

香港法律與實務：

第二版

擔保與抵押

李曙峰 著

三聯書店(香港)有限公司

香港法律與實務：

1927.658.3

2363

擔保與抵押

扣

李曙峰著

三聯書店(香港)有限公司

責任編輯 關秀琮
裝幀設計 阮永賢

書 名 香港法律與實務：擔保與抵押

作 者 李曙峰

出版發行 三聯書店(香港)有限公司

香港域多利皇后街九號

JOINT PUBLISHING (H.K.) CO., LTD.

9 Queen Victoria Street, Hong Kong

印 刷 藝光印刷有限公司

香港黃竹坑道四十八號八樓

版 次 1993年11月香港第一版第一次印刷

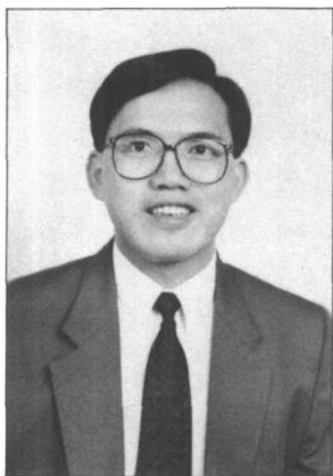
1994年6月香港第一版第二次印刷

規 格 特16開(152×222mm)296面

國際書號 ISBN 962・04・1116・1

© 1993 Joint Publishing (H.K.) Co., Ltd.

Published & Printed in Hong Kong



作者簡介

李曙峰，1966年出生。1988年畢業於中國廈門大學，主修政法學院國際經濟法，獲得法學學士學位。1989年至今在中國銀行港澳管理處工作，並在香港大學專業進修學院修讀有關商業法律課程。李氏於經濟法律方面的著作，除本書外，尚有《香港法律與實務：商業組織法》。

HK427/10

序 一

香港作為當今國際經貿中心之一，銀行業所起的作用是十分巨大的。銀行素來以存、貸為本，資金的安全是其業務經營的首要條件，而擔保與抵押則是保證銀行資金運用安全的一個很重要的手段。香港銀行業所提供的融資一般都離不開擔保與抵押業務，因此，對擔保與抵押業務的法律程序與法律手續的了解與掌握，就成為從事銀行業和經濟貿易人士所必備的知識。然而，目前介紹擔保與抵押法律常識的中文書籍甚少。李曙峰先生結合實務，運用通俗易懂的語言，把這方面的法律規則介紹給讀者，從某種意義上說，這也是填補了一項空白，具有一定的實用價值。

通覽本書，我覺得李曙峰先生善於運用案例來說明複雜的法律規則，並將總論與分論系統結合起來，深入淺出，涉獵較廣，對銀行從業人員及其他經貿人士均有參考價值，對研究香港金融法律的內地人士也有一定的借鑑作用。

李曙峰先生五年前畢業於廈門大學法律系，現在中國銀行港澳管理處從事法律工作，已著有《香港法律與實務：商業組織法》一書。我十分高興再次為他這本書作序，並希望以此來激勵青年人努力鑽研，奉獻社會。

林廣兆*

1993年7月

* 林廣兆先生為中國銀行董事兼港澳管理處副主任。

序 二

香港是一個適用普通法的地區。普通法一詞在中英關於香港問題的聯合聲明附件一亦有出現，但何謂“普通法”，一般讀者未必明白。普通法是指一些出自法院判例的法律，可以說是包羅萬象、漫無邊際，這與立法機關制定的成文法截然不同。由於歷史的因素，除非因環境或習慣不同，或者被立法機關修改、廢除，否則，數百年來英倫法院的判例都適用於香港，香港法例第88章《英倫法律適用條例》對此有專門規定。

擔保與抵押的法律基本上是源於普通法。對浩如烟海的英倫及香港判例，法律專業人士已感到不易為功，普羅大眾更覺困難。本人從事銀行法律工作十多年，深深體會到，如果銀行從業員能夠了解與銀行業務有關的法律原理，對提高銀行業務水平、防患於未然和保障銀行權益將是十分重要的。李曙峰先生的《香港法律與實務：擔保與抵押》一書的面世，將為銀行從業員了解擔保與抵押法律，提供一本很好的參考書。書中對擔保與抵押這一實務性極強的課題，從法律角度加以分析，用通俗易懂的文字表述複雜的案例，對一般銀行從業員、經貿人士和投資者等具有實用意義，對香港和大陸的法律工作者也有參考價值。

由於業務上的關係，我與李曙峰先生已認識多年。得知他想編著這本專業書籍，我十分支持，也一直鼓勵他探索和鑽研。對這位年輕作者努力不懈的研究精神及所付出的心血，我深為讚賞，並希望他今後繼續研究香港法律，有新的著作問世。謹以為序。

