

担保法重点难点详解：总论部分 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/482/2021_2022__E6_8B_85_E4_BF_9D_E6_B3_95_E9_c36_482356.htm

1、担保的含义 民法上的担保有狭义和广义之分，狭义上的担保，是对合法债务的履行保证，广义上的担保，则可包括不具有法律意义的事项，如他人的行为。担保法上的担保，仅指狭义的担保（担保法第2条第1款）。广义上的担保，实质上是附条件的法律行为，比如，A向B保证，C一定不为某种行为，否则A向B支付5000元保证金，此处，C是否为一定行为就是AB约定生效的条件；狭义的担保则不能完全这样理解，虽然担保人承担责任的前提是债务人不履行债务，但该事实只是请求权发生的原因，而不是担保合同生效的条件，比如在抵押的场合，履行期限届满前，抵押权的追击效力、保全效力等等均已产生。

2、担保的分类（狭义角度）（1）一般担保与特别担保 债的一般担保，是保证债权人一般利益的担保，是债的法律效力的自然结果。民事责任本质上是财产责任，因此责任人的所有个人财产就是其民事责任的一般担保。合同法中债的保全制度（撤销权、代位权）就是为了加强债务人一般担保的能力。债的特别担保，是法律为保证特定债权人的债权实现而设定的担保。担保法上的担保，都属于债的特别担保。

（2）典型担保与非典型担保 这是根据法律规定的适用和类型化的程度进行区分。典型担保是由法律明文规定的担保方式。担保法第2条第2款规定的保证、抵押、质押、留置、定金即是，另外《海商法》的船舶优先权、合同法的建筑工程款优先权，尽管适用范围仅仅限于特定债务，也属于典型担

保。非典型担保也可分为两种情形：一种是法律虽未明文规定但其主要功能为担保的担保方式，比如让与担保（即债务人将一定财产所有权转移给债权人以担保债务，在其履行债务后可以取回财产，若不履行债务时债权人可以直接就担保物受偿）、所有权保留（分期付款）、押金等。另外一种担保不是其主要功能的担保方式，比如违约金的主要功能是民事责任，但又兼有担保的功能；抵销的主要功能是债的履行方式，但其又有事实上优先受偿的效果；并存的债务承担，本来属于债务转移的一种方式，但由于新旧债务人并存承担连带责任，因此也有一定担保功能。（3）约定担保与法定担保 这是根据担保发生的依据进行区分，前者是完全出于当事人的约定，如保证、抵押，后者则是由法律直接规定，如留置、优先权。（4）人保、物保、金钱保 这是根据担保的标的进行的区分。人保实际是信用担保，保证、并存的债务承担即是；物保是指以特定的财产来担保债权的担保方式，如抵押、质押；金钱担保其实是物保的一种特殊方式，其标的是作为种类物的金钱，比如定金、货币质押。

3、反担保

反担保是债务人或第三人向担保人保证主债务人履行主债务而提供的担保（担保法第4条）。反担保是担保人转移担保风险的一种措施，其本质和担保并无差别。所区别的是：（1）反担保中的债权人为原担保人。（2）反担保是以原担保有效存在为前提的。（3）反担保仅仅限于约定担保。（4）反担保所担保的实际是原担保人的追偿权。由于原担保人的追偿权是在一定条件下才出现的，因此反担保所担保的属于未来的债权，这一点与最高额保证、最高额抵押同。《担保法》第4条第2款规定：“反担保适用于本法担保的规定。”从

字面理解，担保法规定的5种典型担保方式都可适用于反担保，但从反担保的性质理解，却有一定的限制：（1）留置不能为反担保的方式，因为留置权为法定担保方式，只有具备法定条件才能成立，而反担保是约定担保。（2）定金也不能作为反担保方式，因为定金只适用于双务合同，而担保合同却是单务合同。（参见担保法解释第2条第2款）

4、担保合同的当事人

约定担保是以合同方式成立的，担保合同是主合同的从合同，具有附随性，但其本身又具有相对独立性，其当事人双方是担保权人和担保提供人，在担保人为第三人的场合，第三人与债务人的关系并不是担保关系，而是担保合同的基础关系。其基础关系可以是无因管理，也可以是委托合同，也可以是赠与，基础关系的效力与担保关系没有必然联系。例如，第三人C受债务人B的欺诈，与债权人A签定了担保合同，根据合同相对性，C不能以受B的欺诈而主张撤销担保合同（除非A明知这个情况或者与B通谋）、与，因为对于A、C来说，C的意思表示是真实的，其受欺诈的事实只是该意思表示的动机（较远的原因），动机错误一般不影响意思表示的效力。

5、担保设立无效的法律后果

《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。”按照法律行为的主从关系原理，主行为无效的，从行为也就没有了存在的意义，所以当主债权不能有效存在时，作为从合同的担保合同当然也就无效。但是，担保合同无效，并不意味着当事人之间不能产生任何权利义务关系，这时应先看当事人之间有没有约定，没有约定的，则按照合同无效的规则处理，此时这种责任在性质上属于缔约过失责任。《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。”

