



现代法学研究
Journal of Legal Science
ISSN: 2790-3796(*print*)
雙清學術出版社
Contents lists available at www.qingpress.com
Journal homepage: qingpress.com/zh-cn/journals/28



抵押物转让价金物上代位之比较研究 ——以利益衡量为视角

吴楚严¹

(澳门科技大学法学院 中国澳门 999078)

摘要:纵观各国民立法例，绝大多数国家皆赋予了抵押人自由转让抵押物的权利。我国《中华人民共和国民法典》(简称：《民法典》)取消了抵押权人之同意为抵押物转让生效要件的做法，转而采自由转让主义的立场，无疑值得肯定。在自由转让主义的立场下，对抵押权人加以特殊保护成为必要。各国主要通过传统的追及效力、物上代位或者双重主义来解决。本文对各种模式进行利益衡量分析，辅之以对传统的理论学说的检讨，再以理论的法史学溯源为线索，以期深入对价金物上代位模式的认识与讨论。

关键词: 抵押权, 抵押物转让, 物上代位, 物权追及力

A Comparative Study on the Subrogation of Mortgage Transfer Price on Property: From the Perspective of Interest Measurement

Abstract: Throughout the legislation of various countries, most of them have given the mortgagee the right to freely transfer the mortgage. The Civil Code of China has abolished the consent of the mortgagee as a requirement for the validity of the assignment of the mortgage, and instead adopted

¹ 作者简介：吴楚严(2000-), 男, 福建福州人, 澳门科技大学法学院民商法学硕士研究生, 研究方向主要为民法学、私法史及卫生法学等。

the position of free assignment, which undoubtedly deserves recognition. Under the position of free transferism, it is necessary to provide special protection to the mortgagee. States have mainly addressed this issue through traditional retroactive effect, subrogation in rem or dualism. This article analyzes the various models by weighing the interests, supplemented by reviewing the traditional theoretical doctrines, and then taking the legal historical trace of the theories as a clue, in order to deepen the understanding and discussion of the in rem subrogation model of the price.

Keywords: Mortgage, Transfer of Collateral, Subrogation in rem, Recourse in rem

一、问题的提出

抵押制度着眼于物之交换价值，因其无需移转占有而区别于质押，具有“担保之王”的美誉²。《民法典》出台前，《物权法》191条立场下的抵押物转让效力问题一直备受理论与实务上的关注，理论界围绕《物权法》第191条已有相当的论述。

2021年1月1日，《中华人民共和国民法典》正式施行，《中华人民共和国物权法》即行废止。出于物尽其用、优化营商环境、推动法治经济发展的目的考量，《民法典》第406条一改原《物权法》第191条之规定，不再以抵押权人之同意为抵押物转让的生效要件，抵押人得自由转让抵押物，实谓合理。同时，《民法典》第406条明确了抵押权人行使转让价金物上代位的举证负担分配即抵押权人需对抵押物转让行为有损害抵押权之虞负举证之责，实现了抵押权人与抵押人各方利益格局再平衡。但这并不意味着现行《民法典》下的抵押物转让制度已得到最大优化，各方利益格局已得到最优平衡。在抵押权追及力与公示公信主义的立场下，过度保护抵押权人的色彩似乎仍然明显。

一方面，《民法典》第406条中“抵押财产转让，抵押权不受影响”的表述承认了抵押权追及效力的立场，而在抵押权追及力的逻辑基础上，抵押物转让导致的抵押物所有权人的变更并不影响抵押权继续存在于抵押物上，换言之，抵押权仍追随于抵押物而存在，即“物之所在，权利之所在”。另一方面，若抵押权人能证明抵押物转让的行为有损害抵押权之虞，抵押权人享有请求抵押人就转让所得价金提存或提前清偿债务之权，因此，形成了所谓的“双权重叠现象”，即抵押权人既可以行使对抵押物受让人的追及权，同时也可选择行使价金物上代位权，此种“两权重叠现象”是否具有正当性？如若不然，在价金代位与追及效力之间应当如何进行取舍？

前述问题事关抵押物转让中各方当事人利益格局之平衡，因此，于立法层面上对抵押物转让制度进行全面深入的讨论，超越现行法之秩序，以物上代位与追及效力的两相纠葛为线索，对价金代位的概念、正当性基础、适用条件、法律效果进行研究，探索完善现行法的可行路径实为必要。

文章除引言及结语外共分为三大部分：

² 参见刘志刚：《抵押权实现途径探讨》，载《河北大学学报(哲学社会科学版)》1996年第1期，第109页。

正文第一部分对抵押物转让价金物上代位的基础概念及法源进行了讨论。首先阐述代位的概念，人的代位的乌龙结果也为后文以物上代位与人的代位同属于代位法理一环来论证物上代位理论基础的公平说的不合理性埋下伏笔。其次追溯了物上代位的法史学源头，以期为其下的论述丰富历史感与正当性。最后对物上代位的理论基础加以讨论，认可了物权说的合理性，再对抵押物价金物上代位与抵押权追及效力的疑问作一概览引出下文。

第二部分以抵押物转让价金物上代位与抵押权追及效力的两相纠葛为主线，首先分析了物权追及效力的概念以及疑问，对物权追及效力及抵押权追及效力的法史渊源及抵押权追及效力的效力根源加以讨论，主张抵押权追及效力源于物权追及效力的观点逻辑上无法自洽，而抵押权追及效力来源于公示公信力更是一种掩盖了历史的假象，进而对抵押权追及效力的命题提出质疑。其次，以利益格局的分析，再辅之以前文的论述，证明抵押物转让价金物上代位与追及效力无论于逻辑体系还是价值取向皆难共存，进而主张舍追及效力而取价金代位主义。

文章正文的最后一部分对抵押物转让价金物上代位的构成要件与法律效果略加以分析，指出权利人取得之物权非为原物权之延伸，而是取得一个新物权(法定债权质)，以及抵押人通知义务在单一的价金代位模式中的重要性。

