

2009年 第四辑

(总第三十五辑)

审判研究

颜智勇 张 耕 / 略论抵押期限

吴国平 / 好意同乘民事责任探析

霍海红 / 中国式证明责任观念及其反思

胡云腾 / 改革——需要许多一点点

周晖国 / 新时期社会主义司法民主的创新与发展

江苏省高级人民法院审判监督第一庭 / 关于修改后《民事诉讼法》
及司法解释适用情况的调研报告



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

2009年 第四辑 (总第三十五辑)

TRIAL

审判研究

STUDY

《审判研究》编辑委员会 编



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

审判研究. 2009 年. 第 4 辑: 总第 35 辑/《审判研究》编辑委员会编. —北京: 法律出版社, 2009. 12

ISBN 978-7-5118-0248-4

I. ①审… II. ①审… III. ①审判—研究—中国
IV. ①D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 238557 号

©法律出版社·中国

责任编辑/李 群

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法规出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/787×960 毫米 1/16

印张/15.25 字数/246 千

版本/2010 年 1 月第 1 版

印次/2010 年 1 月第 1 次印刷

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978-7-5118-0248-4

定价: 20.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

《审判研究》编辑委员会

主 任：公丕祥

副主任：周继业

委 员：（按姓名笔画为序）

刁海峰	马 荣	马汝庆	马志相
帅巧芳	叶兆伟	刘 华	刘亚平
刘媛珍	汤小夫	李玉生	李后龙
时永才	吴立香	何 方	宋 健
张 屹	张培成	陆鸣芬	范 群
茅仲华	周茸萌	周晖国	屈建国
胡道才	俞灌南	姜洪鲁	贺强兴
徐清宇	蒋惠琴	谢国伟	褚红军
薛剑祥			

主 编： 马 荣

副 主 编： 孙 轍 沈明磊 曹也汝

编辑部主任： 孙 轍（兼）

副 主 任： 魏 明

执 行 编 辑： 魏 明

专家论坛

- 1 颜智勇 张 耕 / 略论抵押期限
——兼论《物权法》第 202 条规定之完善
- 11 吴国平 / 好意同乘民事责任探析
- 22 霍海红 / 中国式证明责任观念及其反思

法治笔谈

- 32 胡云腾 / 改革——需要许多一点点

专题研究

- 39 周晖国 / 新时期社会主义司法民主的创新与发展
- 69 惠建国 韩 俊 / 对我国司法改革目标的探析与解读
- 80 汤建国 张桂林 / 规范量刑的理论思考与实践探索
——以江苏姜堰法院率先推行的规范量刑
为视角
- 94 滕 威 / 农村土地承包经营权司法保护路径之探究
- 103 胡发富 / 论完善我国夫妻约定财产制
- 119 施宇华 牛建山 / 实现地役权过程中的执行力扩张问题研究

调查报告

- 128 江苏省高级人民法院审判监督第一庭 / 关于修改后《民事诉
讼法》及司法解释适用情况的调研报告
- 139 蒋惠琴 徐振华 徐竹芑 / 无锡地区非监禁刑适用情况的调
查报告
- 160 南京市玄武区人民法院民三庭 / 论劳动争议案件审判实务中的
调解

会议综述

- 非法证据排除规则:现代刑事法治的标志和基石 182
——“非法证据排除规则试点项目”启动暨研讨会综述 / 吴海龙 周永军

各抒己见

- 论司法改革视野下的司法效率之提升 / 马洪涛 190
关于第三人侵害债权的法律思考 / 高洁 陈程 202
对行民交叉案件审理模式的法律思考 / 龚春光 张明广 211

