

GONGCHENG DANBAO BAIWEN

工程担保百问

工程担保百问编写委员会 组织编写



中国财政经济出版社

工程担保百问

工程担保百问编写委员会 组织编写



中国财政经济出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

工程担保百问/《工程担保百问》编写委员会组织编写. —北京: 中国财政经济出版社,
2011.8

ISBN 978-7-5095-2989-8

I. ①工… II. ①工… III. ①建筑工程-担保-问题解答 IV. ①F407.9-44

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 136077 号

责任编辑: 张 军

责任校对: 黄亚青

封面设计: 智兴设计室

版式设计: 兰 波

中国财政经济出版社出版

URL: <http://www.cfeph.cn>

E-mail: cfeph@cfeph.cn

(版权所有 翻印必究)

社址: 北京市海淀区阜成路甲 28 号 邮政编码: 100142

发行处电话: 88190406 财经书店电话: 64033436

河北省零五印刷厂印刷 各地新华书店经销

787×1092 毫米 16 开 10 印张 237 000 字

2011 年 8 月第 1 版 2011 年 8 月河北第 1 次印刷

定价: 30.00 元

ISBN 978-7-5095-2989-8/F·2531

(图书出现印装问题, 本社负责调换)

本社质量投诉电话: 010-88190744

编委会名单

主 编：缪长江

编 委：（按姓氏笔画排序）

杨智慧	邓晓梅	孙继德	杨卫东	傅仰艺
赵 勇	栾建平	刘伊生	何中信	李启明
程国顺	徐友全	史汉星	白红磊	何佰洲

前 言

工程担保是建筑工程领域控制风险、规避风险的重要手段，是工程风险管理研究的重要课题。工程风险是影响项目目标实现的客观不确定性事件或因素的集合。建筑产品与其他产品相比，具有规模大、周期长、生产的单件性和复杂性等特点，在实施过程中存在许多不确定的因素，比一般产品生产具有更大的风险。因此，国际上把建设工程风险管理看做是项目管理的重要组成部分，把风险管理和目标控制视为项目管理的两大基础。

从总体上看，我国的工程风险管理水平仍十分落后，工程风险管理制度尚不完善。与发达国家和地区相比，我国的风险管理尚处于起步阶段。我国工程项目普遍存在投资失控现象，其原因主要是对影响和制约工程项目的风险因素没有进行评估和控制，导致在工程项目建设中由于风险引起的大量损失。

工程担保制度起源于美国公共投资建设领域，至今已有一百七十多年的历史。作为工程建设领域风险控制的一种责任机制，工程担保充分利用信用手段，加强建设市场主体及保证人之间的责任关系，能够有效地保障工程建设顺利地进行。

为建立和完善我国建筑市场信用机制，规范建筑市场经济秩序，加强工程风险管理，维护建筑市场各方主体的合法权益，建设部自 1999 年以来，启动了我国建筑工程担保制度的试点工作，曾先后发布了《关于在房地产开发项目中推行工程建设合同担保的若干规定（试行）》（建市〔2004〕137 号文）和《工程担保合同示范文本》，有力地推动了我国工程担保事业的发展。

本书共分为工程担保概述、工程担保模式、运行机制、风险控制、市场监管和相关法律法规等六个部分，同时收录了有关工程担保的重要法律文件。

囿于作者水平，本书尚有偏颇甚至谬误之处，敬请读者批评指正。

本书编委会

二〇一一年六月二十六日

目 录

第1章 工程担保概述	(1)
第2章 工程担保模式	(24)
第3章 工程担保运行机制	(37)
第4章 工程担保风险控制	(58)
第5章 工程担保的市场监管	(71)
第6章 工程担保的相关法律法规	(75)
附 录	(81)
中华人民共和国担保法	(81)
中华人民共和国物权法	(91)
中华人民共和国劳动合同法	(112)
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	(123)
最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释	(135)
最高人民法院关于审理物业服务纠纷案件具体应用法律若干问题的解释	(138)
动产抵押登记办法	(140)
森林资源资产抵押登记办法（试行）	(142)
关于在房地产开发项目中推行工程建设合同担保的若干规定（试行）	(145)
关于在建设工程项目中进一步推行工程担保制度的意见	(148)

