

担保法

判解研究与适用

DANBAOFA PANJIE YANJIU YU SHIYONG

何志 / 著



该书是何志法官十余年研习担保法的结晶。《物权法》实施以后，该法关于担保物权的规定与《担保法》的规定颇不一致，诸如区分设定担保物权合同是否生效的判断与是否发生担保物权设定法律效果的判断、担保物权标的物范围的扩大、独立担保合同的适用、物保与人保并存的处理、抵押权行使期间、担保物权行使的条件与方式、浮动抵押的增设等等，都是新的内容。何志法官广泛吸收最新理论研究成果，结合司法实践中出现的新问题、新情况，对担保法律制度进行了深入研究。本书的出版，对学术界深入研究担保法律制度具有重要的参考价值；对实务界适用担保法律制度具有重要的借鉴意义。

人民法院出版社

担保法

判解研究与适用

DANBAOFA PANJIE YANJIU YU SHIYONG

何志 / 著



人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

担保法判解研究与适用/何志著. —北京: 人民法院出版社, 2010. 2

ISBN 978-7-5109-0025-9

I. 担… II. 何… III. ①担保法—判例—研究—中国
②担保法—法律适用—中国 IV. D923. 25

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 226384 号

担保法判解研究与适用

何 志 著

责任编辑 陈燕华

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010) 67550583 (责任编辑) 67550516 (出版部)
67550558 67550551 (发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 890×1240 毫米 A5

字 数 705 千字

印 张 25.75

版 次 2010 年 2 月第 1 版 2010 年 2 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5109-0025-9

定 价 58.00 元

版权所有 侵权必究

序

初识何志，是在1997年夏季。蒙王显德副院长安排，我应邀回到家乡的中院——南阳市中级人民法院讲授合同法。何志法官将他的一本专著送与我，我顿感年轻法官何志是“不容易”的，在工作之余撰写既有理论性、又有实践性的专著，实属难得，家乡的法院系统，真是藏龙卧虎。

再见何志，是在2000年冬季，孙宪忠教授、何志法官和我在漯河市政法系统培训班讲课，何志法官主讲担保法。他将新著送与我，我顿感何志法官是“了不得”的，既能讲，又能写，确实不易。

熟识何志后，他不间断地“麻烦”我，让我“穿针引线”，请王利明老师为他审阅了三本书稿并作序。他也不间断地有新著送给我，我顿感法官何志“不得了”，他对担保法、合同法、物权法、侵权责任法、婚姻家庭法、金融法、房地产法等领域都有深入的研究，迄今已有20余部专著问世，可谓著作等身。

这不，何志法官又来“麻烦”我了，让我为他倾心

撰写的《担保法判解研究与适用》作序，我不敢接受，但他锲而不舍钻研学术的精神令我感动，我又不能推辞。

该书是何志法官十余年研习担保法的结晶。这期间，他撰写的《担保法审判实务研究》、《担保法司法解释实例释解》多次重印，颇受读者欢迎。《物权法》于2007年10月1日实施以后，该法关于担保物权的规定与《担保法》的规定颇不一致，诸如区分设定担保物权合同是否生效的判断与是否发生担保物权设定法律效果的判断、担保物权标的物范围的扩大、独立担保合同的适用、物保与人保并存的处理、抵押权行使期间、担保物权行使的条件与方式、浮动抵押的增设等等，都是新的内容。何志法官广泛吸收最新理论研究成果，结合司法实践中出现的新问题、新情况，对担保法律制度进行了深入研究，并坚持自己十余年的写作风格，采用判解研究的形式，撰写了集理论与实践于一体的《担保法判解研究与适用》。相信本书的出版，对学术界深入研究担保法律制度具有很重要的参考价值；对实务界适用担保法律制度具有很重要的借鉴意义。

当然，担保法律制度横跨债权法与物权法两个领域，可谓博大精深。虽然担保法理论体系已经完备，但现实生活纷繁复杂，有诸多问题仍值得我们研究，书中有些观点还值得商榷，但瑕不掩瑜，仍不失为一部难得的好书。

