



刘保玉 主 编
董翠香 副主编

担保法疑难问题研究 与立法完善

郭明瑞

优先权的性质界定

申卫星

信心与思路：我国设立优先权制度的立法建议

渠涛

担保法理念的变迁与非典型担保制度的定位

符启林

商品房预售中与抵押权相关的权益冲突及其立法完善

程啸

人保与物保并存时债权人抛弃物保的若干问题

高圣平

大陆法系动产担保制度之法外演进与中国物权法

房绍坤 王洪平

论担保物权法上的意思自治与规范选择

刘保玉

担保物权的竞存问题及其立法完善



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



刘保玉 主 编
董翠香 副主编

担保法疑难问题研究 与立法完善



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

担保法疑难问题研究与立法完善/刘保玉主编. —北京:
法律出版社, 2006. 4
ISBN 7 - 5036 - 6152 - 6

I. 担… II. 刘… III. 金融—担保法—中国—学
术会议—文集 IV. D923. 2—53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 013022 号

©法律出版社·中国

责任编辑/孙东育 陈 慧

装帧设计/张 晨

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京中科印刷有限公司

编辑统筹/法学学术出版分社
经销/新华书店
责任印制/陶 松

开本/A5
版本/2006 年 4 月第 1 版

印张/17 字数/461 千
印次/2006 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782	西安分公司/029 - 85388843	重庆公司/023 - 65382816/2908
上海公司/021 - 62071010/1636	北京分公司/010 - 62534456	
深圳公司/0755 - 83072995	苏州公司/0512 - 65193110	

书号:ISBN 7 - 5036 - 6152 - 6/D · 5869

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

第一部分 优先权的性质与 地位问题争鸣

优先权的性质界定	郭明瑞(3)
信心与思路:我国设立优先权制度的立法建议	申卫星(14)
论我国物权立法中的优先权制度	翟云岭 张华刚(39)
优先权制度的立法选择	陈本寒(54)
试论优先权在我国物权法上的取舍	刘保玉(67)

第二部分 非典型担保制度的 定位与立法规制

让与担保的价值定位与制度设计	邹海林(85)
让与担保权的实行:若干争议及其选择	陈祥健(103)
担保法理念的变迁与非典型担保制度的定位	渠 涛(113)

第三部分 抵押权问题专论

论共同抵押权的实现	马新彦 李国强(127)
不动产抵押权若干问题探讨	王崇敏(148)
动产抵押若干问题研究	张海燕(161)
不动产抵押登记实践中存在的若干问题	唐 敏(177)
土地使用权与房屋分别抵押时的效力	张 斐(187)
附着于国有划拨土地上的建筑物单独抵押的原因、效力 及解决办法	戴利军(195)
浅析当事人自行约定的抵押期限的效力	赵永先(201)
商品房预售中与抵押权相关的权益冲突及其立法完善	符启林(205)

第四部分 实务问题探究

人保与物保并存时债权人抛弃物保的若干问题 ——最高人民法院公布的若干判决评析	程 啸(221)
论地方人大还贷承诺的法律属性及监督机制	朱羿锟 梁卫洪(239)
保证期间若干实践问题探讨	张爱云 马向伟(249)
主债务人破产对保证人责任的影响及应注意的问题	孙瑞玺(267)
当前金融纠纷案件存在的问题与对策 ——山东省法院受理的金融纠纷案件调研报告	邱天利(274)
车辆消费贷款保证保险纠纷案件中与担保有关的问题	孙永一 钟淑健(295)
账户质押理论与实务问题探析	董翠香(300)

证券质押的公示与第三人利益的保护	赵志毅(315)
再担保初论	王立争 刘春萌(335)

第五部分 物权立法与担保制度的完善

大陆法系动产担保制度之法外演进与中国物权法	高圣平(349)
美国统一商法典第九编(动产担保法)与中国物权法	高圣平(367)
论担保物权法上的意思自治及规范选择 ——以担保法和物权法草案(建议稿)的比较分析为 中心	房绍坤 王洪平(397)
物权公示与担保物权设定	董学立(423)
物权法应扩大动产担保物范围并统一动产担保登记制度	邱海洋(439)
论法定抵押权与优先权、不动产留置权之取舍 ——兼评我国《合同法》第286条之规定	陈龙业(449)
票据质押的法理解析及相关法律规范的协调	傅前铭(470)
我国现行担保法的若干不足及其完善	马媛媛(487)
担保物权的竞存问题及其立法完善	刘保玉(496)
后记	(536)

