的担保，保证人即免责多少。《担保法解释》第38条改变(或限缩解释)了《担保法》第28条第1款，但却保留其第2款，彼此之间的矛盾无法在条文内化解，不能不说是一种遗憾。

梁慧星教授主持起草的《物权法学者建议稿》也出现了同样的情况。该建议稿第337条、第367条采 “物的担保责任与人的担保责任平等说”，规定了物上保证人与保证人的责任分担规则，同时在第3款分别规定：“第三人为债务人设定抵押权的，如债权人免除保证人的保证责任，在保证人依其前款规定而应当分担的债务的限度内，抵押权消灭。”“第三人为债务人设定质权时，若债权人免除保证人的保证责任，在保证人依照前款规定而应当分担的债务的限度内，质权相应消灭。”这两个规定均坚持了“物的担保责任与人的担保责任平等说”，但同一建议稿第324条规定：“抵押权人抛弃抵押权、让与或者抛弃抵押权的顺位，若抵押权所担保的债权另有保证人承担保证责任的，保证人在抵押权人所失优先受偿的利益之限度内，免除保证责任。但保证人同意抵押权人抛弃抵押权、让与或者抛弃抵押权的顺位的，不在此限。”第366条规定：“质权人可以抛弃质权。质权人抛弃质权，若质权所担保的债权另有保证人承担保证责任的，保证人在质权人因抛弃质权所失优先受偿的利益限度内，免除保证责任。但保证人同意质权人抛弃质权的除外。”这里，所谓“所失优先受偿的利益之限度内”，显然与“物的担保责任与人的担保责任平等说”相悖，不无可惜。

我国《物权法》未明确认同物的担保与人的担保并存时的求偿关系，在相关规定之中制度缺失之处明显存在。第一，我国《物权法》第194条规定：“抵押权人可以放弃抵押权或者抵押权的顺位。抵押权人与抵押人可以协议变更抵押权顺位以及被担保的债权数额等内容，但抵押权的变更，未经其他抵押权人书面同意，不得对其他抵押权人产生不利影响。债务人以自己的财产设定抵押，抵押权人放弃该抵押权、抵押权顺位或者变更抵押权的，其他担保人在抵押权人丧失优先受偿权的范围内免除担保责任，但其他担保人承诺仍然提供担保的除外。”第218条规定：“质权人可以放弃质权。债务人以自己的财产出质，质权人放弃该质权的，其他担保人在质权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，但其他担保人承诺仍然提供担保的除外。”这两条均只承认债务人以自己的财产设定物的担保时，债务人放弃物的担保，保证人在物上保证人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，对第三人提供物的担保和人的担保并存时，债务人放弃物的担保时，保证人的担保责任有何影响未显明文。第二，从立法原意而言，我国《物权法》不承认物上保证人和保证人之间的求偿关系，其符合逻辑的推论即：无论债务人放弃物的担保或人的担保，对另一担保人的担保责任均不发生影响。在“物的担保责任与人的担保责任平等说”之下，物上保证人与保证人对担保责任本

有分担份额的存在，如债务人放弃物的担保或人的担保，另一担保人即多承担了其本不应分担的份额，至为不公。第三，由于本书作者主张在物的担保与人的担保并存时统一采取“物的担保责任与人的担保责任平等说”，而不分物上保证人是债务人抑或其他人，我国《物权法》上述规定则应改为“其他担保人在抵押权人(质权人)应当分担责任的限度内免除担保责任”。[11]

四、相关案例裁判要旨

其他典型案例：

1、胡园根诉周勤华保证合同纠纷案

【裁判要点】：被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，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，没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权。

浙江省绍兴县人民法院

民事判决书

(2010)绍商初字第373号

原告：胡园根。

被告：周勤华。

委托代理人：范慧慧，浙江朋成律师事务所律师。

委托代理人：陈建国，浙江朋成律师事务所实习律师。

原告胡园根为与被告周勤华保证合同纠纷一案，于2010年2月24日向本院起诉,本院于同日立案受理后，依法决定由代理审判员刘青红独任审判，并于2010年3月26日、4月1日二次公开开庭进行了审理。原告胡园根，被告周勤华的委托代理人范慧慧、陈建国到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告胡园根诉称：2009年7月11日，易强向原告借款15万元，约定到2009年12月11日归还，由被告提供担保。但到期被告只以借款的形式履行了9万元的担保义务（向原告交付了一张9万元的银行承兑汇票），余款6万元原告至今未得清偿。鉴于债务人分文未付且下落不明，担保人应依约清偿。故要求判令被告立即履行15万元担保义务，原告向被告借款9万元（银行承兑汇票）的债务在15万元中抵销，被告向原告支付本金15万元自2009年12月11日起至2010年2月24日止按银行贷款利率的四倍计算的利息损失。

被告周勤华在答辩期内未作书面答辩，但其在庭审中辩称，被告没有对该笔借款进行过担保，借款人易强已经全部归还了15万元的借款。就原告起诉要求被告承担担保责任，借款人易强本人已经就其所有的浙DRA735作了物的担保。原告首先应当向借款人易强的该辆抵押宝马车主张权利。就原告提到的银行承兑汇票，被告认为与本案无关。请求法庭驳回原告的诉讼请求。

[11] 参见高圣平：《混合共同担保之研究——以我国物权法176条为分析对象》，载《法律科学（西北政法学院学报）》2008年第2期。

为证明自己的诉讼主张，原告向本院递交了下列证据材料：证据1，借条1份，以证明易强向原告借款15万元，由周勤华作担保的事实。证据2，银行汇款凭证1份，以证明2009年7月12日原告将借条上的15万元款项汇至易强账户的事实。证据3，银行承兑汇票复印件1份，以证明被告将该银行承兑汇票中的款项9万元交付给原告，用于抵销易强借款15万元的事实。

为证明自己的抗辩主张，被告向本院递交了以下证据：证据4，车辆信息登记1份，以证明浙DRA735车辆的所有权人是主债务人易强的事实，原告应先向易强主张物的担保权后，再就主债务人不能归还的部分向被告主张权利。

原告提供的证据，经被告当庭质证如下：证据1，借条真实性没有异议，但不能证明被告周勤华对7月11日的借款提供过担保，且该证据还说明借款人易强以其所有的宝马车做了物的抵押担保，能够证明原告须先向易强实现物的抵押权后才能向被告主张担保权利。证据2，真实性无异议，但与本案关联性有异议，该笔汇款是在2009年7月12日，周勤华对7月12日的借款没有提供担保，只对7月11日的借款提供了担保。证据3，系复印件，不予认可。

被告提供的证据，经原告当庭质证如下：对证据4，真实性没有异议，但并未载明抵押给谁。

对上述证据，本院认证如下：证据1、2，真实合法，能够相互印证，且与本案具有关联性，本院予以确认。证据3，不予确认。证据4，本院予以确认。

根据上述认定的证据及当事人的陈述，本院认定以下法律事实：2009年7月11日，案外人易强向原告出具借条一份，确认向原告借款15万元，到2009年12月11日归还，并以其所有的车牌号为浙DRA735的汽车一辆作为抵押（未办理抵押登记手续），被告周勤华在欠条上签名确认为上述债务提供担保。次日，原告通过银行汇款向易强交付了相关款项15万元。现原告以欠款未能得到清偿为由要求被告周勤华承担担保义务。

本院认为，原告与易强、周勤华间的民间借贷、保证合同关系，由原告提供的借条予以证实，事实清楚，且未违反有关法律、法规的禁止性规定，应当认定有效。关于原告与易强间就车牌号为浙DRA735的车辆设立的抵押权是否成立的问题，根据《中华人民共和国物权法》规定，以交通运输工具抵押的，抵押权自抵押合同生效时设立。根据原告提供的借条，原告与易强就车牌号为浙DRA735的车辆设立的抵押合同关系依法成立，故相应的抵押权也依法设立。债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权。现原告未先就债务人提供的物的担保实现债权，而直接要求作为保证人的被告履行保证义务，故被告关于其应先就主债务人易强提供的物的担保实现债权的抗辩符合有关法律规定，而原告也未能举证证明易强提供的物的担保不足以实现其债权，故对原告的诉讼请求，本院不予支持。据此，依照《中华人民共和国物权法》第一百七十三条、第一百七十六条、第一百八十条、第一百八十八条、《中华人民共和国民法通则》第四条之规定，判决如下：

驳回原告胡园根对被告周勤华的诉讼请求。

案件受理费 1,300 元，依法减半收取 650 元，由原告负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于浙江省绍兴市中级人民法院[在递交上诉状之日起七日内先预缴上诉案件受理费 1,300 元，款汇绍兴市预算外资金财政专户，帐号：090000189100001427，开户行：绍兴市商业银行业务部。逾期按自动撤回上诉处理]

代理审判员　刘青红

二〇一〇年四月六日

书　记　员　沈森华

2、浙江瑞源汽车有限公司诉连文良担保追偿权纠纷案

【裁判要点】：被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，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，债权人应当按照约定实现债权。

浙江省上虞市人民法院

民事判决书

(2010)绍虞商初字第 555 号

原告浙江瑞源汽车有限公司。

法定代表人楼宝洪，董事长。

委托代理人（特别授权）章关庆，浙江国良律师事务所律师。

被告连文良。

原告浙江瑞源汽车有限公司与被告连文良担保追偿权纠纷一案，本院于 2010 年 1 月 26 日立案受理，依法由代理审判员经少华适用简易程序公开开庭进行了审理。原告浙江瑞源汽车有限公司委托代理人章观庆、被告连文良到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告浙江瑞源汽车有限公司诉称，2006 年 1 月 23 日，被告与中国农业银行上虞支行签订个人购车借款合同一份，合同约定：被告向中国农业银行上虞支行借款 87000 元，借款用途为向原告购买北京现代轿车，借款期限为从 2006 年 1 月 23 日起至 2009 年 1 月 22 日止，原告为该笔借款提供连带责任保证。合同签订后，贷款人按约贷款，但被告未按约履行还款义务，故原告履行了保证义务，共偿还被告所欠借款 55111.33 元。为此，原告请求法院判令被告立即归还原告代偿借款 55511.33 元并负担本案诉讼费。

被告连文良辩称，原告所诉的是事实，我还了部分借款，其余部分还不出；车本身是抵押的，银行应先处理抵押物，我并没有叫他们还钱。

原告为证明其主张事实，在规定期限内向本院提交证据材料为：

1、车辆销售合同一份，以证明被告向原告购车的事实。

2、购车借款合同一份，以证明被告向银行借款 87000 元，原告作为保证人需承担保证责任的事实。

3、个人借款凭证一份，以证明银行已将 87000 元发放给被告连文良的事实。

4、汽车按揭拖欠清单一份，以证明由于被告未按约归还按揭款，银行从原告保证帐户中直接扣款 55111.33 元的事实。

5、中国农业银行上虞市支行的情况说明一份，以证明原告为被告代偿 55111.33 元的事实。

上述证据，被告质证称均无异议，予以认定。

综上，结合本案认定的证据以及原告代理人及被告在庭审中陈述之情况，本院认定本案事实如下：2006 年 1 月 23 日，被告与中国农业银行上虞支行签订个人购车借款合同一份，合同约定：被告向中国农业银行上虞支行借款 87000 元，借款用途为向原告购买北京现代轿车，借款期限为从 2006 年 1 月 23 日起至 2009 年 1 月 22 日止，原告为该笔借款提供连带责任保证，被告以其所购的现代轿车提供抵押担保。合同签订后，贷款人按约贷款，但被告未按约履行还款义务，故原告履行了保证义务，共偿还被告所欠借款 55111.33 元。

本院认为，被告连文良与中国农业银行上虞市支行签订个人购车借款合同，意思表示真实，内容合法，该借款合同关系有效，原告为该借款提供连带责任保证，被告为该借款以其所购轿车提供抵押担保，亦有效。被告连文良未按约履行还款义务，贷款人中国农业银行上虞市支行有权要求原告承担保证责任或实现抵押权以实现债权。但由于《个人购车借款合同》第十一条中，约定了“借款人提供了物的担保的，保证人愿就所担保的全部债务先于物的担保履行保证责任”，故贷款人中国农业银行上虞市支行有权先就保证人承担保证责任实现其债权。原告承担保证责任后，有权向被告追偿。故原告要求被告返还代偿车款 55111.33 元诉讼请求，本院予以支持。依照《 中华人民共和国合同法》第二百零六条、第二百零七条，《中华人民共和国物权法》第一百七十六条、《中华人民共和国担保法》第三十一条之规定，判决如下：

一、被告连文良应返还给原告浙江瑞源汽车有限公司保证款 55111.33 元，限被告于本判决生效之日起七日内付清。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十九条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

本案受理费 2356 元，依法减半收取 1178 元，由被告连文良负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于浙江省绍兴市中级人民法院（在递交上诉状之日起七日内，预缴上诉案件受理费 2356 元，款汇绍兴市预算外资金财政专户，开户行：绍兴市商业银行业务部，帐号：090000189100001427，逾期不交以自动撤回上诉处理）。

代理审判员　经少华

二 O 一 0 年二月十一日

书　记　员　王芳芳

《物权法》第一百七十七条

条文内容

有下列情形之一的，担保物权消灭：

（一）主债权消灭；

（二）担保物权实现；

（三）债权人放弃担保物权；

（四）法律规定担保物权消灭的其他情形。

一、周边法源

（一）法律

《中华人民共和国物权法》（中华人民共和国第十届全国人民代表大会第五次会议于2007年3月16日通过，2007年3月16日公布，2007年10月1日起施行）

第二百零二条　抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权；未行使的，人民法院不予保护。

《中华人民共和国担保法》（1995年6月30日第八届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过，1995年6月30日中华人民共和国主席令第五十号公布，自1995年10月1日起施行）

第五十二条 抵押权与其担保的债权同时存在，债权消灭的，抵押权也消灭。

第五十八条 抵押权因抵押物灭失而消灭。因灭失所得的赔偿金，应当作为抵押财产。

第七十三条 质权因质物灭失而消灭。因灭失所得的赔偿金，应当作为出质财产。

第七十四条 质权与其担保的债权同时存在，债权消灭的，质权也消灭。

第八十八条 留置权因下列原因消灭：（一）债权消灭的；（二）债务人另行提供担保并被债权人接受的。

（二）地方法规及规章

合肥市工商行政管理局有限责任公司股权出质登记暂行办法（合肥市工商行政管理局2008年6月25日发布，于2008年6月1日起实施）

第十条 属于《中华人民共和国物权法》第一百七十七条所列情形之一的，当事人申请办理质权注销登记，应当提交下列文件：

（一）出质人和质权人共同签署的《公司股权出质注销登记申请书》；

（二）出质人和质权人共同指定代表或者共同委托代理人的证明文件；

（三）申请注销登记事由的证明文件；

（四）法律、法规、规章要求提交的其他文件。

二、条文释义

本条是关于担保物权消灭原因的规定，共有四款。

担保物权的消灭原因因担保物权种类的不同而有所区别，我国担保法对抵押权、质权和留置权的消灭原因分别做了规定。本法在担保法规定的基础上，对担保物权消灭的共同原因做了归纳：

第一，因主债权的消灭而消灭。担保物权是从属于主债权的权利，主债权消灭的，担保物权也随之消灭。这里的“主债权消灭”是指主债权的全部消灭，根据担保物权的不可分性，主债权的部分消灭，担保物权仍然存在，担保财产仍然担保剩余的债权，直到债务人履行全部债务时为止。此外，这里的“主债权消灭”指客观效果，与因谁的清偿而导致“主债权消灭”无关。也就是说，债务人自己清偿债务的，担保物权消灭；第三人代债务人清偿债务导致主债权消灭的，担保物权也消灭。

第二，担保物权实现导致担保物权消灭。“担保物权实现”指债务人到期不履行债务时，债权人与担保人约定折价实现自己的债权或者拍卖、变卖担保财产，以拍卖、变卖担保财产所得的价款优先受偿。担保物权是为担保债权而设定的，担保物权实现就意味着担保物权人权利的实现，担保物权自然就归于消灭。但是需要强调的是，担保物权一旦实现，无论其所担保的债权是否全部清偿，担保物权都消灭。根据本法第一百九十八条、第二百二十一条、第二百三十八条的规定，担保物权实现后，未受清偿的债权部分可以要求债务人清偿，但这部分债权已无担保物权。

第三，债权人放弃担保物权导致担保物权消灭。这里的“放弃”是指债权人的明示放弃，明示放弃主要包括两种情形：一是债权人用书面的形式明确表示放弃担保物权，例如，债权人与债务人或者提供担保的第三人以签订协议的方式同意放弃担保物权。二是债权人以行为放弃。例如，因债权人自己的行为导致担保财产毁损、灭失的，视为债权人放弃了担保物权。在立法中，对是否规定债权人放弃担保物权导致担保物权消灭曾有不同意见。从国外的立法例看，对这一问题的处理确实有两种不同的做法，有的国家承认所有人抵押，如德国规定，放弃抵押权的，抵押权不消灭，抵押权归所有人享有；也有的国家规定，放弃担保物权导致担保物权消灭。我们认为，承认所有人抵押实际承认了抵押权的独立性，这与本法规定的担保物权的从属性相违背，所以本法采纳了后一种做法。

第四，法律规定的其他导致担保物权消灭的情形。这是一个兜底性条款，主要是指本法的其他条款或者其他法律规定的担保物权消灭的特殊情形或者专属于某一类担保物权的消灭原因，例如，本法第二百四十条规定，留置权人对留置财产丧失占有或者留置权人接受债务人另行提供担保的，留置权消灭。这就是留置权消灭的特殊原因。[1]

三、争点与述评

对于担保物权的期间问题，基本存在四种立法例：

1、法国立法例：担保物权因所担保债权的诉讼时效届满而消灭。2、德国立法例：通过

[1] 参见北大法宝《中华人民共和国物权法释义》。

取得时效限制担保物权，承认取得人取得抵押物的完整所有权，从而对抗抵押权的实行。3、日本立法例：其以独立的、完整的诉讼时效和取得时效制度约束担保物权。基于诉讼时效制度，抵押权可以成为诉讼时效的客体；同时，基于取得时效而取得抵押物所有权的人可以对抗抵押权的行使。4、中国台湾地区立法例：通过设置除斥期间制度来限制担保物权的行使。抵押权人在消灭时效完成后五年内不实行抵押权的，抵押权消灭。纵观上述立法例，担保物权的期间限制方式基本可分为时效制度和除斥期间制度两种模式：前者是通过时效制度来限制担保物权的存在或行使；后者是通过建立除斥期间制度来予以规制，诉讼时效仅是担保物权除斥期间的一种计算参照。

对于担保物权的期间问题，担保法未置明文。担保法解释第十二条将担保物权的期间区分为存续期间和行使期间。就存续期间而言，基于物权法定主义，该条第一款规定："当事人约定的或者登记部门要求登记的担保期间，对担保物权的存续不具有法律约束力。"就行使期间而言，若对担保物权的行使期间不予限制，可能助长担保物权人滥用其因担保物权而取得的优势地位，不利于担保交易关系的稳定；特别考虑到我国民法学界通说认为诉讼时效的客体是请求权，并不适用于包括担保物权在内的物权本身，加之我国并未建立取得时效制度，故该条第二款参照我国台湾地区"民法"上的除斥期间模式限制担保物权的行使："担保物权所担保的债权的诉讼时效结束后，担保权人在诉讼时效结束后的二年内行使担保物权的，人民法院应当予以支持。"该条款的本意是抵押权经过两年除斥期间而消灭。物权法第一百七十七条规定担保物权消灭原因，第二百零二条规定抵押权的实行期间，即"抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权；未行使的，人民法院不予保护。"两相比较，可明显看出：在存续期间方面，担保法解释与物权法均坚持物权法定主义，禁止当事人约定抵押权的存续期间；但在实行期间方面，两者之间存在冲突，前者通过两年的除斥期间模式规制抵押权，后者通过主债权的诉讼时效模式限制抵押权。

对于抵押权人未在主债权诉讼时效期间行使抵押权的，抵押权是归于消灭，还是罹于诉讼时效，抑或是抵押人可根据从属性规则行使免责抗辩权，在物权法出台前，学界主要有以下争议：

1、依据抵押权和其所担保的债权的主从关系，即抵押权依据主债权的存在而存在，随着主债权的消灭而消灭。认为主债权诉讼时效届满，抵押权人未行使抵押权的，抵押权归于消灭。《法国民法典》第 1280 条即规定了抵押权因时效届满而消灭。

2、除斥期间届满，担保物权未行使的，抵押权归于消灭。即主债权诉讼时效届满后一定期间内抵押权人未行使抵押权的，抵押权归于消灭，例如担保法解释第十二条第二款规定："担保物权所担保的债权的诉讼时效结束后，担保权人在诉讼时效后结束的两年内行使担保物权的人民法院应予以支持"。

3、抵押权人未在主债权诉讼时效期间行使抵押权的，抵押权仍然存在，只是抵押权人丧失了对抵押人的胜诉权。

4、抵押权不受诉讼时效的影响，即抵押权在主债权诉讼时效经过后，抵押权人无论何时都能够就抵押物优先受偿。其理论依据为抵押权属于物权，而物权不受诉讼时效制度之限制。

物权法出台后，学界主要存在以下争议：

1、有观点认为，主债权诉讼时效完成后，抵押权人丧失受人民法院保护的权利即胜诉权，而抵押权本身并未消灭；若抵押人自愿履行担保义务，抵押权人仍可行使抵押权。

笔者认为，这种解释实际上是使抵押权成为诉讼时效制度之客体，有失妥当。理由在于：该观点在立法成本与立法效益比较方面明显失衡。该解释所追求的立法效益是为了防止抵押权人在抵押人自愿履行担保义务的场合构成不当得利，但却以突破民法通说和造成物权法体系内部冲突为代价。具体而言，在主债权诉讼时效经过后，除非抵押人忽发善心或受到胁迫或存在其他交易，否则其自愿履行担保义务的可能性微乎其微；为了保障这种微小的可能性并防止抵押权人由此构成不当得利，就突破"诉讼时效仅适用于债权请求权"的民法通说，开担保物权本身罹于诉讼时效之先河，可谓得不偿失。尤其是，若将第二百零二条解释为抵押权适用于诉讼时效，将面临一个严重问题：在主债权诉讼时效完成后，质权和留置权是否适用于诉讼时效？若作肯定解释，则将因物权法没有明确规定而违反物权法定原则；若作否定解释，则"抵押权适用于诉讼时效，质权和留置权不适用诉讼时效"的解释结果必将构成物权法第四编内部的体系违反。

2、有观点认为，抵押人在主债权诉讼时效完成后，可以基于担保权的从属性规则行使免责抗辩权。笔者认为，该解释不无道理，也符合担保权从属性规则之精神。但若如此，为何该条要用司法解释语言进行表述呢？既然物权法第一百七十二条、第一百九十二条等已经明确担保物权的从属性规则，为何单独规定抵押人的抗辩权呢？

笔者认为，该条规定的语言风格颇受担保法解释第十二条之影响，就语言科学性而言，该表述易生歧义，远没有司法解释第十二条规定得简单明快。比照前述各国规制抵押权实行的模式，对比立法成本与效益，相对妥当的解释应为：物权法第二百零二条参照了法国民法第 2180 条的抵押权规制模式，主债权诉讼时效完成后，抵押权消灭。如此解释优点有三：其一，维护了民法关于诉讼时效仅适用于请求权的通说。其二，符合物权法第四编担保物权体系内在逻辑，即物权法在第十五章"一般规定"中的第一百七十七条规定了担保物权的统一消灭原因；在第十八章第二百四十条规定了留置权的特殊消灭原因；将第二百零二条解释为抵押权的特别消灭原因，在体系逻辑上比较顺畅。其三，使抵押权因主债权诉讼时效完成而消灭，不仅简单明快，而且便于实务操作。[3]

四、相关案例裁判要旨

其他典型案例——中国农业银行股份有限公司重庆彭水支行与彭水县同人实业有限责任公司担保物权纠纷上诉案

【裁判要点】：抵押权消灭原因包括：主债权消灭、担保物权实现、债权人放弃担保物权、法律规定担保物权消灭的其他情形。抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权；

[2] 参见曲刚：《浅析主债权诉讼时效届满之担保物权的行使》，载北大法宝，文件代码 335599804。
[3] 参见王闯：《规则冲突与制度创新（中）——以物权法与担保法及其解释的比较为中心而展开》，载北大法宝，文件代码 335583554。

未行使的，人民法院不予保护。

重庆市第四中级人民法院

民事判决书

(2010)渝四中法民终字第285号

上诉人（原审被告）：中国农业银行股份有限公司重庆彭水支行。

负责人：魏亚西。

委托代理人：王子省。

委托代理人：宋文军。

被上诉人（原审原告）：彭水县同人实业有限责任公司。

法定代表人：洪龙贤。

委托代理人：郑重，重庆市彭水县汉葭镇法律服务所法律工作者。

原审被告:彭水苗族土家族自治县保家镇人民政府。

法定代表人：李辉。

委托代理人：陈德昌，重庆市彭水县保家法律服务所法律工作者。

原审被告：中国农业发展银行彭水苗族土家族自治县支行。

上诉人中国农业银行股份有限公司重庆彭水支行（以下简称：彭水县农行）与被上诉人彭水县同人实业有限责任公司（以下简称：同人公司）以及原审被告彭水苗族土家族自治县保家镇人民政府（以下简称：保家镇政府）、中国农业发展银行彭水苗族土家族自治县支行（以下简称：彭水县农发行）担保物权纠纷一案，彭水苗族土家族自治县人民法院于2010年4月20日作出（2010）彭法民初字第456号民事判决。彭水县农行对该判决不服，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭对本案进行了审理。本案现已审理终结。

一审法院审理查明：1997年11月14日，彭水县农发行与彭水苗族土家族自治县保家区水泥厂签订了合同编号为15196001的《中国农业发展银行抵押担保借款合同》，合同约定：贷款金额为80万元，利率为6.75‰，贷款期限自1996年8月12日至1999年8月12日。保家区水泥厂以土地、厂房、机器为该贷款提供实际抵押额200万元的担保。该借款合同签订后，保家区水泥厂与彭水县农发行在彭水苗族土家族自治县国土局以彭国用(1997)字第00106号土地使用权证载明的土地使用权办理了抵押登记。1997年11月15日，国土局作出国土抵（1997）第040号《土地使用权抵押证明书》，该证明书载明抵押人为保家区水泥厂，抵押权人为彭水县农发行，抵押金额为60万元，抵押面积6083㎡，抵押期限从1997年11月20日起至1999年11月20日止。1998年4月30日，中国人民银行、中国农业发展银行、中国农业银行联合下发《关于中国人民银行、中国农业发展银行、中国农业银行清算资金及利息有关问题的通知》（银传[1998]23号），该通知要求将农业发展银行办理的、使用开发性贷款项目核算的各项贷款（包括扶贫贷款、扶贫贴息贷款、农业基建技改贷款、农业综合开发贷款、林业治沙贷款等）、已划转到中国农业发展银行的人民银行专项贷款和列入银传[1997]32号文件规定的划转范围、尚未划转的人民银行专项贷款划转到中国农业银行。1998年5月，

彭水县农发行将保家区水泥厂的贷款划转至彭水县农行。该笔贷款划转后，未对土地使用权抵押进行变更登记。2001年3月6日，彭水县农行以（彭）农银催通字（2001）第24号《债务到、逾期催收通知书》向当时的保家区工委会催收该笔贷款。2010年2月1日，彭水县农行向保家镇政府催收该贷款，保家镇政府在其《债务逾期催收通知书》上签章并注明：保家镇政府于2009年7月30日将该债务交给同人实业有限公司（法人代表洪彬）偿还。另查明，原保家区水泥厂系原保家区工委所属的乡镇企业，由企办室行使管理权。2000年9月27日，保家区水泥厂被重庆市彭水苗族土家族自治县工商行政管理局吊销营业执照。原保家区工委被撤销后，按照彭水县政府2001年9月9日《县政府专题会议纪要》（第六十三期）要求，原保家区水泥厂应属新组建的保家镇政府管理。还查明，1999年11月20日，原保家区工委将原保家区水泥厂出租给洪彬经营，租期三年，年租金18万元。后双方续订合同，租赁期延长至2005年12月。期间，洪彬代原保家区水泥厂清偿对外债务，清偿款抵扣租金。2006年4月3日，洪彬申请注销了原保家区水泥厂法人资格，并组建彭水县同人实业有限责任公司。2009年3月24日，重庆市酉阳土家族苗族自治县人民法院作出（2008）酉法指执字第8号执行裁定书，以洪彬将原保家区水泥厂的房地产用于抵押贷款为由将洪彬追加为被执行人，要求其与被执行人保家镇政府共同支付执行款项。2009年7月30日，保家镇政府与同人公司达成协议，协议载明：一、保家镇政府将保家水泥厂现有的资产交由同人公司接管，属同人公司所有；二、原保家水泥厂的所有债务由同人公司清偿；三、从协议签订之日起，保家镇政府与原保家水泥厂无任何关系；四、原保家水泥厂的所有问题全权由同人公司处理；五、今后在政策范围内的优惠，由同人公司享有。后同人公司多次找彭水县农行要求退还土地使用证未果，遂提起诉讼，请求确认彭国用（1997）字第00106号土地使用权证载明的土地使用权所设置的抵押权消灭。彭水县农行答辩称：同人公司不是本案的适格主体，无权就彭国用（1997）字第00106号土地使用权证所载明的土地使用权之上的抵押权是否消灭提起诉讼，主债权及担保物权在诉讼时效期间届满后，并不会产生当然消灭债权和担保物权的法律事实。保家镇政府答辩称：本案与保家镇政府无关系，保家镇政府已将土地使用权转让给同人公司。彭水县农发行答辩称：本案贷款已按规定划转彭水县农行，本次诉讼与彭水县农发行无关。

一审法院认为，1998年5月，彭水县农发行按照国家政策规定将贷款划转到彭水县农行，属于债权转让，担保该债权的抵押权也一并转让。故彭水县农行享有对彭国用（1997）字第00106号土地使用权证所载明的土地使用权的抵押权；《中华人民共和国物权法》第二百零二条规定:抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权，未行使的，人民法院不予保护。彭水县农行在2001年3月6日向保家区工委催收该笔贷款，而致其债权诉讼时效经过。《中国农业发展银行抵押担保借款合同》第四条约定的抵押担保期间为自设定抵押之日起至担保范围内全部债务清偿完毕止，但该约定与《最高人民法院关于适用若干问题的解释》第十二条规定的“当事人约定的或者登记部门要求登记的担保期间，对担保物权的存续不具有法律约束力”相抵触，属无效条款。保家镇政府将债务转移给同人公司是否有效以及保家镇政府在《债务逾期催收通知书》上签章的法律后果，与抵押权消灭与否无必然联系，不在本案审理范围。本案之抵押权已消灭；同人公司系通过转让协议接管原保家水泥厂全部资产，无论转

让协议是否有效，同人公司能否实际取得彭国用（1997）字第 00106 号土地使用权证所载明的土地使用权，同人公司对该土地使用权及抵押权均具有法律上的利害关系，故同人公司符合本案原告主体资格。依照《中华人民共和国物权法》第二百零二条、《中华人民共和国担保法》第五十条、《最高人民法院关于适用若干问题的解释》第十二条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十条、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定，判决确认彭水县农行享有的以彭国用（1997）字第 00106 号土地使用权证所载明的土地使用权设置的抵押权消灭。案件受理费 80 元，减半收取 40 元，由同人公司承担。

上诉人彭水县农行不服一审判决，向本院提起上诉。请求撤销原判，确认抵押担保物权自始至今成立有效。主要事实和理由是：1、同人公司没有取得抵押土地的使用权，且其与保家镇政府签订的转让协议没有取得彭水县农行的同意。因此，同人公司不是本案的适格主体；2、一审法院依据《中华人民共和国物权法》第二百零二条的规定来判定抵押权消灭系适用法律错误，也是导致误判的根本原因。无论是诉讼时效期间届满还是已过除斥期间，当不会产生主债权及其担保物权的消灭；3、一审判决否定了上诉人主张的约定抵押担保期间，但未依法认定抵押担保期间。一审未认定上诉人向保家镇政府发送并由其签收的《债务逾期催收通知书》所产生的法律后果是完全错误的。一审不认定同人公司与保家镇政府签订的转让协议的效力，不利于本案的公正审理；4、彭水县农行与原保家区水泥厂的借贷关系和抵押关系仍然具有法律约束力，同人公司只能在与彭水县农行达成协议代为清偿原保家区水泥厂所负债务时，才能请求解除抵押权。

被上诉人同人公司答辩称：一审判决认定事实清楚，适用法律得当。请求维持原判。

原审被告保家镇政府述称：其赞同同人公司的意见。

原审被告彭水县农发行未作陈述。

本院二审查明，原判认定的事实属实，本院予以确认。

本院认为，从双方当事人的诉辩主张来看，本案争议的焦点是彭水县农行对彭国用（1997）字第 00106 号土地使用权证载明的土地使用权所享有的抵押权是否消灭。结合本案事实，分析、评判如下：

一、抵押权消灭之原因

抵押权属于担保物权，依物权法定原则，当事人不能在法律之外设定抵押权，同时也不能以法律规定之外的方式消灭抵押权。抵押权的消灭须依据法律之规定。从现行法的规定来看，抵押权消灭的原因有两个方面：

（一）抵押权因特定的消灭事由而消灭

《中华人民共和国物权法》第一百七十七条对担保物权的消灭规定了四项消灭事由：1、主债权消灭，2、担保物权实现，3、债权人放弃担保物权，4、法律规定担保物权消灭的其他情形。作为担保物权之一的抵押权，其消灭当然适用前述之四项消灭事由。而抵押权因主债权消灭而消灭的情形，在《中华人民共和国担保法》中也有相关规定，该法第五十二条规定之“债权消灭的，抵押权也消灭”即如此。

（二）抵押权因抵押权存续期间经过而消灭。

抵押权存续期间即抵押期间，是指抵押权人实现抵押权的有效期限，从法律性质上讲，就是除斥期间。除斥期间与诉讼时效期间不同，诉讼时效期间是权利受国家公权力保护的期限，而除斥期间是权利的存续期间，除斥期间届满，权利则告消灭。因此，抵押权存续期间届满后，抵押权即不存在，且由于除斥期间不发生中止、中断问题，在除斥期间届满后，无论发生什么情况，抵押权即告消灭。

最高人民法院《关于适用若干问题的解释》第十二条第二款规定：担保物权所担保的债权的诉讼时效结束后，担保权人在诉讼时效结束后的二年内行使担保物权的，人民法院应当予以支持。该解释规定之“诉讼时效结束后的二年内”即为包括抵押权在内的担保物权之存续期间；《中华人民共和国物权法》未将“担保物权存续期间经过”列入该法第一百七十七条作为担保物权的消灭事由，而在第二百零二条规定：抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权；未行使的，人民法院不予保护。该条规定从语言上表述为抵押权的行使期间，然依物权不适用诉讼时效制度之民法基本原理看，该条款规定之行使期间不应是抵押权受国家公权力保护的期限，而是抵押权的存续期间。前述可见，最高人民法院《关于适用若干问题的解释》第十二条第二款和《中华人民共和国物权法》第二百零二条都是关于抵押权存续期间也即除斥期间的规定，不同的是期间不一样，解释中规定的抵押权存续期间为“诉讼时效结束后的二年内”，而物权法中规定的抵押权存续期间则与主债权的诉讼时效期间相同。在法律适用中，按照上位法优于下位法的原则，对因除斥期间经过而致抵押权消灭的审查则应当适用《中华人民共和国物权法》第二百零二条的规定，即抵押权在主债权的诉讼时效期间未予行使的，抵押权消灭。

二、本案讼争之抵押权是否消灭

依照物权法定原则，抵押权作为一种担保物权，其设立、变更和消灭均须由法律规定之。因此，抵押权存续期间不依当事人的约定或者登记部门要求登记的担保期间经过而消灭。最高人民法院《关于适用若干问题的解释》第十二条第一款“当事人约定的或者登记部门要求登记的担保期间，对担保物权的存续不具有法律约束力”之规定正是此意。因此，彭水县农发行与原保家区水泥厂签订的《抵押担保借款合同》中“抵押担保期间自设定抵押之日起至担保范围内全部债务清偿完毕止”的约定以及《土地使用权抵押证明书》载明的“抵押期限 1997 年 11 月 20 日起至 1999 年 11 月 20 日止”均对本案抵押权的存续没有法律约束力，而只能按照《中华人民共和国物权法》第二百零二条的规定来进行判断，即彭水县农行是否在主债权的诉讼时效期间行使其抵押权。

彭水县农行是否在主债权的诉讼时效期间行使了抵押权，需先对主债权的诉讼时效期间进行界定。从本案查明事实可知，《抵押担保借款合同》中约定的贷款偿还的时间为 1999 年 8 月 12 日，那么，该债权的诉讼时效期间从 1999 年 8 月 13 日起就开始计算。而一般之债的诉讼时效期间为 2 年，因此，本案主债权的诉讼时效期间如无中断情形就应至 2001 年 8 月 13 日止。所谓诉讼时效中断，就是指诉讼时效因提起诉讼、当事人一方提出要求或者同意履行义务而中断。中断则是指诉讼时效不再继续计算，而是重新开始计算，因此，产生诉讼时效中断的行为即权利人主张权利或者义务人同意履行义务的行为，只能是发生在诉讼时效期间，

否则不存在中断的问题。从本案查明事实可知，保家区水泥厂的主管部门原保家区工委在诉讼时效期间届满时间即2001年8月13日之前的2001年3月6日，收到彭水县农行递送的《债务到、逾期催收通知书》，该委没有对债务提出异议，此情形即属于诉讼时效中断的情形。因此，主债权的诉讼时效就又从2001年3月7日起重新计算至2003年3月7日止。上诉人彭水县农行后于2010年2月1日向现保家镇政府发出催收通知时，诉讼时效期间早已完毕。同时，无充分的证据证明保家镇政府或者同人公司在诉讼时效期间届满后对债务偿还重新予以了认可。可见，彭水县农行之主债权的诉讼时效期间从2001年3月7日后，既无诉讼时效中断情形发生，也无因新的合意产生新的诉讼时效的情形，而是在2003年3月7日即已届满。那么，依据《中华人民共和国物权法》第二百零二条的规定，彭水县农行享有的彭国用（1997）字第00106号土地使用权证载明的土地使用权之上的抵押权即应在2003年3月7日内的抵押权存续期间行驶。然彭水县农行在前述之抵押权存续期间并未行使其抵押权，因此，该抵押权已经消灭。

上诉人彭水县农行认为，抵押人原保家区水泥厂转让抵押财产未经得其同意，转让无效，同人公司无权以任何理由行使本应由保家区水泥厂提出的与彭水县农行之间的债权债务和抵押物权上任一请求权，同人公司不是本案适格主体。然《中华人民共和国物权法》第一百九十一条规定的是“抵押期间，抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产”。明显可见，转让财产受到限制的前提是在抵押期间。而保家镇政府在2009年转让财产时，原设定的抵押权已经消灭。本案讼争之原抵押物土地使用权虽然并未办理过户登记，但作为对该土地使用权依转让合同而具有期待利益的同人公司而言，彭水县农行在该物上是否享有抵押权直接影响着同人公司对该物的利益能否实现。因此，同人公司对本案讼争之抵押权具有法律上的利害关系，其提起诉讼符合《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零八条之规定，系本案适格主体。

综上，原判认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费80元，由上诉人中国农业银行股份有限公司重庆彭水支行承担。

本判决为终审判决。

审　判　长　　张远孝

代理审判员　　陈明生

代理审判员　　黄　明

二〇一〇年七月二日

书　记　员　　王　茂

对《物权法》第179条的评述

第一百七十九条：为担保债务的履行，债务人或者第三人不转移财产的占有，将该财产抵押给债权人的，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，债权人有权就该财产优先受偿。

一、周边法源

（一）法律

1、《中华人民共和国民法通则》

第八十九条　依照法律的规定或者按照当事人的约定，可以采用下列方式担保债务的履行：

(一)保证人向债权人保证债务人履行债务，债务人不履行债务的，按照约定由保证人履行或者承担连带责任；保证人履行债务后，有权向债务人追偿。

(二)债务人或者第三人可以提供一定的财产作为抵押物。债务人不履行债务的，债权人有权依照法律的规定以抵押物折价或者以变卖抵押物的价款优先得到偿还。

(三)当事人一方在法律规定的范围内可以向对方给付定金。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行债务的，无权要求返还定金；接受定金的一方不履行债务的，应当双倍返还定金。

(四)按照合同约定一方占有对方的财产，对方不按照合同给付应付款项超过约定期限的，占有人有权留置该财产，依照法律的规定以留置财产折价或者以变卖该财产的价款优先得到偿还。

2、《中华人民共和国担保法》

第三十三条　本法所称抵押，是指债务人或者第三人不转移对本法第三十四条 所列财产的占有，将该财产作为债权的担保。债务人不履行债务时，债权人有权依照本法规定以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为抵押人，债权人为抵押权人，提供担保的财产为抵押物。

第五十条　抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。

第五十二条　抵押权与其担保的债权同时存在，债权消灭的，抵押权也消灭。

（二）司法解释

1、《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)》

有要求清偿银行贷款和其他债权等数个债权人的，有抵押权的债权人应享有优先受偿的权利。法律、法规另有规定的除外。

2、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》

第五十一条　抵押人所担保的债权超出其抵押物价值的，超出的部分不具有优先受偿的效力。

第七十一条　主债权未受全部清偿的，抵押权人可以就抵押物的全部行使其抵押权。抵押物被分割或者部分转让的，抵押权人可以就分割或者转让后的抵押物行使抵押权。

二、条文释义

该条是关于抵押权概念的基本规定。

抵押权是对于债务人或者第三人不转移占有而提供担保的不动产或其他财产，债权人得优先清偿其债权的权利。抵押权是担保物权。抵押权是抵押权人对物直接享有的权利，可以对抗物的所有人及第三人，因此抵押权是一种物权，但其目的在于担保债的履行，而不在于对物的使用和收益。

（一）担保债务履行

抵押权是以债务的履行为目的的担保物权，具有从属性、不可分性和物上代位性。抵押权以抵押财产作为债权的担保。即债务人或者第三人以其所有的或者有处分权的特定的财产设定的物权。作为抵押权客体的财产，必须是债务人或者第三人所有的或者依法有权处分的，对自己无所有权或者无处分权的财产不得设定抵押权。用于抵押的财产还应当是特定的，只有是特定的财产财产才能确定担保财产的范围，财产不特定，无法登记和支配。

（二）不转移占有

抵押权的设定不需要转移抵押物，只有在担保的债务届期未履行或者发生约定抵押情形时，通过对抵押物的处分来实现抵押权。转移占有的动产质权的设定，虽可通过避免债务人毁损或转移质押物以及对债务人施以清偿的心理压力而发挥物的担保功能，但占有的转移，使物的用益功能尽被闲置。从而与物尽其用原则相冲突。不转移财产占有，对于抵押人而言在抵押期间可以继续占有、使用、收益、处分抵押物，从而最大限度的发挥抵押物的效用。这是抵押权同其他形式的担保物权相比所具有的独特之处。

（三）约定实现抵押权情形

根据物权法定原则与民法意思自治原则的结合，物权法就实现抵押权的情形在抵押合同设立时给予约定之空间，即当事人双方可依合意约定的实现抵押权的条件，此条件为特别约定，故成就时，即使债权清偿期没有届满，抵押权人也有权拍卖债务人的抵押财产并优先受偿。此种情形担保法没有规定，是物权法针对实践的需要所作出的补充规定。而这一规定对于保护债权人的利益十分有利。

（四）优先受偿

债务人到期不履行债务或发生约定实现抵押权情形时，抵押权人可以就该抵押财产之折价、拍卖、变卖的价金优先受偿。其优先性体现为，其一，抵押权优先效力涵盖抵押权优先债权的效力；其二，先成立的抵押权优先于后成立的抵押权之效力；其三，抵押权在遇到法律特别规定的优先权利出现时，不具有优先受偿性，即抵押权优先受偿之例外。这种优先受偿不是指债务人在不履行债务时直接转移抵押物的所有权，而是指在债务人不履行债务时，将抵押物变价，使抵押权人享有优先于其他债务人就抵押物变价后的价值的受偿权。

三、争点与述评

（一）不转移财产占有之潜在问题

抵押权的设定，需要当事人订立书面抵押合同，在合同之外，是否需要登记，担保法采取了两分法。对于以车辆、企业的设备和其他动产设定抵押的，抵押合同自登记起生效，未经登记，抵押权不能有效设立。对于以航空器、船舶及其他动产设定抵押的，抵押合同自签订之日起生效，当事人可以自愿登记，未经登记的不得对抗善意第三人。

但是，未经登记且未转移的，仅依抵押合同即可发生抵押权的规则，会对抵押人的一般债权人的利益构成威胁。实际上，此时未经公示，物权变动既已发生，这与物权变动公示原则相冲突。合同不具有社会公开性，抵押人的一般债权人无从得知抵押权的存在。这样，一般债权人的利益便处于一种不安的状态。更重要的是，当事人为获取不当利益，会互相串通假订抵押合同，使特定债权人取得优先受偿权，损害一般债权人的利益。而一般债权人要证明当事人串通造假行为的存在，极其困难。可见，动车抵押登记对抗主义，最然关注了第三人利益的保护，通过未登记不得对抗的规则，维护了交易安全价值，但是却忽视了抵押人的一般债权人利益的维护。这使得我们不得不反思引入动产抵押之合理性及如何恰当确定动产抵押引入的合理限度。

（二）是否应当允许当事人对抵押权实现情形进行约定

对于该问题，学界有不同观点。不过，学界多数学者多持肯定态度，认可立法的规定。他们认为，如果只允许抵押权人在债务人到期不履行债务时才能实现抵押权，可能会由于抵押人在经营过程中的非正常经营行为或者恶意的行为，甚至是正常经营行为造成抵押权实现时抵押财产大量减少，无法对抵押权人的债权起到担保作用，从而损害抵押权人的利益。允许抵押权人与抵押人约定提前实现抵押权的条件，抵押权人就可以在抵押合同中对抵押人的某些行为进行约束，一旦抵押人违反约定而从事了这些行为，满足了约定的实现抵押权的条件，抵押权人即可以提前实现抵押权，从而保障自己的债权得到清偿。[1]程啸教授认为，《担保法》第 53 条第 1 款针对抵押权实现的情形只规定了“债务履行期届满抵押权人未受清偿”这一条件，法院容易判明，一旦确认抵押权实现条件成就，就可以按照法定程序高效地实现抵押权。而《物权法》179 条第 1 款以及 195 条第 1 款不仅规定“债务履行期届满抵押权人未受清偿”这一条件，还规定“抵押权人可以与抵押人约定其他实现抵押权的特别情形”，这一条件难以判断并且极易发生争执，一旦发生争执当事人就要诉诸民事诉讼程序解决，增加了实现抵押权的成本，不利于提高抵押权实现的效率。[2]笔者认为，允许当事人对抵押权的实现条件进行约定，可以方便当事人掌控抵押财产的状态确保债权得到及时实现，事实上当事人约定的实现条件并非那么难以判断，一般法官进行形式审查即可判断是否成就。

（三）优先受偿之范围的确定的争议

[1]王胜明：《中华人民共和国物权法解读》，中国法制出版社，2007，第 423 页。梁慧星、陈华彬：《物权法》（第五版），法律出版社，2010 年，第 322 页。崔建远：《物权法》（第二版），中国人民大学出版社，2011 年，第 481 页。

[2]程啸：《论抵押权的实现程序》，《中外法学》2012 年第 6 期。

我国《担保法》和《物权法》均规定了抵押权的优先受偿，但对于在多大范围内享有优先权并没有明确界定，导致在司法实践中存在较大争议。其中一种观点认为抵押权的优先权范围是《抵押合同》约定的担保范围，另一种观点认为抵押权的优先权范围不能超出法定部门办理抵押登记记载的所公示的权利价值，超出登记范围部分的债权属于普通债权。以上两种观点体现出不同层面及角度的利益保护，法律在鼓励“意思自治”，将民事主体间的契约以法律形式予以肯定的同时，更应注重交易安全及信赖利益的保护。

四、相关案例判例要旨

案例 1：中国长城资产管理公司济南办事处与中国重汽集团济南卡车股份有限公司、山东小鸭集团有限责任公司借款抵押合同纠纷案（最高人民法院民事判决书 (2007)民二终字第 25 号）

裁判要旨：本院认为关于本案所涉抵押权的效力和相关抵押人的认定问题。本案所涉各份抵押合同合法有效。合同当事人对相应抵押物办理了抵押登记。故本案所涉各项抵押权均有效成立。该各项抵押权亦随主债权的转移而转移给新的债权人即长城公司。本案各项抵押权设定以后，相关物权登记均未变更。小鸭股份公司是本案抵押担保物权设定时的抵押人，因资产置换和工商登记变更，名称现为重汽济南卡车公司，也因抵押权证上的各项内容均未办理变更登记，故抵押担保法律关系中的抵押人名义上仍应为重汽济南卡车公司。故长城公司关于重汽济南卡车公司是东郊工行抵押权上的抵押人的上诉理由成立，本院予以支持。但是，抵押担保是物的担保，当抵押人不是主债务人的情况下，抵押权人对抵押人只能在抵押财产范围内实现债权。抵押权人可以请求拍卖、变卖抵押财产优先受偿，但不得请求抵押人直接承担债务人的债务。故本院对长城公司关于重汽济南卡车公司直接清偿债务的二审请求，不予支持。长城公司对相应抵押物折价或拍卖、变卖后的价款或征用补偿金在小鸭集团不能清偿相关债务范围内享有优先受偿权。

对《物权法》第 180 条评述

第一百八十条：债务人或者第三人有权处分的下列财产可以抵押：

（一）建筑物和其他土地附着物；

（二）建设用地使用权；

（三）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；

（四）生产设备、原材料、半成品、产品；

（五）正在建造的建筑物、船舶、航空器；

（六）交通运输工具；

（七）法律、行政法规未禁止抵押的其他财产。

抵押人可以将前款所列财产一并抵押。

一、 周边法源

（一）法律

1、《担保法》

第三十四条　下列财产可以抵押：

（一）抵押人所有的房屋和其他地上定着物；

（二）抵押人所有的机器、交通运输工具和其他财产；

（三）抵押人依法有权处分的国有的土地使用权、房屋和其他地上定着物；

（四）抵押人依法有权处分的国有的机器、交通运输工具和其他财产；

（五）抵押人依法承包并经发包方同意抵押的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等荒地的土地使用权；

（六）依法可以抵押的其他财产。

抵押人可以将前款所列财产一并抵押。

第四十七条　以依法获准尚未建造的或者正在建造中的房屋或者其他建筑物抵押的，当事人办理了抵押物登记，人民法院可以认定抵押有效。

第五十条　以担保法第三十四条第一款所列财产一并抵押的，抵押财产的范围应当以登记的财产为准。抵押财产的价值在抵押权实现时予以确定。

第五十四条　按份共有人以其共有财产中享有的份额设定抵押的，抵押有效。共同共有人以其共有财产设定抵押，未经其他共有人的同意，抵押无效。但是，其他共有人知道或者应当知道而未提出异议的视为同意，抵押有效。

2、《中华人民共和国海商法》

第十一条　船舶抵押权，是指抵押权人对于抵押人提供的作为债务担保的船舶，在抵押人不履行债务时，可以依法拍卖，从卖得的价款中优先受偿的权利。

（二）司法解释

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》

第四十八条　以法定程序确认为违法、违章的建筑物抵押的，抵押无效。

第四十九条　以尚未办理权属证书的财产抵押的，在第一审法庭辩论终结前能够提供权利证书或者补办登记手续的，可以认定抵押有效。

当事人未办理抵押物登记手续的，不得对抗第三人。

第五十二条　当事人以农作物和与其尚未分离的土地使用权同时抵押的，土地使用权部分的抵押无效。

第五十三条　学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体，以其教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施以外的财产为自身债务设定抵押的，人民法院可以认定抵押有效。

第五十四条　按份共有人以其共有财产中享有的份额设定抵押的，抵押有效。

共同共有人以其共有财产设定抵押，未经其他共有人的同意，抵押无效。但是，其他共有人知道或者应当知道而未提出异议的视为同意，抵押有效。

二、条文释义

该条是关于抵押权客体范围的规定。

根据该条的规定，成为抵押权的客体必须是抵押人享有处分权的财产，这主要包括：(1)抵押人是抵押财产的所有权人。(2)抵押人对抵押财产享有用益物权，法律规定该用益物权可以抵押。(3)抵押人根据法律、行政法规定，或者经过政府主管部门批准，可以将其占有、使用的财产抵押。抵押物又称为抵押财产，它是抵押权的标的物，是指抵押人用以设定抵押权的财产。

对抵押物应当注意一下问题：(1)抵押物必须是可以转让的物，凡是法律禁止流通或者强制执行的财产不得作为抵押物。(2)抵押标的物必须特定。如果抵押标的物没有约定或者约定不明，当事人可以对抵押合同进行补正。无法补正的，抵押合同不成立。(3)抵押权设定前已属抵押物之从物的，抵押权的效力及于抵押物的从物。但是抵押物与其从物为两个以上的人分别所有时，抵押权的效力不及于抵押物的从物。(4)抵押物因附合、混合或者加工使抵押物的所有权为第三人所有的，抵押权的效力及于补偿；　抵押物所有人为附合物、混合物和加工物的所有人的，抵押物的效力及于附合物、混合物和加工物；第三人与抵押物的所有人为附合物、混合物和加工物的共有人的，抵押权的效力及于抵押人对共有物享有的份额。(5)在共有关系中就共有财产设定抵押，法律有特别规定：如果是安份共有，则安份共有人以其共有财产中享有的份额设定抵押；如果是共同共有，共同共有人应当征得其他共有人的同意才能设定抵押权，否则抵押无效，但是其他共有人知道或者应当知道而未提出异议的视为同意。

（一）建筑物和其他土地附着物

建筑物包括住宅、体育馆等，但并非所有的建筑物都可以抵押，只有抵押人有权处分的建筑物才可以抵押。城市房地产管理法第四十七条规定，依法取得的房屋所有权可以设定抵押权。按照这一规定，私人建造或者购买的住宅、商业用房；集体所有的乡镇企业厂房；企

事业单位自建和购买的工商业用房、职工住房等，只要取得了所有权，就可以抵押。此处的建筑物不仅包括现存的建筑物还包括正在建造的建筑物、构筑物和其他土地附着物。其他土地附着物，指附着于土地之上的除房屋以外的不动产，包括桥梁、隧道、大坝、道路等构筑物，以及林木、庄稼等。此外还包括尚未与土地分离的农作物，但当事人以农作物和与其尚未分离的土地使用权同时抵押的，土地使用权部分的抵押无效。因为种植农作物的土地属于耕地的范畴，根据法律规定属于不可抵押的财产。

（二）建设用地使用权

根据我国宪法的规定，城市的土地属于国家所有，因此对于城市的土地，民事主体只能通过一定的方式取得城市土地的使用权，而无法取得所有权。需注意几点：第一，以建筑物抵押的，该建筑物占用范围内的建设用地使用权同时抵押。以建设用地使用权抵押的，应当将抵押时该国有土地上的房屋同时抵押。即“地随房走，房随地走，房地一体。”即使抵押人未依照前款规定一并抵押的，为未抵押的财产视为一并抵押。第二，如果以城市房地产设定抵押的，土地上新增的房屋不属于抵押物。抵押权实现时，可以依法将该土地上新增的房屋与抵押物一同变价，但对新增房屋的变价所得，抵押权人无权优先受偿。第三，集体所有土地使用权不得单独抵押。以乡镇、村企业的厂房等建筑物抵押的，其占用范围内的土地使用权一并抵押。我国可以取得建设用地使用权的途径主要有：(1)通过无偿划拨取得。(2)通过出让取得。目前，出让国有土地使用权主要采取协议、招标、拍卖方式。(3)通过有偿转让取得。

（三）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

根据《物权法》第184条的规定，集体所有的土地使用权原则上不允许抵押，但是通过招标、拍卖、公开协商等方式取得的四荒地的土地承包经营权是例外，法律之所以做这种安排，主要是为了鼓励承包开发四荒地，解决承包开发荒地过程中的资金短缺问题。按照本条规定，只要是通过招标、拍卖、公开协商方式承包荒地，不论承包人是本集体经济组织成员，还是本集体经济组织之外的单位或者个人，都可以依法将荒地的承包经营权抵押。

（四）正在建造的建筑物、船舶、航空器

抵押人可以用在建建筑物、船舶、航空器等《物权法》法定的特定财产作为抵押物，设立抵押权，一方面不转移在建抵押财产之占有，从而使抵押人可继续利用抵押财产，一方面又能以其交换价值为对象确保主债权的履行，优点明显，已成为某些领域中国际通行的融资方式。但是正在建造中的上述抵押财产，与一般抵押财产有几处明显区别：其一，此抵押物并不是真正意义上的建筑物、船舶、航空器，而是价值处于不断变化之中、上不具有法律意义上的特定性和独特性的建造中财产；其二，建造中之抵押财产的抵押权效力随着建造中抵押财产的变化而变化。虽然传统物权法上要求物具有特定性和完整性，建造中的抵押财产在严格意义上并不适宜作为抵押物而存在，但是由于浮动抵押制度的引入，在法理上确定了其抵押的合理性和可能性。

三、争点与述评

（一）是否应限定动产抵押的范围

与《担保法》关于抵押客体范围的规定相比，《物权法》具有两个主要特征：（一）对可以抵押的动产范围做了更为清晰的规定，包括生产设备、原材料、半成品、产品、交通运输工具以及正在建造的航空器与船舶。（二）大大扩张抵押客体的范围。物权法第 180 条第 1 款第七项对抵押客体的范围做了开放式的规定“法律、行政法规未禁止抵押的其他财产”，而担保法第三十四条第一款第六项使用的是“依法可以抵押的其他财产”，相比而言，物权法大大扩张了可以抵押的财产的范围，更为科学合理，能够充分发挥“抵押作为担保之王”的作用。

主要有两种意见，第一种观点认为，动产抵押的范围不宜过宽，理由是：（1）从国外的立法看，大多数国家和地区的动产抵押的范围限于大型机器设备、交通运输工具等经济价值比较大的动产。我国担保法实施十几年，设立抵押的动产也主要是机器设备、交通运输工具等价值较大的物，以其他动产抵押的比较少。（2）动产种类繁多，便于移动，公示问题难以解决，不对动产抵押作限制，会增加市场风险，不利于保护抵押权人和买受人的利益。第二种观点认为，对动产抵押的范围不宜作限制，理由是：（1）扩大动产抵押的范围，有利于当事人融资，特别是广大农村，土地承包经营权和宅基地使用权都不能抵押，农民用于融资担保的只有动产，限制动产抵押的范围，不利于农村经济的发展。（2）扩大动产担保范围是现代担保法的发展趋势。目前，无论是英美法系国家的立法，还是联合国国际贸易法委员会和世界银行的动产担保示范法，都对动产抵押持开放态度，即使在法律中没有规定动产抵押或者动产抵押范围相当窄的大陆法系国家，在司法实践中也通过让与担保制度予以弥补。（3）担保法规定了动产抵押，实施十几年并没有发生太大的问题。至于动产抵押的公示问题，可以通过制度设计解决。[3]

（二）是否存在企业财产集合抵押与浮动抵押之竞合

所谓企业财产集合抵押，是将企业所有的全部动产、不动产合为一体，作为一个物（集合物）而设定的抵押权。企业财产集合抵押的优的是，可以回避以企业各种动产、不动产分别设立抵押的烦琐，且将企业全部动产、不动产合为一体，将充分发挥企业财产的担保价值，以便获得数额较大的融资。《物权法》第一百八十条第二款所谓“抵押人可将前款所列财产一并抵押”，即使企业财产集合抵押。

抵押人可以将前款所列财产一并抵押。这是关于企业财产集合抵押的规定。根据该款规定，企业可以将企业的动产、不动产及其某些权利作为一个整体进行担保，比如，将厂房、机器设备、库存产成品、工业产权等财产作为总资产向银行抵押贷款。但是，企业将财产一并抵押时，各项财产的数量、质量、状况和价值都应当是明确的。

《物权法》第一百八十条第一款列举规定可以抵押的财产，其第（四）项“生产设备、

[3]转引自王胜明主编；全国人大常委会法制工作委员会民法室编著：《中华人民共和国物权法解读·权威读本》，中国法制出版社，2007 年，第 383—384 页。

原材料、半成品、产品，”与第一百八十一条规定的抵押财产“生产设备、原材料、半成品、产品”，完全相同；此外，第一百八十条第二款规定“抵押人可以将前款所列财产一并抵押”。因此，抵押人既可以以其“生产设备、原材料、半成品、产品”设立一般抵押权，也可以将上述财产与第一款其他财产合并设立企业财产集合抵押权。既然如此，还有规定第一百八十一条专就“生产设备、原材料、半成品、产品”设立类似浮动抵押的新型抵押制度的必要吗？

按照《物权法》第一百八十条规定，抵押人可以用“生产设备、原材料、半成品、产品”设定抵押，从金融机构取得从事生产经营活动所急需的资金，但在以“生产设备、原材料、半成品、产品”设定抵押、取得抵押后之生产资金之后，却因禁止处分“生产设备、原材料、半成品、产品”，只企业无法从事正常经营活动！可见一百八十条关于“生产设备、原材料、半成品、产品”设立一般抵押权和企业财产集合抵押权的规定，对于许多急需资金的中小型工商企业、个体工商户和农业生产经营者而言，形同不能充饥的画饼，仍难于发挥上述抵押财产的担保功能以满足正常生产经营活动中的资金需求。要解决这一困境，就必须创设一种既能够发挥“生产设备、原材料、半成品、产品”的担保功能，解决生产经营活动中的资金需求，又不妨碍和影响抵押人正常经营活动的抵押制度，此即立法机关通过本法第一百八十一条创设特别动产集合抵押制度所欲实现的政策目的！

四、相关案例裁判要旨

《物权法》第181条评述

【浮动抵押】 经当事人书面协议，企业、个体工商户、农业生产经营者可以将现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押，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，债权人有权就实现抵押权时的动产优先受偿。

一、周边法源

1.《物权法》（2007年3月16日由全国人民代表大会通过，2007年10月1日实行）

第一百八十条 债务人或者第三人有权处分的下列财产可以抵押：（一）建筑物和其他土地附着物；（二）建设用地使用权；（三）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；（四）生产设备、原材料、半成品、产品；（五）正在建造的建筑物、船舶、航空器；（六）交通运输工具；（七）法律、行政法规未禁止抵押的其他财产。

抵押人可以将前款所列财产一并抵押。

2.《担保法》（1995年6月30日由全国人大常委会通过，1995年10月1日实行）

第三十四条 下列财产可以抵押：（一）抵押人所有的房屋和其他地上定着物；（二）抵押人所有的机器、交通运输工具和其他财产；（三）抵押人依法有权处分的国有的土地使用权、房屋和其他地上定着物；（四）抵押人依法有权处分的国有的机器、交通运输工具和其他财产；（五）抵押人依法承包并经发包方同意抵押的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等荒地的土地使用权（六）依法可以抵押的其他财产。

抵押人可以将前款所列财产一并抵押。

3.《个体工商户条例》（2011年4月16日由国务院发布，2011年11月1日实行，已失效）

第二条 有经营能力的公民，依照本条例规定经工商行政管理部门登记，从事工商业经营的，为个体工商户。个体工商户可以个人经营，也可以家庭经营。个体工商户的合法权益受法律保护，任何单位和个人不得侵害。

4.《四川省工商行政管理机关动产抵押登记实施办法》（2007年12月27日由四川省工商行政管理局发布，2007年12月27日实行）

第四条 当事人可以根据《物权法》第一百八十条第一款第四项、第一百八十八条的规定，以生产设备、原材料、半成品、产品设立抵押。

当事人可以根据《物权法》第一百八十一条、第一百八十九条的规定，以现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品设立抵押。

生产设备包括各种生产加工机器、计算机、实验设备、仪器仪表、通讯设备、装卸机械、工程施工机械、供水、供电、供气设备以及农业生产机械等专用成套器物。

第五条 当事人可以根据《物权法》第一百八十条第一款第四项、第一百八十一条和第二百零三条的规定，以生产设备、原材料、半成品、产品设立最高额抵押。

二、法条释义

《物权法》第一百八十一条系关于浮动抵押之规定。浮动抵押指权利人可以以现有的和将有的“生产设备、原材料、产品或半成品”来为其债务提供担保，当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时，债权人即有权按约定提供担保的动产优先受偿的制度。浮动抵押是以现有和将有的财产来设定的抵押，所以浮动抵押具有两项显著特点区别于固定抵押：第一，在抵押过程中浮动抵押的标的物不断发生变化，直到约定或者法定的事由发生，抵押财产才确定。第二，在浮动抵押设定后，抵押权行驶前，抵押人在正常经营活动中可以自由处分标的物，而且不受抵押权人的意思的限制。

依据法律规定以及学界通说意见，构成浮动抵押应当满足五项条件：其一，设立浮动抵押的主体限于“企业、个体工商户、农业生产经营者”。其二，设立浮动抵押的客体限于“生产设备、原材料、半成品、产品”，把除此四项客体之外的动产和不动产都排除在浮动抵押的标的物范围之外。其三，实现抵押权的条件是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。其四，债权人有权就实现抵押权时的动产优先受偿。这一点包含两层含义：第一，设定抵押后，抵押人可以自由处分抵押财产，抵押物处于不确定的状态，只有债务人不履行债务或当事人约定的事由发生时，抵押物才确定；第二，抵押权人对于抵押人在抵押期间处分的财产没有追及的权利，债权人只能就实现抵押权时确定的抵押财产享有优先受偿的权利。其五，浮动抵押是要式行为,我国《物权法》不承认以口头形式订立的浮动抵押协议。

学界认为对浮动抵押制度的设计意义在于以下几点：第一，有利于企业融资，促进经济发展。第二，有利于补充传统抵押的不足。传统抵押对于抵押物要求特定性和可预测性，而缺乏一定的灵活性，浮动抵押的出现相对而言弥补了传统固定抵押的缺憾。第三，有利于企业保持正常经营。浮动抵押设定后，抵押权实现之前，抵押人在正常的经营范围内可以对抵押财产进行使用、收益或处分，而不受抵押群人的干涉。而针对《物权法》第一百八十一条，司法实践以及学说存在诸多争议，而主要争议集中在对浮动抵押的设立主体和设立客体的范围的讨论上。

三、争议与述评

（一）浮动抵押的设立主体

根据《物权法》第181条的规定，动产浮动抵押的设立主体包括“企业、个体工商户以及农业生产经营者”。学界通说对设立主体一直有较大争议。部分学者坚持，动产浮动抵押的设立主体应仅限于公司，而不应包括个体工商户和农业生产经营者。根据立法者的初衷，设立动产浮动抵押制度的目的主要是为中小企业和农民融资提供便利，以促进其经济发展。但是良好的立法初衷与我国目前的现实状况有所出入。一方面，目前我国的大部分中小企业

和个体工商户、农业生产经营者规模有限、资产不足，且缺乏有效的监管，同时在我国目前信用制度尚未建立的情况下，债权期满后债权人的担保权能否真正实现还未可知。另一方面，从立法现状上看，当前我国我国《物权法》仅在第 181 条、第 189 条以及第 196 条规定了浮动抵押，而对保护抵押权人利益的相应配套制度是缺乏的，在这种情况下，浮动抵押的主体范围的扩大或许将给抵押权人带来严酷的经济风险。在梁慧星教授的建议稿的第 352 条[4],和王利明教授的建议稿第 1035 条同样规定了浮动抵押的设立主体为公司法人。[5]

另一些学者则认为,动产浮动抵押的主体范围应当扩大，甚至不应当以法律来进行限制。持这种观点的学者认为，在市场经济环境下，浮动抵押的主体应当由市场自主决定，赋予每个市场主体平等地创设浮动抵押的权利，用法律来限制市场主体浮动抵押的资格是不适当的。

在笔者看来，在保护交易安全的视角下，抵押人的范围应当受到限制。在实践中，大量的有限责任公司相比于股份公司尤其是上市公司，对浮动抵押有着更加迫切的需求，前者缺乏直接融资的渠道，其融资主要来源于债权，而后者可以通过发行股份来获得企业融资。因此浮动抵押的制度价值应当更多的体现在对中小企业的融资需求的关注上，故浮动抵押的设立主体应限定为公司。

（二）浮动抵押的设立客体

我国《物权法》第 181 条只规定了“生产设备、原材料、半成品、产品”可以作为浮动抵押的设定客体。学界对浮动抵押的设立主体的范围存在争议。

部分学者认为，把不动产以及知识产权、股票票据等证券债权和普通债权排除在浮动抵押的标的物之外，不利于企业融资。浮动抵押的设立目的是为了给中小企业融资提供渠道，而浮动抵押与普通抵押相比的最大优势在于把企业的全部财产作为一个整体抵押物从而获得更大的融资额度。而我国《物权法》第 181 条对浮动抵押的设立客体的限制同时一定程度上限制了企业获得融资的额度。毕竟不动产、知识产权及其它无形资产实际上比“生产设备、原材料、半成品、产品”对企业的融资额度增加具有更大意义，同时也更容易受到行业规制。对浮动抵押标的物的范围限制使企业资产中占更大价值比例的不动产资产被浮动抵押拒之门外，而无法通过浮动抵押融资，这将很大程度上使浮动抵押在实践中应用范围受限，而无法实现立法者制度设计的应有价值。对于此，一些学者提出了把企业的“全部财产”计入浮动抵押的设立客体的范围内的建议。

另外一部分学者则认为，目前我国法律对浮动抵押的设立客体的规定有其合理性。大致有如下理由：第一，企业对“将有”财产的抵押范围主要是“生产设备、原材料、半成品和产品”，特别是商业公司将来的财产也主要局限于“半成品和成品”。因此我国目前对于浮动抵押的设立客体的范围没有必要扩大至企业的全部财产，只需要限定于企业的部分财产即为合理。第二，由于浮动抵押人可以自由处分浮动抵押物，故抵押权人的权利实现有其风险，

[4] 梁慧星主编：《中国物权法草案建议稿条文、说明、理由与参考立法例》，社会科学文献出版社 2000 年版，第 688 页。

[5] 王利明主编：《中国民法典学者建议稿及立法理由（物权编）》，法律出版社 2005 年版，第 450 页。

对此将更多不确定的财产纳入浮动抵押的标的物范围实际上更不利于抵押权人的交易安全。

第三，我国《物权法》规定了对动产和不动产在设立担保物权时有不同的公示制度，鉴于此，对于企业的“全部财产”或“部分财产”的一并抵押将无法实现，故浮动抵押的客体只能限于动产而不能及于不动产。然而，根据《物权法》的规定，《物权法》第 180 条第四款的内容“生产设备、原材料、半成品、产品”实际上就是《物权法》第 181 条的浮动抵押的设立客体，同时《物权法》180 条也规定抵押人可以将前款所列财产一并抵押，由此立法已然规定了浮动抵押的设立客体可以一并抵押。故立法规定了对不同财产的不同的公示方法实际上并没有阻碍“一并抵押”这一法律行为，以公示方式不同而对现存法律对浮动抵押客体的范围进行限制显然只是一种托词。

笔者认为，根据浮动抵押的的设立目的便利企业融资来看，制度设计显然是为了降低不同财产分别抵押的成本，减轻企业负担。而按照目前我国《物权法》的规定，一般企业如果想要把企业全部财产都纳入抵押范围以获得更大融资的话，只能采取混合抵押的方式，需要先区分动产抵押和不动产抵押，再区分特殊动产和可浮动抵押的动产，最后进行浮动抵押。这显然增加了抵押人的成本。因此，笔者认为浮动抵押的设立客体应当适当扩大。

对《物权法》第182条的述评

第一百八十二条：以建筑物抵押的，该建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押。以建设用地使用权抵押的，该土地上的建筑物一并抵押。
抵押人未依照前款规定一并抵押的，未抵押的财产视为一并抵押。

一、周边法源

（一）法律

1、《担保法》

第三十六条　以依法取得的国有土地上的房屋抵押的，该房屋占用范围内的国有土地使用权同时抵押。

以出让方式取得的国有土地使用权抵押的，应当将抵押时该国有土地上的房屋同时抵押。

2、《城市房地产管理法》

第四十八条　依法取得的房屋所有权连同该房屋占用范围内的土地使用权，可以设定抵押权。

以出让方式取得的土地使用权，可以设定抵押权。

（二）行政法规

1、《国有土地出让和转让暂行条例》

第　　条　土地使用权抵押时，其地上建筑物、其他附着物抵押时，其使用范围内的土地使用权随之抵押。

2、《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》

第三十三条　土地使用权抵押时，其地上建筑物、其他附着物随之抵押。地上建筑物、其他附着物抵押时，其使用范围内的土地使用权随之抵押。

二、条文释义

本条是关于房地产抵押关系的规定。

房地权一并抵押。虽然在法律上建筑物与其占地范围内的建设用地使用权是两个物，但是我国采房随地走、地随房走的原则，即这两个物必须一并转让、一并抵押。以建筑物抵押的，该建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押；以建设用地使用权抵押的，该土地上的建筑物一并抵押；抵押人未将建筑物及建设用地使用权一并抵押的，为抵押的财产视为一并抵押。

（一）视为一并抵押

本条规定：以建筑物抵押的，应当将该建筑物“占用范围内”的建设用地使用权一并抵押（即不仅办理房屋的抵押登记，还要办理房屋占用范围内的建设用地使用权的抵押登记）；以建设用地使用权登记的，应当将土地上“已有”的构筑物一并抵押。抵押人未依照前述规定一并抵押的，为抵押的财产“视为一并抵押”。所谓“视为一并抵押”，指（1）只办理建筑物的抵押登记，未办理建设用地使用权的抵押登记的，视为建筑物占用范围内建设用地使

用权“已经办理了抵押登记”；（2）同样，只办理了建设用地使用权抵押登记，而未办理土地上已有建筑物抵押登记的，也视为土地上已有的建筑物“已办理了抵押登记”。在此意义上，可以说《物权法》第182条是第187条的例外。

“视为一并抵押”的效果在于：往往形成重复抵押。例如，甲仅有一栋楼房，为了融资，甲于4月1日将该房屋抵押给乙，仅办理了房屋抵押登记。4月20日甲又将建造该楼房的建设用地抵押给丙，仅办理了建设用地使用权抵押登记。（1）4月1日，乙同时取得房屋及房屋占用范围内的建设用地使用权之抵押权（第一顺位）。（2）4月20日，丙同时取得建设用地使用权及房屋之抵押权（第二顺位）。（3）此两个“视为一并抵押”就导致房屋及房屋占用范围内的建设用地使用权均构成重复抵押，乙第一顺位，丙第二顺位。（4）仅房屋占用范围之外的建设用地由丙单独享有抵押权。

（二）土地上新增的房屋不属于一并抵押的范围，但属于“一并处分”的范围

根据《物权法》第200条的规定，（1）建设用地使用权“抵押后”，土地上新增的建筑物不属于抵押财产。（2）实现该建设用地使用权上的抵押权时，应当将该土地上新增的建筑物与建设用地使用权“一并处分”，但新增建筑物所得价款，抵押人物权优先受偿。例如，为了融资，甲将自己的建设用地使用权抵押给乙，向乙借款1000万（无利息），并办理了抵押登记。后甲在该建设用地上建造房屋。现甲不履行到期还款义务，乙行使抵押权。（1）乙对于土地上的房屋不享有抵押权，但乙行使自己的抵押权时可以将房屋与土地一并拍卖。（2）在技术上，应分别计算土地拍卖的金额与房屋拍卖的金额，乙对房屋拍卖的金额不享有优先受偿权。（3）若土地与房屋共拍卖了1500万（经评估师计算土地700万，房屋800万），乙仅对700万元享有优先受偿权，对房屋变卖的800万元乙不享有优先受偿权，因为房屋并非抵押权的客体。

（三）乡村企业建筑物抵押时“地随房走”，但“房不随地走”

根据《物权法》183条、201条的规定：（1）乡镇、村企业的集体建设用地使用权不得单独抵押。（2）以乡镇、村企业的厂房等建筑物抵押的，其占用范围内的集体建设用地使用权一并抵押。实现抵押权后，未经法定程序，不得改变土地所有权的性质和土地用途。

三、争点与述评

（一）关于房地一体关系究竟应采何种模式

虽然土地使用权和房屋所有权必须同属于一个主体，在法律模式上至少可以有两种。第一种模式，在终局状态上、静态上两种权利同属于一个主体，建设用地使用权与房屋所有权可分别设定抵押权，并且抵押权仅及于各自的标的，不及于另一个标的如土地使用权抵押给甲，房屋所有权抵押给乙，土地使用权上的抵押权仅及于土地使用权，不及于房屋所有权但在行使抵押权，变卖或者拍卖两种权利时，取得土地使用权和地上房屋所有权的主体必须是同一的。第二种模式是在交易上土地使用权和房屋所有权一并处分，如果当事人对于两者分别进行抵押，两个抵押权分别及于两个标的，按照抵押的时间先后确定抵押权的顺位。崔建

远教授认为，第一种模式在理论上和效益上具有优势，我国物权法应采取第一种模式[6]；王闯认为，建设用地使用权之上的既有房屋和新增房屋并无区别，正如新增房屋与其占用范围内的建设用地使用权可以分割一样，既有房屋与其占用范围内的建设用地使用权分别设定抵押的实质是进行抵押物的价值分割，各抵押权人仅分别就其设定抵押权的抵押财产享有优先受偿权，只是在实现抵押权时，均得对房地进行一体变现。[7]第二种模式是我国的通说，多数学者认为，多数学者认为，物权法的规定已经十分明确，房地必须一并抵押，未一并抵押的视为一并抵押，不允许房地分别抵押。[8]笔者认为，第一种模式虽然可以充分发挥财产的抵押担保融资功能，但是会造成法律关系的复杂化，当事人之间的关系难以协调，增加实现抵押权的成本，第二种模式更为合适妥当。

（二）房地一致原则在法理上的不同解释

第一种观点（笔者称之为主从物说）借鉴德国民法中土地所有权与建筑物所有权关系的一元主义立法模式，将其解释为主物与从物之关系，认为对主物的转让与抵押，其效力当然及于从物。并认为土地使用权和建筑物之间的主从位置是可以相互转换的，究竟谁主谁从关键要看哪一个是具体民事法律关系的客体。

第二种观点（笔者称为两权捆绑说）借鉴日本民法将土地和定着物都确定为独立的不动产的二元主义立法模式，认为我国法律一方面对土地与房屋均承认其为各自独立的物权，由土地与房产管理部门分别登记并发放土地使用权与房屋所权权利证书及他项权利证书，另一方面，又强行将其捆绑在一起，要求作为一个整体进行交易。持该种学说的学者在对抵押权的解释上又存在着两种不同的观点，一种观点认为建筑物上设定抵押时其占用范围内的国有土地使用权也同时依法律的规定设定了法定抵押权，反之亦然（笔者称为法定抵押权说）。另一种观点认为解释上可以认为其构成共同抵押，抵押人应当以性质有所不同但不可分离的不动产和不动产权利共同设定抵押权（笔者称为共同抵押权说）。

第三种观点（笔者称为整体说）认为我国现行立法既不认为土地与建筑物是独立的物权客体，也不认为建筑物附属于土地或者土地附属于建筑物，而是认为房屋与土地只能是一个整体，其名为房地产。

笔者认为主从物说过于牵强，德国民法典第 94 条第 1 款中的“土地的必要组成部分为固定于土地的物，特别是建筑物以及与土地尚未分离的出产物”，如果单纯是房随地走，尚且与这一规定相吻合，而我国法律实际上又同时规定了德国民法中从未有过的地随房走的原则。以主从物的位置可以互换进行解释有违人们的常识，因为主物从物一般应是人们根据常识可以辨认的，往往体现在功能与经济价值上的明显差异。而以具体的民事法律关系来作为判断标准，实际上赋予了当事人和法官相当大的随意解释权，极易导致同样的案件出现因人

[6]崔建远：《抵押权探微》，《法学》2004 年第 4 期。
[7]王闯：《规则冲突与制度创新（中）——以物权法与担保法及其解释的比较为中心而展开》，《人民法院报》2007 年 6 月 27 日第 6 版。
[8]梁慧星：《民事审判实践中的法律问题（下）》，来源于：http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Db=art&Gid=335621793&keyword=&EncodingName=&Search_Mode=，访问于 2015 年 8 月 19 日。刘保玉：《我国担保物权制度的立法改进与规则完善》，《公民与法》2012 年第 7 期。

而异的裁判结果。当事人往往会选择有利于自己的解释，而在得不到法官的认同时，往往会对司法的公正产生怀疑，而法官实际上也很难向当事人解释清楚为什么当事人选择的解释是错误的，只有他的解释才是正确的。不仅如此，当事人如果想规避法律对某些土地使用权或建筑物的限制或者想损害其他权利人的利益，这种标准往往也给他们以可趁之机。

而两权捆绑说，不论在抵押权问题上采法定抵押权说还是共同抵押权说，解释上虽与我国不动产登记制度的现状相吻合，但与物权法第十条第二款规定要建立的统一登记制度的精神并不一致。且两权捆绑说的立论基础仍然是建筑物所有权与土地使用权的各自独立，现实中一旦发生房地权利分离的现象，两权捆绑说很自然地会诱导他人采取两权独立的处理方法，例如在出现当事人只登记了土地使用权的抵押而未办理房屋所有权抵押时，司法实践中，有人在适用担保法第三十六条第二款时，就理所当然地认为土地使用权和地上建筑物分别为独立的不动产，土地使用权抵押的效力不能当然及于地上建筑物，从而认定抵押权人不能对地上建筑物享有优先受偿权。而物权法为了澄清此点，特别于第一百八十二条第二款作出规定：“抵押人未依照前款规定一并抵押的，未抵押的财产视为一并抵押。”可见两权捆绑说是不符合物权法的立法本意的。

相比之下，整体说的解释最符合我国物权法规定的房地一致原则。只是，在实践中如何贯彻执行这一原则，处理好目前客观存在的若干房地分离现象，还需要发挥实务界的聪明才智。

（三）房地分别抵押是否有效

我国对房地产分别抵押问题的评议大体有两种观点，其一，分别抵押无效说。我国立法在处理房地关系时采取的是“房随地走，地随房走”的原则，要求土地使用权的主体和地上建筑物及其他附着物所有权的主体保持同一。因为土地是任何房产的基础，是土地之上建筑物的本质组成部分，离开土地的建筑物不具备法律上的独立性，不能独自构成抵押标的。若土地使用权单独抵押而土地上的建筑物不进行抵押，就可能出现土地使用权与建筑物所有权主体不一致的情形，从而发生权利的冲突与摩擦，不利于物的有序利用和社会秩序的稳定。有的学者认为，抵押人将房地分别抵押给两个债权人，各个债权人均各自获得房地的共同抵押权，并且按照抵押登记的时间顺序就房地产的整体变化有限受偿，从而形成重复抵押关系。

另一种观点，分别抵押有效说。有学者认为，土地使用权与土地上房屋或者其他建筑物可以单独抵押，也可以一并抵押。房屋与土地是两个独立的物，房屋与土地均各自具有独立的交换价值。抵押人将房屋与土地使用权分别抵押给不同的抵押权人的抵押合同，只要是双方真实意思表示，经过登记均应认为有效。这种制度符合物权公示原则，体现了当事人的意思自治，符合房与地独立性原则，并能做到物尽其用，同时还利于融资。随着对资源利用效率的提高，对于土地使用权和建设用地使用权的处分作一体化的要求，将不利于对不动产的有效利用，不利于鼓励交易。

综上所述，学界的主流观点为“分别抵押无效”，即房屋与土地不可分离，设定土地使用权抵押应同时设定房屋抵押；反之亦然。土地使用权和房屋分别抵押给不同的债权人，抵

押合同无效。这种观点强调了土地使用权与房屋天然的使用关系。在我国城市土地所有制不可更改的前提下，房屋依赖与建设用地使用权而存在。如果将土地使用权和房屋分别抵押，那么在实现抵押权时，房屋和土地被不同的主体取得，将使房屋所有权失去土地所有权的支撑而成为违章建筑。基于房屋所有权与土地所有权的这种紧密的依附关系，我国法律、实务界和学者大都支持“房随地走”和“地随房走”的双向原则。

四、相关案例裁判要旨

对《物权法》第183条的述评

第一百八十三条：乡镇、村企业的建设用地使用权不得单独抵押。以乡镇、村企业的厂房等建筑物抵押的，其占用范围内的建设用地使用权一并抵押。

一、周边法源

《担保法》

第三十六条第三款　乡（镇）、村企业的土地使用权不得单独抵押。以乡（镇）、村企业的厂房等建筑物抵押的，其占用范围内的土地使用权同时抵押。

二、 条文释义

乡镇、村企有的建设用地使用权不得单独抵押；以乡镇、村企业的厂房等建筑物抵押的，其占用范围内的建设用地使用权一并抵押。但是，建设用地使用权抵押后，该土地上新增的建筑物不属于抵押财产；该建设用地使用权实现抵押权时，应当将该土地上新增的建筑物与建设用地使用权一并处分，但新增建筑物所得价款，抵押权人无权优先受偿。

我国对耕地实行特别保护，严格限制农用地转为建设用地。只有三种情形可以适用集体土地：农村居民建房所需宅基地；兴办乡镇企业以及乡镇、村庄公共设施和公益事业用地。除此之外，任何单位和个人需要适用土地，必须通过一定程序申请适用国有建设用地。由于抵押权的实现会带来建设用地使用权转让的后果，对农村建设用地的抵押不作任何限制，可能出现规避法律，以抵押为名，目的在于将农村集体所有的土地直接转为城市建设用地的情况。为了从严控制农村集体所有的土地的转让，又为农村工业化发展创造必要的条件，本条规定：“乡镇、村企业的建设用地使用权不得单独抵押。以乡镇、村企业的厂房等建筑物抵押的，其占用范围内的土地使用权一并抵押。”也就是说，乡镇、村企业不能仅以集体所有的建设用地使用权抵押，但可以将乡镇、村企业的厂房等建筑物抵押，以厂房等建筑物抵押的，其占用范围内的建设用地使用权一并抵押。

法律虽然允许乡镇、村企业的建设用地使用权随厂房等建筑物一并抵押，但对实现抵押权后土地的性质和用途做了限制性规定。本法第二百零一条规定，以乡镇、村企业的厂房等建筑物占用范围内的建设用地使用权抵押的，实现抵押权后，未经法定程序不得改变土地所有权的性质和土地的用途。也就是说，即使乡镇、村企业的建设用地使用权随其厂房等建筑物被拍卖了，受让的土地仍然属于农村集体所有。如果该土地原为工业用途，未经有关部门批准，买受人不能将该土地用于商业、旅游和住宅建设。

三、裁判要点

案例1：江苏新澄特钢集团公司诉上海爱使股份有限公司确认抵押合同效力案（江苏省江阴市人民法院（2009）澄民一初字第3628号判决书）

裁判要旨：江阴市人民法院经审理认为：新澄集团将集体土地建设用地使用权抵押给爱使股份，属于单独抵押，虽办理了抵押登记，但违反了《担保法》、《物权法》关于“乡（镇）、

村企业的集体土地使用权不得单独抵押”的强制性规定，双方所签订的抵押合同无效。依照《中华人民共和国担保法》第三十六条、《中华人民共和国物权法》第一百八十三条、《中华人民共和国合同法》第五十二条第（五）项判决：江苏新澄特钢集团公司与上海爱使股份有限公司于1999年4月5日签订的土地使用权抵押合同无效。

江苏省江阴市法院认为《物权法》第一百八十三条关于“乡镇、村企业的建设用地使用权不得单独抵押”的规定是法律所规定的强制性效力性规定，违反该规定抵押合同无效，由于我国不承认物权行为的无因性，那么在集体建设用地上的抵押权自然无效，该法院的判决值得肯定，对于以后的类似案件具有重要的指导意义。

对《物权法》第184条的评述

第一百八十四条　【禁止抵押】下列财产不得抵押：

（一）土地所有权；

（二）耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权，但法律规定可以抵押的除外；

（三）学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施；

（四）所有权、使用权不明或者有争议的财产；

（五）依法被查封、扣押、监管的财产；

（六）法律、行政法规规定不得抵押的其他财产。

一、周边法源

（一）法律

1、《担保法》

第三十七条　下列财产不得抵押：

（一）土地所有权；

（二）耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权，但本法第三十四条第（五）项、第三十六条第三款规定的除外；

（三）学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施；

（四）所有权、使用权不明或者有争议的财产；

（五）依法被查封、扣押、监管的财产；

（六）依法不得抵押的其他财产。

第四十八条　以法定程序确认为违法、违章的建筑物抵押的，抵押无效。

第五十二条　当事人以农作物和与其尚未分离的土地使用权同时抵押的，土地使用权部分的抵押无效。

（二）部门规章

《城市房屋权属登记管理办法》（自2001年8月15日起施行。自2008年7月1日起，被《房屋登记办法》（中华人民共和国建设部令第168号）废止）

第二十三条　有下列情形之一的，登记机关应当作出不予登记的决定：

（一）属于违章建筑的；

（二）属于临时建筑的；

（三）法律、法规规定的其他情形。

（三）司法解释

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》

第四十八条　以法定程序确认为违法、违章的建筑物抵押的，抵押无效。

二、条文释义

本条是关于禁止抵押的规定。

该条款为法律所明文规定的强制性规定，当事人违反该规定而签订抵押合同并进行抵押登记而无效，不能成立有效的抵押登记，抵押权人无权就抵押财产的价款获得优先受偿权。

根据本条规定，下列财产不得抵押：

（一） 土地所有权。

在我国土地归国家和集体所有，而不能为私人财产。土地所有权不得抵押，也就是不得以国家或集体所有的土地抵押，否则抵押合同无效。

（二） 耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权。

法律规定可以抵押的除外。这里的例外有两处：一是以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权可以抵押。二是乡镇、村企业的建设用地使用权不得单独抵押。以乡镇、村企业的厂房等建筑物抵押的，其占用范围内的建设用地使用权一并抵押。故只能“地随房走”，不能“房随地走”，而且以这两种财产进行抵押的，在实现抵押权后，未经法定程序不得改变土地集体所有和土地用途。

（三）学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他公益设施。

在我国，公益事业用地大多是以划拨方式取得，由于划拨土地使用权取得的价格要远低于市场价，以及划拨土地使用权没有最高使用年限限制等原因，划拨土地使用权的转让和抵押是受到严格限制的。但是根据《担保法司法解释》的规定，如果上述单位和团体，是以其教育实施、医疗卫生设施和其他社会公益设施以外的财产为自身债务设定抵押的，人民法院可以认定抵押有效。

（四）所有权、使用权不明或者有争议的财产

所有权、使用权不明，无法满足抵押财产特定性的要求，属于不适格抵押财产，如果允许对这些财产进行抵押，可能会侵害他人的所有权或者使用权。有争议的财产，争议尚未解决，也无法满足特定性要求，只有经过当事人之间协商或者经过公权力介入而成为确定性权利时才可作为抵押财产进行抵押。

（五）依法被查封、扣押、监管的财产

依法被查封、扣押财产，指人民法院或者行政机关依照法定程序采取强制措施将财产就地贴上封条或者运到另外的处所，不准任何人占有、使用或者处分。依法监管的财产，指行政机关依照法律规定监督、管理的财产。依法被查封、扣押、监管的财产，其合法性和最终归属处于不确定状态，不符合抵押财产特定性的要求，因此禁止以依法被查封、扣押、监管的财产抵押。

（六）法律、行政法规规定不得抵押的其他财产

与《担保法》的规定相比，《物权法》的规定的内容基本上没有发生变化，唯一的不同

在于《物权法》第六项的兜底条款限定于“法律与行政法规规定的不得抵押的其他财产”，而《担保法》限定于“依法不得抵押的其他财产”，显然，物权法的规定更为具体、确定、科学合理，只限于法律与行政法规，也就意味着相较于担保法扩张了可以作为抵押权客体的范围，尊重当事人的意思自治。

三、争点及评述

（一）农村土地承包经营权能否抵押

我国目前法律规定土地承包经营权可依法转让，然而针对家庭承包方式承包的土地禁止抵押。以家庭承包方式取得的农村土地承包经营权能否抵押，学界争议较大。

目前，农用地保障论是反对农村土地承包经营权抵押的重要观点。该学说认为，我国农村人口占全国总人口比例较大，加上我国农村的社会保障体系较弱，农民手中的土地是一种最稳定的特殊社会保障。如果法律允许农民抵押自己的农用地，当农民无法赎回的时候，必将对其基本生活造成巨大的威胁。禁止抵押能够从根本上保障农民的基本生产、生活条件，稳定农村生活和发展。另一种观点为耕地威胁论，即认为农村土地承包经营权抵押可能会对国家保护农用耕地政策造成威胁，所以不能放开农用地的抵押。假设土地承包经营权进行抵押，农户更多考虑的是利益最大化，而不考虑受让人受让土地之后对土地开发的途径和范围，当土地受让人不按照国家法律规定进行合法使用时，比如将农用地改变性质进行商业开发，势必会造成农用地的减少，破坏有限的农用地资源，引发粮食安全危机。

另一方支持的观点认为，现在我国农村产业结构已经改变，随着经济快速发展，广大农村地区除了农业生产，其就业渠道和方式越发多样化，旅游业等依托良好生态环境而发展起来的第三产业、绿色经济正在崛起，大大降低了农民对土地的依附性。土地对农民的束缚程度越来越低，其社会保障功能也逐渐被淡化了。另外，土地承包经营权抵押属于债的担保之一。实行土地承包经营权抵押，让农民有更多的投资选择，也是一种重要的融资担保方式。土地承包经营权人是否行使，看其选择，可以行使，也可以不行使，而并非必然综上。我们知道，当债务人能够偿债时，抵押权则并不会实现。抵押权的实现只能在抵押人无法清偿债务的情况下才得以实现。即便当抵押权实现时，也可以通过具体的制度设计，使原承包人（通过租回的方式）继续占有和使用土地。就算一些承包人失去承包地，也不会因此出现大规模的土地兼并和大量的失地农民。

四、相关案例裁判要旨

案例 1：程东生等诉武晓君抵押权案（北京市第二中级人民法院，（2011）民终字第 15089 号）

裁判要旨：二审法院认为，该合同符合借款抵押合同的法律特征。现程东生、贺玉兰依该合同起诉要求确认其中将房屋抵押的条款无效并要求返还房屋，属于当事人在合同履行中产生的争议，因此本案应属抵押合同纠纷。一审法院认定本案为抵押权纠纷但没有物权变动事实，本院对一审该认定予以调整。武晓君上诉主张本案为买卖合同纠纷，没有法律依据，不予支

持。

《中华人民共和国担保法》第三十七条规定，“下列财产不得抵押：……耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权……”；第四十条规定，“订立抵押合同时，抵押权人和抵押人在合同中不得约定在债务履行期届满抵押权人未受清偿时，抵押物的所有权转移为债权人所有”。程东生与武晓君签订的《借款及出卖房屋协议书》及此后贺玉兰与武晓君补签的协议书中关于“如到期1个月还不上此款，甲方愿意把密云城关季庄大队8间平房一个整院产权归乙方所有，甲方无条件退出”的条款，违反了《中华人民共和国担保法》的强制性规定，应当认定双方当事人的上述约定无效。

对《物权法》第185条述评

第一百八十五条：设立抵押权，当事人应当采取书面形式订立抵押合同。抵押合同一般包括下列条款：

（一）被担保债权的种类和数额；

（二）债务人履行债务的期限；

（三）抵押财产的名称、数量、质量、状况、所在地、所有权归属或者使用权归属；

（四）担保的范围。

一、周边法源

（一）法律

1、《担保法》

第三十八条　抵押人和抵押权人应当以书面形式订立抵押合同。

第三十九条　抵押合同应当包括以下内容：

（一）被担保的主债权种类、数额；

（二）债务人履行债务的期限；

（三）抵押物的名称、数量、质量、状况、所在地、所有权权属或者使用权权属；

（四）抵押担保的范围；

（五）当事人认为需要约定的其他事项。

抵押合同不完全具备前款规定内容的，可以补正。

2、《中华人民共和国城市房地产管理法》

第五十条　房地产抵押，抵押人和抵押权人应当签订书面抵押合同。

二、条文释义

本条是关于设立抵押权时订立抵押合同之规定的条款。

抵押合同是抵押人（通常是债权人）与抵押人（既可以是债务人也可以是第三人）签订的担保性质的合同。抵押人以一定的财物（可以是动产也可以是不动产）向抵押权人设定抵押担保，当债务人不能履行债务时，抵押权人可以依法以处分抵押物所得价款优先受偿。抵押合同首先是合同，以合同设立的民事法律关系之重点在于合同关系的相对性，即合同的权利义务仅在合同当事人之间产生；其次，抵押合同属于担保合同，其签订是实现抵押担保的前提，抵押担保的目的是为确保主债权的顺利实现而在特定物上设定担保，且债务人或者第三人不转移占有担保物，因此抵押合同时从属于主债务的合同，具有从属性；最后，抵押合同具有特定性，抵押物必须明确地在合同中注明，抵押范围必须特定，具体说来，抵押合同一般包括以下内容：

（一）被担保债权的种类和数额

被担保的债权的种类主要包括财物之债，例外可能包括劳务之债。所谓金钱之债是指以

给付一定数额的财物为标的债，所谓劳务之债是指以提供一定量的劳务为给付内容的债。被担保的债权的数额是指主债权的财物金额或者对劳务提供者支付的劳务费或者工资。

（二）债务人履行债务的期限

债务人履行债务的期限是指债务人履行其主合同约定义务的最后截止期限，超过该期限未履行，根据《物权法》第 179 条和 195 条之规定，就满足了实现抵押权的条件，抵押权人就可以和抵押人协商实现抵押权或者协商不成就可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。因此，债务履行期限非常重要，应当作为抵押合同的内容。

（三）抵押财产的名称、数量、质量、状况、所在地、所有权归属或者使用权归属

作为抵押权客体的抵押财产必须的特定的，有明确的权利归属，否则无法对其进行变现从而优先受偿。抵押财产的名称、数量、质量、状况、所在地以及所有权归属或者使用权归属能够是抵押财产特定化，因此这些要素同样重要，对于当事人是否最终决定以此设定抵押权具有重要影响。

（四）担保的范围

抵押财产担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现抵押权的费用。该范围只是法律规定的最大范围，至于当事人之间的担保范围，最终取决于当事人的约定，当事人可以约定只对主债权提供抵押担保，或者其他。主债权，指抵押权所担保的主合同产生的债权利息，指借贷合同中，资金使用人向出借人支付的费用。利息可以是法定的，利息可以由当事人约定，但不得超过法定标准（即不得超过百分之三十六，参见《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》），如果没有约定按照人民银行基准利率。违约金，指合同一方在不履行或不适当履行合同时，为违约行为支付的具有补偿性的金钱。损害赔偿金，指债务人因不履行债务或者不适当履行债务给债权人造成损害而支付的赔偿费用。实现抵押权的费用，指抵押权人因行使抵押权而支出的费用。比如拍卖、变卖抵押财产的费用而支付的拍卖费或者中介费等等。

该条款只是任意性规范，不具有强制性，只是在当事人没有约定或者约定不足时具有补充作用。除此之外，当事人还可以对该条款规定之外的事项如果当事人认为是必要的，也可以写入抵押合同，如纠纷解决条款等等。

三、争点与述评

（一）书面形式对于抵押合同的意义

针对该问题，学者们之间关于书面形式是抵押合同的成立要件、生效要件拟或证据效力具有争议。有学者认为，法定形式的要求属于合同的生效要件，合同违反法定形式的直接法律效果就是合同无效。“抵押行为不具备法律规定的形式要件，例如抵押合同不采用书面形式的，抵押权的设定不发生效力。”[9]有学者认为，抵押合同应采书面形式，但书面形式并非抵押合同的成立要件，抵押合同的书面形式仅具有证据效力。如果抵押当事人未采取书面形

[9]梁慧星主编：《中国物权法研究》，法律出版社 1998 年版，第 823 页。

式，但已经履行合同的，如办理了抵押登记，抵押合同仍然成立。[10]多数学者认为，我国法律规定的抵押合同为要式合同，在订立抵押合同时，除抵押人与抵押权人意思表示达成一致外，法律还要求当事人将该意思表示记载于书面上。书面形式是由法律规定的抵押当事人必须履行的特定方式，为抵押合同特有的要件，欠缺该法定形式，纵然当事人间在口头上已达成合意，法律也不承认该抵押合同的存在，抵押合同不能成立。[11]本文认为，抵押担保所涉金额较大，为免生争议，宜将书面形式作为抵押合同的成立要件，这也是法律的明文规定，不具备该形式，抵押合同即不成立。并且现实中登记部门一般要求当事人提供书面抵押合同，不提供一般不予以登记。

（二）无行为能力人订立抵押合同是否有效

合同若要有效成立，订立合同的当事人必须具有适格的主体资格。主体资格有瑕疵的，会影响到合同的效力。对于抵押合同来说，订立合同的当事人，应当具有相应的民事行为能力与权利能力。由于抵押合同是针对特定的财产设立抵押权的，因此，抵押人还应当是对抵押物有处分权利能力的人。

根据我国《民法通则》第二十条规定：“不满十周岁的未成年人是无民事行为能力人，由他的法定代理人代理民事活动。”《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》第六条规定：“无民事行为能力人、限制民事行为能力人接受奖励、赠与、报酬，他人不得以行为人无民事行为能力、限制行为能力为由，主张以上行为无效”。可见在我国无民事行为能力人作为抵押人与他人订立纯利益的合同，法律是认可其效力的。若无民事行为能力人与他人签订抵押合同而承担抵押担保的义务，显然，这样的合同非经其法定代理人追认是无效的。但是如果无行为能力人作为抵押权人与他人订立抵押合同是否有效？有学者认为无行为能力人作为抵押权人是一种获利益的行为，依前述条款，应认定其订立之抵押合同有效。但也有学者认为无民事行为能力人即使作为抵押权人，其订立的抵押合同也仍应认定为无效。原因如下：1、抵押合同只是主合同的从合同，抵押权人只有履行了主合同中的义务才会享有抵押权；2、最高人民法院“民法通则若干意见”中之规定了“奖励、赠与和报酬”三种情形，无民事行为能力人设立抵押权并不符合这一司法要求；3、无民事行为能力人可以从事与其年龄、智力相当的活动，但设立抵押权显然超越了其年龄和智力能理解的行为。

所以无民事行为能力人作为抵押权人，其订立的抵押合同也不应当认定有效。

四、相关案例裁判要旨

[10]郭明瑞：《担保法》（第二版），法律出版社 2004 年版，第 102 页。
[11]曹士兵：《中国担保诸问题的解决与展望——基于担保法及其司法解释》，中国法制出版社 2001 年版，第 183 页。

对《物权法》第186条评述

第一百八十六条：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。

一、周边法源

（一）法律

《担保法》

第四十条　订立抵押合同时，抵押权人和抵押人在合同中不得约定在债务履行期届满抵押权人未受清偿时，抵押物的所有权转移为债权人所有。

（二） 司法解释

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》

第五十七条　当事人在抵押合同中约定，债务履行届满抵押权人未受清偿时，抵押物的所有权转移为债务人所有的内容无效。该内容的无效不影响抵押合同其他部分内容的效力。

二、条文释义

本条是关于禁止流押的规定。

流抵押，又称流质契约，是指订立抵押合同时，抵押权人和抵押人在合同中约定，在债务履行期届满抵押权人未受清偿时，抵押物的所有权转移为债权人所有的契约。《担保法》规定明文禁止抵押当事人订立流质契约。法律禁止流质契约主要是为了保护抵押人的利益。在设定抵押权时，抵押人处于需求者的地位，一些抵押人出于急需，可能不惜以自己价值很高的抵押物去为价值低于抵押物的债权担保。如果允许抵押权人和抵押人在订立合同时约定，在债务履行期届满抵押权人未受清偿时，抵押物的所有权转移为债权人所有，那么，一些抵押人为了眼前的急迫需要，就可能作出不利于自己的选择。我国《担保法》对于流押合同采取了禁止的态度，我国《物权法》仍然延续了这一做法，不过《物权法》对于《担保法》进行了改进，将不得约定的时间延长至“债务履行期届满前”。虽然法律规定不得在履行期届满前约定抵押财产归抵押权人所有，但是履行期届满后抵押权人未获清偿满足实现抵押权的条件，此时抵押人与抵押权人可以约定抵押财产归抵押权人所有，不过该约定应参考市场价格，否则损害第三人利益，第三人可以在知道撤销事由之日起1年内可以撤销（物权法第195条）。

当事人在抵押合同中约定，债务履行期届满抵押权人未受清偿时，抵押物的所有权转移为债权人所有的内容无效。但该内容的无效不影响抵押合同其他部分内容的效力，抵押合同其他部分内容对当事人仍有约束力。司法实践中，当事人在签订抵押合同时即约定，债务履行期届满抵押权人未受清偿的，抵押权人有权直接委托拍卖机构拍卖抵押物。这种约定不是通过私力转移抵押物的所有权，不属于流质契约。抵押权的行使必须依照法定程序，或者通过与抵押人协议，或者通过向法院提起诉讼来行使。因此，当事人约定直接由拍卖机构拍卖抵押物的协议应当有效。

三、争点与述评

（一）是否应当完全禁止流押

包括我国在内的相当一部分大陆法系国家和地区的立法均禁止流质条款，究其原因，大体上可归纳出如下四项理由：第一，保护担保人的利益。有学者认为为：“债务人与债权人，从来就是经济生活中两大对立的阵营，二者相较，债权人之经济地位往往较债务人为优，即债务人系经济上的弱者，而债权人则通常为经济上的强者。债务人之借贷，每每为急迫困窘之时，债权人多利用债务人此一时穷迫，未遑熟虑之机，借助契约自由主义，逼使订立流质契约。”也就是说，担保人在处于弱势地位进行借贷抵押时，若允许流押条款，则事实上违背了公平交易原则，对担保人造成了损害；第二，保护担保人的其他债权人的利益。该观点认为担保物权人本来只能在受担保的债权范围内就担保物交换价值优先受偿，若担保物的交换价值大于被担保债权，担保物权人优先受偿后的剩余部分应返还给担保人，并作为担保人的责任财产，确保其他债权人受偿。如果法律允许流质条款，担保人和担保物权人就可能恶意串通，通过订立流质条款这种合法的方式，逃避担保人对其他债权人的债务，最终损害其他债权人的利益。第三，彰显担保物权本质。担保物权是以担保物的交换价值为基础设定的他物权，旨在确保主债权的清偿，而非以取得担保物的所有权为目的。因此，在担保合同中约定债权届期不能清偿时债权人可不经任何清算程序直接取得担保物的所有权，与担保物权的本质和功能不符。[11]

也有学者质疑上述观点，认为前述禁止流质条款的各项理由很难成立。因为法律上承认流质条款并不会必然违背担保物权的本质和特征。因为担保物权旨在担保债权实现，而非以取得担保物所有权为目的，并不妨碍担保物权人以取得担保物所有权的手段，实现担保债权受清偿的目的。例如，在债务到期未获履行时，担保人完全可以和担保物权人协商以担保物折价，使担保物权人取得担保物所有权而相应地消灭担保物权及其所担保的债权。而事实上，在担保物权通过折价的方式实行时，从来没有人以担保物权人取得担保物所有权为由对其合理性提出质疑，也从来没有人因此认为通过折价实现的担保物权失去了其应有的纯洁性。与折价稍有不同，流质条款虽在债务履行期限届满前即已达成，但其毕竟只是担保合同中的一项条款，并在整体上从属于担保债权实现的目的，而并非一项以担保物为标的之买卖协议。当担保物的价值远远高于被担保债权额时，更是彰显而非弱化了其担保意义，毕竟理智的担保人不可能进行对自己如此不利的买卖交易，其签订流质条款向债权人传递了以下信息：自己（担保人为债务人时）将会不遗余力地履行债务或相信债务人（担保人为物上保证人时）将会不遗余力地履行债务，从而避免对自己重大不利的流质条款发生效力。如此一来，流质条款不仅在债务人届期不履行债务时能起到替代履行的作用，而且在担保物权存续期间能自始至终给担保人和债务人以强大的精神压力，迫使其主动履行债务，从而在事前与事后两个环节将担保物权的作用发挥得淋漓尽致。

四、裁判要点

案例 1：广西嘉美房地产开发有限责任公司与杨伟鹏商品房买卖合同纠纷申请案（最高人民法院，(2013)民提字第 135 号判决书）

裁判要旨：最高人民法院认为，《物权法》第一百八十六条规定："抵押权人在债务履行期限届满前，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。"该规定主要是基于平衡双方当事人利益的考虑，防止居于优势地位的债权人牟取不当暴利，损害债务人特别是其他债权人的利益。尽管本案中双方当事人签订《商品房买卖合同》并办理商品房备案登记的行为并不导致抵押权的成立，但足以在双方当事人之间成立一种非典型的担保关系。既然属于担保，就应遵循物权法有关禁止流质的原则，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。

在该案中并没有流押条款，只是最高人民法院将该种非典型担保类推适用《物权法》第一百八十六条流押条款的规定，从这一角度也可以看出最高人民法院严格遵循《物权法》的规定，不承认流押条款的效力。

案例 2：嘉和泰公司与朱某买卖商品房借款抵押合同纠纷（最高人民法院，（2011）民提字第 344 号民事判决）

裁判要旨：山西省高级法院认为，双方是民间借贷而非商品房买卖关系不当，应予纠正。借款协议中"如到期不能偿还，嘉和泰公司将用抵押物抵顶借款，双方互不再支付对方任何款项"的约定，并非法律上禁止的流押条款。首先，上述条款并非嘉禾泰公司到期不能偿还借款，合同所述抵押物所有权转移为朱某所有；其次，双方在借款协议中约定以签订商品房买卖合同的形式为该协议提供担保，并附设了商品房买卖合同的解除条件，该约定并不违反法律、行政法规的强制规定，均符合双方意思。

案例 3：杨某与嘉美公司房屋买卖合同抵押条款认定纠纷（最高人民法院，（2013）民提字第 135 号民事判决）

裁判要旨：最高院再审后认为，双方签订商品房买卖合同的真实意思是嘉美公司因向杨某借款而签订该合同的方式以及合同项下的房屋提供担保，并非向杨某出售房屋。双方签订合同并办理商品房备案登记的行为应认定为典型的担保方式，应遵循物权法有关禁止流质的原则，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。对于债权人主张依该合同取得合同项下房屋的请求不予支持。

对《物权法》第 187 条的评述

第一百八十七条：以本法第一百八十条第一款第一项至第三项规定的财产或者第五项规定的正在建造的建筑物抵押的，应当办理抵押登记。抵押权自登记时设立。

一、周边法源

（一）法律

《担保法》

第四十一条　当事人以本法第四十二条规定的财产抵押的，应当办理抵押物登记，抵押合同自登记之日起生效。

第四十三条　当事人以其他财产抵押的，可以自愿办理抵押物登记，抵押合同自签订之日起生效。

当事人未办理抵押物登记的，不得对抗第三人。当事人办理抵押物登记的，登记部门为抵押人所在地的公证部门。

（二）部门规章

1、《土地登记办法》

第三十六条　依法抵押土地使用权的，抵押权人和抵押人应当持土地权利证书、主债权债务合同、抵押合同以及相关证明材料，申请土地使用权抵押登记。

同一宗地多次抵押的，以抵押登记申请先后为序办理抵押登记。

符合抵押登记条件的，国土资源行政主管部门应当将抵押合同约定的有关事项在土地登记簿和土地权利证书上加以记载，并向抵押权人颁发土地他项权利证明书。申请登记的抵押为最高额抵押的，应当记载所担保的最高债权额、最高额抵押的期间等内容。

2、《个人住房贷款管理办法》

第十七条　以房地产作抵押的，抵押人和抵押权人应当签订书面抵押合同，并于放款前向县级以上地方人民政府规定的部门办理抵押登记手续。抵押合同的有关内容按照《中华人民共和国担保法》第三十九条的规定确定。

（三）司法解释

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》

第五十九条　当事人办理抵押物登记手续时，因登记部门的原因致使其无法办理抵押物登记，抵押人向债权人交付权利凭证的，可以认定债权人对该财产有优先受偿权。但是，未办理抵押物登记的，不得对抗第三人。

二、条文释义

本条是关于不动产抵押登记的规定。

抵押权的取得，包括基于法律行为的取得，及基于法律行为以外的法律事实的取得。前

者包括创设的取得和移转的取得。后者如法定继承的 取得--被抵押权担保的主债权作为一种可以继承的财产权，可以被依法继承，而抵押权随同主债权由继承人取得。登记是不动产物权及其变动的公示方法。抵押权的绝对性和对世效力即来源于登记。而抵押过程中的债权行为，即抵押合同，是当事人约定双方设定抵押权且抵押人协同抵押权人办理抵押权登记的双方行为，只约束双方当事人，没有对世效力。

（一） 不动产抵押登记种类

根据本条的规定，需要办理抵押登记的客体为：

1、建筑物和其他地上附着物；

以房地产为例，当事人以房地产抵押的，应当办理房地产抵押登记。房地产抵押权自抵押登记之日起生效。在我国，房地产抵押包括了房产的抵押和地产的抵押。房地产抵押登记包括了房产抵押登记和土地使用权抵押的登记。我国《城市房地产抵押管理办法》规定，当事人应当在房地产抵押合同签订之日起 30 日内到房地产所在地的房地产管理部门办理房地产抵押登记。超过 30 日期限的，房地产抵押登记部门有权拒绝当事人的登记申请。

2、建设用地使用权；

《物权法》规定，以有地上定着物的土地使用权抵押的，当事人应当办理抵押物登记，抵押合同自签定之日起生效，但未经登记的土地使用权的抵押权不受法律保护。土地使用权抵押登记机关为县级以上地方人民政府土地管理部门。土地使用权抵押登记以土地使用权登记为基础，并遵循登记机关一致的原则。异地抵押的，必须到土地所在地的原土地使用权登记机关办理抵押登记。

3、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；

4、正在建造的房屋。

在建工程抵押是指，抵押人为取得在建工程继续建造资金的贷款，以其合法方式取得的土地使用权连同在建工程的资产，以不转移占有的方式抵押给贷款银行作为偿还贷款的担保的行为。在建工程抵押与预售商品房屋抵押一样，都要用抵押物登记的方法来使尚未竣工的房屋抵押转换成现实的房屋抵押。以在建工程抵押的，登记机关应当在抵押合同上作记载。抵押的房地产在抵押期间竣工的，当事人应当在抵押人领取房地产权属证书后，重新办理房地产抵押登记。

（二）抵押登记

关于不动产抵押，我国采取登记生效主义，不仅要求当事人之间订立抵押合同，还要进行登记公示，登记公示完毕不动产抵押才生效，如果仅签订了抵押合同而未办理抵押登记，那么不动产抵押不成立，债权人不享有优先受偿权，其只能依据抵押合同要求其协助办理不动产抵押登记或者抵押人承担违约责任。

抵押权作为一项担保物权，由当事人自愿设定。当事人设定抵押权，应当订立书面抵押合同，《担保法》规定，以法律规定要办理抵押物登记的财产抵押的，抵押合同自登记之日起生效，抵押合同在办理抵押物登记之前不具有法律效力。《物权法》修正了这一规定，抵

押登记不再作为抵押合同的生效要件，而是抵押权的设立要件或者对抗要件。

具体来讲，依据《物权法》的有关规定，对于建筑物及其他土地附着物，建设用地使用权，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或者正在建造的建筑物等财产设定抵押的，抵押权登记是抵押权设立要件，未经登记抵押权不成立；而以生产设备，原材料，半成品，产品，交通工具，正在建造的船舶、航空器等财产设定抵押的，抵押权登记是抵押权的对抗要件，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。可见，《物权法》区分了抵押合同生效与抵押权设立，彻底修改了《担保法》的相关规定，抵押权设立与抵押合同生效不再混为一谈，登记不再是抵押合同的生效要件，而独立出来成为抵押权的设立要件或者对抗要件，使得本部分的法理逻辑更加顺畅合理。

（三）不动产登记的法律意义

不动产登记的法律意义主要体现在三个方面：第一，权利正确性推定作用。即登记权利发挥着表现实际权利的正确性作用；第二，公信作用。登记权利具有法律规定并加以保护的公共信服力；第三、顺位保护作用。即不动产权在不动产登记簿上所占据的以登记的时间先后确定顺序上的位置。

三、 相关案例裁判要旨

对《物权法》第188条述评

《物权法》第一百八十八条：以本法第一百八十条第一款第四项、第六项规定的财产或者第五项规定的正在建造的船舶、航空器抵押的，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。

一、周边法源

（一）法律

1、《担保法》

第四十一条：当事人以本法第四十二条规定的财产抵押的，应当办理抵押物登记，抵押合同自登记之日起生效。

第四十二条：办理抵押物登记的部门如下：

（一）以无地上定着物的土地使用权抵押的，为核发土地使用权证书的土地管理部门；

（二）以城市房地产或者乡（镇）、村企业的厂房等建筑物抵押的，为县级以上地方人民政府规定的部门；

（三）以林木抵押的，为县级以上林木主管部门；

（四）以航空器、船舶、车辆抵押的，为运输工具的登记部门；

（五）以企业的设备和其他动产抵押的，为财产所在地的工商行政管理部门。

第四十三条：当事人以其他财产抵押的，可以自愿办理抵押物登记，抵押合同自签订之日起生效。

当事人未办理抵押物登记的，不得对抗第三人。当事人办理抵押物登记的，登记部门为抵押人所在地的公证部门。

2、《中华人民共和国民用航空法》

第十六条　设定民用航空器抵押权，由抵押权人和抵押人共同向国务院民用航空主管部门办理抵押权登记；未经登记的，不得对抗第三人。

（二）司法解释

《最高人民法院关于〈中华人民共和国担保法〉若干问题解释》

第五十九条　当事人办理抵押物登记手续时，因登记部门的原因致使其无法办理抵押物登记，抵押人向债权人交付权利凭证的，可以认定债权人对该财产有优先受偿权。但是，未办理抵押物登记的，不得对抗第三人。

二、条文释义

本条是关于动产抵押效力的规定。

我国抵押财产分为必须办理抵押物登记的财产和自愿办理抵押物登记的财产。本条所述之财产在设立抵押权时，以抵押合同之生效为要件，并且可以自愿办理抵押登记。即抵押权自抵押合同生效时发生效力；未经登记，不得对抗善意第三人。

（一）动产抵押之种类

这一类的抵押物包括：（1）生产设备、原材料、半成品、产品；（2）交通工具；（3）正在建造的船舶、航空器；（4）企业、个体工商户、农业生产经营者将现有的以及将来的生产设备、原材料、半成品和产品等动产抵押，应当向抵押人住所地的工商行政管理部门办理登记。

动产之抵押权设立较不动产更容易和便捷，简而言之有以下三点：第一，以动产为标的的物设立抵押权的，须两个条件：a、抵押合同有效　b、抵押人具有处分权；第二，动产抵押权的设立无需公示，既不需要登记，也不需要交付；第三，未登记的动产抵押权不能对抗善意第三人。

（二）不得对抗善意第三人

我国《担保法》第43条规定，当事人以该法第42条规定的抵押物以外的其他财产抵押的，可以自愿办理抵押物登记，抵押合同自签订之日起生效。当事人办理抵押物登记的，登记部门为抵押人所在地的公证部门。当事人未办理抵押物登记的，不得对抗第三人。

不得对抗第三人的情形主要有以下几种：

1.抵押人与抵押权人未经登记而成立抵押权后，又与其他人在该物上成立另一抵押权或质权。如果后位抵押权人进行了抵押物登记，那么在实现抵押权时，经过登记的抵押权人可以优先于前位未进行抵押物登记的抵押权人受偿。如果成立未经登记的抵押权后又在抵押物上设定质权，质权人可就抵押物优于抵押权人而优先受偿。

2.抵押人与抵押权人未经登记而成立抵押权之后，又与其他人就抵押物依法产生留置权的，留置权人就抵押物优先于抵押权人而受清偿。

3.抵押人与抵押权人未经登记而成立抵押权之后，又将抵押物转让给善意第三人的，对于该第三人，抵押权人无权追偿，只能要求抵押人重新提供担保，或者要求债务人及时偿还债务。

4.抵押人与抵押权人未经登记而成立抵押权之后，抵押权人以抵押权连同其所附属的债权为自己的债权人设定质权，而抵押人此时又将抵押物的所有权转让给他人，此时质权人对于受让抵押物的善意第三人无权追偿。

当事人自愿办理了抵押物登记的，抵押权具有对抗第三人的法律效力，不论抵押物转移到谁手中，只要债务人履行期届满没有履行债务，抵押权人都可以就该抵押物来实现抵押权。

三、争点及评述

（一）第三人能否无负担地取得担保物上的所有权

关于第三人能否无负担地取得担保物上的所有权，我国司法实践一直比较倾向于直接适用《担保法》第42条以及《担保法解释》第67条的规则，往往忽视登记对抗力规则的适用。[24]在《物权法》颁布后，又有学者认为，在动产抵押上，第三人可以根据善意取得制度取得所有权，同时根据我国《物权法》第108条的规定，在善意取得之后，动产上的原有抵押权归于消灭。[25]从体系上来看，这种观点是错误的。第三人能否无负担地取得担保物上的所有权，依据的是《物权法》第188条的规则，即动产抵押权不登记不得对抗善意第三人，

而不应依据善意取得规则。与善意取得规则相比，对抗规则能容纳更多的价值判断。

那么，何谓“善意第三人”？有人认为该第三人仅指动产抵押权人、动产质权人、留置权人以及该动产所有权的取得人等物上第三人，不应包括一般债权人。[26]王利明教授对该观点表示认同，但认为所谓善意第三人，必须是在合法交易中的善意的、已经办理了登记的物权人。在这里，王利明教授增加了合法交易这一要素，并要求该物权人必须已办理登记。[27]所谓合法交易，是指第三人与抵押人之间的合同必须有效，这是物权行为有因性的体现，但具备登记要件要求则未必合理，因为在动产情况下主要是以交付为公示方式，即使以登记为公示要件，其也只是对抗要件。

由于善意是一个主观因素，其在审判中比较难以确定，所以，在美国法上善意并不是一个考量要件。在我国《物权法》上，善意是一个考量因素，但对于“善意”存有不同的理解。有学者认为，善意要件只适用于第三人为买受人的情形，而不适用于已经依法公示抵押权人、质权人和留置权人的情形，即使这些担保权人是恶意的，也是如此。[28]笔者认为，在同一动产上同时存在其他担保物权的情况下，应适用我国法律上的优先顺位规则，而不应适用《物权法》第 188 条的规定。该法第 188 条所指的第三人主要是第三取得人。

所以，根据上述解释论观点，对于我国物权立法上第三人是否能够取得担保标的物上所有权的问题，仍要根据《物权法》第 188 条进行判断。在动产抵押登记的情况下，其可以对抗非善意第三人；在动产抵押未被登记的情况下，在解释上，有学说认为不得对抗善意受让人，即可以对抗恶意第三人，[33]在效力上，几与登记之动产抵押权相同，从价值衡量上看，即使动产抵押未被登记，也无保护恶意第三人之根据，故上述见解值得赞同。

对《物权法》第一百八十九条的评述

【动产浮动抵押登记】 企业、个体工商户、农业生产经营者以本法第一百八十一条规定的动产抵押的，应当向抵押人住所地的工商行政管理部门办理登记。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。

依照本法第一百八十一条规定抵押的，不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人。

一、周边法源

1.《担保法》（1995 年 6 月 30 日由全国人大常委会通过，1995 年 10 月 1 日实行）

第四十一条 【抵押物登记及其效力】当事人以本法第四十二条规定的财产抵押的，应当办理抵押物登记，抵押合同自登记之日起生效。

第四十二条 【抵押物登记机关】办理抵押物登记的部门如下：

（一）以无地上定着物的土地使用权抵押的，为核发土地使用权证书的土地管理部门；

（二）以城市房地产或者乡（镇）、村企业的厂房等建筑物抵押的，为县级以上地方人民政府规定的部门；

（三）以林木抵押的，为县级以上林木主管部门；

（四）以航空器、船舶、车辆抵押的，为运输工具的登记部门；

（五）以企业的设备和其他动产抵押的，为财产所在地的工商行政管理部门。

2.《物权法》（2007 年 3 月 16 日由全国人民代表大会通过，2007 年 10 月 1 日实行）

第一百八十五条 设立抵押权，当事人应当采取书面形式订立抵押合同。

抵押合同一般包括下列条款：

（一）被担保债权的种类和数额；（二）债务人履行债务的期限；（三）抵押财产的名称、数量、质量、状况、所在地、所有权归属或者使用权归属；（四）担保的范围。

3.《动产抵押登记办法》（2007 年 10 月 12 日由国家工商行政管理总局发布，2007 年 10 月 12 日实行）

第二条 企业、个体工商户、农业生产经营者以现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押的，应当向抵押人住所地的县级工商行政管理部门（以下简称动产抵押登记机关）办理登记。未经登记，不得对抗善意第三人。

4.《四川省工商行政管理机关动产抵押登记实施办法》（2007 年 12 月 27 日由四川省工商行政管理局发布，2007 年 12 月 27 日实行）

第四条 当事人可以根据《物权法》第一百八十条第一款第四项、第一百八十八条的规定，以生产设备、原材料、半成品、产品设立抵押。

当事人可以根据《物权法》第一百八十一条、第一百八十九条的规定，以现有的以及将

有的生产设备、原材料、半成品、产品设立抵押。

生产设备包括各种生产加工机器、计算机、实验设备、仪器仪表、通讯设备、装卸机械、工程施工机械、供水、供电、供气设备以及农业生产机械等专用成套器物。

二、条文释义

《物权法》第一百八十九条系关于动产浮动抵押登记之规定。依据法律规定以及学界通说意见，构成动产浮动抵押登记应当满足三项条件：

（一）确定的登记部门。按照《物权法》第181条和第189条的规定，以现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押，应当向抵押人住所地的工商行政管理部门办理登记。立法过程中，针对登记部门的确定素有异议，有学者提出应当由公证部门来办理浮动抵押登记。由于目前工商行政管理部门管理了企业、个体工商户的登记注册事物，其对企业、个体工商户的信息掌握更周全，同时省、市、县、乡几级都设置工商局(所)，故由工商行政管理部门办理浮动抵押的登记对当事人更便利也更便于管理。根据《担保法》第42条，以企业的设备和其他动产抵押的，抵押登记部门为财产所在地的工商行政管理部门。公证部门与工商行政管理部门相比，公证机构仅在设区的市设立，如果将浮动抵押的设立部门定为公证部门，当事人为了设立抵押将会耗费大量成本，不符合降低抵押成本的立法目的。考虑到以上因素，还有实践中农业生产经营者的浮动抵押需求比企业、个体工商户要低，由工商部门管理登记为宜。

（二）登记对抗主义。根据《物权法》第189条的规定，办理动产浮动抵押应当向抵押人所在地的工商行政管理部门登记。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。故我国的动产浮动抵押采取了登记对抗主义模式。

但这里仍负有长期束缚动产抵押的公示症结。动产抵押为充分发挥物的使用价值与交换价值而放弃了转移占有这条公示道路，由于动产本身的易流动性和易损性，再加上抵押物又属浮动的游离状态，因此在登记公示的道路上其并不能达至不动产登记充分维护抵押权人利益的公信效果。动产虽在抵押中以登记方式公示，但由于动产的其他交易过程均不需办理登记公示而以直接移转占有为权利转移要件，若抵押人恶意转让设押动产，善意第三人往往基于信赖抵押人有动产的/权利外观而受让动产，这极易导致浮动抵押权人的利益受损，使动产抵押公示的效果大打折扣。此外在动产的浮动抵押中，与抵押人发生关系的其他债权人可能身处各地，面对兼具流动性与浮动性的动产，专设在抵押人所在地的动产登记簿将不便于其进行查询。倘若设在全国统一的机关，则又给动产浮动抵押增加了交易成本和难度。

（三）保护正常经营活动中的买受人。本条件包括两层含义：第一，抵押权人对于抵押人在抵押期间处分的财产没有追及的权利，债权人只能就实现抵押权时确定的抵押财产享有优先受偿的权利；第二，抵押人以设立了浮动抵押的财产来进行的正常交易受法律保护，同时抵押权人也不能以其权利对抗正常经营活动中的买受人。通说原因如下：设定浮动抵押后，抵押人可以自由处分抵押财产，抵押物处于不确定的状态，只有债务人不履行债务或当事人约定的事由发生时，抵押物才确定。而且浮动抵押的标的物例如原材料和库存产品经常处于

流动过程中。由于浮动抵押的标的物的流动性和可处分性，为了防止动产的买受人受货物被抵押权人追及的风险，在法律中规定买受人的保护实属必要。假如不如此规定，买受人在交易时存在诸多要承受的风险，其为打消疑虑必然需要在交易前查询登记信息，或者向抵押权征求同意，这样动产交易变得十分呆板拖沓，不利于提高效率。故立法要规定保护买受人。按照本条规定，符合以下条件的买受人可以受到法律保护：第一，买受的财产是“生产设备、原材料、半成品、产品”。第二，受保护的主体必须是正常交易活动中的买受人。第三，买受人必须已支付合理价款并取得了抵押财产。

然而，作为平衡动产浮动抵押权人担保权益和抵押人自由处分权的重要手段。该条规定较为粗略，对“正常经营活动”、“支付”、“合理价款”和“取得”等限制性规定的解读差异较大，应当予以详细解释和说明。

三、争议与述评

（一）关于登记机关不统一的问题：

登记机关不统一尽管国家工商总局于2007年10月12日颁布了《动产抵押登记办法》和《动产抵押登记办理须知》，对《物权法》第181条中的动产浮动抵押中的抵押物(生产设备、原材料、半成品、产品4种)登记进行了较具体和合理的规定，但这仍然不能解决其它动产担保不统一的状况，如机动车辆、农用机械设备、农作物、船舶、航空器等10余种动产担保仍然处于分散状态。[1]

（二)关于第一百八十九条第（二）款“依照本法第一百八十一条规定抵押的，不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人”的详细理解问题。

（一）：关于“正常经营活动”的理解

对于正常经营活动的范围，学界目前存在几种不同的解释方法，有宽泛解释，即将行为合法与否交给法官，法官结合诚实信用原则并结合交易习惯以及商业习惯做出评判。2 还有学者认为可以参照1972年的美国统一商法典的界定，要求财产的转移是为了支付双方之间正常的经营活动所形成的债务以及其交易行为与之前的行为具有一致性以及连贯性。3还有狭义解释，如王利明教授认为，应当将正常的经营活动限于转移财产所有权以及其他权利的买卖活动，因为该条规定的知识买受人；4以及梁慧星教授认为：正常经营行为是指向产品用户或经销商出售产品，参考《合同法》第74条，不包括“无偿转让”或“以明显不合理的低价转让”。[5]

对此，我们将分别探讨“合理价款”，以及“取得财产”以及“买受人”。

---

[1]动产浮动抵押担保的风险及其防范李定毅法学杂志 • 2009年第3期

[2]参见李政辉：“论浮动抵押”，载梁慧星主编：《民商法论丛》第14卷，法律出版社2000年版，第726-727页。

[3]参见尹涛：“浮动抵押中买受人不受追及规则研究——《中华人民共和国物权法》第189条第2款”，载《泉州师范学院学报》2011年第3期

[4]参见王利明：《物权法研究（下卷）》，中国人民大学出版社2012年版，第1284页。

[5]梁慧星：“特别动产集合抵押”，载中国法学网，
http://www.iolaw.org.cn/showArticle.aspx?id=2182，2014年6月10日访问

