

# 《物权法》背景下的海域使用权抵押制度

——兼及物权法上的类推适用

高圣平

(中国人民大学法学院 北京 100872)

海域使用权的性质目前仍然是一个颇具争议的话题。有学者认为,海域使用权是一种准物权或特许物权,因为其取得需经海洋行政主管部门审批;也有学者认为,海域使用权是有别于准物权或特许物权的一种用益物权形态。无论海域使用权的性质若何,其应属一种财产(权利),当无疑问。既属财产,则有利用其交换价值以为融资的需要,在物权价值化趋势日益明显的背景下,利用海域使用权的交换价值作为融资担保工具的需要亦日益紧迫。《海域使用管理法》虽对海域使用权的担保问题未置明文,但该法通过后,福建、广东、江苏、山东等沿海省份的海域使用权的抵押实践正好印证了这一点。《物权法》公布施行后,海域使用权抵押制度如何规范和调整,无疑是摆在我们面前的一大课题。本文不揣浅薄,拟就此一陈管见,以求教于同仁。

## 一、权利抵押权抑或权利质权——海域使用权作为担保工具的体系定位

我国《物权法》上担保物权以有体物为标的物,例外地允许权利之上亦可设立担保物权。权利担保物权有所谓权利抵押权和权利质权之分,大多数权利通过动产与不动产的区分方法被法律拟制地置入动产范畴,其上所设定的担保物权自然被归入质权,形成了所谓的权利质权,至于传统质权的公示方法,在权利质权中,则采取准

占有制度来传递移转占有的意义,以此来证成权利质权的适法性。但并非所有权利担保物权均能通过质权制度来构架,因为,依担保物权的基本法理,质权为非用益型担保,质权人、出质人均无权就担保物为使用、收益,质权设立后,担保物即被沉淀,但抵押权为用益性担保,抵押人仍可就担保物为使用、收益。

就海域使用权而言,若设定质权,在移转权利的“占有”之后,海域使用权人已无权行使海域使用权,债权人亦无法行使海域使用权,此际海域使用权即成为沉淀财产,未能达到该权利的设定目的。海域使用权人在海域使用权之上为债权人设定担保之后,仍得行使海域使用权以取得收益,达到通过设定担保促进生产,并进而活跃经济、增进社会财富的目标。准此以解,海域使用权之上应当设定抵押权,而不是质权。此外,依《物权法》第180条第1款的规定,“法律、行政法规未禁止抵押的其他财产”可以抵押,法律、行政法规中并未禁止海域使用权抵押,因此,海域使用权应当可以设立抵押权。但依《物权法》第223条的规定,“法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利可以出质”,法律或行政法规中并未对海域使用权是否可以出质作出明文规定,在物权法定主义之下,海域使用权无法在权利质权中取得一席之地。

## 二、海域使用权抵押权的设立

海域使用权抵押权既属抵押权之一种,其设立自应受我国《物权法》上关于抵押权设立的一般规定的约束,例如,应由抵押权人与抵押人依法签订抵押合同,除合同另有约定外,抵押合同自合同成立时起生效;未办理抵押权登记的,不影响抵押合同的效力。但这里颇有疑问的是,我国《物权法》第187~189条对《物权法》上认可的各类抵押权的设立作了原则规定,如以建筑物和其他土地附着物、建设用地使用权、土地承包经营权以及正在建造的建筑物抵押的,抵押权自登记之时设立;以生产设备、原材料、半成品、产品、交通运输工具、正在建造的船舶、航空器抵押的,抵押权自抵押合同生效时设立,未经登记不得对抗善意第三人。但《物权法》并未对以“法律、行政法规未禁止抵押的其他财产”抵押时,抵押权自何时起设立作出明确规定,《海域使用管理法》上也未置明文,那么,海域使用权抵押权究竟是否以登记为公示方法?如以登记为公示方法,究竟是以登记为生效要件,还是以登记为对抗要件?