第一部分

优先权的性质与 地位问题争鸣

优先权的性质界定

郭明瑞*

引 言

关于优先权的性质,学界有不同的观点,这与对优先权概念的定义有关。对于优先权,在不同的学者中有不同的理解或解释,有的人将优先权从字面上理解为“优先”的权利。“优先”一词,《现代汉语词典》将其解释为“在待遇上占先”。由于在社会生活中一主体相较于他主体、一权利相较于他权利在待遇上占先的情况普遍存在,故“优先”一词在现代汉语中被广泛使用。在我国制定的各类法律、法规及政策文件中,存在着数量众多包含有“优先”字样的法律规范或政策规定,如优先抚养、优先继承、优先安排、优先审批、优先发展、优先照顾、优先考虑、优先录用等。在这些规定所涉及的社会关系中,有关当事人均享有某种优先的“地位”。这种优先的地位也就被有的人称为优先权,从而导致甚至有的人认为优先权是一个说不清楚的概念。就权利而言,有些学者将民事优先权界定为“一种根据法律规定和当事人约定,不同性质的若干民事权利发生冲突时,某一民事权利人的民事权利优先于

* 法学博士,博士生导师,烟台大学校长、教授。

其他民事权利人实现的民事权利”。^① 在这种意义上使用的“优先权”概念,其外延十分广泛,仅在立法中明确予以规定的就有优先购买权、优先承租权、优先承包权、专利和商标申请优先权、优先探矿权、优先受偿权、船舶优先权、优先股股东的优先权、优先认股权等。这些“优先权”分属不同的法律部门,其各自在立法目的、规范价值与属性上差异巨大,很难在理论上进行有效的类型化分析。显然,此种意义上的“优先权”只能是一种广义上的“优先权”,其相互间除在各自领域“待遇占先”外,不能抽象出其他理论共性,也就难以确定其性质。

但是我们讨论任何问题,都应限定在特定的范围内,在同一个平台上,在同一语境中进行。我们认为,优先权,作为一个特定的法律概念,有的称为先取特权,是指由法律直接规定的特种债权的债权人所享有的,就债务人一般或特定财产优先受偿的担保物权。^② 例如,工人就其工资对企业的一般财产享有优先权,在企业不能清偿其全部债务时,工人的工资债权基于其法定优先权,可就企业财产优先于其他债权受偿。在我国的以往的立法中也是就这一含义来使用优先权概念的。如《中华人民共和国海商法》和《中华人民共和国民用航空器法》中已经明确规定了船舶优先权和民用航空器优先权两类特别优先权。从上述优先权的概念出发,对于优先权的性质,我们认为,首先,应界定优先权为一种担保物权;其次,优先权又具有不同于其他担保物权的性质。

① 蔡福华:《民事优先权》,人民法院出版社2000年版,第7页。

② 各国在对优先权概念的理解上大同小异。日本学者认为先取特权(优先权)是法律所规定的特殊债权人可以债务人的特定财产得到优先偿还的法定担保物权([日]近江幸治:《担保物权法》,祝姬、王卫军、房兆融译,法律出版社2000年版,第31页)。《法国民法典》第2095条规定:“优先权是指,依债权性质赋予某一债权人优于其他债权人,甚至优先于抵押权人的受清偿的权利。”该权利在性质上也被认为是担保物权。根据《意大利民法典》第2745条至第2747条的规定,先取特权是指法律鉴于债权的原因(特殊性)而赋予的就债务人财产优先受偿的权利,其在性质上与抵押权一样为担保物权。

一、优先权为担保物权

担保物权是以确保债权实现而设定的,以直接取得或支配特定财产的交换价值为内容的权利。优先权是否是一种担保物权,决定于优先权是否符合担保物权的概念,这需要从物权与债权的区别、优先权的效力等方面分析。

