

## 賴主任委員 序

近年來兩岸經貿交流持續發展，迄今中國大陸已是台灣最重要貿易夥伴，以及第一大對外投資地區。兩岸經貿成為台灣經濟發展必須考量因素，也是兩岸整體關係最重要的一環。台商是兩岸經貿發展的關鍵推手，對增進兩岸經貿關係具有重要貢獻，針對台商關切的問題，政府有義務，也有責任予以協助或解決。

去(97)年520新政府上任以來，積極恢復兩岸制度化協商，截至今年4月，海基會與大陸海協會兩會負責人共舉行了三次江陳會談，簽署了週末包機、大陸人民來台觀光、兩岸空運、海運、郵政、食品安全、兩岸金融合作、共同打擊犯罪及司法互助、定期航班等9項協議，並達成開放陸資來台投資共識，為促進兩岸經貿關係正常化奠定堅實基礎，也為台商往來兩岸及進行兩岸佈局，提供更為便利的環境。

此外，政府採取一連串的兩岸經貿鬆綁措施，包括鬆綁大陸投資40%上限、推動兩岸證券開放措施、推動外國企業及海外台商回台第一上市及第二上市、開放大陸QDII（合格境內機構投資人）投資台灣股市等，為台灣營造高度自由化、國際化的經營環境，並可以激發台商的經營活力，提升因應全球經濟變局的能力。

為進一步制度性解決台商在大陸投資所面臨的問題，政府已將兩岸投資保障協議、避免雙重課稅、兩岸經貿糾紛調處機制等議題，納為下一階段兩岸協商重點。在此之前，政府將透過既有管道為台商解決問題；同時為協助台商因應大陸整體投資環境的改變，相關機關亦將持續強化台商服務工作，並提供台商各類經營資訊。

有鑒於台商在大陸投資、生產、建廠等需要大量土地，抑或作為日後融資之擔保品，同時為避免土地使用糾紛，有必要了解大陸物權法相關規定。基此，本會特別委託台北市企業經理協進會編撰「大陸房地產與擔保融資實用手冊」，由台商張老師等專家提供實務上見解，以期協助台商因應大陸相關法令與制度的改變。此一手冊內容豐富，對在大陸經營事業的台商應有裨益，故在其付梓之際，特為之序，以期與廣大台商共勉。

行政院大陸委員會  
主任委員

賴幸媛



# 大陸房地產與擔保融資實用手冊

## 目錄

◇ 前言	1
壹、用益物權要點簡析	4
李永然（永然聯合法律事務所所長）	
貳、房地所有權及建設用地使用權等相關規定	22
李永然（永然聯合法律事務所所長）	
參、土地承包經營權	46
李永然（永然聯合法律事務所所長）	
肆、地役權	52
李永然（永然聯合法律事務所所長）	
伍、不動產登記制	57
李永然（永然聯合法律事務所所長）	
陸、擔保物權要點簡析	69
姜志俊（翰笙法律事務所負責人）	
柒、《物權法》有關擔保物權的最新規定	77
姜志俊（翰笙法律事務所負責人）	
捌、《物權法》與《擔保法》有關抵押權的異同比較	86
曾文雄（勤業眾信會計師事務所稅務部中國業務顧問）	

玖、大陸《物權法》與《擔保法》有關質權的異同比較-----	106
曾文雄（勤業眾信會計師事務所稅務部中國業務顧問）	
拾、《物權法》與《擔保法》有關留置權的異同比較-----	112
曾文雄（勤業眾信會計師事務所稅務部中國業務顧問）	
拾壹、台商如何善用擔保融資的最新法律規定-----	118
姜志俊（翰笙法律事務所負責人）	
附錄一 法規索引及相關網站網-----	125



# 前 言

姜志俊（翰笙法律事務所負責人）

## 一、本冊之撰寫目的

大陸物權法共分總則、所有權、用益物權、擔保物權與占有五編，其中用益物權又分一般規定、土地承包經營權、建設用地使用權、宅基地使用權、地役權等五章；擔保物權又分一般規定、抵押權（一般抵押權、最高額抵押權）、質權（動產質權、權利質權）、留置權等四章。

鑒於台商在大陸投資、生產、建廠，需要大量使用土地，因此，對於大陸物權法中之建設用地使用權（含房屋所有權）、土地承包經營權、地役權等用益物權之內容、權利義務，自應了解；同時台商在大陸經營各項事業，亟需融資以解決進貨、設備、生產、製造等各項問題，如何利用抵押、質押等擔保方式，以籌措資金進行經營，更值關注大陸物權法有關擔保物權的規定。從而，本冊以他物權之分類角度，分別就用益物權與擔保物權的內容，就理論與實務提供解析，以供台商參考，俾有助於在大陸的經營、投資與貿易。

## 一、本冊之架構內容

本冊共十一章，其中一至五為用益物權，六至十一為擔保物權，其架構內容分述如下：

### （一）用益物權

#### 1. 用益物權要點簡析

分別說明用益物權要點、用益物權權能、用益物權客體、用益物權的徵收補償（包括徵收費用之客體和補償制度）及準物權（包括海域使用權、探礦權、採礦權、取水



權、養殖權、捕撈權)等內容。

## 2. 房地所有權及建設用地使用權等相關規定

分別說明土地及房屋所有權、關於土地使用權的取得(包括國有土地使用權的行政劃撥、有償出讓和集體所有土地的徵收、閒置土地處理)、業主的建築物區分所有權等內容。

## 3. 土地承包經營權

分別說明土地承包經營權權能、取得及流轉及期限等內容。

## 4. 地役權

分別說明地役權的五種特性、設立方式、與其他用益物權行使的優先順序等內容。

## 5. 不動產登記制度

分別說明不動產登記生效原則、統一登記制度、土地登記制度、房屋登記制度和不動產登記機關的權責等內容。

# (二) 擔保物權

## 1. 物權要點簡析

分別說明大陸有關擔保物權立法概述、擔保物的性質及特點、擔保物權的作用、效力、擔保物權合同、擔保物權的行使等內容。

## 2. 擔保物權的最新規定

分別說明擔保物權的一般規定、抵押權、質權、留置權等最新規定內容。

## 3. 法與擔保法有關抵押權的異同比較

分別說明抵押權實現的約定原因、抵押物範圍擴大、浮動抵押制度、房地一體抵押、抵押合同書面條款自由約定、流押條款約定時間、抵押合同生效與抵押權生效分



離、交通運輸工具抵押登記對抗原則、抵押財產轉讓限制嚴格、抵押權可以不隨主債權轉讓、抵押財產減少的處理、抵押權順位及變更規則、抵押權實現的非訴訟程序、抵押債權利息清償、不再禁止超額抵押、抵押權行使期間、最高抵押權範圍和轉讓等內容。

#### 4. 法與擔保法有關質權的異同比較

分別說明動產質押財產範圍、動產質權合同內容、質權人對質物使用處分的限制、承諾轉質與責任轉質、出質人和質權人的權利與責任、最高額質權、權利質權範圍擴大、有限公司股權出資登記等內容。

#### 5. 法與擔保法有關留置權的異同比較

分別說明留置權的適用範圍擴大、企業間留置權、留置財產價值限制、留置權人和債務人的責任與權利、債務履行期限、留置權實現的優先順序(優先於抵押權和質權)等內容。

#### 6. 如何善用擔保融資的最新法律規定

分別說明對債務人有利的規定，例如增設動產浮動抵押權、最高額抵押權、擴大抵押財產的範圍、擴大權利質權的範圍等；對抵押權人有利的規定，例如節省實現抵押權的成本、抵押財產轉讓的限制更趨嚴格等；對抵押權人不利的規定，例如抵押權人行使抵押權的期間更趨嚴格、物的擔保效力未必優於人的擔保等；及房地一體抵押的特殊規定等內容。



## 壹、用益物權要點簡析

李永然（永然聯合法律事務所所長）

### 一、用益物權背景概述

中國大陸是實行所謂的「社會主義生產資料公有制」，包括土地在內的各種重要生產資料，如礦產、水流、森林、草原等，一概歸「國家」和「集體」兩大公有制主體所有，個人不可能具有所有權<sup>1</sup>。中國大陸《憲法》第9條明確規定：「礦藏、水流、森林、山嶺、草原、荒地、灘塗等自然資源，都屬於國家所有，即全民所有；由法律規定屬於集體所有的森林和山嶺、草原、荒地、灘塗除外。」而同法第10條規定：「城市的土地屬於國家所有。農村和城市郊區的土地，除由法律規定屬於國家所有的以外，屬於集體所有；宅基地和自留地、自留山，也屬於集體所有。」。

大陸自1978年開始，實行所謂的「社會主義市場經濟」，在經濟改革開放的需求下，最重要的生產資源便是土地，為達為土地利用的效益，土地必須可以進入市場流通，於是借鑒英國、香港和新加坡的土地制度，結合大陸實際狀況，最後採取了土地所有權為國家所有，有償有期限出讓土地使用權的制度，此一制度使「所有權」永遠保留在國家手中，但「使用權」則進入交易市場流通，使市場主導土地利用的方式及價值，而土地的所有權與使用權分離，即可謂「用益物權」發展的雛型。

基於上述需求，大陸於是進行一連串土地改革，包含：1988年通過了《憲法修正案》，規定「土地的使用權可以依照法律的規定轉讓」，同年並修正了《土地管理法》，規定「國有土地和

---

<sup>1</sup> 參江平主編《中華人民共和國物權法精解》，頁154，中國政法大學出版社，2007年3月出版。





集體所有土地的使用權可以依法轉讓」、「國家依法實行國有土地有償使用制度」，為土地使用制度改革和土地市場的建立提供法律依據。至 1990 年 5 月 19 日，大陸國務院發佈了《城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例》就土地使用權之出讓、轉讓、出租、抵押、終止以及劃撥使用土地權等問題為明確之規定，使大陸的土地使用制度更進一步法制化，也成為國有土地使用權釋出，並使使用權人得以享有類似所有權人地位的主要法規依據。1994 年間再公佈了《城市房地產管理法》，並自 1995 年 1 月 1 日起施行，加強對城市房地產的管理，維護房地產市場的交易秩序。

按照大陸《憲法》、《土地管理法》等相關土地法律規定，城市市區的土地屬於「國家所有」，農村和城市郊區的土地，除法律規定屬於國家所有的外，屬於「集體所有」；絕對沒有私有土地，此即為「社會主義土地公有制度」。故土地所有權人在大陸現行規定下有兩個，一個是國家，另一個是集體組織，且兩種土地所有權間不存在派生或者隸屬的關係，也不存在等級差別。大陸《土地管理法》第 2 條第 1 款規定：「中華人民共和國實行土地的社會主義公有制，即全民所有制和勞動群眾集體所有制。」因此，就土地所有權而言，「集體土地所有權的獨立性」和「國有及集體所有土地的平等性」是大陸地區土地所有權制度的二大基本原則。

但依大陸《土地管理法》第 2 條及自民國 96 年 10 月 1 日起施行的《物權法》第 42 條規定，國家為了建設或公共利益的需要，可以徵收集體所有土地。集體所有土地分屬於各農村集體經濟組織，農村集體經濟組織雖擁有土地所有權，但是依大陸《土地管理法》規定，仍然不能買賣土地或以其他形式非法轉讓土地。

至於國有土地則是實行「無償劃撥」和「有償出讓」的制度，



目的在於使土地得以給土地使用者利用；也就是說，目前大陸地區取得土地使用權的方式基本上有兩類：一類是沿用舊制，以行政劃撥的方式無償取得，另一類則是就國有土地辦理有償出讓手續而取得<sup>2</sup>。

簡單的說，大陸的土地資源屬公有，分別由國家即全民所有或是由集體組織所有；在利用上，國家所有的土地又以行政劃撥及有償出讓的方式，將使用權授與或讓與單位或個人，使地利獲得發揮。

大陸除了基於其立國思想而發展出的特殊土地為全民或集體所有以及所有權與使用權分離等制度外，在其《民法通則》也為其他種類的「用益物權」奠定了基礎。大陸《民法通則》第81條規定：「國家所有的森林、山嶺、草原、荒地、灘塗、水面等自然資源，可以依法由全民所有制單位使用，也可以依法由集體所有制單位使用，國家保護他的使用、收益的權利；使用單位有管理、保護、合理利用的義務。國家所有的礦藏，可以依法由全民所有制單位和集體所有制單位開採，也可以依法由公民開採。國家保護合法的採礦權。公民、集體依法對集體所有的或者國家所有由集體使用的森林、山嶺、草原、荒地、灘塗、水面的承包經營權，受法律保護。承包雙方的權利和義務，依照法律由承包合同規定。」上述規定，中國大陸對於自然資源的「用益權」，例如：採礦權及承包經營權等，也作了初步的規定。而1986年大陸《礦產資源法》具體確立了探礦權及採礦權，1988年大陸《水法》也確立了取水權，2000年大陸《漁業法》則規定了養殖權及捕撈權，2001年大陸《海域使用管理法》並進一步規定了海域使用權，最後則於2002年8月通過《農村承包法》更完整地規範

---

<sup>2</sup> 參李永然著《論大陸國有土地使用權的出讓》，軍法專刊第44卷第10期，1998年10月出刊。



農村土地承包制度；加上上述的《土地管理法》、《城市房地產管理法》及《城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例》等規定，確立了「國有土地使用權制度」，其「用益物權」制度也大致成形<sup>3</sup>。

2007年10月1日起施行的大陸《物權法》延續同一思想，在第46條至第52條規定「國家所有」的客體，包含：礦藏、水流、海域；城市土地屬於國家所有；法律規定屬於國家所有的野生動物資源；無線電頻資源屬於國家所有；法律規定屬於國家所有的文物；國防資產；鐵路、公路、電信設施和油氣管道等基礎設施，依照法律規定為國家所有等。而該法第58條則規定「集體所有」的客體，包含：法律規定屬於集體所有的土地和森林、山嶺、草原、荒地、灘塗；集體所有的建築物、生產設施、農田水利設施；集體所有的教育、科學、文化、衛生、體育等設施；集體所有的其他不動產和動產等。為使私人可以對於上述公有動產或不動產占有、使用、收益，大陸《物權法》也在第118條規定：「國家所有或者國家所有由集體使用以及法律規定屬於集體所有的自然資源，單位、個人依法可以占有、使用和收益。」，再度明確了「所有權」與「使用權」分軌的制度，並將「用益物權」內涵明文具體化。事實上，比起財產私有制的國家，中國大陸因為實行社會主義經濟制度，又為達資源效率的發揮，比起土地私有制度的其他國家而言，更加強調對「用益物權」制度的建立，由目前大陸「土地使用權」已代替「土地所有權」成為土地商品市場上主要的交易客體，可見一斑。

---

<sup>3</sup> 參江平主編《中華人民共和國物權法精解》，頁154，中國政法大學出版社，2007年3月出版。



## 二、用益物權權能

相對於「所有權」是一種對物的全面性支配權而言，「用益物權」與「擔保物權」相同，因為權利人僅支配物的某一部分價值，因此都屬於「定限物權」，又稱「限制物權」<sup>4</sup>。在財產法的領域中，除了所有權制度的建立外，立法者為了使所有權人以外的人可以被獨立授與權利，而單獨享有所有權權能中的一部分利益，因此發展出將「所有權」的權能分割為「用益物權」及「擔保物權」等獨立的物權，而用益物權人及擔保物權人僅取得對物的某一部分價值的支配權，此與所有權人是對物擁有全面性的支配權有所不同，所有權人對物所擁有的權利包含對物的占有、使用、收益及處分等權利，用益物權人則是擁有對物的占有、使用、收益的權利，而擔保物權人是擁有在物的價值中得作為擔保，進而獲取信用的權利。因此，為達物的充分利用，所有人可以將其對物的占有、使用、收益等權利於其原享有所有權的權能中分割出來，再將該等分割出來的權利內容單獨授與他人獨立享有，使該被授權人可以享有對物的占有、使用、收益等權利並如所有權人一般排除他人干涉其行使權利，此即為「用益物權」。「擔保物權」則是由所有人將所有物的交換價值自所有權的權能中分割出來，單獨授與他人，獲取信用，一旦發生擔保條件成就的情況，該被授權人可以直接享有該物的交換利益，以獲得債權的清償。

大陸《物權法》第 39 條規定：「所有權人對自己的不動產或者動產，依法享有占有、使用、收益和處分的權利」、同法第 40 條規定：「所有權人有權在自己的不動產或者動產上設立用益物權和擔保物權。…」、同法第 117 條規定：「用益物權人對他人所有的不動產或者動產，依法享有占有、使用和收益的權利。」

---

<sup>4</sup> 此種「所有權與定限物權」的分類，請參閱謝在全著《民法物權論》，頁 50，1997 年 9 月出版。



因為用益物權必須是建立在他人的所有物上，用益物權人與所有權人在無特別規定情況下並非同一，否則即有權利混同的情況。且又因為用益物權對所有權人而言，是在所有物上設定負擔，所有權人應容忍用益物權人在其所有物上行使權利；因此，大陸《物權法》第 120 條的後段特別規定：「所有權人不得干涉用益物權人行使權利。」以及同法第 116 條第 1 項前段規定：「天然孳息，由所有權人取得；既有所有權人又有用益物權人的，由用益物權人取得。」進一步表明在物的收益上，「用益物權」相對於「所有權」具有優先性。

### 三、用益物權的客體

依大陸《物權法》第 117 條規定，「用益物權」的客體似乎包含動產及不動產，但《物權法》第三編關於「用益物權」的規定，卻僅針對「土地承包經營權」、「建設用地使用權」、「宅基地使用權」、「地役權」有明文規定，上述權利均係針對不動產所規定之「用益物權」，而尚無針對動產所規定之「用益物權」。基於大陸《物權法》第 5 條規定之「物權法定原則」，在法律未規定的情況下，目前也不可能針對動產設定任何「用益物權」。正如台灣地區《民法物權編》亦僅規定不動產之用益物權，而未規定動產之用益物權，究其緣由，或是因為不動產利用價值較高，為使不動產的利用權可以在市場上交換，以達物盡其利之效，因此，方對不動產用益物權作出規定；而動產物權一般而言，價值較低，且公示方法較難落實，因此，暫無急迫性，故大陸《物權法》暫無須另外對動產「用益物權」作出規範。

### 四、自然資源有償使用原則

如前所述，大陸是採行所謂的「社會主義生產資料公有制」，



全民對生產資源的使用方式原來是以無償使用為原則，例如：其土地原來係採無償、無限期的「行政劃撥制度」，但為提高利用效率，遂逐步採取有償原則。大陸《物權法》第119條規定：「國家實行自然資源有償使用制度，但法律另有規定的除外。」；從「土地」制度的改革演進歷程上可以了解大陸對自然資源有償使用的概念。

但「自然資源有償使用」原則也有例外的情況，例如「土地承包經營權」的取得可以有償，也可以無償。因為「土地承包經營權」是針對農村土地的利用，主要是在保護農村人口須依靠土地維持生活，所以「土地承包經營權」的取得可以是無償的；另外對於荒山、荒地、荒灘等的承包經營權也常是無償的；「建設用地使用權」如採行政劃撥的土地也是無償的；「宅基地使用權」則是基於農村集體經濟組織對其成員的基本生活保障，因此，一律是無償設立；「地役權」則可以由當事人自行約定為無償或有償；其他自然資源使用權，如「海域使用權」、「探礦權」、「採礦權」、「取水權」、「養殖權」、「捕撈權」均須依特別法有償設立<sup>5</sup>。

## 五、用益物權的徵收補償

### （一）徵收及徵用之客體

「徵收」及「徵用」二者不同，前者是國家永久地將權利剝奪，後者是國家暫時性地取得權利或物的利用，二者是國家對私人權利的合法侵害。自由經濟體制下，因為保護私權，國家在無法律規定時，不可以侵犯人民的私有財產，針對財產權可以由私人享有絕對支配及處分權，只有在一定的條件下，國家方可以經由立法程序限制或剝奪私人權利。至於某特定人的財產為了公眾

---

<sup>5</sup> 參江平主编《中華人民共和國物權法精解》，頁156，中國政法大學出版社，2007年3月出版



的利益而由國家「徵收」或「徵用」作了特別的犧牲，基於平等權的概念，該作出特別犧牲的個人即應由國家或公眾給予適當的補償，此即為「特別犧牲補償理論」<sup>6</sup>。

大陸《憲法》第6條規定：「中華人民共和國的社會主義經濟制度的基礎是生產資料的社會主義公有制，即全民所有制和勞動群眾集體所有制。社會主義公有制消滅人剝削人的制度，實行各盡所能，按勞分配的原則。」同法第15條：「國家在社會主義公有制基礎上實行計劃經濟。」因此，大陸《土地管理法》2004年修改前對於「徵收」曾以「徵用」稱之，主要就是基於「全民所有」的思想，而早期大陸關於徵收補償亦多著眼於人民生活的照護層面，但在保護私權的角度下，徵收補償已非著重在生活照顧，漸漸轉向「特別犧牲」，應給予相當價值的補償角度。

大陸《物權法》第121條規定：「因不動產或者動產被徵收、徵用致使用益物權消滅或者影響用益物權行使的，用益物權人有權依照本法第42條、第44條的規定獲得相應補償。」，而同法第42條對於「徵收」規定：「為了公共利益的需要，依照法律規定的許可權和程序可以徵收集體所有的土地和單位、個人的房屋及其他不動產。徵收集體所有的土地，應當依法足額支付土地補償費、安置費、地上附著物和青苗的補償費等費用，安排被徵地農民的社會保費用，保障被徵地的農民的生活，維護被徵地農民的合法權益。徵收單位、個人的房屋及其他不動產，應當依法給與拆遷補償，維護被徵收人的合法權益；徵收個人住宅的，還應當保障被徵收人的居住條件。任何單位和個人不得貪污、挪用、私分、截留、拖欠補償費等費用。」；「徵用」則在大陸《物權法》第44條規定：「因搶險、救災等緊急需要，依照法律規定的許可權和程序可以徵用單位、個人的不動產或者動產。被徵用的不動

<sup>6</sup> 如台灣地區司法院大法官解釋第400號、第425號、第440號、第516號、第579號等多號解釋已確立「特別犧牲補償理論」。



產或者動產使用後，應當返還被徵用人。單位、個人的不動產或者動產被徵用或者徵用後毀損、滅失的，應當給予補償。」因此，不只不動產可以成為「徵收」或「徵用」的客體，動產也可以成為「徵收」或「徵用」的對象；只是因為「動產」可取代性高，如國家認為有需要時，大可直接於市場上取得，並無非得向私人「徵收」之必要，倘在無「徵收」必要而行「徵收」，反有違「最小侵害原則」。而因為大陸採「生產資料公有制」，因此，在自然資源均屬國有或集體所有的情況下，對於自然資源的「使用權」或「用益物權」的「徵收」或「徵用」，反而較直接對「所有權」的「徵收」或「徵用」更形重要<sup>7</sup>。

## （二）補償制度

關於補償制度乙節，大陸有學者認為在計劃經濟體制下，包括土地在內的一切生產要素因為實行非市場的配置方式，土地被徵用後，依農民轉為「城市戶口」，可以享受城市戶口所帶來的福利待遇，因此失地農民的生活水準在當時是提高而非下降了。徵地所帶來的風險沒有分散給農民個人家庭，也就是說農民個人家庭生活獲得保障。但是在市場經濟條件下，失去土地的農民必須考慮就業問題，由於農民缺乏生存技能，因此失地農民的「再就業」非常困難。而且農村如果沒有建立起完善的社會保障機制，對於農民來說，失去土地實際上等於失去一筆家庭財富，失去基本的就業機會，失去一種低成本的生活方式，失去一種低成本的發展方式，失去生存和發展的保障基礎。因此失去土地不僅意味著失業，並且意味著生計沒有保障。所以徵地補償必須著眼於農民的長遠生計，採取完全補償原則<sup>8</sup>。在台灣地區也有學者認

<sup>7</sup> 參江平主編《中華人民共和國物權法精解》，頁 159，中國政法大學出版社，2007 年 3 月出版

<sup>8</sup> 參廖小軍著《中國失地農民研究》，頁 16，社會科學文獻出版社，2005 年出版。





為大陸《物權法》第121條所規定的「相應的補償」，即是指依徵收的權利人所受到的實際損失，按照被徵收之客體的市場價格予以補償。而大陸原《土地管理法》第58條規定的「適當補償」則僅有部分補償，不是充分補償<sup>9</sup>，換句話說，大部分學者均認為因「徵收」或「徵用」致造成個人的特別犧牲時，其補償應逐漸傾向於「完全補償」，也就是「市價補償」。如前所述，這也是在拆遷補償的生活保障的思考面向進而轉為採取「特別犧牲應給予相當價值」的思考角度。

### （三）城市房屋拆遷的問題

另外，大陸《物權法》第42條固然規定：「為了公共利益的需要，依照法律規定的許可權和程序可以徵收集體所有的土地和單位、個人的房屋及其他不動產。」因而有關國家徵收私人不動產財產的規定，就條文內容分析徵收的目的，必須是為「公共利益」。基於立法手段，關於「公共利益」的具體內涵在條文中未加以明確，而將留待日後法官在具體個案中依當時社會經濟環境來加以充實判斷。但現在房屋拆遷所引發的糾紛，常是因為各個城市進行建設實施「舊區改造」而產生，例如：前一陣子喧騰一時的重慶市釘子戶的拆遷問題，而拆遷後的地塊是交由開發商建「商場」或「商品房」，基本上是商業利益驅動下的開發，所以才有「商業利益不是公共利益」或「商業利益未必不是公共利益」的爭執。這其實是因為中國大陸將公法關係混淆為私法關係的結果。事實上，「徵收」應該屬於國家統治權下的行為，屬於國家高權行為，自應該嚴守法律保留原則及公益要件，但是如果私人欲開發興建土地，在台灣地區，因為保護私權的制度，開發商的利益本質上是私人利益，二者均為人民的財產權，至多

<sup>9</sup> 參陳櫻琴、席志國、方立維合著《中國大陸新物權法簡析》，五南圖書出版股份有限公司，2008年3月出版。



僅發生基本權利碰撞的情況，暫無孰先孰後的問題。但一旦都市發生城市規劃及更新的需求，自然可能發生須將舊有妨礙市容的房屋、建築物拆除的需求，此時，在台灣地區係以《都市更新條例》及《土地法》關於「重劃」的規定等，並予以容積獎勵及自動拆除獎勵等制度協調公眾利益及私人利益，使該區塊土地上的所有人間得以多數決方式達成土地利用的更新效益，並賦與多數人的決議以強制執行的效果。但大陸地區各城市都為改變城市面貌而實施「舊城改造」，大量拆遷民眾的房產仍然依據大陸《城市房屋拆遷管理條例》。大陸《城市房屋拆遷管理條例》是在2001年6月13日大陸國務院305號令公佈，並自2001年11月1日起施行。該條例共分五章40條：總則、拆遷管理、拆遷補償與安置、罰則、附則；且為規範城市房屋拆遷中的工作程序、估價行為、行政裁決行為，又相應由主管全大陸拆遷工作的「建設部」發佈：《城市房屋拆遷估價指導意見》、《城市房屋拆遷行政裁決工作規程》、《城市房屋拆遷工作規程》；形成拆遷工作的法律法規體系。

