

# 抵押物的转让与抵押权的效力

邹海林\*

担保法第 49 条: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。

转让抵押物的价款明显低于其价值的,抵押权人可以要求抵押人提供相应的担保;抵押人不提供的,不得转让抵押物。

抵押人转让抵押物所得的价款,应当向抵押权人提前清偿所担保的债权或者向与抵押权人约定的第三人提存。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。

## 一、引言

抵押权是债权人因为抵押行为而对抵押物所享有的支配权。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。物的所有人或第三人对抵押人行使权利有所干涉或者妨碍,抵押权人可以行使物上请求权以排除物的所有人或第三人对其权利的妨害,以恢复抵押权对抵押物所应有的支配状态。因为抵押权为支配权,自古罗马法以来,立法例始终承认抵押权对抵押物的追及效力,抵押权人依照其抵押权的支配力,不论抵押物的所在,均可追及抵押物的交换价值而优先清偿抵押担保的债权。<sup>[1]</sup>甚至,在抵押物发生原有形态或者性质的变化而有代位物存在时,抵押权仍可追及于抵押物的代位物。<sup>[2]</sup>抵押权的追及效力,以及通过抵押权的物上代位性扩充抵押权的追及效力,成为确保抵押担保的功能实现的有力基础,抵押权人对抵押物所取得之支配利益,可以有效地对抗抵押物的所有权或者占有移转。

抵押权作为担保物权,有其自己的特殊作用,担保债的履行而与债权有着不可分割的联系,并以此限定抵押权的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。因为抵押权以取得抵押物的交换价值而实现债权的受偿为目的,故

\* 中国社会科学院法学研究所副研究员。

[1] 刘清波:《民法概论》,台湾开明书店 1979 年版,第 498 页。

[2] 刘得宽:《论抵押权之物上代位性》,载郑玉波主编:《现代民法基本问题》,台湾汉林出版社 1981 年版,第 203 页。

抵押权具有价值权之称。<sup>[3]</sup> 债权人对于债务人或者第三人不移转占有而提供担保的财产, 有以其变价金受优先清偿的权利。<sup>[4]</sup> 抵押权的核心内容在于抵押权人可以支配抵押物的交换价值, 而不在于取得或者限制抵押物的使用价值, 故抵押权的发生不以占有标的物为要件, 抵押人无须将抵押物交付抵押权人占有。不移转抵押物的占有, 抵押人可以使用、收益、处分抵押物, 最大限度地发挥抵押物的使用价值。正是在这个层面上, 保全抵押物的交换价值, 遂成为设计抵押权制度所必须考虑的内容。

我国担保法第 49 条的规定, 是否与上述有关抵押权的公理性观念发生冲突? 依照第 49 条第 1 款和第 2 款的规定, 法律对抵押人转让抵押物的行为是有所限制的。抵押人在转让抵押物时, 对抵押权人负有二项基本的义务: 抵押物转让的通知义务和确保抵押物转让价金合理的义务。同时, 抵押人对抵押物的第三取得人负有告知的义务。依照第 49 条第 3 款的规定, 抵押人还有义务向抵押权人支付或者提存抵押物的转让价金。第 49 条规定的基本内容, 若以抵押物交换价值的保全以及增强抵押权人对抵押担保的信赖和抵押权的效力为立足点, 并非全无理由。因此, 有学者在评价该条文时明确指出, 处分抵押物并不影响抵押权人的权利和利益, 抵押人处分抵押物的权利不应当受到限制, 若抵押人的转让行为将造成抵押物的价值减少, 抵押人又不能以其他财产提供担保, 抵押人的处分权应当受到限制。<sup>[5]</sup> 但是, 除上述理解之外, 我们对担保法第 49 条是否还能有其他方面的解释或适用结论, 则是值得讨论的。

## 二、抵押物的转让限制及其合理性

抵押人对抵押物享有的权利, 因为抵押权的效力而受到相应的限制。当债务人不能清偿抵押担保的债权时, 抵押权人可以就抵押物变价而优先受偿, 抵押人不得以其对抵押物的所有权对抗抵押权人行使权利。再者, 抵押人在抵押权存续期间, 不得有降低抵押物的价值的行为, 抵押物因可归责于抵押人的行为而有价值降低之情形发生时, 抵押权人可以要求抵押人停止其行为, 并恢复抵押物减少的价值, 或者为抵押权人的利益另外提供补充担保。抵押人对抵押物的权利因为抵押权的效力所受到的上述限制, 源自于抵押权的物权效力以及保全抵押权的需要。

抵押权的物权效力之核心在于, 抵押权对抵押物有追及效力。抵押权的追及效力, 使得抵押权人格外关注抵押物的价值之保全, 而并不注重抵押物的占有、使用和收益。因此, 抵押人对抵押物有不受限制的占有、使用和收益的权利, 并基于其所享有的上述权利而处分抵押物, 除非抵押人的行为足以降低抵押物的价值。<sup>[6]</sup> 抵押物的转让, 是指基于抵押人的意思表示而将抵押物的所有权让与第三人的行为, 包括以买卖、互易、赠与、清偿、出资等让渡抵押物所有

[3] 史尚宽:《物权法论》,1979 年版,第 225 页。

[4] 民法通则第 89 条和担保法第 33 条。

[5] 王利明:《物权法论》,中国政法大学出版社 1998 年版,第 719 页以下。

[6] 抵押物的处分包括抵押物的转让、出租和设定担保等。与抵押物的转让限制相类似,我国法律对抵押物设定担保也加以限制。抵押权所固有的次序权,不妨碍在抵押物上设定抵押权等其他担保权。抵押等担保权的再设定,可以充分利用抵押物的交换价值。限制抵押等担保权的再设定,人为地降低了抵押担保的经济效用,不符合抵押担保制度的特点。我国担保法第 35 条第 2 款限制在同一抵押物上设定多个抵押权,本无实益。参见梁慧星主编:《中国物权法研究》(下),法律出版社 1998 年版,第 853 页下。

权的行爲。<sup>[7]</sup>我国法院长期以来认为,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,其行爲无效。<sup>[8]</sup>而且,我国有关动产抵押的特别法,多次强调抵押的动产,未经抵押权人同意,不得转让。<sup>[9]</sup>这就是说,限制抵押物的转让受到我国司法实务和立法两个层面的有力支持,必定有其存在的合理性。所以,我国担保法第49条出于保全抵押权人利益之需求,同样采取了限制抵押人转让抵押物的原则立场。<sup>[10]</sup>抵押人转让抵押物的限制,应当属于什么性质的限制,有学者将之归纳为三种类型:抵押物的转让受抵押权人意志的限制;抵押人转让抵押物的权利受限制;抵押权的追及效力受限制。<sup>[11]</sup>

笔者认为,我国担保法对抵押物的转让限制,应属抵押人的权利受限制的范畴。以下二点特别值得一提:

