

广东省法院重点研究课题



适用担保法 重大疑难问题研究

STUDY ON THE IMPORTANT AND COMPLICATED PROBLEMS
DURING THE APPLICATION OF GUARANTY LAW

邓基联 主编

海天出版社
SEA SKY PRESS

广东省法院重点研究课题

适用担保法重大疑难问题研究

主 编 邓基联

海天出版社
(中国·深圳)

图书在版编目 (CIP) 数据

适用担保法重大疑难问题研究/邓基联主编. —深圳:
海天出版社, 2003.11

ISBN 7-80697-036-3

I. 适... II. 邓... III. 担保法—研究—中国
IV. D923.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 092493 号

海天出版社出版发行

(深圳市彩田南路海天大厦 518033)

<http://www.hthp.com.cn>

责任编辑: 方映灵 封面设计: 张幼农

责任技编: 王 颖

海天电子图书开发公司排版制作 83460900

深圳市彩市印刷实业有限公司印刷 海天出版社经销

2003 年 11 月第 1 版 2003 年 11 月第 1 次印刷

开本: 889mm × 1194mm 1/32 印张: 18.25

字数: 500 千字 印数: 1-6000 册

定价: 48.00 元

海天版图书版权所有, 侵权必究。

海天版图书凡有印装质量问题, 请随时向承印厂调换。

编审委员会

主 编：邓基联

副主编：李 梅 王 勇

编 委：闻长智 张鹏博 赖秋珊 孙永丽 李中圣
蔡晓玲 方志钢 孙 同

撰稿人：闻长智 林少兵 秦 拓 张 彬 祝建军
王德军 白全安 钱翠华

序

担保是随着商品经济的发展而产生的一项重要民事法律制度。担保法是适应市场经济的要求、促进资金融通和商品流通,保障债权实现,发展市场经济的一部重要法律。《中华人民共和国担保法》的公布施行,使我国担保制度有了统一的法律规范,在民商法律制度中具有重要地位。担保法的司法解释则在一定程度上弥补了担保法规定得比较原则的不足,且对担保法未作规定的内容作了比较全面的补充,这对于解决担保法施行以来出现的许多新情况、新问题,解决司法实践中产生的对适用法律的不同理解,起到了重要的作用。但是担保法律制度产生于复杂的商品经济关系,跨越物权法、债权法两个领域,几乎涉及民事法律体系的各个方面。随着社会主义市场经济的不断发展,担保行为的大量出现,对《担保法》及其司法解释的适用提出了新的课题和更高的要求,而《担保法》及其司法解释的许多条文依然是弹性条款,对许多方面的问题,仍未作出具体规定,难以适应不断发展的审判实践的需要。对《担保法》及其司法解释适用问题,进一步开展调查研究,了解和掌握在司法实践中存在和遇到的问题,积极地研究解决这些问题的措施,对于确保《担保法》及其司法解释的正确实施,公正地处理有关担保纠纷案件,建立良好的社会信用和市场经济秩序,使担保法律制度得到进一步完善,都有着极其重大的意义。

深圳市两级法院涉及担保的民商事案件很多,新情况和新问题大量出现,为全面了解掌握实施担保法及其司法解释的基本情况,找出存在的问题,广东省法院在2001年重点调研课题中,把《担保法》及其司法解释存在问题及解决意见,指定由深圳市中级人民法院负责完成。为做好这个课题的调查研究,全市法院高度重视,精心组织,成立了担保

