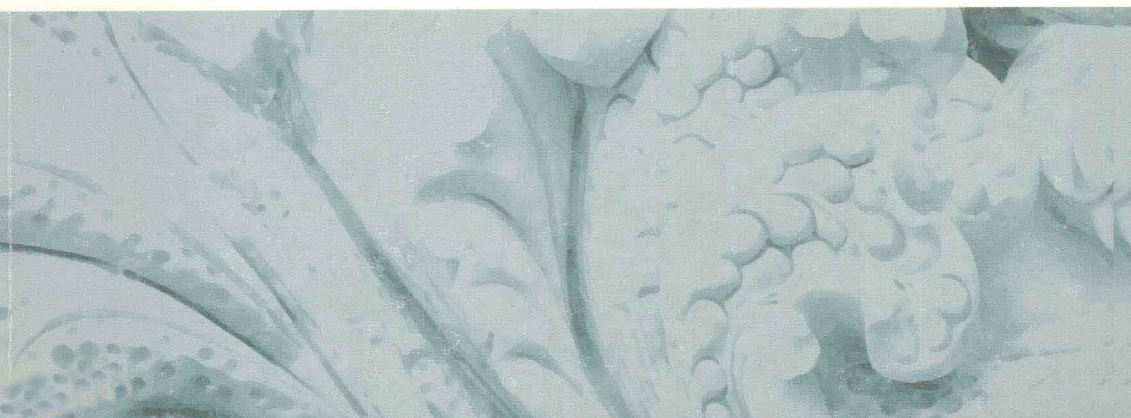




# 让与担保制度研究

向逢春 著





# 让与担保制度研究

向逢春 著

重庆市博士后科研项目特别资助项目（资助编号：XN20120022）



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

让与担保制度研究 / 向逢春著. —北京:法律出版社, 2013. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5874 - 0

I. ①让… II. ①向… III. ①让与—担保—研究—中国 IV. ①D922.282.4②D923.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 002604 号

让与担保制度研究

向逢春 著

责任编辑 高山 黄琳佳  
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2014 年 3 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 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 14.75 字数 192 千

印次 2014 年 3 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 - 5874 - 0

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 序言一

现代社会资本流通的前提在于创造信用,而商业信用的建立与维持离不开担保制度的支撑。一国担保制度的完备程度如何,将对该国金融市场的健康发展产生直接的影响。我国自20世纪80年代以来,先后有数部法律规定了担保制度,且法律条文的可操作性也在不断增强;这对于保障市场融资的安全起到了积极的作用。但同时也必须看到,我国担保制度的规定,无论在体系的完备性方面,还是在具体规则的可操作性方面,均存在进一步完善的空间;这在动产担保领域表现的尤为明显。

我国现行立法仿效我国台湾地区1963年颁布的“动产担保交易法”,规定了动产抵押制度;而台湾地区动产抵押制度则是对《美国统一动产按揭法》的借鉴。这一跨法系的继受,使得该制度在台湾水土不服;自该法颁布后已数度修正,其中2007年修正幅度最大,修改、增删近半数法条。时至今日,该制度的本土化尝试、反省进程仍在继续。我曾经在2003年第2期的《中国法学》上撰文指出,动产抵押制度的创设造成了抵押权理论的混乱,破坏了民法物权编体系的完整性,且始终无法解决公示方法问题。因此,应当废除该制度,而代之以大陆法系国家普遍认可的让与担保制度。

该书的作者曾在我门下攻读博士研究生；该书是以其博士论文为基础，经进一步修订后完成的。而其博士论文正是以我的上述观点为思路，通过对德日等相关国家和地区让与担保制度的理论及司法判例的细致考察和研究，对目前在国内占据主导地位的让与担保之担保（物）权法律构成说的观点提出了质疑，并提出我国界定让与担保的性质应采用建立在所有权构成论基础上的期待权理论。该书以融资担保实践中产生的问题为中心，分析了在我国民事活动中长期存在的以让与担保方式设立的担保行为的类型及相关司法判例，比较了让与担保制度与相关制度的区别，并就如何完善我国的融资担保体系，在司法实务中充分发挥让与担保制度的作用，准确适用这一制度解决融资担保的难题，提出了自己的思考和建议。虽然这些思考和建议并非十全十美，但可以为后来者对此问题的深入探讨提供有益的启示。

