

## 瑞士不动产担保权制度研究

陈华彬

**内容提要:**1907年《瑞士民法典》制定公布以前,瑞士各地存在着60多种不动产担保权形态。但经《瑞士民法典》的起草者欧根·胡贝尔的“统一”,最后颁布的《瑞士民法典》仅规定了地租证券、抵押债务证券和登记担保权(土地抵押证券)三种不动产担保权形态。它们实行公示原则、特定原则、顺位确定原则、独立原则及流通性之确保原则。《瑞士民法典》规定的这三种不动产担保权类型及所采行的原则,对于完善我国不动产担保物权制度具有重要的意义。

**关键词:**《瑞士民法典》 地租证券 抵押债务证券 登记担保权(土地抵押证券)

陈华彬,中央财经大学法学院教授,法学博士。

瑞士在法律传统、法律技术和法律的思维方式上属于大陆法系中的德意志法系。1907年12月10日,瑞士颁布民法典,开创20世纪民法法典化运动的先河,对于接踵而至的各国民法法典化运动产生了深刻的影响,现今从事民法典编纂的国家仍以之为蓝本编纂自己的民法典。该法典关于不动产担保权的规定虽与《德国民法典》的不动产担保权制度有类似之处,但更有自己的特色。另外,《瑞士民法典》关于不动产担保权的规定也不像《德国民法典》那样复杂,使人难以把握和理解。其关于不动产担保权的规定,仅有“地租证券”、“抵押债务证券”和“登记担保权”(土地抵押证券)三种,且立法对这三种不动产担保权的内容的规定相当明了,这一点同样体现了《瑞士民法典》在立法风格上的典雅和明晰的特征。本文拟考察瑞士不动产担保权的缘起与形成,分析1907年《瑞士民法典》对不动产担保权形态进行统一及希冀借统一而达到的目标,考察《瑞士民法典》关于不动产担保权的规定及其特征和实施原则,分析瑞士不动产担保权制度对我国相关制度的意义。

### 一 瑞士不动产担保权制度的缘起与形成

瑞士的不动产担保权体系主要由地租证券、抵押债务证券和登记担保权(土地抵押证券)构成。这三种不动产担保权形态是瑞士不动产担保权体系的核心。在1907年《瑞士民法典》公布之前,瑞士各州虽然存在着错综复杂的不动产担保权形态,但经《瑞士民法典》的起草者欧根·胡贝尔(Eugen Huber)的“统一”,最后仅保留了这三种不动产担保权形态。因此,研究地租证券、抵押债务证券和登记担保权(土地抵押证券)的缘起与形成是研究瑞

士不动产担保权制度的起点。

### (一)地租证券的缘起与内容

#### 1. 缘起

地租证券,即地租证券权利人(投资人)交付给土地所有人一定数额的金钱(称为“买卖价金”)作为回报,而可由土地所有人的土地受一定数额的地租的支付,从而对于土地所有人的土地,地租证券权利人便在其上设定了一项“物上负担”或“土地负担”。<sup>[1]</sup>“土地所有人”称为“地租证券债务人”,仅以设定地租证券的土地承担责任。

地租证券的源头最早可以追溯到欧洲中世纪的“定期金买卖”。按照中世纪的定期金买卖,“投资人”交付给土地所有人的金钱称为“原本”,其每次由土地所有人的土地取得的地租,则相当于原本的利息。因此投资人实际上是通过向土地所有人提供一定数额的金钱而“买取”定期金(利息),故称为“定期金买卖”。正因为如此,投资人又被称为“买主”,土地所有人又被称为“卖主”。<sup>[2]</sup>在土地所有人不按期支付地租时,投资人可以占有、支配土地。唯作为“卖主”的土地所有人,则仅以设定地租的土地对投资人承担责任。投资人与土地所有人订立的定期金买卖契约,是以终生支付地租为内容的,因此契约双方当事人不得随意解除。也就是说,定期金买卖关系中的投资人不得请求土地所有人返还自己所给付的金钱,土地所有人如未获投资人的同意,亦不能返还所受领的金钱。<sup>[3]</sup>

此种定期金买卖,从15世纪起性质次第发生了变化。最初的变化是承认投资人与土地所有人依清偿(偿还)而消灭他们之间的权利义务关系,这样就改变了定期金债务终生性的“物上负担”的性质。16世纪以后,定期金债务不仅被认为是一种以获得“地租”(利息)为目的而设定的“物上负担”,而且被认为是土地所有人为获得“金钱”(原本)而设定的“物上负担”;同时,土地所有人向“投资人”(权利人)支付定期金的责任财产范围,也不仅限于设定定期金债务的土地,并扩大到土地所有人的其他财产。

