

新 编 合 同 实 务 丛 书

DANBAO HETONG
SHIWU

担保合同实务

罗高举 主编

DANBAO HETONG
担保合同

 知识产权出版社

新编合同实务丛书

担保合同实务

主 编：罗高举

副主编：蒋金友 杨建英 徐洪烈 贺小电

撰稿人（以姓氏笔画为序）：

王乐军 王润贵 刘聚才 杨建英

陈美文 张敬东 罗栋文 罗高举

贺小电 段成钢 徐洪烈 蒋金友

审 校：吕小瑞

知识产权出版社

图书在版编目(CIP)数据

担保合同实务/罗高举主编. —北京: 知识产权出版社, 2005.2

(新编合同实务丛书)

ISBN 7-80198-180-4

I. 担... II. 罗... III. 担保—经济合同—合同法—基本知识—中国 IV. D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 010323 号

内容提要

本书以担保法及相关法律法规为依据,对担保合同的主体、形式、成立、生效等问题进行简明扼要的阐释,并对各类担保合同进行了具体论述,总结和剖析了担保合同中常见的问题及纠纷解决方法,附录了相关法律法规及各类担保合同的格式样本,有较强的实用性。

读者对象:各类担保合同当事人,律师,企业经营管理人员,合同管理人员,法律院校师生等。

担保合同实务

主 编: 罗高举

责任编辑: 王润贵 汤腊冬 责任校对: 韩秀天

责任出版: 杨宝林

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号 邮 编: 100088

网 址: <http://www.cnipr.com> 邮 箱: zscq-bjb@126.com

电 话: 010-82000893 82000860 转 8101 传 真: 010-82000893

印 刷: 知识产权出版社电子印制中心 经 销: 新华书店及相关销售网点

开 本: 850 毫米×1168 毫米 1/32 印 张: 10.125

版 次: 2005 年 2 月第一版 印 次: 2005 年 2 月第一次印刷

字 数: 260 千字 印 数: 1~5000 册

书 号: ISBN 7-80198-180-4/D·296 定 价: 18.00 元

目 录

第一章 担保合同概述	(1)
第一节 担保的方式及其适用	(1)
一、债与担保的关系	(1)
二、担保的方式	(3)
三、担保方式所适用的范围	(3)
四、民事司法程序中的担保问题	(4)
第二节 担保合同的订立和效力	(5)
一、担保合同的主体	(5)
二、担保合同的形式	(7)
三、担保合同的成立	(8)
四、担保合同的生效	(11)
五、担保合同无效的情形及其责任承担	(12)
六、无效担保合同中担保人的追偿权	(20)
第三节 对外担保	(21)
一、对外担保的形式和方式	(21)
二、担保人的资格	(21)
三、对外担保的管理机关	(22)
四、对外担保中主债务合同的变更	(23)
第四节 担保物权的存续期间	(23)
一、当事人约定或者登记部门要求登记的担保期间 对担保物权的影响	(23)
二、担保物权的存续期间属于除斥期间	(24)
三、主债权诉讼时效届满对担保物权的影响	(26)
第五节 反担保	(26)

一、反担保的设立	(26)
二、反担保人、反担保方式及其适用	(27)
三、反担保与再担保的区别	(28)
第六节 担保合同纠纷的管辖	(28)
一、担保合同纠纷管辖概述	(28)
二、担保合同纠纷的当事人	(30)
第二章 保证	(38)
第一节 保证人	(38)
一、保证人的资格及范围	(38)
二、保证人的权利	(46)
第二节 保证责任的形式和保证责任的方式	(52)
一、保证责任的形式	(52)
二、保证责任的方式	(53)
第三节 共同保证	(54)
一、共同保证的特点	(54)
二、按份共同保证	(55)
三、连带共同保证	(56)
四、共同保证中保证人的追偿权	(57)
第四节 保证期间与保证合同纠纷的诉讼时效	(58)
一、保证期间	(58)
二、保证合同纠纷的诉讼时效	(62)
第五节 保证合同	(65)
一、保证合同的内容	(65)
二、保证合同的格式样本	(67)
三、订立保证合同时应注意的问题	(71)
第六节 保证责任	(74)
一、保证责任的范围	(74)
二、主合同变更对保证责任的影响	(76)
三、几种特殊的保证责任	(82)

