

杨红 / 著

担保物权

专论

DANBAO WUQUAN
ZHUANLUN



人民出版社

杨
红 / 著

担保物权

专
论

DANBAO WUQUAN
ZHUANLUN

人 民 出 版 社

责任编辑:詹素娟

文字编辑:詹素娟

装帧设计:徐 晖

图书在版编目(CIP)数据

担保物权专论 / 杨红著.

- 北京:人民出版社,

ISBN 7-01-005517-3

I.担... II.杨... III.担保-物权法-研究-中国 IV.D923.24

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第033869号

担保物权专论

DANBAO WUQUAN ZHUANLUN

杨红 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京朝阳门内大街166号)

<http://www.peoplepress.net>

电话:(010)58773525

北京季蜂印刷有限公司印刷 新华书店经销

2006年4月1版 2006年4月1次印刷

开本:880毫米×1230毫米 1/32 印张11.5

字数:265千字 印数:1-3,000册

ISBN 7-01-005517-3 定价:22.00元

目 录

序 / 1

第一章 担保物权的历史沿革、性质及立法定位 / 1

第一节 担保物权的历史沿革 / 1

第二节 担保物权的性质 / 19

第三节 担保物权的立法定位 / 24

第二章 抵押权若干问题研究 / 29

第一节 不动产抵押的客体范围 / 29

第二节 动产抵押制度若干问题研究 / 38

第三节 抵押物的转让 / 47

第四节 共同抵押 / 57

第五节 楼花按揭若干问题 / 70

第六节 浮动抵押和财团抵押 / 82

第七节 最高额抵押权 / 87

第三章 质权若干问题研究 / 95

第一节 我国流质契约的立法 / 95

第二节 营业质权 / 118

第三节 转质 / 124

第四节 权利质押标的的范围 / 133

第四章 留置权若干问题研究 / 156

第一节 留置权的基本概念 / 156

第二节 留置权的成立要件 / 170

第五章 优先权研究 / 183

第一节 优先权的历史发展和立法基础 / 183

第二节 优先权的基本理论 / 193

第三节 我国的优先权立法 / 235

第六章 让与担保制度研究 / 245

第一节 让与担保制度概述 / 245

第二节 让与担保的设定、效力和实行 / 260

第三节 让与担保的利弊及我国对让与担保的态度 / 274

第七章 所有权保留制度研究 / 284

第一节 所有权保留的基本理论 / 284

第二节 所有权保留的设定 / 296

第三节 所有权保留的效力 / 309

第八章 担保物权竞合 / 329

第一节 优先权与其他担保物权的竞合 / 329

第二节 让与担保与其他担保物权的竞合 / 335

第三节 所有权保留与其他担保物权的竞合 / 339

第四节 抵押权、质权与留置权的竞合 / 343

主要参考书目 / 355

后记 / 361

序

担保物权制度作为物权制度的一个重要组成部分,在现代经济交往中,对于维护交易安全,降低交易风险,保障债权的实现,发挥着其他制度所不可替代的作用,各国担保物权立法也成为物权立法中最活跃的部分。

随着我国《物权法》的制定,担保物权成为人们关注的焦点之一。担保物权的一些问题如不动产抵押的标的范围问题、动产抵押存度问题、楼花按揭问题、流质契约问题、营业质权问题、留置权适用问题、优先权问题、让与担保问题、所有权保留问题、担保物权竞合问题等等,成为理论界、实践部门和立法部门关注和讨论的热点。

本书作者杨红女士,大学法学专业毕业后一直从事高等法学教学研究,又长期给法学本科专业学生开设《担保法》课程,对与担保物权相关的问题有较熟悉的了解和掌握。本书是作者在长期教学工作中研究担保物权成果的总结,但并非是一本有关担保物权的教科书。在我国正在制定物权法完善担保物权制度的大背景下,本书紧紧抓住了当前中国担保物权的热点、难点问题,阐明其理论基础,并与担保物权制度的完善结合起来,具有很强的针对性。我认为该著作有以下几个方面的特点:

首先,本书采取专题式的研究方法,对担保物权的难点、热点问题以及重大疑难问题进行了较深入的探讨。

第二,本书基本上涉及了我国《物权法》制定过程中有关担保物权争议的所有问题。宏观上,从担保物权的立法定位,到担保物权的种类;微观上,从不动产抵押的标的物范围到留置权的标的物,从动产抵押的存废到流质契约,作者均进行了系统地研究。

第三,材料翔实新颖。作者在写作过程中参考了大量的有关担保物权的著作和论文,对此作者都尽量通过注释的形式逐一加以指明。作者不仅参考了《担保法》及其有关司法解释,还密切关注我国《物权法》的立法进程,不仅指出了现行立法存在的缺陷和纰漏,而且将2005年10月的《物权法》(草案四次审议稿)的有关条文与之前的有关立法条文进行比较研究。

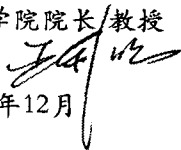
第四,对立法中的一些重大疑难问题,作者提出了独到的观点和看法。如作者主张应当允许农村居民住房抵押,应当允许流质契约等,都是有相当参考价值的。对《物权法》(草案)审议中存在争议的有关担保物权问题,作者都提出了自己的见解。

由此可见,作者是本着科学的方法和严谨的学风来撰写本书的,在对担保物权制度的研究过程中着实花费了相当的工夫。因此,我非常乐意向广大读者推荐本书,相信本书对担保物权的理论研究和司法实务具有较大的参考价值和指导作用,对我国物权法的制定工作也有一定的推动作用。当然,本书也存在一些不可避免的问题,如某些论述尚不深入,一些观点有待于商榷等,但是,瑕不掩瑜,相信本书的出版必将对推动我国担保物权制度的深入研究产生积极的影响。

是为序。

中国人民大学法学院院长/教授

2005年12月



第一章 担保物权的历史沿革、性质及立法定位

第一节 担保物权的历史沿革

担保物权是为确保债权的实现而设定的担保制度,其存在与发展当然与债权的存在与发展相关。可以说,担保物权是随债权的产生而产生,随债权的发展而发展。从担保物权的发展史上来说,担保物权的发展可以分为以下三个阶段。

一、古代法上的担保物权

总的说来,古代社会商品经济关系不发达,相对来说,社会对物的实际占有的重视程度大于对财产流通的重视程度,而且对各种法律行为往往有着较严格的形式要求。因此,西方古代法上的担保物权呈现以下特点:其一,一方面担保物权制度不够发达;另一方面随着社会经济的发展,担保制度得到不断改进,其前后发展变化较大。其二,古代法上的物权担保制度仅从保全债权的功能上设计,并且以不动产担保为主,这与在古代社会不动产是最主要的财产有关。^①

^① 郭明瑞:《担保法原理与实务》,中国方正出版社1995年版,第19页。

（一）希腊法上的担保物权

担保物权源于希腊。据学者考证，希腊法上的担保物权共有三种形式：第一，债权人取得土地所有权，但将土地留给债务人使用而收取利息或地租，债务人保留着永久性的赎回权。这实际上是有赎回权的一种土地买卖担保。第二，债权人在债务人肯定不能履行债务前，只有扣押权或看管权，若逾期不履行则可占有土地并取得绝对所有权。这种做法与近代抵押权有些类似，但仍不可同日而语。第三，债权人可占用土地，并扣留收益以作为利息，实际上相当于不动产质权。这些担保基本是转移占有的，虽与近代担保物权的观念有很大差距，但毕竟开物的担保之先河。

在古代法上占据重要地位，并对后世影响较大的担保物权立法，当属罗马法与日耳曼法无疑。^①

（二）罗马法上的担保物权

若就单个物的担保方式而言，可能并非始于罗马法，但就整个担保物权体系而言，则应归功于罗马法的功劳，此为学术界共识。在罗马法上，担保物权被称为“实物担保”，它本身是为了弥补人保的不足而逐渐形成和发展起来的。在古典法时代，实物担保的典型形式，除属于公法领域的“地产抵押”外，还有私法领域的信托、质权和抵押三种担保方式。就私法领域的三种担保方式而言，在罗马法上也不是同时出现的，而是经历了从信托质到质权再到抵押的过程。

