

论抵押权人与债权人分离情形下的 抵押权设定及其实现

——以《最高人民法院关于适用〈民法典〉
有关担保制度的解释》第4条为中心

李 昊 刘 磊

摘要：在抵押权人与债权人分离情形下，尽管出现了抵押登记名实不符的现象，但考虑到这种分离并未损伤抵押登记的制度功能，以隐名代理制度进行解释并认可此种情形下的抵押权设定效力，在解释论上仍具有较强的现实可行性。根据民事代理与诉讼代理的区别以及诉讼担当理论的严格要求，原则上仅债权人可作为适格原告，只有在债券发行中抵押权人与债权人分离的情况下，才应例外地承认受托人可以作为适格原告。

关键词：抵押权人与债权人分离；抵押登记；隐名代理；诉讼代理；诉讼担当

中图分类号：D913 **文献标识码：**A **文章编号：**1000—8691（2022）05—0026—13

根据《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第394条的规定，抵押权设立时，抵押人可以是债务人或第三人，但抵押权人一定是债权人。法条规定如此，学界通说也是如此，以前这在学理上也并未引起过什么争议。^①但在债券发行、委托贷款等商业实践中，抵押权人与债权人在身份上会出现分离，无论在理论界，还是在司法实务中，就此情况下抵押权能否设立有着较大争议。反对债权人享有抵押权的理由在于抵押登记并未显示债权人为抵押权人，若承认抵押权的设立便有违担保物权的从属性原理。^②而赞同债权人为抵押权人的观点则多是基于“实质正义”、“未损害第三人或社会公共利益”、“保护债权人利益”等理由，主张在不损害善意第三人利益的情况下，即使抵押权人与债权人分离，抵押权仍得以设立。^③在司法实践中，对此持肯定态度的法院在上述理由的基础上进一步借助隐名代理制度来具

作者简介：李 昊，男，法学博士，中南财经政法大学法学院教授，博士生导师，主要从事民商法学研究。

刘 磊，男，中国政法大学比较法学研究院博士研究生，主要从事比较民商法学研究。

- ① 王利明：《物权法研究》（下卷），北京：中国人民大学出版社，2016年，第1159页；程啸：《担保物权研究》，北京：中国人民大学出版社，2017年，第245页；崔建远：《物权：规范与学说——以中国物权的解释论为中心》（下册），北京：清华大学出版社，2021年，第377页；刘保玉：《物权法学》，北京：中国法制出版社，2022年，第457页；高圣平：《担保法论》，北京：法律出版社，2009年，第287页；陈华彬：《物权法论》，北京：中国政法大学出版社，2018年，第530页。
- ② 侯国跃、汤敏、陈圣利：《P2P借贷民事纠纷中的疑难法律问题》，《人民司法》2019年第19期；四川省高级人民法院（2016）川民终1139号民事判决书；锦州市古塔区人民法院（2016）辽0702民初113号民事判决书；天津市和平区人民法院（2015）和民一初字第1024号民事判决书。
- ③ 吴景丽：《P2P网贷中的担保、保理、配资和对赌问题》，《人民司法》2016年第7期；张凯华：《债权与抵押权分离之救济途径》，《人民司法（案例）》2018年第17期；最高人民法院（2015）民一终字第107号民事判决书；最高人民法院（2017）最高法民申1859号民事裁定书；岳阳市君山区人民法院（2014）君民初字第336号民事判决书。

体论证抵押权人与债权人分离情形下抵押权的设立路径。^①

为统一裁判尺度,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》(以下简称《民法典担保制度解释》)第4条对此进行了规定,即原则上承认抵押权人与债权人分离情形下抵押权的设定效力。从最高人民法院对该司法解释的释义书来看,也隐含着以隐名代理作为制度构造的基础。释义书认为,在抵押权人与债权人分离的情形下,抵押权得以设立的法理基础在于“受托人基于委托人的授权对外从事法律行为”^②,但却并未就该抵押权的具体设立过程再做详细论证。

此外,登记制度的建立初衷便是要使真实权利人通过登记的方式使其权利为外界可知,自当应从最大程度上保障登记名义人与真实权利人相一致,若允许隐名代理制度在物权层面作同样解释,无疑是对登记制度初衷的巨大冲击。如果对此持肯定态度,是否会物权法中的公示公信原则造成破坏?是否有第三人合法权益因此遭受损害?善意第三人的范围又该如何界定?而且,从《民法典担保制度解释》第4条的条文内容来看,“债权人或者其受托人”均可以主张抵押财产的优先受偿,这是否意味着“债权人或者其受托人”均可以作为适格的原告主体就抵押权的实现提起诉讼?这又是否符合程序法上的规定?这些问题都涉及《民法典担保制度解释》第4条在司法实践中的具体运用,但无论是从《民法典担保制度解释》第4条的条文内容,还是从最高人民法院的官方释义书来看,都未对此予以明确,有必要就此展开进一步讨论。

一、抵押权人与债权人分离情形的类型化梳理

《民法典担保制度解释》第4条第(1)项和第(2)项分别以债券发行和委托贷款中的抵押权人和债权人分离现象作为典型进行列举,并在第(3)项以“担保人知道债权人与他人之间存在委托关系的其他情形”作为兜底规定,试图以隐名代理制度作为论证抵押权人与债权人分离情形下抵押权得以设立的理论基础。为此,有必要对上述抵押权人与债权人分离情形中的法律关系构造进行类型化的梳理,以分析其是否符合隐名代理制度的适用情形。

(一) 债券发行中的抵押权人与债权人分离

以公司债券发行为例,债券发行人为了就其偿债能力向债券持有人提供保障,往往会在债券发行前便设立抵押担保,这便是附担保的公司债的发行模式。但问题在于,债券尚未发行,债券持有人还不存在,债券发行人便无法与债券持有人签订抵押合同,更是无法办理抵押权设立登记。在此情况下,由债券受托管理人代为办理抵押登记便显得顺理成章。至于在理论上如何对这种操作模式进行解释,从比较法上来看,无论是英美法系还是大陆法系,都倾向于以信托模式作为构建附担保公司债的法律关系的理论基础。前者如美国《1939年信托契约法》(Trust Indenture Act of 1939)^③,后者如日本的《附担保公司债信托法》与《日本信托法》^④、法国的第2017-748号法令^⑤等。不过,对于附担保公司债应属于何种具体的信托类型,学者之间存在较大争议。有观点认为,附担保公司债的法律构造应是债券发行人作为委托人将自己财产中的担保权益处分给作为受托人的债券受托管理人,而将来的债券持有人则作为信托受益人的他益信托

① 最高人民法院(2018)最高法民终112号民事判决书;最高人民法院(2012)民二终字第131号民事判决书。

② 最高人民法院民事审判第二庭:《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》,北京:人民法院出版社,2021年,第111—112页。

③ 关于美国《1939年信托契约法》的详细介绍,可参见中国证券监督管理委员会组织编译:《美国〈1939年信托契约法〉及相关证券交易委员会规则与规章》,北京:法律出版社,2015年。

