

# 物权担保竞合时效力位阶的法理解析

## ——兼论《担保法司法解释》第79条

王莉

(重庆大学法学院,重庆 400044)

**摘要:**在同一标的物上设定多个担保物权而发生竞合时,各担保物权的效力位阶状态,在担保法理论上是一重要而困难的问题,同时因中国相关立法缺憾,已成担保实务的严重障碍。文章从抵押权与质权竞合、抵押权与留置权竞合、质权与留置权竞合的三种形态入手,将担保物权设定的时间先后作为解析问题的逻辑要件,充分且谨慎地考量动产担保物权登记、标的物占有等情形,以物权法基本理论为论证逻辑基点,较翔实地剖析了物权担保竞合时效力位阶。主张将来立法时应基于设定优先原则、占有优先原则、登记优先原则等来确定担保物权竞合时效力位阶。

**关键词:**担保物权竞合;权利设定时间;权利登记;占有;善意取得

中图分类号:DF521

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2011)02-0107-05

### 一、前言

担保物权制度横跨物权和债权两大财产权利体系,该制度的构建旨在保障市场交易安全、确保债权的顺利实现。市场经济的内核在于价值交换。伴随市场经济的发展,市场交易形式和过程的日趋专业化和复杂化,如金融衍生品交易、资产证券化等新型交易形式的涌现,致使市场充斥高度机遇与风险。但深受市场自身的不完美性和市场信用体系的薄弱性之困扰,债权不能及时且顺利实现已是现代市场交易的显著风险之一。担保物权法律制度的功能之一即化解、抵御风险,故其在市场经济建设的今日得以积极重视和迅猛发展。近年发端于华尔街的“次贷危机”,探其实质是一场信用担保危机<sup>[1]</sup>。信用担保与物权担保相比较而言,物权担保的稳健、安全优势,使其在中国担保领域更为广泛采用。现今担保物权种类繁多,不仅包括传统的抵押权、质权、留置权等保全型担保物权,还包括最高额抵押、动产抵押、财团抵押、浮动担保、权利质权、让与担保等担保形式。

为充分利用担保物的交换价值,物权法理论允许在同一物上可设立两个以上内容相容的担保物权。在同一标的物上同时存在的两个担保物权,因归属于不同民事主体而发生权利竞合。担保物权竞合表现为同一物上存在数个同种类或不同种类的担保物权。笔者在此仅讨论同一物上存在数个不同种类担保物权的情形。担保物权竞合时,一旦某一担保物权人优先行使其担保权利,在同一

收稿日期:2010-04-16

基金项目:中国法学会课题“金融危机背景下的宏观调控及其法治化研究”(CLS-D0935);重庆大学社科青年基金项目(0226001104306)

作者简介:王莉(1973-),女,四川自贡人,重庆大学法学院副教授,博士研究生,主要从事民商法和经济法研究。

标的物上设定的其他担保物权将受到约束、限制直至权利丧失的极大负面影响。各方因利益失衡必发生冲突。法律有必要确定权利效力位阶,担保物权竞合时,各担保权利效力的强弱,以明确各权利人行使担保物权的先后位序。然而,各担保物权的效力位阶状态,一直在担保法理论上是个重要而困难的问题。鲜有学者对该问题进行系统地梳理和探析。

审视中国现行立法,深感相关立法的缺憾与不足。《物权法》第176条仅规定被担保债权上物的担保与人的担保竞合时,物保与人保的效力位序。物权担保竞合时的效力位阶问题,未进一步规定<sup>①</sup>。《担保法》因当时立法技术受限,对该问题未作规定。有幸的是,《担保法司法解释》第79条对此有简单的规定,即同一财产法定登记的抵押权与质权并存时,抵押权人优先于质权人受偿;同一财产抵押权与留置权并存时,留置权人优先于抵押权人受偿。毋庸置疑,担保物权的设定时间先后不同,会影响担保物权的效力位阶。动产担保物权是否登记,所发生的效力也存在巨大差异。中国《担保法司法解释》第79条对权利设定时间、权利登记等客观要件均予忽视,也未探究质权与留置权竞合时二者的效力位阶。其过于简略的规定,不能明晰地确定担保物权竞合时,权利行使的效力位阶。近年投融资担保实务中,担保物权竞合情形时常发生,由于立法缺位和理论研究严重滞后,势必导致实务工作深陷困境。近期中国最高人民法院也将物权担保竞合时效力位阶的问题作为制定相关司法解释工作的重难点之一。笔者以期能对中国物权法治完善做出积极的探寻。

