



21世纪法学系列教材

民商法系列

担保法

杨 会 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



21世纪法学系列教材

民商法系列

担保法

杨 会 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

担保法/杨会著. —北京:北京大学出版社, 2017. 2

(21 世纪法学系列教材·民商法系列)

ISBN 978-7-301-27825-3

I. ①担… II. ①杨… III. ①担保法—中国—高等学校—教材 IV. ①D923.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 297090 号

书 名 担保法

DANBAO FA

著作责任者 杨 会 著

责任编辑 周 菲

标准书号 ISBN 978-7-301-27825-3

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址 <http://www.pup.cn>

电子信箱 law@pup.pku.edu.cn

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

印 刷 者 北京大学印刷厂

经 销 者 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 17 印张 324 千字

2017 年 2 月第 1 版 2017 年 2 月第 1 次印刷

定 价 35.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

谨以此书献给我的父亲母亲

作者简介

杨会,男,安徽省宿州市灵璧县人,成都理工大学文法学院副教授。1998年考入西南政法大学,先后于2002年和2005年获得经济学学士学位和法学硕士学位;2008年考入北京大学法学院,2012年获得法学博士学位。硕士毕业后到天津师范大学法学院工作,从事民商法的教学与科研,直至2016年底调入成都理工大学文法学院。已经发表学术论文近五十篇,主持和参与课题十余项,出版专著一本,获得省部级奖励一项。

略 缩 语

1. 《民法通则》——《中华人民共和国民法通则》
2. 《民通意见》——最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》
3. 《担保法》——《中华人民共和国担保法》
4. 《担保法司法解释》——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》
5. 《物权法》——《中华人民共和国物权法》
6. 《物权法司法解释(一)》——最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释(一)》
7. 《合同法》——《中华人民共和国合同法》
8. 《合同法司法解释二》——最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》
9. 《买卖合同司法解释》——最高人民法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》
10. 《民事诉讼法》——《中华人民共和国民事诉讼法》
11. 《民事诉讼法意见》——最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》
12. 《民事诉讼法司法解释》——最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》
13. 《公司法》——《中华人民共和国公司法》
14. 《海商法》——《中华人民共和国海商法》
15. 《民用航空法》——《中华人民共和国民用航空法》
16. 《矿产资源法》——《中华人民共和国矿产资源法》
17. 《土地管理法》——《中华人民共和国土地管理法》
18. 《农村土地承包法》——《中华人民共和国农村土地承包法》
19. 《税收征收管理法》——《中华人民共和国税收征收管理法》
20. 《合伙企业法》——《中华人民共和国合伙企业法》
21. 《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》——《中华人民共和国城

镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》

22. 《电信条例》——《中华人民共和国电信条例》
23. 《城市房地产管理法》——《中华人民共和国城市房地产管理法》
24. 《商标法》——《中华人民共和国商标法》
25. 《票据法》——《中华人民共和国票据法》
26. 《专利法》——《中华人民共和国专利法》
27. 《著作权法》——《中华人民共和国著作权法》
28. 《草原法》——《中华人民共和国草原法》
29. 《拍卖法》——《中华人民共和国拍卖法》
30. 《消费者权益保护法》——《中华人民共和国消费者权益保护法》

目 录

第一章 担保法总论.....	(1)
第一节 担保概述.....	(1)
一、债权的保障.....	(1)
二、担保的含义.....	(3)
三、担保的特征.....	(4)
四、担保的方式.....	(6)
五、担保的法律规范.....	(7)
第二节 担保的分类.....	(9)
一、约定担保与法定担保.....	(9)
二、人的担保、物的担保与金钱的担保.....	(9)
三、典型担保与非典型担保.....	(10)
第三节 担保人.....	(11)
一、自然人.....	(11)
二、企业法人.....	(12)
三、国家机关和公益性事业单位、社会团体.....	(14)
四、经营性事业单位和社会团体.....	(15)
五、其他组织.....	(15)
第四节 被担保的主债权.....	(16)
一、债权的种类.....	(16)
二、债权的发生原因.....	(16)
三、几种特殊的债权.....	(17)
第五节 担保的起止.....	(18)
一、担保合同的成立.....	(18)
二、担保合同的生效.....	(19)
三、担保合同的无效.....	(22)
第二章 保证.....	(27)
第一节 保证概述.....	(27)
一、保证的含义.....	(27)

