

□ □ □ □ □ □ □ □

车辉 李敏 著

车辉 李敏 著

法律出版社
LAW PRESS-CHINA

陕西省教育厅专项科研计划基金项目
西北政法学院学术著作出版基金资助出版

担保法律制度 新问题研究

车 辉 李 敏 著



法律出版社

LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

担保法律制度新问题研究/车辉,李敏著. —北京:
法律出版社, 2005. 11

ISBN 7-5036-5953-X

I. 担… II. ①车… ②李… III. 担保法—研究—
中国 IV. D923.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 132105 号

©法律出版社·中国

责任编辑/赵 浩

装帧设计/邓瑞安

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/永恒印刷有限公司

编辑统筹/法律教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/A5
版本/2005 年 10 月第 1 版

印张/15 字数/410 千
印次/2005 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

重庆公司/023-65382816/2908

书号:ISBN 7-5036-5953-X/D·5670

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

市场经济是信用经济,担保是信用的重要保证,而避免信用危机、解决不良债权的重要手段就是担保制度。在现代市场经济条件下,传统的债权担保制度已经发生了重大变化,伴随着市场经济的发展出现了许多新型担保方式。随着商业信用票据化和资本的证券化的日益普及,债权的担保方式形成担保证券化的发展趋势。WTO的加入与西部的大开发,对外贸易发展的频繁,涉外担保的问题尤为突出。诸如证券债权质押、浮动抵押、财团抵押以及保证保险、按揭等担保方式在当前及未来的国民经济发展中将发挥巨大作用,而我国担保立法已明显滞后,使担保制度在经济生活中不能充分发挥作用,本书主要针对新问题进行深入研究。

本书以探讨、阐述担保法的基本原理为主线,着重对担保法律制度从其相关立法、理论、司法实践三个方面进行研究探讨。通过大量搜集各国担保立法方面的相关资料并对其进行借鉴、引用,对我国担保立法进行深入、全面、透彻的分析、研究,形成一套本土化的理论。对担保立法及相关司法解释的漏洞、冲突问题进行评析并提出学理建议;谙熟相关的理论研究动态及其研究成果,并对其进行整理、比较、分析,使其运用于研究各环节,就担保领域的新问题进行论证、探讨;通过对担保法司法实践的调查,发现理论与实践相脱节的问题,结合已有在处理合同及担保方面的案件的审判实践经验,进行归纳、总结、梳理。本书共分二十五章,各章节不是以我国现行的《担保法》所规定的制度为限,但逻辑结构是以《担保法》规定的几种担保方式为主线进行了归纳安排,最后涉及了非典型担保方式和担保法律制度中其他几个问题。

第一,在担保法律制度中,首先研究了反担保制度。我国《担保法》

对债的担保制度作出全面规定的同时,对担保制度衍生出来的反担保问题也作了原则性规定。对于反担保中的具体问题,出于立法技术上的考虑,《担保法》未予评述而仅规定为“反担保适用本法担保的规定”,以致人们对反担保中的诸多问题尚存在模糊甚至错误认识。本书对反担保适用中的几个主要问题进行了探究,冀有助于对《担保法》有关规定的理解与适用。

第二,在保证担保制度中,主要研究了借新还旧业务中的保证担保适用问题。实践中,一些金融机构为了消灭逾期贷款,采取了借新还旧的方式。在以新贷还旧贷的情况下,引发了借新还旧合同的效力问题以及保证人、抵押人的担保责任等问题,本书对这些法律问题进行了分析。关于保证期间与诉讼时效的关系问题,我们认为,保证期间是债权人向主债务人(一般保证)或者保证人(连带保证)行使请求权的期间,在性质上属于除斥期间。保证期间与保证合同诉讼时效有别,但二者又具关联性并在时间上相互衔接。保证合同诉讼时效具有独立性,不因主合同诉讼时效中断而中断。

第三,在抵押担保制度中,主要研究了浮动抵押、所有人抵押、动产抵押、共同抵押、重复抵押、最高额抵押、抵押期限制度等。浮动抵押制度不仅可以使企业获得比以个别财产担保融资更高的功效,而且还能维持企业为某一经营事业的财产的整体性,因而被誉为“极为便利”、“非常有益”并“最具包容力”的担保形态。这一制度不仅为英美法系国家广泛地采用,即便在强调物的特定性的大陆法系国家也产生了极大的影响。本书通过对浮动抵押的内涵、不同立法模式国家浮动抵押的不同特征及其运行机制、其与财团抵押的区别、其存在的利弊及意义等方面的全面分析,论证了我国应当借鉴的必要性,同时也客观地指出了我国目前对浮动抵押制度进行立法所面临的困难及不可行性;所有人在自己的所有物上设定或存在的抵押担保为所有人抵押。所有人抵押是主张不动产抵押权投资功能的产物,其主要功能在于排除混同原则和抵押权附随性原则的适用,以便利抵押权的流通和促进不动产金融的发达,这在抵押权证证券化后显得尤为重要。我国民法没有明文规定所有人抵押制度,但是,最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保

