

任何一个法律领域都需要一个学者专家群体承担研究、维护、推进该法律领域的职责，担保物权法尤其如此。

第二辑

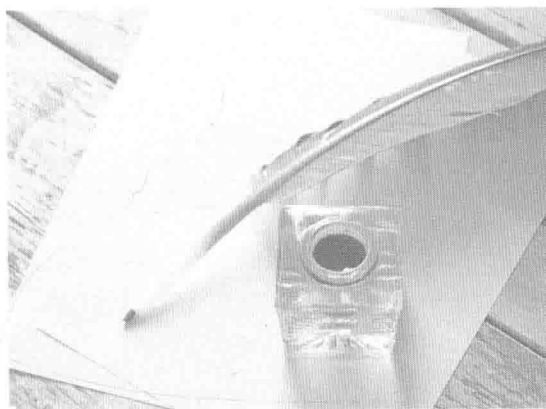
VOL.2

# 担保法 理论与实践

主编◎董学立

副主编◎汪华亮 陈红梅

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



第二辑

VOL.2

# 担保法 理论与实践

主 编◎董学立

副主编◎汪华亮 陈红梅

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

## 图书在版编目 (CIP) 数据

担保法理论与实践. 第2辑 / 董学立主编. —北京:  
中国法制出版社, 2016. 12

ISBN 978 - 7 - 5093 - 8021 - 5

I. ①担… II. ①董… III. ①担保法 - 中国 - 文集  
IV. ①D923. 24 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 267923 号

策划/责任编辑 任乐乐 (lele\_juris@163.com)

封面设计 李宁

---

### 担保法理论与实践 (第2辑)

DANBAOFA LILUN YU SHIJIAN (DIERJI)

主编/董学立

经销/新华书店

印刷/北京九州迅驰传媒文化有限公司

开本/710 毫米×1000 毫米 16 开

版次/2016 年 12 月第 1 版

印张/24.25 字数/339 千

2016 年 12 月第 1 次印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 8021 - 5

定价: 79.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66071862

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

# 序 一

我国在改革开放前实行单一公有制基础上的计划经济体制，不存在包括担保物权制度在内的物权法。20 世纪 80 年代初改革资金使用体制，由“无偿拨款”改为采取“融资方式”，因缺乏有效担保手段而发生严重的“三角债”和巨额不良债权问题。于是在制定物权法之前，于 1995 年先制定担保法。担保法包括物的担保（担保物权）和人的担保（保证合同）。虽属于“亡羊补牢”，且受到不动产登记制度和登记机构不统一的制约，却仍然对于此后减少和避免“三角债”和不良债权发挥了重要作用。时隔 12 年之后，被称为在社会主义法律体系中“起支架性作用”的物权法终于颁布施行。为了保障金融机构的合法权益，化解和回避融资风险，保障社会主义市场经济持续稳定的发展，物权法在总结担保法实施以来的实践经验基础上，参考发达国家和地区的经验，规定了较为完善的担保物权制度。

担保物权，属于物的担保。俗话说“跑得了和尚跑不了庙”，相对于人的担保即保证合同，物的担保更为切实可靠。金融机构发放贷款，采用担保物权予以担保，最方便、最有效。担保物权，是确保金融机构债权清偿和化解金融风险最有效的法律手段。物权法施行以来的经验表明，物权法所规定的较为完善的担保物权制度，对于保障金融机构的合法权益，化解和回避融资风险，保障企业及时获得融资，满足经济发展对资金的需求，保障社会主义市场经济持续稳定发展，已经和正在发挥极其重大的作用。

任何一个法律领域都需要有一个学者专家群体承担研究、维护、推进该



法律领域的职责。担保物权法尤其如此。我国物权法所规定的不动产抵押、最高额抵押、动产抵押、动产不动产集合抵押、特别动产集合抵押，及动产质押、权利质押、应收款质押，等等，都是服务于融资的。历史上的担保，以保全债权为目的，叫做保全型担保；现在人们设立各种担保权已经不是为了保全债权，而是为了融资，称为融资型担保，属于商行为。更不用说实践中已经存在，并且还将不断产生的法律没有明文规定的各种非典型担保。可以说，在整个物权法乃至整个民法领域，担保物权法是与实践结合最为紧密、最为变动不居的法律领域。研究担保物权法，如果不了解实践、掌握实践、理论与实践密切结合，单靠文本研究是不行的。