1.合理价款

有如下的观点：

1.1、对于何为正常，应该参考行业内的一般标准，对于季节性变化大的产品，应当根据具体情况具体分析。

1.2、综合判断

另有学者主张应当以正常经营活动中的市场销售价格、进货价格、国家指导价格等为参考，综合判断，如果在一个正常的人看来，买受人购买标的物的价格明显低于市场价格，就不能认定为合理价格。[6]

1.3、预约定价

还有学者认为，“合理价款”应为市场价或与另外任意第三者交易的价格，但由于专有产品等的交易很难找到比较的第三方，且交易数量多时一一计算既不现实也不效率，因此可以采用预约定价制，在设定浮动抵押时，抵押人设定交易的价格，抵押权人认可后抵押人按此交易，若抵押人欲变动价格，须经抵押权人认可。[7]

1.4、反向排除

除上述正面解释“合理价款”外，有学者从反面进行排除，包括尚未支付价款或者仅支付了极少价款的情形，即可以类比适用《合同法》第74条“无偿”或“不合理的低价”规定。[8]

2、关于取得抵押财产

观点一：即使没有办理登记或者受领交付，甚至即使受让动产还在出售人手里，只要所受让的抵押物已经特定或可得确定，就可以认定满足了“取得抵押财产”要件。[9]

观点二：既然物权变动以交付为生效要件，不交付，动产的所有权不变动，所以要想获得可以对抗先期存在的抵押权人的所有权，买受人须在支付合理价金的基础上移转该物之占有，此处的交付包括现实交付和观念交付两种。[10]

观点三：依据《物权法》第23条，抵押人需将抵押财产交付给买受人。11此时的交付既包括现实交付，也包括简易交付，但因占有改定和指示交付缺乏必要的公示方式，为了保障抵押权人的利益，排除占有改定和指示交付。[12]

3、关于“买受人”

观点一：基于在正常经营活动中购买行为的特性，物权法第189条第2款，并没有对购

[6]参见尹涛：“浮动抵押中买受人不受追及规则研究——《中华人民共和国物权法》第189条第2款”，载《泉州师范学院学报》2011年第3期

[7]参见郑彬：“物权法中浮动抵押制度的不足与完善”，载中国法院网，http://old.chinacourt.org/html/article/200712/12/278086.shtml，2014年6月10日访问

[8]参见梅夏英，高圣平：《物权法教程》，中国人民大学出版社2007年版，第436页。转引自王利明：《物权法研究（下卷）》，中国人民大学出版社2012年版，第1284页。

[9]参见董学立：“浮动抵押的财产变动与效力限制”，载《法学研究》2010年第1期

[10]参见李运杨：“评析《物权法》第189条第2款——兼及正常经营中的买受人制度”，载《甘肃理论学刊》2010年第2期

[11]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490页。

[12]参见王利明：《物权法研究（下卷）》，中国人民大学出版社2012年版，第1284页。

买人的“善意”提出任何要求，这可能使人得出如下结论，即“善意”并非正常经营活动中的买受人不受浮动抵押权拘束的要件。[13]持此观点的人认为，“善意”这一要素被被依常规交易这一特殊类型搁置，通常不会纳入考虑范围。依据我国物权法189条第2款的规定，即只要支付了价款并取得了抵押财产，买受人就可以对抗出售人在先设定的浮动抵押权。

观点二：买受人的善意和恶意分为两个层次。第一层次是指买受人是否知道交易取得的动产上存在浮动抵押，第二层次是指买受人是否在交易时就知道其交易行为有损于浮动抵押权人的担保利益。持此观点的人，将善意理解为最低限度的善意，即应当对交易行为有损抵押权的实现进行区分，并判断这是否属于善意取得。[14]

对此我们认为，1、对于正常经营活动的理解，可以从目的解释的角度出发：该制度的设立是为了平衡抵押权人自由处分权与抵押权人担保利益之间可能发生的冲突，这是一个价值判断的问题，应当将正常与经营二者结合起来理解；2、对于合理价款的问题，应当结合双方之间的权利义务，并依据诚实信用原则进行解释；3、关于取得抵押财产，结合体系解释，我们支持现实交付和观点交付；4、关于买受人是否使用善意的观点，我们支持最大善意规则。

[13]参见董学立：“浮动抵押的财产变动与效力限制”，载《法学研究》2010年第1期

[14]参见尹涛：“浮动抵押中买受人不受追及规则研究——《中华人民共和国物权法》第189条第2款”，载《泉州师范学院学报》2011年第3期

第一百九十条 【抵押权和租赁权关系】

订立抵押合同前抵押财产已出租的，原租赁关系不受该抵押权的影响。抵押权设立后抵押财产出租的，该租赁关系不得对抗已登记的抵押权。

一、周边法源

1.《担保法》第四十八条规定："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"。

2.《担保法解释》第六十六条规定："抵押人将已抵押的财产出租的，抵押权实现后，租赁合同对受让人不具有约束力"；

3.《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第十四条规定："租赁房屋在租赁期间发生所有权变动，承租人请求对房屋受让人继续履行原租赁合同的，人民法院应予支持。但租赁房屋有下列情形或者当事人另有约定的除外：（一）房屋在出租前已设立抵押权，因抵押权人实现抵押权发生所有权变动的。

4.《上海市高级人民法院关于审理房地产买卖与抵押、租赁反叉纠纷若干问题的意见》（沪高法民--[2008]7号 2008年4月11日）

第四条 不动产上认定抵押权与租赁权的实现顺序

根据《物权法》第190条的规定，订立抵押合同前抵押财产已出租的，原租赁关系不受抵押权的影响。抵押权认立后抵押财产出租的，该租赁关系不得对抗已登记的抵押权。因此，抵押权与租赁权的实现取决于两者设立的先后顺序。审判实践中，可区分以下情况进行处理：

1、不动产抵押权自登记时生效，登记的抵押权可对抗其后发生的租赁关系。

2、不动产抵押权登记前，不动产租赁合同**已经登记备案**的，租赁关系不受抵押权的影响。

3、不动产抵押权登记前，不动产租赁合同虽未登记备案的，但**租赁关系实际存在**的，如承租人已经实际占有使用不动产的，租赁关系不受抵押权的影响。

第五条 抵押将已抵押的不动产出租的，不动产抵押权实现时，不动产租赁关系的处理

根据最高院《关于适用担保法若干问题的解释》第66条的规定，抵押人将已抵押的财产出租的，抵押权实现后，租赁合同对买受人不有具有约束力。因此，抵押权实现后，抵押物的买受人要求承租人迁让的主张，一般可予支持。至于承租人的损失可基于租赁关系向出租人主张。

二、司法案例

案例一：欧锦赞诉中山市华鸿房地产开发有限公司等案外人执行异议之诉纠纷案（广东省高级人民法院民事判决书(2013)粤高法民二终字第61号）

争议焦点：

1.关于涉案房地产抵押在先还是出租在先的问题。（时间的确定问题）

2.关于原抵押权人同意出租的行为对抵押权实现有无影响以及拍卖财产上欧锦赞原有的租赁权是否继续有效的问题。

法院认为：

1. 首先，从时间上来讲，百货公司虽分别于1999年7月、2000年10月26日与原抵押权人广发银行签订了两份抵押合同，但从第二份贷款合同约定贷款用途为"贷新还旧"来看，百货公司此时实为对中泰公司同一笔贷款延续提供抵押。其次，从抵押权登记的事实来看，2000年12月5日，中山市国土房管档案馆向中山市人民政府土地房产发证办公室就涉案房地产出具的《抵押查封情况》为"经查档，该房地产档案已于1999年7月22日抵押给广发银行[中城他项（99）192号]，无查封存案。"即截止2000年12月5日，原抵押权人广发银行仍持有1999年7月登记的抵押权他项权证。而金桥商场与百货公司签订租赁合同的时间为2000年10月16日。

2. 根据《物权法》、《担保法解释》及《城镇房屋租赁合同解释》，上述法律、司法解释并未作出但书或例外规则的表述，并没有"抵押权人同意出租的除外"的规定。因本案拍卖财产是在抵押权设立后出租，即使抵押权人同意出租也不能对抗抵押权，故欧锦赞享有的租赁权不得对抗抵押权。

根据《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》第三十一条"拍卖财产上原有的担保物权及其他优先受偿权，因拍卖而消灭，拍卖所得价款，应当优先清偿担保物权人及其他优先受偿权人的债权，但当事人另有约定的除外。拍卖财产上原有的租赁权及其他用益物权，不因拍卖而消灭，但该权利继续存在于拍卖财产上，对在先的担保物权或者其他优先受偿权的实现有影响的，人民法院应当依法将其除去后进行拍卖"之规定，未以《通知》形式除去租赁权，符合法律规定。

案例二：何开书诉郑榕等房屋租赁合同纠纷案（重庆市第一中级人民法院民事判决书(2013)渝一中法民终字第03260号）

争议焦点：租赁关系亦不得对抗在涉案房屋上初次设立及以后连续不间断两次设立的抵押权

原审法院认为：综上，根据中华人民共和国物权法》第一百九十条规定、《最高人民法院〈关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释〉》第二十条规定以及《中华人民共和国合同法》第九十四条规定，有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（五）法律规定的其他情形。上述法律及司法解释的规定，对抵押权设立后新建立的租赁关系，不适用"买卖不破租赁"的原则，当事人所签订的租赁合同对通过实现抵押权后获得抵押物的受让人不具有拘束和对抗的效力。故本院对原告诉请判令解除二被告于2008年1月1日所签订的《租赁协议》，并判令被告何开书立即搬离其现租赁的位于渝北区双龙湖街道凯歌路16号1-32号970.31平方米的房屋的诉讼请求均予支持。

二审法院认为：本院二审审理查明的事实与一审相同。

本院认为，根据法律及司法解释的规定，对抵押权设立后新建立的租赁关系，不适用“买卖不破租赁”的原则，当事人在抵押期间所签订的租赁合同对通过实现抵押权而获得抵押物的受让人不具有拘束和对抗的效力。故郑榕、胡平请求判令求解除何开书与原审被告朱珩于2008年1月1日所签订的《租赁协议》，并判令何开书立即搬离其现租赁的位于渝北区双龙湖街道凯歌路16号1-32号970.31平方米的房屋应予支持。原审法院判决认定事实清楚，适用法律正；上诉人的上诉理由不能成立。

案例三：某甲与某丙等占有物返还纠纷上诉案（上海市第一中级人民法院民事判决书(2013)沪一中民二(民)终字第2351号）

争议焦点：租赁合同已经备案登记是否能够对抗实现抵押权时的买受人

原审法院认为：原审认为，某丙、某丁通过拍卖程序取得了系争房屋的所有权，某丙、某丁作为所有权人，依法对系争房屋享有占有、使用、收益、处分等相应权利。虽然某甲与原房屋产权人就系争房屋签订了相应的租赁合同，并进行备案登记，但在签订租赁合同时，某甲**已经知晓**系争房屋设立了相应的抵押权。根据我国法律规定，抵押权设立后抵押财产出租的，该租赁关系不得对抗已登记的抵押权。抵押人将已抵押的财产出租的，抵押权实现后，租赁合同对抵押财产的买受人不具有约束力。某甲明知承租的系争房屋有物上负担，就应当承担因实现抵押权而带来的风险。

二审法院认为：根据法律规定，抵押权设立后抵押财产出租的，该租赁关系不得对抗已登记的抵押权。因此，抵押权一旦实现，租赁合同对买受人不具有约束力。虽然上诉人某甲与原产权人订立租赁合同并进行了登记备案，但是，原产权人在签订租赁合同之前已将系争房屋设定抵押，在租赁合同中就房屋抵押情况向上诉人进行了**告知**，上诉人在知道系争房屋设有抵押情况下，仍一次性向原产权人预付10年的租金，显然应承担因抵押权实现带来的风险。

案例四：黄XX等诉杨XX占有物返还纠纷案（上海市徐汇区人民法院民事判决书(2013)徐民四(民)初字第1925号）

争议焦点：租赁合同已经备案登记及原出租人无法履行返还租金能否对抗实现抵押权时的买受人。

法院认为：虽然被告与原房屋产权人就系争房屋签订了相应的租赁合同，并进行备案登记，但在签订租赁合同时，被告**已经知晓**系争房屋设立了相应的抵押权。根据我国法律规定，抵押权设立后抵押财产出租的，该租赁关系不得对抗已登记的抵押权。抵押人将已抵押的财产出租的，抵押权实现后，租赁合同对抵押财产的买受人不具有约束力。被告明知承租的系争房屋有物上负担，就应当承担因实现抵押权而带来的风险。

被告认为其合法权益受到损害，应向原出租人主张相应的权利，故对被告的辩称本院不

予采信。

案例五：上诉人杜中友等与被上诉人胡泽利及原审被告马中芳侵权纠纷案（河南省信阳市中级人民法院民事判决书(2013)信中法民终字第627号）

争议焦点： 1、被告杜中友主张的优先购买权能否支持？2、原告要求被告返还侵占的房屋并赔偿损失，能否支持。

原审法院认为：被告杜中友、王志荣提供的证据材料（被告马中芳未到庭），证明其是原租赁人，享有优先购买权；但是，经原审法院审查其提供的证据材料后认为，该六间房屋在1997年威宁公司贷款时便抵押给了信用联社；抵押的时间在杜中友租赁之前；后经法院在2006年时便执行给了信用联社；而信用联社与杜中友之间没有租赁关系；何况，杜中友、王志荣仅提供了2005年之前与三良公司与威宁公司的租赁合同；2006年之后，没有证据材料表明，杜中友、王志荣与信用联社有租赁合同关系。被告杜中友、王志荣主张的优先购买权，在本案中，没有依据，不予支持。

该六间房屋，系法院经审理和执行程序，交付给信用联社；后信用联社又转让给本案原告胡泽利；胡泽利虽未办理房屋所有权的过户手续；但已按合同约定支付了房屋的对价款，且信用联社已实际交付六间房屋；只是由于被告占有的一间房屋未交付。综上分析，胡泽利应是该六间房屋的实际所有权人；胡泽利对自己所享有的物权，便依法享有占有、使用、收益和处分的权利，被告杜中友、王志荣应返还侵占的房屋。诉讼中，原告未就其诉称的损失提供证据材料加以证明；原告此部分诉请，原审法院不予支持。

二审法院认为：关于杜中友、王志荣称其是争议房屋的承租人享有优先购买权的上诉理由，争议房屋在1997年威宁公司贷款时便抵押给了信用联社，2006年经原审法院执行给了信用联社。杜中友、王志荣仅提供了2005年之前与三良公司与威宁公司的租赁合同，没有证据显示杜中友、王志荣与信用联社有房屋租赁关系。杜中友、王志荣向购房人胡泽利主张优先购买权，没有法律依据，原审法院不予支持正确。

本案争议的房屋，系原审法院经审理和执行程序，交付给原固始县农村信用合作联合社，后固始县农村信用合作联合社又转让给被上诉人胡泽利。胡泽利虽未办理房屋所有权的过户手续；但已按合同约定支付了房屋的对价款，且固始县农村信用合作联合社已实际交付了房屋。原审判决认定胡泽利是争议房屋的实际所有权人并无不当。

案例六：

争议焦点：1.被告租赁房屋在房屋抵押之前还是抵押之后。

2.两原告通过拍卖取得的被抵押房产权利能否对抗被告对诉争房屋的租赁权利。

原审法院认为：

二审法院认为：

三、争点与述评

（一）租赁权是否因抵押权的行使而当然终止

尹田：

我国《物权法》第一百九十条规定："抵押权设立后抵押财产出租的，该租赁关系不得对抗已登记的抵押权。"对于上述有关"租赁关系不得对抗已登记的抵押权"规定的理解，有学者认为，其应指"在因租赁关系的存在致使于抵押权实行时无人应买抵押物，或出价降低导致不足以清偿抵押债权等情况下，抵押权人有权主张租赁终止{2}。具体而言，如抵押物拍卖时，因有租赁权的存在而无人应买或出价不足清偿抵押债权，法院即得除去该项负担，重新估价拍卖。如除去租赁权负担拍卖所得价款与未除去该负担拍卖的价款相等或反而减少的，足以证明负担的存在并未影响抵押权，故此项租赁权负担仍由购买人承受{3}。作为前述见解借鉴根据的，是《日本民法典》第395条的规定，即："不超过第602条规定期间的租赁，虽在抵押权登记后为登记，亦得以之对抗抵押权人，但其租赁对抵押权人发生损害时，法院得因抵押权人的请求，命令其解除。"

应当注意的是，前述《物权法》规定在"先押后租"的情况下"租赁关系不得对抗已登记的抵押权"，**其立法用意显然是不使租赁权因抵押权的实现而当然归于消灭**，亦即抵押权人**只有在承租人的主张与抵押权人的利益相冲突**（可能是买受人主张自用或者租赁权的存在导致无人应买、价款明显偏低不足以清偿债务）**时，抵押权人才能否定承租人的权利**。与此同时，有两个因素需要加以考虑：其一，因抵押人在抵押合同签订后仍将抵押物出租，租赁合同对其应当具有约束力，故抵押人无权为使抵押物以更有利的价格折价或者出售而单方面解除租赁关系；其二，由于财产出租为一种经营性行为，故连同租赁权负担的抵押物出卖，其价格不一定低于相反情况下抵押物的出卖。据此，前述学者有关"抵押权人仅在对抵押物拍卖时，出现因租赁权的存在而导致无人应买或出价降低并导致其价款不足以清偿债务等情形，方可否定租赁权的存在"的基本观点是正确的。但因财产交易价格的不稳定性，故在具体处理上，应确定以下原则：

第一，在以抵押物协议**折价**时，如果抵押人与抵押权人达成**负担租赁权**的抵押物的折价协议，承租人有权主张优先购买权或者买卖不破租赁；如果经抵押权人的主张而**除去租赁权**后，抵押人与抵押权人达成折价协议，则承租人不得主张优先购买权，也不得主张买卖不破租赁，但承租人有权追究抵押人（出租人）的违约责任。

第二，在以**变卖**方式处分抵押物时，**抵押人不得主张除去租赁权而进行变卖**。但在租赁权的存在使抵押物无法变卖或者其变卖的价款不足以清偿全部债权的情况下，抵押权人有权主张除去租赁权。此种情形下的抵押物变卖，承租人不得主张优先购买权或者买卖不破租赁，但有权追究抵押人的违约责任。

第三，在以**拍卖**方式处分抵押物时，**抵押人不得主张除去租赁权而进行拍卖**。但在租赁权的存在有可能降低拍卖价款且使之不足以清偿全部债权的情况下，抵押权人有权主张除去抵押物上的租赁权而予以拍卖，此种情形，承租人不得主张优先购买权或者买卖不破租赁。

在将负担租赁权的抵押物进行拍卖时，如拍卖成功，承租人有权主张优先购买权或者买卖不破租赁；如无人应买，应除去租赁权再行拍卖，此种情形，承租人不得主张优先购买权或者买卖不破租赁。

此外，如果动产抵押权设立后未予登记，则不具有对抗后设立的租赁权的效力，在动产抵押物协议折价、变卖或者拍卖时，必须连同租赁权负担一并进行，同时，承租人对抵押物（租赁物）享有同等条件下的优先购买权

（二）租赁合同的备案登记是否影响抵押权

租赁合同备案登记是否意向抵押权，《物权法》和《担保法》及相关的司法解释并没有规定，司法实践中出现当事人主张租赁合同备案登记来对抗抵押权的情形。根据《上海市高级人民法院关于审理房地产买卖与抵押、租赁反叉纠纷若干问题的意见》第四条第2款："不动产抵押权登记前，不动产租赁合同已经登记备案的，租赁关系不受抵押权的影响。"虽提到了租赁合同登记备案，但还是依照《物权法》的规定，将已经出租的财产抵押的即"先租后抵"，租赁关系不受抵押权的影响。换言之，登记备案对抵押权没有影响，关键是看租赁是在先还是在后。租赁在先，无论备案与否，租赁关系均不受抵押权的影响；租赁在后，无论备案与否，均不能对抗已登记的抵押权。

这又引发了一个问题：在先的租赁权何以不进行任何的公示就可以对抗在后的抵押权？

常鹏翱：解决权利冲突的外部规则的原则是物权优先于债权，但例外是债权优先于物权，其中一种情形是租赁权。为了保护住房承租人的生存利益，不至于让其承租利益因标的物所有权的移转而受新主的排斥，遂有"买卖不破租赁"制度的产生，这也是**租赁权物权化**的标志。

这一立场同样反映在《物权法》第190："条订立抵押合同前抵押财产已出租的，原租赁关系不受该抵押权的影响。抵押权设立后抵押财产出租的，该租赁关系不得对抗已登记的抵押权。"（1）明确了租赁权对抗抵押权的时间点，即抵押合同的订立，而从抵押合同成立到抵押权通过登记而设定之间还有一段时间，这样，即使租赁权在抵押登记之前存在，但只要它后于抵押合同成立的时间，也不能优先于抵押权，这对租赁权的物权化限制得更为严格；当然，依据不经公示，物权变动不得对抗第三人的规则，抵押权因抵押合同的成立而设立，之前的租赁权可以优先于抵押权。（2）明确了可优先于租赁权的抵押权范围，即已经登记的抵押权，虽已成立但没有登记的抵押权纵然设定时间在前，也不能对抗租赁权，其原因应当是登记为承租人提供了相关信息，让其明知抵押权存在的事宜，进而在信息完全充分的基础上作出是否承租的判断，一旦判断肯定，承租人就要承受抵押权存在的事实，这实际上将因抵押合同成立而设立的、同时也没有登记的抵押权排除之外。这样一来，将租赁权优先于抵押权的时间点设置为抵押合同成立之前，反倒没有什么道理，因为只要没有登记，租赁权就能对抗抵押权，抵押合同其实对租赁权的优先效力不产生实质影响，实不如将该时间点设定为抵押登记

孙鹤、王勤劳：但租赁权又是物权化的债权，具有对抗第三人的效力，若在租赁合同

生效时不仅成立租赁权，而且使该租赁权具备完整的对抗效力，则可能使善意第三人利益和社会交易安全遭遇不测之损害。不仅如此，即便租赁权本在抵押权之后设立，抵押人仍可与承租人恶意串通，提前租赁权的设立时间以诈害抵押权人。因此，有必要建立租赁权公示制度，规定未公示的租赁权纵能有效成立，但不具备对抗（包括抵押权人在内的）第三人的效力。

我国规定了不动产租赁合同的登记备案制度，未来立法可将该备案登记上升为不动产租赁权的公示方法，赋予其对抗第三人的效力。

第一百九十一条　【抵押期间转让抵押财产】

抵押期间，抵押人经抵押权人同意转让抵押财产的，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。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。

抵押期间，抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产，但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外。

一、周边法源

1.《担保法》

第四十九条：抵押期间，抵押人转让已办理登记的抵押物的，应当通知抵押权人并告知受让人转让物已经抵押的情况；抵押人未通知抵押权人或者未告知受让人的，转让行为无效。

转让抵押物的价款明显低于其价值的，抵押权人可以要求抵押人提供相应的担保；抵押人不提供的，不得转让抵押物。

抵押人转让抵押物所得的价款，应当向抵押权人提前清偿所担保的债权或者向与抵押权人约定的第三人提存。超过债权数额的部分，归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

2.《担保法解释》

第五十一条：抵押人所担保的债权超出其抵押物价值的，超出的部分不具有优先受偿的效力。

第六十七条：抵押权存续期间，抵押人转让抵押物未通知抵押权人或者未告知受让人的，如果抵押物已经登记的，抵押权人仍可以行使抵押权；取得抵押物所有权的受让人，可以代替债务人清偿其全部债务，使抵押权消灭。受让人清偿债务后可以向抵押人追偿。如果抵押物未经登记的，抵押权不得对抗受让人，因此给抵押权人造成损失的，由抵押人承担赔偿责任。

3.《民通意见》（试行）

第一百一十五条：抵押物如由抵押人自己占有并负责保管，在抵押期间，非经债权人同意，抵押人将同一抵押物转让他人，或者就抵押物价值已设置抵押部分再作抵押的，其行为无效。

二、条文释义

物权法在以下两方面修改了担保法的规定：一是，抵押期间，抵押人转让抵押财产的，应当经抵押权人同意，而不是仅仅通知抵押权人并告知受让人；同时，要将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债权或者提存。二是，抵押期间，未经抵押权人同意，不得转让抵押财产。除非受让人替抵押人向抵押权人偿还了债务消灭了抵押权。按照本条的制度设计，转让抵押财产，必须消除该财产上的抵押权。既然买受人取得的是没有物上负担的财产，也就不

再有物上追及的问题。

物权法这样规定的主要理由是：第一，财产抵押实际是以物的交换价值担保，抵押物转让，交换价值已经实现。以交换所得的价款偿还债务，消灭抵押权，可以减少抵押物流转过程中的风险，避免抵押人利用制度设计的漏洞取得不当利益，更好地保护抵押权人和买受人的合法权益。第二，担保法规定转让抵押财产的应当通知抵押权人并告知受让人，也就是说，只要是通知了抵押权人并告知了受让人，抵押权人就不能阻止抵押人的转让行为，而只能在转让抵押物的价款明显低于债权的价值时，要求抵押人提供相应的担保。但抵押财产的价值是随着市场价格波动的，抵押财产的价值是否明显低于债权难以做出准确判断，与其为抵押权的实现留下不确定因素，不如在转让抵押财产时，就将转让所得的价款向抵押权人提前清偿或者提存。第三，现实中往往是在实现抵押权时才发现未通知抵押权人或者未告知受让人已转让了抵押财产的情况，此时即使宣告转让合同无效，转让的财产可能也已无法追回。而转让抵押财产前就取得抵押权同意，可以防止以后出现的一系列麻烦，节省经济运行的成本，减少纠纷。本条存在的争议较大，其中讨论较多的就是是否限制抵押人自由转让抵押财产以及抵押权是否具有追及效力的问题。

三、争点与述评

（一）未经抵押权人同意擅自转让抵押财产的法律后果

王利明教授认为，不发生物权变动且抵押合同不当然无效。抵押人转让抵押财产未经抵押权人许可，不符合《物权法》所规定的物权有效变动的条件，因此，不能产生权属移转的效力。在物权法上，物权变动必须依法进行。经抵押权人同意，抵押人转让抵押财产的，并不符合物权变动的法定条件，因此不发生物权变动。

这里并未区分登记和未登记的抵押权。有学者认为，首先，对于**已经登记**的抵押权，如果是不动产抵押，此时抵押权人不同意转让抵押财产，通常不会办理解押，而登记机构也不会给存在抵押权的抵押财产转让办理过户登记，所以抵押财产所有权并不移转；如果是物权法第 188 条规定的采登记对抗主义的动产抵押，抵押人已向受让人交付抵押财产的，受让人根据有效的转让合同和交付，能够取得抵押财产的所有权，但受让人可查阅登记获知抵押情况，其并非善意，抵押权可对抗恶意的受让人。

其次，对于**不需登记的动产**抵押权，如果买受人系善意、有偿取得动产且已交付，可根据善意取得制度取得动产的所有权，根据物权法第 108 条，善意受让人取得动产后，该动产上的原有权利消灭，但善意受让人在受让时知道或者应当知道该权利的除外。该动产上的原有抵押权消灭，抵押权人可向债务人主张债权或要求抵押人承担责任。如果买受人不构成善意取得，如其明知抵押财产上有抵押权而仍受让，则买受人不能取得抵押财产的所有权。

抵押财产所有权不发生变动并不意味着当事人之间的抵押财产转让合同当然无效。根据《物权法》第 15 条的规定，应当区分物权变动的效力与债权合同的效力。即便不发生物权变动的效力，也不影响债权合同的效力。《物权法》第 15 条是抵押财产转让合同有效的法律依据。根据《物权法》第 15 条，除非法律有特别规定或者合同另有约定，抵押财产转

让合同一经成立，只要在内容上不违反法律的强行性规定和公序良俗，由于该合同并不必然导致抵押财产物权变动，因此，即便未经抵押权人同意，该合同仍可发生效力。

（二）如果没有经过抵押权人的同意而转让抵押财产，抵押权是否具有追及力（争议最大）

王利明教授认为，抵押权人的追及权意味着在第三人取得抵押财产所有权的情况下，抵押权依然存在，抵押权人仍然可以就属于第三人的抵押财产实现抵押权，因此，抵押权人追及权的行使隐含了两个前提条件，一是抵押财产的所有权发生了变动，二是抵押权仍然存在于抵押财产之上。

依据《物权法》第 191 条第 2 款的规定，抵押人未经抵押权人同意擅自转让抵押财产的，抵押财产的所有权不发生变动，此时，不存在适用抵押权追及效力的条件。因此，在限制转让说的前提下，不需要赋予抵押权追及效力。当然，在动产抵押的情形，应当区分以下两种情形予以处理：如果受让人明知标的物上抵押权的存在而仍受让该财产的，无法善意取得抵押财产所有权，抵押人到期未清偿债务的，抵押权人仍可就抵押财产行使抵押权；如果受让人在受让标的物时不知有抵押权存在的，可以善意取得该抵押财产的所有权，此时，抵押权将归于消灭。

王洪亮教授认为，主流观点认为该规范并非强制性规范，而是所谓的倡导性规范，即使违反了也不会带来无效的法律后果，通过物权的追及力可以保护抵押权人，即不论抵押物落入何人之手，抵押权都仍然存在，我国《担保法解释》第 67 条也承认了这一学说；并且在抵押物未经登记的情况下，根据对抗效力规则，抵押权人不得对抗受让人，因此给抵押权人造成损失的，由抵押人承担赔偿责任。根据《担保法解释》第 68 条规定，抵押物因继承、赠与而改变所有权人的，抵押权人仍然可以对抵押物行使抵押权。在美国法上，在动产抵押权设定后，抵押人仍有权对担保标的物进行处分，在处分担保标的物之后，动产担保物权仍然存在于标的物之上，即动产担保物权有追及效力。

综上，追及力是物权的效力之一，在抵押物的转让时是否享有追及力，应当依据比较法及法律条文的解释来综合判断。

1. 认为抵押权不享有追及效力的观点

不少学者认为，抵押物转让经抵押权人同意是对抵押权的限制、抵押权不享有追及效力，因而未经同意的抵押物转让行为无效，几乎已成为学界的通说。除了上述王利明教授的观点外，还包括其他一些相似的观点，总结如下：

有学者承认抵押权的追及力应该是参照而德国的规定，但德国民法仅承认在不动产上设定抵押权。在这种背景下，德国民法一方面充分保护抵押人自由处分抵押不动产的权利，另一方面又承认抵押权的追及力，以充分保护抵押权人的利益。对于买卖抵押不动产的买受人来说，只享有根据《德国民法典》第 434 条、第 439 条第 2 款的规定要求抵押物出卖人涂销抵押权的权利。而抵押权人完全可以针对抵押物行使抵押权，不享有对抵押物转让价款上的权利，这也避免了担保债权未到期情况下提前清偿或者提存的问题，制度设计非常简单，但

实务操作却非常有效。[1]

我国的抵押权即可在不动产也可在动产上设定，赋予其追及权在不动产上不存在障碍，无论辗转于何人之手，都可以通过登记来查询，进而行使追及权。但在动产上，我国实行登记对抗主义，无需登记的动产转手快且频繁，加之动产被善意取得时抵押权消灭，给追及权的行使造成了障碍和增加了成本；我国对抵押物的处分采限制主义，即经过抵押权人的同意，与德国的自由主义不同，未经抵押人同意擅自处分，不发生物权变动的法律效果，动产善意取得除外。经抵押权人同意即是对抵押权人的保护，对抵押人所有权权利的限制，再赋予抵押权人追及权，难以平衡抵押人、抵押权人和受让人三者利益的平衡；不仅如此，转让抵押物所得的价款须提前清偿或提存，或者代为清偿均旨在抵押权的消灭，故要不要追及、能不能追及已不重要。[2]德国对抵押权赋予的追及力解决了没有提前清偿和提存且抵押物自由转让的问题。所以，抵押物转让时没有追及权。

2. 认为抵押权享有追及效力的观点

笔者认为，尽管《物权法》不承认抵押权之追及效力并进而将未经抵押权人同意之抵押物转让行为认定为无效的观点已是我国民法学界在解读《物权法》第 191 条时所持的基本立场，但这一文解释的结论是否经得起法政策的考量并与体系解释、历史解释、目的解释相互契合，并非没有疑问，尤其是《担保法》与《担保法司法解释》在《物权法》通过后仍然有效的情况下，如何从解释论的角度调和《担保法》、“担保法司法解释”与《物权法》关于抵押物转让的规定，有进一步分析和检讨的必要。

未经抵押权人同意的物权转让行为无效，那么其结果就是赋予抵押权以排他效力，即除非抵押权人同意，否则抵押权的设立即排除了抵押物转让之可能性。问题是，保护抵押权人的利益是否需要通过赋予抵押权以排他效力的途径来实现呢？

如果按照文义解释所获得的结论，将《物权法》第 191 条第 2 款理解为效力性强制性规定，进而将未经抵押权人同意之抵押物转让行为认定为无效，不仅将使我国的司法实践倒退到《担保法》制定之前的状态，而且还会使我国多年的理论研究成果和司法实践经验付之一炬。我国对抵押权转让的态度经历了限制到放开再到限制的过程。但在《物权法》颁布之后，《担保法》和《担保法司法解释》并没有失效仍然适用，在《物权法》通过并实施后，《担保法司法解释》关于抵押物转让的规定是否仍有适用的空间，应取决于《担保法》关于抵押物转让的规定与《物权法》关于抵押物转让的规定是否存在规范冲突，而不能根据“上位法优于下位法”的法律适用规则直接作出否定性的判断。

《担保法》关于抵押物转让的规定是否与《物权法》关于抵押物转让的规定存在冲突呢？从字面上看，《担保法》第 49 条与《物权法》第 191 条都对抵押物的转让进行了限制，但限制的程度似乎有所不同，例如前者规定“应当通知抵押权人”，后者规定“经抵押权人同意”，但笔者认为，《担保法》第 49 条规定的“应当通知抵押权人”与《物权法》第 191 条规定的“经抵押权人同意”在对抵押物转让限制的程度上究竟存在多大差异，要**取决于我们如何理解《物权法》第 191 条规定的“经抵押权人同意”、“不得转让”**即通过解释论的方法协调

这三部法律字面解释上的冲突。

所谓**“抵押权人同意”**并非指对抵押物转让本身表示同意，而是**指抵押权人同意通过抵押权的追及效力来行使抵押权，即抵押权人同意转让抵押物，仅仅意味着抵押权人同意在债权未获全部清偿时向抵押物的受让人而非抵押人主张抵押权，以保障债权的实现。**如果这样理解“抵押权人同意”，我们就不能否认《物权法》第 191 条承认了抵押权的追及效力[40]。同时，也只有如此理解的“抵押权人同意”，才可能彻底打消抵押权人的顾虑而使《物权法》关于抵押权人同意的规定得到广泛适用，避免形成一纸空文，因为如此理解的“抵押权人同意”与《担保法》第 49 条所规定的“通知抵押权人”均旨在约束抵押人，而非限制转让抵押物，因而在限制程度上的差异被大大缩小了，“抵押权人同意”的可能性也就大大提高了。《物权法》关于抵押物转让的规定与《担保法》关于抵押物转让的规定不仅不像其字面所显示的那样存在巨大差异，而且二者在内在精神上并无实质冲突。在《担保法解释》第 67 条承认了已登记的抵押权在未通知或告知仍然可以行使，即已登记的抵押权具有追及效力。“与《担保法解释》67 条相比，该条只是明确了涤除制度，并未明确是否采取抵押权追及效力主义，在解释上，应做肯定回答”[4]

不仅如此，人民法院公报案例中的态度是坚持《担保法》、《担保法解释》和《物权法》的立法指导思想和保护利益平衡方面的一致性。“《物权法》第一百九十一条亦规定抵押期间转让抵押物须经抵押权人同意。其立法目的是为了确保抵押权人的利益不受侵害。但《担保法司法解释》第六十七条和《物权法》第一百九十一条也规定，未经通知或者未经抵押权人同意转让抵押物的，如受让方代为清偿债务消灭抵押权的，转让有效。上述法律和司法解释的规定体现了相关立法和司法解释的指导思想是要在抵押权人和抵押人、受让抵押标的物的第三人之间实现利益平衡，既充分保障抵押权不受侵害，又不过分妨碍财产的自由流转，充分发挥物的效益。本案双方当事人在《联合开发协议》中约定由索特公司在不影响开发进度的前 提下办理解除抵押的相关手续，即以约定的方式将先行解除本案所涉土地上的抵押权负担的义务赋予了索特公司；该约定既保障了抵押权人的利益，也不妨害抵押人和受让土地的第三人的利益，与《担保法》、《物权法》以及《担保法司法解释》保障各方当事人利益平衡的立法精神并不相悖，不违反法律规定。从合同法的角度看，符合意思自治和合同自由原则，且确保了抵押权人的利益不受侵害，与《担保法》、《物权法》和《担保法司法解释》的立法本意和制度设计不相抵触。”

所谓“不得转让”，即不能将未经抵押权人同意的抵押物转让行为理解为《合同法》第 51 条所规定的无权处分，并进而将未经抵押权人同意的抵押物转让行为理解为效力待定的行为。并且，不得转让也不属于《合同法》第 52 条所称“法律、行政法规规定的强制性规定”呢？这是因为法律、行政法规规定的强制性规定很多，但并非都属于《合同法》第 52 条所称“法律、行政法规规定的强制性规定”。

之所以不属于法律的强制性规定在于，伦茨教授认为，法律规定某项权利一般来说、或者在特定前提条件下不得转让，也不属于法律的禁止规定，因为上述情形下法律并不想阻止

这类法律行为的实施，而更多的是希望对这类法律行为实施的可能性在范围上进行一般的限制，从而更好地引导这些法律行为。[5]并且王轶和崔建远教授均认为此规范并非根据文义解释得出的是强制性规范的观点，仅是倡导性规范。[6]还有学者认为此处“不得”仅具有警示功能。[7]

虽然我国《物权法》第 191 条第 2 款使用了“不得转让”的表述，但在承认抵押权之追及效力的背景下，由于该条款的规范目的不是要禁止抵押人转让抵押物，故不属于《合同法》第 52 条所称“法律、行政法规规定的强制性”规定。既然如此，那么当事人违反《物权法》第 191 条第 2 款时，其法律后果如何呢？在笔者看来，惟一合理的理解是，《物权法》第 191 条第 2 款所谓“不得转让”，并不是指未经抵押权人同意，抵押人不得对标的物进行处分，进而否定转让行为的效力，而是指如果抵押人未经抵押权人同意而转让抵押物，则对于抵押权人因不得不向抵押物的受让人主张抵押权而增加的费用，应由抵押人承担赔偿责任。也就是说，在承认抵押权之追及效力的背景下，抵押物的转让虽然不影响抵押权的存续，但却可能给抵押权人行使抵押权带来额外的费用和风险，[49]因此在抵押人未经抵押权人同意转让抵押物时，其后果虽然不是转让行为无效，但应由抵押人对抵押权人因此而受到的损失承担赔偿责任，除非抵押人按照《物权法》第 191 条第 1 款的规定经抵押权人同意，并以获得的转让价款提请清偿债务或者提存。

（三）涤除权的效力，

受让人知道抵押权存在的，无法依据善意取得的规定取得标的物所有权，但其可以依法行使涤除权消灭抵押权，从而取得抵押财产的所有权。

1.行使涤除权无需抵押权同意

第一，要求第三人在行使涤除权时须征得抵押权人的同意，不符合涤除权设立的目的即保护第三人利益和促进财产流转。第二，如果第三人在行使涤除权时须征得抵押权人的同意，这可能导致抵押权人滥用抵押权。第三，赋予抵押权人以拒绝权，违背了抵押权的制度目的。抵押权作为债的担保制度之一，目的就在于保障主债权的实现。

2.抵押权人无权拒绝涤除权的行使

从比较法上来看，凡是承认涤除权制度的法律，都认为涤除权是抵押财产受让人所享有的一项权利。正是因为涤除权是抵押财产受让人所享有的一项权利，抵押财产受让人可以选择是否行使，所以其行使涤除权时也无须取得抵押权人的同意。同时，涤除权有助于抵押财产经济价值的充分实现，并且不会损害抵押权人的利益，因为涤除权的行使必须由受让人代为清偿从而使债务消灭，因此抵押权人的利益得到保障，基于利益权衡的考虑，行使涤除权无须取得抵押权人的同意。

（四）在抵押人未经抵押权人的同意转让抵押财产时，第三人可能在符合善意取得的条件下，依据《物权法》第 106 条而取得标的物所有权，此时如何保护抵押权人的利益

在抵押财产是不动产的情形，抵押权的设立必须登记。由此也可知抵押人的处分权受到限制，第三人只要从抵押人处受让抵押财产，就构成对抵押人无权处分的明知，也即恶意，

从而无法善意取得抵押财产。

但在抵押财产是动产的情形，动产抵押权的设定并不需要办理登记，买受人也无法通过登记了解其物上负担，这使善意取得具有了可能。抵押财产的善意取得而归于消灭，能不利于抵押权人利益的保护。弥补该缺陷，应当类推适用《物权法》第 191 条第 1 款的规定，赋予抵押权人优先受偿权，即在抵押人未经许可转让抵押财产的情形，抵押权人有权就抵押人转让抵押财产所获得的价款优先受偿，以实现双方之间的利益平衡。在抵押财产流转中，应当对善意取得的适用设置一定的限制，即抵押人取得的价款必须用于清偿债务，甚至若价款未支付，抵押权人亦可取得对价款请求权的权利。

（五）我国是否承认涤除权？

一种观点认为不承认，理由有三

1.因为涤除权的产生前提就是承认抵押权追及效力，否则不可能也没必要。既然无法证明担保法承认抵押权的追及效力，凭什么这么认为

2、涤除权制度源于法国,主要为日本民法所继受,在瑞士民法典中也有所体现,是传统民法中一项古老的制度。瑞士法国日本 3 国明确规定涤除权只是作为抵押物第三取得人的权利，就涤除权行使有明确规定：“涤除权人可以在抵押权实现之前提出涤除权金额据以消灭抵押权，如果抵押权人不接受，则必须以高于涤除金额的低价进行拍卖。”

据瑞士民法典规定,当抵押物以高于第三取得人的价格卖出时,由第三取得人支付拍卖费用,而不能高于第三取得人出价的价格卖出时,则由抵押权人承担费用,可见,只要有关于涤除制度规定的国家,当抵押权人不接受第三取得人提出的涤除价格时,均规定由此产生的负担和不利后果由抵押权人承受。

多数学者承认我国涤除权的规定：一方面修改了担保法中未经抵押权人同意转让无效的规定，为涤除权确立了前提，另一方面，虽然有些更为详细的规定没有确立，目前我国司法实践基本确立了这一规则，通过解释可以得出有利于司法实践的结论，没有超出文义的射程。

（六）抵押人未经抵押权人同意转让抵押财产的协议效力

1 有效说，只要合同不存在合同法 52 条明确规定的无效情形，仅仅违反物权法 191 条并不导致无效，

比如登记对抗要件的动产抵押权和浮动抵押权，不登记权利也产生只是不能对抗善意第三人，如果让合同无效，因为无效合同受让人负有返还义务，那岂不是让本无对抗效力的动产抵押权有对抗效力？

如果履行期届满前出卖人未消灭抵押权构成违约，买受人可以解除合同追究违约责任来保护买受人利益

物权法 191 条是否是效力性规范恐怕需要有权解释加以确认

2 无效说

物权法 191 条以保护抵押权人为主要目的，让合同有效的话保护抵押权人的规定形同

虚设，担保法未经抵押权人同意转让协议无效指的是相对无效，即仅能由抵押权人主张无效的合同。

至于说有效不予善意取得制度相悖是完全没有道理的，善意取得的前提是无权处分，而抵押财产所有权是抵押人的，财产抵押了仅仅是处分权受到限制而不是没有处分权。否则重复抵押都是2次处分，难道重复抵押都被否定？

物权法是规定政治制度，经济制度的规范，民法虽然是私法，但不见得所有规定都是管理性规定

3区分说

经抵押权人同意转让抵押财产的行为属于无权处分，但是不能按照合同法51条来处理，原因合同有效、抵押财产转让行为相对无效（效力待定）。如果抵押人不同意转让，处分行为的瑕疵可以通过涤除权来弥补。绝对无效不能弥补，但是相对无效瑕疵完全可以补正。

注意：区分说绝不是承认物权行为无因性，而是指《物权法》15条清清楚楚的明确规定："当事人之间订立有关转让不动产物权的合同，除法律另有规定或合同另有约定，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力"这是物权法，不是解释？

4效力待定说

按照合同法51条来直接处理，司买卖合同法解释第3条绝对不能适用的。抵押权人不同意，合同绝对确定自始无效，仅仅要求承担缔约过失责任即可。

抵押人在抵押期间未经抵押权人同意，擅自处分抵押财产，该处分行为属于无权处分.

四、裁判要旨

公报案例："庆索特盐化股份有限公司与重庆新万基房地产开发有限公司土地使用权转让合同纠纷案"（(2008)民一终字第122号，载《高人民法院公报》2009年第4期（总第150期）

争议焦点：约定由转让人解除抵押时合同的效力

一审法院认为：

双方当事人之间法律关系不具备共担风险这一要件，在法律性质上不属于合作开发房地产合同。从该权利义务的具体内容来看，索特公司在提供该宗地的使用权之后，获得固定金额的对价，其实质是土地使用权转让，即索特公司是土地转让人，新万基公司是受让人。

首先，根据《中华人民共和国担保法》（以下简称《担保法》)第四十九条第一款规定，本案中，没有证据证明索特公司将转让行为通知了建设银行与工商银行（抵押权人）根据上述规定，该转让行为应属无效。其次，最高人民法院《关于适用＜中华人民共和国担保法＞若干问题的解释》(以下简称《担保法司法解释》)第六十七条第一款规定："抵押权存续期间，抵押人转让抵押物未通知抵押权人或者未告知受让人的，如果抵押物已经登记的，抵押权人仍可以行使抵押权；取得抵押物所有权的受让人，可以代替债务人清偿其全部债务，使抵押权消灭。受让人清偿债务后可以向抵押人追偿。"由于新万基公司受让的标的物上存在

抵押权，根据该款规定，新万基公司可以通过行使涤除权消灭该抵押权，从而对转让行为的效力予以补正，但新万基公司并未行使涤除权，该转让行为的效力未能得到补正。

二审法院认为：

《物权法》第一百九十一条亦规定抵押期间转让抵押物须经抵押权人同意。其立法目的是为了确保抵押权人的利益不受侵害。但《担保法司法解释》第六十七条和《物权法》第一百九十一条也规定，未经通知或者未经抵押权人同意转让抵押物的，如受让方代为清偿债务消灭抵押权的，转让有效。即受让人通过行使涤除权涤除转让标的物上的抵押权负担的，转让行为有效。上述法律和司法解释的规定体现了相关立法和司法解释的指导思想是要在抵押权人和抵押人、受让抵押标的物的第三人之间实现利益平衡，既充分保障抵押权不受侵害，又不过分妨碍财产的自由流转，充分发挥物的效益。

本案双方当事人在《联合开发协议》中约定由索特公司在不影响开发进度的前提下办理解除抵押的相关手续，即以约定的方式将先行解除本案所涉土地上的抵押权负担的义务赋予了索特公司；该约定既保障了抵押权人的利益，也不妨害抵押人和受让土地的第三人的利益，与《担保法》、《物权法》以及《担保法司法解释》保障各方当事人利益平衡的立法精神并不相悖，不违反法律规定。从合同法的角度看，转让方对转让标的负有权利瑕疵担保责任，其主动告知转让土地上的权利负担，并承诺由其在不影响开发进度的前提下先行解除抵押，该承诺构成合同中的负担行为，即承担义务的行为，符合意思自治和合同自由原则，且确保了抵押权人的利益不受侵害，与《担保法》、《物权法》和《担保法司法解释》的立法本意和制度设计不相抵触。

第一百九十二条 【抵押权转让或者作为其他债权担保】

抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。债权转让的，担保该债权的抵押权一并转让，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

一、周边法源

1.《物权法》

第二百零四条：最高额抵押担保的债权确定前，部分债权转让的，最高额抵押权不得转让，但当事人另有约定的除外。

2.《担保法》

第五十条：抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。

第五十二条：抵押权与其担保的债权同时存在，债权消灭的，抵押权也消灭。

3.《担保法解释》

第七十二条：主债权被分割或者部分转让，各债权人可以就其享有的债权份额行使抵押权。 主债务被分割或者部分转让的，抵押人仍以其抵押物担保数个债务人履行债务。但是，第三人提供抵押的，债权人许可债务人转让债务未经抵押人书面同意的，抵押人对未经其同意转让的债务，不再承担担保责任。

4.《合同法》

第八十条规定：债权人转让权利的，应当通知债务人。未经通知，该转让对债务人不发生效力。

二、条文释义

本条是关于抵押权转让或者作为其他债权担保的规定。

作为担保物权的一种，抵押权以其所担保的债权存在为前提，没有债权，就不可能有抵押权，抵押权失去了债权，也就失去了存在的意义。由于抵押权不具有独立存在的特性，因此本条中规定："抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。"这一规定延续了我国担保法的规定，一些国家和地区的民法中也有类似的规定，如我国台湾地区"民法"规定，抵押权不得与债权分离而为让与，或为其他债权之担保。根据这一规定，抵押权的转让或者以抵押权为其他债权设定担保，应当与抵押权所担保的债权一同进行。抵押权人转让抵押权的，抵押权应当与其所担保的债权一同转让；抵押权人以抵押权向他人提供担保的，抵押权应当与其所担保的债权一同向他人提供担保。单独转让抵押权或者单独以抵押权作为其他债权担保的行为无效。

这里所讲的抵押权不得与债权分离而单独转让，是指抵押权人不得将抵押权单独让与他人而自己保留债权。由于抵押权具有附随性，被担保的债权转让的，抵押权应当随被担保债权的转让而移转于受让人，因此本条规定："债权转让的，担保该债权的抵押权一并转让。"

需要注意的是，关于这一规定，本条还有一项但书规定："但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。""法律另有规定"，例如本法第二百零四条规定，最高额抵押担保的债权确定前，部分债权转让的，最高额抵押权不得转让。"当事人另有约定"， 即如果当事人对抵押权与债权做出可以分别转让的约定且没有违背法律的其他规定时，该约定有效。该约定既可以是抵押权人在转让债权时，与受让人约定，只转让债权而不转让担保该债权的抵押权，这种情形大多发生在债权的部分转让时；也可以是第三人专为特定的债权人设定抵押的，该第三人与债权人约定，被担保债权的转让未经其同意的，抵押权因债权的转让而消灭。

三、争点与述评

关于抵押权转让或作为其他债权担保的问题，司法实践中和学说并不存在太多条文适用上的争议，主要在于担保物权从属性的理论的明确。担保权从属性体现有三：其一，发生上从属性，即担保权以被担保债权的发生为前提，随被担保债权无效或撤销而无效或撤销。其二，处分上从属性。《担保法》第五十条和《物权法》第一百九十二条皆宣示："抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保"。其三，消灭上从属性，即被担保债权因清偿等原因而全部或部分消灭时，担保权亦随之相应地消灭。

主要的一个疑虑就是本条抵押权转让或作为其他担保作为物权强制转让的一例是否会消解私法的意思自治及如果不违反私法自治其限制条件应当是什么的问题。[1]

根据私法自治的精神，物权转让是体现物权人意思自治最为核心之点，而物权强制转让是对特殊情况做的特殊规定。在我国《物权法》的规定中，有关强制转让物权的规则涉及两个方面三种途径。所谓"两个方面"是指物权的强制转让分别涉及所有权和他物权这两个不同方面。所谓"三种途径"是指无论是所有权还是他物权的强制转让，均通过如下三个路径产生强制转让的结果：1. 根据法院、仲裁委员会的法律文书而产生的物权强制转让（《物权法》第 28 条）。2. 根据政府依法定权限与程序做出征收不动产的行政决定而产生的物权强制转让（《物权法》第 28 条、第 42 条）。3. 根据法律的直接规定而产生的物权强制转让。抵押权转让就是其中他物权强制转让。

首先，物权强制转让不消解意思自治。

第一，物权强制转让同样需要"行为规则"。虽然权利人的意思是物权转让产生之源，但不同的权利主体之意思在物权转让过程中必然会有因不同利益追求而产生内容冲突的情况，因此，需要在物权转让中由法律做出强制性物权转让规则以使不同权利人的行为有规则可循。我国台湾学者苏永钦教授将其称为法律提供的自治之游戏规则。

第二，物权强制转让应当以实现权利行使目的为立法追求。当权利人自由行使其权利将可能影响他人权利利益的实现时，强制缔约就成为一种必要。建筑物、构筑物及其附属设施占用范围内的建设用地使用权可以不一并转让或者地役权可以单独转让而与该地役权所存在的土地所有权转让无涉的话，那么，权利受让人获得的实际上是一个根本无法行使的权利。

由于强制转让物权是对权利人意思自治的限制，因此，物权的强制转让之发生应当具有

一定的前提。前提是：权利人行使权利的意志与公共利益发生了冲突。对于公共利益的界定，学界又有两种观点：在物权法中对公共利益进行界定和在单行法中对公共利益进行界定。物权法承担起对公共利益做出详细而又具体解释的重任，超过了物权法所能够承受的范围。但是，可以考虑在物权被强制转让的范围内，对可能导致物权强制转让的公共利益做出一个 一般性的解释。

其次，物权强制转让的一般条件。

1．有物权强制转让的客观需要

无论是法律的直接规定还是司法裁判或行政决定，其对物权能否被强制转让应当有一个是否存在客观需要的判断。所谓客观需要，显然是对事实的客观判断。

2. 有物权强制转让的合法依据

该合法依据直接来自于法律规范、司法或准司法机构如仲裁委员会有效裁判、政府依法定权限与法定程序做出的有效行政决定。

最后，物权强制转让的限制条件。

1．法律的直接限制

(1)必须是国家有权机构做出的物权强制转让的法律文件或行政决定。(2)政府做出强制转让物权的决定，必须依照法定权限和法定程序。。

2．约定的限制

物权法对地役权的强制转让、从物所有权随主物所有权强制转让以及担保债权的抵押权必须随债权转让而被强制转让的情形，附加了排除的限制性规定。物权法对物权强制转让虽有规定，但是，这不意味着是对私法自治的彻底否定。立法规定物权的强制转让，旨在通过强制性行为规则来均衡意思自治与利益公平实现之间的关系。即如果当事人有另外约定的或法律有不同规定的，该强制转让可以不发生。

对于抵押权的独立性问题目前学界已有一定声音，虽然当下部分中国学者对于德国的土地债务以及抵押权顺位固定主义的排斥，从而一定程度上对抵押权证券化问题有消解倾向，但是作为一种高级形态，是符合我国未来经济发展要求的，尤其是当下小企业融资难问题，但是笔者认为建构该制度还应当以以下制度为前提：并且借鉴德国土地债务等制度。

（1）承认抵押权顺位固定主义，参考瑞士空白担保制度或所有人抵押制度。

（2）承认物权行为无因性理论

（3）房产与地产登记机构须统一

（4）引入公证机关就登记情况予以确认，从而使法律手段代替行政手段。减少登记机关过错所带来的损失

（5）完善证券法、信托法、和物权法。得到证券市场的认可。

当然争议极大，没错，确实找不到如此高级形态的规定，但是已有雏形

（1）所有人在自己的所有物上设定或者存在的抵押权。《担保法解释》的第 77 条这一个条文。我国也没有明确规定不采用顺位固定主义。

（2）《买卖合同解释》第三条为此打下基础

（3）当前 2 机构合并的声音越来越强烈，确立公证机关为我国统一的动产抵押登记机关声音早已有之，实质审查无论在能力和利民方面较之登记机关更有优势,也是我国政府体制改革的趋势

（4）1996 年珠海市建设高速 公路公司所发行的资产 担 保 债券

1997 年 重庆 市政 府 与亚 洲担 保 豪升 AB 中国有限公司合作开发 ABS

1999 年深圳市政府筹划开发 MBS 都是我国抵押权证券化的有益尝试。

第一百九十三条　【抵押财产毁损或者价值减少时的处理】

抵押人的行为足以使抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求抵押人停止其行为。抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求恢复抵押财产的价值，或者提供与减少的价值相应的担保。抵押人不恢复抵押财产的价值也不提供担保的，抵押权人有权要求债务人提前清偿债务。

一、周边法源

1.《物权法》

第一百七十四条规定：担保期间，担保财产毁损、灭失或者被征收等，担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿。被担保债权的履行期未届满的，也可以提存该保险金、赔偿金或者补偿金等。

2.《担保法》

第五十一条规定：抵押人的行为足以使抵押物价值减少的，抵押权人有权要求抵押人停止其行为。抵押物价值减少时，抵押权人有权要求抵押人恢复抵押物的价值，或者提供与减少的价值相当的担保。

抵押人对抵押物价值减少无过错的，抵押权人只能在抵押人因损害而得到的赔偿范围内要求提供担保。抵押物价值未减少的部分，仍作为债权的担保。

3.《担保法解释》

第七十条规定：抵押人的行为足以使抵押物价值减少的，抵押权人请求抵押人恢复原状或提供担保遭到拒绝时，抵押权人可以请求债务人履行债务，也可以请求提前行使抵押权。

二、条文释义

我国法律赋予了担保物权人停止侵害请求权（担保物价值减少之防止权）、恢复原状请求权或增担保请求权，以及提前实现债权的权利。

抵押人使抵押财产价值减少的行为主要包括两个方面：一是抵押人采取积极的作为行为致使抵押财产价值减少，如砍伐抵押的林木、拆除抵押的房屋、驾驶抵押的机动车因操作不当造成车辆损坏；二是抵押人消极的不作为致使抵押财产价值减少，如对抵押的危旧房屋不做修缮、对抵押的机动车不进行定期的维修保养、有库房却任由抵押的机器设备在室外风吹雨淋。抵押权是为抵押权人的利益设定的，当抵押人的行为侵害抵押权人的利益时，应当给予抵押权人保全抵押财产价值、维护抵押担保效力的权利。因此，本条规定：抵押人的行为足以使抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求抵押人停止其行为。如要求抵押人停止砍伐林木或者拆除房屋，加紧房屋修缮或者对车辆定期保养。抵押人对抵押权人的要求不予理睬、不停止其行为的，抵押权人可以请求人民法院强制抵押人停止其侵害行为。

实践中，很多时候，即使抵押人停止其行为，也已造成抵押财产价值减少，使抵押权人

的利益受到损害，对此，抵押权人有权要求抵押人恢复抵押财产的价值，如将破旧的房屋修缮好，将损坏的车辆修理好。抵押财产的价值难以恢复或者恢复的成本过高的，抵押权人也可以要求抵押人提供与减少的价值相应的担保，如抵押人砍伐的林木价值约为 10 万元，抵押权人有权要求抵押人提供价值相当于 10 万元的新的抵押财产或者质押财产，或者由第三人对这 10 万元的债务提供保证担保。经抵押权人要求，抵押人不恢复抵押财产的价值也不提供担保的，抵押权人为保护自己的利益，防止抵押财产的价值进一步减少，有权要求债务人提前清偿债务。

需要注意的是，本条规定的抵押财产价值减少，均是由于抵押人的行为造成的，即只有在抵押人对抵押财产价值减少有过错的，才按照本条的规定处理。关于抵押人对抵押财产价值减少无过错时如何处理的问题，本条没有做出规定。那么，在抵押人无过错的情况下，如因地震、水灾等自然灾害，因失火、被窃等第三人原因致使抵押财产价值减少的，如何保护抵押权人的利益呢？对于非可归责于抵押人的原因使得抵押财产价值减少，如果要求抵押人恢复抵押财产的原价值或者提供价值相当的担保，对抵押人有失公正。对此，担保法第五十一条第二款规定："抵押人对抵押物价值减少无过错的，抵押权人只能在抵押人因损害而得到的赔偿范围内要求提供担保。抵押物价值未减少的部分，仍作为债权的担保。"这样规定有一定的道理，但要求抵押人在因损害而得到的赔偿范围内再向抵押权人设定一个担保，比较麻烦，如果抵押人没有其他的财产可供担保，还需要考虑如何以抵押人获得的赔偿金等设定担保物权的问题。因此，本条没有延续这一规定，而是在担保物权编的"一般规定"一章中做了规定，根据本法第一百七十四条的规定，担保期间，担保财产毁损的，抵押权人可以就获得的保险金、赔偿金等优先受偿。被担保债权的履行期未届满的，也可以提存该保险金、赔偿金等。赋予抵押权人对因担保财产毁损而获得的保险金、赔偿金等享有直接优先受偿或者提存的权利，简化了处理程序，能够更有效地保护抵押权人的利益。当然，此时原抵押财产仍应当作为债权的担保。

三、争点与述评

（一）　抵押财产毁损价值减少时损害赔偿请求权如何主张的问题

（二）　抵押人对财产毁损或价值减少无过错情形下，要求在损害赔偿范围内提供担保和就获得的赔偿金优先受偿的顺位问题

（三）　当抵押物被侵夺占有时，法律怎样对抵押权人进行救济？

有观点认为，抵押权人只能在实行抵押权时要求其退还抵押物，该不法占有并不当然降低抵押物的价值，并不妨碍抵押权人的优先受偿权，故不能基于抵押权请求该占有人排除妨碍，也不能代位行使抵押人对该占有人的妨碍排除请求权

笔者以前曾认为，因第三人不法占有抵押物，可能妨碍拍卖并导致拍卖金低于正常市场价格，故抵押权人应当享有排除妨碍的占有回复请求权和物权请求权。

笔者现在认为不能一概而论，有些情况下抵押人可能本身就不诚信，和第三人恶意串通损害抵押权人利益，故将抵押物保存至抵押人控制范围内本身就不适当此时应当享有基于间

接占有而产生的占有回复请求权，和基于抵押物交换价值而生的物权请求权，但是抵押权人应举证来证明或者提供反担保。然而对于一些无证据证明的与抵押人有关的妨害行为抵押权人通知抵押人即可，否则会过度侵害抵押人的利益。

（四） 抵押权人能否要求不法占有人向自己返还抵押物?

对此有观点认为基于无占有权能的理论逻辑，应当由抵押人自己去行使返还抵押物请求权

还有观点认为抵押人和第三人恶意串通损害抵押权人利益的现象也不少，只要抵押权人有证据证明存在该事实，就应当准许抵押权人享有该权利

（五） 抵押权设立后,抵押人在抵押物上为第三人设定用益物权,例如将抵押的房屋出租给他人居住，因居住人在抵押房屋内死亡，成凶宅，导致拍卖金减少，抵押权人能否要求增加金额?

对此有观点认为在使用抵押物时， 并不是抵押人的错误，事实上房屋也没有物理毁损，仅仅是个别公民的迷信，不应该增加金额。

但有观点认为应当建议抵押人去请求居住人家属赔偿，并将赔偿费所有权让与给抵押权人作为补偿。

笔者赞同后一种观点，毕竟凭借朴素价值观，对于此种房屋往往会影响拍卖价格，居住人虽已死亡，但是有遗产的情况下，遗产受让人有义务弥补其损失，赔偿抵押人，进而保护抵押权人利益

（六）对于分离搬出抵押物的妨害担保物的行为，比如将从物、孳息等从抵押物中分离、搬出,进而有可能与抵押人的一般财产相混同或被让渡给第三人的情况下，法律赋予抵 押权人禁止他人分离、搬出抵押物之权利的前提条件?

有学者认为,只有分离、搬出行为足以影响到抵押权的实行,即在实行抵押权时,抵押物价值因分离、搬出行为而降低，以至于不能通过抵押物交换价值优先实现债权时,该分离、搬出行为才构成对抵押权的侵害并可为抵押权人禁止。

也有观点认为无论是抵押人或第三人实施的分离、搬出行为,也无论行为人出于故意或过失,更无论此等行为是否致使抵押物的价值。低于被担保的债权额，抵押权人都可禁止分离、搬出行为。

笔者认为后一种观点更合理，因为前一种观点“足以”难以判断，而且分离后很快就可以很快发生与实施者的一般财产的混同或善意取得，导致抵押权人利益受损。

对《物权法》第 194 条的评述：

条文内容：第一百九十四条 抵押权人可以放弃抵押权或者抵押权的顺位。抵押权人与抵押人可以协议变更抵押权顺位以及被担保的债权数额等内容，但抵押权的变更，未经其他抵押权人书面同意，不得对其他抵押权人产生不利影响。

债务人以自己的财产设定抵押，抵押权人放弃该抵押权、抵押权顺位或者变更抵押权的，其他担保人在抵押权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，但其他担保人承诺仍然提供担保的除外。

抵押权的顺位

一、 周边法源：无

（一）宪法及其宪法性法律

（二）法律

《物权法》第 194 条抵押权人可以放弃抵押权或者抵押权的顺位。抵押权人与抵押人可以协议变更抵押权顺位以及被担保的债权数额等内容，但抵押权的变更，未经其他抵押权人书面同意，不得对其他抵押权人产生不利影响。

债务人以自己的财产设定抵押，抵押权人放弃该抵押权、抵押权顺位或者变更抵押权的，其他担保人在抵押权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，但其他担保人承诺仍然提供担保的除外。

（三）行政法规

（四）部门规章

（五）地方性法规其规章

（六）司法解释

（七）最高人民法院及其各地方高院其他规范性法律文件

（八）国际条约

二、 条文阐释

本条仅仅就顺位利益的次序权做出一般规定，本条仅仅就顺位利益的次序权做出一般规定，对于同一抵押物上存在顺位不同的数个抵钾权时， 先顺位抵钾权因债权消灭等原 因而归于消灭时，后顺位抵钾权能否依次升进而取得在先顺位？未予明确导致法律空白，大陆法系国家法国日本与德国瑞士分别采取抵 钾权顺位升进主义 与顺位 固定主 义之分

三、 争点与述评

对于顺位升进主义 与顺位 固定主 义问题学界存在以下几点争议：

（一）争议的前提是前提是先顺位抵押权（ 而不是先顺位抵押权所担保的债权 ）消灭 后 ， 后顺位抵押权能否 向前升进;还是认为判断两种主义区别 的前提是“ 先次 序抵押权所担保的债权消灭或者先次序抵押权本身消灭之后” 。

王利明学者在其《抵押权若干问题的探讨》一文中赞同第一种学说

笔者认为第 2 种更适合，毕竟现有的制度都承认抵押权的从属性，对于德国的土地债务制度虽然规定完全不受担保债权束缚，即完全脱离，也可以为将来债权做担保，更可以根本不以担保为目的设立，那是因为德国的历史原因，而中国一般而言，第 2 种观点更适宜，

（二） 顺位升进主义 与顺位 固定主 义哪个更适宜中国国情？

顺位固定主义理由有以下几点

1 往往第 2 顺序抵押权人在考虑接受之时就已经意识到了风险的存在，故约定更高的利率作为条件，让其晋升对债务人不公。

2 抵押人可以另设一个担保以便增强其融资能力，让后顺位人享宥该利益对抵押人不公

3 有利于权利证券化，让抵押权流通，在德国债权跟着抵押权走，也是例证。事实胜于雄辩

4 侵害一般债权人利益。

顺位升进主义理由有以下几点：

1 所有权具有弹性，抵押权作为定限物权，是对所有权的限制，既然负担都没了所有权回复其内容，后顺位的权利人当然享有该利益

2 符合朴素的认识

3 不妨碍抵押权证券化，其本质是债权和抵押权的证券化，而且抵押权证券化问题是以抵押登记簿公信力及于债权、完善公证制度的和公证机关得就前手和后手的书面合意公证为基础的。

文献来源

① 参见王利明 ： 《抵押权若干问题的探讨》， 《法学》2000 年第 11 期

② 陈久奎、王自强 ：《多重抵钾制度探析》， 《重庆师范大学学报》2006 年第 6 期

四、 裁判要旨

（一）最高人民法院指导性案例

（二）人民法院公报案例

（三）其他典型案例

《物权法》第一百九十五条

【抵押权的实现】 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，抵押权人可以与抵押人协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿。协议损害其他债权人利益的，其他债权人可以在知道或者应当知道撤销事由之日起一年内请求人民法院撤销该协议。

抵押权人与抵押人未就抵押权实现方式达成协议的，抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。

抵押财产折价或者变卖的，应当参照市场价格。

一、周边法源：

1、《民法通则》

第八十九条第二款 规定“债务人或第三人可以提供一定的财产作为抵押物。 债务人不履行债务的，债权人有权依照法律的规定以抵押物折价或者以变卖抵押物的价款优先得到偿还。 ”

2、《担保法》

第五十三条 【抵押权实现的条件和方式】债务履行期届满抵押权人未受清偿的，可以与抵押人协议以抵押物折价或者以拍卖、变卖该抵押物所得的价款受偿；协议不成的，抵押权人可以向人民法院提起诉讼。

抵押物折价或者拍卖、变卖后，其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。

3、《合同法》

第二百八十六条 发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。

4、《民事诉讼法》2012

第一百九十六条 申请实现担保物权，由担保物权人以及其他有权请求实现担保物权的人依照物权法等法律，向担保财产所在地或者担保物权登记地基层人民法院提出。

第一百九十七条 人民法院受理申请后，经审查，符合法律规定的，裁定拍卖、变卖担保财产，当事人依据该裁定可以向人民法院申请执行；不符合法律规定的，裁定驳回申请，当事人可以向人民法院提起诉讼。

二、条文释义

本条是关于抵押权实现的条件、方式和程序的规定。

本条对抵押权人实现抵押权的条件做出了规定：一是债务履行期间届满，债务人不履行债务；二是发生了当事人约定的实现抵押权的情形，这是物权法新增加的规定。

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的，抵押权人可以与抵押人就如何处理抵押财产进行协商。

如果双方达成协议：

(一)折价方式

抵押权人可以与抵押人协议，以折价的方式实现抵押权。折价的方式也就是抵押权人与抵押人协议，参照市场价格确定一定的价款将抵押财产的所有权转移给抵押权人，以实现债权。为了保护抵押人的利益，本法第一百八十六条规定了禁止流押规则。但法律所限制的只是在债务履行期届满前不得做出这种将来转移所有权的协议，在需要实现抵押权的时候，已不存在可能给抵押人造成不利的情势了，这时双方可以协议以折价的方式来清偿抵押权人的债权。而且，如果双方确定的抵押财产的价款高于被担保的债权时，依照本法规定，超出的部分要归抵押人所有，这样合同双方的权益就都得到了保护。

(二)拍卖方式

拍卖是抵押权实现的最为普通的一种方式。拍卖也称为竞卖，是指以公开竞争的方法将标的物卖给出价最高的买者。拍卖又分为自愿拍卖和强制拍卖两种，自愿拍卖是出卖人与拍卖机构一般为拍卖行订立委托合同，委托拍卖机构拍卖；强制拍卖是债务人的财产基于某些法定的原因由司法机关如人民法院强制性拍卖。抵押权人与抵押人协议以抵押财产拍卖来实现债权的方式属于第一种方式，双方达成一致意见，即可选择拍卖机构进行拍卖。以拍卖的方式实现抵押权有很大的优点，因为拍卖是以公开竞价的方式出卖标的物，拍卖的价款能够最大限度地体现拍卖财产的价值，从而充分发挥抵押财产对债权的担保作用。

(三)变卖方式

除前述两种方式外，本条规定双方还可以协议以变卖的方式实现抵押权。采用变卖的方式就是以拍卖以外的生活中一般的买卖形式出让抵押财产来实现债权的方式。为了保障变卖的价格公允，变卖抵押财产应当参照市场价格。

抵押权人与抵押人协议处理抵押财产时，可能涉及抵押人的其他债权人的利益，为保障其他债权人的利益，本条规定，抵押权人与抵押人的协议损害其他债权人利益的，其他债权人可以在知道或者应当知道撤销事由之日起一年内请求人民法院撤销该协议。这里规定的“一年”是一个固定期间，不得中止、中断。

如果双方未达成协议：

担保法规定：“协议不成的，抵押权人可以向人民法院提起诉讼。”

本法起草过程中，不少人提出，要求抵押权人向人民法院提起诉讼以实现抵押权的规定使得抵押权的实现程序变得复杂而且漫长，有时抵押权需要一两年才能实现。实践中，一些抵押权人为了尽快实现抵押权，事先与抵押人签署一份具有强制执行力的公证文书，约定债务人到期不履行债务的，抵押权人不必向人民法院提起诉讼，直接向人民法院申请强制执行，

进行执行程序。因此，建议为使抵押权的实现程序更加简便，应当允许抵押权人在协议不成的情况下，直接向人民法院申请拍卖、变卖抵押财产。

对此，立法者认为，抵押权人与抵押人未就实现抵押权达成协议，主要有两种情形：

一是双方就债务履行期届满债权未受清偿的事实没有异议，只是就采用何种方式来处理抵押财产的问题达不成一致意见；

二是双方在债务是否已经履行以及抵押权本身的问题上存在争议，如双方对抵押合同的有关条款或者抵押权的效力问题存在争议，这些问题实际上是实现抵押权的前提条件，双方对此发生争议，也就根本谈不上协议以何种方式实现抵押权了。对于第一种情形，即抵押权人与抵押人仅就抵押权实现方式未达成协议的，为了简便抵押权的实现程序，本条规定，抵押权人可以直接请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。对于第二种情形，抵押权人仍应当采取向人民法院提起诉讼的方式解决。

本条还涉及浮动抵押权的实现程序的问题，即是否应当单独规定浮动抵押权的实现程序？

对这一问题，本法起草过程中有不同意见：

一种意见认为，应当单独规定浮动抵押权的实现程序，因为浮动抵押权的实现与一般抵押权的实现有很大的不同。一般抵押权是以抵押财产折价受偿或者以拍卖、变卖抵押财产的价款优先受偿。而浮动抵押权的标的物多是整个公司或者公司的大部分财产，以整个公司的财产或者大分部财产实现债权，会涉及公司的接管、清算、采取拯救措施等问题；如果公司资不抵债的，还会涉及公司的破产问题。因此，浮动抵押权的实现是一个比较复杂的问题；如果不明确规定其实现程序，浮动抵押制度将很难操作。国外的一些立法也对浮动抵押权的实现程序做出了特别规定，如日本有关法律规定，债权人应当向法院申请实现浮动抵押权，法院根据抵押权人的申请做出执行裁定，同时宣布对公司财产进行扣押。法院做出执行裁定后，还要选任财产管理人并进行公告。

另一种意见认为，没有必要单独规定浮动抵押权的实现程序，浮动抵押权可以准用一般抵押权的实现方式，由浮动抵押权人拍卖、变卖公司的财产优先受偿或者以公司财产折价受偿。

本条规定没有区分一般抵押权与浮动抵押权，无论哪种抵押权，均适用本条规定的抵押权实现的方式和程序。这样规定的主要考虑是，本法规定的浮动抵押财产的范围仅限于动产，即只有在企业、个体工商户和农业生产经营者的生产设备、原材料、半成品和产品这些动产上才能设定浮动抵押权，并不包括企业的不动产以及知识产权、商业秘密等财产权利。这就意味着企业一般不会以其全部财产设定浮动抵押。而就企业的动产浮动抵押而言，其抵押权的实现与一般抵押权实现的方式和程序并没有什么区别。此外，浮动抵押制度在我国还是一项新的担保制度，实际适用过程中会出现哪些问题，一旦涉及整个企业的接管、清算等问题如何妥善处理，还需要在司法实践中不断摸索，积累经验，通过制定和修改有关法律逐步完善。

三、争点及评述

一、关于抵押权实现的问题，经历了《民法通则》,《担保法》,《合同法》,《物权法》第195条以及修订的《民事诉讼法》的规定，该制度才足以完善。

（一）、《民法通则》89条第2款，债权部分就对抵押权做出了非常简单的规定，仅规定了拍卖和变卖两种抵押权的实现方式；

（二）、《担保法》53条第1款规定了，首先由抵押权人与抵押人协议抵押权的实现方式，若协议不成的，抵押权人应以提起诉讼的方式，请求实现抵押权；这里的协议不成，包括两种情形，一即抵押权实现的条件是否已经成就；二，对于抵押权实现的条件是否成就与否没有争议，只是对抵押权具体的实现方式有争议；

担保法对抵押权的实现进行规定之后，饱受批评，其主要原因是向法院诉讼实现抵押权效率太慢，一般需要一至两年的时间才可以实现抵押权。

（三）、《合同法》286条在规定承包人的法定优先权的实现方式时，摒弃了担保法的诉讼模式，直接规定了承包人可以申请法院拍卖变卖工程的非诉程序。

（四）、《物权法》195条在总结上述不足的情况下，做了如下的完善：

首先，在原来的规定上第一款增加了“当事人约定的实现抵押权”的情形，即允许当事人之间对抵押权的实现方式进行约定，这就改变了之前一直确立的“债务人不履行到期债务”的单一情形，即第195条第1款的前半句；

其次，为了保护第三人（其他物权人、债务人以及债务人的普通债权人）的利益，增加了赋予因抵押权人与抵押人的协议而受到损害的债权人以“撤销权”（即第195条第一款的后半句）以及要求当事人在以抵押财产折价或者变卖抵押财产时，应当“参照市场价格”（即第195条第三款）的规定；

最后，将担保法中的“协议不成”的情况中的就“实现方式未达成协议”的情形，规定为可以直接请求人民法院拍卖、变卖抵押财产，而对于抵押权实现的前提问题上，规定了“向法院提起诉讼”的方式（即第195条第二款）

其存在的问题如下：

1、关于抵押权约定实现程序的利弊问题。

2、关于“抵押权的法定实现程序的性质”存在争议。

3、由于缺乏对程序问题作出具体的配套规范，导致第195条第2款无法适用，[1]法官在实务中仍然会适用《担保法》第53条第1款的规定，即要求抵押权人以债务人以及抵押人为共同的被告向法院起诉。这种就直接导致了在《物权法》施行的近五年的时间内，从来就没有法院适用过该法第195条第2款的抵押权法定实现程序去实现抵押权。

民诉法没有修订之前，第195条存在的弊端：《合同法》286条其立法意图在于改变《担保法》规定的担保物权实行途径。“在民诉法专门规定此种抵押权执行程序之前，应当准用民诉法第三编规定的执行程序。”我国《物权法》没有认可担保物权的私力救济途径，虽然

[1]张自合：论担保物权实现的程序

在公力救济途径中规定可以直接申请拍卖、变卖担保财产，但在民事执行法上，担保合同无法作为执行根据。在现有的制度框架下，人民法院也无法根据当事人的申请直接作出许可拍卖、变卖担保财产的裁定。[2]

（五）、针对上述争议，2012年修订的《民事诉讼法》在第十五章第7节增加了两个条款，作未抵押权实现确立了基本的程序性规范：如申请人担保物权人以及其他有权请求实现担保物权的人；管辖的法院：担保财产所在地或者担保物权登记地基层人民法院；非诉程序向诉讼程序的转化。

当然，对于程序法上的回应，仍然需要对非诉程序实现抵押权进行检视与思考

1、非讼程序实现抵押权案件的管辖

2、非讼程序实现抵押权案件的审查部门

3、非讼程序实现抵押权案件的审查方式

笔者建议非讼程序在今后的具体适用当中，可以借鉴这种实践中的做法，对于非实质性部分迅速裁决，对于抵押权的存否、担保的范围、 数额等争议部分，“法院应求诸诉讼法理，如处分权主义、辩论主义、举证责任分配、言词辩论等， 尽可能地赋予当事人参与裁判过程和辩论的机会。 ”[3]

4、非讼程序实现抵押权案件的审查结果

（六）综上，目前关于抵押权的实现问题的规范中，存在如下问题

1、关于抵押权约定实现程序的利弊问题。

2、关于“抵押权的法定实现程序的性质”存在争议。

3、对非诉程序实现抵押权进行检视与思考

3.1、非讼程序实现抵押权案件的管辖

3.2、非讼程序实现抵押权案件的审查部门

3.3、非讼程序实现抵押权案件的审查方式

1、关于抵押权约定实现程序的利弊问题。

关于抵押权约定实现程序的立法模式主要有两种“禁止模式”以及“允许模式”，其中后者有“效率高、时间短；以及尊重当事人的意思自由”优点以及“在实现不动产抵押实现的情形下，由于抵押权人与抵押人之间的协商而损害第三人的利益”的弊端。

我国采取的是“允许模式”，其存在的问题主要是：允许当事人之间对抵押权实现的情形进行约定，不利于提高抵押权实现的效率。之所以这样判断的理由在于：《担保法》第53条规定的“抵押权的法定实现程序”相较于当事人之间约定的抵押权实现的情形更加容易判断。在发生争议的情况下，当事人必须另行提起诉讼，这样抵押权实现的成本无疑就增加了。[4]

2、关于“抵押权的法定实现程序的性质”存在争议。

[2] 担保物权实行途径之研究—兼及民事诉讼法的修改.高圣平.法学 2008 年第 I 期

[3]杨言军：《非讼程序实现抵押权的若干问题思考———以<物权法>第195条和新民诉法第196、197条展开分析》，载《法律适用》，2013年第7期

[4]程啸：《论抵押权的实现程序》，载《中外法学》，2012年第6期

关于抵押权实现程序的立法模式，存在非诉程序的立法模式以及诉讼程序的立法模式。我国经历了有诉讼程序的立法模式向非诉程序的立法模式为主、诉讼程序的立法模式为辅的转换。

在《民诉法》未对物权法 195 条第 2 款存在的程序问题进行规定前，学界对于该问题存在极大争议。[5]主要存在一下几种学说：

2.1 强制执行说 ：即当事人可以凭借抵押合同等材料，在双方不能达成一致协议时，直接请求法院强制执行；

2.2 非诉程序说：即当事人请求人民法院拍卖、变卖抵押财产的程序不是诉讼程序而是非诉程序。原因在于：第一，抵押权人请求法院实现其抵押权实质上是要求确认并实现其公示权利的程序，而非是解决双方当事人之间的权利义务争议的民事诉讼关系；第二，当事人之间如果对于抵押的范围、数额等有争议，法院也可以在非诉程序中进行解决。

2.3 非诉讼的执行程序说：即法院只需要对抵押权人提交的抵押权证明材料进行审查，即可裁定实现抵押权。[6]有学者认为，在目前抵押权实现的公力救济途径无再造空间的情况下，当事人可以直接向公证机构申请，由公证机构对抵押合同赋予强制执行效力。一旦抵押权实现条件成就，抵押权人就可以凭借该被赋予了强制执行效力的抵押合同直接向法院申请强制执行。[7]高圣平教授也主张，在目前担保物权实行的公力救济途径无再造空间的情况下，当事人可以直接向公证机构申请，由公证机构对担保合同赋予强制执行效力。在担保物权实行的条件成就时，担保物权人即可以该赋予强制执行效力的担保合同为依据，直接向人民法院申请执行。[8]

2.4 这三种观点中，非诉程序是主流观点[9]，其主要理由如下：

2.4.1 抵押权人向法院请求拍卖、变卖抵押财产从性质上说，只是抵押权人通过公力救济的途径实现变价权而已。[10]（即抵押权作为物权具有变价效力以及优先受偿效力）

2.4.2 非诉程序有助于高效的实现抵押权

2.4.3 抵押权实现程序中，抵押权人可能会提出争议，但这不影响其非诉的性质

3、对非诉程序实现抵押权进行检视与思考

3.1、非讼程序实现抵押权案件的管辖

3.1.1 依据民诉法第 196 条的规定，应该向担保财产所在地以及担保物权登记地基层法院提出

[5]罗越明 卫东亮《物权法》抵押权强制实现制度的性质及适用 法律适用 2008 年第 10 期
[6] 曹士兵：《我国<物权法>关于抵押权实现的规定》，载《法律适用》2008 年第 1 期。
[7]王康东："从抵押权的实现方式谈公证强制执行效力—兼评《物权法》第 195 条第 2 款"，《中国公证》2008 年第 4 期
[8]高圣平：《担保物权实行途径之研究—兼及民事诉讼法的修改》，载《.法学》，2008 年第 I 期
[9]罗越明 卫东亮《物权法》抵押权强制实现制度的性质及适用 法律适用 2008 年第 10 期；高圣平：《担保物权实行途径之研究—兼及民事诉讼法的修改》，载《.法学》，2008 年第 I 期
[10] 肖建国，陈文涛：《论抵押权实现的非诉程序构建》，载《北京科技大学学报》2011 年第 1 期。

3.1.2 关于特殊动产担保物权的实现的问题，究竟应该向哪个法院提出申请的问题。对此，有学者认为，如果办理了登记，则应该向登记地的基层法院管辖，如果没有登记，则可以由动产所在地的基层法院进行管辖。

3.2、非讼程序实现抵押权案件的审查部门

有学者倾向于将执行局作为非诉程序实现抵押权案件的审查部门。原因在于，第一，执行局本身就有相对于实施部门而独立存在的裁决部门；第二，特别程序中的其他案件一般也不存在交由立案庭审查的先例；第三，实现抵押权案件交由执行局审查更符合该程序设置的内在价值，更符合审判专业化的趋。[11]

实务界倾向性最大的两个部门是立案庭和执行局裁决部门。事实上，2012 年 12 月 25 日浙江省高级人民法院审判委员会第 2419 次会议通过的《浙江省高级人民法院关于审理实现担保物权案件的意见》第 5 条规定此类案件立案后两日内移送商事业务审判部门审查。

3.3、非讼程序实现抵押权案件的审查方式

申请拍卖、变卖担保财产案件为非讼案件，人民法院仅对申请人的申请进行形式审查，即仅从程序上审查应否许可强制执行，而无需在公开开庭时进行言词辩论。形式审查的内容包括担保物权有无依法公示以及是否已经达到担保物权的实行条件。

如果关系人对担保物权的存在与否及担保债权范围和数额存在争议，应作何处理?对此，存在两种截然不同的主张:

一种主张认为，该争议属于实质问题的争议，应由另行提起民事诉讼，依诉讼法理予以解决;

另一种意见认为，诉讼非讼二元论模式本身有其缺陷，在当事人之间关于实质事项的争议已经发生的情况下，仍要求其另行启动诉讼程序，对法院及当事人将造成人力、时间和费用上的额外负担，有违程序经济原则及程序利益保护原则，无端放弃了扩大程序制度解决争议的功能，不能一并利用非讼程序以避免不应发生的执行根据，并减少执行程序的困扰。如果在非讼程序中，已有适合于该争执的诉讼法理的适用及程序保障的践行，应当承认非讼裁定具有相当于法院依诉讼法理就同一争执所作的判决的效力。

对此，高圣平教授赞成第二种观点，就申请拍卖、变卖担保财产案件而言，有关担保物权存在与否及担保债权范围和数额等实体的问题，应尽可能在非讼裁定形成过程中一并予以解决。

对此，立法者采取了第一种观点。

3.4、抵押人的程序保障

对于采取非诉程序进行的抵押权实现的方式，如果抵押人认为违反了法律的规定，可以依据民诉法第 202 条规定的执行异议制度向法院提出书面异议；对于实体权利义务的争议，此时抵押人可以向法院另行提起诉讼，通过争讼程序对抵押权的法律关系进行审理

[11] 杨言军：《非讼程序实现抵押权的若干问题思考———以<物权法>第 195 条和新民诉法第 196、197 条展开分析》，载《法律适用》，2013 年第 7 期

《物权法》第一百九十六条

依照本法第一百八十一条规定设定抵押的，抵押财产自下列情形之一发生时确定：(1)债务履行期届满，债权未实现；(2)抵押人被宣告破产或者被撤销；(3)当事人约定的实现抵押权的情形；(4)严重影响债权实现的其他情形。

一、周边法源

二、法条释义

本条是关于以债务人现有的以及将有的动产抵押的，在什么情形下抵押财产确定的规定。本条是专门针对浮动抵押增加的规定。根据本法第一百八十一条的规定，当事人除可以在特定的财产上设定抵押即固定抵押外，企业、个体工商户、农业生产经营者还可以将现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品和产品抵押，即在上述动产上设定浮动抵押，当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时，债权人有权就实现抵押权时的动产优先受偿。浮动抵押区别于固定抵押的一个重要特征就是抵押财产的范围不确定，浮动抵押设定后，抵押人仍然有权继续占有、经营管理并自由处分其财产，这样就使抵押财产不固定，在抵押期间不断发生变化。但是，当抵押权人需要行使抵押权时，抵押财产应当是确定的；只有抵押财产被确定，抵押权人才能将抵押财产折价或者拍卖、变卖以实现抵押权。因此，抵押财产的确定是抵押权实现的前提条件。当然，一般情况下也只有在需要实现抵押权时，才有必要确定抵押财产。抵押财产的确定是实现浮动抵押权中的一个重要问题。

那么，在什么情形下抵押财产能被确定呢？依照本条的规定，抵押财产确定的情形有以下四种：第一，债务履行期届满，债权未实现的，抵押财产确定。这种情况下，无论抵押权人是否向抵押人提出实现抵押权的要求，抵押财产均应确定，自债务履行期届满之日起，抵押人不得再处分抵押财产。第二，抵押人被宣告破产或者被撤销的，抵押人停止营业，进入清算程序，由于其财产不再发生变动，抵押财产随之确定，抵押权人对抵押财产享有优先受偿的权利。第三，发生当事人约定的实现抵押权的情形的，抵押财产确定。前面讲过，抵押权人为保障自己的债权得到清偿，可以与抵押人约定提前实现抵押权的情形，如约定抵押人从事关联交易或者低价交易为提前实现抵押权的情形，又如约定抵押人用于抵押的库存的产品数量低于库存总量的一定比例为提前实现抵押权的情形。当事人约定了实现抵押权的情形的，一旦发生了该情形，抵押财产即被确定，抵押权人可以要求实现抵押权。第四，发生严重影响债权实现的其他情形的，抵押财产确定。严重影响债权实现的情形，范围比较广泛，既可以是因经营不善导致抵押人经营状况恶化或者严重亏损；也可以是因抵押人放弃其到期债权、无偿转让财产或者以明显不合理的低价转让财产，致使其财产明显减少；还可以是抵押人为逃避债务而隐匿、转移财产。抵押人有上述行为，严重影响债权实现的，抵押权人为保全抵押财产达到一定的数额，以起到担保其债权优先受偿的作用，可以向抵押人要求确定

抵押财产，以实现抵押权。抵押人对抵押权人的要求有异议的，抵押权人可以向人民法院请求确定抵押财产。需要说明的是，如果抵押人有放弃其到期债权、无偿转让财产或者以明显不合理的低价转让财产的行为，严重影响抵押权人债权实现的，抵押权人除可以依照本条规定要求确定抵押财产外，还可以依照合同法的有关规定向人民法院请求撤销抵押人的行为。因抵押权人行使撤销权而追回的财产，如果原本就属于浮动抵押财产的范围，抵押财产确定后，仍属于抵押财产。

本条规定的四种情形为抵押财产确定的法定情形，发生其中任一情形的，自该情形发生时浮动抵押即转化为固定抵押，抵押财产确定，抵押人不得再处分抵押财产，抵押权人可以依照本法第一百九十五条的规定实现抵押权。

三、争议与述评

对于一般抵押而言，抵押权人实现抵押权有两种情形，即“债务人不履行到期债务”和“发生当事人约定的实现抵押权的情形”。[1]除这两种情形之外，《物权法》第 196 条对浮动抵押的实现又规定了特殊的实现条件，即“抵押人被宣告破产或者被撤销”与“严重影响债权实现的其他情形”。须注意的是，该四种情形既是抵押财产确定的条件，也是抵押权人实现抵押权的条件。不仅如此，事实上，浮动抵押与一般抵押在权利的实现方式问题上，也存在较大的差异。一般抵押权的实现方式较为简单，《物权法》第 195 条对其作了规定，即先由抵押权人与抵押人协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿；达不成协议的，抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。但是，浮动抵押因其抵押财产的浮动性而很难确定，尽管法定或者约定条件具备，抵押财产在法律上即已确定，但到底有多少财产？财产在哪里？哪些财产是确定的财产，哪些不是？事实上很难知晓。另外，抵押财产确定之后，抵押权人可以通过法律允许的何种手段，对已经确定的抵押财产进行控制和管理？由此可见，法律应当对浮动抵押权的实现方式作出特殊的规定。然而，《物权法》在这个问题上的态度并不明确，由此也造成了实践中的分歧。有观点认为，浮动抵押权的实现与一般抵押权的实现方式相同，也应当适用第 195 条的规定，当《物权法》第 196 条规定的情形发生时，抵押物即归确定，无须由法院发布查封、扣押命令。也有观点认为，浮动抵押权的实现，应当由抵押权人向人民法院提出实现抵押权的申请，经人民法院作出浮动抵押权实现的决定时开始。笔者认为，对于浮动抵押权的实现方式，《物权法》并未明确排除当事人以协议方式实现，基于意思自治原则，也应当予以允许，而不应当局限于法院主导的实现程序，尽管后者更有利于浮动抵押权人利益的有效实现。同时，考虑浮动抵押的特殊性，还应当就抵押财产的确定等具体操作问题制定相应的规则，如可以建立抵押财产接管人制度。在浮动抵押财产确定后，应当允许抵押权人聘请接管人，以保障确定的抵押财产不再变动和优先受偿权的实现。至于接管人的选择问题，可以由会计师、审计师及律师事务所或者其他专门机构来承担，并且应当对接管人资质条件、权利义务、法律责任及监督机制作出明确规定。

[1] 王保民：西部法律评论 2009 年第 5 期

另外，关于浮动抵押权与一般抵押权的效力顺位问题，《物权法》也没有针对浮动抵押的具体特点，对其作出不同的规定，由此也造成了理解上的分歧。有观点认为，《物权法》第 199 条关于一般抵押权效力顺序的规定也适用于浮动抵押。笔者认为，由于浮动抵押财产具有浮动性的特点，浮动抵押的效力应当分为两个阶段，即“浮动阶段”和“确定阶段”。在浮动抵押设定后抵押财产确定之前，抵押人在正常经营范围内享有处分抵押财产的权利，可以为出卖、担保等行为，在这一阶段，一般抵押的效力优先于浮动抵押；而在抵押财产确定之后，浮动抵押的效力与一般抵押权的效力并无不同，其之间的效力顺位则应依据一般抵押权的效力顺序来确定。

在未作出上述约定情形，如果浮动抵押权人通过对浮动抵押财产的监督，发现设定普通抵押权将严重影响其权利的实现，而依据《物权法》第 196 条关于“严重影响债权实现的其他情形”之规定，请求以此为时点确定浮动抵押之财产的，人民法院应予支持，此为事后救济措施。就事后救济措施来说，当发现“严重影响债权实现的其他情形”时，尽管抵押权人可依据《物权法》第 196 条对浮动的抵押财产予以确定，但对于这种救济措施的效果，正如前文所述，由于“严重影响”的程度不容易确定，极易引起争议，而且此时或许抵押财产已经所剩无几，抵押权人的权益很难得到有效的保障。就事前预防措施而言，即理论上所谓的“限制性条款”，也称消极担保条款，一般意义上是指浮动抵押合同中约定的禁止抵押人设立优先于该浮动抵押权得到清偿或者与该浮动抵押权按比例同时受偿的条款。其在实践中常表述为：未经抵押权人事先书面同意，抵押人不得在抵押财产上以任何方式设立任何抵押权或者质权，不管这些抵押权或者质权是和浮动抵押权平等受偿，还是优先于或者次于浮动抵押权受偿。在当前我国诚信机制较为缺失的情况下，多数债权人期望通过这种条款事先对抵押人的权利施加某些限制，以弥补浮动抵押制度对自己担保权利的保护之不足。

设定限制性条款的目的在于限制抵押人在抵押财产上为其他债权人设定担保权益，从而保障浮动抵押权人的债权不次于其他债权人。但是，对于这种限制性条款的性质及其效力问题，不无疑问。其一，根据合同相对性原则，浮动抵押合同中的限制性条款只是合同双方当事人之间的约定，其在为浮动抵押权人创设一项合同权利的同时，并不能为合同以外的第三人设定义务。换言之，限制性条款并不具有对抗第三人的效力，当抵押人违反限制性条款为第三人提供担保后，抵押权人不能据此享有优先于第三人获得债务清偿的权利，而只能请求抵押人承担违约责任。其二，浮动抵押的登记效力不是绝对的。一般抵押权登记的效力是绝对的，即无论是登记生效主义，还是登记对抗主义，只要完成了登记，即绝对地发生效力，第三人无论对登记的事实是否知情，均受到登记效力的约束。但是，浮动抵押的登记效力是相对的，由于动产的数量多，种类繁，交易频繁，要求第三人都对登记进行核查是不现实的，因此，“没有理由要求当事人对该动产是否存在其他权利已经登记进行核实，对于受让人而言，既不可能，也会增加交易成本，不利于社会的发展。”

《物权法》 第一百九十七条

【抵押物孳息】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，致使抵押财产被人民法院依法扣押的，自扣押之日起抵押权人有权收取该抵押财产的天然孳息或者法定孳息，但抵押权人未通知应当清偿法定孳息的义务人的除外。

前款规定的孳息应当先充抵收取孳息的费用。

一、周边法源

二、法条释义

本条是关于抵押财产孳息的规定。抵押财产的孳息，是指由抵押财产而产生的收益。孳息分为天然孳息和法定孳息，天然孳息指物依照自然规律产生的收益，如土地上生长的庄稼、树木结的果实、牲畜产的幼畜；法定孳息指依照法律关系产生的收益，如出租人有权收取的租金、贷款人依法所得的利息。抵押权设立后，抵押财产的占有权、使用权和收益权仍由抵押人行使，因抵押财产的使用而产生的孳息应当归抵押人所有，抵押权的效力不及于该孳息。但是，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，因抵押权人行使抵押权致使抵押财产被人民法院依法扣押的，如果抵押财产的孳息仍为抵押人收取，则会使抵押人为收取孳息而拖延处理抵押财产，不利于保护抵押权人的利益。此时剥夺抵押人对抵押财产孳息的收取权，有利于抵押权人顺利实现抵押权，也能够充分发挥抵押财产担保债权受偿的功能。因此，本条规定，抵押财产被人民法院扣押的，抵押权的效力及于抵押财产的孳息，自扣押之日起抵押权人有权收取该抵押财产的天然孳息和法定孳息。例如，甲将已出租的房屋作为贷款担保抵押给乙，债务履行期间，甲仍有权收取该房屋的租金，但债务履行期满，甲没有履行债务，乙为行使抵押权请求人民法院将该房屋扣押的，此时，收取房租的权利就不再由抵押人甲行使，而应由抵押权人乙行使。又如，A 将果树抵押给 B，抵押期间，A 仍可摘取树上的果实，但债务履行期满 A 没有履行债务，致使果树被人民法院依法扣押的，摘取果实的权利就应由 B 行使。需要说明的是，抵押权的效力及于抵押财产的孳息必须具备两个条件：(1)必须是抵押财产被扣押后，抵押权人才能收取其孳息；(2)抵押财产被扣押后，抵押权人已经通知应当给付法定孳息的义务人。因为法定孳息如租金的取得，取决于义务人的给付行为，通常情况下义务人负有向抵押人给付孳息的义务，如果抵押权人未将扣押事实通知义务人，义务人就无法将孳息交付给抵押权人，抵押权的效力也就无法及于该孳息。

由于收取孳息可能要付出一些费用，如收取果实的劳务费，这些费用应当首先得到满足，也就是说，孳息应当先充抵收取孳息的费用，再用于清偿抵押权人的债权。

我国《物权法》第 197 条规定：“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，致使抵押财产被人民法院依法扣押的，自扣押之日起抵押权人有权收取该抵押财产的天然孳息或者法定孳息，但抵押权人未通知应当清偿法定孳息的义务人的除外。前款规定的孳息应当先充抵收取孳息的费用。”依照此条收取的天然孳息，抵押权人当然也没有取得所有权，但是通过变价，就变价款可以优先受偿。立法上存在“租赁不破抵押”和“抵押不破租赁”的规则，即使抵押击破租赁，对扣押后已经产生的天然孳息和法定孳息，抵押权人仍然产生权利，即对天然孳息取得抵押权，法定孳息取得前是债权请求权，已经取得法定孳息者，当然为取得所有权。

三、争点及评述

究竟应在哪一部法律中对抵押权的法定实现程序做出规定,有不同的看法"有观点认为,应当在将来颁行的强制执行法中加以规定"例如,最高人民法院组织起草的民事强制执行法草案都在执行的申请与受理章的执行名义中将法院依担保物权人的申请对担保财产做出强制执行的裁定规定为执行名义"一种观点认为,应当在现行民事诉讼法的特别程序中做出规定新修订的《民事诉讼法》采取了第二种观点,即在现行民事诉讼法第 15 章特别程序后增加第7节实现担保物权案件笔者认为,民事诉讼修正案的做法是正确的"。首先,从立法体例来说,在强制执行法中规定取得执行依据的程序不合适"抵押权人向法院申请实现抵押权,先要取得执行依据"此过程中,法院须进行审查,然后做出裁定"这些内容不是强制执行的内容,而是如何取得执行依据的内容"因此不宜在强制执行法中做出规定"其次,鉴于我国短期内也不大会颁布专门的非讼事件法,因此将包括抵押权在内的担保物权的实现程序规定于民事诉讼法的特别程序章,比放人第 3 编执行程序更合适最后,从审执分离的角度来说,在特别程序中规定抵押权实现程序,由法院作出强制拍卖的裁定后,再由执行机构进行强制执行,可以更好地做到了审执分离,有利于保障当事人合法权益,防止司法腐败。

《物权法》第两百零二条

【抵押权的行使期间】抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权；未行使的，人民法院不予保护。

一、周边法源

《担保法司法解释》

第 12 条第 2 款：“担保物权所担保的债权的诉讼时效结束后，担保权人在诉讼时效结束后的二年内行使担保物权的，人民法院应当予以支持。”

二、条文释义

本条是关于抵押权存续期间的规定。

根据本法和担保法的有关规定，主债权消灭、抵押权实现、债权人放弃抵押权以及抵押财产灭失的，抵押权消灭。那么，在上述任何一种情形都没有发生的情况下，抵押权应当一直存续下去还是应当有一定的存续期间呢？这是本条规定要解决的问题。

本法起草过程中，比较一致的意见是应当规定抵押权的存续期间；但就如何规定抵押权存续期间的问题，存在不同意见。现就其中四种主要意见做一介绍：

第一种意见认为，抵押权所担保的债权的诉讼时效期间届满后，抵押权人在两年内不行使抵押权的，抵押权应当消灭。其理由是：主债权的诉讼时效期间届满后，主债权并没有消灭，而只是债权人失去了胜诉权，由于主债权的存在，其抵押权也附随存在。但如果抵押权一直存在，可能会由于抵押权人长期怠于行使抵押权，而不利于发挥抵押财产的经济效用，阻碍经济的发展。因此再给抵押权人两年的行使期间，两年内不行使的，抵押权消灭，是比较合理的。最高人民法院就有关问题制定的司法解释也是这样规定的。有的认为两年期间较短，不利于保护抵押权人的利益，建议改为五年。

第二种意见认为，担保物权因其担保的主债权履行期间届满后四年内不行使而消灭。其理由是：将抵押权的存续期间与主债权的诉讼时效挂钩，由于诉讼时效有中止、中断的情形，可能会使担保物权长期存在，加重了抵押人的负担，也不利于法律关系的稳定和市场交易；而规定四年的除斥期间，可以解决这一问题。

第三种意见认为，应当在担保物权一般规定一章中规定，主债权诉讼时效期间届满未行使担保物权的，担保物权消灭。这样规定可以将抵押权、质权和留置权的存续期间都包含进去。

第四种意见认为，抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权；未行使的，人民法院不予保护。

本法采纳了上述第四种意见。这样规定的主要考虑是，随着市场经济的快速运转，如果允许抵押权一直存续，可能会使抵押权人怠于行使抵押权，不利于发挥抵押财产的经济效用，

制约经济的发展。因此，规定抵押权的存续期间，能够促使抵押权人积极行使权利，促进经济的发展。由于抵押权是主债权的从权利，因此一些国家民法和我国台湾地区“民法”将抵押权的存续期间与主债权的消灭时效或者诉讼时效挂钩的做法，值得借鉴。此外，上述前三种意见各有一些不妥之处，现试做一简要分析：

第一种意见提出的主债权的诉讼时效期间届满后，抵押权还有两年的存续期间，是否妥当，值得研究。在抵押人为第三人的情况下，抵押人在这两年期间内承担了担保责任后，应当有权向债务人追偿。但由于主债权已过诉讼时效，债务人对抵押权人清偿债务的请求享有抗辩权，这种抗辩权能否对抗抵押人的追偿权？如果不能对抗，诉讼时效对债务人来说就失去了意义，债务人实际上还要履行债务；如果能够对抗，抵押人的追偿权就无法得到保障。

第二种意见中的四年是除斥期间，是一个固定期间，没有中止或者中断，而主债权的诉讼时效期间有中止或者中断，这就可能造成主债权的诉讼时效期间尚未届满而抵押权已经消灭的情形，从而使抵押权失去担保主债权履行的功能。

第三种意见为质权和留置权也设定了存续期间。根据这一意见，主债权诉讼时效期间届满质权人、留置权人未行使质权、留置权的，质权、留置权消灭，质权人、留置权人应当向出质人、债务人返还质押财产、留置财产，这对已经实际占有质押财产、留置财产的质权人、留置权人是不公平的。关于质权、留置权的问题，本法根据各自权利的特点单独做了规定。本法第二百二十条规定，出质人可以请求质权人在债务履行期届满后及时行使质权；质权人不行使的，出质人可以请求人民法院拍卖、变卖质押财产。第二百三十七条规定，债务人可以请求留置权人在债务履行期间届满后行使留置权；留置权人不行使的，债务人可以请求人民法院拍卖、变卖留置财产。

综合以上分析，第四种意见是比较适当的，因此本法采纳了该意见。

需要注意的是，本条规定的是抵押权人在主债权诉讼时效期间内未行使抵押权的，人民法院不予保护。也就是说，过了主债权诉讼时效期间后，抵押权人丧失的是抵押权受人民法院保护的权利即胜诉权，而抵押权本身并没有消灭，如果抵押人自愿履行担保义务的，抵押权人仍可以行使抵押权。

三、争议与述评

（一）《物权法》第 202 条规定的期间的性质

学界对此存在两种不同的认识：第一种观点认为，此期间（视）为诉讼时效，该期间届满后，“抵押权人丧失的是抵押权受人民法院保护的权利即胜诉权，而抵押权本身并没有消灭”，产生抗辩权；第二种观点认为，此期间为除斥期间或存续期间1，该期间经过将导致抵押权的消灭；第三种观点：“特殊期间制度”：既不具有“诉讼时效”性质，又不具有“除斥期间”性质的期间，如《民法通则》第 137 条规定的最长保护期、《担保法》规定的保证

[1] 持这种观点的人认为，抵押权的存续期间是除斥期间，按除斥期间的规定，若是在该规定期间内不行使权利，权利即归于消灭 ，见刘贵祥：《<物权法>关于担保物权的创新及审判实务面临的问题（下）》，《法律适用》 2007 年第 9 期；原告雷素芳诉被告中国农业银行股份有限公司汝南县支行抵押权纠纷案（(2013)汝民初字第 01585 号）

期间。

持第一种观点的人：

（1）有从文义解释的角度出发：第 202 条前半句“抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权”中两个关键性的法律概念分别为‘主债权诉讼时效期间’与‘行使抵押权’，其含义均不能孤立的理解，而需要依据体系解释进一步明确；‘主债权诉讼时效期间’应根据《民法通则》第 135 条与第 137 条对于诉讼时效的规定确认，即主合同债权中约定履行期限届满后的两年即为本条中所谓的‘主债权诉讼时效期间’。‘行使抵押权’也不能按照日常用语的含义随意解释，因为‘行使抵押权’作为一法律概念，《物权法》在第 195 条中对其已有明确界定，即只有当债权人与抵押人达成实现抵押权的协议，或者请求人民法院拍卖、变卖抵押财产时，才能构成‘行使抵押权’的行为。

持第二种观点的人：

司法实践中，不能将该条规定理解为主债权的诉讼时效，如果简单地从第一句的字面看，似乎是关于主债权诉讼时效的规定，因为普通诉讼时效《民法通则》已有明确规定，物权法再重复同一规定没有必要。也不能理解为主债权的诉讼时效期间，而就是抵押权存续期间。因为，主债权诉讼时效存在着中止、中断、延长等情形，而抵押权的存续期间属于除斥期间，不存在中止、中断、延长的问题。所以我们只能理解为以主债权的诉讼时效为尺度，来规定抵押权存续的除斥期间，简单地说，就是主债权诉讼时效完成以后，抵押权消灭。“如此解释优点有三：其一，维护了民法关于诉讼时效仅适用请求权的通说。其二，符合物权法第四编担保物权体系内在逻辑，即物权法第十五章‘一般规定’中的第一百七十七条规定了担保物权的统一消灭原因；第十八章第二百四十条规定了留置权的特殊消灭原因；将二百零二条解释为抵押权的特别消灭原因，在体系逻辑上比较顺畅。其三，使抵押权因主债权诉讼时效完成而消灭不仅角度明快，而且便于实务操作。”

持第三种观点的人：

《物权法》202 条实际上是规定的是主债权诉讼时效对抵押权行使的影响，是抵押权从属性的体现，并不是抵押权的诉讼时效，也不是抵押权的除斥期间。

（二）抵押权人未在主债权诉讼时效期间行使抵押权，其产生的法律后果？

对此，主要有三种立法例：一是：权利消灭主义，如日本，国内孙宪忠教授也持此观点；二是，“抗辩权发生主义”，如德国、瑞士、我国台湾，我国大部分的人持此观点2，；三是民法通则，采取诉权消灭主义。

应当注意，该条是整部物权法中唯一使用司法解释语言表述立法内容的条文，抵押权人未在主债权诉讼时效期间行使抵押权的，其产生的法律后果：学界和实务界众说纷纭，有待司法解释予以明确。

[2]持这种观点的人为大多数，见杨文辉：《最高额抵押权决算期之研究》，《法学》2009 年第 3 期；刘贵祥：《<物权法>关于担保物权的创新及审判实务面临的问题（下）》，《法律适用》2007 年第 9 期；曲刚：《浅析主债权诉讼时效届满之担保物权的行使》；《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》(法释[2008]11 号)第 1 条。

1、对此，有学者认为：抵押权因主债权罹于时效而应归于消灭，抵押人得要求注销登记；原抵押人自愿履行“担保义务”的，等同于自愿代偿债务，应属有效，但此与抵押权是否消灭非为同一问题。

2、还有学者从文义解释的角度分析：

‘法院不予保护’的用语看似明确，实则模糊，因其未能说明‘法院不予保护’的理由及依据何在。对此理论界与实务界形成了两种截然相反的观点。一种认为第 202 条规定的抵押期间为诉讼时效，抵押权人丧失的是抵押权受人民法院保护的权利即胜诉权，或抵押人享有时效抗辩权，而抵押权本身并没有消灭。另一种观点则认为抵押期间为除斥期间或存续期间，该期间经过后将导致抵押权的消灭，法院当然不予保护。

《物权法》第 202 条后段所称“不受法院保护”，亦有其条件，即在抵押权行使的期间，抵押权人“未行使”抵押权，意思清楚明白。《物权法》第 202 条后段的文义解释应当是这样的：在抵押权行使期间，抵押权人没有依照《物权法》第 195 条的规定请求法院拍卖、变卖抵押财产的，抵押权人请求法院拍卖、变卖抵押财产时，法院不支持抵押权人的主张。

至于“不受法院保护”的抵押权因逾抵押权的行使期间而消灭的问题，原本就不在《物权法》第 202 条应有的文义范围内。不论用什么解释方法，在《物权法》第 202 条规定的情形下，都无法解释出抵押权消灭的结论。否则，立法者也不会将如此简单的问题当作“法律漏洞”留给司法实务来补充。

3、还有学者采取“抗辩权抛弃说”

我国《物权法》第 202 条基于抵押权的从属性，规定主债权经诉讼时效期间未行使，则抵押权也不受人民法院保护，这与日本民法相同。但日本民法上诉讼时效的客体是债权（实体权利）本身，因而债权（主权利）消灭、抵押权（从权利）也消灭，从而前后保持一致。[88]然而，我国民法上诉讼时效的客体是请求权，换言之，债权本体并不当然消灭，为何作为债权的从权利的抵押权反而先行消灭？因而《物权法》第 202 条看似遵从抵押权的从属性，然而实际上违背了这一原理。再者，《物权法》并未明确质权和留置权是否同样因主债权经过诉讼时效而消灭，根据《最高人民法院关于适用＜中华人民共和国担保法＞若干问题的解释》第 12 条第 2 款，质权或留置权在主债权诉讼时效届满后两年之内可以行使。因此，抵押权因诉讼时效经过而消灭与其他担保物权之间存在体系上的不一致。据此，笔者主张，如果对当事人达成履行债务的协议采抗辩权抛弃说，因为原债权本体仍然存在，所以物上担保也应继续存在，物上担保人不得援引债务人的时效抗辩权。

（三）《物权法》202 条与《担保法司法解释》第 12 条第 2 款的关系：即时间效力的问题

例如《物权法》第 202 条规定：抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权；未行使的，人民法院不予保护。依此规定，如果主债权诉讼时效期间已经届满，应判决驳回抵押权人的诉讼请求；但是《〈担保法〉司法解释》第 12 条第 2 款规定：“担保物权所担保的债权的诉讼时效结束后，担保权人在诉讼时效结束后的二年内行使担保物权的，人民法院应

当予以支持。”所以即使抵押权所担保的主债权的诉讼时效虽然届满，但抵押权人行使抵押权在主债权诉讼时效结束后二年内，法院应该支持原告行使抵押权的诉讼请求。此时，即会出现两个条文的矛盾之处。

虽然，《物权法》 178 条作出了明确规定：《中华人民共和国担保法》与本法的规定不一致的，适用本法。但如果《担保法司法解释》可以体现了时效法律规定的时间效力的公认的法理，虽然物权法实施后，但《担保法》相应条文还是有效。

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

在司法实践中，比较有代表性的案件时：中国农业银行股份有限公司张家界分行与邓学勇抵押权纠纷上诉案3，本案的争议点在于：贷款期限经过 8 年，农业银行均未对张家勇主张权利，权利的效力如何?对此，一审法院以《物权法》202 条为由，认为抵押权消灭；二审法院认定抵押权消失，其以《担保法司法解释》12 条（2）款为由，认为抵押权未在诉讼时效结束后两年内行使，故权利消灭。4可见，司法实践中，出于对当事人利益保护的原则，法院并没有直接按照《物权法》202 条的规定判例抵押权的行使应当在主债权的诉讼时效期间之内，而是按照《担保法司法解释》第 12 条第 2 款的规定，将时间期限延长至期限届满之后的两年之内。

四、相关案例裁判要旨

中国信达资产管理公司西安办事处与陕西省粮油食品进出口公司西安中转冷库、陕西省粮油食品进出口公司借款担保合同纠纷案

［裁判摘要］

根据《中华人民共和国城市房地产管理法》第三十一条的规定，房地产转让、抵押时，房屋的所有权和该房屋占用范围内的土地使用权同时转让、抵押。《城市房屋权属登记管理办法》亦规定：“房屋权属登记应当遵循房屋的所有权和该房屋占用范围内的土地使用权权利主体一致的原则。”据此，房产转让人负有将所售房屋占用范围内的土地使用权移转给受让人的义务，受让人享有要求将所购房屋占用范围内的土地使用权移转给自己的权利。在土

[3] （(2012)张中民一终字第 111 号）

[4] 在上诉人濮阳县农村信用合作联社、濮阳县农村信用合作联社解放路信用社与被上诉人濮阳市农业综合开发公司担保物权确认纠纷案中（(2013)豫法民一终字第 151 号），一审法院也是以违反《物权法 202 条》为由，抵押权消灭，而二审法院以案件事实发生在物权法生效之前为由，适用担保法司法解释，维持原判；与此案类似的还有邵爱娣诉徐红抵押合同纠纷案（(2012)虹民三(民)初字第 2175 号）；大联诚（上海）房地产开发有限公司诉招商银行股份有限公司上海分行抵押合同纠纷案（(2013)杨民四(民)初字第 3122 号），该案中，虽然法官直接引用了 202 条，但是，法官任然在裁判理由部分说明了原告未在诉讼时效届满后 2 年内行使抵押权，故抵押权因除斥期间经过而消灭。

地使用权变更登记完成之前，转让人为登记的名义权利人，但受让人为实质权利人的，可以请求将土地使用权变更至自己名下。

最高人民法院

民事判决书

(2007)民二终字第222号

上诉人(原审原告)：中国信达资产管理公司西安办事处。

负责人：李月瑾，该办事处总经理。

委托代理人：杨锦明，北京中凯律师事务所西安分所律师。

被上诉人(原审被告)：陕西省粮油食品进出口公司西安中转冷库。

法定代表人：孟金明，该库主任。

委托代理人：胡希平，北京市实现者律师事务所律师。

委托代理人：樊碧莲，北京市实现者律师事务所律师。

原审被告：陕西省粮油食品进出口公司。

法定代表人：赵磊，该公司总经理。

委托代理人：卫波，该公司副总经理。

上诉人中国信达资产管理公司西安办事处(以下简称信达西安办)与被上诉人陕西省粮油食品进出口公司西安中转冷库（以下简称中转冷库），原审被告陕西省粮油食品进出口公司(以下简称粮油公司)借款担保合同纠纷一案，陕西省高级人民法院于2007年7月8日作出(2007)陕民二初字第2号民事判决。信达西安办不服该判决，向本院提起上诉。本院依法组成由审判员金剑锋担任审判长，代理审判员殷媛、潘勇锋参加的合议庭进行了审理，书记员赵穗军担任记录，本案现已审理终结。

原审法院经审理查明：2003年3月16日，粮油公司与中国银行陕西省分行(以下简称陕西中行)签订编号为2003年陕中营借字022号《人民币借款合同》一份，约定粮油公司向陕西中行借款2560万元，借款期限12个月，借款用途为借新还旧，借款利率为年利率5.31%，由中转冷库提供抵押担保。如粮油公司未按约定期限还款，逾期部分按每日万分之2.1计收利息。逾期利率遇利率调整分段计息。同日，中转冷库与陕西中行签订了编号为2003年陕中营抵字022号《抵押合同》，中转冷库以其44.46亩土地使用权作价4106.55万元为粮油公司2560万元借款提供抵押担保。抵押合同第二条约定，借款合同双方协议变更合同内容的，除增加借款金额之外，无需征得抵押人的同意，抵押人应按照变更后的债权范围承担担保责任。借款合同双方未经抵押人同意而增加借款金额的，抵押人仍在原借款金额内承担保证责任。抵押权人将借款合同项下的债权转让给第三人的，抵押物继续担保，该债权优先受偿。同年3月17日，陕西中行向粮油公司发放贷款2560万元，粮油公司清偿了在陕西中行的旧贷款。2003年3月28日，西安市国土资源和房屋管理局就中转冷库同意继续用土地及地面建筑物进行贷款抵押的致函作了批复，该批复称：“你单位报来《关于同意继续用土地及地面建筑物进行贷款抵押的函》及你单位与中国银行陕西省分行签订的编号为2003年陕中营抵字022号抵押合同、陕西省粮油食品进出口公司与中国银行陕西省分行签订的编号为2003年陕中营借字022号人民币借款合同等附件收悉。根据《中华人民共和国城市房地产管理法》及建设部《城市房地产抵押管理办法》的规定，经研究，同意你单位以位于西安市未央区辛家庙土地使用权在中国银行陕西省分行设定抵押，为陕西省粮油食品进出口公司提供担保，贷款2560万元整，抵押期限为自登记之日起12个月，抵押证件为西未国用[2000]字第979号、西未国用[2001]字第299号国有土地使用证。根据有关规定，在抵押期间，未经抵押权人同意，土地使用权及地上建筑物、附着物所有权不得转让。”

2004年6月25日，陕西中行与信达西安办签订《债权转让协议》，陕西中行将其对粮油公司享有的2560万债权及从权利转让给了信达西安办。同年11月10日，陕西中行和信达西安办在《陕西日报》刊登“债权转让暨催收公告”，向粮油公司通知了债权转让的事宜，同时受让人信达西安办向粮油公司主张了权利。2006年6月18日，信达西安办又在《陕西日报》刊登公告，向粮油公司主张权利。

原审法院另查明，中转冷库提供的44.466亩国有划拨土地使用权抵押中，有13.265亩为中转冷库的福利区。该宗土地使用证号为西未国用(2000)字第979号。

粮油公司与中转冷库未履行还款义务，信达西安办向陕西高院提起诉讼，请求判令粮油公司清偿借款本金2560万元及利息7 046 315.64元(计算至2006年9月20日)，中转冷库对上述借款本息承担担保责任，信达西安办对中转冷库提供的抵押物处置价款优先受偿，粮油公司与中转冷库承担诉讼费用。

原审法院经审理认为：粮油公司与陕西中行签订的编号2003年陕中营借字022号《人民币借款合同》及陕西中行与信达西安办签订的《债权转让协议》，系各方当事人的真实意思表示，且不违反法律、行政法规强制

对《物权法》第203条的评述

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。

最高额抵押权设立前已经存在的债权，经当事人同意，可以转入最高额抵押担保的债权范围。

一、周边法源

（一）法律

《担保法》

第59条　本法所称最高额抵押，是指抵押人与抵押权人协议，在最高债权额限度内，已抵押物对一定期间内连续发生的债权作担保。

第60条　借款合同可以附最高额抵押合同。

债权人与债务人就某项商品在一定期间内连续发生交易而签订的合同，可以附最高额抵押合同。

二、法条释义

本条主要是关于最高额抵押概念的规定，共2款。第1款规定体现了最高额抵押具有以下特征：

首先，最高额抵押具有债权限额。设定抵押时，抵押人与抵押权人协议约定抵押财产担保的最高债权限额，无论将来实际发生的债权如何增减变动，抵押权人只能在最高债权额范围内对抵押财产享有优先受偿权。实际发生的债权超过最高限额的，以抵押权设定时约定的最高债权额为限优先受偿；不及最高限额的，以实际发生的债权额为限优先受偿。

其次，最高额抵押具有最高的债权限额。设定最高额抵押权时，债权尚未发生，为担保将来债权的履行，抵押人和抵押权人协议确定担保的最高数额，在此额度内对债权担保。

再次，最高额抵押是为将来实际发生的的债权提供担保。最高额抵押权设定时，不以主债权的存在为前提。所担保的债权在设定抵押时尚未发生，在抵押期间将要发生。

最后，最高额抵押是确定期间内发生的债权做担保。这里讲的确定期间，不仅指债权发生的期间，更是指抵押权担保的期间。这里讲的对确定期间内连续发生的债权做担保，是指在担保的最高债权额限度内，对某一确定期间内连续多次发生的债权做担保。

关于最高额抵押的适用范围，担保法第60条规定，借款合同可以附最高额抵押合同；债权人与债务人就某项商品在一定期间内连续发生交易而签订的合同，可以附最高额抵押合同。随着市场经济的不断发展，经济往来日益频繁，经济交往形式日益多样，在现实经济生活中，不仅当事人之间的借贷关系、商品交易关系可以利用最高额抵押的形式，其他交易关

系也可能需要以最高额抵押做担保，如票据关系、商业服务关系。因此，《物权法》没有保留担保法的上述规定，不再对最高额抵押的适用范围进行限制，为实践发展留出空间。

本条第2款规定，对于设立最高额抵押前已成立的债权，经当事人同意，可纳入最高额抵押担保债权范围内。根据本条第1款的规定，最高额抵押是对将要发生的债权提供担保，对于最高额抵押权设立前已经存在的债权，按此款的规定是不可被转入最高额抵押担保的债权范围内，但是，最高额抵押权的本质特征不在于其所担保的债权为将来的债权，而在于所担保的债权为不特定债权，且具有最高限额。将设立最高额抵押前已成立的债权纳入最高额抵押的担保债权范围内，在最高限额内，并不会增加抵押人对其风险的预见。而且是否将已经存在的债权转人最高额抵押担保的债权范围，是当事人自己的权利，只要双方协商同意，法律应当允许。

三、争点与述评

四、　相关案例裁判要旨

典型案例1：　第三人为债权人的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的，债权人有权在最高债权额限度内就该担保财产优先受偿。

裁判要旨：根据《物权法》第203条第1款，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。本案中，原告新义信用社与被告蔡银辉、王新及王玉如签订了最高额抵押担保借款合同，其中原告新义信用社作为贷款人，蔡银辉作为借款人，王新、王玉如作为抵押人。合同约定自2003年1月10日至2005年1月9日止，贷款人向借款人发放最高贷款限额不超过9万元的贷款，抵押人愿以本人有权处分的财产作为抵押物，为借款人提供担保，抵押担保的范围包括贷款本金、利息以及贷款人实现债权的费用。借款到期后，债务人未偿付借款本息。经原告起诉至法院后，判定抵押人在贷款本息范围内承担担保责任。抵押人以最高债权发生额超过最高债权限额为由，请求二审法院改判。二审法院认为最高额抵押合同中，首先，最高债权限额应当是债权余额而非债权发生额，其次，最高债权限额范围应当不仅包括债务本金，还包括债务利息及实现债务的费用等。因此，原告新义信用社可依据最高额抵押担保合同请求抵押人在本息9万元的范围内就抵押财产享有优先受偿的权利。

典型案例2：最高额抵押担保合同的本质在于避免一定期限内多次担保登记，简化程序，并无抵押财产与债权数额相当的要求。抵押人不得以抵押财产与债权数额不相当为由要求解除最高额抵押担保合同。

裁判要旨：所为最高额抵押，是指抵押人与抵押权人协议，在最高债权限额内，以抵押物对一定期间内连续发生的债权作担保。根据《物权法》第 203 条第 1 款，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。相关的法律法规对于最高额抵押担保合同的界定都未要求财产价值与债权数额的相当性。本案中，原告锦兴支行与被告玥宝公司基于真实意思表示签订了最高额抵押担保合同，被告玥宝公司以其所享有的土地使用权及房产作抵押，对原告锦兴支行在 2006 年 4 月 21 日至 2008 年 3 月 24 日间向被告玥宝公司发放的贷款作担保。后玥宝公司经营不善，无力清偿贷款本息。原告锦兴支行上诉至法院，请求被告玥宝公司偿还本息，同时确认锦兴支行对于抵押财产享有的优先受偿权。被告玥宝公司以抵押物财产价值明显高于债权余额为由，请求解除最高额抵押合同。但是相关法律规定，抵押物财产价值高于债权余额的，抵押权人就债权余额范围内优先受偿，实现担保物权剩余部分归还抵押人；抵押物财产价值低于债权余额的，抵押权人就该抵押物优先受偿；并无抵押物财产价值与债权数额不相当时解除合同的规定。最终，法院确认了锦兴支行在债权余额范围内的优先受偿权，驳回了玥宝公司解除最高额抵押合同的请求。

典型案例 3：最高额抵押合同虽然免除了一定期间的多次担保程序，但是仍然具有担保合同从属性的本质，主债权债务合同消灭的，最高额抵押合同消灭。

裁判要旨：所为最高额抵押是指抵押人与抵押权人协议，在最高债权限额内，以抵押物对一定期间内连续发生的债权作担保。最高额抵押合同尽管赋予了债权人优先受偿的权利，但并不磨灭其本身的从属性。根据《物权法》第 203 条第 1 款，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。当债务为得到清偿时，债权人享有优先受偿的权利，当债务消灭时，最高额抵押合同同时消灭。本案中，原告四分局支行与被告佳林模具签订了金融借款合同，被告佳林实业以其所有的 5 栋房屋与原告四分局支行办理了抵押登记，签订最高额抵押担保合同，担保 2000 年借款合同项下的借款。后四分局支行与被告佳林模具于 2002 年签订了以“新贷还旧贷”的借款合同，并未重新办理抵押物登记。至此，2000 年的最高额抵押合同项下的债权债务关系已经消灭，抵押担保关系同时消灭，而 2002 年的借款合同并未取得新的抵押物权担保。因此，债务到期后，债务人不履行债务时，债权人并不享有就抵押财产优先受偿的权利，但并不免除债务人的清偿责任，债务人仍需对债权人履行债务。

典型案例 4：对于最高额抵押权设立前已经存在的债权，经当事人同意，可以转入最高额抵押担保的债权范围，抵押人以该债权未办理抵押登记为抗辩的不予支持。

裁判要旨：根据《物权法》第 203 条第 2 款，最高额抵押权设立前已经存在的债权，经当事人同意，可以转入最高额抵押担保的债权范围。本案中原告工行宣城龙首支行与被告闽航公司分别于 2012 年 4 月 20 日与 2012 年 10 月 31 日签订了小企业借款合同共 2 份，原告工行宣城龙首支行与被告凯盛公司于 2012 年 10 月 24 日签订了最高额抵押合同，约定凯盛公司以其房地产权证下的商铺为自 2012 年 10 月 19 日至 2015 年 10 月 19 日期间，在 4000 万元的最高余额内，工行宣城龙首支行依据与闽航公司、柏冠公司、金亿达公司、航嘉公司签订的借款合同等主合同而享有的对债务人的债权，无论该债权在上述期间届满时是否已到期，也无论该债权是否在最高额抵押权设立之前已经产生，提供抵押担保，担保的范围包括主债权本金、利息、复利、罚息以及实现债权的费用（包括但不限于诉讼费、律师费、评估费、拍卖费、变卖费等）。同日，双方对该抵押房产依法办理了抵押登记。 后凯盛公司与工行宣城龙首支行签订《补充协议》，明确双方签订的《最高额抵押合同》担保范围包括 2012 年 4 月 20 日工行宣城龙首支行与航嘉公司、闽航公司、金亿达公司和柏冠公司签订的四份贷款合同项下的债权。现闽航公司到期未偿还债务，本案焦点之一是凯盛公司对涉案两份小企业借款合同是否应承担抵押担保责任的问题。对于成立于 2012 年 10 月 31 日的小企业借款合同，其数额及时间均在最高额抵押合同约定范围内，抵押人凯盛公司需承担担保责任自是无疑。而对于成立于 2012 年 4 月 20 号的小企业借款合同，尽管其数额在约定范围内，但时间超出抵押合同范围，是否仍应承担担保责任。根据《物权法》第 203 条第 2 款，最高额抵押权设立前已经存在的债权，经当事人同意，可以转入最高额抵押担保的债权范围。依据最高额抵押合同的补充协议，可认定合同当事人已就将抵押权设立前的债权纳入最高额抵押担保的债权范围达成合意，也就是，在最高债权限额内，对于抵押权设立前的债权，抵押人仍应承担担保责任。因此，本案中，被告凯盛公司需对分别签订于 2012 年 4 月 20 日与 2012 年 10 月 31 日的共两份小企业借款合同承担担保责任，原告工行宣城龙首支行可就凯盛公司提供的抵押物在实际发生的债权数额享有优先受偿权。

《物权法》第两百零四条　主债权及最高额抵押权的转让

最高额抵押担保的债权确定前，部分债权转让的，最高额抵押权不得转让，但当事人另有约定的除外。

一、周边法源

（一）法律

1、《中华人民共和国物权法》（2007 年 3 月 16 日第十届全国人民代表大会第五次会议通过，2007 年 3 月 16 日中华人民共和国主席令第 62 号公布，自 2007 年 10 月 1 日起施行）

第一百七十八条　担保法与本法的规定不一致的，适用本法。

2、《担保法》（1995 年 6 月 30 日第八届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过，1995 年 6 月 30 日中华人民共和国主席令第 50 号公布，自 1995 年 10 月 1 日起施行）

第六十一条　最高额抵押的主合同债权不得转让。

二、条文阐释

本条是关于最高额抵押所担保的主债权以及最高额抵押权转让的规定。

关于最高额抵押所担保的主债权能否转让的问题，担保法第六十一条规定："最高额抵押的主合同债权不得转让。"担保法这样规定的主要考虑是，最高额抵押是对一定期间连续发生的债权做担保，而不是单独对其中的某一项债权做担保；而且最高额抵押所担保的债权在担保期间内经常变更，处于不稳定状态。如果允许主合同债权转让，就要考虑最高额抵押权是否转让、如何转让，以及如果几个债权分别转让给不同的第三人时，最高额抵押权由谁行使、如何行使等问题。在当时我国市场机制尚未完善的情况下，为了防止经济生活出现混乱局面，保障信贷和交易安全，担保法做出最高额抵押的主合同债权不得转让的特别规定，是必要的。但随着我国市场经济的不断发展和市场机制的不断完善，最高额抵押的主合同债权转让与否，应当按照当事人意思自治的原则，由债权人自己决定。德国、日本等一些国家的民法也规定，最高额抵押所担保的债权可以依照债权转让的一般规定进行转让。因此，本法不再保留担保法的上述规定，最高额抵押所担保的主债权是可以转让的。

关于最高额抵押权是否随其所担保的主债权的转让而转让的问题，应当区别不同情况分别对待。最高额抵押所担保的主债权确定后，主债权在约定的最高限额内就抵押财产优先受偿，此时最高额抵押与一般抵押没有什么区别。因此，根据一般抵押权随主债权的转让而转让的原则，主债权转让的，最高额抵押权一并转让。那么，最高额抵押担保的主债权确定前，

最高额抵押权是否随部分债权的转让而转让呢？对此，本条主要考虑的是因为最高额抵押是对一定期间内连续发生的所有债权做担保，而不是单独对其中的某一个债权做担保。因此，最高额抵押权并不从属于特定债权，而是从属于主合同关系。部分债权转让的，只是使这部分债权脱离了最高额抵押权的担保范围，对最高额抵押权并不发生影响，最高额抵押权还要在最高债权额限度内，对已经发生的债权和尚未发生将来可能发生的债权做担保。因此，最高额抵押担保的主债权确定前，部分债权转让的，最高额抵押权并不随之转让，除非当事人另有约定。其他一些国家，如日本，对这一问题也做了类似的规定。

根据本条但书的规定，当事人可以约定在最高额抵押担保的债权确定前，最高额抵押权随部分债权的转让而转让。当事人的约定主要有以下两种情形：(1)部分债权转让的，抵押权也部分转让，原最高额抵押所担保的债权额随之相应减少。在这种情况下，转让的抵押权需要重新做抵押登记，原最高额抵押权需要做变更登记。(2)部分债权转让的，全部抵押权随之转让，未转让的部分债权成为无担保债权。

三、争点与述评

（一）最高额抵押关系中被担保的具体债权表动

被担保的具体债权的变动，包括债权移转和债务承担两种情形。就债权移转而言，无论是基于债权转让之合意，或者是基于法律的规定（如第三人代替债务人清偿债务而代位取得相应的债权），或者是因债权质的实行，都将使该移转出去的债权自动脱离最高额抵押担保的范围，但具体债权仅仅被扣押或设立质权时，由于该债权的归属关系尚未发生变化，其仍在最高额抵押担保效力之内[4]。就债务承担而言，无论是免责的债务承担或并存的债务承担，被承担的那部分债务也将脱离最高额抵押担保范围。之所以移转出去的债权及被承担的债务不受最高额抵押担保，一方面系因最高额抵押本不从属于具体的被担保债权，在最高额抵押确定之前，具体债权可不断变动，而债权移转与债务承担正是具体债权外流的典型表现，当然不应对最高额抵押造成影响；另一方面，若使最高额抵押随债权之移转、债务之承担而一部移转，也将使法律关系复杂化，为回避此种复杂化，也应割断最高额抵押权与具体债权之间的依附性[5]。

笔者认为，《担保法》第 61 条规定最高额抵押权担保的主合同债权不得转让，显然是无视最高额抵押法律特征的不良规定，因此《物权法》第 204 条正本清源，规定最高额抵押担保的债权确定前，债权人可转让部分债权，只不过在当事人没有相反约定的情况下，最高额抵押权不随该部分债权的转让而转让。由于《担保法》、《物权法》均未涉及债务承担的问题，出现具体债务被承担的情形时，应比照债权移转的原理进行处理。

（二）当事人意思自治对最高额抵押权的效力

最高额抵押担保债权未确定情形，允许当事人约定抵押权的转让或者协议变更债权确定

的期间、债权范围以及最高额债权额等。《物权法》第 204 条明确规定："最高额抵押担保的债权确定前，部分债权转让的，最高额抵押权不得转让，但当事人另有约定的除外。"第 205 条则进一步允许抵押权人与抵押人可以通过协议变更债权确定的期间、债权范围以及最高债权额，但变更的内容不得对其他抵押权人产生不利影响。这在一定程度上改变了最高额抵押债权确定前禁止转让抵押权的机械性，将大大有利于债权人权益的实现，也使最高额抵押权的灵活性和担保作用得到更好发挥。

四、相关案例裁判要旨

案例 1：河南中科辉煌化工有限公司等与安阳市岷山有色金属有限责任公司债权转让合同纠纷案（河南省高级人民法院民事判决书，（2013）豫法民一终法第 160 号）

裁判要旨：法院认为关于公司债权及最高额抵押转让的效力认定问题，《物权法》第二百零四条规定：最高额抵押担保的债权确定前，部分债权转让的，最高额抵押权不得转让，但当事人另有约定的除外。由于额度借款合同已履行，最高额抵押合同涉及的抵押物已办理了抵押登记，且签订债权转让合同前，最高额抵押担保的主债权已确定，借款已届清偿期，最高额抵押权已转化为普通抵押权。根据一般抵押权随主债权转让而转让的原则，本案所涉及的债权及抵押权转让并不违反法律规定。因双方签订的债权转让合同系双方当事人真实意思的表示，内容不违反法律、行政法规的强制性规定，该债权转让合同应为有效合同。

案例 2：滨海保盛阀门制造有限公司等诉滨海县金汇农村小额贷款有限公司等债权转让合同纠纷案(江苏省盐城市中级人民法院民事判决书，(2013)盐商终字第 0270 号)

裁判要旨：关于本案争议焦点之一的最高额抵押担保的主合同债权能否转让的问题。认为本案所涉债权转让无效的理由主要为：本案所涉债权转让违反了《中华人民共和国担保法》第 61 条有关最高额抵押的主合同债权不得转让的禁止性规定，且债权转让未经债务人和担保人同意，未履行告知义务。对此，第一，《中华人民共和国物权法》第 204 条规定最高额抵押担保的债权确定前，部分债权转让的，最高额抵押权不得转让，但当事人另有约定除外。根据该条规定，最高额抵押的债权确定前，主债权可以转让，除当事人另有约定外，最高额抵押权不随之转让。同时，根据《中华人民共和国物权法》第 178 条规定，担保法与本法的规定不一致的，适用本法。故本案所涉债权转让的效力应当适用《中华人民共和国物权法》，《中华人民共和国担保法》第 61 条所规定的最高额抵押担保的债权不得转让已不再适用。第二，《中华人民共和国物权法》第 204 条已经明确债权人可以将最高额抵押担保的部分债权转让，但因最高额抵押权所担保的债权是连续发生的债权，在主合同债权没有确定时，基于最高额抵押权的不可分性，部分债权的转让一般不发生最高额抵押权转让的效果。亦即，只有当债权确定时，最高额抵押权从担保不特定债权转变为一般抵押权担保特定债权，债权人转让该特定债权，作为从权利的抵押权才能随特定债权一并转让。债权确定后，被担保的

债权从不特定债权转为特定债权，最高额抵押权转让为一般抵押权，主债权转让的，最高额抵押权随之转让。第三，《中华人民共和国合同法》第 80 条规定债权人转让权利的，应当通知债务人。未经通知，该转让对债务人不发生效力。第四，《中华人民共和国担保法》第 22 条规定保证期间，债权人依法将主债权转让给第三人的，保证人在原保证担保的范围内继续承担保证责任。可见，保证权利作为一项从权利将随主债权的移转而发生移转，无须征得保证人的同意。

案例 3：某公司浙江省分公司诉一等金融不良债权追偿纠纷案（浙江省绍兴市中级人民法院民事判决书，(2013)浙绍商初字第 5 号）

裁判要旨：本院认为，本案债权转让行为是符合约定的，债权转让主体也是适格的。虽然《中华人民共和国担保法》第六十一条规定了最高额抵押的主债权不得转让，但根据《中华人民共和国物权法》第一百七十八条、第二百零四条规定，对最高额抵押所担保的不特定债权特定后，原债权银行转让主债权的，可以认定转让债权的行为有效。因此本案的债权转让行为是合法有效的。

注释：

[1]王利明主编：《中国民法典学者建议稿及立法理由·物权编》，法律出版社 2005 年版，第 546 页。

[2]谢在全. 民法物权论（ 中册）[M] . 文太印刷有限公司，2004，（ 3）： 465、446.

