

债权担保的方式和应用

邹海林 常 敏 著

法 律 出 版 社 PUBLISHING HOUSE OF LAW



债权担保的方式和应用

邹海林 常 敏 著

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

债权担保的方式和应用/邹海林,常敏著.-北京:
法律出版社,1998

ISBN 7-5036-2147-8

I. 债… II. ①邹… ②常… III. 债权法—基本知识 IV. D913

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 07144 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/外文印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/14.5 字数/355 千

版本/1998 年 5 月第 1 版 1998 年 5 月第 1 次印刷

印数/0,001-4,000

社址/北京市广安门外六里桥北里甲 1 号八一厂内干休所(100073)

电话/63266794 63266796

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-2147-8/D·1778

定价:24.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

前 言

债权担保制度是市场交易关系的稳定发展不可或缺的制度。我国《担保法》第1条规定：“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。”显然，债权担保对于发展市场经济和促进市场交易具有十分重要的意义。

在民法理论上，债权担保可以分为一般担保和特别担保。一般担保是指债务人以其全部财产担保债务的履行的制度。在这个意义上说，所有的债权从债务人处均获得了一般担保，这是债权的性状所决定的。特别担保是指在一般担保之外，为担保特定债权的受偿而设定的担保制度。因特别担保独立于一般担保，并非债权的性状所能包容的内容。因此，特别担保需要依照法律规定发生或者依照当事人的意思单独设定，并非所有的债权的实现均受特别担保的保障。

一般担保是债务人以其自己的全部财产对债务履行的担保，并非针对特定债权人而成立的担保。不论债权的性质和种类，一般担保有效于债务人的所有的债权人，债务人以其全部财产担保其全部债务的履行，债务人的所有的债权人均以债务人的全部财产作为其债权受偿的责任财产。债权人依靠一般担保实现其债权时，以债务人的主观和客观的清偿能力为基础。当债务人的清偿能力降低或者失去时，债权人直接面临着债权受偿不能或者不能足额受偿的风险。可见，一般担保对债权的实现不能提供充分保障。在

这种担保制度下,为防止债务人的财产减少,法律特别设计有债权人代位权和债权人撤销权两项债权保全制度。债权保全制度一定程度上可以维持债务人的财产不减少,但其不能彻底改变债务人的实际清偿能力。在债务人的清偿能力之外,债权人如何避免其债权不能受偿或者不能足额受偿的危险发生,有借助特别担保的必要。特别担保是对债务人一般担保的附加。本书所称债权担保,仅以特别担保为限,包括保证、抵押、质押、留置、定金、让与担保、所有权保留、保证保险和信用保险等各种担保债权实现的方式或者制度。

债权担保的制度自古罗马法以来,备受各国立法例的重视,并处于不断的发展和完善过程中。保证、抵押、质押、留置等近代民法完整规范的债权担保制度,在现代市场经济条件下,发生了重大变化,例如,最高额抵押、最高额质押、最高额保证、动产抵押、权利抵押等特殊担保方式的运用。此外,在这些传统的担保制度外,因为市场交易的需要而出现了浮动担保、财团抵押、让与担保、所有权保留等新型担保方式。担保的证券化更成为债权担保方式的发展趋势之一。我国民法顺应了债权担保制度的发展趋势,确立了我国债权担保的基本方式。

本书分为八章。各章节所叙述的内容和讨论的问题有浅有深,且不以我国现行《担保法》所规定的制度为限。第一章为债权和债权担保,以债权和债权担保的关系为讨论重点,主要内容有债权的特征和效力、债权担保的意义、债权担保的性质和方式以及我国民法规定的债权担保方式。第二章为保证,主要内容限于保证的意义、特征、保证人、保证合同、保证责任、保证人的权利和保证的消灭等。第三章为抵押,主要内容有抵押和抵押权的意义、特征、抵押权的设定、抵押权的效力和实行、抵押权的消灭、不动产抵押、权利抵押、动产抵押、财团抵押、最高额抵押和所有人抵押等。第四章为质押,主要内容有质押和质权的意义、特征、质权的设定、质权的效

