

国家转型与法学丛书

主编 / 龙卫球

担保物权论：

体系构成与范畴变迁

徐同远 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL SYSTEM PUBLISHING HOUSE

国家转型与法学丛书

主编 / 龙卫球

担保物权论：

体系构成与范畴变迁

徐同远 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

担保物权论：体系构成与范畴变迁 / 徐同远著. —北京：中国法制出版社，2012. 10

ISBN 978 - 7 - 5093 - 3990 - 9

I. ①担… II. ①徐… III. ①担保 - 物权法 - 研究
IV. ①D913. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 211557 号

策划编辑 周林刚

责任编辑 徐冉

封面设计 蒋怡

担保物权论：体系构成与范畴变迁

DANBAO WUQUANLUN; TIXI GOUCHENG YU FANCHOU BIANQIAN

著者 / 徐同远

经销 / 新华书店

印刷 / 涿州市新华印刷有限公司

开本 / 880 × 1230 毫米 32

版次 / 2012 年 10 月第 1 版

印张 / 10. 625 字数 / 229 千

2012 年 10 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3990 - 9

定价：30.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：66031119

网址：<http://www.zgfs.com>

编辑部电话：66075800

市场营销部电话：66017726

邮购部电话：66033288

总 序

这套丛书缘起于一种思考：如何进行一种可持续的国家转型。国家转型是个大课题，并且我国超级巨大的治理规模这个事实，使得我们的转型成为一个前无古人的大课题。以一种长程的历史眼光来看，近代以来将近两百年的中国历史，整个是一个转型历史；以一种较为切近的现实眼光来看，最近三十多年的改革开放史，也是一部性命攸关的转型历史。

国家或者文明继往开来之转型，牵涉到军事、科技、经济、文化、法律、政治，牵涉到整个国家生存发展的方方面面。近代史给出的教训是，在这许许多多的环节中，并不存在一个固定的、能够一转百转的环节；然而同样是这段历史，总是存在一种努力，试图找到一个类似的中心，因此军事救国、实业救国、教育救国、文化改造、社会改造等等主张、路线前后相继、不绝如缕，结果各个环节在同一个时空中累积、汇聚，导致批判的武器以武器的批判告终，改革的问题以革命的方式解决，文明的转型以政治的空间收尾。如此反复轮回，已一而再，可为镜鉴。因此之故，文明期待深厚的过程之积累。

另一方面，中国晚近的改革史日益明白地显示出，国家与社会之间的相互沟通，对于稳定的国家转型具有十分关键的意义。社会创造力的释放过程，是也应当是国家获得有力建构的过程。法律恰好是国家与社会沟通的中间环节，而且法律这个中间环节在某种意

2 担保物权论：体系构成与范畴变迁

义上具有全局的地位：一方面，民主立法过程实现社会领域内的问题、意见、意义向国家的转译，而各种社会问题产生的纠纷，又以司法作为最终的救济手段。因此，转型中的每一个难题与课题，最终也都可能或可以转化为法律的问题、法学的问题。

所以，本质上，我国的法学就是“转型中国的法学”，它在不同的时期总是遇上自己的新课题。但在应对这些新课题挑战的智识努力中，同仁们或许已经发现，要释法学的创造力，往往还需要深挖基础理论。因此，法学发展的一般趋势一直是新课题的不断开拓，以及基础理论的不断深挖。这两个方向并行不悖，互为支援。唯有如此，才能使法学在深度、广度上获得建设和积累，向立法和司法两个方向反馈，最终将自己构建为内在于国家转型的知识通道，这是一种内在的信念。

若能对此宏大的历史进程贡献一二，岂非我辈法学人之幸事？此即为本丛书编纂之初衷。是为序。

龙卫球

2011年8月

于北京航空航天大学法学院

导 言

一、问题缘起

在现代社会中，担保物权是一种极为重要的经济现象和极为重要的法律事实。

担保物权是一种重要的经济现象，是说担保物权是一种重要的信用创设手段，而信用的创设是最基本的经济原理。^{〔1〕}个人的消费、企业的生产，无不倚重担保物权的媒介作用。置身于人类历史的长河中，我们会发现担保物权作用的充分发挥和担保物权类型的适时创设往往是富有革命意义的事件。洛伦·巴里茨曾说，附条件买卖（所有权保留）的“革命意义不亚于装配线”。^{〔2〕}

