

担保法通论

主 编

赵许明
杜文聪

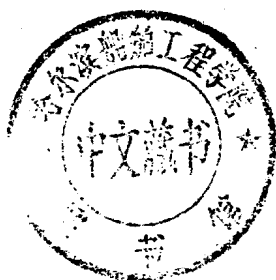
中国检察出版社

D923.3
Z35

398810

担保法通论

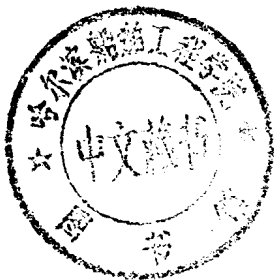
主编 赵许明
杜文聪



中国检察出版社

393378

京新登字 109 号



图书在版编目(CIP)数据

担保法通论/赵许明, 杜文聪著.

北京: 中国检察出版社, 1996. 8

ISBN 7-80086-383-2

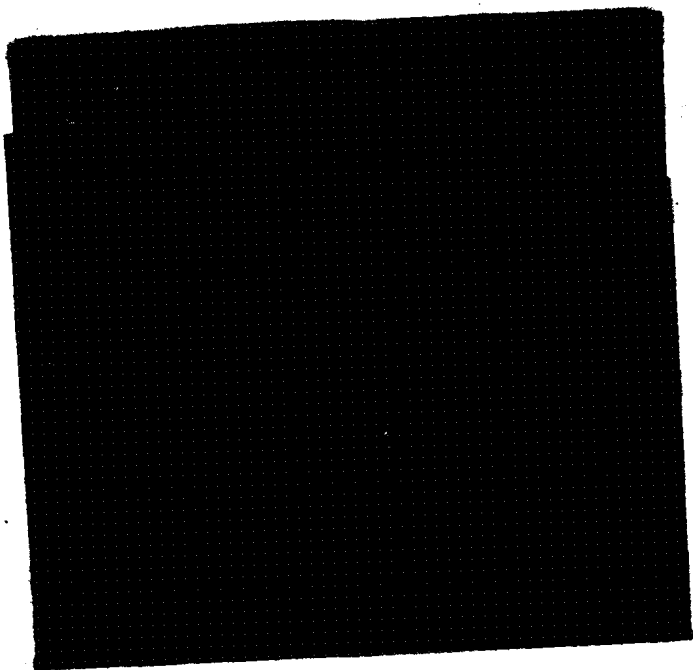
I. 担...

I. ①赵... ②杜...

II. 担保法-概论

N. D913

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (96) 第 13564 号



EA08/21

主 编 赵许明 杜文聪

副主编 李平均 李卫平

李岱宗 李界文

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

赵许明 杜文聪 李界文

李平均 李岱宗 李卫平

刘平生

序

随着我国社会主义市场经济体制的确立和逐步完善，为了适应市场经济发展的客观需要，我国制定并颁布了《中华人民共和国担保法》。它的颁布实施标志着我国在经济立法方面又上了一个新台阶，它将在促进资金融通、商品流通、保护民事主体的合法权益、保护债权的实现以及维护社会主义市场经济秩序等方面起着日益重要的作用。

为了认真学习贯彻执行担保法，我们编写了《担保法通论》一书，对担保法理论作了较为系统地探讨，并为我国广大的民事主体提供一定的法律帮助，为发展我国社会主义市场经济尽些微薄之力。在编写过程中，我们吸收了国内外担保法最新研究成果，对担保理论体系作了一些新的尝试，从理论上提出了一些新的观点和看法，力求做到理论联系实际，观点正确，内容充实，实用性强。但因水平所限，疏漏和不足之处在所难免，恳请广大读者不吝赐教！

撰稿分工如下：赵许明（第一、第八、第十四、第十五章）
杜文聪（第二、第四、第五、第七、第九、第十章） 李平均
（第六、第十三章） 李卫平（第十二、第十六章第二节） 李界文
（第三章） 李岱宗（第十一章） 刘平生（第十六章第一节）

编写此书过程中，参考了国内外一些专家、学者的著作，为我们撰写此书提供了许多有益的帮助，在此对这些专家和学者谨致谢意！

编 者

1996年5月

作者介绍

赵许明，1940年生，1966年毕业于北京政法学院。河南政法管理干部学院副教授，主编和参编的著作有：《中国股份制法律通论》、《实用经济法》、《企业经济法教程》等9部，在省级或省级以上刊物上发表论文20余篇。

