

民法典视野下的船舶抵押权和留置权若干问题研究

彭先伟*、吴亚男**
北京德恒律师事务所

2020年5月28日，第十三届全国人民代表大会第三次会议通过了《民法典》。《物权法》出台时，很多专家已经从诸多角度研究过《海商法》下的船舶物权制度如何与《物权法》相协调的问题。由于《民法典》废止了《物权法》、《担保法》，并规定了一些新的内容，这可能又会对船舶物权的法律适用带来一些新的问题。因此，就目前正在修订之中的《海商法》而言，有必要全面梳理船舶物权制度及其与《民法典》的关系，据此完善《海商法》的修订工作。其中，就《民法典》下的船舶抵押权和留置权相关问题，笔者简述如下。

一、《民法典》与船舶抵押权

（一）船舶抵押权的定义

首先，关于抵押权的定义，《民法典》第三百九十四条规定：为担保债务的履行，债务人或者第三人不转移财产的占有，将该财产抵押给债权人的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就该财产优先受偿。

《民法典》关于抵押权的定义，和《物权法》第一百七十九条是一致的。在《物权法》之前，《担保法》第三十三条也规定，抵押权只适用于债务人不履行债务时，而不包括当事人约定的实现抵押权的情形。《物权法》立法过程之中，有专家建议¹：实现担保物权的情形主要是债务人到期不履行债务，但实践中还有一些债务人在债务履行期届满前违约需要实现抵押权的情形。既然合同法允许当事人对合同解除作出约定，物权法也应当允许当事人约定实现抵押权的情形。考虑上述意见，《物权法》进一步完善了《担保法》。这后一个条件《担保法》没有规定，是《物权法》针对实践的需要所作的补充规定。这一规定对于保护债权人的利益更为有利。

具体到船舶抵押权，《海商法》第十一条规定：船舶抵押权，是指抵押权人对于抵押人提供的作为债务担保的船舶，在抵押人不履行债务时，可以依法拍卖，从卖得的价款中优先受偿的权利。交通运输部官网2018年11月5日发布的《中

*彭先伟，最高人民检察院民事行政案件咨询专家，司法部“千名涉外律师人才库”入库律师；美国律师协会国际运输法律专业委员会副主任，国际商会(ICC)商法与惯例委员会专家组专家，伦敦海事仲裁员协会(LMAA)会员；中国海事仲裁委员会仲裁员，南京、海南、呼和浩特等十余家仲裁委员会仲裁员；北京律师协会海商海事专业委员会副主任

** 吴亚男，北京德恒律师事务所律师

¹ 王胜明：《中华人民共和国物权法解读》，中国法制出版社2007年版，第380-382页。

《中华人民共和国海商法（修订征求意见稿）》第2.8条也规定²：船舶抵押权，是指抵押权人对于抵押人提供的作为债务担保的船舶，在债务人不履行债务时，可以依法拍卖，从卖得的价款中优先受偿的权利。对比之下可以看出，《海商法》以及《中华人民共和国海商法（修订征求意见稿）》下的船舶抵押权，其沿用的是《担保法》关于抵押的定义，仅适用于债务人不履行债务时。但是，实务之中除了债务人违约时，债务人发生合并分立，破产，主营业务变化，重大资产重组等情形时，债务人自身可能并未违约，但船舶抵押权人可能在这种情况下也会要求行使抵押权。随着《物权法》、《民法典》对此的修订，《海商法》的船舶抵押权有必要与之同步进行修改，扩大船舶抵押权的适用范围，准许当事人就实现抵押权进行约定。

此外，《海商法》以及《中华人民共和国海商法（修订征求意见稿）》规定的船舶抵押权只适用于抵押人提供的作为债务担保的船舶，并不涉及第三人提供的作为抵押的船舶，这会带来问题是《海商法》是否准许第三人提供船舶作为抵押。笔者认为，《海商法》在此问题上没有必要与《民法典》保持距离，此种特殊的规定也没有必要予以维持。

