

余国华 著

抵押权法专论



经济科学出版社

4

U1f 08/13.04
535

抵押权法专论

□/余国华 著



A0935025

经济科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

抵押权法专论/余国华著. —北京: 经济科学出版社,
2000.6

ISBN 7-5058-1908-9

I. 抵… II. 余… III. 抵押-研究 IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2000) 第 25861 号

上 编

第一章

抵押权的法律界定

第一节 抵押与抵押权的定义

一、抵押概念的内涵和外延

无论是从语义学角度还是法学角度来分析，要弄清抵押权的内涵，首先必须弄清抵押的基本含义。然而，各国学理和立法对抵押的认识并不统一，很难找出一个权威性或者确切的定义。深入考证，在古汉语中，抵押一词经常是拆开来使用的，诸如抵当、抵借、抵偿以及押金、契押、押租等。其表意虽然复杂多样，但有一点是共同的，大部分含有债权担保的意思。

在英美法系国家的语言表述和法律规定中，抵押就是抵押人为保证偿还债务或履行责任，就其在法定或衡平法下所拥有的有关资产，通过法律文件赋予抵押受益人某些权利的法律行为。当抵押人不能偿还债务或者履行责任时，抵押受益人有权行使法律文件项下的权利。根据埃舍爵士在 1893 年约翰森诉迪普鲁斯案中的阐释：抵押不需实际移转对设抵财产的占有，但设抵人必须将该项财产或其利益的权利文据交付抵押权人（债权人）。抵押可分为卖契抵押、租业权抵押和衡平法上的抵押三种类型。卖契

抵押是指设抵人在不准备移转对某项财产占有的前提下，将该项财产的卖契附条件地交付债权人，并在债务人清偿贷款后可重新取得对抵押财产所有权的抵押。依照《1882年卖契法修正案》的规定：卖契抵押必须经律师证明，并须在设抵后7日内向高等法院办公室履行登记手续，此后每隔5年须履行重新登记手续。未履行登记手续的卖契抵押不发生效力。而租业权抵押则是指设抵人为担保债务履行而将其在不动产之上的承租权和转租权附条件地交付债权人的抵押方式。在租业权抵押中，设抵人须通过设立抵押契据或交付租约的方式，将其剩余承租期转让给抵押权人；根据抵押契据规定，抵押权人可以在原承租期内转租该项财产。但是，在租业权抵押中，抵押权的权利取得依租约须经原始出租人同意。同时，抵押权人依租约对原始出租人负有承租义务。衡平法上的抵押是指设抵人在不转移对地产占有的前提下，将其对该地产上的衡平法权利或收益附条件地交付债权人的抵押方式。在理论上，许多人认为其实质是一种衡平法的留置。衡平法上的抵押标的可以是信托受益权，也可以是衡平法上的所有权，还可以是其他地产权益，但设抵人不具有的财产权益不能设定抵押。衡平法上的抵押可以通过书面的协议订立，也可以仅通过交存产权契据等非正式方式设立。因为，衡平法上确认“将应履行的行为视为已履行的行为的原则。”为此，1992年出版的由理查德·西泰尔伯特主编的《抵押权优先问题研究》一书阐述得更为详尽、明确。他指出，抵押的最基本特征是抵押人为保证偿还债务或履行对债权人的某些责任，在有关责任没有解除以前，抵押人把其资产（asset）的法定或衡平法权益（legal and equitable interest）赋予债权人。这里所说的资产包括抵押人现在或将来可能获得的土地、房屋、机器、设备、股票、债券、商标权、专利权等不动产或有形无形的动产，抵押受益人可以根据不同情况持有或不持有该类资产。根据作押资产的特点和法律的不同要求，

抵押人可通过按揭 (mortgage)、抵押 (charge)、留置权 (lien)、质押 (pledge)、质权 (hypothecation)、对冲或抵销 (set-off) 和动产抵押法案的抵押 (bills of sale) 等形式设定抵押。这几种形式都属于抵押的范畴。^①

