

动产让与担保的立法论

高圣平 *

摘要 动产让与担保是经由实践、学说、判例发展起来的制度,其隐蔽性、与实定法上物权法定原则和禁止流质契约规定的冲突、实行时可能损及债务人的利益等弊端,已广受诟病。动产抵押和动产让与担保各有其法律构成、实行方法和其他制度特点,两者之间可以并存,在中国民法典中可以同时规定这两种制度。动产让与担保应构造为担保权,并以登记作为公示方法。声明登记制之下,登记的内容较少,采用登记公示不会过分暴露当事人的经济状况,在登记系统电子化改造之后,登记成本亦在可控范围,不会增加担保交易的总体成本。动产让与担保权的实行方法应由当事人约定,但不得排除清算义务;未作约定或约定不明的,应采用归属清算的方法。

关键词 动产让与担保 动产抵押 流质契约 声明登记制 归属清算

在过去二十余年里,构建完善的动产担保交易制度一直是各国际组织倡导法制改革的焦点之一,^{〔1〕}联合国国际贸易法委员会、国际统一私法协会、美洲间国家组织、欧洲复兴开发银行等等,莫不例外。^{〔2〕}伴随着金融交易市场的发展,物权法定主义之下的定限物权担保模式已经无法满足实践的需求,移转标的权利的担保模式渐受重视,于是出现了权利移转型担保

* 中国人民大学法学院教授。本文是中国人民大学科学研究基金(中央高校基本科研业务费专项资金资助)研究品牌计划基础研究项目《中国民法典担保法立法研究》(项目编号:17XNI001)的阶段性研究成果。本文作者为中国法学会民法典物权法编课题组成员,具体参与担保物权编的修订工作。感谢召集人崔建远、陈小君、尹田、王轶等诸位教授的提携;感谢刘保玉、孙鹏两位教授及课题组其他成员的评论;感谢日本早稻田大学法学研究科民法学专攻博士生张尧协助整理本文所及日文文献。

〔1〕 See Alejandro Alvarez de la Campa, Santiago Croci Downes, Betina Tirelli Hennig, *Making Security Interests Public: Registration Mechanisms in 35 Jurisdictions*, New York: World Bank and International Finance Corporation, 2012, p.2.

〔2〕 动产担保交易制度的国际化,参见高圣平:《动产担保交易制度比较研究》,中国人民大学出版社2008年版,第130页。

(title finance)。由此,形成了物的担保的两种形态:“为担保而设立结构特殊的限制物权”和“为担保而转移作为标的权利自身”,〔3〕并表现为定限担保和所有权担保两种不同的法律构成。〔4〕所有权担保形式包括让与担保、所有权保留、融资租赁等,学说上又将之称为非典型担保。〔5〕在我国实定法上,所有权保留和融资租赁交易已在《合同法》中得以确立,让与担保交易虽未见明文,但实务中已经广泛采用。值此中国民法典物权法编编纂工作启动之际,本文拟就立法中动产让与担保争议问题展开讨论,以求教于大家。

一、动产让与担保可否法典化

让与担保是指债务人或第三人为担保债务的履行,将担保物的所有权移转予担保权人,债务清偿后,担保物应返还予债务人或第三人;债务不获清偿时,担保权人得就该担保物受偿的一种担保形式。〔6〕近世以来,基于融资的需要,所有权转变为观念性的利用权,〔7〕亦即资本化,其和各种债权契约相结合而发挥其重要作用。〔8〕此际,所有权的债权化(担保化)至为明显,让与担保之产生,亦属当然。就作为定限物权的动产抵押权和作为权利移转型担保的动产让与担保而言,债权人取得的权利在两者之间并无多大差异。就前者而言,虽在解释上担保权人并未取得标的物的所有权,但就标的物交换价值的支配使得担保权人成为标的物担保价值(货币价值、资本价值)的专有者,担保权人实际上即取得“资本所有权”;〔9〕就后者而言,债权人虽然取得标的物的所有权,但标的物仍然由设定人占有、使用,债权人并不得为担保之外的处分,此际,债权人所取得的仍然是“资本所有权”。准此,两者之间的区别仅仅在于法律上的表现形式。

考诸担保物权的发展轨迹可见,移转标的物所有权实为物上担保的原初形态,〔10〕经由不移转标的物所有权仅移转占有的占有质(质押),演变至标的物的所有权和占有均不移转的不占有质(抵押)。〔11〕在近代法典化进程中,大多数国家均未将这种所有权担保方式作为典型

〔3〕 参见(日)我妻荣:《新订担保物权法(民法讲义Ⅲ)》,岩波书店1968年版,第7—9页。

〔4〕 严格来讲,权利移转型担保所移转的权利并不限于所有权,例如移转债权、知识产权以为担保,同样亦属权利移转型担保。本文以下为分析方便,将权利移转型担保局限于所有权移转型担保(简称所有权担保)。特此叙明。

〔5〕 参见(德)鲍尔、施蒂尔纳:《德国物权法》(下册),申卫星、王洪亮译,法律出版社2006年版,第582页;(日)近江幸治:《民法讲义Ⅲ担保物权》(第2版补订),成文堂2014年版,第8—9页。

〔6〕 参见王利明:《物权法研究》(第四版),中国人民大学出版社2016年版,第1267页;王闯:《让与担保法律制度研究》,法律出版社2000年版,第20页;郭明瑞:《担保法》,法律出版社2000年版,第254页;黄宗乐:“现代物权法之原理及发展——以台湾法为例”,《辅仁法学》1986年总第15期,第181页。

〔7〕 参见史尚宽:《民刑法论丛》,作者1973年自版,第96页。

〔8〕 参见(日)我妻荣:《近代法における債権の優越的地位》,有斐閣1997年版,第9页。

〔9〕 同上注,第85页。

〔10〕 参见(英)巴里·尼古拉斯:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2000年版,第159页。

〔11〕 参见谢在全:《民法物权论》(修订五版),中国政法大学出版社2011年版,第1102页。

担保物权。比较法上所见的让与担保,多是实践、判例、学说共同作用的产物。^[12]我国物权立法过程中,学术界就让与担保的成文化问题展开了激烈的讨论。虽然曾经有将让与担保纳入担保物权法体系的动议,《中华人民共和国民法(草案)》(2002年12月)(以下简称《民法(草案)》)中甚至就让与担保专章作了规定(物权编第26章),但否定观点最终占据了主流,我国《物权法》亦未将让与担保法典化。不过,在该法通过后,让与担保的司法实践不断展开,学说上更是见解纷呈。

我国司法实践中大多明确让与担保为“非典型担保方式”或“非典型的物的担保——所有权担保”。至于其效力,主要有以下几种模式:其一,让与担保约定有效,其主要理由在于:法律上并未对这类担保的效力作出规定,不违反法律及行政法规的禁止性规定。^[13]“这是一种集担保性和让与性于一身的行为,属于特殊担保类型,并未违反法律强制性规定,不抵触物权法定原则,此种担保条款并非流质条款,应合法有效。”^[14]第二,让与担保约定无效,其主要理由在于:“我国法律只承认所有权保留作为非典型担保方式,并不承认让与担保,让与担保违反了物权法定的原则,应当认定无效。”^[15]“让与担保合同关系,违反了物权法定原则和流抵(押)禁止原则,应认定为无效。”^[16]第三,让与担保约定不生物权效力,因为让与担保所引起的物权变动不符合法律规定,导致物权不能设立,债权人依据让与担保享有的动产所有权处于不确定状态。^[17]

学说上反对动产让与担保成文化的理由主要有以下几点:其一,让与担保属虚伪表示。动产让与担保设立之时,设定人将标的物的所有权移转于债权人仅仅只是形式,实质上双方并没有移转标的物所有权的意思,因此,让与担保属于当事人通谋而为虚伪移转所有权的意思表示。^[18]其二,让与担保系脱法行为。动产让与担保依占有改定而设定,在外部无公示方法可予以认识,掩盖了当事人间的财产关系,并造成设定人信用可靠的假象,^[19]有规避物权公示

[12] See Christian von Bar, Eric Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Volume 6. Munich: sellier. european law publishers GmbH, 2009, pp.5391—5392; United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions*, United Nations, 2010, pp.51—52.另参见徐同远:《担保物权论:体系构成与范畴变迁》,中国法制出版社2012年版,第186页;(日)内田贵:《民法Ⅲ債權總論担保物權》,東京大学出版会2015年版,第521页。

