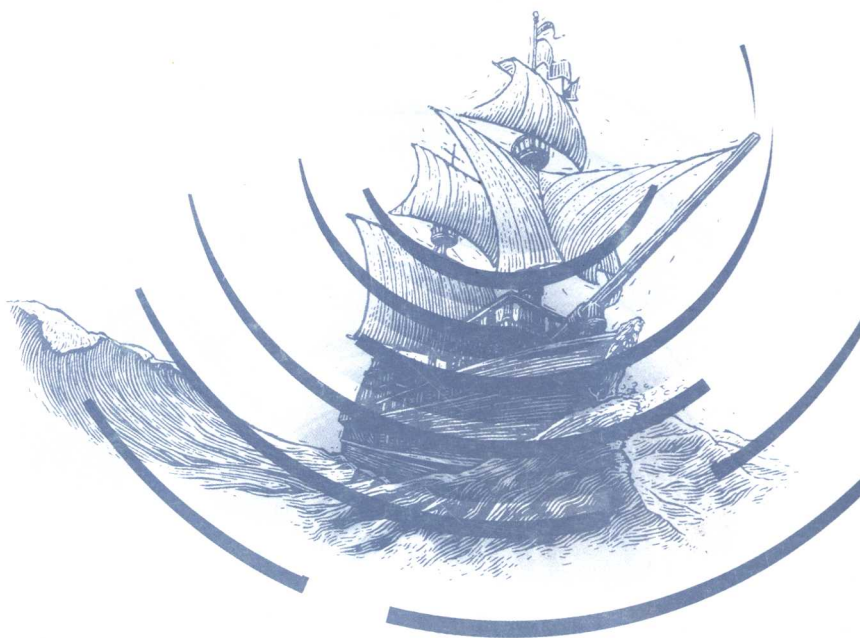


民商法论丛



比较担保法

BIJIAO DANBAOFA

蔡永民 ⊙ 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D913.24/70



比较担保法

BIJIAO DANBAOFA

首都师范大学图书馆



21682667

蔡永民 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

S13P 5616

图书在版编目 (CIP) 数据

比较担保法/蔡永民著. —北京: 北京大学出版社, 2004.10

(民商法论丛)

ISBN 7-301-08077-8

I. 比… II. 蔡… III. 担保法-对比研究-世界 IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 105136 号

书 名: 比较担保法

著作责任者: 蔡永民 著

责任编辑: 胡利国

标准书号: ISBN 7-301-08077-8/D·0991

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: zpup@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62753121

排 版 者: 北京市艺海打字服务社

印 刷 者: 三河新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650mm×960mm 16 开本 23.25 印张 336 千字

2004 年 10 月第 1 版 2004 年 10 月第 1 次印刷

定 价: 36.00 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, 翻版必究

CONTENTS 目 录

第一编 保 证

第一章 保证概述	1
第一节 保证的概念	1
第二节 保证的性质	3
第三节 保证的种类	7
第二章 保证的成立、效力和消灭	15
第一节 保证的设立	15
第二节 保证的生效	21
第三节 保证的范围	28
第四节 保证的效力	32
第五节 保证的消灭	50
第六节 无效保证	53

第二编 抵 押 权

第三章 抵押权制度概述	56
第一节 抵押权制度的历史沿革与比较	56
第二节 抵押权的意义、本质、特性、原则及发展趋势	66
第四章 抵押权的设定	81
第一节 概述	81
第二节 抵押合同	84

第三节 抵押登记	90
第五章 抵押权的效力	95
第一节 概述	95
第二节 抵押权的效力所涉及的范围	96
第三节 抵押物价值减少与抵押权的效力	102
第四节 抵押权与用益权	106
第五节 抵押权的优先受偿效力	111
第六节 抵押权的实行	114
第七节 物上保证人及抵押物第三取得者的地位	123
第八节 抵押权及其次序的处分	128
第六章 抵押权的消灭	131
第七章 特殊抵押权	136
第一节 共同抵押	136
第二节 最高额抵押权	140
第三节 财团抵押与浮动担保	151
第四节 动产抵押	158
第五节 让与担保制度	162
第八章 抵押权制度的新发展及趋势	168
第一节 大陆法系两个抵押权体系的区分及意义	168
第二节 法典化后抵押权制度的新发展 及对我国的影响和启迪	181

