

ESSENCE OF THEORY AND PRACTICE OF
GUARANTY LAW

担保法理论与实务精要

付颖哲 陈凯◎著

保证·抵押·质押·留置·定金·独立保函

- ※ 系统讲解基本知识 ※
- ※ 精心挑选典型案例 ※
- ※ 理论实务充分结合 ※
- ※ 全面覆盖疑难问题 ※

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

理论与实务相结合是本书的主要特色，而本书的两位作者长期从事理论研究、法学教育和律师、公证实践工作，对担保法理论和制度有着长期而深入的观察和思考，更有自己独特的认识和理解。正是基于这一点，本书无论是理论分析和论述，还是司法裁判的剖析和讨论，都带有鲜明的实证主义色彩，这恰恰是过往担保法理论著述所欠缺的内容。本书在内容上，理论与实务相互验证、相得益彰，细细研读，读者会发现担保法理论与实务之间极为生动的互动关系，甚至体会到掌握担保法体系和具体规范之间的内在逻辑，明了司法裁判中案件事实和裁判结果之间因果关系的愉悦。我相信，本书的内容，对于无论是正在学习担保法知识的法科学生，还是从事实务工作的律师、法官，都会有所裨益。

—— 孙宪忠

ESSENCE OF THEORY AND PRACTICE OF GUARANTY LAW



中国法制出版社
官方微信

上架建议 民法

ISBN 978-7-5216-0134-3



9 787521 601343 >

定价：158.00元

担保法理论与实务精要

付颖哲 陈凯◎著



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

担保法理论与实务精要 / 付颖哲, 陈凯著. —北京: 中国法制出版社, 2019.5

ISBN 978-7-5216-0134-3

I. ①担… II. ①付… ②陈… III. ①担保法—中国
IV. ①D923.2

中国版本图书馆CIP数据核字(2019)第069488号

法律资料分享, docsriver.com

策划编辑: 侯 鹏

责任编辑: 侯 鹏

封面设计: 杨鑫宇

担保法理论与实务精要

DANBAOFA LILUN YU SHIWU JINGYAO

著者 / 付颖哲 陈 凯

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市国英印务有限公司

开本 / 710毫米 × 1000毫米 16开

版次 / 2019年5月第1版

印张 / 44 字数 / 811千

2019年5月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5216-0134-3

定价: 158.00元

北京西单横二条2号 邮政编码100031

传真: 010-66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 010-66060794

市场营销部电话: 010-66017726

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社印务部联系调换。电话: 010-66032926)

序

我国推行社会主义市场经济，首要任务是推动人员、资金、货物、技术四大要素在市场中自由流通。在责任自负、风险自担的市场规则之下，缺乏担保法律制度，资金融通几乎无法实现。实践中，担保这一特殊的交易形态，既包括债权担保、又包括物权担保；既包括约定担保，又包括法定担保，加之债权人、债务人、担保人之间的债权关系、担保关系、委托担保关系可能同时出现于同一个大的担保经济关系之中，使得具体担保关系中，当事人之间的法律关系错综复杂、纠纷丛生。所以，担保法律制度的好坏，事关资金融通在市场经济中是否能够顺利得以展开。

那么，好的担保法律制度应当具备什么特质？对于这一问题，本书的作者提出，应以“责任自负”原则作为担保法律制度的底层逻辑，作为检验担保法律制度的立法是否得当，司法是否符合正当性要求的“试金石”，我非常赞同这一观点。在近现代民法“所有权保护”“意思自治”“责任自负”三个基本原则之中，“所有权保护”是“意思自治”的物质前提，是“责任自负”的物质基础，而“责任自负”是“意思自治”的必然结果，是所有民事权利义务的最终归结，其承担着民事主体“独立人格”的反向塑造任务。相比较买卖、租赁、委托等交易形态，担保法律关系中的债权人和担保人之间不存在义务互换的基本交易内容，所以很难沿着所有权人以获取“对待给付”为目的，按照意思自治原则与他人达成合同关系，并承担可能出现的法律责任的一般逻辑，寻找担保人承担担保责任的正当性理据。在处理担保人与债权人、债务人关系的问题上，担保人仅对自己的允诺和不当行为负责，所以在担保法立法和司法实践中，“责任自负”几乎成为唯一可供坚持的法律原则。本书从该原则出发，从宏观上框定讨论和评价担保立法和司法的基调，不仅符合担保关系的本质特征，回答了好的担保法律制度所应当具备的特质，而且恰当地反映了担保人“代人”承担法律责任的制度底色。

