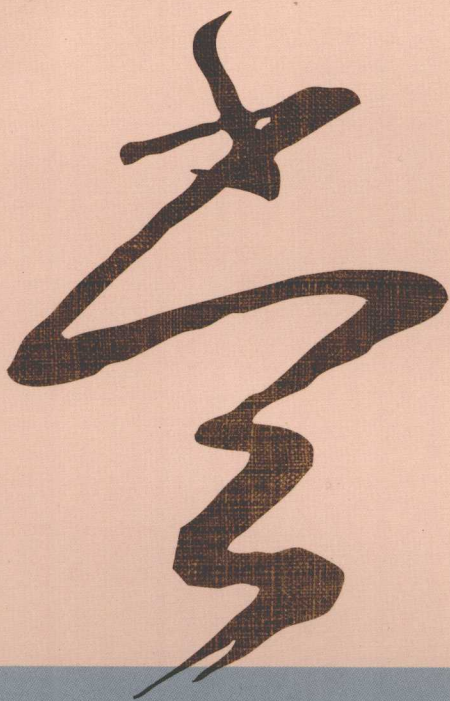


典当法理分析与制度设计

中国典当民事法律制度研究

方印
◎
著



◎本书由贵州大学出版基金资助出版

贵州大学出版社

本书获贵州大学出版基金资助出版

典当法理分析与制度设计

——中国典当民事法律制度研究

方 印◎著

贵州大学出版社
Guizhou University Press

图书在版编目 (C I P) 数据

典当法理分析与制度设计: 中国典当民事法律制度研究 / 方印编著. — 贵阳: 贵州大学出版社, 2009.9

ISBN 978-7-81126-165-3

I. 典… II. 方… III. 典当业 - 民法 - 研究 - 中国
IV. D923.04

中国版本图书馆CIP数据核字 (2009) 第168617号

典当法理分析与制度设计

——中国典当民事法律制度研究

著 者: 方 印

责任编辑: 黎 仁 周 清

设计制作: 贵阳甘地文化传播有限公司

出版发行: 贵州大学出版社

印 刷: 贵阳佳美印务有限公司

开 本: 889 毫米 × 1194 毫米 1/32

印 张: 11

字 数: 254 千

版 次: 2009年10月 第1版 第1次印刷

书 号: ISBN 978-7-81126-165-3

定 价: 26.00元

版权所有 侵权必究

本书若出现印装质量问题, 请与出版社联系调换

电话: (0851) 8292951

写在前面的话

首先，我要说明的是，在决定选择典当这个论文题目之前，我对它的了解可谓知之甚少。随着我对典当有关资料的收集与整理，我才逐渐对典当这个概念有了进一步的了解，才进一步知道典当范式研究为何、典当范式研究之确定性结论为何、以及这种研究及其结论影响力量之强大，知道范式研究及其确定性结论无疑是一种方法论与结论的权威，知道在范式研究之确定性结论之外或多或少地存在着一些相反的意见。而我们这个世纪的主要知识活动之一就是质疑权威。这些相反意见的存在引起了我对典当范式研究及其确定性结论进行研究的兴趣。随着研究的深入，我发现原有范式研究存在着方法论上的不足，其确定性结论也缺乏足够可靠的根据，而那些可贵的相反意见也缺乏全面性、系统性、深入性以及沟通性。于是，我力求在中西方有差异的哲学理念与传统思维中，尤其是在中西方有差异的法哲学理念与传统法律思维二者之间，企图找到一条能相互沟通与协调的途径，随着研究的逐步深入，我觉得自己似乎找到了这条途径。总之，我以为，只要本着求同存异的原则，中西文化之间并非不可逾越，沟通的桥梁总是存在着。

