

任何一个法律领域都需要一个学者专家群体承担研究、维护、推进该法律领域的职责，担保物权法尤其如此。

第四辑

VOL.4

担保法 理论与实践

担保物权法编纂的理论基础

董学立◎著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



担保法理论与 担保物权法编纂的理论基础

第四
辑

VOL.4

在整个物权法乃至整个民法领域，担保物权法是与实践结合最为紧密、最为变动不居的法律领域。研究担保物权法，如果不了解实践、掌握实践、理论与实践密切结合，单靠文本研究是不行的。

——梁慧星

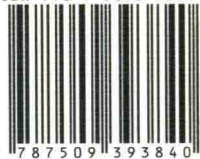
物权法有故乡法之称，原来最具有本国色彩，但因为担保物权是以支配担保物的交换价值发挥其担保功能，和物的利用常受国土风情的影响不同，加上国际贸易发达，信用的授予，需以担保为后盾，担保法国际化的趋势遂方兴未艾。

——谢在全

上架建议

担保法·学术

ISBN 978-7-5093-9384-0



9 787509 393840 >

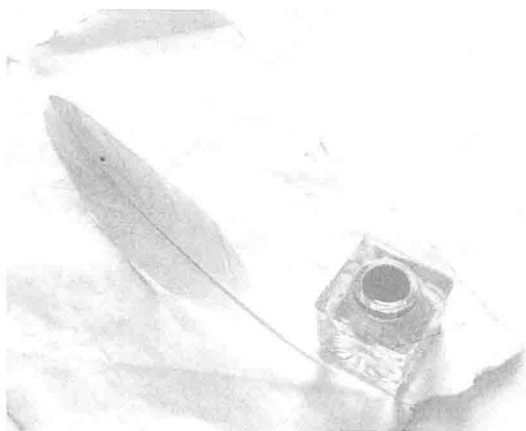
定价：69.00元



中国法制出版社
官方微信



法律阅读
从未如此有趣



担保法 理论与实践

担保物权法编纂的理论基础

董学立◎著

本书为国家社科基金项目“动产担保物权一元化立法研究”
(批准号: 13BFX093) 的阶段性成果

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

此为试读, 需要完整PDF请访问: www.ertongbook.com

图书在版编目 (CIP) 数据

担保法理论与实践. 第四辑, 担保物权法编纂的理论基础/董学立著. —北京: 中国法制出版社, 2018. 12

ISBN 978 - 7 - 5093 - 9384 - 0

I. ①担… II. ①董… III. ①担保法 - 中国 - 文集
IV. ①D923. 24 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 302323 号

策划/责任编辑 马金凤

封面设计 李宁

担保法理论与实践. 第四辑, 担保物权法编纂的理论基础

DANBAOFA LILUN YU SHIJIAN. DI SI JI, DANBAO WUQUANFA BIANZUAN DE LILUN JICHU

著者/董学立

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

开本/710 毫米 × 1000 毫米 16 开

版次/2018 年 12 月第 1 版

印张/20 字数/265 千

2018 年 12 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 9384 - 0

定价: 69.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfsz.com>

市场营销部电话: 010 - 66033393

传真: 010 - 66031119

编辑部电话: 010 - 66070046

邮购部电话: 010 - 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社印务部联系调换。电话: 010 - 66032926)

序 一

我国在改革开放前实行单一公有制基础上的计划经济体制，不存在包括担保物权制度在内的物权法。20世纪80年代初改革资金使用体制，由“无偿拨款”改为采取“融资方式”，因缺乏有效担保手段而发生严重的“三角债”和巨额不良债权问题。于是在制定物权法之前，1995年先制定担保法。担保法包括物的担保（担保物权）和人的担保（保证合同）。虽属于“亡羊补牢”，且受到不动产登记制度和登记机构不统一的制约，却仍然对于此后减少和避免“三角债”和不良债权发挥了重要作用。时隔12年之后，被称为在社会主义法律体系中“起支架性作用”的物权法终于颁布施行。为了保障金融机构的合法权益，化解和回避融资风险，保障社会主义市场经济持续稳定地发展，物权法在总结担保法实施以来的实践经验基础上，参考发达国家和地区的经验，规定了较为完善的担保物权制度。