自1995年《担保法》颁布并实施以来，学界有关担保法理论的优秀论著汗

牛充栋，与这些论著相比，本书有以下以下可取之处：第一，本书将“责任自负”作为研究理论和实践问题的根本原则，确保本书的内容在整体上不会脱离民法理论框架，进而从价值理性角度分析具体问题，改变过往仅从工具理性出发单摆浮搁地对具体问题进行讨论的模式。第二，本书采取体系性的思维方式，结合保证、抵押、质押、留置、定金、最终到独立保函，担保关系独立性逐步增强的特征，体系性地讨论各种担保方式在权利内容和功能上的差异，并最终整体性地呈现担保法律理论和制度的全貌。第三，担保法是一个实践性很强的法律制度，无论法学理论还是法律规范，最终都必须经过司法实践的拷问。对此，本书坚持理论——规范——实践——理论的讨论模式，引述数以百计的法院判例作为研究和讨论的对象，重点关注理论和规范在具体实务当中的实际应用和效果。

本书的书名是《担保法理论与实务精要》，理论与实务相结合是本书的主要特色，而本书的两位作者长期从事理论研究、法学教育和律师、公证实践工作，对担保法理论和制度有着长期而深入的观察和思考，更有自己独特的认识和理解。正是基于这一点，本书无论是理论分析和论述，还是司法裁判的剖析和讨论，都带有鲜明的实证主义色彩，这恰恰是过往担保法理论著述所欠缺的内容。本书在内容上，理论与实务相互验证、相得益彰，细细研读，读者会发现担保法理论与实务之间极为生动的互动关系，甚至体会到掌握担保法体系和具体规范之间的内在逻辑，明了司法裁判中案件事实和裁判结果之间因果关系的愉悦。我相信，本书的内容，对于无论是正在学习担保法学知识的法科学生，还是从事实务工作的律师、法官，都会有所裨益，这也是我接受邀请作序并大力推荐本书的主要原因。

谨以此为序。

孙宪忠

中国社会科学院学部委员

第十三届全国人大宪法和法律委员会委员、教授、博士生导师

二〇一九年三月三十日

前言

担保关系是社会经济交往中一种非常特殊的交易形态，也是一种极为特殊的法律关系。在债权人和第三担保人之间的担保关系中，合同双方不存在对等的交换关系，不存在以义务交换为基本交易形态，不存在以义务交换达到各取所需目的为基本逻辑，建立起来的等价有偿、诚实信用的合同伦理关系。所以，担保人在实践中承担担保责任时多少都会抱有“迫于无奈、逼不得已”的心态。即使在成立担保关系时，担保人出于个人利益和目的愉快地签署担保合同，但是在承担担保责任时，时过境迁，良好的“初心”大都会异化为“代人受过”，使得担保人总会想方设法摆脱担保责任。所以，担保关系的纠纷率远高于其他法律关系类型。有鉴于此，在理论上、规范上以及司法实践上都有必要对担保法律制度进行讨论。

一、担保法律关系的基本认识

在进入本书正文之前，先来谈一下我们对担保法律关系的一些基本认识。我们认为，担保法律关系是所有民事法律关系类型中最复杂、最不正常，也是最奇特的法律关系类型，归结到立法和司法层面，担保法的立法和司法就成为整个民事法律领域中最为纠结和最难取舍的法律领域。在长期的教学和律师、公证执业实践中，我们就担保法律关系形成了以下三个基本的认识：