杜文聪，1965年生，河南政法管理干部学院讲师。参编《商法概论》一书，在省级刊物上发表论文10余篇。

目 录

第一章 担保法概述	(1)
第一节 担保的概念和特征.....	(1)
第二节 担保法律制度的历史沿革.....	(7)
第三节 担保的性质和特征	(17)
第四节 担保的效力和作用	(23)
第二章 担保法律关系	(32)
第一节 担保法律关系的概念	(32)
第二节 担保法律关系的要素	(33)
第三节 担保法律事实	(39)
第三章 保证概述	(42)
第一节 保证的概念和特征	(42)
第二节 一般保证连带保证	(45)
第三节 单一保证 共同保证	(49)
第四节 有限保证 无限保证	(52)
第五节 一时保证 继续保证	(55)
第四章 保证合同	(57)
第一节 保证合同的概念和特征	(57)
第二节 保证合同的成立	(58)
第三节 保证合同的内容	(62)
第四节 主合同变更对保证合同的影响	(66)
第五节 保证合同的终止	(69)
第五章 保证责任	(72)
第一节 保证责任的概念	(72)
第二节 保证责任的范围和保证期限	(73)

第三节	无效保证的归责及民事责任的承担	(77)
第六章	抵押概述	(84)
第一节	抵押的概念和特征	(84)
第二节	抵押合同	(88)
第三节	抵押登记	(98)
第四节	抵押权的实现	(104)
第七章	房地产抵押	(107)
第一节	房地产抵押	(107)
第二节	按揭抵押	(116)
第三节	土地使用权抵押	(121)
第八章	企业全部资产抵押	(128)
第一节	企业全部资产抵押概述	(128)
第二节	关于我国企业全部资产抵押有关法律 问题的探讨	(133)
第九章	特殊抵押	(144)
第一节	最高额抵押	(144)
第二节	复合抵押和重复抵押	(152)
第十章	质押	(162)
第一节	质押概述	(162)
第二节	动产质押	(166)
第三节	权利质押	(177)
第十一章	留置	(186)
第一节	留置概述	(186)
第二节	留置担保的范围及适用	(194)
第三节	留置权人的权利与义务	(194)
第四节	留置权的实现与消灭	(199)
第十二章	定金	(201)
第一节	定金的概念与性质	(201)
第二节	定金的成立	(205)

第三节	定金罚则及其适用·····	(208)
第十三章	反担保·····	(211)
第一节	反担保概述·····	(211)
第二节	反担保的特征和分类·····	(216)
第三节	关于反担保两个问题的探讨·····	(219)
第十四章	票据担保·····	(223)
第一节	票据保证概述·····	(223)
第二节	票据保证的款式·····	(229)
第三节	票据保证的效力·····	(236)
第十五章	外汇担保·····	(243)
第一节	外汇担保概述·····	(243)
第二节	外汇担保的业务范围和分类·····	(249)
第三节	外汇担保合同·····	(257)
第四节	我国对外汇担保的管理·····	(266)
第十六章	担保纠纷的解决途径·····	(273)
第一节	担保纠纷的仲裁·····	(273)
第二节	担保纠纷的诉讼·····	(281)
附：	《中华人民共和国担保法》·····	(292)

第一章 担保法概述

第一节 担保的概念和特征

一、担保法的概念及我国担保法的立法体例

担保法是调整债的担保关系的法律规范的总称。担保关系是担保当事人根据法律规定或相互间的约定,为确保债权的实现,由债务人或债务人以外的第三人提供特定的财产或以第三人的信用作保证而产生的经济关系。担保当事人包括债权人、债务人和担保人。债权人又称担保权人,担保人既可以是债务人本人,又可以是债务人以外的第三人。当债务人提供财产担保时,债务人既是债务人,又是担保人。

担保法同其他法律一样,有形式上的和实质上的担保法之分。形式上的担保法仅指以担保法命令的担保法典,如《中华人民共和国担保法》。实质上的担保法不仅包括担保法典,还包括其他法律中有关担保的法律规范。在我国它包括其他法律、行政法规、地方法规、最高人民法院关于担保的司法解释以及我国缔结和参加的国际条约中有关担保的规定。

关于担保法的立法体例,世界上大体可分两类:一是采取物保和人保分立主义,将抵押权、留置权、质权等物权担保规定在物权法中,而将保证等信用担保规定在债权法中。大陆法系国家多采取此种体例;二是采用物保和人保统一主义,无论是物权担保,还是信用担保,均统一规定在民法中的债法之中。如《捷克民法典》和前《苏俄民法典》。我国采用物保和人保统一主义,但又不同于其他国家。世界上采用物保和人保统一主义的国家,一