二、抵押物转让价金物上代位基本原理

(一) 物上代位之概念刍议³

1. 何为代位

“代位(subrogation)”一词最早可追溯至拉丁语“*subrogate*”，意为“使某人处于另外一个人的位置之上”，属于法律拟制(legal fiction)的一种，无论是普通法系亦或是大陆法系皆规定了类似的代位制度。民法中所言的代位大抵有两种，即人的代位以及与之相对的物上代位。

2. 人的代位与物上代位

人的代位又称为债权性代位，如我国《民法典》第535条规定的债权人代位权制度：债务人怠于行使其到期债权并对债权人造成损害时，债权人得以自己的名义向次债务人主张债务人之债权。

债权人代位权制度最早可溯源至罗马法时期的“破产财产受让人可行使破产人原权利”以及日耳曼法中的“无担保契约之债权人享有对债务人所有财产的概括性担保”制度⁴，也有学者主张代位权制度源于法国部分地区的早期习惯法，最终成型于1804年《法国民法典》中，而后为日本、我国大陆及台湾地区所继受⁵。

³ 从权利角度观察，物上代位又可称为物上代位权，区别仅在观察视角的不同，同样，从性质的角度，也可以称为物上代位性，学界将物上代位、物上代位权、物上代位性作为同义概念使用，本文亦从之。

⁴ [日] 加藤雅信等编：《日本民法学说百年史》，牟宪魁等译，商务印书馆2017年版，第475-479页。

⁵ 参见崔建远：《合同法》，法律出版社2015年版，第145页。

当然，“优先受偿说”与“入库说”的截然对立与艰难取舍⁶，以及侵害债之相对性的代价⁷，似乎告诉我们债权人代位权制度的正当性也从来不是没有疑问。在德国法上，强制执行法中的向第三人执行制度发挥了与债权人代位权制度相似的功能，比起债权人肆意的打探与调查，法院依职权，凭借执行名义的调查似乎更加具有正当性。我国民法一方面于《民诉意见》第300条规定了向第三人执行制度，于此同时又继受了《法国民法典》债权人代位权制度，似乎功能上也出现了重叠。值得注意的是，《法国民法典》中含有大量的程序性规范，法国法上的实体与程序并不是泾渭分明。这似乎又告诉我们，在实体与程序泾渭分明的法律体系，债权人代位权制度正当性值得再多思考。

与人的代位相对的是物上代位，人的代位与物上代位虽被统辖于统一的“代位”的概念之下，各自的含义却相去不可以道里计。

3. 物上代位

物上代位又称为物权性代位或者物的更替，是指物权因为在某种原因脱离于其客体(物)后继续存续于其关联物之上，该关联物即代位物⁸。物上代位后，究竟是取得了一个崭新的物权还是原物权续存于代位物上，理论上尚存争议⁹。

物上代位最早可追溯到罗马法时期的遗产请求之诉，在古罗马时期，优帝主持编撰的《学说汇纂》(*Digesta*)中这样描述道：“同样被包括在遗产请求之诉的，除了那些死亡时就存在的财产，还包括这些遗产的增量，但是只包括源于遗产自身的而不是与遗产无关的，因为这是被添加到占有人的人格上的。”(D53. 20. 3)以及“即使是善意占有人也应当返还出售他人之物的价金，因为价金取代了被出售的继承物的位置，并自己成为了遗产的一部分。”(D. 5. 3. 22)¹⁰，是故，法国学者在中世纪后期注释法学派法学家对《学说汇纂》这些片段的研究的基础上，将物上代位区分为一般物上代位(subrogation à titre universel)与特别物上代位(subrogation à titre particulier)¹¹。前者主要包括财产信托、遗产管理、夫妻财产、遗赠等情形，后者则包括担保物权物上代位、优先权物上代位等情形。前者的目的在于保证个人的财产免受交易中发生的财产形态变化的影响，主要有价值权说、公平权说、物权说，后者维系

⁶ 在债权人代位权制度中，若采“优先受偿说”该债权毕竟是债务人的权利而非债权人的权利，债权人因行使了债务人的权利而获得优先受偿的权利似乎没有法理基础。若行使代位权能够就债权优先受偿，则会导致诸债权人竞相行使代位权。若采“入库说”，债权人行使代位权缺少激励，债权人不仅无法就此债权优先受偿还将承担诉累，代位权制度将形同虚设。

⁷ 出于举证责任的需要，债权人需时刻关注债务人的经济状况与其他法律关系，此无异于不断侵犯债的相对性，债权人代位权制度诱使他人过度介入到对方的其他法律关系中，于债权人而言是负担，债权人需时刻紧盯债务人的其他法律关系，以防为他人所抢先，于债务人，则是私密的经济状况与法律关系被他人不断的介入与侵犯。

⁸ 参见张静：《物上代位的体系整合与教义学结构》，载《环球法律评论》2021年第4期，第71页。

⁹ 参见程啸：《担保物权人物上代位权实现程序的建构》，载《比较法研究》2015年第2期，第17-18页。

¹⁰ 《学说汇纂》(第五卷)遗产及其对物之诉保护，吴鹏译，腊兰校，中国政法大学出版社2018年版，第151-167页。

¹¹ Zie A.Hammerstein, Eigenlijke en Oneigenlijke Zaaksvervanging, Tjeenk Willink, 1977, p.78. 转引自张静：《物上代位的体系整合与教义学结构》，载《环球法律评论》2021年第4期，第72页。

的则是具体的物权¹²。权利人失去原物权的同时存在一个适格的代偿物(surrogat)是物上代位的发生前提。

作为可追溯至罗马法时期的古老法律制度，法学家们对物上代位的讨论从未休止。物上代位制度与物权法诸原则如公示原则、物权客体特定原则等存在着密切的联系，同时也与不当得利制度在构成要件与功能定位上有着许多相似之处，作为物权法上的“不当得利制度”的物上代位制度维系着财产安全与衡平理念，是私法体系中不可或缺的组成部分。

