

中国民商法专题研究丛书

梁慧星 主编

抵押权 制度研究

许明月 著

法律出版社



责任编辑/胡征 戴伟

封面设计/章方 孙宇



ISBN 7-5036-2494-9



9 787503 624940 >

ISBN7-5036-2494-9/D · 2109

定价：24.00元

梁慧星主编

中国民商法专题研究丛书

抵押权制度研究

许明月 著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

抵押权制度研究/许明月著. - 北京:法律出版社, 1998.5
(中国民商法专题研究丛书/梁慧星主编)
ISBN 7-5036-2494-9

I. 抵… II. 许… III. 抵押-研究 IV. D913

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 13794 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/北京印刷一厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/15.625 字数/387 千

版本/1998 年 5 月第 1 版 1998 年 5 月第 1 次印刷

印数/0,001-4,000 册

社址/北京市广外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所(100073)

电话/63266794 63266796

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN7-5036-2494-9/D·2109

定价:24.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

谨以本书献给

我的导师——梁慧星教授

11/27/15 04

内 容 提 要

不良债权是当前困扰我国经济发展的重要因素之一,解决不良债权的根本出路在于担保。抵押担保由于能够同时满足现代社会对债权担保和担保物经济效用发挥的双重需要,因而,已成为许多国家运用最为广泛的一种物的担保形式。然而,在我国,目前理论界对于抵押权制度的研究现状却并不令人满意,有关抵押权制度的现行立法也存在种种问题,考虑到抵押权制度在现代经济生活中的重要性以及当前我国法学界对于抵押权制度的研究现状,笔者选择了抵押权制度作为研究对象。本书除绪论外,共分九章。

第一章“绪论”,主要论述了担保与现代信用经济的关系、担保的一般形态以及本书采用的研究方法。

第二章“抵押权制度的沿革与比较”,首先对大陆法中的抵押制度的发展进行了描述,侧重介绍了罗马法中的抵押权制度,日尔曼法中的抵押权制度,德国法(包括受德国法影响的瑞士法)、法国法(包括受法国法影响的日本法)中的抵押权制度的形成及演变过程,并在此基础上对其主要特点进行了归纳。其次,对英美法中的与抵押担保相似的 mortgage 和 charge 制度的历史演变过程进行了描述,并对现代英美法中的担保制度的基本特征进行了简要的概括。再次,对我国历史和现行的抵押权制度形成过程进行了考察。最后,在对世界主要国家的立法进行全面考察的基础上,对抵押权制度的发展趋势进行了简要地预测。

第三章“抵押权制度概说”,主要就抵押权的概念和本质、抵押

权的基本特性、抵押权的分类与种类、抵押制度的社会功能等问题进行了探讨。笔者认为,抵押权的本质主要体现于其物权性与价值权性。附从性、不可分性、追及效力、物上代位性是抵押权的物权性与价值权性质所决定的附属特征,书中,笔者对抵押权的各项特征进行了较为深入的探讨。

第四章“抵押权的取得之一——抵押权设定”,首先考察了抵押权的获得方式,并着重分析了抵押合同的当事人、抵押合同的标的、被担保债权、抵押合同的形式和内容、抵押合同的效力、抵押权的转让及法定抵押权等问题。

第五章“抵押权的取得之二——抵押登记”,对抵押登记制度进行了考察。鉴于我国物权立法极不完善的现状,笔者首先对物权公示制度进行了简要的探析,明确我国抵押登记制度所采用的立法主义;在此基础上笔者着重考察了登记抵押权的对抗力和抵押登记的公信力、抵押权登记的效力、登记机关与登记程序以及登记请求权、抵押权的登记流用问题。

第六章“抵押权的效力”,着重讨论了以下几个问题:一、抵押权效力所及的抵押物范围。主要探讨抵押权及于抵押物从物、附属物、从权利、添附物、孳息的范围,并进而对物上代位问题进行了专门讨论。二、抵押权效力所及的被担保债权。主要探讨了抵押权及于被担保主债权、利息债权、延迟金、违约金、损害赔偿债权、抵押权实行费用等的范围。三、抵押权的顺序。四、抵押权与其他担保物权和优先权的竞合问题。笔者分别就抵押权与质权、抵押权与让与担保、抵押权与所有权保留、抵押权与留置权、抵押权与其他优先权的竞合及其处理原则进行了探讨。五、抵押权的侵害与救济。在这里,笔者首先对抵押权侵害的理论构成进行了探析,认为依物上代位理论处理抵押权侵害问题具有一定的局限性,应建立统一的抵押权侵害与救济制度来处理抵押权侵害问题。进而,对抵押权侵害的构成进行了分析,并针对抵押权的侵害提出了