在物权法定主义之下,物权的种类、内容、效力及公示方法应由法律明定,物权公示原则也要求公示的方法、公示的对象、公示的效力、公示的范围均得法定。而海域使用权抵押权究竟采取什么公示方法,公示的效力如何,在法律、行政法规均未作明文规定的情况下,其设立即不无疑问。在解释上,抵押权以不移转抵押物的占有为其特征,抵押权的公示方法自应以登记为之。海域使用权作为抵押权之一种,当然以登记为公示方法,但登记究竟是海域使用权抵押权的生效要件,还是海域使用权抵押权的对抗要件?

现有的相关文献对此均主张海域使用权抵押权自登记时设立,但均未说明其理由。本文作者认为,我国《物权法》对建设用地使用权抵押

权、土地承包经营权抵押权均采登记生效主义,海域使用权作为与建设用地使用权、土地承包经营权同类的用益权利,本着同一事件作同一处理的法适用原理,应对海域使用权抵押权作同一处理,即亦应从登记之日起生效。在法学方法论上,这实际上涉及类推适用问题。类推适用,又称比附援引,是填补民法漏洞的基本方法之一,一般是指将法律于某案例类型A所明定的法律效果,转移使用于法律未设规定的案件类型B上。关于物权法上是否允许类推适用,学界素有不同意见。有学者认为:“系争案件不属于禁止类推适用的私法领域,即不属于物权法定等基于其他优先原则的考虑而不许类推适用之情形。”有学者认为,第一,“原则不容许依类推适用的方法创设法律之未规定之物权”,第二,“关于某种物权的规定,亦可类推适用”,论者并以物权善意取得规定的类推适用为例,认为该规定的类推适用,是法律关于善意取得规定价值判断的延长,并非创设新物权,不违反物权法定原则。也有学者认为“合同自由原则在‘内容设置自由’或者称之为‘形成自由’原则的意义上,也只是受到物权类型的强制,而不会受到物权范围内的内容设置方面的限制”,这里也存在类推适用的可能。

本文作者认为,就物权法定主义,在类型强制领域不得类推适用,但在类型固定方面可以类推适用。亦即,物权的内容只要不违反物权本身的性质及强制性规定,在没有法律规定,出现法律漏洞时,就可以类推适用。类型固定主要规定了一个物权类型项下的权利义务关系、构成要件、法律效果、公示程序等。“当事人在交易中所确定的物权的内容,必须按照法律所规定的内容解释,而不能按照当事人自己的意思来解释。”准此以解,海域使用权抵押权的公示效力即可类推适用建设用地使用权抵押权和土地承包经营权抵押权的规定,即未经登记,海域使用权抵押

权不设立。

### 三、海域使用权抵押权的登记

国家海洋局 2006 年 10 月 13 日印发的《海域使用权管理规定》、《海域使用权登记办法》均对海域使用权抵押权登记作了原则规定,但在《物权法》颁行后,其中规则不无检讨必要。

第一,在《物权法》统一不动产登记,而通说认为海域使用权是不动产之上的权利的情况下,在不久的将来,海域使用权应在不动产登记簿上进行登记,但在《不动产登记法》或《不动产登记条例》出台之前,国家海洋局应完善相应登记规则。

第二,《海域使用权登记办法》将海域使用权抵押权登记放在“初始登记”一节中予以规定,颇值商榷。通说认为,初始登记是就某一不动产首次进行的登记,它是不动产权利登记的基础和开端,是其后进行的一系列登记的起始点。由于我国海域属于国家所有(《物权法》第 46 条),而国家对海域的所有权无须登记(《物权法》第 9 条第 2 款),因此,海域使用权的设立登记即具有初始登记的地位。但海域使用权抵押权属于海域使用权之上所设定的权利负担,其登记在性质上属于海域使用权抵押权的设立登记,属于海域使用权上的他项权利登记,放在“初始登记”一节显然不大合适。相比较而言,我国《土地登记规则》将土地登记分为初始土地登记和变更土地登记。初始土地登记又称总登记,而变更土地登记包括土地使用权、所有权和土地他项权利设定登记,土地使用权、所有权和土地他项权利变更登记,名称、地址和土地用途变更登记,注销土地登记等;我国《城镇房屋权属登记管理办法》将房屋权属登记分为总登记、初始登记、转移登记、变更登记、他项权利登记和注销登记。由此可见,《海域使用权登记办法》中登记的种类及海域使用权抵押权登记的归属应作重新考量。

