

法国担保法改革

李世刚 著

Security Law Reform in France



复旦法学文丛

法律出版社
LAW PRESS · CHINA



复旦法学文丛

法国担保法改革

Security Law Reform in France

李世刚 著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法国担保法改革 / 李世刚著. —北京:法律出版社, 2011. 4

(复旦法学文丛)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1947 - 5

I. ①法… II. ①李… III. ①担保法—研究—法国
IV. ①D956. 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 040361 号

复旦法学文丛

法国担保法改革

李世刚 著

责任编辑 刘彦洋
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 10 字数 240 千

版本 2011 年 4 月第 1 版

印次 2011 年 4 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1947 - 5

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

谨以此书纪念家父李德林先生！

从我读书时起到博士后出站前，一直有父亲的叮哼和挂念相伴

愿真有另一个世界，愿父亲在那里一切都好

儿子感谢您的教诲和无私的爱，想念您的微笑和那双宽厚的手掌

致 谢

这本书能够出版,我要感谢的人,很多很多。

特别是在我求学之路上给予细心关怀的三位导师:引导我人民法学研究之门并不断严格要求和勉励我的崔建远教授、指导我研习法国民法和完成博士学位论文写作的玛丽·高莉(Marie GORÉ)教授、鼓励我持续进行法国民法研究的博士后合作导师尹田教授,皆是我为人学之楷模。他们的教诲、帮助和关心,让我感到无尽的温暖,也因此不敢懈怠。我唯有以严谨和持之以恒地从事学术研究和教学工作来报答之。

感谢法国担保法改革委员会主席米歇尔·歌里马力蒂(Michel GRIMALDI)教授为本书作序,并如同在担任本人的博士论文答辩委员会主席时一样,鼓励我继续研究,同时以优美的语言和深邃的思想使我获得灵感。

感谢我在法国留学时以及在北京生活时给予我帮助的同学、朋友们。尤其感谢曾与我一同师从玛丽·高莉女士研习法国法和比较法的杨彩霞

博士,她在我留法期间以及归国以后给予了巨大的帮助,对本书(尤其是独立担保部分)的写作也提出了细致的意见和建议。

感谢复旦大学法学院学术委员会对我的信任,感谢学科组刘士国教授及其他前辈的鼓励和支持,感谢院里同事对一位新人的关心。

感谢法律出版社刘彦泮编辑的辛勤工作。

感谢我的家人!

序言一

非常之荣幸,能借助这部作品,向中国同行介绍新近法国担保法改革的主要特点;这次改革系由2006年3月23日公布的改革法令所完成,也是有幸担任主席的专门委员会的工作成果。非常感谢李世刚博士,当初通过阅读他的博士论文,我的思绪被邀请着就中国法和法国法的处世之道进行了比较、有所收获,这对学者而言是令人愉悦的事情;同样地,今天,为本书作序,他为我提供了一个机会:向重视比较法研究的中国同行们传递一些法国法的信息,这或许可以丰富大家的思考。

(一)

就法国担保法改革的原因,有一些是深层次的、结构性的,而另外一些则来自于时势与形势的发展。

深层次的、结构性的原因在于,使得法国担保法变得具有可读性和易于理解的必要性;无论是对于商业参与者还是普通民众而言,可读性和易于理解是法律安全之条件。实际上,在曾经的一段时间

内,《法国民法典》之外存在的法律规范相当分散,有一些改革只强调与时俱进却忽视了制度设计的整体性,司法判决密集却偶有不确定性、左右摇摆,这些集合在一起的结果就是,法国担保法在清晰与和谐方面的优良品质被部分地剥夺了。这个情况令人感到遗憾还因为,无论个人还是企业,担保法对于他们的信用的构建具有重要意义:当它不够清晰和难以读懂时候,其双重任务(一方面使得信用的发放者有所保障,另一方面清清楚楚地保护求助于担保的人)就难以实现,经济的良好运行会受到羁绊。