[3]质权、抵押权同属约定担保物权，作同一处理应无问题。虽然留置权属于法定担保物权，但同属法定担保物权的建设工程款优先受偿权（前述《合同法》第 286 条）的实行规则亦与抵押权的实行规则相同。因此，可以认为，留置权的实行亦应与抵押权的实行作同一解释。

[4]我妻荣：《新订担保物权法》，岩波书店 1971 年版，第 509 页。

[5]贞家克己，清水湛：《新根抵当法》，金融财政事情研究会 1973 年版，第 115 页。

对《物权法》第二百零五条的评述

条文内容

最高额抵押担保的债权确定前，抵押权人与抵押人可以通过协议变更债权确定的期间、债权范围以及最高债权额，但变更的内容不得对其他抵押权人产生不利影响。

一、周边法源

司法解释

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（于 2000 年 9 月 29 日由最高人民法院审判委员会第 1133 次会议通过，2000 年 12 月 8 号公布，自 2000 年 12 月 13 日起施行）

第八十二条 当事人对最高额抵押合同的最高限额、最高额抵押期间进行变更，以其变更对抗顺序在后的抵押权人的，人民法院不予支持。

二、法条释义

本条是关于抵押权人与抵押人协议变更最高额抵押有关内容的规定，共有一款。

最高额抵押担保的债权确定前，抵押权人与抵押人可以通过协议变更最高额抵押的有关内容。当事人可以协议变更的内容主要包括：

一是债权确定的期间。抵押权人与抵押人一般会在最高额抵押合同中约定债权确定的期间。例如，如果当事人订立最高额抵押合同对 2007 年 1 月 1 日至 12 月 31 日发生的债权做担保，那么该期间即为债权确定的期间，2007 年 12 月 31 日为债权确定的最后日期。最高额抵押担保的债权确定前，当事人可以协议延长最高额抵押合同中约定的确定债权的期间，如将该期间延长至 2008 年 6 月 30 日；也可以协议缩短该期间，如缩短至 2007 年 6 月 30 日。

二是债权范围。当事人可以协议变更最高额抵押权担保的债权范围。例如，某家电经销商与某家电制造商签订一份最高额抵押合同，对一定期间内连续购进该家电制造商生产的电视机所要支付的货款提供担保。抵押期间，双方约定，在最高额抵押担保范围内，同时为家电制造商的电冰箱的货款提供担保。

三是最高债权额。当事人可以协议提高或者降低抵押财产担保的最高债权额，如将约定的最高债权额 300 万元提高至 500 万元或者降低至 200 万元。

是否变更债权确定的期间、债权范围以及最高债权额，取决于当事人的协商一致；但在同一抵押财产上还有其他抵押权人特别是后顺位的抵押权人时，变更的内容可能对他们产生一定的影响，甚至损害他们的合法权益。例如，最高额抵押合同中约定的债权确定的最后日期在后顺位抵押权的债务履行期届满之前，如果最高额抵押权人与抵押人协议延长债权确定

的期间，将债权确定的最后日期延长至该后顺位抵押权的债务履行期届满之后，就会对后顺位抵押权人实现其抵押权产生不利的影响。又如，最高额抵押权人与抵押人协议提高最高债权额，而实际发生的债权数额也高于原最高债权额，那么抵押财产的变价款用于优先清偿该最高额抵押权的数额就会相应增加，这样也会对后顺位抵押权人实现其抵押权产生不利影响。为防止抵押权人与抵押人的变更损害其他抵押权人的利益，本条以但书的形式特别规定：变更的内容不得对其他抵押权人产生不利影响。根据这一规定，抵押权人与抵押人的变更对其他抵押权人产生不利影响的，该变更无效。[1]

三、争点与述评

关于最高额抵押关系的变动问题，学界主要存在以下几点争议：

1、基础关系内容的变更，是否需要取得后次序抵押权人等同意

有学者认为，基础关系内容的变更不会影响后次序的抵押权人以及其他第三人的利益，故无须取得此等第三人的同意。但根据《物权法》第 205 条，最高额抵押担保的债权确定前，抵押权人与抵押人协商变更债权范围（基础关系的内容）的，变更的内容不能对其他抵押权人产生不利影响。该规定显然建立在这样一个认识前提上：在不同的基础关系下，最高额抵押实际担保的债权额会有差别，这些差别将影响后次序抵押权人（其实还应包括其他第三人）利益，故基础关系内容的变更应取得此等利害关系人的同意，否则不能对其发生效力。

2、最高限额的变更

在最高额抵押确定前，抵押权人可与抵押人协议变更最高限额，由于最高限额的变更可能给特定第三人带来不利益，故必须取得利害关系人的同意。利害关系人包括后次序抵押权人、抵押物受让人、扣押债权人、转抵押权人。我国《物权法》第 205 条仅规定最高限额的变更不得对其他抵押权人造成不利影响，而未顾及其他利害关系人的利益。有学者认为，只要未取得利害关系人同意，则不得变更最高限额。具体而言，若未取得后次序抵押权人、扣押债权人、抵押物受让人的同意，不得提高最高限额，而在未取得转抵押权人同意时，不得降低最高限额。在取得利害关系人同意后，应当办理最高限额变更登记，否则不发生变更之效力。考虑到最高额抵押确定后仍可变更最高限额，故该登记无须在最高额抵押确定之前完成。

3、决算期的变更

若最高额抵押当事人预先约定了决算期，可在最高额抵押确定前对其进行变更。有学者认为决算期的变更不影响后次序抵押权人等第三人的利益，无须取得此等第三人的同意，但我国《物权法》第 205 条规定，抵押权人与抵押人协议变更决算期，不得对其他抵押权人产生不利影响，显然认为其他抵押权人特别是后次序抵押权人对决算期有利害关系，故欲使决算期的变更发生完整的效力，自应取得后次序抵押权人等利害关系人的同意。此外，在达成决算期变更的合意后，应在变更前的决算期届满前办理登记，否则，不发生变更效力。[2]

---

[1] 参见北大法宝《中华人民共和国物权法释义》。

[2] 参见孙鹏、王勤劳：《最高额抵押法律适用问题研究》，载《甘肃政法学院学报》2009 年第 5 期，第 85 页。

四、相关案例裁判要旨

典型案例——上海市某某进出口有限公司诉安徽某某服装有限责任公司等委托合同纠纷案

【裁判要点】：最高额抵押担保的债权确定前，抵押权人与抵押人可以通过协议变更债权确定的期间、债权范围以及最高债权额。

上海市普陀区人民法院

民事判决书

(2012)普民二(商)初字第 1011 号

原告上海市某某进出口有限公司

法定代表人戴某某，董事长。

委托代理人蒋某某，上海市某某律师事务所律师。

委托代理人周某某，上海市某某律师事务所律师。

被告安徽某某服装有限责任公司

被告滕某某，女

原告上海市某某进出口有限公司与被告安徽某某服装有限责任公司(以下简称安徽某某公司)、被告滕某某委托合同纠纷一案，本院于 2012 年 9 月 11 日受理后，依法组成合议庭，于 2013 年 1 月 21 日公开开庭进行了审理，原告委托代理人蒋某某、周某某，被告滕某某到庭参加诉讼。被告安徽某某公司经本院公告传唤仍未到庭，本院依法缺席审理。本案现已审理终结。

原告上海市某某进出口有限公司诉称,2011 年原告与被告安徽某某公司签订了一份《委托代理框架协议》（编号：11LF0002）。依据该协议约定，原告应向被告安徽某某公司提供最高额为人民币 200 万元（以下币种同）的预付款；被告滕某某以其所有的位于上海市浦东新区某某路 2878 弄 27 号 102 室的房屋为前述预付款以及其他应由被告安徽某某公司承担的债务提供抵押担保。故原告与被告安徽某某公司、被告滕某某签订《最高额抵押合同》，明确被告滕某某的抵押担保责任，并办理了抵押权登记手续。后，原告按约向被告安徽某某公司支付了 215 万元预付款，但被告安徽某某公司并未按照《委托代理框架协议》的约定向指定的客户出口服装，从而导致原告向被告安徽某某公司支付的该部分预付款至今无法收回。此后，原告多次向被告安徽某某公司进行催讨，并要求被告滕某某承担相应的抵押担保责任。2011 年 12 月 30 日，被告滕某某书面确认被告安徽某某公司已经收到原告所支付的 215 万元，表示愿意变卖抵押物并以变卖抵押物所得款项承担相应的担保责任，并明确最迟不晚于 2012 年 8 月 7 日履行相应的担保义务。但是至今被告安徽某某公司仍未能履行相应的还款义务，被告滕某某也未能按约履行相应的担保责任。故原告诉至本院，请求判令：1、被告安徽某某公司向原告归还预付款 215 万元；2、被告安徽某某公司赔偿迟延归还预付款的利息损失（自 2011 年 12 月 30 日起，按中国人民银行同期贷款利率计算）；3、被告安徽某某公司赔偿本次诉讼原告的律师费 10 万元；4、被告滕某某以其所有的位于上海市浦东新区某某路 2878 弄 27 号 102 室的房产，在被告安徽某某公司所承担的债务范围内承担抵押担保责任。审理中，原告增加诉讼请求，要求解除原告与被告安徽某某公司签订的《委托代理框架协议》，并变更上述诉讼请求第 2 条利息损失的计算时间为自 2012 年 9 月 27 日起至生效判决确定的履行之日止。

被告安徽某某公司未作答辩。

被告滕某某辩称，被告安徽某某公司的法定代表人张泉鑫是其丈夫，张泉鑫已经过世。对原告举证的有被告滕某某本人签名的证据没有异议，当时张泉鑫和其说把房子抵押给原告拿 200 万元，具体的情况其并不清楚。

经审理查明，2011 年，原告与被告安徽某某公司签订《委托代理框架协议》一份，该协议第一条约定：“乙方（即被告安徽某某公司）委托甲方（即原告）向乙方选定的客户代理出口服装商品。甲方接受乙方委托，同意以自己的名义代理以下工作：对外签约，出口报关，托运订舱，制单，结汇”。第二条约定：“乙方委托甲方与客户签订合约”。第七条约定的结算方式为：“甲方向乙方支付款项=甲方收到客户的货款（外汇）+出口退税-代理费（每出口 USD1.00 收取代理费 RMB0.18）-其他费用-汇差-预付款（如有）”。第八条付款方式约定：“甲、乙双方在本协议项下逐步签订《合同》，具体付款方式按照该合同约定执行。双方业务的发展需要，甲方同意自 2011 年 02 月 08 日起至 2013 年 02 月 07 日止在本合同项下为乙方提供最高限额为人民币贰佰万元（RMB2000000.00）的预付款额度。且乙方同意以坐落于上海市某某路 2878 弄 27 号 102 室的房产提供担保，双方将另行签订《最高额抵押合同》。该部分预付款在甲方收到乙方选定的客户支付的货款后，从甲方向乙方支付的款项中予以扣还”。该协议另对管辖权等做出明确约定。

《委托代理框架协议》签订后，原告作为甲方（债权人、抵押权人），被告安徽某某公司为乙方（债务人），被告滕某某作为抵押人，三方签订一份《最高额抵押合同》，约定甲方在框架协议项下给予乙方一定金额的预付款，抵押人同意并确认以其合法拥有的房产抵押给甲方，作为该框架协议项下甲方支付给乙方预付款等相关债权的担保。《最高额抵押合同》第一条被担保的主债权最高额一项中约定，抵押人同意为债务人自 2011 年 2 月 8 日起至 2013 年 2 月 7 日止，与债权人框架协议项下逐步签订的合同所实际形成的债权提供担保，这些债权的最高额为 200 万元，甲方支付预付款时无须逐步办理担保手续。第三条抵押物一项中约定，抵押人同意并确认将其所有的位于上海市浦东新区某某路 2878 弄 27 号 102 室的房屋向甲方提供抵押担保，所担保的债务额度为 200 万元。第五条抵押担保的范围中约定，抵押物担保的债权范围包括第一条所述甲方在最高限额内向乙方支付的预付款以及其他应由乙方承担的债务，包括但不限于其他应付费用、逾期付款利息、违约金、赔偿金、实现上述债权和抵押权甲方支付的费用（包括但不限于催收费、律师费、诉讼费、执行费等）。第八条抵押物的处分中约定，乙方无法履行外贸代理合同也无法再约定的期限内退回甲方预付款等 4 种情况下，甲方有权依法处分抵押物，并以所得的价款优先受偿，扣除第一条中乙方欠甲方

所有的欠款及其他必要费用后，如有多余，甲方将余款交付抵押人。2011 年 2 月 28 日，原告与被告滕某某办理了房地产抵押权登记。

2011 年 2 月 17 日、2 月 25 日、3 月 7 日、3 月 8 日、3 月 14 日、3 月 29 日、4 月 8 日、4 月 28 日原告分 8 次共计支付 215 万元给被告安徽某某公司。被告安徽某某公司未按约向指定客户出口服装。

2011 年 12 月 30 日，被告滕某某向原告去函确认原告按约向被告安徽某某公司支付预付款 215 万元，被告滕某某同意承担相应还款责任，于 2012 年 8 月 7 日前向原告归还该预付款。后被告滕某某未能按约还款，原告遂诉至本院请求判如所请。

另查明，原告因本案纠纷与上海市申达律师事务所签订《法律服务委托协议》，约定上海市申达律师事务所指派蒋雯律师、周乐多律师担任本案原告代理人承办委托事项，收取代理费 10 万元。该所向原告出具相应金额的律师代理费发票。

以上事实由原告提供的委托代理框架协议、最高额抵押合同、上海市房地产登记证明、电汇凭证、还款计划确认函件、法律服务委托协议、律师代理费发票以及当事人的当庭陈述等为证，本院予以确认。

本院认为，原、被告之间签订的《委托代理框架协议》及《最高额抵押合同》均依法成立，当事人应按照约定全面履行各自的义务。原告按约向被告安徽某某公司支付预付款，被告安徽某某公司却未履行合同义务，导致合同目的无法实现，现原告主张解除合同，本院依法予以支持。合同解除后，被告安徽某某公司应归还预付款并赔偿原告相应的损失。关于预付款金额问题，虽然《委托代理框架协议》中约定预付款的最高限额为 200 万元，但是原告实际支付被告安徽某某公司共计 215 万元，被告滕某某对该款的金额以及性质也予以确认，被告安徽某某公司应将原告支付的 215 万元预付款归还原告。关于赔偿损失问题，原告要求被告安徽某某公司赔偿其自合同解除日起的利息损失，并无不当，本院依法予以支持。至于原告主张的律师费，符合《最高额抵押合同》的约定，且收费标准符合相关规定，本院亦予以支持。此外，原告与被告安徽某某公司、被告滕某某在《最高额抵押合同》中对本市浦东新区某某路 2878 弄 27 号 102 室房产的抵押事宜作出了明确约定，并依法办理了抵押登记手续。虽在该《最高额抵押合同》中约定的最高债权额为 200 万元，但被告滕某某于 2011 年 12 月 30 日出具的函件已经明确表示其对 215 万元的预付款提供担保，已经变更了最高债权额，符合法律规定，故对《委托代理框架协议》项下不能清偿的债务在最高额 215 万元限额内，原告有权行使抵押权。据此，依照《中华人民共和国物权法》第二百零五条、《中华人民共和国合同法》第八条、第六十条第一款、第九十四条、第九十七条、《中华人民共和国担保法》第四十六条、第五十三条、第五十九条、第六十条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条的规定，判决如下：

一、解除原告上海市某某进出口有限公司与被告安徽某某服装有限责任公司于 2011 年签订的编号为 11LF0002 的《委托代理框架协议》；

二、被告安徽某某服装有限责任公司应于本判决生效之日起十日内归还原告上海市某某

进出口有限公司预付款人民币 215 万元；

三、被告安徽某某服装有限责任公司应于本判决生效之日起十日内赔偿原告上海市某某进出口有限公司利息损失（以人民币 215 万元为基数，自 2012 年 9 月 27 日起至生效判决确定的履行之日止，按中国人民银行同期贷款利率计算）；

四、被告安徽某某服装有限责任公司应于本判决生效之日起十日内赔偿原告律师费支出人民币 10 万元；

五、若被告安徽某某服装有限责任公司届期不履行上述第二、三、四项付款义务，原告上海市某某进出口有限公司可与被告滕某某协议，以坐落于上海市浦东新区某某路 2878 弄 27 号 102 室的房产折价，或者以拍卖、变卖该房产所得的价款优先受偿，房产折价或者拍卖、变卖后，其价款超过最高债权额的部分归被告滕某某所有，不足部分由被告安徽某某服装有限责任公司继续清偿。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

本案受理费人民币 24800 元，公告费人民币 560 元，合计人民币 25360 元（原告预付），由二被告共同负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市第二中级人民法院。

审　判　长金　一

书　记　员陈　静

人民陪审员周婵娟

二〇一三年一月二十一日

对《物权法》第二百零六条的评述

条文内容

有下列情形之一的，抵押权人的债权确定：

（一）约定的债权确定期间届满；

（二）没有约定债权确定期间或者约定不明确，抵押权人或者抵押人自最高额抵押权设立之日起满二年后请求确定债权；

（三）新的债权不可能发生；

（四）抵押财产被查封、扣押；

（五）债务人、抵押人被宣告破产或者被撤销；

（六）法律规定债权确定的其他情形。

一、周边法源

（一）部门规章

住房和城乡建设部关于印发《房屋登记簿管理试行办法》的通知（建住房[2008]84号）（2008年5月6日发布，2008年5月6日施行）

附件：【最高债权额已经确定的事实和数额】 因《物权法》第206条规定的情形导致最高额抵押权所担保的债权确定时，记载债权确定的原因及事实，同时注明所确定的债权金额。

（二）地方法规

湖北省建设厅关于转发住房和城乡建设部《关于印发＜房屋登记簿管理试行办法＞的通知》的通知（鄂建[2008]60号）（2008年5月19日发布，2008年5月19日施行）

附件：【最高债权额已经确定的事实和数额】 因《物权法》第206条规定的情形导致最高额抵押权所担保的债权确定时，记载债权确定的原因及事实，同时注明所确定的债权金额。

（三）司法解释

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（于2000年9月29日由最高人民法院审判委员会第1133次会议通过，2000年12月8号公布，自2000年12月13日起施行）

第八十三条 最高额抵押权所担保的不特定债权，在特定后，债权已届清偿期的，最高额抵押权人可以根据普通抵押权的规定行使其抵押权。

抵押权人实现最高额抵押权时，如果实际发生的债权余额高于最高限额的，以最高限额为限，超过部分不具有优先受偿的效力；如果实际发生的债权余额低于最高限额的，以实际发生的债权余额为限对抵押物优先受偿。

二、法条释义

本条是关于最高额抵押权所担保债权确定事由的规定，共有六款。

最高额抵押权所担保债权的确定是指最高额抵押权所担保的债权因一定事由而归于固定。最高额抵押权的实现除了需要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外，还须具备其担保债权额的确定。最高额抵押权担保的债权额之所以需要确定：一是根据本法第二百零三条的规定，最高额抵押权是对一定期间内将要连续发生的债权提供抵押担保。也就是说，最高额抵押权所担保的债权额在抵押期间具有不确定性和变动性。但债权终需要清偿，在清偿的条件出现时，债务人具体应清偿多少债权，应有一个确定的数额。二是最高额抵押权仍属于抵押权的一种，抵押权人在实现优先受偿权时，具体优先受偿的范围为多大，应当有一个定额。担保法对最高额抵押权所担保债权的确定事由没有做具体规定，这限制了最高额抵押权在实践中的应用。基于此，本条对最高额抵押权所担保债权的确定事由做了详细规定。

在吸收法院审判实践经验及借鉴国外立法例的基础上，本条规定，具有下列情形之一的，最高额抵押权所担保的债权确定：

(一)约定的债权确定期间届满

债权确定的期间是指确定最高额抵押权所担保的债权实际数额的时间。实践中，最高额抵押权人为了防止抵押人任意行使确定债权额的请求权而使自己处于不利地位，抵押人为了防止自己的抵押物所担保的债权长期处于不稳定的状态，一般都愿意在最高额抵押合同中对债权确定的期间进行约定。所以，对债权确定的期间进行约定是最高额抵押合同的重要内容。当事人约定的债权确定期间届满，最高额抵押权所担保的债权额即自行确定。这里需要区分两组概念：一是当事人约定的债权确定期间与最高额抵押权的存续期间。前者是指最高额抵押权人与抵押人之间约定的，用以确定最高额抵押权所担保债权额的时间；后者是指最高额抵押权担保债权的期间。根据本法第二百零二条的规定，抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权；未行使的，人民法院不予保护。也就是说，最高额抵押权的存续期间与主债权的诉讼时效一致。所以，最高额抵押权的存续期间一般长于当事人约定的债权确定的期间。二是当事人约定的债权确定期间与最高额抵押中的债务清偿期。最高额抵押中的债务清偿期指债务人履行债务的期间。当事人约定的债权确定期间届至，债务的清偿期未必届至。当事人可以在最高额抵押合同中约定以债务的清偿期为债权确定的期间，也可以在债务清偿期外另约定债权确定的期间。

(二)没有约定确定债权期间或者约定不明确，抵押权人或者抵押人自最高额抵押权设立之日起满二年后请求确定债权

实践中，当事人可能没有约定确定的债权期间，或者即使有约定，但约定的期间不明确。在这种情况下，如何决定最高额抵押所担保债权的确定时间？对这个问题，国外的做法主要有两种：一是规定抵押权人或者抵押人可以随时要求确定最高额抵押权所担保的债权额；二是规定一个确定债权额的法定期间，如日本民法典规定，最高额抵押人自最高额抵押权设定

时起经过三年，可以请求确定债权原本。本法采纳了第二种做法，明确规定，没有约定确定债权期间或者约定不明确，抵押权人或者抵押人自最高额抵押权设立之日起满二年后请求确定债权。这样规定主要基于两点考虑：一是设立最高额抵押权的目的主要是为了对连续性的交易提供担保，连续性交易一般会持续一段时间，如果允许当事人随时要求确定最高额抵押权所担保的债权额，就意味着一方当事人特别是抵押人有可能在很短时间内就要求确定债权额，这无疑与设立最高额抵押权的目的不相符合；二是在当事人对确定债权额的期间没有约定或者约定不清楚的情况下，规定一个法定的确定债权额的期间，可以使最高额抵押权的地位因法定期间的存在而较为安稳，抵押权人不必时时顾虑抵押人行使确定请求权。这对于稳定最高额抵押关系是有好处的。本条规定的“二年”是一个固定期间，不存在中止、中断的问题，其起算点是最高额抵押权设立之日。根据本法第一百八十七条、第一百八十八条的规定，如果以建筑物、建设用地使用权等不动产权益做最高额抵押的，最高额抵押权设立之日为最高额抵押权登记之日；如果以交通运输工具等动产做最高额抵押的，最高额抵押权设立之日为最高额抵押合同生效之日。

(三)新的债权不可能发生

在新的债权不可能发生的情况下，最高额抵押权所担保的债权额也是确定的。这里的“新的债权不可能发生”主要包括两种情形：一是连续交易的终止。如果最高额抵押是对连续交易提供担保，则连续交易的结束日期就是债权额的确定时间，即使当事人约定的债权确定期间或者本条第(二)项规定的法定确定期间还没有届至，最高额抵押权所担保的债权额也是确定的。二是最高额抵押关系的基础法律关系消灭而导致新的债权不可能发生。比如在连续的借款交易中，借款人的严重违约致使借款合同依照合同约定或者法律规定被解除，新的借款行为自然不再发生。这种关系终止时，最高额抵押权所担保的债权额自然也确定。在这种情况下，债权额的确定时间也不受当事人约定的或者法定确定期间的影响。

(四)抵押财产被查封、扣押

在最高额抵押权存续期间，抵押财产被法院查封、扣押的，其有可能被拍卖或者变卖。抵押财产被拍卖、变卖的价格直接影响到最高额抵押权人债权利益的实现。为确保自己的利益，在抵押财产被查封、扣押时，最高额抵押权人一般都希望被担保的债权额尽早确定。此外，查封、扣押抵押财产实际上隔断了抵押财产与担保债权的关系，也脱离了最高额抵押人和最高额抵押权人对抵押财产的影响和控制。因此，无论是从保护最高额抵押权人、其他债权人利益的角度，还是从稳定担保关系的角度，都应当确定最高额抵押所担保的债权额。需要注意的是，被担保的债权额因抵押财产被查封、扣押而确定的，除了其他法律另有规定，最高额抵押权人仍可以就被确定的担保债权额对抵押财产行使优先受偿权。这种优先受偿权优先于一般债权，也优先于排在其后的其他担保物权。

(五)债务人、抵押人被宣告破产或者被撤销

在最高额抵押权存续期间，债务人、抵押人有可能被宣告破产或者被撤销。债务人、抵押人被宣告破产或者被撤销所产生的直接法律后果就是债务人、抵押人进入破产程序或者清

算程序。根据破产法的规定，未到期的债权，在破产申请受理时视为到期。附利息的债权自破产申请受理时起停止计息。根据本法第二百零三条的规定，债务到期是实现最高额抵押权的法定事由，因此债务人被宣告破产使确定最高额抵押所担保的债权额成为必要。抵押人进入破产程序的，其所有的财产(包括最高额抵押财产)都由破产管理人占有和支配；但对破产人的特定财产享有担保物权的权利人，对该特定财产享有优先受偿的权利，所以抵押人被宣告破产也使最高额抵押所担保的债权确定成为必要。同理，在债务人、抵押人被撤销的情况下，债务人或者抵押人进入清算程序也需要确定担保债权额。需要强调一点，根据企业破产法第一百三十二条的规定，企业破产法施行后，破产人在企业破产法公布之日前所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金，依照破产法第一百一十三条的规定清偿后不足以清偿的部分，以破产法第一百零九条规定的特定财产优先于对该特定财产享有担保权的权利人受偿。企业破产法第一百零九条规定的就是担保物权人对担保财产的优先受偿权。也就是说，在债务人或者抵押人被宣告破产时，最高额抵押权人受担保的债权额确定，但其对抵押财产优先受偿的权利受企业破产法第一百三十二条的影响。

(六)法律规定债权确定的其他情形

这是保底性条款。除了本条第(一)项至第(五)项所规定的可以确定债权额的法定事由外，在本法其他条款或者其他法律中也有可能规定确定债权的其他情形。如根据本法第二百零三条的规定，发生当事人约定的实现最高额抵押权的事由时，最高额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，而最高额抵押权人行使最高额抵押权的基础就是担保债权额的确定，所以出现当事人约定的实现最高额抵押权的事由就意味着担保债权额的确定。

最高额抵押权所担保债权额的确定将产生以下法律效力：一是最高额抵押权转变为普通抵押权。在债务人到期不履行债务或者出现当事人约定的实现抵押权的情形时，抵押权人可以依照普通抵押权的规定行使其抵押权。二是确定被担保债权的范围。被担保债权额确定时存在的主债权，不论其是否已到清偿期或者是否附有条件，均属于最高额抵押权担保的范围。被担保债权确定时存在的被担保主债权的利息、违约金、赔偿金，不论在确定时是否已经发生，也属于被担保债权的范围。但是在最高额抵押权担保的债权确定后才发生的主债权不属于被担保债权的范围。三是最高额抵押权所担保的债权确定后，一旦债权到期或者出现当事人约定的可以实现抵押权的情形，抵押权可以就抵押财产优先受偿，但优先受偿的额度不得超过双方当事人约定的最高担保额。抵押权人实现最高额抵押权时，如果实际发生的债权额高于最高限额的，以最高额为限，超过部分不具有优先受偿的效力；如果实际发生的债权额低于最高限额的，以实际发生的债权额为限对抵押财产优先受偿。[1]

[1] 参见北大法宝《中华人民共和国物权法释义》。

三、争点与述评

关于最高额抵押的确定问题，学界主要有以下争议：

1、应确定最高额抵押标的物的范围

有观点认为认为《物权法》中关于最高额抵押标的物的范围过于宽泛，不仅在不动产上可设定最高额抵押，且在一切法律、行政法规所不禁止的动产上也可设定最高额抵押。虽然美国以及我国台湾等经济较发达地区关于最高额抵押标的物的范围同样几乎涉及所有财产，我国大陆地区学习先进地区制度也值得赞赏，但由于我国大陆地区的经济发展较发达国家或地区还有一定距离，还不适合制定如此宽泛的最高额抵押标的物范围，有学者建议参考日本相关规定。日本四部动产抵押单行法即《农业动产信用法》、《汽车抵押法》、《飞机抵押法》、《建筑机械抵押法》，分别规定了能够作为抵押标的物的范围，即农业动产包：电动机、发动机、原动机……及牛马等，锄、锹、猪、鸡等除外；汽车包括《道路运输车辆法》规定的在汽车登记薄上登记的汽车……；飞机包括飞行机及回转翼航空机；建筑机械包括挖掘机、基础工程机械、拖拉机等，船舶的抵押权为《日本商法典》所规定。[2]可见日本动产抵押物的范围主要限定在生产资料领域，其范围远没有美国以及我国台湾地区广。动产抵押所产生的目的主要是弥补动产质押担保需转移占有的缺陷，为生产资料作为担保物另辟蹊径，而日本的动产抵押物范围，是合乎动产抵押制度立法目的和经济要求的，因此建议仿效日本法，在物权法中对较大价值且具有相对稳定特征的船舶、汽车以及飞机等动产规定最高额抵押，把最高额抵押标的物的范围限定在不动产和动产生产领域，这样才符合最高额抵押制度设立宗旨，以保障交易的安全。

2、应规制最高额抵押权的转让

有学者认为，禁止最高额抵押权的转让不符合市场经济规律，且缺乏法理依据，应当允许最高额抵押当事人自行约定最高额抵押权的转让。从这点来看，《物权法》中关于最高额抵押当事人可根据自我意志来决定最高额抵押权的转让体现了相当的进步意义。但另一方面，如果在决算期尚未到来之前，债权人随意转让其债权，1952 年制订的《美国统一商法典》中规定作为担保物的动产包括:消费品、设备、农产品、库存、不动产附着物、添附物、动产契据、票据、所有权凭证、帐债及一般无形财产[3]。我国台湾地区于 1972 年公布增订的《动产担保交易标的物品类表》列举了生活中所见或所能想象得到的标的物品共十类.第一类农林畜牧渔(产品);第二类:矿产品;第三类:食品饮料及酒类;第四类:纺织品及其原料、皮革、木材制品及有关物品;第五类:非金属矿产物制品;第六类:化学品;第七类:基本金属及铸制品;第八类:机械设备器材及工具;第九类:农业机械设备类;第十类:其他制品包括科学仪器及器材、摄影器材及影片、钟表、乐器、教育用品和工艺品等生活用品[4]。而抵押权亦随之而转移，特别是当债权人将多项债权分别转让给多人时，如抵押权的效力也要及于这些已转让的

[2] 梁慧星主编.民商法论丛(第 3 卷)[M]. 法律出版社 1995:403-404。
[3] 梁慧星主编.民商法论丛(第 2 卷)[M].法律出版社 1995 年版,第 401-402 页。
[4] 陶百川,王泽鉴等编.最新综合六法全书[M].三民书局印行 1980 年版,第 616-617 页。

债权时，将会使法律关系混乱不清，而且极易给抵押人造成重大损害。[5]而且，最高额抵押权是为了担保最高额抵押人与抵押权人基于基础法律关系而产生的不特定债权而设立的，如果允许最高额抵押权可以随债权的转让而一同转让，则显得与最高额抵押制度设立的初衷相违背。因此，有学者建议规定：当最高额抵押人与抵押权人约定将抵押权转让与第三人时，被转让的部分抵押权转变为一般抵押权设立于最高额抵押物之上。这样既不会使得最高额抵押人的压力过大，也符合了最高额抵押制度创设的初衷。此外，有学者认为，最高额抵押权在确定之前，应允许其与产生债权的基础法律关系一并转让。因基础法律关系为最高额抵押权存在的前提，当基础法律关系转让时，最高额抵押权当然一同转让。

四、相关案例裁判要旨

案例 1——岳阳友协置业有限公司与交通银行股份有限公司佛山南海支行借款合同纠纷再审案

【裁判要点】：物权法第二百零六条第四项，抵押财产被查封、扣押的，抵押权人的债权确定。担保法司法解释第八十一条，最高额抵押权所担保的债权范围，不包括抵押物因财产保全或者执行程序被查封后或者债务人、抵押人破产后发生的债权。

最高人民法院

民事裁定书

(2012)民再申字第 212 号

再审申请人（一审被告、二审上诉人）：岳阳友协置业有限公司。

法定代表人：吴荣华，该公司董事长。

委托代理人：赵晋彪，湖南人和（珠海）律师事务所律师。

委托代理人：贺可群，该公司法律顾问。

被申请人（一审原告、二审被上诉人）：交通银行股份有限公司佛山南海支行。

负责人：彭勇，该支行行长。

委托代理人：马立文，北京市共和律师事务所律师。

委托代理人：郭莉梅，北京市共和律师事务所律师。

一审被告、二审上诉人：吴荣华。

一审被告：佛山市友协国际贸易有限公司。

法定代表人：杨保坚。

一审被告：常谦进。

一审被告：徐可明。

再审申请人岳阳友协置业有限公司（以下简称岳阳友协）因与被申请人交通银行股份有限公司佛山南海支行（以下简称南海交行）及一审被告、二审上诉人吴荣华，一审被告佛山市友协国际贸易有限公司（以下简称佛山友协）、常谦进、徐可明借款合同纠纷一案，不服广东省高级人民法院（2012）粤高法民二终字第 13 号民事判决，向本院申请再审。本院依

[5] 王利明.物权法论[M].中国政法大学出版社 2003:643。

法组成合议庭对本案进行了审查，现已审查终结。

岳阳友协申请再审称：（一）对审理本案需要的证据，当事人因客观原因无法收集，书面申请人民法院收集，人民法院未予调查收集。本案所涉借款是否是以新贷偿还旧贷的问题，是双方当事人争议的焦点问题。而证明这一事实的重要证据掌握在南海交行手中。在一审、二审过程中，岳阳友协多次向法院申请调取南海交行发放给佛山友协的贷款资金流向和还款明细，以查明是否存在以新贷偿还旧贷的情况，一审、二审法院不仅对当事人符合法律规定的调取证据申请置之不理，反而简单地以岳阳友协举证不能为由对岳阳友协的抗辩主张不予采纳。（二）本案判决认定的主要事实缺乏证据证明。1.本案判决认定《综合授信合同》和《最高额抵押合同》是双方真实意思表示，合同有效缺乏证据证明，与客观事实不符。南海交行明知佛山友协有到期信用贷款没有清偿，不符合发放新贷款的条件，为了降低其过去违规发放信用贷款的风险、加固佛山友协在南海交行贷款的还款来源，违反诚实信用原则，串通佛山友协骗取岳阳友协提供抵押物，以新贷款偿还旧贷款，与佛山友协签订《综合授信合同》，损害了岳阳友协的合法权益及案外第三人汨罗市建设工程有限责任公司对在建工程的优先受偿权，已构成民事欺诈行为。因此，不管是主合同还是从合同，均系南海交行与徐可明、佛山友协恶意串通，损害岳阳友协及其他担保人合法利益的合同，违背了法律禁止性规定，应依照《中华人民共和国合同法》（以下简称合同法）第五十二条之规定认定为无效合同。2.本案判决认定南海交行是善意第三人缺乏证据证明，与客观事实不符。南海交行在本案中存在明显过错，不符合善意第三人的构成要件。佛山友协因为存在旧贷款不能偿还且南海交行的相关经办人员为了推卸责任又要求佛山友协及徐可明寻找抵押物，导致徐可明及佛山友协采取合同诈骗的犯罪行为骗得岳阳友协提供抵押物。南海交行多次组织相关人员到岳阳友协进行考察，却只字不提贷款的真实用途，说明南海交行是与佛山友协及徐可明恶意串通，骗取岳阳友协提供抵押担保。此外，南海交行在发放贷款过程中还存在诸多审查不严和违规操作的地方。第一，南海交行对贷款发放审查不严。第二，南海交行在垫付承兑汇票款项的过程中存在重大过错，造成垫付的款项无法正常收回。第三，南海交行向佛山友协发放打包贷款的过程中存在严重过错，且在一张金额为200万元的借款凭证中利率与起息日期有严重的涂改，凭证应认定为无效。据此，南海交行在主观上存在恶意，客观上对贷款审查不严，违规操作，不符合善意第三人的构成要件。根据《中华人民共和国担保法》（以下简称担保法）第三十条的规定，岳阳友协可免除担保责任。（三）本案判决适用法律确有错误。1.对于本案的《综合授信合同》和《最高额抵押合同》的效力认定问题，均应当适用合同法第五十二条第一款第三项关于合同无效之规定，而非合同法第五十四条关于可撤销合同之规定。2.对于查封后产生的债权不能在抵押物的价值内优先受偿。根据《中华人民共和国物权法》（以下简称物权法）第二百零六条及《最高人民法院关于适用中华人民共和国担保法若干问题的解释》（以下简称担保法司法解释）第八十一条可以确定最高额抵押所担保的债权范围，不包括抵押物因财产保全或者执行程序被查封后或者债务人、抵押人破产后发生的债权。本案在再审时，对于岳阳友协提供的抵押物即位于湖南省岳阳市岳阳楼区的在建工程“中

华时代广场”第4-12层于2006年8月7日被佛山市中级人民法院作出的（2006）佛中立法保字第226号民事裁定书予以查封，故对于查封后产生的债权，尤其是发回重审后增加的3000余万元逾期利息、罚息都是在抵押权确定后发生的，不能在抵押物的价值内优先受偿，所以本案判决岳阳友协对佛山友协2006年8月7日以后的债权仍承担担保责任是错误的，适用法律错误。3.物权法第一百七十六条规定：“被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，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，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。”本案中，借款人即债务人佛山友协提供了仓单作为借款的担保，假设岳阳友协需承担担保责任或过错责任，债权人南海交行也应先就债务人佛山友协自身提供的质押物实现债权，本案判决对佛山友协提供的物的担保和岳阳友协提供的物的担保同等对待，属于适用法律错误。根据《中华人民共和国民事诉讼法》（2007年）第一百七十九条第一款第二项、第五项、第六项（2012年《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第二项、第五项、第六项）的规定申请再审。

南海交行提交意见认为：（一）现有证据足以证明南海交行与借款人佛山友协之间不存在“借新还旧”情形，且因“借新还旧”不是本案焦点问题，故法院无需对此调查取证。2007年3月26日岳阳市公安局经济犯罪侦查支队委托湖南恒兴联合会计师事务所作出的《关于佛山市友协国际贸易有限公司在交行佛山南海支行贷款情况审计报告》没有得出以新贷还旧贷的结论，岳阳市人民检察院及湖南省高级人民法院均认定佛山友协并未将获取的贷款用于偿还南海交行的旧贷款，岳阳友协的结论属于主观臆断。且担保法司法解释第三十九条是关于保证部分的解释，只适用于保证人，不适用于抵押人，所以在本案中论证是否存在借新还旧对于作为抵押人而非保证人的岳阳友协是否承担责任并无影响，并非本案焦点问题，岳阳友协申请法院调取此类证据不是本案庭审的必须工作，法院有权不调取。（二）本案判决认定的主要事实证据确实充分。1.新证据不足以证明《综合授信合同》及《最高额抵押合同》无效。合同经双方当事人签字盖章，内容不违反法律规定，在没有相反证据的情况下应认定合同有效。佛山友协及徐可明实施的诈骗犯罪，只是导致佛山友协与岳阳友协的合作协议无效，佛山友协与南海交行签订的《综合授信合同》系可撤销合同，在不撤销的情况下该合同是有效合同。而岳阳友协与南海交行签订《最高额抵押合同》，不存在被欺诈的情形，是有效合同。2.岳阳友协认为南海交行与佛山友协恶意串通不能成立。南海交行与佛山友协、徐可明从未达成任何骗取岳阳友协担保的共识，也未与佛山友协及徐可明一起实施欺骗行为。徐可明通过何种方式取得担保，不是南海交行关注的问题。3.南海交行获得岳阳友协提供的抵押物权是善意的、无过错的。南海交行没有对岳阳友协采取欺诈、胁迫手段，没有与佛山友协恶意串通骗取岳阳友协的担保，对佛山友协的欺诈行为也不明知，因此南海交行在取得抵押物权的问题上是善意第三方。至于岳阳友协认为南海交行在发放贷款过程中存在过错的问题，不影响认定南海交行是善意第三方，且南海交行并不存在岳阳友协所称的审查不严或

违规操作。4.岳阳友协承担抵押担保责任，是佛山友协、徐可明构成合同诈骗罪的前提。（三）本案判决适用法律正确。1.关于本案的《综合授信合同》和《最高额抵押合同》的效力认定应适用合同法第五十四条关于可撤销合同的规定，岳阳友协提供的证据不足以证明其主张的南海交行与佛山友协恶意串通的事实，所以不适用合同法第五十二条关于合同无效的规定。2.岳阳友协认为抵押物权被查封后所产生的逾期利息、罚息是在抵押权确定后发生的，不能在抵押物的价值内优先受偿，这是对法律的误解。利息、违约金及罚息等是基于主债权的存在及抵押合同担保范围约定而产生，均属于抵押合同的担保范围。3.物权法第一百七十六条规定的是人的担保与物的担保并存时的清偿顺序问题，不适用于本案。本案判决认定南海交行对岳阳友协提供的在建工程抵押证书项下的抵押物在不超过5714万元抵押担保债权范围内享有优先受偿权，并无不当。岳阳友协的再审申请缺乏事实与法律依据，请求予以驳回。

本院认为：(一)关于法院是否应当依据岳阳友协的申请调取佛山友协及徐可明在南海交行的所有贷款材料和证据问题

岳阳友协申请调取佛山友协及徐可明在南海交行的所有贷款材料和证据，目的是查明佛山友协与南海交行是否存在以新贷偿还旧贷的情况。对此，湖南恒兴联合会计师事务所受岳阳市公安局经济犯罪侦察支队委托作出的《关于佛山市友协国际贸易有限公司在交行佛山南海支行贷款情况审计报告》载明："佛山友协除在交行具有信贷往来外，还与广发行、中行、工行佛山支行都有信贷关系，其资金亦是与经营活动取得的资金合并滚动使用，故而，我们审计对此资金进行的分析及其用途去向的判断存在不确定性"。据此，在佛山友协与南海交行之间信贷往来已经专业机构进行审计的情况下，岳阳友协所申请调取的证据并非审理本案所需要的主要证据，岳阳友协主张的该项再审事由不能成立。

（二）关于《综合授信合同》和《最高额抵押合同》的效力问题

1.关于《综合授信合同》的效力。湖南省高级人民法院（2008）湘高法刑终字第5号刑事判决认定，佛山友协以非法占有为目的，隐瞒公司投资实力、履约能力等事实真相，通过签订合同骗取对方信任将财物进行抵押获取银行贷款后，既不用于投资项目又不向银行偿还贷款，甚至谎称贷款未到，避而不见，将所获贷款自用，导致抵押财物被人民法院判决抵偿债务和裁定冻结，从而将债务风险转嫁给对方当事人，严重危害了正常的社会经济秩序，侵害了相关银行、企业单位的合法权益，情节严重，已构成合同诈骗罪。据此，可认定佛山友协在签订本案《综合授信合同》过程中实施了欺诈行为，根据合同法第五十四条第二款"一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销"之规定，本案佛山友协与南海交行签订的《综合授信合同》应当认定为可撤销合同，南海交行依法享有撤销权。南海交行对佛山友协提起本案诉讼主张权利，应视为其已放弃行使撤销权，本案判决确认《综合授信合同》有效并无不当，岳阳友协该项理由不能成立。

2.关于《最高额抵押合同》的效力以及是否应当免除岳阳友协的担保责任。岳阳友协主张《最高额抵押合同》因南海交行与佛山友协恶意串通，损害岳阳友协及其他担保人利益，

应认定为无效，并提供了湖南省高级人民法院（2008）湘高法刑终字第5号刑事判决以及该案有关涉案人员的讯问笔录、询问笔录等证据材料证明上述主张。经审查，湖南省高级人民法院（2008）湘高法刑终字第5号刑事判决并未认定南海交行与佛山友协串通实施了欺诈行为。根据合同相对性原则，在无证据证明南海交行在与岳阳友协签订本案《最高额抵押合同》时实施了恶意串通、欺诈、胁迫等行为情况下，不能以岳阳友协受到佛山友协诈骗为由否定本案《最高额抵押合同》的效力，本案判决确认该《最高额抵押合同》有效并无不当。南海交行作为贷款银行需审核岳阳友协提供的抵押物情况，但并无法定义务告知岳阳友协关于佛山友协在该行尚有欠款的情况或者审核岳阳友协为佛山友协提供抵押担保之原因，岳阳友协也并未向南海交行询问上述情况或者告知南海交行其向佛山友协提供抵押担保之原因，有关涉案人员的讯问笔录和询问笔录等证据材料不能证明南海交行在订立《最高额抵押合同》过程中存在重大过失或故意，或者南海交行明知佛山友协和徐可明的诈骗行为，亦无证据证明南海交行与佛山友协存在直接以新贷偿还旧贷的行为。至于岳阳友协申请再审提出的南海交行于2006年5月向佛山友协发放的金额为200万元的贷款凭证中利率与起息日期有严重的涂改，应认定为无效的问题，本案判决已以该份凭证约定利率有涂改痕迹且难于辨别为由，未予采信南海交行主张的利率，而是参照此前已经发生的同类贷款利率约定确定利率，对于没有涂改的其他内容予以采信并无不当。岳阳友协关于应认定本案《最高额抵押合同》无效以及应当免除其担保责任的理由不能成立。

（三）关于本案法律适用问题

1.关于判定本案《综合授信合同》和《最高额抵押合同》效力适用法律问题。岳阳友协主张判定本案合同效力应当适用合同法第五十二条第一款第三项关于合同无效之规定，而非第五十四条关于可撤销合同之规定。合同法第五十二条第一款第三项系关于具有以合法形式掩盖非法目的情形的合同无效之规定，本案南海交行与佛山友协签订《综合授信合同》系金融机构正常经营行为，并不存在以合法形式掩盖非法目的的情形，在南海交行没有恶意串通、欺诈、胁迫行为的前提下，若以佛山友协实施诈骗行为为由否定合同效力，对债权人显系不公。南海交行与岳阳友协签订《最高额抵押合同》亦不存在以合法形式掩盖非法目的之情形。本案判决适用合同法第五十四条的规定并无不当，岳阳友协该项理由不能成立。

2.关于查封之后因主债权产生的利息、罚息是否属于最高额抵押担保范围问题。根据物权法第二百零六条第四项，抵押财产被查封、扣押的，抵押权人的债权确定。根据担保法司法解释第八十一条，最高额抵押权所担保的债权范围，不包括抵押物因财产保全或者执行程序被查封后或者债务人、抵押人破产后发生的债权。岳阳友协据此主张本案抵押物被查封后产生的债权，尤其是发回重审后增加的3000余万元逾期利息、罚息均在抵押权确定后发生的，不能在抵押物的价值内优先受偿，本案判决岳阳友协对佛山友协2006年8月7日以后的债权仍承担担保责任属于适用法律错误。本院认为，上述规定旨在确定主债权范围，并未将主债权确定后至实际清偿期间产生的利息等排除在抵押担保范围之外，主债权确定后产生的利息等均系基于主债权产生，应属抵押担保范围，本案判决岳阳友协对于本案主债权及利

息承担担保责任，适用法律并无不当，岳阳友协该项理由不能成立。

3.关于岳阳友协的抵押物与佛山友协的质押物清偿顺序问题。岳阳友协依据物权法第一百七十六条主张应先就债务人佛山友协提供的质押物实现债权，本案判决对债务人佛山友协提供的质押担保和第三人岳阳友协提供的抵押担保同等对待，属于适用法律错误。本院认为，物权法第一百七十六条系就物的担保与人的担保之关系所作规定，岳阳友协提出的在既有债务人佛山友协提供的仓单质押，又有第三人岳阳友协提供的抵押物的情况下，二者应当谁先承担责任的问题，该条并未明确规定，岳阳友协据此主张本案判决适用法律错误依据不足，不能成立。

综上，岳阳友协的再审申请不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第二项、第五项、第六项规定的情形。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零四条第一款之规定，裁定如下：

驳回岳阳友协置业有限公司的再审申请。

审　判　长　　陈宜芳

代理审判员　　刘小飞

代理审判员　　潘　杰

二〇一三年四月二十二日

书　记　员　　王新田

案例 2——交通银行股份有限公司云南省分行诉芒市卓信硅业有限责任公司等金融借款合同纠纷案

【裁判要点】：《中华人民共和国物权法》第二百零六条第（三）项“有下列情形之一的，抵押权人的债权确定：……（三）新的债权不可能发生”。

昆明市中级人民法院

民事判决书

(2010)昆民四初字第 33 号

原告交通银行股份有限公司云南省分行。

负责人李大军，该分行行长。

委托代理人李志勇、金卫国，云南恒业律师事务所律师，均为特别授权代理。

被告芒市卓信硅业有限责任公司。

法定代表人约翰·库恩（JOHND.KUHNS）

委托代理人张慧、张琳，云南建广律师事务所律师，均为特别授权代理。

被告姚刚。

委托代理人唐忠民，云南震中律师事务所律师，特别授权代理。

原告交通银行股份有限公司云南省分行诉被告芒市卓信硅业有限责任公司（以下简称：

卓信公司）、姚刚金融借款合同纠纷一案，本院于 2010 年 3 月 12 日受理后，依法组成合议庭，于 2010 年 5 月 11 日第一次公开开庭审理本案，原告的委托代理人李志勇、金卫国，被告卓信公司的委托代理人张慧、肖雯，被告姚刚的委托代理人唐忠民到庭参加了诉讼。本院于 2010 年 5 月 12 日第二次公开开庭审理本案，被告卓信公司将委托代理人肖雯变更为云南建广律师事务所律师张琳，原告的委托代理人李志勇、金卫国，被告卓信公司的委托代理人张慧、张琳到庭参加了诉讼，被告姚刚经本院依法传唤，未到庭参加诉讼，本院依法进行缺席审理。本案现已审理终结。

原告起诉称：2008 年 3 月 6 日，原告与被告卓信公司签订《借款合同》，约定原告向被告卓信公司贷款人民币 2000 万元（以下均为人民币）用于流动资金周转，借款期限二年，自 2008 年 3 月 17 日至 2010 年 3 月 13 日止，利率为基准利率上浮 10%，同时约定若被告卓信公司违约，应支付原告为实现债权而支出的费用等违约责任。2008 年 3 月 6 日，原告与被告卓信公司签订 80030 号《最高额抵押合同》，约定被告卓信公司用其所有的潞国用（2006）第 0002010 号土地证项下的土地使用权及机器设备设定抵押，担保原告的 2000 万元借款本息及相关费用，并办理了抵押登记手续。2008 年 3 月 6 日，原告与被告姚刚签订了《最高额保证合同》，被告姚刚自愿对被告卓信公司的借款本息及相关费用的偿还承担连带保证责任。原告按约向被告卓信公司足额发放贷款后，现因被告卓信公司违约，根据合同约定，原告有权宣布贷款提前到期，要求被告卓信公司提前偿还贷款。现二被告不按约履行偿还义务，又因潞国用（2006）第 0002010 号土地证项下的土地已被分割为潞国用（2008）字第 0001671、0001673、0001674、0001675 四本土地证，原告遂诉至人民法院，请求判令：一、被告卓信公司偿还原告借款本金 2000 万元、利息 297000 元（自 2009 年 12 月 22 日至 2010 年 3 月 13 日，按中国人民银行基准利率 5.4%上浮 10%计算）及自 2010 年 3 月 14 日起至全部款项还清之日止按中国人民银行同期逾期贷款利率计算的罚息。二、依法确认原告对被告卓信公司所有的潞国用（2008）字第 0001671、0001673、0001674、0001675 号土地使用权证项下的土地使用权及登记于潞西市工商行政管理局潞工商[2008]006 号动产抵押登记书项下的机器设备享有抵押权并依法实现抵押权。三、被告卓信公司支付原告为实现本案债权而支付的律师代理费 1217820 元。四、被告姚刚对上述款项承担连带保证责任。

被告卓信公司答辩称：对借款事实、借款本金数额、利息及罚息计算方式没有异议。但认为，一、本案抵押合同、记载抵押权的土地他项权证上他项权人为交通银行股份有限公司昆明分行，而非原告名称，故原告无权实现抵押权。原土地使用权证作废后更换四本新证，但他项权证未进行更换，且本案 80300 号最高额抵押合同除担保本案借款外，还担保其它借款合同项下债权。二、杨媛与被告姚刚系夫妻关系，杨媛亦在保证合同上签字确认，但原告未在本案中未起诉杨媛，故被告卓信公司的抵押担保责任应在原告放弃杨媛保证责任的范围内免责。三、本案动产抵押物中，有部分机器设备的所有权尚未转移，仍由出卖人保留。四、本案抵押物和被告卓信公司与富滇银行股份有限公司昆明江东支行（以下简称：富滇银行江东支行）金融借款合同纠纷一案中的抵押物存在部分重合，原告并不必然对重合设备享有优

先权。五、原告主张的律师代理费过高，请求人民法院依法调减。

被告姚刚未到庭发表答辩意见。

原告为证明其诉讼请求，提交如下证据：

一、原告营业执照、组织机构代码证，欲证明原告民事诉讼主体资格。

二、被告工商登记卡、身份证复印件，欲证明被告民事诉讼主体资格。

三、80310 号借款合同、借款凭证，欲证明借款事实；2008 年 3 月 6 日签订的 80300 号最高额抵押合同、潞工商[2008]006 号动产抵押登记书、潞土他项（2008）第 0300034 号土地他项权利证书、2008 年 3 月 10 日由潞西市工商行政管理局出具的《证明》、2009 年 8 月 28 日补充协议，欲证明被告卓信公司用其所有的土地使用权及机器设备为本案借款提供抵押担保，并办理了抵押登记手续，原告的抵押权合法有效；80300 号最高额保证合同，欲证明被告姚刚对本案债务提供连带责任保证。

四、律师代理费发票，欲证明原告为实现本案债权而支付的律师代理费。

五、公司变更登记审核表、分公司变更登记审核表，欲证明 2009 年 1 月 6 日，交通银行股份有限公司昆明分行经云南省工商行政管理局核准名称变更为交通银行股份有限公司云南省分行。

六、告知函、快递凭证，欲证明原告已经通知被告卓信公司本案借款提前到期，快递凭证上的签收人陈娟系被告卓信公司员工。

经质证，被告卓信公司对原告提交的第一组至第五组证据真实性均无异议。但认为，一、土地抵押权的权利主体存有异议，土地使用权证更换后他项权证未进行更换。二、潞工商[2008]006 号动产抵押登记书项下抵押物存在所有权保留问题，且与他案的借款抵押物存在重合。对第五组证据真实性不予认可，认为告知函并未收到，不清楚签收人陈娟的身份。

被告姚刚未到庭发表质证意见。

本院认为，原告提交的第一组至第五组证据，符合民事诉讼法规定的证据形式要件，真实性本院予以采信。关联性及证明目的后文评述。原告提交的第六组证据中的告知函系单方证据，快递凭证不能充分有效证明被告卓信公司已经收到告知函，故该组证据本院不作为本案定案证据采纳。

被告卓信公司为证明其诉辩主张，提交以下证据：

第一组：1、贵阳新星变压器有限公司（以下简称：贵阳新星公司）与被告卓信公司签订的工业品买卖合同；2、恒易律师事务所《律师函》；3、贵阳新星公司向云南省潞西市人民法院对被告卓信公司起诉的《民事诉状》；4、云南省潞西市人民法院（2010）字第 44 号传票。该组证据欲证明：工业品买卖合同第七条规定，被告卓信公司尚未完全支付货款，该协议项下的 HTDSPZ20-8500/35 的三台电炉变压器所有权尚未转移，仍属于贵阳新星公司，并且已经进入诉讼。

第二组：宁波天安（集团）股份有限公司、昆明科赛特机械制造有限公司、云南奇峰石油机械总厂签订的工业品买卖合同。该组证据欲证明，根据工业品买卖合同规定，货款尚未

支付完毕的，该协议项下的机器设备所有权尚未转移，仍属于出卖人，非被告卓信公司所有。

第三组：2008 年 3 月 6 日 80300 号最高额抵押合同项下抵押物清单。结合第一组证据欲证明，该抵押合同抵押物清单项下第 10 项系贵阳新星公司生产的型号为 HTDSPZ20-8500/35 的三台电炉变压器，其所有权尚未转移，抵押有瑕疵。此外该抵押物清单中的第 18、第 38 项、第 39 项抵押物也存在同样问题。

第四组：富滇银行江东支行与被告卓信公司于 2009 年 4 月 3 日签订的《抵押合同（最高额）》及潞工商（2009）004 号动产抵押登记书（抵押物共计 6 项）。该组证据欲证明本案 80300 号最高额抵押合同抵押物清单第 8、10、19、20、38 项抵押物与被告卓信公司为富滇银行江东支行设定抵押的机器设备重合。

第五组：原告与被告卓信公司于 2010 年 1 月 20 日签订的 201001055 号最高额抵押合同及其抵押物清单（共计 63 项）。欲证明被告卓信公司在向原告提供的两次抵押担保的机器设备有重合。本案 80300 号抵押合同第 8 项与 201001055 号抵押合同第 63 项抵押物重合、80300 号抵押合同第 10 项与 201001055 号抵押合同第 5 项抵押物重合、80300 号抵押合同第 19 项与 201001055 号抵押合同第 3 项抵押物重合、80300 号抵押合同第 20 项与 201001055 号抵押合同第 2 项抵押物重合、80300 号抵押合同第 38 项与 201001055 号抵押合同第 28 项抵押物重合。

经质证，原告对被告卓信公司提交证据真实性均无异议，但认为：一、贵阳新星公司起诉未主张所有权。二、被告卓信公司现在主张有部分抵押物未取得所有权，存在欺诈；即使抵押物所有权存在瑕疵，原告作为善意抵押权人亦应对抵押权善意取得。三、本案抵押物与富滇银行江东支行的抵押物并不重合，本案抵押物是 2 号炉的机器设备，富滇银行江东支行的抵押物系 3 号炉设备。四、201001055 号与 80300 号最高额抵押合同项下抵押物不重合。

被告姚刚未到庭发表质证意见。

本院认为，被告卓信公司提交证据的真实性，各方当事人均未提出异议，故真实性本院予以采信。关联性及证明力后文评述。

被告姚刚未提交证据。

本院对本案进行诉讼保全时，潞西市国土资源局于 2010 年 3 月 16 日出具《说明》一份，该说明载明：被告卓信公司的 2006 年潞国用(2006)字第 0002010 已作废，于 2008 年变更登记，分别颁发潞国用（2008）字第 0001671、0001673、0001674、0001675 四本土地证，面积分别为 569.41、3074.8、11459.75、81100.32 平方米。该块土地已于 2008 年 3 月 13 日在该局办理抵押登记，向交通银行股份有限公司昆明分行贷款。

经质证，各方当事人对该说明均无异议，对该说明，本院作为本案证据予以采信。

本院经审理查明以下事实：2009 年 1 月 6 日，交通银行股份有限公司昆明分行经云南省工商行政管理局核准变更其名称为交通银行股份有限公司云南省分行。

2008 年 3 月 6 日，原告与被告卓信公司签订 80300 号最高额抵押合同，约定：被告卓信公司用其所有的机器设备共 47 项为双方自 2008 年 3 月 6 日至 2009 年 3 月 4 日期间签订

的主合同提供最高额抵押担保。抵押担保的最高债权额为 9000 万元；担保的范围包括主合同项下债权本金、利息、罚息和实现债权及抵押权的费用等。该最高额抵押合同第 3.1 条约定，抵押物在抵押期间被查封、扣押的，抵押权人收到查封、扣押机关的通知之日或抵押权人根据本合同第八条行使抵押权时，该最高额抵押合同项下被担保的主债权确定。该合同 6.3、6.4、6.5 条载明，抵押人在签署和履行本合同过程中向抵押权人提供的全部文件、资料及信息是真实、准确、完整和有效的；抵押权对抵押物享有充分的处分权，若抵押物为共有的，其处分已获得所有的必要的同意和批准；抵押物不存在任何瑕疵，未被依法查封、扣押、监管，不存在争议、抵押、诉讼等情况。该合同 8.3 条约定，抵押人同意被担保的债权同时受其它担保合同担保的，抵押权人有权自行决定行使权利的顺序；抵押权人放弃在其它担保合同项下的担保物权或其权利顺位或变更担保物权的，抵押人仍按本合同承担担保责任而不免除任何责任。该 80300 号最高额抵押合同签订后，双方就座落于潞西市风平镇芒弄村的 96000.2 平方米土地使用权、80300 号最高额抵押合同抵押物清单项下的机器设备办理了抵押登记手续，领取了潞西市国土资源局颁发的潞土他项（2008）第 0300034 号土地他项权证、潞西市工商行政管理局出具的潞工商[2008]006 号动产抵押登记书。2009 年 8 月 28 日，原告与被告卓信公司签订《补充协议》，约定对该 80300 号最高额抵押合同担保的主合同范围进行变更，变更为原告与被告卓信公司自 2008 年 3 月 6 日至 2010 年 3 月 13 日期间签订的主合同均受该 80300 号最高额抵押合同担保，潞西市国土资源局在该补充协议上加盖公章。

2008 年 3 月 6 日，原告与被告姚刚签订 80300 号《最高额保证合同》，约定：被告姚刚对被告卓信公司与原告在 2008 年 3 月 6 日至 2009 年 3 月 4 日期间签订的全部主合同提供最高额保证担保，保证方式为连带责任保证。担保的最高债权额为 6000 万元。担保的范围包括主债权确定日前发生的主债权及持续至保证人承担责任时产生的利息、复利、罚息及实现债权的费用等。保证期间根据各主合同约定的债务履行期限分别计算。每一主合同项下的保证期间为：自该合同约定的债务履行期限届满之日起，计至全部主合同中最后到期的主合同约定的债务履行期限届满之日后两年止。本合同项下被担保的主债权在全部主合同下最后一笔主债权的发生日（主债权确定日）确定。债权人宣布任一主合同项下债务提前到期的，以其宣布的提前到期日为债务履行期限届满日。债务人未按时足额偿还任一主合同项下的本息时，保证人应向债权人立即清偿债务。保证人同意，主合同同时受债务人或第三方提供的抵押担保的，债权人有权自行决定行使权利的顺序，债权人有权要求保证人立即支付债务人的全部到期应付款项而无需先行行使担保物权；债权人变更担保物权或其权利顺位或变更担保物权的，保证人不免除任何责任。

2008 年 3 月 6 日，原告与被告卓信公司签订 80310 号借款合同，约定原告向被告卓信公司贷款 2000 万元用于流动资金周转，借款期限二年，自 2008 年 3 月 17 日至 2010 年 3 月 13 日止，利率为中国人民银行基准利率上浮 10%，每季末月 20 日结息。若借款人未按时足额偿还贷款本金、支付利息的，贷款人按逾期贷款的罚息利率计收利息，并计收复利，并应承担贷款人为实现债权而支付的诉讼费、保全费及律师代理费等。2008 年 3 月 17 日，

原告向被告卓信公司发放贷款 2000 万元。自 2009 年 12 月 22 日后，被告卓信公司未向原告支付利息。该笔借款届期后，被告卓信公司未按约归还本金。

被告卓信公司与贵阳新星公司、宁波天安（集团）股份有限公司、昆明科赛特机械制造有限公司、云南奇峰石油机械总厂签订相应买卖合同购买机器设备。买卖合同均约定，标的物所有权自交付时转移，但买方未履行付款义务的，标的物属于出卖人所有。被告卓信公司因与贵阳新星公司发生其它买卖合同纠纷，被贵阳新星公司诉至潞西市人民法院。

另查明，被告卓信公司的 2006 年潞国用(2006)字第 0002010 已作废，于 2008 年变更登记，由潞西市国土资源局分别颁发潞国用（2008）字第 0001671、0001673、0001674、0001675 四本土地证，面积分别为 569.41、3074.8、11459.75、81100.32 平方米。该块土地已于 2008 年 3 月 13 日在该局办理抵押登记，向交通银行股份有限公司昆明分行贷款。

本院于 2010 年 3 月 12 日作出（2010）昆民四初字第 33 号民事裁定书，裁定查封、扣押、冻结被告卓信公司相应财产。2010 年 3 月 16 日，本案抵押物——潞土他项（2008）第 0300034 号项下所载土地的使用权、潞工商[2008]006 号动产抵押登记书项下机器设备被本院查封。

根据本案认定事实，结合各方当事人诉辩主张，本案争议焦点为：一、80300 号最高额抵押合同是否到决算期、该抵押担保的范围、抵押物的所有权保留问题、抵押物重合问题及原告是否有权实现抵押权；二、保证责任如何承担；三、律师代理费如何承担。

本院认为，因各方当事人对借款本金数额、利息计算方式、借款到期的事实均无异议，故对原告诉请被告卓信公司归还本金并支付相应利息的诉讼请求，本院予以支持。

一、80300 号最高额抵押合同是否到决算期。80300 号最高额抵押合同担保的借款清偿期已经届满，原告债权未受清偿，抵押权人已具有实现抵押权之要件。原告起诉至人民法院请求实现抵押权，此时抵押担保的主债权应予确定，根据《中华人民共和国物权法》第二百零六条第（三）项“有下列情形之一的，抵押权人的债权确定：……（三）新的债权不可能发生”之规定，本案债权应予确定。另，根据 80300 号最高额抵押合同第 3.1 条之约定，该最高额抵押合同所担保的主债权亦已到确定之日。

该抵押担保的范围。被告卓信公司主张 2008 年 3 月 6 日 80300 号最高额抵押合同除担保本案 80310 号借款合同项下的主债权外，还担保了另案 90902、90972、201001055、90584 号借款合同项下的主债权。本案中，原告债权届满未受清偿，原告请求对 80310 号借款合同实现抵押权，有事实及法律依据，本院予以支持。至于被告卓信公司抗辩另案借款合同亦受 80300 号最高额抵押合同担保，与原告在本案为主债权的清偿而请求实现抵押权并不冲突，故被告卓信公司该项抗辩本院不予采纳。案外人杨媛非最高额保证合同当事人，被告卓信公司主张抵押担保责任应在原告放弃杨媛保证责任承担的范围内免责，无事实及法律依据，本院不予支持。

抵押物的所有权保留问题。被告卓信公司主张，本案设定抵押的部分机器设备所有权尚未转移至抵押人，仍保留于出卖人所有。经庭审核对，被告卓信公司主张的存在所有权保留

的机器设备，买卖合同所载交易金额与经原告、被告卓信公司盖章确认的抵押物清单上所载原值并不能对应，被告卓信公司对此未补充证据予以解释。被告卓信公司提交的潞西市人民法院的诉讼材料，仅能证明被告卓信公司与出卖人之间因买卖合同纠纷产生诉讼，但所有权保留问题尚无生效法律文书予以确认。根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条"当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果"之规定，被告卓信公司对该项主张未提交充分有效的证据予以证明，故对该项事实主张，本院不予支持。原告抗辩其善意取得本案抵押担保物权，本院认为，根据 80300 号最高抵押合同第 6.3、6.4、6.5 条中抵押人的陈述以及被告卓信公司未提交证据证明原告作为抵押权人在抵押权设立过程中存在恶意，根据《中华人民共和国物权法》第一百零六条"无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；（二）以合理的价格转让；（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的，原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。当事人善意取得其他物权的，参照前两款规定"之规定，本案最高额抵押担保合同成立生效，抵押物依法办理了动产抵押登记手续，原告依法对被告卓信公司提供抵押担保的潞工商[2008]006 号动产抵押登记书项下抵押物享有抵押权。

抵押物重合问题。被告卓信公司主张本案与他案抵押物重合，经庭审核对，该机器设备在价值上，本案抵押物清单与他案抵押物清单所载并不能对应，且法律未禁止同一机器设备上设定多个抵押担保物权，被告卓信主张因本案部分抵押物与另案抵押物重合致使原告并不必然对重合机器设备享有优先权，并不当然影响原告实现本案所涉机器设备抵押担保物权，对该抗辩本院不予采纳。

被告卓信公司主张 80300 号最高额抵押合同的抵押权人及潞土他项（2008）第 0300034 号土地他项权证所载抵押权人名称并非原告，经审查，交通银行股份有限公司昆明分行经云南省工商行政管理局核准变更其名称为交通银行股份有限公司云南省分行，原告主体延续，系本案诉争土地使用权的抵押权人。潞土他项（2008）第 0300034 号土地他项权证项下土地的使用权证虽于 2008 年更换为四本新证，但抵押担保物权的债权依据即 80300 号最高额抵押合同尚未解除，且该土地他项权证仍然有效，所登记的抵押权未经土地登记机关涂销，故被告卓信公司抗辩土地他项权证未进行更换，不能对抗原告对设定抵押的土地使用权实现担保物权。根据 80300 号最高额抵押合同的约定，被告卓信公司应对本案借款本金、利息及原告实现债权所支付的律师代理费承担抵押担保责任。

三、保证责任如何承担。原告与被告姚刚签订的 80300 号最高额保证合同约定：主合同同时受债务人或第三方提供的抵押担保的，债权人有权自行决定行使权利的顺序，债权人有权要求保证人立即支付债务人的全部到期应付款项而无需先行行使担保物权；债权人变更担

保物权或其权利顺位或变更担保物权的，保证人不免除任何责任。根据《中华人民共和国物权法》第一百七十六条"被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，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，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿"之规定，原告有权同时要求实现抵押担保物权及保证人承担保证责任。

80300 号最高额保证合同约定 2008 年 3 月 6 日至 2009 年 3 月 4 日期间签订的全部主合同提供最高额保证担保，故 80300 号最高额保证合同担保的主债权应予确定。该最高额保证合同担保的主债权履行期限届满，原告在保证期间内向被告姚刚主张保证责任。根据《最高人民法院关于适用若干问题的解释》第二十三条"最高额保证合同的不特定债权确定后，保证人应当对在最高债权额限度内就一定期间连续发生的债权余额承担保证责任"之规定，现原告仅就 80310 号借款合同项下债务向被告姚刚主张保证责任，故被告姚刚应对本案借款本金、利息及原告实现债权而支付的律师代理费承担连带清偿责任。

四、律师代理费如何承担。80310 号借款合同约定被告卓信公司未按期足额还本付息，应承担原告为实现债权而支付的律师代理费。原告主张以本金 2000 万元及利息 297000 元为基础，按 6%计算律师本案其支出的律师代理费，并提交发票作为支付凭证。二被告认为该收费标准过高，请求予以调减。本院认为，原告主张 2009 年 12 月 22 日至 2010 年 3 月 13 日利息为 297000 元计算错误，根据云南省律师服务收费管理办法规定，对原告诉请的为实现本案债权而支付的律师代理费，本院支持 181320 元。

综上所述，依据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、第一百三十条，《中华人民共和国合同法》第一百零七条、第二百零六条、第二百零七条，《中华人民共和国担保法》第十四条、第十八条、第二十一条、第三十一条、第四十六条、第五十三条、第五十九条，《最高人民法院关于适用若干问题的解释》第二十三条、第四十二条，《中华人民共和国物权法》第一百零六条、第一百七十六条、第二百零六条第（三）项，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定，判决如下：

一、被告芒市卓信硅业有限责任公司于本判决生效后十日内归还原告交通银行股份有限公司云南省分行借款本金 2000 万元，支付自 2009 年 12 月 22 日至 2010 年 3 月 13 日，按中国人民银行贷款基准利率 5.4%上浮 10%计算的利息，并支付自 2010 年 3 月 14 日至本判决生效后十日内，按中国人民银行同期逾期贷款罚息利率计算的罚息。

二、被告芒市卓信硅业有限责任公司于本判决生效后十日内向原告交通银行股份有限公司云南省分行支付实现债权的律师代理费 181320 元。

三、若被告芒市卓信硅业有限责任公司未履行上述付款义务，原告交通银行股份有限公司云南省分行有权对被告芒市卓信硅业有限责任公司设定抵押的潞土他项（2008）第 0300034 号土地他项权证项下的土地使用权、潞工商[2008]006 号动产抵押登记书项下的机

器设备折价或者以拍卖、变卖的价款优先受偿。

四、被告姚刚对本判决第一项、第二项付款义务承担连带清偿责任。被告姚刚承担连带清偿责任后，有权在其承担责任范围内向被告芒市卓信硅业有限责任公司追偿。

五、驳回原告交通银行股份有限公司云南省分行的其它诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十九条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

本案案件受理费 149374.1 元、保全费 5000 元，由被告芒市卓信硅业有限责任公司、姚刚共同承担。

如不服本判决，可于判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人人数提交副本，上诉于云南省高级人民法院。

双方当事人均服判的，本判决即发生法律效力。若负有义务的当事人不自动履行本判决，享有权利的当事人可在本判决规定履行期限届满后二年内向本院申请强制执行。

审　判　长　　陈寒梅

代理审判员　　苏静巍

代理审判员　　徐国倚

二〇一〇年六月十七日

书　记　员　　陈　锐

对《物权法》第二百零八条的评述

条文内容

为担保债务的履行，债务人或者第三人将其动产出质给债权人占有的，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，债权人有权就该动产优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为出质人，债权人为质权人，交付的动产为质押财产。

一、周边法源

（一）宪法及宪法性法律

无

（二）法律

1.《担保法》（1995 年 6 月 30 日由全国人大常委会通过，1995 年 10 月 1 日起施行）

本法所称动产质押，是指债务人或者第三人将其动产移交债权人占有，将该动产作为债权的担保。债务人不履行债务时，债权人有权依照本法规定以该动产折价或者以拍卖、变卖该动产的价款优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为出质人，债权人为质权人，移交的动产为质物。

（三）行政法规

无

（四）部门规章

无

（五）地方法规及规章

无

（六）司法解释

无

（七）最高人民法院及各地方高院其他规范性法律文件

无

（八）国际条约

无

二、法条释义

本条是关于动产质权的基本规定。根据本条描述，所谓的质押即为债务人或者第三人将其动产交给债权人占有并实际控制的行为。分析条文可知，首先，本条内容明确了动产质权设立的目的，即担保债务的履行。其次本条明确了在动产质押关系中的主体即出质人和质权人。其中债务人或者第三人为出质人，债权人为质权人，交付的动产为质押财产。动产质权设立的目的在于担保债务的履行。再次，法条明确规定实现质权的情形为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。最后，该法条还明确表明质权的性质为一种优

先受偿权。

通过该条文，可以知道动产质权的几个法律特征：

1．动产质权是担保物权。债务人或者第三人将其质物交由债权人占有的目的是担保债权的实现。质权人占有质物实际上是取得了质物上的交换价值，在一般情况下，其只能占有质物，而不能使用、收益，因此，质权人的标的不是物的使用价值，而是物的交换价值，是为了保证特定债权的实现而设定，质权相对于债权具有依附性和不可分割性。

2．动产质权是在他人的财产上设立的物权。属于他物权。

3．转移占有是动产质权的生效条件。质权是以质权人占有质物为条件的，质权人只有占有质物的情形下才享有质权，这也是质权与抵押权的根本区别。因此，出质人须将质物交付质权人占有，质权人才能取得质权。

4．动产质权是一种优先受偿的权利。由于动产质权的设定是以担保特定债权的实现为目的，因此，当债务履行期届满，债务人不履行债务时，或者出现债务人与债权人约定实现质权的情形出现时，质权人有权就质物折价或者拍卖、变卖该质物的价款优先受偿。

三、争点及评述

对于动产质权的基本规定，学界对以下几点存在争议：

1.动产抵押的设立——动产质权能否以占有改定方式设定？

通说认为，占有该定的方式不能够设立质权。

有学者指出：“……任何以排除出质人对质物有其他影响或处分可能之形式，均可供作为质物之交付方式。”1可供作为质物之交付形式包括现实交付、简易交付和指示交付等。但质权人不能让出质人代为占有质物，也就是说，不得以占有改定的方式设立质权。理由一是维护质权的占有和留置效力，二是以切实的占有公示维护交易安全，保护善意第三人的利益，防止其遭遇不测之损害。2

另有学者对这种通说提出了商榷意见。如隋彭生认为，占有改定也可以设立质权，在法理、法律上并无任何障碍。占有改定设立质权，可以取得与现实交付、简易交付相同的效果。占有改定，同样有公示意义 ，质权人拥有一切法定的权利。占有改定为出质人创设了间接占有 ，为质权人创设了直接占有。3

2.动产抵押的设立——间接占有能否设立动产质权？动产质押监管。

近年来出现了一种金融服务与物流服务的创新：动产质押监管。在当前的动产质押贷款的实践操作中，一般的操作模式是银行授权委托第三方进驻生产现场，对质物进行监管或保管。机器设备仍在正常运转，继续为企业创造价值，银行则按合同约定取得收益。在此情形

[1] Vgl Staudinger/Wolfgang Wiegand,12.Aufl.,§1205,Rn.10.转引自郑冠宇：”动产质权之发展”，载中国民商法律网，http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=11875。

[2] 李石山，汪安亚，唐义虎著，《物权法原理》，北京大学出版社，2008 年 9 月第 1 次版，第 372 页。

[3] 隋彭生，《论以占有改定设立动产质权———与通说商榷》，《法学杂志》，2009 年第 12 期。第 37-40 页。

下，实际形成了一条占有转移的链条，即第一步，基于质押合同，银行应占有质物并承担妥善保管质物的责任；第二步，银行委托第三方代理其占有、监管质物，第三方承担保管义务；第三步，第三方与出质人签订仓储管理合同，将质物交由出质人进行保管。从物权法的角度来讲，上述一系列法律行为产生的结果是质物的占有模式的复杂化。银行本应依据物权法关于质押的规定直接占有质物，通过质押监管合同，银行成为间接占有人，第三方为直接占有；又通过仓储管理合同，第三方也成为间接占有人，只有出质人为直接占有人，直接管领和控制质物，同时负有妥善保管的义务。

事实上，动产质押监管制度的设计使得质权人不再直接占有之物。在司法实践中，有些法院认可动产质押监管协议的效力，并认为可以通过间接占有的方式设定质权。4同时也有一些学者认为，从占有及其相关概念发展的趋势来讲，需要间接占有制度的存在。以监管或保管为已任的第三方的出现，是作为担保物权制度之一的动产质押继间接占有理论引入之后，第二个重大变化，只是这种变化是由实践推动的罢了。动产质押可以引入“不移转标的物占有”理论。5

另有观点认为，虽然质权人可以作为间接占有人占有之物，但需要严格层级，直接占有人必须直接受质权人委托占有质物。6

四、相关案例裁判要旨

（一）最高人民法院指导性案例

无

（二）人民法院公报案例

无

（三）其他典型案例

无

[4] 揭志刚 刘晓夏，《动产质押监管中监管人的责任承担》

[5] 宋建军，《动产质押：间接占有和第三方介入》

[6] 丁丽瑛，韩伟，《动产质押监管业务的法律属性》

对《物权法》第二百零九条的评述

条文内容

法律、行政法规禁止转让的动产不得出质。

一、周边法源

（一）宪法及宪法性法律

无

（二）法律

无

（三）行政法规

无

（四）部门规章

无

（五）地方法规及规章

无

（六）司法解释

无

（七）最高人民法院及各地方高院其他规范性法律文件

无

（八）国际条约

无

二、法条释义

本条文是关于禁止出质的动产的规定，共有 1 款 1 项。根据条文文义，一方面并不是所有的动产都能够设立动产质权。只有依法可以转让的动产才可以设定动产质权，法律行政法规禁止转让的动产不能够设立动产质权。另一方面规定禁止转让的动产的依据应当是法律、行政法规。即只能是全国人大及其常委会制定的法律以及国务院制定的行政法规。其他规范性文件，不能作为规定禁止转让动产的依据。

三、争点及评述

无

四、相关案例裁判要旨

（一）最高人民法院指导性案例

无

（二）人民法院公报案例

1.中国农业发展银行安徽省分行诉张大标、安徽长江融资担保集团有限公司保证金质权确

认之诉案

【裁判要旨】根据《物权法》第二百一十条、第二百一十二条的规定，设立质权，当事人应当采取书面形式订立质权合同。质权自出质人交付质押财产时设立。因此，交付行为应被视为设立动产质权的生效条件。另根据《最高人民法院关于适用<中华人民共和国担保法>若干问题的解释》第八十五条规定，债务人或者第三人将其金钱以特户、封金、保证金等形式特定化后，移交债权人占有作为债权的担保，债务人不履行债务时，债权人可以以该金钱优先受偿。依据上述规定，金钱作为一种特殊的动产，具备一定形式要件后，可以用于质押，但金钱质押作为特殊的动产质押，不同于不动产抵押和权利质押，金钱质押生效的条件包括金钱特定化和移交债权人占有两个方面。

【来源】《最高人民法院公报》 2015 年第 1 期（总第 219 期）

【案情】

2009 年 4 月 7 日，为合作开展面向中小企业担保贷款业务，原告农发行安徽分行与第三人长江担保公司签订一份《贷款担保业务合作协议》。其中第三条“担保方式及担保责任”约定：甲方(长江担保公司)向乙方 (农发行安徽分行)提供的保证担保为连带责任保证；保证担保的范围包括主债权及利息、复息、罚息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。第四条“担保保证金(担保存款)”约定：甲方在乙方开立担保保证金专户，担保保证金专户行为农发行安徽分行营业部，账号为 2033×××××××××××××××9511；甲方需将具体担保业务约定的保证金在保证合同签订前存入担保保证金专户，甲方需缴存的保证金不低于贷款额度的 10%；未经乙方同意，甲方不得动用担保保证金专户内的资金。第八条“违约责任”约定：甲方在乙方处开立的担保专户的余额无论因何原因而小于约定的额度时，甲方应在接到乙方通知后三个工作日内补足，补足前乙方可以中止本协议项下业务。上述协议还就合作范围与内容、合作条件与担保程序、贷款的催收、展期及担保责任的承担等事项作出约定。2009 年 10 月 30 日、2010 年 10 月 30 日，农发行安徽分行与长江担保公司还分别签订与上述合作协议内容相似的两份《信贷担保业务合作协议》。

2009 年 4 月 7 日《贷款担保业务合作协议》签订后，原告农发行安徽分行同第三人长江担保公司就贷款担保业务进行合作，长江担保公司在农发行安徽分行处开立担保保证金账户，账号为 2033×××××××××××××××9511。长江担保公司按照协议约定缴存规定比例的担保保证金，并据此为相应额度的贷款提供了连带保证责任担保。自 2009 年 7 月至 2012 年 12 月，上述账号发生一百余笔业务，有的为贷方业务，有的为借方业务。

2011 年 12 月 19 日，安徽省合肥市中级人民法院在审理张大标诉安徽省六本食品有限责任公司、长江担保公司等民间借贷纠纷一案过程中，根据张大标的申请，对长江担保公司上述保证金账户内的资金 1495．7852 万元进行保全。该案判决生效后，安徽省合肥市中级人民法院将上述保证金账户内的资金 1338．313257 万元划至该院账户。农发行安徽分行作为案外人提出执行异议，该院于 2012 年 11 月 2 日裁定驳回异议，并告知农发行安徽分行有权自裁定书送达之日起十五日内向法院提起诉讼。2012 年 11 月，农发行安徽分行提起本案诉讼。

（三）其他典型案例

无

对《物权法》第二百一十条的评述

条文内容

设立质权，当事人应当采取书面形式订立质权合同。质权合同一般包括下列条款：

（一）被担保债权的种类和数额；

（二）债务人履行债务的期限；

（三）质押财产的名称、数量、质量、状况；

（四）担保的范围；

（五）质押财产交付的时间。

一、周边法源

（一）宪法及宪法性法律

无

（二）法律

1.《担保法》（1995 年 6 月 30 日由全国人大常委会通过，1995 年 10 月 1 日起施行）第六十五条质押合同应当包括以下内容：

（一）被担保的主债权种类、数额；

（二）债务人履行债务的期限；

（三）质物的名称、数量、质量、状况；

（四）质押担保的范围；

（五）质物移交的时间；

（六）当事人认为需要约定的其他事项。

质押合同不完全具备前款规定内容的，可以补正。

（三）行政法规

无

（四）部门规章

无

（五）地方法规及规章

无

（六）司法解释

无

（七）最高人民法院及各地方高院其他规范性法律文件

无

（八）国际条约

无

二、法条释义

本条是关于质权合同的规定。共有 1 款 5 项。本条主要包括两个方面的内容。根据条文第一句文义，质押合同为要式合同，应采用书面的形式。根据条文第二句文义，质押合同的内容一般应当包括：被担保债权的种类和数额；债务人履行债务的期限；质押财产的名称、数量、质量、状况；担保的范围；质押财产交付的时间等。但是应当注意的是，关于质押合同的内容，本条表述为一般包括下列条款，因此本条关于合同内容的规定是提示性、指导性的、非要式的，而非一种强制性的规定。

三、争点及评述

无

四、相关案例裁判要旨

（一）最高人民法院指导性案例

无

（二）人民法院公报案例

无

（三）其他典型案例

无

对《物权法》第二百一十一条的评述

条文内容

质权人在债务履行期届满前，不得与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有。

一、周边法源

（一）宪法及宪法性法律

无

（二）法律

1.《担保法》（1995 年 6 月 30 日由全国人大常委会通过，1995 年 10 月 1 日起施行）

第六十八条

出质人和质权人在合同中不得约定在债务履行期届满质权人未受清偿时，质物的所有权转移为质权人所有。

（三）行政法规

无

（四）部门规章

无

（五）地方法规及规章

无

（六）司法解释

1.《最高人民法院关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释》（2000 年 12 月 8 日由最高人民法院通过，2000 年 12 月 13 日起施行）

第九十六条　本解释第五十七条、第六十二条、第六十四条、第七十一条、第七十二条、第七十三条、第七十四条、第八十条之规定，适用于动产质押。

第五十七条　当事人在抵押合同中约定，债务履行期届满抵押权人未受清偿时，抵押物的所有权转移为债权人所有的内容无效。该内容的无效不影响抵押合同其他部分内容的效力。债务履行期届满后抵押权人未受清偿时，抵押权人和抵押人可以协议以抵押物折价取得抵押物。但是，损害顺序在后的担保物权人和其他债权人利益的，人民法院可以适用合同法第七十四条、第七十五条的有关规定。

（七）最高人民法院及各地方高院其他规范性法律文件

无

（八）国际条约

无

二、法条释义

本条文是关于禁止流质的规定，共有 1 款。根据条文文义，在债务履行期限届满前，无论当事人质物与债权价值是否相当，不允许在质权合同中约定，出质人在债务履行期届满不履行债务的，质押财产的所确权转移于质权人所有。本条规定禁止流质契约，目的为了保障出质人的合法利益，保证担保活动的平等、自愿、公平和诚实信用。

三、争点及评述

对禁止流质问题，学界对以下几点存在争议：

（一）流质条款的效力

1.无效。通说。

2.对于流质条款的效力，不宜简单地予以否定，而应将流质条款置于契约自由原则之下，并通过法律行为的效力规则对其进行个别化调整。[1]

（二）禁止流质理由是否正当

1.正当：

（1）梁彗星、陈华彬、李秀平等认为，禁止流质利于保护担保人的利益。[2]

（2）保护担保人的其他债权人的利益。

（3）程啸认为，禁止流质利于防止国有资产流失。[3]

（4）彰显担保物权本质

2.不正当：

（1）较有代表性学者有李秀平、王明锁等。[4]

（1）法律上承认流质条款并不违背担保物权的本质和特征；禁止流质条款对国有资产的保护的确具有一定意义，但流质条款并不必然伴随国有资产的转移，即便国有资产经营管理者旨在通过流质条款规避国有资产的监管，但也完全可以通过《民法通则》、《合同法》上“以合法形式掩盖非法目的”或者“恶意串通，损害国家利益”之合同效力规则来加以防范，而不必宣布一切流质条款均为无效；认为流质条款将损害担保人以及担保人的其他债权人之利益的观点，是建立在一系列假定的基础上的，而事实上，这些假定在担保实践中未必成立。

四、相关案例裁判要旨

（一）最高人民法院指导性案例

无

（二）人民法院公报案例

无

（三）其他典型案例

无

---

[1] 《流质条款效力论》。

[2] 梁慈星、陈华彬：《物权法 》，法律出版社 2007 年版，第 332 页。

[3] 参见程啸：《中国抵钾权制度的理论与实践》，法律出版社 2002 年版，第 404-405 页。

[4] 参见季秀平：《论流质契约的解禁》，《河北法学》2005 年第 4 期 ；王明锁：《禁止流质约款之合理性反思》 ,《法律科学》2006 年第 1 期。

对《物权法》第二百一十二条的评述

条文内容

质权自出质人交付质押财产时设立。

一、周边法源

（一）宪法及宪法性法律

无

（二）法律

1.《担保法》（1995 年 6 月 30 日由全国人大常委会通过，1995 年 10 月 1 日起施行）

第六十四条第二款

质押合同自质物移交于质权人占有时生效。

（三）行政法规

无

（四）部门规章

无

（五）地方法规及规章

无

（六）司法解释

1.《最高人民法院关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释》（2000 年 12 月 8 日由最高人民法院通过，2000 年 12 月 13 日起施行）

第八十六条　债务人或者第三人未按质押合同约定的时间移交质物的，因此给质权人造成损失的，出质人应当根据其过错承担赔偿责任。

2.《最高人民法院关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释》（2000 年 12 月 8 日由最高人民法院通过，2000 年 12 月 13 日起施行）

第八十七条　出质人代质权人占有质物的，质押合同不生效；质权人将质物返还于出质人后，以其质权对抗第三人的，人民法院不予支持。

因不可归责于质权人的事由而丧失对质物的占有，质权人可以向不当占有人请求停止侵害、恢复原状、返还质物。

3.《最高人民法院关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释》（2000 年 12 月 8 日由最高人民法院通过，2000 年 12 月 13 日起施行）

第八十八条　出质人以间接占有的财产出质的，质押合同自书面通知送达占有人时视为移交。占有人收到出质通知后，仍接受出质人的指示处分出质财产的，该行为无效。

（七）最高人民法院及各地方高院其他规范性法律文件

无

（八）国际条约

无

二、法条释义

本条文是关于动产质权设立的规定，共有 1 款。根据条文文义，质权设立是一种物权行为，该行为与合同行为相区分。出质人与质权人订立动产质权合同，该合同自成立时生效，但在移转质物的占有之前，并不发生担保物权的效力，只有在出质人实际将质物交付到质权人占有时，质权才设立。质权合同订立而不转移质物的，质权不发生效力。该条对于担保法关于动产质权合同生效的条件进行了修正。

三、争点及评述

对动产质权设立的问题，学界现已不存在较大争议。

四、相关案例裁判要旨

（一）最高人民法院指导性案例

无

（二）人民法院公报案例

无

（三）其他典型案例

无

对《物权法》第二百一十三条的评述

条文内容

质权人有权收取质押财产的孳息，但合同另有约定的除外。

前款规定的孳息应当先充抵收取孳息的费用。

一、周边法源

（一）宪法及宪法性法律

无

（二）法律

1.《担保法》（1995 年 6 月 30 日由全国人大常委会通过，1995 年 10 月 1 日起施行）第六十八条

质权人有权收取质物所生的孳息。质押合同另有约定的，按照约定。

前款孳息应当先充抵收取孳息的费用。

（三）行政法规

无

（四）部门规章

无

（五）地方法规及规章

无

（六）司法解释

无

（七）最高人民法院及各地方高院其他规范性法律文件

无

（八）国际条约

无

二、法条释义

本条文是关于质权人孳息收取权的规定，共有 2 款。第 1 款是质权人享有孳息收取权的一般规定，根据条文第 1 款文义，除合同另有约定外，质权人有权收取质押财产所产生的孳息，质权的效力及于孳息。孳息是民法中的一个法律概念，它指由原物所产生的额外收益，包括自然孳息和法定孳息。质物所产生的自然孳息是指质物因自然原因由自身分离出来的利益；法定孳息，指依照法律规定由质物所产生的利益。关于孳息的收取权，根据本条规定，如果当事人在合同中明确约定质权人无权收取质物所产生的孳息，则质权人不能收取质物孳息作为债权的担保；如果当事人对质权人能否收取孳息没有约定或者约定不明的，质权人有

权依照本条的规定收取质物所产生的孳息。质权人依法收取孳息时，并不当然取得所有权，而是取得孳息的质权，孳息成为质权的标的。第 2 款是关于孳息的充抵顺序的规定。根据条文第 2 款文义，依法收取的孳息首先应当充抵收取孳息的费用，然后充抵主债权的利息和主债权。

三、争点及评述

对质权人孳息收取权的问题，学界现已不存在较大争议。

四、相关案例裁判要旨

（一）最高人民法院指导性案例

无

（二）人民法院公报案例

无

（三）其他典型案例

1.富兰克林公司与姚铭质权纠纷执行案

【裁判要旨】机动车为质物的动产质权实现，如果质权人不同意将质押车辆拍卖或变卖，同时又不能与出质人达成将质押车辆折价的协议，那么，质权人不能请求法院直接裁定将质押车辆过户到其名下，即此时质权人不能直接取得质押车辆的所有权。

【案号】（2011）中区法民执字第 486 号

【案情】

申请执行人：富兰克林公司。

被执行人：姚铭。

2007 年 5 月 10 日，富兰克林公司与俏江南娱乐城（2008 年 8 月 26 日被注销）签订空调安装合同，约定由富兰克林公司向俏江南娱乐城提供中央空调安装工程服务，俏江南娱乐城于空调安装完成后支付工程款。但在富兰克林公司完成空调安装后，俏江南娱乐城却未按约定支付相应款项。2008 年 1 月 25 日，富兰克林公司与俏江南娱乐城签订还款协议，约定俏江南娱乐城应于 2008 年 5 月 1 日前向富兰克林公司支付所有工程款，同时俏江南娱乐城业主姚铭向富兰克林公司交付丰田霸道车一辆（车主为吉安奈公司）作为担保。2008 年 8 月 26 日，俏江南娱乐城被注销，但其仍未向富兰克林公司履行还款义务。富兰克林公司遂向法院提起诉讼，请求法院确认富兰克林公司对其所占有的俏江南娱乐城业主姚铭交付的丰田霸道车享有质权，并以该车辆处置款优先实现其相应债权。

一审法院通过审理查明被执行人姚铭系俏江南娱乐城的业主，吉安奈公司的法定代表人，持有该公司资产 90%的份额，故其将吉安奈公司所有车辆进行质押的行为有效。遂确认富兰克林公司对其占有的丰田霸道车享有质权，判处姚铭如未能如期偿还富兰克林公司相应款项，则富兰克林公司有权将系争车辆折价或拍卖、变卖，并优先受偿。一审法院判决生效后，申请执行人富兰克林公司既不愿将质押车辆进行拍卖或变卖，又未与被执行人姚铭达

成质押车辆折价协议，故富兰克林公司的质权一直没有得到实现。

2011 年 2 月 11 日，富兰克林公司向法院申请强制执行书，请求法院裁定将该公司占有的丰田霸道车直接变更登记于其名下。

【裁判】

重庆市渝中区人民法院经审查认为，本院生效法律文书确定申请执行人富兰克林公司对本案所涉车辆享有质权，并可通过拍卖、变卖或折价的方式实现其质权。但申请执行人富兰克林公司既不对质物进行评估以拍卖或变卖，又没有与对方当事人达成折价协议，而要求法院直接裁定将该车辆变更登记于其名下，这不符合生效法律文书所确定的内容和法律的相关规定，故裁定终结执行。

对《物权法》第二百一十四条的评述

条文内容

质权人在质权存续期间，未经出质人同意，擅自使用、处分质押财产，给出质人造成损害的，应当承担赔偿责任。

一、周边法源

（一）宪法及宪法性法律

无

（二）法律

无

（三）行政法规

无

（四）部门规章

无

（五）地方法规及规章

无

（六）司法解释

1.《最高人民法院关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释》（2000 年 12 月 8 日由最高人民法院通过，2000 年 12 月 13 日起施行）

第九十三条　质权人在质权存续期间，未经出质人同意，擅自使用、出租、处分质物，因此给出质人造成损失的，由质权人承担赔偿责任。

2.《最高人民法院关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释》（2000 年 12 月 8 日由最高人民法院通过，2000 年 12 月 13 日起施行）

第九十四条　质权人在质权存续期间，为担保自己的债务，经出质人同意，以其所占有的质物为第三人设定质权的，应当在原质权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。转质权的效力优于原质权。

质权人在质权存续期间，未经出质人同意，为担保自己的债务，在其所占有的质物上为第三人设定质权的无效。质权人对因转质而发生的损害承担赔偿责任。

（七）最高人民法院及各地方高院其他规范性法律文件

无

（八）国际条约

无

二、法条释义

本条文是关于质权人对质物使用处分的限制及法律责任的规定，共有 1 款。根据条文文义，非经出质人同意，质权人在质权存续期间不得擅自使用、处分质物，如果质权人违反本

条规定，则应当承担赔偿责任。禁止质权人擅自使用、处分质物的规定体现了动产质权的设定目的即在于既要保证质权人能够控制质物，实现债权，又要保证出质人的所有权。质权人未经出质人同意，擅自使用质物、处分质物的，一旦造成质物毁损、灭失给出质人造成损失的，质权人则应承担民事赔偿责任。

三、争点及评述

对质权人对质物使用处分的限制及法律责任的问题，学界现已不存在较大争议。

四、相关案例裁判要旨

（一）最高人民法院指导性案例

无

（二）人民法院公报案例

无

（三）其他典型案例

1.马德玺诉南乐县农村信用合作联社福堪信用社财产损害赔偿纠纷案

【裁判要旨】贾晓行作为被告福堪信用社的工作人员，承诺给马忠敏贷款，并要求马忠敏为其提供了相关文件及质押的存单。原告作为善意相对人，有理由相信贾晓行的行为是代表信用社为马忠敏办理贷款业务，由此产生的法律后果亦应由被告承担。贾晓行以验资为由要求原告提供存单密码，原告将存单密码告知贾晓行，是以贷款为前提和基于对被告的信任，其行为并无不当。被告在贾晓行办理提前支取存款的过程中，并没有要求贾晓行提供原告有效的身份证原件，且被告明知贾晓行代他人提前支取存款，但在取款凭条上，并未按规定填写存款人证件号码，代办人证件号码、代办人姓名，在“本人确认所办业务与信用社记录相符”一栏内，任由贾晓行冒签马德玺的名字，因此，被告有明显过错，对原告要求被告赔偿损失的诉讼请求，本院应予支持。

【案号】(2009)南民初字第 957 号

【案情】

贾晓行系福堪信用社职工。南乐县谷金楼乡孟郭村居民马忠敏需要贷款，通过南乐县人民医院职工马胜利找到贾晓行。贾晓行承诺可以从信用社贷款，并要求马忠敏向其提供身份证明、退伍证、村委会证明等相关文件，并要求马忠敏提供存单质押。2009 年 4 月 26 日，马忠敏按照贾晓行的要求，将自己的户口本、身份证、退伍证、村委会证明以及马德玺存单 2 张（存款金额为 55000 元），通过马胜利交给贾晓行。2009 年 4 月 27 日，贾晓行以验资为由要求贷款人提供存单密码和存单所有人的身份证明，马忠敏亦按照贾晓行的要求履行了上述义务。2009 年 5 月 10 日贾晓行因交通事故死亡，原告马德玺到信用社查询发现两张存单上的存款被贾晓行冒领，存单已被被告销户。

2.童建新与张朝哲动产质权纠纷上诉案

【裁判要旨】张朝哲在向原审法院起诉时的主要诉讼请求为要求童建新返还价值 1400000

元的质押物卡特 325C 挖掘机一台；在 2008 年 6 月 17 日的原审庭审中，鉴于童建新答辩主张质押物已被其变卖，原审法院依法向张朝哲作出是否变更诉讼请求的释明后，张朝哲于 2008 年 7 月 4 日将主要诉讼请求变更为要求童建新赔偿损失 1200000 元，并返还出售挖掘机余款 27500 元；在原审法院对挖掘机委托评估的结论得出后，张朝哲将诉讼请求减少变更为要求童建新赔偿损失 1160000 元。张朝哲在原审中两次变更诉讼，并未违反法律规定。原审判决根据双方法律关系及原告最终的诉讼请求，将本案案由确定为动产质权纠纷，符合最高人民法院《民事案件案由规定》的规定。张朝哲依据其与童建新之间的民间借贷及动产质押的事实，以原告身份向原审法院起诉，其诉讼主体资格符合法律规定。本案中，张朝哲为向童建新借款，将其尚未取得所有权，但依法享有占有、使用、收益等权利的动产融资租赁物质押给童建新，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第八十四条规定，张朝哲与童建新之间的动产质押关系，不因张朝哲对质押物无处分权而归于无效。张朝哲出具给童建新的借条载明，张朝哲出质给童建新的是卡特 325C 挖掘机，该借条虽由张朝哲所书写，但由质权人童建新所持有并由其向原审法院举证，该借条应作为认定质押物挖掘机型号的证据。因童建新已将质押物变卖，且不能讲明质押物现在何处，致使法院审理案件无法查对质押物实物，童建新应为此承担相应的责任。原审法院综合双方所举证据，认定本案质押物为卡特 325CL 液压挖掘机，并无不当。《中华人民共和国物权法》第二百一十四条规定：“质权人在质权存续期间，未经出质人同意，擅自使用、处分质押财产，给出质人造成损害的，应当承担赔偿责任。”该法第二百一十九条第三款明确规定：“质押财产折价或者变卖的，应当参照市场价格。”张朝哲出具给童建新的借条中虽载明“2008 年 3 月 5 日之前未归还此借款，童建新有权做主变卖挖机”，但这并不意味着质权人童建新有权未经出质人张朝哲同意，不经评估或不参考市场价格，可以随意低价变卖质押物。在张朝哲未归还借款时，童建新未经评估，也未参考市场价格，擅自低价变卖质押物，因此对张朝哲造成损失，童建新造成应依法承担赔偿责任。原审法院于 2008 年 8 月 1 日召集双方当事人确定鉴定事宜时，童建新并未不同意进行鉴定；原审法院依法委托鉴定机构作出的鉴定结论，应作为认定本案相关事实的依据。本案的质押物经鉴定其价值为 1160000 元，在抵销张朝哲应归还童建新的借款 172500 元后，张朝哲的实际损失为 987500 元，并非童建新上诉所主张的 228329.10 元。童建新的上诉理由均不成立，对其上诉请求，本院不予支持。原审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。

【案号】(2009)浙衢商终字第 108 号

【案情】

2007 年 6 月 11 日，张朝哲与卡特彼勒（中国）融资租赁有限公司（以下简称卡特公司）签订融资租赁协议，张朝哲承租了型号为 CAT325CL 液压挖掘机一台，价值 1365000 元。张朝哲在交纳首付租金 210441.60 元及手续费和保证金 17887.54 元后取得了卡特 325C 挖掘机的使用权，并约定分 36 期支付租金，每期 37094.24 元。2008 年 2 月 5 日，张朝哲通过傅建飞

介绍向童建新借款，并出具借条一张。借条上载明：今借到童建新 172500 元（壹拾柒万贰千伍佰元正），于卡特 325C 挖机做抵押。2008 年 3 月 5 日之前未归还此借款，童建新有权自行做主变卖挖机。借款期限届满前后，双方为归还借款多次电话联系，因张朝哲未能还款，童建新于 2008 年 3 月 15 日将该挖掘机以 200000 元的价格转让给他人。事后，张朝哲要求童建新返还挖掘机。因催讨无果,张朝哲于 2008 年 4 月 16 日诉至原审法院，请求 1、依法判令童建新返还卡特 325C 挖掘机一台，价值 1400000 元；2、诉讼费用由童建新负担。在原审诉讼中，张朝哲将诉讼请求变更为：1、要求童建新赔偿 1160000 元；2、诉讼费用由童建新负担。原审诉讼中，原审法院委托衢州市价格认证中心对诉争的“卡特牌 325CL 液压挖掘机”的价格进行鉴定，鉴定结论为“卡特牌 325CL 液压挖掘机”在鉴定基准日的价格为 1160000 元。

3.青岛中盛达建设集团绿岛环保开发有限公司与青岛中盛达建设集团有限公司质押合同纠纷上诉案

【裁判要旨】中盛达公司作为质权人有权占有出质人移交的质物，但无使用、收益或处分的权利。本案中，质押物鲁 BP9939 号得利卡车在 2009 年 4 月 29 日经双方确认的里程表数比交接时的里程表数多出 10964 公里，在没有证据证明经绿岛公司同意使用的情况下，中盛达公司属擅自使用行为，由此造成的损失应由中盛达公司赔偿。损失数额经绿岛公司申请鉴定，因当事人不予配合现场查勘，因此无法进行。本着公平原则，可参照普通型出租车每公里运价 1.2 元，对于损失数额按照 13156.8 元（10964×1.2 元/公里）计算为宜。

【案号】(2010)青民二商终字第 377 号

【案情】

2006 年 6 月 29 日，本案双方签订抵押协议，约定：绿岛公司将鲁 BP9939 号得利卡车一辆作为 5 万元临时抵押；绿岛公司将在一个月内交付中盛达公司 5 万元，当日将该车收回；抵押期间，中盛达公司不得将该车抵押给第三方。2006 年 6 月 30 日，双方对车辆交接，车辆交接记录：车辆型号得利卡东南 DN6492C，车牌号鲁 BP9939，里程表数 33650km，车况完好，附行车证、保险等随车手续。2003 年 10 月 27 日，青岛飞利汽车贸易有限公司的发票载明，王健购得东南 DN6492C 小型客车一辆，价款 109500 元。2003 年 10 月 28 日，王健缴纳车辆购置税 9900 元。2009 年 4 月 29 日，经本案双方确认，截至当日，车号为鲁 BP9939 的得利卡东南 DN6492C 车辆的里程表数为 44614 公里，比交接时的里程表数多出 10964 公里。2009 年 4 月 17 日,绿岛公司申请对车号为鲁 BP9939 的得利卡东南 DN6492C 车辆损失进行鉴定。2009 年 7 月 24 日，青岛市价格认证中心出具青价事函（2009）80 号《关于退回委托的函》，载明由于当事人不予配合现场查勘，无法进行鉴定，将委托退回。

4.汤斌与李瑛动产质权纠纷上诉案

【裁判要旨】在 2009 年 6 月 5 日至 2011 年 9 月 8 日期间，质押车辆因违章被处罚了 11 次，每次的违法地点均不相同，且北京鹏龙星徽汽车销售服务有限公司账单显示，仅 2010 年 6 月 11 日（进厂里程为 69958 公里）至 2011 年 7 月 19 日（进厂里程为 90873 公里）期间，

质押车辆的里程即增加了 20915 公里。另外，根据汤斌向本院提交的“北京市旧机动车交易市场验车评估报告单”显示，截至 2012 年 3 月 7 日，涉案车辆仪表显示公里数为 95706 公里。虽然汤斌否认其擅自使用了质押车辆，而仅是将车辆开出进行定期保养，但其并未能够对质押车辆的违章记录和里程变化的情况进行合理解释或者提出相反证据，故汤斌擅自使用质押车辆的事实应予认定。因此，汤斌因其擅自使用质押车辆应当向李瑛赔偿相应损失。对于赔偿数额，本院根据以下因素进行确定：1.本案纠纷系由于李瑛于 2009 年 4 月 16 日向汤斌借款到期未还所引起，汤斌以诉讼方式要求李瑛偿还债务，李瑛于 2010 年 10 月 29 日将借款本金及利息清偿完毕，而李瑛并未提供证据证明其在清偿借款本金及利息后至本案起诉前向汤斌主张返还质押车辆。因此，对于车辆被长期质押在汤斌处，李瑛应当承担主要责任。2.汤斌擅自使用质押车辆违反了法律规定和当事人约定，其因使用质押车辆而受益，应当向李瑛赔偿相应损失。3.质押车辆登记注册时间为 2004 年 3 月 3 日；李瑛代理人在二审陈述称，李瑛购置车辆价格为 150 万元；汤斌向本院提交“北京市旧机动车交易市场验车评估报告单”，以证明质押车辆评估价值为 25 万元，以及李瑛代理人对该份证据的质证意见。4.质押车辆所担保的借款本金数额及李瑛履行偿还本金及利息的实际情况。5.车辆在被质押后的行驶里程记录。本院结合以上因素，参照市场类似车辆的租赁价格,并在扣除汤斌在质权存续期间为质押车辆支付的必要保管费用 10485 元后，确定汤斌向李瑛赔偿擅自使用车辆的损失 20 万元。

【案号】(2012)高民终字第 958 号

【案情】

2009 年 4 月 16 日，李瑛出具借条载明：今借到汤斌现金 100 万元整，抵押车京 N00309，借款 1 个月。李瑛于当月将其所有的发动机号码为 11xxx159035、车辆识别代号为 WDB2201751A116140、车牌号码为京 N00309 的梅赛德斯奔驰轿车一辆作为出质物交付汤斌。借款到期后，因李瑛未还款，汤斌起诉至北京市丰台区人民法院，要求判令李瑛给付借款本金 116 万元及利息（自 2009 年 5 月 17 日始以本金 100 万元计按中国人民银行同期贷款利率 1.4 倍支付利息至借款付清日止；自该案起诉之次日始以本金 16 万元计按中国人民银行同期贷款利率 1.4 倍支付利息至借款付清日止）。北京市丰台区人民法院于 2010 年 4 月 8 日作出（2010）丰民初字第 05910 号民事判决，查明：2009 年 4 月 16 日，李瑛向汤斌借款 100 万元并出具了借条，同年 11 月 28 日，李瑛又向汤斌借款 16 万元并出具了借条。李瑛名下奔驰汽车一辆（车牌号京 N00309）现质押于汤斌处。北京市丰台区人民法院判决如下：一、李瑛于判决生效后七日内给付汤斌借款本金 116 万元，并支付利息（自 2009 年 5 月 17 日始以本金 100 万元计按中国人民银行同期贷款利率支付利息至借款付清日止；自 2010 年 1 月 21 日始以本金 16 万元计按中国人民银行同期贷款利率支付利息至借款付清日止）；二、驳回汤斌其他诉讼请求。该判决作出后，李瑛不服，上诉至北京市第二中级人民法院。北京市第二中级人民法院于 2010 年 7 月 20 日作出（2010）二中民终字第 12996 号民事判决，驳回上诉，维持原判。上述判决生效后，汤斌向北京市丰台区人民法院申请强制执行，李瑛分别于 2010 年 9

月13日、9月25日、10月29日向北京市丰台区人民法院交纳案款共计196万元。

5.马伟强与深圳市亘富典当有限公司财产损害赔偿纠纷上诉案

【裁判要旨】上诉人马伟强与亘富公司签订的《车辆质押借款协议书》系双方当事人的真实意思表示，不违反法律和行政法规的禁止性规定，合法有效。根据该协议，双方之间成立质押借款法律关系。根据《中华人民共和国物权法》第二百一十四条规定，质权人在质权存续期间，未经出质人同意，擅自使用、处分质押财产，给出质人造成损害的，应当承担赔偿责任。本案中，马伟强依照合同约定将涉案车辆及相关资料交付给亘富公司后，质权即设立。亘富公司作为质权人，应当妥善保管质押财产以作债权实现的保障，不可擅自使用、处分质押财产。上诉人亘富公司在质权实现条件尚不具备的情况下，擅自将车辆过户至他人名下，导致车辆号牌也不可逆转地发生了变更。上诉人亘富公司擅自处分质物的行为违反了法律规定，也违反了双方合同的约定，构成根本违约，也构成对上诉人马伟强财产所有权的侵犯，应当承担全部赔偿责任。上诉人亘富公司主张其将车辆过户源于马伟强拒绝办理车辆质押登记手续。对此，本院认为，质权以移转占有作为设立要件。上诉人亘富公司占有涉案车辆时，其质权已然生效，债权已经获得了充分的保障。况且，双方合同中并未约定上诉人马伟强须配合办理车辆质押登记手续。因此，上诉人亘富公司主张其将涉案车辆过户具有合理性、马伟强预期违约，没有事实和法律依据，本院不予支持。

【案号】(2011)深中法民一终字第2119号

【案情】

马伟强向深圳市宝创汽车贸易有限公司南山分公司购买宝马740轿车一辆，于2011年3月1日支付购车费1295320元（车价1107111.11元、增值税188208.89元），于2011年3月2日向深圳市国家税务局支付车辆购置税114400元，于2011年2月24日向中国人民财产保险股份有限公司投保交强险支付1335元，投保商业险支付36458.38元。

2011年4月7日，马伟强与亘富公司签订《车辆质押借款协议书》，约定马伟强将上述汽车质押给亘富公司，质押价1100000元，期限为30天，从2011年4月7日至2011年5月6日。双方确认车辆已行驶2448公里，初次登记日期为2011年3月29日，车辆及配件手续完备。停车时间为2011年4月7日10时38分，停车费为10元/天，按实际天数计算。马伟强将车辆质押给亘富公司，向亘富公司借款1100000元，期限30天，逾期支付违约赔偿金5000元；逾期五天以上，亘富公司有权将该车辆出售处理，马伟强须无条件配合办理过户手续，处理质押车辆所得款不足清偿借款的，马伟强应于三天内以现金形式补齐；如因马伟强隐瞒质押车辆存在共有、争议、被查封、被扣押或者其他类似情况而给亘富公司造成的经济损失，其应承担全部责任。车辆质押期间的各项税费均由马伟强交纳，缴费延误所产生的损失由马伟强自行承担；如马伟强到期不还款且不办理延期手续，则其签署的委托书生效，受托人有权代委托人从事该车的转让、过户或转籍的一切手续；抵押期间马伟强逾期三天以上，亘富公司可以任意使用车辆，逾期五天以上，亘富公司可以处理车辆。2011年4月7日，亘富公

司通过网上银行分两次向马伟强转帐1000000元和44700元，马伟强于当日向亘富公司出具《借条》，写明借到亘富公司1100000元。庭审中，马伟强确认其实际收到的借款为1044700元，其余55000元是提前扣除的利息，300元是停车费。亘富公司主张其余55300元系现金支付，且根据典当管理条例的相关规定，亘富公司有权扣除相应费用。双方确认马伟强在2011年4月7日便将涉案车辆及相关证件、配件交给了亘富公司，由亘富公司的工作人员将车开走，马伟强不清楚车辆具体的保管地点。

2011年4月12日，涉案车辆变更登记至案外人朱光明名下。亘富公司主张朱光明系其员工，由于马伟强不配合办理抵押登记，亘富公司基于自身的借款安全才进行了车辆变更登记。2011年4月27日，马伟强委托广东鹏浩律师事务所向亘富公司发出律师函，指出：2011年4月26日，马伟强向亘富公司提出提前还款并要求返还质物，但亘富公司告知质物已经被转让给第三人；亘富公司向马伟强实际只支付1045000元；亘富公司在质押期未到期之前未经马伟强同意私自处分质押物，构成严重违约，马伟强据此要求亘富公司对因其违约行为造成的损失赔偿问题进行协商处理。亘富公司向马伟强作出书面回复，内容为："关于你抵押粤BXXXXU宝马车借款一事，现正式函告你：考虑到你借款急迫，我司在未进行抵押登记情况下，将借款发放给你，但你未与我司办理车辆抵押登记，并辱骂我司员工，为保证我司权益，我司将车辆过户，但该车一直在我司控制之下；直到今日，你一直未到我司办理抵押登记手续，也未要求提前还款，你应在2011年5月6日归还借款，还款后，我司将把车辆重新过户到你名下，若你到期未能还款，我司将出售此车辆以实现抵押权。"一审庭审中，马伟强确认亘富公司曾提出要将车辆返还，但马伟强称车牌号码是通过关系花费100000元从车辆管理所购得，其比较重视该号码，虽然亘富公司提出减掉50000元利息再原车返还，但马伟强仍拒绝接受。

2011年5月3日，亘富公司与案外人胡启明签订《车辆转让协议书》，约定亘富公司将车牌号已变更为粤BXXXX4的涉案汽车以1100000元的价格转让给胡启明，约定交付车辆的时间为2011年5月4日。2011年5月3日，深圳市深鹏城二手车经纪有限公司出具《旧车评估报价表》，显示粤BXXXX4号车车况"优"，评估价格1100000元。亘富公司确认该评估行为系其单方委托，马伟强对该《旧车评估报价表》不予确认。深圳市公安局车辆管理所关于涉案车辆的产权变动信息登记情况显示，涉案宝马轿车的原所有权人为马伟强，车牌号码为粤BXXXXU；2011年4月12日，该车的所有权人变更为朱光明，车牌号码变更为粤BXXXX4；2011年5月20日，该车的所有权人变更为梁贵，车牌号码变更为粤BXXXX9。所有权人变更过程中登记的车辆获得方式均为"购买"。马伟强主张亘富公司侵害其财产权，请求亘富公司赔偿车辆损失1409720元、车辆保险损失37793.38元、停车费损失250元、违约金5000元、律师费损失61000元。

对《物权法》第二百一十五条的评述

条文内容

质权人负有妥善保管质押财产的义务；因保管不善致使质押财产毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。

质权人的行为可能使质押财产毁损、灭失的，出质人可以要求质权人将质押财产提存，或者要求提前清偿债务并返还质押财产。

一、周边法源

（一）宪法及宪法性法律

无

（二）法律

1.《担保法》（1995 年 6 月 30 日由全国人大常委会通过，1995 年 10 月 1 日起施行）

第六十九条质权人负有妥善保管质物的义务。因保管不善致使质物灭失或者毁损的，质权人应当承担民事责任。

质权人不能妥善保管质物可能致使其灭失或者毁损的，出质人可以要求质权人将质物提存，或者要求提前清偿债权而返还质物。

（三）行政法规

无

（四）部门规章

无

（五）地方法规及规章

无

（六）司法解释

无

（七）最高人民法院及各地方高院其他规范性法律文件

无

（八）国际条约

无

二、法条释义

本条文是关于质权人妥善保管质物义务的规定，共有 2 款。根据条文第 1 句文义，质权人在占有质物时具有妥善保管质物的义务。所谓妥善保管即以善良管理人的注意义务加以保管。要求质权人依照一般交易上的观念，按照有相当的知识经验及诚意的人所具有的注意标准规范管理行为。如果在质权人占有质物期间，因质权人未尽妥善保管义务致使质物灭失或者毁损，则质权人应承担相应的法律责任。该条依据在于，在质押场合，所有权于占有权相分离。基于对物的占有而产生相关的保管义务。同时因为质物虽依动产质权合同移转归质权

人占有，但其所有权仍是出质人的，在质权人占有质物期间，因质权人未尽妥善保管义务致使质物灭失或者毁损，是对出质人的质物所有权的侵害，因此应当承担赔偿责任。根据第 2 款文义，如果出质人认为质权人的行为可能使质押财产毁损、灭失的，出质人可以要求质权人将质押财产提存，或者要求提前清偿债务并返还质押财产。这一规定，是为了更好地保护质物，以保护出质人与质权人双方的利益不受损失。“可能”表明并不以事实已经发生为依据，而是有相关迹象表明一定的可能性。“提存”就是将质物放到出质人与质权人约定的第三人处存放。出质人与质权人可以对提存相关事项作出约定。出质人提前清偿债权的，质权人应当返还质押财产。

三、争点及评述

四、相关案例裁判要旨

1.林敬志与王瑞祥质押合同纠纷上诉案

【裁判要旨】林敬志作为本案质权人，应尽善良管理人的注意义务，即在整个质权存续期间，对其实际占有的质押财产以具有相当经验或知识及诚实信用之人所用之注意，应履行比处理自己事务更多注意的义务，不得懈怠。现有林敬志质证无异议并经本院依法予以认定的派出所询问笔录和林敬志的庭审承认，能证明质押财产被盗，且林敬志未能提供证据证明其对质押财产已经尽到善良保管之义务或对质押财产之毁损、灭失无过错，应推定其具有主观过错，违反了妥善保管质押财产之义务，须对王瑞祥承担相应的损害赔偿责任。对损害的具体数额，王瑞祥未能举证证明，依据本案实际情况并参照车辆折旧率计算方法，由法院酌情认定。另无相关证据证明该车的具体去向或其实际毁损程度，应推定该车已失其下落，属于返还不能之情形，故该院对王瑞祥请求林敬志返还质押财产的诉讼请求不予支持。

【案号】(2010)浙湖商终字第 127 号

【案情】2008 年 1 月 25 日，案外人王孝祥与王瑞祥签订借款协议一份，双方约定王孝祥向王瑞祥借款人民币 150000 元，并以其所有的车牌号为浙 A005H7 的轿车一辆作质押。王孝祥借款后，将该车交付给王瑞祥。2008 年 12 月 31 日，王瑞祥向林敬志借款人民币 50000 元，双方约定借款期限为两个月。借款后，王瑞祥将其占有并登记在王孝祥名下的该车转质给林敬志。2009 年 3 月 6 日，王瑞祥以林敬志保管不当致使车辆丢失为由函告林敬志，要求林敬志返还该车。2009 年 3 月 11 日，林敬志向法院起诉，要求判令王瑞祥立即归还借款人民币 50000 元，并支付利息人民币 5000 元。经一审、二审法院审理，终审判决王瑞祥归还林敬志借款人民币 50000 元。现王瑞祥要求林敬志返还车辆未果而诉至法院。

2.【裁判要旨】被告解理明依约定占有该车辆，车辆出现折旧或者贬值属正常市场规律，原告胡淞景也未能提供证据证明车辆出现毁损或灭失的情形，其要求被告解理明赔偿 96000 元，无事实和法律依据，本院不予支持。

【案号】(2013)河民初字第 0040 号

【案情】2008 年 10 月 22 日，原告胡淞景向被告解理明借款 70000 元，借款期限为 6

天，6 天利息 4000 元。原告胡淞景在借条上注明“其借款同时超桑塔纳车号为苏 H05958 作为担保抵押”，该车辆、车辆的钥匙及行驶证均在被告解理明处。后因原告胡淞景未能按期还款，被告解理明于 2011 年 11 月 2 日诉至淮安市淮安区人民法院，要求原告胡淞景归还借款并承担利息。该院于 2012 年 5 月 10 日作出（2011）楚民初字第 1343 号民事判决书，判决原告胡淞景向被告解理明返还借款本金 70000 元并承担相应利息。原告胡淞景自认因抵押车辆在被告胡淞景处，故其没有履行上述判决书确定的义务。

