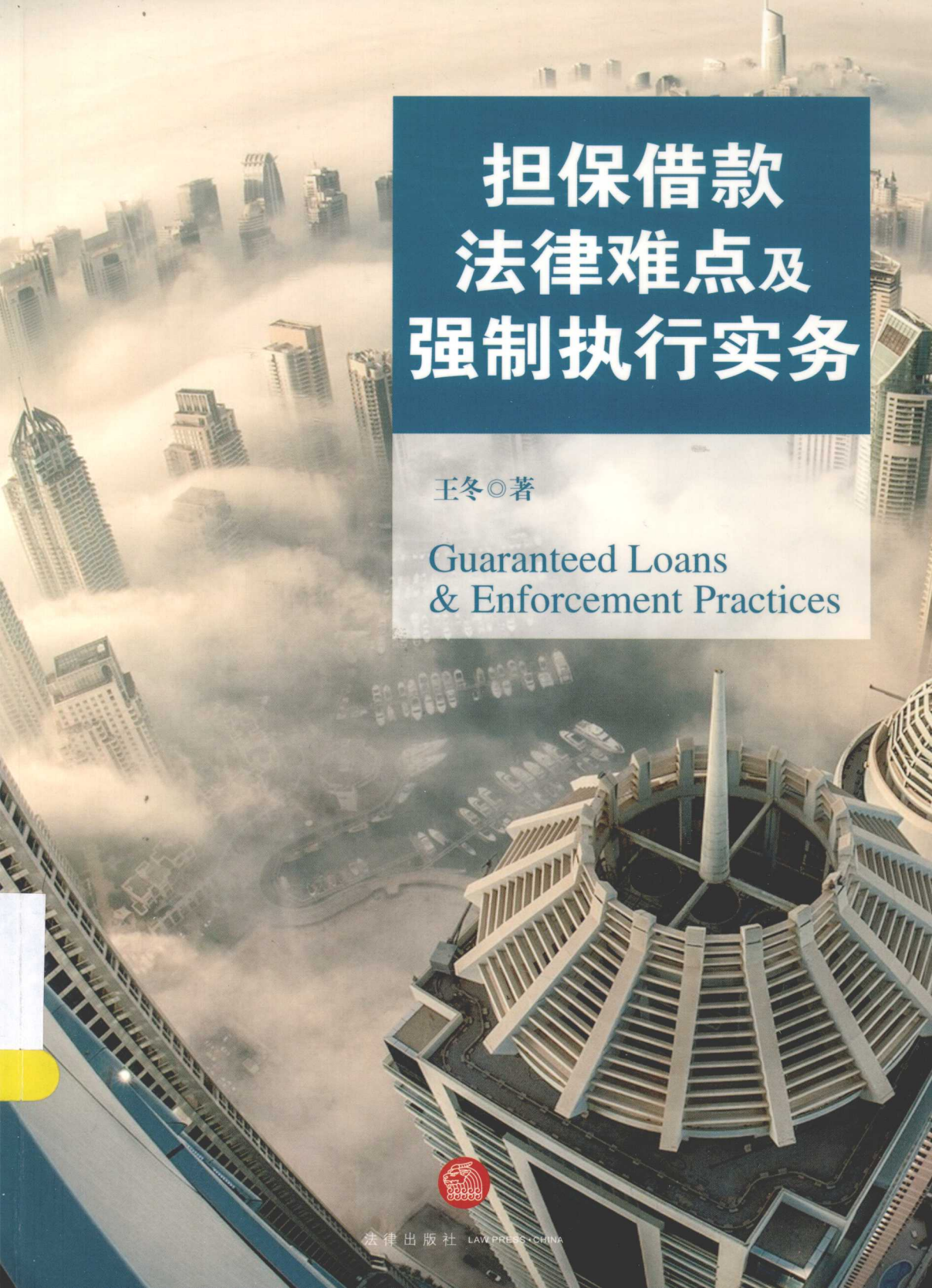




担保借款 法律难点及 强制执行实务

王冬◎著

Guaranteed Loans
& Enforcement Practices



法律出版社 LAW PRESS · CHINA

担保借款 法律难点及 强制执行实务

王冬◎著

Guaranteed Loans
& Enforcement Practices

图书在版编目(CIP)数据

担保借款法律难点及强制执行实务 / 王冬著. —北京: 法律出版社, 2015. 8
ISBN 978 - 7 - 5118 - 8216 - 5

I. ①担… II. ①王… III. ①担保贷款—法律适用—基本知识—中国②担保贷款—强制执行—基本知识—中国
IV. ①D922. 282

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第167405号



©法律出版社·中国

责任编辑/麦锐

装帧设计/马帅

出版/法律出版社

编辑统筹/法规出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京泰山兴业印务有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/720毫米×960毫米 1/16

印张/31 字数/572千

版本/2015年9月第1版

印次/2015年9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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

重庆公司/023-65382816/2908

书号:ISBN 978-7-5118-8216-5

定价:68.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

自序

