



XINYONG DANBAOREN QUANLI JIUJI ZHI YANJIU

YI BAOZHENGREN QUANLI ZHIDU WANSHAN

WEI YANJIU SHIJIAO

信用担保人权利救济之研究

——以保证人权利制度完善为研究视角

费安玲 龙云丽◎著



中国政法大学出版社

信用担保人权利救济之研究

——以保证人权利制度完善为研究视角

费安玲 龙云丽 著

中国政法大学出版社

2013·北京

图书在版编目 (C I P) 数据

信用担保人权利救济之研究:以保证人权利制度完善为研究视角
/ 费安玲, 龙云丽著. — 北京:中国政法大学出版社, 2013. 2
ISBN 978-7-5620-4557-1

I. ①信… II. ①费… ②龙… III. ①担保法—研究—中国 IV.
①D923. 24

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第030394号

- 书 名 信用担保人权利救济之研究
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
58908325 (发行部) 58908334 (邮购部)
- 编辑统筹 综合编辑部 010-58908524 dh93@sina.com
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32 开本 11.5 印张 260 千字
- 版 本 2013 年 3 月第 1 版 2013 年 3 月第 1 次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4557-1/D·4517
- 定 价 36.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

本书系中国政法大学校级项目“信用担保人权利救济之研究”的科研成果
并获得“211”工程经费的资助

序 言



市场经济又称为信用经济，主要立足于有完善的社会信用体系。社会信用体系主要包括完整的法律基础之上的征信、信用评级和信用增级，信用增级即为通常称谓的信用保证、信用担保。

信用担保是市场经济发展的产物，我国信用担保随着党的十四大社会主义市场经济发展目标的确立应运而生，伴随着计划经济向市场经济的转型而发展。目前我国信用担保行业仍处于初创阶段，仅仅有十多年的历史。1993年，中国投资担保有限公司作为国务院批准特例试办的首家全国性信用担保机构正式成立，近二十年来它亲身经历了行业发展的艰难险阻和酸甜苦辣，切身体验了担保创业的艰辛，真正领悟到“诚信”二字是担保业的生命线，防范、控制和化解风险是担保业的永恒主题。

近年来，随着市场经济的发展，我国担保行业呈现了快速发展的局面，它成为一个新兴的、初显活力的朝阳行业。同时由于没有完整的法律基础和监管，也导致了业内一些机构的乱象丛生。在新的环境和形势下，我国信用担保业发生了许多深刻的变化：我国担保行业监管问题逐步清晰，2010年银监会等七部委联合颁布了《融资性担保公司管理暂行办法》，并出台了

II 信用担保人权利救济之研究

相关的管理制度和指引，行业监管日趋强化；信用担保行业在帮助中国经济走出金融危机的过程中，受到了前所未有的重视，国家陆续出台了一系列政策措施，加大了对担保机构的扶持力度；担保企业领域、产品创新不断加快，在特定区域、领域和产品上已形成竞争态势；随着监管部门的明确，全国性担保行业协会即将成立，协会将成为加强行业自律、反映行业诉求和贯彻行业监管政策的重要载体。

与担保行业的快速发展相对照，可以说目前我国信用担保法律制度处于制度恢复阶段，社会经济发展对信用担保的大量需求与我国对包括信用担保人权利救济在内的信用担保制度理论和立法尚需强化之间的矛盾相当突出。虽然《中华人民共和国担保法》（以下简称《担保法》）及其司法解释等对信用担保人的权利救济提供了一定的依据，但是，该法是在国有银行向商业化转轨、突出强调保障银行债权安全的背景下出台的，其立法价值更多关注的是如何转移风险以保障债权实现。在此立法价值的指导下其具体制度的设计侧重于强调担保责任的承担而非担保人的权利。从某种意义上来说，由于《担保法》刻意将加强银行业抗风险能力作为其立法的实际上的主旨之一，其结果是人为地加大了信用担保人的风险，对专业性担保机构业务的开展有诸多不利的影响。由于缺乏对作为专业担保机构进行运作的信用担保法人的调查与研究，在相关的规范中对该类型担保人的行为、权利、权利救济的设计与现实有明显的脱节，现行立法的相关条款规定得过于笼统，不能完全适应未来社会对专业担保机构的需要和对信用担保人的权利救济的需要。