力和实行、动产质权、权利质权、最高额质权和质权的消灭等。第五章为留置,主要内容有留置和留置权的意义、特征、留置权的发生、留置权的效力和实行、留置权的消灭以及船舶留置权等。第六章为定金,主要内容有定金担保的性质和特征、定金担保的成立、定金担保的效力等。第七章为让与担保和所有权保留,主要内容有让与担保的意义、设定、效力、实行和消灭,以及所有权保留的意义、性质、约定和效力等。第八章为保证保险和信用保险,主要内容有保险的功能和形式、保证保险的意义、种类、信用保险的意义、种类等。

本书将保证保险和信用保险作为债权担保的方式,与保证、抵押、质押、留置、定金、让与担保、所有权保留等公认的债权担保方式一并加以讨论,并无任何建立债权担保体系的意图。保险作为分散危险和消化损失的制度,若对债权的实现提供保障,具有债权担保的功用,在这个意义上,本书将保证保险和信用保险作为债权担保的方式予以对待,意图在于提醒人们在现实生活中,可以利用保险手段来化解债权受偿不能的风险,以达到实现债权的目的。

在写作本书时,我们广泛学习、吸收、借鉴他人的研究成果,并对有争议的问题表明了自己的观点。本书的出版若能对解决我国的债权担保的各种方式所存在的理论和实践问题有所裨益,将是我们极大的欣慰。

本书不属于教科书的范畴,但亦非普及性的读物。通过本书,作者不仅仅希望向读者提供债权担保的知识,而且极力寻找和创造机会与读者讨论债权担保的问题。但终因作者水平有限,疏漏和不妥之处在所难免,敬祈读者批评指正。

作 者

1997年10月14日

目 录

前 言	1
第一章 债权与担保	1
第一节 债权与债权担保	1
一、债与债权	1
二、债权的发生和效力	3
三、债权担保的意义	6
第二节 债权担保的性质和方式	9
一、债权担保的性质	9
二、债权担保的分类	11
三、人的担保方式	13
四、物的担保方式	16
第三节 我国民法上的担保方式	23
一、我国民法与担保	23
二、我国民法上的担保方式	25
第二章 保证	32
第一节 保证	32
一、保证的意义	32
二、保证的特征	34
三、保证方式	36
四、数人保证	39

五、最高额保证.....	41
第二节 保证人	44
一、保证人的意义.....	44
二、保证人的范围.....	45
三、禁止为保证人的组织.....	48
第三节 保证合同	51
一、保证合同的成立.....	51
二、保证合同的无效.....	57
第四节 保证责任	62
一、保证责任的概念.....	62
二、保证责任的范围.....	63
三、保证责任的变动.....	70
四、保证责任期间.....	73
五、保证责任的承担.....	74
第五节 保证人的权利	75
一、保证人的权利.....	75
二、保证人的一般抗辩权.....	76
三、保证人的先诉抗辩权.....	80
四、保证人的求偿权.....	86
五、问题:保证人的代位权	92
六、问题:保证责任除去请求权	96
第六节 保证的消灭	98
一、保证的消灭.....	98
二、保证期间届满与保证的消灭	100
三、最高额保证终止与保证的消灭	105
四、放弃物的担保与保证的消灭	106
五、主债务的变更与保证的消灭	108
第三章 抵押.....	111

第一节 抵押和抵押权	111
一、抵押担保的意义	111
二、抵押权的特征	114
第二节 抵押权的设定	120
一、抵押权的取得依据	120
二、抵押行为	121
三、抵押行为的当事人	127
四、抵押担保的债权	129
五、抵押标的物	133
第三节 抵押权的效力	137
一、担保债权的优先受偿	137
二、支配抵押物的交换价值	143
三、抵押权的物上代位性	147
四、限制抵押人处分抵押物的权利	151
五、保全抵押物的交换价值	154
六、抵押权的处分	157
七、抵押权和抵押物的第三取得人	159
八、抵押权和其他担保物权、用益物权	162
第四节 抵押权的实行	169
一、抵押权的实行	169
二、抵押权行使的条件	171
三、抵押权行使的范围和方法	174
第五节 抵押权的消灭	179
一、抵押权的消灭	179
二、抵押权消灭的后果	181
第六节 不动产抵押	181
一、不动产抵押的意义	181
二、不动产抵押权的设定	183

