

担保物权功能论

经济社会发展是担保物权制度不断演进的内在动力。研究担保物权制度的发展，必须从社会经济发展与演进中发现规律，即从社会经济发展在担保领域提出怎样的需求入手，去捕捉到制度形成及演进的真正原因。法律孕育于社会，是从社会生活中不断流淌出来的。法律制度的生长多依社会对法律功能的需求为据。担保物权制度是整个信用制度的一个组成部分，本书将担保物权制度放入动态的信用体系中去考察，以便深入解释担保物权发生功能的机理。

徐洁◎著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

D923.24/27

2006

担保物权功能论

徐洁◎著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

担保物权功能论/徐洁著. —北京:法律出版社,
2006.12

ISBN 7-5036-6816-4

I. 担... II. 徐... III. 担保—物权法—研究—中
国 IV. D923.24

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第132276号

© 法律出版社·中国

担保物权功能论

徐洁著

责任编辑 刘文科 刘伟俊

装帧设计 李 庸

开本 A5

印张 13.25 字数 331 千

版本 2006年12月第1版

印次 2006年12月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 法学学术出版社

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

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-6816-4/D·6533 定价:30.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

理论研究贵在创新,而创新并不意味着一定是抛弃传统或推翻传统,创新往往是或者大多是在透彻地分析解剖传统,恰当地选择借鉴传统的基础上,提出符合现实或未来社会需要的新观点新理论,为现实或未来社会的需要寻找新路。本书作者正是沿着这一途径开展对“担保物权功能”的研究的。四年前,当本书作者选择《担保物权功能论》作为其博士论文题目时,笔者欣然同意并给予鼓励和支持;两年后这篇博士论文通过答辩并获得“优秀”评价,笔者作为导师感到十分欣慰。但作者并未满足于答辩成绩,又经两年的修改润色,使本书成为这一研究领域的一部精品,这种严谨的治学态度也是值得提倡的。

作者通过对担保物权演进过程的分析,揭示了经济社会发展是担保物权制度发展的内在动力,而现实经济生活对担保提出的功能需求,则是担保制度建立健全的基本依据。作者以充分的论证表明,法律是从社会生活中不断流淌出来的,法律制度的产生多依社会对法律功能的需求为据。作者这些

观点,为制度理论研究开启了新的思路。

对于担保物权在民法中的地位,作者进行了新的探索,作者认为担保物权虽在传统上被称作“物权”,但具有与物权和债权完全不同的性质,在立法中应从“物权编”和“债编”中独立出来,单独成编与物权和债权并列。在此基础上,作者对担保物权立法提出了一套经过深思熟虑的设想,充分表现了作者的理论勇气和创新精神。同时本书的写作结构也是值得称道的,文章的逻辑起点是社会需求,落脚点是制度构建,而功能则既是二者之间的桥梁又是贯穿全文的红线。因此本书逻辑的严密,行文的流畅,主题的鲜明和新意的突出都给人留下深刻印象,对于今后的博士论文写作有重要的参考意义。

上述虽是我为本书作序的情由,也希望对于读者阅读此书有所助益。

李开国

2006年10月10日

内容提要

本书分为导论、上篇、中篇、下篇四个部分。

导论主要阐述了选题意义和研究视角。

本书以担保物权的功能作为研究对象,基于两个方面的考虑:一是当代世界各国经济发展的经验表明,担保物权在促进资金融通、财产流转和保护交易安全诸方面发挥着极为重要的作用,因此深入探悉担保物权制度与社会经济发展之间的关系对于促进我国的社会主义市场经济体制建设具有现实意义;二是我国学界过去的研究多限于对制度本身的“科学构建”上,又往往单纯从理论角度去分析或者从比较法角度评析各国制度的优劣,而对担保物权制度同社会经济发展之间的内在联系研究不多,也未对担保物权的社会功能进行深层次剖析,这使担保物权理论研究的推进缓慢而滞后。

