

中国民商法专题研究丛书

■ 梁慧星 主编

让与担保 法律制度研究

王闯 著

RANG YU DANBAO
FALU ZHIDU YANJIU

法律出版社

梁慧星主编

中国民商法专题研究丛书

让与担保法律制度研究

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

让与担保法律制度研究/王闯著. - 北京:法律出版社, 2000.4

(中国民商法专题研究丛书/梁慧星主编)

ISBN 7-5036-3036-1

I. 让… II. 王… III. ①让与-民法-研究-中国
②担保法-民法-研究-中国 IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 03413 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/李跃

责任校对/杜进

印制/永清县第二福利厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/16.25 字数/397 千

版本/2000 年 4 月第 1 版 2000 年 4 月第 1 次印刷

印数/0,001—5,000

社址/北京市海淀区西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

电子信箱/pholaw @ public. bta. net. cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3036-1/D.2757

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

——谨以此书献给我亲爱的父母双亲

内 容 提 要

英国著名经济学家约翰·希克斯指出：“市场经济制度的演进就是为了应付经济生活中的风险”。的确，作为全球性经济的市场经济，不仅是信用经济，更是风险经济；而如何化解市场经济中所蕴藏的潜在风险，不仅是经济人所关注的首要问题，也成为民商法领域的重要课题。为此，人类在设计出银行、保险公司、股份公司以及期货、期权、各种基金等形形色色的金融制度和衍生金融工具作为对抗金融交易风险技术的同时，也在民法领域中通过创设担保法律制度来赋予经济人以对抗信用（债权）风险的利器。担保法的创设趣旨，就在于通过第三者的信用补充（保证制度）和责任财产分离（担保物权）的形式，从交易的静态层面上最大限度地减少乃至消除债务不履行的债权风险，因而，担保法便成为化解市场风险的法律手段。

但是，作为“人的担保”的保证制度，因保证人的财产变化不定、景气无常、以及保证的实现有赖于债务人和保证人之诚实品格等缘故而具有不安全性之缺陷；同时，作为“物的担保”的传统担保物权制度，虽因债权人直接占有担保物或控制担保物之担保价值等长处而具有极高的安全系数，但其随着市场经济的飞速发展却不可避免地暴露出诸多缺陷，例如其难以协调经济人融资需求与占有有益担保物要求之间的冲突，无法满足现代市场经济所蕴涵的减低交易成本或制度成本之要求，而在实现新型财产权之担保化的需求面前，更是束手无策。面对现代市场经济的诸种挑战所引发的制度危机，传统担保法不得不忍痛击破其所墨守之成规而

大胆地纳入新型担保方式,即以特别法或判例法的形式承认非典型担保制度,并在现代担保法体系中形成非典型担保“异军突起”的局势,而这支异军之马首正是让与担保制度。

让与担保是大陆法系德日等国沿袭罗马法上的信托行为(Fiducia)理论并吸纳日尔曼法上的信托(Treuhand)成分,经由判例学说之百年励炼而逐渐发展起来的一种非典型物之担保制度。其以当事人依权利(所有权)转移方式达成担保信用授受目的为特征。由于让与担保系民法成文法所未予规定的担保方式,而且该方式在有效地消除债权风险的同时,却因其转移标的物财产权的法律外观和债权人暴利行为的易发性而给债务人和一般第三人带来了新的风险,故而该制度在其发生及发展过程中,遭遇各国学界的激烈批判,被冠以“虚伪表示”、“规避流质禁止之规定”、“违反物权法定主义”等诸种头衔,甚至有学者将其讥讽为“私法上的泥沼植物”、“私法交易上的私生子”;判例实务之立场也随着学界的态度而飘摇不定。然而,时至今日,让与担保制度以其本身具有的为其他典型担保物权所无法比拟的巨大优势,已经成为德日等国担保实务中被利用得最为旺盛的担保方式,并在担保法领域大有独占鳌头之势。为此,让与担保这个已为判例法所认领的“私法领域中的私生子”是否也可以在立法论上为成文法所“认领”,便成为目前德日等国学界所面临的重大课题。

在我国,虽然台湾地区学界和判例实务对于让与担保的立场是沿袭德国通说之见解而采纳所有权构成理论,但其与当今德日等国让与担保理论之最新发展已相去甚远。香港地区的让与担保(按揭制度)乃继受英美法制之 Mortgage,尽管该按揭制度在外观上更类似于大陆法系的抵押权,但其仍以权原转移之特征而在本质上区别于抵押权。近年来,随着我国市场经济的迅猛发展,产业融资需求也日渐高涨,为此,我国南方沿海地区房地产商务引进香港地区的按揭制度,并将其扩展至上海、北京等地房地产市场;这

