

李运杨. 担保的移转从属性及其例外——以中德比较为视角[J]. 中国海商法研究, 2020, 31(2): 18-28

担保的移转从属性及其例外

——以中德比较为视角

李运杨

(华东政法大学 法律学院, 上海 201620)

摘要:担保从属性是指担保权的从属性,而非担保合同的从属性。作为担保从属性的类型之一,移转从属性既适用于意定债权让与,也适用于法定债权让与。在意定债权让与下,移转从属性与物权变动的公示公信原则之间存在紧张关系,但可通过对物上保证人的通知义务予以缓和。法定债权让与及其移转从属性的认可在共同担保和连带债务场合会产生广泛的体系效应。为保障不动产登记的可信力,中国担保物权制度应进一步缓和担保的从属性,允许不动产抵押权在债权不存在的情况下可以被善意取得。

关键词:移转从属性;意定债权让与;法定债权让与;流通抵押权

中图分类号:D923 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2020)02-0018-11

The transition subordination of guarantee and its exceptions

—from the perspective of comparison between China and Germany

LI Yun-yang

(Law School, East China University of Political Science and Law, Shanghai 201620, China)

Abstract: The subordination of guarantee refers to the subordination of security right, but not the subordination of security contract. As one of the types of subordination, the transition subordination is applicable to both contractual and legal transition of obligatory right. There is a tension between the principle of subordination and the principle of publicity and public trust of property right. However, it can be alleviated by the notification obligation to the third guarantor. The recognition of the legal transition of obligatory right and its transition subordination will have a wide system effect in the joint guarantee and joint debt. In order to enhance the credibility of the registration and comply with the modern development of the real estate mortgage, the real right of security system in China should further ease the subordination of the guarantee and allow the real estate mortgage right to be acquired in good faith in the absence of the obligatory right.

Key words: transition subordination; contractual transition of obligatory right; legal transition of obligatory right; circulating mortgage right

从属性是担保法教义学中一个非常重要的概念,它本质上是一种在担保权和所担保债权之间建立同步性的法定机制,其可类型化为设立从属性、内容从属性、处分从属性、实行从属性及消灭从属性。但担保权与债权毕竟是两种不同的民事权利,尤其是担保物权和债权分属物权法和债权法两个不同法域,适用不同的法律规则,要在二者之间建立起同步

性,不仅会遇到法律技术上的冲突,还会面临价值判断上的协调。这尤其体现在债权处分(移转)过程中,债权让与适用债法上规范,经当事人的合意就可发生移转的效果,而担保物权要适用物权法中的规范,尤其要受到物权变动公示公信原则的制约。所以担保权附随债权移转时需对交易便捷和交易安全的双重需求作出回应。另外,担保的从属性从一开

收稿日期:2020-05-30

作者简介:李运杨(1986-),男,山东蒙阴人,法学博士,华东政法大学法律学院特聘副研究员,江苏省法学会担保物权法研究中心兼职研究员, E-mail:liyongyanglaw@126.com。

始就不是一个僵化的教条,而应基于特定的原因为其设置相应的例外。基于此,笔者将择取担保的处分从属性,以此为例展示担保权与所担保债权之间密切且复杂的关系,希望为将来的相关立法工作或司法适用提供些许启发。

一、担保移转从属性的界定

(一)担保的从属性

担保的从属性是指担保权的从属性,而非担保合同的从属性。在担保的从属性问题上,应区分担保合同与担保权。在物的担保中,要区分担保合同与担保物权,这是区分原则的必然要求。^[1]物的担保之从属性是指担保物权的从属性,而非担保合同的从属性,这尤其体现在移转从属性上。债权让与中,受让人无需跟第三担保人另行签订一个新的担保合同就可以获得担保物权,甚至无需通知第三担保人,从中可以看出,担保的从属性与担保合同根本没有关系。《中华人民共和国物权法》(简称《物权法》)第172条第1款将物的担保之从属性规定为担保合同的从属性,未贯彻区分原则,实属不当。同样的道理也适用于人的担保,在人的担保中,同样要区分保证合同与保证债权,二者分别位于原因层面和效果层面,保证合同不仅产生保证债权,还可能产生其他内容,如保证人与债权人可能在保证合同中约定仅对特定的债权人承担保证责任或者禁止债权转让。

遗憾的是,担保权与担保合同的区分在中国至今并未引起重视,以至于刚刚通过的《中华人民共和国民法典》(简称《民法典》)第388条第1款依然沿袭了《物权法》中的规定。该款规定:“设立担保物权,应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。担保合同包括抵押合同、质押合同和其他具有担保功能的合同。担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效的,担保合同无效,但是法律另有规定的除外。”与之前的规定相比,该款由以前的三句话变成四句话,增加了“担保合同包括抵押合同、质押合同和其他具有担保功能的合同”。该增加体现了立法者对动产担保制度中功能主义的继受,有助于优化中国营商环境,深值赞同。但这一句话的增加也制造了新的问题,即同一条款中的“担保合同”要作不同的理解。该款前两句中的“担保合同”基于继受功能主义的需要应作扩大解释,既包括典型担保合同,也包括所有权保留买卖合同、融资租赁合同、让与担保合同、保理合同等非典型担保合同,但后两句中的“担保合同”仅指典型担保合同,即抵押合同和质押合同。这是因为,在所有权保留

买卖合同、融资租赁合同、保理合同中并不存在两个具有主从关系的合同,更为重要的是,非典型担保是否属于从属性担保也是值得再探讨的问题。同一条款中的同一表达之所以必须作不同理解,是因为立法者未区分担保合同与担保物权,将担保从属性错误地规定为担保合同的从属性。如果将担保从属性表述为“担保物权是主债权的从权利”就可以避免该问题。

(二)移转从属性

作为担保从属性的类型之一,处分从属性是指对债权所为之处分亦及于担保权,它包括两层含义。对债权之处分首先体现为对债权之让与,根据从属性的要求,担保权在债权让与时一并移转,担保权不得脱离债权单独移转,这又可称为移转从属性。从静态的角度看,移转从属性实际上表达的是债权的归属决定担保权的归属,因此,移转从属性又可称为归属从属性。^{[2]499}其次,对债权之处分还可体现为给他人设立债权质权,根据从属性的要求,该债权质权的效力也应及于担保物权,即债权连同所附担保权一并成为质押的标的。由于当代最为重要的两种债权交易(保理和资产证券化)皆以债权让与为基础,^[3]因此笔者重点探讨债权让与所产生的移转从属性及其例外。