案例分析

- 抵押土地使用权多次转让后执行 219
中涉及的法律问题 / 赵培元 杨军

审判参考

- 江苏省高级人民法院、江苏省人民检察院、江苏省公安厅关于知识产权审判“三审合一”改革试点工作中刑事司法保护若干问题的意见 230

专家论坛

略论抵押期限

——兼论《物权法》第202条规定之完善

颜智勇 张 耕*

抵押权作为担保物权,在具备物权基本属性的同时,又肩负着担保主债权实现之固有使命,这一“双重品性”集中体现于抵押期限及相关问题的处理之中。立法肯认抵押期限的“约定性”以及当事人没有约定抵押期限或者所约定的抵押期限无效时,将主债履行期限届满作为其实质计算起点并以法定期限予以确定,方可实现抵押权内在属性与功能的和谐统一。我国《物权法》第202条对抵押期限的规定不尽合理,需要进一步完善。

一、抵押期限的性质与分类

抵押期限是指抵押权的存续期限。从抵押人的角度观之,可理解为以其提供的抵押物承担担保责任的期限。该期限经过,则抵押权消灭,抵押人免责,故其性质上应为除斥期间。依据抵押期限产生的依据为标准,可分为以下两类:

(一)法定抵押期限,即法律直接或间接规定的抵押权存续时间

如《日本民法典》第167条规定,“债权因10年不行使而消灭,债权或所有权以外的财产权因20年不行使而消灭”。^{〔1〕}从该条规定可以直接得出抵押期限的确切时间。另一种是间接规定,如我国《担保法》第52条规定“抵押权与其

* 颜智勇,西南政法大学法学专业硕士研究生;张耕,法学博士,西南政法大学教授,博士生导师。

〔1〕 王利明:《物权法研究》,中国人民大学出版社2002年版,第536页。

担保的债权同时存在,债权消灭的,抵押权也消灭”,《物权法》第202条规定:“抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权;未行使的,人民法院不予保护。”即通过规定抵押权与债权的依存关系,来划定抵押权的大致存在期限,从该规定可以得出抵押期限不得在主债权之前发生消灭;否则,与其担保的目的相违背,也不得在主债权消灭后,单独存在。

(二)约定抵押期限,即基于当事人的合同约定而产生的抵押期限

当事人能否约定抵押期限,我国担保法并未作明确规定,在实践中却出现了登记机关在办理抵押登记时,要求当事人必须约定抵押期限的问题。较为典型的做法有这样两种:一是有的登记机关强行要求当事人必须约定一个1-2年的“抵押期限”,该期限届满后,当事人必须再缴纳费用,重新登记或继登,否则将导致之前的抵押登记被涂消的后果;二是有的登记机关并不限制当事人约定的期限,而是按照期限的长短收取不同的费用。如办理一项金额为1000万元的抵押登记手续,如果当事人填写的抵押期限为2年,则收取2000元登记费,如果是4年则收取4000元。^[2]

学界对登记机关强制要求当事人约定抵押期限以增收费用的做法持一致的否定态度,有学者甚至认为这样的行为是“登记机关破坏经济秩序的作为”;^[3]但对当事人是否能自行约定抵押期限的问题,观点却颇不一致。梁慧星先生认为,物权原则上不受当事人所约定期间的限制。若允许当事人约定抵押权的行使期间,直接与抵押权的物权性质发生冲突。再者,抵押当事人约定抵押权的存续期间,与抵押权担保债权受偿的目的亦不完全吻合。抵押权以抵押物的交换价值担保债权的实现,债权不消灭,抵押权没有单独归于消灭的理由,如以约定的抵押期限对抗抵押权人,将极大地损害抵押制度的功能。^[4]故主张凡抵押人和抵押权人对抵押权的存续期间有约定的,不论其约定的原因、长短,一律无效。另有学者认为,抵押合同仍然应贯彻合同法的合同自由原则,尊重当事人的意思,如果当事人约定了抵押期限,视为抵押权人接受了对抵押权的期限限制,抵押权人只能在该期限内行使抵押权;尽管物权中的所有权具有无期限性,但并不排除其他物权的有期限性,以所谓物权的无期限性作为拒绝承认抵押权的期限