法调研课题小组,围绕适用《担保法》及其司法解释处理案件、对法律规定本身的理解、适用原则的掌握、具体处理的标准界限、《担保法》及其司法解释新确定的制度在实施中存在的问题,进行深入的研究,通过广泛收集适用《担保法》及其司法解释的疑难案件,查阅裁判文书,邀请有关单位召开专题调研座谈会,听取了意见和建议,在全面分析、认真归纳和深入研究的基础上,撰写了《担保法》及其司法解释存在的问题和解决意见的调研报告。本书是我们对调研活动中收集的问题及提出的解决意见进行的全面总结,共分为总论、保证、抵押、质押、留置、定金、附则等七章。坚持理论联系实际的原则,立足于司法实践中的重大疑难法律问题,在全面吸收法学界有关专家、学者的观点和意见的基础上,借鉴国外和我国港台地区有关理论和立法,进行比较研究,依据现行法律规定,提出解决问题的具体意见和建议。无论是问题的提出,还是解决的意见和对策,都始终立足于司法实践,着力解决适用担保法及其司法解释在司法实践中出现的主要问题和困难,同时,也注意对司法实践中存在的、理论研究欠缺的一些问题,或者理论界研究和争议的热点、难点问题,进行了深入的理论探讨,为法官深入领会、掌握和适用法律规定,提供一个参考依据,也为法学理论的繁荣和法律制度的健全提供一些资料。当然,本书所提出的问题肯定还不够全面,所提意见和建议也不一定正确,有些论述还不够严谨、周密,有些观点还值得商榷。特别是一些个人研究观点对现行法律规定作出多种解释甚至提出异议,作为理论研究能够为立法提供参考依据,但不能作为适用法律的依据,这是读者阅读本书时要加以注意的,以便正确地参考、借鉴。

担保法内容丰富,调整的法律关系极其广泛,许多问题在审判实践中还没有反映出来,加之我们的能力、水平所限,难免存在疏漏,编写本书旨在抛砖引玉,期盼广大读者提出宝贵意见,也期盼更多关于担保法适用的调研成果出现,不断提高司法水平。

深圳市中级人民法院院长

邓其联

2003年7月

目 录

第一章 总 则	(1)
一、担保的含义	(1)
二、担保的性质	(3)
三、反担保的含义与特征	(5)
四、反担保方式的界定	(7)
五、再担保的含义	(9)
六、《担保法》与《民法通则》、《合同法》的适用关系	(9)
七、《担保法》的时间效力	(11)
八、担保方式的适用范围	(14)
九、用人单位招工中的“保证”的性质	(15)
十、担保法基本原则的理解与适用	(17)
十一、担保合同的生效要件	(21)
十二、担保纠纷中的责任类型及认定	(24)
十三、担保人追偿权的含义及特征	(28)
十四、担保人追偿权的行使条件	(29)
十五、无效担保人追偿权的理解与适用	(30)
十六、主合同有效而担保合同无效担保人的责任认定及 处理	(32)

十七、主合同无效导致担保合同也无效的担保人责任 认定与处理	(34)
十八、主合同无效,担保合同也无效时担保人的责任 认定及处理	(35)
十九、国家机关和以公益为目的的事业单位、社会团体 担保无效后的责任承担	(37)
二十、无效对外担保情形的理解与适用	(39)
二十一、主合同解除后担保人责任的认定	(41)
二十二、“不能清偿”的理解与适用	(43)
二十三、独立担保的界定	(45)
二十四、“无条件与不可撤销担保”的认定与处理	(47)

第二章 保 证 (50)

二十五、保证人“代为清偿债务能力”的含义	(51)
二十六、一般保证的债务人“不能履行债务”的含义	(52)
二十七、企业法人的分支机构作为保证人时的责任承担	(54)
二十八、几种保证合同形式的界定	(57)
二十九、一般保证人“先诉抗辩权”的行使要件与限制	(64)
三十、一般保证的债权人能否先起诉保证人或同时 起诉保证人	(69)
三十一、保证期间的性质	(71)
三十二、约定的保证期间的效力	(74)
三十三、保证期间的“中断”与“重新起算”	(80)
三十四、诉讼时效的起算与中断、中止	(85)

三十五、保证人放弃诉讼时效的责任承担	(90)
三十六、对注册资金提供保证的保证人责任	(94)
三十七、保证监督专款专用的保证人责任	(99)
三十八、债的转移后保证人责任	(105)
三十九、主合同变更后保证人责任	(110)
四十、共同担保中的清偿顺序	(116)
四十一、债权人放弃物的担保对保证人责任的影响 ...	(122)
四十二、以贷还贷中的保证责任	(127)
四十三、保证人死亡之后的保证责任承担	(131)
四十四、保证人破产的保证责任承担	(133)
四十五、无效保证中保证人追偿权的行使	(137)
四十六、保证中的欺诈处理	(140)
四十七、破产案件中保证人追偿权的预先行使	(146)
四十八、企业合并、分立、出售、改组中的保证责任	(156)

