

Guarantee Law

法国 / 德国 担保法

沈达明 编著

担保概述
保证
物权上的担保
独立担保
反担保
物上担保
不动产担保
动产抵押担保
质押担保

法国担保法

物上担保
保证
物权上的担保
独立担保
反担保
物上担保
不动产担保
动产抵押担保
质押担保

德国担保法

中国法制出版社

法国 / 德国担保法

沈达明 编著

中国法制出版社

前 言

本书试图介绍法国和德国施行的人的担保法和物的担保法。这两个国家的担保法的立法渊源为《法国民法典》和《德国民法典》，判例和学理见这两个国家出版的民法、债法、财产法和物权法教科书。此外，还有兼论两种担保的论著。近年来出版的银行法教科书和论著中，担保法占重要地位，其论述更结合实际。当前，担保法的专家往往也是银行法的专家。

大陆法的担保法和担保法学内容丰富，可是难度似乎没有英美法那么大。

担保法往往涉及破产法。因此，阅读本书请参考我的《比较破产法初论》一书。

本书的主要根据为 M. Cabrillac, C. Mouly, D. Leg-eais, J. Bärman, C. Witz 等人的著作。

本书遗漏错误之处，请读者指正。

编 者

2000 年 1 月于北京

上篇 法国担保法

第一章 概 述

一、担保的概念

为排除或减少债务人无清偿能力的威胁，有两个不同的方法可以使用：第一是增加一个或几个债务人，这是人的担保，因为这是在对其他人设定债权；第二是把债务人的一项财产或全部财产拨供优先清偿之用，这就是物的担保。物的担保以优先受偿权使债权人不受《法国民法典》第 2093 条制定的竞合规则，即每一个债权人按他的债权额平等分得的规则的约束。

担保这个观念容易理解，它是给债权人的一种补充安全、增加受清偿的机会，但下定义并非易事。票据法授予特别担保，但向来不把票据作为担保。留置权是物的担保，还是法律承认的事

实状态？仍有争论。Cabrillac 主张担保不是一个概念，而是一种标签，能适用在不同的事物上。法文担保一字往往用多数就能说这一点。人的担保与物的担保所使用的法律手段相差很大。

有人主张担保有 3 个特点，即：（1）附属性，（2）把财产拨供清偿债权之用，（3）清偿债务人的目的。Cabrillac 同意这种分析。他提出两个观念，但把上述第一个特征包括在他的第二个观念内。他提出以下定义：“担保是合同、法律或判决加在债权人的普通特权之上的一种特权，其法律上的惟一目的是保护债权人对付债务人的无清偿能力”，从这个定义中将找到两个观念。即：1. 增加债权到期时的清偿机会。担保比一般民法提供更多的保护。一般民法提的是“一般担保”，第 2092 条误称为“一般质权”。这个一般担保加上以下诉权使债权人能避免最坏的情况发生：（1）间接诉权（第 1166 条），（2）保罗诉权（第 1167 条），（3）如果真正的价格高于所公布的价值，能行使宣告假装之诉（第 1321 条），（4）对诈欺性布置无清偿能力的刑事制裁（1893 年《法国刑法典》第 404 条）。2. 把一项财产或一批财产的价值拨供清偿债权之用。债权人根据第 2092 条早已在债务人的全部资产上持有一般担保权，现在的担保可能使债权人从财产优先得到清偿（物的担保）。从拨供可以得出担保与债权的从属关系。这种附属关系是常见的，但是人们认为作为例外，担保能独立于债务人的主要债务。

某些规则，某些制度，某些机制能用来保护债权人对付债务人的无清偿能力，例如抵销、直接诉权、往来账户等。这些规则、制度和机制是不是真正的担保？有两派意见。第一派意见主张广义的担保，一切能使债权人预防债务人无清偿能力的特权，即使除此之外还给他其他好处，都属于担保（sureté）。第二派意见主张区别 *garantie* 与 *sureté*。*sureté* 是 *garantie* 的一部分，由人的担保与物的担保组成。Mauriac 提出：“*sureté* 是一种 *garantie*，但一切 *garantie* 并非都是 *sureté*”。Cabrillac 赞成第二种意见。他说担

