

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

更多▲

特聘专家

法学所导航

走进法学所

走进国际法中心

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

使用大字体察看本文
阅读次数: 1203

优先权的附随性 ——近代担保物权从属性的弱化与优先权的严格从属性

杨振山、孙东雅 (中国政法大学教授、博士生导师) (中国政法大学民商法博士研究生)

摘要: 传统民法认为担保物权是以担保债权实现为目的之权利, 附随性是担保物权的重要属性。过度强调的附随性导致担保物权与现代经济的诸多矛盾, 一些学者提出担保物权附从性缓和理论。担保物权附从性缓和理论反应了担保物权制度在现代社会从保障债权实现向融资手段的重大转变。而优先权制度由于自身的特性仍然需要坚持附随性原则。

关键词: 物权 优先权 从属性

优先权是指债权人的特定债权基于法律的直接规定而享有的就债务人的全部财产或特定财产优先受偿的权利。[1] 根据其可主张的对象范围可分为一般优先权和特别优先权。一般优先权以债务人的全部资产为权利客体, 特别优先权以债务人的特别动产或不动产为权利客体。从效力上说, 优先权不仅可以优先于普通债权, 在一定的条件下也有可能优先于抵押、质押、留置等担保物权。由于它是对债权的一种担保, 是担保物权的一种。优先权具有法定性、物上代位性、从属性、不可分性、不以占有与登记为要件、变价受偿性等特点。[2]

优先权的这些特点许多学者都有论述, 笔者认为, 优先权相较与其他担保物权与主债权关系具有严格附随性的特点。优先权的严格附随性与普通担保物权从属性的弱化的鲜明对比反映了两者在立法目的上的大异其趣——近代以来普通担保物权侧重担保权这一法律工具的价值利用性而优先权制度仍然强调权利的静态保全性。笔者认为, 这是我国当前物权立法或民法典起草时引入优先权制度所不得不考虑的一个因素。

一、担保物权的从属性

担保物权是以担保债权实现为目的之权利, 因此担保性是担保物权最为直接的属性。担保物权的担保性表明其与相应的债权是息息相关的, 从而使得二者在许多方面呈现出一定程度的共性。[3] 正是由于二者之间这种天然上的联系, 使得担保物权的担保性具体表现为从属性和不可分性。

担保物权的从属性 (Akzessorit) 又称为附随性、附属性、伴随性, 是指担保物权系以确保债权的实现为目的的权利, 是其所担保的主债权的从权利。一般地说, 担保物权的从属性表现在成立上的从属性、处分上的从属性和消灭上的从属性。[4] 成立上的从属性指担保物权的成立应以相应的债权成立为前提条件, 不能脱离债权而单独设立; 处分上的从属性是指担保物权应随同主债权的转让而转让, 不能与主债权分离而单独转让; 消灭上的从属性是指担保物权随主债权的消灭而消灭, 主债权不存在, 担保物权不能存在。[5]

德国著名民法学者海德曼 (J. W. Hedemann) 更进一步将担保物权的附从性具体为以下内容: 第一, 任何应担保之债权不存在时, 担保物权也决不能成立; 第二, 担保物权设定后, 债权发生变化, 如债权

之增额或减额，担保物权也会随之而变化。第三，由债务关系产生抗辩权时，抵押人得援用其抗辩权，对抗担保物权之实行。第四，债权的权利人变更时，担保物权也当然会因此而转移于新权利人。第五，债权消灭时，担保物权便无存续之可能。[6]

传统民法上只是例外的规定债因混同而消灭时，担保权仍然存在。如果抵押物上存在数个抵押权，前手的抵押权与主债权混同消灭时，后手的抵押权即升进顺序，将会损害因混同而成为抵押物所有人的抵押权人利益。因此法律有必要规定，此时抵押权不消灭，抵押权人就自己的抵押物仍享有抵押权。德国民法和我国台湾地区民法规定，成立所有人抵押，以发生混同时为限。在特定情况下，我国也承认所有人担保物权。[7] 所有人抵押权由法律直接规定而成立，不以合同方式约定成立。[8] 《担保法司法解释》第77条的规定可视为这种例外情况。[9]