二、意定债权让与中的移转从属性

(一)德国法中附担保之债权的让与

在意定债权让与中,《德国民法典》第401条第1款对抵押权、质权和保证附随主债权一并移转设有总括性明文规定,该款规定“抵押权、船舶抵押权或质权以及来自保证中的权利附随所担保债权的让与一并移转。”在该总括性规定之外,《德国民法典》又分别在第1153条、第1250条中专门针对抵押权、质权附随债权一并移转作了具体规定。根据第1153条的规定,抵押权附随债权一并移转,债权和抵押权均不得单独移转。因此,在债权让与时,当事人不必在移转行为中再额外提及抵押权的移转。^{[4]Rn. 32}相应地,在法律层面只需规定附抵押担保之债权的让与规则即可。第1250条规定了质权在移转上的从属性,根据该条规定,质权随着债权的让与而转移到新债权人处,质权不得脱离债权而移转;如果在债权让与时排除了质权的一并流转,则发生质权消灭的效果。德国法之所以在物的担保中重复性地规定移转从属性,是因为后两个法条相对于第401条第1款而言是强制性法条,^{[2]499}不允许当事人另外约定,但在保证担保中,当事人可以约定债

权让与时,保证债权消灭。

由于担保物权和债权毕竟是两种性质不同的民事权利,接下来的问题便是担保物权的附随移转是否需要办理抵押权的变更登记或质物的交付,或者说,附担保债权之让与规则是否和普通无担保债权之让与相同。德国法在这个问题上对抵押权和质权采取了不同的态度。德国法没有为附质权担保之债权的让与规定特殊规则,因此适用一般的债权让与规则。即使未交付质物,债权让与也能发生质权附随移转的法律效果;^{[5]Rn. 1}只是债权让与发生后,根据第1251条第1款的规定,新债权人可以向原质权人要求质物的返还。

德国法在债权让与的一般规则外(《德国民法典》第398条及以下条款),为附抵押担保之债权的让与规定了特殊规则(第1154条)。附抵押担保之债权的让与规则因所附抵押权类型的不同又存在区别。根据《德国民法典》第1116条的规定,德国法中的抵押权在设立时可分为两类,分别是证券抵押权(Briefhypothek)和登记抵押权(Buchhypothek)。区别在于,要设立证券抵押权,除了需要当事人合意和登记外,还要发行抵押证券(Hypothekenbrief)。根据第1116条第1款的规定,德国法上的抵押权原则上是证券抵押权,例外的情况下才是登记抵押权。在附随债权一并让与时,两种类型的抵押权都需要一个《德国民法典》第398条第1句所规定的债权让与的合意,该合意在德国法上是一个物权性的债权让与合同;此外,所担保债权必须都具有可让与性,且让与人必须具有处分权,这些也是一般债权的让与条件。不同之处在于,证券抵押权所担保之债权在让与时,根据第1154条第1款的规定,还需要一个书面的债权让与声明(Abtretungserklärung)和抵押证券的交付;根据第1154条第2款的规定,书面的债权让与声明可以由债权让与的登记代替。换言之,只要在具备书面债权让与声明的情况下,不动产登记簿上的债权让与登记就不是必须的,只有在不具备书面债权让与声明的情况下,才必须在登记簿上对债权让与作出登记。

登记抵押权所担保之债权在让与时,根据第1154条第3款的规定,需要一个无任何形式要件的债权让与合同和债权让与的登记,^{[5]Rn. 10}该款实际上将不动产物权变动的规则适用到债权的让与上面。登记抵押权中不存在抵押证券的发行和交付问题,所以只有不动产登记簿才能向外界传达权利变动的信息,相应地,在抵押权附随债权移转时,有必

要在登记簿上对债权让与作出相应的登记。对证券抵押权而言,它的信息载体除了登记簿外,还有抵押证券,所以其在附随债权移转时,登记簿上的登记可由抵押证券的交付和书面的债权让与声明代替。“抵押证券的交付+书面的债权让与声明”的组合,既保证了债权让与的快捷性,又保护了交易安全。

比较二者在附随债权移转规则上的差异可以发现,债权人只要采用了书面的债权让与声明,证券抵押权的附随移转就无须办理登记,抵押证券简化了抵押权附随移转的程序,更符合附抵押担保之债权快速移转的实践需求。登记抵押权在附随债权一并移转时须在不动产登记簿上作出债权让与的登记,会产生登记费用,且不利于债权的快速移转,但登记抵押权的优势在于任何时候都能确定债权人的身份,不会像证券抵押权那样出现抵押权人和登记簿上登记的债权人不一致的情况。

(二) 中国法中附担保之债权的让与

在合同编债权让与部分,《民法典》第547条第1款规定“债权人转让债权的,受让人取得与债权有关的从权利,但是该从权利专属于债权人自身的除外。”该条款来自《中华人民共和国合同法》第81条,只是将“转让权利”改为“转让债权”,条文表述上更加准确。对物的担保,《民法典》只在第407条中规定了抵押权随债权一并转让,但对质权以及留置权随主债权的一并转让,未有明文。有人认为,留置权原则上无移转上的从属性,^[6]但笔者认为,《民法典》第388条第1款第3句虽然不当地规定了担保合同的从属性,但立法本意乃在于概括性地规定担保物权的从属性,其应适用于中国所有类型的担保物权,包括作为法定担保物权的留置权。移转从属性非抵押权所独有,因此,从立法论的角度建议将《物权法》第192条中所确立的规则提升到担保物权的一般规定中,适用于所有类型的担保物权,^[7]具体可表述为:“债权让与的,担保该债权的担保物权一并转让,但法律另有规定或当事人另有约定的除外。”

担保物权附随主债权一并移转时是否还须办理移转登记手续或移转占有,中国现行法中未有明文,理论与实践多有分歧。对动产抵押权和动产质权的附随移转,一般认为债权转让完成,担保权利的转让同时完成,^{[8]546}争论的焦点主要集中在不动产抵押权上,原因大概在于不动产物权登记的公信力较强。一种观点认为,不动产抵押权随同债权的转让而转移时,应办理抵押权转移登记,该登记是抵押权

转移的生效要件,不登记的,抵押权不随同转移。^{[8]548,[9-10]}另一种观点认为,不动产抵押权附随债权转移无需办理移转登记,主要的理由是动产抵押权的附随移转不是基于法律行为的物权变动,而是债权让与的法定效果。^[11-12]这两种观点的背后是不动产登记的公信力和担保物权的从属性之间的较量,前者重交易安全,后者重交易便捷,各有道理。