[13] 参见最高人民法院(1999)经终字第496号民事判决书;浙江省宁波市中级人民法院(2016)浙02民终218号民事裁定书等。

[14] 浙江省象山县人民法院(2015)甬象商初字第1004号民事判决书。

[15] 江苏省盐城市盐都区人民法院(2014)都大民初字第0308号民事判决书。类似判决还有:江苏省南通市崇川区人民法院(2014)崇民初字第1335号民事判决书;河北省邯郸市中级人民法院(2015)邯市民一终字第00737号民事判决书;江苏省南通市崇川区人民法院(2015)崇民初字第00824号民事判决书;江苏省南通市中级人民法院(2016)苏06民终467号民事判决书等等。

[16] 江苏省苏州市中级人民法院(2014)苏中民终字第04464号民事判决书。

[17] 参见湖北省宜昌市葛洲坝人民法院(2015)鄂葛洲坝民初字第00406号民事判决书等。

[18] 参见王利明:“抵押权若干问题的探讨”,《法学》2000年第11期,第41页。

[19] 参见(德)赖纳·施罗德:“德国物权法的沿革与功能”,张双根译,《法学家》2000年第2期,第107页。

原则等物权法既定制度之嫌。^[20]同时,让与担保实际上是一种变相的流质(抵)契约,^[21]有违实定法上禁止流质契约的规定。^[22]其三,承认让与担保将构成体系冲突。在担保物权定位于定限物权的情况下,插入一个“完全所有权”性质的让与担保制度,破坏了物权法体系的完整性,与物权的公示性、种类强制、特殊性、抽象性相矛盾,也使得该担保制度与其他担保物权制度在逻辑上难以协调。^[23]其四,既无比较法的先例,也无实践需求。在比较法上,让与担保制度是弥补民法典不承认非移转占有型动产担保物权(动产抵押)之法律续造,^[24]“作为商业实践中产生出来的一种非典型的、灵活变通的特殊担保制度”“没有一个国家将它规定在制定法的典型担保制度中”。^[25]同时,“从客观的立法需求来看,无论是动产还是不动产,实践中并没有产生对一般意义上的让与担保制度的立法需求。”^[26]总之,让与担保具有形式与目的相背离的特性,且缺乏有效的公示方法,易发生信用风险;所有权直接归属的实现方式,易发生道德风险,^[27]不宜在立法上加以承认。

本文作者认为,在丰富动产担保方式的大背景之下,应当将动产让与担保成文化,^[28]理由如下:

第一,让与担保当事人以真意进行所有权的让与行为,尽管当事人移转所有权的意思旨在实现担保的经济目的,但该意思确系真正的效果意思,并非欠缺效果意思的通谋虚伪表示。^[29]就后者而言,当事人之间故意为不符真意的表示而隐藏他项法律行为,其意思表示无

[20] 参见薛启明:“中国法语境下的动产让与担保:体系定位与功能反思”,《法学论坛》2016年第2期,第38页。

[21] 我国《物权法》第186条、第211条分别规定了在抵押和质押关系中,担保权人在债务履行期届满前,不得与担保人约定债务人不履行到期债务时担保财产归债权人所有,学说上多分别称之为流抵(押)契约、流质契约。以下为论述方便,统称流质契约。

[22] 参见全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室:《物权法立法背景与观点全集》,法律出版社2007年版,第649页;王利明,见前注[18],第41页;孟祥沛:“论中国式按揭”,《政治与法律》2013年第5期,第92—93页。

[23] 参见胡绪雨:“让与担保制度的存在与发展——兼译我国物权法是否应当确认让与担保制度”,《法学杂志》2006年第4期,第128页。

[24] 参见鲍尔等,见前注[5],第583页以下;我妻荣,见前注[3],第571页;Christian von Bar etc(ed.), supra note 12, p.5395.

[25] 王卫国、王坤:“让与担保在我国物权法中的地位”,《现代法学》2004年第5期,第7页。

[26] 同上注,第8页。

[27] 参见叶朋:“法国信托法近年来的修改及对我国的启示”,《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2014年第1期,第126—127页。

[28] 应当注意的是,本文作者此前并不赞成让与担保的成文化,参见高圣平:“美国动产担保交易法与我国动产担保物权立法”,《法学家》2006年第5期,第86—88页;高圣平:“大陆法系动产担保制度之法外演进对我国物权立法的启示”,《政治与法律》2006年第5期,第69—70页;高圣平:“民法典中担保物权的体系重构”,《法学杂志》2015年第6期,第41—45页。本文改变了此前的观点,特此叙明。

[29] 参见谢在全,见前注[11],第1105页;(日)道垣内弘人:《担保物權法》(第3版),有斐閣2013年版,第300—301页。

效,当事人仅能主张隐藏的法律行为,并无援用虚假意思表示的余地。^[30] 由此观之,两者迥然不同。在法制史上,让与担保中移转所有权的意思曾因被解读为双方通谋虚伪表示而无效,但此种解释不久便在德国遭到摒弃。德国根据罗马法的信托(*fiduzia*),借助于信托的法律行为,在学说上解决了让与担保有效性问题。^[31]

第二,无论采取所有权构成说和担保权构成说(动产让与担保的法律构成问题,容后详述),让与担保均存在公示不足的问题。学说上试图以占有改定这一间接占有方法解决动产让与担保的公示问题,实务中也多以明认或登记作为公示方法的补充。在我国实定法之下,登记已经成为动产抵押权的公示方法,动产让与担保的公示完全可以借助动产登记簿加以解决。不过,让与担保在公示方法上的难题,单纯依据解释论无法加以解决,端赖于立法始竟其功。^[32]

比较法上,多数学说与判例均认为,禁止流质契约的规定属于普遍性的法律规则,当然适用于让与担保等非典型担保。^[33] 但是,课予债权人以清算义务即可避免流质契约广受诟病的问题。^[34] 担保权作为价值权,以支配标的物的交换价值为其实质特征,担保权之实行亦以清算标的物为其基本方法。典型担保权如此,如抵押权、质权就标的物变价款优先受偿即包含着清算的意义;让与担保等非典型担保亦应如此。与买卖合同等双务合同只强调主观等价并不存在清算制度不同,让与担保虽以移转所有权为其形式,但实质意思是担保,这决定了让与担保的实现应强调给付均衡,须受清算法理的支配,以免发生恃强凌弱的情事,从而维护契约正义。

第三,大陆法系物权体系的形式理性和法典的内在逻辑一致性确应坚持。让与担保让与之“所有权”不能超过担保目的的范围,与所有权的法定内容存在差异。此外,没有清算义务的让与担保与禁止流质契约的规定相冲突,同样有违物权法定原则的内容法定。如此,让与担保的产生对物权法定原则构成了冲击。^[35] 由此可见,为了防杜争议及贯彻物权法定主义,宜将让与担保成文化。只有如此,才能使让与担保摆脱违背物权法定主义之嫌。

第四,他国立法例仅仅是我国立法时的参考,不宜以他国未就动产让与担保做出成文规定就否定我国让与担保制度的法典化。更何况,法国已经将让与担保植入其民法典之中;^[36] 我国澳门地区《澳门商法典》也设专章规定了让与担保;^[37] 日本颁布《假登记担保法》对已由判例承认的假登记担保权加以立法调整;韩国也已通过特别法专事规制让与担保。^[38] 在欧洲

[30] 我国《民法总则》就此定有明文。其第146条规定:“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。”(第1款)“以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力,依照有关法律规定处理。”(第2款)

[31] 参见谢在全,见前注[11],第1105页。

[32] 参见王泽鉴:“‘动产担保交易法’30年”,载王泽鉴著:《民法学说与判例研究》(重排合订本),北京大学出版社2015年版,第1497页。

[33] 参见鲍尔等,见前注[5],第614页。

[34] 参见(日)柚木馨、高木多喜男:《担保物權法》(第3版),有斐閣1982年版,第549页。

[35] 参见王卫国等,见前注[25],第4页。

[36] 参见叶朋,见前注[27],第124页。

[37] 《澳门商法典》,中国政法大学出版社1999年版,第256—259页。

[38] 日本、韩国让与担保成文化的介绍,参见高圣平:“日本、韩国让与担保制度之比较研究——兼及我国让与担保制度的法典化”,载冯俊主编:《亚洲学术(2008)》,人民出版社2009年版,第315页。

统一私法的进程中,《欧洲示范民法典草案》(DCFR)规定,“依物权担保合同移转或拟移转动产的所有权,意在担保债务的履行或达到担保债务履行的效果的,仅能在该动产上为受让人设立担保物权”(第9-1:102条第3款),旨在将动产让与担保纳入动产担保物权,一体适用该法典第九卷的规定。而联合国国际贸易法委员会《动产担保交易立法指南》认为,在法制改革的过程中,基于动产让与担保的制度优势,立法者应明确承认让与担保权的效力,只不过可以采取不同的法政策选择。^[39]