首先,依照我国担保法第49条第1款的规定,抵押人转让抵押物,应当通知抵押权人并告知受让人抵押物已经抵押的情事,否则,抵押物的转让行爲无效。显然,抵押人转让抵押物的行爲是否有效,并没有以抵押权人的意思表示为要件,不论抵押权人是否同意抵押人转让抵押物,只要抵押人通知抵押权人,其转让抵押物的行爲就具备了发生效力的条件。担保法第49条的规定,不同于我国法院关于抵押物的转让应当征得抵押权人同意的司法解释,亦不同于上引特别法所规定的限制抵押物的转让的内容,更没有规定抵押物的转让“未经抵押权人同意”而无效。<sup>[12]</sup>在这一点上,抵押物的转让并不受抵押权人的意志的限制,而仅仅因为立法例规定抵押人负有通知抵押权人的义务和告知抵押物的受让人的义务,使得抵押人转让抵押物的权利受到了一定的限制。因此,担保法第49条所规定的抵押物的转让限制,至少在程度上是有所缓和的,较之我国司法实务所持立场,预示着我国抵押担保立法已经有所进步。

其次,抵押人未告知抵押物的受让人抵押物已经抵押的情事,转让无效,其突出意义并不在于保护抵押权人的利益,而在于保护抵押物的受让人之利益。依照我国法院的上述司法解释,抵押物的转让未经抵押权人的同意无效,抵押物的转让是否发生效力直接依赖于抵押权人的意思,与抵押物的受让人之意思无关。未经抵押权人同意而转让抵押物的行爲无效,为确定和自始的无效。<sup>[13]</sup>抵押权人可以未经其同意而直接主张抵押物的转让无效。在这一点上,我国司法实务所采取的立场,主要目的在于保护抵押权人的利益,并没有利用抵押物的转让无效

[7] 抵押物因为法律规定或者抵押权人实行抵押权而由第三人取得的,不属于本文所称“抵押物的转让”。

[8] 《最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国民法通则》若干问题的意见(试行)》第115条。

[9] 我国海商法第7条规定:“船舶抵押权设定后,未经抵押权人同意,抵押人不得将被抵押船舶转让给他人。”民用航空法第117条规定:“民用航空器抵押权设定后,未经抵押权人同意,抵押人不得将被抵押民用航空器转让给他人。”

[10] 值得注意的是,限制转让的抵押物仅以“已办理登记的抵押物”为限。有的学者主张,未办理登记的抵押物的转让,应当比照担保法第49条第1款处理。见孔祥俊主编:《担保法例解与适用》,人民法院出版社1996年版,第381页。笔者认为不妥。未办理登记的抵押物之转让,不当受第49条第1款的限制,抵押人可以任意转让。因为抵押权人对未办理登记的抵押物所取得之权利,依照担保法第43条第2款等法律的规定,不得对抗第三人,故未办理登记的抵押物之受让人,得以其取得的抵押物之所有权,直接对抗未经登记的抵押权人。未经登记的抵押权因抵押物的第三取得人主张对抗而不能实行的,抵押权人惟能就其不能实行抵押权而受到的损害,请求抵押人承担损害赔偿,而不能依照第49条第3款请求抵押人以转让价金提前清偿债权。

[11] 前引[5],王利明书,第720页。

[12] 对于抵押物的转让未经抵押权人同意而无效的立场,学者早有批评。“要求抵押人转让抵押物时必须征得抵押权人同意是没有法理依据的。抵押人虽然将抵押物抵押,但他仍是抵押物的所有人,他完全可以对抵押物作出包括转让在内的处分行爲,而且由于抵押权的优先效力,抵押人的这种处分对抵押权人的利益也没有影响,更不必去征得抵押权人的同意。”钱明星:《物权法原理》,北京大学出版社1994年版,第346页。

[13] 参见李可宏等:《变卖已设定抵押的房屋行爲无效》,《法制日报》1997年8月5日。

来保护抵押物的第三取得人的利益之目的。<sup>[14]</sup>但是,担保法第 49 条所规定之抵押物的转让无效,则与抵押权人的意思无关,仅以抵押人是否履行通知义务和告知义务为判断的基础。抵押权人得以抵押人未履行通知义务,而主张抵押物的转让无效;<sup>[15]</sup>抵押物的第三取得人得以抵押人没有履行告知义务,而主张抵押物的转让无效。“因抵押人未履行告知义务而使转让行为无效,应属相对的无效。”<sup>[16]</sup>抵押物的转让无效对受让人的保护是至关重要的。在受让人不知抵押物已经抵押的情况下,仍然维持抵押物的转让之效力,抵押物的受让人不仅负有向抵押人支付转让价金的义务,而且面临因为抵押人行使抵押权而失去抵押物所有权的风险,对于抵押物的受让人欠缺有效公允的救济。在这个意义上看,我国担保法第 49 条第 1 款所规范的意旨,实际是以承认抵押权对抵押物的追及效力为基础,并兼顾抵押物的受让人的利益保护而设计的法律制度。所以,限制抵押物的转让,亦非抵押权的追及效力受限制。<sup>[17]</sup>

在抵押担保制度上,是否限制抵押物的转让,应当考虑两个方面的因素:一方面,为协调抵押人与抵押权人之间的关系,有无限制抵押物转让的必要。另一方面,为协调抵押物的第三取得人与抵押权人之间的关系,有无限制抵押物转让的必要。

理论上,抵押权为支配抵押物的交换价值的权利,对于抵押人不妨碍抵押物的交换价值的处分或用益行为,没有干涉的必要。<sup>[18]</sup>因此,在抵押权设定后,不妨碍抵押人再设定次序在后的抵押权或者新创设抵押物的用益关系,甚至将抵押物出卖于第三人。<sup>[19]</sup>我国的司法实务界和立法者主要考虑如何协调抵押人和抵押权人之间的关系、抵押物的第三取得人与抵押权人之间的关系,而采取限制抵押物转让的立场。抵押人随意转让抵押物,有可能增加抵押权人追及抵押物的难度,从而加大抵押人行使权利的风险;同时,为避免抵押物的转让而可能对抵押物的交换价值产生不利影响,尽可能地维护抵押权人对抵押物的交换价值的支配力,将抵押物的价值减少的风险减小到最低限度,有必要限制抵押人转让抵押物。再者,抵押人随意转让抵押物,抵押物的受让人不能以其对抵押物的所有权对抗抵押人行使权利,抵押物的受让人有发生不必要的损失之巨大危险,可能危害交易的安全和交易秩序的稳定,为保护善意的第三人利益,也有必要以特定的方式限制抵押物的转让。我国现行法以抵押人承担法定的通知义务和告知义务,限制抵押人转让抵押物,有其合理性。依照担保法第 49 条第 1 款的规定:抵押人没有通知抵押权人,或者不能以适当的方式确保抵押物的转让价金合理的,不得转让抵押物;抵押人未告知抵押物已经抵押的情况的,不得转让抵押物。

[14] 抵押物的第三取得人可否以抵押物的转让未经抵押权人同意而主张抵押物的转让无效,向抵押人请求救济?依照我国民法所规定的无效制度,应当作出肯定的回答。但是,抵押物的第三取得人利用以保护抵押权人的利益为目的的转让无效制度来保护自己的利益,在法律制度的设计上是有欠缺的。

[15] 有学者认为,抵押人未通知抵押权人而转让抵押物的行为无效,应当是指受让抵押物的第三人不得因价款的支付而使抵押物免责,抵押权人得追及抵押物行使抵押权。参见郭明瑞、杨立新:《担保法新论》,吉林人民出版社 1996 年版,第 138 页。法律规定的无效行为,与不得对抗他人的行为应属不同范畴的问题。但因担保法第 49 条第 1 款明文规定抵押人未通知抵押权人而转让抵押物的行为无效,而解释该款又不能与抵押权制度的功能相冲突,将抵押物的转让无效解释为不得对抗抵押权人对抵押物行使权利,实属不得已而为之。

[16] 前引 [5],王利明书,第 723 页。

[17] 对我国担保法第 43 条作反对解释,经登记的抵押权可以对抗第三人。该条所称第三人是指抵押人和抵押人以外之任何与抵押物有利害关系的人,包括抵押物的受让人。抵押权可以对抗抵押物的受让人,为我国民法规定的抵押权具有追及效力的有力依据。

[18] 邹海林、常敏:《债权担保的方式和应用》,法律出版社 1998 年版,第 151 页。

[19] 前引 [3],史尚宽书,第 253 页。

但是,我国担保法第49条第1款和第2款限制抵押人处分抵押物,除上述合理成分之外,是否应当进一步检讨?

