

國立交通大學

科技法律研究所

碩士論文

中國物權法對企業融資的影響
——以抵押權為中心

The Effect of Property Law on Corporate Financing in China—
with Focus on Mortgage

研究生：黃右萱

指導教授：王文杰 教授

中華民國九十八年六月

中國物權法對企業融資的影響——以抵押權為中心

The Effect of Property Law on Corporate Financing in China—
with Focus on Mortgage

研究生：黃右萱

Student：Yu-Hsuan Huang

指導教授：王文杰

Advisor：Wen-Chieh Wang



Institute of Technology Law

National Chiao Tung University

in partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of

Master

in

Technology Law

June 2009

Hsinchu, Taiwan, Republic of China

中華民國九十八年六月

中國物權法對企業融資的影響——以抵押權為中心

學生：黃右萱

指導教授：王文杰

國立交通大學科技法律研究所碩士班

摘 要

自 1978 年改革開放，1992 年小平南巡後，中國也走上市場經濟的道路，其社會經濟開始快速發展，交易和投資呈現前所未有的活絡繁榮，因此，建立完善便利之資金融通管道的呼聲日切。抵押權可謂是中國銀行實務中最頻繁使用之融資方式，而在物權法制定施行之前，抵押權原係規範在擔保法中，惟擔保法之抵押權規定多所缺失，加諸中國經濟快速增長，抵押之相關規定顯然滯後於具體現實。爾後，為求落實 2004 年中國憲法「私有財產保護」的概念，2007 年物權法頒布施行，該法將抵押權體系予以完善，修正和細緻化原本的抵押權制度，增加抵押種類，擴大抵押標的物之範圍，簡化原本冗雜的實現抵押權程序，力求改善長期以來企業融資困難的窘境，提升適用抵押權之機會。另一方面，中國乃我國產業對外投資之流向地，西進大陸的台灣企業不免有融資之機會和需求，物權法的制定自然對其有所影響，可能引起其適用抵押貸款上的調整。中國物權法之抵押權規定旨在擴展融資渠道的目標，而該促進融資之目標可否達成並非取決於某特定一或數條文，而須結合擔保法及物權法的抵押規定，以及中國獨特的經濟體制、歷史背景綜合考量之。因此，本文就抵押權之登記、抵押權之追及性、浮動抵押，和抵押權之實行分述之，從中剖析物權法通過對抵押權的制度運作、功能發揮究竟是助益，抑或是立法的倒退。

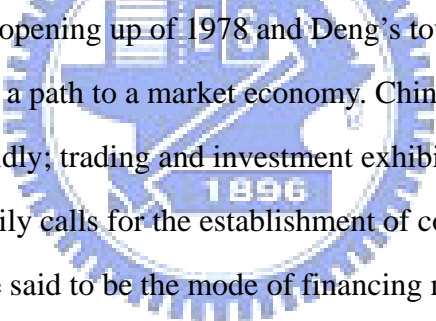
The Effect of Property Law on Corporate Financing in China— with Focus on Mortgage

Student : Yu-Hsuan Huang

Advisor : Dr. Wen-Chieh Wang

**Institute of Technology Law
National Chiao Tung University**

ABSTRACT

The logo of National Chiao Tung University is a circular emblem with a gear-like border. Inside the circle, there is a stylized building and the year '1896' at the bottom.

Since the reform and opening up of 1978 and Deng’s tour of the southern provinces of 1992, China has set out on a path to a market economy. China’s society and economy have begun to develop very rapidly; trading and investment exhibit unprecedented prosperity. Consequently, there are daily calls for the establishment of complete and convenient financial channels. Mortgage can be said to be the mode of financing most commonly used by Chinese banks. Prior to the implementation of the Property Law of the People’s Republic of China, mortgage was regulated in the Guaranty Law of the People’s Republic of China. However, mortgage regulations in the Guaranty Law were highly flawed. This factor, combined with the rapid growth of the Chinese economy, has caused rules related to mortgage to fall behind actual realities. Subsequently, to implement the concept of the 2004 Chinese Constitution “Protection of Private Property,” the 2007 Property Law was applied to complete the mortgage, reform and detail existing mortgage resolutions, increase mortgage types, expand the range of mortgage items, and simplify the originally complicated mortgage enforcement procedures, thereby pursuing improvements of the financial difficulties faced by enterprises and increasing opportunities for utilizing mortgage. China is the prime destination for Taiwanese foreign investment, and Taiwanese firms entering the Chinese market inevitably

have financial opportunities and needs; the Property Law regulations naturally have an impact on such Taiwanese firms and may lead to adjustments in terms of applicable mortgage. The purpose of mortgage rules in the Chinese Property Law is to expand the goals of financial channels. Whether or not these goals can be attained is not dependent on one or multiple specific provisions, but instead, it requires a holistic consideration which incorporates both mortgage rules of the Guaranty Law and of the Property Law, as well as China's unique economic system and historical background. Therefore, this paper explores mortgage registration, mortgage right of pursuit, floating charge, and enforcement of mortgage in order to analyze whether the passing of the Property Law has been advantageous to the policy operations and functioning of mortgage, or if the law has constituted legislative backsliding.



誌 謝

本篇論文能在半年內順利完工，最要感謝的就是王文杰老師。正是因為有王老師這樣的「中國通」在，我才得以隔著台灣海峽完成這樣一篇刻劃中國抵押制度的論文。王老師總是細心指導，深入淺出地為我介紹中國獨特的法律制度和社經環境；此外，王老師更是慷慨解囊，滿足我對相關中國期刊、書籍的所有需求。另外，還要感謝林三元老師幫我解決了本文最令人頭痛的大問題—關於中國抵押權的實證，由於中國實證資料採集尤為困難，我數度出現了放棄的念頭，幸好有三元老師的大力幫忙，論文才不致淪於半途而廢。

在論文撰寫過程中，心情有時難免鬱悶煩躁，多虧了科法所好夥伴卉晴、小湯、立民、禹農、思涵的陪伴和傾聽，奕君的口試建議，以及小琪義氣相助英文摘要翻譯，你們是我堅持下去的動力！最後，感謝爸媽和妹妹對我的論文進度總是鼓勵和關心，因為有家人一直以來的支持，我才得以一步一步地達成我每個人生階段的目標。



目 錄

中文摘要.....	i
英文摘要.....	ii
誌謝.....	iv
目錄.....	v
圖表目錄.....	viii
第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機.....	1
第二節 研究方法.....	4
第三節 研究範圍與限制.....	5
第二章 銀行抵押貸款業務實證.....	7
第一節 銀行抵押業務之實證資料觀察.....	9
第二節 銀行抵押業務之實證資料檢視.....	18
第三章 抵押權總說.....	21
第一節 抵押制度的發展.....	21
一、不動產抵押.....	21
二、動產抵押.....	22
三、特殊抵押.....	24
(一) 最高限額抵押.....	24
(二) 財團抵押.....	26
(三) 浮動抵押.....	29
第二節 抵押權的功能.....	30
一、抵押權的社會作用.....	30
二、抵押權在中國社會中所扮演的角色.....	31
第三節 小結.....	33
第四章 中國抵押權之法制發展沿革.....	36
第一節 中國抵押制度之演進.....	36

一、計畫經濟（1949—1978）	37
二、1978年改革開放—1995年擔保法制定前	37
（一）經濟合同法	38
（二）民法通則	38
三、1995年擔保法	42
（一）擔保法的現身	42
（二）擔保法的缺失	44
四、2007年中華人民共和國物權法—中國私有化進程的里程碑	46
（一）物權法的發展	47
（二）物權法中的抵押權規定	50
第二節 中國抵押權之內涵	55
一、中國抵押權之意義	55
二、中國抵押權的特徵	56
（一）從屬性	57
（二）不可分性	58
（三）物上代位性	59
第三節 小結	61
第五章 物權法之抵押權規定對融資之影響	63
第一節 抵押權之登記	63
一、抵押權的公示方法—登記	63
（一）公示原則	63
（二）抵押登記的功能	64
二、抵押登記的效力—登記生效抑或是登記對抗	65
（一）何謂登記生效主義及登記對抗主義	65
（二）擔保法時期—混合使用登記生效及登記對抗	66
（三）物權法時期—不動產採登記生效主義，動產則採登記對抗主義	68
三、登記和抵押合同效力間之關係	68
（一）中國無「物權行為」之概念	69
（二）登記係抵押合同之生效要件？	69
四、紊亂的登記機關	70
（一）不動產抵押是否有統一登記機關之需求？	71
（二）動產抵押是否有統一登記機關之需求？	73
五、登記公示制度缺陷下的產物—擔保法第35條	76
（一）我國民法第865條：於同一物上設定數抵押權乃抵押人之權利	76
（二）中國擔保法第35條：允許餘額抵押，禁止重複抵押—登記制度不足所致	77
（三）擔保法第35條之缺失	77

(四) 物權法的修正：不再限制、禁止同一物上存在複數抵押權之情形	80
六、小結	80
第二節 抵押權之追及性	82
一、追及性之概說及我國規定	82
二、中國抵押權有無追及性？	84
(一) 民通意見	84
(二) 擔保法	84
(三) 擔保法司法解釋	85
(四) 物權法	86
三、本文見解	88
四、小結	93
一、何謂浮動抵押	94
二、具有中國特色的浮動抵押制度	96
(一) 設立浮動抵押的主體範圍過寬？	97
(二) 設定浮動抵押的客體範圍過窄	103
(三) 徒有登記制度卻無法落實公示效果	103
(四) 條文規定太過簡略	105
(五) 缺乏接管人 (receiver) 制度	106
三、如何完善中國的浮動抵押制度	106
四、小結	110
第四節 抵押權之實現	113
一、意義	113
二、擔保法時期	113
三、物權法時期	118
(一) 抵押權實現之要件	118
(二) 抵押權實現之途徑	121
(三) 抵押權實現之方式	125
四、一物之多數抵押權與實程序之關係	128
五、小結	130
第六章 結論	132
參考文獻	135

圖表目錄

表格 一：歷年我國對中國投資金額統計	1
表格 二：民國 41 年至 98 年 3 月對外（不含中國）投資金額統計	1
表格 三：民國 41 年至 98 年 3 月對外（含中國）投資金額統計	2
表格 四：民國 98 年 1 月至 3 月對外（不含中國）投資金額統計	2
表格 五：民國 98 年 1 月至 3 月對外（含中國）投資金額統計	2
表格 六：1998-2007 年中國國內生產總值統計表（單位：人民幣）	7
表格 七：中國銀行 2007 年-2008 年各擔保類型貸款之統計	9
表格 八：中國農業銀行 2007 年-2008 年各擔保類型貸款之統計	10
表格 九：中國建設銀行 2007 年-2008 年各擔保類型貸款之統計	10
表格 十：上海浦東發展銀行 2005 年-2008 年各擔保類型貸款之統計	11
表格 十一：招商銀行 2000 年-2008 年各擔保類型貸款之統計	12
表格 十二：交通銀行 2006 年-2008 年各擔保類型貸款之統計	14
表格 十三：深圳發展銀行 1999 年-2008 年各擔保類型貸款之統計	15
表格 十四：恆豐銀行 2006 年-2008 年各擔保類型貸款之統計	17
表格 十五：中華人民共和國物權法制定階段表	49
表格 十六：動產抵押登記機關一覽表	73
表格 十七：擔保法及其司法解釋有關抵押物處分和抵押權追及性之法律適用	86
表格 十八：至 2007 年底中小企業主要經濟指標（單位：億元）	99
表格 十九：不動產和動產擔保利益判決後到執行完全所花費之時間比例 ..	115
圖 一：各擔保類型佔貸款餘額之比例	19
圖 二：物保貸款中各類擔保貸款的比例	19

第一章 緒論

第一節 研究動機

直至民國 98 年 3 月止，我國投資中國之金額已高達約 7640942.3 萬美元¹，乃佔台灣對外投資之大宗。從以下五個表格（表格一至表格五）即可明顯看出，不論時間軸是長（民國 41 年-98 年 3 月）抑或是短（民國 98 年 1-3 月），中國因其比鄰台灣之地利之便，相通之語言和風土民情，配合 1978 年以來逐年開放的經濟策略，我國投資大陸的金額自 90 年代開始以驚人的速度在成長著，中國無庸置疑地在我國向外投資史上扮演著重要且不可或缺的角色。

表格一：歷年我國對中國投資金額統計

總計：7640942.3（單位：萬美元）

年度（民國）	80-87	88	89	90	91	92
金額	1324265.8	125278	260714.2	278414.7	672305.8	769878.4

（接上表）

年度	93	94	95	96	97	98之1月-3月
金額	694066.3	600695.3	764233.5	997054.5	1070139	83896.8

表格二：民國 41 年至 98 年 3 月對外（不含中國）投資金額統計

總計：6022646.6（單位：萬美元）

投資金額前四名國家	加勒比海英國屬地	美國	新加坡	香港
-----------	----------	----	-----	----

¹ 本章節關於我國對外及中國投資金額數據參見經濟部投資審議委員會「98 年 3 月核准僑外投資、國外投資、對中國大陸投資統計速報」，

<http://www.moeaic.gov.tw/>

（最後點閱時間：98 年 5 月 5 日）

核准金額	2216117.4	1071608.6	544061.8	309340
所佔比例 (%)	36.8	17.79	9.03	5.14

表格三：民國41年至98年3月對外（含中國）投資金額統計

總計：136625890（中國以外：6022646.6 中國：7639942.4）（單位：萬美元）

投資金額前四名國家	中國	加勒比海英國屬地	美國	新加坡
核准金額	7639942.4	2216117.4	1071608.6	544061.8
所佔比例 (%)	55.92	16.22	7.84	3.98

表格四：民國98年1月至3月對外（不含中國）投資金額統計

總計：458436（單位：萬美元）

投資金額前四名國家	加勒比海英國屬地	越南	美國	香港
核准金額	200688	63843	47025	21923
所佔比例 (%)	43.78	13.93	10.26	4.78

表格五：民國98年1月至3月對外（含中國）投資金額統計

總計：1297404（中國以外：45843.6 中國：83896.8）（單位：萬美元）

投資金額前四名國家	中國	加勒比海英國屬地	越南	美國
核准金額	83896.8	20068.8	6384.3	4702.5
所佔比例 (%)	64.67	15.47	4.92	3.62

（表格一至表格五之資料來源：經濟部投資審議委員會）

一個商業正在大幅進展的地區勢必要有完善便利之融資渠道作為後盾及配套，如此社會經濟方能持續蓬勃，交易之進行才不致多所掣肘。然而，中國大陸

以往採行計畫經濟及共產主義，直到 1978 年改革開放、1992 年小平南巡始投向市場經濟之懷抱，中國特殊的歷史背景和經濟體制讓人不禁懷疑，其市場環境是否足夠成熟以跟上商業發展的脚步？可否提供周全之資金流動管道以滿足各方融資之需求？又中國有無制定相關法律規範以提供交易之便捷和安全？

抵押權在各國皆為重要的融資手段，無須移轉抵押物占有之特性讓抵押權在擔保債權實現的同時，兼具促進投資、融通資金之功能。惟中國在 1995 年才首次將抵押制度系統地成文化於中華人民共和國擔保法（1995 年 6 月，本文以下均簡稱為「擔保法」）中，其他司法解釋和配套法規嗣後陸續規定，申言之，與中國經濟發展之進程相較下，關於抵押權之立法係相當滯後的，若細究擔保法之抵押規定，更可發現其立法粗糙；在如此欠缺完備之法律框架下，交易主體利用抵押以融資貸款的可操作性和意願自然低落。2007 年 3 月 16 日，中華人民共和國物權法（本文以下均簡稱為「物權法」）千呼萬喚始出來²，物權法除了象徵著中國終究揚棄馬列思想而走上資本主義道路外，更讓本文關注的是，該法將原本擔保法之抵押制度加以修正和細緻化，力求回應市場上改善、拓寬融資機會的聲浪。

綜上所述，台灣企業進軍大陸已屬常態，不僅中國本土產業適用物權法，台商之融通資金之路亦將因物權法而引起適用上的調整。一直以來，台商要在中國融資並不容易，而在擔保法和物權法陸續制定後，應成為台灣企業在中國得利用抵押權以貸款的法律準則，惟我國關於中國抵押權，及其與融資間之關係的討論分析甚少，故國內普遍對於中國抵押權欠缺認識和了解。因此，本文旨在探討物權法之抵押權新規定如何改變中國的擔保制度，其對融資究竟造成何等影響，是

² 參見王兆國，關於中華人民共和國物權法（草案）的說明，全國人大常委會公報，2007 年第 3 期：「物權法的起草工作始於 1993 年。全國人大常委會對制定物權法高度重視。2002 年 12 月，九屆全國人大常委會對民法草案的物權法編進行了初次審議。本屆全國人大常委會把制定物權法列入重要議程，在過去工作基礎上，花了很大精力，做了大量工作。為了把這部法律制定好，全國人大常委會堅持民主立法、科學立法。2005 年 7 月將物權法草案向社會全文公佈，共收到人民群眾提出的意見 1 萬多件；並先後召開 100 多次座談會和幾次論證會，還到一些地方進行專題調研，充分聽取部分全國人大代表、基層群眾、專家學者、中央有關部門等各方面的意見。在徵求意見過程中，各方面提出了許多意見和建議。全國人大常委會高度重視各方面的意見，對草案進行了六次審議，審議次數之多在我國立法史上是空前的。」

否真如大陸官方所預期的，會為抵押融資貸款帶來新紀元；本文亦嘗試提出物權法之立法及法律適用上的瑕疵，以為我國投資者在融資時的法律參考。易言之，本文希為中國抵押權作一簡明扼要之檢視，並針對物權法之抵押制度闡述，以作為我國西進產業面臨融資需求時，法律層面之指導與參考。

第二節 研究方法

本文所援用之研究方法係實證資料之檢視、文獻分析，和比較法學之探討，茲分述如下。

由於時間上的限制和地理上的隔閡，本文無法使用深度訪談、問卷調查等實證研究方法，以了解中國對於抵押權融資的運用情形。因而擇採中國數家大規模的銀行，觀察其近年來年報資料，檢視銀行實務上偏好抵押擔保的程度和使用頻率。結果顯示，抵押權乃一頗受重視之融資手段，而此時正值中國物權法的頒布施行，其抵押權條文作了許多與擔保法相異之規定，可以想見物權法勢必對抵押之融資渠道有所影響，從而更堅定作者以中國物權法和抵押權為研究對象之動機。

其次，因我國對中國抵押權相關之研究和論述甚少，故本文在寫作過程中廣泛參考中國之著作、論文和期刊，大量閱讀相關材料後作一整理與過濾，進而分析歸納之；此外，本文亦盡量以中國官方之法令、公報和出版物以為佐證，力求論述之逼真和正當性。

最後，本文以中國抵押權為主題而出發，對於一個台灣的研究生而言，自然避免不了涉入一些比較法學的觀點—在一國法制缺乏或是遇有相關文獻不足時，得借重他國或他地區既有的法制經驗、學說與判例，以其相通的法理部份作為問題探討的理論基礎。我國和中國均採大陸法體系來建構物權規範，再加上中國對於特定議題往往少有不同意見，因此作者在本文中常援引我國民法之原理原則、實務和學說見解，以為中國抵押權之對照，並提出批評和建議。

第三節 研究範圍與限制

本文於第三章先就抵押權之來源、特性及社會功能作介紹，穿插對照中國和台灣之抵押權，第四章再縱向剖析中國各時期抵押制度之立法，後綜觀甫頒布施行之物權法中關於抵押權的規定，惟囿於時間和篇幅，第五章僅擇取抵押權之登記、追及性，抵押權的實現和浮動抵押為主題探討之；其中，由於中國幅員廣大，又採行土地國有制，使得農村和城市在不動產的行政管理上有著數量繁多且錯綜複雜之法規命令，甚至各省之間亦存有差別，故本文在「登記」章節中，僅探究物權法本身對於登記之規定，不細分闡述農村、城市或各省之不動產抵押登記如何適用。

此外，在下一「銀行抵押貸款業務實證」章節中，本文以中國銀行、中國農業銀行、中國建設銀行、交通銀行、招商銀行、上海浦東發展銀行、恆豐銀行和深圳發展銀行說明中國利用抵押貸款之現狀。由於並非所有中國的大型股份制銀行和全國性股份制商業銀行都將其年報公布於網路上，即便公布，亦不見得對抵押貸款之數額有所統計，因此本文在實證資料收集上有所限制，僅以上述數家銀行為呈現。



第二章 銀行抵押貸款業務實證

中國國內生產總值(GDP)近十年來成長幅度將近三倍之多(如下表格六),足見其經濟起飛之快速、商業交易之活絡。資金融通必須簡易、便利方能滿足工商業的繁榮發展,故融資渠道的類型和門檻自然係各產業所關心的重要課題。

表格 六：1998-2007 年中國國內生產總值統計表¹ (單位：人民幣)

年度	1998	1999	2000	2001	2002
GDP (億元)	84402.3	89677.1	99214.6	109655.2	120332.7

(接上表)

年度	2003	2004	2005	2006	2007
GDP (億元)	135822.8	159878.3	183217.4	211923.5	249529.9

抵押不過是融資方式之一種,另外還有保證、債券等等,為何本文獨鍾抵押權作為研究對象,原因之一在於中國抵押權特殊之立法進程。我國民法於民國 19 年首次施行,物權編中即有抵押權之規定,抵押之運用在日常生活中亦十分常見,甚至在民國 96 年台灣大幅度修正抵押制度,將許多實務見解和行之有年卻未明文之最高限額抵押權加以制定,我國的抵押權規範至今可謂相當周延完整。而反觀中國,卻晚至 1995 年始出現擔保法就抵押權為統一之規定,2007 年物權法又對抵押權作了實質修法—物權法為民事關係之普通法,擔保法只論擔保制度,涵蓋債權擔保(定金、保證)及物權擔保(抵押權、質權、留置權),其性質應屬特別法,從而物權法及擔保法之間的關係是由普通法修正特別法²,而不同於一般「特別法優於普通法」的法律適用原則;如此弔詭之現象乃導因於中

¹ 2008 中國統計年鑑, 2-1 國內生產總值(2007 年),

<http://www.stats.gov.cn/tjsj/ndsj/2008/indexch.htm>

(最後點閱時間: 2009 年 5 月 17 日)

² 參見物權法第 178 條: 擔保法與本法的規定不一致的, 適用本法。

國獨特的歷史背景和經濟環境，擔保法雖係特別法，其制定施行卻早於普通法之物權法，直待擔保法的限縮保守已無法承載快速經濟體制發展的實務需求，始有物權法的現身。究竟在中國由社會主義轉軌到市場經濟的過程中，擔保法和物權法的交替更迭下，抵押權如何適用、如何發揮其鼓勵投資的社會功能，值得探討。更重要的原因在於，抵押權可謂是最常被使用的融資手段。許多台灣企業紮根中國，當然大有融資之機會和需求，抵押制度的設計無疑地深刻影響各公司行號，甚至個人的商業策略應用，如今甫頒布之物權法相當程度地改變了原本擔保法所建立的抵押制度，例如擴大抵押客體的範圍、明確登記公示之效力、增訂浮動抵押等等，各交易主體該如何因應成為重要課題，故此時對中國抵押權深入探究自然有其價值。

為佐證抵押權在融資實務上之重要性，本文以下就中國大型股份制銀行³和全國性股份制商業銀行⁴中擇取中國銀行、中國農業銀行、中國建設銀行，和交通銀行（以上為大型股份制銀行），招商銀行、深圳發展銀行、恆豐銀行，和浦東發展銀行（以上為全國性股份制商業銀行）為例，自上述銀行的年報數據中可清楚看出，中國銀行金融實務非常頻繁地運用抵押以貸款，同時該些數據尚得充分表明本文探究中國物權法和抵押權之動機目的。抵押制度的舉足輕重在在體現於各大銀行的年度報告中，本文研究因而賦有意義，而得供位處中國之本土和外來企業作為參考。

³ 除內文中所提及之四家銀行，中國的大型股份制銀行還包括中國工商銀行。

2003 年底，中國國務院決定對國有商業銀行實施股份制改革，期藉由良善的公司治理機制運作（包括財務重組、改造公司治理、資本市場上市等措施），減少來自官方的行政干預，其中首先選擇中國銀行、中國建設銀行進行股份制改制試點。最後完成股份制改革者為中國農業銀行，因其業務涉及農業改革，較為複雜，但亦已於 2009 年 1 月 16 日正式成立中國農業銀行股份有限公司。

⁴ 除內文中所提及之四家銀行，中國的全國性股份制商業銀行還包括：中信銀行、中國光大銀行、華夏銀行、廣東發展銀行、興業銀行、民生銀行、浙商銀行，和渤海銀行。

股份制商業銀行係經濟體制改革的產物，其打破計畫經濟體制下國家專業銀行的壟斷局面，逐步形成了適應市場經濟要求的多層次、多類型之金融機構組織新格局，營造多種金融機構分工合作、功能互補、平等競爭的金融服務體系。在特殊的歷史條件下，以靈活的經濟機制優勢，十多年來保持快速發展，成為中國金融市場十分活躍的力量。

第一節 銀行抵押業務之實證資料觀察

- 中國銀行、中國農業銀行、中國建設銀行、上海浦東發展銀行

表格 七：中國銀行 2007 年-2008 年各擔保類型貸款之統計⁵

年度	項目 ⁶	金額 (百萬元)	比例 (%)
2007	信用貸款	596181	24.53
	保證貸款	688430	28.32
	抵押貸款	858556	35.33
	質押貸款	287386	11.82
	放貸合計	2430553	100.00
2008	信用貸款	801174	28.06
	保證貸款	767553	26.89
	抵押貸款	946221	33.15
	質押貸款	339845	11.90
	放貸合計	2854793	100.00

⁵ 資料來源自中國銀行網站，2008 年年報，

<http://www.boc.cn/investor/ir3/>

(最後點閱時間：2009 年 5 月 9 日)

⁶ 1996 年 6 月，中國人民銀行發布貸款通則，此規定係為中國各類銀行辦理貸款業務之主要依循與規範。其中第 9 條將各貸款類型予以分類及定義，本章節銀行年報即據貸款通則第 9 條所定之類別為貸款統計。

貸款通則第 9 條 (信用貸款、擔保貸款和票據貼現)：I 信用貸款，係指以借款人的信譽發放的貸款。 II 擔保貸款，係指保證貸款、抵押貸款、質押貸款。 III 保證貸款，係指按中華人民共和國擔保法規定的保證方式以第三人承諾在借款人不能償還貸款時，按約定承擔一般保證責任或者連帶責任而發放的貸款。 IV 抵押貸款，係指按中華人民共和國擔保法規定的抵押方式以借款人或第三人的財產作為抵押物發放的貸款。 V 質押貸款，係指按中華人民共和國擔保法規定的質押方式以借款人或第三人的動產或權利作為質物發放的貸款。 VI 票據貼現，係指貸款人以購買借款人未到期商業票據的方式發放的貸款。

表格 八：中國農業銀行 2007 年-2008 年各擔保類型貸款之統計⁷

年度	項目	金額 (百萬元)	比例 (%)
2007	信用貸款	750371	24.20
	保證貸款	655051	21.13
	抵押貸款	1187838	38.32
	質押貸款	506899	16.35
	放貸合計	3100359	100.00
2008	信用貸款	750371	24.20
	保證貸款	655051	21.13
	抵押貸款	1187838	38.32
	質押貸款	506899	16.35
	放貸合計	3100359	100.00

表格 九：中國建設銀行 2007 年-2008 年各擔保類型貸款之統計⁸

年度	項目	金額 (百萬元)	比例 (%)
2007	信用貸款	744682	22.76
	保證貸款	748904	22.89
	抵押貸款	1453056	44.41
	質押貸款	325515	9.94
	放貸合計	3272157	100.00

⁷ 資料來源自中國農業銀行網站，2008 年年報，

http://www.abchina.com/cn/hq/abc/gynh/index.jsp/abcnb=newor/fid=105001595/name=nibao/opt=left_5/index.html

(最後點閱時間：2009 年 5 月 9 日)

⁸ 資料來源自中國建設銀行網站，2008 年年報，

<http://www.ccb.com/cn/investor/notice.html>

(最後點閱時間：2009 年 5 月 9 日)

2008	信用貸款	9877785	24.98
	保證貸款	795135	20.96
	抵押貸款	1650208	43.5
	質押貸款	400815	10.56
	放貸合計	3793943	100.00

表格 十：上海浦東發展銀行 2005 年-2008 年各擔保類型貸款之統計⁹

年度	項目	金額 (千元)	比例 (%)
2005	信用貸款	57573498	17.61
	保證貸款	122461261	37.46
	抵押貸款	123730547	37.85
	質押貸款	23142657	7.08
	放貸合計	326907943	100.00
2006	信用貸款	75036201	18.59
	保證貸款	145647938	36.07
	抵押貸款	156892395	38.86
	質押貸款	26169157	6.48
	放貸合計	403745691	100.00
2007	信用貸款	111355412	20.21
	保證貸款	181939155	33.02
	抵押貸款	202550533	36.76
	質押貸款	55143278	10.01
	放貸合計	550988378	100.00

⁹ 資料來源自上海浦東發展銀行網站，2006 年-2008 年年報，

<http://www.spdb.com.cn/chpage/c438/doclist.aspx>

(最後點閱時間：2009 年 5 月 9 日)

2008	信用貸款	175995645	25.23
	保證貸款	204439541	29.31
	抵押貸款	248074990	35.56
	質押貸款	69054494	9.90
	放貸合計	697563670	100.00

以上四家銀行在本文所收集到的年報中，每年均以抵押貸款佔放貸金額的比例最高，約三成五到四成五間；尤其是中國建設銀行，抵押貸款的數額遠遠高過保證、信用和質押貸款。可見抵押權尚為交易主體所樂用之融資方式。

● 招商銀行、交通銀行

表格 十一：招商銀行 2000 年-2008 年各擔保類型貸款之統計¹⁰

年度	項目	金額 (千元)	比例 (%)
2001	信用貸款	12506745	12.64
	保證貸款	60143744	60.81
	抵押貸款	15791493	15.97
	質押貸款	10466881	10.58
	放貸合計	98908863	100.00
2002	信用貸款	32281137	21.62
	保證貸款	81040041	54.28
	抵押貸款	27534997	18.44
	質押貸款	8146374	5.46
	放貸合計	149302549	100.00

¹⁰ 資料來源自招商銀行網站，2001 年-2008 年年報，

<http://www.cmbchina.com/cmbir/intro.aspx?type=report>

(最後點閱時間：2009 年 5 月 7 日)

2003	信用貸款	60492215	26.28
	保證貸款	110608498	48.05
	抵押貸款	45418099	19.73
	質押貸款	13654880	5.93
	放貸合計	230173692	100.00
2004	信用貸款	79070615	26.75
	保證貸款	129696545	43.88
	抵押貸款	70818859	23.96
	質押貸款	16001406	5.41
	放貸合計	295587425	100.00
2005	信用貸款	99656166	28.47
	保證貸款	132466378	37.84
	抵押貸款	94895685	27.11
	質押貸款	22650624	6.47
	放貸合計	350068853	100.00
2006	信用貸款	132059485	28.59
	保證貸款	154829874	33.52
	抵押貸款	132942543	28.78
	質押貸款	42034425	9.10
	放貸合計	461866327	100.00
2007	信用貸款	164557000	26.50
	保證貸款	185472000	29.87
	抵押貸款	212839000	34.28
	質押貸款	58023000	9.35
	放貸合計	620891000	100.00
2008	信用貸款	221653000	30.04
	保證貸款	200950000	27.24

	抵押貸款	263336000	35.69
	質押貸款	51843000	7.03
	放貸合計	737782000	100.00

表格 十二：交通銀行 2006 年-2008 年各擔保類型貸款之統計¹¹

年度	項目	金額（百萬元）	比例（%）
2006	信用貸款	213078	23.05
	保證貸款	315591	34.15
	抵押貸款	273018	29.54
	質押貸款	122597	13.26
	放貸合計	924284	100.00
2007	信用貸款	279199	25.28
	保證貸款	368893	33.40
	抵押貸款	356280	32.26
	質押貸款	100088	9.06
	放貸合計	1104460	100.00
2008	信用貸款	363719	27.38
	保證貸款	389529	29.32
	抵押貸款	418375	31.49
	質押貸款	156967	11.81
	放貸合計	1328590	100.00

根據上開表格，雖然在 2003 年以前，抵押權並非招商銀行融資之大宗，而係以信用和保證貸款所佔比例較高，惟自 2004 年起，抵押貸款金額漸增，利用

¹¹ 資料來源自交通銀行網站，2007 年-2008 年年報，

http://www.bankcomm.com/BankCommSite/cn/invest_relation_index.jsp?type=index

（最後點閱時間：2009 年 5 月 9 日）

抵押以融通資金者日眾，到 2007 年、2008 年甚至成為比例最高的融資手段。

交通銀行的情形和招商銀行類似，保證貸款的比例在 2006、2007 年都是高於抵押貸款的，但保證貸款逐年縮減，抵押貸款日漸增加，終在 2008 年抵押貸款的比例凌駕於其他種擔保貸款之上。

● 深圳發展銀行

表格 十三：深圳發展銀行 1999 年-2008 年各擔保類型貸款之統計¹²

年度	項目	金額（元）	比例（%）
1999	信用貸款	110451898	0.60
	保證貸款	8899069192	47.98
	抵押貸款	6565695363	35.40
	質押貸款	2972176464	16.02
	放貸合計	18547392917	100.00
2000	信用貸款	794590683	3.43
	保證貸款	11065031173	47.82
	抵押貸款	8152579690	35.23
	質押貸款	3126177290	13.51
	放貸合計	23138378836	100.00
2001	信用貸款	2719788700	4.38
	保證貸款	21750692906	35.00
	抵押貸款	12333657621	19.85
	質押貸款	25333687251	40.77

¹² 資料來源自深圳發展銀行網站，2000 年-2008 年年報，

<http://www.sdb.com.cn/website/page/66696c6573/77636d73/534442/7072696d617279/7a685f434e/496e766573746f7252656c6174696f6e73/e69c80e696b0e585ace5918a/e5ae9ae69c9fe68aa5e5918a>

（最後點閱時間：2009 年 5 月 7 日）

	放貸合計	62137826478	100.00
2002	信用貸款	4113782743	3.99
	保證貸款	28711385095	27.81
	抵押貸款	14169210887	13.73
	質押貸款	56228799751	54.47
	放貸合計	103223178476	100.00
2003	信用貸款	16513351190	13.65
	保證貸款	36439585820	30.13
	抵押貸款	21715840194	17.96
	質押貸款	46264120446	38.26
	放貸合計	120932897650	100.00
2004	信用貸款	15174706836	13.37
	保證貸款	43739038332	38.54
	抵押貸款	30350105717	26.74
	質押貸款	24234104704	21.35
	放貸合計	113497958589	100.00
2005	信用貸款	22775352790	16.34
	保證貸款	40698207259	29.20
	抵押貸款	31484595117	22.59
	質押貸款	44410036926	31.87
	放貸合計	139368192092	100.00
2006	信用貸款	26882242426	16.05
	保證貸款	53446094252	31.91
	抵押貸款	54189163573	32.35
	質押貸款	32977744247	19.69
	放貸合計	167495244498	100.00
2007	信用貸款	31864556000	14.37

	保證貸款	62376974000	28.12
	抵押貸款	89703166000	40.44
	質押貸款	37868902000	17.07
	放貸合計	221813598000	100.00
2008	信用貸款	47041232000	19.48
	保證貸款	59769814000	24.75
	抵押貸款	111667469000	46.23
	質押貸款	23045030000	9.54
	放貸合計	241523545000	100.00

深圳發展銀行之抵押貸款在總放貸金額所佔之比例波動頗大，尤其 2001 年到 2003 年，核准以抵押為融資手段之比例不尋常地低落，而一向較少為人使用的質押¹³，反在此時期表現亮眼。惟自 2006 年起，抵押即躍居融資方式之龍頭，在 2008 年甚至近乎一半的貸款係以抵押權為擔保。



● 恆豐銀行

表格 十四：恆豐銀行 2006 年-2008 年各擔保類型貸款之統計¹⁴

年度	項目	金額 (元)	比例 (%)
2006	信用貸款	545177000	3.36
	保證貸款	9685581080	59.71
	抵押貸款	4841151080	29.84

¹³ 因質權為須移轉質物占有之擔保物權，若將財產設定質權，則所有人無法在質權存續期間繼續利用該財產。與抵押權相較之下，質權明顯較不符合「物盡其用」原則，在促進經濟、鼓勵資金和商品流動的社會功能上亦略遜抵押權一籌。因此，抵押權一直以來都比質權來得為人所樂用。

¹⁴ 資料來源自恆豐銀行網站，2007 年-2008 年年報，

<http://www.ebank.com.cn/hengfeng/eccWeb/MessageShow.jsp>

(最後點閱時間：2009 年 5 月 7 日)

	質押貸款	1149612097	7.09
	放貸合計	16221531256	100.00
2007	信用貸款	1260070565	3.42
	保證貸款	21210255360	57.56
	抵押貸款	11424457654	31.00
	質押貸款	2950563222	8.01
	放貸合計	36851346802	100.00
2008	信用貸款	1623860000	2.47
	保證貸款	26840146901	40.82
	抵押貸款	16643318506	25.31
	質押貸款	20648495037	31.40
	放貸合計	65755820444	100.00

恆豐銀行與上述七家銀行不同，偏好以保證為融資方法，近三年來保證貸款的比例遠高於抵押貸款，甚至在 2008 年，質押貸款的比例亦勝過抵押貸款。

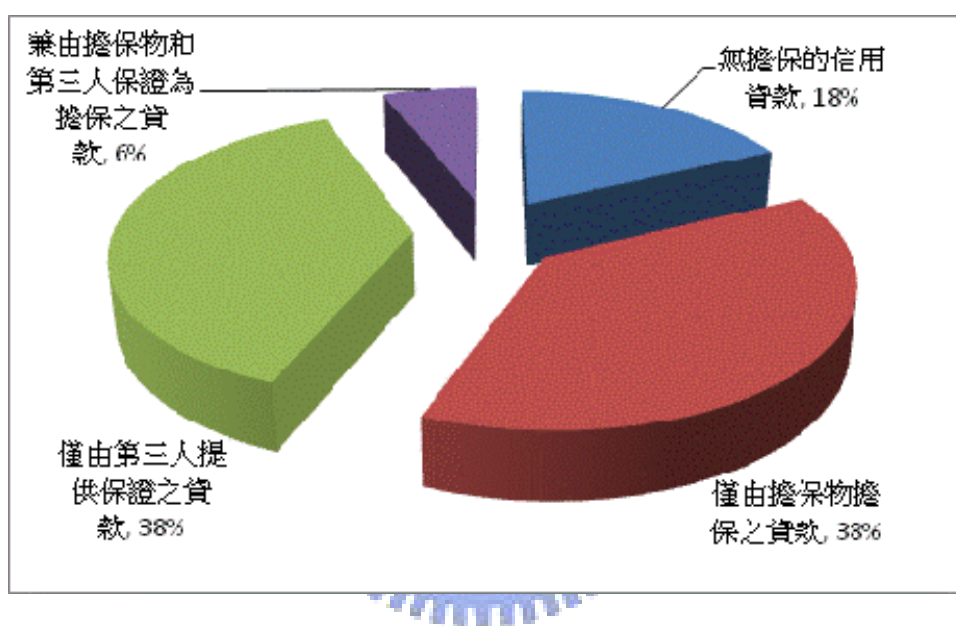
第二節 銀行抵押業務之實證資料檢視

2004 年 11 月，中國人民銀行選擇北京、上海、廣州、成都、濟南、鄭州、瀋陽、蘭州等地的 70 所金融機構、15 所擔保機構和 29 所登記機構，就以不動產和動產為擔保進行商業信貸的情形作問卷調查。其資料顯示，在金融機構發放的貸款中，無擔保的信用貸款只佔總貸款餘額的 18%，而擔保貸款的比重佔貸款餘額的 82%；其中，由擔保物和第三方保證共同擔保的貸款佔總貸款餘額的 6%，僅由物為擔保的貸款（物保貸款）和僅由第三方（包括企業、個人和擔保機構）提供保證的貸款平分秋色，各佔貸款餘額的 38%¹⁵（參見下圖一）。然而，

¹⁵ 中國人民銀行研究局、世界銀行集團外國投資諮詢服務局、國際金融公司中國項目開發中心，

所謂物保貸款包含抵押和質押兩種（參見下圖二），換言之，依 2004 年年底中國人民銀行所做的問卷調查結果，保證貸款的比例係高於抵押貸款的，此和本章前段所列舉之銀行年報數據相吻合，即在 2005 年以前，抵押相較於保證是較不被重視的融資手段。2006 年以後，雖然有類如恆豐銀行的例外，但大部份的銀行年報都出現了抵押貸款所佔放貸金額之比重增加的現象，甚至到 2007、2008 年即成為最頻繁使用的貸款擔保方式。

