

# 第一章 担保总论

任何部门法学都是以某一部门法为研究对象的，因而部门法的立法状况往往在很大程度上制约着以它为研究对象的这一部门法学的研究，对担保法的研究同样如此。众所周知，由于大陆法系国家对担保未作统一的规定，一般将抵押权、质权、留置权作为担保物权规定在物权法中，人的担保及金钱担保一般规定在民法典的债法篇中，因而关于担保的理论一般局限于对各种担保方式的条文阐释，而未形成担保总论。我国及前苏联等社会主义国家立法大都将各种担保方式加以统一规定，这样有助于担保法成为一个独立的法律部门，但事实上这些国家对担保的理论研究也局限于条文的解释。我国目前制定了独立的担保法，但《担保法》总则仅规定了 5 条，担保法的著述一般也局限于对总则条文的阐释，故尚未建立完整的担保理论体系。笔者认为，加强对担保总论的理论研究有着十分重要的理论意义和实践意义，它有助于弄清担保法律制度的来龙去脉，有助于揭示担保的内涵，有助于理解担保制度在现实生活中的重要性。

## 第一节 担保概述

### 一、担保的概念和特征

#### (一) 债权担保的概念

广义上债的担保包括债的一般担保和债的特别担保两种。按照债的法律效力，债务人必须以其所有的全部财产履行债务，此为债的一般担保。用来一般担保的财产只限于债务人的财产，担

保的对象不是特定的债权，而是所有的债权，包括已存在的债权，以及新增加的债权。在国外立法中，为了防止债务人的财产随意减少或任意不增加，以保全债权，而设立了债权人代位权和债权人撤销权制度。所谓代位权，是指当债务人享有对第三人的权利而怠于行使，使其财产应增加而不增加，影响其债权人债权实现时，债权人可以以自己的名义代位行使属于债务人的权利，以保障债权的实现。债权人的代位权是债权人以自己名义代替债务人行使权利，不是扣押债务人财产的权利，也不是就收取的财产优先受清偿的权利，代位权是债权人替债务人收取财产；债权人的撤销权，是指当债务人处分自己的财产的行为足以影响债权人利益时，债权人享有的请求法院予以撤销该行为的权利。债权人的撤销权制度，一方面可以恢复债务人清偿债务的财力，保护债权人的利益，另一方面使债务人实施的有害于债权的行为归于无效，有利于维护正常的经济秩序。债权人代位权及撤销权，是债的一般担保措施，即称为债的保全。债的保全仅能保证债务人以其全部财产清偿全部债务的责任。但是，债的保全不能保证某个特定债权的清偿，一方面由于债权不具有排他性，债务人可以不断参与新的债的关系，使债务不断增加；另一方面债务人的财产总不免有减少，使原来足以清偿债务的总财产变为不足以清偿。在这些情况下，各债权人的受偿比例必然会因此而相对地减少，因为一般担保不是针对某项特定债权，而是担保所有的债权，而且无论债权种类及成立先后，各债权在法律效力上无优劣之分，在债务人的总财产不能清偿总债务时，总有一些债权将得不到清偿，在债务人破产时，各债权只能按照比例受偿，为了确保某个特定债权能优先于其他债权得到全部清偿，法律设立了特别担保制度，这就是狭义上的债权担保。

通说认为债权担保是督促债务人履行债务、保障债权实现的一种法律手段。具体地说，债权担保是指当事人（债权人与债务人或与第三人）根据法律规定或相互间的约定，以债务人或第三

人特定财产或者以第三人的一般财产（包括信誉）担保债务履行债权清偿的法律制度。这是专为保障债权清偿而设立的特殊的担保制度。

债的担保包含以下几层含义：

第一，债权担保依照法律规定或约定而产生。担保的产生有两个原因：一是基于法律的直接规定；二是依据当事人之间的约定而产生。我国《担保法》规定的 5 种担保方式，只有留置由担保法直接规定而产生，称为法定担保，其他 4 种担保方式都是依当事人之间约定而产生，称为约定担保，约定担保不得违反法律规定。约定担保是一种双方民事法律行为，担保合同的成立不仅须符合民法通则关于合同成立的有效条件，而且还必须符合担保法的特殊成立要件。