1. 信托质。信托制度产生于罗马法早期。它是指当事人一方用市民法规定的要式买卖或拟诉弃权的方式，将要式物的所有权形式上转移给当事人另一方，但仍保留对要式物的占有；

^① 温世扬、廖焕国：《物权法通论》，人民法院出版社2005年版，第533页。

另一方凭信用,在约定的条件成就时,将该要式物的所有权返还给原物的所有人。在罗马法上,信托是一种相当普遍的制度,它并不是专门用于担保债权的目的。借用、寄托、担保甚至父权的取得、奴隶的解放和遗产的继承等都广泛采用信托方式。不过,以信托方式来担保借贷债权的实现乃为其主要功能。^①以担保为目的的信托被称信托质。所谓信托质,是指一方将担保标的物的所有权转移于债权人,在债务人清偿债务后,担保标的物的所有权重新转移于物主;而在债务人不清偿债务时,债权人得将该标的物出卖以抵债,遇有剩余款则归还物主。^②虽然在担保债权实现方面,信托担保制度发挥过积极作用,但信托质也存在着严重的弊端。因为:(1)信托物所有权发生移转增加了债务人的风险。债务人在偿还债务前,担保物的所有权已转移给债权人,如果债权人背信弃义,将担保物转移给第三人,则债务人最多仅有“信托诉”而无“物件返还诉”以追还原物;又或债权人丧失给付能力而破产时,该担保物即被享有担保权的债权人扣押出卖,抵充欠债,从而使债务人蒙受损失。(2)信托质不利于担保物效用的发挥。在债权人拒绝提供担保物给债权人容假占有或租用时,债务人即丧失使用收益担保物的利益;且担保物不论价值高低,只能供给一个债权人作担保,使债务人失去了利用该担保物向其他人借贷的可能,不利于充分发挥担保物的效用。(3)信托质适用范围比较狭窄。信托质仅适用于要式物,不适用于略式物和外省土地;且信托质需用要式买卖或拟诉弃权方式移转担保物,此种方式为市民法上独

① 陈本寒:《担保物权法比较研究》,武汉大学出版社2003年版,第3页。

② 郭明瑞:《担保法原理与实务》,中国方正出版社1995年版,第19、20页。

有的制度,只有罗马市民方可采用,外国人不得援用。^①由于信托质存在以上的缺点,最终走向衰落逐渐被质权所取代。

2. 质权。罗马法上的质权制度是在克服信托担保的部分弊端的基础上发展起来的。质权,是指为担保债权,债权人可以在给付未履行前留置债务人或第三人交付的质物,并于债务人给付迟延时,出卖质物以清偿债务。其中,债务人不支付利息,而以质物的孳息抵充利息的,称为“典”;债务人支付利息的,则称为“质”。最初,法律仅承认质权人持有质物,不发生移转物权或移转占有的效力,债务人对于质物仍居于所有人和占有人的地位。而债权人仅于受清偿前得留置质物,如果债权人一旦失去质物的持有,并无司法救济,质权就形同虚设。其后,大法官虽承认质权可以受“占有令状”的保护,但占有是事实而非权利,质权人对质物仍没有物权保障。如果债务人取得质物,仍可以所有人的资格,将设有物权负担的质物转让与他人,质权人因没有追及权,就无法追回质物。如果质物是土地,因土地不能如动产那样保管起来,债务人更可直接将它出卖,因而债权人的利益没有足够的保障。^②为了克服这一弊端,罗马大法官遂承认债权人对质物的占有具有物权的效力:一方面,赋予质权人在丧失对质物占有的情况下,对质物享有追及权;另一方面,在主债权届期未受清偿时,对质物享有变价权和优先受偿权。应当说,罗马法的质权要比信托担保前进了一步,主要表现在:(1)随着质权种类的增多,被担保债权的种类范围也在不断扩大。任何债权均可由质权加以保障,而限于借贷债权,同时剔