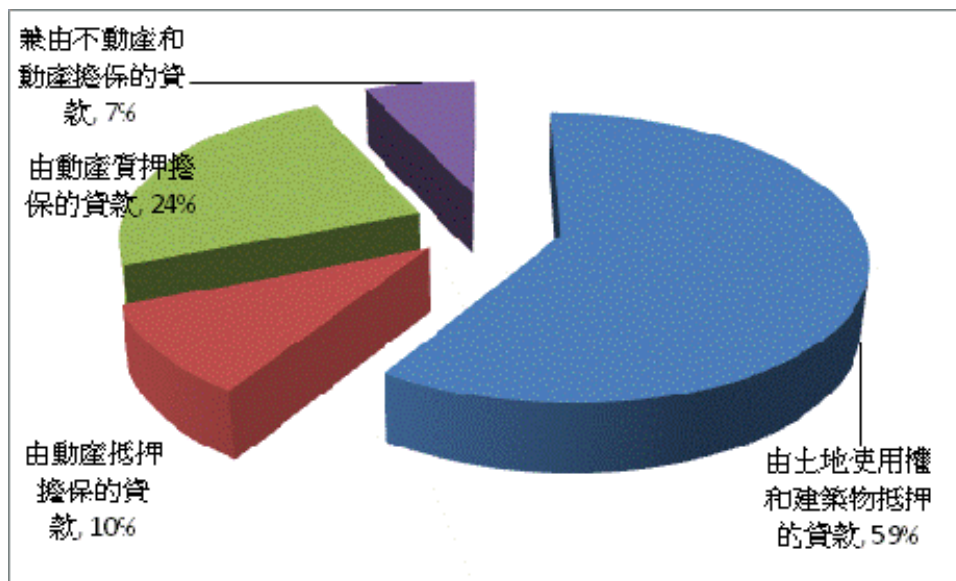
圖一：各擔保類型佔貸款餘額之比例



圖二：物保貸款中各類擔保貸款的比例¹⁶

中國動產擔保物權與信貸市場發展，中信出版社，頁 93、94（2006.1）。

¹⁶ 同前註。



綜上所述，既然抵押權在商業融資實務占有一席之地，我國企業外移至中國者又日益增多，在營運過程中不免有使用抵押權以融通資金的机会和需求，故物權法的通過對抵押權所造成之影響自有研究的價值和必要。因此，作者以中國物權法之抵押權規定與融資之關係為題，先針對抵押權之歷史來源、不同種類和社會功能總析之，再闡述中國抵押制度係配合國內經濟發展狀況和企業對抵押融資之需求而演進，最後以登記、追及性、浮動抵押和執行程序為四個子題，深入探討物權法對貸款之抵押擔保的影響。本文期藉由系統性的論述讓中國內外資企業認識中國物權法下之抵押權，並得作為貸款之參考和準則。

第三章 抵押權總說

抵押權的發展軌跡在在表明，效益價值，或謂人們追求效益的欲望，是抵押方式日新月異的原因。抵押設定人追求的正是既能以手中的財產價值作擔保，又同時得以占有、使用和收益該財產。而商業實務中銀行與商人間，商人與商人間的金融活動對上述抵押權的變遷產生了決定性的影響。簡言之，抵押權作為一確保債權實現之制度，與商品交易關係密不可分，大體而言係隨著經濟生活的進步而轉變的。

第一節 抵押制度的發展

一、不動產抵押

羅馬法與日耳曼法上之不動產擔保制度，大抵上係源自以所有權讓與債權人，以達到債權擔保目的之型態，學說上稱為所有權質。嗣後始有占有質（古質、舊質）的形成，即不動產之所有權與處分權仍留於所有人之手，惟標之物之占有須移轉於債權人，供其使用收益，且該收益僅得抵充利息而不及於原本，此種收益狀態將持續至債權人受清償前。其後逐漸演變，收益之一部亦得以充當原本債務之清償，且債務人隨時可清償債務以回復標之物之占有。在古代的法律中，移轉擔保物的占有質是最主要的物權擔保方式，但漸漸地人們發現占有質的弊端，既不利於債務人，也造成債權人管理上的不便。此外，由於貨幣經濟發達，交易上越來越要求應將物的價值發揮到極致；同時法律上代替占有的公示方法（即登記制度）已逐漸完備；再加上債權人於債務人屆期不清償時，法院願意提供強制執行，扣押該標之物以滿足債權，於是無須移轉不動產之占有的擔保形式—非占有質（新質）—終在商業發展需求下水到渠成。隨之拍賣的流程步驟亦日益健全，在法院的協助下，將擔保之不動產出售，以所得價金滿足債權之清償，如有剩餘固須返還債務人，倘有不足，債務人則仍須負清償之責¹。

¹ 參見謝在全，民法物權論（中），作者自版，頁 364、365（2007.6）。

不動產價值高且穩定，有助於債權人於借貸時作利益衡量，不動產不易移動的特性使抵押權人較為放心，在心態上較願意接受此種擔保，同時抵押人並無喪失繼續使用收益抵押標的物之權益，該抵押不動產仍得繼續發揮其生產或提供居住等功能，故不動產抵押自十三世紀以後，成為擔保物權制度之主流²。

我國民法物權編嚴格遵守大陸法系民法典對於擔保物權的分類—將抵押客體限定在不動產，而動產的擔保方式則為須移轉標的物占有的質權；中華民國民法第 860 條將抵押權予以定義：「稱普通抵押權者，謂債權人對於債務人或第三人不移轉占有而供其債權擔保之不動產，得就該不動產賣得價金優先受償之權。」，同法第 884 條為質權之意義：「稱動產質權者，謂債權人對於債務人或第三人移轉占有而供其債權擔保之動產，得就該動產賣得價金優先受償之權。」

反觀中國物權法，其抵押權非如台灣民法般限於不動產，第 179 條第 1 款規定：「為擔保債務的履行，債務人或者第三人不移轉財產的占有，將該財產抵押給債權人的，債務人不履行到期債務或者發生當事人約定的實現抵押權的情形，債權人有權就該財產優先受償。」同法第 180 條³更是明確地指出不只是不動產，設備、材料、交通工具等動產亦得設定抵押。

二、動產抵押

古羅馬法和日耳曼法時代的占有質和非占有質並無限定只有不動產始得設定之，換言之，古代的法律亦承認動產抵押。惟由於貨幣經濟的普及，商品交易的擴張，社會上債權債務關係漸趨複雜，交易安全的重要性日益凸顯；然而，動產與不動產相較之下，價值較小，非為主要財產，且動產易於隱匿、毀棄，或與他物混同，不利於公示，動產抵押自然無法滿足交易安全的要求，因此動產抵押

² 同前註。

³ 中國物權法第 180 條：I 債務人或者第三人有權處分的下列財產可以抵押：（一）建築物和其他土地附著物；（二）建設用地使用權；（三）以招標、拍賣、公開協商等方式取得的荒地等土地承包經營權；（四）生產設備、原材料、半成品、成品；（五）正在建造的建築物、船舶、航空器；（六）交通運輸工具；（七）法律、行政法規未禁止抵押的其他財產。II 抵押人可以將前款所列財產一併抵押。

制度在近代大陸法系各國民法普遍地被廢棄了，而僅存移轉占有而為擔保之動產質權⁴。

十九世紀後，各國先後出現產業革命，工商業迅速發展，不動產與動產在社會財富中所佔之比值隨之變化。古代農業社會的財富主要集中在不動產，動產價值相對較小，故僅以價值較高的不動產作為抵押標的。惟現代社會已不可同日而語，財富不再只存在於不動產之上，許多動產的價值甚至超過不動產，例如生產設備、交通工具等等，高價動產的出現使原本動產和不動產間的價值界線逐漸模糊。如此一來，若當事人為貸款而將生產設備和交通工具等高價動產設定質權，則該債務人將無法再占有使用這些動產，生產經營因而停頓，對未來債權的償還實屬不利。因此，企業迫切希望能兼顧動產之使用價值及擔保價值，在利用動產擔保融通資金的同時，仍能不移轉占有，繼續生產營運以發揮其用益功能⁵。動產抵押就在眾人殷殷期盼下又重新在擔保舞台上粉墨登場。

台灣在民國 52 年制定動產擔保交易法，自此以後，抵押權不再是不動產的專用權利，動產也有適用抵押之餘地；我國動產擔保交易法第 4 條第 1 項列舉可設定抵押之動產：機器、設備、工具、原料、半製品、成品、車輛、農林漁牧產品、牲畜，及符合規定之船舶。

相較之下，中國對於動產抵押的態度則是開放得多，在 1995 年擔保法第 34 條⁶即將不動產和動產抵押一併規定，但擔保法立法之際，市場經濟正要起步，為避免在一開始即大開抵押之門所可能造成的交易安全疑慮，擔保法對抵押客體仍有限制。但到 2007 年物權法則大幅開放各種動產抵押的可能性，將抵押標的物的範圍由擔保法第 34 條「依法可以抵押的其他財產」，擴大為物權法第 180

⁴ 大陸法系之民法體系此時明確區分動產和不動產，不動產以登記為公示方法，動產則以占有為公示手段；抵押權僅能以不動產為標的，而質權只能就動產設定之。

⁵ 徐潔，擔保物權功能論，法律出版社，頁 200、201（2006.12）。

⁶ 擔保法第 34 條：I 下列財產可以抵押：（一）抵押人所有的房屋和其他地上定著物；（二）抵押人所有的機器、交通運輸工具和其他財產；（三）抵押人依法有權處分的國有的土地使用權、房屋和其他地上定著物；（四）抵押人依法有權處分的國有的機器、交通運輸工具和其他財產；（五）抵押人依法承包並經發包方同意抵押的荒山、荒溝、荒丘、荒灘等荒地的土地使用權；（六）依法可以抵押的其他財產。II 抵押人可以將前款所列財產一併抵押。

條「法律、行政法規未禁止抵押的其他財產」，體現「法不禁止即為允許」的概念。簡言之，縱不屬於物權法第 180 條第 1 款第 4 項至第 6 項所列舉之動產，亦得適用同條款第 7 項規定而成為抵押權之客體。

三、特殊抵押

不論是不動產抵押，還是動產抵押，若欲以複數標的物為同一債權設定抵押，須就每一物分別進行設定抵押手續；然而，若欲以同一物為多數債權之抵押標的時，亦須就每一債權個別進行設定抵押步驟。在頻繁的交易往來下，上述設定抵押權的規則似乎略顯僵化，無形之中增加了交易成本，因此最高限額抵押、財團抵押和浮動抵押等特殊抵押權遂因運而生。

（一）最高限額抵押

所謂最高限額抵押權，係指債權人對債務人一定範圍內的不特定債權，預定一最高限額，由債務人或第三人提供財產與以擔保之抵押權。例如，甲公司就其產品與乙公司訂立經銷契約，約定經銷期間五年，為擔保嗣後各筆貨款之清償，由乙提供土地一筆設定抵押權於甲，其最高限額為五百萬⁷—在五年期間內，甲對乙的每一筆債權都有系爭土地的抵押擔保，惟將來若實行此最高限額抵押權而拍賣該土地，甲優先受償之金額以五百萬為限。

現代工商業之經營通常需要一定循環周轉之資金，銀行與客戶間之信用授受，經銷商與製造商等企業主體間之交易往來，亦大抵以反覆繼續為常。不論是不斷的資金需求，還是繼續性交易中接連發生的債權，若欲就此種變動不停之多數債權設定抵押擔保，基於抵押權的從屬性⁸須逐筆為之，與近代力求擔保物權設定之高效率，以降低融資成本之原則不符。最高限額抵押權則解決了此一困境。最高限額抵押權僅須一次設定，擔保效力即可涵蓋當事人約定範圍內之現在和未來所發生的不特定債權。最高限額抵押權乃為具備長期性、繼續性之交易或融資周轉而生，雙方當事人在長時間往來後，應有相當之信任，又有最高限額抵

⁷ 謝在全，民法物權論（下），作者自版，頁 16（2007.6）。

⁸ 亦即抵押權附從於其所擔保之債權而成立、移轉和消滅。

押權保障債權的實現，將促使兩方之交易關係更為密切，企業經營之周轉融資無缺，市場行銷無後顧之憂，自然有助於經濟的活絡，和資金的融通⁹。

有鑑於上述最高限額抵押權對於融通資金的優越性，我國對最高限額抵押權之接受甚為順利，最高限額抵押早已行之有年，在實務上被廣泛地承認和運用。例如，最高法院 51 年 1 月 12 日五一台文字第 0035 號函認為：最高限額不定期抵押，係就將來發生之各債權而為擔保，其性質仍與一般抵押權之設定無異，倘此項抵押權業經依法辦理登記，裁判上自應承認其效力；又如，最高法院 86 年度台上字第 3114 號判決謂：「最高限額抵押權係對於債權人一定範圍內之不特定債權，預定一最高限額，由債務人或第三人提供抵押物予以擔保之特殊抵押權。」惟最高限額抵押權仍有許多和普通抵押權相迥異之處，像是抵押權從屬性的大幅放寬¹⁰，以及債權「確定」的概念¹¹等等，申言之，最高限額抵押權有違反物權法定原則¹²之虞。有鑑於最高限額抵押權已於實務上行之多年，最高法院並著有若干判例，惟就最高限額抵押權擔保之範圍、處分、確定及實行等尚未能為周延規範¹³，因此我國物權法於民國 96 年修法時於第六章抵押權新增第二節—最高限額抵押，使最高限額抵押權得以名正言順地運作。

最高限額抵押權在中國稱為「最高額抵押權」，在擔保法中即有所規定，惟條文只有寥寥四條，僅就最高額抵押之定義—擔保法第 59 條：本法所稱最高額抵押，是指抵押人與抵押權人協議，在最高債權額限度內，以抵押物對一定期間

⁹ 同前揭註 7，頁 23、24。

¹⁰ 最高額抵押權可為尚未發生的債權提供擔保（無成立上之從屬性）；在最高額抵押權所擔保之債權確定前，即便債權完全清償，最高額抵押權仍不消滅，因為嗣後仍有其他債權發生的可能（無消滅上之從屬性），且債權得獨立於最高額抵押權而轉讓（無移轉上之從屬性）。

¹¹ 最高限額抵押權所擔保原債權之確定者，係指最高限額抵押權所擔保之一定範圍內不特定債權，因一定事由的發生，歸於具體特定而言。確定以後的最高限額抵押權的性質已與一般抵押權無異，回復一般抵押權應有的從屬性。

¹² 我國民法第 757 條：「物權，除本法或其他法律有規定外，不得創設。」為物權法定主義之明文，其內涵包括：（1）物權類型強制—物權之種類以法律有規定者為限，當事人不得約定創設新種類的物權；（2）物權類型固定—各物權的內容須依法律之規定，當事人不得約定創設法律所無之物權內容。

¹³ 參見我國民法物權編施行法第 17 條之增訂理由。

內連續發生的債權作擔保一及適用範圍¹⁴、主債權的禁止轉讓¹⁵和法律適用¹⁶粗略規定之，難以使用。學者認為，擔保法在最高額抵押權的價值判斷和功能定位上均有偏差，不僅最高額抵押之擔保債權確定等規定付之闕如，現有規定亦存有重大瑕疵¹⁷（如最高額抵押的主合同債權不得轉讓）。而物權法（第 203 條至第 207 條）則對最高額抵押權作了相對而言較合理、清晰的規範。

（二）財團抵押

基於一物一權之原則，若欲以多數物設定抵押權時，須就每一標的物個別設定之，因此，企業經營者如欲以其企業財產設定抵押權，自須各財產分別設定之。惟一企業之土地、廠房、機器或其他生產設備，乃一有機體之結合，須相互配合始能提高其經濟價值；若設定擔保物權時，必須個別為之，不僅企業主體難以獲得較高額之融資，登記成本增加，且一旦實行擔保物權，分別拍賣抵押物的結果就是破壞該有機體的最大價值效益，不僅有可能無法滿足債權，更有害於社會經濟之發展¹⁸。可見得隨著經貿的日趨活絡，企業融資恐急，舊有的擔保制度已不足應付，有鑑於此，德國首創「財團抵押」制度，該制度先後亦被日本、荷蘭、瑞士、韓國、盧森堡等大陸法系國家所採用¹⁹。其中以日本的財團抵押制度最為完善，其目的在於實現高額資金的融通，將各財產組合成一集合體，以提升其擔保價值，故陸續制定工廠抵押法、鐵道抵押法、漁業財團抵押法和觀光設施財團抵押法等相關規定²⁰。

所謂財團抵押，係指以企業所有的不動產、動產及其他財產權利等集合體為

¹⁴ 擔保法第 60 條：I 借款合同可以附最高抵押合同。 II 債權人與債務人就某項商品在一定期間內連續發生交易而簽訂的合同，可以附最高抵押合同。

¹⁵ 擔保法第 61 條：最高額抵押的主合同債權不得轉讓。

¹⁶ 擔保法第 62 條：最高額抵押除適用本節規定外，適用本章其他規定。

¹⁷ 高聖平，物權法擔保物權編，中國人民大學出版社，頁 286（2007.4）。

¹⁸ 參見謝在全，民法物權論（中），作者自版，頁 367、368（2007.6）。

¹⁹ 戴謀富，「財團抵押與浮動抵押之比較」，福建政法管理幹部學院學報，2001 年第 4 期，頁 40（2001）。

²⁰ 參見徐潔，擔保物權功能論，法律出版社，頁 270、271（2006.12）。

標的而設定之抵押。財團抵押有以下之特點：

1、抵押物的集合性—財團抵押的標的是企業整體財產，且僅限於抵押時企業「現有」的所有財產，不包括抵押設定後新取得之財產。惟我們並不能將財團抵押物逕行理解為企業全部財產的簡單相加，該抵押物必須是為企業的經營需要而結合成一體之物與權利²¹。在財團抵押制度下，大大增強企業的擔保能力，有利於其融通資金。

2、標的物的特定性²²—抵押權設立時，財團裡的各財產必須是存在且價值可確定者；此外，財團抵押的優先順序原則與普通抵押權同。如此一來，抵押權人得準確預測擔保的範圍及價值，保障債權的實現。

3、抵押登記的簡化—財團抵押只須就企業的財產集合體製作財產目錄後，進行一次登記，無庸針對不同標的到不同機關辦理登記手續，避免登記的繁瑣和不便，同時減少登記費用的支出²³。

財團抵押乃為克服一物一抵押權之侷限而創立的擔保制度，財團抵押充分地發揮企業財產結合體的價值加乘效應，從而使企業得以獲得巨額融資，資金充足的企業將帶動社會經濟整體發展。惟財團抵押卻無因其優越性而普遍地被使用，德國和日本也將財團抵押限制在特定種類的企業²⁴，無庸置疑地，世界上並無完美之法律制度，財團抵押亦有其不足之處²⁵：

1、財團在抵押設定時即要求特定，這雖然有利於確定標的物之價值，但也相當程度限制了企業對抵押物的處分，例如日本工廠抵押法中規定，一旦成為財團組成部分，非經抵押權人同意，不得轉讓和處分，即使在得到抵押權人同意的情況

²¹ 參見唐海燕，「財團抵押與浮動抵押之比較研究」，四川教育學院學報，第 18 卷第 5 期，頁 40（2002）。

²² 此一特點為財團抵押和浮動抵押最大的不同，浮動抵押的標的物是流動的、不確定的，抵押人之處分會影響抵押之標的和範圍。

²³ 鮑為民，「floating charge—浮動抵押」，河北法學，第 22 卷第 11 期，頁 41（2004）。

²⁴ 徐潔，擔保物權功能論，法律出版社，頁 272（2006.12）。

²⁵ 參見戴謀富，「財團抵押與浮動抵押之比較」，福建政法管理幹部學院學報，2001 年第 4 期，頁 41（2001）；唐海燕，「財團抵押與浮動抵押之比較研究」，四川教育學院學報，第 18 卷第 5 期，頁 41（2002）；鮑為民，「floating charge—浮動抵押」，河北法學，第 22 卷第 11 期，頁 44（2004）。

下，只能將財團的財產整體轉讓或出租²⁶。此外，載有負擔的財產因抵押權的追及力，較不受市場歡迎，企業自然較難轉讓該財產以獲取現金或其他經濟效益。

2、即便財團抵押的登記程序比起共同抵押²⁷已簡化許多，但在大規模的企業欲設定財團抵押的情形下，財產目錄的製作將會非常繁瑣；若有變更財團財產的必要時，該修改目錄手續更是龐雜得令人難以想像。如 1950 年日本八幡製鐵公司為製作財團抵押所需之財產目錄，即動員 35 萬人次，花費 1.7 億元，耗時一年半始完成²⁸。

3、集合財產的公示方法有別於傳統的物權公示制度，相當程度地造成物權公示的混亂²⁹。

我國在半個世紀以前，也曾經出現過財團抵押制度。民國 44 年制定仿日本立法的工礦抵押法，並以工礦財團登記辦法為配套，依上述二法規，凡工廠中之機器動產提供為債之擔保者，可辦理工礦財團登記，就其組成財團之財物設立抵押權；惟工礦財團設立之程序非常繁複，難以因應資金融通之緊急需要，況且，工礦抵押法的適用範圍頗為狹隘，僅限於公用事業、工廠或礦場，以有關國防軍需民生必需品或出口的半製品或成品為限，因此難以符合現實需求³⁰。最終工礦抵押法被動產擔保交易法所取代，民國 96 年 6 月修正前³¹的動產擔保交易法第 41 條規定：「本法施行前已依工礦抵押法設立之工礦財團抵押權，於本法施行

²⁶ 陳本寒，「財團抵押、浮動抵押與我國企業擔保制度的完善」，現代法學，1998 年第 4 期，頁 53（1998）。

²⁷ 共同抵押係指為擔保同一債權，就數標的物所設定之數抵押權，故應就各抵押物分別登記之。

²⁸ 戴謀富，「財團抵押與浮動抵押之比較」，福建政法管理幹部學院學報，2001 年第 4 期，頁 41（2001）。

²⁹ 徐潔，擔保物權功能論，法律出版社，頁 272（2006.12）。

³⁰ 詹梅鈴，從動產擔保角度論融資性租賃，中央大學碩士論文，頁 12（2004）。

³¹ 民國 96 年 6 月動產擔保物權法修正，刪除第四十一條工礦財團抵押權之處理規定，因本法施行前依工礦抵押法設立之工礦財團抵押權，現今已不再存續。參見立法院第 6 屆第 3 會期財政委員會第 12 次全體委員會會議記錄：

http://www.ly.gov.tw/ly/global/file_download.jsp?UploadPath=/ly/upload/01_introduce/0105_comm/comm_20/file&FileName=200605091028575.pdf

（最後點閱日期：98 年 3 月 16 日）

後，其不動產部分，依民法不動產抵押權之規定；其動產部分，依本法動產抵押權之規定。」自此以後，台灣物權體制中再也不見財團抵押之蹤影，學術界亦少有討論³²。

中國擔保法第34條第2款和物權法第180條第2款均明文「抵押人可以將前款所列財產（即可設定抵押之財產）一併抵押」，有論者以為此為關於財團抵押之規定³³，然而，同時亦有相反見解認為該規定對抵押人的資格、抵押標的的範圍，和抵押登記辦法均未作出與普通抵押不同之規定，因此頂多只能將其視為「共同抵押」，而不得驟下其係財團抵押之結論³⁴。

（三）浮動抵押

為了將企業財產的擔保效益發揮到極致，大陸法系發展出財團抵押，英美法系則是走上「浮動抵押」(floating charge)的道路。浮動抵押意指企業對其一定範圍內或全部財產設定抵押，現有的和將來才取得的財產落入抵押的範疇，標的物在抵押期間內可自由經營流轉，直至清償期屆至而債務人仍不履行債務，或發生當事人約定之實現抵押權的情形時，抵押財產方確定為固定抵押以償還債務。

浮動抵押較優越於財團抵押的部分在於：**其一，浮動抵押的標的物在處分上不受抵押之影響**，轉讓出去的企業財產即脫離抵押範圍，不受抵押效力之追及，新受讓的財產則自動受抵押效力所及，企業經營得以擁有高度靈活性；**其二，浮動抵押在登記上更為便利，不須製作財產目錄**，企業財產脫離或加入抵押範疇均無須變動抵押登記。惟浮動抵押最引以為傲的「抵押財產浮動性」猶如雙面刃，抵押標的為何在結晶時點前無法確定，將為抵押權人帶來莫大的風險。浮動抵押

³² 惟仍有少數學者於我國擔保物權民國 96 年修正後提出建議，或可考慮引進財團抵押和後述之浮動抵押，以期架構完整的擔保體系，有利於企業融資。參見陳榮隆，「擔保物權之新紀元與未來之展望」，台灣本土法學雜誌，第 93 期，頁 60（2007）；蔡明誠，「民法擔保物權修正對於未來理論及實務的影響及再思考」，月旦法學雜誌，第 146 期，頁 10、11（2007）。

³³ 最高人民法院物權法研究小組編，中華人民共和國物權法條文理解與適用，人民法院出版社，頁 538（2007.3）。

³⁴ 王全弟、丁怡，「試析財團抵押、浮動抵押與我國企業擔保法制的完善—兼評中國物權法草案建議稿的相關問題」，上海市政法管理幹部學院學報，第 16 卷第 5 期，頁 45（2001）。

於本文後面章節有詳盡之介紹，於此茲不贅述。

我國抵押制度的發展史上未曾出現過浮動抵押，民國 96 年擔保物權修法時亦無出現制定浮動抵押的呼聲，學說上更是少有討論。然而，中國的情形就不一樣了，雖然浮動抵押不存於擔保法，惟在中國大型工程營建中，例如電廠、道路的興造等等，浮動抵押的使用頗為常見。中國物權法制定後，浮動抵押在該法第 181 條、第 189 條、第 196 條明文化，旨在提升企業融資能力，而在中國企業體質不佳、市場未臻成熟和徵信制度不完備的情況下，浮動抵押原有的不確定性和風險性似乎以倍數增加，浮動抵押未來在中國將會如何運作，能否達成促進企業融通資金的目標，值得觀察。



第二節 抵押權的功能

一、抵押權的社會作用

債權的滿足有賴債務人清償的意願和能力，而清償能力又繫於責任財產之有無。債權成立時，或有充分的責任財產，惟此財產仍居於債務人支配之下，待債權屆期時，責任財產可能已消費殆盡，即便有所剩餘，尚須與其他債權人依比例受償³⁵，由此可知，債權之完全受償充滿不確定性。債權之擔保制度乃因運而生，以確保債權之滿足。此制度可分為人的擔保與物的擔保，前者是以第三人之信用或資力增加清償債務的責任財產，以保證契約為代表；後者則是以債務人或第三人的財產作為債權的擔保，於債務不能清償時，得就擔保標的物變價以償還債務，抵押權即屬之。

(一) 抵押權的消極作用：實現債權，發展信貸

綜上，抵押權之社會作用在於確保債務之受償，當債務人不能履行其債務

³⁵ 此乃債權平等原則運作之結果。

時，得實施擔保物權以優先清償債務。惟抵押權之實行耗費勞力、時間和費用，此債權人所提供之融資無法迅速回收，資金之運轉限於遲滯；且抵押物之交換價值難免因社會經濟狀況之變遷而有所增減，若抵押物因此價值低落，則滿足債權的希望落空。因此，確保債務之受償不如說是抵押權的消極社會功能³⁶。又，由於抵押權降低債權落空的風險，金融機構較勇於發展信貸業務，使銀行不致不斷累積不良債權和呆帳。

（二）抵押權的積極作用：蓬勃經濟，活絡市場

而抵押權的積極社會功能應係作為社會融資的手段，即誘使企業經營者用其財產設定抵押，以籌措資金，間接促成經濟之繁榮。此乃由於企業以抵押獲取融資後，可將融資轉為投資，購買機器生財，兢兢業業於企業之經營以賺取利潤，即可用來清償債務，或可用來再增添設備。增添之設備創造利潤後又可用於融資，再次形成從事經濟活動所需之資本，於是不斷循環，資本日增，企業也日益茁壯。此外，金融機關為使其授予之融資易於收回，將就企業之信用、經營方式和組織結構作調查，企業越健全則越有償債能力，自然較易獲得融資，無形之中促使企業良好發展。就這樣，金融機關和企業相輔相成，融資在社會中流通順暢，共同帶動經濟之繁榮。又，抵押制度使借款人更容易得到信貸支持，其生產力、購買力隨之增強，從而加速了商品的生產加工和上市流通，刺激工業生產及商業消費節奏加快，有利於培養貨流暢通的良好市場³⁷。

二、抵押權在中國社會中所扮演的角色

抵押權在中國直至 1995 年擔保法的制定始真正「成文化」，與其他國家相較之下，中國抵押權的發展在時間上是相當晚的，究其原因乃中國特殊的政治型態和歷史背景所致。在共產主義與計畫經濟之下，沒有私有財產設定抵押之可能，國家掌管一切資金的流動、所有產業的經營，抵押的存在並無意義。如今，中國已逐漸染上資本主義的色彩，抵押權制度也因擔保法和物權法先後地制定而得以

³⁶ 參見謝在全，民法物權論（中），作者自版，頁 345（2007.6）。

³⁷ 同前註。

建立，則抵押權在中國社會中所扮演的角色為何，值得探究。「關於中華人民共和國擔保法（草案）的說明³⁸」指出：「近年來，由於許多銀行貸款有借無還的問題長期沒有很好解決，銀行等金融部門為了減少信貸風險，越來越多地採用抵押貸款的方式，許多企業為了商品交易安全，也採取了多種擔保方式。隨著社會主義市場經濟的發展，擔保的作用越來越重要。...為了進一步完善擔保制度，促進資金融通和商品流通，維護銀行貸款和商品交易的安全，保護當事人的合法權益，維護經濟秩序，促進社會主義市場經濟的健康發展，制定擔保法是十分必要的。」因此，本文以為，抵押權對於中國的意義在擔保法第1條中已表露無遺——**促進資金融通和商品流通、保障債權實現，和發展社會主義市場經濟。**

依所有權歸屬進行制度調整，再加上穩定經濟的措施，已足使發展中國家（例如中國）的經濟管理變得更加合理有序，但由於種種原因，貨幣和實物在各個經濟主體間的分布總是處於不平衡狀態，擁有貨幣者不見得擁有實物，反之亦然。而擁有實體財產的主體當然可以透過買賣、租賃等途徑換取貨幣資金，惟或是因為不願意喪失其財產，抑或是因為該財產為生活、生產所必須，均將導致無法藉系爭財產獲得資金的結果，偏偏資金是使其實體財產發揮最大效用的利器。以借貸方式來籌措資金將是解決此一困境的方法之一，故此時國家需要完善的貨幣和投資工具以周全其財產權系統³⁹。因在實際經濟生活中，並非所有債務人在債權期滿時都有充足的償債能力，從而抵押作為一擔保債權的手段即在交易往來中占有一席重要的地位。在抵押制度的輔助下，債權實現可能性大增，交易安全得到有力保障，債權人將放心大膽地貸放手中資金，進而加快貨幣循環過程，促進資金融通。

建立社會主義市場經濟體制是中國經濟改革的目標，惟市場經濟自由競爭、複雜多變，風險和投機無所不在，因而不論是放貸之銀行、預先付款的買受人，或是已交付商品的出賣人，均非常關注債務人的履約能力，以及債權得否屆時穩當地實現。抵押作用的發揮，不僅提供債權最終救濟途徑、維護交易安全、加速資金和商品的流通，最重要的是，它促進市場各要素的充分結合。對中國發展市場經濟而言，抵押無疑係一塊不可或缺的基石。

³⁸ 顧昂然，關於中華人民共和國擔保法（草案）的說明，全國人大常委會公報，1995年第5期。

³⁹ See HERNANDO DE SOTO, THE MYSTERY OF CAPITAL 211(2000).

第三節 小結

一個人擁有一個物時，他可以轉讓該物以享有它的所有權價值，他可以使用該物以享有它的用益價值，擔保制度則是將物的價值發揮到淋漓盡致的最後一步——他可以抵押該物以享有它的交換價值。事實上，單單物／資產本身無法藉由分割、結合和調用進入交易過程，如此對於社會運作不會產生任何效果，因為它們不會誘使人們產生創造資本的動機，不會讓人們負擔相應之義務，也不會將契約變得有效。上述物的所有權／用益／交換價值均來自於現代的財產權法律，只有法律能將資產的經濟潛力從單純的物質狀態萃取出來，人們從而得發揮、實現物的價值特性，進而使資產進入經濟和投資的循環狀態⁴⁰，抵押權正是具有如此功能的法制度。

抵押權存在的目的在於實現債權、發展信貸、蓬勃經濟和活絡市場，在一個國家決心走上商品經濟的道路時，抵押制度即成為不可或缺的輔助工具。透過抵押制度，債權有了保障，貸與人因而樂於釋出資金；在抵押人易於取得資金的同時，抵押物所有人不須移轉占有，亦不須放棄其原來使用該物的習慣和模式。而企業為取得融資，將力求其體質之健全，信用之堅固，交易主體因此日漸成長，消費能力和生產能力與日俱增；再加上資金一來一往，投入生產，創造利潤，後或可再度進行擔保以融資，亦得另行投資，擴大經營觸角——抵押制度在財產體系和商品市場所扮演的重要角色不言自明，因為有周全的抵押制度，經濟的發達及交易的安全得以兼顧。

擔保物權之沿革，是由占有標之物之擔保物權（占有質、古質），發展至不占有標之物之擔保物權（非占有質、新質），可見其係順應社會經濟之需要而蛻變。抵押權制度自典型抵押權而至非典型抵押權，自特定物之抵押權而至流通性財產之抵押權，自單一物之抵押權而至集合物，甚至整體財產為擔保之抵押權，均是配合經濟之成長、融資之需求而次第建立⁴¹。台灣的民法體系中，一開始只

⁴⁰ *Id.* at 157.

⁴¹ 參見謝在全，民法物權論（中），作者自版，頁 345、346（2007.6）。

有不動產抵押，爾後動產抵押、最高限額抵押陸續出現；中國則從不動產抵押、動產抵押，推進到浮動抵押。簡言之，不論是我國還是中國，其抵押權亦是循相同路徑—因應經濟和融資發展—而逐步建立。

抵押權制度實為左右市場資金流量的一隻手，不僅在市場經濟體制下如此，連社會主義立國的中國大陸亦力求強大其抵押制度，從散落在各法令規則中單薄零星的規定，到首次專為擔保制度立法的擔保法，再到體系更加完備的物權法擔保物權編，中國的抵押制度也隨著融資的日趨頻繁運用而逐漸成長茁壯。





第四章 中國抵押權之法制發展沿革

第一節 中國抵押制度之演進

中國建國之初，試圖以蘇聯法律制度為藍本創設新的法律架構和制度基礎，藉此改變以往的社會治理方式，但在法律資源相對薄弱的困境下，加諸政治運動更迭與隨之而來的文化大革命的災難性影響，這種法制的嘗試幾乎走向崩潰邊緣。再者，按照蘇聯模式所建立的高度計畫經濟體制，國家對經濟生活實行一元化的全面直接控制，此種將指令性計畫作為資源配置方式的經濟體制造成法律的束縛，使其無法作為推動法制轉型和變革的資源。法制的運作與適用要一直等到改革開放之後才逐漸得到應有的重視¹。

中華人民共和國涉及抵押權的規定亦不例外地經過上述過程，依據共產黨政策，和人民政府發布之各種綱領、法律、條例、決議而產生，隨著經濟體制和社會條件的更嬗而轉變。其發展演變無庸置疑地係以 1978 年實行改革開放為轉捩點。

1993 年中國政府對中華人民共和國憲法(1982 年 12 月，以下簡稱為「憲法」)進行經濟改革以來最大幅度地體制性修正，其中最為突顯的便是將憲法第 15 條「I 國家在社會主義公有制基礎上實行計畫經濟。II 國家通過經濟計畫的綜合平衡和市場調節的輔助作用，保證國民經濟按比例地協調發展。III 禁止任何組織或者個人擾亂社會經濟秩序，破壞國家經濟計劃。」修改為「I 國家實行社會主義市場經濟。II 國家加強經濟立法，完善宏觀調控。III 國家依法禁止任何組織或個人擾亂社會經濟秩序。」儘管中國朝市場經濟的改革發展已累積一段時日，憲法的修正仍有重要意義—官方肯定市場經濟的正式宣示；值得我們注意的是，此際的中國需要一個與市場經濟相容的法律規律與適用²。擔保法和物權法即是在上述之市場經濟的迫切需要中因運而生。

¹ 王文杰，嬗變中之中國大陸法制，國立交通大學出版社，頁 147 (2008.6)。

² 同前註，頁 263 (2008.6)。

一、計畫經濟（1949—1978）

1949年後的約莫30年，中國一直實行單一的公有制和計畫經濟體制。在此種經濟制度下，一切交易生產活動都是按國家計畫實施，企業沒有自身的經濟利益，經營所需的生產資料統一依國家計畫供給，成品也照國家計畫進行調撥，因此，真正意義的市場並不存在，當然更無市場風險可言。擔保法制作為化解市場風險的法律手段，顯無制定之必要³。

析言之，中國共產黨在這段時間內完成社會主義改造政策。實現企業國家化；透過合作化和人民公社化建立土地公有制；採用行政方式組織社會的生產與分配，商品性質淡出市場；限制企業的資金流動，操作行政手段使銀行信貸流於形式—此時中國實際上已消滅了私營企業之存在，企業的生產、供應和銷售完全成為國家計畫之一部。債的發生和履行均係為了實現國家經濟計畫，從而債的擔保就是國家透過銀行等貸與人對企業進行監督。例如，國營企業向銀行貸款設定抵押權，若發生欠債不還的狀況，往往是透過行政手段解決，銀行不會真的去執行抵押物。又如，銀行對於集體企業貸款而設立的抵押權，也很少走上變賣、拍賣抵押財產之路；當債務人給付不能時，銀行或是通知其上級機關加強監督、改善經營，待其情況好轉再返還貸款，抑或是直接發布指示，由企業所在地的黨政領導向企業宣傳國家收貸政策，促其還款。綜上所述，國有銀行和公有制企業間之信貸關係中，擔保手段不過只是形式，沒有真正價值和意義的抵押制度⁴。

二、1978年改革開放—1995年擔保法制定前

1978年中國共產黨決定實行改革開放政策，中國從高度集中之計畫經濟，逐漸向社會主義市場經濟轉型。由於中國黨政領導機構在政策與法律上承認了市場經濟的合法地位，從而為民事立法之發展提供了依據。擔保法制既然是民事關係的重要環節，出於融資信用和經濟發展之需求，其立法日益受到國家重視⁵。

³ 徐潔，擔保物權功能論，法律出版社，頁303（2006.12）。

⁴ 參見李蕙織，兩岸擔保制度之研究—以保證為中心，中國文化大學碩士論文，頁8、18（2003）。

⁵ 同前註，頁9。

（一）經濟合同法

當時，為了因應商品經濟的需求，規定市場交易規則的「中華人民共和國經濟合同法」（1982，以下簡稱為「經濟合同法」）首先受到重視。經濟合同法頒布實施之當時，約有 80% 的農工業產值是通過計畫調撥和統購統銷來實現，故經濟合同法理所當然地帶有濃厚的計畫經濟色彩—經濟合同既是使國家計畫貫徹和具體化的重要依據，也是制訂計畫的必要補充。因此，經濟合同法的宗旨便是：經濟合同應確保國家政策和計畫的貫徹執行⁶。更甚者，在相關條文中亦一再強調計畫高於一切，計畫涵蓋了合同法的大部分內容：屬於國家指令性計畫產品和項目的經濟往來，必須按國家下達的指標，結合本單位的實際情況簽訂經濟合同；變更和解除的經濟合同如涉及國家指令性計畫產品或項目，應報下達該計畫的主管部門批准⁷。惟在該法中僅規定了定金和保證兩種擔保形式⁸，而無規範抵押等物的擔保。



（二）民法通則

1、立法背景

1986年4月21日頒布，並於1987年1月1日施行的「中華人民共和國民法通則」（以下簡稱為「民法通則」），是大陸民事法律制度發展中一個重要里程碑。其頒布施行最具意義者在於：民事法律關係與國家行政法律關係獲得區分⁹

⁶ 這個概念從經濟合同法第1條：「保障國家計畫的執行，促進社會主義現代化的發展，特制定本法。」和第4條：「訂立經濟合同，必須遵守國家的法律，必須符合國家政策和計畫的要求。」即可清楚看出。