首先,优先权是为确保债权而设定的。有的人认为,优先权为特种债权的特殊效力,而不属于担保物权。这种观点,脱离了优先权的设定目的,未能说明这种特殊效力的来源。诚然,优先权是特种债权的债权人依法享有的就债务人的财产优先受偿的权利。这也就决定了优先权只能是债权人的权利,从这一意义上说,优先权是债权的一种特殊效力。但同一债务人的诸债权人中何以此债权人得优先受偿,而彼债权人却不能优先受偿呢?因为债权的特性之一就是平等性,不应有何者为优的问题。因此如果仅认为优先受偿为债权的一种特殊效力,是不能解释这一问题的。我们说,某一债权的债权人之所以得就某一财产优先于他债权人优先受偿,根本原因在于该债权的债权人具有一项他债权人所没有的担保权。也就是说,只有具有担保权的债权人才能以行使担保权来优先受偿,从而保障其债权的实现。正是如此,该债权人的债权才有一种不同于他债权的特殊效力。事实上,在交易中债权人采取设立抵押权、质权等方式担保其债权的实现,也就是使其债权有不同于他债权的特殊效力,使之得就特定财产优先受偿,从而确保其债权的实现。在这一点上,优先权与抵押权、质权并无不同,优先权与它们的根本区别就在于,它不是基于当事人的约定而是基于法律的规定而成立的。也就是说,抵押权等具有“优先性”的权利是基于当事人的约定设定的,而优先权是直接由法律规定的,当事人无须约定,一般也不得以特约予以排除。但其发生是否是基于当事人的约定,并不能成为确认该权利是否为担保物权的标准,优先权并非当事人自愿约定,

并不能否定法律是为担保债权而直接规定优先权的。

其次,优先权是权利人得直接从标的物的价值中优先受偿的权利,亦即是以支配标的物的价值为内容的权利。作为一种担保物权,优先权也具有从属性,从属于所担保的主债权,随主债权的存在而存在,随主债权的消灭而消灭;不可分性,即其效力及于担保标的物的全部,担保着全部债权;特定性,即其所担保的债权是特定的,标的物是特定的,即使一般优先权的标的物,其范围也是特定的;物上代位性,即其效力及于标的物的代位物;优先受偿性,即从标的物的价值优先受偿债权。赋予优先权的债权之所以具有优先受偿性,是因为债权人享有优先权这一物权,可以就特定标的物的价值优先受偿。这正是各种担保物权共同具有的属性。

有的人不承认优先权为担保物权,其理由之一是认为物权的客体须具有特定性,而优先权的客体不具有这一特性。这种观点对于物权客体特定性的认识当然是正确的,但对于优先权客体的认识是不正确的。第一,物权客体的特定性,因物权的种类不同而要求并不相同。就所有权和用益物权而言,于权利设定之时客体必然特定,但就担保物权来说,由于它本身为一种价值权或变价权,其所支配者为物之交换价值,故虽在通常情形下,担保物权设立时标的即须特定,但亦不排除于担保物权成立之时,标的物尚未特定的情况。正如史尚宽先生指出的:“担保物权于实行之际,标的物必须特定,而于担保物权成立之时,则仅以于将来实行之际标的物得特定为已足。”^①这种仅于实现之时客体方须特定的情形,可以称为客体的相对特定性,这在物权法上多有适例,如所谓浮动抵押、期货抵押等。从各国法规定的优先权看,可分为一般优先权与特别优先权。特别优先权,如动产买卖优先权、不动产建设优先权等,其客体自始即为特定之动产或不动产,其特定性与一般物权无异。至于一般优先权的客体,于成立时仅概括地存在于债务人的

① 史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第251页。

总财产或全部动产之上,在优先权实行之前,此项财产处于不断变动的状态,并不能具体到某一项财产上。且由于一般优先权在通常情形下并无追及性,脱离债务人的财产并不再负物上担保责任,故其性质颇类似于浮动抵押,在客体上仅具有相对特定性。优先权客体的相对特定性,也是优先权区别于留置权的一个重要特征。留置权虽也为法定担保物权,但其客体于成立时必须是特定的。但这不能否认,优先权的客体也是具有特定性的。第二,我们不能从机械地理解“一物一权主义”上来认识物权客体的特定性。一方面,“一物一权”中的一物既可以是单一物,也可以是集合物;另一方面,“一物一权”中的一权仅指所有权或指不能为性质上相互抵触的权利。即使是一般优先权,虽其存在于债务人的一般财产上,于此情形下,债务人的一般财产也是作为一个“物”而特定的,正如企业担保,是将企业财产作为一个集合物看待的。我们不能否认企业担保的客体具有特定性,同样也不能否认一般优先权的客体具有特定性。

二、优先权为法定担保物权

担保物权都是以担保特定债权实现为目的的,但依其是否依当事人的意思设定,可分为约定担保物权与法定担保物权。约定担保物权,又称意定担保物权,是由当事人自愿设定的,依当事人的意思而设定,故又称为意定担保物权。抵押权、质权即为约定担保物权。法定担保物权不是由当事人的意思设定的,而是依法律的规定直接发生的。