种商品房或楼宇按揭方式,可谓是我国让与担保制度之萌芽。然而,这种表现为房地产按揭方式的让与担保,因其具体的理论基础在我国大陆地区尚未明确和完善,不仅导致实务操作欠缺规范性,而且其利用范围也受到极大的限制。所以,在我国社会主义市场经济蓬勃发展以及产业融资需求和规模迅速膨胀的情况下,无论在其抽象的概念上,抑或是在具体的制度方面,我国未来的让与担保制度都存在着相当广阔的发展空间,这就为我国现行担保法乃至将来的物权法创设让与担保制度提供了一个难得的契机。

基于上述之背景,本书研究的着眼点有二:其一,寻求消除让与担保本身危险性的机制,并尝试将让与担保醇化为一种担保物权;其二,结合我国担保法以及相关立法之规定,寻求让与担保与现行担保法之间的契合点以创设我国大陆的让与担保法律制度。以上述着眼点为主题,本书具体研究如下课题:第一,探求更加妥当和简洁明快的让与担保之法律构成,以平衡当事人之间的权益。第二,寻找并设计可以有效地消除让与担保内部风险的机制,以矫正债权人垄断担保物全部价值的暴利行为。第三,寻求并设计适当的公示方法来消除让与担保带给第三人的风险,以保障让与担保交易的外部安全。第四,借鉴大陆和英美两大法系的让与担保制度之长处,以创设我国让与担保法律制度,并使其能够合理妥当地嵌入我国担保法体系乃至将来的物权法之中。基于上述主题和研究课题,本书之研究沿着以下思路展开并引以为本书的架构。

本书在第一章中对让与担保制度进行概论性说明。首先整理关于让与担保概念上的混乱,理顺让与担保与卖渡担保以及买回制度之间的暧昧关系,清除已经丧失其合理机能的卖渡担保概念,从而明确地界定让与担保的意义。其次,对让与担保所引发的德日等国判例学说为之长达百年争论的原因进行阐述,以解明让与担保的有效性。第二章对让与担保制度的历史渊源及其在各国法制中的演进历程进行考察。首先,追溯其在罗马法和日尔曼法上

的渊源并对两者进行比较,旨在明确其在时间维度上的样态;其次,对各国让与担保的演变历程进行考察,目的在于明了其在空间维度上的诸样态及其在各国发展演变过程中的变化态势。随后,在第三章中对二战之后德日两国实务界利用让与担保的实态进行考察、分析和比较,以便解明让与担保在德日两国担保交易实务中利用程度如何、以及其到底处于何种地位,从而为本书的论述奠定实证基础。第四章和第六章构成本书的核心部分,旨在完成让渡担保权制限物权化的两个步骤。其中,第四章致力于第一步骤的完成,即构筑妥当的让与担保之法律构造。该部分以判例和学说为背景,将各国相关理论学说和判例见解划定为所有权构成和担保权构成两大分野,在对其进行比较分析和探讨的基础上阐明本书之立场——采纳担保物权法律构成,并使该法律构造成为贯穿全书的红线。第六章则致力于第二步骤的完成,即寻求和设计让与担保权的公示制度。该部分根据标的物的大致类别来分别设计公示方法,并对登记制度若干问题进行详细的研讨。在第五章,本书以在第四章所构筑的法律构成作为标准,对让与担保设定等基础理论问题进行测定,该部分可谓是让与担保之担保物权法律构成在其基础理论领域的初步展开。本书在第七章对德日让与担保的第一课题即债权人获取暴利行为的规制进行研究,以使该制度更加合理。第八章和第九章则是担保物权法律构成论在让与担保内部效力和外部效力方面的具体的全面展开,也是将让与担保醇化为担保物权的重要关键。第十章是本书的结论部分,该部分分析了我国让与担保法律制度创设的理论和现实基础;同时对我国目前作为让与担保制度萌芽的商品房按揭制度利用中所存在的问题进行探讨,并提出若干司法建议,以期具有未雨绸缪之效;最后提出我国让与担保制度立法化的若干建议并尝试草拟让与担保法要纲草案。

让与担保 法律制度 研究

王闯 著

《中国民商法专题研究丛书》的宗旨是,从我国改革开放和发展现代化的社会主义市场经济的实际出发,广泛参考发达国家和地区民商事立法的成功经验和最新判例学说,深入研究民商法的基本理论和实践中的重大法律问题,为我国民商事立法的现代化和民商事审判实务的科学化提供科学的法理基础,提升民商法理论水平,推出民商法理论研究人才,使我国民商法理论研究尽快赶上发达国家和地区的水平。