二、保证的特征	(28)
三、保证的方式	(29)
第二节 保证的设立	(33)
一、保证合同的当事人	(33)
二、保证合同的内容	(34)
三、保证合同的形式	(45)
第三节 保证的效力	(46)
一、保证人的义务	(46)
二、保证人的权利	(47)
三、主合同的变更、移转与保证责任	(52)
第四节 保证的消灭	(57)
一、保证消灭的原因	(57)
二、保证消灭的后果	(59)
第三章 担保物权总论	(61)
第一节 担保物权概述	(61)
一、担保物权的含义	(61)
二、担保物权的特征	(62)
三、担保物权的社会作用	(64)
第二节 担保物权的分类	(66)
一、法定担保物权和约定担保物权	(66)
二、自物担保物权和他物担保物权	(66)
三、动产担保物权、不动产担保物权和权利担保物权	(67)
四、占有担保物权和非占有担保物权	(67)
五、留置型担保物权和优先清偿型担保物权	(67)
第三节 担保物权效力所及标的物范围	(68)
一、担保物	(69)
二、从物	(69)
三、从权利	(70)
四、孳息	(70)
五、代位物	(71)
第四节 担保物权的取得与消灭	(71)
一、担保物权的取得	(71)
二、担保物权的消灭	(76)

第四章 抵押权	(79)
第一节 抵押权概述	(79)
一、抵押权的含义	(79)
二、抵押权的分类	(80)
三、抵押权的历史发展	(82)
第二节 抵押权的取得	(83)
一、设立抵押权	(83)
二、抵押权的善意取得	(100)
第三节 抵押权的效力	(102)
一、抵押人的权利	(102)
二、抵押权人的权利	(108)
第四节 抵押权的实现	(112)
一、抵押权的实现概述	(112)
二、抵押权实现的条件	(113)
三、抵押权实现的途径	(115)
四、抵押权实现的方法	(116)
五、变价所得价款的分配	(118)
第五节 特殊抵押权	(120)
一、最高额抵押权	(120)
二、共同抵押权	(127)
三、浮动抵押权	(131)
第五章 质押权	(136)
第一节 质押权概述	(136)
一、质押权的含义	(136)
二、质押权的社会作用	(137)
三、质押权的分类	(138)
四、质押权与抵押权的区别	(140)
第二节 动产质押权	(141)
一、动产质押权概述	(141)
二、动产质押权的取得	(141)
三、动产质押权的效力	(148)
四、动产质押权的实现	(156)
第三节 权利质押权	(159)
一、权利质押权概述	(159)

二、有价证券债权质权	(161)
三、股权质权	(167)
四、知识产权质权	(169)
五、应收账款质权	(170)
第六章 留置权	(173)
第一节 留置权概述	(173)
一、留置权的含义	(173)
二、留置权的特征	(174)
三、留置权的历史发展	(175)
四、留置权的社会作用	(176)
五、留置权与同时履行抗辩权的区别	(177)
第二节 留置权的成立	(178)
一、留置权的一般成立	(179)
二、留置权的特殊成立	(184)
第三节 留置权的效力	(186)
一、留置权的效力范围	(186)
二、留置权人的权利义务	(188)
三、留置人的权利义务	(191)
第四节 留置权的实现	(193)
一、留置权实现的条件	(193)
二、留置权竞合的处理	(194)
第七章 定金	(201)
第一节 定金概述	(201)
一、定金的含义	(201)
二、定金的特征	(202)
三、定金的种类	(204)
第二节 定金的设立	(206)
一、订立定金合同	(207)
二、交付定金	(209)
第三节 定金的效力	(213)
一、定金罚则的适用	(213)
二、定金与其他担保方式竞合的处理	(216)
三、定金与其他违约责任形式竞合的处理	(217)

第八章 担保法尾论	(220)
第一节 非典型担保	(220)
一、让与担保	(220)
二、所有权保留	(227)
第二节 反担保	(239)
一、反担保的含义	(240)
二、反担保的社会作用	(241)
三、反担保的适用范围	(241)
四、反担保的订立	(242)
五、反担保的实现	(245)
第三节 混合共同担保	(246)
一、混同共同担保的责任顺序	(246)
二、混同共同担保的追偿	(248)
三、物保放弃后的人保责任	(252)
主要参考文献	(255)
后记	(256)