四、保证责任的消灭	(90)
附：案例评析	(93)
第三章 抵押	(96)
第一节 抵押和抵押物	(96)
一、抵押和抵押权	(96)
二、抵押权的法律特征	(97)
三、抵押物	(104)
第二节 抵押权的效力	(112)
一、抵押权效力所及担保债权的范围	(112)
二、抵押权效力所及标的物的范围	(116)
三、抵押权与质权、留置权、租赁权的关系	(118)
第三节 抵押合同和抵押物登记	(123)
一、抵押合同的形式和内容	(123)
二、抵押合同的格式样本	(125)
三、抵押登记	(131)
第四节 抵押权的实现	(134)
一、实现抵押权的条件	(134)
二、实现抵押权的方式	(135)
第五节 最高额抵押	(139)
一、最高额抵押权的概念和特征	(139)
二、最高额抵押权的适用范围	(141)
三、最高额抵押权所担保的债权范围	(142)
四、最高额抵押合同的变更	(143)
五、最高额抵押权的转让	(145)
六、最高额抵押权的实现	(145)
附：案例评析	(145)
第四章 质押	(147)
第一节 质押概述	(147)
一、质押的概念和特征	(147)

二、质押与抵押、留置的区别·····	(151)
第二节 动产质押·····	(152)
一、动产质押的标的物·····	(152)
二、动产质押合同·····	(154)
三、动产质押在实践中应注意的几个问题·····	(165)
四、动产质押的法律效力·····	(172)
五、动产质权的实现·····	(184)
六、动产质权的消灭·····	(187)
第三节 权利质押·····	(188)
一、权利质押概述·····	(188)
二、证券债权质押·····	(201)
三、票据质押·····	(207)
四、存单质押·····	(212)
附：案例评析·····	(223)
第五章 留置·····	(227)
第一节 留置权概述·····	(227)
一、留置和留置权·····	(227)
二、留置权的特征·····	(228)
第二节 留置权的成立·····	(229)
一、留置权成立的要件·····	(229)
二、妨碍留置权成立的情形·····	(232)
三、留置权的适用范围·····	(233)
第三节 留置权的效力·····	(237)
一、留置担保的范围·····	(237)
二、留置权效力所及范围·····	(239)
三、留置权对当事人的效力·····	(240)
第四节 留置权的实现和消灭·····	(245)
一、留置权实现的条件·····	(245)
二、留置权实现的程序·····	(247)

三、留置权实现的几个问题·····	(248)
四、留置权实现的方式·····	(251)
五、留置权的消灭·····	(252)
第六章 定金 ·····	(255)
第一节 定金的性质和种类·····	(255)
一、定金的性质和特点·····	(255)
二、定金的种类·····	(257)
第二节 定金合同的成立·····	(260)
一、定金合同的特征·····	(260)
二、定金合同的订立·····	(262)
第三节 定金的法律效力·····	(269)
一、定金对当事人的效力·····	(269)
二、定金罚则·····	(271)
附录	
中华人民共和国担保法	
(1995年6月30日第八届全国人民代表大会常务委员会第十 四次会议通过,1995年6月30日中华人民共和国主席令第 50号公布,自1995年10月1日起施行) ·····	(278)
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	
(2000年9月29日最高人民法院审判委员会第1133次会议通 过 法释[2000]44号) ·····	(290)