法)若干问题的解释》(以下简称《担保法司法解释》)第77条的规定,说明我国承认法定的所有人抵押。这对弥补我国所有人抵押制度的法律漏洞,指导司法实践起到了积极的作用。本书主要分析论述了所有人抵押的基本原理;同时,对我国的所有人抵押的规定作了相应的评价并提出了自己的见解;在物权担保领域,动产抵押制度一直备受质疑,因为它突破了传统民法对典型担保的制度设计,与物权法定、物权公示原则相悖,在理论上产生了许多难以逾越的障碍,突出表现在公示等方面。那么,该制度是否有其存在的价值?如果有,又该如何克服其理论上的障碍并加以完善呢?本书结合我国的《担保法》对动产抵押制度作一些粗浅的研究;我国《担保法》对共同抵押并无明确规定,《担保法司法解释》第75条第2款对共同抵押有所涉及,但也仅限于对共同抵押实现的规定,而未涉及其他相关问题。本书试图通过对共同抵押制度相关理论的全面分析研究,以期为我国完善对共同抵押的立法尽微薄之力;关于重复抵押,我们认为其不同于再抵押,重复抵押不应要求向“两个以上的不同债权人”抵押。重复抵押不仅要求应在同一物上有设定数次抵押的行为,而且还应具备致使产生数个抵押权的要求,而不能只有数个抵押行为。我国立法对重复抵押不应绝对禁止而只需限制;由于《担保法》对最高额抵押的规定相当原则,很不完善,使该抵押形式在实践中缺乏可操作性,并导致了大量的纠纷和争议,严重影响了其积极作用的发挥。本书在借鉴国外相关立法的基础上,对最高额抵押进行了全面的分析论述。我国《担保法》没有规定抵押期限,也没有规定当事人能否约定抵押期限。《担保法司法解释》第12条的规定却承认了抵押期限,但同时该司法解释否认了实践中当事人约定抵押期限的效力。那么,抵押权的行使是否应该受到限制?抵押期限的性质如何?当事人能否约定抵押期限?约定了是否有效?本书作了较全面的论述。

第四,在质押担保制度中,主要研究了股权质押、票据质押制度、知识产权质押、一般债权质押、不动产收益权质押。股权质押是出质人以其拥有的股权作为质押标的而设立的一种质权,具有不同于一般质权的特殊性:标的价值的不稳定性、公示方式的特定性和实现方式的特殊

性等。股权质押的设定适用法律关于股权转让的规定。本书以《担保法》及其司法解释和《公司法》有关内容为基础,参考国外法律的相关规定,就股权质押的法律特征、股权质押的标的物范围、股权质押的设定、股权质押的法律效力等问题进行了分析、阐述;票据质押是权利质押的一种,受《担保法》和《票据法》的双重规范,担保法规范票据质押的原因关系,即质押合同,而票据法则具体规范票据的设质背书、票据质权的行使及实现等票据关系,本书主要对票据质押的法律适用问题进行了分析;知识产权质押是出质人以其拥有的知识产权作为质押标的而设立的一种质权。设立知识产权质押必须订立书面合同,并应到有关主管部门办理登记手续,至于是否必须移转质物权利证书于质权人,我们认为应取决于双方当事人的合意。取得了知识产权质权的质权人享有优先受偿权、收取质押知识产权的许可使用费的权利、同意出质人转让或许可他人使用知识产权的权利及转质权等;一般债权质权是为担保债权的实现而以一般债权为标的设定的一种权利质权。由于我国《担保法》规定的权利质押中并未将此种形式的质押明确列举,导致在理论上对其看法不一。本书在分析一般债权质权可行性基础上,就一般债权质权的设定、效力及其实现等方面进行了剖析,特别是针对一般债权质权的实现问题,在结合理论与国外立法规定的基础上进行了比较深入的探讨;不动产收益权质押作为一种新型的权利质押形式,首次由《担保法司法解释》明确规定,它具有权利主体的特殊性、主体的特定性、质权实现方式的独特性等特征。我们认为,不动产收益权质押的设定须由政府向上级主管部门申请办理行政许可,当事人须订立书面质押合同,并办理登记。它对质权人和出质人具有不同的效力。

