



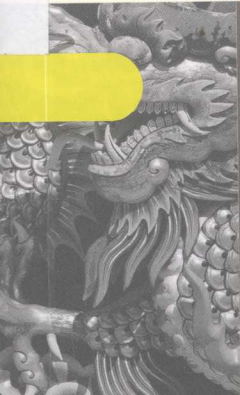
动产担保法律制度 现代化研究

DONGCHAN DANBAO FALU ZHIDU
XIANDAIHUA YANJIU

张晓娟 著



中国政法大学出版社



014004251

D923.24

111



动产担保法律制度 现代化研究

DONGCHAN DANBAO FALU ZHIDU
XIANDAIHUA YANJIU

张晓娟 著



中国政法大学出版社



北航

C1690943

D923.24
111

128200410

图书在版编目 (C I P) 数据

动产担保法律制度现代化研究/张晓娟著. —北京:中国政法大学出版社, 2013. 9

ISBN 978-7-5620-4954-8

I. ①动… II. ①张… III. ①动产—担保—研究—中国 IV. ①D923.24

中国版本图书馆CIP数据核字 (2013) 第214031号

- 书 名 动产担保法律制度现代化研究
DONGCHAN DANBAO FALU ZHIDU XIANDAIHUA YANJIU
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088信箱8034分箱 邮政编码100088
邮箱 academic.press@hotmail.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908437 (编辑室) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32开本 8.875印张 207千字
- 版 本 2013年9月第1版 2013年9月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4954-8/D·4914
- 定 价 29.00元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

目录

contents

1 绪 论	1
1.1 研究主题与选题意图	1
1.2 文献综述与研究方法	10
1.3 关于“现代化”的特别说明	22
2 动产担保制度现代化之背景考察	26
2.1 动产担保现代化之前提：市场经济	26
2.1.1 市场经济是信用经济	28
2.1.2 信用风险及其控制	31
2.1.3 担保物权能够有效遏制信用风险	37
2.2 动产担保现代化之动力：社会财富结构变化	43
2.2.1 社会财富结构变化之主要表现	43
2.2.2 传统动产担保制度无法适应社会财富结构变化	46
2.3 动产担保现代化之路径选择：功能化与类型化 方法的取舍	49
2.3.1 动产担保在大陆法系的法外演进	50

2.3.2 功能化方法的确立：美国《统一商法典》第九编	54
2.4 小结	60
3 动产担保制度现代化与动产担保形式之突破	63
3.1 对传统动产担保形式的考察	64
3.1.1 大陆法系的动产担保类型	64
3.1.2 英美法系的动产担保类型	78
3.2 法律强制与意思自治的抉择：关于物权法定原则的检讨	84
3.2.1 物权法定原则之内涵与社会功能	85
3.2.2 对物权法定原则的经济学分析	88
3.3 对功能主义的解析	93
4 动产担保制度现代化与动产担保公示方法之选择	99
4.1 从效率与安全的角度看动产担保设定与担保合同的关系	99
4.1.1 合同自由与物权法定的协调	99
4.1.2 动产担保权是否能够限制担保物的处分	105
4.2 效率与安全视野下的动产担保公示制度	117
4.2.1 从效率角度看动产担保公示方法选择	117
4.2.2 动产担保登记机关的选择与动产担保交易效率之间的关系	126

5 动产担保制度现代化与动产担保客体范围之扩展	131
5.1 动产担保客体制度在大陆法系的变迁	132
5.2 美国动产担保交易法上的动产担保客体制度	140
5.2.1 物品	141
5.2.2 投资财产	144
5.2.3 权利凭证	144
5.2.4 无体财产权	146
5.3 动产概念的嬗变与动产担保客体制度之变革	148
5.3.1 私法中物的概念的扩张	148
5.3.2 现代社会财富形态的变化与动产担保客体 范围的扩展	153
6 动产担保制度现代化与动产担保实现途径之选择	158
6.1 对动产担保实现条件的解读	159
6.2 动产担保实现途径的选择	165
6.2.1 确定动产担保实现途径需要考量的因素： 成本与效率	165
6.2.2 私力救济途径的成本效益分析	170
6.2.3 实证分析：比较法上的动产担保实现途径	175
6.2.4 小结	180
6.3 动产担保物权的实现方式	181
6.3.1 传统动产担保实现方式及其局限性	181
6.3.2 对美国法上动产担保物权实现方式的考察	185
6.3.3 小结	196

