

物权法专题精义
WU QUAN FA ZHUAN TI JING YI
争点与判例丛书

D I Y A Q U A N

丛书审定:王利明

抵押权

吴春岐
郝志刚 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

D I Y A Q U A N

物权法专题精义
WU QUAN FA ZHUAN TI JING YI
争点与判例 丛书

丛书审定:王利明

抵押权

吴春岐
郝志刚 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

责任编辑：张 岩

图书在版编目 (CIP) 数据

抵押权/吴春岐 郝志刚著. —北京：中国
法制出版社，2007. 3

(物权法专题精义：争点与判例)

ISBN 978 - 7 - 80226 - 869 - 2

I. 抵… II. ①吴… ②郝… III. 抵押 - 研究 - 中国
IV. D923. 24

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 035862 号

物权法专题精义：争点与判例丛书

抵押权

DI YA QUAN

著者/吴春岐 郝志刚

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/850 × 1168 毫米 32

印张/ 8.875 字数/ 157 千

版次/2007 年 5 月第 1 版

2007 年 5 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 80226 - 869 - 2

定价：18.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：66031119

网址：<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话：66010406

市场营销部电话：66033393

邮购部电话：66033288

作者简介

吴春岐，1970年生，山东无棣人，山东师范大学政法学院副教授，中国人民大学法学院民商法学博士研究生。主要研究领域为：物权法；公司法；房地产法。先后主持山东省社科“十五”规划重点研究课题等科研项目3项。主要科研成果：《中国民法典立法研究》（合著）；《财产法专题研究》（四）（合著）；《公司法新论》（合著）；《房地产法学》（主编）；《公司法》（主编）；《身边的物权法》（主编）；在《中国台湾中正大学法学集刊》等学术刊物发表《中国大陆不动产物权变动公示方法的考察与分析》等学术论文10余篇。

郝志刚，1965年生，蒙古族，内蒙古阿拉善盟人。于中国政法大学1990年本科毕业后长期从事不动产抵押等相关法律实务工作。曾参与金融机构“保证、抵押、质押”三大信贷业务的专项调研活动，为相关金融机构对不良资产的处置提供了有益的法律支持。现为北京市洪范广住律师事务所合伙人。

序 言

“有恒产者有恒心”，两千多年前孟子道出了财产对于人生的意义。物权法是以确认和保护产权为宗旨的一部重要法律。《中华人民共和国物权法》自1993年启动制定工作以来，历经立法机关八次审议，创下了中国人大立法史上单部法律案审议次数之最，于2007年3月16日由十届人大五次会议高票通过。物权法的制订与颁行在我国法治进程中具有里程碑式的意义，将对我国经济、社会的发展和社会主义和谐社会的构建产生深远影响。

纵观物权法全文，从字里行间可以体会到，物权法是一部保护最广大人民利益的基本法律，是社会主义市场经济的基础规则，是构建社会主义和谐社会的重要保障。构建和谐社会的核心是以人为本。物权法始终以维护最广大人民群众根本利益为目的，对于涉及人民群众的问题，如征收补偿、房屋买卖中的预告登记、住宅土地使用权续期等问题都给予了特别关注。毫无疑问，它的颁布将更加坚定广大人民群众坚持改革开放、努力创造社会财富的信心。

“徒法不足以自行。”物权法需要进行广泛深入的推广，只有增进广大群众对物权法的理解，强化物权意识和保护产权的观念，将物权法从“纸面上的法律”转为“现实中的法律”，才能够真正发挥物权法应有的作用。总体来说，

物权法颁布之后，有如下问题需要解决。

首先，总结物权法立法中的疑难问题和理论争议。物权立法的过程，伴随着理论上和实务中的一系列争论，这些争论从不同方面为物权法的完善起到了作用。只有把这些争点梳理清楚，才能有助于我们完整、准确地理解和适用物权法。

其次，完善物权法律制度的体系，如不动产登记法等配套法律、法规亟需出台，且物权法的具体制度在实践中也需要协调物权法与合同法、农村土地承包法等法律的关系，以实现逻辑和体系上的一贯性。

