

# 从保全到流通： 民法典编纂中不动产抵押权现代化之构想<sup>\*</sup>

黄家镇

**摘要：**现代不动产抵押权已经从单纯的保全手段转变为兼具保全、流通和投资功能的法律构造。我国理论界和实务界对此一发展存在认知视域上的缺失，导致理论与法律建构过于强调不动产抵押权的保全功能，僵化地理解和构造从属性原则，几乎完全窒息了不动产抵押权的流通功能和投资属性。我国民法典编纂应该顺应不动产抵押权的现代发展，对现行法上的不动产抵押权进行改进，从结构上缓和从属性原则的效力，并借助不动产登记簿最大限度降低主债权债务对不动产抵押权流通的威胁，增强不动产抵押权的流通能力；同时还应考虑规定不动产抵押权证券，降低不动产抵押权的流通成本，更好地服务于经济与金融领域的交易活动。

**关键词：**保全性抵押权；流通性抵押权；不动产抵押权证券；从属性原则

## 引言

2017年《中华人民共和国民法总则》的正式颁行标志着我国民法典的编纂取得阶段性的成就。作为彰显人的主体价值，安顿个体存续发展的基本法，民法典的价值目标的实现除了需要总则的提纲挈领，在很大程度上还仰赖在分则中设计出科学的财产权制度和亲属继承制度。就财产法而言，其现代发展趋势乃是在注重保障财产静态安全的同时，更加注重物尽其用，使财产在流通中发挥更大的效用。对照这一发展趋势，我国现行法上的财产权制度还有很大的改进空间，尤其是不动产担保物权制度。从整体上看，我国现在的财产权制度的框架基本完整，对很多制度需要做的是规则的优化，但不动产抵押权制度还存在结构性的缺失，即只有单一的保全功能，而缺乏流通和投资功能。这种缺陷并不是知识体系的盲点引发的，而是认知视域的缺失造成的，即完全缺乏了认知事物的某一视域，导致思维只能沿着原有的单一视域一路走到黑，无法从不同的视域来看待问题。这种视域缺失无法通过原有视域内的知识增量来弥补，而只能从知识发生学的角度来增补。汉语民法学界在民法继受之初，阴差阳错地形成了不动产抵押权仅仅是担保物权的观念，而缺失了其同时也可以具有流通功能和投资功能这一视域，以致于学理和立法建构都只能沿着以从属性为根本特征的保全性抵押权的路径展开，无法接纳现代不动产担保物权的新发展，直至今日这一情形仍未能有所改观。我们现在处在民法典编纂的历史时刻，正是对传统民法理论进行反思和更新的良机，同时为使不动产担保物权能更好服务于经济与金融领域的交易活动，本文拟就我国法上的不动产抵押权现代化的问题进行探讨和构想，就教于学界同仁。

作者简介：黄家镇，法学博士，西南政法大学民商法学院副教授。

\* 本文系国家社会科学基金项目“民法典编纂中抵押权制度的体系完善与现代化研究”（项目编号：16BFX105）的阶段性成果。

## 一、从保全到流通:不动产担保物权的现代发展

### 1. 不动产抵押权<sup>①</sup>的功能变迁

自罗马法复兴以来,西欧各国以罗马法的绝对所有权观念型塑不动产制度,使在中世纪难以自由流通的土地得以自由买卖或成为融资担保物。因具有价值巨大、不易移动等优点,以土地为代表的不动产遂成为最重要的资本和融资担保物。但无论以金钱买进不动产,或以设定不动产抵押为条件出借金钱之后,不动产所有人或贷方的资金将被“凝固”在不动产权之中:在前者,所有人不再转卖不动产便无法将其变现;在后者,其债权虽有抵押权保障而使风险大为降低,但也因履行期限的限制而无法在短期内收回全部资金。这将导致物权人的资产流动性下降,进而影响各种经营活动之开展。故不动产权人都抱持这样一种热望:将蕴涵于不动产权之中的货币价值再度流动化,得为反复之利用,由此产生不动产权流通之现实需要。其中,不动产担保物权的流通既能使贷方通过转让不动产担保资产加快资金回笼,继而再用于新投资产生更大收益,又能使担保资产的购买人分享该担保资产产生的收益,同时还能满足不动产所有人继续利用不动产的需求。这样的流通结构不啻为“三全其美”,故而成为最为流行的不动产权流通形式。由此,不动产抵押权从单纯的保全手段向流通和投资工具转变,逐渐成为具有独立流通能力的价值权。德国学者甚至创造了“变价权(Verwertungsrecht)”这一概念来统摄保全性抵押权(Sicherungshypothek)<sup>②</sup>、流通性抵押权和土地债务,以避免担保物权的概念遮蔽后两者的流通和投资功能。<sup>③</sup>

在不动产担保物权流通时,表面上抵押权是随着主债权的转移而转移的,赫克教授形象地称之为“跟着跑”。<sup>④</sup>不过,正如有学者指出的那样:

通常对于信贷往来起决定作用的不是债权,而是作为物权性担保权的抵押权。这由以下事实可得而知,即人们(在授予信用时)总是谈论第一顺位的抵押权还是第二顺位的抵押权,并以此来确定土地担保物权的可靠程度。至于债务人是否有信用,只是在贷款关系建立时发挥作用;这一点并不具有决定性意义,因为——除去一般的信用基础可能被突然破坏外——对债权人而言,最终能够对设定担保的土地采取措施的可能性才是决定性的。因此,与这种基本观念相适应,没人说什么“被抵押权担保的债权”的让与,全世界对此都是称之为“抵押权转让”、“抵押权的质押”、“抵押权的清偿”等等。<sup>⑤</sup>

因此,通常情况下,第三方愿意购买附担保物权的债权,实质上看重的是担保物权。在这种情况下,如果让抵押权完全成为债权的附属物,无法公示的债权可能包含的所有抗辩都会影响到抵押权的安全,那么抵押权的流通最终也会受到影响。这种严格贯彻从属性的制度构造对交易方——特别是贷方和购买信贷资产的第三方——提供的行为激励非常不足。为促进不动产担保物权流通,就必须对从属性原则作出限制,将主债权对不动产担保物权流通的不利影响降至最低,而这将引发不动产担保物权法律结

<sup>①</sup> 近代大陆民法理论与立法不承认动产之上可以设立抵押权,在此语境下抵押权就是指的不动产抵押权。本文提到抵押权如不作特别说明皆指不动产抵押权。

<sup>②</sup> 保全性抵押权是对 Sicherungshypothek 的意译,直译应该是“担保式抵押权”。但这种译法不能准确反映其特点,而且容易造成误解:因为流通性抵押权也用于担保目的。鲍尔先生也认为《德国民法典》第 1184 条将具有严格从属性的抵押权命名为 Sicherungshypothek 不甚准确。参见 Baur/Stürmer, Sachenrecht, C. H. Beck Verlag, 17. Auflage, München, 1999, S. 490.