借助于担保物权的信用创设作用，个人通过消费信贷获得消费

〔1〕 参见〔日〕近江幸治著，渠涛译：《日本物权法的成立与展开》，载孙宪忠主编：《制定科学的民法典——中德民法典立法研讨会论文集》，法律出版社2003年版，第332页。

〔2〕 引自〔美〕伦德尔·卡尔德著，严忠志译：《融资美国梦：消费信贷文化史》，上海人民出版社2007年版，第23页。

2 担保物权论：体系构成与范畴变迁

资金，企业通过生产信贷获得生产资金。一些国家在从不发达走向发达的过程中，曾特别注重担保物权对企业获得融资的作用。譬如，日本将担保物权法制视为一种确立生产基础的重要手段。在其民法典颁布之后，为厚植产业基础，于1905年制定《工厂抵押法》、《铁道抵押法》、《矿业抵押法》，于1958年制定《企业担保法》，于1933年制定《农业动产信用法》，于1951年制定《汽车抵押法》，于1954年制定《建设机械抵押法》。

担保物权是一种极为重要的法律事实，是说担保物权是法律中最富于流动性、创造性的制度。在某种意义上来说，物权法或许有了担保物权制度，其在现代社会的生命力才得到进一步的增强。在物权法的体系中，世界范围内物权总的一个发展趋势是，用益物权作用下降、种类减少，担保物权作用增大、种类增多。^[3] 通过担保物权的统摄，许多财产（权利）本身尽管被置于“法律大厦”（Rechtsgebäude）的另一个地方（债权位于债法中，股权位于公司法中，著作权位于著作权法中，专利权位于专利法等等），同样可以进入“物”权法的视野。^[4] 此外，担保物权领域业已成为一个全球的法律话题，并在法律全球化中扮演着重要的角色。

当然，担保物权绝非现代社会才有的事物。在一定意义上来说，担保物权的历史可以追溯到债在人类社会产生之时。在人类社会发展的早期，债是以债务人的人身为标的。债务人的“人身”无疑对债的履行发挥着一种担保作用，即债务人将“人身”拨归

[3] 参见谢怀栻著：《外国民商法精要》（增补版），法律出版社2006年版，第34-36页。

[4] 参见[德]鲍尔·施蒂尔纳著，中卫星、王洪亮译：《德国物权法》（下册），法律出版社2006年版，第718页。

(appropriate) 债权人支配。^[5] 所以, 我们可以认为, 以“人身”提供担保大概是担保“物”权的最早形态。当然, 随着对人的尊重, 以“人身”为债提供担保的情况逐渐消失。可是, 如何在债务人的责任财产之外更好地保障债权人的利益的话题却没有消失。实际上, 这个话题带来的是担保物权的形成、发展和兴盛。

不过, 担保物权生命力的焕发是在现代社会(更精确地说是自19世纪末20世纪初以来)。此前, 在长达数千年的发展中,^[6] 担保物权无论是其类型, 还是其功能, 基本上都处于一种平缓的状态。这种状态大约持续到19世纪。格兰特·吉尔摩对美国担保物权的类型曾言道: “直到19世纪初期, [美] 国法律制度中担保方式仅为两种: 不动产按揭与动产质押”^[7]。在大陆法系19世纪初到20世纪初法典化的运动中, 担保物权被规定在民法典中。在民法典中, 担保物权似乎是一个没有受到太多关注的领域, 立法者所做的基本上在延续以往的担保物权规则。而民法典之外的商法典, 要么对担保物权基本上没有涉及, 要么稍微涉及。前者的代表是1807年《法国商法典》。《法国商法典》引入担保物权大约是在1863年。这或许与当时担保物权不要在商业领域运用的认识有关。《法国民法典》的起草者说: “在商业活动中, 最大的财富往往是