南京财经大学法学院院长董学立教授长期致力于担保物权法的研究，最近发起创办名为“担保法理论与实践研讨会”的学术论坛，每年举行一次，邀请国内研究担保物权法理论和实践的学者专家，研讨有关担保物权法的立法、理论、实务与教学问题，并编辑出版《担保法理论与实践》连续性出版物，旨在推进担保物权法理论和实践的研究。笔者对此极表赞成。

是为序。

2015年7月21日于昆明退庐

## 序 二

由于国际贸易的兴盛、财产类型的不断增加及其蕴含价值的衍生变化、各行各业创业筹资或营运融资不同的需求等因素，担保物权制度的发展已迈入迥异于往昔的阶段，展现多元的面貌和积极的社会功能。此时此刻，聚集两岸担保法学者和实务专家，举办担保法理论与实践研讨会，实具有检讨过去、针对现在、策励未来、承先启后的重大意义。对于主办、承办各单位的高瞻远瞩，掌握时代脉动，应给予热烈的掌声，并致上由衷的赞佩。

综观本次研讨会，充分反映下列特色：一、参与者踊跃，不但有研究担保制度声誉卓著的学者，而且有各级法院的庭长、法官，更有金融实务的专家，发表论文共四十余篇，从不同方面相互沟通，理论与实务水乳交融，学者遂得确实意识实际问题所在，不流于空谈，而审判者于实务运作，解决个案，呼应社会需求时，仍能遵循担保法之规矩方圆，经由裁判表彰法律的规范价值，更能扮演法律续造的角色，理论与实务互动，激荡中蹦出火花，法律因此有了丰富的生命力。庭长、法官报告论文，热烈参与，足为台湾地区法院同仁的楷模。二、研讨会超过半数的论文都聚焦于实务，意味中国担保法实施近二十年，物权法施行快十年后，随着社会工商的繁荣，担保法制已于社会中落地生根，如雨后春笋，生机盎然。担保法深入民间，成为推动市场经济发展不可或缺的一只手，发挥促进金融流动的重要机能，朝着务实化、国际化发展。三、两岸法学沟通交流，充分发挥他山之石，可以攻玉的效果。让与担保的定位、流抵约款的效力或物上保证人与保证人间的求偿权



及承受权（追偿权及代位权），台湾地区过去曾经过激烈的探讨、摸索，后两者业于民法物权编 2007 年修正时，完成立法；让与担保虽未法制化，但其运用，于学说或实务大抵已建立常轨，且因物权编修正，2009 年导入习惯法得为创设物权之法源，让与担保之担保权地位露出曙光。如今，在中国大陆地区，让与担保的盛行、流抵约款则在以物抵债中窜出，物保、人保间的关系以混合共同担保问题呈现，台湾地区的民法及其实践大抵可引为借镜，找到处理此类问题的一些方法。以上所述不过是荦荦大者，其他诸多正面效应，不胜枚举。可知，本次研讨会成果丰硕，绩效斐然。

物权法有故乡法之称，原来最具有本国色彩，但因为担保物权是以支配担保物的交换价值发挥其担保功能，和物的利用常受国土风情的影响不同，加上国际贸易发达，信用的授予，需以担保为后盾，担保法国际化的趋势遂方兴未艾。欧洲民法典示范草案（第九卷）的问世，以及联合国国际贸易委员会于完成担保交易法指南及知识产权补编之后，已于今年四月间推出担保交易示范法草案均为例，对于担保法的未来，必有立竿见影的作用。面对两岸的华人领域，从速推动担保法的统一化，应是开展担保法理论与实践系列研讨之际，必须努力以赴的目标。本次研讨会承办单位之一的南京财经大学，其法学院董学立院长对担保法夙有专攻，就此任务负起领头角色，必是有识者共同的期盼，且拭目以待。

