

www.docsviver.com
搜索商家 巨力电子书

卓越法律人才培养
民商事法学系列教材

总主编 李少伟 张 翔

A PRACTICAL TRAINING COURSE IN GUARANTEE LAW

担保法实训教程

赵林青 主编

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

卓越法律人才培养

民商事法学系列教材

总主编 李伟 张翔

担保法实训教程

A Practical Training Course in Guarantee Law

主 编 | 赵林青

撰稿人 | 赵林青 朱启莉

以撰写章节先后为序 | 付颖哲 陈凌云



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

担保法实训教程 / 赵林青主编. -- 北京: 法律出版社, 2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1718 - 6

I. ①担… II. ①赵… III. ①担保法—中国—教材
IV. ①D923.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 300694 号

担保法实训教程

DANBAOFA SHIXUN JIAOCHENG

赵林青 主编

责任编辑 陈 慧

装帧设计 凌点工作室

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 三河市龙大印装有限公司

责任校对 杨锦华

责任印制 沙 磊

编辑统筹 法律教育出版分社

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 14.25

字数 230 千

版本 2018 年 1 月第 1 版

印次 2018 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1718 - 6

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

2011年12月23日,教育部和中央政法委员会发布《关于实施卓越法律人才教育培养计划的若干意见》(教高〔2011〕10号,以下简称《意见》)。《意见》针对我国法律人才培养中所存在的突出问题,决定实施卓越法律人才教育培养计划,并明确了卓越法律人才教育培养的指导思想、总体目标、主要任务、工作措施等,其中也提出了教材建设的任务。

西北政法大学承担着全部三个类型的卓越法律人才教育培养的重要任务,民商法学院则担负着全校卓越法律人才培养的民商事实体法学和程序法学的教学任务。五年来,围绕卓越法律人才的教育培养,我们开展了一系列教学改革研究和实践,其中也包括教材改革和建设。“卓越法律人才培养民商事法学系列教材”就是在法律出版社的大力支持下推出的我院教材改革和建设的成果。

该套系列教材是我们在认真研究、深入领会《意见》精神,总结多年课程教学经验、吸收教学改革成果的基础上,组织学术水平较高、教学经验丰富的教师编写完成的。为了实现《意见》的总体目标和要求,我们试图通过此套系列教材达到两个基本目的:一是深化、扩展和丰富民商事实体法学和程序法学的教学内容;二是体现理论与实践的结合,培养学生的法律专业技能或实务操作能力。

我们计划编写和出版的教材有:侵权法实训教程、担保法实训教程、公司法实训教程、证券法实训教程、票据法实训教程、破产法实训教程、保险法实训教程、非诉讼纠纷解决机制(ADR)实训教程、律师公证实训教程、民事案例研习、商事案例研习、家事案例研习、民事诉讼案例研习、民事执行学、仲裁法学、中国司法制度、法律职业道德等。

2 总 序

这套系列教材的出版,既是我院围绕卓越法律人才培养所进行的教学改革的阶段性成果的体现,更是一种新的尝试,其中难免有欠妥当之处,诚望同仁和读者不吝指正。

编 者

2016年6月

作者简介

赵林青 法律硕士,教授、硕士生导师、西北政法大学民商法学院民法学教研室主任。主要社会兼职有:陕西省法学会民法学研究会常务理事、陕西省职业警官学院兼职教授、西安市中级人民法院专家咨询委员会委员、西安市雁塔区法院专家咨询委员会委员、汉中市仲裁委仲裁员、陕西法智律师事务所兼职律师。出版专著《民法总论法理研究》《债因制度法理研究》《知识产权的利用与保护及法律规制》三部,分别在《法学杂志》《法律适用》《人大复印资料民商法学》《西北大学学报》等专业期刊上发表专业论文四十余篇,主编和参编《民法学》《民法学教程》《民事案例评析》等多部教材。主要研究方向:民法学、知识产权法学。

朱启莉 法学博士,副教授、硕士生导师、西北政法大学民商法学院专职教师、陕西云德律师事务所兼职律师。分别在《当代法学》《江西社会科学》《河北法学》《人大复印资料民商法学》等刊物上发表专业学术论文二十余篇,参编多部教材。主要研究方向:民法学、知识产权法学。

付颖哲 法律博士,副教授、硕士生导师、西北政法大学民商法学院民法学教研室教师。主要社会兼职有:陕西省法学会民法学研究会理事。出版专著《外国判决承认与执行制度研究》,分别在《德国研究》《西部法学评论》《华东政法大学学报》等专业期刊上发表专业论文、译著十余篇,主编和参编《合同法教程》《国际私法教程》《民事案例评析》等多部教材。主要研究方向:民法学、国际私法学。

陈凌云 法学博士,副教授、西北政法大学侵权法研究所副所长、土地与物权法研究所副所长,陕西省法学会民法学研究会副秘书长,陕西省法学会婚姻家庭法研究会常务理事。在《环球法律评论》《当代法学》《黑龙江省政法管理干部学院学报》等核心期刊发表论文十余篇。主持并完成中国法学会、陕西省教育厅、陕西省社科联等多个项目。主要研究方向:民法学、家事法学。

编写说明

担保法是民商法的重要组成部分,它对促进资金融通和商品流通、保障债权的实现、发展市场经济具有其他制度不可替代的作用。为了适应担保法教学需要,我们组织编写了《担保法实训教程》。本教程力求全面、系统、准确地介绍担保法的基本理论和基本制度,在学理上注重通说,并注意吸收近年来担保法学术研究的新成果。为使读者能够运用担保法知识分析现实中的法律问题,加强对担保法知识的运用能力,本教程在每章后列有司法考试题目、案例分析训练、思考和拓展阅读的内容,引导学生扩大阅读,思考问题,在应用中加深对所学知识的理解和记忆。

本书是集体合作的成果,由赵林青担任主编,朱启莉、付颖哲、陈凌云撰写完成。初稿完成后,由赵林青统稿和定稿。

各章节的撰写分工如下(以撰写章节先后为序):

- 赵林青 第一章;
朱启莉 第二章、第七章;
付颖哲 第三章、第四章;
陈凌云 第五章、第六章。

编者

2017年9月

主要法律法规及司法解释 缩略语表

全 称	缩略语
《中华人民共和国民法总则》	《民法总则》
《中华人民共和国物权法》	《物权法》
《中华人民共和国担保法》	《担保法》
《中华人民共和国企业破产法》	《企业破产法》
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》	《担保法解释》
最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》	《婚姻法解释(一)》
最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(二)》	《企业破产法解释(二)》
最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国破产法〉若干问题的规定(二)》	《破产法解释(二)》
最高人民法院《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》	《诉讼时效规定》
最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》	《民事诉讼法解释》
最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释(一)》	《物权法解释(一)》
最高人民法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》	《买卖合同解释》
最高人民法院《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》	《民间借贷司法解释》

