



顾肖荣 吴志良 费成康 主编
王叔良 著

担保法比较

祖·国·大·陆·与·
港·澳·台·地·区·
法·律·法·规·
比·较·丛·书·

福建人民出版社



●祖国大陆与港、澳、台地区法律法规比较丛书

担保法比较

顾肖荣 吴志良 费成康 主编
王叔良 著

福建人民出版社

担保法比较

DANBAOFA BIJIAO

王叔良 著

*

福建人民出版社出版发行

(福州东水路 76 号 邮编: 350001)

闽北报社印刷厂印刷

(南平市八一路 352 号 邮编: 353000)

开本 850 毫米×1168 毫米 1/32 4.875 印张 4 插页 110 千字

1999 年 4 月第 1 版

1999 年 4 月第 1 次印刷

印数: 1—3000

ISBN 7-211-03269-3
D·253 定价: 9.50 元

本书如有印装质量问题,影响阅读,请直接向承印厂调换。

序

目前，祖国大陆与香港、澳门、台湾地区都有各自的法律制度。即便在1997年、1999年香港、澳门分别回归祖国后，这两个特区仍将保持各自特殊的法律制度。其中香港的法律属英美法系，澳门的法律属大陆法系。因此，中国一国之内将长期并存英美法系、大陆法系与社会主义法系三大法系和四种法律制度。

这些法律制度虽有很多共通之处，但彼此也有不少差异。近年来，随着祖国大陆与香港、澳门、台湾地区各种交往的日益发展，法律差异所导致的区际法律冲突逐渐增多。有些行为在祖国大陆是合法的，在香港却是非法的；另一些行为在澳门是合法的，在台湾则是非法的。因此，甲处某个守法的居民会因不知乙处法律的特殊规定，而误犯了乙处的法律；或者是因而未能有效地维护自己的合法权益，造成在财产、名誉或其他方面不应有的损失。

鉴于上述情况，开展祖国大陆与港、澳、台法律法规的比较研究，其意义是深远的。这一研究将指明祖国大陆与港、澳、台常用法律的主要差异。这对普通公民和法律工作者都有十分积极的意义。同时，研究者们也可利用这些研究成果，向有关的立法机构提出建议，以便这些机构在修订旧法、订立新法之际注意这些法律之间存在的差异，并探索解决这些法律冲突的有效途径。

祖国大陆与台湾都用中文立法，香港则用众多中国学者都能研读的英文立法。同时，这些法律都已结集出版，研究者们对它们都较为熟悉，并已作过相当的研究。澳门法律包括葡萄牙的法律与澳门本地的法律两部分。它们数量众多，未经系统整理。特

别是它们均用葡文书写，致使祖国大陆及台湾、香港地区都鲜有能够直接研读澳门法律的学者。因此，澳门法律与其他法律的比较，是本研究项目的难点，也是本研究项目的重点。

上海社会科学院法学研究所与澳门基金会在1994年开始酝酿有关合作进行法律比较研究。1995年初，合作课题正式启动。在开展此项研究的过程中，我们得到了国务院港澳事务办公室、新华社澳门分社、澳门立法事务办公室、澳门法律翻译办公室、澳门大学（香港城市大学）等机构和众多法律界同行的大力支持，使我们能克服各种困难，顺利地推进这一研究。在这一研究的成果——“祖国大陆与港澳台法律法规比较丛书”陆续出版之际，谨向所有支持、帮助过我们的人士表示由衷的感谢。

在确定这套丛书的选题时，我们优先选择了贴近民众日常生活、实用性较强的法律。日后我们还将逐步扩大选题的范围。由于祖国大陆与香港、澳门、台湾地区的法律差异和冲突不会在短期内消失，因此本丛书的出版，并不意味着这一研究的终结，而只是宣告深化此项研究的开端。我们希望这套丛书能起到抛砖引玉的作用，吸引更多的学者来研究这一时代赋予当代法律学工作者的重大课题。

