

中国法定担保的 类型配置研究

蔡 斌/著



ZHONGGUO FADING DANBAO DE
LEIXING PEIZHI YANJIU



人 民 出 版 社

中国法定担保的 类型配置研究

蔡 斌/著



 人 民 出 版 社

责任编辑: 刘海静 江小夏

封面设计: 石笑梦

责任校对: 夏玉婵

图书在版编目(CIP)数据

中国法定担保的类型配置研究 / 蔡斌 著. — 北京: 人民出版社, 2018.12

ISBN 978-7-01-020036-1

I. ①中… II. ①蔡… III. ①担保法—研究—中国 IV. ①D923.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 262104 号

中国法定担保的类型配置研究

ZHONGGUO FADING DANBAO DE LEIXING PEIZHI YANJIU

蔡 斌 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京市东城区隆福寺街 99 号)

环球东方(北京)印务有限公司印刷 新华书店经销

2018 年 12 月第 1 版 2018 年 12 月北京第 1 次印刷

开本: 710 毫米 × 1000 毫米 1/16 印张: 23

字数: 325 千字

ISBN 978-7-01-020036-1 定价: 45.00 元

邮购地址 100706 北京市东城区隆福寺街 99 号

人民东方图书销售中心 电话 (010) 65250042 65289539

版权所有·侵权必究

凡购买本社图书, 如有印制质量问题, 我社负责调换。

服务电话: (010) 65250042



青岛市双百调研工程资助项目

青岛农业大学人文社会科学研究基金资助项目

青岛农业大学高层次人才科研基金资助项目

自序

法定担保是以保障特种债权优先受偿为目的、依法直接设立的物的担保权利，具有法定性、政策性、秘密性和优先性的特征。

本书将法定担保作为上位概念，以其法律构成、基本特征、正当性基础、配置意义、演变轨迹等为铺垫，结合相关理论原理和司法实践经验，提出法定担保类型配置的内外标准和法政策的评价基准与立法框架，作为相关法定担保类型配置的参考，为中国各类权利的配置、整合等研究和探讨提供一个基本的框架，以解决实践中存在的难题。

本书从法定担保体系的整体构建出发，以相关跨学科基本理论作为铺垫，从中提炼出其共性和统一的配置标准，对法定担保类型进行立体化配置，以期构建多角度、多层次的法定担保体系。为了使立法体系更具协调性、司法续造更具规范性，本书还将以立法规范与相关领域的联动性为视角，对法定担保的相关理论进行深入剖析，结合相关司法实践，运用利益衡量的方法，对学术理论进行检视，同时超越现有的研究范围，对中国金融实践中出现的法定担保类型加以剖析，以确定是否可对现有的法定担保类型进行法定扩张，最终达到法定担保类型化配置的目的。

依据类型化思维界定，法定担保可形成开放式的权利体系。法定担保遵循矫正正义的价值理念，保障了特种债权的实现，体现了民法的人文关

怀。法定担保是有别于约定的破除债权平等性的法定方法之一，立法中有必要对之加以特别调整。

从国外法定担保的历史流变、现有状况以及未来趋势中，可以提炼出其中法定担保类型配置的基本标准，为中国对相关权利的取舍提供参考。在古罗马时期，法定质权（法定抵押权）和以恶意抗辩权形式存在的留置机制并未形成独立的法定担保体系。在近代大陆法系中，法定担保形成了法国统一的立法模式与德国非统一的立法模式。英美法系法定担保的立法模式与德国法类似。其中，“lien”“preference or priority”“hypothecs or hypothecation”“tacking”及“charge”等发挥了与大陆法系中法定担保类似的功能。在现代，为顺应担保制度的发展和立法政策的调整，依担保功能优化、公示规则完善、动产担保发展和担保结构形态转换等要求，各国通过立法改革或司法续造，将原有的法定担保类型进行了扩张与调整。为解决司法适用中的困惑、平衡当事人的利益以及支持特殊行业的发展，两大法系的法定担保类型出现了立法扩张趋势。在经济发展和立法改革和理论革新的推动下，原有分立的两类规范模式出现了明显的融合趋势。这种融合主要表现在公示规则的立法模式、特种债权保护方式、国家金融干预规则、动产担保国际化的规范及留置权效力等领域。

