

21世纪高等院校教材——法学系列



担保法原理



叶金强 著

31



科学出版社

www.sciencep.com

21 世纪高等院校教材——法学系列

担 保 法 原 理

叶金强 著

科 学 出 版 社

北 京

内 容 简 介

制度在市场经济社会中,有着不可替代的作用。本书作为高等院校法学专业本科教材,全面剖析了我国现行担保法律规则,在比较法的背景下,立足本土,关注现实,在力求简洁准确的基础上,对担保法的若干重大理论问题做深入研讨,同时结合我国正在进行的《物权法》的立法活动,参考国外的一些立法资料,对担保法制度的改进和完善进行了有益的尝试。本书立足现行法规,并且以实际案例关注每一规则所处的生活情境,探讨了特定场景下的价值判断与利益衡量,体现了学术研究的实践取向。

本书适用于高等院校法律专业的本科生及硕士生课程教材,也可供从事相关法律工作的人士参考。

图书在版编目(CIP)数据

担保法原理/叶金强著. —北京:科学出版社,2002.12

(21世纪高等院校教材:法学系列)

ISBN 7-03-010948-1

I. 担… II. 叶… III. 担保法-法的理论-中国-高等学校-教材
IV. D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 088981 号

责任编辑:卢秀娟 徐蕊 陈馨/责任校对:朱光光

责任印制:安春生/封面设计:黄华斌 王浩

科 学 出 版 社 出 版

北京东黄城根北街16号

邮政编码:100717

<http://www.sciencep.com>

新 蕾 印 刷 厂 印 刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

*

2002年12月第 一 版 开本:185(720×1000)

2002年12月第一次印刷 印张:19 1/2

印数:1—2 500 字数:374 000

定价:28.00 元

(如有印装质量问题,我社负责调换〈环伟〉)

前 言

担保,作为弥补债权效力先天不足的制度存在,随着债权在现代社会中的发达,而日显重要。我国于1995年即通过了单行的《担保法》,但由于立法技术的欠缺、理论研究的滞后,再加上担保本身的复杂性,使得《担保法》几乎成为我国立法中受到批评最多的一部法。经过几年实践,最高人民法院(以下简称最高院)在总结司法实践经验的基础之上,于2000年通过了《关于适用担保法的若干问题的解释》,试图对实践中的问题,做出全面的回应。但是,基于同样的原因,司法解释在解决问题的同时,也制造了很多的问题。

本书以《担保法》及最高院《关于适用担保法的若干问题的解释》所确立的规则为主线,以传统大陆法系民法理论为背景,紧密结合我国的实践,分析、检讨现行规则,评述流行观点,阐发一己之见。在力求体系完整的同时,着力于难点问题的展开,注重在获得一定价值判断之后,具体价值构成之分梳,以明晰其间的理路。而有些问题,本不具有重要性,但由于存在很多的误解,故也作了一些澄清。为节省笔墨,文中在理论阐释之外,未采用实例分析的方法,而是以举例的方式,简单勾勒出事实结构,建立起事实模型,将其中的利益构成立体化,进而加以分析。另在每章最后专设一节案例释解,选取典型案例,作充分的展开,以案释解担保规则,展示法律运作的实际状况。

立法的完善,离不开比较法资源的利用,其他国家、地区在面对我们所面对的同一个问题时,所采取的解决方式,无疑对我们当前问题的解决,有着极大的参考价值。但是,我们不能忽视两个重大问题:首先,任何一个规则都是在一个制度体系中发挥作用的,体系内的各规则之间,存在着互相补充、协调、校正等关系,脱离制度体系这一客观存在,根本无法理解具体的规则。同时,由于不同国家的制度结构不同,具体问题的解决规则在其制度结构中的位置也不同,这更增加了我们的难度。这就要求我们在争取整体把握的同时,采取回到原点的方法,具体分析规则中的基础价值判断和逻辑结构,以此汲取其中的营养。在我们还没有全面把握他人制度之前,断章取义是难免的,许多担保规则的不当,也都是断章取义的结果,但是我们应当知道努力的方向。其次,我们应当明察我们所面对的生活事实的特殊性,其与所借鉴国的不同,直接影响着规则的走向。而这事实层面的因素,涉及民族文化传统、道德风尚、民众心理、交易习惯等,需要深厚

