

# 担保法

## 理论与适用实务全书

Theory  
and  
Application  
of  
Security Law

---

史国政◎主编

---



中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



# 担保法 理论与适用实务全书

Theory  
and  
Application  
of  
Security Law

本书按照我国担保法的体系进行章节架构，共分七章，分别为担保的一般原理、保证、担保物权、抵押权、质权、留置权和定金。作者根据律师实务经验，结合典型案例，全面、系统地介绍担保法的基本理论，并为法律实践中的热点、疑难问题提供解决之道，旨在为法律实务工作者处理实际问题提供借鉴参考。



中国法制出版社  
官方微信

上架建议 法律实务·担保法

ISBN 978-7-5093-9674-2



9 787509 396742 >

定价: 119.00元



# 担保法

## 理论与适用实务全书

Theory  
and  
Application  
of  
Security Law

主编：史国政

撰稿人：史国政 何红艺 王乐雷 刘伯安

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



# 序言



P r e f a c e

当今世界正在发生复杂深刻的变化，各国面临的发展问题依然严峻。中国提出共建“一带一路”（“丝绸之路经济带”和“21世纪海上丝绸之路”的简称）的重大倡议，顺应世界多极化、经济全球化、文化多样化、社会信息化的潮流，秉持开放的区域合作精神，中国致力于维护全球自由贸易体系和开放型世界经济。增进沿线各国人民的人文交流与文明互鉴，中国将一以贯之地坚持对外开放的基本国策，构建全方位开放新格局，深度融入世界经济体系。推进“一带一路”建设既是中国扩大和深化对外开放的需要，也是加强和亚欧非及世界各国互利合作的需要。<sup>①</sup>推进“一带一路”建设迫切需要将中国成功的富于创新的法律制度推介出去。

中国特色的社会主义法律是社会历史发展规律和自然规律的反映，具有鲜明的科学性和先进性。社会主义法律反映的不是少数人的特殊利益，而是人民的共同利益，尽管这共同利益的具体内容会随着社会的发展变化而变化，但它与历史发展的基本方向和基本规律是一致的。其科学性和先进性主要体现在三个方面：一是坚持了辩证唯物主义和历史唯物主义的世界观和方法论。辩证唯物主义指引人们去发现客观规律，在法律事件中尊重和反映客观规律。二是其善于借鉴中国传统法和外国法的成功经验。三是中国法律的立法体制、立法程序和立法技术适应时代发展而不断改革与创新，立法的质量和水平不断提高。

担保法是民商法的重要组成部分，对促进资金融通和商品流通，保障债权

---

<sup>①</sup> 引自国家发展改革委、外交部、商务部2015年3月28日联合发布的《推动共建丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的愿景与行动》。

的实现，发展社会主义市场经济具有重要的作用。债权担保制度是确保债权人的债权能够实现的一项重要制度，它与资金借贷息息相关。实行债权担保制度的直接目的和意义是，如果债务人不能如期清偿所借债务，债权人则可以通过债权担保制度顺利取得债务的清偿，这样可以在相当程度上防止或者避免债权实现不能所引发的债务危机。担保制度便是经济潮流发展的产物，没有担保，那么市场和信用的发展都将成为空话。债权担保制度，特别是担保物权制度，一般是指不能够当时清偿的交易、商业信用以及银行信用的拓展。

设立债权担保制度的直接目的在于确保债权的履行。债权担保制度的存在，使得债权人的债权受偿或者超出了债务人的财产支配范围，或者取得对债务人的财产的“间接”支配，这样就避免了债权人对债务人的财产没有追及力的缺陷。

有了担保制度，债务人需要拿出相应的财产作为担保才能借到资金或者取得利益，一旦债务人不能或不愿偿还债务时，其作为担保的财物便可以由债权人优先受偿，这在很大程度上保护了债权人的利益，同时也促使债务人积极履行债务，从而促进市场资金的顺利流通，有效弥补了债权本身属性上的缺陷。

救济债权损失是债权担保的最基本的作用。任何一种债权担保措施都或多或少地具有这种作用，其中以人的担保和物的担保最为突出。

总之，债权担保制度的实施，不仅保障了债权人的合法权益，同时，也使得资本借贷得以顺利实现，从而加快了社会经济的货币流通周转速度，促进了社会经济的快速发展。

基于上述原因，有必要把比较成功的中国《担保法》的立法、司法经验进行总结，并将其推向“一带一路”沿线国家，推向全世界。让世界人民共享灿烂的具有中国特色的社会主义法律文化。

由中国国家主席习近平倡导的“一带一路”建设目前已经如火如荼地开展起来，在“一带一路”沿线国家已经取得很大的成就，中国在世界上的影响逐步扩大，习近平主席倡导“人类命运共同体”的理念也得到了世界各国人民的普遍认可。中国法律的先进性，特别是中国特色社会主义法律的先进性已经凸显出来，中国的成文法在社会主义阵营已经成为一面旗帜。中国在四十年的开放过程中，法治建设所取得的成就是有目共睹的，特别是在立法方面，中国特色社会主义法律体系已经基本建成。

在法治建设的进程中，民法的作用已经非常具体、明显地表现出来，民法对社会经济生活的影响非常巨大，担保法在中国整个经济生活中的影响也同样

重要。经济行为需要协调的发展，但是经济行为离不开担保，担保法是一部重要的法律，它的作用不言而喻。笔者经过多年的研习并结合自己近30年的律师执业经验，把有关担保法历年积累下来的相关的理念、原理，包括有关担保法的司法解释和国务院及各部、委最新出台的有关担保的政策、法规、规章的立法原理进行了总结；特别是近年来在担保方面对中国取得的新成就做出了相应论述。

针对最新的适应社会进步、社会发展的担保财产，我国进行改革、实验，全国人大、最高人民法院有的已经作出了一些新的规定。比如说，最典型的抵押就是不动产抵押，那么最传统的，具有代表性的不动产抵押就是建筑物和其他土地附着物抵押以及土地抵押，那么，其他种类的财产抵押都是在中国改革开放的过程中逐步形成的新的担保财产种类，本书对相关的担保财产及其财产制度进行了比较全面的分析、比较，包括海域使用权抵押、土地承包经营权抵押、采矿权抵押、在建工程抵押、预购商品房抵押、动产抵押、浮动抵押、最高额担保、权利质押等，这些担保形式都是在改革开放的过程中形成的，是改革开放立法成果的总结与概括，当然这一过程具有一定的渐进性，所以本书对这些成果进行了固定。特别是农村宅基地、房屋的抵押、流转，农村土地承包经营权、建设用地使用权的转让和抵押问题都是这几年来在中共中央和国务院的倡导之下进行试点实验，目前已经取得了一定的成效与经验。这些有关担保方面的立法以及在立法前所做出的改革试验都取得了一些成效，本书就是将这些实验的成果、立法的成果从理论与实践两个方面进行深入论述与论证。在质权方面，本书着重在动产质押、权利质押，尤其对应收账款质押进行了详尽的论证和论述。本书大约用了三万字的篇幅，重点论述了法定抵押权。法定抵押权，即建设工程价款的优先受偿权，对这一内容其他有关担保法的著作鲜有论述，“法定抵押权的认定和实现”也是长期困惑我们第一线的律师和法官的疑难问题，在司法实践中给我们带来了很多难题，本书通过对法定抵押权的性质、法定抵押权的构成、法定抵押权的效力范围、法定抵押权的实现等几个方面进行了较为详尽的论述，旨在解决我们一线律师和法官在司法实践中所遇到的“法定抵押权”的难题。我们的目标是把目前国内最新的担保方面的立法、司法成果在本书予以体现。

本书作者根据从事担保法律师实务的经验，结合法律实践，力求全面、系统地介绍担保法的基本理论，并反映担保法研究的最新成果，本书使用了大量案例进行论证，使之尽量符合一线律师、法官的需要，并对其他读者学习担保

