



Commercial Law

[商法系列]

主 编 柳经纬 副主编 刘永光 陈明添

担保法

朱泉鹰 林建伟

厦 门 大 学 出 版 社

Legal Practice and Commercial Law
【商业系列】

总 编 刘俊英 副主编 王 欣 王 轶 王 利明

担保法

中国政法大学出版社

中国政法大学出版社

商法系列 [商 法 系 列] COMMERCIAL LAW

主 编 柳经纬 副主编 刘永光 陈明添

担保法

朱泉鹰 林建伟

厦 门 大 学 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

担保法/朱泉鹰,林建伟编著. —厦门:厦门大学出版社,2003. 10
(商法系列/柳经纬主编)

ISBN 7-5615-2125-1

I. 担… II. ①朱…②林… III. 担保法-研究-中国
IV. D923. 24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 093327 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门大学 邮编:361005)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

福建沙县方圆印刷有限公司印刷

2003 年 11 月第 1 版 2003 年 11 月第 1 次印刷

开本:850×1168 1/32 印张:13.25 插页:2

字数:332 千字 印数:1—3 000 册

定价:22.50 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

柳经纬，厦门大学法学教授，民商法学专业博士生导师。现任厦门大学法学院副院长兼法律系主任，中国法学会商法学研究会常务理事，福建省厦门市法学会副会长、厦门市消费者委员会副会长、厦门市政府立法顾问、厦门市中级法院专家咨询委员。主要研究领域为民商法。主要著作有：《上市公司关联交易法律问题研究》（合著）、《医患关系法论》（合著）、《民商法教程》（主编）、《厦门大学法学院民商法学系列》（主编）等。2001年获福建省优秀教师奖，2003年获福建省首届高校教学名师奖。

作者简介

朱泉鹰，男，浙江绍兴人，1963年生，1984年毕业于厦门大学法律系法学专业，获法学学士学位，1987年毕业于厦门大学法律系民法专业，获法学硕士学位。先后在《中国法学》、《现代法学》、《比较法研究》等学术刊物发表论文十余篇，参与《中国民法》、《债权法》、《中国婚姻家庭法》等七本著作的撰写。现为厦门大学法学院讲师。

林建伟，男，福建仙游人，1966年7月出生，1986年毕业于西南政法大学法律系。福建省政法管理干部学院副教授，青年教师导师。主要从事民商法教学与研究，参编了《民法原理与实务》（全国高等职业教育系列教材）等三部教材，发表《法人本质探究》、《善意取得探析》等学术论文二十多篇。

前 言

在我 国社会主义法制建设中,商事立法是最为活跃的领域,也是最具成就的领域。从 1979 年的《中外合资经营企业法》,到 1993 年的《公司法》,再到 2001 年的《信托法》,大凡公司、企业、证券、票据、保险、海商、信托、担保、期货、招投标、拍卖等多数商事法领域,都有了专门的立法(法律或法规)。由于商事法律最直接地反映了市场经济的要求,学习和掌握商事法的理论知识可以直接服务于市场经济活动,因而在法学教育以及各种形式的法律知识培训中,商事法都备受重视,成为法律学习中的一个突出的亮点,商事法研究也成为法学理论研究的热点之一。

厦门大学法律系近年来一直致力于民商法学科和课程、教材的建设,组织编写了民商法学系列教材(包括民法总论、物权法、债权法、知识产权法、婚姻家庭和继承法、商法[上、下]),取得了一定的效果。为了进一步推进商事法的理论教学和研究,厦门大学法律系与福建省政法管理干部学院首次合作,组织部分从事民商法理论教学和研究的教师,编写了这套商法系列丛书,力图在商事法的教学和研究方面,有所作为。

编写本系列丛书的初衷在于为法学专业本科学生提供一套较为完整的商事法教材和参考书,因此我们特别强调,应当注重结合我国的立法和司法实践,系统地阐述各商事法律的基本概念、基本知识和基本理论,并尽可能地汲取理论研究的新成果。因此,本系列丛书既可作为商事法教学用书,亦可作为一般读者了解和掌握

