

如果担保物权制度可以看作“担保法的附庸”，那么，以

担保物权为“担保法之冠”，那么，担保物权法就是担保

法中能够体现担保法宗旨和原则又有创新能力的子系统。

因此，担保物权法既有智慧和能力，要承担物

担保物权研究

担保物权是担保法中最重要的制度，也是担保法的核心，与债权

法、民事诉讼法有着密切的联系，担保物权法的研究，是

民法、民事诉讼法研究的重要组成部分，也是民法研究的重要

内容。担保物权法的研究，是民法研究的重要组成部分，也是

民法研究的重要组成部分，也是民法研究的重要组成部分。

陈祥健
主编

中国
检察
出版
社

DANBAO WUQUAN YANJIU

担保物权研究



陈祥健

1964年生，福建省长乐市人。福建社会科学院法学研究所所长、研究员。中国法学会会员、中国法学会经济法学研究会理事。福州大学、华侨大学兼职教授、硕士生导师。全国“百千万人才工程”人选。在《中国法学》、《政法论坛》、《福建论坛》等全国及省级以上刊物公开发表学术论文70余篇。合著有《借款合同基本原理与风险防范》、《台湾与祖国大陆法人制度比较》等多部。

责任编辑：陈 冰

封面设计：金 辉

ISBN 7-80185-295-8



9 787801 852953 >

ISBN 7-80185-295-8/D·1275

定价：40.00 元

担保物权研究

陈祥健 主编

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

担保物权研究/陈祥健主编. —北京: 中国检察出版社, 2004. 9
ISBN 7-80185-295-8

I. 担… II. 陈… III. ①担保-物权法-研究 IV. D913-04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 084961 号

担保物权研究

陈祥健 主编

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjccbs@vip.sina.com

电 话: (010)68630385(编辑) 68650015(发行) 68636518(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省三河市燕山印刷有限公司

开 本: 787mm×960mm 16 开

印 张: 28.25 印张 插页 4

字 数: 475 千字

版 次: 2004 年 10 月第一版 2004 年 10 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-295-8/D·1275

定 价: 40.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

前言

物权法：需要怎样的研究工作 (代前言)

确立“担保物权”作为研究课题，是需要有些勇气的——这倒不是因为“担保物权”问题有多么高深需要你具备怎样的挑战精神（说实话，担保物权问题是有相当难度的），而是因为“担保物权”问题常常被一些人认为过于“小儿科”，已没有多少学问可做了，自然的，去做这样一个问题的学问也就变得没学问甚至有点“没文化”了。我说这个话并非毫无根据，因为有多次，我的同行问我最近在忙什么课题时，我都如实作了回答：最近正在研究担保物权问题。不料，我的回答无一例外地被同行劈头盖脸地“奚落”了一通——担保物权都被研究烂了，还有什么可研究的！这种“奚落”，显然隐含着我的工作没有任何创新的意思，以至于我最后都不敢如实回答这一问题了。不过，我倒想得很开，因为如果仅仅“没有创新”一点还好，就是不知道做这项课题是否已经离“没文化”不远了。为了证明我们的研究还有点文化，我们也曾想把课题换得“尖端”一点，比如搞个“绿色物权法”或者“物权可持续发展法”、“科学发展观与物权法创新”什么的，因为这些东西不仅能够迎合多数同行的口味，而且事实上也非常迎合整个社会的口味，并且，客观地说，这样的选题本身真的“很有创意”。但是，仔细想来，要求立法者把物权法制定得更“人性化”一些，让物权法更绿色、更环保、更符合人类发展的终极目标，这些愿望都没有错，也都可以提出来讨论。但是，如何具体落实这些理念，让物权法真正做到更绿色、更环保、更符合科学发展观和科学发展观，光有创新的冲动是永远不够的，它需要我们老老实实地去研读物权法的各种精深理论，去消化各国民法典中的各项物权制度，需要我们老老实实地去反思和检讨我们业已存在但又漏洞百出的物权立法。而没有做好上述两项工作，创新是没有意义的。然而，近年来，我们的确看到了一些很有气派的创新性研究——一些从事民商法研究工作时日尚浅的研究人员，甚至一些甫出校门的学子，动不动也大谈所谓“民法典的立法框架”、“民法典的立法思路”、“物权法体系的创新”等宏篇巨论，所谈的对策除了创新之外还是创新，全然不顾与中国的国情和法律制度是否切合。这种好大喜功、图得一时痛快的创新冲动