顾肖荣 吴志良 费成康

1998年3月

目 录

第一章 绪 论	(1)
第一节 担保和担保法	(1)
一、担保及其特点	(1)
二、担保的形式及其效力	(2)
三、担保法及其表现形式	(3)
四、担保法的作用	(4)
第二节 我国担保法与港、澳、台地区担保法规	(5)
一、祖国大陆	(5)
二、香港地区	(8)
三、澳门地区	(10)
四、台湾地区	(10)
第二章 保 证	(14)
第一节 保证与保证人	(14)
一、保 证	(14)
二、保证人的条件	(15)
三、保证人的资格限制	(16)
四、保证的保证	(19)
五、强令性提供保证的禁止	(20)
六、共同保证人	(21)
七、保证人的权利	(22)
第二节 保证的方式	(30)

一、一般保证	(30)
二、连带责任保证	(31)
第三节 保证责任	(32)
一、保证责任的范围	(32)
二、保证责任的减免	(33)
第四节 保证债务的消灭	(40)
一、主债务消灭	(40)
二、债权人与保证人发生混同	(41)
三、保证人不复存在	(42)
四、保证合同的解除或终止	(42)
第三章 抵 押	(44)
第一节 抵押权的成立	(45)
第二节 抵押物的范围	(48)
一、不动产	(49)
二、动 产	(56)
三、禁止抵押的标的物	(59)
第三节 抵押权的效力	(62)
一、抵押权的担保范围	(62)
二、抵押权的效力所及于标的物的范围	(65)
三、抵押权与抵押物的关系	(68)
四、抵押权与抵押物用益权	(70)
五、抵押物价值的变化与抵押权的关系	(72)
六、抵押权的实行	(77)
七、物上保证人的代位求偿权	(84)
第四节 抵押权及其次序的处分	(85)
一、抵押权的让与	(85)
二、抵押次序的让与	(86)
第五节 抵押权的消灭	(87)
一、担保的债权消灭	(87)

二、时效和除斥期间	(87)
三、标的物灭失	(88)
四、债权人放弃	(89)
第六节 特殊抵押权	(89)
一、共同抵押	(89)
二、最高额担保	(90)
三、浮动抵押	(92)
第四章 质 押	(94)
第一节 动产质押	(97)
一、动产质权的设定	(97)
二、动产质权的效力	(99)
三、动产质权的消灭	(107)
第二节 权利质押	(108)
一、权利质权的设定	(110)
二、权利质权的效力	(116)
三、权利质权的消灭	(122)
第五章 留 置	(123)
第一节 留置权的成立	(124)
一、留置权的成立要件	(125)
二、留置权的限制	(127)
第二节 留置权的效力	(128)
一、留置权的担保范围	(128)
二、留置权人的权利	(129)
三、留置权人的义务	(131)
第三节 留置权的实行	(132)
一、留置权的实行程序	(132)
二、留置权的实行方法	(133)
第四节 留置权的消灭	(133)

第六章 定 金	(136)
第一节 定金的成立	(137)
第二节 定金的效力	(138)
本书小结	(141)
 主要参考书目及资料	 (144)
后 记	(145)

第一章 绪 论

担保法是民事法律的重要组成部分。随着我国经济体制改革的不断深化，社会主义市场经济的建立和完善，我国的担保法律制度也逐渐建立并不断健全，形成了具有中国特点的自成体系的担保法。在我国及其港、澳、台地区现行法律法规的比较研究中，担保法无疑占有重要地位。这一方面是因为在我国及其港、澳、台地区法律冲突中，大量表现出来的是民事冲突，另一方面是由于担保法在整个民法体系中占有重要的地位。比较我国及其港、澳、台地区担保法律制度的异同，熟悉我国及其港、澳、台地区担保法律制度各自的特点，寻求解决相互之间担保法律制度冲突的途径，对于我国及其港、澳、台地区经济组织和个人进行民事、商事活动具有很强的现实意义。根据“一国两制”的方针和“一国四法”的现状，本书将采取以祖国大陆担保法律制度为主，以香港、澳门和台湾三地区担保法律制度为辅的方法进行比较。