目 录

第一章 担保法总论	(1)
第一节 担保概述	(1)
第二节 担保的分类	(4)
第三节 担保的设立	(8)
第四节 担保的效力	(14)
第五节 反担保和涉外担保	(20)
第二章 保证	(28)
第一节 保证概述	(28)
第二节 保证合同	(32)
第三节 保证责任与保证期间	(39)
第四节 保证效力	(51)
第五节 特殊保证	(60)
第三章 抵押权	(79)
第一节 抵押权概述	(79)
第二节 抵押权的设立	(82)
第三节 抵押权的效力	(92)
第四节 抵押权的实现与消灭	(104)
第五节 特殊抵押权	(113)
第四章 质权	(127)
第一节 质权概述	(127)
第二节 动产质权	(131)

第三节 权利质权	(141)
第五章 留置权	(157)
第一节 留置权概述	(157)
第二节 留置权的设立	(160)
第三节 留置权的效力	(163)
第四节 留置权的实现与消灭	(165)
第六章 定金	(172)
第一节 定金概述	(172)
第二节 定金的设立	(174)
第三节 定金的效力	(178)
第七章 非典型担保	(190)
第一节 让与担保	(190)
第二节 所有权保留	(197)

第一章 担保法总论

| 本章导语 |

担保法是规范担保关系的法律规范的总称,适用于为债权所设立的担保。债权的担保方式很多,不同担保方式的效力不同。学习本章应重点掌握担保的含义和特点、担保的分类和效力。

第一节 担保概述

本节主要明确担保的概念及其特点。

一、担保的概念和特征

债的担保,是指促使债务人履行其债务,保障债权人的债权得以实现的法律措施。

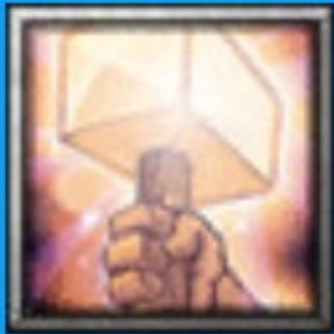
债的担保有一般担保与特别担保之分。^[1] 债的一般担保,是指债务人必须以其全部财产作为履行债务的总担保。它不是特别针对某一项债务,而是面向债务人成立的全部债务。此种担保在保障债权实现方面有明显弱点,即在债务人没有责任财产或责任财产不足的情况下,债权人的债权便全部不能或不能全部实现。债的特别担保,即通常所言之担保,是指以特定人的一般财产或者一般人的特定财产所设立的以确保债权实现和债务履行为目的的担保。

债的担保是为保障债权的实现而设立的,它具有如下不同于其他民事权利

[1] 王利明:《合同法研究》,中国人民大学出版社2002年版,第301页。

www.docriver.com

搜索商家 巨力电子书



制度的属性:

(一) 债的担保的从属性

其又称担保的附随性,是指债权担保的成立和存在必须以一定的债权关系的存在为前提。担保的设定都是为既存的债权债务关系而设,或者在债权债务关系成立时同时设定,因此,法律在原则上不允许为不存在的债的关系设定担保。债的担保不能离开一定的债权而独立存在。因而从债权方面来说,担保是一种从权利,从债务方面来看,担保是一种从义务。

(二) 债的担保的补充性

这是指债权人所享有的担保权或者担保利益,对于其债权的实现具有补充意义。如依照我国《担保法》第 17 条的规定,一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁,并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前,对债权人可以拒绝承担保证责任。在连带责任保证、抵押、质押、定金的担保人债务履行期届满而债权人没有得到清偿时,担保人才承担担保责任。

(三) 债的担保的相对独立性

这是指因担保的成立而发生与其担保的债的关系有别的法律关系。担保的相对独立性主要体现在担保合同的独立性,这表现在:(1)当事人就债的担保须另外达成合意;(2)担保的范围,须当事人另行约定,不必和所担保的债务范围完全相同;(3)由第三人提供担保的,须债权人与第三人另以合同约定;(4)担保可有自己的发生原因、成立要件和消灭原因;(5)担保不成立、无效或者被撤销的,对其所担保的债权债务关系不产生影响。^[2]

二、担保的意义

《担保法》第 1 条规定:“为促进资金融通和商品流通,保证债权的实现,发展社会主义市场经济,制定本法。”根据这一规定,担保的意义可以概括为以下三个方面:

1. 担保有利于保障债权的实现。债的担保是保障债权实现的特殊措施,尽

[2] 张广兴:《债法总论》,法律出版社 1997 年版,第 213 页。

管债的保全制度、民事责任制度具有保障债权人利益的功能,但不能确保特定债权人债权的实现。只有债的担保制度能打破债权人对债务人财产平等受偿的原则,或者扩大债务人承担责任的财产范围,从而使债权的效力增强,使特定债权的实现得到可靠的保障。

2. 担保有利于促进资金融通和商品交流。民法所调整的财产关系有财产归属关系和财产流转关系之分,其中,财产的归属利用关系主要通过物权法调整,而财产的流转关系则主要通过债权法调整。资金融通和商品流通是财产流转关系的具体表现,其法律调整的主要方式就是债。无论是资金的借贷,还是商品的交易,只有债务人有足够的信用,债权人的利益才能得到可靠的保证,债权人才会放心地贷出资金或进行商品交易。而债的担保制度正是增强债务人信用的一种法律措施,从而使债权人能够减少或避免信贷的风险,使交易双方的利益能够得到保障。

3. 担保有利于发展市场经济。市场经济是法治经济、信用经济,其有序、安全的发展,必须有可靠的信用基础。担保有利于保障债权的实现,保障交易的安全,有助于维持正常的市场经济秩序;担保为交易当事人提供了信用保障,促进了交易,而交易的发达正是市场经济发展的表现。

三、担保法概述

担保法有实质意义上的担保法与形式意义上的担保法之分,从形式意义上说,担保法是指以担保法命名的法律,如《担保法》;从实质意义上说,担保法是指调整担保关系的法律规范的总称。实质意义上的担保法不仅包括了形式意义上的担保法,也包括其他法律、法规以及规范性文件中有关担保的法律规范。

担保法还有普通担保法和特殊担保法之分,普通担保法是指民法或担保法中规定的担保制度,如《担保法》和《物权法》中所规定的担保制度。特殊担保法是指其他特别法中规定的担保制度,如《票据法》中关于票据保证的规定,《海商法》中关于船舶抵押权、船舶留置权、船舶优先权的规定,《民用航空法》中关于民用航空器抵押权、民用航空器优先权的规定等,都属于特殊担保法的范畴。

