

## 本期特稿

我国民法典物权编中担保物权制度的发展与完善<sup>\*</sup>王利明<sup>\*\*</sup>

内容摘要:《民法总则》通过后,立法机关即将开启民法典分则各编的制定工作。在民法典物权编中,应当在协调《物权法》和《担保法》相关规定的基礎上,对担保物权制度进行补充、修改和完善,具体而言,民法典物权编应当对一些新型担保方式如按揭等做出规定,明确并完善动产抵押的法律规则,清晰界定抵押财产的范围,同时,还应当承认土地承包经营权、宅基地使用权抵押,建立担保物权的冲突解决规则,并完善担保物权的实现程序。

关键词:民法典 物权法 担保物权 动产抵押

DOI:10.13415/j.cnki.fxpl.2017.03.001

2007年《物权法》的颁布,符合了担保物权的发展趋势,回应了实践中关于担保的需求,也极大地完善了《担保法》关于担保物权的规定。然而,自该法颁布以来,我国市场经济和融资的进一步发展,产生了更多类型的新型担保,并对担保物权的现有规则提供了重新审视和反思的机会。鉴于我国目前正在制定民法典,在民法典分则物权编中,担保物权制度应当重新予以检讨,并有效地整合有关担保物权的现有规定。笔者认为,就未来我国民法典物权编中担保物权体系的发展与完善,应当注意以下几个问题。

### 一、协调《物权法》和《担保法》的相关规定

法谚有云:“后法优于前法(Lex posterior derogate priori)。”这就是所谓的“新法优先于旧法”的原则,即对同一事项,如果新法已经对其作出调整,则旧法的相关规则当然废止。<sup>①</sup>该原则主要适用于同一位阶的规范之间,也就是说,它是针对两个具有同等效力层级的法律时所适用的规则。因为《担保法》颁布在先而《物权法》颁布在后,而且《物权法》本身已经对对《担保法》的不少规定作了较大的修改与完善,因此,在法律适用上应当首先适用《物权法》的规则。例如,依据《担保法》第28条的规定,在人保和物保并存的情况下,首先应该实现担保物权,再实现保证担保。确立这一规则的主要原因在于:一方面,按照物权优先于债权的规则,物保属于物权的范畴,而人保属于债权的范畴,所以物保优先于人保。另一方面,物的担保以其特有的物权优先品质可以确保债权的受偿,而保证属于债权担保方式,因此,物的担保应当优先于保证。<sup>②</sup>另外,物的担保将产生担保物权,担保物权较之于保证合同更容易执行,因此,应当先实现担保物权。然而,这种规定误解了物权的优先效力,对物上保证人极不公平,而且严重限制了当事人的私法自治。因此,在总结我国立法和司法实践经验的基础上,《物权法》于第176条规定:“被担保的债权既有物的担保又有人的担保的,债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形,债权人应当按照约定实现债权;没有约定或者约定不明确,债务人自己提供物的担保的,债权人应当先就该物的担保实现债权;第三人提供物的担保的,债权人可以就物的担保实现债权,也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后,有权向债

\* 本文为国家社科基金重大项目“法学方法论与中国民商法研究”(项目批准号13&ZD150)的阶段性成果。

\*\* 中国人民大学法学院教授,中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员。

① 参见郑玉波译解:《法谚(一)》,台湾三民书局1984年版,第8页。

② 参见邹海林、常敏:《债权担保的理论与实务》,社会科学文献出版社2005年版,第116页。

务人追偿。”由此可见,就混合共同担保中担保权的实现,《物权法》对《担保法》的相关规则作了重大修改。不仅如此,《物权法》还在《担保法》的基础上,扩张了担保财产的范围并增加了不少新的担保形式。例如,《物权法》增加了动产浮动抵押权、基金份额质权、应收账款质权等新型担保方式,明确规定正在建造的建筑物等之上可以设定抵押,允许法律、行政法规未禁止抵押的其他财产作为抵押物。<sup>③</sup>

在《物权法》颁布实施之后,《担保法》并未废止,而是继续有效。因为《担保法》不仅仅包括了物的担保,而且包括了人的担保,属于人的担保的内容本来属于债法的内容,但是由于《合同法》并没有将保证合同纳入其中,这就产生了一个法律上的难题,即如果废止《担保法》,则会使《担保法》中保证的内容无所归依,这显然是不妥当的。而且即便就物的担保而言,《物权法》也未完全取代《担保法》的规则。正因如此,为了协调两部法律对担保物权的规定的关系,《物权法》第178条规定,“担保法与本法的规定不一致的,适用本法”。这一规定体现了“新法优于旧法”的法适用规则,在一定程度上解决了《担保法》与《物权法》相冲突时的处理规则。<sup>④</sup>

然而,尽管存在这一规定,由于《担保法》并没有被废止,两部法律的冲突并未完全解决。司法实践中,法院同时适用上述两部法律以及相关司法解释的现象也很常见。这种现状不仅给法官找法带来了严重困难,而且也使得同一案件因为不同法官适用《担保法》或者《物权法》,造成了裁判结果的不一致,一定程度上导致了“同案不同判”、“同法不同解”的现象,损害了司法的公正性与权威性。如就混合共同担保中担保人内部求偿权问题,《物权法》第176条未予明确,但《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(以下简称《担保法司法解释》)第38条有具体规定,司法实践中把握不一,<sup>⑤</sup>亟待立法解决。

在当前我国编纂民法典时,有必要高度重视并妥当处理好《物权法》和《担保法》的相互关系。如果仍然采取现在《物权法》第178条规定的办法,使《担保法》继续有效,法官可能因为难以确定《担保法》的哪些条款被民法典修改,哪些条款没有被修改,而只能继续适用担保法,从而造成法律规则的不一致。最好的办法是,在编纂民法典时,将既有的《担保法》的内容一分为二:其中,物的担保纳入到民法典的物权编之中,而人的担保纳入到债法或合同法的范畴,然后废止《担保法》、《物权法》。只有这样,才能形成科学合理的法律体系。