保 (sureté) 是为安排债务的清偿, 单是为这个目的, 而且是有意识地这样做。相反, 有些规则或机制能产生这种结果, 但并非有意地, 单纯地为达到此目的。它们产生担保的效力, 但此项效力不属于它的本质。例如抵销是一种自然的付款方式, 为方便起见强迫当事人这样做。抵销成为对债务人无清偿能力的一种防护, 只是它的一种副作用。

担保来自信贷, 间接又便于信贷的发展。信贷是由于一笔经济上的交易的两项给付之间的差距所产生的, 例如在出售某种商品时, 交付可能先于付款达几个月之久。金融上的交易更为突出, 贷款合同项下的贷款人提供金额与借款人偿还金额之间在时间上有差距。那个同意只在日后取得应向他作出给付的当事人, 即债权人承担债务人可到期日拒绝清偿的风险或成为无清偿能力。已经履行了自己的义务的债权人没有压力可以使用。担保就是为限制这些信贷所固有的风险。担保就是用来确保成立时不立刻结算, 支付的债权得到清偿之用的, 它已成为信贷不可缺少的辅助。

担保能适应各种各样的信贷需要: 个人和家庭消费及住房需要, 营业上的购买设备, 人员开支或广告等的需要。

二、人的担保和物的担保的比较

近来法国学理探讨人的担保与物的担保的优缺点。担保是否有益, 应从每一笔信贷作业角度考虑; 而在每一笔信贷中应从债务人的方面考虑。但一般认为应考虑四点:

1. 设定上的简单。

人的担保没有形式上的要求, 不需要公告, 因此容易设定, 费用低。有人不同意这一论据, 认为设定抵押比从事保证业务的企业要求的保证费、反担保费用低得多。有人主张设定的复杂性是更大效益的代价。

2. 与债务人的债权同时变动的能力：物的担保受其特定性的约束，阻碍它与债权一起演变。相反，人的担保能适应持续的关系，重复的债权的担保。如系确定的债务，单一的债务，两种担保的效益相同。

3. 损害设定者的信用。

两种担保都能达到这一目的。保证、抵押、保留所有权条款节省使用设定者的信用，有些担保则相反，浪费设定者的信用，例如质权、独立担保、让与债权。有时认为保证太夸耀，所以用安慰信替代。

4. 有效益的、简单、费用少的执行程序。

大多数物的担保必须使用拍卖程序，人们认为这是一种艰难，但保证人在诉讼程序中的诡辩对债权人来说同样是一种艰难。

强制执行之日质物价值的丧失也是债权人所担心的事。在这里，人的担保与物的担保的弊病是相等的。保证人的财产可能或多或少非自愿地消失。抵押财产也可能由于不动产市场的不景气而丧失其价值。出质的器材也可能陈旧或太专业化。在执行时，每一种担保都会发生意想不到的事。

在抵制集体程序对担保的破坏上，人的担保占便宜。法国立法破坏传统的物的担保，间接优待人的担保和留置权。

法国长期以来的学理与教学传统把担保法作为民法的一部分。法国的经典论著不把建立在视为商事财产（有价证券，铺底权等）上的担保以及商人使用的担保作为他们论述的内容。他们不考虑担保在集体程序中的命运。Cabrillac 主张放弃此项传统，因为它不符合现在的实际情况。现在的实际情况不是以民法和商法的区别为主，而是以企业和个人的划分为主，即区别营业债务和家务债务。担保企业的债务的那些担保当然重要性最大，包括民法上的担保，例如保证；抵押和商法上的担保，例如铺底担保。

