

21世纪高等院校法学类课程教材

◆ 主 编 白 非

担保法

D A N B A O F A

浙江大學出版社

21 世纪高等院校法学类课程教材

担 保 法

主 编 白 非

副主编 姚菊芬 赵春兰

浙江大學出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

担保法 / 白非主编. — 杭州: 浙江大学出版社,
2004. 4

21 世纪高等院校法学类课程教材

ISBN 7-308-03644-8

I. 担... I. 白... III. 担保法—中国
IV. D923.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 026728 号

丛书策划 黄宝忠

责任编辑 周卫群 黄宝忠

封面设计 刘依群

出版发行 浙江大学出版社

(杭州浙大路 38 号 邮政编码 310027)

(网址: <http://www.zjupress.com>)

(E-mail: zupress@mail.hz.zj.cn)

排 版 浙江大学出版社电脑排版中心

印 刷 浙江省良渚印刷厂

开 本 850mm×1168mm 1/32

印 张 12.5

字 数 320 千字

版 印 次 2004 年 4 月第 1 版 2004 年 4 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-308-03644-8/D·188

定 价 19.00 元

编写说明

担保是为保障债权的实现而采取的各种法律措施。担保制度早在罗马法时期就已经形成了较为科学和系统的体系。我国法律最早对债的担保制度作出比较系统规定的是1986年制定的《民法通则》。1995年我国《担保法》的出台,标志着我国物权和债权制度建设的进步,对于维护交易的安全,保障债权的实现,促进资金融通和商品流通,发展社会主义市场经济,都具有十分重要的意义。但是我国《担保法》的规定比较原则,条文简单,操作性不强,无法涵盖复杂的商品经济关系和丰富的民商法内容,因此,在担保的实践中人们对它产生了不同的理解,同时也造成司法实践中法律适用的困难。

2000年12月8日,最高人民法院公布了《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》,在很多方面对《担保法》作了细化、补充、完善和创新。司法解释关于担保合同的无效以及无效担保合同的法律责任的承担、保证期间的规定、抵押担保的登记、定金罚则的适用等作了更为细致的规定,使得它更具有操作性。特别是司法解释能适应社会发展的要求,对实践中出现的在建房屋抵押或楼房按揭以及公路桥梁、隧道、渡口等不动产收益权等的质押作了创新性规定。这个司法解释不仅在条文的数量上大大超过了《担保法》,在内容上也大大丰富了《担保法》,同时大大地增强了《担保法》的可操作性。因此,它对指导担保的实践活动以及司法活动中的法律适用,都具有非常重要的意义。

目 录

第一章 担保法导论.....	1
第一节 担保法概述.....	1
一、担保的概念及特征	1
二、担保法的概念和适用范围	4
第二节 担保法的基本原则.....	6
一、平等原则	6
二、自愿原则	7
三、公平原则	8
四、诚实信用原则	9
第三节 担保制度的历史沿革及作用.....	9
一、担保制度的沿革	9
二、担保法的作用.....	13
第四节 担保方式	15
一、担保方式的概念.....	15
二、担保方式的种类.....	15
第五节 担保的设立与效力	20
一、担保与担保合同.....	20
二、担保合同的设立.....	21
三、担保合同的效力.....	23
第六节 反担保	27

一、反担保的概念与特征·····	27
二、反担保的方式·····	29
三、反担保的效力范围·····	31
第二章 保证法律制度 ·····	33
第一节 保证概述 ·····	33
一、保证的概念和特征·····	33
二、保证的类型·····	35
第二节 保证合同 ·····	39
一、保证合同的主体·····	40
二、保证合同的形式·····	44
三、保证合同的内容·····	45
第三节 保证的效力 ·····	46
一、保证人与债权人之间的权利义务关系·····	46
二、保证人与债务人之间的权利义务关系·····	50
第四节 保证责任的承担 ·····	53
一、保证责任范围的概念和特征·····	53
二、保证责任范围的变动·····	56
三、保证责任期间·····	59
第五节 保证责任的消灭 ·····	66
一、债权人在保证期间内没有要求保证人承担保证责任 ·····	66
二、诉讼时效期间届满·····	67
三、债权人放弃物的担保·····	68
四、主债务消灭·····	69
五、主债务转让给第三人而未经保证人书面同意·····	69
六、主合同变更而未经保证人书面同意·····	69
七、保证合同的解除·····	70