该书作者完成博士学业后，秉持对学术的专注，继续在西南政法大学从事博士后研究，且对让与担保问题意犹未尽，并取得了新的研究成果。这些成果在该书中均得到充分的反映。因此，《让与担保制度研究》一书是一部具有较高学术价值的著作，不仅对我国融资担保的立法与司法实务具有重要的参考价值，而且对广大读者全面系统地了解让与担保制度的理论与操作规则大有裨益。

值此书出版之际，聊以数言，是为序。

陈本寒

2013年10月12日于武昌珞珈山

## 序言二

就物权公示与物权变动的结合模式而言,尽管我认为公示要件主义优于公示对抗主义,却从不认为前者完美无缺,更不认为后者一无是处。二者能否调和?能否在同一法律或制度体系中扬其长而避其短?向逢春博士在本书中对该问题进行了讨论。透过他对我国现行法上动产抵押制度内含的矛盾和困境之描述,我发现他对公示要件主义的赞赏之情比我当年的论述更为热切。正因为如此坚决地抱持公示要件主义,动产抵押在这样的制度选择下难有立锥之地。因而,有必要重新构建一个制度,以在不移转动产占有的情况下充分发挥其融资担保效用,从而“接管”并延伸动产抵押的功能;于是,让与担保“呼之而出”,并在本书中徐徐展开。

让与担保独特的担保形式和功能曾在大陆法系引发广泛争议。我国《物权法》制定过程中就是否规定让与担保也存在热烈的争论。我国有学者主张对让与担保采“担保权”之法律构成,并引入《美国统一商法典》融资报告登记制度以实现其公示性,最终将其直接确定为一种担保物权。该主张在支持让与担保的学者中甚为“有力”。对此,本书从不同法系、不同“主义”的国家或地区间具体法律制度可否彼此引入、适用的角度进行了大力地辩驳,认为因公示方式多样化导致的冲突已然

超越了大陆法系之物权法定原则,从而难以被接受。而且,完全忽略让与担保让与所有权之形式,将其直接界定为担保物权,强调其担保实质而忽视其形式、割裂其设立手段与担保目的之间的紧密联系,将本属于非典型担保的让与担保“典型化”了,实质上否定了让与担保作为独立的担保制度存在的价值。在公示要件主义下,让与担保客体权利之移转是否需要公示以及如何公示,既不取决于当事人间的任意约定,也不必类推适用传统担保物权设立须公示之规则,而应由设立让与担保时法律对于该客体权利(所有权)移转须遵循的具体规定决定……相较于既往之论述,这些见解有相当的新颖性。

作者认为,让与担保制度欲对经济发展起到有力的推动作用,不能听任经济需要之摆布而使自身错综复杂、顾此失彼。相反,其制度构建应当而且必须维持民法内部逻辑体系的贯通;这是立法层面需要坚持的。

本书从理论与实务两个层面对采纳让与担保的妥当性、必要性和可行性进行了论证;提出不对让与担保进行专门性的统一立法,而采取体系性规制模式,将其置于整个民商法体系内进行规制,并草拟了相关法条,具有良好的启发性。当然这些构想多为逻辑思辨之产物,能否经受实践的检验而对社会经济发展有所裨益?尚待进一步的观察。

向逢春博士接受过系统、良好的法学学术训练,有较强的研究能力。他进入西南政法大学法学博士后流动站后,与我就相关问题展开合作研究。我感觉他对学术怀有近乎“痴迷”的热情,在研究中能沉心静气,也取得了较好成果。唯愿他继续这一份对学术的执著,尝试多元的研究方法并不断凝练学术思维,取得更好地研究成果。

是为序。

孙 鹏

2013年10月18日于西南政法大学

## 中文摘要

让与担保制度因其独特的担保形式和特殊的担保功能成为民法上的疑难问题,大陆法系国家对其理论构成、效力认识不一。其在我国也引起了颇多争议,这些争议主要集中于让与担保存在之价值和规制模式上,这些争议点已涉及民法学上的基本问题。对让与担保制度的深入研究,不仅有助于我国民法理论的完善,且对于我国经济发展意义重大。故本书不揣陋见,以问题为中心,对让与担保制度发展中诸多学者在理论中存在的争议进行讨论、研究和澄清,不求面面俱到;力图通过对让与担保理论之研究,比较德国、日本等国家和地区让与担保制度之特点;重点在于厘清让与担保理论发展中存在的障碍和解决途径,力求对让与担保制度在我国的建立和发展有所裨益。

