

名家论文导读—民法篇

一、文章题目

《共同正犯：承继性与重合性——高海明绑架、郭永杭非法拘禁案的法理分析》

二、作者简介

温世扬，男，1964年生，江西大余人，武汉大学法学院教授，博士生导师。我国民法学的著名学者，其主要的研究领域为物权法和保险法。著有《财产支配权论要》（《中国法学》2005年第5期）、《取得时效立法研究》（《法学研究》2002年第2期）、《法人目的事业范围限制与“表见代表”规则》（《法学研究》1999年第5期）等论文70余篇。出版《物权法教程》（法律出版社2009年版，主编）、《财产支配权体系研究》（武汉大学出版社2009年待出，主编）、《物权法要义》（法律出版社2007年版，独著）、《保险法》（法律出版社2007年版，主编）、《物权法通论》（人民法院出版社2005年版，合著）和《物权法要论》（武汉大学出版社1997年版，独著）等论著多部。还主持过国家社会科学基金项目、教育部“新世纪优秀人才计划”项目、教育部博士点项目，以及司法部法制建设与法学理论研究项目等诸多重大课题研究项目。现为中国法学会民法学研究会副会长、教育部高等学校法学教育指导委员会委员、司法部国家司法考试命题专家委员会委员。温教授是国家司法考试民法部分的资深命题人，也是司法考试指定教材（法律出版社出版的三卷本）民法部分的编写人之一，在司法考试民法部分试题命制中具有相当的话语权重。

三、文章出处

在温老师的诸多著作之中，对于司法考试最具指导意义的就是《物权法要义》（法律出版社2007年版，独著）。学有余力的同学，不妨通读全书，对考试一定大有裨益。难以面面俱到的话，这本书也是极好的参考工具书。在复习过程中，要是发现有某个问题存在争议，难以取舍时，不妨翻到本书相关部分加以对照，建议以该书观点为准，毕竟在司法考试中，出题人的看法往往反映了司考真题正确答案背后的逻辑。

此外，新近论文《征收、拆迁与不动产物权变动及其相关立法问题》（《福建政法管理干部学院学报》2008年第4期）也值得注意。于此，谨摘录整理如下。

四、内容摘要

拆迁仅是征收过程中所产生的附带问题，不具有独立的法律地位，而征收则是一项独立的法律制度。我国的征收决定、房屋拆除所引起的物权变动关系在立法上还需借鉴与完善，应该通过立法确定公益性征收拆迁的要件、程序和补偿标准以及政府的责任。

五、文章重点整理

（一）拆迁与征收的关系

公益性拆迁（以下简称“拆迁”）总是与征收相伴。在绝大多数情况下，拆迁都是因征收引起的，是征收的一项结果，而征收往往是实施拆迁的前提，或者说拆迁是征收程序的一部分。拆迁直接导致被拆迁人房屋所有权的丧失，其后果与征收实无二致。因此，房屋拆迁实质上是国家以征收这一国家所有权特殊取得方式取得私人房屋的表现。可以说，拆迁仅只是征收过程中所产生的一个附带问题，并不具有独立的法律地位，征收才是一项独立的法律制度。

（二）征收中物权变动的时点

《物权法》第28条是对因生效法律文书、征收决定等公权力行为导致的不动产权变动的规定，是物权变动一般规则的例外规定。据此规定，政府的征收决定生效时发生物权变动的效果，也即物权变动的时间应以征收决定生效的时间为准。征收是法律赋予政府的权利，是政府以行政命令的方式强制取得私人财产所有权的行为，同时也是政府作出的一项具体行政行为。由于具体行政行为具有公定力，一经作出，不论合法与否，在未经法定机关和法定程序撤销或变更之前，都推定为合法有效，对行政机关、相对人均具有约束力。据此，政府的征收决定一经作出，不论是否合法，立即发生法律效力，对作出决定的行政机关和被征收人都有法律约束力，并直接导致物权变动的法律效果。因而，该条规定实是确定了物权变动的时点应为征收决定作出之时，而不是其他时间点，如征收人与被征收人达成拆迁补偿协议之时，或被征收人搬迁完毕之时、给予补偿之时等。

