

担 保 法 论

毛亚敏 著

中国法制出版社

责任编辑：祝立明

担 保 法 论

DAN BAO FA LUN

著者：毛亚敏

经销/新华书店

印刷/北京市王史山胶印厂印刷

开本/850×1168毫米 32开 印张/8.75 字数/220千

版次/1997年10月北京第1版 1997年10月北京第1次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80083-449-2/D·428

(北京文津街9号 邮政编码：100017) 定价：14.00元

目 录

第一章 担保总论	(1)
第一节 担保概述	(1)
一、担保的概念和特征	(1)
二、担保法律关系分析	(7)
第二节 担保的种类	(8)
一、担保法上的担保的分类	(8)
二、人的担保与物的担保的比较	(10)
三、各种物保方式的比较	(11)
第三节 担保法的历史沿革	(16)
一、外国担保法的历史发展	(16)
二、我国《担保法》的历史发展	(30)
第二章 保证	(34)
第一节 保证的概述	(34)
一、保证的概念	(34)
二、保证法律关系分析	(35)
三、保证的特点	(38)
四、保证人承担责任具有或然性	(41)
第二节 保证的种类	(42)
一、法定保证与约定保证	(42)
二、定额保证与不定额保证	(42)
三、定期保证与不定期保证	(43)
四、一人保证和共同保证	(43)
五、一般保证和连带责任保证	(46)
六、一次保证和连续保证(最高额保证)	(48)

第三节 保证的设立	(49)
一、保证合同的概念及法律特征	(49)
二、保证合同的形式	(52)
三、保证合同的成立要件	(55)
四、保证合同的内容	(56)
第四节 保证合同的生效条件	(57)
一、保证人应具备合法的主体资格	(58)
二、关于保证人的代偿能力问题	(65)
三、保证人意思表示真实	(68)
四、保证合同不得违反法律或者社会公共利益	(69)
五、保证合同的内容必须确定和可能	(69)
第五节 无效保证的认定及其民事责任的承担	(70)
一、无效保证的认定	(70)
二、无效保证民事责任的承担	(71)
第六节 保证合同的履行	(79)
一、债权人的请求权	(79)
二、保证人的抗辩权	(79)
三、保证责任的承担	(87)
四、保证人的追偿权	(98)
第七节 保证责任的消灭	(109)
一、保证责任的免除	(109)
二、保证消灭适用于债的消灭的一般规定	(118)
第三章 抵押权	(121)
第一节 抵押权概述	(121)
第二节 抵押权的分类	(126)
一、裁判上抵押权、协议抵押权与法定抵押权	(126)
二、不动产抵押、动产抵押与权利抵押	(128)
三、再抵押和重复抵押	(129)
四、集合抵押与企业抵押	(132)

五、最高额抵押·····	(135)
六、共同抵押·····	(140)
七、抵押证券·····	(141)
八、所有人抵押·····	(142)
九、同步抵押与事后抵押·····	(142)
第三节 抵押权的设定·····	(143)
一、抵押合同的概念·····	(143)
二、抵押合同的当事人·····	(144)
三、抵押权的标的物·····	(146)
四、抵押合同的内容·····	(151)
五、抵押合同的形式要件·····	(153)
六、抵押物的登记·····	(155)
第四节 抵押权的效力·····	(164)
一、抵押权对担保的债权范围的效力·····	(164)
二、抵押权对抵押物的效力·····	(167)
三、抵押权对抵押人的效力·····	(170)
四、抵押权对抵押权人的效力·····	(174)
第五节 抵押权的实现·····	(176)
一、抵押权实现的条件·····	(176)
二、抵押权实现的途径·····	(176)
三、抵押权实现的方法·····	(177)
四、抵押权实现的效力·····	(179)
第六节 抵押权的消灭·····	(180)
第四章 质权·····	(182)
第一节 质权概述·····	(182)
一、质权的概念及特征·····	(182)
二、质权的种类·····	(185)
第二节 动产质权·····	(186)
一、动产质权的概念·····	(186)