## 二、应当对一些新型担保方式做出规定

为因应经济快速发展所催生的大量融资需求,各国均在不同程度上对担保制度进行了革新。<sup>⑥</sup>在未来我国民法典的物权编中,是否应该规定新的担保形式,首先涉及到如何认识担保的功能问题。应当看到,担保物权具有“安全”和“效率”的双重功能。一方面,担保物权制度旨在保障债权到期后能够得到及时清偿和实现,这是担保物权的“安全”功能;另一方面,担保物权可以为当事人提供更多的融资途径或制度选择,这是担保物权的“效率”功能。然而,在这两个基本功能之间又存在着一定的冲突。如果强调安全的优先意义,就必须要以担保物权类型的法定主义作为基本手段,对当事人自发的制度创新活动予以必要的限制;而如果强调效率是优先目标,就应当给予当事人自行创设新型担保方式上以更大的制度空间。从总体上看,《物权法》在一定程度上兼顾了安全与效率这两个基本功能,为了使当事人获得尽可能多的融资途径,规定了正在建造

<sup>③</sup> 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2007年版,第178页。

<sup>④</sup> 参见高圣平、罗蕾:《物权法与担保法适用的时间效力问题》,载《人民司法》2010年第21期。

<sup>⑤</sup> 大部分判决承认担保人的内部求偿权,如顾正康与汇城公司、荣华公司、华泰龙公司、钱云富担保追偿权纠纷上诉案民事判决书【湖北省高级人民法院(2014)鄂民二终字第00078号】;何秋金等与东方公司杭州办事处、上海舜日公司等金融借款合同纠纷上诉案民事判决书【上海市第二中级人民法院(2016)沪02民终4886号】;胡永生、谢嘉、胡霞与曹长清担保追偿权纠纷上诉案民事判决书【江苏省南京市中级人民法院(2015)宁民终字第7596号】等等;但亦有判决不承认担保人之间的内部求偿权,如南京东部路桥工程有限公司与王军、杨捷、施彦平、王京、江苏瑞桓建设有限公司担保合同追偿纠纷上诉案【江苏省南京市中级人民法院(2016)苏01民终3182号民事判决书】。

<sup>⑥</sup> 详细介绍参见 Joseph J. Norton, MadsAndenas(eds), *Emerging Financial Markets and Secured Transactions* (London: Kluwer Law International, 1998); Roy Goode, *Legal Problems of Credit and Security*, 3rd edn, (London: Sweet & Maxwell, 2003)。

的建筑物的抵押、动产浮动担保、基金份额质押、应收账款质押等,也适应了担保物权制度的国际化发展趋势。不过,这些规定仍然不够,在未来我国民法典物权编中仍然应当进一步完善相关制度,主要包括:

第一,应当对典当做出明确的规定。所谓典当,是指当户将其动产、财产权利作为当物质押或者将其房地产作为当物抵押给典当行,交付一定比例费用,取得当金,并在约定期限内支付当金利息、偿还当金、赎回当物的行为。<sup>⑦</sup> 由于典当的特点在于以实物占有转移为担保形式,为当事人获取临时性的、小额的贷款提供担保。因此,通过典当的方式为中小企业和个人及时获取融资提供了极大的便利。在我国经济生活中,典当已经成为一种非常重要的融资方式,自1984年我国出现了第一家典当行以后,典当业在各地迅速发展。《典当管理办法》就绝当时当物处理明定“绝当物估价金额不足3万元的,典当行可以自行变卖或者折价处理,损益自负”,不同于《物权法》《担保法》关于禁止流押、流质契约的规定。对于低值当物,允许典当行直接取得所有权,就成了典当权的实现途径不同于抵押权和质权的特征。因此,典当权不同于抵押权、质权等约定担保物权,具有自己的特征,应在民法典担保物权编中占据一席之地。<sup>⑧</sup> 从实践来看,我国典当业发展迅速,已经远远突破了这一界限,而且,当事人采取一些方式规避这一规则的适用,出了问题法律仍需应对。因此,未来民法典物权编中应当考虑典当行业的特殊性,适当允许流质,以进一步规范典当业,并保障其健康有序地发展。

第二,承认动产让与担保。让与担保有广义和狭义之分。广义上的让与担保,包括买卖式担保与让与式担保。买卖式担保,是指以买卖形式进行信用的授予,给予信用者即债权人并无请求返还价金的权利,但接受信用者即债务人却享有通过支付价金而请求返还自己让与给债权人的标的物的权利的一种担保形式。<sup>⑨</sup> 这种担保形式在日本民法上称为卖渡担保。狭义的让与式担保是指债务人或第三人为担保债务人的债务,将担保标的物的权利事先移转给担保权人,在债务清偿后,标的物的权利应返还给债务人或第三人,当债务人不履行债务时,担保权人可以就该标的物受偿的。<sup>⑩</sup> 动产让与担保仍然是一种非典型的担保,也就是说,它并不是由法律直接规定的,而是通过习惯和司法判例创设的。各国法律大多没有将其在物权法中作出规定。<sup>⑪</sup> 例如,以德国为代表的国家承认了动产让与担保,在实务中广泛采用了动产让与担保形式。在我国《物权法》制订过程中,曾经有不少学者呼吁对动产让与担保做出规定,<sup>⑫</sup>但是立法者最终没有采纳这一建议。笔者认为,虽然我国采物权法定原则,但是,有必要对动产让与担保作出规定。一方面,既然动产抵押都得到了法律上的承认,动产让与担保也应当被法律承认,毕竟动产抵押权只是当事人约定在动产之上设定的他物权,而动产让与担保是当事人约定的移转所有权,更应当承认。另一方面,动产让与担保还具有节约交易成本等重要意义。而且,从实践看,当事人可能会采取一些变通的方法(如分别签订借款合同和动产的买卖合同),从而实质上采取了动产让与担保的方式为债权提供担保。如果法律上不认可动产让与担保的规则,就无法规范相关的裁判行为。在法律上,通过确认动产担保,也有助于完善动产让与担保的公示方法,以便使动产上的权利负担为他人知晓,防止危害交易安全。

