

www.docsvriver.com
搜索商家 巨力电子书

总主编

王利明

21世纪
民商法学
系列教材

担保物权法原理

孙鹏 王勤劳 范雪飞 著

21世纪民商法学系列教材具有以下特点：第一，选题全面，规模宏大。不仅细分了传统民商法的各个部门，也包括了许多边缘学科，共计六十余种，可供不同层次、不同需要的读者选用。

第二，体例新颖，结构完整。不仅打破传统教材的编写体例，而且还大胆引进英美法教材的编撰模式，每本教材除了体系化地讲授本门课程的基本内容之外，还穿插引用资料、案例或事例加以评析，每章之后还列出推荐学生进一步阅读的著述。

第三，理论与实践相结合。教材中特辟理论研究与实务探讨专栏，选取理论界和实务界的争议问题。

 中国人民大学出版社

总主编
王利明

21世纪
民商法学
系列教材

担保物权法原理

孙鹏 王勤劳 范雪飞 著

中国人民大学出版社
· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

担保物权法原理/孙鹏等著.

北京: 中国人民大学出版社, 2009

(21 世纪民商法学系列教材/王利明总主编)

ISBN 978-7-300-10260-3

I. 担…

II. 孙…

III. 担保-物权法-法的理论-中国-高等学校-教材

IV. D923.21

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 008290 号

21 世纪民商法学系列教材

总主编 王利明

担保物权法原理

孙 鹏 王勤劳 范雪飞 著

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京宏伟双华印刷有限公司

规 格 170 mm×228 mm 16 开本

版 次 2009 年 1 月第 1 版

印 张 24.5 插页 2

印 次 2009 年 1 月第 1 次印刷

字 数 472 000

定 价 38.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

有较高的外语水平，对国外的经验和最新发展动态比较了解，他们的许多研究成果令人耳目一新。从他们身上，我们看到了我国民商法学未来的希望。

中国法学会民法学研究会自成立之来，一直倡导严谨求实的学风，营造宽松的氛围，提倡百家争鸣的风气，并注重培养新人、提携后进。中国人民大学出版社立足于高等教育，以繁荣学术、服务教学为己任，是我国人文社会科学教材的出版中心。由此，这两家机构决定合作推出全部由崭露头角的青年学者所撰写的“21世纪民商法学系列教材”。我们坚信，这一合作在推动我国民商法学的发展方面将是一次有益的尝试。

这套教材具有以下特点：第一，选题全面，规模宏大。不仅细分了传统民商法的各个部门，也包括了许多边缘学科，如民法哲学、民法的经济分析等，共计六十余种，可供不同层次、不同需要的读者选用。第二，体例新颖，结构完整。不仅打破传统教材的编写体例，而且还大胆引进英美法教材的编撰模式。每本教材除了体系化地讲授本课程的基本内容之外，还穿插引用资料、案例或事例加以评析，每章之后还列出推荐学生进一步阅读的著述，并以本章的重点难点为主，采取各种题型考查学生对本章知识的掌握程度。第三，理论与实践相结合。不仅全面反映了最新的理论发展，而且深入讨论了实务中的热点、疑点、难点问题。教材中还特辟“理论探讨”与“实务研究”专栏，选取理论界和实务界的争议问题，列举各派观点，论证自己的主张。

应当注意的是，撰写一部好的教材绝非易事，其难度之大不亚于一部优秀的专著！虽然入选本系列的教材均是相关青年学者的精品之作，但其中的缺点在所难免。我们欢迎广大读者不吝指正，这也有助于这些青年学者的学术思想更趋成熟。

衷心祝愿我们早日完成建设社会主义法治国家的宏伟蓝图！在这一过程中，我们有充分理由期待青年学者们取得的更大成就。

是为序！



2007年9月



本书中，我们对担保物权法原理作了相当程度的展开，引述了大量的立法和学说资料，期图从沿革中发现规律，在比较中判明优劣，于争鸣中接近真知。在论证上，我们尽力实现逻辑上的连贯性和一致性，注意避免前后矛盾以及其他明显违反逻辑的现象发生。需要特别指出的是，本书理论所服务的“实际”，并不都表现为实务案例之分析，而是体现为就担保实务问题的针对性，即指引如何运用现行法解决实践中围绕着担保物权而发生的问题，以及如何完善现行法，解决实践中已经发生或将要发生，而现行法不能解决或不能很好解决的担保物权问题。在这一意义上，也可以说本书是解释论和立法论并重。

作为一本教材，本书遵循但不固守传统的教材体系和结构。最鲜明的特点是，在兼顾“面”的基础上尽可能地突出“点”，这些“点”代表了担保物权法领域最为重要、最为新颖、最具难度、最有争议的诸方面。具体而言，我们以专题论文式的手法实现对“点”的展开，以便为相对充分、深刻地阐述这些“点”提供足够的空间。这种专题论文有的直接构成一节独立的内容，有的则以“节”下一个大问题的形式出现。正因为我们总体上采用了论文式手法，所以在每节之前设置“摘要”，该摘要并非简单列举本节所涉及的内容，而是力图概括出本节的主要观点和中心思想，使读者在明确“主题”的情况下去阅读具体的内容，而不至于迷失在相对烦琐的文字里。在正文中，又以主题提示和字体区分的方法，对背景知识、关联知识、比较法素材、延伸理论等内容进行展示，这些展示内容有助于进一步开拓读者的视野，也有助于强化读者对本书基本观点的认识。

在担保物权总论和各具体担保物权的关系上，本书以“提取公因式”的手法，相对强化了前者而弱化了后者。抵押权、质押权、留置权的共同规则（包括抵押权、质押权的共同规则）都尽可能地放在总论部分讨论，讨论各具体担保物权时则只讨论该担保物权所独有的问题，从而最大限度地避免内容上的重复，也使得全书的逻辑线条更为清晰。为了让读者判断阅读的效果并启发读者进一步的思考，在每章结尾都提出了几道思考题，而书末列出的“拓展阅读书目”则不仅是介绍本书主要的参考文献，也旨在引领读者有针对性地广泛阅读。

尽管我们比较努力，面对本书也多少有些“自我陶醉”，但我们的努力未必取得了自己期待的、特别是读者期待的成果。例如，以论文式手法突出和展开“点”，有可能不太符合“循序渐进”的写作规律，从而增加了读者在阅读和理解上的困难。而总论和各具体担保物权在内容上的界限，也未必特别分明，在具体担保物权特别是抵押权中，还残留了很多在逻辑上本该归属于担保物权总论的内容。至于书中观点、论证甚至行文，也难免有失偏颇，甚至错漏，恳请学界前辈、同仁与读者诸君谅解、赐教，我们当不胜感激。



