

中华人民共和国
担保法案例评析与实务

徐武生 刘 文 著

经济日报出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中华人民共和国担保法案例评析与实务/徐武生, 刘文著. -北京: 经济日报出版社, 1995. 12

ISBN 7-80127-043-6

I. 担… I. ①徐… ②刘… III. 担保法-案例-解释-中国 IV. D923.85

责任编辑: 胡子清

责任校对: 穆 益

中华人民共和国
担保法案例评析与实务

徐武生 刘 文 著

*

经济日报出版社出版发行
(北京崇文区龙潭西里 54 号)
全国新华书店总经销

*

开本: 32 印张 11.25 字数 239 千

永清第一胶印厂印刷

1995 年 12 月第一版 1995 年 12 月第一次印刷

印数: 1—5000 册

ISBN 7-80127-043-6/F·17 定价: 11.50 元

目 录

导言 担保和担保法概说

- 一、担保的涵义和性质..... (1)
- 二、担保的分类..... (6)
- 三、担保法及其若干问题 (12)

第一章 总 则

- 反担保如何适用法律规定 (27)

第二章 保 证

- 一、保证与求偿保证 (36)
- 二、是保证还是债务加入 (45)
- 三、是保证还是债务承担 (50)
- 四、国家机关不具备保证人资格 (58)
- 五、保证人受被保证人欺诈所订保证合同
是否有效 (64)
- 六、保证人被合并，是否还要承担保证责任 (68)
- 七、保证人与被保证人不能协议解除保证合同 ... (71)
- 八、主合同延期履行，保证人应否继续承担保证责任
任 (74)
- 九、保证人对主合同履行期限变更未表示异议，是

否可免除其保证责任	(78)
十、无效保证合同中保证人的责任负担	(84)
十一、保证责任方式不明, 保证人应承担连带责任	(90)
十二、如何正确认定保证期间	(96)

第三章 抵 押

一、从一起实例看抵押权的含义及其作用	(106)
二、抵押权的优先性	(110)
三、抵押权因其所担保的债权债务关系无效而不 发生效力	(114)
四、夫妻共有的房产被抵押后, 一方要求离婚并 要分割房产, 抵押权是否变更	(117)
五、用作抵押的汽车被损毁怎么办	(122)
六、小院的一半能否单独抵押	(129)
七、国有土地使用权及未来的财产可否抵押	(131)
八、以家畜作抵押能否有效	(136)
九、她可否独自将这栋房产设置抵押	(138)
十、私立学校的房产可否抵押	(140)
十一、私人收藏的文物可否抵押	(142)
十二、一项财产可否抵押给两个债权人	(145)
十三、农村集体经济组织所有的土地的使用权能 否抵押	(148)
十四、这份抵押合同是否合法	(151)
十五、抵押权的公示制度及其效力	(155)
十六、抵押的担保范围	(158)
十七、抵押权是否及于抵押物的从物、从权利	

.....	(164)
十八、抵押权的效力是否及于抵押物的附合物	
.....	(167)
十九、抵押土地后增建的房屋是否属于抵押物的附合物	(172)
二十、未经抵押权人同意，抵押人能否变更	(175)
二十一、抵押设定后抵押物的孳息归谁所有	(177)
二十二、用作抵押的财产被查封，抵押还是否有效	(179)
二十三、公司能否以其财产为他人担保债务的清偿而设定抵押	(181)
二十四、抵押权与租赁的关系	(184)
二十五、承包经营权与抵押权的关系	(187)
二十六、抵押权与典权的关系	(191)
二十七、抵押权的保全	(194)
二十八、抵押权人如何实现其抵押权	(201)
二十九、抵押权的实行对抵押关系参与人会产生哪些法律后果	(209)
三十、这项协议是否属于最高额抵押	(224)
三十一、抵押权的消灭	(229)

第四章 质 押

一、质押的成立要件	(234)
二、责任转质的成立要件及法律效力	(249)
三、第三人善意取得动产质权是否有效	(256)
四、出质股票变价所得不足以偿债，质权人可否要求出质人补足余款	(266)

第五章 留 置

- 一、是留置还是非法扣留..... (277)
- 二、留置权的成立要件..... (283)
- 三、留置权的效力与实现..... (292)
- 四、优先权与留置权何者优先..... (300)
- 五、抵押权与留置权何者优先..... (303)
- 六、留置权的消灭..... (307)

