

“十二五”普通高等教育本科国家级规划教材



新编21世纪法学系列教材

总主编 曾宪义 王利明

担保法

第五版

Guarantee Law

郭明瑞 房绍坤 张平华 编著



“十二五”普通高等教育本科国家级规划教材



新编21世纪法学系列教材

总主编 曾宪义 王利明

担保法

第五版

Guarantee Law

郭明瑞 房绍坤 张平华 编著

中国人民大学出版社
· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

担保法 / 郭明瑞, 房绍坤, 张平华编著. —5 版. —北京: 中国人民大学出版社, 2017. 4
新编 21 世纪法学系列教材

ISBN 978-7-300-24329-0

I. ①担… II. ①郭… ②房… ③张… III. ①担保法-中国-高等学校-教材 IV. ①D923. 2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 072779 号

“十二五”普通高等教育本科国家级规划教材

新编 21 世纪法学系列教材

总主编 曾宪义 王利明

担保法 (第五版)

郭明瑞 房绍坤 张平华 编著

Danbaofa

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511770 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京七色印务有限公司

版 次 2006 年 5 月第 1 版

2017 年 4 月第 5 版

规 格 185 mm×260 mm 16 开本

印 张 14

印 次 2017 年 9 月第 2 次印刷

字 数 351 000

定 价 29.80 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

作者简介

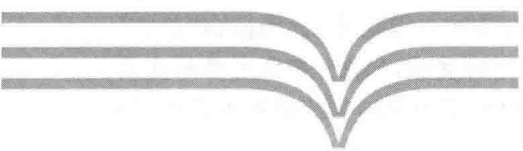
郭明瑞，烟台大学法学院教授，法学博士，博士生导师，山东省高等学校教学名师，兼任中国民法学研究会副会长、山东省知识产权研究院院长。代表性著作：《民事责任论》《担保法原理与实务》《优先权制度研究》等；代表性论文：《关于无因管理的几个问题》《关于我国物权立法的三点思考》《关于保证人保证责任的几个问题》等。

房绍坤，烟台大学法学院教授，法学博士，博士生导师，全国高等学校国家级教学名师、全国文化名家暨“四个一批”人才、国家“万人计划”哲学社会科学领军人才，兼任教育部高等学校法学类专业教学指导委员会委员、中国法学教育研究会副会长。代表性著作：《用益物权基本问题研究》《公益征收法研究》《民事立法理念与制度选择》等；代表性论文：《民事法律的正当溯及既往问题》《导致物权变动之法院判决类型》《国有土地上房屋征收的法律问题与对策》等。

张平华，烟台大学法学院院长，教授，法学博士，博士生导师，山东省有突出贡献中青年专家、山东省理论建设工程重点研究基地首席专家，兼任中国民法学研究会理事、山东省法学会国际法学研究会会长。代表性著作：《私法视野里的权利冲突导论》《继承法原理》《侵权法的宏观视界》；代表性论文：《人格权利益结构与人格权法定》《连带责任的弹性不足及其克服》《事实与法律：损害的二象性及其展开》等。

内容提要

本书以我国现行担保法律、法规及其司法解释为依据，吸收担保法研究的最新研究成果，结合司法实务，根据法学专业本科生的学习特点和教学规律，系统阐述了担保法的基本知识、基本理论和基本制度，对保证、抵押权、质权、留置权、定金的成立、效力、实现、消灭等作了详细论述，重点突出、内容全面。本书除正文外，每章设“本章概要”“关键术语”“学术争鸣”“例题”“问题与思考”等，以帮助学生在夯实担保法理论基础，启迪学生思考，注重实务训练，提高学生能力。



总 序

曾宪义

在人类文明与文化的发展中，中华民族曾作出过伟大的贡献，不仅最早开启了世界东方文明的大门，而且对人类法治、法学及法学教育的生成与发展进行了积极的探索与光辉的实践。

在我们祖先生存繁衍的土地上，自从摆脱动物生活、开始用双手去进行创造性的劳动、用人类特有的灵性去思考以后，我们人类在不断改造客观世界、创造辉煌的物质文明的同时，也在不断地探索人类的主观世界，逐渐形成了哲学思想、伦理道德、宗教信仰、风俗习惯等一系列维系道德人心、维持一定社会秩序的精神规范，更创造了博大精深、义理精微的法律制度。应该说，在人类所创造的诸种精神文化成果中，法律制度是一种极为奇特的社会现象。因为作为一项人类的精神成果，法律制度往往集中而突出地反映了人类在认识自身、调节社会、谋求发展的各个重要进程中的思想和行动。法律是现实社会的调节器，是人民权利的保障书，是通过国家的强制力来确认人的不同社会地位的有力杠杆，它来源于现实生活，而且真实地反映现实的要求。因而透过一个国家、一个民族、一个时代的法律制度，我们可以清楚地观察到当时人们关于人、社会、人与人的关系、社会组织以及哲学、宗教等诸多方面的思想与观点。同时，法律是一种具有国家强制力、约束力的社会规范，它以一种最明确的方式，对当时社会成员的言论或行动作出规范与要求，因而也清楚地反映了人类在各个历史发展阶段中对于不同的人所作出的种种具体要求和限制。因此，从法律制度的发展变迁中，同样可以看到人类自身不断发展、不断完善的历史轨迹。人类社会几千年的国家文明发展历史已经无可争辩地证明，法律制度乃是维系社会、调整各种社会关系、保持社会稳定的重要的工具。同时，法律制度的不断完善，也是人类社会文明进步的显著体现。

由于发展路径的不同、文化背景的差异，东方社会与西方世界对于法律的意义、底蕴的理解、阐释存有很大的差异，但是，在各自的发展过程中，都曾比较注重法律的制定与完善。中国古代虽然被看成是“礼治”的社会、“人治”的世界，被认为是“只有刑，没有法”的时代，但从《法经》到《唐律疏议》、《大清律例》等数十部优秀成文法典的存在，充分说明了成文制定法在中国古代社会中的突出地位，唯这些成文法制所体现出的精神旨趣与现代法律文明有较大不同而已。时至20世纪初叶，随着西风东渐、东西文化交流加快，中国社会开始由古代的、传统的社会体制向近现代文明过渡，建立健全的、符合现代理性精神的法律文明体系方成为现代社会的共识。正因为如此，近代以来的数百年间，在西方、东方各主要国家里，伴随着社会

变革的潮起潮落，法律改革运动也一直呈方兴未艾之势。

从历史上看，法律的文明、进步，取决于诸多的社会因素。东西方法律发展的历史均充分证明，推动法律文明进步的动力，是现实的社会生活，是政治、经济和社会文化的变迁；同时，法律内容、法律技术的发展，往往依赖于一大批法律专家以及更多的受过法律教育的社会成员的研究和推动。从这个角度看，法学教育、法学研究的发展，对于法律文明的发展进步，也有着异常重要的意义。正因为如此，法学教育和法学研究在现代国家的国民教育体系和科学研究体系中，开始占有越来越重要的位置。

中国近代意义上的法学教育和法学研究，肇始于19世纪末的晚清时代。清光绪二十一年（公元1895年）开办的天津中西学堂，首次开设法科并招收学生，虽然规模较小，但仍可以视为中国最早的近代法学教育机构（天津中西学堂后改名为北洋大学，又发展为天津大学）。三年后，中国近代著名的思想家、有“维新骄子”之称的梁启超先生即在湖南《湘报》上发表题为《论中国宜讲求法律之学》的文章，用他惯有的富有感染力的激情文字，呼唤国人重视法学，发明法学，讲求法学。梁先生是清代末年一位开风气之先的思想巨子，在他的辉煌的学术生涯中，法学并非其专攻，但他仍以敏锐的眼光，预见到了新世纪中国法学研究和法学教育的发展。数年以后，清廷在内外压力之下，被迫宣布实施“新政”，推动变法修律。以修订法律大臣沈家本为代表的一批有识之士，在近十年的变法修律过程中，在大量翻译西方法学著作，引进西方法律观念，有限度地改造中国传统的法律体制的同时，也开始推动中国早期的法学教育和法学研究。20世纪初，中国最早设立的三所大学——北洋大学、京师大学堂、山西大学堂均设有法科或法律学科目，以期“端正方向，培养通才”。1906年，应修订法律大臣沈家本、伍廷芳等人的奏请，清政府在京师正式设立中国第一所专门的法政教育机构——京师法律学堂。次年，另一所法政学堂——直属清政府学部的京师法政学堂也正式招生。这些大学法科及法律、法政学堂的设立，应该是中国历史上近代意义上的正规专门法学教育的滥觞。

自清末以来，中国的法学教育作为法律事业的一个重要组成部分，随着中国社会的曲折发展，经历了极不平坦的发展历程。在20世纪的大部分时间里，中国社会一直充斥着各种矛盾和斗争。在外敌入侵、民族危亡的沉重压力之下，中国人民为寻找适合中国国情的发展道路而花费了无穷的心力，付出过沉重的代价。从客观上看，长期的社会骚动和频繁的政治变迁曾给中国的法治与法学带来过极大的消极影响。直至70年代末期，以“文化大革命”宣告结束为标志，中国社会从政治阵痛中清醒过来，开始用理性的目光重新审视中国的过去，规划国家和社会的未来，中国由此进入长期稳定、和平发展的大好时期，以这种大的社会环境为背景，中国的法学教育也获得了前所未有的发展机遇。

从宏观上看，实行改革开放以来，经过二十多年的努力，中国的法学教育事业所取得的成就是辉煌的。首先，经过“解放思想，实事求是”思想解放运动的洗礼，在中国法学界迅速清除了极左思潮及苏联法学模式的一些消极影响，根据本国国情建设社会主义法治国家已经成为国家民族的共识，这为中国法学教育和法学研究的发展奠定了稳固的思想基础。其次，随着法学禁区的不断被打破、法学研究的逐步深入，一个较为完善的法学学科体系已经建立起来。理论法学、部门法学各学科基本形成了比较系统和成熟的理论体系和学术框架，一些随着法学研究逐渐深入而出现的法学子学科、法学边缘学科也渐次成型。1997年，国家教育主管部门和教育部高校法学学科教学指导委员会对原有专业目录进行了又一次大幅度调整，决定自1999年起法学类本科只设一个单一的法学专业，按照一个专业招生，从而使法学学科的布局更加科学和合理。同时，在充分论证的基础上，确定了法学专业本科教学的14门核心课程，加上其