商法或商法的某个领域的法律知识之读物。

本系列丛书由柳经纬担任主编、刘永光和陈明添担任副主编。《担保法》为本系列丛书之一,具体分工:朱泉鹰撰写第一章、第二章、第五章、第六章、第七章;林建伟撰写第三章、第四章。本书不足之处,敬请读者和专家批评指正。

商法系列丛书的编写得到厦门大学出版社的大力支持,在此表示感谢。

柳经纬

2003 年国庆

目 录

前言	
第一章 担保与担保法	(1)
第一节 担保概述	(1)
第二节 担保的宗旨	(8)
第三节 担保的分类	(11)
第四节 反担保制度	(19)
第五节 担保的效力	(26)
第六节 担保法概述	(38)
第二章 保证	(51)
第一节 保证概述	(51)
第二节 保证的种类	(56)
第三节 保证的设立	(61)
第四节 保证合同的生效要件	(68)
第五节 无效保证及其民事责任	(79)
第六节 保证合同的履行	(93)
第七节 保证责任的消灭	(118)
第八节 特殊保证	(124)
第三章 抵押	(137)
第一节 抵押概述	(137)
第二节 抵押的设立	(148)
第三节 抵押的效力	(159)

第四节	抵押权的实现·····	(186)
第五节	抵押权的消灭·····	(197)
第六节	最高额抵押·····	(201)
第七节	房地产抵押·····	(211)
第四章	质押·····	(225)
第一节	质押概述·····	(225)
第二节	动产质押·····	(242)
第三节	权利质押·····	(267)
第五章	留置·····	(297)
第一节	留置概述·····	(297)
第二节	留置的成立·····	(302)
第三节	留置权的效力·····	(310)
第四节	留置权的实现·····	(318)
第五节	留置权的消灭·····	(321)
第六章	定金·····	(327)
第一节	定金概述·····	(327)
第二节	定金的设立·····	(340)
第三节	定金的效力·····	(349)
第七章	非典型担保·····	(356)
第一节	让与担保·····	(356)
第二节	所有权保留·····	(367)
附录一		
中华人民共和国担保法·····		(383)
附录二		
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·····		(399)
参考书目·····		(419)

第一章 担保与担保法

第一节 担保概述

一、担保的概念

担保一词,在不同的场合使用,具有不同的含义。就担保的通常含义而言,其一般理解为保障某种目的实现的意思表示。从法律意义上理解,担保则是指债的担保,也有称债权担保或者债务担保。因此,法律意义上的担保,是和债联系在一起的,要掌握担保法律制度,首先要了解债的法律关系。

债是特定当事人之间得请求为特定行为或者不为特定行为的法律关系。从权利方面而言,为债权关系;自义务方面而言,为债务关系。债的关系也称为债权债务关系。在债的法律关系中,享有权利的一方当事人为债权人,有权请求债务人为特定行为或不作为特定行为;负有义务的一方为债务人,有义务为满足债权人的请求而为特定行为或不作为特定行为。从总体上来说,债的制度的基本功能是为当事人实现其特定利益而提供的法律途径。法律之所以要赋予债的强制执行力,要维护债的关系的正常发生与消灭,其根本目的是使当事人的利益得到满足,或者使当事人受损害的利益得到补偿。债权人的真正意图不在于债务人实施的给付行为,而在于通过债务人的给付行为达到给付的效果,使自己的利益得

到实现。对于债务人来说,债的作用就是确认债务人负有给付义务,债务人违反给付义务的,即在法律上予以强制。尽管如此,由于债的本质属于可期待的信用,实践中往往出现债务因债务人届期没有履行能力致使债权不能实现的情形,从而产生信用危机。这种对当事人的信用危机,进一步导致了社会经济秩序的混乱。为了防止债权不能实现这种潜在风险,民商法特设了担保制度,在债务人承担责任的基础上,以债务人的特定财产,或者以第三人的特定财产或信用,保障债权人的债权得以实现。债的担保,对于债权的实现,增加了两方面的可能:一方面可以促使债务人实际履行债务。由于担保人与债务人具有关联性,债务人不履行债务的后果是担保人应当承担担保责任,担保人承担担保责任后有权向债务人进行追偿。担保人既监督债务人债务的履行与资产状况,又对债务人履行债务施以压力,从而客观上使债务得以履行,保障了债权的实现;另一方面,债权担保的设定,增加了债务履行的责任财产数量。当债务人不履行债务时,债权人既可以要求债务人继续履行,也可以依法要求担保人承担担保责任,以特定的财产或者担保人的全部资产清偿债务,也可以保障债权的实现。