法提供指导。本书基本按照《中华人民共和国担保法》的体系编写而成，共分七章，分别为担保的一般原理、保证、担保物权、抵押权、质权、留置权和定金。

本书的作者是一个团队，全书的通稿由史国政律师完成，第一章担保的一般原理、第二章保证和第七章定金这三部分是由刘伯安律师撰写；第四章抵押权第五节无效抵押及其法律责任，第六节未办理抵押登记的抵押合同、抵押权的效力及责任及第七节抵押权的实现条件、方式及实现程序由何红艺律师撰写；浮动抵押、最高额抵押、农村土地承包经营权抵押及质权概述、动产质权这几部分是由王乐雷律师撰写，其余章节的撰稿，通篇的校稿、定稿是由史国政律师完成。我们这个写作团队的每个成员都为本书的写作付出了大量心血与汗水，在此对我们的写作团队和校对人员表示衷心的感谢。

史国政

2018年于中国郑州

# 目录



Contents

## 第一章 担保的一般原理

### 第一节 担保概述 / 002

- 一、担保的概念及历史沿革、立法状况 / 002
- 二、担保的特征 / 005
- 三、担保的类型 / 008
- 四、反担保 / 010
- 五、担保法的基本原则 / 013
- 六、中国有关担保的法律渊源及框架体系 / 019
- 七、中国担保制度的健全和完善 / 020

### 第二节 担保的设立及有关担保的法律责任 / 022

- 一、担保设立的前提 / 022
- 二、担保设立的方式及担保合同内容 / 022
- 三、中国担保法规定的法律责任类别 / 024
- 四、有效担保合同、无效担保合同的责任及承担 / 027
- 五、以表见行为签订的担保合同的效力及法律责任 / 031

### 第三节 担保的效力 / 034

- 一、担保效力的概念与内容 / 034

\

二、主债权债务合同变更对担保效力的影响 / 035

三、担保竞存的效力 / 038

## 第二章 保证

### 第一节 保证概述 / 042

一、保证的含义 / 042

二、保证的特征 / 043

三、保证的类型 / 045

### 第二节 保证合同 / 049

一、保证合同的概念与特征 / 049

二、保证合同的当事人 / 049

三、保证合同的内容 / 053

四、保证合同的形式 / 054

### 第三节 保证责任 / 056

一、保证责任的方式 / 056

二、保证责任的范围 / 057

三、主合同变更对保证责任的影响 / 059

四、保证责任的免除和消灭 / 060

### 第四节 保证期间 / 061

一、保证期间的概念与性质 / 061

二、保证期间的确定 / 065

三、保证期间的意义与价值 / 067

四、保证合同的诉讼时效 / 069

### 第五节 保证效力 / 072

一、保证对保证人与债权人之间的效力 / 072

二、保证对保证人与债务人之间的效力 / 078

### 第六节 特殊保证 / 084

一、共同保证 / 084

二、最高额保证 / 088

## 第七节 无效保证合同及其法律责任 / 091

一、保证无效的几种情形 / 091

# 第三章 担保物权

## 第一节 担保物权概述 / 096

一、担保物权的概念 / 096

二、担保物权的特征 / 096

三、担保物权的取得的基础原因和担保的债权的范围 / 100

四、物的担保、人的担保、混合共同担保 / 103

五、流质契约的禁止 / 107

六、担保物权消灭与担保物权诉讼时效 / 109

# 第四章 抵押权

## 第一节 抵押权概述 / 114

一、抵押权的概念和特征 / 114

## 第二节 抵押权的设定 / 116

一、抵押权设定方式 / 116

二、抵押当事人 / 117

三、抵押物 / 117

四、抵押权设定后所及标的物的范围 / 118

## 第三节 抵押登记 / 136

一、抵押登记的含义 / 136

二、抵押权登记的法理依据 / 136

三、抵押登记的作用 / 138

四、抵押登记机关 / 139

五、抵押登记的效力 / 141

#### 第四节 抵押关系当事人的权利 / 149

一、抵押权人的权利 / 149

二、抵押人的权利 / 154

#### 第五节 无效抵押及其法律责任 / 167

一、无效抵押 / 167

二、论抵押权设立不能与无效抵押合同的责任承担 / 170

#### 第六节 未办理抵押登记的抵押合同、抵押权的效力及责任 / 173

一、未办理抵押登记的不动产抵押合同效力及责任 / 174

二、“地随房走、房随地走”未登记抵押权的效力、责任及其性质 / 182

#### 第七节 抵押权的实现条件、方式及实现程序 / 192

一、抵押权的实现条件 / 192

二、抵押权的实现方法 / 193

三、抵押权的实现程序 / 196

四、抵押权的顺位 / 222

#### 第八节 法定抵押权 / 229

一、法定抵押权 / 229

#### 第九节 抵押种类分述 / 265

一、建筑物和其他土地附着物抵押 / 265

二、土地抵押 / 280

三、海域使用权抵押 / 295

四、土地承包经营权抵押 / 302

五、采矿权抵押 / 312

六、在建工程抵押 / 320

七、预售商品房抵押 / 341

八、动产抵押 / 357

九、浮动抵押 / 384

十、共同抵押权 / 397

十一、最高额抵押 / 398

## 第五章 质权

### 第一节 质权概述 / 410

一、质权的概念 / 410

二、质权的特征 / 411

### 第二节 动产质押 / 417

一、动产质权的含义和标的物 / 417

二、动产质权的设立 / 421

三、动产质权的取得 / 426

四、出质人的权利和义务 / 431

五、质权人的权利和义务 / 441

六、动产质权的实现 / 447

七、动产质权的消灭 / 453

八、最高额质权 / 456

### 第三节 权利质权 / 457

一、权利质权的概念 / 457

二、权利质权的标的 / 457

三、权利质押的登记及权利质押应注意的事项 / 460

四、权利质权的设定 / 462

五、应收账款质押 / 464

## 第六章 留置权

### 第一节 留置权的概念和特征 / 480

一、是一种担保物权 / 480

二、是以动产为标的物的担保物权，以占有为标志 / 480

三、是法定担保物权 / 480

四、可以两次发生效力 / 481

五、不具有追及效力 / 481

## 第二节 留置权的成立条件 / 481

一、债权人必须合法占有债务人的动产 / 481

二、债权人占有的债务人的动产与债权属于同一法律关系 / 482

三、债权须已届满清偿期而债务人未按规定的期限履行义务 / 482

## 第三节 留置权人的权利和义务 / 484

一、留置权人的权利 / 484

二、留置权人的义务 / 485

## 第四节 债务人的权利和义务 / 486

一、债务人的权利 / 486

二、债务人的义务 / 486

## 第五节 留置权与质权、抵押权的冲突 / 486

一、抵押权与留置权 / 486

二、质权与留置权 / 490

三、抵押权与质权（即动产同时存在抵押权和质权） / 491

## 第六节 留置权的实现及诉讼时效 / 491

# 第七章 定金

## 第一节 定金概述 / 494

一、定金的概念与特征 / 494

二、定金的种类与性质 / 495

三、定金与相关制度的区别 / 497

## 第二节 定金合同 / 499

一、定金合同的形式 / 499

二、定金合同的内容 / 499

三、定金罚则的适用条件及合同履行后定金的处理 / 502

### 第三节 定金的效力 / 502

一、定金的证约效力 / 502

二、定金的预先给付效力 / 503

三、定金的担保效力 / 503

参考文献 / 509





## 第一章

---



# 担保的一般原理

## 第一节 担保概述

### 一、担保的概念及历史沿革、立法状况

担保在现代汉语中的含义是指对某一事项所做的承诺或保证。在法律意义上则是指为保障债权人的债权得以实现，根据法律规定或当事人的约定，以第三人的一般财产（包括信誉）或以债务人或第三人的特定财产保障债务履行、债权清偿的法律制度或法律手段。在人类文明进化的过程中，生产力是社会发展的基本动力。因此，整个人类社会的发展史，在很大程度上是社会生产力水平和社会经济水平的发展史。当社会生产力水平发展到一定阶段，由于商品交换的逐步频繁、社会经济的相对繁荣，人们自然产生了保障交易安全的制度需求。因此，早在公元前7世纪，古希腊各城邦国家就产生了担保制度的雏形。<sup>①</sup>而后，随着社会经济模式由古典商品经济向自由商品经济的转型，绝大多数经济交往均需依据契约而完成，债法因此取得了重要地位。如何在日常经济交往中实现对商业信用的切实保障、如何在资源稀缺的情况下实现对物的多重利用，势必成为社会密切关注的立法重心。由此，担保制度不仅在近代真正得以确立，而且还以前所未有的方式扩展了自身容量。显而易见，由单个的商品交换而至全社会的商品交换、由简单的经济运行模式而至复杂的经济运行模式、由对物的单纯利用到对物的综合利用，成为担保制度形成发展的根本原因。由于存在债务人可能有意无意不履行债务的风险，民法上设计了多种确保债权安全的担保制度，构建了完整的担保体系，广义的担保还包括债的保全，也即一般担保，指以债务人的全部财产（一般财产）作为对所有债权人债权实现的责任财产，主要形式为代位权与撤销权。

