

企业经营陷阱与法律防范丛书

DANBAO_{PIAN}

担保篇

苏号朋 / 主编

D
A
N
B
A
O
P
I
A
N



中国经济出版社

企业经营陷阱与法律防范丛书

担保篇

主编： 苏号朋

编著：苏号朋 孙春华

中国经济出版社

责任编辑:聂无逸

(e-mail: niewuyi88@sina.com 手机: 13701326619)

图书在版编目(CIP)数据

企业经营陷阱与法律防范丛书, 担保篇/苏号朋主编. - 北京: 中国经济出版社, 2001.1

ISBN 7-5017-5176-5

I.企… II.苏… III.①企业管理-经济法-基本知识-中国②担保法-基本知识-中国 IV.D922.29

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 04122 号

企业经营陷阱与法律防范丛书

担保篇

苏号朋 主编

苏号朋 孙春华 编著

*

中国经济出版社出版发行

(北京市百万庄北街3号)

邮编:100037

各地新华书店经销

北京市艺辉印刷有限公司印刷

*

大32开 11印张 254千字

2001年1月第1版 2001年1月第1次印刷

ISBN 7-5017-5176-5/F·4096

丛书总定价:120.00元/共5册

(本册建议零售价24.00元)

印数 4000

前 言

2000年12月,最高人民法院通过了关于适用《担保法》若干问题的解释。这部长达一百余条的司法解释非常详尽地规定了各种担保方式的具体适用规则,解决了担保实践中经常遇到的问题,对企业可能遇到的担保陷阱作了防范性规定。它是继我国1995年通过的《担保法》以来最为重要的担保法律文件,是每一个企业及其管理人员都应当掌握的。为了使各位读者在最快时间内全面了解《担保法》与最高人民法院关于适用《担保法》若干问题的解释的内容,我们写作了本书。本书非常全面、详细地阐述担保的法律知识,并通过大量的案例分析各种担保方式的实际应用。本书力求突出实用性的特点,能够真正指导企业的担保实践,为我国市场经济的健康发展和企业的良好运行作出贡献。

本书从实践的角度讲述了担保法的基本知识、我国法律规定的担保方式:保证、抵押、质押、留置和定金,并重点讲述了各种担保方式在适用中应当注意的问题及解决方案。为了方便读者查找相关法律规定,我们在书后附上了《中华人民共和国担保法》和最高人民法院关于适用《担保法》若干问题的解释这两部立法文件。

我们希望本书能够为各企业的担保行为提供有力的帮助,并欢迎各位读者对本书提出宝贵的意见。

目 录

前言

第一章 导论	(1)
第一节 担保的含义与经济作用.....	(1)
一、担保的含义	(1)
二、担保的经济作用	(2)
第二节 担保的特点与方式.....	(3)
一、担保的特点	(3)
二、担保的方式	(5)
第三节 担保的设立与效力.....	(7)
一、担保的设立方式	(7)
二、担保合同的效力	(9)
三、反担保涉及的法律问题.....	(21)
第二章 保证	(24)
第一节 概述	(24)
一、什么是保证.....	(24)
二、保证有哪些类型.....	(25)
三、共同保证的责任承担问题.....	(29)
四、如何适用最高额保证.....	(35)
第二节 保证人的资格	(36)
一、担当保证人的条件.....	(36)
二、保证人的范围.....	(37)
三、哪些人不能担任保证人.....	(39)
第三节 保证合同	(42)
一、如何签订一个受法律保护的保证合同.....	(42)

二、保证合同的形式·····	(43)
三、保证合同的内容·····	(44)
第四节 保证责任的承担·····	(45)
一、保证责任的内容·····	(45)
二、保证责任的范围·····	(47)
三、保证责任范围的两种特殊情况·····	(49)
四、保证责任范围的变动·····	(52)
五、保证责任期间·····	(62)
六、保证与物的担保之间的适用关系·····	(76)
第五节 保证人与债权人、债务人之间的权利 义务关系·····	(80)
一、保证人与债权人之间的权利义务关系·····	(80)
二、保证人与债务人之间的权利义务关系·····	(86)
第六节 保证责任的消灭·····	(90)
一、债权人在保证期间内没有要求保证人承担 保证责任·····	(90)
二、诉讼时效期间届满·····	(91)
三、债权人放弃物的担保·····	(92)
四、主债务消灭·····	(93)
五、主债务转让给第三人而未经保证人书面同意·····	(93)
六、主合同变更而未经保证人书面同意·····	(94)
七、保证合同的解除·····	(94)
第三章 抵押·····	(95)
第一节 抵押的含义和类型·····	(95)
一、抵押的含义·····	(95)
二、抵押的类型·····	(103)
第二节 抵押的设立·····	(107)
一、抵押合同·····	(107)