① 周相:《罗马法原论》(上册),商务印书馆1994年版,第392页;温世扬、廖焕国:《物权法通论》,人民法院出版社2005年版,第534页。

② 周相:《罗马法原论》(上册),商务印书馆1994年版,第393页。

除了对非债权事件的担保,这就大大强化了质权保全债权的功能。(2)质权的设定只需移转质物的占有,无需移转其所有权。因此,质权人不能像信托那样,随意出卖质物;在质权人破产时,也不影响出质人对质物的权利。出质人的利益有了较为可靠的保障。(3)质物的范围进一步扩大。任何可转让的物,均可以成为质权的标的物,略式物、外省土地等均可以设立质权,而限于市民法上的物。(4)质权可以由债务人设立,也可以由第三人为债务人设立。这就为质权担保制度的广泛适用提供了法律依据。^①但质权也有其局限性:第一,因为质权以交付质物为要件,物件一旦出质,如果债权人不同意出租质物或作容假占有处理,出质人即失去对质物的使用与收益;第二,质权既以交付物件为前提,故不能对未来的物设定质权;第三,纵使质物的价值远远超过所担保的债权,也只能为一个债权人提供担保。为了弥补这些缺点,罗马法上又出现了抵押担保制度。

3. 抵押权。抵押权是指债权人对于债务人或第三人提供担保而不移转占有的物件,在债务到期未受清偿时,享有就其出卖的价金而受清偿的物权。由于质权存在的缺陷,对于地主和佃农之间的质权来说尤为突出,因而罗马法引进希腊法制,形成了抵押权制度。由于罗马的农民都很贫穷,除农具及家畜外,没有其他值钱的东西,而佃租例须预付,否则便要提供可靠的担保,而农民如将仅有的农具、家畜等出质,就无以耕作谋生,于是当事人采取一种变通办法,经双方约定不移转担保物的占有,仍由农民保留农具、家畜等继续使用。可是这种约定,并无法律上的效力。共和国末叶和帝政初期,大法官萨尔维乌斯规

^① 陈本寒:《担保物权法比较研究》,武汉大学出版社2003年版,第5、6页;温世扬、廖焕国:《物权法通论》,人民法院出版社2005年版,第535页。

定,佃农到期不付租金,地主得申请令状,取得担保物的占有而处分之,后被称为“萨尔维亚努姆令状”。但这仅对佃农有效而不能对抗第三人,如供担保的农具、家畜落入第三人之手,地主的权利便得不到保障。为此,大法官萨尔维乌斯又授予地主以物权,使其可对佃农或第三人可提起“塞尔维亚那诉”,追及该担保物而扣押之,从而兼顾到了地主和佃农双方的利益。因抵押人仍为抵押物的所有权人和占有人,在不侵害抵押权的范围内,仍可利用和处分抵押物,而抵押权人则因对抵押物享有物权,不复有占有抵押物的必要。嗣后商业发展,家畜与农具以外的物件也适用于抵押,地主和农民以外的债权人债务人也援用此法,受“准塞尔维亚那诉”或“抵押诉”的保护,抵押遂通行于罗马全国。^①罗马法上的抵押有约定抵押与法定抵押,其特点有以下几个方面:一是具有追及力、优先受偿性与不可分性。二是缺乏相应的登记公示制度,对于不转移占有为特征的抵押制度,这是一种致命的缺陷。因此有学者指出,罗马法上的抵押忽视交易安全利益,是一种极其危险的物的担保。三是抵押物范围极其广泛,没有特定性。罗马法上任何可以用于流通的财产均可以用于抵押,至于其为有体物或无体物,单一物或集合物,动产或不动产均在所不问。四是承认抵押合同的流押效力。在帝政时期,抵押权人经常在抵押合同中加入没收条款(又称为流押契约或者绝押契约),规定在债务人不履行合同时,债权人可以取得担保物的所有权。直到君士坦丁一世时,这种约定才被禁止。^②需要指出的是,在罗马法上,奴隶作为物,可用于设定担保物权。按照盖尤斯《论抵押规则》,“现在不存在而将来存

