

【法学研究】

# 物业经营权的法律属性和担保方式

陶信平

(长安大学人文社会科学学院, 陕西 西安 710064)

**摘要:** 从现实发生的典型案例出发, 对物业经营权的法律属性及其设定担保的方式进行了较为充分的分析, 提出物业经营权的法律性质应属于物权体系中的用益物权, 物业经营权可以设定抵押担保的观点。

**关键词:** 法学; 民商法学; 物业经营权; 用益物权; 抵押担保

中图分类号: DF521 文献标识码: A 文章编号: 1671-6248(2006)04-0082-04

## Legal attributes and guarantee mode of property management right

TAO Xin-ping

(School of Society and Humanities, Chang'an University, Xi'an 710064, Shaanxi, China)

**Abstract:** Based on the typical cases in reality, this paper makes adequate analysis and study on legal attributes and its assigned guarantee mode for property management right's, puts forward that the legal nature of property management right should belong to usufructuary right in the property right system, and the property management right can be set as mortgage guarantee.

**Key words:** science of law; science of civil and commercial law; property management right; usufructuary right; mortgage guarantee

## 0 引言

《中华人民共和国民法通则》(简称《民法通则》)第89条规定了保证、抵押、定金和留置4种债的担保方式。1995年颁布的《中华人民共和国担保法》(简称《担保法》)规定了保证、抵押、质押、定金和留置5种担保方式。《民法通则》只是笼统地规定:“债务人或者第三人可以提供一定的财产作为抵押物”, 这里既没有对抵押和质押进行区分, 也没有明确哪些财产可以抵押;《担保法》虽然对抵押和质押作了较为明确的规定, 但由于现实情况的无限复杂性, 该法也没有对抵押物和质押物作出完全的列举规定。《担保法》第34条除对抵押物的范围规定了不动产、动产、国有土地使用权、农村“四荒地”使用权等财产或权利之外, 还作了一项开放式的弹性规定:“依法

可以抵押的其他财产”也属于抵押物的范围。《担保法》第四章规定了动产和财产性权利可以作为质押的标的, 对于不能穷尽的财产权利, 该法在第75条第4项中也作了开放式的弹性规定:“依法可以质押的其他权利。”随着中国市场经济的快速发展, 实践中出现了不少超越《民法通则》和《担保法》规定的债务担保行为, 有的已经获得特别法的认可, 比如企业承包经营权、高速公路收费权等依法可以用于抵押(质押)担保, 对促进资金融通和商品流通都起到了很好的作用, 值得充分肯定。但是, 实践中还出现了不少用不动产用益物权, 如商场、酒店等物业经营权作为抵押权(质押权)标的担保债权实现的案例。此类担保物权是否成立、有效, 涉及到许多法律问题, 是法学理论界和司法实务界都应予以重视和探讨的课题, 本文试图对此作一些初步讨论。

收稿日期: 2006-02-16

作者简介: 陶信平(1957-), 男, 贵州贵阳人, 副教授。

## 1 物业经营权的债权担保

现实中,以物业经营权作为担保已不是个别现象,1999年第61期《最高人民法院公报》中刊载的“桂林同德房地产开发有限公司申请执行重庆金山酒店有限公司等经营权案”就是一起涉及采用物业经营权作为担保的经济纠纷<sup>[1]</sup>。虽然终审法院认定因主合同违反法律规定无效而导致担保合同无效,但仍判决主债务人与担保人对债务承担连带赔偿责任。北京市高级人民法院经济审判庭编《金融审判案例研究》(2001卷)中“华夏银行与上海乔丰有限公司、北京金马房产发展有限公司借款合同纠纷案”也是属于用物业经营权担保债务的典型案列。终审法院在认定物业经营权担保有效的基础上,判决债务人以其享有的7200 m<sup>2</sup> 物业使用经营权(质押物)折价,或以拍卖、变卖该用益物权所得价款清偿债务;若此折抵价值不足以清偿债务,则由另一保证人对剩余债务承担连带清偿责任<sup>[2]</sup>。

