

担保法律实务丛书



沈富强
著

保证法律实务

立信会计出版社

LIXIN KUAJJI CHUBANSHE

BAOZHENG FALÜ SHIWU

担保法律实务丛书

保证法律实务

沈富强 著

立信会计出版社

图书在版编目 (C I P) 数据

保证法律实务/沈富强著. —上海:立信会计出版社,
2000.6

ISBN 7-5429-0737-9

I . 保... II . 沈... III . 担保法-研究-中国
IV . D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 29027 号

出版发行 立信会计出版社

电 话 (021)64695050 × 215

(021)64391885(传真)

(021)64388409

地 址 上海市中山西路 2230 号

邮 编 200233

E-mail *lxaph@sh163c.sta.net.cn*

出 版 人 陈惠丽

印 刷 上海申松立信印刷厂

开 本 850 × 1168 毫米 1/32

印 张 7.625

插 页 2

字 数 185 千字

版 次 2000 年 6 月第 1 版

印 次 2000 年 6 月第 1 次

印 数 1 - 3 000

书 号 ISBN 7-5429-0737-9/D·0020

定 价 14.20 元

如有印订差错 请与本社联系

目 录

1 担保与保证	1
1.1 担保及其特征	1
1.2 担保的种类	4
1.3 保证及特征	6
1.4 保证与抵押、质押的区别	9
1.5 保证的种类及其运用	11
2 保证立法与司法的历史发展	16
2.1 保证的法律法规和司法解释	16
2.2 保证的法律法规和司法解释的主要内容	20
2.3 保证立法与司法的发展阶段	36
2.4 《担保法》和《若干规定》的差异及适用	40
3 保证法律条款的分类与运用	48
3.1 保证法律条款的分类	48
3.2 保证法律中的定义条款	49
3.3 保证法律中的应当条款	50
3.4 保证法律中的禁止条款	52
3.5 保证法律中的约定条款与运用	52
4 保证合同	59
4.1 保证合同的特征与形式	59

4.2	保证合同成立的条件	63
4.3	无效保证合同	66
4.4	不可撤销保证特征及运用	70
5	保证人	76
5.1	保证人的主体资格及其民事责任	76
5.2	保证人的权利	80
5.3	保证人责任的免除	85
5.4	保证人的风险控制	89
6	保证责任	92
6.1	保证期间	92
6.2	保证范围	96
6.3	主债权变更对保证责任的影响	98
6.4	保证责任的承担	101
7	保证与其他担保形式的结合运用	104
7.1	保证与保证	104
7.2	保证与定金	106
7.3	保证与抵押、质押	106
7.4	组合担保的文件形式及生效	107
7.5	组合担保文件的签署程序	108
8	保证设定与审查	110
8.1	保证设定	110
8.2	保证设定过程	111
8.3	保证审查文件清单	112
8.4	保证审查工作程序	113

8.5 保证文件签署	116
9 保证格式文件	118
9.1 保证合同格式一	118
9.2 保证合同格式二	121
9.3 保证合同格式三	126
9.4 不可撤销保证书格式	134
9.5 保证书格式	135
10 保证金	140
10.1 保证金及其特征	140
10.2 金融业务中的保证金	141
10.3 刑事中的保证金	143
10.4 行政中的保证金	144
11 备用信用证	147
11.1 备用信用证及内容	147
11.2 备用信用证与跟单信用证	149
11.3 备用信用证与银行保函	150
11.4 备用信用证的办理	152
11.5 备用信用证格式	153
12 保函	169
12.1 保函及其当事人	169
12.2 保函与跟单信用证的比较	171
12.3 保函的基本内容	172
12.4 保函的法律适用	174
12.5 保函格式	176

