# 不动产上抵押权与利用权的冲突与协调

# 高圣平 范佳慧

摘要:不动产抵押权是非移转占有型的担保物权,所支配的是标的物的交换价值,与移转占有型的、支配标的物使用价值的不动产利用权能够并存。但不动产的交换价值与使用价值息息相关,利用权的存在可能会对抵押权的实行造成影响。不动产抵押权与利用权之间的优先次序依据公示先后确定,未公示的利用权劣后于抵押权。在利用权优先时,抵押权的设立无须经过利用权人的同意;抵押权实现后,利用权继续在标的物上存续。在抵押权优先时,若利用权的存在影响抵押权的实行,法院可依申请或职权除去利用权。

关键词:不动产利用权:不动产抵押权:公示:利益平衡

**DOI:** 10. 19836/j. cnki. 37-1100/c. 2020. 06. 007

# 一、问题的提出

民法典物权编以物尽其用为价值导向,激励市场主体充分发挥物之价值,从而增进社会财富。<sup>①</sup> 凡不动产皆有使用价值与交换价值,在物畅其流的市场经济背景之下,所有物除由所有人自己使用之外,尚可将其使用价值供他人利用以收取对价,也可将标的物之交换价值授予他人以获取信用。<sup>②</sup> 前者以租赁权、用益物权等不动产利用权最为典型,后者以不动产抵押权为其著例。不动产抵押权的设立和保有不以移转抵押物的占有为前提,无碍于抵押人对抵押物的使用,抵押人自可充分利用标的物的使用价值,或自己使用,或委由他人使用,从而创造物质财富,强化其履约能力。<sup>③</sup> 正是因为抵押制度对交易安全与效益最大化的双重关爱,使之获得担保各方的共同推崇,而不动产为我国市场主体的主要财产构成,不动产抵押权也就成为社会融资的主要媒介,不动产抵押物使用价值的发挥同时成为物尽其用原则的重要命题。

在不动产抵押权设立前后,均可能发生所有人将不动产之使用价值让渡于其他人的情形,第三人由此所享有的对不动产进行占有、使用及收益的权利(以下概称不动产利用权)。《民法典》就利用他人不动产关系的调整,分别规定于物权编和合同编之中,体现物权性与债权性的二元化体系,前者为物权性的利用权,包括地役权、居住权等用益物权,后者则为债权性的利用权,以租赁权为其典型。不动产抵押权以支配标的物之交换价值为内容,且实现时间系面向将来,即在主债务人不履行到期债务或发生当事人约定的情形时,债权人才能实行其抵押权,其与以用益为目的、实现时间面向现在的利用权能够并存。④然而,不动产抵押权人实行其对标的物的交换价值的支配时,须将标的物转化为价

收稿日期: 2020-08-05

基金项目:中国人民大学科学研究基金(中央高校基本科研业务费专项资金资助)重大项目"民法典担保法的解释与适用" (20XNL003)。

作者简介:高圣平,中国人民大学民商事法律科学研究中心研究人员,教育部长江学者特聘教授(北京 100872; gaolaw@ aliyun.com);范佳慧,中国人民大学民商事法律科学研究中心研究人员(北京 100872; jiahuifan1994@163.com)。

- ① 谢哲胜:《民法物权》,台北:三民书局,2010年,第5页。
- ② 谢在全:《民法物权论》,北京:中国政法大学出版社,2011年,第11页。
- ③ 高圣平:《担保法论》,北京:法律出版社,2009年,第202页。
- ④ 谢在全:《民法物权论》,第620页。

金或其他价值,但抵押物交换价值的高低取决于其使用价值的多寡,不动产上利用权的存在直接影响到抵押物的交换价值。因此,不动产抵押权与利用权之间(尤其是抵押权实行时)难免有相互凌越之处。①

在物尽其用的政策目标之下,就事实上可以彼此相容之权利,法律自当采取多元化的路径,使之可以在同一标的物上并存,②但若权利之间发生冲突时,法律也应确立相应的优先次序规则对两者进行协调。如此,就不动产抵押权与利用权之间的冲突,首先应明确两者间的优先次序如何确定,再以此为基础对不动产抵押权人、利用权人以及抵押人、抵押物第三取得人的利益进行平衡。

# 二、优先次序的确定:公示时间先后

基于物权的直接支配性与排他性(《民法典》第 114 条第 2 款),物权具有优先效力。具体体现为:同一物上有多数彼此相容之物权存在时,先成立物权有优先于后成立物权的效力,此所谓"时间在先,权利在先"原则。③同一标的物之上物权与债权相竞存时,优先顺位的一般原则是,无论物权成立于债权之前或之后,物权均有优先于债权的效力。④不过,随着登记对抗主义物权之兴起,以及基于法政策而对特定债权赋予物权化的效力,竞存的物权之间、物权与债权之间的顺位规则均应做进一步的修正,这也反映到不动产抵押权与利用权之间的优先次序中。

#### (一)不动产抵押权与用益物权

在实行土地私有制的国家和地区,土地所有权本身即可充任抵押权的客体。因此,用益物权常可与抵押权并存于同一土地所有权之上。例如在我国台湾地区,地上权、农育权、典权等用益物权即可与抵押权相容。我国实行土地公有制,为提高土地利用效率,土地所有权之上自可设立用益物权,但不能设定抵押权(《民法典》第 399 条第 1 项)。由此可见,土地使用权之上不可能出现不动产抵押权与用益物权并存问题。在《物权法》制定前,土地上用益物权类型包括城镇国有土地使用权、乡村企事业建设用地使用权、农村土地承包经营权以及宅基地使用权⑤,兼之土地所有权主体为国家或集体,能够以民事方式流转的仅是土地使用权而非土地所有权。因此,在当时的法律制度下,并不发生土地上用益物权与抵押权并存的问题。⑥《物权法》制定时,立法者参照德国、法国、意大利、日本等国的经验,在用益物权体系中规定了地役权,权利人有权按照合同约定,利用他人的不动产,以提高自己的不动产效益。为完善我国现有的住房权利保障体系,《民法典》在物权编用益物权分编增加一章,专门规定居住权,权利人有权按照合同约定或者遗嘱,对他人的住宅享有占有、使用的用益物权,以满足生活居住的需要。⑦ 地役权和居住权均不在土地所有权上设立,由此抵押权与地役权、居住权即可能在同一不动产上并存。

在"房地一体处分"的基本原则之下,《民法典》第374条规定,地役权自地役权合同生效时设立,未经登记,不得对抗善意第三人。在形式主义的物权变动模式下,即物权只有经过公示才能得以设立,如此物权公示的时间与设立的时间也就合一,但随着意思主义物权变动模式的引入,物权之优先

