

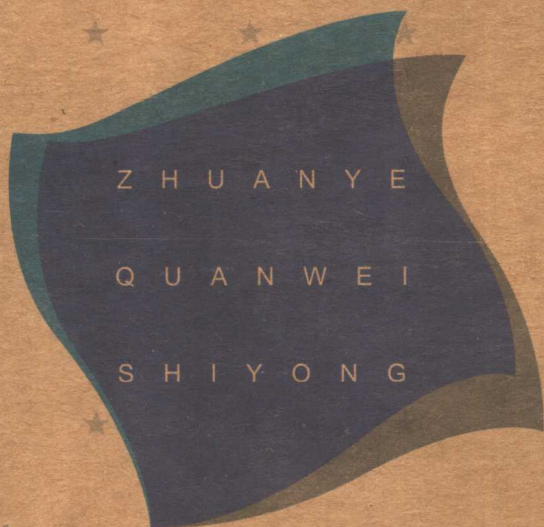


FALU ZHUANYE RENYUAN
GAOJI ZHUSHOU SHUXI

孙鹏 主编

担保法精要

依据指引



ZHUANYE

QUANWEI

SHIYONG

法律专业人员
高级助手书系

人民出版社

法律专业人员
高级助手

七系

担保法精要 与 依据指引

孙 鹏 主编

撰稿人：

孙 鹏 谢 斌 杨 会
李 征 宁莉萍 李为颖

人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

担保法精要与依据指引 / 孙鹏 主编.
北京: 人民出版社, 2005.1
(法律专业人员高级助手书系 丛书 / 主编)

ISBN 7-01-004643-3

I.担...

II.孙...

III.担保法-中国-问答

IV.D923.25

中国版本图书馆CIP数据核字 (2004) 第113734 号

法律专业人员高级助手书系

担保法精要与依据指引

DANBAO FA JINGYAO YU YIJU ZHIYIN

孙 鹏 主编

人民出版社 出版发行
(100706 北京朝阳门内大街166号)

北京冠中印刷厂印刷 新华书店经销

2005年1月第1版 2005年1月第1次印刷
开本: 787毫米×1092毫米 1/16 印张: 30.875
字数: 920千字

ISBN 7-01-004643-3 定价: 60.00元

总序

最高人民法院一位资深法官曾经说过，在中国这样一个成文法国家，法官判案过程实际上就是一个查找法律依据和运用法理解释法律的过程。对此，很多法律专家深有同感。

事实上，无论是法官还是其他法律专业人员，遇到具体法律问题着重需要做的事情，一方面是要判断该问题在法理上属于什么性质和范畴，另一方面就是查找相关的法律依据，并在此基础上运用法理适用法律，解决问题。从这个意义上说，目前的法学教材和法学理论著作与法律专业人员的实际需要衔接得还不够紧密，其他法律实务类图书也存在类似的问题，要么是简单的法律条文释义，要么是法律法规的罗列汇编，不能很好地满足法律专业人员的深层次需要。

基于以上认识，我们先后召开两次由资深法官、律师参加的论证会，在充分了解法律专业人员实际需要的基础上，组织近百位法律专家，按不同的法律门类，分成十八个专家小组，历时两年，编写了这套《法律专业人员高级助手书系》。

综合考虑涉及面的广泛程度和司法实践中的重点、难点等因素，本书系首批选择了十八个常用的法律门类分别编写成书。书系对依各法律门类列出的问题的论编，分别由“精要”与“依据指引”两部分组成。

“精要”题目是根据现行法律文件设定的问题(条文主旨)及司法实践中可能遇到的其他疑难问题归纳总结出来的。表面上看，这些题目并不像问答、案例类题目那样有针对性，有些甚至像干巴巴的词条，但实际上，这些题目正是各法律门类的“点”，实践中某一法律门类上的任何问题，都能归类到这些“点”上。题目内容的撰写也不是像学术专著或论文那样长篇大论，而是以专家意见的形式，简明扼要地阐明法理，指

总序

出司法实践中应注意的问题。

“依据指引”部分则是将题目所涉及到的具体法律依据尽可能全面地列示出来。我国的法律依据是多层次的，有全国人民代表大会及其常委会制定的法律，也有国务院及其各部门通过的行政法规、部门规章及规范性文件，还有最高人民法院、最高人民检察院发布的司法解释。在以上依据中，法律的效力级别当然最高，但有些法律规定比较原则，对实践中碰到的许多具体问题的理解和处理，还需要以行政部门和司法部门发布的相关依据作补充，因此，“依据指引”部分将上述全部依据的名称、发布时间、发布部门一一予以明确，并附以精要题目所适用的具体条文内容(个别题目较大，需要援引依据全文或依据本身属不常用的专业问题，为节省篇幅，我们仅注明了依据名称、发布时间、发布部门，具体条文内容予以省略，读者可在后面的具体题目中或其他法律汇编中查找)。

