

民商法学博士文库

人的担保是一项具有极强适应性的制度，其中保证制度在古罗马法就被称为“最佳担保”，在担保债权方面具有物的担保不可替代的优势。

人的担保 基本制度研究

朱凡 著

按照担保人提供的债的担保是担保人的信用以及一般财产，还是特定的财产，债的担保可以分为人的担保和物的担保。以债权债务关系以外的第三人的信用和一般责任财产担保债务的，是人的担保。

中国检察出版社

民商法学博士文库

人的担保基本制度研究

朱凡 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

人的担保基本制度研究/朱凡著. —北京: 中国检察出版社, 2005

ISBN 7-80185-537-X

I. 人... II. 朱... III. 担保-司法制度-研究-中国 IV. D923.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 152837 号

人的担保基本制度研究

朱 凡 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjcbs@vip.sina.com

电 话: (010) 68650027 (编辑) 68650015 (发行) 68650029 (邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京鑫海金澳胶印有限公司

开 本: A5

印 张: 10.375 印张

字 数: 285 千字

版 次: 2006 年 1 月第一版 2006 年 1 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-537-X/D·1512

定 价: 23.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换



总 序

西南政法大学，坐落在长江和嘉陵江交汇处的美丽山城重庆，背倚以红岩精神称著的烈士英灵安寝处歌乐山脚。西政大校园和西政大人似乎受到烈士英灵的格外庇佑，以致从此处走出的西政学子常有一种得道成仙的灵气和悟性。中国海内不少优秀法学人才，多出自西政大这所并不悠久但却著名的学府；于民商法学人方面而言，尤其典型：在这块热土上不仅崛起过我国老一辈著名民商法学家张序九先生、金平先生、杨怀英先生等人，更培育出了当今中国诸如梁慧星、王卫国、尹田、张新宝、黄松有、张玉敏、赵万一、陈苇等著名民商法理论家和实务家。茵蘊如此，作为西政大民商法学科学术带头人和负责人之一的我和我的几位博导同仁梁慧星教授、张玉敏教授、赵万一教授、陈苇教授、石慧荣教授等便有了继往开来、进一步建设好西政大民商法学科，为祖国培养更多、更优秀的民商法人才的义务和责任。正是意识到这种义务和责任，我们才有了与中国检察出版社合作，共同创办“民商法学博士文库”的举措，希望以此作为一个阵地，培养和推出民商法新秀。当然，本文库亦非专为西政大民商法博士点而设，在出版西政大民商法博士点毕业生的博士论文的同时，我们亦欢迎校内外其他博士点的毕业生参与，将其民商法学研究范围内的优秀博士论文在本文库出版。

西政大民商法学科是1998年获得博士学位授予权的，自1999年开始到2003年为止已招收五届四个方向（民法、商法、知识产权法、婚姻家庭法）的数十名博士研究生。本《文库》



首批陆续推出的数篇论文就是从西政大民商法博士点1999级至2001级博士生通过答辩的优秀或比较优秀的博士学位论文中遴选的。这些博士论文自然是博士研究生们独立完成的，但是在选题、研究设计及创作过程中亦融合和凝结了导师们的心血以及博士生师兄兄弟们的集体智慧。有些选题还源自导师们授课、指导讨论的专题，如刘云生的《民法与人性》，章礼强的《民法本位论》，就是我为民法博士生所开《民法总论专题研究》课中的一个学习、研究、讨论专题“民法本位、伦理、价值取向和基本原则”延展出来的子课题。因此，我们可以说这些博士论文既是西政大近几年培养的民商法学博士生个人，同时也是西政大博士点集体奉献给法学界和读者们的心香。这些博士论文或从人性新角度对民法学问题进行解析；或从哲学新视野对民商法学有关问题进行追问、辨剖；或结合历史与现实、理论与实务对民法具体制度进行审视、质疑、检讨和重构，都有其独到之处。这些论文成果或许存在某些稚嫩和苦涩之处，但可以肯定的是，它们植根于西政大这块经由前辈和先行者们辛勤开拓、耕耘半个世纪的熟土之中，只要读者用心品尝，都能品出温馨的新春茶味来——苦中带甜、涩中带香……

