

中国政法名师--李显冬民法讲义（24）PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/233/2021_2022__E4_B8_AD_E5_9B_BD_E6_94_BF_E6_c80_233666.htm

第十二章 债的担保与保全 我国《担保法》规定了五种担保方式。2000年9月29日《最高人民法院关于适用若干问题的解释》（简称《解释》）正式颁行，其共有134个条文，比《担保法》的96个条文还要多。鉴于《担保法》及其《解释》的内容几乎涵盖了整个物权法理论框架，我们实际上只有将担保物权与合同的担保合在一起研究，才能全面了解我国有关担保制度的基本规定。故可见，担保法的内容实际上包括两部分：一部分是债的担保和保全的理论，另一部分才是担保物权。由于这一部分内容太多，且又与合同法的内容交叉，故我们仅介绍一下其理论要点，就没有时间具体通过案例来详细介绍了。而且为了保持民法理论体系的完整性，“保证”和“定金”这些内容放在“债的保全”部分进行研究，其余的内容就放到后面担保物权中再予以介绍。

第一节 债的保全

（一）“合同的担保”与“债的担保”的概念

1. “合同的担保”。 “合同的担保”是指法律规定的或当事人约定的，以促使合同债务人如约履行其义务，确保合同债权人的利益得以实现的法律措施。
2. “债的担保”。 所谓“债的担保”是指法律为保障债权人的利益得以实现而特别规定的，以第三人的信用，或者以某项特定的财产来确保债务人履行债务的法律制度。
3. 两者的区别与联系。 可见，“合同的担保”与“债的担保”并无本质差别，合同的担保是债的担保中的最主要的组成部分，两者在担保制度及内容上完全一样，仅仅是担保的对象

略有所区别。（二）债的保全的概念 1．债的保全。所谓“债的保全”，是指债务人必须以其全部财产来为其履行任何债务作一种总括性的担保。它是法律为了保障债权人的债权得以实现，防止债务人的财产的不当减少而给债权人造成危害，而赋予债权人的一种法律手段。 2．合同的保全。具体到“合同的保全”而言，它是合同债权人为了防止合同债务人的财产不当减少而危害其合同债权，对合同的关系以外的第三人所采取的保护合同债权的法律措施。合同的保全是合同对于第三人发生的效力，亦即是合同的对外效力的表现。 3．债的保全的目的与本质。简单地说，“债的保全”也罢，合同的保全也罢，都是指在没有特别约定的情况下，法律确认要以债务人所有的全部财产，来保障债权人的利益能够得以实现的一种法律制度。债的担保和保全之目的，都在于促进资金融通和商品流通，促进市场经济的发展，故它们在本质上均是一种对商业风险的安全防范措施，对于保障债权得以实现具有积极预防的作用。债的保全中主要包括代位权与撤销权。（一）代位权的概念 所谓“债权人代位权”，是指债权人为保全其债权，而于债务人怠于行使自己的金钱债权而致使债权人的权利实现时，债权人可以自己的名义代位行使属于债务人的权利的权利。简而言之，所谓“债权人的代位权”，就是指债权人代替债务人的地位以自己的名义来行使债务人权利的权利。（二）债权人代位权的成立条件 债权人的代位权虽然是债权人的一种固有的权利，但仍须具备一定的条件才能得以成立。 1．须债务人对第三人享有金钱债权且怠于行使该权利。债权人代位权是为保障债权人能够实现自己的权利而设，因而其标的只能是债务人对第三人业已享

有的金钱债权。凡专属于债务人自身的债权，不得让与的权利，当然不能由债权人代位行使。如基于身份关系的给付请求权以及劳动报酬、退休金、养老金、抚恤金、安置费、人寿保险金、人身伤害赔偿金等请求权，都是具有专属性的债权。如果债务人积极行使其权利，债权人的代位权并不能成立。只有在债务人有权利能行使却怠于行使时，即债务人客观上可以对第三人行使其权利却不行使，债权人的代位权才能得以成立。至于债务人不行使权利是否有过错，有无其他原因，是否经债权人催告，均与代位权的行使无关。债务人的债务履行期届满而债务人未对次债务人起诉或者申请仲裁的，视为其怠于行使权利。

2. 须债务人履行债务迟延。即债务人的债务已经过了履行期限。债权人应当承担债务人怠于行使权利以及债权未能实现的举证责任。但债务人能够以自己拥有实现债权的等值或者更高价值的可供执行的财产来对抗债权人。

3. 须债务人有保全债权的必要。所谓有保全债权的必要，是指债务人怠于行使其权利危及到了债权人权利的实现。

4. 债权人代位行使的范围。债权人的代位权，应由债权人以自己的名义行使。凡债务人的债权人，只要符合债权人代位权的成立要件，均享有代位权。但若某一债权人已行使代位权时，其他债权人不得再就债务人的同一权利行使代位权。债权人代位权行使的范围应以保全债权人债权的必要为限度，即以债权人的债权为限。债权人行使代位权，应采取诉讼的方式。债权人行使代位权，依据最高人民法院关于合同法的司法解释，可以直接诉请次债务人向自己履行所欠债务人的债务。债权人向次债务人提起代位权诉讼，经人民法院审理后认定代位权成立的，应由次债务人直接向