（一）担保关系是最为复杂的一种法律关系类型

首先，担保法律关系涉及人数众多，债权人（保证债权人、抵押权人、质权人、留置权人），债务人，保证人，抵、质押人，留置物所有人。总体而言，在一个担保法律关系中，债权人（担保权人）、债务人、第三担保人构成一个三角社会关系。通常来讲，无论是数学、政治学，三角关系都是最为稳固的关系；而在担保关系这一三角关系中，债权人和担保人之间的担保关系是债权人和债

务人之间债务关系的从属性法律关系，但这种从属性又处于相对状态，担保人可以行使债务人的抗辩权，而反之则不成立。同时，债务人和担保人之间的关系却不能成为债权人向担保人主张权利的阻碍，故债权和担保关系所组成的只能是一种不完全的三角关系，从而导致其并不具备通常意义上的稳定性。其次，担保关系涉及的法律关系众多，一方面，表现在数量上，一个担保关系中可能包含一个或数个主债权关系（最高额担保），一个或数个保证合同关系（第三人保证），以及一个或数个抵、质押合同关系（可能为债务人担保，也可能是第三人担保）；另一方面，表现在质量上，债权关系、保证关系是债权性质的法律关系，而抵、质押合同关系却又是物权关系，这些法律关系交织在一起，形成了异常复杂的大担保法律关系。再次，担保法律关系中主体的身份十分复杂，债权人同时也是保证债权人、担保物权人，债务人可能同时也是抵、质押人，第三人既可以是保证人、也可以是抵押人，在讨论债权的有效性、保证的有效性时，势必顾忌主体的其他身份和法律关系，难以取舍。最后，在担保法律关系中，不同主体之间不同性质的法律关系之间的关系也不相同，虽然担保关系原则上从属于主债权关系，但实际上担保关系又有其相对独立性，从保证到抵押、质押、留置、定金，最后到独立保函，独立性呈逐级增强趋势。在司法实践中，担保关系独立性的程度和具体表现又会随着当事人在担保合同中的特殊约定，和当事人之间的具体情境而经常处于变化之中，很难加以识别。所以，我们认为，担保关系是所有民事法律关系当中最为复杂的一种法律关系类型。

（二）担保关系是最不正常的一种交易关系

在社会主义市场经济体系中，担保法及担保法律关系无疑具有十分重要的作用，其融通资金、盘活资产，使得原本无法开展的交易关系得以顺利进行。但是，如果论及担保关系本身，我们认为，担保关系是一种最不正常的交易关系。首先，担保关系是一种无偿法律关系，不同于合同法领域内的财货转移、财货使用以及提供劳务三大发生对等交换关系的基本合同类型，这使得等价有偿、诚实信用等民事法律有关交易的基本原则适用于担保关系多少显得有些苍白和底气不足。例如，无权处分人（债权人）在未经出质人同意的情况下的转质，导致转质权人善意取得质权的情形，就很难从支付对价和有偿的角度解释转质权人对质权的善意取得，而从物之支配秩序和占有推定的角度又很难解释无过错出质人为什么必须接受转质权人取得质权的法律后果。其次，担保关系是一种单务合同关系，自始至终没有债权人的对待给付义务，但这种单务合同关系又和典型意义上的无偿借用、保管、赠与等法律关系不同，后者的义务人都可

以在履行义务之前任意解除合同关系；反观担保关系中的合同类型，除质权合同尚有争议，定金合同为实践性合同外，抵押合同和保证合同都是诺成性合同，导致很难从义务设置和履行的公平性上解释和处理担保关系。最后，因为担保关系的无偿和单务性，在第三人提供担保场合，在结果上担保人都是代他人“受过”。这就导致在订立担保合同时，担保人为了其他目的在心态上往往是高高兴兴、义无反顾，但是在债权人实现担保权，担保人承担担保责任时，又是不情不愿；最为重要的是，担保人在通常情况下又不能以其与债务人之间的关系，即提供担保的初衷是否达成对抗债权人。凡此种种，使得担保关系成为一种所有法律关系中纠纷率最高的法律关系类型。实践中，经常发生的情况是，甲银行向乙公司发放贷款，丙公司提供抵押担保。发放贷款后，甲银行发现丙公司不办理抵押登记，遂诉至法院。在法庭上，丙公司陈述不办理抵押登记的原因是乙不向丙公司提供约定的反担保，所以其无义务办理抵押登记。抵押人得不到法律的有效救济的境遇在普通的社会心理上却又值得同情。