有了“精要”题目的清晰脉络，有了专家法理上的权威意见，再附以详细、具体的法律依据，形成了书系中各法律门类的完整体例。我们相信，这种法律图书的创新体例，能够在很大程度上满足法律专业人员的实际需要，并将成为他们方便实用的参谋助手。

需要说明的是，由于本书系涉及的法律门类众多；编写工作量大，参与编写的作者有的来自司法实践部门，有的来自教学、科研部门，分属不同行业和专业，尽管我们力求做到编写体例上的统一，但在语言风格、表述方式等方面，不同图书还存在明显差别。另外，书系使用资料的截止时间为2004年11月。对以上方面存在的问题，希望专家和从事法律实践工作的读者为我们及时提供宝贵意见，以便需再版时一并修订、补正。

第一编 担保的一般规定

► 本编为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

■担保的适用范围 3 ■担保的方式 4 ■法定担保 5 ■约定担保 5 ■人的担保 6
■物的担保 8 ■担保法的基本原则 9 ■平等原则 10 ■自愿原则 10 ■公平原则 11
■诚实信用原则 12 ■担保的从属性 13 ■担保的独立性 13 ■担保合同的无效 14
■担保合同无效的责任承担 15 ■担保人的追偿权 16 ■反担保 16 ■反担保的从属
性 17 ■反担保的成立 18 ■反担保合同的无效 19 ■反担保的效力范围 19 ■求偿
保证 20 ■求偿抵押 23 ■求偿质押 27 ■担保物权的存续期间 29

第二编 保证

第一章 保证和保证人

► 本章为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

■保证 33 ■保证的从属性 34 ■保证的补充性 36 ■保证的独立性 36 ■保证担保
法律关系 37 ■保证人资格 38 ■保证人的代偿能力 40 ■保证人的范围 41 ■自然
人做保证人 46 ■国家机关做保证人的禁止与例外 47 ■公益事业单位、社会团体做
保证人的禁止 49 ■企业法人的分支机构做保证人 50 ■企业职能部门做保证人的
禁止 51 ■公司做保证人的禁止性规定 52 ■上市公司做保证人 53 ■证券公司做保
证人的规定 54 ■强令提供担保的禁止 54

第二章 保证合同和保证方式

► 本章为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

■保证合同 57 ■保证合同的成立 58 ■保证合同的形式 59 ■空白保证 60 ■无书
面合同担保 60 ■保证合同的无效 62 ■保证合同无效的责任承担 63 ■保证人的义
务 64 ■保证人的抗辩权 64 ■物保放弃抗辩权 66 ■对超出担保范围的抗辩
权 66 ■恶意抗辩权 67 ■通告抗辩权 67 ■先诉抗辩权 68 ■先诉抗辩权的成立及
行使 68 ■先诉抗辩权的效力 69 ■先诉抗辩权的消灭 70 ■保证人的追偿权 70
■行使追偿权的条件 71 ■行使追偿权的范围 72 ■追偿权的实现 73 ■追偿权的诉
讼时效 73 ■追偿权的效力 74 ■追偿权行使的限制 75 ■共同保证人之间的追偿
权 75 ■保证人的预先追偿权 76 ■行使预先追偿权的条件 76 ■行使预先追偿权的
范围 77 ■共同保证人的预先追偿权 78 ■保证合同的内容 78 ■保证方式 79 ■一
般保证 81 ■连带责任保证 82 ■连带责任保证的推定 82 ■保证合同诉讼时效的中
断 83 ■保证合同诉讼时效的中止 84 ■保证合同诉讼时效的起算 84

第三章 保证期间和保证责任

▶ 本章为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

■保证期间 85 ■保证期间与保证合同诉讼时效的关系 86 ■保证期间与除斥期间的关系 87 ■保证期间的确定 88 ■保证期间的起算 88 ■保证期间的中断 89 ■保证期间的重新起算 90 ■一般保证中保证期间的效力 90 ■连带责任保证中保证期间的效力 91 ■保证责任 91 ■保证责任发生的条件 93 ■保证责任的范围 94 ■保证责任的承担方式 94 ■保证责任的消灭与免除 95 ■债权让与对保证责任的影响 97 ■债务承担对保证责任的影响 98 ■债的变更对保证责任的影响 98 ■主合同解除后的保证责任 99 ■一般保证的保证责任承担 99 ■连带责任保证的保证责任承担 100 ■人保与物保并存时的保证责任 100 ■注册资金保证的保证责任 101 ■保证监督专款专用 102 ■以新贷偿还旧贷借款中的保证 103

