

FRONTIER OF JUDICIAL TRIALS

司法审判前沿

2014年第2辑 (总第2辑)

临沂市兰山区人民法院 编



抵押权新论

张永利 王效贤/著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

FRONTIER OF JUDICIAL TRIALS

司法审判前沿

2014年第2辑（总第2辑）

临沂市兰山区人民法院 编



抵押权新论

张永利 王效贤/著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

抵押权新论 / 张永利, 王效贤著. —北京: 法律出版社, 2014. 11
(司法审判前沿. 第2辑)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 7093 - 3

I. ①抵… II. ①张…②王… III. ①抵押权—研究—中国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 248120 号

抵押权新论
(司法审判前沿·第2辑)
张永利 王效贤 著

策划编辑 韦钦平
责任编辑 邢艳萍
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
版本 2014 年 10 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

印张 22.25 字数 420 千
印次 2014 年 10 月第 1 次印刷
编辑统筹 大众出版分社
经销 新华书店
责任印制 沙磊

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司

全国各地中法图分、子

第一法律书店/010-6

重庆公司/023-65382

北京分公司/010-625

73)

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 7093 - 3

(如有缺页或倒装, 中国

定价: 52.00 元

编辑委员会

主 任:张永利

副主任:马志晓 庄 岩 郝忠勇 李培青 刘西刚

张秀军 张朝霞 杨继秀 卢海涛 王永涛

蔡丽霞 周 军

委 员:刘美丽 李万兵 彭 洪 闫朝利 冯俊玲

刘 方 王 琴 沈秀俊 刘连瑞 王效贤

张明磊 王 红 高雪梅 云卫军 孟宪菊

赵兴海 姚俊鹏 田艳梅 邹海龙 姜友银

马 超 杨 莉 范建军 杨震寰 徐西亮

陈少玉 朱崇普 刘希余 熊云涛 肖 寒

王期枫 林令强 胡乃江 李建光 孟 波

刘本和

主 编:张永利

编 辑:王效贤 金灿灿

《司法审判前沿》总序

张永利*

经过长时间酝酿和精心筹备,《司法审判前沿》系列丛书终于面世了。这是临沂市兰山区人民法院在法学理论与审判实务研究领域取得的重要成果,是处于司法审判最前沿的基层人民法院顺应时代发展要求做出的积极探索和不懈努力,标志着我院整体司法水平的跨越式提升。作为党组书记和院长,我为此感到欣慰和自豪。

临沂市兰山区人民法院位于临沂市的政治、经济、文化中心——兰山区,现有在职干警 159 人,其中硕士研究生 15 名,大学本科生 135 名。自 2007 年以来,我院每年受理各类案件 2 万余件,其中 2012 年 21706 件,2013 年 20076 件,2014 年上半年 12662 件。连续几年来的案件总数以及法官人均结案数均居山东省基层法院首位,案多人少的矛盾非常突出。在这样的审判形势下,我院全体法官发扬无私奉献的沂蒙精神,求真务实,拼搏进取,不仅在审判执行工作中取得了显著成绩,而且在审判调研方面也取得了丰硕的理论研究成果。

我国当前正处于经济社会发展的转型期,人民法院面临的形势日趋严峻复杂,人民群众日益增长的司法需求与司法功能相对滞后的矛盾日益凸显。党的十八届三中全会提出,建设法治中国,必须深化司法体制改革,加快建设公正高效权威的社会主义司法制度,维护人民权益。因此,我们必须牢牢把握“司法为民、公正司法”这条主线,充分发挥审判职能作用,深化司法体制改革,不断提高审判质效,全面提升司法公信,“努力让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”。为实现这一目标,必须建设一支高素质的法官队伍,这就要求法官必须具备扎实的法学理论功底、丰富的审判实践经验和正确适用法律化解矛盾纠纷的能力,从而对法官的综合素质和司法能力提出了更高要求。法官必须确立这样一种理念:只懂得机械办案、就案办案的法官绝不是合格的法官,调查研究能力是法官司法能力的重要体现。近年来,来自基层审判实践一线的调研成果层出不穷,但由于缺乏适当的交流平台,很多成果还鲜为人知,调研成果的转化亦不尽如人意。