需特别说明的是,在物权法理论中存在典型物保竞合和非典型物保竞合两种情形。因为中国物权立法未承认让与担保、所有权保留等非典型物权担保形式。有鉴于此,笔者在此就非典型物权担保竞合情形暂不讨论,仅探讨典型物权担保竞合时的效力位阶。常态的典型物权担保竞合表现为:抵押权与质权竞合、抵押权与留置权竞合、留置权与质权竞合三种形态<sup>②</sup>。

## 二、抵押权与质权竞合的效力位阶

抵押权以不转移标的物占有为设定要件,质权以转移标的物占有为设定要件。债务人可先在同一标的物上设定抵押权,后为担保另一债务的清偿而设定质押,将该标的物移转质权人占有。此时在同一标的物上同时存在抵押权和质权,若权利人实现权利时,抵押权和质权均还存在,即发生二者竞合。

审视大陆法系国家立法时,发现各国关于抵押权和质权标的之规定存在差异。日本民法典肯定抵押权和质权之标的均包括不动产和动产。德国和瑞士民法只承认抵押权标的是不动产,质权标的是动产。中国民法主张抵押权标的包括不动产、动产和权利,质权标的包括动产和权利,法律禁止不动产成为质权标的。因此,大陆法系国家抵押权与质权竞合时,存在两种情形,即动产抵押权与动产质权竞合,不动产抵押权与不动产质权竞合。情形之一,动产抵押权与动产质权竞合,就该竞合情形,大陆法系国家存在两种截然不同的态度。法国、德国、瑞士、日本、中国台湾地区等承认动产抵押的国家或地区,都对动产抵押和动产质押的竞合持否定态度。如日本在一系列民事特别法中规定,航空器、机动车、农业机械、建筑机械上设定了动产抵押权后,禁止再设定质权。同样,上述动产若设定质权后,均不得再设定抵押权<sup>[2]</sup>。故在同一动产上不会同时并存抵押权和质权,亦不会发生二者的竞合。尽管中国台湾地区民法典承认动产抵押和动产质权,但是法律制度也禁止动产抵押和动产质权竞合<sup>③[3]</sup>。相反,中国《担保法司法解释》第79条中明确规定:“同一财产法定登记的抵押权与质权并存时,抵押权人优先于质权人受偿。”显而易见,无论是抵押权与质权谁先设定,中国司法实务认同在同一标的物上抵押权与质权的竞合事实。情形之二,不动产抵押权与不动产质权竞合。就该竞合情形,大陆法系国家也存在两种泾渭分明的态度。例如,中国民法承认抵押权与质权的竞合,但仅限于动产抵押和动产质权的竞合,否定不动产抵押和不动产质权的竞合<sup>④</sup>。反之,日本、法国民法明确规定不动产质权制度,承认不动

①《物权法》176条: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,有权向债务人追偿。

②优先权是否具有物权属性,中国学者存在争议。目前国内以中国社科院梁慧星研究员为代表所主张的,优先权为特殊债权的观点为主流观点。中国物权法立法时,采纳了上述观点。故笔者不再探讨优先权与抵押权、质权、留置权竞合的情形。

③中国台湾地区的司法解释主张,已设定抵押权的动产不得再成为质权的标的物,及信托占有的标的物。因为动产质权是以移转占有为生效要件。若在该动产上亦设定抵押权,当债务人不履行义务时,债权人占有抵押物,以担保债权的实现。在同一动产标的物上,不容同时有两个占有权利存在,故已设定质权的动产,不得再为动产抵押之标的物,以免动产担保的权利人无法行使其占有之权利。参见王泽鉴《民法学说与判例研究》(第8册),中国政法大学出版社1998年版,第300-301页。

④中国《物权法》、《担保法》只规定了动产质权和权利质权,未对不动产质权作出规定。可见,中国法律不承认不动产质权。在同一不动产上不可能同时存在抵押权和质权,所以不存在不动产抵押权与不动产质权的竞合的情形。

产抵押权与不动产质权的二者竞合。《法国民法典》第2091条规定,在同一不动产上同时存在抵押权和质权时,若不动产抵押权与不动产质权为不同人享有的,不动产抵押权优先于不动产质权。若不动产抵押权与不动产质权为同一人享有的,依顺位行使<sup>⑤</sup>[4]。又如《日本民法典》第361条规定,不动产质权准用抵押权的规定。日本民法学界通说认为,不动产质权相互间及与抵押权的效力位阶,是根据物权登记的时间先后确定<sup>[2]</sup>。