① 谢在全:《民法物权论》,第692页。

② 郑玉波:《抵押权与用益权》,《法令月刊》1987年第5期。

③ 谢在全:《民法物权论》,第25-26页。

④ 梁慧星、陈华彬:《物权法》,北京:法律出版社,2016年,第49页。

⑤ 李建华、杨代雄:《我国土地用益物权体系的立法构造——兼评〈中华人民共和国民法(草案)〉的相关规定》,《当代法学》 2004 年第1期。

⑥ 刘保玉:《论物权之间的相斥与相容关系》,《法学论坛》2001年第2期。

② 高圣平:《民法典物权编的发展与展望》,《中国人民大学学报》2020年第4期。

效力已非当然定律——唯有经过公示,物权才具有得对抗所有第三人的优先效力。① 在物权体系内部,存在采行意思主义物权变动模式的物权,仅具对抗部分第三人的效力。例如,未经登记的动产抵押权,不得对抗善意第三人(《民法典》第 403 条),而此处"第三人"的范围就包括已公示但设立时间在后的物权,但不包括无担保债权人。因此,决定物权间优先次序的"时间在先,权利在先"原则已从"成立时间在先,权利在先"修正为"公示时间在先,权利在先"。如此,在地役权与抵押权竞合时,就应当依据两者登记的时间先后确立彼此之间的优先顺位。

依据《民法典》的规定,居住权可依合同或遗嘱设立。就依合同而设的居住权而言,物权变动模式为登记生效主义,"设立居住权,当事人应当采用书面形式订立居住权合同。""居住权自登记时设立。"居住权属于有期限的物权,因此,已经设定抵押权的住宅,并无碍于居住权的设立;设立居住权的住宅,也不否定其抵押能力。在居住权与抵押权竞合时,也就应当依据两者登记的时间先后确立彼此之间的优先顺位。以遗嘱设立居住权的,不适用登记生效规则,而是根据第230条的规定,自继承开始时居住权设立。②为保护交易安全,《民法典》第232条规定了处分非依法律行为享有的不动产物权,依照法律规定需要办理登记的,未经登记,不发生物权效力。但居住权与抵押权间的对抗自非处分居住权,以遗嘱方式设立的居住权,居住权人自继承开始时所取得的就是具有完全效力的物权,若设立居住权的房屋同时负担有抵押权的,居住权与抵押权间的优先次序应依据继承开始的时间与抵押权登记的时间先后确定。

#### (二)不动产抵押权与土地经营权

党的十八大以来,党中央提出要深化农村土地制度改革,完善承包地"三权分置"制度,并制定了一系列试点政策。所谓承包地"三权分置",就是要"要不断探索农村土地集体所有制的有效实现形式,落实集体所有权、稳定农户承包权、放活土地经营权"③,但在法律上如何表达这一思想,学界一直存在争议,修正之后的《农村土地承包法》在法律章节结构安排上采取了"土地承包经营权→土地经营权"的形式,但第9条④的规定再次引起了"三权分置"之下承包地产权结构的讨论——"土地所有权、土地承包经营权、土地经营权"的"三权"模式抑或"土地所有权、土地承包经营权、土地承包权、土地经营权"的"四权"模式。⑤《民法典》明确土地承包经营权是巩固和完善农村基本经营制度的基础,是从集体土地所有权派生出的一种用益物权,同时又确认承包农户可以从其土地承包经营权中为经营主体派生出土地经营权。因此,《民法典》形成了"土地所有权→土地承包经营权→土地经营权"的承包地产权结构,结合《农村土地承包法》的修改,"三权分置"的具体形式是,在土地承包经营权人为他人设定土地经营权后,就形成"土地所有权+土地承包经营权+土地经营权"的产权格局,而若土地承包经营权人未流转出土地经营权,则维系原有的两权结构,即"土地所有权+土地承包经营权"。至于《农村土地承包法》中出现的"土地承包权"只能理解为权利行使受到土地经营权限制的土地承包经营权的便宜称谓。⑥

《农村土地承包法》第47条中规定:"承包方可以用承包地的土地经营权向金融机构融资担保,并

① 相关讨论,参见常鹏翱:《民法中的财产权竞合规范——以优先规范为中心》,《法学研究》2010 年第 5 期; 龙俊:《公示对抗下"一般债权"在比较法中的重大误读》,《甘肃政法学院学报》2014 年第 4 期; 张鹏:《物债二分体系下的物权法定》,《中国法学》2013 年第 6 期。

② 高圣平:《民法典物权编的发展与展望》,《中国人民大学学报》2020年第4期。

③ 习近平:《在中央农村工作会议上的讲话》,载中共中央文献研究室:《习近平关于全面深化改革论述摘编》,北京:中央文献出版社,2014年,第65页。

④ 《农村土地承包法》第9条规定:"承包方承包土地后,享有土地承包经营权,可以自己经营,也可以保留土地承包权,流转其承包地的土地经营权,由他人经营。"

⑤ 对相关讨论的总结,参见高圣平:《农村土地承包法修改后的承包地法权配置》,《法学研究》2019 年第5期。

⑥ 参见高圣平:《承包地三权分置的法律表达》,《中国法学》2018年第4期。

向发包方备案。"这里,承包方供作担保的是"承包地的土地经营权",维系了 2014 年以来政策文件中的提法——"允许承包土地的经营权向金融机构抵押融资"。但在未派生出土地经营权的情形下,"经营"不过是土地承包经营权的权能而已,并不存在所谓"承包地的土地经营权",承包人自己经营承包地时,其权源仍然是土地承包经营权,前引第 47 条如此表述实际上是为了与同条第 3 款"实现担保物权时,担保物权人有权就土地经营权优先受偿"的规定相衔接,在担保物权实现之时,不能使承包农户丧失土地承包经营权,仅得派生出土地经营权以优先受偿。① 如此,土地承包经营权与土地经营权一样均可以作为抵押权的标的物,而土地经营权与抵押权可以同时作为土地承包经营权的负担并存:一是承包人先以土地承包经营权进行抵押融资,后为第三人设定土地经营权;二是承包人先为第三人设定土地经营权后,再以土地承包经营权为债权人设定抵押。② 此时,土地承包经营权上竞存的抵押权与土地经营权也应当依据公示的时间先后确立顺位。

《民法典》第 341 条规定,"流转期限为五年以上的土地经营权,自流转合同生效时设立。当事人可以向登记机构申请土地经营权登记;未经登记,不得对抗善意第三人。"这里与《农村土地承包法》第 41 条的规定保持了一致,仅赋予了流转期限为五年以上的土地经营权以登记能力。对于具有登记能力的土地经营权,其与抵押权的顺序自然可以依据先公示者优先的原则确定,即已登记的权利优先于登记在后或没有登记的权利。但对于流转期限为五年以下的土地经营权,因其无法登记,故而其顺位应劣后于抵押权。

#### (三)不动产抵押权与租赁权

一般而言,无论债权成立之先后,物权均具有优先于债权的效力,但基于特定的利益衡量,法律亦有特定情形下的例外,"买卖不破租赁"即为其中典型,租赁物在承租人按照租赁合同占有期限内发生所有权变动的,不影响租赁合同的效力(《民法典》第725条)。"买卖不破租赁"规则的立法目的在于:第一,保护承租人的居住利益与商业维持利益;第二,稳定租赁关系,保护交易安全;第三,鼓励承租人对租赁物进行中长期投资和利用。③虽然抵押权的设立并不直接产生租赁物所有权变动的效果,但在抵押权实现之时,租赁物的所有权自会因拍卖、变卖、折价等实现行为而发生变动,故而抵押权与租赁权的关系也应当遵循"买卖不破租赁"规则。《物权法》第190条据此规定:"订立抵押合同前抵押财产已出租的,原租赁关系不受该抵押权的影响。抵押权设立后抵押财产出租的,该租赁关系不得对抗已登记的抵押权。"