谢在全

2015 年 10 月 28 日

## 目 录

## 【担保法理论】

|                               |             |
|-------------------------------|-------------|
| 台湾地区“企业资产担保法”草案刍议 .....       | 谢在全/3       |
| 为动产、债权担保制度现代化的立法              |             |
| ——以韩国“关于动产、债权等担保的法律”为中心 ..... | 金哉衡/35      |
| 动产抵押登记的法理                     |             |
| ——以《动产抵押登记办法》的修改为中心 .....     | 高圣平/48      |
| 附物权担保债权人的执行选择权问题探讨 .....      | 刘保玉/74      |
| 预告登记制度的死亡与再生                  |             |
| ——以预告登记的适用领域为切入点 .....        | 常鹏翱/105     |
| 承揽人抵押权 .....                  | 郑冠宇/130     |
| 抵押权概念的演变及其法体系效应 .....         | 董学立/150     |
| 保理法律关系及其性质辨析 .....            | 黄和新 李忠诚/166 |
| 独立担保规则本土化的体系定位与路径分析 .....     | 李世刚/178     |
| 浅析韩国动产担保登记                    |             |
| ——以两种公示方法的冲突为中心 .....         | 金路伦/189     |
| 中国留置权制度的法律适用及完善               |             |
| ——兼议荷兰民法典留置权制度的借鉴意义 .....     | 刘宏渭/202     |
| 论抵押期限 .....                   | 翟云岭/216     |
| 民事留置权的比较法研究 .....             | 李佳伦/223     |



## 【担保法实践】

论预购商品房抵押权预告登记权利的保护：依据、进路

与完善 ..... 司 伟/237

论动产抵押权善意取得参照适用《物权法》第 106 条之法解释

问题 ..... 黄家镇/250

应收账款质押法律问题探究 ..... 姚彬 时文娟/262

乱象与规则：涉刑保证合同裁判之检讨 ..... 施建辉/271

基于试点经验的融资租赁登记制度构建 ..... 程华儿/286

让与担保纠纷案件审判实务问题研究

——以江苏省典型案例为对象 ..... 王国亮/298

农地融资法律模式研究 ..... 申惠文 杜志勇/313

动产担保登记的新需求与制度建设建议 ..... 徐欣彦 刘亚妮/324

论实践中一种新型担保“以物抵债”协议 ..... 耿宗程 刘洋/333

公司股东、董事、高管担保的特有法律问题研究 ..... 龙云丽/342

论实现担保物权案件的审查标准 ..... 李林启/354

# 担保法理论

担保法理论与实践

台湾地区“企业资产担保法”草案刍议

为动产、债权担保制度现代化的立法

动产抵押登记的法理

附物权担保债权人的执行选择权问题探讨

预告登记制度的死亡与再生

承揽人抵押权

抵押权概念的演变及其法体系效应

保理法律关系及其性质辨析

独立担保规则本土化的体系定位与路径分析

浅析韩国动产担保登记

中国留置权制度的法律适用及完善

论抵押期限

民事留置权的比较法研究



# 台湾地区“企业资产担保法”草案刍议

谢在全\*

## 一、前言

我国台湾地区之物权担保制度自 2007 年“民法”物权编修正之后，加上原有“动产担保交易法”等特别法，在固定担保物权部分，已步入相当健全之水平，被誉为我国台湾地区“担保物权法”之新纪元，应不为过。而基于土地之不可增性、不可移动性，不动产价值之稳定性等因素，我国台湾地区担保物权之运用，与亚洲国家相同，普遍偏重于不动产抵押权。然而亚洲金融危机及 2008 年由房地产市场蔓延之次级房贷风暴，所导致的不动产之泡沫化，已凸显过度倚重不动产担保之风险，且近世以还，动产、债权或其他财产权随着各项产业之日渐成熟，以及科技之惊人发展成就，不但价值增高，且种类繁多，已足以与不动产媲美。再者，企业经营本重在企业之整体价值，企业一定范围之机器、债权或其他无体财产（a class of assets）有机结合之集合利益显然超过个别之资产。由于此等集合资产价值之倍增，利用此等资产作为融资之担保，遂成为企业筹资融资之重要利器。以一定范围具有流动性、变动性资产有机组成之集合财产为客体之非占有型浮动担保物权，遂在金融市场应运而生，因为，此种担保制度一方面让企业可利用流动集合资产之担保价值，筹措资金，另一方面，企业仍可利用此类资产继续营运，符合企业永续经营之需求，资产之用益价值亦得兼顾。可惜我国台湾地区担保物权法制之建构上，就此显然欠缺，无从因应企业经营之需求，因而必须迎头赶上。

