

经营技巧精萃

担保

夏利民 主编

学苑出版社

担 保

主 编 夏利民

副主编 徐康平

撰稿人 夏利民 王坚平 王德山
徐康平 王苏华 王弼刚

学苑出版社

(京) 新登字 151 号

经营技巧精萃
担 保

主 编：夏利民

副 主 编：徐康平

撰 稿 人：夏利民 王坚平 王德山
徐康平 王苏华 王弼刚

责任编辑：郑 远

封面设计：霍 爽

出版发行：学苑出版社 邮政编码：100036

社 址：北京市海淀区万寿路西街 13 号

印 刷：北京南华印刷厂

经 销：各地新华书店

开 本：787×1092 1/32

印 张：8

印 数：8000 册

版 次：1994 年 6 月北京第 1 版第 1 次

ISBN 7-5077-0510-2/F·25

全书定价：355.00 元

本册定价：5.05 元(平) 8.45 元(精)

学苑版图书印、装错误可随时退换。

序

合同是市场经济运行中横向关系的基本形式，只有每天都在发生的万千合同都能依法正确地订立和履行，市场经济方能正常地运行和发展繁荣。然而目前合同的订立和履行情况却颇不理想。前段时间三角债、执行难等难题惊动了中央主要领导，即其一斑。造成合同履行不理想的因素是众多而复杂的，要解决这方大难题当然也是个复杂的系统工程。加强法制是各方公认的一个主要方面，而强化合同的担保正是加强法制的一个重要组成部分。为此全国人大常委法工委正在起草担保法，有望于不久的将来通过、公布和施行。

我国长期以来实行计划经济，担保制度几已濒于消亡。自从《经济合同法》和《民法通则》颁行之后，各种担保才又重新被各方逐渐采用。但迄今为止立法仍较简疏，虽实践中问题极多，而法学研究者们则尚未引起重视，故除各种民法、经济法教材中的一般介绍之外，犹未见有就担保制度作专题论述以满足当前社会急需的专著。首都师范大学、中国政法大学、北京商学院和北京工商局的几位青年学者，鉴于当前社会经济生活的需要，热心地撰写了这本担保制度的专论。他们有的多年从事民法、经济法的教学、科研工作，有的多年

从事律师和市场管理工作，既有一定的理论水平，又有一定的实践经验，所写此书既有理论、历史的研究，又有当前有关法规的阐释，还结合了一些司法实践中遇到的问题和典型的案例，较为全面、系统地论述了我国现行的各种担保制度，相信它对各种经济工作者、司法工作者和法学工作者，都是会有相当的参考价值的。

张佩霖

一九九三年十月

目 录

导言 债权实现的保障——担保制度概说

- 一、债的担保的含义…………… (1)
- 二、债的担保的种类…………… (7)
- 三、债的担保的法律性质…………… (12)
- 四、对我国债的担保制度的认识…………… (14)

第一编 信用担保——保证

- 一、什么是保证的担保方式…………… (21)
 - 1. 保证的法律含义及特点 …… (21)
 - 2. 保证的历史沿革 …… (26)
 - 3. 保证的种类 …… (29)
- 二、保证的担保作用…………… (32)
 - 1. 保证人的法律责任 …… (32)
 - 2. 保证的法律效力 …… (34)
- 三、保证的设立、变更和消灭…………… (39)
 - 1. 保证的设立 …… (39)
 - 2. 保证的变更 …… (40)
 - 3. 保证的消灭 …… (42)
- 四、保证在实际应用中须注意的问题…………… (43)
 - 1. 设立保证应注意的问题 …… (43)
 - 2. 承担保证人应注意的问题 …… (49)
 - 3. 特殊情况下的保证责任的承担 …… (52)

第二编 担保之王——抵押

- 一、什么是抵押的担保方式…………… (56)

