



丛书总主编
刘东根

法律帮助



一点通

担保

孟武 编著

- ★ 以案说法 · 分解到位
- ★ 面临问题 · 轻松应对
- ★ 贴近生活 · 实用相助

全国百佳图书出版单位

时代出版传媒股份有限公司
黄山书社

时代出版传媒股份有限公司
黄山书社



丛书总主编
刘东根

法律帮助



一点通

担保

孟武 编著

- ★ 以案说法 · 分解到位
- ★ 面临问题 · 轻松应对
- ★ 贴近生活 · 实用相助

全国百佳图书出版单位



时代出版传媒股份有限公司
黄山书社

图书在版编目 (CIP) 数据

担保/刘东根, 孟武编著. —合肥: 黄山书社, 2010. 10
(法律帮助一点通)
ISBN 978 - 7 - 5461 - 1202 - 2

I. ①担… II. ①刘… ②孟… III. ①担保法
—基本知识—中国 IV. ①D923. 2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 092629 号

法律帮助一点通·担保

总主编 刘东根 编著 孟 武

出 版 人: 左克诚
责任编辑: 胡俊生
责任印刷: 李 磊

策 划: 胡俊生 刘国宁
特约编辑: 蔡如堂
装帧设计: 大 铭

出版发行: 时代出版传媒股份有限公司 (<http://www.press-mart.com>)
黄山书社 (<http://www.hsbook.cn>)
(合肥市翡翠路 1118 号出版传媒广场 7 层 邮政编码: 230071)

经 销: 全国新华书店

印 制: 北京欣睿虹彩印刷有限公司 电 话: 010-61529480

开 本: 880 × 1230 1/32 印 张: 6.5 字 数: 190 千字
版 次: 2010 年 10 月第 1 版 2010 年 10 月第 1 次印刷
书 号: ISBN 978 - 7 - 5461 - 1202 - 2 定 价: 20.00 元

版权所有 侵权必究

(本版图书凡印刷、装订错误可及时向承印厂调换)

前言

生活中的法律纠纷让人头疼，无论通过何种方式解决，都离不开基本的法律知识。即使有时可以借助律师或者其他专业人士的帮助，但是说来说去，还是没有自己弄通它们来得迅捷方便。如果生活中没有纠纷或者少有纠纷，那才是和谐的，更是少了一件麻烦事。这就要防患于未然，就要懂法，而不是去做法盲。

正是基于这个原因，《法律帮助一点通》丛书旨在普及法律知识，替百姓解惑，为百姓维权，帮助百姓正确运用法律武器维护自身合法权益。

丛书力求通俗易懂，通过一问一答的形式解释了百姓日常生活中的法律问题，辅之以针对性强的实际案例及专业而通俗的案例评析和维权技巧。特别值得一提的是，丛书在每个问答之后都配有简明扼要的“一点通”，帮助广大读者正确选择适用法律，找到问题的症结所在，最终顺利解决各种法律问题。

本套丛书拟出版近 50 个品种，覆盖普通百姓日常生活、工作的方方面面。与同类图书相比，它具有以下特点：

(1) 通俗易懂。本套丛书通篇采用问答的形式，简明扼要，一看就懂。先是对问题作简要解释，再精选生活中的实际案例进行评析，然后通过“一点通”予以要点归纳。

(2) 以案说法。本套丛书的优势是针对百姓日常生活中的法律问题，附上针对性强的案例和评析，让读者很直观地掌握相关法律知识。

(3) 运用最新法律法规。一些同类法律书内容相对单薄，附有



大量法条，法律知识相对陈旧。本套丛书运用最新法律法规和相关司法解释，紧跟时代步伐。

(4) 专业权威。本套丛书的编者均为重点法律院校的法律老师和研究人员，其中不少是从业律师，编者阵容强大。丛书由总主编统一编写体例，提出总体编写要求，各册编者分别编写并呈总主编审阅，经过多次修改定稿而成。

