

中国担保制度 与担保方法

第四版



Guarantee Law
of China

曹士兵 © 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

第四版

中国担保制度 与担保方法

曹士兵 / 著



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

中国担保制度与担保方法 / 曹士兵著. —4 版. —北京:
中国法制出版社, 2017. 4
ISBN 978 - 7 - 5093 - 8471 - 8

I. ①中… II. ①曹… III. ①担保法 - 研究 - 中国
IV. ①D923. 34

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 077007 号

策划编辑: 李小草 (lixiaocao2008@sina.cn)

责任编辑: 王 熹

封面设计: 蒋 怡

中国担保制度与担保方法 (第四版)

ZHONGGUO DANBAO ZHIDU YU DANBAO FANGFA (DISIBAN)

著者/曹士兵

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/710 毫米 × 1000 毫米 16 开

版次/2017 年 5 月第 4 版

印张/28.25 字数/387 千

2017 年 5 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 8471 - 8

定价: 88.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66010493

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

第四版增订说明

《中国担保制度与担保方法》自首次出版以来，一直深受广大读者的关注与喜爱，第三版面世后即迅速售罄。

应读者强烈要求，我们在对全书内容进行梳理和更新后推出第四版。第四版主要内容与第三版相同，仅对以下方面作了修订：1. 结合最新公布的法律、司法解释等对本书进行了修订。反映了《中华人民共和国民法总则》《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释（一）》《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》和公司法相关司法解释等最新内容，以修订、加注等形式回应了新法、新解释的相应要求。2. 对全书引用法律文件的效力进行了重新审校，根据法律的修订进行了更新，为便于阅读，对部分法律条文的变动以脚注的形式做了对照说明。3. 对全书的文字进行了重新校对。出于追求完美的考虑，对第三版中的个别字句进行了调整完善。

感谢读者朋友一直的支持，希望本书能为您深入了解中国担保制度与担保方法提供帮助！

总 目 录

导 论	中国担保法律环境评论	1
第一章	总 则	19
第二章	保 证	125
第三章	抵 押	197
第四章	质 押	321
第五章	留 置	383
第六章	定 金	403
第七章	担保纠纷案件诉讼程序与管辖	423

目 录

导论 中国担保法律环境评论

一、中国担保立法评论	3
二、与担保相关的司法环境评论	12
三、与担保相关的执法环境评论	15
四、未来担保立法应予关注的问题	17

第一章 总 则

第一节 担保法的调整对象	21
一、担保法的调整对象——以典型担保方式为核心	21
二、非典型担保形式与法律适用	22
三、司法程序中担保的性质与法律适用	27
第二节 担保法在时间上的适用范围	31
一、担保法司法解释第 133 条的规定	32
二、《最高人民法院关于涉及担保纠纷案件的司法解释的适用和保 证责任方式认定问题的批复》的规定	35
第三节 担保法规定的法律责任类型	36
一、担保责任	37
二、赔偿责任	38
三、违约责任	39
四、缔约过失责任	40

第四节 独立担保	40
一、担保行为的基本特性——从属性和附随性	40
二、担保合同与主合同的特殊关系——独立担保	42
三、独立担保在我国的实践	45
四、独立担保案件的裁判方法——尊重当事人的意思自治	47
第五节 共同担保	53
一、共同保证	53
二、共同抵押、质押	55
三、混合共同担保	62
第六节 对外担保	66
一、何为对外担保——对外担保范围的认定	66
二、对外担保的法律适用	68
三、对外担保批准与登记的区别	70
四、对外担保与标的涉外担保的区别	71
五、关于适用外国法和国际惯例	73
第七节 机关、社会团体、事业单位和其他组织提供的担保	73
一、法人分类与我国民法通则关于法人的规定	73
二、民事诉讼法上的其他组织	75
三、无权利能力社团	76
四、机关、社团法人、事业单位提供的担保	77
五、其他组织、无权利能力社团及其执行机构提供的担保	80
第八节 公司担保	82
一、2005 年修订前的公司法关于公司担保的规定与最高人民法院 “中福实业公司担保案”的裁判背景	82
二、“中福实业公司担保案”的裁判思路	84
三、现行公司法关于公司担保能力的规定	86
四、现行公司法相关规定中值得注意的问题	88
五、如何看待最高人民法院 2006 年“光彩集团担保案”	90
第九节 无效担保的法律责任	97
一、主合同有效而担保合同自身无效，担保人的责任	97

二、主合同无效导致担保合同无效，担保人的责任	99
三、主合同与担保合同均无效，担保人的责任	102
四、无效担保人承担责任的前提——对债务人“不能清偿”到期债务的理解	103
五、担保人承担赔偿责任后的追偿权	106
第十节 主合同解除与担保人的法律责任	108
一、主合同法定解除与担保人的法律责任	109
二、担保人在主合同解除后承担担保责任的要件	110
三、合同解除后担保人的责任范围	111
第十一节 越权行为与担保责任	112
一、代表人责任——法定代表人、负责人越权与担保责任	112
二、表见代理——一般行为人越权与担保责任	116

第二章 保 证

第一节 保证人的资格	127
一、保证人的基本资格要求——代为清偿能力	127
二、提供保证的合格主体和禁止主体	128
三、分支机构、职能部门、代表处作保证人的情形	130
第二节 保证合同的形式	134
一、主从合同的形式	135
二、主从条款的形式	135
三、以保证人身份在合同上承保的形式	135
四、保证人单方面出具的保证承诺书形式	136
五、口头保证合同	136
六、安慰函	137
第三节 共同保证	139
一、按份共同保证	139
二、连带共同保证	139
三、保证人的追偿权	141

第四节 特殊保证	142
一、对注册资金提供保证	143
二、保证监督专款专用	144
第五节 最高额保证	145
一、最高额保证的特征	145
二、最高额保证的决算期与清偿期	146
三、最高额保证的保证期间	147
第六节 保证责任与抗辩权	148
一、先诉抗辩权与保证责任	148
二、债权债务转移、主合同变更与保证责任	153
三、保证期间与保证责任	157
四、诉讼时效与保证责任	165
五、债权人放弃物的担保与保证责任	172
六、保证人死亡与保证责任	174
第七节 保证关系中的欺诈	175
一、债权人欺诈保证人	175
二、债务人欺诈保证人	176
三、债权人、债务人恶意串通欺骗保证人	177
四、债务人、保证人共同欺诈债权人	178
五、以贷还贷	179
第八节 企业破产与保证责任	182
一、债权人破产	182
二、债务人破产	182
三、保证人破产	186
第九节 企业出售、改制、分立、合并与保证责任	187
一、债务人发生企业出售、改制、分立、合并情况	187
二、保证人发生企业出售、改制、分立、合并情况	187
第十节 保证保险	189
一、最高人民法院关于保证保险的裁判和答复	190

二、最高人民法院对保证保险性质的不同认识	192
三、保证保险的性质——信用保险	193
四、审理保证保险案件值得注意的问题	195

第三章 抵 押

第一节 抵押合同	199
一、抵押合同的生效	199
二、抵押合同的无效	202
三、抵押合同不成立与不生效	204
四、关于独立抵押合同	206
第二节 抵押物	206
一、房地产项目抵押与预售房屋抵押（未来财产的抵押）	207
二、建筑物与在建工程抵押	208
三、建设用地使用权抵押和集体土地使用权抵押	209
四、林木、林地使用权抵押与草地使用权、农作物抵押	211
五、准物权——海域使用权与探矿权抵押	212
六、车辆、船舶、航空器抵押	213
七、一般动产抵押	213
八、共有财产抵押	215
九、限制流通财产的抵押	216
十、即将取得的财产抵押	216
十一、不得抵押的财产	217
第三节 抵押权的取得	225
一、依登记取得抵押权	226
二、依抵押合同取得抵押权	230
三、依法律规定取得抵押权	232
四、依继承、遗赠取得抵押权	233
五、依转让取得抵押权	233