前 言

真的就是我们所需要的全部研究吗？

日本学者椿寿夫教授在《让渡担保立法学序论》一文中谈到日本法学研究中的不正常现象时，曾批评指出：“正统派的法律学将绝大多数的精力用在法律制定后的法状态的研究上，然而，成文法国的解释论的出发点是法律；对具体法律的作成、制定完全不予关心，总是令人感到奇怪的。”^① 现在我们正在从事物权法和民法典的制定工作，所出现的情况恰恰与此相反：一些学者热衷于推动物权法和民法典的创新与改革，而对于我们业已作成但并不完善的法律的反思与检讨工作却漠不关心，这种情况确也令人感到奇怪。我只觉得，创新工作并非任何人（包括我们）都能胜任的，而民法典的研究和制定也并非只剩下“创新”一项工作可做了，只要稍微翻阅一下现有的《担保法》，再稍微揣摩一下前两年立法部门颁布的物权法征求意见稿，就大致能够清楚我们现有所作的立法工作离我们的目标有多远：一些我们研究中早已发现或早已指出的问题与错误，仍然在新的立法草案中得以延续。这就暴露出这样一个问题：在“创新”的名义下，就连我们的立法者也非常热衷于进行所谓的物权创新立法，却对如何检讨立法中的缺陷与不足，如何吸收现有的研究成果，明显缺乏应有的耐心。这就提醒我们，制定一部好的物权法典，只做创新性的工作是很不够的，更重要的是，我们还必须对现存的但又尚未完善的立法工作进行深刻的反思和检讨。

如果物权法的研究可以分作“创新性的研究”和“反思性的研究”两类的话，那么，就将那些创新性的研究工作留给那些既有创新意愿又有创新能力的学者去完成吧，或许，以我们现有的智商和能力，要承担物权法的创新性研究工作，恐怕是勉为其难的。与其如此，不如让我们老老实实在地做一些力所能及的事，说不定，做好了这件事，还能成为基础性的工作，为那些创新的人们提供一些有益的铺垫呢。考虑到了这一点，确立这项课题也就有了那么一点点勇气和信心了。

纵然如此，完成这样一项被认为没有创新的研究工作，我们也前后花费了近两年的时间。其间，我们涉猎了法国、德国、瑞士、日本等国及台湾地区民法典，研习了我国现有的《担保法》及其司法解释，参阅了在物权法制定过程中出现的两部很有价值的“物权法专家建议稿”——梁慧星主持的“专家建议稿”和王利明主持的“专家建议稿”，比对了全国人大法工委颁布的“物权法征求意见稿”和“民法（草案）”相关部分，同时，还借鉴了台湾地区民

^① 椿寿夫：《让渡担保立法学序论》，原载〔日〕《法律时报》1994年66卷2号，第36页。

法物权编新一轮修改所形成的最新立法成果。这些现有成果，显然是我们今天的物权立法所不能忽视的。在探讨过程中，我们认真辨析了各种学说观点和有关争议问题，并就许多有争议的问题，参与了讨论，发表了自己的独立看法，提出了相应的立法建议。所做的这些工作，首先是为了避免这项成果（如果算得上成果的话）被认为无新意甚至被认为没有“文化”，至于是否有益于我国物权法的立法工作，那就留待读者评判吧，只是我们真的穷尽了能力，并且确以科学和严谨的态度来做这项工作的，有了这两点，也就问心无愧了。