<sup>③</sup> 所谓变价权是指“所有权人赋予他人这样一种权限,即在某种条件成就时,特别是在特定给付未履行时,该他人有将所有物变价受偿的权利”。变价权之下又可分为担保物权和土地负担(或称实物负担, Grund- oder Reallast),土地债务是一种货币化了的土地负担,区别于实物形态的土地负担。参见 Baur/Stürmer, a. a. O. S. 23 - 24. 另参见孙宪忠《德国当代物权法》,法律出版社 1997 年版,第 257 页以下。值得注意的是,“担保物权”、“不动产担保物权”这些我国民法理论中的经典性术语在《德国民法典》中难觅踪影。这是德国法学追求概念与体系精确性的必然结果:因为传统罗马法上,担保物权须以被担保债权为其存续的前提,不能脱离债权而独立存在或转移。但是德国法上的土地债务恰恰与从属性原则格格不入:因为按《德国民法典》第 1191 条的规定,土地债务是一种存在于土地之上的独立物权,是一种“抽象”的物权,不以任何债权原因关系为其存在前提。因此,土地债务在逻辑上不能被作为担保物权的下位概念。为了解决体系系统摄问题,德国法学界提出了变价权这个学理概念。

<sup>④</sup> Baur/Stürmer, Sachenrecht, C. H. Beck Verlag, 7. Auflage, München, S. 430, 1999.

<sup>⑤</sup> id., S. 431, 1999.

构的重大变化、甚至是重构。

## 2. 不动产担保物权法律构造的变化

在大陆法系民法,将这种重构进行的最为彻底的是《德国民法典》。

首先,《德国民法典》一反之前各国法典将保全性抵押权作为抵押权常规形式的作法,径直将流通性抵押权确立为抵押权的范式,将保全性抵押权作为例外。按《德国民法典》第1116、1138条的规定,登记设立的抵押权原则上为流通抵押权。如果要排除这两条规定的适用,则需要作出特别意思表示。第1184条规定:“(1)抵押权可以如下方式设定:债权人基于抵押权而有的权利只按照债权来确定,并且债权人不得为证明债权而援用登记(保全性抵押权)。(2)该抵押权必须在登记簿中标明为保全性抵押权”。这就是说,如果当事人欲设定保全性抵押权,并排除登记簿公信力对主债权的覆盖,必须作出特别的意思表示将保全性明确标识出来并登记在册。否则,抵押权将被视为流通性抵押权。这种保全性抵押权也是可转让的,但只有在抵押权所担保的债权存在时,受让人合法有效地受让债权才能取得抵押权;如果债权不存在,受让人无法通过援引土地登记簿的记载主张善意保护——债权是不能善意取得的。因此,保全性抵押权的流通能力是很弱的。

其次,《德国民法典》利用土地登记簿来限制主债权对流通性抵押权的影响。作为范式的流通性抵押权虽坚持了从属性原则,但是如果毫无限制地严格贯彻从属性,那就意味着抵押权的流通性将受到很大限制。为了减少从属性原则造成的障碍,《德国民法典》第1138条规定“就债权和所有人依照第1137条所享有的抗辩权而言,第891条至第899条的规定也适用于抵押权”。第1137条是规定所有权人可以对抵押权主张负有个人债务的债务人所享有的抗辩权以及保证人享有的所有抗辩权,即使债务人放弃抗辩权也不例外;而第891条至第899条则是关于登记簿的公信力以及善意取得的规定。这样通过援引数个条文,可得出一个结论,即“关于土地登记簿公信力的规定适用于抵押权,也将债权包括在内。这就意味着:只要作为抵押权基础的债权应当存在(抵押权也因此而存在),公信力的效力就及于该债权。易言之,立法者顺应了交易观念的要求,认为抵押权的取得而不是受抵押权担保的债权的取得才是重要的。就权利的转让而言,‘从属性教条’(赫克语)的僵硬、强制的特点被清除了,由此适应了权利流转的需要”<sup>①</sup>。也就是说在流通抵押权中,法律采取了拟制的技术来解决从属性原则造成的障碍,即“债权的存在依账簿上的形式而被确保,毋宁说是有抵押必有债权的拟制,债权与抵押权的主从关系完全颠倒,抵押权并无因债权而为不确实之虞,实际上完全起到了与抽象抵押权无异的作用。不仅如此,如下所述,观其发展沿革,可以说本来具有从属性质的抵押权,为确保流通,逐渐看轻债权的存在,结果将债权贬为附从的、拟制的存在,这就如实地显示了抵押权制度发展的轨迹”<sup>[1] P.54</sup>。这样一来,虽然流通抵押权仍然与债权结合在一起,但由于借助了登记簿公示技术,实际上已将主债权与抵押权的关系部分“抽象化”了,由此主债权基础关系对担保物权的影响力大大弱化了。通过这种方式,流通抵押权便能在市场上自由安全地流通。

再次,《德国民法典》还规定了没有从属性的土地债务。土地债务制度原本出自封建法,前身是以封建地租为代表的各种物上之债,后逐渐货币化并可以独立出售或用于担保。<sup>②</sup>在《德国民法典》编纂时,土地债务与抵押权被编排在同一章,但规范结构保持了完全的独立性。基尔克明确指出,“土地债务(包括定期金土地债务)在概念上和事实上都是独立的。其存续与债权没有任何法律上的联系——从一开始其就可以以所有权人的名义被登记”<sup>③</sup>,即便是土地债务用于担保债权时,这种独立性在法律上仍然不会改变。因为《德国民法典》第1192条的规定非常明确地指出:抵押权的规定只有在不会与

<sup>①</sup> Baur/Stürmer, *Sachenrecht* f. H. Beck Verlag 7. Auflage, München, S. 404, 1999.

<sup>②</sup> 关于土地债务制度历史发展的详细介绍,参见黄家镇“德国法上的土地债务制度:从日耳曼古法到《德国民法典》”,载梁慧星主编《民商法论丛》第52卷,法律出版社2013年版,第421页以下。

<sup>③</sup> Otto Gierke, *Deutsches Privatrecht*, 2. Bd, Sachenrecht, Leipzig, S. 843 - 844, 1905.