由于租赁权完全基于当事人间的意思而创设,在涉及不动产的执行程序中,债务人与第三人串通签订虚假的不动产租赁合同,或者倒签租赁合同,使租赁合同的成立日期先于抵押权设立日期,从而利用"买卖不破租赁"规则逃避执行的现象频发,债权人、租赁物买受人的权利保护以及执行效率均受到影响。④ 反观比较法上的经验,"买卖不破租赁"多以租赁权的公示为要件。⑤ 针对公示机制欠缺所导致的虚假租赁泛滥现象,我国法院通过个案审判及规范性文件对《合同法》第 229 条、《物权法》第

① 高圣平:《农村土地承包法修改后的承包地法权配置》,《法学研究》2019年第5期。

② 或许会有学者质疑土地承包经营权派生出土地经营权后还能否充当抵押标的物,但土地经营权是有期限的权利,例如承包人为第三人设定了一个较短期限(比如3年)的土地经营权,土地承包经营权就仍是具有较高融资价值的担保物。至于土地经营权期限的长短对土地承包经营权价值的影响,以及该期限的长短如何判断,则属于第三人的信贷风险评估因素,法律应当允许市场主体自行决定是否接受派生出土地经营权的土地承包经营权抵押。

③ 王利明:《论"买卖不破租赁"》,《中州学刊》2013年第9期。

④ 卢正敏:《执行程序中的恶意租赁及其法律应对》,《中国法学》2013 年第 4 期。典型案例可参见"张曲与陈适、吴洋英民间借贷纠纷执行案",《最高人民法院公报》2011 年第 9 期。

⑤ 关于租赁权的公示,比较法上有两种做法:第一,在先成立的租赁权应当在公共登记簿上进行登记,《意大利民法典》第 1599条、《奥地利普通民法典》第 1095条、《日本民法典》第 605条即为著例;第二,以租赁物的移转占有作为公示方式,《德国民法典》第 566条、我国台湾地区"民法"第 425条即有对应规定。

190条的漏洞进行了相应的司法续造。① 受《合同法》第 229条所形成的法秩序限制,法院在个案裁判中的主流观点是,只有在承租人于买卖合同签订前、抵押权登记前占有租赁物,租赁合同的效力才能不受影响。② 在最高人民法院颁布的司法文件中,《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第 31条第 1款、《最高人民法院关于人民法院民事执行中的拍卖、变卖财产的规定》(以下简称《拍卖变卖规定》)第 31条第 2款规定,"买卖不破租赁"以租赁的占有为前提,也即占有是租赁权物权化的必要条件。

不过,以占有作为不动产租赁关系的公示方法,在明确性上无法与登记相比肩,相对人只能从标的物已被他人占有的事实去推知租赁关系存在之可能性③,这在一定程度上增加了相对人的征信成本。同时,对于不动产租赁而言,占有的公示效力较弱,即使相对人进行实地查看也未必能知悉标的物上的租赁权④,况且相对人难以确定占有的初始时间⑤。因此,在《民法典》编纂过程中,有学者提出应当以登记作为不动产租赁权的公示方式,将登记的交易成本分配给债务人与承租人,以交易成本转移的方式压制虚假租赁。⑥登记固然是不动产租赁权物权化的理想方式,但租赁权本身不是物权,尚无登记能力,无法在不动产登记簿上登记。目前虽实行不动产租赁登记备案制度,但仅具管理作用,基于租赁双方避税、保密等原因,实施效果并不理想,且不动产租赁与物权变动不能在同一登记簿上登记,对相对人也无法起到信息警示的作用。⑦基于司法实践中业已形成的共识,《民法典》最终将移转占有作为租赁权取得对抗效力的要件,租赁权能否对抗抵押权,也就取决于承租人是否已在抵押权登记前占有租赁物。

## (四)不动产抵押权与企业承包经营权

在 20 世纪 80 年代,农村家庭联产承包责任制的成功为城市经济管理体制改革带来了有益启示,为提高企业经济效益、落实国家财政上交任务,国有企业改革中开始推行承包经营责任制。<sup>®</sup> 在我国的经济体制改革过程中,承包经营责任制已为公司制所取代,但企业承包经营关系在现实中仍然存在。目前来看,我国法律明确的企业承包经营关系包括全民所有制工业企业承包经营、中外合资经营企业承包经营合同纠纷、中外合作经营企业承包经营合同纠纷、外商独资企业承包经营合同纠纷、乡镇企业承包经营合同纠纷。<sup>®</sup> 虽然公司、个人独资企业、合伙企业的承包经营没有法律规定,但在该

① 陈鸣:《"买卖不破租赁"的司法续造及其局限性——兼论〈民法典·合同编〉中租赁合同对抗力规则的重构》,《西部法学评论》2017 年第 1 期。

② 参见"陈观海、中国建设银行股份有限公司漳平支行案外人执行异议之诉再审案",最高人民法院(2018)最高法民申 1711 号民事裁定书;"青岛利群投资有限公司等申请监督案",最高人民法院(2013)执监字第 67 号执行裁定书;"中国华融资产管理股份有限公司浙江省分公司与瑞安市塘下镇宝宝书院幼儿园及瑞安市正龙汽摩配有限公司案外人执行异议之诉案",浙江省高级人民法院(2018)浙民申 3080 号民事裁定书;"白宏伟与宁夏担保集团有限公司与宁夏华鹏建设集团有限公司等追偿权纠纷申请案",宁夏回族自治区高级人民法院(2018)宁执复 46 号执行裁定书;"杭州银行股份有限公司上海分行案外人执行异议之诉案",上海市高级人民法院(2018)沪民终 399 号民事判决书。

③ 王泽鉴:《买卖不破租赁:第425条规定之适用、准用及类推适用》,载王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第六册),北京:北京大学出版社,2009年,第151页。

④ 孙鹏:《抵押权与租赁权的冲突与协调》,《法学论坛》2009年第2期。

⑤ 常鵬翱:《先抵押后租赁的法律规制——以〈物权法〉第190条第2句为基点的分析》,《清华法学》2015年第2期。

⑥ 陈鸣:《"买卖不破租赁"的司法续造及其局限性——兼论〈民法典·合同编〉中租赁合同对抗力规则的重构》,《西部法学评论》2017 年第 1 期;卢正敏:《执行程序中的恶意租赁及其法律应对》,《中国法学》2013 年第 4 期;熊丙万:《中国民法学的效率意识》,《中国法学》2018 年第 5 期。

⑦ 常鹏翱:《民法中的财产权竞合规范——以优先规范为中心》,《法学研究》2010年第5期。

⑧ 袁守启:《承包经营责任制》,北京:中国经济出版社,1988年,第11-15页。

③ 《全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》对全民所有制工业企业的承包经营责任制进行了确认。最高人民法院制定的《民事案件案由规定》规定:中外合资经营企业承包经营合同纠纷、中外合作经营企业承包经营合同纠纷、外商独资企业承包经营合同纠纷、乡镇企业承包经营合同纠纷。

承包经营合同不违反法律、行政法规的强制性规定时,这些企业承包经营关系也应当有效。①《全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》第2条指出,承包经营责任制的核心是所有权与经营权的分离,该条是从国家与企业的责权利关系的角度规定了全民所有制工业企业的承包经营责任制②,但从民事财产关系的角度而言,企业承包经营是发包人依法将其不动产、机器设备等生产要素交付于承包人开展生产经营活动,承包人支付对价的法律关系。若依据企业承包经营合同的约定,承包人可在承包期限内对发包企业的土地、房屋等不动产进行利用,此时的企业承包经营权自然也就包含不动产利用权的特征。