第六章 定 金

- 一、预付款改为定金，便应适用定金罚则..... (312)
- 二、没有实际交付定金，主合同是否成立..... (322)
- 三、当事人一方部分不履行约怎样适用定金罚则
..... (326)
- 四、双倍返还定金后，是否还要承担违约责任
..... (330)

附：《中华人民共和国担保法》 (335)

后 记..... (353)

导言 担保和担保法概说

《中华人民共和国担保法》已于1995年6月30日经八届全国人大常委会第14次会议通过，自1995年10月1日起实施生效。担保法的颁布，是我国民事法律建设上的一件重大事情，对于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，具有重要意义。为在实务中更好地理解 and 贯彻施行担保法，必须在总体上对以下几个基本问题有正确地认识。

一、担保的涵义和性质

（一）担保的涵义

担保，作为一个专门的法律概念，是指债的担保。从债权方面说，是为了确保债权的实现；从债务方面看，是为了督促债务人履行债务。所以债的担保也称作债权担保或债务担保。两者只是说法的角度不同而已，所表示的意思是完全一致的。

关于债的担保，立法上并无统一的定义。一般而言，债的担保是指督促债务人履行债务，保障债权人的债权得以实

现的法律措施。

作为担保债权实现而采取的一种法律措施，债的担保的涵义应当是具体的、切实可行的。在民法理论上，债的担保有一般担保和特别担保之分。债的一般担保是指以债务人的一般财产而为的担保，即法律以债务人的全部财产来担保债的履行。这种一般担保决定于债的本身的效力，使债务人的全部财产成为债权人的“责任财产”。债的特别担保是与债的一般担保相对应而言的，它不是以债务人的一般财产所作的担保，而是以债务人（或他人）的特定财产和特定人的一般财产所作的担保。前者如抵押，后者如保证等。

债的一般担保，包括民事责任制度和债的保全制度。民事责任是民事主体违反民事义务所应承担的法律后果。债自成立之时起即受法律的保护，债务人必须履行自己的债务以满足债权人的债权，否则，债务人即应承担不履行债的民事责任。国家通过民事责任制度的法律强制力，威慑债务人，使其产生巨大的压力而不得不积极履行债务，从而保障债权的实现。

债的保全，是指法律为防止债务人财产的不当减少给债权人权利带来损害而采取的保全措施。即当债务人与第三人的不当处分财产的行为危及到债权人的利益时，法律允许债权人对债务人与第三人的行为行使一定的权利，以排除对其债权的危害。主要包括债权人的代位权和撤销权。代位权，是指债权人为了保全其债权不受损害，以自己的名义代债务人行使权利的权利。即当债务人享有对第三人的权利而又怠于行使，致其财产应能增加而不增加从而危害债权实现时，债权人可以自己名义代位行使属于债权人的权利，以增加债务

人的财产，从而使债权得以实现。例如甲欠乙钱，但又对丙享有债权。当甲怠于行使或放弃对丙的债权，从而使甲的财产不得增加而危害乙的债权实现时，乙即取得代位权，以自己的名义直接向丙追索丙应付给甲的利益。撤销权，又称“废罢诉权”，指债权人对于债务人所为的危害债权的行为，得申请法院予以撤销的权利。例如，个体工商户将其经营收入无偿地转让给其亲属，使其作为债权一般担保的责任财产不当减少而危及债权人利益时，债权人可请求法院撤销该赠与行为，以恢复债务人财产，使债权得以实现。

债的特别担保是为弥补债的一般担保的缺陷而设立的。如前所述，债的一般担保，无论是民事责任制度还是债的保全制度，它们对于债权的保障都是建立在债务人的一般财产即责任财产基础之上的。但是，由于债务人在经济生活中可能不断地参与新的民事关系，债务就可能不断增加，会同时负有数个并存的债务。而债的一般担保，并不是特别针对某一项债务，无论债的种类及成立时间先后，对债务人的所有债权人都一视同仁，以债务人的一般财产来担保全部债权人的债权。债权的重要特征之一是没有排他性，各个债权在法律效力上无优劣之别。这样，就某一特定债来说，在其成立之时，债务人的财产足以提供充分担保，但其后债务人可以接二连三地同其他人成立新的债务，其结果就必然使债权人的利益得不到充分保障。因此，为弥补一般担保之缺陷，就有必要在法律上设立特别担保制度，设立该制度的目的在于保障特定的债，主要适用于合同之债。合同当事人在订立合同时，为确保合同的履行，可以约定各种担保。人们通常所说的债的担保，是指债的特别担保，也就是狭义上的债的担