（二）船舶抵押权的实现方式

关于抵押权的实现方式，《民法典》下实现抵押权的方式有折价或者以拍卖、变卖，而船舶抵押权的实现方式则只有拍卖这一种。如此，会带来问题是，《民法典》生效后，船舶抵押权的实现，是否可以突破拍卖这一方式的限制。

实际上，《民法典》第四百一十条和《物权法》第一百九十五条规定的措辞是一致的，而在《物权法》通过时，也产生了类似的疑问。对此，有法院认为：依照我国《立法法》的规定，调整同一对象的法律规定产生冲突时，应遵循“上位法优于下位法”、“特别法优于一般法”、“后法优于前法”三个原则。在处理相关案件时应适用《物权法》第一百九十五条，船舶抵押权人实现船舶抵押权的方式有“折价”、“拍卖”和“变价”三种³。反之，也有法官认为，《海商法》第十一条船舶抵押权的定义表明，船舶抵押权的实现限定于“依法拍卖”的方式⁴。

从立法历史沿革来看，《海商法》1989年8月稿第22条规定：船舶抵押权，是指根据船舶抵押合同，抵押权人对于抵押人提供的担保船舶，在债务不能履行时可以将其实变卖而优先受偿的权利。《海商法》1990年10月稿第21条则规定：船舶抵押权，是指抵押权人对于抵押人提供担保的船舶，在抵押人不能履行债务时，可以申请海事法院将其拍卖，从卖得价款中优先受偿的权利⁵。显然，从这

² 《中华人民共和国海商法（修订征求意见稿）》可见于：

http://xxgk.mot.gov.cn/jigou/fgs/201811/t20181105_3109896.html

³ 实现船舶抵押权方式之法律依据值得探讨，

<http://shfy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2014/12/id/1526326.shtml>

⁴ 许俊强、陈永灿，《论实现船舶抵押权的非诉程序》，

http://www.cssn.cn/fx/201605/t20160503_2992175.shtml

⁵ 司玉琢、张永坚、蒋跃川，《中国海商法注释》，北京大学出版社2019年版，第16页

一变化过程可以看出，船舶抵押权的实现可能只有申请法院拍卖这一个途径。对此，司玉琢老师给出的解释是，船舶上可能有优先权，而且船舶上可能有其他抵押权存在，因此有必要对船舶抵押权的行使做出限制。但，司玉琢老师也认为，法律不应规定的过死，不应排除当事双方有协议行使船舶抵押权的可能性⁶。

从司法实务来看，在宁波海事法院审理的（2017）浙72民初223号案，武汉海事法院审理的（2015）武海法商字第01460号案，厦门海事法院审理的（2016）闽72民特46号案以及北海海事法院审理的（2018）桂72民初212号案，青岛海事法院审理的（2018）鲁72民初1718号案之中，法院都允许以变卖作为船舶抵押权的实现方式。

目前，《中华人民共和国海商法（修订征求意见稿）》第2.8条规定的实现船舶抵押权情形，还是限于依法拍卖。笔者认为，海商法的修订可以对此做出相关考虑，参照《民法典》的规定，准许以拍卖或者其他方式行使抵押权。当然，以其他方式行使船舶抵押权，不应使得优先权人的利益受到损害。

（三）抵押期间内的船舶转让

传统上，抵押期间内抵押人是不可以转让抵押财产的。对此，《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第115条规定：抵押物如由抵押人自己占有并负责保管，在抵押期间，非经债权人同意，抵押人将同一抵押物转让他人，或者就抵押物价值已设置抵押部分再作抵押的，其行为无效。《担保法》第四十九条规定：抵押期间，抵押人转让已办理登记的抵押物的，应当通知抵押权人并告知受让人转让物已经抵押的情况；抵押人未通知抵押权人或者未告知受让人的，转让行为无效。《物权法》第一百九十一条第二款也规定：抵押期间，抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产，但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外。《民法典》则对此作了较大的改变，允许抵押期间财产转让。对此，《民法典》第四百零六条则规定：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。

