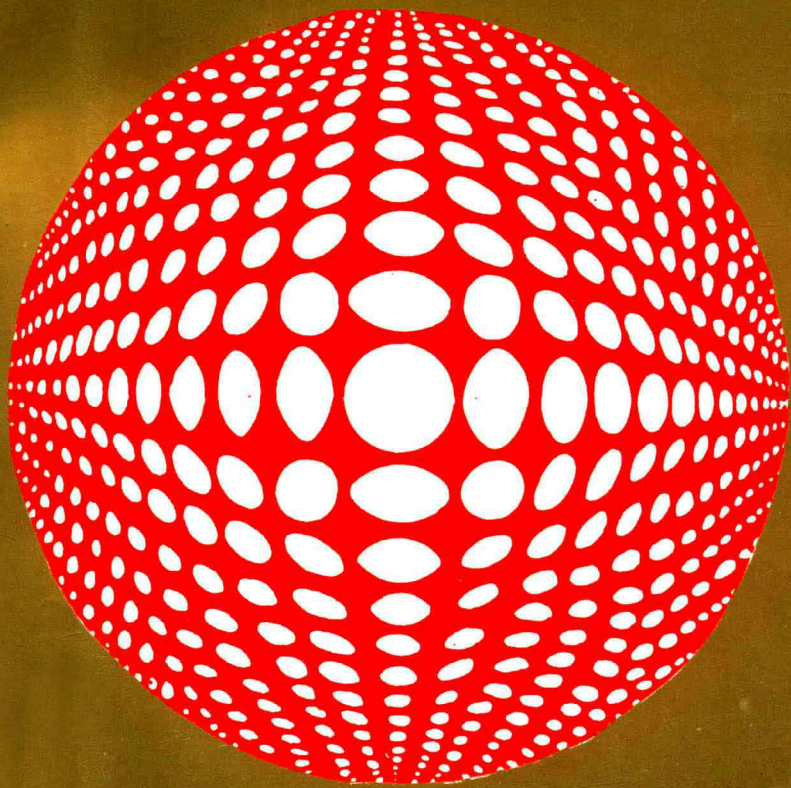


担保法新论

郭明瑞 杨立新 著



吉林人民出版社

担保法新论

郭明瑞 杨立新 著

吉林人民出版社

(吉)新登字 01 号

担保法新论

郭明瑞 杨立新 著

李艳萍 责任校对

吉林人民出版社出版

吉林省新华书店发行

吉林市文汇印刷厂印刷



850×1168 毫米 32 开本 11.375 印张 270 000 字

1996 年 9 月第 1 版 1996 年 9 月第 1 次印刷

印数:1—5 300

ISBN 7—206—02566—8

D·723 定价:16.80 元

前 言

《中华人民共和国担保法》施行以后，我们与最高人民法院副院长唐德华教授和中国人民大学法学院博士研究生导师王利明教授作了深入的交谈。认为应当对这一部重要的法律作一个深入的、理论结合实际的具体阐述，写一部既适合司法实务机关的同志阅读，又适合广大法律院系师生、广大读者使用的担保法专著。这样一部专著，既要有理论的深度，又要有实践的指导意义，因而适应范围较广。我是同意这一主张的。特别是从法院、检察院和广大律师的实际需要出发，写这样一部专著更具有实用价值。讨论的结果，是大家委托我来主持写这一部专著，我欣然同意。由于工作的繁忙和研究上的不够深入，我和王利明教授请烟台大学副校长兼法律学系主任、法学博士郭明瑞教授和我一起共同完成这一选题。郭明瑞同志和我尽其所能，写出了这部《担保法新论》。因此，这部书既是郭明瑞同志和我共同研究的结果，也是唐德华副院长、王利明教授及我们共同协作的成果。

担保问题，是民法中的一个重要问题，既包括物权法中的内容，又包括债权法的内容。就担保本身而言，它在社会主义市场经济发展中的作用是极为重要的。在新中国长期实行计划经济的体制下，担保法的作用并不明显，人们对它也不重视，在当时的一些法规中，甚至作出一些不得使用担保的规定。这些作法，与计划经济体制相适应，与社会主义的市场经济不相合。改革开放以后，社会主义市场经济逐步发展，在民事流转中，担保的作用日渐加强。更多的商品交易关系的参加者在经历了痛苦的教训之后，才认识到了担保之于商品经济发展和商品交易活动的重要