7 动产担保制度现代化与我国动产担保制度之重塑	197
7.1 建立多元化的动产担保形式	198
7.1.1 动产担保交易构成要素	198
7.1.2 对我国现行制度的改造	202
7.2 完善动产担保登记制度	209
7.2.1 统一动产担保登记机关	209
7.2.2 简化动产担保登记程序	215
7.3 我国动产担保客体制度之重塑	230
7.3.1 对现行制度的检讨	230
7.3.2 以反向排除方式确定动产担保客体范围	234
7.3.3 充分发挥动产在中小企业资金融通中的作用	237
7.3.4 扩大动产担保范围, 破解农村经济发展资金 难题	246
7.4 提高动产担保实现的效率	252
7.4.1 对我国现行制度的检讨	252
7.4.2 改造我国动产担保物权实现途径	257
参考文献	266
后 记	273

1

绪 论

1.1 研究主题与选题意图

动产担保的历史可以上溯至罗马法,可谓源远流长。然而,就其在担保融资领域受到的重视而言,不过区区几十年的光景。近代以来,经济的蓬勃发展对资金融通提出了强烈需求,作为有效的融资手段,担保物权的作用凸显,因此也得到了长足的发展。在这一历史时期,不动产以其价值稳定、不易隐匿等优点得到市场的青睐,不动产抵押更被称为“担保之王”。在担保融资领域,倚重不动产担保成为一种普遍现象,而动产担保是作为非主流存在的。但当历史的车轮进入到 20 世纪后,情况逐渐发生了变化。一方面,资源的稀缺性决定了不动产是有限的,仅仅靠不动产担保来满足市场对融资担保交易的需求显然不现实;另一方面,现代科学技术的发展不仅丰富了动产的种类,而且催生出一批价值不菲的新型动产。同时,由于长期以来对不动产的过分偏好,在某种程度上造成不动产交易过热,地价飙升,催生房地产市场泡沫,累及经济健康发展。这一切促使人们不得不重新审视旧有的担保制度和动产担保在现代融资担保交易中的效用。

在动产担保立法上首先取得突破性进展的是美国,其标志

是《统一商法典》第九编的施行。在制定《统一商法典》之前,美国还进行过“统一州法运动”^[1],但结果不甚理想。于是,统一州法委员会联合美国法学会进行了《统一商法典》的起草工作,并于1958年形成官方文本。^[2]《统一商法典》为世人所津津乐道的是其第九编,该编对英美法传统动产担保制度进行了革命性的创新,完全摆脱了传统制度重形式而轻实际的弊端,对动产担保做出了更符合商业社会需求、更能体现物尽其用和降低交易成本的制度安排。《统一商法典》第九编(以下简称第九编)创造性地以“担保权益”这一概念代替了过去以担保的形式为标准对动产担保进行类型化的做法,淡化了不同担保形式之间在交易规制上的差异,使法律规范具有更好的包容性。除了第九编明确规定不属于其调整的担保交易外,所有依照当事人合意创设于动产以及不动产附着物上的担保权益都受其调整。第九编并没有分门别类地对诸如质押、留置、应收账款等动产担保形式进行规定,而是将其统一于担保权益(security interest)下,作为一个整体进行调整。但这并不影响市场主体在交易中采用这些具体的动产担保形式,法律所做的只是对形形色色的动产担保形式进行了抽象而已。所以,一方面第九编具有较强的灵活性和适应性,展现出对动产担保交易良好的调整能力;另一方面,其又摆脱了形式主义的束缚,简化了

[1] 由于美国各州有自己的立法权,使得有关于商事贸易方面的州法彼此之间相互冲突,严重影响了正常的经济交往。为改变这种状况,美国专门成立了统一州法委员会,欲统一各州商法。有关于统一州法运动,在下文将有更为详细的阐述。