二、抵押的当事人	(110)
三、抵押标的物	(114)
四、抵押物的登记	(118)
第三节 抵押的效力	(128)
一、含义	(128)
二、抵押的对内效力	(128)
三、抵押的对外效力	(138)
第四节 抵押权的实现	(151)
一、实现方式:折价和拍卖、变卖	(152)
二、清偿顺序	(157)
三、抵押权实现中的特殊情形	(162)
四、抵押权人的追偿权	(173)
五、抵押物灭失时如何实现抵押权	(176)
第五节 最高额抵押	(178)
一、最高额抵押的适用范围	(178)
二、最高额抵押的效力	(180)
第四章 质押	(184)
第一节 质押的含义和类型	(184)
一、质押的含义	(184)
二、质押的类型	(189)
三、质押与抵押的区别	(190)
四、质押合同的生效条件	(194)
第二节 动产质押	(195)
一、动产质押的设立	(195)
二、动产质押的效力	(204)
三、动产质权的消灭	(219)
第三节 权利质押	(221)
一、权利质押的类型	(222)

目 录

二、债权质押	(223)
三、股权质押	(231)
四、知识产权质押	(240)
第五章 留置	(247)
第一节 留置权概述	(247)
一、留置的概念和留置权的成立条件	(247)
二、留置权适用的合同范围	(251)
第二节 留置权的法律效力	(254)
一、留置权所担保的债权的范围	(254)
二、留置权对留置物的效力	(257)
三、留置权对留置权人的效力	(258)
四、留置权的实现	(262)
第三节 留置权的消灭	(263)
第六章 定金	(266)
第一节 定金的概念和种类	(266)
一、什么是定金？它具有哪些特点？	(266)
二、定金的种类有哪些？	(267)
三、定金与相关制度的区别	(269)
第二节 定金的成立	(271)
一、定金的成立	(271)
二、定金罚则与适用	(272)
主要参考书目	(277)
 附录：	
1.《中华人民共和国担保法》	(279)
2. 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	(294)
后记	(315)

第一章 导 论

第一节 担保的含义与经济作用

一、担保的含义

在市场经济中进行的几乎所有的商业活动都是通过合同进行的,无论是我们维持正常生活所需要进行的购买日用品、租赁房屋等行为,还是各类公司、企业进行的银行贷款、产品购销、工程建设、设备运输、技术开发、企业兼并等活动。在这个意义上,我们可以把市场经济称为合同经济。合同是在当事人之间产生的权利义务关系,法律对任何一方当事人的要求都是按照合同的内容履行各自的义务,并且在没有履行自己义务时承担相应的违约责任。

尽管如此,如果某一方当事人拒绝履行义务,虽然另一方当事人可以通过到法院起诉或者到仲裁委员会申请仲裁来获得法律保护,但这必然会消耗人力、物力。即使能够胜诉,如败诉一方没有足够的财产,也无法充分地实现自己的利益。这种情形在实践中经常出现,难怪很多企业都感叹说胜诉判决等于一张白纸。如果我们能够在经济活动中防患于未然,提前作好充分准备,防止对方轻易违约或者在对方违约之后无力承担赔偿责任,就能够避免出现上述不利的后果。担保就是其中最为有力的法律保障手段。

所谓担保,是指为保证特定债权人利益的实现而由法律特别规定的保障措施,它是以债务人或者第三人的特定财产或者信用来保证债权实现的手段。从这一概念可以看出担保包括以下含义:第一,担保的目的是为了保障特定债权人债权的实现。比如,