毋庸置疑,经济进步促进了担保物权制度的发展,经济社会发展是担保物权制度不断演变、发展、成长的内在动力。因此研究担保物权制度的发展,必须从社会经济发展与演进中去发现规律,仅仅采用单纯的比较分析方法或者法律理性的逻辑论证

方法都难以揭示出某种制度出现的必然性和当时条件下存在的合理性,同时也很难说明某一特定担保物权在什么条件下可以正常发挥功能的合理依据。我国作为一个经济与法律都是后发型国家,许多法律制度的建立又都不是纯粹由于经济的推动,而是法律移植的结果,这就难免存在缺乏社会检验而导致法律与社会脱节的现象。因此,笔者认为,有必要从社会需求的角度入手,以法社会学的研究方法捕捉到制度构成的真正合理因素,即以法律的特殊功能满足社会需要为切入点作为研究担保制度构成与发展的逻辑起点,是一个恰当的选择。本书关注的要点,是现实社会的经济发展在担保领域提出了怎样的需求,即现实经济生活要求担保具备和发挥怎样的功能,以及为了实现这些功能需求,担保制度应当如何改进和完善。

本书指出,法律孕育于社会,是从社会生活中不断流淌出来的,故法律制度的生长多依社会对法律的需求为据。一个发展中的社会,法律制度的变化常常是日新月异的。担保制度亦是如此。因此,笔者探讨担保制度并不限于典型担保,而是以所有具此功能的制度为其内容。

上篇重点研究担保物权的功能及其制度构造,并且分析了信用对担保物权制度演变的作用。本书注意到,担保物权制度是整个信用制度体系中的一个组成部分,因此将担保物权制度放在动态的信用体系中去考察,以求深刻地解释担保物权发生功能的机理。

笔者指出,传统民法理论所谓的“担保物权的功能是保障债权”的说法是片面的,它的最大失误就是将信用与债权等同起来,完全地忽略了“信用”在现代社会经济世界中特殊而巨大的作用,因而无法揭示担保物权的发展成因和发展规律。从实证角度看,古代社会中物的担保出现的时间远早于法律上的“债的关系”,而近现代社会中亦有不以债权存在为前提的担保物权,这些事实表明,信贷交易并不必然发生债权关系,担保物权是与信用直接发生联系的。从理论上讲,债权与信用是完全不同的两个概念,不能等而视之,债的关系仅是一种法律设计,如果没有存在的必要,就可将它从信用约束机制中排除出去,而由其他制度来完成这种

任务。因此,担保物权的基本功能是保障信用,而非保障债权。从这个理论基点出发,必将彻底打破传统学说给担保物权研究所设置的桎梏。

信用在社会生活中非常活跃,它具有独特的功能和价值。信用是信用交易的基础,也是市场经济的基础。信用的功能是降低交易成本,提高社会资源配置的效率。担保物权在交易中起到了对人的信用的补充作用。信用交易的前提是信用的存在,这种信用通常指债务人的信用,但如果这种信用不可靠,就需要有其他的信用来弥补,担保物权的作用正在于此。因此担保物权与信用的关系有两种情形:相对于债务人的信用而言,它是独立于信用的一种担保手段;如果我们把它放到信用交易中去观察,担保物权本身就是一种信用,它是依据物权制度由当事人创设的信用。所以担保物权一方面可以看作信用的担保手段,也可以看成是信用的组成部分。正因为担保物权与信用的关系如此紧密,对担保物权功能的研究不能离开信用体系。

担保物权的基本功能是保障信用,其方法是创设出新的信用,这种信用具有客观性、确定性,从而使人的信用得到弥补。由于担保物权的强化使得信用的种种功能被充分地发挥,这种促使信用的功能得以充分发挥的作用就是担保物权最重要的社会功能。这种功能表现在微观和宏观上。微观上主要表现为对资金融通的促进和保障交易安全。宏观上表现为四点:一是担保物权稳定的担保效力对信贷业有积极的支撑作用,并进而影响社会的经济增长和就业率的升降,因此,担保物权成为国民经济的重要支柱;二是对商品流通的促进作用;三是担保物权的设定可以使信用客观化,有利于促进借贷双方采取合作态度,并进而促进社会信用的提高;四是对市场经济的发展发挥培育功能。