首先,限制抵押人转让抵押物的权利,与保全抵押物的交换价值以切实维护抵押权人的利益有关,但这是二个不同层面的问题。抵押人转让抵押物,属于抵押人行使对抵押物的所有权的范围,所有权的行使与抵押物的价值减少并不存在必然的因果联系,故抵押人转让抵押物,对抵押物的交换价值的保全并没有直接的影响,更不可能影响到抵押权人的权利或利益。抵押权为支配抵押物的交换价值的权利,对于不妨碍抵押物的交换价值的处分或者用益行为,没有加以干涉的必要。《法国民法典》第2166条规定:“对于不动产‘具有已登记的优先权或抵押权人的债权人’,不问该不动产转让于何人,仍保留其权利,并依债权的次序或登记的顺序而取得清偿。”所以,处分抵押物并不必然会影响抵押权人的权利或者利益。我国担保法第49条第1款规定有抵押人的通知义务和告知义务,但通知义务和告知义务的履行与抵押物的交换价值的保全没有直接的关联,抵押人是否履行通知义务或者告知义务,只不过为手续上的问题,抵押物的交换价值是否会因抵押物的转让而受影响,取决于抵押物在占有移转后的保管、使用状态。该款的规定,对于保全抵押物的交换价值没有实际意义。相反,该款的规定对于抵押物的交易安全则构成巨大妨害,抵押权人或者抵押物的第三取得人均得以抵押人违反通知义务或者告知义务,主张抵押物的转让无效,成为制造纠纷或者争议的动因。可见,以抵押人违反法定限制而将抵押物的转让归结为无效,不仅不能有效保护抵押权人,而且也有害于抵押物的交易安全,这显然不符合我国担保法所追求的立法目的。

其次,抵押人对于抵押物的转让应确保其价金的合理性,这对于保全抵押权人的利益似亦无关联。抵押人转让抵押物的价款之高低,惟与抵押人自身的利益相关,除非我国法律将抵押权的物上代位性扩及于抵押物的转让价金。<sup>[20]</sup>依照法条文义,若抵押人转让抵押物的价款明显低于其价值,抵押人可以要求抵押人提供相应的担保,抵押人不提供的,不得转让抵押物,这明显有利于抵押权人的利益,将抵押人转让抵押物的行为置于抵押权人的意思支配之下,可以说对抵押权人的救济相当充分。众所周知,抵押权设定后,抵押人对抵押物仍有占有、使用和收益的权利,抵押人转让抵押物而收取价金,属于抵押人处分抵押物而取得收益的范畴,抵押人收取利益的多寡,属于抵押人的意思范围内的事情,抵押人甚至可以将抵押物“赠与”第三人而不收取任何对价,法律对之没有加以干涉的理由。而且,抵押权对抵押物的支配,是对抵押物在实现抵押权时的变价金的支配,并不直接支配抵押人转让抵押物的价金。在这个意义上,第49条第2款的规定,对于保全抵押权人的利益,没有过多的实际意义。相反,对于抵押权人要求抵押人另外提供担保的请求,抵押人不提供担保时,抵押物的转让是否有效,则成为该款的“明显法律漏洞”。应当如何补充该漏洞,恐怕不仅仅是个理论问题,而更重要的却是一个实践问题。<sup>[21]</sup>但有一点不应当怀疑:如抵押人不提供相应的担保,不得转让抵押物;抵押人转让的,抵押权人应得追及抵押物行使权利。<sup>[22]</sup>

[20] 关于抵押权的物上代位性,见后述内容。

[21] 抵押人转让抵押物的价款明显低于其价值的,抵押物的转让是否有效,并不取决于抵押权人对抵押物所享有的支配利益的存在与否,而在相当程度上取决于抵押人是否有损害其无担保的其他债权人的利益的目的。对此,可以参见我国企业破产法(试行)第35条所规定的有关内容。

[22] 前引[15],郭明瑞、杨立新书,第137页。

再次,限制抵押人转让抵押物,是对抵押权的追及效力欠缺足够认识的结果。抵押人转让抵押物,若不涉及抵押物的交换价值的降低,抵押权人对抵押物交换价值的支配又具有追及力,抵押物的转让对抵押权人的利益并无任何损害,抵押权人没有理由限制抵押人处分抵押物。允许抵押人自由转让抵押物,符合抵押权不移转对抵押物的占有而确保抵押担保之效力的固有理念,符合抵押担保满足充分发挥抵押物的效用之目的。《德国民法典》第 1136 条规定,所有权人对债权人约定承担土地不转让或者不再设定义务负担的,其约定无效。我国台湾地区民法第 867 条规定,抵押权设定后,不动产所有人可将之让与他人,而抵押权不受影响。这些成功的立法例,无疑有助于我国民法理论和司法实务审慎对待担保法第 49 条第 1 款和第 2 款之规定,并将其不利影响限制在有限的范围内。我国担保法限制抵押人转让抵押物,实际没有多少益处。<sup>[23]</sup>

综上,我国担保法第 49 条第 1 款和第 2 款不仅未能解决立法者所关心的保护抵押权人的利益之问题,而且也不具备现实妥当性,存在至为明显的缺陷。但是,限制抵押人转让抵押物因为具有合理的成分,立法例上又不应当绝对否认其存在的价值。特别是考虑到保全抵押物的交换价值而维护抵押权人的利益这一因素,对抵押人转让抵押物的权利,应当予以适度的限制。依照我国法律的规定,法定范围内的动产可以设定抵押权。<sup>[24]</sup> 动产不同于不动产,动产的流转性较强,动产的交换价值因占有移转或使用收益状态的变化而发生变化,动产的转让相当程度上不利于保全动产的交换价值,从而产生妨害抵押权人利益的直接风险。因此,对已经抵押的动产的转让,有必要加以限制。为保护抵押权人的利益,对于已经办理抵押登记的动产,限制抵押人转让抵押物;那么,未办理抵押登记的动产,因其缺乏公示效果而不能对抗第三人,更有限制抵押人转让抵押物的必要,抵押人不得转让抵押物。动产抵押权设定后,非经抵押权人同意,抵押人不得转让抵押物。<sup>[25]</sup> 抵押人未经抵押权人同意而转让抵押物的,抵押权人有权要求抵押人停止其行为,或者要求抵押人将转让抵押物的收益提存或者提供与转让抵押物的价值相当的担保。但是,抵押人未经抵押权人同意而转让抵押物的,其转让行为是否发生效力与抵押权人的意思表示不发生关系,只要转让行为符合已经抵押的动产之转让的生效要件,或者因适用善意取得制度的,其转让有效,抵押权人不得以未经其同意而主张抵押物的转让无效。已经抵押的动产之转让,对抵押权人的权利不产生影响。