在大陆法系国家的语言表述和法律规定中,抵押一般是指债务人或第三人将不动产不转移占有而向债权人提供担保的行为。早期的罗马法通常对债权的担保采用信托质或占有质的形态,并无独立的抵押制度。到罗马法后期,占有质由于对物的利用的限制,影响经济的发展,从希腊引进了抵押制度,并与占有质同时存在于罗马私法中。^② 物的所有人保留所有权而将物转移给债权人占有,以担保自己或他人债务履行的,被称为质;而物的所有人既不转移担保物的权利,也不转移占有,仅约定在债务人不履行债务时,依法将抵押物变价使担保债权优先获得清偿的,被称为抵押。抵押与质的最本质的区分在于担保物是否转移占有^③。罗马法中的抵押概念实际上为传统的大陆法各国所继受,形成大陆法最经典的抵押理念。在德国,土地债务、定期金债务具有抵押的性质。虽然在设定时被担保债权不存在,但所有人须随时将土地债务作为债权的担保,当土地债务与具体的债权相结合时,便转化为抵押。

在阿拉伯国家的语言表述和法律规定中,抵押是一种合同。债权人根据这种合同对留作清偿其债权的不动产取得一种物权。据此,其请求权可以优先于一般债权人及顺位在后的债权人,并在不动产价款中得到补偿,而不管这一不动产转入何人手中。《埃及民法典实施条例》解释说,抵押一词不仅意指正式合同,

① 李曜峰:《担保与抵押》,香港三联书店有限公司 1993 年版,第 13 页。

② [日] 柚木馨:《担保物权法》,有斐阁 1973 年版,第 3 页。

③ 周枬:《罗马法原论》,商务印书馆 1994 年版,第 395 页。

也指由此合同产生的物权。事实上，叙利亚民法典把它看作“对用作担保债务履行之不动产的一种物权，……（用来）紧随该不动产，而不论该不动产转入何人之手。”在埃及和利比亚法典中，被包括在实物担保中的还有判决抵押。判决抵押在效力上与抵押相似，但在设定方式上与抵押不同。根据案件当事人的债务债权关系，债务人被判决支付相应的清偿数额，债权人因此可以获得强制执行的判决。如果债权人出于善意，他便可取得对债务人不动产的判决抵押权，作为其对本金、利息和诉讼费用请求的担保。但是，这种抵押权的取得只限于在权利登记时属于债务人的一项或多项特定的不动产。根据埃及民法典，债权人在债务人死后不能对作为遗产组成部分的不动产取得判决抵押权。

从我国的情况来看，在《中华人民共和国担保法》颁布以前，理论上有人主张根据抵押物是否转移占有而对抵押与质押进行区分，但立法上并非如此。大概是受前苏联民法中抵押概念的影响，在我国的立法中只对抵押进行了规定，没有在抵押以外另设质押制度。《中华人民共和国民法通则》（以下称《民法通则》）第89条第3项规定，债务人或者第三人可以提供一定的财产作为抵押物。债务人不履行债务时，债权人有权依照法律的规定以抵押物折价或以变卖抵押物的价款优先受偿。据此可知，《民法通则》规定的抵押，实际上包括通过抵押物转移占有而对债权进行担保的传统质押，也包括不转移占有而担保债权实现的传统民法中的抵押。但1995年颁布的《中华人民共和国担保法》则一改过去的立场，按大陆法上经典的抵押理念，对抵押进行了重新界定。该法第33条规定：“本法所称抵押，是指债务人或者第三人不转移本法第34条所列财产的占有，将该财产作为债权的担保。债务人不履行债务时，债权人有权依照本法规定以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。”该条的规定，实际上揭示了抵押最本质的属性。首先，抵押是一种债的担保方