担保物权，属于物的担保。俗话说“跑得了和尚跑不了庙”，相对于人的担保即保证合同，物的担保更为切实可靠。金融机构发放贷款，采用担保物权予以担保，最方便、最有效。担保物权，是确保金融机构债权清偿和化解金融风险最有效的法律手段。物权法施行以来的经验表明，物权法所规定的较为完善的担保物权制度，对于保障金融机构的合法权益，化解和回避融资风险，保障企业及时获得融资，满足经济发展对资金的需求，保障社会主义市场经济持续稳定发展，已经和正在发挥极其重大的作用。

任何一个法律领域都需要有一个学者专家群体承担研究、维护、推进该



法律领域的职责。担保物权法尤其如此。我国物权法所规定的不动产抵押、最高额抵押、动产抵押、动产不动产集合抵押、特别动产集合抵押及动产质押、权利质押、应收账款质押等，都是服务于融资的。历史上的担保，以保全债权为目的，叫作保全型担保；现在人们设立各种担保权已经不是为了保全债权，而是为了融资，称为融资型担保，属于商行为。更不用说实践中已经存在，并且还将不断产生的法律没有明文规定的各种非典型担保。可以说，在整个物权法乃至整个民法领域，担保物权法是与实践结合最为紧密、最为变动不居的法律领域。研究担保物权法，如果不了解实践、掌握实践、理论与实践密切结合，单靠文本研究是不行的。

董学立教授长期致力于担保物权法的研究，发起创办名为“担保法理论与实践研讨会”的学术论坛，邀请国内研究担保物权法理论和实践的专家学者，研讨有关担保物权法的立法、理论、实务与教学问题，并编辑出版《担保法理论与实践》连续性出版物，旨在推进担保物权法理论和实践的研究。笔者对此极表赞成。

是为序。

2015年7月21日于昆明退庐

序 二

由于国际贸易的兴盛、财产类型的不断增加及其蕴含价值的衍生变化、各行各业创业筹资或营运融资不同的需求等因素，担保物权制度的发展已迈入迥异于往昔的阶段，展现出多元的面貌和积极的社会功能。此时此刻，聚集两岸担保法学者和实务专家，举办担保法理论与实践研讨会，实具有检讨过去、针对现在、策励未来、承先启后的重大意义。对于主办、承办各单位的高瞻远瞩、掌握时代脉动，应给予热烈的掌声，并致上由衷的赞佩。

综观本次研讨会，充分反映出下列特色：一、参与者踊跃，不但有研究担保制度声誉卓著的学者，而且有各级法院的庭长、法官，更有金融实务的专家，发表论文共四十余篇，从不同方面相互沟通，理论与实务水乳交融，学者遂得确实意识实际问题所在，不流于空谈，而审判者于实务运作，解决个案，呼应社会需求时，仍能遵循担保法之规矩方圆，经由裁判表彰法律的规范价值，更能扮演法律续造的角色，理论与实务互动，激荡中迸出火花，法律因此有了丰富的生命力。庭长、法官报告论文，热烈参与，足为台湾地区法院同人的楷模。二、研讨会超过半数的论文都聚焦于实务，意味中国担保法实施近二十年，物权法施行近十年后，随着社会工商的繁荣，担保法制已于社会中落地生根，如雨后春笋，生机盎然。担保法深入民间，成为推动市场经济发展不可或缺的一只手，发挥促进金融流动的重要机能，朝着务实化、国际化发展。三、两岸法学沟通交流，充分发挥“他山之石，可以攻玉”的效果。让与担保的定位、流抵约款的效力或物上保证人与保证人间的



