

国家社科基金项目



GUOJIA
SHEKEJIJIN
XIANGMU

DANBAOFA
LILUN YU SHIJIAN

担保法 理论与实践

○徐武生 著

工商出版社

●国家社科基金项目

担保法理论与实践

徐武生著

工商出版社

责任编辑 张文锐
封面设计 欣然

图书在版编目 (CIP) 数据

担保法理论与实践/徐武生 著. -北京: 工商出版社, 1999.5
ISBN 7-80012-472-X

I. 担… II. 徐… III. 担保法-法的理论-中国 IV. D92.3.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 18331 号

书名/担保法理论与实践
编著者/徐武生

出版·发行/工商出版社
经销/新华书店
印刷/北京亚新工商印制公司
开本/850×1168 毫米 1/32 印张/19 字数/479 千字
版本/1999 年 5 月第 1 版 1999 年 5 月第 1 次印刷
印数/01-2000 册

社址: 北京市丰台区花乡纪家庙 (100070)
电话: (010) 63730074
出版声明/版权所有, 侵权必究。

书号: ISBN7-80012-472-X/D·87
定价: 35.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

104-28/07

前 言

债权担保制度是民法中最有活力的部门之一，是发展市场经济不可或缺的重要制度。从一定意义上讲，市场经济就是信用经济。在市场经济条件下，不仅信用的发生不可避免，而且信用的存在也是市场运行的基本条件。为增强市场主体的信用，避免信用危机，防范和减少交易风险，确保债权的清偿以及促进资金的融通，实行市场经济的国家无不十分重视担保问题，必然要建立和发展适应市场经济要求的担保法律制度。

我国长期以来曾实行计划经济，债权担保的功能和作用并不十分突出，担保法律制度也就一直未能受到应有的重视。改革开放以来，随着我国经济体制改革的深化和社会主义市场经济体制目标的确立，立法上逐渐建立起担保法律制度并且使之不断得到完善。1995年6月30日，八届全国人大常委会第十四次会议审议通过了《中华人民共和国担保法》，这标志着我国现代担保法律制度的基本建立，对于促进资金的融通和商品的流通，对于保障债权的实现以至社会主义市场经济的发展，都具有重大的理论和现实意义。但是，《担保法》颁布实施几年来，司法实践中如何正确理解和贯彻实施法律规定，仍存在不少问题，尤其是《担保法》经过一段时间的施行，其本身的若干缺陷和不足也逐渐暴露出来。为正确适用《担保法》，进一步完善担保法制建设，有必要对担保法律制度的理论与实践问题进行深入探讨。

本书从发展市场经济对债权担保的客观需要出发,以我国现行法律的规定为重点,对于债权担保和各项担保制度的理论和实践问题进行了阐述和讨论。在明确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,较为系统地揭示了各类复杂的担保方式的来龙去脉和发展运作规律。在此基础上,本书通过对担保法律制度的历史回顾、总结以及现状的分析,提出了完善我国担保法律制度的具体构想并在相应章节中进行了论证。

本书在体例结构上,相对于其他担保制度而言,对被称之为“担保之王”的抵押权制度,安排了大量篇幅以进行较为全面地研究。需要说明的是,在现代市场经济发展的推动和促进下,各国传统的担保法律制度发生了巨大的变化,物权担保已由单纯的债权保全型向金融媒介型转变,但由于本书是着重于对我国现行担保法律制度的研究,因而对若干新型的担保方式并未进行专门阐述。此外,由于篇幅所限,这部书亦没有对特别法上的担保制度展开充分讨论。

这部书是作者申报的国家社科基金项目的最终成果形式。在写作本书时,作者参考了大量的理论和实践资料,广泛学习、吸收、借鉴了民法理论有关的最新研究成果,并对一些有争议的问题表明了自己的观点。本书的出版若能对我国担保法的理论与实践有所裨益,作者将感到极大的欣慰。虽然作者在写作本书时始终抱着严肃、认真的态度,但终因作者水平有限,疏漏和不妥之处在所难免,敬祈读者指正。