第1章 工程担保概述

1. 担保的含义

担保是一个动词，通常表示负责，保证不出问题或一定办到。如果出现问题或不能办到的情况，担保人往往需要对担保行为负责。在民法上，担保是指以确保债权清偿为目的的行为。《民法通则》规定：债，是指按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权利和义务。债主要因为合同行为、侵权行为、不当得利和无因管理而产生，不是所有的债都可以通过担保行为进行保障的。

2. 我国关于担保活动的立法概况

担保立法分为两类，包括担保机构组织法和担保行为法。担保机构组织法是规范信用担保经营主体的成立、组织机构、运作方式、经营范围、行业监管和法律责任的法律；担保行为法是规范担保行为和法律允许作为担保人的其他主体的担保关系的法律。担保行为法不只是针对担保公司，它调整的是民事、经济活动中所有的担保关系。

我国的担保公司是依据公司法成立的普通公司，而不是特别法。在我国设立各类担保公司，除因经营担保业务的特殊性需要主管部门批准外，其设立程序基本上按照普通公司的设立程序进行。对因特定目的而设立的担保公司，政府部门发布的规范意见、管理办法，也部分起到担保机构组织法的作用。现有的有关组织制度方面的法律与规章制度还不能完全满足信用担保业广阔发展的需要。

在担保行为法方面，我国建立起了以《民法通则》、《合同法》、《物权法》为基本法，以《担保法》为核心，以最高人民法院司法解释为重要补充的完整的担保法体系。

3. 我国与担保有关的法律和规章制度

- 《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国担保法》、《中华人民共和国物权法》、《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国农村土地承包法》、《中华人民共和国矿产资源法》、《中华人民共和国企业破产法》等。

- 《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》、《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》、《中华人民共和国物权法释义》等。

- 《中华人民共和国海域使用管理办法》、《动产抵押登记办法》、《森林资源资产抵押登记办法（试行）》、《城市房地产抵押管理办法》、《个人定期存单抵押贷款办法》、《单位定期存单质押管理规定》、《应收账款质押登记办法》、《著作权质押合同登记办

法》、《专利权质押登记管理暂行办法》、《商标专用权质押登记程序》、《最高人民法院关于执行设定抵押的房屋的规定》、《境内机构对外担保管理办法》、《境内机构对外担保管理办法实施细则》、《工商行政管理机关股权出质登记办法》、《关于涉及担保纠纷案件的司法解释适用和保证责任方式认定问题的批复》、《关于〈保证保险〉业务的批复》、《关于在房地产开发项目中推行工程建设合同担保的若干规定（试行）》、《关于在建设工程项目中进一步推行工程担保制度的意见》等。

4. 《担保法》的适用范围

《担保法》的立法目的是，为促进资金融通和商品流通，保障债权的实现，发展社会主义市场经济，并规定在借贷、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《担保法》的规定设定担保。反担保适用《担保法》的规定。

《担保法》司法解释对《担保法》调整的对象进行了扩大，即“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。”

5. 担保方式有哪些

对担保方式的划分角度不同，划分的结果也不相同。通常担保方式可以分为人保和物保，也可以分为典型担保方式和非典型担保方式，也有的根据担保发生的依据不同将担保分为约定担保和法定担保，还有的将担保分为再担保、共同担保和反担保。

《担保法》明确的保证，属人保，仅在债权人、保证人之间发生效力，保证人以全部责任财产承担保证责任；抵押、质押、留置、定金属于物保，担保人以特定财产承担担保责任。物保不仅在债权人、担保人之间发生效力，而且有对抗第三人的效力，当事人侵占担保物构成侵权的，依法承担侵权责任。

如果从适用法律的角度出发，可以将“成文法有明确规定、法律适用清楚、担保效力易于确定、担保权利义务稳定”的担保方式称为典型担保，如《担保法》设定的保证、抵押、质押、留置、定金等五种担保方式称为“典型担保”，其他的担保方式称为“非典型担保”。有物的担保内容的非典型担保，如按揭、所有权保留、附让与担保内容的有价证券回购、进口押汇、账户质押等，有无物的担保内容的合同型非典型担保，如有追索权的应收账款转让、附买回条款的买卖、收费权担保等。

约定担保是指完全由当事人双方自行约定的担保，法定担保是指有法律直接规定而不是由双方当事人自行约定的担保。

有第三人向债权人承诺，当债权的担保人无力独立承担全部担保责任时，由该第三人代替担保人向债权人继续补充清偿担保人对债权的剩余清偿责任。这个承担再担保的第三人称为“再担保人”，其承担的继续清偿责任，称为“再担保”；由多个不同担保人对同一债权同时提供担保的，称为“共同担保”；债务人为了获得担保人向债权人提供担保，由债务人或第三人向该担保人提供的担保。反担保人可以可是债务人，也可以是债务人之外的其他人。反担保方式可以是债务人提供的抵押或者质押，也可以是其他人提供的保证、抵押或者质押。

