

中国 不动产 法 研究

刘云生 主编 第②卷

不
动
产
融
资
专
号

中
国
房
地
产
法
律
实
务
研
究
论
坛
会
刊



法律出版社
LAW PRESS CHINA

中国房地产
法律实务研究论坛会刊
不动产融资专号

中国房地产
法律实务研究论坛
CHINA REAL ESTATE
LEGAL FORUM
'07



中国 不动产法 研究

刘云生 主编

第②卷



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国不动产法研究. 第2卷/刘云生主编. —北京:法律出版社, 2007. 11

ISBN 978-7-5036-7811-0

I. 中… II. 刘… III. 不动产—法律—中国—文集 IV. D923.24-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第160777号

© 法律出版社·中国

**中国房地产法律实
务研究论坛会刊**

中国不动产法研究(第2卷)

刘云生 主编

责任编辑 刘文科

装帧设计 李 曦

开本 A5

版本 2007年11月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 12.625 字数 326千

印次 2007年11月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-7811-0

定价:29.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

中国房地产法律实务研究论坛组织架构

委员会

名誉主席：李开国（西南政法大学民商法学院教授、博士生导师）

朱洪超（中华全国律师协会副会长）

主 席：刘 俊（西南政法大学副校长、重庆市房地产与物权法研究会会长）

张永岳（著名房地产经济学家、华东师大房地产学院院长、博士生导师、上海易居房地产学院院长、中国房地产估价师与房地产经纪人学会副会长、中国房地产业协会理事、上海市经济学会副会长）