保。我国此次颁布的《担保法》，就是一部关于债的各种特别担保措施的法律规范，对此不应在认识上发生歧义。

（二）担保的性质

担保作为保障债权实现的一系列法律措施的总称，其中每一措施都具有相对于其他措施的不同的内在规定性，但是各种措施又具有共同的属性。这种共同的属性可以理解为担保的性质或者说特征，对此人们并非都有充分或深刻的认识，可以概括为以下几点：

1. 担保性

债的担保既然是为保障相应的债权而设立的，所以担保性是其首要的法律属性。担保性是债的担保在其功能作用上的属性，体现了担保和债权的密切联系，是担保制度赖以产生和发展的法律动力。某一种担保方式的担保性强弱与否，是当事人决定取舍的重要参考。担保性主要体现在两个层次：

第一，债的担保的从属性。即债的担保的成立和存在，必须以一定的债的成立和存在为前提。它是一种从属于主债关系的从债关系，不能离开一定的债而独立存在。这种从属性表现在：债的担保的成立，必须以主债的成立而成立；债的担保的消灭，也以主债的消灭而解除；债的担保的转移，更是随着主债权债务的转移而转移。可见，债的担保总是与被担保之债共始终。

第二，不可分性。指债权人在全部债权清偿之前，原则上可就担保财产之全部来满足其债权清偿。担保物的部分变化或者债权债务的部分变化均不影响担保债权的整体性。比如，担保物的一部分消失时，其余部分仍然担保债权之全部；债权的一部分因清偿、抵消、混同等原因消灭时，债权人仍

可就担保物之全部主张担保债权，等等。

2. 财产权性

债的担保的财产权性，是就其权利属性而言的，这是债的担保共同属性中居于核心层次的本质属性。众所周知，债的担保一经成立，债权人的债权就因此成为有担保的债权。这种有担保的债权本质上是一种财产权，反映的是财产关系。财产权通常分为两大类，一是物权，即直接支配、控制一定物的权利；二是债权，即请求他人为一定行为或不为一定行为的权利。由此，债的担保的财产权性也可随之分为物权性和债权性两个方面，因具体担保方式的不同其财产权性质也就不同。例如保证，其担保债权的财产权性质当然为债权，实为债权请求权。定金在财产权性质上的债权属性也显而易见。至于抵押等担保方式，其财产权属性究竟为物权或是债权，各国立法及理论上不尽相同。立法上有的将它放在物权制度里，有的则列为债权制度。在理论学说上也有过物权性、债权性以及双重性三种主张。我国理论界，对其性质普遍是主张为一种物权，即担保物权。

3. 变价性

债的担保的变价性也称价值性，指设立担保的目的不是为了追求物的实体用益，而是为了从物的交换变值中实现债权。这一点在保证这种担保方式中是十分明显的，债权人不可能要求对于保证人的一般财产有什么实体性的处分权，只是在债务人不履行债务时，向保证人请求代为履行而已。至于定金，由于是金钱支付，其变价性也不言自明。即使在抵押等担保方式中，是以债务人或第三人的特定物来作为债权的担保，而且财产权性质上也属于担保物权，但是设立这种

担保方式的目的仍然不是为了追求物的实体用益，而是通过对担保物采取拍卖、变价受偿等手段来实现债权。正是这一点使担保物权与用益物权相区别。

综上所述，债的担保中无论是哪一种担保措施，在性质上都具有担保性、财产权性以及变价性这样三个共同的特征。

二、担保的分类

债的担保，依据不同标准有不同的分类。了解担保的分类，可以明确各种不同担保措施或者说担保方式的具体内容和不同特点，从而在理论上揭示债的担保制度发生、发展的内在规律，实务上也便于人们在经济活动中依据自身的情况作出不同的选择。

（一）理论上的分类

依据担保的标的划分，可分为人的担保和物的担保两大类，这是学理上最普通的分类。

1. 人的担保

人的担保也叫信用担保，是由债务人以外的第三人的信用作保证，担保债务人履行债务。债务人不履行时，由担保人以其一般财产负责清偿。这种担保方式实质上是把履行债务的主体及其财产范围，由债务人扩张至第三人，在债务人的全部财产之外，又附加上其他第三人的全部财产，以增加债权人受偿的机会。