陈祥健

2004年4月19日于榕城

目录

绪论 担保物权概论

第一章 担保物权基本问题

第一节 担保物权的概念、性质及其特征

一、担保物权的概念

二、担保物权的性质

三、担保物权的特征

第二节 担保物权的种类

第三节 担保物权的社会作用

第二章 我国担保物权立法中若干问题的探讨

第一节 关于担保物权立法定位问题

一、对我国现行担保物权立法定位问题的反思

二、对担保物权立法定位问题的进一步探讨

第二节 关于担保物权立法体例问题

一、对我国现行担保物权立法体例问题的反思

二、对担保物权立法体例问题的进一步探讨

第三节 关于担保物权的种类问题

一、对担保物权种类的立法回顾

二、对担保物权种类立法问题的进一步探讨

第一编 典型担保物权

第三章 抵押权

第一节 抵押权概述

一、抵押权的概念

二、抵押权的特征

三、抵押权的历史沿革与发展趋势

第二节 抵押权的设定

目 录

一、抵押权的设定行为	70
二、抵押当事人	78
三、抵押标的物	80
四、抵押担保的债权	89
第三节 抵押权的效力(一)	91
一、抵押权担保债权的范围	91
二、抵押权标的物的范围	96
第四节 抵押权的效力(二)	108
一、抵押人的权利	108
二、抵押权人的权利	117
第五节 抵押权的实行	134
一、抵押权实行的范围与要件	135
二、抵押权实行的方法	138
三、抵押权的实行对物上保证人和第三取得人的效力	147
第六节 抵押权的消灭	151
一、主债权的全部消灭	151
二、抵押物的灭失	151
三、除斥期间的经过	152
四、抵押权的实行	153
第七节 最高额抵押	154
一、最高额抵押的概念与特征	154
二、最高额抵押的设定	157
三、最高额抵押的效力	158
四、最高额抵押权的确定	162
五、最高额抵押权的实行与消灭	166
第四章 质权	168
第一节 质权概说	168
一、质权的概念	168
二、质权的立法沿革	169
三、质权的性质与特征	171
四、质权的分类	176
五、质权与其他担保物权的联系与区别	179

第二节 动产质权	181
一、动产质权的概念	181
二、动产质权的取得	182
三、动产质权的效力	196
四、动产质权的实行	213
五、动产质权的消灭	216
六、关于营业质权	219
第三节 权利质权	222
一、权利质权的概念与性质	222
二、权利质权的取得	227
三、权利质权的效力	241
四、权利质权的实行	248
第五章 留置权	258
第一节 概述	258
一、留置权的意义	258
二、留置权的法律特征	259
三、留置权的沿革与发展	261
四、留置权与其他类似权利的区别	265
第二节 留置权的成立	267
一、留置权成立的积极要件	268
二、留置权成立的消极要件	276
第三节 留置权的效力	278
一、留置权效力的范围	278
二、留置权对留置权人的效力	280
三、留置权对留置物所有人的效力	284
四、留置权的实行	285
五、留置权与其他担保物权的效力关系	288
第四节 留置权的消灭	290
一、留置权消灭的原因	290
二、留置权消灭的后果	294
三、留置权的存在期间	294
第五节 特殊留置权	295

目 录

一、不动产出租人的留置权	295
二、营业主人的留置权	296
三、运送人的留置权	297
四、船舶留置权	298

第二编 非典型担保物权

第六章 让与担保	299
第一节 让与担保概述	299
一、让与担保的概念与特征	299
二、让与担保的类型	303
三、让与担保的起源与发展	305
四、关于我国商品房按揭制度	307
五、关于让与担保的有效性问题的	316
六、关于让与担保的法律构造	318
第二节 让与担保的设定	338
一、让与担保的双方当事人	338
二、让与担保的设定及其公示	339
三、让与担保的标的	343
四、让与担保所担保的债权	343
第三节 让与担保的效力	344
一、让与担保的对内效力	344
二、让与担保的对外效力	351
第四节 让与担保权的实行	358
一、让与担保权实行的要件	358
二、让与担保权的实行方法	359
三、设定人的返还请求权	361
第五节 让与担保的消灭	364
一、因被担保债权的消灭而消灭	364
二、因标的物的灭失而消灭	365
三、因让与担保权的实行而消灭	365

