

所有人抵押权的若干问题

邹海林^{*}

一、承认所有人抵押权的必要性

抵押权,是指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,以其变价金受优先清偿的权利。抵押权是依照法律规定而由当事人约定的、用以担保债权清偿而直接支配标的物的担保物权。^[1]抵押权为他物权,其标的以他人所有的不动产、动产或者权利为限,物的所有人不得在自己所有的物上为自己的债权设定抵押权。但所有人抵押权,是指所有人在自己的所有物上存在的抵押权。所有人抵押权以所有人自己的财产为标的,构成抵押权的特例。

所有人抵押权存在的合理性或者基础,在于抵押权行使的次序性。抵押标的物应当以债务人或者第三人所有的财产为限,债权人自己所有的财产不得为抵押权的标的。但是,在同一标的物上设定有数个抵押权时,各抵押权的效力以抵押权人取得抵押权的先后次序确定;设定在先的抵押权,优先于设定在后的抵押权;同时设定而发生的抵押权,效力相同。为防止先次序抵押权消灭时,后次序的抵押权人主张权利,以致所有权人的权利被后次序抵押权人追夺的结果发生,德国民法以所有人抵押权的取得制度,使所有权人保留抵押权。^[2]法国、日本民法实行抵押权的次序升进主义,即先次序的抵押权消灭时,后次序的抵押权因先次序抵押权的消灭而依次递升其次序。^[3]我国台湾地区民法未明文规定抵押权的次序升进主义,但实务和理论通常认为台湾民法采取抵押权的次序升进主义。在这种情形下,当抵押权和所有权发生混同时,为防止后次序的抵押权升进次序,以致所有权人的正当利益被追夺,以所有人抵押权固定后次序抵押权。

承认所有人抵押权,有助于保护所有权人的利益,并防止后次序的抵押权人取得不当利益的机会,避免先次序抵押权人和后次序抵押权人之间发生利益失衡现象。抵押权的行使具有次序性和不可分性,先次序抵押权消灭的,后次序抵押权可对抵押物的全部行使权利。当先次序的抵押权和所有权发生混同时,作为他物权的先次序抵押权归于消灭,但我们不能不考虑先次序抵押权人在其抵押权和所有权发生混同后的利益保护问题。例如,甲方对乙方享有债权若

^{*} 中国社会科学院法学研究所副研究员。

[1] 法定抵押权为例外。依照法律规定而取得之抵押权,称为法定抵押权;法定抵押权仅限于个别情形,非有法律的明文规定不得发生。例如,建筑工程承包人的法定抵押权。

[2] 孙宪忠:《德国当代物权法》,法律出版社1997年版,第283页。

[3] 史尚宽:《物权法论》,1979年版,第254页。

干,由丙方以其所有的财产向甲方提供抵押;其后,丙方以同一财产为丁方的债权提供抵押。甲方对抵押物享有先次序抵押权。若甲方取得属于丙方所有的抵押物的所有权(不论取得原因如何),则甲方所享有的先次序抵押权应当归于消灭。丁方以其所享有的后次序抵押权(不论是否升进位次),在丁方的债务人不履行债务时,可以对甲方取得所有权的抵押物的全部行使其抵押权。丁方仅仅因为甲方的先次序抵押权与所有权发生混同,而取得对抵押物的全部行使抵押权的机会,并无不可。但是,若抵押物的价值低于丁方的债权,甲方取得所有权的抵押物将全部被追夺;当甲方的债务人乙方不履行债务时,甲方面临债权实现不能以及自己所有的抵押物被丁方申请执行的双重危险。依照抵押权的一般制度,否认甲方对抵押物的先次序抵押权,甲方和丁方之间的利益显然失衡:丁方仅仅因为甲方的先次序抵押权与抵押物的所有权发生混同而取得应当属于甲方的利益,在事实上造就了甲方利益的丧失和丁方利益的取得不合理,在观念上违反公平。因此,有学者认为,抵押权与所有权发生混同时,若使抵押权归于消灭,且递升后次序的抵押权人之次序,等于牺牲了所有权人的利益,增加了后次序抵押权人取得不当得利之机会。^[4]在上例情形下,承认甲方的所有人抵押权,甲方得以保有其先次序抵押权效力所及范围内的抵押物的利益免受丁方追夺,丁方在甲方的先次序抵押权利益得以满足前,不得对抵押物的全部主张其后次序抵押权,可以彻底避免甲方和丁方之间发生利益失衡。