各种救济措施。最后,指出了处理抵押权侵害的一些实务上应注意的问题。

第七章“抵押权的实行”,首先对抵押权实行的性质、抵押权实行与就债务人一般财产强制执行的关系进行了探讨,进而对抵押权实行的条件进行了理论上的概括,对作为抵押权实现具体方式的拍卖制度、抵押物的变卖与折价制度进行了考察,最后,就抵押权实行与物上保证人的代位权与求偿权问题进行讨论。

第八章“抵押权的消灭”,着重考察了抵押权消灭的各种原因,并对在我国法学界普遍发生模糊认识的外国法中的抵押权涤除制度进行了深入的讨论。

第九章“最高额抵押权”,共分六节。在第一节“最高额抵押概述”中,笔者首先对最高额抵押的沿革进行了简要的回顾;接着对最高额抵押概念的内涵进行了探析,笔者认为最高额抵押的最基本的标志在于其所担保的债权为不特定债权,最高额抵押制度应围绕这一中心进行设计;再次,对最高额抵押与普通抵押权的关系进行了探析;最后简要分析了最高额抵押权的社会功能。本章的第二节围绕最高额抵押权设定问题而展开讨论,特别就概括的最高额抵押的效力、最高额抵押权的基础法律关系、最高额抵押的变更等问题进行了重点研究。本章中还对最高额抵押权的效力、最高额抵押权制度中抵押权及被担保债权的处分、最高额抵押权被担保债权的转让(包括主债权的转让和基础法律关系的转让)、最高额抵押权的转让以及最高额抵押权的转抵押、最高额抵押权中的决算制度、最高额抵押权的实行等问题进行了专门讨论。

第十章“我国抵押权制度的重塑”,在对我国现行抵押权制度及其形成过程进行回顾和考察的基础上,阐述了完善我国现行立法的指导思想和立法原则,最后,就我国现行立法中各项抵押权制度的完善提出了较为具体的建议。

ABSTRACT

Market economy is credit economy, so the safety of transactions are mainly depended on the real security. There are many sorts of security transactions, but in the Civil Law Family, hypothecation is one of the most important secure methods in the system of security interests. This book is going to discuss the legal aspects of this kind of security in China present law as well as in other countries, especially in Civil Law countries.

There are totally 10 chapters in this book. Chapter 1 is a introduction of the system of different means of securities of claim. Chapter 2 reviews the history development of the legal system of hypothecation in ancient Roman private law, ancient Germany law, France Civil Law, B. G. B. , ancient Chinese Law and Modern Chinese Law, then give some points about the general rules of the development in this area of law. In chapter 3, the Arthur studies some basic concepts and theories of the legal aspect of hypothecation. Both Chapter 4 and Chapter 5 are about the forming of hypotheca. The former is mainly devoted to the different means which may lead the forming of hypotheca, especially the hypothetical contract; the later is about the registration of properties for hypothecation, the author emphasis that registration should be the necessary condition for any hypotheca. Chapter 6 is an analysis of the legal effect of hypotheca. Chapter 7 makes some discussions of the realization of the hypothecation.

ca. In Chapter 8, the author discusses different factors which may lead the extinction of hypotheca. Chapter 9 is about the highest quota hypotheca. And last, in Chapter 10, the author gives some suggestions about the improving of the legal system of this area of law in China. In this book, the author intends to give a synthetically and deep studying on the legal system with different methods, including the methods of interpretation of law, historic analysis and economic analysis of law, etc.