性。也正因为如此，立法者充分认识到担保法的作用和在社会主义民法体系中的重要地位，制定了这部法律，适应了社会主义市场经济发展的需要。

按照我国目前的民事立法体系，《担保法》既是一部单行法律，又是整个民法的组成部分。在将来制定民法典的时候，担保法必然要归入民法典之中。从学理上和民法典的编制体例上，担保法究竟属于债法还是物权法，是值得研究和探索的。在我国目前民事立法实行“零售”的体制下，这一问题并不特别突出；但是随着立法的逐步健全，这一问题越来越突出，越来越摆在法学工作者的面前。最突出的，就是目前制定统一合同法，如何处理担保问题。所涉及的问题有：第一，统一合同法是否还要专列担保一章？目前担保法已经基本完备，且公布施行不久，有无必要在合同法中再对担保作出详细规定。第二，在制定合同法时，担保究竟归入债权编还是分别编入物权编和债权编。参照国外的立法体例，既有单列担保的，又有分别列入物权、债权两编的。按照通常的作法，在物权编中规定担保物权，在债权编中规定保证、定金等债权担保形式；但依法国法的体例，则先在合同编中规定了总的债权担保制度，然后在物权编中规定担保物权，在合同中规定保证、定金等合同担保形式。据此观之，有的人认为我国单独制定担保法，与传统民法的立法体例不合，其实不然，单独制定担保法，并非无前例可援。我主张民事立法应尽量抓紧，能制定的尽早制定，不必过于拘泥于立法体例，而要以实用为原则，在各部门的单行法制定比较完备时，再仔细考虑整个民法典的编制体例，决定取舍，我倾向于采取法国民法的立法体例，以与目前的立法作法相适应。

应当说明的是，我国担保法和我们这部著作研究的担保法，从学理上说，还是狭义上的担保的立法。从广义上研究担保，它不仅包括狭义担保，而且还包括其他民法上具有债权担保的制

度。广义的担保，是包括民事责任、债的保全、狭义担保三位一体的制度，是指督促债务人履行债务，保障债权实现的一切民事法律手段。这里包括的三种民事法律制度，从不同方面督促债务人履行债务，保障债权人债权实现。其中，民事责任制度是债的一般担保的最普遍形式，法定或约定的债务不履行，即应承担民事责任，以其法律强制力保障债务的履行和债权的实现。它着眼于债务人不履行债务之后债权的实现。债的保全，是在债务人实施不当处分其作为承担的民事责任基础的财产以逃避债务损害债权的行为时，法律所采取的保全措施，它的作用在于保全作为承担民事责任基础的财产，以为将来的执行作好准备。它着眼于债务人在债权履行期间的债权担保，债务人在此期间处分其作为债务履行担保的财产，债的保全制度即发挥担保作用。在这些担保制度中，只有狭义担保即担保法所规定的担保制度，才着眼于债权履行之前，订立担保措施，督促债务人履行债务，保障债权实现。从这个意义上说，狭义担保既是整个民法一般担保制度中的重要组成部分，又是最重要、最有保障债权实现作用的担保制度。

全面研究担保法，对于保障社会主义的合同制度具有重要意义，同时，对于完善我国民法理论和民事立法具有重要意义。我们在这部著作中，力求全面阐释我国担保立法的宗旨，展示我国担保法理论研究的成果，同时借鉴国外的立法和理论研究成果，总结我国司法实践经验，提出我们的理论主张和处理司法实务的意见。我们把这部著作奉献给广大读者，欢迎提出批评意见。

在此，也向对我们的民法研究工作予以热情关注和支持本书出版的朋友表示衷心感谢。

杨立新

1996年5月1日于北京西郊朗静斋

目 录

第一章 担保法概述

第一节 担保法和担保的概念·····	(1)
第二节 担保制度的意义和原则·····	(5)
第三节 担保的方式·····	(9)
第四节 担保的设定·····	(22)