### “引言”

让与担保制度的确立需要解决两个层面的问题:一是让与担保制度有无存在的价值;二是若有存在之必要,如何进行规制。就第一点而言,有学者将按揭作为让与担保存在之必要性的实践需要,从而招致众多非议。同时,反对者认为让与担保有流质弊端和公示缺陷,更重要的是,实践中并无让与担保之案例,故让与担



保无存在之必要。然而,在我国民商事活动中,存在着大量的以让与担保方式设立的担保行为;数种已类型化的以让与担保法理为基础的商事活动出现于商事领域,涉及的司法判例也已然不少。就第二点而言,学界通说认为让与担保只存在于一些国家和地区的判例与学说理论中,而并无成文立法。但深究之下,此说颇为不妥。不仅德国、日本等大陆法系国家对于让与担保的法条规制相当严密,甚至《澳门商法典》还设有专章(第3卷第17编第2章信托让与担保)对让与担保予以立法。针对我国学界提出的规制让与担保的民法典模式和特别法模式,笔者基于对德日让与担保规制模式及其法律构成的比较选择及我国台湾、澳门地区立法状况分析,认为可以跳出统一立法模式的惯性思维,不对让与担保进行专门性的统一立法,而是采取体系性规制模式,将让与担保制度放置于整个民商法体系内进行规制,以充分发挥让与担保的功能。

## 第一章 “让与担保之概念与性质研究”

让与担保滥觞于罗马法和日耳曼法上的信托。德国在此基础上发展出适合于本国经济实践需要且和谐于本国法律体系的现代让与担保制度。该制度为一些大陆法国家和地区所继受,并在继受的过程中有所变异。如日本发展出以担保权构成为基础的让与担保制度。我国台湾地区基本上继受了德国的让与担保信托行为理论;并且“动产担保交易法”在规定用于贷款融通资金的信托占有时,是以让与担保法理为基础进行构造的。而我国澳门地区更进一步,《澳门商法典》对让与担保制度直接进行了专门立法。但反观我国大陆地区,在继受该制度时对德日让与担保法律构成之差异进行的比较研究尚不够深入,对于所接受的法律构成与自身物权理论体系的协调兼顾不足。笔者通过对让与担保概念的辨析,指出因让与担保制度表现形式的灵活与多样,难以完全抽象出精确之内涵。一向以概念严谨著称的德国法学在面对担保手段超过经济目的的这种非典型担保制度时,只是以概略的语言和强调要点的方式对其特征进行了较为具体的概括,突出以权利暂时性移转供作担保这一特性,以图达到理解该制度的目的。因日本让与担保制度之基本构成采担保权构成,其对让与担保借用典型担保的法理进行解释,以质权和抵押权理论为基

础来阐释让与担保,实质上使之成为典型担保的一种综合(让渡质+让渡抵押)。我国台湾地区和大陆地区学界试图使让与担保概念精确化,但难脱以偏概全之嫌。在对两种构成说的研究中,首先分析了在所有权构成理论中,所有权的绝对移转和所有权的相对性之差别,指出在采形式主义的德国,学界认同所有权在特殊情形下具有相对性。例如在构造让与担保制度时,在理论上将让与担保中受让之所有权定性为信托所有权,在设定时所有权被绝对的转移,但被移转的所有权本身具有相对性之特性,法律上的、绝对的所有权移转并不等同于所有权的绝对性。德国的让与担保构成与其依据绝对的所有权构成与相对的所有权构成进行分类说明,毋宁说是按照法律的所有权构成与经济的所有权构成综合解释为妥。其次剖析了担保权构成理论中诸种学说,指出国内学者对于设定人保留权说(二段物权变动说)、附解除条件说(期待权说)等学说中存在的认识误区;并在此基础上对我国物权法制定过程中提出的让与担保立法草案进行了评析,指出了该草案中以担保权构成为理论基础的让与担保制度存在的若干问题。通过上述解析,指出所有权构成理论通过让与标的物的权利(所有权)来提供担保,可谓名实相符。其在担保过程中表现出所有权的对外效力,而在终局实行时凸显担保目的,即在过程中强调形式而在实行时注重实质。与之相较,担保权构成论则事实上完全忽略了让与权利(所有权)之形式而单纯唯担保实质论,已名不副实,最终将非典型担保典型化了。