⁷ 參見王文杰，嬗變中之中國大陸法制，國立交通大學出版社，頁185-186（2008.6）。

⁸ 1982年經濟合同法第14條：I 當事人一方可向對方給付定金。經濟合同履行後，定金應當收回，或者抵作價款。II 給付定金的一方不履行合同的，無權請求返還定金。接受定金的一方不履行合同的，應當雙倍返還定金。

同法第15條：經濟合同當事人一方要求保證的，可由保證單位擔保。保證單位是保證當事人一方履行合同的關係人。被保證的當事人不履行合同的時，由保證單位連帶承擔賠償損失的責任。

⁹ 中國在1956年以來，實行幾十年的社會主義計畫經濟體制，不僅導致個人利益的虛置（例如合同契約自由的應用被抽離），而且導致國家權力的全能主義，個人利益被普遍公有化和「大公

(或是說公法與私法分際的確認)；具體的表現在該法第2條「中華人民共和國民法調整平等主體的公民之間、法人之間、公民和法人之間的財產關係。」這一條文確認對於民事法律關係中當事人地位平等的原則，揚棄過去對於商品經濟關係的否定¹⁰。

民法通則頒布時間所在的背景環境，尚處於計畫經濟體制逐漸改革發展之中，整體民事法律制度仍在建置之初，其必然存在歷史的侷限，立法者本身亦明確宣示此一事實：「由於民法牽涉範圍很廣泛，很複雜，經濟體制改革剛開始，我們缺乏經驗，制定完整的民法典的條件尚不成熟，只好先將那些急需的、比較成熟的部分，制定單行法。...但是民事活動的一些共同問題，如公民和法人的法律地位、民事法律行為、民事代理、民事權利、民事責任、時效等，還缺乏法律規定。...現在已有可能對民事活動中一些共同性問題作出法律規定，但是仍然有些問題還看得不清楚，考慮到民法通則還不是民法典，草案可以對比較成熟或者比較有把握的問題作規定，一些不成熟，把握不大的問題，可以暫不作規定¹¹。」簡言之，**民法通則並非一部民法典，而只是關於民事關係的基本法律。**

受改革初期「宜粗不宜細」立法原則的影響，使得民事立法在一開始便決定：內容不宜包括過多，能夠以單行法規解決的具體問題，盡量由單行法規解決，需要作出統一規定的共同性問題者（如法人制度、合同一般原則）則應由民法來解決¹²。這不僅造成立法遠遠落後於實務上運作的需求，更造成許多無法可依的法律「真空」。正因為法律內容過於抽象、粗略、概括、缺乏可運作性，往往擴大了司法權的裁量空間，甚至使法律在頒布實施之際便變形走樣，民法通則正是一

無私」的觀念所淹沒。因此，「公法」與「私法」間明確界線顯不存在。

¹⁰ 觀之民法通則156條條文，可以發現絕大多數的規定主要圍繞著民事主體資格的確認、民事主體的財產權利及其進行商品交易的原則和規範，亦即以法律形式對商品交易的三個前提加以保障與確認。1984年中共十二屆三中全會通過「中共中央關於經濟體制改革的決定」，明確指出中國經濟是有計劃的商品經濟，民法通則正是對此作出回應。政策的相對放寬，致使民事主體的呈現更為多元，且在交易中更重視主體間的平等法律關係。參見佟柔編，民法總則，中國人民公安大學出版社，頁7、8（1992）。

¹¹ 王漢斌，關於中華人民共和國民法通則（草案）的說明，全國人大常委會公報1986年第4號，頁25、26。

¹² 陳漢章，「為創立我國新型的社會主義民法而努力」，民主與法制，1981年第10期，頁4。

個顯例¹³。因此，民法通則的結構與精神並非是一部民法典，也不具有類似我國民法總則的地位。從現在的角度上言，更像是一部紀錄計畫經濟體制下民事法律的活化石而已。

2、民法通則中的物權規定

民法通則的立法因為當時具體計畫經濟背景下的環境所影響，致使涉入許多計畫經濟的痕跡，其中民法中應有的「物權」和「物權制度」被政治經濟學上的「所有權」和「所有制」所取代¹⁴。這除了反映當時經濟體制對其之影響外，同時也顯現社會主義國家的民事法律思維—蘇聯法學不承認「物權」的多元性，認為那是資本主義法律的特點。當取消了生產資料所有制之後，在所有制的區分上就只有國家所有和集體所有¹⁵，這一理念為中國所採用，也同時與其計畫經濟相適應。儘管在經濟體制改革之後，立法者也理解到社會環境與經濟活動的快速變遷，對於財產權將會衝擊現有法律的規範，但是在意識型態上，在此時期尚未快到可以完全將「物權」的概念載入在法律條文中¹⁶。隨之在中國經濟體制日益深化發展之後，對於物權法律制度的要求越加殷切，土地管理法（1986、1988、2004）、城市房地產管理法（1994）、農村土地承包法（2002）、擔保法（1995）等法律以及相關配套法規等陸續出現，對物權相關制度作了不少補充周延的規

¹³ 參見王文杰，嬗變中之中國大陸法制，國立交通大學出版社，頁 195-197（2008.6）。

¹⁴ 民法通則中對於所有制的劃分很大程度上是受到蘇聯民法的精神所影響，1964 年蘇聯民法第 58 條規定「在法律規定的範圍內，所有人對於財產有占有、使用、和處分的權利。」這裡明顯地摒棄了所有權絕對的思想，承認其他法律上的限制，或者宣告了物是受經濟、社會使命或是他人權利的制約的。不言而喻，由於土地的私有已經被廢除，所有權僅限於動產所有權，而且根據權利主體的不同，對國家所有權、合作社所有權和個人所有權三種所有權的型態而加以區分，其中給予國家所有權最廣泛的確認，而個人所有權的內容則最為狹隘。這的確可稱之為蘇聯民法中最具特色之處。間接地亦影響到同是在計畫經濟體制之下的中國大陸民事立法。

法國學者 Duguit 認為，所有權已經不是權利，而只是一種社會性功能（function social）而已，所有權人不僅是以所有物來滿足其個人的慾望，還須為了公共的必須和國家以及所屬團體的需要而利用該所有物的「義務」和「權能」。

參見大木雅夫著，范愉譯，比較法，法律出版社，頁 224（1999）。

¹⁵ 中國憲法一直到 1988 年的修正中才「允許私營經濟在法律規定的範圍內存在和發展」。並在 1999 年的修正中才放寬為「堅持公有制為主體、多種所有制經濟共同發展的基本經濟制度」。

¹⁶ 陳弘毅，法治啟蒙與現代法的精神，中國政法大學出版社，頁 170（1998）。

定，以滿足具體經濟社會發展的需求。惟這些法律制度本身，尚難完整且周延地對應於快速發展的中國經濟現狀與需求。

3、民法通則中的抵押權規定

民法通則明文規定了物的擔保。該法將保證、抵押、定金和留置權等擔保方式一併規定於第 89 條：「依照法律的規定或者按照當事人一方要求保證的，可以採用下列方式擔保債務的履行：（一）保證人向債權人保證債務人履行債務，債務人不履行債務的，按照約定由保證人履行或者承擔連帶責任；保證人履行債務後，有權向債務人追償；（二）債務人或者第三人可以提供一定的財產作為抵押物。債務人不履行債務的，債權人有權依照法律的規定以抵押物折價或者以變賣抵押物的價款優先得到償還；（三）當事人一方在法律規定的範圍內可以向對方給付定金。債務人履行債務後，定金應當抵作價款或者收回。給付定金的一方不履行債務的，無權要求返還定金；接受定金的一方不履行債務的，應當雙倍返還定金；（四）按照合同約定一方占有對方的財產，對方不按照合同給付應付款項超過約定期限的，占有人有權留置該財產，依照法律的規定以留置財產折價或者以變賣該財產的價款優先得到償還。」在民法通則中，抵押權似乎被定性為「債權」，而非物權，且由於受到前蘇聯民法理論的影響，民法通則中的抵押實際上包括了傳統的抵押權和質權兩種擔保形式。此外，只要是具備價值性、可讓與性的財產，均得設定抵押，對標的物未作不動產、動產或權利等的區分¹⁷。本文以為，此條文規定終究太過簡略，只針對擔保的種類和實行效果規範之，根本無法形成完整的擔保法律制度，再加上當時未能及時制定拍賣¹⁸、登記¹⁹等公示和執行的配套措施，使「民法通則」中所規定的擔保方式幾乎不能適用。此外，國務

¹⁷ 參見中國人民銀行研究局、世界銀行集團外國投資諮詢服務局、國際金融公司中國項目開發中心，中國動產擔保物權與信貸市場發展，中信出版社，頁 109（2006.1）。

¹⁸ 中華人民共和國拍賣法於 1996 年 7 月 5 日通過。晚於民法通則。

¹⁹ 關於登記之法規：農村集體土地使用權抵押登記的若干規定（1995）、城市房地產抵押管理辦法（2001）、中華人民共和國民用航空器權利登記條例（1997）、中華人民共和國船舶登記條例（1994）、企業動產抵押物登記管理辦法（2000）、森林資源資產抵押登記辦法（2004）、機動車登記規定（2004）、公證機關辦理抵押登記辦法（2002），以上登記相關規定均晚於民法通則而制定施行。

院的行政法規²⁰和最高人民法院之司法解釋²¹，雖然對擔保制度有較多規定，但行政法規效力等級較低²²，司法解釋則係最高人民法院對於在審判過程中如何應用法律所做的解釋²³，難以對擔保關係作出詳盡規定；至於各金融機構所制定之關於擔保的規章²⁴，由於立法層次過低又彼此不統一，不能作為司法工作的審判依據²⁵。

雖然民法通則中對於抵押制度僅作原則性規定，又相當地含混籠統，但卻是中國抵押權的立法起點，為中國抵押制度的運作奠定了法律基礎。

三、1995 年擔保法

(一) 擔保法的現身

中國社會主義公有制的產物—國有企業和合作企業—在面臨市場經濟的改革之際，無法馬上排除來自政府的行政干預，也難以立即釐清自身產權權屬不明的問題，這使得企業缺乏自主經營的權利和清償債務的能力。因而產生的合同秩

²⁰ 舉例而言，境內機構對外提供外匯擔保管理辦法、外匯擔保辦法、關於外商投資企業外匯抵押人民幣貸款的暫行辦法、中國人民銀行外匯抵押人民幣貸款暫行辦法、中國人民銀行關於統一執行抵押貸款利率有關事宜之通知等等。

²¹ 舉例而言，關於人民法院審理借貸案件的若干意見、最高人民法院關於在審理經濟合同糾紛案件中具體適用經濟合同法的若干問題的解答等等。

²² 中華人民共和國立法法（2000年3月）第79條：法律的效力高於行政法規、地方性法規、規章。行政法規的效力高於地方性法規、規章。

²³ 中國並不是在改革開放以來便有一個完整的法制建設藍圖，而是逐步地隨著社會改革深入而不斷提出新的法律體系的規劃，致使法律中空白條款過多，法律內容過於原則。經濟改革逐漸加深之際，相關立法因而呈現滯後的情況，無法適應新型態經濟案件的需求。為解決此一困境，方法之一便是利用司法解釋，亦即在保證現行立法相對穩定性的前提下，擴大司法機關的管轄權限，加強司法解釋，立法只作原則性的規定，具體標準由最高人民法院與最高人民檢察院規定，從而使司法解釋具有「準立法」的職能。

²⁴ 舉例而言，中國工商銀行抵押貸款管理暫行辦法、中國人民建設銀行貸款抵押管理規定、中國銀行辦理外匯抵押人民幣貸款暫行辦法等等。

²⁵ 中華人民共和國民事訴訟法（1991年4月）第6條：I 民事案件的審判權由人民法院行使。II 人民法院依照法律規定對民事案件獨立進行審判，不受行政機關、社會團體和個人的干涉。

序混亂、合同履約率不高和拖欠債務等嚴重問題，累積至 1990 年左右已到達高峰，形成所謂的「三角債」問題。「三角債」係對企業惡性債鏈的俗稱，指企業之間相互拖欠債務，形成企業之間三角，甚至多角的債務關係。三角債不僅存在於國有企業間，也涉及不同行業（如銀行）間的拖欠。三角債代表著企業信用不佳，國有企業的高負債似乎是正常現象，銀行不良債權同時迅速增加²⁶。有鑑於此，金融機構為減少信貸風險，越來越頻繁地使用抵押貸款，保障交易安全的呼聲日切，擔保法於 1994 年 1 月開始起草，1995 年 6 月 30 日在眾人的殷殷期盼下誕生，同年 10 月 1 日起施行。擔保法以人的擔保、物的擔保和金錢的擔保為規範對象，體系較為完整，無論是擔保物權的設定還是可行性，都有顯著的進步。

擔保法為中華人民共和國建國後第一部關於擔保制度的基本法，也是使抵押權有正式的法律依據以為適用，改變過去以司法解釋²⁷作用支離破碎的規範形式。擔保法第 1 條規定其立法目的—「促進資金融通和商品流通，保障債權的實現，發展社會主義市場經濟」，發展社會主義市場經濟，須活絡資金，暢通商品之流動，而擔保在融通資金和流通商品過程中所發生之債之關係中，扮演關鍵性的角色。企業藉由借貸取得其生產經營所需之資金，銀行等金融機構依靠資金的流動獲取效益，為減少信貸的風險，擔保誠為企業融資不可或缺的工具；同時，各經濟主體在商品交易過程中，為確保債權實現和交易安全，擔保亦係一重要的手段。不論是全國性的三角債問題，還是私人間的債務糾紛，或多或少都涉及擔保的課題，惟擔保法之前的民法通則、經濟合同法等法規，均未對擔保作充分規定，且條文形式散亂又難以操作，為滿足經濟生活的要求，制定擔保法確有其必要，擔保法更對建立和完善中國的債權擔保制度有深遠的意義。

該法其後的五個章節，分別規定了保證、抵押權、質權、留置權和定金五種擔保方式。在抵押權方面，與 1986 年的民法通則相較之下，區分了抵押權和質權，關於公示制度、設權要件、標的物範圍（明文動產抵押權）、抵押當事人間的權利義務，以及實現抵押權的方法和程序均填補了原本的立法空白；承認最高

²⁶ 參見李蕙織，兩岸擔保制度之研究—以保證為中心，中國文化大學碩士論文，頁 12（2003）。

²⁷ 例如，最高人民法院關於靈山縣公安局對其工作人員擅自以所在單位名義對外提供財產保證，應否承擔民事責任問題的答覆（1991）、最高人民法院關於借款合同當事人未經保證人同意達成新的「財產抵押還款協議」被確認無效後，保證人是否繼續承擔擔保責任的請示的答覆（1991）、最高人民法院關於財產保險單能否用於抵押的復函（1992）、最高人民法院關於企業職工利用本單位公章為自己實施的民事行為擔保企業是否應承擔擔保責任問題的函（1992）…。

額抵押權，便利連續性交易的進行。此外，擔保法中關於抵押的規範亦反映了當時中國的意識形態：例如，第 34 條第 1 款第 5 項²⁸抵押人依法承包並經發包方同意抵押的「四荒」土地使用權得抵押，第 37 條²⁹土地所有權和耕地、宅基地、自留地、自留山等集體所有的土地使用權不得抵押，同條亦禁止以土地和社會公益設施抵押之……這些規定均體現了中國社會主義公有制的性質和要求³⁰。

後來於 2000 年 12 月 13 日最高人民法院公布「關於適用中華人民共和國擔保法若干問題的解釋」（本文以下均簡稱為「擔保法司法解釋」），該解釋結合了五年來對擔保法的理論研究和實務經驗，盡可能對擔保法的不足和錯誤彌補和糾正，補充具體規定，澄清適用歧異，大大提高擔保法的可操作性³¹。

（二）擔保法的缺失

擔保法與先前零散的擔保規定相較之下，堪稱完備，惟中國經濟發展快速得令人難以想像，國內和外資企業頭角崢嶸，對於擔保、融資的需求只增不減，擔保法漸漸地也陷入立法落後之困境，無法再應付中國市場經濟發展的需要，故物權法擔保物權編終在二十一世紀的中國大陸，那個曾經奉馬克思主義為主臬的中國大陸，粉墨登場。以下就擔保法缺失之處略述之：

1、債權、物權規定混雜—擔保法不僅規定擔保物權，同時包括保證、定金等以債權形式進行的擔保，以一部法律囊括所有擔保類型，看似建立一完整擔保體系，實則忽略債權和物權固有之差異³²。

²⁸ 擔保法第 34 條第 1 款第 5 項：下列財產可以抵押：…（五）抵押人依法承包並經發包方同意抵押的荒山、荒溝、荒丘、荒灘等荒地的土地使用權；…。

²⁹ 擔保法地 37 條：下列財產不得抵押：（一）土地所有權；（二）耕地、宅基地、自留地、自留山等集體所有的土地使用權，但本法第三十四條第（五）項、第三十六條第三款規定的除外；（三）學校、幼兒園、醫院等以公益為目的的事業單位、社會團體的教育設施、醫療衛生設施和其他社會公益設施；（四）所有權、使用權不明或者有爭議的財產；（五）依法被查封、扣押、監管的財產；（六）依法不得抵押的其他財產。

³⁰ 參見中國人民銀行研究局、世界銀行集團外國投資諮詢服務局、國際金融公司中國項目開發中心，中國動產擔保物權與信貸市場發展，中信出版社，頁 110（2006.1）。

³¹ 徐潔，擔保物權功能論，法律出版社，頁 307（2006.12）。

³² 同前揭註 30。

2、動產抵押實益不大—擔保法雖對動產抵押的標的採取寬泛的範圍³³，但在實務中卻少有作用，因大多數的登記機關漠視登記事務，有關登記的行政規定又無法及時配套，使動產抵押公示效果不佳，難以產生應有的抵押效力³⁴。

3、抵押類型並無隨著時代進步而推陳出新—外國立法跟著商品經濟的巨輪持續前進，發展出許多特殊的抵押權，例如最高限額抵押、財團抵押、浮動抵押等等，不僅細部規定越來越具體，實務上也越來越普遍。在中國，不但沒有特殊抵押權的制度，最高額抵押權的規定也只有四條³⁵，十分粗糙簡略，難以周延呼應實際上對法律制度之需求³⁶。

4、混亂的抵押公示制度—擔保法並非按照一般常見的分類方式，依動產和不動產的不同性質來確定其物權變動方式。依擔保法第 41 條³⁷、第 42 條³⁸、第 43 條³⁹，企業財產和交通工具都採用與不動產一樣的登記生效主義，須登記方生物權變動之效力；其餘動產則是用登記對抗主義，是否登記不影響抵押權之成立。因此，動產和不動產的分類沒有在權利設定的方式上起任何作用，易造成當事人的混淆和誤解。

此外，擔保法依標的物的不同，由不同行政部門管理登記事務，中國學界和

³³ 擔保法第 34 條第 1 款：下列財產可以抵押：...（四）抵押人依法有權處分的國有的機器、交通運輸工具和其他財產；...（六）依法可以抵押的其他財產。

³⁴ 參見徐潔，擔保物權功能論，法律出版社，頁 308（2006.12）。

³⁵ 擔保法第 59-62 條，僅就最高額抵押之定義、適用範圍、主債權的禁止轉讓和法律適用粗略規定之，難以使用。學者認為，擔保法在最高額抵押權的價值判斷和功能定位上均有偏差，不僅最高額抵押之擔保債權確定等規定付之闕如，現有規定亦存有重大瑕疵（如最高額抵押的主合同債權不得轉讓）。

³⁶ 同前揭註 34。

³⁷ 擔保法第 41 條：當事人以本法第四十二條規定的財產抵押的，應當辦理抵押物登記，抵押合同自登記之日起生效。

³⁸ 擔保法第 42 條：辦理抵押物登記的部門如下：（一）以無地上定著物的土地使用權抵押的，為核發土地使用權證書的土地管理部門；（二）以城市房地產或者鄉（鎮）、村企業的廠房等建築物抵押的，為縣級以上地方人民政府規定的部門；（三）以林木抵押的，為縣級以上林木主管部門；（四）以航空器、船舶、車輛抵押的，為運輸工具的登記部門；（五）以企業的設備和其他動產抵押的，為財產所在地的工商管理部門。

³⁹ 擔保法第 43 條：I 當事人以其他財產抵押的，可以自願辦理抵押物登記，抵押合同自簽訂之日起生效。II 當事人未辦理抵押物登記的，不得對抗第三人。當事人辦理抵押物登記的，登記部門為抵押人所在地的公證部門。

實務界普遍認為如此規定導致登記信息分散，削弱登記應有的公示效果，增加當事人檢索難度和交易成本⁴⁰（詳見第五章第一節）。

5、超額抵押和重複抵押禁止的規定不合理—擔保法第 35 條⁴¹限制超額抵押和重複抵押，不只是一否定了抵押物交換價值的充分利用，更違背了契約自由、當事人自治原則（詳見第五章第一節）。

6、抵押權之實程序繁雜—依擔保法第 53 條第 1 款的規定，凡抵押權人與抵押人就抵押權的行使不能達成協議者，抵押權人只能向人民法院提起訴訟，而不能直接請求法院強制執行抵押物。無庸置疑地，以訴訟方式實現抵押權增加了抵押交易的成本（詳見第五章第四節）。

7、無統一的優先權制度—民法通則和擔保法均未對優先權作出有系統地規範，而只在中國的擔保法司法解釋、民事訴訟法、海商法和民用航空法等法規中有零星分散的規定，這樣不清楚、不周全的規定可能導致抵押實程序中出現糾紛或不公平的情事⁴²。

四、2007 年中華人民共和國物權法—中國私有化進程的里程碑

1952 年中共開始進行社會主義改造，四年後宣布改造完成，社會主義公有制自此確立。中國共產社會狀態走了二十多載，1978 年中共進行改革開放，私營經濟才又重新萌芽，使中國逐漸脫離貧困和短缺。當經濟體制改革促進了人民財富的積累之後，以憲法保障財產權便形成一個迫切性的訴求。如果財產權得不到周延的保護，人們進行理性成本收益預算的動機將會受到遏制，從而將衍生一些弔詭經濟現象。現行中國所常見的資本外逃以及民間投資活力不足的現象，在一定程度上與保護私人財產的法律制度不完善有著極大的正相關⁴³。故 2004 年中國憲法修正，「保護私有財產權」的概念初試啼聲，惟此信念未能完全深植於

⁴⁰ 參見高聖平，物權法擔保物權編，中國人民大學出版社，頁 149-152（2007.4）。

⁴¹ 擔保法第 35 條：I 抵押人所擔保的債權不得超出其抵押物的價值。II 財產抵押後，該財產的價值大於所擔保債權的餘額部分，可以再次抵押，但不得超出其餘額部分。

⁴² 參見中國人民銀行研究局、世界銀行集團外國投資諮詢服務局、國際金融公司中國項目開發中心，中國動產擔保物權與信貸市場發展，中信出版社，頁 112（2006.1）。

⁴³ 王文杰，「中國大陸現行憲法第四次修正評析」，月旦法學雜誌，第 109 期，頁 247（2004.6）。

中國的社會與人心。直到 2007 年物權法制定施行後，英國諺語「風進，雨進，國王不能進」— 這樣「私人所有權神聖」的原則，才真正確立下來。

（一）物權法的發展

2004 年中國憲法修正係物權法頒布的重要基礎。2004 年中國憲法修正前，第 13 條原條文為「國家保護公民的合法收入、儲蓄、房屋和其他合法財產的**所有權**。」此次修憲改為「公民的合法**私有財產權**不受侵犯。」亦即過去憲法內涵中，私有財產在計畫經濟的制度下都是公有制，對於私有財產的保護側重於公民的個人生活資料之上，而生產資料所涉及之範疇的維護顯有不足⁴⁴，修正後改變過去列舉私有財產的限定方式，在文字上以「財產權」代替「所有權」，擴大了對於私有財產的保護範圍，使公民所有權以外的其他物權、債權、投資性資產，以及知識產權等方面的財產權都在憲法保障範圍之內。蓋在市場經濟的基礎下，公民的財產型態具有複雜的多樣性，財產所有權只是物權的一種主要型態，過去的表述方式使得財產的保障具有侷限性，為鼓勵公民增加和保護其財產，故中國在 2004 年憲法修正中，對以生產資料的財產權採取積極的憲法評價⁴⁵。

當非公有制經濟日漸蓬勃之際，私有財產入憲不僅僅在於回應對其保護之訴求，更深刻的意義在於公民個人的私有財產價值在憲法中得到凸顯。一般各國憲法中所賦予對於私有財產權的保護係作為一項公民基本權利，本質上屬於防禦國家侵害的權利，使其不致受到不當干預。但是中國現行憲法有關公民的私有財產的保障規定，卻置於第一章「總綱」部分⁴⁶，被視為一項基本的經濟政策，地位錯置。與此相應，在中國有關憲法學的教材或是論述體例中，財產權一般均未作

⁴⁴ 1954 年憲法中便已確認上述原第 13 條第 1 項，此規定係移植於前蘇聯憲法而來。該條文的實質意義是，在單一公有制的基本經濟制度下，僅承認公民的生活資料，而排斥私人所有的生產資料。

⁴⁵ Wen-Chieh Wang & Min-Chiuang Wang, *The 2004 Amendment to China's Constitutional Law*, 6 No.2 Perspectives, 37-46 (Jun. 30, 2005).

⁴⁶ 中國憲法將私有財產的保護列在「總綱」一章之中，而未放在第二章「公民的基本權利與義務」一章，可見立憲者當時把公民的私有財產主要理解為所有制的一環，而不是作為公民的個體權利。私有財產應先是公民的基本權利，所有制則是私有財產的結果，而不是它的前提。參見唐忠民、陸幸福，「關於修改現行憲法的幾點建議」，現代法學，第 25 卷第 6 期，頁 108（2003）。

為公民的一項基本權利加以列舉和闡釋⁴⁷。儘管「公民的合法私有財產權不受侵犯」在憲法中獲得確認，意味著社會主義執政者面對市場經濟發展的要求，摒棄對於私有財產的傲慢與偏見⁴⁸，但是其作為公民的一項基本權利才是真正反應憲法基本精神的表彰，簡言之，私有財產的保護並未因憲法第 13 條而徹底落實。

繼 2004 年中國憲法第 13 條明言「公民的合法的私有財產不受侵犯」之後，物權法的起草、制定和施行更顯現中國保護私有化改革成果，肯定私有財產的決心。縱使海峽對岸仍一再地自稱為「中國特色的社會主義」，物權法的制定似乎象徵著中國終究還是妥協於資本主義和市場經濟，正是因為物權法涉及多方錯縱複雜的利益關係和國家根本的經濟制度，在其發展的過程中引起許多爭議和討論。其中最引人注目的，莫過於北京大學法學院教授鞏獻田的大聲疾呼；鞏教授認為，物權法背離了馬克思主義的傳統和概念，迎合了資產階級自由經濟的謬誤⁴⁹。物權法草案創下中國立法史上的紀錄，經過全國人民代表大會常務委員會七次審議後方塵埃落定⁵⁰。物權法的施行使中國私有財產之保護有更為基本的法律支撐著，而不再是憲法上遙不可及的信念。

事實上，物權法的實施已無關乎意識形態，而是中國漸進式改革中，各政治與經濟層面相互博弈交流後，在中國內部自然產生的制度演化⁵¹，因為早在 1992 年鄧小平南巡講話中，已明白表示中國選定「姓資」的道路，物權法則是這條路上必經的風景。有恆產者有恆心，物權法透過確認和保障各類物權，穩定財產關係，平等保護國家和私人的財產權，使人民樂於投資、創造財富，進而促進社會經濟的發展。

⁴⁷ 胡錦光，中國憲法問題研究，新華出版社，頁 166-167（1998）。

⁴⁸ 2004 年中國憲法修正前，規定了對於公民個人財產所有權的保護，但同時規定了「社會主義的公共財產神聖不可侵犯」（第 12 條第 1 項）。顯然，相對於公民的個人財產所有權，憲法對於公共財產的憲法評價更為積極。

⁴⁹ 鞏教授提出：「物權法草案是一部背離社會主義基本原則...違憲的產物，...物權法中並未提及社會主義公共財產不可侵犯，...而是規定對國家、集體、個人的財產進行保護。這與資本主義社會有何區別？」

⁵⁰ 在中國，一般法律案的通過僅需經過三次審議。中華人民共和國立法法第 27 條第 1 款：「列入常務委員會會議議程的法律案，一般應當經三次常務委員會會議審議後再交付表決。」

⁵¹ 張永環，去意識形態化的物權法，亞洲週刊，第 21 卷第 11 期，頁 31（2007.03.25）。

表格 十五：中華人民共和國物權法制定階段表⁵²

時間	事件
1998 年	物權法開始起草
2001 年	制定完成「物權法草案徵求意見稿」
2002 年 12 月	全國人民代表大會常務委員會(以下簡稱全國人大常委會)第一次審議 審議焦點：明確「物權」概念，表態保護私人財產
2004 年 10 月	全國人大常委會第二次審議 正式形成物權法草案
2005 年 6 月	全國人大常委會第三次審議 審議焦點：國家、集體和私有財產受法律平等保護
2005 年 8 月	北京大學法學院教授鞏獻田公開抨擊物權法草案違背憲法，背離社會主義基本原則，抵觸共產公有制。進而引發反對和支持物權法兩派人馬的激烈長期論戰。
2005 年 10 月	全國人大常委會第四次審議 審議焦點：房產業主權利
2006 年 8 月	全國人大常委會第五次審議 審議焦點：加強對國有資產的保護力度
2006 年 10 月	全國人大常委會第六次審議 審議焦點：嚴格控制農用地轉為建設用地
2006 年 12 月	全國人大常委會第七次審議 審議焦點：聲明不保護非法財產
2007 年 3 月 16 日	物權法於中華人民共和國第十屆全國人民代表大會第五次會議通過
2007 年 10 月 1 日	物權法開始施行

⁵² 參見張潔平，物權法大事記，亞洲週刊，第 21 卷第 11 期，頁 27 (2007.03.25)。

(二) 物權法中的抵押權規定

1、完善抵押權體系，增加抵押權適用的機會

在市場經濟下，資金的取得是交易者謀求自身發展的關鍵，而融資安全又是所有信用授予者提供資金的首要考量，中國大陸甫頒布的物權法擔保物權編旨在提高市場主體的融資能力，使其獲得充分資金用以營運和投資，進而帶動整體經濟的繁榮和活絡⁵³。相較於擔保法，物權法更完善了抵押權的體系，以下分述之。

(1) 將擔保法中抵押權的規定細緻化

物權法第 15 條對抵押合同與抵押權本身的設立作了區分，若當事人之間訂立有關設立、變更、轉讓和消滅抵押權的合同，除法律另有規定或者合同另有規定外，自合同成立時生效；未辦理抵押權登記的，不影響合同效力。物權法改變了擔保法中關於抵押合同生效之規定—擔保法第 41 條：「當事人以本法第四十二條規定的財產抵押的，應當辦理抵押物登記，抵押合同自登記之日起生效。」

物權法如此規定較有利於保護債權人的利益。如根據擔保法規定，不動產抵押合同簽訂後，銀行先履行放款義務而抵押人未辦理抵押登記手續，不但抵押權不發生效力，抵押合同也不生效，此時銀行只能追究抵押人的締約過失責任，而無法非難抵押人違反（有效抵押）合同。然而，若依物權法規定，不動產抵押合同未辦理登記者，只是抵押權未設立，抵押合同效力不受影響，因此，此時銀行得要求抵押人承擔違約責任。對銀行而言，後者較前者更為有利⁵⁴。

此外，物權法統一規定動產和不動產的抵押登記效力。以往擔保法於第 42 條⁵⁵列舉須登記方使抵押生效之財產，其餘抵押標的物則依第 43 條⁵⁶採登記對抗

⁵³ 參見王兆國，關於中華人民共和國物權法（草案）的說明，全國人大常委會公報，2007 年第 3 期：「...二是關於擔保物權問題，草案在擔保法的基礎上，增加了可以用作擔保的財產的規定，進一步完善擔保制度，以促進融資，發展經濟...。」

⁵⁴ 參見張煒，銀行業法制年度報告 2008，中國金融出版社，頁 10、11（2008）。

⁵⁵ 擔保法第 41 條、第 42 條可參見前揭註 37、38。

⁵⁶ 擔保法第 43 條可參見前揭註 39。

主義，如此的區分方式繁雜且易造成當事人之混淆。然而，物權法第 187⁵⁷條、第 188⁵⁸條則簡明地對一般而言價值較高的**不動產抵押**採取**登記生效主義**，**動產抵押**則適用**登記對抗主義**。

(2) 完備最高限額抵押制度

物權法第 203 至 207 條相對於擔保法第 59 條至第 62 條、擔保法司法解釋第 81 條至第 83 條，在最高額抵押權規定上有較大之突破，使該制度更為周全，具體表現在以下幾個方面⁵⁹：

其一，**放寬最高額抵押權擔保的債權範圍**。物權法第 203 條第 2 款規定：「最高額抵押權設立前已經存在的債權，經當事人同意，可已轉入最高額抵押擔保的債權範圍。」此規定有助於債權人和債務人靈活運用最高額抵押機制來實現利益的配置和平衡。

其二，最高限額擔保債權未確定時，允許當事人約定債權轉讓、債權範圍、確定期間等等。物權法第 204 條：「最高額抵押擔保的債權確定前，**部分債權轉讓的**，最高額抵押權不得轉讓，但當事人另有約定的除外。」同法第 205 條則規定：「最高額抵押擔保的債權確定前，**抵押權人與抵押人可以通過協議變更債權確定的期間、債權範圍以及最高債權額**，但變更的內容不得對其他抵押權人產生不利影響。」這改變了擔保法中禁止轉讓債權的僵化規定，最高額抵押權因而更加有彈性。

其三，物權法第 206 條⁶⁰明確列舉擔保法所無之**最高額抵押擔保債權確定情形**，便於債權人及時行使權利。

⁵⁷ 物權法第 187 條：「以本法第一百八十八條第一款第一項至第三項規定的財產或者第五項規定的正在建造的建築物抵押的，應當辦理抵押登記。抵押權自登記時設立。」

⁵⁸ 物權法第 188 條：「以本法第一百八十八條第一款第四項、第六項規定的財產或者第五項規定的正在建造的船舶、航空器抵押的，抵押權自抵押合同生效時設立；未經登記，不得對抗善意第三人。」

⁵⁹ 同前揭註 54，頁 12。

⁶⁰ 物權法第 206 條：有下列情形之一的，抵押權人的債權確定：（一）約定的債權確定期間期滿；（二）沒有約定債權確定期日或者約定不明確，抵押權人或者抵押人自最高額抵押權設立之日起滿二年後請求確定債權；（三）新的債權不可能發生；（四）抵押財產被查封、扣押；（五）債務人、抵押人被宣告破產或者被撤銷；（六）法律規定債權確定的其他情形。

(3) 制定浮動抵押制度

中國在以大陸法系為框架的物權法中大膽地涉入了浮動抵押此一英法法制度，旨在充分發揮動產的經濟價值，拓寬企業（尤其是中小企業）的融資渠道。銀行可接受企業、個體工商戶、農業生產經營者把現有的及將有的生產設備、原材料、半成品、產品設定抵押以貸款，但同時抵押人對該些財產仍享有管理控制的權利，得隨時利用，處分亦不受任何限制。

(4) 擴充抵押物的範圍

與擔保法第 34 條⁶¹相比，物權法第 180 條⁶²擴充了可抵押的財產範圍，相關的修正主要體現在：將作為抵押物的「荒山、荒溝、荒丘、荒灘等土地使用權」改為「荒地等土地承包經營權」；明確列舉了可抵押的動產種類（生產設備、原材料、半成品、產品）；將正在建造的建築物、船舶、航空器納入可抵押之標的；明文只要法律、行政法規沒有禁止的財產均可抵押。物權法擴大抵押物的範圍，不僅便利企業融資，亦拓寬銀行貸款擔保物的選擇範圍，使銀行貸款債權得以享有更為廣泛的安全保障。



2、有效率的擔保物權實現程序

實現抵押權的成本是影響抵押權實效性的重要因素，若實現抵押權所獲得的利益小於實現過程中所花費的成本，則人們將不樂用抵押權，抵押權自無法發揮

⁶¹ 擔保法第 34 條：I 下列財產可以抵押：（一）抵押人所有的房屋和其他地上定著物；（二）抵押人所有的機器、交通運輸工具和其他財產；（三）抵押人依法有權處分的國有的土地使用權、房屋和其他地上定著物；（四）抵押人依法有權處分的國有的機器、交通運輸工具和其他財產；（五）抵押人依法承包並經發包方同意抵押的荒山、荒溝、荒丘、荒灘等荒地的土地使用權；（六）依法可以抵押的其他財產。 II 抵押人可以將前款所列財產一併抵押。

⁶² 物權法第 180 條：I 債務人或者第三人所有權處分的下列財產可以抵押：（一）建築物和其他土地附著物；（二）建設用地使用權；（三）以招標、拍賣、公開協商等方式取得的荒地等土地承包經營權；（四）生產設備、原材料、半成品、成品；（五）正在建造的建築物、船舶、航空器；（六）交通運輸工具；（七）法律、行政法規未禁止抵押的其他財產。 II 抵押人可以將前款所列財產一併抵押。

保障債權實現的功能。依擔保法第 53 條⁶³規定，如主債務人不能清償屆期之債務，抵押權人又無法與抵押人達成變價擔保物的協議時，抵押權人須向人民法院起訴。待法院確認抵押權人權利後，且債務人仍不執行判決時，抵押權人始得向人民法院聲請強制執行。中國強制執程序與我國不同，非由法院直接拍賣抵押物，而係由法院聘請評估機構對抵押物進行鑑價，再聘請拍賣公司拍賣抵押物。抵押權的實行須繳交訴訟費用、鑑價費用、拍賣費用及強制執行費用，顯然實行抵押成本非常高。在舊有制度下，債權人無法及時受償，抵押權失其重要意義，而債務人卻平白獲得多餘的期限利益，附有抵押權的債權不見得較有保障⁶⁴。

物權法第 195 條⁶⁵修正了抵押權的實程序，除了債務期滿未受清償的情況外，發生當事人約定的實現抵押權的情形時亦得執行抵押權。若當事人不能就抵押權實現方式達成協議時，或可不必經過冗長的訴訟程序，得直接請求法院拍賣或變賣。新規定無疑地對債權人友善得多，有利於「擔保」功能的徹底發揮。

物權法 202 條限定抵押權行使的時間：「抵押權人應當在主債權訴訟時效期間行使抵押權；未行使的，人民法院不予保護。」相較於擔保法司法解釋第 12 條第 2 款：「擔保物權所擔保的債權的訴訟時效結束後，擔保權人在訴訟時效結束後的 2 年內行使擔保物權的，人民法院應當予以支持。」大大縮短了抵押權行使的時限，意味著法律要求債權人及時行使抵押權，不得拖延。

3、物權法和擔保法的適用關係

值得注意的是，物權法第 178 條規定：「擔保法與本法的規定不一致的，適

⁶³ 擔保法第 53 條：I 債務履行期屆滿抵押權人未受清償的，可以與抵押人協議以抵押物折價或者以拍賣、變賣該抵押物所得的價款受償；協議不成的，抵押權人可以向人民法院提起訴訟。 II 抵押物折價或者拍賣、變賣後，其價款超過債權數額的部份歸抵押人所有，不足部分由債務人清償。

⁶⁴ 參見高聖平，物權法擔保物權編，中國人民大學出版社，頁 29、30（2007.4）。

⁶⁵ 物權法第 195 條：I 債務人不履行到期債務或者發生當事人約定的實現抵押權的情形，抵押權人可以與抵押人協議以抵押財產折價或者以拍賣、變賣該抵押財產所得的價款優先受償。協議損害其他債權人利益的，其他債權人可以在知道或者應當知道撤銷事由之日起一年內請求人民法院撤銷該協議。 II 抵押權人與抵押人未就抵押權實現方式達成協議的，抵押權人可以請求人民法院拍賣、變賣抵押財產。 III 抵押財產折價或者變賣的，應當參考市場價格。

用本法。」擔保法實施已超過十年，部分規定不僅不合時宜，對擔保關係當事人的保護亦不夠周到；物權法根據擔保法的施行經驗對擔保物權制度作了修改⁶⁶，惟物權法的擔保物權編和擔保法並非簡單的新舊法關係，物權法的施行並未廢止擔保法及其司法解釋的規定，故若物權法未明文之事項，須回到擔保法以適用之，例如物權法對不動產和動產的登記機關付之闕如，因此須依擔保法第 42 條和第 43 條辦理之。



