

南湖法学文库



Studies on Real Rights for
Security

担保物权制度研究

唐义虎 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



南湖法学文库

担保物权制度研究

唐义虎 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

担保物权制度研究/唐义虎著. —北京:北京大学出版社, 2011. 1
(南湖法学文库)

ISBN 978 - 7 - 301 - 18467 - 7

I. ①担… II. ①唐… III. ①担保 - 物权法 - 研究 - 中国
IV. ①D923.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 012007 号

书 名: 担保物权制度研究

著作责任者: 唐义虎 著

责任编辑: 李燕芬

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 18467 - 7/D · 2789

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 世界知识印刷厂

经 销 者: 新华书店

965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 17.5 印张 249 千字

2011 年 1 月第 1 版 2011 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 37.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话: 010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

内 容 提 要

担保物权,是以确保债权实现为目的,而在债务人或第三人特定物或特定财产权上所设定或者依法发生的定限物权。担保物权的物权性,是担保物权最基本的属性。相对于所有权和用益物权来说,担保物权又具有从属性、物上代位性及不可分性等独特属性。担保物权主要包括抵押权、质权和留置权。

担保物权的立法有规律可循,但是立法技术有可选择性。担保物权的历史,从所有权的担保出发,到一定阶段出现了质权,而抵押权制度最后建立。这是经济发展、社会进步和权利发育的必然。但是一个国家、一个法域,如何在立法上确立担保物权的种类和选择各种物权的具体名称和权利内容,涉及法律传统的惯性、立法政策的定位和立法技术的选择。如我国 1999 年《合同法》第 286 条所规定的建设工程价款优先受偿权,同于德国和我国台湾地区民法的法定抵押权,以及法国、日本《民法典》规定的承揽人的优先权(先取特权)。又如,出卖人优先权是法国法系法律传统和立法技术的产物,但是与意思主义的物权变动立法例无关。物权变动的其他立法例,也可以接纳出卖人的优先权制度。我国 1999 年《合同

法》规定了所有权保留,这不妨碍物权法规定出卖人优先权。当事人在买卖合同中约定了所有权保留的,出卖人的优先权不产生,没有约定所有权保留的,优先权可依法成立。为加强对出卖人利益的保护,建议对所有权保留和出卖人优先权兼收并蓄地予以规定。为维护已经付款的买受人的利益,建议物权法借鉴英美法相关制度规定买受人优先权。

2007年《物权法》对于设立担保物权的债权合同与担保物权变动的要件予以区分。2007年《物权法》第15条规定:“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同,除法律另有规定或者合同另有约定外,自合同成立时生效;未办理物权登记的,不影响合同效力。”该条将物权变动与债权合同做了区分,物权登记之前债权合同即可有效。据此,在设立抵押场合,抵押合同如无违法情况,也不违反社会公共利益原则,在抵押权登记之前即可有效。登记是抵押权成立要件或对抗要件,而不是抵押合同有效或生效要件。对此,《物权法》第187条规定:“以本法第180条第1款第1项至第3项规定的财产或者第5项规定的正在建造的建筑物抵押的,应当办理抵押登记。抵押权自登记时设立。”第188条规定:“以本法第180条第1款第4项、第6项规定的财产或者第5项规定的正在建造的船舶、航空器抵押的,抵押权自抵押合同生效时设立;未经登记,不得对抗善意第三人。”第189条第1款规定:“企业、个体工商户、农业生产经营者以本法第181条规定的动产抵押的,应当向抵押人住所地的工商行政管理部门办理登记。抵押权自抵押合同生效时设立;未经登记,不得对抗善意第三人。”就动产质押,《物权法》第212条规定质权自出质人交付质押财产时设立。就权利质押,第224条规定:“以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的,当事人应当订立书面合同。质权自权利凭证交付质权人时设立;没有权利凭证的,质权自有关部门办理出质登记时设立。”第226条第1款规定:“以基金份额、股权出质的,当事人应当订立书面合同。以基金份额、证券登记结算机构登记的股权出质的,质权自证券登记结算机构办理出质登记时设立;以其他股权出质的,质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。”第227条第1款规定:“以注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的

