

比较法

研究丛书

丛书主编 马克昌

陈本寒 著

担保物权法 比较研究

COMPARATIVE LAWS

担保物权的立法价值取向
担保物权制度的立法定位与体系构建
不动产担保
英美法国家不动产担保的种类及其特点
担保物权的竞合
非典型担保与典型担保的竞合
涉外担保物权的法律适用
物之所在地法原则在动产担保中的运用

全国优秀出版社
武汉大学出版社



比较法

研究丛书

丛书主编 马克昌

担保物权法 比较研究

陈本寒 著

全国优秀出版社
武汉大学出版社



图书在版编目(CIP)数据

担保物权法比较研究/陈本寒著. —武汉: 武汉大学出版社,
2003. 4

比较法研究丛书/马克昌主编

ISBN 7-307-03837-4

I. 担… II. 陈… III. 担保—物权法—对比研究—世界 IV.
D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 027312 号

责任编辑: 郭园园 责任校对: 程小宜 版式设计: 支 笛

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: wdp4@whu.edu.cn 网址: www.wdp.whu.edu.cn)

印刷: 武汉市科普教育印刷厂

开本: 850×1168 1/32 印张: 14.875 字数: 384 千字

版次: 2003 年 4 月第 1 版 2003 年 4 月第 1 次印刷

ISBN 7-307-03837-4/D·529 定价: 26.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购买我社的图书, 如有缺页、倒页、脱页等质量问题,
请与当地图书销售部门联系调换。



陈本寒 1963年12月生，安徽和县人。1985年毕业于武汉大学法律系法学专业，获法学学士学位；1991年毕业于武汉大学法学院民商法专业，获法学硕士学位；2001年毕业于武汉大学法学院国际私法专业，获法学博士学位。现为武汉大学法学院民商法专业副教授、硕士研究生导师、民商法专业博士点指导小组成员，湖北省法学会理事。任职期间，先后主持或参与了国家社会科学基金项目、国家教委博士点基金项目、教育部文科基金项目和司法部课题项目的研究工作。主持编写了《担保法通论》、《商法通论》等五部著作；参与编写了《比较民法学》、《现代物权法专论》等五部著作；在《中国法学》、《现代法学》、《法学评论》、《国际法与比较法论丛》等国家权威和核心期刊上，先后发表了《动物法律地位之探讨》、《财团抵押、浮动抵押与我国企业担保制度之完善》、《买卖标的之再认识》、《担保物权立法价值取向之探讨》、《担保物权的立法定位与体系构建之探讨》、《不动产担保制度比较研究》等论文十六篇。现主要从事物权法研究。

前 言

担保物权制度作为物权制度的一个重要组成部分，在现代经济交往中，对于维护交易安全，降低交易风险，满足融资与投资需求，发挥着其他制度所不容替代的作用，特别是在现代经济以金融制度为核心的情况下，为防范金融风险，各类财产担保在经济交往中更是被频繁使用，各国的担保物权立法也成为物权立法中最为活跃的部分。本书以两大法系具有代表性国家和地区的立法和判例为主线，以典型担保为重点，采用比较分析的方法，对担保物权的价值取向、立法体系、种类、公示、效力、法律适用等问题，进行了全面深入地研究。并在此基础上，就完善我国的担保物权立法，提出了相关的建议。

全书共分七章。

第一章重点分析了传统担保物权立法与近现代担保物权立法在价值取向上的差异，并就支撑两种不同价值取向的附随性理论和独立性理论进行了全面的评析。同时，对我国担保物权的立法价值取向进行了检讨。

作者认为，担保物权立法应当适应我国经济发展对投资的巨大需求，在承认担保物权的保全功能的同时，确认不动产担保的投资功能；在借鉴国外立法例时，应当更多地关注国外立法、判例和学说的发展趋势。担保物权的立法价值取向应通过相应的原则和制度设计来加以保证。

第二章主要介绍了各国学者对担保物权性质的不同认识，以及各国立法对担保物权制度的不同定位和体系设计，并就我国未

来立法中对担保物权的立法定位与体系构建问题，提出了建议。

作者认为，担保物权的立法定位，应当同担保物权的功能设计紧密结合起来。担保物权的体系设计，应当以担保物权的分类标准为依据，严格区分典型担保与非典型担保、普通担保与特殊担保，典型担保中的普通担保在民法典中规定，而典型担保中的特殊担保和非典型担保则应由特别法去解决。