在经济与法律互动的基础上，担保制度随着社会经济模式的转换和生产力水平的不断提高，始呈现出担保方式逐渐增加的规律和趋势。在古代社会，由于商品经济不发达，经济模式处于简单状态，担保制度自然不发达，担保

<sup>①</sup> 何勤华：《外国法制史》，法律出版社1997年版，第60、70页。

方式也比较单一。同时，由于生产力水平不高，能够作为担保标的物的种类也不多，较少有担保价值者，仅有土地和房屋。所以，当时的担保物权多以不动产为标的物。这样，在罗马法中先后出现的三种物权担保类型仅仅是信托、质权（占有质）和抵押（非占有质）；<sup>①</sup>在日耳曼法中也仅存在所有质、古质（占有质）和新质（非占有质）三种<sup>②</sup>；而古代中国的物权担保形式也只有“典”和“当”两种形式。本书主要从狭义上对债的特别担保进行阐述。

根据“担保”的概念，可以从以下三个方面理解其含义：

（一）债的担保是以确保特定债权人的债权实现为目的的，这是其与债的保全最根本的区别。债的保全的标的仅限于债务人的一般财产或信用，且保障的是所有债权人的全部债权，各个债权之间在法律效力上并无优劣之分，债权的实现面临着清偿比例降低或不能清偿的风险。担保制度设立的根本目的即为确保某个特定债权能优先于其他债权得以清偿。

（二）债的担保的标的是第三人的信用以及第三人或债务人的特定财产，债务人的一般财产或信用是债的保全的标的，其存在财产减少或信用缺失的风险，故不能作为担保的标的。

（三）债的效力指债务人承担的债的履行不能的责任，而由于债务人责任的有限性及各债权人地位的平等性，对特定债权人的债权来说没有完全的保障，而担保制度的设定使债的效力得以进一步加强和补充，从此意义上来讲，债权人享有的担保权利相对于债权人的债权这个主权利而言为从权利。

中华人民共和国成立以来，担保制度经历了一个相对缓慢的发展历程。在1949年后的相当长的一段时期内，国家实行单一的公有制和计划经济体制，在这种经济体制下，不存在真正的市场，更无谓市场风险，一切生产活动均按国家计划进行，因而担保也就没有存在的必要。

1978年中共十一届三中全会以后，改革开放使商品经济日趋繁荣，客观上产生了对旨在保障交易安全的担保的迫切需要。1981年颁布的《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）首次对“担保物权”进行了相关规定，是中国担保制度迈出的重要一步。但这部法律仅规定了特定范围、特定对象的留置权，而未对抵押权、质权以及普遍意义上的留置权作出具体规定。1986年颁布实施的《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法

---

① 周楠：《罗马法原论》，商务印书馆1994年版，第391-395页。

② 郭明瑞：《担保法》，中国政法大学出版社1998年版，第99页。

通则》)在《经济合同法》的基础上,不仅对留置权的适用范围、适用条件、适用对象做出了进一步的扩大,还增加了对“抵押权”的规定。但由于历史局限性,《民法通则》将抵押权、留置权归入了“债权”部分,对“物权”并未予以明确承认,这两种担保物权的法律地位与性质受到民法学界诸多非议,也引起了一系列争论。

1992年10月中国共产党第十四次全国代表大会确立了建立社会主义市场经济体制的新目标,为中国社会主义市场经济的发展注入了一股强大的新生力量。在发展过程中,各种经济往来中的问题也越发突出,比如典型的“三角债”便是一直困扰着交易双方乃至全社会头疼的问题。社会的需求催化法律的诞生,1995年6月第八届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过了《中华人民共和国担保法》(以下简称《担保法》),具体补充并完善了在《民法通则》的基础上所形成的三大担保物权——质权、抵押权以及留置权,建构了中国的物权担保制度的基本体系,最高人民法院于2000年12月13日发布了《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》(共134条,以下简称《担保法司法解释》),对《担保法》在社会生活中的具体适用起了重要的作用,规定了包括保证、定金、抵押、质押与留置五种担保形式,初步建立了较为完备的担保法律制度。随着实践中出现的新情况、新问题,中国立法机关在《担保法》的基础上,并吸收借鉴国外关于担保物权立法的先进经验,中华人民共和国第十届全国人民代表大会第五次会议于2007年3月通过了《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》),将《担保法》中关于抵押、质押与留置等物保方式的制度规定进行了吸收、补充与修改,并明确将其定性为担保物权,其物权性表现在首先其效力是对担保物本身交换价值的支配性,其次担保物权也具有对抗第三人的效力,具有物权绝对性的特征,最后其受到侵害时可以行使物上请求权等物权的救济手段,且物权实现时无须借助债务人的给付行为而是通过拍卖等形式直接优先受偿。

《物权法》使担保物权制度得以进一步完善,为了适应市场经济发展的需要,还进行了一些制度创新,比如规定了动产浮动抵押及可转让基金份额与应收账款质押等制度扩大了担保财产的范围,增加了发生当事人约定的可以实现担保物权的情形,完善了最高额抵押规则以及转质权制度等。但是有限的担保物权种类还是无法满足社会主义市场经济的发展对担保方式多样化的迫切要求。如今,所有权保留、让与担保、融资租赁、保付代理等非典型担

保如雨后春笋般出现，并以它们独特的优势取得了市场主体的欢迎，不可避免地进入了理论界和司法实务界的关注视野内。本书在阐述担保制度一般规则的同时一并探讨担保物权的有关特别规定。

## 二、担保的特征

担保制度是以保障债权实现为目的的法律手段或措施，总是与债密不可分，其一般特征包括以下几个方面：

### （一）从属性

担保合同的从属性，又称附随性、伴随性，是指担保合同的成立和存在必须以一定的合同关系的存在为前提。被担保的合同关系是一种主法律关系，为之而设立的担保关系是一种从法律关系。《担保法》第5条第1款规定：“担保合同是主合同的从合同……”担保合同的订立目的是保障所担保的债务履行，保护交易安全和债权人利益。

担保合同的从属性主要表现在以下四个方面：一是成立上的从属性，即担保合同的成立应以相应的合同关系的发生和存在为前提，而且担保合同所担保的债务范围不得超过主合同债权的范围。二是处分上的从属性，即担保合同应随主合同债权的转移而转移。三是消灭上的从属性，即主合同关系消灭，为其所设定的担保合同关系也随之消灭。四是效力上的从属性，担保合同的效力依主合同而定。担保合同的订立时间，可以是与主合同同时订立，也可以是主合同订立在先，担保合同随后订立。

从属性主要指担保之债与被担保之主债的主从关系，其在效力上从属于主债。例如，主债不成立，担保无从谈起；主合同债权发生转移，担保也随之转移；主债务人变更，经担保人书面同意，即对之发生担保转移的效力；主债权无效，担保也随之无效；还有如主债权内容变更，主债权消灭及当事人之间发生诉讼等情形，在效力上都会对担保造成直接影响。

但是根据《担保法》第5条第1款规定：“……担保合同另有约定的，按照约定。”因此，当事人约定担保合同不从属于被担保的合同的，若被担保的合同无效，担保合同并不因之而无效。《担保法》第14条和第59条也明确规定了最高额保证和最高额抵押，允许为将来存在的债权预先设定保证或者抵押权。

