

债权担保制度研究

ZHAIQUANDANBAOZHIDUYANJIU

刘保玉 吕文江 主编

中国民主法制出版社

山东省哲学社会科学九五重点规划项目

山东省法学会九五重点研究项目

债权担保制度研究

主编 刘保玉 吕文江

撰稿人

刘保玉 吕文江 董翠香

王旭光 钟淑健 李岚红

中国民主法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

债权担保制度研究/刘保玉,吕文江主编. —北京:
中国民主法制出版社, 2000
ISBN 7-80078-162-3
I. 债… II. ①刘…②吕… III. ①债权法—研究—
中国②担保法—研究—中国 IV. D923.34
中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 01286 号

债权担保制度研究

刘保玉 吕文江 主编

*

中国民主法制出版社出版发行

(北京市西交民巷 23 号)

山东省城乡建设勘察院印刷厂印刷

新华书店经销

*

850×1168 毫米 32 开 16.25 印张 40 千字

2000 年 2 月第 1 版 2000 年 2 月第 1 次印刷

印数:1—3000 册

ISBN 7-80078-162-3/D·99

定价:25.50 元

本书如有倒装、错页或破损,我社负责调换

联系电话:63097459

目 录

第一章 债权担保制度导论	(1)
第一节 债与债的效力	(1)
一、债的概念与特征	(1)
二、债权与债务	(5)
三、债的效力及其不足与补救	(9)
第二节 债的担保	(13)
一、债的担保的概念	(13)
二、债的担保的法律特征	(19)
三、担保制度的意义与作用	(25)
第三节 担保法	(28)
一、担保法的概念与渊源	(28)
二、担保法的立法模式	(31)
三、担保法的地位与效力	(34)
四、担保法的基本原则	(48)
第四节 担保的方式与分类	(49)
一、担保的方式	(49)
二、担保的分类	(53)
第五节 担保法律关系	(69)
一、担保法律关系概说	(69)
二、担保法律关系的主体	(73)
三、担保法律关系的内容	(74)
四、担保法律关系的客体	(77)
五、担保法律事实	(78)

第二章 保证	(81)
第一节 保证的含义	(81)
一、保证的含义	(81)
二、保证担保的法律特征	(82)
三、保证担保的沿革与立法例	(88)
四、保证担保方式之评价	(94)
第二节 保证合同与保证方式	(95)
一、保证合同的概念与特征	(95)
二、保证合同的当事人	(97)
三、保证的意思表示	(109)
四、保证合同的形式与内容	(112)
五、保证方式	(115)
第三节 保证责任	(119)
一、保证责任的概念与特点	(120)
二、保证责任的构成要件	(124)
三、保证责任的范围与保证责任的承担	(126)
四、保证责任的免除与消灭	(133)
第四节 保证人的权利	(148)
一、保证人对债权人的权利	(149)
二、保证人对债务人的权利	(165)
第五节 无效保证与保证人的责任	(176)
一、无效保证的情形	(177)
二、无效保证中保证人的责任	(180)
第六节 特殊保证	(190)
一、共同保证	(190)
二、再保证与求偿保证	(197)
三、最高额保证	(199)
四、票据保证	(204)

五、国际经济贸易中的保证方式	(207)
第三章·定金	(216)
第一节 定金概述	(216)
一、定金的起源与立法例	(216)
二、定金的概念	(218)
三、定金的种类和性质	(220)
四、定金的法律特征	(223)
五、定金担保方式之评价	(224)
第二节 定金合同	(225)
一、定金合同的概念与内容	(225)
二、定金合同的特征	(226)
三、定金合同的成立和生效	(229)
第三节 定金的效力	(230)
一、证约效力	(231)
二、预先给付效力	(231)
三、担保的效力	(232)
第四节 有关定金的其他几个问题	(235)
一、定金与违约金、预付款、押金的联系与区别	(235)
二、定金与损害赔偿的关系	(239)
三、定金交付后的所有权归属问题	(241)
四、定金担保与其他担保的关系	(242)
第四章 物的担保概说	(244)
第一节 物的担保的意义	(244)
第二节 担保物权	(246)
一、担保物权的概念与特性	(246)
二、担保物权的种类与分类	(250)