基于中国担保实务中仅存动产抵押权与动产质权竞合情形,对此种情形的考量,更具现实意义。根据设定担保物权的时间先后不同,拟分两种情形考量。一是先设立动产抵押权,后设立动产质权的情形。动产标的之所有人在动产上设定抵押权后,再设定质权,发生抵押权与质权竞合的情形。中国动产抵押权奉行登记对抗要件主义,未登记不影响抵押权的设定,但不具有对抗善意第三人的效力<sup>⑥</sup>。因此,动产抵押权可分为登记的动产抵押权和未登记的动产抵押权。物权登记行为,在本质上是行政行为。因登记行为乃借助了国家行政强制力量对民事行为施以积极干预,其公示效力应强于占有行为。可知,动产抵押权设定在前,且动产抵押权的登记使其具有对抗善意第三人的强效,所以登记的动产抵押权之效力应优先于动产质权。值得关注的是,若抵押权未登记,其因未登记而不具有对抗善意第三人的效力,相反,质权人确已实际占有标的物。尽管未登记抵押权设定在前,动产质权的效力也应优先于未登记的动产抵押权。二是先设立动产质权,后设立动产抵押权的情形。在动产上设定质权后能否再设定抵押权,学者有不同看法。持肯定观点的学者主张,在同一动产上设定质权后可再设定抵押权<sup>[6]</sup>。抵押权与质权不发生冲突,若抵押权实现在前,抵押权人为实现抵押权而占有标的物时与质权人的占有之冲突,可以采取一些措施解决,如就抵押权实现所得的价款中先提取质权担保额,或先行清偿质权人债权,或将其提存。亦有学者对此持不同看法,其主张在同一动产上设定质权后,不得设定抵押权<sup>[3]</sup>。因为动产质权以移转占有为生效要件。若该动产上再设定抵押权,如若债务人不履行义务时,债权人有权实现抵押权而变卖抵押物。此时,同一

动产上的抵押权人的权利行使与质权人的占有必然发生冲突,后设定的抵押权在行使时必然受到严重的阻碍,使得所设定的抵押权形同虚设。因此,已设定质权的动产,不得再为动产抵押之标的物,以免动产担保的权利人无法行使其占有之权利。笔者拙见,原则上设定质权后不宜再设定抵押权。若经当事人同意,方可再设定抵押权,始发生抵押权与质权竞合。因质权设定时间在前,质权人已实际占有标的物,不管后设定的抵押权是否办理抵押权登记,质权的效力应优先于抵押权。

### 三、抵押权与留置权竞合的效力位阶

抵押权设定后,权利人可不占有标的物,则留置权设定以占有为必要条件。在同一标的物上,为充分利用物的交换价值,可先后设定内容相容的抵押权和留置权。因日本等少数大陆法系国家的民法制度承认不动产留置权,当抵押权与留置权竞合时,可能出现不动产抵押权与不动产留置权竞合、动产抵押权与动产留置权竞合两种情形<sup>⑦</sup>。但对留置权的物权效力问题,一些大陆法系国家持迥异的立法态度。如德国和法国民法不承认动产留置权具有物权效力,亦不主张动产可成为抵押权之标的,因此在根本上不会发生抵押权与留置权竞合问题。瑞士民法承认动产留置权的物权效力,但主张抵押权之标的仅为不动产,不存在动产抵押权,故也不发生抵押权与留置权竞合的情形。中国民法否认留置权之标的包括不动产。探究不动产抵押权与不动产留置权竞合,主要借鉴日本的相关立法。日本民事执行法规规定,在不动产留置权的情况下,其他债权人拍卖后,拍卖的买受人必须首先偿还留置权的被担保债权。在不动产留置权未受清偿前,留置权人有权对抗其他权利人的请求。可见,日本法主张不动产留置权优先于不动产抵押权。中国大陆、中国台湾地区及日本民法均承认动产抵押权与动产留置权的竞合。基于比较法视野可知悉,中国台湾地区民法主张,善意第三人取得的留置权之效力优于动产抵押权<sup>⑧</sup>。因为留置权为法定担保物权,是依特定条件而发生,为保障交易安全及善意第三人,有权优先于约定担保物权<sup>[7]</sup>。日本法律也主张,动产抵押权与动产留置权并存于同一动产上时,动产留置权优先于动产抵押权。中国《担保法司法解释》第79条规定,无论