## （二）自愿性

指担保除少数情况如留置权由法律直接规定外，一般由债权人、债务人、担保人三方自愿设定，如担保是否设定、采用何种形式以及被担保债务的范围等均由当事人自主决定，如果担保人是在被欺骗、被胁迫等不正当手段的情况下提供担保的，则担保合同是无效的。

## （三）相对独立性

担保合同的相对独立性，是指担保合同尽管属于从合同，但也具有相对独立的地位，即担保合同能够相对独立于被担保的合同债权而发生或者存在。担保合同的相对独立性主要表现在以下两个方面：一是发生或存在的相对独立性，即担保合同也是一种独立的法律关系。担保合同的成立，和其他合同的成立一样，须有当事人的合意，或者依照法律的规定而发生，与被担保的合同债权的成立或者发生分属于两个不同的法律关系，受不同的法律调整。二是效力的相对独立性，即依照法律的规定或者当事人的约定，担保合同可以不依附于被担保的合同债权而单独发生效力，此时，被担保的合同债权不成立、无效或者失效，对已经成立的担保合同的效力不发生影响。此外，担保合同有自己的成立、生效要件和消灭的原因，而且，担保合同不成立、无效或者消灭，对其所担保的合同债权不发生影响。

## （四）或然性

指担保人是否最终承担担保责任具有不确定性，在主合同债务人完全履行合同或者有不履行合同的合法抗辩理由，或者债权人不主动行使甚至放弃行使担保请求权，又或者其没有在担保期间提出行使担保请求权的，担保人是不用承担担保责任的。

## （五）补充性

担保合同的补充性是指合同债权人所享有的担保权或者担保利益对主债权具有补充意义。担保合同的补充性主要体现在以下两个方面：

1. 责任财产的补充，即担保合同一经有效成立，就在主合同关系的基础上补充了某种权利义务关系，从而使保障债权实现的责任财产得以扩张，或使债权人就特定财产享有了优先权，增强了债权人的债权得以实现的可能性。

2. 效力的补充, 即在主合同关系因适当履行而正常终止时, 担保合同中担保人的义务并不实际履行。只有在主债务不履行时, 担保合同中担保人的义务才履行, 使主债权得以实现。

担保物权作为担保制度的一种方式, 除符合担保的一般特征外, 还具有自己的特点:

### 1. 物上代位性

指担保物权的效力及于担保财产因毁损、灭失所得的赔偿金等代位物上, 由于担保物权设立的目的是支配担保财产的交流价值并优先受偿, 对其本身的使用价值或实物形态的改变并不关注, 即使其本身毁损、灭失, 只要表现其交换价值的替代物存在, 担保物权人即可对之行使权利。《物权法》第 174 条规定: “担保期间, 担保财产毁损、灭失或者被征收等, 担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿。被担保债权的履行期未届满的, 也可以提存该保险金、赔偿金或者补偿金等。”

### 2. 不可分性

指担保物权所担保的债权之债权人, 在其债权未完全受偿之前, 有权就担保财产之全部行使优先受偿权, 不受担保财产是否被分割或者部分毁损灭失, 以及所担保的债权是否已部分履行的影响, 《担保法司法解释》对其不可分性做了明确规定, 具体表现在以下几个方面: 一是担保物一部分灭失, 其余部分仍担保全部债权; 二是担保物因共有等原因被分割的, 分割后的各部分仍担保全部债权; 三是债权被部分清偿或因抵销、混同等原因部分消灭的, 未消灭的部分债权仍可对担保财产的全部行使权利; 四是债权的一部分分割或转让时, 数个债权人或受让人均可对担保财产的全部行使权利; 五是当担保财产价值上扬, 债务人无权减少担保财产, 当担保财产价值下跌时, 债务人也无义务再补充担保财产。

### 3. 优先受偿性

指债务人不能履行债务时, 债权人可协议通过对担保财产进行折价、拍卖、变卖等形式, 从所得价金中优先于其他债权人得以受偿, 其优先性还表现在当担保财产被查封、被执行时, 担保物权人可优先行使担保物权, 以其变价优先受偿; 另外, 在担保人被宣告破产时, 其破产财产不包括已设定担保的财产, 担保物权人享有别除权, 可以不将担保财产列入破产财产。

优先受偿性是担保物权的最主要效力。担保物权的优先受偿性主要体现在两个方面: 一是优先于其他不享有担保物权的普通债权; 二是有可能优先于其

他物权，如后顺位的担保物权。但需要注意的是，担保物权的优先受偿性并不是绝对的，如果本法或者其他法律有特别的规定，担保物权的优先受偿效力会受到影响，如中国海商法明确规定，船舶优先权人优先于担保物权人受偿；中国新修订的《破产法》<sup>①</sup>明确规定，一定比例的职工工资优先于担保物权受偿。基于此，《物权法》规定，担保物权人在债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，依法享有就担保财产优先受偿的权利，但法律另有规定的除外。这里的“但法律另有规定的除外”就是指这些特殊情形。

#### 4. 物上请求权

指担保物权设定后，因担保人或第三人的行为致使担保物价值降低或贬损的，担保物权人可请求担保人或第三人停止侵害、恢复原状、消除危险、排除妨害，使担保财产恢复到原来的价值。由于担保物权是设立在债务人或第三人所有的财产上且在债务人到期不履行债务等条件成就时才能行使的权利，具有一定的期待性，为了有效维持担保财产的价值安全，保障债权人权利的实现，法律赋予了债权人用类似物权的保护方式来保护担保财产的权利。《物权法》第193条规定：“抵押人的行为足以使抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求抵押人停止其行为。抵押财产减少的，抵押权人有权要求恢复抵押财产的价值，或者提供与减少的价值相应的担保。抵押人不恢复抵押财产的价值也不提供担保的，抵押权人有权要求债务人提前清偿债务。”

### 三、担保的类型

根据不同的标准，可将担保的方式做如下分类：

#### （一）人的担保与物的担保

根据担保物标的的不同，可将担保分为人的担保与物的担保，是债权担保最为常见的分类。人的担保是指以债务人以外的第三人的一般财产（信用）来为债权提供担保，在《担保法》里主要指保证担保，即由债务人提供同意为其担保的第三人，再由第三人与债权人约定当债务人不履行债务时，由其负责清偿债务人的债务。物的担保又指担保物权，在债务人不履行债务或者

---

<sup>①</sup> 中华人民共和国第十届全国人民代表大会常务委员会第二十三次会议于2006年8月27日公布，自2007年6月1日起施行。

发生当事人约定的实现担保物权的情形时，债权人依法享有就担保财产优先受偿的担保类型，担保物权的方式包括抵押、质押、留置、定金等。两者的主要区别：首先，主体不同，人的担保仅为债务人以外的第三人，而物的担保既可以是第三人也可以是债务人本人；其次，标的不同，人的担保标的为第三人的一般财产，也即信用担保，而物的担保标的为债务人或第三人提供的不动产、动产、权利等特定的财产，物的担保因可以对特定财产变价并优先受偿，比人的担保更加可靠；最后，法律效力不同，人的担保为信用担保，对债权人来讲相当于多了一份保障，其性质依然为债权，而物的担保产生的效力是对特定财产的交流价值进行支配的物权。

## （二）约定担保与法定担保

依担保设立的根据和方式的不同，可将之分为约定担保与法定担保。约定担保又称意定担保，指当事人之间基于一致的意思表示，自行订立担保合同的方式，其当事人为债权人与提供担保的第三人或债务人，他们之间可以在法律允许范围内自由约定是否设立担保以及设立担保的方式、担保的范围与实现等内容，约定担保可充分表达担保关系当事人的真实意思，具有更为广泛的适用余地，《担保法》规定的约定担保的方式主要有保证担保、抵押担保、质押担保、定金担保等。法定担保指为了保护特定债权，由法律直接规定其成立并产生法律效力的担保方式，主要包括两种情形：一是法律直接规定某些特别的债权可就债务人财产优先受偿的担保，如优先权；二是法律直接规定担保成立的条件，待条件成就时该种法定担保就能自动成立，如留置权，但当事人可以约定对留置事先排除适用，《物权法》第 232 条，除法律规定不得留置的动产外，当事人可以采用约定的方式排除适用留置物。