第三节 关于优先权的几个问题	(254)
一、优先权的概念与立法例	(254)
二、优先权的种类	(256)
三、优先权的效力	(260)
四、优先权的特征与性质分析	(263)
第四节 非典型物的担保	(266)
一、让与担保	(266)
二、所有权保留	(272)
第五章 抵押	(282)
第一节 抵押概述	(282)
一、抵押与抵押权的概念	(282)
二、抵押权的性质	(287)
三、抵押担保制度的历史沿革	(290)
四、抵押权的分类	(296)
五、抵押担保方式之评价	(309)
第二节 抵押主体	(312)
一、抵押法律关系主体概述	(312)
二、抵押权设定中的代理人	(315)
三、企业作为抵押人	(316)
四、物上保证人	(320)
五、共有人抵押与共同抵押	(324)
第三节 抵押财产	(325)
一、抵押财产的要求	(325)
二、抵押财产的范围	(329)
三、禁止抵押的财产	(335)
第四节 抵押权所担保的债权	(339)
一、抵押权可担保的债权种类	(339)

二、不能担保的债权	(342)
第五节 抵押合同	(343)
一、抵押合同概述	(343)
二、抵押合同的内容	(346)
第六节 抵押权的设定	(349)
一、抵押权设定概述	(349)
二、抵押合同与抵押登记的关系	(351)
三、抵押登记的部门与程序	(353)
四、抵押登记的效力	(357)
第七节 抵押权的效力	(357)
一、抵押权在标的物方面的效力	(358)
二、抵押权对所担保债权的效力	(365)
三、抵押权对主体的效力	(368)
第八节 抵押权的实现与消灭	(375)
一、抵押权实现的概念与要件	(375)
二、抵押权实现的方法	(377)
三、抵押权的消灭	(379)
第六章 质押	(383)
第一节 质押概述	(383)
一、质押的概念及其担保作用	(383)
二、质权的概念与特征	(384)
三、质权的分类	(389)
四、质押担保制度的沿革	(392)
五、质权的设定	(395)
第二节 动产质押	(402)
一、动产质押的概念与特征	(402)
二、动产质权的取得	(403)

三、动产质权的效力	(406)
四、动产质权的实现	(412)
五、动产质权的消灭	(413)
第三节 权利质押	(414)
一、权利质押的概念与特征	(414)
二、权利质押的设立	(417)
三、权利质押的效力	(421)
四、权利质权的实现	(426)
五、权利质权的消灭	(427)
第四节 关于质押的其他几个问题	(428)
一、转质	(428)
二、同一动产之上可否设定数个质权	(431)
三、质权的善意取得	(432)
四、最高额质押	(435)
 第七章 留置	(439)
第一节 留置与留置权概述	(439)
一、留置与留置权的含义	(439)
二、留置权的沿革与立法例	(440)
三、留置权的性质与特征	(442)
四、留置权与类似权利的区别	(445)
第二节 留置权的成立	(450)
一、留置权的成立要件	(450)
二、留置权的限制和排除	(457)
第三节 留置权的效力	(458)
一、留置权的效力范围	(458)
二、留置权人的权利和义务	(463)
三、留置权的对抗效力	(465)

第四节 留置权的实现与消灭·····	(466)
一、留置权的实现·····	(466)
二、留置权的消灭·····	(469)
第八章 物的担保之竞存及其效力关系·····	(473)
第一节 担保物权的竞存及其效力关系·····	(473)
一、担保物权的竞存问题概说·····	(473)
二、抵押权的竞存及其效力关系·····	(476)
三、质权的竞存及其效力关系·····	(481)
四、抵押权与质权的竞存及其效力关系·····	(488)
五、留置权的竞存及留置权与抵押权、质权的竞存·····	(490)
第二节 非典型物的担保与担保物权的竞存·····	(494)
一、让与担保与担保物权的竞存·····	(494)
二、所有权保留与担保物权的竞存·····	(498)
第三节 优先权与物的担保之竞存及其效力关系·····	(501)
一、优先权与抵押权的竞存·····	(502)
二、优先权与质权的竞存·····	(502)
三、优先权与留置权的竞存·····	(503)
四、优先权与非典型物的担保的竞存·····	(504)
后记·····	(506)