① 周枬:《罗马法原论》(上册),商务印书馆1994年版,第393、394页。

② 温世扬、廖焕国:《物权法通论》,人民法院出版社2005年版,第536页。

在之物可以被抵押,例如悬挂的果实、女奴生的孩子、家畜的幼子及产物。”^①由于罗马当时并无抵押登记制度,在抵押物不移转占有的情况下,抵押物极易与抵押人其他财产相混淆,因而一旦抵押人转让抵押物于第三人,则抵押权的追及权就难以实现;同时,由于抵押登记制度的缺乏,在同一物上设定几个抵押权时,抵押人完全可能与后顺位的抵押权人串通,提前其抵押设定的日期,从而损害前顺位抵押权人的利益。正是基于上述原因,抵押制度出现后,并未完全取代质权,两者形成了并存发展的局面。在没有抵押登记制度相配套的情况下,担保债权的实现,仍以移转占有的质权更为可靠。在罗马法中,抵押权与质权似乎是一项统一的制度,抵押表现为对质权的完善。抵押权与质权的区别,在罗马法上是视债权人是否占有提供担保的物件,占有的为质权,不占有的为抵押,而不在于担保物是动产还是不动产。但实际上,动产担保多采用质权,不动产担保多采用抵押。质权与抵押本属同一性质,受统一原则的支配,因而其区别并不是严格的。质权与抵押权同时成立时,由于质权人占有担保物,根据“在同等情况下,占有人的地位优于对方”的原则,其权利优于抵押权人。^②罗马法上的质权和抵押制度在共同发展过程中,形成了一系列的共同规则,这些规则主要包括:(1)抵押权和质权是为担保债权的实现而存在的,因而具有附随性(或称从属性)的特征,主债权消灭,为之提供担保的抵押权和质权亦随之消灭。(2)在担保物权的种类上,罗马法既承认约定的抵押权与质权,也承认法定的抵押权与质权。(3)强调担保物权与被担保债权的不可分性。担保物权人在主债权未

① 郭明瑞:《担保法原理与实务》,中国方正出版社1995年版,第21页。

② 周枏:《罗马法原论》(上册),商务印书馆1994年版,第395页。

受全部清偿前,对担保物的权利始终存在于担保物之上,且不因主债权的部分清偿而受影响。(4)强调物的责任与人的责任并重。债权人实现抵押权,只能在进行专门的催告后将标的物出卖,并从卖得的价金中优先受偿。若卖得的价金不足以清偿被担保债务的,债务人还必须以其他财产清偿该余额部分。(5)强调质权和抵押权属物权范畴,在同一债权既有人担保,又有物权担保的情况下,物权担保优于人的担保。

此外,近现代法上的民事留置权制度虽然也起源于罗马法,但在罗马法上并不是作为担保物权加以规定,而只是双务契约中当事人享有的一种欺诈抗辩权。依照罗马法的规定,债权人若对债务人亦负有债务,债权人未清偿自己的债务前,却请求债务人履行其债务,债务人即可提出拒绝履行之抗辩。此种以公平原理为基础的拒绝给付权,是一种对人权,而非对物权,不具有物权的效力。^①

(三) 日耳曼法上的担保物权

日耳曼法的物的担保制度同罗马法一样,经历了由所有质(转移质物的所有权)——占有质(转移质物的占有权)——非占有质(质物的所有权和占有权均不发生转移)的演变。单从形式看,日耳曼法上仅有质权,不如罗马法完备,但实质上,日耳曼法的质权担保制度在漫长的发展历程中,质权的设定条件、方式、适用范围等都在不断嬗变之中,呈现出动产与不动产平行发展的趋势,对后世的担保物权制度的形成和发展产生了巨大的影响。日耳曼法的质权制度通常以是否转移质物的占有为标准,将其发展历程分为古质和新质两个阶段。日耳曼古质包括所有质和占有质两种形态,其中不动产所有质是物的担保

