

抵押物价值恢复请求权的体系化展开

——兼及抵押权保全的立法论

谢鸿飞^{* 1}

摘要:抵押物价值恢复请求权的目的是在抵押物价值已经减少时,为抵押权人提供救济。主要包括恢复原状、增担保和提前清偿三种方式,其性质宜界定为抵押合同的法定债权。其具体效力应区分债务人抵押与第三人抵押。在第三人抵押情形,除非债权人和债务人约定由债务人负责提供抵押或债务人应确保抵押物价值恒定,或者债务人故意侵害抵押物,债务人不承担价值恢复和提前清偿的义务。增担保权和提前清偿请求权的行使不应损害抵押人的其他债权人。在债务人抵押情形,提前清偿的范围宜界定为全部债权,而不是与抵押物价值减少数额相应的债权;在第三人抵押情形,提前清偿仅限于提前行使抵押权。价值恢复请求权与抵押权人的物权请求权、侵权请求权和物上代位权可能发生竞合或聚合。《物权法》应区分抵押物价值可能减少和已经减少的情形,作不同的抵押权保全制度设计:前者应确认抵押权人的保全处分权和保全费用的优先受偿地位;后者应关注债务人抵押与第三人抵押的差异。

关键词:抵押物价值恢复请求权 物权请求权 保全请求权 《物权法》第 193 条 侵害抵押权

一、问题及其意义

1901年,德国学者柯拉(Kohler)首次将物权区分为实体性权利(Substanzrecht)和价值权(Wertrecht)。⁽¹⁾此后,因担保物权的物权属性表征为对担保物交换价值的支配,而非对物本身的支配,学界多将担保物权界定为“变价权”(Verwertungsrecht)⁽²⁾即将担保物变价并优先受偿的权利。这也意味着担保债权对应的是担保物的责任而非担保人的责任。与质权不同,抵押权系非占有型担保物权,它仅着眼于抵押物内蕴的交换价值,彻底与物的占有和用益关系隔绝了。这既使抵押权人无需保管抵押物,又使抵押人保持对抵押物的用益;既不改变物的用益关系,又激活了物的潜在资本价值。物的使用价值和交换价值的这种精巧区分,充分满足了抵押双方不同的经济目的,抵押权因此成为“担保物权之王”。也正是在彻底抽离了抵押权与物的实体关联后,动产抵押、流通抵押、各种财产的证券化才成为可能,债权在现代经济中的“优越地位”⁽³⁾才有了法制基础。

* 中国社会科学院法学研究所研究员,法学博士。

(1) 柯拉认为,实体权是对物之实体的使用,是财产权利的基石,以所有权为代表;后者以物的价值而不是物本身为目的,以抵押权、土地债务等为代表。Vgl. J. Kohler, Substanzrecht und Wertrecht, AcP, 91. Bd., H. 2 (1901), SS. 155-208.

(2) 参见[德]鲍尔/施蒂尔纳《德国物权法》(上)张双根译,法律出版社2004年版,第43页。

(3) 参见[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,第64页。

抵押权价值权和非占有物权的双重特征,决定了其保障机制的特殊性。抵押权的不可分性、物权请求权、物上代位权等制度的根基,均在建构抵押权人与抵押人之间的平衡和对抗机制,维持抵押物在抵押权设定后到实现之前的价值。传统上,抵押物价值可能减少和已经减少时,抵押权人的各种特殊权利被统称为抵押权保全制度,具体又被分为两种:一是抵押物价值减少的防止权,包括不作为请求权和抵押权人的保全处分权;二是抵押物价值减少的补救权,包括恢复原状、增担保和提前清偿的请求权。⁽⁴⁾在瑞士法上,它们被统称为价值维持请求权(Werterhaltungsbehelfe⁽⁵⁾或Recht auf Werterhaltung⁽⁶⁾)。日本和我国台湾地区学者也使用这一术语。如近江幸治教授认为,“即使说抵押权人只是价值权支配,但根据抵押权的设定,抵押人对于确实的标的物的收益还是受到一定的约束(价值维持义务)”;⁽⁷⁾谢在全先生指出,“谓抵押权人对抵押人有抵押物价值维持请求权,应不为过”。⁽⁸⁾我国台湾地区“民法”第871、872条“均为抵押物价值维持权利之具体规定”。⁽⁹⁾“保全请求权”具有强烈的物权请求权意蕴,未若权利定性上更为中性的“价值维持请求权”。

本文讨论的抵押物价值恢复请求权(以下简称“恢复权”)属于价值维持请求权,它是抵押物价值减少时抵押权人享有的恢复原状、增担保和提前清偿的法定权利。其近代渊源可能是《普鲁士普通邦法》第一编第二部分第441条“担保物的实体价值显著减少,损害债权时,债权人有权提前请求清偿。”1872年的《普鲁士所有权取得法》第50条还规定,抵押土地价值实质减少,危及债权时,债权人有权通过司法程序申请保全措施,也有权在债权到期之前请求清偿。按照后世对普鲁士法的解释,损害从物也构成对土地的伤害。帝国法院也判决,依据《所有权取得法》,“土地”包括土地及土地上用于担保债权的其他财产。⁽¹⁰⁾其后,《瑞士民法典》构建了最为完整的价值维持请求权体系:它区分了抵押物价值可能减少(第808条)、价值正在减少和已经减少(第809、810条)的情形,还规定了抵押物的分离(第811、833条)。⁽¹¹⁾《德国民法典》第1133-1135条亦作了类似区分。⁽¹²⁾

传统价值维持请求权理论存在两个根本问题:一是无视抵押物价值可能减少和已经减少时价值维持请求权的不同性质,未在既有教义学框架内严格建构权利理论体系。二是在抵押物价值已经减少的情形,不区分债务人抵押和第三人抵押,更未区分第三人提供抵押是基于债务人的委托还是抵押人的无因管理。在中国法上,恢复权见于《担保法》第51条和《物权法》第193条。无论在体系上还是细节上,现行法都容有完善空间,学界从体系建构角度对恢复权的议论也不多,因而,在编纂民法典物权编之际,建构恢复权的理论体系并从立法论角度检讨现行法,当有必要。

(4) 参见郑玉波《民法物权》,黄宗乐修订,三民书局2012年版,第327页;王泽鉴《民法物权》,北京大学出版社2009年版,第361页;梁慧星、陈华彬《物权法》,法律出版社2010年版,第289页。

(5) Vgl. Peter Gauch und Jorg Schmid (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Teilband IV 2b/2, Das Grundpfand, Schulthess 2013, S. 146.

(6) Peter Gauch und Jorg Schmid (Fn. 5), S. 152.

(7) 参见[日]近江幸治《担保物权法》,祝娅等译,法律出版社2001年版,第95页注1。

(8) 参见谢在全《民法物权论》,中国政法大学出版社2011年版,第721页。

(9) 参见魏大猷《抵押权人对无权占有抵押物者之排除请求权》,载苏永钦主编《民法物权实例问题分析》,清华大学出版社2004年版,第147页。

(10) Vgl. Beck OGG/Kiehle, BGB § 1133, Rn. 2. 1.

(11) Vgl. Peter Gauch und Jorg Schmid (Fn. 5), SS. 149-150.

(12) Vgl. Erman/Bearbeiter, BGB, 14. Aufl. S. 4174.

二、抵押物价值恢复请求权的性质与功能

(一) 抵押物价值恢复请求权的性质

恢复权既包括手段性权能,即通过恢复原状和增担保恢复抵押物的价值,抵御抵押物价值不当减少;又包括目的性权能,即通过提前清偿攻击债务人,确保债权安全。依物权/债权的财产权二分框架,恢复权在民法权利体系中的定位,取决于其效力内容和效力强度。理论上对恢复权可作如下两种界定。

1. 物权请求权或抵押权的衍生效力

这种观点认为,因为抵押权人的实际地位基本等同于所有权人,故恢复原状、增担保等恢复权基本属于物权请求权。⁽¹³⁾ 或认为,恢复权与抵押物价值可能减少时的抵押权人权利相同,都是基于抵押权的担保功能和物权性质产生的一种附随效力(Nebenwirkungen)。⁽¹⁴⁾ 两种观点的基础都是抵押权作为价值权和物权的双重特征。其解释力在于,恢复权是法定权利,即使在抵押合同未约定时,抵押人亦享有这种权利,因此可将它纳入抵押权的法定效力内容。

事实上,恢复权与物权请求权在如下方面迥异:其一,功能。恢复权中的提前清偿请求权对抵押人具有明显的惩罚性质,⁽¹⁵⁾ 不仅有防御功能,还有攻击功能;物权请求权的功能是维持物权人对物的圆满支配状态,排除已经出现的妨害,预防未来可能出现的妨害,根本不具有惩罚妨害人的性质。其二,构成要件。恢复权的要件不仅需要抵押物造成现实损害,还需危及抵押权;物权请求权只需要存在物权的妨害或危险状态(事实),亦不要求妨害人有过错或责任能力。其三,法律效力。恢复权只能对抵押人、抵押物的取得人和债务人请求,且均受诉讼时效限制;⁽¹⁶⁾ 物权请求权源于物权的对世性,可对所有妨害人请求,且除对未登记的动产物权的返还请求权外,物权请求权均与诉讼时效无关。

此外,将恢复权作为物权请求权以外的一种抵押权效力的观点,虽无懈可击,但几乎没有理论建构意义,不予讨论。

2. 法定合同债权

将恢复权界定为法定债权(附随义务)的观点最初可能源于日本。《日本民法典》并未规定恢复权,但其第137条规定,债务人毁灭、损坏、减少担保物和违反提供担保义务时,丧失期限利益。学说上将担保关系解释为合同关系,进而基于诚信原则,认为抵押人可以使用收益抵押物,但应维持抵押物的价值;抵押物价值不当减少时,抵押人就违反了合同义务。⁽¹⁷⁾ 尹田教授也认为,抵押权人对抵押物不具有真正的支配效力,恢复权的基础在于抵押合同,其性质为抵押权人的债权请求权,对应于抵押人的法定附随义务。⁽¹⁸⁾ 具体而言,这种附随义务是《合同法》第60条规定的保护义务,即抵押人应保证抵押权人能通过实现抵押权保障其债权。

法定债权说的两个主要理论依据是:其一,抵押权人对物支配的抽象性。如果说所有权的现代发展趋势是逐渐观念化,那么抵押权从其诞生时起就是一种观念中的物权:抵押权人对物只是纯粹依凭

(13) 参见曹士兵《中国担保制度与担保方法》,中国法制出版社2008年版,第247页。

(14) Vgl. Joerg Schmid und Bettina Hürlimann - Kaup, Sachenrecht, Schulthess, 2012, S. 430.