担保物权创设物的信用,有其独特的法律构造。从其外形看,担保物权有排他性,其在效力上不及于债务人,故性质上不属于债权;从其存在与发生效果的关联看,担保物权是一种未来的对财产权利归属的决定权,因而“对物的交换价值的支配权”与“价值权”两说均不能成立。笔者认为,担保物权既非债权,亦非物权,而是两者之外的第三种权利——

未来的所有权。此外,担保物权在本质上也不从属于债权,担保物权与债权不过是分别以不同的方式保障信用的两种法律制度,它们没有直接的联系,它们仅是通过“信用”这样一种社会事实为媒介间接地发生关系的。所谓担保物权对债权的从属性不过是一种法律设计,正如那些具有独立性的担保物权一样,它们的出现都是为了某种经济社会的实际需求。

担保物权尽管有强化信用的功能,但信用也具有自我担保机制,当人的信用较强时,担保物权的重要性就相对减弱。这表明人的信用与担保物权创设的信用具有相互替代的作用。由于人们对效益价值追求的浓厚兴趣加之信用制度的不断强化,导致担保物权的信用基础发生变化。原来担保物权以物的信用作为其基础,但现在各种新类型的担保物权不仅以物的信用作为其基础,而且不同程度地将人的信用作为其基础,可以说,它们的信用基础是物的信用和人的信用的集合。这种结构降低了交易成本,符合效率的要求,但是担保物权的担保力却减弱了。

中篇着重通过评述担保物权发展的历史,揭示了社会需求与担保物权制度演进的关系。所谓社会需求即人们的价值追求,它决定着法律制度的价值取向。在功能、价值与规范三者之间的相互作用关系中,价值处于支配性地位,功能则体现为对价值内涵的一种具体的阐释,规范则表现为对功能效果实现的一种技术性设计。对担保物权的功能产生重大影响的价值取向表现为三个方面,即秩序价值、效益价值和公平价值。其中效益追求是担保物权制度发展的最基本动因,担保物权在满足人们对效益价值追求的同时,也肩负着满足秩序价值和公平价值的功能。每一种担保物权制度的形成都是为了满足社会的效益追求,但当制度形成以后,又受到公平价值和秩序价值的制约,而日趋向着公平合理的制度演变。

担保制度是在一个漫长的历史发展过程中形成的,每一项具体制度的最终建立都是对一定的经济实践活动的总结和升华,并以发挥某种特定的功能来满足人们对担保制度的需求。由于在不同时代,社会经济发

展水平和社会结构不同,决定了人们的社会需求也不会相同,所以,担保物权为反映那些不同的社会需求也就必须发挥出不同的功能。各种担保物权制度除共同具有保障信用的功能以外,还各自具有不同的经济功能,而这正是各种担保物权具有不同特性的原因。担保制度演变的总趋势:一是财产的非占有担保化的不断兴起,无论是不动产还是动产甚至集合财产都是沿着这一趋势演进;二是被允许用于担保的客体范围不断扩大;三是出现了各种新型担保物权,这些担保物权的设定成本日益降低,但担保效力却较弱;四是担保权自身的流通性也逐渐地受到重视。