第三章 抵押法律制度	80
第一节 抵押的含义和类型	81
一、抵押与抵押权	81
二、抵押的类型	85
第二节 抵押的设立	87
一、抵押物	87
二、抵押合同	94
三、抵押登记	99
四、其他取得抵押权的方式	104
第三节 抵押的效力	105
一、抵押及于标的物的范围	105
二、抵押权所担保债权的范围	110
三、抵押权的次序	112
四、抵押人的权利	115
五、抵押权人的权利	117
第四节 抵押权的实现与消灭	120
一、抵押权的实现	120
二、抵押权的消灭	127
第五节 特别抵押	128
一、所有人抵押	128
二、最高额抵押	131
三、共同抵押	133
四、财团抵押	136
五、证券抵押	139
第四章 质押担保制度	146
第一节 质押的含义和类型	146

一、质押的概念和特征	146
二、质押的类型	151
第二节 动产质押	154
一、动产质押的概念与特征	154
二、动产质押的取得	155
三、动产质押的效力	158
四、动产质押权的实现	164
五、动产质押的消灭	165
第三节 权利质押	166
一、权利质押概述	166
二、权利质押的设定	173
三、权利质押的效力	183
四、权利质权的实现	194
五、权利质押的消灭	198
第五章 留置法律制度	206
第一节 留置与留置权	206
一、留置的概念及特征	206
二、留置权的概念与特征	209
三、留置权的立法例	211
四、留置权与其他动产质权的区别	213
第二节 留置权的成立与效力	214
一、留置权成立的要件	214
二、留置权发生的限制及除外	221
三、留置权的效力	221
第三节 留置权的实行与消灭	227
一、留置权的实行	227
二、留置权的消灭	232

第六章 优先权	239
第一节 优先权概述	239
一、优先权的概念	240
二、优先权的萌生与演进	240
三、优先权的性质和特征	244
第二节 优先权的种类	249
一、一般优先权	250
二、特别优先权	251
三、我国法律规定的优先权	254
第三节 优先权的效力	257
一、优先权的内部效力	258
二、优先权的外部效力	261
三、优先权的效力范围	261
四、优先权的消灭	262
第四节 船舶优先权	264
一、船舶优先权概述	264
二、船舶优先权的请求项目	265
三、船舶优先权的制度价值	268
四、船舶优先权的消灭	269
第五节 民用航空器优先权	271
一、民用航空器优先权概述	271
二、民用航空器优先权的效力	272
第六节 建设工程优先权	274
一、建设工程优先权概述	274
二、建设工程优先权的制度价值	275
三、我国《合同法》所规定的建设工程优先权	276
四、建设工程优先权的适用	277

五、我国建设工程优先权的立法完善	280
第七章 非典型担保	287
第一节 所有权保留	287
一、所有权保留的含义	287
二、所有权保留的法律性质	290
三、所有权保留的效力	291
第二节 让与担保	298
一、让与担保的含义与特征	298
二、让与担保的成立	301
三、让与担保的效力	302
四、让与担保权的实现	305
五、让与担保的消灭	306
六、让与担保与按揭的关系	306
第八章 定金法律制度	316
第一节 定金概述	316
一、定金的概念和特征	316
二、定金的种类	318
三、定金的性质	319
四、定金与相关制度的区别	321
五、定金的历史发展和立法例	323
第二节 定金担保的设立	325
一、定金合同	325
二、定金合同成立的条件	326
第三节 定金的效力	328
一、证约的效力	328
二、预先给付和抵消的效力	329

三、担保的效力	329
第九章 担保物权的竞合	336
第一节 担保物权竞合概述	336
一、担保物权竞合的概念	336
二、担保物权竞合的成立条件	338
三、担保物权竞合的分类	339
第二节 典型担保的竞合	339
一、抵押权与质权的竞合	339
二、抵押权与留置权的竞合	341
三、留置权与质权的竞合	342
四、优先权与其他典型担保物权的竞合	343
第三节 典型担保与非典型担保的竞合	347
一、所有权保留与典型担保物权的竞合	347
二、让与担保与典型担保物权的竞合	350
附 录	354
中华人民共和国担保法	354
最高人民法院关于适用《中华人民共和国担保法》 若干问题的解释	368
参考书目	387

第一章 担保法导论

担保法是调整担保关系的法律规范的总称。我国担保法所规定的担保适用于借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动。担保活动遵循平等、自愿、公平、诚实信用原则。担保法中的担保方式为保证、抵押、质押、留置和定金五种。担保合同是当事人约定担保的协议,生效和无效可基于法律规定或约定。虽然合同无效,但当事人也要承担相应的法律后果。反担保也是一种担保法律制度,反担保的方式有保证、抵押、质押、留置四种。反担保效力范围涉及主债权、利息、违约金、损害赔偿金、实现求偿权的合理费用。