他必修、选修课程的配合，由此形成了一个传统与更新并重、能够适应国家和社会发展需要的教学体系。法学硕士和博士研究生及法律硕士专业学位研究生的专业设置、课程教学和培养体系也日臻完善。再次，法学教育的规模迅速扩大，层次日趋齐全，结构日臻合理。目前中国有六百余所普通高等院校设置了法律院系或法律本科专业，在校本科生和研究生已达二十余万人。除本科生外，在一些全国知名的法律院校，法学硕士研究生、法律硕士专业学位研究生、法学博士研究生已经逐步成为培养的重点。

众所周知，法律的进步、法治的完善，是一项综合性的社会工程。一方面，现实社会关系的发展，国家政治、经济和社会生活的变化，为法律的进步、变迁提供动力，提供社会的土壤。另一方面，法学教育、法学研究的发展，直接推动法律进步的进程。同时，全民法律意识、法律素质的提高，则是实现法治国理想的关键的、决定性的因素。在社会发展、法学教育、法学研究等几个攸关法律进步的重要环节中，法学教育无疑处于核心的、基础的地位。中国法学教育过去二十多年所走过的历程令人激动，所取得的成就也足资我们自豪。随着国家的发展、社会的进步，在 21 世纪，我们面临着更严峻的挑战和更灿烂的前景。“建设世界一流法学教育”，任重道远。

首先，法律是建立在经济基础之上的上层建筑，以法治为研究对象的法学也就成为一门实践性很强的学科。社会生活的发展变化，势必要对法学教育、法学研究不断提出新的要求。经过二十多年的奋斗，中国改革开放的前期目标已顺利实现。但随着改革开放的逐步深入，国家和社会的一些深层次问题，比如说社会主义市场经济秩序的真正建立、国有企业制度的改革、政治体制的完善、全民道德价值的重建、环境保护和自然资源的合理利用等等，也已经开始浮现出来。这些复杂问题的解决，无疑最终都会归结到法律制度的完善上来。建立一套完善、合理的法律制度，构建理想的和谐社会，乃一项持久而庞大的社会工程，需要全民族的智慧和努力。其中的基础性工作，如理论的论证、框架的设计、具体规范的拟订、法律实施中的纠偏等等，则有赖于法学研究的不断深入，以及高素质人才特别是法律人才的养成，而培养法律人才的任务，则是法学教育的直接责任。

其次，21 世纪是一个多元化的世纪。20 世纪中叶发生的信息技术革命，正在极大地改变着我们的世界。现代科学技术，特别是计算机网络信息技术的发展，使传统的生活方式、思想观念发生了根本的改变，并由此引发许多人类从未面对过的问题。就法学教育而言，在 21 世纪所要面临的，不仅是教学内容、研究对象的多元化问题，而且还有培养对象、培养目标的多元化、教学方式的多元化等一系列问题，这些问题都需要法学界去思考、去探索。

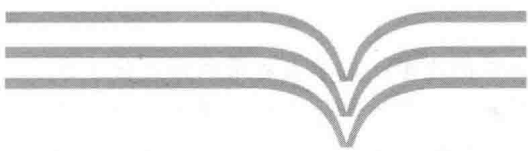
中国人民大学法学院建立于 1950 年，是新中国诞生后创办的第一所正规高等法学教育机构。在半个多世纪的岁月中，中国人民大学法学院以其雄厚的学术力量、严谨求实的学风、高水平的教学质量以及丰硕的学术研究成果，在全国法学教育领域处于领先地位，并开始跻身于世界著名法学院之林。据初步统计，中国人民大学法学院已经为国家培养法学专业本科生、硕士生、博士生一万余人，培养各类成人法科学生三十余万人。经过多年的努力，中国人民大学法学院形成了较为明显的学术优势，在现职教师中，既有一批资深望重、在国内外享有盛誉的法学前辈，更有一大批在改革开放后成长起来的优秀中青年法学家。这些老中青法学专家多年来在勤奋研究法学理论的同时，也积极投身于国家的立法、司法实践，对国家法制建设贡献良多。

有鉴于此，中国人民大学法学院与中国人民大学出版社经过研究协商，决定结合中国人民大学法学院的学术优势和中国人民大学出版社的出版力量，出版一套“21 世纪法学系列教

材”。自1998年开始编写、出版本科教材，包括按照国家教育部所确定的法学专业核心课程和其所颁布印发的《全国高等学校法学专业核心课程基本要求》而编写的14门核心课程教材，也包括法学各领域、各新兴学科教材及教学参考书和案例分析在内，到2000年12月3日在人民大会堂大礼堂召开举世瞩目的“21世纪世界百所著名大学法学院院长论坛暨中国人民大学法学院成立五十周年庆祝大会”之时，业已出版了50本作为50周年院庆献礼，到现在总共出版了80本。为了进一步适应高等法学教育发展的形势和教学改革的需要，最近中国人民大学法学院与中国人民大学出版社决定将这套教材扩大为四个系列，即：“本科生用书”、“法学研究生用书”、“法律硕士研究生用书”以及“司法考试用书”，总数将达二百多本。我们设想，本套教材的编写，将更加注意“高水准”与“适用性”的合理结合。首先，本套教材将由中国人民大学法学院具有全国影响的各学科的学术带头人领衔，约请全国高校优秀学者参加，形成学术实力强大的编写阵容。同时，在编写教材时，将注意吸收中国法学研究的最新的学术成果，注意国际学术发展的最新动向，力求使教材内容能够站在21世纪的学术前沿，反映各学科成熟的理论，体现中国法学的水平。其次，本套教材在编写时，将针对新时期学生特点，将思想性、学术性、新颖性、可读性有机结合起来，注意运用典型生动的案例、简明流畅的语言去阐释法律理论与法律制度。

我们期望并且相信，经过组织者、编写者、出版者的共同努力，这套法学教材将以其质量效应、规模效应，力求成为奉献给新世纪的精品教材，我们诚挚地祈望得到方家和广大读者的教正。

2006年7月1日



序 言

法学教育是高等教育的重要组成部分，是建设社会主义法治国家、构建社会主义和谐社会的重要基础，并居于先导性的战略地位。在我国社会转型的新世纪、新阶段，法学教育不仅要为建设高素质的法律职业共同体服务，而且要面向全社会培养大批治理国家、管理社会、发展经济的高层次法律人才。近年来，法学教育取得了长足的进步，法科数量增长很快，教育质量稳步提高，培养层次日渐完善，目前已经形成了涵盖本科生、第二学士学位生、法学硕士研究生、法律硕士研究生、法学博士研究生的完整的法学人才培养体系，接受法科教育已经成为莘莘学子的优先选择之一。随着中国法治事业的迅速发展，我们有理由相信，中国法学教育的事业大有可为，中国法学教育的前途充满光明。

教育的基本功能在于育人，在于塑造德才兼备的高素质人才。法学教育的宗旨并非培养只会机械适用法律的“工匠”，而承载着培养追求正义、知法懂法、忠于法律、廉洁自律的法律人的任务。要完成法学教育的使命，首先必须认真抓好教材建设。我始终认为，教材是实现教育功能的重要工具和媒介，法学教材不仅仅是法学知识传承的载体，而且是规范教学内容、提高教学质量的关键，对法学教育的发展有着不可估量的作用。

第一，法学教材是传授法学基本知识的工具。初学法律，既要有好的老师，又要有好的教材。正如冯友兰先生所言：“学哲学的目的，是使人作为人能够成为人，而不是成为某种人。其他的学习（不是学哲学）是使人能够成为某种人，即有一定职业的人。”一套好的教材，能够高屋建瓴地展示法律的体系，能够准确简明地阐释法律的逻辑，能够深入浅出地叙述法律的精要，能够生动贴切地表达深奥的法理。所以，法学教材是学生学习的向导，是学生步入法律殿堂的阶梯。如果在入门之初教材就有偏颇之处，就可能误人子弟，学生日后还要花费大量时间与精力来修正已经形成的错误观念。

第二，法学教材是传播法律价值理念的载体。好的法学教材不仅要传授法学知识，更要传播法律的精神和法治的理念，例如对公平、正义的追求，尊重权利的观念。本科、研究生阶段的青年学子，正处在人生观、价值观形成的阶段，一套优秀的法学教材，对于他们价值观的塑造和健全人格的培养具有重要意义。

第三，法学教材是形成职业共同体的主要条件。建设社会主义法治国家，有赖于法律职业共同体的生成。一套好的法学教材，向法律研习者传授共同的知识，这对于培养一个接受共同

的价值理念、共同的法律思维、共同的话语体系的法律共同体，具有重要的作用。

第四，法学教材是所有法律研习者的良师益友。没有好的教材，一个好的教师或可弥补教材的欠缺和不足，但对那些没有老师指导的自学者而言，教材就是老师，其重要作用是显而易见的。

长期以来，在我们的评价体系中，教材并没有获得应有的注重，对学术成果的形式优先考虑的往往是专著而非教材。在不少人的观念中，教材与创新、与学术精品甚至与学术无缘。其实，要真正写出一部好的教材，其难度之大、工作之艰辛、影响之深远，绝不低于一部优秀的专著，它甚至可以成为在几百年甚至更长的时间内发挥作用的传世之作。以查士丁尼的《法学阶梯》为例，所谓法学阶梯，即法学入门之义，就是一部教材。但它概括了罗马法的精髓，千百年来，一直是人们研习罗马法最基本的著述。日本著名学者我妻荣说过，大学教授有两大任务：一是写出自己熟悉的专业及学术领域的讲义乃至教科书；二是选择自己最有兴趣、最看重的题目，集中精力进行终生的研究。实际上，这两者是相辅相成的。写出一部好教材，必须要对相关领域形成一个完整的知识体系，还要能以深入浅出的语言将问题讲清楚、讲明白。没有编写教材的基本功，实际上也很难写出优秀的专著。当然，也只有对每一个专题都有一定研究，才能形成对这个学术领域的完整把握。