## （三）典型担保与非典型担保

以法律规定的担保适用的类型为标准，可分为典型担保与非典型担保。典型担保指中国相关民事法规已明确规定的担保类型，主要包括保证、抵押、质押、留置、定金及优先权等担保方式。保证是指在债务人不履行债务时，由债务人以外的第三人以其一般财产和信用代为履行债务或承担连带责任的担保方式；抵押是指将债务人或第三人不转移占用的财产抵押给债权人，在债务人不履行到期债务或发生当事人约定的实现抵押权的情形时，债权人可就该财产优先受偿的担保方式；质押是指债务人或第三人将其动产或权利出质给

债权人占有，在债务人不履行到期债务或发生当事人约定的实现质权的情形时，债权人可就该财产优先受偿的担保方式；留置是指债权人按照合同约定占有债务人的财产，当债务人不履行债务时，债权人可直接留置该财产，债务人在一定期限内仍不履行债务的，债权人可将该财产折价，或从该财产拍卖、变卖的价款中优先受偿；定金是指合同当事人一方预先支付一定数额的金钱以确保合同履行的担保方式，如预付定金一方违约则无权索回定金，对方违约则须返还两倍的定金；优先权是指法律直接规定某些特别的债权可就债务人的一般或特定财产优先受偿的担保方式，中国法律规定的优先权主要包括职工工资和劳动保险费的优先权、建筑工程承包人的优先权、船舶优先权和民用航空器优先权等。非典型担保指在现实生活中虽具有担保作用但担保法尚未将其明确规定为担保的担保方式，主要包括让与担保、所有权保留与票据保证等几种方式。非典型担保一般情况下是约定担保。

#### （四）一般担保与特别担保

以上几种对担保方式的划分其实都是在特别担保的范围内进行的再划分，广义的担保还包括一般担保，也即债的保全，指债务人以其全部财产对全部债权人承担的无限责任。由于债务人在其日后的相关经济活动中其财产会处于不断增减的过程中，特别是不能排除债务人为了逃避债务甚至会恶意转移或处分其财产，或怠于行使对第三人享有的债权，其结果会使其财产不当减少，进而危及债权人债权的情形出现，法律赋予债权人享有代位权和撤销权以保全债权人的债权，但法律不能限制债务人参与新的债权债务关系，债务人的资信及偿债能力仍处于不断变化之中，且所有债权人地位是平等的，当债务人不履行债务时，各债权人只能按比例受偿，则必然会导致债权人的债权不能得以充分保障。为了充分保障特定债权人的债权得以实现，法律另创设了特别担保制度，就债务人或第三人的特定财产或第三人的信用作为债务履行的保障，目的是强化债务人清偿特定债务的能力，打破债权平等的原则，保障特定债权人优先于其他债权人受偿。

## 四、反担保

反担保的概念，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，但在今日国际贸易的实践中偶见提及，并将反担保作为

与借款担保、保释金担保、票据担保等并列运作的一个担保种类。<sup>①</sup>唯中国《担保法》则直接明确地界定了反担保的内涵。《担保法》颁行后，有代表性的著述认为：反担保是指债务人对为自己债权人提供担保的第三人提供的担保，<sup>②</sup>或指第三人为债务人向债权人提供担保时，债务人应第三人的要求为第三人提供的担保。<sup>③</sup>上述两种定义都一致认为反担保是担保之一种。

通说认为：反担保，是指债务人或第三人向担保人作出保证或设定物的担保，在担保人因清偿债务人的债务而遭受损失时，向担保人作出清偿。所谓反担保，又称求偿担保，或者担保之担保，是相对于担保人向债权人提供的本担保而言的。例如，借款人欲向银行贷款，银行要求贷款人提供保证人，保证人可以自己的信用或自己的特定财产来担保，此为本担保，其由此要为本担保承担一定的风险，反过来要求贷款人为自己再提供担保，即反担保。反担保实际上是担保人转移或避免其担保行为产生损失风险的一种措施，担保人承担了担保责任后即取得代位求偿权，得以向债务人追偿，但由于追偿权的性质为一般债权，如债务人没有足够的财产清偿，则其追偿权就会很难实现，为了避免风险，担保人就需采取一定的措施来保障其权利，这一措施就是反担保，从实质上看，反担保的对象是对担保人追偿权的担保。反担保的方式可以为另外一个第三人提供的保证，也可以是另外一个第三人或债务人本人提供的抵押或质押，定金和留置是不可以成为反担保的方式的。反担保是担保人与反担保人之间担保合同关系，不受原债权债务关系的影响，如甲欠银行100万元，丙为保证人，丙担心向甲求偿的风险而犹豫不决，丁说如甲不能还你钱由我负责，则丁为反担保人，如后来甲不能归还贷款，丙也没有可供执行财产，银行是不可以要求丁承担清偿责任的。《担保法》第4条及《物权法》第171条第2款对反担保做了明确规定。

《物权法》第171条第2款规定：“第三人为债务人向债权人提供担保的，可以要求债务人提供反担保。反担保适用本法和其他法律的规定。”《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。”

在反担保中，与反担保相对应并作为设定反担保前提的担保称为本担保。

---

① 张向东：《对外担保》，中国对外经济贸易出版社1992年版，第10~15页。

② 董开军：《担保法原理与条文释义》，中国计划出版社1995年版，第14页。

③ 唐德华：《最新担保法实用问答》，人民法院出版社1995年版，第7页。

反担保只是与本担保相对应的概念。本担保中的担保人称为本担保人，而反担保中的担保人称为反担保人。

反担保的主要功能在于，使担保人的追偿权得以实现，其宗旨在于保障担保人的追偿权。担保人为债务人承担责任之后，其对债务人享有追偿权，为了保障这种追偿权的实现，就有必要设立反担保。反担保可以适用于各种担保形式，不管是物的担保还是人的担保，担保人都可以要求债务人提供反担保。

反担保的成立需具备下列条件：

#### （一）反担保是以本担保的存在为前提的

一般认为，反担保是从属于本担保的，反担保依附于本担保而存在，本担保是反担保存在的前提和基础；本担保不成立，反担保也就不成立。但是反担保的责任又具有一定的独立性，不完全依附于本担保。《担保法司法解释》第9条规定：“担保人因无效担保合同向债权人承担赔偿责任后，可以向债务人追偿，或者在承担赔偿责任的范围内，要求有过错的反担保人承担赔偿责任。担保人可以根据承担赔偿责任的事实对债务人或者反担保人另行提起诉讼。”另外，当事人可以在反担保合同中约定，反担保合同的效力可以独立于本担保合同的效力，此种约定也是有效的。

#### （二）提供反担保的主体不限于债务人，还包括债务人以外的其他人

《担保法司法解释》第2条第2款规定：“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。”债务人充任反担保人时，只能提供物的担保，不能将保证作为反担保的形式。因为债务人本身不能作为保证人，他以保证作为反担保成为反担保人毫无实际意义。如果反担保人是债务人以外的其他人，则不仅可以提供物的担保也可以提供人的担保。

#### （三）关于反担保适用的范围，《担保法司法解释》限定为保证、抵押或者质押

这就是说，在留置等法定担保物权中，不可能产生反担保，而只能在约定担保中产生。因为法定担保是基于特定事实出现而产生的，当事人无法预见其担保责任的承担，所以也不可能以约定反担保的方式对其追偿权的实现作出事先的安排。另外，在法定担保中，担保责任的承担人往往就是债务人，一般不会产生追偿权，也没有必须采取反担保的形式。

#### （四）反担保也应当有一定的形式要求

《担保法》第4条第2款规定：“反担保适用本法担保的规定。”如书面形式、登记手续等。

反担保成立以后，必须在担保人实际承担了担保责任，并据此对债务人、反担保人产生了追偿权，追偿权成立并生效。

### 五、担保法的基本原则

担保法的基本原则是效力贯穿担保活动始终的根本规则，是对担保经济活动关系的本质和规律以及立法者在担保领域所奉行的立法政策的集中反映，是克服担保法律局限性的工具。担保活动属于民事活动的一种，《担保法》是民法的特别法。因此，《担保法》的基本原则，事实上也就是中国民法的基本原则。关于“民法基本原则”的概念，有学者认为，它是民事立法的指导方针、解释法律的依据和补充法律漏洞的基础；<sup>①</sup>也有学者认为，是民法规范从制定到实施所贯穿始终的根本准则；<sup>②</sup>还有的学者认为，它是民法中最高层次的价值准则，是全部民法的主导思想所在。<sup>③</sup>