作为经济领域中最为核心的法律制度之一,担保制度在目前的融资活动中发挥着不可或缺的重要作用。鉴于目前我国整体信用程度不高的社会现实,各个经济主体在进行经济活动时对于债权的保障都有强烈的需求,而担保制度正是债权充分有效的法律保障。其中抵押和保证更是担保方式中最为普遍和有效的方式。虽然从《担保法》颁布起,我国就建立了较为规范的担保制度,但是《担保法》、《担保法司法解释》及《物权法》之间关于抵押、保证制度中的一些重要问题存在规定不明确,甚至冲突的规定。《担保法》、《担保法司法解释》及《物权法》这三个目前仍同时具备法律效力的法律规定,使得一些法律工作者感到无所适从。所以笔者结合多年从事抵押、保证借款法律事务的实践经验,特撰写此书,同时考虑到担保制度中保证、抵押更为常见及普遍,故书中关于担保制度的谈论以保证及抵押这两类担保形式为主,关于质押、留置、定金这三种担保形式,暂时没有进行相关的讨论。

希望读者能够在阅读本书后,充分了解抵押、保证这两种担保制度在借款案件中法律适用的重点及难点,了解目前抵押、保证这两种担保制度的法律规定、实务操作及典型案例。在本书中还笔者特意设立了担保公司借款及典当借款这两个章节,希望对于非银行机构在从事典当借款及担保业务中担保的法律适用进行一个讨论,以弥补此类书籍较少的缺憾。希望通过笔者的抛砖引玉,带动广大读者对此类问题的研究及讨论。此外还设立章节就借款民事案件可能涉及的刑事风险及一旦涉及刑事案件时的处理做了讨论。

在笔者看来,在诉讼中胜诉,使得债权得到法律上的确认只是完成了一半的工作,要使得债权能够最终落地,还需要依托法院的强制执行。但是就笔者长期的工作经验来看,愿意认真研究并从事强制执行案件的法律工作者总体比

例偏低。强制执行制度的不规范,以及强制执行案件花费精力大,出现纠纷时案件结果复杂难料都是阻碍强制执行工作的重要原因。同时,一些法院执行人员自我约束能力不强,也使得执行领域成为司法腐败及司法投诉的重灾区。但是随着我国民事诉讼法的修订及最高人民法院关于执行制度的不断规范,目前执行环境有了一定程度的改观。要真正改变执行环境,首先需要我们熟悉强制执行的相关规定,在了解规定的基础上同时具有相关的实务经验,积极配合法院的各项工作,发挥自身的主观能动性。只有这样,执行案件的债权才能最终从法律文书转换为债权人的实际收益,真正做到“案结事了”,而不是“一纸空文”。因此,笔者在本书的下编就执行中的主要问题做了梳理及讨论。我相信读者在掌握了法律理论及强制执行实务这两个法律武器后,可以真正地维护债权人的合法权益,用一个一个案件的落地,来最终促进我国担保法制环境和强制执行环境的改善。