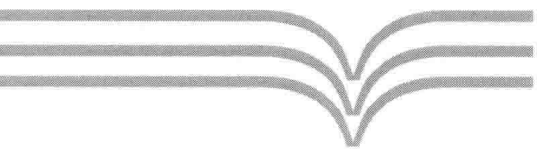
虽然近几年我国法学教育发展迅速，成绩显著，但是法学教育也面临许多挑战。各个学校的师资队伍和教学质量参差不齐，这就更需要推出更多的结构严谨、内容全面、角度各有侧重、能够适应不同需求的法学教材，为提高法学教学和人才培养质量、保障法学教育健康发展提供前提条件。

长期以来，中国人民大学法学院始终高度重视教材建设。作为新中国成立后建立的第一所正规的法学教育机构，中国人民大学法律系最早开设了社会主义法学教学课堂，编写了第一套社会主义法学讲义，培养了新中国第一批法学本科生和各学科的硕士生、博士生，产生了新中国最早的一批法学家和法律工作者。中国人民大学法律系因此被誉为“新中国法学教育的工作母机”。半个多世纪以来，中国人民大学法学院为社会主义法制建设培养了大批优秀的法律人才，并为法学事业的振兴和繁荣作出了卓越贡献，也因此成为引领中国法学教育的重镇、凝聚国内法律人才的平台和沟通中外法学交流的窗口，并在世界知名法学院行列中崭露头角。为了对中国法学教育事业作出更大的贡献，我们有义务也有责任出版一套体现我们最新研究成果的法学教材。

承蒙中国人民大学出版社的大力支持，我们组织编写了本套教材，其中包括本科生用书、法律硕士研究生用书、法学研究生用书和司法考试用书四大系列，分别面向不同层次法科教育需求。编写人员以中国人民大学法学院教师为主，反映了中国人民大学法学院整体的研究实力和学术视野。相信本套教材的出版，一定能够为新时期法学教育的繁荣发展发挥应有的作用。

是为序。

2006年7月10日



第五版修订说明

为更好地适应担保法教学的需要，我们对本教材进行了修订。本次修订主要做了如下三项工作：一是对第四版中存在的不妥和不完善之处做了补充和更正，二是根据新的法律法规及政策精神对相关内容做了补充，三是对例题中的司法考试题做了调整和补充。

编著者

2017年1月



编写说明

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，保障债权的实现，发展社会主义市场经济具有重要的作用。为了适应担保法教学的需要，我们编著了这本《担保法》教材。在写作过程中，我们根据从事担保法教学的经验，结合审判实践经验，力求全面、系统地介绍担保法的基本理论和基本制度，并反映担保法研究的最新研究成果，使之尽量符合法学本科教学的需要，并对其他读者学习担保法提供指导。

本书是按照《中华人民共和国担保法》的体系编写而成的，共分6章，由郭明瑞、房绍坤、张平华共同编著。具体分工为：郭明瑞：第三、四、五章；房绍坤：第一、六章；张平华：第二章。

初稿完成后，由房绍坤负责统稿，郭明瑞定稿。

由于能力、资料、时间所限，尽管我们在写作过程中，尽了最大努力，但不足之处仍在所难免，望广大读者批评指正。

编者

2006年3月



目 录

第一章 担保法绪论	1
第一节 担保法概述	1
第二节 担保的含义和方式	6
第三节 担保的设立和效力	12
第四节 反担保	18
第五节 跨境担保	20
第二章 保 证	25
第一节 保证的概念和特点	25
第二节 保证合同和保证方式	30
第三节 保证债务和保证期间	42
第四节 保证对保证人与债权人之间的效力	47
第五节 保证对保证人与主债务人之间关系的效力	56
第六节 保证责任的免除和消灭	65
第七节 特殊保证	71
第三章 抵押权	79
第一节 抵押权的概念和特点	79
第二节 抵押权的设立	82
第三节 抵押权的效力范围	91
第四节 抵押人的权利	96
第五节 抵押权人的权利	100
第六节 抵押权的实现	108
第七节 抵押权的消灭	115
第八节 特别抵押权	117
第四章 质 权	129
第一节 质权概述	129
第二节 动产质权	132
第三节 权利质权	150
第五章 留置权	165
第一节 留置权概述	165
第二节 留置权的成立	170

第三节	留置权的效力	175
第四节	留置权的实现	179
第五节	留置权的消灭	181
第六章	定 金	185
第一节	定金概述	185
第二节	定金的成立	191
第三节	定金的效力	197
主要参考书目		205

第一章

担保法绪论

本章概要

担保法是规范担保关系的法律规范的总称，适用于为债权所设立的担保。债权的担保方式很多，不同担保方式的效力不同。由于担保主要是约定担保，所以，担保的设立主要取决于当事人的自愿。担保设立后，对担保权人、担保人、被担保人都会发生相应的法律效力。本章重点问题包括：担保的含义和特点、担保方式的分类、担保的设立、担保的效力、反担保、对外担保。

关键术语

担保法 担保 反担保 对外担保

第一节 担保法概述

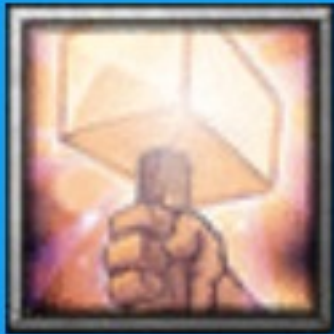
一、担保法的概念

担保法有实质意义上的担保法与形式意义上的担保法之分。从形式意义上说，担保法是指以担保法命名的法律，如《中华人民共和国担保法》（以下简称《担保法》）；从实质意义上说，担保法是指调整担保关系的法律规范的总称。实质意义上的担保法不仅包括形式意义上的担保法，也包括其他法律、法规以及规范性文件中有关担保的法律规范。我们所研究的担保法，一般是指实质意义上的担保法，但在内容上则以形式意义上的担保法为主。

担保法又有普通担保法与特别担保法之分。普通担保法是指民法或担保法中规定的担保制度。在我国，普通担保法主要是指《担保法》和《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）中所规定的担保制度。特别担保法是指其他特别法中规定的担保制度。例如，《中华人民共和国票据法》（以下简称《票据法》）关于票据保证的规定，《中华人民共和国海商法》（以下简称《海商法》）关于船舶抵押权、船舶留置权、船舶优先权的规定，《中华人民共和国民用航

www.docriver.com

搜索商家 巨力电子书





空法》（以下简称《民用航空法》）关于民用航空器抵押权、民用航空器优先权的规定等，都属于特别担保法的范畴。其他行政法规、部门规章有关担保的规定，也属于特别担保法。

二、担保法的适用范围

担保法的适用范围是指担保法所规定的担保方式所能适用的领域。《担保法》第2条规定：“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。”这一规定采取列举与概括的方式明确了担保法的适用范围。结合《担保法》第5条第1款关于“担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效”的规定，可以推知，《担保法》规定的适用范围仅限于合同关系。因此，对于借贷、买卖、货物运输、加工承揽之外的其他合同关系如互易、行纪、仓储、保管等，当事人自可以依《担保法》的规定设立担保。

那么，对于合同之外的债权关系能否适用担保法呢？对此，理论上与实务上均存在疑问。为明确担保法的适用范围，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《担保法解释》）第1条明确规定：“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。”可见，只要是因民事关系产生的债权，无论是合同之债还是非合同之债，在不违反法律、法规强制性规定的情况下，都可以适用担保法。

三、担保法的地位

担保法是民商法的一个重要组成部分，各国法中均有担保的规定，但各国所采取的立法模式却有所不同。概括地说，担保法的立法模式有以下两种：一是在民法典中规定担保问题，这是绝大多数国家所采纳的立法模式。这种立法模式在具体做法上又有所不同。有的国家区别担保的不同性质，将担保法规范分别规定于民法典的各编中，即将抵押权、质权等担保物权规定于物权法编，而将保证、定金等规定于债法编中，德国、日本等国采取这种处理方式；有的国家不区分担保的性质，将担保法规范集中规定在债法编，俄罗斯、葡萄牙、智利等国采取这种处理方式。二是通过制定单独的担保法规定担保问题，即制定专门调整担保关系的法律。我国不仅在《物权法》中有担保的规定，而且制定有专门的《担保法》，这种立法模式为我国所独创。

由于我国制定有专门的《担保法》，因而就有必要明确担保法的地位，从而有助于理解和适用担保法。我们认为，就我国现实的立法状况而言，担保法既包括《担保法》和《物权法》中关于担保的规定，还包括其他民商事法律中关于担保的规定。因此，关于担保法的地位，应从不同的关系范畴考察。在《担保法》与《物权法》的关系上，前者为普通法，后者为特别法；而在其他民商事法律与《担保法》的关系上，前者为特别法，后者为普通法。根据特别法优于普通法的原则，在处理担保问题时，也应当优先适用担保特别法。也就是说，担保特别法有规定的，应先适用特别法的规定；担保特别法没有规定的，则应适用担保普通法。^① 在涉及

^① 参见郭明瑞：《担保法》，2版，4页，北京，法律出版社，2004。



担保物权时，应依照后法优于前法的原则，优先适用《物权法》的规定。对此，《物权法》第178条规定：“担保法与本法的规定不一致的，适用本法。”

四、担保法的意义

担保法的意义决定于担保的意义，反映着担保法的功能和价值，体现着担保法的目的和作用。《担保法》第1条规定：“为促进资金融通和商品流通，保障债权的实现，发展社会主义市场经济，制定本法。”根据这一规定，担保法的意义可以概括为以下三个方面：

（一）担保法有利于保障债权的实现

债权是受法律保护的民事权利，法律采取各种制度保障债权得以实现，如债的保全制度、债的担保制度、民事责任制度等。其中，债的担保是保障债权实现的特殊措施。尽管债的保全制度、民事责任制度具有保证债权人利益的功能，但不能确保特定债权人债权的实现。只有债的担保制度能打破债权人对债务人财产平等受偿的原则，或者扩大债务人承担责任的财产范围，从而使债权的效力增强，使特定债权的实现得到可靠的保障。担保法是调整担保关系，规定各种担保制度的法律规范，因此，担保法也就是保障债权实现的保障法。