土地债务毋须以债权的存在为前提这一要求相悖时,才可以相应地适用于土地债务。换句话说,担保性土地债务在法律上仍然是独立的物权。这样一来,“对土地担保权的古典体系而言,土地债务制度显得颇为异类:这种担保权并未将预先确定的目的提升为其权利存在的内容,反而为了一种独立的、免受原因关系瑕疵影响的流通能力而去掉了这种功能联系”<sup>①</sup>。这与抵押权形成了鲜明的对比:在抵押权设定时,担保目的成为物权存在的法定要素,这一点从“从属性”这一概念得到明显的证明;而担保性土地债务完全取向物权的自由流通,至于担保目的则只能在债法层面得以实现,即当事人可借在担保合同中约定担保目的条款来实现,但这一目的约定不具有物权法上的效力。因此,土地债务的流通能力是极强的。

最后,《德国民法典》还规定流通性抵押权和土地债务登记后原则上要颁发证券。按照《德国民法典》第1116条的规定,登记机关在完成抵押权登记时应向抵押权人授予抵押权证券,即证券式抵押权是流通抵押权的一般形态,而登记簿式抵押权是例外形态。<sup>②</sup>如果要排除证券的授予,当事人必须达成排除证券授予的合意并将该合意登记到土地登记簿中,常用的表述形式是“没有证券的抵押权”、“无证券”或“证券的授予被排除”。这意味着,如果当事人约定一项登记簿式抵押权,但未就证券的排除进行登记,且登记机关已经颁发了抵押权证券,那么就视为当事人就证券抵押权达成一项补充合意。按照法律规定,不动产担保证券必须记载土地登记簿的簿页号码、被设定负担的土地的编号以及抵押权的基本情况等内容。这里的抵押权的基本情况指的是《德国民法典》第1115条规定的抵押权的法定登记内容,即债权人、债权金额、利率和相关从给付。

综上,德国法上的不动产担保物权在内部借助抽象原则的法构造技术,消除或限制了主债权对不动产担保物权流通的影响,解决了无法公示的债权的不确定性对不动产担保物权流通的威胁。在外部,借助证券技术,使不动产担保物权的流通克服了通过登记簿流转的繁琐与高成本,获得了高效的流通形式。<sup>③</sup>由此,德国法构造了保全抵押权——流通抵押权——土地债务这一从属性逐渐减弱、抽象度逐渐升高的多层次不动产担保物权体系,最大限度地满足了市场交易对不同权利保障形式和流通形式的需求。郑玉波先生之评价:“故抵押权制度,在今日亦以德国为最发达”<sup>[2][P.205]</sup>,实不为过。

## 二、我国不动产抵押权制度的历史成因与现状

历史上,我国民法学界曾在上个世纪初的法典化运动中与德国流通式不动产担保物权制度这一抵押权的现代发展成果不期而遇,最后却又遗憾地擦肩而过。此后,学界形成了抵押权只是担保物权的成见,导致抵押权被禁锢于担保物权的概念之中,流通功能几乎完全缺失,其消极影响延续直至今日。

### (一) 从晚清到民国:擦肩而过的流通式不动产担保物权

晚清之时,国逢两千年未遇之大变局,民贫国弱。为救亡图存、延续统治,清廷推行修律变法。在修律大臣沈家本的建议下,清政府聘请日本学者松冈义正帮助编纂民律草案,负责起草债权、物权两编。到清宣统二年(1910年)十二月,修订法律馆编纂完成了《大清民律草案》“条文稿”,史称“第一民律草案”。<sup>④</sup>该草案分五编三十七章,条文共计1596条;其中第三编为物权编。该编第一章“通则”第979条规定“依法律行为而有不动产物权之得丧及变更者,非经登记,不生效力”。由条文文义可知,松冈义正在选择物权变动模式时,并未效法其母国的《日本民法典》的意思主义物权变动模式,而是采纳了《德国民法典》的形式主义物权变动模式。更有甚者,松冈义正还把《日本民法典》未采纳的德国土地债务

<sup>①</sup> Buchholz, *Abstraktionsprinzip und Immobilienrecht. Zur Geschichte der Auflassung und der Grundschuld*, Frankfurt am Main, S. 11, 1978.

<sup>②</sup> Palandt *Bürgerliches Gesetzbuch*, Bassenge, Beck München 2005, § 1113 Rn. 2, S. 1522. 另按照《德国民法典》第1192条规定,抵押权的规定可以相应地适用于土地债务,只要这一适用不产生与土地债务毋须以债权的存在为前提这一法定要求相悖的结论,即可。因此,土地债务登记后原则上也要颁发证券。

<sup>③</sup> 关于德国流通式不动产担保物权制度更详细的介绍,参见黄家镇《德国流通式不动产担保物权制度研究》,法律出版社2010年版,第4章以下。

<sup>④</sup> 《大清民律草案》的条文皆引自潘维和《中国近代民法史·附编·大清民律草案》,汉林出版社1983年版。

制度也吸纳进来:物权编第六章以“担保物权”为章名,除设抵押权一节外,还专辟一节规定了“土地债务”。该节的设计明显是仿照《德国民法典》土地债务和定期金土地债务两节的规定,二者不仅条文数量高度接近:前者11条,后者则为13条;而且排列顺序、表述方式都几乎完全相同。例如“第一民律草案”第1183条规定“土地债务权利人于土地之上卖得金较他债权人先受一定金额之清偿。前项金额谓原本利息及实行权利之费用,但设定行为有特别订定者不在此限”。这与《德国民法典》第1191条对土地债务的界定几乎完全相同。再如第1184条规定“关于抵押权之规定以与本节规定及土地债务之性质无抵触者为限,于土地债务准用之”,也与《德国民法典》第1192条的规定完全一致。此外,与《德国民法典》一样,“第一民律草案”还规定了无记名土地债务、土地债务证券、所有权人土地债务、定期金土地债务以及土地债务、抵押权和定期金土地债务几者之间的相互转换等等规定。

但是,这并不意味着松冈义正完全照抄了《德国民法典》的不动产担保物权立法,相反两者之间存在重大区别。“第一民律草案”将严格贯彻从属性的保全性抵押权作为抵押权的一般形式,而《德国民法典》是以从属性受到极大限制的流通性抵押权作为抵押权的范式。正是这一关键性的差异导致“第一民律草案”规定的土地债务准用抵押权规则的相关规定失去实际意义。因为虽然“第一民律草案”第1184条也强调准用抵押权规定不得与土地债务之规定与性质相抵触,这与《德国民法典》第1192条在形式上完全相同。但在内涵和结果上,二者却相去甚远:后者准用指向的是流通性抵押权的规则,而“第一民律草案”准用指向的是严格贯彻从属性的保全性抵押权。“第一民律草案”选择保全性抵押权作为范式,又未如《德国民法典》那样利用土地登记簿对主债权对抵押权的影响进行限制,这种制度架构使得保全性抵押权与土地债务之间缺乏流通性抵押权这样一种既遵循了从属性同时又有一定抽象性的中介形式,土地债务与保全性抵押权相互之间很难直接通约。松冈义正似乎没有意识到如果不借助公示公信制度对债权关系的隔离和反向拟制,抵押权的高度流通性是很难实现的,相应地抵押权的规则也就无法直接适用到具有高度独立性和流通性的土地债务之上。由此,从立法技术上看,“第一民律草案”以“担保物权”为题名统摄抵押权与土地债务等制度的结构安排以及相关规则设计存在明显的“内伤”。