(15) 参见孙宪忠主编《中国物权法:原理释义和立法解读》,经济管理出版社2008年版,第467页。

(16) Vgl. Peter Gauch und Jorg Schmid (Fn. 5), S. 187.

(17) 同注7引书,第142-143页。

(18) 参见尹田《物权法》,北京大学出版社2013年版,第548页。

法律之力的抽象支配,完全脱离了对物的物理占有。若没有对这种抽象支配的制度保障,抵押权有可能形同虚设。其二,抵押合同类推双务合同履行抗辩权的可能性。抵押合同并非双务合同,不存在履行抗辩权,但抵押合同存在类推双务合同履行抗辩权的基础。首先,抵押的设立目的是担保主债权,债权人甚至还可能将抵押权的设立作为交易条件,而且抵押权的设立通常也可阻却债权人取得不安抗辩权。其次,抵押人对物的用益原则上不受任何影响,要实现抵押权人排他性地支配抵押物的资本价值,进而通过优先受偿实现债权的目的,抵押人对抵押物的用益与抵押物的价值维持义务就必须形成对价关系。若抵押合同完全不具有类似不安抗辩的效力,抵押物价值减损时抵押权人也不享有优于普通债权人的法定特别救济,则抵押权的制度功能将被架空。因此,在基于合同成立的担保关系中,抵押人承担基于诚信原则产生的附随义务,并没有逾越双方的缔约目的:它不仅未赋予任何一方不相称的利益,反而使双方利益更为平衡。换言之,恢复权是内生于抵押合同的、理所当然的合同权利,对其立法无非事理的表达。

合同债权说的优点首先体现为在体系上清晰界分抵押权人的恢复权、物权请求权和侵权请求权。它将抵押物价值对抵押人的影响分为三个递进层次:抵押物价值可能减少——抵押物价值已经减少——抵押物价值已经减少且侵害抵押权,每个层次适用不同的请求权。这不仅在理论建构上更符合物债二分体系,还有助于实务上厘定抵押权人不同请求权的构成要件与法律效果。如抵押人违反价值维持义务的标准应当是违反担保关系,应综合加害人的意思、抵押物的利用状态等综合考察和衡量,无论抵押权的价值能否足额清偿债权,都可以构成义务违反。如此就避免了相当复杂、几乎成为抵押权人桎梏的价格评价问题,即抵押物的价值与债权数额的数量关系。⁽¹⁹⁾其次,它为抵押权人代位行使抵押人的抵押物返还请求权提供了依据。在抵押物为第三人不法占有且抵押人怠于行使返还请求权时,抵押权人对抵押人依法享有恢复权这种债权,因此可代位行使抵押人对第三人的返还请求权;若将恢复权定性为物权性权利,抵押权人恐难以享有代位权。

合同债权说的主要弱点是无法解释法定抵押权人的恢复权,因为法定抵押权并非基于抵押合同成立,但这种情形实属罕见。另一障碍是,恢复权的义务人不仅包括抵押合同的当事人,还包括抵押物的取得人,但后者与抵押权人并没有合同关系。此时可解释为,在抵押物为第三人取得时,抵押权并不消灭,取得人应依法承受抵押合同的义务,亦称圆融。

(二) 抵押物价值恢复请求权规范的功能

恢复权虽然是一项法定合同债权,但是,为平衡契约自由和物权法定的两种价值理念,抵押合同当事人有权对其作具体约定。如《瑞士民法典》第809条规定,提前清偿的数额只能是抵押物减少的价值数额,但司法实践也承认合同可约定全部清偿。⁽²⁰⁾当事人还可约定在价值可能减少或者减少到何种程度时,债权人可直接请求提前清偿,而无需先请求增加担保。

在实务中,格式抵押合同(尤其是金融机构提供的)往往约定了恢复权的条件,如房产市价减少10%,抵押权人即可提前行使抵押权,或请求增担保等。在德国信贷实践中,借款合同往往都约定在抵押物状况恶化时,主合同提前终止,加之《德国民法典》第490条规定了借款合同的法定提前终止,恢复权在实践中很少使用,⁽²¹⁾甚至被认为只具有显著的“学术理论性”。⁽²²⁾中国司法实务有关恢复

(19) 同注7引书,第144页。

(20) Zürich Kommentar Art. 805-823, Schulthess Juristische Medien AG, 2013, S. 90.

(21) MüKoBGB/Lieder, 7. Aufl., 2017, BGB § 1133, Rn. 1; Staudinger/Hans Wolfsteiner (2015) BGB, § 1133, Rn. 1.

(22) 同注2引书,第163页。

权的案例也寥寥无几。⁽²³⁾ 恢复权的实践案例不多,并不能说明相关法条没有意义。相反,实践中大量合同约定了恢复权,恰好说明正是因为有法律规定,当事人在缔约时才有了约定恢复权的问题意识;而正是因为当事人作了约定,当事人才可能依约消弭纷争,无需诉诸法院。

真正的问题在于,将恢复权作为一种法定债权有没有实际意义?德国学者莱赛尔(Raiser)基于二战期间轰炸毁损土地和建筑物的事实,认为在土地毁损后,若抵押人缺乏资力,恢复权就不会有什么实际意义。邓伯格(Dernburg)在解释普鲁士有关恢复权的法条时指出,抵押土地贬值时,即便抵押物变价,债权亦难充分受偿,抵押权人的法律处遇并未因此提高。只有在抵押物价值已经减少且还在持续减少时,恢复权的行使才有意义。《德国民法典》恢复权立法的主要理由是,在抵押物价值减损时,不能让债权人束手无策,继续遭受债权落空的危险。⁽²⁴⁾ 准确地说,恢复权能否发挥实际效果,主要取决于恢复权的效力强度。若恢复权的规则设计不区分债务人抵押与第三人抵押,且提前清偿的范围是全部债权,则恢复权的行使不仅将剥夺抵押人对抵押物的用益,还将使债务人陷入提前清偿的压力中。如此,债务人势必恪守维持抵押物价值的义务。也正是因为与消极的不安抗辩权相比,恢复权的攻击功能更为强大,如何平衡抵押权人和抵押人的利益,才成为一个精巧的法律技术问题。

三、抵押物价值恢复请求权的法律构造

在比较法和理论上,恢复权的构成要件和法律效力既有共性,也有个性。

(一) 构成要件

1. 存在抵押权

这里的抵押权包括法定和约定两种。⁽²⁵⁾ 德国⁽²⁶⁾ 和瑞士⁽²⁷⁾ 的通说认为,抵押权只是作了预告登记的,不产生恢复权。因为在抵押权登记之前,抵押权并未产生,权利人不能请求强制执行,只能请求临时处分或者扣押抵押物。⁽²⁸⁾ 但抵押合同另有约定的,权利人可依约主张恢复权。此外,当债权人与抵押人为同一人时,债权债务发生混同,权利无法行使,亦不存在恢复权。⁽²⁹⁾

恢复权存在的时间应在抵押权成立后、债务到期之前。《德国民法典》第一草案明确规定了这一要件,最终虽未被采纳,但学理上依然承认这一结论。⁽³⁰⁾ 原因在于,在债务到期后,抵押权人本来就可以请求拍卖或变卖抵押物,行使恢复权并无实益。

2. 抵押物价值已经减少

这一要件的内容是抵押物因自然属性改变而导致其价值已客观减少。“减少”的两个重要限定是:其一,它必须是已经发生的、确定的减少;二是抵押物(包括从物)价值减少的原因可能是抵押人或

(23) 北大法宝关于《物权法》第193条的案例共计8个,实际与抵押物价值减少的案件仅3个;《担保法》第51条案例共计11个;《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第70条则无案例。中国裁判文书网依照“法律依据”搜索关键词“《物权法》第193条”案例共2个,但案情与抵押财产价值减少完全无关联。

(24) Beck OGK/Kiehle, § 1133, Rn. 27.

(25) Vgl. Christina Schmid – Tschirren, BSK ZGB II – SCHMID – TSCHIRREN, Art. 808, S. 1746.

(26) Beck OGK/Kiehle, § 1133, Rn. 13.

(27) Vgl. Peter Gauch und Jorg Schmid (Fn. 5), S. 163.

(28) Staudinger/Hans Wolfsteiner, § 1133, Rn. 17.