在与何志法官多年的交往中，我始终认为他非同一般，作为学术作品的撰写者，其学术研究成果得到了学界的肯定与认可，《物权法判解研究与适用》荣获中国

法学会民法学研究会优秀科研成果奖即为例证；作为法学知识的传播者，他多次在河南省法官学院、河南省律师协会、金融系统、部分高校讲授担保法、物权法、合同法、侵权责任法、婚姻法等；作为法官，他能够将所学所想运用于具体案件的裁断，获得了社会的认可，被评为全国首批审判业务专家即为例证。借用古语“路漫漫兮以修远兮，吾将上下而求索”，与何志法官共勉，并期待着何志法官在民商法领域有更多佳作问世。

尊其嘱，寥寥数语，是为序。

王轶*

2009年12月23日

* 王轶，河南南阳人，中国人民大学法学院教授、博士生导师、副院长。

目 录

第一章 担保法总论

第一节	担保与担保法	(1)
第二节	担保的基本原则	(15)
第三节	反担保	(25)
第四节	担保合同的效力	(38)
第五节	担保物权合同的生效与担保物权的设立	(53)
第六节	担保责任的范围	(65)
第七节	担保物权优先受偿权行使的限制	(71)
第八节	担保人的追偿权	(79)
第九节	主合同解除后担保人的责任	(98)
第十节	人保与物保并存的担保责任	(115)
第十一节	担保物权竞合的处理	(123)
第十二节	工程款优先权与抵押权和购买权竞合的处理	(137)
第十三节	《担保法》与《物权法》的冲突与处理	(147)
第十四节	诉讼时效的最新规制	(156)

第二章 保证担保

第一节	保证合同的形式与内容	(175)
第二节	保证人的保证能力	(185)

第三节	国家机关和事业单位提供保证的效力·····	(195)
第四节	企业法人分支机构提供保证的效力·····	(201)
第五节	保证人的意思表示瑕疵·····	(214)
第六节	共同保证·····	(220)
第七节	最高额保证·····	(230)
第八节	注册资金的保证责任·····	(241)
第九节	保证方式·····	(252)
第十节	保证期间·····	(271)
第十一节	保证期间届满后保证人在催款通知书上 签字的效力·····	(289)
第十二节	保证期间与诉讼时效·····	(296)
第十三节	主合同主体变更对保证责任的影响·····	(306)
第十四节	主合同内容变更对保证责任的影响·····	(312)
第十五节	保证人的抗辩权·····	(316)
第十六节	以贷还贷与保证责任·····	(330)
第十七节	主债务人破产与保证责任·····	(341)

第三章 抵押担保

第一节	抵押权概说·····	(349)
第二节	抵押权的设定·····	(361)
第三节	抵押物·····	(370)
第四节	抵押合同的成立与生效·····	(385)
第五节	抵押权登记的效力·····	(393)
第六节	抵押权登记的公信力·····	(413)
第七节	再抵押与重复抵押·····	(423)
第八节	在建工程抵押·····	(434)
第九节	共有财产抵押·····	(445)
第十节	绝押合同效力的认定·····	(453)
第十一节	共同抵押·····	(460)
第十二节	恶意抵押的认定·····	(471)

第十三节	土地使用权与房屋分别抵押的效力·····	(475)
第十四节	所有人抵押权·····	(492)
第十五节	动产浮动抵押·····	(498)
第十六节	抵押权与租赁权的竞合·····	(503)
第十七节	抵押物的转让·····	(513)
第十八节	抵押权效力所及的标的物范围·····	(524)
第十九节	抵押权的保全·····	(538)
第二十节	抵押期间·····	(546)
第二十一节	抵押权的实行·····	(555)
第二十二节	最高额抵押权·····	(567)

第四章 质押担保

第一节	质押概说·····	(582)
第二节	质权合同·····	(593)
第三节	质权的设定·····	(606)
第四节	质物·····	(612)
第五节	动产质权的善意取得·····	(624)
第六节	动产质权的转质权·····	(630)
第七节	动产质权的效力·····	(640)
第八节	动产质权的实行及消灭·····	(652)
第九节	票据权利质权·····	(657)
第十节	存单的核押·····	(668)
第十一节	存单质押·····	(678)
第十二节	仓单质押·····	(690)
第十三节	股权质押·····	(696)
第十四节	知识产权质权·····	(706)
第十五节	不动产收益权质押·····	(708)
第十六节	应收账款质押·····	(716)