关于抵押期间在未经抵押权人同意的情况下，抵押人是否可以转让抵押财产，对此，存在两种不同的观点，即自由转让说和限制转让说。对此，王利明教授认为，《物权法》的上述规定确有一定的合理性，但也有弊端。一方面，这一规则不利于物尽其用。如前所述，自由转让说的最大优点在于提高物的利用效率，加速财产流转。相应地，限制转让说的缺点在于可能不利于抵押财产的充分利用。因为抵押财产纷繁复杂，种类很多，大量的财产在设置抵押之后，仍然需要进行利用。而抵押人又暂时不需要利用或者没有能力利用抵押财产，此时就应当允许转让抵押财产，以充分发挥抵押财产的效益。如果转让抵押财产必须经抵押权人的同意，则将使抵押人错失交易良机，影响抵押财产价值的实现。另一方面，限制转让说如果没有涤除权制度予以配套，则可能导致抵押权人的权利滥用⁷。崔

⁶ 司玉琢，《海商法专论》（第三版），中国人民大学出版社2015年版，第17页。

⁷ 王利明：《抵押财产转让的法律规制》，

http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Db=qikan&gid=1510131910

建远教授则认为⁸，保护抵押权人的利益不能依靠对抵押人处分权的限制，而要靠抵押权的追及性。《物权法》此种规定（限制转让）是块赘肉，应被割除。

从最终条文来看，《民法典》应该是采用了学界的自由转让说，准许抵押人可以转让，但当事人另有约定的除外。问题在于，与之相对，我国《海商法》并不准许抵押人任意转让船舶。对此，《海商法》第十七条规定：船舶抵押权设定后，未经抵押权人同意，抵押人不得将被抵押船舶转让给他人。《中华人民共和国海商法（修订征求意见稿）》第2.14条也规定：船舶抵押权设立后，抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押船舶，但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外。显然，《民法典》和《海商法》《中华人民共和国海商法（修订征求意见稿）》对此的规定并不一致，二者之间存在如何适用和协调的问题。

从司法实务来看，有法院认为：海商法第十七条规定，船舶抵押权设定后，未经抵押权人同意，抵押人不得将被抵押船舶转让给他人。此为强制性法律规范。在未经抵押权人（中信宁波分行）同意的情况下，被告将船舶转让给原告，故原、被告签订的船舶转让协议应被确认无效⁹。反之，也有法院认为：根据物权变动之原因与结果相区分原则，“不得转让抵押财产”应解释为未经抵押权人同意不发生所有权移转的效力，至于转让抵押物的合同的效力，则适用合同的有关规定¹⁰。

对此，就如何协调法律适用，笔者认为，可以参考2012年7月28日最高法院刘贵祥大法官在全国海事审判工作会议上的总结讲话的精神：“关于抵押人转让抵押物的条件及法律后果，《物权法》与《担保法》及担保法司法解释的规定确有不同。《海商法》第十七条关于抵押人未经抵押权人同意不得转让抵押船舶的规定作为特别法，应当优先适用。此条规定应当理解为对抵押人船舶处分权的限制。对于此类转让合同，应认定合同有效，但不影响依法登记的抵押人行使抵押权。因抵押人行使抵押权导致买受人无法取得船舶所有权的，出卖人应当对买受人承担不能转让船舶的违约责任。”或者，《海商法》可以与《民法典》一致起来，明确规定允许抵押期间抵押人转让船舶。

（四）同日登记的抵押权优先顺位问题

关于同日登记的抵押权优先顺位，《物权法》第一百九十九条规定：同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押财产所得的价款依照下列规定清偿：（一）抵押权已登记的，按照登记的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿。《民法典》第四百一十四条则规定：同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押财产所得的价款依照下列规定清偿：（一）抵押权已经登记的，按照登记的时间先后确定清偿顺序。显然，《民法典》取消了《物权法》所规定的“顺序相同的，按照债权比例清偿”。