式。抵押人设定抵押的目的，是为了担保债务的履行。因此，在我国，无债权则无抵押。其次，抵押是一种物的担保。对债的担保，自古以来就有人的担保和物的担保之分。抵押是通过特定物的价值而得以实现其担保功能的一种担保形式，属于物的担保范畴。再次，抵押是以担保物的权利和占有不发生转移为特征的物的担保。在抵押担保中，担保物的所有权和占有均不发生转移，而仅赋予债权人在债务人不履行债务时，可以抵押物折价清偿或对担保物进行变价而优先受偿的权利。这是抵押担保与其他形式的物的担保的最本质的区别。可见，抵押这一概念的内涵就是指抵押人（债务人或第三人）不转移担保财产的占有，而以该财产为自己或他人的债务提供担保，在债务人不履行债务时，债权人有权以抵押物折价清偿受抵押担保的债权，或者对抵押物进行变价，从变价的款项中优先使被担保的债权获得受偿的一种债权担保方式。

二、抵押权的基本含义

抵押与抵押权是两个既相互联系又互有区别的概念。一般情况下，如果不加以严格区分，两者往往在同一意义上使用。例如，通常所说的抵押制度，也就是抵押权制度。但是，从严格意义上来看，两者还是有区别的。从语义学角度分析，作为名词使用的抵押，是就债权担保方式而言的，与依这种方式而产生的权利不能混为一谈；作为动词使用的抵押，则具有抵押权设定行为的含义。从所属学科的范畴来看，抵押偏重于经济意义，所表达的是一种物的担保活动或现象。抵押这一担保方式，主要是通过赋予抵押权人对抵押物享有一定的权利来实现的。从法律权利属性来看，抵押权强调的是一种物权性的担保制度。抵押权是抵押人设定抵押的必然结果，抵押权的产生以抵押的设定为常态。

在法律著作中，对于抵押权的概念，通常将它作为物权的一

种形态来使用。但实际上，一般意义的抵押权与物权意义的抵押权仍有一定的差别。在早期罗马法里，抵押权并没有物权的效力，只不过是当事人之间的一种约定权利。债务人不履行债务时，抵押权人虽根据约定享有一定的权利，但如果债务人背信弃义，债权人则只能按一般债权规则，请求债务人或抵押物的所有人履行约定的义务。这种意义的抵押权与一般债权并没有区别，很难说具有物权的性质。直至“抵押之诉”的形成，抵押权取得了强制执行的效力和追及效力，抵押权人行使权利不再受抵押人的意思所左右，抵押权才获得了一定的物权性。即使在这种情况下，债权人依照抵押合同享有一定的权利是不可否认的，且这种权利不妨称之为抵押权。但是，将它作为一种物权而定性，则存有疑问。此外，根据物权法定主义，只有在法律将它作为一种物权形态加以规定时，抵押才能上升为一种物权。但在法律规定以前，抵押作为一种债的担保方式，并非不能使用。在缺乏法律规定的情况下，它只能是一种债的担保方式，而不能作为物权的形态。此时，受抵押担保债权的债权人仍不妨称之为抵押权人，但其权利仅有债权的性质。然而近代以来，各国抵押制度的发展，并不是都经历了由债权向物权转化的过程。例如法、德民法继受罗马法中的抵押制度，实际上是抵押权已经物权化而形成的制度。这些国家对于抵押权的物权性并无疑义。可见，在大陆法国家，抵押一般是指债务人或第三人将不动产不移转占有的提供给债权人的担保。债权人在该不动产上享有在债务人不履行债务时以该不动产的变价优先受偿的权利，此为抵押权。但是，现代各国普遍承认抵押权的标的物也可以是动产。因而，抵押权有广义与狭义或者普通与特别之分。广义抵押权包括普通抵押权与特别抵押权，是指对于债务人或第三人不移转占有而供担保的财产，可先于其他债权人就其变价受偿的权利。狭义抵押权又称普通抵押权，仅指不动产抵押权。然而，我国民法学界关于抵押权的概