(二) 抵押权物上代位性

1. 何为抵押权物上代位性

担保物权属于价值权(Wertrecht)的一种，着眼于财产的交换价值，权利人对担保财产之交换价值享有排他的直接支配的权利¹³。当债务人无法清偿债务或发生担保物权约定实现之情形时，权利人可就担保财产之范围享有优先受偿的权利，从而达到保证债权实现的目的。担保物权对担保财产交换价值的直接支配也决定了，只要交换价值仍然存在，担保物权之效力仍可及之，至于该财产的形态发生怎样的变换则在所不论，这便是担保物权的物上代位性(dingliche Surrogation)。实证法上的规定见我国《民法典》第390条。其意义在于，在担保财产因某种原因转化为其他变形物或者价值物时，对于担保人一方，其价值本身并无增减，但担保权人则遭受损失，故担保物权当然可及于这些价值替代物¹⁴。

担保物权的物上代位性与不可分性、从属性一同并列为担保物权的三大特性。担保物权的物上代位性不仅存在于抵押权上，在留置权、质权上也存在。值得注意的是，虽然物上代位性是抵押权、质权、留置权等担保物权的共同特性，但由于各种担保物权对担保财产的追及力及物理支配程度不同，物上代位性的作用程度也不完全相同¹⁵。

抵押权物上代位性指抵押物因某种原因(毁损、灭失等)发生变化时，在存在适格的代偿物(保险金、赔偿金等)¹⁶的前提下，抵押权效力仍然及于该代偿物¹⁷。保险金、赔偿金属于金钱(货币)，而金钱是消费物，区别于一般意义上的特定之物，乃无个性价值之外部表征，易与其他金钱混同，本无从行使物上代位。因此，从严格的意义上说，非为在金钱上物上代位，抵押权之物上代位实存于金钱请求权(损害赔偿请求权、给付保险金请求权等)上，此种观点为大陆法系诸国所公认，更有甚者如德瑞二国将抵押权之物上代位视为法定债权质权¹⁸。

¹² Zie G.E.angemeijer, Zaaksvervanging, Vlaardingen, 1927, pp.60—61. 转引自张静：《物上代位的体系整合与教义学结构》，载《环球法律评论》2021年第4期，第72页。

¹³ Vieweg/Werner, Sachrecht, 3. Aufl., Springer-Verlag, 2007, S.323.

¹⁴ 参见〔日〕近江幸治：《担保物权法》，祝娅等译，沈国明等校，法律出版社2000年版，第40页。

¹⁵ 参见〔日〕我妻荣：《新订担保物权法》，申政武等译，法律出版社2008年版，第17页。

¹⁶ 关于除金钱之外的变形物、代替物等是否属于代位物的范围，学界存在肯定说与否定说之争。持肯定说的学者认为，相比金钱，变形物、代替物更有成为代位物的理由，持否定说的学者认为变形物、代替物的问题应当由抵押权的不可分性和追及力解决，但这非为本文讨论之重点，学界以否定说为通说，本文暂且采之。参见许明月：《抵押权制度研究》，法律出版社1998年版，第261页。

¹⁷ 参见孙鹏，王勤劳，范雪飞：《担保物权法原理》，中国人民大学出版社2009年版，第49页。

¹⁸ 参见铃木禄弥：《抵当權制度の研究》，一粒社1968年版，第116页。转引自刘得宽：《民法诸问题

2. 抵押权物上代位的理论基础

基于分析的视角以及侧重点不同，学界关于抵押权物上代位的理论基础衍生出了诸多不同的学说，主要有价值权说、公平权说、物权说等¹⁹。

物权说认为抵押权作为物权的一种，根据物权法的一般原理，标的物灭失，物权即告消灭。因此，抵押物毁损、灭失后，抵押权随之消灭。至于抵押权的物上代位，属于为保护抵押权而法律由特别规定，非私法逻辑之当然结果。

公平说认为，物法中的物上代位制度与债法上的债权人代位权制度同基于公平原则所设。在债权得到实现之前，若因某种原因导致原物毁损、灭失或变形，在存在适格的代偿物的情况下，抵押人得因此摆脱权利负担，难言公平。由是之故，物上代位制度之创设实基于事理公平之考虑。

价值权说也称为担保物权效力说，该说认为担保物权，尤以抵押权甚之，区别于用益物权，支配的乃是物之交换价值，当抵押物因某种原因毁损、灭失乃至变形，抵押权效力及于代偿物是担保物权价值权性的当然结果。

如前述，与物上代位同属于代位法理一环的债权人代位权制度在我国似乎为法律继受的乌龙结果，其正当性也从来不是没有疑问。同时，公平也永远是相对的，承认抵押权人的物上代位权，也有剥夺债务人之其他债权人的合理期待之嫌。价值权说也混淆了原担保物权与物上代位权的差别。价值权说以物权追及效力为逻辑起点，物权追及效力以物权标的物之既存为前提，“物之所在，权利之所在”。可是，在物已然毁损、灭失的前提下，物权追及效力又如何能追及呢？“交换价值”与“使用价值”之别在政治经济学语境下有显著差异，但是，原物与代偿物具有的乃是“经济上”的同一性而非“法律上”的同一性。价值权说只能解释物上代位制度经济上的原因。

物权说基于物权客体特定原则，抵押权标的物毁损灭失之后，抵押权即告消灭，物上代位权已非原抵押权。物上代位制度之设立乃是法律特别规定、政策上考量之结果，以弥补在物毁损、灭失的情况下物权追及效力的不足，而非私法逻辑之当然结果。

（三）抵押物转让价金物上代位

当抵押物被“出售”时，抵押权人对出售所得的价金享有物上代位的权利，即转让所得的价金成为代位物，实证法上见我国《民法典》第406条：抵押权人能够证明抵押财产转让有损害抵押权之虞的，抵押权人有权要求就所得价款提存或者提前清偿债务，价款超过债权额部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

关于抵押物转让价金物上代位与抵押权追及效力的取舍问题，首先需要承认的是同时存在价金代位与追及效力的两全重叠是不正当的。抵押物一般为不动产，不动产基于其物理特性，自身活动受限，同时不动产抵押需以登记作为生效要件，登记簿具有公示公信力，只要

与新展望》中国政法大学出版社2002年版，第405页。

¹⁹ 参见谢在全：《民法物权论》，中国政法大学出版社1999年版，第595页。

登记簿记载事项仍然存在，若承认抵押权追及力的立场，抵押权人当然对抵押物享有抵押权而不论抵押物辗转于何人之手。抵押权人能在债权得不到实现或者发生约定实现抵押权的情形时拍卖抵押物，若在此时，再赋予抵押权人以价金物上代位的权利，抵押权人毫无疑问的是被过度保护了，毕竟抵押权的追及力在这种情况下是完备的²⁰。