三、不动产抵押权的效力	184
四、不动产抵押权的消灭	186
第七节 权利抵押	187
一、权利抵押的意义	187
二、权利抵押权的设定	188
三、权利抵押权的效力	190
四、权利抵押权的消灭	192
第八节 动产抵押	193
一、动产抵押的意义	193
二、动产抵押权的设定	195
三、动产抵押权的效力	199
第九节 财团抵押	203
一、财团抵押的意义	203
二、浮动担保	206
三、财团抵押权的设定	211
四、财团抵押权的效力	214
第十节 最高额抵押	216
一、最高额抵押的意义	216
二、最高额抵押权的设定	220
三、最高额抵押权的变动	222
四、最高额抵押权的确定	223
五、最高额抵押权的存续期间	225
第十一节 所有人抵押	227
一、所有人抵押的意义	227
二、我国民法上的所有人抵押权	228
三、所有人抵押权的成立	232
四、所有人抵押权的效力	233
第四章 质押	238

第一节 质押和质权	238
一、质押担保的意义	238
二、质权的立法例	241
三、质权的特征	243
第二节 质权的设定	245
一、质押行为	246
二、质押行为的当事人	249
三、质押担保的债权	250
四、质押担保的标的	251
五、问题：质权的善意取得	253
第三节 质权的效力	255
一、担保债权的优先受偿	255
二、质权对质物的支配范围	258
三、质权人的权利和义务	259
四、问题：质权和其他担保物权的关系	268
第四节 动产质权的实行	269
一、动产质权实行的条件	269
二、动产质权实行的方法	272
第五节 权利质权	276
一、权利质权的意义	276
二、权利质权的设定	278
三、权利质权的效力	285
四、权利质权的实行	292
第六节 最高额质权	297
一、最高额质权的意义	297
二、最高额质权的设定	299
三、最高额质权的效力	300
第七节 质权的消灭	302

一、质权的消灭	302
二、质权消灭的后果	306
第五章 留置	307
第一节 留置与留置权	307
一、留置担保的意义	307
二、留置担保的固有内容	309
三、留置权的立法例	310
四、我国民法上的留置权	312
五、留置权的特征	313
六、留置权与动产质权的区别	314
第二节 留置权的发生	316
一、留置权的发生及要件	316
二、债权已届清偿期	317
三、债权人占有债务人的财产	322
四、债权和债权人占有之财产间存在牵连关系	328
五、留置权发生之限制及排除	334
第三节 留置权的效力	336
一、留置权的担保效力	336
二、留置担保的支配力	339
三、留置担保的对抗效力	342
四、留置权对留置权人的约束力	345
第四节 留置权的实行	347
一、留置权的实行	347
二、留置权行使的积极要件	348
三、留置权行使的消极要件	350
四、留置权行使的标的物范围	354
五、留置权行使的方法	355
六、变价留置物取偿的方法	359

第五节 留置权的消灭	361
一、留置权消灭的原因	361
二、留置权消灭的后果	365
第六节 船舶留置权	366
一、船舶留置权	366
二、船舶留置权的效力和消灭	367
第六章 定金	369
第一节 定金与定金担保	369
一、定金和定金担保	369
二、定金担保的特征	372
三、定金的种类	373
四、定金和预付款、押金的区别	377
第二节 定金的成立	379
一、定金合同	379
二、定金担保的生效	383
第三节 定金的效力	385
一、定金的效力	385
二、定金担保的限度	390
三、定金与其他担保共存	392
四、定金与违约责任的竞合	393
五、定金的消灭	397
第七章 让与担保和所有权保留	399
第一节 让与担保	399
一、让与担保的意义	399
二、让与担保的设定	403
三、让与担保的效力	405
四、让与担保的实行	410
五、让与担保的消灭	411

第二节 所有权保留	412
一、所有权保留的意义	412
二、所有权保留的性质	414
三、所有权保留的约定	417
四、所有权保留的效力	418
第八章 保证保险和信用保险	424
第一节 保险与担保	424
一、保险的意义	424
二、保险合同	427
第二节 保证保险	431
一、保证保险的意义	431
二、诚实保证保险合同	433
三、确实保证保险合同	435
四、保证保险与保险人的代位权	437
第三节 信用保险	439
一、信用保险的意义	439
二、出口信用保险合同	440
三、投资保险合同	442
四、国内商业信用保险合同	443
附录：主要参考书目	445