第一节 担保和担保法

一、担保及其特点

担保，顾名思义是一种保证行为。在民事法律关系中，则指

当事人约定，债务人或第三人以财产或信用向债权人保证债务得以履行的一种行为。

在—项民事法律关系中，债权人有权要求，债务人也有义务以自己的财产作为对债权的保障。但是当债务人的财产不足以实现债权人的债权，或债务人同时或先后与多个债权人产生债权债务关系，致使债权人的债权实现处于—种不稳定的状态，债权人的债权就无法得到保障。在此情况下，债权人的利益就可能受到侵害。为了防止这种结果的发生，债权人往往要求债务人提供—定的物质保证，或要求第三者提供物质或信用保证，以保障债权人债权的安全实现。

因此，从担保的产生来看，其本身是为了保障债权人实现债权而在债权人与债务人或第三人之间建立的另一性质的法律关系，具有从属性。而当事人之间设立了担保关系，也就产生了一—定的权利和义务关系。通过这种关系，债权人可以督促债务人履行债务，或在债务人不能履行债务时使自己的权利得到保障。

二、担保的形式及其效力

担保按照对债权人债权保全的方法大致可以分为人的担保、物的担保和定金担保。

人的担保即保证担保，指债务人以外的第三人作为保证人向债权人保证，在债务人不履行债务时，由保证人按照约定履行债务或者承担责任。人的担保是以保证人的信誉和财产来作为担保基础的。

物的担保即物权担保，指在债务人或第三人特定的物或权利上设定物权以担保债权人债权的实现。担保物权包括抵押权、质押权和留置权等。

定金担保是指合同的当事人约定—方向对方预先给付—定数

额的金钱或其他财物，以保证合同的履行。

担保不论形式如何，实际上都追求同一目的和效果，即确保与债务人设置担保关系的债权人的债权得以实现或优先受偿。这是担保制度产生的根本原因和推动因素。

三、担保法及其表现形式

担保是民事活动中为保障债权人债权的实现而承担的特别保证，担保法则是这种保证活动规范化、制度化的法律体现。

担保法律制度历史悠久，是民事法律体系的一个重要组成部分，自罗马法以来，各国对担保制度十分重视，逐步建立了担保法律制度，并随着商品经济的发展而日臻完善。

由于担保活动设置于不同的对象，所以不同的担保方式也往往分别规定在不同的法律或同一法律（例如民法典）中的不同章节里。从目前各国的担保法来看，主要表现形式有以下几种：

1. 民法典。

大陆法系国家，如法国、德国、瑞士、日本、葡萄牙等国大都采用这种立法形式，以民法典确立较为统一的担保制度。但民法典本身不设专门的担保篇章，而是根据担保行为所属性质，分别规定在民法典中的不同章节里。例如，关于保证担保，一般规定在民法债编里，性质上是作为一种合同；关于物权担保，一般规定在担保物权里，性质上是作为一种物权；关于定金，有的规定在合同总则中，有的规定在买卖合同中，而准用于其他有偿契约。

2. 其他法律的专门规定。

除了民法典外，一些国家和地区还在其他单行法规中对涉及的担保活动进行规范。如在公司法、房地产法、海商法等法律中也都有相应的担保制度内容。而英美法系的国家没有统一的民法

典，往往由过去的判例和一些单行法规或其他法律中涉及担保的规定加以规范。

3. 统一的担保法。

目前，在世界范围内，采用这种立法形式的国家只有中国一个。我国的担保法将性质不同的保证合同、担保物权和定金根据其设置的相同目的而统一规定在一部专门的法律中，这种立法形式在世界担保法律制度上尚无先例。