## 第二章 “让与担保之设定与效力研究”

对于让与担保在设定中是否将不动产纳入标的范围,笔者在分析德日两国及我国台湾地区的实践后,虑及不动产抵押与让与担保具有目的同一性和功能替代性,参考二者在操作性、成本等方面的差别,认为基于让与担保的理论基础和我国经济实践之需要,无须刻意将不动产纳入让与担保标的范围中。鉴于让与担保适用目的并参考各国、地区之应用情况,让与担保以适用于商事领域为主,但不宜将其排除出民事领域的适用。在德国法上,担保合同无效并不影响权利让与的效力。被担保人仍然成为担保物的所有权人,担保提供人基于不当得利享有所有权返还请

求权。日本法则与之相反。鉴于日本、台湾学者允许将债权人以外的第三人作为担保权人的让与担保之情形均是以不动产作为客体的,而不动产无须刻意纳入让与担保适用客体范围,再考虑实践中设立让与担保之目的及应保持让与担保设定简便灵活之特点,故让与担保的被担保人应为被担保债权的债权人,而不宜为第三人。对于让与担保之效力,采何种法律构成决定了效力之表现。如对于效力所及标的物的范围,担保提供人、被担保人对标的物的处分,当事人对于相对方之债权人的关系等,采所有权构成与采担保权构成得出的结论差别甚大,特别是对于标的物的处分问题。德日在非占有转移型让与担保情形下的善意取得之规定有明显不同。通过对于德日让与担保制度在设定与效力问题上的比较,可知德国让与担保制度发展稳定。在信托式的让与模式下经由学说引导、判例确立其合法性而形成由民法典和部门法之规定加以调整的非典型担保方式,在保持法律体系和谐的基础上保证了经济目的的实现。日本让与担保制度的发展呈现出极端化的倾向,在采纳担保权构成理论时则彻底抛弃形式,唯担保实质论,导致让与担保徒有虚名;混淆了典型担保与非典型担保的界限;只关注结果的合目的性,却忽略了法律体系的逻辑性和更为重要的法安定性。

### 第三章 “让与担保重点问题研究”

让与担保之公示问题,在德国法中被忽略而在日本法中被强调。这同样源于对法律构成选择的不同。基于所有权构成,非占有转移型动产让与担保以占有改定为基础,实现了变价功能与用益功能的分离。这种公示性的忽略是以巧妙利用了既有法律制度中的明文规定为基础的,符合法理,且实现了对让与担保之发展起重大作用的一项需求——保守债务人秘密之利益。而基于担保权构成,企图将让与担保限制物权化的公示之努力,在以动产为客体时遭遇了难以逾越的困境,无论是美国的融资报告登记制度还是其他明认方法,最终只能无功而返。深察之,让与担保是否需要公示、如何公示是依其客体权利(所有权)在移转时的法律要求来决定的,具体应由设立让与担保时法律对于该客体有关权利(所有权)转移时须遵循的规定决定之。此为让与担保制度应有之义。再从经济实

践进行比较,对于无公示的所有权保留,欧盟所有的成员国都接受该项制度。如此看来,基于与所有权保留同样的理由(无公示性)不承认让与担保是不能自圆其说的。从法理上讲,既然最重要的物权——所有权的变动可以以占有改定方式进行且为大陆法系各国所接受,当然可以以占有改定方式移转所有权供作担保。如果要求让与担保的设定必须有一种外在可见性的公示,那也就是要求一般情形下以占有改定方式取得的所有权也必须如此公示。这实质是从根本上否认了动产的观念交付方式和间接占有,这与当代法律制度之发展是背道而驰的。对于让与担保中存在的流质契约是禁止还是许可问题,归根结底就是对流质约定事前规制好还是事后调整妥的问题。一般认为,流质契约禁止的立法旨意在于保护债务人不因一时之急迫而蒙受重大之不利。但在市场经济发达的今天,传统的消费性借贷关系已转向为经营性借贷关系,市场主体以其理性的经济人的判断趋利避害,债务人因困窘而借贷的情形难以存在;而基于贯彻私法自治和提高交易效率之考量,应当允许流质约定,只对有违诚实信用或公序良俗的流质约定赋予受损害一方主张抗辩的权利,进行事后调整更为妥当。对在让与担保设定中可能发生的严重损害担保提供人利益的情形,德日均利用公序良俗原则进行调整,尤以德国的调整更具合理性和规范性。

