



法律规范适用集成系列

# 担保法 司法实务要点与 规范集成

黄书建 主编  
熊保华 副主编

**司法实务要点** 对法条适用中应注意的问题进行详尽地分析，统一司法裁判思维

**公报案例** 突出案例指导权威性，帮助司法人员应对层出不穷的新型、疑难、复杂的担保案件

**相关规范** 链接相关法律、法规、司法解释、部门规章及司法文件等，确保适用法律的正确性



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA



# 担保法

## 司法实务要点与规范集成

 **独角兽工作室**  
装帧设计

ISBN 978-7-5197-1197-9



9 787519 711979 >

定价：48.00元



法律出版社官方微信

上架建议：法律实务·担保法

法律规范适用集成系列

# 担保法 司法实务要点与 规范集成

黄书建 主编  
熊保华 副主编



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

担保法司法实务要点与规范集成 / 黄书建主编. —  
北京:法律出版社,2017  
(法律规范适用集成系列)  
ISBN 978 - 7 - 5197 - 1197 - 9

I. ①担… II. ①黄… III. ①担保法—法律适用—中  
国 IV. ①D923.25

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 198711 号

|                |   |        |                      |
|----------------|---|--------|----------------------|
| 法律规范适用<br>集成系列 | 担保法司法实务要点与规范集成                                | 黄书建 主编 | 策划编辑 冯雨春             |
|                | DANBAOFA SIFASHIWU YAODIAN YU<br>GUFANJICHENG |        | 责任编辑 李沂蔚<br>装帧设计 李 瞻 |

|                |                          |
|----------------|--------------------------|
| 出版 法律出版社       | 编辑统筹 法律应用·大众读物出版第二分社     |
| 总发行 中国法律图书有限公司 | 开本 880 毫米 × 1230 毫米 1/32 |
| 经销 新华书店        | 印张 16.5                  |
| 印刷 固安华明印业有限公司  | 字数 512 千                 |
| 责任校对 晁明慧       | 版本 2017 年 8 月第 1 版       |
| 责任印制 吕亚莉       | 印次 2017 年 8 月第 1 次印刷     |

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1197 - 9

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 编 委 会

编委会主任：张利兆

编委会成员：吴节祥 俞朝凤 孙长虎 邬丹

方晓亭 蒋高明 潘国华

## 编写说明

担保法，是指调整债务人、担保人与债权人之间所发生的民商事关系的法律规范的总称。担保法横跨物权法、债权法两大领域，是我国社会经济生活中的一部重要的法律，对于促进资金融通和商品流通，保障债权人债权得以实现，发展社会主义市场经济，都具有十分重要的意义。随着我国体制改革的深化和社会主义市场经济的不断完善，担保法在经济活动中的作用将愈加凸显。我国现行担保法于1995年6月30日第八届全国人民代表大会常务委员第十四次会议通过，1995年10月1日起实施，迄今为止已有二十二年的历史。二十二年期间，社会经济生活发生了深刻的变迁，诸多的民商事制度都进行了重大的调整。德国历史法学派创始人萨维尼指出，法律自制定公布之时起，即逐渐与时代脱节。担保法制定之初设计的担保责任及形式具有特定的时代性，已经难以适应日益变迁的经济生活。

为弥合担保法与司法实践的裂痕，充分发挥担保制度在促进交易、降低交易成本和确保交易安全方面的作用，最高人民法院及其内设机构针对担保法的适用问题先后出台了一系列的司法解释和司法解释性质的文件。尤其是2000年12月13日，最高人民法院发布的担保法司法解释，不仅对担保法的适用进行了明确，同时对担保法的相关制度进行了一定的调整。2007年10月1日，全国人民代表大会颁布的物权法正式开始实施。为充分发挥物的作用，物权法对担保法中担保物权制度作了重大修改，诸如区分物权变动原因与物权设立、扩充了担保物的范围和增设浮动抵押制度等。这些变化对担保法的适用产生了深远的影响。

目前，涉及担保内容的法律法规庞杂，司法解释数量众多，且国务院制定的大量行政法规中也涵盖了有关担保的内容，这给担保法的统一适用造成了严重的影响。党的十八届四中全会决定指出：公正是法治的生命线。司法公正对社会公正具有重要的引领作用，司法不公对社会公正具有致命的破坏作用。而只有全面、系统地掌握担保法及其相关法律法规、司法解释等，才能在担保纠纷个案中正确适用法律，公正裁决案件。基于此，本书对中华人民共和国成立以来至今仍然有效的担保有关的涉法资料进行归纳整理，以利

于大家学习和适用。

本书的编写具有以下两个显著特点：

一是资料翔实。本书基本上穷尽了我国既有的担保资料，所收集的担保资料时间跨度长，自建国时期至今；涉及范围广，既包括成文法资料，也包括判例法资料。共收录法律法规近 30 件、部委规范 200 余件、司法解释 150 余件、司法文件 10 余件、公报案例 55 个、指导性案例 4 个以及大量各地裁判的有关担保的经典案例。这些资料对系统学习担保法，全面研究担保制度以及创新担保措施等具有重要的价值。