知法才能守法，守法则能减少各种纠纷与烦恼。我们希望本套丛书能够对读者起到帮手式的指导作用，争取“一套在手，生活无忧”，最终实现社会与家庭的高度和谐。

编 者

目 录

第一章 总 则 /1

1. 什么是担保？担保适用的范围有哪些？ /1
2. 担保的方式有哪些？各种担保方式具体含义及分类是什么？ /2
3. 担保合同的订立程序是怎样的？ /10
4. 主债权人是否可以直接要求反担保人承担保证责任？ /17
5. 哪些情况会导致担保行为无效？ /20
6. 担保合同无效有哪些法律后果？ /22

第二章 保 证 /25

1. 私立学校是否可以作为保证人？ /25
2. 什么是连带保证责任？它有哪些特征？ /27
3. 什么是最高额保证？它有哪些主要法律规定？ /29
4. 保证方式有哪些？区别在哪？ /33
5. 什么叫先诉抗辩权？法律对先诉抗辩权制度有哪些规定？ /37
6. 在连带保证中债权人可否一同起诉债务人和保证人？ /41
7. 保证人的权利有哪些？ /43
8. 保证担保的范围有哪些？ /45
9. 债权让与对保证人的效力如何？ /47
10. 债务转移对保证人的效力如何？ /49



11. 一般保证的保证期间是如何规定的？ /50
12. 保证人与债权人如何签订保证合同？ /54
13. 连带责任保证的保证期间如何计算？ /61
14. 保证与物的担保并存时保证人的责任如何承担？ /63
15. 什么是保证人预先行使追偿权？如何行使？ /67
16. 字迹不清是否也承担担保责任？ /70
17. 保证期间已过，保证人是否担责？ /73
18. 非法拆借资金导致主合同无效，担保人有过错是否要承担民事责任？ /74

第三章 抵 押 /78

1. 什么是抵押权？其相关法律规定有哪些？ /78
2. 抵押权标的物的范围有哪些？ /81
3. 什么是动产的浮动抵押？相关法律是如何规定浮动抵押的？ /85
4. 如何理解抵押关系中的“地随房走”、“房随地走”？ /87
5. 哪些财产禁止抵押？ /89
6. 流质条款的效力如何？ /91
7. 什么是抵押登记？抵押登记的效力如何？如何进行抵押登记？ /93
8. 抵押与租赁哪个优先？ /98
9. 抵押期间的抵押财产如何转让？ /101
10. 如何理解抵押权的从属性？ /105
11. 以无地上定着物的土地使用权设定抵押时应当注意哪些问题？ /109
12. 发包人逾期不支付工程价款，承包人优先受偿权与该工程

- 的抵押权何者优先? /111
13. 抵押权保全如何行使? /113
14. 抵押权如何实现? /115
15. 如何确定浮动抵押财产的范围? /117
16. 抵押权的受偿顺序如何确定? /120
17. 抵押权行使的期限如何计算? /122
18. 所有权保留的财产又被抵押后由谁优先受偿? /124
19. 一房三次抵押谁应优先受偿? /127

第四章 质 押 /131

1. 质押权有什么特点? /131
2. 质押合同何时成立与生效? /133
3. 谁有权收取质物孳息? /135
4. 质权人有哪些义务? /137
5. 质权的保全如何适用? /138
6. 哪些财产权利可以作为权利质权的标的? /140
7. 转质的效力如何? /148
8. 已抵押的财产能否进行重复质押? /151

第五章 留 置 /153

1. 留置权的含义及特征是什么? /153
2. 留置权的成立要件是什么? /155
3. 留置权的实现条件和实现方式分别是什么? /160
4. 哪些物不得留置? /162
5. 抵押、留置二者的使用顺序如何? /164
6. 房屋所有权证可否作为留置权标的物? /166



第六章 定 金 /170

1. 什么是定金？定金的法律效力体现在哪些方面？ /170
2. 一方违约和双方违约如何适用定金罚则？ /172
3. 定金与订金有什么不同？ /175
4. 被委托人是否要双倍返还定金？ /177