作者简介

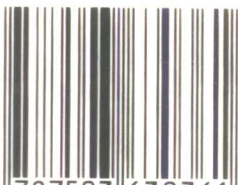
王闯, 1970年2月生, 辽宁省沈阳市人。1992年7月毕业于吉林大学法学院经济法专业, 获法学学士学位。同年9月, 被免试为吉林大学法学院民法专业研究生, 师从崔建远教授攻读民法专业硕士学位, 1995年毕业, 获民法硕士学位。1995年9月考入中国社会科学院研究生院, 师从梁慧星教授攻读民法专业博士学位。1998年7月毕业, 获法律博士学位。主要学术成果: 1995年以来, 先后在《民商法论丛》、《法制与社会发展》等刊物上发表《动产抵押制度研究》、《私法中的人——以民法财产法为中心》(译文)等数篇论文及译文。现在工作单位: 最高人民法院经济庭。



中国民商法专题研究丛书

破产程序和破产法实体制度比较研究
现代建筑物区分所有权制度研究
法国现代合同法
信托制度比较法研究
反垄断法研究
企业合并中的反垄断问题
知识产权法经济分析
二十世纪契约法
中央银行法律制度研究
德国当代物权法
日本机动车事故损害赔偿法律制度研究
产品责任法律制度比较研究
环境法原理
现代侵权损害赔偿研究
瑞士国际私法典研究
法国物权法
抵押权制度研究
期货交易法律制度研究
日本侵权行为法
违约损害赔偿研究
海事国际私法研究
澳大利亚国际私法研究
国际收养法律制度研究
民事证据研究
船舶侵权行为法基础理论问题研究
责任保险论
金融创新与法律变革
契约冲突法论
国际货币基金协定研究
国际贸易中银行担保法律问题研究
让与担保法律制度研究
国际贸易中银行担保法律问题研究
英美代理法研究

ISBN 7-5036-3036-1



9 787503 630361 >

ISBN7-5036-3036-1/D · 2757

定价：28.00元

目 录

导 论	1
一、对抗风险与制度安排：风险理论与担保法律制度的 创设	3
二、制度缺陷与制度创新：以让与担保为代表的非典型 担保制度的诞生	6
三、回归古典与制限物权化：担保物权的发展轨迹与让 与担保的未来归宿	11
四、主题与演绎：本书的研究课题和基本架构	13
五、风险与契机：对于创设我国大陆让与担保法律制度 的应有姿态	17
第一章 让与担保制度概论	19
第一节 让与担保的意义和社会机能	19
一、让与担保意义的界定	19
二、让与担保的社会机能及其制度弊端	29
第二节 让与担保有效性之分析	39
一、虚伪表示论及其克服	39
二、法律规避行为论及其克服	44
三、物权法定主义违反论及其克服	49
四、对让与担保的最终承认	54
第三节 让与担保的基本类型	55
一、外部转移型和内外部同时转移型	55
二、处分型和归属型	56

三、流质型和清算型	57
第二章 历史论:让与担保的起源及其在各国法制中的	
演进	59
第一节 让与担保制度的起源	59
一、制度起源之一:罗马法上的信托(Fiducia)	59
二、制度起源之二:日尔曼法上的信托(Treuhand)	64
三、Fiducia 和 Treuhand 两种类型让与担保之比较	67
第二节 德国让与担保制度的演变	71
一、制度前提:德国动产担保制度	71
二、德国让与担保制度的发展	74
第三节 日本让与担保制度的变迁	86
一、第一阶段:让与担保理论前史	87
二、第二阶段:信托行为理论的引进和所有权构成的确立	89
三、第三阶段:向担保权构成转换的学说进展	94
四、第四阶段:担保权构成确立时期	98
第四节 英美法系让与担保制度之发展	100
一、英美法系让与担保(Mortgage)之语义考察	100
二、英美让与担保制度的沿革及发展	102
第五节 中国让与担保制度的发展	112
一、中国台湾地区让与担保制度的发展	112
二、中国香港地区让与担保(按揭)制度的发展	119
三、中国大陆让与担保之考察	121
第三章 实证论:德日两国让与担保利用实态之考察	133
第一节 德国让与担保的利用实态	133
一、德国担保制度利用实态之调查	133
二、德国担保制度利用实态之分析	134
第二节 日本让与担保的利用实态	142
一、日本让与担保利用实态之调查	142