另查明，车牌号苏 H05958 的桑塔纳轿车登记所有权人为“淮阴市盆景研究会”，登记时间为 1999 年 3 月 16 日，该研究会于 1999 年 7 月 19 日出具说明一份，该说明载明车辆所有权属胡淞景。

对《物权法》第 216 条的评述

因不能归责于质权人的事由可能使质押财产毁损或者价值明显减少，足以危害质权人权利的，质权人有权要求出质人提供相应的担保；出质人不提供的，质权人可以拍卖、变卖质押财产，并与出质人通过协议将拍卖、变卖所得的价款提前清偿债务或者提存。

一、周边法源

（一）法律

1、《中华人民共和国担保法》（1995 年 6 月 30 日第八届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过，1995 年 6 月 30 日中华人民共和国主席令第五十号公布，自 1995 年 10 月 1 日起施行）

第 70 条 质物有损坏或者价值明显减少的可能，足以危害质权人权利的，质权人可以要求出质人提供相应的担保。出质人不提供的，质权人可以拍卖或者变卖质物，并与出质人协议将拍卖或者变卖所得的价款用于提前清偿所担保的债权或者向与出质人约定的第三人提存。

（二）司法解释

1.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（2000 年 9 月 29 日由最高人民法院审判委员会第 1133 次会议通过，2000 年 12 月 8 日公布，自 2000 年 12 月 13 日起施行，法释〔2000〕44 号）

第 87 条第 2 款 因不可归责于质权人的事由而丧失对质物的占有，质权人可以向不当占有人请求停止侵害、恢复原状、返还质物。

二、法条释义

本条文是关于质物保全的规定。根据该条文规定质权设定之后，质权人于特定情形下得行使质权保全权利，以保障质物价值不当减少或者使债权得以清偿。行使此项权利应符合一定的条件：（1）可能出现质物毁损或者价值明显减少。如果质物只是可能发生少量的自然损耗，则不能行使该项权利。（2）质押财产毁损或者价值明显减少不能归责于质权人。（3）质押财产毁损或者价值明显减少，足以危害质权人的权利。如果质物价值远超所担保债权，虽有价值减少，但仍足以保证债权得到清偿的，则不能行使该权利。

当质物存在毁损或者价值明显减少的事实足以危害质权人的权利时，质权人为保全其质权不受损害，可以要求出质人提供相应的担保，此为质权人的替代担保请求权。如果出质人不提供担保，质权人可以拍卖或者变卖质押财产，并与出质人通过协议将拍卖或者变卖所得的价款用于清偿债权，也可以将处分质物的价款提存。此时，质权人拍卖、变卖质押财产无需出质人同意。拍卖、变卖所得的价款，性质上属于质物的替代物。质权人并不当然取得价款的所有权，出质人可以用该价款向质权人提前清偿债权；如果以该价款提存，则要等债权

期间届满，以提存的价款清偿债务。无论是提前清偿债权，还是提存后届时清偿，其价款超出所担保债权的部分，应当归还出质人。

三、争点与评述

对质物保全的问题，学界对以下几点存在争议：

（一） “不能归责于质权人的事由”作为先决条件的意义

《物权法》第 216 条和《担保法》第 70 条有关质物保全的规定，最大的区别即在于前者有“因不能归责于质权人的事由”作为先行条件，即明确排除了因为质权人的原因造成质物有毁损、灭失或者价值明显减少可能时适用该条规定的可能。相对的《物权法》第 215 条也对“因质权人原因”的情况做了明确规定：“质权人的行为可能使质押财产毁损、灭失的，出质人可以要求质权人将质押财产提存，或者要求提前清偿债务并返还质押财产。”同样的质物担保权利作为一项救济权赋予了出质人。纵观《物权法》有关动产质权的规定，第 214 条、第 215 条、第 217 条及 222 条分别规定了质权人擅自使用质物、未妥善保管质物、擅自转质、怠于行使质权造成损失时的责任承担问题。从整体解释的角度进行理解可知，在上述几条规定项下的损失发生及发生的可能可理解为《物权法》第 216 条及第 215 条第 2 款适用的具体情形。

相比之下，《担保法》第 70 条在条文表述上并没有本质区别，仅仅是将“因不能归责于质权人的事由”这一限制性条件删掉了，但这是否意味着该条具有广泛的适用性呢？同样的，我们需要从整体上进行考察，《担保法》有关动产质押的规定第 69 条对应《物权法》第 215 条，但仅就“质权人不能妥善保管质物可能致使其灭失或者毁损的，出质人可以要求质权人将质物提存，或者要求提前清偿债权而返还质物”作了规定。很明显从整体考察，《担保法》有关质物保全的规定是不完善的，若是严格按照《担保法》第 70 条的规定适用的话，出质人在很多情况下都会丧失获得及时救济的权利，造就一种实质上的不公平。

《物权法》第 216 条以一种兜底的方式弥补了《担保法》第 70 条在适用中的漏洞，“因不能归责于质权人的事由”这一表述的目的并不在于为该规定的适用划出一个具体的范围，反而仅是一种排除，明确了“因可归责于质权人的事由”项下的责任承担和保全质物请求权的归属，实现的是出质人和质权人在面对质物有毁损、灭失或者价值明显减少，有危害质权人权利之虞时双方所公平享有的救济权。

（二）质物价值明显减少足以危害质权人权利的判断标准

《物权法》第 216 条和《担保法》第 70 条所规定的质权保全行使的大前提均为“质物有毁损或者价值明显减少可能的”，这里的“价值明显减少”属开放性概念的范畴，其界限系“足以危害债权人权利”。那么究竟何种程度的价值减少才能达到“危害质权人权利”的标准呢?对此学界已经有了为多数学者认同的观点。

债权人在债务人或者第三人之物上设定质权的目的是为了保障债权的实现，所以一般情况下质物在价值上应该大于或等于所担保债权的金额。质物若有毁损的可能其必然会影响质权人于债权届满时获得清偿的利益；然则质物价值的减少却并不必然达到危害质权人权利的

标准。其原因有二：一是有形物的自然损耗是不可避免的，质物在质权人手中发生正常的价值减损是不可归咎于任何一方当事人的，且这种价值减损的程度在某些情况下也是不可预计的。二是质物作为可流通物其交换价值必然是受市场交易影响的，当市场供不应求时，即使质物价值明显减少其剩余价值就未必无法达到保障债权的目的。

因而在判断“质物价值明显减少”是否会“危及质权人权利”时，我们所应关注的自然是质物剩余价值与所担保债权的关系，后者明显是不变量但前者却是会随着市场环境的变化及自然损耗而发生变化的。那么我们究竟应该以什么时间点为基准对该两者的关系进行判断呢？一种观点认为应以债权届满为基点，另一种观点则认为应当以质物价值明显减少的事实发生的时间点为基准，笔者赞同第二种观点。原因在于《物权法》第 216 条有关质权保全的规定本身即是对一种可能性进行救济的制度，如果等到债权期间届满一切都失去了回转余地时才进行救济显然是违背该条法规的立法宗旨的。当质物价值明显减少的事实发生时，任何人都无法预料经过一段期间这种情况会否改变，质权保全制度就是为了避免这一情况所带来的不确定性进而全面保障质权人的权利而设定的。

（三）提前清偿和提存之间的选择是否自由

陈详健教授在其《担保物权研究》一书中指出，质权人拍卖、变卖质物所得的价金为质物的代替物。但于债权清偿期届至前，该价金仅得“代充质物”，质权人不得以之直接受偿。然则质权人基于占有质物之权，本可以占有质物卖得之价金，但质权人只有经过出质人的请求，方可就该价金向法院提存。其观点也得到了部分学者的支持，他们认为质物拍卖或者变卖所得价款在债权未届清偿期之前是提前清偿债务还是提存，其选择权在于出质人。[1]

我认为，上述观点是符合质权本质的，因为质权标的物应为特定物。但当质物转化为价金时，已经变成了种类物。为避免该价金与质权人自有的金钱相混淆，在出质人请求的情况下，交由法院提存是合情合理的。然则我国《物权法》及《担保法》却将这一选择权赋予了双方当事人，由质权人与出质人协议决定是提前清偿债务还是提存。其原因何在，此处我们回到《物权法》第 216 条，“因不能归责于质权人的事由可能使质押财产毁损或者价值明显减少，足以危害质权人权利的”系本条的适用条件，也即是说此处“质物毁损或者价值明显减少的可能”的发生是自然因素或是由于出质人的原因而引起的，质权人是不存在过错的。考虑这一点之后，我们再来看看作为质权人的债权人在两种选择下的利益差别，其实无论是获得提前清偿还是将质物提存，质权人最终均可保障其债权的实现，并不存在实际的差别，作为出质人的债务人也是如此。差别仅在于第三人作为出质人的情形，第三人作为质物的所有人如果债权提前清偿其即获得对债务人的追偿权，当然这一追偿权最终能否实现是未可知。而若是将价金提存则会产生一定的提存期间，在债权未届清偿期前如果债务人主动清偿了债务。此时作为担保的质权也就失去了实现的必要性，作为物之所有者的出质人，第三人当然获得该笔款项。

[1] 陈详健：《担保物权研究》，中国检察出版社 2004 年版，第 202 页。

《物权法》选择尊重双方的意愿，却忽略了一个问题，如果双方无法就“提前清偿”还是“提存”达成一致协议。那么究竟是由无过错方质权人来单方决定，还是由作为质物所有人的出质人来决定其处分方式呢？学者们多数支持上文中提到的观点，赞同将最终的选择权赋予出质人，质权设定的本质在于保障债权的实现，无论是提前清偿还是将质物提存，最终都可以达到这个目的。然则，两种处理方式的区别仅在于提前清偿放弃了本属于债务人的期限利益，在债务人作为出质人的情况下其当然有权放弃自己的期限利益，此时出质人就债权提前清偿提出要求质权人当无拒绝的理由。第三人作为出质人的情形与此相似，区别仅在于其放弃的是担保期间利益。

四、相关案例裁判要旨

典型案例：质押标的物黄金价格下滑，质权人在多次要求出质人补仓无果的情况下以市价将质押标的变卖，不承担赔偿责任。

裁判要旨：根据《物权法》第216条的规定“因不能归责于质权人的事由可能使质押财产毁损或者价值明显减少，足以危害质权人权利的，质权人有权要求出质人提供相应的担保；”而本案中在市场黄金价格下滑的情形下，出质人鑫鹏石化公司对质权人皇中皇金店多次提出追加资金的要求均置之不理，最终使皇中皇金店无奈于2008年12月12日将鑫鹏石化公司的质押黄金以178元/克全部出售用于清偿鑫鹏石化公司借款。并将出售质押黄金变卖情况通知鑫鹏石化公司工作人员。鑫鹏石化公司却认为皇中皇金店私自处分质押物侵犯了其权益，起诉来院要求皇中皇金店赔偿损及利息。根据《物权法》第216条的规定，质权人在出质人不提供担保的情况下是有权处分质物的，即此时质权人拍卖、变卖质物是无需经过出质人同意的。因而鑫鹏石化公司以被告私自处分质物为理由提起诉讼是无法得到法院支持的。**“鑫鹏石化设备有限责任公司与皇中皇金店、杨梅合同纠纷案”（2010）三民三终字第90号　河南省三门峡市中级人民法院**

对《物权法》第217条的评述

质权人在质权存续期间，未经出质人同意转质，造成质押财产毁损、灭失的，应当向出质人承担赔偿责任。

一、周边法源

（一）司法解释

1.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（2000年9月29日由最高人民法院审判委员会第1133次会议通过，2000年12月8日公布，自2000年12月13日起施行，法释〔2000〕44号）

第94条　质权人在质权存续期间，为担保自己的债务，经出质人同意，以其所占有的质物为第三人设定质权的，应当在原质权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。转质权的效力优于原质权。

质权人在质权存续期间，未经出质人同意，为担保自己的债务，在其所占有的质物上为第三人设定质权的无效。质权人对因转质而发生的损害承担赔偿责任。

二、法条释义

本条是关于转质的规定。根据本条规定，质权人在质权法律关系存续期间内，如果没有得到出质人的同意即以出质人质押的财产为标的出质于第三人的，质押财产因此毁损、灭失，质权人应当向出质人承担赔偿责任。这里对于质权人承担擅自转质的赔偿责任设定了三个条件：（1）质权人转质的行为必须是发生在原质权法律关系的存续期间内，即以有效存在的原质权关系为基础；（2）质权人转质的行为是未经出质人即质押财产所有人同意的，这是质权人承担赔偿责任的原因所在；（3）质押财产毁损、灭失发生在转质之后，即质权人将质押标的移交第三人占有之后质押财产方才毁损、灭失的，至于毁损发生的具体原因在所不论。如果质押财产系移转第三人占有之前毁损、灭失的，其赔偿责任的归责则应依据过错原则，具体问题具体分析，而非一概由质权人承担。

本条规定的是未经出质人同意的转质，而《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第94条第1款则明确了，质权人在质权有效存续期间内，以担保自己的债务为目的，在经过出质人同意的前提下，是可以以质押财产向第三人即自己的债权人出质的。其要点如下：（1）质权人的转质行为以原质权有效存在为前提；（2）质权人转质的目的是担保自己的债务，与一般出质人不同；（3）新设定的质权必须在原质权所担保的债权范围内，简言之新的质权所担保的债权数额不能超过原质权所担保的债权数额；（4）新设定的质权优先于原质权，也即当债权期间届满或者发生双方当事人约定的实现债权的情形时，质押财产变价所得款项优先清偿第三人作为债权人的债务。

《担保法解释》第94条第2款与《物权法》第217条所规定的是同一个问题“未经出质人同意的转质”，但两者却有本质的区别。前者明示“质权人未经出质人同意而以其质押财产为第三人设定质权的无效”即不承认此种方式设定的质权的效力；而后者却默认了此种质权的效力，只是规定了质权人在质押财产毁损、灭失时的赔偿责任。根据法律的效力位阶规则，《担保法解释》有关“未经出质人同意的转质”的规定在司法实践中不应再适用。未经出质人同意的转质同样有效。

三、争点与评述

对质物保全的问题，学界对以下几点存在争议：

民法理论中的转质是指质权人为担保自己或他人的债务，将出质人移交的质物转移给第三人再度设定新的质权。在原质权关系中，质权法律关系主体为出质人与质权人；在转质关系中，原质权人成为转质人，因转质而取得质权为转质权人。而原出质人与转质关系中的质权人并无直接的法律关系。[1]依据成立条件的不同，转质可以分为承诺转质和责任转质两类：承诺转质，是指质权人在征得出质人同意的前提下，将质物转质于第三人的行为。由于承诺转质成立的根本条件是取得出质人的同意，即出质人将质物的质押处分权授予了质权人，因此承诺转质形成的转质权与原质权是相互独立的，实际上是一个新的质权。责任转质，是指质权人于质权存续期间，未经出质人同意以自己的责任将质物转质于第三人的行为。由于转质未经出质人同意，如果造成质押财产毁损、灭失的，转质人应当向出质人承担赔偿责任。很明显本条所规定的转质系上文中提到的第二种“责任转质”。

（一） 承诺转质的效力

从本条规定出发，我们可以肯定《物权法》是认可承诺转质的合法效力的，有鉴于后法未对《担保法解释》第94条第1款的规定做出相反规定，该条款的规定在司法实践中仍旧是适用的。那么这种转质的效力究竟如何呢？承诺转质成立的根本条件系质权人是经过出质人同意方才将出质人质押质权人处的财产出质于第三人的，质权人在此处丧失了对质物的直接占有，原质权是否还有效存在呢？

此处回归到一个质权最基础的问题，质权的成立以质权人对质物的占有为要件，这里的“占有”是仅指直接占有还是包括间接占有呢？对这一问题实践中有不同的观点，一种观点认为这里的 “占有”仅指直接占有，其理由是动产质权在债务人不履行债务或者发生双方约定的实现质权的情形时，质权人可以直接就质押的动产行使权利，因为质权人现实直接占有着质押物，占有本身即是一种公示行为，其本身就证明了质权人质权的存在。另一种观点认为，这里的“占有”既指直接占有，也包括间接占有。将占有仅仅理解为直接占有在认识上是有局限性的，而且与立法精神是不相符的。我国《担保法》对此没有规定，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第88条规定“出质人以间接占有的财产出质的，质押合同自书面通知送达占有人时视为移交。”为了充分保障质权人的利

[1]李静，于宏伟编著：《中华人民共和国物权法配套解读（含司法解释）》，法律出版社， 2012年版。

益，该条还进一步规定：“占有人收到出质通知后，仍接受出质人的指示处分出质财产的，该行为无效”。而2007年出台的《物权法》也未对该问题做出有悖于前司法解释的规定，由此可见动产质权设定中的质物移交于质权人“占有”应当包括直接占有和符合条件的间接占有。当然，占有改定是不能用以设定质权的。

通过上文的分析，我们了解到质权设立的质物占有既包括直接占有也包括间接占有，这就为在一质物上设置两个不同的质权提供了实质条件。承诺转质系质权人经出质人同意在出质人出质的财产上为担保自己的债务而新设的质权，质权人将质物移交第三人占有系该新质权设立的成立条件，原质权人通过与新质权人的质押合同而间接占有质押财产从而使原质权法律关系继续有效存在，进而即在三方之间形成了两个相互独立的质权法律关系。

（二）责任转质的效力

我国学者对于责任转质的法律效力有了三种观点：一种认为法律禁止设立责任转质；另一种认为法律不否认责任转质；最后一种认为法律规定了责任转质。笔者赞同第三种观点，即本条规定认可了责任转质的效力，只是该规定侧重于从规范转质人的责任角度来予以阐述而已。

大部分学者对责任转质不予认可的理由在于，质权人即转质人的转质行为构成无权处分，并且有害于出质人的利益。然则这种顾虑实是不存在的，转质行为所加重的是质权人而非出质人的责任，出质人在债权额和清偿期限上实则并未承受额外的负担。由此进行考量，责任转质不受认可的根本实在于未得到质物所有人即出质人的同意。根据《物权法》第214条的规定“质权人在质权存续期间，未经出质人同意，擅自使用、处分质押财产，给出质人造成损害的，应当承担赔偿责任”。其中所言之处分理当包括“转质”，且此规定与《物权法》第217条规定的责任转质类似，并未直言未得同意之行为的效力，而仅仅规定了财产毁损、灭失的责任。由此可见，质权人在未经出质人同意的情况下，使用或者处分质物，只要未造成毁损、灭失的结果，法律并不禁止该行为。《物权法》是以权利为本位的私法，法无明文规定即自由。由此可见，我国法律是认可责任转质效力的。

法律认可未经出质人同意的责任转质的效力，这一效力与上文中提到的承诺转质有相同点也有不同。质权人未经出质人同意而与第三人订立质押合同并移交质物以设定质权，第三人作为善意受让人依法取得质权成为新的质权人。而质物所有人即原出质人依然是原质权法律关系的出质人，依法享有权利、履行义务。法律并未对此种情况下原出质人与新的质权人强加额外负担，仅仅规定了原质权人即转质人的责任负担，也即条文中明确的“造成质押财产毁损、灭失的，应当向出质人承担赔偿责任。”由此，只要质押财产发生毁损、灭失，转质人即对原出质人负有赔偿责任，不论质物毁损的原因系不可抗力、意外事件或者是由于新质权人未妥善保管等，转质人都负有对原出质人的赔偿责任。这一规定即保障了原出质人的利益不因转质行为即质物的转移而受到任何的不利影响。至于转质人与新质权人因质物毁损、灭失而生的纠纷则应依法适用法律有关质权的一般规定即可处理，而不应涉及原出质人。

四、相关案例裁判要旨

典型案例：质权人在未经出质人同意的情况下转质，质押财产因第三人保管不善而丢失，转质权人依法向转质人承担赔偿责任。

裁判要旨：根据《物权法》第217条的规定“质权人在质权存续期间，未经出质人同意转质，造成质押财产毁损、灭失的，应当向出质人承担赔偿责任。”而本案中的出质人王孝祥系案外人，纠纷发生在转质人王瑞祥与转质权人林敬志之间。案件的焦点之一“王瑞祥与林敬志之间是否存在合法的质权关系”，二审法院以《担保法司法解释》第九十四条第二款为依据认为林敬志与王瑞祥之间的质押合同无效。然则根据《物权法》第217条对未经出质人同意的转质却是持认可态度的，只是明确了质权人所应承担的赔偿责任。本案中法院以合同无效为依据维持一审判决由转质权人承担质物丢失的责任。虽然本案并未涉及出质人王孝祥与质权人王瑞祥之间的法律关系，我们还是可以肯定出质人有权就质押财产的丢失要求质权人承担赔偿责任。**“王瑞祥与林敬志转质押合同纠纷案”（2010）浙湖商终字第127号**

对《物权法》第218条的评述

质权人可以放弃质权。债务人以自己的财产出质，质权人放弃该质权的，其他担保人在质权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，但其他担保人承诺仍然提供担保的除外。

一、周边法源

（一）法律

1.《中华人民共和国担保法》（1995年6月30日第八届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过，1995年6月30日中华人民共和国主席令第五十号公布，自1995年10月1日起施行）

第28条 同一债权既有保证又有物的担保的，保证人对物的担保以外的债权承担保证责任。

债权人放弃物的担保的，保证人在债权人放弃权利的范围内免除保证责任。

二、法条释义

本条是关于质权放弃及其他担保人责任承担原则的规定。

根据本条规定，质权人有放弃其因享有质权而优先于普通债权人就质押财产受偿的权利，是对自己权利利益的一种处分行为。质权人有权处分自己的质权，放弃亦是处分的一种。质权人放弃质权应当予以明示，质权人不行使质权或者怠于行使质权的行为均不可武断得推测为质权人放弃质权。且质权人放弃质权是其单方的法律意思表示，无需征得出质人的同意，出质人也不会因质权人放弃质权而遭受任何不利益。而质权也会因质权人的放弃而归于消灭。

然则法律对质权人放弃质权并非毫无限制，从民法理论上讲质权法律关系仅是质权人与出质人双方之间的法律关系，并不涉及到其他人。但有时，在同一债权上既有质权又有其他担保，在这种情况下，质权人放弃质权的行为将直接影响到其他担保人的利益。为了确保其他担保人的利益不因质权人放弃质权的行为而受到不利影响，本条规定在质权人放弃质权时，如果债务人是用自己的财产出质的，其他担保人即可在被放弃的质权所担保的债权范围内不再承担担保责任；但如果其他担保人在得知这一事实的情况下，仍然承诺承担担保责任，法律也并不干涉。[1]

本条有关其他担保人责任承担原则的规定有以下几个要点：（1）债务人必须是以自己的财产出质担保到期清偿债务的，且对于同一债务存在债务人以外的其他担保人（包括保证人和物的担保人）；（2）质权人以明示的方式表示放弃对于债务人的质权，且这一表示为其他

[1] 王胜明主编：《中华人民共和国物权法解读》，全国人大常委会法制工作委员会民法室，中国法制出版社，2007年版，第468页。

担保人知晓；(3) 其他担保人免除担保责任的范围以质权人放弃债务人作为出质人的债权为限，且其他担保人也享有继续承担担保责任的权利。

三、争点与评述

对质权人放弃质权时其他担保人责任承担的问题，学界对以下几点存在争议：

（一） 债务人以自己的财产出质的范围

本条规定项下有一个限制条件，即只有当债务人以自己的财产出质的情况下，其他担保人方可于质权人放弃质权范围内的债务免除担保责任。也即若质押担保的标的为债务人之外的第三人所有，即无法适用本条规定的责任承担原则。而这里的债务人自己的财产是否包含“其所有的财产”之外债务人合法占有的他人财产呢？学界对此观点不一，一种观点指出本条中所规定的债务人自己的财产仅指债务人依法享有所有权的财产。支持这种观点的学者认为，《物权法》第 218 条之所以对其他担保人在一定范围内免责，是因为质物本身即为债务人的财产，质权人放弃质权即是将本该由债务人承担的债务转嫁给了其他担保人，还是在债务人明明有能力且债权人有途径就所担保债权获得清偿的情况下所为的行为。

另一种观点认为，债务人自己的财产也包括其合法占有的他人财产，其最直接的法律依据即 2000 年出台的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第 84 条所做的规定“出质人以其不具有所有权但合法占有的动产出质的，不知出质人无处分权的质权人行使质权后，因此给动产所有人造成损失的，由出质人承担赔偿责任。”该条规定在保障善意质权人的合法权益的同时，也肯定了出质人以其不具有所有权但合法占有的动产出质所建立的质权法律关系是有效的，给质物的合法所有人造成损害时也由无权处分人即出质人承担责任。具体带入本条所设定的法律情形，若出质人放弃以其合法占有的他人动产设定的质权，其他担保人是否在质权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任呢？这里要考虑的即是动产所有人是否因此受到损害，所有人即不是出质人也非担保人可说是不相干的案外人员。而无论债权人是否放弃质权，作为所有人其当然有权收回质物。而这一切皆是由于出质人无权处分所造成的，所有人与其他担保人无过错，前者可行使物上请求权，后者即可在其免除担保责任范围内免除担保责任。

笔者认为本条款中的“债务人自己的财产“应当包括其合法占有的他人财产，这一观点不仅有其明确的法律支撑，且对于保护善意质权人的权益具有重要意义。动产合法所有人遭受的损失完全可以通过其物上请求权的行使得到赔偿，没有必要因此就否定已设定质权的效力。

（二） 其他担保人的范围

1995 年出台的《中华人民共和国担保法》第 28 条规定“同一债权既有保证又有物的担保的，保证人对物的担保以外的债权承担保证责任。债权人放弃物的担保的，保证人在债权人放弃权利的范围内免除保证责任”，而 2007 年的《物权法》第 218 条却使用了“其他担保人”这一表述。我国的担保法将担保划分为保证（或称为人保），抵押、质押、留置（对典型的物保），定金（一种特殊的物保）。《物权法》中第 218 条所言的“其他担保人”是否包

含人保中的保证人呢？

根据《物权法》第 176 条、《担保法》第 28 条及《担保法解释》第 38 条的规定可知，保证人对物的担保以外的债权承担保证责任，人保所担保债权的范围本身即是与物的担保债权范围分开的，当然这是在当事人双方未就该问题做出约定的情况下，如果法律关系发生之初当事人即对保证责任范围和物的担保范围做出了明确的规定即应按照双方约定处理。由此可见，在未有约定的情况下人保和物保担保债权的范围本就是可分的两部分，在质权人放弃质权的情况下人保所担保的范围理应是不受影响的，那么保证人是否有权就该部分免责呢？

对于这一问题上述三条文基本遵循了类似的处理模式，分两种情况分别处理：(1) 债务人以自己的财产出质的，质权有效存在的条件下，质权人应当先就质物的价款清偿债务；质权人放弃质权的，保证人即在其放弃的优先受偿利益范围内免责，理由上文中已经进行了阐述，这里就不再赘述了；(2) 债务人以第三人的财产出质的，质权有效存在的前提下，债权人可以选择以质物的变价款受偿，也可以直接选择保证人清偿债权，两者之间并无顺序上的要求；质权人放弃质权时，保证人就其放弃的优先受偿范围不免责，原因在于债务人以外的第三人作为出质人的情况下，与保证人就担保债权享有同等的担保地位。人保所担保的债权范围本就与第三人作为出质人质押担保的债权范围无关。

1995 年出台的《担保法》、2000 年的《担保法司法解释》直至现今的《物权法》对可免责的其他担保人的范围基本还是延续了相同的解释，也即既包括物的担保人也包括保证人，呈现的也是一个逐步完善和发展的过程。

（三） 丧失优先受偿权益的范围

本条款的先行条件系“质权人放弃质权”，关键点却在于其他担保人因其放弃质权而免责的法律后果，也就是这一表述“其他担保人在质权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任”，其中值得我们细细分析的还有一点即“优先受偿权益的范围”，这个范围不确定下来该条款也就没有实践的基础了。

同一债权上可以设定多个同类或者不同类的担保物权，数个担保物权可以划分担保债权的范围也可以分别担保全部债权。如果同一债权的数个担保物权按份担保同一债权的不同份额，或者当事人之间早就受偿范围做出了明确约定，那么当事人按照约定处理即可。我们所要探讨的当然是双方无约定情况下，数个担保物权未明确约定份额的情况，也即当数个担保物权就同一债权，且均就全部债权提供担保的情况下，条款中所知的“优先受偿权益范围”当如何确定的问题。除此之外同一债权在设定担保物权的情况下同时也可设定保证。有学者认为要弄清优先受偿权益的范围问题，担保物权之间、担保物权与保证之间的关系是关键所在。

根据上文可知，物保优于人保也即保证，两者均有效存在时，保证人在物保范围外承担责任。例如，某项债权既有质押担保，又有保证的，质权人放弃质权，必然会对保证人造成影响，因为如果债务人不履行债务，其质物所产生的质权被质权人放弃后，担保责任则将由保证人全部承担，加重了保证人的负担。本着公平的原则，在债务人以自己的财产出质的情

况下，质权担保是主债权的全部时，质权人放弃质权的，保证人免除全部保证责任；在质权担保的是主债权的部分责任时，质权人放弃质权的，保证人免除质权人放弃质权范围内所承担的担保责任。

当某项债权既有质押担保，又有抵押担保或者留置时，质权人放弃质权当然亦会对其他担保物权人产生影响。法律对担保物权间的竞合所设定的规则，所针对的是在同一质物上设定不同担保物权，而非担保同一债权的担保物权。而这里所涉及的则是债权人在债务履行期届满，而债务人不履行债务的情况下，对于同一债权的数个平行的担保人的一个选择问题，当然也在本条款的先行条件下进行考量—债务人以自己的财产出质设定了质权。法律赋予了债权人选择的权利，也即意味着在每一担保人在被请求就自己的担保责任清偿全部债权时均负有清偿责任。那么当债权人放弃某一项担保权，不仅仅是放弃某一项质权，可以说是放过了担保人中的一人，显然是质权人作为权利人行使权利人的表现。如果要求质权人为此行为的不良后果买单显然是不合理的，1995 年的《担保法》28 条仅规定“债权人放弃物的担保的，保证人在债权人放弃权利的范围内免除担保责任”，而未对出质人是以自己的财产出质还是以第三人的财产出质做出区分，这明显是不公平的。幸而其后出台的司法解释做出了明确的区分，这一规定也得到了其后物权法的肯定。法律赋予了保证人向债务人追偿的权利，而未就数个不同担保人（分别担保全部债权的实现）设定连带责任。

因而笔者认为这优先受偿权益的范围的确定，应紧扣本条款的“债务人以自己的财产出质”所担保债权的范围，无明确约定的情况下，以保护善意的其他担保人为原则应理解为全部债权。

四、相关案例裁判要旨

经搜索未查获相关案例。

对《物权法》第 219 条的评述

债务人履行债务或者出质人提前清偿所担保的债权的，质权人应当返还质押财产。

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，质权人可以与出质人协议以质押财产折价，也可以就拍卖、变卖质押财产所得的价款优先受偿。

质押财产折价或者变卖的，应当参照市场价格。

一、周边法源

（一）法律

1、《中华人民共和国担保法》（1995 年 6 月 30 日第八届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过，1995 年 6 月 30 日中华人民共和国主席令第五十号公布，自 1995 年 10 月 1 日起施行）

第 71 条 债务履行期届满债务人履行债务的，或者出质人提前清偿所担保的债权的，质权人应当返还质物。

债务履行期届满质权人未受清偿的，可以与出质人协议以质物折价，也可以依法拍卖、变卖质物。

质物折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归出质人所有，不足部分由债务人清偿。

（二）司法解释

1.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（2000 年 9 月 29 日由最高人民法院审判委员会第 1133 次会议通过，2000 年 12 月 8 日公布，自 2000 年 12 月 13 日起施行，法释〔2000〕44 号）

第 92 条 按照担保法第六十九条的规定将质物提存的，质物提存费用由质权人负担；出质人提前清偿债权的，应当扣除未到期部分的利息。

第 95 条 债务履行期届满质权人未受清偿的，质权人可以继续留置质物，并以质物的全部行使权利。出质人清偿所担保的债权后，质权人应当返还质物。

债务履行期届满，出质人请求质权人及时行使权利，而质权人怠于行使权利致使质物价格下跌的，由此造成的损失，质权人应当承担赔偿责任。

二、法条释义

本条是关于质物返还和质权实现的规定。

第 1 款对质物的返还做了规定，质权人在下列两种情况下应当将质押财产返还于出质人：（1）债务人以自己所有的财产出质的情况下，债务人如期或提前清偿债务的；（2）债务人以第三人所有的财产出质的，出质人提前清偿债务的。上述两种情况下双方的债权债务关系因债务人或者出质人的清偿而归于消灭，此时质权也随之消灭，质权人也即原债权人也就丧失了继续占有质物的依据，理当将质物返还其原所有权人。

第 2 款对质权的实现做了详细的规定，质权人在债权已届清偿期而债务人不履行债务或者发生当事人约定的实现质权的情形时，可以就质物的变价款优先受偿。就质权人实现质权的方式，法律赋予了质权人自由选择且不受出质人约束的权利。上述情形下，质权人可以与出质人协议以质押财产折价，也即按照质物的品质，参考市场价格，把质物的所有权由出质人转移给质权人，从而实现质权。也可以在不经出质人同意的情况下将质物拍卖、变卖并就所得价款优先受偿。拍卖是指按照拍卖程序，以公开竞价的方式将质物卖给出价最高者的买卖。变卖是指直接将质物变价卖出的行为，变卖没有公开竞价等形式与程序上的限制，方便、快捷、变价成本小。其中变卖和折价均需参照市场价格。

三、争点与评述

对质物返还和质权实现的问题，学界对以下几点存在争议：

（一） 质权人“提前”清偿所担保债权的标准

有效质权担保的债务履行期届满，将产生两种情况，一是质权因其所担保的债权受清偿或者其他原因的发生而消灭；一是债务未受清偿，质权人获得债权的清偿而行使质权。根据这两种不同情况本条规定了两种不同的法律后果，即质物返还或者实现质权。

以质物返还为起点进行推导，质权的设立以质物移交为要件，质物返还出质人也就意味着其上设立的质权也随之消灭了。质权消灭的原因有多种，根据其消灭上的从属性，质权所担保的债权消灭、质权也随之消灭。本条第 1 款设定的先行条件有二：（1）债务人履行债务；（2）出质人提前清偿所担保的债权。两者的结果均是使所担保债权得到清偿而消灭，前者很明确即债务人履行债务，如期履行债务或是在债务履行期届满前履行皆可，司法实践中也较易判断。后者以出质人为行为主体，要求其提前清偿所担保的债权，这里的提前究竟是指债务履行期届满之前还是债务人不履行债务而质权人行使质权之前呢？对此学界有不同的观点，有的学者认为，债务履行期届满债权人所取得的是要求债务人履行债务的权利，当债务人不履行时方可以质物拍卖或者变卖所得的价款受偿。法律并未强制要求债权人在行使其质权之前将债务人不履行债务，质权人将以质押财产变价款优先受偿的事实通知质权人。实践操作中出质人即可能在其毫不知情的情况下丧失其对自己出质的财产的所有权，而不论出质人是否有能力也有意愿以偿还债务的形式取回自己的质押财产。所以，支持该种观点的学者认为，只有将提前的“前”设置于债务履行期届满之前方可给予出质人充分的选择权。支持后一种观点的学者则认为只要在质权人行使质权之前，出质人清偿担保债权即可。也即债务履行期届满债务人未履行债务之前，质权人行使质权的条件尚未达成之时，出质人可以选择以偿还债务的方式取回自己的质押物。否则，一旦质权实现的条件达成，选择权就到了质权人手中，此时出质人仍可以与质权人协商清偿债务取回质物，然则质权人却并不一定要遵从其意。质权人作为权利人仍可坚持以变价、拍卖等方式以质物的变价款实现自己债权的清偿。这种情况下的出质人即将自己置于了一种被动的地位。

笔者认为将提前清偿债务的时间点设置为质权人行使质权之前最佳，给予出质人充分的

时间以代为清偿债务的方式终结两项法律关系。当然，此时的债权人作为质权人享有选择的权利，结合司法实践一般质权人多会同意出质人的提前清偿实现自己的债权，而非劳心劳力的去将质物变卖。

（二）质权实现过程中出质人的地位

本条第 2 款规定了质权实现的两种情形，一为法定即债务人到期不履行债务；一为意定即双方约定的实现质权的条件成立。两种情形下的法律后果为“质权人可以与出质人协议以质押财产折价，也可以就拍卖、变卖质押财产所得的价款优先受偿。”实现质权的途径有三，其中仅有折价要求质权人与出质人协商，拍卖和变卖则没有相关要求，且三种途径的选择权完全赋予了质权人。除此之外，法律也未要求质权人在实现质权前就相关问题通知出质人，当然包括债务人之外第三人出质的情况。由此可见，在质权实现条件成就的情况下，出质人也即质物所有人完全处于一种被动的状态。

质权人就质物变价款的优先受偿的权利是质权的核心内容，与此相对应出质人所负有的义务即是对质权人这一权利行使的容忍义务。然则，权利义务关系是相对的，出质人在质权实现过程中也并非是无力有任何作为的。在整个的质权法律关系中，出质人拥有以下几项权利：（1）质物收益权；（2）质物的处分权；（3）对质权人的抗辩权；（4）除去权利侵害及质物返还请求权；（5）求偿权。其中求偿权乃出质人提前清偿债务或者质权实现后，其依法取得的向债务人追偿的权利，是出质人所享有的最重要的一项权利。而其余四种权利则可能产生于质权法律关系的任一阶段，当然包括质权实现的过程之中。

虽然前文有言，在质权有效存续且实现条件达成时出质人即处于被动地位，但这并不意味着出质人对于质权人的不当行为不能采取措施干扰质权实现，进而维护自己的合法权益。例如，债务已届清偿期却因债权人原因而使债权无法得到清偿，如债权人拒绝接受债务人清偿，则质权人当然不可实现质权。这种情况下，质权实现的条件系由债权人恶意造成的，从根源上考虑是不适当的，债权人在债务人清偿债务时有受领的义务，其违背这项义务而坚持实现质权显然是不合理的。作为质物所有人的出质人有抗辩的权利，这一抗辩权发生在质权实现之前即并不是因为出质人代为清偿债务而获得的，更多的是对质权人侵权行为的一种抗辩。出质人以自己的财产出质担保债权的实现是以债务人到期不履行债务为前提的，这一条件是双方订约前即知晓的也是法律的原则性规定。质权人对于质权实现的条件成立加入了自己的主观意志，理应为自己的侵害行为承担责任。

（三）折价或者变卖质物应参照的“市场价格”

质权设立的目的即在于担保债权的实现，质物本身的交换价值是债权人成为质权人的根据。债权人在接受出质人担保时要考虑的最重要的问题，即当债务人不履行债务时出质人所出质的财产变价后是否足以清偿债权。而要达到这一目的，质物的交换价值则应等于或者大于所担保的债权数额。然则司法实践却并非都是如此，《物权法》第 221 条之所以对质物变价款不足债权数额时的法律救济做出规定，就是因为质权设立之后质物价值会随着市场环境的变化而变化，而且这一情况属双方当事人无力掌控的。

质权设立之前，质权人为保障债权的最终实现，其必然会根据当时的市场价格对质物价值进行估量而保证质物价值相当于甚至远高于债权数额。然则，当质权设立之后到期实现之间，市场的变化可能使质物价值提升或者下降，降至债权数额之下。法律对于该问题的处理方式是“不足部分由债务人清偿”。问题在这里出现了，质物变价所参考的必然不再是质权设立时的价格，债权人和市场交易的第三人不可能来迁就质物原本的价值。质权实现的基础乃质物的变价款而非质物本身，差值由债务人填充的规定将原本有质押财产担保的债权化为了普通债权。质物变卖、质权人丧失其对质物的占有，质权随之消灭。很明显，这里的市场环境变化的风险由质权人也即债权人承担了。

债权债务关系中的当事人双方为合同双方，处于平等的法律地位，仅在违约的情况下承担违约责任，质押合同中的双方亦然。而上文中提及的情形中，债权人于两种法律关系中都会遭受不利益。针对这种情况，法律将剩余的债权转为普通债权，质权人在受清偿时与债务人的其他债权人处于平等地位，这对于质权人显然是不公平的，而造成这一结果的根本则在于不可抗力—即条款中的“市场价格”的变化。

四、相关案例裁判要旨

经搜索未查获相关案例。

对《物权法》第220条的评述

出质人可以请求质权人在债务履行期届满后及时行使质权；质权人不行使的，出质人可以请求人民法院拍卖、变卖质押财产。

出质人请求质权人及时行使质权，因质权人怠于行使权利造成损害的，由质权人承担赔偿责任。

一、周边法源

（一）司法解释

1.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（2000年9月29日由最高人民法院审判委员会第1133次会议通过，2000年12月8日公布，自2000年12月13日起施行，法释〔2000〕44号）

第95条 债务履行期届满质权人未受清偿的，质权人可以继续留置质物，并以质物的全部行使权利。出质人清偿所担保的债权后，质权人应当返还质物。

债务履行期届满，出质人请求质权人及时行使权利，而质权人怠于行使权利致使质物价格下跌的，由此造成的损失，质权人应当承担赔偿责任。

二、法条释义

本条是关于行使质权请求权及怠于行使质权的责任承担问题的规定。

债务履行期届满，债务人不履行债务，出质人也无力偿还债务时，出质人有权请求质权人及时行使质权，如果质权人经出质人请求后仍不行使的，出质人有权经行到人民法院要求拍卖、变卖质物以清偿债务。这里的权利主体系“出质人”而非“债务人”，出质人可以是债务人也可以是债务人以外的以自己的财产为质押担保的第三人。

本条第2款规定了在出质人请求质权人及时行使质权后，质权人若仍不行使或者怠于行使质权所应承担的责任。质物得以担保债权实现的根本在于其所具有的价值，而这一价值却也是随着市场环境的变化而变化的，即质物也存在着价格下跌或者意外灭失的风险，一旦债务履行期届满而债务人未清偿债务时，质权人应当及时行使质权，以免因市场环境变化而给出质人造成损失。质权人怠于行使质权而质物又在此期间价格下跌，或者发生其他毁损、灭失等情形使质物无法实现其原有的变价额而担保债权的实现。此时，质权人对于出质人的损失要承担赔偿责任。本款规定中有两个要点：第一，出质人首先要有请求质权人及时行使权的行为；第二，有证据证明造成损害是由于质权人怠于行使质权造成的，损害的事实应当与质权人怠于行使质权有直接的因果关系。这两点的同时成立，方足以确定质权人在此承担责任。

三、争点与评述

对出质人请求及时行使质权的问题，学界对以下几点存在争议：

（一） 出质人请求质权人行使质权是否以“债务人不履行债务”为前提

根据《物权法》第219条可知，债务人不履行债务或者发生当事人约定的实现质权的情形，是质权人得以行使质权的两个先决条件。而本条有关出质人请求质权人及时行使质权的规定是否意味着质权人可脱离上述两个先决条件，在出质人主动要求的情况下即时便可行使质权呢？有的学者认为，质权作为担保物权设立的目的系担保债权的实现，且这种实现是在债务人不履行债务的前提下的。债权人设立质权并非是为了直接从出质人处获得债务的清偿，当然更重要的原因则在于以质物变价款优先受偿与直接从债务人处获得清偿实则还是存在区别的。例如，《物权法》第221条有关质物变价款不足以清偿债务的问题。虽然法律有明文规定质权人实现质权所花费的必要费用由债务人承担，但质权人却是没有报酬请求权的。在债务人有清偿能力，但未来得及向债权人清偿时，质权人即因出质人的请求而承担应当及时行使质权否则即失去选择质权行使方式的权利，这对质权人显然是不公平的。

另一种观点认为，债务履行期届满出质人在债务人清偿前主动要求质权人实现质权可作为质权人得以行使质权的法定条件，并不以债务人不履行债务为前提。原因在于作为质物所有人的出质人本就有法定的提前清偿债务而实现质物返还的权利，其要求质权人跳过债务人处理质物实现质权，债权人的债权得以清偿，债权债务关系消灭对债权人和债务人是双赢的。其所产生的仅是作为质物所有人的出质人对于债务人的追偿权，可以说在这一请求权的行使中仅有出质人遭受了不利益，是其对自己所有物处分的一种。

如果说《物权法》第219条的规定使得出质人在质权实现过程中处于一种被动的地位，那么很显然本条的规定则彰显了法律予以出质人的一种公平。出质人在达成条件时可要求质权人及时行使质权，质权人不行使的行为只能限制双方无法达成协议以折价的方式实现质权，出质人享有要求人民法院以拍卖、变卖的方式实现质权的权利，显然此处质权人是没有权利表示反对的。

我认为出质人主动要求质权人及时行使质权是其对质物处分的一种形式，作为质物的所有人出质人完全有权放弃自己的利益，以获得对债务人的追偿权为结果放弃质物的变价款，而无论债务人是否在其请求前已经明确得表示自己不履行债务。

（二） “及时行使质权”——何谓“及时”

本条款要求质权人在出质人的请求下及时行使质权，并指出其怠于行使质权将承担一定的赔偿责任。那么这里的“及时”究竟以何时为基点呢？是指债务履行期届满就应行使，还是有一定的期限呢？债务履行期届满即要求质权人立即行使质权显然是不合理的，出质人催促质权人行使质权的情形并非质权人订立合同之初即可预见的，正常情况下债务履行期届满债务人当及时清偿债务方为常态。而出质人的主观行为可说是打破了这个常态，质权人的权利、义务也随之产生了变化，针对这种情况给予质权人一定的缓冲期方才是合理的。

问题就在于这个缓冲期多久，质权人怠于行使质权最常见的结果即质物在此期间内价格下跌，质物价款无法清偿全部债权。根据《物权法》第221条的规定正常情况下差额部分的清偿应由债务人负担。但如果质物价格下跌是由于质权人怠于行使质权而引起的，这种情况下仍要求债务人承担责任有违公平原则。本条规定由质权人承担赔偿责任即要求其自己负担怠于行使权利期间质物下跌的损失，也即其债权差额部分。由此可见，债权人是否怠于行使质权的判断必须得到重视，法律对此问题未做明确规定。我们可以参考《物权法》第202条有关抵押权行使期间的规定“抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权；未行使的，人民法院不予保护。”债务纠纷的诉讼时效期间为2年，从债务履行期届满开始计算，也即在债务履行期届满后两年内都属于质权人可行使质权的有效期间。本条第1款规定出质人请求质权人及时行使质权，质权人不行使的，出质人即可请求人民法院拍卖、变卖质押财产。文意解释即可理解为，质权人面对出质人行使质权的请求应及时做出是否行使的回答，出质人得到否定答案后就可以向法院寻求帮助，来避免因质权人不行使质权而将发生在质物上的风险。而质权人得以在主债权诉讼时效期间内行使质权，是否表示债务履行期届满的两年内质权人都属于及时行使质权的范畴呢？笔者认为这是不合理的，参照抵押权有关行使期间的规定，所得出的仅是质权人以诉讼方式主张质权的有效期间。在此期间内债权人可以向法院主张行使质权，并非是指此期间的质权行使为“及时”。毕竟两年是一段不短的时间，质权人在出质人无请求的情况下拥有自主选择在两年内任何一个时间点向债务人和出质人主张清偿债务的权利。但有出质人请求的情况下则不一样了，主债权的诉讼时效期间于质权而言就类似于一个除斥期间，两年时间一过质权人就丧失了主张质权的权利。这里存在一个矛盾，两年的时间是给予质权人行使权利的期间，在此期间内质权人主张质权的请求都将得到法院的支持。然则这种情况对出质人是不公平的，其出质的财产长期处于质权人的占有之下，债权债务关系也将继续存在。质权人长期保有权利却不行使显然是不利于债务人和出质人的，这也是本条款给予出质人请求权的原因。如果将其中的“及时”设定为质权行使期间也即2年，显然有悖于法律给予出质人选择权实现公平的初衷。

由此笔者认为，本条款所称的“及时行使质权”和“怠于行使质权”的时间分界点应是债务履行期届满，出质人请求质权人行使质权的通知到达质权人，质权人应即刻做出是否行使质权的决定。质权人拒绝行使质权的，出质人即可即时请求人民法院以拍卖、变卖的方式实现质权。如果质权人同意行使质权也应做出明确的表示告知出质人，并在告知出质人后一定期间内以折价、拍卖或者变卖的方式行使质权。至于这里的一定期间当然不应是两年，考虑到质权行使方式的繁琐性，这一期间也不应限制得过短。

（三） 质权人怠于行使质权的法律效力

想要弄清本条款情形下，质权人怠于行使质权将承担何种赔偿责任，我们首先应弄清以下几个问题：（1）质权人是否有怠于行使质权的行为；（2）质权人怠于行使质权将产生何种损失，质权人怠于行使质权所耽误的是一定期间，在此期间内质物仍旧处于质权人的占有之下，质物毁损、灭失或者价格下跌均会产生一定的损失，质权人及时行使质权的情况下如果

发生上述风险结果，即质物无法实现担保债权实现的目标，债务未受全部清偿的，债务人仍将负担债务，而现在这种损失就要由质权人自己承担了；（3）质权人怠于行使质权的行为与损失发生之间存在因果关系。

很明显上述三个要件都存在判断上的问题，质权人是否有怠于行使质权的行为，上文中我们已经进行了评述，这里就不再说明。针对第二个问题，我们要弄清的是何种损失属于因质权人怠于行使质权而引起的损失。质权人怠于行使质权期间质物价格下跌，下跌的价格当然属于此类损失，应由质权人承担质物变价款无法清偿全部债务的差额部分。那么如果质物在上述期间毁损、灭失而不复存在呢？此时质权因质物灭失而消灭，出质人退出法律关系，但其引起的法律后果却是需要处理的。于债权人而言他失去了以质押物的变价款获得清偿的可能，他是否可以转而要求债务人完成全部债务的清偿呢？于出质人而言，虽然质权并非是因实现而消灭，但其对质物的灭失并不存在过错，出质人对于所有财产灭失的损失是应向质权人还是债务人请求赔偿呢？而债务人在失去担保物权的情况下是否就只有向债权人清偿债务这一种选择呢？

其实上述问题的症结点即在于如何判断质物毁损、灭失的原因是否在于质权人。实践中之所以可以直接判断质物价格下跌是由于质权人怠于行使质权引起的，其原因在于质权人在怠于行使质权之前就应预见这段期间随着市场环境的变化质物价格是可能下跌的。而对于质物因不可抗力、自然原因或者意外事件在其怠于行使质权期间毁损、灭失却是质权人无法预见的，司法实践中常有出质人一口咬定如果及时行使质权质物即不会灭失，因而应由质权人承担责任而视为债务已经清偿的情况。这显然是不合理的，本条款中对质权人的惩罚系“承担赔偿责任”而非承担由此产生的不利益，一般而言所谓的赔偿责任所指向的就会有双方当事人即赔偿义务人和受害者，很明显本条款中质权人即为前者，而说到受害人可以说作为所有人的出质人和债务人都会受到损害。理论上讲质物灭失后的损失在数额上应相当于所担保债权的数额，那么质权人造成的损失也与债务等同，这也是有的人主张视为债务已清偿作为赔偿责任的原因。然而这种一刀切的方法显然是不合理的，怠于行使质权期间质物毁损、灭失的原因可以分为五类：（1）质权人的作为或者不作为；（2）第三人原因；（3）不可抗力、自然原因和意外事件；（4）出质人过错，例如质物本身存在瑕疵；（5）债务人过错。很明显只有在第一种情况下以债权视为已清偿作为赔偿方式才是合理的，其他情况下只能说债权人也即质权人怠于行使质权的行为仅是给予损失的发生一个环境。这里不能仅以风险因质权人行为未转移为理由而要求质权人承担全部责任，我们必须认清损失发生的因果链条而来划分责任范围。质权人在上述后四种原因下，仅有责承担自己过错范围内赔偿责任的义务。

四、相关案例裁判要旨

经搜索未查获相关案例。

对《物权法》第221条的评述

质押财产折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归出质人所有，不足部分由债务人清偿。

一、周边法源

（一）法律

1、《中华人民共和国担保法》（1995年6月30日第八届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过，1995年6月30日中华人民共和国主席令第五十号公布，自1995年10月1日起施行）

第71条 债务履行期届满债务人履行债务的，或者出质人提前清偿所担保的债权的，质权人应当返还质物。

债务履行期届满质权人未受清偿的，可以与出质人协议以质物折价，也可以依法拍卖、变卖质物。

质物折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归出质人所有，不足部分由债务人清偿。

第72条 为债务人质押担保的第三人，在质权人实现质权后，有权向债务人追偿。

二、法条释义

本条是关于质权实现时变价款归属原则的规定。

法定的质权实现方式有三种，即《物权法》第219条提及的折价、拍卖和变卖，三种方式皆以质物本身的价值为基准。而质权人在实现质权时会遇到以下三种情况，本条的规定即是这三种情况下变价款归属的原则：

如果数个可分的质物同时担保同一债权，各个质物均担保全部债权的实现，当质权人折价、拍卖或者变卖部分质物所得的价款即可清偿全部债权时，质权人即应当停止折价、拍卖或者变卖剩余的质物。此时债权因受清偿而归于消灭，质权也随之消灭，质权人因而即丧失了依法占有质物的权利，作为剩余质物所有人的出质人即有权取回质物。

如果出质人以一个质物担保全部债务的清偿，而质物折价、拍卖或者变卖后的价款超出所担保的债权的，质权人应当将超出的价款归还出质人，道理同上出质人才是质物的所有人，质权人作为债权人所享有的债权已受清偿，其即丧失了继续占有质物及其变价款的权利，作为所有人的出质人依法取得所有权。

如果质物的变价款不足以清偿所担保的全部债权时，不论是单个的质物还是数个可分的质物，质权人以折价、拍卖或者变卖的方式行使了质权，质权随之而消灭，但是债务却未得到全部清偿。作为担保人的出质人已经履行了自己的义务，而退出与债权人、债务人的法律关系。这里的债权债务关系实则回归到仅有双方当事人的状态，债务人在没有担保人的情况下当然应当依法履行债务，将担保债权未受清偿的分清偿。

如果债务人与出质人不是同一人，即债务人是以第三人所有的财产出质担保债权实现的，质权实现后出质人依法获得向债务人追偿的权利，而无论质物变价款是否足以清偿全部债务。

三、争点与评述

对质权实现时变价款归属原则的问题，学界对以下几点存在争议：

（一） 如何判断“质物变价款”是否超过债权数额

根据本条款的规定“价款超过债权数额的部分归质权人所有，不足部分由债务人清偿”，何谓超过，什么情况下又可视为不足呢？这并非单纯的债权数额与变卖所得两个数字之间的比较问题，以质物的变价款优先受偿毕竟与普通的债权受清偿存在不同。普通债权债务关系的当事人双方在合法订立合同、顺利履行合同的过程中至多考虑本金和利息，债务人在履行债务时将本息付清即属完全履行了债务。而有质押担保的债权最终以质押物的变价款受偿时，则会涉及多笔款项的清偿。根据《物权法》第 173 条有关担保范围的规定：“担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用。当事人另有约定的，按照约定。”

上文中提到的款项中违约金和损失赔偿金属于非常态的救济款项，这里我们不作过多讨论。而保管担保财产和实现担保物权的费用则是实现质权清偿债务时必然会产生的费用，对于这部分的费用理当由债务人承担。但是法律并未将该笔款项独立出来由债务人另外承担，而是直接将其划归原债权并在清偿顺序上予以优先地位。由此可见，在没有违约行为和损失发生的情况下，质物变价款只有完成以下几项款项的清偿才能视为清偿了全部债务：（1）主债权；（2）利息；（3）质物保管费用；（4）实现质权的费用。四项中有任何一项未获得清偿即可认为质物变价款不足以清偿全部债权，应由债务人补足差额，完成债务的清偿。这也是为什么质权设立前债权人会要求质物价值高于债权数额的原因之一。债务人为与债权人建立债权债务关系，在债权人的要求下或者自己主动提出设立质权，进而将质物移交于质权人处，在质物的保管和质权的实现过程中不可避免得会产生一定的费用。人们会产生疑惑，在债权人要求提供质押的情况下，债务人似乎对于这一部分费用的产生并不存在责任，那么这部分费用是否应由提出要求的债权人承担呢？答案是否定的，债权人之所以要求债务人提供担保实则是出于对债务人偿还能力的不信任，债务人的借款行为才是一切产生的根源，若债务人不提供质押担保债权人完全可以拒绝与债务人订立相关合同。质权设立的最终受益者仍旧是债务人，对由此产生的额外费用当然应由债务人承担。

那么为什么将该部分费用直接纳入受偿范围，而不是独立出来呢？原因有二：（1）实现质权的前提多为债务人不履行债务或者无力履行债务，在这种情况下质权人很难再寄希望于债务人就该笔款项作单独清偿；从另一个角度来看，如果将该笔款项独立出来，即成为了债务人的普通债权，从一般债权的角度要求债务人就费用予以支付稍显累赘。（2）保管质物和实现质权费用的支出是担保债权获得清偿的前提，这一先导行为是其后债务清偿的基础，在顺位上应当优先于主债权和利息，这样一来就质物变价款优先受偿即成为必然。

（二）质权实现后未受清偿部分是否仍享有优先受偿权

本条款中规定质押财产变价后超出债权数额的部分归出质人所有，是由于出质人系质押财产的所有权人，质权实现后的剩余价值理应偿还。那么，当变价款不足以清偿时，差额部分由债务人承担则是给予责任自负的继续履行行为，从形式上看债务人似乎承担了一种补充责任。但这种剩下来的债权显然是有别于初始未受清偿的债权的，正确得认识其性质有助于我们充分理解条款并予以适用。

首先，质押财产折价或者拍卖、变卖后，直接结果即质权人失去了对质物的占有，根据《物权法》有关质权设立的规定，质权随着质权人对质物占有的丧失而归于消灭。担保债权失去了质押物的担保而成为一般普通债权。那么原质押担保的债权实质上就被划分为了两部分，一部分为有质押担保可就质押物优先受偿的债权，当然这一部分债权在得到区分的同时已经获得了清偿；另一部分即剩余的债权则成为债务人无担保的一般债务。那么这剩余部分的债权是否与债务人的其他债务具有同一受偿顺序呢？依据前文的分析，不足部分由债务人承担即成为一般债权，也就失去了优先受偿的基础，然而这显然是不利于债权人就原有的担保债权获得全部清偿的。有的学者认为这一部分剩余的债权应先于债务人的其他债务优先受偿，其所根据的是因果关系的原理，在非因质权人原因造成质物变价款不足以清偿全部债权时，要求质权人为此结果买单是不公平的。但这也存在一个理论上的缺陷，即无合理的权源，就该部分未受清偿的债务显然是没有任何担保存在的，也无法律明文规定优先受偿权。

由此我们可以发现，就未受清偿债权产生的原因而言其应当先于债务人的其他债务优先受偿；但是从合法权源的角度考虑，这种优先受偿是无根据的，这部分债务将成为一般的债务。我认为限令债务人及时偿还剩余借款才是合理的，质权变价款不足债权数额的差额一般情况下仅占据债权总数的一小部分，当然也存在例外情况。针对第一种情况，一般情况下债务人是可以实现小部分债务的情况；如果差额部分过大，债务人无力立即偿还，双方的债权债务关系会回到质权未设立的状态，针对这种情况，以质权实现为起点重新计算主债务诉讼时效期间以保护债权人的时效利益才是公平的。

四、相关案例裁判要旨

经搜索未查获相关案例。

对《物权法》第222条的评述

出质人与质权人可以协议设立最高额质权。

最高额质权除适用本节有关规定外，参照本法第十六章第二节最高额抵押权的规定。

一、周边法源

二、法条释义

本条是关于最高额质权的规定。

根据本条的规定，出质人和质权人可以协议设立最高额质权，而最高额质权是指对于债权人在一定范围内连续发生的不特定债权预定一个最高限额，并由债务人或第三人提供质物予以担保而设定的特殊质权。与动产质权相比，最高额质权有自己的特征，但就根本属性而言，其仍属于质权，本节关于动产质权的许多规定也可以适用于最高额质权。比如最高额质权的设立、最高额质权的实现、质物的保全等内容都可以适用本节关于动产质权的相关规定。最高额质权作为一种特殊的动产质权，具有以下特征：（1）最高额质权所担保的债权具有不确定性；（2）最高额质权所担保的债权具有最高额限制；（3）最高额质权具有相对独立性，其设定不以主债权的存在为前提。

最高额质权与最高额抵押权具有许多相同之处，主要体现在：（1）二者在设立、转移和消灭上均在一定程度上独立于主债权；（2）二者担保的债权都是不特定债权；（3）二者均有最高担保额限制；（4）在实现担保物权时，均需要对担保的债权进行确定。基于以上相同点，本条规定，最高额质权可以参照本法第十六章第二节关于最高额抵押权的规定。最高额质权的转移、最高额质权的变更以及最高额质权所担保债权的确定可以参照本法第204条、第205条和第206条的规定。此外，根据本法第203条第2款的规定，最高额抵押权设立前已经存在的债权，经当事人同意，可以转入最高额抵押担保的债权范围内。同理，最高额质权设立前已经存在的债权，经当事人同意，可以转入最高额质押担保的债权范围。基于此，本条第2款规定，最高额质权还可参照本法第十六章第二节关于最高额抵押权的相关规定。这里之所以强调最高额质权“参照”本法关于最高额抵押权的相关规定，主要是考虑到最高额质权与最高额抵押权性质不同，最高额质权需要质权人占有担保财产，其本质属于质权的一种；最高额抵押权不需要抵押权人占有担保财产，其本质属于抵押权的一种。因此，只宜“参考”，不宜直接适用。

三、争点与评述

对最高额质权的问题，学界对以下几点存在争议：

（一） 最高额质权变动的要件

最高额质权的变动，是指最高额质权担保的债权范围、最高债权额的变更以及最高额质权的让与等一系列变动现象的总称。一般情况下若被担保债权的范围确定，最高额质权也就

确定了，那就不存在被担保债权的范围的变更问题。然则最高额质权却不同于一般质权，在债权范围确定前，设定最高额质权的双方当事人可以协议的方式变更被担保债权的范围。如果质权人和出质人是在最高额质权确定后，才合意变更质权范围的，这种变更视为未变更。

最高额质权的最高债权额对于其担保范围内债权的优先受偿是至关重要的，当然这个最高债权额也是以质物本身的价值为基础的，同时也决定了质权人对于质物的价值可予以支配而优先受偿的范围。由此可知，最高债权额的变动对于在同一质物上享有次受偿顺位的债权人和普通债权人是十分重要的。出质人和质权人如果协议变更最高债权额，也应当经其他利害关系人的同意。如果没有经后顺位的质权人和其他担保权人同意，最高额质权的当事人协议变更最高债权额的，其变更不得对抗后顺位的质权人和其他担保权人。相对的，当最高额质权的当事人协议降低最高债权额的，其行为对后顺位的质权人和其他担保权人均没有增加风险，其变更不必征得后顺位的质权人和其他担保权人的同意。

质权作为担保物权的一种，属于一种从属性的权利，从属于其所担保的债权。最高额质权在本质上仍属于债权，属于担保物权的一种，具有可让与性。质权的让与是附随于被担保的债权的，但因最高额质权在一定程度上独立于被担保的不特定债权。被担保的部分债权额转让，对最高额质权并不产生影响，最高额质权从属于被担保债权的原因关系而非其本身，当然这里针对的是未确定的最高额质权。最高额质权虽在一定程度上独立于所担保的债权，但其确实以担保债务人的不特定债权的受偿为目的的，不应当视为完全脱离被担保债权而独立存在的交换价值，质权人不可脱离债权而将最高额质权予以转让或者重新设立担保。

上述论证均是以最高额质权尚未确定为前提的，因为最高额质权一经确定后，即会转变为动产质权或者权利质权，其为特定债权（因指定而确定）的担保而存在，确定后的最高额质权与被担保的债权之间具有从属性，其随着确定的被担保债权的转让而转让。

（二）最高额质权的确定

最高额质权的确定，是指最高额质权所担保的不特定债权因为发生一定事由而归于特定，或者最高额质权转化为动产质权或权利质权而脱离不确定状态的现象。质权人设定质权是为了担保债权的实现，最高额质权在不特定的情况下质权人是无法以其变价款完成债权的清偿的。所以质权人在行使最高额质权之前，其所担保的不特定债权应当得到确定。那么最高额质权在何种情况下才会特定化呢？一般而言，最高额质权因以下五种原因的发生而确定：

（1）约定的债权确定期间届满。当事人在设定最高额质权时约定有最高额质权的存续期间的，表明当事人有事先安排最高额质权确定的意思，其合意应当受到尊重。故当事人约定的最高额质权的存续期间届满时，最高额质权应当确定。

（2）没有约定债权确定期间或者约定不明确的，质权人或者出质人自最高额质权设立之日起满两年后请求确定质权的。质权人作为权利人享有行使质权的权利，而出质人则享有到期要求质权人行使质权的请求权，以两年为限，以一方当事人请求确定质权的行为为要件确定质权。

（3）新的债权不可能发生。最高额质权以担保因原因关系而连续发生的不特定债权为目的。如果因原因关系消灭或者其他缘由，致使最高额质权担保的债权失去了再次发生的可能，此时仍要求最高额质权继续存在显然没有任何意义，而且对于出质人也很不公平。因此，不论因何种原因，只要最高额质权担保的债权失去再次发生的可能，最高额质权就应当确定下来。

（4）质押财产被查封或者扣押。最高额质权的标的也即质物因为其他担保权人或债权人行使权利而被法院查封或者扣押的，最高额质权应当予以确定，以便利最高额质权人实现其优先受偿的权益。

（5）债务人、出质人被宣告破产或者被撤销的。债务人被宣告破产或者撤销的，其所负担的所有债务应当在破产程序开始时予以确定，未到期的债务视为已到期；出质人被适用破产程序的，其所有的财产应当由管理人占有和支配，而质权人的权利原则上不受破产程序的约束，亦有行使的必要。所以，在债务人或者出质人被适用破产程序时，最高额质权应当确定以维护质权人的合法权益。

最高额质权确定后所担保的债权范围，以被担保债权确定范围内的、不超过最高债权额的特定债权为限。质权人应当依照动产质权或者权利质权行使的要件和方法行来行使最高额质权。与一般的动产质权相同，被担保债权确定时存在的被担保债权的利息、违约金、赔偿金，不沦在确定时是否已经发生，均属于被担保债权的范围。实行质权的费用，不论在被担保的债权确定时是否已经发生，均属于质押担保的范围。最高额质权人保管质押标的和实行质权的费用，以最高债权额为限从质押标的的变价款中获得优先清偿。但最高额质权确定后才发生的债权，不受最高额质权的担保。

（三）最高额质权的存续期间

最高额质权存续期间的届满是质权确定的条件之一，存续期间依照出质人和质权人的意思而确定。出质人和质权人对最高额质权担保的存续期间没有约定或者约定不明确的，最高额质权因一方当事人的请求而确定，同时最高额质权也会随被担保的债权的原因关系的存在而存在、消灭而消灭。

由此我们可以肯定约定最高额质权的存续期间具有重要意义：（1）作为确定最高额质权的基础。最高额质权的存续期间一旦届满，其所担保的不特定债权即归于确定，可以避免不必要的纠纷。（2）可以限制担保的债权范围。最高额质权仅对其存续期间内发生的债权具有担保效力，最高额质权的存续期间届满后所发生的债权，不属于被担保的债权。（3）对质权人和质权人产生约束效力。在当事人约定的最高额质权的存续期间内，双方当事人均不得任意终止最高额质权，对担保债权范围和最高债权额进行变更都需要双方合意。

如果出质人和质权人对最高额质权的存续期间已有明确的约定，最高额质权将因约定的存续期间届满而得以确定，由此转变为一般的动产质权或者权利质权：质权人对最高额质权约定的存续期间届满前所发生的债权，未受清偿的，仍得留置质押标的担保其全部债权的受

偿。若出质人和质权人对最高额质权存在的期间没有约定的或者约定不明确，双方当事人均可就确定最高额质权范围而向对方提出请求，由此双方可经过合意对最高额质权予以确定。

四、相关案例裁判要旨

典型案例：出质人以股权出质担保连续发生的借款本息、违约金等费用，到期未偿还全部借款，质权人诉请就质物变价优先受偿。

裁判要旨：我国《物权法》第222条规定，出质人与质权人可以协议设立最高额质权。最高额质权除适用动产质权的有关规定外，参照适用最高额抵押权的规定。案例中，上海浦东发展银行成都分行与深圳市华新股份有限公司(以下简称华新公司)设定最高额质押。以华新公司持有的成都市亚光电子股份有限公司2942万股股权，在最高限额4000万元内，为华新公司连续发生的借款本息、违约金、实现质权的律师费、诉讼费等设定质押。华新公司在债务到期时，未能全部清偿，因而应当依据法律规定和质押合同的约定，出卖或者变卖股权，从而保障质权人上海浦东发展银行成都支行的债权得以实现。**“上海浦东发展银行成都分行与深圳市华新股份有限公司最高额质押纠纷案”（2005）成民初字第973号**

《物权法》第二百二十三条　可以质押的权利范围

第二百二十三条 债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质：（一）汇票、支票、本票；（二）债券、存款单；（三）仓单、提单；（四）可以转让的基金份额、股权；（五）可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权；（六）应收账款；（七）法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利。

一、条文阐释

《物权法》第二百二十三条是关于可以出质的权利范围的规定，采用了列举式加概括式的立法模式，概括了权利质权标的的类型。

权利质权是指以出质人提供的财产权利为标的而设定的质权。权利质权的标的必须是：

（1）所有权以外的财产权。质权是以质物的交换价值担保债务的履行，因此权利质权的标的应为财产权而非人身权。但如以动产所有权出质，其实为动产质权；而不动产所有权之上无法设质，只能成立抵押。因此所有权一般不能充当权利质权的标的，权利质权的标的须为所有权以外的财产权。

（2）具有让与性。让与性是指作为权利质权标的的权利具有变价的可能。只有权利具有变价的可能，才能在债务人到期不履行债务时，通过质权标的变价受偿。《物权法》对于权利质权的可让与性并未作规定，但是学界一般认同参照权利转让的规定。不可转让的标的包括：1、依权利的性质而不能让与的权利。主要包括基于特殊信任关系产生的权利。基于特定身份所生的权利。工艺发热的社员权及性质上不得转让的营利法人的社员权。2、依当事人约定不能让与的权利。一般认为具有禁止让与约定的权利具有阻止权利转让的效力，不得出质，一旦出质不得对抗善意第三人。如果第三人不知有此项特约存在而就此种权利设质时，质权仍然有效，反之质权人如属恶意的则其质权自始无效。[1]对在设质时第三人知悉该特约时，有学者认为此时该权利也不得为权利质权的标的，质权也应当无效。[2]

（3）适于设质的权利。1、从权利不能单独充当权利质权的标的，如动产质权、留置权、抵押权均为担保物权，具有从属性，不能与其所担保的债权分离而单独让与他人，故不得单独成为权利质权的标的。2、不作为所产生的权利不能设质，如离职人员对竞业禁止的遵守等。不作为所产生的权利一般是为特定人利益而存在，且大体不具财产性，因此不作为所产生的权利不得为权利质权标的物原因。

本条采取了列举加兜底条款的方式规定可以出质的权利。按照本条的规定，可以出质的权利包括：

（1）汇票、支票、本票

[1] 谢在全：《民法物权论（修订五版）（下册）,北京:中国法制出版社,2011.(1015)。
[2] 黄风.罗马私法导论,北京:中国政法大学出版社,2010,(238)。-

本法所称票据，是指汇票、本票和支票。汇票 （《中华人民共和国票据法》第二条）。

汇票“是出票人签发的，委托付款人在见票时，或者在指定日期无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。汇票分为银行汇票和商业汇票。”（《票据法》第十九条）汇票必须记载下列事项：（一）表明“汇票”的字样；（二）无条件支付的委托；（三）确定的金额；（四）付款人名称；（五）收款人名称；（六）出票日期；（七）出票人签章。汇票上未记载前款规定事项之一的，汇票无效。（《票据法》第二十二条）

本票是“出票人签发的，承诺自己在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。本法所称本票，是指银行本票。”（《票据法》第七十三条）本票必须记载下列事项：（一）表明“本票”的字样；（二）无条件支付的承诺；（三）确定的金额；（四）收款人名称；（五）出票日期；（六）出票人签章。 本票上未记载前款规定事项之一的，本票无效。本票便无效。（《票据法》第七十五条）

支票是“出票人签发的，委托办理支票存款业务的银行或者其他金融机构在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。”（《票据法》第八十一条）“支票必须记载下列事项（一）表明“支票”的字样；（二）无条件支付的委托；（三）确定的金额；（四）付款人名称；（五）出票日期；（六）出票人签章。 支票上未记载前款规定事项之一的，支票无效。”（《票据法》第八十四条）

（2）债券、存款单

债券是指由政府、金融机构或者企业为了筹措资金而依照法定程序向社会发行的，约定在一定期限内还本付息的有价证券，包括政府债券、金融债券和企业债券。政府证券在我国又称国库券，即由政府为筹措资金而向投资者发行的一种债券。金融债券是由金融机构发行的债券。企业债券是由企业发行的债券。

存款单，也称存单，是指存款人在银行或者储蓄机构存了一定数额的款项后，由银行或者储蓄机构开具的到期还本付息的债权凭证。

（3）仓单、提单

“仓单是提取仓储物的凭证。存货人或者仓单持有人在仓单上背书并经保管人签字或者盖章的，可以转让提取仓储物的权利。”（《合同法》第 387 条规定）仓单包括应下列事项：①存货人的名称或者姓名和住所；②仓储物的品种、数量、质量、包装、件数和标记；③仓储物的损耗标准；④储存场所；⑤储存期间；⑥仓储费；⑦仓储物已经办理保险的，其保险金额、期间以及保险人的名称；⑧填发人、填发地和填发日期。仓单是提取仓储物的凭证。存货人或者仓单持有人在仓单上背书并经保管人签字或者盖章的，可以转让提取仓储物的权利。

提单是指用以证明海上货物运输合同和货物已经由承运人接收或者装船，以及承运人保证据以交付货物的单证。根据海商法的规定，提单中载明的向记名人交付货物、按照指示人的指示交付货物或者向提单持有人交付货物的条款，构成承运人据以交付货物的保证。货物由承运人接收或者装船后，应托运人的要求，承运人应当签发提单。提单可以由承运人授

权的人签发，提单由载货船舶的船长签发的视为代表承运人签发。提单的内容应包括下列各项：①货物的品名、标志、包数或者件数、重量或者体积，以及运输危险货物时对危险性质的说明；②承运人的名称和主营业所；③船舶名称；④托运人的名称；⑤收货人的名称；⑥装货港和在装货港接收货物的日期；⑦卸货港；⑧多式联运提单增列接收货物地点和交付货物地点；⑨提单的签发日期、地点和份数；⑩运费的支付；（11）承运人或者其代表的签字。提单缺少上述规定的一项或者几项的，不影响提单的性质。提单分为记名提单、指示提单和不记名提单。记名提单不得转让；指示提单经过记名背书或者空白背书可以转让；不记名提单无须背书即可转让。

（4）可以转让的基金份额、股权

“基金份额”即“证券投资基金份额”，基金份额，是指基金公司公开发行的、表彰基金份额持有人权利的凭证。基金份额持有人享有的权利有：（1）分享基金财产利益（2）参与分配清算后的剩余基金财产（3）依法转让或者申请赎回其持有的基金份额（4）按照规定要求召开基金份额持有人大会（5）对基金份额持有人大会审议事项行使表决权（6）查阅或者复制公开披露的基金信息资料（7）对基金管理人、基金托管人、基金份额发售机构损害其合法权益的行为依法提起诉讼（8）基金合同约定的其他权利。（《证券投资基金法》第七十条）其中，基金份额持有人分享基金财产收益的权利，依法转让或者申请赎回其持有的基金份额的权利和在参与分配清算后的剩余基金财产的权利属于财产性的权利，可以出质。而参加基金份额持有人规定中的其他身份性权利，不属于可出质权利，仍为出质人所享有。

股权是指股东因向公司直接投资而享有的权利。在我国，公司包括有限责任公司和股份有限公司。有限责任公司股东的股权是通过公司签发的出资证明书来体现的，股份有限公司股东的股权是通过公司签发的股票来体现的。根据公司法的规定，发起人持有的本公司股份，自公司成立之日起一年内不得转让。公司公开发行股份前已发行的股份，自公司股票在证券交易所上市交易之日起一年内不得转让。因此，这两类股权在法定期限内都不得出质。

（5）可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权

知识产权，是指人们对于自己的创造性智力活动成果和经营管理中的标记所依法享有的权利，包括注册商标专用权、专利权和著作权等。知识产权通常具有时间性、地域性和专有性的特点。知识产权主要是一种财产权利；但某些知识产权如著作权既具有人身性又具有财产性，可以将其中的权利划分为人身权部分和财产权部分，只有财产权部分才能作为权利质权的标的。

注册商标专用权是指注册商标所有人依法对注册商标享有的独占使用权。根据商标法的规定，转让注册商标的，转让人和受让人应当签订转让协议，并共同向商标局提出申请。转让注册商标经核准后，予以公告。受让人自公告之日起享有商标专用权。商标注册人可以通过签订商标使用许可合同，许可他人使用其注册商标。因此，注册商标所有人享有注册商标转让权和注册商标许可权。这两者都是注册商标专用权中的财产权，都可以作为权利质权的标的。

专利权是指由国家专利主管机关授予专利申请人或其继受人在一定期限内实施其发明创造的专有权，包括发明专利权、实用新型专利权及外观设计专利权。根据专利法的规定，转让专利申请权或者专利权的，当事人应当订立书面合同，并向国务院专利行政部门登记，由国务院专利行政部门予以公告。任何单位或者个人实施他人专利的，应当与专利权人订立书面实施许可合同，向专利权人支付专利使用费。因此，专利权人享有专利转让权和专利实施许可权。这两者都是专利权中的财产权，都可以作为权利质权的标的。

著作权是指文学、艺术和科学作品的创作者对其创作完成的作品所享有的权利。根据著作权法的规定，著作权可分为人身权和财产权两部分。人身权包括发表权、署名权、修改权和保护作品完整权。财产权是指著作权人对作品的使用权和获得报酬权。其中，使用权指以各种方式使用作品的权利，是著作权人的一项主要财产权利，包括复制权、发行权、出租权、展览权、表演权、放映权、广播权、信息网络传播权、摄制权、改编权、翻译权、汇编权和应当由著作权人享有的其他权利等；获得报酬权指转让使用权或者许可他人使用而获得报酬的权利。著作权中的人身权和著作权人有密切关系，具有人身属性，只能专属于著作权人，不得让与，也不得出质；只有著作权中的财产权才可以作为权利质权的标的。

（6）应收账款

应收账款，“是指权利人因提供一定的货物、服务或设施而获得的要求义务人付款的权利，包括现有的和未来的金钱债权及其产生的收益，但不包括因票据或其他有价证券而产生的付款请求权。本办法所称的应收账款包括下列权利：（一）销售产生的债权，包括销售货物，供应水、电、气、暖，知识产权的许可使用等；（二）出租产生的债权，包括出租动产或不动产；（三）提供服务产生的债权；（四）公路、桥梁、隧道、渡口等不动产收费权；（五）提供贷款或其他信用产生的债权。（《应收账款质押登记办法》第四条）

一般认为，应收账款实质属于一般债权，包括尚未产生的将来的债权，但仅限于金钱债权。

（7）法律、行政法规规定的可以出质的其他财产权利

本条是对可以出质的权利做的兜底性规定，明确根据现实需要，法律、行政法规规定可以出质的其他权利也属于权利质权的标的。

本条中规定的（一）（二）（六）所指的汇票、支票、本票、债券、存款单、应收账款体现的是债权，其质权属于以债权出质；第（三）项所指的仓单与提单是物权证券，表彰物权，属于以物权（所有权）出质；第（四）项基金份额与股权都属于投资权益，属于以投资权益出质；第（五）项属于知识产权出质；第（七）项是兜底条款。

相比《担保法》，《物权法》有如下改变：

第一，《物权法》增加了基金份额、应收账款作为权利质权的客体。

第二，《物权法》调整了可以出质的知识产权的范围。《担保法》第75条第（三）款规定：“依法可以转让的商标专用权、专利权、著作权中的财产权”可以质押，《物权法》第二百二十三条第（五）项则规定“可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中

的财产权”可以出质，即《物权法》缩小了可以出质的商标专用权的范围，限定在“注册商标专用权”可以出质，而《担保法》则笼统规定“商标专用权”可以出质。二是除了“可以转让的商标专用权、专利权、著作权”中的财产权可以出质外，《物权法》又规定了“等知识产权中的财产权”可以出质，扩大了《担保法》规定的可以出质的知识产权范围。

第三，兜底条款。《担保法》第七十五条第（四）项是一个兜底条款，规定“依法可以质押的其他权利”可以质押，该“法”应理解为“法律”。而《物权法》第二百三十二条第（七）项同样是兜底条款，却规定“法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利”可以出质。《物权法》第二百零九条规定“法律、行政法规禁止转让的动产不得出质。”与《物权法》规定的可抵押财产的规定在法理上相通，即法无禁止即可为。

二、周边法源

1、《物权法》

第二条第二款 本法所称物，包括不动产和动产。法律规定权利作为物权客体的，依照其规定。

2、《担保法》

第七十五条 下列权利可以质押：

（一）汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单；（与《物权法》223 条（一）（二）（三）一致）

（二）依法可以转让的股份、股票；（物权法中为基金份额、股权）

（三）依法可以转让的商标专用权，专利权、著作权中的财产权；（物权法增加了“等知识产权”）

（四）依法可以质押的其他权利。（物权法中增加了应收账款，并变更为法律、行政法规规定的其他权利的规定）

3、《保险法》

第三十四条 以死亡为给付保险金条件的合同，未经被保险人同意并认可保险金额的，合同无效。

按照以死亡为给付保险金条件的合同所签发的保险单，未经被保险人书面同意，不得转让或者质押。

父母为其未成年子女投保的人身保险，不受本条第一款规定限制。

4、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》

第九十七条 以公路桥梁、公路隧道或者公路渡口等不动产收益权出质的，按照担保法第七十五条第（四）项的规定处理。

5、《最高人民法院关于审理出口退税托管账户质押贷款案件有关问题的规定》

第二条 以出口退税专用账户质押方式贷款的，应当签订书面质押贷款合同。质押贷款合同自贷款银行实际托管借款人口出口退税专用账户时生效。

三、争点与述评

（一）可以出质的权利范围

1、普通债权是否可以设立质权。有学者认为，普通合同债权虽然可以转让，但是缺少入质债权表彰手段，如权利凭证的交付，也无从登记，权利公示难以实现，因而不宜设定质权。3也有学者认为，出质人将出质情况通知债务人，即可作为设定普通债权的要件，普通债权可以设立质权。

2、“其他财产权利的范围”。对“其他财产权利”的范围，学界认识不一，大致有三种观点：肯定说（又称扩大解释说），有限肯定说和否定说。肯定说认为，只要符合可以质押权利的一般要求，所有的财产权均可以出质。有限肯定说认为，符合可质押要求的一般性财产权，原则上可以质押，但如果权利本身不具有商业上的典型性和稳定性，权利不能控制的，则不宜质押。否定说认为，权利质权是担保物权，必须严格遵守物权法定原则，可以质押的权利应限于《担保法》《物权法》和其他法律明确规定的权利，凡是《担保法》《物权法》和其他法律没有明确规定的权利，均不得质押。

否定说是物权法定的观点。有限肯定说强调出质的权利应有商业上典型性、稳定性、可控性，而这些特征难以进行客观判断。肯定说依据《担保法》第 75 条、《物权法》第 223 条，认为不应强调权利的特性，任何可以让与的财产权，只要不存在不适合出质的条件，都可以作为权利质权的标的。肯定说的观点，符合法律的基本原理，适合我国的社会经济生活现实，并受到立法部门的认可，成为主流观点。

3、保险相关的权利质权

（1）保险相关的权利质权标的

对于保险相关的权利质权标的，学界尚存在不同意见。赞成保险单可以作为质押标的的观点，认为保险单是有价证券，多国保险法规定保险单除了人身保险单之外，采用指示式或者无记名式。而民法规定的指示证券为记名式有价证券或指示式有价证券。无记名证券就是无记名式有价证券，因此保险单是民法规定的指示证券或无记名证券，也就是有价证券。[4]

有学者认为，保险单不能质押，可以质押的是保险金债权。（1）保险单不能质押。依据《保险法》第十三条：投保人提出保险要求，经保险人同意承保，保险合同成立。保险人应当及时向投保人签发保险单或者其他保险凭证。保险单或者其他保险凭证应当载明当事人双方约定的合同内容。当事人也可以约定采用其他书面形式载明合同内容。因此，保险单是一种保险凭证而非有价证券；依据《最高人民法院关于财产保险单能否用于抵押的复函》：“ 依照《中华人民共和国民法通则》第八十九条第（二）项的规定，抵押物应当是特定的、可以折价或变卖的财产。财产保险单是保险人与被保险人订立保险合同的书面证明，并不是有价证券，也不是可以折价或者变卖的财产。因此，财产保险单不能用于抵押。”保险单不是有价证券，不能用于抵押，因此保险单不能出质。（2）能够出质的是依法可以转让的保险金债

[3] 高富平：《物权法》，清华大学出版社，2007 年（324）。
[4] 郑玉波：《保险法论》，三民书局 1991 年（66）。

权。[5]

（2）寿险保险金债权中保险金给付请求权的可质押性

一般认为在保险金债权中，寿险的保险金债权可用于出质，寿险保险金债权质押的效力可及于现金价值返还请求权，但是对于保险金给付请求权的可质押性仍存在不同观点。

有的学者认为，“在保险单质押合同中，出质人为投保人，投保人仅对保险单的现金价值享有权利，而不享有保险金请求权，保险金求权归属于被保险人享有。因此，投保人仅能以保险单的现金价值设立质押。”亦有研究者否认寿险保险的保险金给付请求权可以用于质押，认为：“保险金给付请求权是一种期待的不确定的财产权利，不具有稳定性，如果以其出质，将与担保目的南辕北辙”。

也有观点认为，不能一概否认保险金给付请求权的可出质性。不确定债权也以设定质押，我国台湾地区学者谢在全教授认为：“此种债权之发生与否，虽系于不确定事实之成就与否，然因其发生基础之契约关系已明确存在，故通说与附始期之债权同，亦得为质权之客体。[6]”因此有学者提出，当被保险人、投保人、受益人为同一人时，投保人即为出质人，其享有现金价值给付请求权及保险金请求权，保单质押的效力当然及于保险金，但是需要质押合同的双方当事人就此在合同中明确规定；当三者非为同一人时，如果保单的质押经过被保险人的同意，其效力及于保险金，未经被保险人的同意则不能就保险金给付请求权用于质押。

（二）存单上权利法律性质

理论界对于存单上权利的法律性质存在物权性质和债权性质两种观点。

1、主张存单上权利属于物权性质的学者认为：存款人将存款交付给金融机构，此存款行为只是存款人将存款的使用权让渡给金融机构，存款人并未因存款行为而丧失存款的所有权。存款人和金融机构不是借贷关系，而是一种存储和保管的关系。因此在立法上应当确立物权性质为存单上权利的属性。

孙宪忠教授的观点是，存单之所以可以作为权利物权的客体，是因为其形体以单据的形式固定下来，且存单上记载的款项固定，不能任意修改。[7]而当存单等有价证券的这种客体的资格被法律所认可，其流通时所遵循的法律可以参照动产物权流通的法律规则时，存单持有人就取得了与所有权人基本相同的权利地位。

学者公孙致远的观点是，存款的使用权和存款的所有权并不是必须紧密结合在一起的，是可以相互独立存在的，即存款的使用权和所有权可以归不同权利人所分别享有。当存款人到金融机构储蓄，就相当于与金融机构签订了一份让渡存款使用权的合同，存款人只是将存款的使用权转移给了金融机构，而存款所有权仍然归存款人所有。[8]《财政税收金融价格》中也指出，存款人在到金融机构存款时，存款的所有权并没有因储蓄行为而转移，存款的所有权人只有存款人一人，而金融机构只是在短期内获得了存款的使用权。

[5] 李石山 唐义虎 汪安亚:《物权法原理》，北京大学出版社，2008年（382）。
[6] 谢在全:《民法物权论》(下册),中国政法大学出版社 1999年（766）。
[7] 孙宪忠：《中国物权法总论》，法律出版社 2003 年，（38-56 ）。
[8] 公孙致远：《中国金融法律实务全书》，中国经济出版社 1994 年（582 ）。

2、有学者认为主张存单上权利属性为债权性质，学者潘攀认为，存款人将存款交付金融机构后，存款的所有权就发生了转移，存款归金融机构所有，存款人享有对金融机构的债权请求权。存款人到金融机构储蓄的行为在实际上是一个与金融机构订立存款合同的过程。存款合同订立之后，存款的所有权就转移给了金融机构，存款人也因此对金融机构享有了债权。存单就是债权关系的凭证[9]。

学者曹新友也认为，在存款法律关系中，其成立的重要条件是存款人向金融机构交付金钱。而金钱是一种可替代物。金钱交付之后，该笔金钱的所有权就随之转移给了金融机构，存款人到金融机构存款后，金融机构就因存款人的存款行为取得了该笔存款的完整的所有权，存款的所有权和使用权不能相分离[10]。

学者刘丹冰也支持存款所有权归金融机构的观点，认为存款人将存款的所有权转让给金融机构，其取得存款所有权，但是要承担按照存单上记载的日期或存款人的要求还本付息的义务，即向存款人履行债务的义务。[11]

（三）书面形式是否为质押合同成立的必备要件

学界有两种不同的观点：赞成书面形式为质押合同成立必备要件的学者，依据《担保法》第六十四条第一款以及《物权法》第二百二十四到二百二十八条的规定，认为质押合同是要式合同，书面形式是质押合同的成立要件，当事人未采取书面形式的，质押合同不成立。

认为质押合同的成立不以书面形式为必要条件的学者，主要依据是《合同法》第三十六条规定：“法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。” 虽然我国法律要求订立质押合同要采用书面形式，但王利明教授指出，设立质权时如果出质双方当事人因种种原因，没有采用书面形式订立质押合同，但出质人或质权人有足够证据证明质押法律关系确实存在的，质押合同也可以设定为成立。[12]

（四）权利质押的性质

关于权利质押的性质主要有两种观点，一是权利让与说，该说认为质权的标的应为有体物，权利之上不得再生质权，权利质押是以担保债权为目的而为的权利让与；二是权利标的说，认为质权的标的可以有两种，一种是有体物，另一种是特殊的财产性权利，权利质押是在权利之上设立的质权，所出质之权利仍属于出质人，质权人享有质权。目前的理论界，权利标的说是通说。

四、裁判要旨

1、典型案例：以出口退税账户托管的方式贷款构成出口退税权利质押。

裁判要旨：被告与原告在签订借款合同的同时，还签订了出口退税权利质押合同，约定被告将其享有的出口退税权利质押给原告，作为被告向原告借款的担保。根据质押合同，被

[9] 潘攀：《存款所有权属于谁？-谈银行与客户的关系》，《金融法苑》1998 年第 3 期。
[10] 曹新友：《论存款所有权的归属》，《当代法学》2000 年第 2 期。
[11] 刘丹冰：《银行存款所有权的归属与行使》，《法学评论》2003 年第 1 期。
[12] 王利明：《中国物权法草案建议稿及说明》，中国法制出版社 2001 年版，第 457 条第 1 款。

告在新区某行设立了出口退税专用账户，得到常州市国税局的确认。根据担保法第七十五条第(四)项规定，以出口退税账户托管的方式贷款，构成出口退税权利质押。贷款人在借款得不到清偿时，有权在借款人的出口退税款中优先受偿。**“中国工商银行常州市新区支行与常州市康美服装有限公司、常州市康盛服装有限公司借款担保合同纠纷案”载《中华人民共和国最高人民法院公报》，2005年第4期。**

2、典型案例：质押登记发生在主合同和质押合同签订之前，不影响质押合同的效力

裁判要旨：虽然目前我国有关法律、行政法规等尚未对以公路等不动产收益权出质的，质押权究竟是以交付权利凭证还是以依法登记作为取得权利的要件作出明确规定，但是，不论是以交付权利凭证还是依法办理出质登记作为公路收费权质押权取得的要件，因当事人在签订质押合同后既交付了质押权利凭证又依法办理了出质登记手续，故应认定该质押有效。**“中国工商银行股份有限公司哈尔滨开发区支行与中国光大银行股份有限公司哈尔滨道外支行、黑龙江长兴投资有限公司借款合同纠纷上诉案” 载《最高人民法院商事审判裁判规范与案例指导》，2010年卷。**

3、典型案例：仓库保管据、证明、寄存单不是仓单，不能作为权利质押合同的质押标的

裁判要旨：信用社与祥泰公司之间订立的合同名为权利质押合同，实为动产质押合同。祥泰公司与信用社订立质押合同时只是提交了中宝公司出具的保管据、证明、寄存单，不能替代质物之移交。质物没有特定化，就无法完成质物的交付，质押合同不生效。而且质权设定依法应当公示，动产的公示方式为交付，由于2000吨小麦未完成移转占有之交付，因而也不发生质权设定的效力。中宝公司在明知祥泰公司用以签订质押合同的情况下为祥泰公司开具虚假的保管据、证明，对祥泰公司与信用社之间订立的质押合同未能生效具有过错，应承担相应的民事责任。**“通州市农村信用合作联社与南通祥泰面粉有限公司、南通中宝实业有限公司”载 国家法官学院等著：《中国审判案例要览·2008年商事审判案例选》，人民法院出版社2009年12月第1版，第73-77页。**

《物权法》第二百二十四条汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单质权的设立

第二百二十四条　以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，当事人应当订立书面合同。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。

一、条文阐释

《物权法》第二百二十四条明确了以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质应当订立书面合同，且为公示生效主义，公示方式包括有权利凭证的情况下权利凭证的交付，以及无权利凭证情况下办理登记。我国《物权法》所规定的异议登记、预告登记等特殊登记形态亦可以适用。

（1）汇票、支票、本票

本法所称票据，是指汇票、本票和支票。(《中华人民共和国票据法》第二条)。票据质权，是指以票据法上的汇票、本票及支票出质而设定的质权。票据质权以票据权利为标的，性质上属于债权质权；以票据设质的行为则属于票据行为。在我国目前的民商事法律体系中，规范票据行为的是《中华人民共和国票据法》(以下简称《票据法》) 及最高人民法院《关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》(以下简称《票据法司法解释》)；规范债权质权的则是《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)、《中华人民共和国担保法》(以下简称《担保法》) 以及最高人民法院关于《中华人民共和国担保法若干问题的解释》(以下简称担《保法司法解释》)。

汇票是“出票人签发的，委托付款人在见票时，或者在指定日期无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。汇票分为银行汇票和商业汇票。”(《票据法》第十九条）汇票必须记载下列事项：(一）表明“汇票”的字样；(二）无条件支付的委托；(三）确定的金额；(四）付款人名称；(五）收款人名称；(六）出票日期；(七）出票人签章。汇票上未记载前款规定事项之一的，汇票无效。(《票据法》第二十二条)

本票是“出票人签发的，承诺自己在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。本法所称本票，是指银行本票。”(《票据法》第七十三条）本票必须记载下列事项：(一）表明“本票”的字样；(二）无条件支付的承诺；(三）确定的金额；(四）收款人名称；(五）出票日期；(六）出票人签章。 本票上未记载前款规定事项之一的，本票无效。本票便无效。(《票据法》第七十五条)

支票是“出票人签发的，委托办理支票存款业务的银行或者其他金融机构在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。”(《票据法》第八十一条)“支票必须记载下列事项（一）表明“支票”的字样；(二）无条件支付的委托；(三）确定的金额；(四）

付款人名称；（五）出票日期；（六）出票人签章。 支票上未记载前款规定事项之一的，支票无效。”（《票据法》第八十四条）

（2）债券、存款单

债券是指由政府、金融机构或者企业为了筹措资金而依照法定程序向社会发行的，约定在一定期限内还本付息的有价证券，包括政府债券、金融债券和企业债券。政府证券又称国库券，即由政府为筹措资金而向投资者发行的一种债券。金融债券是由金融机构发行的债券。企业债券是由企业发行的债券。

存款单，也称存单，是指当事人与金融机构之间的以进账单、对账单、在银行或者储蓄机构存了一定数额的款项后，由银行或者储蓄机构开具的到期还本付息的债权凭证。

（3）仓单、提单

仓单。“仓单是提取仓储物的凭证。存货人或者仓单持有人在仓单上背书并经保管人签字或者盖章的，可以转让提取仓储物的权利。”仓单设质须经保管人背书并签字或盖章。（《合同法》第387条规定）仓单包括应下列事项：①存货人的名称或者姓名和住所；②仓储物的品种、数量、质量、包装、件数和标记；③仓储物的损耗标准；④储存场所；⑤储存期间；⑥仓储费；⑦仓储物已经办理保险的，其保险金额、期间以及保险人的名称；⑧填发人、填发地和填发日期。仓单是提取仓储物的凭证。存货人或者仓单持有人在仓单上背书并经保管人签字或者盖章的，可以转让提取仓储物的权利。

提单。提单是用以证明海上货物运输合同和货物已经由承运人接收或者装船，以及承运人保证据以交付货物的单证。根据海商法的规定，提单中载明的向记名人交付货物、按照指示人的指示交付货物或者向提单持有人交付货物的条款，构成承运人据以交付货物的保证。提单的内容应包括下列各项：①货物的品名、标志、包数或者件数、重量或者体积，以及运输危险货物时对危险性质的说明；②承运人的名称和主营业所；③船舶名称；④托运人的名称；⑤收货人的名称；⑥装货港和在装货港接收货物的日期；⑦卸货港；⑧多式联运提单增列接收货物地点和交付货物地点；⑨提单的签发日期、地点和份数；⑩运费的支付；(11)承运人或者其代表的签字。提单缺少上述规定的一项或者几项的，不影响提单的性质。提单分为记名提单、指示提单和不记名提单。记名提单不得转让；指示提单经过记名背书或者空白背书可以转让；不记名提单无须背书即可转让。((《海商法》第79条。记名提单不得转让，而质押记名提单在不能清偿债务时提单就存在转让的问题，因而对于记名提单不能设定质权。)

（一）当事人应当订立书面合同。

以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，当事人应当订立书面合同。质权合同内容包括被担保的主债权种类、数额；债务人履行债务的期限；质物的名称、数量、质量、状况；质押担保的范围；质物移交的时间以及当事人认为需要约定的其他事项。(《担保法》第六十五条)。书面合同成立，质权并不当然设立，还需要一定的公示方式。

（二）公示方式：交付与登记

汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单的质押采取公示生效主义，公示方式包括有权利凭证的情况下权利凭证的交付，以及无权利凭证情况下办理登记。

一、有权利凭证的，质权自权利凭证交付质权人时设立

权利凭证是指记载权利内容的证书。汇票、支票、本票、存款单、仓单、提单和一部分实物债券等都有权利凭证。质权自交付权利凭证时设立。

二、没有权利凭证的，质权自有关部门办理出质登记时设立

部分债券如记账式国库券和在证券交易所上市交易的公司债券等已实现无纸化，没有权利凭证，应于法律、法规规定的有关登记部门办理出质登记，质权自登记时设立。如记账式国库券由中央国债登记结算公司办理出质登记，在证券交易所上市交易的公司债券则由证券登记结算机构办理出质登记。

（三）质权的效力

1、证券质权人享有的权利包括

(1)收取孳息的权利 (2)留置证券的权利 (3)保全质权的权利 (4)限制出质人与第三人行为的权利 (5)以出质质权优先受偿的权利

2、证券质权人承担的义务

保全出质质权

（四）票据质权人票据权利的行使

我国《票据法》第35条第2款规定，汇票可以设定质押；质押时应当以背书记载“质押”字样。被背书人依法实现其质权时，可以行使汇票权利。票据质权人行使票据权利的条件如下：

第一，质权人的质权只有在主债权得不到实现的情形下才能行使。尽管《票据法》规定质权人可以“行使汇票权利”，但权利的行使仍受一定条件的限制。质权人经由提示付款或者行使追索权获得票据金额的，首先用于清偿债权，如有剩余，再将其返还被背书人。不过，质权人可以以票据质押行为主张票据抗辩。

第二，质权人在票据到期而主债权未到期的情形下，可以行使票据权利，所获得的票据金额应进行提存，而不发生清偿的法律后果。基于意思自治，经债务人同意也可以该票据金额提前清偿债务。质权人行使票据权利不必证明自己有权行使质权。《物权法》第225条规定，兑现日期或者提货日期先于主债权到期的，质权人可以兑现或者提货，并与出质人协议将兑现的价款或者提取的货物提前清偿债务或者提存。质权人无需向清偿人（包括仓单的签发人、债权发行人、存款单签发银行、票据付款人）证明自己的质权行使权利。

二、周边法源

（一）法律法规

1、《票据法》

第三十五条 背书记载“委托收款”字样的，被背书人有权代背书人行使被委托的汇票权利。但是，被背书人不得再以背书转让汇票权利。

汇票可以设定质押；质押时应当以背书记载“质押”字样。被背书人依法实现其质权时，可以行使汇票权利。

2、《担保法》

第七十五条　下列权利可以质押：

（一）汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单；【与《物权法》第223条（一）（二）（三）重合】

（二）依法可以转让的股份、股票；【《物权法》第223条第（四）款去掉了股票，增加了可以转让的基金份额，此条失效】

（三）依法可以转让的商标专用权，专利权、著作权中的财产权；【《物权法》第223条第（五）不限于此条规定中的可以出质的三项知识产权，而扩充为了“注册商标专用权，专利权、著作权等知识产权”，此条失效。】

（四）依法可以质押的其他权利。【《物权法》第223条第（六）款增加了“应收账款”，第（七）款兜底条款中将担保法中“依法”，变更为“法律、行政法规”规定，此条失效】

第七十六条规定：“以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，应当在合同约定的期限内将权利凭证交付质权人。质押合同自权利凭证交付之日起生效。”【这一规定将汇票等的交付作为质押合同的生效要件，未区分质权的成立、生效要件与质押合同的成立及生效要件，与《物权法》规定冲突，已失效】

第八十一条　权利质押除适用本节规定外，适用本章第一节的规定。（与《物权法》内容重合）

3、《物权法》

第二百二十三条　债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质：

（一）汇票、支票、本票；

（二）债券、存款单；

（三）仓单、提单；

（四）可以转让的基金份额、股权；

（五）可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权；

（六）应收账款；

（七）法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利。

第二百二十九条　权利质权除适用本节规定外，适用本章第一节动产质权的规定。

（二）司法解释

1、《最高人民法院关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》（以下简称《审理票据纠纷案若干规定》）（2000年11月21日起实施）

第三十四条　依照民事诉讼法第一百九十七条第二款的规定，在公示催告期间，以公示催告的票据质押、贴现，因质押、贴现而接受该票据的持票人主张票据权利的，人民法院不予支持，但公示催告期间届满以后人民法院作出除权判决以前取得该票据的除外。

第四十七条　因票据质权人以质押票据再行背书质押或者背书转让引起纠纷而提起诉讼的，人民法院应当认定背书行为无效。

第五十一条　依照票据法第三十四条和第三十五条的规定，背书人在票据上记载“不得转让”、“委托收款”、“质押”字样，其后手再背书转让、委托收款或者质押的，原背书人对后手的被背书人不承担票据责任，但不影响出票人、承兑人以及原背书人之前手的票据责任。

第五十二条　依照票据法第五十七条第二款的规定，贷款人恶意或者有重大过失从事票据质押贷款的，人民法院应当认定质押行为无效。

第五十三条　依照票据法第二十七条的规定，出票人在票据上记载“不得转让”字样，其后手以此票据进行贴现、质押的，通过贴现、质押取得票据的持票人主张票据权利的，人民法院不予支持。

第五十四条　依照票据法第三十四条和第三十五条的规定，背书人在票据上记载“不得转让”字样，其后手以此票据进行贴现、质押的，原背书人对后手的被背书人不承担票据责任。

第五十五条　依照票据法第三十五条第二款的规定，以汇票设定质押时，出质人在汇票上只记载了“质押”字样未在票据上签章的，或者出质人未在汇票、粘单上记载“质押”字样而另行签订质押合同、质押条款的，不构成票据质押。

2、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（以下简称《担保法解释》）（２０００年１２月１３日起施行）

第九十八条　以汇票、支票、本票出质，出质人与质权人没有背书记载“质押”字样，以票据出质对抗善意第三人的，人民法院不予支持。

第九十九条　以公司债券出质的，出质人与质权人没有背书记载“质押”字样，以债券出质对抗公司和第三人的，人民法院不予支持。

第一百条　以存款单出质的，签发银行核押后又受理挂失并造成存款流失的，应当承担民事责任。

第一百零一条　以票据、债券、存款单、仓单、提单出质的，质权人再转让或者质押的无效。

第一百零六条　质权人向出质人、出质债权的债务人行使质权时，出质人、出质债权的债务人拒绝的，质权人可以起诉出质人和出质债权的债务人，也可以单独起诉出质债权的债务人。

3、《最高人民法院关于审理存单纠纷案件的若干规定》（1997年12月13日实施）

第八条　对存单质押的认定和处理

存单可以质押。存单持有人以伪造、变造的虚假存单质押的，质押合同无效。接受虚假存单质押的当事人如以该存单质押为由起诉金融机构，要求兑付存款优先受偿的，人民法院应当判决驳回其诉讼请求，并告知其可另案起诉出质人。

存单持有人以金融机构开具的、未有实际存款或与实际存款不符的存单进行质押，以

骗取或占用他人财产的，该质押关系无效。接受存单质押的人起诉的，该存单持有人与开具存单的金融机构为共同被告。利用存单骗取或占用他人财产的存单持有人对侵犯他人财产权承担赔偿责任，开具存单的金融机构因其过错致他人财产权受损，对所造成的损失承担连带赔偿责任。接受存单质押的人在审查存单的真实性上有重大过失的，开具存单的金融机构仅对所造成的损失承担补充赔偿责任。明知存单虚假而接受存单质押的，开具存单的金融机构不承担民事赔偿责任。

以金融机构核押的存单出质的，即便存单系伪造、变造、虚开，质押合同均为有效，金融机构应当依法向质权人兑付存单所记载的款项。

三、争点与述评

（一）票据质权的设定是否应当背书

质押合同和质物交付是否足以成立票据质押，以及质押背书是票据质押的对抗要件还是生效要件，立法规定与司法解释均存在冲突，也是具有争议的焦点问题之一。

一般认为，《担保法》和《担保法解释》将质押背书作为质押的对抗要件[1]。《担保法》第七十六条规定："以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，应当在合同约定的期限内将权利凭证交付质权人。质押合同自权利凭证交付之日起生效。"依据这一规定，票据质押应当订立质押合同并交付票据，而无须在票据上进行质押背书，其第二款的关于未交付票据的质押合同无效的规定与《物权法》第二百二十四条冲突而失效。《担保法解释》第九十八条规定："以汇票、支票、本票出质，出质人与质权人没有背书记载'质押'字样，以票据出质对抗善意第三人的，人民法院不予支持。"即票据的质押背书不是票据质押设立的生效条件而是票据质权的对抗条件。未进行票据质押背书，同样能够设定票据质权。

《票据法》第二十七条第三款、二十二条、三十五条、七十五条及《最高人民法院关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》（以下简称《票据法司法解释》）第五十五条则将背书作为汇票和本票转让或质押的一般成立要件，只有无记名票据和空白背书票据情形才可以交付转让。因为当质权人基于质权行使票据权利时，票据上除出质人以外的所有票据债务人均可以背书不连续，持票人无法证明自己权利来源合法为由对抗质权人的付款请求权或追索请求权，票据质权人的权利无从实现。依据《票据法》及其司法解释，票据质权应当背书，仅仅交付不能设立质押。

《物权法》区分了质权与质押合同的成立条件，但在物权的变动方面，是否解决前述规定的冲突之处，尚存疑惑。(1)《担保法司法解释》关于质押背书是票据质押的对抗要件的规定仍有效。(2)《物权法》明确具备票据质押书面合同，以及票据的交付即可设立质权，并未规定背书。《物权法》并未废止《担保法司法解释》关于质押背书是票据质押的对抗要件的规定，也没有解决票据质押的制度冲突问题。

对于票据质押设立的立法冲突应适用哪一形式，是否需要背书，理论界和实务部门有不同解释：

[1] 黄松有：《票据法司法解释实例释解》，北京：人民法院出版社，2006（306）。

第一种观点认为，《物权法》颁布前，《担保法》与《票据法》等法律规定对于票据质权的设立规则存在冲突，而《物权法》中的相关规定正是对这一冲突的解决，依据《物权法》，设质背书不是票据质权的成立要件，只需要书面合同和票据交付即可成立质权。[2]

第二种观点是，出质人与债权人成立质权合同并交付票据未作背书，不成立票据质权，但质权人享有普通债权质权，即以票据为权利凭证，普通债权为标的的质权。[3]

第三种观点认为，《物权法》与《票据法》是普通法与特殊法的关系，前者规范票据质押的原因关系，而票据质押的具体设定规则则由后者调整，因此票据质押应当以背书质押为必要背书为票据质押的成立要件。[4]

第四种观点是，设定票据质权是否需要背书质押应根据票据的不同种类确定，指名票据出质时，出质人将票据出质情况通知票据义务人即可，无需实际交付票据即可成立。以指示票据出质时需要交付票据并背书，否则不能对抗善意第三人或债务人。以无记名票据出质，仅交付票据即可成立质权。无需背书质押。[5]

第五种观点认为，设质背书是票据质权的对抗要件而非生效要件，即以票据出质的，如无设质背书，持票人可以书面质权合同依法举证，证明其票据权利。此时应认定持票人享有票据质权，只是不得对抗善意第三人。如果票据持有人所所持有的票据既无背书，也无书面质权合同，应认定不发生质权关系。[6]

（二）允许质押的票据种类

1、记载"不得转让"的票据可否出质

一种观点认为，以记载有"不得转让"的票据出质，质押无效。票据质押虽不同于票据转让，不一定使票据权利人丧失票据权，但已使票据权利处于不确定的状态。出质人不能履行担保债务时，质权人可以依法行使质权，依据权利优先受偿，发生与转让相同的法律后果。[7]

票据法理论通说认为，出票人为禁止转让之记载的票据，不能设定质押。因为允许质押实际上就暗含了允许转让。出票人做禁止转让记载的票据实际上限定了持票人的处分权。关于以欠缺处分权的财产设定质押是否有效的问题，《担保法》没有做出规定。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》规定："以自己不享有所有权或者经营管理权的财产作抵押物的，应当认定抵押无效。"《物权法》规定设定质押的财产权应当是债务人或者设定质权的第三人属于有权处分行为。

另一种观点认为，以记载有"不得转让"的票据出质，质押有效。《票据法》第 27 条规定肯定了除背书转让外还存在其他方式授予他人行使票据权利，以票据设质并不必然发生

[2] 王利明：《物权法研究（下卷）》，中国人民大学出版社 2007 年(600）。
[3] 熊丙万、李永宁：《论<物权法>视野下票据设质背书的功能》，《<物权法>与证券投资者权益保护》，中国人民大学出版社 2008 年（147-148）。
[4] 高圣平：《担保法论》，法律出版社 2009 年（504-509）。
[5] 梁慧星、陈华彬:《物权法》，法律出版社 2007 年（360）。
[6] 李国光：《经济审判指导与参考》（第 4 卷），法律出版社 2001 年(84-85)。
[7] 李国光，奚晓明，曹士兵：《最高人民法院<关于适用中华人民共和国担保法若干问题的解释>理解与适用，吉林人民出版社，2000，352。

票据权利转让的后果，仅当债务人不履行担保的债务时，质权人才可以依法行使质权，取得票据权利。若债务人履行债务则质权消灭。[8]主张将出票人的记载分成“不得转让”与“不得质押”两类，其中仅仅记载“不得转让”的票据，不影响质押关系的设立，而出票人明确记载“不得质押”的，票据才丧失可质押性。同时建议对《票据法》第35条及其司法解释进行修改。也有人认为禁止转让票据的本质是使票据丧失指示证券的特点而成为一般指名证券。指名证券尽管不能按照《票据法》的规定进行背书转让，但可作为普通民事债权进行转让。如果质押背书不属于票据转让行为，则不属于《票据法》所规定的“不得转让”票据的背书，可允许该类票据设定质押。

根据票据法理论，禁止转让票据因禁止转让记载，实际上已经成为一般债券。此时是否允许按照一般债券来讨论其可质性？证券发行人按照票据法规定完成出票行为，但签发的实际并非票据。以该种证券设质，质权的标的应为一般的民事债权。质权人所取得的权利只能是一般债权的质权，只能向票据的付款人或者承兑人主张付款请求权，而不能行使追索权；受债权转让规则的限制而不能获得票据权利质押中质权人的权利保护。因此，“禁止转让”票据设定质押的，并不构成票据上的质押，禁止转让票据的质权人不享有票据质权人的权利，但可以根据一般债权质押主张权利。

2、支票是否允许质押

尽管支票都被纳入到允许质押的权利种类。但多数票据法学者认为支票作为见票即付的支付工具，不宜作为允许质押的票据。有学者主张，支票作为有价证券，具有流通性，本质上并无限制质权设定的理由，尤其是将来可能允许远期支票开设，支票的信用功能或可开发，所以应当承认支票可质押的性质。也有学者认为，支票不适合质押是由支票本身的性质决定的，作为见票即付票据，即使支票另行记载出票日期，持票人也可以按照规定“视为即期，请求付款”，付款人也不必注意票据上的出票日期晚于提示付款日期而予以付款。所以，支票无信用存在的事实与票据质押作为信用工具之间存在不可调和的矛盾。即使确实发生支票质押，持票人即可将该支票提示付款，以质押支票作为担保的目标也就失去实质意义。

（三）解除票据质押

我国法律上并没有明确规定解除票据质押的情形。实践中有三种做法：一是涂销质押背书；二是由质权人作回头背书；三是退还票据。涂销质押背书是指质权人在将票据交还出质人时由其将质押背书涂销。由于我国《票据法》没有规定涂销制度，涂销的效力并不明确。以涂销方式解除质押只是理论上的说法。质权人以回头背书的方式解除质押也不失为一种方法，但是回头背书作为转让背书的一种方式，要去回头背书的背书人对于被背书人承担作为前手的责任，但质押票据返回时所为的回头背书，质权人并不愿意承担作为前手的票据责任，要求质权人对后手承担票据被追索责任并不公平。如果返还出质人的票据有继续背书流通的可能性，质权人承担票据责任的风险更大。采取交付方式返还票据但不作记载必然导致背书不连续情形的出现。这种方式的缺陷是，出质人持有票据但与票据记载的权利人并不一致，

[8] 孔祥俊：《担保法及其司法解释的理解与适用》，法律出版社，2001（01）。

容易引发第三人对于持票人是否享有票据权利的疑惑。虽然可以通过举证方式证明票据权利，但仍需要更简明的方式证明出质人的权利。通过修改法律确立涂销制度不失为一种好的选择。

四、裁判要旨

1、典型案例：票据上“不得转让”的约定不影响质押合同的有效且不能对抗善意持票人。

裁判要旨：轻工公司为保证其付款义务的履行，有权通过质押背书，将6张以其为收款人、标明“不得转让”字样的银行承兑汇票交付给投资银行，形成权利质押。由于质押仅能使质权人占有质物，并未形成所有权的转移，因此，票面记载的“不得转让”字样不影响双方当事人之间设定质押合同的合法有效性。参照担保法第76条的规定，质押合同自权利凭证交付之日起生效。投资银行通过质押占有票据，并通过向信用证议付行承兑付款为取得票据权利支付了对价，成为该票据的善意持有人。参照担保法第81条和第63条的规定，在轻工公司已经不能履行其债务时，投资银行有权行使票据权利，并优先受偿。“不得转让”的约定以及轻工公司同案外人之间发生的合同纠纷，对通过质押占有票据的投资银行来说，是票据的原因关系。票据的原因关系不能对抗通过合法的渠道取得票据并为此支付了对价的善意持票人。**“中国投资银行天津分行诉天津市轻工业对外贸易公司票据质押纠纷案”载《中华人民共和国最高人民法院公报》1997年01期。**

2、典型案例：金融机构已核押的以虚假存单出质的质押合同有效。

裁判要旨：银行工作人员采用虚打存折的方法为他人出具虚假存单，用作质押贷款，后又利用职务便利为该质押存单核押，在判定据此形成的质押合同的效力时，既要考虑此类合同“以合法形式掩盖非法目的”，以犯罪为目的骗取银行借款的本质，又要考虑银行作为金融机构，其核押行为的对世效力。依据最高人民法院《关于审理存单纠纷案件的若干规定》第8条第1款、第3款的规定，在核押行为有效的情况下，即使存单虚假，上述质押合同仍应认定为有效，持有存单的质权人依法享有质权。当质权人要求核押存单的出票银行兑付存单时，该出票银行应当无条件予以兑付。**“内蒙古银行股份有限公司与中国工商银行股份有限公司呼和浩特新城支行质押合同纠纷上诉案”载《人民司法·案例》2013年第22期。**

3、典型案例：质押人出具质押担保并成就合同目的后，即反言以自己的行为违法导致合同无效为由达到免除担保责任的目的，法院不予支持

裁判要旨：双方签订的《权利质押合同》设定的质押物为3000万元，该3000万元就存在广发银行，广发银行已经实际控制了上述账户的资金，即已完成质物的移交，不存在再次交付的问题。民生证券出具董事会决议，同意提供存款质押，并由法定代表人签署了授权书，授权李永刚签订质押合同及借款合同，并在上述合同上签盖法人印章，这些事实足以认定为民生证券法人行为，而非董事、经理的个人行为。质押担保合同应以定为有效。民生证券作为质押人向广发银行出具了质押担保，得到广发银行信任并成就合同目的后，即反言以自己的行为违法导致合同无效为由以达到免除担保责任的目的。此行为有悖诚信原则。“民

生证券有限责任公司与广东发展银行股份有限公司郑州郑汴路支行、河南花园集团有限公司质押合同纠纷案”，载《最高人民法院商事审判指导案例·借款担保卷》，中国法制出版社2011年版，第466～472页。

《物权法》第二百二十五条汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单质权人权利的特别规定

第二百二十五条　汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单的兑现日期或者提货日期先于主债权到期的，质权人可以兑现或者提货，并与出质人协议将兑现的价款或者提取的货物提前清偿债务或者提存。

一、条文阐释

《物权法》第二百二十五条是关于汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单质权的提前清偿或提存的规定，是对以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的权利质权人行使权利的特别规定，明确了质权人提前清偿债务或提存的条件，是以上票据兑现日期或者提货日期先于主债权到期，且质权人与出质人达成相应的协议。

有价证券可分为债权证券和物权证券，汇票、支票、本票、债券、存款单是债权证券，仓单、提单是物权证券。

（一）质权人的兑现和提货权。

载明兑现日期或者提货日期的汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单的兑现日期或者提货日期届至时，原则上必须兑现或者提货，以免除第三债务人的债务。如果不按时兑现或者提货，有可能给债务人自身带来损失，最终影响其所担保的主债权的实现，例如仓单提货日期届至不按时提货的，须加付仓储费。汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单的兑现日期或者提货日期先于主债权到期，为保障质权人在主债权到期时能够实现质权，因此赋予质权人对质权人对以上票据、单据的兑现权、提货权。

质权人无需经过出质人同意，可以将汇票、支票、本票、债券或者存款单上所载款项兑现，及提取仓单或者提单上所载货物。其中，票据、债券、存款单质权的实现方式是“兑现”，而仓单、提单质权的实现方式是“提货”。

（二）质权人的通知义务

质权人必须通知出质人，并与出质人协商。该条在质权人“兑现或提货”与“与出质人协议”之间采取“并”字，即未明确确定前后发生顺序，因此质权人的通知行为，可以发生在提取或兑现前，过程中，或者之后。

（三）提前清偿债务或提存协议。

质权人与出质人应当就借款或货物的处理方式进行协商，基于主债权尚未到期，因此协商后，质权人与出质人应达成用兑现的价款、提取的货物提前清偿债权或提存的合意。

提前清偿债权的，质权消灭；进行提存，则质权存在于提存的价款或者货物上。出质人只能在提前清偿债权和提存中选择，而不能既不提前清偿债权，也拒绝提存。

依据《物权法》第219条第2款的规定，动产质权的实行方式是拍卖、变卖质物优先受

偿，或者与出质人协议以质押财产折价后优先受偿。因此债券质权、存款单质权还可以动产质权实现方式实现。但作为票据质权的客体——票据债权，由于转让票据权利只能按照《票据法》的规定进行，而《审理票据纠纷案若干规定》又规定，票据质押后票据权利不得转让，故此票据质权的实现不能通过拍卖、变卖、折价的方式进行。作为质权客体的票据权利，其实现方式只有“兑现”一种。即便都是以兑现方式实现质权，票据质权与债券质权、存款单债权质权的实现方式也不同。两者的区别在于票据质权的实现必须按照《票据法》的规定行使票据权利。票据质权的行使过程也就是票据债权的行使过程。

票据质权是在汇票、支票、本票等票据债权上设定的质权。票据质权的客体是票据权利。票据质权是一种债权质权。债权质权的实现是通过行使出质人（债权人）的债权请求权，并受领债务人的给付。票据质权的实现，也是通过行使出质人（票据债权人）的票据债权来实现的。但票据质权的实现无需通知第三债务人,出质人对票据质权人有担保义务。

二、周边法源

一、法律法规

1、《票据法》

第三十五条第二款　汇票可以设定质押；质押时应当以背书记载‘质押’字样。被背书人依法实现其质权时，可以行使汇票权利。

2、《担保法》

第七十五条　下列权利可以质押：

（一）汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单；【与《物权法》第 223 条（一）（二）（三）重合】

（二）依法可以转让的股份、股票；【《物权法》第 223 条第（四）款去掉了股票，增加了可以转让的基金份额，此条失效】

（三）依法可以转让的商标专用权，专利权、著作权中的财产权；【《物权法》第 223 条第（五）不限于此条规定中的可以出质的三项知识产权，而扩充为了“注册商标专用权，专利权、著作权等知识产权”，此条失效。】

（四）依法可以质押的其他权利。【《物权法》第 223 条第（六）款增加了“应收账款”，第（七）款兜底条款中将担保法中“依法”，变更为“法律、行政法规”规定，此条失效】

第七十六条 以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，应当在合同约定的期限内将权利凭证交付质权人。质押合同自权利凭证交付之日起生效。【《物权法》对此条进行修正，区分了质押合同成立与质押生效，因此此条失效。】

第七十七条 以载明兑现或者提货日期的汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单兑现或者提货日期先于债务履行期的，质权人可以在债务履行期届满前兑现或者提货，并与出质人协议将兑现的价款或者提取的货物用于提前清偿所担保的债权或者向与出质人约定的第三人提存。【与《物权法》内容基本重合，《物权法》中去掉了“在债务履行期届满前”】

第八十一条　权利质押除适用本节规定外，适用本章第一节的规定。【与《物权法》内容重合】

3、《物权法》

第二百二十三条　债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质：

（一）汇票、支票、本票；

（二）债券、存款单；

（三）仓单、提单；

（四）可以转让的基金份额、股权；

（五）可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权；

（六）应收账款；

（七）法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利。

第二百二十九条　权利质权除适用本节规定外，适用本章第一节动产质权的规定。

（三）司法解释

《担保法解释》

第一百零二条　以载明兑现或者提货日期的汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，其兑现或者提货日期后于债务履行期的，质权人只能在兑现或者提货日期届满时兑现款项或者提取货物。

三、争点与述评

（一）单独规定质权人可以兑现的争议

有学者提出，本条中单独规定质权人可以兑现有些不妥，因为债务人在此时向质权人履行并不必然能够发生免除债务的后果。此处应当从共同债权人的角度设计规范。被担保的债权履行期限尚未届满，但出质的债权履行期限已经届满。在此种情况下，债务人应当向出质人和质权人同时作出履行，并且该二人应当作为共同债权人一并受领该给付或者要求向提存机关为提存或者要求法院为债权保全措施，在出质双方没有特别约定的前提下，债务人向任何一方履行都无法达到免除债务的效力。如果质权人同意出质人可以收取债务人的履行，在此情况下，质权消灭。收取债权时，出质人和质权人负担相互协作的义务。在债权标的为金钱时，双方当事人应当采取稳妥的方式、通常为在提存银行开立共同掌管的账户，并不排除进行具有稳定收益的投资，但不能够威胁到质权人在将来的质权实现。同一个债权可能构成多个质权标的，由此发生优先顺序问题，受领履行的权利取决于权利质权的顺序。[1]

（二）票据转质

为了保护质押背书中出质人的权利，法律限制质权人转让票据。《票据法司法解释》第 47 条明确质押票据的转质押背书或者转让背书无效。学界普遍认为《物权法》第 217 条对承诺转质与责任转质作出了一体承认的规定。

《担保法司法解释》第 94 条对转质有规定，但只承认了承诺转质，而否认责任转质的

[1] 朱岩：《物权法草案中“权利质权”规定内容评析》，《中外法学》vol18。

效力，同时《担保法司法解释》第101条规定，以票据出质的，质权人再质押的无效。因此，依据《担保法司法解释》的规定，票据质权人是不享有转质权的。第102条规定入质票据的兑现日期后于其所担保的债务履行期的，质权人只能在兑现日期届满时兑现款项，从另一个角度重申了质押票据不得转质的规定。《票据法》第35条第2款对质押背书的被背书人能否再背书未作任何规定，即对票据质权转质并无相应规定。《票据法司法解释》第47条规定，因票据质权人以质押票据再行质押引起纠纷而提起诉讼的，人民法院应当认定背书行为无效。

《票据法司法解释》第51条也涉及到人质票据的转质问题 "……背书人在票据上记载'不得转让'、'委托收款'、'质押'字样，其后手再背书转让、委托收款或者质押的，原背书人对后手的被背书人不承担票据责任，但不影响出票人、承兑人以及原背书人之前手的票据责任。"但是对第51条规定的理解却有颇多分歧。其一，以票据设定质押后，被背书人（质权人）可以再进行转让背书、委托背书以及质押背书，即质权人可以转质，只不过原背书人（出质人）对后手（质权人）的被背书人（转质权人）不承担票据责任，但不影响出票人、承兑人以及原背书人之前手的票据责任。但这一理解不仅直接与《票据法司法解释》第47条规定矛盾，也与传统担保法中的转质理论相悖；其二，背书人进行质押背书后，被背书人又背书质押（质权人转质），原背书人对后手的被背书人不承担票据责任，但不影响出票人、承兑人以及原背书人之前手的票据责任。这一理解存在着与第一种理解相同的不合理之处。

多数学者认为法律关于动产转质的规定，同样适用于包括票据质权在内的权利质权，提出权利质权转质与动产质权转质并无不同，质权人既可以进行承诺转质，也可以进行责任转质。应当允许质权人通过转让票据的方式实现自己的债权。出质票据的这种合法再转让，是在主债务不履行的情况下行使担保债权的一种方式，不会增加出质人的风险，再背书转让不会增加质权人的利益，反而为实现质权增加了一种更便利的方式。有观点认为，经质押背书取得票据的持票人，并非背书人的代理人，其行使票据权利是为了实现自己的债权，所以当该持票人可以就票据受偿又未届到期日时，其有权转让票据。也有学者认为责任转质在当今社会并无重大价值，却加重了出质人的负担和风险，有失公平应只承认承诺转质，而否定责任转质。

（三）票据质权是否应以背书设立

对于票据质权的设定是否应背书，有学者认为，《物权法》第二百二十五条规定了兑现和提货的实现方式，票据质权具有有别于其他权利质权的实行方式。既然票据质权的实行必须通过行使出质人票据债权，而行使出质人的票据债权必须遵循《票据法》的规定，则票据质权的设定方法也因遵循《票据法》的规定即适用背书。[2]

还有学者论证，以单纯交付方式设立的质权是很难实现。按照《物权法》第二百二十五条及《担保法司法解释》第一百零一条、一百零二条及《票据法司法解释》第四十七条的规定，票据质权的实现，应当由质权人以自己的名义主张权利（提示付款或行使追索权），从

[2]傅鼎生：《票据质权设立规则冲突现象必须改变》，《东方法学》2013年第6期。

而实现票据权利，使自己的债权得以清偿。但由于票据上缺乏必要的背书记载导致背书不连续，质权人因而无法以自己的名义主张票据权利，因票据上未有设质背书，票据付款人当然得拒绝质权人的付款请求，此为票据文义性原则的必然结果；而质权人亦不可能以未记载自己姓名的票据的让与来满足债权，因为背书的连续性已被中断。此时质权人只能请求出质人提示付款或进行追索（行使票据权利），再将所得款项转交给自己，而一旦出质人不予协助，必将导致诉讼。[3]

四、裁判要旨

通过在北大法宝以及北大法意中输入"汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单质权""物权法225条"进行案例检索，显示相关的最高人民法院公报案例为0。

典型案例：存单兑现日期先于主债权到期，权利质权的质权人可以兑现。

裁判要旨： 原告向被告浙江某某钢某某司发放贷款并为其承兑相关款项后，被告浙江某某钢某某司没有依约履行对原告的其他到期债务，原告在浙江某某钢某某司违约未支付贷款利息及违约未足额支付承兑款项的情况下，多次要求其履行合同义务，浙江某某钢某某司明确表示没有还款能力，拒绝履行合同义务的行为已经构成违约。原告为维护自身的合法权益，依照流动资金贷款合同第十、十一条及银行承兑协议第二、三条的约定，宣布上述债务提前到期，同时要求浙江某某钢某某司及相关保证人依约承担相应的还款责任和保证责任，合理合法，本院予以支持。被告浙江某某钢某某司以其质押的单位定期存单对上述承兑款本息承担质押担保责任，原告依法对质押物享有优先受偿权。**"中国建设银行股份有限公司某某支行与浙江某某钢某某司等金融借款合同纠纷案"，载北大法宝**

http://iras.lib.whu.edu.cn:8080/rewriter/PKULAW/http/vvv9ojtk-v9bm/Case/pfnl_118858931.html?match=Exact

[3]董翠香：《票据质权法律规定的理解与适用—— 以<物权法>与<票据法>的冲突与协调为视角》，《法学论坛》2008年第5期。

《物权法》第二百二十六条基金份额、股权质权的设立与转让限制

第二百二十六条　以基金份额、股权出质的，当事人应当订立书面合同。以基金份额、证券登记结算机构登记的股权出质的，质权自证券登记结算机构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。

基金份额、股权出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让基金份额、股权所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。

一、条文阐释

《物权法》第二百二十六条第一款是关于基金份额、股权质权的设立，第二款规定了对出质人转让已出质的基金份额、股权的限制。我国《物权法》第二百二十六条以“书面合同+登记”的形式规定基金份额、股权的质押，并明确基金份额登记机构为证券登记结算机构，证券登记结算机构登记的股权和其他股权则分别以证券登记结算机构和工商行政管理部门作为登记机构，采取登记生效主义，明确了已出质基金份额、股权转让的限制和转让价款的使用。