⁸ 崔建远：《民法分则物权编立法研究》，《中国法学》2017年第2期，第58页

⁹ 见宁波海事法院（2010）甬海法商初字第157号判决书

¹⁰ 见浙江省高级人民法院（2014）浙海终字第73号判决书

相比之下,《海商法》第十九条规定:同一船舶设定两个以上抵押权的,抵押权人按照抵押权登记的先后顺序,从船舶拍卖所得价款中依次受偿。同日登记的抵押权,按照同一顺序受偿。《海商法》将同日登记的抵押权视为同一顺序,按照《海商法》或者参照《物权法》,同日登记的船舶抵押权将在同一顺序受偿。但是,《民法典》生效后,显然会面临同日登记的抵押权顺位问题的争议。

对此,有法官认为:即使两项登记申请在同一日,但只要申请达到登记机关的时间有先后顺序之分,就将导致顺位也有先后之别。时间是一物理现象和客观事实,不因人们赋予其不同的价值认识而改变其具有的标志“先”和“后”的基本意义,同日登记的抵押权依照相同顺序清偿的规则并不符合客观上存在的先来后到的顺序,即使两项登记申请在同一天,但只要申请达到登记机关的时间有先后顺序,就将导致顺位也有先后之别,不宜用“天”为基本计时单位来模糊处理。坚持同日同序这种以“天”为标准的主张,不符合生活常识常情,也不符合权利人先来后到的顺序之分,即使在古代,计时单位也已以时、刻、更、点等为准,何况现在计时可以精确到分、秒。本案尽管钟某与华某是在同一日登记的抵押权,但从登记的前后顺序而言,双方仍存有先后顺序之分,钟某的登记证明号为松201417003715,而华某的登记证明号为201417003717,登记证明号客观记载两位抵押权人登记的先后顺序,故应优先清偿钟某的65万元债务,余8万元供华某清偿。¹¹

从法理上讲,在统一登记的情况下,不会再出现顺序相同的登记抵押权。《不动产登记暂行条例实施细则(中华人民共和国国土资源部令2015年第63号)》第67条也规定,同一不动产上设立多个抵押权的,不动产登记机构应当按照受理时间的先后顺序依次办理登记并记载于不动产登记簿。可见,抵押权登记一定存在先后顺序,不存在顺序相同的可能¹²,故《民法典》将此删除。因此,随着时代的变化,《海商法》也有必要对此予以修订,与《民法典》保持一致。

值得注意的是,在《交通运输部海事局关于印发<船舶登记工作规程>的通知(2017)》(简称《船舶登记工作规程》)之中,目前并无这方面的规定。也就是,就船舶而言,在现有的船舶登记体系下,还可能存在“同日登记的抵押权,按照同一顺序受偿”的可能性。因此,下一步也有必要结合《民法典》的精神,修改《船舶登记工作规程》相关内容。

（五）超额抵押的效力问题

关于超额抵押,《担保法》第35条的规定:“抵押人所担保的债权不得超出其抵押物的价值。《担保法》禁止超额抵押,但《物权法》并未对此作出规定,而只是在第一百七十八条规定:担保法与本法的规定不一致的,适用本法。关于《物权法》是否废止了超额抵押的禁止性规定,对此有截然相反的两种理解。一

¹¹张华麟,在同一登记机关同日登记的不动产抵押权是否应同顺位清偿,
<http://shfy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2016/06/id/1881809.shtml>。

¹²杨立新:民法典物权编规定的抵押权新规则解读,载《法学论坛》2020年第4期,第18页。

种观点认为,《物权法》虽未明文废止《担保法》第35条的规定,但也未设明文准许被担保债权的价值额可以高抵押物的价值额,难谓《物权法》与《担保法》的规定不一致,因而《担保法》第35条的规定依然有效¹³。另一种观点则认为,《担保法》第35条的规定非常不合理,当事人自愿接受超额抵押,不会对社会公共利益造成任何损害,法律没有干预的必要,此种规定不应继续适用¹⁴。

