

论抵押权的性质

赵秀梅

(北京理工大学 人文社会科学学院, 北京 100081)

摘要:关于抵押权的性质,在法学界存在很多争论。传统的民法理论认为抵押权是担保物权,但根据我国现行立法的规定来看,抵押权不是典型的担保物权,而是具有债权的某些特征。因为抵押权没有所有权那样最终的支配力,也没有用益物权那样的现实支配力。此外,抵押权也不具有优先受偿和物权请求权的效力。根据传统的物权和债权的分类标准,已经很难对其定位,因为抵押权具有物权和债权的双重属性。将抵押权规定为物权或者债权,在某种程度上是由于立法政策决定的。

关键词: 物权; 抵押权; 债权

中图分类号: D923

文献标识码: A

文章编号: 1009-3370(2005)06-0050-03

传统的民法理论认为物权是指权利主体直接且排他地支配有体物的权利。物权包括所有权和他物权。他物权包括用益物权和担保物权。作为对标的物直接进行使用和收益的用益物权,将其分类为物权是没有异议的,但是担保物权是否是物权,则存在很多争议。有学者指出,抵押权为罗马法以来近现代各国民法最重要的担保物权制度,被称为“担保之王”。其含义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。这种权利是担保物权,是不移转标的物占有的物权,是为标的物卖得价金优先受偿的物权。^[1]也有学者提出,担保物权不是物权而是债权的观点,甚至有人认为,担保权不是物权也不是债权,而是债的担保方法。^[2]笔者认为,抵押权将其作为物权还是债权规定,在某种程度上是由于立法政策所决定的。比如,《法国民法典》将抵押权置于第三卷“取得财产的各种方式”,《德国民法典》始将抵押权规定于物权编中。《民法通则》在债权中规定了抵押与留置,1995年施行的《担保法》将保证、定金、抵押、质押、留置统一规定为债的担保方式。从现有的法律看,主要规定了抵押权的从属性及优先受偿性,但对其物权性,则缺乏全面的规定。《物权法草案》(第三次审议稿)第二条规定:“本法所称物权,指权利人直接支配特定物的权利,包括所有权、用益物权和担保物权。”这表明,在未来的《物权法》中,抵押权将作为担保物权来加以规定。笔者认为,抵押权不具有物权的典型特征。

一、抵押权不具有物权的支配力

物权最重要的特性是权利人直接支配标的物,无须义务人的协助,就可以直接实现权利人的意思,这也是物权区别于债权的特征。如果权利的实现,需要依赖债务人的意思表示

或行为才能实现,那就不是物权,而是债权。我国《担保法》第33条规定:“本法所称抵押,是指债务人或者第三人不转移财产的占有,将该财产作为债权的担保。债务人不履行债务时,债权人可以以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。”从这个定义可以看出,抵押权人不占有抵押的财产。抵押权人不占有抵押物,也就不可能直接支配抵押物,所以抵押权不可能像所有权那样有最终的支配力,也没有用益物权那样的现实支配力,因此从抵押权的设立方式来说,抵押权不可能具有物权的支配效力。

此外,从抵押权实现的方式来看,抵押权也不具有物权的支配力。我国《担保法》第53条规定:“债务履行期限届满抵押权人未受清偿的,可以与抵押人协议以抵押物折价或者以拍卖、变卖该抵押物所得的价款受偿;协议不成的,抵押权人可以向人民法院起诉。”这表明,抵押权人不可能根据自己的意志来支配抵押的财产,而是需要抵押人行为的配合,这正是债权实现的方式。当债务人不履行债务时,债权人不能直接支配债务人的财产,而是向债权人提出请求,请求债务人支配其财产,偿还债权人的债务,当债务人拒绝债权人的请求时,债权人可以向法院提起诉讼,请求法院判决债务人履行债务并赋予这种判决具有强制执行的效力。这被日本学者称为“债权的获取力”。日本学者加贺山茂在《担保物权法的定位》一文中指出,债权人所享有的对债务人财产的间接性支配权,即扣押债务人的财产,处分其财产进行折价得到满足的权能,被称为“债权的获取力”。^[3]从我国担保法的上述规定来看,并没有赋予债权人直接支配债务人财产的效力,因此抵押权从设立到消灭,抵押权人都没有物权的支配力。

另外,设定了抵押权的财产,抵押人仍然可以转让抵押物,这更进一步说明,抵押权人对抵押物没有支配性。我国《担保法》第49条规定:“抵押期间,抵押人转让已办理登记的抵

基金项目: 本文系北京理工大学基础研究基金资助项目(编号为: BIT-OBF-200509G4208)

