

中国民商法专题研究丛书

■ 梁慧星 主编

权利质权 研究

钟 青 著

3.04



法律出版社
LAW PRESS CHINA

中国民商法专题研究丛书◎梁慧星 王编

D913.04
Z731

权利质权研究

钟 青 著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

权利质权研究 / 钟青著. —北京: 法律出版社,
2004.4
ISBN 7-5036-4834-1

I. 权… II. 钟… III. 法学—研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 018186 号

法律出版社·中国

责任编辑 / 王政君

装帧设计 / 李 瞻

出版 / 法律出版社

编辑 / 法学学术与综合出版分社

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

开本 / A5

印张 / 9.75 字数 / 254 千

版本 / 2004 年 12 月第 1 版

印次 / 2004 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件 / info@lawpress.com.cn

电话 / 010-63939796

网址 / www.lawpress.com.cn

传真 / 010-63939622

法学学术与综合出版分社 / 北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件 / xueshu@lawpress.com.cn

读者热线 / 010-63939689

传真 / 010-63939701

中国法律图书有限公司 / 北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真 / 010-63939777

客服热线 / 010-63939792

网址 / www.chinalawbook.com

电子邮件 / service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店 / 010-63939781 / 9782

中法图北京分公司 / 010-62534456

中法图上海公司 / 021-62071010 / 1636

中法图苏州公司 / 0512-65193110

中法图深圳公司 / 0755-83072995

中法图重庆分公司 / 023-65382816 / 2908

中法图西安公司 / 029-85388843

书号: ISBN 7-5036-4834-1/D·4552 定价: 20.00 元

内 容 提 要

权利质权是无形财产作为担保物的惟一的典型担保方式。本书通过对权利质权的制度价值、一般理论和主要标的物设质的制度的论述,完成从一般到具体的权利质权制度的系统而较为全面的研究,全书共分为八章。其中前四章为总论,后四章为分论。

第一章绪论提出权利质作为典型担保方式在担保法中的地位及其困境问题,揭明权利质制度研究的意义,构建全文的逻辑思路、内容结构,并给出主要研究方法。第二章内容为国外法上的权利质制度,包括罗马法、法国法、德国法、日本法和英美法。第三章为权利质制度与其他权利担保制度的比较,研究权利质的内在价值问题。第四章为权利质的一般理论,包括权利质的性质、标的物的特性以及准用规范等。

第五章研究债权质权,分为一般债权质权、证券债权(主要为票据的设质)和对自己债权的设质。第六章对股权质押进行专题研究,其内容主要包括股权质押的意义、设定要件、效力及实行等具体制度。第七章的内容是日益具有重要经济价值的知识产权设质的具体制度。最后第八章对两类较为特殊的权利质,电话加入权的设质和保险金的设质问题做一有选择性和针对性的探讨。

关键词:权利质权 担保方式 担保的制度价值

ABSTRACT

In almost every civil law system, where there is real security interest in intangible property rights, the pledge of the collateral is the only statutory instrument which the creditor can use to secure the debt. But difficulty remains in that intangible property rights by nature can not be physically possessed and accordingly perhaps no distinction lies between hypothec and pledge in terms of intangible collaterals. This thesis will prove, through comprehensive comparison among hypothec, pledge, security transfer, and set-off, that the distinction does exist.

The paper consists of 8 chapters with 4 dealing with the value of the mechanism of pledge of rights and its fundamental theory and the later 4 focusing on the most-commonly-used property rights as collateral. The first chapter is to outline the core issue of this paper and give the structure and major theoretic approaches to doing this study. In a comparative way, Chapter 2 begins with the pledge of rights in Roman, French, German, Japanese, and common law as well. The following chapter continues and extends the comparative research deep into and among the various instruments of security, proves the value and advantages of using pledge. Chapter 4 explains the nature of pledge of rights and the collaterals eligible for pledge. It also examines the rules relating to pledge yet provided for in other parts of the laws and civil codes.