求偿权及承受权（追偿权及代位权），因此台湾地区曾经过激烈的探讨、摸索，后两者业于民法物权编 2007 年修正时，完成立法；让与担保虽未法制化，但其运用，于学说或实务大抵已建立常轨，且因物权编修正，2009 年导入习惯法得为创设物权之法源，让与担保之担保权地位露出曙光。如今，在中国大陆地区，让与担保的盛行、流抵约款则在以物抵债中窜出，物保、人保间的关系以混合共同担保问题呈现，台湾地区的民法及其实践大抵可引为借鉴，找到处理此类问题的一些方法。以上所述不过是荦荦大者，其他诸多正面效应，不胜枚举。可知，本次研讨会成果丰硕，绩效斐然。

物权法有故乡法之称，原来最具有本国色彩，但因为担保物权是以支配担保物的交换价值发挥其担保功能，和物的利用常受国土风情的影响不同，加上国际贸易发达，信用的授予，需以担保为后盾，担保法国际化的趋势遂方兴未艾。欧洲民法典示范草案（第九卷）的问世，以及联合国国际贸易委员会于完成担保交易法指南及知识产权补编之后，已于今年四月推出担保交易示范法草案，这对于担保法的未来，必有立竿见影的作用。面对两岸的华人，从速推动担保法的统一化，应是开展担保法理论与实践系列研讨之际，必须努力以赴的目标。董学立对担保法素有专攻，就此任务负起领头角色，必是有识者共同的期盼，且拭目以待。

谢在全

2015 年 10 月 28 日

自序

《民法典各分编（草案）》（以下简称《草案》）担保物权法的“一般规定”只有8条，我们提出的《建议草案》“一般规定”足有21条，这使得两者在结构体系方面发生了根本改变。就“一般抵押”而言，《草案》是26条，《建议草案》是19条；就“动产质权”而言，《草案》是15条，《建议草案》是9条；就“权利质权”而言，《草案》是7条，《建议草案》是5条。从整体结构来看，如果说《草案》的体态是“头轻脚重”，那《建议草案》的体态就是“头重脚轻”。当然，这只是在形式方面的改变。就内容方面来看，两者的差异则更为显著。

这次年会上，有学者讲到了所有权法、用益物权法的完善问题。所有权、用益物权制度具有本土性。比如我国的所有权制度依权利主体设计了三个种类，用益物权制度因城乡二元结构设置了使用他人土地建房的两种用益物权等。我现在提出一个问题供大家思考，担保物权作为一个交易技术规则，它的本土性特征与所有权和用益物权相比甚少。作为一个交易技术规则，担保物权法自罗马法以来发展到今天，从逻辑上可以推定它应该是一个完善的法律了。但是，当我们着手编纂中国的担保物权法《建议草案》时，我们觉得还是有许多问题需要修改、完善。那么，这些问题是怎么来的呢？自罗马法以来，经过民法法典化和物权法定化，逐步形成了今日担保物权法律制度体系。德国、日

* 根据笔者在中国民法学研究会2018年年会上的发言修改而成。



本和我国台湾地区民法典中的担保物权制度体系的一个最显著特征，就是严格区分不动产担保物权和动产担保物权。根据其民法典的规定，不动产担保物权主要指不动产抵押权，动产担保物权限指动产质权和权利质权。“可以推定，历经时间、实践和学说的完善，民法典中的不动产担保物权规范和动产担保物权规范，应该是一个非常完善的法律制度了。所以，我们今天无需再对它进行大的修改、完善或编纂。”这一判断在逻辑上是成立的。既然如此，我们所确认的“有许多问题需要修改、完善”，缘由何出？

经过近代民法法典化和物权法定化，上述民法典里缺少一种“动产上不移转占有的担保物权制度”，是它们均有的缺陷。所以，近现代担保物权法的发展，主要是为了弥补民法典里未提供动产上不移转占有的担保物权制度的立法缺陷：德国是在法典之外通过承认“让与担保”的判例法方式来解决此一缺陷的；日本是在法典之外通过在“不同类型动产担保物”上设立抵押权的特别立法方式来解决此一缺陷的；我国台湾地区则是在法典之外通过在动产上创设“不同类型非移转占有型担保物权类型”方式，来解决此一缺陷的。