第二，债权担保是专为保障特定债权清偿而设立的特殊担保制度。

债权担保不同于一般担保，一般担保是用债务人的一般财产对其所有债权进行的担保，债权担保是以债务人（或第三人）的特定财产和特定人的一般财产为特定债权所作的担保，前者为物的担保如抵押、质押、留置，后者称为人的担保即保证。此外，债权担保还有多种形式，如定金担保、违约金担保、让与担保、所有权保留、信托占有等。我国《担保法》确定了 5 种特殊担保方式，即保证、抵押、质押、留置和定金，既有人担保，也有物的担保和金钱担保。

第三，债权担保的主要目的在于保障债权的清偿。债权担保往往是债权人要求设定的，其目的是为保障债权的清偿，而债务人同意设立担保，则往往是为了建立债的关系，从而达到融通资金或物资的目的。前者是债权担保设立的直接目的。我国《担保法》制订的起因在于国内三角债的泛滥成灾，而担保法的内容无不侧重于保护债权人的利益保障债权的实现。《担保法》第 1 条开宗明义指出《担保法》立法目的之一在于保障债权的实现，而

当事人设立担保合同的目的也是为保障债权的实现。

## （二）债权担保的特征

债权担保具有以下特征：

第一，债权担保具有从属性。所谓从属性，是指担保之债权与被担保之债权形成主从关系，担保之债为被担保之债的从债，被担保之债是担保之债的主债，担保之债的效力决定于被担保之债。

首先，担保之债的存在以被担保之债的发生和存在为前提，这便是担保之债成立上的从属性。关于成立上的从属性，学者有不同的理解，立法上也要不同的要求。一种观点认为担保合同只能在有了它所担保的主合同的有效存在的条件下才能够发生，<sup>①</sup> 被担保的合同称为主合同，担保合同称为从合同。没有被担保的主合同的独立存在，就根本谈不上担保；第二观点认为先有债权存在，后有担保发生，如出版于 1979 年和 1980 年的教科书《苏联民法》指出，“担保的债只能担保主债中规定的债权人的有效的请求权，也就是说，债权人的请求权是现实存在的（而不是将来的），并且符合法律的规定（保证金）除外，保证金可以担保将来可能产生的请求权。”《法国民法典》则不允许对将来的债权设定担保，该法第 2012 条规定：“保证仅得对有效债务而成立。”第 2130 条规定：“就将来的财产不得设定抵押权”不承认最高额抵押。第三种观点认为，所谓成立上的从属性，是指债权担保的成立应以相应的债权的发生和存在为前提，不能脱离债权债务关系而单独成立。即使是为将来之范围和-content 不十分确定的债权设定的担保，如最高额抵押，也不能脱离相应的债权关系。<sup>②</sup> 多数学者认为担保的产生应以主债权的存在为前提，最高额保证，最高额抵押为将来发生的债权进行担保，被视为担保成立上从属性的

<sup>①</sup> 马原主编：《中国民法教程》，人民法院出版社 1989 年版，第 351 页；王家福等著：《合同法》，中国社会科学出版社 1986 年版，第 185 页。

<sup>②</sup> 董开军：《债权担保》，黑龙江人民出版社 1995 年版，第 10 页。

例外。上述各种观点分歧的焦点在于担保之债以主合同的存在为前提，还是以主债权的存在为前提，如果以主合同的存在为前提，那么最高额担保在成立时，主合同也已成立，虽然债权实际上未发生，数额也未确定，也可认为具有成立上的从属性；若以债权发生为前提，那么为将来发生的债权设定担保，可视为担保成立上从属性的例外。我国《担保法》允许为将来成立的债权设定担保，这是从属性原则的例外。