债权人履行债务，但次债务人对债务人的债务超过债权人债权的，其超过部分应当向债务人履行。（一）债权人的撤销权 债权人的撤销权亦称“废罢诉权”，是指当债务人处分其财产的行为有害于债权人的利益时，债权人为了保全自己的债权，可以请求法院对债务人的行为予以撤销的权利。债权人撤销权同样是债的保全方式之一，也是为了防止因债务人的责任财产减少而造成自己的债权不能实现所采取的措施。由于债权人撤销权的行使是撤销债务人与第三人间的民事行为，从而使债务人与第三人之间业已成立的法律关系得以消灭，故无疑要涉及第三人。因此，债权人的撤销权也被认为是“债的对外的效力”的具体表现。（二）债权人撤销权的成立要件 撤销权的成立要件可分为客观要件与主观要件，并且依债务人所为的行为是否有偿而有所不同。1．客观要件。撤销权成立的客观要件是看债务人是否实施了危害债权的行为。此要件包括以下几点：（1）债务人须于对债权人的债务成立后才实施该行为。债务人在债权成立以前所为的行为，如能证明其具有损害将来债权的目的，而且相对人已知其事实并参与了预先安排的，同样可以准用撤销权。（2）债务人的此行为须是能够使其一般性财产减少的财产行为。如债务人无偿处分财产，包括赠与、放弃权利、放弃时效利益等。（3）债务人的该行为须是有害于债权人的债权得以实现的民事行为。债务人处分财产致使任何一个债权人的债权不能获得全部满足或者降低满足全部债权的可能性的，视为有害于债权人的利益。2．主观要件。债权人撤销权成立的主观要件，是债务人与第三人主观上有恶意。（1）对于撤销权的主观要件，依债务人所为的行为是有偿或无偿而有所

不同。若为有偿行为，则须债务人为恶意，债权人的撤销权才成立。只有受益人为恶意时，债权人才得行使撤销权。而对于无偿行为，则不以债务人和第三人的恶意为要件。不论相对人是否知道债务人的行为有害于债权人的利益，债权人均可行使撤销权。债务人缺乏资力又为无偿行为，肯定会损害债权人的债权。而撤销该无偿行为，受益人失去仅仅是无偿所得的利益，所以法律首先保护的是债权受到危害的债权人的利益，而并非无偿取得利益的第三人。（2）至于债务人有无恶意，一般应实行推定原则。即只要债务人实施行为而使其无资力，就推定为有恶意。债权成立以后，夫妻之间、家庭成员之间，包括债务人与其关联企业之间，以明显不合理的低价处分财产，导致债权人的债权不能获得全部满足的，均推定相对人明知债务人的行为有害于债权人的利益。至于受益人的恶意，则应由债权人证明。受益人的恶意依其知道其所为有偿行为要危及债权即可。恶意取得人以财产价值为限负返还责任，善意取得人仅在其所得利益的限度内负返还责任。

3. 债权人的撤销权由债权人行使。凡于债务人为有害债权行为前有效成立的债权，债权人均可对其行使撤销权，由于撤销权的行使于第三人有重大利害关系，故债权人行使撤销权时，须由债权人以自己的名义通过诉讼方式进行，其撤销的效力依撤销的判决而发生效力。此效力及于债务人、受益人及债权人，不过有除斥期间的限制。（一）一般担保的含义 债自成立的时候起，就受法律的保护，故债务人不履行债务时必须承担民事责任。一般情况下，作为债务人的民事主体，都应须以自己的全部财产来承担无限责任。由于债权是请求权，又是相对权，只有通过债务人的履行

行为才能得以实现，而债务人的履行，一般就是从自己的一般性财产中拿出一定的数量给付与债权人。所以，显而易见，所谓“责任财产”亦即债务人的一般性财产的增减特别是其存量，就与债权人有了直接的利害关系。特别是由于债权没有排他性，就同一债务人而言，可以有内容相同或内容不同的数个债权并存；当债务总和超过财产总额时，凡是没有顺位的，只能平等地按比例受偿；同时，还由于债权没有追及性，一般担保中的财产被转让给他人时，转让部分即丧失了担保的功能，故其结果就可能产生有损于债权人的不利结果。（二）代位权与撤销权的意义正是为了债权人的利益能得以真正实现，法律才赋予了债权人以“代位权”和“撤销权”，使其成为一种法律上的措施。债权人行使“代位权”和“撤销权”的目的，显然就是为了保证债务人的财产不至于不当减少到难以实现自己债权的程度。也就是说，它是为了保证债务人财产的存量能够满足债权人的全部任何债权。它其实是指债务人要以其现存的全部财产来作为其对一般任何债务履行的担保，所以才被称之为是“债的一般担保”。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com