第三章 抵 押 (160)

四十九、抵押物的价值低于抵押担保债权数额的抵押 效力问题	(161)
五十、夫妻一方主张房产抵押无效的处理	(164)
五十一、债权人的行为对抵押人的影响问题	(169)
五十二、担保物代偿条款的效力问题	(172)
五十三、因登记部门原因致使无法办理在建工程抵押 登记的处理	(177)
五十四、最高额抵押的登记部门问题	(181)
五十五、恶意抵押登记的效力问题	(186)
五十六、抵押当事人自行约定抵押期限的效力问题 ...	(191)

五十七、通过拍卖荒山、荒沟、荒丘、荒滩等荒地而取得的“四荒”土地使用权的抵押问题	(195)
五十八、抵押权与其他担保物权竞合的效力问题	(197)
五十九、保证与抵押并存的处理	(203)
六十、同一财产上抵押权与租赁权的冲突与处理 ...	(209)
六十一、我国动产抵押登记中存在的问题	(217)
六十二、抵押权人利益的保护	(226)
六十三、楼花抵押担保的法律属性	(233)
六十四、工程拍卖权与个人住房担保贷款优先受偿关系	(239)
六十五、在建工程价款中约定抵押权和法定抵押权的顺序	(241)
六十六、政府对土地的行政收回权与抵押权的冲突问题	(246)
六十七、多重担保下回购担保的处理	(248)

第四章 质 押

六十八、动产质权的设立要件问题	(254)
六十九、动产质权的效力	(258)
七十、金钱质押问题	(262)
七十一、质物隐蔽瑕疵的法律后果	(264)
七十二、承诺转质和责任转质法律的效力	(265)
七十三、权利质押的种类	(268)
七十四、普通债权的质押问题	(270)
七十五、质押合同与质押背书的关系问题	(272)
七十六、有限责任公司的股权质押问题	(273)
七十七、股份有限公司股票出质的生效条件	(275)

七十八、药品生产批准证书的质押处理问题	(276)
---------------------------	-------

第五章 留 置

(279)

七十九、留置权的成立条件	(280)
--------------------	-------

八十、留置适用范围	(282)
-----------------	-------

八十一、留置权的适当扩展	(284)
--------------------	-------

八十二、留置权的实现	(288)
------------------	-------

八十三、留置权的可分性与不可分性	(290)
------------------------	-------

八十四、建设工程合同中承包人是否享有留置权	(291)
-----------------------------	-------

八十五、留置权的限制和紧急行使	(292)
-----------------------	-------

八十六、留置权所及标的物的效力	(293)
-----------------------	-------

第六章 定 金

(295)

八十七、定金的性质	(296)
-----------------	-------

八十八、定金类型	(297)
----------------	-------

八十九、定金的成立	(299)
-----------------	-------

九十、定金罚则的理解与适用	(301)
---------------------	-------

九十一、定金与预付款、押金、违约金的关系及适用	(306)
----------------------------------	-------

九十二、楼花按揭房屋买卖认购合同中定金法律性质的 认定及其处理	(308)
--	-------

第七章 附则及其他问题

(312)

九十三、法院执行担保的若干问题	(314)
-----------------------	-------

附录:

1. 《担保法》及其司法解释存在的问题及解决意见的
 调研报告 (320)
2. 中华人民共和国担保法 (354)
3. 中华人民共和国合同法 (369)
4. 中华人民共和国民法通则 (423)
5. 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) (446)
6. 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 (472)
7. 最高人民法院关于《担保法》的司法解释 (491)



第一章 总 则

《担保法》总则主要涉及担保法的立法宗旨、基本原则、适用范围、担保方式、担保合同的设立与效力等问题，对担保法的其他各项具体条款的理解与适用具有十分重要的指导作用。但《担保法》总则部分仅有五条，比较原则与抽象，不够具体明确，虽然最高法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》作了进一步规定，但实践中对这些问题的理解和把握仍然存在一些具体法律问题，需要深入研究，加以明确。

一、担保的含义

担保是一个具有多种含义的概念。从字面理解，担保的本义是指对某一事项的承诺保证。在民法上，担保有两种含义：一是指对某一事项的保证；二是指对债务履行的保证。后者又称债的担保，有广义与狭义之分。