[2] 程啸:《中国抵押权制度的理论与实践》,法律出版社2002年版,第278-279页。

[3] 徐洁:《抵押权论》,法律出版社2003年版,第134页。

[4] 梁慧星:《中国物权法草案建议稿:条文、说明、理由与参考立法例》,社会科学出版社2000版,第614页。

性的理由是不成立的。^[5] 王利明先生则进一步提出,当事人约定期间,可以促使抵押权人及时行使其权利,有利于实现抵押物的担保价值,并不会降低抵押担保的信用,从而力主在我国的物权法中,确认当事人有权对抵押期限作出约定。^[6]

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第12条对当事人约定的或登记部门要求登记的抵押期限的法律效力,均予以否定。《物权法》第185条也未将“抵押期限”作为当事人订立抵押合同的“一般条款”予以列举,故立法者仍坚持否定态度的用意似乎更为明显。

完全否定当事人基于真实意思而约定的抵押期限的效力并不十分妥当。主要理由在于:第一,我国担保法中不仅没有明文禁止当事人约定抵押期限,而且该法第39条规定的抵押合同的内容允许当事人约定“当事人认为需要约定的其他事项”。这种规定实际上是为当事人约定抵押期限预留了法律空间,即只要当事人认为这种期限的约定符合自身利益,同时也不损害社会和他人的合法权益,则法律没有断然否定的理由。第二,物权的法定性,并不意味着在与物权相关所有方面均一概排除当事人的自由意思。物权法定性成立的合理性在于,物作为重要的生产、生活资料对社会生活和国家统治具有重要意义,因此物权必须在整体上优先反映国家意志。也正是基于此,国家意志实际上只需在物权发生以及实际运行的全程中,涉及国家和社会公共利益的环节,如物权的类型、物权的生效等“把关”即可。没有必要也不应该将国家意思贯彻于所有与物权相关的各个方面和环节。那种认为在物权领域一有当事人意思的存在,就与物权性质不相符合的观点,是对物权法定性过于僵化和绝对的理解。具体到抵押权,尽管它是一种物权,但是该权利本身都是当事人合意产生的结果,即法律对设定抵押权都交由当事人自愿决定,又为何要禁止当事人对抵押权存续期限的约定呢?更何况抵押期限的存在,本身与抵押权作为一种有期物权的性质是相符合的,并不必然与国家利益和社会公共利益相冲突,法律一概不承认其效力的做法确实有失武断。第三,从当事人约定抵押期限是否影响抵押权的担保信用及功能来看,否定当事人约定抵押期限的学者认为,“在保证担保的场合,保证人仅在保证责任期间承担保证责任,因为保证为人的担保;而抵押担保并非人的担保,是以抵押物的交换价值的持续存在和维持,担保债权的受偿,抵押担保的

[5] 何志等:《担保法判例研究与适用》,中国政法大学出版社2000年版,第308页。

[6] 王利明主编:《中国物权法草案建议稿及说明》,中国法制出版社2001年版,第447页。

信用取决于抵押物的价值维系,若允许以存续期间限制抵押权的效力,将直接降低担保的信用。”〔7〕人保与物保的基本区别在于,用以承担担保责任的财产是否特定化。从这一区别出发,并不能得出结论:抵押权就应当仅与抵押物的价值相维系,当抵押物存在时,抵押权就几乎等于永远存在,特别是在债权人都自愿同意对其享有的抵押权进行期限限制的场合。如果这样,将造成抵押物的流转和使用被长期限制,这对抵押人未免过于苛刻,对抵押物的社会经济价值的充分实现也十分不利,不利于抵押权的设立与抵押制度功能的发挥。而承认当事人约定的抵押期限的法律效力,在一定程度上减轻了抵押人的担保责任,是对债权人与抵押人之间利益的合理平衡,既有利于调动抵押人参与担保的积极性,也有利于促使债权人及时行使抵押权,加快物的流转,从而实现更优的社会经济效益。

