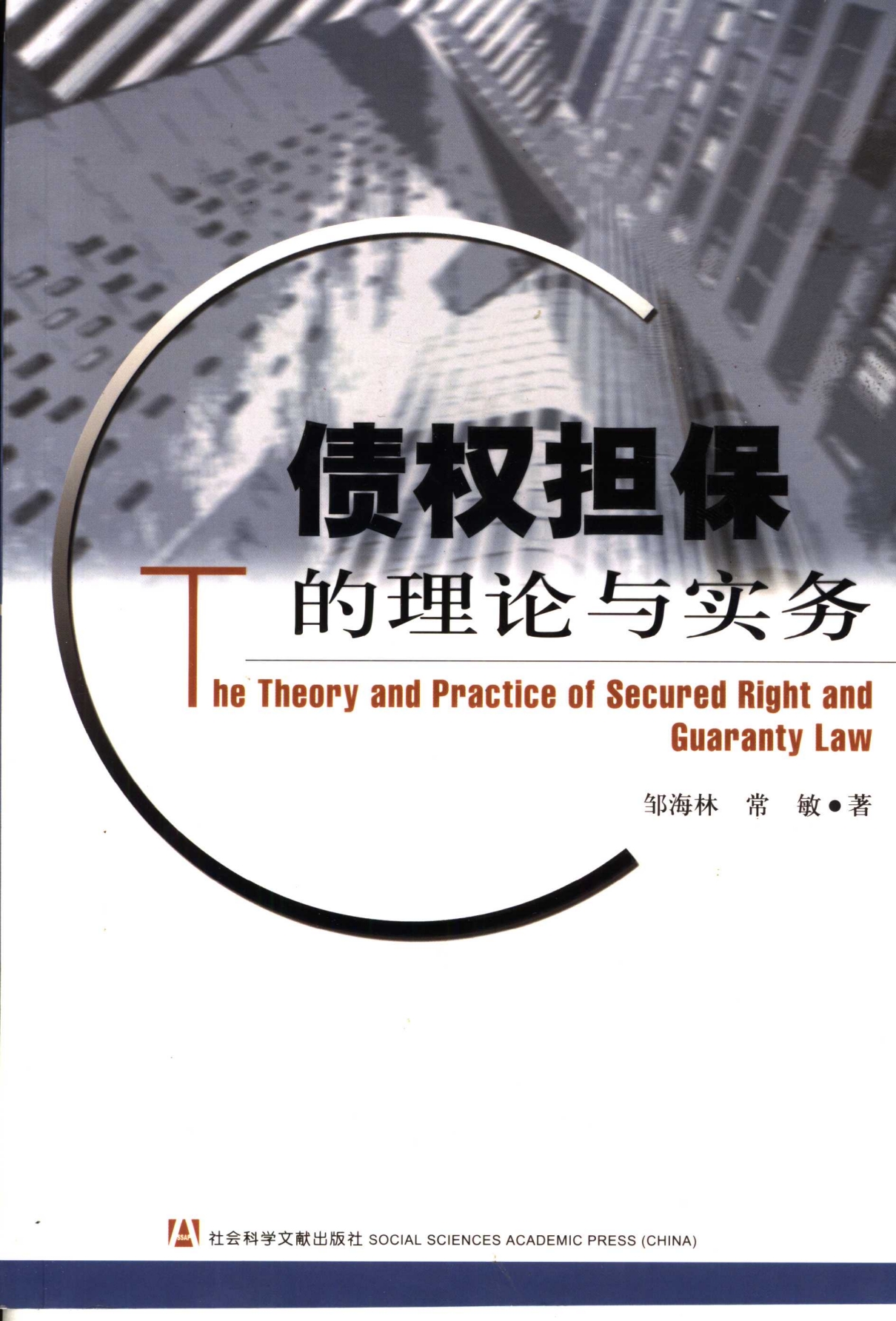




债权担保

的理论实务

The Theory and Practice of Secured Right and
Guaranty Law

邹海林 常 敏 • 著



社会科学文献出版社 SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

债权担保的理论与实务

The Theory and Practice of Secured
Right and Guaranty Law

邹海林 常 敏 著

社会科学文献出版社

Social Sciences Academic Press (China)