其次，我还要指出，本书绝对不是一本时髦之作。从一个角度来看，书中提出的关于典当法理的研究方法，在理论上

并非新颖、独特，也没有试图将所有的问题简化为一条简单的原则。相反，我试图从一般人的理解和一些中国传统法律文化的理念，并结合西方尤其是大陆法系国家关于法律上的行为理论准则，阐述自己的一些见解并提出建议。从另外一个角度来看，书中提出的关于我国现代典当制度重构的研究方案，也不够细致、深入和全面，其中的一些论证也还有杂乱和乏味之处。但我敢说，本书是一本挑战传统观点和主流观点之作，是第一本从（主要从）民法学视角系统、深入地探讨我国典当法理与我国现代典当制度之作。^[1]本书提出“典当独立论”，认为典当法理应独立于西方担保物权法理，典当之民事法制应独立于民法典之担保物权而设置，真有点不知天高地厚了。相信读者在仔细阅读后会有这种感觉。

再其次，我仍要指出，在全球化与本土化竞争与交融的今天，有必要理性地对待我们传统的制度与文化即“文化保护区”的设立与开发问题，这其中就包括一个如何才能正确地认识我国悠久的典当法律制度文化的问题。本文以为，“西法之理念与技术”固然可以对我国这一法律制度文化进行很好的解剖，这种解剖犹如“庖丁解牛”；但是，典当是“这头完整的牛”的“大腿”或“尾巴”等被分割之物，并不能代表这头“牛”。因此任何一种“用西法之理念与技术”来替代或主宰我国这一法律制度文化的做法，都有使我国这一法律制度文化

[1]关于中国典当的系统研究或专题研究始于20世纪20年代末、30年代初，此前对中国典当的研究基本属于零散片断言论、札记。第一本典当研究专著当属于商务印书馆于1933年出版的杨肇遇所著的《中国典当业》，第一本中国典当史研究专著当属于上海文艺出版社于1993年出版的曲彦斌所著的《中国典当史》，第一本中国典当学教科书则当属于河北人民出版社于2002年出版的曲彦斌主编的《中国典当学》。参见曲彦斌：《论“典当”与“典当学”》，2009年6月5日访问，中国典当研究网。

的本来面目丧失的危险。在我国,“典当”概念不是一种“权利性”意义上的概念,而应是一种“法律行为”意义上的概念。典当民事关系既不是一种单纯的借贷关系,也不是一种单纯的担保关系。典当民事法律关系和西法中的营业质权关系有相似之处,但也不是能为营业质权关系所完全包容的。典当民事关系具有鲜明的法律个性,在我国民法理论中应赋予典当法理一个相对独立的地位,有必要重构我国典当民事法理。

再者,需要指出的是,我国典当法律制度有独立重构之必要。我国目前的典当法律制度是行政管理法规与民事制度规范合为一体的构建模式。这种立法模式有其严重的缺陷:从立法理论上讲,其有不科学、不合理之处;从制度实践来讲,其存在着众多的弊端。典当民事法律制度应当独立构建。典当民事法律制度的立法权应收归于全国人民代表大会及其常务委员会。独立构建之步骤是:首先,把典当民事法律规范从目前的典当管理法中独立出来;然后,或者把之置于民法典中(但应放于担保物权制度之外),或者于民法典之外单独设置,但将典当民事法律制度单独设置于民法典之外的做法更为可取。

最后,需要强调的是,本文所提出的典当独立有着两个方面的意义,一是指中国之典当民法理论与民事法律制度之独立仍是中华法系之民法理念、观点及制度设计与西方法系之民法理念、观点及制度设计的比较与分析中的相对独立,其决不是“闭关自守”而无需沟通的独立,独立与重构后的中国典当民法理论及制度与西方典当民法理论及制度二者之间仍然是可以沟通、协调借鉴、相互促进的。二是指中国之典当民事法律制度与中国之典当行政管理法律制度甚至中国民法典分开设置之独立。本文以为,学界、立法界以及司法界明白这个道理,对于发展和完善整个中国民法理论以及制定一部科学、合理、可

