论典权法律性质及与类似法律关系之差异

李婉丽

引　言

典权是我国特有的财产法律制度。典，早在我国汉、唐时代就已在民间广泛流传，形成了一些固有的习惯。但是，由于我国长期的封建社会，在法律上重刑轻民，所以对于典并无系统的法律规定，直到清朝才有一些法律条文散见于大清律、户部则例，但这些规定也只重于刑罚税契方面。直至清末变法，起草大清民律草案，受聘担任起草工作的日本学者认为，中国的典权与日本不动产质相同。因而在民律草案中，仅规定了质权，而未规定典权。后经过我国法学界人士的不断探讨研究，认为典权是我国特有的法律制度，与所谓的不动产质权截然不同。于是，1930年5月5日颁布的中华民国民法物权编，对典权作了系统规定，明确规定典权为用益物权。

新中国成立以来，一直未能颁布民法典，现行的民法通则也没有有关典权的内容。但是，由于我国历史上长期在民间广泛地存在着典的习惯，而且民国民法在中国大陆施行有近二十年之久，因此，典这一形式，一直流传了下来。四十年来，我国关于典权的法律调整，缺乏成文的法律规范，仅有零星的部门规章及司法解释。

十一届三中全会后，随着改革开放的进一步进行，经济领域发生了很大的变化。我国社会主义公有制的不同形式以及公有制以外的多种经济成份，决定了民事法律关系的多样化和制度化。在经济交往活动中，其形式也是多种多样的。典权作为对他人所有物使用收益的一种独特形式，必将为社会所需而“复活”。

一、典权与不动产质权

不动产质权，是指因担保质权，质权人占有由债务人或第三人移交的不动产，并就其卖得价金受清偿之物权。

我国的典权与法国及日本民法中的不动产质权，又有一些颇相类似之处。例如，二者均以不动产为标的物；均有特定的存续期间；均可以对不动产而为使用收益，并须转移标的物的占有等等。虽然典权与不动产质权有一些相类似之处，但二者毕竟是性质不同的法律制度。

(一)法国民法不动产质权制度

法国民法规定的不动产质权，即债务人或第三人为担保所负债务，将不动产交付于债权人，于债务完全清偿之前，允许债权人将不动产留置，而且以不动产的收益按年抵充债权的利

息，当收益额超过利息时，以其抵充本金。如果债权无利息，其收益专供抵充本金。

法国民法规定了不动产质权人的留置权及标的物的返还义务。债务人于债务清偿前，不得请求就供不动产质的不动产为收益。被担保的债权于完全清偿时，质权归于消灭，不动产质权人必须将标的物返还债务人。

法国民法第2091条规定不动产质权的效力及优先清偿权。规定："作为不动产质而被交付之不动产上所存在之第三人权利，本章的规定对其不能影响。若于债权人之不动产质权以外，债权人于不动产上有适法设定且保存之优先权或有抵押权者，依其顺位与其他债权人同样行使其权利。"基于不动产质权而发生的留置权及收益权，并非物权，因为不动产质权没有追及权。但法国民法将此种留置权及收益权赋予可对抗第三人的效力。这是因为，如果不承认不动产质有对抗第三人的效力时，债务人则可以将自己设定的不动产质的效力，任意使其失效，不动产质将不能发挥其应有的担保作用。从而，使取得质权设定的不动产所有权的第三人，设定质权的债务人以及普通债权人，或质权设定后才登记的抵押权人，于不动产质权人未完全受清偿之前，不能强制不动产质权人抛弃其对不动产的占有权，也不得查封质权应收取的果实。反之，于质权设定的书面登记以前，第三人于该不动产上取得所有权，不动产质权对其不能对抗，该第三人可以要求不动产质权人交付不动产。同样，在此之前先办抵押登记的抵押权人，可以对质权人占有的不动产行使抵押权。可见，不动产质权人并无优先受清偿的权利，仅仅对第三人有可对抗的留置权及果实收益权而已。①

法国民法还规定了流质契约的禁止及不动产质权人的强制拍卖权，规定债权人不得于约定期限清偿为理由，取得不动产所有权，有相反的约款者无效。如果有到期未受清偿的情形，债权人仅可以依不动产查封办法，诉请法院强制拍卖该不动产。