此次《民法典》第547条第2款规定:“受让人取得从权利不因该从权利未办理转移登记手续或者未转移占有而受到影响。”该款澄清了办理移转登记手续或移转占有对从权利的附随移转不是必要的,符合附担保债权快速移转的需求,也有司法判例的支持^①。但担保物权毕竟是一种物权,其在依法律行为发生变动时应遵循公示公信原则,如果其完全按债权让与的一般规则附随移转,就会产生如何向外界展示担保物权的变动和维护交易安全的问题。担保物权的公示公信原则与从属性原则之间的紧张关系在以登记为生效要件的不动产抵押权附随主债权移转时体现得最为突出,因为不动产登记簿的公信力将受到从属性的极大挑战。或许有人认为不动产抵押权附随债权转移不是基于法律行为的物权变动,而是基于特殊原因引起的物权变动,在法律效果上可以类比人民法院、仲裁委员会的法律文书或者人民政府的征收决定等,认为在办理移转登记前受让人已取得物权,只是在处分上受到一些限制(参见《民法典》第229条和第232条)。笔者认为,这种类比不尽合理,因为法律所列举的基于特殊原因的物权变动均是纯公法意志的表达,但债权让与中的担保物权移转在本质上却是私人自治的体现。

(三)比较评析

1. 权利外观的缺失

与德国法比较可以发现,《民法典》在抵押权附随债权移转上采用了德国法中证券抵押权无需办理移转登记就可移转的规则,但与其相比较,中国法中存在两点不同。

第一,德国法中的免于登记只适用于证券抵押权,不适用于登记抵押权,证券抵押权之所以不必办理登记即可附随移转是因为存在抵押证券,抵押证券的占有及其交付可以给外界传递抵押权的权属信息。根据《德国民法典》第1155条,如果书面的债权让与声明作了公证,抵押证券的占有人就如同在

登记簿登记的债权人一样,具有推定效力,占有抵押证券者,即可推定为正确的债权人,债务人或抵押人只需向抵押证券的占有者履行债务或承担担保责任。

第二,德国法中证券抵押权随附移转时不必登记只适用于存在书面债权让与声明的情况。虽然《德国民法典》第398条关于债权让与的一般规定中并未提及债权让与声明,但德国立法者为了兼顾抵押权附随债权一并移转的快捷性和安全性,对附证券抵押担保之债权的让与增加了额外要求,即“交付抵押证券+书面的债权让与声明”。反观中国现有法律,既不存在抵押证券,也不要求书面的债权让与声明,甚至债权让与合同也不限于书面形式,抵押权的附随移转无法向外界展示。中国制定法中只存在登记抵押权,《民法典》第547条第2款的规定虽然有利于抵押权附随债权移转的快捷性,但会造成真实抵押权人和登记簿上登记的债权人不一致,降低登记的公信力。

当抵押人与债务人非同一人时,由于中国法中并不存在德国法上抵押证券的发行和交付,抵押人可能并不知悉真实的抵押权人,因为中国法律只规定了债权让与应通知债务人,对是否应通知抵押人,法律未作明文规定。在债权多次让与时,可能出现多个债权人均向抵押人主张权利,而抵押人根本不知向谁履行的情况,增加了交易的不确定性。而且,在通知债务人未通知抵押人的情况下,新债权人在向债务人主张债权的同时,不诚信的旧债权人也有可能根据登记内容向抵押人主张抵押权,二者都履行时,就会产生追偿上的难题。为了交易上的便捷性,中国抵押权的附随移转放弃了登记要件,但中国不存在抵押证券的发行与交付,这导致第三抵押人在承担担保责任时缺少一个值得信赖的权利外观。

2. 对第三抵押人的通知义务

为了兼顾抵押权附随债权移转的快捷性和交易的安全性,需要使抵押权附随移转的信息采用登记之外的其他方式尽量地向外界传递,以便第三抵押人及时获悉权利移转情况,同时为第三抵押人在承担担保责任时提供一个可得信赖的权利外观。沿着这个思路,债权人转让债权的,除应当通知债务人外,还应通知第三抵押人。换言之,在抵押权附随债权一并让与时,抵押证券和移转登记的缺失在中国需要通过课以通知义务来弥补。

^① 参见最高人民法院(2015)民申字第2040号再审民事裁定书(湖南绿兴源糖业有限公司与丁兴耀等借款合同纠纷申请再审案)。

与对债务人的通知类似,对第三抵押人的通知有两个功能:一是为了保护受让人的利益,让第三抵押人知悉现在谁是真实的债权人,即对谁承担担保责任;二是为了保护第三抵押人,对其而言,通知产生了权利外观,即通知中载明的受让人成为新债权人,第三抵押人信赖该通知向受让人承担担保责任可以消灭其债务,即使事后发现债权让与无效,第三抵押人对债务人仍享有追偿权。可见,对第三抵押人的通知可以避免第三抵押人错误承担担保责任或双重承担担保责任。

对债权人课以额外的通知义务不会增加过多负担,因为中国的债权让与本身就要求通知债务人,现在只不过将第三担保人增列为被通知主体而已。而且,第三人提供物的担保和第三人提供保证担保在利益结构上类似,《民法典》第696条第1款规定了债权让与时对保证人的通知义务,但是《民法典》物权编中未见债权让与时通知物上保证人之规定,从体系一致性的角度,在物的担保中也应作类似规定。从解释论的角度,《民法典》第696条第1款中的通知义务可类推适用于物的担保。

需要说明的是,就像对债务人的通知一样,对第三担保人的通知只是一种可选择的交易安排,并非担保权转移的生效条件^①。若旧债权人未通知第三担保人,新债权人向第三担保人主张担保权时,第三担保人不可否认债权让与及担保权附随转移的效力。通知的目的是帮助第三担保人确定真实的权利人,避免错误清偿,因此在债权让与真实的情况下,规范的着眼点在于第三担保人是否实际知悉债权让与。新债权人向其主张权利这一行为本身就是告知权利发生了移转,第三担保人对债权让与的事实已经知情,达到了通知的效果。

三、法定债权让与中的移转从属性

(一) 法定债权让与

在德国法中,移转从属性不仅适用于债权人通过合同主动转让债权的情况(意定债权让与),也适用于因第三担保人行使清偿权而发生的法定债权让与。^{[2]499}所谓法定债权让与是指债权的法定移转,与债权的意定移转相对。第三担保人使债权人受偿后,所担保债权并不消灭,而是法定地移转到第三担保人处,根据从属性原则该第三担保人也将会获得债权上的其他担保权。^[13]与意定债权让与不同,第三