（二）担保法有利于促进资金融通和商品流通

民法所调整的财产关系有财产归属利用关系和财产流转关系之分。财产的归属利用关系主要是通过物权法调整，而财产的流转关系则主要是通过债权法调整。资金融通和商品流通是财产流转关系的具体表现，其法律调整的主要方式就是债。无论是资金的借贷，还是商品的交易，只有债务人有足够的信用，债权人的利益能得到可靠的保证，债权人才会放心地贷出资金或进行商品交易。也就是说，只有确保债权人的利益，资金的融通和商品的流通才能得以广泛展开。债的担保制度正是增强债务人信用的一种法律措施，从而使债权人能够减少或避免信贷的风险，交易双方的利益能够得以保障。由于担保可以为资金融通和商品流通提供安全保证，因而也就可以促进资金的融通和商品的流通。因此，可以说，担保法是资金融通和商品流通的促进法。

（三）担保法有利于发展市场经济

市场经济是法治经济、信用经济，须有序安全地发展，须有可靠的信用基础。一方面，担保法有利于保障债权的实现，保障交易的安全，有助于维持正常的市场经济秩序；担保法为交易当事人提供了信用保障，促进交易，而交易的发达正是市场经济发展的表现。另一方面，担保法还为最大限度地发挥物的效用创造了有利的机制。例如，物的担保，尤其是抵押担保，既可以发挥物的价值，又可以发挥物的使用价值，从而使当事人得以充分发挥其财产的效用。从这一意义上说，担保法也就是发展社会主义市场经济的有效法律工具，是发展市场经济的工具法。

五、担保法的原则

担保法的基本原则是制定、解释、执行担保法的出发点和依据，是当事人从事担保活动应

当遵循的基本规则。

担保法是民法的重要组成部分，因此，民法的基本原则当然也适用于担保法。但由于民法是由诸多部分所组成的，而各部分又有自己的特殊性，因而民法基本原则在各部分适用的程度有所不同。同时，民法基本原则对民法各部分的适用也会有不同的表现形式。《担保法》第3条规定：“担保活动应当遵循平等、自愿、公平、诚实信用的原则。”根据这一规定，担保法的基本原则包括以下四项：

（一）平等原则

担保法的平等原则，是指在担保活动中当事人的法律地位一律平等。在担保法上，平等原则主要表现在以下几个方面：（1）民事主体的担保权利能力平等。担保权利能力是民事权利能力的具体表现，是指民事主体享有担保权利和负担担保义务的资格。在担保活动中，不论是自然人，还是法人或其他组织，也不论当事人的经济地位和势力如何，他们的担保权利能力一律平等。当然，民事主体的担保权利能力平等并不意味着担保行为能力也平等。也就是说，不同民事主体的担保行为能力会有所不同。例如，《担保法》第8条规定：“国家机关不得为保证人，但经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外。”第9条规定：“学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体不得为保证人。”但应当指出的是，担保行为能力的不同并不意味着担保当事人的法律地位特殊。^①（2）在具体担保法律关系中的地位平等。无论何种民事主体都具有独立的平等地位，平等地参与担保法律关系，任何一方当事人都不享有超越对方的特权，都不得将自己的意志强加给对方。即使当事人在行政上存在某种隶属关系，在担保关系中也是平等的，不存在管理与服从的关系。（3）担保活动的当事人平等地协商在担保活动中的权利义务。在担保关系中，当事人的权利义务可以由其平等地协商确定，如可以平等协商担保的方式、担保的范围等。（4）担保活动的当事人的合法权益平等地受法律保护。在担保关系中，不论是债权人还是债务人，也不论被担保人还是担保人，他们的合法权益都平等地受法律的保护。法律不因担保当事人的身份不同而对其权利采取不同程度的保护，不实行权利保护上的“差别待遇”。

（二）自愿原则

担保法的自愿原则，是指在担保活动中当事人完全按照自己的意愿依法自主地决定担保的有关事项。在担保法上，自愿原则主要表现在以下几个方面：（1）当事人有是否设立担保的自由。在民事活动中，债权人是否需要设立担保保障债权的实现，担保人是否愿意为债权人提供担保，完全由当事人自己来决定，任何人都不能强迫。《担保法》第11条规定：“任何单位和个人不得强令银行等金融机构或者企业为他人提供保证；银行等金融机构或者企业对强令其为他人提供保证的行为，有权拒绝。”当然，在法定担保中，因担保是由法律直接规定的，故当事人没有是否设立担保的自由。（2）当事人有选择担保相对人的自由。当事人决定为债权设立担保后，有权选择相对人。例如，在保证合同中，债权人有权选择保证人。如认为债务人推荐

^① 有一种观点认为，当事人在从事担保活动中，一般来说他们都应适用同一法律。如果法律规定一些特殊机构在从事担保活动中享有特殊的法律地位，则依照该法律或法规的规定（参见李国光主编：《担保法新释新解与适用》，19页，北京，新华出版社，2001）。我们认为，在担保活动中，当事人不应有“特殊的法律地位”，而应处于平等的法律地位。如果说有“特殊的法律地位”，也只是在担保行为能力方面存在特殊性。

的保证人不合适,有权要求债务人另行确定保证人。(3)当事人有决定担保内容的自由。如在保证中,当事人可以约定保证方式、保证期间、保证担保范围等;在抵押权、质权中,当事人可以约定被担保的主债权种类和数额、担保的范围等。(4)当事人有选择担保方式的自由。担保的方式有很多种,除当事人不能选择适用法定担保方式外,对保证、定金、抵押、质押等担保方式,当事人有权选择适用之。如果当事人违反自愿原则,担保的效力将受到影响。例如,依《担保法》第30条规定,主合同债权人采取欺诈、胁迫等手段,使保证人在违背真实意思的情况下提供保证的,保证人不承担保证责任。保证人之所以不承担保证责任,就是因为这种担保的设立违反了自愿原则。

当然,担保法上的自愿原则也不是绝对的。当事人只有在法律规定的范围内自主设立的担保才是有效的,才能受法律保护。如果当事人约定的担保违反了法律的规定,尽管其是自愿设立的,也不能发生法律效力。例如,当事人约定的定金数额超过了主合同标的额的20%,其超过部分就是无效的。

(三) 公平原则

担保法的公平原则,是指在担保活动中当事人应以社会公认的公平正义观念指导自己的行为,有关机关也应当以公平正义观点协调当事人之间的利益关系。在担保法上,公平原则主要体现在以下几个方面:(1)担保的设立要遵循公平原则。例如,在抵押合同、质权合同中,当事人不得约定在债务履行期届满抵押权人、质权人未受清偿时,抵押财产、质押财产的所有权转移为债权人所有(《物权法》第186条、第211条)。再如,债务人有多个普通债权人的,在清偿债务时,债务人与其中一个债权人恶意串通,将其全部或者部分财产抵押给该债权人,因此丧失了履行其他债务的能力,损害了其他债权人的合法权益的,受损害的其他债权人可以请求法院撤销该抵押行为(《担保法解释》第69条)。这些规定的目的在于平衡当事人之间的利益关系,从而体现了公平原则。(2)担保权的行使要遵循公平原则。担保权人在行使担保权时,应当按照公平原则的要求维护当事人的利益。例如,在抵押权中,债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形,抵押权人可以与其协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿。但如果协议损害其他债权人利益的,其他债权人可以在知道或者应当知道撤销事由之日起1年内请求人民法院撤销该协议(《物权法》第195条)。再如,在留置权的行使中,如果留置财产为可分物的,留置财产的价值应当相当于债务的金额(《物权法》第233条)。这些规定都是从公平原则的角度出发,维护相关当事人的利益。(3)担保活动中的责任承担要遵循公平原则。例如,《担保法》第5条第2款、《物权法》第172条第2款规定:“担保合同被确认无效后,债务人、担保人、债权人有过错的,应当根据其过错各自承担相应的民事责任。”根据过错程度承担民事责任,就体现了公平原则。

公平原则与平等原则、自愿原则是密切相连的。一般说来,只有在平等基础上由当事人自愿设立的担保,才是公平的;不是由当事人在平等基础上自愿设立的担保,则难以达到公平(法定担保虽不是由当事人自愿设立的,但也是法律出于公平原则而确定的)。例如,担保人仅对自己同意担保的债务承担担保责任,对于担保设立后未经担保人同意而增加的债务,担保人不承担担保责任。否则,让担保人承担未经其同意的担保责任,也就是不公平的。所以,在确定担保是否公平时,首先应以担保是否为当事人自愿设立为标准。如果完全离开当事人的约定

去分析担保是否公平，恰恰会背离公平原则。^①

（四）诚实信用原则

担保法的诚实信用原则，是指当事人在担保活动中应诚实、守信用，善意、正当地行使权利和履行义务。在担保法中，诚实信用原则主要体现如下几个方面：（1）担保的设立应遵循诚实信用原则。例如，主合同当事人双方串通，骗取保证人提供保证的，保证人不承担保证责任（《担保法》第30条）。当事人双方串通，骗取保证人提供保证，就是一种违背诚实信用原则的行为。再如，法律规定登记生效的抵押权，在抵押合同签订后，抵押人违背诚实信用原则拒绝办理抵押登记致使债权人受到损失的，抵押人应当承担民事责任（《担保法解释》第56条）。（2）担保权的行使应遵循诚实信用原则。担保权人在行使担保权时，应当符合诚实信用原则的要求。例如，抵押期间，抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产，但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外（《物权法》第191条第2款）。再如，出质人请求质权人及时行使质权，因质权人怠于行使权利造成损害的，质权人应当承担赔偿责任（《物权法》第220条第2款）。质权人之所以承担赔偿责任，原因就在于其没有按照诚实信用原则的要求行使质权。