第一章 债权担保制度导论

第一节 债与债的效力

一、债的概念与特征

债,是特定的当事人之间得请求为特定行为的财产性民事法律关系。^①《中华人民共和国民法通则》(以下简称《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。享有权利的人是债权人,负有义务的人是债务人。”“债权人有权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。”

近现代民法上债的概念滥觞于罗马法,相对于我国民间及固有法上将债理解为债务且专指金钱借贷之债的观念而言,近现代法上的债的概念,其范围要广泛得多。首先,近现代民法上的债,不仅指债务,而且包括债权,它表示的是以债权债务为内容的法律关系。但现代法上的债的关系,仅为财产关系而不复如古代法中尚含有人身关系的内容。其次,它不仅指金钱之债,还包括以移转权利、交付财物、提供劳务等为标的的债,甚至还包括以不作为形

^① 刘心稳主编:《中国民法学研究述评》,中国政法大学出版社1996年版,第451页。

式存在的债。再次,它不仅包括因合同所生之债,而且包括因侵权行为、无因管理、不当得利等所生之债。在现代,债的发生原因的种类还在逐渐扩大,缔约过失、单方允诺等也被囊括在内。我国《民法通则》第84条中的规定,显然采用的是债的现代概念。^①

债作为一种民事法律关系,也同样应具有主体、内容和客体三个要素。债的主体,是指参加债的关系的当事人,包括债权人和债务人;债的内容,是指债的当事人所享有的权利和所承担的义务,即债权与债务;债的客体,又称债的标的,是指债权与债务所共同指向的对象,该对象就是“特定行为”,即给付。至于给付行为之对象,则可以是物、劳务、工作成果或智力成果等。相对于其他民事法律关系尤其是物权关系而言,债这种法律关系具有以下几个基本特征:

1. 从其所反映的社会关系来看,债反映的是动态的财产关系

民法所调整的社会关系有平等主体之间的财产关系和人身关系两大类。财产关系是基于人们对物质资料的生产、分配、交换、消费而发生和形成的具有经济内容的社会关系。债的关系基于商品交易或法律规定的其他特定事由而发生,其内容莫不与一定的经济利益或财产利益相关,它是当事人实现其特定的经济利益的法律手段,直接与经济生活和财产秩序有关,故其为财产性法律关系。这一类别的归属使得债的关系与人身法律关系区别开来。财产关系又可分为财产归属关系和财产流转关系。债反映的是财产在分配、交换等过程中从一个主体移转至另一个主体时动态的财产流转关系,这种动态的财产关系,以商品交易关系为其主流和典型形态。而财产归属关系,即所谓的静态财产关系,是关于财产归谁所有及在财产的支配、利用过程中发生的关系,财产所有关系为静态财产关系的典型。财产归属关系是财产流转关系的前提和结

^① 张广兴:《债法总论》,法律出版社1997年版,第15页以下。

果,而财产流转关系则是财产之归属发生转移、形成新的财产归属关系的必不可少的手段。此二种财产关系,既密切相关又显有差别。由是,债权法律关系与物权法律关系这两种最基本的财产法律关系相离而立、相伴而存。

2. 从主体方面来看,债是特定主体之间的法律关系

债权人和债务人构成债的双方主体,每方主体均可以是单数或多数。在某些债的关系中,债的主体一方只能充任债权人或债务人(如不当得利之债),而绝大多数的债则为对待之债,主体双方互为债权人和债务人(如买卖之债)。由于债权人和债务人的地位是相对于特定的给付行为而言的,故债的主体双方均须为特定的当事人。主体的特定性意味着债的效力原则上仅及于特定的债权人和债务人,即债权原则上只能由债权人行使,债务原则上也只能由债务人履行,惟于当事人另有约定或法律另有规定的情况下得有例外。在债权转让或债务承担の場合,由新的债权人或债务人取代原债权人或债务人的地位,他们也仍须为特定之人。由于主体双方的特定性,债的关系被称为相对法律关系,债权也被称为相对权、对人权。而在其他一些民事法律关系如物权关系、人身权关系、知识产权关系等之中,仅权利主体为特定之人,而义务主体则为不特定的一切他人。故而这些法律关系被称为绝对法律关系,有关的权利也被称为绝对权、对世权。

