

# 担保物权与时效的关联性研究

徐 洁 \*

---

**内容提要：**时效制度为公共秩序而牺牲公平，担保物权则是为实现公平而保障债权。夸大时效的作用而削弱担保物权的效力无益于社会信用的培育。现代法律理论已否定了法实证主义观念，将道德上的义务重新纳入法的范畴，将其视为法律上的义务，故时效并不产生消灭权利的效果，担保债权的担保物权仍有理由存在。物权法第 202 条的规定不但有立法技术上的缺陷，而且有价值选择上的偏差，应当重新检讨和修正。为符合社会正义观念和满足现实需求，构建不受债权时效影响的担保物权制度是必要的。

**关键词：**物权法 担保法 担保物权 时效

---

## 引 言

时效有取得时效与消灭时效之分，担保物权是否受时效限制，素有争论。我国现行法没有关于取得时效的规定，所以争论的焦点一直集中在被担保债权诉讼时效完成对担保物权的效力是否产生影响及产生何种影响的问题上。

目前立法界、司法界、学术界能够达成一致的仅是：担保物权依其性质不应具有永续性。<sup>〔1〕</sup>但在具体制度设置上存在很大分歧。例如，虽然在总体上都没有否认抵押权的效力应当受到某种时间上的限制，但对抵押权应当受到怎样的时间限制并未形成一致的看法；同时，对质权、留置权是否应受到时间限制，也有很大的分歧。争论者为了就上述问题说明自己的观点，还从理论上讨论了下列问题：限制担保物权的时效属于什么性质，担保物权受时间的限制究竟是时效的直接作用还是间接作用引起的，等等。这些争论在物权法生效后仍无定论。因为物权法第 202 条只对抵押权是否受影响作了回应，而且语义并不清晰，所以立法界、司法界、学术界从各自的立场出发对该条作了不同的解释；物权法在规定这个问题时没有涉及质权和留置权，使这两种担保物权在被担保债权时效完成后的效力更加扑朔迷离。

立法不是制度研究的终结。立法的目的是为司法者提供公正妥当地处理纠纷的裁判准则，而

---

\* 西南政法大学教授。

〔1〕 我国学者普遍认为，债权的存在通常是有限期的，担保物权因以担保债权实现为目的，故也不具有永久存续的特质，同样应当具有有限性。学者采用德、日、法、瑞等国及我国台湾的立法来讨论担保物权的存续期间时，指出尽管立法各异，但这一原理没有不同。

准确把握立法意旨是司法者在现行法下公正处理纠纷的前提。因此,对物权法已经规定的抵押权 and 没有明确规定的质权、留置权与时效的关联性作进一步研究,在当前仍有不容忽视的现实意义。同时,任何制定法都是立法者进行法律价值选择后的结果,物权法第 202 条以快速消灭有担保的信用关系在法律上的保护为内容,究竟是基于何种法律价值,这种法律价值取向是否符合我国现实社会需求,仍有讨论的余地。

## 一、现行法的立场及不同解释

### (一) 现行法的立场

#### 1. 物权法第 202 条的规范意义

有关主债权诉讼时效与担保物权的关系的法律规定只见于物权法第 202 条。该条规定:“抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权,未行使的,人民法院不予保护。”从字面意义看,该条未明确规定抵押权的存续期间,而是规定抵押权的行使期间,即抵押权在主债权诉讼时效完成之前行使的,受法律保护,反之,则不受保护。根据该条,一旦主债权时效期间完成,抵押权人实现抵押权的请求便得不到法院支持。

但是这一规定在理论上不免发生歧义。

首先,不予保护抵押权究竟是由抵押权对主债权的从属性引起的,还是直接由时效完成引起的?通常,消灭时效是针对债权或者请求权适用的一项制度,且第 202 条特别强调的是主债权诉讼时效期间届满,而抵押权对主债权具有从属性,因此可以理解为:时效完成,主债权不受保护时,抵押权也同样不受保护。但从法院适用法律的角度看,该条似可形成这样的规则:对于抵押权人实现抵押权的请求,法院可以主债权时效完成为由予以拒绝,即直接将主债权时效完成作为对抵押权不予保护的判断基准。

其次,“不予保护”的理由应当如何理解。是因为抵押权已经消灭而不予保护,还是抵押权虽然继续存在,但公权力不予救济?如系后者,“抵押权继续存在但不受保护”这种说法能否成立,也值得研究。

#### 2. 物权法第 202 条与《担保法解释》第 12 条第 2 款的关系

物权法第 202 条可以说是对《担保法解释》<sup>〔2〕</sup>第 12 条第 2 款的否定。担保法原本没有关于主债权诉讼时效完成后担保物权效力变化的规定,所以实务中出现过许多混乱。为了解决实践中的混乱,统一裁判尺度,最高人民法院《担保法解释》第 12 条第 2 款规定:“担保物权所担保的债权的诉讼时效结束后,担保权人在诉讼时效结束后的 2 年内行使担保物权的,人民法院应当予以支持。”这款规定确立了两项重要内容:第一,被担保债权的诉讼时效完成后,债权不受保护,但担保物权仍受保护;第二,担保物权在被担保债权诉讼时效完成后只有两年的受保护期间,超过两年时间担保物权即丧失保护。显然,这样的规定使担保物权受保护的期间长于被担保债权受保护的期间,与物权法第 202 条确立的“同时不保护”规则形成对比。不过,物权法第 202 条只规定了抵押权与被担保债权同时不受保护,没有涉及质权和留置权,而《担保法解释》第 12 条第 2 款规定的是担保物权,所以从字面上看,物权法只是对《担保法解释》中的抵押权适用规则作了否定。

#### 3. 物权法第 202 条的价值取向

与《担保法解释》第 12 条第 2 款相比,物权法第 202 条缩短了抵押权受保护的时间,也就

〔2〕 全称为《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》(2000 年 12 月 8 日)。

降低了抵押权实现的可能性,增大了抵押权人因诉讼时效完成而无法行使抵押权的风险程度,从而间接加强了对债务人及抵押人、抵押物受让第三人的保护力度,给予债务人及其物上担保人更多的时效利益。

## (二)对物权法第202条的解释

对物权法第202条的规定,存在着三种不同的解释。

有学者提出了“胜诉权丧失”理论。<sup>〔3〕</sup>认为主债权的时效期间届满后,抵押权本身并不消灭,抵押权人丧失的只是受人民法院保护的權利即“胜诉权”(或执行力)。如果抵押人自愿履行担保义务,抵押权人仍然可以实现抵押权。这一观点的核心是,导致抵押权不受保护的原因是主债权诉讼时效期间届满。<sup>〔4〕</sup>

另一种观点则为“抵押权消灭”说。该说认为,导致抵押权不能行使的期间应是除斥期间。<sup>〔5〕</sup>因为担保物权属支配权而非请求权,依民法原理应不受诉讼时效之限制,不宜适用与债权相同的诉讼时效制度。因此对抵押权而言,主债权时效完成实际上应当理解为除斥期间届满,而除斥期间届满产生的法律后果是抵押权消灭,因此抵押权消灭是抵押权不受保护的原因。<sup>〔6〕</sup>

第三种观点为“从属性”说。有学者提出,抵押权自身本无期限,抵押权“不受保护”既非因诉讼时效也非因除斥期间,而是因抵押权具有从属性,所以当主债权因诉讼时效期间届满而不受保护时,抵押权也同时不受保护。<sup>〔7〕</sup>并有学者引述日本判例与学说,论证抵押权因具有从属性故不能脱离被担保债权单独适用诉讼时效的理由。<sup>〔8〕</sup>在他们看来,抵押权不受保护与时效之间只存在一种间接关系,其桥梁即是抵押权对被担保债权的从属性。该学说还进一步对不予保护的抵押权是何种性质的权利,提出了“自然物权”的见解。其观点是:抵押权具有从属性,所以在主债权因时效完成而转化为不能获得法律强制力保护的“裸体权利”即自然债权时,抵押权随之转化为不受法律强制力保护的“裸体权利”即“自然物权”。这时的担保物权虽不因主债权时效完成而消灭,但会因主债权时效完成而沦为“裸体权利”,使债权人不能依单方面的意志就担保物取偿。<sup>〔9〕</sup>这种见解特别强调抵押权的从属性包含债权因时效而转化为不能获得法律保护的“自然债权”与抵押权同时转化为不受保护的“自然物权”之间的一致性。