图书在版编目(CIP)数据

债权担保的理论与实务/邹海林,常敏著. - 北京:社会科学文献出版社, 2005.5

ISBN 7-80190-569-5

I. 债... II. ①邹... ②常... III. ①担保法-研究-中国 ②债权法-研究-中国 IV. ①D923.24
②D923.34

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 024112 号

修订版前言

本书是《债权担保的方式和应用》一书的修订版。债的担保为增强交易信用的手段。我国民法关于债的担保制度的规定，起始于1981年颁布的经济合同法。随着民法通则的颁布，债的担保制度开始逐步发展起来。经过司法实践的经验积累以及学理上的准备，我国立法机关1995年颁布了担保法，对我国债权担保的基本方式做出了较为细致的规定，为我国的担保制度的实践与发展奠定了基础。但是，我国担保法的规定尚显粗糙，在立法时又欠缺学理上的充分准备，存在不少法律漏洞，需要理论上的整理，以便推动担保法的适用。在这样的历史背景下，我们撰写和出版了原版书。

原版书出版后，受到理论和实务界一定程度的关注。特别是司法实务界遇到的许多问题，原版书多有涉及。我们收到过不少读者的询问甚至求助，使我们更加深切地感觉到担保生活的烦杂和担保制度的不足。我们只是希望我们的作品能够为解决实务上的问题提供更加具体和完整的解决方案。原版书出版后已经过了六个年头，其间曾有多次试图修改，但终因条件的变化和精力所限而未能付诸实施。

我们深深地知道中国民法在发展和进步，许多学者对担保法的研究也富有建设性，司法实务也积累了许多实践经验。我们特别注意到最高人民法院通过司法解释对我国担保制度的发展所做出的值得肯定的历史性贡献。原版书已经和现实生活之间产生了距离。这些原因，促使我们决定将原书再版。

再版书是一项繁重的任务，不仅要以前的著作的细节做出推敲，而且要落实到文字上。我作为本书的作者之一，因为精力有限特别是视力不好的缘故，只能主要依靠本书的合作者常敏女士来完成。常敏女士负责本书再版部分的第一章，第二章第一节、第二节和第六节，第三章第一节、第二节和第八节，第四章第五节，第六章和第八章。常敏女士是我的妻子，她承担着照顾家人特别是教育孩子的重任，还这样支持我的工作，我非常感谢她。我在这里之所以有这样的交待，还是为了表达我对合作再版书的常敏女士的尊重。在这里，我们还要感谢社会科学文献出版社对本书出版所给予的支持。

再版书并不是对我们以前的著作的简单修改或否定，而是我们经过长期思考并且在已经有了理论积累的基础上做出的修订，是对我们以前的著作的补充和丰富。

但不论怎样，鉴于我们的水平有限，仍然衷心地希望听到学术界和实务界对本书的批评，以促使我们的研究能有所进步。

邹海林

谨识于

北京奥林匹克国家森林公园西岸寓所

2004年7月8日

前 言

债权担保制度是市场交易关系的稳定发展不可或缺的制度。我国担保法第1条规定：“为促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。”显然，债权担保对于发展市场经济和促进市场交易具有十分重要的意义。

在民法理论上，债权担保可以分为一般担保和特别担保。一般担保，是指债务人以其全部财产担保债务履行的制度。在这个意义上说，所有的债权从债务人处均获得了一般担保，这是债权的性状所决定的。特别担保，是指在一般担保之外，为担保特定债权的受偿而设定的担保制度。因特别担保独立于一般担保，并非债权的性状所能包容的内容。因此，特别担保需要依照法律规定发生或者依照当事人的意思单独设定，并非所有的债权的实现均受特别担保的保障。