第三,《海域使用权登记办法》仅对海域使用权抵押权登记作了宣示性规定,缺乏可操作性,在制度设计时应当注意以下问题:

(1)登记机构的审查义务。《物权法》第 12 条规定了登记机构的审查义务。在比较法上,登记机构对登记申请的审查主要采取了两种主张:实质审查主义和形式审查主义。形式审查,是指登记机构仅对当事人提交的申请材料进行审查,只要当事人递交的材料符合形式要件,材料上记载的事项有无瑕疵,则在所不问。实质审查,是指登记机构不仅应当对当事人提交的申请材料是否符合形式要件进行审查,而且要对申请材料内容的真伪进行审查,在特殊情况下,还要对法律关系的真实性进行审查。两者之间的最大区别在于是否要对引起物权变动的债权债务关系加以审查。从我国《物权法》第 12 条关于登记机构的职责规定来看,《物权法》并未单独采纳任何一种模式,而是采取了折衷的办法,既不是完全的实质审查,也不是完全的形式审查,而是以形式审查为主、实质审查为辅的一种模式。修改《海域使用权登记办法》时,在确定登记机构的职责时应依此标准把握。

(2)登记机构的赔偿责任。《物权法》第 21 条规定了登记错误的赔偿责任,即:“当事人提供虚假材料申请登记,给他人造成损害的,应当承担赔偿责任。”“因登记错误,给他人造成损害的,登记机构应当承担赔偿责任。登记机构赔偿后,可以向造成登记错误的人追偿。”不过,这一规定比较原则,还有待具体化。这是在修改《海域使用权登记办法》时应当具体规定的。该条确定了两种责任,一是如果登记申请人弄虚作假,提供虚假材料申请登记给他人造成了损害,首先应由登记申请人对他人的损害进行赔偿;二是追究登记申请人的责任并不能免除登记机关的责任,如果登记机构没有尽到适当的审查义务,也要对第三人的损害承担责任。第 1 款属于过错责

任,第2款属于严格责任。除了第1款规定的情况外,登记机关都应该赔偿,包括无正当理由拖延登记时间、应当办理登记而无正当理由拒绝办理登记、登记簿与权属证书不一致,登记机构对权属证书拒不更正、办理异议登记后又办理变更登记等,都属于登记错误,应当适用严格责任。至于登记机构赔偿责任的性质是民事赔偿责任还是国家赔偿责任,《物权法》对此并没有作出明确规定。一方面,我国目前的登记机构虽然是事业单位,但其人员基本上还是公务员编制,依靠财政拨款,《物权法》第22条又规定了不动产登记收费原则,这使得民事赔偿根本无法实现,但另一方面,如果实行国家赔偿,囿于国家赔偿范围的限制,受害人的损失又得不到完全的补救。从国外立法实践看,德国和瑞士为了弥补可能造成的对真正权利人利益的损害,设立了登记赔偿金制度,也有的国家如阿尔巴尼亚采取了限额赔偿制度,可资借鉴。

#### 四、海域使用权抵押权的实现

作为抵押权的一种,在债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形时,自有海域使用权抵押权实现的可能。我国《物权法》第195条规定:“债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形,抵押权人可以与抵押人协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿。协议损害其他债权人利益的,其他债权人可以在知道或者应当知道撤销事由之日起一年内请求人民法院撤销该协议。抵押权人与抵押人未就抵押权实现方式达成协议的,抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。抵押财产折价或者变卖的,应当参照市场价格。”海域使用权的特殊性决定了海域使用权抵押权实现的特殊性。实践中普遍存在海域使用权抵押权实现难的问题,例如在福建,虽然《福建省海域使用管理条例》明确规定