必须注意担保往往在集体程序框架内运行。集体程序是近年

来才制定的，同样划分自然人和企业的集体程序。对企业使用的集体程序压倒担保，尤其是物的担保。此项程序逐步推广到一切私法人，甚至手工业者和农民。

对于自然人的非营业性债务适用的集体程序，不用于商法上的集体程序。自然人并不试图组织、布置无清偿能力状态。集体程序法并不直接排除担保，而是以延期清偿办法压倒担保。

第二章 人的担保

人的担保或接近人的担保的做法在 20 世纪有所增加,在第二次大战结束后继续发展。这一现象在各个经济部门,不问它们使用哪一种贷款形式都是普遍的,个人、企业和政府都加以使用。凡是一国政府在资本市场上借款或向国际金融机构借款,往往使用其他国家的中央银行的担保。凡是银行向一家中小型的股份有限公司或责任有限公司贷款,一贯要求公司董事们作担保。国际贸易使用人的担保,例如关于返还买方预付贷款的凭要求即付款的担保,履行工程的担保。

人的担保的成绩表现在三个方面:

第一,传统的人的担保,尤其是保证的“复兴”。典型的债权人,即银行,要求客户提供的担保中,保证占重要地位。法国的税务局和海关允许推迟交款时,总是要求提供保证。法律要求或允许购买待修建的房屋或个人住房的人提供保证。

第二,新式的人的担保的出现。二十世纪 60 年代开始出现的凭要求即付担保,以保证原则为依据的担保基金,1978 年以来在法国大量使用。还有母公司为子公司取得信贷签发的“安慰信”或赞助信。

第三,意识到为其他用途使用的办法能产生担保的效力。例如:(1) 购买协议,即工业项目产品的主要用户,承担购买预计产量的全部或一大部分的义务。这是项目融资的内在担保。(2) 借款人应投保死亡或残废保险或失业保险。这是因为有时贷款人的劳动能力是他的主要财产。(3) 指定债务人付款或为他人利益订

约，往往作为担保办法，不是作为清偿方式使用。

上述各种担保没有相同的效益，对债权人不能提供同等的安全。很多保证人试图推迟或避免付款。尽管如此，人的担保仍然被广泛使用。这是因为人的担保可以节省贷款人调查债务人清偿能力和费用。担保人的承担义务说明他在分析风险之后信任债务人。在国际贸易上很难了解另一方合同当事人，银行作出凭请求付款的担保比提存现金更有助于了解对方当事人的资信。

人的担保在法律上有以下优点：

(1) 简单性。不需要公告，对当事人行为能力的核实不太复杂，不需要公证人合同，没有费用。担保人是债务人找来的，债权人不需要花时间和费用。再说人的担保是一个简单易懂的概念和机制。

(2) 很少受集体程序的影响。主债务人进入集体程序时，担保人除处于破产程序外，仍然承担全部义务。债权人能立刻追诉他们，不受中止个别追诉的约束，不必等待对他们的债务人的债权的核实。

(3) 能适应被担保的债权。凡是债权金额是已确定的，此项优点并不显著，因为担保金额也是确定的。相反，如果债权的金额或期限是不确定的，例如未来的债权，往来账户余额债权，人的担保有适应能力，能随着授予主债务人的贷项而变动。约定的物的担保做不到这一点。

(4) 人的担保保持担保人的信用。商人授予的保证，必须写在他的账册上，作为资产负债表之外的债务。尽管如此，人的担保不像物的担保那样影响担保人的借款能力，甚至融资能力。

(5) 费用不高。如果担保是一个普通人（外行人）提供的，一般不要求报酬。有时，提供人的担保认为是有利害关系的，例如提供者是公司董事或主债务人的亲友，但对债务人来说总是无偿的。相反，金融企业的担保要求1%至2.5%的利息，按年支付。

有时,即使主债务人认为担保已消灭,仍然收取。这些费用加上主债务人应向保证人提供的反担保的费用,结果将是金融企业授予的担保所产生的费用与物的担保同样高。

随着某种人的担保在实务上的流行,出现一些流弊,这些流弊与担保人的漠不关心有关。舆论要求立法者给予保护。法国自二十世纪 80 年代开始,法院决定干预,保护外行人员的保证。例如要求债权人在债务人的集体程序中先申报债权,然后追诉保证人,凭合同上的书写金额,不是按照合同的内容确定担保的限度。