[5] 在罗马法上, 用来描述债的标的“给付”的语词“prestazione”最初可能具有的意思是担保(praes stare), 或许更多涉及的是保证、责任。参见[意]彼得罗·彭梵得著, 黄风译:《罗马法教科书》, 中国政法大学出版社2005年修订版, (以下简称《罗马法教科书》)第216、218页。

[6] 在公元前三四千年的楔形文字法系中, 包括担保物权在内的债务担保制度已有较为系统与全面的发展。Cf. Claus Wilcke, *Early Ancient Near Eastern Law: A history of its Beginnings*, Rev. ed., Eisenbrauns, 2007, 8. 4; Raymond Westbrook & Richard Jasnow (eds.), *Security for Debt in Ancient Near Eastern Law*, Brill, 2001.

[7] 转引自高圣平著:《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54页。

4 担保物权论：体系构成与范畴变迁

看不见的，人们注意的是人而不是物。由此，担保、抵押几乎是商业闻所未闻的事情。”〔8〕后者的代表是《德国商法典》。《德国商法典》对担保物权就法定质权、（物权化的）商人留置权作出规定。不过，法律没有规定并不意味着实践没有对担保物权的需求。为因应实践的需求，我们看到，大陆法系一反把法律制度的发展交由立法机关来进行的常规做法，把担保物权领域交由司法机关来调整；英美法系一反由判例法发展法律制度的常规做法，将担保物权领域让诸制定法来处理。

担保物权这种蓬勃发展的态势在我国同样可见。不过，在我国，担保物权真正成为一个话题大约是30年前的事，大约是15年前担保物权才比较完整地进入我国的法律，而关于担保物权的最重要的成就是《物权法》的通过。在我国，担保物权的实践正是如火如荼之时。

毫无疑问，担保物权在现代社会的发展，一方面是来自植根于经济发展的担保交易的驱动，另一方面来自立法者、司法者、研究者对担保交易所具有的敏感性、认知度以及为担保物权制度的建构所作出的巨大努力。离开前一个方面提供的经验，担保物权就失去了实践的基础；离开后者进行的建构，担保交易势必难以顺利开展。

本书对担保物权的探讨正是基于后一方面的考量。当然，担保物权是一个涉及方方面面的领域，从中可以选取很多内容作为研究的主题，可以集中于某一个制度，甚至是某一个制度的某一个方面，也可以集中于其基础理论，譬如担保物权的正当性。本书试图

〔8〕〔法〕特隆歇、波塔利斯、普雷亚梅纽、马勒维著，殷喆、袁菁译：《法国民法典开篇：法典起草委员会在国会就民法典草案的演讲》，载何勤华主编：《20世纪外国民商法的变革》，法律出版社2004年版，第34页。

致力于担保物权的基础理论研究，本书的探讨是从体系与范畴两个角度来着手的。所谓担保物权的体系，指的是由具体的担保物权类型、制度建构等所形成的外在整体以及内在精神构成的一个系统。所谓担保物权的范畴，指的是反映担保物权本质的一系列命题，譬如担保物权的责任性质、法律构成、权利内容、利用主体等等。本书希望通过对担保物权体系构成和范畴的分析来获得对担保物权发展演变的内在轨迹的一种认知。

二、研究成果综述

必须要承认的是，担保物权领域是学术研究中的“金矿”。担保物权在国内外都是学者们研究的重点领域。在日本，担保物权理论层面受到的重视可以说是无以复加的，学者的研究成果蔚为大观。这些成果的表现形式多样。有以论文的形式出现的，据日本学者田高宽贵在1996年的统计，日本仅与让与担保有关的论文就有300多篇。^{〔9〕}有以教科书的形式出现的，我妻荣教授的《民法讲义Ⅲ新订担保物权》^{〔10〕}、近江幸治教授的《担保物权法》^{〔11〕}，就是其中的佼佼者。在其他国家，对担保物权的研究，其情形大致与日本相似，大都是理论界高度重视，研究成果的数量众多、质量很高。不过，由于主客观因素的制约，本书无法更多地运用这些研究成果，实为憾事。

