

# 当代不动产法评述(十三)

特邀撰稿人 中国社会科学院法学所民法室副主任孙宪忠博士

## 十、不动产抵押权

### (一) 担保、担保物权、抵押权的概念及其意义

#### 担保

在经济实践中常常会发生债的法律关系。在债的法律关系中，债务人对债权人承担着以自己的财产或者行为来保证债权人的权利实现的义务。但是，债务人对他的任何一个债权人都可以这样作出保证，它比较空泛，缺少法律上所说的信用。所谓法律上的信用，就是在债务人的保证义务之外，还要有一个特别的措施，来保证债权人权利的实现。这个措施就是担保。担保就是以他人的财产、或债务人诸多财产中的某些特定的财产，来确保债权人权利实现的各种措施的总称。担保是债务人的一个或数个债权人所获得的一项相比其他没有担保的债权人的特权。依靠这个特权，债权人的权利可以更有把握地得到实现。

担保在法学上分为人保和物保。所谓人保即保证，即债务人之外的第三人向债权人所作的一项承诺，其内容是：当债务人届时不履行义务时，保证人以自己的财产来保证债权人权利实现。所谓物保，就是债务人或第三人为担保债权人权利的实现而向债权人提供一定的物品供其支配，当债务人到期不履行债务时，由债权人依据其所支配的物品或者金钱实现其权利。物保一般比人保可靠。

#### 担保物权

所谓担保物权，即债权人根据物保所取得的权利，具体说，即债务人届时不履行债务时，债权人以债务人或者第三人所提交的财产的买价来优先获得清偿的权利。担保物权的本质，是优先求偿，即被担保的债权人具有排除其他债权人而优先地从担保物的价值中求得偿还的权利。担保物权分为两大类，即不动产担保物权和动产担保物权。目前世界各国的担保物权制度区别很大，但是也有一个基本的规律：不动产担保物权以抵押权为核心，而动产担保物权以质押权为核心。我国“担保法”规定的担保物权，仅有抵押权和质押权两种。

#### 抵押权

##### 抵押权与质押权的主要区分。

法律将抵押权和质押权作明确区分的原因，首先在于不动产与动产在价值上有明显的差异，不动产价值巨大，它能担保的债权的价值一般也比较大，担保的信用也更可靠。其次，不动产物权和动产物权所遵守的物权公示原则有根本的区别，不动产物权的设立、变更等，以登记为公示手段；而动产物权的公示方式是占有的交付。最后，抵押和质押的法律制度有很大的差异。抵押制度的复杂性是质押制度远不可比拟的。目前世界各国的法律一般将价值明显大于其他动产的车辆、船舶及飞行器等，在法律上当作不动产，在这些动产上设立的担保物权为抵押权，并遵守抵押的规则。但是，无论如何，不动产抵押权是抵押权的典型状况。因为市场经济的需要，抵押权制度成为当代不动产

物权法最重要的组成部分之一，而且抵押制度的内容发展变化也很大，出现了使得抵押权能够流通、加快其流通的倾向。比如在德国，在法律上有流通型抵押权、证券式抵押权等。

#### 抵押权的法律意义。

抵押权的基本法律意义在于，为债权人在其原有的债权请求权之外又增加了一项物权请求权。债权人依据其债权，可以向债务人提出履行义务的请求权，这就是债权人的债权请求权；而设立抵押权，又给债权人增加了一项请求项，即支配设置抵押的不动产、并从对抵押标的的买价中优先实现其权利的物权请求权。实际上，债权人享有双重请求权，是担保物权法律关系的基本特征。

#### 抵押权的特征。

首先，抵押权是价值求偿权。抵押权为典型物权，但它不以物的用益为目的，而是以价值求偿为目的，它是区别于用益物权的另一种限制物权。

其次，抵押权是优先权。普遍承认的法理是，抵押权的本质特征，是当债务人到期不履行债务时，作为抵押权人的债权人享有排斥其他债权人的优先求偿的特殊地位。

再次，抵押权是物的信用。抵押权作为物保，在国际上被称为物的信用 (realcredit, Realkredit)，以区别于保证所产生的个人信用 (personal credit, Personaldredit)。物的信用的长处在于它的稳定性，不动产抵押权的信用高于动产质押权的信用。

最后，抵押权具有附随性。所谓附随性，或称为依附性，指的是抵押权和所担保的债权之间的固有

主持人 王民忠



联系：抵押权为所担保的债权设立、存在、移转，并直接担保债权人的权利实现。在担保关系中，被担保的债权为主权利，而抵押权为从权利或附属权利，从权利只能为主权利存在和实现而存在。