(29) Vgl. Christina Schmid – Tschirren (Fn. 25), S. 1752.

(30) Beck OGK/Kiehle, § 1133, Rn. 13, Rn. 23.

第三人的行为,也可能是自然原因,⁽³¹⁾但不能是法律行为(如出租抵押物等)。价值减少要件还涉及如下问题:

一是价值减少的判断时点。此时点应界定为抵押权设定时。抵押期间,抵押物因添附等原因增加价值的,不能以价值增加的时点为准。如土地权利抵押后,在土地上新建建筑物,其后又拆除建筑物,或者获得从物后又让与的,均不构成价值减少。⁽³²⁾

二是一时性恶化。抵押人拆旧建新时,在新房竣工之前,抵押物价值也会减少。一种观点认为,抵押人增加抵押物价值的主观意图,并不能否定抵押物的现存价值将危及债权,⁽³³⁾故有恢复权成立的空间。但是,一概认定此时产生恢复权,不仅背离了抵押权的设定不影响抵押人对抵押物用益的立法宗旨,而且有违抵押人的财产自由,过度保护了抵押权人的利益。较为折衷的方案,可能是参酌不安抗辩权规则,首先考虑抵押人是否采取了相应的抵押物价值保障措施;⁽³⁴⁾其次,没有相应措施的,由债权人设定一个合理期限,在此期限内,抵押物的价值若未恢复,债权人才享有恢复权。

三是抵押权人同意的价值减少行为。这种情形包括两种:(1)抵押合同约定,抵押物价值减少时,抵押权人均不行使恢复权。此时可类推适用免责条款效力的规定,即抵押物价值减少源于抵押人的故意或重大过失时,抵押权人依然享有恢复权。(2)抵押人在实施减少抵押物价值的某一行为前,抵押权人表示同意的。此时,只要价值减少在抵押权人预见的范围内,抵押权人预先放弃权利的行为并不违反公序良俗,应为有效。

四是抵押物灭失导致价值全部丧失的。依举轻明重的解释原理,此时亦产生恢复权,不过此时抵押权人无法请求恢复原状,只能请求增担保或提前清偿。

3. 危及抵押权

是否需要这一要件,比较法上并未形成共识。在解释上,《德国民法典》第1133条和《瑞士民法典》第809条规定需要;我国台湾地区“民法”第872条则未明示;我国《物权法》第193条也未规定。但是,我国《破产法》第75条第1款规定,在重整期间,“担保物有损坏或者价值明显减少的可能,足以危害担保权人权利的,担保权人可以向人民法院请求恢复行使担保权”,同时采用了“价值明显减少”和“危及担保权”两个标准。实际上,“危及担保权”要件足可保障债权人,无需再增加“价值明显减少”要件。而且,即使抵押物价值减少不明显的,也可能危及抵押权,故这两个要件有时还无法共存,不宜同时规定。

我国民法典物权编宜增加“危及抵押权”要件,理由是:一方面,恢复权的行使尤其是请求提前清偿,对债务人影响甚大;另一方面,在中国信贷实践中,抵押率(贷款额与抵押物价值的比率)通常较低,且债权人为了减少风险敞口,往往在同一债权上设定共同抵押或混合共同担保。若取消危及抵押权这一要件,在抵押物价值减少未危及抵押权时,抵押权人行使恢复权,尤其请求提前清偿的,将使抵押合同当事人的利益明显失衡。另外,《德国民法典》草案曾规定“实质性”危及的标准,⁽³⁵⁾鉴于恢复权设置的目的是保障债权优先受偿,而且“危及”本身具有不确定性,这一标准显为蛇足。

与损害赔偿法中的“损害”不同,“危及”是主观标准,具有强烈的不确定性。抵押物价值减少是

(31) Beck OGG/Kiehle, § 1133, Rn. 9; MüKoBGB/Lieder, § 1133, Rn. 5.

(32) Vgl. Christina Schmid-Tschirren (Fn. 25), S. 1748; MüKo BGB/Lieder, § 1133, Rn. 10.

(33) Beck OGG/Kiehle, § 1133, Rn. 12.

(34) MüKoBGB/Lieder, § 1133, Rn. 10.

(35) Staudinger/Hans Wolfsteiner, § 1133, Rn. 11.

否会导致债权不能足额清偿,在减少发生的时点是无法判断的。因为债务人的履行能力和意愿、抵押物的市场价格都可能发生变化,实践中完全可能出现这种情况:抵押物价值即使大幅减少,债权最终也顺利受偿。理论上多采用债权人“合理期待”之类的主观标准,即抵押物的价值减少“超出了债权人对债权清偿的合理期待,或者使其期待落空”,⁽³⁶⁾同时诉诸社会共同经验、交易惯例等相对确定的标准进行判断。相对客观的标准是:债权人正当期待的、在抵押权实现程序中债权的受偿数额,可能低于抵押物价值没有减少时。相对主观的标准则是,抵押物价值减少将“实质性”改变抵押物的价值与被担保的债权之间的比例关系,对债权的实现构成“现实危险”。这里的债权范围包括主债权、利息、违约金、强制执行费用等。

在抵押物价值减少后,若债权依然可以完全受偿的,不构成“危及”。如在价值200万的房屋上为10万元的债权设定了第一顺位的抵押权,在房屋价值因抵押人的行为减少为100万元时,也不会影响足额清偿债权。若债权上有多个担保,某一或某些抵押物价值减少后,其他担保仍足可保障债权全部清偿的,亦不构成“危及”。此外,顺位在先的抵押权虽不受影响,顺位在后的抵押权受到影响的,后顺位的抵押权人也享有恢复权。⁽³⁷⁾但是,若后顺位的抵押权人原本就不能从抵押物中获得清偿时,抵押物价值减少对其抵押权并未产生不利影响,故不产生恢复权。

判断“危及”的时间点,以法庭辩论终结时为宜。原因在于,抵押物尤其是房地产价值变动不居,抵押物价值减少后虽危及债权,但房地产价格普遍上涨后,抵押物完全可能使债权足额清偿;⁽³⁸⁾相反的情况亦存在。可见,以价值减少时为判断时间点并不妥当。相对来说,法庭辩论终结时最能揭示抵押物的现存价值与债权数量的比例关系。此外,依举证责任的一般原理,债权人应证明“危及”债权这一构成要件。

4. 可归责于抵押人

这是恢复权最为疑难和混乱的构成要件。在比较法上,立法例差异较大,有明确以可归责为前提的(如韩国、我国台湾地区“民法”),有不要求这一要件的(如意大利民法),还有语焉不明的(德国、瑞士民法)。德国的立法变迁和学说状况足可说明这一问题的复杂性。德国19世纪特别法区分了抵押人可归责和不可归责的不同效力,并明确要求完整的恢复权以抵押人的过错为前提;⁽³⁹⁾《德国民法典》第1133条则未明确这一要件,但总则部分“担保提供”章第240条则规定,非因权利人的过失导致担保不足的,义务人应补充担保,在法律适用上颇为疑难。德国通说主张,恢复权不以抵押人的过错为前提,⁽⁴⁰⁾但又认为,自然原因、市场波动造成抵押物价值减少的,通常不产生恢复权。对于我国《物权法》第193条是否以可归责于抵押人为前提,我国学界也形成了赞同说⁽⁴¹⁾和否认说⁽⁴²⁾的对立。

“归责”是个相当模糊的法律术语,它更多的是描述结果(义务或责任的产生),而不是阐释原因。为清晰计,下文从抵押物价值减少的原因入手分析“可归责”的具体意蕴。依是否与人的行为有关,抵押物价值减少的原因可分为两类:

一是抵押人的行为。导致抵押物价值减少的行为可能源于所有人或者第三人,第三人的行为必

(36) Staudinger/Hans Wolfsteiner, § 1133, Rn. 7; MüKoBGB/Lieder, § 1133, Rn. 3.

(37) Vgl. Christina Schmid – Tschirren (Fn. 25), S. 1748; Staudinger/Hans Wolfsteiner, § 1133, Rn. 27.

(38) Beck OGG/Kiehle, § 1133, Rn. 21.

(39) Beck OGG/Kiehle, § 1133, Rn. 9.