第三编 质 押

第九章 质押制度概述	194
第一节 质押制度的沿革	194
第二节 质押制度的特性和分类	197

第十章 动产质押	202
第一节 动产质权的取得	202
第二节 动产质权效力所涉及的范围	208
第三节 质权人的权利	215
第四节 质权人的义务	222
第五节 转质	224
第六节 动产质权的实行	231
第七节 物上担保人的求偿权与代位权	241
第八节 动产质权的消灭	243

第十一章 权利质权	249
第一节 权利质权概述	249
第二节 普通债权质权	252
第三节 有价证券质权	257
第四节 股权质押	262
第五节 知识产权质权	269
第六节 其他财产权利质权	272

第四编 留置权

第十二章 留置权制度概述	275
第一节 留置权制度的沿革及比较	275
第二节 留置权的性质及其与相关权利的区别	283
第十三章 留置权的成立、效力、实现和消灭	289
第一节 留置权的成立	289
第二节 留置权的效力	307
第三节 留置权的实现	320
第四节 留置权的消灭	324

第五编 定 金

第十四章	定金制度概述	330
第一节	定金的历史及各国（地区）立法比较	330
第二节	定金的特征和功能	336
第三节	定金的性质和种类	340
第四节	定金与相关制度的比较	347
第十五章	定金的设立和定金罚则	353
第一节	定金的设立	353
第二节	定金罚则	357
主要参考文献		361
后 记		365

第一编 保 证

第一章 保证概述

第一节 保证的概念

一、保证的概念

(一) 保证

保证是由债务人以外的第三人向债权人承诺，当债务人不履行债务时，由其代为履行或承担责任的担保方式。

保证是民法上的一项债的担保制度，各国民法典或相关的法律对它都作了具体的规定。如《日本民法典》第446条规定：“保证人于主债务人不履行其债务时，负履行责任。”《法国民法典》第2011条规定：“债务的保证人，在债务人自己不履行其债务时，对债权人负履行其债务的责任。”《德国民法典》第765条规定：“根据保证合同，保证人负有对第三人的债权人履行第三人的债务的义务。”《瑞士债务法》第492条规定：“保证人因保证契约，对于主债务人的债权人，就债务的履行负其责任。”我国《担保法》也有相应的规定。

关于保证的概念，各国学者有不同的观点。英国学者认为，保证是由某人作出的一项允诺，根据这一允诺，他将在另一人不按照要求履行义务（含合同义务和法定义务）时，替代其履行适当的义务。可见，保证是一种人的担保，是一种契约性的担保。保证之所以能够取得法律的认可，其理论依据是一项古老的英国普通法原则：“承诺必须履行原则。”既然作出了承诺，只要履行该承诺不会损害

他人利益或违反公共政策，允诺者就应当信守。法国学者认为，保证是一种债权人得到清偿的法律保障机制，属于人的担保，这种人的担保授予债权人对另一人的起诉权。保证很容易设定，不需要公证人文书，而且费用也很低廉。我国台湾学者认为，保证是当事人约定，一方于他方之债务人不履行债务时，由其代负履行责任之契约。保证以债务人以外的第三人为附随的债务人以确保债权的实现。

保证有以下几层含义：（1）保证是一种特殊担保，它不同于民法上债的保全，债的保全属于民法上的一般担保。保证的目的是以第三人的财产保障债权的实现，债的保全旨在使债务人以其自己的全部财产保障债权的实现。（2）保证人只能是债务人之外的第三人，他必须与原合同毫无关系。（3）保证债务为不同于主债务的另一个债务，而非单纯的责任，保证人或者代为履行或者承担赔偿责任。《法国民法典》、《日本民法典》规定的保证责任方式仅仅是代为履行。而我国《担保法》、《德国民法典》、《瑞士债务法》规定的保证责任的方式是保证人对主债务不履行债务时，代为履行债务或者承担责任。可见，在我国、德国、瑞士等国家，专属于债务人的具有人身性质的债务以及标的是特定物的债务，也能设定保证。

