

民法通则知识丛书

担 保

王小能 编著



法律出版社

担 保

王小能 编著

法 律 出 版 社

担 保

王小能 编著

法律出版社出版 新华书店发行

法律出版社印刷厂印刷

787×1092毫米 32开本 1.25印张 25,000字

1987年2月第一版 1987年2月第一次印刷

印数00,001—20,000

书号6004·1015 定价0.25元

出版说明

民法是国家的基本法律之一。它对于保障公民和法人在民事活动中的合法权益，适应经济体制改革，对外开放、对内搞活经济的需要，加强运用法律手段管理经济，保障社会主义现代化建设事业的顺利进行，具有重要意义。

《中华人民共和国民法通则》业已颁布，将于一九八七年一月一日起施行。为了做好民法通则知识的宣传普及工作，我社于一九八六年五月，约请在京的民法学界的专家、学者及司法机关民事、经济审判部门的部分负责同志召开了民法通则组稿座谈会。在这个座谈会上确定编辑、出版《民法通则知识丛书》，共二十九个选题。大家认为，这些题目对于学好用好民法通则至关重要。为此，专家学者和实际部门的负责同志义不容辞地承担了本丛书二十九个选题的组稿、撰稿和审稿工作。

参加本丛书组稿和各册审稿工作的有：中国社会科学院法学研究所孙亚明教授、王家福研究员、谢怀拭研究员、陈汉章副研究员，中国人民大学法律系佟柔教授、郭寿康教授、郑立教授、赵中孚副教授，北京大学法律系王作堂副教授、魏振瀛副教授、李志敏副教授，中国人民公安大学柴发邦教授、刘歧山同志，中国政法大学江平副教授、张佩霖副教授，最高人民法院民庭庭长唐德华、经济审判庭副庭长费

GD134

宗祯等同志。

本书由李志敏副教授审稿。

值此本丛书出版之际，向全体参加本丛书组稿、撰稿和审稿工作的同志表示深深的谢意。希望本丛书的出版发行对全国人民学习和掌握民法通则有所裨益。

一九八六年九月

目 录

一、概 述	(1)
二、保 证	(6)
(一) 保证的概念	(6)
(二) 保证的性质	(7)
(三) 保证的效力	(10)
(四) 保证的消灭	(17)
三、抵押权	(19)
(一) 抵押权的概念	(19)
(二) 抵押权的性质	(21)
(三) 抵押权的客体	(23)
(四) 抵押权的效力	(24)
(五) 抵押权的消灭	(24)
四、定 金	(26)
(一) 定金的概念和性质	(26)
(二) 定金的成立	(28)
(三) 定金的效力	(29)
五、留置权	(31)
(一) 留置权的概念	(31)
(二) 留置权的性质	(31)
(三) 留置权的行使	(32)
(四) 留置权的效力	(33)
(五) 留置权的消灭	(34)

一、概 述

民法上的担保，是指债的担保，或者说担保债的履行，即按照法律规定或当事人的约定，债的双方当事人采取的担保债务履行的一种方式。这是民法上的一项法律制度，其意义就是督促债务人履行债务、保障债权的实现。《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）第89条对债的担保作了具体规定。

一般说来，凡是债权人都有权就他的债务人的财产取得一般性的担保。所谓一般性担保，就是债务人以他的全部财产对债权人负无限责任。如果债务人到期不履行债务，债权人便可以就债务人的财产取得清偿。但是债务人有没有偿还能力呢？在设立债的关系时债务人的全部财产是否足够偿还呢？即使有能力偿还，但如果在债务到期时，由于他化钱无度或由于他的财产意外灭失，或由于遭遇不幸而开支过大，或由于经营亏损，结果使他不能如期偿债，这些问题，债权人是不能不关心的。如果同一个债务人同时有数个债权人，债权人之间的关系是平等的，谁也没有优先受清偿的权利，如何才能使自己的债权尽先得到偿付？这也是谨慎的债权人所关心的问题。为了保护债权人，使他能顺利地行使自己的权利，债务人就要对债权人提供较为可靠的保证，这就是“担保”。