上述担保物权法制发展模式，都是在有民法典的既成前提下，通过在民法典之外确立判例法和颁行特别法，来解决民法典中未规定“动产上不移转占有的担保物权制度”的立法缺陷。这一法制发展模式一般不会引起民法典与单行法或者判例法之间的法体系冲突。尽管其规范本身或可有一些矛盾的地方，但是因为两者适用的对象不一样，所以不会在法典法与特别法或判例法的适用上产生冲突。与此相比，中国大陆担保物权制度的发展路径迥异。研判我们今天的担保物权法律制度，需要从1995年《中华人民共和国担保法》（以下简称《担保法》）开始。我们1995年制定《担保法》时，环顾域外以及审视脚下，在动产上创设不移转占有的担保物权制度，同样是非常重要和十分必要的。但是，我国和上述民法法典化国家或者地区不一样，他们有民法典既成在先，民法典是不能被随意修改的，所以要在法典之外解决问题；我们《担保法》是在没有民法典的既成拘束下制定的，我们把传统民法典里缺失动产上不移转占有的担保物权制度的立法缺陷，在《担保法》里就直接解决了：中国《担保法》中的抵押权概念与传统抵押权概念是不一样的，传统的抵押权概念专指不动产抵押权，我们《担保法》里的抵押权概念既包括不动产抵押权，也包括“法律

允许抵押的动产“抵押权；到了《物权法》时代，更进了一步，扩展到了“法律不禁止的财产”抵押权。所以，我们通过改变抵押权概念，即通过动产抵押权在担保法典中的植入，就解决了传统法典法国家和地区在民法典里没有动产上不移转占有的担保物权制度的立法缺陷。

成在此，败在此。

我们当时并没有能力驾驭实施这一立法技术可能引起的法体系后果。动产抵押权的法典法机械植入，在动产上形成了“动产抵押权、动产质权和权利质权”的多元动产担保物权结构。这一结构具有逻辑上的结构性缺陷，一是容易导致忽视整体制度的设计。这个逻辑推演结果的实证研究表明，我国现有担保物权法中没有“统一登记制度”，没有“统一优先次序规则”，没有科学完善的“准用规范”。既然是动产抵押权制度独立在先，则后面的动产质权和权利质权当然是可以准用前面的动产抵押权。但是，我们现有的担保物权立法中没有动产质权和权利质权对动产抵押权规则的准用规范。这是为什么？因为我们传统的抵押权是不动产抵押权，动产质权和权利质权被认为不能准用不动产抵押权制度。但是，当抵押权这个概念从传统的不动产抵押权发展到也包括动产抵押权的时候，我们的担保物权立法并没有在准用制度上随之跟进，所以造成整个担保物权制度出现了因缺乏准用规范而导致的规范漏洞问题。

二是容易导致同一规范的重复、不一致甚或矛盾和漏洞。担保物权制度有九个方面的制度群构成，即定义、担保物、担保合同，担保物权设立、公示、效力、优先次序、实现和消灭。我们提出的担保物权法草案，也一直是按照这九个方面来构建的。担保合同、担保物权设立、担保物权公示，构成了意定担保物权制度的“三步曲”。在担保物权公示之后，还有担保物权的效力、优先次序、实现和消灭等。这九个方面规范群在动产抵押权、动产质权和权利质权多元存在的情况下是需要重复的。比如，担保物权立法中既有抵押合同也有质押合同，这就是一个规范重复。其一，规范重复本身就是违反法典法内在逻辑要求的。其二，如果规范被重复时，“真话说三遍都会变成假话”，立法者对同样的问题使用了不同的语言，比如对于抵押物范围，对抵押物，“法律、行政法规不禁止抵押的”都可以抵押；对质押权利，就变成“法律允许质押的权利才可以质押”。当然，动产抵押权是公示对抗主



