

民法中的财产权竞合规范

——以优先规范为中心

常鹏翱*

内容提要：作为多重财产权并存的一种，民法中的财产权竞合以债权竞合、物权竞合和债权物权竞合为基本形态，其基本规范要素是管制强弱和时间先后，其规范不同于其他财产权并存规范，但又有相当的关联性。作为核心规范的优先规范以公示为基础，并引申出法定顺位规则，而权利人的意思自治能改变优先规范，由此产生顺位意定规则。

关键词：财产权竞合 管制 自治 优先规范 顺位

一、引言

为了充分发挥财物的效益，针对同一财物而并存多重独立的权利，实属资源稀缺条件下的无奈选择。如果这一选择能兼顾各方利益，如在一宗地上设立内容不悖的多个地役权，民法当然无需顾及。但这实属少数，更多还是权利相互冲突，部分权利的实现导致其他权利不能或不能完全实现，对此，民法不得不予以规范，此即财产权的竞合。

财产权在民法中分为债权和物权，以它们为变项，财产权竞合有三种形态：（1）债权竞合，即数个债权指向同一标的物，如一物数卖、一物数租赁等；（2）物权竞合，即一物承载数个物权，如为他人不动产的便宜，被抵押的房屋成为地役权的供役物；（3）债权和物权竞合，即一物涉及物权和债权，如被抵押的房屋被出租。这三种形态貌似简单，基于债权和物权得以区分的特性，以债权平等规范解决债权竞合，以设立时间早者效力强的优先规范解决物权竞合，以物权排斥债权规范解决债权与物权的竞合，似已足矣。

其实不然，因为债权和物权均是包含多种具体权利形态的抽象概念，这导致财产权竞合有为数不少的具体形态，同时还有不少形似实不同、形同理相异的细微之处，不仔细捉摸难辨其妙。比如，债权通常具有相对性，但在法律规定的特殊情形，还有诸如劳工债权（海商法第22条第1款第1项、第25条第1款，企业破产法第132条）这样的优先于其他债权甚至物权的优先权，〔1〕这

* 北京大学法学院副教授。

〔1〕 优先权是否债权，在学理上争议很大。但如果着眼于它们优先于其他权利而实现的法律地位，而不因其为债权就必然使之在实现上劣于物权，则此类权利的定性问题对本文主题的探讨并无关键的实质意义。鉴于它们既非物权法规定的典型物权，又非在学理上得到普遍认可的非典型物权，在财产权分为物权和债权的框架内，本文将之界定为债权。

类债权相互竞合或与其他权利竞合显然无法套用通常的竞合规范；又如，物权在产生是基于法定还是意定的基础上又各有所指，前者在公示与否上有区分，后者在公示效力上有区分，它们交错竞合的复杂形态超出想象。如此看来，用平等规范、优先规范和排斥规范来规制财产权竞合，有粗疏之嫌，需要再予解释和充实。

不仅如此，处理权利竞合的上述任一规范，均是在没有权利人意思介入下的法律调整，而在民法意思自治的底色下，这些规范终究难以完全替代权利人的行为，更细致也更符合权利人意愿的解决规范还要依靠权利人自己。法律应该给这样的意定规范提供怎样的存在空间，如何予以恰当地规制，也是不小的问题。物权法第194条即为适例，它许可抵押权人放弃或与抵押人协议变更体现优先规范的顺位，但诸多关紧要点均不清晰：在放弃和变更之外，是否许可其他的意定安排？放弃应否针对其他所有抵押权，可否仅针对某一或某几个抵押权？变更应否发生在抵押权人和抵押人之间，可否仅发生在抵押权人之间而与抵押人无关？协议变更顺位是否变更了抵押权本身？放弃或变更顺位如何才能生效，仅凭当事人意思表示还是需要登记？抵押权人和抵押人协议变更顺位，而其他抵押权人书面同意时，所涉及的抵押权之间的顺位关系如何？问题还能列举不少，而要应对它们，除了像教科书那样精细地把握诸如抵押权与诸种物权竞合的特定规则，还要顾及整个规则面，综合考虑相关制度配置以及权利的属性、功能、权能、形式等因素，厘清基本法理和引导主线，以分门别类和纲举目张，为具体问题的解决提供明确的方向指引。

基于这种认识，本文主要基于我国的法律经验，在简要指明财产权竞合的基本形态后，界定竞合规范与其他财产权并存规范的关系，以求较准确地对竞合规范进行制度定位，然后阐述权利竞合的基本规范要素，并勾勒出权利竞合的基本规范。在此基础上，本文还将参酌德国法系的民法经验，重点把握作为核心的优先规范，阐释其基本法理问题，并对改变优先规范的意定顺位中的基本问题进行较详尽的分析。最后进行总结，并针对优先规范提出可能的方案。

二、竞合的形态及其规范定位

同一财物上存有多重权利，在现实中极其常见，民法也配置了调整这些权利相互关系的规范，它们均事关权利秩序和利益实现，重要性毋庸置疑。不同样态的权利并存关系规范的支点和构造固然不同，但同在民法体系的屋檐下，难免可能有所接触或交错。为了明晰财产权竞合规范的功能指向，当然有必要把握它和其他权利并存规范的关系，对它进行较准确的定位，而如此而为的基础，还是从具体权利入手，阐明权利竞合的实际形态。

（一）权利竞合形态

学理通常说债权因相对性而平等共处，但从权利实现的角度来看，债权有形态差异，〔2〕大体分为普通债权和优先债权。前者即法律未特别对待的债权，无论法定或意定，无论产生时间先后，无论目的何在，均地位平等；后者是法律特别优待的能排斥普通债权而优先实现的债权，并因产生机制不同，又可分为直接优先和间接优先。

直接优先债权基于法律规定，无需借助其他手段即可优先实现，它们体现了国家管制的立法政策，功能要么是维系传统观念中弱者的生存利益，如劳工债权；要么是强制强势的相对人实际交易，如被拆迁人请求取得补偿安置房屋的债权（最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第7条第1款）；要么是照料债权的发生与标的物运营、维护等直接有关的客观情势，如援救民用航空器的报酬请求权（民用航空法第19条第1款、第22条）。

〔2〕 参见王泽鉴：《债法原理》第1册，中国政法大学出版社2001年版，第32页。

间接优先债权除有法律依据外，还要依托于物权的登记公示形式来排斥普通债权，它们包括登记的租赁权（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》第6条第1款第2项）、〔3〕预告登记的债权（物权法第20条第1款，国土资源部《土地登记办法》第62条，原建设部《房屋登记办法》第67—73条）和在登记簿记载的其他债权。〔4〕这类债权乃借助登记手段，向不特定的社会公众公开本来隐蔽的债权关系，给利益相关人提供充分信息，就像物权那样迈入了对世性和排他性门槛，具有对抗并优于普通债权的所谓物权化效力。正是登记手段的运用，使这些债权不再局限于当事人双方，也不单是债务人承受的义务负担，而是像物权一样直接依附于物，构成物上的义务负担，凡取得该物者均承受该负担。

物权据其成因分为法定物权和意定物权，前者无需当事人约定，只要符合法定要件即可产生，体现国家对私权的管制。根据公示的作用，法定物权分为两类：（1）直接法定物权，即只要有原因事实，无论是否公示和发生时间先后，均可产生能排斥其他物权的物权，最典型的是建筑工程承包人的优先受偿权（合同法第286条）和留置权（物权法第239条，海商法第25条第1款）；（2）间接法定物权，它因原因事实完成而发生，但没有公示者，不仅处分受限（物权法第28—31条），还将失去对抗其他物权的能力，〔5〕它因此又分为公示物权和未公示物权。而意定物权是当事人从类型和内容法定的物权中自由选择的结果，以是否公示为准，它也分为公示物权和未公示物权。