近几年来，基于我国民商事立法和司法的需要，我国民商法学的研究已呈蓬勃发展、欣欣向荣的景象，在民商法学的百花园中已开满簇簇鲜花，结出累累硕果。但是，面对这令人鼓舞的景色亦有使人常感遗憾之处，这就是民商法博士论文这类鲜花和硕果并未得到人们应有的培育和关注。这不仅表现在迄今为止出版界尚无出版民商法博士论文的专门阵地，更表现在民商法博士论文的读者层面远较民商法系列教材、一般专著、论文为窄。其实，在本人看来，民商法博士论文大都具有选题前沿，资料收集丰富，研究方法多样，运用相关学科知识广泛，观点创新，论证严密等优点。经过数名专家评阅和数名专家面对面的质疑、答



辨，其学术质量较之民商法系列教材、一般专著和论文更有保障，更值得出版界出版和民商法理论工作者、实务工作者、教师和学生阅读、学习、研究。就本人之情况而论，如果说本人这些年来在学问上还有长进的话，那我要说句诚实的话，这大多源于对本人指导的博士论文初稿的阅读、研究和进一步修改的指导，源于对他人指导的博士论文的评审和答辩。

在《文库》最初几本博士论文即将出版之际，我要首先感谢中国检察出版社的合作与支持。他们不计经济得失，一心开辟和培育这个专门出版民商法博士论文的学术园地的高远志向令我钦佩。有容乃大，我更希望有更多的出版社关心民商法博士论文的出版，有更多的民商法博士点和民商法博士生参与我们这个文库的合作与出版，有更多的民商法理论工作者、实务工作者、教师和学生关爱和欣赏我们这个《文库》出版的民商法博士论文。我相信，我们这个《文库》出版的民商法博士论文是真是伪、是美是丑，是经得起读者诸君公正评判的。

最后，我想改用孙中山先生的一句话来作为《文库》总序的结语，以勉励我自己和《文库》的广大合作者们：“我们的事业尚未成功，同志仍需努力。”我相信，只要我们共同做出不懈的努力，我们的《文库》一定能够茁壮成长、壮大。

李开国

2004年8月



内 容 摘 要

按照担保人提供的债的担保是担保人的信用以及一般财产，还是特定的财产，债的担保可以分为人的担保和物的担保。以债权债务关系以外的第三人的信用和一般责任财产担保债务的，是人的担保；而以债务人或第三人的特定财产的优先受偿权利担保债务履行的，是物的担保。

物的担保因为具有物权的支配性、优先性、追及性以及有了广泛而健全的登记制度后所具有的公示性，对于债权人具有相当的说服力，因此也受到实务界和理论界的追捧，关于物的担保的著作与实用指南类的书籍汗牛充栋。但是与物的担保具有相同功能并且在安全性上毫不逊色的人的担保，在理论研究与实践中却遭到冷遇。原因是什么？笔者以为有二，一是人们对人的担保的认识基本上还停留在保证制度上，认为人的担保就是保证，对人的担保的其他形式——专业机构担保、独立担保、备用信用证、连带债务、信用保证保险——了解不多，自然也谈不上应用；二是在经历了过去二十余年来信用缺失、鱼龙混杂的不规范市场之后，债权人更愿意接受看得见的实实在在担保物，而不是一项承诺。

实际上，人的担保是一项具有极强适应性的制度，其中保证制度在古罗马法就被称为“最佳担保”，在担保债权方面具有物的担保不可取代的优势。其设定简单，不需要登记、保管以及评估，且执行程序简单、低费用；不受债务人破产的影响；能保持债务人和担保人的信用；可利用自然人保证向公司法人股东和高



管转移公司债务风险，督促其合理行为；人的担保在国际贸易领域通行；另外还帮助中小企业融资，促进消费信贷以及农村信贷发展，有利于建立良好的信用征集体系等等。

因此笔者选择了人的担保基本制度研究作为博士毕业论文的题目，希望通过对人的担保基本制度的研究，让更多的人更全面地了解人的担保制度，引导人们在实务中更多地应用人的担保，同时也对我国现行人的担保制度提出意见，避免制度的欠缺成为经济发展的法律瓶颈。

本文共有 20 万余言，分七章。除第一章概论外，有关保证制度的有三章，主要涉及保证的历史考与比较研究、我国保证制度的评析以及特殊保证；第五章是独立担保，第六章讨论了连带债务，最后一章是信用保证保险。

