

商业&法律

commerce & law

物权担保前沿理论与实务探讨

Wu Quan Dan Bao Qian Yan Li Lun Yu Shi Wu Tan Tao

徐海燕 李莉 著

法制出版社
L PUBLISHING HOUSE

商业&法律

commerce & law

物权担保前沿理论与实务探讨

Wu Quan Dan Bao Qian Yan Li Lun Yu Shi Wu Tan Tao

徐海燕 李莉 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

序

本书以澄清担保物权基本法律概念为起点,回顾了担保物权制度的形成和发展,深入研究了担保物权的基本理论、基本制度及其在实践中面临的前沿法律问题。

本书主要采取先宏观后微观的布局结构,在鸟瞰担保物权基本理论的基础上,渐次铺开不动产担保物权、动产担保物权和非典型担保物权的具体法律制度。这种先宏观后微观的研究思路在本书各章节也得到充分体现。例如,第二章就按照“不动产担保——作为典型性不动产担保的不动产抵押权——中国法中的不动产抵押权”的研究线索逐级论述,层层递进,以臻逻辑周延。

本书的主要研究方法是法解释学。除运用法解释学方法对我国物权担保制度的核心内容进行深入研究之外,本书研究了《物权法》和《担保法》框架下的担保物权制度的主要差异以及在法律适用实践中的具体运用(如本书第二章对海宏地产与海伊有限之间的不动产抵押权登记效力纠纷案的评析)。本书还特别阐述了在司法实践中一般法和特别法之间的关系(如本书第三章分析了汇票设定质权时《物权法》与《票据法》的协调)以及一般法相互之间的关系(如本书第一章从不同法律部门的角度分析了公司法定代表人超越章程赋予权限签署的担保合同的效力)等。

他山之石,可以攻玉,比较是为了借鉴。为进一步完善我国物权担保制度,本书采取比较研究方法详细剖析了英国、美国、法国、德国、日本及我国台湾地区的相关制度及其最新发展。例如,鉴于2006年法国担保法发生了深刻变革,本书研究了改革前后的担保法律制度差异和变革原因。

法学研究的活力在于法学理论对法治实践的解释力与指导力。本书在撰写过程中,始终注意从理论与实践两个层面研究担保物权制度。本书不仅反思了传统的担保法理论问题(如动产质权设立时作为公示方法的占有概念的界定),而且探索了担保物权实践中的新型法律问题(如担保物权与破产制度的协调问题)。当然,即使学理通说也要经得起纷繁复杂的法律实践的挑战与检验,本书第三章在讨论南纺股份与大鹏货运一案时,就探讨了如何在司法实践中正确理解留置权的法定性及其权利本性问题。对于司法实践中仁智互见、尚无定论的担保物权案件,本书没有选择回避,而是竭力提出、分析和解决法律争议焦点(如本书第一章探讨了律师费是否属于实现担保物权费用的问题)。

为便利有志于研究担保物权制度的法律界人士进一步深入探索物权担保制度的法律富矿,本书将具有介绍性和背景性的知识内容置于脚注之中,并注明所引文献的详细信息。

电影是遗憾的艺术,法学著作也是如此。由于作者学识有限,错误疏漏之处在所难免,请各位读者不吝雅正。

徐海燕

2012年6月12日于美国密歇根大学法学院

目 录

第一章 担保物权概览

第一节 演进中的担保物权	002
一、从债的担保到担保物权	002
二、担保物权制度在中国的历史沿革	004
● 如何协调《物权法》与《担保法》的关系?	008
第二节 担保物权传统理论的回顾	009
一、担保物权的概念和社会作用	009
二、担保物权的本质和特征	012
● 担保物权的本质是否一定是价值权?	013
● 如何在实务中理解担保物权所具有的从属性?《物权法》对 《担保法》是否存在修正?	015
● 转质是什么性质?	017
三、担保物权的类型	019
四、担保物权的取得和消灭	021
● 应该如何认定公司法定代表人超越章程赋予权限签署的担保 合同的效力?	022
五、担保物权的担保范围	028
● 如何认定借款抵押合同中的本金数额? 利息是否可以在借款 时就在本金中扣除?	030
● 登记对担保物权的担保范围所有项目究竟有什么意义?	034