但是對於「非國有財產的徵收」大陸的《立法法》第8條第6款明文規定只能以制訂「法律」方式為之，符合憲政國家法制，即國家行為侵害人民權利須經嚴格立法程序以法律規定為之。雖然大陸《立法法》第9條又規定：「本法第八條規定的事項尚未制定法律的，全國人民代表大會及其常務委員會有權作出決定，授權國務院可以根據實際需要，對其中的部分事項先制定行政法規…。」也就是由大陸「全國人民代表大會」及其常務委員會授權由大陸「國務院」制定行政法規來代替法律，但因為大陸「全國人民代表大會」均未對私人財產徵收事項授權「國務院」可制定「行政法規」代替「法律」，而《城市房屋拆遷管理條例》，是在大陸《立法法》2000年7月1日施行後才公佈施行的「行政



法規」，卻違反當時已有效實行的大陸《立法法》，因此大陸《城市房屋拆遷管理條例》合法性或合憲性有重大瑕疵，這也是多年來不少大陸學者反覆提出，卻仍未見修改的問題。

事實上，在大陸《物權法》通過之前，針對國有土地使用權收回，大陸《土地管理法》第 58 條針對「國有土地使用權」的收回，已規定：「有下列情形之一的，由有關人民政府土地主管部門報經原批准用地的人民政府或者有批准權的人民政府批准，可以收回國有土地使用權：（一）為公共利益需要使用土地的；（二）為實施城市規劃進行舊城區改建，需要調整使用土地的；（三）土地出讓等有償使用合同約定的使用期限屆滿，土地使用權人未申請續期或者申請續期未獲批准的；（四）因單位撤銷、遷移等原因，停止使用原劃撥的國有土地的；（五）公路、鐵路、機場、礦場等經核准報廢的。依照前款第（一）項、第（二）項的規定收回國有土地使用權的，對土地使用權人應當給予適當補償。」對於國有土地使用權收回原因之一，即包含「為實施城市規劃進行舊城區改建」，或許將來仍可利用上述規定，進行相關法令配套作為拆遷舊城居民的法令依據。

因為目前大陸對於舊城區開發仍然以《城市房屋拆遷管理條例》為其依據，特將其規定說明於下：

- 1、聽證會：依大陸《城市房屋拆遷工作規程》第 5 條：「對於面積較大或者戶數較多的拆遷專案，房屋拆遷管理部門應當在核發拆遷許可證前，就拆遷許可有關事項召開聽證會」，聽取拆遷當事人意見。這是《城市房屋拆遷管理條例》所沒有的規定，因為拆遷工作牽涉廣大民眾的切身利益，過去僅於核准「拆遷許可證」的同時而以公告的形式讓民眾知道，但往往知道的同時已是木已成舟，造成民眾情緒的不滿，致不利於和諧社會的建立，因此聽證程序自有其必要性。



- 2、取得拆遷許可證：這是拆遷工作的第一步，按該條例第6條規定單位取得拆遷許可證後才可實施拆遷，至於申請許可證時需繳交的資料，則必須按該條例第7條規定具備下列資料才可申領「拆遷許可證」：建設專案批准文件、建設用地規劃許可證、國有土地使用權批准文件、拆遷計劃和拆遷方案、辦理存款業務的金融機構出具的拆遷補償安置資金證明。至於「國有土地使用權批准文件」所指為何？其實應該是「國有土地使用權證」，但從法理上未簽署拆遷補償協定前，被拆遷人還是擁有該地塊的合法使用權人，如果再核發新的使用權證給拆遷人，就會發生一個地塊有二個使用權人的怪現象，所以就給一個新的名稱「批准文件」。可是這個問題在大陸《土地管理法》第58條就有解決方法，按該條第2項規定，為實施城市規劃進行舊城區改建，需要調整使用土地的，由有關人民政府土地行政主管部門報經原批准用地的人民政府或者有批准權的人民政府批准，可以收回國有土地使用權，對土地使用權人應當給予適當補償；其實問題只在「補償」而已。
- 3、拆遷範圍確定後，房屋所有權人的下列活動即被禁止：「新建、擴建、改建房屋」、「改變房屋和土地用途」、「租賃房屋」。但暫停期限最長不超過「一年」，如果延長經批准不得超過一年。
- 4、協商簽定拆遷補償與安置協定：原則上被拆遷人可選擇貨幣補償也可選擇房屋產權調換。其實不論選擇何種拆遷補償方式，關鍵問題是被拆遷房屋的市場評估價格，這也是拆遷問題一切矛盾的焦點。對於評估問題大陸建設部專門制定了《城市房屋拆遷估價指導意見》共有29條條文，其中針對估價機構的確定方式、估價時點的確定、被拆遷房屋的用途、面積



的確定方式、估價方式—市場比較法、估價結果提出異議的方法、技術鑑定的申請、估價專家委員會或鑑定組的有關事項，均作出詳細的規定。

- 5、拆遷補償與安置協定的效力：達成協定後被拆遷人如果反悔不按協定所定的時間搬遷，拆遷人可依協定內容約定向「仲裁機構」提起「仲裁」或向人民法院提起「訴訟」。依大陸《城市房屋拆遷管理條例》第15條後段規定：訴訟期間，拆遷人可以依法申請人民政府先予執行。這條規定對被拆遷人的權益影響極大；但該條例中「先予執行」的規定和大陸《民事訴訟法》的適用範圍有所不同，有謂此屬下位法與上位法的衝突，應屬無效。蓋大陸《民事訴訟法》及有關司法解釋規定，「先予執行」的案件範圍是：「追索贍養費、撫養費、撫育費、撫恤金、醫療費用的」、「追索勞動報酬的」及「因情況緊急需要『先予以執行』的」。而這裏指的主要是需要立即停止侵害，排除妨礙的；需要立即制止某項行為的；需要立即返還用於購置生產原料、生產工具的貸款的；追索恢復生產、經營急需的保險理賠費的。同時，「先予執行」應符合下述兩個條件：第一，案件事實清楚，當事人之間權利義務關係明確，不先予執行將嚴重影響申請人的生活或者生產經營的，不先予執行將會造成更大的損失；第二，被申請人有給付、返還或者賠償的義務，被申請人有履行能力的。而且，人民法院作出「先予執行」的裁定，應當由當事人提出「書面」申請，並經開庭審理後在終審判決前作出。而大陸《城市房屋拆遷管理條例》由大陸「國務院」制定，與大陸「全國人大」制定的《民事訴訟法》相比是下位法，下位法關於「先予執行」的規定與上位法相衝突，因此衝突部分的規定當然無效。2004年12月大陸全國高級法院院長會議也



作出：「…法院不得以任何形式參與拆遷，原則上不允許先予執行」同一結論。

- 6、行政裁決：如果拆遷人與被拆遷人無法達成拆遷補償安置協定的，經當事人申請，由房屋拆遷管理部門裁決，此為大陸《城市房屋拆遷管理條例》第16條之規定。大陸《城市房屋拆遷行政裁決規程》針對有關行政裁決的程序共有27條條文的規定。申請行政裁決又可分為「拆遷人申請」及「被拆遷人申請」兩種情況，其中拆遷人申請需繳交下列資料：「裁決申請書」、「法定代表人的身份證明」、「被拆遷人房屋權屬證明材料」、「被拆遷房屋的估價報告」；對被申請人的補償安置方案、「申請人與被申請人的協商記錄」、「未達成協定的被拆遷人比例及原因」及其他與裁決有關的資料。未達成拆遷補償安置協定戶數較多或比例較高的，房屋拆遷管理部門在受理裁決申請前，應當進行「聽證」。
- 7、拆遷人依照大陸《城市房屋拆遷管理條例》規定已對被拆遷人給予貨幣補償或者提供拆遷安置用房、周轉用房的，訴訟期間不停止拆遷的執行。另大陸《城市房屋拆遷管理條例》第17條又規定：「被拆遷人在裁決規定的搬遷期限內未搬遷的，由房屋所在地的市、縣人民政府責成有關部門強制拆遷，或者由房屋拆遷管理部門依法申請人民法院強制拆遷。」大陸《城市房屋拆遷行政裁決規程》第18條：「房屋拆遷管理部門申請行政強制拆遷前，應當邀請有關管理部門、拆遷當事人代表以及具有社會公信力的代表等，對行政強制拆遷的依據、程序、補償安置標準的測算依據內容，進行聽證。」；但房屋拆遷究為私權爭議或公權執行仍有未明，此即屬大陸公權與私權未具體區分所導致的結果。



## 六、準物權

大陸《物權法》於第 122 條及第 123 條規定了「海域使用權」、「探礦權」、「採礦權」、「取水權」、「養殖權」、「捕撈權」等六種「準物權」，又稱「準用益物權」。由於這些權利必須經特別法規定的「行政特許」方可成立，故又稱「特許物權」。

「海域使用權」在大陸《海域使用管理法》已界定其授權方式；大陸《海域使用管理法》第 3 條規定：「海域屬於國家所有，國務院代表國家行使海域所有權。任何單位或者個人不得侵佔、買賣或者以其他形式非法轉讓海域。單位和個人使用海域，必須依法取得海域使用權。」依該法對海域使用的管理，首先應先編制全國海洋功能區劃。依該法第 11 條規定，所謂的「功能區劃」須以下列功能進行編制：按照海域的區位、自然資源和自然環境等自然屬性，科學確定海域功能；根據經濟和社會發展的需要，統籌安排各有關行業用海；保護和改善生態環境，保障海域可持續利用，促進海洋經濟的發展；保障海上交通安全；保障國防安全，保證軍事用海需要。待功能區劃確定後，單位及個人即可向縣級以上人民政府申請使用海域，經有權機關審批，即發給「海域使用權證書」。

海域使用權期限則依大陸《海域使用管理法》第 25 條規定，按照下列用途確定：養殖用海「15 年」；拆船用海「20 年」；旅遊、娛樂用海「25 年」；鹽業、礦業用海「30 年」；公益事業用海「40 年」；港口、修造船廠等建設工程用海「50 年」。

取得「海域使用權」後，依該法第 26 條及第 27 條規定，可以依法轉讓、繼承，也可以在期限屆滿前 2 個月內申請續期；但是該法第 30 條也規定：「因公共利益或者國家安全的需要，原批准用海的人民政府可以依法收回海域使用權。依照前款規定在海域使用權期滿前提前收回海域使用權的，對海域使用權人應當



給予相應的補償。」。

「探礦權」、「採礦權」則在大陸《礦產資源法》有所規定。大陸《礦產資源法》第3條第1款及第2款規定：「礦產資源屬於國家所有，由國務院行使國家對礦產資源的所有權。地表或者地下的礦產資源的國家所有權，不因其所依附的土地的所有權或者使用權的不同而改變。」「勘查、開採礦產資源，必須依法分別申請，經批准取得探礦權、採礦權，並辦理登記；但是，已經依法申請取得採礦權的礦山企業在劃定的礦區範圍內為本企業的生產而進行的勘查除外。國家保護探礦權和採礦權不受侵犯，保障礦區和勘查作業區的生產秩序、工作秩序不受影響和破壞。」依大陸《礦產資源法》第16條規定，對於某些具有重要經濟價值的礦產資源，須由「國務院」審批，其餘得由各級人民政府依權責審批。須由大陸「國務院」審批的礦產資源包括：國家規劃礦區和對國民經濟具有重要價值的礦區的礦產資源；前項規定區域以外可供開採的礦產儲量規模在大型以上的礦產資源；國家規定實行保護性開採的特定礦種；領海及中國管轄的其他海域的礦產資源；大陸「國務院」規定的其他礦產資源。但開採石油、天然氣、放射性礦產等特定礦種的，可以由大陸「國務院」授權的有關主管部門審批，並頒發「採礦許可證」。

另外，依該法第6條規定，「探礦權」、「採礦權」不可轉讓，但以下則屬例外：探礦權人有權在劃定的勘查作業區內進行規定的勘查作業，有權優先取得勘查作業區內礦產資源的採礦權。探礦權人在完成規定的最低勘查投入後，經依法批准，可以將探礦權轉讓他人；已取得採礦權的礦山企業，因企業合併、分立，與他人合資、合作經營，或者因企業資產出售以及有其他變更企業資產產權的情形而需要變更採礦權主體的，經依法批准可以將採礦權轉讓他人採礦。





此外，「取水權」則是依大陸的《水法》規定。大陸《水法》同樣在第3條規定：「水資源屬於國家所有。水資源的所有權由國務院代表國家行使。農村集體經濟組織的水塘和由農村集體經濟組織修建管理的水庫中的水，歸各該農村集體經濟組織使用。」並在該法第7條規定：「國家對水資源依法實行取水許可制度和有償使用制度。」。

而「養殖權」及「撈捕權」單位和個人則須依大陸《漁業法》第10條及第23條的規定取得「養殖證」及「撈捕許可證」。



## 貳、房地所有權及建設用地使用權等相關規定

李永然（永然聯合法律事務所所長）

### 一、土地及房屋所有權

#### （一）土地所有權均為公有

大陸的土地所有權均為「公有」，「公有」包括「國家所有」及「集體所有」。大陸四十多年來土地所有權制度之演變，可分為四個階段：第一階段，在1949年中共取得大陸政權後，實行土地改革，將城鎮土地全部收歸國有，農村部分，將地主土地沒收，分配予農民耕作使用。此階段，農村土地大部分均屬農民私人所有；第二階段，土地改革後不久，至1955年左右，展開合作化運動，有所謂「初級農業社」之產生，農民將其私有土地入股於初級農業社，集體經營耕作土地。此階段，農民名義上仍保有土地所有權；第三階段，1956、57年期間，開始推行「高級農業合作社」，農民必須把私有土地轉為合作社集體所有，因此，農民即喪失其名義上私有土地之所有權，甚至進入人民公社時期，農地所有權均為「集體所有」。此階段之特徵，即土地集體所有、集體共同耕作、集體共同經營及集體共同使用；換言之，名義上土地為大家所有，然實質上等於大家都沒有；第四階段，自1979年改革開放以後，雖仍維持集體所有制度，但對集體所有土地的使用允許私人承包經營。而事實上大陸《土地管理法》等相關土地法律規定早已確立城市市區的土地屬於國家所有，農村和城市郊區的土地除法律規定屬於國家所有的外，屬於集體所有。

正因為大陸的土地制度為上述所有權與使用權分離，故私人固可擁有房屋所有權，但必須取得土地使用權。大



陸在《城市國有土地出讓和轉讓暫行條例》頒布開始，將國家所有的土地，以「使用權」的形式釋放出來，使私人得以利用。大陸《物權法》則對於興建房屋所需的土地使用權規定二種用益物權，其一為「宅基地使用權」是特別針對集體所有的土地，為保障集體組織成員的住房需求而設立的物權，台商於大陸地區投資較不易涉及此種物權；另一則為「建設用地使用權」，其是針對國有土地使用權而設立的物權，台商可以依法取得、轉讓。因此，大陸《物權法》第 135 條規定：「建設用地使用權人依法對國家所有的土地享有占有、使用和收益的權利，有權利用該土地建造建築物、構築物及其附屬設施。」，也成為台商在大陸依法取得土地使用權，並在其上建築廠房或房屋的主要權利，而在大陸自 2007 年 10 月 1 日起施行《物權法》後，早期台商如何取得國有土地使用權的課題，也就成了如何取得「建設用地使用權」的問題。

## （二）房屋所有權得由私人所有

雖然大陸土地均屬公有，但房屋及其他動產則可以為私人所有，大陸《物權法》第 64 條規定：「私人對其合法的收入、房屋、生活用品、生產工具、原材料等不動產和動產享有所有權。」，而依大陸《物權法》第 39 條，所有權人可以對自己的不動產，依法享有占有、使用、收益和處分的權利。因此，大陸《物權法》第 42 條第 3 款規定：「徵收單位、個人的房屋及其他不動產，應當依法給與拆遷補償，維護被徵收人的合法權益；徵收個人住宅的，還應當保障被徵收人的居住條件。」房屋所有人雖然可以享有自由處分其房屋的權利，但是，房屋不能脫離基地而存在，為使房屋所有權與其基地的使用權能互相一致，大陸



《物權法》第 142 條規定：「建設用地使用權人建造的建築物、構築物及其附屬設施的所有權屬於建設用地用權人，但有相反證據證明的除外。」；該法第 146 條及第 147 條又規定：「建設用地使用權轉讓、互換、出資或贈與的，附著於該土地上的建築物、構築物及其附屬設施一併處分。」、「建築物、構築物及其附屬設施轉讓、互換、出資或者贈與的，該建築物、構築物及其附屬設施占用範圍內的建設用地使用權一併處分。」，使建設用地使用權與其上的房屋所有權得趨於一致。

## 二、關於土地使用權的取得

在大陸新頒布的《物權法》中對於建設用地使用權被賦與獨立的物權地位，而建設用地使用權也成為台商在大陸投資關係最密切的一種物權。依《物權法》第 135 條的定義，建設用地使用權是權利人為了利用土地在其上建造建築物、構築物或其他附屬設施，依法對國家所有的土地享有占有、使用、收益的一種物權。大陸《物權法》第 137 條第 1 款並規定：「設立建設用地權，可以採取出讓或者劃撥等方式。」；以下即對「劃撥」及「出讓」取得土地的方式進行說明：

### （一）、行政劃撥取得國有土地使用權

大陸早期土地使用權均採行政劃撥方式取得，所謂「行政劃撥」土地即指國家將國有土地使用權無償出讓給土地使用者，使用者只需按照土地管理部門提出申請，經過批准後，即可取土地使用權，上述行政劃撥取得之國有土地使用權是「無償取得」，並且沒有使用期限的限制。隨著大陸地區土地使用制度改革的深化，以國家行政劃撥取得國有土地使用權的方式已愈來愈少。

大陸《土地管理法》第 54 條規定：「建設單位使用國有土地，應當以出讓等有償使用方式取得；但是，下列建設用地，經



縣級以上人民政府依法批准，可以以劃撥方式取得：（一）國家機關用地和軍事用地；（二）城市基礎設施用地和公益事業用地；（三）國家重點扶持的能源、交通、水利等基礎設施用地；（四）法律、行政法規規定的其他用地。」；但近期大陸《物權法》第137條第3款規定：「嚴格限制以劃撥方式設立建設用地使用權。」

行政劃撥的土地使用權依照大陸《城市房地產管理法》第22條規定，是指「縣級以上人民政府依法批准，在土地使用者繳納補償、安置等費用後將該幅土地交付其使用，或者將土地使用權無償交付給土地用者之行為」，此外，依上開法規規定，以劃撥方式取得土地使用權的，除法律、行政法規另有規定外，沒有使用期限的限制。

國有土地使用權的劃撥主要有兩種形式：一是建設單位需要利用集體土地，國家徵地使集體土地變為國有土地，然後由土地管理部門無償劃撥給建設單位或個人需要使用國有荒山、荒地以及原屬其他使用單位國有土地的，由土地管理部門依法定程序將土地劃撥給建設單位或個人無償使用。不過，透過劃撥取得土地使用權的用地單位，依照規定每年必須繳納「土地使用稅」，只是這種使用稅額極低，其使用近乎無償。以行政劃撥取得的土地使用權雖然是無償，沒有使用期限的限制，但是卻有隨時被收回的危險，依照大陸《城鎮國有土地使用權出讓轉讓暫行條例》第47條規定，劃撥土地使用權，因下列兩種情況收回，第一種，劃撥土地使用者因遷移、解散、撤銷、破產或者其他原因而停止使用土地的；另一種情況則是根據城市建設發展需要和城市規劃要求，可以收回；因此，只要是市縣級人民政府認為有需要時，均可無償收回。不過無償收回劃撥土地使用權時，市、縣人民政府仍應對地上建築物或其他附著物根據實際狀況給予適當的補償。

而且劃撥土地使用權在原有體制下，是禁止轉讓、出租及抵



押的，但為了與有償出讓的土地使用權制度相銜接，大陸《城鎮國有土地出讓和轉讓暫行條例》第 45 條規定：「符合下列條件的，經市、縣人民政府土地管理部門和房產管理部門批准，其劃撥土地使用權和地上建築物、其他附著物所有權可以轉讓、出租、抵押：（一）土地使用者為公司、企業、其他經濟組織和個人；（二）領有國有土地使用證；（三）具有地上建築物、其他附著物合法的產權證明；（四）依照本條例第二章的規定簽訂土地使用權出讓合同，向當地市、縣人民政府補交土地使用權出讓金或者以轉讓、出租、抵押所獲效益抵交土地使用權出讓金。」也就是說，劃撥土地使用者在按照一定形式補繳出讓金並簽訂「土地使用權出讓合同」後，也可以轉讓、出租及抵押；事實上，其使用權已轉變為國有土地有償出讓的形式，自然允許其轉讓、出租及抵押<sup>10</sup>。

早期台商因不瞭解國有土地使用權有「行政劃撥」及「有償出讓」的區分，而錯估投資形勢。例如：依大陸《中外合資經營企業法》第 5 條第 3 款規定，中國合營者的投資可以包括為合營企業經營期間提供的「場地使用權」。如果「場地使用權」未作為中國合營者投資的一部分，合營企業應向中國政府繳納「使用費」。「場地使用權」此乃指合資企業根據其業務需要取得對場地使用的權利，此是在大陸《城市房地產管理法》頒布實施以前，外商投資者在大陸境內設立的「中外合資經營企業」、「中外合作經營企業」及「外商獨資企業」，以支付「場地使用費」或以中方已取得的「劃撥土地使用權」作價出資入股方式而取得的國有土地使用權<sup>11</sup>。這種「土地使用權」不同於「有償出讓的國有

<sup>10</sup> 參李永然著《論大陸國有土地使用權的出讓》，軍法專刊第 44 卷第 10 期，1998 年 10 月。

<sup>11</sup> 參王衛國、王廣華主編，《中國土地權利的法制建設》，頁 102，中國政



土地使用權」，前者的「土地使用權」不得轉讓，在外商投資企業提前結業或期滿時，企業所用的場地使用權應交回中方的政府，不能將土地作為剩餘財產處理<sup>12</sup>。而「場地使用費」一般是由土地使用費及場地開發費所構成，其中「土地使用費」是指外商投資企業在投資經營期間內，按照所使用的土地等級和定額標準按年向地方人民政府繳納的用地費；「場地開發費」則主要包括徵用土地的補償費、原有建築物的拆遷費、人員安置費以及外商投資企業直接配套的廠外道路、管線等基礎設施所應分攤的費用<sup>13</sup>。而該「場地使用權」作為中方投資者的出資，已為合營企業所擁有的，其作價金額，應與取得同類場地使用權所應繳納的使用費相同；另外，場地使用費的標準應根據該場地的用途、地理環境、徵地拆遷安置費用和合營企業對基礎設施的要求等因素，由所在地的省、自治區、直轄市人民政府規定，並向對外貿易經濟合作部和國家土地主管部門備案，（大陸《中外合資經營企業法》第45條及第46條參照）。

## （二）國有土地使用權的有償出讓

按照大陸《城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例》第8條規定，國有土地使用權出讓的方式是由土地管理機關代表國家，以國有土地所有者的身份，將國有土地的使用權限定年限，讓與給土地使用者，並由土地使用者向政府支付土地出讓金的行為。而依該條例第4條：「依照本條例的規定取得土地使用權的土地使用者，其使用權在使用年限內可以轉讓、出租、抵押或者用於其他經濟活動。合法權益受國家法律保護。」此即為前述有

---

法大學出版社，2002年6月出版。

<sup>12</sup> 參劉名邦著，《股份公司及合資企業法》，頁168，中國政法大學出版社，2001年6月出版

<sup>13</sup> 參劉光遠，王志彬主編，《新編土地法教程》，頁380，北京大學出版社，1999年出版。及王衛國、王廣華主編，前揭書，頁107。



償、有期限，並且得轉讓的國有土地使用權規定。但國有土地使用權出讓不包括地下資源、埋藏物和市政公共建設。大陸地區的公司、企業、其他經濟組織和私人工商業者都可以按照大陸《城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例》的相關規定，取得國有土地的使用權，進行開發、經營和利用。然而，目前出讓的土地使用權僅限於「國有土地」，而不包括「集體所有土地」；集體所有土地必須先由國家徵用，成為「國有土地」之後，再行出讓。

國有土地使用權出讓主要是採取三種形式，即：協議、招標、拍賣，但大陸《物權法》第 137 條第 2 款規定：「工業、商業、旅遊、娛樂和商品住宅等經營性用地以及同一土地有兩個以上意向用地者，應當採取招標、拍賣等公開競價的方式出讓。」茲將大陸《城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例》第 13 條規定的國有土地使用權出讓的三種方式，說明於下：

- 1、協議：所謂協議方式，是由政府與選定的受讓人協商用地條件和土地使用權出讓金，達成協議後簽訂「土地使用權出讓合同」。協議出讓，一般適用於工業用地、市政公益事業用地、非營利性單位用地或需要減免地價的特殊項目用地，以及國家和地方政府需要扶植優先發展的項目用地。協議出讓方式沒有引入競爭機制，缺乏公開性，受具體辦事工作人員的主觀因素影響較大，協議地價也不是市場地價，但其特點是政府對地價等較易控制，靈活性也大，在地產市場不發達，土地出讓起步不久的城市，還是可以採取的。
- 2、招標：招標出讓土地使用權，是在規定的期限內，由符合指定條件的單位或個人，以書面投標的形式，競投某地塊的使用權，由縣級土地管理部門組成「招標小組」，進行開標、評標、決標、擇優而取。招標應有標底，由小組釐訂並保密。擇優確定的中標者，應簽訂「土地使用權出讓合同」。招標





的方式有兩種：「公開招標」和「邀請招標」。「公開招標」，即為發出招標公告，定期舉行公開投標；「邀請招標」乃是向符合指定條件的單位和個人發出招標文件表示邀請。招標出讓方式，主要適用於一些大型或關鍵性的發展性計劃與投資項目。

- 3、拍賣：拍賣出讓方式適用於商業、服務業、旅遊業、房地產開發等盈利率高的行業建設用地。拍賣出讓方式充分引進了競爭機制，排除了人的主觀因素，具有公開性、公平競爭性，出讓地價是完全的市場價格，是最成熟的土地市場。拍賣出讓土地使用權，乃是由出讓方（代表政府的土地管理部門）發佈拍賣公告，在規定時間、地點、公開叫價應價，最後與價高者簽訂「土地使用權出讓合同」。

台商辦理土地使用權出讓手續時，應簽訂土地使用權出讓合同，按大陸《物權法》第138條規定，採取招標、拍賣、協議等出讓方式設立建設用地使用權的，當事人應當採取書面形式，訂立建設用地使用權出讓合同。簽訂出讓合同一般有以下條款：「當事人的名稱和住所」、「土地界址、面積等」、「土地用途」、「使用期限」、「出讓金等費用及其支付方式」、「解決爭議的方法」…等。

簽訂出讓合同後，即應當向登記機構申請建設用地使用權登記。依大陸《物權法》第139條，建設用地使用權是在登記時設立，登記機構並會發放「建設用地使用權證書」<sup>14</sup>。

因為國有土地使用權出讓是有期限的，所以每出讓一幅土地，都要規定其使用的年期，使用期滿，政府可以收回土地。依大陸《城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例》第12條，土地