第三,对收费权质押作出单独的规定。《物权法》第223条第6项对应收账款质押做出了规定,目前实践中是将收费权解释到应收账款的概念中,从而实现应收账款的质押。其实,我国有关规范性文件早已承认了收费权质押。例如,2000年12月8日《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第九十七条规定,“以公路桥梁、公路隧道或者公路渡口等不动产收益权出质的,按照担保法第七十五条第

<sup>⑦</sup> 2005年2月9日商务部和公安部联合颁布的《典当管理办法》第3条第1款规定:“本办法所称典当,是指当户将其动产、财产权利作为当物质押或者将其房地产作为当物抵押给典当行,交付一定比例费用,取得当金,并在约定期限内支付当金利息、偿还当金、赎回当物的行为。”

<sup>⑧</sup> 参见高圣平:《民法典中担保物权的体系重构》,载《法学杂志》2015年第6期。

<sup>⑨</sup> 参见史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第423页。

<sup>⑩</sup> 我国台湾地区也有学者认为,Mortgage之本意为让与担保,目的在移转财产担保债务之清偿。参见刘得宽:《民法诸问题与新展望》,中国政法大学出版社2002年版,第452页。

<sup>⑪</sup> 参见[日]近江幸治:《担保物权法》,祝娅等译,法律出版社2000年版,第10页。

<sup>⑫</sup> 参见梁慧星等:《中国物权法草案建议稿—条文、说明、理由与参考立法例》,社会科学文献出版社2000年版,第89、777—778页。

(四)项的规定处理”。2007年9月30日中国人民银行颁布的《应收账款质押登记办法》第4条规定了应收账款的范围,从该条规定来看,应收账款的范围十分广泛,类型也较多。<sup>⑬</sup>从银行业的实际情况来看,收费权质押已经成为一项重要的银行业务,是企业一项重要的融资担保手段。我国司法实践也承认收费权质押,例如,最高人民法院第53号指导性案例,也明确确认了污水处理项目等特许经营的收益权出质的规则。<sup>⑭</sup>在此背景下,笔者认为,将收费权质押仅仅解释为应收账款质押,而不承认其为一种独立的权利质押方式,确实存在一定的弊端。

尤其应当看到,在法律上,应收账款与收费权的内涵不同,外延也存在明显区别。收费权是一个范围非常宽泛的概念,但作为应收账款质押的收费权,主要是指经过有关部门的批准和许可,而享有的对公路、桥梁、隧道、渡口等基础设施的收费权。其特点在于:一方面,它是权利人对各种基础设施所可能产生的收益等享有的请求权,大多是针对不特定人而不是针对特定的人请求支付费用的权利。另一方面,收费权通常是一种资格,它不是现实地支配某项财产的权利,而是在权利人为他人提供服务之后所享有的一种收取费用的资格。在收费权质押时,可能还没有形成具体的债权债务。这一差异导致了收费权质押和一般应收账款的质押也存在以下明显的区别:首先,应收账款质押是以实际以及将要发生的债权质押;而收费权质押中,出质的对象就是收费权。在债务人不履行债务的情况下,强制执行的只能是收费权本身而不能是因收费权而产生的债权,拍卖变卖的对象也只能是收费的资格。其次,作为权利质权标的的应收账款,产生于合同,<sup>⑮</sup>应当具有可转让性。一般的应收账款作为债权是具有可转让性的,故能够质押。但是,许多收费权本身是经过政府特许的,权利人的资格受到较多的限制,这些收费权要再行转让,必须获得相应的许可。再次,从质权的实现方式来看,收费权质押可以采取将收费权拍卖、变卖或折价的方式,而应收账款的质押一般不存在将应收账款拍卖、变卖的方式,大都采取由质权人向第三债务人直接收取债权的方式。因此,收费权质押不同于发生在当事人之间的一般债权的质押,不宜将其完全概括在应收账款质押之内,而应当单独作出规定。同时,我国物权法上的“应收账款”是一个比较宽泛的概念,法律上也应当对其范围进行明确。

第四,规范商品房按揭。在我国,所谓按揭,通常是指商品房按揭,它是指购房人和房屋出卖人买卖期房时,购房人在支付首期规定的房价款之后,向银行贷款,由贷款银行代其支付其余的购房款,而购房人以其所购预售商品房抵押给贷款银行,作为偿还贷款履行担保的行为。<sup>⑯</sup>严格地说,按揭不是一个严谨的法律术语,其在内容上包含了多重法律关系。在期房按揭中,预购人(按揭人)将其与开发商签订的《商品房预售合同》交予银行占有,并以此合同项下的权益作担保(并由商品房预售人作保证人)向银行贷款;在其依约清偿银行贷款的本息后,将该预售合同从银行处赎回;于其不能依约清偿银行贷款的本息时,由银行取得该预售合同项下的权益以清偿预购人对银行的欠款。一般来说,各类按揭并非仅局限于担保,而是由担保和不动产交易紧密结合的一种复杂的交易方式,涉及三方当事人之间的多个法律关系:一是购房人(按揭人)与银行之间的借款合同法律关系;二是按揭人与银行之间的、以所购房屋或合同项下权益为标的之担保合同(一般包