《司法审判前沿》的出版就是为了给广大基层法院的法官提供一个学术研究与交流的平台,充分展示来自司法实践最基层的法学理论研究成果。本书宗旨是从我国基层法院的审判实际出发,立足司法审判前沿中的热点与难点问题,探索制约审判工作发展的体制性和规律性问题,破解长期困扰我们的审判执行难题,为当前的司法审判

* 临沂市兰山区人民法院党组书记、院长。

工作提供科学的法理支撑,逐步提升基层人民法院的整体司法水平。《司法审判前沿》以临沂市兰山区人民法院在司法体制改革、法学理论和审判实务研究中取得的调研成果为主,兼顾其他基层法院的部分优秀调研成果。本书对来稿内容不作限制,既可以是法学专题研究、法律解释等理论法学的著作,也可以是案例分析、经典判例等应用法学的文章;文章的体裁和形式不限,包括法学论文、调研报告、法学专著、法学随笔等。丛书的面世,对法学理论研究和审判实务具有重要意义。书中刊载的文章从不同角度反映了基层法官面对纷繁芜杂的案件材料时如何思考、如何适用法律解决矛盾纠纷的心路历程,这将为学术界研究我国基层司法制度提供鲜活的素材。当然,囿于理论水平的限制,加之视野还不够开阔,本书刊载的文章许多观点仍不乏稚嫩,缺点错误也在所难免,但其毕竟是基层法官殚精竭虑的思维成果,是他们审判智慧的结晶。我们遴选其中的优秀成果予以出版,目的是鼓励大家借此不断加强业务学习,提高理论研究水平以及分析问题、解决问题的司法能力,逐步养成良好的法律职业思维,提高法官群体的整体素质。

“千淘万漉虽辛苦,吹尽狂沙始到金。”虽然学术研究的过程充满了艰辛,但一分耕耘一份收获。希望广大基层法官能够以《司法审判前沿》的出版为契机,不断提高法学理论研究水平,将理论知识内化为解决复杂法律问题的司法能力。基层法院有丰富的审判资源等待发掘,有宝贵的审判经验有待于提炼。理论来源于实践又反作用于实践,我们从事调查研究的目的就是以理论来指导实践,解决司法实践中的复杂疑难问题。因此我们应及时总结审判经验,将其不断升华为理论,并以此来指导审判实践科学发展。我们期待更多的法官积极奉献自己的司法智慧,共同为推进法治中国建设贡献力量。

衷心祝愿《司法审判前沿》越办越好!

序 言

《物权法》颁布实施已七年,该法规定的担保物权有抵押权、质权和留置权三种。七年来,各级人民法院审理了大量物权纠纷案件,其中不乏涉及担保物权的案件。素有“担保之王”之称的抵押权滥觞于罗马法,是近现代各国民法中的重要制度,其设定因无需移转抵押物占有,抵押人可继续占有、使用、收益,使抵押物价值得到最大限度的发挥;抵押权人则通过对抵押物交换价值的支配,确保了其债权圆满实现,两全其美的制度设计促进了“物”尽其用的经济效能。

随着社会经济的发展,抵押权功能逐渐发生着革命性变化,呈现出由保全抵押向流通抵押演变的趋势,具象到抽象的飞跃,预示着未来抵押权在经济生活中必将扮演更加重要的角色。因此,研究抵押权制度,了解抵押权的设立、实现以及消灭等理论问题,对于准确适用《物权法》解决担保权益纠纷,具有重要的理论价值和实践意义。

《物权法》颁布前后,我国学术界曾掀起一股研究物权法的热潮,研究担保物权的著作如雨后春笋般出现,抵押权专题研究论著群星灿烂:如许明月教授的《抵押权制度研究》,余国华教授的《抵押权法专论》,程啸博士的《中国抵押权制度的理论与实践》,徐洁博士的《抵押权论》,吴春岐、郝志刚的《抵押权》等。选取前人研究过的课题作进一步深入研究,往往并非易事,需要相当的理论勇气和超越前人的创新意识,更需要择取一个独到的新视角,斑窥抵押权全貌。

