

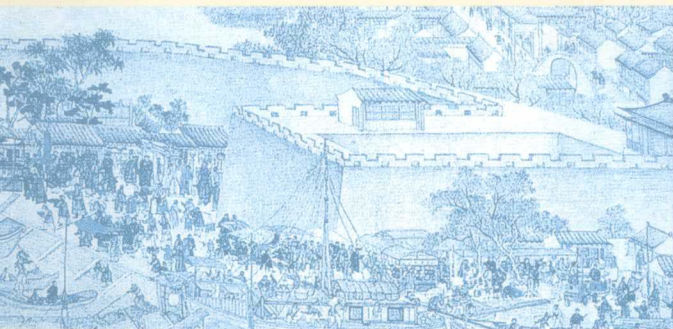
C 中国民商法专题研究丛书

梁慧星 主编

“十一五”国家重点图书

# 德国流通式不动产 担保物权制度研究

黄家镇 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

C

中国民商法专题研究丛书

梁慧星 主编

“十一五”国家重点图书

D951.63

19

# 德国流通式不动产 担保物权制度研究

黄家镇 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

德国流通式不动产担保物权制度研究 / 黄家镇著

—北京:法律出版社,2010.9

(中国民商法专题研究丛书)

ISBN 978-7-5118-1053-3

I. ①德… II. ①黄… III. ①不动产—担保—物权法  
—研究—德国 IV. ①D951.63

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 147865 号

中国民商法专  
题研究丛书

德国流通式不动产担保  
物权制度研究

黄家镇 著

责任编辑 刘文科  
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2010 年 9 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 11 字数 301 千

印次 2010 年 9 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-1053-3

定价:40.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

献给

我的父亲黄国荣先生、母亲曹叙辉女士

## 《中国民商法专题研究丛书》总序

我于1988年起担任中国社会科学院法学研究所民法研究室主任,开始考虑学术发展和人才培养问题。时值20世纪90年代初,中国内地遭遇学术著作出版难,尤其未成名的年轻学者的学术著作出版更难。遂仿照王泽鉴先生担任台湾大学法律学系主任时编辑出版《台大法学丛书》的办法,编辑出版《中国民商法专题研究丛书》。预计用二十年时间,出版100部民商法专题研究著作。

其编辑宗旨是,从中国改革开放和发展现代化的市场经济的实际出发,广泛参考发达国家和地区民商事立法的成功经验和最新判例学说,深入研究民商法的基本理论和实践中的重大法律问题,为中国民商事立法的现代化和民商事审判实务的科学化提供科学的法理基础,提升民商法理论水平,推出民商法理论研究人才,使中国民商法理论研究尽快赶上发达国家和地区的水平。

著作之入选丛书,不论作者职称、地位、亲疏,以学术性为唯一考量。不约稿、不组稿、不需推荐,

概由作者自荐。欢迎自荐博士学位论文。丛书虽以“民商法专题研究”为名,其入选著作并不以民商法学为限。涵盖民法、商法、民事诉讼法、仲裁法、经济法、环境法、国际私法、国际经济法、民商事国际公约惯例等领域,而与广义之“私法学”概念相若。

自1994年推出第一部著作始,迄今已有十余年了,已出版著作50部。出版社方面注意到本套丛书在国内外已产生良好影响和社会效益,决定自第51部著作始,重新设计、增大开本、改变装帧,更加精编精印。特补述丛书编辑缘起及宗旨,作为总序。