的功底方能发掘出来，而将这些再反映在具体规则之上，更是需要艰苦的努力。本书注重担保制度的整体结构、功能的研究，以实践之取向，采价值导向之思维方式，运用法益衡量之方法，揭示我国法借鉴中的成功与不足，并提出自己粗浅的认识。

因笔力所限，书中错误、疏失定然难免，诚望读者不吝指正！

作 者

2002年9月

目 录

前言

第一章 担保总论	(1)
第一节 担保的制度空间	(1)
第二节 担保的功能	(6)
第三节 担保的分类	(8)
第四节 对外担保	(11)
第五节 共同担保	(12)
第六节 案例释解	(27)
第二章 保证	(33)
第一节 保证概述	(33)
第二节 保证人	(35)
第三节 保证合同	(39)
第四节 保证责任	(49)
第五节 保证人的权利	(67)
第六节 特殊保证	(73)
第七节 案例释解	(76)
第三章 抵押权	(91)
第一节 抵押权概述	(91)
第二节 抵押权的设定	(97)
第三节 抵押权登记	(109)
第四节 抵押权的效力	(124)
第五节 抵押权的实行及消灭	(154)
第六节 特殊抵押权	(162)
第七节 案例释解	(174)
第四章 质权	(186)
第一节 质权概述	(186)
第二节 动产质权	(188)
第三节 权利质权	(202)
第四节 案例释解	(222)

第五章 留置权	(231)
第一节 留置权概述	(231)
第二节 留置权的取得	(234)
第三节 留置权的效力	(240)
第四节 留置权的实行与消灭	(243)
第五节 案例释解	(249)
第六章 定金	(256)
第一节 定金概述	(256)
第二节 定金的成立	(264)
第三节 定金的效力	(266)
第四节 案例释解	(270)
第七章 非典型担保	(278)
第一节 让与担保	(278)
第二节 所有权保留	(289)
第三节 案例释解	(298)
参考文献	(303)

第一章 担保总论

第一节 担保的制度空间

一、担保的界定

担保是可以增加债权实现可能性的法律措施，其保障的是债权的实现，或者说债务的履行。债权人保障其债权的实现，可以通过一定的方式来促使债务人履行债务，并在债务人不履行债务时，依法定途径实现其债权。例如，债权人可与第三人订立保证合同，由第三人保证债务的履行，在债务人不履行债务时，则由第三人履行或承担责任，这样第三人的信用的引入，确保了债权的实现。债权人也可以设立抵押、质押等，通过取得对特定物价值的优先受偿权的方式，来保障自己的债权的实现，这样，在债务人不履行时，债权人可就特定物的价值优先受偿来实现债权。

担保不同于债的保全。担保与债的保全虽均可增加债权实现的可能性，但债的保全主要在于防止债务人的责任财产的不当减少，而担保则是在于增加责任财产的量，使第三人的财产也成为债权实现的保证，或者使债权人对特定的物享有物权，能通过物权的行使，使债权优先得到实现。债的保全是债的相对性的突破，债权人取得了对债务人之外的第三人的影响力，而担保并非债的相对性的突破，债权人是通过设立新债的方式或设定对物权利的方式，维护自己的债之利益。另外，债的保全基于法律的规定，债权人的撤销权、代位权，是债权的法定从权利，当事人排除该项权利的约定应为无效。而担保的具体方式，多基于当事人的约定而设立，其中的留置权虽是法定的担保物权，但当事人可约定不可留置的物。

担保制度由保证担保、抵押担保、质押担保、留置担保、定金担保，以及其他非典型担保构成。这些具体的担保类型，虽各具特色，但作为担保制度的一部分，又具有共同的特征。具体而言，担保具有以下特征：

1. 担保具有从属性。担保之债与被担保之债之间存在主从关系，担保之债从属于被担保之债，具有从属性。担保之债的成立以被担保之债的存在为前提，其成立上具有从属性；担保权利应随同主债权的移转而移转，不得与主债权相分离而转移，其处分上具有从属性；担保权利随主债权的消灭而消灭，其消灭上具

