

债权担保

董开军 著



黑龙江人民出版社
1995年·哈尔滨

债 权 担 保

董开军博士 著

黑龙江人民出版社

1995年·哈尔滨

(黑)新登字第1号

责任编辑:伟 人

封面设计:克 广

债权担保

zhai quan dan bao

董开军博士 著

黑龙江人民出版社出版发行

(哈尔滨市道里区地段街179号)

开本 787×1092 毫米 1/32·印张 9.75·插页

字数:219,000

1995年1月第1版 1995年1月第1次印刷

印数 1—5,000

ISBN 7-207-03204-8/F·265 定价:12.80元

内容提要：

本书运用历史分析和比较研究等方法,对市场经济条件下的债权担保制度及其法律问题进行了深入而系统的理论阐述,如保证、抵押权、质权、留置权、定金、违约金等,并针对我国的理论建设和立法实践,提出了一系列富有建设性的理论主张和立法建议。

序

建立和完善市场经济法律体系,债权担保制度是其中的一个必要环节。从一定意义上说,市场经济是债务经济或信用经济。担保是救济债权损失、维护交易安全和促进资金流通的重要的法律手段。市场经济愈是发展,愈要重视担保问题。我国目前由于多种原因,担保制度颇不健全,人们对担保问题的认识还不够深入,需要在总体上进行充分的理论阐释和探讨。《债权担保》一书,在一定程度上填补了这方面的空白,具有较强的理论和现实意义。

这部书从发展市场经济对债权担保的客观需要出发,以近现代法上的人的担保和物的担保为主线,对债权担保的一般原理和若干主要制度进行了深入浅出的阐释和探讨,并专门研究了我国债权担保制度的发展和完善问题。在确明各项担保制度的内容、性质、种类、效力、成立、消灭等基本问题的同时,比较系统地向人们展示了保证、抵押权、质权、留置权、定金、违约金等复杂多样的担保方式的来龙去脉和发展运作规律,使读者获得整体上的清晰概念。在对我国担保问题的探讨过程中,对历史的回顾、总结和对现状的评价、分析是有新意的,根据有关理论论证所提出的立法建议是很有价值的。如两种立法思路的选择、人的担保和物的担保分别立法、抵押权

与质权分设等。

本书的叙述和论证是建立在较为丰富的理论和实践资料基础上的,多处采取历史分析和比较研究的方法,由表及里,逐层推进,比较成功地将繁杂的担保现象和复杂的担保问题化作一幅幅清楚的画面。通篇看来,作者法学功底深厚,构思严密,文字顺畅。当然,作为建国以来第一部研释债权担保问题的专著,该书不可避免地带有一些不足之处,但不失为一部上乘佳作。

作者董开军是我的学生,先后从我攻读硕士、博士学位,对债权担保问题素有一定的研究。此书是他多年来学习、思考的成果,我很高兴应邀为之作序,并将这部书及其作者推荐给大家。

王家福

一九九四年十一月

导 言

我国经济体制改革的目标是建立社会主义市场经济体制。所谓市场经济是建立在以商品交换为目的的商品生产基础上的社会经济。在市场经济条件下,商品的让渡与价格的实现通常并不是同时完成的。尤其是在现代市场经济生活中,“一手交钱,一手交货”的格言只是在一些便于及时清结的零售业里适用,大多数情况下都不是简单的钱货两迄。钱货之间有一定的时间差,也即商品运动与货币运动发生了相对的分
离。其间的关系靠何种力量来维持呢?当然是信用在起作用,包括银行信用和商业信用。市场经济是一种信用经济,或者说是一种债务经济。债务在法律上是指债务人依据合同或法律规定,对债权人负有的应当为一定行为或不为一定行为的义务。它不仅包括人们习惯上所说的借贷关系中的债务,也包括买卖、租赁等交易活动中债务人支付货款、租金等义务。由于市场经济复杂多变,风险和投机无所不在,实际上无论是贷出货币的银行,还是转让商品的卖主,都不可能不关注债务人能否按期履行债务的问题。银行唯恐不能按时收回贷款本息,卖主担心不能按时获得货款。这就在客观上要求采取某种有效的法律措施,特别是要求债务人提供相应的担保措施,来担保债权的正常实现。有了一定的担保,对债权人来说,既可防患于未然,也可在已然的情况下得以适当的补救。而债务人有了
一定的担保负担,也会增强自身积极履行债务的主动性和自