二是注重实用。新一轮的司法改革强调让审理者裁判，让裁判者负责，这对法官的综合素质、司法能力、专业水平和司法经验提出了相当高的要求。本书适应新形势的需要，强调服务于司法，注重法条的实际运用，故收集了大量判例资料，犹以最高人民法院发布的公报案例为主。同时，从个案中概括司法裁判规则，以助于司法人员应对层出不穷的新型、疑难、复杂的担保案例。此外，对各法条适用中应注意的问题进行了详尽的分析，统一各地司法人员的裁判思维。

基于担保法的适用性考虑，本书在编写过程中采用的是对担保法进行逐条梳理的模式，即以担保法条文为基础，将相关担保法律法规、司法解释、既有判例等担保资料统一汇总至担保法相关条文中。具体编写说明如下：

1. 担保法的编排。本书以担保法条文为主线进行编排，并采用条标形式，对法典条文主旨进行了归纳，即在法典条文序号与内容之间，用黑体方括号（【 】）标注其主旨。

2. 担保资料的分类及编排。本书主要以《北大法宝》《国家法律数据库》为基础，全面地查找与担保相关的现行有效的法律法规、部委规范、司法解释、司法文件、其他规范性文件，之后将其予以拆分后，排列于相应的条文之下，方便读者直观、快捷掌握条文所涉所有法律规定。相关指导性案例、公报案例等判例资料也一一进行对应，归置在相应的条文之下。

需注意的是，由于不同机关或相同机关不同时期颁发的规范性法律文件之间难免存在冲突，有些规范性法律文件虽未明确废止，却因其与上位法、新法或新的法律解释相抵触而失效。因此，读者适用时应加以对照鉴别，有所选择。此外，本书还对少量规范性法律文件有意进行了重复，其目的是方便读者查阅，使之更具实用性。

3. 司法实务要点。为方便司法人员等准确适用担保法条文，本书对大部分条文的具体适用及适用中应注意的问题简要进行了必要的诠释。

4. 引文基本体例。本书引文以担保法条文为基本单元，将与之关联的规范性法律文件统一进行排序。例如：

### 第十八条 【连带责任保证】<sup>①</sup>

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的，为连带责任保证。

## 法律法规<sup>②</sup>

1. 全国人民代表大会常务委员会<sup>③</sup>《中华人民共和国票据法》<sup>④</sup>主席令第22号<sup>⑤</sup>1996年1月1日<sup>⑥</sup>2004年8月28日修正<sup>⑦</sup>

**第五十条** 被保证的汇票，保证人应当与被保证人对持票人承担连带责任。汇票到期后得不到付款的，持票人有权向保证人请求付款，保证人应当足额付款。

其意思为：

①明确担保法第十八条的法条主旨为连带责任保证，即该条规定的内容是连带责任保证的适用；

②明确下列同样规定连带责任保证内容均为基本法律或者行政法规；

③明确援引法律的制发机关为全国人民代表大会常务委员会，同时表明援引法律的效力层次；

④明确援引法律的名称为中华人民共和国票据法；

⑤明确援引法律的发文字号为主席令第22号；

⑥明确援引法律的实施日期为1996年1月1日；

⑦明确援引法律的修正日期为2004年8月28日。

本书最后附录了最高人民法院法官宋晓明在“物权法担保物权国际研讨会”上的讲话以及陕西、江苏、广东、四川、浙江、重庆六地高院有关担保法适用的实施意见，这些内容对担保法的学习与适用有巨大的帮助，但是又不适合穿插在担保法各条文下，故作为附录的内容出现。

经过一年多的辛苦努力，本书最终成稿，但限于作者的学识和能力，可能书中仍能有所疏漏，敬请方家见谅。

编者

2017年8月



# 目 录

|                                      |     |
|--------------------------------------|-----|
| 第一章 总 则 .....                        | 1   |
| 第一条 【立法目的】 .....                     | 1   |
| 第二条 【适用范围及担保方式】 .....                | 5   |
| 第三条 【担保活动基本原则】 .....                 | 18  |
| 第四条 【反担保】 .....                      | 21  |
| 第五条 【担保合同无效及其法律后果】 .....             | 23  |
| 第二章 保 证 .....                        | 48  |
| 第一节 保证和保证人 .....                     | 48  |
| 第六条 【保证的定义】 .....                    | 48  |
| 第七条 【保证人的资格】 .....                   | 56  |
| 第八条 【国家机关作为保证人的禁止与例外】 .....          | 64  |
| 第九条 【公益法人作为保证人的禁止】 .....             | 69  |
| 第十条 【企业法人分支机构、职能部门作为保证人的禁止与例外】 ..... | 72  |
| 第十一条 【强令提供担保的禁止】 .....               | 78  |
| 第十二条 【共同保证】 .....                    | 79  |
| 第二节 保证合同和保证方式 .....                  | 83  |
| 第十三条 【保证合同的形式】 .....                 | 83  |
| 第十四条 【最高额保证合同】 .....                 | 91  |
| 第十五条 【保证合同的内容】 .....                 | 93  |
| 第十六条 【保证的方式】 .....                   | 95  |
| 第十七条 【一般保证及先诉抗辩权】 .....              | 98  |
| 第十八条 【连带责任保证】 .....                  | 100 |
| 第十九条 【保证方式的推定】 .....                 | 105 |
| 第二十条 【保证人的一般抗辩权】 .....               | 106 |
| 第三节 保证责任 .....                       | 108 |