其次，债权担保应随同债权的转移而移转，这便是处分上的从属性。处分上的从属性表现为两个方面：（1）债权人不能将担保权与债权分别转让给不同的受让人，债权人不得单独转让担保权而自己保留债权，也不得单独转让债权而保留担保权，担保权必须随主债权一同转让给同一个受让人。（2）债权人不得将担保权与债权分别为他人作担保，债权人不得用担保权为他人债权作担保，债权人以其债权为他人作担保时，其担保权也随同债权一同为他人作担保。国外立法一般允许以债权设定质押，但我国《担保法》尚不允许以普通债权设定质押，故即使担保权与债权一同为他人设质，也是不允许的。《日本民法典》对担保权处分上的从属性有例外规定，其一，在所有人抵押情况下，同一物上有数个抵押权时，作为债务人的抵押物的所有者因继承而取得先顺位抵押权时，债权虽然因混同而消灭，但抵押权不消灭（《日本民法典》第 179 条第 1 款）。其二，抵押权人，可以以其抵押权作为其他债权的担保，或者为同一债务人的其他债权人的利益，让与或抛弃抵押权或其顺位（《日本民法典》第 375 条第 1 款）。

再次，债权担保存续和消灭上的从属性。所谓存续上的从属性，是指债权担保的存在以主合同的有效存在为前提，主合同无效时，担保合同也无效，当事人另有约定除外（《担保法》第 5 条）。消灭上的从属性是指债权担保因主债权的全部消灭而消灭。主债权部分消灭时，债权担保并不消灭，而且根据债权担保的不可分性，担保人仍应以其全部财产或全部特定财产对部分债权承

担担保责任，除非当事人对不可分性另有约定。

第二，债权担保具有自愿性。包含两层意思：其一，依我国《担保法》，除留置由法律直接规定外，其他担保方式是否设立由当事人自由决定，法律不予强求；其二，担保合同的成立须债权人与担保人的合同，担保合同是民事法律行为，双方当事人地位平等，担保合同是否设立，内容如何，只要不违反法律，都允许债权人与担保人平等协商决定，担保人提供担保必须出于自愿，如果担保人提供担保是被欺骗、被强迫的结果，则该担保合同无效。

第三，担保责任的承担具有或然性。担保合同成立后，担保人最终是否承担担保责任具有或然性，或者说不确定性。对于连带责任保证以及抵押、质押、定金这几种担保方式，担保人只有在债务履行期满时债务人不履行债务或不完全履行债务时，担保人才承担担保责任，如果债务履行期满时债权已得到全部清偿，则不发生担保责任的承担问题。对于一般保证，只有在债务人的财产被强制执行后尚不足清偿债权人债权时，保证人才承担保证责任，因此，保证人承担保证责任的可能性要比其他担保方式小。对于留置，债权届期未受全部或部分清偿时，留置权人还必须给债务人两个月以上的履行债务的宽限期，只有宽限期届满，债权仍未获清偿时，才可以实现留置权。因此，担保责任具有补充性，担保责任的承担具有或然性。

第四，债权担保具有财产权性。担保权本质上是一种财产权，财产权分为两大类；其一是债权，即请求他人为一定行为或不为一行为的权利；其二为物权，物权是对物的直接控制和支配的权利。在债权担保中，保证有债权性，债权人的担保权实为一种债权请求权，债权人只能请求保证人承担保证责任，不能直接支配保证人的财产。定金也具有债权属性，当接收定金的一方不履行合同时，交付定金一方可以请求接收定金方双倍返还定金，而不能直接支配违约方的财产。对于抵押、质押，绝大多数国家公

认为一种担保物权，少数国家认为抵押、质押兼具物权性和债权性，而将其放在民法典债篇，只有极个别学者认为抵押权是一种债权。在《担保法》制订之前，我国学者通说认为抵押权兼具债权性与物权性，《担保法》出台后，抵押权、质权的物权性已得以确认。关于留置，多数国家认为是一种担保物权，我国通说认为留置为一种担保物权。但《德国民法典》不承认留置为物权，仅认为具有债权的特别效力，《法国民法典》非但不承认留置权为物权，也不承认它为债权，仅认为它是一种双务合同的同时履行抗辩权。可见，依我国担保法及学者理解，保证和定金是一种债权，抵押、质押、留置是一种担保物权，故财产权性是债权担保的共性。