关于企业承包经营权的性质,目前法律并未有明确规定,理论上对之进行的阐述也不充分,裁判实践中对企业承包经营权能否对抗成立在后的抵押权及企业资产的买受人权利存在不同的司法态度。第一种观点认为,企业承包经营权既非租赁权,也非法律明确规定的用益物权类型,因此在效力上恒弱于抵押权。③第二种观点认为,企业承包经营权的本质是租赁权,也应当适用"买卖不破租赁"规则。④第三种观点认为,虽然法律上未对企业承包经营权的性质进行界定,但依据《拍卖变卖规定》第31条第2款的规定,"拍卖财产上原有的租赁权及其他用益物权,不因拍卖而消灭",成立在先的承包关系不因拍卖而消灭。⑤笔者认为,在物权法定原则之下,企业承包经营权并不是法律明确规定的物权类型,且当事人间依据合意即可创设,企业承包经营权的性质即应属债权。同时,企业承包经营权虽然可能较之租赁权带有更多的国家管制色彩⑥,发包企业往往是将资产整体交予承包人使用、收益,但就发包企业中土地、房产等资产的利用而言,企业承包经营权与租赁权在民事法律体系下并无本质区别。依据《民法典》第467条第1款的规定,企业承包经营和与租赁权在民事法律体系下并无本质区别。依据《民法典》第467条第1款的规定,企业承包经营和同以参照适用租赁合同的规定,企业承包经营权自可类推适用于"买卖不破租赁"规则,同时企业承包经营权也应当通过公示——企业资产的交付来获取对抗力。如上所述,不动产上竞存的抵押权与租赁权应当依据公示时间的先后确定顺位,则并存的不动产抵押权与企业承包经营权之间也应如此,即两者的顺位取决于抵押权登记与企业不动产交付的先后。

综上,物权具有绝对排他的效力,其变动必须具有足以由外部可以变动的表征,才能透明当事人的法律关系,减少交易成本,避免第三人遭受侵害,保护交易安全。② 在物权与债权之间,物权之优先效力也是以公示为基础,"因为公示,意定物权被对世公开,其效力因此超越当事人双方,有了普世的绝对性,进而从相对性的意定债权中脱颖而出,并演绎出教科书所谓的物权排斥债权的通常规范"®。对于具有物权效力的债权而言也是如此,唯有经过公示,该债权才能取得对抗第三人的效力,否则第三人就将付出更多的调查成本,也会侵害当事人间业已形成的利益格局。因此,尽管不动产利用权的性质有物权与债权之分,而债权性的利用权中又有因法律特别规定而具有物权效力的类型,但不动产

① "周格美、周选坤金融借款合同纠纷执行审查案",湖南省高级人民法院(2019)湘执复94号执行裁定书。

② 《全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》(2011年修订)第2条规定:"承包经营责任制,是在坚持企业的社会主义全民所有制的基础上,按照所有权与经营权分离的原则,以承包经营合同形式,确定国家与企业的责权利关系,使企业做到自主经营、自负盈亏的经营管理制度。"

③ "广西梧州运通服务有限责任公司等与梧州市金鸿运输服务有限公司承包经营合同纠纷执行复议案",广西壮族自治区高级人民法院(2011)桂执复字第19号执行裁定书。

④ "酉阳土家族苗族自治县龚滩镇人民政府与冉启照乡镇企业承包经营合同纠纷上诉案",重庆市第四中级人民法院(2020) 渝 04 民终 347 号民事裁定书。

⑤ "陈南文与邹文乡镇企业承包经营合同纠纷上诉案",广东省阳江市中级人民法院(2013)阳中法民一终字第 444 号民事判决书。

⑥ 在全民所有制企业、乡镇企业承包经营、涉外承包经营关系中,国家管制色彩更为明显,但在普通私主体间的企业承包经营关系中,则更多的贯彻当事人的意思自治。

② 王泽鉴:《民法物权》,北京:北京大学出版社,2009年,第69页。

⑧ 常鹏翱:《民法中的财产权竞合规范——以优先规范为中心》,《法学研究》2010年第5期。

抵押权与利用权间的顺位应当以公示时间确定,也即"公示在先,顺位在先",对于没有经过公示的利用权,自不得对抗经登记而设立的抵押权。

# 三、利用权优先于抵押权时的利益平衡

如上所述,对于具有物权效力的不动产利用权,在其公示时间先于抵押权时,就获得了优先于抵押权的效力。但利用权的公示方式并不统一,如何证明其公示在先也往往是诉讼中的争议焦点;而此时,在先利用权的存在是否影响到抵押权的创设,对抵押物的买受人又有何效力,则有待解释上的探讨。

#### (一)利用权对抗效力的诉讼证明

在民事诉讼过程中,证明不动产利用权公示时间早于抵押权,就成为利用权优先于抵押权的裁判关键。居住权、地役权、流转期限 5 年以上的土地经营权,因其公示方式与抵押权同为在不动产登记簿上进行登记,其是否能对抗抵押权,只需检索登记簿以查明其是否登记、其登记时间是否早于抵押权的登记时间,即可判断。对于以占有为公示方式的利用权而言,利用权对抗效力的证明则成为诉讼中的难题。以租赁权为例,承租人须证明在债权人设立抵押权之前已经与被执行人签订了合法有效的房屋租赁合同,且已按约支付租金,并实际占有使用租赁物。① 在司法实践中,利用权人对标的物占有的证明有如下要点:

第一,利用权人对不动产的占有应为实际占有,而不能为占有改定、指示交付等方式。例如,在先抵后租的案例中,"基于租赁权得以对抗其他一般债权之本质,在于保护承租人对承租物实际利用之自由和利益,故上述条文中可以排除执行之'占有使用',通常认为应是承租人实质意义上的实际占有使用,而不包括以占有改定、指示交付方式等间接占有租赁物之情形;这是由于,如果离开承租人对租赁物具有直接支配、控制的物权化权利外观和内涵,则很难产生优于普通债权之特别效果"②。若租赁合同下的承租人与租赁物的实际占有人不一致时,即使实际占有人是公司法人,而承租人是其实际负责人与经营人时,两者也属于不同的法律主体,承租人仍然未取得租赁物的占有。③

第二,对不动产的占有难以通过直接证据证明,在利用权人提交间接证据证明时,所举证据应当形成完整的证据链以证明对涉案不动产的实际占有使用。④ 在司法实践中,承租人借以证明其对租赁物的占有状态的证明材料有"出租人与承租人签订的租赁房屋交接书、承租人在出租房屋所在地物业办理的装修或者入住手续证明以及承租人依照租赁合同缴纳水费、电费、燃气费、通信费等公共事业用费等"⑤,而法院则根据这些证据材料,结合日常生活经验判断利用权人是否在抵押权登记前就已占有案涉不动产。例如在"青岛利群投资有限公司等申请监督案"⑥中,承租人提供装修工程施工合同及空调、配电等设备安装合同,证明约定的工期起始日期为2004年12月至2005年4月期间,又提供同时期相关缴纳水电费、进货、销货、缴纳税款等凭据,证明租赁物完成装修后已于2005年4月营业,而案涉抵押权登记时间为2005年12月。法院据此认为,根据承租人提交的证据,可以推定承