在不动产领域,随着近现代资本主义工商业和金融业的发展,占有担保制度已日益衰落,以占有和收益为内容的不动产质权制度伴随着封建经济的衰落逐渐丧失了作用。不动产抵押通过不移转占有而创设物的信用,保障信用交易安全,从而使投资者获得可靠的担保,最终使企业便于融通资金,此种以保全功能为目的的制度构造已深得近现代担保制度的真谛。然而,市场经济的发展不仅要求资本投资的安全性,更进一步要求资本的加速流转与循环,不动产抵押的原有结构无法承担此种责任,于是出现了保全抵押与投资抵押分野。近代法中,德国的不动产抵押已经通过对抵押权的抽象化、证券化以及赋予登记的公信力三个手段达到了担保权流通性的目的;但作为坚持担保权具有从属性的国家则只能另觅他途,将债权与不动产抵押权结合在一起制作成附抵押的债权证券,通过一系列的金融机构和抵押市场来实现其流通。20世纪60~70年代,美国在银行投资风险爆发而相继破产的背景之下,迫于不动产抵押借贷债权的流通需要,发展出了附抵押的债权证券。日本则在20世纪90年代泡沫经济破灭后也仿效美国建立起抵押证券制度,至当今许多国家都已采用了这一制度。抵押权制度构造的演变深刻反映了社会需求对制度演化的决定性作用。本书还考察了法国的不动产抵押权的发展历史,对其不动产抵押权公示制度的完善过程进行了详细的研究,从实证角度说明担保物权功能的实现有赖于完善的制度构造这一观点。

在动产担保领域,近代法因物权公示理论的局限,只能采用质权担

保,但经济实践迫切要求动产能够实现非占有担保化,这种立法模式很快被实务和理论抛到了后面,动产抵押开始重新被各国采用,德国、日本局限于传统理论,转而借鉴罗马法的信托担保制度,在实务和理论上发展出让与担保制度,以达到动产抵押的效果。此外,所有权保留、融资租赁等非占有担保制度也不断涌现出来,它们在不同的经济关系中发挥着担保作用。由于这些担保制度突破了传统民法关于公示制度的原则,并且背离了流质契约禁止的规定,因此,探寻这些制度合理化以求满足秩序价值和公平价值的努力一直未曾间断,而这些制度也正沿着这一方向前进。美国《统一商法典》第9篇“担保交易”可谓现代动产担保交易法律制度的完善典范。

权利质权的客体范围是随权利类型的增加而不断扩大的。近现代以来,随着商业的发达和社会的进步,无形财产已种类繁多,不胜枚举。许多权利因价值抽象化而获得财产性质,从而为流通创造了条件;同时各种无形财产权所代表的价值在市场主体的财产中所占据的比例不断上升,成为了财产的重要组成部分。在实体物已不能满足担保要求的发展时,各种抽象的无形财产遂有成为权利质权客体的必要。为了适应社会发展趋势,各国纷纷扩大质权标的范围,为权利质权的发展提供了较为宽广的空间。权利质权客体范围不断扩大是基于这样的理念:即允许市场主体充分利用财产价值来促进信用交易的繁荣。权利质权客体范围扩展遇到的最大困难是法技术问题,因为权利类型复杂,其性质特征各不相同,所以如何规范便成为相当困难的事情,各国学术界为此一直在孜孜不倦地进行探索。

为了充分地利用企业集合财产的交换价值,出现了以企业财产结合体为标的物的新型担保物权制度:财团抵押与浮动抵押。财团抵押,这一制度充分地发挥了企业财产结合体所具有的特殊价值,从而使大型企业借此获得巨额融资。浮动抵押以其独特的制度结构为企业的融资提供巨大的空间,抵押设定的便捷为融资提供了方便,而抵押人被允许自由处分抵押财产更使抵押人获得双重的利益,抵押人既获得融资,又不

因此影响财产的正常流转与经营活动,这种制度功能和其他制度无法替代的。

作为政策手段或公平观念的考量,法定担保物权也有其重要地位,各国对它的规定不一,表明了国家对各种性质债权所持的态度不同。尽管它是少量的,但没有它却断然不行。当社会政策在民法领域表明其日益增长影响力的今天,法定担保物权以国家介入民事债权关系的姿态为实现社会公平而发挥着主要作用。

