

抵押权论

徐洁/著

剖析抵押权制度的本质与功能

探讨完善抵押权制度的途径

抵押制度作为『担保之王』

其发展水平是市场经济发达程度的重要标志



法律出版社
LAW PRESS CHINA

抵押权论

徐
洁 / 著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

SBK96102

图书在版编目(CIP)数据

抵押权论/徐洁著. —北京:法律出版社, 2003. 10
ISBN 7-5036-4466-4

I. 抵… II. 徐… III. 抵押—研究—中国
IV. D923.34

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 071486 号

法律出版社·中国

责任编辑/郑 导

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑/法学学术出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/9.625 字/257 千

版本/2003 年 8 月第 1 版

印次/2003 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn 电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn 传真/010-63939622

法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939690

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65193110

书号: ISBN 7-5036-4466-4/D·4184

定价: 18.00 元

自序

担保法一直是我很感兴趣的一个领域,在攻读硕士学位时就开始涉猎,其中抵押制度又以“担保之王”的美誉吸引着我,因此,硕士学位论文选择了动产抵押制度为题。以后攻读博士学位,也一直把担保法作为一个研究的领域。

担保法是一个追赶潮流的法律,它是紧紧跟随市场经济的发展而不断变化的一种法律制度。当今世界各国的担保制度都已突破其传统模式与规则,呈现出类型丰富、范围广阔的多样化发展趋势,其功能也从保全债权延伸到融资、促进商业信用等方面。我国市场经济的蓬勃发展对担保法律制度的健全提出了迫切的要求,这使研究这一课题成为一种客观需要。

本书力图对抵押制度的若干理论与应用问题提出一些个人见解,以就教于学术界前辈与同仁,并期对抵押制度立法有所裨益。

徐洁

2003年5月1日于西南政法大学

目 录

导论 抵押权制度的历史、现在与未来	(1)
第一节 担保物权的作用与抵押权的地位	(1)
一、担保物权的意义及社会作用	(1)
二、抵押权在担保物权中的地位	(3)
第二节 抵押权的历史发展及走向	(4)
一、古代抵押权制度	(4)
二、近代抵押权制度的形成	(5)
三、走向现代的抵押权	(7)
四、法律价值的考察	(12)
五、抵押权制度未来发展的趋势	(14)
第一章 我国抵押权制度改革的基本思路	(17)
第一节 中国抵押制度的发展	(17)
一、历史上的抵押制度	(17)
二、现行制度的发展过程	(18)
三、现行立法的不足	(20)
第二节 几个需要澄清的理论问题	(22)
一、抵押权的本质	(23)
二、抵押权的特性	(28)
三、抵押财产的类型	(30)
四、一般抵押与特殊抵押	(32)
第三节 抵押权制度改革的基本思路	(33)
一、几个重要环节的改革	(33)

二、立法结构的选择	(39)
第二章 抵押权的取得	(41)
第一节 概述	(41)
一、取得抵押权的一般方式	(41)
二、我国现行法的规定	(43)
第二节 抵押合同	(45)
一、抵押合同的性质	(45)
二、抵押合同的当事人	(55)
第三节 抵押合同标的物	(61)
一、作为抵押财产的条件	(61)
二、《担保法》关于抵押财产的规定	(64)
三、禁止抵押的财产	(65)
四、关于财产的范围的若干问题	(67)
第四节 被担保债权与抵押权之关系	(81)
一、何种债权可以被担保	(81)
二、被担保债权与抵押权的关系——抵押权从属性 的限制解释	(84)
第五节 抵押权登记的效力	(86)
一、抵押登记效力的立法例	(86)
二、我国立法对抵押登记效力的规定	(88)
三、关于动产抵押公示方法的选择	(91)
第三章 公示公信原则与抵押权登记	(99)
第一节 抵押权的公示	(99)
一、公示原则的内涵	(99)
二、登记制度概述	(100)
三、物权登记的功能	(102)
第二节 抵押登记的公信力	(104)
一、公信力的意义及其沿革	(104)
二、公信原则的价值取向	(107)