人的担保的最典型的形态是保证，即由债务人以外的第三人作保证人，在债务人不履行债务时，保证人承担履行责任或连带责任。这与古代社会里流行的人身作保即以债务人

人身为人质的野蛮现象是有本质不同的。人的担保是基于人身信任而发生，赋予债权人的债权性的财产请求权。

关于人的担保，现代国际贸易中还出现了一种新的信用担保方式——银行担保。这种银行担保方式中规定了“凭要求即付”(On Demand)的必要条款，即当被担保人不履行其义务时，债权人可直接向银行提出清偿要求，而作为被担保人的银行必须立即偿付款项。这种担保方式比传统的担保方式对债权人更有利，更可靠，可以使债权人很快取得赔偿。因而，在国际经济贸易中受到广泛重视，应用日益广泛。不过从其性质和基本特点来看，银行担保仍应列入保证的范畴。

2. 物的担保

物的担保又称财产担保，是指债务人或者第三人以其自身的特定财产作为债务履行的保障。如债务人不履行债务，债权人可以通过处分用于担保的财产而优先得到清偿。

物的担保实质上就是担保物权，又有进一步多样化的划分，主要有以下几种：

(1) 法定担保和约定担保

这是根据设定方式不同而划分的。法定担保是直接由法律规定的担保。如加工承揽关系中的留置权。留置的担保方式是根据法律规定直接产生的，不能由当事人自行约定；约定担保是由当事人自行约定的担保，即根据当事人的意志自主决定是否设立担保以及设立何种担保，这是最常见、最主要的担保物权或者说担保方式，例如抵押权、质权。

(2) 占有性担保和非占有性担保

这是根据设定担保时是否转移担保物的占有状态而分类的。占有性担保要求转移担保物的占有状态，以强化担保效

果，如质押、留置；非占有性担保不转移物的占有，仅以获得债权的优先受偿为满足，抵押就是典型。占有性担保是动产或权利担保，非占有性担保一般为不动产担保，但两者均有个别例外。前者例如国外法中的不动产质权，后者如动产抵押。此外，占有性担保一般又是不登记担保，非占有性担保为登记担保。这是因为在债权人占有担保物的情况下，本身就足以表明了其公示性，即动产以占有为公示；而不转移担保物的非占有性担保，由于不转移标的物的占有并且其标的为不动产或者是法定的须经登记的动产，例如机动车辆等，因而不经登记无法起到公示作用。

(3) 限制物权型担保和权利转移型担保

这是根据担保物权构成内容的不同而划分的。以限制物权的设定为内容的担保，称为限制物权型担保，就是通常所说的抵押、质押、留置等。所谓担保物权，也就是指这种担保物权。权利转移型担保，是指当事人双方通过约定各自对担保物拥有的权利的让渡形式或其他实现条件，来作为债权实现的担保。让与担保、买回、所有权保留是其三种具有代表性的担保方式。让与担保又称让渡担保，指以担保债权为目的而让与一定的财产给债权人，在债务不履行时债权人可就债务人或第三人让与的财产直接予以优先受偿，而在债务履行时使返还让与的财产；买回，是指一种买卖式担保，即出卖人在成立买卖合同的同时，与买受人订立买回特约，在债务不履行的情况下可以其领受的价金将标的物买回来，从而结束买卖关系；所有权保留，是在成立买卖合同时，特地定有标的物所有权保留条款，在债务人价款清偿之前保留所有权。买受人在付价款迟延时，出卖人可以解除合同。

（4）民法典上的担保，特别法上的担保和判例法上的担保

这是根据担保的法律渊源进行的分类。民法典上物的担保，是作为物权形态的抵押权、质权、留置权、优先权等；特别法上物的担保是指专门法中规定的担保物权，主要是各种抵押权。如证券法上的证券抵押、林木法中的林木抵押权以及商法上的商事质权等；判例法上物的担保，是指在民法及其特别法规定以外，判例实践中逐步确立和认可的一些担保物权，主要是让与担保、所有权保留等权利转移型担保物权。