当然,原则上承认当事人约定的抵押期限的效力,并不意味着赋予当事人在此环节以绝对的自由。否则,确实会出现与抵押权的设立目的和物权性质相违背的情况,故法律必须给予必要的限制:

第一,当事人约定的抵押期限早于或者等于主债务的履行期限的,应为无效。在现实生活中,当事人由于种种原因,会出现所约定的抵押期限等于甚至早于主债务履行期限的情况。如此时承认该约定的效力,则会出现主债务履行期限届满,正是抵押应当发挥担保作用时,抵押权却因约定的抵押期限同时甚至之前届满而消灭,这无疑与设立抵押权的根本目的相违背,应当归于无效。

第二,当事人约定的抵押期限,未经登记的,不得对抗善意第三人。实践中当事人往往会以不同的方式约定抵押期限,主要表现为以下两种情况:一是当事人仅仅在抵押合同中约定了抵押期限,而未将该约定在登记部门办理的登记文件中予以反映;二是当事人不仅在抵押合同中进行了约定,而且在登记文件中进行了公示。这两种不同的约定方式,应具有不同的法律后果。物权之所以具有对世效力,主要因为它通过一定的公示方式将其权利的设立与变动表彰于外,不特定的第三人能够知悉。抵押期限作为抵押权存续时间的限制,是抵押权内容的重要方面,如果仅限于约定双方知道,则应仅在当事人之间产生效力。要想和抵押权本身一样取得对抗第三人的效力,也必须采取与该权利一样的公示方式,使第三人有条件知道抵押权的负担情况。

综合上述原因,我们认为,抵押权人和抵押人可以约定抵押权的存续期间,

〔7〕 前引〔4〕,梁慧星书,第615页。

但该期间不得短于或者等于主债务的履行期限,未经登记的抵押期限的约定不得对抗第三人。这比现行立法和相关司法解释更为合理。

二、抵押期限与诉讼时效

当事人没有约定抵押期限或者所约定的抵押期限无效时,原则上抵押权应与主债权同时存在。但已届清偿期的债并非处于静态,往往会因各种原因罹于时效,此时,抵押权是否应受期限的限制,债权人是否还能就抵押物行使抵押权,是一个极具争论性的问题。该问题的实质是时效制度在对主债权产生影响时,如何波及其中从属权利(抵押权)的问题。

(一) 诉讼时效及其效力

民法领域的诉讼时效制度,实际包括取得时效和消灭时效两项制度。由于我国民事立法中,至今未采取得时效制度,故我国民法中所规定的诉讼时效制度,实质为各国近现代民法中的债权消灭时效制度。

德国民法典就对这两项制度作了分别规定:将取得时效作为物权的一种原始取得方式被规定于物权编,消灭时效被规定于总则编。德国民法典的消灭时效制度,是在后期历史法学派的领导人、潘德克吞法学的代表人物温德沙特创建请求权概念的影响下被规定下来的。受其影响,立法者于民法典第194条第1项规定:一方请求他人作为或不作为的权利(即请求权),得罹于消灭时效。^[8]之所以规定请求权消灭时效,其重要理由,在于举证上的考虑和利益。^[9]1888年公布的德国民法典第一草案立法理由书就此说明为:“请求权消灭时效的存在理由和目的,乃在于限制一方当事人依陈旧的请求权而要求对方继续履行其债务。”^[10]后在各国民法均认为,承认消灭时效制度的主要理由在于对长期存在事实的尊重、对举证困难的补救和对在权利上睡眠人的惩罚。

关于消灭时效的效力,在德国普通法时代,学者就有不同的见解,归纳起来,主要有三种学说:第一,诉权消灭主义,由萨维尼所倡。认为消灭时效完成后,权利本身依然存在,仅其诉权归于消灭。第二,权利消灭主义或强效力说,温德沙特所倡。认为消灭时效完成后,不单请求权消灭,而且权利本身也消灭。第三,