④ 《日本信托法》第3条第1项规定:“与特定的人达成协议(以下简称信托协议),向其转让财产、设定担保及其他方式处分财产,由其按照确定的目的管理、处分该财产,并实施为实现该目的所必要的行为。”第55条规定:“以担保物权为信托财产的信托,信托行为中受益人为该担保物权所担保的债权的债权人的,作为担保权人的受托人,可以申请实行该担保权、参与担保物变价金的分配或接受偿还价金的交付,以此作为信托事务。”据此,有学者认为,2006年的《日本信托法》新增以担保权作为信托财产的信托,其适用范围较《附担保公司债信托法》更广,不再仅限于公司债的发行场合。参见赵廉慧:《日本信托法修改及其信托观念的发展》,《北方法学》2009年第4期;曹明哲:《附担保公司债券中担保物权的法律构造——兼论〈新担保司法解释〉第4条》,《金融法苑》2021年第8期。

⑤ 关于法国担保代理人的2017年5月4日第2017-748号法令的详细说明,参见<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034581421/>,2022年3月11日。

模式。^①该观点引发的质疑在于：首先，发行人需以自身财产提供担保，其只能是设立担保物权的义务人而不能是担保物权的权利人，故无法成为信托关系中的委托人；其次，如果发行人作为信托关系中的委托人与受托人订立信托契约，受托人可能会基于发行人的指示而危害债券持有人的权益。^②因此，另有观点认为，附担保公司债的法律构造其实应以债券受托管理人作为受托人，债券持有人作为委托人及受益人，并以公司债之债权及其随附权利为信托财产的自益信托模式。^③按照这种观点，债券持有人在公司债券发行前尚不存在，似乎无法与债权受托管理人直接签订信托契约。该观点的解决方案是，仍是由发行人与受托管理人在债券发行前订立信托契约，但是发行人的身份是未来债券持有人的代理人。^④遗憾的是，只要以信托的思路解释附担保公司债的法律构造，无论采取上述哪种观点，均与中国现有的法律规则体系相冲突。

首先，若以他益信托解释附担保公司债，除上述质疑观点外，还应考虑到中国现行法并不承认所有人抵押权的原始设立。^⑤虽然原《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》（以下简称《融资租赁合同纠纷解释》）第9条曾规定出租人可以授权承租人将租赁物抵押给出租人并在登记机关依法办理抵押权登记，出租人由此对自己享有所有权的租赁物享有抵押权，这实际上是出于使出租人得以规避投资风险需求的考量，从而为最高人民法院出台的司法解释所支持。^⑥值得注意的是，在《民法典》施行后，由于第745条新增关于融资租赁物的登记对抗制度，已经不再需要《融资租赁合同纠纷解释》第9条的规定，也正因此，在《民法典》施行后重新修正的新《融资租赁合同纠纷解释》中未再保留上述规定。

其次，无论是以他益信托还是以自益信托解释附担保公司债，还会面临的问题是，中国《信托法》并没有像《日本信托法》那样承认担保权信托。^⑦尽管中国《信托法》第7条第2款规定信托财产的范围可包括“合法的财产权利”，但该“合法的财产权利”一般是指商标专用权、专利权等无形财产^⑧，而并不包括担保权。有学者认为，证监会的《公司债券发行试点办法》曾允许设立附担保公司债信托，而《最高人民法院关于〈国土资源部办公厅关于征求为公司债券持有人办理国有土地使用权抵押登记意见函〉的答复》（〔2010〕民二他字第16号）也为此提供了登记依据。^⑨值得注意的是，《公司债券发行试点办法》第25条第2项规定的是“债券受托管理协议应当约定担保财产为信托财产”，而非以担保权为信托财产，之后取代《公司债券发行试点办法》的《公司债券发行与交易管理办法》第59条第7项仅规定“债券受托管理人应在债券发行前或债券募集说明书约定的时间内取得担保的权利证明”，甚至并未提及以担保财产作为信托财产设立信托。

再次，若以他益信托解释附担保公司债的法律构造，将导致抵押权与债权人的彻底分离，有违担保的从属性原理。但若以自益信托解释，虽然能够保持担保的从属性，但却可能面临着与中国《信托法》

① 曹明哲：《附担保公司债券中担保物权的法律构造——兼论〈新担保司法解释〉第4条》。

② 刘迎霜：《公司债：法理与制度》，北京：法律出版社，2008年，第175—176页。

③ 参见刘迎霜：《公司债券受托管理的信托法构造》，《法学评论》2020年第3期；刘骏：《抵押权代持的类型和效力》，《经贸法律评论》2021年第2期。

④ 刘迎霜：《公司债券受托管理的信托法构造》。

⑤ 所有人抵押权分为原始的所有人抵押权和嗣后的所有人抵押权，前者指所有人自始为自己设立的抵押权，后者指原为他人所成立的抵押权，之后因某些原因（如混同）而归于抵押物所有人取得的抵押权。参见陈华彬：《论所有人抵押权——基于对德国法和瑞士法的分析》，《现代法学》2014年第5期。值得注意的是，即使原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第77条对后发的所有人抵押权进行了规定（即“同一财产向两个以上债权人抵押的，顺序在先的抵押权与该财产的所有权归属一人时，该财产的所有权人可以以其抵押权对抗顺序在后的抵押权”），但在《民法典》及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》也未被保留。

⑥ 范志勇、李雅静：《融资租赁中的所有人抵押》，《人民司法》2019年第25期。

⑦ 赵廉慧：《信托法解释论》，北京：中国法制出版社，2015年，第194页；赵廉慧：《信托法问答：担保信托v.担保权随附性的例外》，载“InlawweTrust”微信公众号，2021年1月13日发布，https://mp.weixin.qq.com/s/5deAYfW5-2_VOJMV7gUxgA，2022年3月11日。

⑧ 卞耀武主编：《中华人民共和国信托法释义》，北京：法律出版社，2002年，第58页。

⑨ 曹明哲：《附担保公司债券中担保物权的法律构造——兼论〈新担保司法解释〉第4条》。

第11条关于禁止讨债信托的规定（即“专以诉讼或者讨债为目的设立信托”无效）相冲突的尴尬境地。

最后，虽然中国《信托法》第10条是关于信托财产登记的规定，但由于该条并未明确信托登记的细节和程度，导致实践中关于信托登记的具体操作困难重重。^①

因此，尽管以信托作为解释附担保公司债的理论依据在比较法上已逐渐成为主流趋势，但由于其与中国现有的法律规则体系相冲突，在目前的解释论上不宜采取这种解释方案。对于债券受托管理人代债券持有人办理抵押登记是否可行的问题，国土资源部办公厅曾在2010年致函最高人民法院（《国土资源部办公厅关于征求为债券持有人办理国有土地使用权抵押登记意见函》）。最高人民法院在回复中对此持肯定态度，并认为在公司债券持有人因其不确定性、群体性而无法申请办理抵押权登记的情形下，债券受托管理人可以代理债券持有人办理抵押权登记手续，但真正的抵押权人仍是全体公司债券持有人。^②从上述复函中的措辞表达来看，最高人民法院在该复函中并未认可信托模式，而是倾向于以代理制度进行解释。因此，以代理制度作为抵押权人与债权人分离情形下抵押权能否设立问题的解决方案，早已存在长时间的具体实践。相比之下，以代理制度解释债券发行中权利主体分离的抵押权设立问题具有较强的现实可行性。