附录一：案例精选 /180

附录二：担保合同范本 /191

第一章 总 则



1. 什么是担保？担保适用的范围有哪些？



担保是指法律为确保特定的债权人实现债权，以债务人或第三人的信用或者特定财产来督促债务人履行债务的制度。

担保是为了担保债权实现而采取的法律措施。结合《担保法》的相关内容，债的担保应当指以当事人的一定财产为基础的，能够用以督促债务人履行债务，保障债权实现的方法。《担保法》上的担保，又称债权担保、债的担保、债务担保，是个总括的概念，内涵丰富，外延极广。我国的立法并未对此做出一个明确的定义。

保证，保证做到或保证不出问题。它是一种承诺，是对担保人和被担保人行为的一种约束。担保一般发生在经济行为中，如被担保人到时不履行承诺，一般由担保人代被担保人先行履行承诺。担保一般分为口头担保和书面担保两种，但只有书面担保才具有真正意义的法律效力。

民法上，担保指为保障债权的实现而采取的保证、抵押等行为。如甲向银行借款，乙为甲提供担保，保证在规定期限内甲履行还款义务，一旦甲不履行义务，乙予以履行。我国于1995年颁行



的《担保法》，规定了担保的有关事项。《刑事诉讼法》上的担保则是为取保候审、保外就医等提供一定的保证。

在我们的生活中，还有对个人人品的担保。这种担保绝大多数是口头性质的，只是表明担保人对被担保人的信任和赞赏，没有太多实际意义，有的只是担保人对被担保人的监督，但这种担保对双方的行为还是有一定的约束力。

《担保法》第2条对担保适用的范围给予了明确的界定：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。根据法律规定，担保只能存在于借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动中。这是因为担保是法律规定的为确保特定的债权人实现债权，以债务人或第三人的信用或者特定财产来督促债务人履行债务的制度。



任何法律都有适用的范围，明确范围是法律实施的前提。在日常生活中要能正确使用担保，必须明确担保的适用范围。我们相关法律明确规定担保只能在相关的经济活动中才能够使用。



2. 担保的方式有哪些？各种担保方式具体含义及分类是什么？



依据《担保法》第2条的规定，担保方式为以下几种：保

证、抵押、质押、留置和定金。

(1) 保证：指债务人以外的第三人为债务人履行债务而向债权人所做的一种担保。是典型的人保、约定担保。《民法通则》第 89 条第 1 项规定：“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。”《担保法》第 6 条规定：“本法所称保证，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。”《合同法》定义：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。

保证是人的担保的典型形式，它是保证人通过以自己的信用为债权人债务的实现提供担保。保证是一种债的关系，当债务人不履行债务时，债权人有权请求保证人履行债务。所以，保证是通过保证人对债务人债务的清偿来保障债权人权利的实现。保证的成立实际上扩大了债务人的责任财产的范围。但是，在保证中，债权人的利益是否能够得到切实的保护还要依赖保证人的信用。众所周知，信用最大的特点是多变性，因此保证人的财产也在不断地变化着，这对债权人利益的实现是最为不利的。所以，保证并非是最有保障的实现权利的方式。

(2) 抵押：是指债务人或者第三人不转移对《担保法》第 34 条所列财产的占有权，而将该财产抵押作为债权的担保，当债务人不履行债务时，债权人有权依法以抵押财产折价或以拍卖、变卖抵押财产的价款优先受偿。《物权法》第 197 条规定：为担保债务的履行，债务人或者第三人不转移财产的占有，将该财产抵押给债权人的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就该财产优先受偿。前款规定的债务人或者第三人为抵押人，债权人为抵押权人，提供担保的财产为抵押财产。



抵押是借款合同的一个重要特征。当存在抵押品时，银行放款的安全性得到提高，借款者的成本也会增加，正因如此，借款者愿意向银行支付的利息也较低，对银行来说其收益未必增加。当出现违约时，赋予贷款人的依法没收特定的企业资产的权利被广泛用来减少与借贷相关的激励问题（即在拖欠发生时使放款者可以获得特定资产）。