二、动产质权的设定·····	(188)
三、动产质权的效力·····	(193)
四、质权的实现·····	(202)
五、物上保证人的追偿权·····	(204)
六、动产质权的消灭·····	(204)
第三节 权利质权·····	(205)
一、权利质权的概念及性质·····	(205)
二、权利质权的当事人·····	(207)
三、权利质权的标的物·····	(207)
四、证券债权质权·····	(208)
五、股份质权·····	(217)
六、无体财产权上的质权·····	(221)
第五章 留置权·····	(227)
第一节 留置权概述·····	(227)
一、留置权的涵义·····	(227)
二、留置权的性质·····	(229)
第二节 留置权的成立要件·····	(231)
一、留置权的成立要件·····	(231)
二、留置权行使的条件·····	(236)
第三节 留置权的效力·····	(236)
一、留置权人的权利·····	(237)
二、留置权人的义务·····	(238)
三、留置物所有人的权利义务·····	(239)
第四节 留置权的实现·····	(239)
一、留置权实现的范围·····	(239)
二、留置权所担保的债权的范围·····	(240)
三、留置权实现的条件、程序和方法·····	(240)
第五节 留置权的消灭·····	(242)
一、留置权消灭的原因·····	(242)

二、留置权消灭的效力·····	(244)
第六章 定金 ·····	(245)
第一节 定金概述·····	(245)
一、定金的含义及特征·····	(245)
二、定金的种类·····	(247)
第二节 定金的成立·····	(250)
一、须主合同双方当事人就设定定金意思 表示一致·····	(250)
二、当事人须实际交付定金·····	(251)
三、须主合同有效成立·····	(252)
第三节 定金法律效力·····	(253)
一、在主合同正常履行时, 定金应当抵作 价款或者收回·····	(253)
二、定金罚则的适用·····	(254)
第四节 定金数额的确定·····	(258)
第五节 定金与预付款·····	(259)
第六节 定金与其他合同责任形式·····	(260)
一、定金与违约金·····	(260)
二、定金与损害赔偿·····	(261)
三、定金与实际履行·····	(262)
第七章 反担保 ·····	(263)
第一节 反担保概述·····	(263)
一、反担保的意义·····	(263)
二、反担保的概念及特征·····	(265)
三、反担保的种类·····	(267)
第二节 反担保的成立与实现·····	(269)
一、反担保的成立条件·····	(269)
二、反担保的实现·····	(270)
附录: 主要参考书目 ·····	(271)

第一章 担保总论

任何部门法学都是以某一部门法为研究对象的，因而部门法的立法状况往往在很大程度上制约着以它为研究对象的这一部门法学的研究，对担保法的研究同样如此。众所周知，由于大陆法系国家对担保未作统一的规定，一般将抵押权、质权、留置权作为担保物权规定在物权法中，人的担保及金钱担保一般规定在民法典的债法篇中，因而关于担保的理论一般局限于对各种担保方式的条文阐释，而未形成担保总论。我国及前苏联等社会主义国家立法大都将各种担保方式加以统一规定，这样有助于担保法成为一个独立的法律部门，但事实上这些国家对担保的理论研究也局限于条文的解释。我国目前制定了独立的担保法，但《担保法》总则仅规定了5条，担保法的著述一般也局限于对总则条文的阐释，故尚未建立完整的担保理论体系。笔者认为，加强对担保总论的理论研究有着十分重要的理论意义和实践意义，它有助于弄清担保法律制度的来龙去脉，有助于揭示担保的内涵，有助于理解担保制度在现实生活中的重要性。

第一节 担保概述

一、担保的概念和特征

（一）债权担保的概念

广义上债的担保包括债的一般担保和债的特别担保两种。按照债的法律效力，债务人必须以其所有的全部财产履行债务，此为债的一般担保。用来一般担保的财产只限于债务人的财产，担