本书作者孙鹏为法学博士，西南政法大学民商法学院教授，重庆市高校中青年骨干教师，第九届霍英东教育基金会高校青年教师奖二等奖获得者；王勤劳为法学硕士，西南政法大学民商法学院讲师；范雪飞为西南政法大学民商法学院讲师，民商法专业博士研究生。

孙鹏

2008年12月

目 录

第一编 担保物权总论

第一章 担保物权概述	3
第一节 担保物权的概念、本质和功能	3
一、担保制度的诞生	3
二、人的担保与物的担保（担保物权）	5
三、担保物权的本质	7
四、担保物权的社会作用	12
第二节 担保物权的种类	13
一、法定担保物权与意定担保物权	14
二、占有型担保物权与非占有型担保物权	15
三、动产担保物权与不动产担保物权	16
四、保全型担保物权和流通型担保物权	17
五、权利限制型担保物权与权利移转型担保物权	21
六、我们的研究范围	25
第三节 担保物权的特征	26
一、价值权性	26
二、从属性	27
三、不可分性	31
四、特定性	33
第二章 担保物权的效力	35
第一节 担保物权的效力范围	35
一、担保物权担保债权的范围	35
二、担保物权效力所及标的物之范围	41
第二节 担保物权的物上代位性	49
一、担保物权物上代位概述	49

	二、代位物的范围	50
	三、物上代位的法律构成	57
	四、物上代位权之行使	58
第三节	流质条款的效力	61
	一、各国民法对流质条款的不同态度	61
	二、禁止流质条款的理由及其批判	62
	三、流质条款的价值与功能	67
	四、我国立法的未来选择	69
第四节	物的担保与保证并存时之责任	71
	一、债权人是否必须首先实现物的担保	72
	二、债权人放弃物的担保, 保证人缘何免责	75
	三、如何认定债权人放弃物的担保	78
	四、债权人放弃物的担保时保证人如何免责	80
第五节	担保物权的侵害及其救济	82
	一、侵夺担保物之占有	83
	二、妨害担保物	85
	三、毁损担保物	86
	四、对担保物权的其他侵害	91
第三章	担保物权的实行	93
第一节	担保物权的实行概述	93
	一、变价程序和变价方法	93
	二、优先受偿	99
	三、物上保证人的求偿权	104
第二节	担保物权的实行与一般债权的执行	105
	一、一般债权人申请执行担保物	105
	二、担保物权人可否执行债务人的一般财产	108
第三节	担保物权的实行期间	111
	一、担保物权不单独适用诉讼时效	111
	二、主债权诉讼时效完成, 担保物权不再受保护	114
	三、当事人可以约定担保物权期间	118

第二编 抵押权

第四章	抵押权的设立	125
第一节	抵押合同	126
	一、抵押人	127



二、抵押物	130
三、担保债权	142
四、抵押合同无效	146
第二节 抵押登记	148
一、抵押登记的模式选择	148
二、抵押登记的形成力	152
三、抵押登记的对抗力	153
四、抵押登记的公信力	162
第五章 抵押权的效力	165
第一节 抵押物的转让	165
一、抵押物转让的立法例考察	165
二、抵押物的转让应否受限制	170
三、如何回应对抵押权追及力的质疑	175
四、应否承认对抵押物转让价款的物上代位	180
第二节 抵押权之次序	184
一、决定抵押权次序的标准	185
二、抵押权次序的固定与升进	186
三、抵押权次序的让与、抛弃与变更	189
第三节 抵押权的处分	194
一、抵押权的转让	195
二、转抵押	198
三、抵押权的抛弃	204
第四节 抵押权与租赁权	205
一、已出租的财产被抵押	206
二、已抵押的财产被出租	208
第六章 特殊抵押权	214
第一节 最高额抵押	214
一、最高额抵押的概念和特征	214
二、最高额抵押权的构成	217
三、最高额抵押关系的变动	222
四、最高额抵押权的确定	226
第二节 浮动抵押	230
一、浮动抵押概述	230
二、浮动抵押的设立	233
三、浮动抵押的休眠	237

四、浮动抵押的结晶	239
五、浮动抵押的实行	243

第三编 质权

第七章 质权总论	247
第一节 质权概述	247
一、质权的概念：以历时和共时考察为中心	247
二、质权的分类	253
第二节 质权的效力	256
一、留置效力	257
二、转质效力	261
第八章 质权各论	272
第一节 动产质权	272
一、动产质权的取得	272
二、动产质权的效力	279
三、动产质权的消灭	286
第二节 权利质权	290
一、权利质权概述	291
二、证券质权	295
三、应收账款质权	303
四、基金份额质权、股权质押	315
五、知识产权质权	319

第四编 留置权

第九章 留置权	325
第一节 留置权概述	325
一、留置权的概念：以制度沿革和立法比较为视角	325
二、留置权的本质	332
三、留置权与相关权利之关系	334
第二节 留置权的成立要件	338
一、留置物	338
二、占有	349



三、牵连关系	351
四、债权届期	357
五、消极要件	359
第三节 留置权的效力	362
一、留置	362
二、实行催告	364
三、留置权的移转	366
四、留置权的其他效力	367
第四节 留置权的消灭	369
一、担保的提出	369
二、占有的丧失	371
拓展阅读书目	373

第一编

担保物权总论

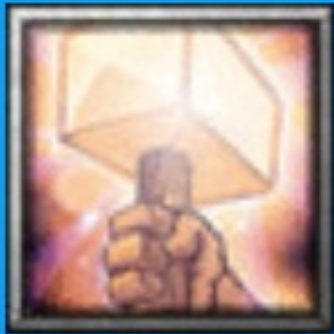
21世纪民商法学系列教材

21 Shiji minshang faxue xilie jiaocai

担保物权法原理

www.docriver.com

搜索商家 巨力电子书



第一章

担保物权概述

第一节 担保物权的概念、本质和功能

摘 要

担保物权是以债务人或第三人之特定财产确保特定债权，在债务人到期不履行债务或不能履行债务时，通过该特定财产的价值优先满足债权的法律制度。其本质上为债权人支配担保物交换价值的限制物权。除确保债权安全和推进债权实现的固有功能外，担保物权在媒介融资领域发挥着日益重要的作用。