了海域使用权在使用期限内可以依法继承、转让、抵押、出租,福建省海洋与渔业局也出台了《关于创新海洋与渔业工作机制的若干意见》,明确规定可以开展海域使用权公开招标拍卖和挂牌工作,海域使用权可以流转,但迄今没有具体的实施细则,缺乏可操作性,当海域使用权抵押权可得实现时,抵押变现没有明确的法律依据,而且海域使用权价值难以确定,同时由于海域使用权抵押贷款业务尚处于试点推广阶段,海域使用权流转市场尚未建立,给抵押财产变现带来困难。

第一,海域使用权人与海域使用权抵押权人协议以海域使用权折价时,应当符合《海域使用管理法》和《海域使用权管理规定》规定的海域使用权转让的条件,不能自由转让。我国对海域使用权的转让作了严格的限制,如转让海域使用权应当达到法定的条件,即:(1)开发利用海域满一年;(2)不改变海域用途;(3)已缴清海域使用金;(4)除海域使用金以外,实际投资已达计划投资总额百分之二十以上;(5)原海域使用权人无违法用海行为,或违法用海行为已依法处理。转让海域使用权并应报经原批准用海的人民政府海洋行政主管部门批准。如果在海域使用抵押权可得实现时,并未达到上述转让条件,当事人之间达成的实现海域使用权抵押权的协议的效力如何认定,不无疑问。

第二,海域使用权抵押权人是否可以直接向人民法院申请执行?我国《物权法》第195条第2款规定:“抵押权人与抵押人未就抵押权实现方式达成协议的,抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。”此规定对抵押权的实现规则作了完善。如明确规定“请求人民法院拍卖、变卖抵押财产”,修改了《担保法》“向人民法院提起诉讼”的规则,这一修改明确了直接申请拍卖、变卖和提起民事诉讼之间的关系。与《担保法》相比,《物权法》更加关注担保物权实行的便

捷,意在降低担保物权的实行成本,应值肯定。不过,也有学者对此提出不同意见,认为《物权法》第195条文字上的变动并无实际意义。“只要向人民法院请求就必定是诉讼,因为法院要作出究竟是采取拍卖还是变卖的裁定”。实则,该款的立法原意是:

抵押权人与抵押人未就实现抵押权达成协议,主要有两种情形:一是双方就债务履行期届满债权未受清偿的事实没有异议,只是就采用何种方式来处理抵押财产的问题达不成一致意见;二是双方在债务是否已经履行以及抵押权本身的问题上存在争议,如双方对抵押合同的有关条款或者抵押权的效力问题存在争议,这些问题实际上是实现抵押权的前提条件,双方对此发生争议,也就根本谈不上协议以何种方式实现抵押权了。对于第一种情形,即抵押权人与抵押人仅就抵押权实现方式未达成协议的,为简便抵押权的实现程序,本条规定,抵押权人可以直接请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。对于第二种情形,抵押权人仍应当采取向人民法院提起诉讼的方式解决。

尽管我国《物权法》上有上述关于抵押权实现的规定,但在民事执行法上,抵押权人是否可以依担保合同申请人民法院拍卖、变卖担保财产?抵押权人是否可以依担保合同申请人民法院作出许可拍卖、变卖担保财产的裁定,再依裁定申请人民法院执行?前者回答的是担保合同是否可以作为执行根据的问题,后者回答的是非讼案件中的申请拍卖、变卖担保财产的程序问题。对这两问题,我国《民事诉讼法》上均未置明文,颇值探讨。

1.担保合同是否可以作为执行根据?执行根据是指执行机关据以民事强制执行的各类法律文书,又称执行依据、执行名义、债务名义等。根据我国《民事诉讼法》及最高人民法院相关司法解释的规定,我国目前的执行根据包括人民法院

制作的法律文书(其中又包括民事判决书、裁定书、调解书、民事制裁决定书和支付令;经法院裁定承认其效力的外国法院作出的确定判决书、裁定书以及国外仲裁机构作出的生效裁决书;刑事附带民事判决书、裁定书、调解书;行政判决书、裁定书、调解书)以及其他机关或机构制作的且法律规定由法院强制执行的法律文书(其中又包括我国国内和涉外仲裁机构作出的仲裁裁决书和调解书;公证机构依法赋予强制执行效力的债权文书;行政处罚决定书和行政处理决定书)。很明显,担保合同(经公证机关赋予其强制执行效力除外)或担保物权登记证书不属于上述各种执行根据之内,在我国现行法坚守执行根据法定原则的制度框架之下,担保合同或担保物权登记证书无从作为执行根据。