从抵押权与时效的关系来看,抵押权消灭说与胜诉权丧失说尽管在理论根据和结论上相异,但有一个共同点:它们都把主债权时效的完成作为导致抵押权效力发生变化的直接原因,都没有对抵押权是否应受时效影响作必要的分析,就简单判定主债权诉讼时效与抵押权存在直接的关联性。因此这两种学说可统称为“时效直接作用说”。而从属性说则将主债权受时效限制作为抵押权不予保护的充分条件,强调抵押权效力与时效之间的间接关系和债权的媒介作用,可以称为“时效间接作用说”。

从主债权诉讼时效期间届满的效果来看,抵押权消灭说的结论当然是抵押权消灭,而胜诉权丧失说所谓的“抵押权不受保护”和从属性说所谓的“抵押人能依债务人的抗辩权对抗抵押权人”在内涵上是一致的,即抵押权不消灭,但抵押权人不能获得法院强制力的保护。所以从法律

〔3〕 该种学说由全国人大法工委主任的名义以公开出版物的形式对物权法的条文进行说明,可以代表立法者的观点。参见胡康生主编:《中华人民共和国物权法释义》,法律出版社2007年版,第441页。

〔4〕 同上书,第441页;屈茂辉主编:《物权法原理精要与实务指南》,人民法院出版社2008年版,第676页。

〔5〕 刘贵祥:《〈物权法〉关于担保物权的创新及审判实务面临的问题》,《法律适用》2007年第9期;吕伯涛:《适用物权法重大疑难问题研究》,人民法院出版社2007年版,第292页。

〔6〕 参见上引刘贵祥文。

〔7〕 高圣平:《担保物权的行使期间研究——以〈物权法〉第202条为分析对象》,《华东政法大学学报》2009年第1期。

〔8〕 参见孙鹏:《担保物权的实行期间》,《现代法学》2007年第6期。

〔9〕 同上文。

效果角度讲，胜诉权丧失说和从属性说可统称为“执行力丧失说”。

## 二、现行立法在规范手段（立法技术）上的缺陷

前述表明，不少学者试图通过学理解释确定物权法第 202 条最恰当的应用规则。可是根据该条的立法用语却很难对它作出符合其本意的合理解释。下文的分析表明，从任何角度对该条进行的解释都存在不可弥补的缺陷，很难取得广泛的认同。这表明，就该立法条文无法形成真正具有说服力的理论构成。

### （一）主债权诉讼时效与除斥期间的关系

物权法第 202 条中的主债权诉讼时效期间是否可以等同于除斥期间，这是抵押权消灭说难以回答的问题。抵押权消灭说借助了除斥期间届满权利消灭的理论，但第 202 条中只出现了“主债权诉讼时效期间”这样的概念，所以只有论证这个诉讼时效期间性质上就是除斥期间，才能发生抵押权消灭的后果。然而这是难以证明的。在通常情况下，除斥期间总是在立法中明确加以规定的，如合同法第 75 条关于行使撤销权期间为 1 年的规定、第 104 条关于债权人提存物的受领期间为 5 年的规定，等等。而且除斥期间总是固定的，不会因为中断而发生延长的情形。可是第 202 条规定的主债权诉讼时效期间可能会因中断、中止而延长，并不是一个固定的期间，将之解释为除斥期间甚为牵强。

### （二）抵押权与时效的关系

#### 1. 时效抗辩与法官职权

根据物权法第 202 条的文义，抵押权的行使被明确地限定在债权诉讼时效期间之内，即诉讼时效完成，抵押权不受保护。这的确是采用了类似于“胜诉权”的规则，即无需任何人主张，只要主债权诉讼时效完成，法院即可主动适用诉讼时效规则而拒绝对抵押权的保护。胜诉权丧失力图建立被担保债权与担保物权之间的一致状态，即被担保债权于诉讼时效期间届满时，其本身与担保物权同时不受法律保护。该说显然采用了诉讼时效完成债权人即丧失胜诉权的理论，并将这一理论扩展到担保物权领域。

学者认为，我国民法通则第 135 条和第 138 条关于诉讼时效的规定，系采胜诉权消灭主义。<sup>[10]</sup>胜诉权消灭主义最突出的特征是法官依职权援用时效规定驳回债权人的保护请求，因此时效期间一旦届满，债权不受保护之结果已成定局。从效果上看，将物权法第 202 条解释为抵押权的胜诉权丧失似与民法通则第 135 条的规定相一致，即建立了抵押权与被担保债权效力状态的同步性。

但如果这样来理解物权法第 202 条的规定，就与 2008 年最高人民法院关于诉讼时效的司法解释无法衔接。<sup>[11]</sup>该司法解释将诉讼时效的适用范围限定在债权请求权，并且对时效效力改采德国法通行的抗辩权发生主义，即时效完成后，请求权并不消灭，但对方当事人可以行使时效抗辩权，并特别规定法院不能主动适用诉讼时效的规定进行裁判（第 1 条、第 3 条）。这将导致在适用物权法第 202 条时产生下述不合理状况：被担保债权的诉讼时效期间届满，但债务人没有提

[10] 学者认为，诉讼时效期间届满，其起诉权和实体权利并不消灭。无论当事人是否了解时效的规定或是否提出时效抗辩，司法机关均应依职权调查诉讼时效问题，如果原告的请求权或权利适用诉讼时效，且时效期间已经届满，又没有应予保护或延长时效期间的特殊情况，就应判决对其权利不予保护。参见佟柔主编：《中国民法学·民法总则》，中国人民公安大学出版社 1990 年版，第 317 条。类似观点可参见彭万林主编：《民法学》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 137 页；魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社 2007 年版，第 193 页；郭明瑞主编：《民法》，高等教育出版社 2007 年版，第 146 条。

[11] 参见《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第 1 条。

出时效抗辩,法院根据司法解释的规定不能判决债权人败诉;可是在抵押权诉讼中,由于采胜诉权丧失理论,法院即应援用时效规则判令抵押权不予保护。其结果可能是:债权请求权尚能因债务人未予抗辩而受法院保护,而抵押权却提前失效了。

立法与司法的这种脱节,源于最高人民法院司法解释对民法通则之时效效力的修正。虽然就立法与司法的关系而言,最高人民法院司法解释是否有改变立法原意的效力,尚待讨论。但是从合理性而言,采“抗辩权发生主义”即“时效完成后,债务人有权拒绝给付,债务人如不拒绝给付而不为抗辩,审判上不得依职权采为判决之根据”的立场最为妥当。<sup>[12]</sup>这对于采胜诉权丧失说解释物权法第202条无疑是一种挑战。此外,还有人认为,采用胜诉权丧失说,实际上是剥夺抵押人自由处置时效利益的权利,显然违反私法自治的民法理念。<sup>[13]</sup>

## 2. 诉讼时效不能适用于抵押权

依胜诉权丧失说来解释物权法第202条的规定,实际上是建立在诉讼时效可以直接适用于抵押权这样的观念之上。但是诉讼时效适用于抵押权的观点与抵押权的性质不符。根据物权法第195条第2款的规定,抵押权人可通过请求法院强制执行抵押物的方式实现债权。而抵押权人在诉讼外“请求”(法律表述为“协商”)抵押人承担担保责任或者抵押人“承认”或“否认”抵押权,对于抵押权的实现均不产生实质性影响。所以,抵押权人请求法院强制执行抵押权的期间不可能出现类似于诉讼时效期间中断的效果,即使认为抵押权行使应受期间的限制,这个期间也只能是不变的期间。但是,如果承认抵押权应当适用诉讼时效,就不得不认可债权人向抵押人行使请求权或抵押人承认负有义务也可中断抵押权的时效,这就导致其自相矛盾。

有学者指出,如果抵押权根据第202条适用诉讼时效,那么在回答“主债权诉讼时效完成后质权和留置权是否适用诉讼时效”时,就必然面临理论上的质疑:若作肯定回答,将违反物权法定原则;若作否定解释,则发生“抵押权适用诉讼时效,而质权、留置权不适用诉讼时效”的解释结果,必将构成对物权法第四编内部体系的违反。<sup>[14]</sup>可见抵押权适用主债权诉讼时效之说在理论上难以成立。

## 3. 抵押权的从属性与时效

以抵押权具有从属性为根据,来解释抵押权应当随债权的时效完成而不受保护,这种观点无疑值得重视。从立法渊源来看,这是借鉴法国和日本民法的规定,有其比较法的依据。<sup>[15]</sup>但是应当注意到,日本民法规定时效的客体为债权本身,时效完成后债务人援用时效的规定,债权本