某银行向企业发放贷款,为了确保企业能够到期还贷,遂要求该企业以其财产提供抵押担保。如果企业不能还贷,银行就有权利通过拍卖或者变卖抵押财产实现其利益。第二,担保的标的可以是债务人或者第三人的特定财产,也可以是第三人的信用,但不能是债务人的信用。例如,甲公司卖给乙企业一批货物。为了能够按时收回货款,甲公司要求乙企业提供担保。乙企业既可以用自己的财产,也可以用其他人的财产提供抵押或者质押担保,还可以用其他人的信用(而不是特定财产)提供保证担保。由于乙企业本来就负有以自己的信用履行合同的法定义务,所以不能用自己的信用提供担保。第三,担保是对债权效力的加强与补充。如前所述,在合同订立后,债务人就承担了履行的义务。债权人之所以要求债务人在合同之外另行提供担保,其目的就是为了加强对债权的保护措施。

为了指导当事人正确适用担保,我国许多法律都规定了与担保有关的内容,如《民法通则》、《合同法》、《海商法》、《商业银行法》等。为了集中规定担保制度,我国还于1995年制定了《担保法》,从而完善了我国的担保法律。

二、担保的经济作用

我国《担保法》第一条明确规定:“为促进资金融通和商品流通,保障债权的实现,发展社会主义市场经济,制定本法。”本条是对担保法立法目的的规定,同时也体现出了担保在市场经济中的重要作用。

(一)促进资金融通和商品流通

以合同为纽带的市场经济运作过程就是为了实现资金的融通和商品的流通。金融市场是市场经济体制的重要组成部分,而企业要实现发展,必须借助于金融市场提供的资金支持。各个企业获得资金的目的大都是为了在商品流通的各个环节中占有一席之地。

地,并从中获得经济利益。不过,在市场经济中,利益与风险是相伴而生的,获利愈多,承担的风险也愈大。为了在确保获利的同时减少风险,企业就要通过担保这种方式来保障自己利益的实现。金融市场是市场经济中风险最大的,因此商业银行在对外放贷时,往往要求借款人提供各类担保。在大宗的商品交易中,卖方或者买方也经常要求对方提供担保。由于债务人在不履行其义务时要承担担保责任,必然促使他尽力地履行合同,从而提高了履约率,减少了违约的风险,从而促进了整个市场中资金的融通和商品的流通。

(二)保障债权的实现

在设定担保后,即使债务人不履行其债务,债权人也可以拍卖抵押物、质押物或者要求第三人承担保证责任,从而确保其利益的实现。担保所具有的这一功能在客观上迫使债务人积极履行其债务。因此,担保在保障债权实现方面是非常有效的。

(三)发展社会主义市场经济

市场经济是以合同为纽带建立起来的,如果当事人在履行合同过程中都不讲信用,并且法律对此无计可施,则我国无法实现发展社会主义市场经济的目标。要实现市场经济的有序运行,在微观上就要求各个合同当事人都应当履行其合同义务,保障债权的顺利实现。担保制度的实施可以有效地督促债务人履行债务,加强债务人的信用,促使合同的履行,从而可以避免或者减少纠纷,增进市场交易的安全,发展社会主义市场经济。

第二节 担保的特点与方式

一、担保的特点

担保是为了保障债权的实现而设立的。基于这一要求,担保

具有如下特点:

第一,从属性。在任何一个担保方式中,都存在着至少两个法律关系,即担保法律关系和被担保的债权法律关系。例如,甲银行向乙企业放贷,要求乙提供担保。乙找到丙公司,要求丙为自己担保。丙以其拥有的汽车和房地产提供了抵押。在这一案例中,首先存在一个基本的债权债务关系,即甲银行与乙企业之间的贷款合同。在这个贷款合同中,甲银行享有到期收回贷款和利息的债权,乙企业承担还贷的义务。甲银行为了确保债权的实现,要求乙提供担保。丙作为第三人向甲银行提供了抵押担保,于是在甲银行与丙公司之间建立了担保法律关系。我们把甲银行与乙企业之间存在的合同关系称为主合同,把甲银行享有的债权称为主债权或者被担保的债权,把甲银行称为主债权人或担保权人,把乙企业称为主债务人,把丙企业称为担保人或者第三人。

由于担保是为了保障主债权而设立的,因此其存在与否取决于主债权的状态。担保的成立以主债权的存在为前提,主债权不存在,担保则不成立;主债权无效,担保也无效;主债权消灭,担保也消灭。这就是担保的从属性特点。但是,担保的从属性并不是绝对的,根据我国《担保法》的规定,如果担保合同另有约定的,按照约定。也就是说,如果当事人约定,主债权无效,担保合同不受其影响,则即使主债权无效,担保仍然是有效的。