通说认为,作为执行根据的法律文书应当符合以下条件:(1)实质要件,即必须表明法律文书已经生效并具有执行力;必须指明债务人应为特定给付以及给付的具体内容;给付的内容必须合法且适合于执行。(2)形式要件,即必须是公文书;必须指明债权人和债务人;必须表明应执行的事项。我们姑且将实质要件搁置不论。担保合同不是公文书。准此以解,担保合同亦无从作为执行根据。

有学者认为,“对于部分内容明确,当事人在签订该文书时就有直接强制执行意向,从法理来说也可以直接强制执行的非诉讼文书,可以直接强制执行,以实现债权人的权利。”该学者进而认为具有物权效力的债权文书可以直接作为执行根据。由最高人民法院牵头起草的《民事强制执行法草案》也认为,“随着社会经济的发展,财产流转进度加快,一些未经审判、仲裁庭公证的文书也需要直接进入执行程序,如依建筑工程款结算凭证即可申请执行等”。为了适应这一需要,《民事强制执行法草案》第三稿第30条第1款第7项、第四稿第12条第8项均规定法律可

以另行规定执行根据。从《民事强制执行法草案》开放而又谨慎的态度上,我们可以看出起草者的暧昧态度,他们也无法把握民事强制执行法上哪些私权文书可以作为执行根据。由此我们可以推论,除了公证机关依法赋予强制执行效力的债权文书之外,私权文书在未来的《民事强制执行法》中也很难作为执行根据。

2. 非讼案件中申请拍卖、变卖海域使用权的程序问题。既然担保合同不能直接作为执行根据,人民法院是否可以依申请人的申请直接作出许可拍卖、变卖海域使用权的裁定?对于海域使用权抵押权的实现,担保物权人原则上可以直接申请法院作出许可拍卖、变卖海域使用权的裁定,理由是:抵押权作为一种物权,权利人可直接对物的价值加以支配并排除其他一切人的干涉,而不需借助义务人的给付行为。抵押权人请求法院拍卖海域使用权以实现其抵押权,正是将物权转化为法院对海域使用权实施的强制执行行为,仍然属于抵押权人依海域使用权价值直接取偿的一种表现,而无需依靠义务人来实施某种行为。法院作出的许可拍卖、变卖海域使用权的裁定即为执行根据。《民事强制执行法草案》第三稿第30条第1款第2项关于“人民法院依留置权人、抵押权人或者质权人的申请,对留置物、抵押物或者质物所作的许可强制执行的裁定”作为执行名义的规定,第四稿第12条第2项关于“人民法院作出的许可对担保物进行拍卖的裁定书”、第3项关于“人民法院依据《中华人民共和国合同法》第二百八十六条作出的许可拍卖建设工程的裁定书”可以作为执行根据的规定,支持了上述观点,但起草过程中对此项内容一直存在争议。

在比较法上,申请拍卖、变卖担保财产属于“非讼案件”或“非讼事件”的范畴,德国、日本和我国台湾地区相关法律对此作了明文规定。“非讼”与“诉讼”相对,“诉”是指控告、指控;“讼”是