保的对象不是特定的债权，而是所有的债权，包括已存在的债权，以及新增加的债权。在国外立法中，为了防止债务人的财产随意减少或任意不增加，以保全债权，而设立了债权人代位权和债权人撤销权制度。所谓代位权，是指当债务人享有对第三人的权利而怠于行使，使其财产应增加而不增加，影响其债权人债权实现时，债权人可以以自己的名义代位行使属于债务人的权利，以保障债权的实现。债权人的代位权是债权人以自己名义代替债务人行使权利，不是扣押债务人财产的权利，也不是就收取的财产优先受清偿的权利，代位权是债权人替债务人收取财产；债权人的撤销权，是指当债务人处分自己的财产的行为足以影响债权人利益时，债权人享有的请求法院予以撤销该行为的权利。债权人的撤销权制度，一方面可以恢复债务人清偿债务的财力，保护债权人的利益，另一方面使债务人实施的有害于债权的行为归于无效，有利于维护正常的经济秩序。债权人代位权及撤销权，是债的一般担保措施，即称为债的保全。债的保全仅能保证债务人以其全部财产清偿全部债务的责任。但是，债的保全不能保证某个特定债权的清偿，一方面由于债权不具有排他性，债务人可以不断参与新的债的关系，使债务不断增加；另一方面债务人的财产总不免有减少，使原来足以清偿债务的总财产变为不足以清偿。在这些情况下，各债权人的受偿比例必然会因此而相对地减少，因为一般担保不是针对某项特定债权，而是担保所有的债权，而且无论债权种类及成立先后，各债权在法律效力上无优劣之分，在债务人的总财产不能清偿总债务时，总有一些债权将得不到清偿，在债务人破产时，各债权只能按照比例受偿，为了确保某个特定债权能优先于其他债权得到全部清偿，法律设立了特别担保制度，这就是狭义上的债权担保。

通说认为债权担保是督促债务人履行债务、保障债权实现的一种法律手段。具体地说，债权担保是指当事人（债权人与债务人或与第三人）根据法律规定或相互间的约定，以债务人或第三

人特定财产或者以第三人的一般财产（包括信誉）担保债务履行债权清偿的法律制度。这是专为保障债权清偿而设立的特殊的担保制度。

债的担保包含以下几层含义：

第一，债权担保依照法律规定或约定而产生。担保的产生有两个原因：一是基于法律的直接规定；二是依据当事人之间的约定而产生。我国《担保法》规定的5种担保方式，只有留置由担保法直接规定而产生，称为法定担保，其他4种担保方式都是依当事人之间约定而产生，称为约定担保，约定担保不得违反法律规定。约定担保是一种双方民事法律行为，担保合同的成立不仅须符合民法通则关于合同成立的有效条件，而且还必须符合担保法的特殊成立要件。

第二，债权担保是专为保障特定债权清偿而设立的特殊担保制度。

债权担保不同于一般担保，一般担保是用债务人的一般财产对其所有债权进行的担保，债权担保是以债务人（或第三人）的特定财产和特定人的一般财产为特定债权所作的担保，前者为物的担保如抵押、质押、留置，后者称为人的担保即保证。此外，债权担保还有多种形式，如定金担保、违约金担保、让与担保、所有权保留、信托占有等。我国《担保法》确定了5种特殊担保方式，即保证、抵押、质押、留置和定金，既有人的担保，也有物的担保和金钱担保。

第三，债权担保的主要目的在于保障债权的清偿。债权担保往往是债权人要求设定的，其目的是为保障债权的清偿，而债务人同意设立担保，则往往是为了建立债的关系，从而达到融通资金或物资的目的。前者是债权担保设立的直接目的。我国《担保法》制订的起因在于国内三角债的泛滥成灾，而担保法的内容无不侧重于保护债权人的利益，保障债权的实现。《担保法》第1条开宗明义指出《担保法》立法目的之一在于保障债权的实现，而

当事人设立担保合同的目的也是为保障债权的实现。

（二）债权担保的特征

债权担保具有以下特征：

第一，债权担保具有从属性。所谓从属性，是指担保之债权与被担保之债权形成主从关系，担保之债为被担保之债的从债，被担保之债是担保之债的主债，担保之债的效力决定于被担保之债。