在承认两权重叠现象过度保护抵押权人色彩后，在价金代位与抵押权追及力之间如何进行取舍成为问题，学界对此有不同的观点。持否定说的学者认为，在抵押权追及力完备的情况下，在出售价金上认可物上代位就没有意义了，因此，转让价金物上代位在抵押权中被原则性的否定²¹。另有持肯定说的学者认为，应取价金物上代位而舍追及效力，在抵押权人行使价金物上代位权后，抵押权即告消灭，追及效力的切断被认可^{22 23}。本文将于下文对该问题加以仔细探讨。

三、抵押物转让制度之横向考察

(一) 纵向考察：物权追及效力与抵押权追及效力之历时性比较

1. 物权追及效力

物权追及力建立在物权对物关系说的逻辑前提下，对物关系说最早可追溯至罗马法时期的对物之诉(*actio in rem*)²⁴。对物之诉是罗马法的重要概念，区别于对人之诉，对物之诉旨在维护对物的权利，只要该物存在，诉讼便可持续，因此，罗马法学家便认为“物权”²⁵是对物的权利，物权关系是人和物的关系。根据对物关系说：权利人对物的权利追随于该物而存在，只要标的物尚未灭失，无论标的物辗转于何处，物权的效力均可及于该物。很显然，这就是物权追及力的内容。因此，物权追及力的逻辑前提应是对物关系说²⁶。

关于物权追及力的定义问题，物权追及力的概念在学者之间从未达成一致，比较具有代表性的学说有支配权说、请求权说、实现权利说等^{27 28 29}。更有学者认为，定义物权追及力

²⁰ 参见〔日〕近江幸治：《担保物权法》，祝姬等译，沈国明等校，法律出版社2000年版，第124页。

²¹ 参见〔日〕近江幸治：《担保物权法》，祝姬等译，沈国明等校，法律出版社2000年版，第124-125页。

²² 参见〔日〕我妻荣：《新订担保物权法》，申政武等译，中国法制出版社2008年版，第261页。

²³ 参见朱庆育：《抵押物转让效力之比较研究——兼评我国担保法第49条》，载《比较法研究》2000年第2期，第45页。

²⁴ 英美海事法中也存在“海事对物之诉”制度，但与罗马法上的对物之诉同名而异实，甚至包含了一些对罗马法上对物之诉的误解。见赵泽军：《论对物之诉》，西南政法大学2018年硕士学位论文，第1页。

²⁵ 事实上，罗马法上并没有抽象的物权的概念，所以罗马法上的一切他物权皆以所有权为中心，以所有权之既存为前提。参见〔意〕彼得罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社1999年版，第86-87页。

²⁶ 参见朱庆育：《寻求民法的体系方法——以物权追及力理论为个案》，载《比较法研究》2000年02期，第120-121页。

²⁷ 支配权说见我国台湾地区学者姚瑞光，其认为“物权之追及效力，指物权成立后，其标的物不论辗转入于何人之手，物权之权利人均得追及物之所在，而直接支配其物之效力而言”。参见姚瑞光：《民法物权论》，中国政法大学出版社2011年版，第6页。

²⁸ 请求权说主张“所谓追及的效力，是指物权的标的物不管辗转流通到什么人手中，所有人可以依法向物的占有人索取，请求其返还原物。”参见王利明：《物权法论》，中国政法大学出版社1998年版，第31页。

²⁹ 实现权利说主张：“凡属物权，无论其为权利标的之物，辗转归于何人之手，得追及物之所在而实行其

是不可能的，无法定义之概念，能否以其为基础形成可能的理论，更成为疑问³⁰。物权追及力的逻辑基础对物关系说，似乎也并不是毫无疑问。对物关系说认为物权是人与物的关系。事实上，倘若这个世界上只有一个人，那么作为界定人与人之间交往边界、定分止争工具的权利的概念将不会出现。从这个意义上说，任何的权利，包括物权在内均体现为对人关系。另一方面，对物关系，比起法学概念，毋宁说更像是意欲探寻事物本质的哲学概念。比起探寻事物本质，法学作为规范科学以效力为研究对象，规范人与人之间的关系即社会关系，物作为权利客体，孰能与人发生此种规范关系？法律关系必表现为人与人的关系。对物关系说难说明在物权关系中的特定的人与人之间的关系。

2. 抵押权追及效力

关于抵押权追及力的逻辑基础，学界大体存在有两种观点。部分学者径行套用物权追及力的概念：“抵押权追及效力源于物权追及效力，是物权追及效力在担保物权中的具体表达”³¹。抵押权作为物权，物权具有对世性、支配性，义务人是除了权利人以外的所有不特定的多数人，义务人负有不得侵害物权的不作为义务³²。

另一部分学者认为抵押权追及力的效力来源于公示公信制度，抵押权标的物一般是不动产，不动产抵押权经登记簿登记后具有公示公信力，无登记公示即无追及力³³。

(二) 抵押权追及效力的法史学考察

罗马法上最早的担保方式是信托让与(fiducia)，在信托让与中，债务人通过要式买卖(mancipatio)或者拟诉弃权(cessio in iure)的方式将所有权转让给债权人，待债务人清偿债务后，债权人将所有权返还，罗马法上的信托让与制度相当于今日的“让与担保”³⁴。因两次所有权转移带来的风险，加之若所有权丧失后，债务人只能通过裁判官法中的“信托之诉”以寻求救济，信托让与很快就被更为灵活的质押代替³⁵。随着社会实践的发展，裁判官在借鉴古希腊抵押制度、改造旧有质押制度的基础上创造了罗马法上的抵押制度³⁶。

罗马法上的抵押制度的出现有其现实的经济需要。在古罗马时期，佃农租耕土地需要预先向地主支付一定的租金，若无法支付佃租则需提供一定的担保。但基于佃农本身的经济状况，一般能够提供担保的财产只有农具和牲畜，若以其出质，农业生产将无法开展。于是，为了保证农业生产能够进行，地主与佃农之间订立契约，约定不移转占有的担保。佃农在担