第五章 留置担保

第一节 留置担保概说	(725)
第二节 留置权的设立	(736)
第三节 留置权的效力	(753)
第四节 留置权的行使	(766)

第六章 定金担保

第一节 定金的性质与种类	(777)
第二节 定金合同的生效	(796)
第三节 定金罚则的适用	(801)

第一章 担保法总论

第一节 担保与担保法

一、引言

担保是市场经济活动中保障债权实现的一项重要法律制度。所谓担保,又称之债权担保、债务担保、债的担保,是指促使债务人履行债务,保障债权人的债权得以实现的法律措施。《中华人民共和国担保法》(下称《担保法》)是一部促使债务人履行债务和保障债权人实现债权的一项法律制度,在民商法律制度中具有重要的地位。

《担保法》自1995年10月1日实施以来,对促进金融流通和商品流通,保障债权的实现,发展社会主义市场经济,起到了重要的作用,它不仅规范了法人、其他组织、自然人在经济交易中的担保行为,而且也为人民法院审理涉及担保纠纷案件提供了法律准绳。然而,司法实践中遇到了许多新情况和新问题,对此,最高人民法院于2000年12月13日发布了《关于审理〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(下称《担保法解释》),对指导司法实践和规范经济交往起到了很好地指导作用。自2007年10月1日起实施的《中华人民共和国物权法》(下称《物权法》)对担保物权进行了修订和完善。至此,担保法律制度形成了一套完善的法律体系。但现实生活纷繁复杂,许许多多的

新情况、新问题都值得我们去探讨和研究。诸如：

本案担保行为是否为《担保法》所调整^①

被告张某、王某系原告邮政局的职工，赵某系邮政局聘用的业务代办员，某邮政局根据上级要求招聘劳务人员，必须由当地邮政职工担保方可工作。2004年2月15日，由张某为赵某担保向邮政局签订了邮政业务代办员经济担保责任书，内容为：我叫张某，系某市邮政职工，自愿为某邮政支局单位特快款汇业务代办员赵某提供经济担保，并愿意承担赵某代办员在代办邮政业务过程中由于工作疏忽或失误对邮政局所造成的一切经济损失。2005年，邮政局又根据省局印制的劳务工或委代办人员担保书的格式，由被告王某为赵某担保向邮政局签订了担保书，内容为：在合同或协议期内，我自愿对被担保人在担保期间内所发生的经济纠纷及案件负一切责任。2006年12月至2007年5月，赵某在邮政局工作期间，私自将19户汇款人的48700元的汇款据为己有，并外出下落不明，邮政局为此支付了19户汇款人的48700元后诉至法院，要求确认二被告的担保合同有效，并对赵某所造成的经济损失48700元承担保证责任。

上述案例的争议焦点是，担保行为是否属《担保法》所调整的范围，即劳动合同能否适用担保。本文就担保与担保法的有关问题予以探讨。

^① 案例详见河南省南阳市中级人民法院（2008）南民一终字第788号民事裁定。

二、债与债权担保

(一) 债

债是民法上的一个基本概念,源于罗马法。优士丁尼大帝之《法学纲要》称:“债是依国法使他人一定给付的法锁(Suris vinculum)。”故亦将债(obligatio)称为“法锁”,意指债权债务关系^①。因此说,债是特定人与特定人之间得请求为特定行为的法律关系^②。我国《中华人民共和国民事诉讼法通则》(下称《民法通则》)第八十四条规定:“债是按照合同的约定或者依照法律的规定,在当事人之间产生的特定的权利和义务关系。享有权利的人是债权人;负有义务的人是债务人。债权人有权要求债务人按照合同约定或者按照法律的规定履行义务。”

债作为一种民事法律关系,应当由主体、客体和内容三个基本要素组成:(1)债的主体。即指参与债的法律关系的当事人,包括债权人和债务人。债的主体必须特定化,以此决定债权债务关系为特定当事人之间的法律关系。(2)债的客体。债的客体又称之为债的标的,是指债权债务关系所指向的对象,一般认为包括物、行为、精神成果、权利等。(3)债的内容。即指在当事人之间存在的权利和义务,即债权和债务。债权和债务互相对立,二者相依存而不得彼此单独存在。

