

完善抵押权制度七论

崔建远

摘 要：优先受偿性不是抵押权的属性，而是抵押权担保债权的效力。从有利于债权人的立场出发，可以承认抵押权的不可分性，但应当设有例外。抵押权的物上代位，可以不采取法定债权质的法律构成。抵押权的效力原则上及于抵押物的附合物、从权利，对从物则宜区分情形。在采取抵押权次序升进原则的情况下，应当承认所有人抵押。

关键词：抵押权、优先受偿性、不可分性、次序升进、所有人抵押

我国正在制定《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)，需要人人献计献策，以便未来的《物权法》成为优秀的法典。本着这种想法，本文检讨我国现行法的有关规定，评论《中华人民共和国物权法征求意见稿》(以下简称《物权法征求意见稿》)的若干条文，形成如下文字，既抛砖引玉，又接受批评。

一、关于所谓抵押权的优先受偿

性通说断言抵押权等物权具有优先受偿性，或者说优先受偿的效力，《担保法》关于抵押的界定(第33条)似乎是接受了这种观点，《物权法征求意见稿》完全承继(第252条)。但称抵押权具有优先受偿性，或者说优先受偿的效力，实际上不够准确。因为“受偿”系债权的属性和功能，物权则以物权人直接支配标的物并实现其利益为特质，无请求债务人清偿的内容，何谈受偿?实际上，是抵押权担保的债权在受偿，而且是优先受偿，而非抵押权本身优先受偿。

问题接踵而至，债权以具有平等性为特色，称被抵押权担保的债权优先受偿不是对债权以平等为原则的否定吗?为什么不继续坚持债权平等性的原则，通过承认抵押权具有优先受偿性来解决问题呢?只要我们检索一下民法制度，就不难发现，在一些领域，法律基于若干特殊理由承认一些债权平等的例外，达到它所追求的衡平。例如，在建设工程合同中的工程价款债权的优先受偿权(《中华人民共和国合同法》第286条)；消费者交付购买商品房的的全部或者大部分款项后，买受人对所购商品房的债权优先于建设工程承包人的工程价款债权受偿(最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第2条)；职工工资和劳动保险费用债权的优先受偿权(《中华人民共和国民事诉讼法》第204条第1款第1项)；破产费用债权的优先受偿权(《中华人民共和国民事诉讼法》第204条第1款)；税款债权的优先受偿权(《中华人民共和国民事诉讼法》第204条第1款第2项)；等等。抵押权等担保权附着在债权后，使此类债权具有优先受偿权只是其中一例。

被抵押权担保的债权具有优先受偿性的机理，可作如下描述：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。

既然如此，对于抵押权等担保权的效力表述，此次制定《物权法》应当称之为具有优先性，而不宜说抵押权具有优先受偿性。

二、对抵押权的不可分性的态度

对于抵押权的不可分性,《担保法》的立法计划中可能未加考虑,但其关于抵押权保全的规定中,却有一句反映了抵押权不可分性的部分内容,这就是第51条第2款后段规定的“抵押物价值未减少的部分,仍作为债权的担保。”不过,这只是抵押权的不可分性的部分内容,属于所谓“抵押物的各个部分担保债权的全部”。抵押权的不可分性的内容,还包括所谓“抵押物的全部担保债权的各个部分”,这在《担保法》上没有踪影。《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》(以下简称法释[2000]44号)第71条关于“主债权未受全部清偿的,抵押权人可以就抵押物的全部行使其抵押权”(第1款),“抵押物被分割或者部分转让的,抵押权人可以就分割或者转让后的抵押物行使抵押权”(第2款)的规定,以及第72条第2款前段关于“主债务被分割或者部分转让的,抵押人仍以其抵押物担保数个债务人履行债务”的规定,是就“抵押物的全部担保债权的各个部分”的角度立论的,填补了《担保法》的漏洞。

其实,抵押权的不可分性,可有不同角度的表达。除了就抵押物与被担保债权之间的关系立论的行文外,还可以就抵押权与被担保债权之间的关系立论,抵押权的不可分性因之而表述为“被担保的债权分,抵押权不分。”[1]法释[2000]44号第71条第1款关于“主债权被分割或者部分转让的,各债权人可以就其享有的债权份额行使抵押权”的规定,以及第72条第2款前段关于“主债务被分割或者部分转让的,抵押人仍以其抵押物担保数个债务人履行债务”的规定,属于从“被担保的债权分,抵押权不分”的角度所作的表述,只不过第72条第2款的规定是以债权的反面——债务——为基点的。