### 三、抵押物的第三取得人之地位

我国担保法限制抵押人处分抵押物,但抵押人通知抵押权人以及告知受让人抵押物已经抵押后,仍可以将抵押物转让于第三人。因为抵押物的转让而取得抵押物所有权的第三人,称为抵押物的第三取得人。若债务人清偿债务,抵押权消灭,抵押物的第三取得人对于标的物的支配并无负担;但是,若债务人不清偿债务而致使抵押权人行使抵押权,则抵押物的第三取得人对标的物的支配地位必然发生动摇。可见,抵押物的第三取得人对抵押物的支配地位,相当程度上依赖于债务人对其债务的清偿。

[23] 前引[18],邹海林、常敏书,第 154 页。

[24] 依照担保法第 34 条的规定,得以抵押的动产包括抵押人所有或者依法有权处分的机器、交通运输工具和其他财产,以及法律规定可以抵押的其他动产。

[25] 前引[9],海商法第 17 条,民用航空法第 17 条。

一般而言,除非法律对抵押物的第三取得人之权利有特别规定,第三取得人可以与抵押人协商如何消除抵押物上存在的抵押权。抵押物的价值高于被担保的债权额的,抵押物的第三取得人在取得抵押物时,可以和抵押权人与债务人(抵押物的所有人)协商,以被担保的债权额为限将转让价金支付给抵押权人,将其余额支付给债务人(抵押物的所有人),以消灭抵押权。被担保的债权尚未届清偿期,抵押物的第三取得人可以向抵押人支付由抵押物的转让价金扣除被担保的债权额后的价金余额,并承受被担保的债务。但是,抵押物的价值低于被担保的债权额的,抵押物的第三取得人以市价取得抵押物,则面临相当之危险。

我国担保法第49条是否对抵押物的第三取得人提供了某种帮助或救济呢?担保法第49条主要涉及两个方面的问题:其一,抵押物的转让是否有效?其二,抵押人就抵押物的转让价金应当如何支配?对于抵押物的转让是否有效,前已论及。对于抵押人如何支付抵押物的转让价金,将在后述。在回答这两个问题时,除抵押物的第三取得人不得对抗抵押权的行使以外,第49条并没有直接涉及抵押物的第三取得人与抵押权人之间的关系问题。实际上,抵押物的第三取得人之地位的核心问题在于,若抵押物的第三取得人依照第49条第1款和第2款取得抵押物的所有权,抵押权人的权利是否因为有第49条的规定而归于消灭呢?这是特别值得思考的问题。

有学者认为,“抵押人经通知抵押权人,并且告知受让转让物之上已经设定抵押权的情况,则抵押物的所有权就可以合法有效地归属于受让人所有,抵押权人的抵押权就不能再追及于抵押物之上,抵押权人不得向抵押物的受让人主张自己的抵押权。那么,对于抵押权的救济,则是通过扩张抵押权物上代位性规则的代位物的范围而予保护的,……即抵押人转让抵押物所得的价款,应当向抵押权人提前清偿所担保的债权或者向与抵押权人约定的第三人提存。”<sup>[26]</sup>“在抵押人通知抵押人和告知抵押物受让人的情况下,抵押物的转让有效,但抵押权人只能就抵押物的转让价金满足受抵押担保的债权,而不能对抵押物行使抵押权。实际上,此时,抵押权人只能取得抵押物转让价金的物上代位,而不能对抵押物行使抵押权,其对于抵押物的支配权已因抵押物的转让而丧失。”<sup>[27]</sup>

抵押物的转让是否有效,直接涉及第三取得人的利益,第三取得人可否继受取得抵押物的所有权。依照担保法第49条的规定,抵押人在通知抵押权人和告知第三取得人的情况下,抵押物的转让有效,第三取得人可以取得抵押物的所有权。第三取得人能否取得抵押物的所有权,与抵押权人的利益实际上没有直接的关系,第49条并没有规定抵押物的第三取得人可以用其取得之抵押物的所有权对抗抵押权人的权利。在解释该条时附加该条所没有规定的内容,使得第49条的规定明显背离抵押担保制度的固有属性和基本目的,既不符合我国民法承认抵押权的追及效力的现有制度,亦不利于我国担保法的适用。将抵押物的所有权的有效转让,解释为抵押权对抵押物的追及效力消灭,对于我国法律的适用和完善不仅没有任何价值,而且是有害的。抵押物的第三取得人依照担保法第49条的规定,取得抵押物的所有权的法律事实,并不能构成对抗抵押权人的权利基础。抵押物的第三取得人如何确保其利益不因抵押人行使权利而受影响,除担保法第49条第3款的规定外,尚有待明确。

抵押物的所有权的有效移转得以对抗抵押权的行使,在我国的司法实务上亦没有任何先

[26] 前引[10],孔祥俊主编书,第380页。

[27] 许明月:《抵押权制度研究》,法律出版社1998年版,第82页。

例。相反,我国司法实务却承认抵押权的追及效力。如中国银行珠江分行诉香港传统投资有限公司等担保合同纠纷案,在审理期间,广州市中级人民法院应原告珠江银行的申请,查封了被告提供作抵押的江南大酒店的房产及附属设施,并冻结了被告在江南公司应得的收益。被告为清偿债务,拟将其在江南公司的股权转让给香港港澳控股有限公司,但原告以江南大酒店已是被告提供的抵押物,在债务未清偿之前,所有权人无权转让为由予以反对。广州市中级人民法院认为,原告为被告承担了责任,被告应当依约清偿其所欠原告的债务,现被告拟将其在江南公司的投资股权转让给香港港澳控股有限公司,该行为不但有利于被告还债,而且兼顾了江南大酒店的合作经营形式,有利于合作经营各方今后的利益。由于目前被告的债务还未清偿,在其股权先行转让后至其债务清偿前,原告对江南大酒店财产所拥有的抵押权仍应有效。<sup>[28]</sup>

在学说上,关于抵押权的追及效力,我国学者自始至终予以充分的肯定。抵押权为一种物权,其物权性表现在其支配性、排他性和追及性上。<sup>[29]</sup>即使最高人民法院的司法解释,将抵押物的转让限制在抵押权人同意的范围内,而学者亦认为,“抵押物的让与,原则上不影响抵押权的存在。”<sup>[30]</sup>

