

担保法

理论与适用实务全书

Theory
and
Application
of
Security Law

史国政◎主编



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



担保法

理论与适用实务全书

Theory
and
Application
of
Security Law



主编：史国政

撰稿人：史国政 何红艺 王乐雷 刘伯安

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

担保法理论与适用实务全书 / 史国政著. —北京: 中国法制出版社,
2018.10

ISBN 978-7-5093-9674-2

I . ①担… II . ①史… III . ①担保法—法律适用—中国
IV . ① D923.25

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 184355 号

责任编辑: 马金凤 (editormjf@163.com)

封面设计: 李宁

担保法理论与适用实务全书

DANBAOFA LILUN YU SHIYONG SHIWU QUANSHU

著者 / 史国政

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 710 毫米 × 1000 毫米 16 开

版次 / 2018 年 10 月第 1 版

印张 / 32.75 字数 / 536 千

2018 年 10 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-9674-2

定价: 119.0 元

值班电话: 010-66026508

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 010-66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 010-66070046

市场营销部电话: 010-66033393

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社印务部联系调换。电话: 010-66032926)

目录



Contents

第一章 担保的一般原理

第一节 担保概述 / 002

- 一、担保的概念及历史沿革、立法状况 / 002
- 二、担保的特征 / 005
- 三、担保的类型 / 008
- 四、反担保 / 010
- 五、担保法的基本原则 / 013
- 六、中国有关担保的法律渊源及框架体系 / 019
- 七、中国担保制度的健全和完善 / 020

第二节 担保的设立及有关担保的法律责任 / 022

- 一、担保设立的前提 / 022
- 二、担保设立的方式及担保合同内容 / 022
- 三、中国担保法规定的法律责任类别 / 024
- 四、有效担保合同、无效担保合同的责任及承担 / 027
- 五、以表见行为签订的担保合同的效力及法律责任 / 031