唯需注意的是,定期金债务的这种变化并没有在瑞士境内普遍发生,而是因地制宜。在瑞士西部地区,由于采行普通法上的抵押权,因此完全排斥之。而以苏黎世为中心的瑞士东部地区,自16世纪末期起,便采用所谓新的不动产担保权。此新的不动产担保权,即“定期金买卖”、“新质”及“普通法上的抵押权”。在苏黎世,较之抵押债务证券,定期金债务更获得了广泛的利用。在瑞士中央地区和阿彭泽尔(Appenzell)州,至1907年《瑞士民法典》公布前,定期金债务一直被当作不动产担保权而采用。<sup>[4]</sup>

#### 2. 内容

(1)地租证券与被担保债权。地租证券依“形式的设定行为”而设定,不以债权关系为其设定前提,即便没有债权关系亦可以设定。登记机关登记地租证券的设定时,无需审查有无债权关系,也不把债权关系登记于土地登记簿册和地租证券上。<sup>[5]</sup>

(2)地租证券的解除。19世纪初,瑞士各州的法律大都认可债务人(土地所有人)可以通过偿还“原本”而消灭所负的债务。但如果也认可债权人(投资人)有此权利,则债权人只

[1] [日]松井宏兴:《抵押制度的基础理论》,法律文化社1997年版,第67页。

[2] [日]石田文次郎:《投资抵押权的研究》,有斐阁1932年版,第140-141页。

[3] [日]松井宏兴:《抵押制度的基础理论》,法律文化社1997年版,第67页。

[4] 参见[日]松井宏兴:《抵押制度的基础理论》,法律文化社1997年版,第68页。

[5] 参见[日]松井宏兴:《抵押制度的基础理论》,法律文化社1997年版,第69页。

需要资金便可以请求返还“原本”,这样就会使作为债务人的土地所有人面临突如其来的返还资金的困难。因此,最初也就没有认可债权人(投资人)有请求返还“原本”的权利。此后不久,阿彭泽尔州以外的一些地区,以优惠条件吸引投资,为了防止本州的资金流向他州,阿彭泽尔州遂率先承认债权人(投资人)也有解除地租证券的权利。不过,19世纪中期以后,瑞士许多州的法律都规定,债权人和债务人均有自由解除地租证券的权利。

(3)地租证券的设定和移转。地租证券依登记机关“证券的作成”和“登记”而设定。理论上,这两个行为合称为“证券作成行为”。“证券作成行为”始于有关机构对作为标的物的土地进行鉴定评价之时。通过对土地进行鉴定评价,可以确保土地所有人向债权人提供的担保是确实的、可靠的,起着维系地租证券的信用的作用。在一些地区,如在伯尔尼和卢塞恩,法律即要求有关机构须在一定期限内就所作的鉴定评价负担担保责任。须注意的是,对土地作此种鉴定评价,对于规定了借贷限额的州,亦是必要的。例如,在奥布瓦尔登地区,法律规定,借贷的金额原则上不得超过土地价格的 $\frac{3}{4}$ ,超过部分无效。

(4)地租证券的顺位。地租证券的顺位指在同一土地上存在两个或两个以上的复数地租证券时,各地租证券受偿的先后顺位。设定复数的地租证券,最初是把设定最初的地租证券时的土地价值和嗣后增加的价值相区别,仅以增加的价值为第二个地租证券的标的。这就是从一开始便把土地的价值区分为最初的价值与嗣后增加的价值。不过,此后不久,这种从一开始即把土地的价值加以分割的做法便遭抛弃,而使设定的地租证券仅在原本债权额的范围内支配作为客体的土地价值,剩余的土地价值则为别的地租证券所“空出”。另外,这一时期也开始出现所谓“观念的担保位置”,即把分配给最初的地租证券的土地价值,与分配给嗣后设定的地租证券的价值相区别。<sup>[6]</sup>采取“固定的担保位置”即“顺位固定主义”后,允许土地所有人将地租证券权利人返还的、载有特定债权人姓名的地租证券转让给其他债权人,也允许自始创设不记名的地租证券文书。这样一来,在债权关系产生之前,土地所有人便可自己保留“担保位置”。于自己保有地租证券文书时,他自身便成为地租证券的权利人,称为“所有人地租证券”。关于先顺位的地租证券因清偿(偿还)而消灭,后顺位的地租证券是否升进,各州的规定不尽一致。在阿彭泽尔州的一些地方,采后顺位地租证券不得升进的原则。这样做是为了使不动产所有人易于获得新的融资,也是出于以下考虑:已在设定担保权时获得了利益的后顺位债权人,现在却因先顺位债权的消灭而升进其顺位,此于情于理均难谓妥当。另外,这种否定顺位升进的规定也用在当债权人和债务人的法律地位归属于同一人时,地租证券亦不消灭。

(5)土地所有人与债务人的同一性。在地租证券中,债务人原则上应同时是土地的所有权人,不设定地租证券的土地所有人与其作为债务人的地位可以分立。进而言之,在地租证券中,债务人非负“人的责任”,而仅以土地承担责任,即负“物的责任”。也就是说,不允许债务人以他人的土地设定地租证券。债务人出让担保的土地时,受让人不仅是新的土地所有人,而且亦是新的地租证券的债务人。