担保物权的附从性在近代立法中首先为法国民法所确立，后为日本及我国台湾立法所继受。我国立法采法、日立法主义，故一般认为，担保物权的附从性是担保物权的基本特征之一。[10]

传统民法上的担保物权的从属性是有深刻原因的，体现了传统担保物权以保全债权实现为首要目标的价值取向。

二、担保物权附从性缓和与独立化倾向

担保物权的附从性强调担保物权对债权的依赖和不可分离。因此，严格固守担保物权的附从性，在为债权实现提供保障的同时，也出现了一些新的问题。

乍看起来，强调担保物权的附从性，有利于加强对所担保的具体债权的保障。但是，由于种种原因，实际中经常出现债务人自身财产和担保财产价值之和依然不能确保主债权完全实现的情况。换句话说，由于各种原因，单个担保物权对债务的担保能力是有限的。强调担保物权对具体债权债务关系的附从性，不利于诸多的担保权形成合力，互相支撑，在流动中规避风险和化解风险。

同时，过度强调担保物权的附从性对担保物权的流动及担保物权自身价值的充分发挥也形成了一定的障碍。随着现代市场经济的发展，人们逐渐认识到，担保物权本身是有价值的，而根据担保物权的附从性原理而建构的担保物权制度日益暴露出其影响其价值发挥的弊端。

过度强调担保物权的附从性所引起的与现代经济的诸多矛盾，最终引起了一场对担保物权附从性立法与理论进行全面声讨和批判的运动。构成这一运动主旋律者有二：一为附从性缓和理论；二为担保物权独立化理论。[11]

所谓担保物权附从性缓和理论，是在承认担保物权的附从性前提下，认为应从更为宽泛的意义上重新对担保物权的附从性进行界定。担保物权的附从性不应理解为担保物权与债权自始至终地伴随存在，只要担保物权人在依担保物权取得交换价值时担保物权应与债权同时存在便可，无须对担保物权的设定、转移及消灭上附从过于苛求。[12] 担保物权附从性缓和理论对现代担保立法产生了重大影响。

第一，根据担保物权附从性缓和理论，最高额抵押的合法性和有效性得到了立法的肯定，为企业融资提供了一种新的担保方式。

第二，为将来债权设定担保物权的承认。在现代经济生活中，抵押担保在金融借贷中运用最为广泛，而依金融交易之惯例，若借款人不能提供充分的担保，银行将不予贷款，故往往担保物权设定在先，而借款合同的签定、成立及借款的交付在后，若严格解释担保物权的附从性，则先设定的担保物权将会因为债权的不存在而无效。故在各国判例中一般都承认在特定情况下，可以为将来债权的担保而设定担保物权。[13]

第三，登记流用制度在一定范围获得承认。[14]

第四，在债权因无效而消灭时，担保物权并不当然消灭。在债权无效时，若担保物权人对于债务人已经为给付，债权人对债务人享有返还请求权和损害赔偿请求权，原债权虽然消灭，担保物权仍可就此项返还请求权和损害赔偿请求权而存在。[15]

担保物权附从性缓和理论对现代担保物权立法和司法实践产生了重大的影响，推动了担保方式的发展，为融资提供了许多新的选择。担保物权附从性缓和理论及由此建立起来的一些制度典型的反应了担保物权制度（相对于优先权制度）在现代社会越来越从保障债权实现的功能转向成为融资手段的重大转变。

然而，担保物权附从性缓和理论仍然在承认附从性的前提下解决担保物权与被担保债权的关系问题，虽然可以使担保物权在一定的情况下与被担保债权分离，但担保物权仍然可以说是一种附从性权利。担保物权对债权的附从，一方面会妨碍担保物权的自由流通，另一方面，担保物权作为一种财产权，其自身的投资利用价值也不能得到发挥。一般用益物权其本身就具有一定的价值，故可以作为投资的客体在不同的主体间自由地转让，而担保物权则只有附债权才能作为投资的对象。