第五,实践中,动产让与担保的运用已非少数。例如,信托收据等手段在商业银行国际业务中的广泛运用,实际上采行的就是民法中让与担保的法理。^[40]面对让与担保纠纷,学说和实务的各种解释都尝试赋予债权人优先受偿权,或者使得这种交易具有担保的机能,但“站在解释论的角度,以上解说完全突破了现行法的担保体系,在并无法律漏洞的前提下擅自造法,不宜获得司法实践的认可”。^[41]司法实践就大量动产让与担保纠纷没有形成统一的解释结论,亟待立法给予回应。“在我国现阶段,确有必要考虑在立法上将让与担保上升为一种法定的担保制度或工具,实现物的担保手段的扩充,满足现实经济生活的需要。”^[42]

值得注意的是,中国民法典合同法编极有可能维系目前我国合同法中所有权保留、融资租赁的规定。果若如此,所有权保留、融资租赁交易中的“所有权”,与动产让与担保一样,实质上亦仅起担保作用,皆可被归入到非典型担保之中。^[43]而且,这些类型的交易同样存在着与同一部法典中所有权的法定内容不一致的问题,皆存在违背物权法定主义之嫌。换言之,法典的形式理性固应坚守,但反映交易现实的功能主义方法亦属重要。只不过,在路径依赖之下,当下中国民法典的编纂拒绝强制性的制度变迁,不拟将所有权保留、融资租赁交易重构为动产担保交易。而动产让与担保作为新设的制度,不存在所谓路径依赖的问题。让与担保的担保权构造渐成主流学说(容后详述),将动产让与担保规定于中国民法典物权法编,使之成为典型担保物权,应为妥适的选择。同时,将让与担保立法化,为其他权利移转型担保的准用或类推适用提供基础,还可解决目前就权利移转型担保无法可依的问题。

二、动产让与担保与动产抵押:并存抑或择其一

在中国民法典物权法编起草讨论的过程中,还存在另外一个争议问题:在坚持动产担保化

[39] United Nations Commission on International Trade Law, *supra* note 12, pp.52-53.

[40] 参见薛启明,见前注[20],第39页。

[41] 庄加园:“‘买卖型担保’与流押条款的效力——《民间借贷规定》第24条的解读”,《清华法学》2016年第3期,第85页。

[42] 邹海林、常敏:“论我国物权法上的担保物权制度”,《清华法学》2007年第4期,第47页。

[43] 参见内田贵,见前注[12],第519-520页。

的法政策选择之下,除了动产质权之外,动产之上设立的非移转占有型担保权如何在法律上加以表达。虽然有学者主张应当借鉴美国经验采取意定动产担保物权法的一元化,以涵盖所有形式的动产担保权,^[44]但在类型化上仍然需要考虑动产担保权之下的亚分类,以规制不同类型的动产担保权,鉴于对既有的担保物权体系作革命性的调整不大可能,我们的思路就转向是否完善动产担保权的类型之上。

动产让与担保和动产抵押两者功能相当,均为规制动产之上的非移转占有型担保物权的制度。就动产让与担保和动产抵押两者之间的取舍,目前学说上存在以下三种观点:第一种观点认为,应进一步完善动产抵押制度,而不移植动产让与担保制度。大陆法系让与担保制度的产生主要是在其法律制度中缺乏动产抵押制度,但现实生活又迫切需要动产非移转占有型担保的情况下出现的。然而,我国实定法已经承认并规定了一般意义上的动产抵押制度,无须再规定动产让与担保制度。^[45] 动产让与担保制度与动产抵押制度相比,“并不存在显著的优越性”,不具备“通过立法或司法解释正面承认前者并加以特别规制的有力理由”。^[46] 第二种观点主张,应废除动产抵押制度,以让与担保制度取而代之。动产抵押是动产让与担保的成文化,它与让与担保在功能、设立方法、公示方法和效力等方面完全相同,两者之间没有共存的必要。废除动产抵押制度,使抵押权回归不动产物权的范畴,并以特别法的形式规定动产让与担保制度,可以维系所有权和定限物权构筑的物权体系,消除现行法上不动产抵押权和动产质权采公示生效模式、动产抵押权采公示对抗模式带来的体系冲突。^[47] 第三种观点认为,动产抵押制度与动产让与担保制度可以并存。两者在权利构造上不同,实行机制也不一样,两者之间不具有相互替代性。^[48] 让与担保交易中,在其所担保的债权消灭之时,债权人仍保有担保物的所有权,只是负有返还义务;其实现方式可以避免质权及抵押权实现程序的呆板、繁琐,依当事人之意思确定标的物的变价方法,可以估定担保价值。^[49] 这样,一方面保护了设定人的利益,另一方面也真正体现了担保的实际效用,不至于使债权人面临“权利失效”的尴尬境地。^[50] 在一些特定的交易中,如押租、融资融券等,在动产抵押制度之外,另行规定让与担保

[44] 参见董学立:“我国意定动产担保物权法的一元化”,《法学研究》2014年第6期,第99页。

[45] 参见中国政法大学物权立法课题组:“关于《民法草案·物权法编》制定若干问题的意见”,《政法论坛》2003年第1期,第59页;陈信勇、徐继响:“论动产让与担保与动产抵押之雷同——兼评我国民法(草案)对动产让与担保与动产抵押的规定”,《法学论坛》2004年第4期,第58页;张长青、席智国:“让与担保之妥当性研究——我国物权法是否应当确立让与担保制度”,《政法论坛》2005年第2期,第169页;黄芬:“以商品房买卖(合同)设定的担保的法律属性与效力——兼评最高人民法院公报案例‘朱某与山西某房地产开发公司商品房买卖合同纠纷案’”,《河北法学》2015年第10期,第108页。

[46] 薛启明,见前注[20],第44页。

[47] 参见贲寒(陈本寒):“动产抵押制度的再思考——兼评我国民法(草案)对动产抵押与让与担保之规定”,《中国法学》2003年第2期,第47页。

[48] 参见曾大鹏:“商事担保立法理念的重塑”,《法学》2013年第3期,第16页。

[49] 参见史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第425页。

[50] 参见关涛:“作为动产担保方式之一的让与担保”,《政法论丛》2008年第2期,第18页。

制度实有必要。^[51]

本文作者赞同第三种观点并重申以下理由：

首先，较之于动产抵押，动产让与担保交易更具多样性和灵活性，可以充分利用动产的金融价值。^[52]而且，就实行方法而言，动产让与担保亦更为便捷自由。我国《物权法》所规定的基于事后协议的“私的实行”在动产抵押权的实现条件成就之后不易展开，实践中采行不畅。就“公的实行”而言，虽然我国《民事诉讼法》增设“实现担保物权案件”特别程序，但该程序的展开以当事人之间没有实体权利义务争议为前提，抵押人动辄以主债权数额等存在争议而轻易排除该程序的适用。^[53]旷日持久的诉讼和执行程序，无疑增加了抵押权的实行成本。而让与担保权的实行可依当事人的事先约定而展开，相较动产抵押权的实行更为便捷，无论是处分清算型还是归属清算型（容后详述），均节约了动产让与担保权的实行成本，促进了担保物价值的最大化。^[54]由此可见，两者之间不存在非此即彼的关系。同一法典中同时规定两者，增加动产担保的形式，以供当事人参酌具体情形加以选择，有利于促进动产担保交易的达成。“立法者应知当事人才是其利益的最佳判断者，切不可因立法者的一时不放心，而阻断了人们利用财产的一种新的方式的诞生。”^[55]

其次，动产抵押权和动产让与担保权同样存在体系背反的问题。动产抵押无须移转占有也无须登记即可导致动产物权变动，与我国物权法坚守的债权形式主义的物权变动模式直接冲突，也已经影响到了物权体系的严谨性。大多数大陆法系国家或地区之所以未在民法典中规定动产抵押制度，也大抵是基于上述原因。^[56]中国民法典物权法编既欲规定动产抵押这一具有体系异质性的制度，再规定一个同样具有体系异质性的制度又有何妨。“动产抵押面临的问题让与担保也不能幸免，所以即使废除动产抵押移植让与担保也无助于问题的解决。”^[57]

最后，从比较法的经验来看，《法国民法典》担保卷在规定不移转占有的有体动产质押（即

[51] 参见茆荣华、王佳：“论押租”，《法学》2003年第6期，第86页；陈红：“我国证券信用交易风险控制的几个法律问题研究”，《法商研究》2008年第5期，第23—25页；薛智胜、马淑亚：“我国金融衍生品发展的法律困境解析”，《法学杂志》2008年第4期，第35页；胡毕军、柴艳：“我国融资融券交易的法律问题探析”，《河北法学》2009年第6期，第46—47页。

[52] 在解释上，只要具有可让与性的动产均可设定让与担保权。在我国现行法上，集合动产无法作为动产（固定）抵押权的标的，但作为让与担保权的标的并无障碍。同时，引入集合物的概念，更有利于充分发挥担保物的交换价值，其融资金额明显大于分散的动产抵押。

[53] 实现担保物权案件特别程序的运行现状，参见浙江省高级人民法院民二庭课题组：“审理实现担保物权案件若干实务问题探析”，《法律适用》2014年第2期，第13—17页；刘璐：“实现担保物权案件特别程序的适用范围——从实体法与程序法交错的视角”，《山东社会科学》2015年第5期，第103—107页。

[54] 参见谢在全，见前注[11]，第1105页。

[55] 申卫星：“我国物权立法中论争焦点问题探讨”，《法学杂志》2006年第4期，第42页。

[56] See United Nations Commission on International Trade Law, *supra* note 12, p.18, 51.