第一章 债权与担保

第一节 债权与债权担保

一、债与债权

1. 债的意义

债是民法上的一个基本概念,是一种民事法律关系,是债权得以发生的基础。债是特定人与特定人之间得请求为特定行为的法律关系。^①《民法通则》第84条规定:“债是按照合同的约定或者依照法律的规定,在当事人之间产生的特定的权利和义务关系。享有权利的人是债权人,负有义务的人是债务人。债权人有权要求债务人按照合同的约定或者依照法律的规定履行义务。”

债作为一种民事法律关系,应当由主体、客体和内容所组成:(1)债的主体。债的主体是指参与债的关系的当事人,包括债权人和债务人。债的主体必须特定化,以此决定债权债务关系为特定当事人之间的法律关系。(2)债的客体。债的客体又称之为债的标的,是指债权债务关系所指向的对象,一般认为包括物、行为、精神成果、权利等。(3)债的内容。债的内容是指在当事人之间存在的权利和义务,即债权和债务。债权和债务互相对应,二者相依存而不得彼此单独存在。

^① 王家福主编:《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年版,第1页。

2. 债权的意义

债权是基于债的关系而发生的、请求特定人为特定行为(作为和不作为)的权利。债权具有以下三项权能:(1)给付请求权。在债的关系成立后,债权人有请求债务人履行给付的权利;在这个意义上,债权又被称之为请求权。(2)给付受领权。债务人履行给付时,债权人有予以接受并保有因履行所取得之利益的权利(没有给付受领权而接受之债务人的给付,构成不当得利)。(3)债权保护请求权。债权人在债务人不履行债务时,有请求公力救济而强制债务人履行给付的权利。

3. 债权的特征

一般认为,债权具有以下特征:

(1)债权为请求权。请求权是指依照权利的内容得请求他人为或者不为一定行为的权利,其特点在于权利人实现其权利时,必须借助他人的行为。债的关系发生在特定的当事人之间,权利人不能直接支配债的客体,也不能支配义务人的行为,只能请求义务人为或不为一行为,以实现债的关系所规范的利益。在这个意义上,债权为一种对人的权利,性质上属于非支配权。

(2)债权为相对权。债的关系存在于特定的当事人之间,债权是特定人请求特定人为或者不为一定行为的权利。债权人对债务人所享有的权利,其效力不得及于债务人以外的第三人,债权人不得向债务人以外的第三人主张债权。但是,债权的相对性,并不表明第三人可以侵害债权,相反,债权具有不可侵犯性。债权作为权利的一种,一般人均负有不为侵害之消极义务;若有第三人不法侵害债权,应当承担侵权责任。^①

(3)债权具有期限性。债权为有期限的权利,期限届满,债权归

^① 史尚宽:《债法总论》,1978年版,第2页。

于消灭。^①当事人约定有期限的,债务人在约定的期限内不履行债务,债权人发生损害赔偿请求权。债权除受其约定期限的限制外,债权的行使还受时效期间的限制,时效制度实际上否认了债权的永久存续。

(4)债权具有平等性。债权相互间不因发生时间的先后、原因不同,而效力有所差异;所有的债权一律平等,债务人的财产不足以清偿所有的债权时,各债权按照比例接受清偿。但是,有财产担保的债权就其担保物,优先于无财产担保的债权接受清偿,是为例外。

二、债权的发生和效力

1. 债权的发生及原因

债权因债的发生而发生。债因为一定之法律事实而发生。能够引起债的发生的法律事实,为债的发生原因;实际上,债的发生原因,亦为债权的发生原因。立法例一般规定,债因为契约、侵权行为、不当得利、无因管理而发生。古罗马法所规定的债的发生原因主要有契约、准契约、私犯和准私犯,准契约又分为不当得利、无因管理、监护和遗赠等。法国民法规定之债的发生原因有契约、侵权行为、准侵权行为和契约以外的行为(包括不当得利、无因管理)。德国民法规定之债的发生原因有契约、不当得利、无因管理和侵权行为。瑞士民法规定的债的发生原因有契约、侵权行为和不当得利。英美法系所认可之债的发生原因主要有契约、侵权行为、违反契约、判决、准契约和契约以外的合意。

2. 我国民法规定之债权发生原因

依照我国民法,债的发生原因主要有:

(1)合同、不当得利和无因管理。《民法通则》第84条规定,债按照合同约定或者依照法律的规定而发生。按照合同约定而发生

^① 王家福主编:《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年版,第8页。