三、各国立法赋予登记不同效力的理由	(109)
四、我国不动产抵押登记是否应赋予公信力	(111)
五、动产抵押权登记不应赋予公信力	(115)
六、总结	(116)
第三节 我国抵押权登记制度若干问题检讨	(116)
一、抵押权登记机关	(117)
二、动产登记制度本身的固有缺陷及弥补	(124)
三、关于登记的有效区域	(126)
四、降低抵押登记成本	(128)
五、登记对抗的有效期间	(130)
六、登记公示与登记查询困难	(134)
第四章 抵押权的效力	(137)
第一节 抵押权担保的债权范围	(137)
一、主债权	(137)
二、利息	(138)
三、违约金	(141)
四、损害赔偿金	(141)
五、实行抵押权的费用	(142)
六、保全抵押权的费用	(143)
第二节 抵押权效力所及的标的物范围	(143)
一、从物	(144)
二、增建物	(148)
三、从权利	(150)
四、孳息	(151)
五、添附物	(154)
六、代位物	(159)
第三节 抵押权的次序	(167)
一、概述	(167)
二、抵押权次序的确定	(167)

三、抵押权次序的升进与固定	(169)
第四节 动产抵押权与各担保物权之关系	(171)
一、未经登记的动产抵押权的效力	(171)
二、动产抵押权与其他担保物权的关系	(187)
第五节 抵押权与租赁权的关系	(199)
一、已出租的财产被抵押时,抵押权与租赁权 的关系	(200)
二、抵押物被出租时,抵押权与租赁权的关系	(202)
第六节 动产抵押权与善意取得所有权的冲突 与解决	(203)
一、动产所有权的善意取得	(204)
二、动产抵押权优于善意取得之所有权	(207)
三、对利益冲突的救济方法	(216)
四、小结	(226)
第五章 最高额抵押	(228)
第一节 概述	(228)
一、最高额抵押的意义和特征	(228)
二、最高额抵押的社会作用	(232)
三、外国立法发展史	(233)
四、我国最高额抵押制度的发展	(234)
第二节 最高额抵押权的设定与效力	(235)
一、最高额抵押权的设定方式	(235)
二、最高额抵押权担保的债权范围	(236)
三、最高限额	(240)
四、抵押合同内容的变更	(241)
第三节 最高额抵押权的处分	(243)
一、最高额抵押权的转让	(243)
二、债权的转让	(245)
第四节 最高额抵押权的确定	(245)

一、意义	(245)
二、确定的必要性	(246)
三、效力	(246)
四、确定发生的原因	(248)
五、确定担保债权的标准	(250)
第六章 财团抵押	(251)
第一节 财团抵押的意义	(251)
一、财团抵押的含义	(251)
二、财团抵押的社会功能	(252)
三、财团抵押的特征	(252)
第二节 日本财团抵押制度	(253)
一、财团抵押制度建立的背景	(253)
二、财团抵押的类型	(253)
三、财团的设定	(254)
四、财团抵押的效力	(255)
五、财团抵押的利弊	(256)
第三节 财团抵押与我国立法	(257)
一、我国现行立法是否承认财团抵押	(257)
二、对两个《物权法建议稿》的评析	(257)
第七章 浮动抵押	(261)
第一节 浮动抵押的概念及制度价值	(261)
一、浮动抵押的概念	(261)
二、浮动抵押的特征	(264)
三、浮动抵押的历史发展	(265)
四、浮动抵押的功能与不足	(267)
第二节 浮动抵押的运行	(269)
一、浮动抵押的设定	(269)
二、浮动抵押的效力休眠	(272)
三、浮动抵押的结晶(固化)	(273)

第三节 浮动抵押的移植与立法结构·····	(278)
一、浮动抵押的制度评价·····	(278)
二、浮动抵押的移植及其难点·····	(280)
三、对两个《物权法建议稿》的分析·····	(283)
第八章 抵押权的实行·····	(286)
第一节 抵押权实行的类型·····	(286)
一、抵押权实行的类型·····	(286)
二、我国现行立法的倾向·····	(287)
第二节 抵押权实行的司法救济·····	(288)
一、我国法律关于抵押权实行的司法救济的规定·····	(288)
二、立法改革的意见·····	(289)
第三节 抵押权的实行与一般债权的执行的关系·····	(291)
一、一般债权人可否就抵押物申请强制执行·····	(291)
二、抵押权人可否对债务人的一般财产为执行·····	(293)
第四节 抵押权实行的方式·····	(294)
一、各国民法关于抵押权实行的规定·····	(294)
二、拍卖·····	(294)
三、抵押物折价·····	(296)
四、变卖抵押物·····	(298)