|       |                    |     |
|-------|--------------------|-----|
| 第二十一条 | 【保证范围】             | 108 |
| 第二十二条 | 【债权让与对保证责任的影响】     | 114 |
| 第二十三条 | 【债务承担对保证责任的影响】     | 117 |
| 第二十四条 | 【债的变更对保证责任的影响】     | 118 |
| 第二十五条 | 【一般保证的保证期间】        | 125 |
| 第二十六条 | 【连带责任的保证期间】        | 133 |
| 第二十七条 | 【最高额保证的保证期间】       | 136 |
| 第二十八条 | 【保证担保与物的担保的竞合】     | 137 |
| 第二十九条 | 【分支机构订立的无效保证合同的处理】 | 140 |
| 第三十条  | 【保证责任的免除】          | 141 |
| 第三十一条 | 【保证人的追偿权】          | 148 |
| 第三十二条 | 【保证人追偿权的预先行使】      | 151 |
| 第三章   | 抵押                 | 154 |
| 第一节   | 抵押和抵押物             | 154 |
| 第三十三条 | 【抵押、抵押人、抵押权人和抵押物】  | 154 |
| 第三十四条 | 【可以设定抵押的财产】        | 170 |
| 第三十五条 | 【超额抵押之禁止】          | 184 |
| 第三十六条 | 【房屋与土地使用权抵押的关系】    | 187 |
| 第三十七条 | 【不得设定抵押的财产】        | 192 |
| 第二节   | 抵押合同和抵押物登记         | 213 |
| 第三十八条 | 【抵押合同的形式】          | 213 |
| 第三十九条 | 【抵押合同的内容】          | 215 |
| 第四十条  | 【绝押合同的禁止】          | 218 |
| 第四十一条 | 【抵押物登记】            | 220 |
| 第四十二条 | 【抵押物登记机关】          | 246 |
| 第四十三条 | 【抵押物的自愿登记】         | 252 |
| 第四十四条 | 【抵押物登记应提交的文件】      | 256 |
| 第四十五条 | 【抵押登记资料的公开】        | 267 |
| 第三节   | 抵押的效力              | 277 |
| 第四十六条 | 【抵押担保的范围】          | 277 |
| 第四十七条 | 【抵押权对抵押物孳息的效力】     | 279 |
| 第四十八条 | 【抵押不破租赁】           | 280 |
| 第四十九条 | 【抵押物的转让】           | 283 |

|                                |     |
|--------------------------------|-----|
| 第五十条 【抵押权转移的从属性】 .....         | 287 |
| 第五十一条 【恶意抵押的救济】 .....          | 289 |
| 第五十二条 【抵押权消灭的从属性】 .....        | 292 |
| 第四节 抵押权的实现 .....               | 294 |
| 第五十三条 【抵押权实现的条件和方式】 .....      | 294 |
| 第五十四条 【抵押权顺序】 .....            | 301 |
| 第五十五条 【房地产抵押权的实现】 .....        | 306 |
| 第五十六条 【划拨国有土地使用权后抵押权的实现】 ..... | 310 |
| 第五十七条 【物上保证人的追偿权】 .....        | 314 |
| 第五十八条 【抵押物灭失的法律后果】 .....       | 316 |
| 第五节 最高额抵押 .....                | 319 |
| 第五十九条 【最高额抵押的定义】 .....         | 319 |
| 第六十条 【最高额抵押适用范围】 .....         | 322 |
| 第六十一条 【最高额抵押主债权转让的禁止】 .....    | 323 |
| 第六十二条 【最高额抵押的法律适用】 .....       | 324 |
| 第四章 质 押 .....                  | 325 |
| 第一节 动产质押 .....                 | 325 |
| 第六十三条 【动产质押的定义】 .....          | 325 |
| 第六十四条 【质押合同的形式及生效】 .....       | 334 |
| 第六十五条 【质押合同的内容】 .....          | 337 |
| 第六十六条 【留质契约的禁止】 .....          | 339 |
| 第六十七条 【质押担保的范围】 .....          | 340 |
| 第六十八条 【质物孳息的收取权】 .....         | 342 |
| 第六十九条 【质物的保管义务】 .....          | 342 |
| 第七十条 【质权人的物上代位权】 .....         | 346 |
| 第七十一条 【质权人返还质物的义务及质权的实现】 ..... | 347 |
| 第七十二条 【物上保证人的追偿权】 .....        | 352 |
| 第七十三条 【质物灭失的法律后果】 .....        | 352 |
| 第七十四条 【质权消灭的从属性】 .....         | 352 |
| 第二节 权利质押 .....                 | 353 |
| 第七十五条 【权利质押的范围】 .....          | 353 |
| 第七十六条 【证券债权质押的设立】 .....        | 382 |
| 第七十七条 【证券债权质押的实现】 .....        | 387 |