前已言及,我国担保法关于限制抵押物转让的规定已经有所缓和,在解释上认为抵押权因抵押物的转让而消灭,更没有理由。再对第49条作文义解释,转让抵押物的价款应当如何支付,间接涉及到抵押物的第三取得人之利益;抵押权人对抵押物的支配力,是对抵押权人行使抵押权后的标的物之变价金的支配;第三取得人向抵押人交付的受让抵押物的价款,并非抵押权效力支配的范围。因此,抵押权的效力并不及于抵押人转让抵押物所取得之价金;<sup>[31]</sup>抵押权人依照第49条仅仅取得要求抵押人支付转让抵押物的价金而清偿债权的请求权,此项权利因为法律的规定而取得,并非抵押权效力所派生;抵押人依照第49条的规定,向抵押权人支付转让抵押物的价金,在抵押权人的债权消灭的限度内,抵押权对抵押物的支配力相应归于消灭。再者,抵押人将其所取得之价金提存,只不过是保全抵押权人的利益的一种方法,如同我国担保法第49条第2款所规定的“替代担保”,并不影响抵押权人的利益。<sup>[32]</sup>即使抵押人向抵押权人支付其所取得之价金,“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”,此为情理中事,理所当然,这是抵押权得以存在的基础。<sup>[33]</sup>

总之,担保法第49条的规定并非否定抵押权的追及效力的法律依据,更不能将抵押物的

[28] 最高人民法院公报编辑部:《最高人民法院公报典型案例和司法解释精选》,中华工商联合出版社1993年版,第335页。

[29] 法学研究编辑部:《新中国民法学研究综述》,中国社会科学出版社1990年版,第390页。

[30] 王利明等:《民法新论》(下),中国政法大学出版社1988年版,第319页。

[31] 前引[18],邹海林、常敏书,第153页。

[32] 我国担保法第49条第2款之规定,并非值得称赞的立法例。该款的规定同样忽视了抵押权的追及效力这一公理性规则,容易引起不必要的争论。但是,此种立法例对于抵押权人利益的保护,如同担保法第49条第3款,并无不利。

[33] 抵押权具有附随性。若抵押人取得之抵押物转让价金超过抵押担保的债权数额,则抵押人只要支付抵押担保的债权数额部分,抵押权人的债权归于消灭,抵押权人对第三取得人受让的抵押物的抵押权,因债权的消灭而归于消灭。抵押人支付的抵押物转让价金超过抵押权人的债权数额,抵押权人对其收取的超过债权数额的价金部分,没有法律上的依据,属于不当得利制度加以规范的事项,其利益“归抵押人所有”并无不当。若抵押人取得之抵押物转让价金,支付后不足以清偿抵押权人的债权数额,未受清偿的债权部分并不因为抵押人支付抵押物的转让价金而归于消灭,剩余债务应当由债务人继续承担清偿义务,剩余债务的有效存在,为抵押权人的权利得以继续存在的前提。



转让解释为抵押权消灭的原因。

抵押物的第三取得人依照担保法第 49 条规定取得抵押物的所有权,不得以其所有权对抗抵押权人的权利。抵押人转让抵押物取得之价金,若支付给抵押权人或者为抵押权人的利益而提存该价金,客观上有利于减轻或者消除第三取得人所受让之抵押物上存在的担保负担。在这个意义上,抵押人向抵押权人支付抵押物的转让价金或者提存抵押物的转让价金,间接有利于抵押物的第三取得人对抵押物的所有权支配利益。

抵押物的第三取得人与抵押权人之间的关系,实质上涉及到抵押物的第三取得人和抵押权人之间利益的平衡;抵押权的效力不因抵押物的让与或处分而发生变化,可以直接及于第三取得人所支配的抵押物。为实现民法所追求的公平与正义,抵押物的第三取得人的利益应当有所考虑,即立法例应当对第三取得人对抗抵押权的行使提供有效的帮助或者机会。

抵押物的第三取得人如何对抗抵押权的行使,立法例规定有三种办法:(1)瑕疵担保请求权。抵押物的第三取得人可以依照权利瑕疵担保,请求抵押物的出卖人除去抵押权。例如,《德国民法典》第 434 条规定:“出卖人负有使第三人对买受人不得主张任何权利,而使买受人取得出卖的标的物的义务。”(2)代价清偿。抵押权人以抵押物的买卖代价为满足而为请求时,第三取得人可以支付价金而使抵押权消灭。例如,《日本民法》第 377 条规定:“就抵押不动产买卖所有权或地上权的第三人,应抵押权人的请求,对其清偿了代价后,抵押权为该第三人而消灭。”(3)涤除权。抵押物的第三取得人估定抵押物的价值,对于抵押权人为清偿,而使抵押权消灭的权利。例如,日本民法第 378 条规定:“就抵押不动产取得所有权、地上权或永佃权的第三人,可以依第 382 条至 384 条的规定,向抵押权人支付或提存其提供的、得到抵押权人承诺的金额,而涤除抵押权。”

抵押物的转让和抵押权的行使所可能发生的冲突,势必影响抵押权人和第三取得人的利益平衡。我国民法对于抵押物的第三取得人的地位,有待于明确规定。理论上,抵押物的第三取得人对抵押物的支配,不具有对抗抵押权的效力;但债务人不清偿债务时,抵押权人行使抵押权,第三取得人将可能失去对抵押物的支配。抵押权的行使足使第三取得人丧失对抵押物的支配,若任其发生,显然不利于商品的流通和交易的安全。我国民法应当具有维护第三取得人的利益之功能,以有利于促进交易的发展,并确保交易安全。但是,担保物权制度所具有的确保债权受偿的功能又不容削弱,抵押权人就抵押物优先受清偿的地位必须得到尊重。<sup>[34]</sup>在这种考虑之下,立法有必要对抵押物的第三取得人提供较多的机会,在不损害抵押权人利益的前提下,补救第三取得人的不利地位,使其可以有效对抗抵押权的行使。

我国担保法第 49 条的规定,在这个方面作了一定的尝试。抵押人转让抵押物所得的价款,应当提前清偿所担保的债权或者向与第三人提存。抵押物的转让价金,由抵押人支付给抵押权人或者为抵押权人的利益提存后,具有免除第三取得人在抵押物上的负担的间接效果。不论抵押人向抵押权人直接支付的转让价金,是否足以消灭抵押权人的全部债权,抵押权人的权利在己为支付的转让价金之限度内,相应消灭。我国担保法第 49 条所规定的抵押人应以抵押物的转让价金提前清偿债权的制度,更有利于保障债权人权利的实现。<sup>[35]</sup>这种规定不仅有利于抵押权人利益的保护,而且亦有利于抵押物的第三取得人之利益的保护。特别是,抵押物

[34] 前引[6],梁慧星主编书,第 860 页。

[35] 董峻峰:《担保法关于抵押权之规定的中国特色及其完善》,中央政法干部管理学院学报 1996 年第 3 期。

的第三取得人在抵押权人受转让价金支付的范围内,得以对抗抵押权人对抵押物的优先受偿请求。

但是,为救济抵押物的第三取得人的利益,我国法律的上述规定忽视了抵押权具有追及效力这一固有理念,对抵押人的约束较为苛刻,是否得以真正起到救济抵押物的第三取得人的作用,值得怀疑。就抵押物的第三取得人而言,其寻求救济的途径或者手段应当主动化,不应被动依赖于抵押人支付抵押物的转让价金的行为,我国民法应当规定瑕疵担保、代价清偿以及涤除权制度。如果说抵押物的第三取得人依照瑕疵担保制度,请求抵押物的出卖人除去抵押权,不具有直接对抗抵押权人的效力;那么第三取得人依照代价清偿或者涤除权制度而请求消灭抵押权,则具有直接对抗抵押权人的效力。在这个意义上说,代价清偿和涤除权制度是对抵押权人行使抵押权的限制。