指争辩、辩驳。依文义解释,“非讼”即没有民事权益争议,是有“控”无“辩”。“按我国民事诉讼理论上的通常理解,所谓非讼案件,是指利害关系人在没有民事权益争议的情况下,请求人民法院确认某种事实是否存在,从而使一定法律关系发生、变更或消灭的案件。”民事实体法上所规定的事项在民事程序法上应有相应实施程序予以保障,但民事实体法上所规定的事项性质不一,民事程序法上的程序保障也就有所差异。民事实体法上所规定的诉讼性质的事项,又称诉讼事件或诉讼案件,由民事程序法上的诉讼程序予以保障;民事实体法上所规定的无诉讼性质的事项,又称非讼事件或非讼案件,由民事程序法上的非讼程序予以保障。非讼案件与诉讼案件的分野直接形成了民事纠纷解决司法审判手段的诉讼、非讼二元化格局。其中诉讼程序通过言词辩论,就实体权利义务关系的存在进行审理,适用处分权主义、辩论主义,并以判决形式公开宣示判决结果,使既判事项发生既判力。而非讼程序多为简便程序,不以实体权利义务存否为审理对象,适用职权主义、职权探知主义,以裁定不径公开宣示之方式,宣示其结果,非讼裁定仅具暂定性、未来性,当事人对实体权利义务本身仍有以诉讼形式再为争议的可能。不过,随着社会的发展和时代的演进,民事纠纷的类型日益多样化,司法权更被需求以监护地位介入,以处分权主义、辩论主义、对抗性为架构的诉讼制度,已不足以应对日益增加的纠纷类型。为节约司法资源及时间成本,将部分具有对立性,原属诉讼的案件非讼化,合于社会大众的期待。因此,晚近德国、日本及我国台湾地区相继修法,扩充非讼案件的范围。

在我国,将申请拍卖、变卖担保财产作为非讼案件,在修改民事诉讼法或制定民事非讼程序法时将其单列为一案件类型,充分发挥非讼程序迅捷、经济地解决纠纷的职能,实为上选。果若

如此,信贷实践中广受诟病的担保物权实现问题即能迎刃而解。

### 参考文献

- 1 王利明,尹飞,程啸.中国物权法教程.北京:人民法院出版社,2007
- 2 梅夏英,高圣平.物权法教程.北京:中国人民大学出版社,2007
- 3 尹田主编.中国海域物权制度研究,北京:中国法制出版社,2004
- 4 王利明.物权法研究(修订版·上卷).北京:中国人民大学出版社,2007
- 5 刘保玉.物权法学.北京:中国法制出版社,2007
- 6 桂静.海域使用权抵押若干问题探析.海洋开发与管理,2003(6)
- 7 兰岚,朱楠,等.论海域使用权抵押的成立和实现.海洋开发与管理,2007(1)
- 8 王泽鉴.民法总则.北京:中国政法大学出版社,2003
- 9 屈茂辉.类推适用的私法价值与司法运用.法学研究,2005(1)
- 10 王泽鉴.民法物权.北京:中国政法大学出版社,2003
- 11 陈兴华,洪韬.论物权法定原则与类推适用.昆明理工大学学报(社会科学版),2007(3)
- 12 孙宪忠.中国物权法原理.北京:法律出版社,2004
- 13 李昊,常鹏翱,叶金强,高润恒.不动产登记程序的制度建构.北京:北京大学出版社,2005
- 14 许明月,胡光志,等.财产权登记法律制度研究.北京:中国社会科学出版社,2002
- 15 胡康生.中华人民共和国物权法释义.北京:法律出版社,2007
- 16 梅夏英,高圣平.物权法教程.北京:中国工商出版社,2007
- 17 高圣平.动产抵押登记制度研究.北京:中国工商出版社,2007
- 18 张惠铃,张文强.海域使用权抵押贷款问题探讨.福建金融,2007(5)
- 19 江平主编.物权法教程.北京:中国政法大学出版社,2007
- 20 胡康生主编.中华人民共和国物权法释义.北京:法律出版社,2007
- 21 江伟主编.民事诉讼法学.上海:复旦大学出版社,2002
- 22 谭秋桂.民事执行原理研究.北京:中国法制出版社,2001
- 23 杨荣馨主编.民事诉讼原理.北京:法律出版社,2003
- 24 江伟主编.民事诉讼法专论.北京:中国人民大学出版社,2005
- 25 黄松有主编.强制执行法起草与论证(第2册).北京:中国人民公安大学出版社,2004
- 26 刘海渤.民事非讼审判程序初探.中国法学,2004
- 27 王强义.民事诉讼特别程序研究.北京:中国政法大学出版社,2002
- 28 魏大亮.新非讼案件法总则问题解析.月旦法学杂志,2005(123)