梁慧星

于北京城南清芷园

2005年12月8日

# 目 录

## 引言 / 1

## 第一章 流通式不动产担保物权之历史溯源(一):

### 古代与中世纪 / 9

#### 第一节 日耳曼法上的独立担保物权制度 / 12

##### 一、不动产质 / 12

##### 二、不动产质的法律性质:纯粹的物上责任 / 16

##### 三、泛灵论、象征形式主义与独立担保物权 / 19

##### 四、小结 / 28

#### 第二节 中世纪封建法上的土地负担制度 / 29

##### 一、形式主义与封建土地制度 / 29

##### 二、土地人格化与土地负担的抽象化 / 36

##### 三、土地负担的种类 / 42

#### 第三节 城市法上不动产担保物权制度 / 46

##### 一、新质 / 47

##### 二、高利贷问题与定期金买卖的起源 / 49

##### 三、定期金买卖的法律结构 / 55

##### 四、小结 / 57

## 第二章 流通式不动产担保物权之历史溯源(二):

### 近代 / 59

#### 第一节 罗马法继受时代的德意志不动产担保物权制度 / 59

##### 一、罗马法继受的背景及过程 / 59

##### 二、罗马法继受对德意志不动产担保法的影响 / 62

##### 三、不动产担保法的改革与融合 / 65

#### 第二节 梅克伦堡邦法中的不动产担保物权制度 / 68

##### 一、梅克伦堡邦法上的抵押权立法 / 68

##### 二、1819 年《骑士地产抵押权法令》与 1829 年《城市登记簿法令》 / 70

##### 三、1848 年《骑士地产抵押权法修正令》 / 72

#### 第三节 普鲁士邦法上的不动产担保物权制度的发展(至 18 世纪末) / 76

##### 一、18 世纪中叶之前的发展 / 76

##### 二、18 世纪下半叶的发展 / 79

#### 第四节 19 世纪德国不动产担保物权制度的发展 / 82

##### 一、发展的背景 / 82

##### 二、抽象理论与不动产担保法的改造 / 84

##### 三、1872 年《普鲁士土地所有权取得法》 / 91

##### 四、德国民法草案中的不动产担保物权体系 / 94

## 第三章 流通式不动产担保物权之基础理论 / 98

### 第一节 不动产担保物权之形式化 / 102

#### 一、形式主义原则的内涵 / 103

#### 二、登记公示制度与形式化的不动产担保物权 / 109

### 第二节 不动产担保物权之抽象化 / 114

#### 一、从属性原则与不动产担保物权的流通 / 114

#### 二、无从属性与抽象原则 / 117

#### 三、BGB 中不动产担保物权按抽象程度不同的分类 / 126

第三节 不动产担保物权之证券化 / 129

一、形式主义原则与证券的历史发展 / 130

二、有价证券的抽象构造技术 / 133

三、不动产担保物权证券化概述 / 138

四、BGB 中不动产担保物权按证券化程度的分类 / 142

第四节 不动产担保物权之顺位固定化:所有权人

不动产担保物权 / 147

一、顺位固定规则与所有权人不动产担保物权 / 147

二、所有权人不动产担保物权的法律性质 / 149

三、所有权人不动产担保物权的种类 / 155

四、所有权人不动产担保物权的效力 / 156

第四章 BGB 中流通式不动产担保物权之范式分析:

流通抵押权 / 161

第一节 流通抵押权的形式结构 / 162

一、流通抵押权登记 / 163

二、抵押权证券 / 167

三、抵押权证券与相似概念的区分 / 172

第二节 流通抵押权的转让 / 174

一、流通抵押权转让的一般规则 / 174

二、流通抵押权的善意取得 / 179

第三节 理想与现实之间的流通抵押权 / 183

一、不动产担保物权流通之机构化 / 184

二、不动产担保物权流通的理想模式 / 195

三、流通抵押权的范式化:法学理想对现实政治的  
妥协 / 199

四、小结 / 204

## 第五章 BGB 中流通式不动产担保物权之实践中的僭越:土地债务 / 206

### 第一节 独立式土地债务 / 208

- 一、土地债务的法律性质 / 208
- 二、土地债务的设定 / 210
- 三、土地债务的转让 / 214
- 四、土地债务的清偿 / 215
- 五、所有权人的异议与抗辩权 / 218

### 第二节 担保式土地债务 / 220

- 一、担保式土地债务的本质 / 220
- 二、土地债务与担保契约 / 223
- 三、担保式土地债务的转让 / 228

### 第三节 担保式土地债务实践僭越的原因 / 236

- 一、担保式土地债务与最高额抵押权 / 236
- 二、担保式土地债务与分期付款抵押权 / 238
- 三、担保式土地债务与“隐蔽最高额抵押权” / 240
- 四、担保式土地债务与共同担保 / 242
- 五、小结 / 245

## 第六章 流通式不动产担保物权之结构金融化演变:从直接证券化到关联证券化 / 249

### 第一节 不动产担保物权直接证券化的阈限 / 250

- 一、成本与普及度问题 / 251
- 二、显名与否的问题 / 251
- 三、流通能力问题 / 252
- 四、小结:不动产担保物权直接证券化的“两难” / 255