此外,类似的案例时有发生,而且此类案件实际履行而未出现纠纷的应该更为普遍。因此,从理论上对之进行研究,以弥补现行法律规定之不足显得尤为重要。

由于中国没有制定和颁布《物权法》,甚至连“物”、“物权”这样最基础的概念都没有明确的法律定义,有学者主张以大陆法系尤其是德国法的规定明确“物”及“物权”的概念,有学者主张以英美法“财产”和“财产权”的概念来定义“物”及“物权”的概念。另外,就物权体系中用益物权的概念、内容、类型等也存在许多不一致的观点和看法。这些基础性问题的争论导致了中国《物权法》和《民法典》的制定迟迟不能出台,关于物权的法律规定很不完善。与此相应的是,中国关于《物权法》的理论研究却显得十分活跃。自20世纪90年代后期以来,不仅出台了由中国社会科学院、中国人民大学等单位组织法学专家起草的几部《物权法草案》,同时有大量的相关文章发表,为本文的讨论提供了可供参考的材料。2005年7月全国人大公布了《中华人民共和国物权法草案》。由于某些原因,该《物权法草案》未能在2006年3月提交全国人大讨论并通过,本文认为这并非是一件坏事,立法者和学术界及社会公众正好利用这段时间更深入地研究物权法的相关问题,对一些基础性的问题,比如立法理念、法律概念、基本制度设计等进行更细致的研究,力图制定出具有中国特色的、符合中国国情的、科学而完善的《物

权法》<sup>[3]</sup>。

## 2 物业经营权的基本属性

物业经营权是一个目前尚未获得法律正式确认的概念,在学者的论述中也很少见到。但是,物业经营权作为一种市场经济的权利现象不仅已经大量存在,而且已经在司法实践中得到人民法院的确认并体现于法院的生效判决之中。因此,理论界与立法界不能再对此视而不见,应该对之进行充分的研究,为立法提供理论依据,力争尽早对其作出适当的立法规制。

物业经营权是对不动产(也包括财团财产)进行管理和经营的权利,主要是指对前述不动产(包括财团财产)占有、使用、收益和部分处分的权利,是从财产所有权中分离出来的部分权能,也是对所有权有所限制的一种物权。物业经营权的客体主要是酒店、商场、停车场等较大型的不动产物业,通常为建筑物本身,还包括建筑物的配套设施和相关动产;经营权的主体既可以是独立的所有权人,又可以是所有权共有人或非所有权人,而且往往是非所有权人。一般而言,物业的所有权人建设该物业主要是一种投资行为,所有权人通过承包方式将物业让与他人经营,自己收取承包费而获得利益。物业经营权主要是物业所有权人与专业的经营者通过签订承包经营合同而设定,并由承包经营者获得;权利的内容主要是经营者对物业在承包期内进行独立的经营管理,实质上是对物业的使用价值进行支配和利用。物业经营权是对不动产(包括财团财产)进行占有、使用和收益的权利,符合用益物权的基本特征和属性。因此,应确认物业经营权为一种新型的用益物权,按照法律法规对用益物权的规定对其进行规范和保护<sup>[4]</sup>。由于物业经营权属用益物权,其占有、使用、收益和部分处分权利具有独立的使用价值和价值,故其与中国国有土地使用权、企业承包经营权、高速公路管理收费权等用益物权一样,具有可让渡性和迅速变现性。由于物业经营权具有使用价值和交换价值,因此可以成为担保物权的标的,为债务履行设立担保。

## 3 物业经营权的担保方式

担保物权一般包括抵押权、质权、留置权3种。由于“物业经营权”体现为一种无形财产权,对该项权利是否可以设定担保以及该项权利如果设定担保,究竟属于抵押还是质押,学术界及实务界都有不

同的认识<sup>[5]</sup>。本文认为,确定物业经营权是否可以设定担保应当从担保物权的标的范围予以确认,确定其担保方式可以从抵押担保和质押担保的性质、特征及其担保权标的范围的界定入手,具体分析抵押和质押的标的物范围,从而确定物业经营权设定担保的具体方式。

如前所述,物业经营权完全符合用益物权的法律特征,应确定为一种新型的用益物权类型。现代物权的客体已不局限于具体物,作为抽象物的权利已普遍成为物权的客体。在权利上创设的物权更有利于资源的利用,特别是在担保物权的创设中,间权利作为担保课题,可以大大降低担保设定的成本。在担保权的标的中,现行法律法规已明确规定一些用益物权可以设定担保,如土地使用权、企业经营权设定抵押,票据权利设定质押等。因此,以物业经营权为标的设定担保是完全可行的。