#### 第四章 “让与担保与相关制度之比较研究”

对让与担保的规制,首先要明确让与担保的地位和作用。这就需要让与担保与现行法中有相似或相近功能的制度进行比较,从中发掘出让与担保的独特个性与特殊作用。在本章中,笔者分别对德日两国与让与担保制度功能相近的制度进行了比较,如让与担保与买回、所有权保留、权利质权等的比较,从中展示出让与担保制度与这些制度在两国的利用实态,并进而对我国大陆地区让与担保与相关制度进行实务区分以体现出让与担保的独特优势、功能,突显其存在之必要性。

在与买回的比较中,德国法上的买回与让与担保的差别主要表现在是否有债权债务关系的存在、适用客体范围之差异和常态下标的物之占有是否移转,并基于此三点产生出让与担保与买回间的其他五点差异。

日本法上,尽管可以基于占有方式上的不同对让与担保与买回、再买卖约定进行区分:让与担保为“抵押”形态的担保方法(非占有担保),本来的买回、再买卖约定是“质押”形态的担保方法(占有担保)。但对于让与担保、买回、再买卖约定都采取担保权构成的基础上再进行此种区分已无多大实际意义。日本法将买回彻底担保权化的做法,说明了采担保权构成论实际会造成泛担保的结果,消弭了大陆法中原有的典型担保物权与非典型担保物权的分野。这种做法难以为绝大多数大陆法国家及地区所接受。再就德日两国的买回制度进行对比,德国法中的买回是两次有效的买卖,通过该两次买卖实现了担保功能。而日本法中的买回是被作为权利转移型担保,因而认可被担保债权的存在、否定买卖的特性是通过买回权的行使将原买卖行为解除,使所有权回复原状。

在与所有权保留的比较中,德国法上的所有权保留和动产让与担保尽管同属于非典型担保,且二者的利益状况相当类似。但是,二者终究是两种不可互相替代的制度,各有其特性和适用领域。这种区别表现为二者占有关系的不同、法律行为性质和所有权变动情况有异、担保的来源和所受法律保护措施有别、适用的客体差异、债务人破产情形下当事人权利相异以及二者在《德国民法典》中规定的明确程度存在差别。实践中,在欧盟国家中,尽管二者实际上都没有进行公示,但它们却受到区别待遇。此外,让与担保与所有权保留还会出现竞合的情形——总括的债权让与担保与延长型所有权保留,在不同情形下处理时所依据的原则不同。日本法上的让与担保与所有权保留只存在一些形式上的不同,如二者被设定时所有权和占有是否转移存在区别。但因日本的非典型担保(变相担保)采用实质的担保权构成,故形式上的区别远不如实质上的趋同来得明显。即“为了担保的权利转移”被表现得至为突出,二者在理论解释上大同小异,由此再次体现出担保权构成论在统一担保权类型中所具有的“强大的统一功能”。再就德日两国的所有权保留制度进行对比,德国法上的所有权保留要比日本法上的所有权保留发展得更充分。实务界充分利用该制度服务于经济实践;学界努力解决实务中出现的各类冲突和矛盾;解决方法也考虑到了法的安定性,以现行法之规定作为解决方案的基本出发点,妥善地平衡了当事人之间以及与一般社会公众之间的利益。而日

本法上的所有权保留主要适用于消费领域,具体应用于分期付款买卖中。但在日本发展出的众多非典型担保类型中所有权保留显得无关紧要,更在担保权构成论的大旗下趋于被同化,而失去了形式与实质间的平衡机能。