[12] 因为时效制度在于保护债务人的利益,如果债务人不主张其利益,则无保护之必要。参见史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第699页。多数国家采这一立场,具体制度可见德国民法典第222条、瑞士债务法第142条、日本民法典第145条、法国民法典第2223条,我国台湾民法第144条第1项。与上述不同,苏俄民法第47条规定时效有消灭诉权的效力,法院应依职权审查时效是否已完成,如已完成则驳回起诉。不过此条规定已被1995年施行的俄罗斯联邦民法典第199条所取代,该条第2款也明文采取了抗辩权发生主义。参见黄道秀、李永军、鄢一美译:《俄罗斯联邦民法典》,中国大百科全书出版社1999年版,第97页。

[13] 参见翟远见:《债权的时效完成对担保物权的效力》,《研究生法学》2007年第3期。

[14] 参见王闯:《冲突与创新——以物权法与担保法及其解释的比较为中心而展开》,载梁慧星主编:《民商法论丛》第40卷,法律出版社2008年版,第286页。

[15] 法国民法典第2180条规定,时效完成导致抵押权消灭。法国学者对该规定的解释是,当抵押的不动产被债务人占有时,抵押权不可能成立独立的时效,只有债权可因时效而消灭,债权的消灭才能导致抵押权的消灭;当抵押的不动产被第三人占有时,抵押权因第三人取得所有权的时效完成而消灭。参见尹田:《法国物权法》,法律出版社1998年版,第513页。依日本民法典第396条的规定,被抵押的不动产的所有权属于债务人或是物上担保人,只要被担保债权的消灭时效没有届满,抵押权都不能依第167条第2项的规定而单独消灭,反之,被担保债权因时效完成而消灭,抵押权也随之消灭。但是,根据第397条的规定,抵押的不动产被第三人占有并由第三人依时效而取得抵押的不动产的所有权时,抵押权消灭。因为取得时效直接引起的是原始取得,所以取得时效的目的物上的负担(限制物权)因此而消灭。参见[日]高木多喜男:《担保物権法》,有斐阁2005年版,第287页。

身归于消灭,故从属于债权的抵押权失去其法律上的根据,抵押权消灭乃逻辑上之当然结果。<sup>[16]</sup>同样,法国民法规定时效完成,各权利之诉权消灭,而在法国民法理论中诉权乃是权利之重要组成部分,诉权的消灭意味着权利的消灭,故为其担保的抵押权因丧失担保对象而归于消灭,应为理所当然。<sup>[17]</sup>然而我国借鉴的时效理论却是德国民法上的请求权受限的理论,根据该理论,因请求权的时效期间完成,债务人提出时效抗辩后,仅产生请求权不能被执行的效果,其债权本身并不消灭,从属于债权之抵押权在法律上的根据犹存,抵押权消灭之说难以成立。既以德国民法的时效理论为基础,又欲发生法国、日本民法上时效规定的效果,使得抵押权从属性说无论在理论上或逻辑上均存在障碍。“债权因时效不能实行,担保物权也同样不能实行”的观点,虽可避免出现债权未消灭而抵押权消灭的逻辑问题,但是没有消灭却不能行使的抵押权在法律上有何意义呢?

### (三) 不予保护与消灭的关系

#### 1. 不予保护不等于消灭

前文所述,对物权法第202条关于主债权时效完成后抵押权的命运主要有两种不同说法:消灭说和胜诉权(或执行力)丧失说。从文义解释的立场看,物权法第202条并没有规定抵押权因主债权诉讼时效期间届满而消灭,而仅仅规定不予保护,与物权法第177条将主债权消灭作为担保物权消灭的原因之一的规定存在明显区别,因此不宜将“不予保护”解释为“消灭”。而从体系解释的角度看,第177条规定的与主债权有关的担保物权消灭的原因是“主债权消灭”而非“主债权诉讼时效期间届满”。根据我国时效制度,债权诉讼时效期间届满只发生债务人的时效抗辩权,债权本身并不消灭,因此依担保物权的从属性对第177条作反向解释,则主债权没有消灭,担保物权也不会消灭。故而抵押权消灭说难以成立。

#### 2. 不予保护的抵押权与物权概念的关系

从第202条的文义看,将抵押权“不予保护”解释为“执行力丧失”,的确是最为合理的。但这也带来对“既不消灭又不能执行的”抵押权究竟是什么性质的权利的疑问。为了回答这个问题而提出的“自然物权”的见解同样疑问重重。

民法理论中存在“自然债权”的概念,但不存在“自然物权”的概念。“自然物权”的观点包含着这样的逻辑推演:既然债权可因时效完成而改变性质为自然债权,那么担保物权因从属于自然债权也可沦为不受保护的“自然物权”;受保护的债权与受保护的担保物权相对应,不受保护的债权(即自然债权)也与不受保护的担保物权(即“自然物权”)相对应。可是,这种逻辑无法成立,因为“自然物权”这一概念与物权概念本身是冲突的。物权是指权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利。<sup>[18]</sup>如果法律承认某人是抵押权人,就应当承认他有权获得法律的保护,否则就等于否认了他作为物权人的地位。请求法院强制执行的效力是抵押权最核心和本质的权能,如果这个权能可以因抵押人的时效抗辩而丧失,那么抵押权就成了与债权一样需要抵押人积极履行给付才能实现的权力,就不再具有物权所应当具备的任何特质。“自然物权”之所以不成立,是因为物权与债权存在本质差别。债权作为请求权,其实现依赖于债务人的给付行为,所以设计出法律上虽然不予保护但可由债务人自动履行的自然债务制度有其合理因素。可是物权作为

[16] 依日本民法典第145条的规定,当事人一旦援用消灭时效,债权即归于消灭。不过日本学者也认识到,债权因时效而消灭,与债权不存在还是不完全相同的。例如,日本民法也规定,罹于时效的债权仍可主张抵销;债务人在时效完成以后履行债务,债权人受领不构成不当得利。参见[日]四宫和夫、能见善久:《民法総則》,宏文堂2005年版,第355页。但是日本学界仅仅将上述情形作为债权因时效消灭的例外。

[17] 法国主流观点认为,对于权利和诉权的区分是没有根据的,诉权不过是行使中的权利而已,立法者如果剥夺了诉权,也就取消了权利本身。因此,缺乏诉权,也就不存在法律上的债,而仅仅存在良心义务。参见[法]雅克·盖斯旦、吉勒·古博:《法国民法总论》,陈鹏等译,法律出版社2004年版,第678页。

[18] 参见物权法第2条第3款。

支配权,其实现完全由物权人的意志决定,与义务人积极行为与否无关,因此,提出法律不予保护而由义务人自愿履行之“自然物权”的概念缺乏理论上的根据。

物权法上也有因无公示而不能对抗第三人的物权,如未经登记的动产抵押权等,但这些物权对于抵押人来说均具有执行力,且这种执行力包含直接支配抵押物的效力。

从我国物权法保护权利的规定来看,任何物权的支配力都是受保护的,并不存在不受保护的物权,不仅如此,就连占有这样的事实也受到保护。因此,“自然物权”之说显然站不住脚,缺乏理论支撑的“执行力丧失说”也势难成立并获得承认。

### 3. 不予保护的抵押权的效力

抵押权具有物权的一般特征——排他性和优先性,其效力作用于抵押物,意味着其会影响与该物有利害关系的一切人的利益,其效力除在抵押权人与抵押人之间发生外,还涉及抵押人的其他债权人和抵押物的后顺位抵押权人等的利益。“自然物权”的概念使抵押权的效力内容模糊不清,因而完全无法解决实务问题。例如,先顺位抵押权人的债权请求权罹于时效,后顺位抵押权有无顺位上升利益?这是一个两难问题:如果认为后顺位抵押权有顺位上升利益,则先顺位抵押权不但失去执行效力,连优先性也一同丧失,登记完全成为权利躯壳,登记的抵押权与消灭无异。如果认为后顺位抵押权没有顺位上升利益,那么后顺位抵押权人实行抵押权后,主债权罹于时效的先顺位抵押权是否可以就变价价款优先受偿?如果认为可以优先受偿,那么本来对抵押人已不能发生效力的抵押权却可对其他人发生作用,与“自然物权”的概念不符;如果认为不能优先受偿,而后顺位抵押权又无顺位上升利益,那么先顺位抵押权不能优先受偿的部分就只能由抵押人享有或抵押人的其他债权人平等受偿。而此时,抵押物上的抵押权已因后顺位抵押权的实行而消灭。可见,欲使主债权罹于时效的抵押权发生效力,则不能成立“自然物权”;如果不承认其对抗效力,它的最后结果仍然是不能受偿而消灭,物权概念中受他人尊重而不受干预的性质在这里根本无法体现。