12.6	保函的委托办理	178
13	安慰信	184
13.1	安慰信法律性质	184
13.2	安慰信的内容	185
13.3	安慰信格式	186
13.4	安慰信与保证书的比较	187
13.5	安慰信运用中应注意的问题	188
14	民事诉讼中的保证	190
14.1	民事诉讼中的保证的运用	190
14.2	民事诉讼中的保证与一般保证的比较	192
15	破产中的保证	196
15.1	被保证人破产	196
15.2	保证人破产	197
15.3	保证人和被保证人同时破产	199
16	票据保证	200
16.1	票据保证及其种类	200
16.2	票据保证成立的条件	201
16.3	票据保证与一般债权保证的区别	202
17	保证的反担保	208
17.1	反担保及其特征	208
17.2	保证反担保法律关系	209
17.3	保证反担保种类	210
17.4	保证反担保合同内容	210



担保与保证

1.1 担保及其特征

1.1.1 担保

担保是对债的担保。债就是负担、义务、责任。在法律上,《中华人民共和国民法通则》(以下称《民法通则》)第八十四条规定:“债是按照合同的约定或者依照法律的规定,在当事人之间产生特定的权利和义务关系。享有权利的人是债权人,负有义务的人是债务人。”也就是说,债是特定当事人之间请求作为或不作为的一种民事法律关系。债作为特定当事人之间的权利义务关系,实际上包含债权债务两个方面,即债权人享有的权利是债权,债务人负有的义务是债务。债权债务相互对立又相互依存,既没有无债务的债权,也没有无债权的债务。所以,从法律关系上讲,债的关系也可称债权债务关系,债权关系或债务关系。其间的区别只是认识角度不同而已。

对于担保,有不同的定义。英国的《牛津法律大辞典》将“担保”解释为“加强或增加对某人承担的责任,特别是付款或还债的责任的保证。”所以,担保与债联系起来时,是指督促债务人履行债务,保障债权实现的法律措施。从债权来说,是为了确保债权的实现;从债务来说,是为了督促债务人履行债务,所以,债的担保也可称债权担保或债务担保。有时,也直接称之为担保。《中华人民共

和国担保法》(下称《担保法》)中的担保实际上就是债的担保或债务担保或债权担保。债作为一种民事法律关系,它的发生通常有两种情况:一是当事人自行约定,主要为合同之债;二是法律规定,主要有侵权行为之债、不当得利之债和无因管理之债。但是《担保法》第二条规定,“在借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动中,可以依照本法规定设定担保”。《担保法》第五条规定,“担保合同是主合同的从合同”。所以,《担保法》中涉及的担保,实际是一种合同之债的担保。换言之,担保是合同之债的当事人为了督促债务人履行债务,确保债权实现而采取一种法律措施。

1.1.2 担保法律关系

担保法律关系是当事人设立担保而形成的权利义务关系。担保法律关系是由主体、内容和客体三要素构成的。

(1) 担保法律关系的主体即是担保法律关系的当事人,即担保人和担保权人。担保权人一般即为债权人。根据《担保法》规定,担保权人主要包括债权人(保证受益人)、抵押权人、质权人、留置权人。担保人即债务人或债务人以外的第三人。根据《担保法》的规定,担保人主要包括保证人、抵押人、出质人、留置人等。

(2) 担保法律关系的内容即是担保法律关系主体或当事人的权利义务。在我国《担保法》中,因为担保的种类不同,当事人所承担或享受的权利义务不同。

(3) 担保法律关系的客体即是担保法律关系主体或当事人享受权利或履行义务共同指向的对象。有时也称标的。在我国《担保法》中,包括但不限于下列各项:房屋、土地使用权、机器设备、交通运输工具及其他不动产;动产;汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单及可转让的股份、股票、商标权、专利权、著作权等权利;货币等等。