六、担保物权的竞存	035
● 如何处理实践中的“一物多押”？	039
● 先设的所有权保留与后设的抵押竞存时如何认定其受偿顺序？	045
七、反担保	048
● 在反担保法律关系中，如何认定反担保人和反担保权人的权利 义务关系？	049
第三节 经典担保物权理论的作用及其局限性	051
一、经典担保物权理论的作用	051
● 人保与物保并存时，如何处理？	052
二、经典担保物权理论的局限性	055
第四节 担保物权面临的困境及其新的发展	058
一、担保物权面临的困境	058
● 担保物权与破产制度如何协调？	061
二、现实对传统担保物权性质和特征的突破	062
第五节 现代化担保物权制度要解决的核心问题	064
● 为什么要从担保物权现代化的角度来探讨中小企业融资问题 的有效解决？	065

第二章 不动产担保物权

第一节 不动产担保物权概述	067
一、不动产担保物权的起源	067
二、不动产担保物权的概念和特征	068
三、不动产担保物权的类型	069
● 不动产质权与中国传统的典权有何区别？	078
● 优先权是否属于担保物权？	083
● 我国《物权法》中应否规定优先权制度？	085
第二节 最典型的不动产担保物权 ——不动产抵押权的基础理论	095

一、抵押权的概念	096
二、抵押权的特征	097
● 抵押权究竟有无追及力? 如何理解《物权法》第 191 条第 2 款 的规定?	097
● 如何在实务中理解运用抵押权的上述特征?	102
三、抵押权的分类	105
● 如何在实务中理解最高额抵押权不同于一般抵押权的适用规则? ...	107
四、抵押权的特性	110
● 什么是附随性缓和理论?	113
第三节 中国法上唯一的不动产担保物权	
——不动产抵押权 (上)	119
一、不动产抵押权的取得	119
● 《合同法》第 286 条规定的建设工程价款受偿权是法定抵押权, 抑或不动产优先权?	120
● 不动产抵押权是否适用善意取得? 若适用, 需要满足什么条件? ...	122
● 对外担保中抵押合同效力认定有无特殊标准?	128
● 抵押物标的的不同来源对认定抵押行为的效力有何影响?	130
二、不动产抵押财产	132
● 在我国未建房的建设用地使用权上是否可以设立抵押权? 也即是 否可以在建设用地使用权上单独设立抵押权?	136
● 在已经设立抵押权的房地产上新增的房屋是否属于抵押财产?	137
● 在“地随房走, 房随地走”的原则之下, 当事人究竟需要办理 几个抵押权登记?	138
● 如果抵押权人对土地或者房屋中的一个享有处分权, 而对另一个 不享有处分权, 但却在其上设立了抵押权, 该如何处理?	138
● 土地使用权与房屋分别抵押时的效力如何认定?	139
● 如何解读林权抵押?	141
● 以对不动产的管理权、出租权为标的设定的抵押权是否有效?	143
● 《物权法》第 180 条第 2 款的规定是财团抵押抑或共同抵押?	145

● 土地承包经营权上可否设定抵押?	147
● 实践中有哪些对不动产用益物权上设定抵押权的创新和尝试?	149
● 学校、医院的教育设施、医疗卫生设施是否均不应设定抵押?	151
三、不动产抵押权的公示	159
● 不动产抵押登记的效力对当事人产生哪些影响?	161
● 如何定性不动产抵押登记行为? 登记机关有过错, 承担何种责任? ...	164
第四节 中国法上唯一的不动产担保物权	
——不动产抵押权(下)	167
一、不动产抵押权的效力	167
● 律师费是否属于实现抵押权的费用?	168
● 我国应否在成文法中移植所有人抵押权制度?	174
● 就《物权法》第 202 条规定的抵押权存续期间有哪些争论?	183
● 在实务中, 如何对抵押权存续期间定性?	187
● 抵押权人有及时履行涂销登记的义务吗?	188
● 司法实务中如何认定抵押人转让抵押财产的权利?	191
二、不动产抵押权的实现	193
三、不动产抵押权的变更、撤销、无效及消灭	198
● 中国法中恶意抵押的成立是否以债权人的主观恶意为要件?	201
● 抵押期间可否成为导致抵押权部分无效的理由?	206
第五节 抵押权的新发展	209
一、抵押权的新形式	210
二、抵押权的新结构	212