担保人清偿债务后的债权让与是自动的、法定的。《德国民法典》第1142条规定了第三抵押人的清偿权,接着第1143条规定了清偿后债权移转到抵押人处;第1223条第2款规定了质押人的清偿权,接着第1225条规定了清偿后债权移转到质押人处;第774条规定了保证人清偿债务后债权移转到保证人处。

中国现行法中并未明文规定第三担保人使债权人受偿后债权的法定移转。但值得肯定的是,此次《民法典》第524条规定了第三人代为清偿制度,并在该条第2款中规定:“债权人接受第三人履行后,其对债务人的债权转让给第三人,但是债务人和第三人另有约定的除外。”这实际上是规定了第三人清偿后的法定债权让与。而且,具体到保证担保中,《民法典》第700条规定:“保证人承担保证责任后,除当事人另有约定外,有权在其承担保证责任的范围内向债务人追偿,享有债权人对债务人的权利,但是不得损害债权人的利益。”从中也可解释出,保证人承担担保责任后法定性地获得债权人的债权。但在物的担保中,《民法典》第392条第2句沿袭了《物权法》第176条的规定,只规定“提供担保的第三人承担担保责任后,有权向债务人追偿”,并未规定物上保证人承担担保责任后的法定债权移转。笔者认为,物上保证人为了避免担保财产被强制执行而主动清偿债务与通过实现担保物权的方式清偿债务,在本质上都是第三人使债权人受偿,在发生债权法定移转的效果上不应有区别。换言之,物上保证人与保证人使债权人受偿,都构成第三人的代为清偿,都应发生债权的法定移转。理想的做法是在民法典担保物权的一般规定中增加法定的债权转移规则,^[14]否则就应类推适用保证担保中或第三人代为清偿中关于法定债权让与的规定。

法定的债权让与不仅发生在第三担保人(物上保证人和保证人)使债权人受偿的情况下,还可能发生在连带债务中,即:一个连带债务人履行了全部债务后,债权人的债权并不消灭,而是在扣减该连带债务人所应分担的份额后法定性地移转给该连带债务人。《民法典》第519条第2款规定:“实际承担债务超过自己份额的连带债务人,有权就超出部分在其他连带债务人未履行的份额范围内向其追偿,并相应地享有债权人的权利,但是不得损害债

^① 参见最高人民法院(2014)民申字第1725号再审民事裁定书(浙江金华科技园开发有限公司与浙江省发展资产经营有限公司等债权转让合同纠纷上诉案)。

权人的利益。……”该款实际上在连带债务人之间的责任分担问题上同时规定了法定的内部求偿请求权和法定债权让与两条路径,这种做法继受于《德国民法典》第426条,该条由两款组成,分别规定了这两种路径。

(二)担保权的附随移转

承认法定债权让与所带来的最大的体系效应在于从权利的附随移转,其中最主要的从权利便是从属性的担保权,下文将从发生法定债权让与的两大领域分析担保权的附随移转。

1. 共同担保场合

在共同担保场合,根据移转从属性原理,使债权人受偿的第三担保人不仅获得原债权人对债务人的债权,而且债权上附带的从属性的担保权也附随转移到该第三担保人处。“法定债权让与+移转从属性”的组合不仅为承担担保责任的第三担保人向债务人全额追偿提供了基础和保障,还有助于实现共同担保人之间的责任分担,具体可分两种情况。

第一,当第三担保人和债务人本人提供的担保物权组合构成共同担保时,承担担保责任的第三担保人不仅获得对债务人的债权,还会获得债务人本人提供的担保物权。基于获得的债权,第三担保人可以向债务人主张全额追偿;基于获得的担保物权,当债务人拒不履行债务时,第三担保人可主张实现担保物权。可见,法定债权让与使第三担保人的追偿权更具有保障。《民法典》第392条虽然规定了保证担保与债务人提供的物保并存时债权人应先就物保实现债权,但不排除保证人主动承担保证责任以及保证人对物保的存在不知悉而被动承担保证责任的情况,仍会发生保证人向债务人追偿的问题。况且,《物权法》第176条的规定本身也未必合理,因为当债权人认为主张保证担保更能便捷地实现债权时,比如保证人提供的是连带责任保证且保证人资质雄厚,硬让债权人主张担保物权,实为不妥,更为合理的方案应该是赋予债权人以选择权。当保证人提供的是一般保证时,保证人有先诉抗辩权,债权人应先就债务人的财产实现债权,这是先诉抗辩权的应有之义,与多个担保并存时的实现顺序无关。将实现债务人提供的担保物权作为前置程序,实际

上将担保人之间的内部求偿关系与债权人与担保人之间的外部关系糅杂在一起。

第二,当多个第三担保人组合构成共同担保时,其中一个担保人承担担保责任后,同样应法定性地获得原债权人的债权,以此为基础,该担保人可以向主债务人主张全额追偿。只有向主债务人的追偿无果后,才产生该担保人向其他担保人主张分担的问题。换言之,在担保人向主债务人追偿之前,不产生担保人之间的内部求偿问题,这是共同担保与下文将要谈到的连带债务的根本区别。在连带债务中不存在最终责任人,所有连带债务人处于同一级别,其中一个连带债务人使债权人受偿立刻就能触发连带债务人之间的内部求偿问题。

在担保人向主债务人追偿无果后,中国法律应否承认共同担保人之间的求偿权^①,素有争议。其中,对认可共同保证、共同抵押场合下担保人之间的求偿权,争议相对较小,最具争议的在于混合共同担保关系中是否应承认担保人之间的求偿权。对此不少人持否定说,^[15-16]但似乎更多的人持肯定说。^[17-19]笔者认为,承认共同担保人之间的求偿权其实是认可(意定)债权让与和担保移转从属性的必然要求。如果不承认担保人之间的求偿权,各担保人都动力自行购买或者安排第三人代为购买债权人的债权,继而以债权人之名向其他担保人主张权利,除可以使自己免于承担担保责任外,甚至还能借机压榨其他担保人。^[20]而且,共同担保人之间内部求偿权之承认不应因共同担保类型的不同而有所区别,即共同保证、共同抵押和混合共同担保中都应认可。那么,在法律承认共同担保人之间内部求偿权的前提下,规定其他共同担保权的附随移转还有必要么?笔者认为仍有必要。共同担保人之间的内部求偿权性质上是一个债权请求权,当提供物保的其他担保人拒不履行其应分担的债务时,承担担保责任的担保人可以向其他担保人主张实现相应的担保物权。换言之,担保权的附随移转也可以为共同担保人之间的求偿权提供保障。只不过,与对债务人的全额追偿权不同,对其他担保人的求偿权不是全额求偿,而是只能就超过责任分担比例的额外部分向其他担保人求偿,相应地,担保物权所担保的范围也不再是全额

