



- 如何把握《物权法》、《担保法》、《担保法司法解释》法律适用之间的衔接？
- 如何在反担保中适用担保的规则？
- 股票持有人以其股票账户出质与开户券商签订的监管协议是否应认定为有效？
- 如何认定进口押汇中的担保关系？
- 保证期间是否应从主债务的最后一笔还款期限开始计算？
- 《物权法》关于不动产登记的规定与《担保法》有什么不同？
- 抵押权人未在主债权诉讼时效期间行使抵押权，其权利如何保护？



何波 / 著

担保法

焦点·难点·指引

民商法实务答疑书系



担保法

焦点·难点·指引

何波 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



图书在版编目 (CIP) 数据

担保法焦点·难点·指引/何波著. —北京: 中国法制出版社, 2008. 2

(民商法实务答疑书系)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0366 - 5

I. 担… II. 何… III. 担保法 - 中国 - 问答 IV. D923. 25

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 014437 号

担保法焦点·难点·指引

DANBAOFA JIAODIAN · NANDIAN · ZHIYIN

著者/何波

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2008 年 9 月第 1 版



印张/15.75 字数/342 千

2008 年 9 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0366 - 5

定价: 39.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66010493

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

何波，女，北京市高级人民法院民二庭审判员，中国人民大学法学博士生，国家法官学院客座教授。

● 主要经历

1989年9月至今先后在北京市中级人民法院和北京市高级人民法院从事民事审判工作。期间2002年8月至2003年8月到北京市丰台区人民法院交流，任院长助理。2004年7月至2005年1月，赴澳大利亚悉尼地区法院学习。

2007年7月，赴澳大利亚参加悉尼大学法学院举办的国际商法交流会议，并用英文发表题目为《中国法官如何公正高效地审理案件》的演讲。

● 主要获奖文章及裁判文书

2000年以(2000)高经终字第376号判决书荣获北京市法院“优秀涉外商事审判裁判文书评选活动”二等奖。

2001年以(2001)高经终字第257号判决书荣获全国法院“首届优秀民商事裁判文书评选活动”三等奖。

2003年以《论信用证押汇的法律问题》一文获得北京市法院系统一等奖，并在最高人民法院举办的第十五届论文比赛中荣获论文二等奖。

2006年以《试论国际贸易中信用证的欺诈例外》一文荣获北京市经济法协会举办的“十三省市论文研讨会”一等奖。

2007年以(2005)高再终字第320号判决书荣获中国法学会裁判文书研究会举办的“全国优秀法律文书法院系统”评选一等奖。

● 学术成果：

主要代表文章：《论信用证交易中的欺诈例外》，发表在《法学研究》2002年第2期。《买卖合同质量异议期和试用买卖的认定及责任承担》，发表在《判解研究》2007年第3辑(总第35辑)。另在《法律与生活》、《人民司法》、《法律适用》、《审判前沿》以及《人民法院报》等刊物上发表文章几十篇。

专著：《最高人民法院公报个案点评丛书——中信实业银行诉北京市京工房地产开发总公司保证合同纠纷案》(2005年，中国法制出版社)。

序

《中华人民共和国担保法》是我国一部重要的民事法律，是维护市场经济繁荣发展，促进市场交易和方便企业融资的重要法律制度。我国担保制度的发展经历了三个阶段：第一阶段是从中华人民共和国成立至1987年《中华人民共和国民法通则》的颁布，这一时期，没有专门的法律调整担保民事法律关系；第二个阶段是从《中华人民共和国民法通则》的颁布到1995年《中华人民共和国担保法》的颁布，首次确立了专门的担保法律制度，这一时期，最高人民法院《关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》（法发〔1994〕8号）成为法院裁决各类担保纠纷的主要依据；第三个阶段是从《中华人民共和国担保法》颁布至今。虽然《中华人民共和国担保法》分七章九十六条对保证、抵押、质押、定金、留置等担保形式作了相关规定，但在审判实践中发现还存在许多不足与模糊之处。2000年3月16日最高人民法院发布了《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》，有效地解决了审判实践中存在和发现的疑难问题。2007年3月16日颁布，并于同年10月1日生效的《中华人民共和国物权法》，又以担保物权篇对抵押、质押、留置等进行了规定。发生在《中华人民共和国物权法》生效后的物权担保行为，应首先适用《中华人民共和国物权法》。因此，《中华人民共和国物权法》成为这一阶段担保物权制度的核心。在这一阶段，我国已经形成了以民法通则、合同法、物权法为基本法，