六、抵押权的善意取得	235
第四节 抵押登记的效力	251
一、不动产抵押登记的效力	251
二、动产抵押登记的效力	253
第五节 抵押权的效力	254
一、抵押权所涉抵押标的物的范围	254
二、抵押权对一般债权人的效力——优先受偿效力	263
三、抵押权对第三人的效力——对抗效力（含追及效力）	265
四、抵押权对侵害抵押物行为的效力	272
五、未办理抵押登记的动产抵押权的效力	275
第六节 抵押权的次序	276
一、抵押权与留置权	276
二、抵押权与质权	277
三、抵押权与租赁权	278
四、抵押权与抵押权	278
五、抵押权与优先权	280
六、抵押权与非典型担保	280
第七节 无效抵押与部分无效的抵押	282
一、抵押权因主债权无效、被撤销而无效	283
二、抵押权因抵押人主体资格原因而无效	285
三、抵押权因抵押财产原因无效	285
四、抵押权因抵押人属于无权处分人而无效	285
五、抵押权因抵押行为未经共有人同意而无效	286
六、抵押物未能现实存在导致抵押权不生效力	287
七、因恶意抵押导致抵押权无效	287
八、流质抵押无效	289
九、抵押期间的约定无效	290
第八节 抵押权的实现	290
一、实现抵押权的条件	290

二、实现抵押权的程序	291
三、实现抵押权的方式	297
四、恶意实现抵押权	300
五、抵押权人对债务人其他财产的求偿	301
第九节 抵押权的消灭	302
一、抵押权因所担保的债权消灭而消灭	302
二、抵押权因抵押物的灭失而消灭	302
三、抵押权因司法保护期届满而实际消灭	303
四、抵押权因实现而消灭	304
五、抵押权因放弃而消灭	305
六、抵押权因债权人未经抵押人同意转让债务而消灭	306
第十节 非典型抵押	306
一、财团抵押	306
二、浮动抵押	307
三、中国式按揭	310
四、最高额抵押	313

第四章 质 押

第一节 质押合同	323
一、质押合同的生效	323
二、质押合同不成立、不生效	323
三、质押合同的无效	324
四、对出质人不履行出质义务的违约救济	325
第二节 质物与动产质权的取得	326
一、质物的范围	326
二、依法律行为设定动产质权	327
三、继受取得质权	330
四、质权的善意取得	331

第三节 特殊动产质押	332
一、金钱质押	332
二、账户质押	334
三、营业质押	336
四、最高额质押	336
第四节 动产出质人与质权人的权利义务	338
一、出质人的权利	338
二、出质人的义务	339
三、质权人的权利	341
四、质权人的义务	346
第五节 动产质权的实现与消灭	347
一、动产质权的实现	347
二、动产质权的消灭	349
第六节 权利质权	352
一、可出质权利的性质与种类	353
二、权利质权的取得	354
三、出质人的权利义务	356
四、质权人的权利义务	358
五、存款单质权	359
六、票据质权	364
七、债券质权	367
八、应收账款质权	368
九、仓单、提单质权	373
十、股权质押	373
十一、知识产权质权	375
第七节 权利质权的实现与消灭	375
一、权利质权的实现	375
二、权利质权的消灭	380

第五章 留 置

第一节 我国法律规定的留置权	385
一、留置权的沿革	385
二、我国法律规定的留置权	386
第二节 留置权的成立要件	388
一、民事留置权的成立要件	388
二、商事留置权的成立要件	391
三、特别留置权的成立要件	392
四、留置权成立的消极要件	393
第三节 留置权的效力	394
一、留置权的优先效力与对抗效力	394
二、留置权所担保的债权范围和对留置物的效力范围	395
三、留置权的不可分效力	395
第四节 留置权的行使	396
一、留置权的行使条件	396
二、留置权的行使程序与方式	397
第五节 留置权的消灭	399
一、留置权因留置权人丧失对留置物的占有而消灭	399
二、留置权人接受债务人另行提供的担保	400

第六章 定 金

第一节 定金的类型和各类型的运用	405
一、立约定金	405
二、成约定金	407
三、解约定金	408
第二节 定金的识别	409
一、定金的性质与特点	410

二、识别定金的方法	410
三、其他不属于定金的金钱担保	411
第三节 定金的实践性	412
一、定金合同的实践性	412
二、定金合同订立后少交付或多交付定金的处理	412
三、定金的限额和超过限额的处理	413
四、定金合同订立后不交付定金的处理	414
第四节 定金处罚	414
一、立约定金、成约定金、解约定金的处罚条件	414
二、违约定金的处罚条件	415
三、免于处罚定金的情形	418
第五节 定金与损害赔偿、违约金的并罚	420
一、定金与损害赔偿的并罚	420
二、定金与违约金的并罚	421

第七章 担保纠纷案件诉讼程序与管辖

第一节 担保纠纷案件的诉讼程序	425
一、一般保证纠纷案件	425
二、连带保证纠纷案件	427
三、分支机构作保证人的担保纠纷案件	428
四、债务人起诉债权人的纠纷案件	430
五、物的担保纠纷案件	431
六、保证与物的担保并存的担保诉讼案件	432
第二节 担保纠纷案件的管辖	433
一、债权人单独起诉债务人或担保人案件的管辖	433
二、债权人一并起诉债务人和担保人案件的管辖	434
三、债务人与担保人必须作为共同被告案件的管辖	434
四、主从合同协议管辖选择法院不一致时管辖的确定	435

导 论

中国担保法律环境评论



市场经济即法制经济，在经济全球化迅猛发展的时代，与市场经济运行相关的法律制度建设，直接影响到一个国家和地区经济发展的速度和质量。担保法是市场经济的法律，其立法宗旨是保障债权的实现，法律制度的设置以债权人的合法权益为出发点，立法的最终目的是通过法律手段提升社会信用道德水平。从当今发达国家经济发展的历史来看，经济的腾飞通常伴随着外资的引进和金融的繁荣，担保法在这两个方面都发挥着不可或缺的作用。引进外资和繁荣金融必然依赖信用保障，事实上，资本的运行与担保的运用一直具有共生性，两者的发展也是同步的，对于金融行业来说，一部好的担保法能够大力促进金融的繁荣，是为不辩之理。当前，随着经济交往的日益发达，担保已经从单纯的债权保障工具，演变为兼有债权保障功能和金融产品特性的混合工具，与金融创新密不可分，许多新型金融产品即以创新担保方式为核心，担保越发显示出独特的价值。我国关于担保的专门立法始于上个世纪90年代中期，而涉及担保的司法审判活动却可以追溯到上个世纪70年代末。时至今日，当世界资本流动和金融的有效运行直接影响国家经济发展，担保的作用愈加彰显的时候，对我国的担保法律环境进行全面的回顾，对我国担保立法和与担保有关的司法活动进行系统分析，成为必要。分析是为了总结成功与不足，发现并解决我国担保法律环境中存在的制约经济发展的障碍，促进我国担保法律制度的进一步完善，为提升我国利用外资水平和增强企业融资能力更好地提供法律保障。