在我国，担保物权同样是理论界关注的重点。在总体上来看，

〔9〕 引自王闯著：《让与担保法律制度研究》，法律出版社2000年版，第86页。

〔10〕 参见〔日〕我妻荣著，申政武等译：《民法讲义Ⅲ新订担保物权法》，中国法制出版社2008年版。

〔11〕 参见〔日〕近江幸治著，祝娅等译，沈国明等校：《担保物权》，法律出版社2000年版。

我国理论界对担保物权的研究成果数量较多，所涉及的面比较广，所取得的成就较高。下面对这些成果从以下两个方面进行综述。

就其表现形式来看，我国学者对担保物权的研究成果，有以教科书的形式表现出来，譬如各种以“物权法”、“担保法”、“担保物权”命名的书籍；^[12] 有些以专著的形式体现出来，譬如王利明教授的《物权法研究》，^[13] 陈祥健先生主编的《担保物权研究》，^[14] 杨红女士的《担保物权法专论》^[15]；有些以论文的形式表现出来，这类研究成果甚多，譬如根据在中国期刊网的搜索，截至2011年3月25日，题目含“担保物权”的各类论文共258篇，题目含“抵押权”的各类论文共776篇，题目含“质权”的各类论文共177篇，题目含“留置权”的各类论文共222篇，题目含“让与担保”的各类论文共113篇，题目含“动产担保交易”的论文共5篇。

就其研究领域来看，我国学者对担保物权的研究，有些专注于担保物权的比较法研究，譬如费安玲教授、蔡永民教授、陈本寒教授关于担保物权的比较研究，^[16] 有些专注于外国的担保物权的研

[12] 参见陈华彬著：《物权法原理》，国家行政学院出版社1998年版；郭明瑞等著：《担保法》，中国人民大学出版社2008年版；高圣平著：《担保法论》，法律出版社2009年版；崔建远著：《物权法》，中国人民大学出版社2009年版；孙鹏等著：《担保物权法原理》，中国人民大学出版社2009年版；等等。

[13] 参见王利明著：《物权法研究》（下册），中国人民大学出版社2007年修订版。

[14] 参见陈祥健主编：《担保物权研究》，中国检察出版社2004年版。

[15] 参见杨红著：《担保物权法专论》，人民出版社2006年版。

[16] 参见费安玲主编：《比较担保法》，中国政法大学出版社2004年版；蔡永民著：《比较担保法》，北京大学出版社2004年版；陈本寒著：《担保物权法比较研究》，武汉大学出版社2003年版。

究,譬如阎秋平先生、董学立先生对美国动产担保交易制度的研究^[17]、于海涌教授对法国不动产担保物权的研究^[18]、黄家镇先生对德国流通式不动产担保物权的研究^[19],有些专注于我国担保物权研究,譬如程啸副教授对中国抵押权的研究^[20];有些专注于担保物权具体制度的研究,譬如高圣平先生对动产担保交易制度的研究^[21],王闯先生对让与担保的研究,^[22]许明月先生、余国华先生对抵押权的研究^[23],苏合成先生、徐冬根教授对浮动抵押的研究^[24],钟青、胡开忠、林建伟等学者对权利质权的研究^[25],以及蒋新苗教授等人对留置权的研究^[26],有些专注于担保物权的宏观问题,譬如徐洁教授对担保物权功能的分析^[27]。