担保的设立，有的是由法律直接规定的，有的是由当事人约定的。例如1979年8月国务院批转的国家计委、国家建委、财政部制定的《基本建设贷款试行条例》第6条规定：

“经主管部门担保，建设银行可酌情给予贷款。”这种担保，就是由法律直接规定的；当事人约定的担保就是指双方当事人之间签订的担保合同。

担保一经设立，便形成一种法律关系——担保法律关系。

“担保法律关系的设立，即在当事人之间产生了一定的权利、义务关系。借助于这种关系，可以督促债务人履行债务，或在债务人不能履行时使债权人的权利得到一定的保障。这种关系就是担保之债。”^①例如甲、乙二厂签订了一项货物买卖合同，买方甲为了保护自己的权益，便与卖方乙的主管机关签订保证合同。合同约定，如果乙到期不交货，其主管机关就应该承担责任。由此可以看出，担保之债是为了担保主债而设立的，因此具有从属性。担保之债与主债的关系，是主债与从债的关系，适用主债与从债的一般规则：担保之债以主债的存在为条件，它本身不能独立存在，没有主债，担保之债便无从谈起；担保之债依主债的移转而移转，如果主债的请求权由原债权人转移给第三人时，担保之债的请求权一般也随之移转。比如上例中甲的债权即收受货物的权利如果转移给了丙，丙便成了担保之债中的债权人，乙厂的主管机关就应该对丙承担保证责任。主债变更或消灭时，担保之债也随之发生变更或消灭。

根据《民法通则》第89条的规定，在我国促使债务人履

^① 《中国大百科全书·法学》，第723页。中国大百科全书出版社，1984年版。

行债务的担保形式有三大类：即人的担保、实物担保以及金钱担保。所谓人的担保就是指“保证”、所谓实物担保就是指“抵押”和“留置”、所谓金钱担保就是指“定金”。

债的担保形式有一个历史发展过程。就我国古代论，有人质和物质的区别，人质主要是将奴隶、奴婢出质于债权人，作为清偿债务的担保；物质或者是以动产出质，或者是以不动产出质，作为清偿债务的担保。“质”与“抵押”通常是混用的，但“抵押”常指不动产（如房屋、土地）的出质，“质”有时仅指动产的出质。除了质和抵押外，我国古代还有人的担保，如《宋刑统》引《杂全》有这样的规定：“如负债者逃，保人代偿”。在古代社会，债的担保往往成为财物、奴仆的占有人或高利贷者剥削、奴役广大人民的法律手段。

在古代，债所关系着的商品货币关系不发达，所以担保这种法律形式也处于相对不发达的状态。而且债权人可以通过法律程序对债务人进行人身强制，这也限制了担保之债的适用范围。到了资本主义社会，情况就不同了，几乎一切关系都可以归结为商品货币关系，借贷机构和借贷活动都得到了很大发展，如专门设立抵押银行、担保公司等等。加上人们在形式上享有平等的权利，基本上不再适用人身强制方法来迫使债务人履行债务，所以债的担保也随着商品经济的发展，以空前的规模和方式发展起来了。差不多所有的资本主义国家，都在民法典和单行法规中规定了担保之债，例如《法国民法典》为“保证”、“质押”、“抵押权”各设有专章规定，《德国民法典》在债务关系法中规定了“定金”和“保证”，在物权法中规定了“抵押”和“出质”。担保之债是资本主义民事法律关系的一个重要组成部分。资本主

义的担保之债和它的其他民法制度一样，都是为资产阶级服务的。恩格斯说过：“资产阶级通过雇佣劳动制来统治无产阶级，通过抵押来统治农民，通过竞争来统治小资产阶级。”^①