第三节 担保的效力 / 034

- 一、担保效力的概念与内容 / 034

二、主债权债务合同变更对担保效力的影响 / 035

三、担保竞存的效力 / 038

第二章 保证

第一节 保证概述 / 042

一、保证的含义 / 042

二、保证的特征 / 043

三、保证的类型 / 045

第二节 保证合同 / 049

一、保证合同的概念与特征 / 049

二、保证合同的当事人 / 049

三、保证合同的内容 / 053

四、保证合同的形式 / 054

第三节 保证责任 / 056

一、保证责任的方式 / 056

二、保证责任的范围 / 057

三、主合同变更对保证责任的影响 / 059

四、保证责任的免除和消灭 / 060

第四节 保证期间 / 061

一、保证期间的概念与性质 / 061

二、保证期间的确定 / 065

三、保证期间的意义与价值 / 067

四、保证合同的诉讼时效 / 069

第五节 保证效力 / 072

一、保证对保证人与债权人之间的效力 / 072

二、保证对保证人与债务人之间的效力 / 078

第六节 特殊保证 / 084

一、共同保证 / 084

二、最高额保证 / 088

第七节 无效保证合同及其法律责任 / 091

一、保证无效的几种情形 / 091

第三章 担保物权

第一节 担保物权概述 / 096

一、担保物权的概念 / 096

二、担保物权的特征 / 096

三、担保物权的取得的基础原因和担保的债权的范围 / 100

四、物的担保、人的担保、混合共同担保 / 103

五、流质契约的禁止 / 107

六、担保物权消灭与担保物权诉讼时效 / 109

第四章 抵押权

第一节 抵押权概述 / 114

一、抵押权的概念和特征 / 114

第二节 抵押权的设定 / 116

一、抵押权设定方式 / 116

二、抵押当事人 / 117

三、抵押物 / 117

四、抵押权设定后所及标的物的范围 / 118

第三节 抵押登记 / 136

一、抵押登记的含义 / 136

二、抵押权登记的法理依据 / 136

三、抵押登记的作用 / 138

四、抵押登记机关 / 139

五、抵押登记的效力 / 141

第四节 抵押关系当事人的权利 / 149

一、抵押权人的权利 / 149

二、抵押人的权利 / 154

第五节 无效抵押及其法律责任 / 167

一、无效抵押 / 167

二、论抵押权设立不能与无效抵押合同的责任承担 / 170

第六节 未办理抵押登记的抵押合同、抵押权的效力及责任 / 173

一、未办理抵押登记的不动产抵押合同效力及责任 / 174

二、“地随房走、房随地走”未登记抵押权的效力、责任及其性质 / 182

第七节 抵押权的实现条件、方式及实现程序 / 192

一、抵押权的实现条件 / 192

二、抵押权的实现方法 / 193

三、抵押权的实现程序 / 196

四、抵押权的顺位 / 222

第八节 法定抵押权 / 229

一、法定抵押权 / 229

第九节 抵押种类分述 / 265

一、建筑物和其他土地附着物抵押 / 265

二、土地抵押 / 280

三、海域使用权抵押 / 295

四、土地承包经营权抵押 / 302

五、采矿权抵押 / 312

六、在建工程抵押 / 320

七、预售商品房抵押 / 341

八、动产抵押 / 357

九、浮动抵押 / 384

十、共同抵押权 / 397

十一、最高额抵押 / 398

第五章 质权**第一节 质权概述 / 410**

一、质权的概念 / 410

二、质权的特征 / 411

第二节 动产质押 / 417

一、动产质权的含义和标的物 / 417

二、动产质权的设立 / 421

三、动产质权的取得 / 426

四、出质人的权利和义务 / 431

五、质权人的权利和义务 / 441

六、动产质权的实现 / 447

七、动产质权的消灭 / 453

八、最高额质权 / 456

第三节 权利质权 / 457

一、权利质权的概念 / 457

二、权利质权的标的 / 457

三、权利质押的登记及权利质押应注意的事项 / 460

四、权利质权的设定 / 462

五、应收账款质押 / 464

第六章 留置权**第一节 留置权的概念和特征 / 480**

一、是一种担保物权 / 480

二、是以动产为标的物的担保物权，以占有为标志 / 480

三、是法定担保物权 / 480

四、可以两次发生效力 / 481

五、不具有追及效力 / 481

第二节 留置权的成立条件 / 481

一、债权人必须合法占有债务人的动产 / 481

二、债权人占有的债务人的动产与债权属于同一法律关系 / 482

三、债权须已届满清偿期而债务人未按规定的期限履行义务 / 482

第三节 留置权人的权利和义务 / 484

一、留置权人的权利 / 484

二、留置权人的义务 / 485

第四节 债务人的权利和义务 / 486

一、债务人的权利 / 486

二、债务人的义务 / 486

第五节 留置权与质权、抵押权的冲突 / 486

一、抵押权与留置权 / 486

二、质权与留置权 / 490

三、抵押权与质权（即动产同时存在抵押权和质权） / 491