## (二)抵押债务证券的形成与相关问题

### 1. 形成

抵押债务证券是19世纪在瑞士东部地区形成和发展起来的制度。特别是在苏黎世,在

[6] [日]松井宏兴:《抵押制度的基础理论》,法律文化社1997年版,第72页。

布隆奇利起草的私法典(*Privatrechtliche Gesetzbuch*, 1853 - 1855)中得到了最完全、最翔实的规定,并作为金钱融资的手段而得到了利用。当时创设抵押债务证券的重要原因之一,是地租证券不能满足投资人的要求,即它把债务人的责任财产的范围仅限于担保土地本身,而不扩大到此外的其他财产。为了克服这一局限以满足投资人扩大担保财产范围的要求,遂创设抵押债务证券制度。依该制度,债务人就其债务,不仅承担“物的责任”(以特定的土地承担责任),而且也要承担“人的责任”。<sup>[7]</sup>

## 2. 相关问题

(1) 抵押债务证券的设定和移转。抵押债务证券也依登记机关的“证券作成行为”而设定。被作成的抵押债务证券,除需要记载债权人的姓名和被担保债权的数额外,还需载明由土地登记簿册可以查知的所有的不动产担保权和其他物上负担。一些州的法律规定,在设定抵押债务证券前,有关机构应就土地的价格进行鉴定评价,且鉴定评价委员会应在一定期间内对鉴定评价的真实性负责。经由“证券作成行为”,抵押债务证券便告成立。但是,登记官吏在将抵押债务证券交付给债权人前,须确认是否存在债权关系。与地租证券相同,抵押债务证券亦按有价证券对待。因此在苏黎世,证券的交付不仅产生不动产担保权移转的效果,而且产生让与债权的效果。不过,此种单纯的移转行为未被所有的州所认可。例如,沙夫豪森地区的法律规定,除需交付证券外,债权的让与还需要践行特定的方式。<sup>[8]</sup>

(2) 抵押债务证券的顺位。关于抵押债务证券的顺位,瑞士各州多不承认地租证券场合的“空位担保位置”。但为了防止后顺位担保权升进,往往采地租证券十分盛行的州的做法。例如,《苏黎世 1853 - 1855 年私法典》第 836 条规定:债务人从他人那里借贷金钱清偿债权人的债务,需向新债权人交付抵押债务证券的,受清偿的债权人应把抵押债务证券返还给债务人。这样,债务人为了获得新的信用,也可以重复利用同一顺位的抵押债务证券。<sup>[9]</sup>

(3) 不动产所有人与债务人的分立(非同一性)。与地租证券不同,在抵押债务证券中,认可担保土地的所有人与作为债务人的地位可以分立。但在债务人让与自己的担保土地时,于一般的州,为了维持担保与债务在同一人上的结合,乃尝试使新的所有人负担债务。例如在苏黎世,为此而规定了“债务引受”制度。不过,新的所有人是否认可此“债务引受”,应依其意思而定。于认可时,他需负“人的责任”。可见,在这一点上,抵押债务证券并未受债务人与不动产所有人之不得分立的地租证券的影响。

(4) 抵押债务证券的解除。抵押债务证券的解除依实务与法律的规定,无论债权人抑或债务人,均有权解除之,且无解除期间的限制。

### (三) 登记担保权(土地抵押证券)

登记担保权的前身是 19 世纪时受法国法的影响而在瑞士西部地区发展起来的所谓“普通法上的抵押权”。其基本机能在于保全债权的实现,是以担保债权为目的而从属于债权的制度。这一点是登记担保权区别于地租证券和抵押债务证券的不同之处。登记担保权实行特定原则,即被担保债权的种类、债权的数额均应明确和特定。担保土地亦需正确地加以表示,这同采用土地登记簿册制度存在一定的关系。土地登记簿册制度使公示原则获得承

[7] 参见[日]松井宏兴:《抵押制度的基础理论》,法律文化社 1997 年版,第 76 页。

[8] 参见《苏黎世 1863 - 1865 年私法典》(*Privatrechtliche Gesetzbuch von 1863 - 1865*)第 769 条。

[9] [日]松井宏兴:《抵押制度的基础理论》,法律文化社 1997 年版,第 78 页。

认。公示原则与登记担保权的成立关系,因各州受法国法还是普通法的影响而有所不同。例如,在瓦莱州,受法国法的影响,登记担保权虽然仅依公证人作成的“担保权设定契约”便可以成立,但要对第三人产生效力(即对抗第三人),则非进行登记不可。<sup>[10]</sup>而在受普通法影响的巴塞爾斯塔特州,向不动产登记簿册管理官员提出的由公证人作成的“文书契约”,仅有债法上的效力,登记担保权依登记便可成立。<sup>[11]</sup>