执行主席：赵万一（西南政法大学民商法学院院长、教授、博士生导师，中国民法学会副会长）

朱 平（中汇律师事务所管理合伙人，律师）

论坛秘书处

主 任：刘云生（西南政法大学民商法学院副院长）

副 主 任：章 宏（中汇律师事务所主任律师）

丁祖昱（上海易居房地产研究院副院长）

秘 书：张 莹（西南政法大学民商法学院研究生）

王莉萍（中汇律师事务所）

论坛编辑部

主 编：刘云生

刊物编辑：张 莹（西南政法大学民商法学院研究生）

郑 韵（西南政法大学民商法学院研究生）

陈鸣飞（中汇律师事务所）

网络编辑：欧家路（西南政法大学民商法学院研究生）

网络技术：孙宝刚（西南政法大学科研处）

美术编辑：朱毅敏（中汇律师事务所）

中国房地产法律实务研究论坛编辑委员会名单

主 编：刘云生

编 委 会：李开国 刘 俊 赵万一 郭永庆
陈鸣飞 朱 毅

余能斌

新中国民法典起草人员，
中国民法研究会顾问，
武汉大学教授、博士生导师。

为实践中国

房地产业法治

化救与呼！

——热烈祝庆中国房地产业
研究论坛开幕

余能斌 二〇〇六

梁慧星

中国社会科学院研究员，
教授、博士生导师。

办好中国房地产业
论坛
完善中国房地产业
法制

梁慧星
06.6.15

金平

新中国民法典起草人员，
西南政法大学教授。

中国房地产业实务研究会
论坛荟萃，理论联系实际，
运作有序，为中国房地产业
的发展和法律制度的
完善作出巨大贡献。

金平
二〇〇六.六.二二

李昌麒

著名经济法学家，
国家一级学科学术带头人，
西南政法大学教授、博士生导师。

地为房之根
房为民之本

祝中国房地产业论坛
身论坛才出特色办出水平

李昌麒
二〇〇六年七月二日

王利明

中国人民大学法学院院长，
教授、博士生导师，
中国民法研究会会长。

祝“中国房地
产法律实务研
究论坛”越办越
好！

王利明
2006.6.23
于重庆

陈小君

中南财经政法大学副校长、
教授、博士生导师。

谨祝论坛——
穿西贯南，融

中汇外，
历经传统地产制度之
保守，居现代地产立法
治之鳌头。

陈小君
06.6.11

龙宗智

著名法学家，西南政法大学校长，
西南政法大学教授、博士生导师。

为创建有活力、有
秩序的中国房地产市场
而努力！
——贺中国房协法律
实务研究论坛开办

龙宗智
2006.6.16

孙宪忠

中国社会科学院研究员、
教授、博士生导师、
中国民法研究会常务副会长。

有恒产者有恒
心，民有恒产则
有爱国爱家之
恒久之心。

孙宪忠
2006年6月21日

王卫国

中国政法大学民商经济法学院院长，
教授、博士生导师。

以制度理性推动
房地产法制完善。
以实践智慧促进
房地产经济发展。

王卫国

2006年6月24日

目 录 Contents

论坛聚焦

从保全抵押权到流通抵押权	陈华彬/ 3
对房地产信托融资的法律分析	杨树明 南海燕/ 44
划拨土地使用权流转问题的争议及分析	王明成 周中举/ 55

理论探索

论住房消费融资中的政府参与及其法制化路径	黄茂钦/ 69
住房反向抵押贷款制度研究	李建伟/ 86
资产证券化立法价值体系分析	李 燕/ 126
不动产物权变动公示方式多元化的立法构造	陈永强/ 155
构建我国的房地产投资信托制度	张 莹/ 168
资产证券化之特殊目的公司法律问题研究	谢 军/ 183

法坛点将

恒产、通说与人格	周清林/ 203
企业自由与政府管制间的法律协调机制	张 力/ 233

实务研究

对我国农村建设用地流转制度的再思考	涂咏松/ 253
“城中村”改造中土地权利问题分析	初仕鹏/ 265
我国房地产市场外资准入问题	苏国华/ 270

外资并购中国房地产企业股权的法律风险

研究	朱 平 陈 敏/ 284
试论房地产土地增值税收筹划	韩季余 张英敏/ 298
境外资本不动产投融资及其路径	王家德 徐 微/ 308
境外个人在华购置房地产的政策与实务	奚正辉 戴天骁/ 319

域外采风

不动产民事立法发展的基本构想	张建文 译/ 333
美国租赁权抵押制度	杨 俊/ 391

编者手记	/ 401
------	-------

论坛聚焦

从保全抵押权到流通抵押权

——德国不动产担保权的演进史

陈华彬*

从抵押权的发展上看,抵押权经历了由保全抵押权到流通抵押权的发展历程。所谓保全抵押权,指专以债权的担保为目的,而不期其流通的抵押权;所谓流通抵押权,又称投资抵押权,指用作收回投资的手段,以期流通安全与确实的抵押权。流通抵押权,是较保全抵押权层次更高、运动形式及所涉及的权利、义务关系更趋复杂的一种抵押权。一般认为,抵押权之由保全抵押权进到流通抵押权,既是抵押权本身运动的结果,也是人类法律文明在不动产抵押权领域所孜孜追求的抵押权的现代化理想的实现。

在现代各国,流通抵押权之于立法上得到了完善建立、实务上获得了广泛运用的,是以德国、瑞士为代表的操德语,即所谓的德意志法系国家。在这些国家,其不动产担保权历时上百年的发展,如今已然走过了保全抵押权的阶段而建立起了适合于本国市场经济发展的、完善的流通抵押权体系,从而完成了由保全抵押权进到流通抵押权的历程。^{〔1〕}这一现象引起了各国民法学者的广泛注意,一些国家的民法学者怀着借鉴的目的抑或出于纯粹的学术兴趣而不遗余力地研究它、解释它、阐发它。在这方面,如所周知,当以日本学者所做出

* 陈华彬,上海师范大学法政学院民商法教授。

〔1〕 应当注意的是,所谓由保全抵押权进到流通抵押权,并不是指完全摒弃保全抵押权而只规定流通抵押权,而是指建立流通抵押权与保全抵押权并行的抵押权体系。

的努力最值得称道。

我国自1929~1930年国民政府颁行中华民国民法以来,立法上向来只有保全抵押权。1949年新中国成立至1986年,我国虽未通过制定民法典而建立起完善的抵押权体系,但社会生活中实际存在的抵押权,以及1986年通过的《民法通则》、1995年《担保法》和新近通过的《物权法》所规定的抵押权,性质上也都属于保全抵押权。我国正在起草民法典,关于抵押权,是应当继续坚持保全抵押权的立法方向,还是应当变更现行立法主义而改采流通抵押权,抑或建立保全抵押权与流通抵押权并行的体系,毋庸置疑是一个重要的立法政策问题。鉴于这一问题的重要性,不言而喻,对德意志法系的代表德国不动产抵押权由保全抵押权进到流通抵押权的演进历程加以考察,当有着重要的启迪、思考与比较借鉴的意义。