顧愷仁*

1993年7月

* 顧愷仁先生為香港執業律師、國際公證員兼中國銀行香港分行法律顧問。

目 錄

序 一	林廣兆 1
序 二	顧愷仁 2

第一部分 擔保與抵押概述

第一章 擔保的概述	2
第一節 擔保的定義和當事人	3
第二節 擔保的特徵和責任賠償	5
第三節 擔保的目的	10
第二章 抵押的概述	12
第一節 抵押的定義和當事人	13
第二節 抵押物及其特點	14
第三節 抵押的形式	16
第四節 抵押的設定	26
第五節 抵押的目的	31
第六節 擔保與抵押的關係	32

第二部分 擔保的法律與實務

第三章 擔保合同	36
第一節 擔保合同的對價	37
第二節 擔保合同的訂立	39

第四章 擔保與擔保人的種類	42
第一節 擔保的種類	43
第二節 擔保人的種類	52
第五章 擔保人的權利	56
第一節 擔保人對債權人的權利	57
第二節 擔保人對債務人的權利	60
第三節 擔保人對其他共同擔保人的權利	63
第六章 擔保人的責任	68
第一節 擔保人責任的特點	69
第二節 影響擔保人責任的因素	70
第七章 擔保的執行	74
第一節 擔保執行的時間	75
第二節 擔保合同的法律適用與管轄權	77
第三節 執行擔保的注意事項	78
第八章 擔保的失效、解除和終止	82
第一節 擔保的失效	83
第二節 擔保的解除	88
第三節 擔保的終止	95
第九章 銀行擔保	100
第一節 履約擔保	101
第二節 備用信用證	107
第三節 安慰信	117

第四節	銀行作為債權人的擔保	121
第五節	合約擔保書的統一規則	125

第三部分 抵押的法律與實務

第十章	房地產抵押	130
第一節	房地產業權制度	131
第二節	房地產按揭的定義與類型	140
第三節	房地產按揭人及其權利限制	147
第四節	房地產按揭的程序	153
第五節	房地產按揭債權人的權力	156
第六節	房地產按揭的解除	165
第七節	房地產按揭契據的主要內容	170
第八節	樓花按揭	174
第十一章	貨物抵押	184
第一節	貨物的質押	185
第二節	貨物的質權	197
第三節	動產抵押契據	201
第十二章	股票抵押	208
第一節	股票的種類	209
第二節	股票按揭的形式	212
第三節	股票按揭契據	229
第十三章	存款抵押	234
第一節	存款抵押的概述	235

【iv】 目 錄

第二節 存款抵押契據	238
------------------	-----

第十四章 註冊公司提供的擔保與抵押	244
-------------------------	-----

第一節 註冊公司提供的擔保	245
---------------------	-----

第二節 註冊公司提供的抵押	250
---------------------	-----

後 記	263
-----------	-----

附 錄

中英專業用詞對照表	265
-----------------	-----

參考書目	283
------------	-----

第一部分

擔保與抵押概述

本部分主要對擔保、抵押以及它們之間的相互關係作概括性介紹。內容包括擔保的定義、特徵、目的、當事人以及擔保和責任賠償的區別；抵押的定義、形式、設定、目的、當事人、抵押物及其特點。擔保與抵押的具體法律原則與實務問題，將分別在第二部分和第三部分詳細闡述。

第一章 擔保的概述

第一節 擔保的定義和當事人

- 擔保的定義
- 擔保的當事人

第二節 擔保的特徵和責任賠償

- 擔保的特徵
- 責任賠償
- 擔保與責任賠償

第三節 擔保的目的

- 把股東、董事與公司的責任掛鉤
- 減低債權人的風險
- 了解擔保人對所擔保的債務的誠意

總的說來，擔保可分為抵押擔保和信用擔保。抵押擔保是指擔保人提供一定抵押品給債權人作為償還債務的保證，在債務人無力償還債務的情況下，債權人除具有要求擔保人償還債務的合同權利(contractual right)外，若擔保人不償還債務，債權人還有權處置抵押品，所得款項用於償還債務。信用擔保就是無抵押擔保，債權人只擁有要求擔保人償還債務的合同權利，若擔保人不償還債務，債權人無法處置任何抵押品。本書所指的擔保包括這兩種形式的擔保。

第一節 擔保的定義和當事人

一 擔保的定義

在擔保的法律關係中具有三方面的當事人，即債權人(受益人)，債務人與擔保人。擔保人同意如果債務人無法償還債權人現在或將來的債務，擔保人保證替債務人償還，擔保人向債權人所作出的承諾與保證就叫擔保。債權人與債務人之間的合同稱為債務合同，擔保人與債權人之間的合同稱為擔保合同。擔保人的責任通常會通過擔保合同加以明確規定。

二 擔保的當事人

上述已提及，債權人、債務人與擔保人是擔保這種法律行為的三個當事人，下列簡述該等當事人之間的關係。

1. 擔保人與債權人之間的關係

擔保人與債權人之間存在着擔保與被擔保的法律關係，擔保人向債權人承諾，如果債務人無法履行責任，擔保人將根據擔保合同的規定代替債務人償還債務或履行其他責任。

如果擔保人履行了擔保責任，擔保人就取得代位求償權(right of subrogation)，擁有債權人對債務人所享受的一切權利，包括佔有債務人提供給債權人的一切抵押品。本書第五章第一節會專門闡述這個問題。