必须指出,法释[2000]44号第72条第2款后段关于“第三人提供抵押的,抵押权人许可债务人转让债务未经抵押人书面同意的,抵押人对未经其同意转让的债务,不再承担担保责任”的规定,是对抵押权的不可分性的排除。对此,笔者表示赞同。其道理在于,债务承担人的责任财产可能少于原债务人的责任财产,并由此导致债务承担人不能全部或全部不能清偿抵押权人的债权,抵押权人选择行使抵押权的路径来实现其债权,抵押人因此而丧失抵押物的所有权,至少受到抵押物的使用价值的损失,暂时的损害。尤其在原债务人的责任财产不足以清偿数个并存的债权时,抵押人的追偿权也部分或全部地失去实际效用,遭受终局性的损失。在抵押人不同意债务承担的情况下,令抵押人承受此类的损失,是不合理的,一部良法应当给这样的抵押人必要的保护。法释[2000]44号第72条第2款后段的规定,符合这个精神,值得肯定。

总之,抵押权的不可分性有利于债权的保障殊多,对于抵押权制度的推展上具有决定性的作用[1],因而,《担保法》忽视抵押权的不可分性,需要反思。法释[2000]44号第71条和第72条规定了抵押权的不可分性,值得肯定。《物权法征求意见稿》没有注意到法释[2000]44号第71条和第72条规定的积极价值,仍然带着《担保法》在这方面的缺陷,不明智,不适当,应当立即纠正。未来的《物权法》应当全面而适当地规定抵押权的不可分性。

同时也要指出,抵押权的不可分性并非抵押权的本质要求所必须具有的性质,只是法律为加强抵押权的担保作用而特别赋予的,其法律规范不是强行性规定,当事人可以特约予以排除[1]。这在法国已经著有判例[2],在日本也有持赞同意见的学说[3]。既然法律确认抵押权的不可分性系基于周到保护抵押权人的立法政策所致,对抵押人的合法权益应当予以适当的照顾,就属于立法政策的题中应有之义。如此衡平的结果便是,在若干场合,需要有条件地排除抵押权的不可分性。法释[2000]44号第72条第2款后段的排除虽然必要,但还不足够。在这点上,物权法没有必要否认意思自治原则的作用,应当比较广泛地承认当事人以约定排除抵押权的不可分性。就是说,未来的《物权法》应当规定:抵押合同可以约定,抵押权只存在于一个抵押物的一部分上^①,可以约定一个抵押物只担保着债权的一部分[4]。

三、对抵押物上代位采取何种法律构成

抵押权不以利用抵押物的实体为目的,而是以取得标的物的交换价值为内容,属于价值权。正因如此,抵押物即使改变其原有形态或性质,但只要还维持着交换价值,就不会影响抵押权的实行。换言之,抵押物的变形物或代表物在实质上就仍是抵押权的客体,抵押权的效力就仍然及于此类变形物或代表物上,除非立法政策反其道而行之。我国现行法没有逆行,而是承认了抵押权的上述性质和效力,即承认了抵押权的物上代位性(《担保法》第58条、法释[2000]44号第80条第1款、第49条第3款)。《物权法征求意见稿》予以承继(第251条),值得肯定。在这样的背景下,未来的《物权法》应当规定抵押权的物上代位性,似乎没有反对的理由,但仍有如下问题需要再斟酌。

其一,关于代位物的范围

我国现行法对抵押权的物上代位的规定,使用的表述为在抵押物灭失、毁损或者被征用的情况下,抵押权人可以就该抵押物的保险金、赔偿金或者补偿金优先受偿(《担保法》第58条、法释[2000]44号第80