6. 工程担保的含义

工程担保也属担保的范畴,是指在工程建设活动中,根据法律法规的规定或合同约定,由担保人向债权人提供的、保证债务人不履行债务时,由担保人代为履行或承担责任的法律行为。工程担保往往又称为“工程保证担保”,是担保人以保证的方式向债权人提供债务人履行合同的担保。实际上,只要与工程建设相关而采取的保证、抵押、质押、留置、定金等都是工程担保的合法方式。

工程保证担保涉及三方当事人的契约关系。承担保证担保的一方称为担保人或保证人,接受担保的一方称为债权人、权利人或受益人,对于债权人有某种义务的一方称为债务人,或被担保人、义务人、委托担保人、投保人。工程保证担保可分为一般保证和连带责任保证。如果当事人对保证方式没有约定或约定不明时,担保人按照连带责任保证承担保证责任。

一般保证人享有先诉抗辩权,该权利保障保证人仅为第二顺序债务人,所承担的责任是债务人不能承担的部分。连带保证责任不享有先诉抗辩权,对全部债务承担保证义务。

7. 《担保法》规定的法律责任

担保活动应当遵循平等、自愿、公平、诚实信用的原则。

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。

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。

《担保法》规定的民事责任主要有两大类,即担保责任和赔偿责任。但司法实践中,因担保行为而产生的民事责任还有《合同法》规定的违约责任和缔约过失责任。

(1) 担保责任

有效的担保关系产生担保责任,即担保人允诺在债务未得到清偿时,担保人依其允诺承担代为履行债务或承担赔偿责任的法律责任。由于担保责任产生于担保人对债权人的承诺,该责任在民法理论上被归纳入约定责任。当事人承担责任的基础和依据是当事人真实意思表示作出的承诺,不一定需要对价,担保人的承诺直接构成强制执行的基础,债权人对担保人是否给付对价,并不构成担保人是否承担担保责任的条件。担保责任又分为履行责任和维持责任。

1) 履行责任。担保有效时,担保人在所担保的债权得不到清偿时,应依据合同的约定代债务人履行债务或承担担保责任。该责任产生于债务人不履行债务之时,责任内容是履行债务人应当承担的债务或其他法律责任,因此称之为“履行责任”。履行责任是担保人应当履行的主要责任。

2) 维持责任。担保有效时,担保合同对双方都有约束力。维持责任是指,为保障债权的实现,担保人和债权人应当承担的维护担保物价值的责任。维持责任既针对担保人,同样也针对债权人。义务人在违反法律规定的维持担保物价值义务时,相对方可以根据法律的规定要求义务人承担相应的民事责任。

（2）赔偿责任

《担保法》规定的赔偿责任是指担保关系无效时，担保人因其过错承担的对债权人的民事赔偿责任，从性质上看这种责任属广义的缔约过失责任的一种。

（3）违约责任

因担保行为产生的违约责任，通常出现在抵押、质押等设权合同中，该类合同虽被确认有效，但合同所设权利嗣后不能行使。因设权合同有效，而合同所设物权又不能行使，司法实践中这类情况只能诉诸《合同法》所规定的违约责任。

（4）缔约过失责任

因担保行为产生的缔约过失责任通常发生在担保合同不生效的情况下。担保合同不生效，担保人如果对合同不生效有过错，因此导致债权人损失的话，担保人也不排除承担民事责任。如附生效条件的保证合同，因保证人的原因导致合同不生效，保证人因此对债权人承担缔约过失责任。缔约过失责任的产生与担保人的过错直接相关，通常担保人存在违背诚实信用的情形。

违约责任和缔约过失责任的法律依据是合同法，虽不属于《担保法》规定的责任类型，但可以归入“因担保行为产生的其他法律责任”类型之中。

8. 如何界定无效担保的法律责任

《担保法》第五条第二款规定：“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。”

（1）主合同有效而担保合同自身无效，担保人的责任

《〈担保法〉司法解释》第七条规定：“主合同有效而担保合同无效，债权人无过错的，担保人与债务人对主合同债权人的经济损失，承担连带赔偿责任；债权人、担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的二分之一。”