在债权让与担保与债权质权的比较中,德国的债权让与担保(以及其他权利的让与担保)已经在很大的范围内取代了这些权利的出质。主要原因在于二者在设定、实行方式和担保强度方面的差别。故债权让与担保经常与动产让与担保、所有权保留叠加在一起,频繁适用于商事活动中,在经济领域担负起重要角色。在以债权为客体时,日本法上的让与担保的担保权构成理论使得债权让与担保无论是优先受偿的方法还是对第三人的效力都准用质权的规定,很难找出回避债权质权而设立让与担保的理由。尽管日本学界和实务界也在努力改善这一情况,如制定了《动产债权让与特例法》。但由于受适用客体、第三债务人是否承诺、是否存在抵销、债权让与禁止特约等抗辩事由等因素的制约,该法所规定之登记对抗制度仍然无法使让与债权得到真正保障,也无法撼动债权质对债权让与担保的绝对优势。由此可见,在以债权为客体的让与担保和质权在德日两国的利用实态可谓对比鲜明:德国法上的债权让与担保因其保密性和便利性而受到青睐,故在实践中导致了债权的出质在大多数情况下被债权让与担保所取代。而在日本法上,二者因理论构成、功能的相似性以及商业惯例的影响使得债权质权在很大程度上主导着以债权提供担保的场合;同时,在担保权理论构成下让与担保的对抗手段的天然缺陷也使得债权让与担保的发展不足以对债权质权形成重大影响,故债权让与担保的应用空间被债权质权大大压缩了。

而反观上述相关制度在我国现行法中的规制状况并与让与担保制度进行比较:我国大陆地区法律中没有明确规定买回制度。如果当事人根据买回制度原理,依合同自由原则缔结附买回约定的买卖合同,自行达成“买回”,尽管不为法律所禁止;但因买回设立的初衷是使标的物为买受人占有、用益,因而此时无法替代让与担保发挥担保提供人占有、用益之功能。如果出卖人与买受人约定仍由出卖人占有、用益标的物,则与买回制度的目的不相符,尽管此种约定仍为合法有效;但此时标的物的所有权的转

移是因真正的买卖而转移,而非为担保而转移,在当事人间不存在债权债务关系,行使买回权是出卖人的单方权利;依买回理论,对于买受人而言,其并无请求出卖人须及时行使买回权的权利。这样,在实践中,如果缺乏不动产的中小企业以其动产(机器设备)采用附买回约定的买卖形式在不转移占有的情形下向银行融资,那么银行与该中小企业间并无债权债务关系的存在,即银行通过买卖合同在“经济上”和“法律上”都是该中小企业所占有使用的机器设备的真正所有人,银行并无请求该中小企业在将来某一确定时间返还融资款项的权利。在此种附买回约定的买卖中,银行的地位相较于让与担保中银行之被担保人(债权人)的地位差距极大,此种地位是银行难以接受的。若此,将使银行失去对主要资产为动产的中小企业提供融资贷款的动力。这反过来将影响并阻碍中小企业的发展,进而削弱市场的竞争活力,最终影响经济的顺畅运行。我国《合同法》第134条规定了所有权保留,但其与让与担保功能迥异;当标的物为动产时,最突出的一点就在于标的物占有的转移与否以及因此而产生的用益问题。让与担保设定时通常不转移标的物的占有,仍由担保提供人(原所有人)继续占有使用,而这正是让与担保制度产生并发展的根本动因之一;所有权保留设定时则须转移对标的物之占有,由保留买主(买受人)占有有益标的物,而对标的物的占有用益恰恰是为了满足买受人的需要。当标的为可转让的财产权时,所有权保留则完全无能为力。就动产质与动产让与担保而言,后者正是为弥补前者的缺陷而产生并发展的,已毋庸多言。只是就债权质与债权让与担保而言,根据我国《物权法》和《合同法》之相关规定,在无须顾忌担保提供人保密利益的前提下,债权质与债权让与担保在一定程度上具有可替代性。因此,通过对我国现行法其他相关制度之规定状况进行考察并与让与担保制度相对比,凸显出让与担保制度在我国法律制度中所应具有不可替代的地位。

## 第五章 “我国有关让与担保的司法判例与经济实践研究”

让与担保制度的发展历程表明,其并非源自理论设计,而是商事实践的产物。确切地说,其正是通过法院对于经济实践中的有关活动进行的司法裁判和学界的学理解释之共同努力,才得以产生和发展的。本章通