（一）该条第一款规定主要包括以下两层含义：

1、以基金份额、股权出质的，双方当事人应当订立书面质权合同。

⑴基金份额、股权的概念和范围。

基金份额，是指基金公司公开发行的、表彰基金份额持有人权利的凭证。基金份额持有人享有的权利有：（1）分享基金财产利益（2）参与分配清算后的剩余基金财产（3）依法转让或者申请赎回其持有的基金份额（4）按照规定要求召开基金份额持有人大会（5）对基金份额持有人大会审议事项行使表决权（6）查阅或者复制公开披露的基金信息资料（7）对基金管理人、基金托管人、基金份额发售机构损害其合法权益的行为依法提起诉讼（8）基金合同约定的其他权利。（《证券投资基金法》第七十条）依据《物权法》的规定，凡是可以依法转让的且允许出质的财产，可以出质。基金份额是一种财产性权利，且持有人有权依法转让其持有的基金份额，因此基金份额可以出质。

股权是“公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。”（《公司法》第四条）是一项集合性的权利。

关于股权的内容，股东享有的自益权包括⑴有限公司新增资本优先认缴权（《公司法》第三十五条）⑵股份有限公司股票交付请求权（《公司法》第一百三十三条）⑶股份转让权（《公司法》第一百三十八条）⑷剩余财产分配请求权（《公司法》第一百八十七条）⑸有限公司股东异议赎回请求权（《公司法》第七十五条）⑹股票失效确认权和申请补发权（《公司法》第一百四十四条）⑺有限公司股东转让股权优先购买权（《公司法》第七十二条）和强制执行优先购买权（《公司法》第七十三条）（8）按比例股利分配权（《公司法》第一百六

十七条）（9）继承权（《公司法》第七十六条）（10）股份公司新股认购优先权（《公司法》第一百三十四条）（11）股利分配请求权（《公司法》第三十五条和第一百六十七条第四款）（12）股份公司股东异议股份赎回请求权（《公司法》第一百四十三条）。

股东享有的共益权包括（1）股东大会出席权及表决权（《公司法》第一百零四条）（2）有限公司知情权（《公司法》第三十四条）和股份公司知情权（《公司法》第九十八条）（3）股份公司股东建议权（《公司法》第九十八条）（4）股份公司股东质询权（《公司法》第九十八条）（5）临时股东会和股东大会召开请求权（《公司法》第四十条、一百零一条）（6）股东会议决议撤销请求权（《公司法》第二十二条）（7）强制解散公司权（《公司法》第一百八十三条）。

股权质押指向的目标公司包括有限责任公司（以下简称“有限公司”）和股份有限公司（以下简称“股份公司”），后者包括上市公司与非上市公司。股份有限公司的特点是可以发行股票，其股权以股票形式来表现，分为记名股与无记名股。公司向发起人、国家授权投资的机构、法人发行的股票应当为记名股票，对社会公众发行的股票则既有记名股也有无记名股。以记名股票出质的，出持人与质权人应订立质押合同或者背书记载质押字样，并向证券登记机构办理出质登记。质押合同自登记之日起生效。以无记名股票出质的，出质人与质权人应订立质押合同或者背书记载质押字样。质押合同自股票交付之日起生效。未经背书质押的无记名股票，不得对抗第三人。

以有限公司以及股份有限公司的股份出质的，均适用《中华人民共和国公司法》有关股份转让的规定。（《担保法》第七十八条、《担保法解释》第一百零三条）质押担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、股份、股票的法定孳息，保管费用和实现质权的费用。质押合同另有约定的，按照约定（《担保法》六十七条、《担保法解释》第一百零四条、《股权出质登记办法》和我国《物权法》第二百一十三 条、二百二十三条）。

（2）应订立书面合同

质权合同内容包括被担保的主债权种类、数额；债务人履行债务的期限；质物的名称、数量、质量、状况；质押担保的范围；质物移交的时间以及当事人认为需要约定的其他事项。禁止约定流质条款。（《担保法》第六十五条）。

2、基金份额、股权出质登记生效

基金份额出质。基金份额出质的，应当在证券登记结算机构办理登记。质权自登记时设立。

股权出质。证券登记结算机构登记的股权出质的，质权自证券登记结算机构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。证券登记结算机构登记的股权，是指上市公司的股权、公开发行股份的公司的股权、非公开发行但股东在 200 人以上的公司的股权等。其他股权是指不在证券登记结算机构登记的股权，包括有限责任公司的股权、非公开发行的股东在 200 人以下的股份有限公司的股权等。[1]

[1] 陈小燕:《物权法研究》，人民出版社 2008 年（247）。

（二）该条第二款规定的含义

此款是对出质人转让基金份额、股权的限制。原则上出质人不得转让出质的基金份额、股权。另一方面，允许当事人的意思自治，经出质人与质权人协商同意，可以转让基金份额、股权，但出质人转让基金份额、股权所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。出质人只能在提前清偿债务和提存之间进行选择。

（三）出质股权的限制

1、股份有限公司出质股权的限制包括

⑴记名股票于股东大会召开前三十日内或者公司决定分配红利的基准日前五日内，不得进行股东名义的变更登记；

⑵发起人持有的本公司的股份，自公司成立之日起三年内不得转让的；

⑶公司董事、监事、经理所持有的本公司的股份，在其任职工期间内不得转让的；

⑷股东的股份自公司开始清算之日起不得转让的；

⑸公司员工持有的公司配售的股份，自持有该股份之日起一年内不得转让的；

⑹国家拥有的股份的转让必须经国家有关部门批准的；

⑺法律、法规规定不得转让的。

2、有限责任公司出质股权的限制情形包括

⑴股东向本公司股东以外的债权人以股权出质的，必须经过全体股东过半数同意，且以书面形式即股东会议决议形式作成。

⑵如果过半数的股东不同意出质，又不购买该出质的股权，则视为同意出质。（《公司法》第七十四条）

（四）证券的最高额质押

根据《物权法》第 229 条的规定，“权利质权除适用本节规定外，适用本章第一节动产质权的规定。”因此，证券持有人可以在市场中以一定价值的股权设立最高额质押，在股票市值范围内连续多次借贷进行融资。在决算期到来之后，根据当时的市值确定担保物（股票）价值，进而实现优先受偿。其不仅简化了质押设立的成本，而且可以充分发挥股票的价值。

（五）基金份额、股权的效力

1、 质权人的权利

（1）盈余收取权（2）代位物上的代位权 （3）占有和留置权 (4)优先受偿权

2、质权人的义务

（1）妥善保管质权标的物 (2)不得转让质权

二、周边法源

（一）法律法规

1、《公司法》

第一百三十八条 股东持有的股份可以依法转让。

第一百三十九条 股东转让其股份，应当在依法设立的证券交易场所进行或者按照国务院规定的其他方式进行。

第一百四十条 记名股票，由股东以背书方式或者法律、行政法规规定的其他方式转让；转让后由公司将受让人的姓名或者名称及住所记载于股东名册。股东大会召开前二十日内或者公司决定分配股利的基准日前五日内，不得进行前款规定的股东名册的变更登记。但是，法律对上市公司股东名册变更登记另有规定的，从其规定。

第一百四十一条 无记名股票的转让，由股东将该股票交付给受让人后即发生转让的效力。

第一百四十二条 发起人持有的本公司股份，自公司成立之日起一年内不得转让。公司公开发行股份前已发行的股份，自公司股票在证券交易所上市交易之日起一年内不得转让。公司董事、监事、高级管理人员应当向公司申报所持有的本公司的股份及其变动情况，在任职期间每年转让的股份不得超过其所持有本公司股份总数的百分之二十五；所持本公司股份自公司股票上市交易之日起一年内不得转让。上述人员离职后半年内，不得转让其所持有的本公司股份。公司章程可以对公司董事、监事、高级管理人员转让其所持有的本公司股份作出其他限制性规定。

第一百四十三条 公司不得接受本公司的股票作为质押权的标的。

2、《合伙企业法》

第二十五条 合伙人以其在合伙企业中的财产份额出质的，须经其他合伙人一致同意；未经其他合伙人一致同意，其行为无效，由此给善意第三人造成损失的，由行为人依法承担赔偿责任。

3、《担保法》

第七十五条 下列权利可以质押：

（一）汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单；【与《物权法》第 223 条（一）（二）（三）重合】

（二）依法可以转让的股份、股票；【《物权法》第 223 条第（四）款去掉了股票，增加了可以转让的基金份额，此条失效】

（三）依法可以转让的商标专用权，专利权、著作权中的财产权；【《物权法》第 223 条第（五）不限于此条规定中的可以出质的三项知识产权，而扩充为了“注册商标专用权，专利权、著作权等知识产权”，此条失效。】

（四）依法可以质押的其他权利。【《物权法》第 223 条第（六）款增加了“应收账款”，第（七）款兜底条款中将担保法中“依法”，变更为“法律、行政法规”规定，此条失效】

第七十八条 以依法可以转让的股票出质的，出质人与质权人应当订立书面合同，并向证券登记机构办理出质登记。质押合同自登记之日起生效。

股票出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的可以转让。出质人转让股票所得的价款应当向质权人提前清偿所担保的债权或者向与质权人约定的第三人提存。

以有限责任公司的股份出质的，适用公司法股份转让的有关规定。质押合同自股份出质记载于股东名册之日起生效。

【第一款仅规定证券登记机构为出质登记办理机构，物权法除规定证券登记机构以外还有工商管理机构，此部分内容应已失效。第二款规定被物权法延续并进一步具体化。第三款明确了股份出质适用公司法股份转让的相关规定，并且质押合同生效的时间，并不与物权法冲突。】

第八十一条　权利质押除适用本节规定外，适用本章第一节的规定。（与《物权法》内容重合）

4、《物权法》

第二百二十三条　债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质：

（一）汇票、支票、本票；

（二）债券、存款单；

（三）仓单、提单；

（四）可以转让的基金份额、股权；

（五）可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权；

（六）应收账款；

（七）法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利。

第二百二十九条　权利质权除适用本节规定外，适用本章第一节动产质权的规定。

5、《股权出质登记办法》

（二）司法解释

《担保法解释》

第一百零三条　以股份有限公司的股份出质的，适用《中华人民共和国公司法》有关股份转让的规定。

以上市公司的股份出质的，质押合同自股份出质向证券登记机构办理出质登记之日起生效。

以非上市公司的股份出质的，质押合同自股份出质记载于股东名册之日起生效。

【解释中区分了上市公司和非上市公司，但是对于上市公司股份出质规定其质押合同自登记起生效，与物权法规定的质押合同成立即生效相违背，所以此条失效。】

第一百零四条　以依法可以转让的股份、股票出质的，质权的效力及于股份、股票的法定孳息。

【此条规定质权效力及于法定孳息，但未排除了当事人意思自治的可能性，与《担保法》六十八条、《物权法》二百一十三条中“质押合同另有约定的，按照约定”相冲突，因此失效】

第一百零六条：质权人向出质人、出质债权的债务人行使质权时，出质人、出质债权的债务人拒绝的，质权人可以起诉出质人和出质债权的债务人，也可以单独起诉出质债权的债务人。

（三）部门规章

1、《证券公司股票质押贷款管理办法》（2004 年 11 月 02 日实施）

2、《财政部关于上市公司国有股质押有关问题的通知》（财企〔2001〕651 号）

三、争点与述评

（一）股票收益权出质的性质

股票收益权为股份公司股东为实现其财产收益依法享有的法律权利和具体股权内容，涵盖了剩余财产分配请求权%按比例股利分配权、股利分配请求权等多项内容。有学者提出，作为合同权利的股票收益权并非股权的一部分，而是由当事人依据契约自由原则所创设的一种意定权益，可作应收账款质权的标的。[2]

（二）可以出质的基金份额范围

《物权法》规定，“可以转让的基金份额”可以出质。基金有开放式基金和封闭式基金之分，封闭式基金是是指经核准的基金份额总额在基金合同期限内固定不变，基金份额可以在依法设立的证券交易场所交易，但基金份额持有人不得申请赎回的基金。开放式基金是基金份额总额不固定，基金份额可以在基金合同约定的时间和场所申购或者赎回的基金。（《中华人民共和国证券投资基金法》第五条）。封闭式基金属于“可转让的基金份额”范畴，但对于开放式基金，法律只规定了其可以申购或赎回，并未涉及其转让问题。因此对于开放式基金份额是否可以出质存在争议。

认为开放式基金份额不能出质的观点为:封闭式基金和开放式基金存在性质差异，封闭式基金可以上市交易，而开放式基金不能上市交易，因此开放式基金份额不具有可转让性，可以出质。[3]

认为开放式基金基金份额可以出质的观点为：开放式基金份额属于可以转让的基金份额，只是需要通过申购和赎回方式进行转让。所谓可以转让的基金份额是指基金份额持有人对基金份额的处分权利未受限制，而开放式基金不在受限制情形之列。[4]

四、裁判要旨

通过在北大法宝以及北大法意中输入“股票出质/质权”“基金份额出质/质权”“物权法226 条”进行案例检索，显示相关的最高人民法院公报案例为 0。

典型案例：以国债出质的质押合同以办理质押登记为生效条件

裁判要旨：本案涉及记账式国债的质押合同、托管合同的效力问题。《担保法》对于记账式国债的质押生效条件无直接规定，但参照《担保法》第七十八条“以依法可以转让的股票出质的，出质人与质权人应当订立书面合同，并向证券登记机构办理出质登记。质押合同自登记之日起生效”的规定，本案国债质押应当以在国债登记管理机构即中国证券登记结算公司及其分支机关办理质押登记为生效条件，国债登记管理机构经审查后出具证券质押登记

[2] 许可：《“股票收益权“的迷思和破解》，《上海金融》2013.第六期。
[3] 郑云瑞：《物权法论》，北京大学出版社，2011 年（377）。
[4] 王红丽:《基金份额质押若干问题研究》，重庆大学硕士学位论文，2008 年。

证明，从而达到权利质押担保的公示效力和法律证明力。“中国银行股份有限公司武汉汉阳支行与长江证券股份有限公司、长江证券股份有限公司武汉友谊大道证券营业部、湖北元通汽车销售有限公司借款担保合同纠纷案”，载最高人民法院民事审判第二庭《最高人民法院商事审判指导案例》第五卷（上下）中国法制出版社 2011 年 7 月第 1 版。

《物权法》第二百二十七条知识产权中的财产权质权的设立与转让限制

第二百二十七条　以注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权出质的，当事人应当订立书面合同。质权自有关主管部门办理出质登记时设立。

知识产权中的财产权出质后，出质人不得转让或者许可他人使用，但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让或者许可他人使用出质的知识产权中的财产权所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。

一、条文阐释

《物权法》第二百二十七条第一款是关于知识产权中的财产权质权的设立，第二款是关于出质人转让或许可他人使用已出质的知识产权财产权的限制。我国

《物权法》第二百二十七条以“书面合同+登记”的形式规定知识产权中财产权的质押，采取登记生效主义，并明确了已出质知识产权中财产权转让的限制。

（一）该条第一款规定了知识产权质权的设立

1、以知识产权中财产权出质的，双方当事人应当订立书面质权合同。

⑴知识产权质权的客体

1995 年 10 月 1 日起施行的《中华人民共和国担保法》（以下简称《担保法》）第 75 条第（三）款将可以出质的知识产权限定为三种——即“依法可以转让的商标专用权，专利权、著作权中的财产权”，2007 年 10 月 1 日起施行的《物权法》将可出质知识产权范围扩大为“注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权”，不限于以上三种知识产权。知识产权中包括人身权和财产权，但物权法 227 条中仅规定了知识产权中财产权的可质押性，因此知识产权质权客体不包括人身权。其明确列举出的知识产权质权客体包括：

注册商标专用权。注册商标是经商标局核准注册的商标，包括商品商标、服务商标和集体商标、证明商标；商标注册人享有商标专用权，受法律保护。（《中华人民共和国商标法》（以下简称《商标法》）第三条）

专利权。专利权是发明创造人或其权利受让人对其特定的发明创造在一定期限内依法享有的独占实施权，包括财产权和人身权。“发明创造是指发明、实用新型和外观设计。”（《中华人民共和国专利法》（以下简称《专利法》）第二条）专利权具有专有性、地域性、时间性和无形性。专利权质押的标的范围为专利权中的财产权。

著作权。“著作权法所称作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果。”（《中华人民共和国著作权法实施条例》第二条）“著作权自作品创作完成之日起产生。”（《中华人民共和国著作权法实施条例》第六条）一般认为著作权，是作者及其他权利人对作品享有的人身权和财产权的总称。可以进行质押的是著作权中的财产权。（《物权法》第二百二十七条）著作权质押可分为已发表作品的著作权质押、已创作而

未发表的作品著作权质押和未来著作权质押。对于已发表作品的著作权质押，可以进行价值评估明确权利义务。已创作而未发表作品的著作权质押。未来著作权质押，即以将来创作的作品所产生的著作权即著作权的期待权出质。

本条未作详尽列举，此外还有其他知识产权质权客体。

⑵质权合同内容

质权合同内容包括被担保的主债权种类、数额；债务人履行债务的期限；质物的名称、数量、质量、状况；质押担保的范围；质物移交的时间以及当事人认为需要约定的其他事项。禁止约定流质条款。（《担保法》第六十五条）。

注册商标的有效期为十年，自核准注册之日起计算，但可续展且每次续展后有效期为十年。（《商标法》第三十七条、三十八条）知识产权中财产权的质押合同中约定的使用期限必须是在知识产权法定保护期内。专利权保护期限是“发明专利权的期限为二十年，实用新型专利权和外观设计专利权的期限为十年，均自申请日起计算。”（《专利权法》第四十二条）著作权保护期限是作者终生及死后50年。

2、知识产权财产权质押采登记生效主义。

该条文明确了合同订立后，质权并未当然设立，须经由有关主管部门办理出质登记，质权始设立。即采登记生效主义。

专利权质权的登记机关是国家专利局（《专利权质押合同登记管理暂行办法》第三条），全民所有制单位以专利权出质须经上级主管部门批准（《专利权质押合同登记管理暂行办法》第五条），注册商标专用权质权的登记机关是国家工商行政管理总局商标局，而著作权质权则由国家版权局登记（《著作权质押合同登记办法》第四条）。

登记制度存在矛盾之处。《著作权法》与《物权法》规定著作权权质押时必须办理登记，质权的设立自登记时有效，与此同时，著作权法第二条说明著作权的取得始自作品完成之时无需登记，与著作权质押登记的强制性也存在矛盾。

（一）该条第二款规定知识产权质权转让的限制

（1）对于出质人转让的限制

知识产权的财产权出质后，出质人不得转让或者许可他人使用，但经出质人与质权人协商同意的除外。

（2）对于质权人转让的限制

质权人在质权存续期间，未经出质人同意，擅自使用、处分质押财产，给出质人造成损害的，应当承担赔偿责任。（《物权法》第二百一十四条）

（3）是否应规定限制放弃已出质的知识产权

《物权法》第227条第2款针对出质人处分已设质的知识产权权利限制，只针对“转让”和“认可”，而没有规定“放弃”，这是一大漏洞。出质人可能由于自己的故意或疏忽大意而导致知识产权在法律保护期限届满之前而终止，从而危害债权人的利益1

4、知识产权质权的内容

[1] 任中秀：《解释论视野下知识产权质权人的权利》，《知识产权》2012年02期。

（1）知识产权人（出质人）对质权人必须承担以下义务：

1．通知义务。不管是出质知识产权权的许可使用，还是已许可使用的知识产权的出质，或者知识产权的实施，知识产权人都应将合同的情况如实告知质权人，在出质人转让出质知识产权时更应如此。因为质权的效力及于孳息、代位物，许可使用费、转让费等直接影响到质权人的利益。

2．善管义务。为维持知识产权的效力，确保不因其他因素影响知识产权质押的效力，应规定知识产权人的善管义务，被侵权时及时诉讼，出质期间不得放弃知识产权等义务。

（2）知识产权质权人的权利与救济方式

1．收取孳息的权利 根据《担保法》第68条规定，质权人有权收取质物的孳息；质押合同另有规定，按照规定。物权法承继了担保法的规定，《物权法》第213条规定，质权人有权收取质押财产的孳息，但合同另有规定的除外。《物权法》第229条规定，权利质权除适用本节规定外，适用动产质权的规定。根据体系解释的方法，知识产权乃权利质权，当然也可适用动产质权的规定，知识产权质权人也有收取孳息的权利，但就知识产权质权而言，所谓“质物”，则应解释为“知识产权”这种无形财产；所谓“孳息”则应解释为“知识产权的许可使用费”。因此，可以得出结论：知识产权质权人有收取质押知识产权许可使用费的权利。

知识产权质押当事人可否用合同排除收取孳息的权利？根据《担保法》第68条、《物权法》第213条及229条之规定，知识产权质押合同当事人可以以合同方式另行约定。因此，这一规则的适用是一个补充性规范，而非强制性规范。从知识产权质押的实践来看，质权人完全收取许可收益会大大减少出质人的流动资金；如果不收取收益，等到债务人不履行债务或约定的实现质权的情形出现，又会使质权人的债权偿还存在较大的风险。如何平衡出质人与质权人双方的利益，并不完全是立法的规定，更多来自经济实践。我国立法允许知识产权质押当事人就孳息的收取自行约定，实际上为民商事主体提供了充分的意思自治空间和进行商事活动的自由

在知识产权出质前，出质人同他人订立的许可使用合同，其效力是否因知识产权的出质而消灭？知识产权质权人是否有权收取该许可使用费？根据民法学原理“买卖不破租赁”的规则，所有权转移尚且不影响租赁合同的效力，那么就标的物设定质权当然也不应当影响许可使用合同的效力。“举重以明轻”，根据当然解释，被许可使用人仍有权继续使用。如果许可使用费在知识产权出质时尚未收取的，为便于质权人实现其质权的目的，质权人有权收取该许可使用费。

2．对知识产权转让和许可使用的同意权

依据上述内容，质权人享有对知识产权转让和许可使用的同意权。

3.对知识产权质权的实行权

当质权所担保的债权到期未能实现时，质权人有权实现出质的知识产权质权。

2．质权人的救济方式。

质权的保全权。质押担保以质物所具有的交换价值确保债权的受偿，若质物的价值降低，

或者因为质物的处分行为可能导致质物的价值降低，质权人为保全质权而有权限制出质人处分质物、请求出质人提供担保或者紧急变价质物。在知识产权质押中，如果发生知识产权财产权价值减少足以危及质权人权利的，根据《物权法》第 216 条的规定，质权人可以要求出质人提供相应担保或紧急变价质押权利用以清偿债务

知识产权质权人作为担保物权人，根据《物权法》第 35 条的规定，可以享有物权请求权，包括妨害排除请求权和妨害预防请求权。如果第三人对知识产权的侵害导致损害，根据《物权法》第 37 条的规定，也可以请求损害赔偿，损害赔偿也是物权的一种保护方式。

5、质权的实现

依《担保法》第 71 条第 2 款规定，债务履行期届满质权人未受清偿的，可以与出质人通过协议以质物折价，也可以依法拍卖、变卖质物。《物权法》第 170 条的规定，担保物权人在债务人不履行债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，依法享有就担保财产优先受偿的权利，但法律另有规定的除外。与担保法规定不同的是，物权法规定了当事人可以约定实现担保物权的情形，该规定充分尊重当事人的意思自治。

《物权法》第 21 条第 2、3 款规定，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，质权人可以与出质人协议以质押财产折价，也可以就拍卖、变卖质押财产所得的价款优先受偿；质押财产折价或者变卖的，应当参考市场价格。质物质权人实现质权的方式有三种：折价方式、拍卖方式、变卖方式。就知识产权而言，根据商标法和专利法的有关规定，商标专用权和专利权的取得主体和受让人主体资格均有限制，实践中银行作为金融机构往往并不具备取得资格，折价方式对知识产权质权的实现适用有限。拍卖方式和变卖方式虽然可以较好地实现质权，但是以出质人失去知识产权为代价的。

著作权评估的客体是著作权的财产权，这是一种无形的资产，从实质上讲，就是将智力成果评价为一种财产，这不同于普通的融资是对动产和不动产进行的实物的评估，对于著作权价值的评估，著作权的保护期限、“合理使用”、“法定许可”、“强制许可”等限制性规定，缺少统一权威标准和缺少具有公信力的评估机构，都会在一定程度影响著作权的价值。

6、转质的适用

我国担保法未规定转质制度。《担保法司法解释》第 94 条规定了承诺转质。现行《物权法》第 217 条规定，质权人在质权存续期间，未经出质人同意转质，造成质押财产毁损、灭失的，应当向出质人承担赔偿责任。该条积极认可承诺转质，消极承认责任转质。有学者认为该条只规定了承诺转质。也有学者从目的解释论出发，认为物权法承认了承诺转质与责任转质。

转质权的两种类型承诺转质与责任转质是否都应当适用于知识产权质押，还需要具体分析。承诺转质可以适用于知识产权质押，只要质权人经过出质人同意，并履行法定的登记程序即可设立。但是，责任转质则不宜适用于知识产权质押。知识产权出质，本身需要登记，如果在未取得权利人的同意又未改变登记的情况下便实行责任转质，既不符合公示公信原则，亦会产生各种不必要

知识产权质权人在适用有关动产质押的转质权时，应当进行限缩解释，即只适用承诺转

质，而不适用责任转质。

二、周边法源

1995 年 6 月颁布的《担保法》第七十九条中第一次规定了知识产权可质押，2007 年 10 月 1 日实施的《物权法》及各地方出台的地方性法规均开始建设知识产权质押制度。分布于《专利权质押合同登记管理暂行办法》、《著作权质押合同登记办法》等。

一、法律

1、《担保法》

第七十五条　下列权利可以质押：

（一）汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单；【与《物权法》第 223 条（一）（二）（三）重合】

（二）依法可以转让的股份、股票；【《物权法》第 223 条第（四）款去掉了股票，增加了可以转让的基金份额，此条失效】

（三）依法可以转让的商标专用权，专利权、著作权中的财产权；【《物权法》第 223 条第（五）不限于此条规定中的可以出质的三项知识产权，而扩充为了“注册商标专用权，专利权、著作权等知识产权”，此条失效。】

（四）依法可以质押的其他权利。【《物权法》第 223 条第（六）款增加了“应收账款”，第（七）款兜底条款中将担保法中“依法”，变更为“法律、行政法规”规定，此条失效】

第七十九条　以依法可以转让的商标专用权，专利权、著作权中的财产权出质的，出质人与质权人应当订立书面合同，并向其管理部门办理出质登记。质押合同自登记之日起生效。【“质押合同自登记之日起生效”，与《物权法》规定内容冲突，此条失效。】

第八十条　本法第七十九条规定的权利出质后，出质人不得转让或者许可他人使用，但经出质人与质权人协商同意的可以转让或者许可他人使用。出质人所得的转让费、许可费应当向质权人提前清偿所担保的债权或者向与质权人约定的第三人提存。

第八十一条　权利质押除适用本节规定外，适用本章第一节的规定。（与《物权法》内容重合）

2、《物权法》

第二百二十三条　债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质：

（一）汇票、支票、本票；

（二）债券、存款单；

（三）仓单、提单；

（四）可以转让的基金份额、股权；

（五）可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权；

（六）应收账款；

（七）法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利。

第二百二十九条　权利质权除适用本节规定外，适用本章第一节动产质权的规定。

3、《中华人民共和国著作权法》

4、《中华人民共和国专利权法》

5、《中华人民共和国商标法》

二、行政法规

1、《著作权质权登记办法》(2011 年 1 月起施行)

2、《中华人民共和国著作权法实施条例》(2013 年 1 月 30 日第二次修订)

3、《专利权质押合同登记管理暂行办法》(1996 年 9 月 19 日中华人民共和国专利局令第八号发布，已废止)

4、《专利权质押登记办法》(2010 年 10 月起实施)

5、《注册商标专用权质权登记程序规定》(2009 年 11 月起实施)

三、司法解释

1、《担保法解释》

第一百零五条　以依法可以转让的商标专用权，专利权、著作权中的财产权出质的，出质人未经质权人同意而转让或者许可他人使用已出质权利的，应当认定为无效。因此给质权人或者第三人造成损失的，由出质人承担民事责任。

第一百零六条：质权人向出质人、出质债权的债务人行使质权时，出质人、出质债权的债务人拒绝的，质权人可以起诉出质人和出质债权的债务人，也可以单独起诉出质债权的债务人。

2、《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》(2002 年 10 月 15 日起施行)

四、部门规章

1、《关于加强知识产权评估管理工作若干问题的通知》：财政部国家知识产权局财企[2006]109 号

2、《著作权资产评估指导意见》(2011 年 7 月 1 日起实施)

三、争点与述评

(一) 出质人处分已出质知识产权财产权的限制

针对条文规定的出质人对已质押的知识产权财产权的处分权的限制，有学者提出，限制知识产权转让、许可实施的制度应予以改变。本条规定忽视了知识产权作为质权标的特殊性，忽视了质权人的利益，不利于知识产品、技术的转化。应允许出质人行使转让、许可实施的权利，而质权人对许可使用的收益与所得具有优先受偿的权利，从而有利于主债权的实现。

(二) 可以出质的知识产权标的范围

一般认为，有的知识产权不能出质，包括

(1)某些特定的商标权。类似商品使用同一商标的应将该注册商标在这些商标上的专用权全部转让而不得分别转让，联合商标不能分别转让，应一并设立质权。

(2)原产地标志权。原产地标志不仅表明了商品产地，而且表示了商品因其特定产地而具

备的特殊品质，因此不能以原产地标志权作为质权标的。

(3)商誉权。商誉权是商业主体在其经营活动中所取得的商誉受到法律保护的权利，其内容包括商誉的利用权和维护权。胡开忠教授认为，不能对商誉权单独设质。[2]

商号权能否出质，存在肯定说和否定说的观点。肯定说认为商号是财产权，具有可转让性，可以成为质权标的。持否定说的学者认为，商号权与企业的财产与营业密不可分，商号权的让与英语整个企业的财产、营业一并让与，不能单独以商号权出质。[3]

有学者提出，应当扩大该法条中所列举的知识产权标的，将植物新品种权、集成电路布图设计权和商业秘密权等知识产权纳入质押标的的范围，以进一步明确知识产权标的的具体范围。[4]

(三) 质权人权利被侵害的追索权

知识产权质押后可能会存在出质人和第三人对知识产权的侵害，出质人的侵害主要是未经过质权人同意而转让质押权利。

质权人的救济权属于何种性质的权利，理论上有分歧，主要有两种观点：

一种观点认为该权利为物权请求权。质权内容被侵害时，对于一切之人，有除去及防止其侵害之请求权，并对于侵害人有损害赔偿请求权。

另外一种观点认为，该权利的性质是代位权。理由是知识产权出质，其权利主体未变更，当质押的知识产权遭受他人不法侵害，使质权人利益受损而产权人没有追索时，质权人应该代知识产权人之位行使追索权，以维护自己的利益。质权人不需知识产权人委托授权，也不是以知识产权人名义而是以自己的名义行使追索权。侵权人支付的损害赔偿费，质权人有权要求提前清偿所担保的债权或要求提存，出质人不得拒绝。[5]

四、裁判要旨

通过在北大法宝以及北大法意中输入“知识产权质权”、“物权法 227 条”“著作权出质”、“专利权出质”、“商标权出质”进行案例检索，显示相关的最高人民法院公报案例为 0。

典型案例：仅签订质押合同而未办理质押登记，知识产权质押不成立

裁判要旨：幻聪公司与农商行门头沟支行虽签订质押合同，但双方未办理质押合同登记，质权人农商行门头沟支行的质权未依法设立。故农商行门头沟支行关于对幻聪公司行使质押著作权中财产权所取得的财产性收益享有优先受偿权的诉讼请求，无事实和法律依据。农商行门头沟支行未提供为实现债权而支付除诉讼费外其他费用的证据，其相应诉讼请求，无事实依据。**“北京农村商业银行股份有限公司门头沟支行诉北京幻聪影视文化有限公司等金融借款合同纠纷”**

http://iras.lib.whu.edu.cn:8080/rewriter/PKULAW/http/vvv9ojtk-v9bm/Case/pfnl_117621234.html?match=Exact。

---

[2] 胡开忠:《权利质权制度研究》，中国政法大学出版社 2004 年版（184）。
[3] 郑玉波：《民法物权》（第 15 版），三民书局 1992 年版（329）。
[4] 张卫 罗彩云：《我国知识产权质押若干问题研究》，《河南省政法管理干部学院学报》2007 年 22（5）。
[5] 王利军：《金融法实施中的疑难问题》，中国人民公安大学出版社,1997.（162 页）。

《物权法》第二百二十八条应收账款质权的设立与转让限制

第二百二十八条　以应收账款出质的，当事人应当订立书面合同。质权自信贷征信机构办理出质登记时设立。

应收账款出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让应收账款所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存

一、条文阐释

《物权法》第二百二十八条第一款是关于以应收账款出质的权利质权的设立，第二款是关于出质人转让应收账款的限制。我国《物权法》第二百二十八条以“书面合同+登记”的形式规定应收账款的质押，并采取登记生效主义，明确了已出质应收账款转让的限制。

（一）该条第一款规定主要包括以下两层含义：

1、以应收账款出质的，双方当事人应当订立书面质权合同。

⑴应收账款的概念与范围。

①应收账款的概念

1995 年 10 月 1 日起施行的《担保法》规定了权利质权，但是并未明确应收账款能否出质，应收账款是否属于《担保法》第 75 条第 4 项规定“依法可以质押的其他权利”当时仍存在争议，2007 年 10 月 1 日起施行的《物权法》第一次明确提出应收账款可以出质，但《物权法》未规定“应收账款”的定义与范围。

同样是 2007 年 10 月起实施的部门规章规定“应收账款”是“权利人因提供一定的货物、服务或设施而获得的要求义务人付款的权利，包括现有的或未来的金钱债权及其产生的收益，但不包括因票据或其他有价证券而产生的付款请求权。”（《应收账款质押登记办法》第四条）。

依据《应收账款质押登记办法》对应收账款的定义，应收账款的特点包括：（1）同时具备物权与债权两种特性，物权性体现在，应收账款质押作为一项担保物权，出质人向质权人在其不能清偿债务时质权人有权就应收账款质权实现后的款项优先受偿。债权性体现在，出质人是应收账款债务人的债权人，应收账款质权的实现取决于债务人的履行能力，以一种请求权担保另一种请求权的实现。（2）包括业已发生和将要发生两种债权。可用于质押的应收账款，可以是已发生的债权，也可以是预期的债权。但是预期债权作为质押标的风险更多。（3）属于金钱债权。无论是现有的和未来的金钱债权及其产生的收益最终都归结为以金钱债权为内容的付款请求上。（4）具有时效性。应收账款中所包含的一般债权仍适用债的一般规定。债权具有期限性，期限一旦届满，债权即归于消灭。因此，若应收账款中的一般债权超过了诉讼时效规定的期限，即使债权人仍然享有该权利，可以要求债务人予以偿还，但是其性质已经转变为自然之债，无法获得国家强制力的保护。再以此项权利出质就很可能导致

质权人的质权无法实现，使其利益严重受损，而应收账款也失去了其原有的担保功能。

②应收账款的范围

应收账款担保的债权范围，包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现质权的费用。质押合同另有约定的，按照约定。（《担保法》第六十七条与第八十一条）

应收账款质权标的物范围包括：（1）销售产生的债权，包括销售货物，供应水、电、气、暖，知识产权的许可使用等；（2）出租产生的债权，包括出租动产或不动产；（3）提供服务产生的债权；（4）公路、桥梁、隧道、渡口等不动产收费权；（5）提供贷款或其他信用产生的债权。”（《应收账款质押登记办法》第四条）。但该部门规章效力低于法律法规，虽然有效但是司法实践适用中仍存在一定问题。

我国《物权法》第二百二十八条对应收账款质押登记制度做出了规定，这相对于《担保法》是有很大的进步的，然而其规定却比较简单；中国人民银行对于应收账款登记制度的规定效力层级较低，且有一定的不足，如，中国人民银行对于应收账款质权登记没有审查的义务，容易造成登记错误；对于应收账款转让并没有规定需要登记，容易造成债权人的应收账款质权在其被出质人转让后难以实现。

⑵质权合同内容。

质权合同内容包括被担保的主债权种类、数额；债务人履行债务的期限；质物的名称、数量、质量、状况；质押担保的范围；质物移交的时间以及当事人认为需要约定的其他事项。（《担保法》第六十五条）。

2、应收账款质押采登记生效主义。

（1）应收账款质押登记机关。

该条文明确了合同订立后，质权并未当然设立，须经由信贷征信机构办理出质登记，质权始设立。《物权法》出台前，支持应收账款可以质押并登记设立的学者，关于应收账款质押的登记机构存在分歧，一种观点认为应由公证机构登记（《公证机构办理抵押登记办法》第十八条），一种观点认为应由工商管理部门登记，第三种观点认为应由信贷征信机构登记。最终《物权法》确定应由信贷征信机构登记。中国人民银行征信中心（以下简称征信中心）是应收账款质押的登记机构。（《应收账款质押登记办法》第二条第一款）。

但作为应收账款权利之一的、需要行政许可的各种收费权，如公路收费权的质押登记，“地市级以上交通主管部门作为公路收费权质押的登记部门。”（《国务院关于收费公路项目贷款担保问题的批复》），而非《应收账款质押登记办法》规定的中国人民银行征信中心。该规定与《物权法》存在法律冲突，因此《国务院关于收费公路项目贷款担保问题的批复》应失效。

（2）应收账款登记程序。

应收账款质押除应签订质押合同外，质权人办理质押登记前还应与出质人签订协议。协议应载明如下内容：①质权人与出质人已签订质押合同；②由质权人办理质押登记。（《应收账款质押登记办法》第八条）。

应收账款质押登记由质权人通过中国人民银行信贷征信中心登记公示系统办理，也可以委托他人办理登记（《应收账款质押登记办法》第二条、第三条、第六条、第七条），质押登记期限由质权人自行确定，登记期限以年计算，最长不得超过5年。登记期限届满，质押登记失效。在登记期限届满前90日内，质权人可以申请展期。展期不受次数限制，但每次展期期限不得超过5年。办理展期。变更登记的，应当提交与出质人就展期、变更事项达成的协议。（《应收账款质押登记办法》第十二条、第十三条、第十六条） 有下列情形之一的，质权人应自该情形产生之日起10个工作日内办理注销登记： ①主债权消灭；②质权实现;③质权人放弃登记载明的应收账款之上的全部质权;④其他导致所登记质权消灭的情形。（《应收账款质押登记办法》第十七条）

（二）该条第二款对应收账款质押后的转让作出规定

1、出质人不得随意转让应收账款。

目的是保护质权人的利益，防止出质人随意处置应收账款，以保障其所担保的债权的实现。

2、出质人只有在取得质权人同意的情况下才能转让应收账款。

应收账款是一项基于购销、运输、承揽、仓储等合同而产生的债权，是合同之债，可以转让（符合《合同法》第七十九条）债权转让经通知债务人后即对债务人发生转让的法律效力。（《合同法》第八十条）。据此，出质人经通知债务人后，应收账款的付款请求权即转为受让人享有。转让应收账款所得的价款，并不当然用于清偿所担保的债权，当债务清偿期尚未届至时，出质人应当与质权人协商．将所得的价款提前清偿所担保的债权或者提存。提前清偿债权的，质权消灭。提存的，质权继续存在于提存的价款上。出质人只能在提前清偿债权和提存中选择，不能既不同意提前清偿债权．也不同意提存。

（三）质权人与出质人的权利义务

尽管《物权法》没有明确规定应收账款质权人与出质人的权利义务，但是依照动产质权一般规定（《物权法》第二百二十九条）可以确定

1. 应收账款质权人的权利义务

（1）质权人的权利。包括

①收取孳息（《物权法》第二百二十九条）

②质权的保全，一是限制出质人和第三债务人之间行为的权利，二是提供担保请求权和紧急变价请求权（《物权法》第二百一十六条）

③优先受偿权（《物权法》第二百一十九条）

④转质权（《物权法》第二百一十七条）。

（2）质权人的义务。包括

①妥善保管质押物（《物权法》第二百一十五条）

②不得随意使用（《物权法》第二百一十四条）。

对于应收账款质权人是否也应禁止流质条款（《物权法》第二百一十一条）理论存在争

议。

2. 出质人的权利义务

（1）出质人的权利。包括

①与质权人协商同意后的再出质权（《物权法》第二百二十八条第二款）

②请求及时行使质权的权利（《物权法》第二百二十条）。

（2）出质人的义务。包括

①不得擅自转让应收账款。（《物权法》第二百二十八条第二款）。

②清偿受领权受限制的义务。在应收账款债权出质后，出质人的清偿受领权即被冻结，既不能直接受领债权，也不能直接对第三人请求履行债务，否则不能保障质权人的质权实现。

二、周边法源

一、法律法规

1、《担保法》

第七十五条　下列权利可以质押：

（一）汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单；【与《物权法》第223条（一）（二）（三）重合】

（二）依法可以转让的股份、股票；【《物权法》第223条第（四）款去掉了股票，增加了可以转让的基金份额，此条失效】

（三）依法可以转让的商标专用权，专利权、著作权中的财产权；【《物权法》第223条第（五）不限于此条规定中的可以出质的三项知识产权，而扩充为了“注册商标专用权，专利权、著作权等知识产权”，此条失效。】

（四）依法可以质押的其他权利。【《物权法》第223条第（六）款增加了“应收账款”，第（七）款兜底条款中将担保法中“依法”，变更为“法律、行政法规”规定，此条失效】

第八十一条　权利质押除适用本节规定外，适用本章第一节的规定。（与《物权法》内容重合）

2、《物权法》

第二百二十三条　债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质：

（一）汇票、支票、本票；

（二）债券、存款单；

（三）仓单、提单；

（四）可以转让的基金份额、股权；

（五）可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权；

（六）应收账款；

（七）法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利。

第二百二十九条　权利质权除适用本节规定外，适用本章第一节动产质权的规定。

二、司法解释

《担保法解释》

第九十七条　以公路桥梁、公路隧道或者公路渡口等不动产收益权出质的，按照担保法第七十五条第(四)项的规定处理。

第一百零六条：质权人向出质人、出质债权的债务人行使质权时，出质人、出质债权的债务人拒绝的，质权人可以起诉出质人和出质债权的债务人，也可以单独起诉出质债权的债务人。

三、部门规章

1、**《应收账款质押登记办法》**（中国人民银行令〔2007〕第4号，自2007年10月1日起施行）。

2、**《应收账款质押登记操作规则》。**

3、**《收费公路管理条例》**

第二十条　收费公路的权益，包括收费权、广告经营权、服务设施经营权。转让收费公路权益的，应当依法保护投资者的合法利益。

4、**《公证机构办理抵押登记办法》**

第18条规定　以承包经营权等合同权益、应收账款或未来可得权益进行物权担保的，公证机构办理登记可比照本办法执行。　【《物权法》另有规定】

三、争点与述评

（一）应收账款的定义

我国《物权法》及其他相关法律并未明确界定应收账款的概念、范围与内容，因此学界与实务界对应收账款的认定存在很大的分歧。目前只有中国人民银行出台的《应收账款质押登记办法》第四条有相应的规定，但该办法属于部门规章，效力层级低于法律法规。应收账款定义尚缺乏立法解释或司法解释予以明确。另一方面，《应收账款质押登记办法》将公路收费权纳入应收账款的范围，但法院在审理具体的案件时，可能因此种解释超出《物权法》规定的“应收账款”本意（即财务会计学涵义）而认定收费权质押无效。因此应收账款的定义和范围仍然存在争议。

1、应收账款是否为一般债权质权。

一般认为应收账款实质是到期未还的一般金钱债权，故应收账款质押是设定一般债权质权。

也有学者认为，应收账款应具有特定内涵，从而区别于普通债权。一方面，应收账款质押对债权人的身份和资格提出特别要求，只有企业法人才可以作为出质人就企业的应收账款设定质押，甚至有的学者认为其质权人也仅限于国际保理业务的保理商，或者其他从事融资业务的债权人；另一方面，应收账款质押通常仅指企业因契约而产生的以金钱为标的的债权，即相对确定的债权；此外，应收账款质押的目的除了担保之外，还有盘活企业资产，提高资金利用率的目的。

从《办法》所规定的应收账款来看，其是否对质权人和出质人设定了身份和资格的限制尚不明确。

多数学者主张承认一般债权作为权利质权的标的。[1]

2、应收账款质押登记应进行实质审查还是形式审查

实质审查的目的是审核应收账款质权的形成过程是否真实、合法，而形式审查是审核登记人提供的资料是否完整、是否符合形式要件，至于资料的真实性和形成过程监管机构无义务进行审核。同时，在实质审查中如监管机构因监管不利导致出质人或第三人利益损失的，监管机构应承担相应的赔偿责任；形式审查中监管机构无须承担上述责任，而由错误登记人承担赔偿责任。我国应收账款质押登记采形式审查的方式，不做实质审查。

《登记办法》规定质权人在办理质押登记时需要提交的资料仅是双方签订的协议，质权人通过访问互联网的电脑终端自行录入登记信息，征信中心只审查形式要素是否完备，既不要求登记人提交质押合同，也不对双方主体的合法性、真实性进行审查，更不对权利范围的真实性、准确性进行审查，因此，是典型的形式审查。

在应收账款质押登记公示过程中，登记机构不对登记内容进行任何实质性审查，登记内容有限。中国人民银行征信中心不承担质押登记的管理职责，也不对登记的应收账款出质内容进行实质审查，将使应收账款质押登记的公信力大打折扣，对恶意出质人或第三人缺乏有效的监管和控制，因而增加了应收账款质押的风险。《登记办法》《登记操作规则》均规定由质权人（或其代理人）办理应收账款质押登记，质权人单方登记，登记时仅作形式审查，将使质权人恶意登记、消极行使权利的发生成为可能，不利于保护出质人和付款人的权利，应收账款质押登记的有效性存在风险。

3、应收账款质权的范围。

对于应收账款质权范围的认定一直存在争议。其中最突出的就是不动产用益权，如收费权。《应收账款质押登记办法》将“公路、桥梁、隧道、渡口等不动产收费权”纳入了应收账款，但《物权法》的“担保物权”编没有规定收费权质押，前者法律位阶低于后者，且对于收费权的延伸范围尚不明确，因此产生争议。

王利明教授认为，收费权不是物权，其支配的对象不是有体物，而是在提供一定服务后收取一定费用的权利，收费权也不是债权，其本质是一种取得一定债权的资格，而非是依据合同或者其他原因发生的具体债权。[2]

否认收费权作为应收账款质押标的的观点，主要理由是对于收费权性质有不同解读。有观点认为，收费权是国家在大量融资进行基础建设认为的过程中产生的与项目物权相分离的财产权利，收费权没有确定的义务人，其属于用益物权，以收费权设质是以用益物权设质，而应收账款是债权，二者性质不同，故应收账款不宜包含收费权。[3]也有学者认为，不动产

[1] 高言 张占良：《担保法理解适用与案例评析》，人民法院出版社，1996（217）。

[2] 王利明：《收费权质押的若干问题探讨》，http://article.chinalawinfo.com/ArticleHtml/Article_38268.shtml.

[3] 雷凌：《应收账款质押之对象分析》，《广西社会科学》2008年第9期。

收费权是政府相关部门赋予的一种资格，而这种资格亦可解释为债权人所享有的垄断经营权，因此债权人所出质的是对公路、桥梁、隧道等基础设施的垄断经营权。[4]公路、桥梁、隧道、渡口等不动产收费权其本身既不是财产所有权，也不是任何意义上的债权即财产所有权以外的财产权利，而是一种特定的经营许可权。[5]收费权的转让会受到诸多限制。这是因为收费权是由相关政府部门所特许的，享有收费权资格的权利人必定会受到较多的限制。因此当质权人拍卖收费权资格时，其利益必定会受到一定的损失。[6]

支持收费权作为应收账款质押标的的观点中，史尚宽先生认为不动产收费权质押是债权物权化的表现。随着社会经济的不断发展，法律应该赋予一些债权以某些物权的效力。刘保玉、孙超在《物权法中的应收账款质押制度解析》中认为，不动产收费权尽管在主体和用途上具有某些特殊性，但在本质上仍是一种未来的应收账款。邹海林、常敏在《论我国物权法上的担保物权制度》中认为，应收账款质权实际上是我国的银行界为贷款融资担保提出的一个具有某种功利性目的的命题，是围绕着公路桥梁、电网设施等项目建设有关的“收费权”能否出质问题衍生出来的。

此外，有学者提出，作为合同权利的股票收益权并非股权的一部分，而是由当事人依据契约自由原则所创设的一种意定权益，可作应收账款质权的标的。

（二）应收账款质押通知债务人的法律后果

应收账款质押通知是指出质人或质权人将应收账款质押的法律事实告知应收账款质押的次债务人的行为。

《物权法》对通知次债务人及其法律效力未做规定，有观点认为通知次债务人应收账款质押这一事实属于应收账款质押合同当事人的个人行为，其不具有法律效力。应收账款质押不同于应收账款债权转让，前者在法律性质上属于权利质权，是担保物权的一种，不以通知应收账款质押次债务人为成立要件。而后者在法律性质上属于债权让与；需要通知应收账款债务人方始发生法律效力。因此，在应收账款质押设定过程中，是否通知次债务人并不影响应收账款质押的效力。我国应收账款质押制度是登记生效主义，登记即完成全面公示，无需再在公示之外另进行通知；二是公示的效力本就是向全社会不特定人的予以表彰权利。一旦予以登记公示，就视为应收账款债务人已知该质权存在。

而郭明瑞、杨立新在《担保法新论》一书中则认为，债权的质押需要经过次债务人的同意，但债权人有义务及时通知次债务人关于债务已设定质押的情况。王利明教授在其《物权法》（修订版，下卷）中认为，债权质押采纳通知主义的立法模式较为合理。其一方面尊重了债权人自由处分其债权的权利，鼓励通过担保融资并符合市场经济的发展需求；另一方面，他也考虑到了次债务人的利益，可避免因次债务人对应收账款债权质押毫不知情时所造成的损害。陈本寒、黄念在《一般债权质押问题之探讨——兼评我国〈物权法〉（草案）相关条款之规定》中认为，如果次债务人不知道债权的设质情况，而一旦他向出质人清偿了其所负

[4] 韦剑：《收费权质押可纳入应收账款质押吗》，《法学》，2008 年第 2 期。
[5] 葛力伟、段维明等：《析应收账款质押登记制度的立法缺陷》，《金融论坛》2008 年第 2 期
[6] 孙守遐、付胜涛：《公路收费权质押法律问题研究》《山东法学》，2007 年第 7 期。

的债务，一般债权质权的客体将不复存在，所以一般债权的质权应当以通知债务人为生效要件。罗欢平在《质权还是抵押权：再论普通债权质权的性质》中认为要实现对债权的控制，就要约束债权人对债权的处分行为必须要有债务人的配合，因此应当一般债权的质押应当通知债务人。史尚宽先生认为“债权质之设定及移转，除民法或其他法律规定外，准用关于债权让与之规定，盖债权质之设定，不外为债权之创设的让与，从而以债权为标的之质权，不异以债权为母权之子权，例如债权质权之设定或让与，非通知债务人不得对抗之。”[7]即应当通知债务人。

在认可通知必要性的观点中，存在通知生效效力和通知对抗效力两种观点。通知是质权生效要件的主要观点依据是：应收账款质权的实现与应收账款债务人的清偿行为紧密联系，应收账款债务人一旦出质后，即改变了债务履行的对象，其清偿行为所受约束更多，所以，只有在设质通知到达应收账款债务人后，方知晓履行对象改变的情事，债权的转移占有才得以完成，通知应为生效要件。支持通知是对抗效力的观点认为，未通知应收账款债务人的情况下，出质人与质权人之间质押合意仍有合法效力，质权成立但不能对抗应收账款债务人。

(三)应收账款的实现机制

我国《物权法》没有明确规定应收账款质押的实现方式，根据第 229 条“权利质权除适用本节规定外，适用本章第一节动产质权的规定”，比照动产质权执行。即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，“质权人可以拍卖、变卖质押财产，并与出质人通过协议将拍卖、变卖所得的价款提前清偿债务或者提存”。（《物权法》第二百一十六条）”质权人在债务履行期届满前，不得与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有。”（《物权法》第二百一十一条）。

一方面，对于拍卖、变卖质押财产的质权实现方式适用于应收账款质权存在争议。有观点认为，通过质押财产折价、拍卖、变卖方式实现应收账款质权是不合适的。动产价值不经特定程序，其交换价值不容易体现，因此需要通过市场竞价的方式去确定价值，而应收账款是金钱债权，其价值与金额是正相关关系，当事人双方完全可以在事前对应收账款的实现进行预安排，不需要通过拍卖等方式确定价值。

另一方面，直接收取权是否可作为应收账款质权的实现方式，质权人的直接收取权是否有违物权法禁止流质契约的一般原则的问题，也一直存在争议。

《物权法》没有规定质权人的直接收取权，其第 211 条规定“质权人在债务履行期届满前，不得与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有。”此即“禁止流质”条款。直接收取权的行使使得质权人取得了直接向第三债务人请求给付并受领给付的权利，使质权人直接获得了应收账款债权的所有权的征象，似有流质契约之嫌。有学者认为，允许质权人直接收取债权，实质为流质，违反了“禁止流质”的规定。

有学者则认为，直接收取权与禁止流质规定并不冲突。质权人仅享有“收取债权”的程序性权利，而不享有最为重要的处分权利，即不能对该债务予以免除或变更，故而二者并不

[7] 史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社，2000 年 1 月，740 页。

相同。也有学者认为，质权人直接收取债务虽为流质条款，但应收账款质权人对应收账款的控制远远弱于动产质押权人，流质条款之所以受到法律的禁止，其原因在于该条款违反了公平原则，在流质条款下，质押财产未经评估作价，即以全部财产转移给债权人，但应收账款质权人直接收取债权，只能收取与其债权等值的金钱价值，出质人利益不会因为流质约定而受到损害。如果不赋予应收账款质权人直接收取权，对应收账款质权的保护则存在不足。

除以上两种实现方式外，有观点认为，应收账款债权具有时效性，应收账款债权是否在诉讼时效期间内，直接关系到应收账款质权的实现，因而应赋予质权人中断应收账款诉讼时效的请求权。

（四）应收账款质权对次债务人的效力

《物权法》未对涉及应收账款实现至关重要的债务人即应付款项人的权利义务问题予以明确，造成应收账款质权的实现存在困难。应收账款质权合同的成立不以通知次债务人为要件，但应收账款质权的顺利实现取决于次债务人的资信与还款能力，应收账款质权对次债务人的效力问题仍存在争议。

有观点认为，次债务人对出质人享有的抵销权、抗辩权不因应收账款质权的存在与否而受到影响。原因在于，第一，应收账款质权是质权人与出质人通过质押合同设立，根据债的相对性原理，该合同仅得约束出质人与质权人，不得为第三债务人设定义务，限制第三债务人对出质人享有的权利。第二，根据物权法定的理论，物权的种类和物权的内容都应该由法律直接规定，在法律没有明确规定的情况下，第三债务人的权利均不受影响，不存在应收账款质权抑制次债务人的抵销权、抗辩权行使的法律依据。第三，次债务人行使抵销权、抗辩权与其是否收到质押通知，以及其对出质人享有债权的时间较之于质权设立的先后顺序没有关系。

但也有部分学者认为第三债务人行使抵销权、抗辩权与其何时收到质押通知相关，并区分第三债务人是否收到通知，划分时间进行探讨。如果处分行为是在设质通知到达后才实施的，因质权的设定可以对抗第三人，则此处分行为对质权人不生效力。此时若代位权条件成就，质权人仍有权向应收账款债务人主张还款责任。如果应收账款债务人的清偿行为是在通知到达之前发生的，则质权设定不能对在此之前已处分的行为产生效力，即处分行为对质权人产生对抗效力。质权人只能要求出质人承担赔偿责任。

四、裁判要旨

通过在北大法宝以及北大法意中输入“应收账款”“应收账款质权”“物权法 228 条”进行案例检索，显示相关的最高人民法院公报案例为 0。

下一案例并非出自《人民法院案例选》与《最高人民法院公报》，仅是最高人民法院案例。

典型案例 1：特定情形下担保人同时清偿普通债权和担保债权后可主张抵消。

裁判要旨：法院认为，关于上海农行对金源公司享有的质权是否优先于纵横公司担保追偿权的问题。本案中，纵横公司系出质人金源公司的债务人，而纵横公司又为金源公司向上

海农行的借款提供了担保。纵横公司履行了担保义务后，根据《担保法》第三十一条规定，有权向债务人金源公司追偿。根据本案各方当事人的关系，出质人金源公司和出质人的债务人纵横公司之间的互负债务，是一种直接的债权债务关系，而债权人上海农行与出质人的债务人纵横公司之间并没有直接的债权债务关系。而且，质权人能否实现质权取决于出质人提供的应收账款是否真实存在。因此，纵横公司对金源公司所负的债务可以与金源公司因纵横公司向其行使担保追偿权所形成的对纵横公司的债务相互抵销。 “中国农业银行股份有限公司上海市分行与上海金源国际经贸发展有限公司等应收账款质权纠纷案”，(2012)民申字第 1019 号。

典型案例 2：广电网络收费权应以出质登记作为质押的生效要件。

裁判要旨： 广电网络收费权是否可以质押，法律未明确规定。因该权利具有财产性、可让与性、管理性，符合可出质权利的一般特性要求而可设定质押。广电网络收费权质押应以出质登记作为质押的生效要件。出质登记行为既是设权性的，同时也是公示性的，具有对抗第三人的效力。**“中国农业银行西乡支行诉西乡县广播电视局等借款质押合同案”，载《中国审判案例要览》(2007 年商事审判案例卷) 第 40—43 页。**

《物权法》第二百二十九条权利质权参照适用动产质权规定

第二百二十九条 权利质权除适用本节规定外，适用本章第一节动产质权的规定。

一、条文阐释

《物权法》第二百二十九条明确规定权利质权参照动产质权适用。

《物权法》第十七章第一节规定了动产质权，也是质权的一般形式，第二节中对于特殊形式的质权——权利质权作出了特殊规定，但对于权利质权没有规定的内容可以参照适用质权一般条款。

权利质权与动产质权同为质权，但是在三个方面存在区别。

(1)权利标的不同。动产质权标的为动产，而权利质权标的为可以出质的财产权，包括汇票、本票、支票、债券、存款单、仓单、提单、应收账款、基金份额、股权、知识产权等。

(2)公示方式不同。动产质权公示方式是交付，而权利质权公示方式区分不同类型的权利质权标的，其公示方式包括交付权利凭证和出质登记两种情形。

(3)权利保全方式不同。动产质权依动产转移占有，可由质权人自身的实际控制保全质权。权利质权则是通过出质人对出质权利的处分上的限制，来实现权利质权的保全。

权利质权与动产质权都是以其客体的交换价值的取得为目的的担保物权，两者共同构成质权的组成部分，很多内容上是相同的。

《物权法》二百零八至二百二十二条是关于动产质权的规定。可以为权利质权所参照适用的规定，其具体内容概括如下。

（1）权利质权的定义与范围。参照《物权法》第二百零八条与二百零九条。权利质权应当是为担保债务的履行，债务人或者第三人将其权利出质给债权人占有的，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，债权人有权就该权利优先受偿。法律、行政法规禁止转让的权利不得出质。

（2）权利质权的合同。设立质权，当事人应当采取书面形式订立质权合同。质权合同一般包括下列条款：（一）被担保债权的种类和数额；（二）债务人履行债务的期限；（三）质押财产的名称、数量、质量、状况；（四）担保的范围；（五）质押财产交付的时间。禁止约定流质条款。

（3）权利质权担保的范围。质押担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、质物保管费用和实现质权的费用。质押合同另有约定的，按照约定（《担保法》六十七条）。

（4）质权人的权利与义务。

权利方面，首先是质权人收取孳息的权利。质权人有权收取质押财产的孳息，但合同另有约定的除外，且孳息应当先充抵收取孳息的费用。（《物权法》二百一十三条）第二是保全的权利。因不能归责于质权人的事由可能使质押权利的价值明显减少，足以危害质权人权利

的，质权人有权要求出质人提供相应的担保；出质人不提供的，质权人可以拍卖、变卖质押权利，并与出质人通过协议将拍卖、变卖所得的价款提前清偿债务或者提存（《物权法》二百一十六条）。第三是质权人的转质权。参照《物权法》第二百一十七条，质权人经出质人同意可以转质。此外，质权人还享有留置权利证书的权利，限制出质人与第三人之间行为的权利，和以出质质权优先受偿的权利。

义务方面，一是不得处分使用质押权利的义务。质权人在质权存续期间，未经出质人同意，擅自使用、处分质押权利，给出质人造成损害的，应当承担赔偿责任。（二百一十四）二是保管义务。质权人负有妥善保管质押财产的义务，并为其保管不善所致的质押权利的损害承担赔偿责任。质权人的行为可能使质押权利毁损、灭失的，出质人可以要求质权人将质押权利提存，或者要求提前清偿债务并返还质押财产。（《物权法》二百一十五条）

（5）出质人的权利。要求质权人及时行使质权的权利。出质人可以请求质权人在债务履行期届满后及时行使质权；质权人不行使的，出质人可以请求人民法院拍卖、变卖质押财产。出质人请求质权人及时行使质权，因质权人怠于行使权利造成损害的，由质权人承担赔偿责任。（《物权法》第二百二十条）

（6）质权的放弃和实现。一是质权人可以放弃质权。债务人以自己享有的权利出质，质权人放弃该质权的，其他担保人在质权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，但其他担保人承诺仍然提供担保的除外。（《物权法》第二百一十八条）二是债务人的提前履行。债务人履行债务或者出质人提前清偿所担保的债权的，质权人应当返还质押财产。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，质权人可以与出质人协议以质押财产折价，也可以就拍卖、变卖质押财产所得的价款优先受偿。质押财产折价或者变卖的，应当参照市场价格。（《物权法》第二百一十九条）

质押财产折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归出质人所有，不足部分由债务人清偿。（《物权法》第二百二十一条）出质人与质权人可以协议设立最高额质权。最高额质权除适用本节有关规定外，参照本法第十六章第二节最高额抵押权的规定。（《物权法》第二百二十二条）

（7）责任承担。一是损害赔偿。质权人在质权存续期间，未经出质人同意，擅自使用、处分质押权利，给出质人造成损害的，应当承担赔偿责任。（《物权法》二百一十四）质权人为其保管不善所致的质押权利的损害承担赔偿责任。质权人在质权存续期间，未经出质人同意转质，造成质押财产毁损、灭失的，应当向出质人承担赔偿责任。（《物权法》二百一十七条）二是提前清偿或提存。质权人的行为可能使质押权利毁损、灭失的，出质人可以要求质权人将质押权利提存，或者要求提前清偿债务并返还质押财产。（《物权法》二百一十五条）

（8）转质。转质是质权人为供自己或他人债务之担保，将质物再度设定新质权并出质于第三人。根据是否经出质人同意，转质可以分为承诺转质和责任转质。承诺转质是指质权人经出质人许可，为担保自己或他人的债务，以其质押的财产为第三人再度设定较自己的质权有优先效力的新质权。责任转质是指质权人在质权存续过程中，不经出质人同意而将质物

转质于第三人，并由质权人承担责任。（《物权法》第二百一十七条）该条承认现承诺转质，但是否承认责任转质则尚存在争议。

（9）最高额质押。最高额质押是以质押财产担保一定数额范围内的债权。如果以证券作为质押客体，就可以设立最高额权利质押。权利质权也可以参照动产质权相关规定，适用最高额质押。

(10)善意取得制度。《担保法司法解释》第 84 条之规定，出质人以其不具有所有权合法占有的动产出质的，不知出质人无处分权的质权人行使质权后，因此给动产所有人造成损失的，由出质人承担赔偿责任，但质权并不受影响，立法上称之为动产质押权的善意取得制度，关于动产质押的这条法律规定应该适用于权利质权。

(11)重复质押。最高人民法院有关司法解释："出质人以间接占有的财产出质的，质押合同自书面通知送达占有人时视为移交。占有人收到出质通知后，仍接受出质人的指示处分出质财产的，该行为无效。"同时还明确"出质人代质权人占有质物的，质押合同不生效。"质押人出质后，只要自己不占有质物，使后位质权人间接占有质物并通知前位质权人，也可重复设定质权。以交付为公示要件的权利质权，亦可以适用此规定。

二、周边法源

一、法律法规

1、《担保法》

第七十五条　下列权利可以质押：

（一）汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单；【与《物权法》第 223 条（一）（二）（三）重合】

（二）依法可以转让的股份、股票；【《物权法》第 223 条第（四）款去掉了股票，增加了可以转让的基金份额，此条失效】

（三）依法可以转让的商标专用权，专利权、著作权中的财产权；【《物权法》第 223 条第（五）不限于此条规定中的可以出质的三项知识产权，而扩充为了"注册商标专用权，专利权、著作权等知识产权"，此条失效。】

（四）依法可以质押的其他权利。【《物权法》第 223 条第（六）款增加了"应收账款"，第（七）款兜底条款中将担保法中"依法"，变更为"法律、行政法规"规定，此条失效】

第八十一条 权利质押除适用本节规定外，适用本章第一节的规定。（与《物权法》内容重合）

第六十三条　本法所称动产质押，是指债务人或者第三人将其动产移交债权人占有，将该动产作为债权的担保。债务人不履行债务时，债权人有权依照本法规定以该动产折价或者以拍卖、变卖该动产的价款优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为出质人，债权人为质权人，移交的动产为质物。（与《物权法》内容重合）

第六十四条　出质人和质权人应当以书面形式订立质押合同。

质押合同自质物移交于质权人占有时生效。

【物权法规定质押合同成立即生效，并区分于质权的公示要件，此条第二款失效。第一款与《物权法》内容一致】

第六十五条　质押合同应当包括以下内容：

（一）被担保的主债权种类、数额；

（二）债务人履行债务的期限；

（三）质物的名称、数量、质量、状况；

（四）质押担保的范围；

（五）质物移交的时间；

（六）当事人认为需要约定的其他事项。

质押合同不完全具备前款规定内容的，可以补正。

第六十六条　出质人和质权人在合同中不得约定在债务履行期届满质权人未受清偿时，质物的所有权转移为质权人所有。【与《物权法》内容重合】

第六十七条　质押担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、质物保管费用和实现质权的费用。质押合同另有约定的，按照约定。

第六十八条　质权人有权收取质物所生的孳息。质押合同另有约定的，按照约定。

前款孳息应当先充抵收取孳息的费用。

第六十九条　质权人负有妥善保管质物的义务。因保管不善致使质物灭失或者毁损的，质权人应当承担民事责任。

质权人不能妥善保管质物可能致使其灭失或者毁损的，出质人可以要求质权人将质物提存，或者要求提前清偿债权而返还质物。

第七十条　质物有损坏或者价值明显减少的可能，足以危害质权人权利的，质权人可以要求出质人提供相应的担保。出质人不提供的，质权人可以拍卖或者变卖质物，并与出质人协议将拍卖或者变卖所得的价款用于提前清偿所担保的债权或者向与出质人约定的第三人提存。

第七十一条　债务履行期届满债务人履行债务的，或者出质人提前清偿所担保的债权的，质权人应当返还质物。

债务履行期届满质权人未受清偿的，可以与出质人协议以质物折价，也可以依法拍卖、变卖质物。

质物折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归出质人所有，不足部分由债务人清偿。

第七十二条　为债务人质押担保的第三人，在质权人实现质权后，有权向债务人追偿。

第七十三条　质权因质物灭失而消灭。因灭失所得的赔偿金，应当作为出质财产。

第七十四条　质权与其担保的债权同时存在，债权消灭的，质权也消灭。

2、《物权法》

第二百二十三条　债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质：

（一）汇票、支票、本票；

（二）债券、存款单；

（三）仓单、提单；

（四）可以转让的基金份额、股权；

（五）可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权；

（六）应收账款；

（七）法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利。

第二百二十九条　权利质权除适用本节规定外，适用本章第一节动产质权的规定。

第一节　动产质权

第二百零八条　为担保债务的履行，债务人或者第三人将其动产出质给债权人占有的，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，债权人有权就该动产优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为出质人，债权人为质权人，交付的动产为质押财产。

第二百零九条　法律、行政法规禁止转让的动产不得出质。

第二百一十条　设立质权，当事人应当采取书面形式订立质权合同。

质权合同一般包括下列条款：

（一）被担保债权的种类和数额；

（二）债务人履行债务的期限；

（三）质押财产的名称、数量、质量、状况；

（四）担保的范围；

（五）质押财产交付的时间。

第二百一十一条　质权人在债务履行期届满前，不得与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有。

第二百一十二条　质权自出质人交付质押财产时设立。

第二百一十三条　质权人有权收取质押财产的孳息，但合同另有约定的除外。

前款规定的孳息应当先充抵收取孳息的费用。

第二百一十四条　质权人在质权存续期间，未经出质人同意，擅自使用、处分质押财产，给出质人造成损害的，应当承担赔偿责任。

第二百一十五条　质权人负有妥善保管质押财产的义务；因保管不善致使质押财产毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。

质权人的行为可能使质押财产毁损、灭失的，出质人可以要求质权人将质押财产提存，或者要求提前清偿债务并返还质押财产。

第二百一十六条　因不能归责于质权人的事由可能使质押财产毁损或者价值明显减少，足以危害质权人权利的，质权人有权要求出质人提供相应的担保；出质人不提供的，质权人

可以拍卖、变卖质押财产，并与出质人通过协议将拍卖、变卖所得的价款提前清偿债务或者提存。

第二百一十七条　质权人在质权存续期间，未经出质人同意转质，造成质押财产毁损、灭失的，应当向出质人承担赔偿责任。

第二百一十八条　质权人可以放弃质权。债务人以自己的财产出质，质权人放弃该质权的，其他担保人在质权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，但其他担保人承诺仍然提供担保的除外。

第二百一十九条　债务人履行债务或者出质人提前清偿所担保的债权的，质权人应当返还质押财产。

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，质权人可以与出质人协议以质押财产折价，也可以就拍卖、变卖质押财产所得的价款优先受偿。

质押财产折价或者变卖的，应当参照市场价格。

第二百二十条　出质人可以请求质权人在债务履行期届满后及时行使质权；质权人不行使的，出质人可以请求人民法院拍卖、变卖质押财产。

出质人请求质权人及时行使质权，因质权人怠于行使权利造成损害的，由质权人承担赔偿责任。

第二百二十一条　质押财产折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归出质人所有，不足部分由债务人清偿。

第二百二十二条　出质人与质权人可以协议设立最高额质权。

最高额质权除适用本节有关规定外，参照本法第十六章第二节最高额抵押权的规定。

三、司法解释

《担保法解释》

第一百零六条　质权人向出质人、出质债权的债务人行使质权时，出质人、出质债权的债务人拒绝的，质权人可以起诉出质人和出质债权的债务人，也可以单独起诉出质债权的债务人。

三、争点与述评

（一）转质权的适用

在动产质权中，质权人享有转质权。根据《物权法》第229条的规定，以体系解释，转质权应当适用于权利质权。但是权利质权是否能参照适用《物权法》第二百一十七条规定，尚存在争议。

多数学者认为法律关于动产转质的规定，同样适用于包括票据质权在内的权利质权，提出权利质权转质与动产质权转质并无不同，质权人既可以进行承诺转质，也可以进行责任转质。应当允许质权人通过转让票据的方式实现自己的债权。出质票据的这种合法再转让，是在主债务不履行的情况下行使担保债权的一种方式，不会增加出质人的风险，再背书转让不会增加质权人的利益，反而为实现质权增加了一种更便利的方式。

但是也有学者认为对于部分权利质权并不能参照适用。(1) 票据、债券、存款单、仓单、提单等多属于记名证券，质权人无法进行承诺转质，更不能进行责任转质。所以以票据、债券、存款单、仓单、提单出质的，质权人再行质押的无效。只有无记名证券质押，在质权人征得出质人同意的情况下，才可以将该证券再行设立质权，成立转质。[1] (2)转质权的两种类型承诺转质与责任转质是否都适用于知识产权质押，有的学者认为还需要具体分析。承诺转质可以适用于知识产权质押，只要质权人经过出质人同意，并履行法定的登记程序即可设立。但是，责任转质则不宜适用于知识产权质押。知识产权出质，本身需要登记，如果在未取得权利人的同意又未改变登记的情况下便实行责任转质，既不符合公示公信原则，亦会产生各种不必要的纠纷。因此，知识产权质权人在适用有关动产质押的转质权时，应当进行限缩解释，即只适用承诺转质，而不适用责任转质。[2]

（二）债权质权为物权性还是债权性

以客体是否为债权，可以将权利质权分为债权质权和非债权质权，票据质权、债券质权、存款单质权、应收账款质权等属于债权质权；而仓单质权、提单质权、基金份额质权、股票质权、知识产权质权等，则归入非债权质权。

债权质权直接或间接地规定于《物权法》第二百二十三条以下，在“体系上”具有归入物权的表征。尤其是《物权法》第二百二十九条规定了权利质权对动产质权规则的准用，以及第二条并未固守物权之以有体物为客体，使“债权质权已由《物权法》塑型为担保物权之一种”的观点，有渐成通说之趋势。

但有学者对债权质权的物权性提出质疑，认为债权质权实质为债权性质（1）债权质借《物权法》第二百二十九条的指引，除适用《物权法》二百二十四条、第二百二十八条以外，适用同法第二百一十二条关于“质权人自出质人交付质押财产时设立”，亦即出质人须得“交付”该债权，即转移该债权的“占有”，债权质权方得设立，具有物权之形。但我国《物权法》关于债权质权乃至整个权利质权的实质性规定“语焉不详”极为粗略，就第二百二十九条准用动产质权而言，债权质权的可准用性也极低，有待进一步的解释。虽然《物权法》对于债权质的规定并不充盈，但其欲仿照动产质权而为塑型的意图本身清晰可见，第二百二十九条明确规定动产质权规则对权利质权的适用，从体系解释的角度，系统的权利抵押制度未为《物权法》所采，更未独立出权利担保制度以涵摄权利质押和权利抵押。(2) 在同样以债的方式为担保的序列中，债权质可谓保证的“简化”形式，在同样是处分债权的序列中，债权质所处分的权利要弱于债权让与所处分的权利，前者自难谓“物权化”；在与同样冠以“质权”之名的动产质权比较中，以客体和权利最终实现为界，债权质权一如“债权所有权”概念，仅为披着物权“外衣”的债权，在物债二分体系下，仍旧适宜归入债权而非物权。[3]

[1] 于海涌，马栩生主编；杨峰，郑小明副主编：《物权法（第4版）》，中山大学出版社,2013.06（277）。
[2] 任中秀：《解释论视野下知识产权质权人权利探析》，《知识产权》2012年02期。
[3] 唐勇：《债权质权：物债二分体系下的“ 骑墙者”》，<中外法学》，2013年第6期。

四、裁判要旨

通过在北大法宝以及北大法意中输入“物权法 229 条”进行案例检索，显示相关的最高人民法院公报案例为 0。

典型案例：担保的债权未履行时，出质股权依据动产质权的一般规定实现。

裁判要旨：贺某以其所持有的宁波广度母婴护理服务有限公司 65%、金额为 325 万元的股权向邵某某提供质押担保，并办理了股权出质登记，因此，当贺某、纪某某不履行债务时，债权人有权以被出质的股权拍卖、变卖后的价款优先受偿。双方签订的股权出质合同中对股权出质的期限有过约定，但该约定违反了质权消灭的从属性，应属无效。“贺某与邵某某等民间借贷纠纷上诉案”，载 http://iras.lib.whu.edu.cn:8080/rewriter/PKULAW/http/vvv9ojtk-v9bm/Case/pfnl_119585274.html?match=Exact 北大法宝

对《物权法》第230条的评述

债务人不履行到期债务，债权人可以留置已经合法占有的债务人的动产，并有权就该动产优先受偿。前款规定的债权人为留置权人，占有的动产为留置财产。

一、周边法源

1、《物权法》第二百三十一条

债权人留置的动产，应当与债权属于同一法律关系，但企业之间留置的除外。

2、《民法通则》第八十九条第四款

按照合同约定一方占有对方的财产，对方不按照合同给付应付款项超过约定期限的，占有人有权留置该财产，依照法律的规定以留置财产折价或者以变卖该财产的价款优先得到偿还。

3、《担保法》司法解释第一百零八条

债权人合法占有债务人交付的动产时，不知债务人无处分该动产的权利，债权人可以按照担保法第八十二条的规定行使留置权。

4、《担保法》司法解释第一百零九条

债权人的债权已届清偿期，债权人对动产的占有与其债权的发生有牵连关系，债权人可以留置其所占有的动产。

5、《担保法》司法解释第一百一十条

留置权人在债权未受全部清偿前，留置物为不可分物的，留置权人可以就其留置物的全部行使留置权。

6、《担保法》司法解释第一百一十一条

债权人行使留置权与其承担的义务或者合同的特殊约定相抵触的，人民法院不予支持。

7、《担保法》司法解释第一百一十二条

债权人的债权未届清偿期，其交付占有标的物的义务已届履行期的，不能行使留置权。但是，债权人能够证明债务人无支付能力的除外。

二、法条释义

本条是有关留置权的一般规定，共1款。留置权是指在债务人不履行到期债务时，债权人有权依照法律规定留置已经合法占有的债务人的动产，并就该动产优先受偿的权利。这时，债权人便为留置权人，占有的动产便为留置财产。

留置的条件如下：一、积极条件，债权已届清偿期；须债权人占有债务人的动产；债权人留置的动产，应当与债权属于同一法律关系。但企业之间留置的除外。二、消极条件，对动产的占有不是因侵权行为；债权人合法占有债务人交付的动产时，不知债务人无处分该动

产的权利，债权人可以行使留置权；对动产的留置不违反公共利益或善良风俗；对动产的留置不得与债权人承担的义务或者合同的特殊约定相抵触。

留置权人的权利：如果是可分物，留置权人有权留置相当于债务金额的财产；如果是不可分物，留置权人在债权未受全部清偿前可以就其留置物的全部行使留置权，同时，还有权收取留置物的孳息、 请求偿还因保管留置物所支出的必要费用以及就留置物优先受偿。

留置权制度较早规定在我国《担保法》及相关的司法解释之中，2007年《物权法》通过改进留置权成立要见的规定而扩张了其适用范围，但是关于“债务人的动产”、“同一法律关系”、“恶意留置”、区分“商业留置”等问题还存在不少争议，正确认识和分析这些制度变化及其不足，对于进一步完善留置权制度，充分发挥其保障债权实现、维护市场信用的社会功用意义重大。

三、争点与述评

（一）债务人的动产

随着社会主义市场经济的发展，留置权制度也出现其局限性，其中一点就表现在留置物的范围上，基于此，2007 年颁布的《物权法》在留置物的范围上对之前的《担保法》做出了修改。《物权法》第 230 条将留置物的范围由“债权人按照合同约定占有的债务人的动产”拓展为“债权人已经合法占有的债务人的动产”。此变化将“按照合同约定占有”这一限定去除，亦即表明占有的取得可以通过合同，也可以通过其他的方式，范围更加广阔，更有利于留置制度的作用的发挥以及契合社会经济的发展，这一点在学术界达成共识，但在“债务人的动产”这一方面容易引发争议。有学者认为，“债务人的动产”仅指“属于债务人所有的动产”；也有学者认为，“债务人的动产”不仅指“属于债务人所有的动产”，还包括“非债务人所有的第三人的动产”。在学说和立法例上形成了肯定说、否定说和折中说等不同的主张。[1]

持否定说的学者认为：首先，在交易迅速而又复杂的市场经济条件下，法律不应苛求留置权人花费大量的人力和财力去查明其占有物是否真正属于债务人所有，否则会阻碍交易的顺畅。其次，如果过分保护所有人的利益，因为债务人不是动产的所有人而影响留置权的效力，会影响交易的安全。再次，从社会经济生活的实践来看，债务人将第三人所有的动产交付给债权人修理、加工、保管、运输及债权人因特定事实行为而合法占有由债务人占有的第三人所有的动产的情况十分常见。如果债权人占有第三人而非债务人所有的动产不能成立留置权，则有违留置权制度保障债权人利益的立法宗旨，也不符合社会生活的经验习惯。所以，债权人占有债务人的标的物不需要以属于债务人所有为必要条件。

（二）未限定恶意留置权

确立了留置权与其他担保物权冲突时的优先效力，但缺乏对恶意的留置权作出限制性的规定。留置权与抵押权、质权均为担保物权，三者在内容和形式上存在着诸多区别。现实中，在同一标的物上往往会发生留置权与抵押权或质权竞存和冲突的情况。当在同一标的物上发

[1]高圣平.《担保法论》，法律出版社 2009 年版，第 568 页.

生留置权与抵押权或质权竞存和冲突的情况，法律究竟应当优先保护哪项权利呢？在《物权法》颁布之前，依《担保法解释》第79条规定，当同一财产法定登记的抵押权与质权并存时，法律优先保护抵押权；同一财产抵押权与留置权并存时，法律优先保护留置权。但是，对于同一财产质权与留置权并存时，法律优先保护哪项权利问题，《担保法解释》并未作出明确规定。对此，《物权法》第239条则作出了明确的规定："同一动产上已设立抵押权或质权，该动产又被留置的，留置权人优先受偿。"由此可见，《物权法》全面确立了留置权与其他担保物权冲突时的优先效力。

留置权人之所以要优先于抵押权人或质权人受偿，其主要理由为：一方面，依现代民法理论，法定的担保物权优先于约定的担保物权已经成为公认的物权法原则。留置权属于法定的担保物权，而抵押权和质权属于约定的担保物权。按照法定优先于约定的规则，留置权作为一种法定的担保物权更集中、更直接地反映和体现了法律的政策考量和公利因素，理当具有优先效力；另一方面，从社会经济生活的实际来看，留置权与抵押权或质权竞存和冲突的情况通常发生在物的动态交易过程中，且留置权人已经合法占有了标的物，而抵押权人并不占有、质权人也不实际占有标的物。因此，基于占有的事实对抗效力，应当确认留置权与其他担保物权冲突时的优先效力，唯此才有利于留置权法律制度保障物的动态交易安全，使物尽其用，财尽其流，满足市场交易安全、稳定的需要。[2]

（四）区分商业留置

《物权法》第231条但书部分却对企业之间的留置作出了特别的除外规定，突出了企业之间留置权的特殊性，但有违背社会公平之嫌。"同一法律关系"作为留置权的成立条件仅是对一般留置权的规定，而对于企业之间的留置权并不适用。《物权法》的这一规定突出了企业之间留置权的特殊性，实际上放宽了企业之间留置权的成立条件。所谓企业之间留置权，是指企业之间在经营交往中发生债权债务关系，当债务人不履行到期债务时，债权人可以留置已经合法占有的债务人的动产，并就该动产优先受偿的权利。《物权法》之所以对企业之间留置权进行特殊规定，是因为企业是我国社会主义市场经济活动的主体，考虑到在企业与企业的经济活动当中，当事人之间的相互交易往往非常频繁，因此如果严格要求债权人留置的动产必须与债权的发生具有同一法律关系，显然有悖交易迅捷和交易安全原则。

《物权法》的这种特殊规定，虽然在一定意义上顺应了现代物权法的发展趋势，反映了现代市场经济的发展对物的法律保护的期待，有利于企业之间经济效率的提高。平等是我国民事立法的基本原则，而《物权法》第231条但书部分却将留置权这一重要民事权利的成立条件视民事主体的身份进行差别规定，其势必造成民事主体地位的实际不平等，从而导致相同民事行为产生不同法律后果的尴尬局面。同时由于《物权法》第231条但书部分将"同一法律关系"的要求排除在外，故《物权法》对企业之间留置权的规定在留置物与其所担保的债权之间的联系问题上仍然停留在"牵连关系"的阶段，仍然具有很大的不确定性。 同时，学界普遍认为《物权法》第231条但书部分对企业之间的留置作出的特别的除外规定，实际

[2] 江平：《中华人民共和国物权法精解》，中国政法大学出版社2007年版。

上确立了我国的商事留置权制度，但部分学者又认为，《物权法》第231条但书部分并不能表明我国的商事留置权制度就此确立。如果确有必要建立商事留置权制度，则我国应当在立法上另外进行具体规定。[3]

四、裁判要旨

[3] 宗志祥：《我国物权法留置权制度的变化与完善》，载《江西社会科学》，2009年第8期。

对《物权法》第231条的评述

债权人留置的动产，应当与债权属于同一法律关系，但企业之间留置的除外。

一、周边法条

《担保法解释》第一百零九条　债权人的债权已届清偿期，债权人对动产的占有与其债权的发生有牵连关系，债权人可以留置其所占有的动产。

二、法条释义

本条是对留置财产与债权的关系的规定，共1款。其作为留置权的积极成立要件，具体内容如下：（1）债权人占有动产。按照我国《民法通则》以及《担保法》的规定，留置权的成立限于债权人因合同占有债务人的财产。即只有债权人依合同占有债务人的财产之上，才能成立留置权。一般认为，因侵权行为取得的占有，不能产生留置权。一些立法明确要求非因侵权行为而占有。（2）债权人占有的动产与债权属同一法律关系，但企业间留置的除外。债权人的债权与债权人占有的财产有牵连关系，才能成立留置权，这是很多国家的法律规定。一般认为，在我国，留置权的成立所要求的牵连关系，体现为债权与留置物的占有取得须基于同一合同关系而产生。然而，《担保法解释》第109条突破了“合同关系”的限制，即仅具有“牵连关系”即可。

针对该条文，一直以来，学界和实务中所争论的焦点集中在对“同一法律关系”的认定，以及条文后半段的商业留置上。此外，该条常与第230条结合进行分析，以确定留置权的适用范围限于动产。

三、争点与述评

（一）“同一法律关系”的认定

1、“同一法律关系”的界定

《物权法》第231条规定：“债权人留置的动产，应当与债权属于同一法律关系。”由此看出我国主要采取的是债权与标的物有牵连时的单一标准说。那么具体而言，“同一法律关系”是基于同种类的法律关系还是同一个法律关系呢？有学者认为，动产的返还义务与债权在性质上属于同一法律关系框架内，可以认为有构成留置权适用的条件。同一法律关系在一定情况下可以包括同类的法律关系，比如，在一个连续性的运输行为中，托运人未支付前一次的运输费用，承运人对此次运输的货物可行使留置权[1]。但是，笔者认为，“同一法律关系”应指同一个法律关系，而不是指同一种法律关系。首先，从留置权的构成要件来看，《物权法》230条“债务人不履行到期债务，债权人可以留置已经合法占有的债务人的动产”，所以，占有在留置权成立和存续中有重要的意义，承运人丧失对前一批货物的占有，即为留置权的消灭；[2]即留置权的产生必须以合法占有动产为前提，一旦丧失占有，其留置权也就消灭。

其次，从留置权产生的内外部主体间利益变化的影响来看，为了平衡债权人、债务人及利害关系人的利益，不应该对其做扩大解释。担保物权中的留置权的成立，将打破民事财产法律制度中的几个基本原则，一是债权人地位平等的债权法原则。本来，保管人、运输人和加工人对债务人的债权并不比其他债权人的债权为优，他们本应该是平等，但是，对其他债权人而言，由于留置权的法律规定使债权平等打破。二是先存在的物权优先于后存在的物权的物权法原则。由于留置权属于法定的担保物权，依担保物权竞存条件下的优先效力规则，法定担保物权优先于约定的担保物权，即尽管物权留置权成立在后，但是其效力却优于在该物上先存在的如抵押权等担保物权[3]。三是物权优先于债权的民法原则。债务人对自己的所有物享有所有权，是物权的范畴，但是债权人为了实现自己的债权，竟然可以对物权加以限制。所以，留置权对留置权人的利益保护推向了极致，容易导致利益的不平衡，所以，不宜对“同一法律关系”做扩大解释。

2、“同一法律关系”的具体情形

对于“同一法律关系”，首先，要求动产的占有与债权之间形成了法律关系，排除了纯粹的生活关系。其次，对“动产”应当包括动产的占有和动产占有的原因两方面。一方面，债权人占有动产必须与债权都是同一法律关系的内容，另一方面，债权人占有动产的原因必须与债权属于同一法律关系[4]。通常认为，在如下情况下可以认定为属于同一法律关系：第一，留置的财产是构成债权发生的事实之一，即留置财产与债权都是基于同一法律关系而产生的。例如，甲要求乙帮其运输，乙占有运输标的物和甲支付运输费，都是运输合同的内容，甲拖欠乙的运输费，乙可以扣留其占有的甲的货物。这也是最典型最没有争议的同一法律关系。第二，留置的财产是构成债权发生的基础[5]。这是基于债权人占有动产的原因与债务是属于同一法律关系的。例如，甲踢球撞坏乙的玻璃，此时，乙就可以留置该足球。第三，留置的财产与债权的发生具有相当的因果关系。在留置权的适用中，同一法律关系的认定在很多情况下是需要借助因果关系理论来判断，所谓相当因果关系，是指按照社会一般观念确实存在着留置的必要[6]。例如，甲看到邻居乙的盆花可能被雨淋，请搬运工搬到家中保存，如果乙拒不支付所付搬运工搬运的费用，则甲可以基于无因管理留置乙的财产[7]。

（二）商事留置权的正当性

为了弥补严格限制留置权适用条件的弊端，《物权法》第231条后半段作出了一个但书

[1] 王利明：《物权法研究（下卷）》，中国人民大学出版社，2007年版，653-656页。

[2] 高圣平：《担保法论》，法律出版社，2009年版，574页。
[3] 董学立：《物权法研究——以静态与动态的视角》，中国人民大学出版社，2007年版，93页。
[4] 王利明：《物权法研究（下卷）》，中国人民大学出版社，2007年版，653-656页。
[5] 胡康生：《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社，2007年版，499页。
[6] 同上注。
[7] 同4注。

的规定：即，债权人留置的动产，应当与债权属于同一法律关系，但企业之间留置的除外。对于此款有学者认为这是对商事留置权的规定，民事留置权要求债权的发生与债权人占有的债务人的动产具有牵连关系，而商事留置权一般不作此要求。之所以如此是因为商人之间的相互交易非常频繁且常常维持相当长的一段时间，此间各种债权债务关系不断发生消灭，如果按照民法上留置权的要求，债权人必须精确地且逐一地证明每次交易所发生的债权与其所占有的债务人的动产之间存在个别牵连关系，非常困难。为了加强商业交易中的信用，确保交易的安全，故扩大了牵连关系的范围，各国商法典遂有此规定。

然而，针对此问题，也有学者对但书持怀疑态度。他们认为，我国目前尚未制定单独的商法，也未区分民事留置权和商事留置权。如果说但是规定的商事留置权，那么“商事留置权的判断标准”这个问题，《物权法》并未给出一个明确的规定。且学界一般认为，对于商人间因营业而发生的债权，即使与其占有的债务人的财产不是基于同一法律关系，甚至相互间没有任何因果关系，只要是来自于营业关系就可以认定有牵连关系。我国是民商合一的立法体例，如何明确商事的范围，避免扩大留置权适用范围的负效应是一个必须回答的问题。而我国《物权法》中用词为“企业”，其内涵极为广泛，形态繁多且具有不确定性，仅以是否具有企业的形态来决定留置权的享有与否对当事人很不公平。因此，这必将影响留置权在实践中的应用。

尽管有反对之辞，尽管《物权法》没有对成立商事留置权的有效要件做出特别规定，但该条款的出台还是赋予了商事留置权以正当性。其一，促进商业效益。商人间追求的是效率，需要资金的快速流转，如果一方拖欠另一方的费用不及时处理，就会导致债权人一方资金得不到正常的流转。商事留置如果要像民事留置一样，逐一证明每次交易所发生的债权与所占有的标的物之间是基于同一法律关系，有违交易迅速。其二，符合商业惯例。商人之间具有较高的信誉，因此可以扩大牵连的范围，以保证交易安全，否则会使人怀疑其信用的可靠性。其三，符合历史惯例。在中世纪的商法和海商法中，由于信用制度不健全，对牵连关系均不加限制，从而保证了交易安全与迅捷[8]。

四、裁判要旨

[8] 郭明瑞：《民商法原理》，中国人民大学出版社，1999 年版，354 页。

对《物权法》232 条的评述

法律规定或者当事人约定不得留置的动产，不得留置。

一、周边法条

1、《担保法》第八十三条　留置担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、留置物保管费用和实现留置权的费用。

2、《担保法》第八十四条　因保管合同、运输合同、加工承揽合同发生的债权，债务人不履行债务的，债权人有留置权。

法律规定可以留置的其他合同，适用前款规定。

当事人可以在合同中约定不得留置的物。

二、法条释义

本条文是留置权标的物范围的规定，共 1 款，即留置权仅适用于当事人约定的允许留置的动产。当事人约定不得留置的动产以及不动产，均不能成立留置。与抵押权和质权相比，前二者为典型的约定担保物权，而留置权则为法定担保物权。其最大的特征在于，权利人对于标的物的扣留和对标的物所有权人以及其他人的抗辩。留置权的法定性是其区别于其他担保方式的一个重要特征。但是，当事人在合同中可以事先排除留置权的发生。本条款的规定，亦是其体现。至于留置权标的物具体的适用范围，则为以下几方面：主物、从物、孳息以及代位物。

针对该条规定，在法律有规定或者当事人有约定不得留置动产时，留置权人不得留置。从该条文中可以看出，我国留置权标的物的范围为动产，且留置权的成立须以当事人未排除的动产为要件。于是，学界和实务中便产生争论，是否只有动产才能成为留置权标的物呢？

三、争点与述评

（一）有价证券可否成立留置权

留置权通常在债务人的动产上成立，但在有价证券之上可否成立呢？对此，各国立法多持肯定的态度，例如，瑞士民法典将留置权的标的物规定为动产和有价证券，日本商法典将商事留置权的适用范围也扩大到有价证券，我国台湾地区民法典关于留置权的适用范围限定为动产，但对于有价证券是否可以成为留置权的标的物，台湾通说采肯定意见。我国有学者亦认为，留置记名有价证券的，因该有价证券并不以占有的移转而移转，因此仅具有留置的效力，不能拍卖并优先受偿。[1]但是，我国物权法草案和两个学者建议稿（梁慧星、王利明稿）中，均将留置权的标的物限定于动产。

[1] 温世扬：《物权法通论》，人民法院出版社 2004 年版，第 753 页。

综合各方观点，有价证券可以视为动产，与其上成立留置权在理论上应该没有问题，对于我国物权法草案限于动产的规定可以通过扩张解释的方法将有价证券包括在内。但是，有价证券之上成立留置权在具体操作上需要再做进一步斟酌。

（二）留置权的标的物是否应具备可转让性

对于留置物是否具备可转让性，各国立法例也并不相同。瑞士民法典明确规定，对性质上不能变卖的物，不得行使留置权。德国民法将留置权作为同时履行抗辩权看待，因此并无留置物具有转让性的规定。日本和我国台湾地区民法对此无明文规定，但通说认为，留置物原则上应当具有可转让性，但不具让与性的财产也可以成为留置的标的物。[2]

尽管留置权在性质上不同于抵押权、质权，留置标的物是其基础性的效力，但是毕竟我国的留置权具有强大的优先受偿效力，而优先受偿权的实现需要拍卖、变卖、折价的方式，这就要求留置物的可转让性。因此，对于不可让与的动产不可成立留置权，但可以允许债权人享有留置该标的物的权利，已对其债权为必要的保障。当然，国家禁止流通物不可作为留置的标的物。

（三）留置权的标的物是否以属于债务人所有为限

留置权的标的物是否必须属于债务人所有，各国的立法不尽相同，学界也存有一定争议。日本民法典规定留置物并不以债务人所有为要件，他人之物亦可。但日本商法典规定，商事留置权的标的限于债务人的动产。我国台湾地区民法典将留置权的标的物明确为“债务人之动产”，但对于他人之物是否可以成立留置权，在其民法学界存在三种不同的观点。我国《担保法解释》第 108 条规定，债权人合法占有债务人交付的动产时，不知债务人无处分动产的权利，债权人可以依照担保法第八十二条的规定行使留置权。

总结上述的立法例和学者的观点，主张留置权可以不以债务人所有的动产为限的观点，多是以承认留置权的善意取得为前提的。这种观点值得肯定，但在其适用范围上要做出一定的限制。[3]

四、裁判要旨

[2] 谢在全：《民法物权论（下）》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 858 页。
[3] 陈龙业：《留置权若干问题研究》，山东大学硕士论文，2006 年。

对《物权法》233 条的评述

留置财产为可分物的，留置财产的价值应当相当于债务的金额。

一、周边法条

1、《担保法》第八十五条　留置的财产为可分物的，留置物的价值应当相当于债务的金额。

2、《担保法解释》第一百一十条　留置权人在债权未受全部清偿前，留置物为不可分物的，留置权人可以就其留置物的全部行使留置权。

二、法条释义

本条是关于留置财产为可分物时的特殊规定，共 1 款。基于法律的规定，留置权具有不可分性，留置权的效力及于留置物的全部，且及于债权的全部，留置权人可以对留置物的全部行使权利，其所担保的是债权的全部。所以，只要债权未受全部清偿留置权人就可以对留置物的全部行使权利——留置物的分割或者债权的分割、部分清偿等，均不影响留置权的效力。本条的规定，不是否定留置权的不可分性，也不是表明留置权的不可分性比较弱，而是在于确定留置权的客体范围。即，当留置财产为可分物时，留置权人可以就与其债权金额相当的留置财产行使其权利。

针对该条，学界和司法实践中的争议不大，仅在条文的理解上，易于留置权的不可分性混淆。

三、争点与述评

留置权具有不可分性，留置权的效力及于留置物的全部，且及于债权的全部。它有两个方面的内容：一是留置权人可以对留置物的全部行使权利；二是留置权所担保的是债权的全部。所以，只要债权未受全部清偿，留置权人就可以对留置物的全部行使权利——留置物的分割或者债权的分割、部分清偿等，均不影响留置权的效力。

我国《物权法》233 条规定，留置财产为可分物的，留置财产的价值相当于债务的金额。这一条不是否认留置权的不可分性，也不是表明留置权的不可分性比较弱，而是确定留置权客体范围。我国《担保法解释》110 条规定，留置权人在债权未受全部清偿前，留置物为不可分物的，留置权人可以就其留置物的全部行使留置权。这是对留置权的不可分性的具体规定。关于留置权的不可分性，我国台湾地区民法明确规定，债权人于其债权未受全部清偿前，得就留置物之全部，行使其留置权。日本民法典亦有类似规定。

四、裁判要旨

对《中华人民共和国物权法》第234条的评述

第二百三十四条 留置权人负有妥善保管留置财产的义务；因保管不善致使留置财产毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。

一、周边法源

（一）法律

《中华人民共和国担保法》（已由中华人民共和国第八届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议于１９９５年６月３０日通过，现予公布，自１９９５年１０月１日起施行）。

第八十六条 留置权人负有妥善保管留置物的义务。因保管不善致使留置物灭失或者毁损的，留置权人应当承担民事责任。

二、法条释义

本条是关于留置权人保管义务的规定。

在留置权关系中，留置权人占有留置财产，以担保自己债权的实现，这是留置权人依法享有的权利。但享有权利必须得负担义务，由于留置财产在留置权消灭之前依然属于债务人所有，因此，留置权人在占有留置财产的同时就必须对留置财产负有妥善保管义务。留置权人对留置财产未尽善良管理义务而致使留置财产毁损、灭失的，则应当对债务人承担赔偿责任。至于“妥善保管”学界有分歧，主流观点认为妥善保管是要尽善良保管人的保管义务，另一种的观点认为除因不可抗力造成留置财产毁损、灭失外，留置权人对留置财产的毁损、灭失均应负保管不善的赔偿责任。在实践中，留置财产注重的是交换价值并非使用价值，所以妥善保管应当依据一般的理性人的交易观念来衡量，如未经债务人同意，不得擅自处分留置财产等。

三、争点及评述

四、相关案例裁判要旨

中化盐业（福建）有限公司诉金坛希望化工有限公司房屋租赁合同纠纷民事判决书。江苏省常州市中级人民法院案号：（2014）常民终字第2145号。

上诉人中化盐业（福建）有限公司（以下简称中化公司）因与被上诉人金坛希望化工有限公司（以下简称希望公司）房屋租赁合同纠纷一案，不服金坛市人民法院（2014）坛民初字第0938号民事判决，向本院提起上诉。本院受理后，依法组成合议庭，于2014年12月4日公开开庭进行了审理。

中化公司辩称并反诉诉称，1、中化公司并未违反合同约定拖欠希望公司租金，希望公司擅自通知中化公司租赁合同作废，同时停水停电，在中化公司经营厂房大门上加锁，单方

解约，中化公司被迫于2012年5月停止经营，人员撤离厂区，从中化公司人员撤离厂区时起，应视为双方的租赁合同已经解除。故双方的房屋租赁合同关系已经于2012年5月解除，此后中化公司再无支付租金的义务。2、中化公司对承租房屋进行装潢及搭建简易房等装修行为，已经经过希望公司同意，故中化公司无义务恢复原状或赔偿损失。3、关于租赁物、租金及租金支付时间。根据双方签署的厂房租赁合同第四条的约定，双方在2011年1月15日签署的厂房租赁合同作废（以此份合同为准）。故关于租赁物及租金的约定应以2011年3月签署的租赁协议为准。希望公司未按合同约定在第二年先向中化公司交付增加的租赁物即仓库用房五间，违约在先。中化公司到希望公司处取财物，遭希望公司拒绝。希望公司扣押中化公司物品无法律根据，并造成中化公司重大的经济损失，现请求希望公司返还中化公司财物（见清单）或赔偿相应价值474682元，并赔偿中化公司建筑物及场地修整费142061元。

关于反诉部分，中化公司要求希望公司返还办公用品并赔偿化工原料等损失，对此原审法院认为，在2013年3月4日庭审时，中化公司陈述租赁物的钥匙在中化公司处，本案庭审时中化公司又陈述租赁物门锁已经被希望公司换过，因希望公司对此不予认可，且中化公司未提交证据佐证，故可以认定中化公司至今仍实际占有、使用租赁物，其相关财物由其实际管理和控制，虽然在2012年5月，因双方存在纠纷，中化公司在搬离相关物品时双方发生争执，但此后的2年时间内中化公司怠于积极行使权利，由此引起的相关损失应由其本人承担，故对其该反诉请求不予支持。中化公司要求希望公司赔偿其整修费，对此法院认为，建筑物和场地整修是中化公司承租厂房后的正常开支，且合同的解除是由于中化公司违约导致，中化公司要求希望公司赔偿该费用于法无据，不予支持。对于中化公司申请对化工原料、产品等损失及建筑物、场地等的装修投入价值进行鉴定不予准许。原审法院遂依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十二条 、《中华人民共和国合同法》第二百一十二条 、第二百二十七条 、第二百三十五条 规定，作出如下判决:一、中化盐业（福建）有限公司于本判决生效之日起20日内给付金坛希望化工有限公司人民币235397元。二、中化盐业（福建）有限公司于本判决生效之日起20日内将租赁房屋中开设大门的一楼东、西边北面墙面及二楼由西向东第一间房屋被打通安装行吊的南北墙面恢复原状并将房屋及场地腾让给金坛希望化工有限公司。三、驳回金坛希望化工有限公司的其余诉讼请求。四、驳回反诉中化盐业（福建）有限公司的反诉请求。

上诉人中化公司不服原审判决，向本院提起上诉，请求:一、撤销一审判决，依法改判，驳回被上诉人本诉的诉讼请求；二、依法支持上诉人的反诉请求，即判令被上诉人返还扣押的被上诉人的财物，不能返还的，依法赔偿相应价值（待评估）暂计为474682.00元。

关于双方损失问题。本院审理认为：双方合同终止的原因是上诉人违约，故对上诉人主张的场地整修费用，本院依法亦不予支持。双方发生纠纷后，由于上诉人欠付租金，被上诉人依法享有留置的权利，但留置的财产金额应当与欠付租金金额相当，且留置权人负有妥善保管留置财产的义务；因保管不善致使留置财产毁损、贬值等，应当承担赔偿责任。从发生

纠纷后双方的行为看，一方面，上诉人在不及时交纳拖欠租金的情况下意欲撤场被被上诉人阻拦；另一方面，双方均未采取理性的措施防止各自损失进一步扩大，双方对此产生的后果均应承担责任。就本案现状而言，上诉人在被上诉人处的财产应尽快予以搬离，但上诉人主张的损失举证不足；综合考虑双方过错及被上诉人至今的租金损失、上诉人的设备等被留置期间可能产生的损失等情况，为早日解决双方纠纷、及时止损，本院根据公平原则，酌定双方损失相抵后，上诉人赔偿被上诉人损失 8 万元。

综上，原审判决认定事实不清，适用法律错误，本院予以纠正。上诉人的上诉请求与理由部分于法有据，本院予以支持。根据《中华人民共和国合同法》第一百一十九条 、《中华人民共和国物权法》第二百三十一条 、第二百三十四条 和《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条 第一款 第（二）项 的规定，判决如下：

一、维持金坛市人民法院（2014）坛民初字第 0938 号民事判决第二项；

二、撤销金坛市人民法院（2014）坛民初字第 0938 号民事判决第一项、第三项、第四项及诉讼费用负担部分；

三、中化盐业（福建）有限公司于本判决生效之日起二十日内支付金坛希望化工有限公司人民币 130882 元；

五、驳回金坛希望化工有限公司的其他诉讼请求；

六、驳回中化盐业（福建）有限公司的其他反诉请求。

对《中华人民共和国物权法》第 235 条的评述

第二百三十五条 留置权人有权收取留置财产的孳息。前款规定的孳息应当先充抵收取孳息的费用。

一、周边法源

（一）法律

《中华人民共和国物权法》已由中华人民共和国第十届全国人民代表大会第五次会议于 2007 年 3 月 16 日通过，现予公布，自 2007 年 10 月 1 日起施行。

第一百一十六条 天然孳息，由所有权人取得；既有所有权人又有用益物权人的，由用益物权人取得。当事人另有约定的，按照约定。法定孳息，当事人有约定的，按照约定取得；没有约定或者约定不明确的，按照交易习惯取得。

二、法条释义

本条是关于留置权人收取孳息的权利的规定。

留置权人在占有留置财产期间，有权收取留置财产所产生的孳息，包括法定孳息和天然孳息。这主要是因为留置权人占有留置财产并负有妥善保管义务，由其收取孳息一方面较为便利，另一方面留置权人收取的孳息可以用于抵充债权，对于债务人也无不利。

三、争点及评述

四、相关案例裁判要旨

对《中华人民共和国物权法》第236条的评述

第二百三十六条 留置权人与债务人应当约定留置财产后的债务履行期间；没有约定或者约定不明确的，留置权人应当给债务人两个月以上履行债务的期间，但鲜活易腐等不易保管的动产除外。债务人逾期未履行的，留置权人可以与债务人协议以留置财产折价，也可以就拍卖、变卖留置财产所得的价款优先受偿。留置财产折价或者变卖的，应当参照市场价格。

一、周边法源

（一）法律

《中华人民共和国担保法》（已由中华人民共和国第八届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议于１９９５年６月３０日通过，现予公布，自１９９５年１０月１日起施行）。

第八十七条 债权人与债务人应当在合同中约定，债权人留置财产后，债务人应当在不少于二个月的期限内履行债务。债权人与债务人在合同中未约定的，债权人留置债务人财产后，应当确定二个月以上的期限，通知债务人在该期限内履行债务。债务人逾期仍不履行的，债权人可以与债务人协议以留置物折价，也可以依法拍卖、变卖留置物。留置物折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归债务人所有，不足部分由债务人清偿。

（二）司法解释

《最高人民法院关于适用<中华人民共和国担保法>若干问题的解释》（2000年9月29日最高人民法院审判委员会第1133次会议通过）法释〔2000〕44号

第一百一十二条 债权人的债权未届清偿期，其交付占有标的物的义务已届履行期的，不能行使留置权。但是，债权人能够证明债务人无支付能力的除外。

第一百一十三条 债权人未按担保法第八十七条规定的期限通知债务人履行义务，直接变价处分留置物的，应当对此造成的损失承担赔偿责任。债权人与债务人按照担保法第八十七条的规定在合同中约定宽限期的，债权人可以不经通知，直接行使留置权。

第一百一十四条 本解释第六十四条、第八十条、第八十七条、第九十一条、第九十三条的规定，适用于留置。

二、法条释义

本条是关于实现留置权的一般规定。

留置权的实现是指债权人在留置债务人的财产后，债务人在一定期限内仍未履行债务的，债权人可以将留置物折价或者变卖以后优先受偿。根据本条规定，实现留置权需具备两个条件：1、留置权人须给予债务人以履行债务的宽限期。债权已届清偿期债务人仍不履行债务，留置权人并不能立即实现留置权，而必须经过一定的期间后才能实现留置权。对于宽限期的长短，留置权人和债务人可以协商一致确定，根据实践经验和公平原则，如果双方没

有约定或者约定不明确的，留置权人应当给债务人两个月以上履行债务的期间，但鲜活易腐等不易保管的动产除外。2、债务人在宽限期内履行了义务，留置权归于消灭，留置权人当然不能再实现留置权。如果债务人仍不履行义务，留置权人便可以折价、拍卖、变卖的方式实现留置权。同时需要注意的是，无论是拍卖还是变卖留置财产，都必须参照市场价格，而不能恶意降低该留置财产的价格。

三、争点及评述

四、相关案例裁判要旨

上海楷杰物流有限公司与毕金龙、宿迁市远大运输有限公司运输合同纠纷二审民事判决书。江苏省宿迁市中级人民法院案号：（2014）宿中商终字第0355号。

上诉人上海楷杰物流有限公司（以下简称楷杰公司）因与被上诉人毕金龙、宿迁市远大运输有限公司（以下简称远大公司）运输合同纠纷一案，不服宿迁市宿城区人民法院（2014）宿城商初字第0309号民事判决，向本院提起上诉，本院于2014年10月30日立案受理后，依法组成合议庭审理了本案，并于2014年11月25日组织双方当事人公开进行了听证。

楷杰公司一审诉称:楷杰公司与远大公司系多年的运输合同关系。2014年3月4日，毕金龙在驾驶远大公司名下车牌号为苏 n××××××号的货车将楷杰公司的光明牛奶由上海运至泗阳、泗洪等地过程中，以楷杰公司拖欠其运费为由将该批货物进行扣留，拒不返还，由于该批货物价值20万元，故诉至法院，请求依法判令:毕金龙立即返还货物并赔偿20万元，另承担本案诉讼费。诉讼中，楷杰公司基于货物已经返还的事实，将诉讼请求事项变更为:1、由毕金龙赔偿因其自行处分导致的货物损失64941.6元；2、部分货物虽已取回，但由于无法正常销售造成的损失79127元。

毕金龙一审答辩并反诉称:毕金龙同楷杰公司之间存在运输合同关系，自2013年10月14日起至2014年3月，楷杰公司累计拖欠毕金龙运费77850元，另代其垫付搬卸费等3315元，合计81165元。在向楷杰公司多次催要未果情况下，毕金龙基于上述情况，于2014年3月6日将承运的牛奶进行留置并依法行使留置权，并无不妥，综上，请求驳回楷杰公司的诉讼请求，并判令楷杰公司给付运费77850元、搬卸费3315元，合计81165元，本案诉讼费用由楷杰公司负担。

原审法院认为:由于楷杰公司拖欠运费事实在先，毕金龙基于该事实，对楷杰公司的涉案货物进行留置并无不妥。但是，根据担保法相关规定，债权人与债务人应当在合同中约定，债权人留置财产后，债务人应当在不少于两个月的期限内履行债务。债权人与债务人在合同中未约定的，债权人留置债务人财物后，应当确定两个月以上的期限，通知债务人在该期限内履行债务。债务人逾期仍不履行的，债权人可以与债务人协议以留置物折价，亦可以依法拍卖、变卖留置物。相反，债权人未按照上述规定的期限通知债务人履行义务，而是直接变价处分留置物的，应当对由此造成的损失承担赔偿责任。本案中，毕金龙将涉案货物留置家中后并未按照上述规定给楷杰公司确定两个月以上的债务履行期限，而是迳行低价处理，因

此造成的财产损失 64941.6 元，应当由毕金龙予以赔偿。依照《中华人民共和国合同法》第二百八十八条 、第三百一十五条 、《中华人民共和国担保法》第八十七条 、《最高人民法院关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释》第一百一十三条 、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十二条 之规定，原审法院判决:一、楷杰公司于判决生效之日起十日内给付毕金龙 8783 元；二、驳回楷杰公司及毕金龙的其他诉讼请求。

楷杰公司不服原审法院判决，向本院提起上诉。

本院认为:原审中，上诉人要求被上诉人赔偿因留置货物给其造成的损失，和被上诉人反诉要求上诉人支付运费，存在事实上和法律上的关联性，原审法院合并审理并无不当，未违反法律规定。本院认为:当事人主张赔偿损失，应当证明损失的产生与违法行为之间存在因果关系。本案中，毕金龙在应给债务人宽限履行期内自行处分留置物，造成货物损失 64941.6 元，该损失与毕金龙的违法自行处分留置物之间具有因果关系，毕金龙依法应承担该损失 64941.6 元。原审判决认定事实清楚，适用法律正确，判决结果并无不当，依法应予维持。上诉人的上诉理由不能成立，对其上诉请求本院不予支持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条 第一款 第（一）项 的规定，判决如下:驳回上诉，维持原判决。

对《物权法》第 237 条的评述

第 237 条〖债务人可请求留置权人行使留置权〗债务人可以请求留置权人在债务履行期届满后行使留置权；留置权人不行使的，债务人可以请求人民法院拍卖、变卖留置财产。

一、周边法源

二、法条释义

本条是关于债务人可以请求留置权人行使留置权的规定。留置权为法定担保物权，其不受所担保的债权的诉讼时效的限制。因此，留置权人在其所担保的债权的诉讼时效完成后，仍可以对留置财产行使留置权。留置权人依法占有债务人的动产，处于权力行使的主导地位，当留置权人怠于行使其权利，债权债务无法即时结清，债务人的动产也一直处于留置权人的占有和管理之下，留置财产也可能会有自然损耗或者贬值的可能，会损害债务人的利益。因此本条赋予债务人请求权，以敦促债权人及时行使留置权。如果留置权人不行使的，债务人有权请求人民法院拍卖或者变卖该；留置财产，以消灭留置权。

三、争点及评述

我国法下的留置权制度具有强大的优先受偿效力,或谓“杀伤力”,其已具备了优先权的适用处境。而同时,“物权法”扩大了留置权的适用范围。这两者之间的搭配并不具有充足的法理学理由和经济、社会基础。我国学界对扩大留置权适用范围的呼声,实质上是对留置的权利的制度创立的一种渴求。但留置权与留置的权利是两个彼此独立

的制度,起着不同的作用。应然法上,留置权适用于增值、保值行为和某些特定的行业,狭小的适用范围和物权性、担保物权性和法定性是其主要特征;而对留置的权利而言,适用范围的广泛性和债权性以及留置物与债权间的广泛的牵连性是其主要特征。《物权法》的规定没有区分这两个不同的制度,在其第 239 条规定的前提下,扩大留置权的适用范围是盲目的,不科学的,缺乏坚实基础的。而对商事留置权牵连性的泛化规定更是弊大于利。解决我国留置权制度立法的根本之道在于留置的权利制度的独立,试图用留置权去充当留置的权利的方法是行不通的。

四、相关案例裁判要旨

对《物权法》第238条的评述

第238条〖留置权实现〗留置财产折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归债务人所有，不足部分由债务人清偿。

一、周边法源

二、法条释义

本条是对留置财产变价后如何分割价款的规定。留置权以担保留置权人的债权得以实现为目的，留置物折价后所得价款应优先用于清偿债权人的债权，超过债权数额的部分仍归债务人所有。留置权人应当将剩余部分返还给债务人，否则构成不当得利。如果留置物的变价款不足以清偿全部债权的，不足部分仍然应当由债务人继续清偿。但剩余债权因留置权已经消灭而沦为普通债权，留置权人也成了普通债权人，可以普通债权人的身份要求债务人清偿剩余债务。

三、争点及评述

四、相关案例裁判要旨

对《物权法》第239条的评述

第 239 条〖留置权与抵押权或者质权的关系〗同一动产上已设立抵押权或者质权，该动产又被留置的，留置权人优先受偿。

一、周边法源

1、《海商法》第 25 条船舶优先权先于船舶留置权受偿，船舶抵押权后于船舶留置权受偿。

2、《最高人民法院关于适用，<中华人民共和国担保法>若干问题的解释》

第 79 条 同一财产法定登记的抵押权与质权并存时，抵押权人优先于质权人受偿。同一财产抵押权与留置权并存时，留置权人优先于抵押权人受偿。

二、法条释义

本条是关于留置权与抵押权或者质权关系的规定。根据本法规定，在动产上抵押权、质权、留置权可以并存，此时应当如何处理三者的关系？根据本条规定，同一动产上已设立抵押权或者质权，该动产又被留置的，留置权人优先受偿。也就是说，同一动产同时存在留置权与抵押权或者质权的，留置权的效力优先于抵押权或者质权。

正确理解本条，应当注意两点：一是在同一动产上，无论留置权是产生于抵押权或者质权之前，还是产生于抵押权或者质权之后，留置权的效力都优先于抵押权或者质权。也就是说留置权对抵押权或者质权的优先效力不受其产生时间的限制。二是留置权对抵押权或者质权的优先效力不受留置权人在留置动产时是善意还是恶意的影响。此处的“善意”指留置权人对同一动产已存在的抵押权或者质权不知情；与之相对应的“恶意”指留置权人对同一动产上已存在的抵押权或者质权知情，而并非恶意串通的意思。当然，如果留置权人与债务人恶意串通成立留置权，其目的就是为了排除在动产上的抵押权或者质权的，这已经超出了“恶意和善意”的范畴，属于严重违反诚实信用原则 的恶意串通行为。在这种情况下，不但留置权不能优先于抵押权或者质权，该留置权也应当视为不存在。

三、争点及评述

1、 在动产上既可以设立抵押权，也可以设立质权。如果同一动产上已设立了抵押权或者质权，该动产又被留置的，应当如何处理留置权与抵押权或者质权的关系?本条规定，同一动产上已设立抵押权或者质权，该动产又被留置的，留置权人优先受偿。也就是说，同一动产同时存在留置权与抵押权或者质权的，留置权优先于抵押权或者质权。这样规定，主要是基于以下三方面的考虑：一是反映了我国立法经验和司法实践经验。我国法律已有明确规定，同一标的物上同时存在抵押权与留置权的，留置权优先于抵押权，例如我国海商法25条规定，船舶优先权先于船舶留置权受偿，船舶抵押权后于船舶留置权受偿。前款所称船舶

留置权，是指造船人、修船人在合同另一方未履行合同时，可以留置所占有的船舶，以保证造船费用或者修船费用得以偿还的权利。人民法院的审判实践也承认了留置权优先于抵押权这一原则，最高人民法院在关于担保法若干问题的司法解释中规定，同一财产上抵押权与留置权并存时，留置权人优先于抵押权人受偿。二是这样规定符合国际上的立法经验。许多国家以及我国台湾地区的立法承认留置权效力优先于抵押权或者质权效力的原则。例如，美国统一商法典规定，任何人在通常的业务过程中就设定担保物权的货物提供服务或者提供原材料，且成文法或者法律原则规定其可以就因该种服务或者原材料的提供所占有的货物享有留置权的，则该留置权优先于已经发生的担保物权，除非法律另有规定。三是从理论上讲，留置权属于法定担保物权，其直接依据法律规定而产生，而抵押权与质权均为约定担保物权。法定担保物权优先于约定担保物权为公认的物权法原则。

2、 船舶留置权优先于抵押权确实是各国的海商立法和实践，但这种船舶留置权的定义是狭窄的，仅仅限于造船、修船人的船舶留置权。这种立法例源自1967年和1993年船舶优先权和抵押权国际公约的影响，公约限制船舶留置权的范围是为了避免船舶抵押权的受偿受到影响。综上，这种说法并不能解释在留置权适用范围扩大的背景下，我国留置权制度为何仍具有强大的优先受偿效力；自然也不能解释在《物权法》第239条的前提下留置权适用范围扩大的合理性。

四、相关案例裁判要旨

对《物权法》第240条的评述

第 240 条〖留置权消灭的原因〗留置权人对留置财产丧失占有或者留置权人接受债务人另行提供担保的，留置权消灭。

一、周边法源

1、《担保法》第 88 条 留置权因下列原因消灭：

（一）债权消灭的；

（二）债务人另行提供担保并被债权人接受的

2、《企业破产法》

第 37 条 人民法院受理破产申请后，管理人可以通过清偿债务或者提供为债权人接受的担保，取回质物、留置物。

前款规定的债务清偿或者替代担保，在质物或者留置物的价值低于被担保的债权额时，以该质物或者留置物当时的市场价值为限。

3、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》

第 87 条 出质人代质权人占有质物的，质押合同不生效；质权人将质物返还于出质人后，以其质权对抗第三人的，人民法院不予支持。

因不可归责于质权人的事由而丧失对质物的占有，质权人可以向不当占有人请求停止侵害、恢复原状、返还质物。

第 114 条 本解释第 64 条、第 80 条、第 87 条、第 91 条、第 93 条的规定，适用于留置。

二、法条释义

本条是关于留置权的特殊消灭原因的规定。

留置权可因担保物权消灭的一般原因如主债权消灭、留置权的实现、留置标的物的灭失等而消失，但留置权还有自己特殊的消灭原因。根据本条规定，留置权的特殊消灭原因有两种：(1) 留置权人对留置财产丧失占有的。留置权产生的前提条件是债权人对债务人财产的合法、不间断的占有，否则留置权就会因占有的丧失而消灭。需注意的是 ，若留置权人非依自己的意愿暂时丧失对留置财产的占有的，留置权消灭；但这种消灭并不是终局性的消灭，留置权人可以依占有的返还原物之诉要求非法占有人返还留置物而重新获得留置权。(2) 留置权人接受债务人另行提供的担保。留置权作为一种法定担保物权，其功能主要是通过留置债务人的财产，促使债务人尽快偿还债务。如果债务人为清偿债务另行提供了相当的担保，该担保就担当了留置权的应有功能，原留置财产上的留置权理应消灭。债务人另行提供担保导致留置权消灭的，应当满足以下条件：一是债务人另行提供的担保应当被债权人接受；二是债务人另行提供的担保所能担保的债权应当与债权人的债权额相当。

三、争点及评述

1、留置权作为一种担保物权,可以因物权消灭的共同原因而消灭,也可以因担保物权消灭的共同原因而消灭。同时留置权作为一种法定担保物权,有其自己的特殊消灭原因。一般而言,存在以下情况：1、标的物灭失；2、标的物被征收；3、混同；4、留置权被抛弃。同时,担保物权消灭的共同原因,也是留置权消灭的原因。《物权法》第 177 条规定:“有下列情形之一的,担保物权消灭: (一)主债权消灭; (二)担保物权实现; (三)债权人放弃担保物权; (四)法律规定担保物权消灭的其他情形。”

2、留置权的成立和持续以占有留置物为要件, 故占有的丧失为留置权消灭的原因, 对此学界并无异议。唯占有之丧失如系非出于自己之意思者, 留置权是否归于消灭, 学者有不同见解。其见解：一为留置权当然归于消灭说;一为留置权如因被侵夺而丧失占有者, 须不能依占有保护之规定请求返还占有物时, 留置权始归于消灭说。[1]

梁慧星先生主持拟定的物权法草案学者建议稿第 405 条规定：“留置权丧失对留置物的占有, 不能依照本法 430 条规定的占有返还之诉请求返还留置物, 或者在占有丧失后经过一年未提起占有返还之诉请求返还留置物的, 留置权消灭。[2]王利明先生主持拟定的物权法草案学者建议稿第 523 条也规定：“留置权人将留置物返还于债务人的, 留置权消灭。因不可归责于留置权人的事由丧失留置物的占有的, 留置权人可以向不当占有人请求停止侵害、恢复原状、返还留置物。”

有学者赞同前一种意见, 其理由主要有:其一, 对比法律对质权的相关规定。依台湾地区民法典第 898 条规定:质权人丧失质物之占有, 不能请求返还者, 其动产质权消灭。而其第 938 条对留置权的消灭却只规定:留置权因占有之丧失而消灭。显然, 留置权不以“不能请求返还者”为消灭的前提。其二, 自留置权的特性和利益平衡的角度考虑。留置权的法定性、物权性以及留置权的成立和存续使得留置权人的法律地位优显尊彰。在这种主体间利益突然失衡的情况下, 法律制度设计要认真考虑的是保护失利者的利益, 而限制债权人留置权的获得以及限制留置权的存续期限就是其主要的法律措施。因此, “于留置权人在留置物丧失占有的情况下即可消灭留置权的法律制度安排, 不失为一项既限制留置权存续期限而谋求实现相关主体间利益平衡的一剂良方。”而质权是当事人合意的结果, “其法律效力也非如留置权那样富有穿透力”, 故法律对其存续的限制非如对留置权的存续限制那样苛刻。并进而认为梁稿将不能依占有返还之诉恢复对质物和留置物的占有, 作为质权和留置权消灭的原因的做法, 仅仅“解释法律规范之表面而不深究规范背后法律所调整的利益的方法, 以及掩盖差异囫囵吞枣式的立法态度, 是无论如何也不能说清楚台湾民事立法何以‘留置权因占有之丧失而消灭’的。”[3]

四、相关案例裁判要旨

[1] [2][6][11]谢在全.民法物权论:下[M].北京:中国政法大学出版社, 1999. 889-890. 890. 891.
[2]梁慧星.中国物权法草案建议稿)))条文、说明、理由及参考立法例[M].北京:社会科学文献出版社, 2000. 772.
[3]董学立.论留置权的特殊消灭原因[J].法学论坛, 2004, (3).