第一章 担保法总论

本章导读

为了保障债权的完全实现,法律创设了民事责任、履行抗辩权、抵销、债的保全、债的担保等制度;其中债的担保包括人的担保、物的担保和金钱的担保。担保合同的成立、生效除了合同成立、生效的一般要件外,还有自己的特殊要件。担保合同不论是因为自身的原因无效还是因为主合同的原因无效,都不发生担保的效力,有过错的当事人应当承担相应的缔约过失责任。

本章的重点内容包括:保障债权实现的法律途径,担保的含义,担保的方式,担保人的资格,担保合同无效后缔约过失责任的承担。

第一节 担保概述

一、债权的保障

担保又称债的担保或债权担保,它天然地与债、债权联系在一起。

债是指特定当事人之间请求为特定行为的民事法律关系,其主要内容就是债权和债务。债权是指债的关系中的权利人请求义务人为特定行为的权利。基于债权,债权人有权请求债务人为债之要求的行为,债务人有义务为该行为从而满足债权人。

在典型之债买卖中,如果买卖双方一手交钱一手交货,出卖人不会担心交货后收不到货款,买受人也不用担心交钱后收不到货物,该交易几乎不存在风险。但是,一手交钱一手交货的交易模式仅仅是社会经济生活中的一部分,甚至是少部分,大量的买卖不是如此,出卖人交货与买受人付款之间往往存在着时间差。在这种交易模式下,让渡商品与实现价值之间存在着时间差,双方的经济利益暂时没有得到平衡。此时,经济利益暂时没有实现的一方当事人(比如先交货的卖方,先付款的买方)对另一方当事人享有债权。由此可见,债在本质上为可期待的信用,或者说一方当事人授予另一方当事人的信用。

既然债是一方当事人授予另一方当事人的信用,那么它就比较脆弱,表现为债权就有不能完全实现的危险。不论是债务人主观上的不愿清偿,还是客观上的清偿不能,都无法使债权得到完全满足;如此一来,就会打破债权人设定之初

的期待,损害债权人的利益,进而引发信用危机。所以,如何保障债权获得完全实现是法律上一个重要的课题。

主观上的不愿履行问题倒不是太大,因为民事责任制度通过人民法院的强制执行可以使债务人的耍赖无法实现;而客观上的清偿不能倒是非常棘手,它往往是债权获得完全实现的最大敌人。

几乎所有的债权最终都可以转换成金钱,所以,通过金钱上的赔偿就能使债权最终获得满足;如此一来,债务人的清偿能力对债权的实现就很重要;而债务人的清偿能力是和他的一般责任财产^①紧密地联系在一起——当债务人不按照约定履行自己债务时,债权人有权要求债务人以自己的一般责任财产来向债权人承担责任,否则债权人可以申请人民法院强制执行从而满足债权。^②

民事责任制度的确在一定程度上可以保障债权的实现,但对于特定债权人来说,这样的制度设计仍有两个不足:第一,债务人有权自由处分一般责任财产。债权发生后,债权人仅仅对债务人享有请求权,对于债务人的财产并无支配权;而债务人有权自由处分自己的一般责任财产,债权人必须容忍这点。如此一来,债务人的一般责任财产就处于变动的状态,既可能增加,也可能减少。如果增加,自然是皆大欢喜,对债务人和债权人都有利;如果减少,则可能会使债权日后不能实现:债务人没有钱,再怎么强制执行也无济于事。第二,债权的平等性。和物权的优先性不同,债权具有平等性:如果一个债务人有数个债权人,数个债权之间是平等的,不论发生原因如何、不论数额多寡、不论发生的时间先后,待日后履行期限届满,数个债权人只能根据债权比例(即自己的债权额在总债权额中的比例)参与到一般责任财产的分配中。对于某一特定债权人来说,尽管在债权发生之时债务人的一般责任财产较多,由于他不能阻止后来债权的发生,也就不能避免后来因众多债权加入而导致的“僧多粥少”的结果,他的债权获得完全实现的概率也会降低。