[57] 陈信勇等，见前注[45]，第63页。

动产抵押)之外,〔58〕同时规定了让与担保。〔59〕我国台湾地区“动产担保交易法”创设了信托占有与动产抵押制度之后,实践中也广泛存在让与担保,在其“民法”物权编修正时也有让与担保法典化的动议。〔60〕《欧洲示范民法典草案》第九卷将“动产担保物权”界定为“动产之上的定限物权,担保权人依此可就担保财产使其担保债权优先受偿”,在其外延上,将包括动产让与担保在内的“其他依本卷规则被视为担保物权的权利”涵盖在内。〔61〕在该草案的起草者看来,动产担保物权的所有法律形式必须同等对待,因为它们都发挥着相同的经济作用;其具体的法律方式或结构,则非所问。〔62〕所有权效力上的完全性足以发挥其担保作用,〔63〕在规规定非移转占有的动产担保物权(动产抵押权)之外,起草者同时也规定了让与担保,将两者均作为定限物权看待。

三、动产让与担保的法律构成:所有权构造抑或担保权构造

动产让与担保的特征在于手段(移转所有权)大于目的(担保债权的实现),〔64〕如何调整其手段和目的之间的不平衡关系,将之溶入民法体系,实有考量其法律构成的必要。让与担保的不同法律构成也决定着其在当事人间的内部效力和对第三人的外部效力。动产让与担保的法律构成,向来有重视其形式上的所有权移转之所有权构造说与重视其实质内涵之担保权构造说之争。〔65〕就让与担保的演进过程,早期的学说和实务,多置重于移转所有权之形式,将其定性为所有权构造(信托让与担保);晚近的发展则考虑到其经济实质,采取担保权构造,认为其所移转的并非所有权,而系担保权,着重通过清算义务的构建以实现当事人之间的利益平衡。

动产让与担保的所有权构造说认为,设定人为担保债务履行的目的将其所有的标的物以信托的方式让与债权人,但债权人不得为超过担保目的的处分,〔66〕由此,动产让与担保的基本构造是“信托法律行为+移转标的物所有权”。担保权人所取得的是一般的所有权,只不过应受到内部信托行为的限制,在其违反内部约定对外进行处分时,仅发生债务不履行的违约责

〔58〕 参见李世刚:《法国担保法改革》,法律出版社2011年版,第88页。

〔59〕 参见叶朋,见前注〔27〕,第126页。

〔60〕 参见陈荣隆:“让与担保之研究——现制之检讨及立法之展望”,辅仁大学法律学系1999年博士论文,第2—3页。

〔61〕 参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组:《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案》,高圣平译,中国人民大学出版社2012年版,第355—360页。

〔62〕 See Christian von Bar etc(ed.), supra note 12, p.5405.

〔63〕 See Christian von Bar etc(ed.), supra note 12, p.5396.

〔64〕 参见近江幸治,见前注〔5〕,第294页。

〔65〕 参见陈荣隆,见前注〔60〕,第65—66页。

〔66〕 让与担保的设定人向担保权人移转了超过经济目的的所有权,为防担保权人超过经济目的行使所有权,当事人通常约定担保权人行使所有权应受限制的条款。此与一般信托行为中委托人授予受托人超过经济目的的所有权,而仅许可受托人在经济目的范围内行使所有权相似。学说和实务中通称为信托的让与担保。参见谢在全,见前注〔11〕,第1101—1102页。

任,该处分行为仍然有效。^[67]所有权构造说目前仅具学术史的价值。^[68]动产让与担保的担保权构造说认为,债权人在债权额的限度内取得对标的物的价值进行支配的担保权(物权),但标的物所剩余的价值物权仍归属于担保设定人。换言之,债权人仅是享有一种担保物权,而设定人所享有的则是标的物的所有权。^[69]担保权构造说又因学者立论的不同分为授权说、二阶段物权变动说、期待权说和抵押权说(担保权说)等。^[70]

本文作者赞同担保权构造说,理由如下:

第一,担保物权系以优先支配担保物的交换价值为内容,以确保债务清偿为目的,其最为重要的特性为价值权性,^[71]其他所谓从属性、不可分性和物上代位性等均植根于价值权性。学者间有观点认为,让与担保虽有担保目的,疑似担保物权,但在法的形式上采取所有权移转方式,并无物上变价可言,不属于价值权。^[72]本文作者对此不敢苟同。在动产让与担保交易中,当事人之间移转标的物所有权仅仅只是手段,当事人之间的真实意思在于这一所有权的移转仅起担保作用,债权人仅独立占有全部担保价值,不得为担保目的之外的利用和处分,债权人所取得之所有权即受限制。当债务得以清偿之时,担保即为终止,标的物所有权必须回复于设定人之处;当债务不获清偿之时,债权人确定地取得标的物所有权,但基于衡平当事人利益的需要,课予债权人以清算义务,或变价清算,或归属清算,债权人所取得的所有权即受到实质上的限制。由此可见,让与担保权的价值权性尤为明显,准此,担保权构造说更具说服力。

第二,定限担保物权(权利限制性担保权)系所有权之上设定的权利负担,是对所有人行使其所有权的一种限制。基于所有权的整体性,所有权的权能(使用价值权能和交换价值权能)不可分离。担保物权仅仅只是所有权行使的一种方式,是所有人授权他人行使对自己之物的变价处分权利,^[73]是从所有权中派生的一种权利,担保权人行使他人的所有权受到设立目的(担保债务清偿)的限制。^[74]实际上,设定人只是将标的物的变价权能转让给了担保权人。^[75]无论是定限担保物权,还是动产让与担保,担保权均只是所有权派生出的具有担保性质的独立权利,两者之间在实质内容上并无差异,不同的仅仅只是法律上的客观表现形式。采行担保权构造说,在担保物权体系内部取得了统一。

值得注意的是,学者间有观点认为,担保权构造说“事实上完全忽略了让与所有权之形式,

[67] 参见陈荣隆,见前注[60],第73页。

[68] 参见向逢春:《让与担保制度研究》,法律出版社2014年版,第15—16页。关于所有权构造说的演进和发展,详见王闯,见前注[6],第152—163页。

[69] (日)高木多喜男:《担保物权》(第4版),有斐阁2005年版,第333页。

[70] 参见近江幸治,见前注[5],第295页;谢在全,见前注[11],第1108页;陈荣隆,见前注[60],第73—76页;王闯,见前注[6],第165—184页。

[71] 参见郭明瑞,见前注[6],第76页。

[72] 参见刘得宽:“担保物权之物权性与债权性”,载刘得宽著:《民法诸问题与新展望》,作者1979年自版,第340页。

[73] 参见孙宪忠:《德国当代物权法》,法律出版社1997年版,第177页。

[74] 参见谢在全,见前注[11],第1101页。

[75] 参见鲍尔等,见前注[5],第582页。

已经名不副实”；“将所有权实质化为担保权，就混淆了担保权(定限物权)与所有权(完全物权)的区别”“这种将上位概念(属概念)用于概括让与担保的性质的做法，是不妥当的。”〔76〕本文作者对此不敢苟同，在担保权构造说之下，将仅起担保作用的所有权依其实质确定为一种别异于其他担保物权的“让与担保权”，以及在实现让与担保权之时，尊重债权人已经取得让与标的物的所有权这一形式，允许以归属清算的方式实现当事人间的利益平衡等内容，均表明担保权构造说并没有忽略“所有权让与”这一形式，并以此形成与其他担保物权的区分。让与担保权与抵押权、质权虽同属约定担保物权，但各有其彼此区别的权利内容，属于相互并列的权利。相较于所有权构造说对所有权内容的改造，担保权构造说将仅起担保作用的所有权抽象为担保权，给物权体系带来的冲击更小，更有利于照顾到债权人、债务人以及第三人的利益。