下篇在较为详细地讨论我国经济情况以及担保物权制度的现状后,从充分发挥担保物权功能的角度,提出了对未来担保物权立法的基本构想。

笔者认为,就目前我国经济情况而言,间接融资仍然是企业融通资金的最重要手段。由于我国在初步建立起社会主义市场经济的同时,未能建立起相应的信用制度,所以市场经济快速发展与信用缺乏的矛盾日益突出。在这种情形之下,唯有借助特殊担保手段来弥补信用的不足,而担保物权乃是担保制度中的最佳选择。原有的《担保法》尽管在实践中发挥了很大作用,但是它在制度的合理性和立法技术方面存在着不少问题,而且随着经济体制改革的不断深入,社会生活发生了很大变化,《担保法》已经滞后于社会发展,不能满足现实的需求。

因此,本书提出了全面构建担保物权制度的主张。这一构建首先以目前的社会需求作为根据,考察我国的社会需求究竟需要担保物权发挥何种功能,在哪些领域以何种方式来发挥功能,再依据这些功能需求来构建我国的担保物权制度。

中国社会经济环境表现为两个方面的特点:(1)中国产业经济在高度发展,所以在信贷业领域,出现了生产金融和消费金融两种不同特点的融资方式;(2)中国由于处在经济体制转轨时期,市场信用从总体上看是非常匮乏的,而且各种类型的企业由于生成背景和市场经验的不同,它们的信誉是不一样的。针对这种差异,作为促进信贷的担保制度不能只以一种标准来构建,而应当根据企业不同的信用状况和融资需求来提

供不同的信用担保手段。也就是说,应针对企业信用差异大的现实情况,建立信贷目的和重心不相同的担保制度,来适应不同的市场主体的需要。比如,对信用高的企业提供方便、快捷的担保方法;对信用不好的企业则提供有保障、较稳妥的担保方法。

本书认为,要解决以上问题,应当设计两套不同目的和重心的制度:一套是保全型担保,以确保债权回收为核心,以应对消费金融为目的,采用以物的信用全面弥补人的信用的手段,适用于缺乏信用的企业借贷和个人消费借贷;另一套是投资型担保,它是以生产金融为对象的担保物权,它的特点是设定灵活便捷、成本较低,这套制度适用于那些有信用的企业。通过两套担保物权制度在信贷金融业中的运用,推动信用观念的逐步树立,随着不讲信用的企业从没有信用过渡到有信用,整个信用经济的市场环境就可以逐步形成。反过来,信用环境的建立又会改变担保物权利用方式的结构变化,适用以消费金融为对象的担保物权的企业会越来越少,适用以生产金融为对象的担保物权的企业越来越多,从而提高整个社会经济的运行效率,降低社会交易成本。

在这样的背景下,我国担保物权制度的完善面临两方面任务:一方面现有制度存在内部缺陷,尚不能充分发挥其功能,需要加以修正与完善;另一方面,现有制度所确立的担保物权类型较少,必须通过立法增加担保物权的类型。

基于以上认识,结合我国当前的经济发展水平和社会信用状况,有鉴别地选择适合我国运用的类型加以规定。除在抵押权制度内增加共同抵押、所有人抵押、法定抵押之外,还应当建立让与担保和所有权保留两项制度,使其分别在信贷和赊销两个领域发挥融资功能;确立典权和营业质权的法律地位;建立抵押证券制度,通过抵押证券化将银行间接融资转化为资本市场直接融资;但对财团抵押、浮动抵押,则暂不宜作规定。