重点问题

- 担保及担保法的概念
- 担保法的适用范围
- 担保法的基本原则
- 担保的方式
- 反担保的概念及方式

第一节 担保法概述

担保法是调整担保关系的法律规范的总称,因此在研究担保法之前首先应明确担保的含义。

一、担保的概念及特征

1. 担保的概念

担保是一个多含义的概念,在不同的使用环境中,担保的含义

也各不相同。在日常生活中担保一般是指对某一事项所作出的承诺保证；在法律上我国立法并未对担保下明确的定义，按通说担保是指对债务履行的保证，即债的担保。但债的担保又分为狭义的担保与广义的担保。

广义的担保包括一般担保和特别担保。一般担保是担保一般债权人的担保，其包括民事违约责任和债的保全。狭义的担保，又称特别担保，是法律为保证特定债权人的债权实现而规定的担保。狭义的担保就是担保法中所说的担保。（见第四节担保方式）

根据以上分析，我们可以将担保法上的担保定义为：债的担保是指法律为保证特定债权人利益的实现而特别规定的以第三人的信用或者以特定财产保障债务人履行债务，保障债权人实现债权的制度。根据这一概念，担保具有以下三方面的含义：

（1）担保是保障特定债权人债权实现的法律制度

债的担保不同于债的保全（如债的代位权、撤销权）。债的保全是担保债务人的全部债权人的利益的。债权人之间具有平等的地位。但是债的保全并不能给特定的债权人以特别的实现债权的保障。而债的担保是为担保特定债权人利益而设的，其目的正是为了强化债务人清偿特定债务的能力和打破债权人平等的原则，以使特定债权人能够优先于其他债权人受偿或者从第三人得到受偿。

（2）债的担保是以第三人的信用或者特定财产来保障债权人债权实现的制度

债作为一种信用关系，须债务人以自己的全部财产担保其所有债权人的债权的实现，债务人的全部财产是其清偿全部债务的责任财产。而债的担保却是以第三人的信用或者特定财产担保特定债权实现的。因此，在担保中，不仅以债务人的信用，而且或者以第三人的信用，或者以第三人或债务人的特定财产，作为特定债权实现的保证。在债的担保中，用于担保的标的不能是债务人的一般财产，所担保的债权也不能是债务人应清偿的全部债权。凡是以债务人的一般财产担保债务人的全部一般债权清偿的，均不属于债

的担保。

(3) 债的担保是对债的效力的一种补充和加强, 是对债务人信用的一种保证措施

民事责任制度也好, 债的保全也好, 其作用都是保障债务人以其全部财产承担债务不履行的责任, 因而是债的效力的自然延伸, 而对于特定债权而言, 其效力并未得到加强或补充。债的担保却不同。对特定债权设定担保后, 债权人或得以从第三人的财产受偿, 或得以从债务人或第三人的特定财产优先于其他债权人受偿, 从而使特定债权不受债务人责任的有限性和债权人地位平等的限制, 而得到更充分的保障, 这也就使债的效力得到加强。同时债的担保是在债务人不履行债务时保障特定债权人利益的手段, 因而担保也就是对债的效力的一种补充。担保的补充性也决定了担保与主债之间的从属关系: 债权人的债权为主权利, 债权人在担保关系中享有的权利为从权利。

2. 担保的特征

担保具有如下法律特征:

(1) 担保的法定性。担保是通过法律规定或当事人的约定而形成的。这种关系一经成立即受到法律的保护, 对当事人双方或多方产生法律效力, 未经当事人双方或多方同意或法律上的许可, 不得随意更改。其目的是为了保障债权的成立。

(2) 担保的从属性。担保的从属性是指担保的成立或存在必须以一定的债权关系的存在为前提。它是一种从属于债权的法律关系, 担保不能离开一定的债权而独立存在。担保的从属性表现在三方面: 一是成立上的从属性, 是指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。即使是在为将来范围和-content 都不十分确定的债权设定最高额抵押, 也不能脱离相应的债权关系。二是消灭上的从属性, 是指担保因债权的消灭而解除。担保的消灭应以债权的消灭为前提, 不能在债权尚存在的情形下, 自动解除担保关系。三是处分上的从属性, 是指担保的转

移必须随同债权一起转移,不能与债权分离而单独转移,除非当事人另有特别约定。

(3)担保的财产权性。担保实质是一种财产担保,是以特定财产向债权人作出的履行债务的保证。债权人对提供担保的财产权利,包括两类:一是物权,即指直接支配、控制一定物的权利;二是债权,即请求他人为一定行为或不为一定行为的权利。担保的财产权性也可分为物权性和债权性两类。人的担保即保证,是债权性的财产权;而物的担保如留置、抵押等是一种物权性财产权。

(4)担保履行的条件性。担保虽然具有保障债权履行的作用,但是,担保的履行是有条件的。一般情况下,只有在被担保一方不履行或无力履行债务时,债权人才有权要求担保人履行约定的义务;否则,担保人有权拒绝履行义务。