① "宁德扬科狮虎进出口有限公司、兴业银行股份有限公司宁德分行案外人执行异议上诉案",福建省高级人民法院(2019) 闽民终 1337 号民事判决书。

② "宁德扬科狮虎进出口有限公司、兴业银行股份有限公司宁德分行案外人执行异议上诉案",福建省高级人民法院(2019) 闽民终 1337 号民事判决书。

③ "马闯与宿迁市半边天科技小额贷款有限公司、苏州银行股份有限公司宿城支行等执行异议之诉案",江苏省高级人民法院(2018)苏民终898号民事判决书。

④ 江伟、邵明主编:《民事证据法学》,北京:中国人民大学出版社,2015年,第33页。

⑤ 《上海市高级人民法院关于在执行程序中审查和处理房屋租赁权有关问题的解答(试行)》(沪高法[2015]75号)第5条。

⑥ 最高人民法院(2013)执监字第67号执行裁定书。

租人对租赁物的占有时间早于抵押登记时间。①

第三,在不动产抵押权的执行异议之诉中,应由主张利用权具有对抗抵押权效力的一方负担证明责任。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第90条规定:"当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实,应当提供证据加以证明,但法律另有规定的除外。"在执行异议之诉中,不动产利用权人主张抵押权不得对抗自己的利用权时,应当举证证明自己对案涉不动产的占有先于抵押权的登记,且证明应达到高度盖然性的标准,否则利用权人须承担败诉的不利后果。例如,在"姚雨含与交通银行股份有限公司徐州分行、孙成义案外人执行异议案"②中,虽然承租人提供了水电费发票拟证明对案涉房屋的占有使用事实,但却无法对缴纳电费非常低的质证点作出合理解释,法院裁判即对其主张不予支持。

#### (二)抵押权的设立是否应经利用权人同意

设定利用权后,能否就同一不动产再设定抵押权,法无明文规定。但利用权之目的,在于取得物之使用收益价值;而担保物权之目的,在于取得物之交换价值。③ 两者内容不同,应可并存无妨,利用权的设定也并未限制标的物上抵押权的设立。不过,《民法典》于用益物权章中新增居住权,而居住权是为特定人的生活需要而设,具有保障社会弱者居住权益的功能,在性质上体现了扶助、赡养、关怀之特色。④ 因此,在标的物办理抵押权登记、抵押物实现后办理转移登记时是否需要居住权人同意,即存疑问。笔者对此持反对意见,理由如下:

第一,对于负担有居住权的房屋,所有权人设定抵押权是其行使处分权能的体现。在我国台湾地区,不动产所有人可为他人设立典权以收取典价,使他人可在自己不动产上为使用、收益。在出典人不回赎时,由典权人取得不动产所有权,典权对所有权之限制比居住权更甚,但我国台湾地区"民法"第918条规定:"出典人设定典权后,得将典物让与他人。但典权不因此而受影响。"同时,出典人仍保有典物之所有权,即出典人有权就典物再行设定抵押权,只是出典人不得在典物设定与典权相抵触之权利,例如不得重新设定典权,以保障典权人之权利。⑤以此类推,居住权作为用益物权,其支配权能被限制为使用权能,而所有权人仍然保有处分权能⑥;抵押权既然本属于可与居住权相容之权利,所有权人就负担有居住权的不动产设定抵押权是其行使处分权的体现,自然无须经过居住权人同意。

第二,抵押权的设立并不会影响在先的居住权,实现时也不会损害居住权人的居住利益。如前所述,抵押权为非移转占有型的担保物权,在设定抵押后,抵押人仍可按照自己意愿对标的物进行使用或收益,或者将标的物的使用价值让与第三人,故居住权人的居住利益并不会受到影响。在抵押权实行时,设立在先的居住权也具有对抗抵押权的效力,即居住权仍在转让后的标的物上存续。更何况,居住权可以在同一住宅的部分房间中设立,此际并不影响所有人进一步出租剩余房间。如此,抵押权的设立无损于居住权对弱势地位者的扶助作用。

第三,若抵押权的设立登记及实现后的转移登记以居住权人的同意为要件,将会损害房屋所有人对财产的自由处分权,也有碍于标的房屋的市场流通。抵押权本为融资担保之工具,具有促进抵押人生产经营活动展开之功效,但若房屋所有权人设定抵押须经居住权人的同意,可能被居住权人恶意利用,损害所有权人的合法利益。例如,居住权人没有正当理由拒绝同意或对所有权人的请求长期不予答复,从而使所有权人的融资活动难以及时有效完成。

① "青岛利群投资有限公司等申请监督案",最高人民法院(2013)执监字第67号执行裁定书。

② 江苏省高级人民法院(2019)苏民终 194 号民事判决书。

③ 王泽鉴:《典权设定后何以不得再设定抵押权》,载《民法学说与判例研究》(第一册),北京:北京大学出版社,2009年,第293页。

④ 申卫星:《视野拓展与功能转换:我国设立居住权必要性的多重视角》,《中国法学》2005年第5期。

⑤ 吴光明:《新物权法论》,台北:三民书局,2009年,第413页。

⑥ 近江幸治:《民法讲义Ⅱ•物权法》,王茵译,北京:北京大学出版社,2006年,第193页。

总之,即使不动产上负担有居住权,设立抵押权也属于所有权人自由处分的范畴,故而办理抵押权设立登记、抵押权实现后的所有权转移登记无须经由居住权人同意。对于其他类型的利用权而言,也是如此。

### (三)利用权的承受主义

在不动产上利用权之效力优先于抵押权时,依据物权之优先效力及"买卖不破租赁"规则,此时的抵押权不得对抗利用权。具体至抵押权实行时,即指不动产上的利用关系不因抵押权而受到影响<sup>①</sup>,利用权对于抵押物的第三取得人仍发生效力。《拍卖变卖规定》第 31 条第 2 款即规定,拍卖财产上原有的租赁权及用益物权,不因拍卖而消灭。

一方面,对于居住权、地役权这类用益物权性质的利用权,在抵押权实现时,利用权由抵押物的买受人所承受。物权是对物的排他性支配权,此本质在对第三人的关系中具有实际性的意义,即物权的客体移转到第三人时,物权人得向第三人主张其权利,这是所有权、用益物权所具备的追及效力。②换言之,物权成立后,其标的物不论辗转入何人之手,物权人均得追及物之所在,而直接支配其物的效力。③《民法典》第381条规定:"地役权不得单独抵押。土地经营权、建设用地使用权等抵押的,在实现抵押权时,地役权一并转让。"对于居住权而言,若所有权人将设定有居住权的房屋予以转让,买受人自得继受负担有居住权的房屋。

另一方面,对于租赁权、企业承包经营权、土地经营权等本为债权性质的利用权,在经物权化且优先于抵押权后,利用权不因抵押权的实现而消灭,仍然存续于抵押财产上。以租赁权为例,依据《民法典》第 405 条的规定,在抵押权设立前,抵押财产已经出租并转移占有的,原租赁关系不受该抵押权的影响。换言之,租赁物的所有权发生变动后,其设定在该租赁物上的租赁合同仍然存在,在承租人与受让人之间无须另行订立租赁合同,受让人在受让该租赁物的所有权时就与承租人产生了租赁合同关系,成为一个新的出租人,承受原出租人的权利和义务,受让人要受该租赁合同的约束。④ 对于企业承包经营权、土地经营权而言,类推《民法典》第 405 条之规定,在其通过公示得以物权化后,也是如此。实际上,对于原本为债权性质的利用权,在经物权化后,也与用益物权一般具有追及效力。