关于登记担保权的顺位。在瑞士,多数州不承认土地所有人有保留先顺位的登记担保权,或以自己的名义设定登记担保权的权利,仅巴塞爾斯塔特州的法律赋予了土地所有人顺位保留权。于适用法国法的日内瓦地区,仅承认所有人抵押权。登记担保权人支配担保物的全体,先顺位的被担保债权消灭,后顺位担保权人的顺位得当然升进。

## 二 《瑞士民法典》对不动产担保权的统一

### (一)统一不动产担保权的形成背景与目标

19世纪末20世纪初,瑞士兴起了民法典编纂运动。这场运动的重要任务之一,就是要统一当时瑞士大约60种不同的不动产担保权形态,借以消除各种担保物权形态之间的冲突和齟齬。当时,瑞士的抵押权市场已经越出州的范围而扩大到了全国,统一不动产担保权制度的任务历史地落在了民法典编纂者的身上。通过统一不动产担保权制度,就是要整理各种担保物权形态,以实现不动产担保权在类型上的统一,建立统一的不动产担保权规则,实现提升土地信用和改善农业领域的各项关系的目的。<sup>[12]</sup>这场统一不动产担保权运动的成果,集中体现在1907年公布的《瑞士民法典》中。如前述,该法典只规定了地租证券、抵押债务证券和登记担保权(土地抵押证券)三种不动产担保权。原因主要有以下两点:第一,作为法典编纂者的欧根·胡贝尔考虑并顾及到了瑞士各州关于不动产担保权的法律传统。认为把各州传统上的主要不动产担保权形态纳入到民法典中,能够促使各州迅速采用和理解民法典关于不动产担保权的规定。第二,规定这三种不动产担保权可以实现不动产担保权制度的改革目标,以推动“促进信用”、“分割地租”和“土地价值的流动化”的实现。“促进信用”虽然可以通过不动产担保权的保全债权的功用获得实现,但以登记担保权为最适当。“地租的分割”,是土地所有人在不丧失土地所有权的前提下,通过交换利息从资本所有人那里取得资金。通过“地租的分割”,土地所有人虽然借入了资金,但为了由土地获得利益,其对土地的改良保有利益;同样,投资人通过请求支付利息而对土地的收益也保有份额,故农业经营水平的提高对其亦有利益。可见地租证券乃是一种妥当的制度。关于“土地价值的流动化”,简言之,即谋求实现支配土地的担保价值的担保权的流通。这不仅是实现前述两项目的手段,而且也可以最大限度地保障土地所有人的经济自由,降低债务人对债权人的从属(依附)性。因为如果提高担保权的流通性,债权人便可以通过出让担保权而收回投下的资金,结果使依强制执行方法而换价担保物的必要性丧失殆尽。

### (二)《瑞士民法典》不动产担保权的规定及其特征

相较于法国、日本和我国《物权法》上的不动产担保权,《瑞士民法典》规定的三种不动

[10] 参见1854年《瓦莱州民法典》第1490条、第1898条。

[11] 参见1860年《土地登记条例》第17-18条。

[12] 参见[日]松井宏兴:《抵押制度的基础理论》,法律文化社1997年版,第82页。

产担保权在法律构成上具有明显的特色,以下逐一加以分析。

### 1. 登记担保权(土地抵押证券)

登记担保权,又称“土地抵押证券”,性质上属于“保全不动产担保权”。根据《瑞士民法典》第 825 条规定,登记担保权(土地抵押证券)是一种单纯以担保债权的实现为目的的从属于债权的权利。这种担保权无需发行担保证券,但应债权人的请求,得交付不动产登记簿的抄本。唯该“抄本”在性质上并非有价证券,而只具有证据方法的意义。《瑞士民法典》和《瑞士债法》还规定,让与由土地抵押证券所担保的债权的,依让与债权的规定为之,<sup>[13]</sup>而无需进行登记。关于被担保债权,根据《瑞士民法典》第 824 条的规定,可以以登记担保权担保的债权,不仅包括现在已然确定的债权,而且也包括将来债权或仅属可能发生的债权。即使数额不特定或可变的债权,也可设定登记担保权予以担保。根据《瑞士民法典》规定,登记时担保权适用于下列场合:第一,担保数额可变的债权,尤其是担保“财产结合制”中的妻子对于丈夫的补偿请求权。第二,在一定数额的限度内,担保不特定及现在不能确定其数额的损害赔偿请求权。<sup>[14]</sup>第三,在一定数额的范围内,担保连续性地授予信用,即担保“交互计算信用”产生的债权。需注意的是,在上述场合,登记担保权(土地抵押证券)的性质均属于单纯以债权的保全为目的的担保权,而并不把它化体为证券。