（三）担保法是一项最奇特的民事法律制度

除担保关系的特殊性外，我们认为，担保法也是最为奇特的民事法律制度，这一点主要表现在以下三个方面：首先，担保法的实质性规范分布范围极为广泛。实践中，几乎所有类型的经济活动都有信用增加、盘活资产等需求，因此几乎所有和经济有关的法律制度都包含有关担保的规定，如《外汇管理条例》第十九条规定“提供对外担保，应当向外汇管理机关提出申请……”。票据法、专利法、证券法等都包含担保的法律规定。其次，担保法横跨物权、债权两个法律领域。在担保法律制度中，物权担保须依据担保法、担保合同须依据合同法，很多问题无法分清是应当从物权法对世、公示、支配、排他、推定、优先、善意取得等角度进行解释，还是应当从债权合同的意思自治、责任自负、无过错归责的角度加以解决，无法在保护物之支配秩序和保护当事人权利自决之间进行取舍。例如，第三担保人之间是否可以追偿的问题，即是至今尚无定论的难题。最后，担保法的具体适用往往须迁就其所担保的具体债权关系类型。例如，海商法中有关留置权的规定，是应当作为物权法留置权规定的特别法，还是应用新法优于旧法的适用关系，在实践中争议就非常大。这一问题的实质原因即是，海商法规范的法律关系是否相对于物权法规范的法律关系具有特殊性，是否值得为确保提单的流通性而牺牲物权法中的留置规定在海商法领域内的一般适用性。

二、担保法中的第一性原理——“责任自负”

如果说担保法中有什么一以贯之的原则或原理，当属“责任自负”，我们将之看作担保法立法、司法的第一性原理。担保法在规范和解决担保人是否承担担保责任，以及承担什么样的担保责任这两个核心问题的立法和司法过程中，都是在以“责任自负”作为担保人承担担保责任的正当性依据，在终极意义上承担着塑造“责任自负”的民事主体的民事法律的价值和功能。很多人认为担保法的理论过于复杂、玄奥，实务过于多样和冲突，但如果从“责任自负”出发，以之为分析和处理问题的底层逻辑，那么很多问题和困难就会迎刃而解。国人常说“中庸”之道，即中不偏，庸不易，指的是无论人生多么复杂多样，守住本心、不偏不倚，“责任自负”即是一个让我们在担保关系的立法、司法实践中不偏不倚的基本立场。

在担保合同无效，或担保权无效的情况下，当事人须以自己在无效事项上的过错承担缔约过失责任。所以，我们能看到，在政府机关提供保证担保的担保关系中，保证合同因违反法律的强制性效力规范而无效，而司法机关给出的解决方案即是从法律存有明确规定推定债权人、保证人均有过错，所以债权人、保证人须一起各承担债务人不能清偿的债务部分的二分之一的损失。这里保证人的担保责任发生了两个变化：第一，从原本应当承担担保合同约定的全部担保责任变为二分之一；第二，政府机关的担保责任从原来保证合同中约定的连带责任，即第一序位责任主体，变成补充清偿主体，债权人失去了直接要求政府机关承担责任的权利，其拥有的保证债权发生了减等情形。其间，债权人承担上述两项不利法律后果的原因是其是在知晓政府机关不能作为保证人的情况下缔结保证合同，其应当“责任自负”。在担保合同和担保权有效的情况下，当事人须就自己在担保合同中承诺的条件和范围承担担保责任，担保合同成为其承担担保责任的正当性理据，其中包含的是从“意思自治”到“责任自负”的基本逻辑关系。在实践中，担保关系中的“意思自治”的形式多种多样，可能是一份函件，也可能是一封电子邮件。所以，寻找、解释当事人的真实意愿就成为人民法院在对担保合同是否有效，以及担保人应否以及应当承担什么样的担保责任作出判断之前必须完成的首要工作。例如，借款合同中约定借款人的法定代表人提供连带责任保证，该法定代表人在合同签章处签字，但并未特别注明其身份为“保证人”，而借款合同一开始又未能注明法定代表人系合同当事人之一。此时，对法定代表人是否应当承担保证责任问题的审查，实际上即是在按照“责任自负”的逻辑审核其是否作为单独的，有别于借款人公司的“保证人”作出

