

学术顾问/江平 主编/苏号朋

担保法

及其司法解释的

应用与例解



中国民主法制出版社

学术顾问：江 平

担保法及其司法解释 的应用与例解

主编 苏号朋

作者：苏号朋 贾玉平 周波
孙春华 董书荣

中国民主法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

担保法及其司法解释的应用与例解/苏号朋主编. —北京:中国民主法制出版社, 2001.5

ISBN 7-80078-553-X

I. 担… II. 苏… III. 担保法—法律解释—中国
IV. D923.65

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 19653 号

书名/担保法及其司法解释的应用与例解

作者/苏号朋 主编

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区玉林里 7 号(100054)

电话/63292534(发行部)63056977(编辑部)

传真/63056975 63056983

经销/新华书店

开本/32 开 850×1168 毫米

印张/13.75 字数/300 千字

版本/2001 年 4 月第 1 版 2001 年 4 月第 1 次印刷

印刷/河北保定市印刷厂

书号/ISBN 7-80078-553-X/D·446

定价/25.00 元

出版声明/版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

前 言

担保是保障市场经济发展、保护债权人利益,增强市场信用的重要手段。担保法律制度是民法重要的构成部分,它横跨债权法和物权法两大领域,同时又与其他民事特别法,如公司法、票据法、证券法、著作权法、商标法、专利法等有着密切的联系,因此其法律理论、具体规则及适用都是较为复杂的。我国于1995年通过了《担保法》,对几种常用的担保方式:保证、抵押、质押、留置和定金的有关法律问题作了规定。不过,随着市场经济在我国的迅速发展以及大量担保行为的出现,担保纠纷频频出现,涉及的问题也多种多样,远远超出了《担保法》所能调整的范围。为此,最高人民法院针对具体案件曾作了大量的司法解释,但仍然不能充分应对实践的需要。为了全面、系统、详细地规范各种担保行为,最高人民法院在进行大量调查研究的基础上,于2000年9月29日通过了关于适用《担保法》若干问题的解释,并于同年12月13日起施行。《担保法》及最高人民法院的司法解释成为我国调整担保行为的法律依据。

为了帮助企业及其管理人员、法院审判人员、律师、银行等金融机构尽快掌握担保法律知识,尤其是最高人民法院司法解释的内容,熟练适用司法解释的各项规定,我们在搜集大量资料和案例的基础上,写作了本书。

本书的写作围绕着《担保法》和最高人民法院司法解释的内容,并结合我国相关法律规定,全面地阐述了各项担保方式的理论,并重点讲述了它们的具体应用。本书的特点是运用大量生动、真实的案例对最高人民法院司法解释进行了详细分析,指出每一

条文的含义、与《担保法》之间的关系、适用中应当注意的问题。对于司法解释中一些新的、具体的规定,如保证的诉讼时效、主合同的变更对保证合同的影响、楼花按揭担保等,更是不惜笔墨。

应当说明的是,由于最高人民法院司法解释的施行时间较短,不可能通过近期发生的案例对具体制度的应用作出说明,因此我们使用了近几年发生的案例,但在分析时使用的法律依据是《担保法》及最高人民法院司法解释。这是在使用本书时应当注意的一点。

由于时间较短,而担保法理论与实务问题非常复杂,因此对本书中可能存在的不足之处,欢迎读者批评指正。

目 录

前 言	1
-----	---

第一章 担保法总论

第一节 担保的特点、方式与适用范围	1
一、担保的功能	1
二、担保的特点	2
三、担保的方式	3
四、担保的适用范围	6
第二节 担保的法律效力	7
一、担保的设立方式	7
二、担保合同的法律效力	8
三、主合同解除对担保合同效力的影响	9
四、反担保的法律效力	10
五、担保物权的存续期间及其诉讼时效	13
第三节 无效担保合同的类型及其法律责任	15
一、无效担保合同的类型	15
二、缔约过失责任	27
三、担保合同无效时缔约过失责任的承担	30