一般担保是债务人以其自己的全部财产对债务履行的担保，并非针对特定债权人而成立的担保。不论债权的性质和种类，一般担保有效于债务人的所有的债权人，债务人以其全部财产担保其全部债务的履行，债务人的所有的债权人均以债务人的全部财产作为其债权受偿的责任财产。债权人依靠一般担保实现其债权时，以债务人的主观和客观的清偿能力为基础。当债务人的清偿能力降低或者失去时，债权人直接面临着债权受偿不能或者不能足额受偿的风险。可见，一般担保对债权的实现不能提供充分保障。在这种担保制度下，为防止债务人的财产减少，法律特别设计有债权人代位权和债权人撤销权两项债权保全制度。债权保全制度一定程度上可以维持债务人的财产不减少，但其不能彻底改变债务人的实际清偿能力。在债务人的清偿能力之外，债权人如何避免其债权不能受偿或者不能足额受偿的危险发生，有借助特别担保的必要。特别担保是对债务人一般担保的附加。本书所称债权担保，仅以特别担保为限，包括保证、抵押、质押、留置、定金、让与担保、所有权保留、保证保险和信用保险等各种担保债权实现的方式或者制度。

债权担保的制度自古罗马法以来，备受各国立法例的重视，并处于不断

的发展和完善过程中。保证、抵押、质押、留置等近代民法完整规范的债权担保制度，在现代市场经济条件下，发生了重大变化。例如，最高额抵押、最高额质押、最高额保证、动产抵押、权利抵押等特殊担保方式的运用。此外，在这些传统的担保制度外，因为市场交易的需要而出现了浮动担保、企业财产集合抵押、让与担保、所有权保留等新型担保方式。担保的证券化更成为债权担保方式的发展趋势之一。我国民法顺应了债权担保制度的发展趋势，确立了我国债权担保的基本方式。

本书分为八章。各章节所叙述的内容和讨论的问题有浅有深，且不以我国现行担保法所规定的制度为限。第一章为债权和债权担保，以债权和债权担保的关系为讨论重点，主要内容有债权的特征和效力、债权担保的意义、债权担保的性质和方式以及我国民法规定的债权担保方式。第二章为保证，主要内容限于保证的意义、特征、保证人、保证合同、保证责任、保证人的权利和保证的消灭等。第三章为抵押，主要内容有抵押和抵押权的意义、特征、抵押权的设定、抵押权的效力和实行、抵押权的消灭、不动产抵押、权利抵押、动产抵押、企业财产集合抵押、最高额抵押和所有人抵押等。第四章为质押，主要内容有质押和质权的意义、特征、质权的设定、质权的效力和实行、动产质权、权利质权、最高额质权和质权的消灭等。第五章为留置，主要内容有留置和留置权的意义、特征、留置权的发生、留置权的效力和实行、留置权的消灭以及船舶留置权等。第六章为定金，主要内容有定金担保的性质和特征、定金担保的成立、定金担保的效力等。第七章为让与担保和所有权保留，主要内容有让与担保的意义、设定、效力、实行和消灭，以及所有权保留的意义、性质、约定和效力等。第八章为保证保险和信用保险，主要内容有保险的功能和形式、保证保险的意义、种类、信用保险的意义、种类等。

本书将保证保险和信用保险作为债权担保的方式，与保证、抵押、质押、留置、定金、让与担保、所有权保留等公认的债权担保方式一并加以讨论，并无任何建立债权担保体系的意图。保险作为分散风险和消化损失的制度，若对债权的实现提供保障，具有债权担保的功用，在这个意义上，本书将保证保险和信用保险作为债权担保的方式予以对待，意图在于提醒人们在现实生活中，可以利用保险手段来化解债权受偿不能的风险，以达到实现债权的目的。

在写作本书时，我们广泛学习、吸收、借鉴他人的研究成果，并对有争议的问题表明了自己的观点。本书的出版若能对解决我国的债权担保的各种方式所存在的理论和实践问题有所裨益，将是我们极大的欣慰