1) 主合同有效而担保合同无效，债权人无过错的，担保人与债务人对主合同债权人的经济损失，承担连带赔偿责任。在这种情况下，债权人没有过错是指，对担保合同的无效既无过错，也不知担保合同存在无效原因，依照缔约过失责任理论，债权人可以要求存在缔约过失的担保人承担赔偿责任，该情况下担保人和债务人均均为债权人的连带债务人。但由于担保人主体资格不具备而无效，如国家机关作担保人的，不属于债权人无过错的情况。因为担保人主体资格欠缺是显而易见的，在法律禁止某类主体作担保人的情况下，债权人仍然接受这样的担保，债权人应当被认为有过错。

2) 主合同有效而担保合同无效，债权人、担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的二分之一。这种情况在担保合同无效的时候比较常见，担保人根据过错的大小仅承担部分赔偿责任，且上限是不能清偿部分的二分之一。

（2）主合同无效导致担保合同无效，担保人的责任

《〈担保法〉司法解释》第八条规定：“主合同无效而导致担保合同无效，担保人无过错的，担保人不承担民事责任；担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的三分之一。”主合同无效导致担保合同无效的，担保人原则上没有义务为主合同负责，所以担保人应承担的责任及责任的份额均与担保合同自身无效时有所区别。

1) 主合同无效而导致担保合同无效, 担保人应承担的责任份额。担保人无过错的, 担保人不承担民事责任。担保人无过错是指, 担保人对主合同无效原因不知也不应知, 或不存在明知主合同无效仍促成主合同成立或为主合同的签订作中介等情节的, 担保人免于承担赔偿责任; 担保人有过错的, 担保人承担民事责任的部分, 不应超过债务人不能清偿部分的三分之一。这种情况是指, 担保人明知主合同无效仍为之提供担保, 或担保人明知主合同无效仍促成主合同成立或为主合同的签订作中介等。

2) 担保人承担责任的范围。在计算赔偿份额时, 限定为“债务人不能清偿部分”。不能清偿部分是指, 债务人的财产已经被执行仍不能偿付的, 同时担保人承担的责任范围应当理解为债务人应当承担的主债权、利息等全部“债务不能清偿的部分”。

(3) 主合同与担保合同均无效, 担保人的责任

当主合同和担保合同均存在无效原因, 各自无效的情况, 司法解释没有单独规定担保人的责任范围。

(4) 担保人承担赔偿责任后的追偿权

《〈担保法〉司法解释》第九条规定: “担保人因无效担保合同向债权人承担赔偿责任后, 可以向债务人追偿, 或者在承担赔偿责任的范围内, 要求有过错的反担保人承担赔偿责任。担保人可以根据承担赔偿责任的事实对债务人或者反担保人另行提起诉讼。” 司法解释肯定了无效担保的担保人在承担了民事赔偿责任后, 有权向债务人进行追偿或要求反担保人承担责任, 追偿的范围以担保人已承担的责任范围为限。反担保合同是担保合同的从合同, 担保合同无效, 反担保合同也无效, 担保人承担的是缔约过失责任, 反担保人的责任也是缔约过失责任, 反担保人仅有过错时才有责任。如果担保人不承担无效担保责任, 反担保人也不必承担任何责任, 需要注意的是担保人的责任不一定全部由反担保人承担, 在担保人和反担保人均有过错的情况下, 反担保人分担担保人的责任比较公平。

9. 主合同解除的情况下如何界定担保人的法律责任

《〈担保法〉司法解释》第十条规定: “主合同解除后, 担保人对债务人应当承担的民事责任仍应承担担保责任。但是, 担保合同另有约定的除外。” 根据司法解释, 主合同解除并不免除担保人的法律责任, 担保合同在主合同解除后仍然有效。担保人承担责任的要件是: 债务人应当承担民事责任, 即债务人作为被担保人的民事责任被依法确定; 债务人承担的民事责任在担保人的担保范围之内。

在司法实践中有以下几种情况值得注意:

- 1) 主合同因债权人一方的原因解除的, 如债权人违约, 担保人不承担担保责任。
- 2) 主合同因解除而未履行, 担保范围内的债权未发生的, 担保人不承担担保责任。
- 3) 主合同因解除, 被担保的风险未出现的, 担保人不承担担保责任。
- 4) 合同解除后, 债务人自愿对债权人承担补偿责任, 而该补偿不属于担保人的担保范围的, 担保人不承担担保责任。