## (二) 抵押权的设立

设立抵押权应遵守的基本原则 在世界比较著名的民法立法及学者的著述中，普遍承认抵押权的设立应遵守如下基本原则：抵押权只可以为未来实现的债权而设立的原则。对已经届临履行期限的债权不能设立担保其实现的抵押权，因为这是一种损害其他债权人的行为。抵押权担保的债权的范围必须明确肯定的原则。抵押权的标的必须肯定的原则。用来作为抵押的，到底是什么不动产、它的范围、它与其他物的关系，都表现在设立抵押权时明确地肯定。

登记原则。抵押权只能以登记设立。故抵押登记，实质是设立物权的登记。不经登记设立的抵押权，内容和效力都有很大的法理缺陷。顺位原则。对顺位上文不动产登记的基本原理和规则一节已经述及。抵押权必须也必然有顺位，顺位权是抵押权人所享有的程序权。优先顺位的抵押权对后序顺位的抵押权有绝对排斥的、优先实现的效力。

### 抵押权的支配范围

因各种不动产和土地的自然联系，故在设立抵押权时，必须首先明确所设定的权利的支配范围。抵押权的支配范围的问题实际上是土地的所有权人和土地的其他权利人之间的关系问题。如果土地上存在他人的权利，而且该权利设立在抵押权之前，那么对此权利所支配的土地部分以及地上的建筑物、附从物等，在设立抵押权时，不得将其作为抵押权的标的。

然而，土地上的一些独立物权，如地上权，也可以负担抵押权。在地上权上设立的抵押权，其支配范围只是地上权所支配的范围，而不是土地的全部（其实是土地所有权所支配的范

围的全部）。

### 抵押所担保的债权

我国《担保法》第46条规定：“抵押所担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现抵押权的费用。”这一规定与国际上普遍的做法一致。由此可以看出，抵押权所担保的债权具有如下特征：抵押权所担保的债权，是以金钱求偿为目的的债权。该权利不一定因借贷而生，一切具有合法原因的金钱求偿权，甚至包括依据法院判决而产生的损害赔偿金，都可以用抵押权担保。抵押所担保的债权，必须有确定的债权人，确定的债务人，确定的金额，确定的抵押标的。抵押所担保的债权可以附条件和附期限。

### 抵押设立协议与登记

#### 抵押权设立协议

我国担保法规定，设立抵押权必须订立书面合同。在德国及我国台湾等地的法律中，强调设立抵押权必须有当事人的物权合意。虽然这两种立法区别很大，但是，在要求当事人对设立抵押权有法律行为这一点上，它们是一致的。不论设立抵押权的合同还是合意，作为法律行为，其有效的条件和一般法律行为的生效条件一致。

#### 登记

我国的立法与世界大多数国家和地区的立法都提出了设立抵押权应当登记的要求。上文在探讨不动产登记的效力时曾经指出，依据法理，抵押权的设立应当采纳实质主义登记，即登记对抵押权的设立有决定其是否生效的作用。我国担保法第43条第1款采纳了这一原则。但是该条第2款又规定不登记者不得对抗第三人，这又是日本的做法。应当认为，该条第1款的规定是原则，而第2款只是对实践中目前人们法律素养较弱这种现象的补正性规定。

## (三) 抵押权的实现

### 抵押权实现的意义

所谓抵押权的实现，指的是抵押权人在抵押条件成熟时向指定的不

动产主张权利，以清偿该抵押所担保的债权的行为。因抵押权就是为债权的实现而设立的权利，故抵押权的实现，本质是抵押权所担保的债权的实现。抵押权的实现表现为向抵押标的寻求清偿的一系列制度。

实现抵押权的基本条件——抵押条件成熟的一般含义。

所谓抵押条件成熟，就是以抵押标的为客体向抵押人行使物权请求权的条件已经具备。抵押权为担保债权的物权，故抵押条件的成熟的根本原因，就是债务人到期不履行义务、使用债权人的权利不能以债务人的履行义务的行为直接获得清偿。

抵押条件成熟前抵押权人的权利。

因抵押权的设立并未否定和剥夺抵押人对抵押标的的所有权，故在抵押条件成熟之前，因抵押人即物的所有权人或者第三人的行为，抵押标的的价值可能会降低甚至彻底损耗，这实际是侵害抵押权人的权利。故在抵押条件成熟之前，抵押权人可以享有要示不动产的所有权人和第三人停止损害的权利、甚至提前实现抵押权的权利，以保护自己的利益。