（二）日本民法的不动产质权制度

日本的不动产质权是担保物权的一种，其设定契约必须以不动产的交付为要件。只是不动产质权设定以后，质权人将质物交还于出质人时，并不发生不动产质权消灭的效力。这是因为不动产质权于质权设定后，不仅自己可以使用收益，而且可以将其出租给他人使用收益。继续占有不动产并非质权存在的必要条件。不动产质权的成立亦不以登记为必要，但须要登记才可对抗第三人，这是因为日本物权法的不动产登记制度是采对抗主义的缘故。②

日本不动产质权的主要功能在于担保债权的优先受偿，所以有关抵押的规定于不动产质权均可准用。而且日本不动产质不仅是担保质，而且也是用益质，不动产质权人可以依不动产的通常使用方法而为使用收益，但对于不动产的管理费用，以及其他不动产上的负担，由质权人负支付责任。对此，日本民法规定不动产质权人不得请求利息，原因就在于质权人已有使用收益的利益。又由于考虑到出质人自己不能对不动产进行改良，而且质权有使用收益的权利，所以不能使不动产质权长期继续存在，因而日本民法特别规定，不动产质权的存续期间不得超过10年。③

（三）典权与不动产质权的差异

1. 不动产质权有从属性，以债权的存在为前提，以被担保的债权的消灭而消灭。法国学者通说认为，法国的不动产质权不是物权的一种，质权人与债务人间虽然必须有债务的存在，但

① 见郑玉波主编：《民法物权论文选辑》（下），第955页以下。

②③ 同上，第994页以下。

担保该债务清偿的方法是以不动产的收益优先抵偿利息和原本，使债务的总额依次递增，最后全部清偿。所以法国不动产质是赋予质权人以留置权与使用收益的权利，借以抗拒其他权利人为方法，以收益优先清偿债务，但并不以不动产本身的财产价值为优先清偿债务的方法。由此可知，法国不动产质与抵押权等典型担保物权，并不相同。[1] 日本不动产质，则是担保物权的一种，它与其他典型的担保物权的不同之处，仅在于能占有不动产而为使用收益。而我国的典权则是主权利，它的存在不必以债权的存在为前提，它是用益物权，而非担保物权。

2. 法国、日本的不动产质，其出质人或债务人所负担的债务，是负人的清偿责任。即如果供担保的不动产不足以清偿全部债务时，其剩余部分，质权人得以一般债权人的地位就债务人的其他财产声请为强制执行，债务人非仅以质物为限负其责任。[2]而在典权中，出典人有回赎的权利，而无回赎的义务，即出典人对于典价并不负人的清偿责任，所以出典人可以抛弃回赎权，使典权人取得典物的所有权。出典人的责任限于以典物的所有权为最高限度，典权人无于典物所有权之外，另有向出典人请求返还典价的权利。

3. 法国、日本不动产质，由于债权金额高低不一，而且借额期限大都不长，为特别保护债务人起见，两国民法都有禁止约定留质契约的条款(即不得取得质物所有权的规定)。而典权的典价通常与典物的价值相近，若出典人抛弃回赎权，典权人可以取得典物的所有权。所以典权人确保其典价的方法是取得典物的所有权，而法、日的不动产质权人，其确保债权的方法，是拍卖不动产就其所卖价金优先受偿。

4. 不动产质权人，须依不动产的通用方法，而为使用收益，如果变田为宅，或变宅为工厂，均属不可。如果将质物出租或设定抵押，不经出质人同意，不得为之。[3]而典权，只要在不损害原状回复的限度内，可以改变典物的用途，而且典权人出租典物或在典物上设定抵押权，则无须出典人的同意。

5. 不动产质权的标的物，因不可抗力而失时，债务人仍须清偿债务，质权人不负危险负担的责任。[3] 而典物因不可抗力而失失时，典权及回赎权均归消灭，其危险由典权人及出典人共同分担。

二、典权与抵押权和营业质权(当)