条第1款), 遗漏了抵押物的另外的变形物类型, 如抵押物为房屋, 而该房屋被毁, 变成一堆砖、瓦、门、窗、椽等。由于砖、瓦、门、窗、椽是各个动产而非不动产, 亦非不动产的一部分, 所以, 抵押权的效力及于它们的根据, 不是抵押权对抵押物本身的作用力, 也不是抵押权的效力及于抵押物的一部分, 还不是抵押权对抵押物的保险金、赔偿金或者补偿金的优先效力, 只能是抵押权物上代位效力及于抵押物的变形物的原理。有鉴于此, 未来的《物权法》规定代位物的范围, 若采取列举的方式, 就要全面且清晰; 若采取概括式, 就直接使用代位物和变形物的术语。

其二, 关于物上代位的法律构成

同样由于我国现行法对抵押权的物上代位的规定, 使用的表述为在抵押物灭失、毁损或者被征用的情况下, 抵押权人可以就该抵押物的保险金、赔偿金或者补偿金优先受偿(《担保法》第58条、法释[2000]44号第80条第1款), 可知采用了物上代位于变形物或代表物上的法律构成论。《物权法征求意见稿》予以承继(第251条)。这同德国等国家的民法及其理论奉行的法定债权质的法律构成论不一致。未来的《物权法》究竟选择哪种法律构成论?是现在就必须决定的事项。为了使选择建立在理性的基础之上, 下文对有代表性的立法例及其学说作一简要的考察, 然后得出自己的结论。

《德国民法典》规定, 要求定期给付的权利与土地所有权相结合的, 抵押权的效力扩及于此项定期给付的请求权(第1126条前段)。为土地所有权人或者土地自主占有人的利益而将属于抵押权的标的物付诸保险的, 抵押权的效力扩及于因保险契约而发生的对保险人的债权(第1127条第1项)。将房屋付诸保险的, 保险人或者被保险人如曾向抵押权人通知损害的发生, 并且自收到通知之时起经过一个月的期间, 则保险人向被保险人所为保险金额的支付, 即可对抵押权人发生效力。抵押权人, 在上述期间内, 得对保险人的支付保险金额, 声明异议(第1128条第1项前段)。其他情形, 适用关于债权质权之规定; 但保险人, 就土地登记簿中所应知道之抵押权, 不得主张其不知(第1128条第2项)。瑞士民法“关于抵押权, 就租金请求权、保险金请求权、公用征收补偿金请求权上, 承认有物上代位。”[5]采取法定债权质的法律构成。

抵押权存在于抵押物的变形物———保险金请求权、赔偿金请求权、补偿金请求权———之上, 若采取债权质说, 那么按照中国现行法的架构, 要么是抵押人和抵押权人双方达成了在保险金请求权、赔偿金请求权、补偿金请求权设立质权的协议, 要么是法律直接规定在保险金请求权、赔偿金请求权、补偿金请求权上当然产生质权。但事实不是这样, 中国现行法直接规定抵押权的效力存在于保险金、赔偿金、补偿金上, 而不是质权存在于它们之上, 亦非质权存在于保险金请求权、赔偿金请求权、补偿金请求权。由此可知, 对于抵押权的物上代位, 在其法律构成上, 中国现行法未采取法定债权质说。

此次制定《物权法》, 有无必要采取法定债权质说?笔者初步认为, 因以保险金请求权、赔偿金请求权、补偿金请求权为标的物的担保物权属于债权质, 故债权质说比较符合逻辑。但基于抵押权为价值权, 抵押权的效力当然追及于抵押物的价值变形物上[6], 当然追及于作为抵押物的变形物的保险金请求权、赔偿金请求权、补偿金请求权上, 更为简洁。所以, 两种方案均有其道理。

至于是物上代位于赔偿金、保险金、补偿金“现物本身”, 还是物上代位于保险金请求权、赔偿金请求权、补偿金请求权上, 笔者曾经赞同前者[7]。但因对于赔偿金、保险金等“现物本身”的效力, 不是物上代位问题, 而是担保权的直接效力的问题, 即, 是担保权的追及效力问题[6], 故现在修正以往的意见, 改为抵押权物上代位于保险金请求权、赔偿金请求权、补偿金请求权上的观点。

既然是抵押权物上代位于保险金请求权、赔偿金请求权、补偿金请求权上, 那么, 为了减少迂回曲折, 为了降低风险, 法律应当规定抵押权人有通知义务, 即, 抵押权人应当将抵押权存在的事实及时地通知给有关保险公司、赔偿义务人、补偿义务人, 以便这些义务人知晓并实际向抵押权人支付保险金、赔偿金、补偿金; 若怠于通知, 这些义务人不负任何民事责任, 抵押权人向抵押人主张抵押权的追及效力。