担保法的适用范围是指担保法所规定的担保方式所能适用的领域,《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定担保。”这一规定采取列举与概括的方式明确了担保法的适用范围。同时,为进一步明确担保法的适用

范围,最高人民法院的《担保法解释》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。”由此可见,只要是因民事关系产生的债权,无论是合同之债还是非合同之债,在不违反法律、法规强制性规定的情况下,都可以适用担保法。

担保法是民商法的一个重要组成部分,各国法律中均有关于担保的规定,但各国所采取的立法模式有所不同。概括来看,担保法的立法模式有两种,一种是在民法典中加以规定,这是大多数国家所采纳的立法模式,但这种立法模式中各国对担保法的体例安排不尽相同,有的国家区别担保的不同性质,将担保法分别规定于民法典的各编中,即将抵押权、质权、留置权担保物权规定于物权法编,将保证、定金规定于债权编中,如德国、日本就采取的这种立法模式;有的国家则将担保的性质不加以区分而将担保法集中规定于债权编中,如俄罗斯、智利就采取的这种立法模式。另一种是制定单独的担保法规定担保问题,如我国。

第二节 担保的分类

本节主要明确依据不同的标准而划分的担保的种类。

一、担保的方式

担保方式又称为担保方法,是指担保人用以担保债权的方法和手段。不同的担保方式,其法律规则存在很大的差别,保障债权实现的功能也不完全一样。从我国《担保法》和《物权法》的规定来看,我国实行的担保方式是法定主义,即担保方式是由法律直接规定的,而不是由当事人任意决定的。尽管担保法实行自愿原则,当事人采取何种担保方式完全由当事人自己决定,但是,当事人只能在法律规定的担保方式中选择自己所需要的担保方式,而不能在法律规定之外另行创设新的担保方式,也就是说当事人对担保方式有选择权但无创设权。担保方式之所以选择法定主义,是由担保的特殊性所决定的:首先,担保是通过第三人的信用或特定的财产保障债权的实现,它不仅涉及债权人、债务人利益,而

且涉及第三人的利益,为确保债权的实现以及债务人、第三人的利益,法律有必要通过法定主义的方式对担保方式加以规制;其次,法律对担保方式加以规定,有助于当事人了解不同担保方式下的权利义务关系,有助于当事人根据自己的利益需要选择使用不同的担保方式以保障自己的债权。

二、担保的分类

根据担保方式的不同可将担保分为不同的种类,一般而言主要有以下分类:

(一)人的担保和物的担保

根据担保财产的形式不同,可将担保分为人的担保和物的担保。

人的担保又称信用担保,是指由自然人或者法人以其自身的资产和信誉为他人的债务提供担保,当债务人不履行债务时,则由担保人负责清偿。人的担保的典型方式就是保证,即由作为保证人的第三人与债权人约定,当债务人不履行义务时,保证人负责清偿。保证是一种债的关系,它是以债务人和第三人的信用担保着债权的实现。

物的担保是指由自然人或者法人以其自身的财产为自己或他人的债务提供担保,如债务人不履行债务,债权人可以通过处分作为担保物的财产优先得到清偿。物的担保和人的担保尽管都需要建立一种附属于债权关系的合同关系,即形成担保之债,但两者在担保的性质和内容上迥然相异,从而两者的实现方式也多有不同。物的担保排除了人的信誉的担保能力,唯以一定的财产为担保标的。物的担保一经设定,就赋予债权人一定的物权,具有物权效力。所以,物的担保就是物权担保或者称为担保物权,它已不仅限于债权方面,而主要是物权内容,与用益物权相对应。物的担保形式有抵押、质押、留置。

金钱担保是指担保人以其金钱提供担保。在金钱担保中,担保标的是债务人所提供的一定数额的金钱。在民法里,金钱也是一种特殊的物,因而从本质上说,金钱担保也可归入物的担保之列,属于物的担保的一种特殊形态。但金钱毕竟是一般的等价物,以金钱为标的的担保与以其他物为标的的担保仍存在很大差异,所以,可将金钱担保与物的担保作为两种不同的独立的担保方式,金钱担保的典型形式为定金。

(二) 法定担保和约定担保

根据担保发生的依据不同,可将担保分为约定担保和法定担保。

约定担保又称意定担保,是指由当事人双方自行设立的担保。约定担保最大的特点就是具有自愿性,当事人完全依自己的意愿设立担保,担保的方式、条件、范围以及担保权的行使等均由当事人自行约定,任何人不能强迫其担保,也不能以不正当手段使他人提供担保。约定担保是担保的最主要、最常见的担保形式,如保证、抵押、质押、定金均为约定担保。

法定担保是指根据法律直接规定产生的担保,法定担保具有法定性,担保的条件、担保的当事人、担保的范围、担保的适用范围等均由法律规定,而无须当事人约定。因此,只要具备了法律所规定的条件,法定担保即可产生,并须按照法律规定行使法定担保权,如留置权。

(三) 债务人担保和第三人担保

根据提供担保的担保人不同,可将担保分为债务人担保和第三人担保。

债务人担保又称本人担保,是指由债务人本人作为担保人的担保。在债务人担保中,主债权债务的当事人与担保关系的当事人是同一的,主债权的债权人就是本人担保中的担保权人,主债权中的债务人就是本人担保中的担保人。债务人担保不涉及第三人,故担保的法律构成、当事人之间的权利义务关系比较简单。实践中,留置、定金只能是本人担保,而抵押、质押则可以是本人担保。

第三人担保又称他人担保,是指由债务人之外的第三人作为担保人的担保。在第三人担保中,主债权的债务人与担保人是不同的人,担保人由债务人之外的第三人担任,因此,这种担保的法律构成、当事人之间的权利义务关系要比本人担保复杂得多。在第三人担保中,担保人在承担了担保责任后,有权向债务人追偿。实践中,保证只能是第三人担保,而抵押、质押也可以是第三人担保。