<sup>⑬</sup> 该条规定:“本办法所称的应收账款是指权利人因提供一定的货物、服务或设施而获得的要求义务人付款的权利,包括现有的和未来的金钱债权及其产生的收益,但不包括因票据或其他有价证券而产生的付款请求权。本办法所称的应收账款包括下列权利:(一)销售产生的债权,包括销售货物,供应水、电、气、暖,知识产权的许可使用等;(二)出租产生的债权,包括出租动产或不动产;(三)提供服务产生的债权;(四)公路、桥梁、隧道、渡口等不动产收费权;(五)提供贷款或其他信用产生的债权。”

<sup>⑭</sup> 在该指导性案例中,福建海峡银行股份有限公司福州五一支行诉长乐亚新污水处理有限公司、福州市政工程有限公司金融借款合同纠纷案的判决书认为:“污水处理项目特许经营权是对污水处理厂进行运营和维护,并获得相应收益的权利。污水处理厂的运营和维护,属于经营者的义务,而其收益权,则属于经营者的权利。由于对污水处理厂的运营和维护,并不属于可转让的财产权利,故讼争的污水处理项目特许经营权质押,实质上系污水处理项目收益权的质押。”“关于污水处理项目等特许经营的收益权能否出质问题,应当考虑以下方面:……其三,污水处理项目收益权虽系将来金钱债权,但其行使期间及收益金额均可确定,其属于确定的财产权利。其四,在《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)颁布实施后,因污水处理项目收益权系基于提供污水处理服务而产生的将来金钱债权,依其性质亦可纳入依法可出质的‘应收账款’的范畴。因此,讼争污水处理项目收益权作为特定化的财产权利,可以允许其出质。”

<sup>⑮</sup> 参见高圣平:《担保法论》,法律出版社2009年版,第542页。

<sup>⑯</sup> 参见王利明等:《中国物权法教程》,人民法院出版社2007年版,第460页。

含有保险条款和房屋买卖合同及权利证书移转占有条款)法律关系;三是购房人与银行之间将划拨资金给房产商的委托合同法律关系。<sup>①</sup>从实践来看,按揭的方式极为普遍,和期房买卖密不可分,并为促进我国房地产业的发展提供了有效的保障。虽然对于《物权法》是否承认了按揭为一种担保物权,存在着不同的看法。肯定说认为,《物权法》第180条规定,债务人和第三人可以以其有权处分的正在建造的建筑物抵押,这实际上在法律上确认了按揭。否定说则认为,根据《物权法》第5条的规定,物权的种类和内容都必须由法律加以规定。该条的规定十分严格,甚至禁止以民事特别法、司法解释等方式创设新的物权,更遑论当事人以合同的方式约定新的物权。此外,从权利内容的角度来看,按揭涉及的法律关系非常复杂,抵押权不能涵盖按揭的全部法律关系。所以,如果按揭要具备物权效力,必须由法律加以明确规定。笔者认为,尽管按揭涉及的法律关系非常复杂,例如,包括开发商与买受人的购房关系、买受人与银行之间的借贷关系、买受人与银行之间的担保关系等。但是,其中包括了抵押关系,就抵押部分而言,其应当属于《物权法》规定的在建建筑物抵押。<sup>②</sup>由于《物权法》第180条已经规定了在建建筑物抵押,如果能够运用法律解释的方法将按揭解释为在建建筑物抵押的一种方式,则不必要在物权法中单独对按揭作出规定。但问题在于,此种做法实际上是对按揭法律关系进行了部分截取,将其涉及抵押的内容抽离出来,单独进行解释。然而,社会的一般观念认为,按揭属于一种特殊的担保方式,各种法律关系是密切结合在一起的,难以进行分割,而且鉴于按揭在实践中运用的广泛性和功能的重要性,确实有必要将其作为一种独立的担保物权方式加以规定。我国民法典物权编有必要对此作出规定。

### 三、明确并完善动产抵押的法律规则

动产抵押的扩张是担保物权发展的重要趋势。<sup>③</sup>这是因为在现代社会,随着科学技术的进步,动产的类型越来越多,价值也越来越大。另外,在现代社会,一些新型动产的重要性也日益凸显,例如,计算机软件的开发使软件具有日益重要的价值。如果法律允许动产抵押或采取其他担保形式,就将使得普通动产和新型动产都被纳入担保财产的范围,从而极大地扩张担保标的物的范围。以日本为代表的一些大陆法系国家,已承认动产抵押。我国《物权法》允许动产进行抵押,但是,动产抵押的法律规则仍有较大的完善空间。在完善我国动产抵押的法律规则时,需要研究以下几个问题:

其一,是否将生活资料排除在抵押财产范围之外?依据《物权法》第181条,动产抵押的范围限于“现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品”。这一规定在很大程度上限制了可抵押的动产的范围,如排除了生活资料的抵押。从鼓励交易、强化债权保障的角度来看,未来民法典物权编中应当逐步放宽可抵押的动产的范围。当然,究竟放宽到什么程度,需要进一步研究。笔者认为,从法律的人文关怀角度考虑,应当禁止生活资料的抵押,避免因抵押权的实现而影响抵押人的正常生活。

其二,是否需要统一动产担保物权的公示方法?目前《物权法》将动产抵押规定为登记对抗,质权的公示方法为移转占有。笔者认为,应当继续采用现有物权法的规则,允许当事人选择不同的动产担保方式,从而相应地采取不同的公示方法,不必强求公示方法的一致。有学者认为,相对于抵押而言,动产质押的方式效率低下,因为动产被质押之后,就被债权人占有,其原所有权人就无法再对其进行使用。<sup>④</sup>而且质押权人还要保管质押物,支付保管费用。但是,在动产抵押之后,如果允许所有人可以继续利用该动产进行质押,这就有利于充分发挥物的经济效用,有利于解决企业融资难的问题。只不过,质押权人在接受质押时应当查询相关的登记系统,确定标的物是否已经设置了其他担保。如果质押权人在知道标的物已经抵押的情况下,仍然愿意接受质押,则其应当自己负担质押权不能实现的风险。从另一个角度看,质押可以产生“留置”的效力,对债务人产生心理压迫,督促其及时清偿债务。因此,动产抵押和动产质押各有利弊,未来民法典物权编立