当事人违反诚实信用原则从事担保活动，其行为或者是无效的，或者应当承担民事责任。例如，债权人与债务人双方恶意串通，骗取第三人提供担保的；当事人采取欺诈、胁迫等不法手段迫使他人违心地供与担保的；当事人明知自己无担保能力而为他人提供担保的；担保权人擅自处分担保财产的；等等，都为无效的民事行为，行为人应承担相应的民事责任。^②

第二节 担保的含义和方式

一、担保的含义和特点

（一）担保的含义

担保是一个具有多重含义的概念，在不同的场合具有不同的含义。在民法上，担保主要有两种含义：一是指对某一事项的保证，如瑕疵担保责任就是对商品质量的担保；二是指对债务履行的保证，即债的担保。债的担保又有一般担保和特别担保之分。

债的一般担保是对一般债权人的债权所设置的担保，是债的法律效力的自然结果，也是债的法律效力的表现之一。债的一般担保主要有民事责任和债的保全两种制度。从民事责任来说，由于债是一种信用关系，因而债务人须以自己的信用和财产来保证其债务的履行。债务人不履行债务是对债权人债权的一种侵害，因而债务人应当依法承担债务不履行的民事责任，以保障债权人的合法权益。而债务人要想不承担债务不履行的民事责任，就只有履行其债务。因而，民事责任制度以让债务人承担不履行债务的不利法律后果的方式保证债务的履行和债权的实现。从这一意义上说，民事责任属于债的一般担保方式。从债的保全来说，债权的实现需要

^① 参见郭明瑞：《担保法》，2版，8页。

^② 参见郭明瑞：《担保法》，2版，8页。



债务的适当履行，而债务的适当履行又须以债务人的财产为物质保障。在债的关系中，债务人是以其全部财产作为清偿债务的保障的，即债务人是以其全部财产担保债的履行的。债务人的全部财产或总财产构成了责任财产，债务人即以其责任财产对债权人的债权承担清偿责任。因此，债的关系成立后，债务人的责任财产减少会直接害及债权人的债权，影响债权的实现。为保证债务人能以全部财产清偿其全部债务，法律赋予债权人以代位权与撤销权。所谓债权人代位权，是指当债务人怠于行使其对第三人的权利而害及债权人的债权实现时，债权人为了保全自己的债权，得以自己的名义代位行使属于债务人权利的权利。可见，债权人代位权是为保持债务人的责任财产而设的，适用于债务人的财产应增加且能增加却因债务人的懈怠而未增加的情形。所谓债权人撤销权，是指当债务人实施减少其财产的行为而害及债权人的债权实现时，债权人为保全自己的债权，得请求法院予以撤销的权利。可见，债权人撤销权是为恢复债务人的责任财产而设的，适用于债务人不应减少而减少其财产的情形。债权人代位权和撤销权行使的结果，是保证债务人的财产得以清偿全部债务，保障全体债权人利益。因此，债权人代位权和撤销权又称为债的保全，都为债的一般担保。

债的特别担保是法律为保证特定债权人的债权实现而规定的担保。因为债的一般担保并不能保证某一特定债权人的债权实现，所以为保证特定债权人的利益，法律设特别担保制度，以使特定债权人采取特别的担保手段来保证债权的实现。例如，保证、抵押权、质押权、留置权、定金等都属于债的特别担保。一般地说，债的担保仅指债的特殊担保，这也是担保法中所指的担保，本书所讲的担保即为这种担保。这种担保是指法律为确保特定债权人的债权实现，以第三人的信用或者以特定财产保障债务人履行债务的制度。

（二）担保的特点

担保是为保障特定债权人的债权实现而设置的法律制度，因此，担保具有如下三个主要特点：

1. 特定性

担保的特定性包括两个方面内容：一方面，担保是为特定的债权人而设的，即债权人是特定的。担保不同于债的保全，它是为担保特定债权人利益而设的，是一种特殊担保，其目的就是使特定的债权人能够从第三人得到受偿或者优先于其他债权人受偿。另一方面，担保的标的是特定的第三人的信用或者特定的财产。担保是以第三人的信用或者特定的财产来担保特定的债权实现，其标的只能是特定第三人的信用，或者是第三人或债务人的特定财产，而不能是债务人的一般财产。因而，担保的标的具有特定性。债务人以其一般财产作担保的，不属于债的担保，而属于债的保全。

2. 效力补充性

担保是对债的效力的一种补充，是对债务人信用的一种保证措施。在债的关系中，债务人须以其全部财产承担债不履行的责任。但是，对特定的债权人来说，由于债务人责任的有限性和债权人地位的平等性，其债权并不具有完全的保障。而担保的设立，则使特定的债权人或得从第三人的财产中受偿，或得从特定的财产价值中优先于其他债权人受偿，债的效力得到了进一步增强。因此，担保在债务人不履行债务时使债权人的利益得到了保障，从而使债的效力得到了补充。

3. 从属性

担保的从属性又称为附随性，是指担保依附于被担保的债权，二者形成主从关系。担保从

属于所担保的债权，被担保的债权为主债权。《担保法》第5条第1款规定：“担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效。担保合同另有约定的，按照约定。”《物权法》第172条第1款亦规定：“设立担保物权，应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效，担保合同无效，但法律另有规定的除外。”一般地说，担保的从属性主要体现在以下几个方面：（1）担保成立与存在上的从属性。担保成立和存在上的从属性是指担保的成立和存在应以相应的债权成立和存在为前提条件，不能脱离债权而单独存在。因此，主债权不成立、无效或被撤销的，担保也不能成立和存在。当然，若法律规定主债权不存在担保也存在的，则该担保具有独立性，这就是独立担保。（2）担保处分上的从属性。担保处分上的从属性是指担保应随同主债权的转让而转让，不能与主债权分离而单独转让。（3）担保消灭上的从属性。担保消灭上的从属性是指担保随主债权的消灭而消灭，主债权不存在，担保必不能存在。

二、担保方式的概念和分类

（一）担保方式的概念

担保方式又称为担保方法，是指担保人用以担保债权的方法和手段。不同的担保方式，其法律规则存在很大差别，保障债权实现的功能也不完全一样。因此，明确担保方式对保障债权的实现具有重要意义。

从《担保法》和《物权法》的规定看，我国实行担保方式的法定主义，因此，担保方式具有法定性的特点。所谓法定性，是指担保方式是由法律直接规定的，而不是由当事人任意决定的。尽管担保法实行自愿原则，当事人采取何种方式担保，完全应由当事人自己决定。但是，当事人对于担保方式原则上仅有选择权，而无创设权。也就是说，当事人一般只能在法律规定的担保方式中选择适用自己所需要的担保方式，而不能在法律规定之外另行创设新的担保方式。当然，担保方式会随着市场经济关系的发展而不断变化。因此，立法上应当根据市场经济的发展而不断调整担保方式。

担保方式采取法定主义，是由担保的特殊性所规定的。一方面，担保是通过第三人的信用或特定的财产保障债权的实现，因此，担保不仅涉及债权人、债务人利益，而且涉及第三人的利益，甚至社会公共利益。为确保债权的实现以及债务人、第三人的利益，法律有必要通过法定主义的方式对担保方式加以规制。另一方面，法律对担保方式加以规定，有助于当事人了解不同担保方式下的权利义务关系，有助于当事人根据自己的利益需要选择适用不同的担保方式以保障自己的债权。

（二）担保方式的分类

根据不同的标准，担保方式可以有不同的分类。我们认为，担保方式主要有以下分类：

1. 典型担保与非典型担保

根据法律上规定的适用与类型化的程度，担保可以分为典型担保与非典型担保。

典型担保又称规则担保，是指法律上明确规定的、规则明确的担保方式。典型担保的范围如何，取决于法律的规定。只有由法律明确规定为担保方式的担保，才能称为典型担保。关于典型担保的范围，各国法律规定并不完全一致。例如，法国、德国民法并没有将留置权规定为

担保方式而仅为债权的特别效力，而日本、瑞士民法则将留置权规定为一种担保方式。在我国，《担保法》第2条第2款规定：“本法规定的担保方式为保证、抵押、质押、留置和定金。”可见，保证、抵押、质押、留置和定金都为典型的担保方式。除此以外，其他法律中规定的一些担保方式也应属于典型担保。例如，《海商法》中规定的船舶优先权、《民用航空法》中规定的民用航空器优先权等，其适用范围尽管有限，但因法律明定为担保方式，故也属于典型担保。

非典型担保又称非规则担保，是指法律上未明确规定为担保、不具有典型意义的担保方式。非典型担保包括两种情形：其一，法律上尚未予以类型化，还不具有典型意义的担保方式，让与担保、所有权保留等即属之。让与担保是指债务人或第三人为担保债务的履行，将一定财产的权利转移于债权人，在债务人履行债务后，债权人将标的物返还给担保人，于债务人不履行债务时，债权人得就该标的物优先受偿的一种担保方式；所有权保留是指当事人双方约定以保留所有权来担保价款债务履行的一种担保方式。关于让与担保，我国法上并无规定；而对所有权保留，《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第134条从标的物所有权转移的角度作了规定：“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。”其二，虽具有担保作用，但法律未明确规定为担保方式或者其主要功能并不在于担保的担保方式，违约金、抵销、连带债务、并存的债务承担等即属之。例如，违约金就是合同当事人经常适用的担保合同履行的一种方式。就其功能而言，违约金确有保障合同履行的担保作用，然而设立违约金的根本目的不在于担保债权，法律也并未明确规定违约金为担保方式，而是明定其为承担民事责任的方式。所以，违约金尽管具有担保功能，但仅属于非典型担保。再如，抵销也有担保作用，但抵销的主要功能是通过两项债务相互冲抵而消灭债，因为抵销并不是当事人为确保债权的实现而特别设立的，故抵销也不属于典型的担保方式。