民法的基本原则反映民事生活的根本属性，尤其是市民社会的一般条件、趋势和要求。2017年3月15日，第十二届全国人民代表大会第五次会议高票通过的《中华人民共和国民法总则》（以下简称《民法总则》）是民法典的总纲，制定了普遍适用于民商法各个部分的基本规则，是民法典中最基础、最原则、最通用的部分。《民法总则》确立的基本原则是民事主体从事民事活动和司法机关进行民事司法裁判应当遵循的基本原则，《民法总则》第4-10条对中国民法的基本原则做了规定，基本原则是对民法内容有普遍约束力的原则，是指导民事立法、民事审判和民事活动的基本准则，《担保法》规定，担保活动应当遵循平等、自愿、公平、诚实信用的原则。因此，《担保法》的基本原则包括平等原则、自愿原则、公平原则、诚实信用原则。

担保法的基本原则是具有普遍约束力的法律规则，这包含以下几层意思：

---

① 梁慧星：《民法总论》，法律出版社2001年版，第48页。

② 杨立新：《民法》，中国人民大学出版社2000年版，第一章第二节。

③ 龙卫球：《民法总论》，中国法制出版社2002年版，第48页。

任何担保当事人都应当遵循基本原则，按照基本原则从事担保活动，违反了基本原则的担保活动，当事人要承担相应的法律责任，甚至要受到法律制裁；担保法的基本原则是有权解释法律的国家机关正确解释担保法的条文、含义的准绳，不能离开基本原则去随意地解释《担保法》。也就是说，担保法的基本原则是对担保的法律条文进行理解和解释的基准。

需要注意的是，尽管担保法基本原则的地位非常重要，但在司法实践中，如果有具体的法律规定，原则上不能以基本原则作为裁判案件的依据，而必须依据具体的《担保法》条文或者其他相关法律的规定来裁判。

民法基本原则的意义在于：

民法的基本原则是民事立法的准则，因为民法基本原则作为整个民法制度的“灵魂”，是民事主体从事各种民事活动的基本准则，渗透到了民法的各个方面和各种法律状态下，<sup>①</sup>蕴含着民法调控社会生活所欲实现的目标，所欲达致的理想，是中国民法所调整的社会关系本质特征的集中反映，集中体现了民法区别于其他法律，尤其是行政法和经济法的特征。它贯穿于整个民事立法，确定了民事立法的基本价值取向，是制定具体民法制度和规范的基础。

民法的基本原则是从事民事活动的行为准则和处理民事纠纷的依据。<sup>②</sup>民事主体所进行的各项民事活动，不仅要遵循具体的民法规范，还要遵循民法的基本原则。在现行法上对于民事主体的民事活动欠缺相应的民法规范进行调整时，民事主体应依民法基本原则的要求进行民事活动。

法的基本原则是解释、理解民事法律的依据和补充法律漏洞的基础，<sup>③</sup>民法的基本原则是法院对民事法律、法规进行解释的基本依据。法院在审理民事案件时，须对所应适用的法律条文进行解释，以阐明法律规范的含义，确定特定法律规范的构成要件和法律效果。法院在对法律条文进行解释时，如有两种相反的含义，应采用其中符合民法基本原则的含义。无论采用何种解释方法，其解释结果均不能违反民法的基本原则。如果法院在审理案件时，在现行法上未能获得据以作出裁判的依据，这就表明在现行法上存在法律漏洞。此时，法院应依据民法的基本原则来进行法律漏洞的补充。

民法的基本原则，是解释、研究民法的出发点。学者在对民法进行解释、

① 孙国华主编：《法理学》高等学校法学教材，法律出版社 1995 年版，第 158 页。

② 杨立新主编：《民法》教育部规划教材，中国人民大学出版社 2000 年版，第一章第二节。

③ 梁慧星：《民法总论》，法律出版社 2001 年版，第 48 页。

研究时，应以民法的基本原则作为出发点，无论何种学说，违背了民法的基本原则，就不是妥当的学说。民法的基本原则，同时也是指导、统领担保法的基本原则，后者包括以下四个方面：

### （一）平等原则

民法中的平等，是指主体的身份平等。身份平等是特权的对立面，是指不论其自然条件和社会处境如何，其法律资格亦即权利能力一律平等。《民法总则》第4条规定：“民事主体在民事活动中的法律地位一律平等。”任何自然人、法人在民事法律关系中平等地享有权利，其权利平等地受到保护。

所谓平等原则，也称为法律地位平等原则。平等原则集中反映了民事法律关系的本质特征，是民事法律关系区别于其他法律关系的主要标志，它是指民事主体享有独立、平等的法律人格，其中平等以独立为前提，独立以平等为归宿。在具体的民事法律关系中，民事主体互不隶属，各自能独立地表达自己的意志，其合法权益平等地受到法律的保护。平等原则是市场经济的本质特征和内在要求在民法上的具体体现，是民法最基础、最根本的一项原则。现代社会，随着在生活、生产领域保护消费者和劳动者的呼声日高，平等原则的内涵正经历从单纯谋求民事主体抽象的法律人格的平等，到兼顾在特定类型的民事活动中，谋求当事人具体法律地位平等的转变。中国民法明文规定这一原则，强调在民事活动中一切当事人的法律地位平等，任何一方不得把自己的意志强加给对方，意在以中国特殊的历史条件为背景，突出强调民法应反映社会主义市场经济的本质要求和社会主义的核心价值观。

### （二）自愿原则

自愿原则的实质，就是在民事活动中当事人的意思自治。即当事人可以根据自己的判断，去从事民事活动，国家一般不干预当事人的自由意志，充分尊重当事人的选择。其内容应该包括自己行为和自己责任两个方面。自己行为，即当事人可以根据自己的意愿决定是否参与民事活动，以及参与的内容、行为方式等；自己责任，即民事主体要对自己参与民事活动所导致的结果承担责任。

自愿原则，是指法律确认民事主体得自由地基于其意志去进行民事活动的基本准则。《民法总则》第5条规定：“民事主体从事民事活动，应当遵循自愿原则，按照自己的意思设立、变更、终止民事法律关系。”自愿原则的存在

和实现，以平等原则的存在和实现为前提。只有在地位独立、平等的基础上，才能保障当事人从事民事活动时的意志自由。自愿原则同样也是市场经济对法律所提出的要求。在市场上，准入的当事人被假定为自身利益的最佳判断者，因此，民事主体自愿进行的各项自由选择，应当受到法律的保障，并排除国家和他人的非法干预。自愿原则的核心是合同（契约）自由原则。虽然有商品经济就有合同自由的概念，但契约自由作为一项法律原则却是迟至近代民法才得以确立。当然，契约自由从来都不是绝对的、无限制的自由。王泽鉴先生说：“在某种意义上，一部合同自由的历史，就是合同如何受到限制，经由醇化，从而促进实践合同正义的记录。”中国实行社会主义市场经济，强调社会公平，注重社会公德和普世价值观，维护国家利益和社会公共利益，对合同的自由有诸多限制。

例如，在中国的邮政、电信、供用电、水、气、热力、交通运输、医疗等领域所存在的强制缔约义务，在保险、运输等许多领域盛行的格式合同或者格式条款，都是对合同自由的限制。

### （三）公平原则

公平原则是指在民事活动中以利益均衡作为价值判断标准，在民事主体之间发生利益关系摩擦时，以权利和义务是否均衡来平衡双方的利益。因此，公平原则是一条法律适用的原则，即当民法规范缺乏规定时，可以根据公平原则来变动当事人之间的权利义务；公平原则又是一条司法原则，即法官的司法判决要做到公平合理，当法律缺乏规定时，应根据公平原则作出合理的判决。