抵押条件成熟时所有权人或者其他人的清偿

#### 所有权人的清偿权

许多国家法律规定，在抵押条件成熟时，抵押标的的所有权人有用自己的金钱清偿债务而保留对抵押标的的所有权的权利。这就是所有权人的清偿权。所有权人的清偿权，一般解释为只是非债务人的抵押标的的所有权人所享有的权利。这一规定的意义，是保护标的物的所有权人的特别利益。一般认为，所有权人清偿权的相对人是债权人，当所有权人主张自己清偿时，债权人不得不接受。

除抵押标的的所有权人之外，其他对标的物有权利的人，包括债务人，都可以请求清偿，以保护自己的利益。

实现抵押权的方式——对标的物的拍卖

当抵押条件成熟时，债权人可以

主持人  
王民忠

主张抵押权，以抵押标的价值来实现自己的债权。这样，就开始了实际实现抵押权的步骤。各国法律一般均规定了实现抵押权的基本程序。这一程序的共同特点是，实现抵押权，只能采取对抵押标的公开变价的方式，即拍卖方式，以当时当地的市场价格出卖标的物，并从其价款中使得抵押权人优先受到偿还。

各国法律一般在实现抵押权的方式上依法明确禁止“流抵押”。所谓流抵押，就是当事人约定，在抵押条件成熟时质押权人不经公开方式进行评价就获得抵押物的所有权。流抵押损害抵押人即抵押标的物的所有人的正当利益。

#### 所有权人的抗辩权

所谓抗辩权，即债务人对债权人的清偿请求予以拒绝的权利。因抗辩权的这种性质，该权利又被称为给付拒绝权。抗辩权是民法学上的一种形成权。

抵押权人有权向抵押标的主张权利。但是各国法律又同时规定，抵押人此时也享有一些能够保护自己利益的抗辩权。比如在德国民法中，抵押人的抗辩权主要有两种：一是针对抵押设立的抗辩权，即标的物的所有权人可以提出抵押权的设立有瑕疵；另一种是针对抵押权移转的抗辩权，即标的物的所有权人可以提出抵押权的移转行为有违法的情节等。这些抗辩权当然可以在抵押成熟、抵押权人主

张权利时提起，也可以在抵押不成熟而抵押权人主张权利时提起。通过行使抗辩权，抵押标的物的所有权人的正当利益能够得到更合理的保护。

#### (四) 抵押权的消灭

所谓抵押权的消灭，指的是使得抵押权在法律上消灭的事实。抵押权消灭的法律后果是抵押权人不再享有向标的物主张抵押权的权利。

抵押权消灭的原因主要有：抵押权人放弃其权利。任何物权可以由权利人放弃而消灭，不过放弃抵押权也要符合法定条件。因为抵押权的放弃影响他人利益，故权利人必须向不动产登记机关表示其放弃权利的意思，而且还必须将放弃权利的行为纳入不动产登记簿方可生效。债权得到清偿。抵押权因抵押权实现、即以出售抵押标的物的方式使其所担保的债权得到清偿，同时也使得该抵押权被消灭。但是，当一桩不动产上设立有多个抵押权时，某一个抵押权的实现并不表示其他抵押权也随之消灭。消灭其他的抵押权必须有法定的条件。抵押权因债务到期无法履行而消灭。在抵押权人到期不明确而债务人履行义务的行为又被拒绝时，抵押人可依公示催告程序消灭抵押权。

#### (五) 特种抵押

##### 保全抵押

所谓保全抵押，指的是抵押权的内容按照其所担保的债权的内容决定的抵押。即实现抵押权时，不按照登记的内容，而按照债权文书的记载清偿债权人权利。法律规定保全抵押的意义，是使被抵押担保的债权坚固地保全起来，其他有关登记的内容不能对其构成妨害。

保全抵押应用于一些需要特别保护的债权（如《德国民法典》第648条规定的承揽人对作业物的抵押权，这些抵押权与人的劳动有紧密的联系）。

##### 最高额抵押

所谓最高额抵押，指的是当事人先行约定不动产担保的债权的最高限额，而实际的债权，则保留在以后予以确定的抵押形式。实践中常常被用来作为持续供货合同等债权的担保。我国担保法只承认了这种特种抵押。

##### 总括抵押或共同抵押

所谓总括抵押，指的是数个不动产连带综合担保一个债权的抵押，也称为共同抵押、综合抵押等。在总括抵押，债权人可以对每一块土地根据自己的任意要求清偿全部或者部分债务。总括抵押的优点并不仅仅是使得债权人权利实现有充分的保障，而且也为有多个小型不动产的债务人希望大规模举债的行为提供了可能。（待续）