综上所述,在不动产利用权的顺位优先于抵押权时,抵押人仍得依据自己意思为他人设立抵押权,抵押权的设立登记与实现时的不动产转移登记均不以利用权人的同意为前提。在具体的诉讼中,利用权人须对自身权利的公示先于抵押权的公示程度证明责任。同时,抵押权的实现不得影响利用权,抵押物的买受人须承受抵押物上原有的利用关系。

## 四、抵押权优先于利用权时的利益平衡

如前所述,当同一不动产上抵押权与利用权并存时,若抵押权的公示时间早于利用权,则抵押权的顺位优先于利用权,抵押权在效力上也就压制利用权。但在抵押权实行之时,其优先效力如何体现、利用权人的利益又如何平衡,则有待讨论。

#### (一)抵押权的实现不受利用权的影响

就不动产抵押权优先于利用权时利益协调,在《民法典》之前有明确规定的只有《物权法》第190条第2句,其中指出,就先抵押后租赁的情形,"该租赁关系不得对抗已登记的抵押权"。从体系上解释,其他利用权在效力上劣后于抵押权时,也应当是"该利用权不得对抗已登记的抵押权"。然而,"不

① 温丰文:《抵押权对抵押物用益之拘束力》,《月旦法学杂志》2001年第8期。

② 近江幸治:《民法讲义Ⅱ·物权法》,王茵译,第36页。

③ 王泽鉴:《民法物权》,第48页。

④ 黄薇主编:《中华人民共和国民法典解读·合同编》,北京:中国法制出版社,2020年,第786页。

得对抗"是我国物权法中描述某一权利效力劣后时的一般用语,因此,抵押权效力优先于利用权的具体内涵在学理及实践中均存在争议。

第一种观点认为,抵押人就标的物设定抵押权后再设定利用权的,在抵押权人实行抵押权之时,抵押物上设定的利用关系应当失去效力。① 该观点与《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《担保法解释》)第 66 条第 1 款的规定保持了一致:"抵押人将已抵押的财产出租的,抵押权实现后,租赁合同对受让人不具有约束力。"《担保法解释》的起草者认为:"抵押权设立在先,租赁权成立在后的情况下,抵押物设定租赁权时,承租人知道或者应当知道租赁物上存在抵押权的事实,并自愿接受和承担了因抵押权实现而使租赁权终止的风险,承租人不得以租赁合同对抗抵押权人行使权利。'买卖不破租赁'的原则,不能适用于抵押人在抵押后将抵押物出租后抵押权实现时的情况。"②《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《城镇房屋租赁合同解释》)第 20 条遵循了《担保法解释》第 66 条的路径,房屋在出租前已设立抵押权,因抵押权人实现抵押权发生所有权变动的,承租人无权要求房屋受让人继续履行原租赁合同。

第二种观点则认为,所谓利用关系不得对抗已登记的抵押权,是指在因利用权的存在致使抵押权人实行时无人应买抵押物,或出价降低导致不足以清偿抵押债权等情况下,抵押权人有权主张利用权终止。③《拍卖变卖规定》第31条第2款所体现的就是该观点的要旨,即拍卖财产上原有的租赁权及其他用益物权,"对在先的担保物权或者其他优先受偿权的实现有影响的,人民法院应当依法将其除去后进行拍卖"。该规定的意旨在于,当以拍卖方式实现抵押权时,对拍卖财产上存在的租赁权及用益物权的处理,原则上采取承受主义,即拍卖财产上原有的租赁权及用益物权,不因拍卖而消灭;但作为例外,若前述权利的存在对抵押权的实现有影响时,应当依法将其除去后进行拍卖。④

笔者支持第二种观点,即当不动产抵押权实行之时,抵押物上的利用关系并不当然失去约束力, 只有当该利用关系影响抵押权实行时,抵押权人才能依申请或法院依职权将该利用权除去,理由 如下:

第一,如果抵押权的实行即意味着利用关系的中止,不利于稳定法律关系与实现物尽其用的政策目标。同一标的物上有抵押权与利用权同时存在时,贯彻物权之优先效力对于抵押权人最为有利,但此时利用权不仅面临可能被除去之风险,利用权人亦无从安心利用标的物,事实上产生抵押物利用之限制。抵押权之设置原在使抵押人仍能发挥抵押物之使用价值,此时该促进利用之机能也将无法实现。⑤ 同时,顺位先后只是表征了权利实现机会大小的概率,先顺位权利的优先实现不是以消灭后顺位的权利为必然途径,在抵押权与利用权并存时,为兼顾利用权人与抵押人的利益,只有顺位在后的利用权已成为抵押权实行的障碍时,抵押权人才能依法除去该利用权。⑥ 在实践中,由买受人承受利用权也未必会损害抵押权人的利益,例如抵押物价值远远超过被担保债权时,即使利用权的存在会降低抵押物的买受价格,但该价格也足以清偿抵押权人的债权。⑦ 若拍得负担利用关系的抵押物后可以收取较高的租金等法定孳息,买受人则更愿意竞价购买,如此反而加速了抵押权的实现。⑧

① 王利明:《物权法研究》(下卷),北京:中国人民大学出版社,2016年,第1238页。

② 李国光等:《〈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〉理解与适用》,长春:吉林人民出版社, 2000 年,第 255 页。

③ 崔建远:《物权法》,北京:中国人民大学出版社,2014年,第468页。

④ 赵晋山:《〈关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定〉的理解与适用》,《人民司法》2005年第2期。

⑤ 谢在全:《民法物权论》,第698页。

⑥ 常鹏翱:《先抵押后租赁的法律规制——以〈物权法〉第190条第2句为基点的分析》,《清华法学》2015年第2期。

⑦ 孙鹏、王勤劳:《抵押权与租赁权的冲突与协调》,《法律适用》2009 年第 2 期。

⑧ 黄晓林、张国华:《不动产抵押权与租赁权的冲突与协调》,《法学杂志》2002年第4期。

第二,在比较法上,当利用关系影响抵押权实行时才可将之除去已经有了成熟先例。我国台湾地区"民法"第866条第1款规定:"不动产所有人设定抵押权后,于同一不动产上,得设定地上权或其他以使用收益为目的之物权,或成立租赁关系。但其抵押权不因此而受影响。"在1996年修正前,我国台湾地区学界对"但其抵押权不因此而受影响"存在不同解释,"有谓仍得追及供抵押之不动产而行使抵押权;有谓如因设定他种权利之结果而影响抵押物之卖价者,他种权利归于消灭"①。为避免疑议,第866条增订第2项作为强制执行程序的依据,"前项情形,抵押权人实行抵押权受有影响者,法院得除去该权利或终止该租赁关系后拍卖之"。通过以是否影响抵押权的实行作为执行程序中利用权处置的分界点,抵押权人与利用权人之利益可以调和,也能够间接促进抵押权作为非占有担保物权的实效性。②我国台湾地区"强制执行法"第98条第2款亦规定:"前项不动产原有之地上权、永佃权、地役权、典权及租赁关系随同移转。但发生于设定抵押权之后,并对抵押权有影响,经执行法院除去后拍卖者,不在此限。"至于"对抵押权有影响",是指"抵押权人届期未受清偿,实行抵押权拍卖抵押物,因有典权之存在,无人应买,或出价不足清偿抵押债权"。③