---

<sup>14</sup>「不動產物權登記生效制度」也是此次《物權法》所確立的制度，請詳后述。



使用權出讓的最高年限，是按用途確定的：居住用地「70年」；工業用地「50年」；教育、科技、文化、衛生、體育用地「50年」；商業、旅遊、娛樂用地「40年」；綜合或其他用地「50年」。如果超出法律規定的最高出讓年限，是無法獲得法律保護的，土地使用應特別注意。但大陸《物權法》第149條規定：「住宅建設用地期間屆滿的，自動續期。非住宅建設用地使用期間屆滿後的續期，依照法律規定辦理。該土地上的房屋及其他不動產的歸屬，有約定的，按照約定；沒有約定或者約定不明確的，依照法律、行政法規的規定辦理。」使用者若要繼續使用，可以申請續期，經政府同意後，須按規定重新簽訂合同，另行支付土地使用權出讓金，並辦理土地登記手續。此外，依大陸《物權法》第148條規定，若政府因公共利益的需要提前收回的，政府要根據該法第48條徵用的規定，就該土地上的房屋及其他不動產，給予補償，並退還出讓金。

此外，土地使用權出讓，並不是任何單位都可以充當出讓人，出讓人必須是縣、市人民政府，其他任何單位和個人不能充當出讓人。土地管理部門是代表政府行使國有土地所有權的唯一合法代表，並代表縣、市人民政府主管國有土地使用權出讓的行政工作，負責土地使用權出讓的組織，協調、審查、報批和出讓方案的落實以及土地使用權的轉讓、出租、抵押的權屬管理。

### （三）集體所有土地的徵收

依大陸《城市房地產管理法》第9條規定：「城市規劃區的集體所有的土地，經依法徵用轉為國有土地後，該幅國有土地的使用權方可有償出讓。」大陸《物權法》第42條規定，為了公共利益的需要，可以徵收集體所有土地；而大陸《土地管理法》第43條也規定：「任何單位和個人進行建設，需要使用土地的，必須依法申請使用國有土地；但是，興辦鄉鎮企業和村民建設住宅經依法批准使用本集體經濟組織農民集體所有的土地的，或者鄉



(鎮)村公共設施和公益事業建設經依法批准使用農民集體所有的土地的除外。前款所稱依法申請使用的國有土地包括國家所有的土地和國家徵收的原屬於農民集體所有的土地。」因此，倘欲取得集體所有土地進行建設得由國家徵收集體所有土地後，再依法申請使用國有土地。

大陸《土地管理法》第45條規定，徵收土地的權限，基本農田或基本農田以外的耕地超過35公頃的或其他土地超過70公頃的，是由大陸「國務院」批准。而其他土地則由省、自治區、直轄市人民政府批准，並報「國務院」備案。而其程序，依該法第46條規定：「國家徵收土地的，依照法定程式批准後，由縣級以上地方人民政府予以公告並組織實施。被徵收土地的所有權人、使用權人應當在公告規定期限內，持土地權屬證書到當地人民政府土地行政主管部門辦理征地補償登記。」；也就是說，「徵收」一定要由縣級以上人民政府予以公告並實施，其公告按國土資源部發佈的《徵用（收）土地公告辦法》可分為「徵用（收）土地的公告」及「徵地補償、安置方案的公告」。

「徵用（收）土地的公告」又可分為：

- 1、公告的形式及地點：徵用土地方案應在被徵用土地所在地的村、組內以書面形式公告，如係徵用鄉、鎮農民集體所有土地，則在鄉、鎮人民政府所在地公告。
- 2、公告的時機：被徵用土地所在地的市、縣人民應當在收到徵用土地方案批准文件之日起十個工作日內進行徵用土地公告。
- 3、公告的內容：「徵用土地公告」應包括以下內容：徵地批准機關、批准文號、批准時間和批准用途；被徵用土地的所有權人、位置、地類和面積；徵地補償標準和農業人員安置途徑；辦理徵地補償登記的期限、地點。

而依大陸《土地管理法》第47條第1款規定，徵用土地須



按照被徵用土地原用途給予補償；同法第 48 條又規定，徵地補償安置方案確定後，有關地方人民政府應當公告，並聽取被徵地的農村集體經濟組織和農民的意見。「徵地補償、安置方案」的公告方式如下：

- 1、公告的形式和地點：徵用農民集體所有土地的，徵地補償、安置方案應當在被徵用土地所在地的村、組內以書面形式公告，如係徵用鄉、鎮農民集體所有土地，則在鄉、鎮人民政府所在地公告。
- 2、公告時機：有關市、縣人民政府土地行政主管部門會同有關部門根據批准的徵用土地方案，在徵用土地公告之日起 45 日內以被徵用土地的所有人為單位擬定徵地補償、安置方案，並予以公告。
- 3、公告內容：徵地補償、安置方案應當包括以下內容：本集體經濟組織被徵用土地的位置、地類、面積、地上附著物和青苗的種類、數量，需要安置的農業人口的數量；土地補償的標準、數額、支付對象和支付方式；安置補助費的標準、數額、支付對象和支付方式；地上附著物和青苗的補償標準和支付方式；農業人員的具體安置途徑；其他有關徵地補償、安置的具體措施。

關於補償及安置的標準，大陸《物權法》第 42 條第 2 款僅規定：「徵收集體所有的土地，應當依法足額支付土地補償費、安置補助費、地上附著物和青苗的補償費等費用，安排被征地農民的社會保障費用，保障被征地農民的生活，維護被征地農民的合法權益。」。而在此之前，大陸《土地管理法》第 47 條已有明確規定，針對徵收耕地的土地補償費，為該耕地被徵收前 3 年平均年產值的 6 至 10 倍；徵收耕地的安置補助費，按照需要安置的農業人口數計算；需要安置的農業人口數，按照被徵收的耕



地數量除以徵地前被徵收單位平均每人佔有耕地的數量計算；每一個需要安置的農業人口的安置補助費標準，為該耕地被徵收前3年平均年產值的4至6倍，但是，每公頃被徵收耕地的安置補助費，最高不得超過被徵收前3年平均年產值的15倍。徵收其他土地的土地補償費和安置補助費標準，則由省、自治區、直轄市參照徵收耕地的土地補償費和安置補助費的標準規定。被徵收土地上的附著物和青苗的補償標準，也由省、自治區、直轄市規定。且徵收城市郊區的菜地，用地單位應當按照國家有關規定繳納「新菜地開發建設基金」。此外，依照前述的規定支付土地補償費和安置補助費，尚不能使需要安置的農民保持原有生活水平的，經省、自治區、直轄市人民政府批准，還可以增加安置補助費。但是，土地補償費和安置補助費的總和不得超過土地被徵收前3年平均年產值的30倍。而大陸國務院根據社會、經濟發展水平，在特殊情況下，可以提高徵收耕地的土地補償費和安置補助費的標準。

#### （四）閒置土地處理

許多台商至大陸投資首要是取得設廠或建築房屋的土地，而在依前述各項方式取得土地後，即應進行建設，不得將土地閒置，否則在繳納高額出讓金後，所獲得的土地使用權仍將被大陸政府收回，並有罰則的規定。為免土地使用權出讓後發生閒置未予建設情況，大陸國土資源部於1999年頒佈《閒置土地處置辦法》，第2條第1款規定：「本辦法所稱閒置土地，是指土地使用人依法取得土地使用權後，未經原批准用地的人民政府同意，超過規定的期限未動工開發建設的建設用地。」而依大陸《城市房地產管理法》第26條規定，以出讓方式取得土地使用權進行房地產開發的，必須按照土地使用權出讓合同約定的土地用途、動工開發期限開發土地。超過出讓合同約定的動工開發日期滿一



年未動工開發的，可以徵收相當於土地使用權出讓金百分之二十以下的土地閒置費；滿二年未動工開發的，可以無償收回土地使用權；但是，因不可抗力或者政府、政府有關部門的行為或者動工開發必需的前期工作造成動工開發遲延的除外。

在具體的認定上，具有下列情形之一的，也可以認定為「閒置土地」：

- 1、國有土地有償使用合同或者建設用地批准書未規定動工開發建設日期，自國有土地有償使用合同生效或者土地行政主管部門建設用地批准書頒發之日起滿1年未動工開發建設的；
- 2、已動工開發建設但開發建設的面積占應動工開發建設總面積不足三分之一或者已投資額占總投資額不足25%，且未經批准中止開發建設連續滿1年的；法律、行政法規規定的其他情形。

依大陸《閒置土地處置辦法》第3條規定，一旦被認定有閒置土地的情況，市、縣人民政府土地行政主管部，應當通知土地使用者，擬訂該宗閒置土地處置方案，閒置土地上依法設立抵押權的，還應通知抵押權人參與處置方案的擬訂工作。處置方案經原批准用地的人民政府批准後，由市、縣人民政府土地行政主管部門組織實施。處置方案可以選擇下列方式：

- 1、延長開發建設時間，但最長不得超過1年；
- 2、改變土地用途，辦理有關手續後繼續開發建設；
- 3、安排臨時使用，待原專案開發建設條件具備後，重新批准開發，土地增值的，由政府收取增值地價；
- 4、政府為土地使用者置換其他等價閒置土地或者現有建設用地進行開發建設；
- 5、政府採取招標、拍賣等方式確定新的土地使用者，對原建設專案繼續開發建設，並對原土地使用者給予補償；



6、土地使用者與政府簽訂土地使用權交還協定等文書，將土地使用權交還給政府。原土地使用者需要使用土地時，政府應當依照土地使用權交還協定等文書的約定供應與其交還土地等價的土地。

但對因政府、政府有關部門行為造成的閒置土地，土地使用者支付部分土地有償使用費或者徵地費的，除選擇前述規定的方式以外，也可以按照實際交款額占應交款額的比例折算，確定相應土地給原土地使用者使用，其餘部分由政府收回。

### （五）大陸《物權法》關於「建設用地使用權」設立後的效果

大陸《物權法》第 137 條規定，設立建設用地使用權可以採取出讓或者劃撥等方式，也就是沿襲過去取得國有土地使用權的二種方式，並賦與建設用地使用權人物權人的地位。在設立建設用地使用權後，該權利即受有下列保障：

- 1、建設用地使用權人對地上物可享有所有權：建設用地使用權人建造的建築物、構築物及其附屬設施的所有權屬於建設用地使用權人，但有「相反證據」證明的除外（參見大陸《物權法》第 142 條）。
- 2、建設用地使用權可以作為抵押標的：建設用地使用權人有權將建設用地使用權「抵押」，但法律另有規定的除外（參見大陸《物權法》第 143 條），此一抵押為「不動產抵押」，成立時應訂立「抵押合同」，並辦理登記。
- 3、提前收回應具有「公共利益需要」為前提：「建設用地使用權」是有期限的，於期間屆滿前，因「公共利益需要」提前收回該土地的，應當依照大陸《物權法》第 42 條的規定，對該土地上的房屋及其他不動產給予補償，並退還相應的出讓金。
- 4、建設用地使用權分「住宅」與「非住宅使用」：「住宅建設



用地使用權」期間屆滿的，自動續期；「非住宅建設用地使用權」期間屆滿的續期，依照法律規定辦理；該土地上的房屋及其他不動產的歸屬，有約定的，按照約定；沒有約定或者約定不明確的，依照法律、行政法規的規定辦理（參見大陸《物權法》第149條）。

### 三、業主的建築物區分所有權

#### （一）區分所有的意義

大陸在《物權法》公佈施行前，有《城市異產毗連房屋管理規定》及《物業管理條例》等規定針對構相連或具有共有、共用設備和附屬建築，而為不同所有人所有的房屋的管理有所規範。但其主要是針對房屋管理、修繕的層面而言，並非自財產權的角度出發，對建築物的區分所有作出產權的釐清。1989年11月21日建設部發佈《城市異產毗連房屋管理規定》第1條即開宗明義，為加強城市異產毗連房屋的管理，維護房屋所有人、使用人的合法權益，明確管理、修繕責任，保障房屋的正常使用，而制定本規定。而該規定第5條以下即對房屋涉及不同產權人在使用上或有修繕必要時的處理方式，此為大陸《物權法》公佈實行前區分所有房屋管理所依循的規定。而大陸《物業管理條例》則側重在業主和物業管理企業的合法權益，規範物業管理活動，均非在正面肯認區分所有的權利性質<sup>15</sup>。

大陸《物權法》第70條規定：「業主對建築物內的住宅、經營性用房等專有部分享有所有權，對專有部分以外的共有部分享有共有和共同管理的權利。」所謂的「業主」在房地產管理法令中，即指所有人。事實上，建築物區分所有權，包括三個組成部

---

<sup>15</sup> 參陳鑫著，《建築物區分所有權》，頁10 中國法制出版社，2007年4月出版。





分<sup>16</sup>：

- 1、專有部分的所有權：專有部分指在構造上及使用上具有獨立性，且能成為所有權客體的部分。專有部分必須具有三個條件<sup>17</sup>：必須是建築物在構造上可以區分，並客觀上可由住戶自由支配，這必須以牆作為區隔，屏風及劃線等不能作為區分；必須可供單獨使用，也就是在區分所有後，各個部分可以單獨使用無須其他部門輔助；必須經過登記，只有登記確認後，專有部分所有權才能產生法律效力<sup>18</sup>，主要是因為過往「一物一權原則」，在建築物區分所有時，在客觀上，是一物區分為數個所有權，非透過登記無法確認所有權的範圍。
- 2、共有權：指所有人依據法律、合同及全體所有人間的「規約」，對建築物的基本構造部分、建築物的共用部分、土地使用權及設施等共同享有的財產權利。共有部分在物理上具有不可分割性，整體形式供全體或部分區分所有權人共同使用。「共有部分」與「專有部分」比較，具有從屬性，權利人對共有部分的權利以專有部分所有權為前提，一旦專有部分所有權發生移轉或消滅，共有部分的持分也相應發生移轉或消滅<sup>19</sup>。因此，大陸《物權法》第72條第2款規定：「業主轉讓建築物內的住宅、經營性用房，其對共有部分享有的共有和共同管理的權利一併轉讓。」
- 3、成員權：指建築物或社區的全體所有人成立管理組織，以便有效管理。各個所有人成員權，包括對重要管理事項的表決

<sup>16</sup> 此三個權利組成部分定義主要參考陳櫻琴、席志國、方立維著，《中國大陸新物權法簡析》，頁151，五南圖書出版股份有限公司2008年3月出版。

<sup>17</sup> 陳鑫著前揭書頁27~28。

<sup>18</sup> 王利明主編，《中國物權法草案建議稿及說明》，頁317，中國法制出版社，2001年版。

<sup>19</sup> 陳鑫著前揭書頁67。



權、參與訂立規約權、選舉管理人權、解除管理人權、請求停止違反共同利益行為權等。

## (二) 禁止區分所有人對專有部分的權利濫用

按大陸《物權法》第71條規定：「業主對其建築物專有部分享有占有、使用、收益和處分的權利。」基本上區分所有權人對專有部分的所有權與一般物的所有權權能相同，但基於區分所有的專有部分僅為建築物構造上的一個部分，因此同條後段規定：「業主行使權利不得危及建築物的安全，不得損害其他業主的合法權益。」而大陸《城市異產毗連房屋管理規定》第6條第2款及第8條也規定：「所有人和使用人在房屋共有、共用部位，不得有損害他方利益的行為。」、「一方所有人如需改變共有部位的外形或結構時，除須經城市規劃部門批准外，還須徵得其他所有人的書面同意。」例如：在自己的專有部分搭蓋夾層屋的情況，區分所有權人固得在自己專有分享有自由使用的權利，且有權進行裝修及改造，但行使此一權利時，不得妨礙建築物的結構安全，而有損其他區分所有人的利益，因為區分所有人擅自在自己的專有部分搭蓋夾層，已影響建築物的結構，其他區分所有人即可請求其停止行為或回復原狀。

現實生活中，修繕建築物共有部分或其他區分所有權人修繕其專有部分時有必須通過或進入或影響到其他區分所有權人的情況，例如：屋面牆面龜裂、滲水，共同樓地板天花板或共同壁的修繕、管線的維修等。在台灣地區，依《公寓大廈管理條例》第11條規定：「專有部分之共同壁及樓地板或其內之管線，其維修費用由該共同壁雙方或樓地板上下方之區分所有權人共同負擔。但修繕費係因可歸責於區分所有權人之事由所致者，由該區分所有權人負擔。」關於住戶的義務，同法第6條第1項第2款及第3款即規定：「他住戶因維護、修繕專有部分、約定專用部分或設置管線，必須進入或使用其專有部分或約定專用部分時，不



得拒絕。」、「管理負責人或管理委員會因維護、修繕共同部分或設置管線，必須進入或使用其專有部分時，不得拒絕。」大陸《物權法》對於區分所有權人在其他專有部分或共有部分進行修繕而有忍受進入或使用其專有部分的情況，並未做出規定，將來或許只能引用大陸《物權法》第71條概括義務的規定，作為其他區分所有權人權利行使的依據了。

### （三）關於停車位及車庫的使用

大陸經濟發展迅速，在城市裡的汽車停車位已有不敷使用的情况發生，於是關於停車位的權屬，在制訂《物權法》時也發生極大的爭議，最後在大陸《物權法》中第74條規定：「建築區劃內，規劃用於停放汽車的車位、車庫應當首先滿足業主的需要。建築區劃內，規劃用於停放汽車的車位、車庫的歸屬，由當事人通過出售、附贈或者出租等方式約定。占用業主共有的道路或者其他場地停放汽車的車位，屬業主共有。」目前大陸停車位，一般是由開發商與各業主分別進行約定。在業主團購的情況下，開發企業也可能與全體業主共同協商約定，其約定的形式，可以在銷售房屋時，以「房屋買賣合同條款」的形式進行，也可以以「書面合同」的形式單獨進行。具體的合同形式包括出售、附贈或出租。出售或附贈，就是指開發企業買賣或購買房屋為條件贈與的形式將車位、車庫所有權移轉給業主。出租則是指開發企業保留對車位、車庫的所有權或國有土地使用權，而將其出租予業主使用。同時也不排除開發企業與業主約定車位、車庫屬於全體業主共有或者由開發企業保留車位、車庫的所有權或國有土地使用權<sup>20</sup>。茲將大陸的停車位作出分類說明，俾便於了解：

1、設置在地面上的停車位：房地產開發商預售或現售商品房住宅小區建築房屋單位，房屋單元辦理初始登記及移轉登記

<sup>20</sup> 參王旭光、范明志主編，《物權法適用疑難問題研究》，頁163~164，山東人民出版社，2007年6月。



後，即由房屋單元所有人共同擁有該小區宗地號的全部土地使用權<sup>21</sup>，其權利應依大陸《物權法》第 94 條「按份共有」，並依同法第 96 條規定，按照共有人的約定管理共有的土地使用權，沒有約定或約定不明的，各共有人都有管理的權利和義務。而業主處分其專有部分時，依大陸《物權法》第 147 條規定，其建設用地使用權也一併處分。但此僅解解權屬的問題，針對管理使用權利的歸屬依約定主體及約定時間不同，便發生爭議。這也就是轉讓後的權利義務的繼受問題。因為一旦透過約定方式，即屬合同性質的權利與義務，在無公示的配套制度時，不會發生獨立物權的效力，欲使前手的約定得以約束後手，便發生法理上的衝突。

- 2、室內的停車位、車庫：在大陸現行的房地產行政管理法律制度下，只有計算建築容積率（建築面積容積率=建築總面積/土地使用權面積）的建築物才可以取得相應宗地地號的土地使用權面積份額。計算建築物容積率的建築物權利人要依法向國家支付土地使用費，並可依法取得「房屋所有權證」或「房地產證」。對於不計算建築物容積率的建築物（面積），由於設有相應宗地號的土地使用權面積份額，因此，其權利人無須向國家交納土地使用費，其初始登記時的法律權利依附於具有房地產權的建築物（面積），不能單獨取得「房地產證」。也就是說地下車位、車庫因為所占的面積不能計入建築物容積率，而具有「依附性」，因此須將其權屬依附並歸屬於該區分所有建築物全部業主共有<sup>22</sup>。大陸《物權法》第 72 條第 2 款規定：「業主轉讓建築物內的住宅、經營用房，其對共有部分享有的共有和共同管理的權利一併轉讓。」在

<sup>21</sup>陳鑫著前揭書頁 39~40。

<sup>22</sup>陳鑫著前揭書頁 41~42。



此，該地下車位或車庫，既然依附於其他具有產權的建築物，則在處分時，即與其他具有產權的建築物一併處分。事實上，大陸建設部 2008 年 1 月 22 日所發佈並自 7 月 1 日施行的《房屋登記辦法》第 31 條規定：「房地產開發企業申請房屋所有權初始登記時，應當對建築區劃內依法屬於全體業主共有的公共場所、公用設施和物業服務用房等房屋一併申請登記，由房屋登記機構在房屋登記簿上予以記載，不頒發房屋權屬證書。」。

- 3、具有經營性質的停車位、車庫：在大陸政府與開發商間的「土地使用權出讓合同」及政府發出的「建築工程規劃許可證」中存在一種「經營性質的停車位的土地使用權面積」，該類停車位建築物（面積）是有計算建築容積率的，因此，多層經營性質的停車位可以依法獨立辦理房地產權的「初始登記」和「移轉登記」，該類停車位的權利人亦可持有獨立的產權憑證，只是要注意的是，如果此類停車位是在區分所有建築物的小區中，便須適用大陸《物權法》第 74 條第 1 款的規定，必須先滿足小區業主的停車需要，然後才能出售、出租<sup>23</sup>。

#### （四）管理組織

- 1、業主大會：按大陸《物權法》第 75 條第 1 款規定：「業主可以設立業主大會，選舉業主委員會。」所謂的「業主」，依大陸《物業管理條例》第 6 條規定，應解為房屋的所有權人，並未包括其他使用房屋的承租人或借用人<sup>24</sup>。而業主大會的權限在大陸《物權法》第 76 條逐項臚列，並規定不同事項的表決比例。其中籌集和使用建築物及其附屬設施的維修資金；改建、重建建築物及其附屬設施須要專有部分占建築物總面

<sup>23</sup> 陳鑫著前揭書頁 43~44。

<sup>24</sup> 參王旭光、范明志前揭書，頁 169。



積三分之二以上的業主且占總人數三分之二以上的業主同意，其他事項則經專有部分占建築物總面積過半數的業主且占總人數過半數的同意即可。而大陸原《物業管理條例》關於業主大會決定事項及表決權也於2007年8月26日配合大陸《物權法》的通過作了修正。

- 2、業主委員會：業主委員會為具有對外代表業主全體管理區分所有建築物，須有公示性。根據大陸《物業管理條例》第16條第1款：「業主委員會應當自選舉產生之日起30日內，向物業所在地的區、縣人民政府房地產行政主管部門和街道辦事處、鄉鎮人民政府備案。」再依同條例第35條規定：「業主委員會應當與業主大會選聘的物業服務企業訂立書面的物業服務合同。」此也就是業主委員會執行管理權之具體措施之一。同條例第51條第2款則規定：「因維修物業或者公共利益，業主確需臨時佔用、挖掘道路、場地的，應當徵得業主委員會和物業服務企業的同意；物業服務企業確需臨時佔用、挖掘道路、場地的，應當徵得業主委員會的同意。」另外依大陸《物權法》第79條規定，業主委員會應當依業主共同決定，將維修資金用於電梯、水箱等共有部分的維修並將維修資金的籌集、使用情況公佈。且依同法第83條規定，對於任意棄置垃圾、排放污染物或者雜訊、違反規定飼養動物、違章搭建、侵佔通道、拒付物業費等損害他人合法權益的行為，有權依照法律、法規以及管理規約，要求行為人停止侵害、消除危險、排除妨害、賠償損失。業主對侵害自己合法權益的行為，可以依法向人民法院提起訴訟。
- 3、集體決策的效力及救濟：業主大會是區分建築物物業主行使區分所有權人成員權的自治組織，根據意思自治的原則，其決定對於全體業主有約束力；而業主委員會作為業主大會的



執行機關，根據業主大會的授權所做出的決定事項，對全體業主也有約束力，因此，大陸《物權法》第 78 條第 1 款規定：「業主大會或者業主委員會的決定，對業主具有約束力。」同時為了避免業主大會及業主委員會作出的決定侵害業主的權益，包括對共有部分的權利或對專有部分的權利造成實質性的損害，同條第 2 款則規定：「業主大會或者業主委員會作出的決定侵害業主合法權益的，受侵害的業主可以請求人民法院予以撤銷」<sup>25</sup>。而台灣地區《公寓大廈管理條例》對區分所有權人會議及管理委員會決議侵害區分所所有權人權利時，如何救濟，並無規定，實務上常以類推《民法》第 56 條對於總會召集程序或決議內容違反法令或章程提起撤銷決議或確認決議內容無效之訴訟。大陸《物權法》對於 78 條第 2 款就該訴訟提起期限付諸闕如，有謂可類推《合同法》第 75 條規定債權人行使撤銷權一年的行使期間<sup>26</sup>。但形成權宜有法律明文規定，實不宜類推其他法律行使，因此，仍以另作明文規定為宜。

### （五）維修資金及管理費用

大陸《物業管理條例》第 54 條規定：「住宅物業、住宅小區內的非住宅物業或者與單幢住宅樓結構相連的非住宅物業的業主，應當按照國家有關規定交納專項維修資金。專項維修資金屬於業主所有，專項用於物業保修期滿後物業共用部位、共用設施設備的維修和更新、改造，不得挪作他用。專項維修資金收取、使用、管理的辦法由國務院建設行政主管部門會同國務院財政部門制定。」此等「專項維修資金」類似於台灣地區《公寓大廈管理條例》所規定的「公共基金」，大

<sup>25</sup>參王旭光、范明志前揭書，頁 171。

<sup>26</sup>參王旭光、范明志前揭書，頁 172。



陸國務院建設部及財政部根據上述規定，也發佈了《住宅專項維修資金管理辦法》。茲就此一辦法說明於后：

- 1、資金來源及權屬：依大陸《住宅專項維修資金管理辦法》第7條及第8條規定：「商品住宅的業主、非住宅的業主按照所擁有物業的建築面積交存住宅專項維修資金，每平方米建築面積交存首期住宅專項維修資金的數額為當地住宅建築安裝工程每平方米造價的5%至8%。直轄市、市、縣人民政府建設（房地產）主管部門應當根據本地區情況，合理確定、公佈每平方米建築面積交存首期住宅專項維修資金的數額，並適時調整。」「出售公有住房的，按照下列規定交存住宅專項維修資金：業主按照所擁有物業的建築面積交存住宅專項維修資金，每平方米建築面積交存首期住宅專項維修資金的數額為當地房改成本價的2%。售房單位按照多層住宅不低於售房款的20%、高層住宅不低於售房款的30%，從售房款中一次性提取住宅專項維修資金。」；而第9條規定：「業主交存的住宅專項維修資金屬於業主所有。從公有住房售房款中提取的住宅專項維修資金屬於公有住房售房單位所有」。
- 2、專項維修資金的管理：依大陸《住宅專項維修資金管理辦法》第10條規定，直轄市、市、縣人民政府建設（房地產）主管部門應當委託所在地一家商業銀行，作為本行政區域內住宅專項維修資金的專戶管理銀行，並在專戶管理銀行開立「住宅專項維修資金專戶」，該專戶應當以物業管理區域為單位設賬，再按房屋戶門號設分戶帳；未劃定物業管理區域的，以幢為單位設帳，按房屋戶門號設分戶帳。待業主大會成立後，再依同辦法第15條規定，將上開專戶內的業主交存的住宅專項維修資金劃轉至業主大會所委託專項維修資金的專戶管理銀行的住宅專項維修資金專戶。而該住宅專項維修