⑤法国法上的不动产抵押权分为法定抵押权、裁判上的抵押权和约定抵押权。根据《法国民法典》第2134条的规定,各类抵押权要想产生对抗效力,必须办理登记。债权人之间的抵押顺位,是按照登记日期的先后来确定。不动产质的设立,必须双方订立书面质押合同和移转质物占有。

⑥中国《物权法》第188条规定:“以本法第180条第1款第4项、第6项规定的财产或者第5项规定的正在建造的船舶、航空器抵押的,抵押权自抵押合同生效时设立;未经登记,不得对抗善意第三人。”

⑦在笔者收集的资料中仅发现日本法律制度承认不动产抵押权与不动产留置权的竞合。

⑧中国台湾地区《动产担保交易法》第25条规定:“抵押权人依本法规定实行占有抵押物时,不得对抗留置标的物之善意第三人。”

权利的设定先后,留置权一定优于抵押权<sup>[8]</sup>。

在探究动产抵押权与动产留置权竞合时二者的效力位阶,笔者认为理应考量权利设定的时间差异。一是先设定动产抵押权,后设定动产留置权的情形。在标的物上设立抵押权后,抵押权人又将其占有的标的物交第三人占有。当留置权设定条件成就时,第三人对该标的物享有留置权,发生抵押权与留置权竞合的情形。抵押权与留置权均为担保物权,但抵押权不占有标的物,留置权人实际占有标的物,且留置权担保的债权往往是有利于保全抵押权人利益的,所以留置权的效力优先于抵押权。二是先设定动产留置权,后设定动产抵押权,则留置权的设定以留置权人对标的物的实际占有为要件,即发生标的物的处分权人与现实占有人的分离。因抵押权不以权利人占有抵押标的物为要件,故就设定抵押权而言,在理论上存在留置物所有人设立与留置权人设立两种可能性。若留置物所有人在设定留置权后再设立抵押权,则留置权与抵押权发生竞合后的效力位阶如何呢?留置权既设定在先,且实际占有标的物,所以留置权的效力应优先于抵押权。又若留置权人在其占有的留置物上,再设立抵押权。留置权人设定抵押权须经留置物所有人同意。在法理上,若未经留置物所有人同意,留置权人擅自设定抵押权之行为为无权处分。中国物权法规定的善意取得制度不仅适用于所有权,还及于抵押权、质权等担保物权。动产物权的公示方法为占有、交付,基于占有的效力推定理论,善意的抵押权人相信留置权人对标的物之占有为所有人占有,而接受该标的物为抵押标的物,故该无权处分行为因善意取得制度,不发生效力待定的法律后果,而产生当事人预期的抵押权设定的效力,始发生留置权与抵押权的竞合。在该抵押权所担保的债权债务关系中,留置权人是债务人,抵押权人是债权人,债务人的权利不能优于债权人的权利,所以抵押权的效力优先于留置权。

#### 四、质权与留置权竞合的效力位阶

质权与留置权均以占有标的物为成立要件。但留置权因丧失直接占有而消灭;质权不以直接占有为限,若质权人丧失直接占有又不能回复,质权方才消灭。因此,在同一标的物上可能发生质权与留置权的竞合问题。大陆法系国家民法对留置权标的的规定迥然不同。法国、德国与中国、日本、瑞士等国家截然相反,法、德民法不承认留置权具有物权效力,因此在两国的民法制度上不存在质权与留置权竞合的问题。日本民法中质权、留置权的标的均包括不动产和动产,可能发生不动产质权与不动产留置权的竞合以及动产质权与动产留置权的竞合。日本法主张留置权具有物权法上的对抗效力,能对任何人

行使。在日本民事执行法中分别就动产留置权和不动产留置权两种情况作了规定。动产留置权人有权拒绝向执行官提出标的物,阻止一般债权人启动的强制执行。不动产留置权时,若其他债权人拍卖标的物后,拍卖的买受人必须首先偿还留置权的被担保债权。可见日本法主张留置权优先于质权,而未区分留置权和质权设立先后的情况。