承认所有人抵押权,是健全抵押担保制度的一个环节。首先,承认所有人抵押权是完善我国他物权制度的一个方面。抵押权为他物权,因抵押权人取得抵押物的所有权而消灭,但这一原理并不具有绝对的意义。例如,日本民法典第179条规定:“同一物的所有权及其他物权归属于同一人时,其他物权消灭。但是,该物或该物权为第三人权利标的时,不在此限。”承认所有人抵押权,对于抵押权因与抵押物的所有权发生混同而消灭的原理的相对性创造了条件。其次,承认所有人抵押权为抵押权的附随性相对化创造条件。抵押权的附随性是指为担保债权的受偿而设定或者发生的抵押权,具有从属于被担保债权的属性;抵押权的发生、移转或者消灭,从属于被担保的债权。抵押权的成立,以债权之存在为前提;抵押权不可与被担保的债权分离而单独存在,已经发生的抵押权随债权的移转而发生移转;抵押权因被担保的债权之消灭而消灭。^[5]抵押权具有附随性,但抵押权的附随性亦仅具有相对的意义,抵押权可以有条件地独立于债权而存在,这是抵押权证券化的一个基础条件。承认所有人抵押权的存在,在抵押权和所有权发生混同,而债权因为提供抵押的债务人和债权人发生混同而消灭的,成立不保有债权的所有人抵押权,抵押权的附随性的相对化具有了现实性。第三,承认所有人抵押权,有助于防止发生抵押权的次序递升主义无法避免的不当结果,有条件地实现抵押权的次序固定。最后,承认所有人抵押权,为我国民法借鉴其他法域的立法例,完善我国抵押担保制度的有益尝试。

二、立法例上的所有人抵押权

所有人抵押起源于古罗马法。古罗马法注重保护债权人的利益,将担保权的设定视为债务人责任的加重,严格固守担保权的附随性。依照古罗马法,被担保债权一经消灭,担保权亦归于

[4] 陈棋炎:《关于所有权人抵押本质之研究》,载郑玉波主编:《民法物权论文选辑》(下),五南图书出版公司1984年版,第705页。

[5] 我国担保法第52条规定:“抵押权与其担保的债权同时存在,债权消灭的,抵押权也消灭。”

消灭。在同一担保物上有数个担保权的,先顺序的担保权因被担保债权的消灭而消灭,后顺序的担保权当然递升其次序。再者,古罗马法不承认所有人在自己的所有物上享有限制物权,当所有权和担保权发生混同时,担保权归于消灭。但是,古罗马法并非没有考虑这样的问题:先次序担保权消灭,后顺序担保权因递升其次序,而有取得不当利益之虞。因此,古罗马法承认,在同一担保物上存在数个担保权时,先顺序的担保权与所有权发生混同,有必要设立所有人抵押作为例外的制度,以阻止后顺序的担保权递升次序而避免损害所有人的利益。

受古罗马法影响的法国、德国等大陆法国家的法律,相当程度上继承了古罗马法的所有人抵押。但是,大陆法国家的立法例关于所有人抵押权的类型规定,却与古罗马法有所不同。依照法国民法,抵押权随不动产而存在,而不问不动产归谁所有,所有人可以在自己所有的物上为自己的债权利益设定抵押权;当抵押权与抵押物的所有权发生混同时,所有人仍享有“随不动产而存在”的抵押权。^[6] 德国民法在继承古罗马法的所有人抵押时,不仅扩充了所有人抵押权适用的范围,而且亦创所有人在自己的物上为自己的利益设定抵押权的制度。瑞士民法同德国民法。德国和瑞士民法承认所有人抵押权的普遍性。在发生抵押担保的债权消灭、抵押权的抛弃、抵押物的所有人代为清偿债务、抵押权与所有权混同等诸多情形下,抵押物的所有人取得抵押权。^[7] 但日本民法规定的所有人抵押权,仅具有特殊性,所有人抵押权的适用范围,以抵押权和所有权混同为限。^[8]