第六节 留置权的实现及诉讼时效 / 491

第七章 定金

第一节 定金概述 / 494

一、定金的概念与特征 / 494

二、定金的种类与性质 / 495

三、定金与相关制度的区别 / 497

第二节 定金合同 / 499

一、定金合同的形式 / 499

二、定金合同的内容 / 499

三、定金罚则的适用条件及合同履行后定金的处理 / 502

第三节 定金的效力 / 502

一、定金的证约效力 / 502

二、定金的预先给付效力 / 503

三、定金的担保效力 / 503

参考文献 / 509

担保法 第一章

第一章

担保的一般原理

第一节 担保概述

一、担保的概念及历史沿革、立法状况

担保在现代汉语中的含义是指对某一事项所做的承诺或保证。在法律意义上则是指为保障债权人的债权得以实现,根据法律规定或当事人的约定,以第三人的一般财产(包括信誉)或以债务人或第三人的特定财产保障债务履行、债权清偿的法律制度或法律手段。在人类文明进化的过程中,生产力是社会发展的基本动力。因此,整个人类社会的发展史,在很大程度上是社会生产力水平和社会经济水平的发展史。当社会生产力水平发展到一定阶段,由于商品交换的逐步频繁、社会经济的相对繁荣,人们自然产生了保障交易安全的制度需求。因此,早在公元前7世纪,古希腊各城邦国家就产生了担保制度的雏形。^①而后,随着社会经济模式由古典商品经济向自由商品经济的转型,绝大多数经济交往均需依据契约而完成,债法因此取得了重要地位。如何在日常经济交往中实现对商业信用的切实保障、如何在资源稀缺的情况下实现对物的多重利用,势必成为社会密切关注的立法重心。由此,担保制度不仅在近代真正得以确立,而且还以前所未有的方式扩展了自身容量。显而易见,由单个的商品交换而至全社会的商品交换、由简单的经济运行模式而至复杂的经济运行模式、由对物的单纯利用到对物的综合利用,成为担保制度形成发展的根本原因。由于存在债务人可能有意无意不履行债务的风险,民法上设计了多种确保债权安全的担保制度,构建了完整的担保体系,广义的担保还包括债的保全,也即一般担保,指以债务人的全部财产(一般财产)作为对所有债权人债权实现的责任财产,主要形式为代位权与撤销权。

在经济与法律互动的基础上,担保制度随着社会经济模式的转换和生产力水平的不断提高,始呈现出担保方式逐渐增加的规律和趋势。在古代社会,由于商品经济不发达,经济模式处于简单状态,担保制度自然不发达,担保

^① 何勤华:《外国法制史》,法律出版社1997年版,第60、70页。

方式也比较单一。同时,由于生产力水平不高,能够作为担保标的物的种类也不多,较少有担保价值者,仅有土地和房屋。所以,当时的担保物权多以不动产为标的物。这样,在罗马法中先后出现的三种物权担保类型仅仅是信托、质权(占有质)和抵押(非占有质);^①在日耳曼法中也仅存在所有质、古质(占有质)和新质(非占有质)三种^②;而古代中国的物权担保形式也只有“典”和“当”两种形式。本书主要从狭义上对债的特别担保进行阐述。

根据“担保”的概念,可以从以下三个方面理解其含义:

(一)债的担保是以确保特定债权人的债权实现为目的的,这是其与债的保全最根本的区别。债的保全的标的仅限于债务人的一般财产或信用,且保障的是所有债权人的全部债权,各个债权之间在法律效力上并无优劣之分,债权的实现面临着清偿比例降低或不能清偿的风险。担保制度设立的根本目的即为确保某个特定债权能优先于其他债权得以清偿。

(二)债的担保的标的是第三人的信用以及第三人或债务人的特定财产,债务人的一般财产或信用是债的保全的标的,其存在财产减少或信用缺失的风险,故不能作为担保的标的。

(三)债的效力指债务人承担的债的履行不能的责任,而由于债务人责任的有限性及各债权人地位的平等性,对特定债权人的债权来说没有完全的保障,而担保制度的设定使债的效力得以进一步加强和补充,从此意义上讲,债权人享有的担保权利相对于债权人的债权这个主权利而言为从权利。

中华人民共和国成立以来,担保制度经历了一个相对缓慢的发展历程。在1949年后的相当长的一段时期内,国家实行单一的公有制和计划经济体制,在这种经济体制下,不存在真正的市场,更无谓市场风险,一切生产活动均按国家计划进行,因而担保也就没有存在的必要。

1978年中共十一届三中全会以后,改革开放使商品经济日趋繁荣,客观上产生了对旨在保障交易安全的担保的迫切需要。1981年颁布的《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)首次对“担保物权”进行了相关规定,是中国担保制度迈出的重要一步。但这部法律仅规定了特定范围、特定对象的留置权,而未对抵押权、质权以及普遍意义上的留置权作出具体规定。1986年颁布实施的《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法

① 周楠:《罗马法原论》,商务印书馆1994年版,第391~395页。

② 郭明瑞:《担保法》,中国政法大学出版社1998年版,第99页。

通则》)在《经济合同法》的基础上,不仅对留置权的适用范围、适用条件、适用对象做出了进一步的扩大,还增加了对“抵押权”的规定。但由于历史局限性,《民法通则》将抵押权、留置权归入了“债权”部分,对“物权”并未予以明确承认,这两种担保物权的法律地位与性质受到民法学界诸多非议,也引起了一系列争论。

