

民法典物权编规定的抵押权新规则解读

杨立新

(中国人民大学民商事法律科学研究中心 北京 100872)

摘要: 民法典物权编规定的担保物权, 规则复杂, 其中以抵押权的规则为甚。物权编规定抵押权的规则, 在《物权法》《担保法》对抵押权规定的基础上, 进行了十处重要修改, 使抵押权的规则更合理、更科学。其中对第406条规定的抵押期间抵押人可以转让抵押财产的规定, 改变了《物权法》未经抵押权人同意不得转让抵押财产的规则, 确立了抵押权跟随抵押财产所有权的转移而转移的基本规则; 第416条新设立了动产抵押特别是浮动抵押中, 流入浮动抵押财产如果设置了抵押的, 享有超级优先权, 可以优先于浮动抵押权而受到优先清偿。这些规定, 使我国抵押权制度更加完善, 显示了我国抵押权规则的进步性和科学性, 在民事流转中将会更好地发挥担保作用。

关键词: 民法典; 物权编; 抵押权; 新规则; 解读

中图分类号: D913 文献标志码: A 文章编号: 1009-8003(2020)04-0013-10

抵押权是担保物权中的最重要类型, 在交易中具有重要价值。在原《物权法》《担保法》规定的抵押权规则的基础上, 《中华人民共和国民法典》物权编^①对抵押权的规则进行了重要修改, 改造了原有不适当的规则, 增添了部分新的规则, 删除了部分原有规则, 使我国的抵押权规则有了重大变化。归纳起来, 抵押权的新规则共分为四个部分, 即动产抵押规则、抵押权效力规则、抵押权与其他担保物权的清偿顺序规则以及其他方面的规则。本文对这些新规则进行整理, 按照上述顺序进行说明, 并对其中有重要影响的新规则作出特别解读。

一、《民法典(物权编)》对动产抵押权规定的新规则

《民法典(物权编)》为完善抵押权而增加的新规则, 集中地体现在动产抵押权的规则上, 主要有三项。

(一) 浮动抵押的债权人就抵押财产确定时的动产优先受偿

浮动抵押, 是原《物权法》规定的新规则, 《担保法》没有规定这个抵押权。浮动抵押也叫做动产浮动抵押, 是指企业、个体工商户、农业生产经营者作为抵押人, 以其所有的全部财产包括现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品为标的而设立的动产抵押权。^②

原《物权法》第181条对浮动抵押的规定是“经当事人书面协议, 企业、个体工商户、农业生产经营者可以将现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押, 债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形, 债权人有权就实现抵押权时的动产优先受偿。”《民法典(物权编)》第396条对浮动抵押规定的是“企业、个体工商户、农业生产经营者可以将现有的以及将有的生产设备、原材

收稿日期: 2020-06-02

基金项目: 本文系教育部人文社会科学重点研究基地重大项目《中华人民共和国民法典评注》(18JJD820001)的研究成果。

作者简介: 杨立新(1952-)男, 山东蓬莱人, 中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员、法学院教授、博士生导师, 中国法学会民法学研究会副会长, 主要研究方向: 民法学。

①以下简称《民法典(物权编)》。

②杨立新《物权法》, 法律出版社2013年版, 第387页。

料、半成品、产品抵押,债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形,债权人有权就抵押财产确定时的动产优先受偿。”两条规定相比,本条规定的规则有两个变化。

1.抵押权人就浮动抵押在确定时的抵押人动产优先受偿。浮动抵押权的最大优势,是抵押人在抵押权设置后仍然对抵押财产享有支配权,抵押人可以继续用设置了抵押权的财产进行自由经营,在浮动抵押确定之前,可以放手利用抵押财产进行经营活动。浮动抵押对抵押权人有所不利,就是因为浮动抵押财产的可浮动性所致,是浮动抵押的缺陷,导致抵押财产在浮动抵押确定之前的不确定性。因而,浮动抵押的抵押财产在抵押期间是不断变化的,抵押人就其财产可以在经营活动中享有收益权和处分权。只有在浮动抵押财产确定时,抵押人的全部财产才成为确定的抵押财产,浮动抵押权的效力才能及于浮动抵押确定时抵押人的财产。由于浮动抵押权的确定时间是浮动抵押权的关键要素,因而必须准确认定。

原《物权法》第181条注意到了浮动抵押的这一特点,但是,就浮动抵押人行使抵押权的抵押财产范围的时间规定不准确,规定的是“债权人就实现抵押权时的动产优先受偿”。实际上,在浮动抵押权设置后到抵押权人实现抵押权时的期间中,还存在一个“确定”的时间点。这个“确定”的时间点,才是确定浮动抵押财产范围的准确时间。^①因为浮动抵押的财产在确定之前,具有可浮动性,可以流入和流出,而在确定之后,就不再具有可浮动性,而是被称为确定的抵押财产,可以浮动的期间结束,可浮动性消灭。因此,原《物权法》第181条规定“债权人就实现抵押权时的动产优先受偿”,规定的确定抵押财产范围的时点不正确。将“债权人就实现抵押权时的动产优先受偿”修改为“债权人就抵押财产确定时的动产优先受偿”,纠正了这个立法缺陷,规定了正确的规则,因而这个修改是特别有意义的。