为了应对这两个问题从而使债权得以完全实现,民法又作出一些努力:债的保全制度、债的担保制度、履行抗辩权制度、抵销制度、甚至诉讼中的财产保全和先予执行制度^③,其中债的保全和债的担保制度比较明显。

债的保全制度是通过维持债务人一般责任财产范围而保障债权实现的法律制度。为了阻止债务人不当处分自己的一般责任财产,法律赋予债权人一定

① 通说认为,一般责任财产是指债务人的全部财产,但是已经设定担保物权的财产除外。对此,有的学者有不同意见,他们认为担保物也属于责任财产的范围,只不过不同类别的责任财产在清偿能力方面有强弱之分。详细论述参见崔建远、韩世远:《债权保障法律制度研究》,清华大学出版社2004年版,第29—41页。

② 也正是因为这个原因,所以,债务人用一般责任财产担保债权的实现又称为债的一般担保。

③ 有学者对债权保障法律制度的上述措施进行了详尽的研究。详细论述参见崔建远、韩世远:《债权保障法律制度研究》,清华大学出版社2004年版。

的权利,使债务人应该增加的财产增加、债务人不应该减少的财产不减少;对应的措施分别是代位权和撤销权。代位权是指当债务人怠于行使自己对第三人的债权并且影响到债权人债权的完全实现时,债权人享有的以自己名义向该第三人主张债务人原本享有的债权的权利;撤销权是指当债务人不当处分自己的财产并且影响到债权人债权的完全实现时,债权人享有的请求人民法院撤销该不当行为的权利。代位权的目的是让债务人应该增加的财产增加,撤销权的目的是让债务人不应该减少的财产不减少。就像有的学者所言,如果把债务人的一般责任财产比作水,那么债的保全就是将这些水围起来的大坝。^① 所以,债的保全是数量方面努力,通过维持债务人的一般责任财产,使债权人债权的实现获得保障。

债的担保制度就是本书的内容。

二、担保的含义

债的担保又被称为债的特殊担保,它是指按照法律规定或者当事人的约定,通过增加一般责任财产的范围或将某个一般责任财产特定化或丧失一定数额的货币等方式,来保障特定债权完全实现的法律制度。

由该定义我们可以发现:

1. 担保的手段是增加一般责任财产的范围或将某个一般责任财产特定化或丧失一定数额的货币

尽管债的保全可以维持债务人的一般责任财产,但它无法阻止债务人对其一般责任财产的正当处分;这样一来,债权的完全实现仍有危险。所以,债的担保就采用其他的方法。方法之一就是额外增加一般责任财产的范围,让第三人的一般责任财产也参与到债权的保障中来;当债务人的一般责任财产不足以清偿债权时,债权人的债权可以从第三人的一般责任财产上获得清偿。毫无疑问,此举大大增加了债权获得完全实现的可能。面对债权的平等性,债的担保制度采用第二个办法:通过设定担保物权,将某个一般责任财产特定化。基于物权的优先效力,对于该财产的变价所得价款,该债权人可以优先于其他的一般债权人获得清偿,即该特定财产的价所得价款只有先满足该债权人的债权后才能去满足其他的一般债权人。此举也大大增加了特定债权获得完全实现的概率。此外,第三个办法是让不履行债务的债务人丧失一定数额的货币,通过金钱上的惩罚来促使债务人履行自己的债务。此举也会增加债权获得完全实现的概率。

2. 担保的目的是为了特定债权的完全实现

不论是额外增加一般责任财产的范围还是将某个一般责任财产特定化抑或

^① 参见崔建远、韩世远:《债权保障法律制度研究》,清华大学出版社2004年版,第19页。

丧失一定数额的货币,这样做的目的都是让某一个特定的债权得到完全的实现,都是为了某一个债权人的利益^①;特别是在将某个一般责任财产特定化时,通过担保物权的设定使特定债权人享有优先受偿权,成为不需要排队等候的VIP。

这点和民事责任制度、债的保全制度不同。不论是民事责任制度还是债的保全制度,尽管着眼点都是保障债权的完全实现,但它们都是为了全部的债权人,全体债权人都可以从中受益,并不局限于某一债权人。