3. 从法律关系的客体来看,债的客体是给付,即债务人的特定行为

关于债的客体为何的问题,理论界尚有争议,惟近年来人们对此问题的认识渐趋一致,即认为债的客体是“给付”行为,至于给付行为之对象,则可以是物、劳务、智力成果等。^①物权关系的客体则

^① 参见《法学研究》编辑部编著:《新中国民法学研究综述》,中国社会科学出版社1990年版,第363页以下;刘心稳主编:《中国民法学研究述评》,第452页

只能是物。同时,作为债权标的物的物可以是不特定的种类物,也可以是债权成立时尚不存在的物,但法律禁止流通的物不能作为债权的标的物。而作为物权客体的物只能是特定的、现实存在的物,法律禁止流通的物(如土地)也可以成为物权的客体。^①

4. 从法律关系的内容来看,债权是请求权

债权人只能请求债务人为特定的行为履行其义务,才能实现自己特定的利益。纵使给付行为指向特定的标的物,债权人也不能直接支配该物,而只能请求债务人为给付且只有通过债务人的给付行为,债权人才能享受到债权的利益。易言之,债权人必须借助于债务人的特定行为,才能实现其权利、享受其利益。而义务人所应为之特定行为,绝大多数为积极的行为,即作为。同属财产权的物权,则为支配权,物权人无须借助他人的行为就能够行使并实现其权利,即其得直接支配标的物,并通过对标的物的支配享受其利益。不特定之他人对物权人所负的义务,也仅为不作为的义务,即不妨碍、不侵害物权人行使其权利。

5. 从法律关系的发生原因来看,债的关系得依合同约定或法律规定而发生

债之发生,得为法定或约定。通过当事人的合意而约定发生的债权债务关系,为意定之债;法律针对某种特定的法律事实而直接规定在当事人之间成立的债权债务关系,为法定之债。无论是合法行为还是不法行为,均可引起债的关系发生。除法定之债外,法律对于作为债的关系之主流的合同之债的设定,采取任意主义,当事人只要不违反法律的强行性规定和公序良俗,得通过自由合意任意设定债的关系,包括创设新的债权债务关系。而物权的发生,则只能由合法的行为引起;法律对物权的设定,采取法定主义,即物权的种类和内容以法律之规定为限,当事人不得自行创设物

^① 张广兴:《债法总论》,第37页。

权的种类,也不许变更物权的内容。

二、债权与债务

债的关系,从权利方面而言,为债权关系;从义务方面而言,为债务关系。综而观之,为债权债务关系,即债的关系之内容由债权与债务两个方面构成。债权与债务之间具有相互依存和相互对应的关系。但在债权和债务这对范畴中,由于债权具有主动性而债务具有被动性,故理论及立法上通常都侧重于从债权的角度来研讨和规范二者之关系。

(一) 债权

债权为请求特定人为特定行为(作为或不作为)的权利。债权具有以下性质和特点:

1. 债权为财产权

债的关系因财产之交易或法律规定的其他特定情形而发生。无论是约定之债还是法定之债,其给付均可予以经济评价,即债之给付以财产(包括有形财产和无形财产)或可以评价为财产的利益(如劳务)为主要内容。因此,债权总是体现着一定的财产利益。在债权转让、继承等情况下,债权本身则作为一项财产而存在。故债权在性质上为财产性权利。