（三）征收中的房屋所有权

依《物权法》第28条的规定，政府作出征收单位或个人的房屋的决定后，该房屋即转归国家所有，被征收人对其房屋不再享有所有权。征收是一种国家所有权的特殊取得方式，国家是征收主体，由于国家不必征得被征收人即原所有权人的同意就可取得房屋的所有权，且可以使该房屋上的负担消灭，因此从这个意义上说，征收可被认为是一种原始取得所有权的方式，即国家作为新的所有权人取得无负担的房屋所有权。

须注意的是：1、根据实践中的情况，政府作出征收决定后，并不会立即实施拆迁行为，往往会规定一定的搬迁期限方便被征收人准备搬迁事宜，因而被征收人仍然可继续在该房屋中居住一定期限，但此时被征收人已不再是房屋的所有人，不得为任何处分行为；2、征收只是针对集体所有的土地和城市房屋及其他不动产而言的，至于不动产中的家具、物品等动产仍归被征收人所有，并不属于征收的对象。

（四）征收中的建设用地使用权

在我国，城市房屋所有权总是与相应的建设用地使用权相结合，二者虽然在理论上属

于两种不同的权利，在实际操作中却休戚与共，贯彻“房随地走”、“地随房走”的规则。如《物权法》第146条规定：“建设用地使用权转让、互换、出资或者赠与的，附着于该土地上的建筑物构筑物及其附属设施一并处分”；第147条规定：“建筑物、构筑物及其附属设施转让、互换、出资或者赠与的，该建筑物、构筑物及其附属设施占用范围内的建设用地使用权一并处分”。

遵循这样的规则，城市房屋的征收与相应的土地的收回实际上是同一个过程。一般来说，之所以征收单位或个人的房屋，其主要目的便是收回相应的房屋所附着的土地，由于城市土地本来就归国家所有，因而城市土地的收回就是消灭该土地之上原有的建设用地使用权，再为其他人设立新的建设用地使用权，以便于该土地另作他用。因而，在某种程度上可以说，城市房屋的征收其实也意味着建设用地使用权的征收。依《物权法》第28条的规定，政府作出征收单位或个人的房屋的决定之时即为房屋所有权移转归国家所有之时，那么也就是房屋所占土地之上的建设用地使用权收归国家所有之时。《物权法》第148条规定：“建设用地使用权期间届满前，因公共利益需要提前收回该土地的，应当依照本法第四十二条的规定对该土地上的房屋及其他不动产给予补偿，并退还相应的出让金。”该规定明确了因公共利益的需要可以提前收回城市的土地，实际上就是肯定了建设用地使用权也是征收的对象。由于提前收回建设用地使用权，不仅使原权利人丧失了继续使用该土地的权利，也使其不能继续拥有该土地上的房屋及其他不动产，因而，对建设用地使用权的收回实质上导致了单位或个人的房屋等不动产的征收，这也是“房随地走”规则的体现。依据第28条的规定，可作出这样的推论，即拟收回的建设用地使用权自政府的收回决定作出之时转移归国家所有，该土地上的房屋及其他不动产的所有权也同时移归国家所有。所谓退还相应的土地出让金，是指根据土地出让金总和及使用年限，将土地出让金按年折算，将建设用地使用权人无法使用土地的年限内的相应数额的出让金退还。退还相应的出让金就是对提前收回建设用地使用权的一种补偿，只不过该补偿标准并不是以被征收的建设土地使用权的市场价格为准。该条将对提前收回建设用地使用权的补偿与对原使用权人无法继续使用的房屋及其他不动产的补偿同时作出规定，符合公平原则。