<sup>①</sup> 参见李希:《试论按揭的法律属性》,载《政治与法律》1998年第3期。

<sup>②</sup> 参见前注<sup>①</sup>,王利明等书,第460页。

<sup>③</sup> 参见谢在全:《动产担保制度之最新发展》,载《跨世纪法学新思维》,台湾《法学丛刊》杂志社2006年版,第317—358页。

<sup>④</sup> 参见杨祥:《论我国商事担保制度的困境及建构思路》,载《金陵法律评论》2015年第2期。

法上应当允许当事人自由地选择究竟是以动产抵押,还是设立动产质押,因此,对动产担保物权,没有必要规定统一的公示方法。

其三,是否需要明确统一的动产担保物权的登记机关?我国目前的动产担保物权的登记机关,也存在不统一的现象,这也是一个需要解决的问题。例如,以《物权法》第181条规定生产设备、原材料、产品等动产进行抵押,在工商行政管理部门进行登记;以机动车抵押的,在交通管理部门进行登记;以船舶抵押的,在海事管理部门进行登记。而且,各种不同动产的抵押登记程序,也存在差异。因此,我国动产抵押制度的完善迫切地要求统一登记机关,改变动产抵押登记领域“九龙治水”的局面。

其四,如何协调占有与登记两种公示方法的冲突?从我国目前的法律规定来看,动产所有权人有可能既在其物上设立抵押权,又设立了质权。例如,机动车所有人将其机动车抵押之后,又将其质押。如果债务到期之后,两个债权人都要求就该机动车优先受偿,就必须考虑占有和登记何者的效力优先的问题。《担保法司法解释》第9条采取了登记优先于占有的方法,<sup>①</sup>但这一规则并无法律支撑,已广受质疑。<sup>②</sup>笔者认为,在此情况下,可以考虑适用“先来后到”(first-in-time)的规则。申言之,在法律上没有明确规定何种公示方法具有优先效力的情况下,原则上只能依据“时间在先、权利在先”的规则,确定先设立的担保物权具有优先效力。

#### 四、明确以其他财产抵押的范围

《物权法》第180条规定:“法律、行政法规未禁止抵押的其他财产”都可以抵押。这一规定修改了《担保法》第34条第1款第6项关于“依法可以抵押的其他财产”的规定,扩大了抵押财产的范围,也为法官正确适用法律提供了极大方便。一方面,该条采取了“负面清单”模式,要求在抵押方面实行“法无禁止即自由”的原则,只要法律和行政法规没有禁止性规定,就可以抵押。这就扩大了抵押财产的范围,拓宽了当事人的融资渠道,对于融通资金、促进经济发展可以发挥重要的作用。另一方面,该条也有利于法官正确适用有关担保的法律。因为法院查找禁止抵押财产的范围比较容易,而查找允许抵押的财产范围却比较困难。通常对于当事人抵押的财产,只要不在法律和行政法规禁止之列,法官都可以认可此种担保的效力。此外,这为担保物权未来的发展预留了空间。<sup>③</sup>因为《物权法》第180条的前引规定在将抵押权严格界定为一种担保物权的同时,对抵押物的范围作了开放性的规定。允许凡是未禁止抵押的财产都可以抵押,因此实践中可以根据该条发展出新的抵押权,即原则上只要能够满足公示的要求,财产就可以抵押,并设定抵押权。据此可见,该条实际上可以起到缓和严格的物权法定的作用。

但是,毕竟抵押与其他民事行为不同,其要设立物权,物权要对第三人产生效力。如果对《物权法》第180条中可抵押的“其他财产”不作限制,则可能对第三人造成损害。笔者认为,该条中的“其他财产”应当适当限制,其应当满足以下要件才可以抵押:第一,必须是可以转让的不动产和动产以及权利。例如,有些消费品如电视机、冰箱、手机也可设定抵押。因为《物权法》第2条第2款规定:“本法所称物,包括不动产和动产。法律规定权利作为客体的,依照其规定。”这就意味着,物权的客体原则上是动产和不动产,权利在法律作出明确规定的例外情况下,才能成为物权的客体。但“其他财产”包括了权利。无论是何种财产,都必须具有可转让性。第二,抵押人对该项财产具有处分权。根据《物权法》第180条的规定,债务人或者第三人有权处分且符合第180条规定的财产可以抵押。所以,即使是法律、法规不禁止抵押的财产,也必须由抵押人享有处分权,对于无处分权的财产不得抵押。第三,它应当具备相应的公示方法。我国《物权法》确立了物权公示原则,因此,财产之上要设立抵押权,就应当具备相应的公示方法。例如,以整个农场抵押,应当存在相应的登记机构,并可以办理登记。问题在于,如果法律没有规定相应的登记机构,该财产是否就不能设立抵押?笔者认为,没有登记机构不等于就没有公示方法。虽然法律没有规定相应的登记机构,只要可以通过一定的方法进行公示,就应当可以设立抵押。至于实践中如何实现公示,需要根据具体情况来确定。第四,抵押的设

<sup>①</sup> 参见曹士兵:《中国担保法诸问题的解决与展望》,中国法制出版社2011年版,第222页。

<sup>②</sup> 参见前注<sup>①</sup>,高圣平书,第546页以下。

<sup>③</sup> 参见高圣平:《担保物权司法解释起草中的重大争议问题》,载《中国法学》2016年第1期。

定,不得违反公序良俗。这就是说,并非所有的法律没有明文禁止的财产都可以抵押,抵押的设定也要满足公序良俗原则的要求。例如,将“洋垃圾”作为财产进行抵押。虽然现行法律没有严格限制此类财产的抵押,但是将此类财产进行抵押显然是违反公序良俗的。