义，但动产质权和权利质权反而是公示生效主义，这也是同样的问题没有同样的处理。另外，应该重复的规范却没有重复，立法亦没有给出准用规范，由此形成法律漏洞。比如，权利上的担保物权能不能重复设置？这当然是可以的。但是，权利质权复数存在时，它们的优先次序规则在我们今天的担保物权法里没有规定，形成了法律漏洞。这一法律漏洞的形成，原因就在于“权利质权”没有规定可以准用“一般抵押权”。实证研究表明，中国现有的担保物权法制在上述九个方面都有重大缺陷。我们刚才讲了三类动产担保物权制度类型，这样就在二十七七个规范群方面几乎都有问题，我们用“千疮百孔”一词来形容我国的担保物权法现状，不可谓“言过其实”。现在，学界对《民法典各分编草案》都不满意，我也不满意。

例如，《民法典各分编草案》制度设计中没有规定统一登记制度，将来我们的动产担保物权怎么连接单行的统一登记制度？再如，优先次序规则，现在的《物权法》和《民法典各分编草案》因为是分块结构，形成优先次序规则的“各说各事、难成一事”的窘局。实际上，动产质权里找不到优先次序规则，但是动产质权里有责任转质，责任转质就隐藏着优先次序规则；权利质权里面也没有优先次序规则，但权利质权没有准用抵押权的准用规范。我们研究《物权法》的抵押权优先次序规则，从第190条、第191条开始谈优先次序规则，但第192~198条却和优先次序规则没有任何关系，到了第199条则是同一个物上数个抵押权的一般优先次序规则。我刚才所说担保物权法的九个规范群方面是有逻辑次序的，但是立法时这九个方面是混乱地搅和在一起的。所以，这给法律的适用和法律的学习造成了很大的不应有的烦扰。传统物权法没有“购买价款担保物权”及其“超级优先权”规则，今天我们在《民法典各分编草案》中增加第207条解决了这个立法漏洞，但是大部分人说看不懂这一条，因为我们对这样一个舶来制度缺少学术上的讨论和共识。而且这一条还和合同法里的所有权保留制度联系在一起，出生于所有权保留，脱变为抵押权。购买价款担保权制度和所有权保留制度会产生体系冲突。有学者认为应该取消《民法典各分编草案》第207条，即不要购买价款担保权，留下所有权保留制度。但是，中国的担保物权法里没有所有权保留制度，只有抵押权这个担保物权制度，如果不用这个抵押权制度同构所有权保留制度，

就会使购买价款担保权制度和所有权保留制度形成体系上的冲突。所以我们的结论是，应该取消合同法里的所有权保留制度，保留《民法典各分则草案》第207条购买价款担保物权制度。

在前述基础上，我们国家的担保物权法应该如何编纂呢？大家知道，担保物权法是一个交易法，世界银行有一个统计，世界上有150多个国家和地区都在借鉴《美国统一商法典》第九编的结构模式、立法理念。《法国民法典》2005年增加了第四编，是动产担保物权制度，也借鉴了美国《统一商法典》第九编；《欧洲示范民法典草案》第九篇“动产担保交易法”，也借鉴了美国《统一商法典》第九编；世界贸易组织法律委员会颁布的《动产担保交易示范法》，也借鉴了美国《统一商法典》第九编。如此一元化动产担保物权法制潮涌之下，我们的担保物权法制编纂取向，理应借风扬帆、顺势而为。

我国未来的动产担保物权法不应该再分类为动产抵押权、动产质权和权利质权，它就叫一个名字“动产担保物权”，包括上述九个方面规范群。这样的立法模式叫一元化动产担保物权立法模式。动产担保物权的一元化立法模式，在结构上可以解决上述多元化担保物权的结构性缺陷。但现在的立法政策者不让我们做“大动作”，即只能在现有担保物权法结构体系下解决上述问题。所以，我们提出的草案暂且保留结构多元，但是我们的规范是一元的。一元结构模式下不再有整体制度的缺失，不再有规范的重复，当然也因此不再有规范的不一致、漏洞等立法缺陷。那么，怎么形成结构多元下的规范一元呢？主要措施之一，就是大量提取公因式，我们设计的一般规定就包括基础规范和公因式规范。“基础规范”大都是原来立法中没有的现在增加的规范，如担保物权名称自由，如统一登记制度等；公因式规范即把动产抵押权、动产质权和权利质权中的共同规范，比如担保合同规范、时效制度规范等提取出来。通过大量的以及尽量的公因式规范提取，掏空抵押权和质权里的重复规范、杜绝不一致规范和法律漏洞。所以，最终我们的草案是一般规定21条，比原有立法及草案多了13条。与此相适应，“抵押权”现在包括不动产抵押权和动产抵押权，所以更多的抵押权制度就留给了不动产抵押权制度，当然也留下了作为被准用规范的应有规范如优先次序规则等；动产质权只保留因质物占有而导致的与抵押权不同的制度，如保留占有质物的责任，或者是使用、收益的特殊规范以及准用