但以代理制度作为上述业务操作模式的理论基础，可能会存在两个需要进一步解决的问题：第一，由于作为被代理人的债券持有人尚不存在，即使以《民法典》第925条作为解释依据，似乎并不满足该条中“在委托人的授权范围内与第三人订立的合同”和“第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系”这两个要件；第二，由于作为被代理人的债券持有人尚不存在，即使债券受托管理人以代理人身份与债券发行人签订抵押合同（抵押条款会被约定在债券受托管理人与债券发行人签订的债券受托管理协议中），仍无法满足抵押合同与主债权合同在从属性方面的要求。对于上述问题的解决，不妨采取缓和化的解释方案，即“在委托人的授权范围内与第三人订立的合同”，理解为在抵押权实现时可取得委托人的授权即可，而“第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系”则可理解为只要第三人在订立合同时知道存在代理关系便足矣，而无须知道具体的被代理人，只要代理人事后披露被代理人即可。^③如此一来，关于担保的从属性问题也随之解决。

（二）委托贷款中的抵押权人与债权人分离

根据《贷款通则》第7条及《商业银行委托贷款管理办法》第3条第1款的规定，委托贷款是指委托人提供资金，由受托人根据委托人确定的贷款对象、用途、金额期限、利率等代为发放、监督使用并协助收回的贷款，并且受托人只收取手续费，不承担贷款风险。银保监会在2018年的《商业银行委托贷款管理办法》中又专门对委托贷款业务的性质予以明确，即委托贷款业务是商业银行的委托代理业务。^④

据此，有不少学者认为，在委托贷款业务中，受托人是名义上的债权人^⑤，受托人与借款人之间系隐名代理关系^⑥。该观点有待商榷。根据《商业银行委托贷款管理办法》及《贷款通则》中的定义，在委托贷款业务办理前，委托人已经确定了借款人对象，并且与借款人就借款用途、金额、币种、期限、利率等事项也一并进行了确定。从这个角度来看，委托人与借款人在委托贷款业务办理之前早已经就借款事项达成一致，只不过由于《民法典》第668条第1款原则上规定借款合同属要式合同（自然人之间另有

① 赵廉慧：《信托法解释论》，第245页。

② [2010]民二他字第16号《最高人民法院关于〈国土资源部办公厅关于征求为公司债券持有人办理国有土地使用权抵押登记意见函〉的答复》。

③ 朱虎：《代理公开的例外类型和效果》，《法学研究》2019年第4期；殷秋实：《论代理中的显名原则及其例外》，《政治与法律》2016年第1期。

④ 《商业银行委托贷款管理办法》（银监发〔2018〕2号）第4条规定：“委托贷款业务是商业银行的委托代理业务。商业银行依据本办法规定，与委托贷款业务相关主体通过合同约定各方权利义务，履行相应职责，收取代理手续费，不承担信用风险。”

⑤ 刘骏：《抵押权代持的类型和效力》。

⑥ 最高人民法院民事审判第二庭：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，第109页。

约定除外), 双方仅有意思表示一致还不能使借款合同成立。在双方就此达成一致后, 还需前往金融机构办理委托贷款业务, 委托人、金融机构(受托人)及借款人三方签订《委托贷款合同》。而《委托贷款合同》中有两项最重要的约定: 第一个约定是进一步确认委托人与借款人之间的借款合意并以书面形式将其固定在合同中; 第二个约定是, 三方约定金融机构(受托人)仅代为发放、协助监督使用、协助收回贷款, 而其自身并不承担任何信用风险。就第一个约定而言, 它是委托人与借款人之间达成的借款合意, 并没有金融机构作为代理人的存在空间。而就第二个约定中的“代为发放”而言, 出借资金来源于委托人, 所谓的“代为发放”只不过是委托人将出借资金存入其在金融机构所开立的银行账户中, 由银行代为扣划而已, 从“代为发放”的角度看, 金融机构应为委托人的履行辅助人, 而非代理人; 就第二个约定中的“协助监督使用”和“协助收回贷款”而言, 由于代理人所代理的原则上应为法律行为, 但“协助监督使用”“协助收回贷款”显然并不属于一项法律行为, 故金融机构的地位并非代理人, 这一约定最多构成委托人与金融机构之间的委托合同。因此, 在委托贷款合同中, 并不存在债权人名实不符的问题, 这与下文所谈及的应由委托人还是应由受托人作为适格原告的问题有着密切关联。

在委托贷款业务中, 尽管在主债权债务合同中没有受托人作为代理人的适用空间, 但受托人在作为主债权担保的《抵押合同》中的确属于作为债权人的委托人的代理人。在《抵押合同》中, 抵押人在签订合同时明知金融机构仅仅是名义上的抵押权人, 根据《民法典》第 925 条关于隐名代理的规定, 抵押合同可直接在债权人与抵押人之间产生效力。

(三) 其他抵押权人与债权人分离的情形

除上述典型情形外, 在民间借贷、P2P 网络借贷及银团贷款、组合贷款等情形中, 也经常出现抵押权人与债权人的分离现象:

在民间借贷中, 早先出于政策原因, 自然人、一般企业并不能在登记机关被登记为抵押权人。^①为此, 其作为债权人在与借款人签订借款合同后, 为了能够在登记机关办理抵押登记, 往往会寻找符合登记政策要求的公司作为代理人, 即由代理人以自己名义与借款人、抵押人另行签订借款合同和抵押合同, 并在登记机关办理抵押登记。由此, 债权人与抵押人出现身份上的分离。在代理人与抵押人签订的抵押合同中, 仍然可以适用《民法典》第 925 条关于隐名代理的规定, 即抵押人明知代理人与债权人系委托关系, 该抵押合同在债权人与抵押人之间可直接产生效力。

P2P 网络借贷可以分为传统型 P2P 网络借贷和新型 P2P 网络借贷两种类型: 传统型 P2P 网络借贷的模式一般是借款人在 P2P 平台上先发布借款需求, 债权人在 P2P 平台上看到借款人的用款需求后表示愿意出借, 然后双方在 P2P 平台的促成下签订借款合同。为了保障出借资金能够按期收回, 出借人会要求借款人提供不动产抵押等, 但由于债权人在数量上不止一人并且分布在全国各地, 各方会约定由 P2P 平台以自己名义代债权人办理抵押登记。尽管抵押人与 P2P 平台签订抵押合同, 但抵押人明知 P2P 平台只是作为债权人的受托代理人, 故依据《民法典》第 925 条关于隐名代理的规定, 抵押合同可在债权人与抵押人之间直接产生法律效力。而新型 P2P 网络借贷的模式则是借款人在通过 P2P 平台发布借款需求的同时便将其名下不动产抵押给 P2P 平台并在登记部门办理抵押登记, 但双方均明知 P2P 平台只是代将来的债权人办理抵押, 这种操作模式已经十分接近于公司债券发行, 在解释思路也是相同的, 即抵押合同也可在债权人与抵押人之间直接产生法律效力。