依照上述立法例,所有人抵押权可以分为原始的所有人抵押权和后发的所有人抵押权二种。^[9] 原始的所有人抵押权,是所有人在自己所有的物上为自己设定的抵押权,该所有人抵押权自始为所有人的利益而存在。依照德国民法,原始的所有人抵押权不仅是所有人在自己的所有物上为自己设定的抵押权,而且该抵押权的设定不以被担保债权的存在为前提,德国民法典第1191条规定:“土地,得以因设定负担而向受利益的人就土地支付一定金额的方式设定负担(土地债务)。”第1196条规定:“土地债务亦得为所有人设定之。”后发的所有人抵押权是原为他人(债权人)设定的抵押权,抵押物因法定原因而归属于抵押权人,抵押物所有人在该抵押物上继续保有的抵押权。后发的所有人抵押权因系原抵押权在所有人的物上的继续存在,但原抵押权所担保的债权并不一定继续存在。因此,以所有人是否继续保有被担保的债权为标准,所有人抵押权可以分为保有债权的所有人抵押和不保有债权的所有人抵押。保有债权的所有人抵押与不保有债权的所有人抵押,其效力有所不同。

三、我国民法上的所有人抵押权

理论上,所有人抵押权的主要功能在于排除混同原则和抵押权附随性原则的适用,以便利抵押权的流通和促进不动产金融的发达,这在抵押权证券化后显得尤为必要。^[10] 再者,所有人抵押权为抵押权制度的不可或缺的类型,但我国现行法欠缺关于所有人抵押权的规定,已构成

[6] 法国民法典第2114条规定:抵押权是为清偿债务而对不动产设定的物权,不问不动产归谁所有,抵押权随不动产而存在。

[7] 前引[2],孙宪忠书,第282页。

[8] 我国台湾民法的有关规定同日本民法。

[9] 前引[6],史尚宽书,第293页。

[10] 谢在全:《民法物权论》下册,1991年版,第182页。

法律漏洞。^{〔1〕}我国民法未明文规定所有人抵押权,是否可以通过法律解释的方法补充该漏洞呢?对于这个问题的回答,不仅是一个理论问题,而且是一个实践问题。

有学者以物权法定主义否定所有人抵押权的漏洞补充。我国民法奉行物权法定主义,物权类型应当由立法机关颁布法律加以规定;所有人抵押权非经法律规定,不得成为抵押权的类型;再者,物权法定主义不允许以类推适用方法创设法律所没有规定的物权,以防当事人以法律行为规避物权法定主义;因此,不能允许以类推、目的性限缩或目的性扩张补充我国民法没有规定所有人抵押权规范的漏洞。^{〔2〕}

法律对物权的种类和内容,采取法律限定主义,非依民法或其他法律的规定,不得创设物权的种类,亦不得变更物权的内容。^{〔3〕}抵押权为我国民法明定的担保物权的种类,但所有人抵押权是否为不同于抵押权的一种新物权,而有必要借助物权法定主义加以创设?本人认为,所有人抵押权并非一种新的物权种类,所有人抵押权是从属于抵押权的‘类型化’担保物权,在学说和实务上承认所有人抵押权,并不违反物权法定主义。物权法定主义并不具有绝对的意义,现代民法已经出现物权法定主义的缓和趋势,在法定的物权种类的范围内,承认性质相同但内容有所变异的特殊物权,并不违反物权法定主义。日本和我国台湾地区民法均实行物权法定主义,对于所有人抵押权亦没有明文加以规定,但理论和实务对所有人抵押权的存在,从未持否认的态度,而是借助于民法关于所有权和他物权混同的‘但书’规则,一致认为同一物上所有权与抵押权发生混同,发生所有人抵押权。^{〔4〕}特别是学者承认,对物权的内容可以作扩张解释。例如,有关最高额抵押权的合法性问题,学者认为扩张解释民法规定的抵押权的内容(如附随性),以发挥现有法条的功能,充分肯定最高额抵押权,并解决实务问题,并无不可。^{〔5〕}总之,物权法定主义并不妨碍对所有人抵押权的承认。