四、土地使用权抵押与附合物、混合物、加工物

(一) 土地使用权抵押与附合物

所谓附合物, 日本民法及其学说称为附属物, 是从属于不动产的附合之物(第242条)。附属物是因为附属失去独立的存在, 而且被不动产的所有权吸收[6]。并认为, 附属物被《日本民法典》第370条规定的附加物所包含, 至于是否与附加物的外延相同, 则存在两种对立的学说。经济一体说认为, 《日本民法典》第370条所说的“附加后成为一体”具有经济一体性的意思, 所以, 附加物不只是《日本民法典》第242条规定的附属物, 也包含《日本民法典》第87条规定的从物的意思[8]。构成部分说则主张, “附加后成一体的物”仅仅是指“附属物”, 作为物的具有独立性的“从物”不包含在其中[9]。近江幸治教授赞同前者。从附

加物和附属物的中文文义来看，两者似乎相同，尤其是附属物系失去独立存在之物，它已经被不动产的所有权所吸收，而从物是独立于不动产之物，所以，假如中国民法使用附属物的概念，那么本文赞同附属物和附加物的外延相同，都不包括从物的观点。

中国民法采用了附合物的称谓。虽然《担保法》未规定抵押权的效力是否及于附合物，但法释[2000]44号填补了这一漏洞，明确规定抵押物因附合使其所有权归第三人所有的，抵押权的效力及于补偿金；抵押物所有人为附合物的所有人的，抵押权的效力及于附合物；第三人与抵押物所有人为附合物的共有人的，抵押权的效力及于抵押人对共有物享有的份额(第62条)。正值制定《物权法》，究竟是采纳法释[2000]4号第62条的方案，还是仍然如同《担保法》那样不规定抵押权的效力及于附合物，抑或其他方案？

由于附合物与抵押物的所有权合而为一，抵押权不因对抵押物的附合而消灭，所以，只有抵押权的效力及于附合物，在附合物就是抵押物且归抵押人和第三人共有时，抵押权的效力及于抵押人的共有份额，才符合法理。结论就是，《物权法》应当采纳法释[2000]4号第62条的方案，明确规定抵押权的效力及于附合物。

在土地使用权作为抵押物的情况下，有无抵押权的效力是否及于附合物或曰附属物的问题？如果附合物为树苗、农作物种子、花草等，它们被栽种于土地之中时，是与土地使用权附合吗？笔者认为，它们是与土地使用权所作用的土地附合，那么它们成为土地的组成部分，具有土地使用权的客体的地位。如果从价值的角度看，土地使用权客体的价值提高，土地使用权本身的价值很可能也随之增加，似乎可以说抵押权的效力及于这些树苗等附合物。但是，另一面，树苗等与土地附合，成为土地使用权客体的组成部分，在民法的构成上，毕竟不是成为土地使用权本身的成分，加之作为土地使用权客体的土地新添了附合物，土地使用权的交换价值未必因此而提高，所以，为慎重起见，不宜把土地使用权客体的附合物作为土地使用权抵押的效力所及的对象。

具有独立使用价值、可以作为独立交易客体的房屋等建筑物，在我国法律上不是土地的成分，而是独立于土地的不动产。一种意见认为，它们是与地上权(土地使用权)“附合”[10]。不过，这只是形象的说法，有助于理解建筑物因地上权的存在而不属于土地的成分。实际上，建筑物是独立之物，既独立于土地，也独立于地上权(土地使用权)，不是地上权(土地使用权)的成分。这样，土地使用权抵押的效力不当然及于它。

(二) 土地使用权抵押与混合物

《担保法》未涉及抵押权的效力是否及于混合物，法释[2000]44号填补了这一漏洞，明确规定抵押物因混合使其所有权归第三人所有的，抵押权的效力及于补偿金；抵押物所有人为混合物的所有人的，抵押权的效力及于混合物；第三人与抵押物所有人为混合物的共有人的，抵押权的效力及于抵押人对共有物享有的份额(第62条)。此次制定《物权法》，究竟是采纳法释[2000]44号第62条的方案，还是仍然如同《担保法》那样不规定抵押权的效力及于加工物，抑或其他方案？

