

国家哲学社会科学规划项目



担保制度比较研究

Danbao Zhidu Bijiao Yanjiu

■ 田士城 宁金成 主编

河/南/大/学/出/版/社



JIAO YANJIU

国家哲学社会科学规划项目



担保制度比较研究

主编

田土城

宁金成

副主编

张秀全

罗晓静

撰稿人

田土城

宁金成

张秀全

罗晓静

耿林

张竞芳

冯永军

姜战军

赵冀韬

河南大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

担保制度比较研究/田土城,宁金成主编. —开封:河南大学出版社,2001.7

ISBN 7-81041-820-3

I.担… II.①田…②宁… III.担保法-对比研究-世界 IV.D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 033279 号

责任编辑:贾怀廷

责任校对:田 源

装帧设计:刘广祥

出版发行:河南大学出版社

河南省开封市明伦街 85 号 (475001)

0378-2865100

排版:河南大学出版社电脑照排室

发行:河南省新华书店

印刷:河南第二新华印刷厂

开本:850×1168 1/32

版次:2001 年 6 月第 1 版 印次:2001 年 6 月第 1 次印刷

字数:290 千字 印张:12.875

印数:1 1500 册 定价:25.00 元

序 言

担保制度是伴随着债法而产生、发展的一种重要法律制度。早在公元前7世纪,随着商品交换的发展,欧洲文明的发源地——古希腊即已产生了原始的担保制度。历经数千年沧桑洗礼,担保制度由野蛮至文明、由简单到复杂,不断得以健全和完善,其功能日益多元化、方式日益多样化,早已成为民商法中不可或缺的重要法律制度。

基于担保制度的重要性,我们很早就想写一本有关担保法的册子。其原因在于,长期以来我国有关担保方面的立法极为简单。除了原《经济合同法》第14条和第15条规定了定金、保证之外,有关担保方面的立法主要是《民法通则》第89条和最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见(试行)》第106条~第117条的规定。由于立法简陋,司法实践中有关这方面的纠纷往往得不到正确处理;还有不少人利用立法上的漏洞,规避债务、损害债权人的利益。这种状况极为不利于社会主义市场经济的健康发展。1995年6月30日,我国颁布了第一部系统的《担保法》。虽然其分七章96条对有关担保的问题作了尽可能周全的规定,但该法无论在体例、内容还是实施效果上,都还存在许多问题。有鉴于此,我们以《担保制度比较研究》为题申报了国家社科基金规划项目,旨在通过对各主要国家担保制度的比较研究,探讨我国担保制度的进一步健全、完善问题。

以比较法的方法研究担保法问题,首先要解决的是目的、方法和比较范围问题。由于我们的主要目的在于探讨我国担保立法的体例安排和制度设计,所以在我们的研究中既有宏观比较的方法,也有微观比较的方法。就宏观而言,我们是从各国的历史文化、民族特色、社会经济、法制传统等方面,探讨其担保制度的立法体例、制度安排及其历史演变,以期探求其发展真谛。就微观而言,我们是对各国担保制度的理论设计和运作效果进行比较研究,以期从中汲取有益的经验。从比较范围上讲,由于占有资料有限,我们得以进行比较研究的范围极为有限,英美法系以英国法和美国法为主;大陆法系则以法国法、德国法、日本法、瑞士法、意大利法和我国台湾地区的法律为主。其他国家的担保制度,如在某些方面别具特色,才一并进行比较研究。

作为一本比较法著作,本书并未研究担保法的全部问题。即使对某一种担保制度,亦未作全面阐述。我们的出发点仅在于,从比较法的角度对各国担保制度的立法体例、制度设计进行比较研究。其重点在于如何健全、完善我国的担保制度。因此,本书共分两大部分:第一部分为前三章,主要是从宏观上进行比较研究。第一章担保制度历史沿革研究,主要研究担保制度的起源及其成因;担保制度的历史沿革、发展规律和未来趋势。第二章担保制度基本问题研究,主要研究担保的基本含义和主要分类;并从宏观上对各国担保制度的立法体例和制度价值进行比较分析。第三章两大法系担保制度比较研究,则是从宏观上对英美法系与大陆法系的担保制度进行立法体例和制度设计的比较研究。第二部分为后六章,主要是从微观上对各种具体的担保制度进行比较研究。其中,第四章为保证制