[2] 《统一商法典》颁布后,为使其能够适应不断变化的经济形势,起草者统一州法委员会和美国法学会又成立了统一商法典常务编委会,对该法典进行修订。从颁布至今,《统一商法典》最大规模的修改,是在1966~1971年期间,这次修订最终形成了《统一商法典》1972年文本;最近的修改始于1998年,完成于2003年,即现有的文本。而法典的细微修正几乎从未间断过。

动产担保交易手续,使交易更加便捷,节约了交易成本。应该说,《统一商法典》是一部相当成功的法典,第九编更是动产担保立法的一个典范,其不仅在美国国内产生了强烈反响,而且对包括大陆法系在内的世界动产担保交易立法都产生了不容忽视的影响。虽然,也有人第九编颇有微词,而且第九编也并非完美无缺,但不容否认的是,第九编的确比任何以往的法律制度都更顺应现代市场经济对动产担保融资的要求。事实也证明,第九编确实促进了动产担保交易的发展。

有关国际组织也注意到动产担保交易对经济发展的促进作用,纷纷出台了对成员国的示范法或相关指南等,帮助有关国家和地区进行动产担保制度的革新。例如,欧洲复兴开发银行于1994年公布了《欧洲复兴开发银行动产担保交易示范法》;亚洲发展银行于2000年发表了《亚洲担保交易法律改革:释放担保物之潜能》考察报告;美洲国家组织于2002年通过了《美洲国家组织动产担保交易示范法》。这些示范法无论在概念或方法上均受到第九编的影响,如《美洲国家组织动产担保交易示范法》就规定,设定动产担保的目的在于担保一个或多个现存的或将来的债务的履行,至于交易的形式如何在所不问。担保物的范围亦与第九编如出一辙地广泛:根据合同约定用于担保债务履行的任何动产均可,不管这些动产是有形的还是无形的、现存的还是将来的。^{〔1〕}

为适应工商业发展对动产担保融资的需求,我国台湾地区于1963年颁布了“动产担保交易法”,这在大陆法系算得上是一个创举。台湾的这部“动产担保交易法”是在仿效美国《统一抵押法》、《统一附条件买卖法》和《统一信托法》的基础上

〔1〕 参见中国人民银行研究局等:《中国动产担保物权与信贷市场的发展》,中信出版社2006年版,第293~294页。

制定的。学者认为,台湾“动产担保交易法”乃是对美国法的直接继受,立法过程中缺乏必要的吸收和再创造,甚至直接照搬相关名词^[1],从而造成该法在台湾地区水土不服。因此,在1964年6月10日正式施行后,1976年该法被修正,并颁布了实施细则,而后在1999年又对实施细则作了修正。客观地说,台湾地区“动产担保交易法”对促进工商业资金融通,缓解工商企业的资金难题有积极作用。然而,回头重新审视其立法过程,会发现这当中多少有些仓促上马的痕迹,因而“动产担保交易法”难以真正发挥其作用。台湾的经验和教训对大陆法系国家和地区进行动产担保制度改革具有借鉴意义,即在制度创新中既不能对国际动产担保改革潮流熟视无睹,也不能不顾现实而生硬地“与国际接轨”,而是应当将国际上的先进经验与本国、本地区已有的法律制度结合起来,使新的制度能够融入现有的法律体系。唯有如此,才能达到制度创新之目的。

从1994年开始施行的《魁北克民法典》^[2]用“*hypothec*”这个统一的概念代替了过去的大多数担保形式,这显然是受第九编“动产担保权益”的影响。众所周知,加拿大的魁北克由于曾经是法国殖民地,故其法传统与法国法颇有渊源。法国法,尤其是巴黎习惯法成为魁北克省私法的基础。在这一时期,魁北克的私法以巴黎习惯法为主,同时又适用法国皇家条例、省颁规章和省法院的判决。1886年,魁北克私法终于结束了这种

[1] 刘春堂先生认为,台湾地区“动产担保交易法”过于简单,其概念用语不符合大陆法系的习惯,只能借助于法律解释使其与现行“民法典”之架构和术语相契合,故对该法进行解释成为台湾地区法学界和法律实务界共同面临的课题。[参见(台)刘春堂:《动产担保交易法研究》,三民书局1999年版,自序。]