本书不属于教科书的范畴，但亦非普及性的读物。通过本书，作者不仅希望向读者提供债权担保的知识，而且极力寻找和创造机会与读者讨论债权担保的问题。但终因作者水平有限，疏漏和不妥之处在所难免，敬祈读者批评指正。

作 者

1997 年 10 月 14 日

目 录

修订版前言	/ 1
前 言	/ 1
第一章 债权与担保	/ 1
第一节 债权与债权担保	/ 1
一 债与债权	/ 1
二 债权的发生和效力	/ 2
三 债权担保的意义	/ 5
第二节 债权担保的方式	/ 8
一 债权担保的性质	/ 8
二 债权担保的分类	/ 9
三 人的担保方式	/ 11
四 物的担保方式	/ 13
第三节 我国民法上的担保方式	/ 18
一 我国民法与担保	/ 18
二 我国民法上的担保方式	/ 20
第二章 保证	/ 27
第一节 保证	/ 27

一 保证的意义	27
二 保证的特征	28
三 保证的独立性	31
四 保证方式	32
五 数人保证	34
六 最高额保证	36
第二节 保证人	39
一 保证人的意义	39
二 保证人的范围	40
三 禁止担任保证人的组织	46
第三节 保证合同	48
一 保证合同的性质	48
二 保证合同的成立	49
三 保证合同的形式	51
四 保证合同的内容	52
五 保证合同的无效	54
第四节 保证责任	60
一 保证责任的概念	60
二 保证责任的范围	61
三 保证责任的变动	68
四 保证责任期间	72
五 保证债务请求权的时效	83
六 保证责任的承担	84
第五节 保证人的权利	85
一 保证人的权利	85
二 保证人的一般抗辩权	85

三 保证人的先诉抗辩权	89
四 保证人的求偿权	94
五 问题：保证人代位权	100
六 问题：保证责任除去请求权	105
第六节 保证的消灭	107
一 保证的消灭	107
二 保证期间届满与保证的消灭	110
三 最高额保证终止与保证的消灭	113
四 放弃物的担保与保证的消灭	115
五 主债务的变更与保证的消灭	116
第三章 抵押	118
第一节 抵押和抵押权	118
一 抵押担保的意义	118
二 抵押权的特征	120
第二节 抵押权的设定	125
一 抵押权的取得依据	125
二 抵押行为	126
三 抵押人	134
四 抵押担保的债权	136
五 抵押物	140
第三节 抵押权的效力	144
一 担保债权的优先受偿	145
二 支配抵押物的交换价值	149
三 抵押权的物上代位性	153
四 抵押物的处分	159
五 抵押物的第三取得人	163

六 保全抵押物的交换价值	168
七 抵押权的处分	170
八 抵押权、担保物权和用益物权	172
第四节 抵押权的实行	177
一 抵押权的实行	177
二 抵押权的行使条件	179
三 抵押权的顺位	182
四 抵押权行使的范围和方法	185
第五节 抵押权的消灭	191
一 抵押权的消灭	191
二 抵押权消灭的后果	194
第六节 不动产抵押	195
一 不动产抵押的意义	195
二 不动产抵押权的设定	196
三 不动产抵押的特殊问题	198
四 不动产抵押权的消灭	200
第七节 权利抵押	200
一 权利抵押的意义	200
二 权利抵押权的设定	201
三 权利抵押权的特殊问题	202
四 权利抵押权的消灭	205
第八节 动产抵押	206
一 动产抵押的意义	206
二 动产抵押权的设定	208
三 动产抵押权的效力	211
四 动产抵押权的消灭	215