导论 抵押权制度的历史、 现在与未来

第一节 担保物权的作用与 抵押权的地位

一、担保物权的意义及社会作用

(一)担保物权的意义

担保物权是指以确保债务的清偿为目的,在债务人或第三人所有的物或权利上所设定的限制物权。^①担保物权以确保债务的清偿为目的,又兼具物权的特性,因而主要具有两项效力:一是优先清偿效力。担保物权以优先支配标的物的交换价值,在所担保的债权届期未受清偿时,担保权人有权行使换价权,将标的物换价所得价值优先清偿债务。这是担保物权发挥担保作用的基本武器。完全以此项效力发挥担保作用的,以抵押权为其典型代表。二是留置效力。指债务未全部清偿之前,担保权人有权留置标的物,以迫使债务人清偿其债务的效力。以留置权为其体现。在担保物权各效力中,优先清偿效力为其核心。

(二)担保物权的社会作用

担保物权制度源起罗马法,是民法体系构成上一个重要的组成

^① 参见史尚宽著:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第250页。

部分,近现代各国均设有担保物权制度。担保物权制度受到如此重视,乃因其具有巨大的社会作用。传统民法认为,担保物权的社会作用主要是担保债权的实现,但随着社会经济的发展,其多方面的功能已经显现出来。

1. 担保债权的实现。这是担保物权最基本的功能。近现代法律基于“人不能作为权利客体”的伦理观念,废止了古代债务人应以人身对债务承担责任的制度。债务人的责任,转化为纯粹的财产责任,债权的满足也因此而完全有赖于债务人的给付行为,债权的保障大为减低。债务人的财产虽为债权的一般担保,但是依债权平等原则,以及强制执行法、破产法所采取的平均受偿主义,各债权除有优先权以外,其他均只能就债务人的财产,依债权额的比例平均受偿。如债务人的财产不足清偿债务时,债权人的债权就无法获得完全满足。担保物权具有优先受偿效力,故可以克服债权平等的障碍,使债权得以优先受偿。此外,债权的担保制度分为人的担保与物的担保,人的担保虽可扩充可供清偿债务的财产,但债权是否得以清偿仍有赖于担保人的相关因素。债权人因有担保物权,独占地取得特定物的支配价值,在债务不能清偿时,可直接对担保物实现权利内容,无须物上担保人的意见和行为的介入,所以债权与物权结合,能获得物权的效果,强化其地位,确保债务的清偿。因此,担保物权是债权的最佳担保制度。

2. 加速资金融通。由于担保物权能确保债权的实现,使债权人具有安全感,由此而产生担保物权的另一项作用,作为社会融资手段,促成经济的繁荣。

3. 降低交易费用。现实生活中,交易成本是客观存在的事实。一般而言,交易成本主要表现在交易前对交易对手的资信考察,判断其是否有履约能力;交易中对对手履行状况进行监督,考查其是否严格遵守双方的约定。但交易中有担保物权担保债权的实现,不但增强交易主体的信心从而减少部分交易费用,而且也能节约履约中的监督成本。

4. 促进商业信用的形成与发展。商业信用是在商品经济不断

发展,交易范围逐步扩大,交易方式日渐复杂的背景下产生的。商业信用的形成方式有两个:一是商业主体之间经常性贸易往来中,因相互了解对方的商业道德和商业习惯而形成的信任。二是基于对其财力状况的信任。但这两种信用都具有极大的风险,其基础极不牢固。相较之下,担保物权可大大降低因贷款融资而产生的监督成本和道德危机,从而促进商业信用的形成与发展。

二、抵押权在担保物权中的地位

(一)担保物权的类型

广义的担保物权有典型担保与非典型担保之分。典型担保包括民法立法所规定的抵押权、质权、留置权,这是通常意义上的(狭义的)担保物权。非典型担保是社会交易中新发展出来的并非由民法立法规定的担保型态,例如,让与担保、附条件买卖、买回、代理受领、抵销、融资租赁等。其中以抵押权的地位最为显著。

