



高圣平 著

担保法论

ON SECURITY LAW



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书为:

教育部重点研究基地2008年度重大项目(项目名称:他物权制度的现代化问题研究;项目编号:08JJD820171)

教育部人文社会科学研究2008年度一般项目(项目名称:《特殊抵押权制度研究》;项目编号:08JC820041)

中国法学会2008年度部级法学研究课题(项目名称:《特殊抵押权制度研究》;项目编号:D08029)阶段性成果

担保法论

ON SECURITY LAW

高圣平 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

担保法论 / 高圣平著. —北京:法律出版社,2009.1

(法学研究生教学书系)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9126 - 3

I. 担… II. 高… III. 担保法—中国—研究生—教材
IV. D923.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 202769 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/王 扬

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/787×960 毫米 1/16

印张/41 字数/766 千

版本/2009 年 1 月第 1 版

印次/2009 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)

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/010-63939659

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 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9126 - 3

定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



高圣平 湖北省仙桃市人，中国致公党党员，中国政法大学民商法学硕士（1993-1996），民商法学博士（1999-2002），中国人民大学法学院博士后（2002-2004）。具有律师（1992）、经济师（金融）（1997）、国际商务师（1997）、企业法律顾问（1998）资格。现任中国人民大学法学院副教授，中国人民大学民商事法律科学研究中心专职研究人员。

主要研究方向和讲授课程有民商法、MBA商法、物权法、债与合同法、担保法、公司法、房地产法、土地法和物业管理法，出版有《物权法》、《物权法担保物权编》、《新公司法与国企改革》、《担保法新问题与判解研究》、《动产抵押制度研究》、《保证合同重点疑点难点问题判解研究》、《动产抵押登记制度研究》、《动产担保交易制度比较研究》等多部专著，于上述领域发表学术论文五十余篇。

本书说明

无论在学术研究还是在实务操作层面,担保法都是民法中最活跃的领域,基于我国《担保法》颁行较早和我国《物权法》立法启动等多方面原因,担保法各具体制度均受到广泛关注,研究文献之多已有目共睹。我国经济的快速发展所带来的对融资的大量需求,直接导致了担保制度的大量运用,由此引发的争议也日渐增多。担保法横跨传统民法中物权法与债权法两大法域,其复杂性可想而知,而制度供给的不足以及制度设计中的偏差,给实务家们带来了很大的空间,但也影响到了担保法制的统一。相关国际金融机构对我国担保法律制度均评价不高,也间接影响了我国融入全球资本市场的能力。

本书以我国《担保法》、《物权法》为对象,着眼于解释论视野下的担保法律制度,置重于我国担保法制的司法实践,对我国担保法律制度与现实之间的紧张关系亦作阐发,可供大专院校师生以及金融机构工作人员、法官、律师等实务家参考。

二

本书力图在编写体例上有所突破,对每章、节内容的架构做了如下区分:

1. 每章都配有导读,概述本章的主旨和内容。
2. 主文中除了体系化地讲授本章的基本内容之外,还穿插引用资料、案例或事例,用以说明重要的法律问题。
3. 开设“争点讨论”、“实务导引”与“案例点评”专栏,选取理论界和实务界的争议问题,列举各派观点,论证自己的主张。

三

为使行文简洁,本书对相关法律、法规和司法解释的名称做了缩略。

《民法通则》:《中华人民共和国民法通则》

《担保法》:《中华人民共和国担保法》

《物权法》:《中华人民共和国物权法》

《合同法》:《中华人民共和国合同法》

《民事诉讼法》:《中华人民共和国民事诉讼法》

《公司法》:《中华人民共和国公司法》

《企业破产法》:《中华人民共和国企业破产法》

《票据法》:《中华人民共和国票据法》

《立法法》:《中华人民共和国立法法》

《土地管理法》:《中华人民共和国土地管理法》

《城市房地产管理法》:《中华人民共和国城市房地产管理法》

《合伙企业法》:《中华人民共和国合伙企业法》

《国家赔偿法》:《中华人民共和国国家赔偿法》

《担保法解释》: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》

《合同法解释(一)》:最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》

《公司法规定(一)》:最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(一)》

《票据规定》:最高人民法院《关于审理票据纠纷若干问题的规定》

《存单规定》:最高人民法院《关于审理存单纠纷若干问题的规定》

《商品房买卖纠纷解释》:最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》

《民通意见》:最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的解释(试行)》

《保证规定》:最高人民法院《关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》

《企业改制规定》:最高人民法院《关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件若干问题的规定》

《破产规定》:最高人民法院《关于审理企业破产案件若干问题的规定》

四

本书的完成和出版,我要感谢教我、育我的各位老师,尤其是王利明教授、杨振山教授、江平教授、方流芳教授、张俊浩教授、姚新华教授等,他们分别在博士后、博士、硕士阶段给我教诲;感谢书中所引文献的各位作者,正是这些大家的著述才使