2015年5月

目 录

► 上编 担保借款法律难点

第一章 担保法与物权法的差异及担保优先权的例外 / 3

第一节 担保法与物权法的差异 / 3

一、担保物权的行使条件 / 4

二、区分物权合同和物权行为 / 5

三、债务人物保与第三人保证并存时的优先顺序 / 6

四、抵押财产的扩展 / 7

五、确认浮动抵押制度 / 8

六、房地产统一抵押 / 8

七、抵押权的行使期限 / 9

八、最高额抵押主债权的确定 / 9

九、权利质押登记 / 10

十、关于留置权的范围 / 11

第二节 担保物权优先受偿的例外 / 11

一、建设工程承包人的优先受偿权 / 12

二、船舶、航空器的优先权 / 14

三、人身损害赔偿中的医疗费用 / 15

第二章 保证借款 / 17

第一节 保证人的主体资格 / 17

一、民事主体的保证资格 / 17

二、特殊类型保证人应当注意的问题 / 21

第二节 保证责任的承担 / 22

第三节 保证责任的确立及独立保证 / 25

一、保证责任的确立 / 25

二、独立保证的适用问题 / 26

第四节 保证期间及保证合同诉讼时效 / 27

一、保证期间及保证合同诉讼时效的含义及确定 / 27

二、未在保证期间内主张权利的法律后果 / 33

第五节 保证期间届满后保证责任的重新确立 / 39

第六节 保证人承担保证责任后的追偿 / 48

第七节 担保合同及主合同无效时的责任承担 / 55

一、主合同有效而担保合同无效时民事责任的承担 / 55

二、主合同无效导致担保合同无效时民事责任的承担 / 63

第八节 主合同解除后担保责任的承担 / 71

第九节 债权转让或变更主合同对保证责任的影响 / 76

一、债权人转让债权时的保证责任承担 / 76

二、债权人与债务人变更合同内容对保证责任的影响 / 91

第三章 担保公司的担保借款 / 95

第一节 融资性担保公司的发展概况及担保业务范围 / 95

一、担保公司的定位及发展概况 / 95

二、融资性担保公司的担保业务范围 / 96

第二节 融资性担保公司在贷款担保时的法律风险及防范 / 98

一、在担保业务中对反担保人的资格审查及权利义务的告知 / 98

二、担保公司代偿后诉讼时被告的选择 / 103

三、担保合同中格式条款的效力 / 104

四、担保公司超越经营范围从事其他金融业务时的合法性问题 / 108

第三节 担保费的相关法律问题 / 109

第四章 抵押担保借款 / 120

第一节 抵押财产的范围及抵押权的主体 / 120

一、抵押财产的范围 / 120

二、抵押权的主体 / 137

第二节 抵押合同生效与抵押权成立的关系 / 138

第三节 房产抵押的法律风险 / 147

一、抵押土地上的新增房屋不属于抵押财产范围 / 147

二、在房屋抵押时对代理人权限的审查 / 156

三、期房抵押问题 / 162

四、未成年人签订抵押合同的效力问题 / 167

第四节 债权转让时抵押权的转让 / 172

第五节 抵押权的善意取得 / 178

第六节 抵押权的存续期间及抵押权灭失后的法律后果 / 185

第五章 典当 / 190

第一节 典当的概念及法律特征 / 190

一、主体的特定性 / 191

二、经营的法定性 / 191

三、适用规则的特殊性 / 191

第二节 典当公司的经营范围及法律规范 / 195

第三节 典当业务的法律风险及防范 / 202

一、财产权利质押典当的法律风险 / 202

二、典当利息及综合费用收取的相关法律问题 / 208

第六章 民间借贷及刑事风险防范 / 215

第一节 民间借贷的概念 / 215

第二节 关于企业间借款的效力及借款利率 / 216

一、企业间借款效力的认定及法律后果 / 216

二、关于民间借贷利率的讨论 / 224

第三节 民间借贷与非法集资等相关刑事犯罪的区别及界限 / 225