### 2. 抵押债务证券和地租证券

按照《瑞士民法典》,抵押债务证券和地租证券性质上属于“流通不动产担保权”。这两种不动产担保权因在性质和内容上相当接近,故该法把它规定在同一节里。不过,二者仍有差异。主要是:对于抵押债务证券,债务人不仅应以担保的不动产承担责任,而且也要以自己的一般财产承担责任;而对于地租证券,债务人则仅以担保的不动产本身承担责任。<sup>[15]</sup>抵押债务证券和地租证券均和成立原因的债权关系相分离。基于抵押债务证券和地租证券的权利,仅可依担保证券而行使。担保证券由不动产登记簿管理官制作并发行。<sup>[16]</sup>另依《瑞士民法典》第 859 条,担保证券也可以特定人、持有人或不动产(土地)所有人本人的名义发行,此即“所有人不动产担保权”。上述担保证券具有有价证券的性质。移转抵押债务证券和地租证券时,应向取得人交付担保证券,尤其是担保证券为记名证券时,还需要在证券上记明证券的移转和取得人的姓名。但无需进行登记,且也不采让与债权那样的书面形式。为了担保权的流通,《瑞士民法典》也赋予担保证券以公信力。<sup>[17]</sup>

《瑞士民法典》就该两种证券的解除也作了规定。第 844 条规定:抵押债务证券,除另有规定外,得由债权人或债务人定 6 个月的预告期间,并于习惯上的付息日期终止之;第 850 条第 1 项规定:有地租负担的土地所有人,得定 1 年的预告期间,请求在 6 年期间终了时废止地租;即使契约定有禁止废止的较长期间,也可为此请求。地租债权人除有法定事由而可废止地租债权外,仅得于每 15 年期间终了时废止之,并应于 1 年前为废止的预告。

### 3. 登记担保权(土地抵押证券)、抵押债务证券和地租证券的共同特征

(1) 公示原则与特定原则。根据《瑞士民法典》第 799 条第 1 项规定,无论登记担保权

[13] 参见《瑞士民法典》第 835 条和 1911 年《瑞士债法》第 165 条第 1 项。

[14] 即最高额抵押权。

[15] 参见《瑞士民法典》第 842 条、第 847 条第 1 项、第 3 项。

[16] 《瑞士民法典》第 855 - 857 条,第 868 条。

[17] 参见《瑞士民法典》第 865 - 866 条,第 869 条。

(土地抵押证券)、地租证券或抵押债务证券,均须通过在不动产登记簿册进行登记而成立,并同时规定地租证券和抵押债务证券这两种“流通不动产担保权”以向取得人交付担保证券为移转要件。关于特定原则,根据《瑞士民法典》第794条规定,特定的土地仅为特定的债权提供担保。而且,此公示与特定原则,因1910年2月22日瑞士颁行的《土地登记条例》规定实行土地登记簿册制度而在瑞士全国得到推行。

(2)固定担保位置。在《瑞士民法典》公布之前,“固定担保位置”仅在地租证券的场合采用。《瑞士民法典》的制定将“固定担保位置”扩大到三种不动产担保权。按照“固定担保位置”制度,各担保权人就担保不动产取得所规定的担保位置的顺位后,即使先顺位担保权被注销而留出“空位担保位置”,后顺位担保权也不得升进其顺位。<sup>[18]</sup>但在强制执行和破产的场合,对担保不动产进行换价时,将并不顾及“空位担保位置”的存在,出卖标的物所得的价金,在实有的各担保权人间依各自的顺位进行分配,<sup>[19]</sup>从而产生与后顺位担保权人递升其顺位相同的效果。

(3)担保不动产的让与和分割。《瑞士民法典》规定:“关于土地让与和分割的效果,适用于土地抵押证券的规定。”“以抵押证券设定负担的土地经让与时,除另有约定者外,土地抵押债务与债务人的责任,仍不变更;新所有人承担对于抵押债权的债务的,原债务人因而免其债务;但债权人于一年内以书面表示不免除其债务的意思的,不在此限。”<sup>[20]</sup>关于分割,《瑞士民法典》第833条第1、2项规定:“设定土地抵押的土地的一部分,或属于同一所有人的数抵押土地中的一土地,经让与或抵押物被分割时,抵押物的各部分,除另有约定者外,应按其价值的比例,分担抵押责任;债权人不欲接受前项抵押责任的分担的,可于分担生效后一个月内,请求于一年内清偿其抵押债权。”在担保不动产的所有人和债务人的地位不得分立这一点上,<sup>[21]</sup>地租证券区别于前述两种不动产担保权。从而,“负担土地的取得人,因原所有人的免除负担,而当然为地租债权的债务人”。<sup>[22]</sup>另外,于分割的场合,各分割地的所有人成为地租证券债务人。关于各分割地承受负担的比例,准用登记担保权(土地抵押证券)和抵押债务证券的规定。