有学者尽管赞同胜诉权说的基本观点,但还是提出,如果抵押人对抵押权人实现抵押权的要求不予配合,抵押权人诉诸法院又不受保护,则抵押权无法实现,从结果上看等同于抵押权实际消灭。因此从实际效果考虑,可将该条规定的内容纳入“抵押权消灭”一节。<sup>[19]</sup>可见其已经注意到司法保护期完成后的抵押权如无抵押人的配合,其实质与抵押权消灭无异。

### 4. 不予保护与抵押权登记的涂销

从法律关系上讲,抵押权既不消灭,又不能强制执行,不但对债权人毫无利益可言,对抵押人也极为不利。从实务来看,既然抵押权在法律上并未消灭,抵押人便无权申请涂销抵押权登记,故而在该抵押物上会长期存在既不能执行又不能涂销的抵押权,抵押物的交易便会受到阻碍。因此,允许存在丧失执行力的抵押权,除了使现实生活变得更加复杂外,并无实益。

#### (四) 质权、留置权与时效的关联

##### 1. 物权法第202条与质权、留置权的关系

物权法没有对主债权时效完成后质权与留置权的效力问题作任何规定,因此产生了对于与抵押权性质相同的质权和留置权的保护期间如何判断的问题。

在物权法立法过程中,参与立法的专家曾提出过这样的观点:主债权诉讼时效届满后,担保物仍在担保权人的控制之下,担保权人可凭占有处分担保物,实现自己的权利。如果规定担保物权因主债权时效届满而消灭,则与债务人不得对时效完成后的履行利益请求返还的民法基本原理

[19] 参见曹士兵:《中国担保制度与担保方法》,中国法制出版社2007年版,第275页。

相悖。<sup>[20]</sup> 基于这样的观点,《物权法草案》中曾经出现过允许主债权时效完成后,占有担保物的担保人行使担保权的条文设计。遗憾的是这个规则没有在正式的物权法中出现,从而使质权、留置权是否受被担保债权诉讼时效的影响成为一个悬而未决的问题。

对此,学术界产生了否定说和肯定说两种不同意见。主张质权、留置权不受时效影响的学说(否定说)提出了各种理由:债权人继续占有质物或留置物可以视为债务未履行的证明;债务人交付担保物应当预知其丧失时效利益也具有合理性;<sup>[21]</sup> 物权法第 220 条和第 237 条关于出质人、债务人督促债权人行使质权、留置权的规定,应是对质权、留置权不受时效影响的规则可能带来的消极后果所采取的解决措施。<sup>[22]</sup> 主张质权、留置权应受时效影响的学说(肯定说)也提出了自己的理由:因债权人占有担保物而不受时效的限制,势必剥夺债务人已经取得的时效利益;主债权时效届满后质权、留置权皆已消灭,债权人对其占有之物不享有担保物权,其占有为无本权支撑的单纯占有,故债权人不仅不能处分占有物,而且应对该物的权利人负担返还责任。<sup>[23]</sup> 或认为占有与登记本为物权之公示方法,二者并无效力上之差异,故不能以公示方法之不同而区别对待抵押权与质权、留置权,因此质权、留置权应类推适用抵押权受主债权时效影响的规定。<sup>[24]</sup>

笔者赞同否定说,因为承认质权、留置权不受时效影响更加符合法之正义原则。关于肯定说,存在以下几点问题:首先,这一见解将时效利益凌驾于实际的经济利益之上,将不诚实的债务人的利益保护放到第一位来考虑,忽略了法律的正当性要求。质物或留置物的占有是根据债权而成立的,债权没有获得清偿,质权人或留置权人对担保物占有的根据就还存在,依据法之衡平原则,债务人在没有履行义务的情况下请求返还担保物的要求就是无理的,这一点与同时履行抗辩权的原理相一致。其次,即使将物权法第 202 条类推适用于质权、留置权,要求债权人返还担保物也没有根据。因为我国立法规定时效完成担保物权并不消灭,虽不受保护,但也不能否认其存在,债权人仍可依此占有该担保物,何来返还义务?同时,若对物权法第 219 条作反向解释,在债务被清偿之前,质权人亦无返还质物之义务。第三,从法律的社会效果来看,质权和留置权的共同之处是标的物由债权人直接占有,即使认可肯定说,也不能断然否定债权人拒绝返还占有物的抗辩权。第四,若类推适用抵押权的规定,质权、留置权于主债权时效完成后也仅丧失强制执行,其本身并不消灭,则质权人与留置权人虽不能请求法院给予救济,但因其直接占有担保物,以权利人之身份自行处分担保物并主张清偿似无不可。第五,将第 202 条类推适用于质权、留置权的理由不充分。类推乃是基于同一法律理由,依正义的要求,将该项法律规定类推及于其他法律所未规定的事项,用以弥补法律漏洞或作为认定法律漏洞的依据。<sup>[25]</sup> 而目前支撑类推适用的理由,仅为担保物权具有同样性质且均具有从属性,缺少对抵押权与质权、留置权的具体分析。第六,从物权法第 202 条、第 220 条、第 237 条的关系来看,第 202 条只规定抵押权而没有规定质权和留置权受被担保债权时效完成的影响,显然是要将质权、留置权与抵押权作区别对待,所以从立法意旨来看,并无将“主债权时效期间届满抵押权不受保护”的规则推及适用于质权、留置权的意图。从第 220 条第 1 款和第 237 条的规定虽无法直接得出质权、留置权在债权时效完成后不受影响之结论,但若采否定说,则与这两个条文的精神完全契合。故采否定说为当。

[20] 2005 年 7 月公布的《物权法(草案)》第 199 条规定,担保物权因主债权诉讼时效期间届满而消灭,但担保物权人占有担保财产的,担保人可以要求担保物权人行使担保物权。正文中的叙述是对草案规定的说理。参见全国人大常委会法制工作委员会民法室:《物权法(草案)参考》,中国民主法制出版社 2005 年版,第 447 页。

[21] 参见李永峰:《主债权诉讼时效完成后担保物权的效力》,《人民法院报》2007 年 5 月 16 日。

[22] 参见前引 [5],刘贵祥文。

[23] 参见前引 [8],孙鹏文。

[24] 参见前引 [7],高圣平文。

[25] 参见王泽鉴:《民法总论》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 64 页。

## 2. 司法实践中的疑难问题

但是,将否定说运用于司法实践也会遇到麻烦。根据物权法第178条“担保法与本法的规定不一致的,适用本法”的规定,物权法第202条关于时效的规定既然不适用于质权、留置权,那就把适用空间留给了担保法。进一步讲,质权、留置权就不得不适用《担保法解释》第12条第2款。而按其规定,担保物权的存续期间虽然延长了两年,但也只有两年,其后质权、留置权归于消灭,债权人便处于丧失担保物权的占有状态。这时质权人、留置权人是否还受保护?是责令债权人返还担保物,还是允许原质权人、留置权人以“抗辩权的永久性”理论来维持长期的返还抗辩?

笔者以为,为平衡债权人与债务人利益,应在现行法的框架下作出新的解释,以排除《担保法解释》第12条第2款对质权、留置权的适用。

## 三、现行立法在规范目的(价值选择)上的缺陷

物权法第202条规定债权因时效届满不受保护之同时,抵押权也丧失执行效力,故而债权人同时丧失请求债务人履行债务之请求权和请求法院拍卖抵押物实行抵押权之权利。对于此项规定尚无立法解释。有学者提出了支持该规范的见解,其理由是:如果主债权时效完成不影响担保物权的效力,对债务人或者物上保证人而言均不公平;同时债权人因担保物权的存在不仅获得相对于其他债权的优先地位,而且还使自身债权摆脱诉讼时效的制约,债权人获得如此“双重利益”也不公平。其结论是,只有担保物权因债权罹于时效而失其效力的制度,才能使债务人保有其时效利益,使债权人不致获得双重利益。在质权、留置权担保的场合,若仅因债权人占有担保物而使其不受时效的限制,则债权人行使质权或者留置权就会剥夺债务人已经取得的时效利益,使时效完成对其毫无价值,这是对诉讼时效基本精神的颠覆。<sup>[26]</sup>