## 二、担保法律关系分析

广义上的担保法律关系涉及两个合同，三方当事人。两个合同是主合同和担保合同；三方当事人是指债权人、债务人和担保人，有时债务人和担保人合二为一。主合同关系是担保合同法律关系的基础，担保合同法律关系从属于主合同法律关系。狭义上的担保法律关系仅指担保合同法律关系。担保法律关系与其他法律关系一样，由主体、内容、客体三要素构成。

### （一）担保法律关系主体

担保法律关系主体，也就是债权担保的当事人，是指参与担保法律关系，享有担保权利，承担担保义务的人，包括担保权人和担保人。担保权人是在担保法律关系中享有权利的人，一般是主合同的债权人。担保人是在担保法律关系中承担担保义务的人，可以是债务人之外的第三人，除保证外，也可以是债务人本人。法律对担保权人的资格未予限制，只要是主合同的债权人即可，但对担保人的资格有限制，担保人须符合民法通则及担保法规定的条件。

### （二）担保法律关系内容

担保法律关系内容，是指担保主体所享有的权利或所承担的义务。担保权人享有担保权，这是担保权人的基本的权利，担保权的性质因人的担保，金钱担保与物的担保而不同，在人的担保与金钱担保中，担保权是一种债权性的请求权；在物的担保中担保权是一种物权性优先受偿权。此外，担保权人还享有从属于担保权的权利，如抵押权保全权，担保权受侵害时的救济权。当然担保权人放弃担保权及其他附属权利，也是担保权人的权利。与此相应，担保权人的权利也就是担保人的义务，有学者认为，担保人的义务在人的担保实为一种债务，而在物的担保中则是一种物权负担，<sup>①</sup> 这种看法有一定道理。

### （三）担保法律关系的客体

担保法律关系客体，是指担保权利和担保义务所共同指向的对象，也可称为担保的标的。担保标的物的范围很广，包括金钱，有体物（动产和不动产），有价证券，无体财产等。须指出，具体哪种标的物可以作为哪种担保方式的标的，应取决于法律的规定。此外，很多学者认为保证法律关系的客体是保证行为，实际上也就是保证人以其信誉及其全部财产作担保。因此，无论是人的担保还是物的担保，最终都落实到财产上，近现代法律严禁以人身作保。

## 第二节 担保的种类

### 一、担保法上的担保的分类

担保依不同的标准，可分为三类：（一）依设立担保的方式不同，可分为法定担保和约定担保。担保法上只有留置为法定担保，其余皆为约定担保；（二）依提供担保的主体不同，可分为债务人担保和第三人担保。抵押、质押、留置、定金可以是债务人担保，

董开军：《债权担保》，黑龙江人民出版社 1995 年版，第 7 页。

保证、抵押、质押可以是第三人担保；三 依担保自身内容不同，可分为人的担保、物的担保以及金钱担保，这是最通常的分类，以此来说明不同担保方式的具体内容，以及它们之间的利弊得失。

所谓人的担保是指自然人、法人或者其他经济组织以其自身的资产和信誉为他人的债务提供担保。债权到期未能清偿时，由担保人代债务人负责清偿。人的担保只限于第三人提供，并且不是以第三人的人身作担保，而是以第三人的信誉及其全部财产作担保。人的担保在担保法上仅指保证这种担保方式。除此之外，人的担保还包括新的保证方式，即特别法上的保证，如票据保证、银行保证、外汇担保及诉讼中的保证，这些都是在传统保证方式上发展而来的新型的保证方式，与传统保证方式既有联系，又有所区别。

所谓物的担保是指自然人法人或其他经济组织以其自己所有或享有处分权的财产为自己或他人的债务提供担保。如债务人不履行其债务，债权人可以通过处分作为担保物的财产优先受清偿。物的担保在担保法上指抵押、质押、留置这几种担保方式。此外，也包括特别法上的抵押，如土地使用权抵押、房屋抵押、船舶抵押、银行贷款抵押；特别法上的留置，如船舶留置权。担保法上还有一种债权担保形式是定金担保，定金担保既不属于人的担保，也不属于物的担保，而是属于金钱担保，定金担保不具有物权效力，而具有债权性，但定金担保不同于其他任何一种担保方式。其他几种担保方式都是以保障债权清偿为目的而设定的，具有直接清偿债权的作用，但定金起不到清偿债权的作用，它只能通过定金罚则的适用督促债务人履行合同以及债务人违约时予以惩罚的作用，而且定金的数额有限，比起其他几种担保方式来，定金的担保作用要弱得多。定金的担保类似于违约金等合同责任所起的作用，难怪传统民法中，将违约金作为债的担保方式，但现代民法一般将违约金作为一种合同责任，我国合同法也如此。