一、非法吸收公众存款罪 / 225

二、集资诈骗罪 / 235

第七章 借款案件涉及刑事案件的处理及思考 / 246

第一节 关于借款案件涉及刑事案件时的处理 / 246

一、借款案件的当事人所涉及的刑事罪名与借款案件分属不同的法律事实 / 246

二、借款案件的当事人所涉及的刑事罪名与借款案件分属不同的法律事实,但是具有一定的关联性 / 247

三、借款案件的当事人所涉及的刑事案件与借款案件基于相同的法律事实,两者之间存在明显的关联性 / 251

第二节 对当前刑民交叉借款案件的思考 / 254

► 下编 担保借款案件的强制执行

第一章 执行的立案与受理 / 267

第一节 执行的依据及选择 / 267

一、执行依据及法院的审查 / 267

二、执行依据的选择 / 275

第二节 执行立案的准备工作以及执行案件的基本流程 / 281

一、执行前申请人应当进行的准备事项 / 281

二、执行案件受理后的基本流程 / 282

第二章 对被执行人财产的查询及保全 / 284

第一节 对被执行人财产的查询及控制 / 284

一、银行存款 / 284

二、不动产 / 285

三、机动车 / 286

四、企业的库存商品及生产资料 / 287

五、证券及权益性投资 / 287

六、被执行人的收入 / 287

七、知识产权 / 288

八、其他特殊类型的财产 / 288

第二节 财产保全查封中需要注意的几个问题 / 289

一、执行依据生效后,执行程序开始前财产的查封 / 289

二、对被执行人共有财产的查封 / 289

三、对财产保全的异议 / 294

第三章 执行当事人的追加及被执行人到期债权的执行 / 295

第一节 执行当事人的追加 / 295

一、主体变更导致的执行当事人的追加 / 296

二、与被执行人承担连带责任被追加为被执行人 / 301

三、案外人侵害了被执行人的财产权益,被追加为被执行人 / 304

四、追加夫妻中的另一方为被执行人 / 311

第二节 被执行人到期债权的执行 / 315

第四章 执行标的的处置 / 319

第一节 执行标的的处置机构的确定 / 319

第二节 执行标的的处分程序的确定及开始 / 324

第三节 执行标的的评估 / 324

第四节 执行标的的拍卖 / 328

一、拍卖的公告 / 329

二、拍卖保证金的缴纳 / 330

三、拍卖的通知对象 / 332

四、拍卖保留价的确定 / 335

五、拍卖的正式举行 / 336

六、拍卖流拍后的处理 / 337

七、拍卖后的交付 / 338

八、拍卖的撤销 / 338

第五章 执行中的强制执行措施 / 340

一、强制报告财产 / 340

二、搜查 / 341

三、拘传 / 343

四、拘留 / 343

五、罚款 / 345

六、限制出境 / 345

七、限制高消费 / 346

八、纳入失信人员名单 / 346

第六章 房产执行处置时的疑难问题 / 348

第一节 抵押房产存在租赁情况的处置 / 348

一、承租人的知情权 / 354

二、承租人的异议权 / 354

三、承租人的优先购买权 / 354

第二节 一套住宅房屋的强制执行 / 354

第三节 房屋执行处置时共有房产的处置 / 359

一、按份共有的房产的处置 / 359

二、共同共有的房产的处置 / 359

第四节 对于购房者债权的特别保护 / 362

一、购房者特殊债权的主体 / 363

二、购房者特殊债权的法律效力 / 363

三、购房者特殊债权的成立条件 / 363

四、购房者特殊债权的例外 / 364

第五节 房产执行处置时的税费 / 370

一、执行费 / 370

- 二、评估费 / 370
- 三、拍卖费 / 370
- 四、房产过户的税费 / 371
- 五、房产处置的其他费用 / 371

第七章 执行救济 / 373

第一节 执行异议 / 373