觉性。市场经济的健康发展以及债权债务关系的顺畅实现,显然离不开债权担保制度的保证和促进作用。

存在商品交换活动的社会里,债权担保制度总是以这样或那样的方式,不同程度上发挥作用。从沿革上看,债权担保与债务关系是与生俱来的,而且随着市场经济和信用关系的发展而发展。商品经济的萌芽早在人类社会第二次大分工时就开始出现了。当生产力的发展推动社会生产分为农业和手工业两大部分时,就有了一些直接以交换为目的的商品生产活动。商品生产从一开始便带有一定的社会性和开放性,即生产者必须借助于商品交换活动从他人那里实现其商品的价值追求。由此,反映商品交换活动的简单的债权债务关系逐渐发展起来,担保现象便应运而生了。

关于社会早期存在的债权担保现象及其法律调整问题,不难从一些历史文献的记载中找到若干印证。

恩格斯在《家庭、私有制和国家起源》中曾几次谈及土地抵押这一重要的担保问题。他在论述古希腊氏族制度崩溃时写道:“在阿提卡的田地上到处都竖着抵押柱,上面写着这块地已经以多少钱抵押给某某人了。”^①他还指出:“土地现在可以成为出卖和抵押的商品了。土地所有权刚一确立,抵押制度就被发明出来了。象杂婚和卖淫紧紧跟着一夫一妻制而来,如今抵押制也紧紧跟着土地所有权而来了。这样,随着货币和货币高利贷,土地所有权和抵押制的产生,财富便迅速地积聚和集中到一个人数很少的阶级手中。”^②由这些经典论述可知,土地抵押一开始就同商品经济联系在一起,与私人所有权、商

① 《马克思恩格斯选集》第四卷,第107页。

② 《马克思恩格斯选集》第四卷,第163—164页。

品贸易和货币经济息息相关。再来看动产担保的情况,也是早就与债务关系联系在一起的,如古希伯莱人的摩西法典里就有这方面的记载。摩西法典中有一条规定:贷放者不能要求以其兄弟的必需品作为抵押品,如不能以借款人的外衣作为抵押品,也不能以一盘石磨之上盘或下盘作为抵押品。因为这样无异是以借款人的生命为抵押品。还有一条规定是:贷放者不能进入借款人家中去取抵押品,须由借款人自己拿出来;如借款者是贫民,则贷放者必须在天黑以前归还他的抵押品。在基督教的旧约全书中,我们还可以找到这样的规定:凡以寡妇之牛作为抵押品,或取之抵押品为借款人必需之物品而别无他物可代替者,均系法律所不许可的。^①这里的抵押实为动产担保,即以土地等不动产以外的财产作为债务担保。古印度社会也存在着债务担保现象,由婆罗门教祭司编制的著名的摩奴法典对此有所反映。^②中国古代社会里担保现象也是比较普遍的。古汉语中有许多有关债务担保的文字,有的一直沿用至今。如质、押、当以及质押、抵押、抵当等,还有作保、保人等用语。据文献记载,我国西周时期就出现了债务关系担保现象,后来各朝代的法律里,都有些规定。

从世界范围内来看,古代法中对债权担保规定的较为完善的当推罗马法。罗马法是“商品生产者社会第一个世界性法律。”^③当时的罗马社会,商品交换活动是比较发达的,债务关系的稳定和实现,具有相当普遍的意义。为担保债务履行,罗马法设有许多担保办法,诸如违约金、定金、保证契约、抵押权

① 参见胡寄窗《政治经济学前史》,第7页,辽宁人民出版社1988年版。

② 见《摩奴法典》第182—183页,商务印书馆1982年版。

③ 《马克思恩格斯全集》第二十一卷,第346页。

和质权等。这些制度在罗马法中后期已比较成熟、完善,对后世影响很大。近世债权担保的法律原理很大程度上是由罗马法原理发展而来的。特别是以法、德两国为代表的大陆法系,对罗马法的继承甚多。

应当看到,尽管债权担保,古已有之,但与近代的担保制度相比,还是很粗陋的。如内容不够合理,形式散乱而不成系统等。尤其值得指出的是:由于过分强调对债权人利益的超级保护,还允许以人身作为债务的担保。一旦债务人不能清偿其债务,往往会产生十分严厉的后果。不但用作债务担保的财产和其他财产被剥夺,而且可能连身家性命也搭上。债务人因破产而沦为债奴的现象屡见不鲜。豪门显贵之家的奴仆,有不少就是因为还不起债而“卖身为奴”的。可见,与其他法律制度一样,债务担保制度上也深深体现了封建社会超经济的强制性。如在古巴比伦,法律规定高利贷者(债权人)可终身奴役还不起债的债务人甚至其家属。就连古罗马早期的法律也允许以人身作为担保的标的。如罗马十二表法,其第七表共有七条,规定的是债务的强制执行,实际上是以人身为担保标的,字里行间透出残酷野蛮的时代特征。例如:

“期满债务仍不清偿,债权人得拘捕之,押其到长官前,申请执行。此时如债务人仍不清偿,又无人担保,则债权人得把债务人押家中拘留,用皮带或脚镣拴住。……”

随着市场经济的发展以及相应的社会进步,债权担保逐渐发生了显著的变化。近世立法形成了一套符合市场经济和信用关系要求的精巧完美的债权担保制度,其中完全剔除了人身奴役因素。以人身为担保标的的作法受到禁止,不论何种形式的担保最终都要落实在财产上。各国民事立法对债权担

保的规定及其相应的判例学说有所不同,但就其基本原理和主要内容来说,大体上是一致的。复杂多样的担保方法,在学术上经常划分为两个类型:一是人的担保;二是物的担保。人的担保并不是以人身为担保标的,而是指通过建立以人身信任为基础的债权债务关系所出具的担保。故也称之为债权性担保,其主要形式就是通常所说的“保证”担保。物的担保是以特定之物而为的担保,故也称为物权担保或担保物权,主要有抵押权、质权、留置权等。另外,还有违约金、定金等一些债权担保方法。这两种担保方法是依法在合同中订立的,同时也具有其他一些功用。债权担保的法律原理与实务,主要是围绕这些担保制度展开的。

我国现在正沐浴着改革开放的春风,大力发展社会主义市场经济。实际上,这些年来在经济生活中,人们已经相当深刻地体味了市场经济过程中的酸甜苦辣。大至困扰全局的“三角债”问题,小到一般的债权债务往来,其间或多或少地涉及了担保制度。在建立社会主义市场经济体制过程中,逐步建立和完善我国的债权担保制度无疑有着现实而深远的意义。现行民法通则、经济合同法等法律法规中虽然对保证、抵押、留置以及违约金、定金等有所规定,但其内容不够充分,而且形式上显得散乱,有必要加以充实和完善,从而形成完整的担保体系。国家立法机关和有关部门现已认识到这个问题的重要性和迫切性,目前正在抓紧制定担保法。另一方面,人们对现有的债权担保制度及其相关的理论与实务问题尚不很熟悉,导致实践中不善于利用担保方法。该设立担保的不设,不该设的,反而设立起来,具有一定的盲目性和随意性。近年来,因债权担保问题引起的诉讼纠纷也不断增多。所以进一步学习、了

解和研究债权担保制度,掌握这方面的基本原理和法律知识,是十分必要的。

在一些市场经济发达的国家,债权担保制度已相当完善,有关的学说判例可谓浩如烟海。我国在这方面的研究起步较晚,虽然一些民法教科书和少数文章对债权担保问题作过一般性介绍和个别探讨,但总的说来还没有进行比较系统化的专门研究,在理论和实践上,尚有不够清楚的地方。为了多少能弥补一下这方面的不足,为有关立法和实际工作提供一定的参考,本书对债权担保的法律原理和有关实际问题作了较为充分的阐发。

目 录

序

导 言

第一章 债权担保概述..... (1)

第一节 债权担保的涵义和性质..... (1)

第二节 债权担保的分类和基本种类 (17)

第三节 债权担保的社会经济作用 (31)

第四节 债权担保制度立法的历史沿革 (43)

第二章 保证——人的担保 (67)

第一节 保证的概念、种类和性质..... (67)

第二节 保证法律关系的构成和保证合同的特征 (74)

第三节 保证的效力 (81)

第四节 保证的设立和消灭 (90)

第五节 特殊保证 (97)

第三章 抵押权——物的担保之一..... (100)

第一节 抵押权的概念..... (100)

第二节 抵押权的性质..... (108)

第三节 抵押权的种类..... (119)

第四节 抵押权的效力..... (128)

第五节 抵押权的设定..... (139)

第六节 抵押权的消灭..... (149)

第四章 质权——物的担保之二	(152)
第一节 质权的概念、性质和基本种类	(152)
第二节 动产质权	(159)
第三节 权利质权	(170)
第四节 不动产质权	(180)
第五章 留置权——物的担保之三	(183)
第一节 留置权的概念和性质	(183)
第二节 留置权的效力	(188)
第三节 留置权的设定和消灭	(191)
第四节 特别留置权	(197)
第六章 定金、违约金、权利移转型担保	
——其他担保方式	(199)
第一节 定金	(199)
第二节 违约金	(206)
第三节 权利移转型担保	(215)
第七章 我国债权担保制度的发展与完善问题	(219)
第一节 我国债权担保历史的简要回顾	(220)
第二节 债权担保的现状及其不足	(226)
第三节 若干基本问题的探讨和立法建议	(236)
附录：当前立法对担保物权基本种类的选择问题	(255)
论担保物权的性质	(270)
论土地使用权抵押	(284)
后 记	(296)