以担保法为核心,以最高人民法院相关担保司法解释为补充的担保法律体系。

目前,我国已有大量的以担保法为研究对象的著作,其中还有诸多具有很高学术价值的精品佳作。司法实践是研究问题的最好途径,从审判实践中发现问题,到审判实践中去检验解决问题的方法。许多案例都是活的法律,从这些案例中能发现具有重要理论和学术意义的问题。虽然我国已经形成了一个相对完整的担保制度体系,但在审判实践中仍存在一些疑难和有争议的问题。这些问题,有的已经通过最高人民法院的司法解释以及推广的典型判例予以解决,但仍有问题未达成共识,这就要求我们法官依法理补充。但在没有法律、法规规定或法律法规规定不明确时,法官不能拒绝对争议的法律事实进行裁判。将这些问题提出来,不仅有助于加深对担保法法律制度的理解,还有助于推动担保审判实践的发展。

笔者于1989年大学毕业进入法院工作,一直从事民商事审判工作,审理诸多各种类型的民商事案件。在审判实践中,不断对担保制度中存在的问题进行思考和探索,积累了一些体会和看法。本书旨在针对担保实务中的焦点问题及疑难问题,以一种“司法处置式”的写作方法,一一予以解答。在写作本书时,作者注意吸收、借鉴学者专家的研究成果,并对有争议的问题发表了自己的观点。但因本书不属于教科书的范畴,因此未能面面俱到,也不追求理论体系的完整性。

本书共七章。各章节所叙述的内容和讨论的问题有深有浅,且不以现行《中华人民共和国担保法》所规定的制度为限。第一章为担保法概述,主要内容有担保法的概念与适用范围、担保方式、担保合同、反担保、对外担保、独立担保、无效担保合同。第二章为保证,主要内容有保证合同概述、保证合同的成立与生效、保证人、

保证人的权利与义务、保证方式、保证责任、保证期间、特殊保证。第三章为抵押，主要内容有抵押权的概念和特点、抵押权的设定、抵押权的效力范围、抵押人的权利、抵押权人的权利、抵押权的实现、抵押权的消灭、特殊抵押权。第四章为质押，主要内容有质权概述、动产质权、权利质权。第五章为留置，主要内容有留置权概述、留置权的效力、留置权的消灭。第六章为占有，第七章为定金。

应中国法制出版社罗莱娜编辑邀请，笔者参加由她组织的民商法实务答疑书系中担保法分册亦即本书的撰写工作。一是尽校友之谊，二是把自己的心得体会与法律同仁分享。但因难以抽出专门的时间静心研究，只是在工作之余能时断时续从事写作，使这本书的进展较为缓慢，有些问题阐述得甚为粗浅。加之作者水平有限，难免存在疏漏和不妥之处，敬祈读者批评指正。

作者

2008年7月

缩 略 语

一、法律

1. 《中华人民共和国民法通则》简称为《民法通则》
2. 《中华人民共和国合同法》简称为《合同法》
3. 《中华人民共和国担保法》简称为《担保法》
4. 原《中华人民共和国合同法》简称为《经济合同法》
5. 《中华人民共和国物权法》简称为《物权法》
6. 《中华人民共和国公司法》简称为《公司法》
7. 《中华人民共和国企业破产法》简称为《破产法》
8. 《中华人民共和国海商法》简称为《海商法》
9. 《中华人民共和国民用航空法》简称为《民用航空法》
10. 《中华人民共和国立法法》简称为《立法法》
11. 《中华人民共和国民事诉讼法》简称为《民事诉讼法》
12. 《中华人民共和国城市房地产管理法》简称为《城市房地产管理法》

二、最高人民法院的司法解释

1. 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》简称为《担保法解释》
2. 最高人民法院《关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》简称为《关于保证的若干规定》

3. 最高人民法院《关于认真学习、贯彻票据法、担保法的通知》简称为《通知》

4. 最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》简称为《民法通则若干意见》

5. 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》简称为《民事诉讼法意见》

6. 最高人民法院《关于审理商品房买卖合同案件适用法律若干问题的解释》简称为《商品房买卖司法解释》

7. 最高人民法院《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》简称为《民事调解工作规定》

8. 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》简称为《合同法若干问题的解释》

9. 最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》简称为《关于执行工作若干问题的规定》

10. 最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国企业破产法（试行）〉若干问题的意见》简称为《关于破产若干问题的意见》