公平原则是指民事主体应依据社会公认的公平观念从事民事活动，以维持当事人之间的利益均衡。《民法总则》第6条规定：“民事主体从事民事活动，应当遵循公平原则，合理确定各方的权利和义务。”公平原则是进步和正义的道德观、社会核心价值观在法律上的体现。它对民事主体从事民事活动和国家处理民事纠纷起着指导作用，特别是在立法尚不健全的领域赋予审判机关一定的自由裁量权，对于弥补法律规定的不足和纠正贯彻自愿原则过程中可能出现的一些弊端，有着重要意义。公平原则在民法上主要是针对当事人间的合同关系提出的要求，是当事人缔结合同关系，尤其是确定合同内容时，所应遵循的指导性原则。它具体化为合同法上的基本原则就是合同正义原则。合同正义系属平均正义，要求维系合同双方当事人之间的利益均衡。作为自

愿原则的有益补充，公平原则在市场交易中，为诚实信用原则和显失公平规则树立了判断的基准。但公平原则不能简单等同于等价有偿原则，因为在民法上就一方给付与对方的对待给付之间是否公平，是否具有等值性，其判断依据采主观等值原则，即当事人主观上愿以此给付换取对待给付，即为公平合理，至于客观上是否等值，在所不问。由此不难看出公平原则的具体运用，必须以自愿原则的具体运用作为基础和前提，如果当事人之间利益关系的不均衡，系自主自愿的产物，就不能谓之有违公平。

#### （四）诚实信用原则

民法中的诚实信用原则就是“要求民事主体在民事活动中维持双方的利益平衡，以及当事人利益与社会利益平衡的立法者意志”<sup>①</sup>。所谓诚实信用，其本意是要求按照市场制度的互惠性行事。在缔约时，诚实并不欺不诈；在缔约后，守信用并自觉履行。如果说任何自由都是受制约的自由，那么诚实信用应是题中之义。然而，市场经济的复杂性和多变性昭示：一方面，无论法律多么严谨，也无法限制复杂多变的市场制度中暴露出的种种弊端，总会表现出某种局限性。民法规定该原则，使法院在审理具体案件中，能主动干预民事活动，调整当事人利益摩擦，使民事法律关系符合正义的要求；另一方面，法院可根据该原则作出司法解释，填补法律的漏洞时，由于该原则位阶高、不确定性强，运用不当也可能会成为司法专横的工具，对该原则的运用，必须与其他原则结合起来统筹考虑。

人类社会进入 20 世纪以后，特别是第二次世界大战以后，随着经济的恢复和发展，科学技术突飞猛进，各发达国家先后进入现代化市场经济时期。社会关系更趋复杂，各种新型案件层迭不穷，立法者疲于应付，不得不更加倚重法官的积极性、能动性、创造性，其结果势必导致诚实信用原则的地位一再提高。日本于战后修订民法典，其总则编第 1 条第 2 款，明定诚实信用为民法的基本原则。我国台湾地区于 20 世纪 80 年代初修订“民法总则”，鉴于“最高法院”态度保守，过分拘泥于文义，误认诚实信用原则仅适用于债之关系，致妨碍法律进步，故于“民法总则”第 148 条增设第 2 款，行使权利，履行义务，应依诚实及信用方法。确立诚实信用原则系属帝王条款，君临全

---

<sup>①</sup> 徐国栋：《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》，中国政法大学出版社 1992 年版，第 74、79、80、81 页。

法域之基本原则。<sup>①</sup>

有学者认为：“诚信原则作为大陆法系中独特的一种法律机制，在大陆法系的范围内具有普遍性。”<sup>②</sup>国外有学者断言：“英国没有诚信原则这样的一般原理，对契约交涉过程的诚信原则持否定态度。”<sup>③</sup>本书认为，在英美法系国家中，虽说早期并没有通过制定法来确认诚实信用原则，但衡平法和判例法很久以前就确认了诚实信用原则。尤其是自 20 世纪以来，美国还通过制定法正式确认了诚实信用原则。

《美国合同法》第二次重述第 205 条规定：合同的每一方当事人在履行合同或强制执行合同时都负有善意行事和从事公平交易的义务。《美国统一商法典》第 1-203 诚信义务：本法调整的所有合同和义务在履行或执行时应遵循诚信原则。2-203 定义及其索引（6）“善意”对于商人而言，是指事实上的诚实和在交易中对公平交易的合理商业标准的遵守。1-102 宗旨；解释原则：通过协议改变本法条款的效力，第 3 款在本法没有相反规定的情形下，本法各条款的效力可以通过当事方的协议加以改变，本法规定的善意、勤勉、合理和注意的义务，不得通过协议加以排除；但是，当事方可以通过协议确定履行这些义务的标准，所确定的标准不得明显不合理。

在民法上，诚实信用原则是指民事主体进行民事活动必须意图诚实、善意、行使权利不侵害他人与社会的利益，履行义务信守承诺和法律规定，最终达到所有获取民事利益的活动，不仅应使当事人之间的利益得到平衡，而且也必须使当事人与社会之间的利益得到平衡的基本原则。《民法总则》第 7 条：“民事主体从事民事活动，应当遵循诚信原则，秉持诚实，恪守承诺。”诚实信用原则是市场伦理道德准则在民法上的反映。中国《民法总则》将诚实信用原则规定为民法的一项基本原则，不难看出，诚实信用原则在中国法上有适用于全部民法领域的效力。作为一般条款，一方面该原则对当事人的民事活动起着指导作用，确立了当事人以善意方式行使权利、履行义务的行为规则，要求当事人在进行民事活动时遵循基本的交易道德，以平衡当事人之

① 王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第 1 册），中国政法大学出版社 1998 年版，第 302-303 页。

② 徐国栋：《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》，中国政法大学出版社 1992 年版，第 74、79、80、81 页。

③ [日] 内田贵：《现代契约法的新发展与一般条款》，胡宝海译，载梁慧星：《民商法论丛》（第 2 卷），法律出版社 1994 年版，第 119 页。

间的各种利益冲突和矛盾，以及当事人的利益与社会利益之间的冲突和矛盾。另一方面该原则具有填补法律漏洞的功能。当人民法院在司法审判实践中遇到立法当时未预见的新情况、新问题时，可直接依据诚实信用原则行使公平裁量权，调整当事人之间的权利义务关系。因此，诚信原则意味着承认司法活动的创造性与能动性。近代以来，作为诚实信用原则的延伸，在各个国家和地区的民法上，又普遍承认了禁止权利滥用原则。该原则要求一切民事权利的行使，不能超过其正当界限，一旦超过，即构成滥用。这个正当界限，就是诚实信用原则。

## 六、中国有关担保的法律渊源及框架体系

第一个层次：《民法通则》和《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）中有关担保的内容及《民法总则》<sup>①</sup>有关担保及民事法律行为的相关内容。

如《民法通则》第89条就有关债的担保的规定，其中有关保证、定金、抵押、留置等担保方式的规定至今仍然在发挥作用。担保合同中的保证合同和抵押合同等就是合同的一种，《合同法》中虽然没有担保合同一节，但担保合同仍然适用《合同法》的基本原则，特别是有些《担保法》中没有规定的，就可以适用《合同法》《民法总则》的具体规定，如《合同法》第42条规定的缔约过失原则就适用于担保合同。

第二个层次：《担保法》《物权法》中“担保物权”部分及《担保法司法解释》等。

这是担保法律框架中的核心部分，主要规定了五种典型的担保方式：保证、抵押、质押、留置、定金。

第三个层次：最高人民法院有关担保问题的其他司法解释。

主要是在《担保法》出台前后，最高人民法院针对司法实践中出现的问题作出的具体答复或规定，有几十个之多，有的至今仍然有效，可以在判决中适用。最具有代表性的是最高人民法院1994年4月15日发布的《最高人民法院关于审理经济合同纠纷案件中有关保证的若干问题的规定》（法发〔1994〕8号，以下简称《有关保证的若干问题的规定》），适用最为广泛，