2. 擔保人與債務人之間的關係

在擔保人履行擔保責任以前，擔保人以保證人的身份，為債務人的利益而向債權人作出履約承諾。

在債權人要求擔保人履行責任時，擔保人有權要求債務人償還債務，從而解除本身的擔保責任。

在擔保人履行擔保責任以後，擔保人與債務人之間存在着債的法律關係，擔保人有權向債務人索償已付出的款項。擔保人對債務人具有責任賠償權(right of indemnity)。本書第五章第二節會對該問題作專門闡述。

3. 債權人與債務人之間的關係

在擔保人履行其責任以前，債權人與債務人之間存在着債的法律關係，債權人具有要求債務人按照債務合同的規定償還債務的合同權利。

4. 擔保人之間的關係

若兩個或兩個以上的擔保人就同一債務向債權人提供擔

保，不管他們以聯名責任(joint liability)、個別責任(several liability)或者聯名和個別責任(joint and several liability)的形式提供擔保，該等擔保人之間都存在着共同攤分的權利(right of contribution)，同時對有關債務承擔共同的責任。本書第五章第三節會對該等問題作詳細闡釋。

第二節 擔保的特徵和責任賠償

一 擔保的特徵

一般來說，擔保具有以下幾點基本特徵：

1. 擔保人與債務人責任的共同性

除非特殊情況，否則擔保人與債務人的責任是共存的(co-extensiveness)。在一般情況下，若債務人的責任無效、不可執行或不存在，則擔保人也沒有擔保責任。共存的一個基本原則是擔保人的責任既不會大於，也不會小於債務人的責任。有債務合同的存在才有擔保合同，擔保合同不能獨立於債務合同。

2. 擔保人的第二性責任

擔保人承擔第二性責任(second liability)，也叫附屬責任(ancillary liability)。擔保合同是種從屬合同(accessory contract)。只有在債務人無法履行債務合同的情況下，擔保人才會履行擔保合同的責任。

3. 擔保合同的對價

除非用契約(deed)形式簽署，否則擔保合同一定要有對價才有效，並且該對價(consideration)不能是過去的，否則擔保合同將是無效的合同。在1842年Roscorla V. Thomas一案，買賣雙方已經就買賣馬匹的交易成交以後，第三者才向買方擔保這匹馬的質量，法院認為第三者的保證是無效的，因為買賣交易已經完成，不能支持第三者的承諾，買賣交易變成擔保合同的過去對價。

4. 擔保合同不是一個絕對信任的合同(not uberrimae fidei)

所謂絕對信任合同，就是當合同一方在決定是否訂立合同時，另一方有責任把影響其訂立合同的主要事實都披露出來。在法律上，有些合同就是屬於絕對信任合同，比如一般的保險合同，保險公司就有責任告訴保險人有關的重大事實，但擔保合同不是絕對信任的合同。

案例 *Cooper V. National Provincial Bank Ltd. (1945)*

案情簡介：

原告為債務人向被告提供擔保，原告後來控告被告沒有告知其以下三方面的事實：

- (i) 債務人的丈夫是個沒有被解除破產責任的人士；
- (ii) 債務人的丈夫也有權提取其所擔保的賬戶的款項，即沒有告訴其擔保賬戶的有權簽字人；
- (iii) 所擔保的賬戶運作不正常，債務人曾經開出一些支票，後來又被停止支付。

原告訴稱由於被告沒有告訴其上述三方面的事實，因此不必承擔擔保的責任。

法院判決：

法院判原告敗訴，認為擔保合同不是一個絕對信任合同，被告沒有責任透露一些影響擔保人作出決定的資料。

5. 債權人一定是擔保合同其中一方的當事人

由於擔保人是在債務人無力償還債務的情況下對債權人負責的，因此債權人必須是擔保合同其中一方的當事人。

二 責任賠償

1. 責任賠償的定義

責任賠償(indemnity)有廣義與狹義兩種概念。廣義的責任賠償就是法律或合同所規定的一個人賠償另一個人所遭受的損失。狹義的責任賠償是指賠償人(indemnitor)向賠償受益人(indemnitee)保證債務人履行責任，賠償人對受益人貸款給債務人或進行某些交易所造成的全部損失承擔責任，賠償人承擔責任的數額是根據受益人的損失而不是參考債務人的責任數額計算。為便於敘述，把賠償受益人稱為債權人。本書的責任賠償是指狹義責任賠償。

2. 責任賠償的主要特徵

責任賠償具有下列兩個主要特徵：

- a. 賠償人對債務人的債務向債權人承擔第一性責任(primary liability)。當然債權人與債務人之間的協議均會規定債務人應承擔第一性責任，但這不會影響賠償人承擔第一性責任的特徵。若賠償人首先償還債務，賠償人可以向債務人追回所付出的款項。