财产权出质的,当事人应当订立书面合同。质权自有关主管部门办理出质登记时设立。”第 228 条第 1 款规定:“以应收账款出质的,当事人应当订立书面合同。质权自信贷征信机构办理出质登记时设立。”所有这些规定,都纠正了 1995 年《担保法》对质押合同效力与质权成立的混淆。

2007 年《物权法》就担保物权的设立和实现,扩大了当事人意思自治的空间,如就抵押财产,《担保法》第 34 条第 1 款第 6 项的规定是“依法可以抵押的其他财产”;相比之下,《物权法》第 180 条第 1 款第 7 项规定的是“法律、行政法规未禁止抵押的其他财产”,《物权法》明显地扩大了可抵押财产的范围;又如《物权法》规定基金份额、应收账款可以质押;就担保物权实现,规定“发生当事人约定的实现抵押权的情形”可以实现抵押权,“发生当事人约定的实现质权的情形时”可以实现质权。

抵押与质押最大的不同是,抵押不移转担保物的占有,而质押一般需要移转担保物的占有。抵押权是物权、绝对权、价值权。抵押权因登记而取得对抗世人效力。因为抵押不移转占有抵押物而且抵押权是价值权,所以抵押人于抵押期间可以继续使用抵押物,但是抵押权实现条件具备时需要以抵押物变价清偿债权。正因为抵押权是物权、价值权,所以抵押权具有物上代位性。

土地承包经营权、集体土地建设用地使用权、自留地使用权、自留山使用权、土地承包经营权股权、国有林地使用权、农地承租使用权及农地地役权等农地权利均可抵押,但条件各异。农地权利抵押与农地附着物抵押的立法具有技术性和政策性。农地权利抵押的深层问题,不是法律问题,而是农村经济和社会保障问题;农地权利抵押的顺利实践,关键在于农村经济的发展和保障体系的完善。

优先受偿是抵押权的核心效力。债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形,抵押权人可以与抵押人协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿。协议损害其他债权人利益的,其他债权人可以在知道或者应当知道撤销事由之日起 1 年内请求人民法院撤销该协议。《物权法》简化了抵押权实现的程序,抵押权人与抵

押人未就抵押权实现方式达成协议的,抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。而1995年《担保法》规定的是,“协议不成的,抵押权人可以向人民法院提起诉讼”。

质权,是债权人占有债务人或第三人提供的特定财产,于债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形时,以债权人所占有的特定财产的价值优先于其他债权人而受偿的担保物权。质权与抵押权的最大区别,在于动产质权须转移担保物的占有,而抵押权以登记为公示方法。在我国,质权与留置权的最大区别在于,前者是约定担保物权,后者是法定担保物权。

质权包括动产质权和权利质权。对于权利质押的性质,虽然有让与说、抵押说、“中间”担保方式说、准质权说、质权说等不同的观点,但是一般认为权利质权系于权利上设立的质权,出质之权利仍属于出质人,而质权人取得与出质权利相异之权利,即质权。权利质押,是质押,而不是权利让与的最关键的理由是,须经过质权实现这一环节才能实现权利质押的目的。这是因为,如果权利已经发生转移,则无需经过质权实现的环节,而可由质权人径直享有和行使被质押的财产权。权利质权是通过限制出质人对权利的控制、行使和处分等而实现对所担保债权的保障的,与动产质权占有标的物而担保债权的机理一致,所以权利质权仍是一种质权。尤其要注意的是,采用让与说,使债权质权降低为一种债权,不能对抗第三人;采用让与说,也无法解释数个债权质权竞存时前顺位的质权优先于后顺位的质权的问题。

动产质权和权利质权的区别包括:第一,质物不同。动产质权的质物是有形的动产,而权利质权的质物为无形的财产权利。第二,质权设立方式不尽相同。动产质权的设立方式为订立质押合同和交付质物。权利质权的设立方式,包括订立质押合同和交付权利凭证,有的以登记为成立要件,有的则以通知方式设立。第三,实行的方式不同。动产质权的实行包括采取折价、拍卖及变卖,而权利质权的实行方式除上述方法外,还包括这样的方法——在一定条件下,由质权人取代出质人的地位,向出质权利的义务主体直接行使权利,以使质押担保的债权优先受偿。