在法国、日本民法上,抵押权是随债权自身或其诉权的消灭而同时消灭;而依德国、瑞士民法以及我国台湾和澳门地区民法,时效对抵押权却不产生直接影响,物上担保人承担债务人自然债务后,有权对债务人行使追偿权。<sup>[27]</sup>何种选择更加正确,是使抵押权与债权一同不受保护合理,还是对有物的担保的债权给予特别的保护更为合理,必须首先澄清消灭时效存在的理由,时效制度的价值与债权、担保物权制度的价值,当这两者发生冲突时,究竟应当重视哪一种价值。

### (一) 消灭时效:协调秩序与道德的困惑

在民事权利体系中,债权及其诉权或请求权是消灭时效适用的主要对象,其中契约之债又是本文特别关注的对象。这些债的关系,是社会成员间相互授信而产生的,为使此种授信关系获得保障,法律对这种关系赋予强制执行效力,以保障交易主体能安心履行各自的承诺,从而使信用交易得以有序进行。然而消灭时效制度取消了债的强制执行效力,使得根源于道德和信用的债(特别是契约之债)的效力得不到法律的保障,反而为不诚信的债务人逃避履行债务提供了方便。这是时效制度一直受到道德质疑,被认为具有“反道德”性格的主要原因。

正因为如此,后世各国在制定民法典之前都不得不对消灭时效的正当性进行检讨。波蒂埃为确立消灭时效解释说:债权人因诉权的行使而应受的清偿,一旦经过法律所赋予的期间,就不值得受理和裁判,这是为了惩罚债权人的懈怠(懈怠罚)。<sup>[28]</sup>德国民法典的立法理由书强调,请求权消灭时效的原因与宗旨,在于使人们不去纠缠于陈年旧账之请求权,同时也给予义务人一个保

[26] 参见前引[8],孙鹏文。

[27] 追偿权属于新产生的权利,其诉讼时效应从求偿权能够行使之日起算。参见黄立:《民法债编总论》,中国政法大学出版社2002年版,第592页。

[28] 参见[日]金山直树:《时效理论展开の軌跡——民法における伝統と変革》,信山社1994年版,第105页。

护手段。<sup>〔29〕</sup> 消灭时效可以防止个别人对于已成过去的债权关系提起请求权，避免这些债权人在失去有效证据的情况下仍要求继续诉讼，具有维护法律平和的功能。同时，也可减轻法院受理案件的负担。<sup>〔30〕</sup> 而日本学者我妻荣等，则将“社会秩序的维护”作为时效制度的根本理由。<sup>〔31〕</sup>

在上述理由中，除了“懈怠罚”将债权人对债务人的宽容和体谅看成一种“懈怠”之罪而认为应受惩罚的观点毫无道理外，其他理由都在不同程度上站得住脚。但最具说服力的理由应是：许多法律关系经过多年以后已经不再清晰，或者相关证据已经灭失，即使通过努力也难使真实情况得到证实，如果发生讼争，法院将无法对这样的纷争作出合理裁断。因此将长期存在的某一事实状态推定为“法律关系”而使之清晰，无疑是一种便捷可行的办法。但是这种推定是建立在某种事实状态存在的时间越长其真实性就越大的盖然性原理基础之上的，也是法律（因法院及当事人）无法还原过去的真实而作出的一种无奈选择。

笔者认为，时效制度是法律面对长期没有行使的权利是否给予保护的问题时，在私人利益与公共利益之间作出的抉择，即对超过一定期间不行使的权利不予保护。如果按照乌尔比安给出的定义——“正义乃是使每个人获得其应得的东西的永恒不变的意志”，<sup>〔32〕</sup> 那么债权人要求债务人履行义务就是实现正义的具体表现。然而消灭时效是对这种正义价值的背离，其所保障的公共利益是法律追求秩序价值的结果，它并不全然以道德作为基础，反而形成与基于道德产生的正义价值的冲突。消灭时效旨在减少请求权诉讼以换取“社会和平”与“秩序”，显然是为了社会的秩序利益而对权利人利益的牺牲，这里不存在权利人的过错。

消灭时效还考虑了程序正义的因素。随着没有行使权利的时间增加，请求权存在与否的不确定性也随之加大，债务人遗失债务已经消灭的有关证据的可能性也不断加大。为了避免因为证据灭失给债务人带来损害，对债权人行使权利的时间予以限制，可以在债权人与债务人之间达成一种平衡。于是，在权利是否应受时间限制的问题上，法律的实体正义价值向程序价值妥协了。消灭时效体现了法律的衡平原则，在债权与诉讼时效这一关系中，债权人的利益服从于公共秩序利益。

如果把债所保障的经济关系仅仅视为债权人的个体经济利益，那么它与消灭时效所保障的公共利益就无法抗衡，尤其是在社会本位观念普遍确立以后更是如此。但如果把债所保障的经济关系视为一种牵涉社会整体利益的社会关系，那么时间对于债权产生何种影响就应当重新考虑。

债所保障的经济关系首先是债权人的经济利益，但是它同时还可以用另一个词来表达——信用。当使用这个词汇时，我们立刻发现它不仅是个个人之间的利害关系，而且还牵涉到社会的整体利益。人类社会的团结协作必须建立在相互信任的基础之上，没有相互的信任，社会就会崩溃和瓦解。债法即是对商品交易中的信用给予保障的基本手段。在现代社会，信用是交易的基础，而交易行为渗透了每个人对法律的信赖。信用是现代社会最基本的秩序保障，任何其他价值取向都不能突破它的底线，不能以破坏社会信用为代价。

罗马法的消灭时效为 30 年，债权人有足够的的时间和机会行使自己的权利，尽管可能有个别权利因时效而得不到救济，但绝大多数权利都能正常行使，所以时效的存在不会对整个社会的信用构成威胁。德国民法典原第 195 条、法国民法典第 2262 条采罗马法规定的 30 年，或许也存在这样的考虑。的确，从消灭时效期间的发展历史来看，总体上是逐渐缩短。<sup>〔33〕</sup> 例如，日本民法典第 167 条规定债权的消灭时效为 10 年，债权和所有权以外的财产为 20 年；我国台湾民法则规

〔29〕 参见 [德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，法律出版社 1998 年版，第 91 页。

〔30〕 参见 [德] 卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》上册，王晓晔等译，法律出版社 2003 年版，第 334 页。

〔31〕 参见 [日] 我妻荣：《新订民法总论》，于敏译，中国法制出版社 2008 年版，第 399 页。

〔32〕 [美] E·博登海默：《法理学、法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 1999 年版，第 264 页。

〔33〕 参见前引〔25〕，王泽鉴书，第 526 页。

定请求权的消灭时效为15年；意大利民法规定为10年。除上述普通消灭时效之外，各国还规定了一些短期消灭时效。德国社会经过100多年建立社会信用的努力，在社会信用普遍建立起来的前提下，为了满足经济流转的需要，于2002年的民法典修正中将普通时效期间从原来的30年改为3年，而法国则经过200多年的社会信用建设过程后，于2008年的民法典修正中将债权诉讼时效由30年减为5年。

消灭时效的缩短一方面表明社会信用程度的增长，另一方面也表明随着社会运动速度的加快，效率价值需求不断增加。各种社会关系变动日趋频繁，消灭时效制度开始作为实现效率价值的法律工具发生作用，消灭时效的短期化就是法律对这一价值诉求的回应。但是法律在时效制度上作出过分短期化的处理，存在着破坏信用秩序的风险。在社会信用普遍低下时，就必须优先选择保障每个个人间的信用，通过对个别信用的保障，使信用关系推及整个社会，从而维系社会共同体的团结和协作关系。就消灭时效之长短的决定，取决于对现实社会的信用状况作出正确的判断。

时效制度本已面临道德的质疑，因此对时效的运用，只有在与之相适应的、积极的、合理的理由存在的情况下，才不会使其不道德的成分过分彰显。我国普通时效只有2年，比任何发达国家的规定都短。规定诉讼时效的理由在于保护已经履行债务但证明困难的债务人的利益，这通常是年深日久才出现的情况，而2年时间非但不易发生债务人履行债务后无力证明的状况，反而容易在债权债务关系明确存在的情况下，使债务人摆脱义务而获得不当利益，因此往往起到鼓励不诚信的债务人赖账、逃债，故意损害债权人利益并因而破坏信用与秩序的消极作用。如果担保物权亦因债权时效届满而不受保护，这更是对信用赤裸裸的破坏。

物权法第202条将债务人不履行债务作为抵押权不受法律保护的一种理由，将消灭信用关系的时效制度凌驾于抵押权的效力之上，使借助于担保物权而对信用关系满怀信心的债权人因诉讼时效届满而丧失所有的信赖利益，这种立场与当前中国对社会信用的特别需求背道而驰。

