

● 新合同法难点、热点、疑点实务操作指南丛书

担 保 合 同 实 务 操 作 指 南

主 编 周学锋 李 静

副主编 刘 兵 陆 超 郝 红

中国人民公安大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

新合同法难点、热点、疑点实务操作指南丛书/孙积禄主
编. - 北京: 中国人民公安大学出版社, 1999

ISBN 7-81059-428-1

I. 新… II. 孙… III. 合同法-中国-指南 IV. D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 76344 号

中国人民公安大学出版社出版发行

(北京木樨地南里 邮编 100038)

新华书店北京发行所经销

北京牛山世兴印刷厂印刷

850×1168 毫米 1/32 12.625 印张 306 千字

2000 年 1 月第 1 版 2000 年 1 月第 1 次印刷

印数: 0001-6000 (套)

定价: 308.00 元 (全套 14 册 每册 22.00 元)

ISBN 7-81059-428-1/D·356

(如有印装质量问题, 请与出版社联系)

编辑委员会

主任：江 平

副主任：刘心稳 孙积禄 王洪亮
刘 彰 贺 嘉 刘 青

编 委（按姓氏拼音为序）：

昌伶芬	晁农平	陈海燕
董 伟	冯 琴	李 丰
李 静	李 毅	林志农
马志刚	牛光军	曲 忠
谭 甄	王海虹	王建平
王 鹏	王铁生	闫 海
尹德勇	张建明	张守仁
周学锋		

序 言

《合同法》通过后,国内有关新合同法释义、解说、实例及研究的书籍不下上百本,所长所短各异,精品劣品参差,使读者感到眼花缭乱,无从选择。

在《合同法》出版热告一段落后,这本合同法系列丛书,才告问世,不可谓没有“后发制人”的意义,后发制人有后发制人的优势:其一,后发制人可以避免先发制人时的抢先发售商业动机。不以时间抢先取胜,而以内容质量取胜;其二,后发制人可以舍“热”而取“冷”,“冷者”,冷静思考,分析比较,取长补短,择优舍劣,取众家之所长;其三,后发制人可以在新合同法通过后生效前一段期间内所反映出来的法律空白点、疑惑点加以更深的学术探索,针对人们挖出的问题而加以回答。有此三点,足以显示后发制人之优势。

这套《合同法》系列丛书是由一些具有实践经验的博士、硕士、法官编写的,作者均具有一定的民法功底,对问题的解析较为透彻、到位,力争对每一问题的解答都具有明确的法律依据,写作范围不仅涵盖债权法相关内容,而且还编写了一些物权法的内容,从整体法律操作的角度上来研究问题,编写的合同种类也较广泛,不仅涵盖了新《合同法》中15种合同类型,而且包括担保合同,金融合同,知识产权合同,劳动合同,合伙合同,国际货物买卖、海商、保险合同,旅游、培训、演员等诸多合同,具有相当的全面性、实用性、纵深性。

新《合同法》的普及,是一个长期的任务,在法条注释阶段之后,便是法律操作阶段,其中的问题亦会层出不穷。我祝愿这套丛书能够解决一些实际问题,并有利于合同法的实施。

江 平

目 录

第一章 担保合同概论	(1)
一、债权人如何选择担保合同的方式?	(1)
二、哪些民事主体不得作为担保人签订担保合同? ...	(4)
三、如何认识担保合同与主合同效力的关系?	(7)
四、担保合同与《合同法》和《担保法》的关系	(10)
五、何谓反担保?	(13)
第二章 保证合同	(16)
第一节 保证合同的主体	(16)
一、哪些人可以作为保证人对外签订保证合同?	(16)
二、国家机关可否作为保证人对外签订保证合同? ...	(21)
三、事业单位和社会团体可否作为保证人签订保 证合同?	(24)
四、企业法人的分支机构、职能部门能否作为保证人 签订保证合同?	(26)
五、关于非自愿签订保证合同的效力问题	(31)
六、共同保证人应如何承担保证责任?	(34)
第二节 保证合同的订立	(37)
一、保证合同应如何订立?	(37)
二、法律对保证合同的形式有无特殊要求?	(42)
三、什么是最高额保证?	(45)
四、保证合同应包括哪些内容?	(47)