|   |                 |     |
|---|-----------------|-----|
| 第七十八条   | 【股权质押的设定与生效】    | 396 |
| 第七十九条   | 【知识产权质的设定】      | 422 |
| 第八十条  | 【知识产权质的效力】      | 434 |
| 第八十一条   | 【权利质押的法律适用】     | 435 |
| <b>第五章 留 置</b>  |                 | 436 |
| 第八十二条   | 【留置与留置权】        | 436 |
| 第八十三条   | 【留置担保的范围】       | 443 |
| 第八十四条   | 【留置的适用范围】       | 444 |
| 第八十五条   | 【留置物的价值】        | 448 |
| 第八十六条   | 【留置物的保管义务】      | 449 |
| 第八十七条   | 【留置权的实现】        | 451 |
| 第八十八条   | 【留置权的消灭】        | 456 |
| <b>第六章 定 金</b>  |                 | 459 |
| 第八十九条   | 【定金及其法律效力】      | 459 |
| 第九十条  | 【定金的成立】         | 469 |
| 第九十一条   | 【定金的数额】         | 470 |
| <b>第七章 附 则</b>  |                 | 472 |
| 第九十二条   | 【动产与不动产】        | 472 |
| 第九十三条   | 【担保合同的表现形式】     | 473 |
| 第九十四条   | 【担保物折价或变卖的价格确定】 | 473 |
| 第九十五条   | 【本法适用的例外】       | 473 |
| 第九十六条   | 【生效日期】          | 477 |
| <b>附 录</b>  |                 | 483 |
| 物权法担保物权编实施中的几个重要问题                                    |                 |     |
| ——在“物权法担保物权国际研讨会”上的讲话                                 |                 | 483 |
| 陕西省高级人民法院关于印发《陕西省高级人民法院民二庭关于<br>审理担保纠纷案件若干法律问题的意见》的通知 |                 | 487 |
| 江苏省高级人民法院关于财产保全担保审查、处置若干问题的<br>暂行规定                   |                 | 493 |
| 广东省高级人民法院关于民事审判适用《中华人民共和国担保法》<br>及其司法解释若干问题的指导意见      |                 | 497 |
| 四川省高级人民法院关于担保合同纠纷案件若干法律问题指导意见                         |                 | 499 |

---

|   |     |
|---|-----|
| 浙江省高级人民法院关于审理实现担保物权案件的意见 .....                      | 504 |
| 浙江省高级人民法院关于审理实现担保物权案件若干问题的解答<br>.....               | 506 |
| 重庆市高级人民法院关于审理涉及小额贷款公司、担保公司、<br>典当行商事案件若干问题的解答 ..... | 511 |

# 第一章 总 则

## 第一条 【立法目的】

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。



### 司法实务要点

#### 1. 担保法的目的

本条规定表明担保法有以下立法目的：一是促进资金融通和商品流通；二是保证债权的实现；三是发展社会主义市场经济。

担保法侧重于保护债权人的利益，保障债权的实现。广义的债权担保包括债的一般担保和债的特别担保两种。债务人必须以其所有的全部财产履行债务的为一般担保。用来一般担保的财产只限于债务人的财产，担保的对象不是特定的债权，而是所有的债权，包括已存在的债权和新增加的债权。债权担保往往是债权人要求设定的，其目的是保障债权的清偿，债务人同意设立担保往往是为了建立债的关系，从而达到融通资金或物资以及促进商品流通的目的。为保全债权，法律虽然设立了债权人代位权和债权人撤销权制度，但由于债权不具有排他性，债务人可以不断地增加债务，其财产总难免有所减少，债权人的受偿比例必定会因此相对减少，加之各债权在法律效力上无优劣之分，总会有一些债权得不到清偿。为了确保某个特定债权能优先于其他债权得到全部清偿，法律设立了特别担保制度，也就是狭义的债的担保，担保法中的担保就是这种狭义的担保。

#### 2. 物权法对担保法的调整

物权法对担保法的调整在总的指导思想上是放松对担保物权的管制，这种调整具体表现为物权法对担保法的吸收、补充、修改。就吸收而言，物权

法关于担保物权的规定的绝大部分法条与担保法大同小异，许多法条还是原封照搬，有时把原来的一个法条拆成两个法条，有时又把原来的几个法条合成一个法条，当然具体条文的先后顺序也有调整，并非一一对应。可以说物权法对担保法的吸收是主要的。就补充而言，物权法适应市场经济的发展需要，进行了一些制度创新，如规定了动产浮动抵押制度、最高额质押制度等。主要调整内容如下：

(1) 明确了独立担保的约定无效。物权法实施后，除非法律对独立担保另有规定，法规、规章、规范性文件，当然还有当事人的约定中有关担保合同的效力独立于主合同的条款均属无效。

(2) 明确了担保合同与担保物权的效力区分。物权法摒弃了担保法将“基础关系（合同）与物权变动的效力混为一谈”的观念，将基础关系（合同）与物权变动的效力区分开来，除非法律另有规定或合同另有约定，担保合同一经成立即生效。合同生效后，如一方不依约办理抵押登记或者转移占有的，另一方可依法追究其违约责任