这一“内伤”很快被《民国民律草案》(史称“第二民律草案”)①的起草者注意到了,并导致起草者对“第一民律草案”的担保物权部分进行了颠覆式的改动:将“担保物权”一章尽数删除,“抵押权”与“质权”各设一章,而土地债务制度则被全部放弃。由于“第二民律草案”没有类似立法理由书式的立法文件传世,因此该部分的废改增删未见官方解释。不过该部分的起草者、北京大学教授黄右昌先生在著述中却道出了个中原委,他说:

此章《大清民律草案》物权编第六章——笔者注)之立法例,有二缺点:其一为形式上之缺点,盖他物权中,有用益物权及担保物权二种,一草于地上权、永佃权、地役权,既未冠用益物权之总称。及于抵押权、土地债务、不动产质权、动产质权四种而冠以担保物权之总名,无论内容若何,体例上先已不合,且担保物权之总名称,在法典中实未之见,法民法虽有担保权(droit de garantie)之用语,亦未若一草之列为一章也,日民法虽属法法系,亦未用担保物权名称,自第七章土地负担以下,均系并列。一草以担保物权总名,规定于民律之中,而以德民法之土地债务掺入,既抄日本民法之学说,又杂德民法于其中,所以有此不伦不类之谬解也。其二为本质上之缺点,土地债务之观念,为我国自来所未有;就今日经济状况而论,效果又未必过于抵押权与质权,果有采用之必要与否,不能无疑;籍曰有之,亦不应视为担保物权之一种。盖担保物

① 《大清民律草案》因清廷倾覆而胎死腹中。1922年春,华盛顿会议召开,中国代表提出撤废领事裁判权问题,大会决议由各国派员组成委员会来华调查私法,北洋政府即责成司法部,对于司法上应改良各事加速进行,加速司法改革,并敕令“修订法律馆”积极编纂民刑各法典。修订法律馆遂以《大清民律草案》为蓝本,调查各省民事习惯,并参考各国最新立法例,于1925年完成《民国民律草案》。该草案也分为五编,共1522条。

权,乃附属债权之权利,其生存消灭,以债权关系为要件,而土地债务,则为独立之负担,债权关系,不过其发生之缘由,而非其成立及存续之要件,故土地债务,与抵押权质权,就经济上之效用而言,虽同为巩固债权之用,而其法律上之性质,则大相悬殊。一草比而同之,立于担保物权总名之下,不可谓非失当也。第二次草案,不用担保物权名称,并删去土地债务,而以我国通行之典权加入,我民法(指1930年《中华民国民法典》——笔者注)之立法例,与二草同<sup>[3](P.3-4)</sup>。

以上论述显示黄右昌先生对土地债务的法律性质有比较精确的认识,对“第一民律草案”担保物权部分的批评也入木三分。但同时也透露出其对土地债务制度的历史与实际效用并未深刻领悟,基于揣测认为土地债务未必就比抵押权和质权更为优良;同时仅以本国历来并无此习惯,所以将其删去。后世学者在比较第一民律草案、第二民律草案和《中华民国民法典》对应部分的差异时也作了几乎完全一样的解释。<sup>①</sup>因此,可以认为,黄右昌先生当时的决断使得土地债务等流通式不动产担保物权制度在其后很长的一段历史时间中不再出现在汉语法学界的立法和理论研究中,其理解也深刻影响了学界对抵押权性质的认识。当时学界关于抵押权的典型观念认为,“惟抵押权不能离于所担保之债权而独立存在。故其所担保之债权,如有消灭、转移,抵押权亦随之,此乃不易之理。是以以吾人之眼光观察之,抵押权故必须附从于债权,始能存在。此其所以为从物权也”。<sup>②</sup>原本仅为债权与担保物权关系构造可能性之一的方案变成惟一方案,成为“不易之理”!在这种知识谱系影响下,1930年《中华民国民法典》在抵押权法律结构的设计上也严格贯彻从属性原则,并未给接入流通式不动产担保物权留下制度空间。因此,汉语民法学界在知识系统形成之初的这种视域缺失造成知识路径的锁定,直接影响了后世对不动产抵押权的理论认知和法律构造,至今无甚进益。<sup>③</sup>

(二) 现行法与《中华人民共和国民法各分编(草案)》(征求意见稿)中的不动产抵押权的法律结构及其问题

### 1. 现行法及《中华人民共和国民法各分编(草案)》(征求意见稿)的相关规定

在我国现行法上,最早的不动产抵押权法律规定见于1986年的《民法通则》(第87条)<sup>④</sup>,但条文数量太少,规定比较粗疏;比较系统的立法是1995年的《担保法》,在总则中规定了担保制度的一般规则,并以专章规定抵押权的规则;其后2007年《物权法》基本延续了《担保法》的制度架构,只是在具体规则中进行了废立增删。从这些法律关于不动产抵押权的规定来看,立法者始终将从属性原则作为构成性原则严格贯穿于担保制度的法律结构之中,亦即无主债权即无担保权。而且总体而言,从《担保法》到《物权法》,立法对从属性原则的处理手法是越来越严格和保守。《担保法》第5条规定“担保合同是主合同的从合同,主合同无效,担保合同无效。担保合同另有约定的,按照约定”。在此,按照例外规定,当事人尚可能通过约定的方式对从属性予以缓和。而《物权法》第172条规定“担保合同是主债权

<sup>①</sup> “我国习惯上无土地债务及不动产质,就立法当时经济状况言,亦无采用之必要,此编只规定动产质权、权利质权,无复关于不动产质权及土地债务之规定。第一次草案效德国民法规定土地债务、不动产质权及动产质权,并加入抵押权并为一章,称为担保物权;第二次草案删除土地债务,废去担保物权之名称,将抵押权另立一章,并效日本民法增入权利质权,将不动产质权、动产质权及权利质权并为质权一章,又设通则一节,以为共通适用之准据。”参见黄源盛(纂辑):《晚清民国民法史料辑注》,犁斋社有限公司2014年版,第1052页。

