

试论经济合同的担保

张 宇 霖

为了巩固合同纪律，提高合同履约率，从而保证国民经济计划的实现，我国在经济合同法等经济法规中规定了经济合同的担保制度。经济合同的担保，是指按照国家法律规定或者当事人的协议，以确保经济合同切实履行为目的的保证行为。它具有如下的法律特征：

1. 主从性。经济合同与担保之间是主从关系。担保以经济合同的存在为前提，不能单独设立。如果经济合同主债权的请求权转移给第三者，那么，担保的请求权也随之转移给第三者；经济合同变更或消灭时，担保也随之变更或消灭。

2. 预防性。担保，一般是在签订经济合同的同时成立，并作为合同的主要条款之一，有时也可另立担保合同。它的设立，是为了防止违约和在发生违约情况下保障权利主体不遭受经济损失。担保一经确立，就具有法律约束力，只要一方不履行合同，另一方就有权请求履行合同担保的义务。

3. 法定性。经济合同的担保，实际上就是经济合同的违约责任问题，而违约责任则是《经济合同法》第十二条所规定的合同主要条款之一。因此，当事人对是否设立担保没有选择和协商余地，他们只能在必须设立担保的前提下，对采取何种担保形式以及担保金额多少进行一定程度的协商。其所以说“一定程度”，是因为，其一，有的担保形式在何种经济合同中适用以及在什么情形下适用，是由合同法严格规定，而不是由当事人协商议定的。例如，《经济合同法》第十九条第四款关于留置权的规定，就只能在加工承揽合同的定作方逾期六个月不领取定作物时才适用。其二，法律规定担保金额的最大限度是实际损失金额。采取“保证”形式，也只是以原合同义务为最高限度。其三，设立留置权、抵押作为担保，在公有制企业之间适用的情况很少，而且哪些物品可以做为留置和抵押的客体，还要严格受到法律限制。有了担保的法定性，担保才具有预防性。担保的法定性，是我国社会主义经济合同担保制度区别于资本主义国家“契约自由”的担保制度的重要特点。

我国前政务院一九五〇年九月二十七日批准施行的《机关、国营企业、合作社签订合同契约暂行办法》，曾对担保的形式等作了规定。经过发展，现已逐步趋于完善。按照经济合同法及其他有关经济法规的规定，目前适用的担保形式有违约金、赔偿金、定金、保证、留置权和抵押等几种。现分别简述如下。

一、违约金、赔偿金

按照《经济合同法》第三十五条规定，违约金是当事人一方违反经济合同时，应向对方支付的一定数额的金钱。它除了具有各种担保形式所共同具有的特征外，还独具以下两个特点：其一，同损失不相联系的惩罚性。只要一方不履行或不适当履行经济合同，不论对方是否因此受到损失，违约者均应向对方支付约定的违约金。就这一点来说，它是一种经济制裁，带有惩罚性质。其二，实际上同损失相联系的补偿性。一方面，就狭义角度来说，违约在一般情况下都给对方造成程度不同的经济损失；另一方面，就广义角度来说，即使没给对方造

成经济上的损失，但从整个社会生产来看，违约总是会影响到某个方面生产的正常进行，造成这样那样的经济损失。

赔偿金是当事人一方不履行或不适当履行经济合同给对方造成实际损失时支付给对方的补偿金额。有四种情况：其一，双方商定设立了违约金，同时又设立了赔偿金，或者法律规定了赔偿金，当违约金不足以弥补损失时，还应给付赔偿金以补偿其不足的部分。这时的违约金，只在法定的意义上存在，实际上已经转化为赔偿金，违约金与赔偿金是相联系着的。其二，双方商定只设立赔偿金，或法律只规定了赔偿金，对违约金问题根本没有提及，因此二者是不相联系的。其三，双方商定只设立违约金，或者是即使双方商定或法律规定必须同时适用违约金与赔偿金，而实际损失却未超过违约金数额，这时违约金与赔偿金之间，在前一种情况下，名义上就没有联系；在后一种情况下，名义上有联系，但在违约发生后实际上又没有联系。其四，赔偿金规定还适用于确认无效经济合同时无过错一方受到损失的情况（《经济合同法》第十六条）。这时的赔偿金与违约金更是不相联系的。