2. 债权为请求权

债权人欲实现其利益,必须借助于义务人的行为,通过义务的履行间接地实现利益。在债务人为给付行为之前,债权人不能直接支配该项给付的标的物,也不得直接支配债务人的行为。他只能通过请求债务人履行债务、交付标的物或提供劳务等,来实现自己的利益。因此,从权利的作用上看,债权是一种典型的请求权,而不像物权那样属于支配权。但债权又不等同于请求权,这一方面是由于请求权不以债权请求权为限,尚有其他种类的请求权(如物权请求权、亲属法上的请求权等);另一方面是由于请求权只是

债权的功能之一,除请求权外,债权还可生代位权、撤销权、解除权等。

3. 债权为相对权

相对权是指仅得对特定的人主张的权利,又称对人权。在债的关系中,债权债务只存在于特定的当事人之间,债权的效力原则上也只及于特定的债务人,债权人只能请求特定的债务人为给付,而不能向债务人之外的他人主张其债权。故从权利之效力所及的范围方面看,债权属于相对权、对人权。而物权、知识产权、人身权则为效力及于一切他人的权利,因而属于绝对权、对世权。由相对权性质所决定,债权不具有追及效力,当债权的标的物被第三人占有时,无论其占有是否合法,债权人均不能向该第三人请求返还。而属于绝对权的物权,则具有追及效力。应注意的是,在现代民法上,债的效力范围有逐渐扩张的趋势,即债的效力于特定情况下亦得具有涉他性,债的保全制度及对第三人侵害债权之责任等的肯认,为其适例。^①

4. 债权具有相容性

由于债权所具有的效力为请求力,故而债权之间具有相容性。债权的相容性是指每一个债权均不具有排他效力,同一标的物上可以并存两个或两个以上内容相同的债权。在一物之上成立数个债权的情况下,其关系为互容而非相斥。如在一物二卖这种典型情形中,两个买卖关系均可有效成立,虽只有一个债权可得以实现,但另一个债权并不因此无效,而是可以转化为违约金请求权或者损害赔偿请求权。物权基于其支配效力,则具有排他性,一物之上不许有两个以上不相容的物权同时存在,例如一物之上不能同

^① 参见张广兴:《债法总论》,第25页以下、第163页以下;张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版社1991年版,第550页;梁慧星、陈华彬:《物权法》,法律出版社1997年版,第24页;杨振山主编:《中国民法教程》,中国政法大学出版社1995年版,第370页以下。

时成立两个所有权。

5. 债权具有平等性

债权的平等性又谓“债权人平等原则”，是指数个债权人对于同一个债务人，先后发生数个普通债权时，其效力一律平等，不因其成立的先后而有效力上的优劣之分。^① 因债权所具有的平等性，债权之间不具有优先效力，债权相互间不因发生时间的先后、原因的不同而在效力上有所差异；在债务人破产时，应就债务人财产之总额，在债权人之间按各债权的比例进行分配；一个债权人行使代位权或撤销权时，其保全的债务人的财产，也仍应归入债务人的总财产作为保障所有债权人权利实现的责任财产，而不得从中优先受偿。物权所具有的支配力，则使其具有优先效力，物权不仅优先于债权，而且先成立的物权优先于后成立的物权。

6. 债权的存在具有期限性

债权为有期限的权利，法律不允许存在无期限的债权。一切债权，无论为任意债权或法定债权，均有其存续期限。^② 该期限可以是当事人约定的期限，也可以是时效期限及其他法定期限。期限届满，债权即归于消灭。^③ 物权中的所有权则为无期限的权利，只要所有物存在，所有权就存在。不过，担保物权及多数用益物权也有其存续期限。

7. 债权的设定多具有任意性

债权设定的任意性，是指当事人只要不违反法律的强行性规定和公序良俗，得通过合意任意设定债权或创设新债权。惟债权设定的任意性系指契约之债而言，法定之债则不许任意创设。物

^① 张广兴：《债法总论》，第27页；日本平凡社《世界大百科全书》第12卷，第36～37页，转引自上海社会科学院法学所编译：《国外法学知识译丛·民法》，知识出版社1981年版，第144页。

^② 王家福主编：《中国民法学·民法债权》，法律出版社1991年版，第8页；梁慧星、陈华彬：《物权法》，第25页。

^③ 张广兴：《债法总论》，第26页。