---

\* 谢在全，著名法学家。我国台湾地区前“司法院”副院长、大法官。



我国台湾地区其实并非毫无所觉，自2000年起，即着手动产担保法制之研修，并促成2007年“动产担保交易法”之重大修正，可惜当时研议建立“集合动产担保”，由于金融机关之疑惧，未获采纳。2011年，世界银行发布之《2012 经商环境报告》，我国台湾地区在“获得信贷”之指标居然排名第六十七，《2014 经商环境报告》更退步至第七十三，与此种指标在前之相类经济体显然落后甚远，主管当局方惊觉必须力争上游，加强信贷融资制度之改进，而其中非占有型流动集合财产担保制度之建立，最是刻不容缓。“行政院”前经济建设委员会当即委托辅仁大学进行建构现代化动产担保交易法制之研究，该校受托后，由陈荣隆教授及其组成的团队进行研究，于2012年提出研究报告，建议将“动产担保交易法”修正为“动产与债权及智慧财产权担保法”<sup>①</sup>，并提出该法完整之修正草案，共为九章，一百个条文，可惜未能获得共识，立法迟迟不能推动。金融主管机关继又委托台湾大学进行“建构新动产担保观念且具可行性之法制改革研析”，拟在“动产担保交易法”修正最小幅度范围内，实现建立扩大担保标的物范围及浮动担保制度之目的，该校于2015年10月完成研究，主要系参考新西兰动产担保法，提出“动产担保交易法”修正草案<sup>②</sup>，修正条文共计十一条，重要建议为于该法增列第四章之一，动产担保，以建立动产及其他财产权之浮动担保物权法制。因过于精简，适用会有实际困难，“行政院”主管政务委员决定从速推动修正，乃于去年12月起邀集相关学者、企业界及有关机关，快马加鞭研议，终于在今年5月间完成有别前述两次草案之“企业资产担保法”草案（以下简称“草案”），以崭新之姿态，争取各界之认同。

## 二、评介

我国台湾地区担保法制仅限于现在存在之有形资产或财产权，方得设定担保权，此为物权法建基于物权客体特定性原则所使然，然对于未来资产或流动性集合资产，亦即中小企业、新创企业最有价值之资产常为此类资产

① 载国家发展委员会 <http://www.ndc.gov.tw/> /2016年9月1日最后访问。

② 载金融研究发展基金会 [www.fsc.gov.tw/ch/home.jsp?id=55&parentpath=0](http://www.fsc.gov.tw/ch/home.jsp?id=55&parentpath=0)，2016年9月1日最后访问。

(人才、专业知识等知识经济)，不得设定担保物权，不利其融资及因应全球化之竞争发展，概可想见。从而，担保标的必须由特定、单一走向多数集合、浮动（流动）之资产，俾得有效运用企业之整体综效价值，当为担保法改革之首要目标。基于非占有型担保物权，系以支配标的物之交换价值，优先受偿为其重要功能，无须占有标的物，实现时间系在未来为其重要特质，准此，其物权客体特定性原则应无须如所有权或用益物权一般严格，可予以适度缓和，只需以实行时特定为度。然而，如何整合现行担保物权法制，事涉多端利益及责任，此为多次动产担保法改革，功败垂成之重要原因，因之，跳脱现有担保法制之框架，个别制定专法，且于适度范围内微调有关法制，遂成为本草案拟议之基调。又为符合融资担保法制之国际发展趋势，得与国际之融资担保制度接轨，以吸引外国企业来台投资经商，更有助于台湾地区企业之竞争力，联合国甫通过之“担保交易立法指南”“智慧财产权补编”（Legislative Guide on Secured Transactions, Legislative Guide on Secured Transactions Supplement on Security Rights in Intellectual Property）（以下分别简称“联合国立法指南”“智财权补编”）“联合国贸易委员会拟议中之担保交易示范法草案”（UNCITRAL Draft Model Law on Secured Transactions）（以下简称“示范法草案”），及世界银行《经商环境报告》（Doing Business）之立法建议，自为拟具本草案之重要参考资料。