⁶⁶ 參見全國人大常委會法制工作委員會民法室編，中華人民共和國物權法條文說明、立法理由及相關規定（第 178 條立法理由），北京大學出版社，頁 317（2007.3）。

第二節 中國抵押權之內涵

一、中國抵押權之意義

物權法第 179 條第 1 款定義中國法制下的抵押權：「為擔保債務的履行，債務人或者第三人不移轉財產的占有，將該財產抵押給債權人的，債務人不履行到期債務或者發生當事人約定的實現抵押權的情形，債權人有權就該財產優先受償。」由此可知，中國抵押權的意義如下：

1、抵押權為擔保物權—抵押權就供擔保之財產有優先受償權，意即抵押權支配抵押財產之交換價值，以確保債權清償，具有擔保作用，自屬擔保物權之一種。

2、抵押標的物為特定財產—抵押財產須為債務人或第三人所有，或有權處分使之為擔保的特定財產⁶⁷。根據物權法第 180 條第 1 款⁶⁸，所謂「特定財產」範圍幾乎涵蓋所有種類之財產，惟在不動產方面，因中國目前仍實行土地國有制⁶⁹，因此土地所有權不得為抵押之客體，抵押人僅得以建築物、土地承包經營權和建設用地使用權為抵押權標的物，與各國立法例顯有不同。

3、不須移轉標的物之占有—抵押權的成立和存續不以移轉標的物之占有為必要，這是抵押權最核心的內容，也是抵押和其他擔保物權（如質權、留置權）的最大區別。正是因為抵押權有如此特點，抵押人在抵押期間仍得繼續占有、使用收益該抵押物，使抵押物同時將其交換價值和用益價值發揮到極致，為抵押人和抵押權人創造雙贏。

4、抵押權為優先受償的權利⁷⁰—所謂優先受償是指：（1）與債務人之其他普通債權人而言，抵押權人就執行抵押財產所得的價款⁷¹，有優先於普通債權人受清

⁶⁷ 顧昂然，關於中華人民共和國擔保法（草案）的說明，全國人大常委會公報，1995 年第 5 期。

⁶⁸ 參見前揭註 62。

⁶⁹ 參見憲法第 10 條：I 城市的土地，屬於國家所有。II 農村和城市郊區的土地，除由法律規定屬於國家所有的以外，屬於集體所有；宅基地和自留地、自留山，也屬於集體所有。…IV 任何組織或個人不得侵占、買賣或者已其他形式非法轉讓土地。土地的使用權可以依照法律的規定轉讓。

物權法第 47 條：城市的土地，屬於國家所有。法律規定屬於國家所有的農村和城市郊區的土地，屬於國家所有。

⁷⁰ 參照謝在全，民法物權論（中），作者自版，頁 363（2007.6）。

⁷¹ 物權法第 195 條：I 債務人不履行到期債務或者發生當事人約定的實現抵押權的情形，抵押權人可以與抵押人協議以抵押財產折價或者以拍賣、變賣該抵押財產所得的價款優先受償。協議損

償之權。(2) 與債務人之其他抵押權人而言，先次序抵押權人有優先於後次序抵押權人就執行抵押財產所得的價款優先清償之權⁷²。(3) 債務人受破產宣告時，抵押權人有別除權，仍得就抵押財產優先受償。但抵押權人所得優先受償者，以抵押物執行所得價款為限，若有不足以清償其所擔保之債權的情形，該不足部分對債務人其他財產不得優先受償⁷³。

抵押為物之擔保的一種型態，在強化債權實現可能性的同時，因無須移轉抵押物之占有，而無礙於抵押人充分利用該抵押財產。抵押制度如此兼顧交易安全和物之效益的最大化，無怪乎成為各國最重要的擔保手段。

二、中國抵押權的特徵

我國物權法第 868 條⁷⁴、第 869 條⁷⁵、第 870 條⁷⁶和第 881 條⁷⁷條闡明我國抵押權具有從屬性、不可分性和物上代位性三種特性。事實上，上述三個特徵為抵

害其他債權人利益的，其他債權人可以在知道或者應當知道撤銷事由之日起一年內請求人民法院撤銷該協議。 II 抵押權人與抵押人未就抵押權實現方式達成協議的，抵押權人可以請求人民法院拍賣、變賣抵押財產。 III 抵押財產折價或者變賣的，應參照市場價格。

⁷² 物權法第 199 條：同一財產向兩個以上債權人抵押的，拍賣、變賣抵押財產所得的價款依照下列規定清償：(一) 抵押權已登記的，按照登記的先後順序清償；順序相同的，按照債權比例清償；(二) 抵押權已登記的先於未登記的受償；(三) 抵押權未登記的，按照債權比例清償。

⁷³ 中華人民共和國企業破產法（2006）第 32 條：I 破產宣告前成立的有財產擔保的債權，債權人享有就該擔保物優先受償的權利。 II 有財產擔保的債權，其數額超過擔保物的價款的，未受清償的部分，作為破產債權，依照破產程式受償。

⁷⁴ 我國民法第 868 條為抵押權不可分性之具體規定：抵押之不動產如經分割，或讓與其一部，或擔保依債權之數不動產而以其一讓與他人者，其抵押權不因此而受影響。

⁷⁵ 我國民法第 869 條為抵押權不可分性之具體規定：I 以抵押權擔保之債權，如經分割或讓與其一部者，其抵押權不因此而受影響。 II 前項規定，於債務分割或承擔其一部時適用之。

⁷⁶ 我國物權法第 870 條為抵押權從屬性之具體規定：抵押權不得由債權分離而為讓與，或為其他債權之擔保。

⁷⁷ 我國民法第 881 條為抵押權物上代位性之具體規定：I 抵押權除法律另有規定外，因抵押物滅失而消滅。但抵押人因滅失得受賠償或其他利益者，不在此限。 II 抵押權人對於前項抵押人所得行使之賠償或其他請求權有權利質權，其次序與原抵押權同。 III 給付義務人因故意或重大過失向抵押人為給付者，對於抵押權人不生效力。 IV 抵押物因毀損而得受之賠償或其他利益，準用前三項之規定。

押權的共通特性，幾乎世界各國法制下的抵押權均具備，中國物權法所規定之抵押權也不例外。以下就中國抵押權之三大特徵及其條文規定分述之。

（一）從屬性

所謂抵押權之從屬性係指抵押權之發生、移轉和消滅，均從屬於其所擔保之債權。抵押權是為債權將來得以滿足而設定之從權利，債權與抵押權必然互相結合，從權利（抵押權）隨從於主權利（債權）更是理所當然。

抵押權之從屬性又可細分為成立上之從屬性、移轉上之從屬性和消滅上之從屬性：

1、成立上之從屬性—抵押權之成立以被擔保債權之存在為前提，若被擔保債權不存在者，抵押權即無存在之可能。然而，為避免抵押權之從屬性太強而有礙於融資交易之發展，有學者主張在無害於抵押權作為債權擔保之性質範圍內，應將抵押權之從屬性抑制至最小限度，即寬鬆解釋成立上之從屬性：所謂抵押權「成立上之從屬性」，非指抵押權在「成立時」就必須有被擔保債權存在，而係指抵押權僅須在「實行時」，有被擔保債權存在為已足。準此以觀，抵押權唯有依當事人合意之內容及登記上之記載，擔保債權無從特定，或擔保債權無效、不成立、被撤銷等無發生可能性之情形時，始有違反成立上從屬性之可能⁷⁸。

2、移轉上（處分上）之從屬性—抵押權隨主債權移轉而移轉，兩者不得分別處分之。物權法第 192 條規定：「抵押權不得與債權分離而單獨轉讓或者作為其他債權的擔保。債權轉讓的，擔保該債權的抵押權一併轉讓，但法律另有規定或者當事人另有約定的除外。」因此，除有特別規定或約定的情形外，抵押權人不得單獨只將抵押權讓與他人，否則讓與不生效力；抵押權人也無法單獨只將債權讓與他人，因債權讓與之效力必定及於抵押權，而使抵押權一併轉讓；抵押權人更不可將債權和抵押權分別讓與不同人。此外，抵押權人尚不得單獨以抵押權為其他債權設定權利質權⁷⁹。

3、消滅上之從屬性—抵押權所擔保之債權，如因清償、提存、免除、混同等原因而全部消滅時，抵押權亦隨之消滅。物權法第 177 條第 1 項即明文，主債權消

⁷⁸ 謝在全，民法物權論（中），作者自版，頁 377、378（2007.6）。

⁷⁹ 高聖平，物權法擔保物權編，中國人民大學出版社，頁 92（2007.4）。

滅是擔保物權消滅的原因之一。

然而，物權法第 175 條規定了抵押權消滅從屬性的例外情形：「第三人提供擔保，未經其書面同意，債權人允許債務人移轉全部或者部分債務的，擔保人不再承擔相應的擔保責任。」我國民法 304 條第 2 項⁸⁰亦有相類似規定，在提供擔保的第三人未同意的情形下，而由他人承擔系爭債務，則抵押權消滅，債務仍存續—因債務承擔涉及債務人債信的改變，若該接手債務的第三人信用不佳，或是財務狀況惡劣，將大大提高第三人所提供之抵押物遭到執行的可能性。

值得注意的是，隨著抵押制度的發展和社會經濟的要求，最高額抵押權的承認讓抵押權的從屬性趨於緩和。最高額抵押權可為尚未發生的債權提供擔保⁸¹（無成立上之從屬性）；在最高額抵押權所擔保之債權確定前，即便債權完全清償，最高額抵押權仍不消滅，因為嗣後仍有其他債權發生的可能⁸²（無消滅上之從屬性），且債權得獨立於最高額抵押權而轉讓⁸³（無移轉上之從屬性）。

（二）不可分性

抵押權之不可分性者，二言以蔽之，即為「以抵押物之各部，擔保債權之全部」，和「擔保債權之各部，受抵押物全部之擔保」。申言之，抵押物縱經分割或一部滅失，各部分或餘存之抵押物，仍為擔保全部債權而存在；而擔保債權縱經分割、一部清償或因其他事由而一部消滅，抵押權仍為擔保各部份之債權而存在

⁸⁰ 我國民法第 304 條第 2 項：由第三人就債權所為之擔保，除該第三人對於債務之承擔已為承認外，因債務之承擔而消滅。

⁸¹ 物權法第 203 條：I 為擔保債務的履行，債務人或者第三人對一定期間內將要連續發生的債權提供擔保財產的，債務人不履行到期債務或者發生當事人約定的實現抵押權的情形，抵押權人有權在最高債權額限度內就該擔保財產優先受償。II 最高額抵押權設立前已經存在的債權，經當事人同意，可以轉入最高額抵押擔保的債權範圍。

⁸² 最高人民法院物權法研究小組編，中華人民共和國物權法條文理解與適用，人民法院出版社，頁 605（2007.3）。

⁸³ 物權法第 204 條：最高額抵押擔保的債權確定前，部分債權轉讓的，最高額抵押權不得轉讓，但當事人另有約定的除外。

中國擔保法和物權法均無抵押不可分性的規定，惟擔保法司法解釋就此作了補充—擔保法司法解釋第 71 條：「I 主債權未受全部清償的，抵押權人可以就抵押物的全部行使其抵押權。II 抵押物被分割或者部分轉讓的，抵押權人可以就分割或者轉讓後的抵押物行使抵押權。」同解釋第 72 條則規定：「I 主債權被分割或者部分轉讓的，各債權人可以就其享有的債權份額行使抵押權。II 主債務被分割或者部分轉讓的，抵押人仍以其抵押物擔保數個債務人履行債務。但是，第三人提供抵押的，債權人許可債務人轉讓債務未經抵押人書面同意的，抵押人對未經其同意轉讓的債務，不再承擔擔保責任。」上述條文與新制定之物權法並無抵觸之處，故至今仍有適用的餘地。

（三）物上代位性

抵押權之所以被賦予物上代位性，乃源於其價值權之本質，不論價值標的物的形態如何變化，均不應且不會影響價值權的實現。換言之，物上代位的特性恰體現了抵押權的價值權性。

抵押權之標的物滅失、毀損，因而得受賠償或其他利益者，該賠償或其他利益成為抵押權標的物之代替物。抵押權人得就該項賠償或其他利益行使權利，稱為抵押權之物上代位性。詳言之，因抵押物之毀損、滅失而使抵押權原支配之交換價值有所減損，乃抵押權之損害；若此種交換價值的減損反而以其他型態的價值歸屬於抵押人，使抵押人受利，自非合理。因此，此際上述價值不應劃入抵押物所有人之一般財產，而應由抵押權人優先受償。故抵押權移存於此價值代替物上，不僅與抵押權之價值權本質相符，且可避免抵押權因抵押物滅失而消滅，抵押人卻可保有賠償或其他利益之不公平情事，進而強化抵押權、促進擔保金融之發展⁸⁵。

中國在擔保法時期即有物上代位性的明文規定。擔保法第 58 條：「抵押權因抵押物滅失而消滅。因滅失所得的賠償金，應當作抵押財產。」擔保法僅以抵押

⁸⁴ 謝在全，民法物權論（中），作者自版，頁 385（2007.6）。

⁸⁵ 同前註，頁 439。

物滅失而發生的代位物為限。擔保法司法解釋第 80 條第 1 款⁸⁶則將抵押物被徵收的情形納入物上代位性之範疇，擴展物上代位性的範圍。物權法制定施行後，將擔保法及其司法解釋對物上代位性所作之規定整合於第 174 條：「擔保期間，擔保財產毀損、滅失或者被徵收等，擔保物權人可以就獲得的**保險金、賠償金或者補償金**⁸⁷優先受償。被擔保債權的履行期未屆滿的，也可以提存該保險金、賠償金或者補償金等。」

顯然地，物權法第 174 條較擔保法擴大代位物的範圍，保險金、補償金和其他抵押物之替代物都在物上代位性的效力範圍內。此外，本條文尚增加了第 2 款之提存規定。



⁸⁶ 擔保法司法解釋第 80 條第 1 款：在抵押物滅失、毀損或者被徵用的情況下，抵押權人可以就該抵押物之保險金、賠償金或者補償金優先受償。

⁸⁷ 物權法第 42 條第 3 款規定：徵收單位、個人的房屋及其他不動產，應當依法給予拆遷補償，維護被徵收人的合法權益；徵收個人住宅的，還應當保障被徵收人的居住條件。同法第 174 條所規定之物上代位物，補償金，主要即指擔保財產被國家徵收時，國家發予擔保人的拆遷補償。

第三節 小結

中國抵押權制度隨著其**國內經濟制度的轉變**而演化發展，首先，計畫經濟時期的抵押權無用武之地，因為一切交易生產活動都是按國家計畫實施，企業沒有自身的經濟利益，經營所需的生產資料統一依國家計畫供給，成品也照國家計畫進行調撥，債的發生和履行均係為了實現國家經濟計畫。擔保法制作為化解市場風險的法律手段，但計畫經濟的中國卻無真正市場存在，故**當時的抵押權徒具形式，不具其應有的價值和意義**，不過只是國家透過銀行等貸與人對企業進行監督的手段罷了。再者，民法通則在中國逐漸邁向改革開放、商品經濟體制的時代背景下誕生，第89條一併規範了保證、抵押、定金和留置權等擔保方式，為抵押權留下特別法立法的伏筆與基礎，縱使其規定含混籠統、模糊粗略又難以適用，但仍不能抹滅民法通則為擔保制度開啟立法大門的貢獻。然後，擔保法為中國人民共和國建國後第一部關於擔保制度的基本法，該法在解決三角債、減少信貸風險和確保交易安全的期待下應運而生。擔保法以人的擔保、物的擔保和金錢的擔保為規範對象（保證、抵押權、質權、留置權和定金），體系較為完整，不論是擔保物權的設定還是可行性，都有顯著的進步，惟就抵押權而言，仍有所缺陷，例如，將債權和物權混同規定於同一部法律中，抵押類型過於限縮，混亂的公示制度、實行程序及優先權規定，還有不合理的超額抵押、重複抵押規定……。然而，無論如何，擔保法終究還是陪伴中國走過轉型至市場經濟之陣痛期。最後，在政治與經濟層面相互博弈交流後，中國最終還是妥協於資本主義和市場經濟而制定了物權法，該法透過確認和保障各類物權，穩定財產關係，平等保護國家和私人的財產權，使人民樂於投資、創造財富，進而促進社會經濟的發展。為將抵押之融通資金的效用發揮到極致，物權法完善抵押權體系，增加抵押種類，擴大抵押標的物之範圍，簡化原本冗雜的實現抵押權程序，力求提升適用抵押權之機會。

中國抵押權為以特定財產為標的，不須移轉該財產占有即可設定之擔保物權，抵押權人於擔保債權屆期而未受清償時，得執行抵押財產，並就執行結果優先受償。中國抵押權基本上和其他大陸法系國家之抵押權相同，具有**從屬性、不可分性和物上代位性**之三大特徵。

中國欲藉物權法中抵押權的規定拓展融資、促進經濟的野心昭然若揭，然

而，這樣看似進步的立法是否能如期提供中國人民和企業信貸的便利，本文將於以下章節詳論之。



第五章 物權法之抵押權規定對融資之影響

物權法之抵押立法力求改善長期以來企業融資困難的窘境，然而此一目的可否達成並非取決於某特定一兩條條文，而須結合擔保法及物權法的抵押規定，以及中國獨特的經濟體制、歷史背景綜合考量之。本章就抵押權之登記、抵押權之追及性、浮動抵押，和抵押權之實行分述如下面各節，從中剖析物權法通過對抵押權的制度運作、功能發揮究竟是助益，抑或是立法的倒退。

第一節 抵押權之登記

一、抵押權的公示方法—登記

(一) 公示原則

實務上常見之「一物二賣」，為維護交易之自由競爭和契約自治原則，非為法所不許（但生債務不履行之責）。「一物二賣」的情形之所以存在，主要係因債權僅有相對效力，其法律關係只存在於雙方當事人間，不拘束其他第三人，故債權並無公示之需求。相反地，物權將特定物歸屬於某權利主體，由其直接支配，享受利益，並排除他人的侵害或干預，故物權具有絕對性、對世效。既然物權有絕對排他之效力，其得喪變更須有足由外部可以辨認的表徵，始可透明其法律關係，減少交易成本，避免第三人遭受損害，保護交易安全，此種可由外部辨認的表徵，即為物權變動的公示方法¹。物權的公示方法有兩種—交付和登記。前者常適用於動產，因動產具有可移動性，可隨時為現實占有，因此我們可透過他人對動產的事實上管領來判斷物權歸屬；後者則多適用於不動產，因不動產無法隨時為現實的交付，且隨著經濟發展，不動產權利越來越多樣化，登記制度遂之而生，由登記資料的查閱即可對物權之得喪變更一目了然。而物權法上之「公信原則」，則是依公示方式所表示之物權，即使與物權之實際狀態不符，但因善意信

¹ 王澤鑑，民法物權第一冊 通則·所有權，作者自版，頁 39、92（2005.1）。

賴物權之公示情狀而為物權之交易者，法律仍承認該公示方法所表示物權內容之效力，給予與真實物權狀態相同之保護，以保障交易安全²。

抵押權為物權之一種，一旦設定抵押權，即代表該抵押權人的債權優先於其他債權人受償，這對其他債權人而言無疑是一種風險，亦可能因此中止原欲進行之交易，故抵押權自有公示之必要，不僅維護抵押權，同時防止其他人不知情而使其債權陷於難以實現之危險。由於抵押權最大特徵為不移轉抵押物之占有，因此，抵押權以登記為其公示方法。

（二）抵押登記的功能

抵押登記是抵押權獲得公信力的必要途徑，對於發揮抵押的擔保功能，維護交易安全，保護第三人利益，和避免糾紛發生，均具有重要意義。抵押登記的功能分述如下：

1、強化抵押之擔保功能

透過抵押物登記，當事人間的債權關係和擔保關係將公諸於世，如此社會監督或可促使債務人履行債務，因帶有抵押負擔之財產較難交易轉手，抵押人若為處分財產以另作投資者，勢必設法清償債務、塗銷抵押權。此外，抵押物登記為抵押權的追及力提供正當化基礎，不論抵押物如何轉讓，債權人均得對抗受讓人而執行該抵押物，大大增加債權實現的可能性³。

2、維護交易安全，預防糾紛發生

抵押權的存在意味著債務人一般（無優先效力）的責任財產減少，抵押登記有助於第三人了解債務人之財產狀況，進而決定要否與抵押人發生債權債務關係。另一方面，抵押登記同時說明該抵押物上存有負擔，提醒欲受讓該抵押物之人應採取必要措施，以防止因抵押權人實行抵押權而使自己的利益受損害。交易安全因抵押登記而落實。

另一方面，不同種類的物權，有時候可以並存於同一物上，使物之經濟價值發揮到極致，舉例言之，複數的擔保物權、擔保物權（如抵押權）和用益物權（如

² 陳榮隆，「擔保物權之新紀元與未來之展望」，台灣本土法學雜誌，第93期，頁25（2007）。

³ 參見李國光、高聖平編，擔保法及配套規定新釋新解，人民法院出版社，頁480（2006.7）。

地上權)，惟這也大大增加權利間衝突發生的可能性。登記制度的存在即為預防此類糾紛的第一道防線。透過登記制度，即明白物的權利狀態，尤其是不動產；抵押權和其他用益物權的存在孰先孰後，不同抵押權間順位為何等問題，均因登記而獲得解決⁴。

3、減少交易成本，提高交易效率

登記使抵押資訊公開化，不僅讓當事人方便查閱，且登記具有公權力色彩，足以使人充分信賴其內容，從而在從事交易之前無須投入額外的精力和費用，去調查標的物事實上是否確有設定負擔。顯而易見地，就了解權利瑕疵的方法而言，當事人實質調查的成本大於其查閱登記簿而進行權利推定的成本，故登記有助於提升交易效率⁵。

二、抵押登記的效力—登記生效抑或是登記對抗

(一) 何謂登記生效主義及登記對抗主義

關於抵押登記的效力，主要有兩種立法例，即登記生效主義和登記對抗主義。

1、登記生效主義

登記生效主義係指，抵押權等物權的設立、變動、移轉和廢止除須雙方當事人意思表示一致外，尚須進行登記，抵押權的得喪變更方屬成立生效。在登記生效主義下，若抵押權設定時缺少登記之步驟，不只是不得對抗第三人，當事人間的抵押關係根本不存在。

因此，若已登記之抵押物又移轉於第三人，根據抵押權之追及力，抵押權人當然得向該受讓第三人主張抵押之優先受償權，蓋該第三人可由登記公示得知抵押負擔的存在，無主張善意受讓之餘地。

⁴ 參見吳慶寶編，物權擔保裁判原理與實務，人民法院出版社，頁 308（2007.4）。

⁵ 參見呂婧，論動產抵押登記制度，中國西南大學碩士論文，頁 4（2008）。

2、登記對抗主義

登記對抗主義則謂，抵押權依當事人間合意即可成立，惟若未經登記，不得對抗第三人。換言之，當事人意思表示合致而設立抵押權後，若未將抵押權予以登記，抵押權在當事人間仍成立生效，但第三人可因該抵押權無登記而主張系爭抵押物上沒有負擔，當事人無法對抗第三人此主張。

因此，若抵押物未經登記又移轉於善意第三人，則抵押權人不得向該受讓第三人聲稱抵押之優先受償權。在登記對抗主義下，抵押權的追及力較登記生效主義來得削弱許多。

(二) 擔保法時期—混合使用登記生效及登記對抗

依擔保法第 41 條、第 42 條規定，以下財產設定抵押權者，須經登記始能生效：(1) 無地上定著物的土地使用權；(2) 城市房地產或者鄉（鎮）村企業的廠房等建築物；(3) 林木；(4) 航空器、船舶、車輛；(5) 企業的設備和其他動產；而於上述財產以外之動產設定抵押的情形，則採登記對抗主義（同法第 43 條⁶）。

簡言之，中國擔保法依不同的抵押財產種類選用不同的立法主義，不動產和特定動產採取登記生效主義，其餘動產則適用登記對抗主義。然而，如此區分的理論基礎何在令人匪夷所思，對於法律不熟悉的當事人在適用抵押的規定上，更是不夠明瞭便利。若先撇開區分標準不談，在擔保法施行後，部分法定登記機關怠於或未及於開展登記工作，更使得抵押當事人登記無門⁷。抵押財產登記情況嚴重滯後的情形從相關法規的制定即可看出：擔保法於 1995 年 6 月 30 日公布，同年 10 月 1 日施行，但其配套的登記規章除國家土地管理局「農村集體土地使用權抵押登記的若干規定」早於擔保法施行前頒布外⁸，其餘均遲於擔保法而施行，例如：「企業動產抵押財產登記管理辦法」於 1995 年 10 月 18 日發布施行：

⁶ 擔保法第 43 條：I 當事人以其他財產抵押的，可以自願辦理抵押物登記，抵押合同自簽訂之日起生效。II 當事人未辦理抵押物登記的，不得對抗第三人。當事人辦理抵押物登記的，登記部門為抵押人所在地的公證部門。

⁷ 參見高聖平，物權法擔保物權編，中國人民大學出版社，頁 149（2007.4）。

⁸ 農村集體土地使用權抵押登記的若干規定於 1995 年 9 月 11 日發布，惟如今已廢止。

「中華人民共和國機動車登記辦法」於 2001 年 1 月 4 日發布，同年 10 月 1 日施行；「公證機構辦理抵押登記辦法」於 2002 年 2 月 20 日發布施行。可以想見，在擔保法開始施行到相關登記規則完善的這段期間內，抵押當事人無所適從，無法進行周全的登記工作以保護自己的權益。

不僅法規層面無法充分配合擔保法的登記規定，行政部門本身似乎也對自己的登記職責一知半解，最高人民法院在 2000 年全國民事審判工作會議上的講話指出：「擔保法實施後，有的地方沒有立即建立相應的抵押登記機關，有的法定登記部門不辦理抵押登記，有的登記部門擅自規定登記期限和收費標準，還有的登記機關權力交叉、相互扯皮等，影響正常的抵押擔保法律秩序，阻礙抵押法律制度實施，損害債權人的合法權益⁹。」配套規範的不完整，再加上登記機關的不專業，擔保法之登記生效主義無法落實，有鑑於此，擔保法司法解釋第 59 條規定：「當事人辦理抵押財產登記手續時，因登記部門的原因致使其無法辦理抵押財產登記，抵押人向債權人交付權利憑證的，可以認定債權人對該財產有優先受償權。但是，未辦理抵押財產登記的，不得對抗第三人。」如此一來，擔保法司法解釋有條件地將擔保法訂立的抵押權登記生效主義轉變為登記對抗主義。本文以為，登記生效主義基於公信原則和其公示效果給予當事人財產權相當的保障，只要當事人願意依規定完成登記手續，即取得系爭權利，任何人均不得任意主張該權利無效，亦無法撼動該權利的法律地位；如今卻因中國行政和司法機關的怠慢和不周，原本擔保法中欲以登記生效主義確保當事人抵押權益的美意盡失。即便是價值高昂的不動產抵押，只要符合擔保法司法解釋第 59 條而無法進行登記者，該抵押權不得對抗第三人，故若抵押人惡意將系爭不動產出賣於他人，抵押權人即無法主張以該買賣價金清償其債權¹⁰，抵押權人的權益受到嚴重威脅，自然影響實務上接受抵押制度以融資的意願。

⁹ 李國光，最高人民法院副院長在全國民事審判會議上的講話，最高人民法院公報，2000 年第 6 期。

¹⁰ 參見擔保法司法解釋第 67 條：I 抵押權存續期間，抵押人轉讓抵押物未通知抵押權人或者未告知受讓人的，如果抵押物已經登記的，抵押權人仍可以行使抵押權；取得抵押物所有權的受讓人，可以代替債務人清償其全部債務，使抵押權消滅。受讓人清償債務後可以向抵押人追償。 II 如果抵押物未經登記的，抵押權不得對抗受讓人，因此給抵押權人造成損失的，由抵押人承擔賠償責任。

(三) 物權法時期—不動產採登記生效主義，動產則採登記對抗主義

至 2007 年物權法施行時，擔保法已行之有年，登記之配套法規幾臻完備；又，物權法第 187 條規定：「以本法第一百八十八條第一款第一項至第三項規定的財產或者第五項規定的正在建造的建築物抵押的，應當辦理抵押登記。抵押權自登記時設立。」，第 188 條則明言：「以本法第一百八十八條第一款第四項、第六項規定的財產或者第五項規定的正在建造的船舶、航空器抵押的，抵押權自抵押合同生效時設立；未經登記，不得對抗善意第三人。」，因此，中國物權法簡明地對一般而言價值較高的不動產抵押採取登記生效主義，動產抵押則適用登記對抗主義¹¹。

三、登記和抵押合同效力間之關係

在台灣民法體系下，債權行為與物權行為分流，物權的變動不是債權行為的當然結果，而是應依一個獨立於債權行為以外的物權行為作成之，此乃物權行為獨立性；同時我國通說肯定物權無因性：物權行為的效力不為其原因行為（債權行為）所左右，縱使債權行為不成立、不生效力、被撤銷或無效，物權行為並不因此受影響，仍發生物權變動的法律效果¹²。而物權之變動係以物權行為之意思表示和公示行為（登記¹³或交付¹⁴）為要件。設甲對乙有貨款債務一百萬元，並將其房屋抵押予乙為擔保。甲和乙間之買賣（債權）契約於雙方就買賣權義關係意思表示合致時成立生效；兩人間之抵押（物權）契約於雙方就抵押權義關係意

¹¹ 除了進行登記將抵押之動產予以公示外，中國亦有許多學者建議可參考我國動產擔保交易法實施細則第 16 條規定：「I 登記機關應於業經登記之標的物之顯著部分烙印或黏貼標籤等，以資識別。 II 前項烙印或黏貼標籤等，得由登記機關受權債權人代為之。」，以烙印或標籤作為補強的公示方法，使第三人可以由標的物的外觀知悉其權利狀態。

¹² 參見王澤鑑，民法物權第一冊 通則·所有權，作者自版，頁 86-88（2005.1）。

¹³ 我國民法第 758 條：不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力。

¹⁴ 我國民法第 761 條第 1 項前段：動產物權之讓與，非將動產交付，不生效力。

思表示合致時成立，惟抵押權尚須登記之公示完成後方生效。

（一）中國無「物權行為」之概念

中國的法律傳統和我國一樣，均係繼受大陸法系，亦接受了債權與物權之界分，物權變動須公示的概念¹⁵。惟不同的是，中國在債權契約以外，似乎不承認有獨立的物權行為存在，即物權之變動，不以當事人有物權得喪變更之意思表示為要件。如民法通則第 72 條第 2 款規定：「按照合同或者其他合法方式取得財產的，財產所有權從財產交付時起轉移，法律另有規定或者當事人另有約定的除外。」條文中所指稱之「合同」，通說認為主要係指買賣合同、贈與合同、互易合同等債權合同；而所謂「其他合法方式」則指繼承、遺贈、法院判決、拍賣、徵用、沒收等。民法通則不承認有移轉所有權的獨立物權行為—讓與合意—存在，只要債權合同結合交付之事實行為，即可發生所有權的移轉。又如，「最高人民法院關於適用中華人民共和國合同法若干問題的解釋（一）」（1999）第 9 條：「...法律、行政法規規定合同應當辦理登記手續，但未規定登記後生效的，當事人未辦理登記手續不影響合同的效力，合同標的物所有權及其他物權不能轉移。」標的物若要發生物權變動，除有債權合同外，尚須依法律規定辦理登記手續。簡言之，中國沒有所謂的物權行為概念，當然亦無如我國物權行為獨立性、無因性之說法¹⁶。

（二）登記係抵押合同之生效要件？

在中國沒有物權行為概念的脈絡下，通說認為抵押合同是債權行為，但抵押權的設定為物權之變動，故須有登記之公示以為表徵。在抵押的法律關係中，只有一個法律行為，即債權行為，而登記僅是事實行為，並不存在一個旨在物權得喪變更的合意，也就是沒有物權行為¹⁷。因此，抵押合同是否成立生效應依中華人民共和國合同法之規定，而抵押權成立與否除了抵押合同有效之要件外，還必

¹⁵ 中國物權法第 6 條：不動產物權的設立、變更、轉讓和消滅，應當依照法律規定登記。動產物權的設立和轉讓，應當依照法律規定交付。

¹⁶ 參見王軼，「論物權變動模式的立法選擇」，月旦民商法雜誌，第 2 期，頁 82-93（2003）。

¹⁷ 參見高聖平，物權法擔保物權編，中國人民大學出版社，頁 137（2007.4）。

須符合公示原則¹⁸。

然而，擔保法第 41 條規定：「當事人以本法第四十二條規定的財產抵押的，應當辦理抵押物登記，抵押合同自登記之日起生效。」擔保法將抵押合同的效力取決於登記之行為，顯然與上述原則有所抵觸，混淆了債權和物權關係成立的條件，因此廣受批評。故物權法第 187 條修正之：「以本法第一百八十八條第一款第一項至第三項規定的財產或者第五項規定的正在建造的建築物抵押的，應當辦理抵押登記。抵押權自登記時設立。」回歸中國債權、物權原理—若抵押合同符合法定之合同要件，則合同關係有效，從而對抵押合同當事人有拘束力，違反者自應承擔違約責任，而登記後抵押權方生效¹⁹。

物權法第 187 條和第 188 條糾正了上述擔保法中抵押登記效力之爭議，則中國抵押登記制度的問題是否已完全解決？登記制度是抵押規範中極重要的一環，唯有完整的登記制度，抵押權屬方得明確；否則若登記機關權責不明，互相推諉，將使抵押當事人望之卻步，抵押制度窒礙難行，失卻其物盡其用、融通資金和保障交易安全的功能。本文以為，即便在物權法和其相關法規將登記生效／對抗，和登記與抵押合同間之關係做一釐清後，抵押權的登記制度仍有缺失之處—紊亂的登記機關。

四、紊亂的登記機關

依物權法第 10 條第 2 款：「國家對不動產實行統一登記制度。統一登記的範圍、登記機構和登記辦法，由法律、行政法規規定。」，同法第 178 條規定：「擔保法與本法的規定不一致的，適用本法。」物權法並未規定抵押登記機關，故在中國實行不動產統一登記制度之前，抵押登記仍依擔保法運作之。擔保法第 42

¹⁸ 全國人大常委會法制工作委員會民法室編，中華人民共和國物權法條文說明、立法理由及相關規定（第 187 條立法理由），北京大學出版社，頁 342（2007.3）。

¹⁹ 參見最高人民法院物權法研究小組編，中華人民共和國物權法條文理解與適用，人民法院出版社，頁 560（2007.3）。

條、第 43 條²⁰將不同之抵押標的物交由不同的部門負責登記的工作，多頭登記機關權責不清，中國學界和實務界因而出現了統一登記機關的呼聲。

(一) 不動產抵押是否有統一登記機關之需求？

依擔保法第 42 條第 2 項規定，以城市房地產或者鄉（鎮）、村企業的廠房等建築物抵押的，由縣級以上地方人民政府規定的部門為辦理抵押登記部門。目前中國多數地方的房產和地產的管理分屬於不同部門。惟根據「中華人民共和國城市房地產管理法」（1994）第 62 條：「經省、自治區、直轄市人民政府確定，縣級以上地方人民政府由一個部門統一負責房產管理和土地管理工作的，可以製作、頒發統一的房地產權證書，依照本法第六十條的規定，將房屋的所有權和該房屋占用範圍內的土地使用權的確認和變更，分別載入房地產權證書。」因此，在實行土地、房屋統一管理的地方（如上海、廣州、深圳等），以房地產抵押時，按當地政府的規定到指定的機關辦理房地產抵押登記；而若在土地、房屋未統一管理的地方，仍應分別到土地、房屋管理部門辦理土地使用權抵押登記和房屋抵押登記²¹。顯而易見地，房產和地產的抵押登記在中國可謂是一國多制，依地區的不同可能是分開登記，或是一併登記。

物權法第 182 條第 1 款規定：「以建築物抵押的，該建築物占用範圍內的建設用地使用權一併抵押。以建設用地使用權抵押的，該土地上的建築物一併抵押。」結合上述以觀，分開、一併登記全國並無統一，造成抵押當事人適用上的混淆；此外，若在房地產分開抵押登記的地區，抵押人將其房屋抵押予債權人為擔保，則在物權法第 182 條第 1 款下，當事人須奔波兩地（土地管理部門和房產

²⁰ 擔保法第 42 條：辦理抵押物登記的部門如下：（一）以無地上定著物的土地使用權抵押的，為核發土地使用權證書的土地管理部門；（二）以城市房地產或者鄉（鎮）、村企業的廠房等建築物抵押的，為縣級以上地方人民政府規定的部門；（三）以林木抵押的，為縣級以上林木主管部門；（四）以航空器、船舶、車輛抵押的，為運輸工具的登記部門；（五）以企業的設備和其他動產抵押的，為財產所在地的工商管理部門。

擔保法第 43 條：I 當事人以其他財產抵押的，可以自願辦理抵押物登記，抵押合同自簽訂之日起生效。II 當事人未辦理抵押物登記的，不得對抗第三人。當事人辦理抵押物登記的，登記部門為抵押人所在地的公證部門。

²¹ 吳合振、吳林鐵，擔保物權審判實踐應用（根據物權法修訂），人民法院出版社，頁 80（2007.7）。

管理部門)才算完成抵押登記。

或論物權法第 182 條第 2 款：「抵押人未依照前款規定一併抵押的，未抵押的財產視為一併抵押。」已將當事人須往返兩地登記的問題解決，在房屋為抵押物的情形，即便未為土地使用權之抵押登記，土地使用權亦為抵押效力所及。惟本文以為，此時又會產生另一問題，承上述房屋為抵押物之例，若嗣後抵押人欲將系爭建築物之土地使用權設定抵押予第三人，該第三人仍需奔波土地管理部門和房產管理部門方能查明該土地使用權的權利狀態，顯然增加交易成本。

更甚者，中國尚有部分城市的地方人民政府根本沒有規定具體辦理抵押登記的部門；擔保法司法解釋第 60 條為之解套：「以擔保法第四十二條第（二）項規定的不動產抵押的，縣級以上地方人民政府對登記部門未作規定，當事人在土地管理部門或者房產管理部門辦理抵押物登記手續，人民法院可以確認其登記的效力。」簡言之，在地方人民政府沒有作出規定的城市，**抵押當事人可以任意選擇土地管理部門或房產管理部門其一登記之**，上述登記混亂和當事人需往返查詢登記情形的問題在此更為嚴重，還給惡意抵押人重複抵押以騙取貸款、侵害抵押權人利益提供了可乘之機²²。

土地和其上的房屋緊密相連，利害攸關，但在中國，土地使用權和房屋的抵押登記規則不統一，大部分地區又是由不同部門分別處理土地使用權和房屋的抵押登記事務，登記管理權限難免衝突，重複登記又重複收費，令人民無所適從；登記信息亦無法全面及時公開，當事人在設定抵押和查詢房地產之權利狀態時，勢必造成適用的困難和勞力、時間、費用的浪費，登記的公示效力也因而不彰。反觀台灣的房地產登記制度，土地和建物的權利登記均由不動產所在地之地政機關統一辦理²³，人民詳知應於何處為登記，土地和其上之建物的權利狀態亦得同

²² 祁繼承（新鄉市房屋產權監理處），「物權法的實施將跟置房地產抵押登記多頭辦理的弊端」，中國房地產，2007 年第 9 期，頁 27。

²³ 我國土地登記規則第 2 條：土地登記，謂土地及建築改良物（以下簡稱建物）之所有權與他項權利之登記。

同規則第 3 條：I 土地登記，由土地所在地之直轄市、縣（市）地政機關辦理之。但該直轄市、縣（市）地政機關在轄區內另設或分設登記機關者，由該土地所在地之登記機關辦理之。II 建物跨越二個以上登記機關轄區者，由該建物門牌所屬之登記機關辦理之。III 直轄市、縣（市）地政機關已在轄區內另設或分設登記機關，且登記項目已實施跨登記機關登記者，得由同直轄

時查詢，一目了然。

登記公示乃為物權法律關係之根本、基礎，若登記制度有所缺陷，勢必影響物權之運作流動及其功能之發揮。目前中國抵押貸款中，約莫六成都是以不動產為抵押標的物²⁴，上述不動產抵押登記的問題若不解決，將大大削弱抵押權促進交易、發展融資之作用。因此，**本文建議，中國宜如我國般建立一全國統一之房地產抵押登記制度，由同一部門管理房產和地產的抵押登記**，不僅可有效解決當事人從事登記之成本過高的問題，在權利檢索上亦明白簡便許多，不動產的擔保價值和交易安全獲得確認及保障，當事人自然更樂於接受以抵押權來擔保資金的融通。

事實上，物權法第 10 條第 2 款也持和本文相同立場，明白表示應對不動產實行統一登記制度，這意味著中國不動產登記不夠及時、全面和公開的情形相當嚴重，故有制定此一條文之必要，因此有學者主張應盡快制定「中華人民共和國不動產登記法」，確立統一的不動產登記機構、程序和相關權責等，蓋唯有如此方能保障人民權益和不動產物權的流轉秩序²⁵。

(二) 動產抵押是否有統一登記機關之需求？

依擔保法第 42、43 條和其他相關規定，可將各類型動產之抵押登記部門和法律依據簡示如下表：

表格 十六：動產抵押登記機關一覽表

抵押動產類型	登記部門	登記之法律依據
民用航空器	民用航空主管部門	擔保法第 42 條第 2 項 民用航空法（1995）第 16 條 民用航空器權利登記條例（1997）第 4 條

市、縣（市）內其他登記機關辦理之。

同規則第 4 條：I 下列土地權利之取得、設定、移轉、喪失或變更應辦理登記：...六 抵押權...