通过分析法定担保类型配置的本源理论及追踪其历史发展、立法改革与司法续造轨迹，可以发现法定担保类型配置中遵循了一定的标准，影响着各国法定担保的类型配置选择。这些标准构成了由外而内的双层结构。外在标准是指法定担保的立法逻辑与立法框架。依担保的法律构成与特种债权保护模式不同，法定担保被划分为各种类型；依发挥担保功能媒介的不同选择和权利体系和谐的需要，法定担保被分别纳入物权或债权体系；依体系内固有理论的引导和体系外制度功能的协调，可选择不同的法定担保规范模式。内在标准是指法定担保类型配置内在因素的构成体系。具体包括法定担保的主体身份选择及依“实质认定”原则的主体范围界定；法

定担保客体的类型、范围及一般法定担保客体的划分依据；作为担保范围的特种债权选择的理由、理由的衡量标准和决定因素以及限定担保具体范围的标准和界限。

法定担保类型配置中存在着“正义”与“效率”法政策价值衡量。“父爱主义”观念和“身份连带”关系中的正义价值导向，要求法定担保类型配置应避免过多的国家干预，进行类型限制或功能分担。市场经济发展对效率价值的追逐，要求法定担保类型配置就担保功能和担保客体的变化做出应对。无法适应这一趋势的法定担保应被限制或调整。从效率评价基准看，移转占有型担保向非移转占有型担保再至权利移转型担保演进，呈现了效率价值的正向提升趋势。在法定担保类型配置的立法框架选择上，为实现法政策的正义与效率价值双赢，应当融合商法化民法和商法立法的理论，兼采修正的市场性决定，并与各种替代功能制度共同发挥作用。

本书依立法论和解释论两条线路对中国现行立法的法定担保类型加以剖析，分类总结各种法定担保类型及现象，分析其中存在的问题及成因，作为对中国法定担保进行类型配置的必要性前提，继而对学者提出的法定担保配置方案进行对比分析，总结出适应中国国情的法定担保配置标准。

在中国，法定担保的立法存在类型缺失与规则冲突的问题。这些问题，给司法实践的适用造成了诸多难题，或是规范不足，或是无法可依。为此，学界设计出优先权配置与法定抵押权配置两种方案，对中国法定担保进行类型配置。在权衡各种方案的利弊之后，本书以法定担保类型配置的外在标准与法政策价值评价基准为依据，提出了多元的法定担保类型配置调整方案。该方案中法定担保类型分别由债务人一般财产之上的一般优先权、特定不动产之上的法定抵押权、特定动产之上的特别优先权和民事与商事留置权组成。从客体 and 客体范围的角度看，该方案融合了学界两种方案的优点，维护了物债二分的权利体系，提高了非移转占有型法定担保规范的实用性和效率性，并顺应了两大法系规范模式融合的趋势。从法定

担保的内外标准出发，结合司法实践问题和参考国外立法例，本书分别提出可增设、调整与需斟酌的法定担保类型。依法定担保类型配置的内在标准和法政策基准，应在中国法律体系内分别增设、调整相关类型。其中应增设的一般优先权类型包括共益费用一般优先权、丧葬费用一般优先权和存款保险机构一般优先权；应增设的特别优先权包括买卖价金优先权、贷与资金优先权；应增设的留置权包括代理商、行纪人、运输承揽人留置权和民用航空器留置权；此外，应斟酌劳动报酬债权优先权内容的调整、税收债权优先权的客体区分与功能替代以及建设工程价款优先受偿权的法定抵押权改造。最终通过对法定担保类型的增设、调整与斟酌考量，在修正的商法化民法框架中构建多元的法定担保类型配置体系。

目 录

自 序	1
绪 论	1
第一章 法定担保类型配置之本源理论	15
第一节 法定担保的法律本质分析	15
第二节 法定担保的正当性分析	37
第三节 法定担保类型配置的必要性分析	56
本章小结	65
第二章 法定担保类型配置之历史嬗变：类型形成与模式分化	66
第一节 古代法定担保类型萌芽与体系初构	66
第二节 近代法定担保类型形成与模式分化	72
本章小结	104
第三章 法定担保类型配置之现代发展：类型调整与模式融合	105
第一节 现代担保制度与法定担保类型的调整	105
第二节 立法理由考量与法定担保类型的整合	125