2. 约定担保与法定担保

根据担保的发生根据，担保可以分为约定担保与法定担保。

约定担保又称意定担保，是指由当事人双方自行设立的担保。约定担保具有自愿性，当事人完全依自己的意愿设立担保。从担保的方式、担保的条件、担保的范围至担保权的行使等均由当事人自行约定，任何人不能强迫他人担保，也不能以不正当手段使他人作担保。由于担保法实行自愿原则，所以，约定担保是担保的最主要的、最常见的担保形式。在典型担保中，保证、抵押、质押以及定金通常为约定担保；在非典型担保中，让与担保、所有权保留等也属于约定担保。

法定担保是指根据法律直接规定产生的，而不是由当事人约定产生的担保。法定担保具有法定性，担保的条件、担保的当事人、担保的范围、担保的适用范围等均由法律规定，而无须当事人约定。因此，只要具备了法律所规定的条件，法定担保即可产生，并须按照法律规定行使法定担保权。法定担保有两种表现形式：一是当事人不得排除适用的法定担保，其典型方式是优先权。优先权的成立无须由当事人约定，当事人也不得排除优先权的适用。二是当事人得排除适用的法定担保，其典型方式是留置权。留置权的成立条件是由法律直接规定的，当事人不得约定，但留置权与优先权不同，当事人得事先约定排除留置的适用。也就是说，如果当事人事先约定不得留置，则虽符合法律规定的留置权的成立条件，也不能成立留置权担保。

3. 人的担保与物的担保、金钱担保

根据用于担保的标的，担保可以分为人的担保与物的担保、金钱担保。



人的担保又称信用担保，是指担保人以其信用所提供的担保。在人的担保中，其担保标的是第三人的信用，即第三人以其信用担保债权人的债权。例如，保证、连带债务、并存的债务承担等均属于人的担保。但是，人的担保的典型方式是保证。保证是以保证人即债权人与债务人以外的第三人的信用担保债权实现的。保证是一种债的关系，它是以债务人的信用担保着债权的实现。在设立保证担保后，保证人与债权人之间就债权的实现成立一种债的关系，当主债务人届期不履行债务时，保证人即应依约以自己的财产清偿主债务人所负担的债务。可见，保证是通过保证人对债务人债务的清偿来保障债权人的债权实现的。保证担保的成立实际上等于扩大了主债务人的责任财产的范围，从而增加了债权人的受偿机会。由于保证是以第三人的信用为担保标的，而第三人的信用是浮动的，其财产也会处于不断的变动之中，所以，即使设立了保证担保，债权人的债权仍有得不到清偿的危险。为此，债权人为确保自己债权受偿，在设立保证担保时，应当认真审查保证人的信用情况。

物的担保是指担保人以其特定的财产所提供的担保。在物的担保中，担保标的是债务人或者第三人的特定财产，即债务人或者第三人是以其一定的特定财产担保债权人的债权。在物的担保中，根据担保物是否转移所有权，物的担保又分为不转移权利型的物的担保和转移权利型的物的担保。前者是指在供与担保的财产上为债权人设立一定的特定权利以担保债权的担保方式。在这种物的担保中，当债务人不履行债务时，债权人得依法行使担保权从担保财产的价值中优先受偿。为担保债权的履行而在特定财产上设立的权利，统称为担保物权，包括抵押权、质权、留置权、优先权。后者是指以转移一定财产的所有权或其他权利来担保债权的担保方式。在这种物的担保中，当债务人不履行债务时，债权人则直接取得担保财产的所有权或其他权利用以清偿债权。转移权利型的物的担保通常属于非典型担保，主要包括让与担保、所有权保留等。

金钱担保是指担保人以其金钱所提供的担保。在金钱担保中，担保标的是债务人所提供的一定数额的金钱。在民法上，金钱也是一种特殊的物，因此，从本质上说，金钱担保也可归入物的担保之列，属于物的担保的一种特殊形态。但是，金钱毕竟是一般等价物，是种类物，以金钱为标的的担保与以其他物为标的的担保仍有着很大差异。所以，我们可以将金钱担保与物的担保作为两种不同的独立担保方式。金钱担保的典型形式为定金，它通常是以定金罚则的形式担保债权的实现。

4. 单一担保与混合担保

根据担保方式的种类，担保可以分为单一担保与混合担保。

单一担保是指由一种担保方式所提供的担保。例如，对同一债权，担保人只提供保证担保，或者只提供抵押、质押担保等。在单一担保中，当事人之间的关系相对比较简单，不涉及多个担保方式下的担保权的行使顺序问题。在担保方式中，单一担保属于通常形态。

混合担保是指由两个以上担保方式所提供的担保。例如，对同一债权，既有保证担保，又有抵押担保或者质押担保等。在混合担保中，由于存在多种担保方式，所以，相较于单一担保更有利于保证债权受偿。同时，因存在多种担保方式，又涉及不同担保方式下的担保权的行使顺序和担保人之间的追偿问题。对此，《担保法》第28条第1款规定：“同一债权既有保证又有物的担保的，保证人对物的担保以外的债权承担保证责任。”《担保法解释》第38条第1款规定：“同一债权既有保证又有第三人提供物的担保的，债权人可以请求保证人或者物的担保人承担担保责任。当事人对保证担保的范围或者物的担保的范围没有约定或者约定不明的，承担了担保责任的担保人，可以向债务人追偿，也可以要求其他担保人清偿其应当分担的份额。”

《物权法》第176条规定：“被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，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，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。”

5. 单独担保与共同担保

根据担保人的数量或担保物的数量，担保可以分为单独担保与共同担保。

单独担保是指担保人为一人或担保物为一物的担保。例如，对同一债权，保证人一人提供保证担保，抵押人或质押人以一物设立抵押担保或质押担保。单独担保仅涉及担保人与债权人、债务人之间的关系，不涉及担保人之间的关系。在担保方式中，单独担保属于担保的通常形态。

共同担保是指担保人为二人以上或担保物为二物以上的担保。这里，确定共同担保的标准因人的担保与物的担保而有所不同。在保证担保中，共同担保的确定标准为担保人的数量，如果保证人为二人以上，则为共同保证；而在抵押、质押担保中，确定共同担保的标准是担保物的数量，而不是担保人的数量。如果抵押物、质押物为两个以上，则为共同抵押、共同质押。可见，在物的担保中，即使担保人为一人，但若担保人是两个以上的物设立担保的，亦为共同担保。在共同担保中，由于担保人或担保物较多，因而更有利于债权的受偿。同时，在某一担保人承担担保责任之后，又涉及向其他担保人追偿的问题。关于共同担保，《担保法》有明确的规定。例如，《担保法》第12条规定：“同一债务有两个以上保证人的，保证人应当按照保证合同约定的保证份额，承担保证责任。没有约定保证份额的，保证人承担连带责任，债权人可以要求任何一个保证人承担全部保证责任，保证人都负有担保全部债权实现的义务。已经承担保证责任的保证人，有权向债务人追偿，或者要求承担连带责任的其他保证人清偿其应当承担的份额。”《担保法解释》第75条中规定：“同一债权有两个以上抵押人的，当事人对其提供的抵押财产所担保的债权份额或者顺序没有约定或约定不明的，抵押权人可以就其中任一或者各个财产行使抵押权。抵押人承担担保责任后，可以向债务人追偿，也可以要求其他抵押人清偿其应当承担的份额。”

应当指出的是，单独担保与共同担保的分类与前述的单一担保与混合担保的分类是不同的。单一担保是就担保方式而言的，因此，共同担保如共同保证、共同抵押、共同质押也属于单一担保。混合担保与共同担保都存在二个以上的担保，因此，也有学者将混合担保归入共同担保之中，称为混合的共同担保。^①

6. 本人担保与他人担保

根据提供担保的担保人，担保可以分为本人担保与他人担保。

本人担保是指由债务人本人作为担保人的担保。在本人担保中，主债权债务的当事人与担保关系的当事人是同一的。主债权的债权人就是本人担保中的担保权人，主债权中的债务人就是本人担保中的担保人。可见，本人担保不涉及第三人，故担保的法律构成、当事人之间的权利义务关系比较简单。在典型担保中，留置权、定金只能是本人担保，而抵押、质押也可以是本人担保。在非典型担保中，所有权保留、违约金、抵销属于本人担保，而让与担保也可以是

^① 参见曹士兵：《中国担保诸问题的解决与展望》，71页，北京，中国法制出版社，2001。



本人担保。

他人担保是指由债务人之外的第三人作为担保人的担保。在他人担保中，主债权债务的债务人与担保人是不同的人，担保人由债务人之外的第三人担任。在他人担保中，担保的法律构成、当事人之间的权利义务关系要比本人担保复杂得多。在他人担保中，会发生如下法律关系：一是主债权的债权人与债务人之间的主债关系；二是担保人与主债权人之间的担保关系；三是担保人与债务人之间的委托等关系；四是担保人与再担保人之间的反担保关系。在他人担保中，担保人在承担了担保责任后，有权向债务人追偿。在典型担保中，保证只能是他人担保，而抵押、质押也可以是他人担保。在非典型担保中，连带之债、并存的债务承担属于他人担保，而让与担保也可以是他人担保。

第三节 担保的设立和效力

一、担保的设立

担保的设立也即担保的设定，是指当事人通过协商设立担保关系。如前所述，担保有约定担保与法定担保之分。法定担保无须当事人设立，而约定担保须由当事人在平等、自愿的基础上设立。当事人协商设立担保的协议是一种双方民事行为，这种协议就是担保合同。

（一）担保合同的订立

1. 担保合同的当事人

在担保合同中，当事人双方是担保权人和担保人。担保权人是在担保合同中享有担保权利的一方。由于担保是保障债权实现的法律制度，所以，担保权人只能是主债的债权人。非为主债的债权人的，不能成为担保权人。担保人是为主债权提供担保，承担担保责任的一方。如前所述，担保有本人担保与他人担保之分。在本人担保中，担保人只能是主债务人。例如，定金担保，担保人只能是主债务人，主债务人之外的第三人不能充当担保人。在他人担保中，担保人只能是主债务人之外的第三人。例如，保证担保的担保人，只能是主债务人之外的第三人。当然，有些担保既可以是本人担保，也可以是他人担保，因此，担保人既可以是主债务人，也可以是主债务人之外的第三人。例如，在抵押担保、质押担保中，主债务人可以以其财产权设立抵押权、质权，第三人也可以以其财产设立抵押权、质权。