而实务中，我国信用担保人普遍存在实力不如银行却要承担着比银行贷款业务更大的风险。在担保业务开展过程中，担保机构往往不得不接受贷款银行单方预先拟定的、限制或排除

法律早已明文规定的保证人权利的格式合同条款——担保责任全部为连带责任保证、要求担保人放弃抗辩权条款、直接扣划保证人账户条款……通过这样的合同，贷款风险几乎完全转移给信用担保人，影响着担保行业的健康发展。

据我所了解，费安玲教授、龙云丽博士撰写的《信用担保人权利救济之研究》一书，是我国第一本从信用担保人权利保护与救济的视角，探索担保法律制度完善的专著。本书深入地探讨了信用担保人与债权人、债务人利益的冲突与衡平；在公平、自由、正义的价值追求指导下探索完善我国信用担保人权利救济的法律制度设计。我认为，该书对于信用担保法律制度的完善具有相当重要的理论意义与现实意义。

费安玲教授和龙云丽博士是我尊崇的对信用担保有着深刻理解的法律专家和学者，她们请我为此书作序，我实感惶恐不安，无奈以鄙言浅见，勉为序。

中国投资担保有限公司
董事长 刘新来

目 录

CONTENTS

序 言	I
绪 言	1
一、研究主题及缘起	1
二、研究现状及有待研究之处	8
三、本课题研究的基本思路及研究方法	17
四、相关概念界定	21
第一章 保证人权利的一般理论	24
第一节 保证人权利的基础分析	24
一、权利的本质	25
二、权利主体——保证人	31
三、保证法律关系特点	39
第二节 保证人权利的价值理念	53
一、自由价值与保证人权利	54
二、正义价值与保证人权利	55
第三节 保证的类型——保证人权利体系的 基准因素	59

2 信用担保人权利救济之研究

一、保证类型划分的制度价值	60
二、保证类型的划分	64

第二章 普通保证中保证人权利体系设计

——保证人权利救济的基础条件	78
第一节 保证人对债权人的权利	78
一、形成权	79
二、抗辩权	89
三、保证人对债权人权利的救济	129
第二节 保证人对债务人的权利及其救济	135
一、追偿权	136
二、代位权	150
三、保证人对债务人权利之救济	160
第三节 保证人对反担保人的权利与救济	188
一、保证人反担保权利行使的基础	189
二、抵押反担保自力实现的探讨	194
三、应收账款质押反担保实现形式的探讨	212

第三章 消费者保证中的保证人权利

——保证人权利救济的制度完善路径之一	228
第一节 消费者保证人权利的特点	228
一、权利的不可预先放弃性	229
二、独立保证的非适用性	231
第二节 消费者保证人的知情权	235
一、消费者保证人知情权的含义及创设方式	235
二、消费者保证人知情权创设的正当性	237
三、消费者保证人知情权的范围	240

第三节 消费者保证人的撤回权	245
一、消费者保证人撤回权制度的立法规定	245
二、消费者保证人撤回权制度的理论依据	248
三、消费者保证人撤回权的适用	249
第四节 消费者保证人权利的若干特别救济	252
一、消费者保证人知情权与债权人保密义务 冲突时的救济	252
二、债权人未履行信息披露义务时的保证 人权利救济	254
三、救济消费者保证人权利的独立咨询建议制度	257
 第四章 银行信贷中的保证人权利	
——保证人权利救济的制度完善路径之二	261
第一节 银行格式保证条款的功能与问题	262
一、格式保证条款的功能	263
二、问题及其分析	265
第二节 格式保证条款效力的判断	266
一、银行格式保证合同违反强制性规范的 判断及效力状态	268
二、我国《合同法》第40条与第52、53条的 冲突及其对保证人权利的救济	274
三、对排除任意性规范格式保证条款的审查： 诚实信用原则的适用及立法例的启发	276
第三节 银行格式保证条款的问题及对保证 人权利的救济	281
一、保证人弃权条款及对保证人权利的救济	281