度比较研究;第五章为定金制度比较研究;第六章为抵押制度比较研究;第七章为质押制度比较研究;第八章为留置制度比较研究;第九章为特殊担保制度比较研究。第一部分研究的主要目的在于探求我国担保制度的立法体例和制度设计;第二部分研究的主要目的在于进一步健全、完善我国担保立法的具体内容。

它山之石可以攻玉。以比较法的方法研究担保制度,对健全、完善我国的担保立法具有极为重要的理论和现实意义。我们期望,本课题研究能对我国的担保立法有所裨益。我们坚信,随着社会主义市场经济的不断发展、社会主义法制的日益完善,我国的担保立法必将伴随着民法法典化的进程,不断得以健全、完善。中华民族的经济腾飞必将促进其法制的辉煌。

作 者

2001. 3

目 录

序言	(1)
第一章 担保制度历史沿革研究	(1)
一、担保制度的起源及其成因	(1)
二、古代法上的担保制度	(12)
三、近现代法上的担保制度	(18)
四、担保制度的沿革规律及其发展趋势	(24)
第二章 担保制度基本问题研究	(28)
一、担保的涵义与分类研究	(28)
二、担保制度的立法体例研究	(33)
三、担保制度的基本价值研究	(47)
第三章 两大法系担保制度比较研究	(56)
一、两大法系担保制度的宏观比较	(56)
二、两大法系担保制度的微观比较	(61)
第四章 保证制度比较研究	(81)
一、保证的性质和立法例比较研究	(81)
二、保证设立制度比较研究	(90)
三、保证于保证人和债权人之间的效力比较	(108)
四、保证于保证人与债务人之间的效力比较	(138)
五、特殊保证比较研究	(153)
第五章 定金制度比较研究	(165)
一、定金性质比较研究	(165)

二、定金设立比较研究	(174)
三、定金效力比较研究	(176)
四、结论	(183)
第六章 抵押制度比较研究	(184)
一、抵押制度的沿革和立法例比较研究	(184)
二、抵押的含义、特性和种类比较研究	(196)
三、抵押权设定的比较研究	(217)
四、抵押权效力的比较研究	(231)
五、抵押权实行的比较研究	(251)
第七章 质押制度比较研究	(261)
一、质押立法例比较研究	(261)
二、动产质押比较研究	(280)
三、权利质押比较研究	(304)
四、特殊质押比较研究	(321)
第八章 留置权制度比较研究	(327)
一、留置权的性质和立法例比较研究	(327)
二、留置权的成立比较研究	(337)
三、留置权的效力比较研究	(345)
四、留置权的行使比较研究	(352)
五、留置权的消灭比较研究	(358)
第九章 特殊担保制度比较研究	(362)
一、特殊担保制度概述	(362)
二、让与担保制度比较研究	(367)
主要参考文献	(400)
后记	(404)

第一章 担保制度历史沿革研究

一、担保制度的起源及其成因

(一) 担保制度的起源

法律是一种历史悠久的社会文化。正如我们可以从世代流传的伟大史诗和古代建筑的残垣断壁中发现人类物种的起源和演变一样,我们同样可以从浩瀚无垠的古今法律典籍中寻得现代担保制度的历史起源和发展踪迹。在这些文明遗迹中,我们不难发现:中华法、印度法、古希腊法等,均孕育出了不同或者相似的担保制度。但是,对近现代担保法最具意义者,首推以古希腊法为渊源而诞生的古罗马法中的担保制度。

古希腊是欧洲文明的发源地。担保制度是古希腊文明的组成部分。早在公元前7世纪,随着商品交换的发展,希腊各城邦已进入了成文法时期,分别制定了一系列以诸法合体为形式的法律。为了适应商业活动的需要,依法保障契约和债务的实际履行,当时的法律中已出现了有关担保制度的规定。比如,在《哥尔琴法典》中已特别设立了人的担保和物的担保两种担保形式。前者指第三人担保债务人履行诺言,否则将承担与债务人相同的债务责任;后者指债权人于债务人不能履行债务时,可取得债务人财产的所有权。显然,前者类似于现代

担保法中的保证制度,后者则是现代担保法中抵押权制度之雏形^①。

古希腊立法中有关担保的规定,对罗马法担保制度的形成产生了巨大影响。虽然,在商品交换尚不发达的罗马早期社会中,人们常常以凭神立誓的方式作为债务的担保,但随着社会生产力的发展、人类文明程度的提高和商品交换的频繁及地域的扩大,神誓方式已不能满足人们经济交往的实际需要。于是,罗马市民法中逐渐形成了以债务人名誉或人身担保债务履行的制度。当债务人不履行债务时,以名誉担保的,则丧失其名誉;以人身担保的,则失去自由权而沦为奴隶,甚至被拘禁或者杀掉。此后,随着商品经济的进一步发展,公元2世纪前后,在吸收古希腊法的基础上,罗马法渐渐废除了人身担保制度,转而采用保证、物权担保、定金、副债权人和连带之债等方式来担保债务履行。正是这些制度,奠定了近现代担保制度的基石。