收稿日期: 2005-08-29

作者简介: 赵秀梅(1969—),女,副教授,研究方向为民法学、公司法, E-mail: zhaoxiumei01@sina.com

押物的,应当通知抵押权人并告知受让人转让物已经抵押的情况;抵押人未通知抵押权人或者未告知受让人的,转让行为无效。”此外抵押人还可以将抵押的财产出租,无须征得抵押权人的同意,也无须告知抵押权人,这表明抵押权人对抵押物没有任何的支配力。

二、抵押权不具有优先受偿性

一般来说,物权的优先效力,是指当物权和债权相互冲突时,物权相对于债权而言,具有优先性。抵押权是否具有优先性?从担保法的规定来看,实际上是设定了抵押的债权具有优先受偿的性质,因为物权是一种直接支配标的物的排他的权利,因此即使承认抵押权是物权,也不能因此说抵押权具有优先受偿性,因为优先受偿是债权的特性。

既然抵押权不是物权,同时抵押权又不具有优先受偿的性质,那么设定了抵押的债权为何又能具有优于其他债权人的地位?有观点认为,抵押权作为物权之一,仍然具有优先性,该性质不因抵押权担保债权而消失。抵押权担保债权实际上是抵押权和债权相结合,或者说是抵押权附着在债权上,因此这种结合或曰附着,抵押权的优先性传染给债权,使债权发生性质和效力的变化,由原来的平等性转化为优先性,这类似于两种物质结合发生化学反应,使物质的性质改变。优先性体现在债权上,不是该债权的存在就排斥其他债权继续存在,而是该债权在顺位上名列前茅,顺位在先者先实现,债权的实现就是获得清偿,于是,债权的优先性就是优先受偿性。^[4]另有观点认为,设定担保的债权优先于普通的债权受偿,这是法律赋予此类债权的一种特殊效力,使其具有优先性。这是获得担保的债权与普通债权的区别所在,获得担保的债权优先于普通债权受偿。有担保权的债权人可以就变卖、拍卖担保物的价款优先受偿。这种优先效力与法律直接规定的一般优先权、特别优先权的优先效力并无二致,区别仅在于前者可由当事人约定设立,后者由法律直接规定先取得特权。法律规定了很多的先取特权,比如职工工资和劳动保险费用的先取特权、破产费用和税款的先取特权等等。但法定的先取特权与抵押权不同,前者属于优先权范畴,而后者属于债的担保方法,是为了保证债权实现而设立的,其最终是保证债权人的利益的实现而设立的,是设定在特定财产上的担保方式,但不能说,只要是设定在物上的权利就是物权。抵押权只是使所担保的债权较有保障,如果说这是一种利益,也只是顺序上的优势或便利。排在前面的比排在后面的有更多的机会,或许带来财产利益,但排在前面本身并不是财产利益。因此,可以说担保权有间接的财产利益,绝不能说担保权有直接的财产利益。凡物权必须以直接的财产利益为内容,担保权和人身权一样,只可能有间接的财产利益。因此设定了抵押的债权,只是具有了优先受偿的可能性,但并不是必然优先受偿,这一方面取决于债务人责任财产的总数量,另一方面还要受到法律的限制。^[5]笔者同意第二种观点,不是抵押权具有优先受偿性,而是其担保的债权优先受偿。我国担保法第69条规定:“债务人有多个普通债权人

的,在清偿债务时,债务人与其中一个债权人恶意串通,将其全部或者部分财产抵押给该债权人,因此丧失了履行其他债务的能力,损害了其他债权人的合法权益,受损害的其他债权人可以请求人民法院撤销该抵押行为。”这进一步说明,抵押权不是物权。

三、抵押权不享有物权的请求权

物权的请求权效力是指当物权的圆满状态受到侵害或有被侵害之危险时,物权人得请求妨害人一定行为或不行为,以恢复物权的圆满支配状态。对于物权请求权的具体范围,多数学者认为应包括“返还原物请求权”、“妨害除去请求权”、“妨害防止请求权”。

在传统民法学中,即使认为抵押权是担保物权的国家,也没有规定抵押权享有物权请求权。日本民法学界的通说认为,在第三人不法搬出了作为抵押物的不动产的一部分时(例如,将作为抵押物的山林中的木材砍伐后搬走的时候),抵押权人有权请求该第三人返还,但是,由于抵押权不以占有抵押物为内容,所以,抵押权人只能要求第三人将该财产返还到抵押人的名下。在我国台湾地区民法学界、实务界也认为抵押权不享有物权的请求权。例如,台湾“最高法院”的一则判例认为:“物上请求权,除法律另有规定外,以所有人或占有人始得行使之。此观民法第767条及第962条之规定自明。”笔者同意上述观点。因为返还原物的物权请求权是为了恢复所有人或者他物权人对标的物的占有为目的的,但抵押权的产生不以占有为内容。如果赋予抵押权人返还原物的请求权,则扩张了抵押权的效力,使抵押人获得了不应有的利益。另外,如果赋予抵押人返还原物的请求权,则会出现很多无法解决的问题。如当抵押物被第三人侵占时,抵押权人向第三人要求返还时,第三人应返还给抵押人还是抵押权人?又如,但抵押物上存在多个抵押权时,各个抵押权人是否都能要求第三人返还原物?如果第三人返还,而抵押人拒绝受领或者不能受领时,抵押物应返还给哪个抵押权人?另外,抵押人也不享有预防妨害的请求权。排除妨害的请求权通常发生在抵押权实行之时,在我国抵押权的实现通常都是通过诉讼才能实现的,在获得胜诉判决后,由人民法院对抵押物强制执行,委托拍卖机构拍卖或者折价、变卖,因此抵押权人已经通过司法程序排除了第三人的妨害,因此排除妨害的请求权也无法行使。^[6]