1992年10月中国共产党第十四次全国代表大会确立了建立社会主义市场经济体制的新目标,为中国社会主义市场经济的发展注入了一股强大的新生力量。在发展过程中,各种经济往来中的问题也越发突出,比如典型的“三角债”便是一直困扰着交易双方乃至全社会头疼的问题。社会的需求催化法律的诞生,1995年6月第八届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过了《中华人民共和国担保法》(以下简称《担保法》),具体补充并完善了在《民法通则》的基础上所形成的三大担保物权——质权、抵押权以及留置权,建构了中国的物权担保制度的基本体系,最高人民法院于2000年12月13日发布了《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》(共134条,以下简称《担保法司法解释》),对《担保法》在社会生活中的具体适用起了重要的作用,规定了包括保证、定金、抵押、质押与留置五种担保形式,初步建立了较为完备的担保法律制度。随着实践中出现的新情况、新问题,中国立法机关在《担保法》的基础上,并吸收借鉴国外关于担保物权立法的先进经验,中华人民共和国第十届全国人民代表大会第五次会次于2007年3月通过了《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》),将《担保法》中关于抵押、质押与留置等物保方式的制度规定进行了吸收、补充与修改,并明确将其定性为担保物权,其物权性表现在首先其效力是对担保物本身交换价值的支配性,其次担保物权也具有对抗第三人的效力,具有物权绝对性的特征,最后其受到侵害时可以行使物上请求权等物权的救济手段,且物权实现时无须借助债务人的给付行为而是通过拍卖等形式直接优先受偿。

《物权法》使担保物权制度得以进一步完善,为了适应市场经济发展的需要,还进行了一些制度创新,比如规定了动产浮动抵押及可转让基金份额与应收账款质押等制度扩大了担保财产的范围,增加了发生当事人约定的可以实现担保物权的情形,完善了最高额抵押规则以及转质权制度等。但是有限的担保物权种类还是无法满足社会主义市场经济的发展对担保方式多样化的迫切要求。如今,所有权保留、让与担保、融资租赁、保付代理等非典型担

保如雨后春笋般出现,并以它们独特的优势取得了市场主体的欢迎,不可避免地进入了理论界和司法实务界的关注视野内。本书在阐述担保制度一般规则的同时一并探讨担保物权的有关特别规定。

二、担保的特征

担保制度是以保障债权实现为目的的法律手段或措施,总是与债密不可分,其一般特征包括以下几个方面:

(一) 从属性

担保合同的从属性,又称附随性、伴随性,是指担保合同的成立和存在必须以一定的合同关系的存在为前提。被担保的合同关系是一种主法律关系,为之而设立的担保关系是一种从法律关系。《担保法》第5条第1款规定:“担保合同是主合同的从合同……”担保合同的订立目的是保障所担保的债务履行,保护交易安全和债权人利益。

担保合同的从属性主要表现在以下四个方面:一是成立上的从属性,即担保合同的成立应以相应的合同关系的发生和存在为前提,而且担保合同所担保的债务范围不得超过主合同债权的范围。二是处分上的从属性,即担保合同应随主合同债权的转移而转移。三是消灭上的从属性,即主合同关系消灭,为其所设定的担保合同关系也随之消灭。四是效力上的从属性,担保合同的效力依主合同而定。担保合同的订立时间,可以是与主合同同时订立,也可以是主合同订立在先,担保合同随后订立。

从属性主要指担保之债与被担保之主债的主从关系,其在效力上从属于主债。例如,主债不成立,担保无从谈起;主合同债权发生转移,担保也随之转移;主债务人变更,经担保人书面同意,即对之发生担保转移的效力;主债权无效,担保也随之无效;还有如主债权内容变更,主债权消灭及当事人之间发生诉讼等情形,在效力上都会对担保造成直接影响。

但是根据《担保法》第5条第1款规定:“……担保合同另有约定的,按照约定。”因此,当事人约定担保合同不从属于被担保的合同的,若被担保的合同无效,担保合同并不因之而无效。《担保法》第14条和第59条也明确规定了最高额保证和最高额抵押,允许为将来存在的债权预先设定保证或者抵押权。

（二）自愿性

指担保除少数情况如留置权由法律直接规定外，一般由债权人、债务人、担保人三方自愿设定，如担保是否设定、采用何种形式以及被担保债务的范围等均由当事人自主决定，如果担保人是在被欺骗、被胁迫等不正当手段的情况下提供担保的，则担保合同是无效的。