第四章 特殊保证

▶ 本章为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

■共同保证 104 ■按份共同保证 105 ■连带共同保证 105 ■单独保证和最高额保证 106 ■最高额保证的期间 106 ■最高额保证人的合同终止权 107 ■票据保证 107 ■票据保证的成立 108 ■票据保证的效力 111 ■贷款保证 112 ■保证保险 114

第三编 抵押

第一章 抵押与抵押物

▶ 本章为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

■抵押权 119 ■抵押人 120 ■抵押权人 121 ■抵押权的设定 122 ■抵押物 123 ■抵押物的范围 124 ■动产抵押 125 ■不动产抵押 126 ■共有财产的抵押 127 ■超额抵押 128 ■再抵押 129 ■重复抵押 130 ■未办理权属登记的财产抵押 130 ■限制流通物的抵押 131 ■抵押物保险 131 ■抵押物价格评估 132 ■房地产抵押 133 ■在建工程抵押 134 ■预售商品房抵押 135 ■房地产抵押的管理部门 136 ■房地产抵押权的设定 138 ■房地产抵押的范围 139 ■抵押房产和地产的关系 140 ■国有企业、事业单位的房地产抵押 142 ■其他企业的房地产抵押 143 ■抵押房地产价格评估 144 ■房地产价格评估机构 147 ■房地产抵押合同 149 ■房地产抵押合同的内容 150 ■土地使用权抵押 151 ■土地使用权抵押的程序 153 ■闲置土地抵押 154 ■国有土地使用权抵押 156 ■出让土地使用权抵押 158 ■划拨土地使用权抵押 158 ■划拨土地使用权抵押的条件 161 ■划拨土地使用权抵押的程序 162 ■划拨土地使用权出让金 164 ■集体所有的土地使用权抵押 165 ■集体所有的土地使用权抵押的范围 165 ■四荒土地使用权的抵押 166 ■林木抵押 167 ■林地使用权抵押 168 ■民用航空器抵押 169 ■船舶抵押 169 ■船舶抵押的范围 170 ■渔业船舶抵

押 171 ■车辆抵押 172 ■企业动产的抵押 173 ■禁止抵押物的范围 174 ■土地所有
权抵押的禁止 175 ■禁止抵押的土地使用权 176 ■耕地抵押的禁止 177 ■宅基
地抵押的禁止 178 ■自留山和自留地抵押的禁止 178 ■社会公益设施抵押的禁
止 179 ■教育设施抵押的禁止 179 ■医疗卫生设施抵押的禁止 180 ■权属不明财
产抵押的禁止 180 ■被查封、扣押、监管财产抵押的禁止 182 ■违章、违法建筑物抵
押的禁止 184 ■不得抵押的其他财产 184

第二章 抵押合同

▶ 本章为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

■抵押合同 186 ■抵押合同的形式要件 186 ■抵押合同的生效 187 ■抵押合同的效
力 188 ■抵押合同的公证 189 ■抵押合同公证当事人 190 ■抵押合同公证的管辖 191
■抵押合同公证的程序 191 ■公证机关 193 ■公证费用 195 ■抵押贷款合同公证 196
■抵押合同的内容 196 ■被担保主债权的种类、数额 197 ■债务人履行债务的期限 198
■抵押合同的主要条款 199 ■抵押合同的补正 200 ■流抵押的禁止 201

第三章 抵押物登记

▶ 本章为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

■抵押物登记 202 ■抵押设立登记 204 ■抵押变更登记 205 ■抵押注销登记 208
■抵押物登记的效力 209 ■对抗意义的抵押登记 210 ■抵押登记的顺序 210 ■抵押
登记申请人 211 ■抵押登记所需文件 211 ■抵押登记机关 212 ■抵押登记错误 213
■抵押物登记的范围 214 ■抵押登记的费用 215 ■房地产抵押登记 216 ■房地产抵
押登记的效力 217 ■房地产抵押登记所需文件 217 ■房地产抵押登记的程序 218
■房地产抵押的变更与注销登记 219 ■房地产他项权证 220 ■预售商品房、在建工
程抵押登记 221 ■土地使用权抵押登记 222 ■土地使用权抵押登记的机关 223
■土地使用权抵押登记所需文件 224 ■土地他项权利证明书 225 ■土地使用权抵押
的变更与注销登记 225 ■出让土地使用权抵押登记 226 ■划拨土地使用权抵押登
记 226 ■集体所有的土地使用权抵押登记 227 ■林木抵押登记 228 ■民用航空器
抵押登记 229 ■民用航空器抵押登记的程序 229 ■民用航空器抵押的变更与注销
登记 230 ■船舶抵押登记 231 ■渔业船舶抵押登记 232 ■车辆抵押登记 233 ■企
业动产抵押登记 234 ■企业动产抵押登记的程序 235 ■企业动产抵押的变更与注
销登记 236 ■抵押登记资料的公开 237