<sup>②</sup> 劭义《民律释义》,王志华勘校,北京大学出版社2008年版,第409页。另参见前引〔16〕,黄右昌书,第10页。姚瑞光先生也指出“担保物权系以确保债权履行为目的之价值权。必从属于债权而存在”。参见姚瑞光《民法物权论》,中国政法大学2011年版,第198页。

<sup>③</sup> 在我国台湾地区民法学界,这种情况到了1960年代发生了一些变化。不少学者不再坚持从属性为抵押权的“不易之理”,而是认识到抵押权与主债权的关系可以有不同的构造方式,并伴随对德国法上的土地债务制度的深入了解,认识到了担保物权也可以无附从性,“其所以与债权绝缘者乃法律欲赋予其流通性,有如票据故也”,而且还认识到流通式抵押权是“用作投资回收之手段,以期流通之安全与确实之担保权”。参见郑玉波《民法物权》,三民书局1959年版,第203-209页。史尚宽《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第264页以下。

<sup>④</sup> 《民法通则》第89条“依照法律的规定或者按照当事人的约定,可以采用下列方式担保债务的履行:……(二)债务人或者第三人可以提供一定的财产作为抵押物。债务人不履行债务的,债权人有权依照法律的规定以抵押物折价或者以变卖抵押物的价款优先得到偿还。”

债务合同的从合同。主债权债务合同无效,担保合同无效,但法律另有规定的除外”。按新法优于旧法的法律适用原则,这就意味着《担保法》第5条给出的通过意思自治缓和从属性的路径被堵死了,而只允许在法律另有规定的情况下才例外。在《物权法》文本语境中,这种存续上的例外主要是指最高额抵押权中的几种特殊情况,一是最高额抵押可具有相对的独立性:在主债权尚未产生时,最高额抵押权可以存在;二是在连续的交易关系中,其中一笔债权债务无效,并不影响整个最高额抵押权合同的效力。三是《物权法》第204条规定“最高额抵押权担保债权确定前,部分债权转让的,最高额抵押权不得转让,当事人另有约定的除外”。从文义解释,这里的当事人另有约定是对“债权转让的,担保该债权的抵押权一并转让”的例外,应当理解为当事人可另行约定,当债权转让时抵押权不转移。这意味着在转让这一问题上当事人可以通过约定的方式突破最高额抵押权对主债权的从属性。但这种突破在法律上未被明文扩及普通抵押权。因此,总体而言,普通抵押权对主债权的严格从属性未被突破。

对此,《物权法》立法时曾有过不同意见,有人主张应保留当事人这一自由的空间。而立法者认为:“担保物权依附于主债权债务而存在,没有主债权债务,就没有担保物权。法律如果允许当事人作出主债权债务合同无效,担保合同仍有效的约定,那么,即使不存在主债权债务,担保人也要承担担保责任。这不但对担保人不公平,而且可能导致欺诈和权利的滥用,还可能损害其他债权人的利益”<sup>[4] (P. 371)</sup>。这种观点貌似合理,实则悖谬且不合时宜。在现代财产法日益重视交易安全和财产流通快捷性的大背景之下,当事人如果基于自由意志作出愿意在主债权债务合同无效的情况下,承担担保责任的决定,立法者并没有理由强行禁止。至于说产生欺诈和权利滥用,完全是杞人忧天。如果担保合同是受欺诈或胁迫而订立,当事人已有法律行为制度的相关规定加以救济,完全没有必要在这里多此一举。退一步讲,即便这样的制度安排真的能保护担保人,但对债权人却可能产生不公平的效果。因为在主合同因担保人过错而无效的情形,会产生因主合同无效的返还请求权和赔偿请求权,按以上规定上述请求权将成为无担保的债权。这样的从属性原则对债务人的保护似乎有点过头了,反倒像是对债权人的惩罚。相反,如果对从属性原则作缓和性约定,即主债权无效、抵押权并不当然无效,那么债权人还可以就上述返还及赔偿请求权享有抵押权保障。至于说对其他债权人造成损害,更是不能成立的。不动产抵押权必须通过登记方能设立,借此抵押人不动产之上的权利负担已经被揭示出来,其他债权人完全可以进行相应的风险规划,从而避免损害;不动产抵押权的继续存在并不构成权利突袭。如其他债权人疏于防范风险,则是其自己的责任,与他人无涉。立法者的过度关怀不仅没有必要,反而不利于塑造理性、谨慎和负责任的市场交易主体。

而在最新的《中华人民共和国民法典各分编(草案)》(征求意见稿)(以下简称“征求意见稿”)中,其物权编第177条几乎是一字不改地承袭《物权法》第172条的规定。由于未见立法者给出相应说明,只能推测立法者仍然坚持了《物权法》立法时的观点。

## 2. 上述法律规定存在的问题

上述法律关于不动产抵押权之规定存在的最大问题就是不动产抵押权的流通变得非常困难。第一,在这种法律结构下,当不动产抵押权人让与主债权及抵押权时,购买人所购买的资产包存在较大的风险。因为根据《合同法》第82条的规定,在债权让与后,债务人对让与人的抗辩,可以向受让人主张。那么主债权债务合同产生的一切抗辩都会威胁到购买人债权的安全,尤其是在主债权无效或被撤销时,购买人的不动产抵押权也会因为主债权的消灭而消灭。更为糟糕的是,即便购买人可以向出让人主张违约责任,但如前所述,由于无法通过约定方式缓和从属性从而使得抵押权获得一定的独立性来保障违约之债,购买人的违约赔偿请求权也成为无担保的债权。在此情形,由于我国物权法严格坚持从属性原

则并未承认独立的抵押权,<sup>①</sup>善意第三人无法取得无债权的抵押权。那么,善意第三人能否通过善意取得债权,进而善意取得抵押权呢?答案是否定的,因为《物权法》第106条文义上明确该条规定只适用于动产和不动产物权,未提及债权。理论通说也都没有承认债权的善意取得,理由是:未证券化之一般债权,无法公示,无权利外观可言,根本不适用公信力原则,善意取得无从谈起。<sup>②</sup>因此,善意取得制度无法确保不动产抵押权流通的安全。<sup>③</sup>