11. 最高人民法院《关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》简称为《审理票据纠纷的规定》

12. 《最高人民法院关于审理商品房买卖合同案件适用法律若干问题的解释》简称为《商品房买卖司法解释》

第一章 担保法概述 1

一、什么是担保? 1

- 第二节 担保方式 19

一、如何理解担保方式? 19

- 1

十一、什么是国债质押回购？	33
十二、票据保证是否与民事保证相同？	34
十三、股票持有人以其股票账户出质与开户券商签订的 监管协议是否应认定为有效？	35
第三节 担保合同	40
一、不存在担保法意义上的法律关系能否认定为 担保合同？	40
二、如何确定担保合同纠纷中的管辖法院？	44
三、担保人承担补充责任的，债权人是向主债务 人住所地或其财产所在地法院申请执行，还 是向担保人住所地法院申请执行？	44
四、执行担保应将担保物移交执行法院还是依法到 有关机关办理登记手续？	47
五、我国法律关于公司对外提供担保的限制有哪些？	49
六、新《公司法》颁行后是否适用《担保法解释》第 四条的规定？	50
第四节 反担保	51
一、什么是反担保？	51
二、反担保的特点是什么？	52
三、反担保的方式是什么？	54
四、为什么留置不能采用反担保方式？	56
五、为什么定金不能采用反担保方式？	57
六、如何在反担保中适用担保的规则？	58
第五节 对外担保	60
一、什么是对外担保？	60
二、对外担保有哪些特点？	61
三、如何理解对外担保的适用范围？	62
四、导致对外担保无效的几种方式？	63

第六节 独立担保	65
一、什么是独立担保的担保制度?	65
二、如何理解独立担保的概念和特征?	66
三、如何理解独立担保欺诈例外的内涵?	69
四、我国独立担保实践中存在什么问题?	71
五、什么是银行保函?	73
六、什么是银行保函的转开?	74
七、如何理解反担保函的独立性?	76
八、反担保函中担保人应履行的义务有哪些?	80
九、银行独立保证与备用信用证有什么区别?	82
第七节 无效担保合同	85
一、什么是无效担保合同?	85
二、如何理解担保合同因主合同无效而无效?	85
三、如何理解担保合同因自身不符合合同的有效条件而无效?	87
四、有哪些情况能造成担保合同无效?	90
五、为什么违背保证人真实意愿的担保合同无效?	90
六、如何理解无效担保合同中担保人责任的性质?	92
七、无效担保合同中担保人的缔约过错责任与有效保证合同中保证人的保证责任有哪些区别?	94
八、无效担保责任承担的范围是什么?	95
九、主合同有效而担保合同无效的情况下, 担保人如何承担责任?	96
十、担保合同因主合同无效而无效的情况下, 担保人如何承担责任?	97
十一、担保合同无效情形下担保人如何行使追偿权?	98
十二、如何计算无效合同诉讼时效的起算点?	99

第二章 保 证	103
第一节 保证概述	103
一、什么是保证?	103
二、如何正确理解保证的含义?	104
三、什么是保证的特征?	104
四、如何理解保证的从属性?	105
五、如何理解保证的补充性?	108
六、如何理解保证的相对独立性?	109
第二节 保证合同的成立与生效	110
一、保证合同的成立要件有哪些?	110
二、如何认定保证人提供保证的意思表示?	112
三、为什么保证合同要采用书面形式?	114
四、书面保证合同的形式有几种?	115
五、安慰函是一种保证吗?	117
六、公民之间的口头担保合同是否有效?	118
七、口头保证在什么条件下有效?	119
八、保证合同生效的要件是什么?	120
九、为什么保证人提供保证的意思一定要真实?	120
十、如何理解保证合同不得违反社会公共利益?	124
第三节 保 证 人	126
一、能够承担保证责任的其他组织有哪些?	126
二、为什么国家机关不能担任保证人?	128
三、国家机关如何承担保证合同无效后的法律责任?	129
四、是否有条件地允许国家机关为外国政府和国际 经济组织的债权提供担保?	131
五、以公益为目的的事业单位法人与社会团体法人能 否担任保证人?	132