第七章 所有权保留	366
第一节 所有权保留制度概述	366
一、所有权保留的概念、特征与功能	366
二、所有权保留的类型	368
三、所有权保留与其他类似制度的比较	369
第二节 所有权保留的沿革及立法例比较	372
一、罗马法	372
二、德国法	372
三、法国法	374
四、英国法	375
五、美国法	376
六、我国台湾地区法	377
七、我国大陆地区法	378
第三节 所有权保留的法律性质	378
一、所有权保留的法律性质诸学说	378
二、对上述诸学说的评析	381
三、小结	384
第四节 所有权保留的设定	386
一、所有权保留的设立	386
二、所有权保留的公示	388
三、所有权保留格式化条款的订入	391
四、所有权保留的客体范围	393
第五节 所有权保留的效力	398
一、所有权保留的对内效力Ⅰ：出卖人保留所有权	398
二、所有权保留的对内效力Ⅱ：买受人期待权	405
三、所有权保留的对外效力	422
第六节 所有权保留买卖的消灭	430
一、出卖人保留所有权消灭	430
二、买受人期待权消灭	432
第七节 所有权保留与其他担保物权的竞合	433
一、所有权保留与动产抵押	433

目 录

二、所有权保留与动产质权	436
三、所有权保留与留置权	438
后记	441

第一章 担保物权基本问题

第一节 担保物权的概念、性质及其特征

一、担保物权的概念

关于担保物权的概念,学者的认识虽大同小异,但侧重点不同。有的观点认为,担保物权“是指以担保债权为目的,即以确保债务的履行为目的的权利”。^①该定义比较简单,侧重点在于揭示担保物权的目的;有的观点认为,担保物权“是指以物的交易价格为内容的物权”。^②该定义也较为简单,侧重点在于揭示担保物权的内容;有的观点认为,担保物权“指以确保债权的实现而设定的,以直接取得或支配特定财产的交换价值为内容的权利”。^③该定义相对全面一些,侧重点在于揭示担保物权的目的和内容,但表述较为繁琐;有的观点则认为,担保物权“谓以确保债务清偿为目的,而于债务人或第三人特定之物或权利上所设定之一种物权”。^④该定义不仅揭示了担保物权的目的,而且揭示了担保物权存在的标的物范围;还有的观点认为,担保物权“是指为确保债务的清偿而于债务人或第三人的特定物或权利上成立的一种定限物权”。^⑤该定义也较为全面,不仅揭示了担保物权的目的、存在标的物的范围,而且还揭示了担保物权的性质;还有的学者认为,担保物权者,“系指以确保债务之清偿为目的,于债务人或第三人所有之物或权利上所设定,以取得担保作用之定限物权”。^⑥该定义最为复杂,不仅揭示了担保物权的目的、