在人的担保方面,古罗马最早的保证契约是市民法上的“允诺保证”。其仅适用于罗马市民。后来,侨居罗马的外国人增多,又产生了万民法上的“诚意允诺保证”,其普遍适用于罗马市民和外国人。到共和末叶,古罗马法中又产生了“诚意负责保证”。其适用范围远广于上述两种保证方式,故逐渐将前两者取而代之。但是,由于以上三种方式都是要式保证,在罗马法上统称为“口头保证”或“严法契约”。帝国以后,为克服其

① 何勤华主编:《外国法制史》,第60页、第70页,北京,法律出版社,1997。(美)J. M. 赞恩著,刘昕等译:《法律的故事》,第116~第141页,南京,江苏人民出版社,1998。

形式主义弊端,罗马法上又产生了不必履行特定口约的“委任保证”和“简约保证”。罗马法复兴之后,近现代各国均规定了保证制度,其基本内容大多是:由第三人作为保证人担保主债务的履行,当债务人不履行到期债务时,由保证人代为履行或者承担连带责任。所不同者,仅为体例的差别而已。如《日本民法典》将保证规定于债权编的多数人之债中;《法国民法典》则将其规定于财产取得编,视保证为契约的一种;《德国民法典》却将保证列于债编之中。

在物的担保方面,现代的担保物权制度从古希腊发源,至近现代的形成,系罗马法与日耳曼法相融合之结果。罗马法上的担保物权制度,相继经历了从信托质到质押、再到抵押的过程。

罗马法上的信托,是指一方当事人通过要式买卖或者拟诉弃权的市民法转让方式将标的物转移于他人,他人则凭信用在约定情形下再将原物归还于原主的制度。以担保为目的的信托,称为信托质。它是罗马法担保制度中最原始的担保形态,曾广泛适用于融资、寄托和继承等。信托质以信托简约方式订立。其主要内容是:债权人通过要式买卖取得信托物所有权,当其债权受清偿后再将标的物返还给债务人;当其债权不能获得清偿时,债权人有权将标的物出卖并以其价金受偿。信托质虽然在罗马社会早期发挥了重要的担保作用,但因其只能按要式买卖或拟诉弃权方式进行,仅适用于罗马市民,且须以权利转移为成立要件,其不但于债务人有危险,还不利于物的充分利用,故至公元5世纪时终归消灭。

罗马法上的占有质,是继信托质之后产生的物权担保方式。占有质是指债务人或者第三人为担保债务履行,将其特定

财产交付债权人占有,当债务人不能履行到期债务时,债权人可出卖质物以清偿债务。此即现代质押制度的起源。占有质与信托质的区别在于:前者不转移所有权仅转移占有,后者则是所有权和占有均须同时转移。显然,占有质减少了担保人的风险,更能适应商品经济的要求。在罗马法上,占有质分为典质和质权。典质是指以质物之孳息作为债权利息,债务人仅偿还债务本金而不付利息。在质权担保中,债务人则仍负清偿利息的义务。最初,质权仅有留置的效力,质权人的变价受偿权须以质押合同约定为限。至优帝一世时,质权人的变价受偿权才变为法定条款。此后,法律又规定了质权人的变价受偿方式,使质押制度在罗马法上更趋完善。

由于质押担保须以占有质物为要件,这不仅影响了物的使用价值,更不能在同一质物上设定数个质权,极大地限制了所有人的融资能力和清偿能力。故随着商品经济的发展,至共和后期,不以占有为要件的物权担保形式——抵押便出现了。罗马法上的抵押权制度源于古希腊,系裁判官努力之结果。最初,按罗马惯例,佃户租佃地主的土地,必须预付佃租或者提供担保,即以物出质。由于佃户财力不足,如以农具出质,则妨碍耕作,故大法官萨尔维斯发布命令,许可农业用地的租借人以带入该地的动产为租金担保。当其不付租金时,出租人可将该担保物变卖。其后,该担保方式不仅被广泛采用,而且被赋予了对抗第三人的效力,最终确立了包括约定抵押和法定抵押在内的罗马法抵押担保制度。