理论指导实践,实践验证理论。在这样的学术背景下,基于理论与实践滚动式前进、攀援式上升的逻辑认知,从实务的角度回视理论,《抵押权新论》宛如一颗璀璨的新星问世了,它无疑是我国众多抵押权研究论著中的最新实践之作。纵览全书可以发现,本书之所以谓之“新”论,具有以下新特点:一是专业性强。书中对抵押权制度的重大理论问题进行了深入细致的剖析,多角度、多层次地对抵押权制度的基本内容进行了阐述,最大限度地总结了我国近年来在抵押权研究领域取得的重要成果,有助于完整准确地理解抵押权制度。二是内容新颖。本书吸收了抵押权制度的最新研究成果,并在此基础上进行理论创新,提出了许多独到见解,填补了抵押权研究领域的某些空白。三是逻辑清晰。本书沿着抵押权取得、抵押权登记、抵押权的效力到抵押权的实现和消灭这条主线,对抵押权从产生到消灭的过程进行了阐述,最后对抵押权的特殊类型进行了充分论证。四是贴近实践。本书作者是来自审判一线的法官,民商事审判的丰富实践经验历练了其深邃的洞察力和独特的思维视角,论述更贴近生活实际和审判实践,深入浅出的表达更易于为人们所理解和接受。因此,本书不仅可以作为高等院校的法学教材和法律职业群体的参考资料,亦可作为寻常百姓的法律普及读物。

民法理论博大精深,皓首难以穷尽。法律的生命在于运行。民法理论研究不单是民法学者的职责,更是作为司法裁判者的法官应尽的社会责任。党的十八届三中全会确立了建设法治中国的目标,在这一目标实现的征程上,作为国家审判机关的人民法院肩负着重要的历史使命,面临前所未有的机遇与挑战,这对法官的司法能力和综合素质提出了新的要求。研究审判理论问题是法官司法能力的重要体现。

实践出真知。本书两位作者均来自基层人民法院,张永利同志1985年山东警察学院毕业后,先后在公安、乡镇、法院等多岗位工作,特别是任职基层法院院长多年,审判实践经验丰富,在繁忙的工作之余,能够在理论与实践结合上,通过对大量典型案例的剖析,对民商法理论进行深思熟虑的系统思考,并取得丰硕的研究成果,上升到理论层面指导审判实践,实属难能可贵。王效贤同志作为基层法官,承办大量疑难复杂民商事案件,潜心钻研民商法基础理论,实现了学者型法官的创新结合。希望广大法官虚心学习两位作者的科研精神,注重调查研究,总结实践经验,提出前瞻性、建设性意见,分享对疑难法律问题的感悟思考,对于提升法官司法能力,点滴推动法治进程,无疑是一泓清泉、一股力量。希望永利、效贤两位同志甘于寂寞,戒骄戒躁,审判实践之基牢固,学术研究之树常青,以实际行动实现“努力让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”的法律人生。

是为序。

临沂市中级人民法院党组书记、院长

开宗宝

目 录

CATALOGUE

第一章 抵押权概述	1
第一节 抵押权的概念与特征	1
一、抵押权的概念	1
二、抵押权的特征	4
第二节 抵押权制度的沿革	10
一、罗马法与日耳曼法的抵押制度	10
二、近现代各国法上的抵押权	13
三、我国的抵押权制度	21
第三节 抵押权的性质与社会作用	23
一、抵押权的性质	23
二、抵押权的社会作用	28
第四节 抵押权的类型	31
一、意定抵押权、法定抵押权与裁判抵押权	31
二、不动产抵押权、动产抵押权与权利抵押权	31
三、单一抵押权与共同抵押权	32
四、流通抵押权与保全抵押权	32
五、他主抵押权与所有人抵押权	32
六、普通抵押权与特殊抵押权	33
第五节 抵押权的发展及未来趋势	33
一、抵押权的历史发展	33
二、抵押权的未来趋势	35
第二章 抵押权的取得	38
第一节 抵押权取得概述	38
一、抵押权的原始取得	38
二、抵押权的继受取得	40
第二节 抵押合同	41
一、抵押合同的性质	41
二、抵押合同的成立	46