(40) Staudinger/Hans Wolfsteiner, § 1133, Rn. 6; 同注2引书,第161页。

(41) 参见王利明《物权法研究》(下),中国人民大学出版社2013年版,第1245页。

(42) 参见最高人民法院物权法研究小组编《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》,人民法院出版社2014年版,第577页。

须是独立行为,而非受抵押人指示的行为。我国《物权法》第193条只规定了“抵押人的行为”,文义上不包括第三人的行为,有学者认为是法律漏洞。⁽⁴³⁾或认为,对第三人引起的价值减少,抵押权人不得行使恢复权,但可行使物权请求权。⁽⁴⁴⁾在瑞士法上,恢复权同样适用于第三人导致的价值减少。⁽⁴⁵⁾在德国法上,在第三人的行为有可能损害抵押物时,抵押人可以请求第三人不作为。⁽⁴⁶⁾在抵押人怠于行使对第三人的权利请求权时,承认抵押权人不仅可以请求抵押人排除该侵害,而且有权直接请求第三人停止侵害,有助于维持抵押物的价值,应予肯定。此外,第三人不是抵押合同的当事人,并非恢复权的义务人,在其导致抵押物价值减少时,抵押人对损害的发生或者扩大存在不作为过错的,亦产生抵押权人对抵押人的恢复权。最后,在自然原因(如树木的虫害)造成抵押物价值减少时,抵押人不作为的,亦可产生恢复权。可见,若将抵押人的行为解释为包括不作为,而法律上的行为本来就包括不作为,第193条的规定就不存在瑕疵。

二是抵押人行为以外的原因。这又可细分为两种类型:其一,抵押物的自然属性导致其价值减少,最典型的的就是建筑物折旧。德国主流观点认为,此类价值减少是抵押物固有的属性,债权人在抵押设立时就可预见到抵押物会随着时间流逝贬值,可在缔约时采取其他措施弥补这一缺陷,此时让债权人享有恢复权难免有违诚信。⁽⁴⁷⁾反对意见认为,抵押人应考虑弥补抵押物在自然进程中减少的价值,满足债权人对抵押物价值稳定的期待。⁽⁴⁸⁾其二,抵押物自然属性以外的原因,包括市场走势和自然灾害等。通说认为,经济周期、市场波动和供求关系等导致抵押物贬值,如2007年美国金融危机导致房地产价值的下降,均不能产生恢复权。⁽⁴⁹⁾循此,天灾造成的抵押物价值减少更无从产生恢复权。其三,主权行为导致的抵押物价值减少。如政府修路损害土地,导致土地价值减少的,有观点认为亦可产生恢复权。⁽⁵⁰⁾这涉及恢复权与物上代位的关系,容后详述。

可见,从价值减少的原因入手,抵押人归责要件的核心争议是:恢复权应否取决于抵押人的过错?赞成说和反对说均从风险负担规则中寻找理论支持。前者认为,抵押权为物权,抵押物毁损灭失的风险,由抵押权人承担;⁽⁵¹⁾后者主张,抵押权人并非物的所有人和占有人,抵押人占有抵押物,最能管理和控制其价值减少的风险,价值减少的风险遂应由抵押人承担。可见,诉诸风险负担理论并不能达成共识,寻求利益平衡的思路相对较为妥当:在抵押物价值减少时,抵押人也因抵押物价值减少受损,在其没有任何过错时还承担风险,负担委实过重;⁽⁵²⁾反之,抵押设定后,抵押物价值增加的,基于抵押权的不可分性,抵押人无权请求减少抵押。出于平衡考虑,抵押合同任何一方对抵押物价值减少没有过错时,抵押人都不应承担增担保等义务。

从立法上看,“抵押人归责”要件之所以引起争议,主要是因为一些立法例(如《瑞士民法典》第810条、我国台湾地区“民法”第872条第4款)规定,抵押人对抵押物的价值减少无过错时,抵押权人

(43) 参见杨明刚《新物权法担保物权适用解说与典型案例评析》,法律出版社2007年版,第128页。

(44) 参见史尚宽《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第287-288页;崔建远《物权:规范与学说》(下册),清华大学出版社2011年版,第816页。

(45) Vgl. Peter Gauch und Jorg Schmid (Fn. 5), S. 164.

(46) Beck OGK/Kiehle, § 1134, Rn. 1.

(47) MüKo BGB/Lieder, § 1133, Rn. 7.

(48) Beck OGK/Kiehle, § 1133, Rn. 10.

(49) Staudinger/Hans Wolfsteiner, § 1133, Rn. 8.

(50) Staudinger/Hans Wolfsteiner, § 1133, Rn. 10.

(51) 参见史尚宽,同注44引书,第264页;郑玉波,同注4引书,第329页;梁慧星、陈华彬,同注4引书,第290页。

(52) 同注8引书,第727页。

有权在抵押人因此所受利益限度内请求增担保。这就形成了恢复权的双轨体系: (1) 抵押人有过错的, 则恢复权包括恢复原状、增担保和提前清偿, 可称为完整恢复权; (2) 抵押人无过错的, 则恢复权限于限定的增担保, 可称为有限恢复权。《瑞士民法典》第 809 条规定的完整恢复权未明文规定以抵押人的过错为前提, 但第 810 条明确规定了抵押人无过错导致抵押物价值减少时的有限恢复权, 运用体系解释, 其结论自然是: 完整恢复权以抵押人的过错为前提,⁽⁵³⁾ 或者说, 抵押人无过错抗辩在诉讼中被确认的, 法院只能适用第 810 条的有限恢复权。⁽⁵⁴⁾ 我国《担保法》第 51 条规定, 抵押人对抵押物价值减少无过错的, 抵押权人只能在抵押人因损害得到的赔偿范围内要求提供担保。《物权法》第 193 条废除了这一规定, 因为增担保“比较麻烦”, 赋予抵押权人以物上代位权足可保障其利益。⁽⁵⁵⁾ 但下文分析将表明, 成立增担保与物上代位权的竞合是必要的。

此外, 抵押物价值的减少若系抵押权人造成的, 抵押权人不应享有恢复权,⁽⁵⁶⁾ 否则将有违恢复权设置的宗旨。

(二) 法律效力

完整的恢复权包括恢复原状、增担保和提前清偿等内容, 其适用条件亦有差异。

1. 恢复原状

恢复原状的一般目的是使受损的权利回到受损之前的状态。但是, 恢复权中的“恢复原状”的终极目的是保障债权清偿, 因此, 只需抵押权人能恢复价值减少之前的清偿机会即可, 无需一定要恢复到抵押物设定时的状态。⁽⁵⁷⁾ 在抵押率较低的担保中, 这一规则妥当地调和了所有权自由和债权保障, 值得肯定。

恢复原状适用于抵押物能通过修理、取回等方式, 简单或快速地回到抵押权设立时的状态,⁽⁵⁸⁾ 如修复房屋、取回被搬离的从物等; 耗时长的工作通常不适用恢复原状, 如重建等。⁽⁵⁹⁾ 事实上无法恢复的, 如被砍伐后的森林, 也不适用恢复原状。

2. 增担保

增担保是指抵押人提供与减少价值额度相当的担保。它是抵押权人的权利毫无疑问, 但是否同时为抵押人的权利? 其实益在于, 抵押人可以通过增担保来避免提前清偿。学界有两种对立观点: 肯定说认为, 抵押人为继续维持抵押关系, 可以主动提供担保;⁽⁶⁰⁾ 否定说认为, 基于财产流转、效率的考量, 只有在抵押权人提出请求时, 抵押人才有义务提供相应的担保, 抵押人不能主动增担保。⁽⁶¹⁾ 鉴于恢复权的目的是保障债权人未来顺利实现抵押权, 抵押人主动提供担保, 既能使债务人避免提前履行的损失, 又可消除债权人的担忧, 可谓一举两得, 故不宜否认抵押人亦有增担保权。

通说认为, 恢复原状与增担保请求权不存在先后顺序, 抵押权人享有选择恢复原状或增担保的权

(53) Vgl. Christina Schmid – Tschirren (Fn. 25), S. 1748.

(54) Vgl. Peter Gauch und Jorg Schmid (Fn. 5), S. 199.

(55) 参见胡康生主编《中华人民共和国物权法释义》, 法律出版社 2007 年版, 第 422 页。

(56) Beck OGG/Kiehnle, § 1133, Rn. 9. 1.

(57) MüKo BGB/Lieder, BGB § 1133, Rn. 12; Beck OGG/Kiehnle, § 1133, Rn. 21.

(58) Vgl. Peter Gauch und Jorg Schmid (Fn. 5), S. 205.

(59) Vgl. Christina Schmid – Tschirren (Fn. 25), S. 1751.

(60) 参见房绍坤《试论增担保请求权》载《河南省政法管理干部学院学报》2007 年第 1 期, 第 109 页; 刘得宽《论抵押权之物上代位性》载苏永钦主编《民法物权实例问题分析》, 清华大学出版社 2004 年版, 第 170 页。

(61) 同注 42 引书, 第 577 页。

利。⁽⁶²⁾《物权法》第193条也用“或”来连接两者,认可了通说。据此,即使抵押物能恢复原状的,抵押权人也可请求抵押人提供增担保。当然,抵押权人选择恢复原状的,以恢复原状在事实上可能为限。赋予抵押权人选择权的原因在于,两者均可达致抵押权人的目的。但是,在抵押权人的选择和抵押人的选择出现冲突时,抵押人的选择应优先。如抵押权人主张恢复原状且抵押物可恢复原状的,抵押人也有权拒绝恢复原状,而选择增担保方式。因为对抵押权人而言,重要的不是抵押物价值的恢复,而是抵押权的恢复,这完全可通过增担保的方式实现。此外,因两种请求权的目的和功能完全一致,故有观点认为,只有一项请求权未满足时,才能选择另一种请求权,⁽⁶³⁾但从实务的角度考虑,抵押权人应有权同时请求增担保和恢复原状,但两个请求权并用的结果,不能使抵押权人得到双重利益,一旦足额增担保,即排除恢复原状,⁽⁶⁴⁾这样更能使抵押人灵活采用不同方式恢复抵押物的价值。

增担保的数额应相当于抵押物价值减少的数额,如此既避免债权清偿的危险增加,又防止债权人的处遇比抵押物价值减少之前更优。增担保无需一定采用抵押物受损之前的担保方式,既可以是人保,也可以是物保。⁽⁶⁵⁾德国⁽⁶⁶⁾和瑞士⁽⁶⁷⁾的司法实践还认可通过提升抵押权的顺位来增担保。实际上,无论何种担保方式,理论上均能消除抵押物价值减少给债权人增加的受偿风险,但留置和定金方式除外。因为留置多为法定担保,定金罚则无法实现增担保的目的。⁽⁶⁸⁾通常,增担保方式、担保物的价值和保证范围均由抵押人选择,只要经济效果上能达到抵押设定时抵押物的价值,法律自然没有限制的理由。实务中的问题是,债权人不愿意接受其认为风险较大的担保方式,如保证或价值变动较大的现代艺术品质押,或不接受与已设立的抵押不相称的担保,如在不动产抵押情形,以质押、动产或权利的让与担保为增担保方式等。⁽⁶⁹⁾