第三,《合同法》第 229 条(《民法典》第 725 条)确立的"买卖不破租赁"是一般规则,只要法律没有例外规定,买受人均应承受标的物上的租赁权,而物权性的利用权具有追及效力,一般情形下也应存在于转让后的抵押物上。换言之,无论标的物是先利用后抵押,还是先抵押后利用,只要利用关系不影响抵押权的实行,"买卖不破租赁"规则、物权之追及效力都应予以适用。④ 既然《物权法》第 190 条并未在抵押权优先于租赁权的情形中明确排除《合同法》第 229 条的适用,对《物权法》第 190 条第 2 句解释就应与《拍卖变卖规定》第 31 条第 2 款保持一致,即在不动产抵押权优先于利用权时,只有在利用权对抵押权的实行有影响时,人民法院才应当依法将其除去后进行拍卖。在此,《担保法解释》第 66 条第 1 款、《城镇房屋租赁合同解释》第 20 条就与《物权法》第 190 条的意旨相违,在实践中的适用应以后者为准。

与《物权法》第190条相比,《民法典》第405条删去了"抵押权设立后抵押财产出租的,该租赁关系不得对抗已登记的抵押权"的规定,而《民法典》第725条维持了《合同法》第229条中的买卖不破租赁的趣旨,如此在先顺位的抵押权实行时,抵押权是否享有不受租赁权影响的地位即存在疑议。笔者认为,在《民法典》的规则体系下,应当维持前述《物权法》第190条下的解释路径。理由如下:一方面,不动产抵押权属于依登记而设立的物权,一经登记就取得对抗后顺位物权及债权的效力。如此,在先抵押后租赁时,若租赁关系的存在成为抵押权实行的妨碍,抵押权人自可申请除去租赁权负担。另一方面,在抵押财产上设租赁权与转让抵押财产同属于所有人行使处分权的情形,《民法典》第406条第1款规定:"抵押期间,抵押人可以转让抵押财产。当事人另有约定的,按照其约定。抵押财产转让的,抵押权不受影响。"因此,出租抵押财产,与转让抵押财产同属于所有人行使处分权的情形,自可类推适用《民法典》第406条,抵押权不受影响,抵押权人在实行抵押权之时,自可申请除去抵押财产上负担的租赁关系。不过,此属抵押权人的权利,非为义务。抵押权人可以不申请除去抵押财产上负担的租赁关系,直接申请"带租拍"。对于顺位劣后的地役权、居住权、企业承包经营权、土地经营权的处理,自可类推前述租赁权的解释结论。

## (二)如何判断抵押权的实行受到利用权影响

就买受人是否应承受抵押物上原有的利用关系,如何判断抵押权的实行受到利用权的影响是其中的关键。就此,实践中可以采取两种方式:第一,拍卖前的价值评估机制,不动产上的利用关系对抵

① 陈忠五:《新学林分科六法——民法》,台北:新学林出版股份有限公司,2018年,第224页。

② 谢在全:《民法物权论》,第694页。

③ 我国台湾地区释字第 119 号解释。

④ 程啸:《论抵押财产出租时抵押权与租赁权的关系——对〈物权法〉第190条第2句的理解》,《法学家》2014年第2期。

押权的实行是否有影响,是以抵押权人申请拍卖抵押物时为其判断时点,而是否有影响则由执行法院调查决定。① 在我国民事程序法的语境下,主要是指委托具有相应资质的评估机构进行价格评估,对于财产价值较低或者价格依照通常方法容易确定的,当事人双方及其他执行债权人申请不进行评估的,可以不评估(《拍卖变卖规定》第4条)。第二,拍卖程序中的价值比对机制。在该机制下,抵押权人有请求法院先后进行两次拍卖的权利,并通过抵押债权额、两次拍定价金间的比较判断有无影响。具体步骤是借鉴《瑞士民法典》第812条第2款的做法,首次拍卖附利用权负担的标的物,若拍定价金足以实现抵押权,就表明利用权没有影响,应继续存在。若抵押权不能实现,就进行不负担利用权的二次拍卖,拍定价金高于首次报价的,说明利用权的存在确实有影响,应除去利用关系;拍定价金不高于首次报价,则意味着利用权不妨碍抵押权的实行,抵押物上继续负担利用关系。②

相比较而言,拍卖程序中的价值比对机制对利用权人的保护则更为全面,能够客观真实地反映利用关系的负担是否影响抵押权的实行。但在我国目前的司法体制下,"执行难"仍是实践中的突出问题,担保物权的实行效率也有待提升。为兼顾公平与效率,在法院通过强制执行程序拍卖不动产抵押物时,应当结合拍卖前的价值评估机制与拍卖程序中的价值比对机制予以灵活运用,即在拍卖前首先由法院判断拍卖财产上利用关系的存在是否对抵押权的实行发生了影响,若法院根据评估调查等材料,认为利用权对抵押权的实行确实有影响的,应当除去利用权后再进行拍卖。③ 同时,若法院认为利用权不影响抵押权的实行时,而保留利用权的负担拍卖抵押物,之后在拍卖过程中发现,利用权对抵押权的实行确有影响,可在依法除去利用权后再次拍卖。④

#### (三)利用权的除去程序

除去抵押物上的利用权负担,应由法院在拍卖抵押物之前以裁定方式作出⑤,其启动可依抵押权人申请,也可依法院职权为之⑥。即使法院认为利用权的存在不会有影响,如抵押权人认为利用关系的继续存在会影响抵押权的实行的,也有权申请法院除去利用权后进行拍卖,法院在审查后决定是否除去利用权。⑦ 同时,申请除去利用权是抵押权人的权利,而非义务,抵押权人也可以申请附利用权负担的拍卖。以负担租赁权的抵押物拍卖为例,即使抵押物上负担有长期租赁关系,但若该租金较高,而承租人只支付了前期的租金,则买受人在拍得抵押物后可以直接向承租人收取租金,避免抵押物再次流入市场的成本。此际,买受人可能愿意以较高价格竞拍抵押物,抵押债权的全额实现反而较之除去利用权后的拍卖可能性更高。同时,承租人可以维系现有的租赁关系,进行生活或经营,出租人也无须承担租赁关系消灭后的损害赔偿责任。在此类情景下,负担利用权的拍卖对于利益相关人而言都是最具经济效率的安排。

若执行法院保留利用权之负担而进行估价拍卖,拍定价金虽不足以清偿抵押债权,但执行法院没有除去该项负担后就另行拍卖,并交由拍定人或抵押权人承受时,抵押权人事后能否再次申请拍卖?