规范等；权利质权也只保留权利质权的特殊规则：定义、担保物的类型、担保债权到期规则以及准用规范等。措施之二，就是在此基础上，借助于准用规范链的建立、健全，规则被抽取而空洞的动产质权和权利质权完全借助于准用规范的适用来弥补自身规范的空洞不足。由此形成了“一般规则与具体规则结合”，“充实的抵押权规则与空洞的质权规则结合”，其结果是，形式不变、内容大变，结构多元、规范一元。

此外，我们提出的草案之第2条，是担保物权的内容，有法律规定；担保物权的名称，当事人可自由约定。因此，像所有权保留、让与担保、融资租赁等，都是同一个担保物权内容的不同观察角度的称谓，都可以被纳入到担保物权法中来接受调整。在这一方面，担保物权和用益物权不一样。用益物权每一个名称代表一个不同的用益物权，或者说不同的用益物权必须起一个不同的名称指代。担保物权就是对担保债权数额限度内的担保财产变价的优先受偿权，它的内容是单一的、唯一的，至于你叫它什么名称，是对同一权利内容观察角度的不同造成的，我们站在出售人的位置上可以叫它所有权保留，也可以站在买受人角度说你先给我所有权，我再把我所有权的物抵押给你，那你就拥有了抵押权。《民法典各编草案》第207条虽然叫抵押权，但这个制度来自于所有权保留，所以担保物权的名称没有实质意义。怎么去解释这些现象？有学者认为，最高人民法院有很多案例，当事人签订了一个名义上叫做买卖合同的交易，但最高人民法院审判后却发现它实质是创设了一个担保物权。为什么？因为当事人的真实意思是担保关系而不是买卖关系。质言之，担保物权是一个内容法定名称自由的物权类型。动产担保物权之所以能够实施规范一元化，法学原理来自于此。

动产担保物权一元化立法模式的研究和学术主张，逐渐被中国民法学界接受，越来越多的学者深入到这一研究领域，研究队伍、学术影响不断壮大。本丛书的出版得到了江苏德擎律师事务所主任王树平先生的慷慨资助，在此深表谢意！

是为序。

2018年11月25日

目 录

【原理】

论物权变动的主客观条件/3

论《物权法》确立的物权变动新模式/13

对法国物权变动债权意思主义的再思考/39

【结构】

形在而神移：论《物权法》担保物权编的新发展/51

抵押权概念的演变及其法体系效应/77

我国意定动产担保物权法的一元化/93

建立动产担保物权统一登记制度的担保物权法编纂意义/118

我国担保物权法中的“准用性规范”研究/133

也论“后让与担保”/143

也论“新类型担保的法律定位”/166

【规范】

浮动抵押的财产变动与效力限制/185

论“正常经营活动中”的买受人规则/203

论“担保物所有权之归属无关紧要”/212



如何理解《物权法》第 199 条/223

论“在建物”上的抵押权/232

动产担保物权法静态规范缺陷研究/240

【草案】

担保物权法编纂建议/261

《意定担保物权法草案》说明/284

附：《意定担保物权法草案》/288

附录：从“读进去”到“写出来”/301

——《担保法理论与实践·第四辑——担保物权法编纂的
理论基础》读书笔记

原 理

担保法理论与实践

论物权变动的主客观条件

论《物权法》确立的物权变动新模式

对法国物权变动债权意思主义的再思考