

典权基本问题研究

房绍坤 吕忠民

典权是我国传统的特有法律制度。随着我国民事立法的逐步完善,许多学者建议在我国未来的民事立法中确认典权制度,并论证了其可行性。^①我们对此表示赞同。在立法上确认典权制度,首先必须从理论上明确典权的基本问题。为此,我们拟结合我国的典权司法实践,借鉴近代典权立法,对典权的法律性质、设定、当事人的权利等基本问题作一探讨,并就此提出典权立法的初步构想。

一、典权的法律性质

典权是一种物权。但典权是何种性质的物权,学说上历来存有争议。在台湾和大陆学者中,存在着用益物权、担保物权、特种物权说三种观点。^②用益物权说为通说。

我们认为,现今之典权是一种用益物权,而非担保物权,更非兼具用益物权和担保物权双重性质的特种物权。因为,典权不具有担保物权的法律性质。

1. 典权不具有变价受偿性。担保物权的变价受偿性是指当债务人不履行债务时,债权人得将担保物变价,以优先清偿其债权。变价受偿性是担保物权为价值权的集中表现。在典权关系中,典权人在典期届满,出典人不回赎典物时,典权人并不是将典物变价,以使典价得到补偿,而是直接取得典物的所有权,因而,典权不体现为价值权。其原因在于典权人并非以获得典物的价值权为目的,而在于获得典物的使用价值权。故典权体现为使用价值权。有人认为,典权人直接取得典物的所有权是典权的担保方法,因而典权具有担保物权性质。^③我们认为,典权人直接取得典物的所有权并无担保作用。因为无论典物的价值是否与典价相等,典权关系均归消灭,不存在“多退少补”的问题。

2. 典权不具有不可分性。担保物权的不可分性是指担保物权的效力就债权的全部及于担保物的全部,即债权人在债权没有全部清偿前,可对于担保物整体上主张担保物权;担保物的部分变化或债权的部分变化均不影响担保物权的整体性。在典权关系中,如果典物部分丧失,则典权范围相应减少。如台湾民法典第920条规定:典物如因不可抗力而一部灭失时,出典人

① 董开军:《当前立法对担保物权基本种类的选择问题》,《中国社会科学院研究生院学报》1992年第4期。

② 参见杨与龄:《民法物权》,第233页;佟柔主编:《中国民法》,法律出版社1990年版,第278页;刘春元主编:《民法学》,中国人民公安大学出版社1992年版,第223页;董开军:《当前立法对担保物权基本种类的选择问题》,《中国社会科学院研究生院学报》1992年第4期;禄正平、卫文:《典权新探》,《政法学刊》1992年第2期。

③ 郑玉波主编《民法物权论文选辑》(下),第983页。

就其余存部分为回赎时,得由原典价中,扣减典物灭失部分灭失时价值之半数,但以扣尽原典价为限。可见,典权无不可分性。

3. 典权不具有物上代位性。担保物权的物上代位性是指担保物权的效力及于担保物的代替物,也就是可以从担保物的代替物中实现债权清偿。担保物权的物上代位性取决于担保物权的价值权属性。典权不具有物上代位性。典物灭失,典权便不复存在;典物部分灭失,除重建修缮外,典权就典物灭失部分消灭。台湾民法典第920条规定:典权存续中,典物因不可抗力致全部或一部灭失者,就其灭失部分,典权与回赎权均归消灭。因此,典权为物的有限责任。^① 典权之所以不具有物上代位性,是因为典权是以获取典权的使用价值为目的,是一种使用价值权。如果典物不存在,其使用价值就无法实现,自为其他物所无法代替。