第二,补充性。所谓担保的补充性,是指主债权人所享有的担保权对于债权实现而言仅具有补充的法律意义。这是因为,担保是为了主债权的实现而特别设立的,但是,主债权一经产生,债务人就负有履行合同的义务,如在贷款合同中借款人有到期还贷的义务,买卖合同中买方有支付贷款的义务,租赁合同中承租人有支付租金的义务等。即使没有另外设立担保,上述债务人仍然负有这些义务。设立担保的目的就是在债务人不履行债务时,债权人可以通过行使担保权来变相实现其债权。因此,债权人要获得担

保利益,必须以债务人到期不履行债务为前提,而且一般只有在要求主债务人承担法律责任无法得到满足时才能实现担保利益。因此,相对主债务人而言,担保具有补充性的特点。

二、担保的方式

所谓担保的方式,是指我国法律允许当事人采取的担保债权的方法。当然,在理论上可以将担保分成不同的方式,在此仅介绍我国担保法规定的担保方式。根据《担保法》的规定,担保的方式包括保证、抵押、质押、留置和定金五种。

(一)保证

所谓保证,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为。保证是以人的信用提供担保的,因此只能由主合同之外的第三人担当保证人。根据我国担保法的规定,保证包括一般保证和连带保证。一般保证是指当事人在保证合同中约定,债务人不能履行债务时,由保证人承担保证责任。除法律另有规定外,一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁,并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前,对债权人可以拒绝承担保证责任。连带保证是指当事人在保证合同中约定保证人与债务人对债务承担连带责任。连带责任保证的债务人在主合同规定的债务履行期限届满没有履行债务的,债权人可以要求债务人履行债务,也可以要求保证人在保证范围内承担保证责任。

由于保证是以第三人的信用,而不是特定财产提供担保,因此我们又将其称为人的担保。

(二)抵押

所谓抵押,是以债务人或者第三人将抵押物转移给主债权人占有,依照法律规定的方式将该财产作为债权的担保。我国《担保法》第33条规定:“本法所称抵押,是指债务人或者第三人不移

转对本法第 34 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。”

在抵押担保中,提供担保的当事人称为抵押人,它可以是主合同的债务人,也可以是合同当事人之外的第三人,享有该担保权益的主债权人称为抵押权人。抵押担保的效力在于当债务人到期不履行债务时,主债权人可以将抵押物折价或者拍卖、变卖该财产来偿还其债权。

由于抵押是以债务人或者第三人的特定财产提供担保,因此它与质押、留置都属于物的担保形态。

(三)质押

根据我国《担保法》的规定,质押包括动产质押和权利质押。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,债权人有权以该动产折价或者以拍卖、变卖该动产的价款优先受偿。所谓权利质押,是指以债务人或者第三人提供的财产权利为对象提供的质押。在质押中,提供质押的债务人或者第三人称为出质人,享有质押权益的主债权人称为质权人。

(四)留置

所谓留置是指当债权人按照合同的规定占有债务人的财产时,若债务人到期不履行债务,债权人有权留置该财产,并以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。在留置担保中,债权人称为留置权人。

由于留置作为担保方式具有特定的适用范围,即只有当债权人按照主合同的规定占有债务人财产时,才能享有留置权。而在实践中,债权人在履行过程中需要占有债务人财产的合同主要是保管合同、运输合同和加工承揽合同,因此只有在上述合同中,债权人才享有留置权。

(五)定金

定金是以金钱提供担保的方式,即为了担保合同债权的实现,由合同一方当事人向对方当事人预先支付一定数额的金钱。如果支付定金的一方不履行约定的债务,则他无权要求返还定金;如果接受定金的一方不履行约定的债务,则应当双倍返还定金。如果债务人履行了债务,定金应当抵作价款或者收回。由此可见,定金担保的特点在于双向担保,即支付定金的当事人与接受定金的当事人都享有定金担保利益。

与留置担保一样,定金担保也具有特定的适用范围,即只适用于合同债权。其它的担保方式,包括保证、抵押、质押则既可以适用于合同债权,也可以适用于其他债权,如因侵权行为、不当得利与无因管理产生的债权。不过,从经济实践来看,当事人一般都是为了担保合同债权的实现而设立担保。