有从属性；被担保之债的债务人对债权人享有的抗辩，担保人也同样享有；担保的广度也是依据所担保的债权的数额确定的。这些均体现了担保的从属特征。担保的从属性立基于“事物的本质”^①，内存于生活层面的担保关系的目的指向——保障债之实现，决定了法律层面的担保的从属性。

担保制度可以满足债权人债权确保的需要，但是担保的从属性在许多情况中也会构成一定的障碍。商事交易对安全、快捷及效率的追求，对担保的独立性提出了更高的要求。为此，当事人可以约定一定程度地排除了从属性的担保，同时，立法也会对商业实践中有着广泛需求的、具有独立性的担保形式加以确认。

《担保法》第14条规定了最高额保证，第59条规定了最高额抵押，二者均在主债权发生之前即已设立，不具有成立上的从属性。这两项制度主要是基于效率上的考虑，避免了不必要的担保重复设定。此外，发生所有人抵押的情况中，担保消灭的从属性也不复存在。

《担保法》第5条还规定，主合同无效，担保合同无效，担保合同另有约定的，按照约定。这样，当事人的约定可使担保合同在主合同无效的情况下依然有效。但问题是，主合同无效，担保合同有效的意义何在？可能的解释之一是，此时担保合同担保的债权，转变为主债权人因该无效合同而取得的请求权，当此请求权实现受阻时，主债权人可以行使担保权利以实现请求权。这样，实际上担保合同中的合意为：主合同有效，则担保主债权的实现，主合同无效，则担保因主合同无效而取得的请求权的实现。如此，担保合同实际上是一个可转换之债，发生转换的条件是主合同无效，此种约定的效力依私法自治原则当然应予认可。不过《担保法》的起草者，对该条规定的解释是：“有些担保合同，特别是在涉外经济贸易中的担保合同，经双方当事人的约定担保合同是独立于主合同的，不可撤销的担保合同，如凭要求即付担保。这已成为国际贸易中的惯例。这种独立的担保合同，在主合同无效后，仍应当对债务人承担无效后的法律责任担保。为了适应实际的需要，本条规定，担保合同另有约定的，按照约定。”^②有学者认为该规定为独立担保的存在提供了合法的存在空间^③。但是，在国内法中认可独立担保的必要性尚需论证。

^① “事物的本质”这一概念有着丰富的法哲学内涵，拉德布鲁赫先生认为，借助“事情的本质”人们可以在法的发现中架起从应然通向实然的桥梁（参见〔德〕阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，法律出版社，2002年版，第179页）。考夫曼先生所述“生活关系的本质”指内存于生活关系者的意义或价值，其应与法律所指涉的意义或价值彼此适应调和（参见拉伦茨著：《法学方法论》，陈爱娥译，五南图书出版有限责任公司，2001年版，第16页）。

^② 全国人大常委会法制工作委员会民法室编著：《中华人民共和国担保法释义》，法律出版社，1995年版，第6页。

^③ 参见曹士兵著：《中国担保诸问题的解决与展望》，中国法制出版社，2001年版，第27页。

独立担保制度通过排除担保人抗辩权的方式,来淡化担保的从属性,增加担保的强度,原则上因从属性而给担保人带来的一切利益,似乎均可排除。该制度在国际贸易中有较为广泛的运用。国际贸易中空间距离、法律冲突、国家保护主义倾向等,使通过争端解决机制解决争端的成本及风险增加,在这样的商业环境中,客观上需要更强有力的担保手段,商业上的需求催生了相应的法律制度,独立担保制度应运而生。债权人可以提出立即付款的要求,担保人不得提出有关抗辩事由加以拒绝。“银行拒绝插手主合同当事人之间的关系和审查要求付款文书外部的要求付款有效性的各项条件,”^①不审查主合同的不履行。这样,债权人从担保人处获得付款的成本减少,且有着极高的确定性^②。国际上有关独立担保的国际性文件主要有:国际商会1978年的《合同担保统一规则》、1992年的《见索即付担保统一规则》、联合国1996年的《独立担保和备用信用证公约》等。