对我国《物权法》第 243 的评述

第 243 条〖无权占有人的返还义务及善意占有人的必要费用返还请求权〗不动产或者动产被占有人占有的，权利人可以请求返还原物及其孳息，但应当支付善意占有人因维护该不动产或者动产支出的必要费用。

一、周边法源

二、法条释义

本条是关于无权占有人的返还义务及善意占有人的必要费用返还请求权的规定

本条规定包括两层意思：第一，无论是善意占有人还是恶意占有人，对于权利人都负有返还原物及其孳息的义务；第二，返还原物及其孳息后，善意占有人对于因维护该动产或者不动产而支出的必要费用，可以要求权利人返还，而恶意占有人无此项请求权。

三、争点及评述

四、相关案例裁判要旨

苏国玲、张学清、张鸣宇诉门芙虎返还原物一案 天津市第二中级人民法院 案号：（2015）二中民四终字第 1060 号

法院审理查明，被告苏国玲与被告张学清系夫妻关系、与被告张鸣宇系母子关系。被告苏国玲系涉诉房屋天津市河西区嫩江里 14-505-508 号房屋的原承租人。2013 年 8 月 30 日，被告苏国玲与案外人张宝东签订《房屋置换协议书》，被告苏国玲将其承租的天津市河西区嫩江里 14-505-508 号公产房屋以 540000 元的价格置换给张宝东。2013 年 9 月 12 日，张宝东给付被告苏国玲置换调剂费 540000 元。2014 年 7 月 9 日，原告与津房置换签订《公有住房使用权（公房出售）调剂合同》，并向津房置换交纳定金 4000 元、置换调剂费 576500 元，取得天津市河西区三水道房管站（以下简称三水道房管站）管理的天津市河西区嫩江里 14-505-508 号公产房屋的承租权。2014 年 8 月 22 日，原告与三水道房管站签订《公有住房买卖协议书》，三水道房管站将其管理的天津市河西区嫩江里 14-505-508 号公产房屋出售给原告。2014 年 9 月 29 日，本案被告张学清以被告苏国玲未得到其授权而擅自签订《房屋置换协议书》为由，在原审法院提起民事诉讼，请求确认《房屋置换协议书》无效。2014 年 12 月 19 日，原审法院判决驳回了张学清的诉讼请求。张学清不服，提起上诉。2015 年 3 月 20 日，天津市第二中级人民法院判决驳回上诉，维持原判。2014 年 12 月 23 日，原告取得涉诉房屋的房地产权证。此后，原告要求三被告搬离涉诉房屋，三被告拒绝搬离。原告为此向原审法院起诉，请求法院判令三被告:1、腾退天津市河西区嫩江里 14-505-508 号房屋；2、给付原告因逾期腾房产生的房屋使用费 7200 元（每月按 1600 元计算，从 2014 年 8 月起

算)；3、按每月1600元标准向原告支付房屋使用费至实际腾退房屋之日止。

法院认为，原告依法取得涉诉房屋的所有权，对其所有的房屋依法享有占有使用的权利。三被告在没有合法依据的情况下，占有使用原告所有房屋，其行为侵害了原告的合法权益，三被告应将其占用的房屋返还原告。原告所提要求三被告腾房的诉讼请求，符合法律规定，对原告所提该项诉讼请求依法予以支持。原告所提要求三被告给付房屋使用费的诉讼请求，因其请求无相关证据予以佐证，故对原告所提该项诉讼请求依法不予支持。综上所述，依照《中华人民共和国民法通则》第五条 、第一百零六条 、《中华人民共和国物权法》第九条 、第三十四条 的规定，判决:一、被告苏国玲、张学清、张鸣宇于本判决生效之日起30日内，从天津市河西区嫩江里 14-505-508 号房屋内搬出，并将该房屋返还给原告门芙虎；二、驳回原告门芙虎的其他诉讼请求。案件受理费80元，由被告苏国玲、张学清、张鸣宇负担。

对我国《物权法》第244条的评述

第244条〖被占有的不动产或者动产毁损、灭失时占有人的责任〗占有的不动产或者动产毁损、灭失，该不动产或者动产的权利人请求赔偿的，占有人应当将因毁损、灭失取得的保险金、赔偿金或者补偿金等返还给权利人；权利人的损害未得到足够弥补的，恶意占有人还应当赔偿损失。

一、周边法源

二、法条释义

本条是关于占有物毁损、灭失时赔偿责任的规定。

（一） 毁损、灭失的含义

毁损是指被占有的不动产或者动产的使用价值或者交换价值降低。灭失是指被占有的不动产或者动产对占有人来说不复存在，包括物的实体消灭和丧失下落，或者被第三人善意取得而不能返还。

（二） 善意占有人对占有物毁损、灭失的责任

虽然善意占有人于占有物上所行使的权利，被推定为其合法享有，其对被占有物的使用被规定为占有人的权利，但该物毕竟在法律上不属于占有人所有，如果造成占有物毁损、灭失的，占有人应当对物的真正权利人承担赔偿责任。但法律还应当考虑减轻善意占有人的责任，以贯彻法律对善意占有人的保护。因此，在确定善意占有人责任时，应当依照不当得利的返还原则，即只有善意占有人因物的毁损灭失而受有利益时，才对物的权利人承担赔偿责任；如果未受有利益，则不必赔偿。所谓因物的毁损、灭失而受有利益，指占有人所受积极利益，若物的毁损灭失由第三人造成时，占有人取得的赔偿金或者替代物；而消极利益，指占有人因物的毁损、灭失而减少支付的费用，则不在此列。

（三） 恶意占有人对占有物毁损、灭失的责任

恶意占有人通常系由侵权行为取得占有，因此在决定恶意占有人的责任时，应参考侵权损害赔偿的原则，损失多少就赔多少，出去占有物的价值外，还包括物的权利人所失的利益。此外，占有物的价值，以物的实际价值为准；恶意占有人取得占有物时的价值与物的权利人请求返还时的价值不同的，以较高的价值为准。本法对恶意占有人规定了更严厉的责任，即无论物的毁损灭失是否可归责于恶意占有人自身，对于物的权利人，恶意占有人都应承担赔偿全部损失的责任。

三、争点及评述

四、相关案例裁判要旨

对《物权法》第245条的评述

占有的不动产或者动产被侵占的，占有人有权请求返还原物；对妨害占有的行为，占有人有权请求排除妨害或者消除危险；因侵占或者妨害造成损害的，占有人有权请求损害赔偿。

占有人返还原物的请求权，自侵占发生之日起一年内未行使的，该请求权消灭。

一、周边法条

1、《物权法》第三十四条　无权占有不动产或者动产的，权利人可以请求返还原物。

2、《物权法》第三十五条　妨害物权或者可能妨害物权的，权利人可以请求排除妨害或者消除危险。

3、《物权法》第三十六条　造成不动产或者动产毁损的，权利人可以请求修理、重作、更换或者恢复原状。

4、《物权法》第三十七条　侵害物权，造成权利人损害的，权利人可以请求损害赔偿，也可以请求承担其他民事责任。

5、《民法通则》第一百一十七条 侵占国家的、集体的财产或者他人财产的，应当返还财产，不能返还财产的，应当折价赔偿。

损坏国家的、集体的财产或者他人财产的，应当恢复原状或者折价赔偿。

受害人因此遭受其他重大损失的，侵害人并应当赔偿损失。

二、法条释义

本条所规定的是占有的保护，共2款。占有虽然是一种事实状态，但它是所有权和其他物权产生的基础，民法对占有的保护，可分为物权法上的保护与债权法上的保护。其主要内容如下：(1) 物权法上的保护。主要包括了自力救济权、占有保护请求权。《物权法》没有规定占有人的自力救济权，但理论与实践中对此持肯定态度。依各国或地区的立法例，占有人的自力救济权主要包括自力防御权与自力取回权。其中，自力防御权是指占有人对于侵夺或妨害自占有的行为，可以通过自己的力量保护其占有的权利；自力取回权是指占有人在占有被侵夺后，可以自力取回占有物而回复原来状态的权利。占有保护请求权是指占有人在占有被侵夺或妨害时，可以请求侵害人回复其圆满状态的权利。主要又包括占有物返还请求权、占有妨害排除请求权和占有妨害防止请求权三种情形。本条第2款规定的占有人返还原物的请求权自侵占发生之日起1年内行使，否则权利消灭，这里的1年期间应解释为除斥期间，但占有妨害排除请求权与占有妨害防止请求权不受该行使期间的限制。(2)债权法上的保护。主要包括了占有人的不当得利返还请求权及占有人的损害赔偿请求权。我国《物权法》没有规定占有人的不当得利返还请求权，但依各国或地区的立法例，占有人应享有不当得利返还

请求权。不当得利又可分为给付不当得利和非给付不当得利两种类型。占有属于财产利益，不受他人非法的任意侵害。侵害占有的，应付侵权的损害赔偿责任。侵害占有可能发生的损害主要有以下情况：其一，使用收益的损害，即占有人对于占有物因不能使用收益而生的损害。其二，支出费用的损害，即占有人对占有物支出费用，本可向物的权利人请求偿还，却因盖屋被侵夺而毁损灭失而不能求偿。其三，责任损害，即占有人因占有物被第三人侵夺致毁损或灭失，对物的权利人应负损害赔偿责任。

学界将占有分为有权占有和无权占有。有权占有是指有本权的占有，本权是指得为占有之权，主要是指物权，此外还包括债权、人身权等。对于有权占有，某一侵害行为在侵害占有的同时，往往亦构成对本权之侵害，被害人除了可以提起占有之诉请求占有保护外，也可以提起本权之诉请求保护本权，比如依照《物权法》第34条、第35条等提起本权之诉，或者依据侵权责任法第2条等提起本权之诉。由此产生争议，占有之诉与本权之诉有何区别，对其二者应如何选择适用。此外，司法实践中经常出现间接占有主张占有保护的情形，亦为讨论的热点。

三、争点与述评

（一）占有之诉与本权之诉

从人民法院审理的占有保护类案件中可知，有相当比例的案件表现为传统民法上的占有之诉，即占有物返还纠纷和占有排除妨害纠纷。所以，区分占有之诉与本权之诉具有重要的理论意义和实践价值。综合来看，占有之诉与本权之诉存在以下区别：

1、请求权基础不同。本权之诉的请求权基础在于确定的本权，而占有之诉的请求权基础在于对物之占有或者曾经占有，并非基于特定的权利。

2、立法目的不同。占有之诉的立法目的在于维护现存之财产占有秩序，以维护社会和平与物之秩序。除本权人行使自力救济权等情形外，占有一旦成立，任何人即不得以私力改变占有之现状。[1]而本权之诉的立法目的主要在于保护本权，并非在于维护现存之财产占有秩序，本权与直接占有亦时常分离，当本权与直接占有分离时，尤其当权属不明或者有争议时，占有保护的功能愈发彰显出来。

3、归责原则不同。占有之诉不以相对人具有过错为前提。[2]而本权之诉，除了停止侵害、排除妨害、消除危险等物权保护方法外，其归责原则一般实行过错责任原则。

4、举证责任不同。本权之诉，当事人对于其享有合法有效之本权负举证责任，否则本权保护无法成立。而占有之诉，当事人无须证明其享有何种本权，只须证明其过去或者现在是占有人即可，即使本权存在瑕疵或者存在争议，占有亦受法律保护。

5、诉讼时效与除斥期间的适用不同。按照我国现行民法，除所有权等物权保护不受诉讼时效限制外，其他本权之保护多受诉讼时效之拘束，而物权法第245条第2款明确规定占有人返还原物请求权适用一年除斥期间，不适用诉讼时效的规定。

---

[1] 参见王泽鉴：《民法物权（二）》，台湾三民书局2005年版，第172页。

[2] 王利明：《物权法研究》下卷，中国人民大学出版社2007年版，第761页。

6、诉讼结果不同。占有之诉，其结果仅具临时性，不具终局性，其诉讼结果可能为本权诉讼所推翻，而本权诉讼的结果具有终局性。占有之诉所保护者仅为事实状态，本权人一旦能够证明其本权并提起本权之诉，原先占有之诉的结果往往全部或者部分被推翻。在占有保护与本权保护的冲突中，最终应依据占有人与本权人之间的法律关系决定物的归属，即法律上的权利义务关系而非事实上的支配关系取得最终胜利。[3]

对于占有之诉能否以本权进行抗辩的问题，我国《物权法》等法律没有明文规定。实践中本权人与占有人发生利益冲突的情形不在少数。从人民法院占有保护的司法实践来看，在一些占有之诉中，享有本权之被告（侵害人）往往直接以本权进行抗辩，人民法院并没有要求侵害人提起反诉或者另行起诉，而是对侵害人所依据之本权的真实性、合法性进行调查，如果本权真实合法，则法院最终将依据本权而不是依据占有进行裁判。由此可见，在占有之诉中是否允许当事人以本权进行抗辩，取决于我国占有保护的立法目的。如果我国占有保护的立法目的不仅仅在于弥补本权保护之不足，还具有尽快保护和恢复现存财产占有秩序、维护社会和平的目的，那么对于占有之诉就不应当允许当事人以本权直接进行抗辩。允许当事人以本权进行抗辩，无疑会延宕占有之诉的诉讼进程，有损占有保护上述立法目的的实现。

既然占有之诉与本权之诉明显有别，那么在诉讼程序上如何处理二者之间的关系？对此学界尚存在不同认识。有学者认为："此两种之诉（本权之诉与占有之诉），得同时提起，或分别提起之，其一败诉时，仍得提起其他之诉，不受一事不再理的拘束。"[4]也有学者认为："物权人在其权利受到侵害的情况下，一般应当行使物权请求权，而不能行使占有保护请求权，但如果权利人对其是否享有物权难以举证，也不妨行使占有保护请求权。此时两种请求权发生竞合，当事人只能选择一种请求权加以行使，因此，如果一种请求权不能得到支持，请求权人则不能再行使另一种请求权，更不能同时行使两种请求权。"[5]目前大陆法系的德国、奥地利、瑞士和我国台湾地区的司法实践中，对于占有之诉与本权之诉的关系均采纳上述第一种观点，即占有之诉与本权之诉得同时提起或分别提起，其一败诉时仍得提起其他之诉。我国学界对于当事人可以依据不同请求权基础选择提起占有之诉或者本权之诉没有异议，[6]但是对于受害人能否同时提起占有之诉与本权之诉，除上述第二种观点外，未见其他研究。从我国目前占有保护的民事司法实践来看，享有本权的受害人往往选择一个对自己方便有利的请求权行使，同时提起占有之诉和本权之诉的案例尚未检索到。但是，人民法院对于受害人于本权之诉败诉以后，又依据占有保护请求权提起的占有诉讼并不排斥，对于符合占有保护构成要件的诉求，仍然给予占有保护。

本权保护与占有保护具有不同的立法功能和构成要件，二者适用的诉讼时效或者除斥期间并非完全相同，因此二者无法相互替代，这两项制度是互补而非排斥的关系。选择其中一种保护方法败诉以后应该有权依照他种保护方法再行起诉，只有这样才能充分实现占有保护

[3] 温世扬、廖焕国：《物权法通论》，人民法院出版社 2005 年版，第 917 页。
[4] 参见王泽鉴：《民法物权（二）》，台湾三民书局 2005 年版，第 172 页。
[5] 王利明：《物权法研究》下卷，中国人民大学出版社 2007 年版，第 761 页。
[6] 最高人民法院物权法研究小组编著：《中华人民共和国物权法条文理解与适用》，人民法院出版社 2007 版，第 712 页。

的立法目的，弥补本权保护之不足。至于本权之诉与占有之诉能否同时提起的问题，须指明以下两点：首先，物权法以及《民事案件案由规定》采纳了广义上的占有保护立法及诉讼模式，占有保护诉讼包括了侵害占有的损害赔偿内容。以德国和我国台湾地区等狭义占有之诉的标准进行评判，这已经属于可以同时提起占有之诉和本权之诉，而德国和我国台湾地区等之所以允许占有之诉和本权之诉可以同时提起或者分别提起，狭义的占有之诉无法包含和解决侵害占有的损害赔偿问题，恰是其中一个方面的原因。其次，对于我国广义的占有保护立法和司法模式而言，当事人选择占有保护或者本权保护之一即可实现完整的权益救济目的，因此似无允许当事人同时提起本权之诉与占有之诉的必要。

（二）间接占有能否主张占有保护

我国民事立法、司法解释和司法实践已经承认间接占有，间接占有在民事生活中亦大量存在，那么间接占有人可以主张物权法第 245 条规定的占有保护请求权吗？笔者认为是可以的。首先，物权法第 245 条并没有限定只保护直接占有，不保护间接占有，将物权法第 245 条的占有保护制度适用于间接占有，没有任何制度构造上的困难。其次，间接占有虽非对于物为事实上的管领，但是间接占有此种观念上的占有与直接占有具有同等的保护价值。再次，如果一方面承认间接占有，另一方面又否定间接占有的占有保护，必然导致间接占有的存在意义和价值大打折扣。

尽管间接占有亦可受占有保护，但是间接占有毕竟属于一种观念性占有，不具有直接占有的占有外观。按照我国物权法，结合大陆法系成熟的立法经验，笔者认为，我国间接占有的保护应该坚持以下原则：

1、《物权法》第 245 条规定的占有保护请求权，即返还原物请求权、排除妨害请求权、消除危险请求权和损害赔偿请求权，原则上间接占有人均得以行使。

2、在侵夺占有的情况下，间接占有人仅得请求向直接占有人回复占有，直接占有人不能或不欲收回占有的，间接占有人有权请求向自己回复占有。

3、对于侵害占有的损害赔偿请求权，直接占有人不能或不欲主张时，间接占有人方得以行使，如果直接占有人主张了损害赔偿，则间接占有人不得再行主张该权利。

4、占有人自力救济权的行使，仅限于直接占有人，间接占有人不享有占有人自力救济权，但是可以对侵害行为进行正当防卫。[7]

四、裁判要旨

[7] 参见王泽鉴：《用益物权·占有》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 367 页。

《继承法》

《继承法》第一条　立法宗旨

根据《中华人民共和国宪法》规定，为保护公民的私有财产的继承权，制定本法。

一、周边法源

1.《宪法》第十三条

国家保护公民的合法收入、储蓄、房屋和其他合法财产的所有权，国家依照法律规定保护公民的私有财产的继承权。

2.《民法通则》第七十六条

公民依法享有财产继承权。

二、条文阐释

由《继承法》第一条可见，继承法的宗旨就是保护公民的私有财产继承权。保护公民私有财产的继承权既是继承法立法的目的和任务，也是继承法的首要原则。

保护公民的私有财产继承权，是由社会主义的客观社会条件所决定的。我国法律保护公民私有财产所有权，社会主义社会不能取消继承权，作为调整因自然人死亡而发生的财产转移关系的基本准则的继承法，必然要将保护公民私有财产的继承权作为一项基本原则。

保护公民私有财产继承权的原则，一方面，要求法律确认公民私有财产的继承权，保护其不受非法侵害；另一方面，要求在公民的私有财产继承权受到侵害时，国家以其强制力予以法律上的救济。因此，保护公民私有财产继承权的原则主要有以下表现：

第一，凡自然人死亡时遗留的个人合法财产均为遗产，全得由其继承人继承。被继承人的遗产一般不收归国有，尽可能由继承人或者受遗赠人取得，国家保障继承人、受遗赠人的继承权、受遗赠权的行使。

第二，继承人的继承权不得非法剥夺或者限制。除有继承法规定的法定事由外，继承人的继承权不因任何事由而丧失；继承开始后，继承人自主决定是否接受继承，任何人不得代继承人作出放弃继承权的决定。

第三，继承权为绝对权，任何人都负有不得侵害的义务。继承权受到非法侵害时，继承人得于法定期间内通过诉讼程序请求人民法院予以回复。

三、争点与述评

关于继承的发生根据和本质，主要有意思说，家族协同说，死后扶养说、无主财产归属说以及共分说等。

意思说认为，继承的根据在于被继承人的意思。由于继承决定于死者的意思，因此被继承人有立遗嘱的自由，在无遗嘱时，立法者也应根据人的自然情感推测死者的意思，以决定应由何人继承死者的遗产。家族协同说认为，继承是由于家族协同生活而发生的，没有一体

的协同生活或者协同感者不应继承。该说主张，继承系为人类自祖先以至乃子乃孙，维持过去、现在、未来之纵的共同生活的必然现象。死后扶养说认为，继承的根据在于死者的扶养责任，一定范围内的宗族或者亲属，负有扶养义务的人，不仅于生存中应当扶养，于其死亡后也应继续扶养。无主财产归属说认为，人的人格因死亡而消灭，人于生存中虽为财产的主体，但于死亡后其财产则成为无主财产，该无主财产应归属何人，就属于继承问题，全由国家的立法政策而定。共分说认为，被继承人的财产上原本有三个所有权，即本人的所有权、亲属的所有权和国家的所有权，因为本人的财产中包含有亲属和国家的帮助，在其死亡后应属于亲属的部分归于亲属（法定继承），应属于国家的部分由国家取回，属于本人的部分则由本人自由处分（遗嘱处分）。

上述诸说虽在一定的侧面说明了继承的本质，但并不能完全说明继承的本质。继承的发生既有其自然的原因，也有其社会的原因。继承是基于人类的生活资料的生产和人类自身的生产的两种生产的社会需要而产生的，实质上是一种社会关系的更替。对于继承的本质应从以下方面理解：[1]

第一，继承是历史的产物，它以个人财产的存在为存在前提。在人类社会最初的原始群体时期，由于人们只能共同生产、共同消费、没有积累，没有任何个人财产，根本就不可能出现继承。只是到了原始氏族社会时期，随着生产力的提高，个人得占有的物品的增多，才出现了继承的萌芽。而法律意义上的继承则是经过了漫长的历史时期，随着私有制的确立而确立起来的。正如列宁所指出的："其实，遗产制度以私有制为基础，而私有制则是随着交换关系的出现而产生的。"[2]

第二，继承是因人的死亡而发生的社会关系主体的更换。人死亡后不能为主体，继承是将死者的财产转移为他人所有的一项制度，因此遗产继承只是死者生前原有的财产关系的延续，仅涉及财产权利主体的更换，而不产生新的财产。

第三，继承制度决定于一定社会的经济基础，又对经济基础起反作用。继承关系是由法律调整的，作者法律制度，继承首先决定于社会的经济基础。没有私有制、家庭和国家，也就没有法律意义上的继承；在不同的生产方式下，也就有不同的继承制度。我国现阶段的继承制度，决定于社会主义初级阶段的经济制度，法律上确认继承权是保护自然人私有财产所有权的必然要求。同时，继承制度又反作用于经济基础。在我国社会主义条件下，继承制度也有维护和巩固社会主义经济制度的作用。

第四，继承受一定社会的上层建筑的其他组成部分，尤其是婚姻家庭制度和宗教制度的影响。也正因为如此，在同一生产方式下的不同国家的继承制度会有所不同。我国现阶段的继承制度是与我国的婚姻家庭制度相一致的，对于稳定婚姻家庭制度及充分发挥现阶段家庭的职能起着重要作用。

四、裁判要旨

[1] 魏振瀛主编：《民法》，第三版，北京大学出版社 2009 年版，第 601 页。
[2] 《列宁选集》第 1 卷，人民出版社 1972 年版，第 20 页。

（无）

《继承法》第二条 继承的开始

继承从被继承人死亡时开始。

一、周边法源

1. 最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国继承法》若干问题的意见第一条

继承从被继承人生理死亡或被宣告死亡时开始。

2.《继承法意见》第二条

相互有继承关系的几个人在同一事件中死亡，如不能确定死亡先后时间的，推定没有继承人的人先死亡。死亡人各自都有继承人的，如几个死亡人辈分不同，推定长辈先死亡；几个死亡人辈分相同，推定同时死亡，彼此不发生继承，由他们各自的继承人分别继承。

二、条文阐释

继承的开始亦即继承法律关系的发生。根据继承法第二条，继承开始的时间为被继承人死亡时。继承开始的时间不同于遗产分割的时间，它具有法定性和强行性，不能由当事人商定，也不能任意改变。正确确定继承开始的时间具有重要的法律意义。

第一，依继承开始的时间确定法定继承人的范围。继承开始是继承法律关系发生的原因，继承开始继承人的客观意义的继承权才转化为主观意义的继承权，才产生具体的继承法律关系。在具体的继承法律关系中，只有具备继承资格的人，才能成为遗产继承的主体。因此，只有在继承开始时具有继承资格的人，才享有主观意义的继承权，才能取得遗产，不具有继承资格的人不享有继承权。

第二，依继承开始的时间确定遗产的范围。遗产是被继承人死亡时遗留的财产，只有在继承开始时存在的属于被继承人的合法财产，才为遗产。继承开始前，被继承人已经处分的财产不属于遗产，继承开始后，被继承人的遗产即为继承人的财产，在遗产分割前可因保管和使用、收益方面的原因而变化，但其范围不会改变。

第三，依继承开始的时间确定继承人的应继份额。法定继承人在分配遗产时，同一顺序的继承人的继承份额应当均等，特殊情况下也可以不均等。在根据继承人的情况来决定多分、少分或者不分遗产，以及是否需要予以照顾时，须依继承开始的时间继承人的具体情况为准。

第四，以继承开始时的时间确定放弃继承权及遗产分割的溯及力。继承人在继承开始后遗产分割前，可以放弃继承。放弃继承的效力，追溯到继承开始的时间。继承开始后，继承人可以商定遗产分割的时间，遗产分割的时间虽与继承开始的时间不一致，但遗产分割的效力溯及到继承开始的时间。

第五，依继承开始确定遗嘱的效力。自继承开始，遗嘱才发生效力，才可以执行；在继承开始前，遗嘱不能发生效力。

第六，依继承开始的时间确定保护继承权的最长期间。继承法第 8 条规定，自继承开始之日起超过 20 年的，不得再提起诉讼。

第七，确定遗产的权利归属。自继承开始，遗产即归继承人取得，因为继承开始，被继承人已不再对其财产享有所有权，遗产的主体也就从被继承人转为继承人。

三、争点与述评

（无）

四、裁判要旨

（无）

《继承法》第三条 遗产范围

遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产，包括：

（一） 公民的收入；

（二） 公民的房屋、储蓄和生活用品；

（三） 公民的林木、牲畜和家禽；

（四） 公民的文物、图书资料；

（五） 法律允许公民所有的生产资料；

（六） 公民的著作权、专利权中的财产权利；

（七） 公民的其他合法财产。

一、周边法源

1.《公司法》第七十五条

自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格；但是，公司章程另有规定的除外。

2.《继承法意见》第三条

公民可继承的其他合法财产包括有价证券和履行标的为财物的债权等。

二、条文阐释

遗产是继承法律关系的客体，即继承权的标的。根据继承法第 3 条，遗产具有以下法律特征。第一，遗产只能是公民死亡时遗留的财产，具有时间上的特定性。第二，遗产的内容具有财产性和包括性。在现代法上，继承人所继承的只能是财产，而不能是其他权益。作为遗产，既包括财产权利，也包括财产义务。因而凡被继承人生前享有的财产权利和负担的财

产义务，只要在其死亡时存在，就属于遗产。第三，遗产范围上的限定性和合法性。遗产只能是自然人死亡时遗留下的个人的合法财产，并且须依继承法的规定能够转移给他人的财产。

遗产包括积极财产和消极财产。依继承法第 3 条的规定，遗产包括以下方面：（1）公民的收入。公民的收入主要是指劳动收入，也包括其他的合法收入。（2）公民的房屋、储蓄和生活用品。公民的房屋是公民个人所有的私房，储蓄是公民个人的存款，生活用品是公民个人所有的生活资料。公民租住的房屋（包括单位的公房）、公民以个人名义私存的公款储蓄等，均不在其内。（3）公民的林木、牲畜和家禽。公民的林木，是指依法归公民个人所有的树木、竹林、果园等，既包括公民在其使用的宅基地、自留地、自留山上种植的林木，也包括公民在其承包经营的荒山、荒地、荒滩上种植的归其个人所有的林木。但公民承包经营的归集体所有的果园等，不在其列。（4）公民的文物、图书资料。（5）法律允许公民所有的生产资料。（6）公民的著作权、专利权中的财产权利。（7）公民的其他合法财产。除上述财产外，公民的其他合法财产也可作为遗产，这主要包括：担保物权和依法可继承的用益物权；有价证券；以财物为履行标的的债权债务。

三、争点与述评

（一）网络虚拟财产能否继承

关于网络虚拟财产能否继承，学界有不同观点。马一德教授认为：“网络虚拟财产是一种新型财产，因其具有价值和符合社会公共利益的特性而能够被纳入现行法律所保护的财产范围，……网络虚拟财产蕴含精神价值和经济价值，是私人所拥有的合法财产，作为遗产具有继承法上的正当性。”[1]也有学者认为，虚拟财产在性质上并非权利，却蕴含着经济价值和精神价值，其所依托的网络环境易致其受到侵犯，虽在保护态度和方法上司法实践的做法不一，性质上可将虚拟财产定位为法益。虚拟财产的利益性和社会需求证明了其具有继承的价值。[2]认可虚拟财产可继承的观点还有很多。[3]

不承认网络虚拟财产可以继承的学者认为，“网络运营商负有保护用户个人在注册时填写的信息和隐私的义务，……数字遗产中不排除有死者不愿意让别人知道的隐私。如果数字遗产被继承，也就意味着连同其中的所有联系人的名单被一同继承，这样就违反了公民的通讯自由、通讯秘密以及隐私受法律保护规定。”[4]持有相同观点的学者认为，网络虚拟财产涉及个人隐私，因此将其排除于遗产范围。[5]

支持网络虚拟财产可继承的学者反驳，“恰恰是与过世用户关系密切的人士才是占有和维护过世用户隐私的最佳人选。所谓‘关系密切人士’系一个描述性概念，涵盖了用户的近亲属及其他关系密切的亲朋好友，用户遗嘱指定的继承人和我国《继承法》规定的法定继承人均在其内。就此而言，用户隐私不再是网络服务提供者的挡箭牌，相反，它一跃变为继承人

[1] 马一德：《网络虚拟财产继承问题探析》，《法商研究》2013 年第 5 期。
[2] 李岩：《虚拟财产继承立法问题》，《法学》2013 年第 4 期。
[3] 梅夏英：《虚拟财产继承的理论与立法问题》，《法学家》2013 年第 6 期。张冬梅，《论网络虚拟财产继承》，《福建师范大学学报》2013 年第 1 期。
[4] 麻昌华：《遗产范围的界定及其立法模式选择》，《法学》2012 年第 8 期。
[5] 杨立新、杨震等：《〈中华人民共和国继承法〉修正草案建议稿》，《河南财经政法大学学报》2012 年第 5 期。

向网络服务提供者主张虚拟财产的有力武器。”[1]

（二）冷冻胚胎能否继承

关于冷冻胚胎能否继承，有法院判决认为，胚胎移植手术过程中产生的受精胚胎为具有发展为生命的潜能，含有未来生命特征的特殊之物，不能像一般之物一样任意转让或继承，故其不能成为继承的标的。[2]也有法官认为，冷冻胚胎不是民法意义上的物，而是一种具有生命潜能的特殊之物，应该与民法上的一般之物予以区别对待，也应赋予更多的权利属性和尊重，因而不能适用民法中关于继承的基本规定。[3]

杨立新教授认为，无论是在学理上，还是在实务中，都应当将冷冻胚胎的性质界定为特殊之物。既然它的法律属性是物，那么在物的所有权人死亡后，冷冻胚胎当然就成为遗产，是继承人继承的标的。……既然冷冻胚胎是具有发展为生命的潜能，含有未来生命特征的特殊之物，那么就应当允许将其作为遗产继承，并且予以特别保护，使其能够孕育成为一个人，不仅延续他的父母的生命，还应当继承他的父母的遗产。[4]持有类似观点的学者很多。[5]

四、裁判要旨

（无）

《继承法》第四条 承包关系与继承

个人承包应得的个人收益，依照本法规定继承。个人承包，依照法律允许由继承人继续承包的，按照承包合同办理。

一、周边法源

1.《物权法》第一百二十八条

土地承包经营权人依照农村土地承包法的规定，有权将土地承包经营权采取转包、互换、转让等方式流转。

2.《农村土地承包法》

第十五条 家庭承包的承包方是本集体经济组织的农户。

第三十一条 承包人应得的承包收益，依照继承法的规定继承。林地承包的承包人死亡，其继承人可以在承包期内继续承包。

第五十条 土地承包经营权通过招标、拍卖、公开协商等方式取得的，该承包人死亡，其

[1] 梅夏英：《虚拟财产继承的理论与立法问题》，《法学家》2013年第6期。
[2] 案号：（2013）宜民初字第2729号。
[3] 时永才，张圣斌，庄绪龙：《父母对子女遗留冷冻胚胎享有监管、处置权》，《人民司法》2014年第22期
[4] 杨立新：《人类冷冻胚胎的法律属性及其继承问题》，《人民司法》2014年第14期。
[5] 李燕：《冷冻胚胎的权利归属及权利行使规则研究》，《人民司法》2013年第13期。

应得的承包收益 依继承法的规定继承；在承包期内，其继承人可以继续承包。

3.《继承法意见》第四条

承包人死亡时尚未取得承包收益的，可把死者生前对承包所投入的资金和所付出的劳动及其增值和孳息，由发包单位或者接续承包合同的人合理折价、补偿，其价额作为遗产。

4.《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》第二十五条

林地家庭承包中， 承包方的继承人请求在承包期内继续承包的， 应予支持。其他方式承包中，承包方的继承人或者权利义务承受者请求在承包期内继续承包的，应予支持。

二、条文阐释

对于土地承包经营权的继承问题，我国法规范区分三种土地类型分别规制：家庭承包方式承包的农地、家庭承包方式承包的林地以及其他方式承包的“四荒” 土地。概括而言，“四荒”土地的承包人死亡后的承包收益，依继承法规定发生继承，继承人可以在承包期内继续承包；家庭承包的林地因为自身的生产经营周期长、收益慢、风险大等特殊性因素，承包人死亡后继承人可以在承包期内继续承包。

对于家庭承包方式设立的土地承包经营权的继承问题，立法仅仅区分了承包收益与承包经营权两者，肯定“承包收益可以继承”的同时回避了“土地承包经营权能否继承”的问题，造成了“有意地制度模糊”。概况下来，可以总结为：以户为单位取得的土地承包经营权，承包期内家庭的某个或部分成员死亡的不发生承包经营权的继承问题，承包收益属于遗产按照继承法规定继承。家庭成员全部死亡的，土地承包经营权消灭，由发包方收回承包地，最后一个死亡的成员应获得的承包收益按照继承法规定继承。继承人不是集体经济组织成员，就不应当享有土地承包经营权的继承权，否则就会损害其他成员的权益。[1]

三、争点与述评

关于农村土地承包经营权能否被继承，学界争论不休。《农村土地承包法》将土地承包区分为家庭承包和其他方式承包，其他方式承包是指通过招标、拍卖、公开协商等方式对荒地等农村土地的承包。对于这两种承包方式取得的土地承包经营权，学者多认为二者不同。对于以其他方式取得的土地承包经营权的可继承性，学者争议不大。有争议的是家庭承包的土地承包经营权可否继承。

认为家庭承包的土地承包经营权不能继承的学者多主张，土地经营权虽是一种用益物权也是一种财产权，但其具有一定的身份性，是农村集体成员享有的福利待遇。农户以家庭承包方式取得的土地承包经营权，是一种特殊的用益物权，具有福利性和社会保障功能，户内成员均具有特殊的身份并因此形成特殊的准共有关系。户内成员部分死亡时，由于“户”还存在，仅产生生存成员的权利扩张问题，而不存在继承问题；户内成员全部死亡的，承包关系

[1]参见何宝玉主编：《〈中华人民共和国农村土地承包法〉释义及实用指南》，中国民主法制出版社2012年版，第63页。

终止，应由发包人收回承包地，也不发生继承问题。[1]承包权为家庭成员共同享有，此种承包权是家庭承包权，是一种社员权（因具有某种特殊身份而享有的权利）。家庭中的个别成员（多为长辈）死亡，其他家庭成员仍然应当继续履行合同规定的条款，发包方也必须按照合同的约定履行。如果发包方毁约，承包方可以通过通过诉讼程序是自己的合法权益得到保护。此种取得承包地的方式不是通过继承方式取得的，不适用继承法的规定。[2]

支持家庭承包的土地承包经营权应该被继承的学者认为，土地承包经营权作为一种用益物权，是典型的财产权的一种表现，应是可以继承的财产权利。[3]土地承包经营权属于一种用益物权，属于财产权，有其使用价值和价值，应该考虑允许其同继承人的其他财产一样被继承，保护被继承人的继承权实质上是保护原承包经营权人基于承包经营权享有的财产权。[4]

针对否定论的质疑，肯定论这样回应：土地承包经营权形式上的主体虽为“农户”，但实质意义的主体是农户内部成员；承包经营权的法律性质属于具备“集体身份属性”的财产权利，并无“人身专属性”特征，因而可作为遗产得到继承；继承作为承包经营权的一种流转方式，在涉及继承人范围限制的问题上，一种可行的解释路径是交由集体区分情形进行规制集体内部成员以继承人身份继承时“报发包方备案”，而集体成员之外的继承人继承时需要“发包方同意”这一限制条件； 对于立法上“继续承包”的表述，既可从物权的角度解释为土地承包经营权因继承而发生物权变动，也可从债法的角度解释为继承人概括继受了承包合同中的债权债务，两种解释结合在一起，使“继续承包”具备了“继承”的法律内涵。[5]

四、裁判要旨

典型案例 1：家庭承包方式的农村土地承包经营权不能继承。当承包农地的农户家庭中的一人或几人死亡，承包地仍由该农户的其他家庭成员继续承包经营。

裁判要旨：根据《中华人民共和国农村土地承包法》第十五条的规定，农村土地家庭承包的，承包方是本集体经济组织的农户，其本质特征是以本集体经济组织内部的农户家庭为单位实行农村土地承包经营。家庭承包方式的农村土地承包经营权属于农户家庭，而不属于某一个家庭成员。根据《中华人民共和国继承法》第三条的规定，遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产。农村土地承包经营权不属于个人财产，故不发生继承问题。除林地外的家庭承包，当承包农地的农户家庭中的一人或几人死亡，承包经营仍然是以户为单位，承包地仍由该农户的其他家庭成员继续承包经营；当承包经营农户家庭的成员全部死亡，由于承包经营权的取得是以集体成员权为基础，该土地承包经营权归于消灭，不能由该农户家庭成员的继承人继续承包经营，更不能作为该农户家庭成员的遗产处理。**“李维祥诉李格梅继承权纠纷案”，载《最高人民法院公报》2009 年第 12 期。**

[1] 刘保玉、李运杨：《农村土地承包经营权的继承问题探析》，《北方法学》2014 年第 2 期。
[2] 杨春旭：《谈农村土地承包经营权的继承问题》，《辽宁师专学报（社会科学版）》2009 年第 1 期。
[3] 麻昌华：《遗产范围的界定及其立法模式选择》，《法学》2012 年第 8 期。类似观点的还有杜江涌：《比较法视野下的遗产范围制度研究》，《河北法学》2010 年第 4 期。
[4] 张新宝：《土地承包经营权》，载王利明主编：《物权法名家讲坛》，中国人民大学出版社 2008 年版，第 306 页。
[5] 汪洋：《土地承包经营权继承问题研究——对现行规范的法构造阐释与法政策考量》，《清华法学》2014 年第 4 期。

《继承法》第五条　继承方式

继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。

一、周边法源

1.《继承法意见》第五条

被继承人生前与他人订有遗赠扶养协议，同时又立有遗嘱的，继承开始后，如果遗赠扶养协议与遗嘱没有抵触，遗产分别按协议和遗嘱处理；如果有抵触，按协议处理，与协议抵触的遗嘱全部或部分无效。。

2.《继承法意见》第六条

遗嘱继承人依遗嘱取得遗产后，仍有权依继承法第十三条的规定取得遗嘱未处分的遗产。

二、条文阐释

继承方式有法定继承、遗嘱继承、遗赠和遗赠扶养协议等。法定继承，是指根据法律直接规定的继承人的范围、继承人继承的顺序、继承人继承遗产的份额及遗产的分配原则继承被继承人的遗产。遗嘱继承，是指继承开始后，按照被继承人所立的合法有效遗嘱继承被继承人遗产的继承制度。遗赠，是指自然人以遗嘱的方式将其个人财产赠与国家、集体或者法定继承人以外的人，而于其死亡后发生效力的民事行为。遗赠扶养协议，是指自然人（遗赠人、受扶养人）与扶养人之间关于扶养人扶养受扶养人，受扶养人将财产遗赠给扶养人的协议。

根据《继承法》第五条的规定，被继承人与扶养人订立遗赠扶养协议的，遗产按照遗赠扶养协议中约定的情况处理；没有遗赠扶养协议，被继承人立有遗嘱或遗赠，并且遗嘱或遗赠合法有效的，按遗嘱继承或遗赠办理；没有遗赠扶养协议、遗嘱或遗赠的，按照法定继承办理。此外，继承的方式还要考虑继承权的放弃与丧失、遗嘱或遗赠的效力等因素。

三、争点与述评

（无）

四、裁判要旨

（无）

对《继承法》第六条的评述

无行为能力人的继承权、受遗赠权，由他的法定代理人代为行使。

限制行为能力人的继承权、受遗赠权，由他的法定代理人代为行使，或者征得法定代理人同意后行使。

一、周边法源

（一）宪法及宪法性法律

1.《中华人民共和国宪法》（(1982 年 12 月 4 日第五届全国人民代表大会第五次会议通过 1982 年 12 月 4 日全国人民代表大会公告公布施行；根据 1988 年 4 月 12 日第七届全国人民代表大会第一次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》、1993 年 3 月 29 日第八届全国人民代表大会第一次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》、1999 年 3 月 15 日第九届全国人民代表大会第二次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》和 2004 年 3 月 14 日第十届全国人民代表大会第二次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》修正)

第十三条　公民的合法的私有财产不受侵犯。

国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。

国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。

（二）法律

《中华人民共和国民法通则》（由中华人民共和国第六届全国人民代表大会第四次会议于 1986 年 4 月 12 日通过，现予公布，自 1987 年 1 月 1 日起施行）

第十二条 十周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人，可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动；其他民事活动由他的法定代理人代理，或者征得他的法定代理人的同意。

不满十周岁的未成年人是无民事行为能力人，由他的法定代理人代理民事活动。

第十三条 不能辨认自己行为的精神病人是无民事行为能力人，由他的法定代理人代理民事活动。

不能完全辨认自己行为的精神病人是限制民事行为能力人，可以进行与他的精神健康状况相适应的民事活动；其他民事活动由他的法定代理人代理，或者征得他的法定代理人的同意。

第十四条 无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是他的法定代理人。

第十六条 未成年人的父母是未成年人的监护人。

未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，由下列人员中有监护能力的人担任监护人：

（一）祖父母、外祖父母；

（二）兄、姐；

（三）关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任，经未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会同意的。

对担任监护人有争议的，由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。对指定不服提起诉讼的，由人民法院裁决。

没有第一款、第二款规定的监护人的，由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。

第十七条 无民事行为能力或者限制民事行为能力的精神病人，由下列人员担任监护人：

（一）配偶；

（二）父母；

（三）成年子女；

（四）其他近亲属；

（五）关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任，经精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会同意的。

对担任监护人有争议的，由精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。对指定不服提起诉讼的，由人民法院裁决。

没有第一款规定的监护人的，由精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人

第十八条 监护人应当履行监护职责，保护被监护人的人身、财产及其他合法权益，除为被监护人的利益外，不得处理被监护人的财产。

监护人依法履行监护的权利，受法律保护。

监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的，应当承担责任；给被监护人造成财产损失的，应当赔偿损失。人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销监护人的资格。

第五十八条　下列民事行为无效：

（一）无民事行为能力人实施的；

（二）限制民事行为能力人依法不能独立实施的；

（三）一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下所为的；

（四）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的；

（五）违反法律或者社会公共利益的；

（六）经济合同违反国家指令性计划的；

（七）以合法形式掩盖非法目的的。

无效的民事行为，从行为开始起就没有法律约束力。

（注：根据 2009 年 8 月 27 日发布的《全国人民代表大会常务委员会关于修改部分法律的决定》，此条第一款第六项被废止。）

对《继承法》第六条的评述

无行为能力人的继承权、受遗赠权，由他的法定代理人代为行使。

限制行为能力人的继承权、受遗赠权，由他的法定代理人代为行使，或者征得法定代理人同意后行使。

一、周边法源

（一）宪法及宪法性法律

1.《中华人民共和国宪法》（(1982 年 12 月 4 日第五届全国人民代表大会第五次会议通过 1982 年 12 月 4 日全国人民代表大会公告公布施行；根据 1988 年 4 月 12 日第七届全国人民代表大会第一次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》、1993 年 3 月 29 日第八届全国人民代表大会第一次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》、1999 年 3 月 15 日第九届全国人民代表大会第二次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》和 2004 年 3 月 14 日第十届全国人民代表大会第二次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》修正）

第十三条　公民的合法的私有财产不受侵犯。

国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。

国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。

（二）法律

《中华人民共和国民法通则》（由中华人民共和国第六届全国人民代表大会第四次会议于 1986 年 4 月 12 日通过，现予公布，自 1987 年 1 月 1 日起施行）

第十二条 十周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人，可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动；其他民事活动由他的法定代理人代理，或者征得他的法定代理人的同意。

不满十周岁的未成年人是无民事行为能力人，由他的法定代理人代理民事活动。

第十三条 不能辨认自己行为的精神病人是无民事行为能力人，由他的法定代理人代理民事活动。

不能完全辨认自己行为的精神病人是限制民事行为能力人，可以进行与他的精神健康状况相适应的民事活动；其他民事活动由他的法定代理人代理，或者征得他的法定代理人的同意。

第十四条 无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是他的法定代理人。

第十六条 未成年人的父母是未成年人的监护人。

未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，由下列人员中有监护能力的人担任监护人：

（一）祖父母、外祖父母；

（二）兄、姐；

（三）关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任，经未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会同意的。

对担任监护人有争议的，由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。对指定不服提起诉讼的，由人民法院裁决。

没有第一款、第二款规定的监护人的，由未成年人的父、母的所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人。

第十七条 无民事行为能力或者限制民事行为能力的精神病人，由下列人员担任监护人：

（一）配偶；

（二）父母；

（三）成年子女；

（四）其他近亲属；

（五）关系密切的其他亲属、朋友愿意承担监护责任，经精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会同意的。

对担任监护人有争议的，由精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。对指定不服提起诉讼的，由人民法院裁决。

没有第一款规定的监护人的，由精神病人的所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任监护人

第十八条 监护人应当履行监护职责，保护被监护人的人身、财产及其他合法权益，除为被监护人的利益外，不得处理被监护人的财产。

监护人依法履行监护的权利，受法律保护。

监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的，应当承担责任；给被监护人造成财产损失的，应当赔偿损失。人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销监护人的资格。

第五十八条　下列民事行为无效：

（一）无民事行为能力人实施的；

（二）限制民事行为能力人依法不能独立实施的；

（三）一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下所为的；

（四）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的；

（五）违反法律或者社会公共利益的；

（六）经济合同违反国家指令性计划的；

（七）以合法形式掩盖非法目的的。

无效的民事行为，从行为开始起就没有法律约束力。

（注：根据 2009 年 8 月 27 日发布的《全国人民代表大会常务委员会关于修改部分法律的决定》，此条第一款第六项被废止。）

第七十六条　公民依法享有财产继承权。

2.《未成年人保护法》(1991 年 9 月 4 日第七届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议通过,1991 年 9 月 4 日中华人民共和国主席令第 50 号公布; 2006 年 12 月 29 日第十届全国人民代表大会常务委员会第二十五次会议第一次修订通过,2006 年 12 月 29 日中华人民共和国主席令第 60 号公布;根据 2012 年 10 月 26 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议通过 2012 年 10 月 26 日中华人民共和国主席令第 65 号公布;自 2013 年 1 月 1 日起施行，现行有效)

第五十二条　人民法院审理继承案件,应当依法保护未成年人的继承权和受遗赠权。

人民法院审理离婚案件,涉及未成年子女抚养问题的,应当听取有表达意愿能力的未成年子女的意见,根据保障子女权益的原则和双方具体情况依法处理。

（三）司法解释

1、《最高人民法院关于贯彻执行民法通则>若干问题的意见（试行）》（最高人民法院法（办）发[1988]6 号，1988 年 1 月 26 号颁布，于 1988 年 4 月 2 号实施）

第二条. 十六周岁以上不满十八周岁的公民，能够以自己的劳动取得收入，并能维持当地群众一般生活水平的，可以认定为以自己的劳动收入为主要生活来源的完全民事行为能力人。

第三条. 十周岁以上的未成年人进行的民事活动是否与其年龄、智力状况相适应，可以从行为与本人生活相关联的程度、本人的智力能否理解其行为，并预见相应的行为后果，以及行为标的数额等方面认定。

第四条. 不能完全辨认自己行为的精神病人进行的民事活动，是否与其精神健康状态相适应，可以从行为与本人生活相关联的程度，本人的精神状态能否理解其行为，并预见相应的行为后果，以及行为标的数额等方面认定。

第五条. 精神病人（包括痴呆症人）如果没有判断能力和自我保护能力，不知其行为后果的，可以认定为不能辨认自己行为的人；对于比较复杂的事物或者比较重大的行为缺乏判断能力和自我保护能力，并且不能预见其行为后果的，可以认定为不能完全辨认自己行为的人。

第六条. 无民事行为能力人、限制民事行为能力人接受奖励、赠与、报酬，他人不得以行为人无民事行为能力、限制民事行为能力为由，主张以上行为无效。

2、《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国继承法>若干问题的意见》（最高人民法院法（民）发[1985]22 号，1985 年 9 月 11 日颁布并实施）

第七条、不满六周岁的儿童、精神病患者,可以认定其为无行为能力人。

已满六周岁,不满十八周岁的未成年人,应当认定其为限制行为能力人。

第八条、法定代理人代理被代理人行使继承权、受遗赠权,不得损害被代理人的利益。法定代理人一般不能代理被代理人放弃继承权、受遗嘱权。明显损害被代理人利益的,应认定其代理行为无效。

二、法条释义

【释义】本条是关于无行为能力人和限制行为能力人如何行使继承权与受遗赠权的规定，共有两款。

继承权与受遗赠权作为公民的一项权利，其行使方式与公民是否具有行为能力密切相关。公民的行为能力，是指公民以自己的行为进行法律活动，为自己取得权利和承担义务，从而使法律关系发生变化的资格。根据公民的年龄、智力、精神状态等民法通则将自然人分为：完全民事行为能力人、限制民事行为能力人和无行为能力人。公民必须达到一定年龄和精神状态正常，才能对自己的行为及其法律后果有明确的识别能力和判断能力，才能承担相应的法律责任，才是具有行为能力的人。无行为能力人，是指不能以自己的行为行使民事权利和承担民事义务的人，包括不满 10 周岁的未成年人和不能辨认自己行为的精神病人。限制行为能力人，是指 10 周岁以上的未成年人和不能完全辨认自己行为的精神病人。由于无行为能力人和限制行为能力人智力上和认识上的限制，法律为了保护他们的合法权益，维护和稳定正常的社会秩序，在财产继承中，规定由他们的法定代理人代其作出接受继承与遗赠的表示，并妥善保管应继承的财产，保护他们的继承权不受侵犯。

根据本条第一款的文义，无行为能力人的继承权、受遗赠权，由他的法定代理人代为行使。法定代理人，是指由法律根据一定的社会关系的存在而直接规定的代理人。法律规定法定代理人代无行为能力人、限制行为能力人形式继承权目的在于保护其财产利益。无民事行为能力人的一切民事活动，都应由其法定代理人代理，其继承权和受遗赠权自然也由其法定代理人代理。在上述继承代理关系中，法定代理人不得损害无行为能力人的利益。法定代理人可以在遗产的实际范围内为无行为能力人和限制行为能力人清偿被继承人的生前债务，在一般情况下，法定代理人不能代理被代理人放弃继承权、受遗赠权，否则不发生效力。《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国继承法>若干问题的意见》第八条：“法定代理人代理被代理人行使继承权、受遗赠权,不得损害被代理人的利益。法定代理人一般不能代理被代理人放弃继承权、受遗嘱权。明显损害被代理人利益的,应认定其代理行为无效。”明显损害被代理人利益的，应认定其代理行为无效。只有在接受继承显然对无行为能力人存在重大不利的情况下，法定代理人才能代理其作出放弃继承权的意思表示。

根据本条第二款的文义， 限制行为能力人的继承权、受遗赠权可以由其法定代理人行使，法定代理人行使代理权时应维护限制行为能力人的合法权益，不得损害其利益。同时，因限制行为能力人有一定的行为能力，故法律允许其本人可以行使继承权、受遗赠权，但必须征得其法定代理人的同意，以保证其权益不致受到损害。若未征得其法定代理人的同意而实施的行为无效。

三、争点及评述

学界和实务界对此条并无多大争议。争议点在于法定代理人能否代理被代理人放弃继承、受遗赠权。

继承人是无民事行为能力人或限制民事行为能力人，其放弃继承的意思表示能否由其法定代理人代理，我国《继承法》并未对此作出明确规定，仅在《意见》第 8 条规定，无民事行为能力人和限制民事行为能力人的法定代理人一般情况下，不能代理其对继承进行放弃，代理行为明显有损被代理人利益的无效。据此，学者们有以下两种不同的观点：一种观点认为，纯粹的身份行为不得代理。而放弃继承行为具有财产行为和身份行为的两重属性，并且财产行为的色彩更为浓厚，故在特定的情况下允许代理。即“原则上是可以代理的，但又与一般的财产行为不同，也就是将代理严格限制为无民事行为能力人和限制民事行为能力人的继承行为，完全民事行为能力人的继承行为是不得代理的”。1法定代理人与继承人利益相反时，非为被代理人的利益不得放弃继承。监护人与继承人在遗产继承上有利益冲突时，应以次位监护人为其法定代理人；2另一种观点认为，依据我国现行《继承法》的限定继承原则，继承人只在继承遗产的实际价值范围内承担清偿被继承人债务的责任，纵使被继承人遗产中的债务大于遗产，继承人不放弃继承，也不会使自身的利益受损。因此无民事行为能力人和限制民事行为能力人不需要法定代理人代理其放弃继承权。另一方面，由于法定代理人与被代理人在继承法律关系中很可能是同一顺序的继承人，往往会存在利益上的矛盾冲突。因此，法定代理人不能代无民事行为能力人和限制民事行为能力人为放弃继承，只会保护无民事行为能力人和限制民事行为能力人的利益。3

四、相关案例裁判要旨(宋体四号加粗)

（一）最高人民法院指导性案例

无

（二）人民法院公报案例

1、未成年人的法定代理人不得侵害被代理人合法的继承权，制定的家庭协议侵害未成年人继承权的无效。

裁判要旨：被继承人华栋臣于解放前先后与李仔容、徐苹倩结婚。李仔容生三个子女：女儿华婉珍、儿子华宁熙，华纯熙(华纯熙早年去美国，1969 年病故，遗下妻子李介寿，女儿华克增、华安增、华德增)。徐苹倩生三个子女：女儿华蔷珍，儿子华椿熙、华枝熙。1959 年 7 月，华栋臣与徐苹倩协议离婚，徐苹倩所生三个子女归华栋臣抚养。从此，华蔷珍、华椿熙、华枝熙即由华栋臣、李仔容抚养，在上海共同生活。1963 年，华栋臣病故。1964 年 10 月 18 日，在李仔容主持下，同华婉珍、华宁熙、华蔷珍、华椿熙、华枝熙成立了家庭协议：华栋臣的全部财产由李仔容继承，李仔容给付华蔷珍补贴费 5000 元，给付华椿熙、华枝熙每人抚养费 11400 元，李仔容对他们的抚养责任到此为止，今后不再有经济上的关系。1969 年，李仔容到北京落户与儿子华宁熙共同生活，于 1971 年病故。

[1] 参见张玉敏：《继承法律制度研究》，北京：法律出版社，1999 年版，第 104 页。
[2] 史尚宽：《继承法论》，北京：中国政法大学出版社，2000 年版，第 265-266 页。
[3] 郭明瑞、房绍坤、关涛：《继承法研究》，北京：中国人民大学出版社，2003 年版，第 34 页。

法院审理认为：华栋臣与徐苹倩离婚时，原告华枝熙、华椿熙、华蔷珍均尚未成年，由华栋臣、李仔容共同抚养，李仔容与他们已形成抚养关系。因此，李仔容所生的三个子女和徐苹倩所生的三个子女，对华栋臣和李仔容的遗产，都有继承的权利。1964 年成立的家庭协议，由于当时华枝熙尚未成年，不具有完全行为能力，应由他的法定代理人李仔容代为行使继承权，李仔容作为华枝熙的法定代理人，本应保护他的合法权益，但在她主持协商的该协议中，却明显地侵害了被代理人的合法继承权；同时华纯熙未参加协议的协商，故该协议应视为无效。华栋臣和李仔容各自的遗产，应依法由六名子女合理分割。华枝熙、华椿熙、华蔷珍与华婉珍、华宁熙、李介寿等继承纠纷案，载《中华人民共和国最高人民法院公报》，1985 年第 4 期（总第 4 期），第 28 页；最高人民法院办公厅编：《最高人民法院公报案例大全》，2009 年 8 月第 1 版，人民法院出版社，第 457 页

（三）其他典型案例

无

对《继承法》第七条的评述

继承人有下列行为之一的，丧失继承权：
(一)故意杀害被继承人的；
(二)为争夺遗产而杀害其他继承人的；
(三)遗弃被继承人的，或者虐待被继承人情节严重的；
(四)伪造、篡改或者销毁遗嘱，情节严重的。

一、周边法源

司法解释

1、《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国继承法>若干问题的意见》（最高人民法院法（民）发[1985]22号，1985年9月11日颁布并实施）

第九条　在遗产继承中，继承人之间因是否丧失继承权发生纠纷，诉讼到人民法院的，由人民法院根据继承法第七条的规定，判决确认其是否丧失继承权。

第十条　继承人虐待被继承人情节是否严重，可以从实施虐待行为的时间、手段、后果和社会影响等方面认定。虐待被继承人情节严重的，不论是否追究刑事责任，均可确认其丧失继承权。

第十一条　继承人故意杀害被继承人的，不论是既遂还是未遂，均应确认其丧失继承权。

第十二条、继承人有继承法第七条第(一)项或第(二)项所列之行为，而被继承人以遗嘱将遗产指定由该继承人继承的，可确认遗嘱无效，并按继承法第七条的规定处理。

第十三条　继承人虐待被继承人情节严重的，或者遗弃被继承人的，如以后确有悔改表现，而且被虐待人、被遗弃人生前又表示宽恕，可不确认其丧失继承权。

第十四条、继承人伪造、篡改或者销毁遗嘱，侵害了缺乏劳动能力又无生活来源的继承人的利益，并造成其生活困难的，应认定其行为情节严重。

第二十八条　继承人丧失继承权的，其晚辈直系血亲不得代位继承。如该代位继承人缺乏劳动能力又没有生活来源，或对被继承人尽赡养义务较多的，可适当分给遗产。

2、《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》(1984年8月30日最高人民法院审判委员会讨论通过，颁布日期1984年8月30日，自发布之日起实施)

第五十二条　继承人对被继承人生前有虐待、遗弃、杀害等行为的，应剥夺其继承权。

（五）地方法规及规章

1.《云南省老年人权益保障条例》（1999年4月2日云南省第九届人民代表大会常务委员会第八次会议通过 1999年4月2日云南省第九届人民代表大会常务委员会公告第19号公布）

第三十四条　乡(镇)人民政府及其派出机构、街道办事处、村民委员会、居民委员会和当事人所在组织，对负有赡养义务而拒绝赡养或者不完全履行赡养义务的赡养人，应当给予批评教育，并责令履行赡养义务。

虐待老年人，尚不够刑事处罚，受虐待人要求处理的，由公安机关依法给予行政处罚。

赡养人遗弃老年人的或者虐待老年人情节严重的，依法丧失继承权；老年人也可立遗嘱取消其继承权。

虐待老年人或对老年人负有赡养义务而拒绝赡养，情节恶劣的，依法追究刑事责任。

二、法条释义

【释义】本条是关于几种丧失继承权情况的规定，共1款4项。

丧失继承权的概念

丧失继承权，是指在继承人因对被继承人或者其他继承人犯有某种罪行或者其他违法行为，或就有关继承的遗嘱有不正当行为时，依法取消其继承被继承人遗产的资格，使其丧失继承人地位的制度。由于继承人的某些违法犯罪行为，直接侵害了被继承人或其他继承人的人身权利或财产权利，严重破坏了统治阶级所维护的人伦道德和家庭秩序，根本背离了继承制度的本质要求，故其必须承担相应的法律责任，承受于自己不利的法律后果。在继承法上就表现为强制夺去其原本享有的继承权，使其不能获得原本应该得到的遗产。

在我国，继承权的丧失有以下几方面的含义：第一，继承权的丧失是继承人继承被继承人遗产的资格的丧失；第二，继承权的丧失是依照法律规定取消继承人的继承资格，是继承权的依法剥夺，不以继承人的主观意志为转移；第三，在发生法律规定的丧失继承权的事由时，继承人当然的丧失继承权，既不需要向法院声请宣告，也无需被继承人的意思表示。只有在当事人就是否丧失继承权发生争议时，才由法院确认继承人是否丧失继承权。[1]

（二）丧失继承权的法定事由

根据本条的规定，继承人有下列行为之一的，便丧失继承权。

故意杀害被继承人。继承人故意杀害被继承人，是指直接危害被继承人生命为目的的犯罪行为。它既可以是既遂的，也可以是未遂的，无论是否追究刑事责任，两者都构成丧失继承权的原因。即使继承人是遗嘱所指定的继承人，仍应丧失继承权。其构成要件是：

（1）继承人实施了杀害被继承人的行为。杀害必须以剥夺生命为目的，不管其动机和原因为何，皆可构成丧失继承权的事由。

（2）继承人主观上有杀害的故意，过失致被继承人死亡的，不丧失继承权。

（3）不构成正当防卫。继承人在正当防卫的情况下杀害被继承人的不丧失继承权。

继承人为争夺遗产而杀害其他继承人。继承人为独占遗产，或者为了争夺较多的遗产份额而杀害其他继承人，不论是犯罪既遂还是未遂，都丧失继承权。其他继承人，是指罪犯本

[1]参考文献郭明瑞、房绍坤、关涛著：《继承法研究》，中国人民大学出版社，2003年7月第1版，第23页。张平华、刘耀东著：《继承法原理》，中国法制出版社，2009年8月第1版，35-52页。翟云岭，刘耀东：论继承权丧失制度，《北方法学》2012年第5期，第76页。

人以外的法定继承人和遗嘱继承人。如同一继承顺序法定继承人中的一人或数人为争夺遗产而杀害其他法定继承人；法定继承人为争夺遗产而杀害遗嘱继承人等等。　其要点在于：

（1）继承人实施了杀害其他继承人的行为。杀害对象必须是其他继承人，而不是继承人外的第三人。只要是属于法定继承人范围内的人即可，不管其继承顺序如何，是否能够参与继承。

（2）主观上需要有杀害其他继承人的故意，并且需具有争夺遗产的目的。即继承人为多继承遗产或者顺利继承遗产等而杀害其他继承人。非出于争夺遗产的目的而杀害其他继承人的，不丧失继承权。

（3）杀害行为可以在继承开始之前，也可以在继承开始后遗产分割前。既遂与否都发生丧失继承权的法律后果。

遗弃被继承人，或者虐待被继承人情节严重的。遗弃被继承人，是指继承人对没有劳动能力和独立生活来源及独立生活能力的被继承人负有法定的抚养、扶养和赡养的义务，有能力扶养但拒不履行义务的行为。遗弃行为是一种置被继承人于危险境地而不顾的严重的违法行为。不限于积极的作为，消极的不作为也构成。继承人遗弃被继承人的，均丧失继承权，而不问其是否构成刑事犯罪。

虐待被继承人，是指继承人在被继承人生前对其经常进行肉体摧残或精神折磨。虐待被继承人只有情节严重的，才丧失继承权。认定继承人虐待被继承人情节是否严重，在司法实践中，主要以继承人所实施虐待行为的时间、手段、后果以及社会影响等因素考虑。继承人遗弃被继承人，或虐待被继承人情节严重的，不论其是否构成犯罪及是否追究刑事责任，都应确认其丧失继承权。但如以后确有悔改表现，而且被虐待人、被遗弃人生前又表示宽恕的，可不确认其丧失继承权。《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国继承法>若干问题的意见》第十三条：继承人虐待被继承人情节严重的，或者遗弃被继承人的，如以后确有悔改表现，而且被虐待人、被遗弃人生前又表示宽恕，可不确认其丧失继承权。

伪造、篡改或者销毁遗嘱情节严重的。伪造遗嘱，是指被继承人生前并未立遗嘱处分自己的遗产，而由继承人为争夺或独占遗产以被继承人的名义制造虚假的遗嘱的非法行为。篡改遗嘱，是指继承人擅自改变或者歪曲原遗嘱的内容，以利于自己的一种非法行为。销毁遗嘱，是指继承人将不利于自己的遗嘱完全破坏、毁灭的非法行为。根据《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国继承法>若干问题的意见》第 14 条规定，继承人伪造、篡改或者销毁遗嘱，侵害了缺乏劳动能力又无生活来源的继承人的利益，并造成其生活困难的，应认定其行为属于情节严重，确认其丧失继承权。

（三）丧失继承权的法律后果

1、继承权丧失的事由发生在继承开始之前的，自该事由发生之日就发生继承权的丧失；若继承权丧失的事由发生在继承开始之后，则继承权的丧失溯及至继承开始之时发生效力。

2、继承权的丧失是继承人对特定被继承人的遗产继承权的丧失，仅对特定的被继承人发生效力，不影响继承人继承其他被继承人的遗产。

3、继承权的丧失对继承人的晚辈直系血亲发生效力。《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国继承法>若干问题的意见》第二十八条：继承人丧失继承权的，其晚辈直系血亲不得代位继承。如该代位继承人缺乏劳动能力又没有生活来源，或对被继承人尽赡养义务较多的，可适当分给遗产。

三、争点及评述

对继承权丧失的问题，学界对以下几点存在争议：

（一）以欺诈或胁迫手段迫使、妨害被继承人订立、变更或撤销遗嘱的是否应规定为丧失继承权的法定事由。

现行《继承法》仅规定遗嘱必须表示遗嘱人的真实意思，受胁迫、欺骗所立的遗嘱无效，但未将其作为丧失继承权的事由予以规定。因此，许多学者建议将来民法典继承编在现行《继承法》第 7 条的基础上增加“以欺诈或胁迫手段迫使、妨害被继承人订立、变更或撤销遗嘱的”作为丧失继承权的法定事由。应注意的是，这里所谓的“遗嘱”应为有效的遗嘱，即继承人以欺诈、胁迫手段迫使、妨害遗嘱人所订立、变更或撤销的遗嘱仅限于有效遗嘱，如为无效的遗嘱，例如被继承人为无行为能力或限制行为能力所立的遗嘱或违反法定方式、违背公序良俗所立的遗嘱等，纵使继承人有欺诈或胁迫之行为，也不丧失继承权。

继承人以欺诈或胁迫手段迫使、妨害被继承人订立、变更或撤销遗嘱的行为是否以图利自己为丧失继承权之要件？抑或只要继承人以欺诈或胁迫手段实施迫使或妨害被继承人订立、变更或撤销遗嘱的行为即丧失继承权，其是否图利自己在所不问？对此，日本学者中川善之助认为，继承人胁迫行为可能有不同目的，有的有利于继承人本人，有的有利于其他继承人或受遗赠人，有的甚至有利于被继承人，如不分其目的，而均适用日本民法第 891 条第三款，有所不妥，故应采限缩解释，继承人必须对继承财产有图利自己或避免不利益的故意为限，始丧失继承权。[2]我国台湾地区学者戴炎辉教授、陈棋炎教授也持此观点。反之，还有观点认为，继承人以欺诈或胁迫，使为有利于自己之遗嘱，或使撤销不利于自己之遗嘱，或因其结果不利于自己而妨害遗嘱之变更，自应对其行为课以丧失继承权之制裁，但不应以此为限。[3]继承人以不正当之行为或手段干涉被继承人之订立遗嘱意思或行为，即应予以剥夺继承权，而不问其干涉之动机有无图谋自己财产利益或他人财产利益。[4]笔者赞同第二种观点，继承权丧失制度重在制裁继承人对被继承人或遗嘱之不法不道德或不正当行为，至于其主观目的为何，则在所不问。且倘若欺诈、胁迫行为需以谋利自己为继承权丧失之要件，

2 [日]中川善之助：《注释相续法》，有斐阁 1952 年版，第 67 页。
3 参见罗鼎：《民法继承论》，三民书局 1978 年版，第 53 页。
4 参见戴东雄：《继承法实例解说》，三民书局 2003 年版，第 115 页。王利明：继承法修改的若干问题，《社会科学战线·2013 年第 7 期·法学研究》，第 176 页。杨立新：对修正《继承法》十个问题的意见，载《法律适用》2012 年第 8 期，第 27 页。

则必然导致利害关系人举证之困难，从而滋生鼓励恶意继承人借此规避法律的现象，使继承权丧失制度之目的落空。[5]

（二）继承人丧失继承权后，其晚辈直系血亲是否同时丧失代位继承权问题。

《继承法》中并没有对此作出规定，但《继承法意见》第二十八条　继承人丧失继承权的，其晚辈直系血亲不得代位继承。如该代位继承人缺乏劳动能力又没有生活来源，或对被继承人尽赡养义务较多的，可适当分给遗产。我国法律规定否定了代位继承人的代位继承权。但对此学者意见不一。

代位继承，又称间接继承，指继承人先于被继承人死亡时，由继承人的直系晚辈血亲代位取得其应继份额的制度。关于代位继承权的性质，有 “代表说”和 “固有说”两种学说。“代表说”认为：被代位人先于被继承人死亡，无法行使其继承权，故由其直系晚辈血亲

代位行使其继承权。根据 “代表说”，代位继承权不是代位继承人固有的权利，而是被代位人权利的代表。 “固有说”认为：被代位人先于被继承人死亡，代位继承人直接继承被继承人的遗产。根据 “固有说”，代位继承人因与被代位人的特殊身份关系 ，以及与被继承人的特殊身份关系，而享有继承权，也就是说，代位继承权是其固有的权利。[6]我国代位继承的学理依据取 “代表说”。[7]

有学者认为，代位继承权是代位继承人的权利，而非继承人（被代位继承人）的权利，也并非代位继承人对继承人的继承权的继承。。。既然代位权是代位人本身的权利，那它就是独立存在的，不依赖父母对其父母的继承权而存在，而是依赖代位人、继承人、被继承人三者间的特殊关系而存在。故继承人丧失、放弃继承权，不影响代位人的代位权。[8]

王利明认为，否定代位继承人的代位继承权显然是要求代位继承人要为其父母的行为承担责任。认为代位继承是为了保护继承人直系血亲利益而设置的法律制度，继承人丧失继承权以后，不应当因此影响其晚辈直系血亲的代位继承权，因此，在继承人丧失继承权后，其直系血亲仍应当享有代位继承权。[9]

反对者则认为，固有权利说完全忽视了代位继承人对被代位人的关系，无法解释为什么

代位继承人不是依自己所属的继承顺序继承，而是代其父或母继承，且继承的只能是其父或母有权继承的遗产份额。并且按固有权利说，代位继承人在对被代位人放弃、丧失了继承权，而对被继承人无放弃、丧失继承权的情况下，代位继承人仍应享有代位继承权，这是不符合我国继承法的立法精神的。因此，对代位继承人的性质，原则上应当采纳代表权利说。[10]

（三）继承人丧失继承权采当然丧失主义还是宣告然丧失主义

[5] 翟云岭，刘耀东：论继承权丧失制度，《北方法学》2012 年第 5 期，第 76 页。王光辉：；论我国《继承法》的修改和完善，载《法学杂志》，2009 年第 9 期，第 134 页。宋豫：完善我国继承权丧失制度的若干思考，载《河北法学》2006 年第 1 期，第 79 页。
[6] 参见蓝承烈、杨震主编：《继承法新论》，黑龙江教育出版社 1993 年年版，第 98 页。
[7] 参见李红玲：继承人范围两题，《法学》2002 年第 2 期，第 59 页。
[8] 参见沈庆中：放弃、丧失继承权的人可否代位继承?，《法学》1987 年第 5 期，第 35 页。
[9] 参见王利明：继承法修改的若干问题，社会科学战线 • 2013 年第 7 期 • 法学研究，第 176 页。
[10]参见丁士民、邹广海：放弃、丧失继承权人的子女不得代位继承—兼与沈庆中同志商榷，《法学》1988 年 3 月，第 24 页。

依继承权丧失的程序和方式不同，继承权的丧失可分为当然丧失和宣告丧失。当然丧失是指，丧失继承权的法定事由一旦发生，不须经过任何程序，继承人的继承权便当然、自动地丧失。宣告丧失，也称为非当然丧失，是指法定事由发生后，继承人的继承权并不当然、自动地丧失，须采用一定形式或经过司法确认。

从世界各国的立法来看，有当然丧失和非当然丧失两种立法例。法国、瑞士、日本、意大利、我国台湾地区、保加利亚等国家和地区均采当然丧失主义。德国采非当然丧失主义。《德国民法典》明确规定，丧失继承权要通过请求撤销对遗产的取得而予以主张，且请求撤销自判决发生法律效力之日时起方为有效。《澳门民法典》第 1876 条也规定，继承权丧失的效力，必须通过法院在专为宣告丧失继承权而提起之诉讼中作出宣告，方予产生。关于被继承人以遗嘱剥夺继承人继承权的情况，也有两种立法例。德国和瑞士采当然丧失主义，即继承人的继承权因被继承人的遗嘱剥夺而当然丧失，只是要求被继承人在遗嘱中说明理由。《德国民法典》第 2333、2334、2335 条分别详细列举了对晚辈直系血亲、对父母、对配偶特留份剥夺的法定事由，第 2336 条规定，剥夺的理由必须在立遗嘱时已经存在并且应当在处分中载明。《瑞士民法典》第 479 条要求，剥夺继承人的特留份，经被继承人生前在其处分中说明剥夺原因后，始得生效。《匈牙利人民共和国民法典》也有类似规定。日本关于特留份继承权的丧失采非当然丧失主义。《日本民法典》规定，法定事由发生后，被继承人可以请求家庭法院废除行为人为特留份继承人；也可以以遗嘱表示废除该特留份继承人。遗嘱执行人于遗嘱生效后，应从速向家庭法院提出废除请求，经法院审查后予以确认。

我国《继承法》仅在第 7 条规定了丧失继承权的法定事由，最高人民法院的《若干意见》第 9 条规定：在遗产继承中，继承人之间因是否丧失继承权发生纠纷、诉讼到人民法院的，由人民法院根据继承法第七条的规定，判决确认其是否丧失继承权。依此，我国采当然丧失主义。有的学者认为我国采取的是非当然丧失主义[11]。有的学者主张，我国应改采非当然丧失主义，即法律应规定继承权丧失的宣告程序，在继承开始后，因他人丧失继承权而可受利益者，得请求法院宣告该他人丧失继承权。[12]采当然丧失主义，国家对继承权是否丧失首先让当事人–丧失继承权之人和因他人继承权丧失而可受利益之人对自己的权利予以关注、把握或处分，一旦丧失继承权的人认为自己不应丧失继承权，或者其他继承人中的一人或数人认为某人一应丧失继承权等发生纠纷，提起诉讼，国家才启动干预程序，对继承权是否丧失予以确认。当然丧失主义既尊重了当事人的意愿，又不影响对当事人合法权益的保护，同时还能减少讼累。[13]

四、相关案例裁判要旨

（一）最高人民法院指导性案例

无

[11] 详见郭明瑞、房绍坤、关涛：《继承法研究》，中国人民大学出版社，2003 年版，第 30 页。
[12] 张玉敏等：《中国继承法立法建议稿及立法理由》，北京，人民出版社 2006 年第 1 版，第 42 页
[13] 参见宋豫：完善我国继承权丧失制度的若干思考，载《河北法学》2006 年 1 月，第 82 页。

（二）人民法院公报案例

无

（三）其他典型案例

1、继承人遗弃被继承人的应当剥夺其继承被继承人遗产的权利。

裁判要旨：李文明和郑三朵共同共有106号房，李文明和郑三朵均已去世，该房屋属李文明和郑三朵的遗产。李文明和郑三朵去世后，其法定继承人包括李石坚、李爱椿、李爱川。关于李文明的遗产部分。李文明于生前2005年10月30日自己写下遗嘱，称其逝世后，全部遗产由李石坚与李铁女继承。《中华人民共和国继承法》规定，公民可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人的一人或者数人或者法定继承人以外的人继承，自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写，签名，注明年、月、日。经审查，李石坚、李铁女提供的李文明所立遗嘱形式符合法律规定，意思表示明确清晰。李文明的遗产，即106号房的二分之一份额由李石坚、李铁女继承，即李石坚、李铁女享有该房屋50%的份额。关于郑三朵的遗产部分。由于郑三朵生前没有立下遗嘱，其遗产应按法定继承方式由继承人李石坚、李爱椿、李爱川予以继承。李爱椿、李爱川主张李石坚遗弃被继承人郑三朵，依法应当被剥夺继承权的问题。根据本案查明的事实，双方当事人所在当地的居委会、派出所均已证实，李石坚在郑三朵生前和死后，均未履行赡养和丧葬的义务。对此，李石坚予以承认，其认为由于郑三朵不履行对其的抚养义务，其也未对其履行赡养义务。应予以认定李石坚遗弃被继承人郑三朵的事实成立，李石坚对郑三朵遗产丧失继承权。**李石坚、李铁女因与被上诉人李爱椿、李爱川继承纠纷，[海南二中民一终字第95号]。**

2、被告黄某某3虽然有伪造遗嘱之嫌，但未造成严重后果，且与其父母共同居住时间较长、负责黄德君北邙陵园事宜，故被告黄某某3亦具有继承权，但可以少分。

裁判要旨：原、被告父母曾以原告黄某某未尽赡养义务为由由向法院起诉，后原、被告父母以双方私下和解为申请撤诉，法院以口头裁定方式予以准许。原、被告父母与被告共同居住时间较长。被告负责为黄德君办理安葬北邙陵园事宜。原告黄某某1患有精神病。原告黄某某虽因不赡养父母而曾被起诉过，但原、被告父母却以双方私下和解为由申请撤诉，故原告黄某某具有继承权，但应当少分。被告黄某某3虽然有伪造遗嘱之嫌，但未造成严重后果，且与其父母共同居住时间较长、负责黄德君北邙陵园事宜，故被告黄某某3亦具有继承权，但可以少分。**黄某某、黄某某1、黄某某2与黄某某3继承纠纷案，河南省荥阳市人民法院(2012)荥高民初字第223号。**

对《继承法》第八条的评述

继承权纠纷提起诉讼的期限为二年，自继承人知道或者应当知道其权利被侵犯之日起计算。但是，自继承开始之日起超过二十年的，不得再提起诉讼。

一、周边法源

（一）法律

1、《中华人民共和国民法通则》(一九八六年四月十二日第六届全国人民代表大会第四次会议通过一九八六年四月十二日中华人民共和国主席令第37号公布自一九八七年1月1日起施行)

第一百三十五条　向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年，法律另有规定的除外。

第一百三十七条　诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算。但是，从权利被侵害之日起超过二十年的，人民法院不予保护。有特殊情况的，人民法院可以延长诉讼时效期间。

第一百三十八条　超过诉讼时效期间，当事人自愿履行的，不受诉讼时效限制。

第一百三十九条　在诉讼时效期间的最后六个月内，因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权的，诉讼时效中止。从中止时效的原因消除之日起，诉讼时效期间继续计算。

第一百四十条　诉讼时效因提起诉讼、当事人一方提出要求或者同意履行义务而中断。从中断时起，诉讼时效期间重新计算。

第一百四十一条　法律对诉讼时效另有规定的，依照法律规定。

（二）司法解释

1、《最高人民法院关于贯彻执行民法通则>若干问题的意见（试行）》（最高人民法院法（办）发[1988]6号，1988年1月26号颁布，于1988年4月2号实施）

第一百六十七条　民法通则实施后，属于民法通则第一百三十五条规定的二年诉讼时效期间，权利人自权利被侵害时起的第十八年至第二十年期间才知道自己的权利被侵害的，或者属于民法通则第一百三十六条规定的一年诉讼时效期间，权利人自权利被侵害时起的第十九年至二十年期间才知道自己的权利被侵害的，提起诉讼请求的权利，应当在权利被侵害之日起的二十年内行为；超过二十年的，不予保护。

第一百六十九条　权利人由于客观的障碍在法定诉讼时效期间不能行使请求权的，属于民法通则第一百三十七条规定的“特殊情况”。

第一百七十一条　过了诉讼时效期间，义务人履行义务后，又以超过诉讼时效为由翻悔的，不予支持。

第一百七十二条　在诉讼时效期间的最后六个月内，权利被侵害的无民事行为能力人、限制民事行为能力人没有法定代理人，或者法定代理人死亡、丧失代理权，或者法定代理人

本人丧失行为能力的，可以认定为因其他障碍不能行使请求权，适用诉讼时效中止。

第一百七十三条　诉讼时效因权利人主张权利或者义务人同意履行而中断后，权利人在新的诉讼时效期间内，再次主张权利或者义务人再次同意履行义务的，可以认定为诉讼时效再次中断。

权利人向债务保证人、债务人的代理人或者财产代管人主张权利的，可以认定诉讼时效中断。

第一百七十四条　权利人向人民调解委员会或者有关单位提出保护民事权利的请求，从提出请求时起，诉讼时效中断。经调处达不成协议的，诉讼时效期间即重新起算；如调处达成协议，义务人未按协议所定期限履行义务的，诉讼时效期间应从期限届满时重新起算。

第一百七十五条　民法通则第一百三十五条、第一百三十六条规定的诉讼时效期间可以适用民法通则有关中止、中断和延长的规定。

民法通则第一百三十七条规定的“二十年”诉讼时效期间，可以适用民法通则有关延长的规定，不适用中止、中断的规定。

第一百七十七条　继承的诉讼时效按继承法的规定执行。但继承开始后，继承人未明确表示放弃继承的，视为接受继承，遗产未分割的，视为共同共有。诉讼时效的中止、中断、延长，均适用民法通则的有关规定。

2、《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》（最高人民法院法（民）发[1985]22号，1985年9月11日颁布并实施）

第十五条　在诉讼时效期间内，因不可抗拒的事由致继承人无法主张继承权利的，人民法院可按中止诉讼时效处理。

第十六条　继承人在知道自己的权利受到侵犯之日起的二年之内，其遗产继承权纠纷确在人民调解委员会进行调解期间，可按中止诉讼时效处理。

第十七条　继承人因遗产继承纠纷向人民法院提起诉讼，诉讼时效即为中断。

第十八条　自继承开始之日起的第十八年后至第二十年期间内，继承人才知道自己的权利被侵犯的，其提起诉讼的权利，应当在继承开始之日起的二十年之内行使，超过二十年的，不得再行提起诉讼。

3、《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》（已于2008年8月11日由最高人民法院审判委员会第1450次会议通过，现予公布，自2008年9月1日起施行）

第十条　具有下列情形之一的，应当认定为民法通则第一百四十条规定的“当事人一方提出要求”，产生诉讼时效中断的效力：

（一）当事人一方直接向对方当事人送交主张权利文书，对方当事人在文书上签字、盖章或者虽未签字、盖章但能够以其他方式证明该文书到达对方当事人的；

（二）当事人一方以发送信件或者数据电文方式主张权利，信件或者数据电文到达或者应当到达对方当事人的；

（三）当事人一方为金融机构，依照法律规定或者当事人约定从对方当事人账户中扣收欠款本息的；

（四）当事人一方下落不明，对方当事人在国家级或者下落不明的当事人一方住所地的省级有影响的媒体上刊登具有主张权利内容的公告的，但法律和司法解释另有特别规定的，适用其规定。

前款第（一）项情形中，对方当事人为法人或者其他组织的，签收人可以是其法定代表人、主要负责人、负责收发信件的部门或者被授权主体；对方当事人为自然人的，签收人可以是自然人本人、同住的具有完全行为能力的亲属或者被授权主体。

第十一条　权利人对同一债权中的部分债权主张权利，诉讼时效中断的效力及于剩余债权，但权利人明确表示放弃剩余债权的情形除外。

第十二条　当事人一方向人民法院提交起诉状或者口头起诉的，诉讼时效从提交起诉状或者口头起诉之日起中断。

第十三条　下列事项之一，人民法院应当认定与提起诉讼具有同等诉讼时效中断的效力：

（一）申请仲裁；

（二）申请支付令；

（三）申请破产、申报破产债权；

（四）为主张权利而申请宣告义务人失踪或死亡；

（五）申请诉前财产保全、诉前临时禁令等诉前措施；

（六）申请强制执行；

（七）申请追加当事人或者被通知参加诉讼；

（八）在诉讼中主张抵销；

（九）其他与提起诉讼具有同等诉讼时效中断效力的事项。

第十四条　权利人向人民调解委员会以及其他依法有权解决相关民事纠纷的国家机关、事业单位、社会团体等社会组织提出保护相应民事权利的请求，诉讼时效从提出请求之日起中断。

第十五条　权利人向公安机关、人民检察院、人民法院报案或者控告，请求保护其民事权利的，诉讼时效从其报案或者控告之日起中断。

上述机关决定不立案、撤销案件、不起诉的，诉讼时效期间从权利人知道或者应当知道不立案、撤销案件或者不起诉之日起重新计算；刑事案件进入审理阶段，诉讼时效期间从刑事裁判文书生效之日起重新计算。

第十六条　义务人作出分期履行、部分履行、提供担保、请求延期履行、制定清偿债务计划等承诺或者行为的，应当认定为民法通则第一百四十条规定的当事人一方“同意履行义务”。

第二十条　有下列情形之一的，应当认定为民法通则第一百三十九条规定的“其他障碍”，诉讼时效中止：

(一)权利被侵害的无民事行为能力人、限制民事行为能力人没有法定代理人，或者法定代理人死亡、丧失代理权、丧失行为能力；

(二)继承开始后未确定继承人或者遗产管理人；

(三)权利人被义务人或者其他人控制无法主张权利；

(四)其他导致权利人不能主张权利的客观情形。

（七）最高人民法院及各地方高院其他规范性法律文件

1、《最高人民法院关于对日本国询问有关继承的几个问题的答复》（最高人民法院于1980年10月25日颁布并实施，本法规已被<最高人民法院关于废止1979年至1989年间发布的司法解释目录（第二批）>(颁布时间：1996/12/31 实施时间：1996/12/31)宣布失效）

第五条、关于继承的时效问题，目前我国处理涉外继承案件，一般是在继承人知道继承开始后的六个月以内，继承人有承认和放弃继承的权利。

二、法条释义

【释义】本条是关于发生继承权纠纷的诉讼时效的规定。

诉讼时效，是指权利人能够依照法定的诉讼程序，要求人民法院强制义务人履行义务的法定时间限制。权利人在时效期间内不行使权利，便丧失了依诉讼程序强制义务人履行义务的权利，义务人得对抗权利人的权利请求。因此，诉讼时效又称为消灭时效。本条规定继承的一般诉讼时效期限为两年，亦即从权利人知道或者应当知道其权利受到侵害之日起，两年内应向法院提起诉讼。

为及时地结束某些继承法律关系的不确定状态，从而稳定财产关系和社会经济关系，又规定了继承权的最长诉讼时效即“自继承之日起超过二十年的，不得再提起诉讼”。不管继承人出于何种原因，只要在继承开始后20年内没有提起诉讼的，就不能提起诉讼，除非法院同意延长诉讼时效。

对继承权的保护，本条规定了两个诉讼时效期限。(一)诉讼时效为两年。即在继承人知道或者应当知道其权利被侵犯的情况下，继承人在两年之内有权向人民法院提起诉讼请求，人民法院应当受理。这里区分为"继承人知道"和"继承人应当知道"两种情况。确定"继承人应当知道"，要根据客观事实作具体分析。(二)诉讼时效为20年，即在继承人不知道或者无法知道其权利被侵犯的情况下，继承人有权在自继承之日起20年内向人民法院提起保护其继承权的诉讼。这是对前一个期限的补充和限定。根据最高人民法院的有关规定，自继承开始之日起的第18年后至20年期间内，继承人才知道自己的权利被侵犯的，其提起诉讼的权利，应当在继承开始之日起的20年之内行使。超过20年的，不得再行提起诉讼在诉讼时效期间内，因不可抗拒的事由，致使继承人无法主张继承权利的，以及继承人在知道自己的权利受到侵犯之日起的两年之内，其遗产继承权纠纷确在人民调解委员会进行调解期间，在这两种情况下，人民法院可以中止诉讼时效，即诉讼时效暂时停止计算，在造成中止的客观情

况消除后，时效继续计算。在诉讼时效期限内，诉讼时效还可因提起诉讼而中断，诉讼时效从中断时起重新计算。

三、争点及评述(宋体四号加粗)

（一）本条是否为我国的继承回复请求权的规定

1.不是。王利明认为，我国现行法没有规定继承回复请求权，是立法上的重大疏漏。将第八条解释为继承回复请求权是很牵强的，该条是对于侵害继承权诉讼时效所作的规定，而非是对继承回复请求权本身的规定。[1]余延满、冉克平亦认为，我国现行继承法尚未规定继承回复请求权。[2]

2.学者一般认为该条就是继承回复请求权的规定。[3]

（二）继承回复请求权的性质

1.继承人地位回复说（形成权说）。该说认为，继承回复请求权使表见继承人的资格溯及既往地消灭，使请求权人的继承资格溯及地恢复效力。[4]我国台湾地区学者戴炎辉认为，继承权为被继承人之人格或地位之包括的承继，故继承回复请求权，系真正继承人回复其地位之形成权之一种。[5]对此戴东雄教授认为，此说仍无法回复被表见继承人所占有之财产权利，胜诉之继承人仍须提出遗产权利之请求之诉讼。[6]

2.遗产返还请求权说（请求权说）。该说认为，继承回复请求权的目的在于使遗产从非法占有人处返还至继承人。该说又分为两种：一为，集合权利说。此说认为，继承回复请求权为继承财产之个别权利（请求权）之集合。二为，独立请求权说。该说认为，继承回复请求权是继承人于其继承权因他人无正当权源占有遗产之全部或部分二被侵害时所人之特别的、独立的、包括的原状回复请求权。[7]刘得宽先生进一步认为，在本质上，继承回复请求权得视为一种特殊的不当得利请求权。但是只是适用上的补充，并不发生竞合问题。[8]

3.资格确认兼遗产返还请求权说。该说认为，回复继承之请求，不但对于相对人请求确认其法律上之地位，且在基于此地位请求继承标的之回复。故此项请求权虽属单一，实有人的请求权与物的请求权之混合性质。即对于相对人请求确认其继承资格之点，为人的请求权；对于相对人请求回复其继承标的之点，为物的请求权。[9]

（三）继承回复请求权与物权请求权的关系

1.继承资格确认说认为继承回复请求权消灭于消灭时效后，当事人不得再行使遗产上物的物权请求权。

---

[1] 王利明：《继承法修改的若干问题》，载《法学研究》2013.7

[2] 余延满，冉克平：《继承回复请求权研究》，载《重庆大学学报（社会科学版）》2003.5

[3] 《大清民律草案继承编》第6条规定：“回复继承之权，以自继承人或其法定代理人知有继承时起算，逾三年而消灭，其继承开始后逾十年者亦同。”张平华，刘耀东：《继承法原理》，中国法制出版社，2009年版，第54页。

[4] 陈棋炎：《亲属、继承法基本问题》（影印本），三民书局，1980年版，第313页。

[5] 戴炎辉：《中国继承法》，台湾三文印书馆，1981年版，第85页。

[6] 戴东雄：《继承回复请求权》，载《法学丛刊》，1986.1

[7] 史尚宽：《继承法论》，中国政法大学出版社，2000年版，第121页。

[8] 戴东雄，刘得宽：《民法亲属与继承》，五南图书出版公司，1983年版，第282页。

[9] 林秀雄：《家族法论集》，台湾汉兴书局，1994年版，第336页。

2.集合权利说认为继承回复请求权本来就是遗产之各个物的物权请求权之集合，自然两者也不存在竞合的可能。

3.独立权利说认为继承回复请求权是独立于物权请求权的权利，其当然可与物权请求权发生竞合。其意旨就在于保护真正继承人的利益，而不是为了剥夺其本来就享有的权利。因此，当遗产回复请求权消灭于消灭时效后，真正继承人仍可继续行使其基于遗产各个物的物上请求权。

4.折衷说认为继承回复请求权是包括请求确认资格和请求返还遗产的单一权利，其自然是区别于物权请求权的独立权利，与物权请求权也有并存和竞合的可能。这一点与独立权利说相同。[10]

（四）继承回复请求权与侵害继承权救济权的关系

1.统一说。该说认为，继承权是一种受法律保护的权利，当继承人在其继承权受到侵害时，有权请求法院通过诉讼程序回复其继承权，继承人的这一权利称为继承回复请求权。[11]

2.区分说。该说认为，继承回复请求权是对遗产回复享有的包括性权利，各种权利救济方式的集合。而侵害继承权则仅指故意或过失侵害合法继承人对遗产的权利，并造成损害的行为。前者包括性，后者单一性；前者构成要件简单，后者构成要件严格。两种权利不同，因此在处理上，有的立法例如罗马法允许二者竞合，台湾地区通说也认为继承回复请求权可以与不当得利请求权、侵权损害赔偿请求权为竞合。[12]

（五）继承回复请求权的行使主体

1.共同行使说。该说认为共同继承财产不问全部或一部被第三人侵害时，都应由共同继承人全体为继承回复之请求。若由其中一部分共同继承人出名为继承回复之请求则属违法。[13]

2.单一行使说。日本判例、学说对于共有物不法占有人得请求共有物质返还。故继承人中一人或数人得请求全部继承财产之返还。[14]

四、相关案例裁判要旨(宋体四号加粗)

（一）最高人民法院指导性案例

无

（二）人民法院公报案例

无

（三）其他典型案例

1、遗产未分割且继承人未放弃继承的视为接受继承，此时继承已经完毕、继承权已经

[10] 余延满，冉克平：《继承回复请求权研究》，载《重庆大学学报（社会科学版）》2003.5
[11] 马俊驹，余延满：《民法原论》，法律出版社，2001年版，第989-990页。
[12] 戴东雄，刘得宽：《民法亲属与继承》，五南图书出版公司，1983年版，第285页。（本书并不持有此观点）
[13] 陈棋炎：《亲属、继承法基本问题》（影印本），三民书局，1980年版，第318页。
[14] 史尚宽：《继承法论》，中国政法大学出版社，2000年版，第133-134页。

实现。其后的房屋遗产权属纠纷是物权纠纷而非继承权纠纷，不适用诉讼时效的规定。

裁判要旨：周明娥、周学根和周学新系姐弟，1984年三人之父病故，三人继承房屋一套，但未进行遗产分配。2000年，周学新在未取得兄、姐同意的情况下，向长兴县房地产管理处（下称房管处）申请并办理了房屋产权登记。2010年下半年，周明娥、周学根得知该情况后提起诉讼，法院判决撤销了房管处对该房屋的产权登记。2011年10月28日，周明娥、周学根再次诉至法院，请求依法确认对房屋的共有份额。周学新一审答辩称，本案应属继承权纠纷，且自继承开始之日起已逾20年，故已超出继承法规定的诉讼时效。

法院经审理后认为，诉争房屋的继承人均未放弃继承，因继承人间具有家庭关系且遗产尚未分割，应认定为共同共有。本案实质是共有人对共有权的确认并以此为前提分配具体份额，而非继承权受到侵害，属于共有权确认纠纷而非继承权纠纷，故不适用继承诉讼时效的规定。**（2011）湖长民初字第1260号，（2012）浙湖民终字第307号，载《人民法院报》2014年12月11日版。**

2、遗产未分割且继承人未放弃继承的视为接受继承，此时继承已经完毕、继承权已经实现。其后的房屋遗产权属纠纷是物权纠纷而非继承权纠纷，不适用诉讼时效的规定。

原告杨从康与被告方素兰系侄婶关系，与被告杨继兴、杨继仙系堂弟、兄、姐关系。原告杨从康的祖父母杨德本、郭修成生前共生育三子三女。即长子杨忠炳，系原告杨从康之父；次子杨忠福，系被告方素兰之夫，杨继兴、杨继仙之父；三子杨忠禄；长女杨忠贞、次女杨忠仙、三女杨忠英；其中杨德本已于1956年死亡，郭修成于1987年4月13日死亡；杨忠炳于2002年10月死亡，杨忠福于1994年2月死亡，杨忠禄于十多年前在外地死亡，具体死亡时间不详，无配偶和子女。现尚在世的有杨忠贞、杨忠仙、杨忠英，但杨忠英现下落不明，无法联系。位于腾冲县腾越镇天成社区雾虹小区128号的房屋系杨德本、郭修成所建，房屋为木结构正平房一栋三格，房屋面积为124平方米，宅基地使用面积为315平方米。自杨德本、郭修成死亡后至今未对该房屋进行过分割，现由被告方素兰管理使用着，方素兰取得了该房屋的集体土地使用权证，使用权证书号为：腾土集建(96)字第201504号。该房屋的现行价值经当事人估价为5000元左右。被告方素兰现为一人一户的农业人口，原告杨从康和被告杨继兴、杨继仙三人也是农业人口，并分别有各自的宅基地。

根据《中华人民共和国继承法》第二条的规定，继承自被继承人死亡时开始，同时第二十五条第一款规定，继承开始后，继承人放弃继承的，应该在遗产处理前作出放弃的意思表示，没有表示的，视为接受继承。这说明继承开始后若继承人没有放弃继承，则遗产成为继承人共同所有的财产，共有人在任何时候都有权要求分割遗产，且本案中被继承人之一的郭修成死亡时间也未超过二十年，所以，原告杨从康的诉讼未超过诉讼时效，应受法律保护。

杨从康、杨忠贞、杨忠仙、杨忠英与方素兰、杨继兴、杨继仙继承纠纷，（2007）腾民一初字第142号，国家法官学院等著：《中国审判案例要览·2008年民事审判案例选》，中国人民大学出版社、人民法院出版社2009年12月第1版，第420页-第424页。

对《继承法》第九条的评述

条文内容

继承权男女平等

一、周边法源

（一）宪法及宪法性法律

1.《中华人民共和国宪法》（(1982 年 12 月 4 日第五届全国人民代表大会第五次会议通过 1982 年 12 月 4 日全国人民代表大会公告公布施行；根据 1988 年 4 月 12 日第七届全国人民代表大会第一次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》、1993 年 3 月 29 日第八届全国人民代表大会第一次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》、1999 年 3 月 15 日第九届全国人民代表大会第二次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》和 2004 年 3 月 14 日第十届全国人民代表大会第二次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》修正)

第十三条　公民的合法的私有财产不受侵犯。

国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。

国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。

第四十八条　中华人民共和国妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各个方面享有同男子平等的权利。

（二）法律

1.《民法通则》(1986 年 4 月 12 日第六届全国人民代表大会第四次会议通过，根据 2009 年 8 月 27 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十次会议《关于修改部分法律的决定》修正，自 2009 年 8 月 27 日起施行，现行有效)

第七十六条　公民依法享有财产继承权。

2.《中华人民共和国婚姻法》（1980 年 9 月 10 日第五届全国人民代表大会第三次会议通过 根据 2001 年 4 月 28 日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议《关于修改〈中华人民共和国婚姻法〉的决定》修，自公布之日起实施）

第二条　实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度。

保护妇女、儿童和老人的合法权益。

实行计划生育。

第四条 夫妻应当互相忠实，互相尊重；家庭成员间应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。

第二十四条 夫妻有相互继承遗产的权利。

父母和子女有相互继承遗产的权利。

3.《中华人民共和国妇女权益保障法》(1992 年 4 月 3 日第七届全国人民代表大会第五次会议通过，根据 2005 年 8 月 28 日第十届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议《关于修改〈中华人民共和国妇女权益保障法〉的决定》修正，自 2005 年 12 月 1 日起施行)

第二条 妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的权利。

实行男女平等是国家的基本国策。国家采取必要措施，逐步完善保障妇女权益的各项制度，消除对妇女一切形式的歧视。

国家保护妇女依法享有的特殊权益。

禁止歧视、虐待、遗弃、残害妇女。

第三十条 国家保障妇女享有与男子平等的财产权利。

第三十四条 妇女享有的与男子平等的财产继承权受法律保护。在同一顺序法定继承人中，不得歧视妇女。

丧偶妇女有权处分继承的财产，任何人不得干涉。

第三十五条　丧偶妇女对公、婆尽了主要赡养义务的，作为公、婆的第一顺序法定继承人，其继承权不受子女代位继承的影响。

（三）行政法规

无

（四）部门规章

无

（五）地方法规及规章

1、《海南省妇女权益保障若干规定》（2008 年 11 月 28 日海南省第四届人民代表大会常务委员会第六次会议通过，海南省人民代表大会常务委员会公告第 12 号，自 2009 年 1 月 1 日起实施）

第二十条 妇女享有与男子平等的财产继承权。在分配遗产时,同一顺序的法定继承人中,在同等条件下,对生活有特殊困难的缺乏劳动能力的妇女应当给予照顾。

2、《广东省实施<中华人民共和国妇女权益保障法>办法》（1994 年 7 月 6 日广东省第八届人民代表大会常务委员会第九次会议通过 2007 年 5 月 31 日广东省第十届人民代表大会常务委员会第三十二次会议修订，广东省第十届人民代表大会常务委员会公告第 76 号，自 2007 年 10 月 1 日起实施）

第二十六条 妇女享有与男子平等的财产继承权。在分配遗产时，同一顺序的法定继承人中，在同等条件下，对生活有特殊困难的缺乏劳动能力的妇女应当给予照顾。

3、《河北省省实施<中华人民共和国妇女权益保障法>办法》（1994 年 2 月 21 日河北省第八届人民代表大会常务委员会第六次会议通过根据 1997 年 9 月 3 日河北省第八届人民代表大会常务委员会第二十八次会议《关于修改〈河北省实施中华人民共和国妇女权益保障

法办法）的决定》修正）

第三十条 妇女享有的与男子平等的财产继承权受法律保护。在同一顺序法定继承人中，不得歧视妇女。

4、《安徽省省实施<中华人民共和国妇女权益保障法>办法》(1994 年 8 月 30 日安徽省第八届人民代表大会常务委员会第十二次会议通过，自 1994 年 10 月 1 日起实施)

第二十六条 妇女作为法定继承人，对其继承的遗产，有处分权，任何人不得干涉。

丧偶妇女对公、婆尽了主要赡养义务的，作为第一顺序法定继承人继承公、婆的遗产，不受子女代位继承的影响。

（六）司法解释

1、《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国继承法>若干问题的意见》（最高人民法院法（民）发[1985]22 号，1985 年 9 月 11 日颁布并实施）

第六届全国人民代表大会第三次会议通过的《中华人民共和国继承法》，是我国公民处理继承问题的准则，是人民法院正确、及时审理继承案件的依据。人民法院贯彻执行继承法，要根据社会主义的法制原则，坚持继承权男女平等，贯彻互相扶助和权利义务相一致的精神，依法保护公民的私有财产的继承权。

2、《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》(1984 年 8 月 30 日最高人民法院审判委员会讨论通过，颁布日期 1984 年 8 月 30 日，自发布之日起实施)

人民法院审理继承案件，应根据宪法、婚姻法和有关政策法律的规定，坚持男女平等、养老育幼，保护继承人的合法继承权，发扬互助互让、和睦团结的道德风尚，巩固和改善社会主义家庭关系。

二、法条释义

本条文是关于男女继承权平等的规定。根据条文文义，继承权男女平等是指遗产继承实行男女平等的原则，不管继承人是男是女，已婚未婚，只要其享有继承权，就平等的继承被继承人的遗产。男女平等原则，是我国社会主义法制的一项重要原则，继承权男女平等，是我国社会主义继承制度的重要特征，也是继承法的一项基本原则。社会主义公有制，为男女平等奠定了政治和经济基础。我国的宪法和婚姻法都确立了男女平等的原则。由于几千年来封建思想的影响还没有完全肃清，在继承问题上还存在着歧视妇女的现象。因此，现行继承法在法定继承一章的首条，明确地规定"继承权男女平等"。

从本条规定的内容来看，“继承权男女平等”有着广泛的内容：

（一）妇女与男子享有平等的继承权，公民的继承权不因性别不同而有所差异。

（二）继承权男女平等，是指同一亲等的继承人不论男女，他们的继承权都是平等的。儿子与女儿、父亲与母亲、兄弟与姐妹、祖父与祖母、外祖父与外祖母的继承权都是平等的。在同一法定继承顺序中，继承份额一般也应男女平等。在遗嘱继承中，遗嘱继承人也不因性别不同而权利不同。

（三）在确定代位继承时，凡适用男性的代位继承，同样适用于女性;适用于父系的代

位继承，也同样适用于母系。

（四）配偶不论是鳏夫还是寡妇，都享有继承权，夫妻一方死亡后，应先将共同所有的财产的一半分出为生存配偶所有，其余的为被继承人的遗产。另一方再婚的，有权处分所继承的财产，任何人不得干涉。这其中包括不得阻挠寡妇带产再嫁。现行继承法的一系列有关条款，都体现了男女平等的精神。

（五）在丧失继承权的适用上，男女平等。凡是有继承法第七条规定的丧失继承权的情形的，不分性别均丧失继承权。[1]

三、争点及评述

对继承权男女平等问题，学界对此不存在争议，普遍同意并主张应在立法中强化对妇女继承权的保护。《继承法》第二章法定继承之中规定了男女平等原则，这一原则充分体现了我国继承法的精神和价值取向，有助于根除传统上继承制度中歧视妇女的陋习，这一原则体现了我国继承法的整体精神，所以应当在继承法总则中进行规定。[2]女子继承权的发展完善将是一个漫长的进程。一方面需要立法者对继承法本身及相关法规的制度条款作更加详尽严密的规定。以填补法律漏洞和空隙。另一方面,需要大力宣扬健全的法律思想,培养正确的法律意识。

学界对“继承权男女平等原则”的争议主要在是否应去掉“男女”，改为“继承权平等原则”。[3]有学者指出，在中国历史上，女性不具有与男性相同的法律地位，男尊女卑现象突出，但在实际生活中，继承权的不平等并不限于男女之间，在婚生子女与非婚生子女、长子与其他子女之间也往往存在不平等，并且还存在丧偶或离婚妇女继承权被否认的情况。继承权平等原则的外延比继承权男女平等原则更宽，更符合“法律面前人人平等”的理念和社会现实要求。[4]本文对此观点尚存疑虑：继承权男女平等原则的含义是在相同情形下，男女享有平等的继承权，实践中男女继承权不平等造成不公所波及的范围远超过其他不平等情形，而且也可能出现非婚生男性后代优于婚生女性后代的情况。更为重要的是，我国男女继承权不平等的现象仍然较为严重，尤其在广大农村地区我国保障男女享有平等继承权的道路任重道远。[5]如果说平等原则体现的是民法的共性，强调男女平等恰恰体现了我国当前继承法的个性。[6]

四、相关案例裁判要旨

（一）最高人民法院指导性案例

---

[1] 参见马原、高圣平主编：《继承法及配套规定新释新解》，人民法院出版社，2003 年 9 月第 2 版

[2] 参见王利明：继承法修改的若干问题，《社会科学战线》2013 年第 7 期，第 176 页。

[3] 该观点详细理由参见房绍坤、郭明瑞、唐广良：《民法学原理》（三），中国人民大学出版社 1999 年版，第 566-569、572-573 页。

[4] 陈苇主编：《外国继承法比较与中国民法典继承编制定研究》，北京大学出版社 2011 年版，第 72 页。

[5] 陈苇：《当代中国民众继承习惯调查实证研究》，群众出版社 2008 年版，第 591 页。

[6] 任江：民法典视角下的继承原则重构—兼评杨立新、杨震《<中华人民共和国继承法>修正草案建议稿》，北方法学 2014 年第 6 期，第 144 页。

无

（二）人民法院公报案例

无

（三）其他典型案例

无

对《继承法》第十条的评述

条文内容

遗产按照下列顺序继承：

第一顺序：配偶、子女、父母。

第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。

继承开始后，由第一顺序继承人继承，第二顺序继承人不继承。没有第一顺序继承人继承的，由第二顺序继承人继承。

本法所说的子女，包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。

本法所说的父母，包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母。

本法所说的兄弟姐妹，包括同父母的兄弟姐妹、同父异母或者同母异父的兄弟姐妹、养兄弟姐妹、有扶养关系的继兄弟姐妹。

一、周边法源

（一）宪法及宪法性法律

1、《中华人民共和国宪法》（(1982 年 12 月 4 日第五届全国人民代表大会第五次会议通过 1982 年 12 月 4 日全国人民代表大会公告公布施行；根据 1988 年 4 月 12 日第七届全国人民代表大会第一次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》、1993 年 3 月 29 日第八届全国人民代表大会第一次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》、1999 年 3 月 15 日第九届全国人民代表大会第二次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》和 2004 年 3 月 14 日第十届全国人民代表大会第二次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》修正)

第十三条　公民的合法的私有财产不受侵犯。

国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。

国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。

（二）法律

1、《中华人民共和国民法通则》（由中华人民共和国第六届全国人民代表大会第四次会议于 1986 年 4 月 12 日通过，现予公布，自 1987 年 1 月 1 日起施行）

第七十六条　公民依法享有财产继承权。

2、《中华人民共和国继承法》(1985 年 4 月 10 日第六届全国人民代表大会第三次会议通过，自 1985 年 10 月 1 日起施行)

第十二条 丧偶儿媳对公、婆，丧偶女婿对岳父、岳母，尽了主要赡养义务的，作为第一顺序继承人。

3、《中华人民共和国婚姻法》(1980 年 9 月 10 日第五届全国人民代表大会第三次会议通过 根据 2001 年 4 月 28 日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议《关于修改〈中华人民共和国婚姻法〉的决定》修，自公布之日起实施)

第二十四条 夫妻有相互继承遗产的权利。

父母和子女有相互继承遗产的权利。

第二十五条 非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，任何人不得加以危害和歧视。

不直接抚养非婚生子女的生父或生母，应当负担子女的生活费和教育费，直至子女能独立生活为止。

第二十六条 国家保护合法的收养关系。养父母和养子女间的权利和义务，适用本法对父母子女关系的有关规定。

养子女和生父母间的权利和义务，因收养关系的成立而消除。

第二十七条 继父母与继子女间，不得虐待或歧视。

继父或继母和受其抚养教育的继子女间的权利和义务，适用本法对父母子女关系的有关规定。

4、《中华人民共和国收养法》(1991 年 12 月 29 日第七届全国人民代表大会常务委员会第二十三次会议通过 根据 1998 年 11 月 4 日第九届全国人民代表大会常务委员会第五次会议《关于修改〈中华人民共和国收养法〉的决定》修正，自 1999 年 4 月 1 日起施行)

第十五条 收养应当向县级以上人民政府民政部门登记。收养关系自登记之日起成立。

收养查找不到生父母的弃婴和儿童的，办理登记的民政部门应当在登记前予以公告。

收养关系当事人愿意订立收养协议的，可以订立收养协议。

收养关系当事人各方或者一方要求办理收养公证的，应当办理收养公证。

第二十三条 自收养关系成立之日起，养父母与养子女间的权利义务关系，适用法律关于父母子女关系的规定；养子女与养父母的近亲属间的权利义务关系，适用法律关于子女与父母的近亲属关系的规定。

养子女与生父母及其他近亲属间的权利义务关系，因收养关系的成立而消除。

第二十九条 收养关系解除后，养子女与养父母及其他近亲属间的权利义务关系即行消除，与生父母及其他近亲属间的权利义务关系自行恢复，但成年养子女与生父母及其他近亲属间的权利义务关系是否恢复，可以协商确定。

5、《未成年人保护法》(1991 年 9 月 4 日第七届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议通过,1991 年 9 月 4 日中华人民共和国主席令第 50 号公布; 2006 年 12 月 29 日第十届全国人民代表大会常务委员会第二十五次会议第一次修订通过,2006 年 12 月 29 日中华人民共和国主席令第 60 号公布;根据 2012 年 10 月 26 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议通过 2012 年 10 月 26 日中华人民共和国主席令第 65 号公布;自 2013 年 1 月 1 日起施行，现行有效)

第五十二条 人民法院审理继承案件,应当依法保护未成年人的继承权和受遗赠权。

人民法院审理离婚案件,涉及未成年子女抚养问题的,应当听取有表达意愿能力的未成年子女的意见,根据保障子女权益的原则和双方具体情况依法处理。

（三）司法解释

1、《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国继承法>若干问题的意见》（最高人民法院法（民）发[1985]22 号，1985 年 9 月 11 日颁布并实施）

第十九条 被收养人对养父母尽了赡养义务,同时又对生父母扶养较多的,除可依继承法第十条的规定继承养父母的遗产外,还可依继承法第十四条的规定分得生父母的适当的遗产。

第二十条 在旧社会形成的一夫多妻家庭中,子女与生母以外的父亲的其他配偶之间形成扶养关系的,互有继承权。

第二十一条 继子女继承了继父母遗产的,不影响其继承生父母的遗产。

继父母继承了继子女遗产的,不影响其继承生子女的遗产。

第二十二条 收养他人为养孙子女,视为养父母与养子女的关系的,可互为第一顺序继承人。

第二十三条 养子女与生子女之间、养子女与养子女之间,系养兄弟姐妹,可互为第二顺序继承人。

被收养人与其亲兄弟姐妹之间的权利义务关系,因收养关系的成立而消除,不能互为第二顺序继承人。

第二十四条 继兄弟姐妹之间的继承权,因继兄弟姐妹之间的扶养关系而发生。没有扶养关系的,不能互为第二顺序继承人。

继兄弟姐妹之间相互继承了遗产的,不影响其继承亲兄弟姐妹的遗产。

第二十九条 丧偶儿媳对公婆、丧偶女婿对岳父、岳母,无论其是否再婚,依继承法第十二条规定作为第一顺序继承人时,不影响其子女代位继承。

第三十条 对被继承人生活提供了主要经济来源,或在劳务等方面给予了主要扶助的,应当认定其尽了主要赡养义务或主要扶养义务。

2、《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》(1984 年 8 月 30 日最高人民法院审判委员会讨论通过，颁布日期 1984 年 8 月 30 日，自发布之日起实施)

第三十七条 继父、继母与继子女间，已形成扶养关系的，互有继承权。继子女继承了继父母遗产后，仍有继承生父母遗产的权利。

第三十八条 “过继”子女与“过继”父母形成扶养关系的,即为养子女,互有继承权;如系封建性的“过继”、“立嗣”，没有形成扶养关系的，不能享有继承权。

第三十九条 丧失配偶的儿媳与公婆之间、丧失配偶的女婿与岳父母之间，已经形成扶养关系至一方死亡的，互有继承权。儿媳或女婿继承了公婆或岳父母遗产的，仍有继承生父母遗产的权利。

第四十条 在没有第一顺序继承人或者第一顺序继承人全部放弃或者丧失继承权时,遗

产由第二顺序继承人继承。在有第一顺序继承人继承的情况下，如第二顺序继承人对被继承人尽过较多义务或不能独立生活、依靠被继承人抚养的，在分割遗产时应给予适当照顾。

第四十一条　被继承人的子女先于被继承人死亡的，应由其晚辈直系亲属代位继承。代位继承人不论人数多少，只能继承其父母应继承的那一份遗产。

3、《最高人民法院关于贯彻执行民事政策几个问题的意见》（最高人民法院于 1963 年 8 月 28 日颁布并实施）

（六）继承问题

处理继承纠纷,应根据宪法和婚姻法的规定,本着保护法定继承人的合法继承权,同时又要提倡互相扶助和抚养的共产主义道德风尚。被继承人的遗产,首先应由其配偶、子女和父母来继承。如果没有配偶、子女和父母的,同胞姊妹兄弟有继承其财产的权利。同一顺序的法定继承人中继承的财物和数额,应首先照顾未成年和无劳动能力的人,其次应考虑继承人对被继承人生前所尽扶养义务和生产、生活的实际需要情况。对那些有虐待遗弃被继承人行为的人,也可不准其继承。遗嘱人可以将其私有财产的一部或全部,给予法定继承人中的一人或数人,也可以给予国家或集体,或者任何个人。但遗嘱人不能剥夺未成年或其他无劳动能力的法定继承人的应继承份。遗嘱不能违背国家的法律规定。无法定继承人又无遗嘱的,其遗产应收归国有或集体所有。其生前的合法债务应由遗产中偿还。

寡妇结婚时,可以把应该归她继承的遗产带走,任何人不能干涉。但如果她已生有子女,又不带走,应先保证留下子女足够的生活费用。

（七）最高人民法院及各地方高院其他规范性法律文件

1、《最高人民法院关于对日本国询问有关继承的几个问题的答复》（最高人民法院于 1980 年 10 月 25 日颁布并实施，本法规已被<最高人民法院关于废止 1979 年至 1989 年间发布的司法解释目录（第二批）>(颁布时间：1996/12/31 实施时间：1996/12/31)宣布失效）

第一条、我国婚姻法规定的“父母和子女有相互继承遗产的权利”，不因国籍的不同而丧失。

第四条、继承人的范围和顺序。第一顺序为：被继承人的配偶、子女(包括非婚生子女和养子女)、父母(包括养父母)。第二顺序为：被继承人的兄弟姐妹、祖父母(包括外祖父母)。没有第一顺序继承人或者第一顺序继承人全部放弃和丧失继承权的时候，第二顺序继承人才能继承。

被继承人的子女先于被继承人死亡或者被宣告死亡的时候，被继承人的子女的晚辈直系血亲可以代位继承。

对被继承人长期尽了抚养义务的疏亲属或其他人，亦可酌情准予继承或给予照顾。

2.《最高人民法院关于王晏和房屋继承申诉案的批复》（最高人民法院[85]法民字第 10 号，1985 年 4 月 27 号发布）

湖北省高级人民法院：

你院 1984 年 11 月 12 日鄂法(83)民监字第 12 号关于王晏和房屋继承申诉一案的请示报

告及所附案卷五宗均收悉。经研究我们认为：

申诉人王晏和虽然自幼随母吴秀依靠堂姑王秀珊扶助长大,但他一直与生母吴秀保持母子关系,与王秀珊之间不存在养母子关系,故王晏和不应成为王秀珊的合法继承人。第三人颜竹香、吴秀长期与王秀珊居住在一起共同生活,共同劳动,应属于亲友间的互相扶助,她们之间不存在继承与被继承的关系。因此:严家巷七号房屋,不论是属于王顺和夫妇的遗产,还是属于王秀珊的遗产,王照清和王瑞珍都享有继承权利,讼争之房屋应由王照清和王瑞珍继承。但是考虑到颜竹香、吴秀母子与王秀珊曾经多年共同生活的实际情况,可从遗产中给予适当照顾。

3、《最高人民法院关于继承权问题意见的复函》（最高人民法院法编字第 9199 号，1951 年 9 月 20 日颁布并实施）

一、继承人之分列先后顺序，依照实际情况，应当是：继承人之第一顺序，应以配偶、子女（包括养子女、非婚生子女）及无劳动能力或其他生活条件的父母及祖父母。此外向受被继承人扶养而无劳动能力或其他生活条件的亲属或非亲属亦有酌分遗产的权利。第一顺序中之子女，有先于被继承人死亡者，应由其所生之孙子女或外孙子女代位继承。被继承人之有生活条件的父母或祖父母为第二顺序的继承人。

被继承人之有生活条件的兄弟姊妹为第三顺序的继承人。

如无继承人时，死亡者的遗产应归国有。

4、《最高人民法院关于对司法部就中南司法部请示继承权三个问题的答复的意见的复函》（最高人民法院法编字第 6266 号，1951 年 6 月 25 日颁布并实施）

一、所拟答之第一段结语称：“处理继承问题是以血统关系为主而又辅之以有利于社会救助的原则”。这所谓“社会救助”云云，过于广泛，可以不用。因所拟答复，亦仅于血统（称血亲较妥）关系之外指出与被继承人有收养、扶养（称扶养较赡养与抚养为概括）等关系者亦应有继承权，范围本不甚宽，故所举血统为主、社会救助为辅的原则可以略去。

二、关于养父母与养子女的遗产继承关系，你部认为应限于“仍无其他生活条件”方合于继承的条件；按养父母与养子女的关系究与其他仅有扶养关系者不同，可不必以此为条件。又仅有扶养关系之人应与养父母和养子女的关系有所区别，其应得继承份底多寡，应视具体情况酌定，不一定与其他继承人一样。

三、关于继承顺序问题，基本上同意你部所拟第一个意见，即配偶、子女（养子女、非婚生子女）、父母及其他已受扶养而缺乏劳动力、无生活条件之亲属和非亲属，都可同为第一顺序的继承人。但应注意下列两点：（1）被继承人的父母在生活上无另受扶养之需要者得不列为第一顺序继承人；（2）第一顺序内的各种继承人所应得的继承份，正如来文那样暂可不必确定，而且对于其中生活特殊困难者还应按具体情况，多予照顾。

二、法条释义(宋体四号加粗)

本条文是关于法定继承人范围和顺序的规定，共有 6 款。根据条文的文义，第一款确定了第一顺序继承人的范围：配偶、子女、父母；第二款确定了第二顺序继承人的范围：兄弟

姐妹、祖父母、外祖父母；第三款确定了第一顺序继承和第二顺序继承的关系：没有第一顺序继承人继承的，才由第二顺序继承人继承；第四、五、六款具体解释了子女、父母和兄弟姐妹的范围。

（一）法定继承人的范围

法定继承，是指由法律直接规定继承人的范围、继承的先后顺序以及遗产分配原则的一种继承方式。法定继承人是指依据法律的直接规定就可继承被继承人遗产的人。法定继承人的范围，它是指在适用法定继承方式时，哪些人能够作为被继承人遗产的继承人。

本条明确规定了法定继承人的范围：被继承人的配偶、子女、父母、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。本法第 12 条又规定，丧偶儿媳对公婆、丧偶女婿对岳父母，尽了主要赡养义务的，作为第一顺序继承人。胎儿出生时是活体的，也属于法定继承人。法定继承人的范围是由法律直接规定的，不可任意变更。法定继承人的具体范围：

1、配偶

配偶是指婚姻关系存续期间的夫妻双方。作为继承人的配偶，是专指被继承人死亡时尚生存的夫或妻。配偶的继承权基于合法的婚姻关系产生，根据《婚姻法》的规定，夫妻间有相互继承的权利，即丈夫对亡妻的遗产有继承权，妻子对亡夫的遗产有继承权。夫妻一方死亡后另一方再婚的，有权依法处分其所继承的财产，任何人不得干涉。需要指出的是，对于未进行结婚登记而以夫妻关系同居生活的"婚姻"，应视具体情况具体处理。在同居生活期间，一方死亡，另一方要求继承死者遗产时，如果被认定为事实婚姻的，可以配偶身份按本条的规定处理。如果被认定为非法同居关系，在其符合继承法第 14 条规定的情况下，可根据相互扶助的具体情况处理。另外，对已领取结婚证而尚未共同生活的男女双方的继承权、尚未脱离夫妻关系的分居者的继承权，以及对旧社会形成的一夫多妻的继承权问题，依照本法和其他司法解释的规定，夫妻双方相互也享有继承权。

2、子女。子女是被继承人最近的晚辈直系亲属，父母与子女之间存在着最为特殊的人身关系和财产关系。这里的子女，包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有抚养关系的继子女。

（1）婚子女，是指有合法婚姻关系的男女所生育的子女，。

（2）非婚生子女，是指不具有合法婚姻关系的男女所生育的子女。我国现行婚姻法第 25 条规定，非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，他们都属于第一顺序法定继承人的范围。因此，非婚生子女与婚生子女对于生父母遗产的继承权不应有任何区别。

（3）养子女，是指因收养关系成立而与养父母发生拟制血亲的父母子女关系的子女。根据法律的规定领养他人的子女作为自己的子女为收养。收养关系成立后，养子女与养父母的权利义务关系和婚生子女与生父母的权利义务相同，因而养子女对养父母的继承权与婚生子女的继承权没有区别。养子女同养父母的关系确立之后，其与生父母的关系就消灭了，无权再继承其生父母的遗产。

（4）有抚养关系的继子女，继子女是指妻与前夫或夫与前妻所生的子女。继子女与继父母的关系，是因为父母一方死亡后另一方再婚，或者父母离婚后一方或双方再婚，子女与父亲或母亲的再婚配偶共同生活而形成的。继父或继母和受其抚养教育的继子女间的权利和义务，与父母子女间的权利和义务等同。继子女与继父或者继母之间是否有相互继承的权利应视情况区别对待。如果继子女与继父或继母之间形成了抚养、赡养关系，就应当享有相互继承的权利，属于法定继承人的范围；否则，不能相互继承。有扶养关系的继子女可作为其继父母遗产的第一顺序的法定继承人。继子女对其生父母遗产的继承权，并不因继子女取得了其继父母的遗产而丧失，仍享有对生父母的继承权。

3、父母。父母是子女最近的直系尊亲属，互相扶养的关系极为密切，因而有继承子女遗产的权利。生父母对亲生子女的遗产有继承的权利，养父母对养子女的遗产有继承的权利，有扶养关系的继父母有继承继子女遗产的权利。

4、兄弟姐妹。兄弟姐妹是最近的旁系血亲。兄弟姐妹一般都在家庭中共同生活，相互照顾。我国婚姻法规定，有负担能力的兄、姐，对于父母已经死亡或父母无力抚养的弟妹，有抚养的义务。因此，兄弟姐妹之间应当互有继承权。

（1）同父母的兄弟姐妹、同父异母或同母异父的兄弟姐妹均为亲生的兄弟姐妹，彼此有血缘关系，因此他们之间享有继承权。

（2）养兄弟姐妹是基于收养关系的成立而在被收养人与收养人之子女间产生的亲属关系。这种亲属关系是法律拟制的血缘关系。在收养关系存续期间，养子女同亲生子女之间、养子女与养子女之间发生等同于亲兄弟姐妹的权利义务关系，因而，他们之间彼此有相互继承的权利。

（3）有扶养关系的继兄弟姐妹。继兄弟姐妹共同生活，而且彼此形成扶养关系的情况下，法律赋予他们等同于亲兄弟姐妹关系的法律地位，彼此间发生等同于亲兄弟姐妹间的权利义务关系。因此，他们彼此都作为第二顺序的法定继承人。虽然共同生活但没有形成扶养关系或者既不共同生活也没有扶养关系的，彼此间没有相互继承的权利，不能互为第二顺序继承人。

5、祖父母、外祖父母。祖父母、外祖父母与孙子女、外孙子女之间是除父母子女以外最近的直系血亲。法律规定，有负担能力祖父母、外祖父母，对于父母已经死亡的未成年的孙子女、外孙子女有抚养的义务;有负担能力的孙子女、外孙子女对于子女已经死亡的祖父母、外祖父母，有赡养的义务。因此，祖父母、外祖父母应享有对孙子女、外孙子女遗产的继承权。祖父母、外祖父母作为其孙子女、外孙子女的法定继承人，其范围不仅包括生祖父母和生外祖父母，也包括养祖父母和养外祖父母，以及形成抚养关系的继祖父母和继外祖父母。

对丧偶儿媳和丧偶女婿的继承权问题，将在第十二条中阐述。

（二）法定继承人的继承顺序。它是指继承开始后，各个法定继承人继承被继承人遗产的先后次序。由于法定继承是以一定的人身关系为前提的，因此，在司法实践中按继承人和

被继承人之间的血缘、姻亲关系的远近及依赖程度，继承法将 5 种法定继承人划分为两种继承顺序：

1、第一顺序为配偶、子女和父母；丧偶儿媳对公婆、丧偶女婿对岳父母，尽了主要赡养义务的，作为第一顺序继承人，适用本顺序中关于子女继承权对待规定。现行继承法第十二条又规定：“丧偶儿媳对公、婆，丧偶女婿对岳父、岳母，尽了主要赡养义务的，作为第一顺序继承人。“

2、第二顺序为兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。

规定两种继承顺序，就要求继承人严格按照继承顺序继承。不同顺序的继承人不能同时继承。当被继承人有第一顺序继承人存在时，先由第一顺序继承人继承，只有在没有第一顺序继承人或者第一顺序继承人全部放弃或丧失继承权时，第二顺序继承人方能继承。只要第一顺序有继承人，即使只有一个，第二顺序的继承人也不能行使继承权。同一顺序继承人间的继承权是平等的。

三、争点及评述

1、继承主体范围问题。一是法定继承人范围只限于配偶和二亲等以内的亲属，只有在代位继承情形下才有可能会超出二亲等范围。第二，孙子女、外孙子女只有在发生代位继承时才享有继承权，且孙子女、外孙子女的直系卑亲属未列入法定继承人的范围。第三，旁系血亲继承人只限于被继承人的兄弟姐妹，未把侄子女和外甥子女等三亲等旁系血亲列入继承人范围。[1]

近现代各国在确定法定继承人范围上有“亲属继承无限制主义”和“亲属继承限制主义两种立法例。实行“亲属继承无限制主义”的国家立法规定的法定继承人范围最广,这种立法例最大限度地保障被继承人的遗产有人继承。而实行“亲属继承限制主义”的国家立法规定的法定继承人范围较狭，仅限于一定范围内的亲属。在现行《中华人民共和国继承法》(以下简称《继承法》)制定时，鉴于我国当时的情形，曾提出我国财产继承制度在确定继承人时，应当考虑三个因素：一是血缘关系、婚姻关系；二是相互扶养的权利义务；三是经济上的依赖程度和事实上的经济帮助。并主张应把父母、配偶、子女、祖父母(外祖父母)、兄弟姐妹列为继承人，与被继承人长期共同生活并受其抚养的未成年人、无劳动能力人或长期扶养被继承人直至需要扶养的原因消失的其他人，也应列为继承人。[2]但现代社会经济发展和私权强化，遗产的范围和数量较之 30 年前有重大变化，遗产的继承不仅对于继承人的生活保障有重要意义，对于调动和保护私人创造财富和积累财富的积极性以及发挥遗产的效用，也有重要的意义。因此有必要强化对继承权的保护，扩大继承人的范围。[3]

（1）我国在继承法修订时可否规定有扶养关系的继子女为法定继承人。

[1] 吴国平：我国财产继承制度立法研究，厦门大学出版社，2014 年版，第 89 页。
[2] 参见王作堂、朱启超、郭明瑞：《试论我国财产继承制度应有的基本特色》，《江流有声：北京大学法学院百年院庆存之民商法学·经济法学卷》，法律出版社 2004 年版，第 187 页。
[3] 参见王利明：继承法修改的若干问题，社会科学战线·2013 年第 7 期·法学研究，第 178 页。

我国继承法应取消关于继子女权利义务的规定，主张以收养关系取代有扶养关系，即只有被收养的继子女有继承权，凡未被收养的继子女不论与被继承人间是否有扶养关系,都不为继承人。其主要理由是：第一继子女与继父母间是否形成扶养关系不易认定,司法实践中掌握的标准也难统一；第二这样的规定往往造成有子女一方再婚的困难,实际上损害了子女的利益。[4]而郭明瑞教授认为有扶养关系的继子女(继父母)应为继承人，对现行继承法的这一规定不必修改。[5]其认为我国对收养规定了特别严格的条件，且收养有严格的程序要求，许多继父母由于受条件限制难以办理对继子女的收养，不仅如此,家庭共同生活的事实也应为确定继承人的考量因素。

（2）丧偶儿媳对公、婆,丧偶女婿对岳父、岳母尽了主要赡养义务的，作为第一顺序序继承人的问题。有的学者持赞成态度，认为这是我国继承法的特点之一，这一规定的立法目的是为了鼓励儿媳和女婿赡养老人，保障失去子女的老人晚年生活。[6]反对者则认为这一规定不妥，将本应由道德规范调整的问题纳入了法律调整的范畴，是一种立法上的失误，且对公婆或岳父母尽了主要赡养义务的丧偶儿媳或女婿作为第一顺序继承人且不受代位继承的影响，与我国按支继承的传统不符，也会出现不公平。[7]

（3）关于四亲等以内的其他近亲属的继承权问题。

对于我国现行继承法规定的法定继承人范围,多数学者认为已不适应现实社会需要,应予以扩大,但扩大到多大范围,则有不同的观点。有学者提出将四亲等以内的其他亲属增列为法定继承人。[8]也有学者主张,在现有规定的基础上,增加兄弟姐妹的子女为法定继承人即可。[9]

而从实践来看，堂兄弟姐妹、表兄弟姐妹之间发生继承的可能性很小，规定这些亲属为法定继承人主要不是考虑其相互间的经济和情感联系，而是基于使自然人的遗产尽量有人继承的考量。

2、继承顺序不够科学。一是没有把家庭成员间的扶养赡养关系作为确定法定继承顺序的重要依据，与我国现阶段独生子女家庭为主的家庭结构和亲属关系的现实变化不相适应。二是只设置了二个继承顺序，层级过少，不能适应难以预料的生活变故，无法满足失独老人养老的需要。[10]在我国目前社会保障机制不够完善，社会保障水平不够高的情况下，也不利于鼓励有条件的亲属相互之间的照料与帮助，以减轻国家与社会的负担。

（1）配偶的法定继承顺序问题。

对此主要有两种观点一种观点认为，配偶应固定继承顺序。《继承法》将配偶固定在第一顺序，这体现了配偶在家庭中的地位和家庭成员之间的密切关系；[11]另一种观点认为，配

[4] 张玉敏：《继承法律制度研究》，法律出版社 1999 年版，第 205- 206 页。
[5] 郭明瑞：完善法定继承制度三题，在《法学家》2013 年第 4 期，第 111 页。
[6] 张玉敏：《继承法律制度研究》，法律出版社 1999 年版，第 205- 206 页。
[7] 参见郭明瑞、房绍坤、关涛：《继承法研究》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 75 页。
[8] 同 6
[9] 陈苇、冉启玉：《完善我国法定继承人范围和顺序的立法思考》，《法学论坛》2013 年第 2 期，第 54 页。
[10] 陈苇：外国继承法比较与中国民法典继承编制定研究，北京大学出版社 2011 年 416 页。
[11] 参见王利明：继承法修改的若干问题，社会科学战线·2013 年第 7 期·法学研究，第 176 页。

偶应不固定继承顺序，我国配偶继承顺序的现行规定，既不符合我国民间的继承习惯，也使配偶的继承份额有限，并且不能兼顾保护血亲继承人的继承权，因此，建议不固定配偶的继承顺序，配偶可以参与到任何一个继承顺序与血亲继承人一起共同继承。

在新中国成立之初，起草继承法者就继承问题向彭真请示的报告中就提到："对配偶的继承问题，各国民法有不同的规定。……我们认为，根据中国当前的实际情况,配偶应固定在一个顺序而且也只应规定在一个顺序之内。因为配偶是被继承人家庭的重要成员，经济上的联系比其他人更为密切，假如不固定在一个顺序,易产生被继承人死亡后在没有父母、子女时所遗留下来的财产便由配偶与被继承人经济联系不很密切的兄弟姐妹共同继承，虽则也可以规定彼此间继承份额有所不同，但终究不能算是合理的。"[12]郭明瑞教授同意上述观点。[13]

（2）父母是否要规定为第一顺序的继承人。

杨立新教授认为，依照我国的尊老习惯以及多年的司法实践，将父母规定为第一顺序继承人的效果是好的，对于引导社会尊老敬老具有重要意义，应当继续坚持。[14]有的学者认为应当将父母列为第二顺序继承人。父母与子女同为第一顺序法定继承人，这不符合我国民众的继承意愿和继承习惯。根据我国学者调查，从我国民众的继承意愿看，大多数被调查者都希望配偶和子女为第一顺序法定继承人，父母为第二顺序法定继承人。[15]

（3）是否应当增加继承顺序问题。

学者普遍认为，继承法仅规定了两个继承顺序，顺序过窄，应当增加继承顺序。继续坚持继承法,规定的第一顺序和第二顺序的规定，增加第三顺序，扩张后的继承人的继承顺序是三个。[16]为贯彻养老育幼原则，避免遗产无人继承又无人受遗赠，《继承法》应在原有两个继承顺序的基础上，将四代以内的其他直系或者旁系血亲增加为第三顺序继承人，以发挥遗产的扶弱济困功能。[17]

也有学者主张将我国(继承法)现有规定的二顺序改为四顺序。调整后的法定继承顺序就变为四个：第一顺序为子女及其直系卑血亲；第二顺序为父母；第三顺序为兄弟姐妹及其直系卑血亲；第四顺序为祖父母、外祖父母。而配偶则作为无固定顺序的法定继承人。[18]