时势与形势的原因则来自于2004年庆祝《法国民法典》颁行200周年举办的庆祝活动。有声音凸显法典化的价值:于内,法典化是使得法律规则有序、清晰化的事业;于外,法典化是一项可使其记载的法律得以光芒四射的决定性的因素,当法律制度颇为丰富的时候,被法典化的法律当然会比那些采取分散立法、判例法和理论学说等形式的法律更易成为模范法。人们还注意到,在人法和家庭法方面,《法国民法典》已经被重铸了,但是民法中有关交易的规则却被排除在外。诚然法国债法、财产法和担保法已有发展,但其现代化均在民法典之外展开,采取的是特别法以及判例法的方法:于此,《法国民法典》不再能代表法律之真实的面貌。因此,急需采取补救措施。鉴于信用的保障对于一个良好的经济市场所具有的重要意义,于是决定先从担保法入手。

(二)

就改革的方法而言,法国司法部,对“亨利·卡皮唐法兰西法律文化友人协会”发起担保法改革的建议报以热情的欢迎,随即创设了一个由11人组成的非开放性的委员会:其中六人来自于大学,两人来自于银行业,一名法官,一名公证员和一名律师。该委员会常采工作会议的形式,历经18个月,最终于2005年3月31日向法国司法部长递交了工作成果。

之后,政府期望通过“法令”的形式完成改革,也就是说,在议会权限范围内、经议会授权、由政府立法。政府这样做可能是基于效率的考

虑,也可能是担心“院外活动集团”的压力恐将带来的过分之修正、进而“歪曲”文本。对此,有人会批评程序民主存有瑕疵。也会有人提出辩护:“法典化”或者“再法典化”(即使是一部分)的成果,经常是权威的作品:当年拿破仑为了通过他的民法典,不也清除了“法案评议委员会”(Tribunat——当时的“国民议会”)中的异己?

(三)

就内容而言,改革追求三个目标:担保制度的明晰(I),债务人的保护(II),担保的有效性(III)。

I. 担保制度的明晰

担保制度的明晰来自于担保整体的、合理的布局以及词汇的精准:担保依照顺序排列,其中的一些被重新命名。

最为明显的创新是在民法典中创设了第四卷《担保》,将以前分散在第三卷中的担保集合了起来。

新创设的第四卷包含两编。依法国法上传统且无争议的划分方法,第一编为“人的担保”,第二编“物的担保”。

第一编分三章:保证、独立担保、意图信;后二者来自于商业实务,自此正式被法国法所接受。

第二编分三个副编。第一副编包含一般性的规定;第二副编规范动产担保;第三副编规范不动产担保。与1804年版《法国民法典》的“决裂”是明显的:1804年民法典依据是否“转移占有”设计担保物权的规范:一方面,“挪”(现在已经被更名为“质”——针对动产,或者“典”——针对不动产)转移占有;另一方面,“抵押”不转占有且被公示(不动产担保与动产不同,对动产而言,人们无法采取令人满意的公示方法)。而自改革以后,《法国民法典》依据标的物的性质,将担保物权区分为动产的或不动产的。

第二副编区分了四种担保类型:(1)“(一般或特别)动产先取特权”,由法律直接赋予(法律术语没有变化);(2)“质”,自此以后被定义为有体动产担保;(3)“挪”,无体动产担保。在这一方面,改革还针

对“债权挪押”创设了一套特殊规则;(4)“所有权担保”,它有两种形态:一是“扣留所有权担保”或“所有权保留”(通常针对有体动产);二是“所有权让与担保”或“信托担保”,这里需要补充的是,有关“信托担保”的规定系来自于担保法改革法令之后出台的文本(2007年2月19日的一部法律和2009年1月30日的一部法令)。总之,动产担保物权的全副装备得以更新和明确。