般都将担保法作为民法的内容，统一规定在民法典中，未作单独立法。我国除在《民法通则》和《经济合同法》、《技术合同法》中作出规定外，又将担保单独立法，并且未用法典的形式，这在世界担保立法中独具特色。我国这种立法形式，使担保法在内容和形式方面实现了统一，便于形成统一的担保法理论，有利于对担保法进行系统的研究，也有利于担保法的实施和运用，促进社会主义市场经济的发展，更能适应我国社会主义市场经济体制的需要，同时又符合我国人民多年来的习惯。

二、担保的概念

（一）担保的概念

担保法讲的担保，是指债的特殊担保，它是担保当事人根据法律规定或当事人的约定而采取的以确保债权实现为目的的一种保证法律行为，它既是监督债务人履行债务的一种措施，又是保障债权实现的一项法律制度。这一概念，包含以下几点含义：

1. 担保是产生于平等民事主体之间的一种民事法律行为。

债的担保从属于债，它和债一样，同属于民事法律行为，受民法的规范和调整。因此，债的担保行为的产生必须符合民法的规定，具备民事法律行为的基本要件和特征。在债的担保法律关系中，各方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，任何一方当事人都不享有任何特权。

2. 担保是实现债权的特殊担保措施。 债的担保有一般担保和特殊担保之分。一般担保是债务人以自己的全部财产担保债的履行，这种担保不是针对某一特定债权，而是对所有的债权——不分该债权成立的先后，也不分债的种类——所提供的担保。我国《民法通则》中关于“全民所有制企业法人以国家授予它经营管理的财产承担民事责任。集体所有制企业法人以企业所有的财产承担民事责任。中外合资经营企业法人、中外合作经营企业法人和外资企业法人以企业所有的财产承担民事责任，法律另有规

定的除外”的规定，即为债的一般担保。债的特殊担保是相对一般担保而言，它是针对特定的债权而提供的担保。在债的一般担保中，债务人以其全部财产对其债务承担民事责任，尚不足以确保债权的清偿，因债务人的经营亏损、财产的减少以及债务的增加，都将使某一特定债权的清偿受到威胁。为了确保特定债权的实现，法律直接规定了或担保当事人约定了不同于一般担保的担保方式，即保证、抵押、质押、留置、定金等方式。

3. 担保行为产生的依据是法律规定或当事人的约定。担保行为产生的依据有两种，一是根据法律规定而产生，二是依据当事人依法约定而产生。我国《担保法》规定的五种担保方式中，其中留置由法律直接规定产生，故称为法定担保，其余四种即保证、质押、抵押、定金由当事人依法约定产生，故称为约定担保。法定担保，直接体现了国家的意志，约定担保虽由当事人约定，但其约定不得违背法律，因此约定担保是国家意志和担保当事人意志的结合。

4. 设立担保的目的在于确保债权的实现。这一目的可以从担保当事人设定担保和国家担保立法目的上体现出来。在约定担保情况下，设立担保是债权人为了弥补一般担保的不足，为保全自己的债权而要求采取的特别担保措施，以防止债务人届期不履行债务、不完全履行债务或不适当履行债务给其债权造成的损害。债务人同意提供担保，其直接目的是通过提供担保向债权人表示自己履行债务的诚意，取得债权人的信任，以达到设立和维护债的关系，融通资金或物资。债务人这一目的，是以保证履行债务确保债权实现为前提的，它服从和服务于债权的实现这一目的。从国家担保立法目的上讲，国家通过担保立法，直接规定法定担保，保护合法的约定担保，重要目的之一，是保护合法债权的清偿。因为债权在市场经济中始终占着重要地位。合法债权的及时清偿，是实现市场经济正常运行的一个关键，任何合法债权得不到及时清偿，都会引起一连串的社会副效应，影响社会秩序的稳定。因此，

古今中外，各国法律都极为重视对债权的保护，我国《担保法》开宗明义，在第一条就直接将保护债权的实现作为担保立法的宗旨之一。

5. 担保是一项法律制度。担保首先是一种经济关系，商品经济促进债的发展，担保随债的发生而发生。但社会生活中的经济关系并不都是合法的，并不都当然地受到国家法律的保护。代表统治阶级意志和利益的国家要从全局和整体上对社会经济生活进行干预、调整和规范。国家通过立法的形式，将符合统治阶级意志的债及其担保关系用法律形式固定下来，赋予其合法地位，予以保护，促使其巩固和发展。同时又对不符合统治阶级意志的债及其担保关系规定为非法，限制、禁止其发展。从这个意义上讲，担保是调整债及其担保关系，规范担保行为的一项法律制度。担保法正是通过不断地对社会经济生活中债的担保关系进行调整和规范，保护合法担保，禁止非法担保，监督债务人履行债务，保障债权的实现，使债权人的合法权益得到保护，从而将整个社会中债的担保纳入法制轨道。