我国民法没有规定所有人抵押权,属于法律漏洞,应无疑问。存在法律漏洞,应当运用一定的方法补充法律漏洞。法律漏洞的补充,并非法律的创制,而是法律解释活动的继续或者‘造法’的尝试。^{〔6〕}可见,法律漏洞的补充,是在遵照现行法条文的基础上,利用一定的方法,如比较法、目的性限缩、目的性扩张等,来消除隐含或明显的法律漏洞。所有人抵押权在我国民法上属于明显的法律漏洞,在实务上有承认的必要,在学理上和实务上承认所有人抵押权的存在,并不违反物权法定主义,已如上述。所有人抵押权作为明显的法律漏洞,不能通过目的性限缩径行补充。^{〔7〕}再者,我国民法对所有人抵押权没有任何规定,有关抵押权的规定也没有排除所有人抵押权的适用,更没有规定抵押权因与所有权混同而消灭,故以目的性扩张补充该法律漏洞,似乎过于牵强。^{〔8〕}对此,不妨利用比较法的方法补充该法律漏洞,以确定所有人抵押权在我国民法上的存在及其价值。所有人抵押权在德国、瑞士、法国等立法例上有明文规定,而日本

〔1〕〔2〕 崔建远:《我国担保法的解释与适用初探》,《吉林大学社会科学学报》1996年第2期。

〔3〕 前引〔3〕,史尚宽书,第11页。

〔4〕 日本民法典第179条和我国台湾民法典第762条。上述条文不以创设所有人抵押权为目的和内容,而是以规定他物权消灭原因(混同)及其例外为目的和内容的。

〔5〕 欧阳家敦:《最高额抵押之合法性》,载郑玉波主编《民法物权论文选辑》(下),台湾五南图书出版公司1984年版,第757页。

〔6〕 梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第265页以下。

〔7〕 以目的性限缩补充的法律漏洞,限于隐含漏洞。见前引〔6〕,梁慧星书,第275页。

〔8〕 目的性扩张以现有法律条文或规范为基础,扩张其适用范围。见前引〔6〕,梁慧星书,第281页以下。

民法和我国台湾地区民法则依照所有权和他物权混同而他物权有条件地不消灭的例外规则承认所有人抵押权,立法例上的所有人抵押权所蕴含的法理,可为补充我国民法上存在的所有人抵押权漏洞的一种方法。从比较法的角度看,我国民法应当承认所有人抵押权。

