

抵押权的功能与实现

——以抵押物的处分为视角

姚其昕

(山东大学法学院, 山东 济南 250100)

【摘要】抵押制度是市场经济顺利发展的不可或缺的法律制度。抵押权在形成与发展过程中逐渐被赋予了债权保全与融资两个主要功能。对抵押物的处分,关系到抵押功能的实现。设计优良的抵押物处分制度,对促进市场主体的融资,市场经济的繁荣,均具有重大的现实意义。我国《物权法》第191条规定,抵押期间,抵押人经抵押权人同意转让抵押财产的,应当将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有,不足部分由债务人清偿。抵押期间,抵押人未经抵押权人同意,不得转让抵押财产,但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外。这体现了我国立法对抵押物转让的规定由严格限制转变为逐渐宽松,这种转变既有利于保护债权人的合法权益,又起到了债权保全功能,同时还保障了抵押人的合理处分权利,实现了抵押权的融资功能。

【关键词】抵押权;抵押物处分;抵押功能

【中图分类号】D923.2 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1673-1883(2013)03-0081-05

在当今发达的市场经济中,抵押制度已经成为促进市场经济繁荣不可或缺的法律制度之一。抵押制度解决了市场主体资金暂时短缺之痛,有效维护了市场经济的持续发展,因此抵押制度设计的优劣与否,对市场经济的繁荣具有现实意义。而抵押权的功能是抵押制度的关键所在。

从古罗马法的规定来看,抵押作为一种担保方式,首先是以保全债权实现的面目出现的。抵押权属于物权的一种类型,抵押权因抵押行为而对抵押物拥有支配权和追及权,保全债务的履行是抵押的主要功能。另一方面,抵押除了行使保全债权的功能外,还逐渐发展出了融资功能。因此抵押权既应强调融资功能,以促进市场活力,也应保全债权,保障债权人的利益。因此抵押法律制度的设计,应从有利于抵押两种功能的发挥出发,起到促进市场经济繁荣的作用。

一、抵押权的历史演进

考察罗马法可知,作为一种担保方式,抵押权并不是最先出现的。担保方式产生的先后顺序分别是:信托、质权和抵押权。信托指的是当事人一方用要式买卖或拟诉弃权的方式,移转其物的所有权于他方,他方则凭信用,在约定的情况下,仍把原物归还物主。在信托关系中,债权人因经过要式买卖或拟诉弃权而取得担保物的市民法所有权,对担保享有一切物权。但为避免债务人对担保物失去使用和收益,当事人常以容假占有或租赁的办法允许将该担保物仍由债务人保留。债权人在受到清

偿后,应将担保物返还债务人。但这种信托担保方式存在着对债务人不利的情形,即债务人在偿还债务前,担保物的所有权已经转移给债权人,如果债权人背信弃义,将担保物转让给第三人,则债务人最多有“信托诉”而无“物件返还诉”以追回原物。质权,指为了担保债权,债权人在给付未履行前留置债务人或第三人交付的质物,于债务人给付迟延时出卖质物以清偿债务的担保方式。质权无须繁琐的设立程式,只须交付质物即可,且不转移质物的所有权,因此债权人不能像信托那样随便出卖质物,在质权人破产时也不影响出质人对质物的权利,所以对出质人的权益有较好的保障,成为一种简便而优于担保信托的制度。但质权的局限性在于,因出质物由质权人占有,出质人不能对出质物加以使用与收益,亦不能重复设定质权,纵使质物的价值远远超过所担保的债权,也只能为一个债权人提供担保。由于质权存在上述缺陷,对于地主和佃农之间的质权来说尤为突出,因而罗马引进希腊法制,形成抵押权制度。古时罗马农民都很贫穷,除农具及家畜外,没有其他值钱的东西,而佃租例须预付,否则便要提供可靠的担保,而农民如果将用以谋生的农具、家畜等出质,则无法正常进行农作,因此而产生了一种变通的担保方式,即经双方约定不转移担保物的占有,仍由农民保留农具、家畜继续使用。最初,这种约定没有法律效力。共和国末年和帝政初期,大法官萨尔维乌斯规定,佃农到期不付租金,地主得申请令状,取得担保物的占