银团贷款, 一般是指数个金融机构与同一借款人签订银团贷款协议, 由数个金融机构共同而非连带

① 尽管国土资源部于 2016 年施行的《不动产登记暂行条例实施细则》第 66 条早已明确规定了自然人、法人或者其他组织都有资格登记为抵押权人, 但实践中由于一些地方登记机关对该《细则》理解不够到位、较为保守等原因, 仍有部分登记机关对以自然人作为抵押权人的抵押登记申请不予办理。国务院办公厅于 2019 年 7 月 6 日发布的《关于完善建设用地使用权转让、出租、抵押二级市场的指导意见》第 13 条也再次提及放宽对抵押权人限制的规定, 即自然人、企业均有资格登记为以建设用地使用权及其地上建筑物、其他附着物所有权为抵押物的不动产抵押权人。因此, 从相关部门多次出台文件强调来看, 民间借贷中权利主体分离现象的确是普遍存在。

向同一借款人提供贷款的商业模式。在银团贷款中，金融机构作为债权人往往会要求借款人为贷款偿还提供抵押，但只由其中某个金融机构作为受托代理人与抵押人签订抵押合同并办理抵押登记。^①与上述情形稍有不同的是，因受托代理人本身也是债权人，在抵押登记办理后，受托管理人对抵押权享有部分份额。换言之，受托管理人与被代理人按份共有抵押权。因此，在受托管理人以自己名义与抵押人签订的抵押合同中，作为被代理人的其他金融机构仅在享有的权利份额范围内与抵押人直接产生合同上的关联。

关于组合贷款，最为常见的便是公积金中心和商业银行为购房者提供的组合贷款，但仅以商业银行名义与抵押人办理抵押登记，这与银团贷款的商业模式相同，在解释路径上也没有差别。

二、抵押权与债权人分离情形下的抵押权设立

在上述情形中，通过隐名代理制度，债权人和抵押人之间可直接产生抵押合同上的法律效力，从而使得债权人和“抵押权人”在合同层面保持一致。也可以说，抵押合同在合同层面与主债权合同并未违反担保的从属性。但以不动产抵押权的设立为例，根据《民法典》的规定，其不仅需要抵押合同的生效，还需要在登记机关完成抵押登记。故有学者质疑称，抵押权毕竟属于物权的一种，隐名代理的效力如此延伸至物权层面是否妥当？^②

从《民法典》第402条、第403条关于抵押登记的表述来看，不动产抵押权自登记时设立、动产抵押权未经登记不得对抗善意第三人，但这两个条文并未言及这里的登记是否包括由他人代为进行抵押登记的情形。从文义解释来看，由他人代为进行抵押登记这种情形并未超出“登记”一词的可能含义。在代为登记的情形下，“登记”这一形式要件只是以变通的方式达成，而并非被放弃。^③因此，通过对上述条文的文义解释，可以对抵押权人与债权人分离情形下的抵押权设立持肯定态度。当然，为进一步论证该结论的正当性，仍有必要对此种情形下抵押登记的功能是否遭受损伤做进一步理论探讨。

物权乃是对标的物的排他性支配，其存在及变动自需以一定的公示方法表现出来，从而得以保障交易的安全与效率，故“公示原则”和“公信原则”由此成为物权变动中的两大原则。^④登记作为不动产物权变动的公示方法，承载了“公示原则”和“公信原则”的价值理念，为二者的功能化物质载体。因此，对登记功能的探讨，不如说是对公示原则和公信原则的探讨。

有观点认为，公示原则应具有设权功能、推定功能与善意取得功能，三者以设权功能为核心，彼此互相配合。^⑤公示可以对外显示物权之变动及变动后的物权状况，前者在于公示物权之动态现象，后者则可公示物权之静态现象。^⑥前者为公示要素中设权功能的体现，后者为公示要素中推定功能及善意取得功能的体现。另有观点则认为，公示原则仅具有设权功能，至于推定功能、善意取得功能则只是公示原则的溢出效果，应属于公信原则的规制范畴，两个原则应是并列存在。^⑦但实际上，两种观点之间的争议只是观察角度和对物权法基本原则的体系归纳方式稍有不同，实际上两者并无实质性差异，均可成立。^⑧因此，如果在抵押权与债权人分离情形下办理的抵押登记仍可以体现设权功能、推定功能及善意取得功能，

① 最高人民法院（2019）最高法民终78号民事判决书。

② 姜强：《抵押权人与主债权人分离情形下的抵押权构造及其行使——以〈全国法院审理债券纠纷案件座谈会纪要〉第18条为切入点》（下篇），载“观得法律”微信公众号，2020年8月7日发布，<https://mp.weixin.qq.com/s/vfk5BmXD0veCngYf9wAP8Q>，2022年3月11日。

③ 杨代雄：《借名购房及借名登记中的物权变动》，《法学》2016年第8期。

④ 谢在全：《民法物权论》（第5版），北京：中国政法大学出版社，2011年，第46页。

⑤ 张双根：《物权公示原则的理论构成——以制度正当性为重心》，《法学》2019年第1期；常鹏翱：《再谈物权公示的法律效力》，《华东政法大学学报》2011年第4期；[德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，北京：法律出版社，2004年，第61—64页。

⑥ 谢在全：《民法物权论》，第46页。

⑦ 王利明：《物权法研究》（上卷），第155页；郭明瑞：《关于物权法公示公信原则诸问题的思考》，《清华法学》2017年第2期。

⑧ 刘保玉：《物权法学》，第198页。

便应当认为其作为公示方法的制度功能并未因此遭受损伤，抵押权的设立效力应得到承认。

在物权变动中，公示要素具有设权性功能，非经公示物权不得变动。基于公示要素的设权性功能，公示要素所呈现出的物权状态具有推定力，社会大众可基于对公示状态的信赖进行受法律保护的交易。由此看来，设权功能、推定功能及善意取得功能背后所追求的价值目标在于交易安全，这三项功能在相互配合之下共同保障交易安全，缺少其中任何一项都不完整。这种交易安全，主要体现为基于法律行为而发生物权变动的场合及处分非以法律行为方式取得的不动产物权场合的交易安全。^①这在房屋买卖交易中体现得尤为典型。买受人欲从出卖人处购买房屋，如果没有公示手段能够体现房屋的权属状态，买受人很难相信出卖人享有该房屋的所有权，尽管买受人为确定房屋的真实权属做了自认为十分周全的调查，却仍不能够保证所购买的房屋上没有存在任何权属争议。但如果公示状态下的房屋所有权人为出卖人，买受人就可基于对公示状态的信赖放心购买房屋，因为即使名实不符，买受人对公示的信赖仍会受到保护。