此外,根据罗马法上的恶意抗辩权制度,后世学者又创设了留置权。所谓恶意抗辩权,是指债权人对于相对人负有与其债权相关联的债务时,在债务人未履行其债务期间,得拒绝自

己所负担债务的履行。其实,罗马法规定的这种抗辩权,仅为对人的抗辩,并不具有物权性。所以,真正的留置权制度直到中世纪才随着商事交易的发达而由商事习惯法所确立。

公元7世纪以后,日耳曼法的担保物权制度也经历了与罗马法大体相同的发展过程,即由所有质到占有质,最终发展到非占有质(抵押)。其中,古质是最初的担保形式。日耳曼法上的古质,分为不动产古质和动产古质。在弗兰卡时代,不动产担保形态是让与担保,即以所有权让与的方式来保障债权的实现。与其并行的还有不动产占有质,其本质上是受益质,若不赎回,则为永久质。其后,还出现了实体质,又称为归属质。其实质上是一种附期限的质,期限届满,质物即归债权人所有。其动产质权的发展沿革大体与此相同。由于古质以质权人占有质物为要件,直接影响人们对物的利用,故在日耳曼法上又诞生了新质。新质通过采用城市账簿登记制度和弗兰克法上的扣押制度,最终确立了不以占有为要件的物权担保方式,即现代法上的抵押制度。

在经历了罗马法与日耳曼法的培育之后,担保制度在近现代最终得以确立。目前,各国民法上均设立了诸多担保制度。例如,在英美法系中,物权担保方式主要有:质权、留置权(包括普通法、衡平法和海事法上的留置权)、伴随登记制度的抵押权和不伴随登记制度的让与担保等。在大陆法系中,德国法上有动产质权和权利质权,甚至还有抵押质权等。在法国法上,由于债权、股权等权利均被视为动产或无体动产,故其仅有动产质而无权利质。在日本法上,质权则分为动产质、不动产质和权利质。其中,不动产质属于用益质,其存续期间不得超过10年。此外,留置权亦被多数国家所确立。除法国之外,

多数国家都将留置作为一种重要的物权担保方式。由于抵押担保制度更能满足社会生活的需要,现代各国均将其视为“担保之王”并广为采用。其形式也日趋多样,如最高额抵押、财团抵押、证券抵押等。应当说,担保制度犹如一条弯弯细流,伴随着人类的成长,经过了古希腊、古罗马、古日耳曼、中世纪大陆及英伦三岛直至崭新的 21 世纪。其汇集了人类文明的成果,最终融合为包括保证、定金、土地债务、质押、各种抵押和留置在内的波澜壮阔的大河,并将为社会的存在而奔流不息。

(二) 担保制度的成因

纵观全部担保制度的发展历程,我们可以强烈地感受到,在冥冥之中有一只无形之手在拨动其前行的车轮。这只无形的手,就是社会经济发展的需求。事实上,整个人类的发展史在相当程度上是社会经济的发展史。商品交换的频繁、社会经济的繁荣,使人们在早期社会中就产生了保障交易安全的需要,从而在古希腊和古罗马产生出担保制度的雏形。而后,随着近代社会经济模式由古典商品经济向自由商品经济和垄断商品经济的转型,绝大多数经济交往及所有权的实现均需依据契约而完成,债法也由此取得了重要地位。如何在所有权通过债的转换模式下实现对信用的保障?如何在资源稀缺的情况下实现物的多重利用?这必然成为人们关注的重心。所以,担保制度不仅在近代真正得以确立,而且还以前所未有的方式扩展了自身容量。换言之,由单个的商品交换而至全社会的商品交换、由简单的经济运行模式而至复杂的经济运行模式、由对物的单纯利用到对物的综合利用,是担保制度形成、发展的根本原因。具体分析,其主要成因可归纳为三:一是强化债

的信用；二是便于资金融通；三是利于物的充分利用。

1. 强化债的信用

早期的简单商品交易，往往是以物易物，或者是一手交钱、一手交货的直接现货交易。在此情况下，因交易即刻完成，根本不存在信用问题，故无债权担保的需要。但是，随着商品交换的时间拉长、地域扩大，一旦交易双方的给付出现时间差，随之而来的重要问题便是如何确保后履行一方的商业信用。最初，人们往往采用“凭神立誓”的方式保障债务人履行债务，但随着人类文明的发展和个体利益观念的确立，其约束力势必日趋式微。取而代之的，必然是一种切实可行的、具有法律意义的、与财产利益有关的担保方式。

