

借款合同、保证、抵押 PDF转换可能丢失图片或格式，建议
阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/170/2021_2022__E5_80_9F_E6_AC_BE_E5_90_88_E5_c36_170076.htm

甲、乙签订一份借款合同，甲为借款人，乙为出借人，借款数额为500万元，借款期限为两年。丙、丁为该借款合同进行保证担保，担保条款约定，如甲不能如期还款，丙、丁承担保证责任。戊对甲、乙的借款合同进行了抵押担保，担保物为一批布匹(价值300万元)，未约定担保范围。根据上述案情，回答下列问题：

(1)设甲、乙均为生产性企业，则丙、丁与乙之间的保证合同效力如何?为什么?(2)设甲、乙均为商业银行，该借款合同效力如何?(3)设甲、乙之间的合同有效，甲与乙决定推迟还款期限1年，并将推迟还款协议内容通知了丙、丁和戊，丙、丁、戊是否承担保证责任?(4)设乙决定放弃戊的抵押担保，且签订了协议，但未取得丙、丁的同意。丙、丁应否承担保证责任?(5)设甲到期不能还款，乙申请法院对戊的布匹进行拍卖，拍卖价款为550万元，扣除费用后，得款520万元，足以偿还乙的本金、利息和费用。乙从戊处清偿了自己的全部债权后戊享有什么权利?(6)设戊的布匹因不可抗力灭失；丙被宣告失踪，其财产已由庚代管。现甲不能偿还到期债务，丁偿还了乙的全部债权，丁的追偿权可向谁行使? [答案] (1)该保证合同无效。因为甲、乙之间的合同系违法拆借资金行为，无效。主合同无效，作为从合同的保证合同亦为无效。(2)有效。此系金融同业拆借行为，合法有效。(3)丙、丁可不再承担保证责任，戊仍应承担抵押担保责任。(4)丙、丁在乙放弃权利的范围内免除保证责任。(5)戊享有对甲全部债权的

追偿权；也可以向丙、丁主张一半债权的追偿权。(6)可向甲、庚行使。〔解题思路〕本题考查的对象相当宽泛，综合性极强。分析本题，应从保证与抵押的关系入手，弄清楚债务人、债权人、保证人、抵押人之间的相互权利义务关系以及共同保证人之间的关系。〔法理详解〕(1)在甲、乙均为生产性企业时，二者之间的借款行为系违法的资金拆借行为，应为无效。依《担保法》第5条规定：“担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效。担保合同另有约定的，按照约定。担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应根据其过错各自承担各相应的民事责任。”可见，甲、乙之间的借款合同无效，丙、丁与乙之间的保证合同作为从合同亦为无效，如甲不能如期还款，丙、丁、戊如有过错的，仍应对乙承担相应的过错责任。(2)依《商业银行法》第3条第(八)项之规定，商业银行之间可从事同业拆借。故甲、乙同为商业银行时，二者之间的合同可视为同业拆借行为。(3)本题所涉法条有二：《担保法》第24条：“债权人与债务人协议变更主合同的，应当取得保证人书面同意，未经保证人书面同意的，保证人不再承担保证责任。保证合同另有约定的，按照约定。”据此可知丙、丁不再承担保证责任。《担保法》第52条规定：“抵押权与其担保的债权同时存在，债权消灭的，抵押权也消灭。”可见抵押担保并不因主合同的变更而终止。(4)《担保法》第28条规定：“同一债权既有保证又有物的担保的，保证人对物的担保以外的债权承担保证责任。债权人放弃物的担保的，保证人在债权人放弃权利的范围内免除保证责任。”可见，本案中丙、丁仍应对布匹抵押价值以外的债务负保证责任。(5)所涉法条如

下：《担保法》第46条：“抵押担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现抵押权的费用。抵押合同另有约定的，按照约定。”第57条：“为债务人抵押担保的第三人，在抵押权人实现抵押权后，有权向债务人追偿。”《担保法解释》第38条第1款：“同一债权既有保证又有第三人提供物的担保的，债权人可以请求保证人或者物的担保人承担担保责任。当事人对保证担保的范围或者物的担保的范围没有约定或者约定不明的，承担了担保责任的担保人，可以向债务人追偿，也可以要求其他担保人清偿其应当分担的份额。”本题中的抵押担保合同对抵押的范围未予约定，依第46条之规定，担保范围应包括主债权及利息和费用。抵押物拍卖后得款520万元，足以偿还本金、利息和费用，故乙可直接从戊处得到清偿。又依《担保法解释》第38条第1款，第三人提供的抵押担保与保证共存时，双方可分别约定担保范围；如果未约定各自的担保范围，抵押权率先被执行的，抵押人可向债务人追偿是应有之义，关键在于其还可以向保证人追偿，其追偿的范围应是什么呢？我们认为，此时应视为抵押担保责任与保证担保责任相互均等。具体到本题，抵押人戊的抵押责任为总债务的一半，丙、丁二人的保证责任为总债务的另一半。当然，这是以抵押物变现的价值高于总债务额的一半为前提的。如变现价值低于总债务额的一半，则余下部分全由保证人承担。《担保法解释》第38条第2款：“同一债权既有保证又有物的担保的，物的担保合同被确认无效或者被撤销，或者担保物因不可抗力的原因灭失而没有代位物的，保证人仍应当按合同的约定或者法律的规定承担保证责任。”(6)应适用法条有三：《担保法》第12条：“同一债

务有两个以上保证人的，保证人应当按照保证合同约定的保证份额，承担保证责任。没有约定保证份额的，保证人承担连带责任，债权人可以要求任何一个保证人承担全部保证责任，保证人都负有担保全部债权实现的义务。已经承担保证责任的保证人，有权向债务人追偿，或者要求承担连带责任的其他保证人清偿其应当承担的份额。”《民通意见》第32条：“失踪人的财产代管人拒绝支付失踪人所欠的税款、债务和其他费用，债权人提起诉讼的，人民法院应当将代管人列为被告。失踪人的财产代管人向失踪人的债务人要求偿还债务的，可以作为原告提起诉讼。”丙、丁作为保证人与戊作为抵押人，彼此并未约定担保范围，在戊的抵押物因不可抗力灭失后，丙、丁作为保证人依法应承担全部的担保责任。而本题中丙、丁之间未约定保证方式，依《担保法》第12条之规定，应为连带保证。作为连带保证人之丁偿还了乙的全部债权。依《担保法》第12条及第31条规定应有权向甲及丙行使追偿权。所不同的是，向甲行使的是全部债权的追偿权，向丙行使的是相应份额的追偿权。由于丙已失踪，庚为其财产代管人，依《民通意见》第32条规定，丁可转而向庚行使追偿权。依《担保法》第58条之规定，抵押权因抵押物灭失而消灭。故戊的抵押之债已经消灭，丁无权向戊行使追偿权。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com