在民商法理论上,债的担保可分为债的一般担保和特别担保。债的一般担保,是指债务人用全部财产来担保其全部债务的履行,是债的效力的自然结果,是债的法律效力的表现之一。在债的一般担保中,债的关系一经成立,债务人的财产即成为担保债权实现和债务履行的责任财产。债务不履行时,债权人即可请求强制执行债务人的责任财产。

债的一般担保的对象不是特定的债权,而是所有的债权,包括已存在的债权以及新增加的债权。由于债务人承担责任的财产的变化直接关系到债权人债权的实现,为了防止债务人的财产随意减少或任意不增加,债法上亦设立了债的保全制度,允许债权人对债务人与第三人的行为行使一定的权利,即通过代位权或者撤销

权的行使而保全债权。这种债权的保全,也属债的一般担保。所谓代位权,是指当债务人享有对第三人的权利而怠于行使,使其财产应增加而不增加,影响债权人的债权实现时,债权人可以自己的名义行使属于债务人的权利;所谓撤销权,是指当债务人处分其财产的行为足以影响债权人利益时,债权人得享有请求法院予以撤销该行为的权利。债的保全制度作为债的一般担保,可以保证债务人以其全部财产清偿全部债务的责任。但是,债的成立有先后之分,而债的一般担保对于所有既存债务的担保力却没有差别,因而就某一项债的关系而言,其成立时债务人的财产虽然足以提供充分的担保,但由于该债务人可能负担新的债务,该项债务已届履行期时,债务人的财产就可能不足以清偿全部债权。另一方面,债务人的财产因其他原因而有所减少,这也使原来足以清偿债务的总财产变为不足以清偿债务。在这种情况下,各债权人的受偿比例必然会因此而相对减少。所以,为了确保某个特定债权能优先于其他债权得到全部清偿,法律在一般担保之外,又设立了特别担保制度,即当事人根据合同的约定或者法律的规定,以某种财产或以某人的信用作为其履行特定债务的担保制度。我国《担保法》上所称的担保,就是指债的特别担保。本书所讨论的担保,也只限于特别担保。

债的一般担保和特别担保主要有以下区别:第一,债权人的范围不同。在债的一般担保中,债权人不仅包括现在已经存在的全部债权人,而且还包括将来可能出现的新的债权人;而债的特别担保中,债权人则是特定的。该债权人在设立担保时就已经存在,不可能再出现新的债权人。第二,债务人的范围不同。在债的一般担保中,债权债务关系只能发生在债权人与债务人之间,不涉及第三人;而在债的特别担保中,如果担保是由债务人以外的第三人提供的,债权债务则发生在债权人同主债务人和担保人之间。属于连带保证的,担保人和主债务人对债权人承担连带责任。属于一

般保证的,主债务人是第一顺序债务人,保证人是第二顺序债务人。第三,担保的财产范围不同。在债的一般担保中,债务人用以担保的财产,限于债务人所有的全部财产;而在债的特别担保中,因其是对特定财产担保,故担保财产的范围也不等,担保财产在大多数情况下不表现为债务人的全部财产,而只是债务人的一部分财产。而且,担保财产不仅可以是债务人的财产,还可以是第三人的财产。第四,担保权的内容不尽相同。在债的一般担保中,任何一项债权均不能享有优先权;而在债的特别担保中,对于设立担保物权的债权,则享有优先受偿权。^①正是因为债的一般担保的外延大于债的特别担保,因此,有的学者认为,将担保定义为法律规定的或者当事人约定的保证债务履行的法律手段,并未揭示担保所特有的法律性质,未能与其他债权保护方法相区别。^②