第一部分 德国不动产担保权(土地担保权) 发展史的素描

——继受罗马法以前的不动产担保权 与普通法时期的抵押权

在德国民法上,不动产担保权也称“土地担保权”,德文为 *Grundpfandrecht*,指“由特定的土地受特定金额的支付的权利”,性质上属于权利人对土地的非占有担保权、物权的换价权和优先权。不动产担保权,德国《民法典》规定了三种:抵押权、土地债务和定期金土地债务。这些不动产担保物权,实行公示、公信原则,特定原则,顺位(次序)确定原则和独立原则,被认为是不动产担保权发展的顶峰。^{〔2〕}

但在法制史上,德国不动产担保权尤其是不动产抵押权并未从

〔2〕〔日〕铃木禄弥:《抵押制度的研究》,第3页。

一开始就形成今天这样的格局,其形成为现今这样的格局,乃经历了一个比较悠长的过程。通说认为,公元13世纪以前,即近代以前的德国不动产担保权,是以支配不动产的使用价值为目的的担保权,称为不动产质。其后,随着商品经济的次第发达,以支配不动产的交换价值为目的的抵押权应运而生,该抵押权因专用于土地所有人之向他人借贷金钱的担保,故称为保全抵押权(大约在18世纪前)。再往后,随着德国资本主义经济的发展,抵押权的机能开始移向货币所有人的金钱投资(即作为诱导债权成立的一种手段,是资本家投资和不动产所有人获得资金的媒介),学说称为流通抵押权或投资抵押权。该流通抵押权或投资抵押权,是现今德国不动产担保权的主流,占据重要地位,值得注意。

一、继受罗马法以前的不动产担保权

(一) 不动产质(古质)

中世纪末期欧陆城市兴起以前的不动产担保权关系,并不是一种近代私法意义的纯粹的平等主体间的关系,而是以教会为一方当事人的教会法上的关系、授封者和受封者间的封建关系、封建领主与农奴间的庄园法上的关系,以及以帝国或领邦为一方当事人的国法上的关系,等等。^[3]而且中世纪时的法秩序,也是与近代交易的法秩序相左的,即它是利用的法秩序。该利用的法秩序作用于不动产担保权领域,便形成“占有担保”(Besitzpfand)——不动产质。

不动产质,是指作为不动产质权人的权利人(债权人),取得对不动产的占有、使用和收益权。作为不动产质(权)的标的物,虽然是土地,但它并不单纯指以物理的形式存在的土地,而且也包括用来耕种土地的各动产,以及从事耕作的依附农民等,合称为“经济的统一体”。不动产质权人虽然名义上是对不动产享有质权,但实际上是对

[3] Planitz, *Das deutsche Pfandrecht*, 1936, p. 8. 转引自[日]铃木禄祿:《抵押制度的研究》,第4页。

该“经济的统一体”享有质权(支配权),并可从中获取利益。^[4]

不动产质,包括用益质(Nutzungspfand)和实体质(Substanzpfand)两种。德国在15~16世纪继受罗马法以前的最初的不动产担保权形态,是古质(altere Satzung)。古质包括用益质和实体质。用益质又分为永久质(Ewigsatzung)和死质(Totsatzung)。^[5]在14世纪德国的农村中,一般大多利用永久质,利用死质的情况较少。

(二) 实体质(Substanzpfand)

实体质,即债权的约定清偿期届满前,质权人(债权人)可以使用、收益质物,在清偿期届满后债务人仍不清偿债务的,质物的所有权便归质权人享有的制度。14世纪以后,由该实体质而派生出了“出卖质”(Verkaufspfand)。出卖质,即债权人出卖质物所得的价金超过债务额时,超过部分应返还给债务人,不足部分,债务人仍要用其他财产来承担责任的制度。^[6]