資金專戶，也是以物業管理區域為單位設帳，按房屋戶門號設分戶帳。

- 3、專項維修資金的繳納：商品住宅的業主應當在辦理房屋入住手續前，將首期住宅專項維修資金存入住宅專項維修資金專戶。已售公有住房的業主應當在辦理房屋入住手續前，將首期住宅專項維修資金存入公有住房住宅專項維修資金專戶或者交由售房單位存入公有住房住宅專項維修資金專戶。公有住房售房單位應當在收到售房款之日起 30 日內，將提取的住宅專項維修資金存入公有住房住宅專項維修資金專戶。業主分戶帳面住宅專項維修資金餘額不足首期交存額 30% 的，應當及時續交。
- 4、專項維修資金的用途：住宅專項維修資金應當專項用於住宅共用部位、共用設施設備保修期滿後的維修和更新、改造，不得挪作他用。另外，依法應當由建設單位或者施工單位承擔的住宅共用部位、共用設施設備維修、更新和改造費用；依法應當由相關單位承擔的供水、供電、供氣、供熱、通訊、有線電視等管線和設施設備的維修、養護費用；應當由當事人承擔的因人為損壞住宅共用部位、共用設施設備所需的修復費用；根據「物業服務合同」約定，應當由物業服務企業承擔的住宅共用部位、共用設施設備的維修和養護費用，不得從住宅專項維修資金中列支。至於各戶的分攤方式，原則上先按照建築面積比例分攤，但關於商品住宅之間或者商品住宅與非住宅之間及售後公有住房之間；售後公有住房與商品住宅或者非住宅之間；住宅共用部位、共用設施設備維修和更新、改造，涉及尚未售出的商品住宅非住宅或者公有住房的，其分攤方式則依該辦法第 20 條及第 21 條規定。



## 參、土地承包經營權

### 李永然（永然聯合法律事務所所長）

「土地承包經營權」主要是針對農村集體經濟組織所設立，而大陸《農村土地承包法》第1條開宗明義規定：「為穩定和完善以家庭承包經營為基礎、統分結合的雙層經營體制，賦予農民長期而有保障的土地使用權，維護農村土地承包當事人的合法權益，促進農業、農村經濟發展和農村社會穩定，根據憲法，制定本法。」，其立法目的即係以家庭承包經營為基礎，賦予農民長期而有保障的土地使用權，維護農村土地承包當事人的合法權益，促進農業、農村經濟發展和農村社會穩定。另依大陸《農村土地承包法》第3條規定：「農村土地承包採取農村集體經濟組織內部的家庭承包方式，不宜採取家庭承包方式的荒山、荒溝、荒丘、荒灘等農村土地，可以採取招標、拍賣、公開協商等方式承包。」，可知「土地承包經營權」的權利主體，原則上為農村集體經濟組織內部的家庭，例外時，其他單位或個人取得可以經由招標、拍賣、公開協商等方式取得「土地承包經營權」。而依大陸《農村土地承包法》第2條及《物權法》第124條第2款規定，可知「土地承包經營權」的客體為「農民集體所有和國家所有依法由農民集體使用的耕地、林地、草地，以及其他用於農業的土地」。因有不少台商向大陸農村集體組織取得土地承包權，進行養殖、造林或栽種經濟作物，如：花卉等情形，因此，本文也特就此一物權再做如下之說明：

#### （一）土地承包經營權權能

依大陸《物權法》第125條規定：「土地承包經營權人依法對其承包經營的耕地、林地、草地等享有占有、使用和收益的權利，有權從事種植業、林業、畜牧業等農業生產。」故土地承包



經營權人僅可以針對其承包經營的土地從事種植業、林業、畜牧業等農業生產，而依同法第 128 條後段規定，未經依法批准不得移為「非農業建設」。

關於土地承包經營權之發包方權利義務，大陸《農村土地承包法》第 12 條規定：「農民集體所有的土地依法屬於村農民集體所有的，由村集體經濟組織或者村民委員會發包；已經分別屬於村內兩個以上農村集體經濟組織的農民集體所有的，由村內各該農村集體經濟組織或者村民小組發包。村集體經濟組織或者村民委員會發包的，不得改變村內各集體經濟組織農民集體所有的土地的所有權。國家所有依法由農民集體使用的農村土地，由使用該土地的農村集體經濟組織、村民委員會或者村民小組發包。」，發包主體依土地所有對象分為：村農民集體所有土地，由「村集體經濟組織」或者「村民委員會」發包；已經分別屬於村內兩個以上農村集體經濟組織的農民集體所有土地，由村內各該農村集體經濟組織或者村民小組發包；國家所有依法由農民集體使用的農村土地，則由使用該土地的農村集體經濟組織、村民委員會或者村民小組發包。此也符合大陸《土地管理法》第 10 條規定：「農民集體所有的土地依法屬於村農民集體所有的，由村集體經濟組織或者村民委員會經營、管理；已經分別屬於村內兩個以上農村集體經濟組織的農民集體所有的，由村內各該農村集體經濟組織或者村民小組經營、管理；已經屬於鄉（鎮）農民集體所有的，由鄉（鎮）農村集體經濟組織經營、管理。」之意旨。而農民集體所有的土地或國家所有依法由農民集體使用的農村土地經發包後，發包方依大陸《農村土地承包法》第 13 條規定，享有下列權利：（一）發包本集體所有的或者國家所有依法由本集體使用的農村土地；（二）監督承包方依照承包合同約定的用途合理利用和保護土地；（三）制止承包方損害承包地和農業



資源的行為；（四）法律、行政法規規定的其他權利。惟發包方依大陸《農村土地承包法》第 14 條規定，亦須承擔下列義務：（一）維護承包方的土地承包經營權，不得非法變更、解除承包合同；（二）尊重承包方的生產經營自主權，不得干涉承包方依法進行正常的生產經營活動；（三）依照承包合同約定為承包方提供生產、技術、資訊等服務；（四）執行縣、鄉（鎮）土地利用總體規劃，組織本集體經濟組織內的農業基礎設施建設；（五）法律、行政法規規定的其他義務；且大陸《農村土地承包法》第 4 條第 2 項也規定，農村土地承包後，土地的所有權性質不變，且「承包地」不得買賣，如此才能達成促進農業、農村經濟發展和農村社會穩定之根本目的。

而關於土地承包經營權人之權利義務，大陸《農村土地承包法》第 15 條規定：「家庭承包的承包方是本集體經濟組織的農戶。」，且大陸《土地管理法》第 15 條第 1 項規定：「國有土地可以由單位或者個人承包經營，從事種植業、林業、畜牧業、漁業生產。農民集體所有的土地，可以由本集體經濟組織以外的單位或者個人承包經營，從事種植業、林業、畜牧業、漁業生產。」，是土地承包經營權人，原則上為從事種植業、林業、畜牧業、漁業生產的單位或個人，且限於本集體經濟組織的農戶，稱之為「家庭承包」；例外時，本集體經濟組織以外的單位或個人可以經由招標、拍賣、公開協商等方式取得土地承包經營權，以從事種植業、林業、畜牧業、漁業生產，稱之為「其他方式承包」（主要規範於大陸《農村土地承包法》第 44 條至第 50 條）。依大陸《農村土地承包法》第 16 條規定，承包方享有下列權利：（一）依法享有承包地使用、收益和土地承包經營權流轉的權利，有權自主組織生產經營和處置產品；（二）承包地被依法徵用、佔用的，有權依法獲得相應的補償；（三）法律、行政法規規定



的其他權利。另依大陸《農村土地承包法》第 17 條規定，承包方承擔下列義務：（一）維持土地的農業用途，不得用於非農業建設；（二）依法保護和合理利用土地，不得給土地造成永久性損害；（三）法律、行政法規規定的其他義務。再者，土地承包應當遵循大陸《農村土地承包法》第 18 條規定之原則：（一）按照規定統一組織承包時，本集體經濟組織成員依法平等地行使承包土地的權利，也可以自願放棄承包土地的權利；（二）民主協商，公平合理；（三）承包方案應當按照本法第十二條的規定，依法經本集體經濟組織成員的村民會議三分之二以上成員或者三分之二以上村民代表的同意；（四）承包程式合法。是農村土地承包當事人應確實遵守上開法律規定，才能維護自身的合法權益。

## （二）土地承包經營權的取得及流轉

依大陸《物權法》第 127 條規定：「土地承包經營權自土地承包經營權合同生效時設立。縣級以上地方人民政府應當向土地承包經營權人發放土地承包經營權證、林權證、草原使用權證，並登記造冊，確認土地承包經營權。」而依大陸《農村土地承包法》第 44 條規定，本集體經濟組織以外的單位或者個人欲取得土地承包經營權，是在不宜採取家庭承包方式時，方可透過招標、拍賣及公開協商方式進行承包。而不採取家庭承包方式時，當事人的權利和義務、承包期限等，由雙方協商確定，以招標、拍賣方式承包的，承包費透過公開競標、競價確定；以公開協商等方式承包的，承包費由雙方議定。另外也須依大陸《農村土地承包法》第 48 條規定，事先經本集體經濟組織成員的村民會議三分之二以上成員或者三分之二以上村民代表的同意，並報鄉（鎮）人民政府批准，且應當對承包方的資信情況和經營能力進行審查後，再簽訂「承包合同」。同法第 49 條復規定：「通過招標、拍賣、公開協商等方式承包農村土地，經依法登記取得土



地承包經營權證或者林權證等證書的，其土地承包經營權可以依法採取轉讓、出租、入股、抵押或者其他方式流轉。」與大陸《物權法》第 133 條規定相同。

另依大陸《農村土地承包法》第 32 條規定：「通過家庭承包取得的土地承包經營權可以依法採取轉包、出租、互換、轉讓或者其他方式流轉。」，且其土地承包經營權流轉，應當遵循大陸《農村土地承包法》第 33 條規定之原則：（一）平等協商、自願、有償，任何組織和個人不得強迫或者阻礙承包方進行土地承包經營權流轉；（二）不得改變土地所有權的性質和土地的農業用途；（三）流轉的期限不得超過承包期的剩餘期限；（四）受讓方須有農業經營能力；（五）在同等條件下，本集體經濟組織成員享有優先權。

### （三）土地承包經營權期限

依大陸《物權法》第 126 條規定，耕地的承包期為「三十年」。草地的承包期為「三十年至五十年」。林地的承包期為「三十年至七十年」；特殊林木的林地承包期，經國務院林業行政主管部門批准可以延長。承包期屆滿，得由土地承包經營權人按照國家有關規定繼續承包。而大陸《農村土地承包法》第 20 條規定也有相同規定。

### 經辦單位：

一、大陸《農村土地承包法》第 11 條規定：「國務院農業、林業行政主管部門分別依照國務院規定的職責負責全國農村土地承包及承包合同管理的指導。縣級以上地方人民政府農業、林業等行政主管部門分別依照各自職責，負責本行政區域內農村土地承包及承包合同管理。鄉（鎮）人民政府負責本行政區域內農村土地承包及承包合同管理。」。



二、大陸《農村土地承包法》第 51 條規定：「因土地承包經營發生糾紛的，雙方當事人可以通過協商解決，也可以請求村民委員會、鄉(鎮)人民政府等調解解決。當事人不願協商、調解或者協商、調解不成的，可以向農村土地承包仲裁機構申請仲裁，也可以直接向人民法院起訴。」。



## 肆、地役權

李永然

地役權，是指土地的所有權人或使用權人為使用自己土地的便利而使用相鄰他人土地的權利。大陸《物權法》第十四章規定的地役權，是約定地役權，而相鄰權則屬於法定地役權，一般認為相鄰關係不是一項獨立物權，而是對所有權的限制<sup>27</sup>。大陸《物權法》第 156 條規定：「地役權人有權按照合同約定，利用他人的不動產，以提高自己的不動產的效益。前款所稱他人的不動產為供役地，自己的不動產為需役地。」最常見的地役權，例如：通行地役權，就是有通行需求的需役地人與可提供通行的供役地人約定設立地役權與需役地人，以方便需役地人使用自己的需役地。

### （一）地役權的五種特性<sup>28</sup>：

- 1、地役權具有從屬性：地役權不得與需役地相分離而單獨成為其他權利的標的，需役地移轉時不得與其地役權分割移轉，同樣的，地役權也不可以脫離需役地單獨移轉。大陸《物權法》第 162 條規定：「土地所有權人享有地役權或者負擔地役權的，設立土地承包經營權、宅基地使用權時，該土地承包經營權人、宅基地使用權人繼續享有或者負擔已設立的地役權。」也就是說，地役權設立後，不論供役地或需役地使用權發生變動，例如設立土地承包經營權、宅基地使用權，其仍然為需役地的利益繼續存在。大陸《物權法》第 164 條規定：「地役權不得單獨轉讓。土地承包經營權、建設用地

<sup>27</sup> 參王旭光、范明志前揭書，頁 288。

<sup>28</sup> 參江平前揭書，頁 202~203。





使用權等轉讓的，地役權一併轉讓，但合同另有約定的除外。」；該但書所指是指土地承包經營人或建設用地使用權人轉讓其土地承包經營權及建設用地使用權時，可以例外保留不轉讓地役權，但不可以單獨轉讓地役權而不移轉土地承包經營權或建設用地使用權<sup>29</sup>。又同法第165條規定：「地役權不得單獨抵押。土地承包經營權、建設用地使用權等抵押的，在實現抵押權時，地役權一併轉讓。」因為地役權是從屬於「需役地」的，因此地役權人不得單獨以地役權設立擔保物權，但如地役權人將其土地承包經營權或建設用地使用權設立抵押權而要實現抵押權時，因為需役地的使用權發生屬上的變動，地役權自然應該隨同轉讓。

- 2、地役權不可分割性：地役權設立是為了提昇整體需役地的價值，不可能取得或喪失部分的地役權。大陸《物權法》第166條規定：「需役地以及需役地上的土地承包經營權、建設用地使用權部分轉讓時，轉讓部分涉及地役權的，受讓人同時享有地役權。」同法第167條規定：「供役地以及供役地上的土地承包經營權、建設用地使用權部分轉讓時，轉讓部分涉及地役權的，地役權人對受讓人具有約束力。」也就是需役地對於供役地是整體地享有供役地對需役地所提供的輔助功能；而供役地也是整體地提供其輔助效能予需役地，縱使任何一方有部分分割轉讓，也不影響地役權的整體性，此即為地役權的不可分割性。
- 3、地役權是為了自己不動產使用便利而使用他人不動產的權利：在此，供役地不限於「土地」，大陸《物權法》第156條肯認在土地以外的不動產上設立地役權。地役權存在目的必須是可以提昇需役地的使用價值。

<sup>29</sup> 江平前揭書，頁211。



- 4、地役權可以有償或無償：地役權是否有償可以由當事人約定。
- 5、地役權人不需以對供役地享有占有為要件。因為供役地只是為了輔助需役地的使用價值，地役權人不必然需要占有供役地。

## (二) 設立地役權方式

- 1、當事人必須訂立地役權合同：大陸《物權法》157 條規定：「設立地役權，當事人應當採取書面形式訂立地役權合同。地役權合同一般包括下列條款：（一）當事人的姓名和住所；（二）供役地和需役地的位置；（三）利用目的和方法；（四）利用期限；（五）費用及其支付方式；（六）解決爭議的方法。」所以地役權合同為「要式合同」，必須以書面形式訂立。而利用目的和方法通常有通行權：即需役地人在供役地表通行的權利；管線通過權：即需役地人將其管線設施架設通過供役地的權利；排水或取水權：即需役地所需水流經過供役地的權利，可能是取得水或排出水；通風權：即供役地人在一定範圍內不得修建地上物，以保障需役地的通風權利；採光權：即供役地人在一定範圍內不得修建地上物，以保障需役地的採光權利；眺望權：即供役地人在一定範圍內不得修建地上物，以保障需役地的視野權利，因此雙方在約定地役權目的時，宜同時約定其利用方法，以免造成解釋上的爭議<sup>30</sup>。而地役權的期限固然可以由當事人自行約定，但依大陸《物權法》第 161 條規定，地役權的期限不得超過「土地承包經營權」、「建設用地使用權」等用益物權的剩餘期限。
- 2、登記對抗效力：大陸《物權法》第 158 條規定：「地役權自

<sup>30</sup> 參江平前揭書，頁 204。



地役權合同生效時設立。當事人要求登記的，可以向登記機構申請地役權登記；未經登記，不得對抗善意第三人。」可知其未採登記生效原則，地役權之設立在合同生效時設立，如未登記時，並非不生效力，僅不能對抗第三人而已。主要是因為考量國情，地役權多發生在設立土地承包經營權、宅基地使用權等集體所有土地或農村私有房地產上，而大陸農村尚未建立完善的登記制度，為免地役權設立發生困難，不得不將本條制訂為對抗要件而非生效要件，此乃出於現實考量<sup>31</sup>。

### （三）地役權與其他用益物權行使的優先順序

原則上是以時間設立先後定其行使的優先順序。

- 1、在已設立地役權後，供役地或需役地設立其他用益物權時，地役權具優先性。大陸《物權法》第 162 條規定：「土地所有權人享有地役權或者負擔地役權的，設立土地承包經營權、宅基地使用權時，該土地承包經營權人、宅基地使用權人繼續享有或者負擔已設立的地役權。」。
- 2、在已設立土地承包經營權、建設用地使用權、宅基地使用權等權利後，再設立地役權時，須先經用益物權人同意。大陸《物權法》第 163 條規定：「土地上已設立土地承包經營權、建設用地使用權、宅基地使用權等權利的，未經用益物權人同意，土地所有權人不得設立地役權。」。

### （四）地役權的消滅

- 1、需役地不再需要利用供役地時，地役權應當消滅。
- 2、地役權人拋棄地役權。
- 3、地役權約定的期間到期或約定的地役權消滅條件成就。
- 4、供役地權利人解除地役權合同。大陸《物權法》第 168 條規

<sup>31</sup> 參陳櫻琴、席志國、方立維前揭書，頁 276~277。



定：「地役權人有下列情形之一者，供役地權利人有權解除地役權合同，地役權消滅：（一）違反法律規定或者合同約定，濫用地役權；（二）有償利用供役地，約定的付款期間屆滿後在合理期限內經兩次催告未支付費用。」。<sup>32</sup>



## 伍、不動產登記制度

李永然（永然聯合法律事務所所長）

大陸《物權法》頒佈以前，關於不動產登記的規定，主要散見在其《土地管理法》、《城市房地產管理法》等行政管理法中。大陸《物權法》為貫徹不動產物權公示、公信的原則，在不動產登記方面作出了多項創新性規定：一是確立了不動產統一登記制度；二是確立了不動產登記原則上採生效原則，例外採對抗原則；三是對更正登記、異議登記和預告登記制度作出了明確規定；四是明確了不動產登記簿的效力和登記機構的職責；五是明確了不動產登記機構的賠償責任<sup>33</sup>。為分析目前大陸開始進行的不動產登記作業，特將大陸的不動產登記制度作以下說明。

### （一）不動產登記生效原則

大陸《物權法》第9條第1款規定：「不動產物權的設立、變更、轉讓和消滅，經依法登記，發生效力；未經登記，不發生效力，但法律另有規定的除外。」換言之，不動產物權設立、變更及消滅都以登記為生效要件，不登記不發生不動產物權發生、變更及消滅，例外時，方可不經登記發生不動產物權變動的效力。可不經登記而發生不動產物權得、喪、變更的，大陸《物權法》規定了數種情況，例如：依法屬於國家所有的自然資源，所有權可以不經登記，這是大陸《物權法》第9條第2款的規定。因為大陸地區自然資源公有制，在未登記為集體所有的情形下，即屬全民所有即國家所有；因此，其《物權法》針對自然資源屬國家所有的，規定其所有權可不經登記。其次，依大陸《物權法》第28

<sup>33</sup> 參國土資源部國土資發〔2007〕112號《關於貫徹實施中華人民共和國物權法的通知》。



條、第29條及第30條規定，因人民法院、仲裁委員會的法律文書或者人民政府的徵收決定等，導致物權設立、變更、轉讓或者消滅的，自法律文書或者人民法院的徵收決定等生效時，發生效力；因繼承或者受遺贈取得物權的，自繼承或者受遺贈開始時發生效力；因合法建造、拆除房屋等事實行為設立或者消滅物權的，自事實行為成就時發生效力。上開物權變動的效力，有依法院或行政機關的判決、決定，也有依法律事實發生或事實行為發生而發生物權變動的。大陸《物權法》第31條復規定：「依照本法第二十八條至第三十條規定享有不動產物權的，處分該物權時，依照法律規定需要辦理登記的，未經登記，不發生物權的效力。」也就是說，縱依該法第28條至第30條法律規定，未經登記可直接取得物權，將來要處分物權時，仍須要先辦理登記方可處分，以貫徹物權登記的「公示原則」，但是，正如台灣地區房屋違章建築的問題，將來大陸地區針對未辦理初始登記的房屋是否均可補辦房屋登記，也有疑問。目前台灣司法實務上承認的事實上處分權的轉讓未必被大陸地區法院所採認，因此，未來大陸未辦理初始登記的房屋是否可以處分，將發生爭議。此外，依大陸《物權法》第127條、第153條及第158條規定，土地承包經營權自土地承包經營權合同生效時設立；宅基地使用權的取得、行使和轉讓依土地管理法和國家的有關規定；地役權自地役權合同生效時設立此一規定是考量到大陸農村不動產登記制度尚未臻成熟，因此，不宜驟然採登記生效原則。而土地承包經營權及地役權另採登記對抗原則，即如未登記時，不得以其權利對抗第三人。

## （二）不動產統一登記制度的確立

大陸《物權法》第10條第2款規定：「國家對不動產實行統一登記制度。登記的範圍、登記機構和登記辦法，由法律、行政法規規定。」也宣示了實施不動產統一登記制度。因為目前大陸



地區的土地及房屋分由不同的登記機關掌理，發生資源分散，重複登記，並造成不少爭端，例如土地使用權與房屋所有權權屬發生不一的情況，或分設不同抵押權，也不易查閱不動產權屬，甚至有的登記機關，在土地使用權證上設定期限，在到期後又不辦理續證或換發新證等等情況，均是無統一登記機關的奇怪現象。但原規劃設計要制訂的《不動產登記法》尚未完成立法，且大陸國務院目前也沒有通過統一登記的行政法規，目前大陸仍僅有國土資源部及建設部分別公佈的《土地登記辦法》與《房屋登記辦法》，在上述法規公佈前仍作為不動產登記依循的規範；但新公佈的《土地登記辦法》和《房屋登記辦法》較原有的《土地登記規則》及《城市房屋權屬登記管理辦法》作了許多補充，可作為將來統一登記制度的準備。

### （三）土地登記制度

- 1、大陸於2007年11月28日大陸國土資源部第5次務部會議審議通過公佈，並自2008年2月1日起施行《土地登記辦法》，第2條規定，土地登記，乃指將國有土地使用權、集體土地所有權、集體土地使用權和土地抵押權、地役權以及依照法律法規規定需要登記的其他土地權利記載於土地登記簿公示的行為。而其登記的權利，就國有土地使用權而言，包括「國有建設用地使用權」和「國有農用地使用權」；至於集體土地使用權則包括「集體建設用地使用權」、「宅基地使用權」和「集體農用地使用權」。
- 2、登記的分類：大陸《土地登記辦法》重新劃分了土地登記分類，使土地登記類型更加科學。過去大陸《土地登記規則》的分類較粗略，只分為「初始土地登記」和「變更土地登記」兩大類，其中變更土地登記又包括土地使用權、所有權和土



地他項權利設定登記，土地使用權、所有權和土地他項權利變更登記，名稱、地址和土地用途變更登記，註銷土地登記等。地方在實踐中反映初始土地登記和設定登記不易區分，對設定登記屬變更登記難以理解，因此大陸《土地登記辦法》將土地登記分為「總登記」、「初始登記」、「轉移登記」、「註銷登記」及「其他登記」。「其他登記」又包括「更正登記」、「異議登記」、「預告登記」、「查封登記」等。其中，「異議登記」、「預告登記」、「查封登記」和「地役權的登記」都是新增加的土地登記類型，體現了大陸《物權法》的新規定<sup>34</sup>。

### 3、登記程序：

大陸過去土地登記的程序是：申請→地籍調查→權屬審核→註冊登記→頒發證書，地籍調查是登記機關的一項重要職責。而新頒之大陸《土地登記辦法》根據大陸《物權法》的規定，對土地登記的程序做了新的規定。按照新規定，當事人在申請登記時，就須提交權屬證明和不動產界址、面積等必要材料。而且大陸《土地登記辦法》明確規定「申請人提交的地籍調查表、宗地圖及宗地界址坐標，可以委託有資質的專業技術單位進行地籍調查獲得」。這意味著，過去由行政機關包辦的地籍調查測繪等事務，不再是行政機關的份內之事，土地登記必需的相關資料要由申請者自我提供，即自我舉證。顯然，這種做法更能夠提高工作效率、優化行政機關辦事程序，更有利於政企分開、依法行政，有利於解決

---

<sup>34</sup>參國土資源部政策法規司司長王守智就《土地登記辦法》答記者問，大陸國土資源部網站。





民眾辦證難的難題<sup>35</sup>。

依大陸《土地登記辦法》第7條規定，土地登記應當由當事人共同申請，但有下列情形之一的，可以單方申請：土地總登記；國有土地使用權、集體土地所有權、集體土地使用權的初始登記；因繼承或者遺贈取得土地權利的登記；因人民政府已經發生法律效力的土地權屬爭議處理決定而取得土地權利的登記；因人民法院、仲裁機構已經發生法律效力的法律文書而取得土地權利的登記；更正登記或者異議登記；名稱、地址或者用途變更登記；土地權利證書的補發或者；其他依照規定可以由當事人單方申請的情形。

據大陸《土地登記辦法》第9條規定，申請人申請土地登記，應當根據不同的登記事項提交下列材料：土地登記申請書、申請人身份證明材料、土地權屬來源證明、地籍調查表、宗地圖及宗地界址座標、地上附著物權屬證明、法律法規規定的完稅或者減免稅憑證、本辦法規定的其他證明材料。地籍調查表、宗地圖及宗地界址座標，可以委託有資質的專業技術單位進行地籍調查獲得。申請人申請土地登記，應當如實向國土資源行政主管部門提交有關材料和反映真實情況，並對申請材料實質內容的真實性負責。

而「土地權利證書」則在大陸《土地登記辦法》第17條規定，包括：國有土地使用證、集體土地所有證、集體土地使用證及土地他項權利證明書。國有建設用地使用權和國有農用地使用權在國有土地使用證上載明；集體建設用地使用權、宅基地使用權和集體農用地使用權在集體土地使用證上載明；土地抵押權和地役權可以在土地他項權利證明書上載明。土地權利證書由大陸國務院國土資源行政主管部門統一監製。