念，长期存在相互对立的两种观点。一种观点认为，抵押是指债务人或者第三人提供一定财产作为债权担保的法律行为；抵押权是指对于债务人或第三人作为担保的一定财产，当债务人不履行债务时，得以担保标的物的变价优先受偿的权利。另一种观点则认为，抵押权是指债权人就债务人或第三人的不移转占有而作为抵押物提供的不动产，在债务人不履行债务时优先受清偿的权利。显然，前一种观点以我国现行民法通则的规定为依据，不区分抵押权和质权，也不论担保人提供担保的标的物是动产或不动产。后一种观点则以大陆法上的传统抵押权为依据，将抵押权仅限于对于不移转占有提供担保的不动产的权利。后一种观点实际上区分了抵押权与质权，这是其合理的地方。前一种观点有法律依据，当然也无可非议。不过，从总体上看，这两种观点都不尽合理。前者没有提及是否移转占有，实际上混淆了抵押权和质权；后者将抵押权标的物仅限于不动产，虽然区分了抵押权与质权，但是严重背离了社会的现代发展趋势。我国《担保法》的颁行，及时而正确地解决了这一问题。该法第 33 条明确规定：“本法所称抵押，是指债务人或者第三人不移转对本法第 34 条所列财产的占有，将该财产作为债权的担保。债务人不履行债务时，债权人有权依照本法规定以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿”。从我国《担保法》第 33 条和第 34 条的规定可以看出，在我国，抵押权和质权的区别主要有二：一是公示方法不同。抵押的设定以不移转标的物的占有为条件，而质权的设定必须移转标的物的占有；二是设押的标的不同。抵押的标的仅限于不动产及部分法定动产，其他动产及无形财产只能设定质押。

从以上分析可以知道，抵押权这一概念至少应当包含以下四个不可或缺的要素。

第一，抵押权是担保物权。抵押权是抵押权人直接对物享有

的权利，可以对抗物的所有人和第三人。作为担保物权，有其特殊作用，即担保债的履行。因此，与债权有着不可分割的联系。从现行法律规定来看，作为担保的抵押权，只能为担保债的履行而存在。如果脱离这一目的，抵押权将无从发生。不过，抵押权所担保的债权既可作为现存的特定债权，也可作为将来可能发生的不特定债权。抵押权作为物权，其实质内容在于取得物的交换价值。抵押权对于物的支配，实际上是对物的交换价值的支配。由于抵押权以取得物的交换价值而实现债权的受偿为目的，因而抵押权有价值权之称。

第二，抵押权的标的物是特定财产。抵押物必须是债务人或第三人作为担保的特定的财产，且是法律规定可以设定抵押的财产。在法律规定不得用于抵押的财产上不得设定抵押权。债权人自己所有的财产也不得成为抵押权的标的。

第三，抵押权不转移标的物的占有。抵押权的发生不以占有标的物为要件，抵押人无须将标的物交付抵押权人占有。是否转移用于债权担保的标的物，这是抵押与质押的主要区别。抵押权由于不转移标的物的占有，也就不能以占有来公示标的物上抵押权的存在。因此，只能通过其他方式公示。在各国立法实践中，常采用抵押权登记来公示物上抵押权的存在。它不仅能够确保抵押权权利的存在，而且有助于防止损害第三人的利益。此外，也正是由于不转移抵押物的占有，抵押人可以使用、收益、处分抵押物，从而使抵押物的使用价值得以充分发挥。

第四，抵押权是优先受偿的权利。优先受偿权是抵押权的核心内容。其优先受偿性表现在：一是享有抵押权的债权人，对抵押标的物的变价款有优先于没有抵押权的债权受偿的权利；二是在同一标的物上存在数个抵押权的，发生在先的抵押权优于发生在后的抵押权并就标的物受偿。优先受偿是抵押权发挥担保作用的本质特征。据此，才能打破“债权人平等的原则”，才能担