社会发展到了社会主义阶段，仍然存在着商品货币关系，担保之债仍然有其存在的客观必要性，但它的性质和目的与以前迥然不同了。

在我国，担保制度有效地维护着社会主义的经济秩序，其意义表现在以下几个方面：首先，社会主义组织之间债的担保，有利于加强合同纪律和计划纪律，有利于对内搞活经济；其次，公民之间债的担保，有利于维护公民的合法权益，促进公民间的团结互助；第三，在对外贸易中债的担保，有利于保证交易安全，促进对外贸易事业的蓬勃发展。基于这些意义，担保这一法律制度在我国民法中的地位是不容忽视的。

应该指出，广义上的民事担保方法，除了保证、抵押权、定金、留置权外，还包括违约金在内。自罗马法以来，违约金一直被认为是债的一种担保形式，《民法通则》将违约金规定在“违反合同的民事责任”中，我们不能因此就否认违约金的担保债务履行的作用。广义上的担保还包括瑕疵担保，即对出卖、出租、承揽建筑、制作物品等质量的担保。如出卖人出售的物在效用上有缺陷，或者在权利上有争议，都属于“瑕疵”，出卖人应向买受人担保没有这些瑕疵。买受人在一定的保用期内发现瑕疵，有权请求采取一定的补救措施。东

① 《马克思恩格斯全集》第7卷，人民出版社1959年版，第136页。

欧有些国家对瑕疵担保在民法中有明确规定。^①

这里还应该说明，有的国家将抵押权、质权、留置权规定在物权法中，这也不妨碍它们起担保债务履行的作用，也就是说，一方面，它们是担保物权，^② 一方面又是债的担保方法。民法编纂上如何安排，那只是考虑问题的角度不同。我们在分析抵押权、留置权时，经常也要从物权^③的角度去理解。

《民法通则》中，把担保之债规定在《债权》一节，紧接在合同制度之后，这是因为担保之债主要是根据合同之债产生的，它本身也是一种合同关系或合同的一个组成部分，所以，债的担保也可以称为合同的担保。

① 参见法律出版社出版的《德意志民主共和国民法典》一书。该法典第148条规定：“（一）出卖人应对售出的物品提供保证。所谓保证是指售出的物品应符合政府规定的质量、安全和防护规范，具有制造人所保证的或使用目的所需要的耐用性和良好状态，且在正常使用的情况下，能在整个保用期间保持这种性质。”

② 所谓担保物权，根据《中国大百科全书·法学》解释，是指“为了担保债的履行而设定的物权，包括抵押权、质权和留置权等。”

③ 所谓物权，根据《中国大百科全书·法学》的解释，是指“对物的直接管理和支配，并排除他人干涉的民事权利。”“物权也被称为对世权或绝对权，而债权则被称为对人权或相对权。”

二、保 证

《民法通则》第89条规定：“保证人向债权人保证债务人履行债务，债务人不履行债务的，按照约定由保证人履行或者承担连带责任；保证人履行债务后，有权向债务人追偿。”

（一）保证的概念

保证是债的担保的一种合同形式。按照保证合同，保证人向主合同的债权人作出保证，并在主债务人不履行债务时代为履行或承担连带责任。

保证可分为法定保证和约定保证两种。法定保证是法律规定的保证，约定保证是当事人自愿协商的保证。二者的主要区别在于，前者的保证人是法定的，并且作出这种保证是直接基于法律规定；后者的保证人是自愿的，基于当事人的约定。但这两种保证，在保证人与主合同的双方当事人的法律关系上没有多大差别。

保证是从属于主债的一种从债，保证合同的订立以主合同的存在为前提。依保证合同，保证人对主债的债权人，负责担保债务人履行全部或一部债务的义务，在债务人不适当履行或无力履行被担保的债务时，债权人有向保证人请求履行或赔偿损失的权利。保证合同是以主合同当事人以外的第