第二,购买人对这种基于主债权债务关系发生的抗辩风险是无法在缔约时预见并作出相应风险防范的,因为虽然基于物权确定的要求,主债权需要被登记在登记簿之上,但并不是主债权债务的所有内容都能被登记的。否则,不动产登记簿将变得臃肿不堪,无法起到揭示不动产之上的物权状况这一主要作用。在比较法上,德国联邦最高法院一直在与如下情形进行斗争,即对所有的债法性约定都进行登记援引,哪怕其既不属于物权的内容,又不是终止的理由;并明确指出“这些被援引的内容不能被看作是土地登记簿的内容”。也就是说,不动产物权登记必须坚持相关性的原则,所有的债权登记和援引都必须是与物权的变动直接相关的,且足以说明抵押权即可;不能将所有的债务约定都记载到登记簿。<sup>④</sup>因此,其他债权人是无法通过查阅登记簿记载来获知主债权债务合同可能产生的抗辩权。

第三,上述法律规定还会产生体系的矛盾。“征求意见稿”物权编第177条规定“担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效,担保合同无效,但法律另有规定的除外”;而合同编第228条规定“保证合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效,担保合同无效,但法律另有规定或者当事人另有约定的除外”。二者的条文结构高度雷同,惟一差别就是后者在例外规定中多了一个“当事人另有约定”的或取选项。这就意味着在人保场合,当事人可以约定排除或者限制从属性原则,使得主合同在无效时,担保合同可以有效或部分有效;而在物保场合,当事人无此权利,从属性原则被严格贯彻。从理论上讲,这违反相同事项相同处理的平等原则,至少从文本语境看不出这种差别待遇的理由何在。在实践场合,这种差别对待可能造成同一案件中不同当事人法律待遇截然有别。比如在债权同时存在物保和人保的场合,如果担保合同都约定有主债权债务合同无效,担保合同依然有效,以担保合同无效时清理之债的履行。但这种约定的效力在不动产抵押权场合存在很大疑问,法律文义并未赋予当事人通过约定排除或限制不动产抵押权的从属性的自治空间,并且从体系解释角度讲,这种解释还可以从合同编第228条规定得到反向印证。这就会导致一种局面:当果真出现主合同无效时,不动产抵押人可以不再承担物的担保责任,而保证人则需要继续承担保证责任!这对于保证人而言明显不公平。

综上,上述法律规定对于不动产抵押权流通提供的制度激励明显不足,基于风险考虑,市场主体在购买信贷资产时必定顾虑重重,甚至不愿购买。考虑到在现代金融市场上,银行是担保资产的主要持有人和出售人,这种法律构造对其通过转让担保资产来提高流动性的经营活动非常不利,甚至威胁到整个担保资产证券化市场的发展。

### 三、不动产抵押权现代化的构想

我国不动产抵押权的理论与立法的历史发展清晰地展现了在知识系统形成时初始条件反复自我强化所形成的路径锁定效应,而这一初始条件的出现则是思想与时代错位的产物:当时的中国在历史时间上已经进入现代世界,但精神世界仍然停留在前现代,带着前现代的眼光,我们的学者才会得出“我国习惯上无土地债务及不动产质,就立法当时经济状况言,亦无采用之必要”的结论,导致“第二民律草

<sup>①</sup> 《担保法司法解释》第77条有限承认所有人抵押权,但《物权法》并未明确。因此无法得出我国法上承认无从属性不动产抵押权的结论。

<sup>②</sup> 相关学说参见史尚宽《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第50页;史尚宽《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第705页。另参见梁慧星主编《中国物权法研究》,法律出版社1998年版,第492页。

<sup>③</sup> 关于不动产抵押权善意取得问题更深入的讨论,可参见黄家镇“论主债权瑕疵引发的不动产抵押权善意取得”,载《法商研究》2017年第4期。

<sup>④</sup> Baur/Stürmer, *Sachenrecht*, C. H. Beck Verlag, 17. Auflage, München, S. 424, 1999.



案”从“第一民律草案”的立场上大踏步后退,慢慢地形成了不动产抵押只能是严格从属于主债权的保全手段这样一个比较狭隘的认知路径。因此,不动产抵押权制度的现代化首先就必须重启对从属性原则及其构造方式的讨论。

### 1. 对现行法上从属性原则构造方式的反思

首先,前述立法者对从属性原则的理解存在偏差。从内涵而言,从属性原则是在讲抵押权与主债权的关系,而不是主合同与从合同的关系。<sup>①</sup>这两者之间并不处于同一逻辑层面。在很多时候,债权变动、抵押权变动与作为债权基础的主合同根本没有关系。例如,按照《合同法》第81条规定,主债权转移,从权利也随之转移,这时,抵押权的变动与作为债权基础的合同没有关系,主债权及抵押权之外的其他合同内容仍由原债权人和债务人承受。这种将合同基础与债权债务关系进行区分是最简单的目的去除方法,在罗马法上就已经有了这种法律技术。

其次,立法者对从属性原则的构造方式的认知过于狭隘。从根本上讲,抵押权对主债权的从属关系是一种目的上的关联,而非必然的逻辑关联,不像晚清和民国法律人认为的那样是“不易之理”。从立法技术上而言,完全存在着不同的选择空间。既可能像罗马法那样让从属性原则发挥构成性效力,直接将债权作为抵押权的物权性构成要素;也可能如德国法中的担保式土地债务一般,让从属性原则仅仅发挥调节性作用,即为了使物权获得一种独立的、免受原因关系瑕疵影响的强流通能力,不将预先确定的担保目的提升为权利存在的要素,而是让担保目的在债法层面发挥作用。在此种构造中,当债权出现瑕疵,担保物权并不必然无效,只不过因丧失债的基础而发生债法上的不当得利或债务不履行问题<sup>[6] [P. 117]</sup>。还可以选择流通抵押权的折衷方案,即保留从属性原则的构成性效力,但借助登记簿公信力对主债权对抵押权的影响进行限制、甚至反向拟制,使抵押权获得一定的独立性,增强流通能力。所以认为“担保物权依附于主债权债务而存在,没有主债权债务,就没有担保物权”,是一种不够全面的认识,只看到古典保全抵押权的构造方式,而没有注意到德国法系流通式不动产担保物权的不同构造方式。

第三,从价值层面看,将债权作为抵押权的构成性要素的构造方式是一种简单化的立法技术,其价值取向是偏重保护债务人/抵押人的静态财产安全。由于只是在考虑主债权安全的基础上建立规则,主债权债务关系产生的一切瑕疵和抗辩权都影响到抵押权关系,抵押权的保全功能倒是非常突出,但其流通能力和投资功能则被牺牲了。史尚宽先生就曾对这种忽略担保物权的多重价值功能,片面突出某一方面的手法提出质疑,“担保物权纯自保全的担保方面为观察时,常以债权之存在为前提,其从属于债权之性质,在担保物权之本质上为当然之事,然自其为价值权、变价权之方面为观察,则从属性不必与担保物权之本质为不可分。在今日担保物权之性质,已渐次由保全的性质而有为价值权之独立的权利之性质”<sup>[5] [P. 257]</sup>。现代经济流通要求财产在物权层面简单化、抽象化,不再负载人格性的债权因素和特殊价值追求,表现为客观化的流通价值。法律也并没有因此否定当事人的意志自由,而是允许当事人在债法层面,用多样化的意定条款对当事人的基础关系进行精细加工,适应多元化的价值追求。