不过《担保法解释》第7、8、9条对这个问题作了进一步的细化规定，这些规定与一般的缔约过失责任还是有所不同，下面详细分析。（1）第7条：“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。”依此规定，首先要确定债权人有无过错，分两种情况讨论：如果债权人无过错，则由担保人和债务人承担连带赔偿责任，而不管担保人和债务人是否有过错。从缔约过失责任的特征来看，只有有过错的一方才承担相应责任，而按照解释的规定，只要债权人无过错，担保人和债务人就要承担无过错责任。这样的规定显然是要侧重保护债权人的利益，从担保人角度来说，让其在这种情况下承担无过错责任，不违背其签定担保合同时推定的意思。不过，在“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”（解释第9条第1款），而且即使担保人本身也是有过错的，仍然可以向债务人追偿。这是因为担保人的赔偿责任范围不会超过其在担保合同中约定的担保范围，该债务完全是债务人应清偿的债务。如果债权人有过错，应承担相应的责任，如果担保人没有过错，则不承担任何责任，即使担保人有过错，其承担责任的范围也不应超过债务人不能清偿的1/2。

（2）第8条：“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。”依此规定，担保人只有在有过错的情况下才承担责任，但其承担的责任范围不应超过不能清偿部分的1/3。这是因为担保人不是主合同的当事人，本不应对主合同债权人的信赖利益损失负责，因此只有担保人明知或应知主合同效力有瑕疵仍然提供担保，而提供的担保是主合同成立的基础时，担保人才承担主合同无效的过错责任，但是，主合同无效的主要原因不是担保人提供担保，因此对其责任限制在一定范围内。另外，适用本条的前提是，担保合同的无效是因为主合同本身的效力引起的，如果是因为其他原因比如担保人与债务人通谋而致使主合同无效，担保人不能享有限制责任的利益。注意：上述赔偿责任，以信赖利益为限，不包括预期利益。

6、担保法关于“不能清偿”的含义

担保法及其解释不止在一处使用了“不能清偿”或类似用语（如“不能履行”），如先诉抗辩权中的“就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前”，又如解释第7、8条中“其承担的责任范围不应超过不能清偿部分的1/2、1/3”等。问题在于，“不能清偿”是一个相当有歧义的用语，从理论上说，种类债务没有不能履行的，因此在金钱债务的场合，今天不能履行不代表明天不能履行，如果这样的话先诉抗辩权就会成为永不消灭的权利，担保人也绝不会因为过错而需要承担责任了。因此有必要进一步明确“不能清偿”的含义。按照学者的解释，所谓“不能清偿”，是指就债务人的财产依法强制执行而无效果，包括执行后不能或不足以清偿全部债务，如拍卖债务人的财产无人应买、或拍卖所得只能清偿部分债务、或债务人虽有财产但在执行期限届满以前无法查找其财产所在等等。对此，《担保法解释》131条已经明确规定：本解释所称

“不能清偿”指对债务人的存款、现金、有价证券、成品、半成品、原材料、交通工具等可以执行的动产和其他方便执行的财产执行完毕后，债务仍未能得到清偿的状态。

7、主合同解除时的担保责任 在主合同被解除的场合，按照合同解除效力的“直接效果说”，合同因解除而溯及的消灭，作为从合同，担保合同所依附的基础已经丧失，皮之不存，毛将焉附？既然债权人选择了解除合同，表明其已经放弃了担保权的行使，于是可得出主合同解除不得再行使担保权的结论。类似的情况还包括违约金与合同解除的场合。遗憾的是以上推论实属大谬！担保合同虽然在效力上从属于主合同，其发生、转移、变更、终止均应与主合同命运同。但主合同解除的目的实现与从合同的担保功能并不矛盾，如果强行将二者割裂，债权人必将陷入不利局面。试举一例予以说明：A与B签定一长期购销合同，由A向B供货，到货发款，C提供抵押担保，后B拖欠多期货款，A欲行使担保物权以实现债权，假设优先受偿须以丧失合同解除权为代价，则A实现债权后仍然负有继续供货之义务，而面对B之根本违约，A已没有任何担保财产可供实现了。由此可见，担保合同不能因为主合同的权利义务终止而化为乌有，这时应该拟制合同关系在从合同可以依附的范围内继续存在。《合同法》98条规定，合同的权利义务终止，不影响合同中结算和清理条款的效力。因此，从合同仍得依附清算条款而继续存在。（类似的，违约金条款的存在也应做同样解释）《担保法解释》第10条明确规定：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。当然，担保合同另有约定的除外。