1. 抵押的法律含义	(56)
2. 抵押权的特点	(58)
3. 抵押权的历史沿革	(63)
4. 抵押权的类型	(65)
5. 最理想的担保方式	(67)
二、抵押权的设定	(70)
1. 抵押权的设定行为	(70)
2. 抵押人与抵押权人	(71)
3. 抵押标的物	(72)
4. 抵押标的物的范围	(76)
5. 被担保债权范围	(77)
6. 抵押财产的保管	(80)
7. 抵押权的成立与生效	(83)
8. 重复抵押	(92)
9. 转抵押	(93)
三、抵押的担保作用	(96)
1. 抵押人的权利和义务	(96)
2. 抵押权人的权利和义务	(100)
3. 抵押权的实现	(107)
4. 物上保证人的代位权与求偿权	(112)
四、抵押权的消灭	(113)
五、抵押在实际应用中须注意的问题	(113)
1. 关于抵押贷款问题	(113)
2. 关于知识产权抵押的问题	(115)
3. 关于股票与债券抵押的问题	(118)
4. 关于企业承包租赁经营的抵押	(120)

第三编 法定担保——留置

一、什么是留置的担保方式	(122)
1. 留置的法律含义及特点	(122)
2. 留置权的历史沿革	(125)

3. 留置权的性质	(127)
4. 留置权成立的条件	(127)
二、留置的担保作用	(132)
1. 留置权人的权利和义务	(132)
2. 留置权的移转	(135)
3. 留置权的效力与实现	(137)
三、留置与其他担保方式的比较	(140)
1. 留置与保证	(140)
2. 留置与抵押	(142)
3. 留置与定金	(143)
四、留置权的消灭	(143)
1. 债务人另行提出担保	(143)
2. 债权人丧失对留置物的占有	(144)
3. 留置权所担保的债权消灭	(145)
4. 留置物灭失、被征收	(145)
五、留置在实际应用中须注意的问题	(145)
1. 留置权禁止行使的情况	(145)
2. 留置行为的效力与合同效力的关系	(146)
3. 留置权行使的期限和方式	(147)

第四编 证约作用的担保——定金

一、什么是定金的担保方式	(150)
1. 定金的法律含义	(150)
2. 定金的分类	(152)
3. 定金的特点	(155)
二、定金的担保作用	(157)
1. 我国定金的性质	(157)
2. 定金的证约作用	(159)
3. 定金罚则的适用	(160)
4. 定金的返还	(166)
三、定金的成立与给付	(167)

1. 定金的成立	(167)
2. 定金数额	(170)
3. 定金的给付方式	(171)
4. 定金的给付时间	(173)
四、定金在实际应用中须注意的问题	(174)
1. 定金与预付款的异同	(174)
2. 定金与违约金、赔偿金之间的关系	(176)

第五编 违约金

一、什么是违约金	(182)
1. 违约金的法律含义	(182)
2. 违约金的种类	(184)
3. 违约金与定金	(188)
4. 违约金与赔偿金	(190)
5. 违约金与预付款	(192)
二、违约金的性质与作用	(194)
1. 违约金的性质	(194)
2. 违约金的作用	(196)
三、违约金的给付	(200)
1. 违约金的给付条件	(200)
2. 违约金的数额	(206)
3. 违约金的支付方式	(209)
四、违约金的请求方法	(213)
1. 协商	(213)
2. 调解	(216)
3. 仲裁	(218)
4. 诉讼	(225)

附录	(230)
----------	-------

主要参考书目	(248)
--------------	-------

导言 债权实现的保障

——担保制度概说

“担保”是一专门的法律用语。一般指根据法律的规定或者当事人的约定，债务人以财产或信用保证债务履行的法律措施。它是由民法及其他有关法律确定的关于债权保障问题的法律制度，是民法中债法的重要制度。担保制度即是债的担保制度。

一、债的担保的含义

1. 债的含义

我国《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。享有权利的是债权人，负有义务的是债务人。”