虽然将债权作为抵押权的调节性要素的构造方法使得制度复杂化,但同时也使得自由空间极大拓展、抵押资产流通的安全性得到极大提升。“自由的法律秩序绝不可能是简单的,因为自由一直要求制度具有较高度区分细化的潜能以及灵活性,自由的法律秩序在运作中必须考虑到这一点。只有僵死的经济才有简单化的信贷方式及其担保制度”。<sup>②</sup>正如苏永钦先生所言“概念愈精确,规范之间的矛盾愈

<sup>①</sup> 汉语民法学界的观点基本上是统一的。参见李开国《物权法论》(内部教学用书),西南政法大学印刷,第264页。梁慧星主编《中国物权法研究》,法律出版社1998年版,第81页以下;另参见孙鹏、肖厚国《担保法律制度研究》,法律出版社1998年版,第157页以下。台湾地区民法学界著述参见郑玉波《民法物权》,三民书局1959年,第203-209页。史尚宽《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第264页以下。

<sup>②</sup> 关于抽象性不动产担保物权的复杂技术构造与市场经济自由度的讨论,参见Stümer, *Das Grundpfandrecht zwischen Akzessorietät und Abstraktheit und die europäische Zukunft*, in FS für Serick, 1992, S. 382.

少,概念抽象的层次愈高,所形成的规范体系能处理自治事务的‘复杂度’也愈高,自然也愈具有时空的超越性。技术性和体制中立性,提供了自治法超越时空的优势”<sup>[7] [P.93]</sup>。同理,物权的抽象度越高,就越能够适应人们意思的多样化。我国现行法的不动产抵押权的构造方式,表面上实现了法律关系简单化,但付出的代价却是法律制度缺乏应有的弹性,以及当事人意志自由和经济活动空间的窒息。

## 2. 改进构想

在我国现行的民事法律体系下,由于不动产抵押权的流通性很差,依托民法规则进行信贷资产的流通非常困难,因此,商业银行为提高资产流动性而出售信贷资产的商业活动并未完全依托不动产抵押权制度和《合同法》上的债权让与制度来进行,而是求助于源自美国的住房抵押贷款证券化制度来进行。统计资料显示,截至2017年底,通过商业银行出售信贷资产发行的个人住房抵押贷款证券化产品(RMBS)发行量达到1707.53亿元,占整个资产支持证券(ABS)总量的28.57%。<sup>①</sup>这些个人住房抵押贷款证券化产品采取的是表外证券化模式,也即商业银行将信贷资产打包出售给一个特定目的机构(SPV),从而在资产负债表中剔除该笔资产,然后由SPV发行抵押担保证券。<sup>②</sup>这样做的主要目的是隔离商业银行破产风险对证券清偿的威胁。但是,这一隔离机制无法隔离抵押资产基础债权关系产生的抗辩风险,一旦债务人行使基于主债权债务关系而发生的抗辩权,SPV所拥有的资产包的安全就会受到威胁,发行在外的证券的清偿也可能会随之被波及。因此,无论如何不动产抵押权法律制度的现代化改进都已经成为一个迫在眉睫的任务。

(1) 这种改进首先要从重构从属性原则开始。具体而言,立法应允许当事人以约定的方式缓和从属性原则的效力,使得主债权无效时,抵押权不必必然无效,而是可以在一定条件下独立存在。同时,立法应完善不动产登记的公示公信制度,规定登记簿公信力可有限度地扩张至为满足抵押权确定性要求而被登记在登记簿中的债权之上,使得债权为了抵押权的存在而被拟制为存在,以至于在抵押权流通时,债务人不得以主债权之瑕疵和抗辩对抗善意的抵押资产购买人。例如,甲从乙银行贷款5000万元,为担保该笔贷款,甲为乙在其价值4400万的商业不动产上设定了一个不动产抵押权。其后,乙将该笔资产转让给丙。在抵押权变更登记手续后,债务人甲基于债权基础关系中的瑕疵撤销了合同,并向丙主张主债权并不存在。这时,丙可以善意取得价值4400万的抵押权,并对甲提起抵押权诉讼。但是他只能从甲处获得4400万的抵押权变价款清偿,剩余的600万只能向乙主张违约责任,而不能对甲提出对人债权之诉。因为丙根据公信力规定善意取得了抵押权,但他并没有善意取得债权。也就是说,借助登记簿的公信力,主债权为了流通抵押权的存在而被拟制为存在,丙可以获得抵押权并在法律上实现,即便主债权已经因瑕疵无法主张。这一结构性变化逆转了债权与抵押权的相对地位,在实践中构造了以不动产抵押权为中心的流通结构,借此,不动产抵押权流通的安全性得到了保障。

(2) 立法还应当考虑不动产抵押权证券化的问题。由于不动产抵押权的变动以登记为要件,而不动产物权登记奉行的是“逐件审查、按件收费”的原则,这就意味着不动产抵押权的每次流通都必须办理登记变更手续,并交纳费用。这种依托不动产登记簿流通的方式比较繁琐,交易成本也比较高。为提高不动产抵押权流通的速度、降低流通成本,立法可以考虑效仿德国法的作法,在完成不动产抵押权登记后,向权利人颁发抵押权证券。不同于股票、债权,这种证券是一种物权证券,但其流转可采用背书转让的规则,而不用每次转让都到登记机关进行变更登记,避免了前述的程序和费用。当然,不动产抵押权在不动产登记簿之外流通会带来实际权利人与登记权利人不一致,造成登记信息一定程度上的失真。不过,由于不动产抵押权证券的权利内容是标准化的,在证券发行后不允许不经登记机关而加以修改,这种不一致并不会损害原始债务人的利益,也不会影响其他债权人对登记信息的信赖。如果证券颁发

<sup>①</sup> 数据来源:中央国债登记结算有限责任公司研发中心《2017年资产证券化发展报告》第7页。

<sup>②</sup> 详细论述可参见于凤坤《资产证券化:理论与实务》,北京大学出版社2002年版,第3页;洪艳蓉《资产证券化法律问题研究》,北京大学出版社2004年,第4-10页。