担保物权可以游离于特定债权之外,作为融资工具而存在。德国民法中的土地债务不具有附随性,即使土地债务是为担保某一债权而设立^③。担保物权的证券化,则使得担保的从属性大为减弱,证券化的担保物权可简化手续,降低担保物权重复设定的成本,便于流通,充分发挥担保物的融资功能。

我国担保法在担保的从属性之例外的规则方面,存在明显欠缺,尤其是在担保权利证券化方面,亟须系统的研究,并在透彻研究的基础上进一步制度化,以节省担保成本,为融资活动提供便捷的担保措施。

2. 担保具有补充性。担保是在主债关系原有的机制不足以满足债权实现需要时,才发挥作用的,其具有补充性。担保的补充性体现在,只有当主债务人到期不履行或不能履行主债务时,主债权人才能行使担保权利,以实现债权。在一般保证中,只有在首先执行主债务财产且不足以清偿债务时,主债权人才取得对保证人的请求权。在抵押、质押等物的担保的场合下,只有当主债务人到期未履行债务时,债权人才可以行使相应的担保物权。因此,也可以认为担保的实行附有停止条件,该条件为主债务人到期未履行债务。

虽然,在连带责任保证中,主债权人在主债务人到期不履行时,可以要求主债务人履行债务,也可以要求保证人承担保证责任,但实际上保证人义务仍然是置于主债务人之后的,因为,对主债务人而言,其义务为在履行期届满时履行债务,而对于保证人而言,则是主债务人到期未履行的事实得以确定之后,才存在

① 参见沈达明编著:《法国、德国担保法》,中国法制出版社,2000年版,第62页。

② 独立担保中,担保人付款后可以向主债务人追偿,即使主债务人对主债权人有正当的拒绝支付理由,因此,独立担保的订立应在主债务人的意思范围之内。实际上,独立担保的提供,成为主合同的交易条件之一,因主债务人可以向主债权人主张索回,所以,独立担保的实际效果在于,将诉的成本及风险转嫁给主债务人承担。主债务人与主债权人之间形成了“先付款,后追回”的格局。

③ 参见孙宪忠著:《德国当代物权法》,法律出版社,1997年版,第262页。

其履行义务的可能性,其义务履行期必然发生于主债履行期之后。

3. 担保具有相对独立性。具有从属性的担保也具有相对的独立性,担保从属于主合同,但主从关系的成立是以主、从的分别独立存在为前提的。担保法律关系作为一个独立的法律关系,有自己独立的发生原因、有效要件、消灭原因,有自己独特的内容。担保的成立,须有当事人的合意或法律的规定,担保有其特有的形式要求。担保之债可因清偿、免除、抵销、提存等原因而消灭,担保之债有其独立的诉讼时效,担保合同有其独立的无效原因,担保合同无效时还可能发生基于担保缔约的缔约过失责任,总之,担保关系是主合同之外的相对独立的法律关系。

由于担保的相对独立性,所以在分析担保关系时,需辨明一定的法律效果是基于担保的从属性而发生,还是基于担保自身的原因而发生。《担保法》中的大量规定都是对基于担保自身原因而发生的效果的规定,这也提醒我们不可忽视担保的独立性的一面。例如,保证人不合格导致保证无效的规定、保证范围、保证期间的规定、禁止抵押的财产的规定等。最高院《关于适用担保法若干问题的解释》第56条、86条规定的担保人的责任,均是担保人在担保合同缔结过程中,因过失致对方损失而应承担的缔约过失责任。

担保的相对独立性不同于上文所述的担保从属性之缓和、淡化或排除,这里的独立性是与从属性并存的。一个担保中,担保人责任的否定,可能是因为担保自身独立的原因而生,也可能是因主债关系的原因同时透过担保的从属性而发生。担保的从属性和独立性是一个事物的两个方面。

二、担保在民法中的定位

担保制度属于民法范畴,是民法中财产权制度的一部分。民法总则的规定对担保同样有着适用余地。担保中的人的担保和物的担保,分别隶属于债权和物权制度。作为人的担保的保证制度属于债的一种,债法总则的规定可以适用于保证;物的担保构成担保物权制度,物权法总则的规定可以适用于物的担保。