四、相关案例裁判要旨

（一）最高人民法院指导性案例

[12] 何勤华、李秀清、陈颐编：《新中国民法典草案总览》(中卷)，法律出版社 2003 年版，第 456 页。
[13] 郭明瑞：完善法定继承制度三题，在《法学家》2013 年第 4 期，第 111 页。
[14] 杨立新：对修正继承法十个问题的意见，载《法律适用》2012 年第 8 期，第 26 页。
[15] 陈苇：当代中国民众继承习惯调查实证研究，[M]，群众出版社 2008 年，第 69 页。陈苇、冉启玉：《完善我国法定继承人范围和顺序的立法思考》，《法学论坛》2013 年第 2 期，第 54 页。
[16] 同 13、14
[17] 王歌雅：论继承法的修正，载《中国法学》，2013 年第 6 期，第 95 页。
[18] 吴国平：我国财产继承制度立法研究，厦门大学出版社，2014 年版，第 89 页。

典型案例 1 ：夫妻关系存续期间，双方一致同意利用他人的精子进行人工授精并使女方受孕后，男方反悔，而女方坚持生出该子女的，不论该子女是否在夫妻关系存续期间出生，都应视为夫妻双方的婚生子女，享有继承权。

裁判要点： 原告李某与郭某结婚后，二人通过人工授精的方式怀有一小孩，后郭某死亡，立遗嘱不承认该小孩是其子女，将遗产指定其父母继承。法院经审理认为 根据《最高人民法院关于夫妻离婚后人工授精所生子女的法律地位如何确定的复函》中指出："在夫妻关系存续期间，双方一致同意进行人工授精，所生子女应视为夫妻双方的婚生子女，父母子女之间权利义务关系适用《中华人民共和国婚姻法》的有关规定。"郭某顺因无生育能力，签字同意医院为其妻子即原告李某施行人工授精手术，该行为表明郭某顺具有通过人工授精方法获得其与李某共同子女的意思表示。只要在夫妻关系存续期间，夫妻双方同意通过人工授精生育子女，所生子女均应视为夫妻双方的婚生子女。因此，郭某顺在遗嘱中否认其与李某所怀胎儿的亲子关系，是无效民事行为，应当认定郭某阳是郭某顺和李某的婚生子女。**李某、郭某阳诉郭某和、童某某继承纠纷案，最高人民法院指导案例 50 号。**

（二）人民法院公报案例

1、继子女没有与养父或养母共同生活，形成抚养关系的，无权继承养父母的遗产。

裁判要旨：法院认为：原告王健华、王强华、王绮华、王舜华、王友华都是被继承人王家宁的亲生子女，被告王汝范是王家宁的妻子，依照《中华人民共和国继承法》第 10 条第 1 款和第 13 条第 1 款的规定，均为王家宁的第一顺序继承人，有平等的继承权。原告所诉王汝范虐待王家宁，应丧失继承权的主张，以及王汝范提出原告不尽赡养义务，应当不分或少分遗产的主张，均因不能举出相应的证据，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第 64 条的规定，不予支持。第三人王音要求作为王家宁的继子女继承遗产一节，因王家宁与王汝范结婚时，王音已定居香港，且没有足够的证据证明第三人与王家宁之间已形成扶养关系，依照《继承法》第 10 条第 3 款之规定，不能成为王家宁的继承人。**王健华、王强华、王绮华等与王汝范继承纠纷，《中华人民共和国最高人民法院公报》，1993 年第 2 期，第 68 页。**

2、继承开始后，遗产先由第一顺序继承人继承，没有第一顺序继承人的，由第二顺序继承人继承。陈世军、陈秀英、陈瑞玉、陈世忠系陈世杰的第二顺序法定继承人，无权继承陈世杰的遗产。

裁判要旨：原告系甲的父母。被告系乙的兄姐。甲乙从 87 年起以夫妻名义公开同居生活，并购置生活用具。甲乙在家中被害死亡。乙的死亡时间先于甲 20 分钟左右。原告诉请继承甲乙的全部遗产，二审判决由原告继承遗产，被告分的适当的遗产。 郑萍、陈世杰生前以夫妻名义公开生活，已形成事实婚姻，应视为夫妻关系，其财产应为夫妻共同财产。继承法第二条规定："继承从被继承人死亡时开始。"第十条第二款规定：遗产继承，在"继承开始后，由第一顺序继承人继承，第二顺序继承人不继承。没有第一顺序继承人继承时，由第二顺序继承人继承。"陈世杰死亡在郑萍之前约 20 分钟，依照继承法的规定，陈世杰死亡后，其遗产应由第一顺序继承人郑萍继承。郑萍死亡后，其遗产应由第一顺序继承人即

本案上诉人谢东辉、郑兆本继承。谢东辉、郑兆本与陈世军、陈秀英、陈瑞玉等继承纠纷，《中华人民共和国最高人民法院公报》，1992年第3期（总第31期），第100页；最高人民法院办公厅编：《最高人民法院公报案例大全》，2009年8月第1版，人民法院出版社，第463页。

3、养子女和生父母间的权利和义务，因收养关系的成立而消除，自幼被他人收养，但其对其生母扶养较多，可依法是否可适当分得其生父母的遗产。

裁判要旨：原被告父母留有房产一处，生有2男2女。长子、次子于解放前去台湾谋生，至今下落不明。长女即原告自幼被他人收养；次女即被告长期与母共同生活。原告成年后在生活上多方给予其生母关照。原告诉称其亦享有遗产的继承权，法院不予支持，判决适当分给原告遗产。厦禾巷26号楼房2、3、4层，系被继承人纪经山、陈树的遗产，依照《中华人民共和国继承法》第十条第二款的规定，应由其法定第一顺序继承人纪亚琴、纪天河、纪乃顺共同继承；纪天河、纪乃顺去台湾至今下落不明，其继承份额应予保留。纪毛治自幼送他人收养，并与养父母保持收养关系，依照《中华人民共和国婚姻法》第二十条第二款关于“养子女与生父母之间的权利和义务，因收养关系的成立而消除”的规定，原告不能作为被继承人的法定继承人，因此也不能继承被继承人陈树的遗产。但是，鉴于原告长期对被继承人陈树给予生活上关照和经济上扶助，依照继承法第十四条关于“继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分给他们适当的遗产”的规定，可以分给原告被继承人陈树的适当遗产。**纪毛治与纪亚琴继承纠纷，《中华人民共和国最高人民法院公报》，1988年第4期（总第16期），第30页；最高人民法院办公厅编：《最高人民法院公报案例大全》，2009年8月第1版，人民法院出版社，第462页。**

4、随母改嫁的子女，可以继承其生父的遗产，也可以代位继承其生父应当继承的遗产份额。

裁判要旨：被告系被继承人之子，原被告系叔侄关系，原告之父先于被继承人死亡，其在生前对被继承人尽到赡养义务，原告之父死后，原告之母携带其改嫁，后被继承人死亡，原告要求代其父继承被继承人所遗房产。一审法院支持了原告的诉求。被告不服，上诉，二审维持原判。王远德与王贵学继承纠纷，《中华人民共和国最高人民法院公报》，1985年第4期（总第4期），第29页；最高人民法院办公厅编：《最高人民法院公报案例大全》，2009年8月第1版，人民法院出版社，第459页。

（三）典型案例

“遗产按照下列顺序继承：第一顺序：配偶、父母、子女。第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。继承开始后，由第一顺序继承人继承…没有第一顺序继承人的，由第二顺序继承继承”，由于杨忠禄无配偶、子女等第一顺序继承人，杨忠禄的份额由其兄姐继承。原告杨从康与被告方素兰系侄婶关系，与被告杨继兴、杨继仙系堂弟、兄、姐关系。原告杨从康的祖父母杨德本、郭修成生前共生育三子三女。即长子杨忠炳，系原告杨从康之父；次子杨忠福，系被告方素兰之夫，杨继兴、杨继仙之父；三子杨忠禄；长女杨忠贞、次女杨

忠仙、三女杨忠英；其中杨德本已于1956年死亡，郭修成于1987年4月13日死亡；杨忠炳于2002年10月死亡，杨忠福于1994年2月死亡，杨忠禄于十多年前在外地死亡，具体死亡时间不详，无配偶和子女。自杨德本、郭修成死亡后至今未对该房屋进行过分割，现由被告方素兰管理使用着，方素兰取得了该房屋的集体土地使用权证。该房屋的现行价值经当事人估价为5000元左右。被告方素兰现为一人一户的农业人口，原告杨从康和被告杨继兴、杨继仙三人也是农业人口，并分别有各自的宅基地。遗产的分割是指继承开始后多个继承人分配遗产，从而取得各自应继承份额的行为。根据《中华人民共和国继承法》第九条“继承权男女平等”，第十条“遗产按照下列顺序继承：第一顺序：配偶、父母、子女。第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。继承开始后，由第一顺序继承人继承…没有第一顺序继承人的，由第二顺序继承继承”，以及最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国继承法》若干问题的意见第44条、第58条、第60条的规定，在本案中，由于杨忠禄无配偶、子女等第一顺序继承人，杨忠禄的份额由其兄姐继承，所以本案的遗产应按五份进行分割；因为该房屋现由方素兰使用着，且取得了集体土地使用权证，而原告杨从康等人又各有居所，所以该房屋应归方素兰所有，并由方素兰补偿四原告各1000元的房屋折价款。**杨从康、杨忠贞、杨忠仙、杨忠英与方素兰、杨继兴、杨继仙继承纠纷，（2007）腾民一初字第142号，国家法官学院等著：《中国审判案例要览·2008年民事审判案例选》，中国人民大学出版社、人民法院出版社2009年12月第1版，第420页-第424页。**

对《继承法》第十一条的评述

被继承人的子女先于被继承人死亡的，由被继承人的子女的晚辈直系血亲代位继承。代位继承人一般只能继承他的父亲或者母亲有继承权的遗产份额。

一、周边法源

（一）宪法及宪法性法律

无。

（二）法律

无。

（三）行政法规

无。

（四）部门规章

无。

（五）地方法规及规章

无。

（六）司法解释

《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国继承法>若干问题的意见》法（民）发[1985]22号（1985年9月11日颁布，自颁布之日起实施）

第二十五条：被继承人的孙子女、外孙子女、曾孙子女、外曾孙子女都可以代位继承，代位继承人不受辈数的限制。

第二十六条：被继承人的养子女、已形成扶养关系的继子女的生子女可代位继承；被继承人亲生子女的养子女可代位继承；被继承人养子女的养子女可代位继承；与被继承人已形成扶养关系的继子女的养子女也可以代位继承。

第二十七条：代位继承人缺乏劳动能力又没有生活来源，或者对被继承人尽过主要赡养义务的，分配遗产时，可以多分。

第二十八条：继承人丧失继承权的，其晚辈直系血亲不得代位继承。如该代位继承人缺乏劳动能力又没有生活来源，或对被继承人尽赡养义务较多的，可适当分给遗产。

（七）最高人民法院及各地方高院其他规范性法律文件

1：最高人民法院关于代位继承问题的批复（法编字第5950号 1951年6月15日颁布施行）

2：最高人民法院司法行政厅关于侄子女代位继承权问题的复函（[64]法司字第28号 1964年2月10日颁布施行）

（八）国际条约

无。

二、法条释义

本条是关于代位继承的规定。根据条文文义，“所谓代位继承，是指被继承人的子女先于被继承人死亡的，死亡的子女的晚辈直系血亲代位继承被继承人遗产的制度。”[1]在代位继承中，先于被继承人死亡的继承人，称为被代位继承人；代替被代位继承人继承遗产的人，称为代位继承人；代位继承人代替被代位继承人继承遗产的权利，称为代位继承权。依该法条及周边法源，代位继承的构成要件如下：(一)被代位继承人须于继承开始前死亡，否则就不存在代位继承的问题；(二)被代位人必须是被继承人的子女。其中“子女”的范围依据《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国继承法>若干问题的意见》第二十六条规定，包括亲生子女、养子女、亲生子女的养子女、养子女的养子女、与被继承人形成扶养关系的继子女的养子女。(三)代位继承人必须是被代位继承人的直系亲属。(四)代位继承人的代位权基于被代位继承人的继承权而成立，如果被代位继承人丧失继承权，代位继承权就不能成立。

三、争点及评述

法学理论上对代位继承的性质存有争议。概括起来，可分为代表权说和固有权说两种类型。

代表权说[2]认为，代位继承人之所以享有代位继承权，是因为被代位人原本就有继承权，代位继承人不过是代表死去的被代位人取得其应继份而已。如果被代位人生前已抛弃继承或被剥夺继承权，其直系血亲卑亲属便无权代位继承。该学说认为，代位继承人继承被继承人的遗产，不是基于本身固有的权利，而是代表被代位继承人参加继承。也就是说，代位继承人是以被代位人的地位而取得被代位人的应继承份额的。刘春茂等学者支持该学说[3]。

固有权说也称之为“本位继承说”，该学说认为代位继承人参加继承是自己本身固有的权利，代位继承人是基于自己的权利继承被继承人的遗产，并不以被代位人是否有继承权为转移。依这种学说，只要被代位人不能继承，代位继承人犹得代位继承，即使是在被代位人丧失继承权或放弃继承权的情形下，代位继承人也得依自己的权利继承被继承人的遗产。陈苇等学者支持该学说[4]。

我国现行法采代位权说。按照该条的规定，继承人丧失继承权的，其晚辈直系血亲也不得代位继承，只有在被代位人不具备丧失继承权的法定事由时，才能发生代位继承。

本文认为，代位权说经不起以下问题的检验（一）被代位人至死亡时起，法律人格消灭，以法律人格为基础的继承期待权随之消灭，其继承法律地位不复存在。因此，不管被代位人是否丧失继承权，其代位人都不可能代替一个实际上已经不存在的法律地位去继承。（二）代表权代位权说无法在法理上解释法律为什么规定某些继承人先于被继承人死亡，其直系卑

[1] 《<中华人民共和国继承法>注释本》，法律出版社 2010 年版，第 8 页。
[2] 我国台湾地区学者习惯称为“代位权说”，大陆地区学者则习惯称为“代表权说”。
[3] 刘春茂《中国民法学·财产继承》，人民法院出版社 2008 年版。
[4] 陈苇，江涌《我国法定继承制度的立法构想》，《现代法学》2002 年第 3 期。

亲属可以代位继承，而另一些继承人先于被继承人死亡，其直系卑亲属则不能代位继承。(三)代位权说不符合现代民法的立法价值取向。因为死亡父母的违法和犯罪行为而丧失继承权，导致让其子女承担不能继承被继承人财产的不利后果，显然有悖于现代民法相关原则，这也与我国法律保护子女合法权益的精神相违背。[5]（四）代位权说在现实生活中面临着诸多尴尬。如父母已经死亡的孙子女、外孙子女，对其祖父母、外祖父母实施继承法规定的丧失继承权的行为后，因为其不是继承人不会被剥夺继承权，因其父母没有行使那些行为享有继承权，故孙子女、外孙子女仍可以代位行使继承权。再如，孙子女、外孙子女为争夺祖父母、外祖父母的遗产而杀害其父母的，只丧失对其父母遗产的继承权，并不丧失对祖父母、外祖父母遗产的代位继承权。综上，代为继承采固有权说更具合理性。

四、相关案例裁判要旨

（一）最高人民法院指导性案例

无。

（二）人民法院公报案例

案例一：

王贵学等三人与王远德继承案

（1985）哈（民）终字第 507 号

（1985 年第 4 期）

裁判要点：被上诉人之父王贵芳,虽然先于被继承人死亡，但在生前对被继承人尽到了赡养义务，因此,应当享有继承权利。至于被上诉人是王贵芳的晚辈直系血亲，按照我国有关政策规定，有权代为继承其父应得的遗产份额。因此，原审判决根据当时双方赡养被继承人的经济能力，以及在遗产分割后，有利于生活需要和不损害使用的情况，将该项遗产平均分配是适当的。据此，于一九八五年五月七日，依照《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》第一百五十一条(一)项的规定，判决驳回上诉，维持原判。

（三）其他典型案例

案例二：

王甲、王乙、王丙诉李某某、王丁、王 A、王 B 代位继承纠纷案

((2014)闵民一(民)初字第 1533 号)

裁判要点：公民对私有财产的继承权，依法受法律保护。本案中，被继承人周 A 依法被认定为符合“增量物业投资”的代持对象，因此其因享有代持份额而取得的报酬应属于被继承人的遗产，应由各继承人继承。由于王一、王戊均早于周 A 死亡，因此王一、王戊的份额依法由其直系亲属代位继承。关于各继承人的继承比例，本院根据被继承人的赡养情况

[5] 陈苇，杜江涌《我国法定继承制度的立法构想》，《现代法学》2002 年第 3 期。

以及生前居住情况、去世后丧事操办情况予以综合判定，结合查明的事实，本院酌情确定王 A、王丁各继承 14%，王丙、王 B 各继承 20%，王乙、王甲各继承 16%。关于已经由李某某户取得并实际占有的被继承人代持股份报酬 4000 元，应根据上述比例予以分割，由被告李某某、王丁、王 A 分别向其他继承人支付。

案例三

上诉人刘甲为与被上诉人刘乙代位继承纠纷案

(2012)浙丽民终字第 371 号

裁判要点：王某某搭靠在刘甲户安排的房屋建筑面积，系王某某享有的财产性权某，在其死后，应当作为遗产依法继承。原审法院依据有利于发挥财产使用效益和继承人实际需要，兼顾各继承人利益的原则，采取折价、适当补偿的方式对该遗产进行分割，适用法律正确。上诉人刘甲认为王某某自留山和生前承包的责任山中归承包户所有的林木以及王某某从儿子刘丙遗产中继承的财产也应属于遗产，由于被上诉人在起诉时未主张，上诉人也未提起反诉，故不在本案审理范围。上诉人刘甲提出其三个子女从 2007 年起对王某某尽了主要扶养义务而应作为必要共同诉讼主体的上诉请求，因缺乏证据支持本院不予采纳。综上，原审依据《继承法》第十一条判决恰当，依法维持原判。

对《继承法》第十二条的评述

丧偶儿媳对公、婆，丧偶女婿对岳父、岳母，尽了主要赡养义务的，作为第一顺序继承人。

一、周边法源

（一）宪法及宪法性法律

无。

（二）法律

《中华人民共和国妇女权益保障法》（1992年4月3日第七届全国人民代表大会第五次会议通过，自1992年10月1日起施行。该法已由中华人民共和国第十届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议于2005年8月28日通过最新修订，自2005年12月1日起施行）

第三十四条：妇女享有的与男子平等的财产继承权受法律保护。在同一顺序法定继承人中，不得歧视妇女。

丧偶妇女有权处分继承的财产，任何人不得干涉。

第三十五条：丧偶妇女对公、婆尽了主要赡养义务的，作为公、婆的第一顺序法定继承人，其继承权不受子女代位继承的影响。

（三）行政法规

无。

（四）部门规章

无。

（五）地方法规及规章

无。

（六）司法解释

《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国继承法>若干问题的意见》法（民）发[1985]22号（1985年9月11日颁布，自颁布之日起实施）

第二十九条：丧偶儿媳对公婆、丧偶女婿对岳父、岳母，无论其是否再婚，依继承法第十二条规定作为第一顺序继承人时，不影响其子女代位继承。

第三十条：对被继承人生活提供了主要经济来源，或在劳务等方面给予了主要扶助的，应当认定其尽了主要赡养义务或主要扶养义务。

（七）最高人民法院及各地方高院其他规范性法律文件

无。

（八）国际条约

无。

二、法条释义

本条是关于丧偶儿媳，女婿的继承权的规定。该条独具中国特色。儿媳与公婆、女婿与

岳父母之间是一种姻亲关系，没有血缘联系。从婚姻家庭法律关系上讲，他们相互之间并无抚养、赡养的权利义务，因此各国继承法一般规定，无论丧偶与否都不能继承公婆或岳父母的遗产。但我国《继承法》第12条却规定，“丧偶儿媳对公婆，丧偶女婿对岳父母尽了主要赡养义务的，作为第一顺序继承人。”这一规定打破了以血缘关系和婚姻关系确定继承人的传统作法，体现了继承法的民族性，符合我国实际情况。在法定继承的司法实践中，确认丧偶儿媳和丧偶女婿对公婆和岳父母的继承权是个重要而复杂的问题，依条文释义，应明确以下两点：（一）依照《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国继承法>若干问题的意见》第三十条的规定，“赡养义务”，是指对公、婆的生活提供了主要经济来源，或者在劳务等方面给予了主要扶助的，比如常年侍奉老人，帮助老人料理日常生活起居，看病护理等[1]。也就是在强调，只有在其尽了主要赡养义务时始享有作为第一顺序继承人继承被继承人遗产的权利。（二）儿媳、女婿对公婆和岳父母遗产享有继承权的条件之一是必须“丧偶”。配偶生存的，即使他们对公婆或岳父母尽的义务较多或尽了主要赡养义务，也不享有继承权，而只能由与公婆、岳父母有血缘关系的配偶继承。

三、争点及评述

在法学理论上，学者对该条的法理依据存有争议，在《继承法》修改意见中，学者们对该条提出了多种修改意见：

（一）继续坚持丧偶儿媳和丧偶女婿第一顺序继承人资格的规定

马俊驹教授、余延满教授等学者认为，应该继续坚持丧偶儿媳和丧偶女婿的第一顺序继承人资格的规定。他们认为我国《继承法》把对老人尽了主要赡养义务的丧偶儿媳和丧偶女婿作为第一顺序继承人的规定具有重要的意义：首先，有利于发扬我国社会主义道德风尚，促进社会主义精神文明建设，具有现实意义。其次，有利于巩固我国社会主义的家庭，促进社会主义现代化建设，丧偶儿媳和女婿能承担赡养和照料老人的义务，既搞好了家庭的团结互助，减轻了社会负担，促进了社会的安定团结，有利于社会主义四化建设的进行[2]

（二）取消丧偶儿媳和丧偶女婿第一顺序继承人资格的规定

有学者建议，取消丧偶儿媳和女婿第一顺序继承人的资格，转而用第十四条加以规整，使他们获得适当分得遗产的资格，对他们赡养老人的行为加以鼓励。该理论认为，如果为了强调他们的特殊身份，强调这种赡养行为的特殊意义，可以规定，分给他们的遗产可以比照第一顺序法定继承人的应得份额。这样，既可坚持继承人资格的确定性和严肃性，又可坚持权利义务的一致。[3]

（三）有学者主张，该条款应当保留，但要做适当调整。

该主张建议将法条修改为：“丧偶儿媳对公、婆，丧偶女婿对岳父、岳母，尽了主要赡养义务的，没有代位继承人时，作为第一顺序法定继承人参加继承；有代位继承人时，可以请求分得部分遗产。本法所称的对公、婆或者岳父、岳母尽了主要赡养义务的丧偶儿媳或者丧偶女婿作为第一顺序法定继承人的，不论其是否再婚都享有权利。”其理由概略为：我国《继承法》第12条的规定被认为是我国《继承法》在继承顺序上的一个重要特色。丧偶儿媳和女婿对老人尽了主要赡养义务，就形成了事实上的扶养关系，可以给予适当补偿。但前后者之间是姻亲而非血亲，规定其为第一顺序继承人，从继承法理论上来说，以姻亲关系为继承资格的依据与法定继承人以血缘或配偶关系为基础相悖；从继承的习惯规则来说，也会

[1] 《<中华人民共和国继承法>注释本》，法律出版社2010年版，第8页。
[2] 马俊驹，余延满《民法原论》，法律出版社2007年版。
[3] 李红玲《继承人范围两题》，《法学》，2002年第4期。

与按支继承的习俗不相符合。所以为平衡起见，规定只有在特定条件下，丧偶儿媳或女婿才可参与继承。[4]

本文赞同保留但要适当调整第十二条的立法建议。（一）以世界各国民法典中继承法的一般规定来质疑我国《继承法》第十二条，在法理及实践中没有任何依据，在移植和借鉴外国法律时不能忽视本国的法律资源和民间习惯，丧偶儿媳在对公、婆和丧偶女婿在对岳父、岳母尽了主要赡养义务的情况下我国民间习惯历来会对此行为给予高度评价，其继承遗产时也并不会因此而招致过多非议。这一事实历史悠久，已成为民间习惯，法具有民族性，继承法在这一点上更为明显。因此应继续保留丧偶儿媳、女婿的继承权。（二）无论丧偶与否都不能继承公婆或岳父母的遗产因为这样一方面既可以继续坚持丧偶儿媳和丧偶女婿有条件地获得第一顺序法定继承人的资格，体现法律的本土化，适应我国国情；另一方面也可以达到激励丧偶儿媳和丧偶女婿积极主动赡养老人的目的，实现立法的社会效果和法律效果的统一。

四、相关案例裁判要旨

（一）最高人民法院指导性案例

无。

（二）人民法院公报案例

无。

（三）其他典型案例

案例一：

何A与虞A、虞B法定继承纠纷案

（(2011)沪二中民一(民)终字第1060号）

裁判要旨：根据法律规定,丧偶女婿对岳母尽了主要赡养义务的应作为第一顺序法定继承人参加继承。本案中，根据原审各方当事人的陈述及其提供的证据显示，虞B在其配偶死亡后的16个月时间内，确实对被继承人付出了一定的心血，其行为弘扬了中华民族的传统美德，值得予以学习和发扬。而从本案实际出发，并从法律规定的层面进行考量，原审判决认为虞B尚未达到对被继承人尽主要赡养义务的标准。本院认为，虞B在被继承人生前对其的付出，在道德层面上得到肯定的同时，却并不能当然地在法律层面上获得相关的法定利益，法律亦无法以获得利益的多少来衡量其所作贡献的大小，原审判决亦非对虞B全部付出的否定和抹杀，其在道德层面上所收获之精神利益应大于其在法律层面上所获之物质利益。纵观本案，被继承人的遗产范围涉及三套房屋的全部或部分产权份额，而其中除了系争房屋外，何A已放弃另两套房屋中其应继承的产权份额，即便在系争房屋中，何A所主张的折价款数额亦小于该系争房屋全部价值的二分之一，故从利益平衡的角度分析，原审所作之判决尚属合理，本院予以维持。

此外，需要指出的是，何A与虞A系被继承人的孙女和外孙女，作为表姐妹更应在日常生活中加强交流与沟通，本院以为。如此才是逝者所乐见的。而作为虞B而言，既然已在被继承人生前有所付出，何不在被继承人身后亦持之以恒，毕竟金钱不是衡量一切的标准。希望三位当事人能同时从道德和法律层面出发，理智对待本案，方可使逝者安息。

[4] 郭明瑞，房绍坤，关涛《继承法研究》，中国人民大学出版社 2003 年版。

案例二

何某某与虞某某、虞某法定继承纠纷案

(2011)杨民一(民)初字第 1121 号

裁判要旨：公民的继承权应受到法律的保护。继承开始后,有遗嘱的，按照遗嘱继承或遗赠办理；没有遗嘱的,按照法定继承办理。因被继承人戴 XX 生前未订立遗嘱，其遗留的遗产应当按照法定继承形式予以继承分割。由于何 X、何 A 先于被继承人戴 XX 死亡，故原告何 XX、被告虞 XX 作为代位继承人，依法继承被继承人戴 XX 所遗留的遗产，继承的份额一般应当均等。由于原告何 XX 提出上海市杨浦区 SS 室房屋产可归被告虞 XX 所有，被告虞 XX 支付原告何 XX 房屋折价款人民币 280,000 元，根据双方就该室房屋的市场价值达成的一致意见，原告的意见并无不当，可予支持。本案争议的焦点在于被告虞 A 是否系被继承人戴 XX 的第一顺序法定继承人。法律规定，丧偶儿媳或女婿对被继承人生前进行了主要的赡养，可作为第一顺序法定继承人。这是我国法律对中华民族尊老养老传统美德的维护与保障。在本案中，被告虞 A 虽尽了一定的赡养义务，但并未达到尽了主要赡养义务的程度，因此，被告虞 A 不能作为被继承人戴 XX 的第一顺序法定继承人，其不能继承被继承人人戴 XX 生前遗留的财产。由于何 A 先于被继承人戴 XX 死亡且何 A 生前未订立遗嘱，故何 A 遗留的遗产应由被继承人戴 XX、被告虞 XX、被告虞 A 依法继承。因被继承人戴 XX 亦已死亡，故被继承人戴 X 继承何 XX 所遗留的财产份额由原告何 XX、被告虞 XX 转继承。

对继承法第十三条的评述

同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等。

对生活有特殊困难的缺乏劳动能力的继承人，分配遗产时，应当予以照顾。

对被继承人尽了主要抚养义务或者与被继承人共同生活的继承人，分配遗产时，可以多分。

有抚养能力和抚养条件的继承人，不尽抚养义务的，分配遗产时，应当不分或者少分。

继承人协商同意的，也可以不均等。

一、周边法源

（一）宪法及宪法性法律

无。

（二）法律

无。

（三）行政法规

无。

（四）部门规章

无。

（五）地方法规及规章

无。

（六）司法解释

《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国继承法>若干问题的意见》法（民）发[1985]22号（1985年9月11日颁布，自颁布之日起实施）

第三十三条：继承人有扶养能力和扶养条件，愿意尽扶养义务，但被继承人因有固定收如和劳动能力，明确表示不要求其扶养的，分配遗产时，一般不应因此而影响其继承份额。

第三十四条：有扶养能力和扶养条件的继承人虽然与被继承人共同生活，但对需要扶养的被继承人不尽扶养义务，分配遗产时，可以少分或者不分。

第六十一条：继承人中有缺乏劳动能力又没有生活来源的人，即使遗产不足清偿债务，也应为其保留适当遗产，然后再按《继承法》第三十三条和《民事诉讼法》第一百八十条的规定清偿债务。

（七）最高人民法院及各地方高院其他规范性法律文件

无。

（八）国际条约

无。

二、法条释义

本条是关于我国遗产分配原则的规定。所谓“分配原则”是指“继承法规定的，在法定继承方式中，同一继承顺序的两个及以上的法定继承人之间对被继承人所留的遗产进行分配的原则”[1]。本条共五款，第一款确立了遗产分配的一般原则，即一般情况下，在各继承人在对被继承人所尽抚养义务和各自经济状况、劳动能力大致相同情况下， 同一顺序继承人，继承遗产的份额应当均等。本条第二款确立了保护弱者的原则，该款并不违背第一款“一般均等”的原则，对于缺乏劳动能力的继承人，在分配遗产时予以特殊照顾，正是均等原则的应有之义，彰显了民法上平等的基本原则，也是公序良俗的体现。该款一方面体现了人道主义精神，同时也符合我国注重家庭和睦的传统美德，对减少因继承而产生纠纷，维护家庭和睦，维持社会治安都具有重要意义。本条第三款、第四款分别规定了已尽抚养义务和未尽抚养义务时的不同法律后果，对于尽主要抚养义务的继承人可以分得遗产，共同生活的继承人多分遗产而有抚养能力却未尽抚养义务的继承人不分或少分，这体现了权利义务相一致的的法律原则。本条第五款确立了在继承人协商一致的情况下可以不均分遗产，属于第一款的除外规定。在与第一款的适用顺序上，应优先适用本款。该款体现了当事人意思自治原则，在无被强迫、不知情等特殊情况下应尊重继承人自治结果。

三、争点及评述

法学理论上对该条款并无太多争议，仅有极个别论文中主张“在遗产分配的过程中，要根据具体财产的数额，确定予以特殊照顾的比例，并认为这样作出明确规定之后，一方面方便了法官进行裁判，避免司法实践的盲目性和任意性；另一方面，使遗产分配时有可供参考的具体数额，减少了继承人之间纠纷的产生，从而使受被继承人扶养的人不会因其死亡而生活受到太大影响”[2]。本文认为，在法律层面上实无必要确定具体比例，对于技术性规范条款的设置，若不以大量司法实践或民间习惯为依据并在此基础上归纳整理，很难得出具有科学性的结论。遗产在现实生活中存在的形式千差百态，难以统一量化，与其规定具体比例倒不如发挥法官的自由裁量权，这样更能做到个案分析，从而整体上实现公平正义。且检索该条款在现行实务中运行状态也尚未发现不妥之处。故该主张并无太大价值，不再评述。

四、相关案例裁判要旨

（一）最高人民法院指导性案例

无。

（二）人民法院公报案例

[1] 《<中华人民共和国继承法>注释本》，法律出版社2010年版，第9页。

[2] 姜胜强《继承法之养老育有、照顾病残者原则研究》，西南政法大学2010年硕士毕业论文。

案例一：

单洪远、刘春林与胡秀花、单良、单译贤法定继承纠纷案

（2005）江高终字第515号

（此案例收录于《中华人民共和国最高人民法院公报》2009年第12期）

裁判要旨：遗产的分割方式应照顾到各继承人的利益，对于遗产的分割应遵循在不损害其效用的前提下按照《继承法》第十三条处理。本案中除一处营业用房外的各项遗产判归上诉人胡秀花继续管理使用，判决被上诉人单洪远、刘春林分得现金，这种对遗产的充分考虑的原被告的实际情况。

（三）其他典型案例

案例二：

来亚峰与来珊珊来亚平、来姗姗变更遗产分配协议纠纷案

(2010)老民初字第753号

裁判要旨：变更遗产分配协议需遵循合同法变更合同的条件。原告诉请根据《合同法》第54条、《继承法》第13条之规定，特诉至法院，要求变更2009年5月20日原、被告之间签订的“遗产分配协议”中的来亚平、来珊珊分配遗产数额，将来亚平、来珊珊的每人各分得的4万元变更为每人各分得2万元，即由二被告每人各向原告退还2万元遗产。原告来亚峰与被告来亚平、来姗姗于2009年5月20日所签订的遗产分配协议是双方当事人真实意思表示，并不违反法律规定，合法有效。而且双方已按遗产分配协议的内容已自觉履行完毕。现原告来亚峰要求变更其合同分得内容，根据《中华人民共和国合同法》相关规定“当事人协商一致，可以变更合同”；“下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销：(一)因重大误解订立的；(二)在订立合同同时显失公平的。一方以欺诈、胁迫的手段或者趁人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。”原告来亚峰并未举证证明其与被告来亚平、来姗姗签订的遗产分配协议存在上述法定的变更或者撤销事由，且被告来亚平、来姗姗又不同意变更遗产分配协议。故原告来亚峰要求变更遗产协议分配内容的诉讼请求，证据不足，理由不能成立，故本院不予支持。

对《继承法》第十四条的评述

对继承人以外的依靠被继承人扶养的缺乏劳动能力又没有生活来源的人，或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分给他们适当的遗产。

一、周边法源

（一）宪法及宪法性法律

无。

（二）法律

无。

（三）行政法规

无。

（四）部门规章

无。

（五）地方法规及规章

无。

（六）司法解释

《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国继承法>若干问题的意见》法（民）发[1985]22号（1985年9月11日颁布，自颁布之日起实施）

第三十一条：依继承法第十四条规定可以分给适当遗产的人，分给他们遗产时，按具体情况可多于或少于继承人。

第三十二条：依继承法第十四条规定可以分给适当遗产的人，在其依法取得被继承人遗产的权利受到侵犯时，本人有权以独立的诉讼主体的资格向人民法院提起诉讼。但在遗产分割时，明知而未提出请求的，一般不予受理；不知而未提出请求，在二年以内起诉的，应予受理。

第五十七条：遗产因无人继承收归国家或集体组织所有时，按继承法第十四条规定可以分给遗产的人提出取得遗产的要求，人民法院应视情况适当分给遗产。

（七）最高人民法院及各地方高院其他规范性法律文件

《最高人民法院关于被继承人死亡后没有法定继承人、分享遗产人能否分得全部遗产的复函》(92)民他字第25号，1992年10月11日颁布生效。

（八）国际条约

无。

二、法条释义

本条是关于酌情分得遗产权的规定。在法定继承中，除了那些享有合法继承权的人参与继承外，本条还赋予了一些符合一定条件但没有继承权的人取得一定遗产的权利。需特别注意的是这种权利不是继承权，它只是适当分得遗产的权利。法律之所以赋予该权利是因为他们和被继承人之间存在着特别抚养关系，这是保障人权和弘扬美德的必要要求。下列人员享有分得适当遗产的权利：（1）依靠被继承人抚养的缺乏劳动能力又没有生活来源的人；（2）对被继承人抚养较多的人。即使其为继承人，但若未参与遗产分配，属于上述情形之一，便享有遗产取得权。该条规定的遗产取得权是一项独立的民事权利，从权利的分类角度来看应属于请求权。“当其受到侵害时，权利人有权以独立的诉讼主体资格向人民法院提起诉讼。但在遗产分割时，明知而未提起请求的一般不予受理；不知而未提出请求时，在知道后两年内起诉的，人民法院应予受理”[1]。

三、争点及评述

对该法条，法学理论上主要存在以下争议：

（一）遗产酌给制度的性质。我国理论上对继承法第14条规定的制度概括的定义有多种视角。有的从主体角度概括为“法定继承人以外应予照顾的人”[2]；有的从权利角度，概括为“非继承人的遗产取得权”中的“与被继承人有扶养关系的非继承人的遗产适当分得权”[3]或“酌情分得遗产权[4]”或“遗产酌分请求权[5]”或“遗产酌给请求权[6]”；有的从取得方式角度概括为“基于扶养关系的法定转移[7]”。台湾学者基本上统一概括为“遗产酌给请求权”[8]。上述称谓不一，彰显了对其性质认识尚未统一。学界主要存在着债权说、特殊性质的权利说等观点。债权学说以我国台湾地区为代表，史尚宽先生认为，“遗产酌给请求权不是物权，而是债权，这一债权主要是因为被继承人生前因某种原因所应该负担的义务或者依据共同生活常理考虑对社会弱者的保护而产生。刘春茂等学者认为《继承法》第14条规定的是酌情分得遗产权，“这种权利的性质，既不同于继承权，也不同于受遗赠权，而是我国法定继承中的一种特殊性质的权利。作为特殊性质的权利主要强调了和其他国家继承法的不同，其特征体现在：遗产酌给只存在于法定继承之中，遗嘱继承下不适用；主体特殊性因而取得遗产份额的不等”[9]。本文认为，遗产酌给付是受酌给者的一项权利，该权利不是支配权，而是有赖于受酌给者主动提出请求并在满足法定条件下方可实现的债权请求权。“特殊性质权利”的观点难以清晰界定该权利的属性，且该主张缺乏法理依据，不足为论。

（二）遗产酌给制度确立的基础。传统观点认为该制度设立的思想基础在于历史的传承，

[1] 《<中华人民共和国继承法>注释本》，法律出版社 2010 年版，第 10 页。
[2] 江平、张佩霖《民法教程》，中国政法大学出版社 1989 年版，第 397 页。
[3] 张俊浩主编《民法学原理》，中国政法大学出版社 1991 年版，第 910 页。
[4] 陈苇主编《婚姻家庭继承法学》第 2 版，群众出版社 2012 年版，第 346 页。
[5] 申建平《遗产酌分请求权刍议》，《北方论丛》2002 年第 4 期。
[6] 郭明瑞、房绍坤《继承法》，法律出版社 2004 年版，第 123 页。
[7] 江平主编《民法学》，中国政法大学出版社 2007 年版，第 814 页。
[8] 史尚宽《继承法论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 165 页。
[9] 刘春茂主编《中国民法学·财产继承》，第 128 页。

是对我国古代既有制度的沿袭。[10] 我国台湾学者普遍认为该制度的创设源于死后扶养思想。“死后扶养思想要旨是被继承人生前扶养的人，死后在遗产上成立继续扶养之责，非继承人的扶养义务。[11]”史尚宽、陈棋炎等在著作中论证：遗产酌给之请求人，曾继续受被继承人之扶养，即本有扶养之债权债务关系。扶养人一旦死亡，则彼此间的扶养权义也随之消灭，曾受扶养人日后生活殊堪怜悯，故法律为保护受扶养人起见，受扶养人得向遗产请求酌给扶养财产，以保障其日后生活。传统理论可以解释被继承人生前扶养的无劳动能力且无生活来源的人的受遗产酌给请求权，但不能解释我国现行继承法规定的扶养被继承人的人。因此，又有学者提出了“被继承人意志推测理论”，该理论认为，“在法定继承人和遗嘱继承人之外，对与被继承人有事实扶养关系的人，可以给其酌分遗产，实际上反映了被继承人的个人意志，即继续维持受扶养人的生存或者回馈扶养人”[12]。此外，还有“继承制度补充思想”，“照顾、奖励、补偿思想”等。本文认为，遗产酌给制度确立的思想基础不是单一的，该制度的形成既有历史传统的延续，又有时代发展中不断注入的新的思想，是多种认识综合的结果。

（三）遗产酌给制度的适用。1：学者间对“受遗产酌给人的范围”认识不一，即对“继承人以外的人”中的“继承人”的范围存有争议。郭明瑞、房绍坤等学者认为此处的“继承人”指的是法定继承人[13]；蒋月、何丽新等学者认为是指“具体继承法律关系中能够继承遗产的继承人[14]”本文认为，法定继承人的范围宽泛，同时受继承顺序和继承方式影响，按照第一种观点界定，没有实际获得遗产的继承人即便与被继承人存在遗产酌给的事实条件，也会因此被排除在遗产酌给的范围之外。如患病的被继承人与其妻感情不和且分居，分居期间一直与其弟弟共同生活，受弟弟照顾。后去世，未立遗嘱。按照法定继承，妻子作为第一顺序的唯一继承人参加继承，弟弟作为第二顺序不能参加继承。如果把弟弟排除在遗产酌给对象之外，从事实层面看有失公允。可见，第二种解释较第一种解释有利于实现遗产酌给制度在继承法律关系中的补充调节作用，应予肯定。2：学者间对遗产酌给适用的条件，即“抚养较多”的认定认识不一。有学者“认为认定扶养较多，应当以持续性去衡量，不应以时间长短限制。只有一次性或临时性的扶助，不宜认定为扶养较多”[15]；也有学者认为应当从扶养的时间长度上判断，“认为共同生活期间至少在5年以上，同居亲朋可受酌给”[16]。我们认为，遗产酌给的目的是对扶养人的一种补偿，通过调查得出的数据虽有一定的科学性和说服力，但其并不能说明扶养时间必须达到5年才能认定扶养较多，扶养本身强调持续性，但不能以时间去衡量。5年的时间界定过于苛刻、呆板。实务中法官应完全根据具体情况判断扶养多寡，充分发挥自由裁量权。

[10] 林秀雄《继承法讲义》，元照出版有限公司 2005 年版，第 86 页。
[11] 付翠英、王晓宇《遗产酌给制度的性质、确立基础及其适用》，《中国政法大学学报》2014 年第 6 期。
[12] 温卓文《我国继承权问题初探》，《现代法学》1981 年第 2 期。
[13] 郭明瑞、房绍坤：《继承法》，法律出版社 1996 年版，第 127——128 页。
[14] 蒋月、何丽新《婚姻家庭与继承法》，厦门大学出版社 2002 年版，第 416 页。
[15] 同注释 14。
[16] 陈苇主编《当代中国民众继承习惯调查实证研究：北京市、重庆市、武汉市和山东省四地民众继承习惯调查报告》，群众出版社 2008 年版，第 161、547 页。

四、相关案例裁判要旨

（一）最高人民法院指导性案例

（二）人民法院公报案例

案例一

纪（上面毛，下面四点）治与纪亚琴房屋继承纠纷案

（此案例收录于中华人民共和国最高人民法院公报1988年第4期）

裁判要旨：依照《中华人民共和国继承法》第十条第二款的规定，应由其法定第一顺序继承人纪亚琴、纪天河、纪乃顺共同继承;纪天河、纪乃顺去台湾至今下落不明，其继承份额应予保留。纪△(上面毛,下面四点)治自幼送他人收养，并与养父母保持收养关系,依照《中华人民共和国婚姻法》第二十条第二款关于"养子女与生父母之间的权利和义务,因收养关系的成立而消除"的规定，原告不能作为被继承人的法定继承人，因此也不能继承被继承人陈树的遗产。但是,鉴于原告长期对被继承人陈树给予生活上关照和经济上扶助，依照《继承法》第十四条关于"继承人以外的对被继承人扶养较多的人,可以分给他们适当的遗产"的规定，可以给原告分得被继承人陈树的适当遗产。被告提出愿以6000元作为对抵偿原告可以分得被继承人遗产的份款，应予支持；至于付款期限，可酌情缩短。

（三）其他典型案例

案例二

徐端元与蔡少良、徐光辉、蔡志民法定继承纠纷案

(2012)益法民一终字第123号

裁判要旨：徐端元患精神疾病于1996年下半年离家走失后，徐端元父母徐润生、刘来秀的生养死葬义务由蔡少良承担了，徐端元与前夫生育的徐光辉、与蔡少良生育的蔡志民也一直由蔡少良一人承担了抚养义务，刘来秀的拆迁补偿款44358元为遗产按法定继承由徐端元继承，因蔡少良承担了徐润生、刘来秀夫妇的生养死葬的义务，根据《中华人民共和国继承法》第十四条的规定"继承人以外的对被继承人扶养较多的人,可以分给他们适当的遗产"。原审法院酌情认定蔡少良承担刘来秀的生养死葬费用25000元，从刘来秀遗产中扣除正确，本院予以维持。

案例三

吴彩琴、张坤与王玉莲继承纠纷案

(2010)中民一初字第402号

裁判要旨：被告关于和被继承人张忠成形成扶助扶养关系还应当分得适当遗产的辩称,因被告系成年人且具有劳动能力、被继承人张忠成生前有固定工资收入,不符合《中华人民共和国继承法》第十四条即"对继承人以外的依靠被继承人扶养的缺乏劳动能力又没有生活来源的人,或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人,可以分给他们适当的遗产"规定的情形。对被告的此项辩称意见本院不予采信。

对《继承法》第十五条的评述

继承人应当本着互谅互让、和睦团结的精神，协商处理继承问题。遗产分割的时间、办法和份额，由继承人协商确定。协商不成的，可以由人民调解委员会调解或者向人民法院提起诉讼。

一、周边法源

（一）宪法及宪法性法律

《宪法》（1982年12月4日第五届全国人民代表大会第五次会议通过 1982年12月4日全国人民代表大会公告公布施行。根据1988年4月12日第七届全国人民代表大会第一次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》、1993年3月29日第八届全国人民代表大会第一次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》、1999年3月15日第九届全国人民代表大会第二次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》和2004年3月14日第十届全国人民代表大会第二次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》修正）

第十三条第二款：国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。

（二）法律

《民事诉讼法》（1991年4月9日第七届全国人民代表大会第四次会议通过根据，,2007年10月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》第一次修正根据2012年8月31日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》第二次修正）

第九十六条：调解达成协议，必须双方自愿，不得强迫。调解协议的内容不得违反法律规定。

（三）行政法规

无。

（四）部门规章

《人民调解工作若干规定》（2002年9月11日司法部部长办公会议通过，自2002年11月1日起施行）

第四条第二款：在双方当事人自愿平等的基础上进行调解。

（五）地方法规及规章

无。

（六）司法解释

无。

（七）最高人民法院及各地方高院其他规范性法律文件

无。

（八）国际条约

无。

二、法条释义

该条是关于继承纠纷解决方式的规定。该条第一句明确了继承解决的原则，即应以互谅互让、和睦团结的精神，协商处理。这一原则秉承了我国注重家庭和睦、互谅互让的传统美德，强调继承问题纠纷的解决要考虑家庭伦理、亲属间亲情等，尽量避免武断，尽力实现法律效果和社会效果的统一。该条第二句明确了对遗产分割的时间、方式和份额，由继承人协商确定，这是意思自治原则的必然要求。第三句明确了纠纷的解决可以通过调解委员会调节、公证等非诉方式来妥善处理，通过诉讼方式来解决自不待言。

三、争点及评述

法学理论上对该条款并无多大争议。不过司法实务部门对以诉讼方式解决继承纠纷进行过调研[1]，研究表明法院审理继承案件中有以下劣势：（一）时间成本高。法院有时为了一揽子解决继承纠纷，可能会出现当事人对遗产范围争议较大、涉案当事人人数众多的情况，这些情况的出现可能导致案件的审理周期被拉长，不利于及时对遗产作出处理。（二）司法救济的事后性。尽管，各级法院主动延伸审判职能，通过制发司法建议、审判白皮书等创新方式积极参与社会管理，但是法院的基本功能仍是解决纠纷，而这种功能的发挥往往具有被动性和事后性，即当矛盾激化到不可调和才诉至法院时，法院才有发挥功能的可能性。（三）法律真实与客观真实的冲突。法院庭审认定的事实不同于案件的客观真实情况，法律真实和客观真实的矛盾容易导致当事人产生不理解的情绪。其原因在于诉讼证据规则强调了法院审判的被动性，法官只能在特定的几种法定情形中依申请调查取证，诉讼中所需的证据主要由当事人自己提供。这就可能会产生当事人提出的证据不足以认定他所主张的全部事实，案件的客观事实情况难以被法律全部确认的无奈情况。调研最后建议，从中国社会财产权和继承权保护的趋势来看，应更多地倡导、培育和发展公证等非诉讼的权利保护机制及多元化纠纷解决机制，这与中国民众的传统文化心理相吻合的。调研还建议立法机关在《继承法》等法律修订时，在法律上明确公民遗产继承必须经公证机构或法院确认，公证确权与法院的确权具有同等法律效力，房地产等登记机关凭公证文书或法院裁判文书便可办理遗产过户登记。本文认为，以诉讼方式解决纠纷存在的劣势并非继承纠纷独有，调研强调建立多元化的纠纷解决机制虽非新主张但值赞同。

[1] 黄秋良、黄群、薛凡《公民继承权实现的两种途径—继承权公证与继承权诉讼实证比较调研报告》，《司法》2011年第6期。

四、相关案例裁判要旨

（一）最高人民法院指导性案例

无。

（二）人民法院公报案例

无。

（三）其他典型案例

案例一：

陈发展与陈鹏展、陈鸿展分家析产、法定继承纠纷案

(2014)嘉民一(民)初字第3122号

裁判要旨：公民死亡后未留遗嘱的，其遗产按法定继承处理。各继承人对遗产的处理协商一致的，可按其约定。本案中，原、被告系被继承人陈锦德的第一顺序法定继承人，对系争房屋中属陈锦德名下的产权份额享有继承权。继承开始后，原、被告对上述遗产协商确定了继承方案，该协议系双方真实意思表述，未违反法律规定，应属有效，双方均应按约履行。原告要求按照双方的约定继承系争房屋中的相应份额，合法有据，本院予以支持。

案例二：

陆甲与陆乙、陆丙、陆丁、陆A法定继承纠纷案

(2014)闵民一(民)初字第3538号

裁判宗旨：陆惠国与谢亚云离婚时，对系争房屋中一上一下及灶间部分作了处理，现无证据表明陆东阳、罗雪宝对此持有异议，且现陆乙对此也无异议，故对该一上一下及灶间部分的处理本院可予认同。诉讼中，作为继承人的陆丙、陆A、陆丁、陆金花均明确放弃在涉案房屋中的继承权，本院予以准许。继承人陆甲、陆乙就涉案二上二下楼房及平房1间的继承分割达成一致，内容与法不悖，依照《中华人民共和国继承法》第十五条之规定，应予准许。

对《中华人民共和国继承法》第16条的评述

条文内容：

公民可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产，并可以指定遗嘱执行人。

公民可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人的一人或者数人继承。

公民可以立遗嘱将个人财产赠给国家、集体或者法定继承人以外的人。

一、周边法源

（一）地方法规及规章

1、陕西省实施《中华人民共和国老年人权益保障法》办法（1998年12月18日陕西省第九届人民代表大会常务委员会第六次会议通过；2014年11月27日陕西省第十二届人民代表大会常务委员会第十四次会议修订；自2015年3月1日起施行）

第十八条 老年人对自己的合法收入和其他财产，依法享有占有、使用、收益、处分的权利，子女或者其他亲属不得干涉。

有独立生活能力的成年子女或者其他亲属要求老年人给予其经济资助的，老年人有权拒绝。成年子女及其亲属不得以无业或者其他理由，采取窃取、骗取、强行索取等方式侵犯老年人的财产权益。

老年人依法立遗嘱处分个人财产或者与他人签订遗赠扶养协议的，子女或者其他亲属不得干涉。

2、汕头经济特区老年人权益保障条例（汕头市第十三届人民代表大会常务委员会第二十次会议于2013年10月29日通过，现予公布，自2013年12月1日起施行。）

第十七条 子女或者其他亲属不得违背老年人意愿，擅自处分老年人的房屋产权、股权、土地承包经营权、土地使用权等财产权益。

子女或者其他亲属以老年人的名义向有关部门、机构申请办理房屋产权、股权、土地承包经营权、土地使用权等财产权益的权属转移、变更登记，或者申请办理公证时，有关部门和机构应当核实老年人的真实意愿，依法办理，并为老年人提供方便。

子女或者其他亲属不得干涉老年人依法以遗嘱处分个人财产或与他人签订遗赠扶养协议。

（二）司法解释

1、最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国继承法》若干问题的意见（1985.09.11通过并实施）

第三十八条 遗嘱人以遗嘱处分了属于国家、集体或他人所有的财产，遗嘱的这部分，应认定无效。

二、法条释义

本条是关于公民可以立遗嘱处分其财产的规定。

遗嘱，是指公民生前根据法律规定的内容和方式，对其财产所作的处分，而于死亡时发生效力的民事法律行为。遗嘱继承，是指按照被继承人所立的合法有效的遗嘱而继承其遗产的继承方式。遗嘱继承具有如下法律特征：

(一)遗嘱是单方法律行为。只要立遗嘱人按照法定方式和要求订立遗嘱，就具有法律效力。因此，遗嘱人根据自己的意愿还可变更或撤销自己所立的遗嘱。

(二)遗嘱是遗嘱人自己进行意思表示的法律行为。遗嘱必须由遗嘱人本人设立，不能通过代理进行。因为设立遗嘱，是遗嘱人对自己财产所作的最终处分，是一项严肃的人身权利，具有严格的人身性质。

(三)遗嘱是遗嘱人死后生效的法律行为。遗嘱虽然是遗嘱人生前所立，但要在遗嘱人死亡时才能发生法律效力。即只有在遗嘱人死亡以后，遗嘱继承人或遗嘱受领人才能取得其在遗嘱中所指定的遗产。

(四)遗嘱是要式法律行为。即遗嘱的成立必须符合法律规定的形式。本法第十七条对遗嘱继承的形式要件作了具体规定。根据遗嘱，法定继承中的一人或者数人，国家、集体或者法定继承人以外的人可以继承被继承人的遗产。

本条还需要明确两个概念：遗嘱执行人和遗赠。遗嘱执行人，是指有权按遗嘱人的意志使遗嘱发生法律效力的人。在各继承人接受遗产之前，遗嘱执行人负责保护和管理遗产。遗赠，是指公民以遗嘱的方式表示在其死后将其遗产的一部或全部赠给国家、集体或者法定继承人以外的人的法律行为。

三、争点及评述

理论界暂无争议

四、相关案例裁判要旨

（一）人民法院公报案例

向美琼等人诉张凤霞等人执行遗嘱代理合同纠纷案

【裁判摘要】

遗嘱执行人在遗嘱人没有明确其执行遗嘱所得报酬的情况下，与继承人就执行遗嘱相关事项自愿签订代理协议，并按照协议约定收取遗嘱执行费，不属于律师法第三十四条禁止的律师在同一案件中为双方当事人代理的情形，应认定代理协议有效。

原告：向美琼，64岁。

原告：熊伟浩，42岁。

原告：熊萍，35岁。

被告：张凤霞，55岁，陕西省金宝律师事务所律师。

被告：张旭，58岁，陕西省金宝律师事务所律师。

被告：张林录，54岁，陕西省金宝律师事务所律师。

被告：冯树义，48岁，陕西宝鸡啤酒厂职工。

原告向美琼、熊伟浩、熊萍因与被告张凤霞、张旭、张林录、冯树义发生执行遗嘱代理协议纠纷一案，向陕西省宝鸡市中级人民法院提起诉讼。

原告向美琼、熊伟浩、熊萍诉称：我们是熊毅武的遗产继承人，熊毅武生前在遗嘱中指定被告张凤霞为遗嘱执行人。熊毅武去世后，张凤霞未积极按遗嘱人嘱托分割遗产交付给各继承人，而是误导我们与之签订了执行遗嘱代理协议，并扣收所谓执行遗嘱代理费22．9万元，致使我们的合法财产权益受到损害。请求撤销或宣告两份执行遗嘱代理协议无效，判令张凤霞返还22．9万元代理费，并由原张凤霞所在律师事务所的合作人承担连带责任。

被告张凤霞辩称：我与熊伟浩、熊萍签订的协议书是双方的真实意思表示，作为熊毅武生前指定的遗嘱执行人，我与继承人签订执行遗嘱代理协议，进一步确定执行遗嘱的具体事项，是合法有效的。收取各原告执行继承遗产费用，符合律师收费办法的规定。与原告熊伟浩、熊萍签订的协议和熊毅武指定我为遗嘱执行人是两个不同的法律关系。我在法律代理服务中无过错，不应退还代理费。

被告张旭辩称：张凤霞律师受律师事务所委托与各原告签订执行遗嘱代理协议，并协商收取代理费是律师的执业行为，是合理合法的。各原告要求合作律师事务所的各合作人承担返还代理费连带责任没有法律依据。

被告张林录和冯树义未作答辩，经法庭传唤亦未出庭应诉。

宝鸡市中级人民法院经审理查明：

1997年2月23日，原告向美琼之夫、熊伟浩和熊萍之父熊毅武请当时任正达律师事务所律师的被告张凤霞见证并代书了遗嘱，遗嘱对其所有的现金、企业、房产等财产向各法定继承人和其他人进行了分配，并聘请张凤霞为终身法律顾问，指定张凤霞为遗嘱执行人。该遗嘱一式7份，全部由张凤霞保管，继承开始由张凤霞负责实施。1997年2月28日，熊毅武去世。1997年3月1日和4月14日，张凤霞分别与熊萍、熊伟浩签订协议书。协议根据熊毅武的遗嘱主要约定以下事项：张凤霞要遵照遗嘱的规定办好各种手续；熊伟浩、熊萍聘请张凤霞担任法律顾问、财务顾问，维护熊伟浩、熊萍合法权益，全权委托张凤霞对继承的企业财产进行审计，保障熊伟浩、熊萍两人的权益得到充分兑现；律师应收遗嘱析产代理费按国家规定从遗产中扣除。因向美琼为精神病患者，其民事行为由熊伟浩代理。1997年4月22日，张凤霞分别向向美琼、熊伟浩出具了正达律师事务所收到15万元、3万元律师遗嘱析产代理费的收款收据。但其所收到的18万元未交正达律师事务所。1997年4月7日，张凤霞向熊萍出具了“情况说明”，情况说明中称执行遗嘱全部费用已交清。张凤霞在庭审中承认实际收取了熊萍2万元现金，没有出具收据。1997年4月底，张凤霞按照熊毅武遗嘱将遗产全部分配完毕。张凤霞在1997年3至4月执行遗嘱期间共领取北方集团公司工资、补贴、顾问费等共计3048元，并报销了差旅费。

另查明：正达律师事务所为合作制律师事务所，由张旭、张林录、张凤霞、冯树义4人

申报，1994年7月25日经陕西省司法厅批准成立。1998年1月1日，张旭、张林录退出正达律师事务所。1998年3月24日，正达律师事务所经清产后移交宝鸡县司法局。

上述事实，有以下主要证据证明：

1．各当事人在庭审中的陈述。

2．熊毅武生前遗嘱及公证书。

3．张凤霞分别与熊伟浩、熊萍签订的两份协议书。

4．张凤霞向向美琼、熊伟浩出具的正达律师事务所两份收款收据。

5．熊毅武遗产的“执行财产移交表”。

6．张凤霞向熊萍出具的“情况说明”。

7．正达律师事务所移交宝鸡县司法局的移交书。

宝鸡市中级人民法院认为：

律师法第三十四条规定：“律师不得在同一案件中，为双方当事人担任代理人。”《中华人民共和国民法通则》(以下简称民法通则)第五十八条第一款第(五)项规定，“违反法律或者社会公共利益的民事行为无效。”第六十一条规定：“民事行为被确认为无效或者被撤销后，当事人因该行为取得的财产，应当返还给受损失的一方。有过错的一方应当赔偿对方因此所受的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”被告张凤霞与原告熊伟浩、熊萍以协议书的形式签订代理合同，其实质内容源于熊毅武生前遗嘱。张凤霞作为律师接受熊毅武生前嘱托担任其遗产执行人，应视为与熊毅武生前形成了委托代理关系，张凤霞在执行遗嘱时从遗产中扣收代理费，不仅违背了立遗嘱人生前嘱托，使继承人财产受到损失，而且违反了律师法的禁止性规定，故原告主张张凤霞执行遗嘱代理协议无效的请求，应予支持。张凤霞作为执业律师，理应知道我国法律对律师执业活动的规定，但在与各原告签订合同时，未按法律规定执业，有缔约上的过失，应对合同无效承担全部责任，因无效合同取得的20万元应予返还。原告熊萍主张返还4．9万元，但张凤霞只承认收取了2万元，因熊萍不能提供证据证明其主张，故对熊萍关于张凤霞收取4.9万元代理费用的主张不予支持。正达律师事务所1998年3月24日清产后即应视为依法解散，鉴于其收费一直采取所内统一开票，律师个人收取的办法，张凤霞又是本案争议财产的实际占有人，故返还代理费的民事责任应由张凤霞承担，各原告主张正达律师事务所所有合作人均承担连带责任的请求不予支持。

据此，宝鸡市中级人民法院于2000年10月26日判决：

一、被告张凤霞与熊伟浩、熊萍签订的执行遗嘱协议书无效；

二、被告张凤霞返还原告向美琼人民币3万元，返还原告熊伟浩人民币15万元、返还原告熊萍人民币2万元。

三、驳回原告向美琼、熊伟浩、熊萍其他诉讼请求。

一审宣判后，张凤霞不服，向陕西省高级人民法院提起上诉。

张凤霞的上诉理由是：我担任熊毅武遗嘱执行人与熊伟浩、熊萍签订的执行遗嘱代理协议书不属于“在同一案件中为双方当事人担任代理人”。要求确认正达律师事务所与熊萍、熊

伟浩分别签订的协议书合法有效。

陕西省高级人民法院根据一审有关证据查明：

向美琼之夫、熊伟浩、熊萍之父熊毅式，于1996年10月17日在河南省浚县遭遇车祸。后因病重，转入陕西省西安市红会医院住院治疗。

1997年2月23日，熊毅武邀请张凤霞到西安，并将孙亚鹏(熊毅武秘书)、熊伟浩、吴秋文(熊萍之夫)叫到病床前，由张凤霞代书立下生前遗嘱。内容为："我一九九六年十月十七日在河南浚县视查工作时不幸发生车祸，现正在医院治疗恢复阶段，为了答谢张金云的照顾以及了结我的心愿特写此遗书。一、现金：现有现金壹仟叁佰壹陆万元(13160396．73元，暂在吴秋文、张金云处保管)，分成四份，熊伟浩、熊萍、张金云、向美琼各壹份。向美琼的一份由熊伟浩代为保管，向美琼和熊红共同使用。二、企业：1．烟台毅武食品有限公司的股份由儿子熊伟浩、女儿熊萍继承，由女婿吴秋文代为参与管理，所取得效益归他们共同所有。2．梅河口熊毅武食品有限公司由张金云同志代替我管理，执行原合同，因为我有今天事业上的成功全靠我妻张金云对我的关心、照顾和支持，因而所取得的效益归张金云同志所有。3．宝鸡毅武食品有限公司、熊毅武北方集团兴平公司由熊伟浩负责管理，张凤霞律师协助，所取得效益归熊伟浩所有。三、房产：1．座落在珠海市平沙的房屋产权归熊伟浩所有。2．座落在广州的房产，以及番禺的铺子均归熊萍所有。3．座落在梅河口市利丰新村的房产、座落在阜新的房产以及阜新城中城的门面房产归张金云所有。四、其他：1．聘请宝鸡县正达律师事务所张凤霞律师做我私人终身法律顾问，有权代为审查上述各企业帐务，保护我的合法权益。2．我指定张凤霞律师作为我的遗嘱执行人。3．目前由于握笔困难由法律顾问张凤霞执笔书写。4．我与各公司所签的合同履行期满后凡继续使用商标，要从利润中提取20%，作为商标使用费(合同另签)，企业属谁，由谁得益。5．此遗嘱一式七份，由遗嘱执行人保管，继承开始由执行人负责实施。见证人：张凤霞(签名)，单位：宝鸡县正达律师事务所；见证人：孙亚鹏(签名)，单位：熊毅武集团公司；见证亲属：熊伟浩(签名)；吴秋文(签名)；遗嘱人：熊毅武；代书人：张凤霞；遗书时间：1997年2月23日。"此遗嘱经宝鸡市公证处公证。

1997年2月28日熊毅武逝世。1997年3月1日和4月14日，张凤霞分别与熊萍、熊伟浩签订了《协议书》，约定：根据1997年2月23日熊毅武先生生前遗嘱第四项第一条、第二条、第四条规定双方协商签订如下协议：一、乙方(张凤霞)要遵照遗嘱的规定办好各种手续，差费由甲方(熊萍、熊伟浩)负责解决。二、甲方聘请乙方担任法律顾问、财务顾问，维护乙方合法权益，全权委托乙方对甲方继承权益得到充分兑现。查帐按总裁指示办。三、在合同履行期间甲方遇到有关涉及法律及财务方面的问题乙方帮助解决。四、给乙方的报酬：按原签法律顾问合同执行，由集团办发放。奖金由甲方自行酌定。五、甲方无论是否在此单位任职，乙方均有权代替甲方按协议进行工作。六、律师应收遗嘱分配析产代理费，按国家规定从遗产中扣除。七、此协议有效期三年，自签订协议之日起计算有效期。1997年4月22日，张凤霞向熊伟浩、向美琼出具了宝鸡县正达律师事务所收到15万、3万元遗嘱析产律师代理费的收款收据，但所收到的18万元未交正达律师事务所。1997年4月7日，张凤霞在给熊萍的"情况说明"中称执行遗嘱全部费用已交清。庭审中张凤霞陈述该笔2万元现金，个人已收取，

未向熊萍打收据。以上共计20万元。1997年4月底，张凤霞按照熊毅武生前遗嘱将其遗产全部分配完毕。

1997年6月13日，原告向美琼、熊伟浩、熊萍向宝鸡市中级人民法院提起诉讼，称张凤霞以遗嘱执行人的身份将熊毅武名下的329万元分给所谓熊毅武之"妻"张金云，属非法所得，请求确认《生前遗嘱》无效；判令张金云返还非法所得329万元；责令张凤霞负责退回执行费22．9万元。宝鸡市中级人民法院于1997年8月15日立案，并向张金云、张凤霞发出了应诉通知书。张金云对案件管辖权提出异议，认为此案不应由宝鸡市中级人民法院管辖，被宝鸡市中级人民法院裁定予以驳回。张金云不服，向陕西省高级人民法院提出上诉。陕西省高级人民法院认为：向美琼等人要求确认熊毅武《生前遗嘱》无效，既不属于追还财产纠纷，也不属于侵权纠纷，应为继承纠纷；向美琼等人与张凤霞的纠纷，不属于返还财产纠纷，应为因代理费发生的纠纷，遂裁定继承纠纷移送不动产所在地吉林省高级人民法院处理(该案现已审结)；向美琼等人与张凤霞的代理费纠纷，由宝鸡市中级人民法院决定管辖。本案的诉讼即向美琼等人变更诉讼请求后重新提起的诉讼。

在二审期间，经陕西省高级人民法院主持调解，熊萍自愿放弃对上诉人张凤霞的诉讼请求，并就一、二审案件的受理费与张凤霞达成调解协议，该调解协议经双方签字，已发生法律效力。

陕西省高级人民法院认为，本案双方当事人的争议焦点是：张凤霞作为遗产执行人与部分遗产继承人就执行遗产相关事宜签订的委托代理协议是否有效?

民法通则和《中华人民共和国继承法》均没有对遗嘱执行人的法律地位和遗嘱执行人的权利义务作出明确规定。只要不违反法律的禁止性规定，民事主体有权处分自己权利。张凤霞作为熊毅武指定的遗嘱执行人，在熊毅武没有明确其执行遗嘱应得到报酬的情况下，与继承人熊伟浩、熊萍等人就执行遗嘱的相关事项签订协议，并按照该协议的约定收取遗嘱执行费，不属于律师法第三十四条禁止的律师在同一案件中为双方当事人代理的情况。一审判决根据律师法第三十四条的规定认定当事人之间的协议无效，属适用法律错误，应予纠正。

熊伟浩等人与张凤霞签订的委托代理协议是否有效，应依据《中华人民共和国合同法》的规定审查。熊伟浩等人虽主张与张凤霞签订委托代理协议，是受张凤霞的误导，但却无法提供相应证据证明该协议是在违背其真实意思表示的情况下签订的，或者该协议是法律规定的无效合同或可撤销合同，故对其要求撤销或宣告两份委托代理协议无效的主张，依法不予支持。

综上，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第(二)项之规定，于2003年3月1日判决：

一、撤销宝鸡市中级人民法院的民事判决；

二、宝鸡县正达律师事务所张凤霞与熊伟浩签订的执行遗嘱协议书有效；

三、驳回向美琼、熊伟浩的诉讼请求。

本判决为终审判决。

对《民法通则》第17条的评述

条文内容:

公证遗嘱由遗嘱人经公证机关办理。

自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写，签名，注明年、月、日。

代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，注明年、月、日，并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名。

以录音形式立的遗嘱，应当有两个以上见证人在场见证。

遗嘱人在危急情况下，可以立口头遗嘱。口头遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。危急情况解除后，遗嘱人能够用书面或者录音形式立遗嘱的，所立的口头遗嘱无效。

一、周边法源

（一）部门规章

1、《遗嘱公证细则》（2000.03.24通过，2000.07.01开始实施）

第五条　遗嘱人申办遗嘱公证应当亲自到公证处提出申请。

遗嘱人亲自到公证处有困难的，可以书面或者口头形式请求有管辖权的公证处指派公证人员到其住所或者临时处所办理。

第六条　遗嘱公证应当由两名公证人员共同办理，由其中一名公证员在公证书上署名。因特殊情况由一名公证员办理时，应当有一名见证人在场，见证人应当在遗嘱和笔录上签名。

（二）司法解释

1、最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国继承法》若干问题的意见（1985.09.11通过并实施）

第三十六条　继承法实施前订立的，形式上稍有欠缺的遗嘱，如内容合法，又有充分证据证明确为遗嘱人真实意思表示的，可以认定遗嘱有效。

第四十条　公民在遗书中涉及死后个人财产处分的内容，确为死者真实意思的表示，有本人签名并注明了年、月、日，又无相反证据的，可按自书遗嘱对待。

二、法条释义

本条是关于遗嘱的几种表现形式的规定。

遗嘱的内容与形式都要符合法律规定。遗嘱的形式是指遗嘱人表述自己意愿处分自己遗产的方式。由于遗嘱具有改变法定继承人范围、继承顺序和遗产份额以及设立遗赠、遗托的效力，对继承权和受遗赠权的实际取得与消失产生重大影响，所有法律对遗嘱人处分自己遗产的意思表示方式作了较为严格的规定。

根据本条的规定那个，遗嘱可以有以下5中形式：公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱和口头遗嘱。

(一)公证遗嘱

公证遗嘱是指经过公证机关公证的遗嘱。公证机关是我国专门办理证明法律行为及有法律意义文件和事实的真实性和合法性的司法行政机关。因此，公证遗嘱是方式严格、内容真实、证据力较强的一种遗嘱形式。办理公证遗嘱一般由遗嘱人在公证员二人面前，亲笔书写遗嘱，签名盖章，并注明年月日。也可以由公证人员代为记录遗嘱，并由其整理成书面遗嘱后向遗嘱人宣读，在遗嘱人确认无误后，有记录的公证员二人和遗嘱人签名，注明地点和年月日。

(二)自书遗嘱

自书遗嘱是指由遗嘱人亲自书写的遗嘱。这种遗嘱不需要见证人在场见证，即发生继承的法律效力。自书遗嘱必须有遗嘱人亲笔书写，亲自签名，然后注明年月日。不能由他人代写或记录，也不能用打字机作成；不能由他人代签姓名，也不能用印章、指印或其他符号代替签名。只有这样，才能保证遗嘱的真实性和准确性。

(三)代书遗嘱

代书遗嘱是指因遗嘱人不能书写而委托他人代为书写的遗嘱。由于疾病、文化程度等原因，遗嘱可由他人代写，但必须具备下列条件：

1、必须有两个以上见证人在场见证。见证人可由遗嘱人指定，也可由遗嘱人所在单位或者住所地基层人民政府派出。

2、须由遗嘱人口述遗嘱要点，然后由见证人中的一人代为书写，写成书面遗嘱后，有代书人向遗嘱人宣读。代写人不能是见证人以外的其他人，也不能是继承人、受遗赠人等法律规定的不能作为遗嘱见证人的人。

3、必须注明年月日，并由代写人、其他见证人和遗嘱人签名。

(四)录音遗嘱

录音遗嘱是指遗嘱人用录音机录下的自己的口述遗嘱。录音遗嘱时，必须有两个以上见证人在场见证。见证可采取书面或录音的形式。经过见证的录音磁带应封存起来，注明年月日，遗嘱人与见证人在封条上签名。

(五)口头遗嘱

口头遗嘱是指遗嘱人在生命危害的情况下口授他人的遗嘱。口头遗嘱必须是在危急的情况下设立的，危急情况，一般指遗嘱人生命垂危，在前线作战或者发生意外灾害(如船舶遇险、飞机失事，以及遇到台风、地震洪水泛滥等自然灾害，等等)等紧急情况。设立口头遗嘱还必须有两个以上见证人在场见证。见证人见证的方式，可以事后做书面或口头证明。对口头遗嘱当场作出书面记录，要注明年月日，并由记录人和其他见证人签名。危急情况解除后，遗嘱人能用书面或录音形式设立遗嘱时，所立的口头遗嘱无效。这样才能更好地保护遗嘱的严肃性和有效性，保护遗嘱人和继承人的合法权益。

三、争点及评述

理论界暂无争议

四、相关案例裁判要旨

（一）最高人民法院指导性案例

李某、郭某阳诉郭某和、童某某继承纠纷案

基本案情

原告李某诉称：位于江苏省南京市某住宅小区的306室房屋，是其与被继承人郭某顺的夫妻共同财产。郭某顺因病死亡后，其儿子郭某阳出生。郭某顺的遗产，应当由妻子李某、儿子郭某阳与郭某顺的父母即被告郭某和、童某某等法定继承人共同继承。请求法院在析产继承时，考虑郭某和、童某某有自己房产和退休工资，而李某无固定收入还要抚养幼子的情况，对李某和郭某阳给予照顾。

被告郭某和、童某某辩称：儿子郭某顺生前留下遗嘱，明确将306室赠予二被告，故对该房产不适用法定继承。李某所生的孩子与郭某顺不存在血缘关系，郭某顺在遗嘱中声明他不要这个人工授精生下的孩子，他在得知自己患癌症后，已向李某表示过不要这个孩子，是李某自己坚持要生下孩子。因此，应该由李某对孩子负责，不能将孩子列为郭某顺的继承人。

法院经审理查明：1998年3月3日，原告李某与郭某顺登记结婚。2002年，郭某顺以自己的名义购买了涉案建筑面积为45.08平方米的306室房屋，并办理了房屋产权登记。2004年1月30日，李某和郭某顺共同与南京军区南京总医院生殖遗传中心签订了人工授精协议书，对李某实施了人工授精，后李某怀孕。2004年4月，郭某顺因病住院，其在得知自己患了癌症后，向李某表示不要这个孩子，但李某不同意人工流产，坚持要生下孩子。5月20日，郭某顺在医院立下自书遗嘱，在遗嘱中声明他不要这个人工授精生下的孩子，并将306室房屋赠与其父母郭某和、童某某。郭某顺于5月23日病故。李某于当年10月22日产下一子，取名郭某阳。原告李某无业，每月领取最低生活保障金，另有不固定的打工收入，并持有夫妻关系存续期间的共同存款18705.4元。被告郭某和、童某某系郭某顺的父母，居住在同一个住宅小区的305室，均有退休工资。2001年3月，郭某顺为开店，曾向童某某借款8500元。

南京大陆房地产估价师事务所有限责任公司受法院委托，于2006年3月对涉案306室房屋进行了评估，经评估房产价值为19.3万元。

裁判结果

江苏省南京市秦淮区人民法院于2006年4月20日作出一审判决：涉案的306室房屋归原告李某所有；李某于本判决生效之日起30日内，给付原告郭某阳33442.4元，该款由郭某阳的法定代理人李某保管；李某于本判决生效之日起30日内，给付被告郭某和33442.4元、给付被告童某某41942．4元。一审宣判后，双方当事人均未提出上诉，判决已发生法律效力。

裁判理由

法院生效裁判认为：本案争议焦点主要有两方面：一是郭某阳是否为郭某顺和李某的婚生子女？二是在郭某顺留有自书遗嘱的情况下，对306室房屋应如何析产继承。

关于争议焦点一。《最高人民法院关于夫妻离婚后人工授精所生子女的法律地位如何确定的复函》中指出：“在夫妻关系存续期间，双方一致同意进行人工授精，所生子女应视为夫妻双方的婚生子女，父母子女之间权利义务关系适用《中华人民共和国婚姻法》的有关规定。”郭某顺因无生育能力，签字同意医院为其妻子即原告李某施行人工授精手术，该行为表明郭某顺具有通过人工授精方法获得其与李某共同子女的意思表示。只要在夫妻关系存续期间，夫妻双方同意通过人工授精生育子女，所生子女均应视为夫妻双方的婚生子女。《中华人民共和国民法通则》第五十七条规定：“民事法律行为从成立时起具有法律约束力。行为人非依法律规定或者取得对方同意，不得擅自变更或者解除。”因此，郭某顺在遗嘱中否认其与李某所怀胎儿的亲子关系，是无效民事行为，应当认定郭某阳是郭某顺和李某的婚生子女。

关于争议焦点二。《中华人民共和国继承法》（以下简称《继承法》）第五条规定：“继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。”被继承人郭某顺死亡后，继承开始。鉴于郭某顺留有自书遗嘱，本案应当按照遗嘱继承办理。《继承法》第二十六条规定：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的共同所有的财产，除有约定的以外，如果分割遗产，应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产。”最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第38条规定：“遗嘱人以遗嘱处分了属于国家、集体或他人所有的财产，遗嘱的这部分，应认定无效。”登记在被继承人郭某顺名下的306室房屋，已查明是郭某顺与原告李某夫妻关系存续期间取得的夫妻共同财产。郭某顺死亡后，该房屋的一半应归李某所有，另一半才能作为郭某顺的遗产。郭某顺在遗嘱中，将306室全部房产处分归其父母，侵害了李某的房产权，遗嘱的这部分应属无效。此外，《继承法》第十九条规定：“遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。”郭某顺在立遗嘱时，明知其妻子腹中的胎儿而没有在遗嘱中为胎儿保留必要的遗产份额，该部分遗嘱内容无效。《继承法》第二十八条规定：“遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额。”因此，在分割遗产时，应当为该胎儿保留继承份额。综上，在扣除应当归李某所有的财产和应当为胎儿保留的继承份额之后，郭某顺遗产的剩余部分才可以按遗嘱确定的分配原则处理。

对《继承法》第十八条的评述

一、条文内容

【遗嘱见证人】下列人员不能作为遗嘱见证人：

㈠无行为能力人、限制行为能力人；

㈡继承人、受遗赠人；

㈢与继承人、受遗赠人有利害关系的人。

二、周边法源：

㈠部门规章

1、《司法部关于处理涉台遗产继承公证若干问题的通知》（1991 年 11 月 29 日 司发（1991）085 号）...关于遗嘱继承问题，代书或自书遗嘱，需要办理声明书公证书，由遗嘱见证人或遗嘱人在大陆的亲属发表声明，证明该遗嘱系遗嘱人本人生前设立的最后的遗嘱，然后再办理遗嘱受益人的身份公证书和委托书公证书。

2、《司法部公证司关于如何确认在加拿大订立的处分国内遗产的遗嘱效力的复函》(1991 年 2 月 26 日 ［91］司公字第 43 号）。广东省司法厅公证管理处：你处粤司公字（１９９０）６９号、２８８号《关于王景兴，雷持芬申办遗嘱继承两公证案呈请审核的报告》、《关于检定吕钟锦棠遗嘱书的函》收悉。关于如何确认在加拿大订立的处分在我国内遗产的遗嘱的效力问题，据驻加拿大使馆领事部和我驻多伦多总领馆告，加拿大没有全国统一的继承法，在加拿大所订立的处分在加拿大以外遗产的遗嘱，不需检定。为辨别其真伪，可出遗嘱见证人或立遗嘱人生前的家庭医生以书面证明遗嘱的笔迹是立遗嘱人的或遗嘱人签名是真实的。证明书应经加拿大公证人公证、加拿大外交部或其授权的机构及我驻加使领馆认证。上述遗嘱继承公证的申请人，如提交此证明书，并符合涉外遗嘱继承公证的其他条件，公证处可以为其办理继承权公证。 随函将三份公证卷宗退回。

3、司法部公证律师司对《关于香港居民为处理在港财产所立代书遗嘱应如何处理的请示》的批复（1988 年 6 月 6 日 ［88］司公字第 51 号）广东省司法厅公证管理处：你处一九八八年四月七日粤司公（１９８８）４４号函悉。关于香港居民因探亲、旅游、治病等在内地所立的代书遗嘱，在遗嘱人死亡后为拿到香港使用而申办公证事，据香港南洋商业银行信托有限公司介绍，香港居民不论在香港或内地以中文订立的遗嘱，即使没有见证人在遗嘱上签字，香港法院在得到某些必要的详情和文件佐证后也会予以确认和接受。香港法院最基本的要求，是要得到熟知遗嘱人立遗嘱详情的亲友的声明书公证书，声明他们确知遗嘱人生前曾立有遗嘱，而且确信该遗嘱是遗嘱人亲笔签署，且是唯一有效的遗嘱。香港法院也可能会根据情况要求进一步提供其他材料。因此，我司认为公证处不宜对汤启德所立代书遗嘱予以确认并给予公证。可由遗嘱见证人发表声明，公证处证明见证人签字盖章属实。在出证时，将遗嘱与声明书装订在一起，如果与声明书装订在一起的遗嘱是影印件，还必须证明影印件

与原件相符。 请注意了解该公证书的使用效果，并函告我司。

㈡地方规范性法律文件

1、上海市律师协会关于律师办理继承法律业务的操作指引（本指引于 2010 年 1 月 9 日市律协业务研究与职业培训委员会讨论通过）.....17.2 律师应当注意提醒立遗嘱人，下列人员不能作为遗嘱见证人：（1）无行为能力人、限制行为能力人；（2）继承人、受遗赠人；（3）与继承人、受遗赠人有利害关系的人。

2、新疆维吾尔自治区律师协会关于新疆律师办理继承法律业务操作指引.....律师应当注意提醒立遗嘱人，下列人员不能作为遗嘱见证人：（1）无行为能力人、限制行为能力人；（2）继承人、受遗赠人；（3）与继承人、受遗赠人有利害关系的人。

㈢最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国继承法》若干问题的意见.....36、继承人、受遗赠人的债权人、债务人、共同经营的合伙人，也应当视为与继承人、受遗赠人有利害关系，不能作为遗嘱见证人。

三、法条释义

本条是关于遗嘱见证人资格的规定。

遗嘱见证人，是指为遗嘱人见证遗嘱的人。见证人可以由遗嘱人指定，也可以由遗嘱人所在单位或者住所地基层人民政府派出。现行继承法规定，代书遗嘱、录音遗嘱、口头遗嘱必须有两个以上的见证人在场见证。公证遗嘱自不必说，它是在公证员面前作出的。这是因为，遗嘱是遗嘱人单方处分其财产的法律行为，为了保证遗嘱的真实、有效、准确，避免在遗嘱执行时发生不必要的纠纷，法律才规定了遗嘱见证人。遗嘱见证人的任务，是协助、证明遗嘱人设立遗嘱。因此，遗嘱见证人也必须具备一定的条件。

首先，无行为能力人和限制行为能力人不能作为遗嘱见证人。因为这两种人不能或者不能完全理智地处理自己的事务，没有正常的、健全的认识能力和判断能力。作为遗嘱见证人必须具有完全行为能力，对民事法律行为的性质及其法律后果具有完全的识别能力和判断能力。

其次，继承人、受遗赠人与遗产有直接的利害关系，也不能作为遗嘱见证人，否则对作出公正的见证及确保遗嘱内容的真实性不利。

再次，与继承人、受遗赠人有利害关系的人，也不能作为遗嘱见证人，因为他们与继承人、受遗赠人有利害关系，自然遗嘱中涉及的有关内容与他们有直接或间接的受益关系，从而有可能影响他们对遗嘱的真实性作出公正的证明。

四、争点评述

遗嘱见证人是指证明遗嘱确为遗嘱人所立且为遗嘱人的真实意思表示的人。遗嘱是自遗嘱人死亡时发生效力的法律行为，因此，关于遗嘱的成立及内容、遗嘱人的意思表示等，已无法向遗嘱人求证，只能依赖于遗嘱见证人的证明。可见，遗嘱见证人对遗嘱的效力具有至关重要的作用。从各国民法的规定来看，除自书遗嘱外，其他的遗嘱形式都需要有遗嘱见证

人见证。按照我国现行继承法的规定，代书遗嘱、录音遗嘱、口头遗嘱需要有两个以上的遗嘱见证人在场见证。

关于遗嘱见证人的资格限制，各国民法都从遗嘱见证人缺格的角度加以规定，具体列举哪些人不能担任遗嘱见证人。根据我国现行继承法及其司法解释的规定，下列人员不得作为遗嘱见证人：（1）无民事行为能力人、限制民事行为能力人；（2）继承人、受遗赠人；（3）与继承人、受遗赠人有利害关系的人，包括继承人、受遗赠人的配偶、子女、父母、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母以及继承人、受遗赠人的债权人、债务人、共同经营的合伙人。

对于上述规定，学界均认为应当加以完善，并提出了相应的建议。

例如，有学者主张，下列人员不能作为遗嘱见证人：（1）无民事行为能力人、限制民事行为能力人；（2）继承人、受遗赠人及其配偶或直系近亲属；（3）公证人的配偶、助理人及近亲属。“参见王利明主编：《中国民法典学者建议稿及立法理由》，法律出版社 2005 年版，第 562 页”

有学者主张，下列人员不能作为遗嘱见证人：（1）未成年人、成年障碍者；（2）继承人、受遗赠人及其配偶或直系血亲；（3）与继承人、受遗赠人有利害关系的其他人。“参见梁慧星主编：《中国民法典草案建议稿附理由》（继承编），法律出版社 2013 年版，第 95-96 页。参见杨立新、杨震等：《〈中华人民共和国继承法〉修正草案建议稿》，载《河南财经政法大学学报》2012 年第 5 期。”

有学者主张，下列人员不得作为遗嘱见证人：（1）无民事行为能力人、限制民事行为能力人；（2）继承人、受遗赠人；（3）与继承人、受遗赠人有利害关系的人；（4）因盲、聋等障碍，不具有见证能力的人。“参见陈苇主编：《外国继承法比较与中国民法典继承编制定研究》，北京大学出版社 2011 年版，第 358 页。”

有学者主张，下列人员不能作为遗嘱见证人：（1）无民事行为能力人、限制民事行为能力人；（2）继承人、受遗赠人及其他利害关系人；（3）对设立遗嘱的意义和遗嘱的内容，不具有理解能力的人。有学者认为，下列人员不能作为遗嘱见证人：（1）无行为能力人、限制行为能力人、需要阅读时的盲人及需要听说时的聋哑人以及文盲；（2）遗嘱指定的继承人、受遗赠人；（3）遗嘱指定的继承人、受遗赠人的配偶及直系血亲。“参见赵莉：《我国遗嘱见证制度之重构》，载《海峡法学》2013 年第 1 期。”

笔者认为，确定遗嘱见证人是否适格，首先须明确遗嘱见证人所应当具备的条件。欠缺条件者，即构成遗嘱见证人缺格。概括地说，遗嘱见证人应当具备以下四个条件：

第一，遗嘱见证人须是遗嘱人指定的人。遗嘱是一种单方行为，而遗嘱见证人是证明遗嘱的内容、订立过程等情形的人，因此，遗嘱见证人只能由遗嘱人指定。对此，《德国民法典》第 2249 条第 1 项及《法国民法典》第 980 条都明确规定，遗嘱见证人须是立遗嘱时被邀请或受召唤之人。未受遗嘱人指定的人，即使了解遗嘱的订立情形也不能作为遗嘱见证人，而只能作为证人。因遗嘱见证人系受遗嘱人指定，因此，遗嘱见证人与遗嘱人之间是一种委托关系，应按委托关系的法律规范加以规制。同时，遗嘱见证人必须在立遗嘱现场见证整个

遗嘱的订立过程。

第二，遗嘱见证人须具有完全民事行为能力。从各国和地区民法的规定来看，遗嘱见证人的民事行为能力均要求为完全民事行为能力，即无民事行为能力人、限制民事行为能力人不具有遗嘱见证的行为能力。我国现行继承法也遵循了这种立法例，这应予以肯定。遗嘱见证人不具有完全民事行为能力，属于遗嘱见证人的绝对缺格。就是说，不具有完全民事能力的人在任何遗嘱中都不能作为遗嘱见证人。

第三，遗嘱见证人须具有事实上的遗嘱见证能力。遗嘱见证人虽然是具有完全民事行为能力的人，但如不具有事实上的遗嘱见证能力，也属于遗嘱见证人缺格。例如，凡是遗嘱见证以具有读、听、写能力为必要的，则遗嘱见证人须具有该种能力，否则构成遗嘱见证人缺格，为事实上的缺格。遗嘱见证人须具有事实上的遗嘱见证能力属于事实条件，须进行事实判断。例如，凡需要遗嘱见证人签名的遗嘱如代书遗嘱、口头遗嘱等，不会书写的人不得担任遗嘱见证人；凡需要了解遗嘱人口授遗嘱内容的遗嘱如代书遗嘱、口头遗嘱、音像遗嘱等，不能理解遗嘱人所用语言的人不得担任遗嘱见证人。关于遗嘱人事实上的遗嘱见证能力，域外立法例有所规定。例如，《法国民法典》第 980 条中规定，遗嘱见证人应当懂得法语并会签字；《瑞士民法典》第 503 条中规定，文盲不得作为遗嘱见证人；《俄罗斯民法典》第 1124 条中规定，文盲、因身体缺陷而不能完全理解所发生事情本质的人、不足够通晓遗嘱所使用语言的人不得担任遗嘱见证人；《西班牙民法典》第 681 条规定，盲人、全聋或全哑的人、不能知晓被继承人语言的人、神志不健全的人不得担任遗嘱见证人。在法国判例中，如果见证人双目完全失明，可以归入“身体机能无能力”之列，会引起经其见证的公证文件无效，因为双目失明的人不可能肯定地辨认遗嘱、公证人与其他证人。

第四，遗嘱见证人须与遗嘱没有利害关系。从各国和地区民法的规定来看，凡是与遗嘱有利害关系的人，均被排除在遗嘱见证人之列，但其范围不尽相同。与遗嘱有利害关系的人不能作为遗嘱见证人，属于遗嘱见证人的相对缺格。所谓相对缺格，是指与遗嘱有利害关系的人仅不得作为该遗嘱的见证人，除此之外，其仍得作为其它遗嘱的见证人。按照我国现行继承法的规定，与遗嘱有利害关系的人包括两种：一是继承人、受遗赠人，二是继承人、受遗赠人的配偶、子女、父母、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母以及继承人、受遗赠人的债权人、债务人、共同经营的合伙人。这一规定过于宽泛，应当加以进一步的限制。笔者认为，与遗嘱有利害关系可以是受益的利害关系，也可以是受损的利益关系；可以是直接利害关系，也可以是间接利害关系。无论与遗嘱存在哪种利害关系，相关人员都不能作为遗嘱见证人。首先，受遗赠人与遗嘱有直接受益的利害关系，当然不能作为遗嘱见证人。其次，继承人与遗嘱有受益或受损的利害关系。从各国和地区民法规定来看，继承人均被排除在遗嘱见证人之列，只是《日本民法典》第 974 条将继承人限定为“推定继承人”。有学者主张，在遗嘱见证人中，继承人应当是指遗嘱指定的继承人，而非所有的法定继承人，因为只有遗嘱指定的继承人才与遗嘱有直接受益的利害关系。应当说，遗嘱指定的继承人当然与遗嘱有直接受益的利害关系，不能作为遗嘱见证人，但是，遗嘱没有指定的继承人与遗嘱就没有利害关系了

吗？笔者认为，遗嘱没有指定的继承人也不能作为遗嘱见证人，因为尽管这类继承人没有从遗嘱中直接受益，但存在着间接受益或者受损的情形。就间接受益情形来看，无论遗嘱指定的继承人是哪个顺序的继承人，都有可能使其他继承人间接受益。例如，如果遗嘱指定配偶为继承人，则配偶按照遗嘱继承的遗产将成为其财产的一部分，而这部分财产将来就有可能成为其遗产被遗嘱人的子女继承，从而没有被遗嘱指定为继承人的子女就与遗嘱发生了间接受益的利害关系。同理，在遗嘱指定子女为继承人时，没有被遗嘱指定为继承人的配偶也会与遗嘱发生上述的间接受益的情形。再如，如果遗嘱人指定父母为继承人，则父母按照遗嘱继承的遗产将成为其财产的一部分，而这部分财产将来也有可能成为其遗产而被遗嘱人的兄弟姐妹以第一顺序继承人的身份继承，从而没有被遗嘱指定为继承人的兄弟姐妹就与遗嘱存在间接受益的利害关系。就受损情形来说，如果遗嘱指定第二顺序继承人为继承人，则第一顺序继承人的继承权就被遗嘱剥夺，其与遗嘱显然存在着受损的利害关系。有学者指出，若遗嘱未指定的继承人为见证人（不论第一顺序还是第二顺序），就意味着该遗嘱是对其不利的。在此情况下，遗嘱未指定的继承人还愿意做遗嘱见证人，则该证明的可信性是毋庸置疑的，故应当允许遗嘱未指定的继承人为见证人。笔者认为，与遗嘱的利害关系不应限于受益关系，也应当包括受损关系。因为继承人的利益受损也会影响其遗嘱见证的公正性。在因遗嘱而受益的情况下，遗嘱见证人会尽力证明遗嘱的有效；而在因遗嘱而受损的情况下，遗嘱见证人可能会采取使遗嘱届时不能生效的手段。正是由于没有被遗嘱指定的继承人与遗嘱存在着上述间接受益或受损的利害关系，其作为遗嘱见证人就难以保证其遗嘱见证的公正性。因此，无论继承人是否被遗嘱指定为继承人，都不能作为遗嘱见证人。再次，继承人、受遗赠人的配偶及直系血亲与遗嘱有直接和间接受益的利害关系。这是因为，继承人、受遗赠人按照遗嘱接受的遗产，属于夫妻共同财产，从而继承人、受遗赠人的配偶与遗嘱发生直接受益的利害关系。而继承人、受遗赠人的直系血亲与遗嘱会发生间接受益的利害关系，理由如前所述。再其次，继承人、受遗赠人的兄弟姐妹与遗嘱有间接受益的利害关系。这是因为，继承人、受遗赠人的兄弟姐妹属于继承人、受遗赠人的第二顺序继承人，按照上述分析，继承人、受遗赠人的兄弟姐妹与遗嘱也存在着间接受益的利害关系。最后，继承人、受遗赠人的债权人、债务人、共同经营的合伙人与遗嘱没有利害关系，因为无论是继承人还是受遗赠人，其按照遗嘱接受遗产都不会使其债权人、债务人或合伙人受益或受损。因此，这类人不应排除在遗嘱见证人之外。

五、相关案例裁判要旨

典型案例一 周甲诉周乙等遗嘱继承纠纷案 (2014)浦民一(民)初字第12823号

原告周甲诉称，被继承人周根祥与被告周丙系夫妻关系，两人共生育原告周甲、被告周乙、周丁及案外人周A，周A于2011年3月去世，被告李某某系周A之女。2014年2月16日周根祥去世。2013年12月7日，周根祥与周丙请陈泰国作为代书人，由周福祥、周妹海、周小妹作为见证人立下代书遗嘱一份，上述遗嘱将两人的财产由被告周乙继承，但上述遗嘱的代书人陈泰国与被告周乙系同事关系，且见证人周福祥、周妹海、周小妹均系被继承人周

根祥的第二顺序继承人，更何况被继承人夫妇系文盲，两人是否清楚遗嘱的真实意思存疑，基于上述原因要求确认2013年12月7日周根祥、周丙订立的代书遗嘱无效。

被告周乙、周丙、李某某辩称，2013年12月7日，周根祥与周丙订立的代书遗嘱合法有效，周根祥与周丙在确认遗嘱内容之后才签字确认，上述遗嘱由陈泰国代书，并由周福祥、周妹海、周小妹三人见证，上述遗嘱合法有效，要求驳回原告的诉讼请求。

被告周丁未作答辩。

经审理查明，被继承人周根祥与被告周丙系夫妻关系，两人共生育原告周甲、被告周乙、周丁及案外人周A，周A于2011年3月去世，被告李某某系周A之女。

2013年12月7日，由陈泰国作为代书人，周福祥、周妹海、周小妹作为见证人，周根祥与周丙立下遗嘱一份，言明“周根祥、周丙两人因拆迁安置到一套懿行路XXX弄XXX号XXX室房屋一套，被拆迁安置人员为周根祥，同住人为周乙、周甲，现还未办理产权证，我们在此表示此套房屋里属于我们两人的产权份额将来全部归大儿子周乙继承，同时我们的财产包括出让南码头路XXX弄XXX号XXX室的房屋款(受让人周甲、罗琴欠我们的购房款)全部归周乙继承，其它人不得干涉”。上述遗嘱由周根祥、周丙签字并捺印，并由陈泰国在代书人处签字，周福祥、周妹海、周小妹在见证人处签字。

另查明，陈泰国与被告周乙系同事关系，周福祥、周妹海、周小妹与周根祥系兄弟姐妹关系。

以上事实由原、被告陈述，原告提供的遗嘱一份等证据证实。

审理中，陈泰国、周妹海、周小妹到庭作证，其三人均陈述遗嘱内容向周根祥及周丙宣读确认。

法院认为，公民可以依照法律规定立遗嘱处分个人财产，遗嘱的形式有公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、口头遗嘱和录音遗嘱等形式。代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，注明年、月、日，并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名。本案中原、被告对周福祥与周丙立下的代书遗嘱形式无异议，双方争议在于代书遗嘱是否有效。根据陈泰国、周小妹、周妹海及被告周丙当庭陈述，遗嘱经陈泰国代书，遗嘱内容由陈泰国向周根祥及周丙宣读确认，并分别由遗嘱人周根祥、周丙，代书人陈泰国、见证人周福祥、周妹海、周小妹在遗嘱上签名，周根祥及周丙的遗嘱符合代书遗嘱的形式要件。现原告认为遗嘱代书人与被告周乙系同事关系，与继承人有利害关系，遗嘱见证人系被继承人周根祥系兄弟姐妹关系，见证人系第二顺位继承人，故上述遗嘱应无效。本院认为，代书人陈泰国系被告周乙的同事，遗嘱见证人与被继承人周根祥系兄弟姐妹关系，但上述关系并不是我国继承法第十八条规定的不能作为遗嘱见证人的情形，故被告周乙上述辩称意见本院不予采信。另外，原告认为周根祥、周丙的遗嘱非两人真实意思表示，从周丙的本人陈述及三名证人陈述，遗嘱内容系周根祥及周丙的意思表示，且遗嘱内容经两人确认并签字捺印，故原告上述辩称意见本院亦难以采信。综上，周根祥及周丙于2013年12月7日订立的代书遗嘱系遗嘱人周根祥、周丙的真实意思表示，应认定为合法有效，原告要求确认无效的诉讼请求本院难以支持。应

当指出的是，被告周丁在本院向其公告送达起诉状副本及开庭传票的情况下，未到庭应诉，应视为被告周丁放弃了对原告所主张之事实和提供的证据进行辩驳的权利，由此产生的法律后果由被告周丁自行承担。依照《中华人民共和国继承法》第十六条第二款、第十七条第三款、第十八条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十条的规定，判决如下：

驳回原告周甲要求确认周根祥、被告周丙于2013年12月7日所立的代书遗嘱无效的诉讼请求。

典型案例二　高某某诉赵某甲等法定继承纠纷案（2013）徐民一（民）初字第8253号

原告高某某诉被告赵某乙、赵某甲、赵某丙、赵某丁法定继承纠纷一案，本院于2013年12月23日立案受理后，依法适用简易程序，于2014年1月9日公开开庭进行了审理。原告高某某的委托代理人胡晓丹、被告赵某乙（暨被告赵某甲的委托代理人）、被告赵某丙与赵某丁的委托代理人孙振东到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告高某某诉称，原告与被继承人赵某戊系夫妻，二人生育三名子女，即本案被告赵某乙、赵某丁与赵某己。被告赵某甲系赵某乙之子。被继承人名下有位于上海市某路某弄某号某室房屋一套（以下简称系争房屋），属于原告与被继承人赵某戊的夫妻共同财产。2010年8月5日，被继承人订立遗嘱，将其在系争房屋中的产权份额确定由原告及被告赵某乙和赵某甲继承。2012年5月23日被继承人去世。之后，原告曾与诸被告协商处理被继承人的遗产，未果。现起诉，请求法院判决由原告与被告赵某乙和赵某甲按照遗嘱继承系争房屋产权份额，具体要求原告取得房屋产权，由原告支付被告赵某乙、赵某甲应继承份额的折价款。被继承人另遗留有股票账号资产，要求截止至2012年5月23日的被继承人名下的股票资产10万元中的遗产部分，按照法定继承处理。

被告赵某乙、赵某甲辩称，同意原告的诉讼请求。

被告赵某丙辩称，不同意原告的诉讼请求，原告提交的遗嘱缺乏真实性、合法性和有效性。原告在立遗嘱人处签名非常荒唐，其不能既为立遗嘱人又为继承人，若原告是立遗嘱人则该份遗嘱尚未生效。该份遗嘱由继承人赵某乙代书，违反了我国继承法第十八条的规定。从原告提交的录像来看，制作遗嘱过程中，被继承人赵某戊意识不清，表情呆滞，书写时手握不住笔，连数字“9”都不会写，自始至终对遗产的情况及遗产的分配等遗嘱内容未做任何清晰陈述，该份遗嘱不是被继承人的意思表示，而是继承人赵某乙自说自写，赵某乙成了被继承人的全权代理人。遗嘱的见证人是赵某乙出面邀请，是赵某乙夫妇的同事，与赵某乙有利害关系，不能作为遗嘱见证人。原告提供的录像存在语句不连贯，画面跳转等情形，有剪辑、篡改的痕迹。综上，该份遗嘱无论从形式要件还是从实质要件而言，均属无效。本案中赵某戊的遗产应按照法定继承处理。赵某戊名下的股票账户资产以其死亡时点的市值分割处理，无法律依据。

被告赵某丁辩称，同意赵某己的辩称意见。另，系争房屋系赵某丁出资64万元委托赵某戊购买，属于赵某丁的合法财产。赵某丁也已经依法提起确权之诉，现已申请再审。赵某

戊的遗嘱处分了他人的财产，当属无效。

经审理查明，原告高某某与被继承人赵某戊系夫妻，两人共育有三名子女，即本案被告赵某乙、赵某丁与赵某己。被告赵某甲系被告赵某乙之子。赵某戊于2012年5月23日死亡，其父母已先于其死亡。2005年1月，系争房屋产权登记于赵某戊名下。被告赵某丁曾起诉要求确认系争房屋所有权归赵某丁所有[（2013）徐民四（民）初字第463号案]。本院于2013年5月17日判决驳回赵某丁的诉讼请求。赵某丁不服一审判决，提起上诉[（2013）沪一中民二（民）终字第1825号案]，2013年7月18日，上海市第一中级人民法院判决驳回上诉，维持原判。该案赵某丁已申请再审。

另查明，被继承人赵某戊在浙商证券股份有限公司客户编号为11000XXXX（对应的资金账户11000XXXX，证券账户A11504XXXX，003425XXXX）的账户内截止至2014年1月14日的股票市值为49,878.40元，资产总值为50,369.69元。该账户自被继承人去世之日至查询之日除红股入账外，无交易记录。当事人一致确认，该账户实际由赵某己操作。

原告提交落款日期为2010年8月5日的遗嘱一份，遗嘱人姓名处签名为“赵某戊”，遗嘱内容为：“我今年79岁，在立遗嘱时精神清醒，现对本人所有的财产，作如下处理：我自愿将本人所有的房产遗留给妻子高某某、儿子赵某乙、孙子赵某甲……房产地址：某路某弄某号某室，面积65.82㎡，我遗留给妻子高某某、儿子赵某乙、孙子赵某甲的房产，属于自己个人所有……”，遗嘱落款处立遗嘱人由赵某戊及高某某签字并按指印，见证人处唐某某与沈某某分别签名。原告另提交记录该份遗嘱制作过程的录像光盘一份。录像显示，制作遗嘱过程有被继承人赵某戊、原告高某某，被告赵某乙、赵某甲，及两位见证人在场。上述遗嘱除打印部分外，手写部分由被告赵某乙代书，书写前及书写过程中，赵某戊未对系争房屋的处置作出任何明确表示。书写至“我自愿将本人所有的房产遗留给……”处时，赵某乙对高某某讲：“妈，我给你名字也写上去吧。”高某某回答：“嗯，加，加加加。”遗嘱书写完毕后，赵某乙让赵某戊签字按手印，并未向赵某戊宣读遗嘱内容，也未给予赵某戊阅读遗嘱的时间。证人唐某某（系赵某乙的同事）到庭作证，其陈述2010年8月赵某乙请其及另一位证人为赵某戊立遗嘱作见证，证人到系争房屋后与赵某戊聊了两句，赵某戊还说辛苦二人了，感觉赵某戊的精神很好，人也很高兴。写遗嘱时，赵某戊的手抖，在经赵某戊同意后，由赵某乙代写遗嘱，立遗嘱时赵某戊没有提到要将遗产给其妻子高某某，证人认为其是为赵某戊立遗嘱做见证。证人沈某某（系赵某乙妻子的朋友）到庭作证，证明其受赵某乙所托为赵某戊做遗嘱见证。立遗嘱当天，赵某戊神志清楚，还与证人聊天。赵某乙代书遗嘱时曾就遗嘱如何填写询问赵某戊，征得赵某戊意见后，按照赵某戊的意见填写，赵某戊当天也明确表达过系争房屋由谁继承。这些录像中应该都能反映。据证人所知，赵某戊要将系争房屋留给高某某和孙子赵某甲，给不给赵某乙证人没有注意。

被告赵某丁与赵某己提交110接处警（案事件接报）登记表、上海市公安局徐汇分局龙华派出所工作情况、上海市公安局案（事）件接报回执单各一份，证明被继承人精神状况。派出所工作情况反映：2011年1月8日，赵某戊在某路某弄门口迷路，当时赵某戊神志不

是很清晰且答非所问，只能讲出女儿的名字叫“赵某己”。民警通过该姓名查到老人名为赵某戊。原告认为，赵某戊迷路发生在立遗嘱后的几个月，老年人的精神一天不如一天，而且2011年1月8日当日，赵某戊系因摔倒所致神志不清，不能以此证明其立遗嘱时有老年痴呆，具体精神状况需要权威机构作出鉴定，不能单凭报警记录等推定被继承人立遗嘱时的精神状况。被告赵某乙与赵某甲表示知道报警一事，当时赵某戊因为原告出去买菜长时间未归，出门找原告导致摔跤。当时赵某戊仅是将家庭住址报错（某路某弄某号的某号报成某某号），但是报得出赵某己的名字和电话号码，故精神状况不存在问题。

审理中，被告赵某己与赵某丁曾申请对原告提交的遗嘱上赵某戊的签名进行鉴定，并申请对系争房屋的市场价值进行评估。后二人撤回上述申请并与其他当事人一致确认系争房屋的市场价值为240万元。该房屋目前由原告实际居住使用。原告提交书面申请，请求法院若按照法定继承处理被继承人遗产，则考虑原告与被继承人共同生活多年，对被继承人照顾有加，及原告是80多岁的老人等因素，给予原告适当多分遗产。

上述事实，除当事人陈述外，另有居民死亡医学证明书、上海市房地产权证、遗嘱、（2013）沪一中民二（民）终字第1825号民事判决书、110接处警（案事件接报）登记表、上海市公安局徐汇分局龙华派出所工作情况、上海市公安局案（事）件接报回执单、股票账户对账单、录像光盘等证据证实，经庭审质证，本院予以确认。

法院认为，继承从被继承人死亡时开始，继承开始后，被继承人有遗嘱的按遗嘱继承处理，无遗嘱按法定继承处理。本案中原告虽提交一份被继承人的代书遗嘱，但该份遗嘱打印部分非被继承人所制作，手写部分为遗嘱指定的继承人赵某乙所书。我国继承法规定：代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，注明年、月、日，并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名。同时规定：无行为能力人、限制行为能力人、继承人、受遗赠人、与继承人、受遗赠人有利害关系的人等不能作为遗嘱见证人。因此赵某乙为赵某戊代书遗嘱违反了继承法关于遗嘱的形式要件。加之赵某戊在整个遗嘱的制作过程中对遗嘱内容没有作出过完整而明确的表达。录像中显示将遗产处分给包括原告高某某在内的三位当事人更像是被告赵某乙的意思表示。两位证人的当庭证词存在矛盾，与录像反映情况也不尽一致。因此，对该份遗嘱的效力，无论从形式上还是从实质上，本院均难以认定。因此，对赵某戊的遗产应按照法定继承处理。原告高某某及被告赵某乙、赵某丁、赵某己作为赵某戊的第一顺序继承人均有继承权。

被告赵某丁对于系争房屋产权提出异议，由于其业已对该房屋提起过确权诉讼，相关诉讼已有二审终审判决，至于赵某丁的申诉，并不影响终审判决的效力。该房屋虽然登记在赵某戊一人名下，但是该房屋产权的取得在其与高某某夫妻关系存续期间，应认定为赵某戊与高某某的夫妻共同财产，处理遗产时，应先将高某某的产权份额析出，再进行依法分割。被继承人名下的股票账户资产的处理，亦应先析出属于高某某的夫妻共同财产部分，再行继承分割。至于原告提出的，按照被继承人死亡时点的股票资产（10万元）进行继承处理，缺乏事实和法律依据，本院不予支持。同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等。本案

中，考虑到原告系逾80岁的高龄老人，在分割遗产时，本院酌情予以多分。对于系争房屋，由于目前实由原告居住使用，且继承后原告所占的房屋产权份额较大，从物尽其用和便于执行角度考虑，该房屋产权以归原告所有为宜，由原告支付其他继承人相应继承份额折价款。具体数额由本院根据当事人确认的房屋市场价值进行酌定。赵某戊名下的股票账户由于一直由被告赵某丙操作，最终该股票账户内的股票和资金余额可归被告赵某己所有，由赵某己就其他当事人应得部分进行补偿，具体数额，由本院根据股票账户查询情况酌定。

依照《中华人民共和国继承法》第二条、第三条、第五条、第十条、第十三条第一款、第十七条第三款、第十八条、第二十六条第一款的规定，判决如下：

一、被继承人赵某戊名下的上海市某路某弄某号某室房屋产权归原告高某某所有；

二、原告高某某于本判决生效之日起十五日内支付被告赵某乙、赵某丁、赵某己房屋折价款各28万元；

三、被继承人赵某戊在浙商证券股份有限公司客户编号为11000XXXX的账户内股票及资金账户余额归被告赵某己所有；

四、被告赵某己于本判决生效之日起十五日内一次性给付原告高某某上述股票及资金账户资产折价款31,480元，给付被告赵某乙、赵某丁各6,296元。

对《继承法》第十九条的评述

一、条文内容

【特留份制度】遗嘱应当对缺乏劳动能力有没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。

二、周边法源

法律：全国人民代表大会法律委员会关于第十一届全国人民代表大会第一次会议主席团交付审议的代表提出的议案审议结果的报告（2008 年 12 月 27 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第六次会议通过）.....30. 关于修改继承法的议案 1 件。天津团邢克智等 32 名代表提出关于修改继承法的议案（第 306 号），建议完善继承法，增加录音遗嘱应由遗嘱人亲自口述所立遗嘱的全部内容，包括其财产由谁继承或将其财产遗赠给何单位或个人等内容；明确遗嘱应当对第一顺序继承人至少保留二分之一的遗产份额，对缺乏劳动能力又没有生活来源的第二顺序继承人保留必要的遗产份额；遗嘱执行人制度至少应包括遗嘱执行人资格、产生方式、职责等内容。法制工作委员会正在对有关问题进行研究。

三、法条释义

本条是对遗嘱内容的一种限制性规定。

遗嘱必须符合法律规定的一定条件，才具有法律效力。本条的规定，是遗嘱有效的实质要件之一。抚养未成年和丧失劳动能力的子女、赡养父母是我国公民的法定义务。对尚无劳动能力的未成年人和因年迈、疾病、伤残而丧失劳动能力的其他法定继承人，在其缺乏劳动能力又无生活来源的情况下，遗嘱人设立遗嘱时应当保留他们的必要的继承份额。这种必要的继承份额称为"必留份"。

必留份与应继份不同。必留份，是指保障继承人生活需要所必不可少的份额。它可能大于应继份，也可能小于应继份。享有必留份的人，必须是法定继承人，又必须具备"缺乏劳动能力又没有生活来源"的条件。"没有生活来源"，是指法定继承人本身不具备独立维持个人最低物质生活水平的经济条件，而是在被继承人生前即依靠被继承人生活的情况。遗嘱如果违反必留份的规定，没有保留缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人必要的遗产份额，那么这部分遗嘱内容是无效的。本条关于遗嘱中必留份的规定，是强制性的规定。

根据最高法院的有关规定，继承人是否缺乏劳动能力又没有生活来源，应按遗嘱生效时该继承人的具体情况确定，遗嘱人未保留缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人的遗产份额，遗产处理时，应当为该继承人留下必要的遗产，所剩余的部分，才可参照遗嘱确定的分配原则处理。

四、争点评述

首先，在著作方面，在我国大陆地区对于特留份制度问题还没有专著进行专门的论述和研究。提及特留份制度的比较有代表性的继承法著作有：郭明瑞的《继承法研究》、张平华的《继承法原理》、张玉敏《继承法律制度研究》、史尚宽著：《继承法论》，这几本书中的相关章节对国外特留份制度的起源与发展、主要内容、特点及其与我国必留份制度的比较等进行了论述，使读者从横向和纵向全方位地了解了国外特留份制度。 同时，我国许多专家学者都呼吁为了克服必留份制度所存在的缺陷和不足，应尽快修改现行《继承法》，引入特留份制度。其中比较有代表性的是梁慧星教授和郭明瑞教授。梁慧星教授在《简陋的〈继承法〉已不适应当今社会》一文中提到我国应早日构建特留份制度。梁慧星教授也认为为维护家庭秩序稳定我国应该设立特留份制度。郭明瑞教授对梁慧星教授关于继承法修改建议的进一步补充和阐述，他对继承法的修改有着自己深刻的见解和建议，若有违反特留份制度将会导致所立遗嘱无效的后果。

在期刊资料方面，关于构建我国特留份制度的研究不少。王利明教授在其《继承法修改的若干问题》中认为应以特留份制度取代现有的必留份制度，是维护家庭和睦的需要，另一方面，王利明教授在《继承法修改的若干问题》认为我国社保制度不够健全。又如张平贵写文章简单介绍了特留份制度的产生和发展历程，对两大法系主要国家的特留份制度进行了概述，对我国建立特留份制度的紧迫性进行了分析。杨立新教授则在《在〈继承法〉中规定特留份制度》一文中分析了有些人反对在我国建立特留份制度的理由并对这种说法予以反驳，结合现实案例和必留份制度的特点，分析我国必留份制度的缺陷得出必留份制度与特留份制度完全不同。

在对国外特留份制度的研究上，资料相当匮乏。中国大陆地区介绍其他国家或地区该制度的文献资料不多，笔者参阅过的书籍主要有罗结珍译的《法国民法典》，陈卫佐译注的《德国民法典》，王书江译的《日本民法典》，这三本书都是国内学者对国外法典的翻译，方便了国内读者了解这些国家相关的法律规定，我也从中了解到了这些国家对于特留份制度的详细规定。 我国继承法中现有的必留份制度在限制遗嘱自由、维系亲情伦理方面的作用远远逊色于特留份制度，四川泸州发生的“二奶遗赠继承案”和杭州的“小保姆遗赠继承案”充分说明了在我国存在构建特留份制度的现实需求。

对于中国有没有特留份制度这一问题，学界展开了激烈的讨论，形成两种观点，有的人说中国目前并没有特留份制度，而在现实生活中有些人认为我国继承法第 19 条和 28 条这两条就是我国对特留份的规定，根据概括总是发现主要有以下两种观点：

（1）肯定说。支持肯定说的学者认为我国《继承法》中的第 19 条的规定我国的特留份制度，“特留份是被继承人遗产的一部分，享有特留份的只是一定范围内的法定继承人，特留份权利是法律的强行性规定。”王利明教授也在《继承法修改的若干问题》一文中明确表示“我国《继承法》第 19 条规定：‘遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。’这就在法律上确认了特留份制度，我国未来民法典是否应当设立特留份制度，值得探讨。”还有人认为我国《继承法》中第 28 条就是我国的特留份制度，他们认为继

承法第28条规定“遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额”就是我国的特留份。该条规定是特意为即将出生的胎儿保留遗产。

（2）否定说。此种观点的支持者认为我国不存在特留份制度，现有《继承法》的19条和28条不是特留份制度。杨立新教授发表文章表示中国并没有特留份制度。梁慧星教授在其《简陋的〈继承法〉已不适应当今社会》一文中也表示“建议创设特留份制度，以遏制遗嘱人滥用遗嘱自由，切实保障法定继承人的合法利益，以维护健康和谐的社会主义家庭秩序。”同时，还有其他学者也提出了中国目前没有特留份制度的观点，许莉教授也认为我国19条及其相关司法解释为我国的必留份制度。否定说的支持者都认为必留份制度仅与特留份制度虽然有很多相似的地方，但有着很多的不同之处，并非严格意义上的特留份制度，而是中国特有的“必留份制度”。

对于中国目前所存在的相关制度是否为特留份制度的两种观点，笔者赞成否定说，认为我国不存在特留份制度。通过仔细考察我们不难看出，中国的必留份制度与与之相类似的特留份制度虽有共同之处，但有着本质上的区别，并且必留份制度在保护继承人继承权、维护亲情伦理等方面存在一些缺陷，这些缺陷不能通过完善必留份制度本身得到解决，而应当在我国构建一个全新的特留份制度，并将现存的必留份制度进行吸收纳入特留份制度，形成一个全新的，既能维护亲情伦理又能尽到近亲扶养义务的特留份制度。

五、裁判要旨

㈠最高院指导性案例

最高人民法院关于发布第十批指导性案例的通知

（法〔2015〕85号）

各省、自治区、直辖市高级人民法院，解放军军事法院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院：

根据《最高人民法院关于案例指导工作的规定》第九条的规定，最高人民法院对《最高人民法院公报》刊发的对全国法院审判、执行工作具有指导意义的案例，进行了清理和编纂。经最高人民法院审判委员会讨论决定，现将经清理和编纂的北京百度网讯科技有限公司诉青岛奥商网络技术有限公司等不正当竞争纠纷案等八个案例（指导案例45-52号），作为第十批指导性案例发布，供在审判类似案件时参照。

指导案例50号

李某、郭某阳诉郭某和、童某某继承纠纷案

关键词：民事 继承 人工授精 婚生子女

裁判要点

1．夫妻关系存续期间，双方一致同意利用他人的精子进行人工授精并使女方受孕后，男方反悔，而女方坚持生出该子女的，不论该子女是否在夫妻关系存续期间出生，都应视为夫妻双方的婚生子女。

2．如果夫妻一方所订立的遗嘱中没有为胎儿保留遗产份额，因违反《中华人民共和国

继承法》第十九条规定，该部分遗嘱内容无效。分割遗产时，应当依照《中华人民共和国继承法》第二十八条规定，为胎儿保留继承份额。

相关法条

1.《中华人民共和国民法通则》第五十七条

2.《中华人民共和国继承法》第十九条、第二十八条

基本案情

原告李某诉称：位于江苏省南京市某住宅小区的306室房屋，是其与被继承人郭某顺的夫妻共同财产。郭某顺因病死亡后，其儿子郭某阳出生。郭某顺的遗产，应当由妻子李某、儿子郭某阳与郭某顺的父母即被告郭某和、童某某等法定继承人共同继承。请求法院在析产继承时，考虑郭某和、童某某有自己房产和退休工资，而李某无固定收入还要抚养幼子的情况，对李某和郭某阳给予照顾。

被告郭某和、童某某辩称：儿子郭某顺生前留下遗嘱，明确将306室赠予二被告，故对该房产不适用法定继承。李某所生的孩子与郭某顺不存在血缘关系，郭某顺在遗嘱中声明他不要这个人工授精生下的孩子，他在得知自己患癌症后，已向李某表示过不要这个孩子，是李某自己坚持要生下孩子。因此，应该由李某对孩子负责，不能将孩子列为郭某顺的继承人。

法院经审理查明：1998年3月3日，原告李某与郭某顺登记结婚。2002年，郭某顺以自己的名义购买了涉案建筑面积为45.08平方米的306室房屋，并办理了房屋产权登记。2004年1月30日，李某和郭某顺共同与南京军区南京总医院生殖遗传中心签订了人工授精协议书，对李某实施了人工授精，后李某怀孕。2004年4月，郭某顺因病住院，其在得知自己患了癌症后，向李某表示不要这个孩子，但李某不同意人工流产，坚持要生下孩子。5月20日，郭某顺在医院立下自书遗嘱，在遗嘱中声明他不要这个人工授精生下的孩子，并将306室房屋赠与其父母郭某和、童某某。郭某顺于5月23日病故。李某于当年10月22日产下一子，取名郭某阳。原告李某无业，每月领取最低生活保障金，另有不固定的打工收入，并持有夫妻关系存续期间的共同存款18705.4元。被告郭某和、童某某系郭某顺的父母，居住在同一个住宅小区的305室，均有退休工资。2001年3月，郭某顺为开店，曾向童某某借款8500元。

南京大陆房地产估价师事务所有限责任公司受法院委托，于2006年3月对涉案306室房屋进行了评估，经评估房产价值为19.3万元。

裁判结果

江苏省南京市秦淮区人民法院于2006年4月20日作出一审判决：涉案的306室房屋归原告李某所有；李某于本判决生效之日起30日内，给付原告郭某阳33442.4元，该款由郭某阳的法定代理人李某保管；李某于本判决生效之日起30日内，给付被告郭某和33442．4元、给付被告童某某41942．4元。一审宣判后，双方当事人均未提出上诉，判决已发生法律效力。

裁判理由

法院生效裁判认为：本案争议焦点主要有两方面：一是郭某阳是否为郭某顺和李某的婚生子女？二是在郭某顺留有遗嘱的情况下，对306室房屋应如何析产继承

关于争议焦点一。《最高人民法院关于夫妻离婚后人工授精所生子女的法律地位如何确定的复函》中指出："在夫妻关系存续期间，双方一致同意进行人工授精，所生子女应视为夫妻双方的婚生子女，父母子女之间权利义务关系适用《中华人民共和国婚姻法》的有关规定。"郭某顺因无生育能力，签字同意医院为其妻子即原告李某施行人工授精手术，该行为表明郭某顺具有通过人工授精方法获得其与李某共同子女的意思表示。只要在夫妻关系存续期间，夫妻双方同意通过人工授精生育子女，所生子女均应视为夫妻双方的婚生子女。《中华人民共和国民法通则》第五十七条规定："民事法律行为从成立时起具有法律约束力。行为人非依法律规定或者取得对方同意，不得擅自变更或者解除。"因此，郭某顺在遗嘱中否认其与李某所怀胎儿的亲子关系，是无效民事行为，应当认定郭某阳是郭某顺和李某的婚生子女。

关于争议焦点二。《中华人民共和国继承法》（以下简称《继承法》）第五条规定："继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。"被继承人郭某顺死亡后，继承开始。鉴于郭某顺留有遗嘱，本案应当按照遗嘱继承办理。《继承法》第二十六条规定："夫妻在婚姻关系存续期间所得的共同所有的财产，除有约定的以外，如果分割遗产，应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产。"最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第38条规定："遗嘱人以遗嘱处分了属于国家、集体或他人所有的财产，遗嘱的这部分，应认定无效。"登记在被继承人郭某顺名下的306室房屋，已查明是郭某顺与原告李某夫妻关系存续期间取得的夫妻共同财产。郭某顺死亡后，该房屋的一半应归李某所有，另一半才能作为郭某顺的遗产。郭某顺在遗嘱中，将306室全部房产处分归其父母，侵害了李某的房产权，遗嘱的这部分应属无效。此外，《继承法》第十九条规定："遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。"郭某顺在立遗嘱时，明知其妻子腹中的胎儿而没有在遗嘱中为胎儿保留必要的遗产份额，该部分遗嘱内容无效。《继承法》第二十八条规定："遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额。"因此，在分割遗产时，应当为该胎儿保留继承份额。综上，在扣除应当归李某所有的财产和应当为胎儿保留的继承份额之后，郭某顺遗产的剩余部分才可以按遗嘱确定的分配原则处理。

㈡其他典型案例：

段某甲、段某乙诉段某丙、段某丁、段某戊、段己分家析产、继承纠纷案件

北京市朝阳区人民法院/(2013)朝民初字第11488号

基本案情

被继承人段某、杨某某系夫妻关系，两人生前共生育五名子女，分别是长子段某戊、次子段某丙、长女段某甲、次女段某丁、三女段某乙。其中，段某戊为精神残疾人，残疾等级

为一级，其监护人为段某丙及段某丙之子段己。杨某某于2011年8月17日去世，段某于2012年4月12日去世。诉讼中，双方当事人均确认段某、杨某某生前无养子女和继子女，段某、杨某某的父母均已先于二人去世。

段某生前名下登记有位于崇文区××号楼××单元××号房屋一套，房屋建筑面积为82.38平方米。诉讼中，双方当事人均认可上述房屋为段某和杨某某的遗产，并共同确认涉诉房屋现有价值为350万元。

庭审中，段某丙、段某丁、段某戊提供了段某、杨某某的《遗嘱》一份，用以证明段某、杨某某生前通过遗嘱的方式对其遗产进行了处理。该《遗嘱》写于2010年10月5日，载明的立遗嘱人为段某、杨某某，其内容为："我在此立遗嘱，对本人所有的房产作如下处理。我自愿将下列归我所有的房产遗留给段己：（权属证号、房产地址、面积等详情）产权证崇私字第××号，地址崇文区××号楼××单元××号，结构混合，建筑（平方米）82.38，层数一。我遗留给段己的财产属于段己个人所有。长子段某戊对此房产享有居住权。段某丙给予段某甲、段某丁、段某乙三人补偿金每人十万元整。段某丙、段己是段某戊监护人。本遗嘱委托段己为执行人。"段某甲、段某乙则对该《遗嘱》上段某与杨某某字迹的真实性不认可，并申请对《遗嘱》上除"杨某某"签名字迹外其余字迹是否为段某所写进行了笔迹鉴定。经法院委托，北京民生物证司法鉴定所于2013年7月5日作出京民司鉴［2013］文鉴字第107号《司法鉴定意见书》，鉴定意见为"检材字迹与样本字迹是同一人书写"。本案双方当事人对该《司法鉴定意见书》均予以认可，确认《遗嘱》上除"杨某某"签名字迹外其余字迹均为段某所写。但段某甲、段某乙认为该《遗嘱》系段某的自书遗嘱，其只能就其个人财产作出处理，对属于杨某某的财产份额的处分无效；且该《遗嘱》未给段某戊保留必要的份额，对该部分的处分无效。经法院询问，段某丙同意按照《遗嘱》给付段某甲、段某丁、段某乙三人补偿金每人10万元。另查，段某丁在段某去世后，收到段某丙给付的10万元，并向段某丙出具收条，写明"根据遗嘱收到拾万元钱，办房屋过户手续协助办理"。

审理结果

北京市朝阳区人民法院于2013年12月23日作出(2013)朝民初字第11488号民事判决：一、位于北京市崇文区××号楼××单元××号房屋归被告段己所有，被告段己于本判决生效之日起十日内给付被告段某戊房屋补偿款七十万元；二、确认被告段某戊对位于北京市崇文区××号楼××单元××号房屋有权居住使用；三、被告段某丙于本判决生效之日起十日内给付原告段某甲、原告段某乙各十万元；四、驳回原告段某甲、原告段某乙的其他诉讼请求。宣判后，双方当事人均未上诉，判决已发生法律效力。

裁判理由

法院生效裁判认为：遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产。继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理。

本案中，双方当事人均认可涉诉房屋崇文区××号楼××单元××号房屋为被继承人段某和杨某某的遗产，法院不持异议。对于涉诉房屋，段某和杨某某在其共同所立的《遗嘱》

中，写明该房屋归段己个人所有，段某戊对该房屋享有居住权，段某丙给予段某甲、段某丁、段某乙三人补偿金每人10万元。段某甲、段某乙虽对该《遗嘱》上杨某某签字的真实性不认可，但未申请对杨某某的字迹进行鉴定，亦未提供相反证据予以反驳，故本院认可《遗嘱》上杨某某签字的真实性。

根据我国继承法的规定，公民可以立遗嘱将个人财产赠给国家、集体或者法定继承人以外的人。现双方当事人对于段某、杨某某所写《遗嘱》的效力存在争议，主要围绕两个方面：

第一，杨某某在《遗嘱》中对其财产份额的处分是否有效。本案中，涉诉房屋系段某与杨某某生前的夫妻共同财产，双方均有权通过遗嘱的方式处分其享有的财产份额。《遗嘱》内容虽然是段某所写，但该《遗嘱》上有杨某某签字，且段某与杨某某系夫妻关系，处分的又是双方的共同财产，故应认定段某与杨某某基于处分涉诉房屋的共同意思表示订立了一份遗嘱，而非段某为杨某某代书遗嘱，不应适用继承法中关于代书遗嘱的规定。因此，法院认定杨某某在《遗嘱》中对其财产份额的处分有效。

第二，段某、杨某某是否为段某戊保留了必要的份额。我国继承法第十九条规定，“遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额”。本案中，段某戊为精神残疾一级，缺乏相应的劳动能力和生活来源，段某和杨某某在遗嘱中应为其保留必要的遗产份额，本院确定为涉诉房屋的五分之一。

基于以上分析，对于涉诉房屋，根据段某、杨某某《遗嘱》的相关内容，本院确认该房屋归段己所有，段己给付段某戊70万元折价补偿款；段某戊有权居住使用涉诉房屋；段某丙给付段某甲、段某丁、段某乙三人各10万元。鉴于段某丙已根据《遗嘱》给付了段某丁10万元，段某丙无需再行向段某丁进行给付。

对《继承法》第二十条的评述

一、条文内容

【遗嘱的撤销与变更】 遗嘱人可以撤销、变更自己所立的遗嘱。立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准。自书、代书、录音、口头遗嘱，不得撤销、变更公证遗嘱。