(3) 对抵押物的范围进行了扩张。物权法规定，只要法律、行政法规未禁止抵押的财产，就可以进行抵押，赋予当事人更大的意思自治权，如对动产抵押的范围不作限制。

(4) 新增了浮动抵押制度。担保法对浮动抵押制度未作规定，物权法第一百八十一条对浮动抵押作了明文规定。

(5) 物的担保与人的担保先后效力规定不一致。物权法没有采纳担保法关于“物的担保优于人的担保”的理论，而坚持在物的担保与人的担保没有先后之分的原则下，兼顾公平的原则，对债务人提供的物的担保与第三人提供物的担保的法律效力作了区分。

(6) 担保物权的存续期间规定不一致。《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》（以下简称担保法解释）规定，担保物权所担保的债权的诉讼时效结束后，担保权人在诉讼时效结束后的二年内行使担保物权的，人民法院应当予以支持。物权法在第二百零二条，第二百零九条以及第二百三十七条分别作了规定，抵押权、质权和留置权的存续期间不一。

(7) 新设了最高额质权制度。担保法对最高额质权制度未作规定。物权法第二百二十二条参照最高额抵押制度对最高额质权作了规定。

(8) 对权利质权和留置权的适用范围进行了扩展。

(9) 明确了留置财产与债权的关系。担保法对留置财产与债权的关系未

作明确规定。物权法第一百三十一条规定：“债权人留置的动产，应当与债权属于同一法律关系，但企业之间留置的除外。”

### 3. 物权法与担保法冲突的解决

(1) 物权法实施后，即2007年10月1日后发生的担保行为，物权法与担保法对此均有约束力，两者规定不一致时，适用物权法；

(2) 物权法实施前发生的担保行为，适用担保法及其司法解释。但也有例外：如物权法实施前有关形成担保物权的合同，如果当时的法律规定为无效或未生效，而物权法认为有效，则应适用物权法的规定认可其效力。

(3) 担保法中保证与定金的内容并非物权法的内容，物权法的实施并不影响相应法律规范的效力。

## 法律法规

1. 《中华人民共和国民法总则》（主席令第66号 2017年10月1日）

第一百一十四条 民事主体依法享有物权。

物权是权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利，包括所有权、用益物权和担保物权。

2. 《中华人民共和国物权法》（主席令第62号 2007年10月1日）

第一百七十八条 担保法与本法的规定不一致的，适用本法。

## 部门规章

《城市房地产抵押管理办法》（建设部令第98号 1997年6月1日实施 2001年8月15日修正）

第一条 为了加强房地产抵押管理，维护房地产市场秩序，保障房地产抵押当事人的合法权益，根据《中华人民共和国城市房地产管理法》、《中华人民共和国担保法》，制定本办法。

## 司法文件

最高人民法院副院长奚晓明在全国民事审判工作会议上的讲话——充分发挥民事审判职能作用为构建社会主义和谐社会提供司法保障（2007年5月30日）

### （二）关于审理涉及物权法和担保法案件的问题

物权法是继合同法之后我国民商法律体系中又一具有里程碑意义的基础



性法律，不仅是市场经济正常运行的重要基础条件，而且在平等保护、鼓励交易、保障交易安全等方面具有重要意义。最高人民法院正在准备起草物权法的司法解释，其中与民商事审判工作密切相关的物权法第四编担保物权的司法解释已经启动。下面，我谈谈物权法与担保法的相关问题。

第一，关于担保法与物权法的衔接问题。最高人民法院关于适用担保法的司法解释，不仅解决了审判实践中适用担保法的诸多疑难问题，而且为物权法的制定奠定了良好的理论和实践基础。物权法第四编在创设诸如担保物权合同与担保物权变动的区分原则、动产浮动抵押制度、最高额抵押债权的转让规则、抵押权顺位的抛弃和变更、最高额质权、基金份额和应收账款的设质、承认责任转质等一些新的制度规则的同时，大量吸纳并修改完善了担保法和担保法司法解释中的若干制度规则，同时也产生了担保法、担保法司法解释与物权法第四编之间存在诸多冲突，由此引发担保法与物权法适用上的衔接问题。首先，应当注意到，物权法的颁行并不意味着担保法的废止，因此物权法施行后将出现民法通则、担保法、物权法、海商法等规定有担保物权内容的诸法并行的局面。在处理担保法等法律与物权法衔接问题时，人民法院应当坚持“法不溯及既往”的法律原则，凡是发生在物权法施行之前的担保物权行为，应当适用担保法及其司法解释的规定。其次，物权法实施后，在处理担保法等法律与物权法的冲突时，应当按照立法法第八十三条与物权法第一百七十八条规定的原则和精神，根据“上位法优于下位法”、“新法优于旧法”、“特别法优于一般法”的原则解决法律冲突问题。民法通则与物权法虽为同位法，但物权法是新法；担保法与物权法虽皆规定有担保物权，但物权法是上位法：物权法与海商法、民用航空法虽都规定有船舶、航空器抵押权等担保物权，但海商法、民用航空法是特别法。最后，在抵押权登记效力、抵押登记的公信力、独立担保的适用依据、抵押权的重复设定、抵押权的存续期限、担保财产的处分、抵押权的从属性规则、担保物权竞合规则等方面，担保法及其司法解释与物权法第四编的规定差距较大，必须重点加以关注。总之，民商事法官要认真学习物权法尤其是第四编中的新制度、新规则，仔细研究和把握制度规则的冲突之处，同时要注意总结审判中的问题和经验，为物权法实施和担保物权纠纷案件的审理做好充分的准备，为最高人民法院已经启动的物权法担保物权编的司法解释奠定扎实的实践基础。