抵押物，指提供担保的财产。抵押合同，指受益的债权人与抵押人之间所订立的，确认相互之间抵押权利与义务关系的书面协议。抵押也可用于金融衍生工具交易中的信用风险管理，通常的抵押条款都要明确在特定账户内必须维持的最低金额。实际上，期货市场的保证金要求就类似抵押，柜台交易的衍生工具经常使用现金或高流动性、低风险证券作为抵押。

抵押的种类包括以下几种。

①不动产抵押，指以不动产为抵押物而设置的抵押。所谓不动产是指不能移动或移动后会丧失其原有价值或失去其使用价值的财产，如土地、房屋、各种地上定着物等。

②动产抵押，指以动产作为抵押物而设置的抵押。动产是指可以移动并且移动后不影响其使用价值，不降低其价值的财产。

③权利抵押，指以法律规定的各种财产权利作为抵押物客体的抵押。

④财团抵押，又称企业抵押，指抵押人（企业）以其所有的动产、不动产及权利的集合体作为抵押权客体而进行的抵押。

⑤共同抵押，又称总括抵押，指为了同一债权的担保，而在数个不同的财产上设定的抵押。

⑥最高额抵押，指抵押人和抵押权人协议，在最高额限度内，以抵押物对一定期间内连续发生的债权作担保。

（3）质押：也称质权。即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，当债务人不履行债务时，债权人有权依法就该动产卖得价款优先受偿。《物权法》第208条对财产权利出质做了明确规定：“为担保债务的履行，债务人或者第三人将其动产出质给债权人占有的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形，债权人有权就该动产优先受偿。前款规定的债务人或者第三人为出质人，债权人为质权人，交付的动产为质押财产。”

按质物不同，质押可分为动产质押、不动产质押和权利质押。我国《担保法》只规定了动产质押和权利质押。

在质押中，提供财产称为质物，提供财产的人称为出质人，享有质权的人称为质权人。质押担保应当签订书面合同，质押合同自质物或质权移交于质权人占有时生效，质押合同的内容与抵押合同的内容基本相同。

质权分为动产质权和权利质权两种。动产质权是指可移动的并不损害其效用标的物的质权；权利质权是指以可转让的权利为标的物的质权。

动产质押的质权人因质物保管不善使之灭失或毁损的，应承担民事责任。可能造成质物灭失或毁损时，出质人可以要求质权人将质物提存或提前清偿债务返还质物，而质权人则可以要求出质人提供相应的担保，出质人不提供的，质权人对质物拍卖或变卖后用于优先受偿或者与出质人约定的第三人提存。

质权人对权利质押载明兑现日期或提货日期的各种票单日期先于债务履行期的，可以在债务履行期届满前兑现或者提货，并与出质人协议将兑现的价款或提取的货物用于提前清偿债务或与出质人约定的第三人提存。以依法可以转让的股票或商标专用权、专利权、著作权中财产权出质的，出质人与质权人应当签订书面合同后向证券登记机构或相关管理部门办理出质登记，质押合同自登记之



日起生效。

(4) 留置：指债权人按照合同约定占有债务人的动产，债务人不按照合同约定的期限履行债务的，债权人有权依照《担保法》规定留置该财产，以留置财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿的权利。《物权法》第 230 条规定：“债务人不履行到期债务，债权人可以留置已经合法占有的债务人的动产，并有权就该动产优先受偿。前款规定的债权人为留置权人，占有的动产为留置财产。”

留置时，动产担保物权，其标的物为动产，其在标的物范围限定上与抵押权、质押权均不同。留置权是占有性担保物权，只有留置权人占有动产，留置权才能成立。根据《担保法》第 82 条的规定，留置权属于法定担保物权，只适用于法律规定可以留置的合同。留置担保的范围包括：主债权及利息、违约金、损害赔偿金、留置物保管费用和实现留置权的费用。依照《合同法》的相关规定，承揽合同的承揽人，运输合同的承运人，保管合同、仓储合同的保管人，行纪合同的行纪人依法可以拥有留置权。