抵押财产的确定时间与实现抵押权的时间不同,立法有明确规定。《民法典(物权编)》第411条(原《物权法》第196条)已经规定了抵押财产确定的时间,即“依据本法第三百九十六条规定设定抵押的,抵押财产自下列情形之一发生时确定:(一)债务履行期限届满,债权未实现;(二)抵押人被宣告破产或者解散清算;(三)当事人约定的实现抵押权的情形;(四)严重影响债权实现的其他情形。”^②而浮动抵押权的实现,自抵押权人向人民法院提出实现抵押权的申请,经人民法院作出浮动抵押权实现的决定时开始。人民法院作出浮动抵押权实现的决定应当予以公告,并同时发布查封抵押人总财产的公告,抵押人的全部财产才由财产管理人管理,财产管理人应当在抵押人住所地办理浮动抵押权登记的机关进行浮动抵押权实现的登记。浮动抵押权的实现与其他抵押权的实现没有特别之处,应当按照一般抵押权实现的方式实现,债务人不能履行债务时,债权人有权就约定实现抵押权时的动产优先受偿。可见,抵押财产的确定时间与实现抵押权时间的不同,是一目了然的,可以证明原《物权法》第181条规定有误之说不虚。

抵押财产的确定时间在实现抵押权的时间之前。为了充分保护抵押权人的合法权益,规定债权人就抵押财产确定时的动产优先受偿才是正确的。为了防止抵押人恶意实施损害抵押权人利益的行为,在抵押财产确定之后至抵押权人实现抵押权之前,抵押人为逃避债务而处分抵押财产的,抵押权人享有撤销权,可以请求撤销该处分行为,以保全抵押财产。

对浮动抵押规定为“债权人有权就抵押财产确定时的动产优先受偿”,而不是“抵押权人实现抵押权时的动产优先受偿”,是完全正确的,是总结了原《物权法》在实践中出现的问题而作出的重要修改,在司法实践中应当准确适用物权编的这一新规则。

2.删除“经当事人书面协议”的要求。抵押通常是以不动产为抵押财产,动产抵押的范围较小。浮动抵押虽然是动产抵押,却不同于一般的动产抵押。浮动抵押与一般的动产抵押的区别是:一是抵押主体具有特殊性,法律列举的抵押人只有企业、个体工商户、农业生产经营者,这三种主体才可以作为浮动抵押的抵押人,而不是像一般动产抵押权的抵押人那样,可以是任何设置动产抵押的权利人。学者认为

^①钟维《民法典编纂背景下我国浮动抵押制度的释评与完善》,载《广东社会科学》2018年第4期。

^②《民法典(物权编)》第411条规定与原《物权法》第196条规定的内容基本相同,只是在第二项中,将抵押人“被撤销”改为抵押人“被解散”。

我国浮动抵押主体范围过于狭窄,应当扩大到一切法人、非法人组织、个体工商户和农业生产经营者,^①这种意见虽然有道理,但是,立法没有采纳。二是抵押财产具有特殊性,不是能够设置动产抵押的那些正在建造的建筑物、船舶、航空器,也不是交通运输工具等,而是生产设备、原材料、半成品、产品;不仅如此,还包括抵押人现有的和将来取得的这类财产。三是设置了抵押权的抵押财产在设置了抵押权后至浮动抵押财产确定之前,处于变动之中,可以流转,其数额不固定,也不能具体明确,不像一般动产抵押财产那样一经抵押,标的和数量就是确定的。四是抵押人在抵押期间,对抵押财产仍然可以使用、收益和处分,财产的进出并不受限制,存在流入和流出的可能性和现实性,具有可浮动性,而不像一般动产抵押那样具有确定性。由于动产浮动抵押不同于一般动产抵押,更需要固定抵押权人和抵押人之间的权利义务,因而原《物权法》第181条规定,动产浮动抵押须有当事人的书面协议,为要式行为。这没有错。不过,《民法典(物权编)》第400条规定设置抵押权的基本要求就是要式行为,不存在依照口头方式设置的抵押权,因而,《民法典(物权编)》第396条删除了“经当事人书面协议”这一要求,采用与其他抵押权的要求一样,都须为要式行为。这一删除并没有实质性的意义,只是使条文更加简洁而已。

(二) 动产抵押权的设立时间与登记对抗主义

《民法典(物权编)》第403条规定了动产抵押的设立时间和登记的效力,即“以动产抵押的,抵押权自抵押合同生效时设立;未经登记,不得对抗善意第三人。”

这一条文来源于原《物权法》第188条和第189条第1款规定。原《物权法》第188条仅规定了部分动产抵押权的设立采取登记对抗主义,即“以本法第一百八十条第一款第四项、第六项规定的财产或者第五项规定的正在建造的船舶、航空器抵押的,抵押权自抵押合同生效时设立;未经登记,不得对抗善意第三人。”第189条第1款规定“企业、个体工商户、农业生产经营者以本法第一百八十一条规定的动产抵押的,应当向抵押人住所地的工商行政管理部门办理登记,抵押权自抵押合同生效时设立;未经登记,不得对抗善意第三人。”《民法典(物权编)》对一般动产抵押和浮动抵押的设立时间和登记效力不再分开登记,而是统一规定在一起,规定所有动产抵押的设立时间和登记效力,都实行登记对抗主义,即相对登记主义。