① 谢在全:《民法物权论》,第694页。

② 常鹏翱:《先抵押后租赁的法律规制——以〈物权法〉第190条第2句为基点的分析》,《清华法学》2015年第2期;杨与龄:《抵押权对抵押标的物用益权之影响》,《法令月刊》1967年第11期。

③ 程啸:《论抵押财产出租时抵押权与租赁权的关系——对〈物权法〉第190条第2句的理解》,《法学家》2014年第2期。

④ 在《上海市高级人民法院关于在执行程序中审查和处理房屋租赁权有关问题的解答(试行)》(沪高法[2015]75号)第13条中,就《拍卖变卖规定》第31条第2款规定的变现,就存在两种路径:其一,经委托评估认为,对在先的担保物权或者其他优先受偿权的实现有影响的,执行法院应当直接依法裁定将租赁权除去后予以变现。其二,经委托评估认为,对在先的担保物权或者其他优先受偿权的实现没有影响的,应当在房屋负担租赁权的状态下对其予以变现,在变现的过程中发现对在先的担保物权或者其他优先受偿权的实现有影响的,执行法院应当依法裁定将租赁权除去后予以变现。依法裁定将租赁权除去后予以变现的,应当重新确定保留价并重新委托变现。

⑤ 程啸:《论抵押财产出租时抵押权与租赁权的关系——对〈物权法〉第190条第2句的理解》,《法学家》2014年第2期。

⑥ 常鵬翱:《先抵押后租赁的法律规制——以〈物权法〉第190条第2句为基点的分析》,《清华法学》2015年第2期。

② 程啸:《论抵押财产出租时抵押权与租赁权的关系——对〈物权法〉第190条第2句的理解》,《法学家》2014年第2期。

持肯定说者认为,抵押权设定后成立之利用权对抵押权有影响者,既对抵押权人不生效力,也会减少其他债权人受偿的机会,在保留该项负担拍卖不能足额实现抵押权时,其拍定或承受即属无效,拍定人不能因而取得权利,由抵押权人承受时也是如此。持否定说者则认为,抵押权人对执行法院保留利用权负担拍卖既无异议,应视为抛弃其权利,仍应认拍定人可取得权利。① 笔者认为,申请除去利用权既然属于抵押权人的权利,该拍卖是否有效应由抵押权人决定。如果抵押权人明知其抵押权因利用权存在而不能完全受偿,既不主张拍卖无效,又进而收受卖得价金,或自行承受抵押物,此时抵押物上负担利用权对于买受人有效,对于债务人也不存在损害(可使债务人对利用权人不负损害赔偿责任)。为尊重当事人之意思,并减少纠纷,此时应采否定说。如抵押权人拒收价金及承受抵押物,或请求除去负担再拍卖时,抵押权人并无抛弃权利之意思,此时应除去该项负担,另行估价拍卖。②

执行法院在除去影响抵押权实行的利用权后,对于居住权、地役权、土地经营权这样在不动产登记簿上登记的利用权,应依职权函请不动产登记机构涂销其登记,抵押物自无负担存在。③ 在抵押物上的利用权被执行法院除去后,基于原利用关系而占有抵押物之第三人如仍继续占有抵押物时,将成为无权占有,执行法院应解除其占有,将抵押物点交于买受人或承受人。④ 此外,若抵押物的第一次拍卖时是负担利用权,但因该利用权有害抵押权存在而将之除去,第二次拍卖所得价金反而较低时,此时可以认为利用权实际上对抵押权的实行并无影响,应将抵押物之所有权连同利用权负担一起移转于买受人。此处之买受人应是指保留负担拍卖时的买受人,因为第一次拍卖的效力,是以除去负担拍卖所得价金较高为其解除条件,而第二次拍卖的买受人,则以不承受负担时的出价较保留负担时更高为停止条件。⑤

#### (四)新增建筑物的一并处分

如前文所述,不动产上权利人可得在设立抵押权后再设定不动产利用权,但若影响抵押权的实行时,法院得依申请或依职权除去该利用权。但建设用地使用权上的租赁权虽然可以除去,但若承租人或经使用权人同意之人,已在抵押权设定后建造了建筑物,此时若仅拍卖建设用地使用权,实际上不仅影响标的物价值,也会造成社会资源的浪费——其后建造的建筑物将因无适法的土地权源——建设用地使用权而恐须拆除。⑥ 就此情形,《民法典》第417条规定:"建设用地使用权抵押后,该土地上新增的建筑物不属于抵押财产。该建设用地使用权实现抵押权时,应当将该土地上新增的建筑物与建设用地使用权一并处分。但是,新增建筑物所得的价款,抵押权人无权优先受偿。"此规定为"房随地走"原则之体现,依据该规定,承租人建造的建筑物应与建设用地使用权在实行抵押权时一并处分,但抵押权人仅得就拍卖建设用地使用权部分的价款优先受偿。

## 五、结语

依据以占有使用标的物为权利内容,典型的不动产利用权有地役权、居住权等用益物权,以及租赁权、企业承包经营权、土地经营权等可通过公示予以物权化的债权。不动产抵押权为非移转占有型的担保物权,以支配标的物的交换价值为内容,故而其与利用权可以并存。②至于不动产抵押权与利用权间的优先次序,则依据公示时间的先后确定,未公示的利用权恒弱于抵押权。对于租赁权、企业

① 杨与龄:《抵押权对抵押标的物用益权之影响》,《法令月刊》1967年第11期。

② 杨与龄:《抵押权对抵押标的物用益权之影响》,《法令月刊》1967年第11期。

③ 谢在全:《民法物权论》,第758页。

④ 谢在全:《民法物权论》,第758页。

⑤ 杨与龄:《抵押权对抵押标的物用益权之影响》,《法令月刊》1967年第11期。

⑥ 曾品杰:《论不动产利用权与抵押权之关系》,《月旦法学杂志》2016年第6期。

② 曾品杰:《论不动产利用权与抵押权之关系》,《月旦法学杂志》2016年第6期。

承包经营权等欠缺登记能力的利用权,其公示方式为权利人对标的物的占有,在诉讼中利用权人须对 其占有在先承担证明责任。不动产抵押权与利用权间的利益协调以物尽其用为原则,以顺位先后为 依据。在利用权优先于抵押权时,抵押权的设立无须经过利用权人的同意,抵押物的买受人须承受原 有的利用关系。在抵押权优先于利用权时,抵押权得压制利用权,即在利用权的存在对抵押权的实行 有影响时,法院得依申请或依职权除去利用权;对于抵押权设立后新增的建筑物,抵押权人得将其与 建设用地使用权一并拍卖,但不得就前者拍卖所得价款优先受偿。

## The Conflict and Coordination of Mortgage Right and Utilization Right on Real Estate

Gao Shengping Fan Jiahui

(Civil and Commercial Law Institute, Renmin University of China, Beijing 100872, P. R. China)

Abstract: As a security right, the creation of mortgage needs not take possession of the real property for it dominates the exchange value, while the creation of utilization right needs the possession of the object to dominate the use value. However, the exchange value and use value of a property are related closely, and utilization right may have negative effect on the realization of mortgage. The priority of mortgage and utilization right shall be determined by the time of publication, utilization right without publication is inferior to mortgage. When utilization right has priority over the mortgage, the titleholder can create mortgage without the consent of the owner of utilization right, and utilization right continue to exist on the collateral after the realization of mortgage. When the mortgages have priority over utilization right, the court may remove utilization right under the petition or authority when utilization right hinders the realization of the mortgage.

Keywords: Real estate utilization right; Mortgage; Publication; Balance of the interests

[责任编辑:林 舒]