第三，从设定人权利保护的角度出发，所有权构造说过分重视所有权移转的形式，而忽略了当事人间设定担保的目的，致使设定人在对外关系上毫无权利，地位过于薄弱。而且，在当事人内部关系上，债权人与债务人之间有关所有权移转的相关约定也仅具有债法上的拘束力，无法对抗第三人。因而，此说颇受诟病。〔77〕在担保权构造说之下，依据当事人之间的经济目的，将债权人取得的所有权构造为担保权，在实行时对债权人课以清算义务，避免担保权人取得超过其经济目的的额外利益，从而保护了设定人及其他债权人的利益。

第四，担保权构成说符合比较法趋势。英美法系国家采行功能主义立法方法，只要在具有担保功能的交易，均应适用相同的规则，就动产让与担保交易，明显采取担保权构造说。〔78〕日本学说和判例面对金融实践中的让与担保这一创新品种，先以所有权构造说证成其适法性，但自《国税征收法》修正公布之后，将让与担保与抵押权、质权等量齐观，在当时具有划时代意义，以此为契机，学说也逐渐由所有权构成走向担保权构成。〔79〕及至《假登记担保法》实施，基于让与担保的社会作用与目的的合理性，让与担保基本构造之担保权构造说渐成多数说。〔80〕在我国台湾地区，“动产担保交易法”中规定的“信托占有”以让与担保的法理为其构造逻辑，在较小的范围内将让与担保成文化，〔81〕明显采取了担保权构造。但除此之外的实务发展，以信托的让与担保为其构造逻辑，采取所有权构造理论，〔82〕也就是说，在成文化之前，让与担保系习惯法所生的非典型担保，以所有权的移转加上信托行为的债的关系为其法律构造。在“物权编”修正明定物权可依习惯创设的情况之下，让与担保将成为民法上的一种担保

〔76〕 向逢春，见前注〔68〕，第30—31页。

〔77〕 参见(日)越智通：“讓渡担保の法的構成に関する若干の考察(二)”，《私法学研究》1986年第11号，第4页。

〔78〕 See United Nations Commission on International Trade Law, supra note 12, p.53.

〔79〕 参见(日)田高宽贵：《担保法体系の新たな展開》，勁草書房1996年版，第143页。

〔80〕 参见(日)柚木馨、高木多喜男：《新版注釈民法(9)物権(4)》(改訂版)，有斐閣2015年版，第661页；陈荣隆，见前注〔60〕，第71—73页；王闯，见前注〔6〕，第163—164页。

〔81〕 参见刘春堂：“动产让与担保之研究”，载刘春堂著：《民商法论集(一)》，作者1985年自版，第331页。

〔82〕 参见陈荣隆：“让与担保之法律构造(下)”，《月旦法学杂志》2003年第6期，第201页；谢在全，见前注〔11〕，第1108页注〔16〕。

物权。^{〔83〕}这也在一定程度上预示着,我国台湾地区已经无须借由信托的所有权移转(所有权构造)来解释让与担保的有效性,在上述规则之下可直接采取担保权构造。^{〔84〕}

《欧洲示范民法典草案》明确将动产让与担保作为动产担保物权的一种,并采行担保权构造说。该草案强调,依合同移转或拟移转动产的所有权,意在担保债务的履行或达到担保债务履行的效果的,仅能在该动产上为受让人设立担保物权。这里,在将所有权的移转类型化为担保物权的设立时,采纳了两种功能方法,即主观上有担保债务履行的意图或客观上有担保债务履行的效果。“让与担保”一语已经表明了当事人之间的主观意图。^{〔85〕}实际上,在该草案的起草者看来,动产让与担保等同于非移转占有型的动产担保物权(抵押权)。^{〔86〕}联合国国际贸易法委员会《动产担保交易立法指南》虽然表明在法政策上可以有所有权构造和担保权构造两者选择方案,但倡导功能主义的立法方法,采行担保权构造。^{〔87〕}其中明确建议:“除购置款融资之外,采行功能主义方法时,应当将担保债务履行的一切权利统一归类为担保权,并对这些权利实行一套共同的规则。”^{〔88〕}

总之,就动产让与担保交易而言,担保权人在设定时取得标的物的所有权(实质上为担保权),在让与担保权可得实现之时,经过清算,担保权人可就标的物优先受偿(处分清算型),或确定取得标的物的所有权(归属清算型)。在存在完备的公示方法的前提之下,当事人的约定具有了物权效力,担保权构造说即取得支配性地位。实际上,动产让与担保的法律构成上不同学说的分歧,关键并不在于所有权是否发生移转,而在于设定人的清算请求权和返还请求权是否给予物权性的保护等,因此,只要具备完善的公示方法,两说之间并无本质的区别。

四、动产让与担保的公示方法:登记抑或其他

动产让与担保权置于民法典物权编之中,当属物权,紧接着面临的的就是公示问题,因为既属物权,则其存在和得丧变更须有足由外部可以辨识的表征,始可透明其法律关系,避免第三人遭受损害,维护交易安全。^{〔89〕}物的关系只能对抗受公示而知情之人,而如何体现对世性,使他人知情,即为物权公示要解决的问题。^{〔90〕}但动产让与担保权的设定不以移转标的物的

〔83〕 参见谢在全,见前注〔11〕,第1110—1111页。

〔84〕 在我国台湾地区“民法”物权编修正过程中,学者所提出的让与担保条文明显亦属改采担保权构造。参见陈荣隆,见前注〔60〕,第232页。

〔85〕 特定动产的所有权的移转就是为了实现担保目的,在实践中,这一目的通常在两方面得以确认和证明:第一,被转让的财产仍由“转让人”占有;第二,当事人约定了所有权回复的相应条款,即相关债务清偿后,担保权人应将财产转回担保人。

〔86〕 See Christian von Bar etc(ed.), supra note 12, p.5395.

〔87〕 See United Nations Commission on International Trade Law, supra note 12, pp.52—53.

〔88〕 See United Nations Commission on International Trade Law, supra note 12, p.62.

〔89〕 参见王泽鉴,《民法物权》,北京大学出版社2009年版,第18页。

〔90〕 参见(英)劳森、拉登:《财产法》,施天涛、梅慎实、孔祥俊译,中国大百科全书出版社1998年版,第3页。

占有为必要,标的物仍由设定人占有,造成所有权与占有相分离而欠缺公示表征,如此即改变了传统物权法上动产物权以移转占有为物权变动的公示方法的基本法原则,容易导致利益冲突。由此,公示方法是动产让与担保成文化的关键之所在。^[91]

动产让与担保之广受诟病,在于其创设并无任何外部表征,债权人无法确定在债务人占有的财产中其权利的归属,^[92]存在隐存的危险。^[93]在采行让与担保所有权构成说的德国,以占有改定取得对标的物的间接占有来解释动产让与担保的公示,^[94]但实际上已经丧失了形式意义的公示价值。^[95]在日本法上,也有学者认为,“在设定人持续占有担保财产的让与担保中,无须特别的意思表示,即可将其解释为占有改定。由此,不得不说对抗要件主义已经沦为形式,且事实上接近于纯粹的意思主义”。^[96]可见,占有改定的方法,并非解决动产让与担保公示的理想方法,^[97]因此须有新的公示方法加以替换或者作为补充,如明认法理、登记法理,以使其更能符合担保化之需求。

明认是登记和占有之外经由习惯法和判例承认的一种公示方法,是指以标识等足以使第三人知悉标的物所有权人或其他权利人的一种方法。日本法上,明认方法在林木物权公示中具有特殊的地位及效用,与登记具有同等效用,后扩展至温泉泉源利用权。^[98]我国学者间亦有观点认为,动产让与担保应以明认作为公示方法。^[99]但明认方法存在其固有缺陷,无法像登记簿一样记载复杂的物权变动。

反对以登记作为动产让与担保的公示方法的主要理由在于:第一,让与担保的制度优势之一在于“保守秘密”,^[100]登记公示会暴露当事人的经济状况,恰恰排除了保守债务人秘密之利益。^[101]第二,动产价值量小、易移动,以登记为公示方法,登记和查询将使得当事人不堪重负,难免会增加让与担保的交易成本,有得不偿失之嫌。^[102]本文作者以为,在我国已推行动产抵押登记多年的背景之下,应以登记作为动产让与担保的公示方法。理由如下:

第一,让与担保广为学界批评的理由之一在于其隐蔽性,正如前述,占有改定的方法无法

[91] 参见张英:“关于让与担保登记制度的法律思考”,《法制与社会发展》1999年第6期,第82页;石水根、曹亚峰、胡志清:“关于让与担保在我国物权法中地位的思考”,《法律适用》2006年第9期,第66页。

[92] 参见(德)罗伯特·霍恩、海因·科茨、汉斯·G·莱塞:《德国国民商法导论》,楚建译,中国大百科全书出版社1996年版,第204页。

[93] 参见鲍尔等,见前注[5],第603页;谢在全,见前注[11],第1104页。

[94] 参见向逢春:“动产让与担保公示问题研究”,《求索》2013年第5期,第165页。

[95] 参见我妻荣,见前注[8],第173页。

[96] (日)横梯次:《讓渡担保の意義と設定》,一粒社1976年版,第79页。

[97] 参见季秀平:“物权法确认让与担保制度的几个疑难问题”,《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2002年第4期,第257页;屈茂辉:“物权公示方式研究”,《中国法学》2004年第5期,第71页。

[98] 参见(日)我妻荣/有泉亨:《新訂物權法(民法講義Ⅱ)》,岩波書店1983年版,第200页。

[99] 参见刘保玉:“关于动产抵押权的几个问题——兼及让与担保制度的取舍”,载邹海林主编:《金融担保法的理论与实践》,社会科学文献出版社2004年版,第114页。

[100] 参见鲍尔等,见前注[5],第583页。

[101] 参见王闯,见前注[6],第249页;向逢春,见前注[94],第167页。

[102] 参见向逢春,见前注[68],第72页。

达致公示机能。债务人的商业秘密固然属于应予保护的一大利益,但债务人绝不仅与让与担保权人从事商事交易,在其财产上已经存在权利负担的情况之下,第三人即无从得知,从而形成对债务人责任财产的虚假期待,如此即损及让与担保关系之外的第三人的利益,危及交易安全。在商业秘密和第三人利益、公共利益之间应寻求相应的平衡,而不能顾此失彼。不动产抵押登记同样暴露当事人经济状况,同样危及抵押人商业秘密,但就不动产抵押登记,鲜少有学者质疑登记对当事人商业秘密的影响,“举重以明轻”,不宜以披露商业秘密为由否定动产让与担保登记的正当性。实际上,对于保护债务人的商业秘密这一诉求,可以通过登记制度的设计而加以解决。在比较法上我们注意到,关于动产登记的内容历来有“文件登记”(document filing)和“声明登记”(notice filing)两种立法例。前者登记簿登记的是当事人创设担保权的合同(文件),而后者登记簿登记的仅仅只是当事人创设担保权之后的一个仅载明基本信息的声明,不登记创设担保权的合同。声明登记制之下,没有必要披露当事人之间担保交易关系的细节,声明中要求记载的内容越少,对当事人商业秘密的保护也就越周全。美国声明登记制的法制经验告诉我们,若将登记内容和事项局限在相应的范围之内,既可使第三人周知标的物之上的权利负担,又能在一定程度上保护债务人的商业秘密。^[103]

第二,在声明登记制之下,仅要求登记极少的登记事项,且多记载于标准格式的声明之中,极大地降低了登记机关的管理成本和存档成本,便捷了登记系统的有效运作。而且,声明登记也极大地降低了交易当事人和检索者的交易成本。^[104]随着电子化登记技术的不断成熟和统一动产担保登记制度的构建,登记成本必将降低。允许以纸面形式向登记机关传送登记数据的登记系统涉及人工处理与数据输入,其成本必然高于电子登记系统。高昂的登记费用往往会使当事人采取自我防范措施以规避优先顺位风险问题,这一风险将反映在交易成本中并最终由一方或双方当事人承担。相关国家的实践经验表明,统一的电子化动产担保登记系统有利于降低担保交易的成本。^[105]我国目前已经启动了动产抵押登记系统的电子化改造。根据新修订的《动产抵押登记办法》的规定,动产抵押登记系统将借助已经上线运行的企业信用信息公示平台实现电子化;基于互联网的完全电子化的登记公示系统——中国人民银行征信中心“动产融资统一登记系统”也已经上线运行。虽然这些系统的设计与运行都有待改善,但登记成本确实已经大幅降低。

第三,比较法上已有先例可循。《美国统一商法典》第九编采纳了功能主义的一元化担保概念,^[106]“担保权”一语几乎涵盖了债权人所有“在担保物上的权利”,诸如让与担保、附条件

[103] 参见高圣平:《动产抵押登记制度研究》,中国工商出版社2007年版,第269页。

[104] See Asian Development Bank, *Law and Policy Reform at the Asian Development Bank*, 2002 Edition, p.18.

[105] See United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Guide on the Implementation of a Security Rights Registry*, United Nations, 2014, p.30.

[106] 就美国法上功能主义下一元化担保权概念的分析,参见高圣平:《动产担保交易比较研究》,中国人民大学出版社2008年版,第162页;董学立,见前注[44],第99页。

买卖中的所有权等，^[107] 登记即为其中公示方法之一。《法国民法典》为解决让与担保的公示难题，规定了详细且严格的公示规则：让与担保合同必须进行税务登记，否则不生效力；依据让与担保合同进行的所有权转移必须以书面形式进行登记公示（第 2019 条）。^[108] 韩国《有关动产·债权担保的法律》创设了动产、债权担保登记制度，并构成韩国动产及债权担保制度改革的核心，其中，让与担保、所有权保留以及金融衍生品均可在该登记系统中登记。^[109] 《澳门商法典》规定让与担保应在商业登记局登记，让与担保的标的物须登记的，还应在各有权限的登记局登记，否则，不得对抗第三人。^[110] 《欧洲示范民法典草案》第九卷“动产担保物权”中将学说上的定限担保物权以及让与担保一体规定，同样将登记作为让与担保权的公示方法。^[111] 其中，第 9-3:107 条规定：所有权担保方式^[112] 只有通过登记，才能取得对抗效力。这些都给了我们有益的启示。

综上，动产让与担保与动产抵押是功能类似的制度，其公示方法亦应作同一处理。我们在制度重建之时，无须另行构建动产让与担保登记簿，统一现有的动产担保登记系统，将动产让与担保涵盖其中，实为最佳的路径。

五、动产让与担保的实行：归属清算抑或变价清算

担保物权的实行方法有所谓私的实行和公的实行之分，其中前者无须经过强制执行程序，而后者则相反。^[113] 让与担保的制度优势即在于私的实行，直接由让与担保权人确定地取得标的物的所有权，无须公权力机构的干预，以达到简速实现权利的目的。当然，让与担保权作为民事权利自可借助民事诉讼程序得以实现。

[107] 《美国统一商法典》第 1-201 条第 37 项对担保权作了界定，即“对动产或者不动产附着物所享有的用以担保债务之清偿或者履行的权利”。第 9-109 条规定，本编适用于“依合同在动产或不动产附着物之上创设担保权的交易，其形式若何，在所不问”。第 9-202 条规定，“不管动产所有权归属于担保权人还是债务人”，本编均适用之。很明显，在确定是否存在担保权并进而决定是否受第九编调整时并不依赖于动产所有权的归属和交易的形式。具体分析参见高圣平：“美国动产担保交易法与我国动产担保物权立法”，《法学家》2006 年第 5 期，第 84 页。

[108] 参见叶朋，见前注[27]，第 127 页。

[109] 参(韩)金载亨：“韩国《动产·债权担保法》的基本结构”，金香花译，《山东大学法律评论》(2014)，第 6-8 页。

[110] 《澳门商法典》第 918 条。见《澳门商法典》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 257 页。

[111] See Christian von Bar etc(ed.), supra note 12, p.5395.