2. 担保合同的订立程序

担保合同如同其他合同一样，其订立要经过要约和承诺两个阶段。

在担保合同的订立中，要约是一方向另一方发出的以订立担保合同为目的的意思表示。就一般情况而言，担保人是在债权人的要求下才提供担保的，但债权人要求提供担保的意思表示一般并不构成要约，而是要约邀请，因为债权人的这种要求一般并不包含合同成立的主要条款。在债权人提出要求提供担保的要约邀请后，担保人向债权人提出的提供担保的意思表示构成要约。债权人如果接受担保人提出的提供担保的意思表示，则双方的意思表示一致，担保合同成立。否则，担保合同不能成立。

在本人担保中，担保人为主债务人，因此，担保人提出要约，担保权人同意后，双方之间



成立担保合同。在他人担保中，担保人为主债务人之外的第三人。主债务人之外的第三人充当担保人，既可以是受主债务人委托提供担保，也可能是第三人为了主债务人的利益主动为债务人提供担保。但是，即使在第三人受委托为主债务人担保的情况下，主债务人向第三人提出的请求提供担保的意思表示和第三人同意提供担保的意思表示，也不是担保合同订立的必备程序。因为第三人与主债务人之间的关系并不是担保关系，而是担保的基础关系。在第三人受主债务人委托充当担保人时，主债务人与第三人之间的关系依其委托合同处理；在第三人未受委托而充当担保人时，第三人设立担保的行为可以构成无因管理。

3. 担保合同的内容和形式

担保合同的内容可以从两个方面理解：从民事法律关系而言，担保合同的内容是指当事人的权利和义务；从合同的表现形式而言，担保合同的内容是指担保合同的条款。我们这里所说的担保合同的内容，指的是担保合同的条款。

《担保法》第93条规定：“本法所称保证合同、抵押合同、质押合同、定金合同可以是单独订立的书面合同，包括当事人之间的具有担保性质的信函、传真等，也可以是主合同中的担保条款。”可见，当事人可以单独订立担保合同（包括具有担保性质的信函、传真等），也可以在主合同中附加担保合同的内容。需要指出的是，当事人即使在主合同中附加担保的约款，该约款也不作为主合同的组成部分，而属于独立的担保合同。一般说来，担保合同应当具备以下条款：（1）担保合同的当事人；（2）担保方式，如保证担保、抵押担保、质押担保等；（3）被担保的主债权及其范围；（4）债务人履行债务的期限；（5）担保人的担保责任；（6）当事人认为需要约定的其他有关事项。

从《担保法》和《物权法》的规定来看，担保合同如保证合同、抵押合同、质权合同、定金合同应当采用书面形式。当事人没有采取书面形式订立担保合同的，其后果如何？理论上有不同的看法。我们认为，除法律另有特别规定外，未采用书面形式的担保合同不应仅因其书面形式的欠缺而无效。

（二）担保合同的有效条件

担保合同是一种双方民事行为，因此，担保合同的有效条件包括如下几项：

1. 当事人具有相应的民事行为能力

担保合同的双方当事人分别为担保权人和担保人。担保权人为主债中的债权人，因此，只要具有主债权人资格，即可成为担保权人。担保人可以是主债务人，也可以是第三人。无论是主债务人还是第三人作为担保人，均须具有担保能力。就人的担保来说，担保人不仅须具有民事行为能力，而且还须具有可为保证人的资格。凡是法律规定不得为保证人的，不具有为保证人的资格。如国家机关以及学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体等，就不具有保证人的资格。就物的担保而言，担保人不仅须具有民事行为能力，而且还须对担保财产具有处分能力。对担保财产没有处分能力的债务人或第三人，不能成为物的担保的担保人。同时，如果法律对担保人的资格有特殊资格要求的，担保人只有具备了这种资格，才能具有担保能力。例如，《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）第16条中规定：公司为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议；公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议。

例题 1 公司在经营活动中可以以自己的财产为他人提供担保。关于担保的表述中，下列哪一选项是正确的？（2008年司法考试题）

- A. 公司经理可以决定为本公司的客户提供担保
- B. 公司董事长可以决定为本公司的客户提供担保
- C. 公司董事会可以决定为本公司的股东提供担保
- D. 公司股东会可以决定为本公司的股东提供担保

解析：本题的考点是公司的担保能力。依《公司法》第16条规定，公司为他人提供担保的，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议；公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议。因此，答案应为D项。

如果担保合同中的担保人是法人或其他组织的，其法定代表人或负责人不能超越权限订立担保合同。《担保法解释》第11条规定：“法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的担保合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。”这就是说，法人或其他组织的法定代表人或负责人超越权限订立担保合同，只有在相对人知道或应当知道时，担保合同才为无效。

如果担保合同是通过代理人订立的，须符合有效代理的规定。如果代理订立担保合同的行为人没有相应的代理权，或者滥用代理权，则担保合同会因无效代理而无效。当然，如果无权代理人的无权代理构成表见代理的，则担保合同可为有效。

2. 当事人的意思表示真实

担保合同是当事人意思表示一致的结果，而且是自愿协商的结果，因此，担保合同当事人的意思表示必须真实。所谓意思表示真实，是指当事人的表示行为必须真实地反映其内心的效果意思，即表示行为与效果意思须相一致。如果当事人关于担保的效果意思与表示行为不一致，或者一方关于担保的意思的形成受到了他方的不正当影响，担保合同则不发生效力。

至于担保合同当事人的意思表示不真实，担保合同是无效还是可撤销，理论上有不同的看法。我们认为，对此问题，应当依《合同法》关于可撤销合同的规定处理。如果当事人一方行使撤销权，则担保合同无效。例如，担保人在受欺诈、胁迫的情况下订立担保合同，或者因重大误解订立保证合同的，担保人即可行使撤销权使担保合同无效。《担保法解释》第41条中规定：“债务人与保证人共同欺骗债权人，订立主合同和保证合同的，债权人可以请求人民法院予以撤销。”同理，债权人采取欺诈、胁迫等手段，使保证人在违背真实意思的情况下提供保证的，保证人亦有权撤销担保合同。

3. 不违反法律或社会公共利益

担保合同不违反法律的规定或社会公共利益，主要是指担保合同的内容、目的合法。如果担保合同的内容、目的违反法律、法规的规定，违反社会公共利益和社会公德，则担保合同无效。例如，以法律禁止抵押、质押的财产设立担保的，以合法形式掩盖非法目的，担保合同即因违法而无效。

（三）担保合同的无效及后果

担保合同应当具备法律所规定的有效条件，才能发生法律效力。同时，担保合同是主合同的从合同，因此，主合同无效也将导致担保合同无效。担保合同无效将不能发生当事人预期的法律后果，当事人之间不能产生担保的权利义务关系。但是，担保合同无效虽不能发生担保权利义务的法律后果，却并非不能发生任何法律后果。一般来说，在担保合同无效后，当事人之间会发生民事责任关系。

1. 主合同有效而担保合同无效

这里的担保合同无效，既包括担保合同的绝对无效，也包括相对无效即可撤销的担保合同因撤销而无效。如前所述，担保合同须具备合同的有效条件才能有效，不符合合同有效条件的担保合同则无效。依《担保法解释》的有关规定，担保合同的无效主要有以下情形：（1）国家机关和以公益为目的的事业单位、社会团体提供担保的，担保合同无效（《担保法解释》第3条）；（2）以法律、法规禁止流通的财产或者不可转让的财产设立担保的，担保合同无效（《担保法解释》第5条）；（3）企业法人的分支机构未经法人书面授权提供保证的，保证合同无效（《担保法解释》第17条）；（4）企业法人的职能部门提供保证的，保证合同无效（《担保法解释》第18条）；（5）以法定程序确认为违法、违章的建筑物抵押的，抵押合同无效（《担保法解释》第48条）；（6）违反法律规定订立的跨境担保合同无效（《担保法解释》第6条）。

《担保法》第5条第2款规定：“担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。”按照这一规定，担保合同被确认无效后，不仅担保合同的双方当事人即担保人和债权人因其过错应承担相应的民事责任，而且债务人有过错的，也应承担相应的民事责任。那么，债务人、担保人、债权人的民事责任应当如何分担呢？对此，《担保法解释》第7条规定：“主合同有效而担保合同无效，债权人无过错的，担保人与债务人对主合同债权人的经济损失，承担连带赔偿责任；债权人、担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的二分之一。”按照这一规定，在担保合同无效后，当事人之间的民事责任承担应按下列标准确定：一是债权人无过错的，若担保人与债务人均有过错，则双方对主合同债权人的损失应当承担连带赔偿责任；二是债权人、担保人有过错的，担保人承担的民事责任，不应超过债务人不能清偿部分的1/2。《担保法解释》第7条机械地将担保人的民事责任限制在债务人不能清偿部分的1/2以内，这就忽视了过错在确定责任中的作用。就是说，即使担保人的过错再大，如担保人对担保合同无效存在故意，而债权人对担保合同无效存在一般过错，担保人所承担的责任也不能超过债务人不能清偿部分的1/2。可见，担保人的民事责任“不应超过债务人不能清偿部分的二分之一”的限制尽管有利于法官掌握，但不利于法官根据案情酌情处理案件。^①

2. 担保合同因主合同无效而无效

《担保法》第5条第1款规定：“担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效。担保合同另有约定的，按照约定。”担保合同是以担保债权实现为目的的合同，属于从合同，其命运决定于主合同。因此，主合同无效，担保合同当然无效。应当指出的是，主合同无效导致担保合同无效只是一般原则，当事人也可以作出担保合同不随主合同的无效而无效的另外约定，即约定在主合同无效的情况下，担保合同有效。但是，对于设立担保物权的担保合同，依《物权法》第172条第1款规定，主债权债务合同无效，只有法律另有规定时，担保合同才可有效。如果当事人有担保合同不随主合同无效而无效的约定或者依法律规定担保合同不因主债权债务合同无效而无效的，则会发生两种后果：一是在主合同有效的情况下，担保合同有效，其法律后果是担保人对有效的主合同承担担保责任；二是在主合同无效的情况下，担保合同亦有效，其法律后果是担保人对主合同无效的后果承担担保责任。