在担保法的立法体例上,传统大陆法系国家一般是将担保规则纳入民法典之中,但其位置有所不同。《德国民法典》将保证规定于债的关系法中的各个债的关系中,将物的担保规定于物权法的担保物权部分;《法国民法典》将保证和物的担保均规定于其第三卷取得财产的各种方式中;《日本民法典》将保证规定于债权编债权总则中,将物的担保规定于物权编的担保物权部分。在民法典之外,仍然有一些单行法中含有担保的规则,例如,在海商法中规定有船舶担保物权。

我国因为尚没有民法典,而实践中又亟须担保规则,于是我国在1995年制定了单行的担保法,对担保制度做了全面的规定。现今我国正在制定民法典,而对通过民法典后《担保法》的存废有不同意见,笔者认为,为保证民法典体系的

完整,应将担保规则纳入民法典之中。

我国现行的担保规则,主要集中在全国人大常委会1995年6月30日通过、1995年10月1日施行的《中华人民共和国担保法》,以及2000年12月13日施行的最高院《关于适用担保法若干问题的解释》之中。此外,《海商法》、《民用航空法》、国务院部委的行政规章,以及最高人民法院的其他司法解释,也涉及一些担保法律规则。

三、债权效力缺陷形成的对担保的制度需求

担保是为债权而立,而也正是债权本身的特征制造了对担保的需要。债权是特定当事人能够请求特定人为或不为特定行为的权利。债权在性质上为请求权、相对权、对人权。“债权人,乃将债务人之给付归属于债权人,使其得受领债务人之给付,债权人亦因而得向债务人请求给付。易言之,债权之本质内容,乃有效的受领债务人的给付。”^①

债权的效力包括请求力、执行力、受领保持力。请求力指债权人得依其债权请求债务人为特定给付的效力;执行力指在债务人不为给付时,债权人可以诉诸公力,通过执行程序强制债务人履行的效力;受领保持力指债权人可以保持所受领给付,而不被追夺的效力。债权具有请求力而无支配力,债权的实现惟有通过债务人的履行行为,债权人不可以支配债务人的人身、债务人的行为,以及债务人应为给付的标的。这样,债权的实现上便表现出相对性,显示出相对权的特征来。作为支配权的物权,其利益的实现具有直接性,无须义务人的积极行为的配合,而债权中作为权利内容的利益,须通过义务人的给付方能实现^②。

债权人对其已受领的给付可保有,而在受领给付之前,其是否能得到给付却不确定。债务人主观上可能根本不愿履行,虽然不履行的责任具有促使债务人履行的功能,公力的介入也可以为债权人利益提供一定保障,但公力救济本身的成本,以及债务人可能的客观不能履行,均构成了债权实现的现实障碍。可见,债权具有潜在的不能实现的风险,债权人具有降低债不能实现风险的迫切需求,而担保制度正是因此而生。

债权的实现取决于一定的因素,经济学上将其归纳为三“C”:首先为道德(character),指债务人偿债的主观意愿;其次为资本(capital),指债务人自有的资本净值;再次为能力(capacity),指债务人的信用能力。这里,担保可以在前两个层面上发挥作用,增加债权实现的可能性。担保的设定,一方面可促使债务人主动履行,第三担保人与债务人之间的关联,可形成债务人履行的压力,而在

① 王泽鉴著:《债法原理》(第一册),中国政法大学出版社,2001年版,第9页。

② 张俊浩主编:《民法学原理》(修订第三版),中国政法大学出版社,2000年版,第70~71页。

债务人自己提供物的担保时，其主动履行的动力更为明显；另一方面，担保的设定增加了保障债权实现的责任财产的数量，债权实现的可能性当然增加。

担保的作用随着债权在现代法中地位的提升，而不断加强。“在近代社会中拥有财产并非拥有物，而是拥有对他人的请求权”^①，现代社会中这一趋势更进一步加强。现代经济为信用经济，对待给付完成的异时性，需要担保制度为之提供支持，以降低风险，增加确定性。

第二节 担保的功能

一、确保债权安全功能

担保的设立是为了保障债权的实现，担保的主要功能也便体现在保障债权实现上。债权的实现有赖于债务人的履行，尽管法律赋予了债权以强大的效力，包括赋予债权人为保全债权而可以行使代位权和撤销权，但债权仍有不能实现的危险。设定担保，可为债权实现提供保障，减少债权不能实现的风险。