应该指出的是，上述三种立法形式并非绝对的、一成不变的。一个国家往往以一种立法形式为主，兼而采用其他形式。例如，我国除了担保法之外，还在其他领域的单行法规如房地产法、公司法、海商法、航空法等法律中也相应规定担保内容；台湾地区除“民法”等法律对担保活动进行规范外，还制定专门的“动产交易担保法”，对动产担保活动予以规范。

四、担保法的作用

担保法律制度是一项古老的民事法律制度，我国古代就有质、押等担保活动，西方在罗马法中已有一套较为完备的规定，而1804年的《法国民法典》规定得更为详尽。在各国的民事法律中，担保制度占据重要的地位，这主要是由担保制度的作用决定的。

担保法能保证债权人的债权得以实现，这是担保法的最根本的作用。债权人和债务人间确立债权债务关系后，理论上而言，债务人的财产是债权人债权的当然担保。但由于债务人可以和其他债权人继续建立债权债务关系，因此债务人的财产担保是不确定的，债权人的债权得不到切实的保证。而根据一般民法原理，债务人以其所有财产清偿债务时，对各债权人原则上一律平等，并不考虑债权成立的先后和债权的种类。当债务人的财产不足以清偿债务时，各债权人只能按照各自债权在债务人全部债务中所占

的比例实现债权，这样客观上并不利于特定的债权人实现自己的债权。担保制度的设立，弥补了这一缺陷，使得特定的债权除能得到债务人的财产进行的一般担保之外，还能得到债务人的财产或第三人的财产或信用所设置的特别担保。担保制度成为保障债权实现的一项强有力的法律制度。

担保法能推动经济合同的全面履行。在市场经济条件下，社会的经济活动最普遍的是通过订立经济合同的形式来进行的。公民、法人或其他经济组织通过经济活动所要获得的经济利益，通常也是通过订立经济合同来实现的，经济合同的履行促进了商品流通和资金融通，客观上推动了社会经济的发展。但是由于种种原因，并非所有的经济合同订立后都能得到履行，这样，社会的经济活动就会阻断。担保制度的设立，能够促使债务人按约清偿债务，保障债权人债权的实现，从而推动和保障经济合同的全面履行，保证社会经济活动的连续性。

第二节 我国担保法与港、澳、台地区 担保法规

祖国大陆和港、澳、台地区的社会、政治制度不同，法律制度也不同。这种法律制度的差异性，不但表现于法律所体现的社会、政治制度的不同，而且体现在法律的表现形式和具体制度的不相一致。

一、祖国大陆

《中华人民共和国担保法》于1995年6月30日由八届全国人大常委会第十四次会议通过，并于1995年10月1日起施行。但

我国的担保立法并非始于此时。

由于担保制度是民事法律中的一项重要制度，因此我国担保制度的建立和民事立法活动是紧密相连的。

中华人民共和国成立后，废除了国民党政府制订的包括民法典在内的“六法全书”，并开始了新的民事立法。自1954年起，全国人大常委会组织了专门人员，着手起草民法，至1956年12月完成了民法草案，该稿共计5编433条。1962年，毛泽东指示“不仅刑法要，民法也需要。……刑法、民法一定要搞”，全国人大常委会再次组织班子，起草民法。至1964年7月完成第二次民法草案试拟稿，共计3编262条。这两次民法起草工作均因当时“左”的思潮和法律虚无主义的影响而未能真正进入立法程序。

“文化大革命”结束后，特别是中国共产党十一届三中全会以后，我国进入了民主与法制建设的新时期。1979年，全国人大常委会法制委员会成立了民法起草小组，开始了中国第三次民法起草工作。到1982年，经三易其稿完成了《中华人民共和国民法草案（四稿）》，共计8编465条。但由于民法牵涉到社会生活的各个方面，而当时我国经济体制改革刚刚开始，经济生活的许多准则正处于“转制”过程中，客观上缺乏制定完整的民法典的成熟条件和经验，于是国家立法机关的指导思想发生了变化，暂时放弃法典思路。但同时为了适应社会生活的需要，采取单行法系列的方法，陆续制定并颁布了一些单行法律，如全国人大及其常委会于1981年12月颁布了《经济合同法》，1982年8月颁布了《商标法》，1984年3月颁布了《专利法》，1985年3月颁布了《涉外经济合同法》和《继承法》等等。此外，国务院受委托立法，先后制定了《工矿产品购销合同条例》、《农副产品购销合同条例》、《加工承揽合同条例》等大批民事法规。这些单行法律和法规，有一部分内容也涉及到担保制度，如有关合同的定金规定，有