那么，在主合同无效而导致担保合同无效的情况下，担保人是否应当承担民事责任呢？对

^① 参见房绍坤：《民商法问题研究与适用》，252页，北京，北京大学出版社，2002。

此，《担保法解释》第8条规定：“主合同无效而导致担保合同无效，担保人无过错的，担保人不承担民事责任；担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的三分之一。”按照这一规定，在主合同无效导致担保合同无效时，如果担保人没有过错的，则不承担民事责任；如果担保人有过错，则应承担民事责任，但其民事责任的范围不能超过债务人不能清偿部分的1/3。有学者指出，之所以这样规定，是因为在主合同无效方面，债权人和债务人大多属于混合过错或有过失情形，此时虽然担保人有过错，但其责任不应超过主合同当事人的责任。退而言之，即使主合同当事人中有一方没有过错，而担保人有过错，但由于担保合同无效是主合同无效所致，担保人的责任也不应超过主合同当事人的责任。^①我们认为，这一解释是不合适的。第一，担保人并不是主合同的当事人，不对主合同一方因合同无效而产生的损失承担民事责任，即使担保人明知或应知主合同无效而提供担保且该担保是主合同成立的基础，也不能认为担保人对于主合同的无效有过错，因为担保合同无论如何只能是从合同，主合同的效力不会决定于从合同。当然，如果担保人与债务人通谋而致使主合同无效的，则担保人应当承担民事责任，但此时担保人的民事责任已不属于“主合同无效而导致担保合同无效”的责任。^②第二，按该条解释，担保人承担责任的范围的基础是“债务人不能清偿部分”。但是，在主合同无效的情况下，合同是没有履行效力的；而没有履行效力的合同，就无所谓“清偿”，当然也就不会存在“不能清偿”问题，也就无法确定“不能清偿部分”。既然无法确定债务人的“不能清偿部分”，实际上也就无法确定担保人的责任范围。第三，即使按照“不能清偿部分”确定担保人的责任范围，责任分担也是不合理的，损害了债权人的利益。从主合同无效的情况看，当事人的主观状态一般有如下三种情况：一是债权人与债务人均有过错，二是债权人无过错而债务人有过错，三是债权人有过错而债务人没有过错。可见，该条解释仅就第一种情况确定担保人的责任，而忽视了后两种情况。而在后两种情况下，按照过错责任的一般原理，担保人的责任范围显然不能是债务人“不能清偿部分”的1/3。在债权人无过错而债务人有过错的情况下，主合同无效导致担保合同无效后，担保人的责任应当是债务人“不能清偿部分”的全部，而不应当是“不能清偿部分”的1/3；在债权人有过错而债务人没有过错的情况下，主合同无效导致担保合同无效后，担保人的责任应当是债务人“不能清偿部分”的1/2。可见，在这两种情况下，担保人的责任分担明显不利于债权人。^③

依《担保法解释》第9条第1款规定，在担保人因无效担保合同向债权人承担民事责任后，有权向债务人追偿，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。

二、担保的效力

担保的效力是指在担保成立后所发生的法律后果。如前所述，担保有约定担保与法定担保之分。在约定担保的情况下，担保合同成立并生效，担保即为成立。在法定担保的情况下，只要具备了法律所规定的条件，担保即为成立。担保成立后，担保对担保权人、担保人、被担保人均会发生一定的效力。

^① 参见王闯：《对最高人民法院〈关于适用担保法若干问题的解释〉的若干理解》，载《判解研究》，2000（2）。

^② 参见郭明瑞：《担保法》，2版，15~16页。

^③ 参见房绍坤：《民商法问题研究与适用》，252~253页。

（一）担保对担保权人的效力

担保成立后，担保对于担保权人的效力主要体现为担保权人取得担保权。所谓担保权，是指担保权人所享有的请求担保人或担保财产清偿其债权的权利。在担保中，担保权可以从以下几个方面理解：

第一，担保权是为担保主权利而存在的从权利。因此，担保权的效力决定于主债权的效力，具有从属性。

第二，担保权的行使须具备法律所规定的条件。担保权是为保障债权实现而设定的权利，因此，担保权只能在一定条件下，通过特定的方式才能行使。当然，担保权行使的条件和方式，因担保权标的不同而有所不同。例如，在抵押担保、质押担保、留置担保等物的担保中，担保权是在债务人不履行债务时，以担保财产的价值优先受偿的方式得以实现的；在保证担保中，担保权是在债务人不履行债务时，担保权人通过请求担保人承担保证责任的方式实现的；在金钱担保中，担保权是在债务人不履行债务时，通过收取定金或双倍返还定金的方式得以实现的。

第三，担保权的性质因担保方式的不同而不同。在人的担保、金钱担保和非典型物的担保中，担保权仅具有债的性质，为相对性权利，不具有对抗第三人的效力；而在典型物的担保中，担保权为物权，具有对抗第三人的效力。

（二）担保对担保人的效力

担保成立后，担保对于担保人主要发生如下两个方面的效力：

第一，担保人承担担保责任。担保责任又称担保义务，是指担保人所承担的清偿担保权人的债权的责任。担保责任因担保种类的不同，其表现形式也有所不同。例如，在人的担保中，担保责任为一种人的责任，担保人是以自己的财产清偿担保权人的债权；在物的担保中，担保责任为物的责任，担保人是以其提供的担保物的价值清偿担保权人的债权；在金钱担保中，担保责任为金钱责任即定金责任，担保人是以自己的金钱担保合同的债权。

从担保责任的限度看，担保责任可以是有限担保责任，也可以是无限担保责任。有限担保责任是指担保人仅对担保权人的特定部分债权承担担保责任。所以，有限担保责任又称为限额担保。无限担保责任是指担保人对担保权人的全部债权承担担保责任。所以，无限担保责任又称为全额担保。担保责任究竟是有限担保责任还是无限担保责任，在约定担保中，得由担保人与担保权人约定，若无约定，担保人承担的担保责任为无限担保责任，而物的担保则以担保物的价值为限度；在法定担保中，担保责任的范围取决于法律规定。

担保人承担担保责任须具备一定条件，并采取相应的方式。实际上，担保人行使担保权，也就是担保人承担担保责任。因此，担保权的行使条件和方式也就是担保人承担担保责任的条件和方式。当然，无论是担保权的行使，还是担保责任的承担，都须以主债权债务存在为前提。如果主债权债务不存在，则担保权或担保责任即不会发生。但是，《担保法解释》第10条规定：“主合同解除后，担保人对债务人应当承担的民事责任仍应承担担保责任。但是，担保合同另有约定的除外。”对这一规定，应当从两个方面理解：一方面，只有在主合同解除债务人应当承担民事责任时，担保人才承担担保责任；另一方面，担保人所承担的担保责任仅限于担保合同中约定的担保责任的范围。对于担保合同约定的担保责任之外的债务，担保人不承担担保责任。

第二，在第三人充当担保人时，担保人在承担了担保责任后，对主债务人享有追偿权。在第三人充当担保人时，无论其是基于何种原因而提供担保，担保人对担保责任都是代替债务



人履行债务。因此，在担保人承担担保责任后，对主债务人享有追偿权。例如，《担保法》第31条规定：“保证人承担保证责任后，有权向债务人追偿。”《物权法》第176条中规定：“提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。”

（三）担保对被担保人的效力

担保成立后，担保对于被担保人而言，是对主债的效力的加强和补充，并不减轻或削弱被担保人的债务。因此，被担保人作为主债的债务人仍应向债权人履行自己的债务。如果被担保人履行了自己的债务，担保人的担保责任则不会发生。因此，被担保人不履行债务，是担保责任发生的基本条件。

如前所述，第三人为担保人的，在其承担担保责任后，担保人对被担保人享有追偿权。相应地，被担保人负有向担保人返还的义务，就担保人代其清偿的债权额向担保人偿还之。

第四节 反担保

一、反担保的概念和特点

《担保法》第4条第1款和《物权法》第171条第2款中规定：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。《担保法解释》第2条第1款规定：“反担保人可以是债务人，也可以是债务人之外的其他人。”根据这些规定，反担保是指债务人或第三人为确保担保人承担担保责任后实现对主债务人的追偿权而设立的担保。

反担保也是一种担保，但与担保相比，反担保具有如下特点：

第一，反担保以担保的存在为前提。反担保作为一种担保，亦具有从属性。反担保的从属性可以从两个方面来看：一方面，反担保直接从属于担保。反担保是为担保人所设立的担保，因此，只有担保存在，反担保才能存在；没有担保的存在，反担保自然不能存在。因此，担保与反担保之间是一种主从关系。担保不成立、无效或被撤销的，则反担保同样不成立、无效或被撤销。另一方面，反担保间接从属于担保中的主合同。这是因为，担保中的主合同不存在的，担保亦不存在，而担保不存在，反担保也就不能存在。

第二，反担保中的债权人是为债务人提供担保的第三人。在反担保中，双方当事人是反担保人和担保人。其中，反担保人是义务人。反担保人可以是债务人或者债务人以外的第三人，还可以是债务人与第三人共同担任。而且该第三人要求债务人再提供反担保的，该再反担保人也可以是其他第三人，而限于债务人。担保人是权利人，只能是在担保中为债务人提供担保的第三人。如果在担保中，债务人自己为担保人的，则不会发生反担保问题。

第三，反担保所保障的对象是担保人对债务人的追偿权。因此，反担保又称为求偿担保。任何担保都是为担保债权的实现而设立的，反担保也不例外，反担保的对象是担保人对债务人的追偿权。因此，在不存在追偿权的担保方式中，不能设立反担保。例如，在留置担保、定金担保中就无反担保的适用。反担保所担保的追偿权属于附延缓条件的未来债权，只有在担保人对债务人不履行债务而承担了担保责任时才能生效。如果债务人履行了清偿义务，则担保人的追偿权就不能生效，反担保也就不能生效。因此，只有在担保人承担担保责任后，担保人享有