在双方对增担保的方式或数额未达成合意时,能否通过诉讼方式增担保?瑞士法许可当事人通过诉讼解决。⁽⁷⁰⁾我国学界将诉讼方式的障碍总结为:其一,担保只有通过合意才能设立,法院不能强制当事人设定;其二,担保物必须特定,但这只能通过权利人而无法通过法院实现;⁽⁷¹⁾其三,以保证方式增担保的,无法以保证人为被告,故无从通过诉讼请求抵押人提供保证。⁽⁷²⁾这些障碍可归结为:法院无法代替当事人订立担保合同。但排除以诉讼方式增担保,可能将使这一权利形同虚设,因为抵押权人不同意增担保的,抵押人的担保资源再充裕,也无法通过增担保方式来避免丧失期限利益。另一方面,增担保是否覆盖因抵押物价值减少给债权人增加的风险敞口,法院也并非无法判断。在实务中,无论抵押权人起诉请求增担保,还是抵押人起诉确认增担保效力,法院依据担保物的评估价值、保证人的责任财产状况,参酌抵押物减少的价值数额,权衡担保方式和数额是否妥当,应非难事。

理论界一直忽视了增担保请求权可能存在的一个隐患:抵押人通过新增担保物权使抵押权人优

(62) 参见郑玉波,同注4引书,第329页;房绍坤,同注60引文,第109页。

(63) 参见郭明瑞《物权法实施以来疑难案例研究》,中国法制出版社2011年版,第199页。

(64) Zürich Kommentar Art. 805-823, S. 41-42.

(65) 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室主编《中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2017年版,第399-400页;梁慧星、陈华彬,同注4引书,第290页。

(66) MüKo BGB/Lieder, § 1133, Rn. 16; Beck OGK/Kiehnle, § 1133, Rn. 21.

(67) Vgl. Christina Schmid - Tschirren (Fn. 25), S. 1751.

(68) 参见房绍坤,同注60引文,第109页。

(69) MüKoBGB/Lieder, § 1133, Rn. 17.

(70) Vgl. Christina Schmid - Tschirren (Fn. 25), S. 1751.

(71) 参见房绍坤,同注60引文,第107页。

(72) 同注8引书,第725页。

先受偿,从而损害抵押人的其他债权人的利益。如债务人甲用自己价值10万元的A车,为乙的10万元债权设定了唯一的抵押权,后A车因甲的过失而贬值,乙请求甲增加担保。甲将自己唯一的责任财产——价值10万元的B车——为乙设定第一顺位的抵押权。若甲对丙尚有10万元的到期债务未清偿,乙丙本来对B车的清偿地位平等,却因为甲的增担保,使丙的债权无法受偿。此时乙的清偿地位优于丙,难谓正当。因此,抵押人以自己的财产增担保的,应以不损害其他债权人为限。

增担保的最后一个疑难问题是:抵押人未在抵押权人设定的合理期限增担保的,此后还能否提供担保以避免提前履行?反对说的理据是,期间经过后,若抵押人丧失增担保权,将促使其积极提供担保。⁽⁷³⁾19世纪普鲁士法则坚持肯定说。⁽⁷⁴⁾肯定说的一个重要理由在于,债权人的增担保权本质上是一时性的避险权(Notrecht),基于诚信原则权衡双方利益,在抵押物被强制执行之前,债务人都可以增担保。⁽⁷⁵⁾这一问题比较合理的解决方案是:首先,在强制执行之前,赋予抵押人增担保权,但应以其无故意或重大过失为限;其次,抵押人应赔偿债权人向法院主张权利的费用和其他信赖利益损失,如债权人对提前清偿可回收的资金已作了确定的、合理的安排,但因增担保而无法使用这些资金造成的损失。

3. 提前清偿

提前清偿的前提是抵押人合理期间内未恢复原状或者增担保,但抵押合同约定债权人可直接请求提前清偿的除外。《物权法》第193条虽未明确提及期间要求,但要求提前清偿以抵押人未恢复抵押物的价值为前提,也承认了未在合理期限履行这一要件。期限经过后,债权人无需再设定期间,即可请求提前清偿;债务人未恢复原状或者未提供增担保有无过错,亦不影响债权人请求提前清偿。⁽⁷⁶⁾期限的长短由当事人决定,因为当事人彼此更熟悉对方的状况,且可以减少讼累,但当事人对期限长短有争议时,由法院确定合理期间。⁽⁷⁷⁾此外,期间设定的目的是给债务人一个缓冲期,不使其立即陷入提前清偿的困境,所以,抵押人明确且认真地拒绝回复的,德国类推适用违反双务合同时的解除规范或替代给付的损害赔偿规范(《德国民法典》第323条第2款第1句和第281条第2款),认为抵押权人无需设定期限。⁽⁷⁸⁾我国无类似规定,解释上可类推期前违约规范,抵押权人亦无需设定期限。

提前清偿的范围在比较法上存在相当大的差异,大致有三种立法例:

一是在抵押物价值减少的额度内清偿,以瑞士法为代表。债权人只能请求按照比例清偿(verhältnismässigen Abzahlung),如土地价值减少一半,土地上负担的抵押债权可以受偿一半。⁽⁷⁹⁾其合理性在于,抵押物价值减少时,债权人的风险应回到和价值减少之前相同的状态,故提前清偿的数额以已经减少的而不是可能减少的价值数额为基础。⁽⁸⁰⁾顺位在先的抵押权人请求清偿的金额不合适,对顺位在后的抵押权人造成不利影响时,后顺位抵押权人可以请求相应的清偿。各方对清偿的金额无法达成合意的,由法院确定。⁽⁸¹⁾这种立法例的出发点是赔偿,即抵押物减少的价值是多大,提前清

(73) Erman/Bearbeiter (Fn. 12), S. 4174.

(74) Beck OGK/Kiehnle, § 1133, Rn. 22.

(75) MüKoBGB/Lieder, § 1133, Rn. 18.

(76) Vgl. Peter Gauch und Jorg Schmid (Fn. 5), S. 215.

(77) Staudinger/Hans Wolfsteiner, § 1133, Rn. 19.

(78) Beck OGK/Kiehnle, BGB § 1133, Rn. 20.

(79) Zürich Kommentar Art. 805–823, S. 99; Christina Schmid – Tschirren (Fn. 25), S. 1752.

(80) Zürich Kommentar Art. 805–823, S. 97.

(81) Vgl. Christina Schmid – Tschirren (Fn. 25), S. 1752.

偿的范围就是多大。

二是提前实现抵押权,以德国法为代表。抵押权人虽然可以请求提前清偿全部债权,而不是部分债权,⁽⁸²⁾但只能对抵押土地实现抵押权清偿(aus dem Grundstueck),性质上属于抵押权法定行使的一种情形。⁽⁸³⁾债权人通过实现抵押权实现的债权数额清偿,可能超过抵押物减损后的价值。其出发点是预防,即通过提前实现抵押权,剥夺抵押人对物的用益,迫使抵押人履行价值恢复义务,同时将债权不能清偿的危险降到最低。据此,如果抵押物的价值已降到最低点,抵押权人提前实现抵押权不再具有意义,也就不能请求提前清偿。

三是清偿全部债权,且不以抵押物价值为限。以我国《物权法》第193条和我国台湾地区“民法”第872条第2款、第3款为代表。抵押权人不仅可以提前行使抵押权,在清偿不足时,还有权请求执行债务人的其他责任财产。在债务人无资力恢复原状或增担保,且抵押物的价值减少并未对债权清偿造成根本影响时,债务人的责任过大。显然,这种立法例的出发点是惩罚,在债务人作为抵押人时,最能促使其恪守价值维持义务。

提前清偿中较为特殊的一个问题是:提前清偿将缩短债务人实际使用资金的时间,如果债权无利息,债务人的利益如何保护?惯例是采用霍夫曼公式扣除利息,即假设最终实现的债权为X,合同债权为F,合同约定的履行期和提前清偿的时间差为T,利息为Z,计算公式为: $X = 36500 F \div (36500 + ZT)$ 。⁽⁸⁴⁾

提前清偿与合同解除的关系可分为两种情形:一是主合同为借贷合同时,请求提前清偿全部债权的效果,实际上等于合同解除。二是主合同为其他合同类型时,提前清偿并不导致合同解除,如以抵押担保买卖合同价金债权,抵押物价值减少导致出卖人请求提前清偿的,并不导致买卖合同的解除。

最后,与增担保一样,提前清偿也不应损害债务人的其他债权人的利益。如甲将价值10万元的汽车抵押于乙,担保20万元的债权,甲尚有其他责任财产10万元。丙对甲尚有未到期的债权20万元。后甲过失致汽车毁损且拒绝增担保,此时,若乙提前请求甲清偿20万元的债权,丙的债权将无法受偿。可见,如果不对抵押权人的提前清偿请求权作任何限制,将有损丙的利益,甚至还可能导致甲、乙恶意串通,通过故意损害抵押物并拒绝履行价值恢复义务,进而请求提前清偿来架空丙的债权。

(三) 抵押物价值恢复请求权的当事人

1. 权利人

恢复请求权人涉及的问题主要是:在共同抵押或混合共同担保情形,抵押物价值减少时,保证人或其他物保人是否享有恢复权?这一问题的实益在于:债权人可能因为债权的其他担保充足,不主张恢复权,在债务人不能清偿时,其他担保人的担保责任将加重,其追偿权可能也落空。尽管如此,其他担保人不享有恢复权,理由是:其一,恢复权的目的在于避免债权清偿的期望落空,其他担保人并非债权人。其二,债权人不行使恢复权的,还可通过减免担保人相应范围内的担保责任避免其利益减损。《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第38条第2款规定,债权人在主合同履行期届满后怠于行使担保物权,致使担保物的价值减少或者毁损灭失的,保证人在债权人放弃权利的范围内减轻或者免除保证责任。债权人不主张恢复权违反了对自己的不真正义务,构成对自己过错,可类推本条规范。其三,赋予恢复权将使法律关系过于复杂,且无实益。当然,债权人若怠于行使恢复

(82) Staudinger/Hans Wolfsteiner, § 1133, Rn. 26; MüKoBGB/Lieder, BGB § 1133, Rn. 13.