4 信用担保人权利救济之研究

二、保证人意思表示推定条款及对保证人 权利的救济	291
三、抵销条款及对保证人权利的救济	293
四、信用卡保证范围条款及对保证人权利的救济	301
 代结论 我国信用担保人（保证人）权利救济的 制度再思考	307
一、我国保证人权利法律现状的反思	307
二、我国保证人权利救济制度完善的宏观思维进路 ...	317
 附录一 判决索引	333
 附录二 银行格式保证合同索引	338
 参考文献	339

绪 言



一、研究主题及缘起

（一）主题的说明

在本课题中，信用担保人系指以其建立在财产基础上的信用为他人履行债务提供担保之人，包括保证人和保证保险人。本课题的研究视角主要定位在保证人权利救济的研究范围。同时，本课题对权利救济的研究，并未遵循从保护路径或方法例如司法保护、对遭受侵权者的救济方法等一般思路，而是着眼于从本课题所要讨论的信用担保人即保证人权利制度及其完善的思考。其理由是：其一，权利制度设计及其完善是权利救济最重要的基础阶段；其二，面对着一个凌乱无序的权利制度体系状态，司法保护的作用将会相当微弱，甚至无能为力。鉴于此，本课题对权利救济的研究将放置在保证人权利制度及其完善领域。

（二）研究缘起

在我国经济生活中，信用担保运用得十分广泛，不仅在助学贷款、个人消费贷款、个人住房贷款等政策扶持领域及消费信贷领域被普遍采用，而且在商业贷款中也被广泛运用。根据中国人民银行与世界银行集团等相关机构合作进行的“中国信

贷人权利的法律保护”相关调查显示,在2004~2005年期间,我国运用保证制度的贷款比例在担保贷款结构中占据第一位。⁽¹⁾金融的繁荣与发展依赖于信用制度的完备与保障,以保证制度为核心的担保制度的完善程度关乎企业融资能力、金融安全、中小企业发展、住房置业等诸多社会目标的实现,也影响着一国引进外资的水平。

根据国家发改委中小企业司披露的信息,截止到2008年6月底,全国已设立各类中小企业信用担保机构3366家,累计担保总额8051亿元。在我国,多层次中小企业信用担保体系已经建构完毕,各类中小企业信用担保机构共完成了20多万家中小企业的信用等级评价和信用信息征集。通过开展担保业务,受保企业新增销售收入3425亿元,利税268亿元,新增就业岗位150多万个。⁽²⁾从2009年开始,由于担心主管部门提高担保行业的准入门槛,各地担保公司注册出现“搭末班车”现象,担保公司数量出现“井喷式”增长。据不完全统计,2009年、2010年两年期间,全国新增担保公司达到16000多家。2010年银监会等七部委联合颁布了《融资性担保公司管理暂行办法》及相关管理制度和指引,信用担保行业的监管日趋强化。截至2011年末,全国融资性担保行业法人机构达到8402家,全国担保机构的资本规模达到11000亿元。⁽³⁾

当今时代是一个消费时代,政府鼓励着消费、为“扩大内

(1) 截至2004年6月末,在被调查金融机构发放的贷款中,单独由个人和第三方提供保证的贷款占贷款总额的35%,同时由担保物和第三方保证担保的贷款占贷款总额的6%。参见中国人民银行、世界银行集团外国投资咨询服务局、世界银行集团国际金融公司中国项目开发中心:《中国动产担保物权与信贷市场发展》,中信出版社2006年版,第5页。