需要说明的是,通说认为担保是为了保障债权的实现,而本书表述为“保障债权的完全实现”。也许“保障债权的实现”意指“完全实现”,但是本书认为加上“完全”二字更严谨、更科学。

3. 担保的来源是法律的规定或者当事人的约定

担保并不会平白无故而生,总是基于一定的原因。它要么来源于法律的直接规定,要么来源于当事人之间的约定。前者被称为法定担保,后者被称为意定担保。

法律之所以会摒弃平等性原则而青睐某一特定债权,是基于这类债权的特殊性,它需要法律的特殊保护;法定担保并不需要当事人作出意思表示,只要法律规定的条件成就,担保就会产生。而意定担保则是当事人对自己的债权债务所作出的安排,是意思自治的产物。

三、担保的特征

担保作为债权保障制度的一种,具有如下特征:

(一) 从属性

担保一旦成立生效后,就会在担保义务人(担保人)与担保权利人(担保权人)之间产生担保法律关系;在此之前,还存在一个被担保的债权法律关系。任何一种担保中,都会存在这两个法律关系。在这两个法律关系中,担保法律关系依附于被担保的债权法律关系,所以,担保具有从属性。这是由担保的目的所决定的:设立担保是为了保障特定债权的完全实现,是为特定债权而服务。所以,被担保的债权是主权利^②,担保权是从权利;被担保的债权债务合同是主合同,担保合同是从合同。《担保法》第5条第1款和《物权法》第172条第1款对此都作出了规定。

担保的从属性表现在以下三个方面:第一,设立的从属性。设立的从属性是

^① 当然,定金比较特殊,它是为了双务合同中双方当事人债权的实现,并非为了某一个债权人的利益。——关于这点,本书第七章第一节将会详细论述。

^② 这也是被担保的债权被称为“主债权”的原因。

指担保的设立以主债权的存在为前提,在主债权不存在、不确定、无效等情况下,设立的担保权无效。第二,移转的从属性。移转的从属性一方面是指主债权移转时,担保权也随之移转;另一方面是指担保权必须随被担保的主债权一起移转,而不能单独移转。第三,消灭的从属性。消灭的从属性是指当被担保的主债权消灭时,担保权也随之消灭,不能单独存在。

需要指出的是,随着社会经济的迅猛发展,新的交易方式不断涌现,新的交易方式及其衍生的担保方式对传统担保法理论发生了背离,使得严格的从属性理论显得过于呆板和滞后,为各国立法推崇的严格的从属性理论开始受到挑战,它慢慢出现缓和的趋势。担保从属性的缓和是指在坚持担保的从属性前提下对债权与担保权之间的关系作较为缓和的处理;其中以最高额抵押最为典型:放宽对抵押的设定、转移和消灭上的从属性,不严格要求抵押权与主债权自始至终地相伴相随。

尽管担保从属于主债权,但它还是具有一定程度的独立性:担保有自己独立的发生原因、自己独立的生效要件、自己独立的消灭原因,等等。

(二) 补充性

担保设定后,担保权人对担保人享有权利、担保人对担保权人负有义务,但是这些权利义务都隐而不现,担保权并不一定会实现,担保人也不一定会履行义务;只有在一定的条件下,担保权才会实现、担保人才会履行义务。通常的条件就是履行期限届满主债务人不履行自己的债务;易言之,在履行期限届满主债务人不履行债务的情况下,债权人才能去实现自己的担保权。如此一来,对于债权人来说,主合同义务是第一顺序的义务,担保合同的义务是第二顺序的义务。所以,担保具有补充性。

就像有的学者所言:“担保是主债关系原有机制不足以满足债权实现需要时,才发挥作用的……”^①所以,担保人履行义务的顺序在主债务人之后,是为了弥补主债务人履行上的不足,它自然就具有补充性。

需要指出的是,有的担保,比如连带保证,并不具有补充性。^②当然,这属于例外,大部分担保都具有该特征。

(三) 单务性

单务合同是指一方当事人仅享有权利而不向对方负担义务,或者虽然负担

^① 叶金强:《担保法原理》,科学出版社2002年版,第3页。

^② 有的学者认为连带保证也具有补充性,因为保证人义务仍然是置于主债务人之后。详细论述参见叶金强:《担保法原理》,科学出版社2002年版,第3—4页。