第三节 现代法定担保规范模式的融合趋势·····	140
本章小结·····	144
第四章 法定担保类型配置之标准选取：外在标准与内在标准·····	150
第一节 法定担保类型配置之外在标准·····	150
第二节 法定担保类型配置之内在标准·····	173
本章小结·····	205
第五章 法定担保类型配置之法政策考量：评价基准与立法框架·····	208
第一节 法政策与法政策学方法论·····	208
第二节 从身份到契约再到身份的运动：正义驱动下 法定担保类型配置的应对·····	212
第三节 从商品经济到市场经济的变迁：效率主导下 法定担保类型配置的应对·····	220
第四节 法定担保类型配置的立法框架： 正义与效率的双赢选择·····	231
本章小结·····	234
第六章 中国法定担保类型配置之完善：模式抉择与类型权衡·····	236
第一节 中国法定担保之历史梳理·····	236
第二节 中国法定担保之现状概述·····	240
第三节 中国法定担保类型配置之必要性考量·····	259
第四节 中国法定担保类型配置：基于外在标准的 模式抉择与立法定位·····	262
第五节 中国法定担保类型配置：基于内在标准的 增设、调整与斟酌·····	294

结 论·····	338
参考文献·····	341
后 记·····	356

绪 论

一、问题的提出

法定担保是相对于约定担保而言，基于法律的规定而非当事人约定直接成立并发生效力的担保方式。各国立法中或因应社会公平正义、国家政策，或基于客观事实需要，为强化保障某些特定权利或利益的实现，多采取设定法定担保破除债权平等性，使该特定权利或利益只需符合法律规定的条件或原因，即当然产生一定的优先效力。早在罗马法时期，以法定质权面目出现的法定担保，即以破除债权平等性方式实现保护弱势群体和社会公益、维护公平正义的目的。其中法定担保所蕴含的理念和宗旨被后世各国或沿袭，或扩充，或演绎，制度内容、性质、效力不断变化，逐渐表现为形态各异的规范模式，不仅具体类型繁多，名称各异，而且类型组合和立法架构也是纷繁复杂，令人眼花缭乱。

从立法模式看，法国法虽形式上表现为优先权与法定抵押权二元的法定担保模式，但与德国法中法定质权与法定抵押权并存的模式不同，其实质应为统一的优先权法定担保模式；意大利法虽表现为统一优先权法定担保模式，但具体优先权内容与安排和同样模式下的法国法不同；日本、瑞士、中国台湾地区除规定了对特殊债权优先保护的优先权外，还规定了法

定抵押权、留置权，构成了三元的法定担保模式。但在此三元模式中，日本法更多模仿了法国法上优先权制度、瑞士法则更青睐于德国法中的法定抵押权，不仅各自法定担保的具体安排不同，且同一类型法定担保所涵盖的范围也有别。但是，从形式上来看，法定担保类型模式可分为以法国法为首的统一立法例和以德国法为首的非统一立法例。

从立法角度看，有的国家从物权的角度出发，或在民法典中明确规定了作为法定担保制度，如日本、比利时、荷兰等；有的国家在民法典中将优先权进行了分散规定，如瑞士；有的国家在债法或破产法中将之作为债权的特殊效力或者特别债权的优先受偿顺序予以规定，如德国、美国、英国等；有的国家则将法定担保作为权利保护方法，不明确其权利属性，而予以统一规范，如意大利。

从立法名称看，在不同立法中，出现了名称不同但含义相同或类似的法定担保，或对相同名称的法定担保做出不同解释的复杂现象。法国法上的优先权在其他国家被作为不同的权利加以对待，如德国法、瑞士法中的法定质权，中国台湾地区和英美法国家的留置权或衡平法、成文法中的“lien”，瑞士法和中国台湾地区的法定抵押权等。而同称为留置权，在德国指拒绝给付的抗辩权，瑞士、日本和中国台湾地区分别指民事留置权、商事留置权与特殊留置权，英美法中的“lien”含义更为广泛，难以被大陆法中的留置权所涵盖。