二、保证法律关系

保证涉及两个合同三方当事人。两个合同即主合同和保证合同，三方当事人即保证人、债务人和债权人。债务人是主债务的债务人，保证人是保证债务的债务人，债权人对债务人和保证人分别享有不同的债权。由此可见，保证法律关系在广义上包括三种法律关系。一是债权人与债务人之间的债权债务关系。债权人与债务人之间的债权债务关系为主债权债务关系。因此，这里的债权人即主债权人，债务人即主债务人。在大多数国家，能够设立保证的只能是合同债务，但是从1677年英国欺诈法的规定可看出，其所谓的债务的不能清偿或不适当履行，实际上已经超出合同债务的范围，非合同债务也能成为保证的基础性债务。保证是一种担保方式，它以主合同债权的实现为目的，主合同或主债务的有效成立是保证合同成立的前提和基础。因此，主合同债权人与债务人的债权债务关系是保证的

基础关系。二是保证人与债务人之间的关系。保证人与债务人之间的关系实际上是指保证人何以成为保证人的问题，是内部关系。多数国家对此未作规定。保证人之所以成为保证人，绝大多数是基于债务人的委托，但也有基于无因管理或赠与意思而设保证的情况，如《日本民法典》第462条规定：“未受主债务人委托而设保证者，……主债务人应于其当时受益限度内予以赔偿。”当然，第三人基于什么原因成为保证人，对债权人没有直接影响。三是保证人与债权人之间的保证关系，即保证法律关系。保证关系是基于保证合同而产生的单务法律关系，因此，保证合同的一方主体即保证人为义务主体，而另一方主体即债权人为权利主体。债权人对保证人具有请求权，即当债务人不履行债务时，有权要求保证人代为履行债务或者承担赔偿责任。保证关系是保证法律关系的核心。

第二节 保证的性质

保证的性质是指保证本身所固有的属性，包括其自然属性和社会属性。在此我们只讨论其自然属性。保证的自然属性是指保证行为在债的活动中所具有的、不受其所处的社会经济形态和政治制度影响的经济属性。这种经济属性无论在何种经济形态和社会政治制度下始终存在，所以为其一般属性。

一、债权性

债是特定人之间得请求为特定行为的法律关系。其中，享有权利的人为债权人，负有义务的人为债务人。债权人有权请求债务人为特定行为，债务人有义务满足债权人的请求而为特定行为。债权人享有的权利为债权，债务人所负的义务为债务，债权的实现取决于债务人履行义务的行为。债权与物权不同，物权是直接支配特定物并享受其利益的权利。权利主体一旦获得了法律赋予的特定物归属权后，对该特定物可直接支配、享受其利益，并同时排除他人对其支配与享受利益的侵害干预，物权的实现取决于权利人对物的支配行为。

保证是一种担保债权而非担保物权。因为债权人对保证人的权利是一种保证请求权，债务人不履行债务时，债权人可请求保证人代为履行债务或承担赔偿责任。而且，债权人只能就保证人的一般财产请求清偿，而不能对保证人的特定财产请求清偿。当保证人有多个债权人时，保证债权人对保证人的财产没有优先受偿权。保证人拒不履行保证责任时，债权人不能直接支配或处分保证人的财产，而只能通过债权保护方法，诉请法院强制保证人履行保证债务。

二、附从性

保证与其他担保方式一样是为确保债权实现而设立的从属于债权的法律形式。保证债务以主债务的存在或将来存在为前提，因主债务的消灭而消灭。大多数国家（地区）的法律规定，保证的范围及强度，不能超过主债务，不能与主债务分离且移转。保证的附从性主要表现在以下几个方面：

（一）成立上的附从性

保证以主债务的存在为前提，或者说保证的成立以主债权的存在为前提条件。当然，就保证成立方面的附从性，各国的立法规定并不相同。《德国民法典》第 765 条规定：“对将来的或者附条件的债务，亦可以承担保证。”我国《担保法》第 14 条规定了最高额保证，说明我国法律对于将来成立的或附条件、附期限的债权的保证问题亦持认可的态度。但是，这些并不能说明保证在成立上无附从性。《法国民法典》第 2012 条就规定：“保证，仅得就有效的债务提供之。”客将来的财产，不得设定保证。

