

中国抵押权制度的 理论与实践

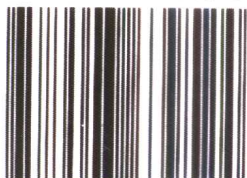
程啸 著



作者简介

程啸，男，江西都昌人，1976年生。1997年毕业于中国青年政治学院法律系，获法学学士学位。2000年毕业于中国人民大学法学院，获法学硕士学位。同年考入中国人民大学法学院，攻读民商法学博士学位。曾在《法学研究》、《中国人民大学学报》、《法律科学》、《民商法论丛》、《判解研究》等期刊上发表数篇论文。参与撰写《合同法要义与案例析解（总则）》（王利明主编）、《担保法新释新解与适用》（李国光主编）、《〈医疗事故处理条例〉理解与适用》（唐德华主编）等著作。

ISBN 7-5036-3952-0



9 787503 639524 >

ISBN 7-5036-3952-0

/D · 3669

定价：29.00元

中国抵押权制度的 理论与实践

陈
著

图书在版编目(CIP)数据

中国抵押权制度的理论与实践/程啸著. —北京:法律出版社, 2002. 9

ISBN 7-5036-3952-0

I. 中… II. 程… III. 抵押—研究—中国
IV. D923.34

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 068193 号

©法律出版社·中国

出版/法律出版社	编辑/应用法律出版中心
总发行/中国法律图书公司	经销/新华书店
印刷/北京民族印刷厂	责任印制/李 跃
开本/A5	印张/15.375 字数/406 千
版本/2002 年 12 月第 1 版	印次/2002 年 12 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-88414121
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-88414115
应用法律出版中心/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)	
电子邮件/yingyong@lawpress.com.cn	
读者热线/010-88414135 88414142	传真/010-88414115
中国法律图书公司/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)	
传真/010-88414897 88414899	销售热线/010-88414896
网址/www.Chinalaw-book.com	010-88414900
书号:ISBN 7-5036-3952-0/D·3669	定价:29.00 元

序

□王利明*

市场经济就是信用经济,信用是维护交易安全、节约交易成本的基石。在建设我国社会主义市场经济的过程中,建立与保障信用是当务之急。债权债务关系作为市场经济社会最基本的法律关系,也是市场经济社会最典型的信用关系。保障债权的圆满实现是维护社会信用关系与经济秩序的基本要求。因此千百年来民法确立了许多保障债权实现的措施,例如债的保全制度、违约责任制度等等。其中,对债权关系最有力的保障制度就是债权担保制度。

20世纪90年代中期,为适应社会主义市场经济发展的需要,国家最高立法机关及时颁布了《担保法》。几年来的实践表明,《担保法》对于保障债权的实现及维护社会主义市场经济健康稳定的发展发挥了巨大作用。然而,在看到《担保法》的功绩之时,也必须清醒地认识到,制定《担保法》的时候,由于我国市场经济建立

* 王利明,中国人民大学法学院副院长、教授、博士生导师,第九届全国人民代表大会代表、财政经济委员会委员。

不久,加之民法理论研究的相对滞后,该法不可避免地存在诸多不完善之处。虽然,最高人民法院在总结多年的审判经验后颁布了对《担保法》的司法解释,且该解释在一定程度上也确实弥补了《担保法》的某些不足,但是仅仅通过司法解释并不能彻底解决现有的许多问题。我认为,完善我国担保法律制度的症结在于:民法理论工作者必须抓住我国制定民法典的良好契机,努力加强对各项担保制度的深入研究,在密切结合实践的同时吸收借鉴国外先进立法经验,惟其如此,方能对未来我国债权担保制度的完善做出贡献。

最近,我的博士研究生程啸同志经过认真研究担保法律制度,撰写了一部研究抵押权的著作——《中国抵押权制度的理论与实践》。通过认真阅读该书稿之后,我认为本书有如下几方面的特点值得肯定:

首先,该书对抵押权中的一些重大理论问题进行了深入细致的研究辨析,并提出了若干新颖的见解。例如,在论述抵押合同的性质时,作者通过物权行为概念的细致辨析后,认为抵押合同属于物权合同而非债权合同。由于抵押权的设定行为即抵押合同只是属于“与一定的债权行为有关系的物权行为”,因此,既不能将作为债权行为的主合同完全看做是抵押合同的原因行为,更不能再从抵押权设定中分离出一个作为原因行为的债权合同。作为双方物权行为的抵押合同在不成立的时候不产生缔约过失责任问题。作者对《担保法》过分强调抵押合同中物权合意的独立性与书面形式的规定也提出了质疑,并认为,由于《担保法》过分强调抵押权设定中意思表示独立存在的必要性,而将抵押权的设定这一物权行为中的意思表示(物权合意)与登记行为加以割裂,要求被抽出的物权变动的意思表示必须采取书面的形式,从而造成了物权合意与登记行为因外在化、客观化而成为两项完全独立、依次存在的行为。这样的立法只能导致我国民法学者普遍将已被外在化、客观化的物权行为中的意思表示因素误解为债权合意,而仅仅将登记行为看做是物权行为。再如,当谈到《担保法》第46条关于抵押权担保的债权范围的一般性规定时,作者

认为,对于抵押权不能做出这样的补充性规定,因为抵押权的公示方法是登记而非占有。考虑能否在当事人没有约定抵押权担保的范围时做出一项补充性规定的问题,必须紧密联系登记制度,否则将极不利于交易安全。与登记相联系后可以发现,在主债权、利息、迟延履行、违约金、实现抵押权的费用等诸多项目中,并非所有的都能在当事人没有约定时仅通过法律的补充性规定而当然纳入抵押权担保的范围。

其次,全书在对抵押权的理论问题进行探讨的同时,也紧密地结合了我 国抵押权法律实践,指出了其中存在的问题。例如,作者在书中并没有花费过多的笔墨介绍国外抵押权登记制度的理论,而是实证性的分析研究了登记机关不统一、记录不完善、收费过高、权证制度与登记制度冲突等我国现行登记制度中存在的重大问题。作者认为,这些现实问题必须引起学者的关注,因为它们将严重妨碍交易的安全与效率,不利于我国物权法中公示公信原则的建立。在我看来,此种对抵押权制度的理论与实践的结合性研究是非常有必要的,否则我们就很难真正洞悉《担保法》在实践与表达之间存在的紧张关系。

再次,作者并没有将对我国抵押权法律规则的论述仅仅停留在法律、行政法规的层面,而是深入细致地研究了规范抵押权制度的法律、行政法规、部委规章、地方性法规以及司法解释,对我国抵押权法律规则进行了全面详尽的梳理。作者以敏锐的洞察力发现了存在于法律、行政法规、部门规章、司法解释以及地方性法规等诸多规范性法律文件中的冲突与矛盾。的确,如果一个中国民法学者对法律规则的了解程度仅仅局限于全国人大及其常委会制定的法律或者国务院颁布的行政法规的层面,那么就很难说他对我国实际运行的法律规则有着真正深切的领悟。

通过上述对本书若干主要特点的介绍,可以看出程啸同志在对抵押权法律制度的研究过程中着实花费了相当的功夫。尽管书中的某些论述尚不深入、一些观点也值得推敲,但是瑕不掩瑜,相信本书