行的中国民法典，意义非常重大。

个人之见，难免浅陋，望方家不吝赐教。

导 读

（关于本书问题研究的几点说明）

一、本问题国内外研究述评

目前，国内学界在本问题研究方面取得了一些成果，如刘长河的《中国典当法律制度研究》，杨铁军的《中国典当行制度研究》，雷蜜的《我国典当法律问题浅谈》，李沙的《简明典当学》，李寿生的《现代典当理论法规与实践》等。在国外，则未见有学者对我国典当民事法律制度问题进行研究。

客观地说，国内取得的研究成果还显得不够系统、深入、全面，至少存在着以下一些不足：

（一）典当法理研究方面的不足。1.对典当本质的认识与典当的本来面目存在着一定偏差，认识也比较混乱。不符合中国典当制度与实践的历史与现实，大大降低了理论研究对实践的指导意义。2.对我国特有的同时也是传统的典当营业习惯没有或者很少进行研究，不利于祖国优秀的传统法律文化的继承和发扬光大。3.在方法论上，很多研究是完全用西方的法律术语代替中国特有的法律术语、用西方的法律逻辑代替中国特有的法律逻辑、用西方的法律理念代替中国特有的法律理念，使其研究成果无法反映出我国典当鲜明的法律个性和独特的魅力。

(二) 典当立法研究方面的不足。1. 成果数量极少, 可以说寥寥无几。2. 无系统、全面、深入的立法研究。3. 未对我国当代典当立法进行一个科学合理的评价, 尤其是未对我国当代典当立法之缺陷作深入细致的探讨。4. 未提出一个可行的典当民事法律制度立法方案。

二、本问题研究的意义

对本问题开展系统、深入、全面的研究, 有着十分重要的理论意义与实际意义。具体表现在:

(一) 通过对我国典当学理进行深入、全面、系统的研究, 有利于纠正法学界在典当理论认识上存在的一些误区, 也有利于学界不断接近对典当本来面目的认识, 使典当学理得以“正本清源”; 为如何沟通东西方法律文明之理念、技术等进行一种有益的尝试; 为典当民事法制的科学合理构建提供了必要的理念支撑和技术支撑。

(二) 通过对我国典当法律制度进行深入、全面、系统的研究, 有利于从整体框架以及具体细节上把握我国典当法律制度的构建; 指出现行典当立法缺陷, 提出我国未来典当民事法律制度在《民法典》之外单独立法的构想, 有利于立法机关正确处理《物权法》以及《合同法》等相关法律与典当民事法律制度之间的关系, 从而使得我国现代典当民事法律制度得以重新构建成为可能; 科学合理的典当民事法律制度的构建, 可以使得我国典当当事人的合法权益在制度层面得到更加全面、细致、公正、切实的保障, 使我国典当业沿着持续、快速、健康的轨道发展; 从文化保护的角度来看, 典当法制文化作为祖国十分重要的一种非物质文化遗产, 理应得到全面、系统、深入的研究和保护。

三、本问题研究的主要内容

(一) 典当法理分析。1. 典当的概述: 典当名义考辨及其历史流变; 典当的基本特征; 典当的类型划分; 典当的社会功能与社会地位。2. 典当法律关系: 典当法律关系的含义及构成; 典当法律关系的产生、变更与消灭; 典当法律关系的性质分析与定位。3. 典当合同与当票: 典当合同的含义、构成及性质; 当票的含义、作用、性质、特征、内容、效力等。4. 典当法律责任: 典当法律责任的含义与特征; 典当法律责任的内容。5. 典当法理研究的不足与完善: 已有典当法理研究存在的不足; 对已有典当法理研究的完善。