根据以上具体权利形态的描述，再结合排列组成之方法，不难发现，各种具体形态的权利之间可能发生多种多样、形态各异的权利竞合，兹不具体罗列，以免繁复。

（二）竞合规范定位

以上简要的描述揭示出，作为竞合对象的多重权利各自独立存在且主体各异，竞合因此与多重权利并存消灭其一的混同得以区分，后者如承租人取得租赁物所有权时，所有权对租赁权的吸收。竞合的权利不仅独立并存，相互间还可能缺乏必要的意思协商或法律强制的制度安排，而在存续或者实现上有冲突的可能，这使得权利竞合与其他的权利并存规范得以区隔，但同时也可能会有诸如并存、交融、互补、协力等关联之处。这样，辨析权利竞合规范的制度地位，不能说没有意义。

权利并存的最常见形态是以限制物权为代表所表现出的母子权利关系。以建设用地使用权为例，土地所有权是基础性的母权利，建设用地使用权是分割母权利的权能而形成的依托于母权利但又相当独立的子权利，其正当性基础通常是母权利人对权利的处分自由和当事人之间设定子权利的意思自治，例外的是法律出于某种管制目的而为的强制性调整，如建筑工程承包人对建筑工程的优先受偿权。子权利人在子权利限度内再设定权利，如建设用地使用权人抵押该权利，同样生成新的母子权利关系。在这种关系中，母权利因意思自治或法律强制而受子权利制约，道理甚

〔3〕 需要注意的是，本文是从优先于其他债权的角度来定位优先债权，而未登记的租赁权之间无必然的优劣可言，如针对同一房屋的两份租赁合同同时成立，均未登记，承租人也均未合法占有该房屋，则它们地位平等，故未登记的租赁权应被归类为普通债权。但是，由于无论租赁权是否登记均有物权化效力（合同法第229条，物权法第190条），这又使得未登记的租赁权在与物权交错竞合的领域，与其他间接优先债权无异。

〔4〕 我国大陆地区除了租赁权登记（《城市房地产管理法》第54条，《船舶登记条例》第25—30条，《民用航空器权利登记条例》第6条第3项，国土资源部《土地登记办法》第29条）和预告登记之外，可被登记的其他债权似无适例。德国的经验，参见〔德〕赫尔曼·魏特瑙尔：《物权化的债之关系》，张双根译，载王洪亮等主编：《中德私法研究》第1卷，北京大学出版社2006年版，第155页以下。

〔5〕 参见谢在全：《“民法”第759条争议问题之研究》，载苏永钦主编：《民法物权争议问题研究》，清华大学出版社2004年版，第3页以下；常鹏翱：《物权公示的宣示效力——中国法律经验的总结与评析》，载最高人民法院执行办公室编：《执行工作指导》2007年第2辑，人民法院出版社2007年版，第68页以下。

明,即便母权利移转,也不影响母子权利关系的存续,如房屋所有权的受让人不能妨碍房屋上既存的抵押权,买卖不破租赁也同此道理。显然,这类母子权利不是权利竞合,但一旦同一母权利上存在多重子权利,其中部分子权利的实现导致其他子权利不能或不能完全实现的,权利竞合当即产生。可以说,母子权利关系是引向权利竞合的最主要基础,但母权利不是竞合的对象,只有子权利才有必要受竞合规范的调整。

另一类常见的权利并存形态是形式权利和实质权利的分离并存。信托是其典型。受托人对信托财产享有形式权利,委托人或受益人保有实质权利,形式权利的行使不能背离实质权利的利益实现,否则,即使信托财产被受托人处分,不仅该处分能被申请撤销,该财产也可能被追回(信托法第22条、第26条、第49条)。在这种构造中,两类权利相互依存而不能独立存在,与权利竞合不同。不过,信托是一种财产权,也有与其他财产权发生竞合的可能(信托法第17条第1项),一旦如此,它就应受竞合规范的规制。

信托性质的所有权让与同样引起权利分离,但与信托又有不同。如A在保留机器占有的情况下将其所有权移转给债权人B,目的在于担保债权,只有A不履行债务时,B才能处分机器,是谓担保让与,这当中区分了B的法律上的所有权和A的经济上的所有权。^{〔6〕}这两种权利独立存在,但与权利竞合不同,它们相互间的关系存有制度安排,即尽管B的所有权功能仅限于担保债权,B对该所有权的处分仍为有权处分,无论权利取得人是否知悉交易对象是功能受限的所有权,均能取得该所有权,权利竞合由此无从存身。另一种信托式让与是所有权保留,它与所有权让与一样有权利分离并存的架构,但在登记制度的介入下,权能受限的所有权恰似限制物权之类的子权利,^{〔7〕}所有权保留因此能成为权利竞合的对象。

最后是既与权利分离并存有关,又与权利竞合有关的善意取得规范。在公示的权利与真实权利不一致时,权利分离并存,其中一旦发生无权处分而适用善意取得的,也可能产生权利竞合。比如,A的房屋被错误登记为B所有,B将之先后登记抵押给善意之C、D,C、D的抵押权因此竞合。不过,此时的竞合与有权处分时的权利竞合没有本质不同,均遵循登记先后的优先规范(物权法第199条第1项)。因善意取得而改变既有权利竞合的,限于以占有为公示形式的动产物权。比如,A将机器交付B,用以设定质权,B占有后又将机器交由C保管,C又出质给善意之D,这样,B、D的质权均有效并存,鉴于D对B质权的不知情,B的质权不是D应承受的负担,D的质权优先于B的质权。^{〔8〕}在此,后来者之所以会先到,只因占有的公示效能不如登记那样充足,先存的权利一旦合法地缺乏占有形式,其本身固然不消灭,但对于善意的后权利人而言,却被视为不存,其本来占先的机会因此没有意义,后设定的权利反而优于先设定者。

综上所述,作为权利并存关系的一种,权利竞合主要以母子权利关系为基础,但只要竞合实际发生,母子权利关系规范对此就无能为力,即权利竞合在规范层面上脱离母子关系而有独立性。权利竞合与信托类权利分离并存的关系也不同,因为信托类型的财产权尽管也有权利分离并存的外观,但这些权利是构成信托类财产权的元素,它们之间无从竞合。不过,信托类财产权可能与其他财产权竞合。善意取得规范会涉及权利竞合,但它通常在以占有为基础的权利竞合方面起到异动作用,故与常态的权利竞合规范相比只具有补充性。这也表明,财产权竞合关系涉及诸多领域,如果仅采用个别性的法律调整而不找到具有根基性的规范要素,就会在厘清某一领域关系的同时把问题推向其他领域,反过来又牵扯前一领域,问题将更复杂。

〔6〕 参见〔德〕鲍尔/施蒂尔纳:《德国物权法》上册,张双根译,法律出版社2004年版,第41页。

〔7〕 参见〔德〕施塔德勒:《德国法上的所有权保留的未来》,王洪亮译,载田士永等主编:《中德私法研究》第3卷,北京大学出版社2007年版,第164页以下。

〔8〕 参见史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第379页。

三、调整竞合的基本规范要素

在财产权竞合的多种具体形态面前，简要的平等、优先或排斥规范难免捉襟见肘，应对之道当然是根据调整对象的区分予以改造或补充。本文结合实证法律经验，尝试提出用以调整财产权竞合的两个基本要素，即管制强度和先后。围绕它们而确立的规范分别调整不同的竞合形态，属于权利竞合的基本规范，其中蕴含着统合不同形态的权利竞合关系的基本法理。

（一）管制强弱要素

私权是实现私人利益的工具，但它并不因此完全交由权利人自治，法律往往基于特定目的突破私法自治，进行特别管制，表现出管制优于自治的通常规律。这反映在权利竞合中，就是背负管制功能的权利优于无此功能的权利，如直接优先债权按交易常规发生后，无论时间先后，均优于普通债权，此即管制优于自治的规范。此外，竞合的权利也可能均有管制功能，其中会因管制目的或手段而有程度上的差异，对此当然是强管制者优于弱管制者，此即管制强弱排序的规范。