一、中国担保立法评论

（一）中国担保立法概况

担保立法分为两类，一类是担保机构组织法，一类是担保行为法。担保机构组织法是规范信用担保经营主体（主要是担保公司）的成立、组织机构、运作方式、经营范围、行业监管、法律责任的法律；担保行为法是规范担保公司的担保行为和法律允许做担保人的其他主体的担保关系的法律。担保行为法不只是针对担保公司，它调整的是民事、经济活动中所有的担保关系。

目前,我国的担保公司非依特别法成立,而是依公司法成立的普通公司,就担保机构组织法而言,《中华人民共和国公司法》(以下简称公司法)是担保机构组织法的核心。在我国设立各类担保公司,除因经营担保业务的特殊性而需要主管部门批准外,其设立程序基本上按照普通公司的设立程序进行。对于因特定目的设立的担保公司,如中小企业信用担保机构、住房置业担保公司,政府相关部门发布的规范意见、管理办法^①,也部分起到担保机构组织法的作用,但它们不能成为我国的法律渊源。可以说,信用担保业的组织法在我国还略显薄弱,现有的有关组织制度方面的法律与规章制度还不能完全满足信用担保业广阔发展的需要。在这一状况下,调整担保行为方面的法律制度愈显重要。

我国关于担保行为方面的立法到目前为止经历了三个阶段。第一个阶段是萌芽期,从中华人民共和国成立到1986年《中华人民共和国民法通则》(以下简称民法通则)颁布之前。在这一时期基本没有针对担保行为的立法,社会经济活动中担保行为较为少见,偶尔出现的担保行为,由于没有法律规定,司法机关对其性质认定和法律后果的判断处于初步探索阶段^②。这一时期关于担保行为的规则仅有最高人民法院发布的零散法律意见,数量极少,处于初级阶段。第二个阶段是立法期,以1987年民法通则的颁布为标志,截至1995年《中华人民共和国担保法》(以下简称担保法)颁布之前。民法通则在第89条规定:“依照法律的规定或者按照当事人的约定,可以采用下列方式担保债务的履行:(一)保证人向债权人保证债务人履行债务,债务人不履行债务的,按照约定由保证人履行或者承担连带责任;保证人履行债务后,有权向债务人追偿。(二)债务人或者第三人可以提供一定的财产作为抵押物。债务人不履行债务的,债权人有权依照法律的规定以抵押物折价或者以变卖抵押物的价款优先得到偿还。(三)当事人一方在法律规定的范围内可以向对方给付定金。债务人履行债务后,定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行债务的,无权要求返还定金;接受定金的一方不履行债务的,应当双倍返还定金。(四)按照合同约定一方占有对方的财

^① 比如1999年6月14日发布的《关于建立中小企业信用担保体系试点的指导意见》;2000年5月16日发布的《住房置业担保管理试行办法》等。

^② 在这一时期,最高人民法院答复过的地方法院请示中就有“当事人在书面协议中约定担保的,是否承担法律责任?”的问题。参见《人民法院年鉴1992》,人民法院出版社1992年版,第267页。

产，对方不按照合同给付应付款项超过约定期限的，占有人有权留置该财产，依照法律的规定以留置财产折价或者以变卖该财产的价款优先得到偿还。”民法通则是我国民事基本法，其中对四种担保形式——保证、抵押、定金、留置的规定，是新中国在担保领域的首次立法，基本改变了我国担保领域无法可依的局面。此后，最高人民法院在民法通则规定的范围内发布了包含有担保法律规范的司法意见——《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》，其中涉及担保的条文共 12 条；各省、市地方也制定了相关的地方法规，比如河南省人大常委会制定的《河南省抵押条例》，青岛市政府制定的《青岛市抵押贷款暂行办法》等；1993 年《中华人民共和国合同法》修订颁布，其中对定金和保证作了规定，条文数量仅有两条；1994 年最高人民法院发布了针对保证的系统司法解释——《关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》^①，共 31 条，成为这一时期对担保行为规定的条文最多、分量最重的法律解释性文件，是人民法院审理担保纠纷案件的主要依据，弥补了成文法的不足。第三个阶段是专门立法期，从 1995 年担保法的颁布开始至今。这一时期社会经济活动中的担保行为非常活跃，担保纠纷显著增多，新型的信用担保业——担保公司纷纷设立，社会经济生活和司法实践对制定专门担保法的需要更加迫切。1995 年 6 月 30 日颁布，同年 10 月 1 日生效的担保法共 7 章 96 条，分别对常见的典型担保行为——保证、抵押、质押、定金、留置——作了系统的规定，其中也包括较新的动产抵押担保和权利质押担保形式。2000 年 12 月 13 日最高人民法院发布了《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）^②，有力地配合了担保法的贯彻实施。该解释共 134 条，针对司法实践中出现的担保领域中的疑难问题，以担保法为依据给予了系统的解释。与此同时，一些省、市、自治区也制定了贯彻实施担保法的地方立法和规章，如广西壮族自治区政府制定的《担保登记管理办法》，宁波市人大常委会制定的《抵押贷款条例》，山东省政府制定的《山东省机动车辆抵押登记暂行规定》等。2007 年 3 月 16 日《中华人民共和国物权法》（以下简称物权法）颁布

① 最高人民法院法发〔1994〕8号，1994年4月15日发布。

② 最高人民法院法释〔2000〕44号，2000年12月8日发布。

并于同年10月1日生效,该法第四编——担保物权编规定了抵押权、质权和留置权,法律适用效力优于担保法,因此成为我国担保物权制度的核心法律。到第三个阶段,我国已经建立起以民法通则、合同法、物权法为基本法,以担保法为核心,以最高人民法院司法解释为重要补充的完整的担保法律体系,基本上可以适应我国经济活动中各类担保行为调整的需要。

(二) 中国担保立法主要成功之处

首先,中国担保立法主要是担保行为立法,目前经济活动中常见的典型担保行为都有法律调整,非典型担保行为的一部分在我国也能找到法律规定,从法律适用上来说,我国已形成一个对不同担保行为均有法律适用的担保行为法体系。这是中国担保立法的主要成功之处。具体而言:1. 典型担保,即保证、抵押、质押(包括动产质押和权利质押)、留置、定金等,由担保法调整,其中包括担保、反担保、再担保、共同担保这样的不同形式;2. 非典型担保,如按揭、回购、所有权保留等,由民法通则、《中华人民共和国合同法》^①(以下简称合同法)调整;3. 司法程序中的担保,如诉讼保全、强制执行中的担保,由《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称民事诉讼法)调整;4. 其他担保,如收费权质押、退税托管账户质押等,除被法律法规、司法解释明确纳入物权担保外^②,由合同法调整,即按照当事人之间的约定处理担保人与被担保人之间的权利义务关系,对第三人不发生对抗效力,尤其不得对抗善意第三人。

其次,中国担保法确立了“保障债权”的立法宗旨,对市场信用的建立有促进作用。担保法的立法宗旨凸显了保障债权在担保法中的至高地位,在担保法的司法实践中,遇到法律没有规定,不同观点又争执不下时,立法宗旨的重要地位就愈加彰显。就利益衡量而言,根据立法宗旨关于“保障债权实现”的规定,债权人的地位在同等条件下要优于债务人和担保人,在债权人的利益与债务人、担保人的利益发生冲突,各方无法实现互利、“双赢”,法律又无具体规定时,以担