权利质与动产质在一定条件下发生转换,如质物灭失,出质人取得损害赔偿债权的,质权人可依物上代位之规则,于该债权上行使质权,此时质权标的物由有体物转变成了权利。而权利质之质人行使债权收取的标的物为动产有体物的,则权利质向动产质转变。

各国一般都规定了留置权,而且大同小异,只是名称不同,细节性规定有别,适用范围有异而已。有观点认为,德国和法国等国家只有债权性的留置权而无物权性的留置权。这是“重大误解”。我们称“留置权”的权利在德国民法典和商法典上被作为“法定质权”予以规定。瑞士民法典第四编物权法编第二十三章规定的是动产担保,其中第一节是质权及留置权,第二节是权利质权,第三节是典当;虽然其中留置权已经作为一个独立的担保物权种类予以规定,但是从法典的章节安排来看,瑞士的留置权仍然有罗马法及德国法的法定质权的影子。被我们称为“留置权”的权利,在法国民法典中被安排在优先权之列,而在日本民法典上包括第295—302条的“留置权”和一部分“先取特权”。

抵押权和质权都是约定担保物权,而留置权是法定担保物权。与其他担保物权相比,留置权最大的特点是,权利人对于标的物的扣留和对标的物所有权人以及其他人的抗辩;在我国和其他大陆法系国家,加之留置权的法定性——留置权的成立无须当事人事先约定,所以留置权的主张又带有明显的自力救济的特点。此外,留置权的内容和效力分两个阶段和层次先后发生。

我国2007年《物权法》规定的留置权的适用范围有所扩大,不再仅限于合同关系。我国《民法通则》和《担保法》等法律规定,留置权适用于法律具体列举的一些合同债权,包括因保管合同、运输合同、加工承揽合同发生的债权,及基于行纪合同委托人应当向行纪人支付的报酬等。但理论上一直有人认为无因管理、不当得利产生的债权,甚至对于加害人侵权行为所产生的损害赔偿债权等,只要债权与债权人所占有的动产属于同一法律关系,债权人人均可就其合法占有的动产享有留置权。例如甲踢足球时,足球打破了乙的玻璃窗,而且足球进入了乙的屋内而为乙占有。为担保乙得到甲的赔

偿,乙可以就足球予以留置。

值得注意的是,我国 2007 年《物权法》规定了企业之间的留置权,而且其构成要件比一般留置权的构成要件宽松,这有利于维护企业之间的信赖关系,有利于保障交易安全。但是,现行法律规定不具体,应予以完善,建议规定:“企业之间因营业关系而占有之动产,可用于留置担保因营业关系所生之债权。”

留置权的特殊性表现在成立要件、适用范围、权利内容、权利行使及消灭等各方面。如留置权只能在接受债务人交付的动产上成立,而不是在第三人交付的动产上设立,此与抵押权、质权不同。而留置权最大的特殊性是其权利内容和效力分两阶段、两层次先后发生。主债清偿期届满债务人不履行的,债权人可以依法留置其合法占有的动产,但尚不能立即就留置物变价取偿,而应给予债务人一个宽限期以履行债务;宽限期届满债务人仍不履行的,债权人即可就留置物变价取偿。

对于宽限期,我国《物权法》第 236 条第 1 款前段规定,“留置权人与债务人应当约定留置财产后的债务履行期间;没有约定或者约定不明确的,留置权人应当给债务人两个月以上履行债务的期间,但鲜活易腐等不易保管的动产除外。”《物权法》在宽限期方面有两点变化:① 不再具体要求约定的宽限期“不少于两个月”;② 没有约定或者约定不明确的,留置权人应当给债务人的宽限期,在留置鲜活易腐等不易保管的动产时不受“两个月以上”的限制。