由于抵押物发生混合，抵押物的所有权覆盖于混合物全部，抵押权不因抵押物有混合现象而消灭，所以，只有抵押权的效力及于混合物，在混合物就是抵押物且归抵押人和第三人共有时，抵押权的效力及于抵押人的共有份额，才符合法理。就是说，《物权法》应当明确规定，抵押权的效力及于混合物。

抵押物系土地使用权时，存在着混合物的问题吗？从混合发生于动产之间的概念可知，无论是土地使用权本身，还是土地使用权客体——土地，都不发生混合现象，所以，土地使用权抵押场合，不存在抵押权的效力及于混合物的问题。

(三) 土地使用权抵押与加工物

《担保法》欠缺抵押权的效力是否及于加工物的规定，法释[2000]44号填补了这一漏洞，明确规定抵押物因加工使其所有权归第三人所有的，抵押权的效力及于补偿金；抵押物所有人为加工物的所有人的，抵押权的效力及于加工物；第三人与抵押物所有人为加工物的共有人的，抵押权的效力及于抵押人对共有物享有的份额(第62条)。此次制定《物权法》，究竟是采纳法释[2000]4号第62条的方案，还是仍然如同《担保法》那样不规定抵押权的效力及于加工物，抑或其他方案？

首先说明，第三人和抵押人对加工物共有，如果加工物与抵押物以外的物合而为一，抵押权的效力不及于加工物，除非法律另有规定或者当事人另有约定。只有加工物与抵押物合而为一时，抵押权的效力才及于抵押人对该共有物享有的份额。

其次，由于加工物与抵押物的所有权合而为一，抵押权不因对抵押物的加工而消灭，所以，只有抵押权的效力及于加工物，在加工物就是抵押物且归抵押人和第三人共有时，抵押权的效力及于抵押人的共有份额，才符合法理。

抵押物系土地使用权时，存在着加工物的问题吗？从加工的对象限于动产的要求看，无论是对土地使用权本身，还是对土地使用权客体——土地，都不存在加工现象，所以，在土地使用权抵押的情况下，不存在抵押权的效力及于加工物的问题。

五、土地使用权抵押与从物

土地使用权的从物，比较少见，但不宜说没有。如果有，土地使用权抵押的效力是否及于它们？《担保法》未加规定，《物权法草案征求意见稿》亦然，法释[2000]44号明确规定：“抵押权设定前为抵押物的，抵押权的效力及于抵押物的从物。但是，抵押物与其从物为两个以上的人分别所有时，抵押权的效力不及于抵押物的从物。”（第63条）制定《物权法》，究竟采取什么方案呢？在抵押权设定之前，抵押物的从物已经存在，由于从物帮助抵押物发挥效用，两物之间具有的依存关系决定，所以，抵押权的效力应当及于该从物。因此，制定《物权法》，应当采取法释[2000]44号第63条的规定。奉行“经济一体说”的日本学者，把《日本民法典》第370条所说的“附加后成为一体”的物，解释为包括从物，从而得出抵押权的效力当然及于从物的结论。日本的判例也承认抵押权的效力及于从物②。

抵押权设定后新产生从物，抵押权的效力是否也及于该从物呢？中国现行法没有规定，有法律专家持否定观点[11]。正值制定《物权法》，需要设计合理的方案，故有必要考察有关立法例及其理论，通过分析再得出结论。

在法国，民法典把有交易能力的不动产的附属物视为不动产（第2118条第2项），规定抵押权的效力及于对作为抵押物的不动产的所有改良（第2133条）。在这种背景下，具有“根据性质区分的不动产”和“根据用途区分的不动产”的严格区别的理论，从物属于“根据用途区分的不动产”范畴，被包含在“对不动产的所有改良”之中，抵押权的效力及于作为抵押物的不动产，也及于已被不动产化了的从物（第2133条）[6]。

在德国民法上，采用“构成部分”（“附加于主物的物，已经和主物一体化了”）和“从物”严格区别的理论，认为从物保持着独立性，故抵押权的效力不当然及于从物。在这里，从抵押权的特殊性考虑，从物从属于主物，是依照处分主物之人的意思，写入了特别规定之中（第1120条）。这种规定也包括设定抵押权后的从物[6]。