10. 越权担保情况下的担保责任如何界定

行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人的名义订立的合同, 未经被代理人追认, 对被代理人不发生效力, 由行为人承担责任。越权担保合同属于自始至

终不生效合同，不产生担保义务。

（1）代表人责任

《〈担保法〉司法解释》第十一条规定：“法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的担保合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。”代表人责任是指法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，代表人单位应当对其行为后果承担责任的规定。《合同法》第五十条规定：“法人或其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限外，该代表行为有效。”担保合同属于民事合同，合同法关于代表人的责任规定适用于担保合同。

（2）表见代理责任

表见代理是指无权代理人在其表现出足以让相对人相信其有代理权的情形下进行的代理行为。我国《担保法》和《〈担保法〉司法解释》对表见代理没有规定。《合同法》第四十九条规定“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。”

构成表见代理的一般情形：

1) 行为人曾经是代理人并且与相对人发生过订立合同行为，订立的合同上加盖有被代理人公章或合同专用章。

2) 行为人曾经是代理人并且与相对人发生过订立合同行为，在订立合同过程中提供了加盖有被代理人印鉴的介绍信。

3) 行为人持有证明代理权的证书，并且按照一般商业习惯和理性认识无法从证书内容判定所订立的合同超越了代理权范围。

4) 被代理人曾经有授予行为人代理权的表示，按照一般理性判断该表示可以被相信。

5) 被代理人明知行为人以自己名义订立合同，但不表示反对。

6) 被代理人应该知道行为人以自己名义订立合同，但不表示反对。

11. 保证人须具备的资格

保证人为债务人向债权人提供保证，目的是为了保证债权能够实现，因而具有代为清偿能力是保证人作保的基本条件。《担保法》第七条规定：“具有代为清偿债务能力的法人、其他组织或者公民，可以作保证人。”保证属人保，以保证人的信用保障债权的实现，保证人的清偿能力、履约能力是决定债权能否实现的关键。

可以成为提供保证的合格主体包括：

1) 具有民事行为能力的自然人；

2) 企业法人；

3) 金融机构；

4) 从事经营活动、非属公益性质的社会团体；

5) 其他经济组织。

《担保法》规定，禁止作保证人的主体有：

1) 国家机关（经国务院批准的为使用外国政府、国际经济组织贷款进行转贷提供担

保的除外)；

2) 以公益为目的的事业单位、社会团体，包括学校、幼儿园、广播电台、电视台等；

3) 企业法人的职能部门；

4) 未经授权的企业法人分支机构；

5) 对外担保中无外汇收入的企业法人和无外汇担保权的金融机构。

12. 保证合同的形式

保证合同的形式比较多，除比较典型的主从合同形式外，还有单方承诺形式等。

(1) 主从合同的形式

保证人与债权人订立单独的保证合同，作为主合同的从合同。《担保法》第十三条规定：“保证人与债权人应当以书面形式订立保证合同。”

(2) 主从条款的形式

债权人、债务人与保证人共同订立一个合同，保证合同仅作为保证条款出现在主债权债务合同中，属主从条款式的保证合同。

(3) 以保证人身份在合同上承包的形式

保证人在债权人与债务人签订的主合同上，以保证人身份或在“保证人”栏下签名或者盖章的，即使主合同上没有保证人的责任范围、责任方式、保证期间等，保证关系也成立，保证人应当承担保证责任。

(4) 保证人单方面出具的保证承诺书形式

保证人制作书面保证承诺书，明确表示为债务人承担保证义务，并交付保证承诺书给债权人，该承诺书属保证合同。保证书虽然属保证人的单方行为，但债权人的接受具有承诺性质，并以此构成保证合同。

(5) 口头保证合同

《担保法》第十三条规定：“保证人与债权人应当以书面形式订立保证合同。”因此，当保证人自愿履行口头保证合同所约定的保证义务的，口头保证合同成立；当事人如果对口头合同的存在与否发生争执的，口头合同不成立。口头保证合同没有强制执行力。

(6) 安慰函

安慰函又称赞助信、安慰信，指发函人给债权人的一种书面陈述，表明当事人对债务人清偿债务承担道义上的义务，或督促债务人清偿债务等。安慰函不是保证合同，但书面形式的安慰函也有与保证合同相似的情况，在特殊情况下，安慰函因具备保证合同的内容构成保证担保。