第二章 保 证

第一节 保证概述·····	(28)
第二节 保证的成立·····	(36)
第三节 保证责任的内容和范围·····	(44)
第四节 保证人与债权人的关系·····	(49)
第五节 保证人与债务人的关系·····	(56)
第六节 保证责任的免除和消灭·····	(61)
第七节 特殊保证·····	(66)
第八节 主合同无效和保证合同无效时保证人的责任·····	(72)

第三章 抵 押

第一节 抵押概述·····	(76)
第二节 抵押合同和抵押权的设定·····	(91)
第三节 抵押的效力·····	(121)
第四节 抵押权的实现·····	(157)
第五节 特别抵押·····	(173)

第四章 质 押

第一节 质押概述·····	(186)
第二节 动产质押·····	(199)
第三节 权利质押·····	(231)

第五章 留 置

- 第一节 留置权概述····· (249)
- 第二节 留置权的成立要件····· (260)
- 第三节 留置权的效力····· (272)
- 第四节 留置权的消灭····· (288)
- 第五节 侵害留置权的损害赔偿····· (296)
- 第六节 关于留置权的几个具体问题····· (302)

第六章 定 金

- 第一节 定金概述····· (307)
- 第二节 定金的成立····· (320)
- 第三节 定金的效力····· (330)
- 第四节 关于定金的几个具体问题····· (335)

附 录

- 中华人民共和国担保法····· (342)

第一章 担保法概述

第一节 担保法和担保的概念

一、担保法的概念

当银行向公民、法人发放贷款时，总是要考虑如何能保证自己收回贷款，即要考虑如何保障自己的债权；当你与他人签订合同时，也要考虑采取何种措施才能保证合同得到履行。这也就是说，在债权债务关系中，债权人要考虑让债务人采取一定的保证手段，以保障其债权的实现；债务人要应债权人的要求采取必要的措施，以使其不履行债务时，不致给债权人造成损失。而且在许多场合，债务人只有提出相应的保障措施，才会使债权发生。例如，向银行贷款，往往只有提出银行认可的保障手段才能取得借款。《中华人民共和国商业银行法》第36条规定，“商业银行贷款，借款人应当提供担保。商业银行应当对保证人的偿还能力，抵押物、质物的权属和价值以及实现抵押权、质权的可行性进行严格审查。”这都涉及确保债权实现的担保法律制度。这也正是担保法要解决的问题。

什么是担保法呢？简单地说，担保法是指调整担保关系的法律规范的总称。担保法也有实质意义的担保法与形式意义的担保法之分。实质意义的担保法是各部法律中有关调整担保关系的法律规范的总称，而形式意义的担保法仅指以担保法命名的法律，

如《中华人民共和国担保法》。我们研究的担保法一般是指实质意义的担保法。

担保制度是一项重要的民事法律制度，担保法是民法的一个重要组成部分。因此，在各国的民法中都有担保制度，也就是说，各国都有实质意义的担保法。但在各国的立法上，一般没有就担保问题单独立法的，因而也就没有形式意义的担保法。在我国，由于一直没有制定一部完整的民法典，民事立法采取了“零售”的方式，因而不仅在《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）和其他民事单行法中规定了债的担保，而且为了适应社会主义市场经济的需要，单独制定了《中华人民共和国担保法》。所以，在我国，不仅有实质担保法，而且有形式担保法。

我国担保法的渊源主要包括以下几部分：

（一）民法通则和其他民事单行法（如《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）等）

民法通则是民事基本法，对其他民事法律具有统率作用，因此民法通则中有关担保的法律规定（如《民法通则》第89条）既是担保法的基本内容，又是制定其他担保法律规范的基础和依据。合同法等民事法律是我国民法的重要组成部分，其中有关担保的法律规范（如《合同法》第14条、第15条）理所当然地也为担保法的内容。