（二）债的担保同非债担保的区别

担保作为法律制度，在各国法律中广泛地加以运用，但不同法律中的担保，含义并不完全相同，有时甚至相去甚远。我国现行法律中有不少担保的规定，但这些担保都不是以担保债权实现为目的的，我们在这里将它称为非债担保。我国税法中有纳税担保，当税务机关有根据地认为纳税人有逃避纳税义务的行为，有权责令其限期缴纳税款，在限期内发现纳税人有明显地转移、隐匿其应纳税的商品、货物以及其他财产或者应纳税收入的，税务机关可以责令纳税人提供担保，否则税务机关可以采取税收保全措施，查封、扣押其商品、货物；我国《民事诉讼法》中有诉讼保全担保，规定当事人申请诉讼保全的，人民法院可责令申请人提供担保，申请人不提供担保的，驳回其申请；我国《刑事诉讼法》中有取保候审，规定国家司法机关根据法律和案件的具体情

况，可责令被告人找出保人，经同意后，由保人出具保证书，保证被告人不逃避债务和审判，并一经传唤，随即到案。为了进一步认识担保的含义，我们认为有必要将债的担保和非债担保加以区别：

1. 担保当事人所处的法律地位不同。 债的担保中，当事人法律地位完全平等，不管它们的经济性质、组织形式是否相同，也不管它们单位的大小，都必须在平等自愿的基础上设立债的担保关系，任何一方都不得将自己的意志强加于另一方。上述非债担保中，一方是国家机关，一方是法人、其他社会组织或者公民，国家机关要求当事人提供担保是依法行使职权，是责令对方而不是和对方协商。因此，他们之间的法律地位是不平等的。国家机关永远处于管理、监督的地位，其相对当事人永远处于被管理、被监督的地位。

2. 担保成立的条件不同。 债的担保行为的成立，除少数为法律直接规定外，多数为债权人、债务人、担保人三方合意而成立，是双方或多方的法律行为。非债担保的产生均由法律直接规定为依据，由国家机关依法行使职权而产生，国家机关单方面的命令决定了另一方的作为或不作为，因而是单方的法律行为。

3. 担保的目的不同。 债的担保是以确保债权实现为目的，而非债担保则是以保证国家职权的正常行使的需要为目的。纳税担保是保障国家税收征管权的行使，目的在于保障国家税收收入及时定额入库。民事诉讼保全中的担保和刑事诉讼中的取保候审，是为了保证国家司法权的正确行使，避免因不当行使给国家或公民带来损害。

4. 所体现的法律关系性质不同。 债的担保体现的是债权人和担保人之间的保证法律关系，为民法所调整；纳税担保体现的是国家税务机关同纳税人之间的保证法律关系，为国家财政税收法所调整；民事诉讼中的担保和刑事诉讼中的取保候审，体现的是国家司法机关同保证人之间的保证关系，分别由民事诉讼法和

形事诉讼法所调整。

（三）债的特殊担保同债的一般担保的区别

债的特殊担保和一般担保，都属于民事法律行为，其目的都是为了保证债权的实现。但二者所体现的法律性质并不完全相同。正确区分和认识二者的不同，对于正确贯彻实施担保法，充分发挥债的特殊担保的作用，确保债权的实现，促进社会经济发展，维护社会经济秩序有重要意义。二者的主要区别是：

1. 债权人的范围不同。 债的一般担保中，债务人是用自己的全部财产对所有的债权人进行担保。这些债权人不仅包括现在已经存在的所有债权人，还包括现在尚不存在，但将来出现的新债权人。而债的特殊担保，不是针对其所有的债权人而是针对特定的债权人提供担保。特殊担保，在设立担保时，债权人就已经特定不可能是将来新出现的债权人。

2. 担保的财产范围不同。 债的一般担保中，债务人用以担保的财产，仅限于债务人所有的全部财产，通常法律上将这一财产称为责任财产。债的特殊担保，因其是对特定债权进行担保，特定债权的数额有大小多少之分，故担保财产的范围也不等。在抵押、质押、留置和定金等特殊担保方式中，担保财产在大多数情况下都不表现为债务人的全部财产，即债务人的一部分财产。只有债务人以自己的全部资产抵押时，才表现为债务人的全部财产。同时，一般担保中，用来担保的财产在任何情况下，都只能是债务人的财产，而不可能是债务人以外的他人财产。而债的特殊担保中，担保财产不仅可以是债务人自己的财产，当保证人是债务人以外的第三人时，担保财产还包括第三人的财产，从而扩大了担保财产的范围，给债权人债权的实现提供了更为广阔坚实的基础。