^① 《中华人民共和国合同法》第九章《买卖合同》第134条,即关于所有权保留的规定。

^② 高速公路收费权质押,由《国务院关于收费公路项目贷款担保问题的批复》(国函[1999]28号)和最高人民法院担保法司法解释第97条规定为权利质押的标的,债权人可以取得质权;农村电网改造工程电费收益权,由原国家发展计划委员会和中国人民银行《农村电网建设与改造工程电费收益权质押贷款管理办法》(计基础[2000]198号)确认为可出质权利的标的,债权人可以取得质权。

保法立法宗旨为法律解释依据，债权人的利益应居于优先受保护的地位。这是担保法的另一成功之处。

第三，中国担保立法将保证这样的人保形式和抵押、质押这样的物保形式放在同一部法律中，有助于整个社会对担保建立完整的认识，尤其是对担保物权。在物权法颁布之前，通过担保法的规定，人们认识到担保物权的重要性，并对物权的性质、特点以及在保障债权实现上的优势有了正确的认识。在一定意义上，担保法培植了物权优先的思想，为全社会进一步树立物权保护意识起到了宣传、铺路的作用。

（三）中国担保立法的不足

我国担保法制定于上个世纪90年代中期，由于时代的局限性，不可避免存在着不足之处，主要表现在以下三个方面：

1. 立法具有局限性和保守性，理论准备不足。我国从对担保没有立法发展到对担保专门立法是一个巨大的进步，对整个社会建立市场信用和增强信用意识都有着重要的意义，但毕竟因时代的限制存在着立法局限性和保守性。首先，由于认识上的局限，担保法局限于调整典型担保形式，对现实经济活动中被反复应用、大量鲜活而行之有效的非典型担保方式没有涉及，因此从成文法的角度看，我国欠缺对于非典型担保方式的法律规定，不利于非典型担保在经济活动中的运用，司法实践也存在法律适用上的困难。常见的非典型担保，如按揭担保、所有权保留担保、让与担保、回赎等，在我国目前的经济生活中很常见，但在担保法中没有规定，司法机关无法依据担保法对这些法律关系中的权利义务进行裁决。此外，在权利质押方面，担保法、物权法肯定权利质押是一大进步，但同时又存在着明显的保守之处，对可出质的权利进行了列举式的限制，并又同时规定非常模糊的“兜底条款”^①，造成实践中对究竟哪些权利在我国可以质押认识模糊，法律的可预见性不强。比如，国际经济交往和国内经济活动中常见的收费权质押，在我国法律背景下是否有效？债权人能否取得担保物权？国内对这些问题存在模糊认识。担保法和物权法对权利质押的规定，在很大程度上限制了权利质押

^① 即担保法第75条第4项和物权法第223条第7项对于权利质押的限制。

在经济活动中的实际运用^①。

担保法起草制定之时，由于对担保制度和物权理论的研究还不充分，理论准备不足也反映到立法中。首先是担保法在抵押合同的效力和抵押权的追及效力等方面没有彻底贯彻物权的法律本质，将抵押登记作为抵押合同的生效要件（担保法第41条），“混淆了抵押合同的生效与依据抵押合同所发生的物权变动”^②；在抵押人转让抵押物的情况下，担保法规定抵押权转化为对转让价款的物上请求权（担保法第49条），未赋予抵押权追及效力，淡化了抵押权的物权性质，不仅导致法律适用上的困难，而且给抵押人逃避抵押责任提供了条件。因为，按照担保法的规定，抵押人只要履行通知抵押权人和告知受让人的义务，就可以处分抵押物，而抵押权人只能要求抵押人将转让抵押物的价金优先向其清偿，而不能向受让人行使抵押权。因此，当抵押权人收到抵押人转让抵押物的通知后，只能等待抵押人自觉履行债务，如果抵押人将转让抵押物的价金挪作他用，抵押权人的权利落空将无法避免。在这种情况下抵押权人为了保护自身权利，只能采取诉讼方式要求法院扣押价金，基本上等同于抵押权人在行使其债权请求权（通过申请财产保全控制抵押财产），抵押权所具有的物权效力被弱化^③。其次是误用物权优先原理，以物权优先于债权为立法理由，强行规定物的担保优先于人的担保，限制当事人的意思自治（担保法第28条）^④。当债权人在有保证人作担保的情况下，为了债权的安全，要求债务人提供抵押物或质物，旨在形成对债权实现的“双保险”，但担保法强行规定保证人免除担保物价值部分的保证责任，不允许债权人与担保人意思自治，其结果是导致债权人无法获得人保和物保的“双保险”。

① 大陆法系在权利质押上一般仅限制不可转让的权利和非财产权利，民事权利只要有可让与性和变现价值，均可以被当事人用作担保财产。可参考《德国民法典》第1274条、《日本民法典》第362~367条的规定。

② 梁慧星主编：《中国物权法草案建议稿》，社会科学文献出版社1999年版，第612页。物权法第15条对此已经进行实质性的修正。

③ 对于我国担保法未规定抵押权人的追及权问题，已故著名民法学家谢怀栻先生建议最高人民法院在司法解释中采取当然解释方法，解释抵押权当然有追及权。对此，出于司法解释权限上的考虑，最高人民法院未作当然解释，但在抵押人未按照担保法的要求转让抵押物时，最高人民法院采取了目的解释方法，解释为抵押权人有追及权，也可视为对谢先生建议的回应。见《担保法司法解释》第67条。

④ 新颁布的物权法第176条对此作了改变，允许债权人与担保人按照约定的方式实现债权，即允许当事人意思自治，实为我国担保制度一大进步。

担保法这样强行规定的目的是出于保护保证人，但更为合理的解决途径应当是通过规定抵押权的代位行使的方式，即允许当事人通过意思自治约定由保证人先行承担保证责任，保证人承担保证责任后，可以代位行使债权人在抵押财产上的抵押权。^①

2. 无效担保法律责任界限模糊。担保法调整担保法律关系，对担保责任的规定是其核心内容，包括无效担保后的法律责任。担保法关于无效担保责任的规定仅有一款（担保法第5条第2款），笼统规定债权人、债务人、担保人视过错承担相应民事责任，对于责任的构成、责任的划分、责任的性质均未作规定，导致无效担保情况下担保人责任不确定，司法实践中常出现无效担保时担保人的责任重于有效担保的情况。除此之外，在分支机构无效担保的问题上，担保法也笼统规定法人对分支机构承担过错责任（担保法第29条），但对于法人过错的性质、内容、分支机构过错的性质、内容等细节，法律均不作规定，导致动辄因分支机构越权行为追究法人的无效担保责任，置法人于不安全的境地，不利于遏制分支机构与债权人串通向法人转嫁风险的行为。针对该问题，为弥补立法的不足，担保法司法解释根据担保人与债权人过错大小进一步对无效担保责任进行了区分，划分了四种责任情形^②。但司法解释的划分方法也因立法的局限而存在法律责任构成要件上的不足。

3. 担保制度设置复杂。担保法的制度设置以保障债权为出发点，也同时注意平衡债权人与担保人的各自利益，但担保法在制度设置上还是呈现出复杂化的倾向。对此，我们可以从担保法规定的保证期间的内容和抵押物登记部门的多元化两方面加以例证。

保证期间是担保法规定的保证人承担保证责任的期间，期间届满保证人免除保证责任。按照担保法的规定，保证期间具有法定性和强制性，无论当事人是否约定保证期间，保证合同均必须有保证期间。关于保证期间，首先遇到的问题是，由于担保法的特殊表述，实践中对保证期间的性质存在认识上的重大分歧。