## 二、人的担保与物的担保的比较

虽然人的担保与物的担保都具有从属性，都为担保债权清偿而设立，但人的担保具有债权效力，物的担保具有物权效力，在民法的这两类财产权中，物权的效力优于债权，因此学者公认物的担保优于人的担保。

首先，人的担保的标的物为非特定物，虽然以第三人作为保证人，以债务人和保证人的财产总额来担保债权的清偿，使得债权受清偿的机会增多，但在现实经济生活中，由于主客观的原因，债务人和保证人的财产处于不断变化之中，担保设定时，保证人有足够的代偿能力，等到担保责任落实时，也可能债务人和保证人的财产均已减少以致不足以清偿债务，因此，人的担保对债权保障不是万无一失的而存在债权落空的风险。相反，物的担保的标的物为特定物，无论债务人或提供担保物的第三人的财产状况如何发生变化，均不影响特定物对债权的担保，因此，物的担保比人的担保更为可靠。

其次，担保物权具有不可分性，债权部分受偿，或部分让与时，仍以担保物的全部保障剩余部分债权的清偿。担保物部分灭失时，其余部分仍担保全部债权；担保物权具有追及性，担保物被他人非法占有时，担保权人可追及物之所在，索回担保物以满足其债权；担保物权具有物上代位性，担保物毁损灭失时，债务人所得的赔偿金或保险金作为代位物应继续担保债权，对于担保人转让担保物所得价款以及担保物因有损坏、贬值之虞而提前处分所得的价款，以及担保人另行提供的担保物，债权人都享有物上代位权；担保物权人对担保物享有处分上的支配权，当债务人不履行债务时，债权人无须担保人同意，也无须担保人的积极行为，可依法独立地、直接地处分担保物以实现其债权。各国立法对债权人对担保物处分上的支配权的规定有所不同，如依日本法规定，债权人处分担保物须经过法院强制执行程序。我国担保法

则根据担保方式不同而不同，债权人处分抵押物，须与担保人协商解决，协商不成时只能通过法院诉讼解决。债权人处分质物，除折价须与债务人协议，其他处分方式债权人可直接依法处分，留置物的处分也相同。担保物权的上述特性，有利于保障债权的实现。

再次，人的担保只具有一般债权的效力，债权人对债务人及保证人的财产无优先受偿权，设有不同担保的债权发生冲突时，享有物的担保的债权优先于人保的债权而受清偿。与之相反，担保物权具有优先受偿性，担保物权的优先受偿性表现为：优先于担保人的普通债权人；优先于担保人作保证人的保证债权人；优先于执行权，担保人的财产被强制执行时，担保物权的标的物可排除在外；优先于破产债权人，即担保物权人享有别除权，担保物权标的物不属于破产财产，担保物权人无须参加破产程序，即可就标的物优先受偿；担保物权人优先于后顺序的担保物权人受偿。

综上所述，物保比人保的优越性与可靠性可见一斑。

从理论上讲，物保优于人保十分明显，但不能绝对化，物保的局限性也是明显的。首先，物保方式有抵押、质押、留置 3 种，留置的适用范围狭窄，所担保的债权额很有限，不能与人保相比；其次，物保的成立及实现程序复杂，债权人难免抵押物登记或质押物运输、保管方面的麻烦，也难免担保物处分上的麻烦，而且还需承担标的物价值下降的风险。因此，如果能够觅到信用好、有实力的保证人，债权人在债权到期得不到清偿时，能从保证人处迅速便捷地获得金钱偿付，同样能保障债权的清偿，在这种情况下，自然人保优于物保。