第一章 担保合同概述

第一节 担保的方式及其适用

一、债与担保的关系

(一) 债与债的担保

债是在特定的主体之间发生的特定的财产法律关系。《中华人民共和国民事诉讼法通则》(以下简称《民法通则》)第84条规定:“债是按照合同的约定或者依照法律的规定,在当事人之间产生的特定的权利和义务关系。”和其他民事法律关系一样,债由主体、客体和内容三个要素组成。就内容而言,债包括了债权和债务两个方面,是债权和债务的统一体。债所反映的经济关系是在财产分配、财产交换领域形成的经济流转关系,所体现的是财产从一个主体移转给另一个主体的移转过程。为了保障财产流转的安全,促进经济流转关系健康、有序地发展,债的担保便应运而生了。

债的担保是为了保障债权人的债权而设立的,是一种保证债务人清偿债务、债权人实现权利的法律制度。它的法律特征是对已经成立的债权债务关系,以设定财产负担的方式来确保债权的实现。

债的关系成立后,债务人所有的财产就成为了清偿债务的责任财产,当债务人不履行债务时,债权人可以就债务人的责任财产求偿,这就是债的一般担保。然而,债务人的责任财产难免因交易失败、经营不善或者不可抗力等原因而遭遇不测,此类情况一旦发生,债权人的债权必难实现。不仅如此,债权还具有平等性,债的发生无论先后,对债务人的责任财产均享有平等的受偿权。就某一具体的债而言,其成立时,债务人的财产可能足以提供充分的担保,但债务人在以后可能承担新的债务,这必然导致债务人财产的

担保力降低，甚至不能清偿全部债务，导致债权人的利益全部或者部分落空。所以，为确保债权的充分实现，法律在一般担保之外，又设立了特别担保制度，从而使债权人的利益获得双重保障。我们通常所说的担保就是指这种特别担保。

债的担保是对债的效力的补充和加强，它可以有效地促使债务人积极地履行债务，当债务人不履行或者不能履行债务时，债权人即可从担保财产中获得清偿，从而保障债权人的利益得以充分实现。

（二）债的担保的特点

一般来说，债的担保具有如下特点：

1. 从属性

从属性是指担保之债与被担保之债形成主从关系，被担保之债为主债，担保之债为从债，担保之债的效力决定于主债的效力，它从属于主债，是对主债效力的补充和加强。

2. 自愿性

自愿性是指担保系由当事人自愿设立，当事人之间是否设立担保、采取何种方式担保以及担保的范围、担保的期限等等概由当事人意思自治。

3. 补充性

担保之债的履行，以债务人没有履行或者不能履行主债为前提。在担保之债中，不论是债务人设定财产作担保，还是由第三人为债务人作担保，只有在债务人不履行或者不完全履行债务的情况下，才由设定的财产或由第三人来承担补充责任。如果主债业已履行，担保之债即归于消灭。

必须指出，担保的从属性和自愿性特点并不具有绝对性和普遍性。随着理论研究的深入，从属担保的传统理论已经有了突破性发展。目前，独立担保在国际融资和国际贸易中已被广泛采用。独立担保与从属担保的区别在于：独立担保的担保合同独立于主合同，担保人的责任并不取决于主合同是否履行，担保人不享有抗辩权，

只要债权人提出付款要求，担保人就必须无条件履行偿付责任。对此，《中华人民共和国担保法》（以下简称《担保法》）第5条第1款作了明确规定：“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。”可见，我国《担保法》吸收了担保理论研究的最新成果，借鉴了国外担保立法的成功经验，采用了以从属担保为原则，独立担保为补充的立法模式。

担保的自愿性特点也是针对约定担保来说的，对法定担保并不适用。法定担保是法律为了特别保护某种债权而直接规定的担保方式，与当事人的意志无关。我国《担保法》规定的留置就属于其中的一种。

二、担保的方式

债的担保方式很多，各国法律对此规定并不一致。一般来说，债的担保方式可以分为人的担保和物的担保两大类。人的担保是以债务人以外的第三人为债务履行的担保人，其实质是以从合同之债来保障主合同债权的实现，强调的是担保人的资力和信用。物的担保是以债务人或者债务人以外的第三人的特定财产作为债的担保，其实质是以担保物权来保障主合同债权的实现。