原《物权法》第188条和第189条第1款分开规定,并没有太大的必要。首先,这些抵押都是动产抵押,性质基本相同;其次,第189条规定浮动抵押的设立时间和登记效力,与第188条规定的动产抵押的设立时间和登记效力也是重合的;再次,只有第189条的规定有特殊之处,即登记的部门不同。在已经确立了不动产统一登记制度之下,这样的区别已经不存在了,浮动抵押的设立时间和登记效力与一般动产抵押已经没有区别,因此作出了动产抵押的设立时间和登记效力的统一规定,不再有所区别。

动产抵押都存在抵押权设立时间和登记效力的问题,与不动产抵押有所不同。不动产抵押,抵押权设立时间和登记效力基本上是一致的,即登记设立抵押权。以动产抵押的,包括但不限于生产设备、原材料、半成品、产品、正在建造的船舶、航空器、交通运输工具等,采取登记对抗主义,抵押权自抵押合同生效时设立;未经抵押权登记的,抵押权亦设立,只是不得对抗善意第三人。^②这就是《民法典(物权编)》第403条规定的主旨。

(三) 浮动抵押的中间价款超级优先权

《民法典(物权编)》第416条规定了动产抵押的中间价款超级优先权,内容是“动产抵押担保的主债权是抵押物的价款,标的物交付后十日内办理抵押登记的,该抵押权人优先于抵押物买受人的其他担保物权人受偿,但是留置权人除外。”原《物权法》《担保法》对此都未作过规定,是《民法典(物权编)》新增加的动产抵押新规则。

在浮动抵押中,抵押财产在抵押权设立后的期间里,只要没有被确定,都可以增加或者减少,无须经过任何附加手续,抵押权人对此无权干涉。在已经设置浮动抵押的动产中,“流入”抵押财产的特定动产将成为抵押财产,“流出”的动产将移出抵押财产,不再作为抵押财产。在流入抵押财产的特定动产

^①参见李敏《论我国浮动抵押制度的系统性完善——以适用实况为切入点》,载《法学》2020年第1期。

^②参见庄加园《动产抵押的登记对抗原理》,载《法学研究》2018年第5期。

如果是设有抵押权的,该流入抵押财产是设有自动负担浮动抵押权,这就会在同一个物上产生两个并存的抵押权,因而产生两个抵押权的受偿顺序问题。在流出抵押财产的特定动产,尽管负担浮动抵押权,但是,由于担保的债权没有确定,因而就“逃离”了浮动抵押的担保财产,不再是浮动抵押财产。对于流入抵押财产的特定动产,自动加入浮动抵押的担保财产,成为浮动抵押财产。

对于前者,本条没有作出规范,在逻辑上当然如此,是浮动抵押之“浮动”的本来含义。

本条着重规定的是后者,即在流入浮动抵押财产的特定动产在其流入前设有抵押,流入后负担浮动抵押权,而发生同一物上存在两个抵押权受偿顺序的问题。解决这个问题的规则,称为“中间价款超级优先权”或者“购买价金担保权”。这个规则来源于现实融资的需求。以信用出售的商人,其业务的开展在很大程度上依赖于库存的大量流转,无法用现金交易支付价款。这种信用销售通过银行或者其他机构的加入而得以维持,因而需要对购买价金提供担保。如果某人提供贷款并能对该贷款使用的债务人能够并事实上获得对担保物的权利或使用,使流入浮动抵押财产的交易标的的价款得到有效的担保,并且其效力高于浮动抵押的效力,才会使交易者放心地将信用销售的商品流入浮动抵押财产中。只有这样,交易才能进行下去,否则,浮动抵押就会形成只出不进,丧失抵押担保的价值。这种交易方式就创设了购买价金担保权。修订前的《美国统一商法典》第九编第9-107条,以及修订后的《美国统一商法典》第9-103条对此作出规定。^①《民法典(物权编)》借鉴了这样的规则,在第416条规定的规则是:

第一,“流入”动产抵押担保的主债权是该抵押物的价款,即流入的特定动产已经设定了抵押权,担保的是该流入动产价金的主债权,其担保数额是该流入浮动抵押财产的价款。

第二,该标的物在交付后即流入浮动抵押十日内办理了抵押登记的,该抵押权就具有了超级优先权,即使其设立时间在后,也享有最优先的顺位,优先于其他抵押权。

第三,该超级优先权的优先顺位所对抗的,是原来存在的浮动抵押权人的抵押权,即在享有超级优先权的抵押权的抵押财产,尽管也负担了浮动抵押权,但是由于其享有超级优先权,因而该享有超级优先权的抵押权人,优先于抵押物买受人的其他担保物权,包括浮动抵押权,因而能够最先受偿。

第四,留置权除外,买受人即浮动抵押人在其所负担的其他担保物权中,不包括留置权,因为留置权是法定担保物权,并非约定担保物权,因而超级优先抵押权的优先效力不能对抗留置权。

中间价款超级优先权是动产抵押权规则中的新规则,具有重要价值。在动产抵押特别是浮动抵押的司法实践中,要严格遵守中间价款超级优先权的规则,保护好超级优先权人的权利,浮动抵押权人享有的抵押权不能对抗该超级优先权。这一规则目前还比较陌生,需要有一个熟悉的过程,不论是当事人还是法官、仲裁员、律师,都要掌握这个规则,处理好各方当事人的利益冲突。