<sup>35</sup> 參同上揭王守智司長答記者問內容。



但大陸《土地登記辦法》第18條規定有下列情形之一的，不予以登記：土地權屬有爭議的；土地違法違規行為尚未處理或者正在處理的；未依法足額繳納土地有償使用費和其他稅費的；申請登記的土地權利超過規定期限的；其他依法不予登記的。

至於關於個別登記類型，簡單說明於下：

### (1) 土地總登記：

大陸《土地登記辦法》所稱的「土地總登記」，是指在一定時間內對轄區內全部土地或者特定區域內土地進行的全面登記，通常在一定範圍和時間內有計劃統一進行的（大陸《土地登記辦法》第22條參照）。

土地總登記要發佈通告，通告內容包括：土地登記區的劃分；土地登記的期限；土地登記收件地點；土地登記申請人應當提交的相關文件材料；其他需要通告事項（大陸《土地登記辦法》第22條參照）。

針對符合總登記要求的宗地，要由國土資源行政主管部門予以公告，公告內容包括：土地權利人的姓名或者名稱、地址；准予登記的土地坐落、面積、用途、權屬性質、使用權類型和使用期限；土地權利人及其他利害關係人提出異議期限、方式和受理機構；需要公告的其他事項（大陸《土地登記辦法》第23條參照）。公告期滿，當事人對土地總登記審核結果無異議或者異議不成立的，由國土資源行政主管部門報經人民政府批准後辦理登記（大陸《土地登記辦法》第24條參照）。

北京市國土局於2008年3月3日作出《北京市開展土地總登記發證工作的若干意見》，並訂出自該意見下發之日起至2009年12月31日為土地總登記發證時間。此次總登記工作範圍為北京市行政區域內全部土地，但國有農用地使用權、集體農用地使用權、宅基地使用權以及因城市改造由政府有關部門發佈拆遷公告涉及的土地使用權除外。而其程序為土地總登記程序包括：通告、申



請、權屬審核、公告、異議處理、註冊登記和頒發證書。對於未辦理過登記發證手續的宗地的確權登記，關於符合登記條件的宗地的登記發證按照大陸《土地登記辦法》第9條規定，經審核對符合土地總登記發證條件的宗地，按照總登記程序直接進行登記發證。在土地總登記過程中對存在土地權屬爭議的，上述《意見》中也對爭議處理方式作出規定。因此，土地總登記乃對土地權屬作出清理及土地登記資料的總整理。

## (2) 初始登記：

大陸《土地登記辦法》所稱的「初始登記」，是指土地總登記之外對設立的土地權利進行的登記，也就是在土地總登記之外，對設立的土地權利進行的第一次登記。

依照大陸《土地登記辦法》第26條規定，依法以劃撥方式取得國有建設用地使用權的，當事人應當持縣級以上人民政府的批准用地文件和國有土地劃撥決定書等相關證明材料，申請劃撥國有建設用地使用權初始登記。新開工的大中型建設專案使用劃撥國有土地的，還應當提供建設專案竣工驗收報告。

至於出讓方式取得國有建設用地使用權的，依大陸《土地登記辦法》第27條規定，當事人應當在付清全部國有土地出讓價款後，持國有建設用地使用權出讓合同和土地出讓價款繳納憑證等相關證明材料，申請出讓國有建設用地使用權初始登記。

另外，抵押權的初始登記，依大陸《土地登記辦法》第36條規定，依法抵押土地使用權的，抵押權人和抵押人應當持土地權利證書、主債權債務合同、抵押合同以及相關證明材料，申請土地使用權抵押登記。同一宗地多次抵押的，以抵押登記申請先後為序辦理抵押登記。符合抵押登記條件的，國土資源行政主管部門應當將抵押合同約定的有關事項在土地登記簿和土地權利證書上加以記載，並向抵押權人頒發土地他項權利證明書。申請登記的抵押為最高額抵押的，應當記載所擔保的最高債權額、最高



額抵押的期間等內容。

而地役權，則依大陸《土地登記辦法》第37條第1款規定，在土地上設定地役權後，當事人申請地役權登記的，供役地權利人和需役地權利人應當向國土資源行政主管部門提交土地權利證書和地役權合同等相關證明材料。

### (3) 變更登記

「變更登記」，是指因土地權利人發生改變，或者因土地權利人姓名或者名稱、地址和土地用途等內容發生變更而進行的登記。

須注意的是依法以出讓、國有土地租賃、作價出資或者入股方式取得的國有建設用地使用權轉讓的，當事人應當持原國有土地使用證和土地權利發生轉移的相關證明材料，申請「國有建設用地使用權」變更登記。

而因依法買賣、交換、贈與地上建築物、構築物及其附屬設施涉及建設用地使用權轉移的，當事人應當持原土地權利證書、變更後的房屋所有權證書及土地使用權發生轉移的相關證明材料，申請建設用地使用權變更登記。涉及劃撥土地使用權轉移的，當事人還應當提供有批准權人民政府的批准文件。俾符「房隨地走」原則，使土地與建築物權屬得合而為一。

但大陸《土地登記辦法》第43條規定：「土地使用權抵押期間，土地使用權依法發生轉讓的，當事人應當持抵押權人同意轉讓的書面證明、轉讓合同及其他相關證明材料，申請土地使用權變更登記。已經抵押的土地使用權轉讓後，當事人應當持土地權利證書和他項權利證明書，辦理土地抵押權變更登記。」本條之規定與台灣地區的抵押土地轉讓規定不同，因為抵押權的追及性，縱抵押物轉讓他人也不影響抵押權的存在，而大陸《土地登記辦法》卻仍要求當事人應提出抵押權人同意轉讓的書面證明，常使當事人在貸款上造成阻礙。



#### (4) 登出登記

所謂「登出登記」，是指因土地權利的消滅等而進行的登記。例如：依法收回的國有土地、依法徵收的農民集體土地、因人民法院、仲裁機構的生效法律文書致使原土地權利消滅，均應直接辦理登出登記。而因自然災害等原因造成土地權利消滅的，原土地權利人應當持原土地權利證書及相關證明材料，申請登出登記。至於非住宅國有建設用地使用權期限屆滿，國有建設用地使用權人未申請續期或者申請續期未獲批准的，當事人應當在期限屆滿前十五日內，持原土地權利證書，申請登出登記。已經登記的土地抵押權、地役權終止的，當事人應當在該土地抵押權、地役權終止之日起十五日內，持相關證明文件，申請土地抵押權、地役權登出登記。當事人未申請登出登記的，國土資源行政主管部門應當責令當事人限期辦理；逾期不辦理的，進行登出公告，公告期滿後可直接辦理登出登記。但大陸《土地登記辦法》針對抵押權仍要求須登記其期限，惟抵押權期限屆滿，尚未實行前其權利未必消滅，故大陸《土地登記辦法》第55條規定，土地抵押期限屆滿，當事人未申請土地使用權抵押登出登記的，除設定抵押權的土地使用權期限屆滿外，國土資源行政主管部門不得直接登出土地使用權抵押登記。

#### (5) 其他登記

按「其他登記」，包括更正登記、異議登記、預告登記和查封登記。其中「更正登記」，依大陸《物權法》第19條規定，是權利人、利害關係人認為不動產登記簿的記載事項有錯誤而申請。如不動產登記簿登記的權利人不同意更正的，可以申請「異議登記」，在異議登記之日起15日內不起訴的，該異議登記失效。如異議登記不當造成權利人損害的，可以向申請人請求賠償。而「預告登記」大陸《物權法》第20條規定，針對當事人簽訂買賣房屋或者其他不動產物權的協定，為保障將來可以實現物權，可



以申請預告登記，作出預告登記後，未經權利人同意，處分該不動產的，不發生物權的效力；但預告登記在登記後，債權消滅或自能夠進行不動產登記之日起三個月內未申請登記的，預告登記失效。「查封登記」則是將大陸《最高人民法院、國土資源部、建設部關於依法規範人民法院執行和國土資源房地產管理部門協助執行若干問題的通知》（法發[2004]5號）的內容規定於《土地登記辦法》中，也就是國土資源行政主管部門應當根據人民法院提供的查封裁定書和協助執行通知書，報經人民政府批准後將查封或者預查封的情況在土地登記簿上加予以記載。

#### （四）房屋登記制度

- 1、為落實大陸《物權法》關於不動產物權登記的新規定，大陸建設部於2008年1月22日第147次常務會議討論通過，發佈《房屋登記辦法》，並自2008年7月1日施行。該辦法較原來的《城市房屋權屬登記管理辦法》作了許多調整，首先確立了「登記簿制度」，作為房屋權利歸屬和內容的根據，登記簿與房屋權屬不一致時，除有證據證明房屋登記簿有錯誤外，以「房屋登記簿」為準。除一般的所有權登記、抵押權登記外，也增加了房屋預告登記、在建工程抵押權登記、最高額抵押權登記、更正登記、異議登記、地役權登記等登記類型。除國有土地上房屋外，也明確了集體土地上的房屋登記，另外其他不動產具有獨立利用價值的特定空間以及碼頭、油庫等其他建築物、構築物可參照進行登記。
- 2、登記程序：辦理房屋登記，一般依照下列程序進行：申請→受理→審核→記載於登記簿→發證。大陸《房屋登記規則》第8條規定，辦理房屋登記，應當遵循房屋所有權和房屋佔用範圍內的土地使用權權利主體一致的原則。



而申請房屋登記，應當由有關當事人雙方共同申請，但本辦法另有規定的除外。有下列情形之一，申請房屋登記的，可以由當事人單方申請：因合法建造房屋取得房屋權利；因人民法院、仲裁委員會的生效法律文書取得房屋權利；因繼承、受遺贈取得房屋權利；有本辦法所列變更登記情形之一；房屋滅失；權利人放棄房屋權利；法律、法規規定的其他情形。關於房屋登記應提交的材料，責成房屋登記機構確定並將材料目錄公示。

依大陸《房屋登記辦法》第22條，有以下情況時不予登記：未依法取得規劃許可、施工許可或者未按照規劃許可的面積等內容建造的建築申請登記的；申請人不能提供合法、有效的權利來源證明文件或者申請登記的房屋權利與權利來源證明文件不一致的；申請登記事項與房屋登記簿記載衝突的；申請登記房屋不能特定或者不具有獨立利用價值的；房屋已被依法徵收、沒收，原權利人申請登記的；房屋被依法查封期間，權利人申請登記的；法律、法規和本辦法規定的其他不予登記的情形。

關於個別登記類型，大體上與土地登記類型相類似，茲特就房屋預告登記、在建工程抵押權登記作一說明：

- (1) 預告登記：依大陸《房屋登記辦法》第67條規定，預購商品房、以預購商品房設定抵押、房屋所有權轉讓、抵押及法律、法規規定的其他情形，當事人可以申請預告登記。在原來的制度下，大陸民眾購買商品預售房，固然簽訂了預售合同，但因為在交屋前尚無法完成房屋及土地使用權登記，所以在大陸新的《房屋登記辦法》及《土地登記辦法》均有預告登記制度，在辦理預告登記後，未經預告登記權利人同意，登記機構不得為辦理該房地產的處分登記；甚至，商品房的預售人未依照約定與預購人辦理預告登記的，預購人可以單方申請預告登記，以健全房屋預購制度，解少紛爭。
- (2) 在建工程抵押權登記：依大陸《房屋登記辦法》第59條：「以



在建工程設定抵押權的，當事人應當申請在建工程抵押權設立登記。」，該辦法第 62 條還規定：「在建工程竣工並經房屋所有權初始登記後，當事人應當申請將在建工程抵押權登記轉為房屋抵押權登記。」

### （五）不動產登記機關的權責

根據大陸《物權法》第 12 條規定，登記機構應當履行下列職責：查驗申請人提供的權屬證明和其他必要材料；就有關登記事項詢問申請人；如實、及時登記有關事項；法律、行政法規規定的其他職責。申請登記的不動產的有關情況需要進一步證明的，登記機構可以要求申請人補充材料，必要時可以實地查看。可見登記機關針對不動產權屬有調查權。由此規定，可知大陸《物權法》關於不動產登記是採「實體審查原則」，並非僅就當事人提交的材料作「形式審查」而已。

既然大陸《物權法》關於不動產登記是採取實體審查原則，因此對於登記錯誤，也賦與因此受有損害向登記機構追償的權利。大陸《物權法》第 21 條第 2 款：「因登記錯誤，給他人造成損害的，登記機構應當承擔賠償責任。登記機構賠償後，可以向造成登記錯誤的人追償。」在此，登記機構所負的責任似乎為「無過失責任」。依大陸國土資源部公佈的《土地登記辦法》並未規定土地登記機構在登記錯誤時的賠償責任；但建設部公佈的《房屋登記辦法》則於第 92 條第 2 款規定：「房屋登記機構及其工作人員違反本辦法規定辦理房屋登記，給他人造成損害的，由房屋登記機構承擔相應的法律責任。房屋登記機構承擔賠償責任後，對故意或者重大過失造成登記錯誤的工作人員，有權追償。」。





## 陸、擔保物權要點簡析

姜志俊（翰笙法律事務所負責人）

### 一、大陸有關擔保立法概述

擔保權橫跨債權與物權兩大領域，從債權的角度講，擔保權是保障債權實踐的手段。因此，大陸《民法通則》把擔保規定在債權部分，原來的《經濟合同法》也規定有擔保的內容，在幾種擔保方式中，除保證為信用擔保，定金為金錢擔保外，抵押、質押、留置均為財產擔保。財產擔保是債權人在他人之物上設定或者享有的權利，具有物權性，因此，更多的國家把擔保物權作為一個重要的組成部分規定在物權法中。

大陸關於擔保的立法，較早見諸於《經濟合同法》中。但1981年12月13日大陸第五屆全國人大四次會議通過、1993年9月2日大陸第八屆全國人大常委會第三次會議修改的《經濟合同法》僅規定了保證和定金，尚未對財產擔保作出規定。1984年12月20日大陸國務院發布的《加工承攬合同條例》，雖然規定了承攬方對定作物的變賣權，但那是從定作方超過領取期限不領定作物的角度規定的，還不是嚴格意義上的留置擔保。

1986年4月12日，六屆全國人大四次會議通過的《民法通則》將擔保方式規定為四種：一是保證，二是抵押，三是留置，四是定金，沒有區分抵押和質押，此後，大陸最高人民法院關於擔保問題先後作過多個司法解釋，其中，以1994年4月15日發布的最高人民法院《關於審理經濟合同糾紛案件中有關保證的若干問題的規定》較為系統，但這些司法解釋多集中在保證方面。

由於在擔保物權設定後，標的物是否轉移占有在許多方面是不同的，1995年6月30日大陸第八屆全國人大常委會第十四次



會議通過的《擔保法》將擔保方式規定為五種：一是保證，二是抵押，三是質押，四是留置，五是定金，進一步完善了擔保的法律體系。2000年9月29日大陸最高人民法院審判委員會第1133次會議通過的《關於適用〈擔保法〉若干問題的解釋》，條文多達134條，比《擔保法》的96條還多38條。儘管如此，仍然滿足不了社會經濟生活和審判實踐的需要。

大陸改革開放以來，經濟迅速發展，為滿足不斷增長的對資金的需求，融資管道不斷拓寬，新的擔保形式不斷出現，有的擔保形式，如最高額擔保、所有權保留、優先權等，由於法律規定比較原則，在適用中發生了不少爭議，因此，大陸自1993年開始《物權法》的制定工作，歷經立法機關八次審議，終於2007年3月16日由大陸第十屆全國人大第五次會議以2799票贊成通過（反對52票，棄權37票，未按表決器1票），並由國家主席當日公布，自2007年10月1日起施行。其中就擔保法規定在第四編，並分一般規定（第十五章，第170條至第178條）；抵押權（第十六章），第一節一般抵押權（第179條至第202條），第二節最高額抵押權（第203條至第207條）；質權（第十七章），第一節動產質權（第208條至第222條），第二節權利質權（第223條至第229條）；留置權（第十八章，第230條至第240條）。

## 二、擔保物的性質及特點

所謂擔保物權，是指為了確保債務的履行，在債務人或者第三人所有之物或者權利之上設定一種權利，當債務履行期限屆滿，債務人不履行債務時，擔保物權人有權在一定期間按照法定方式對擔保物變價，從變價款中優先受償，以實現自己的債權。

### （一）擔保物權的特點

從上述擔保物的定義可以看出，擔保物權具有以下特點：



- 1、擔保物權以確保債務清償為目的
- 2、擔保物權是擔保債權實現的一種方式，以優先支配擔保物的交換價值為內容，以確保債務清償，保障債權人實現債權為目的。它不僅與對其財產享有占有、使用、收益、處分的所有權不同，也與以占有標的物為內容，以支配標的物利用價值為目的的地上權、地役權、永佃權等用益物權不同。
- 3、擔保物權係在他人之物上設定的物權
- 4、擔保物權設立的目的是為了保證債務的清償，即當債務履行期限屆滿，債務人不履行債務時，債權人可就擔保物進行變價，從變價款中優先受償，保證債權的實現，因此，擔保物權必須存在於債權人之外的債務人或者第三人之物或者權利之上。
- 5、擔保物權屬具有擔保作用的定限物權
- 6、按照權利人對於標的物的支配範圍，物權分為所有權與定限物權。擔保物權是定限物權，係在一定範圍內對物予以支配的權利，不同於所有權，是一種不完全的物權。

## (二) 擔保物權的性質

- 1、擔保物權的從屬性
- 2、擔保物權以確保債權實現為目的，一般從屬於主債權，隨主債權的存在而存在，隨主債權的消滅而消滅，不能獨立存在。當債權轉移時，擔保物權在一般情況下也隨之轉移。
- 3、擔保物權的補充性
- 4、擔保物權的設立，在於擔保債權的實現。當債務人清償債務後，即不再需要以擔保物清償債務，擔保物權即歸於消滅；當債務人只清償部分債務時，擔保物權人只能就債務人清償不足的部分對擔保物權行使權利，其補充性顯而易見。
- 5、擔保物權的價值權性



- 6、擔保物權以確保債權實現為目的，當債務履行期限屆滿，債務人不履行債務時，擔保物權人有權依照法定程序對擔保物變價，從變價款中優先受償。因此，擔保物權實質上是對擔保物的換價款，即以對抵押物在一定時間一定程序上的控制達到實現價值轉移的目的。
- 7、擔保物權的物權性
- 8、擔保物權是在他人之物上設定的權利，在債務未受清償前，擔保物權人對擔保物享有一定的控制權，如未經擔保物權人同意，擔保物的所有人不得隨意處分擔保物，擔保物的物權性十分明顯。
- 9、擔保物權的特定性
- 10、由於擔保物權是擔保物權人在債務人不履行債務時對擔保物變價款的優先受償權，債權人對債務人的其他財產不享有優先受償權，因此，擔保物權在設立時，除集合抵押、企業擔保等特殊擔保外，擔保物必須特定化。如果擔保物沒特定，有可能導致擔保物權不能成立。此外，擔保物權在設定時，被擔保的債權也必須特定，明確擔保物是為哪一筆債務提供擔保。在最高額擔保中，雖然在設立擔保時，被擔保的債務數額尚未最終確定，但該債務是在特定的當事人之間在一定期限內連續發生的債務，其數額不能超過最高限額，從一定意義上說，該債務額一般也應認為是相對確定的。
- 11、擔保物權的他物權性
- 12、擔保物權是在他人之物上設定的權利，擔保物權人對擔保物沒有所有權，在擔保物權人未對擔保物行使權利前，擔保物仍屬擔保人所有，此對擔保物權人對擔保物只享有限制其所有人在其擔保的債務未受清償前隨意處分的權利，並沒有所有權。



### 三、擔保物權的作用

在物的擔保中，債權人對擔保物享有優先受償權，無論擔保物的所有人負有多少債務，擔保物權人對擔保物都享有排他的優先受償的權利，加上擔保物權人對擔保物有追及權，即使債務人或者擔保人有不當處分擔保物的行為，或者擔保物被非法侵奪時，擔保物權人可以行使追及權，追回擔保物，或者就擔保物的保證金、賠償或者補償金優先受償，確保債權的實現。

有了物的擔保，債權人債權的實現，既不受債務人、擔保人信用的影響，也不因債務人、擔保人財產的變化而影響而債權的實現，比信用擔保更加可靠，因此，物的擔保越來越受到債權人的青睞，在實踐中被廣泛採用。

擔保物權除了確保債權清償的功能外，還有一個作用，就是作為融資的手段，有利於資金的融通，促進經濟的發展。在現代市場經濟條件下，企業和其他經營者籌集資金的基本管道是向金融機構借款，金融機構為了自身的經濟效益，確保貸款能夠收回，往往在簽訂借款合同時要求借款人提供擔保。

### 四、擔保物權的效力

擔保物權的效力，包括擔保物權所擔保債權的範圍和擔保物權效力所及於標的物的範圍。

#### (三) 擔保物權擔保債權的範圍

- 1、所擔保的債權
- 2、擔保物權為債權人對擔保物的變價款優先受償以實現其債權的權利，所以，凡是金錢債權、以具有財產價值的給付為標的的債權均可為被擔保的債務。
- 3、所擔保債權的範圍
- 4、擔保物權所擔保債權的範圍，是指擔保物權人實行擔保物權



時，可以優先受償的債權的範圍。在現代各國民法上，擔保物權所擔保債權的範圍，除法定擔保物權外，都可以由當事人約定。如果當事人沒有約定，法律也沒有另外規定的，擔保物權所擔保債權的範圍通常為主債權及利息、違約金、損害賠償金，以及擔保物權人保全和實現擔保物權所支出的必要的費用等。

#### (四) 擔保物權所及於標的物的範圍

擔保物權作為支配標的物的交換價值，目的在於確保債務的清償，其標的物的範圍與所有權標的物的範圍一般是一致的。也就是說，在一般情況下，所有權的標的物就是擔保物權的標的物。為維護擔保物權標的物經濟效用與其交換價值，以及兼顧雙方當事人的利益，除當事人在設立擔保物權時另有約定的外，擔保物權的效力在一定條件下及於擔保物的從物、附合物、混合物、加工物、天然孳息、法定孳息，抵押權的效力在一定條件下還及於附屬物、從權利、分離物等。

### 五、擔保物權合同

擔保物權的取得大體有兩種形式：一是依法律的規定取得；二是依法律行為取得。依法律規定取得的擔保物權稱為法定擔保物權，即只要符合法律規定的條件，當事人即取得擔保物權。依法律行為取得的擔保物權，即通過當事人訂立合同設定的擔保物權稱為意定擔保物權。在三種典型的擔保物權中，留置權屬於法定擔保物權，抵押權和質權基本上屬於意定擔保物權，但並不排除依法律規定而產生的情況。意定擔保物權，即擔保物權合同，包括形式和內容。

#### (五) 擔保物權合同的形式

大陸《民法通則》第 56 條、《合同法》第 10 條規定，當事



人訂立合同，有書面形式、口頭形式和其他形式。法律、行政法規規定採用書面形式的，應當採用書面形式。當事人約定採用書面形式的，應當採用書面形式。由於擔保物權的存在和有效成立不僅涉及到擔保物權合同雙方當事人的利益，有時還涉及對抗第三人的問題，大陸《擔保法》和其他相關法律都規定，當事人設立擔保物權，應當以書面形式訂立合同。擔保物權合同屬於法律規定採用書面形式的合同。

### （六）擔保物權合同的內容

擔保合同是為擔保主債權的實現而設立的，是證明和處理當事人之間權利義務關係的重要依據，所以，當事人訂立擔保物權合同時，內容必須明確、具體、完善，符合法律規定。一般地說，擔保物權合同需要具備以下基本內容：

1. 當事人的名稱或者姓名和住址
2. 被擔保主債權的種類和數額
3. 債務人履行債務的期限
4. 擔保物的名稱、數量、質量、狀況
5. 擔保物所擔保債權的範圍
6. 當事人認為需要約定的其他條款

## 六、擔保物權的行使

所謂擔保物權的行使，也稱擔保物權的實行或實現，是指被擔保的主債務履行期限屆滿債務人未履行債務，擔保物權人通過對擔保物變價從變價款中優先受償而實現債權。擔保物權的行使既是擔保物權最主要的效力，也是擔保物權人最主要的權利。

關於擔保物權的行使，涉及擔保物權行使的條件，行使的期限及行使的方法。



### （一）擔保物權行使的條件

擔保物權人行使擔保物權一般需要具備三個條件：一是存在著有效的擔保物權；二是被擔保的債務履行期已經屆滿；三是債權未受清償。

### （二）擔保物權行使的期限

債務履行期限屆滿債務人不履行債務的，抵押權人、質權人即可行使擔保物權，這是抵押權人、質權人行使擔保物權的起始時間。大陸最高人民法院《關於適用〈擔保法〉若干問題的解釋》第 12 條規定：「當事人約定的或者登記部門要求登記的擔保期間，對擔保物權的存續不具有法律約束力。擔保物權所擔保的債權的訴訟時效結束後，擔保人在訴訟時效結束後的二年內行使擔保物權的，人民法院應當予以支持」。

### （三）擔保物權行使的方式

債務履行期限屆滿，債務人未履行債務的，擔保物權人有權對擔保物變價，從變價款中優先受償。擔保物權實現的具體方式有折價、拍賣、變賣等。具體採用何種方式由當事人決定。凡擔保合同對擔保物權實現的方式有約定的按約定，擔保合同對擔保物權實現的方式沒有約定的，在擔保物權實現時，仍可由當事人協商實現擔保物權的方式，當事人協商達不成協議的，擔保物權人可以向人民法院起訴或者申請，由人民法院裁定以何種方式實現擔保物權。





## 柒、《物權法》有關擔保物權的最新規定

姜志俊（翰笙法律事務所負責人）

大陸《物權法》已自 2007 年 10 月 1 日起施行，其中有關擔保物權的制度是在《擔保法》及其司法解釋的基礎上作了補充、修改和完善，使物權法與擔保法的相關規定發生一定的重疊甚至衝突。因此，物權法施行後，擔保法與物權法如何適用，在發生不一致時如何處理？《物權法》第 178 條對此作了原則性規定：「擔保法與本法的規定不一致的，適用本法」，也就是說在法律適用上，物權法的最新規定優先於擔保法。茲就擔保物權一般規定、抵押權、質權與留置權等方面分別說明如下：

### 一、擔保物權一般規定方面

#### （一）明確了擔保合同與擔保物權的效力區分

大陸《擔保法》第 41 條規定：「當事人以本法第 42 條規定的財產抵押的，應當辦理抵押物登記，抵押合同自登記之日起生效。」第 64 條第 2 款規定：「質押合同自質物移交于質權人佔有時生效。」

大陸《物權法》第 15 條規定：「當事人之間訂立有關設立、變更、轉讓和消滅不動產物權的合同，除法律另有規定或者合同另有約定外，自合同成立時生效；未辦理物權登記的，不影響合同效力。」第 187 條規定：「以本法第一百八十條第一款第一項至第三項規定的財產或者第五項規定的正在建造的建築物抵押的，應當辦理抵押登記。抵押權自登記時設立。」第 212 條規定：「質權自出質人交付質押財產時設立。」