## 第二条 【适用范围及担保方式】

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。

本法规定的担保方式为保证、抵押、质押、留置和定金。



### 司法实务要点

#### 1. 担保的适用范围

关于担保的适用范围，担保法、担保法解释、民法通则的规定各不相同。

本条规定，在借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动中，债权人需要以担保的方式保障其债权实现，可以依照本法规定设定担保。担保法解释规定，当事人对所有由民事关系产生的债权，只要这种民事关系是合法的，且设定担保的行为不违反法律法规的强制性规定，就可以设定担保。民法通则明确规定，依照法律的规定或者按照当事人的约定，当事人可以采用保证、抵押、留置或定金等方式担保债务的履行。

从上述规定可以看出，担保法规定担保适用范围限于借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动。担保法解释则有所扩大，规定在民事关系中同样可以适用担保。民法通则明确规定担保适用于债务的履行，未区分民事领域。

司法实践中，理解担保适用的范围应把握以下三个方面：

(1) 担保仅适用于民商事行为。也就是说，国家经济管理行为（包括行政行为、司法行为）产生的债权债务关系不适用担保法。

(2) 担保仅适用于民商事活动中产生的具有债权债务内容的行为。因人格、身份关系而直接产生的债权债务关系（如抚养、扶养、赡养关系）不适用担保法。

(3) 担保仅适用于民商事法律行为所产生的债权债务关系。不当得利之债、无因管理之债不适用担保法。

需要注意的是，因侵权行为、不当得利、无因管理产生的债权虽然不能先行设定担保来加以保障，但因上述行为已经产生的债权，属于普通债权，可以用担保的方式来保障偿还。对此，法律并无限制。

## 2. 人事担保等人身性质的担保不适用担保法

人事担保,即为被担保人的品格、能力、职务责任、违纪违法行为进行担保。人事担保担保的内容不是要实现债权人的债权,而是要保证被担保人在工作中的人品等无法预知的事物,与担保法设定债权担保的精神相违背。<sup>①</sup>《劳动合同法》第九条规定,用人单位招用劳动者,不得扣押劳动者的居民身份证和其他证件,不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物。这一规定表明,我国现行法律明确禁止对人身性质进行担保。

## 3. 诉讼担保与债权担保的区别

虽然海事诉讼特别程序法与民事诉讼法中有关诉讼保全担保的规定与担保法中关于担保的规定均用“担保”一词,但对该词不能作同一解释。财产保全担保是发生在民事诉讼活动中并经法院审查的临时救济行为,仅具程序法属性,并不产生实体法上的法律效果,故财产保全中以现金方式提供的担保以及由此产生的相应法律后果,并不适用担保法的相关规定,也不产生担保物权的法律后果。<sup>②</sup>

在适用法律上,诉讼担保主要适用的法律是《民事诉讼法》和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》以及《担保法司法解释》中对程序法的相关解释。一般不适用《担保法》和《物权法》中有关物权担保的规定。执行中提供抵押、质押、保证方式担保的,可以参照适用《物权法》、《担保法》的有关规定办理相应手续。

## 4. 关于外汇管理与跨境担保交易合同的效力

2014年5月12日,国家外汇管理局以汇发〔2014〕29号发布《跨境担保外汇管理规定》,该规定将外汇管理与跨境担保交易合同的有效性判定脱钩。外汇局基于国际收支统计法定职责的汇兑登记,在目的和效力上均不同于行业主管部门的确认登记,不作为担保生效或对抗第三人的要件。这就意味着《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》第六条失去了立法背景和基础,需要进行调整。

<sup>①</sup> 参见罗某诉张某保证合同纠纷案(北京市第二中级人民法院〔2009〕二中民终字第21955号)。

<sup>②</sup> 参见江苏南通中远克莱芬船舶工程有限公司与浙江金港船业股份有限公司等船舶建造合同纠纷上诉案(浙江省台州市中级人民法院〔2013〕浙台商终字第340号)。

## 公报案例

中国工商银行哈尔滨市和平支行诉高延民担保合同纠纷案（审结日期：2001年5月29日）

**裁判要旨：**本案“担保合同”所指向的“主合同”，约定的不是平等主体之间的债权债务，而是企业内部的管理工作。“担保”的内容不是要实现债权人的债权，而是要保证“被担保人”的违法违纪行为不损害企业利益。因此，本案的“担保合同”不符合民法通则和担保法的规定，由此引发的纠纷不当由民法调整，本案不属于人民法院受理的民事诉讼范围。