(一)典权与抵押权

典权和抵押权均以不动产为标的物，同为不动产物权，这是二者的相同之处。但它们是二种性质完全不同的物权，典权是用益物权，而抵押权是担保物权。因此有关用益物权与担保物权的差异，也同样存在于二者之间。例如，典权是主权利，而抵押权是从权利，它以债权的存在为前提，随债权的消灭而消灭；典权中出典人对于典价的偿还，仅负物的责任，以典物所有权为限，而抵押权关系中的抵押人对债务则负人的责任，如抵押物所卖价金不足以清偿债务时，债务人就不足部分，仍负清偿责任。然而二者突出的差异于：典权须占有转移不动产，故在同一标的物上，不得设定数个典权；抵押权则勿须转移占有不动产，故在同一标的物上，同时可以设定数个抵押权。

---

(1) 见杨与龄：《民法物权》，第241页。

(2) 见郑玉波主编：《民法物权论文选辑》(下)，第999页以下

(3) 同上，见第975页。

(二)典权与营业质权(当)

典与当,早在汉朝就将二字并用,在民间,也往往典当并称。究其原因,乃是在中国古代,典权具有融通资金起担保作用的效能,在这一点上,与当有相似之处。但一般说来,典卖是指典权,而典当是指当。

但是直到近现代,在我国大陆仍有许多学者将典当混淆,在理论及实践上都造成了一定的混乱。尤其是1987年在成都成立了建国后的第一家当铺"华茂典当服务商行"后,此后在沈阳、上海、福州、温州、牡丹江、抚顺等地又有当铺陆续开张。这在理论界引起了注意,在对典当的理论探讨中,也出现了典当并称、典当混淆的现象。[①]1986年5月27日,最高人民法院《关于房屋典当回赎中几个有关问题的批复》中所言的典当,实际上是指典权。由此可见,目前在我国理论上及实务上,存在着"典""当"不分、"典""当"混淆的状况。由于理论的混乱,以致有的当铺同样经营不动产,以不动产为质做为债权担保。面对这种状况,我们有必要对典、当的法律性质予以探讨,严格将典与当区分开来。

关于我国的当,起源于夏秋,经历汉晋,称为"质",至南朝发展为寺庙经营的"质库",唐代称为"当铺"。典与当属两种完全性质不同的法律关系,现比较如下:

1.当,又称营业质权,是质权的一种,是为担保债权,占有由债务人或第三人移交的动产,于债务清偿前,得留置标的物,于无清偿时,就其标的物的价值,优先受清偿的担保物权。典,是支付典价,占有他人的不动产,而为使用收益之物权。由此得知,当是担保物权,而典则是用益物权,二者的法律性质截然不同。

2.典权的标的物是不动产,而当的标的物只能是动产。因我国在历史上没有不动产质权,因此对不动产质是不予以认可的。

3.二者权利与义务的内容也不相同。(1)当铺(承当人)得为占有保管当物,以确保自己债权的清偿。承当人必须以善良保管人的注意,保管当物。如果承当人违反该义务,若不能证明不是因过失而发生的,对于损害,应负完全责任,赔偿全部损失。而典权人虽然也必须以善良保管人的注意保管典物,但是,如果典物是由于不可抗力及意外事件导致典物灭失,由典权人和出典人分担损失。即便是由典权人的过失导致典物灭失时,典权人于典价限度内负其责任,而无论损失有多大,只以赔尽典价为限。(2)承当人对于当物只有保管的义务,而无使用收益及处分的权利。未经出当人同意,不得随便使用、出租当物,也不得转当。[②] 而典权的内容则十分丰富,典权人不仅可以使用收益典物,而且出租典物,转典或在典物上设定抵押权,不需经过出典人的同意。(3)由于承典人不得使用收益当物,当出当人回赎当物时,须支付一定数量的利息和本金。[③]而典权人由于可以使用收益典物,由典物所生的孳息(如出租典物所得的租金)归典权人所有,以此来抵充典价的利息,出典人回赎典物时,只须支付原典价,而不必再付利息。(4)承当人于出当人不履行债务时,不能取得对当物的所有权,而只能将当物拍卖,以取得拍卖价高于当价的差额来充当利息和清偿债务。而典权则否。当典权期限届满后,如果超过一定期限,出典人不行使回赎权,典权人当然取得典物的所有权。而且如果典物在回赎时其价值低于典价,出典人可以抛弃回赎权,对于低于典价部分不再负清偿责任。(5)一般来说,当的期限较短,