人的担保的表现形式就是保证，包括一般保证和连带责任保证。物的担保的主要方式有抵押、质押和留置三种。定金属于金钱担保。

三、担保方式所适用的范围

《担保法》第2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立担保。”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》（以下简称最高人民法院关于适用《担保法》的解释）第1条规定：“当事人对由民事关系产生的债权，在不违反法律、法规强制性规定的情况下，以担保法规定的方式设定担保的，可以认定为有效。”上述法律规定和司法解释包括了以下四个层面的意思：

(1) 担保方式不仅仅适用于借贷、买卖、货物运输、加工承揽等四种经济活动中产生的债权债务关系，同样适用于其他经济活动中产生的债权债务关系。

(2) 担保方式仅适用于因民事、经济活动产生的债权债务关系，因国家经济管理活动产生的债权债务关系不能适用。

(3) 担保方式仅适用于因民事、经济活动中产生的有债权债务内容的行为，因人格、身份关系而产生的债权、债务关系不能适用。

(4) 担保方式仅适用于因合同所生之债，因侵权行为、不当得利和无因管理所生之债则不能适用。值得注意的是，因侵权行为、不当得利和无因管理所生之债虽然不能事先设定担保来保障债权的实现，但因上述行为已经产生的债权，属于普通债权，则可以适用担保方式来保障偿还。

实践中可以设定担保的情况很多，除了《担保法》提到的借贷担保、买卖担保、货物运输担保和加工承揽担保外，还有租金给付担保、延期付款担保、信用卡透支担保、信用证结算担保、工程投标担保、补偿贸易担保等等。

四、民事司法程序中的担保问题

担保不仅仅可以发生在民事关系中，也可以发生在司法程序中。司法程序中的担保主要有两种情形：一是《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）第 92 条、93 条规定的在案件审理过程中或者在起诉前对财产保全提供的担保和 98 条规定的对先予执行提供的担保；二是该法第 212 条规定的在执行过程中被执行人提供的担保。司法程序中发生的担保和民事关系中发生的担保虽然具有某些相同的特点，如当主债务不能履行时，担保人都要在担保范围内承担责任，但是，它们毕竟是两种性质不同的担保，其不同之处表现在以下四个方面。

(1) 适用的法律不同。民事关系中发生的担保由《担保法》来调整，适用《担保法》的规定；司法程序中发生的担保由《民事诉

讼法》来调整，适用《民事诉讼法》的有关规定。

(2) 担保的对象不同。民事关系中发生的担保，担保的对象是债权，是担保人为债务人向债权人提供担保；而司法程序中发生的担保，担保的对象是诉讼相对人或者执行申请人，同时也包括人民法院，是担保人为财产保全申请人、被执行人向诉讼相对人、执行申请人和人民法院提供担保。

(3) 担保的方式不同。民事关系中发生的担保可以根据合同约定或者法律的规定，选择《担保法》规定的各种方式。司法程序中发生的担保有信誉担保和财产担保两种方式，无论是信誉担保还是财产担保，既可以由担保人提供，也可以由债务人本人提供，只要人民法院同意即可。而《担保法》规定的保证则只能由第三人提供。

(4) 设立的程序不同。民事关系中发生的担保，特别是物的担保，《担保法》规定了严格的登记公示制度，未经登记担保不生效或者不能对抗第三人。而司法程序中发生的担保，是《民事诉讼法》规定的为了确保权利人在司法程序中实现权利，由人民法院采取的措施，是以人民法院决定接受或者同意为惟一要件，不需要按照《担保法》的规定办理登记手续。当事人在司法程序中以财产提供担保的，根据财产的性质人民法院应当采取不同的措施，以确保财产的安全。对此，最高人民法院关于适用《担保法》的解释第132条作了明确规定：“在案件审理或者执行程序中，当事人提供财产担保的，人民法院应当对该财产的权属证书予以扣押，同时向有关部门发出协助执行通知书，要求其在规定的时间内不予办理担保财产的转移手续。”