在抵押权人与债权人分离的情形中，抵押登记确实是通过名义上的抵押权人代债权人完成，但只要并未影响应受法律正常保护的交易安全，就应当承认这种抵押登记的效力。换言之，只要当事人之间的意思自治并不涉及其他人的利益或者说对于他人的利益给予了足够的保护，法律上也就不应当加以干涉，包括对其形式上的强制。^②在抵押权人与债权人分离的情形下，无非是涉及如下几种情形中的第三人可能会受到保护：（1）抵押物上的后顺位抵押权人；（2）已知抵押物上有抵押登记而仍从抵押人处租赁房屋的承租人；（3）名义上的抵押权人对外负债，以行使债权人代位权为由请求法院实现抵押权的债权人；（4）从名义上的抵押权人处买受“假”债权并进行抵押变更登记的受让人。就第一种情形而言，后顺位抵押权人就该抵押物设定抵押权时就已经明知抵押物上存有在先抵押，并愿意接受作为后顺位抵押权人将来可能无法就抵押物实际优先受偿的法律风险，至于在先的抵押权人究竟是谁对其来说并不重要。第二种情形同样如此，承租人自愿承租已被进行抵押登记的租赁物，就表示其愿意承受将来不能对抗租赁物上抵押权的风险，至于该抵押权人的身份对承租人而言也并不重要。关于第三种情形，由于债权人代位权行使的只能是债务人的权利，作为债务人的名义上抵押权人本就不享有抵押权，债权人本无权代为行使。而该情形中的债权人也并不属于善意取得制度保护的善意第三人，因为《民法典》第311条所规定的应受到保护的善意第三人只能发生在由交易引发的基于法律行为的物权变动环节。^③关于第四种情形，仅就抵押登记的变更来看，受让人似乎应属于受善意取得制度保护的第三人。但问题在于，主债权是虚假不存在的，抵押登记的公示效力是否可以及于主债权？学界对此存有争议，有必要对此单独展开讨论。

有学者认为，在抵押登记的登记簿上，不仅是抵押权状况被登记其上，而且为了抵押权的确定性，主债权数额也被登记其上，抵押登记的公信力除及于抵押权外，也应同时及于主债权。^④按照这种观点，尽管被转让的主债权是虚构的，但受让人基于对抵押登记的信赖而受让该虚构债权的，仍应承认受让人可善意取得该债权及抵押权。原因在于，受让人在受让债权时支付了相应对价，虽然从表面上看这是债权的对价，但从实质角度来看受让人支付的是抵押物的对价，如果债权之上没有该抵押担保，债权人就不会考虑支付该对价。^⑤实际上，上述观点源自于德国民法中的流通性抵押权制度。《德国民法典》做了

① 朱广新：《物权公示原则的立法表达》，《法学》2019年第10期。

② 郭明瑞：《关于物权法公示公信原则诸问题的思考》。

③ 孙宪忠：《〈物权法司法解释（一）〉与交易中的物权确认规则》，《法律适用》2016年第11期；崔建远：《论外观主义的运用边界》，《清华法学》2019年第5期。

④ 黄家镇：《论主债权瑕疵引发的不动产抵押权善意取得》，《法商研究》2017年第4期；吴光明：《不动产抵押权无效或撤销之探讨：兼论不动产抵押权之善意取得》，张仁善主编：《南京大学法律评论》（2009年春季卷），北京：法律出版社，2009年，第21页；程啸：《主债权的转让与不动产抵押权转移登记——“湖南绿兴源糖业有限公司、丁兴耀等借款合同纠纷申请再审案”评释》，《财经法学》2016年第5期。

⑤ [德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（下册），申卫星、王洪亮译，北京：法律出版社，2006年，第89页。

保全性抵押权和流通性抵押权的区分：前者遵循严格的担保从属性，如果主债权在流转过程中出现瑕疵，尤其是主债权被认定无效的情况下，保全性抵押权随之无效，瑕疵主债权善意买受人也不能以善意取得为由主张自己取得抵押权；后者则从不动产担保物流通中的交易安全出发，将抵押登记的公信力有限及于主债权，主债权及流通性抵押权流过程中，即使主债权因效力瑕疵而无效，但只要受让人在受让时善意并完成抵押变更登记，便可以善意取得流通性抵押权而不受主债权效力瑕疵的影响。值得注意的是，尽管在流通性抵押权中，抵押登记的公信力可及于债权，但并不意味着德国民法认可了债权的善意取得，其只是认可了“不存在但已登记的物权可以善意取得”^①，并在抵押权被善意取得范围内为照顾“从属性”的形式需要而拟制债权相应存在，即流通性抵押权中的登记公信力虽然向债权拓展，但仅以承担抵押权的债权的必要数额为限。^②例如，甲对乙享有1000万元债权，乙以名下价值600万元的房屋为此提供抵押担保，甲委托丙接受乙的抵押并办理抵押登记。后丙将虚构的1000万元债权转让给丁，丁基于对抵押登记状态的信赖在不知情的情况下受让了该虚构的债权并办理抵押变更登记。若该抵押权为流通性抵押权，丁可善意取得该抵押权而不受主债权是否真实存在的影响，但该债权仅在600万元的额度内被拟制存在。

有不少学者主张，中国应当引入流通性抵押权制度。^③但遗憾的是，中国的民事立法贯彻严格的担保从属性始终并未对流通性抵押权予以规定，中国现行立法中的抵押权仅指保全性抵押权。虽然《不动产登记暂行条例实施细则》第66条规定主债权合同为办理抵押登记的申请材料之一，而且为不动产抵押权担保债权数额之确定性，不动产登记部门也都在不动产登记簿上同时记载抵押权状况和主债权数额，但这很大程度上是为了行政管理的需要，很难说中国现行立法中明确了抵押登记公信力范围可及于主债权。因此，在中国现行立法仅规定保全性抵押权而并未对流通性抵押权有所涉及的情况下，在抵押权人与债权人分离的情形中，即使名义抵押权人转让虚假债权的同时也为受让人办理完毕抵押登记，由于债权本身并不发生善意取得，因主债权出现效力瑕疵，该受让人并不能善意取得抵押权。由此可见，上述第四种情形中的第三人也并非善意取得制度应保护的第三人。

总之，在抵押权人与债权人分离的情况下，尽管债权人的抵押登记是通过抵押在名义抵押权人名下代为完成，但登记本身的功能并未受到任何损伤，尤其是并未损害任何应受保护的第三人的利益，抵押权的效力应当在法律上予以认可。

三、抵押权人与债权人分离情形下原告适格的认定

从《民法典担保制度解释》第4条的字面含义来看，“债权人或者其受托人”均可以作为适格原告，但从民事诉讼法中的诉讼代理制度来看，原则上仅作为本人（实体权利享有者）的债权人才能作为适格原告。^④因此，有必要对抵押权人与债权人分离情形下的抵押权诉讼中关于适格原告认定的实践现状进行梳理，进而分析在哪些情形中有足够的正当理由可以例外的由受托人提起诉讼，而在哪些情形中只能由债权人提起诉讼。

（一）原告适格认定的实践现状

通过梳理可以发现，尽管对于债券发行、委托贷款及其他情形的抵押权人与债权人分离，实践中都

① [德] 鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（下册），第89页。

② [德] 鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（下册），第95页。

③ 陈华彬：《从保全抵押权到流通抵押权——基于对德国不动产担保权发展轨迹的研究》，《法治研究》2012年第9期；黄家镇：《论主债权瑕疵引发的不动产抵押权善意取得》；李运杨：《担保的移转从属性及其例外——以中德比较为视角》，《中国海商法研究》2020年第2期。