(4)不动产担保权的适用。应当肯定,《瑞士民法典》规定的登记担保权(土地抵押证券)、抵押债务证券和地租证券,乃是20世纪民法立法在不动产担保权领域取得的重要立法成就,从总体上看,它属于德意志法系的不动产担保权的范畴,与《德国民法典》规定的不动产担保权如土地债务等具有某些类似之处。但是,1912年《瑞士民法典》施行后的情况表明,这三种不动产担保权并未实现欧根·胡贝尔当初创设这样的担保权体系所意欲达到的目标。一些州依然置民法典上的不动产担保权规定于不顾,而采行本州传统的担保权形态。例如,在承认并采行普通法上的抵押权的各州,主要是为了抵押的目的而采登记担保权(土地抵押证券);以往实行抵押债务证券的各州,仍然拒绝采登记担保权。另外,根据1967年的调查,在《瑞士民法典》施行前主要适用于农村的地租证券,在1912年《瑞士民法典》施行以后,没有采用地租证券的州仍占多数。

[18] 参见《瑞士民法典》第814条第1项。

[19] 参见《瑞士民法典》第815条。

[20] 《瑞士民法典》第832条、第846条。

[21] 《瑞士民法典》第851条第1项:地租证券以设定负担的土地所有人为债务人。

[22] 《瑞士民法典》第851条第2项。

### 三 瑞士不动产担保权的实施原则

#### (一) 瑞士不动产担保权的共同原则

按照《瑞士民法典》的立法思想与学者解释,瑞士不动产担保权实施的共同原则有三:公示原则、特定原则及顺位确定原则。

1. 公示原则。如前所述,《瑞士民法典》规定的三种不动产担保权均依在登记簿册进行登记而设定,<sup>[23]</sup>因登记的注销而消灭。<sup>[24]</sup>可以看到,《瑞士民法典》对此三种不动产担保权在总体上采取了公示原则。但该法典第 799 条第 1 项又规定:“土地抵押,因登记于土地登记簿册而成立,但法律定有例外者,不在此限。”由于该项规定,使公示原则并未得到彻底的贯彻。主要表现在两个方面:其一,《瑞士民法典》规定了无需登记而直接成立担保物权的“法定担保权”和“直接的法定担保权”。内容载于《瑞士民法典》第 808 条、第 810 条、第 819 条及第 836 条。其二,为了保障不动产税、继承税、赠与税等租税债权的实现,瑞士的各州法也规定了无需登记便可以成立的法定担保权。以上法定担保物权的顺位,优先于已登记的不动产担保权,因此对已登记的不动产担保权便有产生损害的危险。不过,因《瑞士民法典》规定的这些法定担保权主要是为了担保担保权人为维持和保存担保物所支出的费用可以收回而规定的,所以即便赋予它们以优先的顺位,也不会损害其他担保权人的利益。

2. 特定原则。一般认为,在采用了公示原则后,作为其逻辑结论,必然应当采用特定原则。所谓“特定原则”,一是指担保标的物的特定;二是指被担保债权的数额的特定。担保标的物的特定,《瑞士民法典》第 796 条和第 797 条都明示采取标的物特定化意义上的特定原则。债权采取这样的原则,是为了那些意欲以不动产供作担保而向他人借贷金钱的人可以迅速、准确地由土地登记簿册明了已然存在的负担。《瑞士民法典》第 794 条第 1 项规定:“设定土地抵押时,在一切情形下,均应按国内货币记载一定的债权金额。”被担保债权额,从一开始即变成特定的,该特定金额应被登记;在担保交互计算信用的场合,被担保债权的金额从一开始并不特定,此时应在登记簿册上记载土地对债权人的债权所担保的最高金额。<sup>[25]</sup>此种场合,实行担保权的费用、迟延利息及约定利息,均内含于最高金额之内,超过部分不受担保。可见,债权特定化意义上的特定原则,在《瑞士民法典》中是得到了切实贯彻的。

3. 顺位确定原则。顺位确定原则即不动产担保权的顺位依登记的先后而定的原则。《瑞士民法典》除规定“直接的法定担保权”外,还赋予特定人以设定法定担保权的请求权,称为“间接的法定担保权”。依《瑞士民法典》第 799 条第 1 项的规定,“间接的法定担保权”系因登记而成立,且顺位也依登记的先后而定。后登记的“间接的法定担保权”并无优先于约定的不动产担保权的效力,但因法定担保权中的“直接的法定担保权”无需登记便可成立,且也不问成立的先后而均可优先于已然成立的其他不动产担保权,所以在一定