以上是对我国学界对担保物权研究成果的综述。不过,限于篇幅,本书的综述没有做到全面涵盖,而是择其要者为之,故难免有

[17] 参见阎秋平著:《论美国统一商法典第九编》,对外经济贸易大学1999年博士学位论文;董学立著:《美国动产担保交易制度研究》,法律出版社2007年版。

[18] 参见于海涌著:《法国不动产担保物权研究》,法律出版社2006年第2版。

[19] 参见黄家镇著:《德国流通式不动产担保物权制度研究》,法律出版社2010年版。

[20] 参见程啸著:《中国抵押权制度的理论与实践》,法律出版社2003年版。

[21] 参见高圣平著:《动产担保交易制度比较研究》,中国人民大学出版社2008年版。

[22] 参见王闯著:《让与担保法律制度研究》,法律出版社2000年版。

[23] 参见许明月著:《抵押权制度研究》,法律出版社1998年版;余国华著:《抵押权专论》,经济科学出版社2000年版。

[24] 参见苏合成著:《英美全面业务抵押制度研究》,北京大学出版社2004年版;徐冬根主编:《浮动担保法律制度比较研究》,上海交通大学出版社2007年版;彭贵著:《英国浮动抵押制度研究》,法律出版社2008年版。

[25] 参见钟青著:《权利质权研究》,法律出版社2004年版;胡开忠著:《权利质权制度研究》,中国政法大学出版社2004年版;许多奇著:《债权融资法律问题研究》,法律出版社2005年版;林建伟著:《股权质押制度研究》,法律出版社2005年版。

[26] 参见蒋新苗等著:《留置权制度比较研究》,知识产权出版社2007年版。

[27] 参见徐洁著:《担保物权功能论》,法律出版社2006年版。

挂一漏万之处。

毫无疑问，我国学界对担保物权的研究非常有意义，也是本书研究的基础。不过，与既有的研究成果有所不同的是，本书担保物权的思考是一种宏观层面。如上所述，本书拟从担保物权的体系与范畴两个切入点对担保物权进行更为宏观的思考，以期对担保物权获得一种更深刻的认识。就我国目前的研究来看，这种思考或许有必要进一步加强。当然，学者们在对具体制度进行思考时没有完全忽略对具体制度本身的宏观思考。这些思考恰恰是本书的研究所要借重的。

三、分析方法

在探讨担保物权的体系构成与范畴变迁的过程中，本书运用的主要分析方法有：

（一）比较分析

“一切认识、知识均可溯源于比较”。^[28] 我们可以说，比较出真知。职是以故，与众多研究者一样，在探讨担保物权的体系构成与范畴变迁时，本书首先运用的方法是比较分析。本书进行的比较分析，首先是按照“务求简约确实”的要求展示比较法上的相关制度，^[29] 其次是忠实地遵循着“功能性原则”（Funktionalitätsprinzip）。所谓遵循功能性原则，即要认识到：

法律是一种社会规范，各国法律之概念体系虽有不同，但其基本功能，则无二致，均在衡量利益，判断价值，解决特定社会问

[28] 引自 [德] 茨威格特、克茨著，潘汉典等译：《比较法总论》，法律出版社 2003 年版，“德文第二版序”。

[29] 王泽鉴著：《民法学说与判例研究》，第 2 册，中国政法大学出版社 2005 年修订版，第 12 页。

题。因此惟有秉“功能性原则”，始能突破各国法律之概念体系，进而探求各国法律为解决特定问题所设之法律规范。各国法律所以能够比较，乃是因为均在解决同一之问题，满足同一之需要。“功能性原则”是法律比较研究之出发点，也是法律比较研究之基础。^[30]

正是基于功能主义的考量，本书在考察担保物权的体系构成与范畴时，没有局限于将“担保物权”当作法律术语的法域，如我国，即使没有（严格）物权观念的法域，譬如以“物的担保”来表述担保物权的法国法、以“security interest”表述担保物权的英美法，都在本书的考察范围内。

对法律制度所进行的比较分析，在很多情况下，被认为是属于法律解释或为立法者提供资料的范畴，因而最终要回归到本国的制度建构上来。不过，在此之外，比较分析在其他领域仍有适用空间。^[31]因此，从事比较分析，不可一味追求其对本国有无意义，当然对本国一点意义没有的比较亦不可取。

（二）历史分析

Richard A. Epstein 在谈到古代法的现代用途时说过，“我们从古代的书藉中可以获知今天所面临问题的解答，这使得我们为古圣先贤的精妙智慧而深深敬仰。”^[32]在本书的研究过程中，对这句话深有感受。譬如，在动产担保物权的问题上，现代法上的让与担保，恰恰是担保物权发展史最早的担保物权类型，德国在建构让与