^① 抵押权的代位行使可参见拙作《中国担保诸问题的解决和展望》的介绍，中国法制出版社2001年版，第79页。在史尚宽先生的《物权法论》（中国政法大学出版社2000年版）中更有详细阐述。

^② 担保法司法解释第7条和第8条，详细内容参见李国光等：《〈关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释〉理解与适用》，吉林人民出版社2000年版，第67~76页。

按照担保法第 25 条、第 26 条的规定，债权人未在保证期间内依照法律的规定主张权利的，“保证人免除保证责任”，而债权人主张权利的，“保证期间适用诉讼时效中断的规定”。根据担保法的表述，有主张保证期间属于消灭时效的，也有主张保证期间属于除斥期间的，更有主张保证期间属于诉讼时效的。这样一来就致使保证期间能否消灭债权，保证期间是否仅产生保证人对债权人的抗辩权，保证期间是否可以中断、中止、延长等问题成为疑问，影响到当事人权利义务关系的稳定。为此，最高人民法院在发布担保法司法解释时，从担保法关于保证期间具有“保证人免除保证责任”的法律效力推论，将保证期间解释为除斥期间，减少了法律适用上的不稳定性，但由于法律规定的确定，司法解释的推论也同样受到来自理论界的批评。其次，担保法对一般保证和连带保证规定了不同的保证期间失效方式，规定连带保证由债权人直接向保证人主张权利，一般保证也必须也只能向债务人主张权利；对连带保证，担保法未规定债权人主张权利的方式，但规定一般保证中债权人主张权利的方式只能是起诉或申请仲裁。在不同的保证方式中，债权人行使权利的对象、方式因法律规定而各不相同，普通当事人实难分辨。除此之外，保证期间的其他细节，比如分期偿还债权保证期间的起算点、无效保证的保证期间价值、期间届满后保证人自愿清偿的效力等，也较为复杂，直接导致法律适用上的困难。司法实践表明，在保证纠纷案件中，保证人在保证期间上面几乎有无穷的抗辩理由，致使债权人疲于应付^①。

抵押物的登记是抵押权取得方式之一，对债权人意义重大。现行担保法规定的抵押物的登记部门本身就比较复杂，除此之外，该法还规定最有抵押价值的建筑物抵押的登记部门可以由地方县级人民政府自行决定，这样就必然导致我国建筑物的抵押登记部门难以统一。实践中，有的地方规定房地产管理部门为登记部门，有的地方规定房地产交易中心为登记部门，有的地方干脆由工商行政管理部门登记，更有甚者，有的地方规定当事人必须同时在房地产管理部门和土地管理部门作双重登记。这样一来，建筑物抵押在我国因抵押登记部门重叠，查询困难，重复抵押增加，直接导致建筑物抵押担保价值的降低。

^① 关于保证期间给司法实践带来的麻烦，可参阅笔者撰文“清理保证期间的法律适用”，载《中国民商审判》第二卷，法律出版社 2002 年版，第 267 页。

4. 法律价值取向未臻完善。担保法的立法宗旨弘扬对债权的保护是非常重要的和必要的,但在法律价值的取向上,担保法仅着眼于以担保转移风险作为保障债权实现的手段,而没有注意到担保分散风险也同样是保障债权实现的关键,在不少方面表现出为保障债权而加重担保人负担的倾向。例如,在担保合同未约定担保范围时,担保法规定由担保人承担全部债务;在当事人未约定担保方式时,担保法规定担保人承担连带责任等。^①这样的法律价值取向对社会实践的导向作用是,债权人在经济活动中热衷于寻找一个愿意完全承担风险的担保人,而忽视对债务人清偿能力、信用程度的审查,在指导思想上将担保人作为风险的转移对象。这在我国银行业贷款审查中非常常见,笔者将这种现象称为“向担保人逃避”^②。“向担保人逃避”的指导思想致使银行在发放贷款的时候明知债务人没有信用,缺乏偿债能力,但只要债务人找到一个愿意承担连带责任的保证人(有时银行甚至出面为债务人寻找担保人),银行仍然会发放贷款。从表面上看银行的行为符合商业运作,但由此埋下了纠纷的隐患。因为银行本可以指望两个债务人(债务人和保证人)承担清偿责任,现在只能指望一个债务人(即保证人),而保证人因承担的担保责任属于约定责任的性质而享有法律规定的特别抗辩权,比如保证期间抗辩、欺诈抗辩等,债权实现的不确定性加大。当前,从世界各国担保立法的实践看^③,应当鼓励在担保立法中建立符合诚实信用、等价有偿的市场经济规律的完整价值取向,在不排除风险转移的模式下,树立担保的风险分散价值观,通过立法形成“担保也旨在分散风险”的法律意识,以便于债权人、债务人、担保人构成完整的风险承担体系^④,使债权的实现更加有保障,也更加符合市场经济的规律。

① 担保法第21条第2款、第19条。

② 详见拙作《中国担保问题的解决与展望》第三章的介绍。

③ 从联合国贸易法委员会第六工作组起草的《担保交易立法指南草案》中即可见一斑。见 www.uncitral.org/work_group_VI/security_interests。

④ 据了解,我国各类担保公司在签订的担保合同中,已经在尝试通过担保组合,与债权人、债务人分担风险。中国最大的担保公司——中国经济技术投资担保有限公司在其中起到了示范作用。这些可视为担保业在积极地实践着担保分散风险的价值观,值得重视。

二、与担保相关的司法环境评论

（一）司法活动中形成的对担保制度及担保法律关系的共识

我国与担保相关的司法环境基本上良好的。如前所述，在没有担保立法的时期，有关担保的法律文件仅表现为最高人民法院的法律意见。在民法通则对担保制度有了规定以后，最高人民法院发布了司法解释将担保法律条文具体化。担保法颁布后，最高人民法院又发布了《担保法司法解释》，集中地归纳、总结了1995年担保法颁布后在法律适用和司法实践中存在的典型问题，并有针对性地进行了司法解释。该司法解释篇幅之大是前所未有的，表明了司法部门对担保法及其适用的高度重视。随着担保立法的发展和司法实践的进步，我国司法界在审理担保纠纷案件中基本形成以下共识：

1. 担保的目的是为债权实现提供保障，在法律无强制性规定的情况下，当事人之间关于担保的意思自治具有法律效力。

2. 担保行为必须符合担保法的规定，担保法规定的保证、抵押、质押、留置、定金五种担保方式，可以普遍适用于各类经济活动，发挥担保债权实现的功能。

3. 担保关系在当事人就提供担保的意思表示达成一致并按照担保法的规定履行手续后确立，担保行为带来法律责任。除法律规定或当事人约定的免责情形外，担保行为所招致的法律责任可能有担保责任（担保关系有效）、无效担保的赔偿责任（担保关系无效）、缔约过失责任（担保关系不成立或不生效）和违约责任（担保有效但担保权益不能实现）。

4. 担保关系各方当事人系平等主体，应当遵循平等、自愿、诚实信用的原则开展担保活动。债权人在债务人不履行债务时有权要求担保人承担担保责任，担保人也享有担保法规定的各类抗辩权。在债权人采取隐瞒真实情况、不当陈述、与债务人串通等手段欺诈担保人时，担保人依法可以免除担保责任。