(一) 比较法

在大陆法内部法学者们都使用人的担保这一观念。总的说来,保证制度和其用途在大陆法国家大体上是相同的。分歧的发生来自立法对保证人的保护程度的不同。例如德国要求书面作为保证的有效性条件(《德国民法典》第 766 条),沿用《法国民法典》的国家的法律要求非商事保证书用手写。这些国家是法国(第 1326 条),比利时、卢森堡、瑞士 1941 年的联邦法修改了《瑞士债法典》。学理吸收德国理论的那些国家,按照德国学理制定的模式发展了独立担保。意大利法以放弃主债务能产生的抗辩,荷兰法以扩大 *porte-fort* 概念取得同样的结果。大陆国家都对无限制保证表示同样的关注,因为这些保证引起数量上和金额上的重大讼争。

英美法分保证(*suretyship* 或 *guarantee*)和独立担保(*indemnity*),大体上与大陆法相同。英国 1677 年的《诈欺法》,对一切保证要求作成书面并由保证人签字。1954 年的《修改法律(强制执行合同法)》和 1965 年的《租购法》对消费信贷的独立担保有同样的要求。按照普通法,独立担保并不需要书面。在美国,这个问题由州法解决。有些州采用英国 1677 年法,有些州则只要求书面。美国实务上担保或 *bond* 使用长篇的,用词确切的合同。美国的银行业和保险人首先在国际交易上接受独立担保。他们的做

法后来被普遍沿用。

两大法系解决办法的接近性可从吸收这两大法律体系的加拿大魁北克省与美国的路易斯安那州法得到证明。魁北克省的民法典沿用法国民法典的条文，并按照同样的精神实施这些条文。《路易斯安那州民法典》的条文很少与法国条文不同，尽管该州的实务深受英美法的影响。

（二）法国法的历史发展

《法国民法典》制定柔性的保证法，保护保证人，但其规定几乎都是补充当事人的意思性质的；凡是放弃这些法律规定，就是排除对保证人的保护。保证的连带性加强担保。法典丝毫没有规定独立担保。

在19世纪，随着工业与银行业的发展，连带保证有所增加。19世纪出现互助担保和银行担保，都是以法典的几条条文为依据。这些条文制定的是一些简单的、良智的规则，所以没有修改。

近年来的保护消费者政策导致形式上的要求，1984年条例对担保消费借款的保证要求使用明确的格式。公司法有关于保证能力的规定，集体程序法上有通知义务的规定，即银行每年必须通知充当保证人的自然人债务的金额。

每一种保证，开始时都很严格而且有效益，后来日益削弱，终于成为柔性的保证，对保证人来说危险性不大，但不能使债权人感到满意。借款人的信贷需要以及贷款人的安全需要，导致发明一种不同的，更加严格的和结实的人的担保。连带保证可能被独立担保取代。

任何时候都同时存在柔性的，但容易取得的保证和接近独立担保的人的担保。在实务上两类保证中每一种的使用比重在各个时期不一样。近20年以来独立担保大量使用，人们称之为新的担保，因为成文法没有规定。其实独立担保的原则早已存在，很多邻近权利上有其痕迹。

一、概念

人的担保概念不确切，需要援用两项标准予以明确。

什么是人的担保的特征？最常见的、凭直觉的答案是：各种人的担保附属于被担保的债务，其模型为保证。但是法国学理忘记了独立担保不再把附属性作为担保机制的要件，即使主张保证是最典型的，体现着人的担保的各种基本观念的制度，仍然应探讨它所包含的一般性的内容和特别内容，即能移植于或不能移植于其他人的担保的内容，人的担保包含两项主要特征，即：（1）设定一项补充债权；（2）担保人不分担债务。

第一个标准是设定一项补充债权。这是指为债权人的利益加上一项对担保人的债权。人的担保只能是增加债务人，也就是增加为债务承担责任的财产。担保人在被担保的债务人之外加上他自己的债务承担。因此，如果安慰信不授予收信人对签名者的债权，就不是人的担保。这封信能增加债权人的信心，但债权人不能向签名者主张任何权利。这封信并不设定法律上的关系。相反，如果这封信的写法能产生对债务人的义务承担，人的担保就此成立。