在第一章人的担保概述中，首先笔者提出了界定人的担保的两项标准：第一，从外部关系看，人的担保设定了一项债权，是债权式担保，将其与物的担保区分开来。第二，从债务人与担保人的内部关系看，担保人并不最终承担债务，将其与自己债务相区别。满足此二项标准的制度均为本文的研究对象，因此本文包括了保证、特殊保证（人事保证、票据保证、信用委任等）、独立担保、连带债务以及信用保证保险等。在对各项人的担保制度进行简要介绍后，笔者对人的担保的功能做了挖掘工作。笔者实际上在对功能的论述中也阐明了本文的写作意义，那就是整合分散的人的担保制度，让人们真正了解并利用。人的担保之功能具有极大的适应性，其基本功能和灵活应用所发挥出来的效用让笔者深深臣服于它的制度魅力。不仅在债权保全方面以简单快捷取胜不输于物的担保，而且在国际贸易领域一枝独秀，独立担保成为银行重要的业务。除担保债权的基本功能外，还在金融体制改革中一展身手，帮助中小企业融资，促进消费信贷和农村信贷，督促建立信用征集体系。除了大的作用，在细处人的担保也有文



章可作，例如在授予法人信用后，要求股东或高级经理提供连带保证，可规范股东及高管的行为，防止权利滥用而对债权人造成损害。

第二章是以不同的方法论对保证制度进行研究的。历史和比较的研究方法是法学研究中常用的方法，也是非常实用的方法。笔者对罗马法、日耳曼法以及我国古代的保证制度进行考察，发现在很早以前人们就对保证制度进行了广泛的应用，若干的法律和裁判还形成了现代一直沿用的有关保证的基本原则，并且对保证制度的优缺点也早有认识，在适用时也注意了在不同的场合扬长避短地应用。例如在北宋时期，对保人的要求是必须有“家活物力”或“家产”，即可以变卖的产业；没有财力而假称有，即“虚作财力担保”是犯罪行为，将“严行决配”。再有，官府对金融行业的商业信用比较信赖，很注意对金融行业担保的利用。宋代有金银交引铺，从事金银买卖，兑换货币盗卖交引纸币，资产相当雄厚，而官府就利用交引铺为商人进行算清担保和纳税担保。比较的研究方法不仅仅是简单的对照，而自有一套比较的规则，笔者首先对规则作出说明，认为“真正的比较研究需要从功能的角度出发”。功能性原则认为，单个条文和规则的比较是有害的，只有具有相同功能的事物才有比较的可能。例如我国《担保法》有关于“人的担保与物的担保同时存在”时保证人的责任如何承担的问题，那么在别的国家是怎么规定的呢？简单的条文搜索会得出结论，外国法中对此问题没有规定。可是实际的情况是，大部分国家通过保证人的代位权解决了我国人的担保与物的担保并存时保证人责任的问题。因此笔者没有各个规则逐一比较，而是不惜花费大量时间精力对各国的保证制度进行整体地研究，避免在支离破碎的印象得出结论。

不论进行怎样的研究，归根结底还是要有益于本国的现行制度，因此，第三章笔者对我国保证制度作出评析。为了突出重



点，笔者对其中七个问题进行了详细研究：立法体例、保证人资格、保证的种类、保证期间、人的担保与物的担保同时存在时、保证人的追偿权、保证的消灭。例如关于保证人资格，笔者就展开讨论了公司担任保证人的问题。有的国家或地区禁止公司担任保证人，这是比较简单且很有效率的解决公司担任保证人产生之流弊的方法，但是并非最好的方法，因为禁止并不能解决所有的问题。台湾地区的实践表明，即使法律不允许公司提供担保，公司也会利用种种方法逃避法律的禁止性规定，例如利用票据背书为他人担保。只要信贷存在，担保就必然存在。而积聚大量社会财富的公司的担保是促进资金融通商品流通的主要手段。因此，最好的方法是以约束代替禁止，明确规定公司担任保证人的范围、内部决策机关、公示方法与保证效力等，克服现行之流弊。另外关于保证期间的批判、人的担保与物的担保同时存在的立法选择，以及追偿权的性质等等问题笔者都有新颖独特的观点。