了提供保证担保的意思表示，从而以“责任自负”为理据满足法律的正当性要求。

实践中，人民法院也用司法裁判诠释了“责任自负”这一担保法的第一性原理。在湖南高院审理的“刘某某与梁某某、王某民间借贷纠纷二审”中，债务人在借条上的加签行为使得原本没有还款期限和无利息的借款合同关系，变更为有还款期限和利息的借款关系。就此，在确认保证人是否承担保证责任问题上，湖南高院在其就该案作出的（2015）湘高法民三终字第147号终审民事判决书中认为：“本案借款没有约定还款期限，王某加签的该内容仅是明确还款期限，并不属于变更借款合同内容，也没有加重保证责任，故梁某某不得以此免除保证责任”；而“债务人在借条上加注利息，确实增加了保证人的保证责任，保证人应当不承担该部分的保证责任”。同样的加签行为，为什么会在不同的问题上产生不同的后果？因为，在加签确定还款期限之前，即在主合同无还款期限的场合下，保证人存在合同签订后未来任何时点债权人宣布债务到期即要求其承担保证责任的风险，其所面临的是一种不确定风险；而债务人的加签仅仅是使其不确定的风险转化为确定性的风险。从风险负担的角度来看，加签行为甚至降低了承担保证责任期限不确定的风险，所以其仍应承担担保责任。质言之，加签还款期限之后，保证人还是在其所缔结的保证合同的责任和风险范围内承担担保责任。与此相对，加签产生的利息使得原本依据合同法的规定为无利息的自然人借款关系，变更为有利息负担的借款关系，增加了债务总额，但在结果上也仅仅是保证人不承担增加的利息部分的保证责任。在司法实践中，诸如此类的案件不胜枚举，人民法院的法官们无不在殚精竭虑地依据“责任自负”原则抽丝剥茧地搜寻担保人承担担保责任的正当性理据。

同样，人民法院在审理案件的司法实践中，也会在极为特殊的情况下作出不符合责任自负原理的判决。例如，在“朱某某与烟台华河机械有限公司、李某某等海上、通海水域打捞合同纠纷申请再审案”中，我们即认为最高人民法院作出的（2015）民申字第3368号民事裁定在内容上值得商榷。在该案中，留置权人朱某某留置了债务人的挖掘机，并与债务人达成占有并使用该挖掘机，以使用收益冲抵打捞费、修理费的协议，这实际上是双方就打捞费、修理费债务达成的延期还款协议。另外，该挖掘机系债务人以所有权保留的方式向案外人华河公司购买，因债务人不支付分期款项，华河公司诉至法院并在获得判决后经申请由法院执行机构在留置权人朱某某处取回挖掘机并进行司法扣押。最高人民法院在民事裁定中认为，“留置权属于担保物权而非用益物权，朱某某继续占有涉案机器是为了用于经营，并非为了通过留置涉案挖掘机剥夺李某某对涉案挖掘机的利用权而迫使李某某清偿其债务。因此，朱某某的相关意思表示