通過對比可知，我國物權法摒棄了擔保法將「基礎關係（合同）與物權變動的效力混為一談」的觀念，將基礎關係（合同）



與物權變動的效力區分開來，除非法律另有規定或合同另有約定，擔保合同一經成立即生效。合同生效後，如一方不依約辦理抵押登記或者轉移佔有的，另一方可依法追究其違約責任。

## (二) 明確了獨立擔保的約定無效

大陸《擔保法》第 5 條第 1 款規定：「擔保合同是主合同的從合同，主合同無效，擔保合同無效。擔保合同另有約定的，按照約定。」

大陸《物權法》第 172 條第 1 款規定：「設立擔保物權，應當依照本法和其他法律的規定訂立擔保合同。擔保合同是主債權債務合同的從合同。主債權債務合同無效，擔保合同無效，但法律另有規定的除外。」

通過對比可知，物權法實施後，除非法律對獨立擔保另有規定，法規、規章、規範性檔，當然還有當事人的約定中有關擔保合同的效力獨立於主合同的條款均屬無效。物權法的立法理由為：擔保物權依附於主債權債務而存在，沒有主債權債務，就沒有擔保物權。法律如允許當事人作出主債權債務無效，擔保合同仍有效的約定，那麼即使不存在主債權債務，擔保人也要承擔擔保責任。這不但對擔保人不公平，而且可能導致欺詐和權利的濫用，還可能損害其他債權人的利益。大陸《擔保法》調整的範圍除了包括抵押權等物權性擔保方式外，還包括保證、定金等非物權性擔保方式，《擔保法》允許約定的情形是針對國際貿易中通行的見索即付、見單即付的保證合同。《物權法》只調整抵押權等物權性擔保，因此，不在物權法中作這樣的規定是合適的。

## (三) 物的擔保與人的擔保先後效力規定不一致

大陸《擔保法》第 28 條規定：「同一債權既有保證又有物的擔保的，保證人對物的擔保以外的債權承擔保證責任。債權人放棄物的擔保的，保證人在債權人放棄權利的範圍內免除保證責



任。」

大陸《物權法》第 176 條規定：「被擔保的債權既有物的擔保又有人的擔保的，債務人不履行到期債務或者發生當事人約定的實現擔保物權的情形，債權人應當按照約定實現債權；沒有約定或者約定不明確，債務人自己提供物的擔保的，債權人應當先就該物的擔保實現債權；第三人提供物的擔保的，債權人可以就物的擔保實現債權，也可以要求保證人承擔保證責任。提供擔保的第三人承擔擔保責任後，有權向債務人追償。」

通過對比可知，物權法沒有採納擔保法關於「物的擔保優於人的擔保」的理論，而堅持物的擔保與人的擔保沒有先後之分的原則下，兼顧公平的原則對債務人提供的物的擔保與第三人提供物的擔保的法律效力作了區分。這既有利於保護債權的實現，也避免了程式的繁瑣和費用的擴大。

#### （四）擔保物權的存續期間規定不一致

大陸最高人民法院《關於適用〈擔保法〉若干問題的解釋》第 12 條規定：「當事人約定的或者登記部門要求登記的擔保期間，對擔保物權的存續不具有法律約束力。擔保物權所擔保的債權的訴訟時效結束後，擔保權人在訴訟時效結束後的二年內行使擔保物權的，人民法院應當予以支持。」

大陸《物權法》第 202 條明確規定：「抵押權人應當在主債權訴訟時效期間行使抵押權；未行使的，人民法院不予保護。」第 220 條規定：「出質人可以請求質權人在債務履行期屆滿後及時行使質權；質權人不行使的，出質人可以請求人民法院拍賣、變賣質押財產。出質人請求質權人及時行使質權，因質權人怠於行使權利造成損害的，由質權人承擔賠償責任。」第 237 條：「債務人可以請求留置權人在債務履行期屆滿後行使留置權；留置權人不行使的，債務人可以請求人民法院拍賣、變賣留置財產。」



通過對比可知，較之《擔保法》，大陸《物權法》縮短了抵押權的存續期間。抵押權的存續期間限制在主債權的訴訟時效期間，比擔保法的司法解釋減少了兩年，抵押權人對此應予以重視，避免抵押權因期間屆滿失權。但與抵押權不同的是，大陸《物權法》並未規定質權、留置權時效，也就是說質權、留置權不受所擔保的債權的訴訟時效的限制。但為了避免質權人、留置權人濫用權利、怠於行使權利，物權法賦予了出質人、債務人行使質權、留置權的請求權。

## 二、抵押權方面

### (一) 抵押物的範圍擴張

大陸《擔保法》第 34 條採取列舉加概括方式對抵押物的範圍作了規定：「下列財產可以抵押：（一）抵押人所有的房屋和其他地上定著物；（二）抵押人所有的機器、交通運輸工具和其他財產；（三）抵押人依法有權處分的國有的土地使用權、房屋和其他地上定著物；（四）抵押人依法有權處分的國有的機器、交通運輸工具和其他財產；（五）抵押人依法承包並經發包方同意抵押的荒山、荒溝、荒丘、荒灘等荒地的土地使用權；（六）依法可以抵押的其他財產。抵押人可以將前款所列財產一併抵押。」也就是說，只有法律明文規定可以抵押的財產才能辦理抵押。

大陸《物權法》第 180 條則採取列舉加排除的方式：「債務人或者第三人有權處分的下列財產可以抵押：（一）建築物和其他土地附著物；（二）建設用地使用權；（三）以招標、拍賣、公開協商等方式取得的荒地等土地承包經營權；（四）生產設備、原材料、半成品、產品；（五）正在建造的建築物、船舶、航空器；（六）交通運輸工具；（七）法律、行政法規未禁止抵押的其他財產。抵押人可以將前款所列財產一併抵押。」



通過對比可知，較之《擔保法》，《物權法》規定，只要法律、行政法規未禁止抵押的財產，就可以進行抵押，賦予當事人更大的意思自治權，如對動產抵押的範圍不作限制。

## （二）部分抵押物的抵押登記效力規定不一致

大陸《擔保法》第 41 條、第 42 條規定，以航空器、船舶、車輛抵押的，應當辦理抵押物登記，抵押合同自登記之日起生效。

大陸《物權法》第 188 條規定，以交通運輸工具抵押的，抵押權自抵押合同生效時設立；未經登記，不得對抗善意第三人。

因此，自 2007 年 10 月 1 日起，以航空器、船舶、車輛等交通運輸工具辦理抵押，只要簽訂抵押合同，抵押權即成立，只是登記後才能對抗善意第三人。

## （三）抵押財產轉讓的限制更加嚴格

大陸《擔保法》第 49 條第 1 款規定：「抵押期間，抵押人轉讓已辦理登記的抵押物的，應當通知抵押權人並告知受讓人轉讓物已經抵押的情況；抵押人未通知抵押權人或者未告知受讓人的，轉讓行為無效。」

大陸《物權法》第 191 條第 2 款規定：「抵押期間，抵押人未經抵押權人同意，不得轉讓抵押財產，但受讓人代為清償債務消滅抵押權的除外。」

通過對比可知，我國擔保法對抵押財產轉讓的限制採取通知主義，也就是抵押人轉讓抵押財產時只需要通知抵押權人和受讓人即可。而我國物權法對抵押財產轉讓作了更嚴格的限制性規定，即抵押人轉讓抵押財產必須經抵押權人同意，從根本上說就是，要轉讓抵押財產，必須消除該財產上的抵押權。

## （四）新增了浮動抵押制度

大陸《擔保法》對浮動抵押制度未作規定。

大陸《物權法》第 181 條對浮動抵押作了明文規定：「經當



事人書面協議，企業、個體工商戶、農業生產經營者可以將現有的以及將有的生產設備、原材料、半成品、產品抵押，債務人不履行到期債務或者發生當事人約定的實現抵押權的情形，債權人有權就實現抵押權時的動產優先受償。」

所謂浮動抵押，是指權利人以現有的和將有的全部財產或者部分財產為其債務提供擔保。債務人不履行到期債務或者發生當事人約定的實現抵押權的情形，債權人有權就約定實現抵押權時的動產優先受償。如企業以將現有的以及將來的生產設備、原材料、半成品、產品抵押，抵押權設定後，抵押人仍可以將抵押的原材料投入成品生產，也可以賣出抵押財產。當發生債務履行期限屆滿債務未受清償、抵押人被宣告破產或者被撤銷、當事人約定的實現抵押權的情形成就或者嚴重影響債權實現的情形時，抵押財產確定，也就是說此時企業有什麼財產，這些財產就是抵押財產。抵押財產確定前企業賣出的財產不追回，買進的財產作為抵押財產。抵押人以其全部財產設定浮動抵押的，只需要在登記時注明全部財產抵押，即對抵押財產作概括性描述，不必詳列抵押財產清單。以部分財產抵押的，則需要列明抵押財產的類別。

浮動抵押具有不同於固定抵押的兩個特徵：一是，浮動抵押設定後，抵押的財產不斷發生變化，直到約定或者法定的事由發生，抵押財產才確定。二是，浮動抵押期間，抵押人處分抵押財產不必經抵押權人同意，抵押權人對抵押財產無追及的權利，只能就約定或者法定的事由發生後確定的財產優先受償。

### 三、質權方面

#### (一) 權利質權的適用範圍擴大

大陸《擔保法》第 75 條規定：「債務人或者第三人有權處分的下列權利可以出質：（一）匯票、支票、本票、債券、存款



單、倉單、提單；（二）依法可以轉讓的股份、股票；（三）依法可以轉讓的商標專用權，專利權、著作權中的財產權；（四）依法可以質押的其他權利。」

大陸《物權法》第 223 條規定：「債務人或者第三人有權處分的下列權利可以出質：（一）匯票、支票、本票；（二）債券、存款單；（三）倉單、提單；（四）可以轉讓的基金份額、股權；（五）可以轉讓的註冊商標專用權、專利權、著作權等知識產權中的財產權；（六）應收賬款；（七）法律、行政法規規定可以出質的其他財產權利。」

權利質權是指以出質人提供的財產權利為標的而設定的質權。大陸《物權法》與《擔保法》關於權利質權的規定均採取列舉的立法方式，除了明文規定的權利可以出質外，其他權利均不可以。不過，通過對比可知，較之《擔保法》，大陸《物權法》關於可以出質的權利範圍還是大大拓寬了，如新增了基金份額、有限責任公司的股權、應收帳款等等，這必將對促進資金融通和商品流通，發展經濟起著重要作用。

## （二）新設了最高額質權制度

大陸《擔保法》對最高額質權制度未作規定。

大陸《物權法》第 222 條參照最高額抵押制度對最高額質權作了規定：「出質人與質權人可以協議設立最高額質權。最高額質權除適用本節有關規定外，參照本法第十六章第二節最高額抵押權的規定。」

所謂最高額質權，是指為擔保債務的履行，債務人或者第三人對一定期間內將要連續發生的債權提供質押擔保的，債務人不履行到期債務或者發生當事人約定的實現質權的情形，質權人有權在最高質權額限度內就該擔保財產優先受償。

最高額質權與最高額抵押權除了在擔保物權的設立方式上



不同外具有諸多相同之處：一是二者在設立、轉移和消滅上均在一定程度上獨立於主債權；二是二者擔保的債權都是不特定債權；三是二者均有最高擔保額的限制；四是在實現擔保物權時，均需要對擔保的債權進行確定。基於此，我國物權法參照最高額抵押制度規定了最高額質權制度。

## 四、留置權方面

### (一) 留置權的適用範圍擴大

大陸《擔保法》第 84 條規定：「因保管合同、運輸合同、加工承攬合同發生的債權，債務人不履行債務的，債權人有留置權。法律規定可以留置的其他合同，適用前款規定。當事人可以在合同中約定不得留置的物。」

大陸《物權法》第 232 條規定：「法律規定或者當事人約定不得留置的動產，不得留置。」通過對比可知，擔保法規定的留置權的適用範圍過分狹窄，只有因保管合同、運輸合同、加工承攬合同和法律規定可以留置的其他合同發生的債權，才能適用留置權，不符合經濟實踐需要，也不利於保護債權人的利益。因此，大陸物權法擴大了留置權的適用範圍，只規定了法定或約定不得留置這兩種情形，賦予當事人更大的自由。

### (二) 明確了留置財產與債權的關係

大陸《擔保法》對留置財產與債權的關係未作明確規定。

大陸《物權法》第 131 條規定：「債權人留置的動產，應當與債權屬於同一法律關係，但企業之間留置的除外。」

通過對比可知，大陸物權法明確規定了留置財產應當與債權屬於同一法律關係。同時，考慮到商業實踐的特殊性，企業之間交易頻繁，追求交易效率，講究商業信用，如果嚴格要求留置財產必須與債權的發生具有同一法律關係，有悖交易迅捷和交易安





全，因此，大陸物權法特別規定，企業之間留置的財產，可以不與債權屬於同一法律關係。這無疑有利於保護企業的合法權益，必將促進大陸市場經濟更加快速、健康地向前發展。



## 捌、《物權法》與《擔保法》 有關抵押權的異同比較

曾文雄（勤業眾信會計師事務所稅務部中國業務顧問）

一、較之大陸《擔保法》，大陸《物權法》允許大陸台商可自行約定抵押權實現原因（如約定違反貸款用途，另一方可實現抵押權）

大陸《物權法》第 179 條第 1 款規定：「為擔保債務的履行，債務人或者第三人不轉移財產的佔有，將該財產抵押給債權人的，債務人不履行到期債務或者發生當常人約定的實現抵押權的情形，債權人有權就該財產優先受償。」

大陸《擔保法》第 33 條第 1 款規定：「本法所稱抵押，是指債務人或者第三人不轉移對本法第 34 條所列財產的佔有，將該財產作為債權的擔保。債務人不履行債務時，債權人有權依照本法規定以該財產折價或者以拍賣、變賣該財產的價款優先受償」

通過對比可知，大陸《擔保法》規定的實現抵押權條件只有一個，即「債務人不履行債務」；而大陸《物權法》新增加「發生當事人約定的實現抵押權的情形」的實現條件，故抵押權人即使在債務履行期屆滿前，只要符合雙方約定條件，也可以行使抵押權。例如簽訂借款抵押合同時，債權人可以在借款抵押合同中約定：「債務人若改變貸款用途或首付款未按期支付或未對抵押物進行保險等時，雙方的借貸法律關係終止，債務人應即刻歸還款項。否則，債權人可以拍賣債務人或抵押人的抵押財產」。這樣的改變對於債權人債權的實現保護更有利。



## 二、大陸《物權法》施行後，大陸台商除法規禁止抵押財產外，其他財產原則上均可抵押，可抵押物範圍大大擴充

大陸《物權法》第 180 條規定：「債務人或者第三人有權處分的下列財產可以抵押：（一）建築物和其他土地附著物；（二）建設用地使用權；（三）以招標、拍賣、公開協商等方式取得的荒地等土地承包經營權；（四）生產設備、原材料、半成品、產品；（五）正在建造的建築物、船舶、航空器；（六）交通運輸工具；（七）法律、行政法規未禁止抵押的其他財產。抵押人可以將前款所列財產一併抵押。」

大陸《擔保法》第 34 條規定：「下列財產可以抵押：（一）抵押人所有的房屋和其他地上定著物；（二）抵押人所有的機器、交通運輸工具和其他財產；（三）抵押人依法有權處分的國有的土地使用權、房屋和其他地上定著物；（四）抵押人依法有權處分的國有的機器、交通運輸工具和其他財產；（五）抵押人依法承包並經發包方同意抵押的荒山、荒溝、荒丘、荒灘等荒地的土地使用權；（六）依法可以抵押的其他財產。抵押人可以將前款所列財產一併抵押。」

通過對比可知，較之大陸《擔保法》，大陸《物權法》第 180 條的規定，可以用於設定抵押的財產範圍大大放寬，主要表現在：

- 1、大陸《擔保法》規定可以抵押的財產主要是不動產，沒有明確規定生產設備、原材料、半成品、產品等動產可以抵押，大陸《物權法》新增之，以滿足生產者貸款的實際需要。
- 2、大陸《物權法》明確規定在建的建築物、船舶、航空器可以抵押，〈最高人民法院關於適用《擔保法》若干問題的解釋〉（以下簡稱《擔保法司法解釋》）第 47 條雖對此有所規定，但大陸《擔保法》未有明文。之所以如此規定，係用以解決建



設者融資難，保證在建工程順利完成。故台商如興建廠房、辦公樓，即使在未完工前，如有貸款之需，亦可用之為抵押品向銀行申請貸款。但同時必須注意的是，此在建工程必須已依法獲准建造，即抵押人必須具有建設用地使用權證、建設用地規劃許可證、建設工程規劃許可證等，方得抵押。

3、大陸《物權法》第 180 條第 1 款第 7 項採取了概括式的兜底條款，規定「法律、行政法規未禁止抵押的其他財產」。而大陸《擔保法》第 34 條中的兜底條款卻是「依法可以抵押的其他財產」。足見，可供抵押之物不再須法律明定，而僅是法所未禁止即可。因此，可抵押物範圍大大擴充。具體而言，大陸《物權法》施行後抵押物範圍，應是下列禁止抵押的財產以外的所有財產，包括動產、不動產、共有財產、不動產用益權、准不動產用益權，也包括限制流通的財產：

(1)禁止流通的財產。大陸《擔保法司法解釋》第 5 條規定「以法律、法規禁止流通的財產或者不可轉讓的財產設定擔保的，擔保合同無效」。禁止流通的財產，如槍支、彈藥、毒品等。

(2)國家機關的財產。依據大陸《擔保法司法解釋》第 3 條的有關規定，國家機關在自己擁有的財產上設定抵押權的行為無效。

(3)大陸《物權法》第 184 條及大陸《擔保法》第 37 條規定不得作為抵押物的財產。包括：

- A. 土地所有權。B. 耕地、宅基地、自留地、自留山等集體所有的土地使用權，但法律規定可以抵押的除外。C. 學校、幼稚園、醫院等以公益為目的的事業單位、社會團體的教育設施、醫療衛生設施和其他社會公益設施。D. 所有權、使用權不明或有爭議的財產。E. 依法被查封、扣押、



監管的財產。

- (4)違法、違章的建築物。大陸《擔保法司法解釋》第48條規定「以法定程序確認為違法、違章的建築物抵押的，抵押無效」。
- (5)大陸憲法規定的屬於國家所有的礦藏、水流、山嶺、草原、水面、灘塗等財產。

最後，四荒土地承包經營權(注意：與家庭承包經營權係不同概念)抵押不再需要由發包方同意，只要是依《大陸農村土地承包法》規定之合法程序取得的四荒土地承包經營權均可抵押，而不論其是否係屬集體經濟組織之成員。

### 三、較之大陸《擔保法》，大陸《物權法》新增「浮動抵押制度」，大陸台商得以特定動產抵押融資而不影響公司正常經營

大陸《物權法》第181條對「浮動抵押制度」作了明文規定：「經當事人書面協議，企業、個體工商戶、農業生產經營者可以將現有的以及將有的生產設備、原材料、半成品、產品抵押，債務人不履行到期債務或者發生當事人約定的實現抵押權的情形，債權人有權就實現抵押權時的動產優先受償。」

大陸《擔保法》對「浮動抵押制度」未作規定。

因此大陸《物權法》施行後，大陸台商可以將現有的以及將來的生產設備、原材料、半成品、產品一併抵押。於設定抵押後，大陸台商仍可以將抵押的原材料投入成品生產，也可以賣出已抵押財產，既不必得到抵押權人同意，將來抵押權人也不得就該賣出財產，行使優先受償權，抵押財產隨時處於流動狀態。同時，增減抵押財產時，也不再需要辦理抵押手續。當債務履行期限屆滿債務未受清償、抵押人被宣告破產或者被撤銷、當事人約定的



實現抵押權的情形成就或者嚴重影響債權實現的情形時，抵押財產確定(《物權法》第196條)，此時公司有什麼財產，這些財產就是抵押財產。換句話說，抵押財產確定前，公司賣出的財產不追回，買進的財產則作為抵押財產。

應注意的是，可設定浮動抵押的僅限於動產，而且是限於生產設備、原材料、半成品、產品，除此之外的動產及不動產，均不得設定浮動抵押。

#### 四、大陸《物權法》除貫徹「房隨地走、地隨房走」原則外，新規定建設用地使用權與地上建築物必須一同抵押，未一同辦理抵押登記的，亦視為抵押財產，可以一併拍賣

大陸《物權法》第182條規定：「以建築物抵押的，該建築物佔用範圍內的建設用地使用權一併抵押。以建設用地使用權抵押的，該土地上的建築物一併抵押。抵押人未依照前款規定一併抵押的，未抵押的財產視為一併抵押。」

大陸《擔保法》第36條規定：「以依法取得的國有土地上的房屋抵押的，該房屋佔用範圍內的國有土地使用權同時抵押。以出讓方式取得的國有土地使用權抵押的，應當將抵押時該國有土地上的房屋同時抵押。」

通過對比可知，為解決房地分別登記導致抵押權實現時的審判實務上難題，大陸《物權法》增加規定「未一併抵押的，未抵押的財產視為一併抵押」，也就是說，即使抵押人只辦理了房屋所有權抵押登記，沒有辦理建設用地使用權抵押登記，實現房屋抵押權時，建設用地使用權也一併作為抵押財產。同樣，只辦理建設用地使用權抵押登記，沒有辦理房屋所有權抵押登記，實現建設用地使用權的抵押時，房屋所有權也一併作為抵押財產。如先後分別就房屋所有權及其占用範圍的建設用地使用權抵押給



不同人，其抵押權的行使方式依照大陸《物權法》第 199 條的規定進行判斷，即將兩個分別的抵押權視為對同一抵押物進行抵押的權利，如果抵押權均已登記的，按照登記的先後順序清償；順序相同的，按照債權比例清償；抵押權未登記的，按照債權比例清償；抵押權已登記的先於未登記的受償。

## 五、抵押合同書面條款不再是強制性的，當事人可以自由約定及補正

大陸《物權法》第 185 條第 2 款規定：「抵押合同一般包括下列條款：

- (一)被擔保債權的種類和數額；
- (二)債務人履行債務的期限；
- (三)抵押財產的名稱、數量、質量、狀況、所在地、所有權歸屬或者使用權歸屬；
- (四)擔保的範圍。」

大陸《擔保法》第 39 條規定「抵押合同應當包括以下內容：

- (一)被擔保的主債權種類、數額；
- (二)債務人履行債務的期限；
- (三)抵押物的名稱、數量、質量、狀況、所在地、所有權歸屬或使用權歸屬；
- (四)抵押擔保的範圍；
- (五)當事人認為需要約定的其他事項。」

通過對比可知，大陸《物權法》將抵押合同的條款「應當具備」的內容修改為「一般具備」，刪除了「當事人認為需要約定的其他事項」的規定，因此，法律對於抵押合同內容的要求是指導性的，而不是強制性的。



## 六、大陸《物權法》將禁止約定流押條款的時間點往後推到「債務履行期屆滿」

大陸《物權法》第 186 條規定：「抵押權人在債務履行期屆滿不得與抵押人約定債務人不履行到期債務時抵押財產歸債權人所有。」

大陸《擔保法》第 40 條規定：「訂立抵押合同時，抵押權人和抵押人在合同中不得約定在債務履行期屆滿抵押權人未受清償時，抵押物的所有權移轉為債權人所有。」

通過對比可知，為免抵押人為眼前的急迫需要或脅迫，做出不利於自己的選擇，新法明確禁止流押的時間不限於「抵押合同簽訂時」，將之擴展為「債務履行期滿前」均不得約定流押條款，用語更周到準確。故如甲向乙借款 100 萬元人民幣，以自己價值 150 萬元的房屋抵押擔保，同時在訂立抵押合同時或債務履行期屆滿前，協議如甲未清償借款，房屋所有權即歸乙所有，此項條款即為流押條款，依法無效。

但需說明的是，抵押合同如有流押條款，僅該流押條款無效，不影響抵押合同效力。同時禁止流押約定與抵押物的「折價」不同，即法律只限定在債務履行期間屆滿前，不得約定抵押物所有權歸抵押權人所有。如債務履行期間屆滿，債務人不履行債務的，抵押權人與抵押人協議將抵押財產折價歸抵押權人所有，作為抵押權實現方式，非法所禁。





## 七、大陸《物權法》將抵押合同生效與抵押權生效變動時間切割，除符合《合同法》及《物權法》法理，更有助於追究抵押人違約責任

大陸《物權法》第 187 條規定：「以本法第 180 條第 1 款第 1 項至第 3 項規定的財產或者第 5 項規定的正在建造的建築物抵押的，應當辦理抵押登記。抵押權自登記時設立。」

大陸《擔保法》第 41 條規定「當事人以本法第 42 條規定的財產抵押的，應當辦理抵押物登記，抵押合同自登記之日起生效。」

法理上，抵押合同的生效要件與抵押權的生效要件是不同的，由於大陸《擔保法》混淆了抵押合同等債權行為生效要件與登記之抵押權的物權行為生效要件，導致擔保實務和審判實踐面臨相當尷尬的局面。例如，甲與乙訂立抵押借款合同之後，一直未辦理抵押登記，嗣後，甲又將抵押物抵押登記給丙，依大陸《擔保法》之規定，由於抵押合同尚未生效，因此乙不僅不能享有抵押權，亦不得對甲追究違約責任，對乙相當不公平。

為解決該實務困境，大陸《擔保法司法解釋》第 56 條第 2 款已規定：「法律規定登記生效的抵押合同簽訂後，抵押人違背誠實信用原則拒絕辦理抵押登記致使債權人受到損失的，抵押人應當承擔賠償責任。」以追究抵押人違約責任。此次更在《物權法》中明確表示，物權合同等原因行為的效力，應受合同法的調整；物權的設立、變更、轉讓和消滅等物權變動的效力，則受物權法的規制；原因行為的效力不受物權變動要件的影響，以符合《物權法》法理。

補充說明的是，大陸《物權法》第 212 條的動產質權變動規定、第 224 條等的權利質權變動規定，與大陸《擔保法》第 64 條和第 76 條規定關於「質押合同自交付質物或登記時生效」的



規定，兩法之關係同上說明，茲不贅言。

## 八、大陸《物權法》將交通運輸工具抵押規則由「登記生效主義」變更為「登記對抗主義」，但無論如何，大陸台商接受交通運輸工具當抵押品，均必須至相關部門辦理抵押登記

大陸《物權法》第 188 條規定：「以本法第 180 條第 6 項規定的財產(交通運輸工具)…抵押的，抵押權自抵押合同生效時設立；未經登記，不得對抗善意第三人。」

大陸《擔保法》第 41 條規定：「當事人以本法第 42 條規定的財產抵押的，應當辦理抵押物登記，抵押合同自登記之日起生效。」

大陸《擔保法》第 42 條規定：「辦理抵押物登記的部門如下：…

(四)以航空器、船舶、車輛抵押的，為運輸工具的登記部門…。」

通過對比可知，自 2007 年 10 月 1 日起，以航空器、船舶、車輛等交通運輸工具辦理抵押，只要簽訂抵押合同，抵押權即成立，只是登記後才能對抗善意第三人。

換言之，航空器、船舶、車輛抵押由大陸《擔保法》的登記生效主義轉為大陸《物權法》的登記對抗主義。故公司經營實務上，如接受債務人以汽車等交通工具設定抵押時，必須記得到車輛管理所登記，以免權利受損。蓋大陸《物權法》第 188 條雖規定，以汽車抵押的，抵押權自抵押合同生效時發生效力，但如未經登記，仍不得對抗第三人。即汽車的抵押採取登記對抗主義，抵押人和抵押權人於簽訂借款抵押合同時，抵押權即成立，日後如債務人不還款，固然可以拍賣該汽車以取償。但如雙方未持相關資料至所在地公安局車輛管理所申請登記，在《機動車登