（三）相对独立性

担保合同的相对独立性，是指担保合同尽管属于从合同，但也具有相对独立的地位，即担保合同能够相对独立于被担保的合同债权而发生或者存在。担保合同的相对独立性主要表现在以下两个方面：一是发生或存在的相对独立性，即担保合同也是一种独立的法律关系。担保合同的成立，和其他合同的成立一样，须有当事人的合意，或者依照法律的规定而发生，与被担保的合同债权的成立或者发生分属于两个不同的法律关系，受不同的法律调整。二是效力的相对独立性，即依照法律的规定或者当事人的约定，担保合同可以不依附于被担保的合同债权而单独发生效力，此时，被担保的合同债权不成立、无效或者失效，对已经成立的担保合同的效力不发生影响。此外，担保合同有自己的成立、生效要件和消灭的原因，而且，担保合同不成立、无效或者消灭，对其所担保的合同债权不发生影响。

（四）或然性

指担保人是否最终承担担保责任具有不确定性，在主合同债务人完全履行合同或者有不履行合同的合法抗辩理由，或者债权人不主动行使甚至放弃行使担保请求权，又或者其没有在担保期间提出行使担保请求权的，担保人是不用承担担保责任的。

（五）补充性

担保合同的补充性是指合同债权人所享有的担保权或者担保利益对主债权具有补充意义。担保合同的补充性主要体现在以下两个方面：

1. 责任财产的补充，即担保合同一经有效成立，就在主合同关系的基础上补充了某种权利义务关系，从而使保障债权实现的责任财产得以扩张，或使债权人就特定财产享有了优先权，增强了债权人的债权得以实现的可能性。

2. 效力的补充, 即在主合同关系因适当履行而正常终止时, 担保合同中担保人的义务并不实际履行。只有在主债务不履行时, 担保合同中担保人的义务才履行, 使主债权得以实现。

担保物权作为担保制度的一种方式, 除符合担保的一般特征外, 还具有自己的特点:

1. 物上代位性

指担保物权的效力及于担保财产因毁损、灭失所得的赔偿金等代位物上, 由于担保物权设立的目的是支配担保财产的交换价值并优先受偿, 对其本身的使用价值或实物形态的改变并不关注, 即使其本身毁损、灭失, 只要表现其交换价值的替代物存在, 担保物权人即可对之行使权利。《物权法》第 174 条规定: “担保期间, 担保财产毁损、灭失或者被征收等, 担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿。被担保债权的履行期未届满的, 也可以提存该保险金、赔偿金或者补偿金等。”

2. 不可分性

指担保物权所担保的债权之债权人, 在其债权未完全受偿之前, 有权就担保财产之全部行使优先受偿权, 不受担保财产是否被分割或者部分毁损灭失, 以及所担保的债权是否已部分履行的影响, 《担保法司法解释》对其不可分性做了明确规定, 具体表现在以下几个方面: 一是担保物一部分灭失, 其余部分仍担保全部债权; 二是担保物因共有等原因被分割的, 分割后的各部分仍担保全部债权; 三是债权被部分清偿或因抵销、混同等原因部分消灭的, 未消灭的部分债权仍可对担保财产的全部行使权利; 四是债权的一部分分割或转让时, 数个债权人或受让人均可对担保财产的全部行使权利; 五是当担保财产价值上扬, 债务人无权减少担保财产, 当担保财产价值下跌时, 债务人也无义务再补充担保财产。

3. 优先受偿性

指债务人不能履行债务时, 债权人可协议通过对担保财产进行折价、拍卖、变卖等形式, 从所得价金中优先于其他债权人得以受偿, 其优先性还表现在当担保财产被查封、被执行时, 担保物权人可优先行使担保物权, 以其变价优先受偿; 另外, 在担保人被宣告破产时, 其破产财产不包括已设定担保的财产, 担保物权人享有别除权, 可以不将担保财产列入破产财产。

优先受偿性是担保物权的最主要效力。担保物权的优先受偿性主要体现在两个方面: 一是优先于其他不享有担保物权的普通债权; 二是有可能优先于其