问题在于,《物权法》第180条第1款第7项中“其他财产”的范围较为广泛,如果当事人以“其他财产”抵押,究竟到哪个机关进行登记?笔者认为,在我国,不动产登记制度已经统一而动产和权利之上设立担保的登记机关并不统一,因此,可以考虑设立统一的登记机关,负责动产和权利之上设立担保的登记。另外,在没有统一登记机关的情况下,可以在与该动产最相类似动产的登记机关进行登记。

## 五、承认土地承包经营权、宅基地使用权抵押

依据我国《物权法》第184条第2项的规定,“耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权,不得抵押,但法律规定可以抵押的除外”。据此,以下三种权利不得抵押:一是耕地使用权。我国《物权法》第43条明确规定了严格的耕地保护制度,严格限制集体土地使用权进入市场进行转让和设定抵押。二是宅基地使用权。关于宅基地使用权是否可以单独抵押,在物权立法过程中也存在争议。《土地管理法》第62条规定:“农村村民出卖、出租住房后,再申请宅基地的,不予批准”。国家土地管理局曾在1995年9月11日发布实施的《农村集体土地使用权抵押登记的若干规定》及1997年1月3日发布实施的《关于土地使用权抵押登记有关问题的通知》中,明确规定了宅基地使用权不能抵押。这就表明,我国法律和政策禁止宅基地使用权的抵押,对出卖、出租房屋进行了严格限制。《物权法》最终采纳了禁止抵押的做法,该法第153条中规定:“宅基地使用权的取得、行使和转让,适用土地管理法等法律和国家有关规定。”该条实际上维持了现有的做法。依据该规定,宅基地使用权的取得、行使和转让,应当适用《土地管理法》的规定。这主要是考虑到,目前我国农村社会保障体系尚未全面建立,土地承包经营权和宅基地使用权是农民安身立命之本,所以严格限制宅基地的抵押,保护广大农民的安身立命之本,实际上是保护农民的长远利益。<sup>④</sup>三是自留山、自留地之上的土地承包经营权。自留山是指农村集体经济组织分配给本集体经济组织成员长期使用的土地;自留地是指农村集体经济组织分配给其成员长期使用的少量的柴山和荒坡。<sup>⑤</sup>自留山、自留地性质上也属于土地承包经营权,只不过是特殊的土地承包经营权。《物权法》禁止这些权利抵押,主要是考虑到,一方面,《物权法》原则上禁止土地承包经营权的抵押,而自留山、自留地之上的土地承包经营权的抵押自然也在禁止之列。另一方面,自留山、自留地之上的土地承包经营权具有社会保障的性质,是农民的基本生产生活条件,因此,禁止其抵押,也有利于维护农民的长远利益和社会稳定。

《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》指出:“赋予……承包经营权抵押、担保权能”、“保障农户宅基地用益物权……慎重稳妥推进农民住房财产权抵押、担保、转让”。为贯彻决定精神,国务院发布了《关于开展农村承包土地的经营权和农民住房财产权抵押贷款试点的指导意见》(国发〔2015〕45号),其中,“承包土地的经营权”抵押融资,是“按照所有权、承包权、经营权三权分置和经营权流转有关要求,以落实农村土地的用益物权、赋予农民更多财产权利为出发点,深化农村金融改革创新”为指导思想而提出的。<sup>⑥</sup>该意见指出:“农民住房财产权设立抵押的,需将宅基地使用权与住房所有权一并抵押。”这里,明确将“农民住房财产权”界定为包括住房所有权和宅基地使用权,在农民住房财产权抵押权设定时应维系“房地一致”原则。<sup>⑦</sup>2016年11月4日,中共中央、国务院颁发了《关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》指出,要深化农村土地制度改革,坚持土地公有制性质不改变、耕地红线不突破、粮食生产能力不减弱、农民利益不受损的底线,从实际出发,因地制宜,落实承包地、宅基地、集体经营性建设用地的用益物权,赋予农民更多财产权利,增加农民财产收益。依据这一规定,赋予农民更多财产权利,必须承认土地承包经营权、宅基地使用权抵

<sup>④</sup> 参见王兆国:《关于〈中华人民共和国物权法(草案)〉的说明》,新华社2007年3月8日电。

<sup>⑤</sup> 参见卞耀武主编:《中华人民共和国土地管理法释义》,法律出版社1998年版,第60页。

<sup>⑥</sup> 参见《国务院关于开展农村承包土地的经营权和农民住房财产权抵押贷款试点的指导意见》“一、总体要求”之“(一)指导思想”。

<sup>⑦</sup> 参见高圣平:《农民住房财产权抵押规则的重构》,载《政治与法律》2016年第1期。



押。一方面,这有利于维护农民的权益。土地承包经营权、宅基地使用权不能抵押就意味着,它不具备真正物权的属性,不能市场中体现其应有的价值,从而使得农民不能从中获取收益。任何财产权只有在流转中才能实现其价值。财产只有在进入市场的情况下,才能产生出应有的价值。<sup>②</sup>例如,严格限制宅基地的抵押,则宅基地之上的房屋价值因之而严重下降,农民即使有闲置的房屋,也不能通过房屋抵押等进行融资,这就不能从根本上保护农民的利益。随着中国经济的不断发展,城市的房地产在不断增值,但农村的房屋价格始终不能上涨,使农民不能从不动产的增值中获得利益,这在很大程度上与宅基地使用权不能抵押有关。<sup>③</sup>另一方面,这有利于农村市场经济的发展。现行的城乡二元体制,严格限制了我国社会经济的全面发展和进步,也阻碍了农村市场经济的发展。而严格限制土地承包经营权和宅基地使用权的流转,特别是禁止城镇居民在农村购买房屋,客观上维护了这种城乡二元结构。允许土地承包经营权、宅基地使用权抵押,有利于推进小城镇建设,形成城乡互动和城乡的一体化。<sup>④</sup>目前,我国正在农村进行农地的三权分置改革,在三权分置的主流学说之下,承包土地的权利构造可以表达为“集体的土地所有权+农户的土地承包经营权+农业经营主体的土地经营权”。以土地承包经营权或土地经营权设定抵押均属“承包土地的经营权抵押”。<sup>⑤</sup>在全面深化改革的过程中,国家正在一些地方试点宅基地使用权抵押和家庭承包的土地承包经营权的抵押。<sup>⑥</sup>因此,我国民法典有必要总结改革的经验,完善土地承包经营权和宅基地使用权抵押的制度。