[30] 同上注，第13页。

[31] 参见[德]茨威格特、克茨著，潘汉典等译：《比较法总论》，法律出版社2003年版，第23页。

[32] 转引自龙云丽：《保证人权利研究》，中国政法大学2009年博士学位论文，第8页。

担保时主要诉诸的资源就是罗马法上的 *Fiducia* 和日耳曼法上的 *Treuhand*。

有鉴于此，历史分析是本书所秉持的分析方法之一。本书在分析担保物权的体系构成与范畴时比较注重制度的历史维度。本书对担保物权体系构成的分析以罗马法为起点就是出于这种考虑。实际上，对罗马法上有关担保物权的规定进行分析确实是值得的。罗马法有关担保物权的资料十分丰富，对担保物权的制度设计较为精细。据以分析担保物权法构造的罗马法“文本”（即原始文献）较之罗马法之前的楔形文字法和古希腊法留给后世的担保物权法的“文本”要丰富得多。尤其是，从上个世纪90年代以来，中意两国学者密切合作进行的罗马法“文本”汉译工程（包括民法大全选译、民法大全翻译系列），更是使汉语世界的研究者更加便利地亲炙罗马法的精髓。

罗马法从罗马建城至优士丁尼去世，时间跨度约达1300年，是有分期的。本书对罗马法上的担保物权法构造的探讨，主要以优士丁尼罗马法文本为基点，同时亦从前优士丁尼时代的罗马法文本中择资料而用之。优士丁尼罗马法是“由东罗马皇帝优士丁尼于公元六世纪编纂的罗马法学说”，包括《学说汇纂》（*Digesta*）、《法学阶梯》（*Justinianni Institutiones*）、《优士丁尼法典》（*Codex*）和《新律》（*Novellae*）。在研究罗马法时，《学说汇纂》、《法学阶梯》、《优士丁尼法典》和《新律》分别以“D.”、“J.”、“C.”、“Nov.”代表；后面的数码依次代表编、章、条、款的编号，“Pr.”代表头段。^[33] 本书在引用罗马法文本时，遵循着上述引用体例。

[33] 参见《罗马法教科书》，“译后记”，第438页。

当然，本书对历史分析方法的运用不止体现在对罗马法上担保物权制度的分析上。本书对日耳曼法上担保物权的分析、对法国法和德国法上的担保物权的分析、对英美法上的担保物权的分析以及担保物权各范畴的分析无不注重制度的历史维度。

（三）规范分析和实证分析

除以上两种分析方法以外，本书还运用了规范分析和实证分析的方法。所谓规范分析是针对“纸面上的法律”而言，所谓实证分析是针对“现实中的法律”而言的。毫无疑问，对担保物权的体系构成与范畴来说，“纸面上的法律”和“现实中的法律”不是相互排斥的，而是相互借力的。担保物权的发展，既是“纸面上的法律”建构的结果，又是“现实中的法律”沉淀的产物。

四、写作思路

在结构上，本书是按照以下思路来展开的：

导论阐明本书的研究动机，总结既有的研究成果，列举本书主要的研究方法。

第一章是对罗马法、日耳曼法和教会法上担保物权体系构成的分析。罗马法上的担保物权是由 *Fiducia*（信托质）和 *Pignus*（质/质权）构成的。前者被称为现代让与担保的源头，后者是对罗马法上（权利限制型）担保物权的统称。在罗马法上，*Fiducia* 以要式物为其客体，以罗马市民为其当事人，以要式买卖为其设定方式（公示方式）。*Fiducia* 在罗马法上作为最早的担保物权形态出现是一系列因素作用的结果。这些因素既有法律技术方面的，譬如罗马法上的信托观念、权利区分观念以及要式买卖的多用途性，也包括经济的。*Pignus* 是罗马法描述担保物权的通用术语，一体适用于所有类型的物。当然，这不只是一个术语问题。在罗马法中，在所有