第三节 担保的设立与效力

一、担保的设立方式

设立担保是当事人之间产生担保法律关系的行为。根据担保的不同特点,设立担保包括两种方式:一是通过合同设立,即当事人之间通过订立担保合同。此类担保包括保证、抵押、质押和定金;二是根据法律的直接规定,即不需要当事人之间另行签订担保合同,而是直接根据法律的规定产生担保法律关系。根据我国《担保法》的规定,此类担保指的是留置。关于留置担保的问题,本书将在后面关于留置一章中讲述,现主要就以合同设立担保的方式作一概述。

在担保法律关系中,担保权人就是主合同的债权人,而提供担保的当事人既可以债务人,也可以是第三人(对于保证担保而言,

提供担保的当事人只能是第三人)。

(一)债务人作为担保人时担保合同的订立

债务人自己负有保证履行合同债务的义务,因此他不能充当自己的保证人,即不能为自己提供保证担保。因此,当他作为担保人与债权人订立担保合同时,他所能提供的担保只能是抵押、质押和定金。

在实际订立担保合同的过程中,往往是由债权人提出订约要求,然后债务人同意提供担保,订立相应的担保合同,从而设立一个担保法律关系。

(二)第三人作为担保人时担保合同的订立

当第三人作为担保人时,他可以与债权人订立的担保合同类型包括抵押、质押和保证。此时,担保合同的当事人是主合同的债权人和第三人。就实际订约过程而言,往往是债权人要求债务人提供担保,然后债务人再找到愿意提供担保的第三人。第三人同意提供担保后,通过与债权人订立担保合同建立担保法律关系。如果仅仅是第三人与债务人之间订立了一个所谓的“担保合同”,并不能产生担保法律关系。例如,甲银行向乙公司贷款,要求乙公司提供担保。乙公司找到丙工厂,请求它为自己作保。于是,乙公司与丙工厂之间签订了一份保证合同。在这份合同中,丙工厂承诺在乙公司到期不能还贷时承担代其偿还的责任。乙公司将该保证合同交给了甲银行。在乙公司贷款到期没有偿还时,甲银行要求丙工厂承担担保责任。此时,丙工厂就有权拒绝甲的要求,原因在于乙公司与丙工厂之间签订的“保证合同”不符合我国《担保法》关于合同当事人的规定,不能产生担保的法律效力。如果要使它生效的话,必须由甲银行和丙工厂担当该合同的当事人。这一案例说明,在由第三人充当担保人时,一定要注意这一合同应当在哪些人之间签订才能产生法律效力。

二、担保合同的效力

担保合同作为合同的一个种类,和其他合同一样,都应当遵循我国《合同法》的相关规定。《合同法》第44条规定:“依法成立的合同,自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的,依照其规定。”因此,如果一个担保合同的订立过程符合法律的规定,则在合同成立时,该担保合同就对当事人产生了法律约束力。不过,我国有专门的《担保法》规范担保行为,因此担保合同的设立除了要遵守《合同法》的规定以外,还应当符合《担保法》的要求。例如,对于以土地使用权设立抵押的担保合同,《担保法》规定登记后合同才能生效。如果该抵押合同针对的土地使用权没有进行登记,虽然合同已经成立,但是不能生效。

担保合同生效后,当事人之间就产生了担保权利义务关系,担保人应当按照合同约定和法律规定承担担保责任,而债权人作为担保权人享有要求担保人承担担保责任的权利。但是,如果担保合同违反了法律规定,则会导致合同无效,不能产生合同当事人所预期的法律后果。另外,担保合同具有从属性的特点,即担保合同的效力受其担保的主合同效力的影响。主合同无效时,必然会影响担保合同的效力。因此,担保合同的效力受到两个方面的制约:一是担保合同本身无效时如何处理;二是主合同无效时对担保合同的影响。

(一)被担保的主合同无效

基于担保合同与主合同之间的从属关系,因此主合同的效力必然会对担保合同产生重要影响。我国《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。”一般而言,由于担保合同是为主合同设立的,因此担保合同生效的前提就是主合同是有效存在的。如果主合同已经无效,担保合同设立的目的就无法实现,因此担保