本书有了据以立论的基础和据以分析的素材;感谢惠赐本书出版的法律出版社及其教育出版分社及丁小宣社长、王扬博士,他们将本书纳入出版计划,并容忍我多年后才交稿。

虽然我一直以担保法为研究重点,但囿于学力,本书中失当之处定然不少,尚祈读者诸君不吝赐教。

高圣平

2008年12月

目 录

第一章 担保法总论	(1)
第一节 债、债的担保与担保法	(1)
一、债与债的担保	(1)
(一) 债与债的担保	(1)
(二) 债的一般担保与特别担保	(2)
案例点评:担保法上的担保的认定	(2)
(三) 人的担保、物的担保与金钱担保	(2)
二、担保法	(4)
(一) 担保法的意义	(4)
(二) 担保法的基本原则	(4)
(三) 担保法的适用原则	(6)
(四) 担保法适用的范围	(10)
案例点评:担保法对人事保证的适用	(11)
(五) 我国《担保法》、《物权法》的时间效力	(14)
(六) 担保法的解释	(15)
第二节 担保人	(16)
一、自然人的担保人资格	(16)
二、国有企业的担保人资格	(17)
(一) 相关立法与司法实践	(17)
(二) 对限制国有企业以其关键设备、成套设备等设定抵押的效力 分析	(18)
争点讨论:最高人民法院关于国有企业财产抵押司法解释的解 释论	(20)
(三) 国有企业为他人担保的问题	(22)
三、公司的担保人资格问题	(23)
(一) 相关立法	(23)
(二) 新《公司法》公布施行后《担保法解释》第4条的适用	(24)
(三) 新《公司法》之下的公司对外担保能力	(25)

案例点评:左右摇摆的司法政策——中福实业公司担保案与光彩集团担保案	(25)
四、企业法人及其分支机构、职能部门的担保人资格	(35)
(一)其他企业法人充当担保人	(35)
(二)企业法人的分支机构充当担保人	(35)
争点讨论:企业法人对其分支机构“书面授权”的理解	(36)
(三)企业法人的职能部门充当担保人	(37)
案例点评:企业法人的职能部门提供担保的效力	(37)
五、国家机关的担保人资格	(38)
(一)国家机关充当保证人的禁止及其例外	(38)
(二)国家机关的物上保证人资格问题	(39)
六、事业单位、社会团体的担保人资格	(40)
(一)以公益为目的的事业单位、社会团体充当担保人的限制	(40)
(二)从事经营活动的事业单位、社会团体可以充当担保人	(41)
七、其他组织的担保人资格	(41)
(一)“其他组织”及其类型	(41)
(二)“其他组织”的认定	(43)
第三节 担保合同	(44)
一、担保合同及其特征	(44)
(一)担保合同及其性质	(44)
(二)担保合同的特征	(44)
二、担保合同的成立	(46)
(一)担保合同的成立与担保合同的生效	(46)
(二)担保合同的成立要件	(47)
案例点评:担保合同的成立要素	(50)
三、担保合同的无效	(51)
(一)担保合同因自身原因而无效	(52)
(二)担保合同因主合同无效而无效	(56)
四、担保合同被确认无效的法律后果	(57)
(一)主合同有效,担保合同因自身原因而无效时担保人的责任	(57)
案例点评:担保合同因担保人不适格而无效	(59)
(二)主合同无效导致担保合同无效时担保人的责任	(60)
案例点评:保证合同因主合同无效而无效	(61)
(三)主合同无效,担保合同也无效时担保人的责任	(62)
第四节 反担保	(62)