第三章重点阐述了各国在不动产担保的种类设计、登记公示制度和公示效力问题上存在的差异。在此基础上，就如何克服我国不动产担保立法的缺陷，提出了相关的建议。

作者认为，在不动产担保的种类设计上，既要考虑投资功能的需要，承认流通抵押存在的必要性；也要考虑保全债权的需要，适当增加法定担保的种类；同时还应当适应交易实践发展的需要，以特别法的形式，对各类不动产的特殊担保方式作出较为具体的规定。在不动产担保的公示方法上，应当统一采用登记的方法。在不动产担保的效力确定上，应当采用登记要件主义，并承认登记的公信力。对未登记事项的效力，应由法律明确规定，而不允许当事人自由约定。在登记制度的完善问题上，应当实行“四统一”，即统一登记依据、统一登记机关、统一登记效力、统一登记程序。

第四章详细阐述了各国在动产担保的种类取舍、公示方法和效力问题上存在的差异，以及产生这种差异的原因，并就我国立法对于上述问题应取的立场，特别是关于动产抵押和法定担保物权应取的态度，阐述了作者的看法。

作者认为，由于动产抵押制度与动产让与担保制度在功能、设定、公示方法和效力等问题上完全一致，而且让与担保的适用范围远比动产抵押更为广泛，从承认动产抵押国家和地区的实践来看，该制度的实施效果也并不理想，大多数的企业动产担保融资，仍然采用让与担保的形式。因此，应当废除动产抵押制度，以让与担保制度取而代之。同时，应当适当增加法定动产担保的

种类，为特定债权的优先受偿提供法律依据。应当完善我国动产质权公示方法的规定，使之更具可操作性。应当适当扩大留置权的适用范围，修改留置权的行使条件，使留置担保的各方当事人的利益都得到兼顾。

第五章围绕非典型担保中的让与担保制度和所有权保留制度，重点阐述了各国立法、学说和判例在非典型担保的法律构造、设定、公示及其效力问题上的不同观点和做法，并就我国立法对非典型担保应采取的态度和建立我国非典型担保制度应注意的几个问题，阐述了作者的观点和建议。

作者认为，创立非典型担保不宜采用法典化的模式，而应采用判例或特别法的形式。应当对非典型担保的类型和效力作出科学的界定。并借鉴国外经验，努力克服非典型担保的弊端，充分发挥非典型担保的优势。作者主张，在非典型担保的法律构成上，强调让与担保的设定不涉及标的物所有权的转让，而只是担保权人取得担保权，担保权人与担保设定人均拥有对标的物的所有权的期待权，该期待权具有物权效力，应受类似物权的保护。这可以有效防止各方当事人对标的物的不法处分行为的发生。在非典型担保的公示问题上，强调当事人之间的约定，非经登记，不得对抗第三人。这是维护交易安全的重要手段。在非典型担保的实行方法问题上，采用归属清算型或拍卖清算型的方法，禁止流质清算方式的采用，这是维护各方当事人利益的有效做法。

第六章主要围绕各类典型担保之间、典型担保与非典型担保之间的竞合效力问题，分析了各国立法或判例的不同规定和解释。在阐述担保物权竞合效力基本理论的基础上，针对我国担保物权竞合立法不完善之处，提出了相应的立法和修改建议。

作者认为，立法应当明确处理担保物权竞合效力应遵循的一般原则。即在处理约定担保物权的竞合效力问题上，应当依担保物权的公示与否和公示的时间先后，来确定担保物权的受偿顺序。公示在前的担保物权应当优先于公示在后的担保物权；已公

示的担保物权应当优先于未公示的担保物权；同时公示的担保物权应当处于同一顺位，按照各自担保的债权比例受偿。在处理法定担保物权之间，以及它与约定担保物权之间的竞合效力问题上，应当基于公共利益的需要和社会正义的角度，来决定两者的受偿顺位。在处理非典型担保与典型担保竞合效力的问题上，应当区分两种情况来处理：一是非典型担保与约定的典型担保发生竞合时，适用约定典型担保之间竞合效力的规定；二是在非典型担保与法定典型担保发生竞合时，则应以非典型担保的条件成就时间和法定典型担保的实行时间来确定两者是否发生竞合，以及竞合后的效力。应当修改我国有缺陷的立法和过于绝对的司法解释，弥补立法真空，为各方当事人提供公平的法律保障，为司法实务提供具体的操作规范。