首先，担保之债的存在以被担保之债的发生和存在为前提，这便是担保之债成立上的从属性。关于成立上的从属性，学者有不同的理解，立法上也要不同的要求。一种观点认为担保合同只能在有了它所担保的主合同的有效存在的条件下才能够发生，^① 被担保的合同称为主合同，担保合同称为从合同。没有被担保的主合同的独立存在，就根本谈不上担保；第二观点认为先有债权存在，后有担保发生，如出版于 1979 年和 1980 年的教科书《苏联民法》指出，“担保的债只能担保主债中规定的债权人的有效的请求权，也就是说，债权人的请求权是现实存在的（而不是将来的），并且符合法律的规定（保证金）除外，保证金可以担保将来可能产生的请求权。”《法国民法典》则不允许对将来的债权设定担保，该法第 2012 条规定：“保证仅得对有效债务而成立。”第 2130 条规定：“就将来的财产不得设定抵押权”，不承认最高额抵押。第三种观点认为，所谓成立上的从属性，是指债权担保的成立应以相应的债权的发生和存在为前提，不能脱离债权债务关系而单独成立。即使是为将来之范围和内容不十分确定的债权设定的担保，如最高额抵押，也不能脱离相应的债权关系。^② 多数学者认为担保的产生应以主债权的存在为前提，最高额保证，最高额抵押为将来发生的债权进行担保，被视为担保成立上从属性的

① 马原主编：《中国民法教程》，人民法院出版社 1989 年版，第 351 页；王家福等著：《合同法》，中国社会科学出版社 1986 年版，第 185 页。

② 董开军：《债权担保》，黑龙江人民出版社 1995 年版，第 10 页。

例外。上述各种观点分歧的焦点在于担保之债以主合同的存在为前提，还是以主债权的存在为前提，如果以主合同的存在为前提，那么最高额担保在成立时，主合同也已成立，虽然债权实际上未发生，数额也未确定，也可认为具有成立上的从属性；若以债权发生为前提，那么为将来发生的债权设定担保，可视为担保成立上从属性的例外。我国《担保法》允许为将来成立的债权设定担保，这是从属性原则的例外。

其次，债权担保应随同债权的转移而移转，这便是处分上的从属性。处分上的从属性表现为两个方面：（1）债权人不能将担保权与债权分别转让给不同的受让人，债权人不得单独转让担保权而自己保留债权，也不得单独转让债权而保留担保权，担保权必须随主债权一同转让给同一个受让人。（2）债权人不得将担保权与债权分别为他人作担保，债权人不得用担保权为他人债权作担保，债权人以其债权为他人作担保时，其担保权也随同债权一同为他人作担保。国外立法一般允许以债权设定质押，但我国《担保法》尚不允许以普通债权设定质押，故即使担保权与债权一同为他人设质，也是不允许的。《日本民法典》对担保权处分上的从属性有例外规定，其一，在所有人抵押情况下，同一物上有数个抵押权时，作为债务人的抵押物的所有者因继承而取得先顺位抵押权时，债权虽然因混同而消灭，但抵押权不消灭（《日本民法典》第179条第1款）。其二，抵押权人，可以以其抵押权作为其他债权的担保，或者为同一债务人的其他债权人的利益，让与或抛弃抵押权或其顺位（《日本民法典》第375条第1款）。

再次，债权担保存续和消灭上的从属性。所谓存续上的从属性，是指债权担保的存在以主合同的有效存在为前提，主合同无效时，担保合同也无效，当事人另有约定除外（《担保法》第5条）。消灭上的从属性，是指债权担保因主债权的全部消灭而消灭。主债权部分消灭时，债权担保并不消灭，而且根据债权担保的不可分性，担保人仍应以其全部财产或全部特定财产对部分债权承

担担保责任，除非当事人对不可分性另有约定。

第二，债权担保具有自愿性。包含两层意思：其一，依我国《担保法》，除留置由法律直接规定外，其他担保方式是否设立由当事人自由决定，法律不予强求；其二，担保合同的成立须债权人与担保人的合同，担保合同是民事法律行为，双方当事人地位平等，担保合同是否设立，内容如何，只要不违反法律，都允许债权人与担保人平等协商决定，担保人提供担保必须出于自愿，如果担保人提供担保是被欺骗、被强迫的结果，则该担保合同无效。