(2) 新华网, <http://news.sohu.com/20080612/n257456344.shtml>。

(3) 中国投资担保有限公司:《中投保发展报告2012年》,第132~133页。

需”刺激着消费；商家通过铺天盖地的广告、花样繁多的营销手段引领、诱惑着消费；银行等金融机构大幅度增加与扩展消费信贷，为个人购买住房、汽车、大额消费品、旅游等多种消费提供信贷，人们通过消费信贷透支着未来，消费不再仅是一种自主自为的享受，更多的是缺乏理性意识的被迫消费、盲目消费。鉴于消费信贷的高风险性，专业金融机构无一例外地要求消费者提供各种各样的担保。非以营利为目的提供担保的自然人并非经过理智且严密的计算而谨慎小心地为他人债务承担风险的理性之人，他们更多是出于亲情、友情轻率地进入担保这一承担风险的法律关系之中。担保人往往对担保责任的风险并没有深刻的认识，有些甚至并没意识到其行为会给自己带来风险与责任，经常是基于债务人的要求而匆忙签署担保合同等文件。担保人几乎对债务人的财产情况不做调查，或者根本没有得到相关的信息，也可能没有必备的知识来判断风险。非以营利为目的提供担保的自然人与作为债权人的银行等专业金融机构相比，这类担保人处于信息获取能力、议价能力等诸多方面的结构性弱势地位，意志自由、决定自由、契约自由往往徒有其表，无法实现真正的契约平等。实践中各家银行凭借其经济优势，单方预先拟定如出一辙的格式担保合同，限制或排除法律早已明文规定的担保人权利，担保人实质处于“接受或离开”的境地，担保风险被进一步推向担保人，法律保护担保人的初衷几近落空。

担保人的权利能否得到有效保护，是担保制度的重要内容。《中华人民共和国担保法》（以下简称《担保法》）是现阶段我国担保人权利保护的主要法律依据，该法是在国有银行向商业化转轨，突出强调保障银行债权安全的背景下出台的，其立法价值更多关注的是如何转移风险以保障债权实现；在此立法价

值的指导下其具体制度的设计强调担保责任的承担而对担保人权利的许多重要问题则语焉不详、简陋与缺失,呈现出为保障债权而加重担保人负担的倾向。立法的不完备与缺陷导致司法审判中的混乱,诸多类似案件的审判结果大相径庭,严重影响了法律的确定性与可预测性;司法实践还在独立担保等问题上体现了相当的保守性。学界与实务界中回荡着两个完全不同的声音:一方面是针对我国担保法过度保护债权人、忽视担保人权益的抱怨;而另一方面则是以银行等为代表的债权人对于担保人权利过分广泛、担保人动辄行使免责抗辩而无法保障债权安全的担忧。^{〔1〕}

这样的担保人权利现状反映出我国担保法律既无法满足商业实践中高效、便捷地实现债权的需求,又无法解决因不能互易而无偿为他人债务担责的担保人保护的问题,我国担保法律不适应经济与社会发展现实需求的弊端日益凸显。面对消费信贷担保的激增,专业担保公司的涌现以及股东、董事、监事、高级管理人员为公司贷款或者履约提供担保的普遍采用,“一卡天下”的信用卡担保等所产生的特殊问题,信用担保作为最古老的制度如何在与最活跃的金融领域碰撞之中进行回应与发展?法律对于信用担保人的保护与衡平手段可否通过约定而打破,立法有无干预的必要?我们传统的保证人权利制度对于商业发展变化有多大程度的张力与不合时宜?在信用担保人—债权人—债务人权利均衡的视角下如何确定信用担保人权利的边界?