收稿日期:2013-07-12

作者简介:姚其昕(1991-),女,山东临沂人,山东大学法学院2009级英语法律双学位班本科生,研究方向:法学。

有而处分之,后被称为“萨维尼亚努姆令状”。但这仅对佃农有效而不能对抗第三人,如供担保的农具、家畜落入第三人之手,地主的权利就得不到保障。为此,大法官赛尔维乌斯又授予地主以物权,使其可对佃农或第三人提起“赛尔维尼亚那诉”,追及该担保物而扣押之,从而兼顾了地主和佃农双方的利益。因抵押人仍为抵押物的所有人与占有人,在不侵害抵押权的范围内,仍可利用和处分抵押物,而抵押权人则因对抵押物享有物权,不复占有抵押物的必要。后来随着商业的发展,抵押物的范围扩展到农具和家畜之外的物件,工农商业各个阶层人民渐渐都开始援用此法,“抵押诉”的保护普及全罗马。抵押人虽对当事人的利益保护周全,但第三人则易受侵害。因罗马当时既缺乏抵押权登记制度的保障,抵押物又不经转移占有,故在同一物上有多个抵押权时,抵押权实现的先后顺序没有依据,容易导致债务人与后设定抵押权的债权人相串通,将后抵押人的抵押日期提前而损害前抵押权人的利益。此种做法经欺诈之诉受到制裁,但这种制裁只是一种消极的防范,民间急需一种积极的预防措施。因此,民间出现了地上立碑记载抵押的事实和日期。以后莱奥一世规定,抵押契约应交存国家有关机关备案,或者至少有三个以上具有良好信用的人在契约上签名证明,以确定的时间顺序来清偿债务,设定在先的抵押权优于后设定的抵押权。

二、抵押权的功能

从上述抵押权产生、发展的历史演进来看,抵押作为一种担保方式,因其在债权保全功能和融资功能上的优越性而在经济活动中被大量应用。首先,抵押权能够保障债权人债权的顺利实现,即抵押权具有保全债权的功能。从古罗马法的规定来看,抵押权属于物权的一种,因抵押权的设定,抵押物的自由流转受到限制,抵押权人基于其对抵押物的支配权,可以对抗抵押物的所有人和第三人。抵押权亦具有追及力,抵押权的追及力体现在不论抵押物是否受其支配,抵押权人均有权就抵押物的交换价值而优先受偿。抵押权的这种追及效力大大强化了对抵押权人的保护。其次,抵押权亦能保障抵押人作为抵押物的所有权人对抵押物行使占有、使用、收益的权利,甚至能再次设定抵押,起到融资作用,且随着市场经济的发展,其融资功能愈加凸显。抵押人设定抵押的最终目的在于融资,以解决其资本短缺之困,抵押权的设定,并非剥夺抵押物所有人的处分权能,故在抵押物权未行使以前,所

有人仍享有广泛的权利。如对不动产设定役权、地上权、再设定新的抵押权、甚至出让抵押物等。这就是说,抵押权设定后,抵押人仍有权利处分抵押物,但前提是抵押人行使抵押物处分权的条件是不损害债权人的利益。从繁荣资本的角度,需要强调抵押权的流通性。因此,抵押权在不影响抵押物流转的前提下,既具保全债权之功能,又具有为债务人融资之功能。抵押权保全债权和融资功能的发挥,乃是基于对抵押物处分的合理规制。

三、立法对抵押物处分的规制

抵押物能否自由流通,是抵押物处分制度的重要内容。对抵押物处分的规制,需要考量诸多因素,其中抵押物的流通性,至为关键。抵押物的流通涉及到抵押物的再融资功能,其涉及三方主体的利益,即抵押权人、抵押人、受让人。如何平衡此三方主体的利益,是抵押权功能实现的重要方面。三方利益应合理兼顾。一方面,要保障抵押权人其抵押权对债权担保作用的发挥,因为设置抵押权的目的在于保护抵押权人的债权的顺利实现,如果违背这一目的,抵押权制度也就失去了其存在的基础。另一方面,在保障抵押权人利益优先的情况下,也不能过分忽视对抵押人和受让人的合法权益的保护,严格限制抵押物流转亦会扼杀市场经济的活力。从物权法的立法价值的角度来看,“物尽其用”亦是应考量的因素,即“物”上虽然被设定抵押,其处分受到一定的限制,但《物权法》的制度价值“在使其利用,而不在使其所有,亦即法律所以保护所有权者,乃期其充分利用,以发挥物之效能,而裕社会之公共福利。”因此,抵押财产处分的意义不在于处分本身,而在于抵押财产的处分能否促进抵押财产的价值和增值。