《中国民商法专题研究丛书》

的宗旨是,从我国改革开放和发展现代化的社会主义市场经济的实际出发,广泛参考发达国家和地区民商事立法的成功经验和最新判例学说,深入研究民商法的基本理论和实践中的重大法律问题,为我国民商事立法的现代化和民商事审判实务的科学化提供科学的法理基础,提升民商法理论水平,推出民商法理论研究人才,使我国民商法理论研究尽快赶上发达国家和地区的水平。

此为试读,需要完整PDF请访问: www.ertongbook.com



作者简介

许明月，男，1963年2月生，安徽桐城市人，1985年毕业于华东政法学院，获法学学士学位。1989年毕业于西南政法学院，后获法学硕士学位和讲师职称。1997年毕业于中国社会科学院研究生院，获法学博士学位。现为西南政法大学经济法系讲师。已发表法学论文十余篇，编、参编、撰写法学教材、专著9部，公开发表法学科研成果110余万字。

目 录

第一章 绪 论	(1)
第二章 抵押权制度的沿革与比较	(10)
第一节 大陆法中的抵押权制度	(10)
第二节 英美法中的按揭制度	(44)
第三节 我国抵押权制度的发展	(53)
第四节 现代抵押权制度的发展趋势	(63)
第三章 抵押权制度概说	(69)
第一节 抵押权的概念和本质	(69)
第二节 抵押权的基本特点	(86)
第三节 抵押权的分类.....	(100)
第四节 抵押权制度的社会功能.....	(107)
第四章 抵押权的取得之一——抵押权设定	(120)
第一节 抵押权取得概说.....	(120)
第二节 抵押合同.....	(123)
第三节 法定抵押权.....	(173)
第四节 抵押权的转让.....	(177)
第五章 抵押权的取得之二——抵押登记	(188)
第一节 抵押登记概说.....	(188)
第二节 抵押登记的效力.....	(196)
第三节 登记机关与登记程序.....	(214)
第四节 债权人登记请求权.....	(220)
第五节 抵押权登记流用问题.....	(227)
第六章 抵押权的效力	(235)

第一节 抵押权的效力所及的标的物范围·····	(235)
第二节 抵押权所担保债权范围·····	(265)
第三节 抵押权的顺序·····	(272)
第四节 抵押权与其他担保物权及优先权的竞合·····	(299)
第五节 抵押权的侵害及其救济·····	(310)
第七章 抵押权的实行 ·····	(326)
第一节 抵押权实行概说·····	(326)
第二节 抵押权实行的条件·····	(339)
第三节 拍卖·····	(344)
第四节 抵押物折价与变卖·····	(386)
第五节 物上保证人的求偿权和代位权·····	(391)
第八章 抵押权的消灭 ·····	(399)
第一节 被担保债权消灭·····	(399)
第二节 抵押权消灭与时效·····	(402)
第三节 关于抵押权涤除制度·····	(406)
第四节 抵押权的其他消灭原因·····	(416)
第九章 最高额抵押权 ·····	(422)
第一节 最高额抵押概说·····	(422)
第二节 最高额抵押权的设定·····	(429)
第三节 最高额抵押权的效力·····	(435)
第四节 最高额抵押权的处分·····	(437)
第五节 最高额抵押的决算·····	(442)
第六节 最高额抵押权的实行·····	(448)
第十章 我国抵押权制度的重塑 ·····	(451)
第一节 完善抵押权制度的基本理论问题·····	(451)
第二节 完善我国抵押权制度的具体构想·····	(458)
参考书目 ·····	(470)
后记 ·····	(483)

第一章 绪 论

一、信用经济与担保

一切商品的交换无不采取实物和价值形态逆向运动的形式。当实物和价值的运动不能同时完成时,便会发生信用。在市场经济中,不仅信用的发生不可避免,而且,信用的存在也是市场正常运行的基本条件。

农业社会中,生产者为自己的消费而生产,交换只是一种偶然发生的现象。交换基本采用实物形态上“生产者——最终消费者”和价值形态上“最终消费者——生产者”的直接交换方式,因此,伴随交换而发生的信用总量必然会因此而受到限制;在另一方面,农业社会中的交换,乃基于交易者双方的个人需要,交换的目的是为了直接获得商品的使用价值,故在一次交换发生后,后续交换的发生并不具有必然性。在现代市场经济条件下,宏观抽象的层次上商品实物与价值的运动仍然采用上述形式,但由于生产者为他人而生产,生产的目的是为了获得商品的价值,受社会分工的影响,在微观的具体的层面上,现代商品交换大多采用实物上“生产者——商人 1——商人 2……商人 n——最终消费者(包括生产性消费)”和价值上“最终消费者)——商人 n……商人 2——商人 1——生产者”的形式。由于中间环节的大量存在,价值形态和实物形态的运动在总体上便不能同时完成。交换一般形态的非直接性必然决定,信用不仅是市场的必然产物,而且,也是市场得以正常运行的条件。