从立法改革趋势看，以上各国在立法的改革过程中，对原有法定担保类型的革新态度也不一致。有的国家锐意改革，大胆扩展法定担保涵盖的范围，或增加新类型；有的国家声讨不断，不得不对法定担保进行调整，甚至缩减其范围；有的国家谨慎万分，即便实践中呼声颇高，仍按兵不动；有的国家小心求证，仅做小范围的补缀修葺。

由于立法模式的千差万别，学界对法定担保中各类型的性质与内容规定的差异性及其产生缘由进行了广泛的研究，产生了各种学理论争，诸子

百家，众说纷纭。令人们困惑的是，为达到破除债权平等性目的，发挥保护特定权利或利益实现，维护社会公平、正义，保护弱者权益的相同或类似功能，以上各国、各地区设置不同类型法定担保的基准是什么？为何在同一法系不同地区采取了不同的发挥类似功能的制度？这些不同制度之间的共性与差异何在？为何有的地区在对法定担保体系构建时要改弦易辙、另辟蹊径，有的地区则保守成见、一成不变？不同的立法态度其背后的根源是什么？

在中国民法典即将形成之际，由于立法中尚未构建成熟完善的法定担保体系，学界各方就中国现有及应有的法定担保类型及各类型应如何取舍、配置，争论旷日持久，意见不一。中国在法定担保中对特种债权保护方面，是采用法国法的优先权一元模式，还是德国法中的二元模式？尤其是如何设置非移转占有型法定担保，关系到中国现有法律中各类冠以“优先权”“优先受偿权”规定的定性和定位等在他国名称各异、功能雷同的权利规定，也关系到此类非移转占有型法定担保子类型的取舍。而动产担保中各类非典型担保的发展，也对立法提出了能否进行法定扩张适用的需求。

此外，就移转占有型法定担保而言，尽管中国立法已规定了留置权，但对中国《物权法》第二百三十一条中的商事留置权与民事留置权应如何进行安排，以及中国是否还需规定国外立法中的相关特别留置权等类型尚无定论。学界对法定担保的探讨尽管已有时日，但多数仅针对其中的某个理论问题进行，较为凌乱、分散。从系统构建法定担保体系的角度进行的研究，缺少对制度构成中的内在和外在原因的综合探讨，而从现代担保发展的角度进行的论证，则少之又少。对中国司法实践中暴露出的诸多法律适用难题，亟待提出全新的解决方案。中国立法中法定担保应具体包括的类型，各个类型在立法中如何进行的具体安排和组合，是通过法定担保破除债权平等性，进而实现对特定权利或利益的保护目的的前提条件。此外，法定担保的类型构成及其配置模式，对构建中国法定担保体系，完善

民法典中的民事权利体系，也具有重要意义。

二、国内外研究现状

（一）国内研究现状

关于法定担保，中国学界的研究兴趣一直高热不断，尤其在物权法起草与制定过程中，更是达到了白热化的程度。相关研究主要围绕着优先权与留置权两种权利展开。

首先，学者就优先权的性质，形成了特种债权优先受偿说、特殊效力说、清偿顺序说、担保物权说和准担保物权说等不同的观点。此中分析的路径也是多种多样，如以立法中某类优先权为对象进行研究，如围绕着中国《合同法》第二百八十六条所规定的权利性质的研究，形成了优先权、法定抵押权、法定留置权等多种不同观点。

关于如何对待优先权立法模式，中国学者主要探讨了立法中是否应当引入优先权制度。若设立，是采纳法国法的一元优先模式还是德国法的二元模式或其他模式？若不设立，如何在现有立法中进行调整或完善等方面展开？与优先权相关的替代制度研究，学界多从法定抵押权、法定质权的角度分析其对优先权的功能替代。有学者介绍了法定抵押权制度的源起及其发展演化，设立的基础及类型和公示方法，但并未详细说明何以法定抵押权可替代优先权之功能，其与优先权的区分点何在。^①也有学者直接将现行立法的建设工程优先权认定为法定抵押权，法定质权被认为是动产特别优先权的代替。^②此外，关于优先权，学界还就其具体种类取舍、优先权的基本功能、优先权的概念辨析、优先权的名称界定等问题展开了研讨。