五、检索抗辩权对保证责任的承担有何影响？	(51)
六、连带责任保证与一般保证有何区别？	(54)
七、债务人已放弃的抗辩权，保证人是否仍可行使？	(57)
第三节 保证合同的效力	(59)
一、如何界定保证担保的范围？	(59)
二、债权人转让主债权对保证人承担保证责任有 何影响？	(64)
三、债务人转让债务对保证人承担保证责任有何 影响？	(67)
四、主合同变更对保证人承担保证责任有何影响？	(69)
五、如何确定保证人承担保证责任的期间？	(73)
六、同一债权既设有保证，又设有物的担保时应如 何处理？	(78)
七、保证人不承担民事责任的情形有哪些？	(81)
八、保证人承担保证责任后，可否向主债务人追偿？	(85)
九、当主债务人破产时，保证人如何保障自身权益？	(88)
第三章 抵押合同	(94)
第一节 抵押和抵押物	(94)
一、何谓抵押合同？它有何特点？	(94)
二、哪些财产可作为抵押合同的标的物？	(98)
三、抵押人担保的债权能否超出抵押物的价值？	(102)
四、以土地使用权作抵押应注意哪些问题？	(105)

五、以城市房地产作为抵押物应注意哪些问题？	(113)
六、哪些财产不得作为抵押物？	(120)
第二节 抵押合同的订立与登记	(123)
一、我国法律对抵押合同的形式有无特殊要求？	(123)
二、抵押合同应包括哪些内容？	(126)
三、我国法律是否禁止流押契约？	(130)
四、抵押权登记的效力以及相关问题	(132)
五、土地使用权抵押登记应注意哪些问题？	(138)
六、企业动产抵押登记应注意哪些问题？	(147)
第三节 抵押的效力	(152)
一、如何界定抵押权所担保的债权的范围？	(152)
二、如何界定抵押效力所及的标的物的范围？	(154)
三、抵押合同与租赁合同发生冲突怎么办？	(158)
四、抵押物在抵押期间可否转让？	(161)
五、抵押权人如何保全其权利？	(164)
第四节 抵押权的实现	(167)
一、抵押权人如何实现其抵押权？	(167)
二、抵押权顺位有何意义？	(172)
三、土地使用权及房地产抵押权实现应注意哪些问题？	(177)
第五节 最高额抵押	(182)
一、何谓最高额抵押，它与普通抵押有什么区别？	(182)
二、最高额抵押的效力如何？	(185)

第四章 质押合同..... (188)

第一节 动产质押..... (188)

- 一、什么是动产质押合同, 法律对其形式与生效要件有何要求? (188)
- 二、哪些财产可以作为动产质押合同的标的物? (193)
- 三、如何界定动产质权所担保的债权的范围? (196)
- 四、如何界定动产质权效力所及的标的物的范围? (199)
- 五、我国法律是否禁止流质契约? (202)
- 六、在质押合同中, 出质人有哪些权利和义务? (205)
- 七、在质押合同中, 质权人有哪些权利和义务? (208)
- 八、动产质权如何实现, 其实现方式与抵押权实现方式有何区别? (216)
- 九、动产质权在哪些情形下消灭? (219)
- 十、如何认识典当合同? (223)

第二节 权利质押合同..... (230)

- 一、何谓权利质押, 哪些权利可以成为权利质押合同的标的? (230)
- 二、以债权证券质押的, 质押合同何时生效, 质权如何实现? (235)
- 三、订立股权质押合同应注意哪些问题? (241)
- 四、以知识产权出质的, 应注意哪些问题? (249)

第五章 定金合同..... (260)

- 定金合同的效力体现在哪些方面? (260)

第六章 对外担保 (265)