优先权是法律为担保特种债权的实现直接规定的,因此,优先权为法定担保物权。作为法定担保物权,优先权具有法定性,不同于约定担保物权。这主要体现在:

第一,优先权无须当事人约定,它是由法律直接规定的。是否由当事人约定,这是约定担保物权与法定担保物权的一个最根本的区别。约定担保物权,其权利变动的原因是基于当事人的法律行为。此种法

律行为或为双方法律行为,如抵押权之设定、质权之设定;或为单方法律行为,如质权之抛弃。但无论出于何类法律行为,其权利变动的原因皆源自当事人之自主意思。而优先权与之不同,从产生至消灭,其权利变动几乎全基于法律的直接规定,很少有意思自治原则适用的余地。因此,当事人自行设立、变更或预先抛弃其优先权者,其行为一般情形下应属无效。

第二,优先权所担保的债权为法律基于社会政策立法的考量应予以特别保护的,即特种债权,而不是基于当事人自己的利益考虑需要特别保护的债权。优先权作为一种担保物权也是为担保债权的实现以支配标的物的价值为内容的权利,但其与其他担保物权相比较的一个重要区别在于,优先权是出于立法政策上的考虑而规定的,其信用是对个别的特殊种类的债权加以特别保护。就所担保的债权而言,优先权所担保之债权,与其他担保物权所担保之债权相比具有特殊性,故理论上将享有优先权的债权称为“特种债权”。从表面上看,这种特殊性体现在优先权所担保之债权的性质或发生原因的法定性。例如《法国民法典》第 2095 条规定:“优先权为按照债务的性质给予债权人优先于其他债权人,甚至抵押权人在内受清偿的权利。”《阿尔及利亚民法典》第 982 条也规定:“优先权为法律考虑特定债权的性质赋予的优先受偿权。”又如《日本民法典》第 306 条规定:“有因下列各项原因产生的债权人,于债务人的总财产上有先取特权:1. 共益费用;2. 受雇人的报酬;3. 殡葬费用;4. 日用品的供给。”再如《意大利民法典》第 2745 条规定:“先取特权是法律鉴于债权原因而赋予。”显然,立法者在考虑赋予哪些债权以优先权保障时,非常重视债权本身的性质或发生原因。然而,从更深的层次上观察我们可以发现:这些所谓的“特种债权”均与一定的价值观念或社会政策密切联系。申言之,优先权的立法目的即在于从法律上直接破除债权平等原则,使特种债权获得优于一般债权的地位。而特种债权与一般债权的区别之处就在于:除债权人的清偿利益外,赋予特种债权以优先权还体现了公平、正义等法律与社会理

念以及保障公共利益和社会利益的立法政策。例如,税收优先权体现的是对公共利益、社会利益的保障;工人工资优先权、受害人赔偿金优先权体现了社会公平理念;丧葬费用优先权、食品医疗供给费用优先权实现着人权至上的理想;诉讼费用、清算费用、财产保全费用优先权则发挥着保护共同利益、集体利益的作用;动产及不动产买卖优先权、旅店主优先权、承运人优先权起着维护社会经济秩序、增强交易信用的社会价值。总之,法律设立优先权制度并非出于立法者的想象或创造,而是基于保护特种债权以及体现在这些特种债权之上的社会理念与价值的需要。它以破除债权平等原则为手段,实现着更高层次的公平、正义。优先权这一立法目的的达成,其前提就在于优先权所担保债权的特殊性。实际上,对于优先权所担保的特种债权,就是在不设优先权制度的国家,也是需要采用其他制度来保障的,如法定抵押权、法定质权等。不过在我们看来,从立法政策和立法技术上考虑,法律更应当规定优先权,而不应采取其他的替代制度。例如,就我国《合同法》第286条的规定来说,不论是否承认优先权这一规定都是必要的,不过法律上若规定优先权,承包人的该项权利就可明确为优先权;若不承认优先权,则只能解释为法定抵押权或法定质权或留置权等。

第三,优先权仅具有担保功能,而不具有融资功能。抵押权、质权可以担保未来债权,当事人可先于债权的成立而设定抵押权、质权,这也就决定了抵押权、质权可以具有融资的功能,而且提供担保法的发展趋势,这也就是由保全担保向流通担保转变。而优先权不能先于主债权而成立,因此它不具有融资的功能,只能是保全担保。约定担保物权是为担保一般债权中的个别债权而设,而优先权却为担保特种债权而设。因此,约定担保物权与法定担保物权在意义与作用上完全不同:前者以“信用”(Credit)为基础,在信用交易方面发挥其机能;^①后者则采