[112] 在《欧洲示范民法典草案》中，“所有权担保方式”包括：(a)保留所有权交易；(b)财产的所有权移转予买受人时，该财产之上担保以下权利的担保物权：(i)出卖人根据买卖合同所享有的给付价款请求权；(ii)贷款人对于其发放给买受人支付价款且确实已支付给出卖人的贷款的返还请求权。(c)任何以担保上述第(a)、(b)项所述款项返还为目的，而受让第(a)、(b)项所述权利的第三人所享有的权利。

[113] 参见高圣平：“担保物权实行途径之研究——兼及民事诉讼法的修改”，《法学》2008 年第 2 期，第 40 页。

动产让与担保广受批评的原因之一,是其实行时直接由债权人取得所有权,与禁止流质契约的规定有违,对债务人及其他利害关系人保护不周,已如前述。比较法上,禁止流质契约原则的松动为我们提供了可资参照的例证。为避免流质契约侵害到债务人或其他债权人利益,法国对让与担保的实行方式作出了谨慎且灵活的处理。立法上否定了“直接取得担保物所有权”的传统方式,规定在债务人不能履行债务时,权利人并不能直接取得担保财产的完全所有权,而只能取得在债务额度内的自由处分权和变价权。^[114]我国台湾地区“民法”第873条之1第1项明定流抵契约仅于当事人间发生效力,该约定须经过登记才能成为抵押权内容,在抵押权可得实现之时,抵押权人并不当然取得抵押物的所有权,而仅取得抵押物所有权移转登记请求权。抵押权人实现其抵押权时仍然负有清算义务,就抵押物价值超过担保债务的部分未予返还的,抵押人可行使同时履行抗辩权,拒绝同意移转登记。^[115]

如此看来,我国《物权法》上禁止流质契约的规定即应重新检讨。当事人约定在担保权可得实现之时,由担保权人不经法定公力救济程序而直接取得担保物所有权的,自应解释为当事人之间就担保权实行方法(私的实行)的约定,但为防止担保物价值远超担保债权额的过度担保,衡平当事人之间的利益,应强制性地课以担保权人以清算义务。如此,负有清算义务的流质契约作为广义的自力救济即具有了正当性,当事人约定无清算义务的流质契约,自应部分无效,担保权人虽可确定地取得标的物的所有权,但仍负有清算的法定义务。当事人约定无清算义务的流质型让与担保自应做相同解释。如此,通过清算义务加以修正的让与担保,实无必要将其解释为违反流质契约禁止义务。^[116]

让与担保权的清算型实行方法尚有归属清算与处分清算之分。所谓归属清算,是指在让与担保权可得实现之时,担保权人确定地取得标的物的所有权,但须在标的物估价额与担保债权额之间进行清算;所谓处分清算,是指在让与担保权可得实现之时,担保权人须将标的物变价处分,并以其价款优先受偿。^[117]其中,归属清算型还可进一步区分为当然归属清算型和请求归属清算型,前者系指担保权人当然地、确定地取得标的物的所有权,无须先为一定的意思表示,而后者须担保权人请求以标的物充当清偿之后,该标的物才确定地归属于担保权人。^[118]

让与担保权的实行方法究系归属清算还是处分清算,原则上应由当事人约定,未予约定或约定不明的,让与担保权人究以何种实行方法实现其权利,在学说上存在争议。在日本法上,对于动产让与担保,虽然进行归属清算或是处分清算皆可,但在当事人之间无特别约定时,以归属清算为原则。^[119]我国已有学者认为,让与担保的社会作用之一即在于避免繁琐的标的

[114] 参见叶朋,见前注[27],第127页。

[115] 参见谢在全,见前注[11],第785页。

[116] 参见柚木馨等,见前注[34],第549页。

[117] 参见近江幸治,见前注[5],第300页;谢在全,见前注[11],第1109—1110页;陈荣隆,见前注[60],第167—168页。

[118] 参见刘春堂,见前注[81],第325页;陈荣隆,见前注[60],第168页。

[119] 参见近江幸治,见前注[5],第315页。

物变价程序,在归属清算与处分清算之间应以归属清算为原则,^[120]但亦有观点认为,处分清算更有利于明确当事人之间的关系,且合于让与担保权担保债务清偿的经济目的。^[121]

本文作者以为,让与担保权的实行方法,既要把握其担保物权本旨(担保权构造),又要兼顾当事人及第三人的权益,在尽量发挥让与担保的社会作用以彰显其特色的同时,避免让与担保权人取得额外的利益。学说上认为,担保物权以担保债务清偿为目的,是变价权、价值权,在担保物权可得实现之时,应对标的物进行变价,并就变价款优先受偿。^[122]准此,处分清算似更合于担保物权的变价法理。但让与担保权与其他定限担保物权不同,其实行方法所受限制并不如其他定限担保物权那么严格。让与担保权人在交易中有取得标的物所有权的期待,设定人亦有以标的物代物清偿的心理准备。让与担保的价值之一,即在于避免标的物变价的繁琐程序,^[123]在当事人就归属清算与处分清算未作约定或约定不明时,应以归属清算为原则。在比较法上,《法国民法典》规定以“归属清算”为原则,以“处分清算”为例外。^[124]至于当然归属清算型与请求归属清算型之间,如当事人之间未作约定或约定不明,在让与担保权可得实现之时,担保权人请求以标的物抵充债务,给予设定人清偿债务取回标的物的机会,对于担保权人并无不利,故应以请求归属清算型为原则。^[125]

在担保法上,清算是担保权的实行方法;在动产让与担保交易中,清算是就标的物的价值与被担保债务余额之间进行评价,“多退少补”,其目的在于通过确定标的物的公正合理价格寻求当事人之间的利益平衡。如此,在让与担保权可得实现之时,标的物的鉴价就显得尤为重要,如任由让与担保权人主观认定,则易害及利害关系人的利益。为此,清算人应具有相应资质,其产生应体现当事人的共同意志。在我国,资产评估已渐成专门的行业,资产评估师亦为专门之职业,由让与担保权人与设定人事先或事后从注册资产评估师中合意选择清算人,有利于避免当事人之间的清算争议,也有利于保护设定人的其他债权人的利益。至于清算的标准,自有专业的评估标准可资利用。在比较法上,《法国民法典》规定,无论是“归属清算”还是“处分清算”,都必须对财产价值进行客观评估,评估可由双方协商或者由法院指定的鉴定人进行,如果财产在市场中存在官方牌价或是金钱的,以市场价为准。在被担保债权得以实现后,剔除掉财产管理和保管而发生的债务数额,超过部分的价值应返还给债务人,^[126]可资参照。

[120] 参见陈荣隆:“让与担保之实行”,《法令月刊》第51卷第10期,第388页。

[121] 参见谢在全,见前注[11],第921页,谢老师在新版中已改采归属清算型;刘春堂,见前注[81],第324页。

[122] 参见高圣平:《担保法论》,法律出版社2009年版,第241页。

[123] 参见谢在全,见前注[11],第1104页;陈荣隆,见前注[60],第174页。

[124] 参见叶朋,见前注[27],第127页。

[125] 参见陈荣隆,见前注[120],第388页。

[126] 参见叶朋,见前注[27],第127页。

六、结 语

让与担保经由德国、日本判例及学说的长期发展,已经渐趋成熟,学者间已有立法化之呼吁及努力。^[127] 诚如德国学者 Joachim Kilger 所言:“让与担保系商事交易之‘私生子’,因其不能主张确认制定法为其‘生父’。”^[128] 我国已有采行让与担保的大量实践,法院裁判中多以违反禁止流质契约规定、违反物权法定等否定让与担保的物权变动效力。如何为让与担保找到其立法上的“生父”,将这一日益典型化的非典型担保成文化,建构一个公平合理、周延完善的规则体系,以引导担保市场,并统一司法裁判尺度,裨益资金融通及经济发展,是我们在立法化上所肩负的使命。

在担保权构造说之下,让与担保的概念应当重构为:债务人或第三人为担保债务的履行,将担保物的所有权移转予担保权人,而使担保权人在不超过担保目的范围内,取得担保物的所有权,债务清偿后,担保物应返还予债务人或第三人;债务不获清偿时,担保权人得就该担保物优先受偿的担保物权。^[129] 如此,不超过担保目的的所有权即为一新类型的担保物权——让与担保权,在物权法定主义之下,唯有通过立法对之加以明文规定,才能解决其手段与目的之间的冲突。准此,本文作者建议在中国民法典物权法担保物权编中设专章予以规定,并就具体条文试拟如下:

章名:第××章 动产让与担保权^[130]

简要立法理由:在担保权构造说之下,舍弃学说上基于所有权构造说之下的“信托让与担保”或“担保信托”的称谓。动产让与担保系以“让与”为手段达致“担保”之目的,为使其名实相符,通说上的“让与担保”称谓实为上选。同时,“动产让与担保”既可以指称一种交易形态,也可以理解为一种制度,还可以是一种权利类型,而担保物权编其他各章均从权利的视角界定章名——“抵押权”“质权”和“留置权”,故将本章章名定为动产让与担保权,位于“抵押权”“质权”章之后,“留置权”之前。^[131]

第××条(定义)