保债权的实现。

总之，抵押权是罗马法以来，近现代各国民法中最重要的担保物权制度，被称为“担保之王”。其涵义是指债权人对于债务人或者第三人提供的、不转移占有而作为债务履行担保的财产，在债务人不履行债务时，可就其卖得价金优先受偿的权利。在抵押权关系中，提供担保财产的债务人或第三人，称为抵押人；享有抵押权的债权人称为抵押权人；抵押人提供的担保财产称为抵押物。因此，在使用抵押权这一概念时，既要注意其严格意义上的含义，又要注意其非严格意义上的含义。同时，还得注意它的广义或狭义之分。所谓广义抵押权，包括普通抵押权与特别抵押权，是指对于债务人或第三人不转移占有而作为担保的财产，可先于其他债权人就其变价受偿的权利；狭义抵押权又称普通抵押权，仅指不动产抵押权。这就从客观上要求人们在理论和实践中，在使用抵押权概念时，必须明确其所指，把握在何种意义和程度上定位抵押权的内涵和外延。

三、抵押权概念的现代取向

进入 20 世纪以来尤其是自第二次世界大战以来，随着各国经济的复苏、振兴，以商品生产和商品交换为内容的市场经济迅猛发展，信用关系高度发达。所有这一切，均在不同程度上诱发了抵押权制度的许多新变化和新发展。进入 21 世纪后，信息化和全球化将会在更大范围和更高层次上，促进抵押权概念的深化。具体而言，这些变化和发展最主要的取向表现在两个方面：一是抵押权的标的或抵押物的范围不断扩张。除不动产如土地、房屋等可成立不动产抵押权外，一些动产、无形财产权也可作为抵押权的标的，甚至不必区分不动产、动产或权利，而以诸种财产的集合体来作为抵押的标的。也就是说，几乎任何有交易价值的东西都不妨设定抵押担保。二是抵押权的种类大为增多。除传

统民法上的普通抵押权以外，许多特别法上都规定了相应的特殊抵押权，诸如船舶抵押、矿山抵押、铁路抵押、财团抵押、证券抵押等。这些抵押权有其一定的特殊性，更贴近现实生活。此外，对于抵押权的从属性也有新的认识，当事人可以为将来一定范围的债权设定抵押权等。并且其流通性愈来愈突出。现代社会的抵押权为纯化的价值权，可转化为有价证券而参与流通，等等。然而，现代社会里抵押权的这些发展变化，并没有对近代法上所认定的抵押权原理构成根本性突破。传统民法的抵押权制度基本上仍是适用的。但抵押权的基本概念因主要限于所谓不动产抵押权，而在一定程度上暴露出了某些不够周延的地方，即没有反映动产抵押权的情况。在当代社会经济生活中，动产抵押现象是大量存在的。抵押权之所以有别于质权、留置权等担保物权，关键在于不移转物的占有，而不论其标的是否为动产或不动产。因此，我们有必要更深入、更全面地探讨抵押权概念的内涵与外延，对抵押权概念作适当的补充，使其更为周延，以便适应 21 世纪高新技术的发展和社会经济文化进步的客观需要。

第二节 抵押权的法律属性

一、抵押权的性质

抵押权的性质和本质与抵押权的特征有着根本性区别，切勿将其混为一谈。严格说来，抵押权的性质或本质是指抵押权的归属范畴，抵押权的特征则是指抵押权区别于其他担保物权乃至别的权利的主要标志。因此，为了把握好抵押权的本质属性，特将抵押权的性质与抵押权的法律特征分开来论述。