一、反担保概述	(62)
(一)反担保的意义	(62)
(二)反担保的界定	(63)
争点讨论:反担保人的范围	(63)
二、反担保的成立	(65)
(一)反担保的成立条件	(65)
(二)反担保合同	(65)
三、反担保的方式	(66)
(一)求偿保证	(66)
(二)求偿抵押	(66)
(三)求偿质押	(66)
争点讨论:反担保是否可以采取留置方式	(66)
四、反担保的实现	(67)
(一)反担保实现的条件	(67)
(二)反担保实现的范围	(68)
第五节 人的担保与物的担保并存时的责任承担	(68)
一、人的担保与物的担保并存时的责任优先问题	(68)
争点讨论:并存时责任优先问题的学说及其评价	(69)
二、人的担保与物的担保并存时的求偿问题	(72)
争点讨论:人的担保与物的担保并存时彼此之间是否存在求偿 关系	(72)
三、债权人放弃物的担保的,保证人的责任承担问题	(73)
(一)现行法的沿革	(73)
(二)《物权法》之下相关规则的理解与适用	(74)
(三)债权人放弃物的担保的认定	(75)
第二章 保证	(83)
第一节 保证概述	(83)
一、保证的含义	(83)
(一)保证是保证人与债权人之间的合同	(84)
(二)保证是担保他人履行债务的合同	(84)
(三)保证责任表现为代为履行债务或者承担责任	(84)
二、保证法律关系	(84)
(一)债权人与主债务人之间的主债权债务关系	(85)
(二)保证人与主债务人之间的关系	(85)
(三)保证人与债权人之间的保证合同关系	(85)

三、保证的特征	(86)
(一)保证的从属性	(86)
(二)保证的单务性和无偿性	(87)
(三)保证的补充性	(88)
四、保证的方式	(88)
(一)一般保证	(88)
争点讨论:“不能履行债务”的认定	(89)
(二)连带责任保证	(90)
(三)保证方式没有约定或者约定不明时的推定	(91)
(四)保证方式约定的具体认定	(92)
案例点评:保证方式约定不明的推定	(92)
第二节 保证人与保证合同	(95)
一、保证人的资格——代偿能力及其效力	(95)
争点讨论:代偿能力对保证合同效力的影响	(97)
二、保证合同及其内容	(98)
(一)保证合同及其种类	(98)
(二)保证合同的内容	(100)
三、保证合同的成立	(102)
(一)保证合同的成立的要素	(102)
(二)保证合同书面形式的具体情形	(102)
案例点评:只在空白保证书上签名、盖章,保证合同的成立问题	(104)
案例点评:在保证合同上伪造签章或擅自加盖、因出借、盗用而	(105)
加盖保证人的公章时保证合同的成立问题	(105)
四、被保证的主债务	(106)
(一)被保证的主债务限于合同债务问题	(106)
(二)将来债务作为保证标的问题	(107)
(三)已罹于诉讼时效的主债务作为保证标的问题	(107)
第三节 保证期间	(108)
一、保证期间的概念及性质	(108)
(一)保证期间的界定	(108)
争点讨论:保证期间定义的争论	(109)
(二)保证期间的立法例	(111)
(三)保证期间的法律性质	(112)
争点讨论:保证期间的法律性质	(112)

实务指引:保证期间可否中断	(115)
二、保证期间的计算	(117)
(一)法定保证期间	(117)
案例点评:法定保证期间的适用情形	(117)
(二)约定保证期间	(118)
争点讨论:当事人约定的保证期间的始期早于主债务履行期的效力	(119)
案例点评:约定的保证期间短于6个月的效力	(120)
案例点评:当事人约定“保证人承担保证责任直至主债务还清时止”的效力	(126)
(三)保证期间的起算	(129)
案例点评:预期违约与保证期间的起算	(130)
三、保证期间的效力	(132)
(一)一般保证的保证期间的效力	(132)
(二)连带责任保证的保证期间的效力	(132)
四、保证期间与诉讼时效的衔接	(133)
(一)保证期间与保证债务诉讼时效	(133)
争点讨论:一般保证债务诉讼时效期间的起算	(134)
案例点评:保证期间与保证债务诉讼时效的起算	(138)
(二)保证期间与主债务诉讼时效	(140)
(三)主债务诉讼时效与保证债务诉讼时效	(140)
案例点评:无效保证中保证期间的适用问题	(143)
五、《担保法》生效前保证期间问题	(145)
(一)《担保法》及其司法解释的时间效力	(145)
(二)《担保法》施行前后关于保证期间和保证债务诉讼时效的主要差异	(146)
(三)最高人民法院法[2002]144号通知的理解与适用	(148)
第四节 保证人的权利	(150)
一、保证人对债权人的权利	(150)
(一)保证人的一般抗辩权	(150)
(二)保证人的专属抗辩权——先诉抗辩权	(153)
争点讨论:保证人的专属抗辩权的范围	(153)
二、保证人对主债务人的权利	(159)
(一)保证人求偿权及其行使条件	(159)
(二)保证人求偿权行使的范围	(161)