3. 担保权的内容不同。 在债的一般担保中，债务人不是对特定的债权而是对所有债权进行一视同仁的担保，在债务人的财产数额大于债权总额的情况下，每一个债权人都以自己的债权份额要求债务人清偿。在债务人的财产数额小于债权总额的情况下，

每一个债权人只能以自己拥有的债权占总债权的比例要求债务人清偿,任何一项债权都不享有优先权。而在债的特殊担保中,债务人是特定的债权提供担保,其中设抵押权的,债务履行期届满债务人不履行债务的,抵押权人有权依法将抵押物折价,或者就拍卖、变卖抵押物的价款优先于其他债权人受偿。只是在抵押财产不足以清偿其债权时,抵押权人才就未清偿的债权数额和其他一般债权人平等受偿。同理,质权人、留置权人也是如此。这就是说,特殊担保中的债权人享有一般债权人不能享有的优先受偿权。

4. 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。在债的特殊中,如果担保是由债务人以外的第三人提供的,债权债务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。

第二节 担保法律制度的历史沿革

担保作为债的伴生物、它是随债的产生而产生、发展而发展的。债是商品交换的产物。没有商品交换,便没有债和债的担保。商品经济越发达,债和担保制度亦越发达。债及其担保是一种经济活动,但这种经济活动被国家用法律形式确认和固定下来以后,就出现了债和债的担保的法律制度。原始社会没有商品交换,没有国家,因此也没有债和债的担保的法律制度。从有商品交换开始,人类社会经历了奴隶制社会、封建社会、资本主义社会和社会主义四种不同社会经济形态,与之相适应,债及其担保的法律制度,也经历古代、近代和现代几个发展阶段。古代是指奴隶制和封建制社会的担保法律制度。近代是指封建社会灭亡之后资本主义进入垄断以前的担保法律制度,现代是指 19 世纪末 20 世纪初资本主义进入垄断以后至当今社会的债的担保制度。

一、古代债的担保法律制度

(一) 奴隶制社会债的担保制度

这一社会历史时期，从世界范围来说，从公元前 4000 年起至公元 5 世纪西罗马帝国灭亡为止。从中国来说，则是从夏朝开始至公元前 476 年秦始皇统一中国为止。根据经济发达程度，奴隶制社会可分为早期和晚期两个阶段。早期的奴隶制社会是指古代雅典和古罗马帝国以前的奴隶社会，以当时西亚地区的幼发拉底河和底格里斯河流域的奴隶制国家为代表。当时的两河流域气候温和，土地肥沃、农业比较发达，有适合人类生存的环境，是世界上最早形成国家和法的地区之一。公元前 2731 年，乌尔邦第三王朝的创始者乌尔纳姆编纂了《乌尔纳姆法典》，这是迄今为止人们所知道的最早的成文法典。乌尔邦第三王朝灭亡后，两河流域形成了一些相互独立的小国，各国也相继制定了成文法典。如《苏美尔法典》、《李必特、伊丝达法典》、《埃什嫩那国王俾拉拉马法典》。公元前 19 世纪，中亚述国王制定了《中亚述法典》。公元前 18 世纪，古巴比伦第六代国王汉穆拉比制定了举世闻名的《汉穆拉比法典》。这是保存最完整最具代表性的一部成文法典。公元前 1595 年赫梯王国编纂了《赫梯法典》。这些早期的奴隶制法典中，涉及的社会关系非常广泛，刑罚、财产、婚姻、继承均有规定。关于债的内容有动产和不动产买卖，奴隶买卖、租赁、借贷，其中有不少关于债的担保的内容，说明当时的担保法律制度已十分流行。这一时期担保法律制度有以下特点：

1. 所担保的债主要是侵权行为之债。为商品交换而设置的担保相对较少。这是因为奴隶制社会早期，因商品经济所发生的债，无论从规模和数量上都不占债的主导地位。当时奴隶制国家的统治者首先关注的不是财产的流转，而是其生存的安全和财产的占有。如公元前 15 世纪的《赫梯法典》第一表共 100 条，仅涉及用自己的房屋担保的就有 38 条之多，足见其担保制度的发达。