诉讼时效是消灭信用关系在法律上的保护，而担保物权是强化信用关系并保证其实现的制度。在此二者功能价值发生冲突时，以何种价值作为社会关系保护的优先选择就要看社会自身对法律的需求。担保物权具有通过物的信用弥补人的信用不足的功效，它作为确保市场经济中个别信用关系实现的法律工具，不但可以有效地保障这种信用关系，使资金融通顺利完成，还能使债务人因其效力的制约而放弃违约的心理，并且通过不断地减少违约现象，引导社会从普遍的失信状态向守信状态转化，<sup>[34]</sup>因此它是现今中国最为需要的制度之一。减弱时效制度对担保物权的影响，使担保物权的效力比较稳定和持续，才是中国民法目前应有的态度。

## （二）自然债务与担保物权的命运：道德与法律关系论的影响

对于自然债务，存在两种完全对立的学说。否定说不承认没有强制力的义务是法律上的义务，把自然债务纯粹作为法外的良心问题来考虑，把法（其中心是强制力）与道德截然分开为其立足点。肯定说认为即使没有强制力的道德上的请求也是法的义务，即把法（其中心是道德性、观念的当为性）与道德的调和作为目标。<sup>[35]</sup>债权的时效完成后，关于抵押权存续问题，从表面上看，各种学说是以抵押权的从属性或者存续期间上的独立性为根据得出不同结论的，但实质上各种学说的结论都源于对自然债务性质的认识。这个问题归根结底是如何看待法与道德、强制力之间的关系的问题。

法律与道德之间关系的理论给自然债务的定性带来了很大影响。自19世纪始，伴随着自然

[34] 徐洁：《担保物权功能论》，法律出版社2006年版，第74页。

[35] 前引[28]，金山直樹书，第174页以下。

法的衰退，法实证主义逐渐确立与成熟，制定法典之风日盛，人与人之间的权利义务关系非有法律上的根据不得发生。如为法律上的权利，权利人有行使其权利，法律加以保护，义务人应履行其义务，如有违反，法律即予制裁。至于道德上的义务，属于各人良心上的负担，法律不能加以干涉，所以法律与道德截然区分。以此为前提，自然债务因无诉权保障，即非法律上的义务，而只是道德上的义务，故作为其担保的抵押权也因此失去其法律上的根据。

19世纪后期，随着理性主义的抬头，科学法学运动兴起，法律从原来对伦理道德等漠不关心开始转向追求正义价值，道德遂重新回到法的领域。耶林认为，法律最直接的任务就是保障利益，但是当各种利益相互冲突需要进行权衡和评价时，就必须依靠道德原则，道德是对利益进行评价的标准，法律实际上不得不努力在与道德标准相符合的条件下对利益进行平衡。新康德派领袖施塔姆勒认为，我们通过法律寻求正义，必先有符合理想社会生活的正义之法，而正义之法的彻底实现需要借助道德原则。<sup>〔36〕</sup>一种共识逐渐形成：因为法律的目的原本就是致力于正义的实现，而正义必须以道德规范来充实，所以为实现法律的目的，就不能不将道德观念深深地植入法的范畴。<sup>〔37〕</sup>在自然债务方面，一反过去的观念，认为自然债务与道德之义务本质上原无不同，为使正义能够较多地实现，应赋予其某些法律上的效力。在20世纪90年代的法国民法理论著述中，已有这种倾向性的观点：“我们倾向于承认在自然债务中存在真正的法律关系，这使得我们采取了与古典论者相近的分类方法”；“拒绝赋予自然债务以法律关系的属性，乃是基于这样一种假设，即法律规范都是以国家强制力作为特征的，这是区别于道德或其他社会行为规范的一种便捷的方法，然而这一可能受私法影响太深的原则，并不是无懈可击的”。<sup>〔38〕</sup>德国民法理论在这个方面显然走在了前面，将权利定义为：享受特定利益的法律上之力。例如，债权人享有的特定利益为“特定人为特定给付”，而“请求”则是债权的“法律之力”。<sup>〔39〕</sup>按照拉伦茨的观点，债权的请求权是实体法上的权利，与程序法上的诉权不同。诉讼的成功与否，首先必须要有实体法上的前提条件，而实体法的前提条件和诉讼通常不是同时发生的。那种将诉权作为权利的内在要素或者说是“具有重要意义的标准”的看法是错误的，因为法院所提供的司法保护不是权利的目的，而仅仅只是权利人行使基于自己权利之上的各种权能的一种手段而已。<sup>〔40〕</sup>请求权的时效也不是权利消灭的原因，它只给予义务人一个抗辩权。<sup>〔41〕</sup>换言之，消灭时效并没有使权利的性质发生任何变化，它的特定内容依然存在也不会消灭，因此担保它的抵押权也就有理由存在。

法国民法典的制定正值自然法衰退、法律实证主义渐趋成熟之际，受其影响，关于自然债务的性质，遂转变为系道德上的义务、良心的义务而非法律上的义务，是法律以外的东西，而判断是否为法律上义务的标准被定格在是否享有诉权。因此，时效完成后，债务的性质转为自然债务，抵押权即无法律上的存在基础，立法者以抵押权有从属性为由，作出债权时效完成后抵押权消灭的规定，也属当时历史条件下的正常选择。德国民法典制定于19世纪末期道德与法律再度结合之时，立法者必须考虑道德对法律的要求，将没有清偿而只是过期的债务视为法律之外的义务，显然是违反道德的。所以时效完成的自然债务依然被视为法律上的债务，抵押权或质权不受被担保债权时效完成的影响可以说是当时法理论对法律的内在要求。<sup>〔42〕</sup>

〔36〕 参见 [美] 罗斯科·庞德：《法理学》第二卷，封丽霞译，法律出版社2007年版，第187页。

〔37〕 王伯琦：《近代法律思潮与中国固有文化》，清华大学出版社2005年版，第45页。

〔38〕 前引〔17〕，盖斯旦等书，第681页。

〔39〕 参见前引〔25〕，王泽鉴书，第84页。

〔40〕 参见前引〔30〕，拉伦茨书，第276页。

〔41〕 同上书，第334页。

〔42〕 德国民法典原第223条第1款（现第216条第1款）规定：“以抵押权、船舶抵押权或质权担保的请求权，虽经时效消灭，但不妨碍债权人就其担保物取偿。”

稍晚制定的瑞士民法典第 807 条规定：“因不动产担保而登记的债权，不受时效限制。”在瑞士民法理论上，并没有因时效完成而使义务人得到一个抗辩权，因为根据法典消灭时效的客体仅是债权。<sup>〔43〕</sup> 该规定表明，为了使不动产担保的效力能够得到维持，在立法技术上不惜采用例外规定，因为它符合道德的要求。

与德国民法典同一时期制定的日本民法典把 19 世纪初制定的法国民法典作为参照物，在关于抵押权与债权时效完成的关系方面作了与法国民法同质的规定。<sup>〔44〕</sup> 而韩国民法典又完全效仿了日本民法典。<sup>〔45〕</sup>

但此后，许多国家民法都没有再采用 1804 年法国民法典第 2180 条第 4 项所确定的规则，即债权时效完成后抵押权消灭。例如，意大利民法典规定的债权消灭时效为 10 年，而抵押权因时效而消灭的原因有两项：登记效力的存续期间 20 年经过而没有续展的；第三人取得财产，抵押权自其取得权利证书登记时起经过 20 年因取得时效届满而消灭。此两项均与债权时效无关。<sup>〔46〕</sup> 深受罗马法影响的智利民法典也没有在抵押权和被担保债权的时效之间建立任何联系，而是允许当事人自由设定抵押权的始期和终期。<sup>〔47〕</sup> 根据我国澳门和台湾地区民法的规定，抵押权消灭亦仅受债权时效完成延缓效力（除斥期间）的影响。<sup>〔48〕</sup>

值得注意的是，2008 年法国民法典在时效和担保制度方面均发生了变化。之前，一切权利的诉权的时效期间均为 30 年，但新法予以区分，债权和动产的诉讼时效期间为 5 年，不动产的诉讼时效期间为 30 年，而不不动产抵押权适用不动产的诉讼时效期间。这样抵押权与债权诉讼完全分离，有了自己独立的存续期间。<sup>〔49〕</sup>

上述立法例表明，20 世纪以来多数国家立法充分考虑了道德对法律的诉求，将时效完成后的债务视为法律上的义务，赋予其法律上的地位与相应的效力，以实现法律追求正义的目标。