²⁴ 參見第一章之圖二。

²⁵ 楊立新，「中國物權法的公布背景與規定的物權體系及重點規則（下）」，月旦法學雜誌，第 149 期，頁 166（2007）。

船舶	海事局	擔保法第 42 條第 2 項 海商法 (1992) 第 13 條 船舶登記條例 (1994) 第 4 章
漁業船舶	漁政漁港監督管理局	漁業船舶登記辦法 (1996) 第 19-23 條
機動車	車輛管理所	擔保法第 42 條第 2 項 機動車登記規定 (2004) 第 22-25 條
林木	林業主管部門	擔保法第 42 條第 2 項
生產設備、原材料、半 成品、產品	工商行政管理部門	擔保法第 42 條第 5 項 企業動產抵押物登記管理辦法 (2000) 第 3 條
其他財產 (如家具、電 器、珠寶等等)	公證部門	擔保法第 43 條 公證機構辦理抵押登記辦法 (2002) 第 3 條

有鑑於不同動產抵押登記須委由不同機關辦理，中國多數學者認為如此易使人民困惑於應至何處辦理登記，分頭登記不僅手續麻煩，同時不利於動產抵押狀態的查詢，因此提倡以工商管理部門作為統一的動產登記機關，理由如下²⁶：

1、動產抵押制度主要服務對象係企業，工商管理部門為國家對企業和經濟活動的綜合管理部門，辦理抵押登記自屬有理，同時降低登記系統的改造成本。若以其他專門化機構辦理，受限於其管理職能的狹小；若由公證部門職掌亦不適當，因為所謂公證，係指公證機構根據法律規定和當事人申請，按照法定程序證明法律行為、有法律意義的事實和文書的真實性及合法性，與動產抵押登記賦予抵押權以對抗力的功能不同。

2、工商行政管理機關的分支機構分布較廣，尤其進行動產抵押登記有利於全國統一系統的建立。

3、工商行政管理部門電子政務改革較為快速、徹底，目前已建立了動產抵押系

²⁶ 參見郭曉莉，「我國銀行擔保實務對動產抵押制度的立法啟示」，湖南財經高等專科學校學報，第 23 卷第 108 期，頁 21 (2007)；梁虹，「對我國動產抵押登記制度的思考」，黑龍江省政法管理幹部學院學報，2008 年第 5 期，頁 102；張曉娟，「動產抵押制度之完善初探」，現代財經，2008 年第 2 期，頁 85、86；高聖平，物權法擔保物權篇，中國人民大學出版社，頁 153-155 (2007.4)。

統、企業登記電子檔案管理系統等信息網絡。

本文以為，以工商行政管理部門為統一的動產登記機關是否可行，甚至是否適合，仍有待商榷。

1、目前擔保法所規定之各登記機關熟悉抵押物性質，便於行政管理，否則將使機關的行政監管事務與登記業務無法相互銜接。且各種抵押類別劃分明確，如以民用航空器抵押者，即由民航主管部門登記之，應不致造成民眾混淆。此外，有謂抵押登記的公示作用與公證的基本職能—證實法律行為的真實性和合法性—不同，故不宜委由公證機構辦理抵押登記，惟兩者其實並不矛盾，更何況一個部門本就不限於只能處理一種業務。

2、物權法大幅放寬抵押客體的範圍，第 180 條第 7 款規定，只要是法律、行政法規未禁止抵押的財產均得抵押之，不只是企業，連一般的農、工業生產者，甚至是私人，都因而獲得更多的抵押融資機會。若將所有動產抵押均交由工商行政管理部門處理，登記事務的複雜與龐大有造成該部門過重負擔之虞。此外，若個人將家具、電器或珠寶等設定動產抵押，卻要到無關的工商行政管理部門辦理登記，令人難以理解。

3、無庸置疑地，企業對於動產抵押會有較高度需求，在動產權利狀態的查詢上，也是企業使用較為頻繁，而企業通常都是以生產機器設備、原料、產品等與其業務相關之動產抵押之，依擔保法第 42 條第 5 項已由工商行政管理部門職掌登記事務，物權法第 181 條的浮動抵押，依同法 189 條設定抵押的企業亦應在工商行政管理部門辦理登記；簡言之，企業動產抵押狀態的檢索應無問題，目前中國工商行政管理系統已有的電子訊息網路已足以滿足企業動產抵押之需要。如此一來，是否有必要耗費高額成本建立一統一的動產抵押登記系統，值得懷疑。

4、我國亦無採取動產抵押登記機關單一之制度，依台灣動產擔保交易法第 4 條，我國可抵押之動產限於機器、設備、工具、原料、半製品、成品、車輛、農林漁牧產品、牲畜及總噸位未滿二十噸之動力船舶或未滿五十噸之非動力船舶。且依動產種類之不同，分由不同專責機關辦理登記²⁷，運作情形堪稱正常。此外，即

27 動產擔保交易法施行細則第 3 條：I 本法第六條所定動產擔保交易之登記機關如下：一、加工出口區內之機器、設備、工具、原料、半製品及成品，以加工出口區管理處為登記機關。二、

便係有多數機關分別處理抵押登記事項，各機關間仍可建立互通的網路平台，共享彼此的登記資訊。

五、登記公示制度缺陷下的產物—擔保法第 35 條

(一) 我國民法第 865 條：於同一物上設定數抵押權乃抵押人之權利

我國民法第 865 條：「不動產所有人因擔保數債權，就同一不動產設定數抵押權者，其次序依登記之先後定之。」此雖係就同一不動產上有多數抵押權存在時，如何決定受償順序之規定，然仍足以說明抵押人就不動產設定一抵押權後，尚得在該同一不動產上設定數抵押權。蓋抵押權不以占有抵押物為權利內容，設定數抵押權於同一不動產上乃屬可能；多數抵押權存在時，依登記先後定其次序，則先次序之抵押權自不受後來訂定之抵押權影響，是抵押權之再設定，為物權排他效力所容許。此外，民法第 865 條並未對數擔保債權總額與抵押物價值間之關係予以限制，其無規定唯有數擔保債權總額低於抵押物價值時方得於同一物上重複設定抵押權。因此，設定數抵押權係抵押人之權利，不問數擔保債權之總額係高或低於抵押物價值，皆非抵押權人所能干涉或阻止²⁸。

科學工業園區內之機器、設備、工具、原料、半製品及成品，以科學工業園區管理局為登記機關。三、農業科技園區內之機器、設備、工具、原料、半製品及成品，以農業科技園區管理局為登記機關。四、農業機器、設備、農林漁牧產品及牲畜，其所在地在直轄市者，以直轄市政府為登記機關；在直轄市以外區域者，以行政院農業委員會為登記機關。五、前四款以外之機器、設備、工具、原料、半製品及成品，其所在地在直轄市者，以直轄市政府為登記機關；在直轄市以外區域者，以經濟部為登記機關。六、漁船，其船籍所在地在直轄市者，以直轄市政府為登記機關；在直轄市以外區域者，以行政院農業委員會漁業署為登記機關。七、漁船以外之小船，其所在地在直轄市者，以直轄市政府為登記機關；在直轄市以外區域者，以交通部為登記機關。八、汽車、大型重型機器腳踏車及拖車，其車籍所在地在直轄市者，以直轄市政府為登記機關；在福建省者，以福建省政府為登記機關；在臺灣省者，以交通部公路總局為登記機關。II 前項第一款之登記機關，其設有分處者，得委任其分處代辦登記。III 第一項第四款至第六款直轄市以外區域之登記機關，得委託標的物所在地之縣（市）政府代辦登記。IV 第一項第七款直轄市以外區域之登記機關，得委任標的物所在地之港務機關或委託標的物所在地之縣（市）政府代辦登記。V 第一項第八款之登記機關，得委任或委託辦理公路監理業務之監理機關代辦登記。

²⁸ 參見謝在全，民法物權論（中），作者自版，頁 472（2007.6）。

(二) 中國擔保法第 35 條：允許餘額抵押，禁止重複抵押—登記制度不足所致

上述抵押人權利曾經是不被中國擔保法制所認同的。中國將抵押財產的再次抵押分為餘額抵押和重複抵押：**餘額抵押**，係指抵押人在同一抵押財產上設定數抵押權，但**抵押權所擔保之數債權總額不超過抵押物之價值**；**重複抵押**，則指抵押人就同一抵押財產在同一價值範圍內為兩個以上的債權擔保之。最高人民法院關於貫徹執行中華人民共和國民法通則若干問題的意見（1988，本文以下均簡稱為「民通意見」）第 115 條：「抵押物如由抵押人自己占有並負責保管，在抵押期間，非經債權人同意，抵押人將同一抵押物轉讓他人，或者就抵押物價值已設置抵押部分再作抵押的，其行為無效。」據此，**重複抵押是否有效取決於先位抵押權人同意與否**。其後，擔保法第 35 條將再次抵押的限制細緻化，**允許餘額抵押（第 1 款），但完全禁止重複抵押（第 2 款）**：「I 抵押人所擔保的債權不得超出其抵押物的價值。II 財產抵押後，該財產的價值大於所擔保債權的餘額部分，可以再次抵押，但不得超出其餘額部分。」**民通意見 115 條和擔保法第 35 條乃當時不完善的抵押登記制度所致**。如前所述，在擔保法施行時，登記之配套法規或是欠缺，或是零落，負責公示事務之機關對其職務或是一知半解，或是推諉卸責，擔保法司法解釋第 59 條甚至因而將擔保法原本規定的登記生效主義修改為登記對抗主義，抵押公示制度的缺陷使債權人根本無法釐清抵押財產之權利狀況，難保無抵押人和他人惡意串通之虞，此時若再大開再次抵押之大門，不就重複抵押加以限制，勢必危害抵押權人權益，增加其債權無從實現之風險，進而擾亂經濟秩序²⁹。

(三) 擔保法第 35 條之缺失

基於抵押之權利本質、社會功能，和私法基本原則，抵押人應享有就其同一物設定數抵押權之權利，不問是否構成餘額抵押或重複抵押，而不宜以法律剝奪

²⁹ 參見高聖平，物權法擔保物權編，中國人民大學出版社，頁 215、216（2007.4）。

之。以下就擔保法第 35 條缺失之處分述之。

1、餘額抵押、重複抵押成立與否難以判斷

只有在抵押權實行之時，抵押物價值始得真正確定。設定抵押權時，僅能根據當時行情大致估計抵押物價值，抵押財產之價額日後不免隨著社會經濟情況有所更迭升貶。當抵押物價值下跌時，原本的餘額抵押有可能轉為重複抵押，反之，若抵押物價值上升時，之前的重複抵押亦有轉為餘額抵押之可能³⁰，依擔保法第 35 條，再次設定抵押權的法律行為將出現有效、無效不斷變動之不確定狀態，禁止重複抵押的不合理不言可喻。

此外，依擔保法第 46 條，抵押擔保的範圍包括主債權、利息、違約金、損害賠償和實現抵押權的費用，除了主債權以外之費用，在抵押權設定當時當事人均無法計算³¹，則抵押人如何比較被擔保債權和抵押物價值孰高孰低？抵押人如何正確判斷係餘額抵押抑或是重複抵押？

2、重複抵押未侵害任何抵押權人利益

先順位抵押權人無論如何均優先於後順位抵押權人受償，重複抵押並不影響其權益。即便是重複抵押的情形，先位之抵押權有可能因為清償等原因而消滅，抵押物也有可能大幅升值，後順位抵押權人之抵押權和債權不見得不能實現。無論抵押財產價值多寡，有抵押擔保的債權終究風險較低，若當事人雙方不介意在同一物上有複數抵押權存在，法律自然無須干涉³²。

3、擔保法第 35 條與抵押權本質不符

抵押權得以在各種擔保手段中脫穎而出的最大原因在於其「物盡其用」之特徵，在抵押權存續期間，抵押人無須如設定質權般移轉標的物之占有，抵押人得繼續使用收益和處分該抵押財產，換言之，抵押人能尋求可增進其最大收益的方

³⁰ 參見楊繼鋒，抵押權效力若干問題研究，上海社會科學院碩士論文，頁 27（2007）。

³¹ 參見吳慶寶主編，物權擔保裁判原理與實務，人民法院出版社，頁 395、396（2007.4）。

³² 參見吳合振、吳林鐵，擔保物權審判實踐應用（根據物權法修訂），人民法院出版社，頁 93、94（2007.7）。

式來處置抵押物，而不影響抵押權。設定負擔亦為處分行為的一種，因此，根據抵押權的本質，在設定先位抵押權後，抵押人仍保有抵押物之處分權能，其有權再次設定抵押權而不問抵押物價值如何。擔保法第 35 條的規定與抵押權之權利內容有所衝突。

4、擔保法第 35 條削弱抵押權的社會功能

抵押權社會功能在於作為融資的手段，即誘使交易主體用其財產設定抵押，以籌措資金，再將資金投入生產或為更有效率之投資，進而促成經濟之繁榮。限制抵押所擔保的債權不得超過抵押物的價值，等於是限定了債務人可因擔保而取得的資金數額，財產之效益從而無法淋漓盡致發揮，大大減損企業的融資能力³³。

5、擔保法第 35 條違反私法自治原則

擔保法第 35 條旨在保護抵押權人，因若抵押物價值小於其所擔保債權之總額，則債權將有不能滿足之危險。惟如前述，縱使以低價抵押財產擔保高額債權，亦不代表債權註定無法實現。若抵押權人明知系爭財產價值低落，或是明知系爭財產已為他人設定抵押權，還願意以該財產為其債權之擔保，基於契約自由和私法自治原則，法律無介入之必要。

6、其他擔保方式無類似之規定

若依擔保法第 35 條的邏輯推論，在以質權為擔保的情形下，質物價值應不得少於其所擔保之債權，在以保證為擔保的情形下，保證人所擁有的財產則不得低於其所保證的債權，但事實上擔保法中其他擔保方式並無類似第 35 條之規定。差別待遇之理由何在，令人匪夷所思³⁴。

或許是發現了擔保法第 35 條的諸多不合理，擔保法司法解釋第 51 條規定：「抵押人所擔保的債權超出其抵押物價值的，超出的部分不具有優先受償的效力。」似乎間接地允許重複抵押，只是擔保債權超過抵押物價值的部分無法優先受償，相當程度地緩和了擔保法第 35 條的限制。

³³ 參見祝洪華，論抵押權的效力—以抵押關係利益平衡為中心，吉林大學碩士論文，頁 35(2007)。

³⁴ 參見李國光、高聖平編，擔保法及配套規定新釋新解，人民法院出版社，頁 420、421(2006.7)。

(四) 物權法的修正：不再限制、禁止同一物上存在複數抵押權之情形

抵押權的目的在於保障債權實現，降低債務人不履行債務的風險，並不要求受擔保的債權在實行抵押權後必須足額受償。目前中國的抵押登記制度越來越完備，民通意見和擔保法時期的顧慮已不復存在，透過充分公示，財產之權利狀態清楚明白，抵押權人自可決定是否接受較債權低價之抵押物，和是否願意成為後順位之抵押權人。物權法從善如流，未再就超額抵押和重複抵押予以禁止，一切回歸私法的基本原則與抵押權之本質特徵，最大限度地利用抵押財產的交換價值，以發揮抵押權融通資金、活絡經濟之功能。

六、小結

中國經濟快速起飛，商事行為頻繁熱絡，抵押作為常見之擔保手段，勢必頻繁地用於融資上。因此，登記制度的明晰和確立將扮演舉足輕重的角色。唯有釐清不同種類抵押物之登記效力，和各登記機關之管轄權屬，方能落實抵押保障債權實現之功能，進而保護交易安全。

擔保法雖明文規定就不動產和特定動產採取登記生效主義，其餘動產則適用登記對抗主義，但登記機關怠於或未及於開展登記工作，登記之配套法規更是嚴重立法落後，使得擔保法第 41 條以下的登記規定未發揮預期中的公示和公信效果。中國物權法制定以來，已簡明就不動產抵押採登記生效主義，而動產抵押則適用登記對抗主義，一改擔保法綜合使用兩種立法例之混亂，同時也確立登記並非抵押合同之生效要件，而係抵押權之設立條件，殊值贊同。

過往登記制度的缺陷造就了擔保法第 35 條禁止超額抵押及重複抵押的立法，惟此規定不僅在實務上難以操作，更與抵押權物盡其用、促進融資的宗旨，以及契約自治自由的原則有所扞格抵觸。幸好物權法已將此一不合理之規範予以刪除。

然而，在登記機關方面，物權法則無作與擔保法不同之新規定，故仍依擔保法第 42 條、第 43 條及相關法規決定各種不動產和動產之抵押登記機關。本文以

為，在**不動產抵押登記**上，宜由一機關統一職掌房屋和土地之登記，使不動產之權屬狀態一目了然，同時減免往來查詢和奔波登記之交易成本；而由於動產種類繁多，價值不一，再加上要求現在的中國建立一個統一管理所有動產抵押登記之系統，可行性和必要性不高，故本文與中國多數說採不同意見，主張在**動產抵押登記**上，應維持現行擔保法規定，依不同動產性質由不同部門辦理登記，以方便管理。



第二節 抵押權之追及性

一、追及性之概說及我國規定

所謂抵押權追及性，係指抵押財產因轉讓或其他原因而發生所有權主體變更時，抵押權不因此而受影響，不論抵押財產落入何人之手，抵押權人均得在擔保債權屆期未獲清償時實行該抵押權，我國民法第 867 條：「不動產所有人設定抵押權後，得將不動產讓與他人。但其抵押權不因此而受影響。」即為不動產抵押權追及性之落實。自羅馬法以來，追及性即為抵押權的基本效力之一，其理論基礎有三。**首先**，法律將特定物歸屬於某權利主體，由其直接支配，享受利益，並排除他人對此支配領域的侵害和干預，故物權具有絕對性（對世性）和排他性；**從物權絕對、排他性質進而衍生出物權的追及效力**：物權成立後，其標的物不論輾轉入於何人之手，物權人均得追及物之所在，而直接支配其物的效力³⁵，抵押權之追及性正是物權追及效力的最佳體現。**其次**，**登記公示制度為抵押權追及性提供發揮作用的平台**；抵押權強大的追及效力意謂著第三取得人所受讓之物為一帶有抵押權負擔（瑕疵）之物，使該無辜第三人背負不利益的正當化理由為何一完善的公示制度和公信原則—第三人可透過登記查知標的物的權利狀態，在交易安全已獲得確保的情況下，若該第三人仍願意接手權利有瑕疵之物，使自己將來有可能陷於所有物被實行抵押權而拍賣的危險中，或是面臨必須為債務人（即抵押物之出賣人）清償債務的窘境，則法律尊重其選擇。**最後**，抵押權之所以成為最受歡迎的擔保制度，其優勢在於權利設定不以移轉抵押物占有為要件，使抵押人在以標的物確保債權之受償、保護交易安全和獲得資金融通的同時，仍得就抵押物為使用收益以生產，甚至得處分之以獲得更大之利益；然而，在給予抵押人相當程度自由之餘，不能忘記亦應保護抵押權人的權益，不論抵押人如何用益、處分抵押物，均因抵押權追及性的存在，被擔保債權得以保障。

我國民法第 867 條有兩個層面之涵義。其一，抵押人不因抵押權之設定而喪失抵押物之法律上處分權。抵押人自可不待抵押關係消滅而為抵押物之買賣³⁶或

³⁵ 王澤鑑，民法物權第一冊 通則·所有權，作者自版，頁 65（2005）。

³⁶ 參見司法院院字第 1690 號解釋：抵押權為物權，其權利乃存在於抵押物之上，故抵押物所有人於抵押權設定後，將所有權讓與第三人，其原設定之抵押權，仍隨其物之所在而存在，抵押權

讓與，抵押權人亦不得因此而主張抵押人與他人間成立之買賣契約或所有權移轉為無效³⁷。抵押人既有權讓與抵押物，則當事人間如有設定抵押權後不能讓與抵押物之特約時，此項特約對於受讓人不生效力。又抵押物之讓與不限於抵押人自行為轉讓的情形，法院依他債權人之聲請，拍賣抵押物而讓與所有權，亦屬其例。抵押物所有權讓與後，原抵押人即脫離抵押關係，該抵押權即存在於抵押權人與抵押物第三取得人之間³⁸。其二，抵押物之所有權雖經讓與，但抵押權不因此而受影響，即抵押權人仍得於抵押權擔保之債權屆期未受清償時，追及抵押物之所在，行使其抵押權。而該抵押物之受讓人（第三取得人），為免抵押權人就抵押物實行抵押權而受損害，得依民法第 311 條、第 312 條³⁹之規定，向抵押權人清償以消滅抵押權，但此為其權利而非義務，併此敘明。

有鑑於抵押權之物權性質、權利特徵和社會功能，各國立法例大致上均承認抵押人得在抵押權存續中轉讓抵押物，只是各國所承認之追及效力強弱程度不同。舉例言之，德國對於抵押權追及性規定不論抵押物如何轉讓，抵押關係均追及存於受讓人與抵押權人間；法國民法亦承認抵押權之追及，但受讓人得替代債務人清償擔保債務以消滅抵押權；日本民法則是抵押權追及與價金代位制度並進，除了使受讓人成為新抵押人外，受讓人亦可將價金給付予抵押權人以消滅抵押權⁴⁰。

人自得依民法第八七三條，聲請法院拍賣以清償其債權，同法第八六七條所謂不因其抵押物讓與他人而受影響者，即示此旨，若謂須抵押關係消滅後，方許賣買，顯與該條規定牴觸，自為法所不許。

³⁷ 參見司法院院解字第 3335 號解釋：抵押權人僅就抵押物之賣得價金有優先於他債權人而受清償之權，不得主張抵押權設定人與他人間成立之買賣契約為無效。

³⁸ 謝在全，民法物權論（中），作者自版，頁 477（2007.6）。

³⁹ 中華民國民法第 311 條：I 債之清償，得由第三人為之。但當事人另有訂定或依債之性質不得由第三人清償者，不在此限。II 第三人之清償，債務人有異議時，債權人得拒絕其清償。但第三人就債之履行有利害關係者，債權人不得拒絕。

同法第 312 條：就債之履行有利害關係之第三人為清償者，於其清償之限度內承受債權人之權利，但不得有害於債權人之利益。

⁴⁰ 參見曾建平，抵押物轉讓制度研究，西南政法大學碩士論文，頁 1-6（2008）；蔡利娜，論抵押權的追及效力，對外經濟貿易大學碩士論文，頁 5-6（2007）。

二、中國抵押權有無追及性？

在台灣被視為理所當然的抵押權追及性，在中國擔保法制中卻一再出現爭議和受到挑戰。在立法初期追及性的規定付之闕如，但對於抵押物之轉讓係採取較嚴格的態度，直至擔保法司法解釋第 67 條，始有追及效力之明文，而最新頒布的物權法又有異於擔保法及其司法解釋之規定。每個立法階段對於追及性所採之立場不同，又各規定間優劣利弊為何，以下以中國抵押立法進程為軸分述之。

（一）民通意見

1986 年頒布，1987 年施行之民法通則，在第 89 條對抵押有簡略之規定⁴¹，1988 年頒布的民通意見第 115 條：「抵押物如由抵押人自己占有並負責保管，在抵押期間，非經債權人同意，抵押人將同一抵押物轉讓他人，或者就抵押物價值已設置抵押部分再作抵押的，其行為無效。」上述條文嚴格限制抵押人對抵押物之處分，非經債權人同意的抵押物轉讓行為無效，以抵押權人之意思作為抵押人和第三人間轉讓行為的要件，似乎與抵押人仍擁有抵押物所有權之前提相互扞格；此規定妨礙抵押物之有效利用和第三人的交易安全，更是不言自明。先不論如此規範是否妥適，本文以為，民通意見仍未就抵押權追及性作清楚的闡釋—在經債權人同意的抵押物轉讓之情形，抵押關係是否逕隨之轉讓至第三人與抵押權人間，還是第三人須將價金給付給抵押權人，或是替代清償，以消除該抵押負擔，從民通意見第 115 條中無法獲得解答。

1988 年民通意見現身之當時，中國尚處於計畫經濟體制結構，從而在立法上仍帶有保守的傾向；如今中國已高度市場化，該相關規範彰顯其瀕臨法律補強修正之臨界點。

（二）擔保法

⁴¹ 民法通則第 89 條：「依照法律的規定或者按照當事人一方要求保證的，可以採用下列方式擔保債務的履行：...（二）債務人或者第三人可以提供一定的財產作為抵押物。債務人不履行債務的，債權人有權依照法律的規定以抵押物折價或者已變賣抵押物的價款優先得到償還...。」

抵押權效力對於抵押物處分權之影響規定在擔保法第 49 條：「I 抵押期間，抵押人轉讓已辦理登記的抵押物的，應當通知抵押權人並告知受讓人轉讓物已經抵押的情況；抵押人未通知抵押權人或者未告知受讓人的，轉讓行為無效。 II 轉讓抵押物的價款明顯低於其價值的，抵押權人可以要求抵押人提供相應的擔保；抵押人不提供的，不得轉讓抵押物。 III 抵押人轉讓抵押物所得的價款，應當向抵押權人提前清償所擔保的債權或者向與抵押權人約定的第三人提存。超過債權數額的部分，歸抵押人所有，不足部分由債務人清償。」擔保法第 49 條就抵押物轉讓的要件作了放寬—只要履行告知通知義務即可，無須抵押權人之同意；惟其對於處分抵押物之限制仍多，價款不足者，抵押人應提供相應擔保；同時要求提前清償債權，不僅剝奪抵押人之期限利益，還使得抵押權人原本擁有的抵押之物權性權利（對世性，效力較強），轉變為價款返還之債權性權利⁴²（相對性，效力較弱），正當性如何尚有待商榷。最重要的是，擔保法還是沒有表達其針對抵押權追及力的立場，直到 2000 年擔保法司法解釋出現，一切才明朗化。

（三）擔保法司法解釋

擔保法司法解釋第 67 條：「I 抵押權存續期間，抵押人轉讓抵押物未通知抵押權人或者未告知受讓人的，如果抵押物已經登記的，抵押權人仍可以行使抵押權；取得抵押物所有權的受讓人，可以代替債務人清償其全部債務，使抵押權消滅。受讓人清償債務後可以向抵押人追償。 II 如果抵押物未經登記的，抵押權不得對抗受讓人，因此給抵押權人造成損失的，由抵押人承擔賠償責任。」同法第 68 條：「抵押物依法被繼承或者贈與的，抵押權不受影響。」擔保法司法解釋實質地修改了擔保法的規定，在非繼承和贈與之一般轉讓抵押物的情形下，即便抵押人未履行告知通知義務，其與第三人間的轉讓行為仍為有效，且明確承認此時抵押權具有追及力。綜合擔保法及其司法解釋觀之，本文將抵押物處分效力和追及性之法律適用情形簡化如下表。

⁴² 參見王新民，「抵押物處分效力之檢討」，甘肅行政學院學報，2008 年第 1 期，頁 114。

表格 十七：擔保法及其司法解釋有關抵押物處分和抵押權追及性之法律適用

	有履行告知通知義務者	無履行告知通知義務者且抵押物有登記者	無履行告知通知義務且抵押物未登記者
轉讓之效力	有效	有效	有效
抵押權追及力	無	有	無
抵押權人	若價款低於抵押物價值，抵押權人得要求抵押人提供相當擔保	即便抵押物已歸第三人所有，抵押權人仍得於債權未獲清償時實行該抵押權	抵押權人若受有損失，得向抵押人請求損賠
抵押人（債務人、讓與人）	應將價款提前清償債權或提存	須在債權屆期前清償債務以消滅抵押權	抵押權人若受有損失，有損賠義務
受讓第三人	取得一權利無瑕疵之物	取得一帶有抵押權負擔之物，得代償債務以消滅抵押權	取得一權利無瑕疵之物
法條依據	擔保法第 49 條	擔保法司法解釋第 67 條	擔保法司法解釋第 67 條

（四）物權法

物權法第 191 條：「I 抵押期間，抵押人經抵押權人同意轉讓抵押財產的，應當將轉讓所得的價款向抵押權人提前清償債務或提存。轉讓的價款超過債權數額的部份歸抵押人所有，不足部分由債務人清償。II 抵押期間，抵押人未經抵押權人同意，不得轉讓抵押財產，但受讓人代為清償債務消滅抵押權的除外。」抵押人轉讓抵押財產應經抵押權人同意，同時應將轉讓所得價款提前清償債權或提存；未得抵押權人同意者，除非受讓人替代清償，否則不得轉讓抵押物。簡言之，轉讓抵押財產的前提是消除該財產上之抵押權，既然受讓人取得的是不具有權利瑕疵之財產，自然無追及之問題。因此，物權法中並無抵押權追及性存在之餘地。

其立法理由⁴³在於：

- 1、財產抵押實際是以物的交換價值擔保，抵押物轉讓，交換價值已實現。以交換所得的價款返還債務，消滅抵押權，可減少抵押物流轉過程中的風險，避免抵押人利用制度漏洞取得不當利益，更好地保護抵押權人和買受人的合法權益。
- 2、擔保法規定轉讓抵押財產時應當通知抵押權人並告知受讓人，換言之，只要已盡通知告知義務，抵押權人即不能阻止抵押人的轉讓行為，僅得在轉讓價款低於債權價值時，要求抵押人提供相應擔保。惟抵押財產價值隨著市場波動，價款是否低於債權價值難以準確判斷，故與其為抵押權的實現留下不確定因素，不如在轉讓抵押財產時，就將價款提前清償或提存以消滅抵押權。
- 3、現實生活中往往要到實現抵押權時才發現抵押人未盡通知告知義務，此時即使宣告轉讓契約無效，轉讓的財產可能也無法追回。而轉讓抵押財產前取得同意的規定，可防止糾紛，節省實行抵押權之成本。

自上述物權法第 191 條立法理由可知，物權法與擔保法就抵押物轉讓和抵押權追及性而言有不同意見，主要差別在於抵押物轉讓條件，不符條件而轉讓之法律效果，和轉讓之配套規定上。

● 物權法第 191 條與擔保法第 49 條之比較

1、轉讓要件：從「通知告知」到「同意」

擔保法規定，抵押人轉讓抵押物時應通知抵押權人，並告知受讓人；物權法則規定抵押人轉讓抵押物須得抵押權人同意。這意味著物權法更重視對抵押權人的保護，在通知的情況下，抵押權人只是被動地領受意思，無法自行影響抵押物轉讓的效力，而同意則是抵押權人取得主動地位，直接決定該轉讓能否發生效力⁴⁴。

⁴³ 全國人大常委會法制工作委員會民法室編，中華人民共和國物權法解讀（第 191 條立法理由），中國法制出版社，頁 414（2007.3）。

⁴⁴ 參見許明月，「抵押物轉讓制度之立法缺失及其司法解釋補救－評中華人民共和國物權法第 191 條」，法商研究，2008 年第 2 期，頁 141。

2、法律效果：從「轉讓有效」到「轉讓禁止」

擔保法明文，未盡通知告知義務之轉讓為無效，但擔保法司法解釋第 67 條修正了擔保法 49 條，故不論原抵押人（債務人、讓與人）有無履行通知告知義務，其與第三人間之轉讓均為有效，只是在未通知告知的情形下發揮抵押權追及效力；物權法規定未得抵押權人同意，抵押物不得轉讓，依條文結構推知，既然抵押權人同意為轉讓之必要條件，若違反之，該轉讓行為不成立也不生效。因此，物權法完全杜絕了追及性適用之可能。

3、配套規定：增加替代清償，刪除提供相應擔保的請求

學者以為，替代清償的規定雖然必要，但物權法僅將其作為對抗抵押權人同意的一個條件，如此規定對於消除抵押權究竟能發揮多大的作用，仍有疑問。物權法採取禁止轉讓抵押物的態度，除非在轉讓前先消滅抵押權，從而債權的實現不受轉讓影響，當然可廢除增加擔保的制度⁴⁵。

三、本文見解

中國抵押權在其法制發展歷程中究竟有無追及性，在立法上多所搖擺，從一開始的渾沌不明（民通意見、擔保法），到部分承認（擔保法司法解釋），再到最後的全盤否定（物權法）。不僅各階段法律立場歧異，學界對此問題亦持續爭論不休。有學者主張應限制抵押人對抵押物的處分權，否定抵押追及性，因為如果讓抵押人擁有充分的處分權，將和其所負擔的抵押物價值維持義務相悖（尤其是在抵押人不當處分抵押物的情形），如此將造成抵押權制度的內部衝突，更何況還有善意受讓制度存在以保護第三人，故限制處分權和否定追及性的見解不會對交易安全造成衝擊⁴⁶。另有學者認為，抵押權的追及性不得揚棄，惟既然物權法已作出抵押權人同意的規定，或可考慮在進行司法解釋時將該同意要件予以轉化：若經抵押權人同意而轉讓，抵押權人可選擇接受抵押物轉讓價款清償（提存），或繼續對抵押物享有抵押權；若抵押物未經抵押權人同意而轉讓，則抵押

⁴⁵ 同前註。

⁴⁶ 參見王新民，「抵押物處分效力之檢討」，甘肅行政學院學報，2008 年第 1 期，頁 114。

權追及而不受影響，抵押權人仍得行使抵押權。如此一來，抵押權人之同意便從對轉讓的同意轉換為是否接受清償（提存）的同意，不僅貫徹抵押權應有之追及性，亦維護抵押權人之權益⁴⁷。

追及性乃抵押權之根本和基礎，比較台灣民法和中國物權法對於抵押人處分權和追及性的規定，本文以為我國規範妥適正當得多，無法認同中國物權法第 191 條否認抵押權追及效力之立法，蓋物權法第 191 條使得抵押財產的利用和交易受到極大的限制，抵押權難以「物盡其用」，自然降低民眾使用抵押制度的意願，物權法欲藉抵押權拓展融資的目標勢必遭受阻礙。理由分述如下。

（一）否定追及性等於是否定抵押權之物權性

中國物權法第 191 條建立在「抵押物轉讓必會影響抵押權行使、侵害抵押權人利益」的前提上，因抵押物讓與使抵押物所有人和使用人改變，該抵押物的利用方式也可能隨之變化，這將可能導致抵押物價值嚴重下降，影響擔保功能，故在轉讓抵押物時應具備抵押權人的同意。此規定表面上看來似乎加強對債權的保護，實則忽略了抵押權身為物權的絕對性，在第 191 條下的抵押權，只相對地存在於抵押權人和最初的抵押人間，一旦抵押物權利主體更替，抵押權即不復存在。

基於物權的對世效，不論相對人為何或有如何地變動，權利主體均得對之主張權利，抵押權亦理應如此，不論抵押物經過幾手的轉讓，抵押物所有權歸屬於誰，都不會對抵押權的行使造成影響。再者，擔保法司法解釋第 68 條規定抵押物依法被繼承或者贈與者，抵押權不受影響⁴⁸，意即抵押權追及至繼承人和受贈人，在繼承和贈與的情形下抵押物所有人改變，也可能有不同的抵押物利用方式，如果依物權法第 191 條之主張，為何繼承和贈與所造成的抵押物擔保功能減損的危險無須防範？抵押權在一般私法意思的轉讓和法律擬制的轉讓（即繼承）中有不同的對待，區分的正當性何在？又為何同是私法意思的轉讓，抵押權於有

⁴⁷ 參見許明月，「抵押物轉讓制度之立法缺失及其司法解釋補救－評中華人民共和國物權法第 191 條」，法商研究，2008 年第 2 期，頁 145-147。

⁴⁸ 擔保法司法解釋第 68 條於物權法施行後仍有適用。因物權法第 178 條規定：「擔保法與本法的規定不一致的，適用本法。」物權法的擔保物權編和擔保法並非簡單的新舊法關係，物權法的施行並未廢止擔保法及其司法解釋的規定，故若物權法未明文之事項，須回到擔保法及其司法解釋以適用之。

償者（如買賣）和無償者（即贈與）會有所區別？其實抵押物歸屬主體的變更，與抵押物價值低落間根本無直接必然的關係⁴⁹；更何況在承認追及性的情形下，抵押物轉讓後受讓人成為新抵押人，縱使受讓人真的不當使用該抵押物而損害其價值，抵押權人仍得依類如中國物權法第 193 條⁵⁰，我國民法第 871 條⁵¹、第 872 條⁵²等抵押權之保全規定來監督之，對抵押權人的保護仍屬周到。

（二）揚棄追及性等於是違背抵押權之本質

抵押權得以在各種擔保手段中脫穎而出的最大原因在於其「物盡其用」之特徵，在抵押權存續期間，抵押人無須如設定質權般移轉標的物之占有，抵押人得繼續占有、使用收益和處分該抵押財產，換言之，抵押人能尋求可增進其最大收益的方式來處置抵押物，而不影響抵押權。抵押權因此在保障債權的同時，亦肩負發展融資信貸，促進經濟和市場繁榮之任務。

中國物權法第 191 條禁止抵押物轉讓的規定顯然與上述抵押權特性相牴觸，嚴重影響物的流轉和資金的融通，如此一來，抵押權凌駕質權等其他擔保管道的優勢何在？隨著市場經濟的發展，再加上中國物權法大幅放寬抵押財產的範圍，可以想見將來附有擔保權的財產在可交易財產總量中所佔的比例會越來越高，物權法第 191 條將造成社會中很大一部分的資源難以利用和流轉，交易因此

⁴⁹ 影響抵押物價值的原因何其多，或是整體經濟環境的波動，或是天災人禍的發生，故即便抵押人不轉讓抵押財產，該物仍有可能因市場等理由而貶值。

⁵⁰ 中國物權法第 193 條：抵押人的行為足以使抵押財產價值減少的，抵押權人有權要求抵押人停止其行為。抵押財產價值減少的，抵押權人有權要求恢復抵押財產的價值，或者提供與減少價值相應的擔保。抵押人不恢復抵押財產的價值也不提供擔保的，抵押權人有權要求債務人提前清償債務。

⁵¹ 我國民法第 871 條：I 抵押人之行為，足使抵押物之價值減少者，抵押權人得請求停止其行為。如有急迫之情事，抵押權人得自為必要之保全處分。 II 因前項請求或處分所生之費用，由抵押人負擔。其受償次序優先於各抵押權所擔保之債權。

⁵² 我國民法第 872 條：I 抵押物之價值因可歸責於抵押人之事由致減少時，抵押權人得定相當期限，請求抵押人回覆抵押物之原狀，或提出與減少價額相當之擔保。 II 抵押人不於前項所定期限內，履行抵押權人之請求時，抵押權人得定相當期限請求債務人提出與減少價額相當之擔保。屆期不提出者，抵押權人得請求清償其債權。 III 抵押人為債務人時，抵押權人得不再為前項請求，逕行請求清償其債權。 IV 抵押物之價值因不可歸責於抵押人之事由致減少者，抵押權人僅於抵押人因此所受利益限度內，請求提出擔保。

而受到限制。此外，抵押權人所關心的不是系爭轉讓行為可以為抵押人（債務人）發揮多大的效益，而是其債權可否滿足，因此將抵押物轉讓與否由抵押權人同意和決定，似乎無法達成抵押權物盡其用之目標⁵³。又，要取得抵押權人之同意勢必增加額外的交易成本。綜上所述，揚棄追及性的結果就是抵押權的立法意旨和經濟效能間存在巨大落差。