最后，梳理审判实践中可能出现的问题，通过对典型案例，特别是以往发生的疑难案件进行分析、归整，为未来由最高人民法院颁布司法解释提供必要的智力支持和理论准备。

结合上述的需要，该套丛书从学理、法条、立法争议和典型案例等视角，深入精到地剖析了与我们的生活密切相关的物权法制度。该套丛书的作者，长年从事物权法的教学、科研和实务工作，他们按照各自的专业特长和兴趣，分工合作，在深入研讨物权法的基础上，用法律的视角深入观察社会，用专业的语言解读法律，力求将社会与法律融为一体，实现无障碍的对接。通观全书，本套丛书有如下特点：

“专”。以物权各主要制度为主题，独立成册而又协同一体，在内容上力图最大限度总结和反映近年来我国物权法研究的新进展和新成果。

“精”。突出重点，在每个“点”的整理中力争容纳最

大限度的信息量，追踪物权法的立法过程，梳理各版草案的变化，厘清争点、热点、疑难点，力图准确地反映和论述立法、立法解释的内容，对其理论缺陷及适用中的问题，也不回避。

“实”。理论联系实际。该书从现实生活中精选出真实的案例，虽然物权法刚刚出台，但该书通过新法梳理旧案，展现物权法对现实生活的影响。读者在研读理论的同时，可参看现实案例，以便融会贯通，学以致用。

民法理论博大精深，皓首难穷一经，书中错误缺漏之处在所难免。然而瑕不掩瑜，希望这套匠心独具的《物权法专题精义》丛书能够为我国物权法制建设增砖添瓦，帮助广大民众和实务工作者准确理解和运用物权法，从而将“纸面上的法律”转化为“现实中的法律”。

是为序。

A stylized handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, connected strokes.

目 录

第一章 抵押权概述	1
第一节 作为担保物权的抵押权	1
第二节 抵押权的概念、特征及类型	10
[立法争点]	22
[典型案例]	25
第二章 抵押权的取得	27
第一节 依法律行为取得抵押权	27
第二节 抵押合同与抵押权成立的关系	43
第三节 非依法律行为而取得抵押权	54
[立法争点]	60
[典型案例]	63
第三章 抵押权的登记	68
第一节 物权公示原则和物权的登记	68
第二节 抵押登记的具体规则	85

第三节 我国抵押权登记中存在的问题 及解决办法·····	111
[立法争点]·····	128
[典型案例]·····	130
第四章 抵押权的效力 ·····	134
第一节 抵押权担保债权范围和所及标的物范围·····	134
第二节 抵押权人的权利义务·····	144
第三节 抵押人的权利义务·····	157
第四节 抵押物的转让和租赁与抵押权的协调·····	163
[立法争点]·····	174
[典型案例]·····	176
第五章 抵押权的实现 ·····	182
第一节 抵押权实现的条件·····	182
第二节 抵押权的实现方式·····	185
第三节 流质契约之禁止·····	201
第四节 抵押权与其他权利的竞存·····	205
[立法争点]·····	211
[典型案例]·····	213
第六章 抵押权的消灭 ·····	216
第一节 抵押权消灭的原因·····	216
第二节 抵押权的权利存续期间·····	221
[立法争点]·····	229

[典型案例]	230
第七章 抵押权的特殊形态	232
第一节 共同抵押权	232
第二节 最高额抵押权	237
第三节 法定抵押权	246
第四节 动产抵押权	254
第五节 财团抵押权	260
[立法争点]	266
[典型案例]	268
参考书目	271

第一章

抵押权概述

第一节 作为担保物权的抵押权

一、担保物权的意义

所谓担保物权，是指以确保债务清偿为目的，而于债务人或者第三人的特定物或权利之上设定的定限物权。担保物权是对他人财产予以支配的权利，其支配的是物之交换价值。在此需要强调的是，此处的财产不仅包括动产和不动产，还包括具有可让与性的知识产权、股权、债权等权利。由于担保物权主要是以提供一定的物为担保物，担保权人可以就该担保物变价后的价款优先受偿，所以担保物权也被称为物的担保制度。担保物权具有如下意义：