第三章 动产担保物权

第一节 动产担保物权概述	216
一、动产担保物权的概念和特征	216
二、动产担保物权的发展动向	218

三、动产担保物权在现代社会获得新发展的原因剖析	220
第二节 动产担保物权立法的新类型	
——统一的动产担保法模式	224
一、《美国统一商法典》第9编	224
二、台湾地区“动产担保交易法”	236
第三节 修补型动产担保物权立法模式下的动产担保类型	239
一、大陆法系国家主要的动产担保物权类型	239
二、英国法中的动产担保类型	250
第四节 中国法中的动产担保物权制度（上）	255
一、动产抵押权	255
● 在我国如何处理动产抵押与让与担保的关系？	256
● 在设立公司时可否用抵押物出资？其与转让抵押物有何区别？	259
● 动产抵押权何时成立？登记机关是否对动产抵押权登记负有 实质审查义务？	262
● 动产抵押权是否适用善意取得制度？	265
● 何种情况下浮动抵押财产得以固定？固定之后是否满足抵押 权实行的全部条件？	270
二、留置权	272
● 如何在实务中理解留置权的法定担保物权性？	274
● 承运人没有交付货物是依据留置权还是同时履行抗辩权？	275
● 《合同法》第315条是否意味着承运人可以在非债务人所有 的动产上取得留置权？	277
● 如何理解债权的发生与该动产属于同一法律关系？	281
● 如何在实践中深刻理解上述留置权人的权利和义务？	287
第五节 中国法中的动产担保物权制度（下）	293
一、质权概述	293
二、质权的取得	296
● 如何在实务中理解出质人必须对财产权利享有处分权？	297

● 经过公证的质押合同是否可以证明债权的存在?	298
● 如何理解动产质权设立时所要求的占有(交付)的概念?	302
● 汇票上设定质权时应如何协调《物权法》与《票据法》的规定? ...	304
三、可以出质的财产	308
● 在金钱上设定质权有何特殊要求?	308
● 在核押后的虚开存单上设定的质权是否有效?	313
● 账户上能否设定质权? 如果能, 如何给其定性?	314
● 如何为有限责任公司设立股权质押创设更优的效力规则?	319
● 商业银行理财产品上能否设定质权?	326
● 在股权上设定质权是否需要其他股东的同意?	327
● 专利申请权能否出质?	330
● 能否在公立高校收费权上设定质权?	334
四、质权法律关系中当事人的权利和义务	335
● 在提单已经出质给买方之外的第三人的情形下, 承运人可否将 货物交付给买卖合同中的买方?	339
● 未经质权人同意, 出质人处分《物权法》规定的处分受限质物, 效力如何认定?	343
五、质权的实现	346
六、质权的消灭	347
七、《物权法》中有关质权的其他问题	348
八、一类特殊的质权——营业质权	351
● 当户绝当后是否有权赎回当物?	358
第六节 非移转占有型动产担保发展趋势下动产担保物权的新构造 ...	359
一、动产担保制度结构的变革和突破	360
二、非典型性担保物权	362
三、优先权规则	363

第四章 非典型担保物权

第一节 让与担保	367
一、让与担保概述	367
● 如何区别让与担保和抵押?	370
● 让与担保的性质究竟是什么?	373
二、让与担保法律关系的基本内容	376
● 实务中如何认定让与担保的效力?	378
三、让与担保与中国式按揭	382
第二节 所有权保留	387
一、所有权保留概述	387
● 所有权保留的法律性质是什么?	390
二、所有权保留法律关系的基本内容	396
● 如何认定所有权保留合同的成立条件?	397
● 设定所有权保留后又对标的物进行添附的, 取回权如何行使?	402
主要参考书目	411