（三）私法自治和交易安全可以兼顧

或有論者以為，肯定追及性代表著受讓人取得之財產係帶有權利負擔者，故對無辜第三人之權益和交易安全有所不利。惟本文以為，就中國物權法第 187 條⁵⁴抵押權應登記之財產而言，其權利狀態已充分公示，第三人在交易前理應自行查詢和了解，並無危害交易安全之情；若第三人未進行權利調查，或是不在乎抵押權的存在而仍願意受讓，則基於契約自由和私法自治，該轉讓行為仍成立生效，第三人受有該財產之抵押瑕疵有其正當性。然而，中國物權法第 188 條⁵⁵中不以登記為抵押設定要件之動產得否及如何適用抵押權之追及性？本文以為，追及性為抵押權之基本效力，追及性存否不應因不動產和動產而有差別。若系爭抵押動產有登記，或受讓第三人知悉抵押權的存在（惡意第三人），則該動產轉讓後抵押權追及，該第三人成為新抵押人；若系爭抵押動產無登記，且受讓第三人不知抵押權的存在（善意第三人），則該抵押權不得對抗之（中國物權法第 188 條後段），無法追及，受讓人從而取得一無抵押負擔之物。因此，即便在登記公示非必要條件的狀況下承認追及性，亦不至於危害第三人權益和交易安全。

⁵³ 參見許明月，「抵押物轉讓制度之立法缺失及其司法解釋補救—評中華人民共和國物權法第 191 條」，法商研究，2008 年第 2 期，頁 143。

⁵⁴ 物權法第 187 條：以本法第一百八十四條第一款第一項至第三項規定的財產或者第五項規定的正在建造的建築物抵押的，應當辦理抵押登記。抵押權自登記時設立。

同法第 180 條第 1 款：...（一）建築物和其他土地附著物；（二）建設用地使用權；（三）以招標、拍賣、公開協商等方式取得的荒地等土地承包經營權...（五）正在建造的建築物...。

⁵⁵ 物權法第 188 條：以本法第一百八十四條第一款第四項、第六項規定的財產或者第五項規定的正在建造的船舶、航空器抵押的，抵押權自抵押合同生效時設立；未經登記，不得對抗善意第三人。

同法第 180 條第 1 款：債務人或者第三人有權處分的下列財產可以抵押：...（四）生產設備、原材料、半成品、成品；（五）正在建造的建築物、船舶、航空器；（六）交通運輸工具...。

(四) 否認追及性侵害抵押人／債務人之利益

財產設定抵押後，抵押人仍保有抵押財產之所有權，所有權人對其所有物本可使用、收益和為轉讓等處分行為，原來要將抵押物如何轉讓、轉讓給誰，乃抵押人的自由，而物權法第 191 條卻禁止抵押人行使其處分權能，將轉讓一事取決於抵押權人的意志，這樣的規定對抵押人是否公平，令人懷疑。該條文表示，若將轉讓價款提前清償或提存，轉讓行為得為有效，如此不正是剝奪了債務人的期限利益？或許抵押人變賣抵押財產係為獲取資金作更有效率的投資，如今卻因物權法第 191 條無法轉賣抵押財產，即便轉賣了，還是無法運用該價款以另作投資。另一方面，也不能排除抵押權人有惡意濫用同意權、傷害抵押人／債務人之可能性存在。物權法第 191 條是一對抵押人／債務人相當不友善之規定，可以想見債務人因而有不樂於使用抵押擔保的可能。

(五) 替代清償作用有限

依物權法第 191 條，只要受讓人願意代替原抵押人清償債務，則即便抵押權人反對，轉讓仍然有效。在受讓人給付轉讓價金之同時，尚須另外準備一筆金錢以替代清償，無疑明顯加重受讓人負擔，可以想像有能力且願意如此行為的受讓人應係少數。現實生活中抵押財產擔保多數債權的情形頗為常見，若要求受讓人替代清償每一擔保債權來使轉讓行為有效，更是不切實際。故欲以替代清償作為否定抵押權追及性的解套方式，效果可謂相當有限。

台灣民法第 311 條、第 312 條亦為替代清償之規定，則是否也有和中國物權法第 191 條相同之缺失？本文以為，我國民法終究還是與中國物權法有所不同。首先，我國並未將替代清償作為轉讓抵押物之條件，受讓人可於取得系爭財產後、抵押權執行前再自行決定是否替代清償，受讓人不致因該制度的存在而使交易負擔加重，或是造成交易的裹足不前；再者，受讓一權利帶有瑕疵之物可能是第三人的一種商業策略，也或許是因為該財產對受讓人而言真的不可或缺，亦可能是受讓人堅信債務人將如期清償債務、消滅抵押權，法律不應也不宜干涉契約自由。簡言之，我國的替代清償是受讓人的權利，而非義務，是受讓人去除其財產負擔的一種方式，而非取得財產的必備成本。

四、小結

抵押權最為可貴之處在於，將抵押標之物之交換價值劃歸予他人的同時，抵押人仍保有抵押物所有權之其他權能，可以使用收益，可以轉讓處分，抵押制度因而背負著保障債權實現、促進資金商品流通，和刺激經濟的社會功能。抵押權的設定之所以不致對抵押物之流轉造成妨礙，是由於抵押權追及性的緣故，不論抵押物落入何人之手，抵押關係即存於抵押權人和抵押物所有人之間。世界各國對於抵押權追及性之配套措施或有差異，但仍一致肯定抵押權追及效力之存在，和抵押人轉讓抵押物之自由。

中國在關於抵押物轉讓和抵押權追及性的問題上特立獨行，民通意見第 115 條和擔保法第 49 條嚴格限制抵押物之轉讓，卻未就追及效力有所著墨。**擔保法司法解釋第 67 條**則為抵押物轉讓作了鬆綁，且明文承認抵押權具有追及性。詎料**物權法第 191 條**又再度禁止轉讓抵押物，走向限制抵押物處分之老路，並否認追及性存在的餘地。

然而，本文無法苟同中國物權法第 191 條，如此規定無異係立法的退步。否定抵押物轉讓自由和抵押權追及性等於是將抵押權降格為一相對性的權利，只存於抵押權人和原抵押人間，實則抵押物所有人為何和抵押物交換價值變動無關，如此規定與抵押權之物權性相衝突，亦與抵押制度下抵押人保有抵押物所有權之特徵彼此牴觸。此外，物權法第 191 條不僅干預了抵押人運用其財產的自由，價金提前清償或提存的規範更剝奪債務人的期限利益，又替代清償制度實益不大。如此一來，抵押財產的利用和交易受到極大的限制，抵押權難以「物盡其用」，自然降低民眾使用抵押制度的意願，物權法欲藉抵押權拓展融資的目標勢必遭受阻礙。因此，本文認為在抵押權追及性的課題上，我國民法第 867 條及其相關規定肯定抵押權之追及效力，不干預妨礙抵押人對抵押物的處分流轉，與中國物權法第 191 條相較之下，為一較妥適、正當和利益平衡之立法。

第三節 浮動抵押

一、何謂浮動抵押

浮動抵押（floating charge）的概念起源於英國衡平法⁵⁶，其意指企業以現有及將來取得的全部或部分財產為其債務提供擔保，當清償期屆至而債務人仍不履行債務，或發生當事人約定之實現抵押權的情形時，債權人得就該時財產優先受償。

浮動抵押作為一新型擔保態樣，逐漸為紐西蘭、日本、加拿大和挪威等國家所採用，其優勢主要在於⁵⁷：

1、增加融資—企業財產具有搭配使用之特徵，相互結合始能將生產效益最大化，故若依傳統方式就各物分別設定抵押，不僅擔保價值低落，且一旦其中一抵押物先行因滿足債權之需而遭到拍賣，其他抵押物將有可能因失去配套設施而使其生產效能大打折扣。惟浮動抵押之客體不侷限於不動產，反而擴大抵押範圍，允許企業將其所有或部分的不動產、動產和權利作為一個整體而設定抵押，不但符合企業財產需求結合的特質，更能發揮企業資產之擔保價值，增加企業之擔保能力，擴大企業融資渠道。尤其是在技術含量高、前景好的中小企業裡，可用作融資擔保的不動產有限，若允許浮動抵押，將為中小企業創造有利的發展條件⁵⁸。

2、企業經營不受抵押影響—抵押人在浮動抵押下仍擁有自由處分抵押物之權利，一旦財產移轉予他人，則該物自動脫離抵押權效力範圍，抵押效力不追及於轉讓之財產，無須採取額外的解除措施，相對地，自企業外部流入之財產主動納入擔保範疇中，亦無須另外的公示方法；直至清償期屆至、抵押人破產、清算等

⁵⁶ 英國上訴法院於 1870 年之 *Pranama, Newland and Australia Royal Mail Co.* 一案中確立浮動抵押制度。本案系爭公司發行的抵押債券上規定：「將企業及其生產的金錢，連同公司所有的不動產、權利、所有權及利益作為本金及利息的擔保」，上訴法院就此認為，出抵一家企業現有的和將來取得的全部資產的效力等於出抵整個企業，但抵押權人不得干預企業的經營管理，也不得阻止抵押人處分企業的資產。

⁵⁷ 參見戴謀富，「財團抵押與浮動抵押之比較」，福建政法管理幹部學院學報，2001 年第 4 期，頁 41、42；全國人大常委會法制工作委員會民法室編，中華人民共和國物權法條文說明、立法理由及相關規定（第 181 條立法理由），北京大學出版社，頁 328（2007.3）。

⁵⁸ 全國人民代表大會常務委員會法制工作委員會民法室編，物權法立法背景與觀點全集，法律出版社，頁 641（2007.3）。

情事發生時，即結晶／封押（crystallization）時⁵⁹，浮動抵押轉化為固定抵押，抵押之標的始確定下來。浮動抵押此一客體「浮動性」的特徵，讓企業經營完全不受抵押影響，抵押人仍得為營運或獲利就企業財產為交易、移轉，甚至再設定其他擔保物權。

3、手續簡便—設定浮動抵押時，僅須書面協議並於法定機關登記即可，不需製作財產目錄，亦無庸就個別財產進行公示。浮動抵押有效地簡化了抵押手續，節省大量人力和物力，降低抵押成本。

正是因為浮動抵押相較於一般抵押更具靈活性，在中國擔保實務之「國際項目融資」中已廣泛採用浮動抵押。所謂國際項目融資（即我國所熟知之「BOT」），係指由項目所在地政府將特許發展權授予一個或數個私人企業所組成的項目合資公司，就某一特定基礎設施項目進行籌資建設，在約定的期限內經營管理，並通過項目經營收入償還債務及獲得投資回報，而在約定期限屆滿後將項目設施轉讓給項目所在地政府。當項目投資企業籌措資金時，它通常無法提出足額財產、設定一般抵押以擔保巨額貸款，且由於許多項目的資產性質特殊（如道路、管線或橋樑），難以變現；浮動抵押使項目企業得以其全部財產及將來可得之資產和收益設定擔保，企業可在得到資金的同時繼續正常經營，不僅減輕抵押人設押時的壓力，也彌補了一般抵押的不足，因為欲以出售某一固定抵押物來實現高額項目貸款的清償是相當不切實際的。此外，浮動抵押的優勢還展現在，必要時抵押權人得指定接管人取得借款人企業之控制權，繼續營業，貸款人因而取得較其他債權人優越的地位，亦可免去訴訟程序的繁瑣⁶⁰。1985年深圳沙角電廠B廠乃中國第一個BOT案例，即使用浮動抵押作為融資擔保：提供貸款的財團要求借款人合和電力（中國）有限公司提供全部資產設定浮動抵押，並要求發生違約事件時有權直接接管合和電力（中國）有限公司與深圳特區電力開發公司合作興建的

⁵⁹ 中國物權法第196條為浮動抵押之封押規定：「依照本法第一百八十一條規定設定抵押的，抵押財產自下列情形之一發生時確定：（一）債務履行期屆滿，債權未實現；（二）抵押人被宣告破產或者被撤銷；（三）當事人約定的時限抵押權的情形；（四）嚴重影響債權實現的其他情形。」

⁶⁰ 參見徐建平，「試述我國確立浮動抵押制度的立法歷程及其意義」，法制與經濟，2008年第6期，頁10；高聖平，物權法擔保物權編，中國人民大學出版社，頁322、323（2007.4）。

沙角電廠 B 廠⁶¹。

然而，浮動抵押有別於普通抵押之「浮動性」特質，雖對企業融資貸款多所助益，卻同時帶來該制度之缺陷。**其一**，浮動抵押的效力較弱，設定浮動抵押後仍可就同一標的物再設定固定擔保（即傳統的擔保方法，如抵押權、質權），且只要是在浮動抵押結晶前所設定之固定擔保，不論其與浮動抵押設立之先後為何，固定擔保的順位均優先於浮動抵押。**其二**，浮動抵押範圍的不確定性使債權人難以預測抵押價值，且結晶時通常係債務人財務狀況較差之時，浮動抵押標的中多以應收帳款和半製成品為大宗，應收帳款未必均能獲得清償，而半製成品若不能完工則價值低落或無法出售，因而最終抵押價值和當初所擔保之價額呈現落差，即侵害了抵押權人的權益和期待⁶²。**其三**，浮動抵押允許抵押人得以自由處分抵押物，將難以避免抵押人濫用其權利，如惡意隱匿或低價出售財產、以詐欺的方式處分資產等。在債權屆期前夕企業財產可能急遽減少，經營狀況瞬間惡化，抵押權因此無法獲得實現⁶³。

即便浮動抵押制度有其未臻周全之處，惟目前全球發展均以經濟之熟絡為主要目標，故許多國家（包括大陸法系之國）仍有立法制定浮動抵押，力求創造有利於企業之融資環境，以期提升該國之產業發展。有鑑於與國際接軌的必要性，再加上外資和商業銀行亦強烈表達其使用浮動抵押之需求，故中國大陸於 2007 年公布的物權法第 181 條、第 189 條和第 196 條首次引進浮動抵押制度。

二、具有中國特色的浮動抵押制度

中國物權法第 181 條規定：「經當事人書面協議，企業、個體工商戶、農業生產經營者可以將現有的以及將有的生產設備、原材料、半成品、產品抵押，債

⁶¹ 高聖平，物權法擔保物權編，中國人民大學出版社，頁 322（2007.4）。

⁶² 參見毛錫平、田偉，「淺析浮動抵押」，商場現代化，2008 年第 11 期，頁 172。

⁶³ 參見陳忠禹，「動產浮動抵押制度實施中的問題與對策研究—兼評《物權法》浮動抵押條款」，蘭州商學院學報，2008 年第 5 期，頁 24。

務人不履行到期債務或者發生當事人約定的實現抵押權的情形，債權人有權就實現抵押權時的動產優先受償。」中國搭上浮動抵押的熱潮，將以往擔保法所無之浮動抵押納入新制定的物權法中，惟該浮動抵押制度為配合「具有中國特色的社會主義」，多所不同於外國立法例，或可謂之「具有中國特色的浮動抵押」；此外，該浮動抵押在中國尚屬一不成熟的擔保制度，法律制定上有其缺失。本文以下就中國浮動抵押特殊及不足之處分述之。

（一）設立浮動抵押的主體範圍過寬？

為解決中小企業和農民貸款困難之問題，並同時促進經濟發展，物權法將設定浮動抵押的主體規定為企業、個體工商戶和農業生產經營者。企業包括國有獨資企業、合夥企業、個人獨資企業、公司制企業，只要註冊登記為企業的組織都可以設定浮動抵押；個體工商戶係以個人或者家庭經營為主的經濟單位，註冊登記為個體工商戶者；農業生產經營者則主要指農村承包經營戶，亦包含其他從事農業生產者⁶⁴。除此之外，國家機關、社會團體、事業單位、非農業生產者之自然人均不得適用浮動抵押⁶⁵。

由於浮動抵押對抵押人的信用、經營狀況要求較高，許多國家對浮動抵押的主體為一定的限制—英國將浮動抵押人限定於公司，自然人和合夥組織不得設定，而日本則更加限縮，僅有股份有限公司得使用浮動抵押制度。中國物權法放寬浮動抵押的適用主體範圍，包括企業、個體工商戶和農業生產經營者，此一立法取向顯示立法者對企業權利能力平等原則的恪守，和保護弱勢群體的價值導向⁶⁶。

⁶⁴ 按照中華人民共和國國家統計局設定的標準，包括農村和城鎮的農業生產經營戶/單位，即在農業用地和單獨的設施中經營農作物種植業、林業、畜牧業、漁業及農林牧漁服務業，並達到以下標準的單位和個人：(1)年末經營耕地、園地、養殖水面面積在零至一畝及以上；(2)年末經營林地、牧草地面積在一畝以上；(3)年末飼養牛、馬、豬、羊等大中型牲畜一頭及以上；(4)年末飼養兔等小動物以及家禽共計二十隻及以上；(5)全年出售和自產自用的農產品收入超過五百元以上；(6)對本戶或本單位以外提供農林牧漁服務的經營性收入在五百元以上，或者行政事業性農林牧漁服務業單位的服務事業費支出在五百元以上。

⁶⁵ 全國人大常委會法制工作委員會民法室編，中華人民共和國物權法解讀，中國法制出版社，頁389（2007.3）。

⁶⁶ 郝志晨，「動產浮動抵押制度問題研究」，安徽文學，2008年第8期，頁398。

然而，多數論者卻對此抱持著負面看法，諸人以為此規定敞開中國動產擔保融資之門，雖對於緩解中小企業和農民融資的問題無疑具有十分重要之意義，但全面開放可能會給抵押權人帶來極大的風險—中小生產經營者資金有限，一旦周轉不靈就可能身無分文，即便將整體財產設定浮動抵押，亦無法有效擔保債權的實現；再以農業生產經營者為例，其所擁有的財產大多包括農業機器和收成等，一旦將之設定浮動抵押，最終可能導致農業生產經營者喪失生產工具而生活無所依靠⁶⁷。且在實務上大多係大規模企業在運用浮動抵押，對中小企業、個體工商戶和農業生產經營者而言，普通抵押制度已能滿足經營需求，更何況合夥、個體工商戶和農業生產經營者本身對債務即負擔無限責任，其全部資產就是債權實現的保障，故將浮動抵押設立之主體擴張並無必要⁶⁸。故多數論者認為應將浮動抵押的主體限定在股份有限公司，因股份有限公司資本較為巨大，承受風險能力強，同時股份有限公司規制嚴格，相關法律規範健全，財務報表公開等強制信息披露制度便於債權人和股東對公司財務及經營狀況進行監督，從而能最大限度地彌補抵押物浮動性給債權人帶來的不利影響⁶⁹。

惟亦有少數聲音表示不贊同對浮動抵押人作範圍之限制，否則將造成企業融資能力的不平等；況且，股份有限公司相較之下有寬廣的資金來源管道，浮動抵押對其而言，並非絕對必要，而就有限公司、中小企業和個體農工商經營者而言，正是需要這種靈活的擔保方式⁷⁰。

本文針對浮動抵押主體的爭議，採取與中國多數學者不同之見解：

⁶⁷ 賀珊，「論我國物權法中的浮動抵押制度」，唐山學院學報，第 21 卷第 5 期，頁 62（2008）。

⁶⁸ 參見陳忠禹，「動產浮動抵押制度實施中的問題與對策研究—兼評《物權法》浮動抵押條款」，蘭州商學院學報，2008 年第 5 期，頁 25。

⁶⁹ 參見桑莉，「動產浮動抵押制度與銀行信貸業務風險防範」，法制與經濟，2008 年第 3 期，頁 83；韓艷，「我國動產浮動抵押制度之檢討與完善—評《物權法》第 181、189 條」，浙江工商大學學報，2008 年第 2 期，頁 39。

⁷⁰ 參見齊恩平、王明河，論我國動產浮動抵押制度的理解與適用，

<http://www.civillaw.com.cn/wqf/weizhang.asp?id=34812>

（最後點閱時間：2009 年 3 月 1 日）

1、浮動抵押的適用範圍宜否擴及中小企業？

如下表所示，在中國，註冊登記的中小企業為全部註冊企業總數的絕大多數（99%），中小企業的工業總產值和銷售收入亦分別在各項目總量占有相當六成左右的比例，中小企業更提供了一定數量的城鎮就業機會，從農村轉移出的勞動力將近百分之八十在中小企業中就業（參見表格 18）。

表格 十八：至 2007 年底中小企業主要經濟指標⁷¹（單位：億元）

項目 類別	企業單位 數（個）	工業總產 值（當年 價格）	資產總計	主營業務 收入	利潤總額	全部從業 人員年平 均人數 （萬人）
全國總數	336768	405177	353037	399717	27155	7875.2
中型企業	33596	121699	118284	118920	8215	2580
小型企業	300262	142620	96022	135701	7529	3472.1
中小企業 在全國所 佔之比例	99.14%	65.24%	60.7%	63.7%	57.98%	76.85%

中小企業在國民經濟增長、緩解就業壓力、拉動民間投資和優化經濟結構等方面，都扮演著十分重要的角色。惟其實中小企業在市場競爭中往往處於弱勢地位，在獲得資金、技術、人才和資訊上都遭遇許多困境，其中又以中小企業貸款困難，難以即時有效獲得融資的問題為甚。

中小企業融資環境不佳的原因主要包括以下三方面⁷²：

(1) 中小企業自身的缺陷— 中小企業規模小、內部管理規範欠缺、財務透明度低、缺乏準確及時的信息收集和分析能力導致經營風險較高，且部分中小企業信

⁷¹ 2008 中國統計年鑑，13-1 全國規模以上工業企業主要經濟指標（2007 年），

<http://www.stats.gov.cn/tjsj/ndsj/2008/indexch.htm>

（最後點閱時間：2009 年 5 月 17 日）

⁷² 參見扈紀華編，中華人民共和國中小企業促進法釋義及實用指南，中國民主法制出版社，頁 89-91（2002.7）。

用觀念淡薄，不良貸款率高。

(2) 無配套之外部環境—中小企業可用作抵押物之固定資產少，甚至有些中小企業是採租賃經營，即無較高價值的不動產得設定抵押。此外，企業在辦理抵押過程亦面臨諸多困難，如程序複雜、收費高，及缺乏權威的資產鑑價機制，資產估價有淪為任意之虞，使中小企業視抵押物的登記、估價、拍賣為畏途。又中小企業擔保風險大，導致有擔保能力的企業亦不願意為中小企業提供保證。

(3) 金融機構貸款意願低落—目前中國的銀行雖幾乎已採股份制，但仍由國家掌握大多數股份，換言之，中國銀行本質上還是國有銀行⁷³。因此，中國銀行業者較願意放款給屬於同一體制的國有企業，國有企業有國家作為靠山，銀行所承擔的貸款責任和風險較低，相較之下，資產較少、經營危險較大的中小企業自然得不到銀行業者的青睞。此外，中小企業若欠款不還，呆壞帳難以核銷，更堅定了銀行不願給中小企業融資的決心。

有鑑於中小企業在中國經濟發展歷程中位居要角，解決中小企業融資困境一直是中國的重要課題，因此中國人民銀行近年來發布了一系列支持中小企業發展，加強對中小企業金融服務的政策措施⁷⁴，期望能藉此改進、除去上述造成中小企業貸款困難的因素。而這些改善融資環境、解救中小企業脫離擔保無力，以提供其充足之貸款來源的意見最終在 2002 年通過、2003 年開始施行的「中華人

⁷³ 實務中，中國大型股份制銀行在貸款上有著非常獨特的效用函數，例如它可能並不以利潤最大化作為唯一的標準，其高級管理人員所看重的是職務上的升遷而非利潤激勵。基於這些價值取向，從政治風險的角度，大型股份制銀行更偏重於給國有企業貸款，一般中小型企業雖然發展得快，卻難以獲得融資。而全國性股份制商業銀行雖發展情形良好，但受限存款來源不足，其在資金配置系統中依然為從屬之地位。地方性銀行則由於多年來積累的包袱沉重，新增的存款僅夠維持其運轉，可供配置的新增資金數量並不多。中國銀行業的信貸市場上這種不對稱導致了資金配置渠道堵塞，降低了信貸的效率。參見王自力，「銀行效率提升之難」，瞭望週刊，2008 年第 45 期，頁 51。

⁷⁴ 主要有：1998 年頒發的「關於改進金融服務、支持國民經濟發展的指導意見」、「關於進一步改善對中小企業金融服務的意見」；1999 年下發的「關於擴大對小企業貸款利率浮動幅度的通知」。2000 年國務院辦公廳亦轉發國家經貿會「關於鼓勵和促進中小企業發展若干政策意見的通知」。

民共和國中小企業促進法⁷⁵」(以下簡稱「中小企業促進法」)予以明文化。中小企業促進法第 14 條、第 15 條⁷⁶明白督促中國金融機構應給予中小企業足夠的信貸支持和融資管道。

中國物權法第 181 條將浮動抵押設定主體擴及所有企業和個體工商戶，正好符合上述中國欲拓寬中小企業貸款途徑的目標，與中小企業促進法達成法體系的一致性。中小企業因物權法的通過施行而得就其總體動產設定浮動抵押，不須再因缺少不動產，或因個別動產價值低落而面臨無款可貸之窘境，另一方面又配合中小企業促進法督導主管機關和金融機構善盡扶植中小企業之責，中小企業之融資環境可望有長足之進步。簡言之，本文不從中國多數論者將浮動抵押設定人限定至股份有限公司的主張，反而肯定中國物權法對浮動抵押設定主體的設計，應有助於中小企業之發展。

2、浮動抵押的適用範圍宜否擴及農業生產經營者？

如欲將農作物設定抵押，則須待農作物播種、發芽，而符合法律上「物」的

⁷⁵ 參見曾憲林，關於中華人民共和國中小企業促進法（草案）的說明，全國人大常委會公報，2002 年第 4 期：「...中小企業貸款難是一個世界性的問題，究其原因，與中小企業自身存在的困難和不足也有很大關係。一是相當一部分中小企業自有資本金不足，內部管理不規範，缺乏健全的財務制度，不符合貸款條件。二是很多中小企業信用觀念淡薄，蓄意逃廢懸空銀行債務，不良貸款率較高。三是組織結構過於分散，擔保抵押機制不健全，社會服務體系不完善。為中小企業提供貸款操作成本高，風險大，僅靠商業銀行是不夠的。建立各種類型的中小企業信用擔保機構，有利於降低銀行風險，鼓勵金融機構向中小企業增加貸款。政府出資或者支援建立中小企業信用擔保體系是國際通行的做法。...為了進一步促進這方面的工作，緩解中小企業貸款難的問題，草案規定，縣級以上人民政府和有關部門應當建立中小企業信用擔保體系，推動對中小企業的信用擔保，為中小企業融資創造條件。...」

⁷⁶ 中小企業促進法第 14 條：「I 中國人民銀行應當加強信貸政策指導，改善中小企業融資環境。II 中國人民銀行應當加強對中小金融機構的支持力度，鼓勵商業銀行調整信貸結構，加大對中小企業的信貸支持。」

同法第 15 條：「I 各金融機構應當對中小企業提供金融支持，努力改進金融服務，轉變服務作風，增強服務意識，提高服務質量。II 各商業銀行和信用社應當改善信貸管理，擴展服務領域，開發適應中小企業發展的金融商品，調整信貸結構，為中小企業提供信貸、結算、財務諮詢、投資管理等方面的服務。III 國家政策性金融機構應當在其業務經營範圍內，採取多種形式，為中小企業提供金融服務。」

定義時，惟若此時才開始受理農業生產經營者的貸款申請，往往錯過了借款人最需要融資的播種和灌溉期；再者，如果按照目前大陸銀行固有的抵押物評估、貸審會審批、流轉放貸等一系列貸款程序操作，那農民還不如儘早將農作物收割後變現，為下一季的耕作作準備。因此，對農業經營者融資的完美時程為在農作物播種耕作時放貸，等農產品成熟收穫時收貸，對照之下，浮動抵押可針對未來財產設定之，正好可以滿足此一需求。

將浮動抵押適用於農作物的好處在於：

(1) **浮動抵押物無遭惡意移轉之餘**—農作物附著於土地，在收割採摘之前無法被任意轉讓，而使之脫離抵押之效力。

(2) **抵押權人清楚掌握抵押物**—放貸銀行原則上均為本地金融機構，對當地的土質、水文等自然地理條件有充分的掌握，亦深刻了解抵押農作物的生長情況和銷售前景，有利於評估是否放行抵押。

(3) **農作物浮動抵押週期固定**—依上述，每一耕作週期就是一個貸款期限，農業生產經營者在處置變賣農作物後就應歸還貸款，銀行對按期還款保持良好信用記錄的農業生產經營者在一段時期後可適當提高授信額度，借貸雙方在良性迴圈的合作軌道上不斷尋找更大的合作前景⁷⁷。

3、浮動抵押的適用範圍宜否擴及其他機關、團體和自然人？

中國尚有少數不同聲音認為，物權法第 181 條排除了國家機關、社會團體、學校和醫療衛生機構等事業單位，和非農業生產者的自然人設定浮動抵押的可能，有所不妥⁷⁸，因該些事業單位和自然人也會有融資的需求，基於鼓勵資本流動、擴展融資的精神，應如同部分外國立法例般，不作任何主體上之限制。惟本文以為，配合中國設定浮動抵押之客體觀之，國家機關、社會團體、學校和醫療衛生機構並無所謂「生產設備、原材料、半成品和產品」可供浮動抵押，且難以想像該些事業單位也會像企業一樣需要大量、頻繁的貸款，一般的抵押應已足

⁷⁷ 參見陳天奇，論物權法中抵押制度對我國銀行業的影響，華東政法大學碩士論文，頁 33、34（2008）。

⁷⁸ 參見湯新祥，「我國浮動抵押制度的立法完善」，江西社會科學，2008 年第 2 期，頁 165。

夠。而中國人民普遍而言並不富裕，又以從事農業和工業者為多數，可以想見中國非農工業生產者的自然人運用浮動抵押的機會和需求甚少，故應無將自然人亦納入浮動抵押主體的必要。

（二）設定浮動抵押的客體範圍過窄

外國浮動抵押制度的客體範圍廣泛，除了機器設備、材料成品等動產外，亦包括不動產、商譽、應收帳款和證券等債權、專利等智慧財產權，有利於增強企業之融資能力。而在中國僅限於生產設備、原材料、半成品、產品始得作為抵押權附著之對象，排除價值較高的不動產、智慧財產權，亦不含普通債權、證券債權，如此無疑大幅削弱浮動抵押之擔保功能，本文以為中國浮動抵押之客體似乎太過侷限，進而可能影響浮動抵押擴大融資目標的達成。中國在浮動抵押制度的設計上，一方面為增進市場交易主體融資的可能，放寬得設立浮動抵押者，另一方面卻又限縮浮動抵押之標的，這除了顯示中國秉持較保守的立法態度外，我們可以想見，個體工商戶和農業生產經營戶等主體所擁有的系爭動產數量少，又缺乏相應的監管機制，資金貸與人自然較不願意接受此等組織所設定之浮動抵押，如此一來，浮動抵押在實務上是否確可發揮促進融資、提升交易主體的擔保能力之效能，本文持保留態度。

（三）徒有登記制度卻無法落實公示效果

1、應由何機關進行登記

物權法第 189 條第 1 款前段規定：「企業、個體工商戶、農業生產經營者以本法第一百八十一條規定的動產抵押的，應當向抵押人住所地的工商管理部門辦理登記。」由工商管理部門負責浮動抵押之登記，或有論者持質疑之見解，因目前中國之登記系統尚不完備，電子化、網路化的程度低落，一區的工商登記部門無法和他區的工商登記部門共享登記之訊息，甚至連同地區的不同工商登記部門間亦無充分的資訊交流，人民無法迅速查明企業的抵押狀況，浮動抵押

因而缺少公示之平台，勢必損及浮動抵押制度的實效⁷⁹。惟在實務上，不僅企業法人、合夥企業須向該管工商行政管理局登記⁸⁰，工商行政管理局亦職司個體工商戶和農民專業合作社的登記註冊工作⁸¹，即工商行政管理部門掌握企業、個體工商戶的各方面信息，故本文肯定由抵押人住所地的工商行政管理部門辦理登記，其方便當事人，有助於保護債權人之權益，且有利於浮動抵押的統一規制；而上述工商行政管理部門的公示效果不足係屬於其內部資料管理之問題，不應因此否定由該部門負責登記工作的正當性。

無庸置疑地，浮動抵押的穩健運行有賴於健全完善的公示制度，為保護交易安全，中國實應就現行浮動抵押的登記狀況進行改革，由工商行政管理機構建立一浮動抵押電子公示系統，透過全國網路連線將浮動抵押之當事人、抵押標的、擔保債權額和有無消極擔保條款等資訊予以公示，同時保持該信息之正確性和即時性。其次，在電子公示之餘，亦應建立公示書面存檔制度，由抵押雙方繳交擔保協議等文件，以供第三人作較為詳細和全面的查詢⁸²。

2、如何登記

確立了工商行政管理部門職掌登記的妥當性後，即面臨一個問題—如何登記。傳統抵押的登記係在特定物上設定，來進行公示；而浮動抵押制度是以一個企業的所有財產抵押之，且擔保企業內的財產還是隨時變動的、不確定的，則該

⁷⁹ 參見陳忠禹，「動產浮動抵押制度實施中的問題與對策研究—兼評物權法浮動抵押條款」，蘭州商學院學報，2008年第5期，頁26。

⁸⁰ 中華人民共和國企業法人登記管理條例（1988）第4條：「企業法人登記主管機關是國家工商行政管理局和地方各級工商行政管理局。」；中華人民共和國合夥企業登記管理辦法（1997.11）第4條：「I 工商行政管理部門是合夥企業登記機關。 II 國務院工商行政管理部門負責全國的合夥企業登記管理工作。 III 市、縣工商行政管理部門負責本轄區內的合夥企業登記。 IV 務院工商行政管理部門對特殊的普通合夥企業和有限合夥企業的登記管轄可以作出特別規定。 V 法律、行政法規對合夥企業登記管轄另有規定的，從其規定。」

⁸¹ 中華人民共和國國家工商行政管理總局網站，

http://www.saic.gov.cn/zzjg/jgsz/200901/t20090113_5121.html

（最後點閱時間：2009年5月18日）

⁸² 相同見解參見陳忠禹，「動產浮動抵押制度實施中的問題與對策研究—兼評物權法浮動抵押條款」，蘭州商學院學報，2008年第5期，頁27。

如何對此進行登記？登記了以後即可達到公示確保交易安全的效果嗎？都有待討論⁸³。

（四）條文規定太過簡略

目前中國浮動抵押制度僅由物權法第 181 條、第 189 條和第 196 條來規範之，過於簡略導致可操作性不高。

首先，浮動抵押權和一般抵押權的受償順序為何？結晶時點先於或後於一般抵押的設定是否會造成順位的差異？又若同一財產上設有兩個以上之浮動抵押，則其獲償順序究應以登記時點為準？抑或視結晶先後而定？惟若其中有一浮動抵押未經登記，順位之問題該如何處置？浮動抵押的受償順序關係浮動抵押擔保力之強弱，屬於抵押制度的核心課題，而物權法卻付之闕如。

其次，浮動抵押人在抵押期間擁有自由處分抵押標的物之權利，抵押人可出賣抵押物，使之脫離抵押範圍，亦可就浮動抵押標的物上再設定一般擔保物權，故物權法第 189 條第 2 款謂：「依照本法第一百八十一條規定抵押的，不得對抗正常經營活動中已支付合理價款並取得抵押財產的買受人。」然何謂「正常經營活動」，仍有待進一步闡釋⁸⁴。

再者，浮動抵押的實程序是否與一般抵押權之實現有異？如果有，則二者有何不同？物權法和其他相關規定並無說明。部分浮動抵押的實行會涉及企業歇業、清算或破產，則浮動抵押實程序和破產、清算程序間的交替、轉換和衝突，均尚待法律明確規範之⁸⁵。

⁸³ 參見全國人民代表大會常務委員會法制工作委員會民法室編，物權法立法背景與觀點全集，法律出版社，頁 660（2007.3）。

⁸⁴ 參見齊恩平、王明河，論我國動產浮動抵押制度的理解與適用，<http://www.civillaw.com.cn/wqf/weizhang.asp?id=34812>

（最後點閱時間：2009 年 3 月 1 日）

⁸⁵ 參見陳忠禹，「動產浮動抵押制度實施中的問題與對策研究－兼評物權法浮動抵押條款」，蘭州商學院學報，2008 年第 5 期，頁 26。

(五) 缺乏接管人 (receiver) 制度

浮動抵押權人不專重於個別財產的價值，而是把握整體財產的總價值，這使得浮動抵押權人和抵押人的利益表現出一致性，因為抵押人企業的財產若增長，浮動抵押擔保的能力隨之提升，債權就越能得到保障。浮動抵押反映出抵押權人和抵押人雙方利益的協調性，投資者與融資人權益的和諧共生，他們因浮動抵押而結合，從而有共同的目標—尋求企業收益的增加⁸⁶。因此，接管人制度在浮動抵押中係不可或缺的部分，亦是浮動抵押有別於一般抵押的特徵之一，惟中國並無將之與浮動抵押一併引進。英國浮動抵押的實務運作上，抵押權人通常都以接管人的方式來實現抵押權；接管人和清算人有所不同，清算人以解散企業為目的，而接管人的職責在於繼續管理經營公司的財產，盡力維持企業的存續，使企業財產不至於遭到零碎賤賣，甚至該企業還可能因接管人之專業管理而起死回生，有助於最終抵押權的實現。因此，運用接管人制度可使抵押人之企業免於進入破產程序，企業員工亦豁免於解雇之命運，利於維護企業整體價值⁸⁷。

中國執程序一直以來都有效率低落的問題，故許多學者⁸⁸建議中國應考慮引進接管人制度，確保抵押資產價值的最大化。本文亦採相同觀點，接管人的專業和經驗將企業接續地運作下去，力求抵押資產的增加，擔保能力的回復，使債權人更樂於接受浮動抵押；另一方面，接管人制度亦間接地產生督促抵押人努力經營其企業的效果，因一旦無法清償債權的情形發生，抵押人畢生投注於該企業之心血將拱手讓予接管人。

三、如何完善中國的浮動抵押制度

由上述，可以發現中國的浮動抵押制度最大的問題在於，物權法本身的規定太過粗略外，又無其餘配套措施或法規從旁輔助之，使得浮動抵押對於抵押權

⁸⁶ 徐潔，擔保物權功能論，法律出版社，頁 278 (2006.12)。

⁸⁷ 參見王雅娟，「對我國物權法規定的浮動抵押的法律思考」，政治與法律，2008 年第 4 期，頁 30。

⁸⁸ 參見徐建平，「試比較中外浮動抵押制度」，法制與經濟，2008 年第 7 期，頁 8、9；徐冬根，浮動擔保法律問題比較研究，上海交通大學出版社，頁 189 (2007.1)；彭貴，「中英浮動抵押制度之比較」，法律適用，2008 年第 1、2 期，頁 55、56；...