留置权成立的条件：须债权人占有债务人的动产，须债务人逾期不履行债务，须债权的发生与占有该留置动产有直接的牵连关系。

(5) 定金：是在合同订立或履行之前支付一定数额的金钱作为担保的担保方式。给付定金的一方称为定金给付方，接受定金的一方称为定金接受方。

① 定金的法律特征。

A. 定金是一种金钱担保方式。其担保性体现在法律对定金罚则的规定上，即给付定金的一方不履行约定债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定债务的，应当双倍返还定金。

B. 定金是通过给付行为设定的。定金合同是实践合同，定金

合同自交付定金之日起生效。

C. 定金必须以明确的意思表示约定。当事人要么明确约定其给付的金钱为定金，要么约定定金罚则的实际内容，否则不构成定金。《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》）第118条规定，当事人交付留置金、担保金、保证金、订约金、押金或者订金等，但没有约定定金性质，当事人主张定金权利的，人民法院不予支持。

②定金的分类。

A. 订约定金。又称立约定金，是指为担保合同的订立而支付的一定数额的金钱。《担保法解释》第115条规定，当事人约定以交付定金作为订立主合同担保的，给付定金的一方拒绝订立主合同的，无权要求返还定金；收受定金的一方拒绝订立合同的，应双倍返还定金。

B. 成约定金。指为合同成立要件的定金，与要物合同的物的交付作用相同。因其未有“定金罚则”，故实际非债的担保。《担保法司法解释》第116条规定，当事人约定以交付定金作为主合同成立或者生效要件，给付定金的一方未付定金，但主合同已经履行或履行主要部分的，不影响主合同成立或生效。

C. 解约定金。指当事人在合同中约定的以承受定金罚则作为保留合同解除权的代价的定金。解约定金是以一方解除合同为适用条件。设立解约定金必须在合同中作出明确规定，否则对合同规定的定金只能解释为违约定金（一方当事人有利可图时，就会以返还双倍定金或放弃定金解除合同，这有损诚实信用原则）。

解约定金的实质在于给予合同当事人在放弃或者加倍返还定金等条件下单方面解除合同的权力。合同中约定了解约定金，当事人以承担定金损失为代价要求解除合同的，对该合同不能强制实际履行。当事人如果申请人民法院强制实际履行合同，人民法院应当予



以驳回。定金处罚不排除损害赔偿，在守约的当事人损失大于定金上收益情况下，承担了定金处罚的当事人仍然应当承担损害赔偿 responsibility。

D. 违约定金。实际上就是履约定金，即以担保合同的履行而支付的一定数额的金钱。

《担保法》第89条规定，当事人可以约定一方向对方给付定金作为债务的担保。债务人履行债务后，定金应抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定债务的，应双倍返还定金。

E. 证约定金。指以交付事实作为当事人之间存在合同关系的证明的定金。证约定金不是合同成立的必备要件，合同是否成立与定金交付与否没有关系。《担保法》及其最高法院司法解释没有对证约定金做出专门规定，但是司法实践认可交付定金的书面证明（如收据）为主合同业已成立的证据。事实上，证约定金是一般定金都具有的共性，大多数情况下，定金的证约性质不因当事人专门约定而产生和独立存在，而是由违约定金、解约定金和成约定金所派生。

③定金的性质。

A. 定金的性质可由当事人约定。当事人可以在合同中约定定金具有互不排斥的多重性质。例如，对立约定金，当事人可以约定在正式订立主合同后，立约定金转而用作违约定金；对于成约定金、证约定金，也可通过约定使其给付后同时具有违约定金性质。

B. 在某些情况下，即便当事人未约定，也可以推定定金兼具约定性质以外的其他性质。如违约定金、解约定金和成约定金合同，是主合同的从合同，而从合同存在必能证明主合同的存在，故上述三种定金同时具有证约定金的性质。

C. 当事人未对定金性质作出约定时，应当作出相应的推定。一般情况下，应当推定该定金仅具有定金的一般性质。根据《担保