的出版对于推动我国担保法研究的深入是不无意义的。

最后,我衷心希望程啸同志在今后的工作与生活中能够戒骄戒躁,取得新的进步,也热切期望更多的年青一代的学者投身于民法学的研究,为我国民法学的繁荣与发展作出贡献。

2002年7月

于中国人民大学贤进楼

四、抵押合同的生效要件·····	63
五、抵押合同不符合成立要件或生效要件产生的法律 后果·····	66
第四节 抵押合同当事人·····	69
一、抵押人·····	69
二、抵押权人·····	92
第五节 抵押合同的标的物·····	94
一、引言·····	94
二、抵押物(抵押财产)概述·····	96
三、允许抵押的财产·····	97
四、对《担保法》第36条的理解·····	132
五、禁止抵押的财产·····	142
第六节 抵押合同的形式·····	152
一、抵押合同为何应当采用书面形式·····	152
二、抵押合同书面形式的涵义·····	155
三、我国合同法中合同违反法定形式之法律效果 ——违反书面形式抵押合同效力评价的理论基础·····	158
四、抵押合同违反法定形式之法律效果·····	172
第七节 抵押合同的条款·····	175
一、我国法律对合同必要条款的认识过程·····	176
二、对《担保法》第39条第1款规定的理解·····	179
三、对《担保法》第39条第2款及《担保法解释》 第56条第1款的理解·····	183
四、欠缺必要条款的抵押合同能否进行“补正” ——兼评《担保法解释》第56条第1款·····	186
五、实践中《担保法》第39条适用范围的限制·····	188
第三章 抵押权登记·····	192
第一节 不动产登记概述·····	192
一、确立产权、公示公信原则与不动产登记·····	192

二、不动产登记的具体内容	194
第二节 我国的不动产登记制度	201
一、我国不动产登记制度的特征	201
二、我国不动产登记制度的具体内容	203
第三节 我国抵押权登记制度概述	211
一、抵押权登记的概念	211
二、抵押权登记行为的性质	212
三、抵押权登记制度的功能	217
第四节 我国抵押权登记的效力	219
一、抵押权登记的效力概述	219
二、我国《担保法》对抵押权登记效力的规定	223
三、我国现行抵押权登记效力立法体例的成因及批判	227
四、《担保法》第 43 条中几个问题的理解	232
第五节 我国抵押权登记的程序与具体的规则	235
一、土地使用权抵押权登记的程序与具体规则	236
二、房屋抵押权登记的程序与具体规则	245
三、林木抵押权登记的程序与具体规则	252
四、航空器抵押权登记的程序与具体规则	255
五、船舶抵押权登记的程序与具体规则	257
六、车辆抵押权登记的程序与具体规则	261
七、企业动产抵押权登记的程序与具体规则	262
八、其他财产抵押权登记的程序与具体规则	264
第六节 我国抵押权登记制度存在的若干问题	267
一、多重登记机关	269
二、登记记录不完整与查询的困难	271
三、与抵押权登记相关的各种收费过高	273
四、抵押权登记簿与他项权利证书之间的矛盾	276
五、登记机关对抵押期限的要求	277
六、某些财产抵押无从登记	280

第四章 抵押权担保的债权范围与抵押权效力所及的	
标的物范围	281
第一节 抵押权担保的债权范围	281
一、主债权(原债权)	284
二、利息	285
三、违约金与损害赔偿金	289
四、实行抵押权的费用	292
五、保全抵押权的费用	293
第二节 抵押权效力所及的标的物范围	294
一、从物	294
二、添附物	299
三、附属物	303
四、从权利	303
五、天然孳息	304
六、法定孳息	306
七、分离物	308
八、增建物	309
九、抵押物的代位物	312
第五章 抵押权的内容及与其他权利的关系	320
第一节 抵押权人的权利	320
一、抵押权人的次序权	320
二、抵押权人的处分权	332
三、保全抵押权的权利	340
第二节 抵押人的权利	348
一、转让抵押物的权利	348
二、在抵押物上设定多个抵押权的权利	358
三、在抵押物上设定用益物权的权利	363
四、出租抵押物的权利	363
第三节 抵押权与其他权利之间的冲突	369

一、租赁权与抵押权的冲突	370
二、抵押权与留置权的冲突	375
三、抵押权与质权的冲突	379
第六章 抵押权的实现	382
第一节 抵押权的实现概述	382
一、抵押权的实现是抵押权人的权利	382
二、抵押权实现的条件	383
三、抵押权实现的程序	385
第二节 抵押权实现的方法与价款的分配	387
一、抵押权实现的方法	387
二、抵押物拍卖或变卖后价款的分配顺序	401
第三节 流质契约的若干问题	403
一、流质契约的概念	403
二、禁止流质契约的立法目的	404
三、违反流质契约禁止性规定的法律后果	406
第四节 物上保证人的代位追偿权	407
一、民法中“代位”一词的涵义	407
二、物上保证人的代位追偿权	409
第七章 抵押权的消灭	412
第一节 抵押权消灭的一般原因	412
一、混同	412
二、抛弃	417
第二节 抵押权消灭的特殊原因	417
一、主债权的全部消灭	418
二、抵押物的灭失	418
三、主债权诉讼时效期间经过后抵押权是否消灭	418
四、抵押权的实现	422
第八章 特殊的抵押权	423
第一节 法定抵押权	423