一、担保制度的诞生

汉语中的“担保”一词，经常在不同场合使用，表示对某种后果所作的确保、承诺、决心等，但这些“担保”均不含有法律上的意义。^①我国民法学界多数人认为，担保是法律规定或者当事人约定的保证债务履行的方法和手段。这一界定的合

^① 参见董开军：《债权担保》，4页，哈尔滨，黑龙江人民出版社，1995。

理性在于，其揭示了担保产生的方式以及担保所具有的确保债权实现的作用，对正确认识和运用担保具有一定的理论意义和实践价值。^① 但该概念并未揭示出担保的法律特质，未能将担保与其他债权保护方法区别开来。根据该概念，凡是能够用以督促债务人履行债务、保障债权实现的各种方法均可称为“担保”，如合同应采书面形式、内容必须全面、违约责任以及公证、备案等，都能对债务的履行起到某种确保作用，甚至整个债法制度都是为了保障债权顺利实现而设立的。^② 诚如法国学者 Cabrillac 所言，担保不是一个概念，而是一种标签，能够适用于不同的事物上。^③ 因此，为了在法律上准确把握担保的概念，必须厘清担保和其他债权保护方法的关系。

债是特定当事人（债权人与债务人）之间可以请求为特定行为（给付）的法律关系，债权即该法律关系中债权人请求债务人为特定行为的权利。由于债权只是一种请求权而非支配权，债权的实现离不开债务人的配合，所以，债权人的法律目的并非必然实现，而仅仅是债务人依诚实信用原则履行义务的一种期待利益^④，债本质上表现为一种可期待的信用关系。如果债务人当为给付而不为给付或为不完全给付，债之目的无从实现，信用关系即遭受破坏而出现信用危机。为了克服信用危机，法律的首要选择是促使债务人诚信地为其应为之给付，或者于其不为或不完全为给付时通过强制方式使债之目的得以实现，为此，法律在债务人的债务上附加了一种外部强制力即“责任”。责任本包括人身责任与经济责任，但人类法制发达史表明，责任的发展经历了从人身责任到经济责任嬗变的过程，该过程可简要地划分为三个不同的时期。

在第一个时期，只要债务人到期不履行债务，无论债务不履行是否出于债务人的故意或过失，债权人均可将债务人的整个人身（包括人格）置于自身权利之下。在第二个时期，“法制的重心从不履行的客观状态推移到与不履行相伴的伦理因素”，债权人追究债务人责任时，不能只基于债务不履行之事实，而必须同时考虑债务人不履行债务的主观原因是什么。虽然，在这一时期，债务人的责任因法律对伦理因素的关注而轻减，但仍然未从人身责任中彻底解放出来。在进入第三个时期后，债务人终于迎来了黎明的曙光，债务不履行的责任完全成为一种经济责任，所有人身责任的痕迹都被涤荡摧清。^⑤ 不能否认，债务人不履行债务时对债权人负担的责任从人身责任演变为纯粹的经济责任，是人类法律文明和进步的重要标志。但同样不能

① 参见王文彩主编：《担保与银行实务》，26页，北京，警官教育出版社，1992。

② 参见孙鹏、肖厚国：《担保法律制度研究》，2页，北京，法律出版社，1998。

③ 参见沈达明编著：《法国、德国担保法》，2页，北京，中国法制出版社，2000。

④ 参见郑玉波主编：《民法债编论文选辑》（上），33页，台北，五南图书出版公司，1984。

⑤ 参见〔日〕我妻荣：《债权在近代法中的优越地位》，王书江译，21页，北京，中国大百科全书出版社，1999。



获融资利润。不仅如此，债权人和债务人利益上的“双败”格局还必然影响整个社会利益之增进，在这种意义上，担保制度的创设实乃债权人、债务人和全社会的共同追求。从时间序列上来看，担保多在债权发生之时设立，本质上为债权的事先保障制度；债的保全为债权的法定效力，属于债权存续过程中的保障制度；民事责任乃债务人不履行债务时，债权人通过法院等国家公权力强制债务人履行的事后保障制度。这三种制度从事先、事中、事后三个不同的层面共同构筑了广义的债权保障体系，而在该广义的债权保障体系中，由于作为事先保障的担保不仅具有最强的保障债权实现的功能，而且还能推动资金的融通和他人信用的授予，其被人们称为狭义的债权保障体系^①，不仅始终受到立法的高度关注，而且一直都是民法的重点研究领域。

具体而言，担保从以下两个方面克服债务人责任财产的“先天不足”，并防止债务人财产出现“后天不足”。第一，扩大可以用来承担责任的财产范围，即在债务人所拥有的一切财产之外寻觅新的可用于承担责任的财产，以尽量避免责任财产不足的现象，增强实现债权目的之机会；第二，将债务人责任财产的一部分独立出来，使其成为特定化的财产，作为满足特定的一个债权或数个债权目的之手段，在这一个或数个债权得以实现之前，不允许其他债权通过该特定的财产受偿，即赋予特定债权通过特定财产优先受偿的权利，以消除债务人财产不足以清偿全部债权时，债权不能全额受偿之危险。必须指出，通过特定财产确保特定债权实现时，该财产未必只能属于债务人，若特定财产为债权债务关系之外的第三人所有，则其不仅使特定债权从债权人平等原则的压迫下解放出来并获得优先受偿之地位，而且事实上也扩大了确保债权实现的责任财产的范围，从而具备了确保债权实现的最佳法律效果。

在单纯扩大责任财产范围时，本质上是在债务人之外，增加一个或数个为债务人偿债的人。该债权债务关系之外的人以自身的资产和信誉确保债权得以履行，债权人也特别关心其人的资产和信誉状况。债务人到期不履行债务或不能履行债务时，担保责任表现为债权人要求担保人替债务人承担责任，即债权人的担保权直接指向担保人而非担保人特定之物。故此，法律上将以此等手段设立起来的担保称为人的担保。人的担保最典型的方式是保证，在我国，人的担保甚至就是指保证，但在日本，连带债务（责任）也被作为人的担保的一种方式。^②

在使债务人或第三人财产特定化，并借此破除债权人平等原则，确保特定债权首先通过该特定财产实现时，本质上是以债务人或第三人特定之物，担保特定债权人之债权。这种担保，债权人仅关心该特定物的交换价值是否与自身债权相匹配，仅关心该特定物的交换价值能否为自己控制和支配，除此之外，并不关心提供该物的人的资产状况和信誉状况。债务人到期不履行债务或不能履行债务时，担保责任