二、《民法典(物权编)》对抵押权效力规定的新规则

关于抵押权效力的新规则,《民法典(物权编)》规定了两项:一是对抵押不破租赁增加了新条件,二是完全改变抵押人在抵押权存续期间转让抵押财产的严苛限制。

(一) 抵押不破租赁须在抵押权设立前已经出租并转移占有

抵押不破租赁,是传统民法古老的物权法规则,在我国类法典化松散民法中是有规定的。原《物权法》第190条规定“订立抵押合同前抵押财产已经出租的,原租赁关系不受该抵押权的影响。抵押权设立后抵押财产出租的,该租赁关系不得对抗已登记的抵押权。”这里规定了两种情况,一是将已出租的财产设置抵押的,适用抵押不破租赁规则;二是将已抵押的财产出租,不适用抵押不破租赁规则。这两个规则,前一个基本正确,但是有所欠缺;后一个是正确的,但是不必规定,因为将抵押的财产再出租,适用不破租赁规则不仅情理不通,而且在逻辑上也不符合抵押不破租赁的要求。由于上述原因,《民法典(物权编)》第405条删除了原《物权法》第190条的后段规定,对前段规定进行了修改。新条文规定的抵押权和租赁关系是“抵押权设立前抵押财产已经出租并转移占有的,原租赁关系不受该抵押权的影响。”增加的要求是,适用抵押不破租赁规则的条件,不仅须具备抵押权在设立之前抵押财产已经出

^①参见董学立《浮动抵押的财产变动与效力限制》,载《法学研究》2010年第1期。

租,而且还应具备抵押财产已经转移占有,即抵押财产已经实际被承租人占有。

依照这一规定,对抵押权设立之前抵押财产出租,租赁关系不受抵押权影响的条件是:第一,设立抵押权之前,抵押财产已出租。抵押权设立后再将抵押财产出租的,不适用这一规则。第二,不仅租赁合同在抵押权设立之前已经出租,同时还必须已经将租赁物转移给承租人占有。如果在抵押权设立之前仅成立了租赁关系,但是,抵押财产并未被承租人占有的,租赁关系受到抵押权的影响,不适用抵押不破租赁规则。即使抵押权设立之前订立了租赁关系,在抵押权设立之后将租赁物转移占有的,也不适用抵押不破租赁原则。

本条尽管未规定对已抵押的财产设置出租时,应当如何处理抵押与租赁的关系,不过,结合本条规定和物权编的其他规定,可以得出正确的结论。首先,将办理了抵押登记的财产出租,不论是不动产抵押登记还是动产抵押登记,都取得了对抗第三人的效力。因而,承租人不能对抗抵押权人。其次,将未办理抵押登记的财产出租,根据财产的性质区别对待:如果是不动产,未经抵押登记,抵押权不成立,不存在抵押权与租赁权相互对抗的前提;如果是动产,设立抵押权但未经抵押登记的,不具有对抗第三人的效力,善意的承租人可以对抗抵押权人,只是本条未规定这一规则,同时也只强调“抵押权设立前”,而不是规定抵押权登记前。

所谓的“原租赁关系不受该抵押权的影响”,就是抵押权设立前抵押财产已经出租并转移占有的不得对抗租赁的效果,租赁关系随着租赁物所有权的转移而移转。即凡是符合上述两个条件要求的,即使将出租的租赁物设置了抵押,抵押权在实现时,抵押权人以及其他权利人在取得该租赁物即抵押财产的权属时,也不得终止租赁关系,应当将租赁合同关系维持到该合同终止之时,承租人愿意终止承租关系的不在其限。

《民法典(物权编)》第405条为什么要增加这样一个“并转移占有”的要求,原因是,强调抵押不破租赁原则要求的须是真实的租赁,而不是虚构的租赁,以及虽然已经订立租赁合同但是还未实际履行。前者是防止当事人弄虚作假为买受人取得的所有权增加负担,后者是为了要求租赁合同实际履行,其目的,都是为了减少不真实和未实际履行的租赁合同对抵押关系的影响。不过,有学者认为,即使规定转移占有,也不足以补强交易安全,租赁权的认定也应当以登记为首要标准。^①这种观点是有价值的,不过,民法典没有采纳这种观点,原因在于租赁权并非必须登记。

(二) 设定抵押权后抵押人转让抵押财产无须抵押权人同意

《民法典(物权编)》第406条规定了抵押期间转让抵押财产的规则,即“抵押期间,抵押人可以转让抵押财产。当事人另有约定的,按照其约定。抵押财产转让的,抵押权不受影响。”“抵押人转让抵押财产的,应当及时通知抵押权人。抵押权人能够证明抵押财产转让可能损害抵押权的,可以请求抵押人将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款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。”

在抵押关系存续期间,抵押人转让抵押财产的,原《物权法》第191条采取了比较严格的规则进行限制,即抵押期间,抵押人经抵押权人同意转让抵押财产的,应当将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款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。抵押期间,抵押人未经抵押权人同意,不得转让抵押财产,但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外,当然应当准许转让。

这一规定来源于原《担保法》第49条,即“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。”