担保的设立，可以起到促使主债务人履行债务的作用。在主债务人自己提供担保的情况下，为避免债权人行使担保物权，而使其丧失担保财产的所有权，主债务人便会更加积极主动地履行债务。在第三人为主债务人提供担保的情况下，第三人与主债务人之间存在的人身信赖关系等，会使主债务人不履行债务时承受更大的压力，从而促使其主动履行债务。总之，担保的存在，增加了债权通过履行而获得实现的可能性。

即使债务人不履行债务，债权人也可以通过担保而获偿债权。第三人为主债务人提供的担保的设立，增加了保障债权实现的责任财产，使得在主债务人无力履行债务时，债权可通过这些财产而得以满足。以主债务人的财产设定的物的担保，虽未增加责任财产的量，却使债权人取得了直接支配特定财产的物权，主债权因而可以优先于其他债权而获清偿。

二、降低交易成本功能

担保制度可以发挥降低交易成本的功能。首先，在商事交易中，当事人需要搜集对方资信方面的信息，以决定是否可以授信给对方，为此需要支出一定的资信调查成本。担保的提供，使得债权更有保障，使当事人不必过分担心对方的资信状况，从而大大降低了资信调查的必要性，减少了资信调查费用的支出，并且

^① 参见〔日〕我妻荣著：《债权在近代法中的优越地位》，王书江译，中国大百科全书出版社，1999年版，第17页。

可以使交易更快捷地达成,提高交易的效率。

其次,担保的存在,也可以降低当事人履约监督成本。与无担保的情况不同,债务人主客观情况的变化,并不决定性地影响债权人的债权实现,履约监督的力度可以降低。在存在物的担保的情况中,债权人不再需要关注债务人的全部财产状况的变动,可以仅集中关注担保物的状况,因为担保物的价值已为其利益的实现提供了有力的保障。这样可以节省履约监督成本,进而将更多的精力投入到有效率的活动中去。

再有,担保可以降低债权救济成本。在人的担保的场合,主债务人不履行时,还存在保证人自愿履行的可能性,不是必然需要通过诉讼程序获得救济。虽然也存在保证人不愿履行的可能,但是在保证人自愿履行的情况下,诉讼成本的支出就被避免了,债权救济成本得以降低。在物的担保的场合,当主债务人不履行,主债权人可以通过行使物权的方式来实现债权,同样可以避免诉讼成本的支出,提高债权救济效率。不过我国现行规则中,质权人在实行质权时,可以自行拍卖质物,而抵押权的实行仍然需要通过诉的方式。因而,抵押担保避免诉讼成本支出、降低债权救济成本的作用不能发挥,对此,需制度上的进一步完善。

三、促进资金融通功能

担保还可以促进资金融通和商品流通。在债权人因担心债权的安全性而犹豫不决时,担保的提供,可以消除债权人的疑虑,使其敢于授信于他人,从而推动交易的达成。能提供担保的当事人,可以更容易地获取资金、商品或服务。担保一方面可保障既存债权的实现,同时又可主动诱导新的债的关系的建立,促成更多的交易,有利于社会经济的繁荣。

交易是在信誉的基础上展开的,有良好信誉而无担保虽然也可以建立交易关系,但是无良好的信誉,就需要有担保来促使交易的形成。担保成为交易的润滑剂,为交易的顺畅展开,提供了基础。经济发展史表明,在本来不认识的人之间建立相互之间的信任关系是交易范围扩大和经济发展的关键^①。虽然制度为这种信任关系的建立提供了基础性条件^②,但信任关系的建立有一个过程,在信任关系建立之前,担保的提供可以为陌生人之间的交易达成提供可能。例如,由熟人

① 参见张维迎:《法律制度的信誉基础》,载于《经济研究》,2002年第1期。

② 事实上,基于制度而建立的信赖,是对制度的信赖,其相信即使对方背信,制度也会为自己的利益提供保障,这有别于道德层面的信任。主体道德层面的信誉是真正的基础,而法律制度可以帮助建立、强化道德层面的信誉。在主体间道德层面的信任不存在,而制度因非制度信誉的问题而存在缺陷时,往往需要另一制度来加以弥补。债权存在不可实现的风险,这便是债权制度本身非因整体制度环境,而是因自身天然属性而形成的缺陷,担保制度便是为弥补债权这一天然缺陷的制度存在。当然,担保作为一种制度,其功能的发挥,也需要当事人对制度的信赖。