二、日本让与担保利用实态之分析	145
第三节 德日两国让与担保利用实态之比较	150
一、德日让与担保利用实态之相同点	150
二、德日让与担保利用实态之区别点	150
第四章 法律构造论:所有权构成与担保权构成	151
——以学说和判例的变迁为背景	
第一节 所有权的法律构成理论	152
一、相对的所有权转移说(关系的所有权说)	152
二、绝对的所有权转移说(信托让渡说)	158
三、比较法分析:所有权构成论框架下的德日判例学说之差异	162
第二节 担保权的法律构成理论	163
一、授权说	164
二、设定人保留权说(二段物权变动说)	169
三、附解除条件说(期待权说)	172
四、质权说	176
五、抵押权说	179
六、担保权说	182
第三节 诸学说之检讨以及本书之立场	184
第五章 设定论:让与担保设定诸问题之研究	190
第一节 让与担保契约当事人	190
一、第三人成为当事人的可能性	190
二、让与担保的重复设定	193
三、转让与担保和再让与担保	195
第二节 让与担保之标的	201
一、让与担保之要件	201
二、集合动产让与担保设定问题	203
三、债权让与担保若干问题	211
第三节 让与担保的从属性	223

一、典型担保物权从属性之理论	223
二、让与担保从属性之德日通说	225
三、我国关于让与担保从属性的立法态度	228
四、让与担保从属性之缓和	233
第六章 公示论:以登记制度为中心的多元化公示模式	236
第一节 动产让与担保的公示方式	236
一、占有改定方式之缺陷	237
二、非占有型动产担保公示方式之立法选择	240
三、登记主义的缺陷及其弥补	248
四、小结	257
第二节 不动产和各种权利让与担保的公示方法	258
一、不动产让与担保的公示方式	258
二、各种权利让与担保的公示方法	262
第三节 让与担保登记制度若干问题之研讨	263
一、登记制度模式之设计	263
二、登记对抗力问题之研讨	267
三、登记公信力的考察	274
第四节 让与担保权的重复设定和善意取得	279
一、让与担保权的重复设定	279
二、让与担保权的善意取得	284
第七章 规制论:让与担保与公序良俗	287
第一节 规制让与担保之德国模式	288
一、规制的法律根据及其相互关系	288
二、违反公序良俗的判断标准	290
第二节 规制让与担保之日本模式	299
一、大审院时代——作为原则论的清算义务	299
二、契约有效性之否认——公序良俗原则的运用	300
三、清算义务的强行法规化——无清算义务的排除	301

第三节 德国模式与日本模式之比较分析·····	302
第八章 效力论 I: 让与担保内部效力之研究 ·····	306
第一节 让与担保债权之范围·····	306
一、清算型让与担保场合·····	307
二、流质型让与担保场合·····	307
三、两种类型让与担保场合的共同项·····	308
第二节 让与担保权效力所及标的物之范围·····	309
一、“从物性质”的财产·····	309
二、加工物、附合物及混合物·····	312
三、收益和孳息·····	320
四、代位物·····	326
第三节 标的物之占有使用 and 收益善管·····	338
一、标的物之占有使用法律关系·····	338
二、标的物之收益、费用以及善管义务·····	346
第四节 让与担保权人的优先受偿权·····	350
一、让与担保权实行的条件·····	350
二、担保债权之清偿方法·····	355
三、债务清偿中的两种关系·····	366
第五节 当事人不当处分或毁灭标的物的责任·····	372
一、债权人不当处分或毁灭标的物的责任·····	372
二、债务人不当处分标的物的责任·····	378
第九章 效力论 II: 让与担保外部效力之研究 ·····	381
第一节 对于一般第三人的效力·····	381
一、设定人对标的物的处分·····	382
二、让与担保权人对标的物的处分·····	386
三、第三人侵害担保标的物·····	395
四、综述与检讨·····	398
第二节 与设定人的第三债权人的关系·····	400

一、设定人破产的场所	400
二、设定人公司重整的场所	406
三、一般债权人强制执行标的物的场所	409
第三节 与担保权人的第三债权人的关系	421
一、担保权人破产的场所	421
二、担保权人公司重整的场所	425
三、一般债权人强制执行标的物的场所	426
第十章 结论:中国大陆让与担保法律制度的创设	432
第一节 我国大陆让与担保制度创设的理论和现实基础	433
一、我国大陆让与担保制度创设的理论基础	433
二、我国大陆让与担保制度创设的现实基础	436
第二节 司法建议:目前房地产按揭实务中若干问题之检讨	439
一、正确认定让与担保(按揭)贷款合同的主体	439
二、保护当事人的契约自由	440
三、保障按揭合同当事人的权益均衡	441
第三节 立法建议:让与担保制度的立法化及条文要纲	446
一、让与担保立法化的必要性	446
二、担保方式的名称和立法模式之选择	447
三、让与担保立法模式与条文要纲	450
本书图表:	
1. 思路与架构示意图	15
2. 担保物权与单纯买卖相互演变关系分析图	27
3. 商品房按揭法律关系分析图	128
4. 让与担保正常状态与变形状态比较图	341
5. 【德国】银行贷款中的担保利用实态统计表	134