## 法律法规

1. 《中华人民共和国民事诉讼法通则》（主席令第37号 1987年1月1日实施 2009年8月27日修正）

**第八十九条** 依照法律的规定或者按照当事人的约定，可以采用下列方式担保债务的履行：

（一）保证人向债权人保证债务人履行债务，债务人不履行债务的，按照约定由保证人履行或者承担连带责任；保证人履行债务后，有权向债务人追偿。

（二）债务人或者第三人可以提供一定的财产作为抵押物。债务人不履行债务的，债权人有权依照法律的规定以抵押物折价或者以变卖抵押物的价款优先得到偿还。

（三）当事人一方在法律规定的范围内可以向对方给付定金。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行债务的，无权要求返还定金；接受定金的一方不履行债务的，应当双倍返还定金。

（四）按照合同约定一方占有对方的财产，对方不按照合同给付应付款项超过约定期限的，占有人有权留置该财产，依照法律的规定以留置财产折价或者以变卖该财产的价款优先得到偿还。

2. 《中华人民共和国乡村集体所有制企业条例》（国务院令第59号 1990年7月1日实施 2011年1月8日修正）

**第二十一条** 实行承包或者租赁制的企业，企业经营者应当具备下列条件：

- （一）坚持四项基本原则和改革开放，遵纪守法；
- （二）必要的文化知识和专业技术知识；

- (三) 必要的企业经营管理能力;
- (四) 提供必要的财产担保或者保证人;
- (五) 企业所有者提供的其他合法条件。

3. 《中华人民共和国民事诉讼法》(主席令第44号 1991年4月9日实施 2012年8月31日修正)

**第一百条第二款** 人民法院采取保全措施,可以责令申请人提供担保,申请人不提供担保的,裁定驳回申请。人民法院接受申请后,对情况紧急的,必须在四十八小时内作出裁定;裁定采取保全措施的,应当立即开始执行。

**第一百零一条第一款** 利害关系人因情况紧急,不立即申请保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害的,可以在提起诉讼或者申请仲裁前向被保全财产所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请采取保全措施。申请人应当提供担保,不提供担保的,裁定驳回申请。

**第一百零四条** 财产纠纷案件,被申请人提供担保的,人民法院应当裁定解除保全。

**第一百零七条** 人民法院裁定先予执行的,应当符合下列条件:

- (一) 当事人之间权利义务关系明确,不先予执行将严重影响申请人的生活或者生产经营的;
- (二) 被申请人有履行能力。

人民法院可以责令申请人提供担保,申请人不提供担保的,驳回申请。申请人败诉的,应当赔偿被申请人因先予执行遭受的财产损失。

4. 《中华人民共和国海商法》(主席令第64号 1993年7月1日)

**第一百八十八条** 被救助方在救助作业结束后,应当根据救助方的要求,对救助款项提供满意的担保。

在不影响前款规定的情况下,获救船舶的船舶所有人应当在获救的货物交还前,尽力使货物的所有人对其应当承担的救助款项提供满意的担保。

在未根据救助人的要求对获救的船舶或者其他财产提供满意的担保以前,未经救助方同意,不得将获救的船舶和其他财产从救助作业完成后最初到达的港口或者地点移走。

**第一百八十九条** 受理救助款项请求的法院或者仲裁机构,根据具体情况,在合理的条件下,可以裁定或者裁决被救助方向救助方先行支付适当的金额。

被救助方根据前款规定先行支付金额后,其根据本法第一百八十八条规定提供的担保金额应当相应扣减。

**第一百九十条** 对于获救满九十日的船舶和其他财产，如果被救助方不支付救助款项也不提供满意的担保，救助方可以申请法院裁定强制拍卖；对于无法保管、不易保管或者保管费用可能超过其价值的获救的船舶和其他财产，可以申请提前拍卖。

拍卖所得价款，在扣除保管和拍卖过程中的一切费用后，依照本法规定支付救助款项；剩余的金額，退还被救助方；无法退还、自拍卖之日起满一年又无人认领的，上缴国库；不足的金額，救助方有权向被救助方追偿。