前沿理论索引

1. 如何协调《物权法》与《担保法》的关系?	008
2. 担保物权的本质是否一定是价值权?	013
3. 转质是什么性质?	017
4. 登记对担保物权的担保范围所有项目究竟有什么意义?	034
5. 担保物权与破产制度如何协调?	061
6. 不动产质权与中国传统的典权有何区别?	078
7. 优先权是否属于担保物权?	083
8. 我国《物权法》中应否规定优先权制度?	085
9. 抵押权究竟有无追及力? 如何理解《物权法》第 191 条第 2 款的规定?	097
10. 什么是附随性缓和理论?	113
11. 《合同法》第 286 条规定的建设工程价款受偿权是法定抵 押权, 抑或不动产优先权?	120
12. 如何解读林权抵押?	141
13. 《物权法》第 180 条第 2 款的规定是财团抵押抑或共同抵押? ...	145
14. 土地承包经营权上可否设定抵押?	147
15. 学校、医院的教育设施、医疗卫生设施是否均不应设定抵押?	151
16. 我国应否在成文法中移植所有人抵押权制度?	174
17. 就《物权法》第 202 条规定的抵押权存续期间有哪些争论?	183
18. 中国法中恶意抵押的成立是否以债权人的主观恶意为要件? ...	201

19. 抵押期间可否成为导致抵押权部分无效的理由?	206
20. 在我国如何处理动产抵押与让与担保的关系?	256
21. 动产抵押权是否适用善意取得制度?	265
22. 《合同法》第315条是否意味着承运人可以在非债务人所有的 动产上取得留置权?	277
23. 如何理解动产质权设立时所要求的占有(交付)的概念?	302
24. 账户上能否设定质权?如果能,如何给其定性?	314
25. 如何为有限责任公司设立股权质押创设更优的效力规则?	319
26. 商业银行理财产品上能否设定质权?	326
27. 专利申请权能否出质?	330
28. 能否在公立高校收费权上设定质权?	334
29. 让与担保的性质究竟是什么?	373
30. 所有权保留的法律性质是什么?	390

实务探讨索引

1. 如何在实务中理解担保物权所具有的从属性?《物权法》对《担保法》是否存在修正? 15
2. 应该如何认定公司法定代表人超越章程赋予权限签署的担保合同的效力? 22
3. 如何认定借款抵押合同中的本金数额?利息是否可以在借款时就在本金中扣除? 30
4. 如何处理实践中的“一物多押”? 39
5. 先设的所有权保留与后设的抵押竞存时如何认定其受偿顺序? ... 45
6. 在反担保法律关系中,如何认定反担保人和反担保权人的权利义务关系? 49
7. 人保与物保并存时,如何处理? 52
8. 为什么要从担保物权现代化的角度来探讨中小企业融资问题的有效解决? 65
9. 如何在实务中理解运用抵押权的上述特征? 102
10. 如何在实务中理解最高额抵押权不同于一般抵押权的适用规则? 107
11. 不动产抵押权是否适用善意取得?若适用,需要满足什么条件? 122
12. 对外担保中抵押合同效力认定有无特殊标准? 128
13. 抵押物标的的不同来源对认定抵押行为的效力有何影响? 130
14. 在我国未建房的建设用地使用权上是否可以设立抵押权?