1. 管制优于自治规范

该规范主要适用于优先债权和普通债权竞合以及物权和普通债权竞合。

首先，直接优先债权和普通债权竞合的，直接优先债权优先。直接优先债权是因特定目的而为的强制性制度安排，属于私法规范的例外机制，无疑归为国家管制的范畴。何以如此，无非是从权利的角度对现实存在的诸种差序格局的法律承认。从债权相对性出发得出债权平等的结论，隐含了一个重要前提，即民法中的人没有阶层或所处情势的差别，只要他们进入债权关系，就要受相对性制约。然而，尽管民法奉行抽象人的自治，并尊重由此推演的结果，但它终归源于现实。为了调配现实利益冲突并给法官提供妥当的方案，它不得不照料诸般现实状况，并预设受优待的阶层或情势，以管制的手段改变或限制这个前提的适用范围，进而在债权平等之外，形成效力优于普通债权的直接优先债权，差序的权利格局由此形成。

其次，间接优先债权与普通债权竞合的，间接优先债权优先。与直接优先债权不同，间接优先债权究其实质与普通债权无异，只是因为有了增加权利信息透明度和公示性的登记形式才得以优先，这应对了权利对抗第三人的效力相伴于权利公示作用的一般原则。^{〔9〕} 登记于此当然不是债权生成必备的要素，只是法律为了强化其对抗力而外置的管制工具，一经当事人选择，即为普通债权附加了管制色彩，从而脱离自治范畴，不再遵循债权平等规范。

再次，物权和普通债权竞合的，物权优先。普通债权中意定债权的发生、内容和形式基本上取决于当事人的意思表示，最大限度地表达了意思自治，堪称自治权利的模范。从发生机理上看，意定物权也是为满足交易需求而由当事人选择而来的权利，甚至可说是从债权基础上切割而来的权利，^{〔10〕} 同样高度自治。但因为公示，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。比如，债务人的物上存有限制物权，就该物的变价所得，限制物权人优于普通债权人受偿，这一点无论在物权法定还是物权自由都同出一辙。基于此，说物权与债权的区分来自权利本身的内容，倒不如说来自权利内容所决定的公示的可能与方式。^{〔11〕} 正是公示区隔了债权和物权，而它——特别是登记——是当事人意思决定之外的客观存在，属于法律管制交易的工具。

〔9〕 参见黄立主编：《民法债编各论》上册，中国政法大学出版社2003年版，第307页。

〔10〕 参见苏永钦：《从债物二分的底蕴看债物分编的体例》，载王洪亮等主编：《中德私法研究》第1卷，北京大学出版社2006年版，第242页。

〔11〕 参见黄茂荣：《债法总论》第2册，中国政法大学出版社2003年版，第273页。

故而，公示的意定物权之所以优于意定债权，可以说是经由公示的管制排斥了当事人的自治。

通常讲的物权和债权分别以公示的意定物权和意定债权为模版，但它们各自的指涉范围存在不足，前者不能涵盖未公示的意定物权和法定物权，后者未涉及法定债权。不过，鉴于债权的意定和法定仅是发生上的区别，并不影响权利属性的一致，意定债权由此可代表普通债权，因而有问题的是如何合理化未公示物权优于普通债权。对此，可能只有借助物权法定这一管制技术才能加以说明。

物权法定的基本方法是通过法律强制来限定物权的类型和内容，且不论公示与否，各类被规定为物权的权利在物权法中各得其所，均有异于债权的特性，管制色彩相当突出。基于物权法定，物权法不仅不给当事人预留自由创设物权的空间，而且还限定了未公示物权的相当有限的存续形态，这使得物权的信息绝非如同意定债权那样复杂，从而为当事人较全面地把握物权信息提供了理论上和技术上的可能。既然法律强制了物权的类型和内容，那么基于法律为世人公知的特性，会产生一个基本的预设，即针对可能存有未公示物权的特定物而设定债之关系者，能够知悉该物上可能的物权形态，并大致能够通过法律的提示来进一步把握客观上是否有物权的信息，如调查引致物权变动的法律事实，以决定是否进入债权交易。尽管这些工作不如针对公示物权那样来的可靠和便捷，但终究还是有一定的公开性依托，而不像意定债权那样完全隐蔽。在此，物权法定为未公示物权提供绝对性的平台，普通债权自然受其限制。当然，即便因作为债务人的物权人隐匿物权存在的信息而使债权为物权所排斥，还有诸如损害赔偿等债法救济，对债权人而言也不失公平。

如果说物权法定是导致未公示物权优于普通债权的决定性论理因素，那么一旦它在法律中被否定或者松动后转向物权自由，物权与债权即非刚性的区分，未公示的物权无异于普通债权，自无优先规范的适用。申言之，以物权自由为观察点，更能看清物权与债权的区分立足于债权基本面，只有以公示工具加以切割者，才为优先于普通债权的物权，其中的道理仍是管制优于自治。反之，无公示即无所谓物权与债权之分，当然也就没有物权和债权的竞合可言。

2. 管制强弱排序规范

基于不同的出发点，法律对私权的管制会有不同的方式并存在程度上的差异，竞合的权利也因管制强弱而先后排序。

首先，直接优先债权和直接法定物权是管制度最强的权利，它们优于管制度较弱的权利。具体而言：（1）直接优先债权和间接优先债权竞合的，后者并非源于法律的直接管制，而是在法律事先安排好的制度框架内由当事人自由选择并决定它们的效力，它们受管制的程度以及效力均弱于直接优先债权；（2）直接法定物权和间接法定物权竞合的，前者优先；（3）直接法定物权和意定物权竞合的，前者优先；（4）直接优先债权和间接法定物权竞合的，前者优先；（5）直接优先债权和意定物权竞合，前者优先；（6）直接法定物权和间接优先债权竞合的，后者主要依托登记而物权化，前者根本无需借助该手段，管制属性更强烈，故而优先，如建设工程承包人的优先受偿权优于承租人对商品房的租赁权、经预告登记保全商品房抵押权的债权请求权（最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第1条）。

惟应注意者，直接优先债权和直接法定物权的数目虽然不多，但它们散落于各种法律规范之中，且来去无影，其他权利人在交易时必须时刻小心它们是否存在，势必因此增加搜寻、探知、防御等交易成本。这意味着，受保护者因管制而得利，其他人可能会因此而受损。而且，管制策略下的受益者虽然是整体概念，但在具体案件中，与其他利益关联人相比，却可能是处于少数地位的个人。如何平衡和正当化这种利益得失，是立法者在民法中突破自治底线走向管制时必须慎重考虑的大问题。

从域外经验来看，大陆法的立法理由书和普通法的法官判决通过申明政策出发点，增加了管制措施的正当性。但我国向来缺乏这样的立法政策信息披露机制，对法律文本中的制度设计，局外人除了相当有限的立法参考资料，基本上要从字面表述予以推测，既无从知悉其成因以及与其他相关制度的联系，更因为不知木之本和水之源，而难以评价其优劣。要改进上述局面，就必须明确管制导向，增加立法政策信息透明度及说理机制，明确权利属性及其与相关权利间的位阶关系，并由确定的法律规范给予正当化支持。毕竟，管制在民法中是异术和少数，要突显其正当性，不仅管制对象和规则要高度明确，管制基础或目标也应满足大多数社会公众的预期，手段可进行实证研究等。^{〔12〕}

另外，直接优先债权和直接法定物权直接受制于立法政策，处于同一效力层级，在各自竞合或交错竞合时，仍然适用管制强弱排序规范，而决定强弱的依据主要是法律规定。如船上工作人员的工资请求权等船舶优先权优于船舶留置权（海商法第 25 条第 1 款前半句）、购房消费者取得商品房所有权的债权优于建设工程承包人的优先受偿权（最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第 2 条）。法无明文的，则从管制基础或目标入手加以对比，仍不明确的，需引入交易成本或从交易安全加以衡量。如针对出租屋里承租人的财物，可竞合一般留置权和出租人的特殊留置权，如虑及一般留置权有占有的公示而特殊留置权不以占有为必要，那么保护一般留置权人的信赖利益更为经济也更为可靠，不妨认为该权利优先。^{〔13〕}无法进行强弱衡量的，则地位平等。