第九节 企业财产集合抵押	215
一 企业财产集合抵押的意义	215
二 浮动担保	218
三 企业财产集合抵押的设定	222
四 企业财产集合抵押的效力	225
第十节 最高额抵押	228
一 最高额抵押的意义	228
二 最高额抵押权的设定	231
三 最高额抵押权的变更	233
四 最高额抵押权的确定	234
五 最高额抵押权的存续期间	239
第十一节 所有人抵押	240
一 所有人抵押的意义	240
二 我国民法上的所有人抵押	242
三 所有人抵押权的成立	246
四 所有人抵押权的效力	247
第四章 质押	251
第一节 质押和质权	251
一 质押担保的意义	251
二 质权的立法例	253
三 质权的特征	255
第二节 质权的设定	256
一 质权的设定	256
二 质押行为	257
三 质押行为的当事人	261
四 质押担保的债权	262

五 质押担保的标的	263
六 质权的善意取得	264
第三节 质权的效力	267
一 担保债权的优先受偿	267
二 质权对质物的支配范围	268
三 质权人的权利和义务	270
四 质权和其他担保物权的关系	278
第四节 动产质权及其实行	279
一 动产质权的意义	279
二 动产质权的实行	279
三 动产质权实行的方法	281
第五节 营业质权	284
一 营业质权的意义	284
二 营业质权的标的	285
三 营业质权的设定和效力	286
四 营业质权的实行	287
第六节 权利质权	288
一 权利质权的意义	288
二 权利质权的设定	290
三 权利质权的效力	295
四 权利质权的实行	301
第七节 最高额质权	305
一 最高额质权的意义	305
二 最高额质权的设定	307
三 最高额质权的效力	307
第八节 所有人质权	310

一 所有人质权的意义	310
二 我国民法上的所有人质权	311
三 所有人质权的成立	311
四 所有人质权的效力	312
第九节 质权的消灭	312
一 质权的消灭	312
二 质权消灭的后果	316
第五章 留置	317
第一节 留置与留置权	317
一 留置担保的意义	317
二 留置担保的固有内容	319
三 留置权的立法例	320
四 我国民法上的留置权	322
五 留置权的特征	323
六 留置权与动产质权的区别	324
第二节 留置权的发生	325
一 留置权的发生及要件	325
二 债权已届清偿期	326
三 债权人占有债务人的财产	332
四 债权和债权人占有之财产间存在牵连关系	337
五 留置权发生之排除	342
第三节 留置权的效力	343
一 留置权的担保效力	343
二 留置担保的支配力	346
三 留置担保的对抗效力	349
四 留置权对留置权人的约束力	351

第四节 留置权的实行	353
一 留置权的实行	353
二 留置权行使的积极要件	354
三 留置权行使的消极要件	356
四 留置权行使的标的物范围	359
五 留置权行使的方法	360
六 变价留置物受偿的方法	364
第五节 留置权的消灭	367
一 留置权的消灭原因	367
二 留置权消灭的后果	371
第六节 船舶留置权	371
一 船舶留置权	371
二 船舶留置权的效力和消灭	372
第六章 定金	374
第一节 定金与定金担保	374
一 定金和定金担保	374
二 定金担保的特征	376
三 定金的种类	377
四 定金和预付款、押金的区别	380
第二节 定金的成立	382
一 定金合同	382
二 定金担保的生效	385
第三节 定金的效力	387
一 定金的效力	387
二 定金担保的限度	391
三 定金与其他担保共存	392

四 定金与违约责任的竞合	393
五 定金的消灭	396
第七章 让与担保和所有权保留	397
第一节 让与担保	397
一 让与担保的意义	397
二 让与担保的设定	401
三 让与担保的效力	403
四 让与担保的实行	408
五 让与担保的消灭	409
第二节 所有权保留	410
一 所有权保留的意义	410
二 所有权保留的性质	412
三 所有权保留的约定	413
四 所有权保留的效力	415
第八章 保证保险和信用保险	421
第一节 保险与担保	421
一 保险的意义	421
二 保险合同	423
第二节 保证保险	426
一 保证保险的意义	426
二 诚实保证保险合同	428
三 确实保证保险合同	430
四 保证保险项下的保险代位权	431
第三节 信用保险	433
一 信用保险的意义	433