^① 陈本寒:《担保物权法比较研究》,武汉大学出版社2003年版,第7—9页。

的最初形态。^①

1. 所有质。所有质的含义是指,将担保物的所有权附条件的让与债权人,用于担保债权的清偿。所有质起初只有附停止条件之一,后来也可以附解除条件。在附停止条件的情况下,通常由债务人在债务证书上注明,若不于清偿期内清偿债务的,债权人可扣押担保物,并直接取得担保物的所有权;若债务人在清偿期内清偿了债务,则对担保物的所有权享有回赎权。在附解除条件的情况下,通常由债务人制作担保物的出卖证书交于债权人,债权人随即出具返还证书交于债务人,返还证书上载明:在债务清偿时,出卖证书既归无效,担保物的所有权应返还给债务人,但是在解除条件成就之前,担保物的所有权仍在债权人手中。无论是附停止条件的所有质,还是附解除条件的所有质,担保物均不移转占有。因而,日耳曼法的所有质非常类似于罗马法的信托担保。

2. 占有质。占有质是指在质权担保设定时,担保物的所有权和处分权仍保留在出质人手中,但对担保物的占有权和利用权则转移给质权人。日耳曼法的占有质,其质权人对质物不仅享有使用权,而且享有收益权,因而被称为用益质。以收益的用途不同,用益质又分为利质和销偿质两种。利质是指质物的收益只用于充抵主债务所生利息,而不用于充抵主债务原本。在利质的情形下,债务人仍保有质物的所有权,故得自由处分质物,亦得清偿主债务而回赎质物。销偿质,是指债权人收取质物的收益,不仅用于充偿原本的利息,而且冲抵部分债务原本,在债务原本全部消除后,债权人应将担保标的物返还于债务人。因其以收益消除原本,也有的称之为销除质。日耳曼法的占有

^① 温世扬、廖焕国:《物权法通论》,人民法院出版社2005年版,第537、538页。

质,以质权人对质物的处分方式不同,还可分为归属质和变卖质两种。所谓归属质,是指债务人在约定的期限内不清偿被担保债务的,债权人可直接取得质物的所有权,以代替清偿。这亦就是后世所称的“流质”。所谓变卖质,是指被担保债务届期未清偿时,债权人可以经催告或裁判许可,变卖质物,以其价金抵偿。^①日耳曼法的占有质与罗马法的质权存在以下几个方面不同:(1)二者的立法重心不同,罗马法的质权制度,质权人的目的是为了取得对债权的担保,债权人对质物不享有用益权,当然也就不存在利质和销偿质的划分;而日耳曼法的占有质的立法重心在于用益,属于用益质,质押期间,质权人对质物享有使用收益权。(2)担保责任范围不同。罗马法的质权,其债务人对债务的清偿责任,并不以担保物变价的价款为限,当质物变价的价款不足以清偿债务时,对未受清偿的债权,债务人仍有清偿的义务,因而,债务人对被担保债务承担的责任,既包括物的责任,也包括人的责任。而日耳曼法的占有质,其债务人承担的责任为纯粹的物的责任,除有特约外,债务人不负任何人的责任;在质物价格低于债务原本时,债权人对于债务人的其他财产,不得请求清偿。(3)罗马法的质权具有物上代位性,质押期间质物因意外风险而灭失的,若能获得赔偿,该赔偿金可以作为代位物,继续为主债权提供担保;而日耳曼法的占有质则不具有物上代位性,债权人在占有期间,因事变而致质物灭失者,债权人亦不得对债务人的其他财产请求清偿。(4)质物范围不同。罗马法的质权标的非常广泛,不仅动产、不动产等有形财产

^① 郭明瑞:《担保法原理与实务》,中国方正出版社1995年版,第22、23页;陈本寒:《担保物权法比较研究》,武汉大学出版社2003年版,第12、13页;温世扬、廖焕国:《物权法通论》,人民法院出版社2005年版,第538、539页。