1. 担保物权是以确保债务清偿为目的的权利

担保物权是以支配物之交换价值为手段，从而实现担保债务清偿的使命，学者们称之为价值权，这是担保物权与以支配标的物使用价值为内容的用益物权最为基本的区别。在我国现行法的框架内，担保物权是为了担保债权的实现而存在，这就决定了担保物权与其担保的债权是不可分割的。我们通常将被担保债权称为主债权。换言之，担保物权是从属于主债权的从权利，它必须以主债权的有效存在为成立基础。通常情况下，主债权在担保物权设定或者实现时应该是特定的，而此特定债权主要是合同债权，但不以此为限，侵权之债、无因管理之债、不当得利之债皆可属之。

2. 担保物权为在债务人或者第三人之物或权利之上成立的权利

作为物的担保，担保物权与人的担保所根本不同的是，它是以一定的物或者财产权利为标的而非以人的信用来担保债权的实现。一般言之，担保物权必须存在于债务人或者第三人特定的物或权利之上，通过就此物或权利留置或者优先受偿的途径来确保债权的实现。在少数国家也存在于债权人所有之物或权利上成立担保物权的情形（比如德国的所有人抵押），但此仅是极为例外的情形。在此需要强调的是，作为担保物权标的物通常必须是特定物，而可以成为担保物权客体的权利必须是具有可让与性的财产权利。

3. 担保物权是支配特定物或权利的交换价值的定限物权

担保物权作为物权的一种，其支配性表现在对其标的交换价值而非使用价值的支配，担保物权因此也被称为价值

权。但是担保物权的支配力是有限的，其并不能对物予以全面的支配，不能具有所有权的全部权能，而只能就标的物的交换价值予以支配。由于担保物权以确保债务清偿为宗旨，因此它注重支配的是其标的在变卖、拍卖时的价值，担保物权人就是通过对其标的物行使换价权来实现对其债权的优先受偿。“担保物权的价值权和换价权是担保物权的本质。”^①

二、担保物权的经济作用

担保物权为现代各国民法所必不可少之制度，具有如下两点经济作用：

1. 保障债权圆满实现

在现代社会，债务人的总括财产是保障债权实现的一般担保，而民事责任、代位权和撤销权等制度为债权人就债务人的总括财产受偿提供了系统的保障，但是因为上述债权保障制度仅仅拘泥于债务人的总括财产，尤其是在债务人有数个债权人时，由于债权具有平等性，在债务人的财产不足以清偿所有债务时，债权人只能按比例清偿，其债权仍有不能（完全）实现之虞。担保物权制度具有强大优先受偿效力，破除了债权的平等性，通过就特定责任财产换价优先受偿的方式，大大提高了债权实现的安全系数。

2. 推动资金顺畅融通

在现代市场经济条件下，企业筹措资金最为便捷的途径

^① 王利明：《物权法论》（修订本），中国政法大学出版社2003年版，第541页。

就是向金融机构融资。从对风险－收益的平衡上看，设定担保物权是金融机构最乐于接受的方式，也是企业获取融资的最佳手段。以担保物权为手段获取融资后，因债务人的清偿责任加重，责任感应运而生，多数债务人会尽快将融资转化为投资，购买各种用以扩大生产的机器设备，兢兢业业的从事企业经营，从而获取利润用以清偿债务及并增添设备。而增添的设备又可以产生利润，利润又可用于融资，如此周而复始，企业因此而兴盛。对于金融机构，由于担保物权之保障，贷出资金能够及时回拢，资金融通顺畅，利润也由此日厚。如此以来，担保物权使企业和金融机构各获所需，两全其美，并由此推动社会经济的繁荣。

三、担保物权的种类

在罗马法上，担保物权有三种，即信托质（*fiducia*）、质权（*pignus*）和抵押权（*hypotheca*）。德国民法上有抵押权、土地债务、定期土地债务、动产质权和权利质权的基本类别，另外还有关于法定抵押权和法定质权的规定，其并没有承认留置权具有物权的效力。英美法上的担保物权与大陆法系有很大的区别，主要有 *Mortgage* 和 *Lien* 两种形式。一般而言，担保物权主要有如下几种类别：

（一）法定担保物权和意定担保物权

依据担保物权的发生原因不同，可将担保物权分为法定担保物权与约定担保物权。前者是指符合法律规定的构成要件而当然发生的担保物权，例如留置权及优先权等；而后者是通过当事人的约定并完成一定的公示方法而设定的担保物