从根本上看，债权债务关系是商品交易、财产流转关系在法律上的反映。它对于维护正常的社会经济秩序和促进社会经济发展有着重要作用。因此，如何保障债权债务关系的实现，必然成为极其重要的法律问题。债就其实质而言，是一种信用关系。最初，这种信用关系仅由债务人的全部财产作为履行的保障。因此，债权人在交易时必然要选择财力雄厚的债务人作为交易对象。但是，由于债务人的财力在日后难免发生变化，而且，债务人还可能以某种方式规避债务^①，故其很难确保债权人的利益不受侵害。

从广义上讲，债的保全虽然亦为促使债务人履行债务，从而切实保障债权实现的一种法律制度，但是，其并不能从根本上真正强化债的信用。因为，代位权制度规定：当债务人怠于

^① 如债务人可采用隐匿财产、放弃财产权、无偿或者低价处分财产等方式，故意减少其一般财产，损害债权人的利益。

行使其到期债权,危及到债权人的债权时,债权人可以直接向债务人的债务人追偿。这仅可防止债务人以消极的方式规避债务。撤销权制度规定:当债务人恶意处分其财产,危及到债权人的债权时,债权人得依法将其处分行为予以撤销。这仅可防止债务人以积极的方式规避债务。可见,债的保全制度只能在一定程度上强化债权的效力,并不能从根本上改变或者救济债权人对债务人的财产缺乏追及力这一重大缺陷。何况,在罗马法直至近代以前,法律上仅有撤销权而无代位权的规定,这些都决定了保全制度无法肩负起保障信用的重要职责。为此,人们便将期望的目光投向了以第三人的财产为担保的保证和以特定财产为担保的物权担保。由此,保证及包括质押、抵押和留置在内的物权担保方式经由罗马法、日耳曼法、中世纪商事法的不断完善,随着近代民法的法典化逐步得以确立,并最终成为保障信用的有力工具。

与其他意义上的债的保障方式相比,担保制度的确立,使得债权人的债权受偿或者越出了债务人的财产范围,或者取得了对债务人财产的“间接”支配权。这样,就为债权的实现提供了更为广泛和坚实的保障基础,真正强化了债务人的履约信用。因为,保证及其他相关的人保制度,实质上使债权人的受偿财产大大超出了债务人财产的实际范围,等于将保证人和连带债务人的财产纳入到了债权人受偿财产的范围。对物权担保而言,债权人在债务人或担保人特定财产上存在的担保物权,实质上等于使债权人取得了对担保标的物的交换价值的支配权。当债务人不能履行债务时,债权人可行使担保物权,以担保物的变价金优先满足自己的债权。这在相当程度上更加具有迫使债务人积极履行债务的作用,可以避免或减少

债权不能完全实现的危险,真正满足了近现代社会经济转型后对债法及相关制度的强烈需求。

可见,担保制度正是为了适应社会经济生活需要,在充分考虑债务人信用变动的基础上,为避免债务人信用恶化而导致债权风险,从而确保交易安全而产生的法律制度。其发展历程,完全建立在社会经济发展的基础之上,显然是经济和法律互动的直接结果。

2. 便于资金融通

应当说,为债权人提供可靠的信用保证、确保债权的实现,始终是担保制度的基本功能。然而,随着社会经济的进一步发展,尤其是商品经济模式的转换,人们对担保制度又产生了新的需求。在近代,随着欧洲一些国家商品经济的发展,商品交换得以在广大地域内无障碍地开展。商品经济模式由仅仅局限于狭窄地域的、个别的古典模式,转换为全社会之间的、广阔的自由交换模式。由此导致交换主体由单个的手工业者变为整个企业社会。由于工业革命浪潮的兴起,大规模机器工业的产生,必然导致大量的资金需求,进而导致企业资本家与金融资本家的结合。此时,作为市场主体的商人不仅关心交易信用的保障问题,更关注如何能与金融资本相结合,如何能融通更多的发展资金,以进行大规模的工业生产。这就要求担保的功能不仅仅能保障债的履行,而且能有助于资金的融通。人们对担保制度融通资金的需求,最终使担保制度有了更大的生存空间和扩展余地。担保制度也因此近代法律制度中占据了愈来愈重要的地位,有了长足的发展。

事实上,从担保制度的功能上分析,保障信用的功能,并不能直接促进社会生产力的发展,其只是一种救济性手段。担