(二)抵押权的地位

抵押权是指债权人对债务人或第三人不移转占有而提供担保的财产,于债务不履行时,可以就其卖得价金优先受偿的权利。抵押制度以不移转抵押物的占有为显著标志,极好地实现了财产“物尽其用、物有所值”的经营理念,兼顾了抵押物的交换价值和使用价值,使各物的价值被挖掘到了极限。抵押物可以仍然由抵押人(所有人)继续占有、使用 and 收益,不影响物的使用价值,而仅将其交换价值作担保之用。一方面,抵押人通过抵押物的使用、收益,可以增强清偿债务的资力;另一方面,可以避免由抵押权人(债权人)直接占有抵押物,进行使用、收益和维护、保管的种种不便。这就使抵押权在经济上优于其他担保物权。因而备受世人青睐,成为现代经济生活中备受推崇的一种担保形式,以至有“担保之王”的美誉。这正是战后以来抵押制度日益发达的主要原因。

另一方面,抵押权具有最强的担保功能。因抵押权具有追及力,故抵押物无论流失于何人手中,抵押权人均有权追及至该物并行使

抵押权。质权虽也有追及权,但因标的物善意取得而受阻碍。留置权是以留置他人之物的担保物权,但不具有担保权的追及力。其他非典型担保,如所有权保留、让与担保虽属于担保债权为目的的一种物上担保制度,但就法的形式而言,是采取将标的物所有权移转给债权人或保留于债权人处的形式,其担保力相对微弱。由此可知,抵押权的物权性最强,因而担保力也最强。

第二节 抵押权的历史发展及走向

一、古代抵押权制度

(一)罗马法中的抵押权

各国现行担保物权制度,大抵皆渊源于罗马法及日耳曼法,因其国情而加以变通。罗马法上的担保物权,可分为抵押权(又称书状质权)、信托质权、占有质权(又称物件质权)三种。其中抵押权乃不移转其标的物之所有权及其占有,而仅以证明其标的物所有权的书状,向债权人设定;而占有质权则为不移转标的物之所有权,而仅移转其占有于债权人而设定。在古罗马时期,抵押物的范围极为广泛,法律未作任何限制,^① 因此,不仅不动产、动产、无体物、集合物等财产均可作为抵押权的客体,甚至于在内容变动不停的总体财产上也可设定抵押权。换言之,当今所谓的不动产抵押、动产抵押、权利抵押、财团抵押、浮动抵押等,在罗马法时代通通可以设立。但是罗马法中缺乏必要的公示制度,抵押权的存在不能为公众所知悉,不但抵押权的效力受到影响,而且对交易安全尤为不利,“特别是动产,极易隐藏、转移、毁弃或与其他物发生混同。”^② 故而,古罗马时期,由于抵押权公示制度的欠缺,抵押权成为一种极不安全的担保形式,其优越性难以得到充分的发挥。

① 周枬著:《罗马法原论》(上),商务印书馆1994年版,第394页。

② 许明月著:《抵押权制度研究》,法律出版社1998年版,第15~16页。

(二)日耳曼法中的抵押权

在日耳曼法传统中存在着两种担保形态,即交付占有的古质和要求登记标的物的“新质”(非占有质权)。古质包括动产质和不动产质,新质最初仅有不动产新质。两者的共同特征是具有明显的外部可识别性。虽然自16世纪末期开始的“罗马法继受运动”将动产抵押的担保新观念导入日耳曼法,但日耳曼法最后还是排除了动产抵押而彻底地贯彻重视公示机能的占有质原则。^①而“新质”却被用于满足不便转移的动产担保化需要。对于船舶等重量大的物品以及债权人占有转移会发生特别的经济上的不利益的物品,例外的仿照不动产新质的做法,以在法院或市参事会进行一定的要式行为来代替占有转移。后来更以在都市账簿中登记代替占有的转移。^②可见,日耳曼法上的新质一开始就强调对担保权的公示,对罗马法而言,其致命弱点似已得到克服。

二、近代抵押权制度的形成

(一)抵押权登记制度的确立

抵押权以不移转标的物占有为其特点,所以权利公示的方法不能采用交付形式,历史最终选择了登记这一形式。

从西方历史看,以保障交易安全为目的的不动产登记制度萌生于12世纪德国北部城市普遍采用的都市公簿制度,根据这个制度,不动产物权变动必须在由市政会掌管的都市公簿上进行记载,才能发生效力。其后不久,这一制度因德国大规模继受罗马法而被废止。直到18世纪,都市公簿制度又在普鲁士邦国的抵押制度中重获地位。现代抵押登记制度由此确立。