第四章 抵押权的效力

▶ 本章为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

■抵押担保的范围 238 ■主债权 239 ■违约金 240 ■利息 241 ■损害赔偿金 241
■实现抵押权的费用 242 ■抵押权的从属性 242 ■抵押权的不可分性 242 ■抵押权
的代位性 243 ■代位物 243 ■从物和从权利 245 ■抵押权设定后的从物 246 ■孳

息 246 ■对支付孳息的第三人的通知义务 247 ■第三人利用抵押物所生的孳息 247
■孳息的清偿顺序 248 ■抵押权的效力及于添附物 248 ■租赁物的抵押 248 ■租赁物抵押时抵押人的告知义务 249 ■承租人就租赁物设定的抵押 249 ■抵押物的出租 250 ■抵押物出租时抵押人的告知义务 251 ■抵押物租赁合同对抵押权的约束力 252 ■已登记的抵押物的转让 252 ■已登记的抵押物转让时抵押人的告知义务 253 ■已登记的抵押物转让的合理价格 254 ■已登记的抵押物转让中的增担保 255 ■已登记的抵押权的追及效力 256 ■已登记的抵押物受让人利益的保护 256 ■已登记的抵押物受让人的代履行 257 ■已登记的抵押物受让人的追偿权 257 ■未经登记的抵押物的转让 257 ■抵押物的继承 258 ■抵押物的赠与 258 ■抵押权的处分 259 ■抵押权的保护 260 ■抵押权人的停止侵害请求权 261 ■抵押人的增担保或恢复原状义务 261 ■抵押人的妥善保管义务和抵押权人的检查监督权 262 ■抵押权人期限利益的获得 262

第五章 抵押权的实现

▶ 本章为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

■抵押权的实现 264 ■抵押权实现的条件 265 ■抵押权提前实现的条件 266 ■抵押权实现的方式 266 ■折价 267 ■国有资产折价时的评估 268 ■国有土地使用权的折价折偿 272 ■拍卖 272 ■变卖 275 ■变价所得价款与约定价值 276 ■变价所得价款的多退少补 277 ■变价所得价款的清偿顺序 277 ■新增建筑物 278 ■集体土地所有权及用途变更的限制 278 ■划拨土地的抵押变价 279 ■第三人的追偿权 280 ■抵押权与质权并存时的效力 281 ■抵押权与留置权并存时的效力 282 ■抵押权与税收并存时的效力 282 ■同一抵押物上多个抵押权的实现 283 ■同一抵押物上后顺序抵押权的实现 284 ■同一抵押物上先顺序抵押权的实现 284 ■所有人抵押权 285 ■承租人的优先购买权 285 ■共有人的优先购买权 285 ■抵押权的消灭 286

第六章 特殊抵押

▶ 本章为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

■最高额抵押 287 ■最高额抵押的适用范围 288 ■最高额抵押所担保的债权转让的禁止 288 ■最高额抵押的设定 288 ■最高限额 289 ■决算期 289 ■最高额抵押权的变更 290 ■最高额抵押的债权确定 290 ■最高额抵押权的实现 290 ■实际债权余额低于最高限额 291 ■实际债权余额高于最高限额 291 ■共同抵押 292 ■共同抵押的设定 292 ■共同抵押的效力 293 ■共同抵押的实现顺序 294 ■共同抵押中第三人的免责 294 ■共同抵押人的求偿权 295 ■浮动抵押 295 ■集合抵押 295 ■权利抵押 296

第四编 质押

第一章 动产质押

▶ 本章为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

■动产质押 301 ■动产质押的法定性和优先性 302 ■动产质押的不可分性 302 ■动产质押的附随性 303 ■动产质押的物上代位性 303 ■动产质押的标的 303 ■特定化的金钱货币质押标的 304 ■动产质权的善意取得 305 ■动产质押合同的主体 305 ■动产质押合同的形式 306 ■动产质押合同的生效 307 ■占有改定设质之禁止 308 ■质物返还 308 ■动产质押合同的内容 309 ■质物移交的时间 309 ■流质契约的禁止 310 ■其他担保物权人和债权人的撤销权 310 ■动产质押担保的债权范围 311 ■动产质押所及的标的物范围 312 ■质权人的义务 312 ■质权人的保管义务 313 ■质权人的权利 314 ■转质权 314 ■保全质权的权利 315 ■质权人的优先受偿权 315 ■出质人的权利 316 ■出质人的义务 317 ■动产质权实现的条件 317 ■质权的实现方法 318 ■质物拍卖或变卖后的价款分配顺序 320 ■第三人的追偿权 321 ■质物的代位物 321 ■保险金 322 ■赔偿金和国家征用补偿金 322 ■质权的消灭 323