相比较而言,原《物权法》的规定比原《担保法》的规定有较大的缓和,不过,这些规定都是不对的,

^①参见袁野《“抵押不破租赁”之利益衡量与规则完善》,载《商业研究》2019年第12期。

这是我国在制定上述两部法律时对抵押权的认识有误所致。^①不过,对此也有不同意见。^②

事实上,对设置了抵押权的财产并不禁止其流转,只要抵押权跟随抵押财产一并移转,就能够保障抵押权人的权利。学者认为,抵押人于设定抵押权后仍有权将不动产让与他人,易言之,抵押人不因抵押权之设定而丧失抵押物之法律上的处分权,抵押人自可不待抵押关系之消灭而为抵押物之买卖或让与,抵押权人亦不得因此而主张抵押人与他人之间成立之买卖契约为无效。^③因此,原《物权法》的这一规定虽然是对原《担保法》的规定的缓和,但是仍然广受诟病,亟待改变这一规则,因为其违反民事流转规律。

《民法典(物权编)》第406条在规规定抵押期间转让抵押财产的规则上,改变了原《物权法》的立场,顺应物权流转规律的要求,借鉴传统规则,设立了新规则。这些规则是:

1.抵押人在抵押期间转让抵押财产的,并不加以严格限制,只是在转让时应当通知抵押权人。问题是,转让时未通知抵押权人的,应当是何后果,不得而知。依笔者所见,对此不能采取债权转让通知规则的做法,因为抵押财产的转让,抵押权随之转让,原则上不会损害抵押权人的利益,如果由于抵押人转让抵押财产未通知抵押权人,就确认其转让无效,不符合物权法关于抵押财产转让的一般规则。

2.如果当事人对此另有约定的,按照其约定。例如,当事人约定抵押期间不得转让抵押财产的,尽管与法律规定不同,但是,当事人约定优先,应当尊重当事人的约定。

3.抵押期间,抵押人将抵押财产转让的,抵押权不受影响,即抵押财产是设有抵押权负担的财产,抵押财产进行转让时,抵押权随着所有权的转让而移转,取得抵押财产的受让人在取得所有权的同时,也成为抵押人,负有抵押人所负担的义务,受到抵押权的约束。

4.抵押权人能够证明抵押财产转让可能损害抵押权的,可以请求抵押人将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款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。抵押人将转让所得价款提前清偿或者提存的,抵押权消灭,抵押财产的买受人不再负担抵押人的义务。如果抵押权人不能证明抵押财产的转让可能损害抵押权,或者证明不足的,不得请求提前清偿债务或者提存。

三、《民法典(物权编)》对抵押权与其他担保物权清偿顺序规定的新规则

《民法典(物权编)》在抵押权和其他担保物权清偿顺序规定的新规则,有了两处改变,一是其他可以登记的担保物权的清偿顺序参照抵押权受偿顺序的规定,二是在同一财产上设立抵押权和质权的优先受偿顺序的规则。

(一) 其他可以登记的担保物权的清偿顺序参照抵押权受偿顺序

《民法典(物权编)》第414条规定了同一财产设立数个抵押权的清偿顺序,即“同一财产向两个以上债权人抵押的,拍卖、变卖抵押财产所得的价款依照下列规定清偿:(一)抵押权已经登记的,按照登记的时间先后确定清偿顺序;(二)抵押权已经登记的先于未登记的受偿;(三)抵押权未登记的,按照债权比例清偿。”“其他可以登记的担保物权,清偿顺序参照适用前款规定。”这一规定有两个新规则:

1.删除抵押权登记顺序相同按照债权比例清偿的规则。《民法典(物权编)》第414条第1款规定的是抵押权的顺位标准,来源于原《物权法》第199条规定“同一财产向两个以上债权人抵押的,拍卖、变卖抵押财产所得的价款依照下列规定清偿:(一)抵押权已经登记的,按照登记的先后顺序清偿;顺序相同的,按照债权比例清偿;(二)抵押权已登记的先于未登记的受偿;(三)抵押权未登记的,按照债权比例清偿。”本条删除了其中第一项关于登记顺序相同的按照债权比例清偿的规则。这是因为,抵押权登记一定存在先后顺序,不存在顺序相同的可能。

^①参见崔建远《民法分则物权编立法研究》,载《中国法学》2017年第2期。

^②参见麻锐《抵押财产转让规则的模式选择——我国〈物权法〉第191条抵押物限制转让模式的解释论证》,载《政治与法律》2017年第12期。

^③参见谢在全《物权法论(中册)》(修订五版),新学林出版股份有限公司2010年版,第396-397页。

根据该款规定,以同一财产向两个以上的债权人抵押的,拍卖、变卖抵押财产所得价款的清偿顺位有三项标准:第一,抵押权都已经登记的,按照登记的先后顺序清偿,这就是登记在先顺位在先原则。第二,抵押权已经登记的,先于未登记的受偿。已经登记的优先清偿,没有登记的,只能在登记的抵押权实现后,以剩余的抵押财产受偿。第三,抵押权未登记的,经抵押权担保的债权仍然是平等债权,不具有对抗效力,无优先受偿权,仍按照债权比例平均清偿。