1.1.3 担保的法律特征

担保的法律特征主要表现为从属性、补充性和财产性。

(1) 从属性是指担保是一种从属于债权关系的法律关系,它的成立和存在是以一定的债权关系存在为前提。

从属性主要表现在:其一,担保是以主债存在为前提的。《担保法》第一条规定,“在借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动中,债权人需要以担保方式保障其债权实现的,可以依照本法规定设定担保。”所以,债权担保的设立及存在是以借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动中存在的债权为前提的。具体表现在担保的成立以债权的发生和存在为前提,担保的解除随债权的消灭而解除,担保的处分以债权的转移而转移。其二,担保的效力从属于主债的效力。《担保法》第五条规定,“担保合同是主合同的从合同,主合同无效,担保合同无效。”

(2) 补充性是指担保在主债权的基础上补充了担保权利义务关系,加强主债权的效力,以保障主债权的实现。

补充性具体表现在主债务适当履行而正常终止时,担保义务并不实际履行,即随主债务的终止而消灭;只有在主债权不履行时,担保义务才会实际履行。《民法通则》第八十九条(一)、(二)、(三)、(四)款规定,债务人不履行债务的,担保人承担保证责任或处分抵押物或处分定金或处分留置财产。换言之,只有当债务人不履行债务,才会使保证人、抵押人、给付定金人、留置人承担担保责任。所以,相对主债务而言,担保具备补充性的特征。正因为如此,担保人是否履行担保义务,并不具有必然性。

(3) 担保权本质上是一种财产权,反映的是财产权关系。财产通常分为两大类:一是物权,即直接支配、控制一定物的权利,是一种支配权。财产所有权是最典型的物权。二是债权,即请求他人为一定行为或不为一定行为的权利,是一种发生在特定当事人之间的请求权。担保的财产权性亦包括物权性、债权性两个方面。抵押、质押、留置和定金均是以特定的财产或货币来提供担保的,保证虽是以第三人来担保,归根结底,保证人也是以其财产来履行保证责任。

任的。所以,抵押、质押、留置、定金、保证均是以财产来担保来履行担保责任的。正基于此,对财产的属性、价值的审定是办理担保的一个重要方面。

1.2 担保的种类

1.2.1 担保分类

《民法通则》第八十九条规定,债权担保可以有保证、抵押、定金、留置四类。《担保法》规定担保方式有保证、抵押、质押、留置、定金五类。对此,可以将担保分成三类:人的担保、物的担保、金钱的担保。

(1) 人的担保是自然人、法人、其他组织以自身的财产和信誉为他人的债务提供担保。人的担保主要指保证。

在人的担保情况下,债权人只能请求担保人承担担保责任,在担保人不履行担保责任的情况下,债权人有权请求法院强制担保人承担担保责任。债权人对担保人的权益,与担保人的其他债权人享有的债权是一致的,不享有优先权。如担保人不能清偿包括担保责任在内的全部债务的,债权人与担保人的其他债权人只能就担保人的财产按照比例分配。

(2) 物的担保是自然人、法人、其他组织以自己所有或有处分权的财产为自己或他人的债务提供担保。物的保证主要包括抵押、质押、留置等方式。

在物的担保的情况下,在债务人不履行债务时,债权人有权处理该担保物,处理所得的价款,债权人有优先受偿权。即债权人因为物的担保而享有的权利,优先于其他普通债权人的权利。

(3) 金钱的担保是以金钱为保障对债权人提供担保的担保。金钱担保主要指定金。

金钱的担保实质为特殊的物的担保。金钱担保的标的为金钱,

而金钱是一种等价物,金钱的转移即为金钱的所有权的转移。在金钱担保的情况下,一旦债务人不履行债务的,债权人就有权没收定金。

1.2.2 担保的方式

根据《担保法》的规定,担保的方式有五种,即保证、抵押、质押、留置、定金等。

(1) 保证是指保证人和债权人约定,当债务人不履行债务时,保证人按照约定履行债务或者承担责任的行为。具体内容可参见本书的其他章节。

(2) 抵押为物的担保的一种方式。《担保法》规定,抵押是指债务人或者第三人不转移对法律规定的财产的占有,将该财产作为债权的担保。债务人不履行债务时,债权人有权依照法律规定以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。