第七章在介绍各国关于涉外物权法律适用的立法和学说的基础上，阐述了物之所在地法原则在担保物权法律适用问题上的运用，并对我国学者起草的《中华人民共和国国际私法》（示范法）的相关条文进行了评析，就如何完善我国涉外担保物权的法律适用问题，阐述了作者的观点。

作者认为，我国立法应当对涉外动产担保的法律适用的一般原则和例外情况作出明确的规定。处理涉外担保物权纠纷原则上应当适用物之所在地法，但对于动产担保物权纠纷，也可作出例外规定。对于非典型担保的法律适用问题，作者认为，涉外让与担保纠纷，在确认该行为是否有效的问题上，应当适用设立让与担保行为的行为地法；在确认担保物上各担保权的受偿顺序问题上，则应适用法院地法。在涉外所有权保留买卖纠纷中，其适用的法律可以依当事人的协议而确定，在当事人对适用法律问题没有约定的情况下，应当适用目的地国家的法律。

目 录

前 言	1
第一章 担保物权的立法价值取向	1
第一节 传统担保物权的立法重心	2
一、罗马法担保物权的立法重心	2
二、日耳曼法物的担保制度的立法重心	10
(一) 日耳曼古质 (Aeltere Satzung)	11
(二) 日耳曼新质 (Jungere Satzung)	15
三、早期英国法财产担保的重心	18
第二节 近代担保物权的立法价值取向	23
一、大陆法系国家担保物权立法的价值取向	23
(一) 法国法——担保物权的附随性理论	24
(二) 德国法——不动产担保的独立性理论	36
二、近代英美法国家财产担保制度的价值取向	55
第三节 现代担保物权立法的价值取向	58
一、瑞士法——对德国法的承继	58
二、日本法——附随性缓和理论	63
(一) 日本担保物权立法是对法国法的承袭	63
(二) 日本不动产担保立法承袭附随性理论的原因	65
(三) 日本附随性缓和理论的含义及对立法和实务的影响	67
(四) 附随性缓和理论存在的弊端	71
三、现代英美法国家财产担保制度的价值取向	74

(一) 英国法	74
(二) 美国法	77
第四节 旧中国担保物权立法的价值取向	80
一、旧中国担保物权的立法重心	80
二、我国台湾地区的现行司法实务和 学说对附随性原则的缓和理解	84
第五节 新中国担保物权立法价值取向之检讨	88
一、我国现行担保物权制度在价值取向上存在的问题	88
二、我国学者对担保物权立法价值取向的主张	96
三、对我国担保物权立法价值取向的几点思考	98
 第二章 担保物权制度的立法定位与体系构建	106
第一节 关于担保物权性质的争议	106
一、债权说	107
二、物权说	111
三、中间权利说	116
第二节 担保物权的立法定位	122
一、法国式	122
二、德国式	125
第三节 担保物权制度的体系构建	129
一、民商分立式	129
二、民商合一式	135
第四节 旧中国担保物权制度的立法定位和体系	135
一、旧中国担保物权的立法定位	135
二、旧中国担保物权的立法体系	138
第五节 我国现行担保物权的立法定位 和体系构建之检讨	139
一、新中国担保物权的立法定位	139
二、新中国担保物权的立法体系	145

三、对我国担保物权制度立法定位和体系构建问题的思考	146
(一) 我国学者对担保物权立法定位和体系构建问题的看法	146
(二) 对我国担保物权立法体系构建问题的几点思考	149
第三章 不动产担保	157
第一节 不动产担保的种类和特点	157
一、大陆法系国家不动产担保的种类及特点	157
(一) 不动产抵押权	158
(二) 不动产质权	168
(三) 不动产优先权	172
(四) 不动产留置权	175
(五) 土地债务和定期土地债务	176
二、英美法国家不动产担保的种类及其特点	184
(一) 按揭 (Mortgage)	184
(二) 财产上负担 (Charge)	192
(三) 不动产留置权 (Eguitable Lien)	195
第二节 不动产担保的公示制度	196
一、不动产担保登记的性质和机关	197
二、不动产担保登记的内容	202
三、不动产担保登记的程序	210
第三节 不动产担保公示的效力	221
一、大陆法系国家关于不动产担保登记效力的不同立法例	221
二、英美法国家关于不动产担保登记效力的规定	228
三、公示对未登记事项的效力	232
第四节 特殊不动产担保	257
一、共同抵押	257
二、最高额抵押	262
三、所有人抵押	270
第五节 我国不动产担保制度之检讨	275