提供保证或提供物的担保，可消除当事人的疑虑，使陌生人成为交易伙伴。

担保因其债权确保功能和成本节约功能，在现代经济中发挥着日益重大的作用。能够提供担保，一定意义上也反映了当事人的资信能力。我国《商业银行法》第36条甚至规定：商业银行贷款，借款人应当提供担保。根据该条规定，只有经商业银行审查、评估，确认借款人资信良好，确能偿还贷款的，才可以不提供担保。担保对资金融通的重要作用，可见一斑。

第三节 担保的分类

一、人的担保与物的担保

担保按不同的标准可做出不同的分类。按担保标的的不同，可分为人的担保与物的担保、金钱担保。人的担保是指债务人之外的第三人以自己的全部财产来担保债的履行。人的担保又称信用担保。设立人的担保的实际效果，是使保证债的履行的责任财产得到了增加。责任财产由仅是债务人的全部财产，增加为债务人的财产与担保人全部财产的总和。责任财产的增加自然增加了债权实现的可能性。

但是，人的担保也存在着明显的不足之处，因其也只发生债权效力，所以也如同所担保的债权一样，存在不确定性。由于担保人的财产数量有限，并且这些财产同时也是担保人的其他债权人债权实现的保证，这些债权与担保债权处于平等的地位，当担保人财力不足时，担保债权同样存在不能实现的危险。担保债权为请求权、对人权，其实现有待于担保人的履行。担保人不履行甚至转移财产逃避债务，必然增加担保债权实现的难度。当然，如果担保人财产雄厚、信誉卓著，自然可弥补人的担保的上述不足，例如，银行提供的人的担保。人的担保以保证为基本形式。

物的担保是指债务人或第三人以特定的动产、不动产或其他财产权利，担保债的履行的担保。物的担保主要包括抵押、质押、留置三种方式。物的担保试图以效力更为强大的物权，来为利益实现具有缺陷的债权提供保障。它的实际效果是使得债权人在债权不能实现时，可对特定的财产行使担保物权，从特定财产的变价款中获得优先清偿。物的担保的显著优点在于，其具有物权效力，在一定程度上弥补了债权没有优先力、追及力的缺陷，使债权的实现有了物权的有力支撑。因而物的担保具有人的担保所不具有的优越性，在实践中被广泛地运用。

金钱担保是指以金钱为标的物的担保，其形式为定金担保。金钱为物的一种，因而金钱担保也可归入物的担保，是一种特殊的物的担保。其特殊性在于：首先，定金的交付发生定金所有权的转移；其次，定金担保仅具有债权效力，接

受定金一方不履行债务，给付定金一方取得请求双倍返还定金的请求权，给付一方未履行合同，其返还定金请求权消灭。再有，定金的担保作用的发挥主要体现在定金罚则对当事人履行合同的促进作用上，当债务人不履行债务时，定金担保并不一定能使债权完全实现。

二、法定担保与约定担保

依担保发生的依据的不同，担保可分为法定担保和约定担保。法定担保是指依法律规定直接成立并发生效力的担保方式。法定担保主要有留置权、法定抵押权、优先权等。法定担保的成立要件、效力等均由法律直接规定，无须当事人约定。法律规定法定担保方式，意在保护特定债权人的利益。立法者基于一定的法律政策，认为需要为特定的债权提供特殊的实现保障，使该债权人可以优先于其他债权人实现债权，于是便赋予债权人对特定物的价值以优先受偿权。

我国现行法中规定的法定担保主要有：《担保法》规定的留置权、《合同法》286条规定的建设工程承包人抵押权、以及《海商法》规定的船舶优先权等。此外，法律有关连带责任的规定，与法定人的担保的法律效果相似，连带债务人对自己应承担的责任之外的责任的承担，类似于保证人保证责任的承担。连带责任的规定，意在为特定情况下特定债权人的利益，提供特殊保护，但连带责任制度一般并不纳入担保制度之中。