(二)近代抵押权制度的形成及特点

1: 法国抵押权制度的形成及特性

① 王闯著:《让与担保法律制度研究》,法律出版社2000年版,第73页。

② 许明月著:《抵押权制度研究》,法律出版社1998年版,第16~20页。

法国在民法典颁布以前,曾发生过大规模的罗马法继受运动。尽管在亲属法、物权法等许多领域保留了日耳曼习惯法固有制度,但在抵押权制度方面却完全是以罗马法为蓝本建立起来的。因此,法国抵押制度也如罗马法一样没有公示原则与抵押物的特定性原则,同时承认在一般财产上成立抵押权。这种无公示的抵押权一直沿用到大革命时期。法国民法典规定的抵押权制度有如下特点:(1)有三类抵押权:约定抵押权、法定抵押权、裁判抵押权;(2)公示原则,在约定抵押权和裁判抵押权领域得到严格的适用;(3)特定性原则,包括两个方面:被担保债权的特定性和抵押物是特定的不动产,但特定性原则又限于约定抵押权领域,法定抵押权和裁判抵押权可以成立于一般财产之上;(4)从属性,抵押权以被担保债权的存在为前提,包括两层含义:一是抵押权在被担保债权不存在时,也不可能存在,二是抵押权附随于债权的命运。(5)抵押权只适用于不动产,立法上不承认动产抵押。

2. 德国抵押权制度的形成与特征

17世纪以后,德国也发生了大规模继受罗马法的运动。由于罗马法抵押制度缺乏公示,所以使德国固有法上的公示行为被消灭,导致后来德国法原有的健全的物的信用丧失。痛定思痛,德国自1722年普鲁士《抵押权及破产令》以后,动产抵押即被废除,重新确立了公示原则。各邦也通过特别法废除了罗马法中的一般抵押权。1750年普鲁士的《抵押权令》又规定了约定抵押权和法定抵押权都必须登记,从而使公示原则渐趋完备。1900年德国民法典建立的抵押权制度正是以普鲁士抵押权制度为基础而建立的。德国民法严格区分动产担保物权与不动产担保物权,一方面废除了称为“非占有质”的动产抵押制度,同时也废除了作为“占有质”的不动产质权制度,因而形成了“抵押权适用于不动产、而动产只能设定质权”的传统担保观念。

德国抵押权制度有一个极其重大的特点,这就是抵押权的极端的价值权性质,这一性质也促进了德国的抵押权具有高度的流通性特征。这个特点的形成是抵押权制度确立的三大原则共同作用的结

果。

(1)公示原则。包括两层意义:一是抵押权的设定,以登记为成立要件,同一抵押物上存在的抵押权的先后次序依登记的先后而定;二是登记采实质审查主义。

(2)特定原则。德国民法上,抵押权的特定原则的内容主要有三:一是抵押权只能存在于各个不动产上,应否定在一般财产上设定抵押权;二是抵押权应担保特定额债权,且该债权必须在登记簿上记载,德国的流通抵押权,虽贯彻本原则,但保全抵押中的最高额抵押不在此列,为担保债权特定性之例外;三是次序确立主义,数个抵押权竞合时,各个抵押权的次序固定不移,这体现了抵押权所支配的交换价值的确定性。

(3)独立原则。抵押权不依附于债权而存在。德国不动产担保制度是由具有独立性的土地债务、定期金土地债务以及从属性为本质的抵押权构成。其中抵押权又可分为从属性较薄弱的流通抵押与从属性较严格的保全抵押。因此德国法上抵押权的独立性是一个原则。

3. 各国继受的情形

近代大陆法系各国民法几乎无一例外地分别受到了法国民法和德国民法的影响。对两国立法规定的共同之处,大陆法系各国完全接受,表现在公示原则的认同上,各国立法均承认登记是抵押权公示的惟一方法;坚持抵押权的特定性,集中在抵押物的特定性和被担保债权额的特定性;在标的物上,坚持抵押权只能适用于不动产,动产只能设定质权,但就整体抵押权制度的法律构成而言,除瑞士与德国抵押权制度大体相同,大多数国家选择了法国的立法体例,例如,日本、意大利和我国大陆及我国台湾地区皆采以担保特定债权之清偿为目的的保全性抵押权制度。

三、走向现代的抵押权

自近代以法国为代表的抵押权制度形成后,由于社会经济生活的发展变化,企业对资金融通的需求日益增长,原有抵押制度法律构