

担保法

何志 著

审判实务研究

人民法院出版社

担保法审判实务研究

何 志 著

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

担保法审判实务研究/何志著. - 北京: 人民法院出版社, 2002. 2

ISBN 7 - 80161 - 264 - 7

I. 担… II. 何… III. ①担保法 - 研究 - 中国②担保 - 合同 - 经济纠纷 - 审判 - 中国 IV. D923. 64

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 098040 号

担保法审判实务研究

何 志 著

责任编辑 辛 言

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京东交民巷 27 号 (100745)

电 话 65136847 (责任编辑) 65136848 (出版部)
65120825 65286879 65222201 (发行部)

E - mail courtpress@sohu. com

印 刷 保定市大丰彩印厂

经 销 全国新华书店

开 本 850 × 1168 毫米 1/32

字 数 588 千字

印 张 23. 375

版 次 2002 年 2 月第 1 版 2002 年 2 月第 1 次印刷

印 数 1 - 5000 册

书 号 ISBN 7 - 80161 - 264 - 7/D · 264

定 价 45. 00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

序 言（一）

经济活动中产生的债权债务关系，由合同行为、侵权行为、不当得利和无因管理而产生，担保是随着债的关系和合同的产生而出现的，债的担保制度是商品交易关系的产物，是现代民事、经济活动中保障债权实现的一项重要法律制度。《担保法》则是规范和调整担保行为的基本法律。《担保法》跨越物权法、债权法两个领域，几乎涉及民事法律体系的各个方面。《担保法》的颁布施行，标志着我国物权和债权制度的进步，为人民法院正确审理担保纠纷案件提供了重要的法律依据。毫无疑问，随着我国商品经济的发展和市场经济的建立，担保制度在社会经济生活中必将发挥着越来越重要的作用。

传统的担保制度起源于罗马法，在这一基础上才形成大陆法的担保制度。在我国，很早就有人“质”和物“质”两种担保形式，到近代又逐步演进为以物担保和债权担保，并且逐步法制化。新中国成立后，我国担保制度散见于某些法规之中，民间虽实际采取担保方式，但没有完整的法律规范。党的十一届三中全会后，随着党和国家工作重心的转移，在《民法通则》和以后的《经济合同法》中，对担保制度已有了明确、具体的规定。但是，近些年来的实践证明，由于经济体制改革的不断深化，尤其是社会主义市场经济体制的建立和不断完善，对担保制度也就要求进一步规范，发挥其对经济发展、商品流通的保障作用。正由于担保制

度有着对资金融通,财产流转增值,交易安全保障所固有的特性,所以任何现代国家在其经济发展过程中,极其重视并借助于担保这一法律制度的确立和完善,来保障交易活动的高效、便捷与安全的运行,以求得市场经济对资源的充分利用和为社会创造更多的财富。同时,也由于市场经济本身是一种法治经济、信用经济,建立和健全符合市场经济体制要求的法治原则和信用制度,就成了须臾不能忽视的重大问题。实践证明,市场经济的发展缺乏法治与信用,不仅会造成经济关系的扭曲,交易成本的增加,而且还会造成社会风气败坏,交易风险增大。目前,我国流通领域中一个最为突出的问题,是普遍存在市场主体法治观念不强,诚实守信程度低,因而使整个流通领域秩序混乱,难以形成良性循环,从而影响市场经济健康有序的发展。这也就是为什么我国学者与实际工作者都执著地、孜孜以求地不断探索解决在社会主义市场经济体制下对担保制度的理论研究与实际途径。

理论来源于实践又不断指导实践,同时又必须接受实践的检验。近些年来,关于担保法律制度的理论研究与实践,已取得了长足的发展,这方面的理论专著已不下十余种,每部专著都不下数十万字。至于这方面的文章更是不计其数。但由于担保法律制度内涵丰富,外延极广,国内实践经验尚且不足,国外的经验由于国情不同又只能借鉴。立法不完备,理论不统一,必然导致实际工作出现复杂甚至混乱的局面。我国早已制定了担保法,但从发展看,这部法律既难以适应形势发展的要求,又存在着某些严重的缺陷,加之理论界理解不一,因而在实际执行中出现了不少问题。正在着手制订的物权法的讨论中,对担保制度的特征与作用,尚且见仁见智,无人定论,至于在实践中,由于学者说法相背,做法必然不一,更是不胜枚举,仅以农村房屋能否抵押为例,无论是专著还是教学,说法针锋相对,绝然不同,明明担保法规

定个人所有的房屋可以作担保抵押,法律并未区分城市与农村,但有人却认为,农村房屋不得抵押,其根据就是“房随地走”,宅基地为集体所有不得抵押,因此房屋也就不能抵押。就是这样一些具体问题,意见尚且分歧至此,更不用说担保物权是真正的物权还是对特定债权人的优先清偿权?或间接支配权,与债权属同样性质?有了担保法,物权法是否还应当把担保物权纳入其中等这些重大问题,更是众说纷纭。综上,我只是想说明一个问题,即在中国对担保制度的研究虽取得了长足进展,但从实践看,如何从理论与实践的结合上再深入一步仍是有志的同仁们一项紧迫而艰巨的任务。