（五）征收中的抵押权

由于国家征收单位或个人的房屋（以及建设用地使用权）可以令房屋或土地上的其他负担消灭，因此，若被征收的房屋（以及建设用地使用权）之上设有抵押权的，则随着房屋所有权（以及建设用地使用权）移归国家所有，抵押权也发生了变更，即设在被征收房屋（以及建设用地使用权）之上的抵押权负担移转至被征收人所获得的拆迁补偿费或产权调换后的房屋之上，最终由国家取得无负担的房屋所有权。

《物权法》第174条规定：“担保期间，担保财产毁损、灭失或者被征收等，担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿。被担保债权的履行期未届满的，也可以提存该保险金、赔偿金或者补偿金等。”该条即是关于抵押权物上代位性的规定。可见，《物权法》对抵押权的物上代位性采取了狭义的定义。狭义的物上代位性仅指当抵押物因意外原因或者第三人的行为而发生灭失、毁损获得赔偿金时，该赔偿金成为抵押权

标的物的代替物，抵押权人有权对该项赔偿金行使抵押权。也就是说，当抵押物毁损、灭失或被征收后，抵押权并不当然消灭，而是可能转化为他种价值形态或载体，如抵押物因毁损、灭失而获得的赔偿金或保险金、抵押物被征收而获得的补偿金等，此时抵押权的效力便可及于抵押物的代位物，抵押人可以该代位物获得救济。因此，当房屋（以及建设用地使用权）被征收后，设于其上的抵押权并未消灭，而是原所有权人所获得的拆迁补偿费成为抵押物的代替物，抵押人有权就该拆迁补偿费行使抵押权。

房屋拆迁补偿方式除了货币补偿外，还可以房屋产权调换的方式进行补偿。虽然现行立法对于抵押权的物上代位性采取狭义定义，将抵押代位物的范围仅限定为抵押人可获得的保险金、赔偿金或者补偿金等价值形态，若被征收房屋上存有抵押权，且拆迁中是以房屋产权调换的方式对被拆迁人进行补偿的，如果以代位物仅能为价值形态为由不允许产权调换的房屋等实物形态也可作为代位物，显然对抵押权人不利，因而在此对于抵押权的物上代位性应当做广义理解，即产权调换后的房屋在原所有人的房屋被征收后也可作为抵押物的代替物，应当作为抵押财产，可为抵押权效力所及。

关于房屋（以及建设用地使用权）被征收引起抵押权变更的时点问题，依据《物权法》第28条的规定，即在政府的征收决定一经作出、房屋所有权移归政府所有的同时，抵押权的效力也应由房屋及建设用地使用权之上转移至被征收人可获得的拆迁补偿金之上。同理，采取房屋产权调换方式进行补偿时，抵押权的效力于征收决定作出之时转移至被征收人可获得的产权调换房屋之上。

（六）房屋拆除与物权变动

国家征收单位或个人的房屋主要是为了将该房屋占用范围内的土地另作他用，因此通常会征收而来的房屋拆除。房屋被拆除后，所有权标的物灭失，房屋所有权也就不复存在了，这也是所有权的绝对消灭。

《物权法》第30条规定：“因合法建造、拆除房屋等事实行为设立或者消灭物权的，自事实行为成就时发生效力。”这是对因事实行为导致的不动产物权变动的规定。拆除房屋属于所有权人行使处分权的事实行为，基于所有权人对其所有标的物的支配权，可以不损害他人利益和社会公益的方式对其房屋进行拆除，使标的物归于灭失，从而消灭房屋所有权。但拆除房屋这一事实行为何时成就，应依一般社会观念来判断。如果房屋仅被拆除了一部分，未损及房屋主体结构 and 重要部分，对居住者继续居住于内没有较大影响，或者拆除部分可以修复且修复后不失原房屋的同一性的，就不应认定房屋拆除已成就，且房屋所有权尚未灭失；如果房屋从表象上看已被完全、彻底地拆除，或者虽仅被拆除了一部分但无法修复或修复后已失去原房屋的同一性的，应当认定该房屋拆除已成就，房屋所有权也相应灭失。