### （一）企业资产担保权采固定资产担保权及浮动资产担保权双轨制

首先，草案不使用传统之“财产”一词，而以“资产”代之，不用“智慧财产权”一词，而用“智慧财产”代之，<sup>①</sup>其扩大有形财产、无形财产之意义，只要当事人认为具有财产价值之财产利益均包含在内之企图，不可忽略。其次，本草案原系以企业之浮动担保物权为建制目标，盖企业若欲以特定资产设定担保权者，已有动产担保交易法可据，原无须再为代筹筹谋，然为便于企业设定担保权，不因担保权种类之不同，设定时四处奔波，徒增劳费，因之，增列企业固定资产担保权一种<sup>②</sup>，因而，具有整合其他动产担保

① 详见草案9。

② 详见草案3第2、3款。



权（例如融资租赁）之作用，辐射效果如何，值得观察。再次，草案第3条第4款关于企业浮动资产担保权之定义<sup>①</sup>，虽已正面接受 Floating Charge 之概念，然组成担保标的之一定范围资产不但可为现在及将来取得者，且在企业正常营业过程中具有变动性、流动性，此方为与企业固定资产担保权（fixed charge）区别关键，然组成资产之浮动性，未在定义中表明，宜在立法说明中加强。且本草案对于担保权采取软性、不完整之定义规定，应有凡企业以担保为目的，成立法律行为者，无论其名称为何，均应受本草案规范（办理登录为其中之一），凡此，均有呼应联合国立法指南，扩大担保标的之范围，建立统一之担保法制之意旨存焉。

## （二）契约自由原则之运用

担保权本于物权法定原则本多为强制规定，然因企业资产担保权乃为企业融资，以利其经营而设，自须贵于弹性灵活，因应企业在商场瞬息万变，激烈竞争之状况，故除本草案有关强制规定者（例如草案6、7、26至33等）外，就当事人间之权利义务，应许当事人本于契约自由原则约定之（参照草案4），以充分符合市场不同之需求。然此项约定，不能影响当事人以外之第三人权益，自属当然（参照联合国立法指南建议10、示范法草案4）。

## （三）担保人用益及处分担保标的之权限之确立

唯有不移转标的物占有之担保物权，标的物仍由担保人占有，担保人方有用益权之可言，故草案第五条第一项前段规定，担保人对担保标的，得依其通常用法为使用、收益，看似当然，其实具有表明本草案之企业资产担保权乃为非占有型之担保物权之重要意旨。其次，浮动担保权重要特征之一乃担保人对浮动担保权担保标的之各组成成分，得依其企业经营正常过程（in the ordinary course of the business）予以处分，盖浮动担保权之设定，系以企业继续经营（as a going concern）之价值，亦即事业获益之能力为重要指标，

<sup>①</sup> 依本款之定义，企业浮动资产担保权得以担保人全部资产设定之，此固为国际之立法趋势，然日本实务认为：集合债权让与担保契约概括让与一切将来债权，若足认该债权让与契约对于让与人之营业活动在相当范围内增加显著偏离常情之限制，或有使其他债权人受不当之不利益等情事时，即应认为该契约违反公序良俗，而否定其一部或全部之效力〔〔日〕最高裁判所第三小法庭：民集53卷1号151页，平成11年《1999年》1月29日〕，是对担保人及其债权人之保护言，有无此类争议，似不能漠视〔谢在全：《民法物权论》（下册）第6版，2014年修订〕。

目的在以企业永续经营之收益，作为融资回收之手段。是以企业之一部分甚或全部之有形、无形资产设定担保权后，仍可就各该资产得继续使用、收益，并得按其营业正常过程予以处分，周而复始，经由营运获得之利润收益，偿还担保债务，始为浮动担保权制度之社会功能。本草案第五条第一项后段规定，并得依营业常规为处分云云，充分表现浮动担保权之特征。此项处分不但包括让与、设定负担，且于担保标的为债权时，亦包含该债权之收取或收取后之处分在内。当然，当事人就担保人对于担保标的之处分权得为不同约定，此为担保契约之契约自由原则之体现。例如须得担保权人之同意方能处分、仅得设定担保权，不得处分，或一定价值（或数量）之资产之处分应先经担保权人之同意是。此于以多数将来流动债权作为担保标的之情形，就担保人有无收取权为特约，乃债权浮动担保权之重要类型<sup>①</sup>。又担保人之上开处分权，因特定事由之发生例如担保权之实行或其他约定事由之发生而丧失，应注意及之。