① 参见程啸：《中国抵押权制度的理论与实践》，4页，北京，法律出版社，2002。

② 参见邓曾甲：《中日担保法律制度比较》，95页，北京，法律出版社，1999。



表现为通过担保物价值满足债权，即债权人的担保权直接指向特定的担保物而非担保人。故此，法律上将此种担保称为物的担保。

在人的担保，由于债权人的担保权直接指向担保人，间接指向担保人的一般责任财产即信用财产，其本质上为一项债权关系，并通过债权人对担保（保证）人的担保（保证）债权强化债权人对债务人的债权；在物的担保，由于债权人的担保权直接指向特定的担保物，间接指向担保人（更为准确的说法为担保物所有人），并能通过特定担保物的价值优先实现债权，其已经不再是债权人和担保人之间债之关系，而已然上升为一项法律上的物权，此即立法和学说上所称的担保物权。由于担保物权的宗旨是以特定物担保特定债权，其目的本不在于扩大责任财产范围，故在债务人本人的特定财产上成立担保物权固无不可，而且构成了担保物权之常态。不过，如前所述，担保物权也不妨在债权债务关系外的第三人之特定财产上成立，此刻，因存在扩大责任财产范围的问题，第三人的地位类似于人的担保中的保证人，同时，由于该第三人并非以其全部责任财产而仅以特定财产就债务人的债务向债权人负责，民法理论上习惯于将其称为物上保证人。^① 以前述内容为基点，如果非要对担保物权的概念进行明确地界定，不妨表述为：担保物权是指，以债务人或者第三人之特定财产确保特定债权，在债务人到期不履行债务或不能履行债务时，通过该特定财产的价值优先满足债权的限制物权。

【担保发展的趋势】

人的担保以担保人的一般财产确保债权，债权人对担保人的担保权亦仅仅为一项债权关系，与担保物权相比，不安定、不确实性是不可否认的。相反，担保物权以其强大的担保效力，因应社会经济的发展，曾一度出现压倒人的担保而蓬勃发展的倾向。但是，由于在国际经济贸易领域中人的担保具有担保物权所不具有的优点，因此上个世纪中叶以来在国际经贸交往中出现了一种以人的担保代替担保物权的趋势。^② 在日本，虽也存在人的担保让位于担保物权的现象，但在最近，中小企业筹措资金时，常使用以信用保证协会的信用保证（机关保证），或者银行根据企业发行的债券所作的银行保证等，可见人的担保制度已涉及多方面，其利用度在逐渐提高。^③

三、担保物权的本质

担保物权究竟为物权，抑或仅仅是一种债权关系？历来存在着不同的认识，并

① 除了责任性质和责任范围上的差别外，物上保证人与保证人之间还存在着以下差别：物上保证人不享有保证人的先诉抗辩权；物上保证人享有代债务人清偿债务的权利，但不负担代为清偿的义务；担保财产移转于他人后原物上保证人不再承担责任。

② 参见沈达明、冯大同编：《国际经济贸易中使用的银行担保》，37页，北京，法律出版社，1987。

③ 参见〔日〕近江幸治：《担保物权法》，祝娅等译，5页，北京，法律出版社，2000。

大体上表现为三种学说。第一，债权说。德国学者若姆（Sohm）即以抵押权为例说明担保物权的债权性。在他看来，抵押权人在债务人不履行债务时，由于其仅能依法申请法院强制拍卖抵押物，而并不具有任何私权上之“力”（Macht），不能直接支配抵押物并以私的手段实现抵押权，这与本质上为“无力”（Ohnemacht）的债权之构成正相吻合。^① 第二，物权说。德国学者沃尔夫（Wolff）注意到，针对所有损害担保物权之担保力的行为，担保物权人均可请求排除，此点说明担保物权具有物权的基本属性——绝对性，当属物权之一种。另一德国学者 Westermann 认为，担保物权乃借由拍卖权，在债权人与所有人之间产生的一定关系，该关系为典型的物权请求，而并非所有人之给付义务关系，因而具有物权性。^② 第三，物上债务说。德国学者基尔克（O. V. Gierk）认为，担保物权系对被人格化（Personifizierte）的担保物之债权，当物上设立担保物权时，该物便负担物上债务（dingliche Schuld）。^③

在上述三种学说中，最值得说明的是物上债务说。本来，担保物为担保物权的客体，不可能成为“债务”的承担人，所谓“物上债务”，乃是指对担保物所有人所发生的未具强制可能性（Erzwingbarkeit）的给付义务。用基尔克的话说：“物上债务者，全无人的权利义务关系，而是把担保物人格化，为了从担保物求其给付，以当时的担保物所有人为其消极上主体。物上债务者非对于权利人授予债权，而是对从担保物产生之该当时所有人所生之物上债权……如果担保物之所有人因放弃而丧失所有权，或债权人成为所有人（所有人抵押）时，担保权仍得以担保物为客体而继续存在”。“物上债务与所有权有不可分的关系，其会附随于担保物的所有权移转于新的所有人……物上债权人之权利并非直接以诉讼向所有权人请求给付，其仅得从土地请求给付而已，此种取得执行名义之裁定，乃确定债权人得对所有权人请求从土地给付之物上请求权，以及授予债权人对土地之强制可能性。因此，物上债务乃藉强制执行来实现，而在担保物的价值范围内负其担保的责任”^④。可见，物上债务说的核心在于，一方面将担保物人格化，另一方面将担保物所有人消极化，将担保物权界定为债权人通过特定担保物（而非通过特定担保人）实现其权利的手段。虽然，物上债务这一提法因这样或那样的原因受到德国学者沃尔夫、Westermann，以及日本学者石田文次郎等人的反对，但其蕴涵的“担保物权并非对担保物所有人的给付请求权，而系直接支配并通过担保物之取偿权”的观点，却足以表明：虽然基尔克将担保物权称为物上债务（物上债权），其实也同时凸现了担保物权的物权性格。而事实上，基尔克在极力证实物上债务理论时，也从未否认担保物权的物权性，