4. 典权不具有从属性。担保物权的从属性是指担保物权的发生与存在必须以一定的债权关系为前提,即担保物权从属于其所担保的债权,它们之间形成主从关系。没有主债权的存在,就不存在担保物权。典权的发生与存在不具有从属性。典权人与出典人之间不存在债权关系。出典人接受典价并非借款。因而典权并无担保之对象,而是一种独立存在的权利。有人认为,就典价为金钱且须偿还的角度看,实质上是出典所负的金钱债务。^② 我们认为不然。典价为金钱固然不错,但典价并非必须偿还。是否偿还典价,完全取决于出典人的意志。出典人可以视情况决定是否归还典价而回赎典物。出典人只有回赎权而无回赎义务。有人认为,在出典人不回赎典物时,出典人是以将典物所有权转移给典权人为清偿债务的方法,并非出典人无偿还典价的义务。^③ 此说亦不妥。如依此说,一则出典人到期不偿还典价,即违反债,出典人应负债务不履行的责任;二则典权人应按等价原则清偿其典价,“多退少补”。然而上述两种情况,在典权关系中均不存在。

从以上几个方面,我们可以得出结论:典权为用益物权。

二、典权的设定

典权的设定是创设典权的法律行为,是典权的原始取得方式。设定典权,须符合法律的规定。就一般情况而言,当事人之间设定典权,须符合下列条件:

1. 须以不动产为标的物。典权标的物,即典物,应为不动产,故典权为不动产权。出典人就其所有的不动产设典,可以是就不动产所有权的全部设典,也可以是就不动产所有权的一部分设典。不动产共有人,可以就其应有部分设典。如果不能确定应有部分的,则须经全体共有人同意,以全体共有人名义设典。在传统民法中,典物包括房屋和土地。在我国现阶段,民间存在的典权都为私有房屋典权。土地典权在新中国成立后已被废除。

以不动产作为典权标的物,固无疑问。但不动产的范围如何界定,则存在着不同的认识。传统民法认为,不动产权利不能作为典权标的物,^④ 非所有人不能以他人之不动产设典。我们认为,建立适应我国市场经济需要的新型典权制度,这种观念应加以改变。首先,应允许不动产权利作为典权标的物。现行法律已明确规定国有土地使用权可以转让、出租和抵押。以不动产权利设典较之不动产权利的转让、出租和抵押更具有优越性。其次,应允许非所有人在一定条件

① 史尚宽:《物权法论》,第393页。

②③ 郑玉波主编:《民法物权论文选辑》(下),第982页;第981页。

④ 史尚宽:《物权法论》,第395—396页。

下以他人之不动产设典。既然允许以不动产权利作为典权标的物,则取得不动产权利的非所有人自然可以设典。例如非所有人就自己取得的国有土地使用权设典等。这对于更好地发挥不动产的效能是有益的。

2. 须支付典价。典价是取得典权之对价。支付典价是典权设定的要件。典价应一次性支付,其数额由当事人约定。典价不能超过卖价,但一般应接近卖价。典价一般以金钱计算,也可以用实物计算,但用实物计算的,应折算为金钱。按照最高人民法院《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120条,“以合法流通物作典价的,应当按照回赎时市场零售价格计算”。典价包括原典价和找价。原典价是指典权设定时所支付的典价,找价是指典权设定后所增加的典价,又称“加典”。通常认为,经当事人协商同意,可以增加典价。同理,经当事人协商同意,亦可以减少典价。对此,最高人民法院在上引《意见》中曾指出:在典期内,经当事人约定增减典价的,应当准许。