(四) 单一担保和混合担保

根据担保方式不同,可将担保分为单一担保和混合担保。

单一担保是指由一种担保方式所提供的担保,如对同一债权,担保人只提供保证担保或者只提供抵押、质押担保。在单一担保中,当事人之间的关系相

对比较简单,不涉及多个担保方式下的担保权的行使顺序问题。

混合担保是指由两个以上担保方式所提供的担保,如对同一债权,既有保证担保,又有抵押担保或者质押担保。因存在多种担保方式,就会涉及不同担保方式下的担保权的行使顺序和担保人之间的追偿问题。例如,《担保法》第28条第1款规定:“同一债权既有保证又有物的担保的,保证人对物的担保以外的债权承担保证责任。”《担保法解释》第38条第1款规定:“同一债权既有保证又有第三人提供物的担保的,债权人可以请求保证人或者物的担保人承担担保责任。当事人对保证担保的范围或者物的担保范围没有约定或者约定不明的,承担了担保责任的担保人,可以向债务人追偿,也可以要求其他担保人清偿其应当分担的份额。”《物权法》第176条规定:“被担保的债权既有物的担保又有人的担保的,债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形,债权人应当按照约定实现债权;没有约定或约定不明确,债务人自己提供物的担保的,债权人应当先就该物的担保实现债权;第三人提供物的担保的,债权人可以就物的担保实现债权,也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后,有权向债务人追偿。”

(五) 单独担保和共同担保

根据担保人的数量或担保物的数量,可将担保分为单独担保和共同担保。

单独担保是指担保人为一人或担保物为一物的担保,如对同一债权,保证人一人提供保证担保,抵押人或者质押人以一物设立抵押担保或质押担保。单独担保仅涉及担保人与债权人、债务人之间的关系,不涉及担保人之间的关系。

共同担保是指担保人为两人以上或担保物为两物以上的担保,如保证人为两人以上的共同保证,担保物为两物以上的共同抵押或共同质押。在共同担保中,由于担保人或担保物较多,因而更有利于债权的受偿。《担保法》第12条规定:“同一债务有两个以上保证人的,保证人应当按照保证合同约定的保证份额,承担保证责任。没有约定保证份额的,保证人承担连带责任,债权人可以要求任何一个保证人承担全部保证责任,保证人都负有担保全部债权实现的义务。已经承担保证责任的保证人,有权向债务人追偿,或者要求承担连带责任的其他保证人清偿其应当承担的份额。”《担保法解释》第75条规定:“同一债权有两个以上抵押人的,当事人对其提供的抵押财产所担保的债权份额或者顺序没有约定或约定不明的,抵押权人可以就其中任一或者各个财产行使抵押权。抵押人承担担保责

任后,可以向债务人追偿,也可以要求其他抵押人清偿其应当承担的份额。”

(六) 典型担保和非典型担保

根据法律上有无明确规定,可将担保分为典型担保和非典型担保。

典型担保又称为规则担保,是指法律上明确规定的、规则明确的担保方式。典型担保的范围如何,取决于法律的规定,只有由法律明确规定为担保方式的担保,才能称为典型担保,如我国的保证、抵押、质押、留置和定金。

非典型担保又称非规则担保,是指法律上没有明确规定为担保、不具有典型意义的担保方式,如让与担保、所有权保留等。让与担保是指债务人或第三人为担保债务的履行,将一定的财产权利移转于债权人,在债务人履行债务后,债权人将标的物返还给担保人,在债务不履行时,债权人得就该标的物优先受偿的一种担保方式。所有权保留是指当事人双方约定以保留物的所有权来担保价款债务履行的一种担保方式。

第三节 担保的设立

本节主要明确约定担保设立的过程和担保合同的内容。

一、担保的设立

担保的设立也即担保的设定,是指当事人通过协商设立担保关系,法定担保无须当事人设立,所以所谓的担保的设立仅仅是指约定担保,也即当事人协商设立担保而达成的担保合同。

二、担保合同的订立

担保合同和其他合同一样,其订立要经过要约和承诺两个阶段。

(一) 要约

1. 要约的概念

要约,在现实生活中被称为发盘、发价、报价、出价等,它是一方当事人以缔

结合合同为目的,向对方提出合同条件,希望对方接受的意思表示。提出要约的一方称为要约人,受领要约的一方为受要约人。要约可以采取书面的形式作出,也可以以口头或行为的方式作出。

2. 要约的构成要件

根据《合同法》第14条及其相关规定,要约应当符合下列要件:

(1) 要约必须是特定人作出的意思表示。要约是向他人发出并希望他人作出承诺的意思表示,只有要约人特定,受要约人才能对之作出承诺。这里的“特定人”,是指从外界能客观确定的人,既可以是本人也可以是本人的代理人;该特定的要约人既可以是自然人、法人,也可以是其他组织。

(2) 要约应向要约人希望与之订立合同的相对人发出。合同是特定人之间设立、变更、终止民事法律关系的协议,要约人有选择订立合同相对人的自由,要约人向希望与之订立合同的特定相对人发出要约,才能实现订立合同的目的。要约是向要约人希望与之订立合同的相对人发出的,这一特点决定了要约人的相对人通常是特定的,该特定的人既可以是一人,也可以是数个人。要约原则上应向特定的相对人发出,并不是说要约不能向不特定人发出。在某些特定的情况下法律允许向不特定的人发出要约,而且只要要约人愿意向不特定人发出要约并自愿承担相应后果,法律也会承认其效果。

(3) 要约的内容必须具体确定。要约的内容应当具体、确定,是指要约必须具备合同的基本条款,通过这些条款,能够在当事人之间形成较明确的债权债务关系。也就是说,要约的内容需达到一旦被受要约人全盘接受即告合同成立的明确程度,要约的内容必须使受要约人足以了解将来可能成立合同的主要内容,以供受要约人考虑是否承诺。如果要约人发出的意思表示只包含订立合同的意向,而未提出合同内容的主要条款,则不能成立要约。

(4) 要约必须具有订立合同的目的。要约人向相对人发出的意思表示必须具有订立合同的主观目的才能构成要约。不是以缔结合同为目的的行为,尽管表达了当事人的真实意愿,也不是要约。是否以缔结合同为目的,是要约与要约邀请的主要区别。那些意思表示不具体、不确定且不期望自己马上受该种意思表示约束的就不是要约,而是要约邀请。要约邀请,又称为要约引诱,其目的虽然也是为了订立合同,但它本身并不是一项要约,而是希望他人向自己发出要约的意思表示。根据《合同法》第15条的规定,寄送价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书、商业广告等均为要约邀请。要区分要约与要约邀请,一般可

以考虑如下几个方面:第一,当事人的意愿。要约中包含当事人受要约拘束的意思,而要约邀请只是希望对方主动向自己提出订立合同的意思表示。如果当事人在订约的建议中标注了“须以我方的最后确认为准”或“仅供参考”,则该提议为要约邀请。第二,法律的规定。法律如果明确规定某些行为为要约邀请,应当参照法律的规定作出区分。例如,我国法律已经规定寄送价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书、商业广告等均为要约邀请。第三,订约的提议是否包含合同的主要条款。如果订约的提议包含了合同的主要条款则为要约;如果不包含主要条款,则为要约邀请。第四,提议的相对人是否特定。向不特定人发出的大多是要约邀请,向特定人发出则更有可能为要约。第五,交易习惯以及当事人的历来交易做法。