5. 担保人的担保意思表示被债权人接受后，担保人不得撤销其担保。但担保不能推定，在没有证据证明当事人有提供担保的意思表示时，不能推定当事人为担保人。

6. 担保方式区分为人保和物保。保证属于人保，仅在债权人、保证人之间发生法律效力，保证人以全部责任财产承担保证责任；抵押、质押、留置、定金属于物

保,担保人以特定财产承担担保责任。物保不仅在债权人、担保人之间发生效力,而且有对抗第三人的效力,当事人侵占担保物构成侵权,依法产生侵权责任。

7. 担保行为的法律效力受担保法的限制。保证行为无效的原因主要来自保证人主体资格的欠缺,担保法禁止国家机关、公益单位、法人的职能部门和分支机构、自治组织等主体作保证人;抵押、质押行为无效的原因主要来自担保物的不合法,担保法禁止国家机关的财产、公益设施、教育医疗设施、土地所有权、集体所有土地使用权、禁止流通物、受强制措施财产、破产财产作为担保物。

8. 抵押权人、质权人、留置权人享有优先受偿权,优先于普通债权人受偿。对抵押物、质物、留置物采取强制措施,必须优先满足抵押权人、质权人、留置权人的权利。在抵押人、出质人、被留置人破产时,担保物不属于破产财产。

(二) 司法环境存在的主要不足

我国担保法司法实践所存在的不足之处主要可以归纳为三个方面:1. 民事法律责任泛化;2. 司法保守;3. 法律适用上的不稳定。

1. 民事法律责任泛化。所谓民事法律责任泛化指不适当地夸大民事责任的作用和在法律之外创造民事责任类型,在不具备形成民事责任的地方采取民事责任来处理纠纷的现象。法律责任来自法律规定,没有法律规定就没有法律责任,在这一点上,无论是刑事法律责任,还是民事法律责任都是相同的。然而,在民事司法中,目前还存在法官引用某一法律认定当事人承担某种民事责任,但在被援引的法律中却没有规定该种民事责任类型的现象。这就不符合责任法定的原则。落实到担保纠纷案件的审理中,一些法院对无效担保责任的裁判存在泛化民事法律责任的现象,不严格遵循民事责任的构成要件。担保法规定担保无效后担保人有过错的,应当承担相应的民事责任,该责任在理论上属于广义缔约过失责任,无效担保人的责任必须以担保人有过错,且担保人的过错行为与债权人损失之间的因果关系为要件。但一些法院在裁决中忽视因果关系要件,仅以担保人有过错这一要件裁判担保人向债权人承担过错赔偿责任,即便此时债权人也有过错。《担保法司法解释》第7条、第8条也部分存在此种思路。按照该思路处理无效担保纠纷案件,其后果是债权人将自身过错带来的风险转嫁给了担保人,不适当地加重了担保人的负担,助长了债权人的侥幸心理,也可能导致无法准确区分经济纠纷和经济犯罪。债权人、债务人、担保人三方均有过错的情况中也可能

包含有三方共同违法的情形，以民事责任来划分三方责任，就可能出现以民事裁判解决刑事责任的问题。例如，双方当事人签订进口汽车零部件合同，实际上约定共同走私汽车，如果第三人在知情的情况下为其中一方提供贷款担保，则构成共犯。如果在这种情况下仍然以担保人明知主合同无效而提供担保，裁判担保人向主合同一方当事人承担赔偿责任，等于以民事责任取代刑事责任。

2. 司法保守主要体现在对新型担保方式、担保法没有规定的担保方式的拒绝和区分对内担保和对外担保两个主要方面。新型担保方式主要是独立担保。独立担保是国际商会 458 号《见索即付保函统一规则》(URDG) 规定的担保方式，也纳入了《独立担保和备付信用证公约》^①，但司法审判中仅承认独立担保在对外担保和外国银行、机构对国内机构担保上有效，对于国内企业、银行之间的独立担保采取否定的态度，不承认当事人对独立担保的约定具有法律效力。比如最高人民法院在“湖南机械进出口公司、海南国际租赁公司与宁波东方投资公司代理进口合同案”判决中认为，“担保函中虽然有‘不因委托人的原因导致代理进口协议书无效而失去担保责任’的约定，但在国内民事活动中不应采取此种独立担保方式，因此该约定无效”。^② 最高人民法院对国内独立担保的不予承认，理由主要是独立担保存在欺诈和滥用权利的弊病，易引起权利失衡。但随着我国加入 WTO 和国内经济与世界经济的一体化，继续对独立担保采取区别对待的态度已经渐趋保守，不符合经济社会发展的需要。而从国际实践来看，独立担保中存在的欺诈和滥用权利并非其独有，可以借助法律的手段加以遏制。

从法律适用的角度看，担保法是对担保行为的规范，也是对担保行为的认可，但并不能得出担保法没有规定的担保方式就是无效担保的结论。但司法审判中普遍存在对担保法没有规定的担保方式持怀疑态度的认识，一些司法者认为担保法没有规定的担保行为，即属于无效担保行为^③。这一认识的存在虽然主要因为担保立法的不足，但也有司法保守的问题，不利于非典型担保方式在我国的发展。

^① 该公约于 1996 年签订，我国尚未参加。

^② 最高人民法院民事判决书经终字第 184 号。见《经济审判指导》第二卷，法律出版社 1999 年版，第 298 页。

^③ 总结和归纳审判实践，因担保法未明确规定而被法院裁判为无效的担保类型有：证券代保管单质押、账户抵押、汽车合格证抵押、存款抵押、银行开户证实书质押、应收账款抵押、浮动抵押、收费权质押等。

展。实际上,担保行为是当事人在实践中选择的债权保障方式,法律有规定的,属于典型担保方式,法律没有规定的,属于非典型担保方式,并不能统统归入无效担保中。肯定非典型担保既符合民法的尊重当事人意思自治的基本原则,又鼓励了制度创新,有利于新型担保方式的尝试和发展,能够在促进金融和经济的繁荣中起到作用。

3. 法律适用上的不稳定,主要反映在对同一法律行为的法律后果未作相同的处理。同一行为的法律后果应作相同处理是法治原则的要求,我国司法界当然不会漠视,但在对复杂担保行为的法律后果的认定上,由于涉及多种因素,就存在认定上的不统一。比如,担保法第10条第1款规定:“企业法人的分支机构、职能部门不得为保证人”,按照立法结构和文义解释,该款为法律禁止性规定且为一般原则,在法律无例外规定时,分支机构作保证人的保证合同应认定无效。金融机构性质上仍然属于企业,金融机构的分支机构作保证人与一般企业法人的分支机构作保证人应作相同的认定。但司法实践中,不少法院区别对待金融机构的分支机构与一般企业法人的分支机构,认为前者作保证人不受担保法的限制。这种对法律条文的解释属于目的性限缩的主观解释方法,既不符合担保法的文义,也容易导致第三人成功地通过与分支机构串通而向金融机构转嫁风险^①,不利于防范金融风险。^②

三、与担保相关的执法环境评论

在担保法颁布后,中央和地方政府也随即制定、发布了一系列与担保法实施相配套的法规、规章,一些行政部门也开始承担起相关的行政义务,为担保法顺

^① 实务中,一些法院不以担保法第10条第1款为一般原则,只要债权人抗辩不知分支机构无法人授权即裁判法人应当对分支机构的行为负责,而忽视债权人在担保法的一般原则下,本身也负有向分支机构索要法人授权的义务。