徐武生

目 录

(1)	第一章 担保概述
(1)	第一节 担保的概念
(6)	第二节 担保的性质特征
(9)	第三节 担保的意义
(13)	第四节 担保的分类
(18)	第五节 担保法律关系
(23)	第二章 担保法概述
(23)	第一节 担保法的概念和地位
(25)	第二节 担保法的历史沿革
(43)	第三节 我国担保立法评析
(51)	第四节 完善我国担保法律制度的若干构想
(56)	第三章 保 证
(56)	第一节 保证概述
(77)	第二节 保证合同
(91)	第三节 保证责任
(105)	第四节 保证人的权利
(121)	第五节 几种特殊的保证方式
(131)	第四章 担保物权一般原理
(131)	第一节 担保物权的概念及其性质特征
(138)	第二节 担保物权的地位和作用

(141)	第三节	担保物权的分类
(147)	第四节	担保物权的竞合
(154)	第五章	抵押权
(154)	第一节	抵押权概述
(177)	第二节	抵押权制度的历史沿革及其发展趋势
(196)	第三节	抵押权的取得(一)
(233)	第四节	抵押权的取得(二)
(259)	第五节	抵押权的效力(一)
(287)	第六节	抵押权的效力(二)
(331)	第七节	抵押权的实现
(358)	第八节	抵押权的消灭
(370)	第九节	特别抵押权
(420)	第六章	质 权
(420)	第一节	质权概述
(433)	第二节	动产质权
(470)	第三节	权利质权
(504)	第七章	留置权
(504)	第一节	留置权概述
(521)	第二节	留置权的成立
(539)	第三节	留置权的效力
(549)	第四节	留置权的实现
(554)	第五节	留置权的消灭
(560)	第五节	特别留置权
(564)	第八章	定 金
(564)	第一节	定金概述
(584)	第二节	定金的成立
(591)	第三节	定金的效力
(600)	第四节	定金若干问题探讨

第一章 担保概述

第一节 担保的概念

关于债的担保，由于其性质和种类的复杂性，各国立法上并无明确的定义。按照我国民法学界的通说，债的担保是指法律规定的或者当事人约定的确保债的履行，保障债权人利益实现的一种法律制度或者说法律措施。债的担保这一概念，可以从两个方面来加以认识：从债权来说，是为了确保债权的正常实现；从债务来说，是为了督促债务人履行债务。所以，债的担保也可称作债权担保或者债务担保。

担保的概念可在不同意义上使用，理论上需区分以下几个问题：

一、债的担保与非债担保

债的担保是担保法律制度之一种。但是，不同法律中的担保，涵义并不完全相同，有时甚至相去甚远。在我国现行法律中，既有民商法上的担保，亦有公法上的担保。前者称为债的担保，后者则称为非债担保。本书所述担保，是指民商法上的担保，即债的担保。

非债担保与债的担保不同，它们都不是以担保债权实现为目的。在我国现行法律中，非债担保主要有这样几类：一是税法中的纳税担保。当税务机关有根据认为纳税人有逃避纳税义务的行为，有权责令其限期缴纳税款，在限期内发现纳税人有明显地转移、隐匿其应纳税的商品、货物以及其他财产或者应纳税收入的，税务机关可以责令纳税人提供担保，否则税务机关可以采取税收保全措施，查封、扣押其商品、货物；二是民事诉讼法中的诉讼保全担保。法律规定当事人申请诉讼保全的，人民法院可责令申请人提供担保，申请人不提供担保的，驳回其申请；三是刑事诉讼法中的担保，亦即取保候审。国家司法机关根据法律和案件的具体情况，可责令被告人找出保人，经同意后，由保人出具保证书，担保被告人不逃避债务和审判，并一经传唤，随即到案。

债的担保与非债担保的区别主要在于：第一，担保当事人所处的法律地位不同。在债的担保中，当事人法律地位完全平等，任何一方不得将自己的意志强加于另一方；而在上述非债担保中，一方是国家机关，另一方是自然人、法人、其他社会组织，双方的法律地位是不平等的。国家机关要求当事人提供担保是依法行使职权，是责令对方而不是和对方协商。第二，担保成立的条件不同。债的担保行为的成立，除少数为法律直接规定外，多数为债权人、债务人、担保人三方合意而成立，是双方的或多方的法律行为；而非债担保的产生均以法律直接规定为依据，由国家机关依法行使职权而产生，是单方的法律行为。第三，担保的目的不同。债的担保是以确保债权的实现为目的，而非债担保则是以保证国家职权正常行使的需要为目的。第四，担保所体现的法律关系性质不同。债的担保所体现的是债权人和担保人之间的保证法律关系，是民商事法律关系，即私法关系；而非债担保所体现的是国家机关和有关当事人之间的保证法律关系，该类关系