日本旧民法担保篇模仿《法国民法典》，规定抵押权的效力及于对不动产的增加或改良（第200条）。像法国民法典那样，从物被包含在“对不动产的增加或改良”中，抵押权的效力及于这样的从物，即使此类从物产生于抵押权设定之后。但是，《日本民法典》在设置第370条时，对日本旧民法债权担保篇第200条的规定作了文字修改。同时，其第87条又模仿德国民法典第一草案，接受了“构成部分”和“从物”严格区别的理论，割裂了与日本旧民法债权担保篇第200条的同一性，造成《日本民法典》内部的矛盾。对此，我妻荣教授等主张按照《德国民法典》第1120条的处置方法，在不动产存在分离物的情况下，遵循“经济一体说”，抵押权的效力及于从物，且不问从物产生于抵押权的前后[6]。但也有学者认为，《日本民法典》第370条所说的附加物只有附属物的意思，不包含作为独立之物的从物，但是第87条第2项所谓“从物随主物的处分”，是指抵押权设定后到抵押权实行时止期间内，抵押权的效力及于附加的从物[12]。有的判例也持这种立场③。

但是，在现代社会，抵押权的效力全部及于作为抵押物的不动产上，不一定产生适当的结果。与其为了动产的财产价值得到很大提高，倒不如提出割裂抵押权效力的一般性的社会经济的要求。况且，从当事人的意思观察，即使是抵押人也没有预见到有关的从物当然地成为抵押物的情形。不过，判例尚未认可割裂抵押权的效力[6]。

中国台湾学者认为，抵押权设定后出现的从物是否为抵押权的效力所及，涉及到抵押权人和一般债权人之间的利益平衡。在这种情况下，涉及两个利益：一是抵押权人的利益。从经济目的看，从物辅助抵押这个主物发挥效能，抵押物与其从物之间具有依存关系，如果不让抵押权的效力及于从物，就意味着抵押权实行时不得一并拍卖抵押物与其从物，势必减损抵押物的价值，影响抵押权人的利益。二是一般债权人的利益。抵押权设定后增加的从物，若为抵押权的效力所及，抵押权人就从物的变价优先受偿，等于从抵押人的一般担保财产中划出一部分，归于抵押物中，共同担保因而减少，一般债权人难免蒙受损失。为兼顾各方当事人的利益，原则上应认为抵押权的效力及于抵押权设定后增加的从物，若因此而影响到一般债

权人的共同担保时，则抵押权人于实行抵押权时，虽然可以把抵押物与从物一同拍卖，但就该从物无优先受偿权。一般债权人主张抵押权人无优先受偿权的应负举证责任[13]。

六、土地使用权抵押与从权利

土地利用权的从权利，包括相邻通行权、相邻排水权、地役权等。在中国台湾的民法上，其学说认为，为保全抵押物的经济效用，对抵押物的从权利从宽解释，不仅本质上的从权利，其本质上虽非从权利，但抵押物存在上所必须的权利亦包括在内，例如以建筑物抵押时，建筑物对基地的利用权，如地上权、租赁权、借贷权等，亦应认为系从权利。而为抵押权的效力所及[14]。至于该项权利是否具有让与性亦非所问[14]。盖土地与建筑物虽为各别独立的不动产，但建筑物的使用，既不能脱离土地而存在，则于建筑物就基地有利用权时，自应予以维护，始无害于社会经济④。再如，以农地抵押时，其灌溉用水之权，亦可解释为农地的从权利[9]。对抵押物的从权利从宽解释，显然使抵押物的经济效用达到最大化，抵押权的效力因而得到了强化，抵押权实行之后，抵押物的受让人就不会因他人享有抵押物的从权利而受到种种牵制、妨害，从而顺畅地利用抵押物，使效益最大化。在这种背景下，应当持有这种立场。所以，笔者认为，中国大陆民法应当对抵押物的从权利从宽解释，土地使用权作抵押物时亦应如此。

正因土地使用权的从权利能使土地使用权的效用彰显和强化，所以，只要立法者坚持权利本位的思想，拟使抵押权保持完整权利的状态，那么，土地使用权抵押的效力及于土地使用权的从权利，就是当然的结论。《担保法》对此未作规定，《物权法草案征求意见稿》亦然，笔者认为应当明确上述观点。