与行为无关留置权的成立与行使”，并认为“从债务履行期限是否届满的角度来看，朱某某与李某某之间达成的以经营收益冲抵打捞费和维修费之合意，表明朱某某同意不通过变卖涉案挖掘机并就变卖价款优先受偿的方式清偿其债务，意味着朱某某同意延缓债务人李某某的债务清偿期，将其债务清偿期延缓至未来相关收益与涉案债务相抵销之时，朱某某陈述称‘事发当时李某某就是说没有钱，让朱某某看着办’，也进一步印证了朱某某同意延缓债务人债务清偿期的事实。因此，作为留置权行使法定要件之一的‘债务已届清偿期’之要件已不再具备”。对此，我们认为，债权人延缓履行期限后，在华河公司取回标的物的情况下，应当认为债务延缓协议因无法履行而终止，债务实际上已届清偿期。这里和债权人出于什么目的占有留置物没有关系，只要占有期间的收益用于清偿债务即应认定其占有的合法性。从本质上讲，留置占有并最终行使留置权以实现债权，和经营占有通过债务抵销实现债权本身在目的上即具有一致性，应认定所有权人华河公司虽有权从朱某某处取回留置物，但朱某某也有权行使留置权优先受偿。客观地讲，债权人朱某某的打捞和修理行为维护了华河公司对案涉挖掘机的所有权；而且，人民法院也已经另做判决确认了打捞、修理费的具体数额。在结论上，我们认为更加妥当的判决是债权人朱某某可以就华河公司取回的案涉挖掘机优先受偿。在这一结论中，“责任自负”的第一性原理就成为我们分析问题的基本出发点，留置权人和债务人达成使用并以经营收益冲抵修理费的行为并不足以使其失去对留置物的留置权，在仍然占有留置物的情况下，最高人民法院作出的裁定并不符合“责任自负”的基本原则。

三、本书的研究和讨论方法、框架与内容

本书的名称是“理论与实务”。其中，理论所描述的主观权利及其体系，是人类理性活动的产物，即存在于我们观念中的、抽象的、先验的、理性的，由若干概念、规则组成的严密的和符合逻辑自洽的体系。理论研究和发展的成果，一方面是形成“规范法律事实”（即假定）、行为模式和法律后果的法律规范组合，另一方面成为司法和实务人员在具体法律纠纷中适用法律规范的理论指导。而实务，即是针对民事主体在民事活动中形成的民事法律关系具体适用民事法律规范，其结果无不最终会归结到主体所拥有的民事权利和义务之上，最终会回到对既成理论的拷问之上。实务中，将一个个具体实践问题串联起来，实现法律适用的一贯性、稳定性、可预见性，首先即需要实务人员具备扎实的理论功底，具备从理论角度对客观的、具象的、因主体活动而不断发展、变化的各种民事

权利进行深入思考的能力。因此，我们在研究和讨论时，遵循先理论、后规范、再实务，最后回到对既成体系的质疑和讨论之上的路径与方法。

《担保法》颁布至今，有关担保法理论研究方面的论著汗牛充栋，狗尾续貂和画蛇添足显然是不智之举，所以我们舍弃单纯就理论进行讨论的方式，转而以“责任自负”这个担保法立法和司法中最为基础的“大前提”为主线，仅对担保法的理论进行简单的体系性讨论，接着将更多的精力投入对《担保法》《担保法司法解释》以及《物权法》中有关担保法条文的解读当中。其中，更多的是针对法律条文具体内容进行多角度解读，以谋求厘清法律条文规范和适用的边界，并据此反思现有的担保法理论。最后，我们将引述审判机关作出的大量司法裁判，寻找法官们从规范法律关系到事实法律关系进行法律适用的底层逻辑，力求呈现一个从理论—法条—实务的担保法的全部风貌。

总体而言，本书有三个维度：第一，理论维度；第二，规范维度；第三，实践维度。在第一个维度上，本书会简单论述传统民法当中有关担保法的基本理论，因为科学研究和理论思维这部分最能体现担保的体系性，阅读该部分可以帮助读者了解担保法立法、司法的基本理论脉络，掌握担保法的大致方向。在第二个维度上，在吸收和借鉴外国法律，尤其是以德国为代表的大陆法系有关担保的法学理论时，我国立法者根据我国社会实践的实际情况作出了微调，既满足了相沿几千年民事法律理论，又满足了我国的基本社会。所以，在这个维度上，我们会看到我国担保法立法中对传统民事法律理论和我国实际情况的取舍，体会到担保法立法的艰辛。在第三个维度上，本书会引用司法实践中，各级人民法院，尤其是最高人民法院的大量实际案例，我们会以“责任自负”为底层逻辑对这些判例进行分析。这部分将主要是以提问的形式出现，读者可以根据提问的索引查找到相关的问题，并看到实践中司法机关在作出裁判时是如何适用法律解决这些问题的。