第一章 债权担保概述

第一节 债权担保的涵义和性质

在市场经济条件下,一个商品所有者出售他现有的商品,而另一个商品所有者却只是作为货币的代表或作为未来货币的代表来购买这种商品。卖者成为债权人,买者成为债务人。^①从这个意义上说,市场经济实际上是信用经济或债务经济。这就需要一套债权担保制度。没有担保的债务关系,有时会很脆弱。市场经济愈发达,担保问题就愈受重视。那么,究竟什么是债权担保,它有哪些特性呢?这是首先需要明确的问题。

一、债、债权、债务、债权担保

我们先由债、债权、债务谈起,再及于债权担保。

什么是债?“债”即负也,系指某种负担或义务。我国古代“债”与“责”字通用,在《周礼·天官·小宰》中就有“听称责以傅别”的记载。其中的“责”即为“债”。债字就其本来的经济意义来说,是指欠别人的钱财或向别人借钱之意。故有还债、借债

^① 《马列著作选读·政治经济学》第89—90页,人民出版社1988年版。

等常用说法。如某甲向某乙借了三千元的钱,就负了某乙三千元的债。借债与还债是对应的,有借就应该有还。这主要是在货币借贷关系中讲的,债的含义较狭窄。在法律上,债并不限于这方面,还包括因商品交换及其他行为导致的负担或义务。如贷款、租金、赔偿金等支付义务,均列为债的范围。

按照民法对债的定义,债是特定当事人之间请求为一定行为(作为)或不为一定行为(不作为)的民事法律关系。它是对商品交换关系的法律概括,实际上是一种可期待的信用。一般说来,债与其他法律关系一样,也是由三要素构成的:一是债的主体,即特定的当事人,可以是自然人,也可以是法人;二是债的内容,即特定当事人间的债权债务关系;三是债的客体(标的),即债权债务指向的对象,可以是物,也可以是行为或无形财产。近代法上债的种类主要包括合同之债、不当得利之债、无因管理之债和侵权行为之债。债作为反映动态财产流转关系的法律规范出现较早。罗马法中对债已有许多规定,将债定为四类:契约;准契约,包括无因管理、不当得利、共有、监护等;私犯,包括盗窃、强盗、对财产的私犯、对人的私犯等;准私犯,包括法官渎职行为,悬挂物、堆置物造成损害等。^① 这些规定按照近代民法的观点来看,也是有许多可取之处的。虽然其中的一些内容不应列为债,如共有当属物权范畴、监护是亲属法内容、盗窃和强盗为刑事犯罪等,但近代法上的债的要义在那时已显现出雏形了。所以后来的大陆法系与之一脉相承,直接沿用了罗马法的许多作法。法国民法典的规定近乎罗马法,只是将其中的“私犯”明确为侵权。至德国民法典、日本民法

① 见李放主编《比较法教程》第364页,吉林大学出版社1993年版。

典,进一步对债的内容加以提炼、发挥,将债定为合同、不当得利、无因管理和侵权行为四类。英美法中没有债的概念,但其实际内容存在于合同法、侵权行为法中。我国历史上第一部典型的封建法典是唐律,其《永徽律疏》的“杂律”,就规定有债的内容。但近代法上的“债”,则是在清末从大陆法国家引入的,至民国时期法律已有了完善具体的规定。新中国成立后,债的概念和内容几经嬗变,现早已为人们所接受,并且成为一项愈来愈重要的法律制度。民法通则第85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。”该法根据债发生的原因,将债规定为四类即合同、不当得利、无因管理和侵权行为,与大多数国家的规定无甚差别。

大家知道,债作为特定当事人之间的权利义务关系,可以从债权和债务两个方面来认识。债权是债权人享有的权利,债务是债务人负有的义务。这是一个法律关系的两个方面,相互对立又相互依存。一般地讲没有无债务的债权,也没有无债权的债务。所以,债的关系经常称为债权债务关系,有时也可简作债权关系或债务关系。也就是说,从整个法律关系来讲,债、债权、债务等称谓说的是一回事,提及其一便意味着其他。但对某项具体的债的关系而言,它们却是含义不同的法律概念。债是个总称,由对应的债权和债务组成。债权人有权要求债务人履行债务,如在买卖关系中,卖方要求买方支付货款;在借贷关系中,贷方要求借方还本付息。这表明债权是一种主动请求权。从另一方面来看,债务一经形成,便成为一种法律义务,有了一定的强制性。债务人应该如约履行,否则会产生相应的法律后果。由债务方面来看待或认识债的关系,便于突出债务