第二章 权利质押

▶ 本章为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

■权利质押 324 ■权利质押的标的 325 ■依法可以出质的股份、股票 327 ■不动产收益权 328 ■一般债权质押 329 ■以交付为质押合同生效要件的权利质押 330 ■以登记为生效要件的权利质押 330 ■票据质押的设定 332 ■禁止质押的票据 333 ■债券质权的设定 334 ■存款单及仓单、提单的出质 334 ■权利质押担保的范围 335 ■权利质押对质物的支配范围 336 ■证券债权质权人的权利 336 ■证券债权质权的保全 337 ■证券债权质权人的义务 338 ■证券债权出质人的权利和义务 339 ■证券债权质权的行使条件 340 ■证券债权质权的实现 341 ■出质证券债权清偿期先于被担保债务履行期时质权的实现 342 ■出质证券债权清偿期后于被担保债务履行期时质权的实现 342 ■股票质押的设定 343 ■股份质押的设定 344 ■股份质押的特殊情况 345 ■外商投资者股份的质押 345 ■外商投资者股份质押的设立 346 ■股权质押人的权利义务 346 ■股权质押人的质权保全权 347 ■股权质押人对出质人行为的限制权 348 ■股权质押人的优先受偿权 348 ■股票质押的风险控制 349 ■股权质押出质人的权利义务 350 ■股权质押实现的方法 350 ■股权质押的实现 351 ■知识产权质权的设定 352 ■商标专用权质押 353 ■商标专用权质押的登记 353 ■专利权质押 354 ■专利权质押的特殊条件 355 ■专利权质押合同的内容 355 ■专利权质押合同的登记 356 ■专利权质押合同登记的注销 357 ■著作权质押 357 ■著作权质押合同的登记 359 ■著作权质押合同不予登记及撤销登记的情况 360 ■著作权质押合同的变更登记及注销 360 ■知识产权质权人的权利 361 ■知识产权质权人对出质人行使权利的限制 361 ■知识产权质权人的义务 361 ■权利质押的法律适用 362

第三章 特殊质押

▶ 本章为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

- 个人住房质押贷款 362
- 质押贷款 366
- 破产程序中对企业之前所设立质押担保的处理 369
- 海事质押担保 371

第五编 留置权

第一章 留置权及其成立条件

▶ 本章为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

- 留置 375
- 留置权 376
- 留置权的法定性 378
- 约定排除留置权 379
- 留置权的从属性 380
- 留置权的不可分性 380
- 留置权的物上代位性 381
- 留置权的排他效力 381
- 留置权的追及效力 382
- 留置权的成立 382
- 合法占有 384
- 牵连关系 385
- 债权已届清偿期 386
- 宽限期 387
- 留置权无法成立的情形 388

第二章 留置权的适用范围

▶ 本章为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

- 留置的范围 389
- 留置物 389
- 留置物的范围 391
- 留置权的善意取得 391
- 不得留置之物 392
- 留置担保债权的范围 393
- 留置物保管费用 393
- 实现留置权的费用 394
- 留置权的适用范围 394
- 保管合同中的留置权 395
- 运输合同中的留置权 396
- 承揽合同中的留置权 397
- 仓储合同中的留置权 397
- 行纪合同中的留置权 398

第三章 留置权的行使和消灭

▶ 本章为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

- 留置权的行使 399
- 留置权行使的条件 399
- 留置权的紧急行使 400
- 行使留置权的方法 401
- 留置权人的孳息收受权 401
- 留置权人的优先受偿权 402
- 留置权人的保管使用权 403
- 留置权人的必要费用求偿权 403
- 留置权人的保管义务 404
- 留置权人的通知义务 404
- 留置权人的返还义务 405
- 留置物所有人的权利 406
- 留置物所有人的义务 406
- 留置权消灭的原因 407
- 债务人另行提供担保 407