从上述规定可以看出，法律上的债与日常习惯中所说的“债”并不完全相同。日常生活中，人们提到债，往往只是指“欠钱”，如“债台高筑”、“债务累累，如牛负重”、“借钱还钱”等，仅讲了债务的一面。而法律上的债则是指特定当事人之间的一种权利义务关系。在这种关系中，债权人享有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的权利，债务人负有满足债权人请求的义务。债权人享有的权利称为债权，债务人承担的义务即是债务。例如，租赁关系就

是一种债的关系，出租人按照合同的约定有请求承租人交付租金的权利，承租人即负有交付租金给出租人的义务。又如，买卖关系也是一种债，买受人有请求出卖人交付出卖物归其所有的权利，出卖人就负有将出卖物之所有权转移给买受人的义务。可见，债的关系中既有权利，也有义务，包括债权、债务两方面的内容。在实践中，大多数债的当事人双方都享有债权和负担债务，而且双方的债权和债务是相互对应的。我国《民法通则》将债这种权利义务关系放在“民事权利”一章中加以规定，称为“债权”，意在强调债权人依法享有的权利，但本质上仍然是对债权债务关系及相关问题所作的规定。

债是民法中的重要制度，各国民法几乎都有规定。债直接调整社会的财产流转关系——即商品流通领域中的横向经济关系。在我国，债的法律制度是平等的市场经济主体间进行商品交换，发展横向经济联合，相互协作的法律工具。它通过确认债的当事人的法律地位，规范当事人的行为，保护公民和法人的合法权益，维护社会财产交换的正常秩序，有力地促进和保障社会主义商品经济的发展。

债的关系的发生通常有两种情况：一是由当事人自行约定，主要是合同之债。合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。公民、法人通过协商，订立合同，设立以债权债务为内容的民事法律关系，并通过对方当事人履行义务的行为，使自己的利益得以实现。这是债发生的最普遍、最重要的依据。因为合同的设立是公民、法人自觉利用价值规律，积极参与民事活动，开展各种经济交往的法律表现，是发展社会主义商品经济的法律工具，在经济生活中有极其重要的地位。我国债法的主要内容是合同。二是由法律直接规

定，主要有：（1）侵权行为之债。侵权行为是侵害他人财产或人身的不法行为。侵权行为发生后，依照法律规定，受害人和侵害人之间就产生了债权债务关系。债权人是受到损害的受害人，债务人则是侵害他人权益的侵害人，受害人有权要求侵害人赔偿损失，侵害人有义务赔偿给受害人造成的损失。侵权人的赔偿义务也是其应承担的民事责任。法律确认侵权行为之债的作用，在于使被破坏的民事法律关系得到恢复，使被侵害的权利得到补救。（2）不当得利之债。不当得利是指没有法律或合同上的根据取得利益，而使他人利益受到损害。例如，拾得遗失物归自己所有；租赁合同中，承租人所付租金超过了约定的数额，出租人多收的这部分金钱等，都属于不当得利。不当得利的事实一经发生，即在受损失人与不当得利人之间产生债权、债务关系，受损失人作为债权人有权请求不当得利人返还不当得利，不当得利人作为债务人应将取得的不当利益返还给受损失人。不当得利是社会经济生活中的一种不合理、不正常的现象。法律确认不当得利之债的目的，是为了使这种不正常的现象恢复到正常状态，从而维护社会正常的财产关系，保护民事主体的合法权益不受侵害。（3）无因管理之债。无因管理是指没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失而为他人管理事务或者进行服务的行为。例如，公民自愿看管喂养他人走失的牲畜；雨天自愿修理邻人危险房屋等行为。无因管理行为发生后，管理人和管理行为的受益人之间就产生债的关系，无因管理人有权请求受益人偿还因无因管理所支付的必要费用；受益人有义务予以补偿。无因管理实际上是一种助人为乐的行为，法律确认无因管理之债的目的，既是保护民事主体的合法权益，