① 王泽鉴著:《民法物权》(第一册), (台)三民书局1992年版,第39页。

② 江平、巫昌祯主编:《现代实用民法词典》,北京出版社1988年版,第54页。

③ 郭明瑞著:《担保法》(高等政法院校规划教材19),中国政法大学出版社1999年3月修订版,第92页。

④ 史尚宽著:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年1月版,第250页。

⑤ 梁慧星主编:《中国物权法研究》,法律出版社1998年6月版,第801页。

⑥ 谢在全著:《民法物权论》(下),中国政法大学出版社1999年1月版,第527页。

绪论 担保物权概论

存在的标的物范围，而且揭示了担保物权的作用与性质。

我们认为，担保物权之所以谓之“担保物权”，原因就在于定义中包含了其区别于其他物权的要素。这些要素应当包括：其一，目的要素。即担保物权是一种为担保债权的实现而设立的物权。因此，定义中就必须赋予其确保债权实现的这一“目的要素”，以区别于类似为用益目的而设立的用益物权等；其二，性质要素。担保物权只是对标的物的交换价值或占有权能进行一部分的支配，因此，它是一种受限制的物权，而非完全物权。因此，定义中也应当含有能表明其个性的“性质要素”，以区别于具有完全物权性质的所有权；其三，权利存在的范围要素。担保物权的标的物范围已从传统民法中的有形物拓展到了权利，但用以担保的财产或权利必须是特定的。同时，担保物的提供者既可以是债务人，也可以是第三者。这就与只能由第三人充当保证人以及担保时用于担保的财产不特定的“人的担保”区分开来。因此，定义中也应当含有担保物权存在的标的物范围要素，以区别于“人的担保”。基于这些要素，我们认为，担保物权的定义应当表述为：“担保物权，是指于债务人或第三人的特定物或权利上设定的，用以确保债务清偿的定限物权”。这一定义体现了两个优点：一是简洁性。定义只用一句话表述，显得十分简洁明了；二是逻辑性。定义中首先阐明该项权利设定的范围，其次阐明设定的目的，最后指出该项权利的性质，从而明确了它的属性。这样表述，可以显现出各个要素之间的递进关系，从而体现出它的内在逻辑性。

根据上述定义，担保物权的概念具有如下几方面含义：

（一）担保物权性质上是一种定限物权

对特定财产有权予以直接支配的，是物权。物权中，有权对物的使用价值和交换价值施以全面支配的，是完全物权，如所有权；而只能于一定范围内对物施以部分支配的，是非完全物权，称为限定物权或定限物权。担保物权则属于一种定限物权。因为担保物权对物的支配，不是一种全面的支配，而只是对物的部分权能进行的支配，即只对物的交换价值进行支配。只支配物的交换价值而没有支配物的使用价值，是否属于物权，曾引起学术界的很大争议。然而，通说观点认为，担保物权看重的是担保物的交换价值，这就决定了它无需对物的使用价值进行支配，况且，支配物的交换价值，仍不失为“直接支配”之一种。因此，担保物权性质上仍属于物权（见后述）。但是，对物交换价值的支配，毕竟不是对物的全面支配，故而，担保物权只能是一种定限物权。

（二）担保物权系于债务人或第三人特定物或权利上设定的权利

这是由担保物权的目的决定的。担保物权的目的既是为了确保债务的清

第一章 担保物权基本问题

偿,自然一般情况下就必须用债务人或第三人的财产或权利来担保。虽然特定情况下,担保物权也存在于自己之物或权利上,但这毕竟只是一种例外情况。此外,由物权的特性所决定,担保物权必须存在于他人特定物或权利上。换言之,用于设定担保的担保物或权利必须是特定物或特定权利,“不得泛就债务人或第三人现在所有或将来可取得之任何物或权利,设定担保物权”。^①但是,随着实践的发展,现在也出现了担保物权设定之时担保物并未特定的情况,如英美法上的浮动担保以及我国现行《担保法》中的最高额抵押等。但即使如此,在担保物权实行之时,担保物必须特定,这一点则是确定无疑的。