第六编 定金

► 本编为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

■定金 411 ■定金罚则 412 ■主合同不适当履行时定金罚则的适用 413 ■当事人协议解除主合同时定金罚则的适用 413 ■双方违约时定金罚则的适用 414 ■定金罚则适用的例外 415 ■定金与其他担保的区别 415 ■定金与其他担保共存的情况 416 ■立约定金 417 ■成约定金 417 ■证约定金 418 ■解约定金 418 ■违约定金 419 ■定金性质的确定 419 ■定金与预付款 420 ■定金与押金 421 ■定金与违约金 422 ■定金与违约损害赔偿的关系 422 ■定金合同 423 ■定金合同成立的条件 424 ■定金合同的形式 424 ■定金合同的内容 425 ■定金合同生效条件 426 ■定金合同的当事人 426 ■可撤销的定金合同 427 ■无效定金合同 428 ■交付定金 429 ■定金数额 430

第七编 其他问题的规定

► 本编为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

■不动产与动产 433 ■担保合同的形式 434 ■担保物的变价方式 434 ■担保物权并存时的清偿顺序 435 ■分支机构对外保证的诉讼地位 436 ■一般保证人的诉讼地位 436 ■连带保证中当事人诉讼地位 436 ■债务人起诉而债权人反诉案件中保证人诉讼地位 437 ■有物上担保人时当事人诉讼地位 437 ■人保和多个物保并存时当事人的诉讼地位 438 ■主从合同纠纷的管辖 438 ■主合同纠纷判决的既判力范围 439 ■不能清偿 440 ■诉讼中的担保 440 ■财产保全中的担保 441 ■执行担保 444 ■担保法及其司法解释的时间效力 444 ■船舶担保物权 445 ■船舶优先权 445 ■船舶优先权的转让 446 ■船舶优先权的消灭 446 ■船舶优先权担保的范围 447 ■船舶优先权的受偿顺序 447 ■船舶优先权与其他船舶担保物权之间的受偿顺序 448 ■船舶留置权 448

第八编 对外担保

► 本编为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

■对外担保 453 ■对外担保的种类 454 ■对外担保的管理机关 455 ■对外担保的当事人 455 ■对外担保的担保人 456 ■对外担保的被担保人 458 ■中资金融机构的对外担保 458 ■对外担保的审批 459 ■对外担保的审批程序 460 ■对外担保的审批权限 461 ■对外担保合同 462 ■对外担保合同的无效 463 ■对外担保中主债务合同的修改 463 ■对外担保登记 464 ■对外担保履约的核准 465 ■对外担保的禁止情形 465 ■对外保证 467 ■对外保证人的条件 469 ■对外抵押 470 ■对外抵押财产的范围 473 ■对外抵押登记 474 ■对外质押 475 ■对外动产质押 478 ■对外权利质押 479 ■对外质押的登记 480

法律专业人员高级助手书系 ▲ 担保法精要与依据指引

第一编

担保的一般规定

本编内容

第一编 担保的一般规定

▶ 本编为读者提供与以下题目有关的法律问题的专家意见及法律依据

■ 担保的适用范围 ■ 担保的方式 ■ 法定担保 ■ 约定担保 ■ 人的担保 ■ 物的担保 ■ 担保法的基本原则 ■ 平等原则 ■ 自愿原则 ■ 公平原则 ■ 诚实信用原则 ■ 担保的从属性 ■ 担保的独立性 ■ 担保合同的无效 ■ 担保合同无效的责任承担 ■ 担保人的追偿权 ■ 反担保 ■ 反担保的从属性 ■ 反担保的成立 ■ 反担保合同的无效 ■ 反担保的效力范围 ■ 求偿保证 ■ 求偿抵押 ■ 求偿质押 ■ 担保物权的存续期间

【担保的适用范围】

《中华人民共和国担保法》(以下简称《担保法》)规定,在借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动中,债权人需要以担保的方式保障其债权实现的,可以依照本法规定设定担保。《中华人民共和国民事诉讼法通则》(以下简称《民法通则》)明确规定,依照法律的规定或者按照当事人的约定,当事人可以采用保证、抵押、留置或定金等方式担保债务的履行。《担保法》列举了借贷、买卖、货物运输、加工承揽等四种主要经济活动可以设定担保,但并不意味着担保仅适用于上述四种经济活动,依据《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》的规定,当事人对所有由民事关系产生的债权,只要这种民事关系是合法的,且设定担保的行为不违反法律法规的强制性规定,就可以设定担保。理解担保适用的范围应把握以下三个方面:

1. 担保仅适用于民事行为。也就是说,国家经济管理行为(包括行政行为、司法行为)产生的债权债务关系不适用《担保法》。

2. 担保仅适用于民商事活动中产生的具有债权债务内容的行为。因人格、身份关系而直接产生的债权债务关系(如抚养、扶养、赡养关系)不适用《担保法》。

3. 担保仅适用于民商事法律行为所产生的债权债务关系。不当得利之债、无因管理之债不适用《担保法》。

需要注意的是,因侵权行为、不当得利、无因管理产生的债权虽然不能先行设定担保来加以保障,但因上述行为已经产生的债权,属于普通债权,可以用担保的方式来保障偿还。对此,法律并无限制。