---

<sup>①</sup> 全国人民代表大会于2017年3月15日通过并公布，自2017年10月1日起施行。

1995年10月1日《担保法》实施以前发生的担保行为所产生的担保纠纷大都适用这个规定。

第四个层次：其他法律、法规和行政规章中有关担保内容的规定。

如《中华人民共和国城市房地产管理法》（以下简称《房地产管理法》）、《中华人民共和国土地使用权出让和转让暂行条例》（以下简称《土地使用权出让和转让暂行条例》）中有关房产抵押和土地使用权抵押的规定，建设部制定的《城市房地产抵押管理办法》等都有担保法律内容，以上都是解决担保问题的法律依据。另外，国务院、财政部、中国人民银行总行也曾下发过有关担保问题的行政规章和规范性文件。

第五个层次：《民事诉讼法》等司法程序中的担保规定。

如民事案件执行程序中的担保，其法律适用与《担保法》的规定不一样。民事司法程序中的担保发生在民事诉讼的司法程序中，如诉前财产保全、诉讼保全、先予执行中的担保及民事执行中的执行担保等，设立担保的目的是保证司法程序的正常进行，或为了保证生效判决义务的履行，或是为了保证司法程序的秩序。

第六个层次：中共中央、国务院及相应机关做出的有关担保的政策、法规、规章。

改革开放是中国的长期国家战略，有许多过时的、与时代发展不相适应的法律规范，必须进行法律规范的修改，中共中央、国务院可以在法律规定的范围内或者依照全国人大及其常委会的授权制定试验性规定、政策，在试验区进行先行先试，实验成功后会再予以推广；然后进行法律修订。这是中国最成功的改革开放的立法经验。

## 七、中国担保制度的健全和完善

与发达国家的立法相比，中国的担保立法无论在体例还是制度上都存在着较大的差距。其核心问题在于，现行立法严重滞后于社会生活实践。因此，如何总结历史的经验教训，尽快健全完善中国的担保制度，是我们需承担的重要历史使命。

### ◎ 关于担保制度的立法体例

立法体例是指一部法律或一项法律制度的表现形式和结构安排。担保制度应以何种体例构建，直接涉及对担保制度的性质、地位、功能和价值的认识。

对各国担保制度的立法体例进行比较分析，有助于合理确定中国担保制度的立法体例。

由于历史、文化和习惯的不同，英美法系和大陆法系的立法体例存在较大差别。大陆法系各国，均将担保制度的基本内容规定于民法典之中，但在具体做法上却有较大区别。除了有关人的担保均规定在民法典的债权编之外，有关物的担保，各国则有不同规定。法国和俄罗斯将其规定在民法典的债权编之中；德国和日本将其规定在民法典的物权编之中；意大利则将其规定在民法典的权利保护编之中。中国至今尚无民法典，因此中国的担保制度规定在专门的《担保法》之中，有人称之为单行法体例。<sup>①</sup>应当说，上述不同安排均有其历史原因和立法理由。法国将其规定在债权编，不仅因为《法国民法典》中根本未设物权编，而且因为在人们当时的观念中，担保制度理应是债法的必要组成部分。德国将其规定在物权编，不仅因为《德国民法典》中设立了物权编，而且因为人们已经将担保制度物权化了。《意大利民法典》之所以将其规定在权利保护编，根本目的在于强调对民事权利的系统保护。中国以单行法的方式规定，显然是尚无民法典的缘故。

就目前的理论发展和社会需要而言，我们认为担保制度的立法体例应以民法典为主、单行法为辅；物权编为主、债权法为辅。原因如下：（1）担保制度是民法的重要组成部分，其理应放在民法典之中。唯有如此，才能真正确保民事立法的统一性。（2）正如民法典不可能将所有的担保问题囊括其中一样，即使制定一个单行的《担保法》，亦无法将所有的担保问题都包括其中。所以，单行法的立法体例并不可取。（3）在担保制度中，人的担保主要是一种合同信用担保，其理应放入债权编；物的担保则是一种物权担保方式，其理应放入物权编。将担保物权放入债权编，虽然使人保和物保置于一处，但否认了担保物权的物权性，降低了担保的效力；将担保物权放入权利保护编，虽然强调了对民事权利的保护，但割裂了用益物权和担保物权的内在联系，破坏了《物权法》的统一性。因此，在中国民法典制定时，应将现行的《担保法》放入民法典之中；应当在总则中对担保制度作出概括性规定；在债权法中具体规定保证、定金、所有权保留等担保制度；在《物权法》中具体规定抵押、质押、留置和让与担保等担保制度。

---

① 孙鹏、肖厚国：《担保法律制度研究》，法律出版社1998年版，第23页。

## 第二节 担保的设立及有关担保的法律责任

### 一、担保设立的前提

担保的重要特征之一就是其附随于主债权债务关系，这种附随性不仅体现在担保的转让与消灭上，也体现在担保的产生上，故担保关系必须以主债权债务关系的存在为前提。《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。”虽然本条规定列举了设定担保的几种在交易活动中比较常见经济活动方式，但绝不意味着设定担保的范围仅仅局限于此，《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。”由此规定可以看出，只要是合法的债权，不仅是合同之债，即使因不当得利、无因管理甚至因侵权行为产生的债，当事人均可依意思自治原则设定担保。

### 二、担保设立的方式及担保合同内容

#### （一）担保设立的方式

担保设立的方式主要有两种，一是根据法律的规定直接产生，称为法定担保如留置担保；二是基于当事人之间的合意订立担保合同产生，称为约定担保或意定担保，也是担保关系产生的最主要方式。根据《担保法》第93条及《物权法》第172条的规定，担保合同成立的方式包括如下几种：（1）在主合同之外单独订立书面的担保合同，这是担保合同最主要的成立方式；（2）没有单独订立担保合同，而在主合同中专门订立了体现设定担保关系与内容的条款；（3）担保人单方向债权人发出的具有担保性质的信函、传真等文件，债权人对此接受的。这几种成立方式适用于保证、抵押、质押与定金等担保合同的订立，还有一种成立方式单独适用于保证合同，即保证人在主合同中仅以保证人的身份进行了签字行为。同时根据法律法规的要求，所有担保合同

都应是要式合同,《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《民法通则意见》)第108条关于口头保证视为成立的规定已废止,因口头方式举证比较困难,为了保障交易安全,现行法律不承认其效力。

担保合同作为合同的一种,其成立适用中国《合同法》关于合同成立的规定,担保合同的性质为单务、无偿、诺成、要式合同,其主要条款包括以下几个方面:担保关系当事人;被担保的主债权的数额、种类;债务人履行债务的期限;担保的范围;担保物的名称、数量、质量、权属状况等。

关于单方允诺担保的设立。只要担保书中记录了担保人的身份、担保债权的数额和相互之间的关系、自愿担保的意思表示以及用以抵押担保的财产等项,且有担保人亲笔签名、捺指印,内容明确具体。那么这样单方允诺的担保行为便已经设立。即使担保书没有债权人的签字,但其内容明确了是为债务人债务的偿还所进行的担保,那么就是担保人作为欠款合同的第三人单方允诺加入债务的承担之中。单方允诺的核心在于民事主体单方为自己设定义务,使对方获得权利。根据民法的意思自治原则,民事主体在不违反社会公序良俗的前提下,可以任意处分自己的财产或权利,其处分只要不违反法律的禁止性规定,就应当受到法律的承认和保护。民事主体完全可以根据自己物质上或精神上的需要,为自己单方面设定义务,放弃对于他方当事人给付对价的请求。单方允诺是表意人单方作出的意思表示,不需要任何人的任何表示,即发生法律效力。单方允诺是债的发生根据之一,在表意人作出意思表示之时,就产生债权债务关系,表意人即负有了其为自己所设定的义务。因此,担保人出具的单方允诺担保书是依法设立的。单方允诺担保是无偿行为。

关于单方允诺行为设立后的担保效力。由于债权人认可担保人担保这一事实,并要求担保人承担担保责任,那么这就是债权人对担保人单方允诺行为的认可,双方已经形成合意,形成了担保合同关系。对于担保人签署的担保书最终由于债权人的认可而形成的担保合同,虽然没有产生担保物权的效力,但担保合同合法有效。债权人虽然不能行使担保物权,以该抵押物优先受偿,但担保人基于存在有效的担保合同,仍应承担担保责任,即对合同约定范围内的债务履行承担相应清偿义务。

## (二) 担保合同内容

担保合同当事人是指担保权人与担保人,《担保法》第6条规定:“本法所