权，例如抵押权与质权等。意定担保物权是担保物权的主要形态，具有较强的担保功能和融资功能，为商业社会所必不可少。而法定担保物权多是基于社会公共政策的价值考量而设立。例如，法律规定留置权根本原因在于通过对债权人人为保值增值行为的保护来实现维护公平，并体现鼓励财富创造的社会政策。

（二）留置性担保物权与优先受偿性担保物权

依据担保物权效力的不同，可将担保物权分为留置性担保物权与优先受偿性担保物权。留置性担保物权是以留置标的物而给债务人造成心理压力从而迫使其清偿债务为主要效力的担保物权，此以留置权为典型；优先受偿性担保物权是通过担保物或权利行使变价权以优先受偿从而保障债权实现的权利，抵押权为典型的代表。值得注意的是，质权兼具留置性担保物权和优先受偿性担保物权的双重属性。

（三）动产担保物权、不动产担保物权、权利担保物权

此是依据担保物权客体的不同所作的分类。动产担保物权是指以动产为标的所设立的担保物权，比如动产质权；不动产担保物权是以不动产为标的所设立的担保物权，比如不动产抵押权；权利担保物权是以具有可让与性的财产权利为标的所设立的担保物权，比如股权质押。此外有学者认为以此标准进行分类除上述三种类型外，还有非特定财产担保物权，即以不特定的财产为标的设立的担保物权，比如企业担

保或浮动担保等。^①

（四）典型担保物权和非典型担保物权

此种分类是依据民法典是否对其明确的类型化为标准做出的。典型担保物权即是由民法典所明确规定的担保物权类型，在我国，担保法规定的抵押权、质权、留置权皆属之。非典型担保物权就是在民法典中没有规定，但在实际生活中存在并发挥特定作用的担保物权，比如让与担保、按揭等。按照物权法定原则，担保物权作为一类物权，其类型和内容必须由法律明确规定，而非典型担保物权既然非为法律所确认，其是否具有物权之地位，尚须进一步探讨。

（五）占有担保物权和非占有担保物权

以是否移转担保标的物的占有为标准，可将担保物权分为占有担保物权和非占有担保物权。占有担保物权以标的物移转给债权人占有为成立和存续要件，比如质权、留置权；非占有担保物权是指不以标的物移转给债权人占有为成立和存续要件，作为担保标的物之所有权人或权利的享有人可以继续对其使用、收益的担保物权，此以抵押权为典型。

（六）定限性担保物权和权利移转性担保物权

此系以权利的构造模式为标准所作的区分。前者是指以在标的物上设定具有担保作用的定限物权为其构造模式的担保物权，比如抵押权、质权等；后者系指以将标的物所有权或其他权利移转于担保物权人为构造模式的担保物权，让与

^① 参见陈华彬：《物权法原理》，国家行政学院出版社1998年版，第566页。

担保、假登记担保即为其例。不过由于我国现行法并没有让与担保、假登记担保等制度的规定，在学理上我国一般也不采纳这种分类方法。

四、担保物权的法律适用

众所周知，在《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）颁布生效以前，有关担保物权方面的法律问题应该适用《中华人民共和国担保法》（以下简称“《担保法》”）以及《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“担保法司法解释”）。但在《物权法》实施以后，有关担保物权的法律实务问题应该适用哪部法律呢？当然我们应该适用《物权法》的相关规定，但是《担保法》的规定是否就绝对没有法律效力呢？

我们认为，按照《物权法》第 178 条的规定，《担保法》与《物权法》规定不一致的，要适用《物权法》的规定。比如上述《物权法》第 176 条规定的某一债权同时存在担保物权和第三人保证的情形时的处理规则与《担保法》的规定就明显不同，此时对于发生在《物权法》生效以后的符合此第 176 条规定的案件，当然应该适用《物权法》第 176 条的规定。但是对于发生在《物权法》生效以前的案件，仍应该适用《担保法》及担保法司法解释的规定。同样的情况大量的存在，比如《物权法》第 230 条规定的留置权适用范围并不以加工、保管、运输、行纪合同为限，这就与《担保法》第 84 条的规定有很大的不同。同样，如