民商法理论普遍认为,债的担保还可以分为广义和狭义二种概念,但是在理解上,则存在两种不同的观点:一种观点认为,广义的担保是指各种保障债权人利益实现的措施,包括债的一般担保和特别担保;狭义的担保即债的特别担保。另一种观点在对狭义担保的理解上与第一种观点相同,也认为仅指债的特别担保;但是关于广义的担保,则认为是指除债的特别担保外,还包括民事诉讼程序中的诉讼保全担保。^③

我国《担保法》第2条第1款规定:“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,可以依照本法规定担保。”从担保法的规定可以看见,担保是对

① 徐武生:《担保法理论与实践》,工商出版社1999年版,第4~5页。

② 孙鹏、肖厚国:《担保法律制度研究》,法律出版社1998年版,第2页。

③ 孔祥俊:《担保法及其司法解释的理解与适用》,法律出版社2001年版,第8页。

合同之债的担保,同时,对于合同之外的债权也依法可以设定担保。《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》第1条规定,由民事关系产生的债权,可以设定担保。因此,可以确定担保的概念是:担保,是促使债务人履行债务,保障债权人债权得以实现的法律措施。具体而言,担保是指依法律规定或者当事人约定,由债务人或第三人向债权人提供履行债务的各种保障手段的总称。

从担保的概念可以看出担保包含以下的含义:

1. 担保是平等民事主体之间的民事法律行为。担保是当事人之间关于担保权利义务的行为。因此,作为一种民事法律行为,必须符合法律规定的条件才能产生法律效力。担保法律行为要求当事人的担保意思表示要真实、行为人要有符合法律规定的行为能力、担保行为不得违反法律和社会公共利益。而作为民事法律行为的担保,其前提是当事人法律地位的平等,才能受担保法这一民事法律规范的调整。法律地位平等,表现为当事人的法律地位一律平等、享受的权利和承担的义务对等、当事人的权利受法律的平等保护。

2. 担保是以第三人的信用或者特定财产保障债权实现的法律制度。担保包括人的担保和物的担保。人的担保是指以人的资产和信誉为他人的债务提供的担保,其实质是将债的担保扩张到第三人的财产上,从而使债权人增加受偿的机会。物的担保是指以某项特定财产为自己或者他人的债务提供的担保,其实质是在债权不能得到清偿时,有权对担保财产享有优先受偿权。

3. 担保的目的是保障特定债权人债权的实现。担保是对债的效力的加强和补充,是对债务人信用的一种保证措施,在担保法律关系中,债权人的债权是主权利,债权人享有的担保权利是债权的从权利。担保仅仅保障特定的债权人的债权,并不是保障所有债权人的债权,也不是保障债权人所有债权实现的法律手段。

二、担保的特征

担保的特征,是指担保所具有的不同于其他民事法律制度的本质属性,是区别于其他民事权利制度的内在规定性,也是担保的性质。根据民法理论和我国《担保法》规定的内容,担保具有如下特征:

1. 担保具有从属性。担保制度是为保障主债权的实现而采取的特别法律手段。从法律关系的角度看,担保法律关系与主债权关系事实上是两个不同的法律关系,设定担保关系的目的当然是为了保障主债权关系中当事人的权利义务能够顺利实现,因此,担保关系对主债权关系具有一种从属性的特征,即担保的成立和存在必须以一定的债权关系的存在为前提。这种从属性的特征主要表现在三个方面:一是存在上的从属性,担保关系以主债权关系的存在为前提,随主债权的产生而产生;二是处分上的从属性,一般情况下,主债权移转,为主债权设定的担保也随之移转;三是消灭上的从属性,主债权关系消灭,为主债权设定的担保也随之消灭。对于担保关系的从属性特征,我国《担保法》在多处作了明确的表述,例如该法第5条规定:“担保合同是主合同的从合同,主合同无效,担保合同无效。担保合同另有约定的,按照约定。”第22条规定:“保证期间,债权人依法将主债权转让给第三人的,保证人在原保证担保的范围内继续承担保证责任。”第52条规定:“抵押权与其担保的债权同时存在,债权消灭的,抵押权也消灭。”第74条规定:“质权与其担保的债权同时存在,债权消灭的,质权也消灭。”第89条规定:“当事人可以约定一方向对方给付定金作为债权的担保。债务人履行债务后,定金应当抵作价款或者收回”,等等。