但是,我国民法应当承认何种类型的所有人抵押权呢?这与我国民法规定的抵押权的次序性相关。担保法第54条规定:“同一财产向两个以上债权人抵押的,拍卖、变卖抵押物所得的价款按照以下规定清偿:(一)抵押合同以登记生效的,按照抵押物登记的先后顺序清偿;顺序相同的,按照债权比例清偿;(二)抵押合同自签订之日起生效的,该抵押物已登记的,按照本条第(一)项规定清偿;未登记的,按照合同生效时间的先后顺序清偿,顺序相同的,按照债权比例清偿。抵押物已登记的先于未登记的受偿。”依照上述规定,我国民法采用抵押权的次序固定主义,还是抵押权的次序升进主义?抵押权的次序固定,无疑有利于抵押权的抽象化原则的确认,有助于实现抵押权的证券化,并防止后次序抵押权人因先次序抵押权消灭而升进位次取得不当利益。但是,抵押权的证券化在我国法律上尚没有依据,而且还需要否定抵押权所具有的附随性;以抵押权的次序固定作为尚不具有现实性之抵押权的证券化的先决条件,实有不妥。抵押权的次序固定并非阻止后次序抵押权升进位次的唯一方法。再者,抵押权的次序固定,不利于抵押人对抵押物的交换价值的充分利用。先次序抵押权因为债务人履行义务而消灭,先次序抵押权因有消灭的可能,使得后次序抵押权人信赖其抵押权的实现机会(有可能升进抵押权的次序),与抵押人发生交易关系。若实行抵押权的次序固定,后次序抵押权人因为先次序抵押权的次序之永久固定,会降低利用抵押权担保的信心保证而不愿接受后次序抵押担保,以致影响抵押人利用抵押物的交换价值融通资金的能力。最后,抵押权的次序固定与抵押权的行使之不可分性也发生冲突,抵押权支配抵押物的交换价值,抵押物的交换价值附随于抵押物的存在而存在,以先次序抵押权支配的交换价值和后次序抵押权支配的交换价值分割抵押物的交换价值,而固定抵押物的交换价值,违反抵押物的交换价值可变的现实,并违反抵押权人对抵押物的全部行使权利之抵押权的固有特征。因此,我国现行法实际采用抵押权次序升进主义。

我国民法因实行抵押权次序升进主义,不能采用德国、瑞士民法普遍实行所有人抵押权的制度。德国和瑞士民法规定的所有人抵押权,与其抵押权的次序固定主义相呼应,后次序抵押权没有升进位次而取得先次序抵押权应有的利益的机会,普遍实行所有人抵押权并不妨碍后次序抵押权人的利益。不论抵押物的所有人是否取得所有人抵押权,后次序抵押权永远固定在原来的次序上。但在我国,先次序抵押权消灭的,后次序抵押权自动升进其位次,若普遍实行德国、瑞士民法那样的所有人抵押权,将严重影响我国的抵押担保制度,实际上等于否定抵押权的次序升进主义。前已言之,我们承认所有人抵押权,目的仅在于平衡抵押权和所有权混同时、所有权人与后次序抵押权人之间的利益。我国民法上的所有人抵押权,可作日本和我国台湾地区民法所规定的所有人抵押权相同的解释。^[9]总之,我国民法上的所有人抵押权,应以抵押权和所有权发生混同为其适用范围。

四、所有人抵押权的成立

依照上文,我国民法上的所有人抵押权,因为所有权和抵押权发生混同而存在,不存在所

[9] 郭明瑞:《担保法原理与实务》,中国方正出版社1995年版,第114页。

有人抵押权因当事人合意设定而成立的情形。所有人抵押权存在的目的主要在于阻止后次序的抵押权升进次序,以维持所有权人和其他抵押权人之间的公平利益。因此,所有人抵押权的成立,应当具备二个基本条件:存在数个抵押权、抵押权与抵押物的所有权发生混同。

(一) 存在数个抵押权

若抵押物上只存在一个抵押权,所有权和抵押权发生混同,所有权人的利益不需借助抵押权的效力便能得到有效的维护,没有存在所有人抵押权的必要。在同一抵押物上存在数个抵押权,特别是各抵押权的次序不同时,在先次序的抵押权和所有权发生混同的情形下,为防止后次序的抵押权升进次序,有必要借助抵押权的效力来维护所有权人的利益。从这个意义上说,所有人抵押权以数个抵押权的存在为基础。

所有人抵押权以抵押物上存在数个抵押权为成立的要件,并不以数个抵押权存在次序的先后为必要。在抵押物上存在的数个抵押权次序相同时,其中任何一个抵押权与所有权发生混同,亦发生所有人抵押权。但是,在同一抵押物上存在数个抵押权,仅后次序抵押权与所有权发生混同,因抵押物的所有人与先次序抵押权人不存在因为所有权与抵押权的混同,而发生利益冲突的理由,则不发生所有人抵押权。^[20]