在完善原有制度和建立新的类型时,还必须考虑立法结构的问题。对担保物权在民法典中的地位问题,笔者认为,担保物权既为一种对物

权,具有与物权和债权完全不同的性质,则应当从物权编和债编中完全独立出来。由此,担保物权自成一编,与物权编、债编相并列。对担保物权内部体系,笔者主张,担保物权体系的构建应当从信用的角度来思考,即从担保物权类型本身的可靠程度来考虑其构建的逻辑顺序。具体而言,将担保物权分为两个大的部分:一部分是以保全功能为核心的保全担保,包括不动产抵押、最高额抵押、动产质、权利质和留置权等几种担保物权;一部分是以投资为核心的投资担保,主要包括动产抵押、让与担保、所有权保留以及财团抵押、浮动担保等担保形式。其中,动产抵押、让与担保和所有权保留合并制定“动产担保”。财团抵押、浮动担保可暂不规定。抵押证券则应单独立法。

Abstract

This dissertation is composed of three parts besides an introduction.

In the Introduction, the author gives an introduction of the significance of the subject and the angle of view of the study.

This dissertation researches the functions of security interest. There are two reasons for doing so. One is that the experiences of economic development in the world shows that security interest plays an extremely important role in promoting financing and property transfer and in protecting transaction safety, thus research the relationship between security interest and economic development will be of practical importance for promoting the construction of market economy in China. Another is that the study of this subject in China was generally speaking limited to the system itself and solely from the viewpoint of rationalism or by comparing the various systems in other countries, thus neglecting the internal relationship between security interest and economic devel-

opment, and did not study thoroughly the social functions of security interest, which in turn delayed the study of this subject.

One can not deny that economic development promoting the system of security interest, and the motivity of the evolution, development and growth of security interest lies in economic development. Thus we shall study the evolution of security interest through the research of economic development. Simply by comparison or by logic reasoning can not reveal the inevitability and rationale of the system, neither can it demonstrate the conditions under which certain type of security interest can function properly. As a country hung behind in social and economic development, the construction of many legal institutions was not solely the outcome of economic development, rather the outcome of legal transplantation, thus there inevitably emerges some disjoint between law and practice because of lack of social validation of transplanted laws or institutions. So the author holds that it's a proper choice to study the rationales of institutions using researching methods of sociology of law, i. e. , studying the institutional elements and evolution of security interest from the starting point of analyzing the function of law in meeting social requirement. The main points of concern of this dissertation are the demands of economic development as to the functions of mortgage, and how shall we improve and perfect the institution of security.

Law gestates in the society. The growth of legal institutions depends on the demands of society. In a changing society, there are daily changes in law. So is the same with the institution of security. Thus this study is not limited to typical security. Rather, the author studies institutions that have the substance of security.

Part I studies the functions and institutional formations of security interest, with special emphasis on the effects of the system of credit on the evolution of the system of security interest. The author holds that the system of secu-

rity interest is only part of the system of credit, thus studies the system from the dynamic of credit system for purpose of exploring the mechanism of functioning of the security interest system.

In Part II, the author posts the relationship between social demand and the evolution of the system of security interest from a review of the historical developments of security interest. The author points out that social demand, i. e., the values that people pursue, determines the value attitudes of a legal institution. Among function, values and norms of an institution, its values of is the governing factor, with its function as an explanation of its values and the norms to realize the values of a legal institution. The three values that have great influence on the institutional functions of security interest are the values of order, efficacy and justice, among which efficacy is the motivation of the development of security interest, but the system of security interest pursues also the values of order and justice while pursuing efficacy.

In Part III, based on a thorough analyze of the economic development and the status *in quo* of the system of security interest in China, the author advances his new proposals on future legislation on security interest with an aim of full exerting the functions of the institution of security interest. The author suggests that we should formulate two systems with different aims and emphasizes. One is a system of security interest which takes the reclaim of loans as its core mission, and aims at dealing with consumptive finance, with the credit of things as the means of full remedy of credit of persons, which applies to business borrowings and consumer borrowings lack of credit. This system can be called a preserving system. The subject of the other system is manufacturing finance and may be called investing security interest. The advantages of this system include agility, expediency and lower costs. It applies to enterprises observing faith. The author holds that security interest as *jus in rem*, is quite different with right *in rem* and *jus in personam*, thus it should be an independent