### 三、各种物保方式的比较

#### (一) 抵押、质押、留置的区别

物的担保的方式有 3 种，即抵押、质押、留置。抵押是指债务人或者第三人不转移对某一特定财产的占有，而将该财产作为

债权担保，债务人不履行债务时，债权人有权依照法律规定以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。质押是指债务人或第三人将出质的财产或权利交债权人占有，作为债权的担保，在债务人不履行债务时，债权人有权以该财产或权利折价或拍卖、变卖所得价款受偿。留置是指债权人因保管合同、运输合同、加工承揽合同依法占有债务人的动产，债务人不按照合同约定的期限履行债务的，债权人有权依照法律规定留置该财产，以留置财产折价或者以拍卖、变卖该留置物，从所得价款中优先得到清偿。抵押、质押、留置都属于担保物权，具有担保物权的共同特性，但这三者之间又是有区别的：

设定条件不同。抵押与质押是由当事人自由设定，依当事人双方的合意而产生，属于约定担保物权；留置权是直接依据法律的规定而发生，属于法定担保物权。

对物的占有不同。抵押权设定后抵押物仍由抵押人占有、使用、收益，因而，债权人无保管标的物的义务；而质权与留置权的成立都是以对担保物的占有及留置为要件。但质押与留置对物的占有条件又有不同，质权在设定时才移转占有，而留置权的成立须以债权人对留置物的事先占有为前提，而且留置物与留置权所担保的债权事先就有法律上的牵连关系。在质押和留置的场合，债权人有保管标的物的义务。

生效条件不同。抵押权一般经过登记公示才生效；对于不须办理抵押权登记的，抵押合同自签订之日起生效。质权合同自质物移交于质权人占有时生效，质押权的设定一般无须办理登记，但以财产权利设质的须登记。而留置权在符合法律规定的成立条件时当然发生。

法律关系客体不同。抵押权的标的物主要是不动产，也可以是担保法规定的动产。质权的标的物只能是动产或财产权利，而留置权的标的物限于动产，而且动产须与所担保的债权有牵连。

担保物的提供者不同，抵押、质押的标的物可由债务人提供，

也可由第三人提供，而留置权人所占有的财产必须为债务人的财产。

适用范围不同。抵押、质押适用于因各种合同而发生的债权，而留置权适用的范围限于因保管合同、运输合同、加工承揽合同发生的债权。

权利的实现不同。抵押权或质权在债权已届清偿期而未受清偿时，就可以当然行使抵押权或质权；而留置权则在债权已届清偿期而未受清偿时还必须给予债务人两个月以上的宽限期，届期还未受清偿时，才可以实行留置权。抵押权的实现可以由当事人双方协议折价或者以拍卖、变卖抵押物所得的价款受偿，协议不成的，抵押权人可以向人民法院提起诉讼。质物、留置物的折价须双方当事人协商解决，协商不成的，质权人或留置权人在通知债务人后可直接依法拍卖、变卖质物、留置物。

消灭原因不同，抵押权、质权不因债务人另行提供担保而消灭；而留置权则在债务人另行提供担保并且为债权人接受时消灭；质押权因丧失对质押物的占有并且不能返还时消灭；留置权则因丧失占有而消灭。

### （三）留置、质押、抵押的利弊分析

从上述分析中可以看出，留置权是指因一定的债权关系而占有留置物，在债权不能如期清偿时，债权人可留置该物并从变卖价款中受偿，以督促债务人自觉履行债务，并使债权的实现得到保障。可见，留置权有两个作用；其一是留置标的物，以促使债务人自觉履行债务，债权人就其所占有的留置物在债务人履行债务前有权占有，并排除债务人基于债权或物权的返还请求权，债务人欲取回其所有的标的物，就必须清偿其债务，如果不清偿债务，不仅不能取回标的物，而且还可能失去标的物所有权，而债务人一般不愿丧失对标的物的所有权，这样对债务人施加心理的压力，促使债务人履行债务；其二，留置权的作用还体现在能保障债权的清偿。留置权人不仅有留置标的物的权利，在一定条件