其次，在直接优先债权和直接法定物权之外，公示的权利和未公示的权利竞合的，前者优先。具体而言：（1）未公示的物权——无论是法定还是意定——源于法律不强制公示的领域，只要原因事实完成或原因行为生效，物权即产生，但不得对抗公示的物权（物权法第 199 条第 2 项）；（2）间接优先债权因物权化而具有排他性或追及力，优于未公示的物权，如法院判决确认的房屋抵押权未经登记，不得对抗抵押权预告登记的权利人将来对房屋的抵押权。当然，如果未公示物权竞合的，它们都没有对抗力，无论产生时间先后，彼此相互容忍，表现为地位平等（物权法第 199 条第 3 项）。

（二）时间先后要素

在管制强弱要素及其规范起作用之外的领域，即竞合的权利具有同样的管制手段或均与管制无关，则由时间先后要素主导。它首先以优先规范的面貌成为物权法学理中的基本结构原则之一，^{〔14〕}即权利产生时间先后决定了实现顺序，这主要适用于公示物权竞合、间接优先债权竞合及这两者的交错竞合。具体而言：（1）公示形式是登记的，按照登记时间的先后排序（物权法第 199 条第 1 项）；（2）公示形式是占有的，如将占有限定为直接占有，则一动产上无从存有多个质权或者留置权，如将占有扩大至间接占有，则宜按照交付时间的先后排序；（3）有公示形式是登记，有公示形式是占有的，如动产上有登记的抵押权和质权，司法经验是前者优于后者（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 79 条第 1 款），理由在于占有不如登记明确，当事人完全可在设定抵押权后再与第三人恶意串通，以移转占有的质权设定在先为由进行对抗。^{〔15〕}但这种做法用个案事实证明替代普适法律调整，受到理论界和实务界的批评，

〔12〕 参见王泽鉴：《税捐、工资与抵押权》，载王泽鉴：《民法学说与判例研究》第 4 册，中国政法大学出版社 1998 年版，第 360 页；黄健彰：《特定优先权的类型》，载谢哲胜主编：《国立中正大学法学集刊》第 27 期，台湾中正大学法律学系 2009 年版，第 37 页以下。

〔13〕 参见林诚二：《民法债编各论》上册，中国人民大学出版社 2007 年版，第 286 页。

〔14〕 Vgl. Wieling, Sachenrecht, 3. Aufl., Berlin u. a. 1997, S. 8; Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrecht, Band I, 2. Aufl., Bern 2000, S. 141 ff.

〔15〕 参见李国光等：《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》，吉林人民出版社 2000 年版，第 283 页。

改进意见是以公示时间先后排序。^[16]此外,租赁权与公示物权的交错竞合也适用优先规范,顺序按照租赁合同成立时间和公示时间先后而定(物权法第190条)。^[17]

时间先后要素同样在普通债权竞合中 useful,即先完全履行者或先采用法律强制措施者优先实现。这主要表现为:(1)债权均以物权变动为目的的,完全实现的债权转化为物权,进而能排斥其他债权(最高人民法院《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第10条第1款第1项);(2)债权中有旨在物权变动的,有无此旨但意在移转占有的,如针对同一物的买卖合同与借用合同,前者的实现可排斥后者;(3)债权的目的均非物权变动,而在于占有移转的,完全实现的债权将导致其他债权落空(最高人民法院《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第6条第1款第1项);(4)债权的目的或实现途径互斥的,如一房两卖或一房两租,在债务人拒绝履行任一债务导致多个债权人均诉诸法院要求实现债权时,由先进行财产保全者实现债权,均未财产保全的,则由先强制执行者实现债权(最高人民法院《关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第4条、第25条、第28条,国土资源部《土地登记办法》第67条)。^[18]

未完全履行或未采用强制措施的普通债权竞合的,它们因为相对性而地位平等,彼此在效力上不生影响。最经典的例子是一房两卖,如先后两个买卖合同均未履行,时间在后者不受在先者的影响,先、后买受人均有权请求出卖人履行债务(物权法第15条,合同法第60条、第107条);出卖人破产的,先、后买受人以同等地位参与分配(企业破产法第113条第2款)。如果它们均意在物权变动,其中有已获履行但未依物权变动规则完全实现的,地位依旧平等。最典型者仍是一房两卖,如先买卖合同未履行,出卖人将房屋交付后买受人,未办理过户登记,尽管后买受人占有房屋,但此乃基于债的关系发生,无从摆脱债权相对性,不能据此而优先实现债权。^[19]

四、以公示为基础的优先规范

在财产权竞合的多重形态中,意定物权和间接优先债权各自或交错竞合最为普遍,用以调整它们关系的优先规范是法律关注的重点,其中的基础法理问题理应特别受到重视。

(一) 以公示为基础

优先规范的直白表述就是公示时间在先的权利优于在后的权利,这种先后次序被称为法定顺位,这表明,公示时间先后成了区隔不同的物权或间接优先债权的重要维度之一。以物权为例来

[16] 参见王利明:《物权法研究》下卷,中国人民大学出版社2007年版,第587页;最高人民法院物权法研究小组编著:《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》,人民法院出版社2007年版,第564页。

[17] 瑞士的经验同此。Vgl. Gauch/Aeppli/Stoekli, Praejudizienbuch zum OR, Rechtsprechung des Bundesgerichts, 6. Aufl., Zuerich 2006, S. 582 f.; Huerlimann-Kaup, Vertragsrecht und Grundpfandrechte - Zum Verhaeltnis zwischen vorbestehenden Grundpfandrechten und nicht vorgemerkten Mitvertraegen ueber Wohn- oder Geschaeftsraeume in der Zwangsvollstreckung, in: Gauchs Welt, Festschrift fuer Peter Gauch zum 65 Geburtstag, Zuerich 2006, S. 449 ff. 不过,租赁合同自成立即被物权化,公示程度相当低,对租赁物上的物权相当不利,自实务立场出发,似宜以登记为其要件。参见吴光陆:《租赁与强制执行之拍卖》,载吴光陆:《强制执行法学说与判解研究》,作者1995年台湾自版,第171页。

[18] 另一司法路径则根据债务履行程度或债权发生时间先后来排列债权实现的顺序(最高人民法院《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第10条第1款第2-4项,最高人民法院《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第6条第1款第3项),表达的同样是时间先后顺序,只不过参酌标准不同,其合理性有待探讨。

[19] 参见王泽鉴:《基于债之关系占有权的相对性及物权化》,载王泽鉴:《民法学说与判例研究》第7册,中国政法大学出版社1998年版,第68页以下。

看，如果物上只有一个物权，只要公示形式明确表达其内容，形式和内容二位一体，即可充分界定一物一权的形貌；即便同一物上存有不关联的数权，如登记记载了两个内容各异的地役权，登记公示形式和权利内容这两个要素同样可完全界分不同的权利。在公示形式和内容之外，公示时间从物权实现机会上对互有关联的数个物权在层级上进行了再界定，即使这些物权的形式和内容完全等同，仍然可以区别。由此不难看出，优先规范既能使一物因负载多重物权而尽其效用，又体现和满足了物权排他性，且使多重物权的有序存在成为可能。而且，优先规范与公示之间的密切关系也显而易见，前者要以后者为基础，只有这样，才能为理性的市场决断设置判断时间，否则，就不能显现调控高效市场行为的效能，优先规范的立法旨趣就会存在很大漏缺。^[20]

在此所谓的公示包括登记和动产占有，不过，占有的公开性、稳定性、公信度和适用范围实在不能与登记同日而语，故有意义的公示平台主要指登记。既然如此，优先规范的落实就离不开登记制度的建设，很难想象纷乱繁复的登记能为有序的权利提供基础。就我国目前情况来看，登记平台建设涉及不动产登记、动产登记和权利登记，重点在不动产登记，它的成功能为后两者提供范本。为了理顺多重登记权利的竞合关系，不动产登记平台建设至少要做到：登记簿设有确保明晰权利设立先后之别的技术措施；用统一的记载程序确保先申请者先记载；除非法定事由或权利人意定事由，记载结果确定不变。