④ 《民事诉讼法》第203条、第204条还规定了实现担保物权的特别程序，该程序属于非诉程序，申请实现担保物权的人在该非诉程序中称为申请人而非原告。参见张卫平：《民事诉讼法》（第5版），北京：法律出版社，2019年，第481—482页。但本文对于通过诉讼程序实现抵押权的适格原告的讨论，同样可以适用于实现担保物权的特别程序，二者实际上并无不同。

有承认受托人作为适格原告的做法，但其背后的原因却各不相同。

1. 债券发行中适格原告认定的实践现状

在2019年新修订的《证券法》和《全国法院审理债券纠纷案件座谈会纪要》（以下简称《座谈纪要》）出台前，对于债券发行中的抵押权人与债权人分离，法院对于是否应承认债券受托管理人的适格原告主体资格，极具争议。有法院认为债券受托管理人可作为适格原告，^①但不少法院以债券受托管理人并非债券持有人，通过《债券受托管理协议》中的委托约定获得诉讼地位违反强制性规定为由，并不承认受托管理人可作为适格原告。^②

2019年新修订的《证券法》第92条首先明确在债券违约的情况下，债券受托管理人可以接受债券持有人委托以自己名义起诉，《座谈纪要》在此基础上又作了进一步的细化规定。《座谈纪要》第18条规定，受托管理人可以作为原告通过诉讼程序实现登记在其名下的抵押权，但法院在裁判文书主文中需明确由此所得权益归属于债券持有人。之所以规定受托管理人可以作为适格原告要求实现抵押权，《座谈纪要》第18条中明确是“根据《最高人民法院关于〈国土资源部办公厅关于征求为公司债券持有人办理国有土地使用权抵押登记意见函〉的答复》（以下简称《意见函答复》）精神”。而《意见函答复》则基于公司债券持有人具有分散性、群体性、不易保护自身权利的特点，对受托管理人为保护公司全体债券持有人的利益而代为将抵押权登记在自己名下的做法表示肯定。在抵押权的诉讼实现中也面临同样的问题，故《座谈纪要》第18条在此基础上进一步规定受托管理人可作为适格原告为债券持有人利益实现抵押权。在上述规定已经十分清晰的情况下，对于债券发行中抵押权人与债权人分离而应由谁作为适格原告的问题，在今后的司法实践中便不再有争议。

2. 委托贷款中适格原告认定的实践现状

在委托贷款中，对于抵押权人与债权人分离情形下应由谁作为适格原告实现抵押权，实践中存在较大争议。主要存在如下几种不同的认定模式：

第一种模式，认定债权人应作为唯一适格原告参加诉讼程序。法院的认定思路是，既然根据《民法典》第925条关于隐名代理的规定，债权人作为最终的实际权利人自当有权作为适格原告直接提起诉讼。^③

第二种模式，认定受托人作为唯一适格原告参加诉讼程序。法院的认定理由一般是：根据委托贷款合同，委托人已经将合同项下权利全部委托给受托人，则应由受托人提起诉讼；^④依据1996年《最高人民法院关于如何确定委托贷款协议纠纷诉讼主体资格的批复》（以下简称《诉讼主体资格批复》，现已失效）的规定，即使没有委托贷款合同中相关约定，受托人仍有权直接提起诉讼。^⑤

第三种模式，认定委托人和受托人可作为共同适格原告参加诉讼程序。实践中，法院同时适用《民法典》第925条及《诉讼主体资格批复》的规定。根据《民法典》第925条，债权人系实体权利享有者当然有权作为适格原告，但根据《诉讼主体资格批复》，受托人亦有权直接提起诉讼，故委托人与受托人作为共同原告提起诉讼并无不当。^⑥

第四种模式，认定委托人作为原告，受托人作为被告，借款人和抵押人作为无独立请求权第三人参与诉讼程序。^⑦这种认定模式严格按照《诉讼主体资格批复》的规定，即借款人不能按期还款而引发纠纷的，应首先由受托人提起诉讼，在受托人怠于提起诉讼的情况下，委托人才可以提起诉讼，但应将受托人列为被告、借款人和抵押人列为第三人。

① 最高人民法院（2019）最高法民终1502号民事判决书。

② 最高人民法院（2018）最高法民辖终336号民事裁定书、辽宁省高级人民法院（2018）辽民初28-1号民事裁定书、北京市高级人民法院（2018）京民初202号民事判决书。

③ 最高人民法院（2012）民二终字第131号民事判决书。

④ 最高人民法院（2016）最高法民申1497号民事裁定书。

⑤ 最高人民法院（2016）最高法民终54号民事判决书。

⑥ 最高人民法院（2016）最高法民申1138号民事裁定书。

⑦ 最高人民法院（2010）民二终字第132号民事判决书。

3. 其他情形中适格原告认定的实践现状

在其他情形的抵押权人与债权人分离中，对于应由债权人还是应由受托人作为适格原告，同样存在较大争议，以民间借贷和 P2P 网络借贷较为典型。在民间借贷中，主要有如下四种不同的认定模式：

第一种模式，法院认定债权人可作为要求借款人还款的适格原告，但不得作为要求就抵押物实现抵押权的适格原告。原因在于，当事人之间关于债权人为实际抵押权人的约定并未经过抵押登记。^①很显然，该观点并不认同受托人可作为适格原告，仅债权人才可作为适格原告，只不过因债权人并未被登记为抵押权人，而无法要求实现抵押权。

第二种模式，认定债权人才可以作为适格原告。有法院根据《民法典》第 925 条关于隐名代理的规定，认定债权人才是实际权利人，其当然可以作为适格原告提起诉讼。^②还有法院考虑到案件涉及标的额十分巨大、案件背后存在职业放贷嫌疑，不宜由受托人作为原告提起诉讼。^③

第三种模式，认定受托人才是适格原告。法院认为，由于债权人并未对受托人提起诉讼产生任何异议，结合民间借贷合同、抵押合同及抵押登记中的名义事实，应认定并不存在所谓的“抵押权与债权的分离”现象。^④法院的这种做法显然是有违当事人的内心真意，也不符合《民法典》第 925 条关于隐名代理的规定。

第四种模式，认定债权人和受托人都可以作为适格原告。债权人作为实际权利人，当然可以作为适格原告，但在债权人向法院明确表示不愿意参加诉讼的情况下，根据《民法典》第 925 条关于隐名代理的规定，既然受托人与债权人之间存在代理关系，当然也可以让受托人作为原告提起诉讼。^⑤

而在 P2P 网络借贷中，主要存在两种不同的认定模式：

第一种模式，认定债权人才是适格原告。因为 P2P 平台公司仅起到中介作用，债权人才是真实权利人，即使其能够提起诉讼，最多只能以债权人名义提起诉讼而非以自身名义提起诉讼。^⑥