The pledge of common obligation falls into the scope of Chapter

5, which perhaps is the most complicated part of this paper. I will try to solve the problem of inability of physical possession of rights when a pledge is created. Chapter 6 aims at the pledge of shares, one of the most pervasive secured transactions of financing, including the creation, validity and fulfillment of the pledge. Chapter 7 comes to the intellectual property rights. The pledge creation, validity and fulfillment are the major topics. The last chapter studies two special categories of collaterals which are tele-services rights and insurance policies.

Key Words: pledge of rights instruments of security

Comparative value of instruments of security

目 录

内容提要	(1)
第一章 绪论	(1)
一、权利担保	(1)
二、权利质的地位及其困境	(5)
三、研究目的、逻辑及内容结构和研究方法	(8)
第二章 外国法上的权利质权制度概观	(12)
第一节 罗马法与法国法上的权利质	(12)
一、罗马法上的权利质	(12)
二、法国法上的权利质	(15)
三、小结	(24)
第二节 德国法与日本法上的权利质	(25)
一、德国法上的权利质	(25)
二、日本法上的权利质	(31)
三、小结	(34)
第三节 英美法上的无体动产(诉讼物)的设质	(36)
一、英美法上的无体动产担保概说	(36)
二、英美法上的质权(pledge)制度概况	(42)
三、无形动产的设质	(46)
四、小结	(52)
第三章 权利质与其他权利担保制度的比较	(53)
第一节 权利质与权利的让与担保	(53)
一、让与担保概说	(53)
二、权利的让与担保	(58)
三、权利让与担保与权利质的比较	(62)

四、小结	(66)
第二节 权利质与权利的抵押	(67)
一、权利的抵押	(67)
二、权利质与权利抵押的比较	(70)
三、小结	(78)
第三节 权利质与抵销	(79)
一、抵销的担保功能	(79)
二、抵销与权利质的比较	(84)
三、小结	(87)
第四节 权利质的制度价值: 比较的结论	(87)
一、结论之一: 权利质并非单纯的理论推演的产物	(87)
二、结论之二: 权利质作为典型担保方式的优势	(88)
三、结论之三: 权利质在某些担保标的物场合的制度优势	(89)
第四章 权利质权的基本理论	(91)
第一节 权利质权的性质	(91)
一、概说	(91)
二、权利标的主义(Theorie des Rechts am Recht)	(94)
三、权利让渡主义	(101)
四、分析小结	(109)
第二节 权利质的标的	(112)
一、权利质标的之理论基础	(112)
二、债权	(116)
三、物权	(121)
四、股权	(122)
五、服务加入权	(123)
六、知识产权	(124)
七、我国法上的权利质标的	(125)
第三节 权利质的准用	(127)
一、概说	(127)
二、权利质准用的体例	(127)
三、权利质准用规范分析	(131)

第五章 债权质权	(134)
第一节 序说	(134)
一、有价证券、证券债权与一般债权的概念	(134)
二、一般债权质与证券债权质的比较	(137)
三、《担保法》上的债权质	(139)
第二节 一般债权质权	(141)
一、一般债权质的生效要件	(141)
二、一般债权质的对抗要件	(150)
三、一般债权质的效力	(154)
四、一般债权质的实行	(160)
第三节 证券债权质权	(164)
一、证券债权设质概述	(164)
二、票据设质(明示的设质)	(167)
三、隐性的设质背书	(174)
第四节 对自己债权的设质	(175)
一、对自己债权设质的意义及与权利质性质的关系	(175)
二、对自己债权质权的设定和实行	(178)
第六章 股权质押权	(180)
第一节 序说	(180)
一、股权、股份、出资额、股票的含义	(180)
二、股权担保的类型分析	(182)
第二节 股份质权的意义	(188)
一、问题的提出	(188)
二、股票上之股份本质的理论检讨	(190)
三、股份设质之对象	(198)
四、我国法上的股票上股份之本质及股份设质对象	(201)
第三节 股份质权的设定	(204)
一、概说	(204)
二、股份略式质的设定	(205)
三、股份登记质的设定	(208)
四、股份质权设定的对抗要件	(212)