笔者认为,我国正在制定的民法典有必要总结新一轮土地改革试验成果,允许土地承包经营权、宅基地使用权抵押。一方面,应当删除物权法中禁止耕地、宅基地等土地使用权抵押的规则;另一方面,有必要从正面规定,家庭农场、农业企业、农业合作社等新型主体所取得的土地经营权可以抵押。在具体设计宅基地使用权抵押制度时,可以在保障农民“住有所居”的前提下,适当予以放开。应当看到,我国各地经济发展水平不平衡,对于宅基地使用权的抵押不宜做一刀切的规定,对于中西部地区而言,宅基地使用权仍然是农民生活的基本保障,应当对其流通进行必要的限制,但在我国东部地区,宅基地使用权则不一定发挥保障农民基本生活的功能,因此,应当适当放开宅基地使用权的流通。据此,在具体设计宅基地使用权抵押法律制度时,不宜一概贸然允许其进入市场,而应当根据各地不同的情况,因地制宜地设计相关的宅基地使用权抵押制度。

## 六、建立担保物权的冲突解决规则

所谓担保物权的竞存,是指同一物上存在多项担保物权,而且各项担保物权在效力上存在冲突。造成担保物权竞存的原因在于,物的权利人可能对物的交换价值进行多次利用,从而导致同一物上存在多项担保物权。在多项担保物权竞存时,法律可能设置了相关的规范,确定各项担保物权之间的优先顺位。例如,对不动产抵押权而言,《物权法》即规定了相关的优先顺位,但有时法律上也可能没有设置相关的竞存规则,如动产抵押和动产质权之间的优先顺位。就担保物权竞存时的冲突,笔者认为,未来我国民法典物权编应当重点解决以下问题:

一是动产抵押权与动产质权的竞存。由于动产抵押权的设立并不需要抵押人将抵押物交付抵押权人,在抵押权设立后,抵押人可能基于融资的需要,再次将抵押物出质,此时即有可能发生质权与动产抵押权的竞合。例如,某人将某辆汽车出质以后,出质人又将该汽车设定抵押,这就在同一物之上既设定了抵押又设定了质押,因此在抵押权和质权实现的时候,两种权利可能会发生冲突。笔者认为,对于抵押权和质权的竞存,应当确立“时间在先、权利在先”的原则,即通过物权设立的时间确定物权的优先效力。此处所说的物权

<sup>②</sup> 参见韩玉斌:《农村宅基地使用权立法的价值选择》,载《西南民族大学学报(人文社科版)》2005年第5期。

<sup>③</sup> 参见秋风:《“小产权房”能不能合法化》,载《新京报》2007-06-22。

<sup>④</sup> 参见扈传荣、黄亮:《农村宅基地的性质不会随村民身份变化而改变》,载《中国土地》2004年第7期。

<sup>⑤</sup> 参见高圣平:《承包土地的经营权抵押规则之构建——兼评重庆城乡统筹综合配套改革试点模式》,载《法商研究》2016年第1期。

<sup>⑥</sup> 2015年12月27日,全国人大常委会通过了《关于授权国务院在北京市大兴区等232个试点县(市、区)、天津市蓟县等59个试点县(市、区)行政区域分别暂时调整实施有关法律规定的决定》,暂时调整实施集体所有的耕地使用权、宅基地使用权不得抵押的规定,实际上是对“两权”抵押贷款试点地区进行了法律授权。



设立时间,不是订立合同的时间,而是设立担保物权的时间。

二是留置权与法定优先权的竞存。我国法律规定的法定优先权主要包括:承包人对建筑工程的优先权、船舶优先权、税收机关对税收债务的优先权、民用航空器优先权等。法定优先权与留置权一样,都属于法定物权,只要符合法定的构成要件便可以产生该物权,二者在性质上都是法定的担保物权,但也存在着一定的区别,具体表现在:第一,是否需要占有标的物。留置权必须以占有动产为前提,而法定优先权不以占有标的物为必要。第二,对留置的标的物,虽然各国立法有不同的规定,但一般仅限于动产,我国法律也规定留置权的标的物为动产。而法定优先权主要适用于不动产以及船舶、航空器等价值巨大的登记动产,在法定优先权中,税收优先权的效力甚至及于义务人的全部财产。

法定优先权与留置权的发生冲突的情形在实践中也会发生。例如,甲将一辆汽车交给乙修理,因其不能按期支付修理费,被修理人乙将该汽车留置。但甲拖欠税务机关税收,税务机关主张对该汽车行使优先权,两项权利发生冲突。笔者认为,在留置权与法定优先权发生冲突的情况下,如果有法律规定,首先依据法律规定解决。例如我国《海商法》第25条规定,“船舶优先权先于船舶留置权受偿”。这就明确了解决在船舶之上的留置权与法定优先权冲突的规则。如果没有法律的规定,则应当明确留置权优先于法定优先权的规则。这是因为:一方面,财产已经由留置权人事先占有,如果不由留置权人优先受偿事实上很难执行;另一方面,留置权担保的主要是修理费等费用,该费用较之于优先权担保的债权通常要低,如果由留置权人优先受偿,可能会使优先权人仍能获得部分清偿。如果由优先权人优先受偿,则留置权人可能得不到任何财产。此外,还要看到的是,留置权所担保的主要是劳务费,为优先保护劳动者利益和保障民生,这种债权在法律上常常受到优先保护。故此,留置权应当先于法定优先权受偿。<sup>③</sup>