第五,在定金担保制度中,主要研究了定金的法律适用问题,具体是针对商品房买卖认购中定金的性质及适用等问题。我国现行法律并无房屋买卖双方在签订正式《商品房预(销)售合同》前签订一份《房屋认购书》的规定,其签订《房屋认购书》也不是房屋买卖过程中的必经程序。但出卖人与买受人在签订商品房买卖合同前先行签订认购书,收取一定数量的定金作为订立商品房买卖合同的担保,几乎成为出卖人之间约定俗成的一种现象,无疑这与出卖人的强势地位是紧密相连的。

不可否认,认购书能起到预留房号、确定房屋位置等作用,对于促进交易具有一定积极意义。但是,在现实生活中,基于出卖人的优势地位,认购定金在很大程度上成为逼迫买受人签订不平等条款、损害买受人利益的工具,关于定金方面的纠纷在大量增加。同时,由于适用认购定金方面的法律、法规存在的缺陷,导致实务中难以操作。因此,有必要对此加以探讨。

第六,对非典型性担保制度,主要研究了所有权保留、让与担保、优先权等制度。所有权保留是指在买卖合同中,基于双方当事人的约定,出卖人将买卖标的物先行交付买受人占有、使用、收益,在买受人完成约定的特定条件(通常是指价款的一部或全部清偿)前,出卖人保留该标的物的所有权的一种制度。从所有权移转的角度看,所有权保留是一种附停止条件的所有权移转行为。从保留的所有权特性看,所有权保留是以担保出卖人价款债权受偿为目的的担保。我国《合同法》第134条对所有权保留仅作了简单的规定,且本条规定在理解上易生歧义。同时,规定过于单薄,对与所有权保留条款紧密相关之其他规定未加以明确,将会导致在实践中严重缺乏可操作性,有使所有权保留制度立法之意图最终落空之虞。因此,必须对此条规定通过参照借鉴其他国家、地区之先进立法及实践经验,进一步加以完善改进。让与担保,是一种以所有权让渡为形式特征的担保形式。本书阐述了让与担保的类型、设定、效力与消灭,并对所有权构成论与担保权构成论所推演的结果进行了比较。同时,建议我国当前物权立法,在设计让与担保的法律构成及以此为支点构建让与担保的法律制度时,应顺应让与担保物权化的发展趋势,将其规定为一种独立的担保物权形式,并根据让与担保的自身特征,设计一种适合我国实际的让与担保制度。优先权是法律为了保护特殊债权人之利益而设立的一种法定担保物权,优先权作为法定担保物权无须进行公示。它是一项“不依时间评价而依原因评价”的权利,即优先权实现的先后顺序并不拘泥于权利成立时间的先后确定,而是基于法律对各种债权保护的必要性强弱来确定。针对我国优先权制度存在的一些问题,如缺乏优先权一般规定、一般优先权效力低、特别优先权种类欠缺等,我国应结合现实,借鉴国外先进立法经验,完善优

先权制度。

第七,本书除研究了上述问题以外,对建设工程优先购买权的性质及适用问题、担保物权的竞合、按揭制度以及保证保险的性质及法律适用等问题做了详细、全面研究。担保物权竞合,亦称为物的担保竞合,是指同一标的物上存在数个不同的担保物权,彼此效力上相互冲突、何者应优先实现的问题。本书结合目前我国物权立法详细分析、探讨了抵押权之间的竞合,认为法律应当允许重复抵押。对质权之间及留置权之间的竞合问题,均进行了探讨。针对按揭制度,本书在详细地介绍了大陆法系及英美法系相关规定的基础上,区分不同的按揭标的物,对按揭制度的理论、实践应用、立法不足等问题进行了全面研讨。对保证保险合同的性质理解不同,直接决定其法律的适用不同。我们认为,保证保险的性质具有二元性,其法律的适用采双重救济模式是审判实践的理性选择。另外,《合同法》第286条的规定因为其立法意旨模糊不明,对优先受偿权的权利属性在理论上产生了诸多分歧;又因为其可操作性差,导致司法实践中很难适用。2002年最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》,对人民法院适用《合同法》第286条处理有关建设工程价款优先受偿权的若干问题作了解释。但是对于《合同法》第286条和《批复》在具体适用时的问题仍有进一步探讨的必要。