本书的基本框架分为担保法总论、保证担保、抵押权、质权、留置权、定金以及独立保函七个章节，基本是遵照现行《担保法》的框架对相关问题进行讨论。其中，担保法总论所涉及的内容是担保法所涉及的，带有共性的内容，如担保合同的效力、对外担保、担保人免责和追偿等。最后一个章节“独立保函”，并非我国《担保法》的规范内容，之所以将这个部分纳入本书的讨论范围，有以下三个原因：第一，从担保关系对主债权关系的从属性上看，从属的紧密性是从保证、抵质押、留置到定金呈逐渐递减趋势，到独立保函，从属性已经基本消失。在这个意义上，各个担保制度既有了自己独特的价值和功能，也获得了制度本身的存在意义，所以只有将独立保函纳入进来，才能看到这一趋势的

全貌，才能从趋势上体会各个担保制度的制度价值和功能。第二，最高人民法院在《独立保函规定》中，明确规定独立保函不是保证担保，所以讨论独立保函会帮助我们从其与保证担保的区别的角度理解保证担保，理解担保责任。第三，从功利的角度来看，独立保函在国际贸易中的重要性毋庸置疑，正确理解独立保函制度和功能可以帮助我国企业顺利地对外开展经济交往，实现“走出去”的发展战略。因为撰写本书的时间有限，以及《独立保函规定》刚颁布不久，实践中司法案例较少，我们采取了不同于本书其他章节的论述方法，仅就该规定的规范内容作以解读。

四、本书的初衷及使用

我们就本书的内容进行写作，源于我们对第三担保人之间相互追偿权的争论。面对第三担保人之间是否可以追偿这一近乎无解的问题，我们树立了一个目标，即探究担保人承担担保责任的底层逻辑到底是什么。随着研究和讨论的深入，我们发现担保法涉及的各个担保制度均有其自身独特的制度功能，它们的底色各不相同，所以我们遂着手将讨论的内容和结论整理出来形成了本书的基本框架，以展现各个类型担保制度的特色。在最初设定本书的使用者时，鉴于我们的身份，即法学教员、律师、公证人，我们产生了分歧，在法科学生、律师、公司法务以及司法审判人员等读者类型中难以取舍。但后来发现，我们以理论、规范、判例方式进行讨论，似乎能够兼顾上述所有的读者类型。我们讨论担保法理论，可以帮助法科学生学习担保法知识，讨论法条可以帮助其理解从理论到法条的立法逻辑，讨论案例可以帮助其理解法条的具体运用并加深对担保法理论的理解。我们以自问自答的方式讨论法律条文和司法判例，可以帮助律师、公司法务和其他的实务工作者迅速地查阅到相关问题，至少可以为他们分析具体问题提供一些新的思路 and 方案。我们在讨论司法判例时，几乎是照搬审判机关作出的司法裁判的精彩片段，可以帮助司法审判人员快速地进行对比和参照。因为要兼顾不同的使用者，使得我们不断扩大本书的篇幅，出版计划也一再延迟，对此我们要着重感谢中国法制出版社。