[8] 陈华彬:《外国物权法》,法律出版社2004年版,第323页。

[9] 林锡璋:《债权与担保》,日本法律文化社1997年版,第54页。

[10] Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I, 1888, 第291页;转自上引书,第54页。

抗辩权发生主义或弱效力说,由叶鲁图曼所倡。认为消灭时效完成后,权利的请求权不消灭,义务人取得抗辩权(永久抗辩权)。

以上三种学说,德国民法典采第三说,即“抗辩权发生主义或弱效力说”,认为罹于消灭时效的债权得作为自然债务而继续存在。^[11]该法典第222条第1项规定:“消灭时效完成后,义务人有拒绝给付的权利。请求权已罹于时效,而义务人仍为履行给付的,不得以不知时效已经届满为由而请求返还。义务人以契约承认或提供担保的,也同。”可见,罹于消灭时效的债权请求权,只要债务人不主张抗辩权,其效力便与一般请求权的效力没有二致。^[12]

从现行立法的规定来看,我国对债的消灭时效制度采纳了与德国民法典相同的观点,《民法通则》第138条规定:“超过诉讼时效期间,当事人自愿履行的,不受诉讼时效的限制。”同时,《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第171条明确规定:“过了诉讼时效期间,义务人履行义务后又以超过诉讼时效为由翻悔的,不予支持。”我国台湾地区“民法”第144条关于消灭时效的规定,也是采抗辩权发生主义,即债权虽然罹于消灭时效,但债权本身并不因此消灭,仅减损请求权的力量。因此,按各国的立法普遍所采的观点来看,从效力上总结,债权的消灭时效制度为在法律规定的债权的消灭时效期间届满后,债权人便丧失胜诉权,债务人从而可以拒绝返还所欠债务的制度。当然也有例外,“在日本,消灭时效的效果,一般认为是实体权消灭”。^[13]

(二) 诉讼时效与抵押期限之关联

在我国,因诉讼时效期间经过债权人的胜诉权消灭。那么,作为担保物权的抵押权的存续期限如何确定,即是随自然债权的存在而继续计算,还是因诉讼时效的经过而届满,我国《担保法》没有规定。比较世界各国或地区的立法例,大致有三种处理办法。

1. 抵押权不受主债权罹于时效的影响而永远存在

《德国民法典》第223条第1项规定:“以抵押权或者质权所担保的请求权,虽罹于时效,但权利人仍得就担保标的物受清偿。”其意义为:被担保债权罹于消灭时效,动产质权、抵押权应继续存在。立法者在债权罹于时效后,对待抵押权的态度与之前对债权的消灭时效所采“抗辩权发生主义”是一脉相承的。

[11] 前引[8],陈华彬书,第326页。

[12] 前引[9],林锡璋书,第58页。

[13] 前引[8],陈华彬书,第329页。

更为典型的立法是《瑞士民法典》第 807 条:“因不动产担保而登记的债权,不受时效限制。”即在以不动产为抵押物并办理了登记的情况下,主债权不受时效的限制,不存在罹于时效的可能,作为从权利的抵押权自然与其长存。

2. 抵押权期间因时效的经过而届满,抵押权归于消灭

这一立法例以日本和法国为代表。在日本,消灭时效的效果,一般认为是实体权消灭,所以被担保债权罹于消灭时效时,抵押权也随同消灭,抵押人可以请求注销抵押权的登记。如《日本民法》第 396 条规定:“抵押权,除非与其担保的债权同时,不因时效而对债务人和抵押人消灭。”对此,学者解释说:抵押权,仅在被担保债权因时效的经过而消灭时消灭,而不能同担保债权分离单独罹于消灭时效。^[14]如果说这一解释仍显复杂的话,那么在质权方面,上述观点表现得更为简单明了:“日本学者一般认为,被担保债权罹于消灭时效后,因债权消灭,依被担保债权和质权间的附从性关系,所以质权也随同消灭。”^[15]