第二节 担保合同的订立和效力

一、担保合同的主体

担保合同的主体是担保人和债权人。根据《中华人民共和国合

同法》(以下简称《合同法》)第9条第1款的规定,担保人和债权人订立担保合同,应当具有民事权利能力和民事行为能力。

民事权利能力是民事主体享有民事权利和承担民事义务的资格。《民法通则》第9条规定:“公民从出生时起到死亡时止,具有民事权利能力,依法享有民事权利,承担民事义务。”该法第36条第2款规定:“法人的民事权利能力和民事行为能力,从法人成立时产生,到法人终止时消灭。”

民事行为能力是民事主体以自己的行为参与民事法律关系,享有民事权利、承担民事义务的资格。《民法通则》根据人的年龄、智力和精神健康状况,将民事行为能力分为3种:不满10周岁的未成年人和不能辨认自己行为的精神病人是无民事行为能力人;10周岁以上的未成年人和不能完全辨认自己行为的精神病人是限制民事行为能力人;18周岁以上的公民是成年人,具有完全民事行为能力,可以独立进行民事活动,是完全民事行为能力人。完全民事行为能力人既可以自己亲自订立担保合同,也可以委托他人代理订立担保合同。

无民事行为能力人和限制民事行为能力人能否成为担保合同的主体,司法实践中存在着不同的认识。《民法通则》第12条、第13条规定,无民事行为能力人由其法定代理人代理进行民事活动;限制民事行为能力人可以进行与其年龄、智力和精神健康状况相适应的民事活动,其他民事活动由其法定代理人代理或者征得其法定代理人同意。据此,有人认为无民事行为能力人和限制民事行为能力人不能成为担保合同的主体,特别是不能充当担保人。

我们认为,这种认识有其片面性。无民事行为能力人和限制民事行为能力人,在不损害其合法权益的情况下,也可以成为担保合同的主体。《民法通则》第12条、第13条的立法原意应当理解为无民事行为能力人只是不能亲自进行民事活动,并不是不能进行任何民事活动,无民事行为能力人进行民事活动需要由其法定代理人代理,但该民事活动的主体还是该无民事行为能力人。同样,限制

民事行为能力人只能进行与其年龄、智力和精神健康状况相适应的民事活动，在由其法定代理人代理或者征得其法定代理人同意的民事活动中，该活动的主体仍然是该限制民事行为能力人。实践中，继承了巨额财产的未成年人或者拥有巨额财产的精神病人，在由其法定代理人代理的情况下成为担保合同的债权人是完全可以的。

至于无民事行为能力人和限制民事行为能力人是否可以作为担保人，这要视具体情况而定。如果无民事行为能力人和限制民事行为能力人以自己的财产为他人提供担保，为了充分保护他们的权益，即使由他们的法定代理人代理，也应当不可以。所以，在这种情况下无民事行为能力人和限制民事行为能力人不能充当保证人。但是，如果是为了无民事行为能力人和限制民事行为能力人自己的利益，以他们自己的财产为他们自己的债务设定担保，在由他们的法定代理人代理的情况下，无疑是可行的。

二、担保合同的形式

在司法实践中，如何认定合同形式的效力是一个需要慎重对待的问题。过去，在我国法学理论界和司法实践中，对合同形式的效力一直存在着不同的看法，各种法律和司法解释对此规定并不一致，各地法院在处理有关案件的过程中做法也不尽相同。考虑到担保合同的特殊性，《担保法》第13条、第38条、第64条、第76条、第78条、第79条和第90条分别就保证合同、抵押合同、质押合同和定金合同4种担保合同的形式作了明确规定，均要求采用书面形式。《担保法》的这一规定与后来颁布的《合同法》并不矛盾。《合同法》第10条规定：“当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。法律、行政法规规定采用书面形式的，应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的，应当采用书面形式。”