- 一、签订对外担保合同应注意哪些问题? (265)
- 二、签订对外保证合同应注意哪些问题? (279)
- 三、签订对外抵押合同应注意哪些问题? (284)
- 四、签订对外质押合同应注意哪些问题? (286)

附 担保合同示范文本

- 1. 保证合同 (291)
- 2. 抵押书 (294)
- 3. 担保书 (299)
- 4. 抵押合同 (302)
- 5. 中国人民建设银行房地产信贷部职工住房抵押贷款合同 (307)
- 6. 外汇抵押人民币贷款借款合同 (309)
- 7. 外汇抵押人民币贷款合同 (314)
- 8. 出口信用证抵押人民币贷款合同 (315)
- 9. 财产抵押书 (318)
- 10. 股权抵押书 (320)
- 11. 定期存单抵押书 (322)
- 12. 抵押协议书 (323)
- 13. 抵押贷款合同 (326)
- 14. 物业股权抵押合同 (331)
- 15. 深圳经济特区房产抵押贷款合约 (335)
- 16. 深圳经济特区房产抵押贷款合约 (352)
- 17. 补偿贸易下的履约保函 (360)
- 18. 出口履约保函 (362)
- 19. 对外承包工程下的履约保函 (363)
- 20. 履约类保函 (364)

21. 履约担保协议书	(365)
22. 租赁保函	(367)
23. 反担保书	(368)
24. 不可撤销反担保函	(371)
25. 担保申请书	(372)
26. 信用担保书	(372)
27. 不可撤销担保书 (非金融机构信用担保用)	(374)
28. 不可撤销担保书 (金融机构信用担保用)	(376)
29. 不可撤销担保书	(377)
30. 几种较规范的涉外保函文本格式	(378)

第一章 担保合同概论

一、债权人如何选择担保合同的方式？

（一）术语解释及基本理论

1. 担保合同：是指债务人或第三人同债权人之间订立的以担保法规定的方式担保债权实现的合同。

担保合同主要有三种，即保证合同、抵押合同和质押合同，主要运用于借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动中。

2. 保证合同：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合同。

3. 抵押合同：是指债务人或者第三人以不动产或特定的动产，以不转移占有方式向债权人提供担保，双方当事人约定，当债务人不履行债务时，债权人以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿的合同。

4. 质押合同：是指债务人或第三人将其动产或财产权利凭证交债权人占有，作为债权的担保，并同债权人约定当债务人不履行债务时，债权人有权依法以该动产或财产权利折价或者以拍卖、变卖该动产的价款优先受偿的合同。

5. 定金合同：是指当事人依照约定，一方向对方给付定金作为债权担保。给付定金的一方不履行债务的无权要求返还定金，收受定金的一方不履行债务的应双倍返还定金的合同。

（二）常见纠纷及注意的问题

担保合同包括抵押合同、质押合同和保证合同。每一种担保方式都有其优点和缺点，债权人若选择方式不当，担保有可能成为“空保”或交易成本过大。作为债权人应充分考虑债务人或担

保人的资信情况，慎重选择担保合同的具体类型。

债权人在选择担保合同方式时应注意以下问题：

1. 保证合同的订立

由于保证合同属于债权担保方式，是一种信用担保，担保权人对保证人的财产无优先受偿的权利。因而保证人的资信十分重要，只有当债权人确信保证人信用良好时才可采用保证合同方式。采用保证合同的优点是方式简捷、无须履行登记等手续，交易秘密能够得到保护。

2. 抵押合同的订立

抵押合同看似为担保合同中最为安全的一种，但同样存在交易风险，尤其是现实生活中重复抵押现象不断发生，抵押物所担保的债权额往往超出抵押物自身价值，从而使得登记次序在后的抵押权人难以充分受偿。另外，抵押权的存在是以抵押物的存在为前提的。因而当抵押物灭失时，抵押权自然消灭，所以债权人在订立抵押合同时，应要求抵押人就抵押物保险。