**第二百零二条** 经利益关系人要求，各分摊方应当提供共同海损担保。

以提供保证金方式进行共同海损担保的，保证金应当交由海损理算师以保管人名义存入银行。

保证金的提供、使用或者退还，不影响各方最终的分摊责任。

5. 《中华人民共和国民用航空法》（主席令第26号 1996年3月1日实施 2015年4月24日修正）

**第一百六十六条** 民用航空器的经营人应当投保地面第三人责任险或者取得相应的责任担保。

6. 《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》（主席令第28号 2000年7月1日）

**第十六条** 海事法院受理海事请求保全申请，可以责令海事请求人提供担保。海事请求人不提供的，驳回其申请。

**第十八条** 被请求人提供担保，或者当事人有正当理由申请解除海事请求保全的，海事法院应当及时解除保全。

海事请求人在本法规定的期间内，未提起诉讼或者未按照仲裁协议申请仲裁的，海事法院应当及时解除保全或者返还担保。

**第二十四条** 海事请求人不得因同一海事请求申请扣押已被扣押过的船舶，但有下列情形之一的除外：

（一）被请求人未提供充分的担保；

（二）担保人有可能不能全部或者部分履行担保义务；

（三）海事请求人因合理的原因同意释放被扣押的船舶或者返还已提供的担保；或者不能通过合理措施阻止释放被扣押的船舶或者返还已提供的担保。

**第二十九条** 船舶扣押期间届满，被请求人不提供担保，而且船舶不宜继续扣押的，海事请求人可以在提起诉讼或者申请仲裁后，向扣押船舶的海事法院申请拍卖船舶。

**第四十七条** 船载货物扣押期间届满，被请求人不提供担保，而且货物不宜继续扣押的，海事请求人可以在提起诉讼或者申请仲裁后，向扣押船载货物的海事法院申请拍卖货物。

对无法保管、不易保管或者保管费用可能超过其价值的物品，海事请求人可以申请提前拍卖。

**第五十五条** 海事法院受理海事强制令申请，可以责令海事请求人提供担保。海事请求人不提供的，驳回其申请。

**第六十六条** 海事法院受理海事证据保全申请，可以责令海事请求人提供担保。海事请求人不提供的，驳回其申请。

**第七十三条** 海事担保包括本法规定的海事请求保全、海事强制令、海事证据保全等程序中所涉及的担保。

担保的方式为提供现金或者保证、设置抵押或者质押。

**第七十四条** 海事请求人的担保应当提交给海事法院；被请求人的担保可以提交给海事法院，也可以提供给海事请求人。

**第七十五条** 海事请求人提供的担保，其方式、数额由海事法院决定。被请求人提供的担保，其方式、数额由海事请求人和被请求人协商；协商不成的，由海事法院决定。

**第七十六条** 海事请求人要求被请求人就海事请求保全提供担保的数额，应当与其债权数额相当，但不得超过被保全的财产价值。

海事请求人提供担保的数额，应当相当于因其申请可能给被请求人造成的损失。具体数额由海事法院决定。

**第七十七条** 担保提供后，提供担保的人有正当理由的，可以向海事法院申请减少、变更或者取消该担保。

**第七十八条** 海事请求人请求担保的数额过高，造成被请求人损失的，应当承担赔偿责任。

**第七十九条** 设立海事赔偿责任限制基金和先予执行等程序所涉及的担保，可以参照本章规定。

**第一百零八条** 准予申请人设立海事赔偿责任限制基金的裁定生效后，申请人应当在海事法院设立海事赔偿责任限制基金。

设立海事赔偿责任限制基金可以提供现金，也可以提供经海事法院认可的担保。

海事赔偿责任限制基金的数额，为海事赔偿责任限额和自事故发生之日起至基金设立之日止的利息。以担保方式设立基金的，担保数额为基金数额

及其在基金设立期间的利息。

以现金设立基金的，基金到达海事法院指定账户之日为基金设立之日。以担保设立基金的，海事法院接受担保之日为基金设立之日。

7. 《中华人民共和国税收征收管理法实施细则》（国务院令 第 362 号 2002 年 10 月 15 日实施 2016 年 2 月 6 日修正）

**第六十一条** 税收征管法第三十八条、第八十八条所称担保，包括经税务机关认可的纳税保证人为纳税人提供的纳税保证，以及纳税人或者第三人以其未设置或者未全部设置担保物权的财产提供的担保。

纳税保证人，是指在中国境内具有纳税担保能力的自然人、法人或者其他经济组织。

法律、行政法规规定的没有担保资格的单位和个人，不得作为纳税担保人。

## 部门规章

1. 《中华人民共和国海关进出口货物征税管理办法》（海关总署令 第 124 号 2005 年 3 月 1 日实施 2014 年 3 月 13 日修正）

**第七十九条** 在海关批准的担保期限内，纳税义务人履行纳税义务的，海关应当自纳税义务人履行纳税义务之日起 5 个工作日内办结解除税款担保的相关手续。

在海关批准的担保期限内，纳税义务人未履行纳税义务，对收取税款保证金的，海关应当自担保期限届满之日起 5 个工作日内完成保证金转为税款的相关手续；对银行或者非银行金融机构提供税款保函的，海关应当自担保期限届满之日起 6 个月内或者在税款保函规定的保证期间内要求担保人履行相应的纳税义务。

2. 《建设部关于印发〈关于在建设工程项目中进一步推行工程担保制度的意见〉的通知》（建市〔2006〕326 号 2006 年 12 月 7 日）

1. 工程担保是指在工程建设活动中，由保证人向合同一方当事人（受益人）提供的，保证合同另一方当事人（被保证人）履行合同义务的担保行为，在被保证人不履行合同义务时，由保证人代为履行或承担代偿责任。引入工程担保机制，增加合同履行的责任主体，根据企业实力和信誉的不同实行有差别的担保，用市场手段加大违约失信的成本和惩戒力度，使工程建设各方主体行为更加规范透明，有利于转变建筑市场监管方式，有利于促进建筑市场优胜劣汰，有利于推动建设领域治理商业贿赂工作。

6. 工程建设合同造价在 1000 万元以上的房地产开发项目（包括新建、改