中世纪末期,随着欧洲封建庄园的内部构造的变化,出现了“地租质”(Rentenpfand)制度。

中世纪西欧各国城市产生的初期,用益质和实体质都得到了广泛的利用。其后,随着城市经济的发展,因设定用益质和实体质会剥夺债务人对不动产的占有、使用乃至收益,所以对不动产所有人、商人和手工业者来说,把自己的不动产设定担保获取融资是不方便的。因为,他们用来供作担保的土地、住宅等不动产,是他们居住并用来开展营业活动的场所,所以当然不宜由别人占有和使用。在这种背景下,一种不占有不动产的“非占有质”即新质(neuere Satzung)应运而生并流行起来。而作为这一制度诞生以前的过渡形态的制度,便是“地租质”。据考证,地租质远在12世纪的科隆地方即已有其广泛

[4] [日]铃木禄弥:《抵押制度的研究》,第5页。

[5] [日]松井宏兴:《抵押制度的基础理论》,第28页;[日]铃木禄弥:《抵押制度的研究》,第5页。

[6] [日]松井宏兴:《抵押制度的基础理论》,第5页;[日]铃木禄弥:《抵押制度的研究》,第56页。

的利用,13世纪中叶以后,其他城市也先后流行过这一制度。^[7]

按照地租质制度,质权人(债权人)并不直接占有和利用作为质权的标的物的不动产,而是由提供不动产的债务人占有、利用不动产,质权人(债权人)仅收取不动产的地租。也就是说,质权人(债权人)获得的是债务人以地租形式支付的地租,并间接取得对不动产的占有(间接占有)。可见地租质的本质仍然属于占有质。而且,从本质上说,它也是一种永久质,即质权人(债权人)取得的地租只能充抵原本债权的利息,在原本债权未获清偿前,当事人间的债权债务关系会永久存续。^[8] 总之,地租质,是德国由自然经济向商品经济过渡时期,不动产担保之由质权向抵押权发展过程中所产生的一种过渡形态。^[9]

(三)德国中世纪城市中的新质——抵押权的诞生

随着德国商品经济的发展,流行的社会观念在注重把握不动产的使用价值的同时,也开始注重不动产的交换价值。适应这种形势的变化,此前需要对土地加以实际占有方可成立的不动产质权,也开始发生动摇,而逐渐向不现实占有土地而是仅支配其交换价值的新质的方向发展。此新质即“抵押权”。在中世纪的德国,因商品经济首先在城市中兴起,所以抵押权也是最早在这里萌芽的。往后,随着商品经济次第向山村蔓延,在农村不动产质也渐次向新质即抵押权的方向转变,唯这一转变的过程较为缓慢。据考证,时至17世纪,抵押权仍主要在城市中流行,至18世纪才终于在农村中被广泛采用。

应当看到,促成德国新质即抵押权(保全抵押权)产生的重要经济基础,是中世纪晚期德国城市中的商人为进行商品交易(尤其是同外国商人进行商品交易)而亟须融通资金的需要。在当时的科隆、汉萨等城市,为了同外国商人进行航海贸易,产生了向他人筹措巨额资

[7] [日]松井宏兴:《抵押制度的基础理论》,第30页。

[8] [日]松井宏兴:《抵押制度的基础理论》,第30页。

[9] [日]铃木禄弥:《抵押制度的研究》,第6页。

金的需要,于是商人们一方面想保有对自己的住宅和供作生产经营事业用的建筑物的占有、使用、收益,同时又想以之供作担保而筹措资金。并且,这种融资活动一般时间较短,大多在一次航海贸易结束后便可以清偿,所以采取的担保权形式,不是在时间上长久存续的受益质,而是以确保债权的清偿为重心的被称为新质的抵押权。^[10]