[23] 《瑞士民法典》第 799 条第 1 项。

[24] 《瑞士民法典》第 801 条第 1 项。

[25] 《瑞士民法典》第 794 条第 1 项,即最高额抵押权。



程度上限制了顺位确定原则。同时,《瑞士民法典》还采取先顺位的不动产担保权消灭,后顺位的不动产担保权不得升进的顺位确定原则(固定担保位置原则)。依此原则,不动产担保权一旦消灭,即留出“空位担保位置”。此时,不动产所有人即可以之设定新的不动产担保权。<sup>[26]</sup>《瑞士民法典》第 813 条第 2 项还规定,不动产所有人可以自始设定“原始的后顺位担保权”。即不动产所有人可以从一开始就设定第二或其他任意顺位的登记担保权(土地抵押证券),但须在登记时,就一定金额保留其优先顺位。不过,对“固定担保位置”制度,《瑞士民法典》规定了例外,即在强制执行和破产的场合,将无视不动产担保权空位位置的存在。也就是说,强制执行担保不动产并将其换价时,将不顾及空位担保位置,拍卖担保不动产所得的价金在实有的各担保权人之间依各自的顺位分配,<sup>[27]</sup>从而发生与后顺位担保权人升进其顺位相同的效果;<sup>[28]</sup>另外,《瑞士民法典》第 814 条规定:“当事人可依约定而使后顺位担保权升进到空位担保位置,该约定在登记簿册进行预告登记后,便有物权的效力。”<sup>[29]</sup>

## (二) 地租证券和抵押债务证券的特有原则

首先是独立原则,即否定不动产担保权的从属性,而使不动产担保权独立存在。《瑞士民法典》规定的地租证券和抵押债务证券,是独立于债权而存在的,即无附随性。当然,债务人因可对债权人主张基于原因的债务关系的抗辩,<sup>[30]</sup>因而抵押债务证券和地租证券,与成立原因的债权(关系)并未完全分离,此点需要注意。

其次是确保流通性,即为了确保交易的便捷,不动产担保权须化体为证券。抵押债务证券和地租证券均依登记而成立,<sup>[31]</sup>且需要作成担保证券。因该担保证券性质上属于有价证券,因此行使基于抵押债务证券和地租证券的债权时,需提示担保证券。<sup>[32]</sup>移转抵押债务证券或地租证券,只需向取得人交付担保证券。<sup>[33]</sup>在以抵押债务证券和地租证券为担保时,债权与担保它的不动产担保权同时被化体为有价证券,债权和担保物权因此构成一个不可分的统一体。根据《瑞士民法典》关于抵押债务证券和地租证券的规定,登记与担保证券的公信力不仅及于担保物权,而且也及于债权。“债务人所得主张的抗辩,仅以基于登记或证券的抗辩,或债务人个人对于为请求的债权人所得主张者为限。”<sup>[34]</sup>

## 四 瑞士不动产担保权制度对我国相关制度的意义

我国从清末改制引进欧洲大陆法系民法,1929 - 1930 年,国民政府颁行了正式的民法典。众所周知,受日本的影响,该民法典主要继受大陆法尤其是德国法和瑞士法,属于大陆法系。唯对于不动产担保权,该法典并未效仿《德国民法典》和《瑞士民法典》的做法,而是采取了大陆法系中的法国民法和日本民法的立场。例如,关于不动产担保权的顺位,不采德

[26] 《瑞士民法典》第 814 条第 2 项。

[27] 《瑞士民法典》第 815 条。

[28] 《瑞士民法典》第 815 条。

[29] 《瑞士民法典》第 814 条第 3 项:关于土地抵押债权人递补顺位的约定,须进行预告登记,始生物权的效力。

[30] 《瑞士民法典》第 872 条。

[31] 《瑞士民法典》第 799 条第 1 项、第 856 条第 2 项。

[32] 《瑞士民法典》第 868 条第 1 项。

[33] 《瑞士民法典》第 869 条第 1 项。

[34] 《瑞士民法典》第 872 条。

国法和瑞士法的“顺位固定”(德国法)或“空位担保位置”(瑞士法),而是采顺位升进主义。

我国从1949年至1986年期间,并无制定法上的统一的担保物权如抵押权、质权和留置权制度。1986年通过的《民法通则》和1995年颁行的《担保法》,以制定法的形式创设了担保法体系,在担保物权法的发展上具有里程碑意义。由这些法律的规定可以明了,这些法律关于担保物权的规定,并不是取法德国法、瑞士法,而是采取法国法、日本法和1929-1930年民国时期民法的立场。易言之,我国现行不动产担保权尤其是不动产抵押权,其法律构成与法国、日本和我国台湾地区抵押权相同,性质上属于以担保特定债权的实现为目的的保全抵押权。此保全抵押权,抵押权是从属于债权而存在的,抵押权本身不得作为交易的客体而于市场上辗转流通,与德国法、瑞士法之不动产担保权以流通性为原则,不动产担保权本身得作为独立的对象而于市场上辗转流通截然不同。尤其是德国法和瑞士法的不动产担保权的独立性原则,更为我国的担保物权法之所无。