第三副编区分了四种不动产担保:(1)“(一般或特别)不动产先取特权”,由法律直接赋予;(2)“典”,仍然是转移占有的不动产担保,不过2009年5月12日的一部法律将其更名为“不动产质押”[根据2009年5月12日《关于程序减负以及法律清晰与简化的法律》,法国议会 will 担保法改革法令所确定的“典”更名为“不动产质押”(le gage immobilier)。这一名称的变化并未改变“典”的实质内容,其仍然与抵押制度更为贴近,因此更名是否真能使法律清晰与简化不无疑问。本书仍然采用担保法改革时的术语“典”(参见第十章),以求体系与表述的清晰。歌里马力蒂先生在其法文序言原文中也坚持用“典”的称谓,或系基于同样的考虑——译者注];(3)“抵押”,不转移占有的不动产担保;(4)“所有权担保”,包括“扣留所有权担保”或曰“所有权保留”以及“所有让与担保”或曰“信托担保”(与动产所有权担保一样,它们系由2007年2月19日的一部法律和2009年1月30日的一部法令所增设)。这里需要指出的是,就“所有权保留”,《民法典》仅承认了其有效性,但未给出更为详细的规则,而将之交予合同自由原则,这是因为这种形式的担保在不动产领域极少被采用,而《民法典》对信托担保则给出了较为详细的规定。

我们对上述分类方法进行如下四点说明:

首先,改革没有废弃一系列由其他法典或者特别法所规定的特别动产担保(例如,商业基础挪押、有价证券挪押、计算机软件挪押或者工业产权挪押)。但对这些特别动产担保的规范的解释可以,甚至是应当,按照《民法典》中的新规定进行,因为后者构成了一般法则。

第二,改革法案并没有采用登记但不转移占有的“统一动产担保”之模式(《美国统一商法典》的 *security interest* 模式)。法案首先区分了担保的客体:有体动产之上为“质押”,无体动产之上为“挪押”;然后,规定了质押的两种形态:转移占有的质押(1804年民法典所规定质押)和不转移占有但登记公示的质押。

第三,将所有的担保融合在一个担保之下,似乎有些做作和不恰当。首先,有体动产上的担保和无体动产上的担保区别甚为明显,无论是涉及到债务人资不抵债之时担保的实现或者隐匿财产的风险。其次,就有体动产而言,某些债权人和某些债务人可能合法合理地倾向于一项“转移占有的担保”,这首先是因为债权人具有了留置权——它具有强大的效力,再者,这种担保没有登记公示,允许保守负债之秘密。总之,如果对美国《统一商法典》进行更为近距离的观察,人们会发现,这些区别,在担保诞生的时候不存在,但在担保“成全”的时候将再现。

第四,如前所述,基于规则明晰之考虑,改革法案包含了诸多定义,尤其是有关晚近出现的担保,例如“独立担保”、“意图信”。因此,法案仅将其有名化而已,并未将这些担保封闭在一个拘泥于细枝末节的瓶罐中;或者仅确立了些许规则(如独立担保),或者有时只是一个定义(如意图信);法案将它们交付给赋予其生命的合同之自由,这种交付当然并非没有限制。此外,这里展示了改革所选取的主流方向:增加当事人的自由以界定担保的效力。一些条款只是供当事人自由选择订立或者不订立的建议;一些规则允许当事人排除其适用。人们可以发现很多这样的例子。

II. 对债务人的保护

法国法传统(或者更广泛意义上说罗马法传统)的一个重要特征就是,对经济的有效性不完全神圣化,将保护之强制作为己任。《民法典》的法律秩序没有缩减成商人秩序,它仍然是一个市民社会的秩序。这就是为什么改革法案建议担保制度应当是平衡的:在债权人利益与债务人利益之间的平衡。以下是一些例子:

(1)在人的担保领域,独立担保,由于对债务人而言颇为严厉,因此不能担保消费信贷:这是让消费者避开那些以商业为生命的职业机构、内行的人所设立的担保。

(2)在物的担保领域,遵循传统,对(担保)设立人的保护集中在担保的设立上。

就动产担保而言,质押(无论是否转移占有)和挪押,都要求通过书面形式(可以是私署契约或公证文书)设立,方可有效。因此,如果说质押不再是实践合同,但仍是形式主义的:书面系生效主义之所要(这里需要强调的是,如果是通过私署契约的方式,应当是在纸质载体上书写的,保护债务人的考虑促使立法者在这里排除了电子媒介载体之书面与纸质载体之书面的对等性。)