下，还能处分留置物，并从处分留置物所得价款中优先受偿，以满足债权清偿。正因为留置权在促使债务履行，保障债权实现方面效果不错，因此现代各国立法无不规定留置权。但留置权也存在缺陷与不足：首先，抵押、质押由当事人自由设定，对债务人而言，通过设定抵押、质押，有融通资金的作用；而留置权是基于法律规定而当然发生，并非当事人主动设定，它仅有促使债务履行，保障债权清偿的作用，而不能起到融通资金的作用；其次，债权人有权留置标的物，在留置期间，标的物不得用益，实际上出于担保目的而牺牲了物的使用价值和经济功能，尚且要花费保管费用，特别是对机器生产设备的留置，不仅对债务人，对整个社会经济发展都是一种损失和浪费，基于这个原因，担保法定留置权只能适用于几种特定法律关系。

质押与留置一样，兼有留置标的物并就标的物优先受清偿的作用。质权的设定，以转移标的物的占有为有效要件，质权人占有留置标的物本身具有以下作用：其一，公示作用。物权的法律特性，要求物权的产生、变更、消灭必须以一定的方式表现出来，以便让外人能从外部察知，质押权作为担保物权也具有公示性，而质权人占有并留置出质人提供的财产，其本身便公示了质权的存在。其二，留置作用。质权人占有质物，直到债务履行或质权实现，在质押期间，质权人能排除出质人的财产返还请求权，债务人履行债务后出质人才能取回质物这就给债务人以必理压力，促使其履行债务，以取回标的物，出质人为第三人时，出质人为取回质物，也可以代替债务人履行债务；其三，质权人占有、留置质物，可以避免出质人毁损转让质物，或者因使用而使质物损耗、贬值有利于保全质权。当然，质权人在债权届期得不到清偿时，也有权处分质物，并就质物的价值优先受偿。故质权对促使债务履行、保障债权实现具有较好的效果。其缺陷与不足在于：由质权人占有、留置质物，质物在质押期间不得用益，不利于质物效用的发挥，造成了财产的闲置和浪费；质权人占有质物，也增加了

质权人保管质物的负担。

为了克服上述缺陷 现代各国立法发展了质押制度 其一 法国、《日本民法典》设立了不动产质，不动产质是一种用益质，由债权人控制和使用收益出质人提供的质物，以所得收益抵偿债权。用益质的设立避免了质物的闲置和浪费，但在日益专业化、分工日益精细的现代社会，用益质的适用十分有限，如债权人（比如银行）不可能直接对出质物（比如土地）进行用益，而只能委托、租赁由他人用益，实际上增加了债权人的麻烦，因此，现代多数国家包括我国不承认用益质。其二，质物的交付不限于现实的直接的占有的移转，而采取许多变通的交付方法，如简易交付、占有改定、指示交付等。而且现代各国立法均规定了权利质押制度，在现代社会权利质押适用十分广泛。权利质押是指出质人将标的物的权利凭证（如仓单、提单、有价证券等）交给债权人，以代替标的物的现实交付。此种情形，出质人继续占有质押标的物，债权人取得对标的物的间接占有，这样，既可使质押的公示性得以实现，又避免了债权人保管质物的麻烦，以及财产的闲置和浪费，又不影响担保目的的实现，因而，权利质押有利于促进社会经济的发展，其使用也越来越广泛。

抵押是为济质押不足而发展起来的一种担保方式。无论是传统的保全型的抵押权，还是现代的各种融资型特殊抵押权，如动产抵押权、财团抵押、浮动设押、最高额抵押，都始终坚持不移转抵押物的占有，也正是在这一点上使现代民法上的各种特殊抵押权保持了抵押权的属性。抵押权能兼顾双方当事人的利益：一方面抵押物仍留在抵押人手里并继续发挥效用；另一方面，债权人不享有标的物的使用价值，但能够从标的物的交换价值中获得债权优先受偿，而且避免了保管标的物的麻烦，因而各得好处。由于抵押权仅具有就标的物的交换价值优先受偿的作用，故它是一种纯粹的价值权，是典型的担保物权，被公认为一种最理想的担保方式。