应当看到,不动产担保权的独立性,一方面是德国和瑞士流通性抵押权得以成立的基石之一,同时也使不动产抵押权的价值权性质得到了最纯粹乃至最一以贯之的体现。可以肯定,抵押权的独立性,乃是人类法律文明在抵押权领域所取得的一项重要成就,在不动产担保权的发展上不啻具有重要意义。这样一来,是否就可以说不动产担保权的独立性是代表各国不动产担保权的发展方向呢?对此问题的回答当然是否定的。理由之一,是迄今的各国不动产担保权制度的发展史已经表明,对于一个国家乃至某些国家来说是适宜的制度,而对于别的国家却未必如此。我国正在着手制定民法典,其中在现有《物权法》的基础上完善现行不动产担保权法制,是这场立法运动的重要任务之一。一方面要参考借鉴法国、日本和我国台湾地区关于保全性担保物权,尤其是保全性抵押权的立法经验和判例学说的最新成果;另一方面应否采取或于多大程度上采取瑞士不动产担保权原则,尤其是抵押权的独立性原则,这不仅是一个理论问题,也是一个立法政策问题,攸关我国未来担保物权法制的走向、立法规定的良莠,以及担保物权法制的解释论等。

按照瑞士等德意志法系民法,不动产担保权尤其是不动产抵押权的独立性原则,乃具体地表现为抽象化原则、公信原则、证券化原则及顺位确定原则(空位担保位置)等。以下逐一探讨其有无被我国采取的可能性。

其一,抽象化原则。即使抵押权与被担保债权分立、绝缘,进而使抵押权本身以抽象的形式存在。《瑞士民法典》的地租证券和抵押债务证券,均是建立在该原则之上的。我国民法向来认为抵押权有从属于被担保债权而存在的属性,称为抵押权的从属性(最高额抵押权为抵押权从属性之放宽)。尽管否定抵押权的从属性现今并无理论上的充分根据,但依我国的现实情况,要否定抵押权的该项属性,进而使抵押权完全独立于债权而存在并自由地流通,几乎可以肯定,这非但不可能,而且也不适宜。

其二,公信原则。按照《瑞士民法典》,不动产担保权的存在既然以登记为生效要件并以之为表征,则信赖该表征而有所作为者,纵表征与实质的权利不符,对于信赖该表征而为交易的人也无任何影响,此即不动产担保权的公信原则。我国现行《民法通则》和《物权法》,不承认抵押权的公信原则。唯可以肯定,随着我国社会主义市场经济体制的建立,将公信原则引入抵押权领域,不仅有其必要而且也有其实益。因此可以断言,认可抵押权公信原则,将是我国未来抵押权制度发展的一个方向。但问题在于,采取抵押权公信原则,需要有完善的统一的不动产登记制度作为其前提。而这一点正为我国现今所不具备。因此可以

预料,在未建立起完善的不动产登记制度以前,要采取抵押权公信原则,乃是有较大的困难的。

其三,证券化原则。该原则将抵押权附立于证券之上,视为独立的动产,并依有价证券规则确保其流通的原则。<sup>[35]</sup>《瑞士民法典》上的地租证券和抵押债务证券,均属于抵押权和债权相分立,抵押权附立于证券之上,进而使之在金融市场上流通的制度。抵押权被证券化以后,其媒介投资手段的功能便可以充分展现。另外,为了使抵押权作为一种“商品”而于市场上流通,其最有效的办法也同样在于使抵押权证券化,除此之外别无他途。可见,抵押权的证券化实际上是一种颇能合乎现代市场经济社会需要的法律制度。因为,在资本的需求与供给之间,证券乃是一种最佳的媒介手段,而抵押证券尤能完成这一使命。在我国大陆,因迄今尚未建立起抵押证券制度,因而抵押权的证券化现今不过为理论上的预想,而要真正付诸实施,还需要首先制定抵押证券法。

其四,顺位确定原则(空位担保位置)。该原则指将不动产担保权的顺位确定,先顺位不动产担保权消灭时,后顺位担保物权不得升进其顺位的原则。我国现行抵押权制度,关于抵押权的顺位,系采升进主义,先顺位抵押权消灭时,后顺位抵押权得当然升进。基于民法公平正义观念及为了平衡各方当事人的利害关系,建议我国未来民法典上的不动产担保权制度采取不动产担保权的顺位确定原则。

---

[Abstract] Before the enactment and promulgation of the Swiss Civil Code in 1907, there existed over 60 kinds of real estate guarantee systems in various places within the country. However, through efforts made by Eugen Huber, the drafter of the Swiss Civil Code, to unify the system, the Swiss Civil Code finally provided for three forms of real estate guarantee systems—land rent securities, mortgage obligation securities, and right to registration guarantee (land mortgage securities). Several basic principles were established under these systems, including principles of public summon, concrete object and order, independence and guarantee of marketability. These three forms of real estate guarantee systems and relevant principles adopted by the Swiss Civil Code serve as important reference for the improvement of real estate guarantee system in China.

---

(责任编辑:雨 沐)

[35] [日]柚木馨、高木多喜男:《担保物权法》,有斐阁1989年版,第224页。