[2] 经历了二十多年的研究、探讨及公开听证,该法典于1991年颁布,1994年1月1日起生效。该法典也常常被称为新民法典(CCQ),以区别于1886年颁布的旧民法典。

混乱状态，有了自己的民法典，而这部民法典正是以《法国民法典》的体例为标准，对当时的法律规范进行汇编而成。可见，魁北克民法与大陆法系之渊源不可谓不深，但其在动产担保制度创新时，吸收的却是第九编的经验。《魁北克民法典》第六编“优先权及担保物权”是此次修改的一大亮点，该编体现了统一担保类型、扩大担保物权概念以及统一担保物权实行的立法理念，使得动产担保制度焕发了新的生机。其所创立的“hypothec”是动产担保物权和不动产担保物权的上位概念，故其担保客体的范围不仅包括不动产，还包括各种财产和财产权利；而且单一的担保交易体制对克服不同担保形式造成的法律冲突、交易程序繁复等问题有显著的功效。当然，魁北克民法在动产担保问题上并未完全舍弃形式主义，这主要表现在物权与债权的区分依然被承认。应该说，新的《魁北克民法典》是两大法系融合的一个典范。

在大陆法系传统民法中，动产担保仅有质押和留置两种形式，这是大陆法系以财产的类别来确定物权变动的公示方法之必然结果。在大陆法系，动产物权变动以占有为公示方法，不动产物权变动则以登记为其公示方法，故动产担保物权的设定须以移转占有为前提。因而，不移转占有的抵押权是不能以动产为客体的。但时至今日，以移转占有的方式进行动产担保交易已经显得非常地不合时宜。一方面，现代市场经济中用来担保的动产往往是债务人维持正常生产经营的必备财产，若移转占有则可能造成其生产经营的困难；另一方面，鉴于担保物权的价值权特性，占有动产的债权人并不能对该动产进行使用、收益，这意味着在担保期间，作为担保客体的动产是闲置的，这显然是一种资源浪费，与物的效用最大化目标背道而驰。另外，移转占有的方式还会增加交易成本，因为债权人须妥善保管

担保动产的义务,为此,这种做法必然会有保管费的支出。^{〔1〕}传统担保制度面对现代社会的财富结构变化和市场经济对担保融资的强烈需求处于捉襟见肘之窘境,使大陆法系国家和地区的人们意识到了改革的必要性,并对动产担保制度作了相应调整。但总的来说,这些调整 and 变化还是在大陆法系传统民法的框架下进行的,而传统民法对非移转占有的动产担保持否定态度。为避免冲突,许多国家或地区的“变法”是在民法典之外进行的。其中,典型代表当属德国和日本,二者都认可了从实践当中发展而来的权利移转型担保——让与担保,日本还以单独立法的方式承认了动产抵押。综观大陆法系动产担保制度的变革会发现,这些在法典外演进的制度先天不足,其在解释法律关系、解决权利公示等问题上存在障碍。尽管学者们创造了许多理论来力证非移转型动产担保与传统民法的契合,然而,这些理论对于现实生活并无太大意义。目前的实际情况是,市场交易需要一套行之有效的、能够为融资担保交易提供法律保障的制度,而大陆法系这种“头痛医头、脚痛医脚”的分散、渐进的改革方式无法实现这一目标。

在我国制定《物权法》的过程中,如何设计动产担保制度一直是一个颇有争议的问题。争议的焦点主要集中在动产担保的形式上面,即是固守传统只规定质权和留置权,还是顺应时代潮流引进非典型担保^{〔2〕}。《物权法》的几易其稿向大众清楚

〔1〕 对移转型担保物权的弊端,台湾学者谢在全先生有精辟论述,他认为“占有型担保物权须移转标的物之占有,不仅增加担保权人管理上之负担,进而转嫁于融资之成本,对债务人不利,且担保人更因不能使用担保物,致无法因应现代之企业经营需要”。〔参见(台)谢在全:“动产担保制度之最近发展”,载《跨世纪法学新思维》,法学丛刊杂志社2006年版。〕