二、担保法的概念和适用范围

(一)担保法的概念

担保法有广义担保法与狭义担保法之分。狭义担保法是指一部以《担保法》命名的法律,在我国就是指《中华人民共和国担保法》(以下简称《担保法》)。广义担保法是调整担保关系的法律规范的总称。广义担保法不仅包括狭义的担保法,也包括其他法律以及规范性文件中有关担保的法律规范。我们所研究的担保法一般是指广义上的担保法,但以狭义的担保法为研究的重点。

担保法又有普通担保法与特别担保法之分。普通担保法是指民法或担保法中规定的担保制度,特别担保法是指其他特别法中规定的担保制度,后者如《中华人民共和国票据法》(以下简称《票据法》)中规定的票据保证,《中华人民共和国海商法》(以下简称《海商法》)中规定的担保物权等。

担保法是民商法的一个重要组成部分,而各国的民商法立法体例不同,所以各国担保法的立法体例也有不同。例如,仅就成文法的大陆法系而言,各国虽都有广义的担保法,但在采用法典式的

国家,一般并无狭义的担保法,在这些国家,担保法规范主要分别规定于民法典的各编中:以物权方式的担保规定于物权法中,以债权方式的担保规定于债法中。也有的国家是将担保法的规范集中规定在债法中。但在具体做法上各国的立法也不完全相同。例如,《日本民法典》在物权编规定了留置权、先取特权、质权、抵押权,在债权编则规定了保证、买回等;《德国民法典》在总则编专用一章规定提供担保,而后又在债权编规定了债权方式的担保,在物权编规定了物权方式的担保;《法国民法典》中对于取得财产的各种方法不仅在有关的部分规定了定金、留置等担保,而且以专编集中规定了保证(第14编)、质押(第17编)、优先权及抵押权(第18编)。

由于我国的民事立法并非一开始即采取法典编纂的方式,所以,我国的担保法立法例有自己的一些特点,其突出表现为我国制定有专门调整担保关系的法律,即《担保法》;同时,我国的其他法律如《票据法》、《海商法》等中也有关于担保的规定。所有这些关于担保的法律规范统一构成广义的担保法。

(二)担保法的适用范围

我国担保法对担保法的适用范围是以示范性列举的方式加以阐述的,《担保法》第2条规定:“在借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动中,债权人需要以担保方式保障其债权实现的,可以依照本法规定设定担保。”可见我国担保法所规定的担保适用于借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动。法律之所以如此列举,主要是因为这几种经济活动比较常见,在交易中所占的比重大,但这绝不意味着担保仅适用于上述四种经济活动。《民法通则》第89条就明确规定,依照法律的规定或者按照当事人的约定,当事人可以采用保证、抵押、留置或定金的方式担保债务的履行。依据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(以下简称《适用担保法的解释》)第1条的规定,当事人对于所有因民事关系而产生的债权,只要这种民事关系是合法的,而且设定担保的行为也不违反法律、法规的强制性规定,就可以以担保法规

定的方式设定担保,这种担保是有效的。

我国《担保法》是专门调整担保关系的一种民事单行法,但同时,在其他一些民商事法中也规定了一些有关担保的规范,如《民法通则》及其他民商事法如《票据法》、《海商法》中关于担保制度的规定。在不同法律适用问题上,《民法通则》与《担保法》之间的关系前者为普通法,后者为特别法;在其他民商事法律与《担保法》的关系上,前者为特别法,后者为普通法。根据特别法优于普通法的原则,在处理担保问题时,也应当优先适用担保特别法。也就是说,担保特别法有规定的,应先适用特别法的规定;特别法没有规定的,则应适用担保普通法。

第二节 担保法的基本原则

担保法的原则,既是担保法的立法精神和解释担保法的依据,也是担保活动应当遵循的基本规则。

担保法是民商法的组成部分,而民商法属于私法,因此私法的基本原则当然也应适用于担保法。但因民商法的内容十分庞大,其基本原则在各部分适用的程度是不同的,所以,民商法的基本原则并不全部构成担保法的原则。依《担保法》第3条的规定:“担保活动应当遵循平等、自愿、公平、诚实信用原则。”由此可见,担保法的基本原则主要包括以下四条:

一、平等原则

平等原则是私法的基本原则,这是由私法所调整的社会关系的性质决定的。担保关系是一种民事关系,担保活动是民事活动。民事活动的基本特征在于当事人的法律地位一律平等。所以,平等原则是担保法的基本原则。

平等可以有各种含义,在担保法上平等是指参与担保活动的当事人各方的法律地位平等。在担保活动中,债权人也好,担保人