三人为保证人，主合同的债权人也是保证合同的债权人，保证人在保证合同中处于债务人的地位。

关于订约的原因和目的，主合同与保证合同不一样。任何保证合同，其订约原因都是为了担保主债务的履行；而每个主合同却有各自的订约原因和目的。如果主债务是根据当事人的协议而产生，主合同与保证合同不管是先后设立还是同时设立，都可以合并为一项协议。

在保证合同中，通常以主债务人不履行债务为保证人履行的条件，订立保证合同只以主债务的全部或其一部为限。由于保证合同与主债务合同为两个独立的合同，所以它们的成立要件也不相同。

保证人对被保证人（即主合同的债务人）的债务愿意承担保证责任的进行意思表示，是保证合同成立的重要步骤。保证人对于被保证人的债务必须表示愿意担负责任；如果缺乏这种意思表示，即使有表示债务人有支付能力的声明，也都不认为是保证。为明确无误，保证合同应以书面形式订立。

通过保证，不仅可以提高被保证人的信誉和偿还能力，而且保证人本身就是债权受偿的保障。如《经济合同法》第15条规定：“经济合同当事人一方要求保证的，可由保证单位担保。保证单位是保证当事人一方履行合同的关系人。被保证的当事人不履行合同的时候，由保证单位连带承担赔偿责任的责任。”

（二）保证的性质

1. 保证是一种合同。就合同的种类和性质来讲，保

证合同具有以下几个特点：

(1) 保证是诺成性合同。保证合同只须保证人与债权人之间，就保证实现债权人的债权达成一致的协议，合同便可成立。

(2) 保证是单务及无偿合同。保证，从本质上讲，是在债务人不履行或不适当履行债务时，由保证人代替主债务人履行债务，而债权人通常并不因为保证人负此责任而给付什么代价。所以，保证合同是一种单务的、无偿的合同。但是也有例外情况，有些债权人在订立保证合同时，约定对债务人提供某些好处，或对保证人给付一定的代价，如债权人可以减低贷款利息或者减免债权的一部分或者推迟履行期，以至债权人对保证人给一定的报酬等。这时，如果当事人的意思并不是将债权人的这些义务视为对保证人所负义务的对等给付的话，保证合同仍为单务、无偿合同。

2. 保证合同以成立保证债务为标的。保证合同的内容是：保证人在主债务人不履行债务时，代负履行责任。

(1) 保证的目的在于担保主债务的履行。保证合同的目的，是在主债务外，独立创设一个保证债务，以担保主债务的履行。由于这一目的，在主债务履行后，保证自身当然归于消灭。至于保证所担保的主债务的种类，法律没有限制。一般来讲，除了不能代替履行的债务以外，都可以成立保证，而不以金钱债务为限。不能代替履行的债务虽不能设立保证，但由这个债务所发生的损害赔偿请求权，也可以成为保证合同担保的对象。比如，某甲与某乙签订合同，承诺为某乙画一幅像，像画好以后，某乙应支付一定的金钱作为代价。这时，某乙的保证人某丙可以向某甲保证，如果像画

好以后某乙不支付约定的金额，某丙愿代为履行；但某甲的保证人某丁则不能向某乙保证，如果某甲不画这幅像，某丁代替某甲来画。某丁只能保证在某甲不履行合同时，他可以代某甲承担赔偿责任的责任。（这里说明一点：债务的保证与债务的承担不同，保证是双方当事人明确约定，主债务人不履行债务时，由保证人代替负担履行债务的义务；承担是指主债务人摆脱原债务关系，直接由承担人负担清偿的义务。）关于保证合同所担保的主债务的数额，并不一定在设定保证时就已经十分确定。但设定保证时，必须就主债务约定一定的保证履行的期限和范围，也就是说保证人是担保全部债务还是一部分债务；是在一定的期间内担保还是永久性的担保。