也即是否可以在建设用地使用权上单独设立抵押权？	136
15. 在已经设立抵押权的房地产上新增的房屋是否属于抵押财产？	137
16. 在“地随房走，房随地走”的原则之下，当事人究竟需要办理几个抵押权登记？	138
17. 如果抵押权人对土地或者房屋中的一个享有处分权，而对另一个不享有处分权，但却在其上设立了抵押权，该如何处理？	138
18. 土地使用权与房屋分别抵押时的效力如何认定？	139
19. 以对不动产的管理权、出租权为标的设定的抵押权是否有效？	143
20. 实践中有哪些对不动产用益物权上设定抵押权的创新和尝试？	149
21. 不动产抵押登记的效力对当事人产生哪些影响？	161
22. 如何定性不动产抵押登记行为？登记机关有过错，承担何种责任？	164
23. 律师费是否属于实现抵押权的费用？	168
24. 在实务中，如何对抵押权存续期间定性？	187
25. 抵押权人有及时履行涂销登记的义务吗？	188
26. 司法实务中如何认定抵押人转让抵押财产的权利？	191
27. 在设立公司时可否用抵押物出资？其与转让抵押物有何区别？	259
28. 动产抵押权何时成立？登记机关是否对动产抵押权登记负有实质审查义务？	262
29. 何种情况下浮动抵押财产得以固定？固定之后是否满足抵押权实行的全部条件？	270
30. 如何在实务中理解留置权的法定担保物权性？	274

31. 承运人没有交付货物是依据留置权还是同时履行抗辩权? 275
32. 如何理解债权的发生与该动产属于同一法律关系? 281
33. 如何在实践中深刻理解上述留置权人的权利和义务? 287
34. 如何在实务中理解出质人必须对财产权利享有处分权? 297
35. 经过公证的质押合同是否可以证明债权的存在? 298
36. 汇票上设定质权时应如何协调《物权法》与《票据法》的规定? 304
37. 在金钱上设定质权有何特殊要求? 308
38. 在核押后的虚开存单上设定的质权是否有效? 313
39. 在股权上设定质权是否需要其他股东的同意? 327
40. 在提单已经出质给买方之外的第三人的情形下, 承运人可否将货物交付给买卖合同中的买方? 339
41. 未经质权人同意, 出质人处分《物权法》规定的处分受限质物, 效力如何认定? 343
42. 当户绝当后是否有权赎回当物? 358
43. 如何区别让与担保和抵押? 370
44. 实务中如何认定让与担保的效力? 378
45. 如何认定所有权保留合同的成立条件? 397
46. 设定所有权保留后又对标的物进行添附的, 取回权如何行使? 402

第一章 担保物权概览

“担保物权”这一法律术语是大陆法系中既与用益物权具有共同属性^①，而又与所有权互相对应的概念，历史上它最早出现在1900年版的《德国民法典》中^②，这是对担保物权从最严格意义上所做出的解读。英美法系中与担保物权制度相对应的制度体系是与人的担保相对应的物的担保，它由英美财产法予以调整^③。2007年《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）把该法第四编命名为“担保物权”，立法者顺着这一术语规定了其次级分类项下的各种权利。这一立法模式实现了从1995年《中华人民共和国担保法》（以下简称《担保法》）中的一一罗列方法到将同类问题类型化的跨越。事实上，学界曾经出现过主张担保权不是物权的学术观点^④。从辩证推理的角度讲，我们不能忽视的前提性问题是担保物权这一概念究竟解决了什么问题？类型化了现存权利

① 二者均属于限制物权。这种区分都是在将物权的结构划分为所有权、用益物权、担保物权和占有这四种类型的前提下讨论的，而这种划分也即传统物权三元论的模式，其在我国是《物权法》颁布后才有了立法版本，此前，学界曾经存在过物权二元论与三元论之争的学术讨论。关于这一方面的讨论，可以参见柳经纬主编：《共和国六十年法学论争实录·民商法卷》，厦门大学出版社2009年版，第142-157页。

② 资料来源于罗博：“略论担保物权的历史发展和类型变化”，载 <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=30720>，访问于2011年3月7日。

③ 参见【英】F·H·劳森、B·拉登著，施天涛等译：《财产法》，中国大百科全书出版社1998年版，第189页。

④ 例如，中国学者孟勤国认为担保权不具有物权的性质和效力。参见孟勤国、冯桂：“论担保权的性质及其在民法典中的地位”，载《甘肃社会科学》2004年第5期，第131-133页。另外，日本学者加贺山茂也认为担保物权并非物权，其不过是对债权的获取力赋予优先清偿权的权能。参见【日】加贺山茂著，于敏译：“担保物权法的定位”，载梁慧星主编：《民商法论丛（第15卷）》，法律出版社2000年版，第476-488页。