(一)抵押物处分的模式

一般来说,抵押物处分方式大致可以分为两种模式:一种是价金物上代位主义,即抵押权人通过将其支配权的客体从物转移到价金来实现抵押权的保全功能。这种模式,是通过牺牲抵押人对价金的支配权来保障债权人的利益,受让人亦可通过价金代位排除抵押权的追及力,获得抵押物完整的所有权。一种是抵押权追及效力主义,即抵押权人拥有对抵押物追及的权利。这种模式是以牺牲受让人的所有权来保障抵押权人。

(二)我国立法抵押物处分模式的选择

我们国家抵押制度的立法,对抵押物的规制经历了如下发展变化的过程。

1. 从同意主义到通知主义再到同意主义

在《担保法》未实施之前,对抵押物的转让,我国采取的是抵押权人同意主义,即未经债权人同意,抵押人不得转让抵押物,否则转让视为无效。最高人民法院在《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干意见(试行)》中规定:抵押物如由抵押人自己占有并负责保管,在抵押期间,非经债权人同意,抵押人将同一抵押物转让他人,其行为无效。《担保法》实施后,对抵押物的处分采取了通知主义,即抵押物的转让,只需抵押人在转让前对抵押权人履行通知义务,对受让人履行告知义务即可。如《担保法》第49条规定“抵押期间,抵押人转让已办理登记的抵押物的,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”。2000年实施的最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第67条第1款规定“抵押权存续期间,抵押人转让抵押物未通知抵押权人或者未告知受让人的,如果抵押物已经登记的,抵押权人仍可以行使抵押权;取得抵押物所有权的受让人,可以代替债务人清偿其全部债务,使抵押权消灭;受让人清偿债务后可以向抵押人追偿”。《物权法》采取的是同意主义,对抵押物的转让需抵押权人同意。其第191条规定:抵押期间,经抵押权人同意,抵押人可以转让抵押财产,但应将转让所得价款提前清偿债务或予以提存。从同意主义到通知主义再到同意主义,表现了立法者对三方主体利益平衡的努力。

2. 从绝对无效到有条件有效

《担保法》第49条规定,抵押期间,抵押人转让已办理登记的抵押物的,应当通知抵押权人。未通知抵押权人的,转让行为无效。《物权法》第191条规定,抵押期间,抵押人未经抵押权人同意,不得转让抵押财产,但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外。从转让无效到代为清偿,则表明了立法对抵押权融资功能的重视。

四、抵押物处分制度对抵押权功能实现的影响

如上文所述,抵押权具有保全债权和融资两项功能,而这两项功能的充分实现,需要立法对抵押物的处分作出合理限制。

对于现行《物权法》对抵押财产处分的规制是否合理,理论与实务界众说纷纭。有的学者认为,现行立法对抵押物转让的限制是“立法的倒退”。

原因如下:从《民法通则》到《担保法解释》,对抵押物的转让规则是由“同意转让”到“通知转让”再到“无条件转让”的演进。应当说,这是我国物权法不断取得进步的一个例证。但《物权法》的规定竟又回到了这一进步历程的起点。也有的学者认为,《物权法》对抵押物转让的规制,保持了比较宽松的立法态度,将价金物上代位主义和抵押权追及效力以及涤除权制度相整合,适应了我国市场经济条件下对物的流通的需求。那么,《物权法》对抵押物处分的规制,其能否有利于抵押功能的充分实现呢?