（二）顺位先后依据

优先规范与社会常识相当契合，它是用先来先得的排队原理，让先登记的权利优于后登记的权利。这一点应无异议，但并非确定无疑，因为登记是一种复合性法律事实，其中哪一种事实先后能决定顺位，还应再予甄别。具体而言，登记由申请、收件、审查、记载等一系列行为组合而成，申请是权利发生的启动，收件是申请到位的证明，审查遴选了申请的合法性，记载是权利发生的结果，它们环环相扣，每个环节的耗时均影响记载完成的时间，很可能会产生两种大相径庭的结果：申请在先者记载在先，或申请在先者记载在后。在诸环节中，当事人能控制的是申请时间，其他环节耗时均由登记机关掌控，出现申请在先记载在后的结局当然对先申请者不利，而这种不利完全由登记机关一手造成，若由申请人承担，无法理和情理可循。显然，只有先向登记机关申请者记载在先，才是合理之局，故而，决定顺位先后的依据应是登记申请到达登记机关的时间，法定顺位更精确的表述因此应是：先申请登记者优先于后申请登记者（德国土地登记法第17—18条，瑞士民法典第972条第2款，国土资源部《土地登记办法》第36条第2款）。要落实这一点，就应在登记簿中预留恰当的空间来记载登记申请达到登记机关的时间，使之具有公示的机会，既便于公众监督登记机关的登记行为，也便于了解权利的顺位先后。

问题还未完结，即便登记申请决定权利顺位，申请时间计算单位标准不一也会导致顺位不定，比如，以“天”为单位，同一天申请者顺位等同，以“分”为单位，则同一天申请者能分出先后顺位。鉴于顺位的目的是根据申请到达先后来决定权利实现机会大小，且申请在客观上存在先来后到的顺序，即使针对同一物的多重申请于同一天提出，只要先后到达登记机关，先后顺位仍自然呈现，故应采用小的计时单位，并在登记簿中标注登记申请到达登记机关的具体分钟，据此先后编号。这样，除非有惊人的时间重合，法定顺位通常是先后顺位，很难表现为同位现象。

（三）先位优于后位

经法定顺位排列后的多重权利，实行先来先得，先位权利优于后位权利。根据先后权利的权能和功用，可分为先位权利的权能涵盖和不能涵盖后位权利两种情形。

[20] Vgl. Walz, Sachenrechtliches Systemdenken im Wandel—Die oekonomischen Determinanten des Veruegungstatbes-tandes, KritV, 1990, S. 394.

1. 先位权利的权能涵盖后位权利

根据权利存续期限，还可将此类情形具体化为：

第一，先位权利的始期在先，后位权利的始期在后，如果它们均为用益物权、预告登记的以占有标的物为内容的债权等用益性权利，则后位权利无从实现；如均为抵押权或预告登记的设定抵押权的债权之类的担保性权利，还要根据所担保债权的期限而定：（1）先位权利担保的债权先到期，后位权利担保的债权后到期，先位权利的实现不受后位权利影响，特别是在后位权利不影响标的物的变价金额、进而不影响先位权利的实现时，没有任何问题。但若因后位权利的存在而导致标的物的变价不足以清偿先位权利担保的债权，后位权利即妨害先位权利。此时，要么在当事人没有特别约定的情形下，后位权利因为拍卖标的物而当然消灭（最高人民法院《关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》第31条第1款），要么先位权利人可请求后位权利人涂销该权利或减少所担保的债权数额，^[21]之后的变价金额先供先位权利人受偿；如有余额，为保全后位权利人之债务人的期限利益，可提存留待债务到期受偿（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78条第2款）；没有余额，则后位权利失去意义。（2）先位权利担保的债权后到期，后位权利担保的债权先到期，如果不考虑先位权利人之债务人的期限利益，则先位权利担保的债权视为已经到期，变价金额供其优先受偿，该权利因此消灭，后位权利担保的债权只有在变价金额超出先位权利担保债权的部分受偿（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78条第1款）；^[22]如果要保全先位权利人之债务人的期限利益，则标的物宜负担先位权利而变价，变价金额仅清偿后位权利担保的债权，先位权利仍存于标的物之上，待债权到期再变价受偿。^[23]

第二，先位权利的始期在后，后位权利的始期在先，这通常表现为多重预告登记的权利竞合或预告登记的权利与其他权利交错竞合，则后位权利尽管先生成，仍要后于后开始的先位权利。

第三，先位权利的终期在先，后位权利的终期在后，在先位权利因期限届满而消灭后，后位权利始有实现的可能机会。

第四，先位权利的终期在后，后位权利的终期在先，则后位权利失去意义。

2. 先位权利的权能不能或不能完全涵盖后位权利

在此情形，后位权利应在不妨害先位权利的范围内得以实现。这种情形通常表现为用益性权利与担保性权利并存：

第一，如果先位权利是用益性权利，则后位的担保性权利在实现时，标的物要负担先位权利而变价（最高人民法院《关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》第31条第2款），其结果很可能是因该负担导致变价金额不足以清偿后位权利所担保的债权，使后位权利失去本有的意义。

第二，如果先位权利是担保性权利，则视后位的用益性权利是否妨害先位权利而有不同选择，不妨害者继续存在，妨害者则在拍卖时被法院除去（最高人民法院《关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》第31条第1款）。在具体操作时不妨引入“两次要价”程序：标的物在变价时，先负担后位权利，此即首次要价，如变价金额足以清偿先位权利担保的债权，后位权利仍存于标的物之上；如因后位权利而减损标的物变价金额，导致先位权利不能或不能完全实现，后位权利即妨害先位权利，要进行第二次要价，即消除后位权利后变价，如变价金额高于首

[21] Vgl. Schmid/Huerlimann-Kaup, Sachenrecht, 2. Aufl., Zuerich 2003, S. 247.

[22] 参见前引 [15]，李国光等书，第282页。

[23] Vgl. Riemer, Die beschränkten dinglichen Rechte, Grundriss des schweizerischen Sachenrecht, Band II, 2. Aufl., Bern 2000, § 20, Rn. 37.

次要价，就涂销后位权利，变价金额供债权清偿后有剩余的，用以弥补后位权利人的损失；如变价金额不高于首次要价，则后位权利没有妨害先位权利，后位权利仍然存于标的物之上。^{〔24〕}当然，如此方案并不绝对，在法律经验主要有两种例外：（1）首次要价时标的物的受让人为了避免第二次要价，可以向先位权利人支付两次要价的差额，以保全对标的物的所有权，但要承受后位权利的负担。^{〔25〕}（2）法院在拍卖时未依申请或者依职权除去该用益性权利，并在拍卖公告中载明该权利，则它成为拍卖内容的一部分，对应买受人或者承受人当然继续存在。^{〔26〕}

（四）后位权利设定

先位权利是母权利人有权处分的后果，实现的机会也有保障，这往往被理解为先位权利承受了母权利的部分权能。母权利人有权再次处分的应是扣减先位权利后的母权利权能，如果母权利人设定的后位权利大于母权利剩余的部分权能，就面临着无权处分和权利不能实现的质疑。为了应对这种质疑，法律在后位权利的设定上会要求额外条件，或是后位权利不得损害先位权利（物权法第136条），或是先位权利人的同意（物权法第163条），或是标的物有足够的价值实现权利（担保法第35条）。然而，沿着先来后到、后者不妨害先者的顺位规则推进，只要法律机制足以确保后位权利容让先位权利，那么后位权利的设定有当事人双方设定权利的意思表示和登记的客观形式即为足矣，法条额外强调后者不损害先者无异于同语重复，其他的要求也似乎多余。

这样说毕竟有些简单，想讲明白这个道理，应先从法定顺位的基本意义谈起。多重的意定物权或间接优先债权成为母权利的负担，既是关系人双方意思自治的后果，又表现出母权利人的处分自由，在此意义上，母权利人的处分自由可说是权利竞合形成的基础。处分自由导致母权利人自行承受母权利权能缩限的后果，这符合其利益最大化的要求，该后果是否符合相对人预期的最大价值，还要看母权利人的处分是否在母权利权限范围之内，如答案否定，无权处分就会导致相对人预期落空。故而，处分自由和有权处分是同一硬币的两面，它们协力维系着权利关系人的最大利益。