(三) 无效保证中保证人的求偿权	(161)
争点讨论: 无效保证中保证人承担赔偿责任后的求偿权问题	(161)
第五节 保证责任	(163)
一、保证责任及其内容	(163)
(一) 保证责任的界定	(163)
(二) 保证责任的内容	(163)
二、保证责任的范围	(164)
(一) 约定的保证责任范围	(164)
(二) 法定的保证责任范围	(164)
(三) 约定保证责任范围和法定保证责任范围的关系	(165)
案例点评: 主合同部分无效时保证责任范围的确定	(166)
三、主合同的变更与保证责任	(167)
(一) 《担保法》施行前后关于主合同变更对保证责任的影响的 主要变化	(167)
(二) 债权让与与保证责任	(170)
(三) 债务承担与保证责任	(171)
争点讨论: 保证人对债务人转让债务的书面同意	(171)
(四) 主合同内容的变更与保证责任	(174)
案例点评: 主合同内容的变更对保证责任的影响	(177)
四、主合同解除与保证责任	(178)
(一) 债权人的损害赔偿请求权是否属于保证责任的范围	(178)
(二) 债权人的回复原状请求权是否为保证效力之所及	(178)
(三) 主合同解除时保证人承担保证责任的条件	(179)
(四) 主合同解除后保证人承担保证责任的范围	(180)
五、以贷还贷与保证责任	(180)
(一) 以贷还贷的认定	(180)
(二) 以贷还贷的效力	(181)
(三) 以贷还贷的保证以及保证责任的承担	(183)
六、企业破产与保证责任	(184)
(一) 债权人破产与保证责任	(184)
(二) 主债务人破产与保证责任	(185)
案例点评: 江苏省海洋运输总公司与中国银行苏州分行借款担 保纠纷上诉案	(190)
(三) 保证人破产与保证责任	(192)
七、国有企业改制与保证责任	(194)

(一) 国企改制与债务承担	(194)
(二) 主债务人改制时保证责任的承担	(196)
(三) 保证人改制时保证责任的承担	(196)
八、保证责任的消灭	(198)
(一) 保证责任消灭的一般原因和特殊原因	(198)
(二) 保证期间届满而债权人不行使权利	(199)
(三) 债权人放弃物的担保	(200)
(四) 主债务承担而未经保证人同意	(200)
(五) 主合同内容变更未经保证人书面同意	(201)
案例点评:保证责任因保证期间经过而消灭	(201)
第六节 特殊保证	(202)
一、最高额保证	(202)
(一) 最高额保证及其适用范围	(202)
(二) 最高债权额的确定	(203)
(三) 最高额保证决算期的确定	(203)
(四) 最高额保证的保证期间	(204)
案例点评:最高额保证中保证期间的确定	(206)
二、共同保证	(208)
(一) 一人保证与共同保证	(208)
(二) 按份共同保证中保证责任的承担	(209)
(三) 连带共同保证中保证责任的承担	(209)
案例点评:共同保证中的求偿关系	(211)
三、票据保证	(212)
(一) 票据保证的定义	(212)
(二) 票据保证的特征	(213)
(三) 票据保证人的资格	(216)
(四) 票据保证的设立	(216)
(五) 票据保证的限制	(220)
(六) 票据保证的效力	(221)
(七) 票据保证人的追索权	(225)
案例点评:票据保证责任的承担	(226)
第三章 担保物权总论	(240)
第一节 担保物权概论	(240)
一、担保物权的意义	(240)
(一) 担保物权以确保债权清偿为目的	(241)