顺序在先的抵押权因实现抵押权以外的原因消灭时,顺序在后的抵押权是否依次升进,有顺序不升进的固定主义和顺序当然升进的升进主义。对此,本条未明确规定,但是可以确定我国采用的是顺序升进主义。^①抵押权与其担保的债权同时存在,被担保的债权消灭之后,抵押权也随之消灭。当被在先抵押权所担保的债权因清偿等原因而消灭后,从属于该债权的抵押权也随之消灭;既然在先的抵押权已经消灭,在后的抵押权必然相继取代在先的抵押权的位置,实现抵押权。

2.增加其他可以登记的担保物权的清偿顺序参照适用抵押权顺序的规则。《民法典(物权编)》第414条第2款规定的是其他可以登记的担保物权的清偿顺序,是新增加的规则,以往的法律中没有这一规定。其他可以登记的担保物权,例如质权等,是就同一财产向两个以上的债权人设置,具有公示性的,参照抵押权的清偿顺序规则确定清偿顺序。因此,这些可以登记的担保物权的清偿顺序,就有了参照的统一规则,即:一是抵押权以外的担保物权已经登记的,按照登记的时间先后确定清偿顺序;二是抵押权以外的担保物权已经登记的先于未登记的受偿;三是都未登记的,按照债权比例清偿。^②

(二) 在同一物上设定的抵押权、质权的受偿顺序

我国立法承认动产抵押,因而抵押财产被质押或质押财产被抵押的情形会发生。在实现担保物权时,应当按照何种受偿顺序来清偿,《民法典(物权编)》第415条作出了规定,即“同一财产既设立抵押权又设立质权的,拍卖、变卖该财产所得的价款按照登记、交付的时间先后确定清偿顺序。”

《最高人民法院关于适用〈担保法〉若干问题的解释》第79条第1款曾经作出过完全不同的规定,即“同一财产法定登记的抵押权与质权并存时,抵押权人优先于质权人受偿。”这个司法解释的理论基础,是认为抵押权比质权效力更强,具有优先受偿性。其实,这个认识是不正确的,原因是,抵押权和质权都是担保物权,只不过抵押权的抵押财产主要是不动产,而质权的质押财产主要是动产而已,并非抵押权比质权效力更强。既然如此,抵押权的效力就没有高于质权的理由,而具有平等性,关键在于应当以登记和设立的时间先后确定抵押权和质权竞合时的清偿顺序。

原《物权法》并未采纳这一司法解释经验,对此未作规定,留下了这一法律漏洞,因而理论界与实务界对此一直存在争论。不少学者和法官认为,应当按照担保物权设立的时间先后来确定清偿顺序,即明确时间在前权利优先的规则。还有学者指出,担保物权的优先性来源于公示效力,因而应当采取公示在前权利优先的规定。^③编纂《民法典(物权编)》时,立法机关采纳了后一意见,与第414条规定的抵押权重合时的规则相统一。

在同一财产上既设立抵押权又设立质权的,清偿顺序是:拍卖、变卖该财产所得的价款,按照登记、交付的时间先后确定清偿顺序。这一规则很简单,即不论是抵押权还是质权,就看公示的时间先后。抵押权的公示方法是登记,质权的公示方法是质押财产的交付,只要交付了质押财产,质权就设立,就具有了公示性,登记只是产生对抗效力。所以,不论是抵押权是登记成立,还是质权在质押财产交付时成立,只要是担保物权的权利公示在先,就优先受清偿。

这样的规则是正确的。在设置的担保都是担保物权时,应当按照抵押权和质权自己的公示方法进行公示的时间先后,确定清偿顺序。公示在先的,其担保的债权就优先受偿。

^①参见杨立新《物权法》,法律出版社2013年版,第378页。

^②参见席志国《民法典编纂视野下的动产担保物权效力优先体系再构建——兼评〈民法典各分编(草案)二审稿〉第205-207条》,载《东方法学》2019年第5期。

^③参见邵帅、陈元丽《论担保物权竞合的效力次序》,载《安康学院学报》2019年第5期。

四、《民法典(物权编)》对抵押权其他方面规定的新规则

对于抵押权的其他规则,《民法典(物权编)》修改了以下三个规定,是抵押权的新规则。

(一) 海域使用权可以作为抵押财产

《民法典(物权编)》第395条规定了抵押财产的范围,即“债务人或者第三人有权处分的下列财产可以抵押:(一)建筑物和其他土地附着物;(二)建设用地使用权;(三)海域使用权;(四)生产设备、原材料、半成品、产品;(五)正在建造的建筑物、船舶、航空器;(六)交通运输工具;(七)法律、行政法规未禁止抵押的其他财产。抵押人可以将前款所列财产一并抵押。”这一条规定与原《物权法》第180条规定的其他内容相同,不同的是增加了海域使用权可以作为抵押财产的内容。

原《物权法》第122条规定了海域使用权受法律保护,但并未规定海域使用权可以用作抵押。海域使用权是利用海域的用益物权,而海域是不动产。既然如此,海域使用权作为利用不动产设置的用益物权,当然可以进行抵押。^①

事实也是如此。先于原《物权法》实施的《海域使用权管理规定》则规定了海域使用权的流转方式包括转让、出租和抵押。《民法典(物权编)》依照实际情况,与该管理规定相一致,在本条规定中明确了海域使用权可以作为抵押财产范围之一,可以设置抵押权。至于海域使用权作为抵押财产时的具体抵押规则,则应当适用《民法典(物权编)》关于用益物权的抵押规则与《海域使用权管理规定》第41条至第43条的规定^②,只是抵押权登记应当统一。