需要附带说明的是,抵押物的所有权因为法律规定而移转于第三取得人,抵押权对抵押物的支配效力又如何呢?依照我国法律的规定,城镇国有土地使用权期满,地上建筑物、其他附着物所有权由国家无偿取得。<sup>[36]</sup>土地使用权抵押,不得违反土地使用权出让合同的期限限制,但是,地上建筑物和其他附着物的抵押,是否应当受土地使用权出让期限的限制?土地使用权在期限届满前,土地使用权人可以根据继续使用的需要,申请续期,除非依照社会公共利益而有必要收回该幅地块,土地出让机关应当予以批准。<sup>[37]</sup>土地使用权人在土地使用权的期限届满前,依法申请续期的,该幅土地上的地上建筑物和其他附着物的所有权,并不会因为土地使用权的期限届满而当然移转于国家,除非土地使用权人没有申请土地使用权续期或者因为社会公共利益而没有批准土地使用权续期。再者,地上建筑物和其他附着物所具有的交流价值,并不因为土地使用权的届满而有所变化,发生变化的只是支配该标的物的交流价值的所有人因土地使用权期限届满而变更为土地的所有人,实质仍为标的物所有权的继受取得。同时,考虑到抵押权的效力并不因为抵押物的所有权的移转而受影响这一理由,地上建筑物和其他附着物的抵押,不应当受土地使用权的出让期限的限制;即使在土地使用权期限届满时,地上建筑物和其他附着物的所有权移转于土地的所有人,抵押权人仍可以对该地上建筑物和其他附着物行使抵押权。<sup>[38]</sup>

### 四、抵押物的转让与抵押权的物上代位性

一般而言,抵押权以其“物上代位性”对债权提供担保,即抵押权因为抵押物的灭失、毁损所取得之赔偿金或者对待给付,构成抵押物的代位物或者代替物,受抵押权效力的支配。抵押物的代位物,是指因抵押物发生毁损或价值形态的变化而使抵押人获得的代替抵押物价值形态的其他物。<sup>[39]</sup>抵押物的代位物,以抵押物的毁损或灭失而取得之赔偿金为限,主要包括抵

[36] 我国《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第40条规定:“土地使用权期满,地上建筑物、其他附着物所有权由国家无偿取得。”

[37] 我国城市房地产管理法第21条第1款规定:“土地使用权出让合同约定的使用年限届满,土地使用者需要继续使用土地的,应当至迟于届满一年申请续期,除根据社会公共利益需要收回该幅土地的,应当予以批准。经批准予以续期的,应当重新签订土地使用权出让合同,依照规定支付土地使用权出让金。”

[38] 前引[6],梁慧星主编书,第861页下。

[39] 前引[27],许明月书,第254页。

押人的保险金请求权、所有权侵害之赔偿请求权、公用征收之补偿金债权、抵押物灭失或毁损后的残存物等。<sup>[40]</sup>

抵押权的效力及于因抵押物灭失而取得之代位物或代替物。但是,抵押物的代位物是否包括因为抵押物的转让而取得之“对价”?我国担保法第49条第3款是否承认抵押权对抵押物转让价金的物上代位?在学说上,有诸多观点认为,抵押物的所有权合法有效地移转于受让人,对于抵押权的救济,则是通过扩张抵押权物上代位性规则的代位物的范围而给予保护的,抵押人转让抵押物所得的价款,应当向抵押权人提前清偿所担保的债权或者向与抵押权人约定的第三人提存。<sup>[41]</sup>抵押物的转让有效,抵押权人只能取得抵押物转让价金的物上代位,而不能对抵押物行使抵押权,其对于抵押物的支配权已因抵押物的转让而丧失。<sup>[42]</sup>抵押物转让所得价款,得为抵押物的代位物,在抵押权的效力范围内。<sup>[43]</sup>依照上述见解,抵押权的物上代位性适用于抵押物的转让价金。

关于抵押权的物上代位性,因立法例规定的并不完全相同,因此对解释和适用我国现行法所规定的抵押权的物上代位性,多少会产生影响。

德国、瑞士民法将抵押权的物上代位性归结为抵押权人所享有的法定债权质。<sup>[44]</sup>原则上,抵押权之物上代位性,主要以抵押物所有人得以取得之抵押物的保险金为代位物。《德国民法典》第1127条第1款规定:“属于抵押权的标的物为土地所有人或自主占有人的利益提交保险时,抵押权扩及于对保险人的债权。”第1128条第1款规定:“建筑物提交保险者,在保险人或被保险人将发生的损害情况通知抵押权人,并自受领通知之时起经过一个月时间,保险人始得向被保险人支付保险金额,其效力及于抵押权人。《瑞士民法典》第822条规定:“(一)到期的保险金额,经全体不动产担保权人同意,始得交付于被保险的财产的所有人。(二)但是,如土地所有人提供相当担保后,以回复担保物为目的,保险金仍可交付与土地所有人。”<sup>[45]</sup>在抵押物的保险赔偿请求权之外,德国与瑞士民法亦承认,抵押权可以及于抵押物因租赁关系而产生的债权、抵押物被征用而产生的补偿请求权。<sup>[46]</sup>例如,《德国民法典》第1123条第1款规定:“土地为使用租赁或用益租赁的标的物者,抵押权扩及于使用租赁债权或用益租赁债权。”瑞士民法典第806条第1款规定:“被担保的土地附有租赁或租佃关系时,其担保权及于因担保物的变价执行或因债务人的破产,从破产开始至其破产财团变价时止的租金或佃租的债权。”依照上述立法例,抵押权的物上代位主要适用于抵押物灭失或毁损,而抵押权人对抵押物行使权利不能的场合。因抵押权对抵押物具有追及效力,对抵押权人的保护至为充分,德国、瑞士等国民法并不承认抵押权对抵押物的转让价金请求权有物上代位的效力。

日本民法则扩充了抵押权的物上代位性之适用范围,承认抵押权的效力及于抵押物因变

[40] 参见陈华彬:《物权法原理》,国家行政学院出版社1998年版,第609页。

[41] 前引[10],孔祥俊主编书,第380页。

[42] 前引[27],许明月书,第82页。

[43] 前引[15],郭明瑞、杨立新书,第135页。

[44] 前引[2],郑玉波主编书,第622页。

[45] 《意大利民法典》第2742条关于抵押权的物上代位,采取相同的立场。参见费安玲、丁玫译:《意大利民法典》,中国政法大学出版社1997年版,第719页。法国民法的立场基本相同。抵押权对抵押的灭失之不动产的保险赔偿有物上代位的效力,抵押物被强制转移所应得的补偿,亦为代位物的范围。参见尹田:《法国物权法》,法律出版社1998年版,第513页以下。

[46] 孙宪忠:《德国当代物权法》,法律出版社1997年版,第287页。

卖、租赁、灭失或毁损而取得的金钱或其他物上。《日本民法典》第 372 条规定,抵押权准用民法典第 304 条(先取特权的物上代位)的规定,因抵押物变卖、租赁、灭失或毁损而应受的金钱或其他物,亦可行使。《日本民法典》第 304 条规定:“(一)先取特权,对债务人因其标的物变卖、租赁、灭失或毁损而应受的金钱或其他物,亦可行使。但是,先取特权人于支付或交付前,应实行扣押。(二)关于债务人于先取特权标的物上设定物权的对价,亦同。”但是,日本民法扩充抵押权的物上代位性的适用,也是多有争议的。特别是对于租赁抵押物而收取之租金是否为抵押物的代位物,判例和学说历来有肯定和否定两种见解,但最新的判例说多采租金物上代位否定说,这已成为当今日本民法判例学说的有力说。<sup>[47]</sup>