权利，此称为追及权。”参见大理院编辑处：《大理院解释要旨汇览》，大理院收发所 1919 年版(2008 年影印本)，统字第 844 号解释。

³⁰ 参见朱庆育：《寻求民法的体系方法——以物权追及力理论为个案》，载《比较法研究》2000 年 02 期，第 117 页。

³¹ 参见毛瑞兆：《论抵押权的追及力》，载《山西大学学报(哲学社会科学版)》，2001 年第 3 期，第 19 页。

³² 参见罗思荣、梅瑞贻：《抵押权追及效力理论之重构》，载《法学家》2006 年第 2 期，第 150 页。

³³ 参见赵守江：《不动产抵押物转让效力问题研究》，载《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2012 年第 1 期，第 20 页。

³⁴ 参见陈朝壁：《罗马法原理》，法律出版社 2006 年版，第 325 页。

³⁵ [英] 巴里·尼古拉斯：《罗马法概论》(第二版)，黄风译，法律出版社 2004 年版，第 163-164 页。

³⁶ 见徐国栋：《优士丁尼<法学阶梯>评注》，北京大学出版社 2011 年版，第 165 页。

保成立之后仍然可以占有家畜和农具进行农业生产。为此，裁判官塞尔维乌斯发布塞尔维亚努姆令状(interdictum Salvianum)，当佃农到期无法清偿债务时，地主得根据该令状扣押抵押物并处分之³⁷。

但是，一旦抵押人将抵押物转让给第三人，令状没有赋予权利人扣押处于第三人手中抵押物的权利，基于此，裁判官塞尔维乌斯另创设塞尔维之诉(actio Serviana)，允许地主对佃农或者第三人提起诉讼，要求返还抵押物并扣押、处分，优先满足自身的债权³⁸。塞尔维之诉使诉讼主体跃出地主和佃农之间，延伸至第三人，权利人之抵押权追随于抵押物之上，无论辗转何人之手皆可行使权利，被认为是抵押权追及力的法史学源头。

(2)追及效力的解释之疑

对人之诉与对物之诉是罗马法上对诉讼的经典划分，“塞尔维之诉”被归类至对物之诉。前已述及，物权对物关系说源于对物之诉，而物权追及力也正是建立在对物关系说的逻辑基础上。因此，从法史学的角度上看，认为抵押权追及力源于物权追及力、与物权追及力一脉相承的观点并非没有道理，相比之下，认为追及效力源于公示公信的观点似乎没有历史上的正当性。基于当时的社会经济条件，罗马法上公示制度一直是不完善的³⁹。是故，可以得出的结论是：在古罗马时期，并非是公示制度产生了追及效力，反而是不完善的公示制度一直无法满足追及力的需要，限制着追及力，而对实现追及效力的需要在实践中又不断倒逼公示制度趋于完善。

再重新将目光移转至物权追及效力的观点，关于物权追及效力的疑问已如前述，关于物权追及效力能否成立虽然并非本文关心的问题，但以存疑理论为逻辑基础形成的理论能否成立，似乎也成为疑问。同时，倘若作为担保物权的抵押权能够从物权追及效力中获得正当性基础，难解释为何同为担保物权的留置权却不承认物权追及效力？毕竟留置权人在丧失占有后，留置权即告消灭。另一方面，据一些学者考证，物权与债权的截然二分最早也可追溯到罗马法上的对物之诉与对人之诉的划分，物权的绝对权、对世权的属性正是由对物之诉发展而来，那么，引之复作解释物权追及效力与抵押权追及效力关系的这种观点，又如何可能呢？毕竟，物权的支配性既然通过对物的直接的占有与支配作为前提证成，抵押权却无需移转对物的实际的直接占有与支配，认为抵押权追及效力源于物权追及效力的观点的逻辑似乎就很难自洽了。最后，就对物关系说本身而言，没有人会无缘无故以其财产与他人建立抵押关系，在抵押关系的背后必以特定的人合关系为基础，将抵押权效力的本质归于对物关系说的这种看法恰恰忽略了隐于抵押关系之后的特定的人合关系，若缺失了这一层关系，抵押权自然也无从成立了。

在其下的论述中，于法律适用层面，我们将看到在比较法上，各国抵押物转让制度在利

³⁷ 参见黄右昌：《罗马法与现代》，中国方正出版社2006年版，第190页。

³⁸ 参见周枏：《罗马法原论》(上册)，商务印书馆1994年版，第426页。

³⁹ 事实上，一直到公元472年之后，古罗马的公示制度才逐步建立，但此时距离西罗马帝国灭亡不足四年。参见邵元飞：《论抵押权的追及效力》，华东政法大学2014年硕士学位论文，第23页。

益格局方面难实现各方利益最优平衡的原因，似乎是因为皆在不同程度上采取了抵押权追及效力的立场所致，又为抵押权追及效力的命题能否成立的疑问添加了无奈注脚。

(三)横向比较：各国抵押物转让之立法例比较

根据我国《民法典》第406条规定，一方面，即使抵押物转让，抵押权人仍然能够在债权得不到实现或者发生约定实现抵押权的情形时对物行使追及权，处分抵押物以优先满足自身的债权。另一方面，若抵押权人能够证明抵押物转让的行为有侵害抵押权之虞，抵押权人也可请求就转让所得价金提前清偿或者特定化。从各立法例上不难看出，我国立法上的这种“双权重叠”的选择乃师法日本的结果。在普遍承认抵押权追及效力的立场下，抵押权追随于抵押财产而存在，抵押物转让后，抵押物受让人被动成为抵押人，毫无疑问这是极为不利的处境。为此，各立法均规定了相应的措施，意在保护抵押物受让人，维系交易关系中各方利益平衡。