笔者认为,《物权法》对抵押物处分的规制,基本上能够满足市场经济对担保制度的要求,既保护了债权人的合法权益,起到了债权保全功能,又保障了抵押人的合理处分权利,实现了抵押权的融资功能。

(一) 从限制到自由

《物权法》对抵押财产处分的规制,充分适应了市场经济条件下市场交易的需求。有的学者认为,《担保法》司法解释所体现的对抵押物的自由流转精神优越于《物权法》的规定。因为《担保法》司法解释对抵押物的规制是“自由流转”,而《物权法》则是“限制流转”。笔者认为,其实《物权法》对抵押物处分的规制与《担保法》司法解释所规定的对抵押物的处分所体现的精神实际上是一脉相承的,与我国一贯的对抵押物的立法精神也是一脉相承的,即我们国家对抵押物转让的规制,基本上经历了一个从严格限制到逐渐宽松的演变过程。

抵押人对抵押物享有所有权,包括占有、使用、受益、处分权能。但抵押权权能的实现,受到一定的制约。首先,抵押权为抵押物设定了权利负担,当债务人到期不能清偿抵押担保的债权时,抵押权人对抵押物予以变价而优先受偿。抵押人不能以其抵押物所有权人的身份对抗抵押物的变卖。其次,在抵押期间,抵押人不能有损害抵押物价值的行为。若由于抵押人的原因而导致抵押物贬值,抵押权人有权要求抵押人停止侵害行为,并恢复抵押物减少的价值,或者要求抵押人提供担保。

抵押物能否自由流转,并不取决是否需要经过债权人的同意,而是要看抵押物在这种规制下能否最终得到流转。

《担保法》对抵押物的处分采取的通知主义,即抵押人转让抵押物并不需要抵押权人的同意,只要通知其转让的事项即可。从表面上来看,立法似乎更加倾向于保护抵押物的自由流转,因为相比《物

权法》要经过债权人同意而言,通知债权人这一义务似乎要比征得债权人同意容易得多。但仔细分析其实不然。《担保法》规定,未通知债权人的,转让行为无效。此规定为抵押物的自由流转制造了阻碍,且没有任何救济途径。因为,虽然通知债权人即可转让抵押物与征得债权人同意才可转让,相比之下要容易的多,但抵押人若没有通知债权人,抵押物却绝对不能转让,转让行为无效。而《物权法》虽然规定,抵押物的转让需要经过债权人的同意方可,但又规定了除外条款,即未经抵押权人同意,受让人同意代为清偿债务的除外。此规定,实际上为抵押物的自由流转创造了良好的外部环境。抵押物的处分在《物权法》的规制下,实际上是没有“死胡同”,是可以“自由流转的”。但此处的自由流转并不是无条件的自由流转,若如此,则会破坏抵押权的物权性,从而在根本上破坏了担保法的立法基础。因此《物权法》对抵押物处分的规制保障了抵押物在实现保全功能的前提下亦可实现融资功能。

(二)从被动到主动

对抵押权人债权的保护,是担保制度的应有之义。《物权法》采取的债权人同意主义,使得债权人对抵押物的支配从《担保法》规定的被动变成了主动,更有利于对债权的保全功能的实现。在《担保法》规制下,虽然债权人对抵押物是否能够转让没有发言权,其只能被动的接受通知,而不能提出异议,但抵押人若不通知债权人,抵押物亦无法转让。此规定实际上属于多余,既不能促进抵押物流转,亦不能保护债权人。在这里,债权人对抵押物转让的事实只能被动接受,但“通知”的效力又颇为巨大:若不通知债权人,则转让无效。实际上,若出现因抵押人没有通知抵押权人而导致抵押物转让无效的情况,抵押人完全可以重新通知债权人而赋予转让行为以法律效力。而《物权法》对抵押物处

分的规制,既赋予了抵押权人的主动权,未经抵押权人同意,抵押物转让行为无效,又促进了抵押物的流转,受让人若代为清偿债务,未经债权人同意的转让行为同样可以发生效力。因此,《担保法》规定的债权人是事实上的“被动”,不利于对债权的保全。而《物权法》规定的债权人“主动”,则既主动又被动。其主动之处在于债权人可以在一定程度上支配抵押物的处分,但在能够保全其债权的情况下,其又是被动的,抵押物可以自由处分。从这个意义上说,《物权法》规定的抵押物处分制度,对于实现抵押权的保全与融资功能,是“良法”,能够促进市场经济的活力。