因此,在《物权法》语境下,是否准许超额抵押,学界认识并不一致,实务中也存在很多混乱。而且,有时候抵押登记机关还要求当事人对抵押物进行价值评估。例如,《中国海事局关于印发<建造中船舶抵押权登记暂行办法>的通知》(海船舶〔2009〕273号)第四条规定,就建造中的船舶抵押,船舶价值由需要具备资产评估资格的资产评估机构评估,并经抵押人、抵押权人书面确认。《山东省人民政府办公厅关于印发山东省建造中船舶抵押融资办法的通知(鲁政办字〔2019〕111号)》第九条也规定,抵押船舶的评估应由融资机构(抵押权人)认可的具有资质的评估机构承担,出具船舶价值(包括船舶总价值和建造中船舶抵押时价值)的评估报告。

由于《物权法》并没有明确规定,抵押权担保的债权可以超出抵押物的价值。因此,在《物权法》已颁行数年后的今天,不动产登记实务界仍然有人质疑超额抵押的合法性。司法界对此也存在疑惑。有观点认为,应当通过其他法律或法规的具体规定来消除人们在超额抵押问题上的混乱认识,明确规定可以超额抵押¹⁵。

《民法典》出台后,与《物权法》第一百七十八条规定的不一样的是,《民法典》直接废止了《担保法》。因此,不存在“担保法与本法(物权法)的规定不一致的,适用本法”的问题,《担保法》禁止超额抵押之规定也就相应不复存在,这方面的争议也就应该告一段落。实际上,早在1994年,交通部发布的《中华人民共和国船舶登记条例若干问题说明(港监发〔1994〕296号)》第19条即就规定:一艘船舶允许进行多次抵押,但在办理后次抵押权登记时,应当查验前次抵押的抵押合同。这说明,我国最早的船舶登记制度是准许超额抵押的。因此,就船舶抵押而言,没有必要再去继续坚持不得超额抵押的规定,而是准许当事人意思自治。进一步讲,无论是已经建成的船舶,还是在建船舶,要求对船舶价值的评估,或者要求当事人提供船舶价值证明/声明,将不再具有法律依据。

二、《民法典》与船舶留置权

关于留置权的一般要件,《民法典》第四百四十七条规定:债务人不履行到期债务,债权人可以留置已经合法占有的债务人的动产,并有权就该动产优先受偿。关于承揽人的留置权,《民法典》第七百八十三条规定:定作人未向承揽人支付报酬或者材料费等价款的,承揽人对完成的工作成果享有留置权或者有权拒绝交付,但是当事人另有约定的除外。《民法典》的上述规定,和《物权法》、《合同法》的规定是一样的。《海商法》第二十五则规定:船舶留置权,是指造船人、

¹³ 崔建远:《物权法》(第二版),中国人民大学出版社2011年版,第458页

¹⁴ 孔祥俊:《担保法及其司法解释的理解与适用》,法律出版社2001年版,第226页

¹⁵ 国土资源部不动产登记中心:《不动产登记暂行条例实施细则释义》,北京大学出版社2016年版,第172页

修船人在合同另一方未履行合同时，可以留置所占有的船舶，以保证造船费用或者修船费用得以偿还的权利。

对比之下可以看出，《海商法》的下的船舶留置权可以留置所占有的船舶，而《民法典》下承揽人可以留置的只是完成的工作成果。二者措辞看起来很类似，但实务之中的差异可能会非常大。

例如，在晋江市东兴电子玩具有限公司承揽合同纠纷再审案之中，东兴公司与宝高玩具公司、宝高科技公司签订了《合作生产塑料积木玩具协议》，东兴公司为承揽人。该合同履行中，宝高玩具公司于2012年2月23日向东兴公司送达终止合同的通知，双方为此发生纠纷。东兴公司主张，在宝高玩具公司、宝高科技公司的承揽报酬未支付之前，可以依法留置模具。对此，最高人民法院（2017）最高法民申1941号民事裁定书认为：东兴公司主张留置的模具是由宝高玩具公司向东兴公司提供的，目的是让东兴公司按照模具生产产品，故模具只是生产中的工具而非工作成果。根据《中华人民共和国合同法》第二百六十四条规定，承揽人只能对完成的工作成果享有留置权，故本案中东兴公司对模具不享有留置权。