3. 质押合同的订立

依据质押合同，债权人占有质押物，看似债权人的权益有充分保障，但其中也有风险，债权人应认识到质权人有妥善保管质物的义务，若因质权人保管不善致使质物灭失或者毁损的，质权人应承担民事责任。另外，质押物为动产，而动产的价值是不稳定的，若质押物价值下跌，债权人充分受偿的可能性也会减少。

4. 定金合同的订立

依据定金合同约定，一方不履行债务时，适用定金罚则，但即使如此仍难以弥补债权人的损失，因此债权人设定担保时，不应全部依靠定金合同。

（三）当事人权利义务的分配

担保合同因其类型不同，当事人的权利义务亦不同。

1. 依据保证合同，当债务人不履行主债务时，债权人有权

要求保证人承担保证责任。一般保证的保证人享有检索抗辩权，在主合同纠纷未经审判或仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，对债权人可拒绝承担保证责任。负有连带责任的保证人则无检索抗辩权，应同主债务人一起对债权人承担连带责任。

2. 依据抵押合同，当债务人不履行债务时，债权人有权就抵押物的价值优先受偿。

3. 依据质押合同，当债务人不履行债务时，债权人有权就质押物或质押的财产权利优先受偿。

须注意的是，同一抵押物上可能设有若干个抵押权，抵押权人须依照抵押权登记次序受偿，而对于质押合同在一般情况下不应出现次序问题。

4. 依据定金合同，给付定金的一方不履行债务时，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行债务时，应双倍返还定金。

（四）法律、法规及司法解释（及法律冲突的解决）

1. 《担保法》第2条：在借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动中，债权人需要以担保的方式保障其债权实现的，可以依照本法规定设定担保。

本法规定的担保方式为保证、抵押、质押、留置和定金。

2. 《担保法》第6条：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為。

3. 《担保法》第33条：本法所称抵押，是指债务人或者第三人不转移对本法第34条所列财产的占有，将该财产作为债权的担保。债务人不履行债务时，债权人有权依照本法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。

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物。

4.《担保法》第 63 条：本法所称质押，是指债务人或者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，债权人有权依照本法规定以该动产折价或者以拍卖、变卖该动产的价款优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为出质人，债权人为质权人，移交的动产为质物。

5.《担保法》第 89 条：当事人可以约定一方向对方给付定金作为债权的担保。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金。

二、哪些民事主体不得作为担保人签订担保合同？

（一）术语解释及基本理论

合同的有效性以合同主体具备相应的缔约能力为前提。担保合同作为一种比较特殊的合同，对其主体的缔约能力，特别是作为担保人的资格有着特殊的要求和限制。凡依法律、法规及有关规定不得担任担保人的主体以担保人身份签订的担保合同应认为无效。

（二）常见纠纷及注意的问题

质权人在与担保人签订担保合同时，一定要认真审查担保人的资格，以确保担保合同的有效性，在审查时应注意以下问题：

1. 国家机关不得作为担保人签订保证合同或抵押合同。

国家机关包括国家立法机关、行政机关、司法机关和军事机关。国家机关的主要职能是依法行使国家权力，进行公务活动，而不得参与经济活动，也不得为他人的商业行为提供担保。国家机关的财产与经费来自财政拨款，是用来保证国家机关正常行使其职能，进行公务活动的需要。如果国家机关为他人作担保，一旦债务人届期不履行债务，国家机关就要承担担保责任，经费的短缺将导致国家机关正常公务的活动无法进行。须注意的是，经

国务院批准为使用外国政府或国际经济组织贷款进行转贷时，国家机关可以为保证人。国家机关担任保证人应符合以下两个条件：（1）必须是外国政府或国际经济组织提供的贷款，对于外国银行的商业性贷款，国家机关不得为保证人。（2）必须经国务院批准，地方政府或有关部门不得擅自提供担保。