过对我国所发生的司法判例和社会经济发展中出现的实践活动的研究,指出让与担保的实践活动在我国早已有之;而规制的滞后性却难以适应现实的需要,导致同样性质的法律行为得不到相同的司法对待,对经济发展形成窒碍。文中选取了两个判例并列举了进口押汇、融资融券两种经济实践活动,以说明在我国研究规制让与担保的现实必要性。主要辨析二点:一是对于长期以来就按揭形成的诸种学说进行剖析,对“按揭就是让与担保”的误读进行澄清。在对旧说进行简析后,重点讨论按揭中的焦点问题——期房按揭的性质,其在当前的立法上和实务中被解释为抵押权的预告登记。笔者指出,根据我国《物权法》第180条之规定,债权不能够被用来设定抵押权。故在期房按揭中,购房人仅享有对开发商的债权,该债权是不能被用来作为抵押权标的的。再基于预告登记之基础理论,对于预告登记之客体而言,被担保之债权请求权在进行预告登记时,要求受预告登记之保护者须为所担保债权之债权人,被担保债权人之相对人,须为因预告登记而被涉及之权利的权利人(或其继承人)。也就是说,债权人地位与预告登记上的权利人地位必须一致,而债务人与因预告登记而受有负担之权利的权利人必须同一。在期房买卖中,银行与购房人所设立之“抵押权预告登记”中,银行作为借款合同中的债权人与预告登记上的权利人一致,但购房人作为债务人与负担抵押权的房屋之所有权人并非同一人。被设定抵押权预告登记的房屋的所有权仍属于开发商而尚未属于购房人。购房人对该房屋亦未取得任何处分权利,也即受负担人与因预告登记而受有负担之权利的权利人不同一,该抵押权预告登记不能成立。从另一个角度讲,不得为了一项将来才取得之权利受负担而进行一项预告登记,以将来才取得所有权之房屋设立以抵押权为内容之请求权不能通过预告登记而获得担保。日本在假登记判例中,也认为不应允许假登记的假登记,不动产登记法不允许“数次重复假定不动产权利人的地位”。购房人在对将来才可能取得的房屋所有权之请求权进行预告登记的基础上,再为银行在尚未取得所有权之房屋上设立抵押权负担之请求权进行预告登记,等于是对预告登记之预告登记,于法理不通。在上述分析基础上,结合我国期房按揭实践,总结出将购房人对于开发商的债权向银行设定让与担保以担保银行对于购房人的债权,即肯认让与担保



(担保性债权让与)作为期房按揭的担保方式才是符合法理,并能给予按揭权人(银行)利益最大实现可能的担保方式。二是对于有学者将属担保信托(自益信托)性质的让与担保与管理信托(非自益信托)相混淆的问题进行了辨析,指出大陆法系中的信托式的让与是将权利(所有权)以信托的方式转让与他人。此种情形被称为“经济的”权利与“法律的”权利的分离,其特征是受托人对外是完全的权利人;但在对信托人的内部关系上,受托人负有将信托权利只用于特定目的的债法义务,须按照约定的方式,行使受托人的权利。而根据受托人所受债法目的约束的不同内容,又可分为管理信托和担保信托。在管理信托中,因受托人在行使其权利时,追求的不是自己的利益,可谓之他益信托。受托人作为法律上的权利人只能将信托财产用于满足作为“经济上的权利人”的委托人的利益,在此种情形下,受托人负有积极管理的职责。证券投资基金就属于管理信托的一种。在担保信托中,受托人作为担保提供人的债权人,其在信托中追求的是自己的利益,也就是担保其对担保提供人(债务人)所提供的贷款(贷出物)的债权,可谓之自益信托。被信托让与的担保物在一定范围内服务于受托人的利益。当然,受托人只能按照信托合同约定的目的将担保物用于满足自身利益(担保自己债权)的实现;除此之外,被信托让与的担保物要服务于作为“经济上的权利人”的委托人的利益——多由其自己占有使用以实现其收益。也就是说,在担保信托中,委托人(债务人)担当积极主动的角色,受托人(债权人)处于消极地位。让与担保即属于担保信托之一种。有研究者误将管理信托的原理套用于以担保信托——让与担保为基础构成的融资融券制度,忽略了英美法系与大陆法系关于自益信托与他益信托分类依据存在的实质性差别,出现张冠李戴的问题。

## 第六章 “让与担保立法研究”

本章在前文论述的基础上,一方面对德日等国家和地区让与担保的规制情况进行比较、借鉴和吸收,通过对统一立法模式存在障碍之分析,指出对于让与担保制度无论是采取物权法模式、债法模式还是特别法规制模式,都会对既有的民法体系造成冲击。若采担保权构成,只能失去让与担保的本色而沦为一般担保权,进而对整个担保物权体系带来毁灭性