母权利人首次为他人创设子权利，是否为有权处分，通过公示形式或其他相关证据不难判断。问题在于，母权利人再设其他子权利时，剥离先位子权利后的母权利权能余额能否保证本次处分是有权处分，最容易引起争议。如果着眼于静态的、平面化的权利容量，只有后位权利的权能不大于母权利减去先位权利后的权能，才能为后位权利提供有权处分的正当化支持；或者后位权利的设定，在当事人的合意之外，还要加入先位权利人的同意，用母权利的剩余权能与先位权利的权能之和保证后位权利不是无权处分之果。无论何种方案，均制约了母权利人的处分自由，多重意定权利因此可能只是理论上虚设的简易画面。

然而，如果虑及登记时间区隔权利的效用，这些先后有别的权利不过是立体分割了母权利的权能，母权利人无论设定怎样的后位权利或设定多少后位权利，均与母权利的剩余权能无关，每一后位权利分享的均是母权利人处分的那部分权能，只不过，后位权利能否实现取决于它是否妨害先位权利的行使或实现，这才是登记时间先后的奥妙所在。在此意义上，只要后位权利人愿意承受权利可能落空的风险，就没有理由限制母权利人的处分自由。换言之，从其他角度为母权利人处分自由设置障碍，是否明智和合理，颇值深思和斟酌。这说明，表现优先规范的法定顺位通过立体化母权利的权能，在最大限度内保障了母权利人的处分自由，这是它最基本的法律意义。

既然顺位先后表明的是权利实现机会的大小，尽管先后权利可能权能完全等同，但不同顺位让它们在从法律权利转为经济利益的机会层面有了界分，并因此各有不同的面相和价值。与先位

〔24〕 参见前引〔21〕，Schmid/Huerlimann—Kaup书，第247页以下；Zobl, Grundbuchrecht, 2. Aufl., Zuerich 2004, S. 69 f.

〔25〕 参见前引〔24〕，Zobl书，第70页。

〔26〕 参见温丰文：《台湾民法典物权优先效力规定之施行经验》，载台湾《月旦民商法杂志》总第3期。

权利不同,虽然后位权利是法律权利实体,但实现的机会较小甚至全无。正是在此意义上,顺位赋予限制物权以不同的地位,使所有权人既有处分自由,又不能以同一方式处分数次,避免发生无权处分。^[27]可以说,母权利人设定后位权利,处分的是先位权利之外的实现机会,并非无权处分,自然无需先位权利人的同意,否则,反而是不当限制母权利人的处分自由。

要求后位权利在标的物价值的限度内设定的思路,追求的是设定时的权利实现,尽管稳定而安全,却会扼杀权利将来实现的机会,更忽视了权利人对自己利益的自我调节:后位权利对其权利人而言客观利益不大或者没有,但这是其自愿承受的不利,无害他人;当先位权利因期限届满等原因消灭时,后位权利完全可能实现;为保障自我利益,后位权利人通常会要求母权利人承担更大的代价,如所担保的债权有较高的利率、较短的期限等。考虑到这些因素,用标的物的价值来限制后位权利的设定,无疑是用产生更多效用的交易机会来换取效用相对较小的交易安全。特别是在金融信贷机制健全的环境里,先位权利存于市场机制,后位权利依托保障机制,它们各得其所,^[28]再考虑标的物价值因素更显得匪夷所思。

从理论上讲,依托顺位规则,效用有限的物能承载顺位无限的权利,但实践不会如此,因为有了先位优于后位的规范,后位权利难以完全实现的客观不利会使交易者望而却步,而愿意承受不利者又有自己的衡量,根本无需法律提醒先位权利人是否同意、标的物价值几何。凭空增加这样的思虑,势必减弱顺位规则的实效,同一物在设定典权后不能再设抵押权,^[29]抵押权人为保全抵押权在抵押物上为自己设定地上权,^[30]诸如此类与法理相悖且无实益的实践将一次次重演,实不足取。

(五) 顺位固定规则

先位权利的消灭是导致后位权利依次升进还是保持不变,对母权利人和后位权利人影响深远,颇有争议。^[31]如果抓住权利先后之别乃当事人意思自治产物的主线,顺位应固定不变。因为权利顺位经由母权利人和顺位权利人协议而定,未经母权利人同意,因先位权利消灭而升进后位权利,与既有协议不合,难获法理支持;更现实的是,正如前文所言,后位权利的生成通常要求母权利人付出更大的代价,以减弱后位权利的实现风险,在此情况下,它替代先位权利的顺位对母权利人实在不公允。

一旦顺位固定,先位权利消灭可能会由母权利人取得该权利,进而对抗后位权利,最典型者为所有人抵押权(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77条)。这样的制度设计固然保障了母权利人,但与权利顺位的本质相悖,不利于后位权利人。顺位是母权利负载的多重子权利的定位,它们的设定能给母权利人带来对价利益,但因分割母权利的权能而构成对母权利的不利益。换言之,子权利顺位就是减弱或化解母权利之权能的代名词,母权利不能因负担顺位而增加权能。所有人抵押权显然不合此理,它让所有权收复了已失去的领地,并排斥后位的权利负担,子权利顺位由此成了母权利恢复或保留其权能的工具。正是为了扭转这样的局面,德国法不得不通过涂销预告登记和法定涂销请求权来保护后位权利。^[32]

与之不同的另一制度分离了权利和顺位,先位权利虽消灭,但顺位仍存在,只不过其上没有

[27] 参见前引 [21], Schmid/Huerlimann-Kaup 书,第 246 页。

[28] 参见 [德] 鲍尔/施蒂尔纳:《德国物权法》下册,申卫星、王洪亮译,法律出版社 2006 年版,第 15 页以下。

[29] 参见王泽鉴:《典权设定后何以不得再设定抵押权?》、《同一不动产上后设定之抵押权会妨害先设定之典权?》,载王泽鉴:《民法学说与判例研究》第 1 册,中国政法大学出版社 1998 年版,第 471 页以下。

[30] 参见谢在全:《抵押权与用益物权之关系》,载苏永钦主编:《民法物权实例问题分析》,清华大学出版社 2004 年版,第 176 页以下。

[31] 参见常鹏翱:《物权程序的建构与效应》,中国人民大学出版社 2005 年版,第 225 页以下。

[32] 参见前引 [28], 鲍尔/施蒂尔纳书,第 45 页。

任何权利，是空白顺位，母权利人可在该顺位上设定权能或效用均不超出原权利的新权利。^{〔33〕}这样，新权利占据了在前的顺位，没有打乱原有顺位下的权利秩序。而且，空白顺位还是母权利上的不利益，母权利既不能因此而恢复权能，母权利人也不能对它享有实体权利，反而有义务通过创设新权利来填补该缺口。当然，如果空白顺位未被新权利填补，为实现其他顺位权利而对标的物变价时，无需考虑归宿未定的空白顺位，视其没有意义，变价金额按照顺位先后在权利人中分配（瑞士民法典第 815 条）。显然，在顺位固定的基础上，灵活对待空白顺位，既将顺位本质一以贯之，又保证了母权利人和子权利人的利益平衡，可谓两全其美。

五、改变优先规范的顺位意定

顺位代表着权利实现机会的大小，可以内化为权利本身蕴涵的利益。权利人根据自己意愿（如抛弃）或与他人合意（如交换）处分顺位，无非是自我利益调节，只要遵守有权处分的规范，自无不可。由此导致顺位意定，其结果是改变优先规范，提升后位权利的实现机会。作为适例，物权法第 194 条为抵押权顺位的意定提供了法律基础。但前文已言，该规定过于含糊，问题不少，难以成为顺位意定的模范，根本之道还是要从整体上厘清顺位意定规范的基本法理。

（一）顺位意定类型

在权利竞合关系中，只要权利因登记而存在，自有顺位伴随，将顺位内化为权利组成，自然说得通。在此意义下，通过改变顺位来改变权利的功效，特别是提高后位权利实现的可能性，就是顺位意定的基本意义，而实现该意义的常规方式正是物权法第 194 条提到的放弃或变更。