二、周边法源

㈠司法解释

司法部律师公证工作指导司关于监护人与被监护人订立或变更共同遗嘱不应予以公证的复函

（1999年4月29日　[99]司律公函026号）

山东省司法厅公证管理处：

你处今年四月二十三日《关于监护人与被监护人订立或变更共同遗嘱能否予以公证的请示》函悉。经研究认为，符合法律规定条件的遗嘱方为有效。根据有关法律、法规和司法解释，设立或变更遗嘱的行为应由遗嘱人亲自实施，遗嘱人应有遗嘱能力（即完全民事行为能力），遗嘱必须表示遗嘱人的真实意思，不能由他人代理，且遗嘱只能处分其个人财产。因此，公证处不应办理监护人与无民事行为能力或者限制民事行为能力的被监护人的共同遗嘱公证，也不应办理其变更共同遗嘱公证。已经办理的应予撤销。

此复。

㈡最高人民法院关于贯彻执行《继承法》若干问题的意见……39.遗嘱人生前的行为与遗嘱的意思表示相反，而使遗嘱处分的财产在继承开始前灭失，部分灭失或所有权转移、部分转移的，遗嘱视为被撤销或部分被撤销；42.遗嘱人以不同形式立有数份内容相抵触的遗嘱，其中有公证遗嘱的，以最后所立公证遗嘱为准；没有公证遗嘱的，以最后所立的遗嘱为准。

三、法条释义

本条规定了遗嘱的变更、撤销，以及不同形式遗嘱之间的效力问题。

遗嘱是单方法律行为。遗嘱人在设立遗嘱之后，根据其自己的真实意愿，有权依照法律和各种主客观原因的变化，变更或撤销原来所立的遗嘱。

遗嘱的变更，是指遗嘱人对原立遗嘱的部分进行改变的行为。它包括内容的变更和形式的变更，遗嘱人变更遗嘱时，必须具有行为能力。如果遗嘱人在立遗嘱时有行为能力，变更遗嘱时丧失了行为能力，那么原立的遗嘱仍然有效。变更遗嘱必须出于遗嘱人的真实意愿，即没有受到他人的威胁、强迫、欺骗的情况存在。遗嘱人改变遗嘱内容时，同样不得剥夺缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人的必要的遗产份额。

自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱、口头遗嘱四种遗嘱形式之间，可以相互变更先立的不

同形式或者相同形式的遗嘱。对于公证遗嘱，必须以公证的方式变更。自书、代书、录音、口头遗嘱方式，均不能用作变更先立的公证遗嘱方式，而公证遗嘱则可以用作变更先立的自书、代书、录音、口头遗嘱的方式。另外除公证、自书遗嘱外，变更其他形式的遗嘱时，都必须有两个以上的见证人在场见证。

遗嘱的撤销，是指遗嘱人取消原立遗嘱的全部内容的法律行为。遗嘱人可以以书面形式声明撤销原遗嘱，也可以用立新遗嘱的方式撤销原立遗嘱等等，遗嘱一经撤销，即失去了发生效力的可能性，如果遗嘱人未立新的遗嘱，在遗嘱人死亡之后，遗产按法定继承的规定处理。如果遗嘱人以不同形式立有数份遗嘱，并且这些遗嘱的内容是相抵触的，其中公证遗嘱的，以最后所立公证遗嘱为准；没有公证遗嘱的，以最后所立的遗嘱为准。

在遗嘱的各种形式中，公证遗嘱是由国家公证机关进行公证的遗嘱，比其他形式的遗嘱更具有证明力，即法律效力最强。因此，遗嘱人无论变更遗嘱，还是撤销遗嘱，都不能以其他遗嘱变更或者撤销原来的公证遗嘱。

四、争点评析

本条在理论界基本无争议。

《继承法》第20条第1款规定了“遗嘱人可以撤销、变更自己所立的遗嘱”，体现了遗嘱人变更和撤销遗嘱的自由权利。一些国家或地区的立法中还特别强调了对于此种权利的保护。遗嘱人在设立遗嘱后有权对遗嘱进行部分或全部的变动。遗嘱人在遗嘱设立后对遗嘱内容的部分修改，就是遗嘱的变更；遗嘱人在设立遗嘱后又取消原来所立的遗嘱或者以新的遗嘱取代原来所立的遗嘱，就是遗嘱的撤销。

遗嘱作为一种单方民事法律行为，在遗嘱人死亡后生效。根据民法原理，撤销针对的是生效的民事法律行为。大部分学者据此认为《继承法》中所言之遗嘱的变更和撤销实际上应该是遗嘱的撤回价。遗嘱撤销的真实含义应该是指遗嘱生效后，利害关系人认为该遗嘱处分损害了自己的合法权利，而依法请求撤回被继承人遗嘱处分的单方法律行为。基于现行《继承法》及相关配套法律规定将遗嘱的撤回称为“撤销”的立法现实，本文仍将遗嘱的全部变动称为遗嘱的撤销。

遗嘱之所以能够变更和撤销是与遗嘱本身的属性是密不可分的。遗嘱是遗嘱人真实意思的表示。遗嘱的变更和撤销，与订立遗嘱一样，均是遗嘱人自由处分自己财产的一种权利。在遗嘱人死亡之前，遗嘱人的意思表示可能会有所变化，法律上不承认或不支持这种变化是不现实的，要禁_L仁这种变化也是不一可能的。如果法律只允许遗嘱人有订立遗嘱的自由而没有给予遗嘱人变更和撤销遗嘱的自由，这就是限制了自然人对于则一产的处分权利。因而世界上部分国家的继承立法上，就明文规定了遗嘱人对于遗嘱的撤销权不得放弃。也就是说，只要遗嘱人还活着，其就有权变更和撤销其先前所立的遗嘱，即使其愿意做出放弃变更和撤销遗嘱权利的表态，也对其没有约束力。所以在公证实践中，对于部分公证遗嘱当事人提出的要在遗嘱中特别注明“该遗嘱不得撤销”或“该遗嘱是最后一份遗嘱”等字眼，公证员均会对其进行详尽的解释，告一知当事人根据遗嘱的特点，遗嘱人是不能放弃变更和撤销遗嘱的

权利的。不能放弃变更和撤销遗嘱的权利，这是对遗嘱人的保障，是防止部分受益人在遗嘱人立完遗嘱后，态度有一百八十一度的转变，不再像先前那样关心遗嘱人甚至虐待遗嘱人。

五、裁判要旨

【人民法院公报案例】

山东日照中院判决牟乃分与卢振林等遗嘱继承纠纷案

——夫妻一方死亡另一方无权撤销已生效共同遗嘱

裁判要旨

遗嘱人生前可变更、撤销其原来所立遗嘱。当遗嘱人死亡，遗嘱生效，遗嘱继承人只能接受继承或放弃继承，而不能撤销、变更已生效的遗嘱。夫妻双方共立遗嘱，约定互为继承人，此时一方死亡，在世的另一方即为遗嘱继承人，其无权撤销、变更共同遗嘱中已生效部分。

案情

2004年3月2日，牟乃分与其丈夫卢玉太共同订立了一份公证遗嘱，将夫妻共有的两处二层沿街楼作如下处分：（一）夫妇一方死亡后，先死亡者遗留下的房产份额由健在的老伴继承；（二）夫妇俩均死亡后，一号沿街楼由其子继承，二号沿街楼由其两个女儿共同继承；（三）夫妇俩健在期间，可共同变更、撤销遗嘱；夫妇俩一人健在时，可以自行变更、撤销本遗嘱；（四）本遗嘱第一项在夫妇一方死亡后生效，第二项在夫妇俩均死亡后生效。2007年，卢玉太因病去世。2009年3月23日，牟乃分向公证部门公证撤销了前述遗嘱，但其认为遗嘱第一项已经生效，其已基于继承取得了房产物权，并与其子女就房产继承发生了纠纷。牟乃分遂以其三名子女为被告诉至日照市岚山区人民法院，要求依法确认涉案房产已由其继承、归其所有。

裁判

岚山区人民法院认为，牟乃分与卢玉太共立的遗嘱明确约定一方死亡后，另一方有权撤销该遗嘱，表明遗嘱人已将遗嘱撤销权授权其配偶享有，故牟乃分在其夫卢玉太死亡后撤销遗嘱，符合卢玉太的意愿，该撤销行为合法有效；因遗嘱已被全部撤销，故牟乃分请求按照遗嘱继承，并确认涉案房产归其所有，无合法依据。

岚山区人民法院判决为：驳回牟乃分的诉讼请求。

牟乃分不服一审判决，向日照市中级人民法院提出上诉。

日照市中级人民法院认为，卢玉太死亡后，遗嘱第一项已生效，涉案房产中卢玉太的份额发生继承，牟乃分作为遗嘱第一项指定的唯一继承人并未明示放弃继承，应视为其接受了继承。此后，牟乃分虽公证撤销遗嘱，但遗嘱第一项此前已生效，涉及的房产发生继承，该项遗嘱已无撤销之可能，且牟乃分作为该项遗嘱的继承人而非遗嘱人，对于涉及该部分遗产的遗嘱第一项亦无撤销权，故牟乃分公证撤销遗嘱的行为对遗嘱第一项不发生效力。

2012年5月15日，日照市中级人民法院终审判决：确认牟乃分继承了卢玉太遗留的房

产份额，并取得整个房产的物权。

评析

共同遗嘱是指两名或两名以上的遗嘱人共同设立的遗嘱。司法部《遗嘱公证细则》第十五条规定了遗嘱人坚持申请办理共同遗嘱公证的，共同遗嘱中应当明确遗嘱变更、撤销及生效的条件。共同遗嘱在形式和内容上若不为法律禁止，不违背公序良俗，系遗嘱人的真实意思表示，符合民法通则第五十五条关于民事法律行为构成要件的规定，认定遗嘱有效并无法律障碍。

本案即为一起因共同遗嘱的撤销而引发的家庭纠纷。卢玉太死亡后，牟乃分经公证撤销了共同遗嘱，但对于遗嘱中夫妻互为继承人的遗嘱第一项，是否能够撤销，牟乃分与其子女持不同观点，这也是本案的讼争焦点。

对于遗嘱的撤销和变更，《中华人民共和国继承法》第二十条规定，遗嘱人可以撤销、变更自己所立的遗嘱；立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准；自书、代书、录音、口头遗嘱，不得撤销、变更公证遗嘱。最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第三十九条规定："遗嘱人生前的行为与遗嘱的意思表示相反，而使遗嘱处分的财产在继承开始前灭失、部分灭失或所有权转移、部分转移的，遗嘱视为被撤销或部分被撤销"；其第四十二条规定："遗嘱人以不同形式立有数份内容相抵触的遗嘱，其中有公证遗嘱的，以最后所立公证遗嘱为准；没有公证遗嘱的，以最后所立的遗嘱为准。"根据上述有关遗嘱撤销、变更的法律、司法解释的规定，遗嘱人撤销遗嘱的方式可以是立新遗嘱撤销原遗嘱，或书面声明原遗嘱无效，以及以具体行为表明撤销的意思，但须遵循"新遗嘱取代旧遗嘱"、"公证遗嘱须经公证才能撤销"的原则，而且，有权撤销遗嘱的是遗嘱人本人，遗嘱人有权撤销的是其自己原先所立遗嘱。上述法律、司法解释条文中"以最后的遗嘱为准"、"以最后所立的遗嘱为准"、"以最后所立公证遗嘱为准"及"遗嘱人生前的行为"的表述，进一步说明撤销遗嘱须为遗嘱人生前的行为，且撤销须系针对尚未生效的遗嘱。

本案中，因卢玉太死亡的事件发生，遗嘱第一项已经具备生效条件，并据此发生继承。很显然，卢玉太系该项遗嘱的遗嘱人，牟乃分系该项遗嘱的继承人，其作为继承人取得了涉案房产物权。在继承发生前，并未发生遗嘱第一项被撤销的情形，在卢玉太死亡后，牟乃分作为继承人更无权撤销卢玉太的遗嘱。现遗嘱第一项已经生效且继承也已发生，牟乃分公证撤销遗嘱的行为对该项遗嘱不发生法律效力。但对于涉案遗嘱的第二项"夫妇俩均死亡后，一号沿街楼由其子继承，二号沿街楼由其两个女儿共同继承"，因牟乃分仍健在，该项遗嘱尚不具备生效条件，而且其中的"一号楼、二号楼"在卢玉太死亡后均已归属牟乃分个人财产，牟乃分有权自由处分，包括撤销该财产之上所立遗嘱，因此，遗嘱第三项中的"夫妇俩一人健在时，可以自行变更、撤销本遗嘱"，实际上针对的就是遗嘱第二项，本案应认定牟乃分经公证撤销了遗嘱第二项。

本案案号：（2011）岚民一初字第242号；（2011）日民一终字第553号

对《继承法》第二十一条的评述

一、条文内容

【附义务的遗嘱继承】 遗嘱继承或遗嘱附有义务的，继承人或者受遗赠人应当履行义务。没有正当理由不履行义务的，经有关单位或者个人请求，人民法院可以取消他接受遗产的权利。

二、周边法源

司法解释

最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国继承法》若干问题的意见

43．附义务的遗嘱继承或遗赠，如义务能够履行，而继承人、受遗赠人无正当理由不履行，经受益人或其他继承人请求，人民法院可以取消他接受附义务那部分遗产的权利，由提出请求的继承人或受益人负责按遗嘱人的意愿履行义务，接受遗产。

三、法条释义

本条规定了继承人或者受遗赠人在接受遗产时应当履行遗嘱中附有的义务。

遗嘱人设立遗嘱时，除处分自己的财产外，有时在遗嘱中对遗嘱继承人或受遗赠人附加有义务，要求他们去为之履行。对遗嘱中附加的义务，继承人或者受遗赠人应当无条件地去履行。因此，继承人或者受遗赠人如果接受继承或遗赠，就应当接受遗嘱的全部内容，而不能只接受权利部分而不接受义务部分，即只享受权利不去履行义务。只有在继承人和受遗赠人有正当理由的情况下，才可以不履行遗嘱附加的义务。正当理由，包括遗嘱中所附加的义务不合法、违背社会公道，以及附加的义务根本无法履行或不能履行等客观原因。权利与义务是相对应的。在遗嘱继承或遗赠中，应在所接受的遗产范围内去履行义务。

如果履行义务所需要的费用超过遗产的价值。那么遗嘱继承人或受遗赠人便可以不履行。如果遗嘱继承或者遗赠所附的义务是合法的，遗嘱继承人、受遗赠人有条件履行而无正当理由不去履行，经受益人或其他继承人请求，人民法院可以取消他接受附义务那部分遗产的权利，由提出请求的继承人或受益人负责按遗嘱人的意愿履行义务，接受遗产。

四、争点评述

本条在理论界尚无争议。

附义务的遗嘱行为是指被继承人生前以选嘱方式处分自己个人合法财产、并在遗嘱中依法约定遗嘱继承水应当履行一定义务的民事法律行为。现代许多国家立法均付遗嘱附义务行为作了一些限制，成为一种半任意性规定，我国继承法中关于遗嘱附义务行为条件属于一种任意性规定，但从我国立法精神和法律原则上分析，它也应当是一种半任意性法律规定。实践中附义务遗嘱行为方面的纠纷较多，但由于我国继承法就附义务的遗嘱行为的性质、特征、

所附义务的法定条件和限制等均没有明确规定，审判人员无法把握附义务遗嘱行为的众多法律问题，故本文拟就附义务遗嘱行为的法律规范性作一粗浅探讨。

一、附义务的遗嘱行为的法律性质

(一)附义务的遗嘱行为是附条件的民事法律行为的特殊表现。

附义务的遗嘱行为，其所附义务符合附条件民事法律行为中所附条件的本质特征。首先，所附义务是将来发生的事实，即被继承人在立遗嘱时该事实并未发生，只有当其选嘱成立后或其死亡后该项事实才会发生，其所附义务只有在遗嘱成立后或其死亡后才可能为继承人履行。其次，该项义务是将来可能发生或可能不发生的事实。立遗嘱人遗嘱所附义务是元法肯定将来能被继承人接受和履行的，也不能肯定地认为继承人不能履行该所附义务，但是所附义务对于遗嘱将来的效力起着限制作用，若遗嘱继承人不能完成义务则可能失去相应的遗产继承权利。再次，由于遗嘱行为属于单方法律行为，用此所附义务只是立遗嘱人意思表示中所选定的遗嘱生效的某种事实，即附义务的遗嘱行为选定的义务行为事实不需征得继承人的同意即可成立，除非继承人放弃遗嘱继承，否则继承人只有在反行义务行为后方可享有遗嘱继承中相应的权利。最后，道嘱所附义务只有在法律准许范围内设立，若选定的“义务”行为是法律禁止的，或对于继承人来说是显失公平的等，则该FTf 附义务不受法律保护。所附义务违法，则进一步影响遗嘱本身的效力问题。上述各点均符合附条件民事法律行为的所附条件特征，因此，从其法律性质上说，附义务的遗嘱行为是一种附条件的民事法律行为。

(二)附义务的遗嘱行为.其所附义务是否履行是确定遗嘱是否产生相应法律后果的重要依据。

按照遗嘱，继承人履行义务的行为应符合遗嘱人生前意思表示，从法学理沦上看，这是遗嘱的效力延伸现象。这种效力延伸符合我国民事立法精神，同时也是我国继承法关于遗嘱效力条件规定的具体表现。首先，我国民法规定，当事人有权按自己的意愿处分自己的个人财产.同时规定当事人在享有民事权利的同时应当承担相应的义务，因此，遗嘱人在按遗嘱处分自己个人合法财产时，他有权提出遗嘱继承人相对应承担的义务，若该继承人拒绝承担所附义务或不能完整及行该所附义务，则他不能继承或不能够完全继承附义务部分的遗产权利。其次，公民个人将个人财产权利和相应义务以遗嘱方式供继承人选择是否继承是有法律依据的，继承法明确规定:附义务的遗嘱继承，继承人应当及行义务，没有正当理由不履行义务的，经有关单位或者个人请求，人民法院可以取消他接受遗产的权矛.！。再次，遗嘱所附义务是遗嘱人的真实意思表示，属于遗嘱有效的条件。当事人能够依自己的意思表示设定遗嘱缠承的义务，本质上就是遗嘱真实性的体现，若继承人不能够依从遗嘱人意思表示，则他违背了遗嘱人真实意思表示的法律保护原则，这时若仍以遗嘱权利内容继承遗产，势必违背了这一原则，不利于保护遗嘱人和其他人(其他继承人和遗嘱附义务受益人)合法民事权益。因此，遗嘱中所附义务既为法律认可和遗嘱人确定，那么该所附义务是否为继承人反行，便直接影响遗嘱继承效力问题，也即是，遗嘱所附义务是之法律后髯行，是遗嘱最终产生遗产继承必要条件。遗产是否已经分割，并不影响该遗嘱所附义务效力的溯及范围。一般应认定，若遗产已分刻但所

附义务因继承人自己的过错而不.能及行的，该义务涉及部分的财产继承应当无效。

(三)附义务的遗嘱行为相对于遗赠抚养协议来讲，具有不同的独立特征和法律性质。首先，附义务的遗嘱行为是一种单方法律行为，遗赠抚养协议则是一种双方法律行为。其次，附义务的遗嘱行为中，其时产继承人即所附义务的承担者只能是法定继承人的某一个或几个，而遗增抚养协议中的抚养人则只能是法定继承人以外的人。再次，附义务的遗嘱行为中可能存在第三方即所附义务的受益人，而遗赠抚养协议中则没有受益人，协议中的权利义务关系只能在遗赠人和抚养人之间产生，且该民事法律关系因遗蜡人死亡而消灭。

二、附义务的遗嘱行为应具备的适法条件附义务的遗嘱行为只有具备一定的条件和特征才能成立并具有法律效力，探讨其适法条件和特征又是司法实践中正确审理这类民事案件的需要。

(一)遗嘱所附义务内容必须合法，不违背社会公德和损害他人的利益。首先，所附义务不得违反法律的禁止性规定。遗嘱所附义务内容不能是法律禁止的行为。例如，该行为不能是犯罪行为，也不能是侵犯他人合法民事权益的侵权行为。其次，所姗义务不能是违背社会道德水准、损害他人合法权益的行为。实践中有的遗嘱人为了自身的矛.J益或受封建法学探索忍想的影响，以设定义务的方式利夺某些继承、尤其是无生活来源、缺乏劳动能力的人或者是女性和儿童继承遗产的权利。另外，有的过嘱人假借设定义务而转移个人财产、损害其他债权人和继承合法权益的行为，以及借遗嘱附义务而非法处分受益人时产的行为均应作无效认定。

(二)所附义务必须是遗嘱人真实意思表示。来自选嘱继承人或其他人的胁迫、诈欺、乘人之危等行为，往往会使遗嘱人在违背真实意思的情况下设定所附义务，，币该义务的设定最终将损害某些人的合法民事权益。实践中应注意的是.附义务的受益人也可能因为自身利益的考虑而采取上述行为要求遗嘱人为自己设定受益权，从而达到自己不正当的、损害遗嘱继承人合法权益砖目的。因此在审理和解决具体案件时，必须符合事实和法律规定对道嘱人意思表示进行审查，遗嘱继承人或其他继承人对遗嘱真实意思表示提出怀疑并有充分证据说明遗嘱人意思表示不真实的，应当认定该意忍表示所涉及的义务内容不受法律保护。

(三)遗嘱所附义务不能是法定义务。实践中遗嘱人在遗嘱中强调遗嘱继承人应当及行某种法定义务尤其是对他法定义务的.法院只能依据法定权利义务关系中权利人的请求，另案作为聆养、抚养等纠纷来进行审理和解。

(四)遗嘱所附义务必须是遗嘱内容的一部分。从形式上看，所附义务必须在遗嘱中具体反映出来.如果是J头遗嘱，也应当是在立遗嘱时同时设定义务。这是遗嘱意思表示的统一性要求的。

(五)遗嘱所附义务的内容一般应为能够履行、且履行期限不宜过长的义务。对于人力不能履行的行为、或者是因为遗嘱继承人方面的特殊合法事由而不能反行的义务，遗嘱人不能将其列为遗嘱附义务内容。遗嘱人不能履行的特珠事由包括经济原囚、身体状况原因以及地域条件限制子客观因素。若上述原因产生于遗嘱成立后到遗嘱人死亡前，则遗嘱人可依据自

己的意思表示另立遗嘱或直接取消该项义务等来改变最初附义务的遗嘱，但如果遗嘱人明知这些原因的存在而不改变其意忍的表示的，应认定该所附义务被遗嘱人否定、遗嘱附义务部分涉及的继承内容不因遗嘱继承人不能履行该所附义务而被取消。实践中，展行期限过长的义务不利于保护继承人合法利益、不利于当事人对遗产的正确利用和保护，因此，一般遗嘱所附义务应为短期或即期履行的义务。实践中，这些短期或即期义务可为一次性义务，若是多项义务，其性质亦应当是同种类的或该多项义务与遗嘱意思表示均有紧密联系。

三、遗嘱行为中所附义务的分类

附义务的遗嘱行为中，关健的是如何视范所附义务问题，因此有必要进一步探讨遗嘱所附义务的分类，其目的和意义就在于更深一层的了解所附义务的法律属性，便于在实践中掌握该类纠纷的起因，从而正确适用法律规定解决附义务的继承纠纷。按照不同的划分标准可以对遗嘱所附义务作如下几种

分类。

1、按照所附义务指向的受益人不同，可将所附义务分为对己义务和对他义务。对己义务是指遗嘱人为了满足自己的菜种濡要，保护自已的合法权益而在遗嘱中设定并要求遗嘱继承人适当履行的义务，时己义务中，义务人即遗嘱继承人应在遗嘱人生前或死后履行所附义务以满足遗嘱人自身的某种需求(如维护遗嘱人死后名誉、规定继承人利用遗产的方式讨旨令遗嘱继承人代偿自己的时外债务等子)。对他义务则是指遗嘱人在遗嘱中设定并要求遗嘱人履行，从而满足其他特定人的某种需要的义务。时他义务中，其他特定人即是遗嘱受益人，一般是与遗嘱人有亲密关系的人，如遗嘱人配偶、其他近亲属以及与遗嘱人有特珠感情联系的朋友等。该受益人与遗嘱人生前一般无均定的权利义务关系，实践中遗嘱人主要是墓本与受益人的某种特殊感情联系，或由于落后的风俗、习惯及其他原因不能或不便将过产直接指定由受益人遗嘱继承时，而要求遗嘱继承人在继承遗产时，履行满足受益人某种需求的义务。区分对己义务和对他义务，有利于实现遗嘱人真实意思表示，有利于保护受益人的合法权利。

2、按照所附义务的法律关系性质不同，

可将遗嘱所附义务分为财产清偿义务和其他行为义务两种。前者主要是指遗嘱人要求遗嘱继承人在继承遗产时，以其继承的遗产代替遗嘱人或遗嘱继承人清偿对介债务的义务。遗嘱人在生前己不可能清偿自己或受益人时外债务时而设定此类清偿义务。财产清偿义务所涉及的范围一般应在继承的遗产权利范围内，即遗嘱继承人的财产清偿义务以所继承的遗产为必要限度，除非遗嘱继承人自愿，否则他可不再承担超过遗产权利以外的清偿义务。除财产清偿义务以外在遗嘱中设定的其他种类的义务属于其他行为义务范畴，实践中主要包括遗嘱人要求遗嘱继承人完成经营的行为、财产管理的行为、时受益人的非法定扶助行为，以及遗嘱要求遗嘱继承人不能有刑事违法行为或其他违背社会公德的行为，这些禁止行为的规定只要符合法律规定，则应视为遗嘱附义务的内容。

3、根据遗嘱人要求履行所附义务的时间界限不同，可以将遗嘱所附义务分为生前义务和死后义务。生前义务即是遗嘱人要求遗嘱继承人在自己生前应履行的义务。生前义务履行

是否符合遗嘱内容要求，一般可以直接由遗嘱人单方考查确定，遗嘱人可以通过另立遗嘱等方式来直接变更附义务的遗嘱行为，也可直接处分遗嘱范围内的遗产，以生前实际处理财产的行为否定附义务的遗嘱行为。死后义务是指遗嘱人要求遗嘱继承人在自己死后一定时间内应当履行的义务。死后义务一般由遗嘱人在遗嘱中指定展行义务的监督人，或者由附义务的受益人或者遗嘱执行人、财产代管人进行监甘，该监督人有权依法律和实际情况考查遗嘱继承人义务及行情况，从而确定继承人是否享有对所附义务部分遗产继承的权利。

五、裁判要旨

典型案例一　张某某诉蔡某某因遗赠所附条件妨碍婚姻自由被认定无效案

（2013）参阅案例 91 号

[裁判摘要]

公民可以依照继承法规定设立遗嘱赠与并处分个人财产，并可依法向财产继承人附加义务，但所附义务不得违反法律规定的基本精神，否则相关内容应认定无效。对公民生前所立以约束配偶再婚自由为前提方可享有继承财产权利的遗嘱，因该遗嘱限制了妇女的合法权益和婚姻自由，应认定为无效，继承人不受该义务约束，仍享有法律上和遗嘱中确定的相应继承权利。

原告：张某某。

被告：蔡某某。

原告张某某因与被告蔡某某发生遗赠纠纷，向无锡市锡山区人民法院提起诉讼。

原告张某某诉称：其系张建元侄子，蔡某某系张建元妻子，蔡某某与张建元婚后未生育子女，张建元于 2006 年 12 月 4 日去世。张建元去世之前就其居住的坐落于锡山区东港镇港下社区张巷上 9 号三间平房及 10 号三间二层楼房立下遗嘱：张建元去世后如妻子蔡某某嫁人，则归张某某所有。在张建元去世后，蔡某某即与张坚平结婚，一直占据上述房屋，张某某曾多次要求蔡某某将房屋归还，但无果，故现要求判令上述房产归张某某所有。

被告蔡某某辩称：其与张建元于 1994 年 5 月以夫妻名义共同生活，不久即向张文兴购买坐落于锡山区东港镇港下社区张巷上 10 号三间二层楼房，该楼房系夫妻共同财产，其中列人张建元遗产的份额应由第一顺序法定继承人即妻子蔡某某继承，故张某某无权分得该楼房的房产份额；位于锡山区东港镇港下社区张巷上 9 号三间平房系张建元建造，其与张建元婚后一直居住在该平房内，张建元遗嘱的真实意思是其如在张建元病故后离开所居住的平房嫁到别处去，平房才归张某某所有，而在张建元病故后蔡某某与张坚平再婚一直居住在该平房内，实际未离开该平房，且蔡某某与张坚平婚后对该三间平房进行了翻造，在翻造平房及蔡某某与张坚平结婚、养育女儿、摆女儿百日酒席等过程中，张某某从未提出过将平房归其所有，故张某某现主张平房归其所有已超过继承时效，请求驳回张某某的诉讼请求。

无锡市锡山区人民法院一审审理查明：

张祥妹与张巧生婚后先后生育长女张宝妹、长子张胜元。张巧生病故后，张掌仁与张祥妹再婚，并生育儿子张建元。张胜元与张建元系同母异父的兄弟关系。母亲张祥妹于 1994

年 8 月去世，张建元之父张掌仁于 2004 年 11 月去世。1994 年 5 月蔡某某与张建元以夫妻名义共同生活，于 2006 年 10 月 31 日办理结婚登记手续，双方未生育子女。张建元已于 2006 年 12 月 4 日病故，生前与蔡某某共同居住在锡山区东港镇港下社区张巷上 10 号三间二层楼房和张巷上 9 号的三间平房内。张建元于 2006 年 11 月 19 日在病重期间书写遗书一份，载明："我去世后，东面三间楼房使用权归我妻蔡某某，西面三间平房也归我妻蔡某某安身之处，如我妻蔡某某今后嫁人，三间平房归我侄子张某某所有。"在遗书上有蔡某某、张胜元、兄长朱荣法、姐夫孙进德、蔡建东等作为见证人签名。遗书中所列张某某系张胜元之子、张建元之侄。

另查明：蔡某某与张坚平于 2007 年 6 月 12 日登记结婚，于 2007 年 10 月对三间平房进行修缮和墙面粉饰，2008 年 4 月生育一女，同年 11 月在该平房内为女儿举办"百日酒"。

无锡市锡山区人民法院一审认为：

公民可以依照继承法规定设立遗嘱处分个人财产，可以公证但并非必须公证；公民并可就遗嘱向继承人附加义务，其处分私权的权利应予尊重，但所附义务不得违反宪法和法律规定的基本精神，否则应认定无效。本案中张建元亲笔书写遗书及签名，注明年、月、日，并经数名见证人见证签名，故其书写的遗书为自书遗嘱。公民立遗嘱将个人财产赠给国家、集体或者法定继承人以外的人，为遗赠。张某某系张建元之侄子，属于法定继承人以外的人，其诉讼主张基于遗赠法律关系而提出，故本案案由应为遗赠纠纷。张某某在本案中提起的诉讼主张涉及两处房产，即张巷上 9 号三间平房与张巷上 10 号三间二层楼房，本案的争议焦点是上述两处房产是否应归张某某所有。

关于张巷上 10 号三间二层楼房，因张建元书写的遗书中涉及遗赠的部分为张巷上 9 号三间平房，而张巷上 10 号三间二层楼房并未列入遗赠的范围，张某某也非张建元的法定继承人，也不存在代位继承、转继承等情形，故张某某要求判令张巷上 10 号三间二层楼房归其所有的诉讼请求，于法无据，本院不予支持。

关于张巷上 9 号三间平房，因张建元所立遗嘱中就该处遗产的继承或赠与设定了约束他人内容，即"如我妻蔡某某今后嫁人，三间平房归我侄子张某某所有"，此系附义务的遗嘱继承，不履行义务即转为遗赠，即蔡某某获得三间平房的继承权所附的义务是不得改嫁。对张建元生前所立以约束配偶婚姻自由为前提方可享有继承财产权利的遗嘱，有违宪法和法律规定，是对蔡某某婚姻自由的限制，根据《继承法》第二十一条的规定，遗嘱继承或者遗赠附有义务的，继承人或者受遗赠人应当履行义务。没有正当理由不履行义务的，经有关单位或者个人请求，人民法院可以取消其接受遗产的权利。此条中的义务应当合法。而本案中，蔡某某有正当理由不履行该遗嘱中所附义务，并仍对该三间平房享有继承权利，故涉及张某某受遗赠权利的内容无效，张某某无受遗赠权。因为婚姻自由是我国宪法规定的一项公民基本权利，是我国婚姻法规定的基本婚姻制度，具体而言体现为婚姻自主权这一人格权利，即自然人有权在法律规定的范围内，自主自愿决定本人的婚姻，不受其他任何人强迫与干涉。张建元去世后，蔡某某是否再婚应完全由蔡某某自行决定，如蔡某某选择再婚也是法定权利。

张建元立下遗嘱但设定了约束内容，限制蔡某某的婚姻自由，违反了有关婚姻自由的宪法和法律的规定，故张建元所立遗嘱中"如我妻蔡某某今后嫁人，三间平房归我侄子张某某所有"的内容应属无效，即张某某受遗赠的内容无效。

需要指出的是，即使张建元的遗嘱前述内容有效，根据法律规定，受遗赠人应当在知道受遗赠后两个月内，作出接受或者放弃受遗赠的表示。到期没有表示的，视为放弃受遗赠。本案中张建元死亡后，蔡某某与张坚平于 2007 年 6 月起在原蔡某某与张建元共同生活的房屋中结婚、共同生活、修缮房屋，且于 2008 年 11 月为女儿举办"百日酒"，张某某作为遗书持有人并居住在同村，应当知道张建元遗产内容中其受遗赠的"条件"成就，但张某某未举证证明其在"条件"成就后两个月内作出接受遗赠的表示，亦应视为放弃受遗赠。综上，张某某在本案中的诉讼主张，于法无据，本院不予支持。

无锡市锡山区人民法院依照《中华人民共和国婚姻法》第二条、第五条，《中华人民共和国继承法》第十六条、第二十五条第二款之规定，于 2013 年 1 月 9 日做出（2012）锡法湖民初字第 0307 号民事判决：

驳回张某某的诉讼请求。

一审宣判后，张某某提起上诉，后在二审期间申请撤回上诉。无锡市中级人民法院于 2013 年 4 月 28 日作出（2013）锡民终字第 0453 号裁定：

准许张某某撤回上诉，原审判决即发生法律效力。

一审合议庭成员：周伟良、赵玲洁、华强

二审合议庭成员：潘志江、张红、陈丽芳

遗嘱，是立遗嘱人在生前对其财产所做的处分或对其身后的事务所做的安排，并在其死亡时发生效力的单方民事法律行为。欲使遗嘱发生法律效力，立遗嘱人在订立遗嘱时不仅要符合遗嘱的形式要件，而且还要保证其所立遗嘱的内容不违反宪法和法律的规定，不违反社会公德和损害社会公共利益。根据《宪法》和《婚姻法》的规定，婚姻自由既是公民享有的一项基本权利，又是我国婚姻法的一项基本制度，具体而言，它体现为婚姻自主权这一人格权利，即自然人有权在法律规定的范围内，自主自愿决定本人的婚姻，不受其他任何人强迫与干涉。因此，如果立遗嘱人在生前对其财产作出处分时，将配偶是否再婚作为取得其相应财产继承权的先决条件，则其行为将会因限制了他人的婚姻自由，违反了有关婚姻自由的法律规定而被认定为无效。

典型案例二 梅某诉卢某甲等继承纠纷案

（2015）苏审二民申字第 00008 号

再审申请人（一审被告、二审上诉人）：梅某。

委托代理人：孙振东，上海江三角律师事务所律师。

被申请人（一审原告、二审被上诉人）：卢某甲。

被申请人（一审原告、二审被上诉人）：卢某乙。

被申请人（一审原告、二审被上诉人）：卢某丙。

上述三名被申请人的共同委托代理人：刘纲，上海市国鑫律师事务所律师。

一审第三人：王某。

再审申请人梅某因与被申请人卢某甲、卢某乙、卢某丙、一审第三人王某继承纠纷一案，不服江苏省苏州市中级人民法院（2013）苏中民终字第1328号民事判决，向本院申请再审。本院依法组成合议庭对本案进行了审查。现已审查终结。

梅某申请再审称：1.涉案房产登记在梅某名下，产权应当以登记为准，梅某对房产进行了部分翻建、修缮，被申请人卢某甲、卢某乙、卢某丙的诉讼请求不成立。2.梅某没有违反遗嘱所附义务，接受遗赠后十年来一直按师父的遗愿做善事，2011年因涉及拆迁，房屋空置，才将房屋出租的。3.师父卢伟愿生前就与子女划清了界限，财产与子女无关。师父出家后，其财产应归寺院所有，被申请人无权撤销遗赠，更不能继承师父伟愿法师的遗产。梅某依据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第二、六项的规定申请再审。

被申请人卢某甲、卢某乙、卢某丙提交意见认为：涉案房产系父亲卢伟愿购买，登记在卢伟愿的名下，梅某也没有对房产进行翻建、修缮。梅某违反遗嘱设定的义务，应当取消其受遗赠权。卢某甲、卢某乙、卢某丙是父亲卢伟愿的合法继承人，一、二审判决由其共同继承正确，请求驳回梅某的再审申请。

本院审查查明：卢伟愿系上海玉佛寺法师，法号伟愿。梅某与王某均系伟愿法师的皈依弟子，法名均为伟愿号普利。1997年卢伟愿发愿帮助念佛吃素的老人解决居住问题，与江苏省昆山市陆家供销合作社签订两份房地产买卖契约，购买了位于昆山市陆家镇夏桥村夏桥街1号的房屋（建筑面积为283.94㎡、房屋总价款为80879.3元），以及夏桥街1号后面的简易平房七间（建筑面积为156.98㎡、房屋总价款为10000元）。上述购房协议的落款处均加盖有“伟愿”印章。昆山市陆家镇建设管理所向昆山市陆家镇人民政府出具的报告中载明买受人为“玉佛寺方丈伟愿”，产权登记材料中载明“申请人姓名伟愿，性别男，年龄40”。两处房产的产权均登记在“伟愿”名下。梅某参与了购房及办理房产登记的过程。证人袁某、徐某、周某、项某（系伟愿法师的弟子）等人证明购房资金是由伟愿法师（卢伟愿）出资和众弟子募捐。上海玉佛寺证明涉案房产系伟愿法师（卢伟愿）为居士修身念佛所购置，与玉佛寺无关。梅某亦认可“伟愿”印章系师父伟愿法师（卢伟愿）本人所有，师父将该枚印章交给其使用。

1998年5月19日，卢伟愿立下遗嘱一份，载明：“我将多年的积蓄以私人的名义购买了座落于江苏昆山陆家镇夏桥村夏桥街壹号的房产、房产证号码为00××24、00××46，因年事已高，特立遗嘱如下：1、所购房产由梅某法名伟愿号普利、王某法名伟愿号普利二皈依弟子共同继承，其它人无权干涉；2、本房屋购买的目的是为解决素食特困老人的居住，名为素宅，今后素宅的任何继承人不得改变这一性质；3、本素宅的宗旨对外不搞任何活动或募捐化缘；4、本遗嘱自我死亡之日起生效”。1998年5月21日，昆山市公证处（现江苏

省昆山市国信公证处）出具（1998）昆证民内字第120号遗嘱公证书对卢伟愿的上述遗嘱进行了公证。遗嘱公证时，梅某、王某和卢伟愿均在场。

卢伟愿于2000年5月23日去世，出家前与妻子朱秀莲共育有四子，分别是卢某甲、卢某乙、卢某丙和卢殿鳌。朱秀莲于1986年8月5日死亡，卢殿鳌于2012年3月6日死亡，生前未婚、无子女。卢伟愿去世后，梅某、王某依照遗嘱管理房产，继续兴办念佛堂。王某于2012年出具声明称“遗嘱中有关昆山陆家镇夏桥街1号的房产属我继承部分，我自愿放弃，全数归梅某一人享有并安排”。

2013年5月20日，卢某甲、卢某乙、卢某丙诉至江苏省昆山市人民法院，请求取消梅某对江苏省昆山市陆家镇夏桥村夏桥街1号及1号后房产的受遗赠权，房产由卢某甲、卢某乙、卢某丙共同继承。一审庭审中，梅某陈述其于2011年5月起将涉案房屋对外出租至今，此前房屋一直作为素宅使用。卢某甲、卢某乙、卢某丙则明确表示将秉承父亲卢伟愿的遗愿，在继承房屋后实现父亲的最终意愿，将父亲的遗愿发扬光大。

2013年12月10日，江苏省昆山市人民法院作出（2013）昆花民初字第0570号民事判决：位于昆山市陆家镇夏桥村夏桥街1号（房屋产权证号：00××46，面积为283.94㎡）、1号后（房屋产权证号：00××24，面积为156.98㎡）的两套房屋由卢某甲、卢某乙、卢某丙共同继承。梅某不服，上诉至江苏省苏州市中级人民法院。江苏省苏州市中级人民法院于2014年6月19日作出（2013）苏中民终字第1328号民事判决：驳回上诉，维持原判。梅某仍不服，向本院申请再审。

本院认为：本案系遗赠继承纠纷。根据梅某提出的再审申请理由，结合案件事实和法律关系，本案的争议焦点有：遗赠协议的效力如何；梅某的受遗赠权是否应当被取消；梅某的受遗赠权被取消后如何处理遗产。

（一）遗赠协议的效力涉及房产的权属，以及遗赠协议本身的合法性问题。本案中，虽然梅某的法名也是伟愿，房屋产权登记材料中载明“申请人伟愿，年龄40”，与梅某当时的年龄相符，但卢伟愿是出资人，签订房屋买卖协议和办理产权登记手续时在场，梅某仅是经办人。昆山市陆家镇建设管理所向昆山市陆家镇人民政府出具的报告中亦载明买受人为“玉佛寺方丈伟愿”，房产买卖协议、房地产平面校对图、房屋所有权登记申请书落款处均加盖“伟愿”私章。卢伟愿在此后办理遗嘱公证时亦使用该“伟愿”私章，并在遗嘱公证中明确表示涉案房产系其本人购买，梅某在场并未提出异议，故应认定涉案房产系卢伟愿购买，归卢伟愿所有。

涉案房产系卢伟愿出家以后购买，购房资金既有信徒的捐助，也有卢伟愿的个人积蓄，房屋产权登记在“伟愿”名下，且上海玉佛寺证明该房产与玉佛寺无关，故可以认定涉案房产系卢伟愿的个人财产，而非寺庙的财产。

我国现行法律对僧人个人遗产的继承问题并无特别规定，卢伟愿是一名僧人，同时也是一名公民，有权处分自己的个人财产，本案纠纷应当适用继承法。公证遗嘱系卢伟愿的真实意思表示，遗赠所涉房产系卢伟愿的个人财产，遗赠所附条件为解决念佛吃素老人的居住问

题，内容不违反法律规定，故应认定遗赠协议合法有效。

（二）关于梅某的受遗赠权是否应当被取消问题。公证遗嘱内容中明确房产的用途是解决吃素老人居住问题，继承人不得改变这一性质，该内容属于附义务的遗赠。卢伟愿去世后，受遗赠人梅某将房屋作为素宅管理使用十余年。2011 年起，梅某将房屋对外出租，其中虽有房屋待拆迁、出现空置等因素，但梅某既没有提供证据证明租金系用于帮助素食老人解决居住问题，也未能证明自己对遗赠所附义务尽到了勤勉责任。一、二审判决据此认定梅某违背了卢伟愿遗赠所附的义务，并取消梅某的受遗赠权，并无不当。

（三）关于受遗赠权被取消受后如何处理遗产的问题。《最高人民法院关于贯彻执行＜中华人民共和国继承法＞若干问题的意见》第 43 条的规定："附义务的遗嘱继承或遗赠，如义务能够履行，而继承人、受遗赠人无正当理由不履行，经受益人或者其他继承人请求，人民法院可以取消其接受附义务部分遗产的权利，由提出请求的继承人或受益人负责按遗嘱人的意愿履行义务，接受遗产。"本案公证遗嘱明确由梅某继承的房产的用途是解决素食老人的居住问题，继承人不得改变这一性质，符合附义务的遗赠的法律特征。受遗赠人梅某违背遗赠所附义务，卢某甲、卢某乙、卢某丙作为卢伟愿的法定继承人可以请求人民法院取消梅某受遗赠的权利。鉴于卢某甲、卢某乙、卢某丙在庭审中明确表示将秉承父亲卢伟愿的遗愿，在继承涉案房屋后实现父亲最终意愿，一、二审判决确定卢某甲、卢某乙、卢某丙共同继承遗产，符合法律规定。

（四）梅某提出其对房屋进行了部分翻建、修缮。经查，现有证据不能证明梅某出资对涉案房产进行了部分翻建、修缮，梅某在再审申请期间亦未提供新的证据，故该再审申请理由不能成立。

综上，梅某的再审申请不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条规定的情形。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零四条第一款之规定，裁定如下：

驳回梅某的再审申请。

《继承法》第二十二条　遗嘱的无效

无行为能力人或者限制行为能力人所立的遗嘱无效。

遗嘱必须表示遗嘱人的真实意思，受胁迫、欺骗所立的遗嘱无效。伪造的遗嘱无效。

遗嘱被篡改的，篡改的内容无效。

一、周边法源

1.《中华人民共和国民法通则》第五十四条

民事法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。

2.《中华人民共和国民法通则》第五十五条

民事法律行为应当具备下列条件：

（一）行为人具有相应的民事行为能力；

（二）意思表示真实；

（三）不违反法律或者社会公共利益。

3.《中华人民共和国民法通则》第五十八条

下列民事行为无效：

（一）无民事行为能力人实施的；

（二）限制民事行为能力人依法不能独立实施的；

（三）一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下所为的；

（四）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的；

（五）违反法律或者社会公共利益的；

（六）以合法形式掩盖非法目的的。

无效的民事行为，从行为开始起就没有法律约束力。

4. 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）第六十七条

间歇性精神病人的民事行为，确能证明是在发病期间实施的，应当认定无效。

行为人在神志不清的状态下所实施的民事行为，应当认定无效。

5. 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）第六十八条

一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的，可以认定为欺诈行为。

6. 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）第六十九条

以给公民及其亲友的生命健康、荣誉、名誉、财产等造成损害或者以给法人的荣誉、财产等造成损害为要挟，迫使对方作出违背真实的意思表示的，可以认定为胁迫行为。

7. 最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国继承法》若干问题的意见第三十七条

遗嘱人未保留缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人的遗产份额，遗产处理时，应当为该继承人留下必要的遗产，所剩余的部分，才可参照遗嘱确定的分配原则处理。

继承人是否缺乏劳动能力又没有生活来源，应按遗嘱生效时该继承人的具体情况确定。

8. 最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国继承法》若干问题的意见第三十八条

遗嘱人以遗嘱处分了属于国家、集体或他人所有的财产，遗嘱的这部分，应认定无效。

9. 最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国继承法》若干问题的意见第四十一条

遗嘱人立遗嘱时必须有行为能力。无行为能力人所立的遗嘱，即使其本人后来有了行为能力，仍属无效遗嘱。遗嘱人立遗嘱时有行为能力，后来丧失了行为能力，不影响遗嘱的效力。

10. 最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国继承法》若干问题的意见第四十二条

遗嘱人以不同形式立有数份内容相抵触的遗嘱，其中有公证遗嘱的，以最后所立公证遗嘱为准；没有公证遗嘱的，以最后所立的遗嘱为准。

二、条文阐释

本条是关于遗嘱无效的几种情形的规定。遗嘱必须符合法律规定的一定条件，才具有法律效力。本条阐述了两类遗嘱有效的实质要件，一是因无立遗嘱能力导致的无效；二是违反遗嘱人真实意思表示导致的无效。

（一）关于遗嘱能力不足导致的无效

本条第 1 款讲的是遗嘱人的立遗嘱能力问题。遗嘱能力，是指遗嘱人设立遗嘱的行为能力，行为能力是公民实施法律行为的前提。遗嘱能力与行为能力是一致的。实施遗嘱能力要求立遗嘱人具有完全的民事行为能力。立遗嘱人在立遗嘱时，要能正确表达他的真实意思并能正确判断自己行为所产生的法律后果。由于遗嘱与其他民事法律行为不同，它是一种与立遗嘱人的人身关系有直接联系的法律行为，要求遗嘱人亲自进行，而不能由代理人代为办理。因此，无行为能力人和限制行为能力人不能作为遗嘱人，他们所立的遗嘱无效。无行为能力人所立的遗嘱，即使其本人后来有了行为能力，后来丧失了行为能力，不影响遗嘱的效力。

（二）关于违背遗嘱人真实意思表示的无效

本条第 2、3、4 款讲的是遗嘱有效的另一个实质要件，即遗嘱必须是遗嘱人的真实意思表示。遗嘱必须反映遗嘱人的真实意思，才能发生法律效力。遗嘱人真实的意思表示只能是没有外在压力的情况下作出的。遗嘱人在受胁迫或欺骗的情况下所立的遗嘱，或者是他人伪造的遗嘱，以及被篡改的遗嘱，都是违背遗嘱人的真实意思的。因为遗嘱是公民生前处分自己财产的单方面法律行为，具有改变法定继承关系的效力。因此，要求遗嘱出于遗嘱人自愿作出，内容必须是真实可靠的。这里需要明确几个概念。

1. 受胁迫、欺骗所立的遗嘱无效。违背遗嘱人的真实意思，胁迫、欺骗遗嘱人所立的遗嘱，一律无效。胁迫，是指当事人一方以不正当的手段预示要使对方在生命、财产、名誉等

方面遭受损害，使对方当事人产生恐惧心理，从而作出违背自己真实意愿的意思表示。欺骗，是指当事人一方用歪曲或者捏造虚假事实的手段，使对方当事人陷入错误认识。

2. 伪造的遗嘱无效。它是指遗嘱并非由遗嘱人所立，而是由他人假借遗嘱人的名义设立遗嘱。伪造的遗嘱不是被继承人所订立的，根本不能反映其本人的真实意思，这样的遗嘱显然属于无效。

3. 篡改的遗嘱，篡改的部分内容无效。它是指将遗嘱人所立的遗嘱，在内容上作出改变。遗嘱被篡改的，所篡改的内容无效。未被篡改的部分，仍然反映遗嘱人的真实意愿，仍具有法律效力。

（三）其他遗嘱无效的情形

根据有关法律的规定，还有其他导致遗嘱无效的情形。比如：

1. 遗嘱处分了遗嘱人无权处分的财产，该无权处分财产的部分无效。遗产的范围只限于被继承人生前个人所有的财产，根据继承法第 3 条的规定，包括公民的收入、房屋、储蓄和生活用品，公民的林木、牲畜和家禽，公民的文物、图书资料，法律允许公民所有的生产资料，公民的其他合法财产（主要包括有价证券和债权）。公民立遗嘱时只能对自己的合法财产享有处分权，如果对不属于个人的财产进行处分，就属于无效处分，会引起该部分内容失效。例如夫妻间的共有财产，就应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有，其余的才能立遗嘱进行处分；又如抚恤金，是对家属的精神关怀和物质帮助，不是被继承人生前的个人财产，也不能依遗嘱人的意思进行处分；再如保险金，如果在人身保险合同中已指定了受益人，遗嘱人就不得以遗嘱的方式另行处分。但对不属于自己财产的无效处分只导致该部分遗嘱内容失效，并不影响其他部分的效力。

2. 有效遗赠扶养协议导致的失效。当遗赠扶养协议和遗嘱并存的时候，由于遗赠扶养协议必须以书面的形式订立，是生前法律行为与死后法律行为结合的诺成、要式法律行为，在遗赠人生前一经签订即发生法律效力，扶养人就必须按协议履行扶养遗赠人的义务，双方不得随意变更或撤销；而遗嘱是于遗嘱人死亡时才发生法律效力的单方民事法律行为，在遗嘱发生效力以前遗嘱人可以随时单方面变更或撤销其所立的遗嘱，生前对于继承人或遗赠人一般也没有附加明确的义务，即使是附义务的遗托，其义务也不能与遗赠扶养人的义务相抗衡。因此，遗赠扶养协议的效力优于遗嘱，一个有效的遗赠扶养协议会导致遗嘱中对遗赠扶养协议中已处分财产的部分失效，但并不影响对遗赠扶养协议中未处分财产的处分效力。

3. 多份遗嘱内容冲突导致的失效。根据继承法第 20 条的规定，遗嘱的法定形式有 5 种：公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱和口头遗嘱。因遗嘱是于遗嘱人死亡时才发生法律效力的单方面民事法律行为，在遗嘱发生效力之前遗嘱人可以随时变更或撤销其所立的遗嘱，因此一个遗嘱人出现多份遗嘱的现象并不少见，多份遗嘱如果处分的内容并不冲突，就不存在失效的问题，反而可以互补；但如果内容存在冲突，就必然导致效力较低的遗嘱的相应内容失效，衡量遗嘱效力高低的原则：一是公证遗嘱优先于一般形式的遗嘱，遗嘱人如欲撤销或变更公证遗嘱必须采取公证遗嘱的形式方为有效，数份内容相抵触的遗嘱中有公证遗

嘱的以最后所立公证遗嘱为准；二是后遗嘱优先于前遗嘱，即在没有公证遗嘱时，以最后所立的遗嘱为准。

4. 遗嘱人生前对自己财产的处分导致的失效。遗嘱人生前对财产的处分行为致使遗嘱处分的财产在继承开始前灭失、部分灭失或所有权转移、部分转移的，遗嘱视为被撤销或部分撤销，不发生法律效力。因为遗嘱是于遗嘱人死亡时才开始发生法律效力的单方民事法律行为，遗嘱人在遗嘱发生法律效力前可以随时变更或撤销其所立的遗嘱。

5. 违反强制性法律规定导致的失效。为了保护缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人的合法利益，继承法第 19 条规定，遗嘱应当为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。这是对遗嘱继承的强制性规定，如果遗嘱没有保留必要的份额，对应当保留的必要份额的处分无效。在遗产处理时，应当首先为该继承人留下必要的遗产，剩余的部分再参照遗嘱确定的分配原则处理。

6. 清偿债务导致的失效。我国实行的是限定继承原则，即接受遗产的继承人对被继承人的债务并不是承担无限责任，而是仅以遗产的实际价格为限承担清偿责任，如果被继承人的财产不足清偿其所欠的债务，则首先为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留适当遗产，然后依继承法第 33 条和民事诉讼法的规定清偿债务，致使遗嘱继承失去意义而实质上失去效力。如果清偿债务后尚有剩余，剩余部分依照遗嘱规定的分配原则处理。

7. 遗嘱继承人先于被继承人死亡导致的失效。遗嘱继承人如果先于被继承人死亡，遗嘱此时并未生效。其应继承的财产份额应依法定继承规定的原则处理，并不能由该遗嘱继承人的晚辈直系血亲代位继承，因为代位继承只适用于在没有遗嘱和遗赠情况下的法定继承。所谓代位继承，是指在法定继承中，被继承人的子女先于被继承人死亡时，由被继承人的子女的晚辈直系血亲代位继承其应继份额的法律制度。但遗嘱继承人在继承开始后、遗产分割前死亡，由于遗嘱已经生效，其应继承的份额转由该继承人的合法继承人继承，此为转继承，与代位继承的性质完全不同。

8. 形式要件欠缺导致的失效。为了保证代书遗嘱、录音遗嘱和口头遗嘱的真实性，继承法规定必须有两个以上的见证人在场见证，并且下列人员不得作为见证人：一是无行为能力人、限制行为能力人；二是继承人、受遗赠人；三是于继承人、受遗赠人有利害关系的人。另外，口头遗嘱还必须是在危急情况下才可以，危急情况结束后，遗嘱人能够用书面或者录音形式立遗嘱的，所立的口头遗嘱失效。如果欠缺以上形式要件，会导致这三类遗嘱失效，所涉遗产依法定继承规定的原则处理。

三、争点与述评

1. 受欺骗、胁迫所立遗嘱的效力究属无效还是可撤销？

观点一：受欺骗、胁迫所立遗嘱的效力应属无效。我国《继承法》第 22 条的规定实际与《民法通则》关于受欺诈、胁迫法律行为的规定保持了一致。即使在修改了《合同法》之后，也仍然有学者认为至少有部分受欺诈、胁迫的法律行为应规定为无效，比如受欺诈、胁迫而进行的损害国家利益的合同行为。《民法通则》的规定也一直未做改动。实际上同理也

可推知，若国家立法规定受欺诈、胁迫所立遗嘱得由遗嘱之利害关系人主张撤销，则在遗嘱人未知真相或未及摆脱胁迫或未及撤回遗嘱即死亡的情况下，又没有遗嘱利害关系人或利害关系人不愿撤销遗嘱，也仍然无法避免违背遗嘱人真实意思的结果，且放任不诚实者或是暴力者得利，更加有违法律公平之原则。另外，遗嘱行为和合同行为属于并列的两种法律行为，两者各具特质，并无在合同法上的制度安排就一定同样适用于继承法的逻辑。一般说来，倒是《继承法》的规定与《民法通则》中法律行为的规定保持一致反倒更加妥当，符合在无特殊理由的情况下，分则规定应与总则规定保持一致的立法惯例。[①]

观点二：受欺骗、胁迫所立遗嘱的效力应属可撤销。理由主要有二：（1）大陆法系立法例一般规定因欺诈、胁迫设立的法律行为属于可撤销的法律行为，对遗嘱也不例外。如意大利民法典、德国民法典、瑞士民法典均做此规定。我国关于受欺诈、胁迫订立的遗嘱无效的规定与大陆法系的通例相违。[②]（2）根据 1999 年制定的《合同法》第 54 条规定，受欺诈、胁迫订立的合同原则上属于可撤销的合同。这是因为在现实生活中，可能存在有的合同当事人在知道订立合同时有欺诈、胁迫情况而仍然愿意维持合同效力的情况，因此法律规定受胁迫、欺骗所订立的合同一律无效，反而可能违背合同当事人的真实意思。《合同法》规定受欺诈、胁迫的合同原则上属于可撤销的合同，体现了民事立法对当事人主观意愿的尊重。[③]按照这样的精神，受欺诈、胁迫的遗嘱也应该是可撤销的遗嘱。[④]

笔者认为，受欺骗、胁迫所立遗嘱的效力应属无效。《中华人民共和国民法通则》第 58 条第 3 款规定："一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下所为的民事行为"应属无效，立遗嘱行为属一种民事行为，自应遵循《民法通则》对于民事行为效力的规定；立遗嘱的行为应尊重立遗嘱人的意思，并体现其真实意思，立遗嘱人受欺骗、胁迫所立遗嘱必定违背其真实意思，且所立遗嘱直接成为其处分遗产的基础，涉及众多利害关系人的利益，为保障当事人的意思自治，出于保护合法继承人之利益，惩戒不诚实者或是暴利者目的，应将其效力做无效处理。同时，笔者在考察各国立法例时发现，在英美法系国家，我们似乎也能找到关于受欺诈、胁迫所立遗嘱无效的立法通例。如英国《遗嘱法》对于遗嘱人在被欺诈、胁迫或受不恰当影响下订立的遗嘱规定为无效。美国、澳大利亚均无全国统一的遗嘱立法，而是由州法律进行规范。对于遗嘱人在因欺诈、误解或受不当影响（包括胁迫）下订立的遗嘱也多规定无效。

2. 遗嘱处分了法定继承人的特留份时，遗嘱的效力如何？

无效说：违反法律规定对特留份进行处分的部分遗嘱无效（或部分无效）；

有效说：遗嘱处分了法定继承人的特留份时，遗嘱仍然有效，[⑤]只不过法定继承人享有特留份扣减权。行使扣减权的结果，事实上使遗赠部分或全部被撤销。

[①]刘诚：《论受胁迫、欺骗所立遗嘱的效力》，载《海峡法学》，2012 年第 1 期。
[②]张平华、刘耀东：《继承法原理》，中国法制出版社 2009 年版，第 359 页。
[③]柳经纬、李茂年：《论欺诈、胁迫之民事救济——兼评合同法之二元规定》，载《现代法学》，2000 年第 6 期。王利明：《无抑或撤销——对因欺诈而订立的合同的再思考》，载《法学研究》，1997 年第 2 期。
[④]郭明瑞、张平华：《海峡两岸继承法比较研究》，载《当代法学》，2004 年第 3 期。
[⑤]参见 1969 年台上字 1279 号判例。

笔者认为，遗嘱处分了法定继承人的特留份时，遗嘱的效力应属部分无效。公民立遗嘱时只能对自己的合法财产享有处分权，如果对不属于个人的财产进行处分，就属于无效处分，会引起该部分内容失效。法定继承人的特留份是由法律明确规定的由法定继承人所有，立遗嘱人无权处分该部分财产，因此，遗嘱涉及该部分财产的应属无效。

四、比较法考察

遗嘱能力与行为能力是否一致？

（一）遗嘱能力与行为能力不一致

采此立法例的国家，关于遗嘱能力的年龄标准规定一般比完全民事行为能力的年龄标准低。日本、瑞士、德国、法国等均采此立法例。例如，依日本民法规定，年满 20 岁为成年，具有完全民事行为能力；但已满 15 岁者，可以立遗嘱，具有遗嘱能力。瑞士民法也规定年满 20 岁为成年，成年且有判断能力的人具有民事行为能力；但瑞士民法上规定，有判断能力且年满 18 岁的人，依法律规定的范围和方式，有权以遗嘱处分其财产，亦即有遗嘱能力。

（二）遗嘱能力与行为能力相一致

采此立法例的国家和地区，一般规定关于遗嘱能力适用民法总则中关于行为能力的规定，或者没有对被继承人的遗嘱能力做出不同于民法总则关于行为能力的规定，则也应适用民法典总则编行为能力的规定。即具有完全民事行为能力即具有遗嘱能力，不具有完全民事行为能力也就不具有遗嘱能力，英国、美国等采此立法例。例如，在英国法上，21 岁为成年人，具有遗嘱能力。美国法上以 18 岁为成年，《美国统一继承法典》中规定："一切年满 18 岁心神健康的人均可立遗嘱。"

五、裁判要旨

杨凤祥诉杨田英遗嘱继承纠纷上诉案[①]

一、基本案情

上诉人杨凤祥、杨田英因遗嘱继承纠纷一案，不服昆明市西山区人民法院（2006）西法民初字第 891 号民事判决，向本院提起上诉。本院于 2007 年 8 月 14 日受理此案后，依法组成合议庭审理了本案。本案现已审理终结。

一审法院确认本案如下法律事实：被继承人杨贵之妻于 1987 年 12 月 28 日去世，杨贵一直未再婚，杨贵共有杨田寿、杨田英、杨凤英、杨凤琼、杨凤祥五个子女。被继承人杨贵生前与原告杨凤祥共同生活，原告杨凤祥对被继承人杨贵尽了较多的赡养义务，并为被继承人杨贵支付了生前医疗费 2600 元、火化费 1230 元；被告仅支付了杨贵的尸体检验费 100 元。2002 年 11 月 6 日，被继承人杨贵因病去世。被继承人杨贵去世后遗留的个人合法财产为：位于昆明市西山区白马庙 47 号附 1 号土木结构房产的第一层及股金 7500 元，房产证现在被告杨田英处，该房屋现无人居住；两本股金本现在被告杨田英处，2000 年及 2001 年两年的股金分红款系由被告杨田英领取的，2002 年的股金分红款人民币 1105 元由原告杨凤祥

[①]云南省昆明市中级人民法院（2007）昆民三终字第 1015 号民事判决书。

领取，2002 年以后的股金至今仍在昆明市西山区近华居民委员会居民小组处收持。被继承人杨贵生前曾于 2000 年 6 月 15 日在昆明市西山区公证处立下（2000）昆西证民字第 1118 号公证遗嘱，将位于昆明市西山区白马庙 47 号附 1 号房产的第一层及股金人民币 7500 元确立由被告杨田英继承。后被继承人杨贵曾多次要求撤销公证遗嘱，但（2000）昆西证民字第 1118 号公证遗嘱直至被继承人杨贵去世仍未经公证程序撤销。另确认，2004 年 11 月 1 日，杨田英曾向昆明市西山区人民法院起诉，请求判决支持其继承杨贵遗产的诉讼请求。昆明市西山区人民法院于 2005 年 3 月 28 日制作昆明市西山区人民法院（2004）西法民初字第 2858 号民事判决书，宣判后，杨凤祥提起上诉，经昆明市中级人民法院于 2006 年 1 月 4 日制作（2005）昆民三终字第 531 号民事判决书，终审判决：（1）撤销昆明市西山区人民法院（2004）西法民初字第 2858 号判决；（2）驳回杨田英的诉讼请求。现杨凤祥向一审法院起诉，请求法院支持其诉讼请求。被告杨田英答辩称：被继承人杨贵从 1990 年农转非后就一直与被告生活，被告一直在尽抚养义务，并为使其安度晚年借款与其入股分红，7500 元的股金应属被告所有，房屋谁有房产权证归谁所有。被告未将杨贵赶出家门，是因原告的引诱，还有被告当时经济困难，儿子在读大学，杨贵才到原告处生活的，在杨贵去世后，被告因过度悲伤引起心脏病复发，为此才未守灵。请求一审法院驳回原告的诉讼请求。庭审中，继承人杨田寿、杨凤英、杨凤琼书面明确表示放弃继承权。

一审法院认为：根据《民法通则》第 54 条、第 55 条的规定，本案中，被继承人杨贵于 2000 年期间多次到公证机关申请撤销该《遗嘱公证书》，但由于被告杨田英拒不交出该《遗嘱公证书》原件给杨贵或公证机关，致使公证机关不能办理杨贵申请撤销该《遗嘱公证书》的事宜。被继承人杨贵申请撤销该《遗嘱公证书》的行为，是其个人的真实意思表示，是杨贵处分自己民事权利的单方行为，属合法有效的民事法律行为；但是，被告杨田英拒不交回该《遗嘱公证书》原件，致使杨贵欲撤销该《遗嘱公证书》的目的不能实现，现今该《遗嘱公证书》虽然未能通过公证程序撤销，该《遗嘱公证书》是违背被继承人杨贵的意思表示的。同时，该《公证遗嘱》是附条件的，即杨田英应对被继承人尽生养死葬的义务。杨田英明显未尽到此赡养义务，故一审法院对该《遗嘱公证书》不予采信，鉴于原告对被继承人杨贵尽了较多赡养义务，应考虑由原告继承较多份额的遗产，故原告主张由其继承位于白马庙 71 号附 1 号土木结构瓦房第一层的诉讼请求，一审法院应予准许；鉴于被告杨田英年事已高且身体多病的情形，由杨田英继承杨贵所有的股金人民币 7500 元及 2002 年以后的股金分红款。至于杨凤祥已领取的 2002 年分红款人民币 1105 元，因杨凤祥与杨贵生前共同生活居住，尽了较多赡养义务，应由原告杨凤祥继承，归杨凤祥所有。2000 年及 2001 年两年的股金分红款虽未确定具体金额，但已由杨凤英领取是事实，故归杨田英所有。根据我国《继承法》第 33 条的规定，原、被告作为本案的继承人，未明确表示放弃继承权，应当在所继承财产的范围内清偿被继承人生前的税款和债务。本案中，被继承人杨贵生前住院所花费的医疗费人民币 2600 元，应当属被继承人杨贵生前所欠的个人债务，应由原、被告各承担 50%；至于因被继承人杨贵去世后，由原告支付的火化费 1250 元，被告支付的尸体检验费 100 元，合

计 1350 元，虽然不是被继承人杨贵生前所欠的债务，但属于用于处理被继承人杨贵后事的合理开支，应由原、被告各承担 50%，根据最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第 47 条的规定，本案的继承人杨田寿、杨凤英、杨凤琼在被继承人杨贵去世后，以书面形式向本案的其他继承人即本案的原、被告明确表示放弃继承权，是继承人杨田寿、杨凤英、杨凤琼自愿处分其民事权利和诉讼权利，且不违背法律禁止性规定，对继承人杨田寿、杨凤英、杨凤琼书面放弃继承权的行为一审法院予以准许。据此，一审判决依照《民法通则》第五十四条、第五十五条、《中华人民共和国继承法》第二条、第三条、第十三条、第二十四条、第二十九条第一款、第三十三条、最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国继承法》若干问题的意见第一条、第四十七条之规定，遂判决：一、由原告杨凤祥继承被继承人杨贵所遗留的位于昆明市西山区白马庙 71 号附 1 号土木结构瓦房的第一层；二、由被告杨田英继承被继承人杨贵所有的股金人民币 7500 元及 2002 年以后的分红款；三、原告杨凤祥、被告杨田英各承担被继承人杨贵生前医疗费 2600 元的百分之五十，即 1300 元(判决生效后十日内由被告杨田英支付给杨凤祥 1300 元)；四、原告杨凤祥、被告杨田英各承担被继承人杨贵去世后的尸体检验费及火化费 1350 元的百分之五十，即 675 元(判决生效后十日内由被告杨田英支付给杨凤祥 575 元)。

一审宣判后，上诉人杨风祥不服一审判决，向本院提起上诉，其认为：1、杨田英并未对被继承人杨贵尽抚养义务。根据继承法，其不应当拥有继承权。2、杨田寿、杨凤英、杨凤琼的《放弃老人遗产继承书》中有放弃的部分归杨风祥所有的意思表示，因此，应当归属于杨风祥。因此，杨风祥应当至少继承 4/5 的遗产，而一审判决却将价值比较小的房屋判给了尽了主要抚养义务的杨风祥不妥。3、为杨贵办理丧事的支出、修坟费、包车费等一审判决应当认定。其请求：1、撤销原判，支持上诉人在一审中的诉讼请求；2、一、二审诉讼费由被上诉人承担。

杨田英答辩称：不同意杨风祥的主张，应按被继承人杨贵的《公证遗嘱书》分割遗产。

上诉人杨田英不服一审判决，向本院提起上诉，其认为：一审法院认为杨贵的病历和本案无关是错误的，杨风祥有故意致杨贵死亡的嫌疑，因此杨风祥不能继承杨贵的遗产；股金 7500 元是杨贵向其借的，因此在公证遗嘱中进行了表述，因此公证遗嘱具有借条的功能，股金 7500 元及分红款的所有权应当属于上诉人。其请求：1、撤销原判；2、由其继承杨贵所留遗产中的白马庙村 71 号附 1 号土木结构房屋第一层的全部或大部分；3、7500 元股金及该股金自 2002 年以后的分红款共计 3650 元（至一审判决时）的所有权归其；3、诉讼费由杨风祥负担。

杨风祥答辩称：杨田英未尽赡养义务，丧失继承权，答辩意见同上诉状。

二审经审理查明的事实与一审法院确认的事实一致，且双方当事人均无异议。本院依法予以确认。

综合诉辩双方的主张，本案争议的焦点是：本案被继承人杨贵的遗产因如何分割。

本院认为：本案中，其他继承人杨田寿、杨凤英、杨凤琼已书面表示放弃继承权，则根

据我国法律规定，在继承人放弃继承权后已无权表示将其放弃的继承份额让与杨风祥。根据《中华人民共和国继承法》第七条的规定，结合本案查明的事实，杨田英并没有该条法律规定的行为，不属于丧失继承权的情况。故本案被继承人杨贵的继承人为杨风祥、杨田英，可在继承财产范围内继承被继承人杨贵的财产。上诉人杨风祥二审中主张其为办理父亲丧事还支出了修坟费、包车费，但无充分有力的证据证实。一审判决根据本案查明的事实，考虑到杨风祥对被继承人杨贵尽了主要的赡养义务，结合本案的实际情况所作判决并无不当，故上诉人杨风祥的上诉理由不能成立，其上诉请求本院依法不予支持。上诉人杨田英主张按杨贵的《公证遗嘱书》，其对杨贵的遗产享有继承权，而杨风祥无权继承。本院认为，被上诉人杨贵生前所作的《公证遗嘱书》现虽未撤销，但根据本案查明的事实，该公证书是违背被继承人杨贵的真实意思表示，且根据昆明市中级人民法院（2005）昆民三终字第 531 号民事判决，已驳回了杨田英要求按该公证书全部继承被上诉人杨贵遗产的诉讼请求。一审法院根据本案实际情况，考虑到杨田英现目前的状况所作判决恰当，故上诉人杨田英的上诉理由不能成立，其上诉请求本院依法不予支持。

二．裁判规则

被继承人生前作出遗嘱公证书，后因违背真实意思表示，却因继承人阻挠未能撤销的，对该公证书不予采信。

《继承法》第二十三条　继承开始的通知

继承开始后，知道被继承人死亡的继承人应当及时通知其他继承人和遗嘱执行人。继承人中无人知道被继承人死亡或者知道被继承人死亡而不能通知的，由被继承人生前所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会负责通知。

一、周边法源

二、条文阐释

本条规定了负责通知被继承人死亡的公民、单位或者组织。

继承法律关系是由被继承人的死亡或宣告死亡的法律事实所引起的。继承开始后，继承人不一定都在继承地点，因此，在继承地点的继承人应当负责将被继承人死亡、继承开始的事实通知给其他继承人和遗嘱执行人。如果所有法定继承人中无人知道被继承人死亡的事实，或者由于继承人无行为能力知道被继承人死亡但无法通知时，则由被继承人生前所在单位或者住所地居民委员会、村民委员会负责通知。

法律的这种规定，是公民、单位或者组织应当履行的义务，继承人如果有意隐瞒被继承人死亡的消息，应以没有履行自己的法定义务论处。人民法院在审理继承案件时，如果知道有继承人而无法通知的，分割财产时，要保留其应继承的遗产，并确定该遗产的保管人或保管单位。

继承的通知，是遗产转移的一个程序。只有知道遗产转移已经开始，继承人才能作出接受或放弃继承的表示，受遗赠人才能作出授受或者放弃受遗赠的表示，从而使被继承人所立的遗嘱得以执行。

三、争点与述评

学者对于该条提出的修改意见：[①]

1.该条文未对通知的方式进行限制，从而使通知的方式解释余地太大。然而囿于继承的复杂性又不适合于加以列举规定，如采用口头、书面、公告的方式，为此可以采取折中方案，规定采取“适当的方式”进行通知，将解释空间留给当事人自己选择和法官进行自由裁量。

2.该条文仅仅规定了有关方的通知义务，没有规定违反了通知后的救济措施，使通知变为可有可无的义举。因此，义务人故意隐瞒继承开始的事实造成继承人损失的负有赔偿责任。

四、裁判要旨（无）

[①]张平华、刘耀东：《继承法原理》，中国法制出版社 2009 年版，第 129 页。

《继承法》第二十四条　遗产的保管

存有遗产的人，应当妥善保管遗产，任何人不得侵吞或者争抢。

一、周边法源

《最高人民法院关于贯彻执行<继承法>若干问题的意见》第 59 条

人民法院对故意隐匿、侵吞或争抢遗产的继承人，可以酌情减少其应继承的遗产

二、条文阐释

本条是关于遗产保管问题的规定。

从继承开始到继承人实际取得遗产，一般都要经过一段时间。在这段时间，需要通知不在继承地点的其他继承人和遗嘱执行人，继承人要决定是否接受或放弃继承，各继承人要确定遗产的归属，等等。因此，为了维护全体继承人的利益，防止遗产被隐匿、盗窃，或者发生毁坏和灭失，有必要对遗产采取保护和管理措施。存有遗产的人可能是继承人、受遗赠人、遗嘱执行人，也可能是继承人之外的任何人。继承开始后，存有遗产的继承人、受遗赠人、遗嘱执行人是当然的遗产保管人。如果存有遗产的继承人是无行为能力人或限制行为能力人，则由他们的法定代理人代为行使管理权。如果在继承地点无继承人，或者继承人之间意见不一致，致使不能立即进行继承的，被继承人生前所在单位、被继承人住所或主要遗产所在地的基层组织或者公证机关，有权对遗产采取暂时性保管措施，可指定专人代为管理。保存遗产的人应当负责保管好遗产，不得擅自处分和隐匿，其他任何人也不得侵吞或争抢遗产。对因侵吞或争抢遗产而给继承人、受遗赠人造成财产损失的，受损失者有权诉请人民法院判令侵权行为人赔偿财产损失。因保管遗产而花费的必要费用，应当从遗产中支付。

三、争点与述评

遗产是继承人共同的财产，从被继承人死亡到遗产分割都有一个过程，在这段时间里，是法定继承的，需要通知法定继承人，法定继承人还要作出接受或放弃继承的表示；是遗嘱继承的，需要确认遗嘱的法律效力，还要通知遗嘱继承人和遗嘱执行人。因此，在这期间，如对遗产不加以保管，就有可能使遗产遭受毁损或遗失，也有可能被某个继承人或其他利害关系人隐匿和侵吞等，这就会损害继承人的利益。为了维护全体继承人的利益，从被继承人死亡到遗产分割这段时间，对遗产必须加以妥善保管。这一观点在我国理论和实务界并无争议。

根据我国《继承法》规定，存有遗产的人应当妥善保管遗产。所谓存有遗产的人，是指被继承人死亡后，实际控制他的财产的人。存有遗产而依法负责保管遗产的人，称为遗产保管人。存有遗产的人如果不应成为遗产保管人，应及时将遗产交付给遗产保管人保管。遗产保管人既可以是继承人，也可以是遗嘱执行人，还可以是其他人。

遗产保管人应当及时清理遗产，编制遗产清单，并妥善保管遗产，不仅自己不能侵夺或争抢遗产，而且应当防止和排除对遗产的人为侵害和对遗产的自然侵害。

遗产保管人不得擅自对遗产进行使用、收益和处分，应对遗产妥善保管，非经全体继承人同意，不得使用和处分遗产。遗产保管人不尽职的，可经继承人或其他利害关系人的申请而更换。保管遗产所花费的费用，最后从遗产的价值中扣除。遗产保管人（包括其他人）侵吞或故意损坏遗产时，继承人、被继承人生前的债权人可向人民法院提起诉讼，要求返还财产；原物不在，返还财产不可能的，折价赔偿。

四、裁判要旨

上 海 市 第 二 中 级 人 民 法 院

民 事 判 决 书

(2012)沪二中民一(民)终字第996号

上诉人练甲因法定继承纠纷一案，不服中华人民共和国上海市宝山区人民法院(2011)宝民一(民)初字第4712号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭，公开开庭审理了本案。上诉人练甲的委托代理人江辉、被上诉人倪甲及其委托代理人倪翔宇、吴某某(亦即被上诉人倪乙、倪丙的共同委托代理人)到庭参加诉讼。原审被告椎名某某、练乙、尤某某经本院依法传唤，无正当理由拒不到庭参加诉讼，本院依法缺席审理。本案现已审理终结。

原审法院经审理查明，尤某某系尤春娣之女。1964年，尤春娣与练丙结婚，婚后生育椎名某某(原名练锦伟)、练甲、练乙。尤春娣去世后，练丙于1997年9月10日与张某某再婚。倪甲、倪乙、倪丙系张某某与前夫所生子女。练丙于2011年1月20日报死亡注销户口，张某某于2011年6月17日死亡。2011年6月，倪甲、倪乙、倪丙向法院起诉，要求依法继承被继承人张某某的遗产。

原审审理中，各方当事人均确认练丙生前有养老金收入，倪甲、倪乙、倪丙认为其养老金为人民币(以下币种均为人民币)4,000元左右，椎名某某、练甲、练乙、尤某某认为有3,000元左右。倪甲、倪乙、倪丙出示练丙生前所在单位中国石油青海油田离退休管理处医疗保险科出具的证明，主要内容为，该处退休职工练丙自2010年12月至2011年元月，在该处共核销医疗费用3次，使用金额为161,065.50元，核销金额为155,851.70元，报销款均汇入练丙开设在农行上海市宝山工业区支行银行账户(卡号:622848003041749XXXX)中，其中2010年12月27日至2011年1月4日使用金额51,943.40元，核销51,132.40元，2011年1月17日汇出，2011年1月4日至2011年1月11日使用金额48,068.70元，核销46,223.50元，2011年1月24日汇出，2011年1月11日至2011年1月20日使用金额61,053.40元，核销58,495.80元，2011年1月28日汇出；发生的门诊药费7,358.90元，因单位将门诊药费包干发给个人，故未报销(2010年门诊包干2,732.70元，2011年门诊包干281.39元)；练丙的丧葬费结算表已上报青海省社保局(6,198元-2,618.40元=3,579.60元)，届时青海省社保局将练丙的丧葬费汇兑给练甲。

经倪甲、倪乙、倪丙申请，原审法院调取了练丙农业银行卡号为622848003041749XXXX的账户自2011年1月20日开始的交易明细以及练丙在上海银行祁连支行储蓄账户信息。其中农业银行卡号为622848003041749XXXX的银行卡明细对账单显示，起始日期为2011年1月20日，账单载明的首笔交易日期为2011年5月5日，交易金额1,000元，余额1,031.12元，之后历经数次交易往返，至2011年9月25日，该账户余额0元。上海银行祁连支行交易记录显示，2010年12月25日至2011年1月11日，练丙开设在该行的5笔金额分别为12,000元、12,000元、13,000元、15,000元、6,000元的定期储蓄账户被销户，2011年1月20日，练丙开设在该行金额为10万元的定期储蓄存款被练甲支取。

原审审理中，倪甲、倪乙、倪丙要求对练丙单位为练丙报销的155,851.70元医疗费以及练甲支取的练丙10万元存款中属于张某某的财产依法分割。椎名某某、练甲、练乙、尤某某表示，练丙单位报销的医疗费原先由椎名某某垫付，椎名某某将报销后的钱款从练丙账户中取出，该款不应再作遗产分割，从农业银行取款时由椎名某某与练甲共同取出，均交给了椎名某某；10万元存款确系练甲取走，已交付给椎名某某用于为练丙处理后事，该款中扣除办理后事所需费用以及未能报销的医疗费，余款可依法分割。椎名某某、练甲、练乙、尤某某出示金额为161,065.57元的医疗费收据、21,244元的殡葬服务费收据，表示练丙于2010年12月开始住院，医疗费及丧葬费均由椎名某某支出。

原审法院经审理后认为，继承开始后，在没有遗嘱或遗赠扶养协议的情况下，应当按照法定继承办理。张某某与练丙系再婚夫妻，倪甲、倪乙、倪丙系张某某的子女，椎名某某、练甲、练乙、尤某某系练丙的子女。练丙死亡时，其法定继承人为张某某及椎名某某、练甲、练乙、尤某某，张某某死亡时，其法定继承人为倪甲、倪乙、倪丙。关于倪甲、倪乙、倪丙要求分割的练丙所在单位汇入练丙开设在农业银行账户(卡号622848003041749XXXX)中的155,851.70元，该款系单位对练丙于2010年12月至2011年1月期间产生的161,065.57元医疗费的报销款，椎名某某、练甲、练乙、尤某某认为医疗费均由椎名某某垫付并自认报销款由椎名某某与练甲领取。法院认为，相关证据显示，练丙生前有养老金收入和银行存款，可以作为其医疗费支出来源的一部分。根据练丙开设在上海银行祁连支行的交易记录显示，2010年12月25日至2011年1月11日，练丙名下有总额为58,000元的定期存款销户记录，该款作为练丙与张某某的夫妻共同财产应当被认定为用于支付练丙的医疗费。因此，对于练丙名下161,065.57元的医疗费，其中58,000元系用张某某与练丙的夫妻共同财产支付，余款103,065.57元可认定为椎名某某支出。椎名某某从练丙单位报销的155,851.70元中提取其为练丙垫付的医疗费103,065.57元并无不当，剩余报销款52,786.13元应作为张某某与练丙的夫妻共同财产处理。关于练甲在2011年1月20日从上海银行祁连支行取出的练丙名下的10万元定期存款，其性质也属于张某某与练丙的夫妻共同财产。上述夫妻共同财产共计152,786.13元，张某某与练丙分别占1/2的份额，练丙死亡后，上述财产中练丙所享有的份额应由其法定继承人均等继承，因此张某某可享有上述财产中的3/5份额，金额为91,672元。张某某死亡后，该款应由倪甲、倪乙、倪丙继承。因练甲自认该款已由练甲取出交由椎名某

1942年长女费玉英与周福祥结婚后，夫妻住在费家，随费宝珍生活。次女费秀英、三女费惠英相继于1950年以前出嫁，住在丈夫家。1956年费翼臣、费宝珍及其子费江迁居安徽，无锡的房产由长女一家管理使用。1958年私房改造时，改造了78.9平方米，留自住房162.3平方米。1960年费翼臣病故，费宝珍、费江迁回无锡，与费玉英夫妇共同住在自留房内，分开生活。1962年费玉英病故。1985年12月，费宝珍、费江向法院起诉，称此房为费家财产，要求周福祥及其子女搬出。周福祥认为，其妻费玉英有继承父亲费翼臣的遗产的权利，并且已经占有、使用40多年，不同意搬出。原审在调查过程中，费秀英、费惠英也表示应有她们的产权份额。

我们研究认为，双方当事人诉争的房屋，原为费宝珍与费翼臣的夫妻共有财产，1958年私房改造所留自住房，仍属于原产权人共有。费翼臣病故后，对属于费翼臣所有的那一份遗产，各继承人都没有表示过放弃继承，根据《继承法》第二十五条第一款的规定，应视为均已接受继承。诉争的房屋应属各继承人共同共有，他们之间为此发生之诉讼，可按析产案件处理，并参照财产来源、管理使用及实际需要等情况，进行具体分割。

二、条文阐释

本条是关于放弃继承、接受继承和接受或者放弃受遗赠、视为放弃受遗赠的规定。

（一）接受继承

所谓接受继承，是指继承人同意接受被继承人遗产分配的意思表示。接受继承是一种单方法律行为。所谓单方法律行为，是指只要一方当事人的意思表示就可以成立的民事法律行为。在继承法律关系中，只要继承人活着继承人的代理人作出了接受继承的意见表示就产生相应的法律效力。接受继承的形式可以是明示的，比如以书面或者口头的形式向其他继承人、遗嘱执行人或者人民法院表示接受继承；也可以是默示的，比如自己不说放弃，但直接参加遗产分配，没有表示放弃或者不放弃的，这种情况视为接受继承。

在此需要说明是，按照《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国继承法>若干问题的意见》第52条、第54条的规定，继承开始后，继承人没有表示放弃继承，并于遗产分割前死亡的，其继承财产的权利转移给他的合法继承人。由国家或集体组织供给生活费用的烈属和享受社会救济的城市居民，其遗产仍应准许合法继承人继承。

（二）放弃继承

所谓放弃继承，是指继承人不接受被继承人的意思表示。放弃继承也是一种单方法律行为。继承人放弃继承后，不再享有其放弃的继承人遗产的继承权。对此，需要进一步说明的是：

1. 放弃继承的时间。本条第1款规定，继承开始后，继承人放弃继承的，应当在遗产处理前，作出放弃继承的表示。就是说，要在继承开始后遗产处理前这段时间内进行。对此，《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国继承法>若干问题的意见》第49条也有明确的规定。按照规定，继承人放弃继承的意思表示，应当在继承开始后、遗产分割前作出。学

理上讲，遗产分割后再表示放弃的，这已不是继承法所称的继承权，而是民法中所称的财产所有权。

2. 放弃继承的形式。原则上讲，应当是书面形式，特定情况下也可以定其他形式。按照《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国继承法>若干问题的意见》第47条、第48条的规定，继承人放弃继承应当以书面形式向其他继承人表示。用口头方式表示放弃继承，本人承认，或有其他充分证据证明的，也应当认定其有效。在诉讼中，继承人向人民法院以口头方式表示放弃继承的，要制作笔录，由放弃继承的人签名。

3. 放弃继承的反悔。关于这一问题，《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国继承法>若干问题的意见》第50条中有明确的规定，按照规定，遗产处理前或在诉讼进行中，继承人对放弃继承反悔的，由人民法院根据其提出的具体理由，决定是否承认。遗产处理后，继承人对放弃继承反悔的，不予承认。

4. 放弃继承的效力。包括2个方面：一是不履行法定义务的效力。根据继承法的第33条第2款的规定："继承人放弃继承的，对被继承人依法应当缴纳的税款和债务可以不负偿还责任。"按照《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国继承法>若干问题的意见》第46条的规定，继承人因放弃继承权，致其不能履行法定义务的，放弃继承权的行为无效。另一个是时间方面的效力。按照《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国继承法>若干问题的意见》第51条的规定，放弃继承的效力，追溯到继承开始的时间。

5. 放弃继承诉讼程序中当事人。按照《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国继承法>若干问题的意见》第60条的规定，继承诉讼开始后，如继承人、受遗赠人中有既不愿参加诉讼，又不表示放弃实体权利的，应追加为共同原告；已明确表示放弃继承的，不再列为当事人。

（三）接受遗赠

1. 遗赠、遗赠人、受遗赠人。所谓遗赠，按照本法第16条的规定，是指公民以立遗嘱的形式将个人财产赠给国家、集体或者法定继承人以外的人的情形。这当中，立遗嘱的人称为遗赠人，接受遗赠人的财产的人称为受遗赠人。

2. 接受、放弃受遗赠的时间。按照本法第25条第2款的规定，受遗赠人接受、放弃受遗赠的时间应当是"在知道受遗赠2个月内"。到期没有表示的，视为放弃受遗赠。

3. 接受、放弃受遗赠必须有明确的意思表示。也就是说，不能以默示的形式确定接受。在法定期限内不表态的，没有表示的，就视为放弃受遗赠。

4. 接受遗赠权利的转移。按照《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国继承法>若干问题的意见》第53条的规定，继承开始后，受遗赠人表示接受遗赠，并于遗产分割前死亡的，其接受遗赠的权利转移给他的继承人。

5. 附义务遗赠的处理。按照《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国继承法>若干问题的意见》第43条的规定，附义务的遗嘱继承或遗赠，如义务能够履行，而继承人、受

遗赠人无正当理由不履行，经受益人或其他继承人请求，人民法院可以取消他接受附义务那部分遗产的权利，由提出请求的继承人或受益人负责按遗嘱人的意愿履行义务，接受遗产。

三、争点与述评

1. 继承的承认和放弃属财产行为抑或身份行为？

观点一：继承的承认与放弃产生继承人身份的确认，故为身份行为；

观点二：继承的承认与放弃非纯粹的身份行为，亦非纯粹的财产行为，实兼有两种性质。然财产的色彩较为浓厚，故在无行为能力人，应由其法定代理人为之。[①]

观点三：继承的承认与放弃是以继承人具有继承资格为前提，并不产生继承人身份的确认，而仅产生遗产归属的效果，因此继承的承认与放弃仅为财产行为而非身份行为。[②]

观点四：继承权于继承未开始之前仅为一种继承人的资格或地位，该资格或地位因与身份不能分离，故其为继承人专属，而且继承人的资格或地位取得是基于其与被继承人之间的血缘亲属关系。继承人并不因其承认或放弃继承而丧失继承人之地位，继承的承认或放弃仅发生遗产是否归属于继承人的效力。在当然继承主义下，继承一旦开始，被继承人财产上的一切权利义务即概括地移转于继承人所有，因此，承认或放弃继承之单独行为不过为财产法上的处分行为而已。因此，承认或放弃继承的权利当可为继承之标的。[③]

笔者同意观点三。虽继承的承认与放弃需要以继承人具有资格为前提，这种资格具有身份法的性质，然而，事实上，继承的承认与放弃行为的实质是继承人对其本应能继承到的被继承人遗产的处分行为，最终效果仅体现为遗产的归属，并没有对原有继承人的身份地位有所影响，因此，继承的承认和放弃应属一种财产处分行为。

2. 无民事行为能力人与限制行为能力人可否由其法定代理人代为作出承认和放弃的意思表示？

观点一：在无行为能力人，应由其法定代理人为之。在限制行为能力人应得其法定代理人之允许，此为适用民法总则之规定当然发生之结果。法定代理人与继承人之利害相反时例如父或母死亡，母或父与数人之子同为继承时，如有积极财产，则母或父以代子抛弃为有利，此时父或母为法定代理人，代继承人为继承之抛弃、承认或限定承认，非为未成年人之利益不得为之。[④]

观点二：对于继承的承认或放弃不适用代理。因为在此种关系中法定代理人与被代理人一般有利益的冲突，因为一般情形下双方为同一顺序的继承人；另一方面我国继承法上实行有限继承原则，即使继承人未放弃继承也不必对被继承人的债务承担无限责任，所以，不允许无民事行为能力人与限制行为能力人的法定代理人为其代为作出继承承认或放弃的意思表示，只会利于保护无民事行为能力人和限制民事行为能力人的利益而不会损害其利益。[⑤]

[①]参见史尚宽：《继承法论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 265 页。
[②]参见郭明瑞、房绍坤、关涛：《继承法研究》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 34 页。
[③]张平华、刘耀东：《继承法原理》，中国法制出版社 2009 年版，第 129 页。
[④]参见史尚宽：《继承法论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 265-266 页。
[⑤]参见郭明瑞、房绍坤、关涛：《继承法研究》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 34 页。

笔者认为观点一较为可取。其一，由法定代理人代理无民事行为能力人和限制民事行为能力人从事法律行为符合我国《民法通则》之相关规定，当属无疑；其二，虽在继承中，法定代理人与被代理人往往会有利益冲突，导致被代理人继承利益受损之风险，但完全可以通过技术手段予以规避。首先，无民事行为能力人中的不满 10 周岁的未成年人，由其父母作为法定代理人代理其承认或放弃继承应无问题；其次，无民事行为能力人中的不能辨认自己行为的精神病人，其法定代理人会有多个，如某个法定代理人与其继承利益存在冲突，则可以选择另外一个代理人为代理承认或放弃继承。限制民事行为能力人可以参照此种方法。其三，对于代理无民事行为能力和限制行为能力人继承或放弃继承时，需对该法定代理人作出限制，如其须为被代理人利益为之，否则可取消法定代理人的此项代理资格。

3. 继承人的债权人能否要求撤销放弃继承权的行为？

肯定说：遗产继承专以财产权为目的，债务人抛弃时，应得撤销之，而且在遗产继承因继承开始，继承人既已继承被继承人之财产，当得撤销其抛弃。

否定说：继承的抛弃的权利为一种身份权或人格权，非继承人的债权人或其代表人的财产管理人所得左右，遗产继承的承认或抛弃的选择权，也不得以为纯粹的财产权而加以观察，诚实的遗产继承人为承认或抛弃，非仅依金钱上之利害关系为判断，为考虑其与被继承人，共同继承人，次顺序继承人或继承债权人等之利害关系之对人的事情而决定。

笔者赞同肯定说。任何自由的行使，无不应受到必要的限制，放弃继承亦不能例外。放弃继承虽以具有继承资格的身份为前提，然而亦不能不在他人合法利益前受到限制。且我国采当然继承主义，继承一经开始，遗产即归属于继承人所有，继承人嗣后放弃继承的行为虽具有溯及效力，亦不能不谓其抛弃继承为既有利益的减少，而这种行为将直接影响债权人的利益。从立法目的及利益衡量角度看，与其鼓励继承人违背诚信原则滥施其放弃自由，使其他继承人取得意外之利益，不如赋予债权人以撤销权，而使交易安全得以维护。

四、裁判要旨

马巧芳与马建军、韩会民、马瑞、马静确认放弃继承权声明书无效和要求继承其父母遗留的位于老城区马市街号房产纠纷案[①]

裁判要旨：

原、被告均认可原告马巧芳有精神病史，婚前曾多次住院治疗的事实，也认可原告马巧芳在放弃继承权声明书上签字捺印，以及签字捺印的行为经过公证的事实。争议焦点在 1996 年 6 月 11 日原告马巧芳签署放弃继承权声明书时是否具有民事行为能力。根据当时及现行的有关公证程序的规定，具有民事权利能力的人可以作为公证事项的当事人，无民事行为能力人或者限制民事行为能力人申办公证，应当由其监护人代理。洛阳市公证处对原告马巧芳的询问笔录，不显示对原告马巧芳行为能力审查的内容，该笔录本身不能证实原告马巧芳当时的行为能力状况。根据原告马巧芳举证的洛阳科鉴法医精神病司法鉴定所出具的洛科鉴精鉴所(2010)精鉴字第 010 号精神医学司法鉴定意见书，应认定 1996 年 6 月 11 日原告马巧芳

[①]河南省洛阳市老城区人民法院（2009）老民初字第 683 号民事判决书。

签署放弃继承权声明书时无民事行为能力，而无民事行为能力人实施的民事行为无效，故原告马巧芳认为其1996年6月11日签署放弃继承权声明书无效的理由成立，本院予以支持。原、被告双方均认可马巧芳在放弃继承权声明书上签字捺印的事实，而原告马巧芳仍坚持对该声明书进行笔迹鉴定，因此支出的费用，应自行承担。无效的民事行为，自始至终就不具有法律约束力，故本案不存在超过诉讼时效的问题。2001年6月5日原告马巧芳曾提起行政诉讼，而本案是民事诉讼，故本案不存在重复诉讼问题。

综上各被告关于本案超过诉讼时效、系重复诉讼的主张，本院不予支持。根据《中华人民共和国民法通则》第五十五条、第五十八条第一款第(一)项、第二款，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定，判决如下：

确认原告马巧芳1996年6月11日签署的放弃继承权声明书无效。

《继承法》第二十六条 遗产的确定

夫妻在婚姻关系存续期间所得的共同所有的财产，除有约定的以外，如果分割遗产，应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产。

遗产在家庭共有财产之中的，遗产分割时，应当先分出他人的财产。

一、周边法源

《最高院关于贯彻执行〈继承法〉若干问题的意见》

依继承法第十四条规定可以分给适当遗产的人，在其依法取得被继承人遗产的权利受到侵犯时，本人有权以独立的诉讼主体的资格向人民法院提起诉讼。但在遗产分割时，明知而未提出请求的，一般不予受理；不知而未提出请求，在二年以内起诉的，应予受理。

二、条文阐释

本条指出了在分割遗产时，应准确地区分被继承人的遗产与共有财产的界线。

遗产只限于被继承人个人所有的财产，在实际生活中，被继承人的个人财产往往是包含在夫妻共有财产或者家庭共有财产之中。因此，当被继承人死亡时，有必要将包含在夫妻共有财产或家庭共有财产中的遗产分离出来。夫妻共有财产，是指夫妻在婚姻关系存续期间共同所得的财产。

按照我国婚姻法的规定，夫妻共有财产，在性质上属于共同共有，双方对共同财产不分份额地共同享有平等的所有权。夫妻共有财产的性质，决定了当夫妻一方死亡时，只能将夫妻共同所有财产的一半作为死者的遗产，另一半属于生存配偶个人所有。在区分死亡一方的遗产与夫妻共有财产时，还要注意分清被继承人的婚前个人财产和夫妻共有财产的界线。

夫妻共同财产主要包括：婚后一方或双方劳动的收入；婚后夫妻一方或双方接受赠与、接受遗赠或继承的财产；婚后共同购置的财产；以及其他共有财产。

夫妻个人财产一般是指：婚前个人所有的财产，包括婚前个人所有的房屋、储蓄、生活用品、图书资料、生产工具等；婚前个人接受的赠与、遗赠或继承的财产；婚前各自为结婚而筹备的物品；婚后约定为个人所有的财产；复员、转业军人的复员费、转业费、医疗费；等等。

夫妻婚前或婚后的个人财产，不能作为共有财产对待。如果夫妻在共同生活期间，其中一方已将自己的个人财产投入共同生活之中并作为夫妻共同财产，而另一方却在无事先约定的情况下未将其个人财产投入共同生活，则后者的个人财产的相应部分亦应作为夫妻共有财产对待。如果实际上已难以划清夫妻个人财产与夫妻共有财产界线的，应当按照夫妻共有财产来处理。

家庭共有财产，是指家庭成员在家庭共同生活关系存续期间共同劳动、共同所得的财产。每个家庭成员对共有财产平等地享有所有权，对家庭共有财产的使用和处分，必须取得全体共有人的同意。只有在分家析产或继承遗产时家庭共有财产才能具体分割。因此，在继承开

始时，死者遗产在家庭共有财产之中的，应先分出属于他人的财产，其余的部分属于继承人继承的遗产范围。如父母死亡时，应将属于未成年子女所有的财产同其父母的遗产加以区分。未成年子女的生活用品、通过创作而获得的报酬或奖励物品以及通过接受赠与、遗赠和继承等方式所获得的财产，其所有权属于该未成年子女，不能把父母为未成年子女代为管理的财产作为父母的遗产。对早已参加工作或劳动，并直接参与了家庭共有财产积累的子女，应当确认他们对家庭共有财产所享有的一定权利。在父母死亡并确定其遗产范围时，必须把直接参加了家庭共有财产积累的子女所拥有的财产份额从共同共有的庭财产中划分出来，不能把全部家庭共有财产都作为父母的遗产。

另外，家庭成员之间的相互资助，应视为赠与。赠与物的所有权只能属于接受赠与的家庭成员，而不能视为家庭共有财产。在确定遗产范围时，对属于被继承人的，应作为遗产继承。最后，确定被继承人的遗产与家庭共有财产的区别时，还应将被继承人生前由于个人需要所欠下的个人债务与整个家庭为共同生活所欠下的共同债务相区分。以被继承人名义欠下的、纯系用于满足其个人需要的债务，属于被继承人生前的个人债务，应作为其遗产，以其遗产中的其他财产抵偿。如果以被继承人名义欠下的债务是用于全体家庭成员的共同需要，则属于家庭的共同债务，应当用家庭共有财产偿付。

三、争点与述评

对“遗产的确定”在目前的学界而言并无实质争议。

四、裁判要旨

国家法官学院、中国人民大学法学院编：《中国审判要览》

安香岳等诉安婧返还遗产案

(2000)嵊民初字第9号

原告：安香岳

原告：谢爱芹

被告：安婧

裁判要旨：

原告安香岳与前妻(已去世)生育一子二女，子安银祥(1963年1月21日出生)和女儿安霞飞、安霞君。1971年2月，原告安香岳与谢爱芹登记结婚，婚后生育了儿子安银江和女儿安霞英，均已成人。两原告对安银祥尽了抚养教育的义务。1989年4月10日，安银祥与本村村民安孟芬(1965年10月23日出生，其父母已于安孟芬婚前去世)结婚。1989年6月17日生育一女，取名安婧。现安婧随三舅安孟炎共同生活，在富润镇校读小学。由于安孟芬的小姑姑(张水芹)一家在嘉兴工作，自1991年起，安银祥与安孟芬携女去嘉兴，在该市荷花堤菜场设摊经商，并开设了一家“安安发屋”。1998年11月20日凌晨，安银祥在居住的租房内杀死安孟芬后外逃，安孟芬经抢救无效而死亡。同年11月21日，由安孟兴作为具领人向嘉兴市公安局秀城公安分局领取了安银祥、安孟芬的银行存款单及其他物品，安香

岳、张水芹作为在场的见证人也在清单上签了名。在办理完安孟芬丧事后的11月25日，由村干部在场，原告安香岳与安婧的四个舅舅签订了一份协议书。协议的主要内容是，祖父安香岳同意，因安婧年幼，由四个舅舅代为抚养，安银祥、安孟芬的财产，由四个舅舅代为保管、支配，双方不得侵占、随意动用，今后由安婧继承、专用。原告安香岳、安婧的四个舅舅和在场村干部均在协议书上签了名。1998年12月11日，在嘉兴市郊区一空置的车棚内，发现安银祥已自缢死亡。1998年12月12日，原告安香岳作为具领人向嘉兴市公安局秀城分局领取了安银祥所带现金1355元，一只传呼机及钥匙。根据原告提出的财产保全申请，法院对安银祥、安孟芬的银行存款采取了财产保全，在共有存款45386.79元中，已扣划44332.58元，尚未扣划的有：以安银祥户名于1996年2月27日在嘉兴市嘉北信用社办理的1000元的三年期存单及利息，安银祥在中行的借记卡一张，金额50元，安孟芬在建行的存款两份，金额分别为1.01元和3.20元(四份凭证均在安孟兴处)。安银祥、安孟芬现有债权为6500元，其中安兴祥借款1000元，安孟秋借款2500元，安孟芬于1996年9月2日在嘉兴市荷花堤市场集资款3000元。安银祥、安孟芬遗产中的现金共27572元，其中张水芹处收回债权15000元(付安孟芬抢救费为8087.50元，办丧事时付安孟兴6912.50元)，“安安发屋”转让款7160元(当时由张水芹收取)，安孟兴、安香岳分别向嘉兴市公安局秀城分局领取现金925元、1355元，安银祥、安孟芬租房内取出现金1200元，领带收入932元，金城处由安香岳收回债仅1000元。在办理安孟芬丧事时，安孟兴处有安银祥、安孟芬遗产中的现金23085元(包括安婧存款528元)，花去丧事等费用20703.50元，余2381.50元。根据张水芹1999年7月20日与安孟兴的“安安发屋”转让款结算清单，除张水芹在安孟芬丧事时已付安孟兴4500元外，尚余2660元，实际转让款应为7160元。张水芹在该余款2660元中已支出728元，其中付安孟兴等人去嘉兴办理安孟芬丧事时车费550元，交“安安发屋”水电费60元，交1999年5月、6月增加的房租60元，付安婧1999年7月在嘉兴读奥数班学杂费58元，余款1932元尚在安孟兴处。对于原告陈述的现尚在被告法定代理人安孟兴处的安银祥、安孟芬遗产中的物品，安孟兴无异议，承认由其保管的事实。经勘验，安银祥、安孟芬现在安汉东(安银祥的妹夫)处的物品有：排仙床1张，高低床1张，三门橱1只，小橱1只，写字台1张，木箱2只，人造革三人沙发1只，茶几1只，人造革箱1只，棉花絮2条，飞燕牌落地扇1只，落地木衣架1只，被套1只，被面1条，床单1条，三五牌台钟1只，锡甑、锡瓶各2只，锡酒壶1只，莱甑、菜瓶各2只，茶甑1只，铜灯盏2只。安银祥、安孟芬在赵根林(张水芹的外甥女婿)处的物品有：小方巾9条，大方巾3条，领带136条，领夹15只。原告在办理安银祥的丧事中支出实际费用为4390.80元，其中火化与车费1545元，丧事支出2845.80元，原告在清单中所列的坟石、水泥、沙石子计2100元是立坟碑的预支款。原告已支出4390.80元丧事费的来源为，其中1355元是原告向嘉兴公安局领取，1000元是金城还安银祥、安孟芬的借款，还有2035.80元是原告垫付的。1999年5月28日，富润镇安家村村民委员会出具了一份证明，该证明的主要内容为，在安银祥、安孟芬死后，为女儿安婧的抚养及监护问题，经安香岳代表一方及安孟兴代表一方协商后，安婧

的舅舅安兴祥、安孟秋、安孟炎、安孟兴自愿承担安婧的抚养及监护责任，并经村委会同意。两原告对该证明无异议。2000年1月11日，嵊州市公安局富润派出所证明，1999年10月29日，安婧的户粮关系已迁往嘉兴市建设派出所辖区荷花堤三组张水芹处。

浙江省嵊州市人民法院根据上述事实和证据认为：在安孟芬去世后，双方于1998年11月25日签订协议书时，安银祥尚未死亡，该协议却对安银祥与安孟芬的财产作出了处分，显属无效，不予认定。本案中，在被继承人安孟芬去世后，第一顺序继承人依法为安银祥、安婧。因安银祥故意杀害妻子安孟芬，故对安孟芬的遗产丧失继承权，安孟芬的遗产份额由安婧继承。安银祥去世后，安婧、安香岳、谢爱芹为安银祥遗产的同一顺序继承人。根据法律规定，同一顺序继承人继承遗产份额一般应当均等，对生活有特殊困难的缺乏劳动能力的继承人分配遗产时，应当予以照顾。两原告尚有劳动能力，也有其他经济来源，而被告安婧年仅11岁，既缺乏劳动能力，又无其他经济来源，依法应当照顾。办理丧事的费用可在遗产中支出，安孟芬的丧事费用应在安银祥、安孟芬的共同遗产中支出，而安银祥去世后未立碑的情况下，两原告在安银祥丧事清单中预支2100元欲为其立碑符合情理，但该费用应在安银想的遗产份额中支出。对于两原告在安银祥丧事中垫付款2035.80元，应从安银祥遗产份额中支付。对于以安婧名义的存款500元及利息28元共528元，应视为其父母在生前已给予安婧，不应列入安银祥、安孟芬遗产的范围，属安婧所有。

《继承法》第二十七条　法定继承的适用范围

有下列情形之一的，遗产中的有关部分按照法定继承办理：

㈠遗嘱继承人放弃继承或者受遗赠人放弃受遗赠的；

㈡遗嘱继承人丧失继承权的；

㈢遗嘱继承人、受遗赠人先于遗嘱人死亡的；

㈣遗嘱无效部分所涉及的遗产；

㈤遗嘱未处分的遗产。

一、周边法源

最高院关于发布第十批指导性案例的通知 法（2015）85号

《中华人民共和国继承法》（以下简称《继承法》）第五条规定：“继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。”被继承人郭某顺死亡后，继承开始。鉴于郭某顺留有遗嘱，本案应当按照遗嘱继承办理。《继承法》第二十六条规定：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的共同所有的财产，除有约定的以外，如果分割遗产，应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产。”最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第38条规定：“遗嘱人以遗嘱处分了属于国家、集体或他人所有的财产，遗嘱的这部分，应认定无效。”登记在被继承人郭某顺名下的306室房屋，已查明是郭某顺与原告李某夫妻关系存续期间取得的夫妻共同财产。郭某顺死亡后，该房屋的一半应归李某所有，另一半才能作为郭某顺的遗产。郭某顺在遗嘱中，将306室全部房产处分归其父母，侵害了李某的房产权，遗嘱的这部分应属无效。此外，《继承法》第十九条规定：“遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。”郭某顺在立遗嘱时，明知其妻子腹中的胎儿而没有在遗嘱中为胎儿保留必要的遗产份额，该部分遗嘱内容无效。《继承法》第二十八条规定：“遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额。”因此，在分割遗产时，应当为该胎儿保留继承份额。综上，在扣除应当归李某所有的财产和应当为胎儿保留的继承份额之后，郭某顺遗产的剩余部分才可以按遗嘱确定的分配原则处理。

二、条文阐释

本条阐述了适用法定继承方式的几种法律事实。

遗嘱继承优先于法定继承，是近现代各国继承立法的通行原则。本法第五条中的规定也体现了此原则。只要被继承人立有合法有效的遗嘱，法律就要承认并保护，被继承人的遗产应按照遗嘱继承的方式处理。只有在出现了以下几种法律事实时，才能按照法定继承的方式处理遗嘱人的遗产。

(一)遗嘱继承人放弃继承或受遗赠人放弃受遗赠。遗嘱继承人放弃继承或受遗赠人放弃受遗赠，会导致被继承人的这部分遗嘱无效。因此，有关的遗产应按照法定继承方式办理。

（二）遗嘱继承人丧失继承权。这是指遗嘱继承人由于本法第七条所规定的原因而被法律剥夺了继承权的情况。这样遗嘱中原指定由其继承的部分按法定继承方式办理。

（三）遗嘱继承人、受遗赠人先于遗嘱人死亡。遗嘱继承人、受遗赠人先于遗嘱人死亡，遗嘱人的遗产便无人来继承，自应按法定继承方式办理。

（四）遗嘱无效部分所涉及的遗产。遗嘱如果被伪造或篡改，那么被伪造或篡改的内容无效。遗嘱人在受胁迫、欺骗情况下所立的遗嘱无效。遗嘱无效部分所涉及的遗产就要按照法定继承方式办理。

（五）遗嘱未处分的遗产。如果遗嘱人只处理了其遗产的一部分，那么其余未处分的部分应按法定继承方式办理。

三、争点与述评（无）

对《继承法》第二十八条的评述

条文内容：

遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额。胎儿出生时是死体的，保留的份额按照法定继承办理。

一、周边法源

（一）最高人民法院及各地方高院其他规范性法律文件

最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国继承法》若干问题的意见。（1985 年 9 月 11 日由最高人民法院发布，1985 年 9 月 11 日实施，法（民）发[1985]22 号）

第四十五条 应当为胎儿保留的遗产份额没有保留的应从继承人所继承的遗产中扣回。

为胎儿保留的遗产份额，如胎儿出生后死亡的，由其继承人继承；如胎儿出生时就是死体的，由被继承人的继承人继承。

二、法条释义

本条是关于胎儿预留份的释义，共有一款。

本条中所说的“胎儿”，是指在被继承人生前受孕、死后出生的子女。从保护被继承人死亡时未出生的子女利益的目的出发，不论是法定继承还是遗嘱继承，在遗产分配时应该为胎儿保留应继承的份额。为胎儿保留的继承份额，一般由其母亲代为保管，其数额应等同于各继承人所取得的遗产份额的平均数。如果继承人明知被继承人留有胎儿，但在分割遗产时却未为胎儿保留继承份额，则应从继承人所继承的遗产中扣回。为胎儿保留的继承份额，只有等胎儿活着出生时，才能归其所有，即取得这份遗产的所有权。如果胎儿出生时为死体时，那么为其保留的遗产的作为被继承人的遗产，由被继承人的法定继承人依法继承。如果胎儿出生时为活体，但不久后死亡的，为其保留的遗产份额则成为他的遗产，由他的法定继承人依法继承。

参考文献：邹瑜主编：《中华人民共和国法律释义全书—：民商法律卷》，北京：法律出版社，1995 年 11 月第 1 版。

三、争点及评述

四、相关案例裁判要旨

（二）人民法院公报案例

案例：王德钦诉杨德胜、泸州市汽车二队交通事故损害赔偿纠纷案（《最高人民法院公报》2006 年第 3 期）

裁判要旨：侵害公民身体造成死亡的，加害人应当向被害人一方支付死者生前扶养的人必要的生活费等费用。“死者生前扶养的人”，既包括死者生前实际扶养的人，也包括应当由死者扶养，但因为死亡事故发生，死者尚未扶养的子女。

对《继承法》第二十九条的评述

条文内容

遗产分割应当有利于生产和生活需要，不损害遗产的效用。

不宜分割的遗产，可以采取折价、适当补偿或者共有等方法处理。

一、周边法源

（一）最高人民法院及各地方高院其他规范性法律文件

最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国继承法》若干问题的意见。（1985 年 9 月 11 日由最高人民法院发布，1985 年 9 月 11 日实施，法（民）发[1985]22 号）

第五十八条 人民法院在分割遗产中的房屋、生产资料和特定职业所需要的财产时，应依据有利于发挥其使用效益和继承人的实际需要，兼顾各继承人的利益进行处理。

二、法条释义

本条是关于遗产分割的原则和方法的规定，共有二款。

根据第一款的内容，被继承人所遗留的个人财产，可能既包括生产资料，又包括生活资料，在分割遗产时，应从有利于生产和生活的需要出发，以不损害遗产、充分发挥遗产的实际效用为原则。根据第二款的内容，折价，是指将不宜分割的遗产出卖，变为价金，各继承人各按应得的遗产份额比例领取相应的价金。补偿，是指将不宜分割的遗产折算成价金，由取得该遗产的继承人按照其他继承人应得的遗产份额比例，分别补偿相应的价金。共有，是指将不宜分割的遗产作为共有财产，由全体继承人共同所有，各继承人按照各自应得的遗产份额确定对该项财产所应享有的权利与应分担的义务。继承法规定继承制度的目的，就是保证被继承人生前个人所有的合法财产能依法或依公民生前所立的合法有效的遗嘱转移给他的继承人，从而继承发挥个人财产和家庭财产的积极作用，发挥家庭养老育幼与经济消费的职能，实现国家和个人的双重利益。因此，在分割遗产时，要注意不损害遗产的效用，并考虑各个继承人在生产和生活上的实际需要，对不宜分割的遗产，应采用折价、补偿和共有等方法处理。这一条的内容主要包含了两个方面，一是遗产分割要注重遗产的实际效用，二是对不宜分割财产的处理办法。

参考文献：邹瑜主编：《中华人民共和国法律释义全书—：民商法律卷》，北京：法律出版社，1995 年 11 月第 1 版。

三、争点及评述

四、相关案例裁判要旨

（一）人民法院公报案例

1、单洪远、刘春林诉胡秀华、单良、单译贤法定继承纠纷案（《最高人民法院公报》2006 年第 5 期）

裁判要旨：（1）遗产分割应当有利于生产和生活的需要，并不损害遗产的效用。对于公司股分遗产的处理，应当按照其效用合理分割；（2）对于年龄较大的继承人，宜于粉的现金。

判决内容：连云港市中级人民法院一审认定：

（1）单洪远、刘春林继承单业兵在倍思特公司 6。9%的股份，胡秀花于本判决生效之日起 15 日内给付单洪远、刘春林现金 60 万元；

（2）单良、单译贤各继承单业兵在倍思特公司 3。45%的股份及 12581 元的现金，二人共同继承连云港市新浦区陇海步行中街 1 号楼 109 号底层营业用房，在单良、单译贤年满 18 周岁之前，以上财产由其法定代理人胡秀花代为管理；

（3）单业兵其余财产及倍思特公司 20。7%的股份均归胡秀花所有。

2、王贵学等三人与王远德继承案（《最高人民法院公报》1985 年第 4 期）

裁判要旨：在进行遗产分割时，要考虑双方赡养人的经济能力，并且在遗产分割后，根据生活的需要以及遗产的效用，可以将遗产平均分配。

判决内容：哈尔滨市中级人民法院审理认为：被上诉人之父王贵芳，虽然先于被继承人死亡，但在生前对被继承人尽到了赡养义务，因此，应当享有继承权利。至于被上诉人是王贵芳的晚辈直系血亲，按照我国有关政策规定，有权代位继承其父应得的遗产份额。因此，原审判决根据当时双方赡养被继承人的经济能力，以及在遗产分割后，有利于生活需要和不损害使用的情况，将该项遗产平均分配是适当的。据此，于一九八五年五月七日，依照《中华人民共和国民事诉讼法（试行）》第一百五十一条（一）项的规定，判决驳回上诉，维持原判。

对《继承法》第三十条的评述

条文内容

夫妻一方死亡后另一方再婚的，有权处分所继承的财产，任何人不得干涉。

二、法条释义

本条是关于再婚时对所继承遗产的处分权，共有一款。

夫妻有相互继承遗产的权利。当夫妻一方死亡后，生存的一方享有配偶继承权，可依照法律规定或遗嘱的指定继承其应得的那份遗产，并在遗产分割完毕后享有对这份遗产的所有权。生存配偶可以按照自己的意志，在法律允许的范围内占有、使用、收益和处分这部分遗产。因此，夫妻一方死亡后另一方再婚的，当然有权处分其所继承的遗产，任何人不得干涉。带产再婚是受到法律保护的，人民
法院可以应其请求强制排除他人的非法干涉。

参考文献：邹瑜主编：《中华人民共和国法律释义全书：民商法律卷》，法律出版社，1995 年 11 月第 1 版。

三、争议焦点

四、相关案例裁判要旨

对《继承法》第三十一条的评述

条文内容

公民可以与扶养人签订遗赠扶养协议。按照协议，扶养人承担该公民生养死葬的义务，享有受遗赠的权利。

公民可以与集体所有制组织签订遗赠扶养协议。按照协议，集体所有制组织承担该公民生养死葬的义务，享有受遗赠的权利。

一、周边法源

（一）最高人民法院及各地方高院其他规范性法律文件

1、最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国继承法》若干问题的意见。（1985 年 9 月 11 日由最高人民法院发布，1985 年 9 月 11 日实施，法（民）发[1985]22 号）

第五十四条 由国家或集体组织供给生活费用的烈属和享受社会救济的城市居民，其遗产仍应准许合法继承人继承。

第五十五条 集体组织对“五保户”实行“五保”时，双方有扶养协议的，按协议处理；没有扶养协议，死者有遗嘱继承人或法定继承人要求继承的，按遗嘱继承或法定继承处理，但集体组织有权要求扣回“五保”费用。

第五十六条 扶养人或集体组织与公民订有遗赠扶养协议，扶养人或集体组织无正当理由不履行，致协议解除的，不能享有受遗赠的权利，其支付的供养费用一般不予补偿；遗赠人无正当理由不履行，致协议解除的，则应偿还扶养人或集体组织已支付的供养费用。

2、《上海市高级人民法院对贯彻最高人民法院关于执行继承法若干意见的意见》（上海市高级人民法院 1985 年 11 月 21 日发布，1985 年 11 月 21 日实施）

第四条 对《意见》第 5 条、第 55 条的理解。集体组织对“五保户”实行“五保”时，双方无遗赠协议，而“五保护”生前又将财产遗赠给他人，受遗赠人要求受赠时，集体组织有权要求扣回“五保”费用。剩余的遗产可按遗嘱执行遗赠

二、法条释义

本条是关于遗赠扶养协议的规定，共有两款。

遗赠扶养协议，是指公民与扶养人、集体所有制组织签订的有关扶养、遗赠的协议。按照遗赠所确立的受遗赠人的范围，遗赠扶养协议中的扶养人专指法定继承人以外的人。遗赠扶养协议是遗产转移的一种方式，它是我国立法机关总结我国人民群众的实践经验创造出来

的一种遗产处理方法。遗赠扶养协议是由遗赠人与扶养人，在意思表示一致的基础上达成的协议。它应以书面形式签订为宜。按照此协议，遗赠人享受被扶养的权利，承担将个人财产赠给扶养人的义务；扶养人承担遗赠人生养死葬的义务，享有取得被扶养人的遗产的权利。遗赠扶养协议包括遗赠和扶养两方面的内容，遗赠内容应写明遗赠财产的名称、数量，扶养内容应写明提供扶养的具体内容和办法。协议双方应在协议上签名或签章，并注明年、月、日。遗赠扶养协议一经签订，双方当事人必须认真遵守协议的各项规定，否则，应承担违约责任。需要明确的是，遗赠扶养协议与法定继承、遗嘱继承相比较，它具有最强的法律效力。本法第 5 条已作了明确的规定。

从条文中得出，遗赠抚养协议可分为以下两类：一类是公民之间遗赠抚养协议。一般来说，这里的遗赠人是没有子女或者子女不在身边、独立生活存在困难而需要他人照顾的老人。抚养一方一般是遗赠人的亲属、街坊邻居或者其他亲朋好友等。另一类是公民与集体所有制组织之间的遗赠抚养协议。这里的遗赠人一般是缺乏劳动力又缺乏生活来源的鳏寡孤独的“五保户”老人等。

邹瑜主编：《中华人民共和国法律释义全书：民商法律卷》，法律出版社，1995 年 11 月第 1 版

三、争点及评述

关于遗赠扶养协议，学界往往将之与继承合同联系起来，对于两者之间的关系以及对于继承合同的引进方式和力度上存在争议：

（一）徐国栋教授主张全面引进集成合同制度，他主张在继承法中设立“以合同转移遗产”一题，将“继承合同”包括在内；并把我国《继承法》规定的遗赠扶养协议作为继承合同的一种。[1]陈苇教授的则建议将我国《继承法》现行的遗赠扶养协议更名为继承合同，扩大继承合同主体，将法定继承人纳入扶养人的范围。[2]

（二）张玉敏教授主张继承合同是与遗赠扶养协议并列的，并强调并强调继承合同是被继承人与共同继承人订立的。在被继承人死后，由承担赡养（扶养）义务的继承人按照继承合同继承遗产。而被继承人与法定继承人以外的人订立的一方对另一方履行生养死葬义务，在另一方死后取得遗赠物的约定仍然由遗赠扶养协议来规制。[3]王利明教授认为，按照遗赠扶养协议，扶养人承担了被扶养人生养死葬义务，就享有在被扶养人死亡后承受约定遗产的权利。这里的扶养人已经包括法定继承人在内，不需要再引入继承合同制度。[4]

笔者认为，在现行法律制度下，引进继承合同制度是具有现实意义的。但是并不赞成将继承合同与遗赠扶养协议相并列的意见，认为法定继承人不能作为遗赠扶养协议的扶养人。

参考文献：

[1]徐国栋：《绿色民法典》，社会科学文献出版社，2004.

[2]陈苇：《外国继承法比较与中国民法典继承编制定研究》，北京大学出版社，2011.

[3]张玉敏：《中国继承法立法建议稿及立法理由》，人民出版社，2006.

[4]王利明：《中国民法典学者建议稿及立法理由》，法律出版社，2005.

四、相关案例裁判要旨

（一）人民法院公报案例

1、杨自望与重庆农村商业银行股份有限公司巫山支行储蓄存款合同纠纷。[(2013)山法民初字第 02231 号）]

判决内容：死者杨发亮生前口头立有遗赠扶养协议，该协议也得到了村、组的认可，且不违反法律的强制性规定，故该协议合法有效，应受法律保护。现原告杨自望以自己尽到了对杨发亮生养死葬的义务为由，要求法院依法确认杨发亮生前在被告重庆农村商业银行股份有限公司巫山支行骡坪分理处的存款及利息归其所有的诉讼请求，符合法律规定，本院予以支持。依照《中华人民共和国合同法》第四十四条第一款，《中华人民共和国继承法》第三十一条第一款的规定，判决如下：

杨发亮生前在被告重庆农村商业银行股份有限公司巫山支行账号为：XXXX 账户中的存款及利息归原告杨自望所有。

本案案件受理费 50 元，减半交纳 25 元，由原告杨自望负担(已预交)。

2、范清强诉范砚山遗赠扶养协议纠纷案 [(2003)新民初字第 312 号]

判决内容：原、被告双方虽然签订了遗赠扶协议，因双方发生矛盾，已使协议无法履行，且双方都同意解除遗赠扶养关系，故应该解除双方的遗赠扶养协议，因原告收养被告时，被告已是成年，且原告已经尽了给被告娶妻生子所应尽的义务，被告应该给予原告一定的经济赔偿。故依据《中华人民共和国老年人权益保障法》、《中华人民共和国收养法》及有关民事法律法规之规定，判决如下：

一、解除原、被告双方的遗赠扶养协议。

二、限被告于判决生效后三日内将原告的 8 间房屋返还给原告。

三、限被告于判决生效后三日内补偿原告款 3000 元。

诉讼费 1000 元，由被告负担。

对《继承法》第三十二条的评述

条文内容

无人继承又无人受遗赠的遗产，归国家所有；死者生前是集体所有制组织成员的，归所在集体所有制组织所有。

一、周边法源

（一）部门规章

《劳动教养管理工作执法细则》（1982 年 8 月 10 日司法部第 21 号令发布，1982 年 8 月 10 日实施，已失效）

第六十三条 劳动教养管理所对死亡的劳动教养人员应进行登记、予以除名。对死者遗留的财物要逐项登记。妥善保管，通知其亲属领取。逾二年无人认领的，按照《中华人民共和国继承法》第三十二条 的规定处理

(二) 最高人民法院及各地方高院其他规范性法律文件

最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国继承法》若干问题的意见。（1985 年 9 月 11 日由最高人民法院发布，1985 年 9 月 11 日实施，法（民）发[1985]22 号）

第五十七条 遗产因无人继承收归国家或集体组织所有时，按继承法第十四条规定可以分给遗产的人提出取得遗产的要求，人民法院应视情况适当分给遗产。

二、法条解释

本条是关于无人继承遗产的规定，共有一款。

无人继承又无人受遗赠的遗产，是指公民死亡后，没有法定继承人又无遗嘱继承人与受遗赠人，或者其全部继承人都表示放弃继承，受遗赠人表示不接受遗赠，或者其全部继承人、受遗赠人都丧失了继承权与受遗赠权，则死者的遗产属于无人继承又无人受遗赠的遗产。此外，遗嘱中未加处分的那部分也属于此种遗产。对无人继承又无人受遗赠的遗产的处理，在支付死者的丧葬费用、清偿死者生前依法应当缴纳的税款和债务后，应根据死者身份的不同，确定遗产的归属。死者生前是国家机关、群众团体、全民所有制企事业单位的职工，以及个体劳动者、无业居民的，其无人继承又无人受遗赠的遗产归国家所有；死者生前是集体所有制组织成展的。其遗产归集体所有制组织所有。

三、争议焦点

四、相关案例裁判要旨

对《继承法》第三十三条的评述

条文内容

继承遗产应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务，缴纳税款和清偿债务以他的遗产实际价值为限。超过遗产实际价值部分，继承人自愿偿还的不在此限。

继承人放弃继承的，对被继承人依法应当缴纳的税款和债务可以不负偿还责任。

一、周边法源

（一）最高人民法院及各地方高院其他规范性法律文件

最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国继承法》若干问题的意见。（1985 年 9 月 11 日由最高人民法院发布，1985 年 9 月 11 日实施，法（民）发[1985]22 号）

第四十九条 继承人放弃继承的意思表示，应当在继承开始后、遗产分割前作出。遗产

分割后表示放弃的不再是继承权，而是所有权。

第五十条 遗产处理前或在诉讼进行中，继承人对放弃继承翻悔的，由人民法院根据其提出的具体理由，决定是否承认。遗产处理后，继承人对放弃继承翻悔的，不予承认。

第六十一条 继承人中有缺乏劳动能力又没有生活来源的人，即使遗产不足清偿债务，也应为其保留适当遗产，然后再按继承法第三十三条和民事诉讼法第一百八十条的规定清偿债务。

二、法条释义

本条是关于继承遗产与清偿债务的规定，共有两款。

被继承人的遗产，既有积极遗产，也有消极遗产。积极遗产，是指被继承人生前所有的个人财产和其他可以继承的财产权益。消极遗产，是指被继承人所遗留的债务和其他应履行的财产义务。继承人在继承被继承人的积极遗产的同时，也要对被继承人的消极遗产负清偿责任。继承人接受继承，是其承担清偿被继承人消极遗产的必要前提条件。继承人放弃继承的，对被继承人依法应当缴纳的税教和债务便可以不负偿还责任。继承人在清偿被继承的消极遗产耐，只能以被继承人遗产的实际价值为限，即继承人承担清偿谈继承人的消极遗产的责任范围，采取的是以其所接受的遗产实际价值为限的原则。这种原则称为限定的继承原则。对超出遗产实际价值的那部分消极遗产，继承人可以不负偿还责任。继承人自愿全部偿还的，不在此限。清偿被继承人的消极遗产时，不得取消为缺乏劳动能又没有生活来源的继承人保留的必要的遗产份额。应当明确，清偿被继承人的消极遗产时，税款应优先于其他债务清偿。

三、争点及评述

四、相关案例裁判要旨

1、其他典型案例

王 XX 诉乐 XX 等被继承人债务清偿纠纷案 (2013)浦民一(民)初字第 36314 号

裁判要旨：继承人放弃继承应当以书面形式向其他人明确表示。如果用口头表示的，本人承认或者有其他证据证明的，应当认定有效。

对《继承法》第三十四条的评述

条文内容

执行遗赠不得妨碍清偿遗赠人依法应当缴纳的税款和债务。

一、周边法源

（一）最高人民法院及各地方高院其他规范性法律文件

最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国继承法》若干问题的意见。（1985 年 9 月 11 日由最高人民法院发布，1985 年 9 月 11 日实施，法（民）发[1985]22 号）

第六十二条 遗产已被分割而未清偿债务时，如有法定继承又有遗嘱继承和遗赠的，首先由法定继承人用其所得遗产清偿债务；不足清偿时，剩余的债务由遗嘱继承人和受遗赠人按比例用所得遗产偿还；如果只有遗嘱继承和遗赠的，由遗嘱继承人和受遗赠人按比例用所得遗产偿还

二、法条释义

本条规定了清偿被继承人的消极遗产应优先于执行遗赠，共有一款。

被继承人遗有债务，又立有遗赠的遗嘱时，要先保障清偿遗赠人依法应当缴纳的税款和债务，然后再执行遗赠，亦即只有遗赠人所欠的税款和债务已从遗产价额中得到了清偿或者有了保障以后，遗赠才能执行。

参考文献：邹瑜主编：《中华人民共和国法律释义全书：民商法律卷》，法律出版社，1995 年 11 月第 1 版。

三、争点及评述

四、相关案例裁判要旨