经由国家的税法、诉讼法等公法规范的调整而产生，其性质亦属于公法关系。

二、债的一般担保与特别担保

在民商法理论上，债的担保可分为债的一般担保和特别担保。债的一般担保，是指以债务人的一般财产或者说全部财产来担保其全部债务的履行，是债的效力的自然结果，是债的法律效力的表现之一。在债的一般担保中，债的关系一经成立，债务人的财产即成为担保债权实现和债务履行的责任财产。债务不履行时，债权人即可请求强制执行债务人的责任财产。^①

债的一般担保的对象不是特定的债权，而是所有的债权，包括已存在的债权以及新增加的债权。由于债务人的责任财产的变化直接关系到债权人债权的实现，为了防止债务人的财产随意减少或任意不增加，债法上亦设立了债的保全制度，允许债权人对债务人与第三人的行为行使一定的权利，即通过代位权和撤销权的行使而保全债权。这种债权的保全，亦属债的一般担保。所谓代位权，是指当债务人享有对第三人的权利而怠于行使，使其财产应增加而不增加，影响债权人的债权实现时，债权人可以自己的名义行使属于债务人的权利；所谓撤销权，是指当债务人处分其财产的行为足以影响债权人利益时，债权人得享有请求法院予以撤销该行为的权利。

债的保全制度作为债的一般担保，可以保证债务人以其全部财产清偿全部债务的责任。但是，债的成立有先后之分，而债的一般担保对于所有既存债务的担保力却没有差别。因而就某一项债的关系而言，其成立时债务人的财产虽然足以提供充分的担保，但由于该债务人可能负担新的债务，该项债务已届履行期

^① 张广兴著：《债权法总论》，法律出版社1997年7月版，第213页。

时，债务人的财产就可能不足以清偿全部债权。另一方面，债务人的财产总不免有所减少，这也使原来足以清偿债务的总财产变为不足以清偿。在上述情况下，各债权人的受偿比例必然会因此而相对减少。所以，为了确保某个特定债权能优先于其他债权得到全部清偿，法律在一般担保之外，又设立了特别担保制度，即当事人根据合同的约定或者法律的规定，以某种财产或以某人的信用作为其履行特定债务的担保制度。^①

通说认为，债的担保是指债的特别担保。至于债的一般担保，有学者认为除了债的保全制度外，还包括民事责任制度。它们都是以债务人的全部财产作为履行债务的总担保，都决定于债的本身的效力。^②我们认为此说值得商榷。民事责任是行为人违反民事法律的规定所应承担的法律后果，是一高度抽象的法律概念。该责任既适用于债的一般担保，也同样适用于债的特别担保。债务人不履行债务，以其一般财产承担责任固然是民事责任，以其特定财产或特定人的财产承担责任同样是民事责任。

债的一般担保和特别担保主要有四点区别：第一，债权人的范围不同。在债的一般担保中，债权人不仅包括现在已经存在的全部债权人，而且还包括现在尚不存在，但将来出现的新的债权人；而在债的别担保中，债权人则是特定的。该债权人在设立担保时就已经存在，不可能是将来新出现的债权人。第二，债务人的范围不同。在债的一般担保中，债权债务关系只能发生在债权人与债务人之间，不涉及第三人；而在债的特别担保中，如果担保是由债务人以外的第三人提供的，债权债务则发生在债权人同主债务人和担保人之间。属于连带保证的，担保人和主债务人对

^① 参见张广兴著：《债权法总论》，法律出版社1997年7月版，第213页；毛亚敏著《担保法论》，中国法制出版社1997年11月版，第2页；夏利民主编：《担保》，学苑出版社1994年6月版，第67页。

^② 夏利民主编：《担保》，学苑出版社1994年6月版，第7页。

债权人承担责任。属于一般保证的,主债务人是第一顺序债务人,保证人是第二顺序债务人。第三,担保的财产范围不同。在债的一般担保中,债务人用以担保的财产,限于债务人所有的全部财产;而在债的特别担保中,因其是对特定财产担保,故担保财产的范围也不等,担保财产在大多数情况下不表现为债务人的全部财产,而只是债务人的一部份财产。而且,担保财产不仅可以是债务人的财产,还可以是第三人例如保证人的财产。第四,担保权的内容不尽相同。在债的一般担保中,任何一项债权均不能享有优先权;而在债的特别担保中,对于设立了担保物权的债权,则享有优先受偿权。^①