^① 在此需要对术语的使用作一说明,虽然中国目前对担保人对主债务人的权利与担保人之间的权利一般不加区分,均冠以“追偿权”之名,但二者有所不同。在担保人与主债务人的关系中,主债务人是最终责任人,承担担保责任的担保人有向主债务人请求补偿,但反过来,履行债务后的主债务人却不能向担保人要求补偿,也就是说,担保人对主债务人的权利是单向的,笔者将这种单向的权利称为追偿权或追偿请求权(Regressanspruch)。担保人之间的权利则是双向的,即甲担保人承担担保责任后与乙担保人承担担保责任后所产生的效果是相同的,如果甲有权向乙请求补偿,乙也应有向甲请求补偿,笔者将这种担保人之间的权利称为求偿权或求偿请求权(Ausgleichsanspruch),以示区分。

担保。

2. 连带债务场合

在连带债务场合,除了不存在最终责任人外(即不存在向主债务人追偿的前置程序),连带债务人之间的责任分担机制与共同担保场合高度类似。连带债务关系的标志性特征是连带债务人之间存在一个求偿请求权(Ausgleichsanspruch)。^[21]为了实现该目的,《民法典》第519条第2款提供了两个请求权基础,即法定的求偿请求权和基于法定债权让与而产生的代位求偿权,二者是独立的两个请求权。同时规定两个请求权,是为了更好地保护履行债务的连带债务人。因为二者各有优势,债务人可根据具体情况选择有利的请求权。法定求偿请求权的优势在于该请求权是新设权利,不受原债权中抗辩的影响,比如即使其中一个连带债务人对债权人享有一个诉讼时效届满的抗辩权,该抗辩权也不能对抗法定的求偿请求权。法定债权让与所产生的代位求偿权虽然会受到原债权债务关系中抗辩权的挑战,但它的优势体现为从权利的附随移转,即有求偿请求权的连带债务人不仅获得了相应的债权,还获得了相应的担保权,比如连带债务中的一部分债务若设有保证担保,有求偿请求权的连带债务人可以当然地对保证人主张保证债权。所以,当连带债务附有担保权且原债权不存在时效等抗辩权时,基于法定债权让与所产生的代位求偿权无疑对履行债务的连带债务人而言更加有利。

需要指出的是,履行债务的连带债务人获得的债权数额不是整个债权额度,而是其所应获得的求偿额度,即整个债权额度扣减其应分担的份额。此处可适用连带债务中关于混同的规定,即当连带债务与债权发生混同时,在扣除该债务人应当承担的份额后,债权人对其他债务人的债权才继续存在。比如甲乙丙合租了丁的一个房子,四人约定交付房租的义务为连带债务。为了要回拖欠的4500元房租,丁选择向甲主张。甲支付了拖欠的房租后,根据《民法典》第519条第2款,他有两个要求补偿的请求权:第一,他直接获得了一个针对乙丙的求偿请求权,要求他们在未履行的份额内分担责任,即每人1500元;第二,甲支付了拖欠的房租后,原始4500元的债权移转到甲处,与自己应当承担的1500元债务发生混同,即还剩3000元债权继续存在。基于该债权,他可以请求乙丙分担其应承担的份额,即每人1500元。无论何种路径,对甲的请求权而言,乙丙之间不再是连带债务人,而是转化为按

份债务人,他们每个人只需支付他们应摊的份额1500元即可。之所以将连带债务转化成按份债务是为了避免再次求偿,增加诉讼负担。

(三)“不得损害债权人利益”之限制

在债权及其担保权发生法定移转时,无论是共同担保中的第三担保人(保证人或物上保证人),还是连带债务中的连带债务人,如果他们仅使债权人部分受偿,债权仅部分发生移转,相应地,担保权也部分移转,债权人仍享有部分权利。这就会出现债权人和第三担保人(或连带债务人)同时向义务人主张权利的情况。承担担保责任的担保人在向债务人或其他担保人主张权利时不得损害债权人的利益。比如,在债务人破产程序中或担保财产不足以清偿全部债权时,债权人的债权优先于承担担保责任的担保人之债权。这同样适用于履行债务的连带债务人,当其他连带债务人破产或所附担保不足以清偿全部债权时,履行债务的连带债务人之债权应劣后于债权人的债权。之所以如此,是因为债权让与的法定性,即共同担保中的第三担保人或连带债务关系中的连带债务人在面对债权人时本来就处于债务人地位,法律之所以让其获得债权人的部分债权是为了保障其内部求偿权的实现,但在与债权人的外部关系中,仍应让位于债权人的债权。

在保证担保中,《民法典》第700条对保证人的代位求偿权有所规定,即“保证人承担保证责任后……享有债权人对债务人的权利,但是不得损害债权人的利益。”在连带债务中,《民法典》第519条第2款也规定“实际承担债务超过自己份额的连带债务人……相应地享有债权人的权利,但是不得损害债权人的利益”。但在物的担保中,缺少法定债权让与的相关规定。从立法论的角度,笔者建议在担保物权的一般规定部分增设条文规定:“在第三人担保的情况下,如果担保人使担保权人受偿,债权并不消灭,而是移转到担保人处。债权所附从属性担保权也一并移转到担保人处。担保人行使债权人的权利时不得损害债权人的利益。”从解释论的角度,应将《民法典》第700条的规定类推适用于物的担保,同时,应扩大解释债权让与中关于移转从属性的一般规定。作为移转从属性的一般性规定,《民法典》第547条第1款虽然规定了债权让与时从权利附随移转,但从“债权人转让债权的”之表述来看,该条款针对的仅是意定债权让与。可见,在中国制定法层面,尚缺少法定债权让与和移转从属性之间的衔接。只有通过学说或判例将该款所确立的原