① 参见刘得宽：《民法诸问题与新展望》，335页，台北，三民书局，1980。

② 参见刘得宽：《民法诸问题与新展望》，332、334~335页，台北，三民书局，1980。

③ 参见刘得宽：《民法诸问题与新展望》，332~333页，台北，三民书局，1980。

④ 刘得宽：《民法诸问题与新展望》，333~334页，台北，三民书局，1980。



性的理由。第四，担保物权限制了担保人对担保物的处分。就一般债权而言，纵然其存在于特定物之上，债权人也不能限制债务人对该特定物的处分，如果债务人的相关处分行为影响了债权的实现，债权人也只能要求债务人承担违约责任。与此相反，担保物权人却可以通过两种方法限制担保人对担保物的处分：其一，在移转占有的担保物权，由债权人直接占有担保物，从事实上使担保人处分担保物的行为陷入困难；其二，在不移转占有的担保物权，通过办理担保权登记，从法律上限制担保人处分担保物的行为。^{①②}而担保物权人之所以能限制担保人对担保物的处分权，正是来源于担保物权所拥有的强大的物权效力。第五，担保物权具有追及性。追及性也是物权最基本的特征，即无论物权的标的物辗转迁移于哪里，在没有法律相反规定的情况下，物权人均可追及物之所在，行使其物权。物权的追及性与物权的对物权性格是一脉相承的，正是因为物权为对物权利，故无论物的所有权人或占有人发生怎样的变化，原则上都不对物权的效力发生影响。相反，由于债权为对人权利，纵然债权以特定物之给付为内容，亦只能针对特定债务人为主张，即便特定物移转于他人，债权人也不能直接对该他人主张其债权。担保物权的追及性集中通过登记的抵押权体现出来，即在抵押关系存续期间，即便抵押物的所有权发生转移，或者抵押物被他人不法占有，抵押权人均可延伸于新的抵押物所有人或抵押物的不法占有人行使其抵押权。第六，担保物权的对世效力。担保物权与其他物权一样，具有绝对效力，任何人都不应妨碍担保物权的效力，任何人妨碍担保物权时，担保物权人都可以要求其承担相应的责任。也就是说，担保物权可以成为侵权行为的客体，可以接受侵权行为法的保护。而债权由于不具有“社会典型公开性”，原则上不能，也不宜受侵权行为法的直接规制。尽管，基于担保物权自身的特性，以及担保物权的不同类型，针对担保物权的侵权行为态样和法律救济方式相对于一般物权有所区别，但此种区别尚不足以否定担保物权的绝对权性和可侵害性，尚不足以抹杀担保物权在这方面所呈现出的物权特征。第七，担保物权使债权获得优先受偿效力。在债权法领域，本来奉行债权人平等原则，在债务人资力不足而又有数个债权人主张债权的情形，任何债权人不能优先于其他债权人获得清偿。但若为特定债权设立了担保物权，则该债权人取得了优先于（对担保物主张权利的）其他债权人受偿的权利，担保物权之所以能助使其担保的债权获得优先受偿权，正是因为其本身固有的优先效力（担保物权人对担保物的物权请求权优先于其他债权人对担保物的债权请

① 参见谢怀栻：《外国民商法精要》，120页，北京，法律出版社，2002。

② 此处所谓限制处分仅仅意味着，负担抵押权的标的物相对于无任何负担的标的物，其所有权人的处分行为在事实上将受所负担抵押权的影响，例如，在不动产抵押权存续期间，抵押人出卖抵押物，可能因抵押权的存在而出现无人应买的情况。这与我国法律直接为抵押物转让设立法律条件的“法定限制”不可同日而语。



求权)。需要指出的是,有学者认为担保物权的优先受偿性不能成为支撑担保物权物权性的理由,因为在国外(其实也包括我国)各种特殊债权,如雇员薪金、保险金债权、国家税收和其他法定公法上的债权均有优先权,但这些拥有优先权的债权并未因此而成为物权。^①我们认为,诚如前文已经指出的那样,所谓担保物权的优先受偿性,其本质为通过担保物权的优先性助使被担保债权取得优先受偿性,而并非将被担保债权本身转化为物权。与此同理,雇员薪金债权、国家税收债权等之所以相对于其他债权取得了优先受偿的地位,也是因为其身后存在着一项法定担保物权,该项法定担保物权即一些国家所谓的先取特权或优先权。在我国,尽管对职工工资、国家税收等领域的优先权的法律构成存在不同看法,但主流的观点仍是将此等优先理解为法定担保物权。^②

值得注意的是,前述支撑担保物权物权性的七项理由是就担保物权的整体而言的,不同国家和地区,甚至同一国家和地区不同类型的担保物权未必同时具备这七个方面的要素。例如,《日本民法典》就未明确赋予留置权人以优先受偿权,而在债权人丧失对留置物之占有,或丧失对入质动产的占有并不能请求返还时,各国法律普遍规定留置权、质权消灭,即此际留置权、动产质权不具有追及性。尽管如此,我们也不能对担保物权的物权属性抱持疑问,充其量说明不同国家和地区、不同类型的担保物权所体现出的物权性程度有别。在我国,《民法通则》曾将担保物权规定于“债权”一章中,有学者据此认为此乃将担保物权视作债权的立法表现。^③这种以立法结构判断担保物权性质的方法是不妥当的,在《民法通则》之后,我国又分别制定了《担保法》和《物权法》,并都将担保物权作为主要的规范内容,总不能说伴随着此种立法结构的变迁,担保物权的性质才从债权过渡为物权。另外,还有学者指出,我国法律特别是《物权法》之前的法律所规范的担保物权,尤其是抵押权,并没有实现充分的物权化,因此不具有物权性。^④在我们看来,姑且不论这些学者对我国担保物权尚未实现充分物权化的分析是否成立,即便其结论与实际立法情况相吻合,也不会对担保物权本质的探讨发生影响,而只能是为我国担保物权立法明确了进一步完善和发展的基本方向。

担保物权仅仅是直接支配担保物交换价值的物权,同时,因为其对担保物交换价值的支配,使得担保物所有权受到一定程度的限制。也就是说,担保物权是限制担保物所有权的物权,也是权利内容受限制的物权,是为担保债权而设立的一类限制物权。

① 参见许明月:《抵押权制度研究》,84页,北京,法律出版社,1998。

② 参见王利明主编:《物权法专题研究》(下),1424页,长春,吉林人民出版社,2001。

③ 参见王利明:《物权法论》,679页,北京,中国政法大学出版社,1998。

④ 参见许明月:《抵押权制度研究》,79~84页,北京,法律出版社,1998。

四、担保物权的社會作用

在担保物权，债权人独占地取得特定财产的支配价值，其不仅具有债权人之地位，同时还具备物权人之地位，在债务不能清偿时，对特定担保物享有直接变价之权，并可通过变价所得优先实现自己的债权。担保物权的基本法律意义即在于，在原有的债权请求权外，又为债权人增加了一项物权请求权。担保物权实际上是利用了物权请求权的优先权特点，来保障特殊债权人权利实现。^①除利用物权请求权的优先权特点外，担保物权还通过物权请求权的支配权、追及权等特征，有效地预防了因债务人（担保人）隐匿财产^②，或转让财产并挥霍转让所得而导致资力不足等危险，使债权的安全系数得以大大提高，担保物权亦因此成为最佳的债权担保制度。