最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》（以下简称最高人民法院关于贯彻执行《民法通则》的意见）第108条规定：“公民间的口头保证，有两个以上无利害关系人证明的，也视为保证合同成立，法律另有规定的除

外。”《担保法》施行以后，口头形式不能成立有效的保证合同。理由如下：

(1) 其与《担保法》的规定不符。《担保法》第13条规定的“应当”以书面形式订立保证合同，属于强制性规范，而不是任意性规范，不能作口头形式亦可的解释。根据后法优于前法，特别法优于普通法的原则，与《担保法》相抵触的规定自然无效。况且，最高人民法院作为审判机关，其所作的司法解释不能与法律相冲突，因此，上述最高人民法院第108条的规定业已失效，不能再用。

(2) 这一规定有损保证人的利益。保证合同属单务合同，保证人对债权人一方负单方义务，没有严格的形式要求，不足以保障保证人的合法权益。

(3) 实践意义不大。在日常生活中，那种“数额较小、情节简单、时限较短”的债务，债权人很少也没有必要要求债务人提供担保。

(4) 不符合我国当今的经济发展状况。改革开放前，公民间的债务往往因日常生活需要而产生。现在则不同，公民间的债务“数额较大、情节复杂、时限较长”的情况比比皆是。那种认为公民间的保证琐细，口头保证与之相适应的观点，显然不符合变化了的我国社会经济状况。

《合同法》第11条规定，书面形式是指合同书、信件和数据电文等可以有形地表现所载内容的形式。也就是说，书面形式不仅仅指记载于纸张上的合同的正式文本，同时还包括信件及数据电文。其中，数据电文又包括电报、传真、电子数据交换和电子邮件等。

三、担保合同的成立

根据《合同法》第13条的规定，担保人和债权人订立担保合同，要经过要约和承诺两个阶段。担保合同的要约，一般指债权人向债务人提出或者债权人通过债务人向担保人提出订立担保合同的意思表示。这种意思表示的内容要具体、确定。所谓“具体”，是

指意思表示的内容必须具有足以使担保合同成立的最基本的条款，比如保证合同的要约必须具有《担保法》第15条规定的主要内容。所谓“确定”，是指受要约人必须可以根据他所具有的知识明白要约人所希望表达的确切含义。

关于要约的生效时间，《合同法》第16条作了明确规定：“要约到达受要约人时生效。采用数据电文形式订立合同，收件人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统的时间，视为到达时间；未指定特定系统的，该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间，视为到达时间。”

担保合同的承诺通常是担保人同意债权人在要约中提出的条件而愿意在双方之间订立担保合同的意思表示。根据《合同法》第30条的规定，承诺的内容应当与要约的内容一致。如果受要约人对要约的内容作出实质性变更，则视为新的要约。就抵押合同而言，有关被担保的主债权种类、数额，债务人履行债务的期限，抵押物的名称、数量、质量、状况、所在地、权属，抵押担保的范围，违约责任和解决争议的办法等内容的变更属实质性变更。实践中，订立一个担保合同，担保人和债权人可能要经过多次协商，甚至反复地讨价还价才能最终确定，也就是说，要经过一个从要约到新的要约再到新的要约……最终到承诺的过程。

承诺生效时担保合同成立。

担保合同作为一种从合同，其成立的形式除了一般合同都具有的形式外，由于它的从属性以及担保人与主债务人的关联性，决定了担保合同的成立有其特殊的表现形式。以保证合同为例，其成立主要有以下几种形式：

(1) 保证人与债权人订立保证合同。这是保证合同成立的典型形式。《担保法》第13条规定：“保证人与债权人应当以书面形式订立保证合同。”

(2) 保证人与债权人、债务人共同订立保证合同。保证人与债权人、债务人同时出现在一个合同文本上的情况，实践中发生得比