第三，担保责任的承担具有或然性。担保合同成立后，担保人最终是否承担担保责任具有或然性，或者说不确定性。对于连带责任保证以及抵押、质押、定金这几种担保方式，担保人只有在债务履行期满时债务人不履行债务或不完全履行债务时，担保人才承担担保责任，如果债务履行期满时债权已得到全部清偿，则不发生担保责任的承担问题。对于一般保证，只有在债务人的财产被强制执行后尚不足清偿债权人债权时，保证人才承担保证责任，因此，保证人承担保证责任的可能性要比其他担保方式小。对于留置，债权届期未受全部或部分清偿时，留置权人还必须给债务人两个月以上的履行债务的宽限期，只有宽限期届满，债权仍未获清偿时，才可以实现留置权。因此，担保责任具有补充性，担保责任的承担具有或然性。

第四，债权担保具有财产权性。担保权本质上是一种财产权，财产权分为两大类：其一是债权，即请求他人为一定行为或不为一定行为的权利；其二为物权，物权是对物的直接控制和支配的权利。在债权担保中，保证有债权性，债权人的担保权实为一种债权请求权，债权人只能请求保证人承担保证责任，不能直接支配保证人的财产。定金也具有债权属性，当接收定金的一方不履行合同时，交付定金一方可以请求接收定金方双倍返还定金，而不能直接支配违约方的财产。对于抵押、质押，绝大多数国家公

认为一种担保物权，少数国家认为抵押、质押兼具物权性和债权性，而将其放在民法典债篇，只有极个别学者认为抵押权是一种债权。在《担保法》制订之前，我国学者通说认为抵押权兼具债权性与物权性，《担保法》出台后，抵押权、质权的物权性已得以确认。关于留置，多数国家认为是一种担保物权，我国通说认为留置为一种担保物权。但《德国民法典》不承认留置为物权，仅认为具有债权的特别效力，《法国民法典》非但不承认留置权为物权，也不承认它为债权，仅认为它是一种双务合同的同时履行抗辩权。可见，依我国担保法及学者理解，保证和定金是一种债权，抵押、质押、留置是一种担保物权，故财产权性是债权担保的共性。

二、担保法律关系分析

广义上的担保法律关系涉及两个合同，三方当事人。两个合同是主合同和担保合同；三方当事人是指债权人、债务人和担保人，有时债务人和担保人合二为一。主合同关系是担保合同法律关系的基础，担保合同法律关系从属于主合同法律关系。狭义上的担保法律关系仅指担保合同法律关系。担保法律关系与其他法律关系一样，由主体、内容、客体三要素构成。

（一）担保法律关系主体

担保法律关系主体，也就是债权担保的当事人，是指参与担保法律关系，享有担保权利，承担担保义务的人，包括担保权人和担保人。担保权人是在担保法律关系中享有权利的人，一般是主合同的债权人。担保人是在担保法律关系中承担担保义务的人，可以是债务人之外的第三人，除保证外，也可以是债务人本人。法律对担保权人的资格未予限制，只要是主合同的债权人即可，但对担保人的资格有限制，担保人须符合民法通则及担保法规定的条件。

（二）担保法律关系内容

担保法律关系内容，是指担保主体所享有的权利或所承担的义务。担保权人享有担保权，这是担保权人的基本的权利，担保权的性质因人的担保，金钱担保与物的担保而不同，在人的担保与金钱担保中，担保权是一种债权性的请求权；在物的担保中担保权是一种物权性优先受偿权。此外，担保权人还享有从属于担保权的权利，如抵押权保全权，担保权受侵害时的救济权。当然担保权人放弃担保权及其他附属权利，也是担保权人的权利。与此相应，担保权人的权利也就是担保人的义务，有学者认为，担保人的义务在人的担保实为一种债务，而在物的担保中则是一种物权负担，^① 这种看法有一定道理。

（三）担保法律关系的客体

担保法律关系客体，是指担保权利和担保义务所共同指向的对象，也可称为担保的标的。担保标的物的范围很广，包括金钱，有体物（动产和不动产），有价证券，无体财产等。须指出，具体哪种标的物可以作为哪种担保方式的标的，应取决于法律的规定。此外，很多学者认为保证法律关系的客体是保证行为，实际上也就是保证人以其信誉及其全部财产作担保。因此，无论是人的担保还是物的担保，最终都落实到财产上，近现代法律严禁以人身作保。