3. 以诉讼时效的完成作为法定抵押期限的起算点,抵押权因该除斥期间而完成

如我国台湾地区“民法”第 880 条规定:“以抵押权担保之债权,其请求权已因时效而消灭,如抵押权人,于消灭时效完成后,五年间不实行其抵押权者,抵押权消灭。”其立法理由是:“谨按抵押权为物权,本不因时效而消灭。惟以抵押权担保之债权已因时效而消灭,而抵押权人于消灭时效完成后,又复经过 5 年不实行其抵押权,则不能使权利状态永不确定,应使抵押权归于消灭,以保持社会之秩序。”^[16]这一立法实质是认为,抵押权所担保的债权罹于时效后,如仍不对抵押权的存续期限作一定的限制,则对社会秩序和抵押人不利,故由法律将此时的抵押权强制性规定于一个确定的除斥期间内,如抵押权人仍怠于行使,则权利消灭。

比较上述三种立法,第一种立法例是彻底地贯彻了立法者将物权与债权相区别的思想,认为物权为具有绝对性的支配权,债权为具有相对性的请求权,故在价值取向上应以保护物权为侧重。体现在立法上,即规定债权应罹于消灭时效,物权则否。采此种立法例的民法典在制定时,对物权与债权作严格区分的思想正处于鼎盛时期,故在立法上作此区分确有必要,也有利于民法体系在概念及

[14] [日]我妻荣:《新订担保物权法》,岩波书店 1973 年版,第 422 页。

[15] [日]林良平主编:《注释民法》(8),有斐阁 1968 年版,第 248 页。

[16] 陶北川等编纂:《最新综合六法全书》,第 246 页;转引自前引[8],陈华彬书,第 331 页。

逻辑上的清晰与完备。但这在实践中容易导致抵押物的所有权上长期存有抵押权的负担,随时有被拍卖、折价的可能,有意买卖或租赁的第三人因此往往望而却步,限制了抵押物效益的发挥。尤其在现代社会资源有限、社会财富需要不断加速其周转与循环才能保持其价值或使之增值的情况下,更显得与现实需要之脱节。“同时,如果抵押人在一个较长时间经过后仍不行使抵押权,法律却不予限制,就等于鼓励债权人的这种怠慢行为置抵押人的利益于不顾。”^[17]

第二种立法例有利于抵押关系的及时清结,但忽视主债权与作为担保物权的抵押权的基本区别,不仅与民法基本原理相违背,而且消灭时效一经届满,抵押权同时予以消灭,也大大有损于设立抵押权的担保目的。故为大数国家立法所不采。应视为一种较为特殊和极端的立法。

第三种立法例对上述两种立法进行了折中,一方面在诉讼时效完成之后,再为抵押权设立了除斥期间,体现对物权与债权的区分和法律保护的侧重点;另一方面又避免了抵押权永久存在的弊端。除斥期间的设定,可以促使抵押权人及时行使抵押权,使抵押物上的权利状态尽快稳定下来,加速财产的流转,理顺社会经济关系。同时,为实现诉讼时效与抵押期间的衔接与转化,提供了新思路。

三、对我国抵押期间与诉讼时效立法完善的建议

我国立法对抵押期限的立法演变,截至目前共分为以下三个阶段:(一)“空白期”。由于《担保法》未对抵押期作专门规定,故该法出台后,抵押期限的认定与处理,特别是与诉讼时效的法律关系,实质处于立法空白阶段。(二)“弥补期”。2000年9月,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第12条第2款规定:“担保物权所担保的债权的诉讼时效结束后,担保权人在诉讼时效结束后的二年内行使担保物权的,人民法院应当予以支持。”显然,当时我国司法机关通过采纳上述立法例中的第三种,即我国台湾地区的规定,对《担保法》立法中的空白,于“司法”环节予以了弥补。(三)“确定期”。在物权法制定过程中,学界对抵押期限问题有不少讨论,代表性观点基本上是赞同担保法的前述司法解释的规定。^[18]但正式出台的《物权法》第202条规定:“抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权;未行使的,人民法院不予保护。”该规定实际上推翻了担保法的有关司法解释,采纳的是前述第二种以日本