债权人留置动产后,是否需要通知债务人履行债务呢?《担保法》第 87 条规定:“债权人与债务人应当在合同中约定,债权人留置财产后,债务人应当在不少于两个月的期限内履行债务。债权人与债务人在合同中未约定的,债权人留置债务人财产后,应当确定两个月以上的期限,通知债务人在该期限内履行债务。”《物权法》第 236 条第 1 款前段未提及“通知”;但是既然《物权法》规定未约定宽限期的,债权人应当确定宽限期,那么债权人就应当通知债务人,否则债务人根本不知道宽限期的长短。所以还是要分两种情况:① 当事人约定了宽限期的,不必通知;② 未约定宽限期的,债权人应

当确定两个月以上的期限,通知债务人在该期限内履行债务。

担保物权不一定都需要最终的变价清偿。只要主债权因清偿、抵销、免除等原因而消灭,担保物权即归于消灭而无须变价处理。因此,一物之上并存数个担保物权导致的冲突,有时并不爆发。但是,一物之上,各担保物权的效力是相同还是有强弱之分?这对于各担保物权人甚至其他的相关当事人的利益有重要影响。一物之上,设立数个担保物权,不值得提倡,却也不能回避。该如何处理担保物权的竞存呢?既然担保物权是物权、绝对权,那么需要根据公示的具体情况予以确定。当然还需要考虑当事人的意思表示以及立法的政策、技术和价值目标。

担保物权的竞存,是边缘性问题,但却是富有法理性和逻辑性的问题。担保物权的竞存,虽然纷繁复杂,但有章可循。

第一,先公示的担保物权优于后公示的担保物权。其法理基础是物权属性以及物权公示原则。物权具有绝对性和对世效力。其对世效力的法理基础是公示。先公示,则确立对抗所有世人的基础;后公示的担保物权可以因公示而对抗在先公示担保物权人以外的人,但不能对抗在先公示的担保物权人(除非先公示的担保物权人恶意)。

第二,留置权优于其他担保物权。因保管、加工、修理等行为而占有动产的债权人不仅仅占有动产,而且对动产的保持、保值、维护和维修,做出了直接的贡献。在运输标的物的情形之下,因运输本身包含特殊的保管,故亦属对标的物的保值。对留置物的维护、维修和保值对各担保物权人都有利,不予以维护、维修和保值,则各担保物权都无法实现或者无法完全实现。而对留置物有增值贡献的留置权人就增值部分享有优先权,其理由更是不言而喻的。

第三,遵循自愿原则。基于在先前成立的担保物权人的意思表示而设立的在后成立的担保物权优于在先成立的担保物权。其法理基础是意思自治原则。既然先设立、成立的担保物权人处分担保物,那么该担保物权人就应该受到其处分行为的约束。

第四,前面三个规则相互联系,是一个统一的整体,后面的规则优于前

面的规则,即第一个规则受到第二和第三规则的限制,第二个规则受到第三个规则的限制。

第五,优先考虑善意取得。基于善意取得制度而取得的担保物权优于已经成立但为善意取得人所不知道的担保物权。不过,善意取得的担保物权是否优于其后成立的担保物权,仍须依照前述四个基本规则进行判断。