① 薛军:《对典当的立法思考》,《法学杂志》1989年第1期;陈孟超:《对典当业的法律思考》,《法学评论》1990年第1期。

②③ 史浩敏:《论对典当业的法律调整》,《政法学刊》1991年第1期。

而典权期限较长。

据上可知,典与当是二种完全不同的法律制度,将二者区别开来,有助于明确它们各自在经济活动中的作用,以加强对它们的管理和法律监督。在现实生活中,对于常用语也应加强区分,笔者认为应当将典称为典权,将当作为质当。

三、典权法律性质研讨

(一)用益物权说

该说的首倡者为我国民法学者黄右昌先生,胡长清先生,现今我国台湾学者郑玉波先生、姚瑞光先生亦持用益物权说。其主要理由归纳如下:

1.民国民法第911条明确规定典权为使用收益之权,另外还有立法解释也予以说明,对此不容争论。既然民法第911条已有明确规定,所以无论典之字义如何,在法制沿革上如何,实际上是否因通融金钱而出典不动产,回赎与否与赎当情形相同,民法典将典权章次如何排列等等,均与民法所定典权的意义和性质无涉。不能置法律规定于不顾,而认为典权是担保物权。至于典权在中国法制沿革上,是否担保物权,民法就典权章节排列是否恰当,这是另一问题,不得据此认为,典权系担保物权。①

2.典权是主物权,不似担保物权必须从属于债权而存在。黄右昌认为,典权是主物权,非从物权,其权利自身,始终因物的关系而存在。而因物而产生的典的关系,绝不会因先有或另有他种法律关系(债之关系),才能发生典权。②

3.典权人的给付是典权的对价,所以不称之为借款,而称之为典价,出典人的回赎,不称之为清偿债务,而称之为回赎典物,可见典权不是担保物权。③

4.典字有两种意义,一为典当,以借债为前提,属担保物权性质;一为典卖。视典与卖为同种法律关系,并无担保性质。民法所规定的典权制度,是由典卖之典演化而来,与典当之典不同,所以典权是用益物权,而非担保物权。④

5.在典权关系中,如果出典人抛弃回赎权,即可使典之关系消灭,如典物价值低于典价,出典人对于不足部分,不负清偿责任。而担保物权中,债务人对于不足部分,仍有义务偿还债务。⑤

(二)担保物权说

此说认为,典权是担保物权中的一种,持此说乃我国台湾学者余戟门。其主要理由如下:⑥

1.民国民法将典权章编列于担保物权中的质权与抵押权之间,这说明典权确为担保物权。

2.在我国法制沿革上,典与质并无严格区别,原来皆具有担保物权的性质。民间运用典权,实际上多是因经济窘迫,通融金钱而出典田宅,有借贷关系的存在,这是不可否认的事实。

3.如果认为典权是用益物权,那么典权的回赎又如何解释?因为如果以典价作为设定典权的对价。那么典权消灭时,应该没有返还对价义务,所以于回赎时令出典人提出原典价,实际上

---

① 见姚瑞光:《民法物权论》第325页以下。

② 黄右昌:《民法诠解·物权篇》下册,第89页。

③④⑤ 郑玉波:《民法物权》,第138、139页。

⑥ 余戟门:《民法物权要论》,第79页以下。

具有清偿债务的性质。

(三)特种物权说

此说为折衷说。该说认为典权是兼具担保物权及用益物权的特种物权。我国台湾学者史尚宽、李肇伟、陈荣宗持此说,大陆学者董开军亦持此说。其主要理由如下:

1.典权虽然具有用益物权的效能,但这不是其主要目的,而且典权人多数都是富户。原没有用益他人不动产的必要,因而,其典受他人的不动产,是以取得典物所有权为最终目的,而其使用收益不过是其副作用而已。所以典权与地上权、永佃仅的专以用益他人土地为目的者不同,不能以法条对典权的规定有使用收益的字样,即认为典权是用益物权。①

2.典权是由担保物权发展而来,具有相当的担保作用。典权在中国昔日社会,具有通融金钱,确保债权的社会事实,它一直扮演着担保物权的角色。它发展到现代社会,也同时兼具有担保金钱债务的功能。典权担保金钱债务的方法,是以最原始的占有标的物及取得标的物所有权为满足债务方法;典权人虽然依法不能将典物拍卖,就卖得价金优先受偿,但典权人既然能直接以取得典物所有为方法,优先于其他债权而满足其典价的权利,这种现象,仍不失其担保物权的功能。②