（二）范围上的附从性

保证的范围原则上与主债务相同，不得大于主债务。如果保证合同约定的保证范围大于主债务，那么仍以主债务的范围为保证范围。对此，《日本民法典》第 448 条、《法国民法典》第 2013 条、《瑞士债务法》第 499 条、我国台湾《民法典》第 741 条都作了具体规定。当然，保证债务的范围可小于主债务，即保证人可以约定只对主债务的一部分承担保证责任。

（三）存续上的附从性

保证的存续以合法有效的债权的存续为条件。主债务无效，保证债务无效；主债务消灭，保证债务也随之消灭。

（四）移转上的附从性

主债权移转时，债权人享有的保证债权也随之移转，因为保证债权作为从权利，依主权利的移转而移转。《德国民法典》第401条规定：“债权一经让与，其抵押权、船舶抵押权或者质权，以及由一项向上述权利提供担保所产生的权利，一并移转于新债权人。”《瑞士债务法》也有类似的规定。只有在保证人与主债权人明确约定（譬如，约定债权不得让与）时，保证债权才不随主债权的移转而移转。在这种情况下，主债权让与的结果是保证债权消灭。

（五）变更上的附从性

主债务的标的变更时，保证债务亦随同变更。譬如，主债务变为损害赔偿债务时，保证债务也变为损害赔偿债务的保证。《日本民法典》第447条规定：“保证债务，包含有关主债务的利息、违约金、损害赔偿及其他所有主债务者。”《德国民法典》和我国台湾《民法典》也有相似的规定。而且，债权人与保证人也可以先行约定主债务变更时，保证的效力及于变更后债务。

三、独立性

保证债务虽然附从于主债务，但它并不是主债务的组成部分，保证债务与主债务是两个相互独立的债务。譬如，保证人可以在主债务的范围内就其一部分设立保证；保证债务因混同或免除而消灭时，主债务仍然存在；保证债务无效、被撤销或被解除时，主债务不受影响；保证人享有债务人不得行使的专属抗辩权；对于主债务人的判决，效力不及于保证人，但使主债务减轻或消灭时，效力及于保证人。

四、补充性

补充性是保证债务的基本原则，即只有在主债务人不履行债务时，保证人才负履行的责任或赔偿其损失。也就是说，在保证法律

关系中，债务人是第一债务人，保证人是第二债务人。当债务人不履行债务时，债权人首先应向债务人请求履行，只有当债务人的财产经强制执行而无效果时，保证人才承担保证责任。当然，连带保证例外。根据传统民法理论，保证均以一般保证为原则，连带保证为例外。《法国民法典》第 2021 条规定：“保证人仅在债务人不履行其债务时，始对于债权人负履行债务的责任，债权人应先就债务人的财产进行追索。”《日本民法典》第 452 条规定：“债权人请求保证人履行债务时，保证人可以请求先向主债务人进行催告。但主债务人受破产宣告或去向不明时，不在此限。”该法第 453 条规定：“虽于债权人依前条规定对主债务人进行催告后，如保证人证明了主债务人有清偿资力且容易执行时，债权人应先就主债务人的财产予以执行。”《德国民法典》第 771 条规定：“债权人试图对主债务人的财产进行强制执行但未成功的，保证人可以拒绝向债权人清偿。”从各国民法典的规定可以看出，正是由于保证的补充性，保证人才享有先诉抗辩权。当然，保证人可以放弃先诉抗辩权，而承担连带责任。但这并不影响保证的补充性。以此来反省我国《担保法》，就可发现我国《担保法》恰好违背了保证补充性的法理。我国《担保法》第 19 条规定：“当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任。”这一规定有违公平原则，也打击了保证人的积极性，这也许是造成目前免保证难的原因之一。