担保法律制度横跨民法中的物权法律制度和债权法律制度。担保物权在传统民法理论中一直是物权法的主要内容。物权立法是我国当前一项重要的民事立法活动,也是我国民法典立法活动的重要组成部分。因此,对担保法律制度新问题的研究,对健全、完善我国的担保立法具有极为重要的理论和现实意义。我们也期望,通过本书的研究能对我国担保立法、物权立法乃至民法典的制定有所裨益。

作者

2005年8月

目 录

第一章 反担保的法律适用问题	(1)
一、反担保不能适用《担保法》规定的全部担保方式	(1)
二、不同的本担保方式,反担保所采担保方式不同	(3)
三、反担保不存在责任期间	(6)
四、反担保人的抗辩权不能完全适用担保人的抗辩权	(7)
第二章 保证期间与保证诉讼时效	(9)
一、保证期间概念的界定	(9)
二、保证期间与保证合同的诉讼时效的关系	(11)
三、保证合同诉讼时效的起算	(15)
四、保证合同诉讼时效与主合同诉讼时效的关系	(17)
第三章 借新还旧的担保责任	(19)
一、对借新还旧的认定	(19)
二、借新还旧借款合同的效力	(20)
三、借新还旧的保证责任	(23)
四、借新还旧的抵押担保责任	(26)
第四章 浮动抵押制度	(28)
一、浮动抵押的含义及特征	(28)
二、浮动抵押的运行	(31)
三、浮动抵押与财团抵押	(36)
四、浮动抵押的利弊	(39)
五、对我国浮动抵押立法的认识	(41)
第五章 所有人抵押制度	(45)
一、所有人抵押的概念及存在背景	(45)

二、所有人抵押权存在的本质及意义	(48)
三、所有人抵押的不同立法模式	(50)
四、所有人抵押权的成立及效力	(51)
五、对我国所有人抵押的立法认识	(54)
第六章 动产抵押制度	(57)
一、动产抵押制度的历史沿革	(57)
二、动产抵押的制度价值与理论障碍	(63)
三、动产抵押的公示方式选择	(65)
四、书面成立——登记对抗主义的效力	(68)
五、动产抵押权的追及力与标的物所有权的善意取得	(71)
六、我国动产抵押权制度的缺陷及完善	(74)
第七章 共同抵押制度	(84)
一、共同抵押的概述	(84)
二、共同抵押的性质	(88)
三、共同抵押的成立	(90)
四、共同抵押的效力	(91)
五、共同抵押在我国物权立法中的定位	(97)
第八章 重复抵押制度	(100)
一、重复抵押概念辨析	(100)
二、重复抵押存在的意义	(106)
三、重复抵押的实现	(112)
第九章 最高额抵押制度	(115)
一、最高额抵押权与一般抵押权的比较	(116)
二、最高额抵押的设定	(119)
三、最高额抵押的变更	(123)
四、最高额抵押权的确定	(128)
五、最高额抵押权的实行	(130)
六、最高额抵押权的消灭	(132)
第十章 抵押期限制度	(133)
一、建立抵押期限制度的理论分析	(133)

二、我国应建立抵押期限制度	(136)
三、当事人约定抵押期间的效力	(139)
第十一章 股权质押制度	(144)
一、股权质押的概念及其法律特征	(144)
二、可质押的股权范围	(147)
三、股权质押的设立	(150)
四、股权质押权的效力	(156)
第十二章 票据质押制度	(164)
一、票据质押的法律定性分析	(164)
二、票据质押的设立	(168)
三、票据质押的法律效力	(172)
四、票据质权的实现	(175)
第十三章 知识产权质押制度	(179)
一、知识产权质押概述	(179)
二、知识产权质押标的范围的界定	(181)
三、知识产权质押的设定	(186)
四、知识产权质押的法律效力	(189)
五、知识产权质押的消灭	(191)
第十四章 一般债权质押制度	(193)
一、一般债权质押的可行性	(193)
二、一般债权质押的设定	(196)
三、一般债权质押的效力	(198)
四、一般债权质押的实现	(201)
五、一般债权质押的消灭	(203)
第十五章 不动产收益权质押制度	(205)
一、不动产收益权质押的类别归属	(205)
二、不动产收益权质押的特征	(208)
三、不动产收益权质押的设定	(209)
四、不动产收益权质押的效力	(210)
第十六章 商品房认购书的性质及定金的适用	(216)