(二) 抵押权与所有权发生混同

原则上,混同为所有权以外的他物权消灭的原因。同一物的所有权和其他物权,因为继承、法律行为、法律的规定或国家的行为而归属于一人的,称为混同。他物权与所有权发生混同时,他物权归于消灭,但有法律特别规定的,不在此限。所有人抵押权的发生,为他物权和所有权发生混同而消灭之例外。我国台湾地区民法典第762条规定:“同一物之所有权及其他物权,归属于一人者,其他物权因混同而消灭。但其他物权之存续,于所有人或第三人有法律上之利益者,不在此限。”依照上条的规定,同一物的所有权和抵押权归属于抵押权人或者所有权人时,抵押权因为混同而应当归于消灭;但是,抵押权的继续存在可以对抗同一物上存在的其他担保物权时,对于所有人而言,具有法律上的利益,抵押权不因混同而消灭。可见,在我国台湾地区民法上,抵押权因为有法律的特别规定,不因所有权和抵押权的混同而消灭,相反,因所有权和抵押权的混同而发生所有人抵押权。因所有人抵押权以所有权和抵押权发生混同为要件,当事人不得合意设定所有人抵押权。

五、所有人抵押权的效力

所有人抵押权因为抵押权和所有权发生混同而成立。但抵押权和所有权发生混同,并不必然导致债权与债务的混同。当抵押人为债务人时,抵押权人因为继承取得抵押物的所有权、或抵押人因继承或受让而取得抵押权、抵押权人与抵押人合并而取得抵押物所有权,均发生抵押权所担保的债权与债务混同的结果。一般而言,抵押权和所有权发生混同,并非抵押担保的债权和债务混同的原因。在抵押权和所有权发生混同时,若债权和债务没有发生混同,则成立保有债权的所有人抵押权;若债权和债务发生混同,抵押权所担保的债权因与债务发生混同而消灭,则成立不保有债权的所有人抵押权。保有债权的所有人抵押权和不保有债权的所有人抵押权,效力有所不同。

[20] 参见郑玉波:《民法物权》,台湾三民书局1986年版,第282页。

(一) 保有债权的所有人抵押权

在抵押权和所有权发生混同时, 因为抵押权所担保的债权仍然存在, 所有人抵押权的处分及其对抗力与普通抵押权没有差别。例如, 保有债权的所有人抵押权, 在破产程序中可为别除权的基础权利。以下为保有债权的所有人抵押权的主要效力:

1. 所有人抵押权的让与。抵押权人可以以让与抵押权或者以抵押权为他人设定担保。日本民法典第375条第1款规定: “抵押权人可以以其抵押权作为其他债权的担保, 或者为同一债务人的其他债权人的利益, 让与或者抛弃抵押权或其次序。”因抵押权具有处分的附随性, 抵押权不可与被担保的债权分离, 已经发生的抵押权因为债权的移转而发生移转, 不得与债权分离而单独让与抵押权或者单独以抵押权提供担保。我国担保法第50条规定: “抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。”对于保有债权的所有人抵押权, 抵押权人让与抵押权时, 应当与其所担保的债权一同让与; 以抵押权向他人提供担保时, 应当与其所担保的债权一同向他人提供担保。

2. 所有人抵押权的抛弃。所有人抵押权人可以为自己的债权人的利益而抛弃抵押权。抛弃抵押权为抵押权人放弃权利的一种方式, 所有人抵押权因为抵押权人的抛弃而消灭。但是, 所有人抵押权因为抵押权人的抛弃而消灭的, 被担保的债权并不因之而受影响。

3. 所有人抵押权的次序的处分。所有人抵押权人为后次序的抵押权人之利益, 可以让与或者抛弃而处分其抵押权的次序。所有人抵押权次序的处分, 可以具体划分为三种: (1) 所有人抵押权次序的变更。所有人抵押权人可以与其他抵押权人协议变更其相互间的抵押权次序。各抵押权人依其变更后的次序行使抵押权。(2) 抵押权次序的让与。对同一抵押物享有抵押权的数个抵押权人, 次序在先的抵押权人为次序在后的抵押权人的利益, 可以意思表示将其抵押权的先次序让与后次序抵押权人。抵押权次序的让与, 不影响其他抵押权人的受偿次序, 让与人 and 受让人的原抵押权及其次序亦不发生变更, 受让人仅取得让与人对抵押物变价金受偿的次序。(3) 抵押权次序的抛弃。对同一抵押物享有抵押权的数个抵押权人, 次序在先的抵押权人为次序在后的特定抵押权人的利益, 可以抛弃其优先受偿的利益, 抵押权次序的抛弃, 使得后次序抵押权人与抛弃次序的先次序抵押权人处于同一次序。