(83) 同注2引书,第163页。

(84) MüKoBGB/Lieder, § 1133, Rn. 15; BeckOK BGB/Rohe, § 1133, Rn 7.

权,其债权人可行使对恢复权的代位权,以保存债权。

2. 义务人

恢复权的义务人除抵押人外,还包括抵押物的取得人,这是抵押权追及效力的必然结果,也可解释为取得人基于法律规定,承受抵押合同的义务。

恢复权的义务人涉及两个疑难问题:

其一,第三人抵押情形,恢复权的义务人是谁?这一问题的根源在于:此时抵押人并非主债权债务人,并不承担清偿义务。我国法学界最早有这一问题意识的是史尚宽先生。他在阐释《瑞士民法典》第809条时指出,在第三人抵押情形,恢复权的义务人应为抵押人。⁽⁸⁵⁾但是,瑞士目前的主流理论认为,第三人抵押的,恢复原状、增担保和提前清偿的义务人都是债务人,而不是抵押人。⁽⁸⁶⁾多数国家和地区的民法典都依据恢复权的内容区分义务主体。如我国台湾地区“民法”第872条规定,抵押人无论是债务人还是第三人,均承担恢复原状和增担保的义务(以下两者统称“价值恢复义务”),但第三人不承担提前清偿义务,仅债务人承担这一义务。债务人抵押的,债务人不履行价值恢复义务时,债权人可直接请求其提前清偿;第三人抵押的,为平衡债权人和债务人的利益,在第三人不履行价值恢复义务时,债权人应另定期限请求债务人增担保,只有在债务人不履行时,债权人才可提前请求债务人清偿债务。⁽⁸⁷⁾我国《物权法》第193条规定,抵押人不履行价值恢复义务的,抵押权人有权请求债务人提前清偿债务,明确了只有债务人才是提前清偿的义务人。这一问题应从抵押合同入手分析:基于抵押合同的效力,抵押人无论是谁,都要承担价值恢复义务;但第三人并非主债权债务人,不应承担提前清偿义务。但是,若第三人不承担提前清偿义务,在其不履行价值恢复义务时,将不承担任何不利后果,显然不妥。较为妥当的方案,是区分债务人和第三人违反价值恢复义务的不同后果。

其二,债务人和第三人不履行价值恢复义务的效力应如何区分?在债务人抵押情形,债务人不履行时,债权人自然可以请求提前清偿;在第三人抵押情形,第三人不履行时,债务人可代为履行。若债务人亦不履行时,债务人是否应承担提前清偿义务?《物权法》第193条似作了肯定回答。若提前清偿的方式只限于提前行使抵押权,这种效力在抵押合同的射程内,无可厚非。但在抵押物价值不足清偿全部债务时,若债务人要承担无抵押部分债务的提前清偿义务,显然突破了抵押合同的相对性,债务人无疑是代抵押人受过。此外,债务人和抵押人完全可能不存在委托关系,抵押人主动为债权人提供担保,在抵押物价值减少且抵押人不履行价值恢复义务时,债务人却可能被迫提前清偿全部义务。如甲欠乙100万元,未设担保,后丙主动用其汽车为乙的债权提供了抵押,甲对此不知情。在该汽车因丙的过失贬值时,若丙不履行价值恢复义务,乙则有权请求甲提前清偿,显然不妥。

较为合理的提前清偿规则,或可作如下设计:(1)在债务人抵押情形,若立法者要惩罚违反价值维持义务的债务人,可规定债务人应清偿全部债务;若立法目的仅在于保障债权人的合理清偿期望,则规定债权人仅能提前行使抵押权。《担保法》和《物权法》均采前一做法,并无不妥。(2)在第三人抵押情形,债权人原则上只能请求提前行使抵押权,不能请求债务人提前清偿。但两种情形可构成例外:一是主合同明确约定债务人应提供一定数额的抵押,或者约定债务人应确保抵押物价值恒定。二是债务人故意侵害抵押物的。此时,债务人的可责难性很强,基于诚信原则和恢复权的制度目的,可令其承担提前清偿义务。

(85) 参见史尚宽,同注44引书,第287页。

(86) Vgl. Peter Gauch und Jorg Schmid (Fn. 5), S. 202, 207, 216; Christina Schmid - Tschirren (Fn. 25), S. 1751.

(87) 参见郑冠宇《民法物权》,新学林出版股份有限公司2010年版,第480页。

四、抵押物价值恢复请求权与相关制度的衔接

抵押权保全是一个包括多种制度的综合体系。恢复权和其他相关制度的适用关系主要涉及如下方面。

(一) 抵押物价值恢复请求权与抵押权人的物权请求权

比较法上通常都规定所有权的物权请求权,他物权则参照所有权适用。抵押权作为物权,自然包括保障其圆满支配状态的物权请求权。我国台湾地区实务以往否认抵押权的物权请求权,但在修法时已经确认。我国《物权法》在总则部分规定了适用于所有物权的物权请求权,对抵押权自然亦适用。抵押权的物权请求权体现为价值减少防止请求权,与物权请求权是一般规定与特别规定的关系。

抵押权的物权请求权包括妨害排除请求权和妨害防止请求权,大致相当于我国法上的排除妨害和消除危险。我国《物权法》第193条规定,“抵押人的行为足以使抵押财产价值减少的”,抵押权人有权要求抵押人停止其行为。“停止侵害”针对正在发生或反复发生的侵权行为,⁽⁸⁸⁾难以纳入物权请求权。但德国法出现了防御性请求权一般化的趋势,在满足侵权客观构成要件时,也产生侵权性的妨害防止和排除请求权。⁽⁸⁹⁾无论将停止侵害作何种体系定位,强调预防损害的现代法引入以排除损害源为目的的责任方式,都值得肯定。在抵押物受到持续侵害时,还产生抵押权人两种请求权的聚合:以恢复被减少的抵押物价值为目的的恢复权和以排除未来损害源为目的的物权请求权。

恢复权与物权请求权的共同目的都在于维持抵押权的圆满状态,但前者以抵押物价值已经减少且危及债权为前提;后者仅以抵押物的价值可能减少为前提。从理论上说,所有权人的物权请求权仅以所有权的圆满支配受到妨害为已足,抵押权人还需要其优先受偿权受到妨害为条件。但在实务中,抵押权人和所有权人行使物权请求权的要件不宜严格区分,一是因为抵押物市场价格的波动、债务人偿债能力和意愿的变化等复杂原因,即便在抵押物价值已经减少时,抵押权是否受到妨害(债权将无法全部清偿)都难以判断,更何况在抵押物价值“可能减少时”;二是抵押权人行使物权请求权对任何其他人的福利都没有影响。

我国《物权法》第193条杂糅了恢复权和物权请求权,民法典编纂时宜将其分开。尽管《物权法》将物权请求权置于总则部分,但抵押权的物权请求权有其特殊性,依然有必要参酌比较法上的通例予以规定。需要明确的内容是:(1) 义务人的范围。义务人不应限于抵押人,而应包括任何妨害抵押物的人。义务内容不限于不作为,也包括作为,如妨害源于自然原因(如虫害)时,抵押人有作为义务。我国《物权法》第193条和我国台湾地区“民法”第871条第1款规定只有在抵押人的行为“足以使抵押财产价值减少”,抵押权人才能请求停止侵害,显然是为了协调抵押权人的债权保障和抵押人的行动自由。但“足以”要件判断困难,且无必要。对第三人的妨害或侵害行为,抵押权人若不能请求停止侵害,显然有违现代民法的预防观念,也悖离法律应尽可能保存社会财富的理念。因此,未若放弃瑞士和我国台湾地区“民法”模式,改采《意大利民法典》第2813条、《德国民法典》第1134条的立法例,明确将义务人界定为抵押人和第三人。(2) 抵押权人的保全处分,即在情况紧急时或经法院许可时,抵押权人可以自行采取保全措施,这是比较法普遍承认的方式。此外,抵押权人因保全处分支出的费