就不动产担保而言,“抵押”和“典”一样,只能通过公证文书得以设立,这可以确保公证员向设立人提供咨询。

还有其他的保护方式,当接下来审视改革法案是如何增加担保的有效性的时候,我们还会有所发现。

Ⅲ. 担保的有效性

为促进信贷的发展,改革强化了担保的有效性:在担保设立和担保实现方面,对某些制度进行了“缓和”之作业。

(1)有关担保的设立,值得提及两处创新,分别有关质押和抵押。

首先,新规则允许创设“库存质押”,显然这是商业信贷发展所必需的。自此以后,质押可以“一个有体动产或者一并多个有体动产”为标的物,这些动产可以是“现在的或是将来的”。如果质押财产是可替代物或者是“一并多个有体动产”的构成部分,只要契约允许,债务人可以将其转让,但应提供相同数量的对等之物予以代替。我们可以看到这两个规则是如何允许“库存(也就是如农产品或者原材料等“轮种”或“流转”的财产)质押”之存在的。

其次,改革法案创设了新型的抵押——“可再负担抵押”,它旨在对个人信贷起到便利和促进之作用。该种抵押允许设立人再次使用它

担保新的借款,例如,原先担保购买不动产的抵押可于日后被用来担保一项新的消费借款。它可以省去单独设立一项新抵押所需之费用。此外,借款人也不会被“囚禁”在原来的那家银行;银行之间的自由竞争也没有被破坏。这项抵押可以为新的债权人“再设定负担”。

(2)就担保的实现,改革进行了大量的简化工作。以后,债权人可以不通过司法拍卖而获得担保财产:一方面,债权人可以要求法官将质押或抵押财产的所有权判给他本人;另一方面,禁止流抵(质)押的取消允许债权人,在没有法官介入的情况下,获得担保财产的所有权。

不过,对债务人和其他债权人的保护并没有被忽略。一方面,这些简化的实现方式总要求对财产价值进行专家鉴定,以避免担保成为债权人致富的源泉或者损害其他债权人的利益;另一方面,如果担保系以债务人的主要居所为标的物,那么这些简化的方式将被排除。

* * *

由此观之,在中国法和法国法之间存在着汇合与分歧之处。李世刚博士对法国法了解细致,他完成的这部作品逻辑清晰且全面;对这部作品的阅读,将有助于发现和理解它们。

衷心感谢并祝贺李世刚博士完成了一部可以带来比较法思考的作品!

Michel GRIMALDI

米歇尔·歌里马力蒂

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

圣贤祠 - 阿萨斯大学(巴黎第二大学)教授

2011年3月30日

序言二

(杨彩霞译)

“我还年轻,这是事实,但高尚的灵魂,勇敢并不取决于年龄”。

高乃依在《熙德》中的这句名言完美地展示了李世刚博士的人格,他的学习经历证明了他的才华。在北京交通大学获得法律学士后,李世刚先生相继在 2000 年和 2002 年通过了律师资格考试和国家司法考试,并师从崔建远教授在清华大学法学院获得了民商法硕士学位。之后,他选择了法国巴黎第二大学:圣贤祠 - 阿萨斯大学攻读博士学位。法国对此表示感谢。

李世刚先生以其深邃的洞察力选择“中法担保制度比较研究”作为他的博士论文题目。该问题既是一个在《法国民法典》改革中引起高度关注的论题,同时也是一个对期望了解中国制度的法国工作者很有启示的论题。李世刚先生于 2008 年 2 月通过其法学博士学位论文答辩并获得了由来自法国多所大学的专家组成的答辩委员会全票通过的法