[17] 余国华:《抵押权法专论》,经济科学出版社2000年版,第139页。

[18] 前引[4],梁慧星书,第658页。

为代表的立法例。

《物权法》第202条的规定有不妥之处,需要进一步完善,以增强其科学性和操作性。理由在于:

第一,以主债权诉讼时效届满之时作为抵押期限的终点,使得抵押期限仍有很大的不确定性。诉讼时效依民法之规定,存在很多中断、中止、延长的事由,因此其本身具有很大的不确定性。同时,在第三人提供抵押物的情况下,如果债权人怠于对债务人采取措施,只是通过催收通知不断中断诉讼时效,抵押人就只能眼看债务人经营状况不断恶化,却又不能预先追偿,^[19]等债权人行使抵押权时,债务人实际已无偿付能力,抵押人的追偿权实际上早已落空。故物权法的规定对抵押人的利益保护不周。而且,在债务已届清偿期后,债权人行使抵押权的条件就已经具备,没有理由一定要待主债权诉讼时效的经过。正是基于上述理由,我们认为,王利明先生在其《物权法草案建议稿》中第425条的规定更为合理,即“抵押权人和抵押人没有约定抵押权的存续期间或者其约定无效的,抵押权人自抵押担保的债权的清偿期届满后四年不行使抵押权的,不得再实现抵押权,或者经抵押人催告后一年内不行使的,不得再行使抵押权”。^[20]主债权履行期限届满后,就债权来讲,开始计算诉讼时效;就抵押权来讲,开始计算抵押期限,两者并行不悖,既清楚了,又较好地兼顾了抵押权人和抵押人双方的利益,避免了物权法的上述负面效果,同时,也更具有操作性。

第二,未区分抵押权与其他担保物权的不同,适用同样的除斥期间,显得不够细致、合理。在我国担保法上,作为担保物权的除了抵押权外,还包括质权、留置权。后两者与抵押权的重大不同在于质权、留置权的成立以债权人占有标的物为要件,而抵押权的设立恰以不转移抵押物的占有为条件。因此,从稳定占有关系的角度出发,法律应当根据各自不同的特点,分别予以考量,而不能作“一刀切”的处理。有学者就建议,“鉴于抵押权成立后,抵押物标的物仍由债务人或第三人占有,故抵押权存续的除斥期间应当较短,可以考虑规定3-5年;而质权、留置权,其成立因以债权人占有标的物为要件,所以其存续的除斥期间应当较长,可以考虑6-8年。”^[21]

第三,根据《物权法》第202条的规定,抵押权人在主债权诉讼时效结束未

[19] 按我国《担保法》第57条的规定,第三人只有抵押权人实现抵押权后才能向债务人追偿。

[20] 前引[6],王利明主编,第448页。

[21] 前引[6],陈华彬书,第333页。

行使抵押权,抵押人仅仅获得消极的抗辩权,即以法定期间经过,来对抗抵押权人的权利行使。就抵押权人来说,所遭受的不利法律后果也仅是抵押权的行使不能得到“法院的支持”。但只要抵押登记还存在,抵押人转让、再行设定抵押等法律行为均要受到很大限制。因此,抵押人的法律地位仍然过于被动。对此应当借鉴外国相关立法例,引入“以除权判决消灭抵押权制度”,赋予抵押人以积极权利,来消除抵押权状况的不确定状态。如《德国民法典》第1170条、1171条,《瑞士民法典》第871条等均规定不动产担保物权得因一定期间的经过,依抵押人提起除权申请,经公示催告程序,以法院判决的形式宣告抵押权无效。这种个案审查的方式,既不至对抵押制度的担保功能造成整体上的影响,又能很好地在具体案件中实现法律的公平与正义。