赔偿金以经济上的实际损失为限。这种实际损失包括积极损失和可得利益的损失两种。前者，是现有财产（价值）的减少；后者，是在通常情形下应该增加而没有增加的财产数额。

给付了违约金和赔偿金，并不就能代替合同的履行，如果对方要求继续履行，应继续履行。这样规定是符合我国社会主义计划经济的需要的。

二、定金

定金是签订合同的一方，在合同规定应当支付的金额以内，预先付给对方的一定金额。定金的作用在于，证明合同的成立，表示履行的决心；不但担保自己履行，而且预先资助对方。它具有两个特点：其一，履约情况下的预先给付性（资助性）。给付的一方履行了合同义务，定金即可收回，或者抵作价款的一部分。其二，违约情况下的补偿性与惩罚性。如果给付定金的一方不履行合同，就无权请求返还，即丧失了定金。如果接受定金的一方不履行合同，应当双倍返还定金。就违约一般都要给对方或社会生产造成一定经济损失来说，定金是补偿性的。当然，定金不一定能补偿实际损失，这就需要在签定合同时规定届时再增付赔偿金，或根据法律规定再增付赔偿金。其惩罚性，是指当违约时，或者一方丧失定金返还请求权，或者一方双倍返还定金而言。只要违约，就当如此办理，不管有无损失或损失多少。定金并非只是一方对另一方的担保，另一方在接受担保与资助后，也要担保合同的履行。所以按照对等原则，要双倍返还定金。

三、保证

《经济合同法》第十五条规定：“经济合同当事人一方要求保证的，可由保证单位担保。保证单位是保证当事人一方履行合同的的关系人。被保证的当事人不履行合同的时候，由保证单位连带承担赔偿责任的责任。”保证合同由债权人、债务人和保证人，即双方当事人和关系人参加签订。债务人不履行合同时，保证人负连带赔偿责任。保证合同从属于主合同。它的法律特征是：

其一，保证合同里的双方当事人和保证人之间存在着相互关联却又不同的、可以转化的权利义务关系。保证人对债务人来说，有权督促他向债权人履行债务；对主合同的债权人来说，他又是连带债务人，债务人违约时，债权人有权直接要求他代替债务人按约赔偿损失。这时，他就转化为债务人，从而结束了与原债权人的担保法律关系；而对原债务人来说，他

就转化为债权人，有权要求如数偿还他所代为赔偿的数额。这时的原债务人与原债权人的关系，就将呈现如下两种状况：一是原债权人在保证人代作赔偿损失后，不要求继续履约时，则结束了原合同关系；二是如果原债权人在保证人代作了赔偿损失后，仍要求继续履约时，那么，二者之间就继续存在着原来的合同关系，原债务人不得推卸继续履约的责任。这时的原债务人是处于双重债务人的地位：对原债权人要继续履约，对保证人要偿还代为赔偿的数额。

其二，保证责任的内容是“连带承担赔偿责任的责任”。这一规定不应扩大解释为应代替债务人履约。例如，对于承揽加工合同，保证单位就不一定能够代替完成承揽加工任务。保证责任的内容，实际上常常是代替债务人向债权人给付违约金和赔偿金，而且必须是债务人暂时无力自己偿付，如果债务人有力偿付，当然要自己偿付。

其三，保证责任的范围，只能等于或者小于被保证人的赔偿义务。如果在保证合同中沒有写明保证范围，应推定为代付全部赔偿金。有两个以上保证人的时候，应当按照法律规定或保证合同的规定承担责任。主债变更或撤销时，必须告知保证人。特别是在由于主合同内容的变更而随之扩大保证人的保证责任时，必须事先征得保证人的同意，否则保证人不但不能增加部分的责任，也不再负原定的责任。这是由保证合同的从属性所决定的。不知道主合同的义务范围，保证合同就不再存在，保证人当然就一概不负责任。

保证对主合同的履行至关重要，因此保证合同必须采用书面形式。仅仅用口头介绍债务人的支付能力和恪守合同信用等情况，或只是帮助债务人履行合同中某项义务的人，不是保证人。

四、留置权

当事人依照合同规定承揽加工任务、承运货物或者托运货物逾期提取时给予保管，对方不按期或不按数给付加工费、运输费、运输保管费用时，有权依照法律规定留置对方的财物，这就是留置权。