（2）保证的方法是负担代替履行主债务的责任。保证的责任就是代替履行主债务，我国的审判实践中早就有这样的批示。最高人民法院1957年6月25日法研字第12837号《关于担保人是否应代债务人偿还欠款问题的批复》指出：“债务人到期不还欠款，担保人应依照原来约定履行法律义务，也就是代债务人清偿欠款。”如果原来的约定只是保证人保证债务人不逃避，那么只有在债务人逃避时，保证人才负连带偿还责任。这也是我国行之已久的方法，最高人民法院、司法部1951年4月14日司通字第14号《关于保护国家银行债权的通报》指出：“依契约只保证债务人不逃避者，不负还债责任。如债务人逃避时，保证人应连带负偿还责任。”

保证债务与主债务须为同一标的，就是说，如果主债务合同的标的是1,000斤大米，保证合同的标的就不能是1,000元钱，否则，保证合同就无法成立。既然保证人是代替主债

务人履行债务，所以就应该是主债务人给付什么，保证人就必须给付什么。

3. 保证合同具有从属性和补充性。法律明文规定在主债务人不履行债务时，保证人才代为履行，这就决定了保证合同具有从属性和补充性。保证债务的存在以及其性质和范围，都必须以主债务为准，如果主债务不存在，担保债务则不可能发生；反过来讲，如果已经发生此种保证债务，主债务并不因此而消灭，或使其范围有所缩减。由于保证债务对于主债务有这样的从属性，当主债务的范围变更或者消灭时，保证债务当然也随之发生同样的变更或消灭效果。总之，保证债务的存在，以主债务的存在为前提，如果主债务人所负的债务并不存在，则保证债务也没有存在的理由；如果主债务是由于不法原因而产生，比如赌博债，实际上具有不得请求偿还的性质，债权人当然不得向保证人请求履行。保证合同的补充性主要体现在保证人是补充主债务人履行，主债务应以主债务人的履行为主。保证责任一般在主债务人到期不履行时始能发生。因此，在此之前，如债权人请求保证人代替履行主债务时，保证人可以拒绝履行。

(三) 保证的效力

1. 保证人与债权人之间的效力。保证合同，本来就是保证人与债权人之间的合同，它的法律效力当然在当事人之间发生。

(1) 保证债务的范围

A. 如果保证合同没有具体规定保证的范围，保证债务

应包括主债务和利息、违约金、损害赔偿及其他从属于主债务的负担。在当事人意思不明的场合，一般有两种做法：一是限制保证债务的从属性，即除固有的主债务外，如主债务有扩张和变更的情况发生，保证债务只以由主债务所生的从属债务为担保对象；一是扩充保证债务的从属性，即只要是属于主债务的债务，不管它是由主债务所生还是别的债务，都可以为担保的担保对象。在我国，被保证的债务范围应包括：1）主债务的全部。例如某工厂与某批发部签订一项购销20万双皮鞋价值400万元的合同，批发部的主管机关与皮鞋厂签订保证合同，约定如果批发部到期不履行债务，主管机关代替他承担支付400万元价款的责任。如果该主管机关与皮鞋厂没有约定保证债务具体是多少，一般原则是保证方承担全部债务，即400万元。2）利息。凡由主债务所生的利息，不管是法定的还是约定的，都应给以保证。法定利息如迟延利息，本来就是由主债务所生的附随债务，属于保证责任的法定范围，不管保证合同中对此有无约定，基于其对主债务的从属性，当然应给以保证；但约定利息的情况有些不同，它虽然也是从债务，但它是当事人另外约定的，如果不是与保证合同同时约定，约定利息一般不应列入保证责任的范围。3）违约金。必须是就主债务所应付的违约金，才应给以保证。违约金债务，虽然也是以债务，但它是由独立于主债务合同之外的违约金合同而生，因此，保证所担保的违约金，应该以与主债务合同同时约定的违约金为限。4）损害赔偿。也必须是就主债务而生，才应给以保证。不管它是因为债务给付不能，还是给付迟延或是给付不完全；也不管债务人有没有故意或过失，只要是应该由债务人负责的，保