关于抵押权的性质，有物权说、债权说、债权物权两重说。两重说认为，抵押权既具有债权性，又具有物权性。抵押权的债

权性表现为，抵押权的发生以债权的存在为前提，其发生的目的又是为了保证债权的实现。抵押权的物权性表现为，抵押物被第三人非法占有时，抵押权人可以请求返还；债务人不履行债务时，债权人有权对抵押物进行处分，变价受偿。物权说认为，物权与债权是两种不同性质的权利，一种权利既然属于物权，就不可能同时属于债权，因此两重性说是不能成立的。抵押权只能是一种物权。债权说认为，抵押权一般通过当事人的合同设定，这种合同是从属于主合同的担保合同，它是从债，其效力决定于主债。无论如何，对于这些不同的观点或看法，有必要从理论与实践相结合的角度加以全面透析，以便澄清误区，把握主流导向，建构科学的抵押权理论模型。

（一）抵押权的物权说透析

物权，为近现代民法一项重要概念，与债权共同构成近现代财产权的两大基石。尽管关于物权概念的定义有 50 多种，但是，通说认为，物权是指权利主体在法律规定的范围对物的直接支配并排除他人干涉的权利^①。既然物权作为一种直接支配特定物并排他性地享受其利益的权利，其主要特征可以概括为五项：第一，物权的权利主体总是特定的，而义务主体却是不特定的。正因为如此，物权又称为对世权。第二，物权以权利人直接支配一定的物，就物享有利益并排斥他人干涉为内容。所谓直接支配是指权利人无需借助他人的行为，就能够行使自己的权利；排斥他人干涉是物权本身具有的排他性。这种排他性表现在两个方面：一是指物权具有不容他人侵犯的性质，二是指物权本身可以产生优先权、追及权和物上请求权的效力。第三，物权的客体必须是一定的独立物。物权的客体具有以下特征：一必须是物，行为和精神财富不能成为物权的客体；二必须是存在于人身之外，并为

^① 陈华彬著：《物权法原理》，国家行政学院出版社 1998 年版，第 1~2 页。

人力所支配的物；三必须具有使用价值，是能满足人们的生产和生活的某种特殊需要的物；四必须是具有特定性的物，对不特定的物（如只规定数量和种类）虽可以成立债权，但不能成立物权。物体不特定，权利人无从支配。此外，物权的客体还必须是不依附于其他物的独立物，并且原则上以有体物为限。第四，物权具有独占性和排他性。物权的权利主体总是明确、具体和单一的，同一物上不允许有不相容的物权并存，即同一物上只能有一物权。这就是所谓的“一物一权主义”。五在效力上物权具有优先性、追及性和物上请求权。优先性是指物权优先于债权的效力；追及性是指物权的标的物无论辗转流通至何人手中，物权人都可向物的实际占有人主张其权利；物上请求权是指当物权受到非法侵害和妨碍时，物权人可以根据不同情况，要求他人停止侵害，排除妨害，恢复原状。

众多学者都认为抵押权是物权，如有学者认为“在债务人未履行债务时，债权人可以直接行使权利，而不需要债务人的行为即可实现其权利，所以抵押权是一种物权。”也有学者认为抵押权是抵押权人在特定财产上享有的一种财产权，本质上是一种物权，其内容和实质表现为抵押权人对抵押物内在的交换价值的排他的支配，当抵押权人占有抵押物时，他可以直接对其进行实体上的控制；当他不占有抵押物时，有权对抵押人的使用、收益活动进行监督，并对任何侵害抵押物、危及抵押物的行为行使排除权；当债权逾期得不到清偿时，他可以直接处分抵押物，行使优先受偿权。这说明了抵押权的“对物性”、“排他性”。因此，抵押权是物权。台湾学者史尚宽在论述担保物权的物权性时，也往往借助于一般物权的特征，即支配性、排他性（包括优先性、追及性）及请求权等。但是，抵押权究竟是不是物权呢？根据抵押权的上述特征，可知抵押权不是一般意义上的物权。

第一，从抵押权法律关系的主体看，抵押权的权利主体（即