根据法律规定,可以抵押的财产为:房屋和其他地上定着物;机器、交通运输工具;土地使用权;经发包方同意的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等。

(3) 质押包括动产质押和权利质押。动产质押是债务人或第三人将其动产移交债权人占有,将该动产作为债权的担保。债务人不履行债务时,债权人有权依照法律以该动产折价或者拍卖、变卖该动产的价款优先受偿。

权利质押是指债务人或第三人将财产权利移交给债权人,将该权利作为债权的担保。债务人不履行债务时,债权人有权依照法律以该财产权利折价或者拍卖、变卖该权利的价款优先受偿。可以质押的权利有:汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单;可转让的股份、股票;可转让的商标、专利、著作权中的财产权;等等。

(4) 留置是债权人按照合同约定占有债务人的动产,债务人不履行合同约定的债务,债权人有权依照法律规定留置该动产,以该动产折价或者以拍卖、变卖该动产的价款优先受偿。

(5) 所谓定金是由债务人向债权人交付一定数额的金钱,作为债务人履行债务的担保,当债务人不履行债务时,债权人有权没收定金。当债务人履行债务的,应当将定金返还。

1.3 保证及特征

1.3.1 保证及保证法律关系

《担保法》第六条规定,保证是指保证人和债权人约定,当债务人不履行债务时,保证人按照约定履行债务或者承担责任的行为。所以,保证是指当事人以外的第三人作为保证人和债权人约定,当债务人不履行债务时,保证人按照约定履行债务或者承担责任的一种担保方式。

保证涉及两个合同即保证合同和主合同。同时也就涉及三方当事人即债权人、债务人和保证人。因此,对于保证法律关系,有广义和狭义之分。广义的保证法律关系包括三种法律关系:债权人和债务人之间的债权债务关系、保证人和债务人之间的委托关系、保证人和债权人之间的保证关系。狭义的保证法律关系则指保证人和债权人之间的保证法律关系。因场合的不同,各当事人的身份有差异,其称号也有差异。在本书中,一般未经说明的话,则将在委托关系中的受托人和保证关系中的保证人称为保证人,在主债权合同中的主债权人、在保证合同中的保证受益人称为债权人,在主债权合同中的主债务人、在委托保证合同中的委托人、在保证合同中的被保证人称为债务人。

鉴于广义的保证法律关系中包括了狭义保证法律关系中的内容,下面,就广义的保证法律关系进行一下分析。

(1) 债权人和债务人之间的关系是债权债务关系。该债权债务关系是保证法律关系产生和存在的前提,是保证法律关系产生的基础法律关系。但是,并非所有的债权债务关系均可设定保证法

法律关系。根据我国法律规定,设定保证法律关系的债权债务关系,可以是买卖、租赁,也可以是借贷或者提供劳务中发生的债权债务。换言之,在合同之债中发生的债权债务关系均可以成为保证法律关系中的债权债务关系。而不当得利之债、无因管理之债和侵权行为之债不得设定保证法律关系。

(2) 保证人和债务人之间的委托提供保证法律关系决定了保证人和债务人之间的权利义务。它规定了保证人为债务人提供保证后对债务人的追偿和是否收取保证的费用,是否需要债务人为保证人提供反担保。当然,这种委托在我国的担保法中没有明确的规定。其既可采取书面的形式,也可采取口头的形式。但无论如何,这委托合同对债权人并无约束力,并不影响债权人的权利义务。

(3) 债权人和保证人之间的基于保证合同发生的保证权利义务关系,也就是狭义上的保证法律关系。保证法律关系可以在主合同成立之前设定,也可以在主合同成立之后设定。该法律关系是基于保证合同而发生的,是一种单务的法律关系,义务的主体就是保证人,债权人仅为权利主体。债权人的保证请求权和保证人的履行保证义务构成了保证关系的主要内容。值得注意的是债务人不是该保证法律关系中的主体,在该法律关系中一般并不承担任何权利义务。