① 参见李建华、董彪：《我国法定抵押权制度的若干立法构想》，《当代法学》2006年第2期。

② 参见梁慧星：《合同法第二百八十六条的权利性质及其适用》，《山西大学学报（哲学社会科学版）》2001年第3期。

其次,就留置权的性质分析与概念界定,学界将留置权或者与同时履行抗辩权、抵销权等类似权利进行对比,或者将留置权分为债权性留置权和物权性留置权,再对其具体性质详加分析,并进行了不同的名称界定。而就留置权的适用范围,在《物权法》颁布后,多有学者认为该法扩大了留置权的适用范围,使其及于合同之债、侵权之债、无因管理之债和不当得利之债,突破了以往中国民法将留置权限制在某些特定合同之债的做法^①。学者普遍赞同,在担保法中严格控制留置权的适用范围的做法不再适应市场经济体制已经初步建立的今天,应当扩大留置权的范围。但对具体适用范围仍存争议。如有学者提出留置权的适用范围应采扩张性的法律制度设计,提出“留置的权利”概念^②。也有学者认为留置权适应范围不仅应包括法定之债和约定之债,还应扩展至基于营业关系所生的同一法律关系之债甚或同一生活关系之债等。^③关于留置权的成立要件,学界主要对留置权是否可善意取得、牵连关系的解释等问题进行了探讨。有学者认为,债权人对债务人的动产占有,不限定为债务人所有,而在非债务人所有动产上可成立无须债权人“善意”的留置权^④;有学者进一步提出,留置权能否善意取得与对留置财产的解释直接相关,这属于伪命题。^⑤多数学者赞同设立留置权善意取得制度,但也有人提出应区分不同情况,将不适用善意取得作为原则,而将适用作为例外。^⑥关于留置权适用中的“牵

① 参见王彦斌:《留置权的优先受偿效力对其适用范围的影响》,《黑龙江政法管理干部学院学报》2009年第3期。

② 参见董学立:《论我国留置权的适用范围》,《山东大学学报(哲学社会科学版)》2004年第4期。

③ 参见李国际:《物权法原论》,法律出版社2007年版,第253—254页。

④ 参见刘保玉:《留置权成立要件规定中的三个争议问题解析》,《法学》2009年第5期。

⑤ 参见李迪昕:《留置权善意取得之否认》,《学术交流》2011年第11期。

⑥ 参见刘佳:《论我国留置权善意取得问题》,《东南大学学报(哲学社会科学版)》2009年第S1期。

连关系”，多数学者认为中国学理和司法解释一直坚持的“同一合同关系”的判断标准，存在一定的问题，应将之解释为“同一法律关系”“同一生活关系”或其他范围。学者们认为，《物权法》第二百三十一条的但书以对一般留置权成立要件中，“同一法律关系”做出例外规定的形式创制了中国法上的商事留置权制度。^①但对商事留置权的态度，学界观点阵营分立，针锋相对。对于商事留置权的成立要件和具体适用规则尚待进一步探讨和明确。

（二）国外研究现状

国外学界对法定担保的研究主要围绕着各类法定担保的起源、性质、种类构成等方面展开。

德国学者 K. 茨威格特和 H. 克茨、意大利学者彼德罗·彭梵得、法国学者巴里·尼古拉斯、日本学者近江幸治和漱川信久等对罗马法上对后世优先权制度影响较大的嫁资制度和监护制度进行了考证，同时研究了罗马法中形成的一般与特定法定抵押制度。

各国学者对法定担保的性质看法不一，其分歧聚焦于优先权的性质。有的认为优先权应具备统一的性质，有的则认为应区分具体的优先权类型分别予以界定。优先权的不同的性质被大致分为债权性与物权性优先权。但鉴于各国立法与各国学者对发挥同样或类似功能权利的称谓不同，对优先权的研究常不属于同一语境，其研究成果也较难进行有效对比。如三瀨信三认为，虽然表面上赋予优先权是源于其债权的性质，但法律提供这种特别的保护最终是出于特定产业的成长或特定领域的安全的考虑^②，由是，日本法中的优先权仿照了法国法的优先权，不同于罗

^① 参见郑强：《论我国〈物权法〉上的商事留置权》，《政治与法律》2008年第10期。

^② 参见〔日〕三瀨信三：《物权法提要》，孙芳译，中国政法大学出版社2005年版，第243—244页。