#### 四、对我国现行立法的修正建议

从法律政策考虑，应优先发挥担保物权的功能。就我国现行立法，笔者有以下几点建议。

##### 1. 有关基本立法的建议

我国现行立法不仅在立法技术，而且在价值取向上应当予以改变。从民法理论层面来看，担保物权属支配权而非请求权，理应不受诉讼时效的限制，不宜适用与债权相同的诉讼时效制度。同时被担保债权诉讼时效完成后，债务人虽有权以时效为由拒绝给付，但该债权本身并不消灭，

〔43〕 根据瑞士债务法第 127 条的规定，消灭时效的客体为债权；同时根据该法第 142 条的规定，当事人如未援用时效，法官不能据以作为裁判的根据。所以，债务人拒绝给付将导致债权本身的消灭。

〔44〕 参见前引〔15〕，高木多喜男书，第 287 页；〔日〕内田贵：《民法Ⅲ債權總論・担保物權》第 3 版，东京大学出版社 2006 年版，第 473 页。

〔45〕 该法典第 369 条。参见崔吉子译：《韩国最新民法典》，北京大学出版社 2010 年版，第 181 页。

〔46〕 该法典第 2847 条、第 2880 条。参见费安玲、丁玫译：《意大利民法典》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 748 页，第 756 页。

〔47〕 该法典第 2413 条、第 2434 条。参见徐涤宇译：《智利共和国民法典》，金桥文化出版（香港）有限公司 2002 年版，第 446 页，第 450 页。

〔48〕 我国澳门地区民法第 725 条规定，除债权到期后经过 5 年而完成导致抵押权消灭之外，还有取得抵押不动产的第三人的时效完成（取得登记后经过 15 年）。参见中国政法大学澳门研究中心、澳门政府法律翻译办公室编：《澳门民法典》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 172 页。我国台湾的相关规定见其民法第 145 条、第 880 条。

〔49〕 法国新民法典第 2488 条、第 2224 条、第 2227 条。参见罗结珍译：《法国民法典》，北京大学出版社 2010 年版，第 492 页，第 550 页。

担保物权基于从属性当然依旧存在。因此，无论从价值取向还是立法技术上考虑，都应当采取担保物权不受被担保债权时效完成影响的立场。同时，应力求克服法律条文含义不明的情况，明确规定抵押权、质权、留置权在被担保的债权罹于时效后仍可行使。

## 2. 质权与留置权的规范方法

各国虽然在处理不动产抵押权与时效的关系上立场大相径庭，但是在对待质权和留置权的态度上却是一致的，即承认债权未受清偿时，担保权人有权继续占有质物或留置物。而我国立法上的模棱两可态度则令人不解。

按德国民法典第 216 条第 1 款、我国台湾民法第 145 条第 1 款的相关规定，担保物权整体上不受被担保债权时效之直接影响，质权、留置权的效力不因时间经过而有所减弱。法国对待动产质权、留置权采取了与抵押权截然不同的规则：只要质物处于由债权人占有的状态，债权的诉权就不因时效而消灭。<sup>[50]</sup> 日本民法亦遵循担保物权的从属性原则，抵押权消灭后便完全失去效力，不受任何保护；相反，质权人虽不能再积极地行使质权，但对于所有人的质物返还请求，只要债权没有清偿，原质权人就可以根据“抗辩权的永久性”理论予以拒绝。<sup>[51]</sup> 瑞士民法中，质权人在受全部清偿前可以拒绝返还质物。<sup>[52]</sup>

上述国家和地区的立法在法律效果上有一点是相同的，即均认可在被担保债权因时效而消灭后，质权人与留置权人可以拒绝所有物（质物或留置物）的返还请求，从而使担保权人在债务人未清偿债务之前不失其已占有的担保物的交换价值，以资双方利害关系的平衡。此外，在法国、德国，被担保债权未被清偿前，质权不受时间之限制而得任意行使，对质权人的保障更为有利。而这样做并没有使质权人获得更多利益，其结果仅是实现未清偿的债权而已。这些规则都考虑到了债权人与担保人的利益平衡。

从法律关系简明实用角度考虑，我国立法宜明示质权、留置权均不受时效之影响为宜。

## 3. 有关抵押权消灭的制度构想

有关抵押权与主债权消灭时效的关系，可从不同立法模式的比较中作出选择。

按德、瑞民法，对抵押权人而言，除因债务清偿、抵销等实质性原因导致抵押权消灭外，抵押权消灭只能因公示催告程序完成，法院作出除权判决而发生。公示催告程序的启动并非当然得到除权判决的结果，如果抵押权人出现并申报权利，则法院不会作出除权判决，抵押权仍可继续存在。<sup>[53]</sup> 德、瑞民法的规定有三个特点：第一，能够保障抵押权人的利益，只要债权尚未因清偿等原因而消灭，抵押权人一般不会丧失抵押权，抵押人通过公示催告程序排除抵押权的条件苛刻。第二，抵押权人行使抵押权时，抵押人不能以债权时效完成作为抗辩理由，因而无时效计算之烦扰。第三，债务因时效而获免除履行，但抵押权却不受时间限制，债务人与抵押人不是同一人时，抵押人所负的责任反而超过债务人。

[50] 将质权人占有质物的事实状态径直解释为债务人对债务的永久承认，在学说上称为“永久承认说”，从而使有质权担保的债权免于时效消灭。例如法国学者尤吉阿解释说，质物在债权人占有期间，债权并不因消灭时效的完成而消灭，因为为了担保债务的清偿，使债权人占有质物的事实是以债务人永久性承认债务的存在为前提的。泰兹也认为，只要债权人占有质物，就说明债权继续存在，从而债权不罹于时效。参见陈华彬：《外国物权法》，法律出版社 2004 年版，第 328 页。

[51] 参见 [日] 鈴木祿弥：《物的担保制度をめぐる論集》，テイハン株式会社 2000 年版，第 66 页。

[52] 根据该法第 889 条第 1 款，债权消灭导致质权的消灭，质权人应当返还质物，但根据该条第 2 款，质权人在受全部清偿前，没有全部或部分返还质物的义务。换言之，质权虽已消灭，但质权人仍可拒绝所有物的返还请求。

[53] 参见德国民法典第 1170 条；[德] 鲍尔、施蒂尔纳：《德国物权法》下册，申卫星、王洪亮译，法律出版社 2006 年版，第 291 页。根据瑞士民法典第 871 条的规定，债权人未声明且经调查债权极可能已无效时，法官应宣告除权。

意大利民法、智利民法、法国新民法与德、瑞民法的第二、三项特点相同，但第一项有所不同。意大利民法与智利民法均以抵押权登记期间作为抵押权的存续期间，前者可以通过登记续展而延长，没有续展才会消灭；后者为约定的期间，期间届满抵押权消灭。法国新民法规定的抵押权因30年时效完成而消灭。相比之下，意大利民法允许被担保债权未受清偿前抵押权长期存在的制度更为合理。

法国原民法以债权之诉权因时效而消灭为抵押权消灭的原因，日本民法虽然承认抵押权自身有消灭时效，但特别强调对债务人或物上担保人抵押权不能单独消灭，而必须与被担保债权同时消灭。法国原民法、日本民法也有三个特点：第一，债务因时效而获免除履行，抵押权也同时消灭，抵押人所负之责任没有超过债务人。第二，抵押人与债务人不是同一人时，仍可援用债务人之一切抗辩权，包括时效抗辩。第三，抵押权的存续有了时效的限制，增添了因时效而消灭的风险，对债权人而言当然不利。不过这种不利也有其相对的一面，即主要受时效期间长短的影响。法国原民法普通时效为30年，日本债权的时效为10年，虽然抵押权都是随债权（或诉权）时效消灭而消灭，但法国抵押权人的利益显然能够获得更好的保护。

我国台湾民法有如下特点：第一，抵押权虽不因主债权时效完成而直接消灭，但是该时效仍是抵押权消灭的起因，所以抵押权的存续与时效存在着间接关联，只是中间有除斥期间作为媒介。第二，债权请求权因时效完成而消灭后，抵押权尚不消灭，抵押权人主张行使抵押权，抵押人必须容忍，故抵押人之责任比债务人更重（因存续期只有5年，此项责任当然远逊于德、瑞民法之抵押人）。