我国台湾民法原则承认抵押权及于抵押物灭失的代位物上,但抵押物因为租赁或变卖而取得之债权,不属于代位物的范围;抵押物的灭失是指抵押物的绝对灭失,若发生抵押物的相对灭失,例如抵押人将抵押物转让于第三人,不发生代位物问题。<sup>[48]</sup>台湾地区民法第 881 条规定:“抵押权,因抵押物灭失而消灭。但因灭失得受之赔偿金,应按各抵押人之次序分配之。”因此,依照我国台湾的立法例,惟在抵押物灭失、毁损下承认物上代位,抵押权的物上代位是在抵押人的保险金请求权、所有权侵害之赔偿请求权、公用征收之补偿金债权上成立的。<sup>[49]</sup>“值得注意的是,近现代多数国家和地区民法,关于抵押物的代位物的范围,多不采日本民法这种宽泛的立场,认为抵押物代位物的范围,主要限于抵押物因毁损灭失所得受的赔偿金。”<sup>[50]</sup>

我国民法关于抵押权的物上代位,显然采取了较为谨慎的立场,惟有担保法第 58 条对之有明确规定,对代位物的范围之解释,似不能从日本立法例作宽泛的解释。现在的问题是,我国担保法第 49 条第 3 款规定的内容,究竟能否解释为抵押权的物上代位性?

首先,将抵押物的转让价金作为抵押物的代位物,不符合抵押权的物上代位性的功能。抵押权的物上代位性,是为了救济抵押权人对抵押物不能行使权利而设计的制度。我国担保法第 49 条所规定的全部内容,并没有明文排除抵押权人对抵押物不得再行使优先权,抵押物的转让并非阻却抵押权行使的事由,借助于抵押权的物上代位性来救济抵押权人的利益,没有必要。抵押物转让后,抵押物的原有形态或者性状并没有发生变化,抵押权对抵押物的追及效力仍有存在的基础;抵押物的第三取得人并没有取得法律上的依据,而可以有效对抗抵押权人对抵押物行使权利。在这种情况下,抵押权人对抵押物的转让价金主张物上代位,直接涉及抵押物的转让价金是否为抵押物的代位物问题以及抵押权人应当如何对代位物行使权利的问题,这均为我国现行法以及民法理论所没有正面回答的问题。而且,抵押权人对已经转让的抵押物仍然可以行使权利,其抵押权的实行并没有因为标的物不能而被阻却,法律特别为抵押权人设计的物上代位之救济方法,不应当有适用的余地,否则,抵押权的物上代位性将因为对抵押权人保护过于周全而损害抵押人的利益。

其次,抵押权的物上代位与抵押权的追及效力并不是对立的。我国担保法第 49 条的规定有其不合理之处,但其不合理充其量仍属不合理,并不能构成我国民法否认抵押权的追及效力的依据。关于我国担保法第 49 条,有学者认为,抵押权的有效性与其抵押物的转让的有效性是

[47] 前引[40],陈华彬书,第 609 页。

[48] 谢在全:《民法物权论》(下册),1991 年版,第 59 页。

[49] 前引[2],郑玉波主编书,第 638 页。

[50] 前引[40],陈华彬书,第 609 页。

相互排斥的,因为抵押人在转让抵押物时没有通知抵押权人且未告知受让人,转让抵押物的行为无效,抵押权不因抵押人的无效转让行为而受影响;若抵押物的转让有效,则抵押权人仅能就抵押物的转让价金行使权利,而不能对抵押物行使抵押权。“承认抵押物的转让价金上可成立物上代位,但不承认抵押权具有追及的效力”,为我国民法所确立的立法例。<sup>[51]</sup>如果将担保法第49条第3款解释为抵押权的物上代位性,并进而得出我国民法否定抵押权对抵押物的追及效力的结论,将抵押权的物上代位性与抵押权的追及效力对立起来,显然是不妥当的。抵押权的物上代位性为抵押权的追及效力的延伸。抵押物灭失或者毁损,作为抵押权标的的特定物失去其抵押物的性状时,抵押权应当归于消灭,抵押权的追及效力将因为抵押物的灭失而消灭。在这种情况下,为特别救济抵押权人的利益,有必要承认抵押权对抵押物的代位物有追及效力。<sup>[52]</sup>

第三,抵押人承担向抵押权人支付抵押物的转让价金的义务,并非抵押权的物上代位性所能涵盖的内容。就我国担保法规定的内容观察,抵押权的物上代位性,仅限于抵押物灭失或毁损这样的特定情形<sup>[53]</sup>,并没有明显的意图或者用语将抵押权的物上代位性规则予以扩充:抵押物的代位物范围包括抵押物的转让价金。抵押物的转让价金应当如何支付,直接与抵押权人的利益保护有关。在抵押物转让时,立法例可以对抵押权人的利益维护,提供多种救济方法。抵押物的第三取得人,是否负有对抵押权人支付或者提存受让抵押物的价金的义务,抵押人是否负有对抵押权人支付抵押物的转让价金的义务,均可以加以考虑。但是,诸如此类的救济方法,并非扩张抵押权的物上代位之结果,因为抵押权对抵押物并非行使不能,没有借助抵押权的物上代位救济抵押权人的必要。通过立法直接规定,抵押物的受让人负有向抵押权人支付抵押物的转让价金之义务的,有意大利民法。例如,《意大利民法典》第2867条规定:“如果登记了其权利证书的第三受让人因取得而成为一项应付款的债务人,而该金额足以满足对前所有权人登记的全部债权人的债权,则每一个债权人均得要求他履行给付义务。如果第三人的债务目前不可追索,或者数额较少或与向上述债权人所负的债务不同,则诸债权人同样得要求履行给付,但是以共同协商的为限,直至第三人应当按照其债务的方式及期限履行其义务时为止。无论在何种情况下,受让人不得以委付不动产的方式回避给付义务,实施了给付的,不动产被解除所有的抵押权……。”通过立法直接规定,抵押人负有向抵押权人支付抵押物的转让价金之义务的,有我国担保法第49条第3款。就我国担保法与意大利民法典所规定的内容而言,我国立法例的规定对于抵押权人的保护则宽松得多,抵押物的取得人对抵押权人“支配”抵押物的转让价金并没有承担任何义务,抵押权人对抵押物的转让价金没有直接“支配”的利益,难谓其处于抵押权的物上代位之状态。因此,抵押人对抵押权人有义务支付抵押物的转