一、我国不动产担保立法存在的缺陷	275
二、完善我国不动产担保制度的几点思考	284
第四章 动产担保	295
第一节 动产抵押权	296
一、有关国家和地区对动产抵押的态度	296
二、动产抵押的公示及效力	302
三、动产抵押的标的物	307
第二节 动产质权	311
一、动产质权的种类	311
二、动产质权的公示	314
三、动产质权的效力	318
第三节 动产留置权	326
一、各国立法对留置权性质的不同认定	326
二、各国立法对动产留置权成立要件的不同要求	331
三、各国立法对动产留置权行使要件的不同规定	338
第四节 动产优先权	341
一、各国立法对优先权性质的不同认识	341
二、动产优先权的适用范围	345
三、动产优先权的效力	346
第五节 我国动产担保立法之检讨	349
一、我国现行动产担保立法存在的问题	349
二、完善我国动产担保立法的几点设想	355
第五章 非典型担保	359
第一节 让与担保	360
一、让与担保在主要国家和地区法制中的演进	360
(一) 德国让与担保制度的演进	361
(二) 日本让与担保制度的演进	362

二、各国关于让与担保法律构造的判例和学说	364
三、让与担保的设定	372
四、让与担保的效力	374
第二节 所有权保留	381
一、所有权保留制度在主要国家和地区法制中的演进	381
二、所有权保留的性质和特点	384
三、所有权保留的设定	387
四、所有权保留的效力	390
第三节 建立我国非典型担保制度的法律思考	401
一、我国立法对非典型担保制度应取的态度	401
二、建立我国非典型担保制度应注意的几个问题	403
 第六章 担保物权的竞合	 408
第一节 优先权与其他担保物权的竞合	408
一、优先权与抵押权的竞合	409
二、优先权与质权的竞合	410
三、优先权与留置权的竞合	411
第二节 抵押权与其他担保物权的竞合	413
一、抵押权与质权的竞合	413
二、抵押权与留置权的竞合	415
第三节 质权与其他担保物权的竞合	417
一、质权相互间的竞合	417
二、质权与留置权的竞合	419
第四节 非典型担保与典型担保的竞合	420
一、让与担保与典型担保的竞合	420
二、所有权保留与典型担保的竞合	423
第五节 完善我国担保物权竞合立法的法律思考	427
一、我国担保物权竞合立法存在的缺陷	427
二、完善我国担保物权竞合立法的几点建议	431

第七章 涉外担保物权的法律适用·····	434
第一节 涉外物权法律适用的一般原则·····	435
一、一般原则的演变·····	435
二、一般原则的适用范围·····	438
三、一般原则适用的例外·····	439
第二节 物之所在地法原则在动产担保中的运用·····	441
一、典型动产担保的法律适用·····	441
二、非典型动产担保的法律适用·····	445
第三节 对我国涉外担保物权法律适用立法的评价·····	448
一、我国涉外担保物权法律适用立法存在的缺陷及其原因·····	448
二、对我国《国际私法》(示范法)相关内容的评价·····	451
主要参考文献·····	454
后 记·····	462

第一章 担保物权的立法价值取向

担保物权作为民法物权制度的重要组成部分,自罗马法以来,就一直受到大陆法各国立法者的高度重视。特别是20世纪以来,“为适应市场经济活动融通资金的需要,担保物权制度甚为发达,其重要性远超过用益物权”。^①这不仅表现在担保物权的标的范围不断扩大,一切财产皆得为担保物权的客体,而且表现在担保物权的种类和方式日益增多。特别是最高额抵押、所有人抵押、财团抵押、假登记抵押、最高额质权、让与担保等诸多新型担保方式的广泛采用,不仅突破了传统法典化的立法模式,形成了一个以民法典中担保物权制度为核心,以有关担保的民事特别法为骨干的庞大的担保物权法体系,而且新型担保方式在具体规则设计上也有别于传统担保物权,愈来愈强调担保物权的独立性和流通性,以体现担保物权的投资功能,这就对传统的担保物权理论提出了严峻的挑战。