第四章是对特殊保证的论述，除《票据法》中对票据保证有规定外，人事保证和信用委任都是现行法中的空白。人事保证也称为职务保证，是指在雇佣关系或职务关系中，就可归责于被用人之事由，致用主发生损害时，保证人应负损害赔偿责任的保证。现代企业制度中，企业投资人往往并不参加经营活动，经营事项通常授权给管理层的员工，因此对于管理人及普通员工之忠诚度要求比过去更高。管理者及员工如果有违法执行职务的行为，给企业所有人造成的损害也往往会非常惨重，企业如果因此破产，受到牵连的还会有更无辜的企业员工和企业债权人。为鼓励投资经营，为社会提供更多的产品和就业机会，法律应当容许企业利用人事保证制度合理分散风险。另外人事保证人的存在，也可以在一定程度上防范和约束劳动者的行为，降低不法行为的发生几率，保证企业正常运行，促进社会良好风气和秩序。但是人事保证如果适用普通的保证规则，则有悖公平，也将有害人事



保证制度价值的发挥。笔者认为应建立专门的人事保证法规。而信用委任是指委任人委托他人，以他人之名义及为着他人的利益向债务人提供信用的契约。委任人就债务人受领信用而产生的对该他人的债务，对该他人承担保证责任。通过信用委任可以设定法定之保证，以更有效地利用人的担保制度，创造更多融资渠道，促进金融市场的活跃繁荣和交易安全，笔者认为立法也应该增加该项制度。

第五章是独立担保，介绍了独立担保的意义、兴起、立法实践以及其对传统保证制度的影响。所谓独立担保，是指不具有从属性的人的担保，独立性的要求表现为即使主债务无效或不存在，甚至债务人根本没有违约，债权人都只需要依保证人的无条件见索即付的承诺请求清偿。从上世纪 70 年代早期开始，独立担保就成为了国际贸易交易中的真正有效的担保手段。独立担保既具有担保债权实现的传统功能，能够有效防范国际贸易中的风险，并满足国际贸易中对强有力和高效率的信用担保的需求；又能支持融资安排，如贷款、发行商业票据以及公司证券等，非常适应国际贸易的实际发展，因此从产生开始即得到迅速的发展，在国际贸易领域一枝独秀。在介绍独立担保的同时，笔者还考察了保证的从属性的渊源和意义，以及独立性对传统保证的影响。认为传统保证的从属性原则所保护的主体依然存在，法律可以使用新的分类以便有区别地利用从属性原则保护那些真正需要保护的保证人。

第六章是连带债务。在连带债务的情况下，债权人利益的实现，系以数个连带债务人的全部责任财产作为给付的担保，而在内部关系上，数个债务人之间享有就超过其应给付的部分的求偿权，因此，笔者认为连带债务人就自己内部分额之外的债务对债权人提供人的担保。连带债务的性质和发生原因是值得关注的，笔者也利用了收集的较新资料进行研究。笔者认为，除非有充足



的理由，推定连带都是应当尽量避免的。而且在确定连带债务人的内部分额时必须考虑当事人的受益与过错程度。

最后一章是新型的一类人的担保，即信用保证保险，是指保险人对被保险人的债务人不履行债务时，给被保险人造成的经济损失承担赔偿责任的保险。信用保证保险是具有担保性质的保险，包括实务上所称的“信用保险”和“保证保险”，是按照保险合同的约定，当债务人不履行债务时，由保险人对债权人遭受的损失负经济赔偿责任。虽然实务界和我国法律界均突出信用保险和保证保险的差别，但是从保险人的角度看其所承保的都是债务人的信用风险，从研究的角度看都是人的担保的一种特别形态，所以笔者将保证保险和信用保险合称为“信用保证保险”。笔者认为这一章是最不容易写的，因为跨专业了；仅仅是收集并消化资料、理解保险法基本原理就花费了相当长的时间。信用保证保险这章的特点是角度，笔者从人的担保的角度观察它，主要内容是信用保证保险的性质、特征、地位以及现行法的态度。

人的担保是重要的民商事制度，在国外的经济生活中被广泛应用。当然，人的担保制度真正得到最有效的利用离不开整个社会诚信制度的建立，不过，诚信问题不是本文的研究对象因而没有被详细论述。笔者期望通过本文的写作，促进学界对人的担保的关注和了解，推动立法上的完善，让人的担保制度在我国的经济进程发挥应有的作用。



目 录



目 录

总序	/1
内容摘要	/1
第一章 人的担保概论	/1
第一节 研究范围	/1
一、引论	/1
二、确认人的担保之两项标准	/3
第二节 人的担保的基本类型	/6
一、从属性人的担保——保证	/7
二、独立性人的担保——独立担保	/12
三、连带债务	/13
四、信用保证保险	/14
第三节 人的担保的基本功能与创新	/15
一、对债权的保全功能	/15
二、增强信用、促进经济发展	/24