广义的债的担保，是指法律规定或当事人约定的保证债务人履行债务和债权人实现债权的各项法律制度或手段，包括债的一般担保和债的特别担保。债的一般担保，是指按照债的法律效力，债务人以其信用和全部财产担保债务的履行，是对一般债权人即全体债权人的担保。债的一般担保主要包括民事责任制度和债的保全制度。民事责任制度，是指民事主体违反民事义务而应承担的不利法律后果。债的保全制度，是指债权人为了防止债务人财产不当减少而危害其债权，对债务人或第三人采取的保护债权的法

律措施，主要包括债权人的代位权制度和撤销权制度。债权人的代位权，是指在债务人不行使自己的权利以致影响其对自己的债务的清偿时，债权人得以自己的名义代债务人行使债务人权利的权利。债权人的撤销权，是指当债务人处分自己财产的行为足以影响债权人利益时，债权人得予以撤销该行为的权利。

狭义的债的担保，又称债的特别担保，亦即担保法上的担保，是指以第三人的信用或特定财产担保债务的履行，保障债权实现的法律制度。本书所研究的担保，是指担保法上的担保。由此可见，担保的概念具有以下三方面的含义：

（一）担保是保障特定债权人债权实现的法律制度。债的担保不同于债的保全。债的保全属于一般担保，是担保债务人的全部债权人的利益，债务人须以自己的财产清偿其全部债务，而债权人之间的地位是平等的；而债的担保属于特别担保，是担保特定债权人利益的，其目的正是为了强化债务人清偿特定债务的能力和打破债权人平等的原则，以使特定债权人能够优于其他债权人受偿或从第三人得到受偿。

（二）担保是以第三人的信用或特定财产来保障债权人债权实现的法律制度。一般来说，债以债务人的信用为基础，即债务人以自己的全部财产担保其所有债权人债权的实现，债务人的全部财产是其清偿全部债务的责任财产。而债的担保，则是以第三人的信用或特定财产担保特定债权的实现。其用于担保的标的，可以是第三人的信用，也可以是第三人或者债务人的特定财产，但不能是债务人的一般财产。

（三）担保是对债的效力的一种补充和加强，是对债务人信用的一种保证措施。债的效力之一，是债务人以其全部财产承担债务不履行的责任，但由于债务人责任的有限性和债权人地位的平等性，就特定债权人的债权而言，其实现并没有得到更多的保障。而债的担保的设定，则使特定债权人或者得以从第三人的一般财产受偿，或者得以从债务人或第三人的特定财产优先于其他债权人受偿，债权的实现更有保障，债的效力得到加强。同时，债的

担保是在债务人不履行债务时保障特定债权人利益的手段，也是对债的效力的一种补充。

【案例】

甲、乙二人是好朋友。2001年元旦，甲、乙到某市天泉啤酒厂（以下简称啤酒厂），乙拉走5汽车啤酒并给啤酒厂出具欠条：“今拉啤酒厂啤酒1000箱，货款6万元，于拉货之日起1个月内付清货款。”同时，甲给啤酒厂出具保证书：“保证乙按期回来，如乙不回由我对此负责。”乙将啤酒拉到外地销售，因轻信他人啤酒被全部骗走，乙逃债下落不明。啤酒厂到期后找甲索要货款，甲辩称在保证书中并未写明由自己负责偿还货款，自己只是担保乙的行为而非担保货款，因而拒绝履行还款义务。双方因此发生纠纷，啤酒厂于2001年3月1日以甲、乙为被告诉至某区人民法院，要求判令由乙偿还货款6万元及利息，甲负连带责任。

本案的争议焦点是担保人甲的保证是否属于对乙的债务的担保。甲向啤酒厂出具保证书，约定“保证乙按期回来，如乙不回由我对此负责”，虽未明确约定负责什么，但从甲出具保证书的目的看，该条款只能解释为甲对乙的债务负责。因此，甲的“保证”属于第三人以其信用对乙与啤酒厂之间的债务进行担保，属于担保法上的保证，按照《担保法》第十九条的规定，应按连带责任保证承担担保责任。