^① [日]近江幸治:《担保物权法》,祝娅、王卫军、房兆融译,法律出版社2000年版,第6页。

取对特种债权予以特别保全的形式,以实现公平正义及特定之社会政策为己任。

第四,优先权的顺序依所担保的债权性质由法律直接规定,而不依成立先后为准。约定担保物权因是以登记或者占有为公示要件的,因此其顺序一般以成立先后为准。在一物之上存在同一性质的数个其他担保物权时,权利行使的顺序通常依据权利成立的先后顺序确定。如抵押权依登记的先后次序而定权利行使顺序,先登记者权利在先,后登记者只能在前顺序权利人满足其受担保的全部债权后,方得就担保物之余额行使权利。正因为如此,抵押权的顺序对权利人意义重大,其所构成的顺序利益,可成为独立之转让或抛弃的标的。^① 在实行抵押权顺位固定主义的国家,当事人为担保将来之融资,甚至得以设立所有人抵押的形式,将抵押权之顺序予以保留。^② 但法律关于优先权的规定,则与之完全不同。当同一标的物上存在数种优先权时,各个优先权人行使其权利的顺序纯粹基于法律的直接规定,并不以登记或成立的先后顺序作为确定因素。^③ 而法律对优先权顺序的规定,又多从实现公平正义或社会政策的角度加以确定。故某一特定种类之优先权的行使顺序,或者可优先于其他任何担保物权而行使,或者仅得优先于普通债权;即使在同一类优先权(如不动产优先权)之间,亦有法定的先后次序,^④甚至同一种优先权也会因其是否履行保全手续而影响其顺序的确定。^⑤ 总之,任一优先权的顺序均须视其所担保债权本身体现利益的重要程度以及与第三人利益和交易安全相衡量而确定。并且,优先权的顺序一经法律确定,当事人即不得将其转让或预为抛弃,也不得通

① 《日本民法典》第375条、《德国民法典》第880条。

② 《德国民法典》第881条。

③ 例如,《阿尔及利亚民法典》第983条即规定:“优先权的顺位由法律确定”;“如无确定优先权顺位之特别规定,适用本题有关优先权的规定”。

④ 《日本民法典》第331条。

⑤ 《日本民法典》第336条。

过其他途径事先予以保留。

优先权为法定担保物权,但法定担保物权不限于优先权。通说认为,留置权也为法定担保物权,因为留置权是基于法律规定的条件而发生,而不是由当事人约定的。但优先权与留置权也有不同的特点。这主要表现在:第一,优先权的法定性强于留置权。留置权虽不是由当事人约定的,但当事人可以提前约定排除留置权的适用。而优先权既不由当事人约定,也不能由当事人事先约定排除。第二,留置权以债权人占有标的物为要件,而优先权并不以债权人占有标的物为要件。由于优先权不以占有或登记为要件,一般无须公示,因此有学者称优先权具有秘密性。优先权具有秘密性,也是其区别于留置权的重要方面。同为法定担保物权的留置权,因其发生条件之一就是债权人占有债务人的财产,因而也是以占有为公示方式的,而不具有秘密性。

需要说明的是,优先权的秘密性与近代物权法的公示原则有不相容的一面,甚至可以看做是为公平与社会政策的实现而部分牺牲了物权公示原则的权威性。对于已享有债权的债权人来说,“突然”于债务人财产上出现优先权(先取特权),不能不说是真正的“痛苦”。因此,对于在罗马法上曾广泛存在的优先权(特权)制度,近代各国在决定是否继受时采取了极为审慎的态度。^①事实上,在设立优先权制度的国家,优先权(先取特权)的法定性与物权公示原则已经进行了某种妥协,其结果是使传统的物权公示方法在优先权制度中亦有其用武之地。这主要体现在优先权的保全与对抗方面,对于某些种类的特别优先权而言(尤其是不动产优先权),虽然其成立不以登记为要件,但未经登记之优先权不能保存其效力或不具有对抗一般债权人或登记债权人的效力。^②立法者通过这种手段来鼓励优先权人另行设立登记,以增强

^① [日]近江幸治:《担保物权法》,祝娅、王卫军、房兆融译,法律出版社2000年版,第32页。

^② 《日本民法典》第336条、第337条、第338条、第340条。