（二）《中华人民共和国担保法》

《中华人民共和国担保法》是一部专门调整担保关系的民事法律，因而是担保法的最主要渊源。《中华人民共和国担保法》（以下简称《担保法》）于1995年6月30日经第八届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过，并于1995年10月1日起已开始施行。该法共分7章，计96条。第一章为总则；第二章为保证，包括保证和保证人、保证合同和保证方式、保证责任三

节；第三章为抵押，包括抵押和抵押物、抵押合同和抵押物登记、抵押的效力、抵押权的实现、最高额抵押等五节；第四章为质押，包括动产质押和权利质押二节；第五章规定留置；第六章规定定金；第七章是附则。

担保法与民法通则的关系是特别法与普通法的关系。根据特别法优于普通法的原则，在处理有关担保问题时应优先适用担保法。当然，特别法的规定不能违反普通法，特别法的规定是对普通法规定原则的具体化，而不是对普通法规定的修正。

（三）行政法规中有关担保的规范

国务院及有关部委发布的行政法规、规章中有关担保的内容也是担保法的渊源。例如，国家工商行政管理局制定并发布的《企业动产抵押物登记管理办法》就是确认动产抵押合同效力的重要依据。但应当注意，行政法规的效力不能高于法律的效力，行政法规中有关担保的规定不能与担保法的规定相抵触，否则不能有效。

（四）最高人民法院的司法解释

最高人民法院是我国的最高审判机关，有权对法律作出司法解释。最高人民法院为贯彻执行法律而制定的意见，就法律条文所作出的解释，就下级法院关于某一案件的法律适用的请示报告所作的指示、批复等，对各级人民法院都有约束力，因而其中有关担保的规定也是担保法的渊源。

（五）地方性法规中有关担保的规定

地方性法规中有关担保问题的规定，也是担保法的内容。但是，地方性法规只能在本区域内有效，并且不得与法律、行政法规相抵触。

二、担保的概念

担保法是规定担保制度的法律。要明确担保法的范围，先要明确担保的概念。

何谓担保?《辞海》中解释:“法律用语。根据合同或当事人的约定,债务人以财物或信用保证债务履行的一种手段。”《法学辞源》中解释:“原称‘提供担保’。在民事诉讼法中,指以确保债权清偿为目的的保证行为。……在刑事诉讼法中,指提供一定的保证而由司法机关将被关押的刑事被告人释放或将其取保候审、保外就医的行为。”在《牛津法律大辞典》中与担保相应的有二个词:一是 Security,指“加强或增加对某人承担的责任,特别是付款或还债的责任的保证。担保有两种:一种是个人担保即由第三人……所做的保证债务人的付款责任所构成的担保,另一种是物权担保,即是由在债务人所有的财产上所设定的权利而构成的担保。”一是 Warrant,“就其语源而论,特别是在保险法中,指合同上的担保事项,也相应地指合同中规定的重要条款,当事人违反此种条款,便是撤销合同。……”从上述解释可见,担保是一个多义词,在不同的场合有不同的含义。从最广义上说,担保是指对某一事项所作出的承诺保证。从法律上说,担保是指对某一法律义务的履行或责任承担所作出的保证,如对刑事被告人作出的保外就医的担保,对某人担当某一职务的品行和能力所作的人事担保等。在民法上,担保有时是指对某一事项的保证,如对商品质量的担保,但一般是指债的担保。

债的担保是保障债务人履行债务的制度,又包括债的一般担保和债的特别担保。债的一般担保,是债的效力的自然结果,是债的法律效力的表现之一。因为债是一种信用关系,债务人原本就是以自己的信用来保证债务的履行的,债务人须以自己的全部财产来清偿其全部的债务。为保证债务人能以其全部财产清偿其全部债务,法律赋予债权人两项权利,即债权人的代位权和撤销权。因为债权人的代位权和撤销权,如上所述,为债的法律效力的自然延伸,所以,一般称为债的保全。债的特别担保,是指法律为保证特定债权人利益的实现而特别规定的保障措施,它是以

第三人的信用或者以特定财产上设定的权利来保证债权实现的一种手段。一般所称的担保，仅指债的特别担保，而不包括债的一般担保即债的保全。担保法上所称的担保也仅指债的特别担保而言。