抵押权是指债权人对于债务人或者第三人不转移占有、继续使用、收益而提供担保债权之用的财产,在债务人不履行债务时,可以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿的担保物权<sup>[6]</sup>。抵押权在传统民法上属于不动产物权。在传统民法理论中,抵押权是债权人(抵押权人)享有的在债务人或第三人的不动产上设定的担保物权。在现代民法中,抵押权标的已有突破性发展,《担保法》中规定了不动产、动产以及具有交换价值而得以流通的财产权利,均可以成为抵押权的标的。抵押权的标的的主要还是不动产,以不动产为标的设定的抵押权为不动产抵押权,例如以房屋、建筑物或土地上生长的林木为标的而设定的抵押权;以动产为标的而设定的抵押权,称为动产抵押权,例如机器设备抵押权、船舶抵押权等;以财产权利为标的设定的抵押权称为权利抵押权,例如土地使用权抵押权等。应该说,《担保法》在抵押权标的的范围上采取了较为严格的“法定”标准,即用列举的方式对抵押权标的进行了罗列,但《担保法》第34条第1款第6项又为列举未尽的权利留下了一个弹性空间:规定抵押权标的包括依法可以抵押的其他财产。因此,《担保法》所规定的抵押权标的的范围是一个既严格又不失弹性的范围。但其空间边界是有明显标志的,那就是依法规定可以抵押的财产才能抵押,法无明文规定的财产则不能抵押。

质押是指债务人或第三人将其动产或财产权利转移给债权人占有,债务人不履行债务时,债权人可以依法从该动产或权利中优先受偿的制度。质押权

的标的,以动产为限,不动产不得设立质权。在动产之外,财产权利也可以作为质押的标的,按照《担保法》的规定,可以设定质权的财产权利为:汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单等证券权利,依法可以转让的商标专用权、专利权、著作权中的财产权,以及法律规定可以设定质权的其他财产权利。由此可见,动产和一些无形的财产权利属于质押担保的范围,但是适用质押的财产权利的范围也是特定的,即《担保法》第75条所列举的汇票、支票等金融证券权利。而且,作为权利质押的标的必须要有明确的权利凭证,并且在质押中以移转该权利凭证为生效要件。

很明显,基于不动产所有权而派生出的用益物权属于一种无形的财产权利,按现行法律规定,以用益物权为特征的财产权利不属于质押担保的标的物范围。1999年4月26日,国务院国函[1999]28号文批复中明确了公路建设项目法人可以用收费公路的收费权质押方式向国内银行申请抵押贷款。同年,交通部、国家开发银行和中国工商银行分别对公路收费权质押贷款制定了具体的管理办法,从而开始了公路收费权质押贷款的实际运作。于是,有人主张可以比照公路收费权的质押担保,将物业经营权的担保方式确定为质押<sup>[7]</sup>。本文认为这种观点不妥,因为质押权的成立必须是以质物的移转占有或权利证书的交付(背书)为生效要件。作为质押标的的权利必须要有明确的权利凭证,而且在质押过程中,该权利凭证要么移转于质权人占有,要么进行登记或背书,否则不发生质押效力。因此,国务院在上述批复中明确规定:“公路建设项目法人可以用收费公路的收费权质押方式向国内银行申请抵押贷款,以省级人民政府批准的收费文件作为公路收费权的权力证书,地市级以上交通主管部门作为公路收费权质押的登记部门。”另外,公路收费权是与票据权利相似的一种权利,其所含的财产利益具体而清楚,易于计算和变现,所以适于成立质押权。反观物业经营权,它的取得主要是依据“物业承包经营合同”,并没有具体的权利凭证,因而无法办理质押登记手续,不能明确为质权。但是,物业经营权是基于对不动产的占有、使用而产生的一种收益权,同国有土地使用权一样,属于用益物权的权利财产类别,可采取权利抵押的方式,通过抵押登记等公示手段,达到以其交换价值担保债权的功能。故物业经营权的担保方式应是抵押担保。这应该是对《担保法》第34条第1款第6项的弹性规定的一种有意义的合理运