为解决担保物权制度在实际中的困境，拓展担保物权制度的应用空间，一些学者进一步提出担保物权独立性理论。即认为，担保物权的本质并非是其对债权的附从性，而是其价值权性和物权性，根据担保物权的物权性，担保物权乃一种对物的支配权，根据担保物权的价值权性，这种对物的权利是对物的价值的支配，担保物权虽为担保物权，但应当象用益物权一样，能够独立于其他权利而存在；担保物权所体现的利益应当能象用益物权那样作为独立的交易客体而在不同的主体间自由地流通和转让。

担保物权独立性理论的核心内容是实现担保物权与被担保债权的绝缘，使担保物权成为一种纯价值权。这种纯价值形态的担保物权可谓担保物权发展的更高级的形态。

资产证券化这种方式在担保物权独立性影响下的金融创新，在金融市场上发挥了巨大的作用。[16]

三、担保物权附从性的弱化背后的价值取向

可以这么说，随着担保物权附从性的弱化，今日担保物权的性质，已渐次由保全的性质而变为价值权之独立的权利之性质，从而使担保物权的从属性在某些场合得以破除。[17]

在近代法上，随着资本主义的不断发展，抵押权的发展遵循这样一条法则，即从以确保债权履行为目的的保全抵押（Si cherungs hypotheke），发展为把握抵押不动产所具有的交换价值并使之流通于金融交易市场，充当投资者现金投资媒介手段的投资抵押（Anlage—hypotheke）。[18]

抵押权的功能已不再停滞于对既存债权的责任补充，而是作为金钱借贷的媒介，是资本投资和不动产所有者金融中介的法律手段，此意义上的抵押权被称之为投资抵押。投资抵押已非以债权的存在为前提且从属于债权的担保权，而视为媒介债权成立的法律手段更为妥当，信用关系由人的信用转变为物的信用，以及现代金融资本主义的发展，使抵押制度由保全抵押转换为投资抵押，不动产的金钱化成为现在的重要问题之一。[19]

我妻荣教授进一步指出，13世纪以前的不动产担保是把握不动产的物质价值的不动产质，伴随货币经济的发展，把握不动产担保价值的抵押权制度确立起来，该抵押权的重点在于它作为土地所有者的金钱借贷手段，为保全抵押。18世纪中叶以后，资本主义的发展使抵押权的重点转移到货币所有者的金钱投资上，保全抵押转变为投资抵押权、流通抵押权。抵押权成为近代物的担保制度的核心，不仅其债权担保的功能日臻完善，而且，伴随近代法的发展，拓开了抵押制度的新天地，抵押权脱离其隶属于债权担保惟一目的的从属地位，发展成为把握标的财产具有的交换价值，使之流通于金融交易市场，充当投资媒介手段的独立制度。[20]

四、法定优先权的附从性及背后的原因

一般担保物权独立性增强，附从性减弱减弱的现象一般只适用约定担保场合。而对于依照法律特别规定成立的法定优先权，附从性不仅没有削弱，反而更为突出。正如谢在全教授所说的“法定担保物权乃为担保一定债权而发生，故其从属性特别强烈。”[21]

优先权作为担保物权是一项从权利，以其所担保的债权为主权利，故非有债权，优先权不能独立存在；债权消灭时，优先权也消灭，一般情况下，优先权随其所担保债权的移转而移转。就优先权的从属性而言，尽管有人认为，为特定人而设立的优先权，如妻之嫁资返还优先权，被监护人优先权。不具有从属性。但一般认为优先权是要保护特定债权本身，不应该认为是专属地拥有特定债权的债权人的担保物权，认为优先权应该具有从属性。因为尽管优先权表面看来是为特定债权人而设立的，但实质上是基于这些债权人之间债权的特殊性而设立的，对特定债权的保护比对特定债权人的保护，使优先权更具说服力，而且债权的转移并不能改变其特殊基础，所以仍然应该具有伴随性。[22]

优先权应当具有严格的从属性，而且优先权也不宜像其他可以价值权化的担保物权一样，与债权分离而单独让与。

尽管世界各国（地区）对优先权制度的继受程度各有不同，但不论以何种名义、何种形式，优先权制度的设立或是为了保护社会弱者，或是为保护特殊债权，是一种社会关系调整器的法律。优先权制度为特殊债权人赋予了特权（priority, priority claim）。这种特权是为了维护社会正义、保护弱者、实现社会公平而由法律特别赋予的，是一种兜底性的、保护性的规定。这些规定实际上给予了优先权人特殊的法律地位，优先权人不能将这种法律地位作为某种资源或可交换的价值，转让这种特殊的法律地位，用法律给予的特权牟利。