13. 保证责任与各种抗辩权之间的关系

(1) 先诉抗辩权与保证责任

先诉抗辩权是专属于一般保证人的一种实体权利，指一般保证人在债务人以财产清偿债权之前，免于对债权人清偿的抗辩权。先诉抗辩权保障一般保证人仅为第二顺序债务人，债权人在对第一顺序债务人追索前，不能从一般保证人处获得清偿。

先诉抗辩权的成立以一般保证合同的有效为前提。当事人承担一般担保责任，必须在

合同中明确约定。保证合同未明确约定的,根据《担保法》第十九条可将保证合同认定为连带保证合同,保证人的先诉抗辩权不成立。在实务中,一般保证合同通常应有以下表述内容:

- 1) 直接约定保证人承担一般保证责任;
- 2) 约定保证人承担补充赔偿责任;
- 3) 约定保证人为第二顺序债务人或承担第二顺序清偿责任;
- 4) 约定保证人享有《担保法》第十七条第二款规定的权利。

《〈担保法〉司法解释》第二十四条规定:“一般保证的保证人在主债权履行期间届满后,向债权人提供了债务人可供执行财产的真实情况的,债权人放弃或者怠于行使权利致使该财产不能被执行,保证人可以请求人民法院在其提供可供执行财产的实际价值范围内免除保证责任。”司法解释规定债权人在保证人的配合下应当积极行使权利,如果放弃或怠于行使权利,保证人在其提供的财产价值范围内免除保证责任。这种情况下,先诉抗辩权转化成部分免责抗辩权,产生了免责的法律效果。该规定不适用于连带责任保证。

法律对一般保证人行使先诉抗辩权也有限制,《担保法》第十七条第三款和《〈担保法〉司法解释》第二十五条对此有明确规定。行使先诉抗辩权的限制有:

1) 债权人要求债务人履行债务发生重大困难。当债务人住所变更、下落不明、移居海外,且无财产可供执行的,可限制一般保证人行使先诉抗辩权。

2) 债务人破产案件被人民法院受理。债务人破产也是信用和清偿能力的破产,一般保证人的先诉抗辩权以债权人未向有清偿能力的债务人要求清偿为条件,如果债务人没有清偿能力,一般保证人行使先诉抗辩权将受债务人破产事实的限制。

3) 保证人以书面形式放弃先诉抗辩权。一般保证人有权放弃先诉抗辩权,但一般保证人口头放弃先诉抗辩权的,没有法律效力。《担保法》规定,担保人放弃先诉抗辩权的当以书面形式。

(2) 债权债务转移、主合同变更与保证责任

1) 债权转移与保证人责任。《担保法》第二十二条规定:“保证期间,债权人依法将主债权转让给第三人的,保证人在原保证担保的范围内继续承担保证责任。保证合同另有约定的,按照约定。”《〈担保法〉司法解释》第二十八条规定:“保证期间,债权人依法将主债权转让给第三人的,保证债权同时转让,保证人在原保证担保的范围内对受让人承担保证责任。但是保证人与债权人事先约定仅对特定的债权人承担保证责任或者禁止债权转让的,保证人不再承担保证责任。”

保证人与债权人约定禁止债权转让,并不发生阻止债权转让的法律效力,但保证人因此可获得免除保证责任的抗辩权。

2) 债务转移与保证人责任。《担保法》第二十三条规定:“保证期间,债权人许可债务人转让债务的,应当取得保证人书面同意,保证人对未经其同意转让的债务,不再承担保证责任。”《〈担保法〉司法解释》第二十九条规定:“保证期间,债权人许可债务人转让部分债务未经保证人书面同意的,保证人对未经其同意转让部分的债务,不再承担保证责任。但是,保证人仍应当对未转让部分的债务承担保证责任。”

债务发生法定转移的,如债务因继承发生转移、从属性债务随主合同债务一并转移的,不适用上述规定,即便没有保证人的书面同意,保证人也并不免除保证责任。

3) 主合同变更与保证人责任。《担保法》第二十四条规定:“债权人与债务人协议变更主合同的,应当取得保证人书面同意,未经保证人书面同意的,保证人不再承担保证责任。保证合同另有约定的,按照约定。”《〈担保法〉司法解释》第三十条规定:“保证期间,债权人与债务人对主合同数量、价款、币种、利率等内容作了变动,未经保证人同意的,如果减轻债务人的债务的,保证人仍应当对变更后的合同承担保证责任;如果加重债务人的债务的,保证人对加重的部分不承担保证责任。债权人与债务人对主合同履行期限作了变动,未经保证人书面同意的,保证期间为原合同约定的或者法律规定的期间。债权人与债务人协议变动主合同内容,但并未实际履行的,保证人仍应当承担保证责任。”