2. 学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体不得为担保人。

学校、幼儿园、社会团体的设立目的是为社会公众提供一定的公益服务。不应该从事营利性活动，也不得为他人的营利性活动提供担保。因为如果以公益为目的的事业单位、社会团体为他人提供担保，对外签订担保合同，将会违背其设立目的，使社会公共利益受到影响。由于学校、医院等事业单位有时也需要为自身融资，为债权人提供一定的担保。因此可以非公益设施为自己融资的需要设定抵押权。

3. 有限责任公司、股份有限公司不得以公司资产为公司的股东或其他个人债务提供担保。因为如果以公司资产为公司债权人以外的人设定抵押权或质押权，当债务人不履行债务时，抵押权人就会优先于公司债权人获清偿。当公司为他人作保证，被保证人无力清偿债务时，公司资产将被用于清偿被保证人的债务，公司自身债权人的利益同样会受影响。

4. 依照《境内机构对外担保管理办法》及有关规定，对外担保的担保人须为经批准有权经营对外担保业务的金融机构或具有代位清偿债务能力的非金融企业法人。因而，无权经营外汇担保业务的金融机构，无外汇收入的非金融性质的企业法人不得签订外汇担保合同和提供外汇担保。

（三）当事人权利义务的分配

凡依照法律、法规不得作为担保人的民事主体以担保人身份对外签订担保合同的，应确认担保合同无效。担保合同无效，仅

意味着不发生担保人和担保权人意欲发生的法律效果，并非任何法律效力都不发生。依照《担保法》第5条第2款规定“担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。”担保人明知自己无资格提供担保仍为他人提供担保的，债权人未审查担保人有无作为担保人的资格而与之签订担保合同的，担保人与债权人对合同无效都有过错，都应承担相应的民事责任。

（四）法律、法规及司法解释

1. 《担保法》第8条：国家机关不得为保证人，但经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外。

2. 《担保法》第9条：学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体不得为保证人。

3. 《担保法》第37条：下列财产不得抵押：（1）土地所有权；（2）耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权，但本法第34条第5项、第36条第3款规定的除外；（3）学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施；（4）所有权、使用权不明或者有争议的财产；（5）依法被查封、扣押、监管的财产；（6）依法不得抵押的其他财产。

4. 《公司法》第60条：董事、经理不得挪用公司资金或者将公司资金借贷给个人。

董事、经理不得将公司资产以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储。

董事、经理不得以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保。

5. 《公司法》第214条：董事、经理挪用公司资金或者将公司资金借贷给个人的，责令退还公司的资金，由公司给予处分，将其所得收入归公司所有。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

董事、经理违反本法规定，以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保的，责令取消担保，并依法承担赔偿责任，将违法提供担保取得的收入归公司所有。情节严重的，由公司给予处分。

6.《境内机构对外担保管理办法》第4条：本法规定的担保人为：（1）经批准有权经营对外担保业务的金融机构（不含外资金融机构）；（2）具有代位清偿债务能力的非金融企业法人，包括内资企业和外商投资企业。除经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷外，国家机关和事业单位不得对外担保。

三、如何认识担保合同与主合同效力的关系？

（一）术语解释及基本理论

1. 主合同：是指不依赖其他合同而独立存在的合同，其合同的效力不因其他合同是否有效而受影响。

2. 从合同：是指不能单独有效存在的，而以其他合同有效存在为前提的合同。

主合同与从合同是相对而言的，从合同的有效存在是以主合同有效存在为前提的，主合同无效导致从合同无效，但从合同无效并不影响主合同的效力。债权人与债务人之间订立的合同为主合同，而担保合同为从合同，担保合同是用来担保主合同履行的，是以主合同的有效存在为前提的，当主合同无效或被撤销时，担保合同通常亦无效或被撤销，但担保合同若另有约定，应从其约定。例如在涉外经济贸易中一方当事人向债权人出具的不可撤销的保函，通常当事人约定该担保合同是独立于主合同而单独存在的，即使主合同无效，担保人仍然要承担担保责任，这已成为国际贸易中的惯例。

担保合同无效，是指该担保合同不能达到合同当事人意思表示欲达到的效果，而并非任何效力都不发生。当担保合同被确认