一、法定抵押权的概念与特征	423
二、法定抵押权的类型	427
三、对《合同法》第 286 条的理解	428
四、建设工程承包人法定抵押权的若干问题	432
第二节 共同抵押权	437
一、共同抵押权概述	437
二、共同抵押的效力	440
三、关于《担保法解释》第 75 条的若干问题	444
第三节 最高额抵押权	447
一、最高额抵押权的概念	447
二、最高额抵押权的特征	450
三、最高额抵押权的设立及效力	452
四、最高额抵押权担保的债权的特定	463
五、最高额抵押权的实现	467
主要参考文献	468
主要法律、司法解释及缩略语	474
后记	477

第一章 抵押权概述

第一节 债权担保与 担保物权

在以德国民法为代表的大陆法系国家,抵押权、质权与留置权被统称为担保物权,规定在民法典物权编。例如,《德国民法典》第三编“物权法”第八章“抵押权、土地债务和定期土地债务”规定了抵押权,《日本民法典》第二编“物权”则将抵押权专列一章(即第十章)。然而,在我国抵押权却仅被作为债权的一种担保方式,规定在《民法通则》第五章“民事权利”第二节“债权”之中。为了强调抵押权的债权担保功能,我国更是专门制定了《担保法》,将保证、抵押权、质权、留置权与定金这五种债权担保方式统一加以规定。因此,在对我国抵押权制度进行具体研究之前,必须明确的问题是:债权的担保与担保物权处于何种关系?抵押权在二者当中具有怎样的地位?

一、债权保障体系中的债权担保

所谓“债”,是指特定当事人之间得请求一

定给付的法律关系。^① 在这种法律关系当中,能够请求给付的一方当事人享有债权,称为债权人;而负有给付义务的一方当事人,称为债务人。由于债权只是一种请求权而非支配权,债权人既不享有对标的物的支配权,也不享有对债务人给付行为的支配权,而只享有请求债务人履行债务的权利。因此,债权的实现必须依靠外界的力量加以保障,此种力量就是“责任”。人类法制发达史表明,保障债权实现的手段——责任——经历了一个从人身责任到经济责任的历史发展过程,该过程可简要划分为以下三个时期:

第一个时期,当债务人不履行债务时,债务人经常将其整个人身(包括人格)置于债权人的权力之下。债权人常常不问债务人不履行债务的原因是否属于债务人的故意还是过失,只要存在债务不履行的状态,就发生了债权人对债务人的支配权力,这种权力是无限的。起初债权人是简单的将债务人杀死以满足复仇的感情,后来进步到幽禁,强制债务人作为奴隶劳动,或者干脆将其卖掉以达到经济目的。所以,在这样一个时期里,债务人对债权人所负担的责任完全是一种人身性质的责任。^②

到了第二个时期,随着“法律的发展,使债务人从人身责任中解放出来,使债权伦理化,即把法制的重心从不履行的客观状态推移到与不履行相伴的伦理因素。”^③ 也就是说,债权人必须考虑债务人不履行债务的主观原因是什么。这样一来,债务人的责任就相对的减轻了。债务人责任的减轻就意味着债权人的力量就遭到了削弱,债务的实现可能会有麻烦。于是债权人想出一些新的办法,例如他会在债务人借债的时候强迫债务人预先约定在不履行债务的场合,债权人可以用种种强制手段甚至报复手段,这就是各种债务约款

① 王泽鉴著:《债法原理(一)》,中国政法大学出版社2001年版,第4页。

② [日]我妻荣著:《债权在近代法中的优越地位》,王书江等译,中国大百科全书出版社1999年版,第21页。

③ Josef Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz. 2. Aufl. 1919, S. 120 ff. 转引自[日]我妻荣著:《债权在近代法中的优越地位》,王书江等译,第21页。