在英美法国家,虽然没有“民法”这一概念,也没有民法典的存在,但有关财产担保的制定法和判例却广泛存在于英美的财产法和契约法当中,只不过称谓上有所差异而已。大陆法上的担保物权(法 *droit reel de garante*; 德 *Verwer tungsrecht*),英美法上常以担保权益(*Secured interest*)来表达。^②虽然传统上受日耳曼法和罗马法的共同影响,英美法的物权担保通常包括四种形

① 王泽鉴:《动产担保交易法30年》,载《民法学说与判例研究》(第8册),中国政法大学出版社1998年版,第279页。

② 郑玉波:《民法物权》,台湾三民书局1978年版,第195页。

式：按揭（Mortgage）、财产上负担（Charge）、质押（Pledge）和留置权（Lien）。^①但随着商品交易的日益复杂化，新型担保方式也在不断涌现，其中20世纪以来被广泛采用的浮动担保（Floating Charge）和最高额按揭（Maximum amount Mortgage）就是其典型代表。上述新型担保方式的采用，同样对英美法的担保理论产生了巨大的冲击，虽然这种冲击不会带来英美立法体制的变化，但在类似案件的判决中，形成观点迥异的判例却时有发生。

面对两大法系在担保物权制度上的一系列变化，我们不得不思考这样一个问题：产生这些变化的原因是什么？传统担保物权立法的重心在哪里？价值取向是什么？在高度发达的市场经济条件下，如何使担保物权制度的立法取向符合现代经济发展的需要，而不致成为制约经济发展的“法律瓶颈”？研究上述问题，并从中找出规律性的东西，对于完善我国的担保物权立法，无疑具有十分重要的意义。本章主要讨论五个问题：一、传统担保物权的立法重心；二、近代担保物权立法的价值取向；三、现代担保物权立法的价值取向；四、旧中国担保物权的立法价值取向；五、对我国现行担保物权立法价值取向之检讨。

第一节 传统担保物权的立法重心

一、罗马法担保物权的立法重心

若就单个的物的担保方式而言，可能并非始于罗马法，^②但

① 许明月：《英国法上的不动产按揭》，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第11卷），法律出版社1999年版，第276页。

② 意大利罗马法学家彼德罗·彭梵得教授就认为，罗马法上的抵押制度是受希腊法制影响的结果。请参阅〔意〕彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社1992年版，第242～243页。我国罗马法学者周树教授亦持相同观点。请参阅周树：《罗马法原论》（上册），商务印书馆1996年版，第394页。

就整个担保物权体系的形成而言，则应归功于罗马法的功劳，此为学术界之共识。在罗马法上，担保物权被称为“实物担保”，它本身是为弥补人保的不足而逐渐形成和发展起来的。在古典法时代，实物担保的典型形式，除属于公法领域的“地产抵押（*Praedictura*）”外，还有私法领域的信托（*Fiducia*）、质权（*Pignus*）和抵押（*Hypotheca*）三种担保方式。就私法领域的三种担保方式而言，在罗马法上也不是同时出现的，而是经历了一个由信托——质权——抵押权的漫长发展历程。

信托制度产生于罗马法幼稚时期。^① 它是指当事人一方用市民法规定的要式买卖（*Mancipatio*）或拟诉弃权（*Cessio in jure*）的方式，将要式物的所有权形式上转移给当事人另一方，但仍保留对要式物的占有；另一方凭信用，在约定的条件成就时，将该要式物的所有权返还给原物的所有人。在罗马法上，信托是一种相当普遍的制度，它并不是专门用于担保债权的目的。借用、寄托、担保甚至夫权的取得、奴隶的解放和遗产的继承等都广泛采用信托方式。^② 不过，以信托方式来担保借贷债权的实现乃为其主要功能。虽然在担保债权实现方面，信托制度发挥过积极的作用，但由于该制度自身存在着难以克服的缺陷，从而最终走向衰落。这些缺陷概括说来有以下三点：

（1）由于主债务清偿前，担保物的所有权已经转移给债权人，如果债权人背信弃义，将担保物转让给第三人，则债务人只能依照罗马法的规定，提起“信托之诉”，而不得提起“物件返还之诉”以追回原物。在债权人破产的情况下，由于担保物的所有权已属债权人所有，因而将被纳入破产财产范围，用于清偿债

① [意] 彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社 1992 年版，第 341 页。

② [意] 彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社 1992 年版，第 341 页。