^② 法律适用上的不稳定,在担保法生效前签订的保证合同的保证期间问题上也有体现。按照担保法司法解释第133条的规定,发生于担保法生效之前的保证合同的保证期间,适用1994年最高人民法院《关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》,不适用担保法关于保证期间的规定。但2002年8月1日最高人民法院发布规范性意见(法[2002]第144号《关于处理担保法生效前发生保证行为的保证期间问题的通知》),要求自2002年8月1日起所有发生在担保法生效之前的保证合同均适用六个月的保证期间,债权人如不在自2002年8月1日起的六个月内主张权利的,将丧失对保证人的求偿权。这一法律适用上的变化,使得债权人和保证人难以预测自身行为的法律后果,影响到担保法的可预见性和稳定性。

利实施创造了条件。比如，原建设部制定了《城市房地产抵押管理办法》，为抵押权人核发《他项权证》；国家工商行政管理总局制定《企业动产抵押物登记管理办法》^①，配合开展动产抵押；原国家土地管理局、版权局、专利局、商标局、人民银行、财政部、证监会等部门纷纷颁布规章，开展对土地使用权、著作权、专利权、凭证式国债、股票等财产的抵押、质押的登记管理工作^②，基本上做到了担保法明文规定的担保方式和担保物均能找到登记部门。公安、检察、海关、工商行政管理部门等执法部门在对担保物采取强制措施时，基本上能够根据担保法的规定，充分尊重担保权人享有的优先受偿权；最高人民法院在司法解释中也明确规定，对担保物采取强制措施的，应当满足担保权人的优先受偿权。^③

当前，我国社会主义法治建设还处在发展阶段，依法行政观念正逐步建立，与担保相关的执法环境还存在一些不尽如人意的地方，具体有：

1. 在国有企业建立现代企业制度的关键时期，涉及国有企业兼并、破产、重组的政策措施，直接或间接地影响到担保的执法环境。比如，国有企业按照政策有计划破产的，企业的财产将主要用于安置职工，包括抵押财产，抵押权人的优先受偿权受到影响^④。这个问题在2006年《中华人民共和国企业破产法》（以下简称破产法）颁布之前普遍存在。新破产法颁布后，优先于担保物权的职工权益被划定界限，从范围上作了限制，职工权益与担保权益冲突并影响到担保物权实现的问题将逐步得到解决^⑤。

2. 执法部门不当处理担保物的情况还没有杜绝，担保物被执法部门强行拍卖、转让的情况还时有发生，部门保护主义、地方保护主义是造成这种现象的主要诱因，还需要通过政府转变职能，提高依法行政的法律意识来加以克服。

3. 登记制度未臻完善，其中有立法上的缺陷（在前面已提到），也有执法上的原因。比如有的地方拒绝为担保物办理登记，或收取高额登记费，重复登记，

① 已被《动产抵押登记办法》废止。

② 可参见这些部门颁布的规章，如《关于土地使用权抵押登记有关问题的通知》（已失效）、《专利权质押登记办法》、《著作权质权登记办法》、《凭证式国债质押贷款办法》、《证券公司股票质押贷款管理办法》等。

③ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第157条。

④ 《国务院关于在若干城市试行国有企业破产有关问题的通知》，国发〔1994〕第59号。

⑤ 《中华人民共和国企业破产法》第132条。

增加登记成本等，损害债权人采用抵押、质押担保的积极性。

四、未来担保立法应予关注的问题

通过以上分析，中国的担保法律环境基本是好的，社会对担保行为性质、特点、效力的认识已经达到一定的成熟度。但在肯定的同时，我们也应注意到其中存在的不足之处，针对这些不足，中国未来的担保立法应当特别予以关注，尽快加以解决。其中，应当特别予以关注的问题有：

1. 在立法的指导思想上要体现鼓励制度创新，增强对担保方式不仅是债权实现的工具，也是金融产品的认识。尽快解决独立担保、对外担保的效力问题；对于收费权质押、账户抵押等非典型担保方式，应尽快予以明确；参照国外立法例和国际公认的准则确认一些新型融资担保方式的法律效力，建立融资担保的备案系统，减少善意第三人与债权人之间的权利冲突；承认浮动担保、财团担保，丰富和完善传统担保的内容；确定较为规范和广泛的可出质权利范围，解决权利质押中质押标的范围不明的问题；完善登记制度，对重要担保物的登记部门进行统一，登记程序（包括登记收费）清晰、简捷，为准物权抵押和收费权质押确定登记部门。

2. 在立法价值取向上兼顾担保转移风险和担保分散风险的价值观，通过立法形成“担保也旨在分散风险”的法律意识，以便于债权人、债务人、担保人构成完整的风险承担体系，避免以一味加重担保人负担的单一方式来实现债权。

3. 增加刑事处罚和国家赔偿方面的立法内容。参考其他国家和地区的立法例^①，担保法应当规定对因故意灭失、损坏、转移担保物或担保权利，造成债权人重大损失的行为人追究刑事责任（比如对转移抵押物、故意毁坏质物、故意造成已出质权利落空等行为追究刑事责任）；对因登记部门拒绝履行登记义务、故意或重大过失错误登记造成重大损失的债权人实行国家赔偿；对（协助）违法处理担保物致使债权人权利落空的行政、司法部门追究行政责任或（国家）赔偿责任。

^① 比如我国台湾地区“刑法”规定，迁移、转卖、出质抵押物造成抵押权人损失的，对行为人处以三年以下有期徒刑；故意造成抵押物价值减少的，处以两年以下有期徒刑和罚金；在抵押物上故意设定留置权的，处以一年以下有期徒刑。

第一章

总 则



第一节 担保法的调整对象

一、担保法的调整对象——以典型担保方式为核心

典型担保方式，即当事人依法律行为设定的，在借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动中用以担保债权实现的保证、抵押、质押、留置、定金等担保形式。典型担保方式，相对于非典型担保方式而言，其典型性在于：一、系当事人依法律行为设定，区别于依法取得，后者如法定抵押权；二、运用于经济活动中，区别于非经济活动的其他民事活动、行政活动、司法活动；三、担保利益系债权，而非其他民事权利，也非行政权利、诉讼权利等；四、担保内容以金钱利益的实现为主，但也涵盖一定的非金钱利益。担保法第2条第1款规定：“在借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动中，债权人需要以担保方式保障其债权实现的，可以依照本法规定设定担保。”依据该规定的文义，我国担保法系以典型担保方式为自己的调整对象，即调整当事人在借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动中依法设定的、保障债权实现的保证、抵押、质押、留置、定金法律关系，不调整行政活动、司法活动中的担保法律关系，也不调整保证、抵押、质押、留置、定金等法律关系以外的担保关系，比如所有权保留、证券回购等，也不调整其他法律或国际惯例予以调整的担保关系，如保证保险、涉外保函等担保关系。从担保法规定的角度看，典型担保相对于非典型担保具有法律规定明确、法律适用清楚、担保权利义务稳定的特点。

我国担保法的调整对象是典型担保方式，是否意味着在“借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动”之外的其他民事活动中的担保一概不调整？针对这个问题，担保法司法解释第1条规定：“当事人对由民事关系产生的债权，在不违反法律、法规强制性规定的情况下，以担保法规定的方式设定担保的，可以认定为有效。”本条是对担保法调整对象的扩大解释，肯定了担保法可以调整其他民事关系中对债权实现设定的担保法律关系，将担保法的调整对象从经济活动扩