如前所述，担保物权的社會作用，固然在于确保债权安全和推进债权的实现。但自担保物权制度创设以来，其固有的确保债权实现的功能不断地孕育、催生出其另一项更为重要的功能——媒介融资的功能。时至今日，债权人和债务人都无不将担保物权作为实现特定利益的手段而非本身追求的目的。就债权人而言，几乎无人期图债务人到期不清偿债务，而实现担保物权以回收其债权。若事态真的发展到这一步，毋宁说是债权人的不幸。这是因为，在债务人不履行债务时，债权人即便有效地行使了担保物权，也常常要付出高昂的代价。这种代价不仅表现为因诉讼而支出的各种费用或拍卖、变卖担保物的费用，也包括因时间延误而造成的损失。毕竟，债权人无法及时收回提供给债务人的融资而使资金运转陷入迟滞是一个非常可怕的后果。何况，在债务人不履行债务时，担保物权未必都能有效地实现。若担保物的交换价值因社会经济状况的变动而增减变动，特别是其价值陡然降低时，债权人通过担保物实现债权的愿望必将化为泡影。据此而言，确保债务清偿之作用，毋宁为担保物权之表面社會作用。担保物权之另一项积极与正面之社會作用，系其作为社会融资之手段，间接促成社会经济之繁荣。^③就企业而言，其生产离不开充足的资金，在企业自有资金不足时，最通常、最便捷的筹资途径是向金融机构融资。金融机构考虑到自身贷款风险，多要求企业提供各种担保，而担保物权是金融机构最乐于接受的担保方式，因此，企业获取融资之最佳手段，即系以企业财产设定担保物权。以担保物权为手段获取融资后，在融资目的之动力驱使和还债压力的外部约束下，债务人通常都会立即将融资转为投资，购买新设备、原材料等，兢兢业业扩大

① 参见孙宪忠：《德国当代物权法》，259～260页，北京，法律出版社，1997。

② 债务人隐匿财产一直是妨碍强制执行的重要事由，尽管各国民事执行法都就此作有相应的对策性规定，但实际效果大多差强人意。在特定财产设立担保物权，能较为有效地规制这一问题。

③ 参见谢在全：《民法物权论》（下），531页，北京，中国政法大学出版社，1999。



再生产，希冀获得利润用以清偿债务或作为再次扩大再生产甚至再次融资的手段，从而形成融资→扩大再生产→以再生产利润还债或再扩大再生产并再融资→……的良性循环，企业资本因此日增、发展势头因此日壮。就金融机构而言，为使授予的融资易于收回，除以担保物权为最后的保障外，无不事先充分调查企业之信用，就其融资用途、计划与结构作精密之诊断，企业愈健全、愈有清偿能力、融资目的愈具有合理性和可行性，就更容易获得融资，无形中又可进一步促使企业的健全发展。而健全发展的企业通常都能主动偿还到期债务，使金融机构之融资在社会上流通顺畅，金融利润源源而至。企业与金融机构相辅相成，经由担保物权这一融资手段，实现了互利双赢、两全其美，社会经济亦因此渐趋发达。

担保物权的沿革亦表明，人们从最初的单纯重视担保物权的债权保障功能，逐渐发展为高度关注经由该功能孕育而出的媒介融资功能。这从由占有标的物之担保物权（占有质，古质）到不占有标的物之担保物权（非占有质，新质）之蜕变，由典型担保物权到非典型担保物权、由特定物之担保物权到流通性财产之担保物权、由单一物之担保物权到集合物甚至以企业整体财产为担保物的企业担保（浮动抵押）之演进，都能充分地体现出来。^①可以说，担保物权融资功能的凸显导致了传统担保物权在内容上的变迁并催生了新型担保物权的诞生，而担保物权内容的不断调整和类型的日益丰富又反过来强化了担保物权在媒介融资领域的社会作用。^②

第二节 担保物权的种类

摘要

基于不同标准，担保物权可分为法定担保物权与意定担保物权；占有型担保物权与非占有型担保物权；动产担保物权与不动产担保物权；保全型担保物权与流通型担保物权；权利限制型担保物权与权利移转型担保物权。但在我国现行法，实际上并不存在流通型担保物权，也基本上不承认权利移转型担保物权。

① 参见谢在全：《民法物权论》（下），532页，北京，中国政法大学出版社，1999。

② 当然，金融机关供与信用时，也不能过度依赖担保物权。对企业的信用力、融资项目的收益力等方面的考察和评估也是很重要的。此外，对企业财务状况进行持续监督，甚至约定对企业的财务活动进行限制，也是金融机关广为采用的确保融资安全的手段。

在我国,《民法通则》、《担保法》、《物权法》规定了抵押权、质押权、留置权三种担保物权。《合同法》第286条规定了建设工程承包人工程价款的优先受偿权,《海商法》第21、22条规定了船舶优先权,《民用航空法》第18、19条规定了民用航空器优先权,《公司法》第187条、《保险法》第89条、《企业破产法》第113条规定了职工工资、社会保险费用、国家税收优先权。不少学者认为这一系列法律条文共同规定了我国的第四类担保物权——优先权,也有学者认为尚不能根据这些规定说明我国已经正式确立了优先权制度,主张将这一系列规定进行整合、升华、补充,以建立真正的、完整意义上的优先权制度。^①此外,《合同法》第134条规定了所有权保留,而在房地产业的发展特别是商品房销售实践中,形成了俗称“按揭”的一种担保手段。在其他大陆法系国家和地区,基本上都规定了抵押权、质押权这两种担保物权类型,而在是否规定留置权、优先权这一点上则呈现出较大的差别。即便是各国(地区)普遍规定的担保物权,其权利内容和标的范围也存在很多不同,这些不同对担保物权类型的设定产生了相当大的影响。除了抵押权、质押权等典型担保物权外,大陆法系立法、判例和习惯还相继发展出了让与担保等非典型的担保物权。立足于不同的标准,将各种担保物权作类型化研究,不仅有助于把握不同担保物权的特色,而且能深化对担保物权制度群的体系化认识。