正因为保证法律关系有广义和狭义之分,所以,在设定保证法律关系时一定要明确各当事人的地位及其责任和权利,既能发挥保证的真正作用,又不损害当事人的合法权益。

1.3.2 保证的法律特征

保证作为担保的一种形式,具有担保的一般法律特征。担保的一般法律特征,我们已经在担保的有关问题中进行了分析。其不同于其他担保形式的特征有以下几个方面。

(1) 保证是人的担保。

担保可以分为物的担保和人的担保。抵押、质押和留置均为物

的担保。在债务人不履行债务时，债权人可基于其对担保物的权利，实现其担保债权。保证则是一种人的担保，是以保证人的不特定财产担保债务人履行债务。即是以保证人的全部财产、人格和信誉等为债务人提供担保。保证人为债务人提供保证是因为保证人相信债务人的履行能力；债权人同意保证人作为保证人是因为基于对保证人的信赖。当债务人不履行债务时，债权人可请求保证人履行保证责任，而不能直接处分保证人的财产。如果保证人不履行保证责任的，债权人可请求人民法院强制保证人履行保证责任。所以，保证与保证人的人格和信誉是分不开的，具有较强的人身性的特征。

与此相应的，担保还可以分为物的担保和债的担保。那么，抵押、质押和留置均属于物的担保。债权人对担保人提供的特定担保物具有物权，即对担保物的直接支配的权利，对担保物具有特定的求偿权和优先受偿的权利。保证是一种债的担保。债权人只能对保证人的一般财产请求清偿，而不能对保证人的特定财产请求清偿。当保证人有多个债权人时，保证债权人对保证的财产没有优先受偿权。只能依债权的保护方法行使自己的权利。

(2) 保证是第三人对债权人提供的担保。

保证是一种人的担保和债的担保。债权人和保证人的关系属于债权的范畴。保证并没有改变债权人对债务人请求的性质，不管是否有保证，债务人均应对全部债务的履行承担责任。因此，债务人对自己的债务不得提供保证。否则，以债务人来保证自己债务的履行，保证人和债务人重叠为一人，对债权人来说，没有达到设定保证的目的，保证对债权人来说就没有任何意义。所以，保证人只能由债务人以外的第三人充当。这完全不同于抵押、质押和留置，它们既可以由债务人以外的第三人充当，也可以由债务人自己向债权人提供担保物进行担保。

(3) 保证对主债权具有相对独立性。

保证虽然从属于主债权而存在,但是,保证并非主债权的一部分,它具有相对的独立性。保证的独立性主要表现在以下几个方面:

① 保证的成立独立于主合同。保证是为主债权而设定的,但是,保证设定必须由保证人和债权人的意思表示一致和具备一定的条件才行。其成立有独立于主合同的要求并可以特别设定保证生效的条件。

② 保证范围可独立于主合同。保证人和债权人可以约定保证范围,其保证的可以是主合同债务的一部分。

③ 保证效力可独立于主合同。一般情况下,主合同无效,则保证合同无效。但是保证人和债权人可以在保证合同中约定,主合同无效,保证合同不当然无效或随之无效。主合同无效时,保证合同可以转化为一份独立的保证合同,对保证人和债权人仍然有约束力。

④ 保证合同内容可独立于主合同。保证人可以就保证要求债务人提供反担保或在保证合同中设定保证合同生效条件或在保证合同中设定违约金等内容,并可就保证合同独立行使自己的抗辩权。

⑤ 保证债务独立于保证人的存在。保证人在保证合同项下的债务在保证人死亡或消灭时,可以由其继承人或权利义务的承受者承担保证责任。

1.4 保证与抵押、质押的区别

(1) 法律性质的区别:

保证是债权关系。保证人对债权人负有保证责任,同时,对债权人享有抗辩权,而且,在保证人履行保证责任后,有权向债务人追偿。但是,保证无物权效力,不得对抗第三人。