記證書》上記載抵押登記事項，嗣後如有善意第三人出現主張權利，其抵押權即有可能無法行使。又尚在海關監管或被人民法院、人民檢察院、行政執法部門依法查封扣押的汽車不得設定抵押。

### 九、大陸《物權法》對抵押財產轉讓的限制更加嚴格(由通知轉為同意)，故大陸台商如要買賣已設定抵押的財產，必須取得抵押權人同意，同時向抵押權人提前清償或提存，否則買賣無效，無法取得該物所有權或使用權

大陸《物權法》第 191 條第 2 款規定：「抵押期間，抵押人未經抵押權人同意，不得轉讓抵押財產，但受讓人代為清償債務消滅抵押權的除外。」

大陸《擔保法》第 49 條第 1 款規定：「抵押期間，抵押人轉讓已辦理登記的抵押物的，應當通知抵押權人並告知受讓人轉讓物已經抵押的情況；抵押人未通知抵押權人或者未告知受讓人的，轉讓行為無效。」

通過對比可知，大陸《擔保法》對抵押財產轉讓的限制採取通知主義，也就是抵押人轉讓抵押財產時只需要通知抵押權人和受讓人即可。而大陸《物權法》對抵押財產轉讓作了更嚴格的限制性規定，即抵押人轉讓抵押財產必須經抵押權人同意，並向抵押權人清償或提存，方得為之。換言之，新法下抵押人惟有塗銷抵押財產上抵押權，方可轉讓該抵押財產，從而避免實務上抵押權人在實現抵押權時，才發現未被通知或受讓人未受告知已轉讓了抵押財產，所衍生的一系列麻煩，對抵押權人的保護更周到。因此，大陸台商在購買設定有抵押的財產時，必須經抵押權人同意，清償該債權或提存，並塗銷該抵押權登記後，方能取得該抵押財產所有權或使用權。



## 十、大陸《物權法》新增「法律另有規定」或者「當事人另有約定」時，抵押權可以不隨主債權轉讓，故大陸台商為人提供抵押品擔保時，可以約定如債權轉讓時，其不再提供擔保

大陸《物權法》第 192 條規定：「抵押權不得與債權分離而單獨轉讓或者作為其他債權的擔保。債權轉讓的，擔保該債權的抵押權一併轉讓，但法律另有規定或者當事人另有約定的除外。」

大陸《擔保法》第 50 條規定：「抵押權不得與債權分離而單獨轉讓或者作為其他債權的擔保。」

通過對比可知，大陸《物權法》同大陸《擔保法》一樣規定，抵押權與主債權具有從屬性而不得分離，但新增「法律另有規定」或者「當事人另有約定」，抵押權可以不隨之轉讓，規定更為完整。「法律另有規定」，例如大陸《物權法》第 204 條規定，最高額抵押擔保的債權確定前，部分債權轉讓的，最高額抵押權不得轉讓。「當事人另有約定」，例如，甲向乙借款 100 萬人民幣，以丙價值 150 萬人民幣的房屋作為抵押品擔保債務之履行，乙要轉讓債權給丁時，原則上該房屋抵押權隨同轉讓給丁，但乙可以與丁約定，只轉讓該 100 萬元債權，不轉讓該抵押權；或丙可與乙約定，100 萬元的債權轉讓未經其同意時，抵押權歸於消滅。

## 十一、大陸《物權法》對於抵押財產因不可歸責抵押人而減少時，有不同於大陸《擔保法》的處理方式

大陸《物權法》第 193 條規定：「抵押人的行為足以使抵押財產價值減少的，抵押權人有權要求抵押人停止其行為。抵押財產價值減少的，抵押權人有權要求恢復抵押財產的價值，或者提供與減少的價值相應的擔保。抵押人不恢復抵押財產的價值也不提供擔保的，抵押權人有權要求債務人提前清償債務。」



大陸《擔保法》第 51 條規定：「抵押人的行為足以使抵押物價值減少的，抵押權人有權要求抵押人停止其行為。抵押物價值減少時，抵押權人有權要求抵押人恢復抵押物的價值或者提供與減少的價值相當的擔保。抵押人對抵押物價值減少無過錯的，抵押權人只能在抵押人因損害而得到的賠償範圍內要求提供擔保。抵押物價值未減少的部分，仍作為債權的擔保。」

通過對比可知，大陸《物權法》對於因「不可歸責於抵押人的事由」而減損抵押財產的處理，不同於大陸《擔保法》的規定。具體而言，此種不可歸責之風險雖仍由抵押人承擔，但是抵押權人不再能要求抵押人「提供擔保」，而僅得依大陸《物權法》第 174 條規定，就抵押人因抵押財產毀損而獲得的保險金或賠償金等享有直接受償或者提存的權利，避免了抵押人再設定擔保之程序麻煩。但有不同見解，認為在新法下，不再分抵押人是否可歸責，只要抵押財產有所減損，抵押權人均有權要求恢復抵押財產的價值，或者提供減少的價值相當的擔保，而不是只可以請求抵押人在「因損害而得到的賠償範圍內」提供擔保。

## 十二、大陸《物權法》新增抵押權順位及抵押權變更規則，大陸台商 有必要時，可將同一抵押財產上的數個抵押權的清償順序互換，或增減擔保債權金額

大陸《物權法》第 194 條規定：「抵押權人可以放棄抵押權或者抵押權的順位。抵押權人與抵押人可以協議變更抵押權順位以及被擔保的債權數額等內容，但抵押權的變更，未經其他抵押權人書面同意，不得對其他抵押權人產生不利影響。債務人以自己的財產設定抵押，抵押權人放棄該抵押權、抵押權順位或者變更抵押權的，其他擔保人在抵押權人喪失優先受償的範圍內免除擔保責任，但其他擔保人承諾仍然提供擔保的除外。」



大陸《擔保法司法解釋》第 75 條第 1 款、第 2 款規定：「同一債權有兩個以上抵押人的，債權人放棄債務人提供的抵押擔保的，其他抵押人可以請求人民法院減輕或者免除其應當承擔的擔保責任。同一債權有二個以上抵押人的，當事人對其提供的抵押財產所擔保的債權份額或者順序沒有約定或者約定不明的，抵押權人可以就其中任一或者各個財產行使抵押權。」

大陸《物權法》第 194 條，除延續抵押權可以放棄之大陸《擔保法司法解釋》規定外，創新性地規定了抵押權順位(次序)的放棄和變更規則。抵押權的順位是抵押權人優先受償的順序，抵押權順位的放棄，意即抵押權人優先受償的順序的放棄。比如，抵押權人放棄抵押順位的，如為相對放棄的(即為特定後順位抵押權人的利益而拋棄的)，放棄抵押權順位的人與接受放棄利益的抵押權人成為同一順位，將其所得受分配的金額共同合計後，按各人債權額比例予以分配。如為絕對放棄的(即非專為特定順位抵押權人的利益而放棄的)，後順位抵押權人的順位依次前進，放棄人則處於最後的順位。

抵押權的變更包括抵押權順位的變更及被擔保債權額的變更，由於抵押權的變更會影響到其他抵押權人，因此通常必須得到其他抵押權人書面同意。抵押權順位的變更，比如當事人可以協議將第三順位抵押權變更為第一順位，但因為會影響到原第一順位及第二順位的抵押權人，因此，必須得到他們的書面同意，抵押權的變更才算有效。其次，抵押權人也可與抵押人協議變更被擔保的債權數額。比如將擔保債權額由 100 萬元人民幣，增加為 150 萬元。擔保債權額的變更同樣會影響其他抵押權人的利益，因此必須得到其他抵押權人的書面同意。



### 十三、大陸《物權法》賦予大陸台商對於不合理「折價、拍賣或變賣抵押權實現協議」1年內行使撤銷權的權利；同時對於抵押品實現方式無法達成協議的，可以不經向法院起訴的「訴訟程序」，而走直接向法院請求拍賣、變賣的「非訴程序」

大陸《物權法》第195條規定：「債務人不履行到期債務或者發生當事人約定的實現抵押權的情形，抵押權人可以與抵押人協議以抵押財產折價或者以拍賣、變賣該抵押財產所得的價款優先受償。協議損害其他債權人利益的，其他債權人可以在知道或者應當知道撤銷事由之日起一年內請求人民法院撤銷該協議。抵押權人與抵押人未就抵押權實現方式達成協定的，抵押權人可以請求人民法院拍賣、變賣抵押財產。抵押財產折價或者變賣的，應當參照市場價格。」

大陸《擔保法》第53條第1款規定：「債務履行期屆滿抵押權人未受清償的，可以與抵押人協議以抵押物折價或者以拍賣、變賣該抵押物所得的價款受償；協議不成的，抵押權人可以向人民法院提起訴訟。」

通過對比可知，大陸《物權法》對於當事人能達成協議處理抵押品的，仍維持大陸《擔保法》所規定的折價、拍賣、變賣等三種方式供當事人選擇，但為免折價過低或者拍賣、變賣的價格遠低於市場價格，使其他債權人無法受償，新增「其他債權人可以在知道或者應當知道撤銷事由之日起一年內請求人民法院撤銷該協議」，賦予其他債權人撤銷不合理抵押權實現協議的權利。故大陸台商如認為前順位抵押權人與抵押人所達成的抵押權實現協議，對於抵押品的價格低估，導致其原能受償的抵押權落空，即可在知道該事由一年之內，向法院提起訴訟，請求撤銷該協議。於法院判決撤銷後，重新協商抵押品價值，以使自己獲得



該有的清償。

其次，對於當事人未能就抵押品的處理方式達成協議時，大陸《物權法》規定更簡捷有效的實現程序。大陸《擔保法》規定，雙方無法就抵押品處理方式達成協議時，必須通過向人民法院提起「訴訟」的方式主張，抵押權人要獲償，必須歷經起訴、應訴、開庭、答辯、判決，甚至上訴二審等訴訟程序，這就使得抵押權的實現程序變得複雜而冗長，常常耗時一兩年，使抵押權人的債權無法及時獲得滿足。新法則是允許抵押權人在協議不成時，直接向人民法院申請拍賣、變賣抵押財產，法院對抵押權登記等證據審查後，即可裁判實行抵押權，包括允許強制拍賣或變賣抵押財產。這是一種「非訴程序」，將使抵押權人等待法院實現其債權的時間大幅縮短。但必須注意的是，透過「非訴程序」行使抵押權的前提，是抵押權人與抵押人對於雙方債務是否已履行及抵押權效力沒有爭議。如果雙方對債務存否或抵押權的設定是否有效有所爭執，仍需透過「訴訟程序」確定後，才能聲請法院強制拍賣或變賣。

#### 十四、大陸《物權法》刪除大陸《擔保法司法解釋》有關孳息清償順序的規定

大陸《物權法》第 197 條規定：「債務人不履行到期債務或者發生當事人約定的實現抵押權的情形，致使抵押財產被人民法院依法扣押的，自扣押之日起抵押權人有權收取該抵押財產的天然孳息或者法定孳息，但抵押權人未通知應當清償法定孳息的義務人的除外。

前款規定的孳息應當先充抵收取孳息的費用。」

大陸《擔保法》第 47 條規定：「債務履行期屆滿，債務人不履行債務致使抵押物被人民法院依法扣押的，自扣押之日起抵





押權人有權收取由抵押物分離的天然孳息以及抵押人就抵押物可以收取的法定孳息。抵押權人未將扣押抵押物的事實通知應當清償法定孳息的義務人的，抵押權的效力不及於該孳息。

前款孳息應當先充抵收取孳息的費用。」

大陸《擔保法司法解釋》第64條規定：「債務履行期屆滿，債務人不履行債務致使抵押物被人民法院依法扣押的，自扣押之日起抵押權人收取的由抵押物分離的天然孳息和法定孳息，按照下列順序清償：

- (一)收取孳息的費用；
- (二)主債權的利息；
- (三)主債權。」

通過對比可知，大陸《物權法》刪除大陸《擔保法司法解釋》有關收取孳息的費用、主債權的利息、主債權的清償順序的規定。

## 十五、大陸《物權法》不再禁止超額抵押，且就同一財產設定多個抵押權，抵押權人優先受償的順序有了新安排

大陸《物權法》第199條規定：「同一財產向兩個以上債權人抵押的，拍賣、變賣抵押財產所得的價款依照下列規定清償：

- (一)抵押權已登記的，按照登記的先後順序清償；順序相同的，按照債權比例清償；
- (二)抵押權已登記的先於未登記的受償；
- (三)抵押權未登記的，按照債權比例清償。」

大陸《擔保法》第54條規定：「同一財產向兩個以上債權人抵押的，拍賣、變賣抵押物所得的價款按照以下規定清償：(一)抵押合同以登記生效的，按照抵押物登記的先後順序清償；順序相同的，按照債權比例清償；(二)抵押合同自簽訂之日起生效的，該抵押物已登記的，按照本條第一項規定清償；未登記的，



按照合同生效時間的先後順序清償，順序相同的，按照債權比例清償。抵押物已登記的先於未登記的受償。」

大陸《擔保法》第 35 條規定：「抵押人所擔保的債權不得超出其抵押物的價值。財產抵押後，該財產的價值大於所擔保債權的餘額部分，可以再次抵押，但不得超出其餘額部分。」

通過對比可知，本次大陸《物權法》對於超額抵押及同一財產向兩個以上債權人抵押的，數個抵押權清償順序的規定，有了新規定。

詳言之，大陸《物權法》認為，以同一財產向同一個債權人或不同債權人多次抵押的，抵押人所擔保的債權可以超過其抵押財產的價值，而不再限制抵押人只有在抵押財產的價值大於所擔保債權時，才可以再次抵押。故往後大陸台商就同一財產多次供擔保時，即使抵押品價值已低於所擔保債權額，只要抵押權人願意接受，仍可再次設定抵押權，而不再受限於法令，須先行評估抵押品是否仍有多餘價值，才可再次抵押。

其次，由於新法已經釐清抵押合同與抵押權變動效力的觀念，因此就抵押權未登記的，不再依抵押合同生效時間的先後順序來決定優先受償的順序，刪除大陸《擔保法》54 條第 2 項規定的「未登記的，按照合同生效時間的先後順序清償，順序相同的，按照債權比例清償。」

## 十六、大陸台商必須在主債權訴訟時效期間(一般為兩年)內行使抵押權，否則抵押權人喪失受人民法院保護的權利

大陸《物權法》第 202 條規定：「抵押權人應當在主債權訴訟時效期間行使抵押權；未行使的，人民法院不予保護。」

大陸《擔保法司法解釋》第 12 條規定：「當事人約定的或者登記部門要求登記的擔保期間，對擔保物權的存續不具有法律



約束力。擔保物權所擔保的債權的訴訟時效結束後，擔保權人在訴訟時效結束後的二年內行使擔保物權的，人民法院應當予以支持。」

通過對比可知，對於抵押權的存續期間，大陸《擔保法》未置明文，大陸《物權法》縮短了大陸《擔保法司法解釋》抵押權的存續期間，將抵押權的存續期間限制在主債權的訴訟時效期間，比《擔保法司法解釋》減少了兩年。而且過了主債權訴訟時效期間後，抵押權人喪失的是抵押權受人民法院保護的權利即勝訴權，而抵押權本身並沒有消滅，此亦不同於《擔保法司法解釋》所規定的經過兩年除斥期間後，抵押權消滅。

## 十七、大陸《物權法》對於最高額抵押適用法律關係沒有限制，而且最高額抵押權設立前已存在的債權，也可以轉入最高額抵押擔保的債權範圍

大陸《物權法》第 203 條規定：「為擔保債務的履行，債務人或者第三人對一定期間內將要連續發生的債權提供擔保財產的，債務人不履行到期債務或者發生當事人約定的實現抵押權的情形，抵押權人有權在最高額債權額限度內就該擔保財產優先受償。

最高額抵押權設立前已經存在的債權，經當事人同意，可以轉入最高額抵押擔保的債權範圍。」

大陸《擔保法》第 59 條規定：「最高額抵押，是指抵押人與抵押權人協議，在最高債權額限度內，以抵押物對一定期間內連續發生的債權作擔保。」

大陸《擔保法》第 60 條規定：「借款合同可以附最高額抵押合同。

債權人與債務人就某項商品在一定期間內連續發生交易而



簽訂的合同，可以附最高額抵押合同。」

通過對比可知，新法允許最高額抵押不只用於借款關係、商品交易關係，其他交易關係只要有需要，均可協議訂立一有最高債權額的最高額抵押合同，以擔保將來可能發生的債權的履行。

再者，對於最高額抵押權登記前，當事人間已存在的債權，只要雙方談好，也可以一併轉入最高額抵押所擔保的債權範圍內。即原則上最高額抵押權擔保的是將來發生的債權，但只要當事人同意，過去發生的債權也可以由同一最高額抵押權擔保履行。

## 十八、最高額抵押擔保的債權不再限制轉讓

大陸《物權法》第 204 條規定：「最高額抵押擔保的債權確定前，部分債權轉讓的，最高額抵押權不得轉讓，但當事人另有約定的除外。」

大陸《擔保法》第 61 條規定：「最高額抵押的主合同債權不得轉讓。」

通過對比可知，大陸《物權法》取消原先對最高額債權轉讓的限制。新法下，大陸台商可以就最高額抵押擔保下的部分債權進行轉讓時，此時，最高額抵押權的處理可以有三種：第一，最高額抵押權不隨之轉讓，仍擔保未來發生的債權，只有該部分債權脫離最高額抵押權的擔保。第二，約定部分債權轉讓時，部分最高額抵押權轉讓。第三，約定部分債權轉讓時，全部最高額抵押權轉讓，未轉讓的部分債權成為無擔保債權。

## 十九、大陸《物權法》新增最高額抵押權所擔保債權確定事由

大陸《物權法》第 206 條規定：「有下列情形之一的，抵押



權人的債權確定：

- (一)約定的債權確定期間屆滿；
- (二)沒有約定債權確定期間或者約定不明確，抵押權人或者抵押人自最高額抵押權設立之日起滿二年後請求確定債權；
- (三)新的債權不可能發生
- (四)抵押財產被查封、扣押；
- (五)債務人、抵押人被宣告破產或者被撤銷；
- (六)法律規定債權確定的其他情形。」

大陸《擔保法》對最高額抵押權所擔保債權確定事由未有明文規定。

最高額抵押權不同於普通抵押權在於雙方對於所擔保的債權額僅約定一最高額度，並未明確實際數額，因此要實現最高額抵押權尚必須確定擔保債權額，本條即對最高額抵押權所擔保債權的確定事由做了詳細規定。擔保債權額確定後的效力，基本上有二：一，最高額抵押權轉為普通抵押權，在債務人到期不履行債務或者出現當事人約定的實現抵押權的情形時，抵押權人可以依照普通抵押權實現的方式行使抵押權，但優先受償的額度不得超過約定的最高擔保額。二、被擔保債權確定時存在的債權及該債權的利息、違約金、賠償金，均屬於最高額抵押權擔保範圍，確定後始發生的債權，則不在擔保範圍。至於，抵押權實行的費用雖在擔保範圍內，但應自拍賣價金中扣除，而不得計入最高額。



## 玖、大陸《物權法》與《擔保法》 有關質權的異同比較

曾文雄（勤業眾信會計師事務所稅務部中國業務顧問）

### 一、大陸《物權法》新增動產質押財產範圍的規定

大陸《物權法》第 209 條規定：「法律、行政法規禁止轉讓的動產不得出質。」

大陸《擔保法》對此未有明文規定。

依新法，只要全國人大及其常委會制定的法律及國務院制從的行政法規未禁止轉讓的動產，都可以作為設定質權的標的。

### 二、動產質權合同內容條款由強制性改為指導性，減少質權合同遭認定無效的機會

大陸《物權法》第 210 條規定：「設立質權，當事人應當採取書面形式訂立質權合同。」

質權合同一般包括下列條款：

- （一）被擔保債權的種類和數額；
- （二）債務人履行債務的期限；
- （三）質押財產的名稱、數量、質量、狀況；
- （四）擔保的範圍；
- （五）質押財產交付的時間。」

大陸《擔保法》第 64 條第 1 款規定：「出質人和質權人應當以書面形式訂立質押合同。」

大陸《擔保法》第 65 條規定：「質押合同應當包括以下內容：

- （一）被擔保的主債權種類、數額；



- (二)債務人履行債務的期限；
- (三)質物的名稱、數量、質量、狀況；
- (四)質押擔保的範圍；
- (五)質物移交的時間；
- (六)當事人認為需要約定的其他事項。

質押合同不完全具備前款規定內容的，可以補正。」

通過對比可知，大陸《物權法》對於質權合同條款的內容，同抵押權合同條款的內容一樣，將大陸《擔保法》中規定的「應當包括」修改為「一般包括」並刪除第6項「當事人認為需要約定的其他事項。」尊重當事人意思自治，以避免實務上因為質權合同條款不符合法律所規定內容，質權合同因而被認為無效，使質權人利益得不到保障的情況。

### 三、新增質權人對質物使用處分的限制及法律責任的規定

大陸《物權法》第214條規定：「質權人在質權存續期間，未經出質人同意，擅自使用、處分質押財產，給出質人造成損害的，應當承擔賠償責任。」

大陸《擔保法》未有此規定。

### 四、大陸《物權法》同時承認承諾轉質及責任轉質，故不論是否得出質人同意，質權人均可於質物上再次設定質權於他人，僅所負法律責任有所不同

大陸《物權法》第217條規定：「質權人在質權存續期間，未經出質人同意轉質，造成質押財產毀損、滅失的，應當向出質人承擔賠償責任。」

大陸《擔保法司法解釋》第94條規定：「質權人在質權存續期間，為擔保自己的債務，經出質人同意，以其所占有的質物



為第三人設定質權的，應當在原質權所擔保的債權範圍之內，超過的部分不具有優先受償的效力。轉質權的效力優先於原質權。

質權人在質權存續期間，未經出質人同意，為擔保自己的債務，在其所占有的質物上為第三人設定質權的無效。質權人對因轉質而發生的損害承擔賠償責任。」

通過對比可知，對於轉質權，大陸《物權法》進一步承認「責任轉質」的效力。比如債務人A為擔保其所欠B的100萬元而將價值200萬的汽車設定質權給B，在未經A同意時，B即將該汽車又設定質權給C，以擔保其所欠的100萬元債務。大陸《擔保法司法解釋》規定，此種未經出質人同意的質權設定無效，而大陸《物權法》僅規定，造成質押財產毀損、滅失的，由質權人向出質人承擔損害賠償責任。故大陸台商於接受質物後，不論是否得到出質人同意，均可將該質物再設定質權轉質他人，但未得出質人同意的轉質，必須由其直接對出質人負損害賠償責任。

## 五、大陸《物權法》未規定質權時效，而是規定出質人的質權行使請求權及質權人怠於行使質權的責任

大陸《物權法》第220條規定：「出質人可以請求質權人在債務履行期屆滿後及時行使質權；質權人不行使的，出質人可以請求人民法院拍賣、變賣質押財產。」

出質人請求質權人及時行使質權，因質權人怠於行使權利造成損害的，由質權人承擔賠償責任。」

大陸《擔保法司法解釋》第12條第2款規定：「擔保物所擔保的債權的訴訟時效結束後，擔保權人在訴訟時效結束後的二年內行使擔保物權的，人民法院應當予以支持。」

通過對比可知，大陸《物權法》不再規定質權時效制度，使質權因一定時間的不行使而消滅，而是在制度設定上採下列方





式，平衡雙方利益：在主債權到期而質權人不行使質權時，賦予出質人及時行使質權請求權。出質人請求而質權人仍不行使，造成出質人有所損害時，由質權人負損害賠償責任。

## 六、大陸《物權法》新設了最高額質權制度

大陸《物權法》第 222 條規定：「出質人與質權人可以協議設立最高額質權。

最高額質權除適用本節有關規定外，參造本法第十六章第二節最高額抵押權的規定。」

大陸《擔保法》對最高額質權制度未作規定。

由於在大陸實務中出現了比照最高額抵押權設定最高額質權的情形，基於物權法定主義，大陸《物權法》新規定最高額質權制度，以促進經濟之發展。

由於最高額質權與最高額抵押權有很多相似之處，如均非從屬於一特定擔保債權，擔保的是將來發生的債權、於債權額確定後，始得行使最高額質權，因此，大陸《物權法》明文規定最高額質權的適用，參照有關最高額抵押權的規定。

## 七、大陸《物權法》將權利質權的適用範圍擴及基金及應收帳款

大陸《物權法》第 223 條規定：「債務人或者第三人有權處分的下列權利可以出質：（一）匯票、支票、本票；（二）債券、存款單；（三）倉單、提單；（四）可以轉讓的基金份額、股權；（五）可以轉讓的注冊商標專用權、專利權、著作權等知識產權中的財產權；（六）應收賬款；（七）法律、行政法規規定可以出質的其他財產權利。」



大陸《擔保法》第 75 條規定：「債務人或者第三人有權處分的下列權利可以出質：（一）匯票、支票、本票、債券、存款單、倉單、提單；（二）依法可以轉讓的股份、股票；（三）依法可以轉讓的商標專用權，專利權、著作權中的財產權；（四）依法可以質押的其他權利。」

通過對比可知，新法增加可以轉讓的基金份額及應收帳款兩種權利質權的標的。以基金份額出質的，必須訂立書面合同並到證券登記結算機構辦理出質登記，始生效成立。以應收帳款出質的，除書面合同外，還必須自信貸征信機構辦理出質登記，且沒有合意不得轉讓，轉讓所得價款可以提前清償債務或提存。具體操作程序，請詳見《應收帳款質押登記辦法》。

## 八、有限公司股權的出質修改為在工商管理部門辦理出質登記時成立

大陸《物權法》第 226 條規定：「以基金份額、股權出質的，當事人應當訂立書面合同。以基金份額、證券登記結算機構登記的股權出質的，質權自證券登記結算機構辦理出質登記時設立；以其他股權出質的，質權自工商管理部門辦理出質登記時設立。」