理扩张适用于法定债权让与,才能在逻辑上将法定债权让与和移转从属性衔接起来。

四、移转从属性的例外

(一)德国法中的例外:流通抵押权

为了充分保护登记公信力,德国法对不动产抵押权的移转从属性设置了例外,即允许抵押权在债权不存在的情况下通过善意取得的方式单独移转。该例外体现在著名的《德国民法典》第1138条中,该条文涉及的情形是抵押权已经登记设立,但债权后来未能有效成立,如果登记的债权人将其所谓的债权让与给善意第三人,第三人无法获得该不存在的债权,但第三人可以善意取得抵押权。若严格执行移转(归属)从属性原则,善意第三人也无法获得抵押权,因为第三人没有获得债权。但这样的话会不利于抵押贷款的发展,因为第三取得人在债权瑕疵情况下的信赖将得不到保护,这会导致附有抵押担保的债权很难再通过债权让与的形式变现。^{[2]500}因此,为了保护善意第三人对抵押登记的信赖,《德国民法典》第1138条便拟制了债权的存在,以使善意第三人取得抵押权。

举个例子,G授予S一笔贷款,E用自己的不动产为其设立抵押担保,之后债权人G将其贷款债权转让给第三人D。假如针对S的贷款债权因为其未知的精神病而未能有效成立,G根据设立从属性原则也无法获得抵押权,但D可以根据《德国民法典》第1138条的规定取得抵押权,因为D在债权不存在这个问题上是善意的。需要指出的是,这里的D无法善意取得所拟制的债权,因为德国法原则上不承认债权的善意取得(例外情况是在出示证书情况下的债权让与,参见《德国民法典》第405条)。也就是说,《德国民法典》第1138条对债权的拟制仅仅是为了第三人取得抵押权,借助于法律的拟制技术,第三人取得一个没有债权的抵押权或者被称为“被剥夺了债权的抵押权”(forderungsentkleidete Hypothek)。借助于第1138条,立法者实现了三个相互冲突原则之间的协调,第一个是债权原则上不可被善意取得,第二个是基于公信力可以取得物权,第三个是抵押权的从属性原则。^[22]

需要指出的是,第1138条只适用于流通抵押权(Verkehrshypothek)。与其相对的是保全抵押权(Sicherungshypothek),保全抵押权在设立时必须在登记簿上标明,不得发放抵押证券,不具有流通性(参见《德国民法典》第1184条第2款、第1185条第1款)。保全抵押权受让人的权利只能根据实际所担

保的债权确定,不适用第1138条,即不能通过援引登记来证明债权的存在和额度。^{[4]Rn. 12}德国法上的抵押权原则上是流通抵押权,例外情况下才是保全抵押权。保全抵押权和流通抵押权的区别在于从属性的程度不同,^{[4]Rn. 12}保全抵押权遵循严格的从属性,担保权人的权利只能根据债权确定,不能援引登记来主张权利,因此不存在对信赖登记的保护问题。如果所担保债权未有效成立或事后消灭,即使受让人对所担保债权存在善意的信赖,他也无法获得债权和(保全)抵押权,因为保全抵押权的受让人对债权存在的善意信赖不受保护。^{[23]Rn. 1059}流通抵押权的从属性则因第1138条得到极大缓和,抵押权作为物权相对于所担保债权具有一定的独立性,流通抵押的权利人在主张抵押权时不仅可以援引债权本身,还可以援引登记作为依据。

中国有学者认为登记抵押权又称为保全抵押权,证券抵押权又被称为流通抵押权,^[24]这种认识不够准确。保全抵押权/流通抵押权和登记抵押权/证券抵押权不是一一对应的关系。由于保全抵押权本来就不具有流通能力,所以第1185条第1款规定,保全抵押权不能发行抵押证券,因此其只能是登记抵押权,不能是证券抵押权;但流通抵押权可以是证券抵押权,也可以是登记抵押权。^{[4]Rn. 12, [23]Rn. 1060}换言之,存在登记式流通抵押权。^[25]这是因为二者的分类标准不同,登记抵押权/证券抵押权的分类是以设立时是否发行证券为标准,保全抵押权/流通抵押权则以移转时从属性的程度为分类标准。这里需要指出的是,保全抵押权和流通抵押权虽然从属性程度不同,但二者都是从属性担保,不同于作为独立性担保的土地债务。^[26]二者原则上都附随债权的让与而一并移转,只有一个例外情况出现在最高额抵押中,德国法中的最高额抵押虽是保全抵押权,但它不能附随债权的让与而移转(参见《德国民法典》第1190条第4款第2句)。二者的区别在于,为了保护受让人的善意信赖,法律规定受让人可以在债权不存在的情况下善意取得抵押权,从而出现了流通抵押权的善意取得,保全抵押权在移转时却不能单独地被善意取得。

为了避免不公平的结果,有时还需要通过类推适用移转从属性原则,反向承认债权附随抵押权一并移转。再举个例子,G授予S一笔贷款,S用自己的不动产为其设立抵押担保,之后债权人G将其贷款债权转让给第三人D,因为G在让与债权时患有精神病,该债权让与无效。随后,D将其继续转让给

善意的Y。因为缺乏有效的债权让与,D既不能获得债权,也不能获得抵押权。德国法中不认可债权的善意取得,所以Y不能获得贷款债权,但他可以善意取得抵押权,因为《德国民法典》第1138条规定抵押权的善意取得不以债权真实存在为前提。如此一来,债权人G可以向债务人主张贷款债权,抵押权人Y也可以向抵押人主张抵押权,但这里的债务人和抵押人是同一人,他将被要求承担双重义务。这是不公平的,所以德国法通过类推适用第1153第2款(该款规定:“债权不得脱离抵押权单独转让,抵押权不得脱离债权单独转让”),认为这种情况下抵押权人也可取得债权。^[27]这在法律效果上实乃承认了债权因从属性关系可被善意取得。^[28]为了避免债务人(抵押人)承担双重义务,债权和抵押权的主从关系完全颠倒,即债权附随抵押权一并移转。出现这种颠倒的根本原因还是第1138条规定的以登记簿的公信力为基础的抵押权的善意取得制度。

德国法中的流通抵押权在本质上是法律利用登记的公信力,使得受让人在债权不存在的情况下也可以善意取得抵押权,促进其流通性。^[29]反过来,流通抵押权的善意取得也增强了登记的公信力。^[30]流通抵押权和抵押登记的公信力互相成就,互为表里。由此可见,德国法中不动产担保物权登记的公信力主要来源于两个方面:第一,通过物权行为的抽象原则对担保物权设立行为和担保合同进行效力绝缘,担保合同效力上的瑕疵不会及于担保物权;第二,不动产抵押权的效力并不完全从属于所担保之债权,债权的消灭与否不会必然对抵押权的移转产生影响。