3. 须在典期以内设定。典期,是指阻止出典人行使回赎权的期限。在典期内,出典人不得回赎典物。典期届满后,出典人方可行使回赎权。因此,典期届满,典权并不消灭,只有在出典人回赎典物或在回赎期内不回赎典物,典权方归消灭。在传统民法中,典权按典期,可以分三种:(1)定有期限的典权。是指定有限制回赎权行使的期限。该期限为典权人占有典物并使用收益的最短期限。典期得由当事人自行约定,其约定方式有二:一是约定典期为若干年,二是约定出典后一定期限内不得回赎。无论哪种约定方式,典权的最长期限均不得超过法定期限。台湾民法典第912条规定,“典权约定期限不得逾30年,逾30年者,缩短为30年。”我国法律无这方面的规定,但司法实践一般也作如此解释。定有期限的典权,在典期内或典期届满时,当事人可以约定延长。应当指出,在典期内延长典期,前后典期合并计算不得超过法定典权最长期限;在典期届满后,延长典期,实为更设一种新典权,其约定期限亦不得超过法定典权最长期限。(2)未定期限的典权。当事人没有约定典期,出典人可以随时回赎典物。从理论上讲,当事人是否约定期限,当属其自由,但法律上亦应有最长期限之限制。台湾民法典第924条规定:“典权未定期限者,出典人得随时以原典价回赎典物。但自出典后经过30年不回赎者,典权人即取得典物所有权。”我国司法实践亦作如此解释,“典契未载明期限经过30年未赎的,原则上应视为绝卖”^①。未定期限的典权,当事人得于典期存续中,改定为定有期限之典权,但改定前后的合并期限不得超过法定典权最长期限。(3)不得附绝卖条款的典权。所谓绝卖条款是指在典期届满后,若不回赎,即作绝卖之条款。从典期而言,虽可由当事人自由约定,但为保护出典人利益,则不得不对典期作一定的限制。这种限制就是典契不得附绝卖条款。台湾民法典第913条规定:“典权之约定期限不满15年者,不得附有到期不赎即作绝卖之条款。”可见,典权期限不满15年的,即为不得附绝卖条款的期限。如果当事人设定了此类条款,则该条款无效,出典人仍可按回赎期回赎典物。如果典期在15年以上,而当事人设定了绝卖条款,则该条款有效,出典人典期届满不赎的,即视为绝卖。

4. 须采取特定形式。设定典权,通常依合同方式为之。由于典权关系涉及的内容比较复杂,因而,典权的设定应采取书面合同的形式。典权当事人应当签订典权合同,即典契。合同中应载明标的物、典价、当事人的权利义务、典期、回赎期等内容,双方要签字盖章。典权合同是转移不动产占有的合同,因此,必须进行登记。在我国,以房屋为标的物的典权合同,须到房屋管理

^① 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》第58条。

机关办理登记手续;以土地使用权为标的物的典权合同,须到土地管理机关办理登记手续。

三、典权当事人的权利

(一)典权人的权利

1. 典物的占有、使用、收益权。典权人占有典物是典权人行使用益权的前提。典权人不占有典物,典权则不能成立。至于典权人占有典物是直接占有,还是间接占有,则在所不同。但无论何种占有,典权人都享有物上请求权及追及权。典权人的用益权是典权法律属性的必然反映,也是典权人设定典权的目的之所在。典权的用益方法比其他用益物权要广泛得多。除当事人另有约定外,凡依典物性质,可实现有益目的的方法,典权人均可为之。如典权人可以承典房屋用于生活居住,也可以用于生产经营,出典人均无权干涉。

2. 转典、出租权。转典权是指在典权存续期间,典权人有权将典物出典于他人。典权人无须征得出典人的同意即可转典,但转典必须符合下列条件:(1)须在典权存续期间为之;(2)转典价不得超过原典价。若超过原典价,其超过部分不得对抗原出典人。原出典人只须支付原典价,即可回赎典物,不足部分由原典权人补足;(3)转典期不得超过原典期。原典权定有期限的,转典不得超过该期限。原典权未定期限的,转典亦不得定有期限;(4)须无禁止转典的约定。转典后,转典权人取得转典权,在原典权范围内,享受转典权的利益。但典权人对典物因转典所受之损害,应负赔偿责任。转典后,原典权关系不受影响,故出典人回赎典物,可以向原典权人为之,亦可以向转典权人为之,转典权人不得拒绝。

出租权是指典权人有权将典物出租于他人。出租权实际上是典权人用益权的延伸。典权人无须征得出典人的同意即可出租典物,但出租典物必须符合下列条件:(1)须在典权存续期间为之;(2)租赁期须在典期以内。如果典权定有期限,则租期不得超过该期限。典权未定期限,租赁亦不得定有期限;(3)须无禁止出租的约定。典权人虽享有出租典物的权利,但典物因出租而受到损害的,典权人应负赔偿责任。