(3) 保证期间与保证责任

在《担保法》中,保证期间成为法定期间,无论当事人是否约定保证期间,是否需要保证期间,《担保法》均强制要求必须有保证期间的内容。《担保法》第二十五条规定:“一般保证的保证人与债权人未约定保证期间的,保证期间为主债务履行期届满之日起六个月。在合同约定的保证期间和前款规定的保证期间,债权人未对债务人提起诉讼或者申请仲裁的,保证人免除保证责任;债权人已提起诉讼或者申请仲裁的,保证期间适用诉讼时效中断的规定。”《担保法》第二十六条规定:“连带责任保证的保证人与债权人未约定保证期间的,债权人有权自主债务履行期届满之日起六个月内要求保证人承担保证责任。在合同约定的保证期间和前款规定的保证期间,债权人未要求保证人承担保证责任的,保证人免除保证责任。”对保证期间和保证责任,《〈担保法〉司法解释》第三十一条规定:“保证期间不因任何事由发生中断、中止、延长的法律后果。”

(4) 债权人放弃物的担保与保证责任

债权人放弃物的担保的,《担保法》第二十八条第二款规定:“保证人在债权人放弃权利范围内免除保证责任。”《物权法》第一百九十四条第二款规定:“债务人以自己的财产设定抵押,抵押权人放弃该抵押权……其他担保人在抵押权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任。”第二百一十八条规定:“债务人以自己的财产出质,质权人放弃该质权的,其他担保人在质权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任。”两条规定都明确了仅当债权人放弃债务人提供的担保财产上的担保物权时,其他担保人,才在债权人放弃权利的范围内免除责任。依照《物权法》第一百七十八条规定的法律适用条款,当《担保法》与《物权法》不一致时,《物权法》优先适用。因此,债权人放弃抵押权和质权的,《担保法》第二十八条第二款不再适用。

14. 保证关系中的欺诈及其责任

按照我国《合同法》第五十二条、第五十四条的规定,当事人采取欺诈、胁迫的手段致使对方在违背真实意思表示情况下订立的合同,属于可撤销合同;损害国家利益的,合同无效。保证关系中,保证人因受欺诈、胁迫订立保证合同的,《担保法》第三十条和《〈担保法〉司法解释》第四十条规定保证人不承担保证责任,赋予保证人以免责抗辩权。如果保证人与债务人串通欺骗债权人的,按照《〈担保法〉司法解释》第四十一条的规定,保证人与债务人一起承担连带赔偿责任。

(1) 债权人欺诈保证人

主合同债权人采用欺诈、胁迫等手段,使保证人在违背真实意思的情况下提供保证

的，保证人不承担保证责任。认定债权人欺诈保证人需要具备以下要件：

- 1) 债权人有欺诈行为，比如陈述不当、故意隐瞒、歪曲事实等；
- 2) 致使保证人受骗，即保证人有理由相信债权人的陈述。如果保证人对真实情况了解，主观上未受骗，则不构成欺诈；
- 3) 保证人提供保证的行为与债权人的欺诈行为之间存在因果关系，债权人欺诈行为是保证人签订保证合同的主要原因。但如果保证人与债权人签订保证合同是处于其他考虑，则不构成欺诈。

证明债权人欺诈保证人的举证责任由保证人承担。

(2) 债务人欺诈保证人

我国《担保法》对债务人欺诈保证人的情况未作规定。《〈担保法〉司法解释》第四十条增加规定了债务人欺诈保证人时，保证人不承担保证责任的情形。该条规定：“主合同债务人采取欺诈、胁迫等手段，使保证人在违背真实意思的情况下提供保证的，债权人知道或者应当知道欺诈、胁迫事实的，按照《担保法》第三十条的规定处理。”

(3) 债权人、债务人恶意串通欺诈保证人

《担保法》第三十一条第一款规定，主合同当事人双方串通，骗取保证人提供保证的，保证人不承担保证责任。

(4) 债务人、保证人共同欺诈债权人

债务人、保证人以欺诈手段与债权人订立的主合同和保证合同，除损害国家利益外，属可撤销合同。《〈担保法〉司法解释》第四十一条规定：“债务人与保证人共同欺骗债权人，订立主合同和保证合同的，债权人可以请求人民法院予以撤销。因此给债权人造成损失的，由保证人与债务人承担连带赔偿责任。”债权人享有的撤销权性质上属形成权，由债权人根据实际情况选择。