在德国法的知识脉络中，顺位放弃指权利人在保留权利的前提下放弃顺位，从而使该权利位列放弃前已登记的后位权利之后，在放弃后才登记的后位权利之前，放弃的顺位和因此获益的顺位仍先后有别。顺位变更就是顺位交换，即先位权利与后位权利交换各自顺位，顺位前移者优于顺位后移者，它既可发生在先后两权利之间，也可经由三个以上先后权利人的合意而波及更多的权利。^{〔34〕}

与这两个概念接近但不同的是顺位的相对放弃和顺位让与。所谓顺位的相对放弃，即先位权利人放弃自己的顺位利益，使特定后位权利与自己权利地位相同。究其实际，无非是先位权利人对特定后位权利放弃自己权利的优先效力，如先抵押权人放弃部分优先受偿利益。这可发生在权利设定之时（如先后抵押权人事先约定），也可发生在权利实现之中（如先后抵押权人约定清偿数额的分配），无论如何，其中并无顺位的变化，与前谓的顺位放弃不同。之所以归于顺位名下，主要在于其后果等同于权利同位。所谓顺位让与，即先位权利人将其先位让与特定后位权利人，在实现权利时，在先位权利本应实现的限度内，先供后位权利实现，其余由先位权利实现。与相对放弃一样，顺位让与也不涉及顺位变化，它们均只在当事人之间产生相对效力。^{〔35〕}不过，在担保性权利竞合的序列里，顺位相对放弃和让与的处分对象都是担保利益，能补充顺位放弃和交换，^{〔36〕}一并加以规范的意义明显。

〔33〕 参见前引〔21〕，Schmid/Huerlimann—Kaup 书，第 344 页。

〔34〕 参见前引〔14〕，Wieling 书，第 292 页以下；Muenchener Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch, Band 6 Sachenrecht, 3. Aufl., Muenchen 1997, S. 210.

〔35〕 参见谢在全：《民法物权论》下册，中国政法大学出版社 1999 年版，第 617 页以下。

〔36〕 参见苏永钦：《物权堆叠的规范问题——建议修法明订以次序为轴心的堆叠原则》，载田士永等主编：《中德私法研究》第 3 卷，北京大学出版社 2007 年版，第 141 页。

顺位放弃或交换发生在既存的权利之间,顺位和权利在此一体存在,但这只是顺位和权利关系的一个层面,与此不同,顺位也可能与权利分离,空有顺位而没有权利,如空白顺位。顺位在这一层面上不能被权利内化,而是可能先于权利而实际且独立地存在,一旦它被处分,就会生出新类型的顺位。顺位保留堪称此方面的典型。即母权利人基于处分自由,为将来的类型、权能、期限均很确定的权利预设空壳顺位,待该权利成就时直接进入该顺位(德国民法典第881条,瑞士民法典第813条第2款),其结果是先登记的权利顺位在后。在被保留顺位的权利实际发生前,竞合的是空壳顺位和后位权利,但因预设的权利信息相当明确,与权利已然存在无二,且该权利一旦发生就会产生实际的权利竞合,故顺位保留确属用以解决权利竞合的意定顺位规则。

另外,还有两种顺位类型值得注意:(1)后位权利的设定本来与先位权利人无关,但若其额外同意该设定,本应为后位的权利将与先位权利同位并存(瑞士民法典第812条第2款),获得优待的权利无需先登记为后位,再变更为同位,而是可径直与先位权利登记为同位,可称为直接同位。与顺位放弃和交换一样,直接同位也需先位权利人意思的介入,但结果是后位权利获得顺位优待,先位权利的顺位并未改变,故不能为顺位放弃或交换所涵盖,也非顺位的相对放弃。(2)后位权利人为保全自己权利,可与母权利人约定先位权利消灭导致后位权利晋升(瑞士民法典第814条第3款),从而突破顺位固定来升进顺位。这两种改变法定顺位格局的结果仍然基于当事人的合意,理应归入顺位意定的范畴。

从严格意义上讲,顺位意定的类型包括顺位放弃、顺位交换、顺位保留、直接同位和顺位升进,它们的构造和机理并不完全相同,但无论如何,基于当事人创设顺位的意思自治,它们在不同侧面体现了权利人处分权利的自由,如顺位保留和顺位升进是母权利人自我限缩母权利权能的后果,而其他类型则是先位权利人放弃优先顺位利益的后果。通过意定这种灵活的自治手段,顺位或与权利融为一体,或是可独立交易的对象,使财产权竞合有了更丰富也更复杂的组合形态,也给交易者提供了更多的选择空间。

(二) 意定顺位设立

顺位因意定而生,基础自然是相应的意思表示,要受法律行为成立和生效要件的约束,自不待言。不过,顺位意定还体现了权利人的处分自由,意思表示只有在权源上出自有权处分之人,才算正当。由于意定顺位是一框架概念,具体形态构造各有不同,涉及的权利人范围也不同,应分别加以甄别。

首先是顺位放弃,先位权利人放弃其顺位而使后位权利得益,并未增加母权利已确定负担的不利益,这是无需其他权利人同意即可完成的有权处分。直接同位与顺位放弃异曲同工,先位权利人对其后特定的无顺位的权利放弃顺位利益,与其他权利无关,也没有增加母权利负担,只要先位权利人的同意即可。顺位相对放弃和让与与上述两者相似,除了直接相关的权利人合意,无需其他人的意思表示。

顺位保留是母权利人在母权利上设定的不利益,同时也殃及先生成的后位权利,除了母权利人设定顺位保留的意思表示,后位权利人表示认同的意思表示是否必要,就成问题。德国法持肯定立场,因为顺位保留的基础是母权利人和负担该保留的后位权利人的合意,这的确因应了通常首位权利人不确定而次位权利基本确定的现实。但顺位保留也因此依附于负担它的后位权利,最终产生令人头痛的相对顺位,即顺位保留优于负担它的后位权利,但不优于该后位权利之后的权利,而后位权利又优于其后的权利。^[37]其实,鉴于顺位与权利的分离,无权利的先顺位和先位权利一样,均构成母权利和后位权利的负担,既然先位权利的设定无需可能的后位权利人的同

[37] 参见前引[6],鲍尔/施蒂尔纳书,第354页以下;前引[31],常鹏翱书,第238页以下。

意，母权利人也应有权以单独行为来设定顺位保留，从而躲开相对顺位。

要确保顺位交换为有权处分，除了直接关联的权利人合意外，是否还要有其他制约要素，要视权利的位置来定。如果交换的权利在顺位上相互连接，之间无其他顺位的权利，与其他子权利无关，则只要有先后交换的权利人合意即可。反之，如果中间存在其他权利，则交换不能损害该权利，非经该权利人同意，交换的权利应当权能相同，且顺位前置的权利的权能不得大于顺位后置的权利，否则即属无权处分。

顺位升进对后位权利有利，但可能加大母权利的负担，故需母权利人和后位权利人的合意。

综括而言，除了顺位保留和顺位升进，其余的意定顺位均与母权利人的意思表示无关，而顺位保留又与其他顺位权利人的意思表示无关；除了顺位交换和顺位升进，其余的意定顺位均与其他顺位权利人的意思表示无关。如此看来，物权法第 194 条规定由抵押权人和抵押人协议变更抵押权顺位，并加入其他抵押权人同意的因素，只宜解释为是以抵押权升进为基础的顺位交换。

在意思表示的因素之外，顺位的前提是有登记，意定顺位无从例外，无论顺位放弃、交换、保留、升进抑或直接同位，只有在登记簿中记载，才有意义。与此相关，由于顺位的相对放弃和让与改变了权能，属于权利变动的范畴，它们应否登记，应视所涉及的权利变动采用何种模式而定，只有登记生效模式才要求它们强制登记，由此又可看出它们与顺位放弃或交换的差别。此外，基于物权变动和登记的基本规范，登记的内容只有与意思表示完全一致，方能产生意定顺位的效果，自不待言。

（三）顺位意定后果

顺位意定改变了先登记者先实现权利的优先规范，结果是后来者先得，要么是本应为后位者优于本应为先位者（如顺位交换、顺位保留），要么是后位权利升格为先位权利（如顺位放弃、顺位升进），要么是后位权利与先位权利同位（如直接同位）。前两种情形有顺位先后，仍适用先位优于后位的法定顺位规则，而后一情形的同位在法定顺位中罕有适用空间，但又与其他权利竞合中的地位平等规范（如未公示的权利）有关，应着重讨论。