一、法定担保物权与意定担保物权

以担保物权的发生原因为标准,可将其区分为法定担保物权与意定担保物权。法定担保物权是指,在满足法定条件的情况下,因法律规定而当然发生的担保物权。法定担保物权的本质为直接基于法律规定破除债权人平等原则。一般而言,受法定担保物权担保的债权主要包括:第一,因对特定物施与劳务、技术或供给材料,或因保全、增加(甚至创造)特定物价值而生之债权,即理论上所谓费用性债权;第二,与人权保障理念密切相关的债权,例如因提供丧葬费、日用品、医疗费等费用而对债务人拥有的债权;第三,与特别保护弱势群体精神直接关联的债权,例如职工工资、福利债权,保险金赔偿债权等;第四,涉及共同利益乃至于公共利益的债权,例如共益费用债权、国家税收债权等。由于法定担保物权乃为担保特定债权而生,故其从属性特别强烈。法定担保物权的范围和类型在各国并不完全相同。在我国,留置权以及《合同法》、《海商法》等民事单行法所确立的建设工程承包人工程价款优先权、船舶优先权等为典型的法定担保物权;我国台湾地区“民法”上的法定担保物权包括留置权和法定抵押权;《日本民法典》则规定了留置权、先取特权两种法定担保物权;《法国民法典》中的法定担保物权包括法定抵押权和优先权;而

^① 参见王利明主编:《物权法专题研究》(下),1446页,长春,吉林人民出版社,2002。



《德国民法典》却只规定了法定质权一项法定担保物权。意定担保物权又称约定担保物权，是指通过当事人之间的设立行为（意思）而发生的担保物权，绝大部分抵押权、质押权都属于意定担保物权。意定担保物权通常是作为担保融资的手段而被当事人设立起来的，为了充分发挥其媒介融资之作用，相对于法定担保物权，其从属性有不断减弱之趋向。同时，正因为意定担保物权在媒介融资领域发挥着日益巨大的作用，其又被称为融资性担保物权。

二、占有型担保物权与非占有型担保物权

以是否移转标的物的占有为标准，可将担保物权区分为占有型担保物权与非占有型担保物权。在占有型担保物权，以债权人占有担保物为担保物权的成立和存续要件，质权、留置权都是典型的占有型担保物权。在占有型担保物权存续期间，债权人可一直占有担保物而拒绝担保物所有人的返还请求，从而对其构成巨大的精神压力，迫使其履行债务。在担保物权实行时，债权人亦可径自拍卖、变卖其占有的担保物，在手续上也非常简便。占有型担保物权的这一系列优势使得其担保债权的效果非常突出，但因其设立需将标的物移转占有于债权人，造成担保人不能对担保物为使用、收益之后果，而且还可能增加担保物权人保管担保物之困累和负担，不符合物尽其用的效益原则，故其在实践中大抵系一般百姓为应生活上之临时或紧急需要，暂时之金融周转而存在，而为企业经营者所不取。^① 非占有型担保物权不以将标的物移转给债权人占有为条件，其最典型的表现表现为抵押权。由于在非占有型担保物权，债权人并不占有担保物，债权人不能直接支配担保物的实体，而只能支配担保物的交换价值，相对于占有型担保物权，担保物权人对担保物的支配力事实上有所减弱，也不能产生迫使债务人履行债务的直接的心理强制，而且在实行担保物权时通常需通过法院拍卖、变卖担保物，在程序上显得较为烦琐。但正因为不移转担保物的占有，使担保人在担保物权设立后仍可对担保物为使用、收益，从而使担保物的使用价值和交换价值都获得了充分的发挥，因此，非占有型担保物权在实践中被人们广泛地运用。

在占有型担保物权，由于担保物权人占有担保物，担保物权因此具备了公示于外的手段，无须另行作成担保物权之登记；而在非占有型担保物权，由于债权人并不占有担保物，担保物权缺乏天然的公示方法，为使担保物权具备公示于外的效果，法律上另外建立了登记制度。非经登记，担保物权不能设立，或者虽能设立，但不能对抗第三人。不过，在非占有型的法定担保物权，由于其在符合法定条件时自动产生，不可能以登记为其设立条件，通常情况下，纵然其没有进行登记，也具有强

^① 参见谢在全：《民法物权论》（下），533页，北京，中国政法大学出版社，1999。

大的对抗第三人的效力。

三、动产担保物权与不动产担保物权

以担保物系动产或不动产为标准,可将担保物权区分为动产担保物权和不动产担保物权。虽然动产担保物权和不动产担保物权是极其重要的一种分类,但我们却不能简单地将这种分类与法律规定的担保物权类型直接联系起来。例如,虽然从近代大陆法系民法开始,各国立法都固守不动产上才能设定抵押权的原则,但伴随着社会经济的发展,特别是中小企业日益增长的融资需求,现代很多国家和地区(包括我国)都从立法上明确承认了动产抵押。再如,虽然《德国民法典》和我国相关立法都排斥在不动产上设立质权的可能性,但《法国民法典》、《日本民法典》又都规定了不动产质权这一担保物权类型;虽然我国法上的留置权的标的物只能是动产,但在日本,不动产也可以成为留置权的客体。也就是说,法律上规定的某一类担保物权,究竟以动产或者不动产为客体,或者同时涵盖动产和不动产两种客体,并非出于一种逻辑上的自然律,而与特定国家或地区的传统与习惯密切相关,并深受该国家或地区担保物权的整体立法结构所影响。但从总体上而言,可以认为抵押权主要为不动产担保物权,质权和留置权基本上为动产担保物权。不动产担保物权多以登记为其成立要件或公示要件(不动产质权、不动产留置权除外),动产担保物权多以占有为其成立要件或公示要件(动产抵押权除外)。

值得注意的是,担保物权的客体除为特定物外,还包括特定的财产权利。这些财产权利可区分为不动产性质的财产权利和动产性质的财产权利。前者如传统民法上的不动产用益物权,以及我国法上的建设用地使用权、四荒地土地承包经营权等;后者如票据等债权证券、提单等物权证券、知识产权中的财产权、股权以及应收账款等一般金钱债权。就各个国家或地区的立法情况来看,一般通过抵押权规范设立于不动产用益物权上的担保物权(权利抵押),而对以动产性质的财产权利为客体的担保物权,则纳入质押权的范畴进行调整(权利质押)。如此处理一方面是考虑到在近代大陆法系民法,抵押权主要为不动产担保物权,而质押权主要为动产担保物权。另一方面,也是更为重要的方面,不动产用益物权因其使用收益的需要,不宜在其上设立质押权;而动产性质的财产权多不具有用益价值而只有交换价值,以其设立质押不会损害担保人乃至整个社会的效用。然而,(不动产性质的)权利抵押与(动产性质的)权利质押的差别,远不如不动产抵押与动产质押表现得那样明显。例如,不动产抵押通过登记设立和公示,动产质权通过交付设立和公示,二者在此点上差别非常巨大。然在权利担保物权,不仅权利抵押以登记为其设立或公示方法,而且相当一部分权利质押也是以登记为设立或公示方法的。此外,相当一部分权利质押在权利效力上、权利的最后实行上,都呈现出非常鲜明的抵押特征,而反映不