(88) 参见叶名怡《论侵权预防责任对传统侵权法的挑战》,载《法律科学》2013年第2期,第127页。

(89) 参见王洪亮《妨害排除与损害赔偿》,载《法学研究》2009年第2期,第57-58页。

用利己利人,性质为共益费用,应优于其他抵押担保债权优先受偿。《瑞士民法典》第808条对共益费用的优先性和其他担保债权人的利益平衡机制可谓精巧,值得借鉴:首先,保全费用即使未经登记,也在抵押物上成立法定担保权,且优于在先登记的抵押债权;其次,在2012年1月1日后,高于1000瑞郎的保全费用应在发生后4个月登记,否则不得对抗善意信赖土地登记簿的第三人。⁽⁹⁰⁾此外,中国《税收征收管理法》第45条规定,纳税人设定抵押之前发生的税款,先于抵押权执行。但共益费用有利于全体债权人,若后于税收受偿,有欠公平。⁽⁹¹⁾

恢复权与物权请求权的关联主要体现在如下两方面:(1)状态妨害,即已形成某种长期持续的状态降低不动产的价值,但并未改变抵押物本身的任何物理属性。如在抵押土地附近新建养猪场或污染企业,导致土地价值减少。⁽⁹²⁾此时抵押物的价值已经减少,且妨害状态一直存续。这种情形恢复权与物权请求权的关系可作区分处理:若系抵押人为之,构成价值维持义务的违反,故抵押权人可请求排除妨害或停止侵害,满足恢复抵押物价值和避免抵押物价值继续减少的双重目的,同时实现恢复权和物权请求权。若系第三人为之,在该行为被认定违法后,抵押权人和抵押人均可对第三人主张物权请求权,但只有在抵押人怠于主张物权请求权时,抵押权人才能向抵押人主张恢复权。(2)抵押人对抵押物的投保义务。抵押物价值无论基于何种原因减少,都可能危及抵押权。抵押人对抵押物不投保或不续保,是否构成妨害或违反价值维持义务?德国法理论和实务均存在争议。比较通行的观点是,抵押人不投保或者续保的,不产生抵押权人的恢复权或物权请求权,法院也不能命令缔结保险合同。⁽⁹³⁾但也存在相反观点。⁽⁹⁴⁾如下两个观点应较能达成共识:一是抵押人不承担普遍的投保义务。学者起草的《欧洲示范民法典草案》(DCFR)只要求物保人像“一个审慎的所有人”那样投保,⁽⁹⁵⁾并未要求其承担一般性的投保义务。二是若抵押设定时,抵押物已投保的,抵押人在抵押期间有续保义务。⁽⁹⁶⁾其合理性在于,无论抵押权人在抵押合同订立时是否知道抵押物已投保,抵押人的价值维持义务均要求抵押期间抵押物的价值不能低于设定时,而按照社会普遍的商品价值观,未投保的抵押物,其价值显然低于已投保的抵押物。因此,抵押物未续保的,可能产生恢复权。此外,抵押人不续保也可构成对抵押权的妨害,抵押权人可代抵押人支付保费以保全抵押物。《瑞士民法典》第819条还规定,保费债权亦成立法定担保物权,应优先受偿,解释上值得借鉴。

(二) 抵押物价值恢复请求权与抵押权侵害请求权

抵押权被侵害包括两种类型:单纯侵害抵押权(如恶意涂销抵押权、债务人过错毁损自己提供的抵押物)和同时侵害抵押物和侵害抵押权。后者产生的侵权请求权可能和恢复权发生竞合。其实益主要在于:抵押权人请求提前清偿或实现抵押权时,若债权未完全受偿,可以请求侵权人在其造成损失的范围内承担侵权责任。另外,此时亦可构成恢复权与物上代位的竞合。

抵押权作为物权,受侵权法保护,殆无疑义,我国《侵权责任法》第2条第2款明确将担保物权纳入保护范围。德国法也将抵押权作为侵权行为的客体,即《德国民法典》第823条中的“其他权

(90) Vgl. Peter Gauch und Jorg Schmid (Fn. 5), S. 188; Christina Schmid - Tschirren (Fn. 25), S. 1949.

(91) 同注87引书,第151页。

(92) Beck OGK/Kiehle, § 1133, Rn. 8. 1.

(93) Staudinger/Hans Wolfsteiner, § 1133, Rn. 5; § 1134, Rn. 25.

(94) Beck OGK/Kiehle, § 1133, Rn. 4 - 6.

(95) *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*, p. 5576.

(96) Beck OGK/Kiehle, § 1133, Rn. 4 - 6.

利”。⁽⁹⁷⁾ 较多学者认为,抵押权保全规范的目的是保护抵押权不受侵害,属于保护性法规,违反这些法规还构成第 823 条第 2 款规定的违反保护性法规的侵权行为。⁽⁹⁸⁾ 但亦存在争议。⁽⁹⁹⁾ 《瑞士刑法典》第 145 条第 1 款甚至规定,侵害质物或留置物导致其毁损,债权人控告的,可以入罪。这一争议在德国法上的意义主要是影响侵权过错要件的举证责任分配,在中国法并无实益。

恢复权和侵权请求权最大的差异在于:前者不以对抵押权造成损害为前提,后者则须满足这一前提。在侵害抵押权的构成要件中,损害的认定最为困难。按照侵权规则,判断抵押物损害的标准是:抵押物受损后的价值低于被担保的债权数额,使本该受偿的债权无法受偿。⁽¹⁰⁰⁾ 抵押物受侵害后,其残值仍足以清偿担保债权的,不成立恢复权,更不成立侵权请求权。问题在于,即便抵押物毁损导致债权人根本无法经由实现抵押权清偿债权,债务人也可通过其他方式清偿全部债权,从而无害抵押权。可见,侵害抵押权的重要特征是无法在加害行为发生时确定损害。较为妥当的方案是,以抵押权可以行使时为确定损害的时间点,抵押权人未受清偿的数额,其赔偿范围取决于抵押权设定时和实现时的市价差额。

侵害抵押权并不以行为人预见到抵押权为前提,这是由抵押权的物权性质决定的。如建筑公司未经抵押权人同意即拆除建筑,⁽¹⁰¹⁾ 即便其不知抵押权的存在,也构成侵权行为。侵害抵押物同时侵害抵押权的,加害人对抵押人和抵押权人同时承担侵权责任。基于债的同一性,该债权为连带债权。⁽¹⁰²⁾ 其中,抵押权人的求偿范围为未受清偿的债权数额,且不能超过抵押物受损范围。加害人赔偿抵押权人后,抵押权人对债务人的相应债权消灭。就抵押人对加害人的债权,抵押权人得主张成立物上代位权或者法定质权。

恢复权和抵押权侵权请求权的目的均在于保障债权人的优先受偿权,侵害人不同,债权人值得保护的程序和救济手段也不同。因此,区分加害人是必要的:(1) 第三人侵害抵押物的,债权人享有物上代位权和侵权请求权,两者发生竞合;抵押人与有过失的,债权人还可享有恢复权,其主张数额为抵押人应被归责的额度。(2) 债务人侵害抵押物的,无论是债务人抵押还是第三人抵押,抵押权人都享有侵权请求权。如前所述,债务人故意侵害抵押权的,抵押权人享有包括提前清偿在内的恢复权。(3) 债务人以外的抵押人和抵押物取得人侵害抵押物的,抵押权人可主张除提前清偿以外的恢复权,也可请求加害人承担抵押权侵权责任。(4) 抵押权人侵害抵押物的,基于诚实信用原则,不应产生恢复权。抵押权人的债权可以和抵押人的抵押物损害赔偿债权抵销,但抵押权人故意侵权的,基于公序良俗原则,其债权不能作为主动债权抵销。

此外,恢复权中的“恢复原状”和物权请求权、侵权请求权中的“恢复原状”应予区分。前者是指从物理上恢复抵押物的价值,后两者是在法律上要求返还抵押物。理论上热议的问题是,抵押权作为非占有型担保物权,抵押权人能否请求返还原物?通说认为不能,⁽¹⁰³⁾ 但晚近以来,肯定说渐盛行,其依据主要是借助抵押权人的代位权,或为免繁复而径自承认。⁽¹⁰⁴⁾ 比较妥贴的方案是,如果抵押权人

(97) BeckOGK/Kiehnle, § 1133, Rn. 41. Staudinger/Hans Wolfsteiner, § 1133, Rn. 3.

(98) 参见[德]沃尔夫《物权法》,吴越译,法律出版社2004年版,第369页;MüKoBGB/Lieder, § 1133, Rn. 21.

(99) Staudinger/Hans Wolfsteiner, § 1133, Rn. 3.

(100) 同注7引书,第143页;同注8引书,第728页。

(101) BGH NJW 1976, 189.

(102) MüKoBGB/Lieder, § 1134, Rn. 17.