人(通常是銀行)造成過大的擔保危險；浮動抵押母國英國在浮動抵押的實踐上，最為人所詬病的也是該類型的抵押權對債權人相當不利。故本文以為，欲使銀行等資金貸與人免於債權落空的恐懼而願意接受浮動抵押的方式為，建立多方監督機制，確實防範風險的發生，盡可能嚴密地保護債權人的利益。

1、謹慎選擇抵押人⁸⁹

訂定浮動抵押契約時，抵押權人應查核抵押人提交的文件及財產的實際狀況；銀行作為抵押權人時，應對借款人進行嚴格的貸前債信調查，以篩選出信用良好且有一定資產保障的授信對象。

2、合理評估抵押物之價值

在融資前貸與人應就抵押物之價值為詳細之評估，確定抵押率及抵押物的最低庫存數量。由於浮動抵押的標的往往是債務人所生產的產品，其價值在抵押權存續期間可能會因市場供需、整體經濟環境而發生較大的波動。雖然銀行等債權人難以在債權發生時即準確預測抵押物未來的價值變化，但仍得在簽訂抵押契約時根據抵押物之時價和供求狀況決定一合理的抵押價格，並由此確定抵押動產的最低庫存數量⁹⁰。而在抵押期間，抵押動產應維持在最低庫存數量之上，抵押財產的價值亦不得與當初設定的抵押價格落差太大，否則應補足之或提供他擔保彌補之。

此外，物權法 181 條所規定之浮動抵押客體—生產設備、原材料、半成品和產品—範圍廣大，種類繁多，故債權人在實踐上或可遵循下列原則，選擇對債權擔保較有利之動產為抵押標的，亦可相對地降低融資風險：(1) 所有權明確，不存在瑕疵者；(2) 市場需求旺盛，無供過於求之情形者；(3) 便於儲存，且不易變質、過期者；(4) 價值穩定，變現能力強者⁹¹。

⁸⁹ 相同見解可參見羅小芳，「論我國動產浮動抵押對商業銀行的影響及其風險防範」，商場現代化，第 534 期，頁 44 (2008.3)。

⁹⁰ 李東、謝慶，「浮動抵押：銀行擔保的雙刃劍」，西部論叢，2008 年第 9 期，頁 49、50。

⁹¹ 許小雅，我國浮動抵押風險控制與監管法律問題探討，廣州暨南大學碩士論文，頁 29 (2008)。

3、健全資產財務信息披露制度

抵押關係雙方應在抵押契約中約定，抵押權人有權定期對抵押財產的價格進行評估，若價格出現重大波動而有債權無法實現之虞時，抵押人有應債權人要求增加擔保的義務。此外，由於抵押人在抵押權存續期間仍得處分抵押物，故應賦予債權人有監管抵押物之機會，以避免抵押財產過分移轉所造成的損失—例如，要求抵押人定期提供關於抵押物之報告，說明抵押物的現狀、數量等等；定期或不定期到抵押物保管場所進行檢查，與抵押人所提供的清單進行核對，一旦發現異常，則及時採取財產保全措施⁹²。

4、課予抵押人誠實信用義務

誠實信用義務包括通知義務、協力義務、保護注意義務、忠實義務等等，泛指抵押人就確保債權實現所應負之責任。換言之，在浮動抵押法律關係中，抵押人應盡守誠信原則，包括正常正當經營管理企業，即時告知抵押權人重大的財產變動狀況，積極配合抵押權人的諮詢調查，以便債權人及時採取應變措施，保護其利益⁹³。

5、給予債權人相應之權利以防免抵押人濫權

在浮動抵押關係中最不樂見的情形，莫過於抵押人濫用其可自由處分抵押物的權利，損及債權人之利益；若抵押人有心欺瞞，假造財產報告，則抵押權人仍無法從財務信息披露制度中防範擔保風險的發生。因此，賦予債權人相應的權利，來保護抵押利益有其必要性。本文以為，或可仿照我國民法第 244 條⁹⁴詐害債權之撤銷權的規定，在抵押人意圖使債權落空，而惡意處分抵押財產時，抵押

⁹² 同前註。

⁹³ 參見李濤，我國物權法浮動抵押制度研究，中國大連海事大學碩士論文，頁 44（2008）。

⁹⁴ 我國民法第 244 條：「 I 債務人所為之無償行為，有害及債權者，債權人得聲請法院撤銷之。 II 債務人所為之有償行為，於行為時明知有損害於債權人之權利者，以受益人於受益時亦知其情事為限，債權人得聲請法院撤銷之。 III 債務人之行為非以財產為標的，或僅有害於以給付特定物為標的之債權者，部適用前二項之規定。 IV 債權人依第一項或第二項之規定聲請法院撤銷時，得並聲請命受益人或轉得人回復原狀。但轉得人於轉得時不知有撤銷原因者，不在此限。」

權人得撤銷該抵押人之不法處分行為。亦可參考同法第 1033 條之 3⁹⁵ 第二項規定，若抵押人有濫用權利的情形，因而使浮動抵押權實現時所剩餘之抵押財產不足以清償擔保債權，則抵押權人可就其不足額追及第三人，要求該受讓抵押物之第三人於其所受利益內返還。

6、增訂接管人制度為實行浮動抵押的方式之一

有鑑於浮動抵押的特殊性，其實行程序除了與一般抵押相同之拍賣、變賣外，宜增加接管人制度為處理浮動抵押權的方式之一⁹⁶。接管人有權接手經營抵押一方之企業，保存企業營運的價值；若企業已無繼續之可能，亦可將運作上相互配合的企業財產一併出售，確保整體價值，避免各財產的分別賤賣或無人應買。如此一來，將提高債權的清償比例。

7、明文浮動抵押的優先次序問題

浮動抵押的受償順位為何法無明文，學說實務各種見解又莫衷一是，勢必造成貸款人接受浮動抵押的卻步，若能明確規範浮動抵押優先次序問題，闡明結晶時點、登記與否和其他抵押權對浮動抵押之順序所造成的影響，將有助於提升浮動抵押的可操作性和實用性⁹⁷。

8、周全浮動抵押之登記制度和執行程序

如前所述，浮動抵押如何登記，以及浮動抵押權之執行是否採用一般抵押權

⁹⁵ 我國民法第 1033 條之 3：「 I 夫或妻為減少他方對於剩餘財產之分配，而於法定財產制關係消滅前五年內處分其婚後財產者，應將該財產追加計算，視為現存之婚後財產。但為履行道德上義務所惟之相當贈與，不在此限。 II 前項情形，分配權利人於義務人不足清償其應得之分配額時，得就其不足額，對受領之第三人於其所受利益內請求返還。但受領為有償者，以顯不相當對價取得者為限。 III 前項對第三人之請求權，於知悉其分配權利受侵害時起二年間不行使而消滅。自法定財產制關係消滅時起，逾五年者，亦同。」

⁹⁶ 徐朝賢、盧霞，「浮動抵押制度的優缺點與立法構架探討」，武漢科技大學學報（社會科學版），第 5 卷第 4 期，頁 51（2003.12）。

⁹⁷ 參見劉兵虹，「論浮動財團抵押優先權問題」，東莞理工學院學報，第 13 卷第 2 期，頁 19、20（2006.4）。

實現之程序、如何與破產、清算等程序作銜接，物權法均付之闕如⁹⁸。登記和執行為抵押權運作之兩大重點，中國應盡速立法完善之，否則浮動抵押根本無法運作和發揮其擴大融資之功能。

9、其他配套措施

其一，採用**混合擔保**的方式，將浮動抵押作為輔助，配合普通抵押使用之，換言之，即在重要、固定或不欲處分的財產上設定一般抵押，而在其他財產上設定浮動抵押，以降低債權無法完全受償的風險。惟採用混合抵押成本較高，不僅須就浮動抵押登記之，尚須另行製作設立固定抵押的財產清單，另行送交登記部門登記之⁹⁹。此外，若抵押人欲處分混合抵押中設定一般抵押的該部分資產，則須取得抵押權人的同意¹⁰⁰，限制企業自由經營發展之權利。

其二，雙方亦可使用「**限制性條款**」來彌補浮動抵押制度的缺陷—在浮動抵押合同中禁止擔保人設立優先於該浮動抵押權得到清償，或與該浮動抵押權按比例受償的固定抵押條款¹⁰¹。限制性條款也有禁止抵押人在一定範圍內處分公司資產的功能，但與前述混合抵押相較之下，此條款的限制程度相對較小。故限制性條款亦有作為浮動抵押配套措施之適格。

四、小結

既然浮動抵押擁有輔助融通資金、扶植企業成長的功能，為何台灣動產擔保交易法沒有浮動抵押制度的身影，而在民國 96 年我國民法物權編的擔保物權部分作了大幅度的修法，當時亦無提議增訂浮動抵押的聲音，是否是因為浮動抵押

⁹⁸ 郝志晨，「動產浮動抵押制度問題研究」，安徽文學，2008 年第 8 期，頁 398。

⁹⁹ 參見王雅娟，「對我國物權法規定的浮動抵押的法律思考」，政治與法律，2008 年第 4 期，頁 30。

¹⁰⁰ 物權法第 191 條：「I 抵押期間，抵押人經抵押權人同意轉讓抵押財產的，應當將轉讓所得的價款向抵押權人提前清償債務或者提存。轉讓的價款超過債權數額的部份歸抵押人所有，不足部分由債務人清償。II 抵押期間，抵押人未經抵押權人同意，不得轉讓抵押財產，但受讓人代為清償債務消滅抵押權的除外。」

¹⁰¹ 參見秦康美、王奇，「論浮動抵押制度的具體適用」，經濟問題，2008 年第 8 期，頁 44。

終究還是個弊大於利的設計？或許我們可以先探討浮動抵押在其創始國－英國－經過了一個多世紀的發展，是否仍然光華依舊，可作為本文的參考和借鏡。

浮動抵押在英國曾經被認為是衡平法院最偉大的創新之一，因其自由性和彈性大大提升了企業融資的便利，惟浮動抵押的優點正是它的致命傷－徹底背離債權人的需求－債權無法回收之風險高，且浮動抵押權人不見得有優先於其他債權人的地位¹⁰²。因此，英國不斷立法限制浮動抵押的使用，例如，1985年的公司法明文規定浮動抵押必須登記，否則不得對抗其他債權人、清算人和財產管理人；2006年的公司法則明言，在公司清算時，浮動抵押權人的次序較後位；在1986年的破產法甚至要求，須抽取浮動抵押之抵押物變賣價額的百分之十給無擔保的債權人¹⁰³；而被視為對浮動抵押破壞力最強大的，莫過於2002年的新企業法－抵押權人僅得為所有債權人之利益，指定抵押人之財產管理人，而無法單就浮動抵押指定接管人。在新法不斷削弱浮動抵押的同時，法院對浮動抵押的解釋亦趨於嚴格¹⁰⁴。

約莫十幾年前開始，就有英國學者不斷呼籲應改革，甚至廢除浮動抵押¹⁰⁵。而近年來，在一開始跟隨英國腳步制定浮動抵押的加拿大和紐西蘭，已揚棄浮動抵押的概念，紛紛轉而效法美國統一商法典（UCC）第九章的擔保體系－仍然承認得在抵押人現有的和未來的所有財產上設定擔保物權，該抵押權和普通抵押權沒有任何不同，仍受同樣的順位規則規範之；不需要「結晶」或「封押」的概念，因為抵押權不再浮動，而是固定在抵押人的財產上；雙方當事人可另外約定，在抵押期間抵押人可處分抵押物¹⁰⁶。因而更堅定了英國加速改革浮動抵押制度的決心¹⁰⁷。雖然英國廢除浮動抵押的呼聲日高，但在中國大陸，其終究是承載眾人欲

¹⁰² 就同一抵押物而言，即便是晚於浮動抵押而設定的普通抵押權，該普通抵押權人對抵押實行之所得，也先於浮動抵押權人受償。

¹⁰³ 目前該條文已不再使用。

¹⁰⁴ See Helen Sevenoaks, *Financing requirements in the 21st century and the (in)adequacy of the floating charge*, I.C.C.L.R. 2009, 20(1), 17-22(2009).

¹⁰⁵ 參見中國人民銀行研究局、世界銀行集團外國投資諮詢服務局、國際金融公司中國項目開發中心，中國動產擔保物權與信貸市場發展，中信出版社，頁27（2006.1）。

¹⁰⁶ 參見全國人民代表大會常務委員會法制工作委員會民法室編，物權法立法背景與觀點全集，法律出版社，頁692（2007.3）。

¹⁰⁷ 同前揭註103。

增進融資機會厚望的閃亮新星。因此，中國應以英國為前車之鑑，發展出一系列得以吻合中國具體經濟發展需求的浮動抵押之配套措施，使其浮動性、不確定性之缺點所造成的影響降到最低。

中國力求經濟蓬勃發展的企圖顯現於其每一部法律中，中國物權法也不例外，浮動抵押就是最好的證明，希冀藉由浮動抵押能帶動產業和金融市場的活絡。針對具有中國特色的浮動抵押制度，本文肯定物權法將個體工商戶和農業生產經營者囊括於浮動抵押的設定主體，旨在便於其取得資金，作更有效之運營，如此規定更與中國促進中小企業發展之政策和法制度相銜接；惟另一方面卻又將浮動抵押之標的限於物權法第 181 條所列舉之四項動產，在限縮抵押物的情況下似乎無法為高額貸款有效擔保；登記制度的公示效果有待加強；抵押順位、執行程序，及與其他制度的連結等規定仍嫌不足；未將接管人制度一併引進實屬可惜。

因此，本文提出幾點建議供作參考，以完善中國的浮動抵押權：謹慎選擇抵押人、合理評估抵押物之價值、健全資產財務信息披露制度、課予抵押人誠實信用義務、給予債權人相應之權利以免抵押人濫權，以及明文規定接管人制度，處理優先次序、登記和執行程序等問題。一言以蔽之，就是要建立周延的監督機制，讓浮動抵押權及其抵押財產的流動處於誠信、透明的交易狀態中。

綜上所述，在立法仍嫌簡略不足的情況下，浮動抵押是否果能如預期般，將擴大融資渠道之功能完全發揮，本文仍持保留態度。浮動抵押制度在中國初試啼聲，尚有許多未臻完備之處，接下來實務上會如何運作此一特別的浮動抵押，值得我們期待與觀察。

第四節 抵押權之實現

一、意義

抵押權之實行者，乃抵押權人於其債權已屆清償期而未受清償時，得處分抵押物以優先取償之行為；因抵押權設定之目的在確保債權之滿足，故抵押權實行乃抵押權之核心效力、抵押權人之最主要權利。考其本質實為變價權與優先受償權之實現程序，蓋抵押物必須經處分階段方能轉換為交換價值，此即為變價權之範疇，而具體化的交換價值，抵押權人亦須有優先受償的手段，其擔保債權方能獲得優先之滿足，此即為優先受償權之機能¹⁰⁸。無庸置疑地，抵押權實現程序對抵押權人越友善和便利，交易主體越願意以抵押作為放款融資之擔保方式。中國在民法通則和擔保法中均有實行抵押權之規定，惟操作結果多有令人詬病之處，故抵押權之實現亦為本次物權法抵押權章節中之立法重點。

二、擔保法時期

民法通則第 89 條第 2 項：「債務人或者第三人可以提供一定的財產作為抵押物。債務人不履行債務的，債權人有權依照法律的規定以抵押物折價或者以變賣抵押物的價款優先得到償還。」此條文雖有實行效果之規定，但終究太過簡略，根本無法形成完整的擔保法律制度，再加上當時未能及時制定登記¹⁰⁹等公示和執行的配套措施，使「民法通則」中所規定的擔保方式幾乎不能運作，更遑論抵押權之實行了。

直至擔保法出台後，抵押權的實現途徑始有明確依據，擔保法第 53 條：「I 債務履行期屆滿抵押權人未受清償的，可以與抵押人協議以抵押物折價或者以拍賣、變賣該抵押物所得的價款受償；協議不成的，抵押權人可以向人民法院提起

¹⁰⁸ 謝在全，民法物權論（中），作者自版，頁 536（2007.6）。

¹⁰⁹ 關於登記之法規：農村集體土地使用權抵押登記的若干規定（1995）、城市房地產抵押管理辦法（2001）、中華人民共和國民用航空器權利登記條例（1997）、中華人民共和國船舶登記條例（1994）、企業動產抵押物登記管理辦法（2000）、森林資源資產抵押登記辦法（2004）、機動車登記規定（2004）、公證機關辦理抵押登記辦法（2002）以上登記相關規定均晚於民法通則而制定施行。

訴訟。II 抵押物折價或者拍賣、變賣後，其價款超過債權數額的部份歸抵押人所有，不足部分由債務人清償。」雖然擔保法與民法通則相較下，在抵押權實行的立法上已有長足的進步，惟在實際運作上仍問題叢生，債權無法回收的情形時有所聞。究其原因，優先權規則混亂、市場機制的健全及法院執法效率低落應是抵押權實行的主要障礙。

（一）法院執行成本高昂卻效率低下

依擔保法第 53 條和擔保法司法解釋第 128 條第 1 款¹¹⁰，若債權屆期未獲清償，抵押權人和抵押人又無法達成將擔保物變價之協議，則抵押權人須先向人民法院起訴，由法院依法審理後確認抵押權人之權利。當債務人不執行法院判決時，抵押權人始得向人民法院申請強制執行。在強執程序中，非由法院直接拍賣抵押財產，而是由法院聘請評估機構對該財產進行估價，再委由拍賣公司拍賣抵押物¹¹¹。

抵押權之實行本應迅速進行，以確保其擔保債權優先受償之機能實現。由以上流程，執程序的冗長不難想像，動輒耗費一年以上的時間（如表格十九）方得徹底解決擔保債務。執行時間過長意味著抵押物遭到貶值的風險增加，同時也讓抵押人有機可乘，惡意脫產或處分標的物，侵害抵押權人之利益。

¹¹⁰ 擔保法司法解釋第 128 條第 1 款：「債權人向人民法院請求刑始擔保物權時，債務人和擔保人應當作為共同被告參加訴訟。」

¹¹¹ 朱亞平、朱琴梅，「擔保物權在民事執程序中的實現」，人民司法應用，2008 年第 23 期，頁 98、99。

最高人民法院關於人民法院民事執行中拍賣、變賣財產的規定（2004）第 3 條：「人民法院拍賣被執行人財產，應當委託具有相應資質的拍賣機構進行，並對拍賣機構的拍賣進行監督，但法律、司法解釋另有規定的除外。」同法第 4 條第 1 款前段：「對擬拍賣的財產，人民法院應當委託具有相應資質的評估機構進行價格評估。」

表格 十九：不動產和動產擔保利益判決後到執行完全所花費之時間比例¹¹²

	一個月	一至三個月	六至十二個月	十二個月以上
不動產擔保執行期	3.13%	11.07%	26.5%	57%
動產擔保執行期	4%	17.1%	26%	53.6%

實現抵押權成本過高一直是中國抵押權執行情序中最重大的問題之一。整個執行情序從提起訴訟開始到抵押物被拍賣為止，抵押權人須支付鑑定費、訴訟保全申請費、律師費等訴訟費用，還有估價費、拍賣費、稅金等執行費用，林林總總加乘之下乃屬一筆高昂之支出。此外，目前實務上的作法是，執行機關指定經法院登記備案並認可的評估和拍賣機構就抵押物進行估價、拍賣，由於該機構的擇選並非出於當事人的委託和意願，該機構往往偏重考慮自身利益，而忽視當事人之要求，造成評估和拍賣之價格與市價相差甚大，不利於當事人之權益。更甚者，這些受法院指定之機構收費偏高，增加當事人的費用；若雙方當事人自行委任作業機構，評估機構收費一般是標的價額 2% 左右，拍賣機構收費則約標的價額 3% 左右，此收費標準尚有協商之空間；然而，法院所指定的評估和拍賣機構的費率則高達標的價額的 3% 至 8%，甚至是 10%，大大地增加了執行成本¹¹³。

據調查，高達 74% 的金融債權案件係經由司法程序實行其抵押權¹¹⁴，但法院執行成本高昂又效率低下，嚴重影響當事人使用抵押權以融通資金之意願。

¹¹² 2004 年，中國人民銀行課題組在北京、上海、成都、廣州、瀋陽、蘭州、濟南、鄭州八個城市進行現場調查，與銀行、信用擔保公司、律師事務所、法院、提供商業信用的公司、公證處、工商管理管理局、車輛管理所等單位進行座談，共計八十多場。同時，向全國七個地區有關機構發放調查問卷九十多份。本節數據來源為上述機構及問卷調查之結果。

中國人民銀行研究局、世界銀行集團外國投資諮詢服務局、國際金融公司中國項目開發中心，中國動產擔保物權與信貸市場發展，中信出版社，頁 170、171（2006.1）。

¹¹³ 參見前註書，頁 179、180。

¹¹⁴ 同前揭註 111。其他實行抵押權之方式及其比例為：法庭外執行的比例係 19%，而透過破產程序執行的比例為 7%。

在擔保法之後頒布的中華人民共和國合同法（1999，本文以下均簡稱為「合同法」）似乎注意到擔保法實行抵押權成效不彰之問題。該法第 286 條規定：「發包人未按照約定支付價款的，承包人可以催告發包人在合理期限內支付價款。發包人逾期不支付的，除按照建設工程的性質不宜折價、拍賣的以外，承包人可以與發包人協議將該工程折價，也可以申請人民法院將該工程依法拍賣。建設工程的價款就該工程折價或者拍賣的價款優先受償。」雖然對於本條文所規範者係法定抵押權抑或是法定優先權仍存有爭議，但屬於法定擔保物權並無異議。學者認為，合同法第 286 條（申請人民法院將該工程依法拍賣）之立法意圖在於改變擔保法的實行方式（向人民法院提起訴訟）。惟本規定無法普遍適用於抵押權的實現，故擔保法之困境並未解決¹¹⁵。

（二）優先權規則混亂

擔保法第 54 條：「同一財產向兩個以上債權人抵押的，拍賣、變賣抵押物所得的價款按照以下規定清償：（一）抵押合同以登記生效的，按照抵押物登記的先後順序清償；順序相同的，按照債權比例清償；（二）抵押合同自簽訂之日起生效的，該抵押物已登記的，按照本條第（一）項規定清償；未登記的，按照合同生效時間的先後順序清償，順序相同的，按照債權比例清償。抵押物已登記的先於未登記的受償。」另一方面，擔保法司法解釋第 76 條規定：「同一動產向兩個以上債權人抵押的，當事人未辦理抵押物登記，實現抵押權時，各抵押權人按照債權比例受償。」根據擔保法第 41 條至第 43 條¹¹⁶，抵押有以登記為生效要件

¹¹⁵ 高聖平，物權法擔保物權編，中國人民大學出版社，頁 223（2007.4）。

¹¹⁶ 擔保法第 41 條：當事人以本法第四十二條規定的財產抵押的，應當辦理抵押物登記，抵押合同自登記之日起生效。

擔保法第 42 條：辦理抵押物登記的部門如下：（一）以無地上定著物的土地使用權抵押的，為核發土地使用權證書的土地管理部門；（二）以城市房地產或者鄉（鎮）、村企業的廠房等建築物抵押的，為縣級以上地方人民政府規定的部門；（三）以林木抵押的，為縣級以上林木主管部門；（四）以航空器、船舶、車輛抵押的，為運輸工具的登記部門；（五）以企業的設備和其他動產抵押的，為財產所在地的工商管理部門。

擔保法第 43 條：I 當事人以其他財產抵押的，可以自願辦理抵押物登記，抵押合同自簽訂之日起生效。II 當事人未辦理抵押物登記的，不得對抗第三人。當事人辦理抵押物登記的，登記部

者，如車輛、企業的設備等，亦有登記僅為對抗要件者，而登記僅為對抗要件的動產抵押，究竟是依成立先後還是依債權比例清償？實務上認為，擔保法司法解釋第 76 條所述之抵押合同，未經登記不具有對抗第三人的效力，當然也不具有對抗後成立之抵押權人效力，因此，即便為先成立之抵押權仍不具有優先性¹¹⁷。惟本文以為，若後成立之抵押權人於設定抵押權時明知有先抵押權之存在，又抵押物之價值不足清償先位抵押權的情況下，依原本擔保法之規定，後位抵押權是無法就抵押物執行所得優先受償的，如今卻因擔保法司法解釋第 76 條而獲得優先清償之機會；另一方面，若先後成立之抵押權均未登記，而後成立之抵押權人為不知前抵押權存在之善意第三人，依擔保法第 43 條第 2 款，未經登記之先抵押權應不得對抗後抵押權人，為何在實程序又是先後抵押權比例受償？如此規定是否公平，有待商榷。

此外，擔保法司法解釋第 59 條為解決實務上公示效果不彰而緩和登記生效主義，卻使優先權規則更加錯縱複雜：「當事人辦理抵押財產登記手續時，因登記部門的原因致使其無法辦理抵押財產登記，抵押人向債權人交付權利憑證的，可以認定債權人對該財產有優先受償權。但是，未辦理抵押財產登記的，不得對抗第三人。」上開條文承認採登記生效主義的抵押財產亦有不登記而抵押權成立之可能，則此情形是否適用擔保法司法解釋第 76 條？若同一物上有兩個以上抵押權依上述司法解釋第 59 條未登記而成立，或是同一物上之複數抵押權有合法登記而成立者，也有依擔保法司法解釋第 59 條未登記而成立者，則優先順序為何？

優先次序規定雜亂，學者實務見解莫衷一是，原本為債權有力擔保之抵押權在優先權權責不明的情況下完全無法發揮其保證功能，銀行等金融機構當然不敢放手貸款予他人。

（三）人為的疏失和地方政府的干預

其一，部分執行人員素質低落，對相關法律理解不足，造成抵押權難以執行。

門為抵押人所在地的公證部門。

¹¹⁷ 李國光、高聖平編，擔保法及配套規定新釋新解，人民法院出版社，頁 612（2006.7）。

其二，由於許多地方企業的行政主管是地方政府，企業又是地方政府主要的稅務和財政收入來源，企業的營運關係著地方產值和官員政績，因而造成地方政府時而出現包庇企業的情形。當企業改制或破產時，地方政府以維護社會穩定和保障勞工生活為由，支持或默許企業逃避銀行債務，當司法部門進行查封、拍賣等執行工作時，又直接或間接地干預之，造成銀行對企業之勝訴判決無法兌現，只留下無法處置的呆壞帳¹¹⁸。

（四）信貸環境尚未成熟

擔保法制定施行後，登記之配套措施才陸續訂立，抵押之公示效果不彰，資金貸與人或因標的物之權利狀況不明而不敢放款，或是貸出資金後卻無從受抵押之保障而無法回收債權。金融機構缺乏完善徵信制度，無法對債務人作徹底的信用評估和調查，企業信用意識又淡薄，同時法制上缺少監督及制裁機制，這樣不成熟的信貸環境使得銀行等貸款人暴露在高度的信貸風險中。

三、物權法時期

物權法第 195 條：「I 債務人不履行到期債務或者發生當事人約定的實現抵押權的情形，抵押權人可以與抵押人協議以抵押財產折價或者以拍賣、變賣該抵押財產所得的價款優先受償。協議損害其他債權人利益的，其他債權人可以在知道或者應當知道撤銷事由之日起一年內請求人民法院撤銷該協議。II 抵押權人與抵押人未就抵押權實現方式達成協議的，抵押權人可以請求人民法院拍賣、變賣抵押財產。III 抵押財產折價或者變賣的，應當參照市場價格。」

（一）抵押權實現之要件

分析物權法第 195 條，抵押權實現之要件如下：

1、抵押權有效存在

¹¹⁸ 參見中國人民銀行研究局、世界銀行集團外國投資諮詢服務局、國際金融公司中國項目開發中心，中國動產擔保物權與信貸市場發展，中信出版社，頁 181（2006.1）。

抵押權未成立生效或被撤銷而不存在，自然無實行抵押權之可能。又基於抵押權之從屬性，若被擔保之債權因清償抵銷等原因已消滅，或是因其他理由而無效、被撤銷，抵押權亦因而不存在。

2、債務人不履行到期債務或發生當事人約定的實現抵押權的情形

首先，債務人不履行到期債務不限於該債務全額未清償之情形，若債權已部分受償，債權人仍得在債權屆期時，就未清償之部分向抵押人主張實行抵押權，此乃抵押權之不可分性—擔保債權之各部，受抵押物全部之擔保，擔保法司法解釋第 71 條前段¹¹⁹定有明文。

其次，物權法新增當當事人約定之實現抵押權的情形成就，抵押權人得執行之。中國學界和實務普遍肯定此一新規定，因其體現了對當事人的尊重和意思自治的精神。惟本文以為，所謂「當事人約定的實現抵押權的情形」實屬「**當事人約定的債權提前到期的情形**」，蓋抵押權身為債權之從權利，為擔保債權而存在，並無債權尚未屆期而得實行抵押權之可能。基於契約自由和私法自治，即便物權法未規定，當事人間仍可約定特定情形發生時，債權即提前到期，此時若債務人未清償債務，抵押權人可實行抵押權。故本文認為，物權法第 195 條所新增之「發生當事人約定的實現抵押權的情形」只不過是重申民法的基本原則而已。

3、在法定期限內行使？

擔保法司法解釋第 12 條第 2 款：「擔保物權所擔保的債權的訴訟時效結束後，擔保權人在訴訟時效結束後的 2 年內行使擔保物權的，人民法院應當予以支持。」物權法第 202 條：「抵押權人應當在主債權訴訟時效期間行使抵押權；未行使的，人民法院不予保護。」顯然地，物權法第 202 條縮短了擔保法司法解釋第 12 條所定之抵押權行使期間，但不變的是，該二條文皆使用含混模糊的文字—「人民法院應當予以支持」、「人民法院不予保護」—究竟在條文所指之期間經過後，抵押權會發生何種法律上之變化，消滅抑或是產生抗辯權？令人不解。此問題連帶影響到抵押權的實行是否有時間上之限制。

¹¹⁹ 擔保法司法解釋第 71 條前段：「主債權未受全部清償的，抵押權人可以就抵押物的全部行使其抵押權。」

針對物權法第 202 條期間之法律性質，有數不同說法。第一，有論者以為，本條規定的是抵押權人在主債權訴訟時效期間內未行使抵押權的，人民法院不予保護，意指過了主債權訴訟時效期間後，抵押權人喪失的是勝訴權，而抵押權本身並沒有消滅，故若抵押人自願履行擔保義務，抵押權人仍可以行使抵押權¹²⁰。第二，另有論者認為該期間係訴訟時效（即我國的消滅時效概念），抵押權人若未在主債權訴訟時效內行使抵押權者，因抵押權行使期間屆至，抵押人享有拒絕履行抗辯權，抵押權並未消滅，若此時抵押權人向人民法院起訴，法院不予以保護；但抵押人於期限後仍得自願履行擔保義務，不受時間限制，事後不得又以不知時效或超過時效為由反悔之¹²¹。上述兩種見解均肯定縱使法定期間經過，抵押權仍存在，只是實行上有所阻礙；本文以為，抵押權終究是財產上之負擔，不宜久懸未定，若抵押權有永久存在之可能，無疑將對財產之利用流動和交易之進行造成相當嚴重之障礙，舉例言之，一旦某物設定抵押權卻未於法定期間內實現，只是抵押權人喪失勝訴權，或是抵押人得抗辯之，但抵押權仍然存在，則該物將永遠受物權法第 191 條抵押標的物轉讓之限制。因此，本文採第三種見解，條文所定期間為**除斥期間**，若抵押權人怠於行使權利，則抵押權於期間屆滿時消滅，法律關係得以早日確定，也不致於影響經濟的活動¹²²。我國民法亦採抵押權除斥期間之立場，第 880 條定有明文：「以抵押權擔保之債權，其請求權已因時效而消滅，如抵押權人，於消滅時效完成後，五年間不實行其抵押權者，其抵押權消滅。」綜上所述，在法定期限內行使亦為中國抵押權實行的要件之一。

¹²⁰ 全國人大常委會法制工作委員會民法室編，中華人民共和國物權法解讀，中國法制出版社，頁 438（2007.3）。

¹²¹ 楊明剛，擔保物權適用與典型案例評析，法律出版社，頁 173（2007.5）。

¹²² 相同見解可參照最高人民法院物權法研究小組編，中華人民共和國物權法條文理解與適用，人民法院出版社，頁 603（2007.3）。

惟甚至有論者主張第四種不同看法：「抵押權既非除斥期間客體，也非訴訟時效客體，因此，物權法第 202 條關於抵押權的限制期間規定自出生即為一畸形不合理存在，理應修改或廢止。」參見付小川，「擔保物權為除斥期間客體之質疑—兼評物權法第 202 條」，法學雜誌，2009 年第 5 期，頁 111。

(二) 抵押權實現之途徑

我國實現抵押權大多是透過法院予以拍賣執行，民法第 873 條：「抵押權人於債權已屆清償期，而未受清償者，得聲請法院拍賣抵押物，就其賣得價金而受清償。」基於契約自治，當事人亦得藉由合意來實行抵押權，同法第 878 條：「抵押權人於債權清償期屆滿後，為受清償，得訂立契約，取得抵押物之所有權或用拍賣以外之方法，處分抵押物，但有害於其他抵押權人之利益者，不在此限。」中國抵押權也存有相似的兩實現途徑—請求法院拍賣、變賣，和當事人協議折價、拍賣，或變賣。

1、當事人協議實現

物權法第 195 條規定抵押權人和抵押人就抵押權實現協議不成者，抵押人得請求法院執行之。先協議後起訴雖係抵押權實現之通常作法，但多數說¹²³認為協商實行抵押權並非抵押權人請求法院拍賣變賣之前提，本文亦贊同之，因抵押權之實現乃抵押權人之權利行使，而協議和訴訟僅是兩種不同的實行方式，若抵押權人認為其與抵押人就執行抵押權一事已無合意之可能，或認為逕訴諸法院乃較有效率之手段，應尊重抵押權人之選擇和自由。

而抵押權人與抵押人未就實現抵押權達成協議，多數見解以為主要有兩種情形：其一，雙方對債權屆期未受清償一事並無異議，僅無法就應以何種方式來實行抵押權達成共識，為求手續之簡便迅速，依物權法第 195 條抵押權人可直接請求人民法院拍賣、變賣抵押財產；其二，雙方在債權及抵押權存否有所爭執，此為債權法律關係之前提，當事人在該爭議下自然無法就實行抵押權之方法達成協議，故此時抵押權人仍應當採取向人民法院提起訴訟的途徑，以判決確定兩方權利義務後方生抵押權執行之問題¹²⁴。惟有持不同意見論者認為，如在前述第二種

¹²³ 如陳麗，論抵押權的實現，山東大學碩士論文，頁 11、12（2007）；最高人民法院物權法研究小組編，中華人民共和國物權法條文理解與適用，人民法院出版社，頁 583（2007.3）；楊明剛，擔保物權適用與典型案例評析，法律出版社，頁 143（2007.5）。

惟亦有少數見解認為抵押權人和抵押人有義務先進行協商，協商不成始得訴諸法院，若抵押權人不先行協商而逕求助於法院，則法院不應受理其實行抵押權之要求。曹士兵，「我國物權法關於抵押權實現的規定」，法律適用，2008 年第 1、2 期，頁 35。

¹²⁴ 參見全國人大常委會法制工作委員會民法室編，中華人民共和國物權法條文說明、立法理由

情形雙方尚須進行漫長的訴訟程序，則第 195 條第 2 款有被架空之危險¹²⁵，因抵押人可藉惡意提出債權及抵押權之異議，以阻止法院逕行執行其抵押物，拖延抵押財產遭拍賣、變賣的時間，迫使抵押權人開啟耗時費力之訴訟程序，甚至利用時間空檔惡意脫產、處分抵押物。

2、請求法院實現

抵押權人依我國民法第 873 條聲請法院許可拍賣抵押物，係屬非訟事件¹²⁶。法院對許可拍賣抵押物之聲請是從形式上審查，僅須其抵押權已經依法登記，且債權已屆清償期而未受清償，法令上又無不得行使之限制者，法院即應為准許拍賣之裁定。至於該抵押權或所擔保之債權是否確實存在，登記之債權清償期是否有變更等實體事項，均非法院所得審查¹²⁷。對於法律關係有爭執之人為求保護其權利，僅得另行訴訟以求解決，不得於聲請法院拍賣抵押物之非訟事件程序爭執或提起抗告請求不許拍賣¹²⁸。故抵押人或其他利害關係人無從在該項程序主張抵押權無效、已撤銷，或債權已清償或其他事由之存在，以阻止抵押權之實行，而僅得由其另行起訴以資救濟¹²⁹。此乃非訟事件之本質，目的在求抵押權實程序之迅速進行，以確保抵押權作為債權優先受償制度機能之實現¹³⁰。

中國擔保法中所規定之透過法院實現抵押權的方式，不像台灣要求程序之簡速，反而是由當事人從頭開始進行訴訟，時程冗長又耗費金錢勞力，飽受批評。物權法第 195 條將原本擔保法第 53 條「抵押權人可以向人民法院提起訴訟」的

及相關規定（第 195 條立法理由），北京大學出版社，頁 358（2007.3）。

¹²⁵ 參見段志方，「試論銀行業抵押權的實現途徑—兼評物權法第 195 條」，長春理工大學學報（社會科學版），第 21 卷第 3 期，頁 51（2008）；曹士兵，「我國物權法關於抵押權實現的規定」，法律適用，2008 年第 1、2 期，頁 35。

¹²⁶ 我國非訟事件法第 72 條：「民法所定抵押權人、質權人、留置權人及依其他法律所定擔保物權人聲請拍賣擔保物事件，由拍賣物所在地之法院管轄。」中華民國強制執行法第 4 條第 1 項第 5 款：「強制執行，依左列執行名義為之：…五抵押權人或質權人，為拍賣抵押物或質物之聲請，經法院為許可強制執行之裁定者。」

¹²⁷ 最高法院 58 年台抗字第 524 號判例。

¹²⁸ 最高法院 51 年度第 5 次民、刑庭總會會議決議（三）。

¹²⁹ 最高法院 49 年台抗字第 244 號判例，最高法院 51 年台抗字 269 號判例。

¹³⁰ 謝在全，民法物權論（中），作者自版，頁 544、545（2007.6）。

文字改為「抵押權人可以請求人民法院拍賣、變賣抵押財產」，多數見解¹³¹認為這是物權法針對擔保法執行程序效益低落之問題所作之修正，力求建立一類似我國之非訟程序，圖抵押權實現之便捷，降低執行成本。惟亦有不同意見以為，本條規定的是「請求人民法院拍賣、變賣抵押財產」，而不是申請法院就抵押權的實行進行裁判，前者為訴訟程序，後者為非訟程序，換言之，物權法並未更動原本擔保法之規定¹³²。

本文贊同多數說法，物權法相較於擔保法仍有立法上之進步。而之所以會有上述不同聲音之出現，本文以為原因在於程序法之立法滯後¹³³。目前中華人民共和國民事訴訟法（以下簡稱「民事訴訟法」）及相關規定均未對物權法第 195 條之修正作出回應，訂立抵押權不須經過判決即得逕行執行之特別程序，無怪乎有論者並不認為物權法欲開啟一非訟程序。甚至民事訴訟法於 2007 年 10 月 28 日公布修正案，該修正案在物權法實施後頒布施行，修改意見也未觸及此一問題。依據現行的民事訴訟法第 212 條至第 214 條以及關於人民法院執行工作若干問題的規定（試行）（1998）第 2 條，執行機構的執行依據（即我國之「執行名義」）有人民法院的裁判文書、仲裁機構的仲裁裁決、經公證之債權文書等，但不包括一般之抵押合同。如今若一抵押權人請求法院拍賣抵押物，則法院之決定應由裁定或其他形式呈現？應為形式審查還是實質審查？法規範均付之闕如，無法回答。

又，有無異議之訴¹³⁴可供作為抵押人和其他利害關係人之救濟手段？2008

¹³¹ 段志方，「試論銀行業抵押權的實現途徑—兼評物權法第 195 條」，長春理工大學學報（社會科學版），第 21 卷第 3 期，頁 50（2008）；朱亞平、朱琴梅，「擔保物權在民事執行程序中的實現」，人民司法應用，2008 年第 23 期，頁 99-102；高聖平，物權法擔保物權編，中國人民大學出版社，頁 224（2007.4）；劉小華，論抵押權之實現，北京大學碩士論文，頁 15-17（2008）。

¹³² 參見最高人民法院物權法研究小組編，中華人民共和國物權法條文理解與適用，人民法院出版社，頁 583（2007.3）。

¹³³ 相同見解可參見劉小華，論抵押權之實現，北京大學碩士論文，頁 16、17（2008）。

¹³⁴ 如我國在第三人抵押的情形，抵押權人於債權屆期聲請拍賣抵押物並獲得法院裁定，此時若抵押人欲主張該抵押權不存在，因事實上該債權已清償，則抵押人可依強制執行法第 14 條第 2 項提起債務人異議之訴：「執行名義無確定判決同一之效力者，於執行名義成立前，如有債權不成立或消滅或妨礙債權人請求之事由發生，債務人亦得於強制執行程序終結前提起異議之訴。」此外，若有利害關係之第三人認系爭抵押執行侵害其權益，同法第 15 條第三人異議之訴可供第

年 11 月公布之「最高人民法院關於適用中華人民共和國民事訴訟法執行程序若干問題的解釋」，第 15 條：「案外人對執行標的主張所有權或者有其他足以阻止執行標的轉讓，交付的實體權利的，可以依照民事訴訟法第二百零四條¹³⁵的規定，向執行法院提出異議。」第 17 條：「案外人依照民事訴訟法第二百零四條規定提起訴訟，對執行標的主張實體權利，並請求對執行標的停止執行的，應當以申請執行人為被告；被執行人反對案外人對執行標的所主張的實體權利的，應當以申請執行人和被執行人為共同被告。」上述規定類似我國第三人異議之訴。然民事訴訟法及其司法解釋並無相當於我國「債務人異議之訴」之規範，只有民事訴訟法第 202 條¹³⁶「異議」可供債務人主張之，異議程序沒有訴訟程序的雙方提證、辯論攻防，自然較難發揮發現真實和保護權利之效能；若物權法第 195 條旨在建立一簡速之執行非訟程序，則（執行）債務人的救濟管道務必充分，以免侵害其權益之虞，本文以為，這是將來中國程序法應盡力填補缺漏的地方。