8、担保权的行使期限 担保可分为人保和物保。对于人保来说

，担保法已经明文规定了保证期间，债权人须在保证期间向保证人要求承担保证责任，符合上述要求的保证请求权得以在诉讼时效内继续存在（保证期间与诉讼时效的关系将在保证部分阐述）。对于物保来说，由于该担保权属于物权，按照传统民法理论，物权一般不适用于诉讼时效（客体为请求权）和除斥期间（客体为形成权）。但担保物权却是一个例外，台湾民法的规定抵押权适用除斥期间的规定，权利续存期限是5年。我国担保法没有规定，不过担保法解释12条却做出了规定：当事人约定的或者登记部门要求登记的担保期间，对担保物权的存续不具有法律约束力。担保物权所担保的债权的诉讼时效结束后，担保权人在诉讼时效结束后的二年内行使担保物权的，人民法院应当予以支持。这说明，担保物权的除斥期间是2年。

9、人保与物保的并存

有的著作将人保与物保的并存称为竞合，这是不准确的。在法律上，竞合是表征排他性、或相互冲突的概念范畴。而人保与物保的并存是指同一债务上有不同种类的担保方式同时存在，即“一债数保”。按照担保法28条的规定，可以分两种情况处理：一是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；二是债权人放弃物的担保的，保证人在债权人放弃权利的范围内免除保证责任。这是因为人保仅有债权的效力，而物保则有物权效力，这是一种基于物权优先的思想所作出的规定。我认为这样的规定是有缺陷的，因为物权优先是指效力上的优先，绝不意味着权利行使的优先，按照权利即自由的理解，优先行使哪一种权利应该由权利人去选择。担保法解释38条作出了修正：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。但是，同一债权上人保与债务人自身提供的物保竞合的，仍然必须优先行使担保物权，这是从效益角度考虑的，优先实现债务人提供的担保，可以减少求偿的环节，况且这本来就应由债务人来最终承担全部债务。当事人之间可以对各种担保方式的担保范围作出约定，没有约定的，按照以上方法承担担保责任的担保人（债务人提供的除外）可以向债务人追偿，也可以向其他担保人追偿。（注意：此追偿权的性质为债权请求权）物保合同无效、被撤销、或担保物灭失且没有代位物的，人保责任不得免除。如果主债权人在主合同期限届满后怠于行使担保物权而导致担保物的价值减少、灭失的，视为债权人放弃物保，保证人可以在放弃权利范围内部分或全部免除责任。

10、物保的竞合

所谓物保的竞合，是指同一财产之上同时存在数个不同担保物权的现象，也叫做担保物权的冲突，它不同于相容性的“一债数保”。物保的竞合可以分为各种不同的担保物权竞合，比如所有权保留与抵押权的竞合、让与担保与质押权的竞合，这里仅仅讨论典型性担保的竞合问题。

（1）抵押权与质权的竞合

因抵押权是不移转标的物占有的，而质权是以移转标的物占有为成立要件，当抵押人再将抵押物用于质押，或质押人又与他人另行签定动产抵押合同时，二者便成立竞合。于此场合，有学者主张按罗马法所谓“同等情况下占有人优先”的原则确定质押优先，也有人主张区分二者设立的先后顺序确定其效力强弱。笔者认为，从公示的公信力的强弱角度，登记显然要优于交付，否则国家的登记制度丧失了应有的权威性，不动产登记制度便名存实亡。因此，《担保法解释》79条第1款规定：同一财产法定登记的抵押权与

质押并存时，抵押权人优先受偿。（2）留置权与抵押权的竞合 一般认为，法定担保物权系基于特殊价值取向，应优先于意定担保，且留置权担保的债权与留置物有直接关联，留置权债权的发生，使抵押物增加新的价值（比如因修理电视机而产生的留置），这往往有利于抵押权人的利益，因此当留置与抵押发生竞合，留置应优先。（担保法解释79条第2款）（3）留置权与质押权的竞合 从理论上说，这两种都以占有为成立条件，似不能发生竞合。然二者之续存，则非以占有为必要（后有详细论述）。例如，当质押权人之质物被他人非法侵夺时，其质权并不消灭，可行使物上回复请求权，如果此时质物又被他人合法留置，两者权利可发生竞合。这时的权利竞合，是以留置善意取得为前提的，如果留置人明知标的物上附有他人质权，则不能合法留置该物。善意取得的效力为可取得无负担之物权，因此成立在后留置应优先于成立在前的质权。反之，留置成立在前，质押成立在后，道理亦同。（4）抵押权与优先权的竞合 担保法及其解释均没有这方面的规定。在国外优先权一般辅以登记制度，以公示方式明确其物权效力，得以优先于抵押权。但我国尚未建立这样的制度。不过按照特别法的规定，船舶优先权、民用航空器优先权应优先于抵押实现。但对于合同法规定的建筑工程款优先权，则没有明确规定，通说认为，基于工程款这种有特殊保障意义的债权，应优先于普通债权实现，因此这种法定优先权一般应优先于抵押实现。（5）留置权与优先权的竞合 虽然二者均为法定的担保权，但基于类似的理由，优先权应优先于留置实现。 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