(5)要约必须表明经受要约人承诺,要约人即受该意思表示的约束。要约的这种意思是以追求合同的成立为直接目的的,要约的目的就是引发当事人的承诺,因此要约在获得对方的承诺后,合同即可成立,要约人就要受到此意思表示的约束,不得擅自变更、撤销。

3. 要约的法律效力

行为人发出的订立合同的意思表示符合要约构成要件时,就会产生相应的法律效力。要约的效力主要为要约对要约人和受要约人的法律拘束力,涉及要约的生效时间、对受要约人与要约人的效力等问题。

(1)要约的生效。关于要约的生效时间,须区分以对话形式发出的要约和以非对话形式发出的要约两种情况。以对话形式发出的要约,一经要约人作出意思表示,受要约人即能知悉,要约就产生效力;对于非对话形式发出的要约的生效时间,在各国立法中有发信主义与到达主义两种确定原则。

发信主义,是指要约人发出的要约不问受要约人是否收到,只要处于要约人控制范围之外时都发生法律效力,如要约信件的付邮,要约电报、电传、传真等发出。英美法系国家多采用该原则。到达主义,又称为收信主义,即要约必须送达受要约人、其代理人或者受要约人所能控制的地方才能生效的原则。当下主流观点认为,到达主义比发信主义更为合理,因为只有受要约人收到要约后,才能知悉要约的内容,此时要约发生法律效力,更合乎常理。基于此种原因,我国《合同法》采取了到达主义的原则,其第16条规定:“要约到达受要约人时生效。”“采用数据电文形式订立的合同,收件人指定特定系统接受数据电文的,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

数据电文进入该收件人的任何系统的首次时间,视为到达时间。”

(2)对要约人的效力。要约对要约人的效力,又称为要约的形式效力,指要约一经生效,要约人即受该要约的拘束,不得随意撤回、撤销或对要约加以限制、变更或者扩张。但根据《合同法》的规定,在要约到达受要约人之前可以撤回要约,在符合法律规定的条件下,可以撤销要约。

(3)对受要约人的效力。要约对受要约人的拘束力,又称要约的实质拘束力,是指受要约人在要约生效时取得承诺的资格或地位。

(二)承诺

1. 承诺的概念

承诺是指受要约人根据要约规定的方式,对要约的内容加以同意的一种意思表示。对此,我国《合同法》第21条规定,承诺是受要约人同意要约的意思表示。承诺的意思表示可以采取向要约人发出声明的方式,也可以用其他行为来表示同意。要约一经承诺,合同即告成立。对于当事人作出承诺的具体方式,我国《合同法》规定:“承诺应当以通知的方式作出,但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。”按照德国民法学的通说,将自动售货机陈列在公共场所,便意味着向每一个投入了所要求的钱币的人发出以自动售货机现有存货为限的订立买卖合同要约。而按规定程序往自动售货机里投钱币并按了相应的确认键的人,即以可推断的行为承诺了该要约,从而使他与自动售货机陈列者之间的合同成立。^[3]

2. 承诺的要件

承诺必须具备以下的要件:

(1)承诺必须由受要约人或者其代理人作出。要约是由要约人向受要约人作出的订立合同的意思表示,因此,承诺只能由取得承诺资格的受要约人或者其代理人作出。任何第三人对要约作出同意的意思表示都不能构成有效的承诺。

(2)承诺必须向要约人或其代理人作出。承诺是受要约人同意要约的意思表示,因此承诺只有向要约人作出才会发生订立合同的法律效果。承诺既可以向发出要约的本人作出,也可以向其代理人作出。

[3] 陈卫佐:《德国民法总论》,法律出版社2007年版,第207页。

(3) 承诺的内容应当与要约的内容一致。承诺是受要约人根据要约的内容与要约人订立合同的一种意思表示,承诺的内容应当与要约的内容相一致。如果受要约人在承诺中将要约的内容加以扩充、限制或变更,从原则上讲就不是承诺,而是一项反要约。我国《合同法》第30条规定:“承诺的内容应当与要约的内容一致。”承诺的内容与要约相一致的要求,在英美合同法中被称为镜像规则(mirror image rule)。镜像规则要求承诺就像对着镜子反射一样与要约取得一致。但随着社会的发展,交易获得扩展,为促进交易,提高效率,现在各国合同的立法与实践都采取了更为灵活的态度。我国《合同法》将要约的内容分为实质性内容和非实质性内容。承诺对要约实质性内容的进行变更的,为新的要约;承诺对要约的非实质性内容进行变更的,除非要约人及时反对,原则上该承诺仍为合格的承诺,发生承诺的法律效力。根据《合同法》第30条的规定,有关合同标的、数量、质量、价格或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议的方法等的变更,构成对要约的实质性变更。

(4) 承诺必须在要约的存续期间内作出。我国《合同法》第23条第1款规定:“承诺应当在要约人确定的期限内到达要约人。”受要约人只有在要约确定的承诺期限内到达要约人才能发生订立合同的法律效果。逾期作出的同意要约的意思表示不是承诺,如果符合要约条件,可视为新要约。

要约人明确确定承诺期限的,承诺应当在确定的期限内到达要约人。如果要约没有明确承诺期限的,根据我国《合同法》第23条第2款的规定,承诺应当依照下列规定到达:第一,要约以对话方式作出的,应当即时作出承诺,但当事人另有约定的除外;第二,要约以非对话方式作出的,承诺应当在合理期限内作出。对于承诺期限的起算,我国《合同法》第24条规定:“要约以信件或者电报作出的,承诺期限自信件载明的日期或者电报交发之日起计算。信件未载明日期的,自投寄该信件的邮戳日期开始计算。要约以电话、传真等快速通讯方式作出的,承诺期限自要约到达受要约人时开始计算。”

(5) 承诺的方式必须符合要约的要求。根据我国《合同法》第22条规定,承诺原则上应当采取通知的方式,但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。如果要约人在要约中对承诺的作出方式作出了具体的规定,则受要约人只有按照要约中规定的方式作出承诺才能发生承诺的效力。例如,要约中指定必须以电报或电传的方式作出承诺,受要约人在承诺时就不能采取平信或空邮的方式作出承诺。