- 一、执行异议 / 373
- 二、执行异议的复议 / 375

第二节 案外人执行异议 / 379

- 一、案外人执行异议提出的主体 / 379
- 二、案外人执行异议的理由 / 379
- 三、执行异议的形式及期限 / 379
- 四、执行异议的审查期限及审查主体 / 380
- 五、案外人执行异议的审查及结果 / 380
- 六、执行异议期间原执行程序的处理 / 381
- 七、案外人对执行异议裁定不服,认为原判决、裁定错误时的处理 / 381
- 八、执行异议的竞合 / 382

第三节 案外人执行异议之诉 / 388

- 一、案外人执行异议之诉的主体及理由 / 388
- 二、案外人执行异议之诉的期限及管辖法院 / 389
- 三、案外人提起执行异议之诉时原执行程序的处理 / 389

第四节 人民检察院对执行工作的监督 / 403

第八章 规避执行行为的认定及制裁 / 406

第一节 常见的规避执行行为 / 406

- 一、不如实报告财产 / 406
- 二、虚假租赁规避执行 / 407
- 三、虚构交易转移财产 / 409

四、虚假诉讼阻碍执行 / 418

第二节 对于规避执行行为的民事处罚 / 421

第三节 对于规避执行行为的刑事处罚 / 424

一、虚假诉讼的刑事处罚 / 424

二、拒不执行判决、裁定罪 / 428

附 录

中华人民共和国民事诉讼法(节选)(2012年8月31日修正) / 433

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(节选)
(2015年1月30日) / 439

最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》执行程序若干
问题的解释(2008年11月3日) / 449

最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定(2014年10
月30日) / 454

最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定
(2004年11月4日) / 457

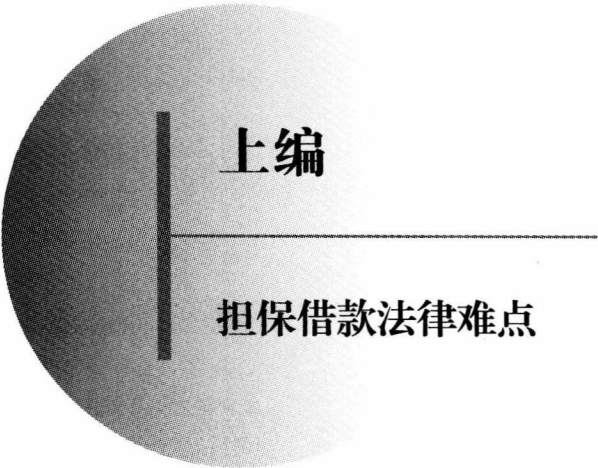
最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定(2004
年11月15日) / 462

最高人民法院关于人民法院委托评估、拍卖和变卖工作的若干规定
(2009年11月12日) / 467

最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规
定(2015年5月5日) / 469

最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于依法严肃查处拒不执行
判决裁定和暴力抗拒法院执行犯罪行为有关问题的通知(2007年8
月30日) / 475

最高人民法院关于依法制裁规避执行行为的若干意见(2011年5月
27日) / 478



上编

担保借款法律难点

第一章

担保法与物权法的差异及担保优先权的例外

第一节 担保法与物权法的差异

作为规范担保的主要法律规范,担保法及其司法解释、物权法、合同法在不同的方面对担保借款发挥着不同的规范作用。但由于担保法及物权法对于担保在许多方面有不同的规定,甚至担保法司法解释与担保法之间也存在不少的突破及差异。法律工作者一般较少对担保法及物权法进行认真的比较研究,有些读者在学校期间只学习过担保法,有些既学习过担保法也学习过物权法,但由于物权法当时比较热门,对担保法了解的程度就一般。这些状况造成了一些读者在处理担保业务时对于担保法律的冲突之处无所适从,错误地理解担保法及物权法,对于同一担保法律问题无法做出准确有效的法律判断。因此在这里简要概述担保法及物权法之间的差异,供大家学习参考。