《经济合同法》第十九条第四款规定：“定作方超过领取期限六个月不领取定作物的，承揽方有权将定作物变卖，所得价款在扣除报酬、保管费用以后，用定作方的名义存入银行。”铁路运输规章、海上和内河航运规章等也都规定，在托运人或收货人没有支付运费或逾期提取的运输保管费等费用时，承运方有权扣留承运的货物，通知托运人或收货人在一定期限内补交这些费用，过期不交，可以把扣留的物品予以变卖，以抵交该交的费用。我国《经济合同法》第四十三条对违反仓储保管合同的责任没有作留置权的规定，只规定了违约金、赔偿金和特别严重情况下的刑事责任。这说明留置权不适用于仓储保管合同违约的情况。

留置权的行使要严格遵守法律的规定，法律无规定的，双方当事人不得自行商定。债权人对于留置物要妥善保管，并承担灭失毁损的责任。留置权具有强烈的法定性，不得滥用。因为留置权如果可以随意设置和扩大适用范围，必然要影响社会生产和流通的正常进行，对实现四化是不利的。

五、抵押

抵押是当事人一方或者第三方为履行合同向对方提供的财产保证。它也是从属于主合同的担保合同。通常规定，负有义务的一方不履行义务的时候，抵押权人在法律许可的范围内，可以从变卖抵押物所得的价款中优先得到清偿；变卖的价款不足清偿时，有权请求债务人给付不足的部分。

我国《经济合同法》中没有对抵押问题做出规定。一九五〇年九月二十七日发布的《机关、国营企业、合作社签订合同契约暂行办法》第六条规定：“银行借贷契约，以有担保品为原则，在国家建设计划中规定之贷款，且事实上无法提供担保品者，由借款单位之上级机关或主管机关担保。”在经济合同中原则上不宜采用抵押这种担保形式，多年来实践中也很少采用。但它在国际贸易中应用较多，根据《经济合同法》第五十五条规定制定涉外经济贸易合同条例时，估计将会对此作出规定。

我国民事诉讼中的反诉制度

陶秉权

反诉制度是民事诉讼中一项重要的诉讼制度，现代各国民事诉讼法中对反诉制度都有相应的一些规定。但由于法的阶级本质不同，或者由于国情的不一样，规定的具体内容也各异。我国《民事诉讼法（试行）》对反诉制度所作的规定有：第四十六条、第五十一条、第一百一十二条等。由于我国民事诉讼法对反诉制度的规定比较原则，所以在理论认识上有些分歧，审判实践中的做法也不完全一致。从目前有关材料看，主要问题有：什么是反诉（包括反诉的条件）？案件进入第二审后能否提起反诉？对反诉能否再提起反诉？等等。为了更好地贯彻执行我国民事诉讼法，本着理论联系实际的原则，对我国民事诉讼中反诉制度进行一些探讨，看来是很有必要的。

什么是反诉？首先必须明确，反诉也是诉的一种。例如民事诉讼中有起诉、反诉、上诉、申诉，等等。所谓诉，都是一种请求。所以分为起诉、反诉、上诉、申诉，是当事人在不同的情况下，根据法律的规定，用不同形式提出的一种请求。所谓反诉，就是在诉讼过程中，被告向原告提出的，与原告有一定联系的，便于人民法院合并审理的一种独立请求。

关于反诉的概念，法学界历来就存在不同的见解。这些不同的见解，往往都是强调某一方面，忽视了另一方面，而且大多与对反诉条件的理解有关。关于反诉的条件，有的主张“必须基于原诉的同一事实，或者同一法律关系。”有的主张要“达到抵销原诉，或者使原诉失去作用。”我认为：这些情况都可能成为反诉的条件之一，但都不是主要的或唯一的条件，不应强调这个条件而否定另一个条件，更不应以一概全。例如，甲因买卖合同对乙提起诉讼，要求交付货款；而乙却以租赁关系对甲提起了反诉，要求以所欠租金抵偿货款。这就不是基于同一事实，或者同一法律关系。至于反诉所要达到的目的，也不都是为了抵销原诉，或者使原诉失去作用。例如，张三诉请李四返还走失的牲畜，而李四提起反诉，要求张三支付看管期间的饲养费。这就不是为了抵销原诉，或者使原诉失去作用，而是因为基于同一法律事实。因此，提起反诉的条件，除应具备起诉的一般条件外，它的特殊条件，主要应该是：第一，它是在诉讼过程中由原诉的被告向原告提出的一种独立请求。这就把反诉与反驳区分开了。反驳是当事人一方，以各种有关的事实、理由和证据来论证对方没有