目 录

第一章 担保的方式与担保物权的属性、 种类及分类 / 1

第一节 债权担保的多样方式与担保物权的法律属性 / 1

第二节 担保物权的法律属性 / 23

第三节 担保物权的种类 / 25

第二章 抵押权：“担保之王” / 49

第一节 抵押权的本质 / 49

第二节 抵押权的取得 / 54

第三节 抵押权的效力 / 68

第四节 抵押权的消灭 / 88

第五节 权利抵押权 / 91

第六节 动产抵押权 / 107

第七节 财团抵押和浮动抵押 / 117

第八节 最高额抵押权 / 125

第九节 共同抵押 / 129

第三章 质权 / 135

第一节 质权的属性与分类 / 135

第二节 动产质权 / 147

第三节 权利质权 / 165

第四节 最高额质权 / 188

第五节 转质 / 189

第六节 共同质押 / 192

第四章 留置权:法定担保物权 / 193

第一节 比较法考察 / 193

第二节 留置权的法律特征 / 207

第三节 留置权的成立要件 / 212

第四节 留置权的效力 / 217

第五节 留置权的消灭 / 222

第六节 特别法上的留置权及相关担保权 / 226

第五章 担保物权竞存:边缘性却富有

法理性的问题 / 231

第一节 同种类的担保物权的竞存 / 232

第二节 不同种类担保物权的竞存 / 246

第三节 基本结论:基本规则及其法理基础 / 258

参考文献 / 260

第一章 担保的方式与担保物权的属性、种类及分类

第一节 债权担保的多样方式与担保物权的法律属性

一、担保方式的多样性

有一定的债权存在,即表明该债权的目的还没有实现,而债权因清偿而消灭,则该债权的目的即已实现。所以说,债权中的利益是有待将来实现或者正在实现的利益。此与其他种类的权利有所不同。

因为债权的客体主要是给付行为,所以债权的实现往往须有债务人的行为的配合。所以,债权能否实现与债务人的主观意愿有关,在客观上也与债务人的清偿债务的能力密切相关。这是债权的重要特点。

随着经济市场化和全球化的推进,债权的地位日益突出。为了确保债权能够如期实现,为了促进融资活动,为了保障信用,为了保障交易安全,各国法律都规定了各种各样的担保,包括人的担保与物的担保。

我国1995年《担保法》第2条规定,“在借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动中,债权人需要以担保方式保障其债权实现的,可以依照本法规定设定担保。”其中所列举的“借贷、买卖、货物运输、加工承揽等”都是合同关系,该条是不完全列举,存在弹性和不确定性。2000年《最高人民法院关于适用〈担保法〉若干问题的解释》(以下简称《担保法司法解释》)第1条则明确规定,“当事人对由民事关系产生的债权,在不违反法律、法规强制性规定的情况下,以担保法规定的方式设定担保的,可以认定为有效。”这一解释显然规定各种债权均可依法担保,而非仅合同债权才可以担保。

我国1995年《担保法》规定了保证、抵押、质押、留置及定金等五种担保方式。2007年《物权法》统一了物权制度,规定了用于担保的抵押权、质权和留置权。1999年《合同法》第134条及第286条还分别规定了所有权保留及建设工程承包人的优先权,它们也是重要的担保方式。此外,1992年《海商法》规定了船舶优先权,1995年《民用航空法》规定了民用航空器优先权。

(一) 人的担保、物的担保与金钱担保

1. 人的担保:第三人以其一般财产担保债权实现

人的担保,简称“人保”,是指债务人以外的第三人以其一般财产确保债权的履行的担保方式。根据各国的法律规定,人的担保主要是保证,此外,还包括保证保险等。人保是以从债权保障主债权。

保证,无论一般保证抑或连带责任保证,都是在主债权以外再设立一个保证债权,使主债权人同时成为保证债权人,以增强主债权实现的可能性。保证的成立扩大了清偿主债的责任财产的范围。不过,如同主债务人的一般财产一样,保证人的一般财产是浮动的,它处于不断变动之中。值得注意的是,《德国民法典》总则编的第232条第2款规定,不能以上述方式提供担保的,准许提出合格的保证人。就是说,提供“合格的”保证人只是一种辅助

的担保手段。^①《德国民法典》第 239 条规定,保证人以拥有相当于其所应提供给付的担保的财产,并在国内有普通审判籍者,为合格。保证的表示必须包含放弃先诉抗辩权。可见,德国的保证一般是连带责任保证。

连带债务,在性质上不是担保,而是债务人为多数人的一种债,因为在连带债务之中每一债务人的债务都是其自身的债务。当然,连带债务的设计,可以起到与人的担保基本相同的法律效果。