(Schuldklausel)。第二时期的伦理化因素又被这样的约款给弱化了。

进入第三个时期,债务人的黎明终于到来,在这样一个时期即便债务人与债权人约款,债务人不负担人身责任,债务人对债权人的责任完全成为一种经济责任。依据德国法学家柯拉(Josef Kohler)的观点,促使这样第三个时期到来的因素有三个:1. 随着民族国家的兴起,国家公权力的强大,国家不允许个人通过私人报复或扣押人身的手段来实现债务;2. 因契约而发生的债务与因侵权而发生的债务被逐渐分离。因侵权发生的债务变成国家法律直接规定的债务,是一种法定债务。而因契约发生的债务既然只是为了经济目的,那么强制执行这种债务就不应以债务人单方精神痛苦或赎罪为目的;3. 地中海沿岸由于犹太人的活跃使得商事交易非常发达,交易关系如果继续混杂着人身因素与感情因素就必然要妨害交易的快捷灵活。于是在交易发达的同时非常有必要将债权作为一种独立的财产权加以处理。^①

尽管债务人在违反债务后对债权人所承担的责任从人身责任完全变为经济责任是一种人类社会进步的发展的体现,可是债权的保障程度毕竟被大大降低了。因为,债权人与债务人之间的关系在法律上表述为:债权人有权请求债务人偿还其债务,债务人必须向债权人清偿债务。尽管债务人是必须偿还,但这只是法律上的义务(sollen),债务人是否能够偿还债务只能取决于其偿还能力与偿还意识,债权变得很不安定。于是,与债务人对债权人责任性质的转化相适应的是,法律对债权加以保障的机制也在不断完善健全。

迄今为止,现代民法上为了维护债权人的利益,保障债权的实现,产生了三种债权保障制度:1. 债权担保制度。如抵押、质押、保证、定金等。这是一种事先的保障制度;2. 债的保全制度。如代位权与撤销权。这是在债权存续过程中的保障制度;3. 违约责任制度,即当债务人不履行债务时,债权人可以诉请法院或仲裁机关裁决债务人履行债务,并可以向法院申请强制执行。这是一种事后保障

^① 转引自[日]我妻荣著:《债权在近代法中的优越地位》,王书江等译,第21页。

制度。

上述债权的事先、事中、事后三种保障制度可以统称为“债权保障体系”,这是广义的债权保障体系。广义债权保障体系中的各项制度的共同点在于,它们都能或多或少地发挥保障债权实现的作用。在广义的债权保障体系中,由于债权担保制度不仅具有最强的保障债权实现的功能,而且还能够实现资金的融通与他人信用的授予(这是债的保全制度与违约制度都不具有的)。所以,人们又将债权担保制度称为“狭义的债权保障体系”。正因如此,《民法通则》也才将保证、抵押、留置规定在第五章“民事权利”第二节“债权”之中,《担保法》更是专门立法加以统一规定。

狭义的债权保障体系也称“担保”、“债的担保”,其具体内容主要就是我国《担保法》规定的五种担保方式:抵押、质押、留置、保证以及定金。担保或曰债的担保可以从两个角度加以理解:从债权的角度来看,是为了确保债权的顺利实现;从债务的角度来看,是为了督促债务人自觉履行债务。因此,有时也称之为债权担保或者债务担保,实际上都是指担保债的履行,即按照法律规定或当事人的约定,债的双方当事人采取一定措施推动债的目的的实现。在人们的观念上,“担保”这个词还是比较好理解的,一般人们都会认为,它是给债权人的一种补充安全、增加债权受清偿的机会,但是要在法学上对担保进行定义却并非易事。票据法授予了特别担保,但我们从来不会将票据看做担保。留置权究竟是物的担保还是法律承认的一种事实状态,在理论上仍存争议。因此,一些学者如法国的 Cabrillac 认为,担保不是一个概念,而是一种标签,能够适用于不同的事物上。^① 在笔者看来,与金融衍生工具的大量出现相同,由于现代信用经济的高速发展,各种新型的担保债权实现的方式也越来越多。从传统法律体系的角度确实无法将这些新型的保障债权实现的方式归入恰当的位置,何况各国法律对担保范围的规定又有很大差别。例如,在日本,

^① 沈达明编:《法国/德国担保法》,中国法制出版社 2000 年版,第 2 页。