抵押权制度的局限性在于抵押权以不移转抵押物占有为本质，故必须以登记为公示方法，故抵押权制度与其公示方法如影相随，可以说抵押权制度的发展取决于公示制度的建立和完善。我国担保法制订前，没有建立抵押权登记制度，没有制订拍卖法，严重地阻碍了抵押的适用。现在拍卖法已出台，登记这一缺陷也为担保法所弥补，但仍很不完善：如对抵押物登记部门不统一；法定登记部门对某些抵押物不开办登记业务；抵押手续及具体程序及抵押登记的申请人、申请登记时间、抵押登记是单方行为还是双方行为，抵押权登记的内容；抵押登记错误、遗漏、误被涂销时如何处理；登记机关及其工作人员的职权及责任，登记费的交纳以及变更登记注销登记等都缺乏规定，必须制定专门的抵押登记法予以完善，否则将阻碍抵押的适用。

### 第三节 担保法的历史沿革

#### 一、外国担保法的历史发展

##### （一）古代社会债的担保制度

##### 奴隶制社会早期、中期债的担保制度

古代社会最早的担保方式是人质担保，即债权人无力清偿债务时，债权人可以以债务人的奴婢债务人本人及其家属为质，如制订于约公元前二十世纪的埃什嫩那国王《俾拉拉马法典》第 22 条规定：倘自由民并无他人所负任何之债，而拘留他人之婢为质，则婢之主人应对神宣誓云：我不负你任何债务；而自由民应付出与一婢之身价相等之银。第 23 条规定：倘自由民并无他人所负任何之债，而拘留他人之婢为质，并扣留此质于其家直至于死，则自由民应赔偿婢之主人以两婢。第 24 条规定：倘自由民并无他人所负任何之债而拘留穆什钦努之妻以为质，并扣留此质于其家直至于死，则此为生命攸关之法律问题，取人为质者应处死。这三个条文说明了两个问题：其一，如果自由民负了债，则债权人可

拘留自由民的奴婢为质；其二，当时还没有流行以自由民家属为质的做法。在公元前十八世纪的古巴比伦，倘若自由民负有债务，则债权人可拘留该自由民为质，负有债务的自由民，也可将其妻、子、女出质，受债权人奴役，但不得超过 3 年（《汉穆拉比法典》第 117 条）最后编成于约公元四、五世纪的《那罗陀法典》将欠了重债，以人身抵偿为奴，作为奴仆和奴隶的来源之一，该法典对“人质”作了较详细规定，该法典第 32 条规定：抵押来的，当其原主还债来赎时（便得释免）。不过，如果原主不还债而以（抵押者）抵债，他就变成了相当于买得的奴隶。该法典第 33 条规定：债务人要连本带利还清，才能释免奴籍。在约定期间为奴的，期尽即恢复自由。

关于物的担保也已有规定，如制订于约公元前二十世纪的《中亚述法典》第 2 表不仅规定了质担保，还规定了质押。该法典第 4 条规定：如果有人将作为抵押而养在自己家里的公牛、或驴、或马、或任何别的不是自己的畜牲卖取银子，那么他应以畜牲还畜牲，可以不还银子。如果他不交还畜牲，那么就丧失自己的银子。养在人家作为抵押的畜牲的主人可以取去他的畜牲。而卖之者应以银子赔偿畜牲的买主。这里名为抵押，实为质押。公元前十五世纪的《赫梯法典》则用 38 条条文规定了侵权人应用自己的房屋担保因各种侵权行为而引起的债务。公元前 600 年左右，古希腊雅典人已经发明了土地抵押办法，在阿提卡的田地上到处都竖立着抵押柱，上面写着这块地已经以多少钱抵押给某某人了。<sup>①</sup>

综上所述，在外国奴隶制社会早、中期，债的担保制度有几个特点：其一，保证仅限于以人身作保，称为“人质”；其二，已有质押、抵押的规定，但条文极少，古希腊早期土地抵押是习惯法，而不是成文法的规定。

①《马克思恩格斯选集》第 4 卷，人民出版社 1972 年版，第 107 页。