大到民事活动。民法通则对债的定义是：债，是指按照合同的约定或者依照法律的规定，在当事人之间产生的特定权利和义务关系。债主要因合同行为、侵权行为、不当得利和无因管理而产生。《中华人民共和国民法总则》（以下简称民法总则）也对债权作相同规定。担保与债的关系密切，但担保法调整对象却并不能扩展到所有债的范围。为此，担保法采用了“经济活动”来表示担保与特定债权之间的对应关系，担保法司法解释也采用“民事关系”的表述予以限定。具体分析担保法司法解释关于担保法调整对象的解释，包含以下三层意思：一是担保法调整对象扩展于民事担保关系，不仅限于经济活动，但仍然排除国家经济管理行为、行政行为、司法行为中的担保关系对担保法的适用；二是调整民事活动中产生的有债权债务内容的担保关系，但不包括因人格、身份关系产生的债权债务担保关系对担保法的适用；三是调整民事法律行为所产生的债权债务关系。因侵权行为、不当得利、无因管理产生的债权不可能通过设定担保方式加以保障，但因上述行为已经产生的债权，属于普通债权，可以用担保方式来保障偿还。对此，法律并无限制。

经济活动之外的民事关系中的担保关系，如人事担保（我国台湾地区“民法”称之为“职务保证”）^①，属于民事关系，但也具有经济内容。我国司法实践中常见的人事担保主要有：当事人为了亲友就业向企业提供担保，以担保亲友不损坏生产设备，或者担保其不侵占企业财产；当事人为亲属海外劳务输出提供担保，担保该亲属到海外工作于指定的厂家，不跳槽等。此类担保关系按照担保法司法解释第1条的规定，可以适用担保法中的相关规定予以调整。但值得注意的是，民事关系中的担保主要是按照意思自治原则确定各方当事人的权利义务，民法、合同法关于合同的一般规定当然适用，担保法不具有优先适用的效力。原则上，当民法、合同法没有规定时，可以参照担保法予以调整。另外，因担保法主要用于调整经济活动中的担保关系，所以当适用担保法的有关规定调整民事担保关系，出现明显扭曲当事人订立担保合同的目的，违背当事人意思自治时，则不能参照担保法。

二、非典型担保形式与法律适用

担保可以运用在经济活动中，也可以运用在民事关系、司法程序中。在经济

^① 关于人事担保，史尚宽将其定义为“可归责于被雇人之事由，致生损害于雇主时，保证人应负损害赔偿之保证”。见史尚宽：《债法各论》，中国政法大学出版社2000年版，第947页。

活动中对担保运用最多的当属融资活动，不仅传统的借贷需要担保，而且新的金融产品中通常都会看到担保的身影，比如保理、福费廷、进出口押汇、信托计划等。我国担保法规定了五种担保方式，分别是保证、抵押、质押、留置、定金，保证中有一般保证和连带保证，抵押中有动产抵押、不动产抵押，质押中有动产质押、权利质押等。保证、抵押、质押可以用于融资活动，留置、定金这两种担保形式在融资中没有用武之地，与实践需要相比，我国担保法规定的担保形式是有限的，因此，实践中各种各样、形形色色的担保形式被创造并运用，担保法之外的担保形式获得了快速发展。以担保法的规定为核心，我们把经济活动中的保证、抵押等五种担保形式称之为“典型担保”，把其他形形色色担保形式称之为“非典型担保”。“典型担保”的“典型”指的是成文法有明确规定、法律适用清楚、担保效力易于确定、担保权利义务稳定。“非典型担保”则相反。值得指出的是，这里所使用的“典型”和“非典型”的区分，不是从设定担保方法的角度出发，而是从法律适用的角度出发的，这有别于其他著述中使用的“典型”、“非典型”概念。比如在一些著述^①中，相对于一般抵押方式，最高额抵押、财团抵押则属于“非典型”抵押，与本书的使用不同。

（一）非典型担保形式

实践中，相对于“成文法有明确规定、法律适用清晰、担保效力易于确定、担保权利义务稳定”的典型担保，非典型担保种类远远多于典型担保，以是否存在物的担保内容为标准，我们把实践中的非典型担保形式归纳如下：

1. 有物的担保内容的非典型担保

（1）按揭。按揭是英美法系担保制度中典型的担保形式，近似于大陆法系中的让与担保，后者在大陆法系担保制度中却属于非典型担保形式。按揭，是将标的物的权利让与债权人以担保债权实现的担保形式。按揭担保具有多样性，以担保物的性质分，有不动产按揭和动产按揭；以是否占有担保物分，有实际占有式按揭（含指示占有）和占有改定式按揭（即约定占有担保物但实际上不占有，相当于债务人代替债权人占有）；以占有形式分，有占有担保物的按揭（相当于占有质物）和占有担保物的权利证书的按揭。按揭担保在我国主要运用于商品房

^① 参见费安玲主编：《比较担保法》，中国政法大学出版社2004年版。

按揭贷款中，属于“名为按揭，实为不动产抵押”的“中国式按揭”，法律关系复杂，符合非典型担保的特征。

(2) 所有权保留。所有权保留的担保形式常见于买卖合同，较为实用，当事人通过合同约定方式即可成立所有权保留担保，无需登记或其他公示手续。我国合同法第134条规定：“当事人可以在买卖合同中约定买受人未履行支付价款或者其他义务的，标的物的所有权属于出卖人。”所有权保留源于当事人的合同约定，不创设物权，起到担保作用的是保留下来的买卖标的物的所有权，出卖人在买受人不履行合同义务时，可以标的物所有权人的身份收回标的物，或者就标的物进行拍卖、变卖，买受人的其他债权人不得对抗出卖人的所有权。因此，所有权保留属于有物的担保内容的担保形式。

(3) 附让与担保内容的有价证券回购。有价证券回购作为融资手段，其中用于担保的方法有简单的回购（或叫回赎）和让与担保两种，这里仅指后者。附让与担保内容的有价证券回购，当事人不仅在合同中约定出卖人到期回购有价证券，而且约定在出卖人回购之前，有价证券的所有权让渡于买受人，到期出卖人不如约回购，买受人即可以有价证券所有权人的身份行使权利。在附让与担保内容的有价证券回购关系中，出卖人占有有价证券，买受人拥有有价证券所有权，出卖人继续占有所有权已经转移至买受人的有价证券的合法性，来源于买受人的委托，理论上称为占有改定。用于回购的有价证券一般系债权凭证或者股权凭证，具有物权内容。

(4) 进口押汇。申请人将进口货物提单向银行质押获得融资，银行再通过制作信托收据的方式将出质的提单返还给申请人，委托其处理提单项下货物以回笼资金。在此期间，银行根据信托收据的约定仍然享有提单项下货物的一切权利，包括提单项下货物的代位物。在英美法中，进口押汇关系因为银行在信托收据中有明确约定，所以返还提单不构成银行（质权人）放弃质权。大陆法系则认为，质权人返还出质物或权利凭证，视为放弃质权。我国担保法对此未作规定，担保法司法解释第87条采取了折中态度，规定“出质人代质权人占有质物的，质押合同不生效；质权人将质物返还于出质人后，以其质权对抗第三人的，人民法院不予支持”。这种折中的对抗主义，承认权利人仍然享有质权，但不具有对抗效力，质权的物权效力弱化。进口押汇基本上属于权利质押，但又包含信托关系，不同法系的规定与我国的实践也不相同，只有结合英美法和国际惯例，才能准确