指定银行作为工资、金融作业收入的付款地，产生的经济上的效果与债权让与相同，但并不产生由第三人承担的债务，因此不是人的担保。

第1120条指一人作出第三人将完成某项法律行为的允诺。这是指交替的债务承担，不是指两个人的债务承担的并合。如果第三人接受，作允诺者就此解除责任。

不是被委托人或无因管理人的当事人当然不能以他订立的合同使另一人承担债务。如果甲向乙作出允诺，丙应向乙支付一笔金额，当然不能使丙向乙承担债务。但是作允诺者可以自己向债

权人承担使丙向债权人作某项给付的义务。例如“我向你允诺丙将向你支付一定的金额。在这种情形下，允诺是辅助性的。如果丙不遵守我以他的名义作出的允诺，我将承担义务。因此，如果丙拒绝，债权人对他没有权利可以行使，但对作允诺者，在第三人的拒绝履行造成的损失的限制内，能向要求作允诺者赔偿损失。

按照第 1120 条，作允诺者应担保丙的批准(法国法上的名称：porte-fort)，即接受以他的名义所作的允诺。丙一旦承担作允诺者替他所作的允诺，作允诺者就此得到解除。按照属于德国法系的瑞士法(《瑞士债法典》第 771 条)，作允诺者对第三人的履行亦承担责任。例如甲向乙允诺丙将卖给乙某些货物，作允诺者甲就丙的拒绝批准允诺赔偿乙，同时就丙在作出交货的允诺之后的拒绝交货行为赔偿乙。可见瑞士法上保证和作第三人将完成某项法律行为的允诺的人之间的区别没有像法国法那样清楚。

第二个标准是担保人不分担债务。从担保人角度来说，人的担保指担保人所承担的债务不包括需要履行一项另有对价的债务。因此，“指定”债务人不是人的担保。例如工程承包商指定业主向银行付款。情况是这样的：业主应向承包商付款。银行贷款给承包商，所以是承包商的债权人。业主并非担保人，因为他必须向一人付款。业主向银行承担债务，其对价是工程承包商所提供的给付。

因此，在清偿债务上有个人利益或对此项债务最终负责的第三人，当他向债权人作清偿债务的承担时，并不设定人的担保。这里当然发生担保的效力，但并非真正的人的担保。

跟单信用证项下的银行所承担的是不可撤回的义务，即向它的客户发放信用；约定银行自身的付款义务。付款虽是向作为债权人的第三人履行的，并不改变其义务承担的性质。相反，保兑信用证的出口商的银行，其义务承担是人的担保，因为它担保进

口商业银行的付款，不承担此项债务的最后分担份额。

从第二个标准看，以下两种担保办法有其特点：

第一，购买协议。这是指产品的用户承担购买产量的全部或一部分。这是英美银行业为担保工业项目融资发明的做法。一家大型企业打算通过一家子公司修建工厂制造它所需要的产品。产品的销售有把握，因为产品的最大消费者就是母公司。为项目融资的银行要求母公司在与贷款相等的期间内作出购买一定数量产品的义务承担。通过产品的销售安排来保障贷款的清偿。英美人称此种机制为“通过”子公司的清偿。这里不存在真正的人的担保，因为买方仅仅是清偿所受领的货物的对价。

银行可能要求更加牢固的担保，即迫使产品的用户购买不符合所期待的的质量的产品，甚至预付货款。这是因为开发初期的产品有时质量不符合要求或者项目进行推迟不能在预期日期投产。这种义务承担接近担保，因为没有得到货款对价的“买方”至少在理论上可以向制造商起诉。“买方”对他所清偿的债务并不作分担。更重要的是付款往往是直接向银行作出的。