从对抵押权的保护角度看，德、瑞民法对抵押权保护的力度最强，日本民法力度最弱，意大利、智利、法国新民法与我国台湾民法介于德、瑞民法与日本民法之间。从对抵押人的保护力度来看，德、瑞民法下抵押人责任最重，日本民法下抵押人责任最轻，意、法、智利与我国台湾民法仍介于二者之间。对债务人而言，由于抵押人以抵押物承担责任后享有追偿权，所以债务人的责任轻重与抵押人的责任密切相关。德、瑞民法未给债务人因时效完成摆脱履行义务的可能，日本民法则使债务人完全获得时效利益，我国台湾民法则使债务人之时效利益被推迟享有，意、法、智利民法下抵押权受保护之期限与债权的时效完全分开，并使抵押权所受之保护长于债权。

笔者认为，在抵押权存续问题上，债权人利益应当放在第一位考虑，债权人的抵押权涉及交易安全，保护抵押权包含着对借贷关系的交易安全的保护，没有对交易安全的预期，融资就难以顺利进行。<sup>[54]</sup>从加强社会信用的立场出发，日本民法之模式并不可取，我国现行物权法第202条的模式更应予改变。<sup>[55]</sup>

我国台湾民法坚持物权不因时效而消灭的原则，故抵押权不因时效而消灭，但采抵押权的从属性原则，又要求被担保债权的时效作用于抵押权。采用除斥期间恰能兼顾两项原则，一方面能避免出现抵押权因时效而消灭的理论上的矛盾，另一方面又实质性地体现了抵押权的从属性，使时效间接地对抵押权发生影响，可谓对抵押权功能与时效功能的对立关系作了一种调和。但是，

[54] 参见前引[34]，徐洁书，第211页。

[55] 有人提出，第三人提供抵押物之目的本为担保债权的实现，即物的责任本为人的责任的补充，若是使抵押权在主债权罹于时效后依旧存在，第三人便不再居于补充性地位，而成为第一位的责任人，这违背了担保物权设置的初衷。参见前引[13]，翟远见文。这种观点既可以说是对德国模式的严厉批评，也可以算是为日本民法所采用的模式的辩护。可是德国官方解释的理由也不是毫无道理：提供担保人也应当考虑到主债务时效届满其仍然承担责任的风险。参见朱岩编译：《德国新债法：条文及官方解释》，法律出版社2003年版，第52页。因此，此处如何取舍乃在价值取向和利益保障的侧重点上。笔者认为应以优先考虑债权人利益为主，因为他的利益并非仅仅代表他个人的利益，还代表社会利益。

对抵押权设置 5 年的除斥期间并无充足的理由，<sup>〔56〕</sup>原因有二：第一，抵押权存续于不动产上，是一项通过登记公示的价值权，第三人可通过查询登记信息而有所了解。即使因此受有不利影响，此种不利影响对于社会秩序有多大损害无法确切评估，其与抵押权所保护的以信用交易为核心的社会秩序相比较是否更值得保护当成疑问。对此，我国台湾民法的立法理由和学者见解都是点到为止，语焉不详。第二，抵押权存在于抵押物之上，当然会对抵押人行使抵押物之所有权有所限制，但这些限制是抵押人为了担保债务之履行而应受到的制约。抵押权存续期间，抵押人占有抵押物，便可继续对抵押物进行使用收益，尽占抵押物使用价值之利，这与抵押权人及时行使抵押权，抵押人丧失抵押物之利用相比较，显然更有利于抵押人。如果再从法律上将各种因被担保债权产生的利息或其他定期给付金限定在一定的时间内，<sup>〔57〕</sup>抵押物上的负担就不会因债权长期未获清偿而不断增加。因此，抵押权人长期不行使抵押权，对抵押人而言，不仅不会增加任何负担，而且可从抵押权人那里获得更多利益。

德、瑞民法之模式最有利于保护抵押权，尤其是德、瑞民法规定，抵押权消灭需由抵押人主动启动法院的公示催告程序，并在抵押权人不主张抵押权的条件下方能发生。但这项规定过分迁就抵押权人，而给抵押人设置过多的消灭抵押权的门槛，对抵押人很不公平。

法国修订后的民法典之抵押权受 30 年时效之限制，其时间固然较长，但任何固定的期间均有其弱点，不能作为优先借鉴的对象。智利民法典之抵押权的期间由当事人自己约定，原则上讲最能体现意思自治原则，充分满足当事人之需要。但我国曾出现过登记机关强迫当事人作短期登记的情事，为了避免类似情况再度发生，亦暂时不能借鉴。

相较之下，意大利民法以登记之有效期作为抵押权效力存续之依据，以 20 年为一周期作为抵押权人主张其权利之时间界限，如为续展，抵押权继续有效，如不为续展，抵押权自行失效。此种立法既有明确的期间，又有续展期间的便利，同时抵押权的存续因不受债权时效的影响，其法律关系十分明了。笔者以为，这是对我国立法最具参考价值的模式。

#### 4. 有关条文设计的建议

基于前述，笔者建议，物权法修改时，应废止第 202 条，并在物权法中增加以下内容：

“以抵押权、质权或留置权担保的债权的请求权，虽因债务人提出时效抗辩而不受保护，但债权人仍可就抵押物、质物或留置物优先受偿。

时效期间完成且债务人提出抗辩后发生的利息及其他定期给付的请求权，债权人不得就抵押物、质物或留置物受偿。

抵押权自登记时起，其效力存续 20 年，如果在期间届满前没有续展，则抵押权消灭。”

关于请求权的普通时效，建议在制定民法典总则时，从现在规定的 2 年改为 10 年。另可设计若干短期时效 2—3 年。

## 结 语

任何立法都不是遵循法律自身逻辑而是遵循现实生活对其提出的价值需求而形成的，这是自

〔56〕 我国台湾民法第 880 条的立法理由是：“谨按抵押权为物权，本不因时效而消灭。惟以抵押权担保之债权已因时效而消灭，而抵押权人于时效完成后，又复经过五年不实行其抵押权，则不能使权利状态永不确定，应使抵押权归于消灭，以保社会之秩序。此本条所由设也。”谢在全提出，抵押权是不占有标的物的物权，自不宜令其久悬，有害于抵押人的利益。参见谢在全：《民法物权论》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 682 页。

〔57〕 如根据德国民法典第 216 条第 3 款的规定，对债权请求权因时效完成且债务人抗辩后发生的利息和其他定期给付，债权人不能通过行使抵押权、质权来获得清偿。我国台湾民法也有类似规定。

19世纪开始的自由法学运动给予我们的启示。关于担保物权与时效的关系，我国物权法的现行规定不但在法律构成上存在明显的缺陷，而且其价值取向也与社会现实需求背道而驰。因此，仅仅依托现行法的基本立场，借鉴日本法律理论来处理相关问题，并非上策。惟有改弦更张，重新审视担保物权制度与时效制度各自的功能，并对二者关系再作构造，才有可能妥善处理相关问题。笔者以为，照搬某一国家（地区）的制度模式不是解决问题的办法，需从我国实际出发，并借鉴各国（地区）相关规定的优点，重构我国担保物权与时效制度的关系。

---

---

**Abstract:** Prescription system ensures the public order at the cost of fairness, while real rights for security ensure credit for the purpose of fairness. Exaggerating the role of prescription and impairing the effect of real rights for security does not help to develop social credit.

Article 202 of Chinese Real Right Law stipulates that, the mortgagee should exercise the mortgage within the limitation of action of the main creditor's right, otherwise the people's court shall not protect the mortgage. It establishes a rule that the mortgage is influenced by the prescription of the main creditor's right, which has three flaws. First of all, it has flaw in the legislative techniques. Our civil law is founded on the prescriptive theory of the German civil law, while it tries to have an effect as in French and Japanese civil law, thus this paradox becomes a barrier hard to overcome in theory. Secondly, it is wrong in the value orientation. It places the prescription system which eliminates credit relations above the validity of the mortgage, thus the function of guaranteeing credit of real rights for security is greatly weakened, which is opposite to the strong demand for social credit of current China. Thirdly, it fails to fit the spirit of modern legal theory. Modern legal theories have denied the conception of legal positivism, regarding morality as legal obligations in the category of law again. Since the 20th century, legislation of most countries gives sufficient consideration to the moral appeals for law. Thus debt after prescription is regarded as the legal obligation, bestowed with legal position and corresponding effects. Meanwhile, it is stipulated that real rights for security are not affected by the prescription of the secured debt. This is the tendency of the development of modern theory of law.

Therefore, the provision specified in Article 202 of Chinese Real Right Law should be reviewed and amended. To be in agreement with social justice and the need of reality, it is necessary to frame a system of real rights for security without the influence of the prescription of the main creditor's right.

**Key Words:** real right law, security law, real right for security, prescription

---

---