也是鼓励人们自愿主动为他人服务,使社会财富免受损失,发扬社会主义的道德风尚。

总之,债作为特定主体间的特定权利义务关系,或由当事人依法约定,或由法律直接规定,从其发生时起,就具有法律约束力。法律通过确认各种债权债务关系,借以规范债的当事人的行为,并以国家强制力保障其实施,即赋予债以法律效力,使债务得到履行,债权得以实现,从而达到法律对整个社会经济生活的宏观调整。可见,债的根本效力在于履行,这也正是设置债的制度的目的所在。但在经济生活中,由于主客观方面的原因,债务人不履行债务的现象时有发生,这就需要设置相应的法律制度对债的履行加以保障,担保制度就是其中最积极和有效的制度。

2. 债的担保的含义

债的担保是督促债务人履行债务,保障债权人的债权得以实现的法律措施。

债的担保制度是为保障债权人的债权而设立的。自有债的制度以来,就有债的担保制度,作为民法中重要的法律制度,其自罗马法以来至现代资本主义各国,始终受到充分重视,并且被不断发展和完善。大陆法诸国如法国、德国、日本等国的民法典都对担保制度做了明确规定。在英美法中,担保制度虽不象大陆法那样统一规定在成文法中,但它是通过大量的法院判例和许多零散的成文法的规定体现出来的,经过反复运用和特别强调,也已成为民法中不可缺少的内容。不过,在不同的社会制度下,债的担保目的、担保方式都因债的本质不同而有差异。在奴隶社会、封建社会,法律明确规定债务人的人身可以用来担保债务的履行。这种情况,在近

代资本主义国家里也时有发生。我国解放前，以债务人人身为人质的现象也是司空见惯的。而在我国社会主义条件下，这样的担保方式是为法律所禁止的。在私有制社会里，债的本质决定了债的担保制度是维护资本主义私有制经济的法律手段。在社会主义公有制条件下，债的本质决定了债的担保是保障债权人权益，维护社会主义商品经济秩序，发展社会主义商品经济的法律工具。

在民法理论中，债的担保有广义和狭义两种理解。广义的债的担保，是指促使债务人履行债务，保障债权实现的一切民事法律手段。包括民事责任制度、债的保全制度和债的担保制度。

民事责任是民事主体违反民事义务所应承担的法律后果。债自成立之时即受法律保护。债务人必须履行自己的债务，以满足债权人的债权。否则，债务人即应承担不履行债的民事责任。这是由债的自身效力决定的。债的主要效力在于履行，债务人只有按债的规定全面、正确地履行其债务，债权人的债权才能实现，债的目的才能达到。相反，债务人为了自己的利益或其他原因不履行债务，债权人的权利就不能实现，债的目的就会落空。民事责任制度正是为防止这种结果的发生，促使债务人适当履行债务设立的，它是一种以恢复被侵害的权利为目的并与一定民事制裁措施相联系的国家强制方式。通过法律的强制力，威慑债务人，使其产生巨大压力，积极而适当的履行债务，从而保障债权的实现。所以，民事责任也是对债的担保。

债的保全是指法律为防止债务人财产的不当减少给债权人权利带来损害而采取的保全措施。即当债务人与第三人的

不当处分财产的行为危及到债权人利益时，法律允许债权人对债务人与第三人的行为行使一定的权利，以排除对其债权的危害。主要包括债权人的代位权和撤销权。所谓代位权，是指债权人为了保全其债权不受损害，以自己的名义代债务人行使权利的权利。即当债务人怠于行使属于自己的权利而危及债权人的权利实现时，该债权人可依债权人代位权，以自己的名义行使债务人已经处分的权利。例如，某甲致伤某乙，法院判决甲应赔偿乙 3000 元。甲为逃避赔偿责任，将其妹夫丙欠他的 5000 元债权放弃，后又以其无赔偿能力为由，拒绝给付乙赔偿金。在这种情况下，受害人乙即取得债权人的代位权，乙可以自己的名义直接向丙追索丙应偿付给甲的债权。所谓撤销权，是指当债务人处分其财产的行为足以危害债权人债权实现时，债权人有权请求法院撤销债务人该行为的权利。例如，个人经营的个体工商户，将其经营收入无偿地转让给其亲属，致使其债务难以清偿时，债权人即可请求人民法院撤销该赠与行为。