五、股份质权设定的几个特殊问题	(215)
六、我国法上股份质权的设定	(219)
第四节 股份质权的效力	(224)
一、股份质权的一般效力	(224)
二、股份略式质的效力	(227)
三、股份登记质的效力	(235)
四、我国法上股份质权的效力	(236)
第五节 有限公司、无限公司、两合公司的股权设质	(240)
一、有限公司的股权设质	(240)
二、无限公司的股权设质	(246)
三、两合公司的股权设质	(247)
第七章 知识产权质权	(249)
第一节 著作权出版权的设质	(249)
一、著作权质权	(249)
二、出版权上的质权	(255)
第二节 工业产权质权	(258)
一、专利权质权	(258)
二、商标权的设质	(263)
第八章 其他权利质权	(266)
第一节 电话加入权质权	(266)
一、设质的可能性及研究意义	(266)
二、质权设定及效力	(267)
三、质权的实行	(269)
第二节 保险金的设质	(270)
一、概说	(270)
二、关于人寿保险金请求权的设质	(271)
三、伤害保险与质权的设定	(274)
四、关于财产保险金的设质	(276)
结束语	(281)
参考文献	(284)
后记	(297)

第一章 绪 论

一、权利担保

1. 人的担保、物的担保与权利担保

众所周知,担保作为一个法律用语在最广义的层面上可以理解为以一定之财产充当债权清偿的保证。此充当债权清偿保证的财产一般是债务人自己的财产,对于任何债权而言,无论其是否有担保,均应以债务人的一般财产作为债权清偿的基本保证。以债务人的一般财产为责任财产充当债权的清偿,此种保证清偿的方式自债权人而言为一般债权。但一般财产对每个人差别极大,且因交易产生的支付的频繁发生,此财产随时处于变化之中,由此给债权的受偿带来风险。为对抗债权受偿的风险,即产生了狭义层面上的担保制度,即以人的担保和物的担保来确保债权的受偿。人的担保使得负有清偿义务人的范围扩大到除债务人之外的其他人,实际上起到扩大责任财产的作用。但人的担保仍然未能解决债权受偿风险的根本问题,因为保证人对债务的清偿也以其一般财产为责任财产,后者亦处于变动无常之状态,加之保证人与债务人关系相对密切,易于出现债务人与保证人恶意串通损害债权人利益的情况。

物的担保系以将财产特定化的方式实现担保的目的。在物的担保中,担保债权受偿的责任财产与债权为特定的对应关系,此对应关系具有排他性的特点,在债权未获清偿时,可以以该财产的价值优先受偿,因此,债权人可以完全不考虑债务人的一般财产的多少,即使是在债务人一般财产不足的情况下,也能就该财产的价值受偿。同时,物的担保也可以通过债务人以外的其他人提供担保物(物上保证人)来确保债权获偿,因而实际上也具有扩大一般财产的功能。由此

可见,物的担保在保证债权受偿的效力方面较之人的担保要强。

传统民法上将物限于有体物的范畴,因而所谓物的担保在传统意义上应是有体物作为担保的标的物。这在有体物为财产重要组成部分的社会中无疑是合理的。但物的意义随着时代的变迁发生着巨大的变化,法律上物的观念也发生着逐步的扩张。首先,对有体物的解释从“占据一定空间而有形的存在”(实际上即仅限于固体、液体和气体)扩及于并不能占据空间但具有用性的电、热、声、光等所谓“无形之自然力”;其次,物的范围还扩展到空间自身,在空间上亦可设定利用权;^①再次,对于一些具有排他性的财产性权利,如知识产权等,在一定情况下也适用关于物的保护的规定。虽然物的观念有了极大的扩展,权利仍不被包含于物的范围之内。然而对于作为担保财产的财产性权利而言,债权人对担保财产的支配在很多场合下并不是对物本身的支配,而是对物的价值的支配,故而在权利作为担保标的的场合,将其排除在物的概念之外并无实质的理由。因此,如债权等具有财产价值的权利(交换价值),可以成为物的担保这一担保种类中的一种担保物对待。^②正是在这个意义上,本书将财产性权利也称之为担保物,并将以财产性权利为担保标的物的担保方式简称为权利担保。