3. 承诺的效力

我国《合同法》第5条规定,承诺生效时合同成立。因此,承诺生效,意味着受要约人完全一致的意思表示,订立合同的过程结束,要约人与受要约人之间形成合同基本关系,任何一方都要受到合同法律关系的拘束。由于承诺的生效标志着合同真实成立,因此承诺生效的时间点决定了合同成立的时间点;承诺生效时的地点,确定了合同成立的地点,对法律管辖权的确定与选择法律的适用均意义重大。对于承诺生效的时间点,我国《合同法》第26条规定,“承诺通知到达要约人时生效。承诺不需要通知的,根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时生效”。

在担保合同的订立中,担保人向债权人提出的提供担保的意思表示构成要约,债权人接受担保人提出的提供担保的意思表示为承诺,双方意思表示一致,担保合同成立,否则,担保合同不成立。

三、担保合同的主体

在担保合同中,合同主体是担保权人和担保人,担保权人是在担保合同中享有担保权利的一方,由于担保是保障债权实现的法律制度,所以担保权人只能是主债的债权人。担保人是为主债权提供担保、承担担保责任的一方,在本人担保中,担保人只能是主债务人,如定金担保;在第三人担保中,担保人只能是主债务人之外的第三人,如保证担保。当然,有些担保既可以是本人担保,也可以是第三人担保,因此担保人既可以是主债务人,也可以是主债务人之外的第三人,如抵押担保或质押担保。

四、担保合同的内容和形式

担保合同的内容是指担保合同的条款,《担保法》第93条规定:“本法所称保证合同、抵押合同、质押合同、定金合同可以是单独订立的书面合同,包括当事人之间的具有担保性质的信函、传真等,也可以是主合同中的担保条款。”一般而言,担保合同应当具备以下条款:(1)担保合同的当事人;(2)担保方式;(3)被担保的主债权及其范围;(4)债务人履行债务的期限;(5)担保人的担保责任;(6)当事人认为需要约定的其他有关事项。

从《担保法》和《物权法》的规定来看,担保合同应当采用书面形式,但当事人没有采用书面形式的担保合同并不会仅因书面形式的欠缺而无效。

第四节 担保的效力

本节主要明确担保合同的有效条件、担保合同的无效反射、法律后果和担保合同的法律效力。

一、担保合同的有效条件

担保合同是一种双方法律行为,其有效条件包括:

1. 当事人具有相应的民事行为能力。这是法律行为有效的主体要件,法律行为要有效,其主体必须符合法律的要求,即主体要适格。这就要求行为人必须具有与其所实施的法律行为相适应的行为能力。行为能力是民事主体能够以自己的独立行为取得民事权利和承担民事义务的能力或资格,其实质是行为人能够理解其行为性质、预见其行为后果利害的意思能力。没有行为能力,意味着行为人不具有与其实施的法律行为相适应的意思能力,也就不能以自己的行为去取得民事权利承担并民事义务。因此,行为人具有相应的行为能力是法律行为有效的首要条件。

所谓“相应的”民事行为能力,是指行为人的民事行为能力同其所为的法律行为要相适应。作为担保人,均需具有担保能力。就人的担保而言,担保人不仅须具有民事行为能力,而且还需具有可为保证人的资格,凡是法律规定不得为保证人的,不具有为保证人的资格,如国家机关、学校、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体等就不具有保证人的资格。就物的担保而言,担保人不仅须具有民事行为能力,而且还须对担保财产具有处分能力。如果法律对担保人的资格有特殊要求的,担保人只有具备了这种资格,才能具有担保能力,如对外担保。

如果担保合同中的担保人是法人或其他组织的,其法定代表人或负责人不能超越权限订立担保合同。《担保法解释》第11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。”如果担保合同是通过代理人订立的,须符合有效代理的规定。

2. 当事人的意思表示真实。这是法律行为有效的意思表示要件,所谓意思表示真实,就是意思表示无瑕疵,是指行为人表现于外部的意思与其内心意思或真实意愿是一致的。

法律行为的基本要义在于表意人可依其意思表示而发生一定私法上的效果。^[4] 意思表示真实而无瑕疵是法律行为发生效力的必备要件,这样才能实现表意人依私法自治原则而创设私法关系的目的。担保合同是当事人意思表示一致的结果,而且是自愿协商的结果,因此,担保合同当事人的意思表示必须真实。至于担保合同当事人的意思表示不真实,应当依《合同法》关于可撤销合同的规定和《民法总则》关于可撤销法律行为的规定处理,如果当事人一方行使撤销权,则担保合同无效。《担保法解释》第41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。”

3. 不违反法律或社会公共利益。这是法律行为有效的标的或内容要件,法律行为要有效,其标的或内容必须符合法律的要求。担保合同不得违反法律的规定或社会公共利益,主要是指担保合同的内容、目的需合法,如果担保合同的内容、目的违反法律、法规的规定,违反社会公共利益和社会公德,则担保合同无效,如以法律禁止抵押、质押的财产设立担保的,担保合同即因违法而无效。

二、担保合同的无效及法律后果

(一) 无效的法律行为及其法律后果

1. 无效法律行为的概念和特征

无效法律行为是指法律行为欠缺法律行为的有效要件,根本不能产生当事人意思表示欲求的民事法律效果,在法律上确定、当然、完全不发生法律效力法律行为。无效法律行为是相对于有效法律行为而言的,它是指法律行为虽然已经成立,但因欠缺法律行为的有效要件,因而被确认无效。至于欠缺何种要件时法律行为将被确认为无效,这是由法律所明文规定的。从学理上而言,一般认为无效法律行为的确定标准是涉及违反社会利益或损害公益的行为。^[5]

无效法律行为的特征为:

(1) 无效法律行为欠缺法律行为的根本性有效要件。例如,行为人不具备

[4] 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第3册),中国政法大学出版1998年版,第53页。

[5] 龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社2002年版,第516~517页。

民事行为能力、违反了法律和行政法规的强制性规定或者社会公共利益等,涉及法律行为有效要件中的主体要件、标的的合法、妥当要件。这类法律行为法律对其进行否定的价值评判,使之不发生法律效力,从而令当事人所预期的法律效果无法产生。

(2)无效法律行为具有不得履行性。因为该类法律行为不产生效力,因而无效法律行为的当事人不得履行该法律行为。对于无效法律行为,没有履行的,不得履行;正在履行的,应当停止履行;已经履行的,应当通过返还财产、赔偿损失等方式使当事人的财产恢复到无效法律行为成立时的状态。