(二) 典当制度设计。1. 典当民事法律制度的概述; 典当民事法律制度的概念; 典当民事法律制度的特征; 典当民事法律制度的基本原则; 典当民事法律制度的核心规则。2. 古今中国典当立法过程回顾: 古代中国典当立法过程回顾; 新中国典当立法过程回顾。3. 我国现行典当立法缺陷与建议: 现行典当立法缺陷; 现行典当立法建议。4. 我国现行典当民事法律制度之重构: 重构说明; 立法建议稿。

四、本问题研究的主要难点

(一) 在典当法理分析中需要突破的难点。1. 在典当概念的界定上, 从“民事法律行为”的角度而非“民事权利”角度对典当概念进行一种全新的界定, 并且对这种界定方式的可行性、必要性和优越性进行了论证。2. 在典当法律关系的性质定位上, 提出典当法律关系是一种两个“二合一”的特殊的民事法律关系而非单一的一般的民事法律关系的观点。3. 在中国典当法理念与西方担保物权法理念的关系处理上, 通过对中西方有差异的哲学理念和法律思维的“求同存异”的寻找, 可以发现中国典当

法理念与西方担保物权法理念虽有不同，但也存在着可以相互沟通之处，从而得出“典当法理独立”并且“相对独立”的观点，因此建议在民法理论中赋予典当法理“相对独立”的地位。总之，典当法理“相对独立”，这是本问题研究在典当法理分析部分需要突破的一个总难点。

(二)在典当制度设计中需要突破的难点。1.在典当基本原则的归结方面有所突破。2.在典当核心规则的归结方面有所突破。3.在典当立法理念、层次、内容、体例的研究方面有所突破。4.在具体制度设计上有所突破，争取提出一套较为完整的典当民事法律制度立法建议稿，以供立法机关参考。通过对典当民事法律制度的研究提出，“典当民事法律制度独立”并且“相对独立”的观点，因此建议在民法制度中赋予典当民事法律制度“相对独立”的地位。总之，典当民事法律制度“相对独立”，这是本问题研究在典当制度设计部分需要突破的一个总难点。

五、本问题研究的路径

(一)总路径：从“法理分析”(行为——关系——责任)到“制度设计”(原则——规则——缺陷——建议——具体方案)的研究路径。

(二)具体思路：首先，从典当名义考辨及其历史源流入手，简要地分析典当的基本特征、类型划分、社会功能及社会地位，提出典当概念的最佳民法学定义，揭示其本质特征——典当是一种特殊的民事行为，以此为本问题研究的出发点，其目的是为了进一步增加对典当本质的认识。接着，就典当法律关系进行深入、细致的分析，得出典当法律关系的性质定位——典当法律关系是一种具有两个“二合一”的综合法律关

系，这为后面的典当制度重构方案的提出提供一个强有力的学理支撑；就典当合同与当票进行分析，以求对典当法律关系有一个更为深入、全面、正确的理解；就典当法律责任进行分析等。以上这些为后面的典当制度重构方案的提出提供一个强有力的技术支持；再接着，就典当法理研究的不足与完善进行分析；就典当民事法律制度的基本原则与核心规则进行探讨；就古今中国典当立法过程进行简要回顾；并指出我国现行典当立法的缺陷，提出典当立法建议。最后，重新设计我国典当民事法律制度的具体方案，以此为研究的落脚点。

六、本问题研究的方法

（一）方法论：在方法论上，本问题研究将采取基础理论研究与应用研究相结合的方式。

（二）具体方法：1. **理论研究**。以典当概念考辨为基础，深入探讨典当法律关系、典当合同与当票等基本理论问题，进而对我国现行典当立法缺陷进行分析，并提出相应的立法建议。2. **比较研究**。以典当法律关系为中心，与类似的其他民事法律关系如典权、质押、抵押、寄卖、附买回条件的买卖等进行比较研究，以便能准确地定位我国典当法律关系。3. **实证研究**。就现行典当法规中的当物的许可范畴、死当物的禁止流质标准以及“典权”制度中的“找贴”规则是否可以移植到“典当”中而变成“典当”的“找贴”等问题通过调查研究进行理论归纳，并提出相应的立法建议。4. **历史研究**。通过对我国历史上典当制度和实践的梳理，寻求典当的本土文化特色和鲜明的法律个性。