但须注意的是，由于征收决定作出后房屋即转归国家所有，因此，就房屋拆除后的残值（砖瓦、木材、钢筋等）而言，除另有约定外，也应归属于国家。

六、读后感言与该科考试趋势

学术论文所要解决的往往是立法或实务之中未予规范或尚待澄清的问题，其意义指向显然不可能是司法考试的破题。但是，这并不妨碍我们站在备考司法考试的立场上去重新解读论文所体现出的丝丝意蕴。

1. 纵向而言，在对法条进行平面化、识记型考察的同时，加强对细节问题的延伸性考察。从该文可以看出，在《物权法》颁行之后，学者们开始了对法条的法解释学研究，对仍然很笼统而欠缺可操作性的法条进行细化规则和查漏补缺工作。因为虽然《物权法》是一部新法，但由于立法进程中杂音不断和法技术的不够完善，导致最后的立法又成为“宜粗不宜细”这一政法话语的产物。这反映在司法考试中，表现为《物权法》条文虽然很多，但真正具有可考性的法条相对而言并不是特别多，再加之《物权法》的相关司法解释迟迟未能出台，法条的平面化考察难以为继也难度有限，法条的深度挖掘就显得十分必要了。比如《物权法》第28条规定了公权力行为所导致的物权变动的时点是以征收决定生效的时间为准，而不是其他时间点，如征收人与被征收人达成拆迁补偿协议之时，或被征收人搬迁完毕之时、给予补偿之时等。
2. 横向而言，对单独一个法条的考察正日益被对相互关联的法条综合考察所替代。立法上，规范某一制度，或解决某一问题，常常是通过法条及其配套规范，或是制度群的无缝对接来达成目的的。在司法实务之中，判决结果的得出往往不是基于一个法条，而是多个法条综合运用结果。在司考中，往往一道题涉及多个法条。在复习过程中，应当多联系相关法条思考，比如论文所涉及的征收与房屋所有权、征收与抵押权等。
3. 理论考察力度加大。很可能有人认为，上引论文所涉及的内容是否已超出了司法考试应有的难度？司考命题与司考培训其实一直处于一个相互较劲的过程。司考作为名义上的资格考试，实质上的选拔考试，它每年的通过率都是人为划定和控制的。在司法培训水准日益提高的情况下，要想维持从紧的通过率，就唯有提高试题难度一途。再者，司法考试的最终目的也是想提升司法从业人员的素质，加大试题的理论深度和灵活性也是大势所趋。

七、真题链接

1. 2008年卷三单选第8题。

《物权法要义》第28-29页：（3）因事实行为导致的不动产物权变动。《物权法》第30条规定：“因合法建造、拆除住房等事实行为设立和消灭物权的，自事实行为成就时发生效力。”因事实行为导致的不动产物权的设立和消灭，其本身通常具有显著外像堪为公示，故无需规定以登记为变动要件。

2. 2008 年卷三单选第 11 题。

《物权法要义》第 285-286 页：3、抵押权顺序的处分……抵押权顺序的变更是指同一抵押人的数个抵押权人将其抵押权的顺位互为交换。例如抵押人甲先后为乙、丙、丁设定抵押权，现乙与丁协议将各自抵押权顺位交换，丁由此取代乙成为第一顺位抵押权人，乙则成为第三顺位抵押权人。抵押权顺序的变更须由抵押权人之间达成变更合意并办理变更登记，同时须经其他利害关系人（如保证人、其他抵押权人）的同意，否则对其不发生效力。对此，《物权法》第 194 条中作了如下规定，抵押权人可以放弃抵押权或者抵押权的顺位。抵押权人与抵押人可以协议变更抵押权顺位以及被担保的债权数额等内容，但抵押权的变更，未经其他抵押权人书面同意，不得对其他抵押权人产生不利影响。

3. 2007 年单选第 10 题

《物权法要义》第 131-138 页：具体内容略

4. 2007 年单选第 12 题

《物权法要义》第 224-225 页：本章案例，与上述真题高度吻合。