三、广义债的担保与狭义债的担保

民商法理论还普遍认为,债的担保又有广、狭二义。但是在理解上,则存在两种不同观点:一种观点认为,广义的担保是指各种保障债权人利益实现的措施,包括债的一般担保和特别担保;狭义的担保即债的特别担保。^②另一种观点在对狭义担保的理解上与第一种观点相同,也认为仅指债的特别担保;但是关于广义上债的担保,则认为是指除债的特别担保外,还包括瑕疵担保、违约金担保。^③

我们认为,鉴于瑕疵担保发展至现代已逐步形成了产品责任制度,而违约金担保在我国现行法律中是作为一种违约责任形式而加以规定的,所以关于广义债的担保的理解,应以第一种观点为妥。

^① 赵许明、杜文聪主编:《担保法通论》,中国检察出版社1996年8月版,第67页。

^② 参见郑立、王作堂主编:《民法学》,北京大学出版社1995年6月版,第292页;毛亚敏著:《担保法论》,中国法制出版社1997年10月版,第1页;夏利民主编:《担保》,学苑出版社1994年6月版,第7页,等等。

^③ 参见张广兴著:《债权法总论》,法律出版社1997年7月版,第214页;王加福主编:《民法债权》,法律出版社1991年9月版,第96页。

第二节 担保的性质特征

事物的性质是指一事物区别于他事物的内在规定性。债的担保作为一种法律制度，其性质是指债的担保所具有的不同于其他民事法律制度的属性，又可以称之为债的担保的特征。关于债的担保的属性或者说特征有哪些，理论界的概括不尽一致，但大多认为具有以下一些基本属性或者说特征：

一、从属性

又称为债的担保的附随性，是指债的担保依附于债权债务关系而发生和存在。通常情况下，担保的设定都是为既存的债权债务关系而设，或者与担保同时设立的债权债务关系而设。因此，在传统民法上，不允许为不存在的债的关系设立担保。担保的从属性主要表现在以下三个方面：

（一）成立上的从属性

是指担保之债的存在以被担保之债的发生和存在为前提。关于这种成立上的从属性，我国学界主要有两种不同的理解：一种观点认为，担保合同只能在有了它所担保的主合同的有效存在的条件下才能够发生。被担保的合同称为主合同，担保合同称为从合同。没有被担保的有效合同的独立存在，就根本谈不上担保。^①

另一种观点认为，所谓成立上的从属性，是指债权担保的成

^① 马原主编：《中国民法教程》（修订本），中国政法大学出版社1996年版，第334页。

立应以相应的债权的发生和存在为前提，不能脱离债权债务关系而单独成立。即使是为将来之范围和内容不十分确定的债权设定的担保，如最高额抵押，也不能脱离相应的债权关系。^① 上述观点分歧的焦点在于担保之债是以主合同的存在为前提，还是以主债权的存在为前提。如果以主合同的存在为前提，那么最高额担保在成立时，主合同也已经成立。虽然债权实际上未发生，数额也未确定，也可认为具有成立上的从属性；如果以债权的发生为前提，那么为将来发生的债权设定担保，则应视为担保成立上的例外。按照我国多数学者的看法，随着市场经济的发达，债的担保制度中所出现的一些新的方式，例如最高额保证、最高额抵押等，已失去债的担保的从属性特征，此属于债的担保从属性的例外。

（二）处分上的从属性

是指债的担保应当随同债权的移转而移转。处分上的从属性表现为两个方面：一是债权人不能将担保权与债权分别转让给不同的受让人，债权人不得单独转让担保权而自己保留债权；也不得单独转让债权而保留担保权，担保权必须随债权一同转让给同一个受让人；二是债权人不得将担保权与债权分别为他人作担保。债权人不得用担保权为他人债权作担保，债权人以其债权为他人作担保时，其担保权也须随同债权一同为他人作担保。

（三）存续和消灭上的从属性

是指债的担保以主债权的存在为前提，因主债权的消灭而消灭。担保的范围除非另有约定，仅就其成立时已经确定的债权债务（包括其转达化形态及其利息、实行时的必要费用）为限；被担保的债权债务无效或者被撤销时，担保因其失去依附也归于消灭；债权债务关系因清偿等原因而消灭或者缩小的，担保也就随

^① 董开军：《债权担保》，黑龙江人民出版社1995年版，第10页。

之而消灭或者缩小。不过，主债权部份消灭时，根据债的担保的不可分性，担保人仍应以其全部财产或者全部特定财产对于该部份债权承担担保责任，除非当事人对不可分性另有约定。