作为法定担保物权的优先权仍然具有严格的从属性，体现了优先权较强的担保性，仍以担保债权实现为主要价值取向。[23]

Abstract

Civil priority is an instrument aimed at providing special protection for specific civil rights or oblige. The traditional Civil Law holds that secured property rights aim at realizing secured debts and one of its important features is of accompanies. Given that excessive emphasis on accompanies will lead to many contradicts between secured property rights and modern economy, some scholars have proposed the opposite, which is an important transformation of secured property right from secured debts to a financing means. In the meantime, priority system should stick to accompanies due to its own characteristics.

注释：

[1] 关于优先权的概念有许多不同的说法，在这里我基本上采取了王利明教授、崔建远教授、申卫星先生以及台湾学者金世鼎先生的观点，但未用台湾“优先受偿权”的提法。参见王利明主编：《中国物权法草案建议稿及说明》，第512页，中国法制出版社，2001年版。金世鼎：“民法上优先受偿权之研究”，载《现代民法基本问题》，第142—160页，（台湾）汉林出版社，1981年版。崔建远：“我国物权法应选取的结构原则”，载《法制与社会发展》，1995年3期。申卫星：“我国优先权制度立法研究”，载《法学评论》，1997年第6期，第60页。

[2] 蒋人文：“论优先权”，载《广西师范大学学报：哲社版》，1999年第2期。

[3] 有关担保物权与债权之其性，参见刘得宽：《民法诸问题与新展望》，第337页，台湾中享有限公司印行，1979年版。

[4] 谢在全：《民法物权论》，第27-32页，三民书局，1992年版。

[5] 郭明瑞主编：《民法学》，第251-252页，北京大学出版社，2001年版。

[6] J. V. Hedemann, Sachenrecht des Brgedi chen Gesetzbuch I 950s. 328f. 参见刘得宽：“担保物权之附从性与特定性”，郑玉波主编：《民法物权论文选辑》（下），第593页。

[7] 郭明瑞：《担保法原理与实务》，第110页，中国方正出版社，1996年版。

[8] 李国光、奚晓明、金剑锋、曹士兵著：《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》，第281页，吉林人民出版社，2000年版。

[9] 《担保法司法解释》第77条规定“同一财产向两个以上债权人抵押的，顺序在前的抵押权与该财产的所有权归属于一人时，该财产的所有权人可以以其抵押权对抗顺序在后的抵押权”。

[10] 参见许明月：《抵押权制度研究》，第87-88页，法律出版社，1998年版。

[11] 许明月：《抵押权制度研究》，第90页，法律出版社，1998年版。

[12] 参见[日]柚木馨：《担保物权法》，第191页，有斐阁昭和33年版。

[13] 日大审院明治38年12月6日判决，明治40年3月25日判决，明治43年10月14日判决，大正2年5月8日判决，大正14年9月24日判决等。

[14] 许明月：《抵押权制度研究》，第91页，法律出版社，1998年版。

[15] 我国《担保法》第5条也有此类规定。

[16] 许明月，《抵押权制度研究》，第91页，法律出版社，1998年版。

[17] 史尚宽：《物权法论》，第231-232页，荣泰印书馆，1979年版。

[18] 胡宝海，《现代金融担保法研究》，第23页，中国社会科学出版社，1999年版。

[19] [日]石田文次郎：《投资抵当权研究》，第119页，有斐阁、昭和7年。转引自胡宝海著，《现代金融担保法研究》，第23页，中国社会科学出版社，1999年版。

[20] [日]我妻荣：《债权在近代法中的优越地位》，第50-51页，中国大百科全书出版社，1998年版。

[21] 谢在全：《民法物权论》，第7页，三民书局，1992年版。

[22] [日]林良平：《注释民法》（八），第89页，有斐阁。

[23] 申卫星、傅穹、李建华：《物权法》，第400页，吉林大学出版社，1999年版。

来源: 中国民商法律网

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