中国、瑞士等国主张留置权的标的仅为动产,故此重点讨论动产质权与动产留置权之间的竞合情形。瑞士学者维兰德(Wieland)主张,留置权与质权人异其主体时,其留置权上的质权系由留置权人设定者,质权优于留置权;否则,留置权(善意取得)优先于质权<sup>[7]</sup>。中国《物权法》、《担保法》未明确规定二者竞合时的效力位阶。同时中国台湾地区的民法也未作规定,但学界通说主张采用瑞士学者维兰德的观点。毫无疑问,质权与留置权的竞合因设定时间先后不同而存在两种可能。若先设定留置权,后设定质权,留置权人在占有的留置物上再设定质权原则上应征得标的物所有人的同意。倘若未经标的物所有人同意,但留置权人对标的物的客观占有事实,足以使善意第三人基于占有的权利推定,则可善意地以为留置权人为该动产的有权处分人。善意第三人据善意取得制度可取得质权。留置权与质权发生竞合,因留置权人对标的物为间接占有,质权人对标的物为直接占有,所以质权优先于留置权,再若先设定质权,后设定留置权。因质权人在占有质物期间,将质物与第三人直接占有,自己为间接占有,则第三人基于留置权的成立理由而取得留置权。例如,质权人甲将质物交第三人乙维修,而乙因甲到期未及时给付费用,其债权受到侵害而取得留置权。甲的质权未消灭,乙的留置权存续,发生质权与留置权竞合。此时,留置权的效力优先于质权。因为留置权是担保基于维护或保存标的物的价值行为而发生的债权,并且标的物由留置权人直接占有,质权人仅为间接占有人。可见,质权与留置权竞合时,直接占有标的物之留置权利的效力位阶更高。

#### 五、结语

中国《担保法司法解释》第79条过于简疏,将来立法时应基于设定优先原则、占有优先原则、登记优先原则等来确定担保物权竞合时效力位阶。当动产抵押权与动产质权竞合时,若抵押权先设定,须考量抵押权是否登记,已登记的抵押权效力位阶高于质权,质权的效力位阶高于未登记的抵押权。原则上设定质权后不宜再设定抵押权。如当事人同意,可在质权后再设定抵押权,但无论抵押权是否登记,质权的效力位阶一定高于抵押权。动产抵押权与留置权竞合时,若抵押权先设定,留置权的效力位阶高于

抵押权。相反情况下,则须探究抵押权是由标的物所有人设定,还是留置权人设定。标的物所有人设定时,留置权的效力应优先于抵押权。留置权人设定时,抵押权的效力位阶高于留置权。动产质权与留置权竞合时,若先设定留置权时,质权优于留置权。再若先设定质权时,留置权的效力位阶高于质权。

参考文献:

[1] 顾华祥. 论金融危机的深层次原因及应对法律措施的完善[J]. 重庆大学学报(社会科学版), 2009(4): 101 - 114.

- [2] 近江幸治. 担保物权法[M]. 祝娅, 译. 北京: 法律出版社, 2000: 220 - 221, 86.
- [3] 王泽鉴. 民法学说与判例研究(第8册)[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2005: 275 - 276.
- [4] 陈本寒. 担保物权法比较研究[M]. 北京: 武汉大学出版社, 2003: 414.
- [6] 郭明瑞. 担保法[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999: 313.
- [7] 史尚宽. 物权法论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 512
- [9] 陶丽琴. 抵押物保险合同上担保物权的竞合[J]. 现代法学, 2007(1): 60 - 67.

## Study on Prior Sequence of Multiple Guarantee Real Right That Concurrence in the Same Property : And on Article 79 of “Guarantee Law of Judicial Interpretation”

WANG Li

(College of Law, Chongqing University, Chongqing 400044, P. R. China)

**Abstract:** It is an important and difficult issue in theory of Guarantee Law to set the prior sequence when multiple guarantee real right being concurrence in the same property. Also, it became a serious obstacle due to deficiency of relevant legal system in China. Base this paper on three different concurrence condition of mortgage and pledge, mortgage and lien, pledge and lien, analyzing to set time of guarantee real right, to register right, to occupy property, according to the fundamental theory of Real Law, this paper discreetly analyzes the prior sequence when multiple guarantee real right being concurrence in the same property. The author recommends that prior sequence should be set based on the principle of setting priority, principle of register priority, principle of occupy priority in the future legislation when concurrence of multiple guarantee real right.

**Key words:** concurrence of guarantee real right; time of setting right; registration of right; occupancy; bona fide acquisition

(责任编辑 胡志平)