从上述最高人民法院的判决可以看出，民法下的承揽人能留置的只是工作成果，而非生产中的工具。之所以要如此规定，有专家指出¹⁶：“承揽人要行使法定留置权需要具备如下要件：一是承揽人完成工作。因在承揽合同中承揽人有首先完成了作的义务，故在其完成工作之前无权请求定作人支付报酬。”进一步讲，关于民法下的留置权立法背景，全国人大法工委编撰的《中华人民共和国合同法释义》之中也指出：为了保障承揽人收取报酬等权利，许多国家在立法中赋予承揽人对工作的成果享有留置权。如德国民法典第647条规定，承揽人因其制造或修缮占有定作人动产时，就其承揽关系所产生的债权对于制造或修缮已毕的动产上享有留置权¹⁷。

从最高人民法院上述判例来看，民法下的留置权其适用前提在于承揽人完成了工作成果。申言之，就定做入提供的设备等，在完成工作之前也不得留置。但是，从实务的角度讲，很多时候承揽人往往不会在制造或修缮完毕时行使留置权。例如，船东不支付造船或者修船进度款的，船厂有时候也需要行使留置权，留置船东提供的设备，或者留置还没有修理完毕的船舶。如果以制造或修缮已毕作为留置权的条件，则船厂在船东违约的情况下，可能不得不垫款继续去建造、修理船舶，然后才能就制造或修缮已毕的船舶行使留置权。如果船舶留置权要这样行使的话，这显然并不合理。

因此，从字面意思来讲，无论是留置“所占有的船舶”，还是留置“完成的工作成果”，对承揽人而言都不太公平。对此，在甲公司与乙公司留置权纠纷一案之中，最高人民法院民一庭也认为，定作人不履行到期债务，承揽人即可以依

¹⁶ 崔建远：新合同法原理与案例评释，吉林大学出版社1999年版，第1173页。

¹⁷ 全国人大法工委编撰的《中华人民共和国合同法释义》一书之中关于承揽人留置权的解释可见于：

<http://www.npc.gov.cn/npc/c2196/200011/1e31f78d77ae46ebae7a2e1ed300f653.shtml>
1

照法律规定留置合法占有的定作物¹⁸，而不是只能待完成工作后再去留置。就海商法修订而言，有必要回到留置权的本意，准许承揽人留置已经合法占有的债务人的动产，例如船东提供的主机等设备，而不仅仅是只能留置“所占有的船舶”。

三、结语

《民法典》的出台，是我国民事法律领域一次里程碑的大事件。对《海商法》这种特别民事法律而言，《民法典》的出台可能也是一次契机，可以借机完善《海商法》的修订。例如，就船舶抵押权的定义，船舶抵押权的实现方式，抵押期间内的船舶转让，同日登记的抵押权优先顺位问题等，《海商法》可以与《民法典》保持一致。当然，《民法典》并非是包罗万象，就《民法典》没有规定或者规定不明确的部分，例如超额抵押的效力问题，《海商法》可以另行做出规定。此外，对于《民法典》规定的不完善部分，例如承揽人的留置权是否只能针对已经完成的工作成果，《海商法》可以做出另行规定，不要求船厂只能留置建造、修理完毕的船舶，而是赋予船厂留置船东提供的机器设备等的权利，或者准许船厂留置还没有修理完毕的船舶。

同时，《民法典》出台后，不仅是《海商法》的修订会受到影响，船舶登记等与《海商法》配套的船舶物权制度可能也要重新审视。也就是，不仅是《海商法》这种民事法律需要与《民法典》配套，相关的行政法规也需要与《民法典》进行协调。例如，船舶抵押同日登记的先后顺序，以及在建船舶抵押时是否需要就进行船舶价值评估等，也需要在《民法典》的语境下，进行相应的调整和完善。

¹⁸最高人民法院民一庭：《承揽合同中承揽人不当行使留置权应当承担相应责任》，载《民事审判指导与参考 2016 年卷合订本》，第 320 页。