在民法理论上，债权人既不能直接支配债务人的财产，也无权干涉债务人与第三人的法律关系。但是，为了保障债权人的利益，法律通过债的保全制度赋予债权人代位权，以保持债务人的财产；赋予债权人撤销权，以恢复债务人的财产。从而对债权从积极和消极两方面给予保障，对债权不能获得清偿起着预防和补救作用，它实际也是民事责任制度的补充。民事责任主要是财产赔偿责任，债的保全制度是保全作为承担民事责任基础的财产，以为将来的执行作好准备。因为债务人承担民事责任的财产如被不当处分，即使有国家强制力作为保证，民事责任的强制执行也无从实现。因此，债的保

全制度对于维护债权人的利益,维护正常的财产流转秩序,有实际意义。许多国家的法律对此都有规定。例如,法国、日本、西班牙、意大利以及我国台湾的民法都规定了债权人的代位权和撤销权。

民事责任与债的保全被认为是债的一般担保。它们都是以债务人的全部财产作为履行债务的总担保,都决定于债的本身效力。但是,由于债务人在经济生活中可能不断地参与新的民事关系,债务可能不断增加,其会同时负有数个并存的债务,债务人的财产终不免有所减少,以致丧失或降低清偿能力,使原足以清偿债务的变为不能清偿或不足以清偿。而债本身又无排他性。也就是说,无论债成立的先后、债的种类有何不同,债务人对其所有的债权人都是一视同仁的,债务人应履行其所有的债务。因此,仅有债的一般担保,债权仍难以得到充分保障。于是,在一般担保之外,法律又创设了债的特殊担保制度。债的特殊担保是指当事人根据合同的约定或者根据法律的规定,以某种财产或以某人的信用作为其履行债务的担保的制度。主要有抵押、留置、保证、定金和违约金等形式。人们通常所说的债的担保制度,就是指债的特殊担保,也是狭义上的债的担保。设立该制度的目的主要在于保障特定的合同债。因此,债的特殊担保也主要适用于合同。合同当事人在订立合同时,为确保合同履行,便往往约定各种担保。本书所论述的债的担保,专指债的特殊担保。

二、债的担保的种类

债的担保问题,实际是讲当事人双方为担保债的履行,采

取何种法律措施推动债的目的实现的问题。所以，债的担保就是债的担保方式。债的担保的种类，则是依据不同标准对不同的担保方式所作的分类。了解债的担保的种类，可以使我们看出各种不同担保方式的具体内容和各自特点，从而在理论上揭示债的担保制度发生、发展的内在规律；同时，在实践上便于人们在经济活动中选择适合自己的担保方式。

债的担保方式，依据不同的标准，一般可以分为以下两大类：

1. 依用于担保的标的划分，可分为信用担保和财产担保。

信用担保，也叫人的担保，是以第三人的信用作保证，担保债务人履行债务。债务人不履行债务时，则由担保人负责清偿。这种担保方式实质上是把履行债务的主体及其财产范围，由债务人扩张至第三人，在债务人的全部财产之外，又附加上其他第三人的全部财产，作为债权实现的总担保，以增加债权人受偿的机会。

信用担保主要是指保证的担保方式。保证是由债务人以外的第三人作保证人，当债务人不履行债务时，债权人有权请求保证人履行债务或者承担连带责任的担保形式。它一般是通过保证人与被担保的债的权利人订立保证合同的方式实现的，是人的担保的最典型的方式，除此之外，随着国际经济的发展，在现代国际经济贸易中又出现了一种新的信用担保方式——银行担保。在银行担保中，当被担保的债务人不履行合同义务，债权人可直接向银行提出要求，银行则必须在债权人提出要求时，立即赔偿债权人因债务人违约而遭受的损失。这种担保方式比传统的保证方式对债权人更有利、更