(三) 担保物权的目的在于确保债务的清偿

担保物权的标的物是具有交换价值和使用价值的财产或权利,正因如此,用之设定担保物权,方可使债权的效力得以巩固。同时,要确保债务人的债务得以清偿,担保标的物必须具有可让与性。换言之,担保标的物若不具有让与性,担保物权人就无法支配标的物的交换价值,进而就无法实现优先受偿。而一旦无法优先受偿,设定担保物权以确保债务清偿的目的就不能实现。因此,担保物权的实现以标的物具备让与性为前提。此外,担保物权的目的即在于确保债务的清偿,这就要求担保物权设定或实行之时,必须有被担保债权的现实存在,这是担保物权从属性的必然要求,否则的话,没有现存或者特定的债权存在,担保物权的设定就没有了基础和依归。故而,不得就债权人与债务人所有可能发生的债权债务关系设定担保物权,“至少其所担保之债权究为某种债权需有一定之范围,且债权额亦需确定始可”。^②

二、担保物权的性质

尽管我国法律尚未正式使用“担保物权”这一术语,但是,许多有关物权法的著作和专家建议稿,都已在这一概念下进行了大量研究。这表明,学者们已对这一前提性的问题隐而不宣,即均已把“担保物权”的性质界定为物权,并在这一前提下展开研究。然而,担保物权究竟是一种物权还是一种债权,无论从大陆法系国家看,还是从我国学术界的研究情况看,这一问题都算不上已彻底解决。即使在不久前我国学者出版的有关民法学的著作中,对这一问题的认识仍相当模糊。在这种情况下,我们认为,解决担保物权的性质问

① 谢在全著:《民法物权论》(下),中国政法大学出版社1999年1月版,第528页。

② 同上。

绪论 担保物权概论

题，仍具有很大的现实意义。换句话说，只有在“担保物权”被明确定性为物权的前提下，再在物权的语境下论及它的相关问题才是顺当的；也只有在“担保物权”被明确定性为物权的前提下，将其置入《物权法》或将其置入民法典“物权篇”的框架内进行立法才是恰当的。否则的话，将债权性的问题混杂于物权的著作中加以论述，或者将债权的内容规定于物权的条文中，显然都是不恰当的和错误的。因此我们认为，有必要认真界定“担保物权”的性质问题。

（一）大陆法系学者对担保物权性质的争议

担保物权是物权还是债权，在大陆法系国家历来存在着争议，主要的观点有“物权说”、“债权说”和“中间权利说”三种：^①

1. 债权说

持“债权说”的学者认为，就物权的本质属性而言，物权系权利人“直接支配标的物”的权利。其支配性表现在：（1）权利人需对标的物施以直接的管领与控制，其权利以占有、利用等行为为标志，因此，它是一种对世权；（2）物权具有排他性，一物之上不得同时存在着两个以上性质相同的物权；（3）物权具有直接支配性，权利的实现无需义务人的介入；（4）物权具有追及性，其效力及于该物的替代物之上。从物权的这些本质与特征出发，该说认为，担保物权从本质上说不是物权，而是债权。其展开的主要理由是：

第一，从物权的本质属性看，担保物权不是物权。即从“占有”角度看，抵押权作为担保物权的典型类型，其权利人对抵押物既不占有，也不利用，只是在受担保的债权得不到清偿时，方可拍卖抵押物优先受偿，显然谈不上对物的占有和使用；从“排他”属性看，同一物上可以同时或先后设定若干个担保物权，可见其不具有“排他性”；从“支配性”角度看，债权人对抵押物并没有自己的执行权，它的实现必须借助国家强制力的介入，属于“公法上的获取力”，不具有直接支配性；从“让与性”角度看，由于担保物权的转让不得与主债权分离而单独进行，因此，其“让与性”也受到怀疑；从“追及性”方面看，除抵押权外，质权和留置权均因丧失对质物或留置物的占有而消灭，因此，此两项权利也欠缺追及性。

第二，从优先受偿性的角度看，“债权说”认为，债权的受偿原则上服从于“债权平等原则”，但也并非毫无例外。而担保物权人对担保物享有的优先受偿权，实际上就是债权平等原则的一种例外。因此，它实际上是一种“受

^① 余能斌主编：《现代物权法专论》，法律出版社2002年3月版，第274～276页。