从上述担保法产生、发展的历史演进来看,担保法首先是为了债务人的融资而产生的。因债务人亟需资金予以周转,担保制度因之而生。担保首先是融资手段,其制度目的亦是为了融资,因此担保制度的设计首先应考量的因素是能否适应融资的需要。担保制度的融资功能是通过担保物的处分而实现的。对担保物的处分,既要保障债权人的利益,对担保物的流转予以限制,又要保障债务人作为所有权人的利益,对担保物的流转予以放开。对抵押物流转的限制,是通过担保予以融资的需要,因为只有保障债权人的利益,债权人才愿意与债务人发生借贷关系,否则债权人会基于自身利益考量而拒绝与债务人发生借贷。但凡事均会矫枉过正,若一味的过于限制抵押物的流转,则又与质权无异,甚至抵押权人对抵押物拥有的权利若与所有权人无异,则会大大削弱抵押物的使用与交换价值,阻碍市场交易的发展。因此,对抵押物处分的自由限度的规制,是抵押制度立法的精神所在。我们国家物权法对抵押物处分的规制,既较好的平衡了债权人与债务人双方利益的保护,又较好的兼顾了债权保全与融资功能的实现。

注释及参考文献:

- [1]周楠.罗马法原论[M].商务印书馆,1994:422.
- [2]刘清波.民法概论[M].台湾开明书店,1979:498.
- [3][日]我妻荣:债法在近代法中的优越地位[M].王书江等译.中国大百科全书出版社,1999:53.
- [4]郑玉波.民法总则[M].中国政法大学出版社,2003:17.
- [5]房绍坤.抵押权立法三题[J].广州大学学报,2005.12.
- [6]黄松有.中华人民共和国物权法条文理解与适用[M].人民法院出版社,2007:574.

Realization of the Function of Mortgage ——From the Standpoint of Mortgagee's Disposition Right

YAO Qi-xin

(Law School of Shandong University, Jinan, Shandong 250100)

Abstract: The mechanism of mortgage is a necessity for the healthy development of the market economy. The right to mortgage has two main functions, namely to guarantee the debit and to raise funds. The mortgagee's disposition right is of great importance to the realization of these two functions. A well developed mechanism of mortgagee's disposition right will not only give enterprises more access to funds, but also promote the prosperity of the economic market. Article 191 of the China's Property Law provides that "In case a mortgagor transfers the property under mortgage during the mortgage term upon consent of the mortgagee, the mortgagor shall pay off its debts to the mortgagee with the money incurred from the transfer in advance or submit the said money to a competent authority for keeping. The value exceeding the obligee's rights shall belong to the mortgagor, and the gap shall be paid off by the obligor. A mortgagor shall not transfer the property under mortgage during the mortgage term without the mortgagee's consent, unless the transferee pays off the debts on its behalf so as to eliminate the right to mortgage." This provision reflects that the restrictions on the transfer of the mortgaged property have been relaxed. This kind of change is beneficial to the legal right of creditor and at the same time guarantees the mortgagee's disposition right, thus realizes the funds-raising function of mortgage.

Key words: Right to Mortgage; Disposition Right; Functions of Mortgage

(责任编辑:李进)

(上接80页)

③在霍布斯的契约论中,主权者并未参与契约,而是人们共同达成契约,选出一个或几个主权者将权利交给他(们),主权者不受契约约束、对公民并不负有责任。因此,霍布斯的社会契约也被称为“伪契约”。

[1] 段德智. 西方死亡哲学[M]. 北京: 北京大学出版社, 2006.

[2] [英] 霍布斯. 利维坦[M]. 黎思复, 黎廷弼译. 北京: 商务印书馆, 1985.

[3] 徐向东. 自由主义、社会契约与政治辩护[M]. 北京: 北京大学出版社, 2005.

[4] 杨帆. 自然权利理论研究[D]. 吉林大学, 2007.

[5] [美] 列奥·斯特劳斯. 霍布斯的政治哲学[M]. 申彤译. 上海: 译林出版社, 2001.

The Significance of Death in Hobbes's Political Philosophy

ZHANG Xuan

(College of Humanities, Guizhou University, Guiyang, Guizhou 550025)

Abstract: The problem of death stemming from human's self-consciousness and the sense of time is an important topic in Western philosophy. As a founder of modern political philosophy, Hobbes constructed his political philosophy by the inseparable consideration on death. This essay attempts to analyze Hobbes' views of death in hypothesis about the state of nature, social contract theory, and natural rights theory for seeking the significance of the death in his political philosophy.

Key words: Hobbes; Death; State of Nature; Social Contact; Natural Rights

(责任编辑:李进)