国博士论文的最高评语“优异”。这一出色的成绩证明了李博士所具备的能力：对法国民法的掌握、对法律历史的敏感、对比较方法的精通、对担保法所提出的理论与实际问题的了解与应对。

在有幸指导李世刚博士论文写作的这些年间，本人观察到他活跃的思辨和独立思考的能力，以及极强的研究能力。我因此非常荣幸地为他的第一部基础性的作品作序，我相信，还会有其他的作品问世。李世刚博士给他的国家带来了荣誉。我们为他成为法国法学博士中的一员而感到骄傲。这有益于中法的合作与友谊、巴黎第二大学与中国同行的交流。

期望李世刚博士之榜样可以激发更多的中国学生来法学习和交流。法国的大学在等待着他们！

Marie GORÉ

玛丽·高莉

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

圣贤祠 - 阿萨斯大学(巴黎第二大学)教授

2011 年 3 月 20 日

序言三

中国法学界对法国民法是既熟悉又陌生的：虽然时常提起它，也知其一二，但总体说来还是渴望持续、深入和即时的跟进。

作为法国民法改革的先行者，法国担保法改革在《法国民法典》之中创设了独立的《担保》卷，为后来的民法改革“关上了一扇窗户”却同时“打开了一扇门”。法国担保法改革所带来的影响已超出了担保制度的范畴，也远远地跨出了法国国境（欧洲大陆和英美法系的担保法学者对此都予以了高度关注）。

在2006年3月法国《担保法改革法令》出台之后，李世刚博士旋即写了一篇高度概括性的文章发表在《政治与法律》2007年第3期上，但这篇文章相对于法国担保法改革的庞大内容和实际影响力而言略显单薄。2007年2月《法国民法典》引入“信托”概念，李世刚博士又写了一篇深入分析法国法上的信托的本质和制度的文章发表在《中国社会科学》2009年第4期上，但是没有单独展现“担保

信托”的规则。现在,这本书的出版或许可以看成是这些缺憾的弥补,有助于读者比较全面地了解现在《法国民法典》第四卷《担保》的内容和来龙去脉。

纵观这次法国担保法改革,我们发现,法国立法者坚持对其传统民法体系和原则的维护,但又在寻求适应实际需要和法典现代化的突破。无论是这种立法精神,还是具有创新性的方案,都是法国人留给民法学界的一笔财富。

例如,关于抵押制度的改革,法国立法者仍然保留了传统的担保物权特定性原则,但同时引入了“可再负担抵押”和“附抵押的终身金贷款”制度作为原则的例外,以求刺激消费信贷。“可再负担抵押”系“一次抵押、反复利用”,方便抵押人充分利用信用进行再融资,成本低廉,制度设计精巧;这种“可再负担”机制后来又发展到了“让与担保”领域,值得我们关注。“附抵押的终身金贷款”,来源于英美法,对于拥有房产但缺少收入来源的老年人而言,不失为一项为满足生活需要而获得担保信贷的良好方式,多年前,我国的金融业界就已经开始关注这种制度,法国法这次提供了大陆法框架下的范本。

又如,法国担保法改革在“人的担保”名称之下引入了“意图信”和“独立担保”。这两种担保方式,在中国的实务中早已大量出现。在著名的广东国投公司破产案中,“意图信”(又称“安慰函”)所涉担保债权远超出20亿元。“意图信”的出现对中国的担保制度提出了新的课题。对其全盘否定的态度,并非是对当事人的真实意思的尊崇,它也掩埋了“意图信”内有的运作机制,导致我们失去了积极找寻有益制度的机会。理论的探讨和司法实务的积极应对,才能为中国的“人的担保”机制的整体运作之丰盛与磨合、经济生活发展的多样需求和信用的充分利用产生积极的效果。法国担保法改革为我们又提供了一个大陆法系的范本,其光芒不应当忽略,虽然现在它还并未阳光普照。

此外,就立法体例而言,法国将所有担保种类都纳入到《担保》卷的方式,让人们不禁想起1995年6月30日颁布的《中华人民共和国担