依据指引:

① 《中华人民共和国担保法》(1995年6月30日主席令公布)

第二条 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。

本法规定的担保方式为保证、抵押、质押、留置和定金。

② 《中华人民共和国民事诉讼法通则》(1986年4月12日主席令公布)

第八十九条 依照法律的规定或者按照当事人的约定,可以采用下列方式担保债务的履行:

(一) 保证人向债权人保证债务人履行债务,债务人不履行债务的,按照约定由保证人履行或者承担连带责任;保证人履行债务后,有权向债务人追偿。

(二) 债务人或者第三人可以提供一定的财产作为抵押物。债务人不履行债务的,债权人有权依照法律的规定以抵押物折价或者以变卖抵押物的价款优先得到偿还。

(三) 当事人一方在法律规定的范围内可以向对方给付定金。债务人履行债务后,定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行债务的,无权要求返还定金;接受定金的一方不履行债务的,应当双倍返还定金。

(四) 按照合同约定一方占有对方的财产,对方不按

照合同给付应付款项超过约定期限的,占有人有权留置该财产,依照法律的规定以留置财产折价或者以变卖该财产的价款优先得到偿还。

③《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》(2000年12月8日发布)

第一条 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。

【担保的方式】

根据法律规定,担保有五种方式,即保证、抵押、质押、留置和定金。

保证是指第三人为债务人的债务履行作担保,由保证人和债权人约定,当债务人不履行债务时,保证人按照约定履行债务或者承担责任。

抵押是指债务人或者第三人在不转移占有的情况下,以其确定的不动产或者动产作为债权的担保。当债务人不履行债务时,债权人有权依照《担保法》规定,以该财产折价或以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。

质押是指债务人或第三人将其动产移交债权人占有,以该动产作为债权的担保,当债务人不履行债务时,债权人有权依照《担保法》规定,以该财产折价或以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。

留置是指在保管合同、运输合同、加工承揽合同以及其他法律规定可以产生留置的合同中,债权人已按照合同约定占有了债务人的动产,当债务人不按照合同约定的期限履行债务时,债权人有权依照《担保法》的规定留置该财产,以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。

定金是指合同当事人之间约定一方向对方给付一定数量的金钱作为债权的担保。债务人履行债务后,定金应当抵作价款或者收回,给付定金的一方不履行约定债务的,无权要求返还定金;收受定金的一方不履行约定的债务的,应当双倍返还定金。

需要注意的是:1.当事人在为合法的债权提供担保时,只能提供以上这五种担保,而不能创设新的担保形式。2.五种担保形式所产生的法律效果也不尽相同:债权人基于保证产生的权利为债权,不具有优先受偿性;债权人基于定金产生的权利也是债权,同样不具有优先受偿性;抵押、留置、质押是以特定的动产、不动产

作担保,债权人对担保物取得的是担保物权,因而对担保物变现所得的价款具有优先受偿的权利。

依据指引:

①《中华人民共和国担保法》(1995年6月30日主席令公布)

第二条 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。

本法规定的担保方式为保证、抵押、质押、留置和定金。

第六条 本法所称保证,是指保证人和债权人约定,当债务人不履行债务时,保证人按照约定履行债务或者承担责任的行為。

第三十三条 本法所称抵押,是指债务人或者第三人不转移对本法第三十四条所列财产的占有,将该财产作为债权的担保。债务人不履行债务时,债权人有权依照本法规定以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为抵押人,债权人为抵押权人,提供担保的财产为抵押物。

第六十三条 本法所称动产质押,是指债务人或者第三人将其动产移交债权人占有,将该动产作为债权的担保。债务人不履行债务时,债权人有权依照本法规定以该动产折价或者以拍卖、变卖该动产的价款优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为出质人,债权人为质权人,移交的动产为质物。

第八十二条 本法所称留置,是指依照本法第八十四条的规定,债权人按照合同约定占有债务人的动产,债务人不按照合同约定的期限履行债务的,债权人有权依照本法规定留置该财产,以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。

第八十四条 因保管合同、运输合同、加工承揽合同发生的债权,债务人不履行债务的,债权人有权留置。

法律规定可以留置的其他合同,适用前款规定。

当事人可以在合同中约定不得留置的物。

第八十九条 当事人可以约定一方向对方给付定金作为债权的担保。债务人履行债务后,定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的债务的,无权要求返还定金;收受定金的一方不履行约定的债务的,应当双倍返还定金。