〔2〕 非典型担保是指传统典型担保(抵押不动产、动产质押、动产留置)之外的新兴的担保形式,如让与担保、所有权保留、动产抵押等,其因突破了设定动产担保须移转物的占有之规则,有别于传统担保物权而得名。

地展示了立法者在这个问题上的犹疑与分歧。从结果来看,2007年3月16颁布的《物权法》只规定了传统担保物权类型,但又在一定程度上对传统有所突破。这主要体现在动产抵押范围的扩大,不仅现有动产可以抵押,将来取得的财产、集合财产也均能用于担保交易,这一点颇为符合当前国际动产担保制度的改革趋势。但笔者认为,就实际效果来看,《物权法》不足以化解我国动产担保融资领域的沉疴。

一般而言,现代经济社会中的企业都需要从外部获得资金,以满足企业生产的资金需要。企业的外部融资可分为直接融资和间接融资。直接融资是指企业在资本市场上通过发行股票和债券,直接从资金提供者那里获得资金。由于这是投资者和企业之间进行的直接交易,企业必须提供详尽的企业经营状况的信息,并且承担股票和债券发行的高昂费用,所以只有融资规模巨大的大企业才能承担这样高的交易成本。绝大多数的小企业都是通过间接融资(主要是银行贷款)来满足资金需要的。我国目前有4000多万家中小微企业和个体工商户,创造了GDP总量的近六成以及纳税总额的近五成,吸纳了城镇90%的就业。中小企业是大企业发展的基石,带动经济体摆脱金融危机的“活跃细胞”,为何备受金融机构的冷落?这主要是因为现有的制度环境下商业银行开展对中小企业开展融资业务风险很大:一是中小企业的抗风险能力不强,平均寿命短暂(据调查,一般为3~5年);二是信用程度低,企业主素质参差不齐,偷税漏税普遍,账目虚假的情况比较突出,难以了解清楚其真实经营状况;三是普遍缺乏抵押物^[1]。因此,对于中小企业贷款,

[1] 根据世界银行外国投资咨询服务机构官员 Seve Simavi 的研究,担保不足是信贷受到限制的主要障碍。因为担保不足,信贷申请被拒绝的比例在非洲、东亚、欧洲及中亚、拉美以及南亚分别占申请总数的50%、70%、75%、40%以及72%;

银行在政治上响应得很好，但兴奋点却不在这里。商业银行之所以对中小企业“惜贷”、“慎贷”，并不是因为其资金的缺乏，而是基于对风险控制的考虑。^{〔1〕}

在所有的风险控制手段中，物的担保能够极大地降低商业银行的信贷风险，无疑是打消商业银行顾虑，解决中小企业融资难题的有效方法。但从我国融资担保交易的实际状况来看，商业银行在发放贷款中存在明显的“规模偏好”，即更青睐于大型企业。这主要是因为这些企业信用度高，财务制度健全，更为重要的是其拥有足够的不动产。中小企业资产多以动产为主，不动产匮乏^{〔2〕}，因而在担保交易中处于被动地位。中小企业的动产往往占到其总资产的60%以上，如果充分发挥这些动产的融资作用，则中小企业的资金难题将迎刃而解。将流动中的存货或应收账款抵押给银行，从而提前获得企业生产所需的资金，对于饱受“融资难”之困的中小企业来说，这种“当铺式”的融资方式是最受欢迎的。然而，商业银行更偏爱不动产，对动产担保却顾虑重重，因为在银行看来，诸如应收账款、存货、生产设备甚至是未来的收益权等动产的担保融资风险远大于不动产。受此影响，在产权改革较早的广州、温州、台州等

（接上页）这些地区，因为担保要求过高，企业放弃向银行申请贷款的比例也分别达到了18%、20%、13%、23%以及30%。在中国，因为缺乏担保物，金融机构对中小企业普遍地惜贷、恐贷。

〔1〕 央行2003至2004年度对7地50家金融机构的调研显示，中小企业形成的不良资产平均占比达到63%，在西部地区则达到了90%。而从近两年的违约贷款回收率情况看，动产担保的回收率是最低的，只有31.7%。