债因为一定的法律事实而发生。能够引起债的发生的法律事实,为债的发生原因;实际上,债的发生原因亦为债权的发生原因。立法例一般规定,债因为契约、侵权行为、不当得利、无因管理而发生。我国民法规定债的发生原因有如下五类:(1)合同之债,又称为契约之债,即指依据有效合同所产生的债。(2)侵权行为之债。一般认为,因侵权行为受到损害的人有请求加害人

① 周枬:《罗马法原理》,商务印书馆1994年版,第542页。

② 王家福主编:《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年版,第1页。

赔偿损害的权利,加害人有赔偿的义务,这种因侵权行为而产生的权利义务关系即为侵权行为之债。(3)不当得利之债。即指因债务人的不当得利而引起的债权债务关系。(4)无因管理之债。即指没有法律规定或约定的义务而为他人管理事务的行为所支出的必要费用而引起的债权债务关系。(5)因缔约过失所生之债。即指当事人缔结合同过程中具有过失,从而导致相对人遭受损害而产生的债权债务关系。

(二) 债权担保

债权担保,既为了保证债权人实现债权,又为了促使债务人履行债务。根据民商法理论,债权担保分为一般担保和特别担保。^①

所谓一般担保,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履行。一般担保的财产限于债务人的财产,债务人的全部财产为债权人的责任财产。一般担保的标的不是特定债权,而是所有的债权。债的一般担保分为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法律后果。国家通过民事责任制度的法律强制力,威慑债务人积极履行义务,从而保障债权的实现;债的保全制度,是指债务人或者第三人不当处分财产的行为损害了债权人的利益时,法律允许债权人对债务人或者第三人的行为行使一定的权利,以排除其对债权的危害。即我国《中华人民共和国合同法》(下称《合同法》)第七十三条、第七十四条、第七十五条所规定的债权人的代位权和撤销权制度。

债权的一般担保并非是特别针对某一项债权,债务人完全可

^① 《担保法》所规定的保证、抵押、质押、留置、定金称为特别担保,又称为典型担保。与之相对应的有非典型担保,即《担保法》之外的担保形式。非典型担保分为有物的担保内容的非典型担保(包括:按揭、所有权保留、附让与担保内容的证券回购、进口押汇、账户质押和其他)和无物的担保内容的合同型非典型担保(包括:有追索权的应收账款转让、附买回条款的买卖、收费权担保)。读者可参阅曹士兵:《对非典型担保的司法态度》,载《人民法院报》2005年8月31日。

以不断参与新的债的关系，负有数个并存的债务，其财产对所有债权人都为一般担保，当债务人无力偿债或破产时，各债权只能公平清偿，其结果必然导致部分债权人的债权不能实现。为了保障特定债权优先于普通债权清偿，便产生了债权的特别担保。

所谓特别担保，是指债务人或者第三人以特定财产（包括第三人的信誉）担保债的履行，保障债权实现的法律制度。根据《担保法》第二条第二款的规定，特别担保的方式分为：保证、抵押、质押、留置、定金。

三、担保的性质

担保的性质，又称为担保的特征，是指担保所具有的不同于其他民事权利制度的属性。根据传统民法理论和《担保法》的内容，担保具有如下性质：

1. 担保的从属性。所谓担保的从属性，是指债权担保的成立和存在必须以一定的债权关系的存在为前提。债的担保不能离开一定的债权而独立存在。因而从债权方面来说，担保是一种从权利，从债务方面来看，担保是一种从义务。债权担保的从属性表现在三个方面：一是指成立上的从属性；二是指消灭上的从属性；三是指处分上的从属性。成立上的从属性，是指债权担保的成立应以相应的债权的发生和存在为前提，不能脱离债权债务关系而单独成立。即使是在为将来的范围和-content 不十分确定的债权设定的最高额抵押，也不能脱离相应的债权关系。消灭上的从属性，是指债权担保因债权的消灭而解除。债权担保的消灭应以债权的消灭为前提，不能在债权尚存在的情形下，自动解除担保关系。处分上的从属性是指债权担保的转移必须随同债权一起转移，不能与债权分离而单独转移，除非当事人另有特别的约定。