本条还有一个变化,是删除招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地土地承包经营权作为可抵押财产。在农村进行农地三权分置的改革后,农地的权属有三个不同层次的权利,一是农地所有权,为集体所有;二是土地承包经营权,属于农户享有,不可以进行抵押;三是在土地承包经营权之上,可以设置土地经营权,土地经营权可以流转。对于四荒土地的土地承包经营权,同样可以进行三权分置,转让土地经营权,故在四荒土地的土地承包经营权上设置的土地经营权,可以抵押。《民法典(物权编)》第342条已经规定了“通过招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地,经依法登记取得权属证书的,可以依法采取出租、入股、抵押或者其他方式流转土地经营权。由于在这里已经规定了这种土地经营权可以通过抵押的方式流转,因而在抵押权的可抵押财产范围的规定中就不再作出重复的规定。因此,四荒土地的土地承包经营权可以抵押,只是不在这里规定而已。

存在的一个问题是,农村土地实行三权分置后的土地经营权能否作为抵押财产设置抵押。根据本条规定,法定的抵押财产可以分为以下三类:第一,不动产。允许抵押的不动产包括房屋、厂房、林木、没有收割的农作物及其他地上附着物,还包括正在建造的建筑物。第二,特定的动产。允许抵押的动产主要包括:生产设备、原材料、产品、航空器、船舶(包括在建)、交通工具,以及家具、家用电器、金银珠宝及其制品等。第三,权利。以权利作为抵押财产须符合两个条件:一是只有不动产上的用益物权以及特别法确立的特许物权才能进行抵押;二是依据物权法定原则,不动产上的用益物权以及特别法确立的物权只有在法律允许抵押时才能抵押。符合这样条件的权利有建设用地使用权、海域使用权。在农村土地权属实行三权分置之后,在土地承包经营权上设置的土地经营权是否可以抵押,条文虽然并未规定,但是应当设置抵押。^③对此,《农业土地承包法》第47条规定:第一,承包方可以用承包地的土地经营权向金融机构融资担保,并向发包方备案。受让方通过流转取得的土地经营权,经承包方书面同意并向发包

^①参见罗施福《论海域使用权设定抵押权的立法改进》,载《中国海洋大学学报(社会科学版)》2018年第4期。

^②《海域使用权管理规定》第41条规定“海域使用权出租的,承租人应当按照海域使用权证书确定的面积、年限和用途使用海域。海域使用权出租、抵押时,其固定附属用海设施随之出租、抵押,固定附属用海设施出租、抵押时,其使用范围内的海域使用权随之出租、抵押。法律法规另有规定的,从其规定。海域使用权取得时免缴或者减缴海域使用金的,补缴海域使用金后方可出租、抵押。”第42条规定“有下列情形之一的,海域使用权不得出租、抵押:(一)权属不清或者权属有争议的;(二)未按规定缴纳海域使用金、改变海域用途等违法用海的;(三)油气及其他海洋矿产资源勘查开采的;(四)海洋行政主管部门认为不能出租、抵押的。”第43条规定“海域使用权出租、抵押的,双方当事人应当到原登记机关办理登记手续。”

^③参见房绍坤、林广会《解释论视角下的土地经营权融资担保》,载《吉林大学社会科学学报》2020年第1期。

方备案,可以向金融机构融资担保。这当然包括设置抵押,只不过抵押权人只能是金融机构,而不能是其他单位或者个人。第二,担保物权自融资担保合同生效时设立。当事人可以向登记机构申请登记;未经登记,不得对抗善意第三人。第三,实现担保物权时,担保物权人有权就土地经营权优先受偿。第四,土地经营权融资担保办法由国务院有关部门规定,国务院有关部门应当是中国人民银行。

(二) 对实现抵押权的协议删除债权人撤销权除斥期间的规定

《民法典(物权编)》第410条规定了抵押权的实现规则,即“债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形,抵押权人可以与抵押人协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿。协议损害其他债权人利益的,其他债权人可以请求人民法院撤销该协议。”“抵押权人与抵押人未就抵押权实现方式达成协议的,抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。”“抵押财产折价或者变卖的,应当参照市场价格。”

实现抵押权,是债务履行期届满债务人未履行债务,或者当事人约定实现抵押权的情形,通过依法处理抵押财产而使被担保的债权获得清偿。抵押权实现的条件,一是抵押权有效存在;二是债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形;三是抵押权的实现未受到法律上的特别限制。具备以上条件,抵押权人可以实现其抵押权。

本条第1款规定的是协议实现抵押权的规则。该规定承继了原《物权法》第195条第1款的内容,即在可以实现抵押权时,抵押权人和抵押人可以协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿。这种实现抵押权的协议,是抵押合同的双方当事人协商一致的抵押权实现方法的协议,对于抵押权人和抵押人都具有法律的拘束力。

如果抵押权人和抵押人协商抵押权实现方法的协议不涉及其他债权人的利益的,这样的协议当然没有问题。问题是,如果这个协议损害其他债权人利益的,受到损害的债权人就享有撤销权,有权向法院请求撤销这个协议。这是对债的保全中债权人撤销权规则的应用。