第二章 保 证

第一节 保证的特点和类型	37
一、保证的特点	37
二、保证的类型	39
三、一般保证	39
四、连带责任保证	42
五、共同保证	46
六、最高额保证	53
七、票据保证	60
第二节 保证人的资格	61
一、保证人的代偿能力	61
二、保证人的范围	63
三、保证关系中的主体限制	67
第三节 保证合同	72
一、保证合同的当事人	72
二、保证合同的生效条件	74
三、保证合同的形式	76
四、保证合同的内容	78
第四节 保证责任的承担	81
一、保证责任的内容	81
二、保证责任的范围	82
三、特殊的保证责任范围	84
四、保证责任范围的变动	88
五、保证责任期间	97
六、保证责任的诉讼时效	102

七、保证与物的担保之间的适用关系	109
第五节 保证人与债权人、债务人之间的权利义务关系	116
一、保证人与债权人之间的权利义务关系	117
二、保证人与债务人之间的权利义务关系	122
第六节 保证责任的消灭	126
一、债权人在保证期间内没有要求保证人 承担保证责任	126
二、诉讼时效期间届满	131
三、债权人放弃物的担保	132
四、债权人过错	133
五、主债务消灭	133
六、主债务转让未经保证人书面同意	135
七、主债权债务关系变更而未经保证人书面同意	135
八、保证合同的解除	137

第三章 抵 押

第一节 抵押的特点和类型	138
一、抵押的特点	138
二、抵押的类型	146
第二节 抵押的设立	153
一、抵押合同	153
二、抵押合同的当事人	157
三、抵押物	162
四、抵押物的登记	169
第三节 抵押的效力	182
一、抵押的对内效力	183
二、抵押的对外效力	199

第四节 抵押权的实现·····	215
一、实现方式:折价和拍卖、变卖·····	217
二、清偿顺序·····	222
三、抵押权实现中的特殊情形·····	226
四、抵押人的追偿权·····	237
五、抵押物灭失时如何实现抵押权·····	239
第五节 最高额抵押·····	241
一、最高额抵押的适用范围·····	241
二、最高额抵押的效力·····	242
三、最高额抵押权的确定·····	246
第六节 按揭担保的法律问题·····	247
一、楼花按揭担保的特点·····	248
二、楼花按揭担保的种类·····	250
三、楼花按揭的法律性质·····	252

第四章 质 押

第一节 质押的特点和类型·····	260
一、质押的特点·····	260
二、质押的类型·····	266
三、质押与抵押的区别·····	268
四、质押合同的生效条件·····	271
第二节 动产质押·····	272
一、动产质押的设立·····	272
二、动产质押的效力·····	288
三、动产质权的消灭·····	303
第三节 权利质押·····	307
一、权利质押的特点·····	307

二、权利质押的类型	309
三、债权质押	311
四、股权质押	327
五、知识产权质押	339

第五章 留 置

第一节 留置权的成立条件和适用范围	346
一、留置权的成立条件	346
二、留置权的适用范围	351
第二节 留置权的法律效力	353
一、留置权所担保的债权的范围	353
二、留置权对留置物的效力	356
三、留置权对留置权人的效力	357
四、留置权对被留置人的效力	362
五、留质权的实现	363
第三节 留置权的消灭	364
一、债权消灭	364
二、债务人另行提供担保并被债权人接受	365

第六章 定 金

第一节 定金的概念和种类	366
一、定金的特点	366
二、定金的种类	368
三、定金与相关制度的区别	373
第二节 定金的成立与定金罚则的适用	376
一、定金的成立	376

二、定金罚则的适用	379
主要参考书目	388
附录	390
中华人民共和国担保法	390
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	404
后 记	424

第一章 担保法总论

第一节 担保的特点、方式与适用范围

一、担保的功能

所谓担保,又称为债的担保或债权担保,是指为保障特定债权人利益的实现而由法律特别规定的措施,它是以债务人或者第三人的特定财产或者信用来确保债权实现的手段。

担保这一概念包括以下含义: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,银行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。在债权债务关系产生后,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,为自己债权的实现提供双重保障。

不过,对于提供担保的一方而言,其风险又是显而易见的。一

且债务人到期不履行债务,债权人就有权利要求担保人履行担保义务,担保人就应当代替债务人履行债务或者承担赔偿责任。有些企业不了解担保的风险,随意为他人作保,从而导致了承受重大经济损失的后果。在实践中,企业因盲目为他人提供担保而倒闭的事件并不少见。