2. 财产性权利在责任财产中的地位

在现代法治体系中,私法居于基础的地位,体现着对市民社会最直接和基础性的关怀。财产权的认可和保护,对于市民社会中的人来说,是维护其基本人权的起码要求。如果说民法对人的关怀是终极性,那么,财产权制度就是体现民法对于人的价值的前提。在保障人的基本生活素质方面,财产权制度主要体现在对于有使用价值的物的支配,如土地、房屋、食物和其他生活必须品的支配和事实性的消费上,这是一种静态的保护;而流过程中的财产的保护,其主要

① 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社1996年版,第81—83页。

② [日]镰田薰:“债权を目的とする担保”,《法学教室》1993No. 158,第43页。

目的在于通过市场有效率的物资流转促进人民福利的增长。担保制度的初衷显然不是保障基本的生活水平,而在于配合信用制度促使资源有效和安全的流转,因此对一些与基本生活休戚相关的财产,是不能作为担保物的。或换言之,没有基本生活物资之外的责任财产的存在,担保制度是无法建立的。

历史上,在责任财产中首先出现的是物,其他如债权等财产性权利则是在信用和市场体系发展到相当水平才出现的。正如学者所谓,在一个仅以物权作为财产客体的时代,人类只能说是生活在过去和现在,而承认了债权制度,则可以预约将来的给付,使将来的财产得以增加,人类从而可以在经济交往中打破时间的障碍而获得更大的自由。^①时至今日,财产的组成已经发生了巨大的变化,无形财产权利的比重逐渐上升,有体物的比重逐渐下降。衡量财富的主要标志已经从价值本已不菲的不动产、机器设备等转移为股票的市值、流动债权和知识产权上。^②诚然,责任财产的性质特征在于其可靠的变现性,即责任财产必须是能够变现的财产,而非会计评估意义上的财产,因而对于一些变现或完全变现有一定困难的财产来说,责任财产的实际价值会比评估价低。例如,股票市值体现了股票的经济价值,但如果抛卖股票的数量巨大,这一价值的变现过程将因庞大的变现股票数量而导致股票价格的下跌从而无法真正得到等于市值的现金数额;又如,商标品牌的价值虽然巨大,但其转让将直接影响品牌本身的价值。然而,这些财产性权利巨大的经济价值决定了它们仍

① [日]我妻荣:《债权在近代法中的优越地位》,王书江、张雷译,中国大百科全书出版社1999年版,第6页。

② 据美国《商业周刊》2001年8月6日的一篇文章报道,全球十大品牌的经济价值总和已经超过了410亿美元,而亚洲7强的品牌价值也已经超过了70亿美元,加上这些企业天文数字般的股票市值,已经远远超过其拥有的不动产和机器等有体物的经济价值。在我国,家庭财产的组成也在发生巨大的变化,根据2001年的《中国统计年鉴》发布的数据,2000年我国金融机构的城乡储蓄存款余额已经突破6万亿元人民币,人均储蓄存款超过5000元;股票市价总值已接近3万亿元,流通市值逼近1万亿元人民币。

然将成为责任财产中的重要组成部分。另一方面,变现方式的改变也可以使其更适于作为责任财产。比如,股票作为担保物在实现担保权时可以协议折价而避免在二级市场上抛售的过程;一些转让变现有障碍的财产性权利,可以通过其他灵活的方式实现变现,如品牌的特许使用等。可以预见,随着经济的不断发展,特别是新的金融工具的不断出现,现代社会财产性权利在责任财产中的地位将会日益提高。