1. 比较法上各国抵押物转让立法模式的选择

(1)德国

《德国民法典》对抵押物转让采自由转让立场，当事人之间关于禁止转让抵押物的特别约定无效。在承认抵押权追及力的立场下，根据《德国民法典》第433条规定，为平衡各方利益，赋予抵押财产受让人权利瑕疵担保请求权⁴⁰。权利瑕疵担保制度不是针对抵押物受让人的专门救济，在抵押物转让实际运行中能否实现也成为疑问。一方面，抵押权之设立采取登记生效主义，以登记作为其生效要件，一经登记即产生公示公信力。因此，在抵押物受让人主张权利瑕疵担保责任时，抵押物转让人有可能以抵押物受让人知情为由抗辩，抵押物受让人即使不知情，其未查看登记簿权利状态的行为也被推定为过失。另一方面，抵押权人需要通过处分抵押物来实现抵押权时，债务人多已无力清偿债务，即使权利瑕疵担保的主张被支持，也很难得到实现，于债务人而言不过就是又平添了一项无法清偿的债务罢了⁴¹。

(2)法国

法国法上规定了涤除权制度。根据《法国民法典》第2168及2169条规定，在承认抵押权追及效力的同时⁴²，赋予抵押物受让人以涤除权，允许其代为清偿债务人之债务来涤除抵押物上的权利负担。这样，抵押物受让人便可以通过清偿债务来保有抵押财产⁴³。法国法上的这种做法看似给予了抵押物受让人更多的选择，实则让抵押物受让人付出了买卖价金和清偿债务人债务费用的双重代价。抵押物受让人当然可对抵押物转让人主张权利瑕疵担保责任，但在抵押权人已经需要通过处分抵押物来实现债权时，多表明债务人已经无力清偿债

⁴⁰ 《德国民法典》第433条：出卖人需保证使买受人取得之物无物之瑕疵或者权利瑕疵。见《德国民法典》，台湾大学法律学院、台大法律学院编译，北京大学出版社2017年版，第356页。

⁴¹ 参见朱庆育：《抵押物转让效力之比较研究——兼评我国担保法第49条》，载《比较法研究》2000年第2期，第43页。

⁴² 《法国民法典》第2393条：无论不动产抵押物辗转于何人之手，抵押权均追随于其存在。见《法国民法典》，罗结珍译，北京大学出版社2010年版，第577页。

⁴³ 参见尹田：《法国物权法》，法律出版社2009年版，第524页。

务，对于抵押物受让人付出的双重代价能否得偿，更成为疑问。

(3) 日本

日本法上抵押权准用先取特权物上代位，因此，抵押物转让价金物上代位也被承认⁴⁴。在承认抵押权追及效力的同时，采取了和法国法上相似的做法，赋予抵押物受让人涤除权，允许其通过清偿债务人的债务来涤除物上权利负担⁴⁵。因而，在日本法上抵押权人同时享有追及权和就转让所得价金物上代位权，抵押权人可以获得双重救济，形成了“双权重叠现象”，此种做法也为我国所继受。日本法上的这种做法也引发了关于物上代位和追及效力在私法逻辑体系中能否并存的争论⁴⁶。

2. 相斥抑或并存？

日本法上的规定引发了学界关于物上代位与追及效力相斥抑或者共容的争论。除部分学者认为追及效力与物上代位无论于逻辑体系抑或者是价值取向上皆能共容外⁴⁷，理论界主流观点采否定说，认为二者于法律体系上无法共容⁴⁸。

在承认物权追及效力的立场下，抵押物转让之后，抵押权追随于抵押物而存在，当债权得不到实现或者发生约定实现抵押权的情形时，抵押权人可处分抵押物并以之优先实现债权。于此同时，抵押权人又可以请求抵押物转让人就转让所得价金物上代位，请求抵押物转让人就转让价金提前清偿或者特定化，处境未免过优。同时导致的结果是，从抵押权追及效力的视角，因抵押权追随于抵押物而存在，抵押物受让人被动成为新抵押人而加入抵押关系，若想涤除权利负担还需付出代价。从转让价金物上代位的视角，抵押物转让人负有应权利人的请求将转让所得价金提存或者提前清偿债务，其亦未摆脱抵押关系。

很显然，这些结果均为私法的逻辑体系所不容。抵押物转让后，若承认抵押权追及效力，抵押权追随于抵押物而存在，自然应当向抵押物受让人主张权利，原抵押人自动脱离抵押关系。若抵押权人主张转让价金物上代位，则表明抵押物转让人仍是债务的担保人，仍然需要对抵押权人承担担保责任，受让人并没有义务为债权担保，此时的追及效力被切断。因此，抵押权的物上追及效力与抵押物价金物上代位于私法的逻辑体系上无法共存⁴⁹。

从利益衡量的角度，部分学者认为单一的抵押权追及力或者价金代位难维护抵押权人的利益⁵⁰，一方面，抵押物转让的行为可能给抵押权人带来抵押权将被损害的危险与不安，另

⁴⁴ 《日本民法典》第372条：第二百九十六条(留置权不可分性)、第三百零四条(先取特权物上代位)及第三百五十一条(质权物上保证人求偿权)准用抵押权。见《日本民法典》，刘士国等译，中国法制出版社2017年版，第268页。

⁴⁵ [日]近江幸治：《担保物权法》，祝姬等译，沈国明等校，法律出版社2000年版，第174页。

⁴⁶ 参见朱庆育：《抵押物转让效力之比较研究——兼评我国担保法第49条》，载《比较法研究》2000年第2期，第44页。

⁴⁷ 参见温世杨、廖焕国：《论抵押权物上代位性与物上追及力之共容》，载《法学》2001年第6期，第51页。

⁴⁸ 参见孙鹏等著：《担保物权法原理》，中国人民大学出版社2009年版，第180页。

⁴⁹ 参见朱庆育：《抵押物转让效力之比较研究——兼评我国担保法第49条》，载《比较法研究》2000年第2期，第44页。

⁵⁰ 参见刘得宽：《民法诸问题与新展望》中国政法大学出版社2002年版，第405页。

一方面，若抵押物转让人与受让人之间恶意串通以低价转让抵押物，单一的转让价金难救济抵押权人的权利，还是需要通过抵押权追及效力以补充救济⁵¹。

先且不论法律是否应当对所谓不安感⁵²进行保护，在抵押物转让中，在承认抵押物自由转让的立场下，相比于有偿转让，无偿转让(赠与、继承等)带来的不安感尤甚，但无偿转让中却没有转让价金可供代位，赋予有偿转让中抵押权人以价金物上代位的权利难解释为何有偿转让的转让人与受让人需遭受比无偿转让更加不利的法律地位。毕竟，若承认抵押权物上追及力，无论抵押物是有偿抑或者是无偿转让于何人之手，抵押权均追随于抵押物存在，再加之抵押物一般为不动产，不动产基于自身物理性质而本身活动受限，因此，所谓无偿转让带来的危险与不安实为伪命题。其次，有偿转让的法律地位比无偿转让更加不利带来的后果是，鼓励抵押物转让人与受让人之间为规避价金物上代位的义务而订立名为“无偿”实则“有偿”的“阴阳合同”，助长通谋虚伪的意思表示。至于抵押权人与抵押人恶意串通以低价转让抵押物之情形，抵押权人自可寻求债法上的救济，例如行使债权人撤销权。赋予抵押权人以双重救济无疑违反了民法的衡平理念，造成了各方利益格局失衡。