### 第二节 不动产担保物权关联证券化 / 256

- 一、不动产担保物权关联证券化的历史发展 / 256
- 二、德国抵押担保债券的基本结构 / 260
- 三、美国住房抵押贷款证券化模式简介 / 273

第三节 德国模式和美国模式比较 / 281

一、证券化的制度结构不同:表外模式与表内模式 / 282

二、债券清偿的财产基础不同 / 283

三、抵押品价值评估的法律条件及贷款限制不同 / 283

四、抵押品资产池能否置换不同 / 285

五、总结 / 287

附论:我国流通式不动产担保物权制度之构建 / 293

一、历史回顾 / 293

二、我国不动产担保物权流通化的现实需求 / 297

三、我国流通式不动产担保物权制度的方案选择 / 299

附录 / 309

一、德国抵押权证券 / 309

二、德国土地债务证券 / 312

三、德国抵押担保债券 / 315

参考文献 / 317

一、中文类参考文献 / 317

二、外文类参考文献 / 325

后记 / 328

## 引 言

20 世纪中叶以后,欧洲一体化进程启动并不断加快。随着欧洲一体化在经济、政治、外交、军事及司法等诸多关键领域全面加速推进,越来越多的法学家和政治家意识到仅仅依靠欧共体条约中关于统一大市场的法律要求、欧洲理事会的规章以及欧盟委员会所颁发的单行指令(Directive),已经无法为成员国之间频繁的贸易及投资活动提供充分的法律保障。由此,欧洲私法统一被提上议事日程。

早在 1980 年,一些法学家就在丹麦哥本哈根成立了由哥本哈根商学院兰多(Ole Lando)教授担任主席的“欧洲合同法委员会”(Commission on European Contract Law),即俗称的“兰多委员会”(Lando Commission),致力于推动欧洲合同法原则方面的研究。20 世纪 80 年代末和 90 年代初,欧洲议会作出决议(1989 年第 158 号决议和 1994 年第 205 号决议),要求法学研究会举荐专家承担《欧洲民法典》的起草工作。随后,兰多委员会的成员在 1998 年创立了欧盟民法典研究小组,将其工作范围

扩展到整个民法典。经过艰苦的工作,到2003年,兰多委员会完成了“欧洲合同法原则”(PECL)的起草。

相较之下,财产法统一工作的进展艰难而缓慢:《欧共同体条约》第295条成为最大的拦路虎——该条规定:“本条约不得损害各成员国财产所有权的规则体系。”这导致多年来欧盟对物权法统一这个问题的研究和介入甚少。另外,各国物权法——特别是不动产担保法——的多样性也是物权法统一的重大障碍。但是,在“单一市场”的要求下,欧盟私法若需进一步统一,必然要对物权法进行全面的整合。同时,物权的保护属于基本人权保护的范畴,各成员国财产权保护标准的不一致客观上要求欧盟对该领域进行介入。逐渐地,欧盟发布的一些指令和规则开始触及各国物权法的规定,虽然范围非常狭小。<sup>[1]</sup>而学界由于没有政治羁绊,步伐则大得多。2008年年底,“欧盟民法典研究小组”(Study Group on a European Civil Code)和“欧盟现行私法研究小组”(Research Group on Existing EC Private Law or Acquis Group)向欧盟委员会提交了《欧盟私法的原则、定义和示范规则:共同参照框架草案的完整版本》(Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Outline Edition),即学界所谓的“欧盟民法典草案”;该草案后3编就是物权法的内容。

不过,该草案第8编第1:201条在定义物时,将其限定为“有形可移动的财产”,这意味着该编的规定不适用于不动产物权。就是说该草案仍然部分止步于《欧共同体条约》第295条的高墙之下。但是由于不动产担保法是资本市场中资金流通安全性保障的重要手段,是统一资本市场

---

[1] 例如,1993年颁布的《关于退来自成员国地域的非法文物指令》(Directive on the Return of Cultural Objects Unlawful Removed from the Territory of a Member State)规定退回非法文物优于对第三方的保护。这就涉及了物权法中关于善意取得制度以及物的占有者保护的规定。2000年的《对抗商业交易中延迟付款指令》(Directive on Combating Late Payment in Commercial Transactions)第4条和《破产规则》(Council Regulation (EC) No. 1346/2000 on Insolvency Proceedings)第7条关于所有权保留(retention of title)的规定,强制性地要求各成员国认可所有权保留制度。

非常关键的一环;而各成员国不动产担保法的差异性使得进行跨国融资与再融资变得困难,已威胁到资金流通的自由性,并且不利于不同国家的银行企业之间的竞争。<sup>[1]</sup> 因此,不动产担保制度的协调与统一是无法回避的重大课题。事实上,2002 年欧盟《金融抵押安排指令》(Directive on Financial Collateral Arrangements)已经开始集中协调各成员国金融抵押的规则,促使各国改革现有的物权种类,或者接受新的物权种类。<sup>[2]</sup> 紧接着,2003 年欧盟委员会成立“抵押贷款论坛小组”(Forum Group on Mortgage Credit),旨在充分研究统一欧盟各成员国抵押市场的阻力,为今后抵押市场的统一提出可行性建议。该小组于 2004 年 11 月公布了一份含有 48 项抵押市场统一建议的报告。<sup>[3]</sup> 在此之前,就如何协调各国的不动产担保制度,学界早已开展了广泛讨论,并逐渐形成了两种具有代表性的意见:一种意见主张,以德国的土地债务制度为蓝本制定统一的不动产担保物权制度,彻底解决各国不动产担保制度相互冲突的问题;而另一种意见则主张,在保持各国不动产担保制度多样性的前提下,设计一种以瑞士的债务证券(抽象的债务承诺和土地债务的结合体)为模本的“欧洲抵押权”(Eurohypothek)。<sup>[4]</sup> 而在证券市场上,源