第二种模式，认定受托人是适格原告。有法院认为，鉴于借贷合同中曾约定若出现借款人逾期不能还款，债权人便将债权自动转让给 P2P 平台公司，故 P2P 平台公司作为债权受让人当然可以作为适格原告提起诉讼。^⑦其实，根据合同约定，P2P 公司已经是新的债权人，而并非原债权人的受托代理人。另有法院认为，鉴于借贷合同中已约定债权人授权 P2P 平台公司可对借款人进行催收，而诉讼正是催收的形式之一，P2P 平台公司当然可以作为适格原告。^⑧还有法院认为，在 P2P 网络借贷中，出借人分布零散、数量较多，出于提高诉讼效率、避免诉累考虑，由 P2P 平台公司作为适格原告较为妥当。^⑨

（二）原告适格认定的理论分析

通过对上述抵押权人与债权人分离情形中关于适格原告认定的现状梳理来看，实践中对受托人作为原告也往往持肯定态度。但实际上，仅对于债券发行中的抵押权人与债权人分离，才能例外地承认受托人可以作为适格原告，而对于其他情形，只有债权人才可以作为适格原告。

1. 债券发行中的适格原告

如上所述，以隐名代理制度作为附担保公司债法律关系构造的理论基础，在解释论上具有较强的现

① 四川省高级人民法院（2016）川民终 1139 号民事判决书。

② 成安县人民法院（2015）成民初字第 01687 号民事判决书。

③ 安徽省合肥市中级人民法院（2019）皖 01 民终 9146 号民事裁定书、安徽省合肥市中级人民法院（2019）皖 01 民终 9474 号民事裁定书。

④ 江苏省徐州市中级人民法院（2018）苏 03 民终 8185 号民事裁定书、云南省曲靖市中级人民法院（2014）曲中民初字第 292 号民事判决书。

⑤ 黑龙江省高级人民法院（2015）黑高商终字第 131 号民事判决书。

⑥ 江苏省苏州市人民法院（2018）苏 05 民终 10273 号民事裁定书。

⑦ 北京市高级人民法院（2019）京民申 5532 号民事裁定书、北京市第三中级人民法院（2019）京 03 民终 11958 号民事判决书。

⑧ 广东省深圳市中级人民法院（2016）粤 03 民终 8733 号民事判决书。

⑨ 广东省深圳市中级人民法院（2016）粤 03 民终 8744 号民事判决书。

实可行性。但若如此,无论对于债权,还是对于抵押权,债券持有人都应是实际上的权利主体,一旦发生债券违约,只有债券持有人才可以作为适格原告在诉讼中主张债权及抵押权。可若是单独的债券持有人各自提起诉讼,将面临的尴尬境遇是:在债券发行文件中未约定管辖的情况下,不同的债券持有人可能在不同的法院起诉,这不仅浪费诉讼资源,更是可能会出现同案不同判的情况;如果仅部分债券持有人取得生效判决,而其他债券持有人还尚未起诉或尚未取得生效判决,如何进行公平且有效率地担保物权实现也是个很大的问题。^①因此,由债券受托管理人提起诉讼是较为可行的解决方案,也正因如此,2019年修订的《证券法》第92条第3款明确了债券受托管理人可以为了债券持有人利益,接受债券持有人的委托以自己名义参加诉讼的诉讼主体资格,2020年《座谈会纪要》第5条、第18条等条文又在此基础上做了进一步细化。

虽然上述规定没有明确债券受托管理人可作为适格原告的法律性质,但通常认为可以诉讼担当理论对此进行解释。^②诉讼担当,是指第三人替代诉讼标的之权利义务的主体(或者与权利义务主体同时)持有当事人适格,并且该当事人承受的判决效力也及于权利义务主体的情形^③,可分为法律规定的法定诉讼担当和依权利义务主体意思的任意诉讼担当^④。有学者以是否经过法律的许可为依据,将任意诉讼担当又具体划分为法律规定的任意诉讼担当和扩大适用的任意诉讼担当,前者是指法律明确允许一定类型案件可以由他人进行诉讼担当,而后者则是解决多数人诉讼以外的其他形式的诉讼担当。^⑤尽管两种任意诉讼担当都是出于权利主体的意思,但前者获得了法律的明文规定,而后者则是法律无明文规定也无禁止的情况下,当事人自行决定适用诉讼担当的情形^⑥。

关于《证券法》第92条第3款及《座谈会纪要》第5条、第18条等条文确立的债券受托管理人应属于哪种类型的诉讼担当,学界存在争议。有学者认为,上述规定中体现的诉讼担当应是法律规定的任意诉讼担当。^⑦另有学者则认为,上述规定中的诉讼担当应是法定诉讼担当。^⑧从《证券法》第92条第3款中“债券受托管理人可以接受全部或者部分债券持有人的委托”及《座谈会纪要》第5条中“受托管理人根据债券募集文件、债券受托管理协议的约定或者债券持有人会议决议的授权”等措辞来看,受托管理人之所以可以提起诉讼仍是基于权利主体的意思,只不过法律对此明文规定予以认可。就此而言,前一种观点较为合理,即上述规定中确立的债券受托管理人应是属于法律规定的任意诉讼担当。

2. 委托贷款中的适格原告

1996年的《诉讼主体资格批复》最早对委托贷款合同纠纷中的适格原告问题进行明确,即原则上仅受托人才有权起诉,只有在受托人怠于提起诉讼的情况下,委托人才可以提起诉讼,但应列受托人为被告、借款人为第三人。该《诉讼主体资格批复》之所以如此规定,原因在于其没有真正厘清委托贷款合同只是委托人与借款人之间的借款合同关系,而仅是从形式上认为委托贷款合同就是委托合同关系。在当时的背景下,《合同法》还尚未出台,对于当事人之间合同关系的调整主要依据《经济合同法》《民法通则》《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《民通意见》)等法律文件。

① 蔡松:《公司债券受托管理人原告资格研究——困境及解决之道》,《证券法苑》2016年第17卷,第291页。

② 洪艳蓉:《债券市场化改革下半场投资者权益保护新篇章——〈全国法院审理债券纠纷案件座谈会纪要〉解读》,《人民法院报》2020年7月23日;孙航:《保护债券投资人的合法权益依法打击债券市场违法违规行为——最高人民法院民二庭负责人就〈全国法院审理债券纠纷案件座谈会纪要〉答记者问》,《人民法院报》2020年7月16日;赵磊、于晗:《债券受托管理人诉讼地位的法理困境》,《债券》2021年第6期。

③ [日]高桥宏志:《民事诉讼制度与理论的深层分析》,林剑锋译,北京:法律出版社,2003年,第215—216页。

④ [日]高桥宏志:《民事诉讼制度与理论的深层分析》,第211页。

⑤ 肖建华:《诉权与实体权利主体相分离的类型化分析》,《法学评论》2002年第1期。

⑥ 肖建国、黄忠顺:《任意诉讼担当的类型化分析》,《北京科技大学学报(社会科学版)》2009年第1期。

⑦ 赵磊、于晗:《债券受托管理人诉讼地位的法理困境》。

⑧ 王洋:《债券受托管理人的诉讼地位困境及新〈证券法〉的应对——以太合汇公司诉重富公司案为视角》,《证券法苑》2020年第29卷,第98页。

而依据上述法律文件中的规定，既然委托人与受托人之间属委托合同法律关系，而受托人又是以自己名义与借款人建立借款合同法律关系，在出现借款人不能还款的情况下，当然应由受托人提起诉讼。而当受托人怠于起诉时，尽管原告可以提起诉讼，也只能将受托人列为被告，借款人只能列为第三人。原因在于，基于委托人与受托人之间的委托合同，其只能将受托人列为被告，而之所以将借款人列为第三人，是因为借款人与委托人和受托人之间的委托合同纠纷的诉讼结果具有法律上的利害关系。在民事诉讼法理论上，由于借款人与诉讼结果有利害关系，但对于委托人与受托人之间诉讼标的又没有独立请求权的，列为无独立请求权第三人。^①