约定担保又称意定担保，是根据当事人的意思而设定的担保。约定担保虽然由当事人约定设立，但担保的成立要件和担保的效力等均由法律规定。例如，在担保物权的设定上，当事人仍须受制于物权公示原则、物权法定原则。因而，在约定担保方面，当事人的自由主要体现在是否设定担保、为何种债权设定担保、采取何种担保方式等方面。保证担保、抵押担保、质押担保、定金担保等担保方式均为约定担保。

三、典型担保与非典型担保

根据法律是否将其明确规定为担保方式，担保可分为典型担保与非典型担保。典型担保是指法律加以类型化，并明确规定为担保方式的担保。在我国，抵押、质押、保证、留置、定金均为典型担保，《海商法》等法律中规定的优先权也可视为典型担保。

非典型担保是指典型担保之外的、法律未加以类型化并确定为担保方式，而在实践中存在着的具有担保功能的实际做法。非典型担保通常是在交易过程中逐渐发展起来的，是当事人在现有的法律框架之下，为满足自己的需要而作出的创造。非典型担保可以被立法吸收而典型化，成为典型担保。在实践中得到极广泛运用的非典型担保，主要有让与担保和所有权保留。让与担保是指债务人或第三

人为担保债权实现，将一定财产权利移转于债权人，在债务人不履行时，债权人可就标的物优先受偿，债务人履行债务时，则将标的物权利重新转移给债务人或第三人。所有权保留是指卖方在买方支付全部价款前，仍保留货物所有权，以担保价款债权实现的担保方式。

四、担保、再担保与反担保

担保已如上述，再担保是指在债权人行使先设定的担保权利仍然不能完全实现债权时，方可以实行的担保。在再担保中，涉及两个以上的担保关系，再担保人承诺的是，先设担保的实行不能满足债权时，才承担担保责任。再担保的关键在于：先设担保的存在，以及后设担保合同中合意的特殊性。再担保合同中的合意为：仅在先设担保的实行未能满足主债权时，再担保人的担保责任才发生。对于再担保还可以发生再担保，这样后设再担保人，仅在先设再担保的实行未完全满足债权时，才承担担保责任。这样的再担保层次不受限制。

再担保的方式可以是保证，也可以是抵押或质押。例如，甲公司对乙公司享有债权 100 万，丙公司提供连带责任保证。后甲公司又与丁公司签订抵押合同，约定在丙公司承担保证责任后，甲公司仍然未完全受偿时，甲公司可以就丁公司的房产的价款优先受偿。而后戊公司又和甲公司签订质押合同，约定在甲公司实行对丁公司房产的抵押权后仍未完全受偿时，甲公司可以就戊公司提供担保的电脑的价值优先受偿。这里，丁公司、戊公司提供的均为再担保。再担保中存在一个承担担保责任的顺序，而这个顺序的建立是基于当事人明示的意思表示。

再担保应和共同担保区别开来，共同担保是指同一债权存有数项担保的情形。共同担保中担保人是针对同一债务人的同一债务提供的担保，再担保中再担保人虽也是针对主债务人的债务提供的担保，但其承诺的是对先设担保的担保人承担担保责任后的主债务人的余额提供的担保。共同担保中，债权人一般享有选择权，可以选择行使任一担保权利，同时担保人之间存在着责任分担的关系；而再担保中，债权人受担保责任顺序的约束，并且担保人之间无责任分担关系。共同担保关系十分复杂，将在下文详述。

反担保是主债务人或者第三人与担保人约定，在担保人对主债务人的追偿权不能实现时，由其承担担保责任的担保。反担保是主债务人或者第三人为担保人提供的担保，反担保的担保对象为担保人对主债务人的追偿债权，担保人在承担担保责任后可以向主债务人追偿，该追偿债权也存在不能实现的风险，反担保正是为应对这一风险而设定的。

反担保与本担保形成主从关系，本担保合同为主合同，反担保合同为从合同。本担保合同可以是保证合同、抵押合同、质押合同等；反担保合同也可以是保证合同、抵押合同或质押合同。最高法院《关于适用担保法若干问题的解释》第