出多少质押成分。因此，在一定程度上，可以认为权利质押和权利抵押的关系是模糊的，对权利质押这一概念和制度的科学性与合理性，尚有充分研究的必要。

相对于动产和动产权利，不动产和不动产权利更为稀缺，其价值量也更为巨大，尤其重要的是，不动产不仅能在较长时间内保持其价值，甚至可能不断地增值，很少发生因使用而贬值的现象。因此，无论在担保物权理论体系和实践运作中，不动产担保物权都一直处于绝对支配地位。例如，在德国，直到20世纪70年代末，虽然动产的价值和种类已经较世纪之初时巨大和丰富，但不动产信贷在整个信贷事业中仍占据了50%。仅在1996年，金融机构发放的贷款中，就有14500亿马克是由不动产担保的。^①

四、保全型担保物权和流通型担保物权

诚如在讨论担保物权的社会作用时已经指出的那样，担保物权已从最初的保障债权实现的功能，不断孕育和发展出媒介融资这一更为重要的功能。伴随着担保物权在功能上的拓展，担保物权的类型也不断分化，最终在传统的保全型担保物权外，发展出了流通型担保物权，日本学者我妻荣甚至认为，物的担保的发展史，就表现为从保全型担保到流通型担保的转变。^②

保全型担保物权仅以确保债权实现为目的，仅作为信用保全手段而存在。其特征突出表现为：第一，融资活动以人的信用为基础，担保物权仅作为附加信用而存在，即在人的信用不足以保障债权清偿时，方通过附加的物的信用予以补救。因此，债权应当首先成立，其后，为确保债权的实现，才成立担保物权。第二，通过担保物权所取得的财产性价值与债权所达成的财产价值具有同一性，担保物权人取得了双重财产性价值。第三，债权人基于担保物权独占性地取得担保物的交换价值，并借此加重债务人之责任、扩充债权人之权利，以确保其债权得以实现；第四，在法的构成上，担保物权从属于被担保债权，不能脱离于被担保债权而存在，也不能独立于被担保债权而自由流通。^③ 总之，在保全型担保，金融的基础仍系人的信用而非完全的物上信用，人们并不能直接通过物的价值而获得融资，物的资金化机制并未真正建立，很难期待通过担保物权的流通以实现回收金融投资资本的目的。

流通型担保物权则抱持着与保全型担保物权截然不同的理念，其将担保物权作为“支配担保物交换价值并直接获取信用”的权利，担保物权的机能从“资金借入

^① 参见 [德] 曼弗雷德·沃尔夫：《物权法》，吴越等译，403页，北京，法律出版社，2002。

^② 参见 [日] 我妻荣：《债权在近代法中的优越地位》，王书江译，53页，北京，中国大百科全书出版社，1999。

^③ 参见 [日] 伊藤進：《物的担保論》，5页，东京，信山社，1992。

之手段”向“投资对象”发展，并通过支配担保物的价值起到了作为投资与资金调配间的媒介性法律手段的作用。其特征表现为：第一，在融资场合，物的信用成为基础，融资以取得担保物潜在的交换价值为目标，就理论上而言，唯有在担保物权设立后，作为取得担保物交换价值的对价，才会发生实际的债权关系。第二，无论债务人一方信用如何，只依据所提供的担保物的价值就能获取信用。从债务人方面看，担保物权是使担保物资金化的手段，从债权人方面看，则构成一项投资手段。第三，担保物权为金钱的供与者与需求者之间的媒介，其也因此成为使法律和经济交相作用的权利。第四，对债权的从属性不再是此类担保物权的基本属性。第五，作为投资的中介，为确保投资的回收与调达，此类担保物权具有高度的流通性，并注意充分保护受让人之地位和利益。^① 总之，在流通型担保物权，金融的基础为担保物的交换价值即物上信用，由于担保物成为金融的媒介，使得投资资本的流通化成为可能。从对担保物的投资角度来看，由于基于不动产抵押权而投资并收取利息，与购买不动产并通过租赁获取收益这一“原始”投资方法在经济上并无任何差别，投资家与其采用取得不动产所有权这一不便的形式，不如在最大化的担保下，通过不动产金融活动而追求最大化的利息。

虽然，以担保物权的功能为标准，可以将其区分为保全型担保物权和流通型担保物权，但二者仅仅是在功能效用的侧面上有所不同而已，彼此间并不具有内在排斥的性质，纵使流通型担保物权，也具有债权保全的功能，否则其难以成为媒介融资的手段，从而失去投资功能的前提。^② 就整个担保物权的发展历程而言，虽已然呈现出由保全型担保向流通型担保渐进之势，但各国的发展态势存在着鲜明的差别。《法国民法典》、《日本民法典》以及我国民法较为忠实地承继了罗马法传统，将担保物权的立法重心定位于保全债权的功能上，并以担保物权的从属性理论为核心内容，相对忽视了流通型担保物权制度的建设。《德国民法典》、《瑞士民法典》则一反传统，将担保物权的重心定位在媒介融资功能上，形成了流通型担保物权与保全型担保物权并存，以流通型担保物权为原则，以保全型担保物权为例外的担保机制。

【德国抵押权的二元结构】

由于保全型担保物权和流通型担保物权的二元结构在《德国民法典》表现得尤为突出，同时，由于这种二元结构集中反映于不动产抵押领域，以下欲通过对德国法上不动产抵押的介绍，从制度层面强化对这种分类的认识。

首先介绍《德国民法典》上的保全抵押，这是以保全债权为目的而并不期待其流通的不动产担保物权。保全抵押的主要特点为：第一，抵押权只能依照债权而决定，欲使抵押权有效成立，债权人必须对债权进行举证，如果债权无效或被撤销，

^① 参见 [日] 伊藤進：《物的担保論》，6 页，东京，信山社，1992。

^② 参见徐洁：《担保物权功能论》，164 页，北京，法律出版社，2006。