六、如何界定企业法人的分支机构和职能部门?	134
七、为什么企业法人的分支机构和职能部门不得为保 证人?	135
八、企业法人的分支机构提供保证后如何承担保证责 任?	136
九、保证人的代为清偿能力能否为保证人的资格要件?	138
十、案外人申请加入诉讼自愿为债务人承担保证责任是 否应予准许?	140
第四节 保证人的权利与义务	145
一、什么是抗辩权?	145
二、抗辩权有哪些分类?	147
三、什么是抗辩权的特征?	147
四、保证人有哪些抗辩权?	150
五、保证人享有哪些属于主债务人的抗辩权?	151
六、保证人享有哪些属于保证人的抗辩权?	152
七、一般保证的保证人行使先诉抗辩权的条件有哪些?	155
八、一般保证的保证人行使先诉抗辩权的限制是什么?	157
九、哪些保证人可以享有追偿权?	160
十、保证人在什么情况下能够行使追偿权?	161
十一、司法实践中可采取何种方式实现追偿权?	162
十二、主债权已过诉讼时效的情形下担保人如何行使 追偿权?	163
十三、保证人能否预先行使追偿权?	165
第五节 保证方式	166
一、保证的方式有哪些?	166
二、什么是一般保证?	167
三、什么是连带责任保证?	168
四、如何正确理解《担保法》第十九条关于“当事人	

对保证方式没有约定或者约定不明确的,按照连带	
带责任保证承担保证责任”的规定?	169
五、连带保证责任与连带共同保证有什么区别?	171
第六节 保证责任	173
一、什么是保证债务?	173
二、对保证责任范围没有约定,保证人如何承担保证	
债务?	173
三、保证人是否应当对法院错判导致债权利息扩大的	
损失承担保证责任?	175
四、保证责任与保证合同无效的民事责任的区别是什	
么?	176
五、在何种情况下能免除和消灭保证人的保证责任?	177
六、债权人未经保证人同意转让债权,保证人是否	
可免除保证责任?	179
七、债务人未经保证人同意转让债务,保证人是否还	
应承担保证责任?	180
八、主合同变更是否对保证责任有影响?	182
九、保证责任与债务承担有什么区别?	184
十、“借新还旧”的保证中,保证人如何承担保证责	
任?	187
十一、审理借款合同纠纷案件中如何认定“改变贷款用	
途”?	188
十二、保证人于二审期间自行履行担保责任能否影响	
判决结果?	193
十三、保证人自愿履行保证责任的,可否认定为有效?	197
十四、注册资金保证与《担保法》规定的保证有什么	
区别?	197
十五、如何承担保证监督专款专用的保证责任?	201

第七节 保证期间	203
一、什么是保证期间?	203
二、规定保证期间的意义是什么?	204
三、为什么将保证期间理解为除斥期间?	205
四、保证期间有哪几种类型?	208
五、主合同对主债务履行期限没有约定或者约定不明的,如何计算保证期间?	210
六、保证期间与诉讼时效之间的关系是什么?	211
七、保证期间届满后的法律后果是什么?	214
八、如何理解最高人民法院《144 号通知》关于 6 个月特别期间的法律适用?	216
九、保证期间是否应从主债务的最后一笔还款期限开始计算?	217
十、当事人约定保证期间超过两年是否有效?	222
第八节 特殊保证	223
一、什么是最高额保证?	223
二、最高额保证的保证期间约定不明的,保证人如何承担责任?	224
三、什么是共同保证?	225
四、共同保证中如何承担保证责任?	227
五、保证期间内,人民法院受理债务人破产案件的,债权人能否既申报债权又请求保证人履行保证责任?	229
六、债务人破产案件受理后的债务利息是否属于破产债权?	230
七、审理保证保险案件时应注意哪些问题?	235
第三章 抵 押	239
第一节 抵押权的概念和特点	239

一、什么是抵押权？	239
二、抵押权有哪些特点？	240
三、抵押权有哪些分类？	242
第二节 抵押权的设定	243
一、什么是抵押合同的当事人？	243
二、当事人是否必须以书面形式订立抵押合同？	244
三、抵押合同应包括哪些内容？	245
四、可用于抵押的财产有哪些？	246
五、尚未取得所有权的建筑物能否设定抵押？	249
六、审判实践中如何理解“房随地走”或“地随房走”？	250
七、乡镇、村企业的建设用地使用权能否单独抵押？	251
八、不得用于抵押的财产有哪些？	252
九、《物权法》关于不动产登记的规定与《担保法》有什么不同？	255
十、动产抵押是否必须经登记才能生效？	256
十一、行政机关未依法履行审查职责作出的预售商品房抵押登记行为是否有效？	258
十二、物权登记和商事登记有什么不同？	261
第三节 抵押权的效力范围	263
一、什么是抵押权的担保范围？	263
二、如何理解主债权、利息和违约金？	263
三、如何确定损害赔偿金？	264
四、保管担保财产的费用是否应纳入担保物权的担保范围？	265
五、什么是实现担保物权的费用？	266
六、当事人是否可以另行约定担保物权所担保的债权范围？	266