据以上说明，我们可以将担保概念定义为：担保，是指以第三人的信用或者在特定财产上设定的权利来确保特定债权人债权实现的法律制度。

从担保的概念可见其包含以下三方面的含义：

第一，担保的目的是保障特定债权人的债权的实现，而不是保障所有债权人债权实现的。这是担保与债的保全的根本区别。债的保全是担保债务人的一切债权人的全部债权的，而不是担保特定债权人的特定债权。

第二，担保的标的可以是第三人的信用，也可以是第三人或者债务人的特定财产，但不能是债务人的信用。以债务人的信用作担保，则属于债的保全的范畴，而不属于担保。

第三，担保是对债的效力的一种加强和补充，是对债务人信用的一种保证措施。所以，在担保关系中，债权人所享有的担保权利是债权人债权的从权利，而债权人的债权为主权利。

第二节 担保制度的意义和原则

一、担保的意义

《担保法》第1条明文规定：“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，制定本法。”这里既明确了担保法立法的目的，也表明了担保制度的意义。担保制度的意义主要体现在以下方面：

（一）担保是确保债权实现的法律手段。

如前所述，债的保全旨在保证债务人能以其全部财产清偿其

全部债务，但不能确保各个债权人债权的实现。因为：第一，债务人出于生产和经营上的需要会不断地设定新的债权债务，与各方面的人发生各种法律关系，债权人不能也不可能禁止债务人在清偿对其所负债务前与他人发生债务关系。因此，债务人的财产总是处于不断的变动之中，债权人不可能控制债务人的财产，也不能预见和保证在其债权应受偿时，债务人会有足够的财产清偿全部债务；第二，同一债务人的所有债权人具有平等的法律地位，不论各债权人的债权发生的先后，均得平等受偿。这样以来，由于债务人的债权人的增加，即使于债权人的债权成立后债务人的财产不减少，也会因债权的增加，各债权人的平等参与分配，而使债权人的债权不能保障全部受偿。所以，为了克服和弥补债的保全的不足，法律规定担保制度。因为担保的设定，或是以第三人的信用作保证，使担保人与债务人一同就某一债务向债权人负清偿责任，从而等于扩大了债务人的责任财产范围，使债权人的债权实现有了更可靠的客观保障；或是以特定财产上设定的权利作保证，使债权人在债务人不履行债务时得直接从担保物的价值中取偿，从而使受担保的债权人不受债权平等受偿的影响，得行使优先权而受偿其债权。所以，不论何种担保都是确保债权实现的有效法律手段。

（二）担保制度是促进资金融通和商品流通的必要的法律措施

市场经济是发达的商品经济。发展社会主义市场经济，必须盘活资金，使商品流通畅行无阻。而融通资金和商品流通的法律形式就是债，就要有可靠的信用。因此如何保障当事人的信用，是发展商品经济的关键问题。担保正是适应商品经济发展的这种需要而产生的民事法律制度。特别是在现代化的大生产中，一方面企业进行生产经营的资金多数要靠借贷，而银行等金融机关也要靠资金的融通取得效益，要尽量减少或避免信贷的风险，所以

出借资金的一方一般都要采取担保贷款，担保几乎成为企业融借资金的必不可少的措施；另一方面，企业作为商品的生产经营者，只有实现其商品的价值才能取得经济效益，各经济主体在进行商品交易中，为了保证其利益的实现，也往往要求提供担保，从而使担保成为交易各方保障其利益，保障资金融通和商品流通安全的重要工具。

担保作为促进资金融通和商品流通的法律措施，不仅对于企业组织生产经营活动有重要意义，而且对于公民解决日常生活的急需也有重要意义。例如，一个公民急需资金，而其定期存款又未到期，为避免因提前取款而失去的利息损失，该公民就可以以其存款作担保向银行申请抵押贷款。又如公民在购住房时，如资金不足，也可以采用担保的方式予以贷款。而如果没有担保，金融机构是不愿冒“有借无还”的风险放贷的。