(二)担保物权是在他人的物或者权利上成立的权利	(241)
(三)担保物权是一种定限物权	(241)
二、担保物权的特征	(241)
(一)从属性	(241)
(二)不可分性	(242)
(三)物上代位性	(243)
争点讨论:担保物权的性质	(243)
(四)本书作者的主张	(245)
三、担保物权的分类	(246)
(一)法定担保物权与约定担保物权	(246)
(二)移转占有型担保物权与非移转占有型担保物权	(246)
(三)动产担保物权、不动产担保物权与权利担保物权	(246)
(四)登记担保物权与非登记担保物权	(246)
(五)留置性担保物权与优先受偿性担保物权	(247)
(六)保全型担保物权与投资型担保物权	(247)
四、担保物权的体系	(247)
(一)担保物权体系的比较法考察	(247)
(二)《物权法》上的担保物权体系	(248)
争点讨论:关于让与担保的立法争议	(250)
第二节 担保物权的担保范围	(252)
一、主债权	(252)
二、利息	(253)
三、违约金	(254)
四、损害赔偿金	(254)
争点讨论:损害赔偿金是否属于担保物权的法定担保范围	(254)
五、保管担保财产的费用	(255)
六、实现担保物权的费用	(255)
第三节 担保物权的竞存及其处理	(256)
一、担保物权竞存释义	(256)
二、抵押权和质权的竞存及其处理	(256)
(一)先押后质及其处理	(257)
争点讨论:先押后质及其处理	(257)
(二)先质后押及其处理	(258)
(三)《担保法解释》第79条第1款的理解与适用	(259)
三、抵押权、质权和留置权的竞存及其处理	(259)

四、建设工程价款优先受偿权与抵押权的竞存及其处理	(260)
(一)建设工程价款优先受偿权的性质	(260)
(二)建设工程价款优先受偿权的成立	(261)
(三)建设工程价款优先受偿权与抵押权竞存时的处理	(262)
案例点评:抵押权与建设工程优先受偿权的冲突及其处理	(263)
第四节 担保物权的行使期间	(265)
一、担保物权行使期间的立法争议	(265)
(一)担保物权行使期间的立法例比较	(265)
(二)我国关于担保物权行使期间的立法	(266)
二、《物权法》第202条的理解与适用	(267)
争点讨论:《物权法》第202条规定的期间性质	(267)
争点讨论:主债权诉讼时效对担保物权行使的影响	(268)
(一)《物权法》第202条“行使抵押权”的理解	(270)
(二)主债权诉讼时效届满后抵押人与抵押权人达成抵押权实现协议的效力	(270)
(三)《物权法》第202条是否适用于质权和留置权	(271)
三、当事人约定担保物权行使期间的效力	(273)
第五节 担保物权的消灭	(275)
一、因主债权的消灭而消灭	(275)
二、因担保物权实现而消灭	(276)
三、因债权人放弃担保物权而消灭	(276)
四、法律规定担保物权消灭的其他情形	(276)
第六节 《物权法》担保物权编之进步与不足	(276)
一、突破与进步	(277)
(一)完善了担保物权体系	(277)
(二)扩充了担保物的范围	(277)
(三)修正了担保物权的实现规则	(278)
二、不足与前瞻	(279)
(一)置重于担保物权的从属性,忽略了流动性,担保物权难以重复利用	(279)
(二)设立程序较为繁杂,限制物权担保的普遍采用	(279)
(三)偏重于不动产担保物权,难以满足经济生活对担保的需要	(280)
(四)有些规定过于原则,影响担保方式的充分利用	(280)
(五)法律之间关系较为复杂,增加了法律适用的难度	(280)
第四章 抵押权(上)——不动产抵押权	(286)

第一节 抵押权概述	(286)
一、抵押	(286)
二、抵押权	(287)
(一)抵押权的性质	(287)
(二)抵押权的特征	(287)
争点讨论:抵押权是否具有追及力	(291)
三、抵押权的种类	(292)
(一)不动产抵押权	(293)
(二)权利抵押权	(293)
(三)动产抵押权	(293)
第二节 不动产抵押权的设立	(293)
一、不动产抵押权的当事人	(293)
(一)抵押权人	(293)
(二)抵押人	(294)
案例点评:不动产抵押权的善意取得	(295)
二、抵押财产	(296)
(一)抵押财产的条件	(296)
(二)《物权法》关于抵押财产范围规定的探讨	(298)
三、不动产抵押合同	(298)
(一)抵押合同的性质	(298)
(二)抵押合同的内容	(301)
争点讨论:抵押权是否可以担保将来发生的债权	(301)
(三)不动产抵押权的设定与抵押合同的关系	(302)
四、流质契约的禁止	(303)
(一)流质契约的意义	(303)
争点讨论:流质契约存废论	(304)
(二)流质契约的认定	(304)
(三)流质契约的效力	(305)
五、建筑物抵押权的设立	(305)
(一)对房屋抵押限制性规定的适用	(306)
(二)农村村民的房屋是否可以作为抵押财产	(306)
(三)预售商品房抵押权	(307)
争点讨论:商品房按揭的性质及其法律适用	(308)
六、建设用地使用权抵押权的设立	(310)
(一)法律对划拨土地使用权抵押的规定	(311)