〔1〕 实务界的态度不仅体现在多篇学术论文中,代表性文章可见曹士兵“担保的法律环境解读”,载法大民商法律网;赵东海、涂丽娜“信用担保制度的立法研究”,载《法学论坛》2000年第4期,第19~25页;高广春、刘辉“担保业:问题及对策”,载《银行家》2006年第8期,第42~45页等。在笔者参加的中国担保业联盟主办的中国担保论坛上,这两种观点发生了激烈碰撞。

上述困惑促使笔者将视线投向其他国家信用担保人权利制度的设计,希冀为完善我国信用担保人权利制度寻找某些启发。

就大陆法系国家而言,自从20世纪70年代以来,消费者保护运动蓬勃发展,欧共体开始关注欧洲范围内的消费者保护问题,欧盟颁布了一系列消费者保护指令,保障合同中弱势一方免受不合理的合同缔结的情形和信息不对称的消极影响。随着消费者保护法的发展,保护消费者的法律规范是否适用于保证合同的问题被广泛讨论,即在保护消费者权益时对保证合同如何适用,以及如何对消费者保证人的利益进行公平保护。

根据欧盟公布的资料,欧盟《上门交易指令》、《消费者信贷指令》等多部消费者指令以及将欧盟消费者指令转入国内法的欧盟成员国法律(以《德国民法典》第13条为代表)对于“消费者”的界定几乎相同,“消费者”是指其所从事的法律行为为非属于营业或独立的职业范畴的自然人。依据欧盟法中对“消费者”的界定,既非以营利为目的,也非作为其职业活动而提供担保的自然人可以比较顺畅地纳入消费者的范畴之中。欧洲私法趋同进程中的“欧洲民法典研究小组”(Study Group)2005年公布的《欧洲民法典》保证制度规则报告中,将消费者界定为“从事活动目的与其商务、业务或者职业无关的自然人”,且对于消费者保证人的特别规定不适用于以下两种情形:当债权人也是消费者以及当债务人不是自然人且保证人能够对该债务人产生实质影响。法律对消费者保证人赋予诸多特别权利,对其进行特别保护。欧盟法律从主体上将保证人纳入消费者范畴不存在障碍,欧盟司法实践及学界的争议主要集中在从事事项的适用范围来看,保证是否也可纳入消费者信贷的相关法律规范中,即欧盟85/577/EEC《上门交易指令》(Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in

respect of contracts negotiated away from business premises)、《消费者信贷指令》(Directive 2008/48/EC of the european parliament and of the council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC) 和各国转化两个指令的法律规范。欧盟司法实践方面,有关信用担保人是否适用消费者保护指令的多起案件上诉至欧洲法院,欧洲法院通过判决明确答复在保证人与债权人上门交易而仓促缔结保证合同的场合,可以适用《上门交易指令》。而对于《消费者信贷指令》,因为保证合同不是消费信贷合同,故《消费者信贷指令》不适用于信用担保人。⁽¹⁾近年来,欧盟对《消费者信贷指令》进行修改,在2004年的修改草案中明确规定《消费者信贷指令》适用于保证合同,但在2008年的最后定稿中又将其删去,并解释道,保证合同能否适用《消费者信贷指令》的保护,留给欧盟各成员国自行考虑,欧盟消费者保护法只规定最低水平的保护。在欧盟成员国内,学术界与司法界的争论并没有因欧洲法院的这两项判决而停止,以德国为例,德国联邦法院在多个相关判决中的观点不尽相同。

欧盟及其成员国内部虽然对保证人在多大程度上受消费者保护法的保护尚未达成一致,但在加强保护“非以营利为目的提供保证的自然人”的态度上却表现出惊人的一致。例如,法国、意大利《消费者法典》规定适用于保证人的保护;德国引入“个人自我发展与人性尊严”的宪法性规定作为裁判理由,对于财产与收入微薄的家庭成员作为保证人的案件进行干预;1992年新的《荷兰民法典》第7编不仅规定了保证的一般规则,

(1) Peter Rotk, “Consumer Guarantees in the Future Consumer Credit Directive: Mandatory Ban on Consumer Protection?”, 3 *European Review of Private Law* 2005, pp. 383 ~ 404.