后,如登记抵押权的内容发生变化,登记机关应及时将变化的内容批注到抵押权证券之上,尽可能保证抵押权证券记载的权利内容与登记簿上记载一致,确保不动产之上的权利负担被清晰地公示出来。只要不动产抵押权证券持有人行使权利时,其证券上的背书连续并能最终追溯到不动产登记簿上的原始不动产抵押权人,就可以主张完整的权利。

当然,市场经济条件下权利流转速度快、交易类型和内容都越来越复杂,难免会出现登记簿记载的内容与抵押权证券记载的内容不一致的情况,这时就面临一个问题:当事人对哪一个记载的信赖受到法律的保护?立法者面临两种选择:或者保护对证券记载内容的信赖,从而赋予抵押权证券以公信力,由此导致登记簿公信力的贬值;或者是保护对不动产登记簿记载的信赖,确保登记簿的公信力,不赋予抵押权证券独立的公信力。虽然抵押权证券的流通关涉交易安全,但其内容不能具有独立公信力并不是致命缺陷,因为权利人尚可通过查阅不动产登记簿来核实证券记载的内容,交易成本增加并不明显。但寻根究底,就抵押权证券的取得而言,土地登记簿的记载才是最关键的因素。如果不动产登记簿记载的内容丧失公信力则不仅抵押权证券记载内容失去最终的检验标准,而且还会导致围绕登记内容构造的其他物权法律关系的真实性无从考证,对整个物权保护和流转秩序伤害太大,而且缺乏有效率的补救手段。两相权衡,保证不动产登记簿的公信力更为重要,即便因此会在一定程度上牺牲抵押权证券的流通性。德语法圈国家如德国、瑞士都选择了保护不动产登记簿的公信力。《德国民法典》第1140条规定,如果证券记载有不正确之处,则排除第892条、第893条的适用。第892条、第893条是关于土地登记簿公信力和善意取得的规定。这意味着,抵押权证券受让人不能基于对抵押权证券的信赖而主张善意取得和善意保护。例如,关于债权利率的记载,登记簿和抵押权证券不一致:前者为5%,后者为15%,则抵押权证券受让人主张15%的请求不会得到法律支持。同样如果登记簿上记载了某项关于抵押权的异议抗辩,而抵押权证券之上未记载、记载不完整或记载错误,受让人不能基于对抵押权证券的信赖而主张登记簿记载的异议抗辩无效。

但是如果完全拒绝赋予抵押权证券记载内容的任何效力,那么抵押权证券就会变成毫无价值的废纸。因此,应当考虑赋予抵押权证券记载内容一定程度的公信力。例如《德国民法典》第1140条第2句规定“从证券或者证券上的附注可看出的土地登记簿真确性所提出的异议,与登记于土地登记簿的异议具有相同效力”。这就相当于赋予抵押权证券否定性的公信力,也就是说抵押权证券可以击破土地登记簿的公信力,证券上不正确的记载可以排除公信力;在证券上标记的异议具有相同的作用。<sup>①</sup>例如,一项对抵押权或债权的异议未被记载于土地登记簿,但是被登记机关标注在抵押权证券之上,那么善意的受让人可以以抵押权证券上的异议击破登记簿记载的公信力。“所以,第1140条强制谨慎的取得人,为了自己利益安全起见,不仅要查阅土地登记簿,而且也要查阅证券;查阅登记簿,是因为证券本身没有完整的公信力;要查阅证券,是因为证券上的记载可以使登记簿公信力失效”<sup>②</sup>。这样一来,抵押权证券的流通安全与不动产登记簿公信力保护这二者之间就取得了相对的平衡。

## 结 语

现代不动产担保物权已经转变为兼具保全、流通和投资功能的价值权,并以其为基础衍生出信贷资产证券化产品,成为现代金融创新的主力军。我国在2005年启动的信贷资产证券化试点工作也使我国不动产担保制度被卷入这一金融创新潮流,但由于民法上的不动产抵押权制度固守严格贯彻从属性原则的保全性抵押权,未能在基础上提供规则供给,实质上已经自外于这一潮流,放弃了对现代金融创新的私法规制。“合抱之木,生于毫末”,无论多么复杂的金融创新,都是由民法上的合同与担保等制度构

<sup>①</sup> Baur/Stürner, *Sachenrecht*, C. H. Beck Verlag, 17. Auflage, München, S. 439, 1999; Otto Gierke, *Deutsches Privatrecht*, 2. Bd.; *Sachenrecht*, Leipzig, S. 889, 1905.

<sup>②</sup> Baur/Stürner, *Sachenrecht*, C. H. Beck Verlag, 17. Auflage, München, S. 439, 1999.

造而来,其风险的防范也必须从源头做起,因此,因应不动产担保制度的现代发展,为金融创新提供民法规则的供给,是民法典编纂责无旁贷的使命,同时也是民法学界进行知识谱系更新、弥补历史遗憾的良机,不容再错失,否则将造成更大的历史遗憾!

#### 参考文献:

- [1] [日]我妻荣《债权在近代法中的优越地位》,王书江等译,中国大百科全书出版社1999年版。
- [2] 郑玉波《民法物权》,三民书局1959年版。
- [3] 黄右昌《民法诠释·物权编》(下册),商务印书馆1945年版。
- [4] 胡康生主编《中华人民共和国物权法释义》,法律出版社2007年版。
- [5] 史尚宽《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版。
- [6] 黄家镇《德国流通式不动产担保物权制度研究》,法律出版社2010年版。
- [7] 苏永钦《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版。

## From Security to Circulating: the Conception of the Modernization of Hypothec in the Codification of Civil Code of China

*Huang Jiazhen*

**Abstract:** Modern hypothec has transformed from simplex security to a legal structure with functions of security, circulation and investment. There is a lack of cognitive vision in both theoretical and practical cycles of China generating the overemphasis on the warrant function of hypothec in theory and law construction, as well as the rigid cognition and construction about principle of subordination. It affiliates hypothec to the existence of principal obligation, and almost utterly suffocates circulation function and investment attribute of the former. The Codification of Civil Code is expected to comply with the modern development of hypothec, ameliorate hypothec of current law, and alleviate the effect of principle of subordination from a structural perspective. In addition, it's supposed to minimize threats to the circulation of hypothec by means of real estate register, and enhance the circulation of hypothec. Meanwhile, we should take the securitization of hypothec into consideration, reducing circulation cost of hypothec, and better serving trading activities in the economic and financial fields.

**Keywords:** Guaranteed Mortgage; Circulating Mortgage; Hypothec Security; Principle of Subordination

(责任编辑 寇 丽)