七、本问题研究的进度说明

（一）2007年6月底，初步完成典当法理分析部分之研究。

(二) 在2008年10月底, 初步完成典当制度设计部分之研究。

(三) 在2009年6月底, 完成全部研究并最终定稿。

目 录

导 论.....	1
一、问题的提出.....	1
二、研究的意义.....	4
三、研究路径及方法选择	6
四、研究基本内容	7
五、试图取得的突破	9

上 编：典当法理分析

第一章 典当的概述.....	15
一、典当名义考辨及其历史流变.....	17
(一) 典当名义考辨	17
(二) 典当名义历史流变	22
(三) 典当概念的应有解释	32
二、典当的基本特征.....	65
(一) 典当的基本经济特征	65
(二) 典当的基本法律特征	67
三、典当的类型划分.....	68
(一) 依当户典当目的分类	69
(二) 依当物类别分类	71
(三) 依担保方式分类	72

四、典当的社会功能与社会地位.....	73
(一) 典当的社会功能.....	73
(二) 典当的社会地位.....	75
第二章 典当法律关系.....	78
一、典当法律关系的含义及构成.....	79
(一) 典当法律关系的含义.....	79
(二) 典当法律关系的构成.....	79
二、典当法律关系的产生、变更与消灭.....	90
(一) 典当法律关系的产生.....	90
(二) 典当法律关系的变更.....	90
(三) 典当法律关系的消灭.....	91
三、典当法律关系的性质分析与定位.....	97
(一) 典当法律关系的性质分析.....	97
(二) 典当法律关系的定位.....	103
第三章 典当合同与当票.....	121
一、典当合同.....	122
(一) 典当合同的含义及构成.....	122
(二) 典当合同的性质.....	123
二、当票.....	124
(一) 当票的含义、作用及性质.....	124
(二) 当票的特征.....	125
(三) 当票的内容.....	127
(四) 当票的效力.....	127
(五) 当票的由来与书写.....	132

第四章 典当法律责任	134
一、典当法律责任的含义与特征.....	135
(一) 典当法律责任的含义.....	135
(二) 典当法律责任的特征.....	136
二、典当法律责任的内容.....	137
(一) 典当经营机构的责任.....	138
(二) 当户的责任.....	146
(三) 责任免除.....	148
第五章 典当法理研究的不足与完善	151
一、典当法理研究的不足.....	152
(一) 研究方法的不足.....	152
(二) 本质特征研究的不足.....	154
(三) 性质分析与定位研究的不足.....	154
(四) 原则和规则研究的不足.....	155
(五) 传统营业习惯研究的不足.....	156
(六) 实践性研究的不足.....	159
三、典当法理研究的完善.....	162
(一) 扩大典当适用范畴.....	162
(二) 重新界定典当的概念.....	163
(三) 重新界定典当民事法律关系的性质.....	164
(四) 寻找典当与典共同的法理基础.....	165

下编：典当制度设计

第六章 典当民事法律制度的概述	170
一、典当民事法律制度的概念	170
二、典当民事法律制度的特征	171
(一) 从调整对象来看	171
(二) 从核心规则来看	171
(三) 从法律部门归属来看	171
三、典当民事法律制度的基本原则	172
(一) 平等原则	172
(二) 自愿原则	173
(三) 诚信原则	173
(四) 互利原则	174
四、典当民事法律制度的核心规则	174
(一) 以物质钱规则	174
(二) 折当规则	175
(三) 赎当规则	176
(四) 续当规则	176
(五) 绝当规则	177
(六) 抽当规则	178
(七) 顶当规则	179
第七章 古今中国典当立法过程回顾	180
一、古代中国典当立法过程回顾	180