4. 抵押物的处分。抵押物的所有人处分抵押物的权利, 并不因为抵押权的存在而丧失。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, 抵押物的所有人自然可以为之。因此, 抵押权和所有权发生混同时, 所有人可以就同一抵押物设定新的抵押权或将抵押物让与第三人。所有人将抵押物让与第三人时, 抵押权和所有权的混同状态归于消灭, 所有人抵押权归于消灭, 抵押权人对抵押物所享有的抵押权, 回复到抵押权和所有权发生混同前的状态。需要特别注意的是, 所有人抵押权并非所有权的从权利, 除非所有人让与抵押物时另有意思表示, 抵押物的让与或处分不得解释为抵押权的让与或处分。^[21]

除上述以外, 对保有债权的所有人抵押权的强制执行, 则存在不同的见解。一种意见认为, 所有人抵押权在具备抵押权实行的要件时, 即被担保的债权已届清偿期, 抵押权人可以依照抵押权实行的方法, 申请法院拍卖抵押物, 并就抵押物的变价金依照抵押权的次序, 优先取得相当于自己债权额的金额, 但抵押权人不得基于债务名义对于自己所有的物请求强制执行。^[22]

[21] 前引 [6], 史尚宽书, 第295页; 前引 [4], 陈棋炎文, 郑玉波主编书, 第737页。

[22] 前引 [6], 史尚宽书, 第294页。

另一种意见认为,所有人抵押权人即使仍然保有债权,但对自己所有的物为强制执行的请求,在法律上不可能,因而所有人不得将抵押物付诸拍卖;^[23]再者,所有人抵押权存在的主要目的在于阻止后次序的抵押权升进次序,惟有在后次序的抵押权人实行抵押权或普通债权人对抵押物为强制执行时,所有人抵押权人才有依照抵押权的次序声明参与抵押物的变价金分配的机会,不得径行申请法院拍卖抵押物。^[24]

本人认为,所有人抵押权在性质上仍然为抵押权,抵押权人请求法院强制变价抵押物而取得优先受偿,为抵押权的固有效力,所有人抵押权自不例外。再者,所有人抵押权以阻止后次序抵押权的升进为主要目的(但并非其唯一目的),为协调所有权人和其他抵押权人之间的公平利益,应当给予所有人抵押权人请求强制执行抵押物以实行抵押权的机会。最后,先次序的抵押权的实行,若拍卖抵押物则具有消灭后次序的抵押权的效力,以确保抵押物第三取得人之利益;^[25]抵押权所担保的债权仅能依照其抵押权的先后次序就抵押物的拍卖价金受偿,次序在先的所有人抵押权人请求强制执行抵押物而实行其抵押权,能够彻底达到阻止后次序抵押权升进次序的目标。因此,对于保有债权的所有人抵押权,抵押权人在被担保的债权已届清偿期时,可依抵押权实行的基本方法实行抵押权。

(二) 不保有债权的所有人抵押权

对于不保有债权的所有人抵押权,因为没有被担保债权的存在,而不同于保有债权的所有人抵押权,以致不会发生破产法上的别除权问题,也不会发生将抵押权和债权一同移转他人或向他人提供担保的问题,更没有所有人抵押权人就抵押物优先受偿的问题。