3. 转让权与抵押设定权。转让权是指典权人有权将典权转让于他人。典权人转让典权俗称“退典”,实际上是合同权利的转移。我们认为,典权人转让典权无须征得出典人的同意。因为,一则典权是一种物权,典权人对其有处分权,二则转让典权对出典人毫无影响,只是典权人变更而已,原典权人退出典权关系,由受让人取得典权人地位。转让典权是否有偿,取决于转让人与受让人的约定,因此,买卖、赠与等均可。若是有偿转让,其价格不受典价的影响。有人认为,在典权出卖时,出卖价格一般不得高于典价。^②我们认为,既然是有偿转让,则无限制其价格之理。但无论转让价格高低,出典人回赎时,只按原典权人支付的典价回赎。

典权人就其所取得的典权,有权设定抵押权,以担保债权。在我国,对于典权能否抵押,存在着不同的认识。^③我们认为,典权作为一种有价值的权利,与其他有价值的权利一样,可以设定抵押。对此,台湾民法典第882条规定:典权得为抵押之标的物。最高人民法院《关于人民法院审理房屋典当案件的若干意见》(征求意见稿二稿)第1条亦曾指出,承典人对房屋享有出租、抵押和转典等处分权。典权人以典权设定抵押,当典权人(抵押人)到期不履行债务时,抵押权

① 史尚宽:《物权法论》,第396页。

② 赵万一、刘政主编:《中国房产法的理论与实务》,成都科技大学出版社1992年版,第129页。

③ 参见郭星:《典权能否抵押》,《法学》1992年第9期。

人应如何优先受偿呢?我们认为,抵押权人只能将典权出卖或自己取得典权,以满足自己的债权,而不能变卖典物或取得典物所有权,因为典物不是抵押标的物。

4. 优先购买权。在典期内,出典人出卖典物时,典权人在同等条件下,有优先购买的权利。典权人的优先购买权为台湾民法典第919条所规定:“出典人将典物之所有权让与他人时,如典权人声明提出同一之价额留买者,出典人非有正当理由,不得拒绝。”我国法律中无此规定,但在民间的典权关系中,典权人普遍享有这种权利。

典权人优先购买权具有何种效力,理论上有所不同认识。有主张优先购买权仅具有债权效力的,亦有主张优先购买权具有物权效力的。^①按台湾民法典第919条“判解要旨”的解释,典权人留买权仅为典权人与出典人之间的权利义务关系,出典人违反此项义务,而将典物所有权让与他人时,典权人仅得向出典人请求赔偿,不得主张他人受让典物所有权契约无效。可见,这里显然是承认留买权仅具债权效力。我们认为,应赋予典权人优先购买权以物权效力。因为:(1)如果不赋予优先购买权以物权效力,则典权人优先购买权将形同虚设,不利于保护典权人利益;(2)典权人对典物占有、使用、收益的权能,具有排他性。基于这种排他性,典权人优先购买权亦应具有排他性;(3)典权人优先购买权与共有人优先购买权、承租人优先购买权应具有相同性质,即都应具有物权效力。^②

由于共有人可以出典应有部分,典权人又可以出租典物,所以,在出典人出卖典物时,就可能会产生共有人优先购买权、承租人优先购买权与典权人优先购买权并存的情况。我们认为,共有人优先购买权应优先于典权人优先购买权,而典权人优先购买权应优先于承租人优先购买权。因为,按照物权法原理,在同一标的物上,先设定的物权优先于后设定的物权。上述三种优先购买权都具有物权效力,但设定的先后顺序不同,共有人优先购买权先于典权人优先购买权产生,典权人优先购买权又先于承租人优先购买权产生。应当指出,在前一种优先购买权不存在或不行使时,则后一种优先购买权应优先。