(二) 中国法中的例外:现状及展望

1. 现状考察

中国法中的移转从属性也不是一个僵化的教义,而是容许例外。中国法中的移转从属性的例外可以从债权债务和担保权本身发生变动的角度予以观察,其中前者又可分为债权让与和债务承担两个视角。

首先,债权人让与债权时,担保权并不必然一并让与。对于物的担保,《民法典》第407条第2句已有明文,根据该规定,主债权让与时,通过当事人的约定或者根据法律的规定,抵押权可不附随让与。法律另有规定的抵押权不一并随主债权让与的情形是《民法典》第421条关于最高额抵押权转让的规定,即在最高额抵押担保的债权确定前,部分债权转让的,最高额抵押权不得转让。当事人另有约定的

排除抵押权附随主债权一并让与的情形主要有两种。第一,在转让部分债权时,债权人转让人与受让人约定,只转让债权而不转让担保该债权的抵押权。若当事人部分让与债权时未作任何约定,则抵押权不受影响,这是抵押权不可分性的表现之一,债权部分让与后,转让人和受让人各有部分债权,但抵押权并非各有相应份额,而是二人均得实行全部抵押权。^[31]如果债权全部转让,当事人的排除抵押权一并移转的约定将是否必将导致抵押权的消灭,值得探讨。笔者认为,若当事人未办理涂销登记,而是约定担保后续可能产生的债权,抵押权不消灭,此时可理解为债权的更换。第二,抵押人与原债权人约定,抵押人专为特定的债权人设定抵押的,被担保债权的转让未经其同意的,抵押权因债权的转让而消灭。

在此需要指出的是,《民法典》第407条第2句虽然只针对抵押权,但其所确立的规则也可以类推适用于其他担保物权类型。对于人的担保,《民法典》第696条第2款规定:“保证人与债权人约定禁止债权转让,债权人未经保证人书面同意转让债权的,保证人对受让人不再承担保证责任。”无论是金钱债权还是非金钱债权,该款中的“保证人与债权人约定禁止债权转让”并不能真正禁止债权人转让债权,保证人与债权人之间的这种约定在解释上应理解为保证人与债权人约定仅对债权人承担保证责任,对其他受让人不承担保证责任。换言之,债权人虽然可以转让债权,但此时保证债权并不附随移转。据此,保证人与债权人也可约定担保债权并不附随债权一并移转。

其次,债务人转让债务时,第三担保人不必继续为新的债务人提供担保。如果一味贯彻移转从属性,债权未移转,担保权亦应不受影响,但这样就会违背从属性本身所具有的保护担保人的功能,因为在债务转让时,新债务人的偿债能力可能不如前债务人,此时若让担保人继续为新债务人的债务承担担保责任,则会损及担保人利益。因此,只有在担保人对债务承担同意的情况下,担保权才继续存在,否则从属性担保权原则上因债务承担而消灭。《德国民法典》第418条第1款对该规则也予以确认。该规则的主要目的是为了第三担保人利益不因债务承担而受损,从而突破担保的移转从属性。^[31]若第三担保人提供的是物的担保,且同时是债务的受让人,担保物权继续存在,因为他的受让暗含了对债务承担的同意。若保证人同时是债务的受让人,保证责任虽可以存续,但已无意义,因为保证责任已被

责任财产的一般担保所吸收。在中国制定法中,根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第29条第1句(针对保证担保)、第72条第2款第2句(针对抵押担保)的规定,在第三人提供担保的情况下,债务人转让债务时,不仅需征得债权人同意,还须征得担保人同意。若担保人不同意,则转让后的债务将成为无担保之债务。对物的担保,《物权法》第175条对该规则以立法的形式予以确认,后被《民法典》第391条所继受。对保证担保,《民法典》第697条第1款也拟以立法的形式确立该规则。

如果担保是原债务人自己所设立,债务承担时担保物权是否继续存在,法律未予明文。笔者认为这种情况下担保物权原则上不应受债务承担之影响,除非原债务人明确表示不再继续为新债务人提供担保,且债权人对此表示同意。因为担保之有无对债权之实现至关重要,在无明确约定的情况下,债务承担不能对债权人发生不利之影响。原债务人因债务承担从主债权债务关系中脱离出来,不代表同时从担保关系中解脱出来。相反,从债务承担中能推出原债务人继续担保的意思。^[32]

以上是从债权让与或债务承担的角度进行考察,结论是归属从属性不可能得到彻底地执行。从另外一个角度看,即在债权人或债务人主体不变的情况下,担保物权人(同时也是债权人)也可以抛弃担保物权或者抛弃其顺位,如《民法典》第409条第1款第1句规定,抵押权人可以放弃抵押权或者抵押权的顺位;第435条第1句规定,质权人可以放弃质权。另外,质权人可以通过转质制度将质权移转给其他债权人,成为其他债权的担保。可见,从属性担保权不是必须依附在原始债权上,基于意思自治,担保物权本身也可能发生一些变化。

2. 未来展望

通过对中国担保物权移转从属性之例外的考察可以发现,中国现行法下移转从属性仅限于当事人的特殊约定和法律有限的特殊规定,不存在基于不动产登记簿的公信力而对抵押权移转从属性所作的突破。德国法中的抵押权在移转上的从属性被登记的公信力所阻隔,^[25]在债权不存在的情况下,受让人可以基于登记簿的公信力善意取得抵押权,从而产生了流通抵押权。中国现行法中仅认可保全抵押权,不承认抵押权可以基于登记的公信力在债权不存在的情况下被善意取得。实际上,担保物权的从属性和物权的公示公信在法律技术上存在冲突,对

前者的重视必然导致对后者的忽视。中国现行法中的不动产登记簿所具有的公信力则让位于从属性原则,在债权流转过程中,债权消灭的,不动产抵押权也消灭,受让人对抵押登记的善意信赖根本得不到保护。如果说德国法的抵押登记具有绝对的公信力,那么中国法中的抵押登记在流转过程中则无任何公信力可言。