不过,在当时的背景下,新质即抵押权的成立,需要具备两项条件:第一,需要有新质即抵押权成立和存在的公示方法。新质与古质(不动产占有质)不同,新质的债权人并不直接占有不动产,所以存在不能透过外在的表象来表彰新质即抵押权的弊端,从而需要有公示的方法。所幸的是,登录新质即抵押权的“公的账簿”——“城市账簿”(Stadtbuch)此间应运而生了。通过在“城市账簿”上进行登记,新质即抵押权之存在的事实也就可以为他人所了解。^[11] 第二,新质即抵押权,因抵押权人(债权人)不直接占有抵押不动产,所以在债权清偿期届满,债务人仍不清偿债务时,应有一种强制剥夺债务人对于不动产的占有的强制执行(zwangsvollstreckung)制度。所幸的是,在中世纪的商业城市中,这一点也同样具备了。^[12] 结果,科隆在12世纪、其他城市在13世纪,被称为新质的抵押权便作为主要的担保权形态而流行起来了。

[10] [日]松井宏兴:《抵押制度的基础理论》,第31页。

[11] 不过,该“城市账簿”,并不单纯以记载不动产交易为其唯一使命,而是还记载关于该城市的司法、行政和立法的情况,如判决书、租税账簿和参事会会员的名单。而且,这一时期,“城市账簿”的创制,还有征收不动产交易的手续费和国家依此而对土地所有权交易进行统制的财政和管理上的目的。故与现今的不动产登记簿系单纯记载私的交易不同日而语、等量齐观。德国中世纪的“城市账簿”中,最引人注目的是科隆的Schreinskarte和Schreinsbuch,它们是现在不动产登记簿册的前身。参见[日]铃木禄弥:《抵押制度的研究》,第10页;[德]Heinrich Mitteis:《德国法制史概说》,[日]世良晃志郎译,创文社1971年版,第419页。另外,关于德国中世纪科隆的新质及其登记情况,参见[日]林毅:《德国中世纪城市法的研究》,日本创文社1972年版,第201页以下,论述甚详,可以参考。

[12] [日]铃木禄弥:《抵押制度的研究》,第7页;[日]松井宏兴:《抵押制度的基础理论》,第31页。

二、普通法时期的抵押权

(一) 抵押权的种类

如所周知,大约开始于 1450 年的罗马法继受运动,^[13]乃是德国民法发展史上的一个极其重要的事件。对罗马法继受的结果,是罗马法被作为德国的普通法(Gemeines Recht)而普遍适用于德国全境,这一点标志着德国的民法发展迈入了一个新的时期——普通法时期。这一时期,德国的抵押权,可以根据不同标准而作出各种分类。

首先,依抵押权成立原因的不同,可以分为约定抵押权(hypothecae)、法定抵押权(hypothecae legales)和裁判抵押权(hypothecae iudiciales)。依当事人的约定而成立的抵押权,为约定抵押权;依法律的直接规定而成立的抵押权,为法定抵押权;基于法院的判决而成立的抵押权,为裁判抵押权。此外,还有所谓“任意抵押权”(hypothecae voluntaria)和“必要抵押权”(hypothecae necessaria)。任意抵押权即约定抵押权,必要抵押权即法定抵押权和裁判抵押权。

其次,依抵押权的客体的不同为标准,可以将抵押权区分为一般抵押权和特定抵押权。一般抵押权,即以债务人现在和将来所有的财产为标的物而成立的抵押权;特定抵押权,是以债务人的特定财产或特定的集合物为标的物而成立的抵押权。^[14]

(二) 抵押权的成立

1. 约定抵押权

约定抵押权,依当事人双方的合意及不移转抵押物的占有而成立。约定抵押权具有附随性,即附随于被担保债权而存在,无被担保

[13] 这一时期,德国继受的罗马法,实际上并不是 6 世纪之时东罗马帝国皇帝查士丁尼编纂的《民法大全》,而是意大利波洛尼亚注释法学派(Kommentatoren),特别是“助言学派”(Konsiliatoren)的法律学说。参见[日]柴田光藏:《罗马法的基础知识》,有斐阁 1973 年版,第 20 页。另外,关于注释法学派的详细情况,参见[日]佐佐木有司:“中世罗马法学”,载[日]碧海纯一等编:《法学史》,东京大学出版会 1976 年版,第 101 页。

[14] [日]松井宏兴:《抵押制度的基础理论》,第 33 页。