5. 修缮重建权及费用求偿权。修缮重建权是指典权人在典权存续中,对典物因不可抗力发生毁损灭失的,有权修缮或重建,以继续使用收益。台湾民法典第921条规定:“典权存续中,典物因不可抗力致全部或一部灭失者,典权人,除经出典人同意外,仅得于灭失时灭失部分之价值限度内,为重建或修缮。”由于典权为用益物权,所以,典权人修缮重建因不可抗力而毁损灭失之物,以继续其对典物的用益,当属必然。除不可抗力的原因外,典物因其它原因而毁损灭失的,典权人仍可享有修缮重建权,故典物因第三人、出典人、典权人之原因而毁损灭失的,典权人均有权修缮重建。

费用求偿权是指典权人就典物所支出的费用,有权要求出典人偿还。台湾民法典第927条规定:典权人因支付有益费用使典物价值增加或重建修缮费用,在典物回赎时,得于现存利益限度内,请求偿还。典权人就典物支出之费用有三种:一是必要费用,即为保存典物所不可缺少的费用;二是有益费用,即为增加典物价值所支出的改良费用;三是修缮重建费用,即修缮或重建毁损灭失的典物所支出的费用。这种费用应结合典物毁损灭失的原因及典物意外灭失风险责任的负担原则,在修缮重建部分现存利益限度内予以偿还。

(二)出典人的权利

^① 史尚宽:《物权法论》,第411—412页。

^② 房绍坤、于志宏:《优先购买权初探》,《烟台大学学报》1992年第1期。

1. 典物的所有权。典权是一种他物权,出典人只是将典物的占有、使用、收益权转移给典权人,所有权仍属于出典人。因此,典权设定后,出典人有权处分典物,如出卖、赠与等。但典权人之典权并不因此而受影响,只是出典人发生变化而已。

虽然出典人有权处分典物,但是,在出卖时,典权人有优先购买权,并得按时价找贴,即按照典物的时价,将原典价抵销卖价的一部分,然后由典权人支付其差额。找贴后,典权人取得典物所有权,典权关系因混同而消灭。

2. 抵押设定权。出典人对典物享有所有权,可以就典物之上再行设定权利。但出典人不得在典物上设定与典权相抵触的权利,如不得重典等。出典人在典物之上能否设定抵押权,即先典后押,理论上存在着否定说与肯定说两种主张。否定说认为,同一不动产设定典权后,不得再设定抵押权,其理由主要有:(1)既然允许典权得为抵押权之标的物,若再允许出典人以典物抵押,则不但权利行使发生冲突,且使法律关系趋于复杂。(2)典权设定后,出典人已不能对典物行使用益权,若再允许出典人以典物抵押,则无抵押拍卖之内容。肯定说认为,同一不动产设定典权后,仍可设定抵押权,其理由主要有:(1)不动产所有人将不动产出典他人后,依法虽有不得重典之限制,但所有权并未丧失,故于不妨害典权范围内,仍得为他人设定抵押权。(2)抵押权是一种价值权,不以用益为目的,与典权效力并无抵触。(3)典权人可以典权设定抵押权,乃以典权为标的物,而非以典物为标的物,二者标的不相同,其权利之行使,不致发生冲突,亦不致使法律关系趋于复杂。(4)出典人虽不能对典物行使使用收益权,但对典物之余存价值设定抵押权以担保债权,实为经济上弱者所必须。如果认为出典人因不享有用益权,而对典物余存价值,亦丧失利用的权利,则有失公平。^①台湾大多数学者持肯定说。我国有的学者认为,我国的立法和理论应选择肯定说。^②我们亦持这种学说。与先典后押相反者,是先押后典,即对同一不动产先设定抵押权,再设定典权。对此理论上并无分歧,人们均持肯定态度。在典权与抵押权并存时,其优先顺序当以设定先后定夺。在先典后押的情况下,典权优先于抵押权。所以,(1)典权人因绝卖而取得典物所有权时,抵押权不能继续存在,归于消灭。否则,将对典权人取得所有权构成妨害。(2)抵押权人行使抵押权,不能妨害典权人之典权。所以,抵押权人在出典人不履行债务时,可将典物折价取得所有权,而成为出典人。也可以将典物变卖,而使受让人取得所有权,成为出典人。当然,若典权人为受让人,则典权因混同而消灭。在先押后典的情况下,抵押权优先于典权。所以,抵押权人行使抵押权时,可以对抗典权,即抵押权人行使抵押权可导致典权的消灭,出典人应返还典价与典权人。当然,如第三人愿意购买设有典权的抵押物,则典权可继续存在。