---

[1] 关于欧盟各成员国不动产担保法的差异阻碍跨国资本流通的问题,请参见[德]克里斯蒂安·冯·巴尔、乌里希·德罗布尼希:《欧洲合同法与侵权法及财产法的互动》,吴越、王洪等译,法律出版社 2007 年版,第 305~306 页,316~318 页。特别是德语国家由于其不动产担保物权制度的多样性和特殊性,使得他们的商人依据本国法设定的不动产担保制度在国外常常不被承认,所以德国和奥地利对统一欧洲各国的不动产担保制度最为热心。

[2] Bram Akkermans, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Intersentia, 2008, p. 501.

[3] *The Integration of the EU Mortgage Credit Markets*, Report by the Forum Group on Mortgage Credit, 2004.

[4] Siehe Baur, Stürner, *Sachenrecht*, C. H. Beck Verlag, 17. Auflage, München, 1999, S. 416. 瑞士在很长的一个历史时期都是属于德意志神圣罗马帝国,其政治、法律和文化上受到德意志本土的影响很大。瑞士的债务证券制度与德国的土地债务制度同宗同源:都是与中世纪的定期金买卖有着直接的渊源关系;而且都是以抽象原则作为制度的理论基础。另参见 Hartkamp, *Towards a European Civil Code*, Second Revised and Expanded Edition, Ars Aequi Libri-Nijmegen Kluwer Law International, 1998, p. 552.

自德国的抵押担保债券制度早已被欧洲各国普遍接受。对统一民法领域中不动产担保物权的两种意见,有学者评论道:“将所有国家的不动产担保物权只用一种不动产担保物权统一起来的后果,是灾难性的。因为这种统一将会取消为了形成更好法律而进行的法律制度之间的竞争,破坏旗鼓争鸣的法律制度带来的多样性和勃勃生气。相比之下,在保留各国原有担保制度的前提下补充一种新的担保形式的想法,更让人容易接受。因为它是否被接受可以留待市场去决定。”〔1〕从有关资料反映的情况看,后一种意见得到更多的支持。〔2〕笔者认为,两种意见实际上大同小异:不同之处仅仅在于是否以新的不动产担保制度实现各国不动产担保制度的大一统;而在根本上,两种意见几乎是一致的,即都是主张采纳一种根源于德国土地债务制度的新的不动产担保形式。这样一来,“出现了一种建议统一可流通的、应用广泛的抽象担保制度〔3〕的趋势,这种抽象担保制度似乎更倾向于照顾银行而不是顾客的利益。抽象原则或许常常预备的是比最初效力较为简单的统一模式更加高效的、更加灵活的法学构造;这是抽象原则在欧洲的局部胜利吗?”〔4〕

不管是不是抽象原则的局部胜利,也不管对德国民法创造的抽象原则存在多少怀疑与抗拒,无论如何,在欧洲不动产担保法的整合进程中,以抽象原则为基本理论依据的抽象担保制度都将成为最为重要的参考

---

〔1〕 Baur, Stürmer. aaO S. 417. 相同观点参见 Hartkamp, *ibid*, p. 563.

〔2〕 [德]克里斯蒂安·冯·巴尔、乌里希·德罗布尼希:《欧洲合同法与侵权法及财产法的互动》,第306页。另参见 Hartkamp, *Towards a European Civil Code*, pp. 562-553, 556-560.

〔3〕 指的是以瑞士的债务证书和德国的土地债务为代表的担保形式。这一概念以及独立式不动产担保物权与本书所用的流通式不动产担保物权实际所指是一样的,只不过前者着眼于担保物权抽象于其基础债权关系,后者则是从抽象的目的是为了使担保物权更安全地流通着力。本书中三者是同义词。

〔4〕 Baur, Stürmer. aaO S. 417. 施蒂尔纳教授则没有这么迟疑,其直言道:“就德国法学体系的思考者而言,存在着一个法学理论上极富趣味性的观察点:往往为各国比较法学者匆匆放弃的源自萨维尼思想体系的抽象性理论的胜利,(至少)其在欧洲土地担保领域能够取得部分胜利。”Rolf Stürmer, *Das Grundpfandrecht zwischen Akzessorietät und Abstraktheit und die europ. ische Zukunft*, in FS für Serick, 1992, S. 380.