第二，连带债务。连带共同债务人部分分担全部债务，对他的义务承担的定性和义务的内容将产生一定的影响。法律考虑到以下事实，即最后承担债务的人，对他承担的义务所加的关注，不同于不承担最后分担的担保人。可是连带债务同时具有这两项特征，即连带共同债务人应清偿全部债务（这就是他的担保），但最后只分担一部分，即他自身的那一部分。连带债务究竟属于什么性质？既有分担就不能说是担保。有人主张二元定性，即对他自身承担的那一部分债务是主债务，对余额是担保。

事实上，有关连带债务的规则不受有关人的担保的规则的影响。法院严格执行连带债务，其理由是最后将分担债务的连带共同债务人，对他的义务承担有利害关系，会慎重处理并掌握对付债权人手段。在商法上，有数个债务人时，推定是连带债务。

《法国民法典》第 2037 条也规定连带共同债务人不享受代位权。从这个角度说，连带债务不像是人的担保。

《法国民法典》第 1215 条提到“与债务无利害关系的连带共同债务人的义务承担”。所谓无利害关系的义务承担就是指分担债务。这项条文规定，实际上无人援用。

票据上的连带责任，虽也是适用单一的规则，但性质不同。承兑票据的付款人分担债务，因此他的义务承担没有人的担保的性质。相反，提供资金的发票人，提供对价的背书人，虽向执票人承担义务，并不承担新的分担，如果他们必须重新付款，他们将对全部付款有追索权。因此他们的义务承担属于人的担保。然而，他们对整个运作的利害关系，能作为不援用人的担保规则的理由。

可见，人的担保的存在限于以下两种情况，即：（1）债权人所援用的义务承担，授予他本来没有的追索权，（2）此项义务承担的债务人不应该最终分担债务。这两项标准的结合使用便于区别法律上的承担义务和属于道义领域的事。担保债务人的道德并非人的担保，不适用人的担保所适用的会计操作上的义务，即在资产负债表之外作出记录。

二、人的担保的类型

债权人为了取得对与债务没有利害关系，最后不承担债务的第三人的一项补充债权能使用的各种方法之中，保证向来是，现在仍然是模范。在罗马法的古典时代，体现在“偿还担保”（*fideijussio*）中的保证，向来是各种人的担保中学理所论述的惟一的人的担保。Gaius 和优帝的教科书，Pothier 的债法论，《法国民法典》以及 19 世纪的法国民法教科书都只论述保证。90 年代的法国书才论述独立担保。Cabrillac 把保证作为人的担保的基础制度加以论述。

保证的各种各样的用途并不触犯其法律制度的一致性。确保保证的效益的各项原则，在担保建筑工程的完工与友好贷款上同样适用。这些原则是保证的附属性以及对保证人的要求偿还给予的保护。

保证不是惟一的人的担保，按照它的模式出现了其他形式的人的担保，增加债权人的安全。例如“自由职业集体担保”。债权人是无清偿能力的自由职业的受害者。例如律师、公证人、旅行社等。其特点是设定担保时不知道谁是债权人，担保不是以合同为依据，而是凭“为第三人订立的合同”为依据。专业中间人，例如代理人，经纪人对委任人作出的第三人有清偿能力的担保(ducroire)，很接近保证。按照《德国民法典》第778条，向主债权人授予信用指示的委任人，向主债权人承担保证义务。信用保险兼有保险与保证的性质，符合人的担保的两个标准，引起银行与保险公司之间争执与竞争的原因就是信用保险具有人的担保的法律性质。

三、与保证抵触的人的担保

债权人为得到更大的安全，有时要求担保人放弃某些附属的人的担保所提供的抗辩。如果担保人的义务允诺独立于被担保的作业，担保人在被担保的债务无效或时效已完成的情形下仍然应该履行义务，即使主债务人能提出债权人的履行债务是不良的。实际上，人的担保的独立性有程度的不同。票据债务的连带性是人的担保中独立性最强的，票据上的签字者不能援引任何以基本法律关系为依据的抗辩以及其他签名者的个人抗辩。

独立担保的品种是很多的。例如：(1)商业信用证的保兑，即出口商的银行知道进口商的银行将借助于信用证偿还他，所以允诺支付出口货物的货款。(2)虚假的指示，即被指示人(担保