〔2〕 根据《中国统计年鉴》及国民核算数据等资料测算，目前中国中小企业拥有的不动产价值为41087亿元人民币，占有企业不动产价值的46%。此外，中小企业拥有的存货和应收账款价值为63086亿元人民币，占有企业存货和应收账款价值的60%，是中小企业不动产价值的1.5倍。但由于银行对动产担保交易持谨慎态度，这些动产大多并没有在融资担保交易中发挥应有作用，成了“沉淀资本”。

地,许多中小企业主已经开始用早期奋斗所得进行“圈地”、“圈房”,目的就是为了在企业需要扩大规模时作为抵押向银行贷款。但更多的中小企业缺乏买土地、买房子的原始积累,因此也就没有可向银行抵押的不动产。这在科技型的创业企业里尤其突出。

制度供给的缺乏是造成动产担保交易在我国商业实践中不活跃的根本原因。《物权法》虽然扩大了动产担保的客体范围,规定了非移转占有动产担保即动产抵押的公示方法采登记对抗主义,但对动产担保交易当事人来说,《物权法》的这些规定过于简陋,根本无法解决交易当中的实际问题。更为致命的是这些规定无法消除债权人(主要是金融机构)对债权安全的顾虑。由于我国目前并没有统一的动产担保登记系统,债权人在与债务人发生担保交易时,很难得知担保动产的真实状况,比如其是否已经设定过担保;同时,现行法律法规忽视了动产担保自身的特点,缺乏快捷、高效的权利实现方法,导致动产担保交易成本居高不下,进一步打击了金融机构开展动产担保融资业务的积极性。

法律制度的现代化是整个社会现代化的重要组成部分。现在的实际情况是,金融机构渴望通过广泛开展动产担保融资业务来拓展市场、提升利润增长空间。毕竟大企业是少数,资源有限,而中小企业数目众多,从长远来看农村市场也前景广阔。然而,制度保障的缺少使动产担保的风险变得不可控,这令金融机构陷入两难境地,想放贷却又怕最后收不回贷款。可见,金融机构并非对动产担保融资交易毫无兴趣,而是对交易风险顾虑重重才裹足不前。笔者认为,包括《物权法》在内的现行制度对动产担保尤其是顺应现代经济发展需要的非移转型动产担保的规范零散而缺乏体系化,因而难以在推进动产担保交易方面有太大的贡献。为使有价值的动产能够充分发挥融资担保

功能,使动产担保变成交易双方都乐于接受的交易形式,我们需要对现行制度进行改造,建立起与市场现实相适应的现代动产担保制度,以满足市场主体对风险与成本控制的需求,有效地促进市场资金融通。因此,本书将立足于目前对我国现行制度的反思,并结合国际动产担保制度变革的经验与教训,寻求我国动产担保制度现代化的合理途径。

1.2 文献综述与研究方法

从目前的情况来看,学界已经意识到对传统担保制度进行改革的必要性。谢在全先生认为,不动产担保的“霸主”地位受到来自于动产担保的挑战,主要是基于以下原因:一是亚洲金融危机使“物权担保之失衡成为必须反省之课题”;二是经济发展与科技的突飞猛进使得“动产及相类性质之财产权不仅种类日新月异,且价值不貲。动产与不动产相较,不再相形失色”;三是经济全球化使企业对资金的需要更为迫切。“倘担保体制健全,资金取得容易,利息低廉,有此奥援之企业于扁平化之现代世界,竞争自属无往而不利。缺乏足资因应现代企业经营与外国银行融资需要之动产担保制度,即为发展中国家之致命伤。”^{〔1〕}高圣平曾指出,我国现行的担保法律制度与经济现实之间的关系相当紧张,制度的不足与缺失已成为我国信贷市场发展的阻碍因素之一,“参较动产担保制度的最新发展与国际趋势,我国相关法律制度的改革迫在眉睫”^{〔2〕}。许明月先生则

〔1〕 参见(台)谢在全:“动产担保制度之最近发展”,载《跨世纪法学新思维》,法学丛刊杂志社2006年版。

〔2〕 参见高圣平:“我国动产担保物权立法研究”,载《南都学坛》2006年第6期。