二、担保的性质

担保的性质，又称为担保的法律特征，是指担保所具有的不同于其他民事权利制度的属性。准确把握担保的性质，对于正确判断担保当事人的权利义务关系，妥善处理实践中复杂的担保问题具有十分重要的意义。根据民法理论和《担保法》的规定，担保具有如下特征：

1. 担保的从属性。担保的从属性也称为付随性，是指担保的成立和存在必须以一定的债权债务关系的存在为前提。担保合同

从属于主合同，担保权从属于主债权。从属性是担保的基本特征，担保与其所担保的债权之间的从属性，是当今世界各国担保立法的通例。我国《担保法》第五条也规定，“担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效。”担保的从属性表现在以下方面：一是成立上的从属，或称之为发生上的从属，指担保的成立应以相应的债权的发生和存在为前提，债权无效，担保随之无效，债权被撤销，担保溯及既往不发生效力。二是消灭上的从属，指担保因债权的消灭而解除，不能在债权尚存在的情况下，自动解除担保关系。三是处分上的从属，是指担保的转移必须随主债权一起转移，不能与主债权分离而单独转移，除非当事人有特别约定。四是抗辩权上的从属，是指担保人因从属地位取得债务人的抗辩权，债务人的有效抗辩，担保人将自然受益，除非担保人自愿放弃受益而履行债务。五是特定性上的从属，是指担保从属于特定的债权。担保发生时债权人和债务人之间的约定，不能未经担保人同意而随意更改，否则担保人将因此免责。

2. 担保的补充性。担保的设立，其目的在于保障债权的实现，其补充性是指对债务清偿的一种补充。当债务人清偿债务后，即不需要担保人履行担保责任。只有当债务人不能履行或没有履行义务，才发生要求担保人履行担保责任的情况；当债务人部分清偿债务时，担保人只对债务人清偿不足的部分承担担保责任。

3. 担保的财产性。担保权本质上是一种财产权，反映的是财产关系。担保的这种财产性，分别表现为债权性和物权性。

4. 担保的价值权性。担保的价值权性，也称为变价性、换价性，是对担保物的价值而言。当债务履行期限届满，债务人未履行债务时，担保物权人有权依照法定程序对担保物变价，从变价款中优先受偿。因此，担保追求的是物的价值而非物的使用价值，在担保物权中，担保物必须是可交易之物，担保物权的实质是对担保物在一定时间一定程序上进行控制，进而实现物的价值转移的目的。

5. 担保的不可分性。担保的不可分性是针对担保物权而言的，

表现在以下几个方面：一是担保物权人的权利及于担保物的全体，即使担保物的价值较大，而被担保的债权数额较小，仍以物的整体作担保。二是债权人的债权全部清偿前，债权人债权的部分变化，不影响担保债权的整体性，即使债权被分割、得到部分清偿或消灭，债权人仍可就担保物的全部主张担保债权。三是债权全部清偿前，担保物因部分毁损或者灭失发生变化，其余部分仍应为被担保的债权的全部担保。

三、反担保的含义与特征

《担保法》第四条规定：“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”，并规定反担保适用有关担保的规定。最高法院《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《担保法司法解释》）第二条规定：“反担保人可以 是债务人，也可以是债务人之外的其他人。”反担保在理解上存在一定难度，司法实践中常产生疑问。

所谓反担保，是指债务人或第三人向为主债务人履行主债务提供担保的担保人所提供的保障担保人的追偿权实现的担保。从《担保法》及最高法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》规定来看，反担保在本质上也是担保，并仅适用于第三人为担保人的场合。反担保是以存在担保为前提而发生的担保，所谓反担保是相对于前一担保而言的，相对于反担保，前一担保则可称为正担保、本担保或原始担保，也可称为原担保或前担保，简称为担保。反担保在性质上也是担保，实际是担保人为转移或避免因担保而发生的损失的风险而采取的一项担保措施，是在担保基础上形成的一种新的担保法律关系，对反担保不能超出担保之外来理解。

反担保与担保既有联系又有区别。联系主要体现在：1. 反担保中的债权人只能是担保中的担保第三人。在担保关系中，权利人是债权人，债务人是法定义务人，担保人是约定义务人，债务