三、抵押合同的生效	51
四、抵押合同的内容	54
第三节 抵押当事人	58
一、抵押人	58
二、抵押权人	67
第四节 抵押物	68
一、抵押物的条件	68
二、抵押物的范围	70
三、禁止抵押的财产	77
第五节 抵押担保的债权	82
一、抵押权所担保的债权种类	82
二、抵押物价值与所担保债权数额的关系	84
第六节 流质契约的禁止	87
一、流质契约概述	87
二、禁止流质契约的立法目的	88
三、流质契约的认定	89
四、流质契约的效力	90
第三章 抵押权登记	93
第一节 我国的不动产登记制度	93
一、不动产登记的概念	93
二、我国不动产登记制度的演变	94
三、我国不动产登记制度的完善	97
四、我国不动产登记的效力	101
五、我国不动产登记的特殊类型	104
六、我国不动产登记机关的职责与法律责任	108
第二节 抵押权登记概述	113
一、抵押权登记的意义	113
二、抵押权登记的性质	115
三、抵押权登记的公信力	118
第三节 抵押权登记的效力	122
一、抵押权登记的效力概述	122
二、抵押权登记效力的立法例考察	124
三、我国关于抵押登记效力的规定	126
四、对我国抵押权登记效力的评价	128
第四节 抵押权登记的程序	130
一、抵押权登记的一般规则	130
二、不动产抵押权登记程序	131
三、动产抵押权登记程序	133

第五节 我国抵押权登记实践中的若干问题	136
一、抵押权登记机关多重散乱	136
二、抵押权登记的区域限制	138
三、抵押权登记成本过高	141
四、抵押登记请求权	143
第四章 抵押权的效力	145
第一节 抵押权担保的债权范围	145
一、主债权	146
二、利息	147
三、违约金	148
四、损害赔偿金	149
五、实现抵押权的费用	150
六、保全抵押权的费用	151
第二节 抵押权所及标的物的范围	152
一、从物	152
二、从权利	154
三、孳息	155
四、添附物	158
五、代位物	160
第三节 抵押权人的权利	164
一、抵押权的次序权	164
二、抵押权的处分权	169
三、抵押权的保全权	171
四、抵押权的实行权	174
第四节 抵押人的权利	175
一、抵押物的处分权	175
二、多重抵押设定权	178
三、用益物权设定权	182
四、抵押物的租赁权	183
第五节 抵押权与其他权利的冲突	185
一、抵押权与质权	185
二、抵押权与留置权	187
三、抵押权与租赁权	190
第五章 抵押权的实现	195
第一节 抵押权的实现概述	195
一、抵押权实现的含义	195
二、抵押权实现的条件	198
第二节 抵押权实现的程序	201

一、我国抵押权实现程序之变迁	201
二、抵押权实现诉讼程序的弊端	202
三、抵押权实现的协商程序	203
四、抵押权实现的非讼程序	204
第三节 抵押权实现的方式	205
一、抵押权实现的比较法考察	205
二、抵押物拍卖	207
三、抵押物变卖	212
四、抵押物折价	213
第四节 第三人的求偿权与代位权	216
一、第三人求偿权与代位权概述	216
二、物上保证人的求偿权与代位权	217
三、第三取得人的求偿权与代位权	219
第六章 抵押权的消灭	221
第一节 抵押权消灭的一般原因	221
一、抵押物的混同	221
二、抵押物的灭失	223
三、抵押权的抛弃	223
第二节 抵押权消灭的特殊原因	224
一、被担保的债权消灭	224
二、抵押权的实现	225
第三节 抵押权存续期间与抵押权的消灭	225
一、抵押权存续期间的比较法考察	226
二、我国关于抵押权存续期间的规定	227
三、抵押权存续期间性质的界定	229
四、主债权诉讼时效对抵押权的影响	232
五、当事人约定抵押权存续期间的效力	234
第四节 抵押权涤除与抵押权的消灭	237
一、涤除权的内涵及制度嬗变	237
二、涤除制度的特点	238
三、涤除制度的理论价值与实践效应	240
四、我国现行法律是否存在涤除制度	241
第七章 特殊抵押权(上):共同抵押权	244
第一节 共同抵押概述	244
一、共同抵押的概念	244
二、共同抵押的特征	246
三、共同抵押权的性质	248
四、共同抵押的社会功能	250