第二节 担保的种类

一、担保法上的担保的分类

担保依不同的标准，可分为三类：（一）依设立担保的方式不同，可分为法定担保和约定担保。担保法上只有留置为法定担保，其余皆为约定担保；（二）依提供担保的主体不同，可分为债务人担保和第三人担保。抵押、质押、留置、定金可以是债务人担保，

^① 董开军：《债权担保》，黑龙江人民出版社 1995 年版，第 7 页。

保证、抵押、质押可以是第三人担保；(三)依担保自身内容不同，可分为人的担保、物的担保以及金钱担保，这是最通常的分类，以此来说明不同担保方式的具体内容，以及它们之间的利弊得失。

所谓人的担保是指自然人、法人或者其他经济组织以其自身的资产和信誉为他人的债务提供担保。债权到期未能清偿时，由担保人代债务人负责清偿。人的担保只限于第三人提供，并且不是以第三人的人身作担保，而是以第三人的信誉及其全部财产作担保。人的担保在担保法上仅指保证这种担保方式。除此之外，人的担保还包括新的保证方式，即特别法上的保证，如票据保证、银行保证、外汇担保及诉讼中的保证，这些都是在传统保证方式上发展而来的新型的保证方式，与传统保证方式既有联系，又有所区别。

所谓物的担保是指自然人法人或其他经济组织以其自己所有或享有处分权的财产为自己或他人的债务提供担保。如债务人不履行其债务，债权人可以通过处分作为担保物的财产优先受清偿。物的担保在担保法上指抵押、质押、留置这几种担保方式。此外，也包括特别法上的抵押，如土地使用权抵押、房屋抵押、船舶抵押、银行贷款抵押；特别法上的留置，如船舶留置权。担保法上还有一种债权担保形式是定金担保，定金担保既不属于人的担保，也不属于物的担保，而是属于金钱担保，定金担保不具有物权效力，而具有债权性，但定金担保不同于其他任何一种担保方式。其他几种担保方式都是以保障债权清偿为目的而设定的，具有直接清偿债权的作用，但定金起不到清偿债权的作用，它只能通过定金罚则的适用督促债务人履行合同以及债务人违约时予以惩罚的作用，而且定金的数额有限，比起其他几种担保方式来，定金的担保作用要弱得多。定金的担保类似于违约金等合同责任所起的作用，难怪传统民法中，将违约金作为债的担保方式，但现代民法一般将违约金作为一种合同责任，我国合同法也如此。

二、人的担保与物的担保的比较

虽然人的担保与物的担保都具有从属性，都为担保债权清偿而设立，但人的担保具有债权效力，物的担保具有物权效力，在民法的这两类财产权中，物权的效力优于债权，因此学者公认物的担保优于人的担保。

首先，人的担保的标的物为非特定物，虽然以第三人作为保证人，以债务人和保证人的财产总额来担保债权的清偿，使得债权受清偿的机会增多，但在现实经济生活中，由于主客观的原因，债务人和保证人的财产处于不断变化之中，担保设定时，保证人有足够的代偿能力，等到担保责任落实时，也可能债务人和保证人的财产均已减少以致不足以清偿债务，因此，人的担保对债权保障不是万无一失的而存在债权落空的风险。相反，物的担保的标的物为特定物，无论债务人或提供担保物的第三人的财产状况如何发生变化，均不影响特定物对债权的担保，因此，物的担保比人的担保更为可靠。

其次，担保物权具有不可分性，债权部分受偿，或部分让与时，仍以担保物的全部保障剩余部分债权的清偿。担保物部分灭失时，其余部分仍担保全部债权；担保物权具有追及性，担保物被他人非法占有时，担保权人可追及物之所在，索回担保物以满足其债权；担保物权具有物上代位性，担保物毁损灭失时，债务人所得的赔偿金或保险金作为代位物应继续担保债权，对于担保人转让担保物所得价款以及担保物因有损坏、贬损之虞而提前处分所得的价款，以及担保人另行提供的担保物，债权人都享有物上代位权；担保物权人对担保物享有处分上的支配权，当债务人不履行债务时，债权人无须担保人同意，也无须担保人的积极行为，可依法独立地、直接地处分担保物以实现其债权。各国立法对债权人对担保物处分上的支配权的规定有所不同，如依日本法规定，债权人处分担保物须经过法院强制执行程序。我国担保法