顺位相同表明权利之间没有先后或排斥关系，相互容忍对方的存在，这给权利的行使和实现增添了外在成本，化解之术是视权利价值可否量化而予以规制。担保性权利是可量化的典型，同位权利依据担保债权额的比例来分配利益，是最佳途径和公认之理，且抵押物的实际变价为此提供了基础。但如果抵押物不能变价而只能用实物抵债，则量化比例不起作用，就会发生如何分配实物利益的问题。用益性权利同位或用益性权利和担保性权利同位同样有不能量化的问题，它们都源于权利权能或功用的重叠或互斥。对此，我国司法实务中的解决方案相当简单，用抵押物实物抵债的，债权人受偿顺位相同，可以抽签方式决定承受人（最高人民法院《关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》第 19 条第 2 款）。从公平度来看，只要债权人平等的抽签机会，中签与否都很公平。不过，这种看似公平且变通的方法使本应且很现实的利益均沾，因抽签运气而变成一权独存，利益归属如此不确定，从根本上背离了直接同位平分权利的利益分配机制，难言合理。

如果着眼于同位权利并存的实态，特别是考虑到直接同位乃权利人意思自治的结果，不妨仍将当中的利益分配交由权利人来自治决定，有可能从利益磨合和实际需要中走出一条既发挥物的效用、又兼顾权利人乃至相关人利益的道路。这条路径并不新颖，它早就被共有所践行，即对共有物的管理、使用乃至分割从根本上要依赖共有人协商而成的自治方案（物权法第 96—100 条）。当然，共有不是多重权利同位并存，但如果放大份额在共有中的意义，不难看出，份额一方面维系着共有而非独有的状态，使权利人之间相互限制，另一方面，在份额限度内，不仅按份共有人

可独立处分,在共有人协议的基础上,共有人还可基于份额对共有物取得不同但确定的权能,这种相互制约但又各自独立的构造,恰似同位权利关系。正在此意义上,共有甚至被视为限制物权的变种,^[38]这种近似为两者间的法律准用提供了依据。当然,这种自治方案也能解决其他权利竞合中因权利平等所产生的权利实现问题。

实现权利的自治方案确定后,一旦被载于登记簿,就应产生物权效力,不仅参与自治的同位权利人要据此行事,母权利人以及从部分同位权利人处受让权利者也要受此约束。此时,如若部分同位权利消灭,受限于顺位固定,对于这些位置空白,母权利人还可不经其他同位权利人的同意设定权能或效用不大于原权利的权利,新权利人也应遵守既有的方案。

六、结 语

在债权和物权二分的基础上,财产权竞合规范主要是在母子权利基础上处理多重子权利并存的关系,具有相当的统合性,其中蕴含的规律性要素能上升到财产法通则的地位,即管制与否或强弱和权利产生或实现时间先后是财产权竞合规范的基本要素。其内容视具体对象而有所不同,大致形态如下:(1)在债权竞合领域,优先债权优于普通债权;直接优先债权之间根据管制强弱排序,无法判断强弱的,地位平等;直接优先债权优于间接优先债权;普通债权先完全履行或先采取强制措施者优先,否则地位平等。(2)在物权竞合领域,直接法定物权优于其他物权;直接法定物权根据管制强弱排序,无法判断强弱的,地位平等;直接法定物权之外的物权竞合的,公示的物权优于未公示的物权,公示时间在先的物权优于公示时间在后的物权,未公示的物权地位平等,公示时间相同的物权地位平等。(3)在债权和物权竞合领域,直接优先债权和直接法定物权根据管制强弱排序,无法判断强弱的,地位平等;直接优先债权优于其他物权;直接法定物权优于间接优先债权;在直接优先债权和直接法定物权之外,间接优先债权和公示的物权竞合按照公示时间先后排序,间接优先债权优于未公示的物权,物权优于普通债权。

在这些具体规范形态中,公示的物权和间接优先债权各自或交错竞合最为普遍,在当事人无另外约定时,它们的规范就是以法定顺位形态表现出来的优先规范,反之,则是顺位意定规则,它们相互结合,成为财产权竞合的重心。在此方面,我国物权法存在较大的漏缺,应予补正。鉴于物权法第10条第2款给不动产登记规范预留了相当的空间,不妨在我国将来统一的不动产登记规范中明确法定顺位规则和顺位意定规则。根据以上所论,结合物权法以及相关法律规范的规定,下面拟出这一规范群要点,作为立法可能的参考:(1)顺位的基本标准:物权根据公示的先后排列顺位,但法律另有规定或当事人另有约定的除外;登记的先后顺序应根据当事人申请登记或有关机关嘱托登记的先后而定。(2)顺位的法律意义:顺位在先的物权优先于顺位在后的物权。(3)顺位固定规则:顺位在先的物权消灭的,该顺位得以保留,在后的物权顺位不变,但当事人另有约定的除外;在其他顺位的物权实现时,上述保留的顺位没有重新设置物权的,该保留的顺位视为消灭。(4)顺位保留规则:权利人在标的物上设定限制物权时,可事先为该物权在登记簿上保留顺位;在该保留的顺位上设置的物权优于顺位在后的物权。(5)顺位变更规则:在不影响他人合法利益的范围内,当事人可协议变更物权的顺位,并经过登记产生法律效力。(6)顺位放弃规则:在不影响他人合法利益的范围内,权利人可放弃物权的顺位,使该物权位列放弃前已在登记簿中记载的其他物权之后,并经过登记产生法律效力。(7)同等顺位规则:当事人申请

[38] 参见苏永钦:《物权法定主义松动下的民事财产权体系——再谈内地民法典的可能性》,载苏永钦:《民事立法与公私法的接轨》,北京大学出版社2005年版,第231页。

登记或有关机关嘱托登记的时间完全等同的，物权的顺位同等；在先的权利人同意设定其他物权的，该物权与顺位在先的物权顺位同等；顺位同等的物权的行使、管理、处分和分配，准用共有的规定。（8）顺位的关联规则：公示的物权优先于未公示的物权；未公示的物权之间地位平等。（9）顺位的准用规则：物权、预告登记的债权以及法律规定的应在登记簿上记载的债权相互间的关系，参照上述规定。

Abstract: Overlapping is a kind of concurrence of multiple property rights on the same object in civil law. Though the norms of overlapping differ from the other concurrence norms like trust, ownership reservation and so on, they have complementary and cooperative relationships. According to the positive law, there are two basic elements to adjust the overlapping of property rights, that is, the intensity of control and the sequence of time, and different norms established according to them will adjust different kinds of overlapping.

As the focus of overlapping norms of property rights, the preferential norm which bases on publicity, especially registration and deduces rules of statutory sequences, is that the right publicized earlier prevails over the one publicized later. In the area of real estate property, the time of application for registration determines the sequence of rights. Once the sequence is determined, the right in front is prior to the right behind. If the former can cover the latter, for example both are mortgage rights, it can be fulfilled preferentially, which means the latter will remain in an alternative position and cannot be fulfilled until the former is fulfilled earlier. If not, such as the concurrence of usufructuary rights and real rights for security, the right behind can be fulfilled without prejudice to the right in front. With the two rules, the right behind can be established only after an agreement on it and registration. When the right in front is eliminated, the sequence of the right behind remains unchanged.

The preferential norm can be changed by right holders and consequently the sequence of rights can be established by agreement, including abandon, exchange, reservation, promotion and direct equality of sequence, all of which show the freedom of right holders to dispose their rights. Thus the declaration of will of it should be consistent with the elements of legal action, the holder of the sequence should have right of disposition and registration is needed. When the sequences of two rights are the same by agreement, if the value of the right can be quantified, for example the object of a real right for security can be liquidated, the two rights can be repaid based on the ratio of each real right for security. If not, it should be determined by right holders.

Key Words: overlapping of property rights, control, autonomy, preferential norm, sequence