蓝本。而在欧洲各国的立法中,最忠实、完整地贯彻了这一理论的立法无疑首推德国《民法典》(以下简称 BGB)。在 BGB 中,立法者不仅在物权变动规范中贯彻了抽象物权契约理论,而且还把抽象原则运用到债法(债权让与、抽象债务承诺等),甚至总则之中(代理权之授予),使得抽象原则几乎成为整个 BGB 中权利变动规范的基本原则。当然这一理论在物权编中体现得最为充分:不仅在物权变动中体现了抽象理论,而且第八章“抵押权、土地债务和定期金土地债务”还规定了以抽象原则为基础的流通抵押权、土地债务(最典型的抽象担保物权)及后者的若干变种。<sup>[1]</sup>

不过,在 BGB 的法典用语中并未出现“抽象担保物权”这一术语,连“担保物权”、“不动产担保物权”这些大陆法系民法理论中的经典性术语也难觅踪影。这是德国法学追求概念与体系绝对精确性的必然结果。因为在传统罗马法上,担保物权从来都具有从属性,即担保物权须以被担保债权为其存续的前提条件,其不能脱离债权而独立存在或转移。但是德国的土地债务恰恰与从属性原则扞格不入。因为按 BGB 第 1191 条的规定,土地债务是一种存在于土地之上的独立物权,是一种抽象的物权,不以任何债权原因关系为其法定存在前提。在逻辑上,土地债务不能被作为担保物权的下位概念。

为了解决体系统摄问题,德国法学界提出了一个概念:变价权(Verwertungsrechte)。所谓变价权,是指“所有权人赋予他人这样一种权限,即在某种条件成就时,特别是在特定给付未履行时,该他人有将所有物变价受偿的权利”。<sup>[2]</sup>变价权之下又可分为担保物权和土地负担(或称实物负担,Grund-oder Reallast)——土地债务在历史上被视为广义的土地负担的一种。而依据 BGB 第 1192 条的规定,作为变价权之一的抵押权的规定可以相应地适用于土地债务,只要这一适用不产生与土地

[1] 依德国法律的规定,定期金债务是土地债务的特殊形式。

[2] Baur, Stürmer. aaO S. 23-24. 另参见孙宪忠:《德国当代物权法》,法律出版社 1997 年版,第 257 页以下。

债务无须以债权的存在为前提这一法定要求相悖的结论即可。<sup>〔1〕</sup>由此,土地债务可被用于担保特定债务,此时其便可被视为一种土地担保物权。在历史上和现实实践中,这种担保形式的应用非常普遍。所以,学术界也泛泛地将不动产担保物权作为抵押权、土地债务及定期金土地债务等制度的概括性总称。不过,虽同被冠之以不动产担保物权之名,其内部结构差异却甚大:土地债务对其所担保的债务完全没有从属性,流通抵押权对主债权的从属性也受到严格限制,只有保全抵押权严格贯彻了从属性。

这种将不动产担保物权抽象于基础债权关系的法学构造技术,其目的是为了斩断原因关系对担保物权存续的影响,从而使得不动产担保物权所负载的不动产货币价值能够安全、快捷地流通,提高资金流转速度。这种制度安排刚好契合了实践中债权人提前收回资金、增强资金的流动性及缓解资金压力的欲求。尤其近代以来,金融已成为经济的血脉,工商业须臾不可缺少金融的支撑。这种资金融通关系反映在私法上就是金钱借贷契约。贷方将资金贷给借方,其债权有不动产作为担保虽安全无虞,但却由于合同规定的还款期限的约束,其大部分资金在一定的时期内无法收回;实际上相当于“沉淀”在不动产担保物权中了。长此以往,贷方必将面临因资金流动性不足而产生的巨大压力。特别是对现代银行金融业更是如此——因为银行所发放的贷款绝大部分是来源于所吸收的储户存款,其自有资金实际上是很少的。为此,贷方总是想方设法将被凝固的资金流通起来,通过提高资金流动的速度来解决资金不足的问题。这种不动产贷款资产流通的表现方式主要有三种:或是以债权为主带动不动产担保物权流转,或是以不动产担保物权为主带动债权流转,还有就是以不动产担保物权为基础发行债券。不管哪种方式,不动产担保物权都起到了决定性作用,因为没有人会购买无优先权保障的债权。

---

〔1〕 Siehe Baur, Stürner, aaO S. 505.