五、人身性

保证的建立同自然人或法人的人格身份密不可分，这是人的担保本性使然。保证不能完全游离于人身属性而单独寄托于财产之上。主债务人与保证人之间相互信任关系是保证担保的关键所在。当然，随着时代的进步，市场经济的日益成熟及繁荣，保证的人身性有所淡化，财产性日益增强。特别是在现代社会中，保证已不能直以人为标的，保证人的经济实力是其接受债务人委托的客观基础。

第三节 保证的种类

保证种类的划分历来存在不同的标准。根据不同标准，保证可作不同的分类：

一、法定保证与约定保证

依据保证产生根据的不同，保证可以分为法定保证与约定保证。保证的产生及其权利义务由法律明确规定者，为法定保证。如《德国民法典》第 778 条规定：“委托人以自己的名义、以记在自己账上的方式向第三人发放信用贷款而产生的债务，委托人应当作为保证人对受托人负其责任。”此即法定保证。这种保证是由法律明确规定的，与保证合同没有关系。但是，法定保证并不多见。保证的产生及其权利义务由合同约定者，为约定保证。约定保证是经常出现、大量存在的保证方式。如《意大利民法典》第 1936 条规定：“亲自向债权人担保他人履行债务的人是保证人。”显然是约定保证之规定。

二、普通保证与连带保证

根据保证人有无先诉抗辩权，保证可以分为普通保证与连带保证。当事人约定，只在债务人不能履行债务时，保证人才承担保证责任者，为普通保证，亦称一般保证。当事人约定保证人与债务人承担连带责任者，为连带保证。换句话说，保证人享有先诉抗辩权的，是普通保证，不享有先诉抗辩权的是连带保证。普通保证的保证人在债权人的财产强制执行而无效果前，可以拒绝清偿。当然，当债权人请求保证人承担责任时，保证人可以不行使即放弃其先诉抗辩权。在债权人享有担保物权的情形时，债权人须首先实现其担保物权，否则，保证人也有权拒绝承担责任。当然，保证人行使先诉抗辩权，只是暂时延缓履行债务。只要债权人强制执行债务人的财产而未实现其债权时，保证人就得承担责任。连带保证的保证人在主债务已届清偿期限而主债务人未清偿的情况下，就负有清偿的

义务，如果债权人要求保证人承担保证责任的话。也就是说，在这种情况下，债权人对主债务人或者保证人履行债务享有选择权。可见，连带保证的保证人所承担的义务和风险大大惯于普通保证的保证人。根据我国《担保法》第19条的规定，在当事人未明确约定是何保证的情况下，该保证应属连带保证。

三、单一保证与共同保证

根据同一债务保证人的人数来划分，保证可以分为单一保证与共同保证。一个债务只有一个保证人为其提供担保者，为单一保证；一个债务有两个或两个以上保证人为其提供担保者，为共同保证。单一保证又称一人保证，共同保证亦称数人保证。单一保证比较简单，它不是普通保证，就是连带保证。共同保证则复杂一些，因为共同保证的保证人是两人或两人以上。在共同保证关系中，不仅有保证人与债权人的关系，还有保证人之间的关系，须仔细加以分析。

共同保证始于罗马法。罗马法规定，共同保证人原则上享有分别之义务。随着时代的发展，许多国家的民法又规定，共同保证人须承担共同的责任。这主要是考虑到，共同保证人一旦有人丧失代为履行债务的财产，则债权人就该保证人保证的债权部分便不能获得实现。所以，瑞士、德国、法国等国家的法律均规定了共同保证人的连带责任。如《法国民法典》第2025条规定：“数人为同一债务及同一债务人的保证人时，各自负保证全部债务的责任。”我国《担保法》第12条也规定了共同保证人的连带责任。同时又规定当事人可以另行约定。共同保证人承担保证责任的方式有两种，一是按份责任。即共同保证人对保证份额有明确约定时，各自承担按份责任。在此情况下，债权人只能请求某一保证人就其约定的份额承担保证责任，而不能请求保证人承担其全部债权的保证责任；保证人只就约定的保证份额承担责任，而无义务保证全部债权的实现。承担了保证责任的保证人，无权向其他保证人追偿，而只能向债务人追偿。债权人当然在债务求偿方面受到了限制，但债权人可以对各个保证人分别起诉，而且对一个保证人的判决不能使其他保证人免遭被诉讼的可能。这又是对债权人有利的方面。二是连带责任。