为担保债务的履行,债务人或者第三人将其动产转让给债权人的,债务人履行全部到期债

[127] 参见陈荣隆,见前注[60],第2页。

[128] 转引自吴光明:“动产让与担保制度之研究——美德两国及我国现行制度之检讨”,台湾大学法律学系1992年博士论文,第204页。

[129] 参见谢在全,见前注[11],第1100页。

[130] 本文作者以为,不动产让与担保的法律构成和制度内容与动产让与担保之间存在较大差异,本文仅及于动产让与担保权。就不动产让与担保,本文作者另有专文探讨。

[131] 值得注意的是,《民法(草案)》将“让与担保”置于“抵押权”“质权”和“留置权”等章之后,但从《物权法》担保物权编的章节安排顺序来看,“抵押权”“质权”为意定担保物权,“留置权”为法定担保物权,采先意定后法定的顺序,“动产让与担保”为意定担保物权,将其置于“留置权”之前,使之与“抵押权”“质权”一起共同构成意定担保物权体系,更具合理性。

务,债权人应当将该动产返还债务人或者第三人;债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现让与担保权的情形,债权人有权就该动产优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为让与担保人,债权人为让与担保权人,提供担保的财产为让与担保财产。

简要立法理由:作为独立的担保物权类型,让与担保权与同编中其他担保物权的(如抵押权、质权等)不同之处在于:让与担保系以移转标的物所有权为其手段。本条即对此予以明定。同时,为免生疑义,本条另明定动产让与担保权的两种法律效果:主债务消灭时的返还请求权;让与担保权可得实现时的优先受偿权。本条的条文表述参考了《物权法》第179、208条关于抵押权、动产质权的定义的规定。

第××条(设定与登记对抗)

动产让与担保权自书面让与担保合同生效时设立;未经登记,不得对抗第三人。

简要立法理由:学说上,动产让与担保权虽有移转占有型和非移转占有型之分,但以后者为常态,本条因此明定动产让与担保权以登记为其公示方法,但并不强制性地要求当事人办理登记手续。本条仿《物权法》第188条关于动产抵押权设定的规定,明确采行债权意思主义,当事人之间书面让与担保合同生效时,动产让与担保权即为设定;与动产抵押权的登记对抗规则相一致,本条将登记仅作为让与担保权的对抗要件。值得注意的是,本条就第三人的范围,未加“善意”的限定,以此增加让与担保权效力的确定性,并防范“善意”这一主观要素判断上的困难所带来的商事活动的不确定性。^[132]

第××条(让与担保财产的占有、使用和收益)

动产让与担保权存续期间,让与担保财产由让与担保人占有、使用、收益,但当事人另有约定的除外。

简要立法理由:动产让与担保权的设定,以“非移转占有型让与担保”为原则,以“移转占有型让与担保”为例外。虽然前条明定,所有的动产让与担保权均以登记为公示方法,不因形式上移转标的物的占有而例外,但为保全让与担保财产的价值,本条明定,在当事人之间无例外安排的情况(移转占有型让与担保)下,由让与担保人占有、使用、收益,自是明确让与担保人在占有让与担保财产期间应善尽注意义务。

第××条(让与担保权的实行方法)

债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现让与担保权的情形,除当事人另有约定外,让与担保人可以经估价后取得让与担保财产的所有权。让与担保财产的估价额超过担保债权额的,让与担保权人应将超过部分返还让与担保人;让与担保财产的估价额不足担保债权额的,让与担保权人有权请求让与担保人清偿。

前款所称让与担保财产的估价,除当事人另有约定外,应由当事人共同指定的资产评估机

[132] 《欧洲示范民法典草案》和联合国国际贸易法委员会《动产担保交易立法指南》均建议对第三人无须限定为善意第三人。本文作者同时主张,《物权法》第188条动产抵押权登记对抗范围的规定,亦应删除“善意”。

构依据相应的评估规则确定。

简要立法理由:就动产让与担保权的实行,有归属清算型和处分清算型两种方法。本条明定以归属清算型为原则,但允许当事人约定适用处分清算型实行方法。当事人就此未作约定或约定不明的,适用归属清算型实行方法。同时,为明确让与担保权的实行效果,规定让与担保财产估价后的两种不同情形。让与担保财产的估价应为公允,本条允许当事人约定估价的方法,当事人就此未作约定或约定不明的,应由当事人共同指定的资产评估机构依据相应的评估规则进行估价。

第××条(让与担保财产的交付)

债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现让与担保权的情形,未占有让与担保财产的让与担保权人,可以请求让与担保人交付让与担保财产。

简要立法理由:非移转占有型让与担保是动产让与担保的常态,让与担保权可得实行之时,让与担保权人就让与担保财产优先受偿,得请求让与担保人交付让与担保财产,以确保让与担保权人实现担保权的效力。^[133]

第××条(流质契约的限制)

当事人约定债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现让与担保权的情形时,让与担保财产不经第××条规定的清算程序直接由让与担保权人所有的,该约定无效,让与担保权人应依第××条的规定实现其让与担保权。

简要立法理由:让与担保交易中约定流质契约的情形较为常见。在担保权构造说之下,清算法理当然适用于让与担保。为防免动产让与担保的流弊,本条明定流质契约无效,对当事人的意思自由进行限制,以保护让与担保人及其一般债权人的利益。值得注意的是,在担保物权编“一般规定”中如就流质契约做出统一安排,可以删除本条。

第××条(让与担保权实行的通知)

动产让与担保权人依第××条规定实现让与担保权时,应于实现之前30日通知让与担保人。让与担保人可在收到通知之后30日内清偿债务,取回让与担保财产。但债务履行期不足30日的,不在此限。

简要立法理由:归属清算型有所谓当然归属清算型和请求归属清算型之分,本条明定采取请求归属清算型立场,以使让与担保人有清偿债务、取回担保物的机会。本条系仿《日本假登记担保法》第2条所作的规定。^[134]

[133] 参见陈荣隆,见前注[60],第237页。

[134] 《日本假登记担保法》第2条规定:“在假登记担保契约系以土地或建筑物(以下称‘土地等’)的所有权移转为目的的场合下,在完结预约之意思表示日、停止条件成就日等契约所约定的所有权移转日之后,债权人应将第3条所规定的清算金的评估额(在其认为没有清算金的情形下,是指将该情形加以通知)通知作为契约相对人的债务人或是第三人(以下称‘债务人等’),且自该通知到达债务人等之日起未经2个月,不发生所有权移转的效力。”“依前款规定所进行的通知,应明确表明该款所规定的期间届满时,土地等的评估价额,以及当时之债权与虽已由债权人代付、但应由债务人负担的费用(土地等有2个以上时,系指通过移转土地等之所有权而消灭的债权及其费用)的金额。”

第××条（动产抵押权和动产质权规定的准用）

动产让与担保权除适用本章有关规定外，参照本法第××章第××节动产抵押权的规定。但让与担保权人占有担保物的，参照本法第××章第××节动产质权的规定。

简要立法理由：非移转占有型让与担保权的性质与动产抵押权相似；移转占有型让与担保权的性质与动产质权相若。为使立法简约，本条专设准用条款。

第××条（权利让与担保权的准用）

为担保债务的履行，债务人或者第三人将其权利转让给债权人的，参照本章规定。

简要立法理由：让与担保权以供作担保的财产的不同，有不动产让与担保、动产让与担保、权利让与担保之分。本章仅及于动产让与担保。通说以为，权利作为交易标的时视为动产，准用动产交易规则。本条因此规定，权利让与担保权准用动产让与担保权的规定。在解释上，这里的“权利”不包括不动产权利，不动产权利的交易规则准用不动产的相关规定。

Abstract: The security transfer of chattel has been developed through practice, theory and cases. Its concealment, and in conflict with *numerus clauses* and *lex commissoria*, damaging the interests of the debtor in the process of implementation and other defects, have been widely criticized. The chattel mortgage and security transfer of chattel have their own legal construction, implementation method and other systematical characteristics respectively. They can coexist in Chinese Civil Code. The security transfer of chattel should be constructed as security interest and use filing as the publicity method. Under the notice filing, due to the less content to be registered, the public filing won't expose the economic situation of the parties too much. After the electronic transformation of the filing system, the registration costs are controllable, the overall costs of secured transactions won't be increased. The method for the implementation of the security transfer of chattel shall be agreed upon by the parties, in which the obligation of liquidation should not be eliminated, and if the agreement is not made or not clear, the affiliation liquidation shall be adopted.

Key Words: Security Transfer of Chattel; Chattel Mortgage; *Lex commissoria*; Notice Filing; Affiliation Liquidation

(责任编辑：薛 军)