当然,担保关系的从属性特征并不是在任何场合都适用。一般说来,在下列三种情况下,担保的从属性将受到相应的限制:一

是当事人在担保合同中明确约定,担保关系的效力不随主债权成立、移转或消灭的,则应依其约定;二是在为将来债权提供担保的情况下,担保关系不存在成立上的从属性;三是在保证担保中,处分上的从属性归于消失。这是因为保证担保是建立在保证人和被保证人(主债务人)相互信任的基础上的,如果保证期间随意更换债务人,保证人在对新的债务人的资信状况不甚清楚的情况下,继续为新债务人提供保证,将使保证人承担不测之风险。因此,我国《担保法》第23条规定:“保证期间,债权人许可债务人转让债务的,应当取得保证人的书面同意,保证人对未经其同意转让的债务,不再承担保证责任。”

2. 担保具有补充性。特别担保制度是因为债的保全制度不足以保障特定债权人利益的实现而创设的,是从外部对债的效力予以补充和加强,因此,相对于主债务人的义务而言,担保人承担的义务具有补充性的特点。在正常情况下,主债权关系因债务人的适当履行而终止时,担保人承担的补充义务并不需要实际履行;只有在债务人不履行或者不能履行义务时,担保人才实际承担其补充义务。这一特征在以第三人提供担保的各种担保方式中表现得尤为明显。我国《担保法》第17条规定,一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁,并就债务人的财产依法强制执行仍不能履行债务前,对债权人可以拒绝承担保证责任。连带责任保证、抵押、质押、定金的担保人在债务履行期届满,债权人没有得到清偿时,担保人才承担担保责任。应当注意的是,这里所说的“担保的补充性”,并不意味着担保人对被担保的主债务履行承担的都是补充责任。在连带责任保证中,保证人在主债务人未履行债务的情况下,应债权人的请求就必须承担代为清偿的责任,而不能主张先对债务人进行起诉或者申请仲裁并进行强制执行。

3. 担保的财产性。就担保的权利属性而言,担保权本质上是一种财产权,反映的是财产关系。作为财产权,包括物权和债权两

方面,担保的财产性也分别表现为债权性和物权性两个方面。债权性表现为保证,当债务人不履行到期债务时,债权人有权请求保证人承担保证责任,而不能直接支配保证人的财产。物权性表现为抵押、质押、留置,当债务人不履行到期债务时,债权人有权处分担保物,并就该担保物的价值优先受偿。

4. 担保的相对独立性。虽然担保的从属性是担保的首要特征,但担保在特殊情况下可以不受主合同的约束而产生独立的法律后果。首先,被担保的主合同无效,并不必然导致担保的无效。《担保法》第5条规定:“担保合同是主合同的从合同,主合同无效,担保合同无效。担保合同另有约定的,按照约定”。因此,当事人如果有主合同无效而担保合同仍然有效的约定,担保人仍然应当对债务人承担无效后的法律责任担保。其次,担保的相对独立还表现在主合同内容的变更并不必然产生担保合同内容的相应变更。《担保法》第24条规定:“债权人和债务人协议变更主合同的,应当取得保证人书面同意。未经保证人书面同意的,保证人不再承担保证责任。保证合同另有约定的,按照约定”。另外,担保合同在某些情况下和主合同并不存在对应关系。在最高额保证和最高额抵押中,这两种担保类型所担保的主合同是在最高债权限额内不特定数量的合同,担保合同往往先于被担保的主合同成立。

第二节 担保的宗旨

在社会主义市场经济中,促进资金的融通、维护交易的迅捷和安全,是民商法的一项基本任务。而这一任务又主要是由民商法上的担保制度来实现的。我国《担保法》第1条明确规定:“为促进资金融通和商品流通,保障债权的实现,发展社会主义市场经济,