3. 权利担保的种类

权利作为担保物的方式,可以分为如下两种。一是民法典规定的典型担保方式,如权利的抵押和权利质权制度,另一种为依判例发展起来的非典型的担保方式,主要为权利的让与担保,在英美法上称为诉讼物的按揭。此外,还有具有事实上担保效力的债法上的方式,如抵销。

出于制度构造中的“逻辑本能”,历史上最早出现的权利作为担保物的方式是权利的质押,在罗马法上即有权利质的制度存在。虽然罗马法上的权利质的出现与罗马法上物的观念特征有极大的关系(罗马法将物定义为一切具有财产价值的有体物和权利),但质权制度的存在,为权利质的诞生奠定了制度构造的基础。随后,抵押权的出现,使权利作为担保物有了新的选择,即把权利作为抵押的标的物,如一些用益物权的抵押等。对于土地使用权等具有不动产功能替代作用的权利,将其作为质权或抵押权的标的物在担保的制度构造上存在一定问题。例如,如为土地使用权的质押,依一般质权的原理,必须移转土地的占有,而土地的移转占有对土地所有者来说是相当不便的,从效率角度看也不符合最大化的要求;将土地使用权作为抵押的标的物,在操作层面上(如公示、对抗等要求)没有太大的障碍,但土地使用权的抵押,实际上起到了不动产抵押的功能替代作用,在很大程度上,土地使用权的抵押实际上即为土地的抵押。^① 因

^① 详见本书第三章论述。

此,作为权利质制度,其标的物一般仅限于债权、股权、知识产权等无形财产权利,对于理论上所谓的不动产物权甚至担保物权等财产性权利,作为质权标的物的实际意义并不大。

实务中应用较为广泛的权利担保方式为权利的让与担保。让与担保的形式是在实际交易的不断发展和创新的过程中产生的,理论上曾经出现过很大的争议,但实务的要求相当迫切,特别是在债权人方面,让与担保具有极强的担保力,经过长时期的论争,最终由判例的形式予以确认,并在理论上进行完善。目前的权利让与担保利用率最高的担保物是一般债权,特别是将来债权和应收账款,债权保理的制度在商业交易中也得到广泛的应用。

二、权利质的地位及其困境

1. 质权制度的式微

质权不论在大陆法系还是英美法系均可堪称最古老的担保方式,在我国亦有着悠久的历史。相较其他担保方式而言,它具有设定简单、公示方式明确、实行便利等优点。作为担保债权实现的重要方式,质权因其设定时须将质物移转占有予质权人,相较其他典型担保方式而言,对出质人会产生较强的切实履行债务的心理压力。因此在古代法上质权是最重要的担保方式。

但至近现代以来,质权在担保中的作用及其重要性因其须剥夺设质人对质物的占有和使用这一显而易见的缺点而逐渐让位于抵押权制度。质权制度在大陆法系国家中一般包括动产质权、不动产质权和权利质权三种类型。其中,不动产质权在许多国家几乎已完全消亡,如德国现代民法中即无不动产质权适用的余地;日本民法对不动产质权作用的关注也有转向的趋势。而在现代社会中,对动产质权的适用范围一般仅局限于少数动产,如个人非必须的生活用品(装饰物、首饰等)。质权制度的适用确有缩小的态势。另一方面,除了质权制度本身的缺陷外,现代社会技术的不断进步,使得担保权设定中最为重要的因素——公示问题——有了替代的解决途径,担保权人不必再通过现实的占有来作为物权公示的途径,而可以通过集中

和统一的登记方式使第三人能够了解担保权设定的情况,从而避免“秘密物权”对交易安全的威胁。这也是质权制度退居为次要担保方式地位的另一重要原因。此外,质物一般是价值不很高的非必须的生活用品,在信用体系逐渐完善的现代社会,融资人完全可以通过信用制度本身进行无担保物的信用融资来满足其迫切但数额不大的资金需求,避免履行质权设定和实现时的法定程序,节约交易成本。