(3)无效法律行为是确定的、绝对的、自始的无效。确定的无效是指无效法律行为的无效状态是不可改变的,不会因为其他事由的发生而变为有效;绝对无效是指无效法律行为无须任何主张就是无效的,正如史尚宽先生所言:“法律行为之无效为绝对的,即不独对于当事人,对于一切之人及为一切之人,皆为无效,故得由任何人对任何人主张。”〔6〕自始无效是指无效法律行为从成立时起就没有法律效力。

2. 法律行为无效的法律后果

无效法律行为、被撤销的法律行为以及被拒绝追认的效力未定的法律行为最终都为无效,且自行为开始之时即为无效,不能产生行为人实施该法律行为所预期的民事法律后果,即“行为人所为的意思表示内容在法律上不受承认,不受保护和不得实现”〔7〕。但这绝不是说上述行为不产生任何法律后果,按照法律规定,法律行为被确认为无效后会产生以下法律后果:

(1)返还财产。《民法总则》第157条规定:“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后,行为人因该行为取得的财产,应当予以返还;不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿。”《合同法》第58条规定:“合同无效或者被撤销后,因该合同取得的财产,应当予以返还;不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿。”

被确定为无效的法律行为由于不具有法律行为的效力,双方因该行为取得的财产没有法律根据,故应当返还对方。因此,返还财产也就成为已作履行的无效法律行为首要的民事法律后果。

返还财产的形式分为双方返还和单方返还,采取何种形式取决于当事人是

〔6〕 史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第516页。

〔7〕 王利明等:《民法新论》,中国政法大学出版社1988年版,第46页。

否已为财产给付。如果双方当事人都已为财产给付,则双方当事人同时负有返还义务,此谓双方返还;如果只有一方当事人已为财产给付,则只有受领给付财产的一方当事人负有返还义务,此所谓单方返还。

(2)折价补偿。返还财产应以能够返还为条件,如果财产在法律上或事实上不能返还时,则应折价补偿。所谓法律上的不能返还是指财产已经转让给善意第三人,善意第三人依善意取得制度已取得该项财产的所有权;所谓事实上不能返还是指因标的物的灭失、变形、毁损等所造成的不能返还。在此情况下,应由受领一方当事人向另一方当事人予以补偿。折价补偿还发生在没有必要返还的情形下,是否有必要返还,由当事人协商确定。

(3)赔偿损失。《民法总则》第157条规定:“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后……有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失;双方都有过错的,应当各自承担相应的责任。”《合同法》第58条规定:“合同无效或者被撤销后……有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失,双方都有过错的,应当各自承担相应的责任。”依此规定,法律行为被确认无效或者被撤销后,如果由于一方或者双方的过错给对方造成损失的,应当予以赔偿。此种赔偿责任的成立应具备以下条件:第一,有损害事实存在;第二,赔偿义务人具有过错,即具有故意或过失;第三,过错行为与遭受损失之间有因果关系。^{〔8〕}如果合同双方当事人都有过错,应当各自向对方承担相应的赔偿责任,可适用过错相抵原则予以赔偿。

(4)追缴财产。《合同法》第59条规定:“当事人恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益的,因此取得的财产收归国家所有或者返还集体、第三人。”根据以上规定,凡是双方当事人恶意串通,实施损害国家、集体或者第三人利益的法律行为,应当将当事人所取得的财产追缴回来,收归国家或返还给受损失的集体、第三人。

(二)担保合同的无效及法律后果

担保合同应当具备法律所规定的有效要件,才能发生法律效力。担保合同无效将不能发生当事人预期的法律后果,当事人之间不能产生担保的权利义务关系,但是,担保合同无效虽不能发生担保权利义务的法律后果,却并非不能发

〔8〕 王利明、崔建远:《合同法新论·总论》,中国政法大学出版社1996年版,第311~313页。

生任何法律后果。担保合同无效情形有两种：

1. 主合同有效而担保合同无效

主合同有效而担保合同无效的主要有以下情形：(1)国家机关和以公益为目的的事业单位、社会团体提供担保的，担保合同无效(《担保法解释》第3条的规定)；(2)以法律、法规禁止流通的财产或者不可转让的财产设立担保的，担保合同无效(《担保法解释》第5条的规定)；(3)企业法人的分支机构未经法人书面授权提供担保的，保证合同无效(《担保法解释》第17条的规定)；(4)企业法人的职能部门提供保证的，保证合同无效(《担保法解释》第18条的规定)；(5)以法定程序确认为违法、违章的建筑物抵押的，抵押合同无效(《担保法解释》第48条的规定)；(6)违反法律规定订立的对外担保合同无效(《担保法解释》第6条的规定)。

《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。”按照这一规定，担保合同被确认无效后，不仅担保合同的双方当事人(即担保人和债权人)因其过错应当承担相应的民事责任，而且债务人有过错的，也应承担相应的民事责任。至于他们责任承担的比例分配，可依据《担保法解释》第7条确定：“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。”

2. 担保合同因主合同无效而无效

担保合同是以担保债权实现为目的的合同，属于从合同，其命运取决于主合同，因此，主合同无效，担保合同当然无效。《担保法》第5条第1款规定：“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。”由此可见，主合同无效导致担保合同无效是一般原则，当事人也可以作出担保合同不随主合同无效而无效的另外约定。如果当事人有担保合同不随主合同无效而无效的约定或者依照法律规定担保合同不因主债权债务合同无效而无效的，则会发生这样的后果，即担保人对主合同无效的后果承担担保责任，至于承担责任的比例，可依据《担保法解释》第8条确定：“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。”同时，依《担保法解释》第9条第1款的规定，在担保人因无效担保向债权人承

担民事责任后,有权向债务人追偿,或者在其承担的赔偿责任的范围内,要求有过错的反担保人承担赔偿责任。

三、担保的法律效力

担保的法律效力是指担保合同成立后所发生的法律后果,担保成立后,对担保权人、担保人、被担保人均会发生一定的效力。

(一)担保对担保权人的法律效力

担保成立后,担保对于担保权人的效力体现为担保权人取得的担保权,即担保权人所享有的请求担保人或以担保财产清偿其债权的权利,这种权利的特点表现为:

1. 担保权是为担保主权利而存在的从权利,因此,担保权的效力决定于主债权的效力,具有从属性。

2. 担保权的行使须具备法律所规定的条件。担保权是为保障债权实现而设定的权利,因此,担保权只能在一定的条件下,通过特定的方式才能行使。担保权的行使均须以债务人不履行债务为行使条件。

3. 担保权的性质因担保方式的不同而不同。在人的担保、金钱担保中,担保权仅具有债权的性质,为相对性权利,不具有对抗第三人的效力,而在物的担保中,担保权为物权,具有对抗第三人的效力。

(二)担保对担保人的效力

担保成立后,担保对于担保人发生两个方面的效力:

1. 担保人承担担保责任,担保责任是指担保人所承担的清偿担保权人的债权的责任。担保责任因担保的种类不同,其表现形式也有所不同。从担保责任的限度看,担保责任可以是有限担保责任,也可以是无限担保责任。有限担保责任又称限额担保,是指担保人仅对担保权人的特定部分债权承担担保责任;无限担保责任又称为全额担保,是指担保人对担保权人的全部债权承担担保责任。担保责任究竟是有限担保责任还是无限担保责任,在约定担保中,由担保人与担保权人约定,若无约定,担保人承担的担保责任为无限责任,而物的担保则以担保物的价值为限度;在法定担保中,担保责任的范围取决于法律规定。

2. 第三人作为担保人时,第三人在承担了担保责任后,对主债务人享有追

偿权。如《担保法》第31条规定：“保证人承担保证责任后，有权向债务人追偿。”《物权法》第176条规定：“提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。”

（三）担保对主债务人的效力

担保成立后，对于主债务人而言，是对主债的效力的加强和补充，并不减轻或削弱主债务人的债务，因此，作为主债的债务人仍应向债权人积极履行自己的债务。如果主债务人履行了自己的债务，担保人的担保责任则不会发生，一旦担保人承担了担保责任，则主债务人负有就担保人代其清偿的部分向担保人偿还的义务。

第五节 反担保和涉外担保

本节主要了解反担保和对外担保这两种特殊的担保。

一、反担保

（一）反担保的概念和特征

反担保是指债务人或第三人为确保担保人承担担保责任后实现对主债务人的追偿权而设立的担保。

反担保具有如下特点：

1. 反担保以担保的存在为前提。反担保作为一种担保，亦具有从属性，一方面，反担保直接属于担保，反担保是为担保人所设立的担保，因此，只有担保存在，反担保才能存在，担保与反担保之间是一种主从关系，担保不成立、无效或被撤销的，则反担保同样不成立、无效或被撤销。另一方面，反担保间接从属于担保中的主合同，担保中的主合同不存在的，担保亦不存在，而担保不存在的，反担保也就不能存在。

2. 反担保中的债权人是为债务人提供担保的第三人。在反担保中，双方当事人是反担保人和担保人，其中，反担保人是义务人，其可以是债务人或者债务人以外的第三人，还可以由债务人与第三人共同担任。

3. 反担保所保障的对象是担保人对债务人的追偿权。任何担保都是为了担保债权的实现而设立的,反担保也不例外。反担保的对象是担保人对债务人的追偿权,因此,在不存在追偿权的担保中,不能设立反担保。反担保所担保的追偿权属于附延缓条件的未来债权,只有在担保人于债务人不履行债务而承担了担保责任时才能生效,因此,只有在担保人承担担保责任并享有对债务人的追偿权时,反担保人才能承担反担保责任。

(二)反担保与担保的区别

反担保和担保虽然都属于担保的范围,但二者因设立目的的不同而存在诸多差别,具体表现为:

1. 二者担保的对象不同。担保所担保的对象是主债权,而且一般在担保设立时债权范围是确定的;而反担保的对象则是担保人在承担担保责任后的追偿权,属于一种附延缓条件的未来债权,这种债权在反担保设立时,其债权范围是不确定的。

2. 二者的当事人不同。在担保中,担保权人是主债权人,担保人是主债务人或者第三人;而在反担保中,担保权人是承担了担保责任的担保人,担保人可以是主债务人,也可以是第三人。

3. 二者的担保方式不同。在担保中,担保方式可以是保证、抵押、质押、留置、定金,还可以是让与担保或所有权保留这些非典型担保;而反担保的方式只能是保证、抵押、质押。

4. 二者的担保责任承担条件不同。在担保中,担保人承担担保责任的条件是债务人不履行债务;而在反担保中,担保人承担反担保责任的条件是债务人不履行债务而使担保人承担了担保责任。

5. 二者的适用范围不同。在担保中,担保可以是依法律规定而产生的法定担保,也可以是依当事人约定而产生的约定担保;而反担保只能是约定担保而不能是法定担保。

(三)反担保的法律意义

反担保也是一种担保,具有促进资金融通、商品流通、保障债权实现的意义;同时,反担保也有利于维护担保人的利益。第三人为债务人提供担保后,债务人不履行债务的,担保人就应承担担保责任。法律为维护担保人的利益,赋

予担保人向债务人追偿的权利,担保人的追偿权能否实现,完全取决于债务人的财力。通过反担保制度,担保人在承担担保责任后,就可以要求反担保人承担担保责任,从而有利于满足担保人的追偿要求;另外,反担保有利于促进担保关系的设立。在市场经济下,市场主体从自身的利益出发,一般不愿意为债务人提供担保,但通过反担保制度,担保人的利益就有了可靠的保障,担保人可以放心的为债务人提供担保,从而有助于担保关系的设立。

二、涉外担保

(一) 涉外担保的概念和特征

涉外担保是指中国境内机构以保函、备用信用证、本票、汇票等形式对外保证,以法律所规定的财产或权利对外抵押或者质押,向中国境外机构或者境内的外资金金融机构承诺,当债务人未按照合同约定偿付债务时,由其履行债务或者由债权人依法将抵押物、质物拍卖、变卖的价款优先受偿的行为。

从涉外担保的概念中可以看出涉外担保具有以下特点:

1. 涉外担保是中国境内机构对境外机构提供的担保。涉外担保的担保人是中国境内机构,但不是所有的中国境内机构均可以成为对外担保的担保人,只有具备对外担保资格及能力的中国境内机构才能作为担保人,如经批准有权经营对外担保业务的金融机构、具有代位清偿能力的非金融企业法人等。对外担保的受益人包括中国境外机构或者境内外资金金融机构。

2. 涉外担保的适用受到严格限制。在涉外担保中,法律对担保方式、担保范围、担保限额等都有严格限制。如担保方式不能是留置、定金,担保人不得为外商投资企业注册资本担保,担保人不得为开办离岸金融业务的境内金融机构在外筹措离岸资金提供担保等。

3. 涉外担保须经主管部门审批。由于涉外担保涉及国家的外汇管理政策,因此,我国法律对涉外担保实行严格的管理制度,依中国人民银行《境内机构对外担保管理办法》第3条规定,国家外汇管理局及其分局、支局为对外担保的管理机关,负责对外担保的审批、管理和登记。

(二) 涉外担保的适用范围

依中国人民银行《境内机构对外担保管理办法》第2条及《境内机构对外担保管理办法实施细则》第5条的规定,涉外担保的适用范围主要有融资担保(即