法务人员首先要清楚物权法是新法,依据我国立法法的规定,当担保法及物权法出现冲突时,应当优先适用物权法的相关规定。最高人民法院民二庭庭长宋晓明在2008年举行的“物权法担保物权国际研讨会”上就如何解决物权法第四编与担保法等法律的衔接问题指出:“2007年10月1日,物权法开始正式施行。在担保物权方面,物权法施行后首先面临的一个问题是如何解决物权法担保物权编的制度规则与之前的民法通则、担保法、合同法、房地产管理法等法律中关于担保物权规则的冲突问题。新法律施行之后,面临着新法与旧法的衔接问题,这在中国民商事审判实践中,通常体现为制定发布衔接性质的司法解释。例如合同法、公司法、破产法等,在新法施行后都通过制定相应的司法解释来解决衔接问题。那么物权法施行后是否也需要制定衔接性的司法解释来解决新旧法衔接问题呢?经过认真研究,我们认为,没有必要专门制定一个司法解释来解决新旧法衔接问题。因为物权法与合同法、公司法、破产法不同,合同法等法律在新法施行后,旧法即告废止,不再适用。而物权法施行后,原来规定有担保制度规则的诸如民法通则、担保法、合同法、房地产管理法、海商法、民用航空器法、城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例等并未被废止。因此物权法施行后,在担保法律制度规则方面呈现出‘诸法并行’的局面。因此,所谓的‘衔接’问题其实就是如何

贯彻‘法不溯及既往’原则的问题。为此,最高人民法院在全国民事审判工作会议和全国民商审判工作会议上均明确提出:物权法的颁行并不意味着担保法的废止。在处理担保法等法律与物权法衔接问题时,应当坚决贯彻‘法不溯及既往’的法律原则。首先,凡是发生在物权法施行之前的担保物权行为,应当适用担保法及其司法解释的规定。其次,物权法实施后,在处理担保法等法律与物权法的冲突时,应当按照立法法第八十三条与物权法第一百七十八条规定的原则和精神,根据‘上位法优于下位法’、‘新法优于旧法’、‘特别法优于一般法’的原则解决法律冲突问题。民法通则与物权法虽为同位法,但物权法是新法;担保法与物权法虽皆规定有担保物权,但物权法是上位法;物权法与海商法、民用航空法虽都规定有船舶、航空器抵押权等担保物权,但海商法、民用航空法是特别法。最后,在抵押权登记效力、抵押登记的公信力、独立担保的适用依据、抵押权的重复设定、抵押权的存续期限、担保财产的处分、抵押权的从属性规则、担保物权竞合规则等方面,担保法及其司法解释与物权法第四编的规定差距较大,必须重点加以关注,并结合担保交易和审判实践的需求,适时制定司法解释,以解决新的担保物权制度规则的正确具体适用问题。”

但是令人遗憾的是,截至2015年年中最高人民法院依旧没有就物权法第四编制定出相关的司法解释,在这里笔者也和广大的法律工作者一样希望最高人民法院能够加快司法解释的制定进程,以避免担保法与物权法在实施过程中的冲突及不足,真正构建出具有中国特色和促进社会经济变革的物权担保法律体系。

以下就物权法与担保法的重要区别进行讲解:

一、担保物权的行使条件

关联法条

《物权法》

第一百七十条 担保物权人在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,依法享有就担保财产优先受偿的权利,但法律另有规定的除外。

《担保法》

第三十三条第一款 本法所称抵押,是指债务人或者第三人不转移对本法第三十四条所列财产的占有,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。

物权法增加了当事人可以约定发生担保物权情形的内容,扩展了行使担保物权的条件,便于债权人有效行使担保权利。除债务人不履行债务的情况下,当事人还可以约定如