综上，应认为抵押物价金物上代位与抵押权物上追及效力无法共存，二者无论于私法的逻辑体系抑或是利益格局的衡平上均是相斥关系。在承认二者无法共存的前提下，随即引发的问题是，二者应当如何进行取舍？什么样的选择能够更好的维护各方当事人利益格局的平衡？

3. 取与舍

在承认抵押权物上追及力与价金代位请求权无法共存后，接下来要讨论的便是二者的取舍问题。有部分学者主张应当采取追及效力的立场而抛弃价金物上代位的模式⁵³，另一部分学者认为价金代位能够更好的维护利益格局的平衡，此时的追及效力被“切断”⁵⁴，各国之所以难在抵押物转让制度方面寻找到能够维护各方基本利益格局衡平的较为妥适的做法，原因就在于皆多多少少的采取了抵押权追及效力的立场⁵⁵。

抵押权追及效力的疑问已如前述，抵押权作为价值权一种，相比于抵押物辗转于何人之手，抵押权人更加在乎的是债权能否顺利得到实现。日本法上“双权重叠”之不合理性虽比德法二国更甚，但也提示了我们：物上代位的代偿物亦可及于转让价金。当然，价金作为消费物，乃无特性价值之外部表征，易与其他财产相混同，可能导致物上代位权难以行使，毕竟金钱价值的返还以其具有特定性为前提，若金钱丧失特定性将阻却物上代位的发生⁵⁶。因

⁵¹ 参见陆文绚：《抵押权的追及效力研究》，华东政法大学2017年硕士学位论文，第20页。

⁵² 此处不安仅指一种主观心理之状态，区别于具有客观危险之虞的不安抗辩权行使。

⁵³ 参见〔日〕近江幸治：《担保物权法》，祝姬等译，沈国明等校，法律出版社2000年版，第40页。

⁵⁴ 参见〔日〕我妻荣：《新订担保物权法》，申政武等译，中国法制出版社2008年版，第17页。

⁵⁵ 参见朱庆育：《抵押物转让效力之比较研究——兼评我国担保法第49条》，载《比较法研究》2000年第2期，第45页。

⁵⁶ Karl Heinz Gursky, in:Staudingers Kommentar BGB, Neilbearbeitung 2013,§985 Rn.92.转引自张静：《物上代位的体系整合与教义学结构》，载《环球法律评论》2021年第4期，第72页。

此，权利人可以要求将转让所得价金特定化(提存、存入特定的账户等)，若抵押物转让人拒绝履行特定化义务，权利人自可要求其另行提供担保或者要求提前清偿债务⁵⁷。

在取抵押物转让价金物上代位而舍追及效力的立场下。一方面，抵押权人的利益得到保障，抵押权人不会因为抵押物转让而使其失去担保，抵押物转让人仍然需要以其物作为担保物为债务承担担保责任，无法脱离抵押关系，价金物上代位模式在防止抵押人通过抵押物转让的行为规避担保责任的同时也满足了抵押物转让人的交易需求。另一方面，抵押物受让人不会因为与抵押物转让人的交易关系而被迫加入抵押关系，成为抵押人，亦不违法意思自治，私法自治要求任何契约关系都需有当事人意志介入⁵⁸。抵押物受让人获得的是没有权利瑕疵负担的完整的物之所有权，无需担心所有物被权利前手追及，受让人的交易目的得到满足。转让价金物上代位制度于此意义上也同时维护了交易安全。

以上所言“转让”皆指无偿转让，广义上的转让还包括无偿转让。于无偿转让情形中，抵押物受让人因赠与、继承等原因无偿受让抵押物，因无偿而无价金可供代位，自是不适用价金物上代位。此时权利人可要求抵押物受让人就抵押物继续订立担保或者另行提供担保，因抵押物受让人本就无偿受让抵押物，对其科以此种负担并无不可，法律地位也无下降。

综合以上，应当认为单一的价金物上代位主义无论于逻辑体系抑或者是利益衡平理念上均堪称公平，是为可采。我国《民法典》第406条应作限缩解释，在抵押物转让后，行使价金物上代位权时，抵押物的追及效力被切断。

四、抵押物转让价金物上代位之讨论

(一)构成要件之讨论

1. 权利人享有抵押权

物上代位被认为是原物权关系的延续，因此也以权利人享有物权为前提⁵⁹。抵押权转让价金物上代位之行使以权利人享有抵押权为前提，若当事人不享有抵押权，自然不是适格的代位人，不能行使价金物上代位权。《民法典》第406条中“抵押权人”此种表述即表明价金物上代位权之行使以抵押权之享有为前提。

2. 存在抵押物转让的行为

《民法典》第406条所称之转让皆为能够产生买卖价金以供代位的有偿转让。无偿转让例如赠与、继承等，不在《民法典》406条的规范对象中，应另行适用规则。

3. 关于“有可能损害抵押权”之讨论

我国《民法典》第406条第2款规定行使价金物上代位权的条件，抵押权人需对抵押物转让的行为有损害抵押权之虞负举证之责。在单采价金物上代位的模式下，不应当以抵押权

⁵⁷ 参见朱庆育：《抵押物转让效力之比较研究——兼评我国担保法第49条》，载《比较法研究》2000年第2期，第45页。

⁵⁸ 参见王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社2009年版，第221页。

⁵⁹ Zie J.B.Spath, Zaaksvervanging, Kluwer, 2010, p.221.转引自张静：《物上代位的体系整合与教义学结构》，载《环球法律评论》2021年第4期，第72页。