关留置的规定等等。

单行法规的不断颁布，解决了我国社会生活中许多方面无法可依的问题，对民事活动和民事关系的调整发挥了积极的作用。但从民法体系而言，这些单行法基本属于民法分则的有关内容，而民事活动中的一些共同性的问题，如民事活动的基本原则、公民和法人的法律地位、民事法律行为、民事代理、民事权利、民事责任、时效等方面还缺乏明确的法律规定。这些具有共同性的内容，只能由一个居于单行民事法规之首的普通法——民法来加以规定。有鉴于此，我国立法机关经过多年的草案讨论，在1986年4月经第六届全国人大第四次会议通过颁布《中华人民共和国民法通则》，计9章156条。现在，我国已基本构成了以《民法通则》为核心、其他单行民事法律和法规为补充的民事法律体系。

《民法通则》的颁布，对我国担保制度的确立和发展有着重要的作用。在民法通则颁布前，我国在一些单行法律和法规中曾规定了一些担保方式和制度，如各类经济合同法中的债权担保内容。民法通则规定，债务的履行依照法律的规定或者按照当事人的约定，可以采用保证、抵押、定金和留置的方式进行担保。民法通则的担保制度尽管内容尚不全面（还缺乏质押的规定），性质上也理解为仅是债的担保，但毕竟将我国的担保制度以普通民法的形式赋予其明确的法律地位。

但是，由于民法通则不同于内容完备的民法典，它是我国特定的社会条件和历史时期的产物，有些法律规定比较笼统和简单，在担保制度方面，民法通则只作了基本规定。随着实践的发展，需要根据实际情况予以具体化，如担保的主体、担保物的范围和当事人在担保中的权利和义务，以及担保的程序等都需要法律予以明确的具体规定。为了进一步完善担保制度，我国立法机关决定制订专门的担保法。

担保法的起草工作由全国人大常委会法制工作委员会于1992年开始进行。在总结已有担保制度的实践经验的基础上,根据建立社会主义市场经济体制的要求,借鉴国外有关法律规定和国际通行做法,起草了担保法,并于1995年6月30日由全国人大常委会通过,1995年10月1日起施行。像我国担保法那样,将所有具有担保作用的保证合同、担保物权和定金都集中规定在一部专门的法律中,在世界上尚属首创。

除了担保法之外,我国还在许多其他法律中涉及到担保内容,如《公司法》、《海商法》、《航空法》等。同时,根据实践需要,也颁布了一些专门涉及担保内容的行政法规,以调整特定领域的担保活动,如1996年9月25日中国人民银行颁布《境内机构对外担保管理办法》,就是为了专门加强对外担保行为的管理。

我国的担保制度可以认为是由以《民法通则》为基础,以《担保法》为核心,以其他单行法律、法规为补充所组成的担保法律体系。

二、香港地区

香港自1842年鸦片战争后被“割让”给英国,至1997年我国恢复行使对香港的主权,其间一百多年是在英国的殖民统治下。在这一个半世纪的时间里,香港接受了英国的法律和司法制度。同时,根据香港本地的实际情况还制定了一些成文的附属立法。香港法律的基本特点就是其本身所具有的英国法律的深深烙印,是英国普通法系的一个分支。

香港的法律渊源主要是英国的制定法、普通法和衡平法、判例,香港的条例和附属立法,香港的传统与习惯以及适用于香港的国际条约。香港的担保法律制度的表现形式,也是除国际条约之外的所有这些形式。