然而，在現行程序法配套規定不足的情形下，有無任何其他方式可達成抵押權不須經過審判、直接執行的效果？依中國民事訴訟法第 214 條：「對公證機關依法賦予強制執行效力的債權文書，一方當事人不履行的，對方當事人可以向有管轄權的人民法院申請執行，受申請的人民法院應當執行。」因債權合同屬於債權文書，故實務上有當事人會利用公證債權合同的方式—中華人民共和國公證法（2005）第 37 條第 1 款：「對經公證的以給付為內容並載明債務人願意接受強制執行承諾的債權文書，債務人不履行或履行不適當的，債權人可以依法向有管轄權的人民法院申請執行。」—取得可直接拍賣、變賣抵押物之強制執行力，而無

三人發聲：「第三人就執行標的物有足以排除強制執行之權利者，得於強制執行程序終結前，向執行法院對債權人提起異議之訴。如債務人亦否認其權利時，並得以債務人為被告。」。

¹³⁵ 民事訴訟法第 204 條：執行過程中，案外人對執行標的提出書面異議的，人民法院應當自收到書面異議之日起十五日內審查，理由成立的，裁定中止對該標的的執行；理由不成立的，裁定駁回。案外人、當事人對裁定不服，認為原判決、裁定錯誤的，依照審判監督程式辦理；與原判決、裁定無關的，可以自裁定送達之日起十五日內向人民法院提起訴訟。

¹³⁶ 民事訴訟法第 202 條：當事人、利害關係人認為執行行為違反法律規定的，可以向負責執行的人民法院提出書面異議。當事人、利害關係人提出書面異議的，人民法院應當自收到書面異議之日起十五日內審查，理由成立的，裁定撤銷或者改正；理由不成立的，裁定駁回。當事人、利害關係人對裁定不服的，可以自裁定送達之日起十日內向上一級人民法院申請覆議。

庸再經歷漫長費力的訴訟程序¹³⁷。

（三）抵押權實現之方式

依物權法第 195 條，中國抵押權實現之方式有拍賣、變賣和折價三種，分述如下：

1、拍賣

拍賣是以公開競價的方式出賣標的物，出價最高的應買者可購得抵押財產¹³⁸，而抵押權人可就拍賣所得優先受償。拍賣得最大限度地體現拍賣物的價值，充分發揮抵押物之擔保效能，從而有利於抵押權人。而抵押關係雙方於抵押權實現之要件俱備時，協議以拍賣方式履行抵押合同者，稱為任意拍賣；抵押權人直接請求法院拍賣者，則為強制拍賣。不論是任意拍賣還是強制拍賣，均須委由拍賣機構為之。

前文有提及，委託拍賣機構從事拍賣也是造成抵押權實程序成本高昂的原因之一，故有論者建議法院應自行拍賣抵押財產（而不再經由拍賣公司之手），並制定相關法律規範。一方面可為抵押權人省去大量的傭金支出，節約拍賣費用；另一方面得簡化繁瑣的拍賣環節，從而降低實現權利之成本。而法院作為司法機構，其公正性和中立性足以勝任拍賣之任務，再輔之以適當監督，便可以控制利益衝突的風險，使強制拍賣順利進行¹³⁹。

2、變賣

變賣是以一般買賣形式出售抵押財產，以所得優先償還抵押債務。變賣並無

¹³⁷ 依最高人民法院、司法部關於公證機關賦予強制執行效力的債權文書執行有關問題的聯合通知（2000）第 1 條規定：「公證機關賦予強制執行效力的債權文書應當具備以下條件：（一）債權文書具有給付貨幣、物品、有價證券的內容；（二）債權債務關係明確，債權人和債務人對債權文書有關給付內容無疑義；（三）債權文書中載明債務人不履行義務或不完全履行義務，債務人願意接受依法強制執行的承諾。」

¹³⁸ 中華人民共和國拍賣法（1996）第 3 條：「拍賣是指以公開競價的形式，將特定物品或者財產權利轉讓給最高應架者的買賣方式。」

¹³⁹ 劉小華，論抵押權之實現，北京大學碩士論文，頁 21（2008）。

拍賣充分實現抵押物價值的特性，而只是參考一般現實交易中的市價來出賣，故物權法第 195 條第 3 款規定：「抵押財產折價或者變賣的，應當參照市場價格。」但變賣具有簡便易行、省時省力之優勢，在抵押權人無力或不願支付高額拍賣費用時，或可考慮之。

3、折價

抵押財產折價，又稱協議取得抵押財產，是指抵押權人以確定的價格取得抵押物所有權以受償其債權，和我國民法第 878 條：「抵押權人於債權清償期屆滿後，為受清償，得訂立契約，取得抵押物之所有權...」相類似。折價的本質其實是買賣加抵銷，即抵押人將抵押財產售予抵押權人，再以該買賣抵押物之價金債權與原擔保債務作抵銷¹⁴⁰。為確保折價之公允，物權法第 195 條第 3 款亦要求應參考市場價格。以折價方式執行抵押權，簡化手續，同時也相當程度地降低成本。

在債權屆期而未獲清償或發生約定之實現抵押權的情形時，雙方合意以轉讓抵押權所有權的方式執行抵押權、清償擔保債權者，稱為「折價」。然而，若在抵押合同訂立時（或債權期滿前之其他時點）就約定，當債權屆期未獲清償時，抵押權人即取得抵押財產之所有權者，則稱為「流押契約」（或流抵契約、流質契約）。在中國抵押權的立法歷程上，從擔保法第 40 條¹⁴¹、擔保法司法解釋第 57 條第 1 款¹⁴²，到物權法第 186 條：「抵押權人在債務履行期屆滿前，不得與抵押人約定債務人不履行到期債務時抵押財產歸債權人所有。」對於流押契約一致採取禁止之態度。

我國民法物權編民國 96 年修正前之第 873 條第 2 項亦反對流押契約之存在：「約定於債權已屆清償期而未為清償時，抵押物之所有權移屬於抵押權人者，其約定為無效。」不論是台灣還是中國，禁止流押契約旨在保護債務人，免其一

¹⁴⁰ 參見高聖平，物權法擔保物權編，中國人民大學出版社，頁 229（2007.4）。

¹⁴¹ 擔保法第 40 條：「訂立抵押合同時，抵押權人和抵押人在合同中不得約定在債務履行期屆滿抵押權人未受清償時，抵押物的所有權轉移為債權人所有。」

¹⁴² 擔保法司法解釋第 57 條第 1 款：「當事人在抵押合同中約定，債務履行期屆滿抵押權人未受清償時，抵押物的所有權轉移為債權人所有的內容無效。該內容的無效不影響抵押合同其他部分內容的效力。」

時之急迫而蒙重大之不利¹⁴³。蓋債務人借債每多為急迫窘困之時，債權人乃利用此一機會，逼使訂立流押契約，以價值甚高之抵押物擔保小額之債權，希冀債務人居期不能清償時，得取得其所有權，獲非分之利益¹⁴⁴。惟近年來越來越多學說主張絕對禁止流押契約的規定過於僵化，舉例言之，若流抵約款甚為公平時，或抵押物之價值於債權屆期時正大幅跌落中，如將之移轉於抵押權人，以資代償，對抵押人較為有利時，亦將該約定解為無效，不無法律對當事人私法自治干預過當之虞¹⁴⁵，反而有害於抵押物價值之極大化。換言之，若考量到對債務人或抵押人之保護者，無須絕對禁止流押契約之約定，而僅須從其約定之內容予以控制即可，亦即藉由新修正之「清算義務」（現行民法第 873 條之 1 第 2 項）的要求即可達成禁止暴利行為之旨趣¹⁴⁶。故我國民法物權編於民國 96 年修正時從善如流，將流押契約之規定更改為第 873 條之 1：「I 約定於債權已屆清償期而未為清償時，抵押物之所有權移屬於抵押權人者，非經登記，不得對抗第三人。II 抵押權人請求抵押人為抵押物所有權之移轉時，抵押物價值超過擔保物權部分，應返還抵押人；不足清償擔保債權者，仍得請求債務人清償。III 抵押人在抵押物所有權移轉於抵押權人前，得清償抵押權擔保之債權，以消滅該抵押權。」流押契約的效力以清算義務為界限，因抵押權之設定僅在使被擔保之債權獲得清償，抵押權人不應取得超過被擔保債權之利益¹⁴⁷。

本文肯定我國對於流押契約立法上之鬆綁，並建議中國可以之為將來修法的方向。若當事人間確有訂立流押契約之真意，本於契約自由，法律不應干涉之，何況在經濟情勢瞬息萬變之今日，物之市場價格亦隨之不停波動，流押契約不見得會侵害抵押人之權益，且清算義務應可勝任為抵押人利益把關的工作；縱使抵

¹⁴³ 最高法院 40 年台上字第 766 號判例。

¹⁴⁴ 謝在全，民法物權論（中），作者自版，頁 603（2007.6）。

¹⁴⁵ 陳榮隆，「新普通抵押權法之評析（下）」，月旦法學雜誌，第 146 期，頁 196（2007）。

¹⁴⁶ 陳榮隆，「擔保物權之新紀元與未來之展望」，台灣本土法學雜誌，第 93 期，頁 45（2007）。

¹⁴⁷ 惟有少數學者採不同見解，認為擔保物權需要迅速可行的實行制度，清算義務是否會延滯實行、增加成本，值得深思，因此主張清算義務可以約定排除之。參見，謝哲勝，「民法物權編（擔保物權）修正簡介與評析」，台灣本土法學雜誌，第 93 期，頁 76（2007）。惟有少數學者採不同見解，認為擔保物權需要迅速可行的實行制度，清算義務是否會延滯實行、增加成本，值得深思，因此主張清算義務可以約定排除之。參見，謝哲勝，「民法物權編（擔保物權）修正簡介與評析」，台灣本土法學雜誌，第 93 期，頁 76（2007）。

押權人有詐欺或脅迫等不法情事，逼使抵押人同意流押契約，亦可依中國民法通則第 58 條、第 59 條¹⁴⁸，和中國合同法第 54 條¹⁴⁹解決之。在抵押關係中，抵押權人和抵押人處於對立地位，少有抵押人自願配合抵押權人協商執行抵押權，這也是多數抵押案件都須經過法院實行的原因之一，若承認流押契約亦得用以實行抵押權，將不失為是高效率低成本的一種手段。

四、一物之多數抵押權與實程序之關係

上文皆是針對一物上僅存在一抵押權所為之討論。然而，在物權法刪除原本擔保法第 35 條重複抵押之限制後，勢必增加一物附有多數抵押權發生之機率。同一物上負載有複數抵押權的情形下，一抵押權的執行對其他抵押權將造成如何影響，各國間主要有兩種立法例：第一，**塗銷主義**，即只要其中一抵押權實行，該抵押標的物上之其他抵押權亦隨之消滅，抵押財產之價值由各抵押權人依其順位分配之，故該標的物之拍定人或承受人取得一無權利瑕疵之物；第二，**承受主義**與塗銷主義恰恰相反，在上述情況下其他抵押權並不因系爭執行程序而消滅，故該抵押標的物之拍定人或承受人取得之物帶有抵押權負擔，其他抵押權人得依法實行其抵押權¹⁵⁰。

依我國強制執行法第 98 條第 3 項前段：「存於不動產上之抵押權及其他優先受償權，因拍賣而消滅。」以及民法第 873 條之 2 第 1 項、第 2 項：「I 抵押權人實行抵押權者，該不動產上之抵押權，因抵押物之拍賣而消滅。 II 前項情形，

¹⁴⁸ 民法通則第 58 條：「I 下列民事行為無效：...（三）一方以欺詐、脅迫的手段或者乘人之危，使對方在違背真實意思的情況下所為的；...。 II 無效的民事行為，從行為開始起就沒有法律約束力。」

同法第 59 條：「I 下列民事行為，一方有權請求人民法院或者仲裁機關予以變更或者撤銷：（一）行為人對行為內容有重大誤解的；（二）顯失公平的。 II 被撤銷的民事行為從行為開始起無效。」

¹⁴⁹ 合同法第 54 條：「I 下列合同，當事人一方有權請求人民法院或者仲裁機構變更或者撤銷：（一）因重大誤解訂立的；（二）在訂立合同時顯失公平的。 II 一方以欺詐、脅迫的手段或者乘人之危，使對方在違背真實意思的情況下訂立的合同，受損害方有權請求人民法院或者仲裁機關變更或者撤銷。 III 當事人請求變更的，人民法院或者仲裁機構不得撤銷。」

¹⁵⁰ 參見最高人民法院物權法研究小組編，中華人民共和國物權法條文理解與適用，人民法院出版社，頁 584（2007.3）。

抵押權所擔保之債權有未屆清償期者，於抵押物拍賣得受清償之範圍內，視為到期。」即可得知**台灣原則上採取塗銷主義**，抵押物一經拍定，該不動產上之抵押權均歸於消滅。此不以先位抵押權人實行抵押權為限，且包括後次序抵押權人聲請拍賣抵押物，和普通債權人就有抵押權存在之不動產聲請強制執行之情形在內。至於抵押權人是否聲明參與分配，抵押權所擔保之債權已否全部受償，均非所問¹⁵¹。因執行法院一旦就抵押物進行拍賣程序，依強制執行法第 34 條第 2 項至第 5 項¹⁵²規定，抵押權人均應聲明參與分配，未聲明者，亦有一定之處理程序。且抵押權所支配者乃抵押物之交換價值，其價值已因抵押物之拍賣而具體化為價金，並由抵押權人依其優先次序分配完畢，抵押權之內容已實現。然而，強制執行法第 98 條第 3 項但書和民法第 873 條之 2 第 3 項明文一塗銷主義之例外情形：抵押權所擔保之債權未定清償期或其清償期尚未屆至，而拍定人或承受抵押物之債權人聲明願在拍定或承受之抵押物價額範圍內清償債務，經抵押權人同意者，則該抵押權例外可繼續存在。

除了由法院拍賣抵押物，以公力實現抵押權外，我國民法亦承認抵押權之私實程序，第 878 條規定：「抵押權人於債權清償期屆滿後，為受清償，得訂立契約，取得抵押物之所有權或用拍賣以外之方法，處分抵押物，但有害於其他抵押權人之利益者，不在此限。」按同一抵押物上有多數抵押權存在，一抵押權人訂約取得抵押物所有權時，基於抵押權之追及性¹⁵³，其他抵押權不受影響，即其他抵押權並不消滅，此與上述塗銷主義有所不同，是以，訂約取得抵押物所有權之抵押權人就抵押物無論係以何種價值作價，均不致減損其他抵押權人就抵押物

¹⁵¹ 謝在全，民法物權論（中），作者自版，頁 564（2007.6）。

¹⁵² 我國強制執行法第 34 條：I 有執行名義之債權人聲明參與分配時，應提出該執行名義之證明文件。II 依法對於執行標的物有擔保物權或優先受償權之債權人，不問其債權已否屆清償期，應提出其權利證明文件，聲明參與分配。III 執行法院知有前項債權人者，應通知之。知有債權人而不知其住居所或知有前項債權而不知孰為債權人者，應依其他適當方法通知或公告之。經通知或公告仍不聲明參與分配者，執行法院僅就已知之債權及其金額列入分配。其應徵收之執行費，於執行所得金額扣繳之。IV 第二項之債權人不聲明參與分配，其債權金額又非執行法院所知者，該債權對於執行標的物之優先受償權，因拍賣而消滅，其已列入分配而未收清償部分，亦同。V 執行法院於有第一項或第二項之情形時，應通知各債權人及債務人。

¹⁵³ 我國民法第 867 條乃抵押權追及力之規定：「不動產所有人設定抵押權後，得將不動產讓與他人。但其抵押權不因此而受影響。」

受償之利益¹⁵⁴。

然而，中國擔保法和物權法均未就此問題加以明文闡釋。惟依最高人民法院關於人民法院民事執行中拍賣、變賣財產的規定（2004）第 31 條第 1 款：「**拍賣財產上原有的擔保物權及其他優先受償權，因拍賣而消滅**，拍賣所得價款，應當優先清償擔保物權人及其他優先受償權人的債權，但當事人另有約定的除外。」本文以為或可認為中國在以拍賣實行抵押權時，與我國相同亦採塗銷主義，而變賣與拍賣之差別僅在於前者無公開競價，故亦應適用塗銷主義。另一方面，針對同一情形，若係以折價方式執行抵押權，則如何適用法律？本文認為也應作和我國一樣之解釋，即同一物上之其他抵押權發揮追及效力、不受影響，該因折價而取得抵押物所有權之債權人成為新抵押人。從這裡同時可以看出物權法第 191 條立法之不當，第 191 條完全否認抵押權之追及性，則無法就上述問題作出合理之解釋。舉例言之，設甲為 A 屋之所有權人，甲先將 A 屋（市價一百萬元）設定抵押權予乙以擔保其對乙之一百萬債權，後又將 A 屋設定抵押權予丙以擔保其對丙之五十萬債權，如今乙之債權屆期未獲清償，甲乙遂約定將 A 屋以一百萬元之價格折價予乙，故乙取得 A 屋所有權之際，甲乙間之債權和抵押權均因實行而消滅。此時依第 191 條第 1 款，甲乙間抵押權可否使用折價手段實現尚須丙同意，並不合理；若依第 191 條第 2 款，在乙好不容易滿足其債權的同時，卻還要代甲清償其對丙之債務，對乙更是不公平。由此可知，物權法第 191 條摒棄抵押權的基本效力—追及性—卻在抵押權實程序上造成適用困難和衝突。

五、小結

抵押權的實程序關係著抵押權之擔保功能可否充分發揮，可謂是抵押制度的重點之一。擔保法時期，若當事人無法協議者，則必須透過法院進行審判程序，確定雙方權利義務關係後，若債務人仍不執行判決，才由法院委託民間機構對抵押物加以估價和拍賣。在法院執行成本如此高昂卻效率低落的情況下，又加上法

¹⁵⁴ 同前揭註 150，頁 602。

定優先權的規則混亂、地方政府時而干預執行，中國的信貸環境也不成熟等問題，使得擔保法第 53 條下的抵押權執行程序對抵押權人的權益保護不夠周延。

在物權法第 202 條的期限內，當抵押權有效存在，若債務人不履行到期債務或發生當事人約定的實現抵押權的情形，則抵押權人可依物權法第 195 條實行抵押權。當事人可選擇以雙方合意拍賣、變賣或折價的方式處置抵押物，或是訴諸法院拍賣、變賣以履行抵押人之擔保義務。拍賣、變賣和折價三種實行方式各有優點，拍賣最能體現抵押物之價值，變賣和折價則是簡單易行、成本低廉。**物權法第 195 條力圖改變以往實現抵押權浪費勞力、時間和費用之缺失，欲建立一執行抵押權之非訟程序，省卻以往必經之訴訟流程。**可惜的是，程序法立法滯後，時至今日物權法已施行一年半載，卻仍無相關規定訂立，中國應盡速研擬推行配套措施，以達成物權法追求簡便迅速之執行程序的目標，亦讓交易當事人有所遵循。此外，本文建議中國亦可仿效我國，開放對流押契約之限制，使流押契約也成為實現抵押權的一種手段。

當一物上有多數抵押權時，執行其中一抵押權，則會否影響其他抵押權？若執行方式為拍賣和變賣，採取**塗銷主義**，在該抵押權實行完畢時，其他抵押權一併消滅；若執行方式為折價，本文以為應適用**承受主義**，其他抵押權追及且仍然存在，該取得抵押物之債權人為新抵押人。由此處亦可發現物權法第 191 條否認抵押權追及性之立法缺失。

就抵押權實現之程序而言，本文認為物權法相較於擔保法可謂有所進步，雖然該程序之細部規定未臻完備，但其用心仍值得肯定。若中國在近期內可完善抵押權執行程序，使抵押權更能展現其擔保功能，這對金融機構、企業等交易主體無疑係一大福音，不僅債權有所保障，資金融通隨之活絡，同時也減少不良債權發生之機率。

第六章 結論

自 1978 年改革開放，1992 年小平南巡以後，中國也走上市場經濟的道路，其經濟開始快速發展，交易和投資呈現前所未有的活絡繁榮。而一個商業正在大幅進展的地區勢必要有完善便利之融資渠道作為後盾及配套，身為融資方式之一的抵押權，其社會功能在於實現債權、發展信貸、蓬勃經濟和活絡市場，故在中國決心擇採商品經濟制度時，抵押權即成為不可或缺的輔助工具。本文所收集之實證資料在在證明了抵押權確佔有中國經濟發展中之重要地位，中國銀行、中國農業銀行、中國建設銀行等數家大規模的銀行年報資料顯示抵押權乃銀行實務中最為常見之融資手段，因此 2007 年中國物權法頒布，該法對抵押權所作之規範與擔保法有所差異，自然直接影響到中國境內之內外資企業對抵押權融資之應用；又近十幾年來，中國乃我國對外投資之最大宗，西進大陸的台灣產業亦不例外地將因物權法而引起適用上的調整。

擔保物權之沿革，是由占有標之物之擔保物權，發展至不占有標之物之擔保物權，可見其係順應社會經濟之需要而蛻變。抵押權制度自典型抵押權而至非典型抵押權，自特定物之抵押權而至流通性財產之抵押權，自單一物之抵押權而至集合物，甚至整體財產為擔保之抵押權，均是配合經濟之成長、融資之需求而次第建立。中國抵押權亦是循相同路徑—因應經濟和融資發展—而逐步建立。

首先，計畫經濟的中國卻無真正市場存在，故當時的抵押權徒具形式，不具其應有的價值和意義，不過只是國家透過銀行等貸與人對企業進行監督的手段。再者，1986 年民法通則在中國逐漸邁向改革開放、商品經濟體制的時代背景下誕生，為抵押權留下特別法立法的伏筆與基礎。然後，1995 年擔保法為中國人民共和國建國後第一部關於擔保制度的基本法，體系較為完整，不論是擔保物權的設定還是可行性，都有顯著的進步，惟就抵押權而言，仍有所缺陷。最後，在政治與經濟層面相互博弈交流後，中國最終還是妥協於資本主義和市場經濟而在 2007 年頒布了物權法，物權法完善抵押權體系，增加抵押種類，擴大抵押標之物之範圍，簡化原本冗雜的實現抵押權程序，力求提升適用抵押權之機會。

物權法之抵押立法力求改善長期以來企業融資困難的窘境，然而此一目的可

否達成本文就抵押權之登記、抵押權之追及性、浮動抵押，和抵押權之實行分別探討之。首先，關於抵押權的登記，中國物權法簡明就不動產抵押採登記生效主義，而動產抵押則適用登記對抗主義，一改擔保法綜合使用兩種立法例之混亂，同時也確立登記並非抵押合同之生效要件，而係抵押權之設立條件，並刪除擔保法第 35 條禁止超額抵押及重複抵押的不合理規定，殊值贊同。然而，在登記機關方面，物權法則無作與擔保法第 42 條、第 43 條不同之新規定。本文以為，在不動產抵押登記上，宜由一機關統一職掌房屋和土地之登記，使不動產之權屬狀態一目了然，減少交易成本；而在動產抵押登記上，應維持現行擔保法規定，依不同動產性質由不同部門辦理登記，以方便管理。

其次，世界各國一致肯定抵押權追及效力之存在，和抵押人轉讓抵押物之自由，不論抵押物在擔保期間落入何人之手，抵押關係即存於抵押權人和抵押物所有人之間。然而，中國關於抵押物轉讓和抵押權追及性的問題持續爭議不斷，雖然擔保法司法解釋第 67 條曾為抵押物轉讓作了鬆綁，明文承認抵押權具有追及性，惟物權法第 191 條禁止轉讓抵押物，走向以往限制抵押物處分之老路，並否認追及性存在的餘地。本文認為追及性乃抵押權之根本效力，而無法苟同中國物權法第 191 條。該條文否定抵押物轉讓自由和抵押權追及性等於是將抵押權降格為一相對性的權利，只存於抵押權人和原抵押人間，實則抵押物所有人為何和抵押物交換價值變動無關，如此規定與抵押權之物權性相衝突，亦與抵押制度下抵押權人保有抵押物所有權之特徵彼此抵觸。同時，不僅干預了抵押人運用其財產的自由，價金提前清償或提存的規範更剝奪債務人的期限利益，又替代清償制度實益不大。物權法第 191 條無疑係立法的退步，嚴重限制抵押財產的利用和交易，抵押權難以「物盡其用」，自然降低民眾使用抵押制度的意願。

再者，物權法第 181 條浮動抵押乃本法最創新的規定之一。針對具有中國特色的浮動抵押制度，本文肯定物權法將個體工商戶和農業生產經營者囊括於浮動抵押的設定主體，惟另一方面卻又過度限縮浮動抵押之標的，再加上登記制度的公示效果有待加強，抵押順位、執行程序，及與其他制度的連結等規定仍嫌不足，亦漏未規範接管人制度，浮動抵押是否果能如預期般，將擴大融資渠道之功能完全發揮，本文仍持保留態度。此外，本文提出幾點建議供作參考，以完善中國的浮動抵押權：謹慎選擇抵押人、合理評估抵押物之價值、健全資產財務信息披露

制度、課予抵押人誠實信用義務、給予債權人相應之權利以免抵押人濫權，以及明文規定接管人制度，處理優先次序、登記和執行程序等問題。一言以蔽之，就是要建立周延的監督機制，讓浮動抵押權及其抵押財產的流動處於誠信、透明的交易狀態中。

最後，抵押權的實程序也是抵押制度的重點之一。擔保法第 53 條下的抵押權執行程序對抵押權人的權益保護不夠周延，因法院執行成本高昂卻效率低落，又加上法定優先權的規則混亂、地方政府時而干預執行，中國的信貸環境也不成熟等問題。有鑑於此，物權法第 195 條力圖改變以往實現抵押權浪費勞力、時間和費用之缺失，欲建立一執行抵押權之非訟程序，省卻以往必經之訴訟流程。可惜的是，程序法立法滯後，時至今日物權法已施行一年半載，卻仍無相關規定訂立，中國應盡速研擬推行配套措施，以達成物權法追求簡便迅速之執行程序的目標，亦讓交易當事人有所遵循。儘管如此，本文認為物權法相較於擔保法可謂有所進步，雖然該程序之細部規定未臻完備，但其用心仍值得肯定。

綜上所述，本文以為，整體而言，物權法的抵押權規定仍是較擔保法進步之立法，其明確抵押登記之效力、釐清登記和抵押合同生效間之關係、不再禁止同一物上複數抵押權的存在、擴充抵押的類型及範圍，和試圖建立簡速之執行程序，雖然物權法的抵押權規定仍有許多缺陷和不足，例如不當地否認抵押權追及性、程序法未配合物權法的抵押權實行為配套、獨見而創獲地引進浮動抵押卻規範粗略，但仍可看出中國欲建立一促進融資之抵押權體系的決心。中國物權法於 2007 年 10 月開始施行，或許我們可以回頭檢視本文第二章的各大銀行 2008 年年報（物權法實行一周年），看看嶄新的抵押權規定在實務上產生如何的化學作用。結果顯示，除了恆豐銀行以外，其他銀行的抵押貸款比例都佔擔保融資項目之首，部分銀行甚至百分之四十以上的放貸都來自抵押擔保；如果因此就說，物權法成功地達成其提升融資效率、發展經濟的目標，可能言之太早，過於驟下結論，但至少可以確定的是，物權法應無造成抵押制度退步之虞。在中國物權法下，未來抵押權將如何運作，最高人民法院是否又會如往常般祭出「關於適用中華人民共和國物權法若干問題的解釋」為物權法作實質上的修正，皆值得我們期待和觀察。

參考文獻

中文文獻

● 中文專書

1. 大木雅夫著，比較法，范愉譯，法律出版社，北京，1999年。
2. 王澤鑑，民法物權第一冊 通則·所有權，2001年4月修訂版，著者發行，台北，2005年1月。
3. 王文杰，嬗變中之中國大陸法制，二版，國立交通大學出版社，新竹，2008年6月。
4. 中國人民銀行研究局、世界銀行集團外國投資諮詢服務局、國際金融公司中國項目開發中心，中國動產擔保物權與信貸市場發展，中信出版社，北京，2006年1月。
5. 全國人大常委會法制工作委員會民法室編，中華人民共和國物權法條文說明、立法理由及相關規定，北京大學出版社，北京，2007年3月。
6. 全國人大常委會法制工作委員會民法室編，中華人民共和國物權法解讀，中國法制出版社，北京，2007年3月。
7. 全國人民代表大會常務委員會法制工作委員會民法室編，物權法立法背景與觀點全集，法律出版社，北京，2007年3月。
8. 李國光、高聖平編，擔保法及配套規定新釋新解，二版，人民法院出版社，北京，2006年7月。
9. 吳合振、吳林鐵，擔保物權審判實踐應用（根據物權法修訂），人民法院出版社，北京，2007年7月。
10. 吳慶寶編，物權擔保裁判原理與實務，人民法院出版社，北京，2007年4月。
11. 佟柔編，民法總則，中國人民公安大學出版社，北京，1992年。
12. 胡錦光，中國憲法問題研究，新華出版社，北京，1998年。
13. 高聖平，物權法擔保物權編，中國人民大學出版社，北京，2007年4月。
14. 徐潔，擔保物權功能論，法律出版社，北京，2006年12月。
15. 扈紀華編，中華人民共和國中小企業促進法釋義及實用指南，中國民主法制出版社，北京，2002年7月。
16. 張煒，銀行業法制年度報告 2008，中國金融出版社，北京，2008年。
17. 陳弘毅，法治啟蒙與現代法的精神，中國政法大學出版社，北京，1998年。
18. 最高人民法院物權法研究小組編，中華人民共和國物權法條文理解與適用，人民法院出版社，北京，2007年3月。
19. 楊明剛，擔保物權適用與典型案例評析，法律出版社，北京，2007年5月。
20. 謝在全，民法物權論（中），四版，著者發行，台北，2007年6月。

● 中文期刊論文

1. 毛錫平、田偉，「淺析浮動抵押」，商場現代化，2008年第11期，172-173頁，2008年4月。
2. 王文杰，「中國大陸現行憲法第四次修正評析」，月旦法學雜誌，第109期，244-253頁，2004年6月。
3. 王自力，「銀行效率提升之難」，瞭望週刊，2008年第45期，50-51頁。
4. 王全弟、丁怡，「試析財團抵押、浮動抵押與我國企業擔保法制的完善—兼評中國物權法草案建議稿的相關問題」，上海市政法管理幹部學院學報，第16卷第5期，42-47頁，2001年9月。
5. 王軼，「論物權變動模式的立法選擇」，月旦民商法雜誌，第2期，70-93頁，2003年12月。
6. 王雅娟，「對我國物權法規定的浮動抵押的法律思考」，政治與法律，2008年第4期，28-30頁，2008年4月。
7. 王新民，「抵押物處分效力之檢討」，甘肅行政學院學報，2008年第1期，113-114頁，2008年2月。
8. 付小川，「擔保物權為除斥期間客體之質疑—兼評物權法第202條」，法學雜誌，2009年第5期，109-111頁，2009年5月。
9. 朱亞平、朱琴梅，「擔保物權在民事執行程序中的實現」，人民司法應用，2008年第23期，98-102頁。
10. 李東、謝慶，「浮動抵押：銀行擔保的雙刃劍」，西部論叢，2008年第9期，149-150頁，2008年9月。
11. 祁繼承（新鄉市房屋產權監理處），「物權法的實施將跟置房地產抵押登記多頭辦理的弊端」，中國房地產，2007年第9期，27-29頁，2007年9月。
12. 段志方，「試論銀行業抵押權的實現途徑—兼評物權法第195條」，長春理工大學學報（社會科學版），第21卷第3期，48-51頁，2008年5月。
13. 郁志晨，「動產浮動抵押制度問題研究」，安徽文學，2008年第8期，397-398頁，2008年8月。
14. 唐忠民、陸幸福，「關於修改現行憲法的幾點建議」，現代法學，第25卷第6期，2003年6月。
15. 唐海燕，「財團抵押與浮動抵押之比較研究」，四川教育學院學報，第18卷第5期，39-40頁，2002年5月。
16. 秦康美、王奇，「論浮動抵押制度的具體適用」，經濟問題，2008年第8期，43-46頁，2008年8月。
17. 徐建平，「試述我國確立浮動抵押制度的立法歷程及其意義」，法制與經濟，2008年第6期，8-12頁，2008年6月。

18. 徐建平,「試比較中外浮動抵押制度」, 法制與經濟, 2008 年第 7 期, 7-9 頁, 2008 年 7 月。
19. 徐朝賢、盧霞,「浮動抵押制度的優缺點與立法構架探討」, 武漢科技大學學報(社會科學版), 第 5 卷第 4 期, 47-51 頁, 2003 年 12 月。
20. 桑莉,「動產浮動抵押制度與銀行信貸業務風險防範」, 法制與經濟, 2008 年第 3 期, 82-83 頁, 2008 年 3 月。
21. 梁虹,「對我國動產抵押登記制度的思考」, 黑龍江省政法管理幹部學院學報, 2008 年第 5 期, 101-104 頁, 2008 年 10 月。
22. 郭曉莉,「我國銀行擔保實務對動產抵押制度的立法啟示」, 湖南財經高等專科學校學報, 第 23 卷第 108 期, 20-22 頁, 2007 年 8 月。
23. 許明月,「抵押物轉讓制度之立法缺失及其司法解釋補救—評中華人民共和國物權法第 191 條」, 法商研究, 2008 年第 2 期, 140-147 頁, 2008 年 4 月。
24. 張永璟, 去意識形態化的物權法, 亞洲週刊, 第 21 卷第 11 期, 頁 31, 2007 年 3 月。
25. 張潔平,「物權法大事記」, 亞洲週刊, 第 21 卷第 11 期, 頁 27, 2007 年 3 月。
26. 張曉娟,「動產抵押制度之完善初探」, 現代財經, 2008 年第 2 期, 81-87 頁, 2008 年 2 月。
27. 陳本寒,「財團抵押、浮動抵押與我國企業擔保制度的完善」, 現代法學, 1998 年第 4 期, 53-56 頁, 1998 年 4 月。
28. 陳忠禹,「動產浮動抵押制度實施中的問題與對策研究—兼評《物權法》浮動抵押條款」, 蘭州商學院學報, 2008 年第 5 期, 22-27 頁, 2008 年 10 月。
29. 陳漢章,「為創立我國新型的社會主義民法而努力」, 民主與法制, 1981 年第 10 期, 1981 年 10 月。
30. 陳榮隆,「擔保物權之新紀元與未來之展望」, 台灣本土法學雜誌, 第 93 期, 21-63 頁, 2007 年 4 月。
31. 陳榮隆,「新普通抵押權法之評析(下)」, 月旦法學雜誌, 第 146 期, 185-206 頁, 2007 年 7 月。
32. 曹士兵,「我國物權法關於抵押權實現的規定」, 法律適用, 2008 年第 1、2 期, 34-38 頁, 2008 年 2 月。
33. 彭貴,「中英浮動抵押制度之比較」, 法律適用, 2008 年第 1、2 期, 52-56 頁, 2008 年 2 月。
34. 湯新祥,「我國浮動抵押制度的立法完善」, 江西社會科學, 2008 年第 2 期, 163-167 頁, 2008 年 2 月。
35. 賀珊,「論我國物權法中的浮動抵押制度」, 唐山學院學報, 第 21 卷第 5 期, 61-62 頁, 2008 年 9 月。
36. 楊立新,「中國物權法的公布背景與規定的物權體系及重點規則(下)」, 月旦法學雜誌, 第 149 期, 159-170 頁, 2007 年 10 月。

37. 劉兵虹,「論浮動財團抵押優先權問題」, 東莞理工學院學報, 第 13 卷第 2 期, 19-20 頁, 2006 年 4 月。
38. 蔡明誠,「民法擔保物權修正對於未來理論及實務的影響及再思考」, 月旦法學雜誌, 第 146 期, 5-13 頁, 2007 年 7 月。
39. 鮑為民,「floating charge—浮動抵押」, 河北法學, 第 22 卷第 11 期, 41-44 頁, 2004 年 11 月。
40. 戴謀富,「財團抵押與浮動抵押之比較」, 福建政法管理幹部學院學報, 2001 年第 4 期, 40-43 頁, 2001 年 10 月。
41. 謝哲勝,「民法物權編(擔保物權)修正簡介與評析」, 台灣本土法學雜誌, 第 93 期, 64-83 頁, 2007 年 4 月。
42. 韓艷,「我國動產浮動抵押制度之檢討與完善—評《物權法》第 181、189 條」, 浙江工商大學學報, 2008 年第 2 期, 37-41 頁, 2008 年 4 月。
43. 羅小芳,「論我國動產浮動抵押對商業銀行的影響及其風險防範」, 商場現代化, 第 553 期, 43-44 頁, 2008 年 3 月。
44. 李蕙織,「兩岸擔保制度之研究—以保證為中心」, 中國文化大學碩士論文, 2003 年。
45. 李濤,「我國物權法浮動抵押制度研究」, 中國大連海事大學碩士論文, 2008 年。
46. 呂婧,「論動產抵押登記制度」, 中國西南大學碩士論文, 2008 年。
47. 祝洪華,「論抵押權的效力—以抵押關係利益平衡為中心」, 吉林大學碩士論文, 2007 年。
48. 許小雅,「我國浮動抵押風險控制與監管法律問題探討」, 廣州暨南大學碩士論文, 2008 年。
49. 陳天奇,「論物權法中抵押制度對我國銀行業的影響」, 華東政法大學碩士論文, 2008 年。
50. 陳麗,「論抵押權的實現」, 山東大學碩士論文, 2007 年。
51. 詹梅鈴,「從動產擔保角度論融資性租賃」, 國立中央大學碩士論文, 2004 年。
52. 曾建平,「抵押物轉讓制度研究」, 西南政法大學碩士論文, 2008 年。
53. 楊繼鋒,「抵押權效力若干問題研究」, 上海社會科學院碩士論文, 2007 年。
54. 劉小華,「論抵押權之實現」, 北京大學碩士論文, 2008 年。
55. 蔡利娜,「論抵押權的追及效力」, 對外經濟貿易大學碩士論文, 2007 年。

英文文獻

1. HERNANDO DE SOTO, *THE MYSTERY OF CAPITAL* (Basic Books) (2000)
2. Helen Sevenoaks, *Financing requirements in the 21st century and the (in)adequacy of the floating charge*, I.C.C.L.R. 2009, 20(1).
3. Wen-Chieh Wang & Min-Chiuang Wang, *The 2004 Amendment to China's Constitutional Law*, 6 No.2 Perspectives (2005)

其他

1. 2008 中國統計年鑑，<http://www.stats.gov.cn/tjsj/ndsj/2008/indexch.htm>
2. 上海浦東發展銀行網站，2006 年—2008 年年報，<http://www.spdb.com.cn/chpage/c438/doclist.aspx>
3. 中國民商法律網，物權法實施研究論壇，<http://www.civillaw.com.cn/special.asp?id=160>
4. 中國建設銀行網站，2008 年年報，<http://www.ccb.com.cn/investor/notice.html>
5. 中國農業銀行網站，2008 年年報，http://www.abchina.com.cn/hq/abc/gynh/index.jsp?abcnb=newor/fid=105001595/name=nibao/opt=left_5/index.html
6. 中國銀行網站，2008 年年報，<http://www.boc.cn/investor/ir3/>
7. 中華人民共和國國家工商行政管理總局網站，http://www.saic.gov.cn/zzjg/jgsz/200901/t20090113_5121.html
8. 中華民國經濟部投資審議委員會，<http://www.moeaic.gov.tw/>
9. 中華民國立法院第 6 屆第 3 會期財政委員會第 12 次全體委員會會議記錄：http://www.ly.gov.tw/ly/global/file_download.jsp?UploadPath=/ly/upload/01_introduce/0105_comm/comm_20/file&FileName=200605091028575.pdf
10. 交通銀行網站，2007 年—2008 年年報，http://www.bankcomm.com/BankCommSite/cn/invest_relation_index.jsp?type=index
11. 招商銀行網站，2001 年—2008 年年報，<http://www.cmbchina.com/cmbir/intro.aspx?type=report>
12. 恆豐銀行網站，2007 年—2008 年年報，<http://www.egbank.com.cn/hengfeng/eccWeb/MessageShow.jsp>
13. 深圳發展銀行網站，2000 年—2008 年年報，<http://www.sdb.com.cn/website/page/66696c6573/77636d73/534442/7072696d617279/7a685f434e/496e766573746f7252656c6174696f6e73/e69c80e696b0e585ace5918a/e5ae9ae69c9fe68aa5e5918a>
14. 關於中華人民共和國中小企業促進法(草案)的說明，全國人大常委會公報，2002 年第 4 期。
15. 關於中華人民共和國物權法(草案)的說明，全國人大常委會公報，2007 年第 3 期。
16. 關於中華人民共和國擔保法(草案)的說明，全國人大常委會公報，1995

- 年第 5 期。
17. 最高人民法院副院長在全國民事審判會議上的講話，最高人民法院公報，2000 年第 6 期。