2. 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，而财产权分物权和债权，因此债权担保的财产性可分别表现为债权性和物权性两个方面。如担保中，保证具有债权性，债权人只能请求保证人承担保证责任，而不能直接支配保证

人的财产。抵押、质押、留置为担保物权。

3. 担保的补充性。担保人在履行担保责任时，只有在债务人不能履行或没有履行合同义务，并且发生其应当承担的责任时，才发生要求履行担保责任，因此说，担保具有补充性。如依照《担保法》第十七条的规定，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。在连带责任保证、抵押、质押、定金的担保人在债务履行期届满，债权人没有得到清偿时，担保人才承担担保责任。

4. 担保的变价性。担保的变价性，又称为价值性、换价性，是从其对担保物的利益要求而言，也是担保之财产性的必然逻辑延伸。物的价值为担保所追求，物的使用价值则不为担保所关注。如在保证中债权人所获得的不过是一种债权性的特殊担保，只有在债务人不履行债务时，才可请求保证人履行担保责任，而不能对保证人的一般财产享有实体上的处分权。在担保物权中，担保物必须为可交易之物，同时，在担保物灭失时，因灭失所得的赔偿金仍可作为担保物，即担保物权的代位性。

5. 担保的不可分性。债权人在全部债权清偿之前，债权债务的部分变化或者担保物的部分变化，不能影响担保债权的整体性。债权的部分因清偿、抵销、混同、转让等原因消灭时，债权人仍然可以担保物的全部主张担保债权。担保物部分消灭时，其余部分仍然可以担保债权的全部。

四、担保的分类

根据不同的分类标准，可将担保作出不同的分类。常见的分类方法如下：

1. 根据担保的方式不同，可将担保分为保证、抵押、质押、留置和定金。《民法通则》、《担保法》是按该种方式进行分类。后文要作详述，此处不再赘述。

2. 根据担保的设定方式不同，可将担保分为约定担保和法

定担保。所谓约定担保，是指完全由当事人双方自行约定的担保。约定担保对担保的方式、担保的条件以及担保的范围及担保权的行使等均可由当事人自行约定的。自愿原则为《担保法》的一项基本原则，担保原则上应由当事人自愿约定，所以约定担保是担保的主要形态。我国《担保法》中所规定的保证担保、抵押担保、质押担保、定金担保等担保方式，均为约定担保。所谓法定担保，是指由法律直接规定而不是由当事人约定的担保。典型的法定担保为留置权。留置权是完全由法律直接规定的担保物权，这种担保成立的条件、担保当事人和担保的范围等均由法律规定。

3. 根据担保的标的不同，可将担保分为人的担保和物的担保。所谓人的担保，是指债务人以外的第三人以其财产和信用为债务人提供的担保。人的担保以保证担保为基本形式，在性质上属于债的担保方式，即在债务人不能或没有履行债务时，由担保人代为履行债务或者承担连带清偿责任的担保方式。人的担保既包括法人提供的保证担保，又包括自然人、其他组织所提供的保证担保。所谓物的担保，是指债务人或者第三人以特定的财产为自己或他人债务提供的担保。《担保法》中所规定的抵押、质押、留置等担保方式均为物的担保。定金担保亦属特殊的物的担保，即货币（或称为金钱）担保。

4. 根据担保的范围不同，可以将担保分为部分担保、全额担保和最高额担保。所谓部分担保，是指担保人仅为债务人的部分债务提供的担保。部分担保，在司法实践中，需担保人与债权人在合同中对担保的债权数额作出明确的约定，根据《担保法》第二十一条、第四十六条、第六十七条的规定，若担保人未明确约定为部分担保，则推定担保人为全额担保。所谓全额担保，是指担保人为债务人的全部债务所提供的担保。只要担保人未约定对部分债务提供担保，即为全额担保，担保人明确约定对债务人全部债务提供担保，即按约定。所谓最高额担保，是指担保人为债权人与债务人在一定期间内连续发生的债务在一定限额内所提供的担保。如《担保法》第十四条所规定的最高限额保证，该法