在中国台湾的民法上，从权利在抵押权设定时登记与否，不影响它们为抵押权的效力所及[14]。

七、关于所有人抵押

未来的《物权法》是否确立所有人抵押，在很大程度上与采取抵押权次序固定原则还是奉行次序升进原则有关。如果采取抵押权次序升进原则，抵押物所有权人无因清偿债务而自己取得先次序抵押权的余地，牺牲了该抵押物的担保价值，对抵押物的所有权人不利。如果承认所有人抵押，则可以弥补这些不足。因为在抵押物所有人清偿先次序抵押权所担保的债权时，该抵押权即移转给抵押物所有权人，或者抵押权人因购买、继承等原因而取得抵押物所有权时，则所有权人可以将该项先次序抵押权再用作其他债权的担保，融通资金，实现更大的利益；同时也可以抵御后次序抵押权人实行其抵押权，保全住抵押物的所有权。有鉴于此，未来的《物权法》若确认次序升进原则，就应当同时承认所有人抵押。

所有人抵押可以通过当事人的设定而产生，就是所有人为自己的利益在其所有物上设定抵押权。该抵押权自始即为归抵押物的所有人享有，属于原始的所有人抵押[14]。

所有人抵押还可以基于法定原因而取得，如先次序抵押权担保的债权因抵押物所有权人的清偿而消灭时，法律可规定抵押物所有权人取得该先次序抵押权；抵押权人取得抵押物的所有权时，法律可规定他取得抵押权；抵押权绝对抛弃的情况下，法律也可以规定在符合一定条件时抵押物所有权人取得抵押权[15]。

注释：

① 《担保法》第35条的规定其实就包含着这层意思。

② 例如，大连判1919.3.15，民录25辑473。

③ 东京高判1978.12.26，案时383号第109号。

④ 中国台湾“最高法院”1959年台上字第1457号判决：1959年台上字第227号判决。

参考文献：

[1] 郑玉波.论抵押权之不可分性[A].郑玉波.民法物权论文选辑·下[C].五南图书出版公司, 1984.608, 612, 612.

[2][日]神户大学外国法研究会.法兰西民法(V)[M].245.[3]柚木馨.担保物权法[M].197;我妻荣.担保物权法[M].92.

[4]崔建远.抵押权若干问题之我见[J].法律科学,1991,(5):52;王利明,崔建远.合同法新论·总则[M].中国政法大学出版社,1996.555.

[5][日]柚木馨.注释民法(9)·物权(4)[M].有斐阁,1982.

[6][日]近江幸治.祝娅,王卫军,房兆融译.担保物权法[M].法律出版社,2000.40,41,113,116,116,116,117.

[7]王利明,崔建远.合同法新论·总则[M].中国政法大学出版社,1996.551.

[8][日]我妻荣.新订担保物权法[M].岩波书店,1971.258、270;於保不二雄.附加物以及从物和抵押权[J].民商法杂志,第29卷第5号,20页以下;林良平.抵押权的效力[A].新版·民法演习·2[M].184以下;铃木禄弥.物权法讲义[M].创文社,1985.168.

[9]柚木馨.高木多喜男.担保物权法[M].有斐阁,1982.248;高木多喜男.担保物权法[M].有斐阁,1984.112.

[10]谢在全.民法物权论·中册[M].三民书局,2003.56;苏永钦.走入新世纪的私法自治[M].中国政法大学出版社,2002.257.

[11]李国光,奚晓明,金剑锋,曹士兵.《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》理解与适用[M].吉林人民出版社,2000.248.

[12]柚木馨.高木多喜男.担保物权法[M].有斐阁,1982,255-256.

[13]王泽鉴.民法学说与判例研究·第3册[M].中国政法大学出版社,1998.366-369.

[14]谢在全.民法物权论·中册[M].三民书局,2003.436,436,435-436.

[15]郑玉波.民法物权[M].三民书局,1998.281.—6—

(原载于《河北法学》2004年第6期)

发表评论

用户名: (3 - 20个字符)

电子邮件:

用户评论:

发表评论

重置

用户评论

目前还没有评论。欢迎您成为第一位评论者！

中国法律文化 | About law-culture | 关于我们

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办
电话：64022187 64070352 邮件：law-culture@163.com
地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720