所谓“营业常规”实即上述所称之“企业经营正常过程”，此观立法说明即可窥知，不过较中文化而已。营业常规乃不确定概念，企业处分资产是否合于营业常规，难有绝对、画一之判断标准，必须依担保人所营事业（参照“公司法”101I第2款、129第2款）、处分之目的、担保合同约定之内容、交易相对人是否为该处分交易通念或惯行之相对人（例如担保人为生产商，成品处分之相对人通常为经销商）、是否为抢先处分以清偿他权人、有无侵害担保权人之优先权等情事综合予以判断<sup>②</sup>。美国 UCC 1-201(b)(9) 规定：正常营业过程系指出售货物符合出卖人从事业务种类之通常或惯常之营业方式，或出卖人自己通常或惯常之营业方式，包括于开采区销售石油、天然气或其矿物之营业方式，即属正常营业过程。可做一项参考。纽西兰动产担保法（Personal Property Securitisation Act 1999）第五十三条亦有“正常营业过程”处分之规定，定义则无明文，然该国上诉法院 *StockCo Limited v Stiassny & Ors* 判决，提出数项判准亦可供参考：1. 交易之性质及其重要性。

① [日] 小山泰史：《流动财产担保论》，成文堂 2009 年初版第一刷，第 127 页。

② [日] 池田雅则：“集合动产の让与担保”，载《民法判例百选 I》，第 198 页，有斐阁，平成 21 年（2009 年）第 6 版，参照谢在全前掲书 625 页。



于本案件，担保人从事畜牧业，其所为交易需律师及董事之参与，显示该交易非属于正常畜牧营业过程之交易。2. 交易需求。担保人是否陷于资金困难或有困难之虞？3. 交易处所。若系于担保人之营业场所之交易，较可能属于正常营业过程之交易。4. 交易双方当事人为何？若买受人为一般客户，易作肯定认定，但本件之买受人为融资公司，非一般客户。5. 货物数量。若相对于担保人之财产而言，买卖标的物之数量过于庞大，易被认定为非属正常营业交易过程。6. 交易价格。若交易价格低于公平之市场价格，则应为正常营业交易过程范围外之交易。7. 交易频率。一次性交易较可能被否定。8. 交易目的。若交易基于非商业（non-commercial terms）目的，则是否为正常营业交易过程，易生疑虑。<sup>①</sup>

#### （四）交易安全之保护与担保权人利益之兼顾

草案第五条第二项规定，依前项规定处分之担保标的，其受让人之权利不受企业担保权之影响。但受让人明知担保人处分担保标的的违反担保契约之约定者，不在此限。<sup>②</sup> 草案第十七条就担保标的为智慧财产者，亦有相同之规定。准此，具有下列重要意义：1. 担保人若依其营业常规处分担保标的，原则上应认担保人乃有权处分，故受让人若因而取得该标的时，无论其是否知悉担保权之存在，该标的资产将脱离担保标的之范围，是受让人取得者为无负担之标的。受让人之取得担保标的，以具有交易行为性之法律行为而取得者为限，始符交易安全保障之意旨。2. 反之，担保人处分担保标的系超过营业常规之范围者，则受让人受让之标的，担保权之负担依然存在，担保权人自得对之主张担保权。<sup>③</sup> 3. 然担保人与担保权人于担保契约关于担保标的之处分有特约，而担保人处分违反该特约者，此际，担保人应属无权处分，受让人受让该标的时，若明知担保人处分系违反担保契约之约定时，即应受担保权之拘束，该担保标的之担保权继续存在；反之，受让之担保标的

① 引自马梓晏：《英国动产浮动担保制度之研究》第287页，东吴大学法律系法律专业硕士班论文，2014年9月。担保标的之不同，亦是影响认定是否正常营业过程之一项因素（小山泰史前掲书259页）。

② 参照示范法草案29，UUC 9-320（a），纽西兰动产担保法53。

③ 参照日本最高裁判所第一小法庭判决平成18年（2006年）7月20日民集60卷6号2499页（谢在全前掲书628页注七对此判决之介绍），其译释，池田雅明前掲文。