1. 所有人抵押权实行的禁止。若所有人不保有债权,所有人抵押权人自己不得实行抵押权,但在其他抵押权人实行抵押权或其他普通债权人就抵押物为强制执行时,可以就变价抵押物所得价金,依照其抵押权的先次序保留所应当优先受偿的金额。所有人保留的抵押物之变价金部分,并非所有人抵押权人受偿的金额,而是作为所有人抵押权人的责任财产的一部分,为全体债权人的共同担保。因此,不保有债权的所有人抵押权,具有阻止后次序抵押权升进位次而防止取得不当利益的功能,而且具有增加一般债权人共同担保的作用。^[26]所有人抵押权人所保留的抵押物变价金部分,为一般债权人的共同担保;后次序抵押权所担保的不足受偿的债权,若系对抵押物的所有人所享有的债权,亦为一般债权,不论有无其他一般债权人存在,该债权人均得以一般债权人的地位就该保留的变价金部分受偿。^[27]

2. 所有人抵押权让与的禁止。抵押权人可以将债权和抵押权一同让与第三人或者为第三人设定担保。我国担保法第50条规定:“抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。”因此,对于不保有债权的所有人抵押权,其所担保的债权因为所有权和抵押权的混同而消灭,其仅为阻止后次序抵押权的升进位次而存在,所有人不得将抵押权单独让与他人或者为他人提供担保。

[23] 前引[4],陈棋炎文,郑玉波主编书,第734页。

[24] 前引[11],谢在全书,第184页。

[25] 前引[6],史尚宽书,第274页。

[26] 前引[6],史尚宽书,第295页。

[27] 有学者认为,“至如无一般债权人存在,而后次序抵押权担保债权又不足受偿,且抵押人(即所有人)亦为债务人时,该抵押权人自得以一般债权人地位受偿该金额。”见前引[11],谢在全书,第184页以下。

3. 所有人抵押权的抛弃和次序处分。与保有债权所有人抵押权人相同, 所有人抵押权人可以为自己的债权人的利益, 而抛弃抵押权, 所有人抵押权因为抵押权人的抛弃而消灭。同理, 所有人抵押权人为后次序的抵押权人之利益, 可以让与或者抛弃而处分其抵押权的次序。

4. 抵押物的处分。抵押物的所有人, 可以基于其对抵押物的所有权而处分抵押物, 所有人可以就抵押物设定新的抵押权或将抵押物让与第三人。所有人将抵押物让与第三人时, 因所有人抵押权不保有债权, 所有人不得单独保有抵押权而让与抵押物的所有权。此时, 所有人应将抵押权和所有权一同让与第三人, 由受让抵押物的所有权的第三人取得所有人抵押权的利益。^{〔28〕}若所有人在让与抵押物时, 声明保留抵押权而仅让与抵押物的所有权, 则其所保留的抵押权因存在于他人的所有物上(他人因抵押权人让与抵押物而取得抵押物的所有权), 因抵押权所担保的债权不存在, 故抵押权归于消灭。

• 书 讯 •

最高法院确定的刑法罪名精释》将出版

为了正确理解和执行修订后的《中华人民共和国刑法》, 统一认定罪名, 1997年12月16日, 最高人民法院发布了《关于执行 中华人民共和国刑法 确定罪名的规定》。这是最高人民法院为贯彻执行刑法所作的重要司法解释。为了认真学习、贯彻执行刑法和《规定》, 正确认定和适用罪名, 最高人民法院咨询委员会委员、国家法官学院教授周道鸾, 最高人民法院研究室副主任、国家法官学院副教授张军主编了《最高法院确定的刑法罪名精释》一书。本书将413个罪名全部撰写, 严格按照刑法分则条文规定的罪状和立法、司法解释和原意详加阐释; 常用的、重要的罪重点写; 突出在司法实践中的适用。作者大多是最高人民法院原刑法修改小组的成员, 正、副主编参加了立法的全过程, 对立法精神有比较透彻的了解; 许多作者还参与了研究、制定司法解释的工作, 有比较丰富的审判实践经验。因而本书具有权威性、科学性和适用性。全书由绪论和刑法分则十章组成, 约85万字, 将由人民法院出版社出版。

〔28〕前引〔4〕, 陈棋炎文, 郑玉波主编书, 第741页。