基金份額、股權出質後，不得轉讓，但經出質人與質權人協商同意的除外。出質人轉讓基金份額、股權所得的價款，應當向質權人提前清償債務或者提存。」

大陸《擔保法》第 78 條第 2 款規定：「以有限責任公司的股份出質的，適用公司法股份轉讓的有關規定。質押合同自股份出質記載於股東名冊之日起生效。」

通過對比可知，新法將股權出質的設立情形分為兩種：



第一、以證券登記結算機構登記的股權出質的，質權自證券登記結算機構辦理出質登記時設立。

第二、以其他股權出質的，質權自工商行政管理部門辦理出質登記時設立。

所以，大陸《物權法》對於有限公司股權的出質，不再以記載於股東名冊之日為質權生效之日，而是以至工商行政管理部門辦理出質登記時生效。



## 拾、《物權法》與《擔保法》

### 有關留置權的異同比較

曾文雄（勤業眾信會計師事務所稅務部中國業務顧問）

#### 一、大陸《物權法》將留置權的適用範圍擴大至只要是同一法律關係即可而不再限於特定合同

大陸《物權法》第 231 條規定：「債權人留置的動產，應當與債權屬於同一法律關係，但企業之間留置的除外。」

大陸《物權法》第 232 條規定：「法律規定或者當事人約定不得留置的動產，不得留置。」

大陸《擔保法》第 84 條規定：「因保管合同、運輸合同、加工承攬合同發生的債權，債務人不履行債務的，債權人有留置權。」

法律規定可以留置的其他合同，適用前款規定。

當事人可以在合同中約定不得留置的物。」

留置權是指債務人不能履行到期債務時，債權人可以處分其依法占有的債務人的特定財產，並從中實現其債權的一種法定擔保權。例如，甲與乙之間成立加工承攬合同，甲基於對留置財產的加工承攬關係合法占有了留置財產，也因為該加工承攬關係而產生了特定的債權債務關係（即可以請求給付加工費），嗣乙拒絕給付加工費，甲依法即有權留置該財產，並以該財產的價值優先受償，以保障其加工債權的實現。留置權人享有優先受償權及收取孳息權等權利；並負有及時告知債務人相關事宜（如留置期間、債權債務情況、債務人履行債務情況、債權人行使留置權情況）、妥善保管留置物及剩餘財產返還等義務。



通過對比可知，大陸《擔保法》規定的留置權的適用範圍過分狹窄，只有因保管合同、運輸合同、加工承攬合同和法律規定可以留置的其他合同發生的債權，才能適用留置權，不符合經濟實踐需要，也不利於保護債權人的利益。故新法擴充留置權適用範圍至「同一法律關係」，而不再限制於可能發生留置權的幾種典型合同。而且不僅合同之債有可能發生留置權，不當得利之債、無因管理之債及侵權之債，在新法之下均有留置權發生的可能性。

對於不得留置物，新舊法均規定，當事人可以在合同中直接約定不得留置之動產。例如，大陸台商可於加工承攬合同中預先約定，在定作人不給付加工費時，承攬人仍不得留置加工物，僅可依訴訟方式追索加工費及違約金，以保護其加工標的物，可以按時出貨。另外，新法補充規定，法律規定不得留置的動產，不得留置。例如，海關監管的貨物，依大陸《海關法》規定，未經海關許可，不得留置。故大陸台商於取得留置物時，應注意該貨物是否在海關監管之中。

## 二、大陸《物權法》明確規定企業之間的留置財產與債權可以不屬於同一法律關係

大陸《物權法》第 231 條規定：「債權人留置的動產，應當與債權屬於同一法律關係，但企業之間留置的除外。」

大陸《擔保法》對留置財產與債權的關係未作明確規定。

通過對比可知，對於企業之間留置權的發生，為追究交易效率，大陸《物權法》更擴及可以不與債權屬於同一法律關係，只要留置標的物與被擔保債權有一般關連性即可，兩者間不須有直接法律關係。



即企業之間互相占有的財產與其間的債權債務關係，即使沒有關連性，也可成立留置權。例如，甲企業向乙企業租賃機器設備並已交付占有使用中，嗣乙企業向甲企業借款，但逾期不能還款。此時甲占有機器設備係基於租賃關係，雖與甲乙之間的借貸關係，不屬於同一法律關係，甲企業仍可就已經占有的乙企業機器設備主張留置權擔保。

應說明的是，大陸所謂「企業」是指三資企業、公司、全民所有制企業、集體所有制企業、合伙企業、個人獨資企業，但個體工商戶、承包經營戶、個人合伙則不能認定為企業。

### 三、留置權人可以留置的財產價值應當與債務的金額相當，對於超出留置範圍的留置動產，債務人有權要求解除留置並返還

大陸《物權法》第 233 條規定：「留置財產為可分物的，留置財產的價值應當相當於債務的金額。」

大陸《擔保法》第 85 條規定：「留置的財產為可分物的，留置物的價值應當相當於債務的金額。」

通過對比可知，留置財產為可分物時，為避免留置權人不當行使留置權，侵犯債務人合法權益，新舊法均規定，留置權人不可留置超過債務金額範圍之動產。例如，甲乙之間簽訂加工承攬合同，甲為乙加工產品，該加工產品為可分物，加工完成後乙無法給付加工費人民幣 100,000 元，則依法甲只能在人民幣 100,000 元範圍內留置乙的產品，超過範圍則應返還給乙。對超出留置範圍的留置財產，如乙請求解除留置並返還，甲拒不解除留置的，對於乙因此所遭受的損失，甲應當承擔相應的賠償責任。



#### 四、留置權人違反保管義務承擔民事責任，債務人僅能請求損害賠償

大陸《物權法》第 234 條規定：「留置權人負有妥善保管留置財產的義務；因保管不善致使留置財產毀損、滅失的，應當承擔賠償責任。」

大陸《擔保法》第 86 條規定：「留置權人負有妥善保管留置物的義務。因保管不善致使留置物滅失或毀損的，留置權人應當承擔民事責任。」

通過對比可知，大陸《物權法》仍維持留置權人負有保管義務的規定，但對於未善盡保管義務承擔責任的方式，有了不同新規定，新法將留置權人的責任限縮為「賠償損失」一種，倘依舊法留置權人則應承擔所謂的「民事責任」，而當事人承擔「民事責任」的方式有多種可以選擇。因依大陸《民法通則》，所謂的承擔「民事責任」的方式有下列幾種：停止侵害；排除妨礙；消除危險；返還財產；恢復原狀；修理、重作、更換；賠償損失；支付違約金；消除影響、恢復名譽；賠禮道歉。

#### 五、大陸《物權法》不再限制留置權人與債務人約定的債務履行期限必須在不得少於 2 個月，但如未事先約定，行使留置權的時間就至少必須是留置財產後的 2 個月以上

大陸《物權法》第 236 條規定：「留置權人與債務人應當約定留置財產後的債務履行期間；沒有約定或者約定不明確的，留置權人應當給債務人兩個月以上履行債務的期間，但鮮活易腐等不易保管的動產除外。債務人逾期未履行的，留置權人可以與債務人協議以留置財產折價，也可以就拍賣、變賣留置財產所得的價款優先受償。」

留置財產折價或者變賣的，應當參照市場價格。」



大陸《擔保法》第 87 條規定：「債權人與債務人應當在合同中約定，債權人留置財產後，債務人應當在不少於兩個月的期限內履行債務。債權人與債務人在合同中未約定的，債權人留置債務人財產後，應當確定兩個月以上的期限，通知債務人在該期限內履行債務。」

債務人逾期仍不履行的，債權人可以與債務人協議以留置物折價，也可以依法拍賣、變賣留置物。」

通過對比可知，大陸《物權法》對於留置權人留置財產後給債務人履行債務的寬限期分兩種情形：第一種情形是雙方事前有約定的，不再如同大陸《擔保法》限制在「不少於兩個月」，只要當事人協商一致，是長是短均為法律所許。第二種情形是當事人未事先約定或約定不明確時，則沿用大陸《擔保法》的規定，必須定「兩個月以上」的履行債務的寬限期，除非是海鮮、水果、蔬菜等鮮活易腐之物。故在新法下，大陸台商可於加工承攬合同中約定，債務人必須在依約給付加工費。如未依約給付加工費，其可留置加工物。在留置加工物後的幾天內(可以低於二個月)必須清償債務。否則其可以就留置物以折價或者拍賣、變賣等方式獲償，以保障其加工費之債權。如果未事先在合同中約定，其事後指定債務人履行債務的期限，就不得低於大陸《物權法》指定的兩個月。

## 六、大陸《物權法》明確規定留置權實現順序優先於抵押權及質權

大陸《物權法》第 239 條規定：「同一動產上已設立抵押權或者質權，該動產又被留置的，留置權人優先受償。」

大陸《擔保法司法解釋》第 79 條規定：「同一財產法定登記的抵押權與質權並存時，抵押權人優先於質權人受償。」





同一財產抵押權與留置權並存時，留置權人優先於抵押權人受償。」

通過對比可知，大陸《物權法》除延續《擔保法司法解釋》關於抵押權與留置權之實現順序外，進一步明確同一財產上同時存在留置權及質權時，留置權的效力亦優先於質權。因此，在同一財產上併存多種擔保物權時，留置權擔保的債權先於抵押權和質權擔保的債權從該留置物的價值中受償。而且不論該留置權是產生在抵押權或者質權之前，還是產生於抵押權或者質權之後。



## 拾壹、台商如何善用擔保融資的最新法律規定

姜志俊（翰笙法律事務所負責人）

大陸銀行將資金貸放給客戶，對客戶產生貸款債權，為確保該貸放資金到期回收，大陸銀行通常要求客戶提供擔保品，因此，除了極少數關係特佳的企業可以取得信用貸款外，擔保貸款乃成為一般企業向銀行融資的不二法門，大陸《擔保法》與《物權法》中擔保物權的規定，乃成為企業必知的重要法律。

為促進資金融通和商品流通，以保障債權的實現，大陸1995年《擔保法》規定了保證、抵押、質押、留置和定金五種擔保方式，其中保證和定金是屬於債權的擔保方式，抵押、質押和留置是屬於物權的擔保方式。

經過12年的實踐經驗，為使物權的擔保方式更臻完備，以促進資金融通，並保障債權人的合法權益，大陸於2007年《物權法》中特設擔保物權一編，分別規定抵押權、質權（包括動產質權、權利質權）和留置權，並自2007年10月1日起施行。

與《擔保法》規定的抵押、質押、留置等物權的擔保方式相較，《物權法》所規定的抵押權、質權和留置權，有些是創新的規定，例如動產浮動抵押權、最高額抵押權等；有些是變動的規定，例如擴大抵押財產的範圍、節省實現抵押權的成本、限制抵押財產的轉讓、限制抵押權的行使期間、物保的效力未必優於人保等；此外，《物權法》第178條更明文規定：《擔保法》與本法的規定不一致的，要優先適用本法的規定。凡此種種變革，對於欲以物權的擔保方式獲取融資的企業經營者而言，自須詳加了解，充分掌握，諸如抵押權設定的主體（公司）、客體（劃撥土地使用權、醫療衛生設施、在建工程…等）、抵押財產的轉讓、最高額抵押主合同債權的轉讓、浮動抵押不破買賣、流押合同的



禁止、惡意抵押行為的撤銷，以及票據質押、存款單質押、股權質押、應收帳款質押、出口退稅托管帳戶質押等等，與台商擔保融資相關的問題，以便順利取得融資，增加經營效益。茲就大陸物權法有關擔保物權的最新規定中，對債務人有利的規定，對抵押權人有利的規定，對抵押權人不利的規定，及房地一體的特殊規定等方面，擇要說明如下：

## 一、對債務人有利的規定（增加台商融資管道）

### （一）增設動產浮動抵押權

大陸《物權法》第 181 條對浮動抵押作了明文規定：「經當事人書面協議，企業、個體工商戶、農業生產經營者可以將現有的以及將有的生產設備、原材料、半成品、產品抵押，債務人不履行到期債務或者發生當事人約定的實現抵押權的情形，債權人有權就實現抵押權時的動產優先受償。」詳言之，企業以將現有的以及將來的生產設備、原材料、半成品、產品抵押，抵押權設定後，抵押人仍可以將抵押的原材料投入成品生產，也可以賣出抵押財產；當發生債務履行期限屆滿債務未受清償、抵押人被宣告破產或者被撤銷等當事人約定的實現抵押權的情形成就或者嚴重影響債權實現的情形時，抵押財產確定，也就是說此時企業有什麼財產，這些財產就是抵押財產；抵押財產確定前企業賣出的財產不追回，買進的財產作為抵押財產。由此可見，浮動抵押具有不同於固定抵押的兩個特徵：一是，浮動抵押設定後，抵押的財產不斷發生變化，直到約定或者法定的事由發生，抵押財產才確定。二是，浮動抵押期間，抵押人處分抵押財產不必經抵押權人同意，抵押權人對抵押財產無追及的權利，只能就約定或者法定的事由發生後確定的財產優先受償。



## (二) 增設最高額抵押權

大陸《物權法》第 203 條第 1 款規定：「為擔保債務的履行，債務人或者第三人對一定期間內將要連續發生的債權提供擔保財產的，債務人不履行到期債務或者發生當事人約定的實現抵押權的情形，抵押權人有權在最高債權額度內就該擔保財產優先受償。」由此可見，最高額抵押權行使優先受償的範圍，是以最高債權額度為限。此外，對於最高額抵押權設立前已經存在的債權，須經當事人（抵押人）同意，才可轉入最高額抵押權擔保的債權範圍，如果抵押人（第三人）不同意，縱使債務人同意，過去的債權也無法轉入最高額抵押權擔保的債權範圍，亦即該過去的債權，就抵押物並無優先受償的權利。

## (三) 擴大抵押財產的範圍

大陸《擔保法》第 34 條對抵押物的範圍規定：「下列財產可以抵押：（一）抵押人所有的房屋和其他地上定著物；（二）抵押人所有的機器、交通運輸工具和其他財產；（三）抵押人依法有權處分的國有土地使用權、房屋和其他地上定著物；（四）抵押人依法有權處分的國有機器、交通運輸工具和其他財產；（五）抵押人依法承包並經發包方同意抵押的荒山、荒溝、荒丘、荒灘等荒地的土地使用權；（六）依法可以抵押的其他財產。抵押人可以將前款所列財產一併抵押。」

《物權法》第 180 條則規定：「債務人或者第三人有權處分的下列財產可以抵押：（一）建築物和其他土地附著物；（二）建設用地使用權；（三）以招標、拍賣、公開協商等方式取得的荒地等土地承包經營權；（四）生產設備、原材料、半成品、產品；（五）正在建造的建築物、船舶、航空器；（六）交通運輸工具；（七）法律、行政法規未禁止抵押的其他財產。抵押人可以將前款所列財產一併抵押。」由此可見，與《擔保法》比較，



《物權法》規定只要法律、行政法規未禁止抵押的財產，都可以抵押，賦予當事人更大的意思自治權，使抵押物的範圍擴大許多。

#### (四) 擴大權利質權的範圍

《擔保法》75條規定可以質押的標的物有匯票、本票、支票，債券、存款單，倉單、提單，依法可以轉讓的股份、股票，依法可以轉讓的商標專用權和專利權、著作權中的財產權，及依法可以質押的其他權利。《物權法》第223條增加了基金份額、應收帳款和註冊商標專用權、專利權、著作權以外的其他知識權中的財產權，擴大了權利質權的範圍，提高了台商的融資能力。但是，大陸現階段債權信用較差，應收帳款風險大，銀行因擔心增加呆壞帳比，是否願意承作應收帳款的融資，尚待進一步觀察。

## 二、對抵押權人有利的規定

### (一) 節省實現抵押權的成本

實現抵押權時，抵押權人可以與抵押人協議以抵押財產折價或者以拍賣、變賣方式處分抵押物；倘雙方就抵押權實現方式未達成協議，《擔保法》第53條規定抵押權人可以向人民法院提起訴訟，但《物權法》規定抵押權人可以直接請求人民法院拍賣、變賣抵押財產優先受償（第195條第1、2款），不必先行訴訟取得執行名義，使抵押權人可以節省第一、二審訴訟費用及律師費，降低實現抵押權的成本。但對債務人或第三人的抵押人而言，此項快速實現抵押權的規定，對其並非有利，值得特別注意及早因應。

### (二) 抵押財產轉讓的限制更趨嚴格

大陸《擔保法》第49條第1款規定：「抵押期間，抵押人轉讓已辦理登記的抵押物的，應當通知抵押權人並告知受讓人轉讓物已經抵押的情況；抵押人未通知抵押權人或者未告知受讓人



的，轉讓行為無效。」而《物權法》第 191 條第 2 款規定：「抵押期間，抵押人未經抵押權人同意，不得轉讓抵押財產，但受讓人代為清償債務消滅抵押權的除外。」

由此可知，《擔保法》對抵押財產轉讓的限制採取通知主義，也就是抵押人轉讓抵押財產時只需要通知抵押權人和受讓人即可。而《物權法》對抵押財產轉讓作了更嚴格的規定，即抵押人轉讓抵押財產必須經抵押權人同意，從根本上說就是，要轉讓抵押財產，必須消除該財產上的抵押權。

### 三、對抵押權人不利的規定

#### (一) 抵押權人行使抵押權的期間更趨嚴格

最高人民法院《關於適用〈擔保法〉若干問題的解釋》第 12 條規定：「當事人約定的或者登記部門要求登記的擔保期間，對擔保物權的存續不具有法律約束力。擔保物權所擔保的債權的訴訟時效結束後，擔保權人在訴訟時效結束後的二年內行使擔保物權的，人民法院應當予以支持。」而《物權法》第 202 條明確規定：「抵押權人應當在主債權訴訟時效期間行使抵押權；未行使的，人民法院不予保護。」

由此可知，較之《擔保法》的規定，《物權法》縮短了抵押權的行使期間。抵押權的行使期間限制在主債權的訴訟時效期間，比《擔保法》的司法解釋減少了兩年，抵押權人對此應予以重視，避免抵押權因期間屆滿而失權。

#### (二) 物的擔保效力不優於人的擔保

大陸《擔保法》第 28 條規定：「同一債權既有保證又有物的擔保的，保證人對物的擔保以外的債權承擔保證責任。債權人放棄物的擔保的，保證人在債權人放棄權利的範圍內免除保證責任。」而《物權法》第 176 條規定：「被擔保的債權既有物的擔



保又有人的擔保的，債務人不履行到期債務或者發生當事人約定的實現擔保物權的情形，債權人應當按照約定實現債權；沒有約定或者約定不明確，債務人自己提供物的擔保的，債權人應當先就該物的擔保實現債權；第三人提供物的擔保的，債權人可以就物的擔保實現債權，也可以要求保證人承擔保證責任。提供擔保的第三人承擔擔保責任後，有權向債務人追償。」

由此可知，《物權法》沒有採納《擔保法》關於「物的擔保優於人的擔保」的原則，而是持「物的擔保與人的擔保沒有先後之分」的原則，並兼顧公平的原則，對債務人提供的物的擔保與第三人提供物的擔保的法律效力作了區分。

#### 四、房地一體的特殊規定

房屋與土地本係各自獨立的不動產，權利人如對其中一項處分，效力本不及於他項，但《物權法》卻有「房隨地轉」及「地隨房轉」的特殊規定，值得台商於交易時特別注意，並視自己的角色與地位(權利人抑義務人)，而作不同因應，以免權利受損。

##### (一) 房隨地轉：

1. 建設土地使用權轉讓、互換、出資或贈與的，附著於該土地上的建築物、構築物及其附屬設施一併處分(第146條)。
2. 建設土地使用權抵押後，該土地上新增的建築物不屬於抵押財產；該建設土地使用權實現抵押權時，應當將該土地的新增建築物與建設土地使用權一併處分，但新增建築物所得的價款，抵押權人無權優先受償(第200條)。
3. 以建設土地使用權抵押的，該土地上的建築物一併抵押(第182條後段)。

##### (二) 地隨房轉：

1. 物、構築物及其附屬設施轉讓、互換、出資或者贈與的，該建



築物、構築物及其附屬設施占用範圍內的建設用地使用權一併處分。(第 147 條)

2. 築物抵押的，該建築物占用範圍內的建設用地使用權一併抵押（第 182 條前段）。





## 附錄一：法規索引及相關網站網址

### 一、中國大陸《憲法》

[http://www.gov.cn/gongbao/content/2004/content\\_62714.htm](http://www.gov.cn/gongbao/content/2004/content_62714.htm)

### 二、中國大陸《憲法修正案》（1988年）

[http://www.law-lib.com/law/law\\_view.asp?id=433](http://www.law-lib.com/law/law_view.asp?id=433)

### 三、中國大陸《土地管理法》

[http://www.gov.cn/banshi/2005-05/26/content\\_989.htm](http://www.gov.cn/banshi/2005-05/26/content_989.htm)

### 四、中國大陸《城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例》

[http://www.mlr.gov.cn/zwgk/flfg/tdglflfg/200406/t20040625\\_305.htm](http://www.mlr.gov.cn/zwgk/flfg/tdglflfg/200406/t20040625_305.htm)

### 五、中國大陸《城市房地產管理法》

[http://www.gov.cn/flfg/2007-08/30/content\\_732595.htm](http://www.gov.cn/flfg/2007-08/30/content_732595.htm)

### 六、中國大陸《物權法》

[http://www.gov.cn/gongbao/content/2007/content\\_609906.htm](http://www.gov.cn/gongbao/content/2007/content_609906.htm)

### 七、中國大陸《民法通則》

<http://www.people.com.cn/GB/shehui/8217/39932/2944727.html>

### 八、中國大陸《礦產資源法》

[http://www.gov.cn/flfg/2005-09/25/content\\_69906.htm](http://www.gov.cn/flfg/2005-09/25/content_69906.htm)

### 九、中國大陸《水法》

[http://www.gov.cn/ziliao/flfg/2005-09/27/content\\_70625.htm](http://www.gov.cn/ziliao/flfg/2005-09/27/content_70625.htm)



## 十、中國大陸《漁業法》

[http://www.gov.cn/flfg/2005-07/18/content\\_15802.htm](http://www.gov.cn/flfg/2005-07/18/content_15802.htm)

## 十一、中國大陸《海域使用管理法》

<http://www.soa.gov.cn/hyjjw/zwgknew/law/webinfo/2008/05/1210062817292494.htm>

## 十二、中國大陸《農村土地承包法》

[http://www.agri.gov.cn/zcfg/nyfl/t20060123\\_541060.htm](http://www.agri.gov.cn/zcfg/nyfl/t20060123_541060.htm)

## 十三、中國大陸《城市房屋拆遷管理條例》

[http://www.gov.cn/zwgk/2005-06/06/content\\_4252.htm](http://www.gov.cn/zwgk/2005-06/06/content_4252.htm)

## 十四、中國大陸《城市房屋拆遷估價指導意見》

[http://news.xinhuanet.com/zhengfu/2003-12/03/content\\_1211069.htm](http://news.xinhuanet.com/zhengfu/2003-12/03/content_1211069.htm)

## 十五、中國大陸《城市房屋拆遷行政裁決工作規程》

[http://www.chinacourt.org/flwk/show1.php?file\\_id=90571](http://www.chinacourt.org/flwk/show1.php?file_id=90571)

## 十六、中國大陸《城市房屋拆遷工作規程》

<http://www.jincao.com/fa/law19.150.htm>

## 十七、中國大陸《立法法》

[http://www.gov.cn/test/2005-08/13/content\\_22423.htm](http://www.gov.cn/test/2005-08/13/content_22423.htm)

## 十八、中國大陸《民事訴訟法》

[http://www.gov.cn/flfg/2007-10/28/content\\_788498.htm](http://www.gov.cn/flfg/2007-10/28/content_788498.htm)

## 十九、中國大陸《海域使用管理法》

<http://www.soa.gov.cn/hyjjw/zwgknew/law/webinfo/2008/05/1210062817292494.htm>

## 二十、中國大陸《中外合資經營企業法》

[http://big5.gov.cn/gate/big5/www.gov.cn/banshi/2005-08/31/content\\_69775.htm](http://big5.gov.cn/gate/big5/www.gov.cn/banshi/2005-08/31/content_69775.htm)



## 二十一、中國大陸《閒置土地處置辦法》

<http://www.xj.chinanews.com.cn/newsshow.asp?id=35721&ntitle=f1294aa18019c42258e47e8226c94156>

## 二十二、中國大陸《城市異 毗連房屋管理規定》

[http://www.gov.cn/gongbao/content/2002/content\\_61523.htm](http://www.gov.cn/gongbao/content/2002/content_61523.htm)

## 二十三、中國大陸《物業管理條例》

<http://www.wyfwgw.com/laws/5.html>

## 二十四、台灣地區《公寓大廈管理條例》

<http://law.moj.gov.tw/Scripts/Query4B.asp?FullDoc=所有條文&Lcode=D0070118>

## 二十五、中國大陸《房屋登記辦法》

[http://www.gov.cn/flfg/2008-03/21/content\\_925686.htm](http://www.gov.cn/flfg/2008-03/21/content_925686.htm)

## 二十六、中國大陸《合同法》

<http://www.gdgs.gov.cn/cyfg/HTf.htm>

## 二十七、中國大陸《住宅專項維修資金管理辦法》

[http://www.gov.cn/flfg/2007-12/29/content\\_846963.htm](http://www.gov.cn/flfg/2007-12/29/content_846963.htm)

## 二十八、中國大陸《農村土地承包法》

[http://www.agri.gov.cn/zcfg/nyfl/t20060123\\_541060.htm](http://www.agri.gov.cn/zcfg/nyfl/t20060123_541060.htm)

## 二十九、中國大陸《關於貫徹實施中華人民共和國物權法的通知》

[http://www.gov.cn/zwgk/2007-05/17/content\\_617406.htm](http://www.gov.cn/zwgk/2007-05/17/content_617406.htm)

## 三十、中國大陸《土地登記辦法》

[http://www.gov.cn/flfg/2008-01/03/content\\_849402.htm](http://www.gov.cn/flfg/2008-01/03/content_849402.htm)

## 三十一、中國大陸《北京市開展土地總登記發證工作的若干意見》

[http://hd.bjgtj.gov.cn/news/news\\_view.asp?id=1195&bcom\\_id=6&lm\\_name=%E9%8F%80%E8%B7%A8%E7%93%A5%E5%A8%89%E6%9B%A1%EE%9D%89](http://hd.bjgtj.gov.cn/news/news_view.asp?id=1195&bcom_id=6&lm_name=%E9%8F%80%E8%B7%A8%E7%93%A5%E5%A8%89%E6%9B%A1%EE%9D%89)

國家圖書館出版品預行編目資料

大陸房地產與擔保融資實用手冊/姜志俊等編輯 . -- 第一版. -- 臺北市：陸委會，民98.11

面；公分

含索引

ISBN：978-986-02-0575-6(平裝)

1. 物權法
2. 抵押擔保
3. 融資
4. 不動產
5. 中國

584.92/2

98020627

書名：大陸房地產與擔保融資實用手冊

出版機關：行政院大陸委員會

發行人：行政院大陸委員會

編輯群：台北市企業經理協進會 姜志俊等

地址：台北市濟南路一段2之2號15~18樓

網址：<http://www.mac.gov.tw>

E-mail：[macst@mac.gov.tw](mailto:macst@mac.gov.tw)

電話：02-23975589

傳真：02-23975281

電子版本：<http://www.mac.gov.tw/hig5/rpir/publish/book464.pdf>

出版年月：中華民國98年11月

版次：第一版第一刷

印刷廠：臺北縣維凱創意印刷庇護工場

電話：02-82266239

展售處：行政院大陸委員會經濟處

國家書店松江門市：

地址：104臺北市松江路209號1樓

電話：02-25180207

五南文化廣場台中總店

地址：400台中市中山路6號

電話：04-22260330

定價：新臺幣250元

GPN：1009803159

ISBN：978-986-02-0575-6

◎ 本書保留所有權利，欲利用本書全部或部份內容者，須徵求行政院大陸委員會經濟處同意或書面權，請電洽：02-23975589