一、认购书的性质辨析	(216)
二、认购书的效力	(220)
三、商品房认购书中的定金及适用	(221)
第十七章 所有权保留制度	(229)
一、所有权保留的概念和种类	(229)
二、所有权保留的性质	(231)
三、所有权保留的设定	(235)
四、所有权保留的客体范围	(239)
五、所有权保留的效力	(243)
六、我国所有权保留制度的构建	(263)
第十八章 让与担保制度	(270)
一、让与担保的概念与特征	(270)
二、让与担保制度的起源与发展	(273)
三、让与担保的有效性	(278)
四、让与担保的法律构成	(282)
五、让与担保的类型与设定	(291)
六、让与担保的效力	(298)
七、让与担保的消灭	(309)
八、对让与担保制度在我国立法上的认识	(309)
第十九章 优先权制度	(318)
一、优先权的概念与法律特征	(318)
二、优先权的分类	(323)
三、优先权制度的演进和立法基础	(326)
四、优先权的公示方式	(331)
五、优先权的顺位	(333)
六、优先权与其他担保物权的关系	(335)
七、我国优先权制度的立法现状与完善构想	(340)
第二十章 建设工程价款优先受偿权	(347)
一、建设工程款优先受偿权的性质	(347)
二、优先权与优先受偿权	(352)

三、建设工程优先受偿权的成立要件	(354)
四、承包人优先受偿权的行使方式及优先效力的限制	(359)
五、建设工程价款优先受偿权与其他权利竞合	(361)
六、我国建筑工程承包人优先受偿权制度的主要不足与 改进	(364)
第二十一章 担保物权竞合有关法律问题	(366)
一、担保物权竞合的概念及法律特征	(366)
二、同类担保物权的竞合及其效力关系	(368)
三、不同类担保物权的竞合	(382)
第二十二章 按揭法律制度	(392)
一、“按揭”一词的语源	(392)
二、英美法中的按揭	(393)
三、我国的按揭制度	(396)
四、我国按揭与英美法、香港法上按揭的比较	(399)
五、按揭的法律性质	(405)
六、按揭的分类	(412)
七、商品房按揭交易实务问题处理	(418)
八、完善我国按揭法律制度的立法构想	(436)
第二十三章 保证保险合同的性质及其法律适用	(440)
一、保证保险合同的法律性质	(441)
二、保证保险合同的法律适用问题	(451)
三、保证保险合同的立法缺陷及其完善	(460)
后 记	(464)

第一章 反担保的法律适用问题

反担保是对担保人履行担保义务后所取得求偿权的担保。反担保是指第三人为债务人向债权人提供担保的同时,又反过来要求债务人对自己(担保人)提供担保的行为,可称为担保之担保。严格说来,反担保与本担保并不存在质的差异,且在担保的成立条件、担保的形式、担保的效力等方面均适用关于本担保的规定。因此,各国立法对反担保问题均未明文规定,无论是罗马法还是近现代大陆法系或英美法系的担保立法制度均未见记载。惟我国以立法的方式首次明文规定了反担保制度。这一创造性制度设计是基于我国的具体法律实践经验,为担保人要求债务人提供反担保,最大限度地降低担保人的风险和损失提供了法律依据。我国《担保法》第4条规定:“第三人为债务人向债权人提供担保时,可以要求债务人提供反担保,反担保适用本法担保的规定。”该条规定说明反担保肯定是区别于担保且有其特殊之规定性的,否则,无须表述为“反担保适用本法担保的规定”。2001年最高人民法院《担保法司法解释》对反担保的适用作了指导性规定。该解释第2条规定:“反担保人可以是债务人,也可以是债务人之外的其他人。反担保方式可以是债务人提供的抵押或者质押,也可以是其他人提供的保证、抵押或者质押。”然而,在实际运用反担保方式时,对《担保法》关于“反担保适用本法担保的规定”的规定,我们认为,基于反担保既具有担保的一般性质与特征,又具有自身独有特点这一认识,还应注意不能机械地从字面来理解,而应在把握反担保与担保的异同的基础上探寻该制度设计的基本立法精神和实质。