三是建筑工程优先权与抵押权的竞存。在建筑工程优先权和抵押权并存的情况下,应当由哪个权利人优先受偿,值得研究。笔者认为,尽管对一般物权采用“先来后到”的原则是必要的,但是就建设工程法定优先权而言,很难完全适用这一规则。原因主要在于,此种法定优先权是在发包人未按照约定支付价款,且在承包人催告后,发包人仍不支付的情况下所产生的,我国《合同法》也没有规定此种优先权必须经过登记才能产生。另外,实践中建设工程价款的优先权大多没有登记,因此该权利的产生时间很难确定,从而也就难以适用“先来后到”的原则。如果以建设工程竣工并验收合格后,发包人应当付款而未付款的时间计算,则多数一般抵押权的成立时间通常要早于法定优先权。如此将导致一般抵押权都会优于法定优先权,这显然不利于保护承包人的利益。因此,建设工程承包人的建筑工程优先权应当优先于抵押权。当然,建筑工程优先权优先于一般抵押权,必须具备一个条件,即工程款是登记的;但主张建设工程优先权只优先于一般债权时,可以不以登记为必要。

## 七、完善担保物权的实现程序

现代担保物权制度发展的一个趋势就是逐渐降低实现担保物权的成本,提高担保物权实现的效率。适应这一发展趋势,《物权法》第195条规定,实现抵押权必须由抵押权人与抵押人之间达成协议,以抵押财产折价、拍卖或变卖该抵押财产所得的价款优先受偿。如果一方不执行协议,应当承担相应的违约责任。在协议未能履行的情况下,抵押权人可以不再要求法院审理主合同,而直接就该协议依据非诉讼程序作出裁定,然后依据此裁定强制执行。依据该条第2款,在当事人就抵押权的实现方式没有达成协议的情况下,抵押权人可以请求法院拍卖或变卖抵押财产。这简化了抵押权的实现程序,也节约了其实现成本。<sup>④</sup>

然而,《物权法》仅仅在第195条规定了抵押权人在没有与抵押人达成抵押权实现协议的情形下,直接申请拍卖、变卖财产,但在实现质权、留置权时并没有类似规定,造成学说和实践中的争议和冲突。<sup>⑤</sup> 为了统一

<sup>③</sup> 有学者认为,留置权的效力应当后于法定优先权。参见李国光主编:《担保法新释新解与适用》,新华出版社2001年版,第1066页。此种看法值得商榷。

<sup>④</sup> 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2007年版,第358页;同前注<sup>⑤</sup>,高圣平书,第362—363页。

<sup>⑤</sup> 参见前注<sup>⑤</sup>,高圣平书,第363页。

认识、统一司法实践,我国《民事诉讼法》在2012年修订时在第15章“特别程序”后增加了一节,即第7节“实现担保物权案件”。这一规定明确地将担保物权的法定实现程序明确非讼程序,使得抵押权人、质权人、留置权人都可以向人民法院申请拍卖、变卖标的物。有鉴于此,我国民法典物权编应当吸收程序法的经验,在实体法层面确立相应的规则。笔者认为,可以将《物权法》第195条的规定上升为担保物权的一般规则,并更加明确地规定,只要当事人对于担保物权的实现达成了协议,担保物权人可以通过非讼程序直接申请法院将担保财产变价。

就担保物权的具体实现方式而言,目前我国《物权法》规定主要是拍卖、变卖和折价。此外,实践中法院还探索出了网络拍卖的方式,最高人民法院还于2016年5月30日颁布了《关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》(2017年1月1日起施行)对其予以规范。但有时,拍卖、变卖有可能导致标的物的价值降低,尤其是在被担保的债权和抵押财产价值差距较大时,可以不采取变价的方式实现抵押权,而采取强制管理的方式。此处所说的“强制管理”,是指执行机关对于被执行的不动产委托管理人实施管理,以其所得收益清偿债权的制度。<sup>⑤</sup>例如,将债权人将抵押的房屋出租,通过租金实现债权,而不是变价,这对债权人和债务人双方都是有利的。此种方式将不动产或者动产的收益用于清偿债务,并不会改变抵押财产的法律归属,在抵押财产不宜变价或者不能变价的情形,此种方式更有利于债权的实现。尤其是在农村新一轮土地制度改革中,在承认农地的融资功能前提下,以土地承包经营权、宅基地使用权抵押后,如果通过强制管理的方式实现抵押权,可以使农户不丧失上述权利,而又可以增加融资途径。<sup>⑥</sup>然而,目前我国民事实体法和程序法中都没有规定强制管理措施,这就导致此种方式在实际运用中仍然存在明显的法律障碍。<sup>⑦</sup>因此,有必要在民法典物权编中对其加以规定。

---

**Abstract:** After the adoption of the General Principles of Civil Law, the legislature is about to set up the formulation of the compilation of the civil code. During the compilation of pawning right, real rights for security shall be supplemented, modified and perfected on the basis of coordinating the relevant provisions of the Property Law and the Guarantee Law. Specifically, the Civil Code shall be required to clarify and perfect the legal rules of chattel mortgage and to define clearly the scope of the mortgaged property, as well as the provisions of the new law. Recognition of land contract management rights, homestead use rights mortgage, the establishment of security interests of the conflict resolution rules, and improve the realization of the security rights procedures.

**Key Words:** Civil Code; Property Law; Real Rights for Security; Chattel Mortgage

---

(责任编辑:张素华)

---

⑤ 参见房绍坤:《论土地承包经营权抵押的制度构建》,载《法学家》2014年第2期。

⑥ 同前注⑦,高圣平文。

⑦ 参见高圣平:《农地金融化的法律困境及出路》,载《中国社会科学》2014年第8期。