2. 民法典中的权利质制度及其困境

如前文所述,权利质权制度实际上在遥远的罗马法时代就已有之。但罗马法时代的权利质权与其说是基于对质权制度的进一步划分,倒不如说是源于罗马法上对物的概念的独特理解。因为既然一切可以视为财产组成部分的东西均为物,则没有必要将质权划分为动产质权和权利质权。可以想象,在一个远不能与现代社会相提并论的时代,权利质权制度的作用是相当有限的。《法国民法典》在对待权利质权的态度上与罗马法颇有几分相似。虽然并未明确权利质权的概念,但在制度设计上仍然基本采用质权的原则,只是对占有的问题似乎更为灵活。降至《德国民法典》的诞生,始出现了当代意义上的权利质权的概念,即以某些财产权利作为质权的标的。虽然对于权利质权的性质曾经出现过大规模的争论,但《德国民法典》将权利质权放在质权一章中,已明确地表明了权利可以作为质权标的的态度。及至后来的继受者,日本、韩国和我国台湾地区都将权利质权作为质权的一部分进行立法。我国大陆地区的《担保法》也规定了权利质权,从内容上看,基本参考了日本和德国的立法。

依物权法定原则,除了法定的不动产使用权的抵押外,权利质是权利担保的惟一方式。在担保权设定上,最具质权特征的要件是质物的移转占有,而对于无形的财产权利来说,如何移转占有成为权利质权制度最大的逻辑障碍。质权制度诞生之初系以动产为担保物,动产的现实占有当然不存在任何问题,因此逻辑上将移转占有理解为现实的占有是顺理成章的。那么,对于无形的财产性权利,现实的移转占有既然为不可能,则以其为担保物时,与其说是质权的设定,

还不如视为权利的抵押,因为权利质的设定在很多情况下是以登记为要件的,仅从这一点看,权利质权与权利抵押的区别已经极为模糊。正是在这个意义上,很多学者将权利质视为一种介于抵押和质权之间的“中间的”的担保方式。换言之,权利质虽然是典型的担保方式,但因为其内核已经变异为抵押的方式,故权利质在民法典中的地位是相当尴尬的。另一方面,从实务角度看,让与担保等非典型担保方式的兴起,已使得权利的让与担保在很多场合成为担保的主要方式,在一些统计数据上也凸现出权利让与担保的优势地位。无怪乎理论界很多人认为,权利质被规定在民法典中,极可能仅为观念构造的结果,而非制度本身的价值。

3. 权利质权的制度价值:有被权利让与担保取代的危险吗?

然而,一个奇怪的现象是,在《德国民法典》之后的近一百年的时间里,几乎所有的大陆法系国家的民法典都规定了与前者相似的权利质制度,难道所有的立法者都忽略了权利质本身的制度价值而仅系从法律的移植和继受出发,简单地“复制”了权利质制度吗?恐怕答案不会这么简单。因此,我们对权利质的研究,应该从其本身的制度价值入手,探讨其与其他权利担保制度,特别是权利的让与担保制度的差异,同时并深入到权利质各具体制度的内部中去寻求是否有权利质的存在基础。

国外的理论研究通过对最为常见的银行金融担保的数据统计中,得出了一些结论。日本官方和学界曾经对银行的担保方式做过统计,发现银行权利让与担保的使用频率甚至已经超过动产担保,从而得出结论认为,权利让与担保已经取代了权利质权成为权利担保的第一选择。^①但上述的统计分析至少有两个问题没有澄清。一是该统计中没有以银行担保贷款的总笔数为分析的基数,以权利让与担保的标的物的比例证明权利质已经被取代在逻辑上是不严密的;

^① 参见[日]《金融机构让渡担保之实情》,金融法务事情 229 号,1960 年,转引自王闯:《让与担保法律制度研究》,第 143 页以下。