信用的存在,不仅使市场获得空前的发展,同时,也使得社会

经济变得更加脆弱。信用是基于一定的条件的利益的暂时让渡。当让渡的利益不能按时回复时,信用便发生危机。由于市场主体建立在信用基础上相互依赖关系的存在,任何一项信用危机,都可能造成大面积的灾难,此即为信用经济中因信用受阻而发生的多米诺效应:一项债务不能得到清偿,将使一系列相关的债权债务关系不能得到了结;一个企业的破产,将会引发一系列的相关企业破产;一个部门的经济发展受阻,将会导致整个国民经济的受阻;由于世界范围内统一的市场的形成,多米诺效应甚至在一国经济与国际经济之间发生,即一国经济的萧条,会因此而引发整个世界经济的衰退。正因为如此,信用的担保便不再是仅仅涉及交易当事人双方的具体利益的问题,而是关涉到整个经济能否正常运转和实现良性发展的问题。

二、人的担保与物的担保

在法律上,信用通常表现为债权(债权之一种),信用供与人为法律上的债权人,而接受信用的一方当事人则为债务人。任何债权均以债务人的一般财产为其实现之担保。仅以债务人的一般财产为责任财产而担保的债权,为一般债权,债务人在不履行义务时,债权人可依法通过对其财产的强制执行,而使债权得到满足。但债务人的总财产总是处于不断的变化之中,一般债权往往因为债务人的财产减少而失去保障;债权的设定依当事人的意思而进行,在一项债权发生后,债务人仍然可以同其他人发生新的债权债务关系,故,即便债务人的总财产不变,债务的总金额增加,也会使债权失去保障;即便债务人的财产增加,但若财产增加的数量低于债务的增加量,债权同样会受到不能得到充分清偿的威胁。对于一般债权,从来就有债权平等原则,不论其债权人如何,设定先后,金额大小,对于债务人的一般财产来说,每一债权人所受的担保利益相同,在债务人的一般财产不能满足所有债权时,每一债权只能按比例获得清偿。因此,在以债务人的一般财产进行担保时,债权

的安全将时常受到威胁。正因为如此,自古以来便有在此之外又设其他担保者,通常所谓之债的担保便是这种于债务人一般总财产之外设定的担保。

债权的风险来源于债务人财产的不足,要减轻债权的风险,不外有两种方法:其一,使担保债权的一般责任财产扩大;其二,固定为债权担保的财产,以该财产的价值专门担保债权的实现,使为特定债权担保的财产不受债务人财产变化的影响。人的担保便是通过第一种方法——以担保债权的一般责任财产的扩大的方式实现担保的功能,其具体形式有保证、连带债务及共同的债务承担等。物的担保乃第二种方法之运用,即以在债务人或第三人的特定财产上设定担保物权的方式而实现,在具体形式上,表现为物的权利的让与与保留担保、物的占有转移担保和既不转移权利也不转移占有的纯价值性担保。在市场经济条件下,当事人的财产状况总是处于不断变化之中,因此,人的担保往往不具有安全性;同时,人的担保除了依赖于债务人的总财产数量以外,还依赖于债务人和担保人的品行和人格个性,不诚实的债务人或保证人可以通过财产的转移而使债权人担保利益落空;再则,从经济发展的总体利益而言,人的担保不仅不能阻却经济生活中的多米诺效应,而且,会扩大这种效应的殃及范围,保证人、连带债务人和共同的债务承担人可能因履行担保义务而使其自己陷入破产,或使其自身的债务不能清偿而引起更多的债权不能实现。与此相反,物的担保具有更高的安全性,通过债权人对物的价值的把握,在债务人不履行债务时,可以直接通过物的价值而使债权获得清偿;同时,通过担保权公示制度,在使债权人担保利益获得对抗其他第三人的效力的同时,使与债务人发生交易的潜在交易者了解债务人的财产状况,并根据债务人的财产状况而与债务人发生交易。物的担保通过债权人对物的价值的把握而实现,在占有转移型担保中,债权人通过的物的实体的掌握而约束物的所有人对物的处分,并能以物的价