15. 企业破产与保证责任之间的关系

《企业破产法》规定，企业法人可以适用企业破产法规定的破产重整、清算、和解程序偿还债务或者重整再生。保证关系中的债权人、债务人保证人以企业法人居多，其中任一当事人进入破产程序，对其余当事人都将产生影响，尤其以保证人破产对债权人影响更大。

(1) 债权人破产的情形

债权人破产不影响保证人承担保证责任，债权人的破产管理人代表已破产的债权人行使权利，包括向保证人行使权利。保证人承担的保证责任的方式和内容，不因债权人破产而发生变化。

(2) 债务人破产

债务人进入破产程序后，债权人可以依照企业破产法的规定申报债权，参加破产程序，同时也可以向保证人主张权利。此时，一般保证人丧失先诉抗辩权，转化为连带责任保证人。在债务人破产案件被法院受理后，保证人可以预先行使追偿权，有权在实际承担保证责任之前向债务人追偿。保证人预先行使追偿权的前提是：债权人不申报债权，不参加破产程序。

债务人进入破产程序后，债权人应及时通知保证人，以便保证人预先行使追偿权。为

此,《〈担保法〉司法解释》第四十五条规定:“债权人知道或者应当知道债务人破产,既未申报债权也未通知保证人,致使保证人不能预先行使追偿权的,保证人在该债权在破产程序中可能受偿的范围内免除保证责任。”

债务人破产的,债权人可以选择先申报债权参加债务人破产程序,待债务人破产程序终结后,再向保证人主张权利。《〈担保法〉司法解释》第四十四条第二款规定,“债权人要求保证人承担保证责任的,应当在破产程序终结后6个月内提出。”

(3) 破产债权

破产债权可以是实然债权,也可以是或然债权。或然债权是指在发生时尚未确定的债权,条件成熟后,或然债权才可以转化为实然债权。债权人对保证人享有的保证债权就是典型的或然债权。保证人破产的,债权人可以凭或然债权进行申报。

16. 企业出售、改制、分立、合并与保证责任之间的关系

企业出售、改制、分立合并等股权变动或组织形式上的变化,一般不影响保证人承担的保证责任,但对保证人代偿风险将产生实质性的影响。

1) 债务人发生企业出售、改制、分立合并情况。债务人发生企业出售、改制、分立合并情况的,属于债务人组织形式上发生变化,可能不发生债务转移的后果。债务未发生转移的,不影响保证人承担保证责任。

2) 企业出售指企业股东将企业整体转让,企业的主体资格和企业的财产不发生变化,因此,不影响保证人承担保证责任。保证人合并的,无论是新设合并还是吸收合并,保证人承担的保证债务都将随保证人资产一起转移,保证人分立的,分立的法人或其他组织对合同的权利和义务享有连带债权,承担连带债务。企业改制不影响企业承担保证责任。

17. 法律对抵押合同是否生效的规定

(1) 抵押合同生效

抵押权的设立,是当事人以法律行为在特定物上设定担保物权的行为,抵押合同是当事人之间就在特定物上设立抵押权的协议,《担保法》和《物权法》明确规定,当事人之间设立抵押权必须签订书面抵押合同。抵押合同,一般包含被担保主债权的种类、数额、债务履行期限、抵押物的名称、数量、质量、状况、所在地所有权权属或使用权权属、抵押担保的范围等内容,属于当事人之间的意思自治,根据《合同法》第四十四条和《物权法》第十五条的规定,除法律另有规定或当事人另有约定外,抵押合同自合同成立时生效。

(2) 抵押合同无效

抵押合同是主债务合同的从合同,主债权合同无效的,抵押合同也无效。《物权法》第一百七十二条有明确规定。此外,抵押合同也可以因为自身存在无效的原因而不具备法律效力,如抵押物不合法、抵押人对抵押物无处分权等。抵押合同无效的法律后果,《物权法》和《担保法》的规定一致,均以债务人、债权人和抵押人的过错确定各自应承担的民事责任,以《〈担保法〉司法解释》第七条、第八条和第九条规定为依据,划分各方的民事责任。