并存的债务承担在性质上也不是担保。并存的债务承担,也称共同的债务承担,或称债务加入,是指原债务人不脱离债务关系,而第三人又加入了债务关系,与债务人共同承担债务,属于债的移转的一种。很多人认为,此时债务人与第三人对债权人承担连带债务。实际上,只要经过当事人协议,特别是经债权人同意,债务人与第三人可对债权人承担按份债务。值得一提的是,如果是债务人与第三人对债权人承担连带债务的,那么并存的债务承担也可以起到与人的担保基本相同的法律效果。

我国大陆一些学者将信用保险和保证保险合称为“信用保证保险”,而我国台湾地区 1992 年“保险法”则将信用保险和保证保险合而为一,称为“保证保险”。^② 其实,信用保险和保证保险之间有较大区别。第一,保证保险的投保人是主合同的债务人,而信用保险的投保人是主合同的债权人。第二,信用保险的保险事故(债务不履行)之是否发生,不受投保人的影响,属于客观的不确定风险。而保证保险的保险事故(债务不履行)之是否发生,经常取决于投保人的主观意愿,一般不符合保险事故须为客观的不确定风险的基本原理。正因为如此,有学者认为,信用保险属于真正的保险,而保证保险不符合保险法关于保险标的、保险事故和保险利益的规定,不是本来意义上的保险。^③ 对此,笔者有两点补充:第一,保证保险的保险事故(债

① [德]卡尔·拉伦茨、王晓晔等译:《德国民法通论》(下),法律出版社 2003 年版,第 915—918 页。

② 朱凡:《人的担保基本制度研究》,中国检察出版社 2006 年版,第 264 页。

③ 参见梁慧星:《保证保险合同纠纷案件的法律适用》,载中国私法网:<http://www.privatelaw.com.cn/new2004/shtml/20060311-203429.htm>。访问时间:2010 年 6 月 24 日。

务不履行)之是否发生,有时不取决于投保人的主观意愿,而是当事人不能抗拒的客观原因造成的,如不可抗力造成债务不能履行,此种情况下的保证保险属于真正的保险。第二,信用保险和保证保险都属于人的担保。

2. 物的担保:以特定财产担保债权实现

物的担保,学说上有时简称“物保”,是指债务人或第三人以特定财产或财产权作为债权实现的保障,债务人不履行债务或者发生当事人约定的情形时,债权人有权对作为担保物的特定财产或财产权进行变价处分并使自己的债权优先受偿,或者债务人不履行时债权人确定地取得担保物所有权。

物的担保所提供的,是特定财产或者财产权。与人的担保不同,物的担保,是创设或移转一个物权,使主债权人同时成为一个物权的权利人,当债务人不履行债务或者发生当事人约定的情形时债权人可以依法就担保物进行变价处分而优先取偿,或者以某物的所有权担保物的履行。

在我国,物的担保,起源甚早,我国的《周书》、《礼》中已初露端倪。在古代汉语中有关物的担保的文字有很多,如质、押、典、当、指、抵、胎、按、压以及质剂、抵押、抵当、质押、指押、抵质、胎典、指质、抵借、胎借等。^①

各国规定的物的担保主要包括抵押、质押和留置(瑞士和我国法律上的“留置权”,在法国是优先权的一部分,在德国是法定质权的一种,在日本是先取特权的一部分)。所有权保留和有体物的让与担保也属于物保。

在日本,假登记担保也是一种物的担保。所谓假登记担保,是为担保金钱债务,当事人订立代物清偿契约,约定债务不履行时,移转属于债务人或第三人的财产所有权于债权人,以充抵被担保债权的一种担保方式。这种担保,要求对标的物进行假登记、假登录,并以假登记、假登录为公示方法。^②这种假登记实际上属于一种预告登记。

英美法也有人的担保和物的担保的分类,人的担保包括保证等,物的担保主要有按揭(mortgage)、财产负担(charge)、质押(pledge)及留置(lien)

^① 董开军:《债权担保》,黑龙江人民出版社1995年版,第221页。

^② 参见〔日〕高木多喜男:《担保物权法》,日本有斐阁,第284、285页及第288、289页。转引自梁慧星主编:《民商法论丛》(第3卷),法律出版社1995年版,第186、187页。