完全贯彻担保物权从属性会使物权公示的公信力荡然无存,对信赖登记的善意第三人的利益构成极大的威胁。^[33]在转让被不动产抵押权担保的债权时,对从属性的严格执行会使受让人在受让的过程中必须时刻确信,债权已经成立且目前依旧存在,如此一来必然会限制债权的流通性,最终不利于债权人利益。要解决这一问题,必须借助于不动产登记簿的公信力,进一步弱化不动产抵押权的从属性,在权利移转过程中最大限度降低主债权债务的变化对抵押权的影响,以促进抵押权的流通。这也符合不动产抵押权的现代发展,现代不动产抵押权已经从单纯的保全手段转变为兼具保全、流通和投资功能的法律构造。^[34]谈到不动产抵押权的流通性或投资功能,很多人难以理解,其实它是两个简单民法原理叠加适用的结果。一方面,基于不动产登记簿的公信力可以取得不动产权;另一方面,债权原则上不发生善意取得,二者结合必然会产生不动产抵押权单独移转的结果。在这个过程中虽然拟制了债权的存在,但那仅仅是基于从属性的要求为受让人善意取得抵押权提供一个基础而已,在最终结果上,受让人获得一个脱掉债权外衣的抵押权。受让人可以将该抵押权作为其他债权的担保或用作其他投资。

基于对从属性的僵化理解,中国现行法在认可流通抵押权问题上受阻于上述第一个方面,即不动产抵押权仅仅是债权的“挂件”,债权不存在了,抵押权及其移转便无从谈起,登记簿的公信力更是在所不问。中国此次民法典起草的时间又恰好处于全国经济下行的压力之下,为了表达对担保物权债权保全功能的重视,民法典的立法者强化了担保的从属性。《中华人民共和国担保法》第5条第1款尚允许当事人通过约定为担保权的消灭从属性设置例外,而《民法典》第388条第1款却只允许法律的规定为消灭从属性设置例外。其实,在承认抵押权的投资功能与流通需求方面,上述规定的变化并不是关键,因为流通抵押权的认可不是当事人约定的问题,而是法律规定的问题。即使法律排除了当事人的约定,在中国社会主义市场经济获得相当程度的

发展后,法律应当考虑认可流通抵押权,^[35]其中的要点便是基于登记簿的公信力为抵押权的从属性设置例外,规定不动产抵押权在债权不存在的情况下可以被善意取得。

参考文献:

- [1]李运杨.担保合同的从属性抑或担保物权的从属性?——以区分原则为视角[C]//2019年中国民法学年会论文集(第二分册),2019:1092-1102.
- [2]MEDICUS D. Die Akzessorietät im Zivilrecht[J]. JuS,1971,11(10).
- [3]李宇.民法典中债权让与和债权质押规范的统合[J].法学研究,2019,41(1):56-77.
- [4]VIEWEG K, WERNER A. Sachenrecht[M]. 5. Aufl. München: Vahlen, 2011.
- [5]WICKE H. Palandt-BGB[M]. 76. Aufl. München: C. H. Beck, 2017.
- [6]郭明瑞.担保法[M]. 2版.北京:法律出版社,2006:82.
- [7]刘保玉.第三人担保的共通规则梳理与立法规定的完善[J].江西社会科学,2018,38(10):17-28.
- [8]李锡鹤.物权论稿[M].北京:中国政法大学出版社,2016.
- [9]程啸.主债权的转让与不动产抵押权转移登记[J].财经法学,2016(5):105-115.
- [10]张永利,王效贤.抵押权新论[M].北京:法律出版社,2014:40.
- [11]叶锋.未办理抵押变更登记,债权受让人亦取得抵押权[N].人民法院报,2015-04-09(7).
- [12]张传军.转让房屋抵押权未重新办理抵押登记是否有效[N].人民法院报,2008-01-29(6).
- [13]BÜLOW P. Recht der Kreditsicherheiten[M]. 9. Aufl. München: C. F. Müller, 2017:10.
- [14]耿林.比较法视野下的混合共同担保[J].江汉论坛,2017(6):118-128.
- [15]崔建远.混合共同担保人相互间无追偿权论[J].法学研究,2020,42(1):83-99.
- [16]胡康生.中华人民共和国物权法释义[M].北京:法律出版社,2007:381.
- [17]黄忠.混合共同担保之内部追偿权的证立及其展开——物权法第176条的解释论[J].中外法学,2015,27(4):1011-1028.
- [18]高圣平.担保物权司法解释起草中的重大争议问题[J].中国法学,2016(1):228-246.
- [19]刘保玉.物权法学[M].北京:中国法制出版社,2007:343.
- [20]贺剑.走出共同担保人内部追偿的“公平”误区[J].法学,2017(3):77-92.
- [21]JOUSSEN J. Schuldrecht I-Allgemeiner Teil[M]. 4. Aufl. Stuttgart: Kohlhammer, 2017:Rn. 1407.
- [22]HEINEMEYER S. Der Grundsatz der Akzessorietät bei Kreditsicherungsrechten[M]. Berlin: Duncker & Humboldt, 2017:153.
- [23]REINICKE D, TIEDTKE K. Kreditsicherung[M]. 5. Aufl. München: Luchterhand, 2006.
- [24]陈本寒.不动产担保制度之比较研究[M]//李双元.国际法与比较法论丛(第4辑).北京:中国方正出版社,2003:1-98.
- [25]孙鹏,王勤劳,范雪飞.担保物权法原理[M].北京:中国人民大学出版社,2009:31.
- [26]MUSCHELER K, SCHEWE A. BGB III-Kreditsicherungsrecht[M]. Stuttgart: Kohlhammer, 2011:Rn. 19 und 303.
- [27]SCHREIBER K. Sachenrecht[M]. 6. Aufl. Stuttgart: Boorberg, 2015:Rn. 471.
- [28]刘昭辰.债权之善意取得——兼论担保物权的从属性[J].台湾本土法学杂志,2004(60):34-47.
- [29]近江幸治.担保物权法[M].祝娅,王卫军,房兆融,译.北京:法律出版社,2000:93.
- [30]梅瑞琦.不动产登记公信力制度基础研究——兼论我国登记制度构建[J].河南财经政法大学学报,2015,30(4):88-96.
- [31]郑玉波.论抵押权与其所担保之债权之关系[M]//郑玉波.民商法问题研究(二).3版.台北:三民书局,1984:114.
- [32]韩世远.合同法总论[M].4版.北京:法律出版社,2018:631.
- [33]陈本寒.担保物权法比较研究[M].武汉:武汉大学出版社,2003:35.
- [34]黄家镇.从保全到流通:民法典编纂中不动产抵押权现代化之构想[J].政法论坛,2018,36(4):105-116.
- [35]陈华彬.物权法要义[M].北京:中国政法大学出版社,2018:411.