用,对立法的完善也是一种积极的促进<sup>[8]</sup>。

至于物业经营权抵押的公示, 本文认为应该采取登记对抗主义, 即未经登记的, 不得对抗善意第三人。鉴于当前对物业经营权的抵押担保没有具体的法律进行规范, 也没有统一的登记机关, 建议可由合同签订地工商管理部门对物业承包经营合同和抵押担保合同一并进行登记, 并由工商管理机关在合同上签章以证明其已经抵押的事实, 以保护第三人的合法权益。

从理论上讲, 不动产与不动产用益物权都可以设定抵押, 成为担保标的。如果物业经营权的基础物业不动产抵押后, 该物业的经营权是否能再进行抵押? 或者反过来, 物业经营权设定抵押后, 其基础物业是否仍可进行抵押? 如果可以抵押, 是否存在重复抵押? 无论物业不动产抵押在前还是物业经营权抵押在前, 两个抵押权人的利益冲突如何协调? 本文认为, 由于现代物权法的立法精神在于强调对物的利用而不是单纯强调对物的静态保护, 将来的立法应该是通过规范此类抵押担保行为, 达到既能充分发挥物业的利用价值, 又能维护交易安全的目的; 由于不动产物权与物业经营权既有联系又有区别, 对二者的适当分离可以更充分地发挥物的效用, 因此, 物业与物业经营权原则上是可以分别抵押的, 两个抵押权并不发生冲突。但是应强调的是, 根据现行法规定, 物业不动产设定抵押应实行登记生效主义; 物业经营权属于“其他可以抵押的权利”, 故其抵押应实行登记对抗主义为好。

关于抵押权的实现, 可参考桂林同德房地产开发有限公司申请执行重庆金山酒店有限公司等经营权案, 华夏银行与上海乔丰有限公司、北京金马房产发展有限公司借款合同纠纷案的解决方式, 将物业经营权进行权利移转的方式, 由担保权人代替原权利人行使物业经营权, 在此基础上通过对“物业经营权”的年收入进行公正评估, 确定年平均收益的现金值, 然后由抵押权人逐年从行使物业经营的收益中抵扣出这一现金值, 直到债权得到全部满足为止。

“物业经营权”的变价方式还可以采取公开拍卖、委托专业经营公司进行托管等方式, 从继续经营收益中将评定出的年平均收益额抵扣用于偿债, 待债权全部清偿后, 若设抵押的物业经营权期限未满, 则将年经营收益进行提存, 待经营期满后, 将物业经营权返还给抵押人; 若在担保债权还没有完全清偿时, 物业经营权期限已满, 则在返还经营权于物业所有者的同时, 剩余债权向债务人和其他担保人继续追偿。

## 4 结 语

物业经营权具有用益物权的基本特征和法律属性, 应该纳入物权法的用益物权体系, 作为一种新型的用益物权而得到立法的正式承认。同时, 物业经营权也可以就其所具有的交换价值和财产价值为合同之债设定抵押担保, 这种权利抵押方式有助于充分发挥物的利用价值, 促进资金融通和市场交易的安全发展; 同时也对《担保法》的完善, 起到积极地推动作用。

### 参考文献:

- [1] 最高人民法院. 最高人民法院公报[R]. 北京: 人民法院出版社, 1999.
- [2] 北京市高级人民法院经济审判庭. 金融审判案例研究[M]. 北京: 人民法院出版社, 2001.
- [3] 全国人民代表大会法律工作委员会. 中华人民共和国物权法草案[R]. 北京: 全国人民代表大会, 2005.
- [4] 张文显, 于宁. 当代中国法哲学研究范式的转换[J]. 中国法学, 2001, 12(1): 21-26.
- [5] 周林彬. 物权法新论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2002.
- [6] 王利明. 物权法论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003.
- [7] 崔建远. 我国物权法应选取的结构原则[J]. 法制与社会发展, 1995, 9(6): 24-32.
- [8] 李延荣, 梁宇. 物业管理风险的成因及对策——兼论物业保证金制度[J]. 法学杂志, 2006, 17(1): 20-24.