综上所述,笔者认为抵押权不具有物权的本质特征,而是具有债权的某些特征,但并非因此否认抵押权所具有的物权特性,在某些方面,抵押权仍具有物权的特性。例如抵押权的追及性。抵押权的追及行为为抵押权的基本特征之一。在罗马法上,抵押权的追及效力是通过萨尔维之诉的形式而得到完善。在近代大陆法的立法中,无论在以日耳曼法为传统的德国、瑞士民法,还是在以罗马法为传统的法国民法、日本民法,都毫无例外的承认抵押权的追及效力。在传统民法,遇抵押人处分抵押物的情形时,对抵押权人利益的保护,不是采取限制抵押人处分权的方法来实现的,而是采取赋予抵押权人追及权

或占有权的方法来实现的。抵押人设定抵押权后,其对于已设定抵押的标的物仍享有不受限制的处分权。但是,抵押人的处分行为对抵押权不发生影响,抵押权仍对抵押人已处分的抵押物而存在,抵押权人有追及至抵押物受让人而行使抵押权的权利,此即抵押权的物上追及力。此外,抵押权还具有物权的其他特性,如抵押权的特定性、物上代位性等物权特征。

这就是说,抵押权具有物权和债权的双重属性。“正如债权的固有性质浸入物权制度一样,物权的固有性质浸入债权制度,都是复杂的社会生活的体现。应当说物权和债权之间的区分确实是存在的,而且理论上也是清晰可见的。但是就物权法和债权法的某些具体制度而言,简单地划定一个理论上的分界却显得很不足够。”^[1]因为,除了所有权和金钱债权两者毫无例外地各自具备物权和债权的本质特征,而其他的权利,则

都或多或少地带有例外的性质。将某种权利作为物权还是作为债权,由于在某种程度上是根据立法政策来决定,故而不论作为物权或者债权,并不妨碍作为例外处理。这表明,物权和债权的联系越来越紧密,物权与债权的界限也越来越模糊,随之出现了一种对物权和债权关系的新认识,即物权和债权之间的差异或者对立,已经越来越减弱。台湾学者指出:“事实上区分某种权利为债权或物权恐怕也无太大实益,重要的是该权利具备哪些权能,例如租赁权具有对抗继受人之效力,则将其归类为债权或物权显已不重要,而信托占有又系混合债权和物权,则应以债权或物权称之,强为区分恐亦系自寻烦恼而无实益。”^[2]抵押权就是这样的一种权利,根据传统的物权和债权的分类标准,已经很难对其定位,因此,抵押权的性质在理论上的争议也是正常的。

参考文献:

- [1] 陈华彬.物权法原理[M].北京:国家行政学院出版社,2000.
- [2] [5] 孟勤国,冯桂.论担保权的性质及其在民法典中的地位[J].甘肃社会科学(兰州),2004(5).
- [3] 加贺山茂.担保物权法的定位[M].北京:法律出版社,2000.
- [4] 崔建远.完善抵押权制度七论[J].河北法学,2004(6).
- [6] 程啸.论未来我国民法典中物权请求权制度的定位[J].清华大学学报(哲社版),2004(5).
- [7] 尹田.物权法理论评析和思考[M].北京:中国人民大学出版社,2004.

The Nature of Mortgage Right

ZHAO Xiu-mei

(School of Humanities and Social Sciences, Beijing Institute of Technology, Beijing 100081)

Abstract: There are many arguments about the nature of mortgage right in legal studies. Mortgage right is a vouch right in the traditional theories of civil law. However, mortgage right, having some characteristics of debt right, is not typical of vouch right according to China's existing legislatures, because it has neither the ultimate dominance of ownership nor the real control of usufruct. In addition, mortgage right has neither the first compensated right nor the claim force of real right. It's difficult for us to classify the mortgage right according to the traditional classification standards of real right and debt right, because mortgage right has the dual nature of both real right and debt right. Classifying mortgage right into real right or debt right is to some extent based on legislature policies.

Keywords: real right; mortgage right; debt right

[责任编辑:箫 姚]