需要注意的是，关于债的担保的从属性，有学者正确指出它并不具有绝对的意义。我国《担保法》第5条第1款规定：“担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效。担保合同另有约定的，按照约定。”在这个意义上，当事人约定债权担保不从属于被担保的债权的，被担保的债权无效，债的担保并不因之而无效。^①

二、补充性

补充性，是指债权人所享有的担保利益，对于债权的实现仅有补充意义。换言之，债的担保只有在其所担保的债务不履行或者不能履行时，才能执行担保财产。债的担保的补充性使得一般保证的保证人对于债权人享有先诉抗辩权。由于债的担保成立后，在债务履行期限届满时债权也可能得到全部清偿，担保人最终是否承担担保责任是不确定的，所以这又被称为债的担保的或然性。

实行担保必须以债务履行期限届满时债务人不履行债务为前提条件，这也是各国法律的普遍规定。在这一意义上，可以认为债的担保的实行附有停止条件。据此，也有学者将债的担保的补充性称之为担保义务履行的条件性。^②

三、相对独立性

① 邹海林 常敏：《债权担保的方式和应用》，法律出版社1998年5月版，第10页。

② 赵许明 杜文聪主编：《担保法通论》，中国检察出版社1996年8月版，第21页。

担保的相对独立性,指因担保的成立而发生与其所担保的债权债务有别的法律关系。首先,债的担保的成立,应有当事人的合意,或者依照法律的规定而发生,这与被担保债权的发生分别属于两个不同的法律关系。其次,债的担保的效力,依照法律的规定或者当事人的约定,可以不依附于被担保的债权而单独发生效力。被担保的债权不成立、无效或者被撤销,对已经成立的债的担保不发生影响。

四、财产权性

债的担保是以财产利益为内容的。从权利角度而言,担保权本质上是一种财产权。在债的担保中,保证和定金均具债权的属性。债权人向担保人请求其履行担保义务时,只能以其债权中未清偿的数额为内容,不得提出财产内容以外的任何要求。对于抵押、质押和留置,依我国担保法及学界的通说,则认为属于担保物权。所以,财产权性是债的担保的共性。

关于债的担保的性质特征,除上述几点之外,还有学者概括出不可分性、自愿性、明确目的性以及变价性等。^①

第三节 担保的意义

在市场经济社会,促进资金的融通,维护交易的迅捷和安全,是民商法的一项基本任务,而这一任务又主要是由民商法上的担保制度来实现的。我国《担保法》第1条明确规定:“为促

^① 参见郑立、王作堂主编:《民法学》,北京大学出版社1995年版,第293页;董开军:《债权担保》,黑龙江出版社1995年版,第11~16页。

进资金融通和商品流通，保障债权的实现，发展社会主义市场经济，制定本法。”这一规定即表明了《担保法》的立法宗旨，亦集中体现了担保制度的作用和意义。

一、促进资金和商品的融通

现代社会的发展，使得交易过程日益变得复杂化，特别是商业和银行信用的兴起，交易过程不能及时清结的现象，已经发展成为现代市场交易的典型特征。如果没有相应的手段确保不能即时清结的交易所可能发生的不能完成之风险，市场交易将难以进行，市场和信用的发展也将成为空话。而债的担保制度，特别是担保物权制度，由于能够对债权的实现提供有效地保障，这就能够鼓励债权人放心大胆地贷放手中资金或进行商品交易，从而在相当程度上促进了不能及时清结的交易、商业信用和银行信用的扩展，并以此为契机在全社会范围内加快资金和商品的融通过程。可见，时至今日，担保的意义已不仅仅是单纯担保债权实现的问题，而是对于促进资金和商品的流通起到了不可忽视的作用。

二、保障债权的实现和交易的安全，增强债的效力

担保对于债权实现的保障，是通过以下两个方面而得以进行的：

（一）促进债务人加强管理、改善经营，诚信履行债务，以主动实现债权

在以特定化财产作为担保时，债务人要尽早回复物之所有权的完整，充分发挥该财产对自己的效用，必须以如期履行债务为条件。而要如期履行债务，债务人必须时刻注意保持自己的履约能力。为此，债务人必须有效利用自己可供支配的财产，改善经营管理，提高现有财产的保殖、增殖能力；在第三人提供特定财