②《中华人民共和国民事诉讼法》(1986年4月12日主席令公布)

第八十九条 依照法律的规定或者按照当事人的约定,可以采用下列方式担保债务的履行:

(一)保证人向债权人保证债务人履行债务,债务人不履行债务的,按照约定由保证人履行或者承担连带责

任;保证人履行债务后,有权向债务人追偿。

(二) 债务人或者第三人可以提供一定的财产作为抵押物。债务人不履行债务的,债权人有权依照法律的规定以抵押物折价或者以变卖抵押物的价款优先得到偿还。

(三) 当事人一方在法律规定的范围内可以向对方给付定金。债务人履行债务后,定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行债务的,无权要求返还定金;接受定金的一方不履行债务的,应当双倍返还定金。

(四) 按照合同约定一方占有对方的财产,对方不按照合同给付应付款项超过约定期限的,占有人有权留置该财产,依照法律的规定以留置财产折价或者以变卖该财产的价款优先得到偿还。

【法定担保】

依照担保产生的原因,担保可分为法定担保和约定担保。所谓法定担保是指依照法律的规定直接产生的担保。《担保法》规定的法定担保有如下两种:

1. 因房屋抵押而同时在相应的土地使用权中产生的抵押权和因土地使用权抵押而同时在土地上房屋产生的抵押权。《担保法》规定,以依法取得使用权的国有土地上的房屋抵押的,该房屋占用范围内的国有土地使用权同时抵押。以出让方式取得的国有土地使用权抵押的,应当将抵押时该国有土地上的房屋同时抵押。因此,因房屋抵押而导致其占用范围内的土地使用权同时抵押和因国有土地使用权的抵押而导致其上房屋的抵押,都是由法律直接规定而产生,抵押当事人不能用合同的方式排除这两种法定抵押的适用,不能单独将房屋和国有土地使用权分开来抵押。当事人签订的单独将房屋和国有土地使用权分开抵押的合同无效。

2. 留置权。留置的产生无须当事人的约定,而是根据法律的规定和具体的法律事实而产生。但是,当事人可以在合同中约定不得留置的物,当事人可以用约定来排除留置的适用。

此外,《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第286条规定的承包人的优先权,也属于法定担保的一种。这里的承包人的优先权是指,发包人未按照约定支付价款时,承包人可以催告发包人在合理的期限内支付价款,如果发包人逾期不支付的,除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外,承包人可以就该建设工程协议折价或者拍卖所得的价款优先受偿的权利。

依据指引:

① 《中华人民共和国担保法》(1995年6月30日主席令公布)

第三十六条 以依法取得的国有土地上的房屋抵押的,该房屋占用范围内的国有土地使用权同时抵押。

以出让方式取得的国有土地使用权抵押的,应当将抵押时该国有土地上的房屋同时抵押。

乡(镇)、村企业的土地使用权不得单独抵押。以乡(镇)、村企业的厂房等建筑物抵押的,其占用范围内的土地使用权同时抵押。

第八十二条 本法所称留置,是指依照本法第八十四条的规定,债权人按照合同约定占有债务人的动产,债务人不按照合同约定的期限履行债务的,债权人有权依照本法规定留置该财产,以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。

第八十六条 留置权人负有妥善保管留置物的义务。因保管不善致使留置物灭失或者毁损的,留置权人应当承担民事责任。

② 《中华人民共和国民事诉讼法通则》(1986年4月12日主席令公布)

第八十九条 依照法律的规定或者按照当事人的约定,可以采用下列方式担保债务的履行:

(一) 保证人向债权人保证债务人履行债务,债务人不履行债务的,按照约定由保证人履行或者承担连带责任;保证人履行债务后,有权向债务人追偿。

(二) 债务人或者第三人可以提供一定的财产作为抵押物。债务人不履行债务的,债权人有权依照法律的规定以抵押物折价或者以变卖抵押物的价款优先得到偿还。

(三) 当事人一方在法律规定的范围内可以向对方给付定金。债务人履行债务后,定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行债务的,无权要求返还定金;接受定金的一方不履行债务的,应当双倍返还定金。

(四) 按照合同约定一方占有对方的财产,对方不按照合同给付应付款项超过约定期限的,占有人有权留置该财产,依照法律的规定以留置财产折价或者以变卖该财产的价款优先得到偿还。

③ 《中华人民共和国合同法》(1999年3月15日主席令公布)

第二百八十六条 发包人未按照约定支付价款的,承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的,除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外,承包人可以与发包人协议将该工程折价,也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。

【约定担保】

约定担保是指当事人通过合同的约定而产生