五、共同抵押的类型	251
第二节 共同抵押权的设定	253
一、共同抵押的设定方式	253
二、共同抵押标的物范围	254
三、被担保的债权及其范围	256
四、共同抵押的公示	256
第三节 共同抵押的效力	258
一、共同抵押权的效力概述	258
二、共同抵押权人的自由选择权及其限制	259
三、物上保证人的代位权与求偿权	263
四、后次序抵押权人的代位权	267
五、对抵押物第三取得人的效力	270
第八章 特殊抵押权(中):浮动抵押权	271
第一节 浮动抵押概述	271
一、浮动抵押的概念	271
二、浮动抵押的特征	273
三、浮动抵押制度的发展演进	275
四、浮动抵押的社会作用	277
第二节 浮动抵押权的设定	280
一、浮动抵押权的设立主体	280
二、浮动抵押的标的物范围	283
三、浮动抵押权的设立方式	286
四、浮动抵押权登记	287
第三节 浮动抵押权的效力	290
一、抵押人的自由处分权	290
二、抵押权人的权利	292
三、浮动抵押的限制性条款	293
四、浮动抵押权与其他担保物权的竞合	295
第四节 浮动抵押权的实现	299
一、浮动抵押权的实现条件	300
二、浮动抵押的结晶	301
三、浮动抵押权的实现方式与程序	305
第九章 特殊抵押权(下):最高额抵押权	308
第一节 最高额抵押权概述	308
一、最高额抵押的概念	308
二、最高额抵押的特征	309
三、最高额抵押制度沿革	314
四、最高额抵押的社会功能	315

第二节 最高额抵押权的设定	318
一、最高额抵押权的设定方式	318
二、最高额抵押担保的债权	320
三、最高额抵押权的变更	323
第三节 最高额抵押权的处分	326
一、最高额抵押权的转让	326
二、被担保债权的转让	327
第四节 最高额抵押权的确定	328
一、最高额抵押权确定的意义	328
二、最高额抵押权确定的效力	329
三、最高额抵押权确定的事由	331
参考文献	335
后 记	342

第一章 抵押权概述

第一节 抵押权的概念与特征

一、抵押权的概念

抵押权是自罗马法以来近现代各国民法上最重要的担保物权制度,素有“担保之王”之称。由于各国立法对抵押的理解不尽相同,对抵押权概念的界定也存在较大差别。

大陆法系各国传统民法认为,抵押权须成立于不动产之上,故将抵押权界定为不动产抵押权。《法国民法典》第 2114 条规定:“抵押权是指,对用于清偿债务的不动产设定的一种物权。抵押权,以其性质,对用于抵押的所有不动产,对其中每一宗不动产以及对这些不动产的每一部分,均不可分割并完整存在。无论设定抵押权的不动产转归何人所有,抵押权均随该不动产而存在之。”我国台湾地区“民法”第 860 条也规定:“称抵押权者,谓对于债务人或第三人不移转占有而供担保之不动产,得就其卖得价金受清偿之权。”受立法影响,大陆法系国家及地区的学者在阐述抵押权概念时,一般均将其界定为不动产抵押权。例如日本学者近江幸治先生认为:“抵押权是,债务人或者是第三人(物上保证人),在不转移占有的情况下,以不动产提供债务的担保,具有抵押权的债权人可以比其他债权人优先得到债权的受偿的权利。”^①我国台湾地区学者史尚宽先生也认为:“抵押权,谓债权人对于债务人或第三人不移转占有,继续使用收益,而供担保之物(原则上为不动产),于债务不履行时,得就其卖得价金受清偿之担保物权。”^②