人能够证明抵押物有损害抵押权的可能为构成要件，在抵押权追及效力被切断的情况下，若抵押权人只能在证明有损害抵押权可能的情况下行使价金代位，法律地位未免过劣。

事实上，“证明抵押物转让行为有可能损害抵押权”此种表述似乎是一个伪命题。债之关系具有相对性，抵押人与受让人的抵押物转让行为具体内容原则上仅为特定双方可知，抵押权人仅能从公示中得知抵押物所有权权利状态之变动，对于抵押物转让中其他具体交易信息原则上无权知晓，换言之，抵押人与受让人所进行的抵押物转让行为具体内容为双方私密，即使抵押权人通过某种方式得知具体交易细节并将其引之作为有损害抵押权风险的证据，此种以侵犯债之相对性、侵犯他人私域为代价的举证也并不具有正当性。最后，于技术层面，证明抵押物转让行为有可能损害抵押权没有明确的证明标准，这也意味着双方发生纠纷诉至法院，是否有侵害抵押权的可能最终只能由法院自由裁量，给予了法院恣意的空间，更不符合大陆法系一贯的传统。

4. 存在适格的代偿物

物上代位的前提无疑是存在适格的代偿物以供代位，若无适格的代偿物，物上代位就无从谈起了。行使转让价金物上代位自然以存在转让价金为前提。因金钱易于混同的性质，抵押权人可要求抵押人将金钱特定化，以待日后若债权无法实现或发生约定实现抵押权之情形代位。在无偿转让中，因不存在转让价金而无从行使价金物上代位权，此时权利人只能要求抵押物受让人就原抵押物继续成立抵押或者另行提供担保。

(二) 法律效果

1. 权利人取得新物权(法定债权质)

物上代位的实质是“权利代位”(Rechtsersatz)⁶⁰。抵押物转让价金物上代位的法律效果是权利人在原抵押物代偿物上成立一个新物权(法定债权质)。抵押物转让导致的物权客体的变化，由原抵押物变为转让价金，根据物权客体特定原则，建立在替代物上的新物权与原抵押权必不一致。因此，抵押权物上代位的法律效果是新物权的取得而非原抵押权的延伸。

基于物上代位而取得物权，乃法定自动取得，无需权利人再行主张⁶¹。作为物权的保护机制，要件一经满足即自动发生效力，抵押物转让后，抵押权人就转让所得价金自动成立法定债权质。抵押人以转让所得价金继续对抵押权人承担担保责任并负有特定化价金的义务。抵押人拒绝履行特定化义务，抵押权人可以抵押权之实现受到危险为由请求抵押人另行提供担保或者就转让价金提前清偿债务、实现债权。

2. 抵押人转让抵押物的通知义务

《民法典》第406条规定，抵押物转让的，抵押人需及时通知抵押权人，由此确定了抵押人在抵押物转让时的通知义务。抵押物一般为不动产，我国法上不动产物权变动采登记生

⁶⁰ Vgl.D.Strauch, Mehrheitlicher Rechtsersatz, Siebeck-Verlag, 1972, S.150.

⁶¹ Vgl.Brehm/Berger, Sachenrecht, Siebeck-Verlag, 2014, S.479.

效主义，以登记作为其生效要件。于理论上，作为利害关系人的抵押权人有权利查阅登记簿以获取权利状态。但实际情况是，没有抵押权人会时时刻刻紧盯其抵押权的权利状态，频繁查阅登记簿也并不现实，同时也对抵押权人科以了过分的注意义务，因此，对抵押人科以通知义务就成为必要。

若承认抵押权的追及效力，无论抵押物辗转于何人之手，抵押权均追随于抵押物而存在，那么此时的所谓抵押物转让时的通知义务，也无必要了。但若抵押人未履行通知义务，可作为证明抵物转让的行为有可能损害抵押权标准之一，若非为了规避担保责任，抵押人不愿抵押权人知晓抵押物转让的事实是可疑的。

单一的价金物上代位的立场下，通知义务的地位将变得更加重要。在单一的价金物上代位模式下，抵押权人获知抵押物权利变动几乎全赖抵押人通知，抵押人不履行通知义务的行为将被推定为非善意⁶²，当抵押权人未履行通知义务妨碍抵押权人行使权利并造成损害时，抵押人应负完全的损害赔偿责任。

五、结语

伴随现代市场经济发展和交易安全的需求，古老的物上代位制度也在与时俱进的更新着，今日的物上代位与罗马法时期的物上代位已今时不同往日。物上代位的适用范围呈现不断扩大的趋势，物上代位的法律与经济价值也不断的被法学家们挖掘着，法学家们对物上代位的讨论从未休止。

抵押权因其无需移转占有的性质成为最能促进价值增值与经济发展的担保方式，但也因此，抵押权对标的物的掌握和控制力远不如质权，为使抵押制度发挥应有的作用，对抵押权人加以特殊的保护成为必要。但基于民法的自由、公平的价值取向，对抵押权人的保护不应当以损害抵押人的利益、限制其应有的自由为代价，寻找能够维护抵押物转让关系中各方当事人利益格局平衡的抵押物转让制度一直是理论界追求的目标。

本文以对传统大陆法系物上代位与追及效力理论的考察为线索，对我国抵押物转让模式的选择略陈管见。通过对传统的追及效力理论的质疑以及对日本法上“双权救济”批判，主张我国抵押物转让模式不应师法日本，而应采单一的价金物上代位模式。最后于文末对价金物上代位的构成要件及法律效果略加以讨论，以期对理论与实务的讨论有所裨益。物权追及效力的命题关乎物权、乃至于物之本质，非为寥寥数笔可以厘清，答案更可能在法律之外，从此意义上本文无疑是不成熟的。但本文不避浅薄，若能于上述之目的有一二提示意义，便足可慰慰了。

⁶² 参见程啸：《担保物权人物上代位权实现程序的建构》，载《比较法研究》2015年第2期，第24页。