除上述分类之外，随着现代市场经济的发展，还出现了一些新的担保物权制度。例如，根据同一担保物上成立担保的情形而有初次担保与再担保之分；根据所担保的债权实际发生的时间而分为为现在债权设立的担保与为将来债权设立的担保之别，等等。尤其需要指出的是，还有一种新的担保即浮动担保（企业担保）在实务中颇具重要意义。这种担保是指企业以其现在和将来的全部财产作担保。即设定担保时，担保物并未确定，企业的全部动产和不动产、无形财产及各种法律关系共同作为担保物。一方面，企业可以自由处分其财产；另一方面，企业新取得的财产也均自动纳入担保物之列。直至企业有债务不履行、停止经营或解散等事由发生时，才开始以其时的总财产特定为担保物。浮动担保始创于英国，现为日本、印度、加拿大、阿根廷等诸多国家所采用。我国现行法律上对此未作规定，但在制定物权法时自应予以认可。

（二）法律上的分类

如前所述，担保在理论上的分类较为复杂，了解这些分类有助于人们对于担保的充分认识。但是在立法上，各国都

只规定担保的一些基本种类，而并非将理论上的分类全部确认于法律之中。我国《担保法》上规定的担保，只有以下三类五种：

1. 人保。即人的信用担保，专指保证。保证这种担保方式，在我国《民法通则》、《经济合同法》以及一些单行法规和司法解释中都有规定，但都不如《担保法》规定得系统而完整，在《担保法》中，保证还进一步分为一般保证和连带责任保证。连带责任保证不同于传统的保证，它不是对债权人负补充责任，而是与债务人一起对债权人承担连带责任。这种保证的担保力度较强，对债权人颇为有利，而保证人的负担较重。此外，《担保法》还规定了共同保证，即有两个或两个以上的保证人而为之保证。这种保证自罗马法以来的各国立法均有明确规定，我国也不例外。

2. 物保。即前面所说的担保物权。在近现代国外民事法律上，担保物权主要规定了抵押权、质权、留置权、优先权四种。英美法系虽无担保物权这一明确的法律概念，但其财产法上的担保权益也主要是指抵押权、质权和留置权等类似的物的担保。

关于物的担保的上述分类，是自罗马法以来逐渐确立的。经法国、德国民法的提炼，到了日本民法典臻于完善。我国《担保法》中关于物的担保，同样也规定了抵押权、质权和留置权三种，但是没有规定优先权。所谓优先权，是指特种债务（如税款、工资、抚养费等）的债权人，依法优先受偿的法定担保物权。这种优先权的法律效力极强，可以对抗一般债权直至担保物权。优先权的意义在于破除债权平等原则，是立法政策上特别倾斜的结果。我国《担保法》之所以不规定

这种优先权，是因为按照社会关系的法律调整原理，把这种反映公益关系的劳动法关系等支付关系当作民法上的债权债务关系并不科学。所以，为使这些支付关系在破产还债时受到特别保护而规定的优先权，与上述三种担保物权不可同日而语。进一步说，优先权所担保的特种债权并非债权，因而其本身不能算是担保物权。

3. 钱保。即用金钱为标的来保障债权实现的担保方式，主要有定金和违约金两种。金钱担保的出现和发展表明商品货币关系的发达和实物货币化过程的加深，有利于货币这种特殊商品发挥充分的作用。

定金和违约金制度历史悠久，远在罗马法时期就已被广泛运用，至今仍有不少国家对这两种方式在法律上作了明确规定。但是，定金和违约金具有多种功能，不是单纯的债权担保制度。与人的担保或者物的担保相比较，基本上不具有债权清偿或优先受偿性质。由于定金和违约金与债权额没有相当性，一般情况下债务人损失的只是数额有限的定金或违约金。也就是说，它们主要是督促债务人履行债务，而不能在债务不履行时，满足债权人的偿债要求。债权人既不能凭借它们要求别人代为清偿（如保证），也不能从特定财产中优先受偿（如担保物权）。所以，定金和违约金虽具有强烈的担保作用，但既不能划入人的担保，又不能划入物的担保，而是一类特殊的担保方式。

我国《担保法》只规定了定金这种担保方式，而对违约金则没有规定，这一处理与我国一些现行的法律规定相吻合。在《民法通则》、《经济合同法》等法律中，均将定金规定在债或合同总则之中，并且明文规定定金是一种担保方式。对