即共同保证人对保证份额无明确约定时,承担连带责任。在此情况下,每一个保证人都有义务承担全部保证责任,已经承担保证责任的保证人,有权向债务人追偿,也有权要求其他保证人承担其应承担的份额。相对于债权人而言,共同保证人之间是一种连带债务关系,但是共同保证人内部仍应约定各自应承担的份额,如无约定或约定不明确,则视为平等承担保证责任。在共同保证人承担连带责任的情况下,债权人只能对一个保证人或者全体保证人提起一次诉讼。所以,债权人要慎重选择是对一个或几个保证人提起诉讼,还是对全体保证人提起诉讼。当然,在共同保证中也会出现按份责任和连带责任混合的情况。即在一个共同保证中,有的保证人承担按份责任,有的保证人承担连带责任,这需要在保证合同中加以约定。

四、有限保证与无限保证

根据当事人对保证债务的范围有无约定来划分,保证可以分为有限保证与无限保证。有限保证是指由当事人约定,保证人只就主债务的一部分承担保证责任;无限保证是指当事人未约定保证范围。有限保证的保证人可以约定仅就主债务或者主债务的利息或者因债务人不履行而造成的损害赔偿金承担保证责任。而无限保证一般依据法律的规定承担保证责任。《德国民法典》第 767 条规定:“保证人的义务以主债务的现状为标准。特别是在主债务因主债务人的过失或者迟延而变更时,亦适用之。保证人的义务不因主债务人在其承担保证后所采取的法律行为而扩大。”“保证人对于主债务人应偿还债权人的预告解约通知费用及权利追诉费用,亦负保证责任。”我国《担保法》第 21 条规定:“保证担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。”《法国民法典》第 2016 条规定:“对于主债务的无限制保证及该主债务的一切附带债务,即使最初的诉讼费用及通知保证人以后的一切费用,亦在保证范围之内。”其实,各国的规定很相似,即保证范围为主债权及其利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。这样规定,有利于保护债权人的利益,也符合保证的宗旨。

五、一时保证与连续保证

根据主债务关系发生的一时性或连续性，保证可以分为一时保证与连续保证。保证人仅对一时性债务承担保证责任的，为一时保证；保证人对连续性债务承担保证责任的，为连续保证。在一时保证，保证人为债权人和债务人的某次特定交易行为提供担保，而保证人对以后发生的债权人和债务人之间的债权债务关系并不承担责任。连续保证与一时保证恰好相反，连续保证的保证人对一定期间内发生的限额以内的交易均应承担保证责任。所以，连续保证也叫最高额保证。我国《担保法》第14条规定：“保证人与债权人……可以协议在最高债权额限度内就一定期间连续发生的借款合同或者某项商品交易合同订立一个保证合同。”可见，连续保证所担保的主债务是在将来一定时期内多次发生的合同债务，所以，保证人可以随时通知债权人终止保证合同。对债权人收到终止通知后所生债权债务，保证人概不负责。连续保证的优点是使原来要多次办理的保证能一次得以解决，大大简化了手续，这也是市场经济社会商事活动简便敏捷原则的反映。正因为如此，连续保证也得到大陆法系和英美法系主要国家的共同认可。

六、定期保证与未定期保证

根据保证有无保证期限，保证可分为定期保证与未定期保证。当事人约定保证有效期的，为定期保证；当事人未约定保证有效期的，为未定期保证。在定期保证中，债权人只有在约定的保证期限内向保证人提出请求的，保证人才承担责任。债权人未在有效期内提出请求，则视为放弃其保证债权，保证人的保证义务也随之消灭。在未定期保证中，债权人必须按照法律规定的保证期限行使自己的权利，否则就被视为放弃自己的保证债权，保证人的保证债务也随之消灭。

七、民事保证与商事保证

根据保证是否具有商事性，保证可分为商事保证与民事保证。