本条该款的变化,是删除了原《物权法》第195条后段规定的债权人撤销权的除斥期间为一年的规定。这是因为制定《物权法》时,还没有对撤销权统一规定除斥期间。《民法典(总则编)》第152条规定了撤销权的除斥期间为一年,《民法典(合同编)》第541条也规定债权人撤销权的除斥期间为一年,因而,这里没有必要再规定除斥期间。

本条第2款规定诉讼实现抵押权的规则和第3款规定的抵押财产折价或者变卖的具体规则,都没有变化。

(三) 对集体土地使用权设置的抵押权实现的限制性规则

《民法典(物权编)》第418条专门规定了集体所有的土地使用权抵押实现抵押权的规则,即“以集体所有土地的使用权依法抵押的,实现抵押权后,未经法定程序,不得改变土地所有权的性质和土地用途。”这个规定是在原《物权法》第201条规定的基础上修改而成的。原《物权法》第201条规定“依照本法第一百八十条第一款第三项规定的土地承包经营权抵押的,或者依照本法第一百八十三条规定以乡镇、村企业的厂房等建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押的,实现抵押权后,未经法定程序,不得改变土地所有权的性质和土地用途。”与该条规定相比,本条规定将对土地承包经营权或者乡镇、村企业的建设用地使用权抵押的特别规定修改为对“集体所有的土地使用权依法抵押”的规定,更为简洁,涵盖范围更广,不仅包括土地承包经营权和乡镇建设用地使用权抵押权,而且对三权分置的土地经营权的抵押也包括在内。

这里规定的“集体所有土地的使用权”在包含上述权属之外,是否包括以四荒地设立的土地承包经营权之上的土地经营权等用益物权,并不明确。通过招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地设置的土地经营权,也可以设置抵押权,这种抵押权实现时,也存在土地保持性质的问题,因而也应当包括在内。

这些在“集体所有土地的使用权”上设置的抵押权,在实现抵押权后,并不禁止改变土地所有权的性质和土地用途,只是须经过法定程序。如果需要改变土地所有权的性质和土地用途的,依照法定程序,对土地所有权的性质和土地用途进行变更,例如将农用地或者乡镇、村的集体所有的土地征收为国

有土地,再设立建设用地使用权、签订建设用地使用权的出让合同,缴纳土地使用的出让金等,然后才能拍卖、变卖而变价,用变价款清偿债务。未经上述法定程序,抵押权人即使取得集体所有的土地使用权,也不得改变土地所有权的性质和土地用途,不能直接按照集体所有的土地使用权设置的抵押权直接变现,用价款清偿债务,实现债权。如果以集体所有的土地使用权设置的抵押权在实现时,不涉及土地所有权的性质和土地用途的,可以直接实现抵押权,不受这个规则的限制。

结语

《民法典(物权编)》对抵押权规则的修改,既有对原有抵押权规则的根本改变,增加新的抵押规则,也有对抵押规则的适当修改和补充。前者主要是第406条关于抵押权存续期间抵押人可以转让抵押财产的规定,属于根本性的规则改变,纠正了原《物权法》规定的错误,采用了合理的传统规则确定了新规则;第416条规定的中间价款超级优先权则是以往没有规定的新规则。这些对抵押权规则的重大改变和适当修改完善,使我国抵押权规则更加完善。在掌握抵押权规则上,应当将新规则和原有的规则结合起来,全面理解和准确解释,才能对抵押权规则做到准确理解、全面掌握,保证在适用法律时的统一性。总之,抵押权规则在担保物权中是最复杂的,加上新增加和修改的规则,就显得更为复杂。对此,应当全面理解和掌握,让抵押权更好地为交易和融资服务,出现纠纷时统一裁判尺度,使法律得到正确实施。

Subject: Interpretation of the New Rules of Mortgage Rights Stipulated by the Property Law Chapter in Civil Code

Author & unit: YANG Lixin(The Research Center of Civil and Commercial Juris Prudence , Renmin University of China ,Beijing 100872 ,China)

Abstract: The rules of the security property rights stipulated by *the Property Law Chapter in Civil Code* are complicated. Among them , the rules of mortgage rights are the most complex. On the basis of the provisions of mortgage right in *the Property Law* and *the Security Law* , *the Property Law Chapter* has made ten important amendments of the rules of mortgage rights , which make the rules of mortgage rights more reasonable and scientific. Among them , article 406 provides that the mortgagor may transfer the mortgaged property during the mortgage period , changes the rules of *the Property Law* on the non-transfer of mortgaged property without the consent of the mortgagee , establishes the basic rules for the transfer of the mortgage right by the transfer of the ownership of the mortgaged property. In particular , floating mortgage , if the flow of floating mortgage property is set up , enjoy super priority , can take precedence over floating mortgage rights to be paid off. Article 416 creates a super-priority. That is , in movable property mortgage , especially floating mortgage , if the floating mortgage property is set up , the mortgagee enjoys super priority which can take precedence over floating mortgage rights to be paid off. These provisions make China's mortgage system more perfect. It not only shows the progress and scientific nature of the mortgage rules in china , but also promotes the mortgage rights to play a more effective role in the civil circulation.

Key words: Civil Code; property law chapter; mortgage rights; new rules; interpretation

[责任编辑:吴岩]