3.典权虽具有担保作用,但也不是纯粹的担保物权,因为担保物权是从权利,必须以主权利(债权)的存在为前提,而典权则否,因而典权与抵押权或质权等纯担保物权,亦不相同。可见,典权既不是纯粹的用益物权,亦不是纯粹的担保物权,而是兼具双重性质的特种物权。③

4.典卖不只是附回赎条件的活卖,它与金钱借贷有关,具有担保性,典权就是以不动产为标的的具有用益性的担保物权。④

以上三说,第一说为通说,笔者从之,并补充以下理由以反驳担保物权说及特种物权说。

1.出典人非均以筹措资金为目的,典权人乃以使用收益典物为目的。典权的设定。出典人虽多为筹措资金为目的,但并非所有的出典人都以此为目的,有的出典人是由于其所有的不动产数量较多,个人使用而有剩余时,将其出典;还有的是出典人外出谋生,如将其所有的不动产以供租赁,则收取租金多有不便而选择出典。对于典权人这一方来说,设定典权的目的绝不是为了保证其典价的收回,而是为了使用收益典物。即便有的典权人设定典权的目的是为了最终取得典物所有权,但典权的设定与所有权的取得,其间只有可能性,而无必然性,而使用收益典物,则是典权设定的必然结果。

2.典权原有的担保作用。随社会的发展早已丧失殆尽。在中国昔日的农业社会中,由于工商业极为落后,金融机构尚未建立,因此,债权人多为大地主。债权人将金钱借贷给他人后,从债务人手中取得不动产的占有而为使用收益,此时发生的典权,确有担保债务履行的作用。然而,随着社会的进步及现代化商品经济的发展,大多数的经济融资由金融机构来承担,而金融机构对于不动产的占有及使用收益则毫无兴趣,它所关心的只是债权的担保及利息的收取。对于个体债权人来说,如果其目的仅为担保债务履行,那么他同样对占有不动产毫无兴趣,因为占有不动产,要承担不动产的风险,这会给他带来不必要的麻烦。他只需设定不需要转移占有

① 史尚宽:《物权法论》,第392页。

② 张企泰:《民法物权》,第83页。

③ 郑玉波编:《民法物权论文选辑》(下),第1073页。

④ 董开军:《担保物权要论》,第169页(博士论文)。

的不动产抵押权即可。因此,现代意义上的典权,已不再具有担保作用,而为纯粹的用益物权。

3.法典编排体例容有不当,并不决定典权法律性质。民国民法将典权一章编列于担保物权中的质权与抵押权之间,是民法外部排列上的问题,而非民法内部典权的性质问题。即如我国民法通则将抵押权和留置权作为担保方法规定在债权一节,并不因而改变抵押权和留置权的物权性质一样。

4.不能以融通资金之功能证明典权性质为担保物权。在我国法制沿革上,典与质确无严格的区别,但随着社会的进步及法制的发展,质演变为现代民法中的质权,为担保物权;而典则演变为以使用收益为目的的典权,为用益物权。至于民间运用典权,多因经济窘迫,通融金钱而出典不动产,但并不能依据此就认为典权是担保物权,因为具有融通资金功能的法律制度不限于担保物权,如借贷、租赁、买卖、租赁买卖、卖出租回、融资租赁等,均有融资功能。

5.回赎时支付原典价不具有清偿债务的性质,不能据以认定典权为担保物权。对于典权中回赎时的典价问题,笔者认为,典价是典权的对价,是典权人取得几乎与所有权人地位相当的对价,因此,典价接近于卖价,其价额远远高于典物的使用价,而典物的使用价,实际上只是典价的利息。既然如此,出典人回赎典物时,当然应支付原典价,而复取得对典物的完全物权。因此,回赎时所支付的原典价,不具有清偿债务的性质,如果认为其具有清偿债务的性质,那出典人回赎权的抛弃,则难以解释。

基于上述理由,笔者认为,典权无担保物权的性质,非担保物权。既然典权无担保物权的性质,那也非兼担保物权的特种物权,而是定限物权中的用益物权。

(作者单位:云南政法专科学校)

责任编辑:张广兴