一、反担保不能适用《担保法》规定的全部担保方式

《担保法》规定的担保方式有保证、抵押、质押、定金、留置五种形

式。此五种担保形式各有特点和各自适用的范围,它们是否都可以适用于反担保呢?国内学者认识不同。有些学者认为,债务人为第三人提供的反担保方式既可以是保证,也可以是抵押、质押、留置和定金。^{〔1〕}有学者认为,担保的方式应存在于保证、抵押、质押、留置。^{〔2〕}也有学者认为,反担保的方式可以是保证、抵押、质押、定金。^{〔3〕}还有学者认为,在留置和定金担保中不能产生反担保,担保的方式只存在于保证、抵押、质押三种担保方式中。^{〔4〕}我们认为,根据反担保的性质可知,定金、留置显然不可能是反担保的形式。对于留置来说,第一,根据《担保法》的有关规定,留置只适用于因保管、运输、加工承揽等特定合同发生的债权,当债务人不履行债务时,债权人可按合同约定占有债务人的动产行使留置权,以保障其特定债权的实现。在留置担保中,担保人与债务人合二为一,若债权人并不占有债务人的动产,也就无从发生留置担保之说了。另外,担保人因承担担保责任而产生的对债务人的追偿权,亦不属于因保管、运输、加工承揽合同而发生的特定债权之列。担保人即使因其他合同关系(如借用、保管等)而占有了债务人的动产,该动产与其因承担担保责任而产生的追偿权之间亦无成立留置权所必需的“牵连性”,不能发生担保追偿权实现的留置权。^{〔5〕}其次,根据《担保法》第4条规定,反担保产生于约定,而根据《担保法》第84条规定以及民法相关理论,留置权是由法律直接规定而设立,与当事人的意思表示无关,不属于依法律行为设立的担保方式。从产生方式的角度看,法定担保也不可能被运用在反担保中。因为当事人在其间不

〔1〕 唐德华主编:《最新担保法适用问答》,人民法院出版社1995年版,第7页;周新容、骆冠新主编:《担保法实用教程》,中国法制出版社1995年版,第24页;董开军主编:《中华人民共和国担保法原理与条文释义》,中国计划出版社1995年版,第14页。

〔2〕 李霞:“反担保制度刍议”,载《中央政法管理干部学院学报》1998年第4期。

〔3〕 参见陈小君、樊范:“论反担保”,载《法商研究》1997年第1期。

〔4〕 程政举:“反担保制度初探”,载《法学》1997年第6期。参见陈本寒:《担保法通论》,武汉大学出版社1998年版,第58页。

〔5〕 刘保玉:“反担保初探”,载《法律科学》1997年第1期。

能预见债权的发生以及是否符合法定担保的条件。^{〔6〕}反之,在上述法律关系中依法产生留置权时,也无须提供担保。第三,留置权在我国一律以动产为客体,当留置物的价值与原担保标的额相差悬殊时,以留置权作为反担保方式就不足以保护原担保人的合法权益。对于定金来说,也不适合为反担保方式。理由在于:首先,根据定金罚则,定金的担保效能具有“双向性”,^{〔7〕}它是对双务合同当事人权利义务关系的一种法定的约束。而反担保合同本质上不是双方互负对等义务的双务合同。因此,反担保也不可能存在定金担保的方式。其次,据《担保法》第91条规定,定金数额由当事人约定,但不得超过主合同标的额的20%。那么,如由债务人向原担保人支付定金,往往形成原担保与反担保不成比例的情况。《担保法司法解释》第2条规定:“反担保人可以是债务人,也可以是债务人之外的其他人。反担保方式可以是债务人提供的抵押或者质押,也可以是其他人提供的保证、抵押或者质押。”由此看出,该司法解释也未认可定金及留置作为反担保的方式,只明确规定保证、抵押、质押可以作为反担保方式。

二、不同的本担保方式,反担保所采担保方式不同

就反担保而言,债务人是反担保人的首选,因为在担保人为债务人代为履行债务后,债务人当然可以作为反担保人为担保人提供担保。但债务人以外的其他人也可以作为反担保人,为担保人提供担保,如债务人的关联企业等。就反担保方式而言,法律不作限制,可以是人保性质的保证,也可以是物的担保性质的抵押、质押。但反担保人向担保人提供的担保,原则上要以现实、有效为前提。所以,在债务人本人即是反担保人时,反担保方式一般不选择保证方式。因为债务人本身就对担保人负债,再设定保证来担保,等于债务人自己为自己提供保证,没有任何现实意义,不利于保障债权的实现。应当选择抵押或质押这样的物的担保方式比较有意义。由此,《担保法司法解释》第2条规定了

〔6〕 曹士兵:《中国担保诸问题的解决与展望》,中国法制出版社2001年版,第10页。

〔7〕 董开军:《债权担保》,黑龙江人民出版社1995年版,第202页。