正是因为担保在市场经济中的重要作用及自身的风险性,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》、《城市房地产管理法》等。为了统一规范担保行为,我国于1995年制定了《担保法》,最高人民法院在总结各级法院多年审理担保案件的实践基础上,于2000年12月13日施行了关于适用《担保法》若干问题的解释。最高法院的这一司法解释对《担保法》规定得不确切或者未作规定的内容作出了非常全面的解释与补充,对担保纠纷的解决具有十分重要的价值。本书就是以《担保法》及最高法院司法解释为核心,结合我国其他法律有关担保的规定来展开分析的。

二、担保的特点

担保是为了保障债权的实现而设立的,一般而言,它的存在以债权债务关系的存在为前提。因此,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,且担保关系从属于被担保的债权关系。

例如,甲公司向乙工厂出售一笔货物,要求乙工厂提供担保。乙工厂找到丙公司,要求丙公司为自己担保,丙公司愿意担任保证人,并与甲公司签订了保证合同。在这一案例中,首先存在一个基本的债权债务关系,即甲公司与乙工厂之间的购销合同。在这个购销合同中,甲公司享有到期收回货款的债权,乙工厂承担支付货款的义务。甲公司为了确保债权的实现,要求乙工厂提供担保。丙公司作为第三人向甲公司提供了保证担保,于是在甲公司与丙

公司之间建立了担保法律关系。我们把甲公司与乙工厂之间存在的法律关系称为主债权债务关系或主合同,把甲公司享有的债权称为主债权或者被担保的债权,把甲公司称为主债权人或担保权人,把乙工厂称为主债务人,把丙公司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。此时,担保可以独立于主债权存在。

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。

三、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。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為。保证是以人的信用提供担保的,因此只能由主债权债务关系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。

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。

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或简称为人保。

(二)抵押

所谓抵押,是指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,它可以是主债权债务关系的债务人,也可以是主债权债务关系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或担保物权,有时我们将其简称为物保。

(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约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。留置作为担保方式,只能针对合同之债适用。

留置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、行纪合同,因此债权人只有在上述合同中才享有留置权。

(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。其他的担保方式,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。

四、担保的适用范围

关于担保的适用范围,我国《担保法》第2条规定,在借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动中,债权人需要以担保方式保障其债权实现的,可以依照本法规定设定担保。该条将担保的适用范围限定在“经济活动中”,并且具体列举了四种可以适用担保的经济活动:借贷、买卖、货物运输、加工承揽。从法律角度而言,担保法实际上将担保的适用范围限定于合同,即合同当事人可以要求对方提供担保。是不是当事人对其他债权债务关系,包括侵权行为、不当得利和无因管理之债,就不可以设定担保了呢?

从理论上而言,担保是为债权设定的保障方式,不仅仅适用于合同之债,因此将担保的适用范围仅限定为合同是不恰当的。例如,甲将乙打伤,根据《民法通则》的规定,甲的行为构成侵权行为,应当承担相应的赔偿责任。乙为了确保能够从甲处得到赔偿,要求甲为其赔偿责任提供担保,甲于是以其汽车作为抵押。可见,合同之外的其他债权债务关系中仍有担保的适用余地。

为了解决这一问题,最高人民法院关于适用《担保法》若干问题的解释(以下简称“最高法院司法解释”)第1条规定,当事人对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。应当说,司法解释的内容扩展了担保的适用范围,即只要是因民事关系产生的债权债务关系,无论是合同,还是侵权行为、无因管理或不当得利,原则上都是可以设定担保的。但是,由于侵权行为、无因管理和不当得利是法定之债,即根据法律的直接规定而产生的债权债务关系,不可能在出现此类行为时就预先设定担保,但因上述行为产生的债权则可以通过设定担保予以保障。

例如,甲公司将乙工厂寄存的货物以自己的名义卖给第三人丙企业,获货款25万元。乙工厂得悉后,要求甲公司将其不当得利返还,甲公司表示同意。乙工厂为了确保能够收回货款,要求甲