我国对于抵押权的认识也经历了一个变化过程。1986 年颁布的《民法通则》受苏联民法的影响,虽将抵押物扩及于不动产、动产及权利,但未能明确区分抵押与质押,将二者合并为一种担保方式来理解,对学术界产生了极大影响。《民法通则》第 89 条第 2 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。债务人不履行债务的,债权人有权依照法律的规定以抵押物折价或者以变卖抵押物的价款优先得到偿还。”受此立法的影响,我国早期关于抵押权的概念基本上未能脱其窠臼。如佟柔教授

① [日]近江幸治:《担保物权法》,祝娅等译,法律出版社 2000 年版,第 88 页。

② 史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 260 页。

提出:“抵押权是指债务人或第三人以其所有或经营管理的一定财产,作为履行债务的担保,当债务人不履行债务时,债权人有权从该财产的价值中优先受清偿的物权。”^①彭万林教授亦主张,“抵押权是指债权人对债务人或第三人提供的作为债务履行担保的财产,于债务人不履行债务时,得就其价值(折价或变卖的价款)优先受偿的权利。”^②1995年颁布的《担保法》将抵押与质押明确区分,该法第33条规定:“本法所称抵押,是指债务人或者第三人不移转对本法第三十四条所列财产的占有,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。”受其影响,我国学者此后对抵押权概念的界定渐臻科学。如王利明教授认为:“抵押权是指债权人对于债务人或者第三人不转移占有而提供担保的财产,在债务人不履行债务时,依法享有的就担保的财产变价并优先受偿的权利。”^③陈华彬教授亦指出,抵押权是“指债权人对于债务人或第三人提供的,作为债务履行担保的财产,于债务人不履行债务时,得就其卖得价金优先受偿的权利。”^④

从以上可以看出,对抵押权概念的界定与立法上对抵押的认识密切相关,并随立法的不断进步而完善。就一般意义而言,抵押权乃为受抵押担保债权之债权人在债务人不履行债务时,依法或依约定而享有的以抵押物价值优先受偿的权利。^⑤我们认为,根据我国现行法律规定,抵押权可作如下界定:抵押权是指债权人对于债务人或第三人不转移占有而供作债权担保的财产,在债务人不履行债务时,可就其优先变价受偿的担保物权。其中,为他人债权提供财产担保的债务人或第三人为抵押人,享有抵押权的债权人作为抵押权人,供作债权担保的财产为抵押物。

根据上述概念,抵押权包括如下含义:

(一) 抵押权是担保物权

抵押权是就提供担保的特定财产优先变价受偿的权利。它以支配标的物的交换价值,确保债权清偿为目的,具有优先受偿的担保作用。由于抵押权担保债的履行而与债权有着不可分割的联系,因而对于抵押权是物权还是债权,历来存在争议。债权说认为,抵押权的设立旨在保障债权的实现,且抵押权“与被担保的债权乃具共同目的,故两者在目的关系上乃结合为一”,^⑥故抵押权是一种债权。物权说则认为,抵押权人对抵押人提供抵押的特定财产享有支配权,对抵押物变价后的价值享有优先受偿的权利。在抵押财产受到他人不法侵害时,抵押权人还可以基于抵押权请求除去妨害,因此抵押权是一种物权。^⑦我们认为,抵押权是抵押权人对于抵押物直接享有的权利,可以对抗物的所有人和第三人,其实质内容在于取得抵押物的交换价值。抵押权对物的支配,实际上是对物的交换价值的支配。这种支配表现在债务人不履行债务时,抵