(103) 参见史尚宽,同注44引书,第286页。

(104) 刘凯湘《论基于他物权的物权请求权》,载《法学论坛》2003年第2期,第36-37页;梁慧星、陈华彬,同注4引书,第291页。

不能期待抵押人恰当管理抵押物时,或抵押人怠于对第三人主张返还时,可以请求第三人向自己返还。⁽¹⁰⁵⁾此外,我国台湾地区“动产担保法”第17条第1款规定,债务人不履行契约或“抵押物被迁移、出卖、出质、移转或受其他处分,致有害于抵押权之行使者,抵押权人得占有抵押物”。这一规定结合动产抵押的特性,强化了对债权人的保护,值得借鉴。

(三) 抵押物价值恢复请求权与抵押人对抵押物的处分

抵押制度的精髓之一是抵押人保持对抵押物的用益和处分。抵押人按照抵押物的性质和习惯用法,对抵押物的使用、收益和处分,如出租、再抵押、转让等,即便有损抵押物的价值,也没有产生恢复权的余地。⁽¹⁰⁶⁾抵押物的租金等收益、转让价款也并非物上代位权的客体,否则将架空抵押制度的功能。这被认为是抵押权效力的界限。甚至基于所有权自由理念,德国和瑞士法均明确否认禁止抵押物处分约款的效力。⁽¹⁰⁷⁾

然而,若对抵押人的上述权利不作任何限制,很可能损害抵押权人的利益。在法制史上,抵押人的上述权利并非一蹴而就,而是利益博弈的结果。日本民法典制定初期引入法国观念,就认为抵押人仅能管理抵押物,不能对其进行收益或处分,后来才改弦易辙,引入德国现代抵押观念。⁽¹⁰⁸⁾传统上,恢复权和抵押人收益之间的协调,主要依赖抵押权的追及效力和物权优序制度,即抵押权设定后在抵押物上成立的各种权利,不影响抵押权的行使。⁽¹⁰⁹⁾晚近以来,学说越来越强调价值维持义务对抵押人用益的约束。在我国台湾地区的司法实务中,法院以往不许可抵押权人请求注销地上权登记或请求回复登记,⁽¹¹⁰⁾但晚近则更多斟酌了社会经验:抵押权设定后在抵押物上为他人设定权利的,在拍卖时,竞买人通常会考虑搬迁等成本,从而降低出价。法院据此认定权利设定行为构成对抵押权的侵害,从而除去这些权利。⁽¹¹¹⁾我国大陆司法实践中也认定抵押人与第三人的合同可因恶意串通损害抵押权人的利益而无效。⁽¹¹²⁾当然,抵押权人还可基于恢复权请求抵押人恢复原状,从而消灭抵押物上的不当负担。

(四) 抵押物价值恢复请求权与抵押权人的物上代位权

抵押权人的物上代位权是抵押权作为价值权的逻辑结果。它是对抵押人所获得的赔偿金、保险金或补偿金等请求权的代位,而并非对金钱或其他赔偿物的代位,⁽¹¹³⁾这些请求权既包括私法上的债权请求权,也包括公法上的请求权。

恢复权和物上代位权能否竞合,理论界有不同观点。赞同说主张,抵押权人不行使物上代位权而要求抵押人增担保,符合《担保法》第51条,也为比较法广泛支持;⁽¹¹⁴⁾否认说认为,在法律同时规定恢

(105) 参见郑云山《抵押权侵害之排除——以侵权法则和物权请求权为中心》,载《物权与民法法新思维: 司法院谢前副院长在全七秩祝寿论文集》,元照出版公司2014年版,第105页。

(106) 参见史尚宽,同注44引书,第286页; MüKo BGB/Lieder, § 1133, Rn. 8.

(107) 如 Staudinger/Hans Wolfsteiner, § 1136.

(108) 同注105引文,第101页。

(109) 参见谢哲胜《民法物权》,三民书局2009年版,第352页。

(110) 同注9引文,第147页。

(111) 参见谢在全《抵押物权请求权之研究》,载《台湾本土法学杂志》,第22期,第1-19页。

(112) 如“李琼与湖北虹添投资有限公司房屋租赁合同纠纷上诉案”(2017)鄂05民终174号。

(113) 参见翟云岭、刘耀东《抵押权物上代位性的再证成》,载《广西大学学报》(哲学社会科学版)2012年第1期,第39页;程啸《担保物权人物上代位权实现程序的建构》,载《比较法研究》2015年第2期,第13页。

(114) 同注13引书,第248页;房绍坤,同注60引文,第114页。

复权和物上代位权时,后者是前者的特别法,应优先适用;⁽¹¹⁵⁾或反过来提出“增担保优先性原则”,即增担保应先于物上代位权。⁽¹¹⁶⁾

恢复权和物上代位权有无必要竞合,取决于两个重要因素:一是物上代位权的效力内容。如果法律规定,给付义务人未经抵押权人同意或提供担保时,只能向抵押权人给付或者向第三人提存,否则不能对抗抵押权人,⁽¹¹⁷⁾则抵押人在获得赔偿数额的范围内提供增担保,对抵押权人而言几乎没有意义。若采我国台湾地区“民法”第881条立法例,抵押权人对抵押人的赔偿请求权等享有法定权利质权,但给付义务人因一般过失向抵押人给付的,对抵押权人也产生效力,抵押权人享有恢复权就有必要。二是抵押人的增担保利益。抵押人有可能为了使用赔偿金等原因,另行提供担保来阻却物上代位权。这种权利应予承认,因为它并不影响抵押权人的担保利益。中国大陆的司法实践较为普遍地承认给付义务人对抵押权人的给付义务,⁽¹¹⁸⁾如果立法进一步确认这种做法,那么承认恢复权和物上代位权的竞合,其目的就主要是平衡抵押合同双方的利益。

五、代结论: 民法典物权编抵押权保全的立法建议

抵押权保全是一个涉及多个制度和规则的综合体系,其根本出发点是调和两种价值:抵押担保的债权顺利清偿和促进抵押物物尽其用、货畅其流。本文的分析表明,传统教义学的恢复权理论存在两大弊端:一是未区分债务人抵押和第三人抵押,二是未妥帖平衡抵押关系各方的利益。我国《物权法》还存在抵押权物权请求权的缺失、恢复权要件不明确等问题。值民法典分则编纂的难得良机,在前文分析的基础上,参酌全国人大常委会法工委民法室起草的《民法典物权编》室内稿、学界先进的诸建议稿,野人献芹,草拟如下条文,供参考。

(一) 抵押人的价值维持义务

抵押人应采取合理措施维持抵押物的价值,避免抵押物价值不当减少。

(二) 抵押权人的价值减少防止请求权

抵押人或第三人的行为有可能使抵押物价值减少的,抵押权人有权请求停止侵害、排除妨害和消除危险。抵押权人在情况紧急时,或经人民法院许可,可以自行采取措施保全抵押物。抵押权人因此支付的合理费用,先于该抵押物担保的其他债权受偿。

(三) 可归责于抵押人时,抵押权人的恢复权

抵押物的价值因可归责于抵押人的事由减少时,抵押权人有权请求抵押人在合理期间恢复原状或请求提供相应的担保,但新增担保不得损害抵押人的其他债权人。

抵押人未在前款规定的期限履行义务的,抵押权人可提前行使抵押权,清偿全部债务。抵押人为债务人的,抵押权人可以请求提前清偿全部债务,但不得损害抵押人的其他债权人,且应扣除相应的利息。

(四) 不可归责于抵押人时,抵押权人的恢复权

抵押物的价值因不可归责于抵押人的事由减少时,抵押权人有权请求抵押人在因此所受的利益

(115) Vgl. Christina Schmid – Tschirren (Fn. 25), S. 1755.

(116) 参见孙鹏、王勤劳《担保物权的侵害及其救济——以担保物侵害为中心》,载《北方法学》2009年第2期,第44页;刘得宽,同注60引书,第170页。

(117) 参见朱岩、高圣平、陈鑫《中国物权法评注》,北京大学出版社2007版,第587页。

(118) 如“包头农村商业银行股份有限公司与土默特右旗人民政府等侵权责任纠纷再审案”(2014)内民再二字第00019号。

范围内提供担保。

(五) 抵押人对抵押物的用益和处分

抵押期间,抵押人可以转让抵押物,抵押权的效力不受影响。

抵押期间,抵押人可以将抵押物出租、设定抵押等,抵押权的效力不受影响。但因此影响抵押权实现的,抵押权人有权请求人民法院终止抵押物上设定的权利。

动产抵押人将抵押动产出卖、出质、移转占有等,妨害抵押权行使的,抵押权人有权占有抵押物。

(六) 抵押权人的物上代位权

抵押人在抵押期间因抵押物毁损、灭失对第三人享有保险金请求权、赔偿金请求权或其他权利的,第三人应按抵押权的顺位向抵押权人履行义务,但抵押人提供相应担保的除外。

A Systematical Analysis of the Right to Request the Recovery of the Value of the Mortgaged Property

Xie Hongfei

Abstract: The right to request the recovery of the value of the mortgaged property applies to the cases where the value of the mortgaged property is reduced. It includes restoring the property to its original state, providing more security and paying off the debts in advance. Its nature can be properly determined as the legal creditor's right in contract. A distinction should be made between mortgage by the obligor and mortgage by the third party in terms of its specific effects. In the case of mortgage by a third party, the obligor does not have the obligations of recovering the value and paying off the debts in advance, unless the obligee and the obligor agree that the obligor is obligated to provide a security or the obligor should guarantee the constant value of the mortgaged property, or the obligor infringe the mortgaged property intentionally. Increasing the security and paying off the debts should not harm the interests of other creditors of the mortgagor. The range of the debts paid off in advance is advisably defined as the creditor's rights as a whole, not the creditor's right corresponding to the reduced value of the mortgaged property. The right to request the recovery of the value of the mortgaged property, the rights of the mortgagee to request property and make claims for tortious acts and his right of subrogation may concur or overlap. The Property Law should make a distinction between the situation in which the value of the mortgaged property may decrease and that in which the value of the mortgaged property has decreased, and make systematic designs. As to the former, the preservation of the creditor and his priority in receiving preservation fee should be set forth; as to the latter, the distinction between the mortgage by the obligor and that by a third party should be addressed.

Keywords: the right to request the recovery of the value of the mortgaged property; dingliche Ansprüche; *actio negatoria*; Article 193 of Real Right Law of China; infringement upon hypothec

(责任编辑: 幸颜静)