相较于之前的《经济合同法》《民法通则》《民通意见》，1999年《合同法》第402条（现《民法典》第925条）新增有关隐名代理的规定。根据该规定，在委托人、受托人及借款人签订的委托贷款合同中，由于借款人明知委托人与受托人之间的委托关系，那么委托贷款合同便可以在委托人和借款人之间直接产生法律效力。但问题在于，在《合同法》生效后，《诉讼主体资格批复》也并未被最高人民法院废止。一旦出现上述纠纷，各级法院在法律适用上便出现了分歧，便形成了上面所述有关法院认定适格原告的几种不同模式。

从表面来看，以上不同裁判观点属法院的法律适用分歧，但从实质上来看，可以将原因归为两点：第一，1996年的《诉讼主体资格批复》没有正确认识到委托贷款合同其实只是委托人与借款人之间的借款合同法律关系。第二，在《合同法》第402条出台后，关于委托人与借款人之间的借款合同法律关系仍没有被正确认知，从而出现法院需借助第402条才能认定委托人是债权人的裁判观点。其实，只要正确认识委托人与借款人之间的借款合同法律关系，认定委托人为债权人便是理所当然的事情，无须借助《合同法》第402条。在《民法典》施行后，尽管《最高人民法院关于废止部分司法解释及相关规范性文件的决定》已经将《诉讼主体资格批复》废止，但如果不能正确认识委托人与借款人之间应是借款合同法律关系，即使法院在实践中会认定委托人为债权人，也仍需借助《民法典》第925条进行解释。当然，尽管委托人与借款人之间系借款合同关系而无须借助隐名代理制度，但要使抵押合同在委托人与抵押人之间产生直接效力并设立抵押权，仍需借助于隐名代理制度。但无论如何，作为委托人的债权人才应是适格原告，而非受托人。

3. 其他情形中的适格原告

通过对法院认定模式的梳理来看，法院之所以将受托人作为适格原告，背后原因在于将民事代理制度直接适用至诉讼代理。在法院看来，既然根据隐名代理制度，受托人可以在委托人授权范围内以自己名义与第三人订立合同，那么受托人也可以基于该授权以自己名义向第三人提起诉讼。但实际上，法院的这种裁判思路，显然是混淆了民事代理和诉讼代理的区别。

具体而言，法院的上述做法实际上是将民事实体法中的隐名代理直接照搬至诉讼代理中，这种做法在理论上是经不起推敲的。诉讼代理与民事代理的不同在于，诉讼代理不仅具有民事代理所要求的合意性，还具有司法程序所要求的司法性。^②民事代理更强调私法自治，对当事人合意保持最大限度尊重，但诉讼代理不仅仅是当事人之间的意思自治，还涉及国家诉讼程序的公法性要求。虽然2007年《民事诉讼法》第58条第2款曾规定“经人民法院许可的其他公民”可以被委托为诉讼代理人，但2012年《民事诉讼法》已将该规定予以删除，立法者的态度转变显而易见。

因此，民事代理并不能等同于诉讼代理，并非任何人基于委托人的授权委托都可以成为民事诉讼程序中的代理人。从诉讼代理角度看，在民间借贷及P2P网络借贷等情形中出现抵押权人与债权人分离的情况下，受托人并不能凭借其在民事实体法上是债权人的代理人而主张同样可作为民事诉讼程序中的诉讼代理人，更不得要求以其名义作为适格原告就抵押权的实现提起诉讼。

^① 张卫平：《民事诉讼法》（第5版），第166页。

^② 许尚豪：《公民代理民事诉讼的法理反思及制度完善》，《法学论坛》2017年第4期。

四、结 语

从抵押权人与债权人分离情形的类型化梳理来看,产生这种分离的原因,既有法律制度的约束,也有实践操作上的不当,故有必要承认债权人可突破登记主张抵押权。而且,这也并未因强调对债权人的保护,而损害受现行立法保护的第三人合法权益。当然,相较于代理制度,以信托制度作为附担保公司债的理论基础,确实可以在债券受托管理人可拥有广泛的自由裁量权、稳定性和连续性等方面更有优势,^①而且在比较法上也逐渐成为主流趋势。在将来中国的《信托法》对信托登记、担保权信托、禁止讨债信托等制度完善后,也可以采取这种理论解释方案,但在《信托法》未修改之前,基于解释论的视角,以《民法典》第925条的隐名代理制度作为附担保公司债的理论基础仍是较为可行的解释方案。^②而本文关于抵押权人与债权人分离情形下抵押权设立的理论证成,也仅是建立在中国《民法典》只承认保全性抵押权的基础上,若将来中国《民法典》为进一步发挥担保制度促进交易的功能而引入流通性抵押权,自应另当别论。此外,本文讨论的抵押权人与债权人分离情形虽主要以不动产抵押权展开,但实际上其论证思路及结论也可适用于以登记作为公示方法的动产抵押权及权利质权,并无太大差异。

Establishment and Realization of Mortgage Rights with the Separation of Mortgagee and Creditor: on Article 4 of “Interpretation of the Supreme People’s Court on Applying the Guarantee System of the Civil Code”

LI Hao¹ & LIU Lei²

(1.School of Law, Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan, 430073;

2.College of Comparative Law, China University of Political Science and Law, Beijing, 100088)

Abstract: With the separation of the mortgagee and the creditor, there is a phenomenon that the mortgage registration is not in accordance with the reality. Considering that the separation does not impair the function of the mortgage registration, it is still highly feasible to interpret and recognize the validity of mortgage establishment by undisclosed agency. According to the differentiation between civil agency and litigation agency and the strict requirements of litigation undertaking theory, only the creditor can be a qualified plaintiff in principle. Exceptional recognition of a trustee as a qualifying plaintiff only exists in the case of issuing bonds when the mortgagee is separated from the creditor.

Keywords: Separation of Mortgagee and Creditor, Mortgage Registration, Undisclosed Agency, Litigation Agency, Litigation Undertaking

[责任编辑: 陈慧妮]

① 刘迎霜:《公司债券受托管理的信托法构造》。

② 值得注意的是,关于债券登记托管的法理基础,同样存在着委托代理法律关系说与信托法律关系说的争议。有学者同样认为,在中国《信托法》未修改之前,在债券登记托管领域适用信托理论存在着极大的解释困境,但不排除在将来《信托法》修改后,采取这种解释方案。参见祁畅、张文、杜泽夏:《债券登记托管的法理基础》,《债券》2022年第2期。