① 佟柔主编:《中国民法》,法律出版社1990年版,第326页。

② 彭万林主编:《民法学》,中国政法大学出版社1994年版,第309页。

③ 王利明:《物权法论》,中国政法大学出版社1998年版,第679页。

④ 陈华彬:《物权法原理》,国家行政学院出版社1998年版,第571页。

⑤ 许明月:《抵押权制度研究》,法律出版社1998年版,第75页。

⑥ 刘得宽:《民法诸问题与新展望》,中国政法大学出版社2002年版,第384页。

⑦ 王利明:《物权法论》,中国政法大学出版社2003年版,第566~567页。

押权人可依自己的意思,无须债务人意思或行为的介入,即可就抵押物变价后的价值优先受偿,即使抵押人转让抵押物的所有权,抵押权也不因此而受影响。由于抵押权人对标的物享有变价权和优先受偿权,因此,“对抵押人(债务人)来说,失去了标的不动产是有非常大的心理压力的。概述所论述的,根据优先受偿权的债权保全机能,其具有典型的担保物权的基本构造”。^①

(二) 抵押权是存在于债务人或第三人特定财产上的物权

抵押权是为担保债的履行而存在的,自然须以债权人以外的他人财产为标的物。因此,抵押权的标的物以债务人或者第三人的财产为限。这里的财产包括不动产、动产和权利。所谓不动产,是指依自然性质或者法律规定不可移动的物,主要是指土地及其定着物。动产则是指不动产以外的物,如机器设备、汽车、图书等。所谓权利则主要是指所有权以外的不动产物权或准物权,前者如传统民法上的地上权、典权,以及我国现行法律规定的国有土地使用权与荒山、荒沟、荒丘、荒滩等荒地的土地使用权,后者如采矿权、渔业权、取水权等。值得注意的是,抵押权的标的物不论是动产、不动产还是权利,都必须是由债务人或者第三人提供的作为债务履行担保的特定财产,以区别于债务人或第三人的一般责任财产。这些财产均须具有可让与性,以便在债务人不履行债务时,债权人可以将其变价受偿。抵押权的标的物限于债务人或第三人提供担保的特定财产。虽然在德国、瑞士等国的民法中承认所谓所有人抵押权,但所有人抵押权为抵押权的一种例外,而且,德、瑞法律中的所有人抵押权当其完全脱离债权担保目的时,并非为抵押权,而转化为一种土地负担。^②

(三) 抵押权是不移转标的物占有的物权

抵押权的核心内容在于取得抵押物的交换价值,以该交换价值担保债的履行,而不在于取得或者限制物的使用价值。因此,抵押权的设定与存续,无需移转标的物的占有。抵押人设定抵押权后,仍然可以使用、收益抵押物,并可依法处分抵押物。这是抵押权与其他担保物权如质权、留置权的本质区别。担保物权中的动产质权、留置权等必须以债权人占有标的物为成立及存续要件,占有的丧失即意味着权利的消灭。而抵押权,因不移转担保标的物的占有给抵押权人,就债务人而言,除借助于该抵押物而获得了融资外,还可对标的物加以继续的占有、使用 and 收益;就债权人而言,不仅无占有、使用、保管标的物的烦累,而且在债权已届清偿期而未获清偿时,可以通过拍卖抵押物,来使自己的债权优先受偿。^③ 不移转标的物的占有,不仅使抵押权与质权、留置权等其他担保物权区别开来,也使其与地上权、农用地使用权、典权等以占有和使用为目的的用益物权存在显著区别。这些都是因为抵押权为价值权而非利用权的缘故。正因为抵押权无需移转标的物的占有,因而备受各国立法的青睐,被称为“担保之王”。

抵押权的成立与存续,不以移转标的物的占有为必要。如果当事人在抵押合同中约定将抵押物的占有移转给抵押权人,则属违反物权法定主义原则,该抵押合同中移

① [日]近江幸治:《担保物权法》,祝娅等译,法律出版社2000年版,第88页。

② 许明月:《抵押权制度研究》,法律出版社1998年版,第76页。

③ 陈华彬:《物权法》,法律出版社2004年版,第470页。