[51] 前引[27],许明月书,第82—83页,第264页。

[52] 需要注意的是,抵押权对抵押物行使不能,与抵押权的消灭并非同一语,在抵押权对抵押物行使不能时,有借助物上代位救济抵押权人利益的必要;但是,抵押权人对抵押物主张物上代位,并没有否定抵押权人对抵押物仍可行使抵押权,除非抵押权因为抵押物的灭失或者其他法定原因而归于消灭。依照日本民法,抵押权的代位物包括抵押物的转让价金。抵押权为权利人对抵押物具有无限追及效力的权利,将出卖抵押物的价金纳入代位物的范围,势必发生权利行使上的重叠,即抵押权人对抵押物的出卖价金可以行使物上代位权,对抵押物可行使追及权,这时必然发生抵押权人如何行使权利的问题。在日本,抵押权人应当如何行使权利,有“两权选择并存说”和“两权重叠并存说”之争议,但是均没有将物上代位作为否定抵押权的效力之依据。参见前引[40],陈华彬书,第609页。因此,若我国民法承认抵押物的转让价金为抵押物的代位物,亦不影响抵押权的追及效力。

[53] 我国担保法第58条规定:“抵押权因抵押物灭失而消灭。因灭失所得的赔偿金,应当作为抵押财产。”

让价金而提前清偿债权,此为抵押人的法定义务;而且,在抵押担保的债权到期前,若不适合于支付抵押物的转让价金,该抵押物的转让价金应当提存于抵押人与抵押权人“约定”的第三人。上述内容均不能归结为抵押权的物上代位性。

最后,将抵押物的转让价金解释为抵押物的代位物,并否认我国民法规定的抵押权的追及效力,将根本动摇我国抵押担保制度的性质,亦将违反我国设定抵押担保制度的目的。抵押担保为一种物的担保,不论立法者在制定担保法时是否已经对之有明确的认识,但是担保法的所有规范并没有明文否定抵押担保的物权担保属性,那么我们在解释担保法第49条时,应当立足于抵押担保的物权担保属性所固有的对世性和追及效力。不论我们是否承认抵押物的转让价金可为抵押物的代位物,我们都不能否认抵押权对抵押物的追及效力,否则,我国的抵押担保制度将失去其存在的基础。我们不能否认,由于立法者的技术或者疏忽,担保法第49条的规定有其不合理之处,至少为适用抵押权的物上代位和追及效力制造了引起争议的机会,但我们却不能把这种“引起争议的机会”转变为现实,即以抵押物的转让价金的物上代位,否定抵押权对抵押物的追及效力。果真如此,无疑等于立法者预先为抵押担保交易的安全制造了风险,不仅使得抵押权制度不能起到确保交易安全的目的,而且对抵押权制度作为物的担保制度的存在提出了挑战。我们既不能以抵押物的转让价金的物上代位降低抵押权的担保效力,也要防止不利于抵押权人的事件,由于抵押物的价金容易与债务人的一般财产混淆,而使抵押权人根本不可能在抵押物的转让价金上行使物上代位权。<sup>[54]</sup>因此,本人认为,如何解释和适用我国担保法第49条,不仅有赖于抵押权制度的固有理念的应用,而且不得违反立法者建立抵押担保制度所追求的目的。

综上,我国民法所承认的抵押权的物上代位,仅以抵押物“灭失”为适用的条件,因抵押物灭失所得的赔偿金,为抵押物的代位物。担保法第58条所定抵押物“因灭失所得的赔偿金”所使用的“灭失”一词,解释上不以抵押物自身的“全部灭失”为限,应当包括抵押物自身的“毁损”、抵押物“被征用”等能够取得赔偿金或者补偿金的其他情形。<sup>[55]</sup>担保法第49条第3款所规定的内容,并非抵押权的物上代位性。至于是否继续保留担保法第49条第3款所规定的救济抵押权人的方法,将是一个如何保护抵押权人利益的政策判断问题。有学者认为,该款规定虽然旨在进一步保护抵押权人的利益,但显然忘记了抵押权的追及效力,而且又加重了抵押人的负担,实属多余。<sup>[56]</sup>若格外强调对抵押权人利益的维护,有必要对抵押人继续附加向抵押权人支付抵押物的转让价金的义务,但这样做的结果对抵押人似有不公允之处;若考虑到抵押权对抵押物的追及效力以及抵押权所固有的价值权属性,对抵押权人的利益保护已经相当周到,而且在抵押物转让时,抵押物的第三取得人甚至对抵押人享有抵押权除去请求权(瑕疵担保请求权),对抵押人再附加向抵押权人支付抵押物的转让价金的义务,甚有不妥,不应当再要求抵押人对抵押权人承担支付抵押物的转让价金的义务。

[54] 前引[27],许明月书,第264页。

[55] 前引[18],邹海林、常敏书,第149页。

[56] 前引[35],董峻峰文。

## 五、结 论

通过对我国担保法第49条所规定的内容之分析,可以得出以下几点结论:

第一,我国担保法第49条限制抵押物的转让具有明显的不合理性。担保法的规定较之我国司法实务有关限制抵押物的转让的立场,已有所进步,至少没有以抵押权人的同意来评价转让抵押物的行为之效力。抵押人转让抵押物的行为,不受抵押权人是否同意的意思表示的影响,惟受制于抵押人转让抵押物时是否履行对抵押权人的通知义务,以及对抵押物的第三取得人的告知义务。再者,抵押人转让抵押物的价金明显低于抵押物的价值,经抵押权人要求而抵押人不能提供替代担保的,不得转让抵押物。以抵押人承担通知义务和告知义务限制抵押物的转让,以及通过抵押物的转让价金的合理性限制抵押物的转让,并不能实现保全抵押物的交换价值之目的,而且与抵押权所固有的支配力未能有效连接,并非具有实际意义的立法例。但是,因限制抵押物的转让在一定程度上并非不具有合理性,故在动产抵押方面仍有适用的余地。

第二,我国担保法并不否认抵押权所固有的追及效力,但对抵押物的第三取得人没有提供有效的救济手段。除非抵押人没有履行告知义务,抵押物的第三取得人可以主张抵押物的转让无效,对抵押人拒绝支付价金或者请求恢复原状以外,没有法律上的理由可以对抗抵押权人对抵押物的支配力。为有效地保护抵押物的第三取得人之利益,我国民法有必要建立瑕疵担保请求权、代价清偿请求权和涤除权制度。

第三,我国担保法第49条并非抵押权的物上代位性的反映。法律要求抵押人承担对抵押权人支付转让价金而提前清偿债权或者提存转让价金的法定义务,但在抵押物的转让价金的支付问题上,抵押物的第三取得人不承担任何义务,致使抵押权人要求抵押人支付价金的有利地位并没有多少实践价值;而更为重要的是,这一规定忽视了抵押权所具有的追及效力对抵押权人的利益的全面维护,并造就了抵押人和抵押权人之间的利益分配失衡状态,加剧了抵押人的不利地位,明显欠缺合理性。

基于以上考虑,我国应当对担保法第49条尽快予以修正和完善:(一)抵押权设定后,抵押人可以转让抵押物,抵押权人的权利,不因此而受影响。(二)动产抵押权设定后,非经抵押权人同意,抵押人不得转让抵押物。抵押人转让已抵押的动产的,抵押权人有权要求抵押人停止其行为,或者要求抵押人将转让抵押物的收益提存或者提供与转让抵押物的收益价值相当的担保。抵押权人的权利不因此而受影响。(三)取得抵押物所有权的第三人,有权请求抵押人除去抵押权,或者可以代替债务人清偿抵押担保的全部债务而消灭抵押权,或者可以提存抵押担保的债务数额而请求消灭抵押权。