第二章 保证制度研究	/32
第一节 保证的历史考	/32
一、罗马法上的保证	/32
二、日耳曼法上的保证	/39
三、我国古代的保证	/41
第二节 保证制度立法比较概述	/47
第三节 大陆法系国家和地区保证制度	/49
一、法国	/49
二、德国	/59
三、日本	/66
四、我国台湾地区	/73
五、我国澳门特别行政区法	/77
六、其他大陆法系国家	/80
第四节 英美法系国家和地区保证制度	/91
一、英国	/91
二、美国	/100
三、我国香港特别行政区	/104
第三章 对我国保证制度的评析	/110
第一节 立法体例	/110
第二节 保证人资格	/112
一、保证人积极资格	/112
二、保证人消极资格	/116
第三节 保证的种类	/126
一、一般保证和连带责任保证	/126
二、单独保证和共同保证	/129
三、从属保证和独立担保	/131



四、单个形式保证和最高额保证	/133
五、反保证	/134
第四节 保证期间	/136
一、一项令人困惑的制度	/136
二、保证责任期间的立法例选择	/138
三、关于保证期间的修正建议	/141
第五节 人的担保与物的担保同时存在时	/142
第六节 保证人的追偿权	/147
一、保证人的追偿权与代位权	/147
二、保证人行使追偿权的条件	/153
三、保证人行使追偿权的效力	/156
四、保证人预先行使追偿权	/156
五、物上保证人的追偿权	/160
第七节 保证的消灭	/161
一、主债权消灭	/161
二、债权人没有在保证期间内行使权利	/163
三、主合同不符合法定条件变动	/164
四、债权人放弃物的担保的	/167
五、因债权人的其他行为导致保证责任免除的	/169
第四章 特殊保证	/172
第一节 票据保证	/172
一、概述	/172
二、票据保证的分类	/175
三、票据保证法律关系	/177
四、与票据有关的保证辨析	/182
第二节 人事保证	/187
一、人事保证之性质、特征与制度之经济功能	/187



二、人事保证之立法例	/194
三、建立我国人事保证制度的立法研究	/203
第三节 信用委任	/209
一、意义及起源	/209
二、性质特征	/211
三、借鉴的现实意义	/215
四、制度构建	/218
第五章 独立担保	/221
第一节 人的担保的从属性传统	/221
一、大陆法系国家法律中保证的从属性	/222
二、英美法系国家法律中保证的从属性	/225
三、保证从属性的意义	/226
第二节 独立担保的兴起	/228
第三节 独立担保的立法问题	/232
一、独立担保国际立法历程	/232
二、我国对独立担保的立法	/235
三、对我国独立担保制度构建的建议	/236
第四节 独立担保与保证制度之复兴	/237
一、区分不同主体	/239
二、区分无偿保证与金融保证	/241
第六章 连带债务	/243
第一节 概述	/243
一、连带债务的意义	/243
二、罗马法上的连带债务	/245
三、连带债务的性质	/246
第二节 连带债务的发生原因	/247



一、因法律直接规定发生	/248
二、因当事人法律行为发生	/252
三、因当事人没有明确排除连带关系而推定发生	/253
第三节 连带债务的效力	/254
一、对外效力——债权实现之担保	/254
二、对内效力——内部分担、求偿关系	/254
第四节 从人的担保的角度对我国连带债务制度的批判	/255
一、法定连带债务的适用过于广泛	/256
二、连带债务人的权利	/259
第七章 信用保证保险	/262
第一节 概述	/262
一、概念和特征	/262
二、“信用保证保险”、“保证保险”与“信用保险” 概念辨析	/264
三、信用保证保险之历史发展以及我国现状	/266
第二节 信用保证保险之功能优势与发展之必要性	/269
一、功能优势	/269
二、发展信用保证保险的必要性	/272
第三节 信用保证保险与保证的联系与区别	/274
一、适用目的不完全相同	/275
二、合同的性质不同	/275
三、担保的范围和程度不同	/276
四、当事人关系不同	/277
五、适用的法律不同	/277
六、达成目的的方式不同	/278
七、收费和反担保上不同	/278
第四节 信用保证保险的分类问题	/279