3. 回赎权。回赎权是指出典人向典权人提出原典价,回赎典物,以消灭典权的一种权利。从性质上讲,回赎权是一种形成权。所以,只要出典人为回赎行为,典权即归消灭。回赎典物是出典人的权利,典权人无权要求出典人回赎。

出典人行使回赎权须具备下列条件:(1)须于回赎期限内为之。回赎权的期限是出典人得行使回赎权的法定期间。该期间为除斥期间,期限届满而不回赎的,回赎权即为消灭,典权人取得典物所有权。定有期限典权的回赎期,台湾民法典第923条规定为2年。我国司法实践中,一般确定为10年。典期为15年以上,而附有绝卖条款的,典期届满时应即行回赎,否则,回赎

^① 郑玉波主编《民法物权论文选辑》(F),第950—953页。

^② 黄开军:《当前立法对担保物权基本种类的选择问题》,《中国社会科学院研究生院学报》1992年第4期。

权消灭。未定期限的典权,出典人可以随时回赎,但应提前一定时间通知典权人。台湾民法典第925条规定为应提前6个月通知典权人。我国最高人民法院《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》第58条规定,若自出典后经过30年不赎的,回赎权消灭;(2)须提出原典价。出典人仅有回赎典物的意思表示,若不提出原典价,则不发生回赎的效力。原典价包括典权人在设定典权时所支付的典价和出典后增加支付的典价。出典人只须提出原典价,向典权人表示回赎典物的意思,即可产生消灭典权的效力。这里有疑问的是,典权人能否要求出典人增加回赎典价。按照最高人民法院的解释,典权人要求出典人高于原典价回赎的,一般不予支持。^①但在我国的司法实践中,对历史遗留的典权关系,一般是以实物来计算回赎典价,即先计算出典权成立时典价能购买的实物数量,在回赎时仍以相同数量的实物折合成现金来回赎典物。这实际上就是允许增加回赎典价。在台湾民法中,亦允许依情势变更原则,增加回赎典价。^②我们认为,依民法情势变更原则,允许增加回赎典价是合理的。否则,会产生不公平的结果。

四、典权立法的基本构想

基于上述对典权基本问题的研究,我们认为,我国的典权立法,应确立如下主要内容:

1. 法律性质的选择。典权立法应确认典权为用益物权,从用益物权角度确定典权的含义及具体内容。

2. 典权标的物的范围。我们认为,典权标的物应包括不动产及不动产权利。具体有以下几项:(1)私有房屋;(2)公有房屋;(3)国有土地使用权;(4)集体土地使用权。

3. 典期。典权立法应规定典权的最长期限。该期限依典物不同应有所不同:典物为房屋的,以30年为宜;典物为土地使用权的,以50年为宜。典权定有期限的,不得超过30年或50年。未定期限的典权,亦以30年或50年为限。

4. 典权人的权利。典权立法应规定典权人的如下权利及其条件:(1)转典权与出租权;(2)转让权;(3)抵押设定权,该权利可在抵押权中规定;(4)优先购买权;(5)修缮重建权;(6)费用求偿权。

5. 出典人的权利。出典人的权利及其条件,可规定如下几项:(1)典物处分权;(2)抵押设定权。该权利应以立法明确规定为宜,以免产生疑义;(3)回赎权。应规定回赎期:定期典权之回赎期,可规定为4年(10年过长,2年过短)。未定期典权应允许随时回赎,但应给对方必要的准备时间(如1年)。出典人超过回赎期或超过30年(或50年)不赎的,视为绝卖。

6. 其他问题。如找贴、典物的风险负担、典权的消灭等。

(作者单位:烟台大学)

责任编辑:张广兴

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》第120条。

② 史尚宽:《物权法论》,第429页。