五、关于本书中人民法院实践判例的说明

在本书中，为了说明担保法理论、规范和实践的联系，我们根据所要说明的问题，引用了大量人民法院的裁判案例。对此，需要着重声明和强调的是，

我们既无意借助本书中的案例对参与案件审理的法官就其所作出的司法裁判提出任何批评和质疑，我们没有参加审判活动，没有经过庭审、质证等程序了解到案件的审理情况，所以也没有能力和资格对案件的裁判结果作出评判。在这里，我们想起作家王小波写过的一句话，“在人类的一切智能活动里，没有比做价值判断更简单的事了”，置身法庭审理活动之外，脱身于具体的话语场景，对裁判结果作出价值判断，无论如何都是不负责任的行为。我们所能做的就是，在不同案件中，根据法官认定的事实，对法律的适用问题进行讨论，从而回溯到法律条文和理论的探究之上。所以，本书引用司法裁判仅仅是断章取义地就案件裁判文书主文的内容对相关问题加以说明，如因没有顾及实际审判活动中庭审、质证而忽略案件的某些真实情况，以至于我们对裁判文书的内容作出误读，在这里先期对相关的法官表示歉意。在查找、翻阅、引述和研究司法裁判的过程中，我们获得了前所未有的乐趣，当看到人民法院法官作出的异常睿智的司法裁判时，我们的反应往往是拍案叫绝。我们深刻地发现，人民法院的法官在我们这个国家是最富激情、最富创造力、最具智慧的群体之一。在繁重的日常工作中，他们的工作无愧于他们制服上的国徽，无愧于他们所坚守的法治精神。我们也从他们一份份充满智慧的司法裁判中，看到了我们国家法治进程的希望。

改革开放四十年，中国以举世瞩目的速度迅速崛起，在民事法律制度上走的是西方发达国家的路径，这一点表现在担保法律制度中尤为明显。客观地讲，担保法律制度在我国经济发展过程中，起到了极大的促进作用，也出现了很多水土不服。我们认为，现今是就担保法的理论和规范进行反思的时候了，不是仅从民事法律理论范畴，而是要从更大的综合经济学、社会学的维度对担保法的立法和司法进行反思，希望本书的内容对此能够有所裨益。

付颖哲

二〇一八年七月

缩略语

一、法律

- | | | |
|------------------------|--|----------|
| 1.《中华人民共和国民法总则》 | | 《民法总则》 |
| 2.《中华人民共和国合同法》 | | 《合同法》 |
| 3.《中华人民共和国担保法》 | | 《担保法》 |
| 4.《中华人民共和国物权法》 | | 《物权法》 |
| 5.《中华人民共和国公司法》 | | 《公司法》 |
| 6.《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》 | | 《法律适用法》 |
| 7.《中华人民共和国城市房地产管理法》 | | 《房地产管理法》 |
| 8.《中华人民共和国民事诉讼法》 | | 《民事诉讼法》 |
| 9.《中华人民共和国企业破产法》 | | 《破产法》 |

二、司法解释

- | | | |
|--------------------------------------|--|--------------|
| 1.《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》 | | 《担保法司法解释》 |
| 2.《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）》 | | 《物权法司法解释（一）》 |

- | | |
|---|---------------|
| 3.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》 | 《合同法司法解释（一）》 |
| 4.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》 | 《合同法司法解释（二）》 |
| 5.《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》 | 《执行异议和复议规定》 |
| 6.《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》 | 《商品房买卖合同司法解释》 |
| 7.《最高人民法院关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》 | 《票据法司法解释》 |
| 8.《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》 | 《民诉法司法解释》 |
| 9.《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》 | 《民间借贷司法解释》 |
| 10.《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》 | 《独立保函规定》 |
| 11.《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》 | 《民通意见》 |
| 12.《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》 | 《诉讼时效规定》 |
| 13.《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》 | 《买卖合同司法解释》 |

目录

CONTENTS

第一章 担保法总论

第一节 担保概述

一、担保的概念和基本原理	002
二、债的担保的特征	006
三、担保的社会功能	007

第二节 担保的分类

一、人的担保和物的担保	009
二、意定担保和法定担保	012
三、债务人担保和第三人担保	012
四、单一担保和混合担保	013
五、单独担保和共同担保	013
六、反担保和本担保	014
七、涉外担保及其法律适用	016

第三节 担保权的成立、设立

一、担保权的成立、设立	026
二、担保合同	027