（三）担保制度是维护社会主义市场经济秩序的有效措施

社会主义市场经济不是混乱无序的“自由”经济，而应是发达的有序的商品经济。经济的井然有序首先表现为债的关系能得到正常的发展，即债务人能按时清偿债务，债权人能及时实现其债权。如果债务人不履行债务也不能承担相应的责任，债权人的利益得不到可靠的保障，也就会失去交易安全，难以维持正常的经济秩序。有了担保制度，如前所述，加强了债务人的信用，债权人的利益可以得到确保，从而可以避免或减少纠纷，增强交易的安全，维护市场经济秩序。

（四）担保制度是充分发挥财产效益，促进经济发展的有效工具

担保制度的这一意义主要体现在物的担保上。物的担保，尤其抵押担保，使当事人一方面可以继续利用其物进行生产经营活动，同时又可以利用其物的价值作信用担保得到所需的资金。例如，企业以其机器设备抵押担保贷款时，既不会失去对机器设备

的利用，又可以得到所述的资金。这样，既能发挥物的使用价值（用于生产），又能发挥物的价值（用于设定担保贷款），从而使财产的效益可以得到最大有效的发挥，促进社会经济的发展。

二、担保活动的原则

《担保法》第3条规定：“担保活动应当遵循平等、自愿、公平、诚实信用的原则。”依此规定，担保的原则有以下几条：

（一）平等原则

平等原则是由担保活动的性质决定的。担保是一种民事法律行为，当事人各方有着平等的法律地位。不论债权人、担保人、被担保人，也不论各当事人的经济性质如何、经济势力强弱，法律地位一律平等。担保各方当事人平等地协商相互间的权利义务，也平等地受法律保护。任何一方都不能享有超越他人的特权，相互之间也不存在服从或管理关系。

（二）自愿原则

自愿原则，是指当事人完全按照自己的意愿依法自主地决定和选择担保事项。当事人是否设定担保，采用何种方式担保，担保多大的债务范围等，完全由其自行确定，任何人不得代替当事人作出决定。在担保活动中，任何人不得强迫他人提供担保，也不得强令他人担保。自愿原则与平等原则是密切相关的，只有当事人的地位平等，当事人才能自愿地协商担保关系；也只有在当事人得以自主自愿地决定担保关系时，才谈得上当事人的地位平等。

（三）公平原则

公平是一种社会道德观念，作为法律的一项原则，它要求当事人要以社会的公平、正义观念指导自己的民事活动。例如，在设定担保时，担保物的价值一般应与所担保的债权额相当，债权人不应当要求担保人提供价值大大超出其债权额的担保物；在当事人发生纠纷时，应当按照公平合理、兼顾各方利益的原则处

理。公平原则与自愿原则是相辅相成的。一般说来，担保只有在当事人自愿设定的情况下，才是公平的；不是当事人自愿确定的担保，难以是公平的。例如，当事人只对自己约定承担担保责任的债务负担担保责任，对未经担保人同意而增加的债务，当事人不负担保责任，这既是自愿原则的要求，也体现了公平原则。

（四）诚实信用原则

诚实信用原则要求当事人在担保活动中要诚实，守信用，而不得采取欺骗手段。例如，当事人恶意串通，骗取第三人的担保；当事人采取欺诈、胁迫等手段，迫使他人违反自己的真实意愿而提供担保；当事人故意以同一物的价值重复担保；当事人明知自己无担保能力而仍为他人担保等等，都是违反诚实信用原则的，是违反担保法的不法行为。

第三节 担保的方式

担保的方式，又称担保的方法，是指担保人用以担保债的手段。

担保方式是随着商品经济关系的发展而不断发展变化的。担保方式的确定，一方面决定于债法的发达程度，另一方面也决定于物权法的发达程度。例如，在古代社会，以物作担保的方式最初主要是质权（占有质），其后主要是设定不动产抵押，而在近代以来，由于商业信用关系的发展和动产登记制度的确立，则出现了动产抵押等新的担保方式。

担保方式，根据不同的标准，可以作各种不同的分类。

一、人的担保与物的担保

这是根据用以担保的标的来分的。人的担保是指以人的信用提供的担保，即以第三人的信用担保债的履行。物的担保是指以特定财产来作为债的履行的担保。