河南省南阳市中级人民法院的何志同志,以《合同法》、《担保法》、《担保法解释》为根据,参照专家对中国物权法草案的建议,结合司法实践中的具体案例,撰写了《担保法审判实务研究》一书。这种善于学习、勇于探索的精神难能可贵;也为他在短短的三年多时间里,撰写了《经济审判专题研究》、《担保法判解研究与适用》、《合同法总则判解研究与适用》、《担保法审判实务研究》计200余万言的论著而感到高兴。何志同志从事经济审判工作10余年,以其坚韧不拔的毅力,从司法实践到理论,笔耕不辍,有较为深厚的法学理论素养。他所撰写的《担保法审判实务研究》,立足于审判实践,以案说法,以法释案,使本书研究实务问题而不乏深入的理论分析,探讨理论问题而不脱离司法的具体实践,并力求做到法理与审判实务的紧密结合。书中有一些观点及某个具体案件的处理虽有值得商榷之处,但仍不失为一本指导审理涉及担保纠纷案件处理和担保法律制度研究的好书。应该说,他为促进人民法院如何审理涉及担保纠纷案件,提高公正、准确审理这类案件的执法水平,必将起到积极作用,也为进一步探索如何完善担保法律制度作出了自己应有的贡献。

遵其嘱，是为序。

唐德华

2001年8月

① 唐德华系最高人民法院原副院长。

序 言（二）

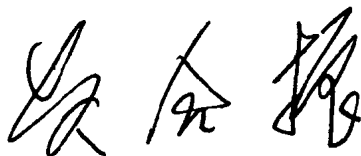
河南省南阳市中级人民法院的何志同志的新著《担保法审判实务研究》即将面世，嘱我为之作序，我不敢接受。但何志同志结合审判实践刻苦钻研法律的精神实在令人感动，我不能推辞，这已经是他的第四部法学论著了，我有责任把他推荐给读者。

债的担保法律制度是现代民事、经济活动中维护交易安全、保障债权实现的一项重要法律制度。何志同志以《担保法》、《合同法》、《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》为根据，参考《中国物权法草案建议稿》关于对抵押权、质权、留置权、让与担保所规定的精神，以司法实践中的案例为依托，以独特的风格，撰写了《担保法审判实务研究》。该书是作者潜心研究担保法律制度和实践应用的最新学术成果。该书的作者从司法实践入手，借鉴中外民法、合同法、担保法、物权法最新的研究成果，特别是结合《担保法》的司法解释，对《担保法》中的总则、保证、抵押、质押、留置、定金，对让与担保与所有权保留，对债权保全中的代位权和撤销权进行了全面地、系统地理论研究和实务探讨，突出了以案说法，以法释案，从而使本书研究实务问题而不乏深入的理论分析，探讨理论问题而不脱离司法的具体实践。因此，本书具有较强的理论性、可读性和实用性。

当然，由于实践问题的复杂性和多样性，本书作为理论问题

的研究和实务问题的探讨，也有值得商榷和探讨的地方，有待于读者的不吝指正，也有待于作者的进一步研究与探讨。

在何志同志撰写的《担保法审判实务研究》出版之际，谨致祝贺。同时，对人民法院出版社对本书的关爱和对年轻法官的支持表示感谢。

A handwritten signature in black ink, consisting of three characters: '吴', '合', '振' (Wu Hanzhen).

2001年9月

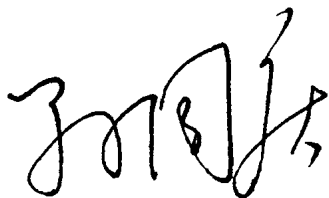
① 吴合振系河南省高级人民法院主管经济审判的副院长。

序 言（三）

近年来，我院经济审判第二庭何志同志，身处经济审判工作第一线，以其坚韧不拔的毅力，从司法实践到理论，笔耕不辍，积淀了较为深厚的法学理论素养，1998年撰写了《经济审判专题研究》、1999年撰写了《担保法判解研究与适用》、2000年撰写了《合同法总则判解研究与适用》，三部法学专著计150多万字，均由国家级出版社出版发行，确实难能可贵。应当说在南阳法院系统是绝无仅有的，也可以说在全国法院系统的法官中也是少见的。何志同志的丰富硕果和严谨治学的态度，先后被《人民法院报》、《检察与审判》、《南阳日报》等10多家新闻媒体予以报道后，在社会上引起了强烈的反响，为南阳法院争得了荣誉。

公正与效率，是人民法院在二十一世纪审判工作的主题。实现司法公正，提高司法效率，关键在于继续狠抓队伍建设，提高人民法官整体素质。法官具备了很高的政治素质、业务素质、道德素质，实现司法公正，提高司法效率才有了根本保证。要实现司法公正，提高司法效率，就需要培训和造就越来越多的高素质专家型、学者型法官。我院的何志同志堪称为楷模，他刻苦学习法律知识，钻研审判业务，成为我市法院经济审判的专家，被人们称之为“学者法官”。他所审结的600余案件中，既无错案，又无超审限案件，实现了司法公正和司法效率的同步提高。同时，何志同志注重司法实践的总结和理论问题的研究，不顾三九严寒和盛夏酷暑，在繁忙的工作之余，撰写专著和发表学术论文，做

到了理论性和实践性的有机结合，颇受读者欢迎，受到行家好评。其实，审判和写书是相辅相成的，何志丰富的审判经验，正是写书的坚实基础，而写书又从理论上有力地指导了审判实践，这部《担保法审判实务研究》便是例证。鉴于此，欣然为序。

A handwritten signature in black ink, appearing to read '孙同庆' (Sun Tongqing), written in a cursive style.

2001年9月

① 孙同庆系河南省南阳市中级人民法院院长、党组书记。

目 录

序言（一）	（1）
序言（二）	（5）
序言（三）	（7）

第一编 担保法总论

第一章 担保与担保法

一、引言	（3）
二、债与债权担保	（5）
三、担保的性质	（7）
四、担保的分类	（9）
五、担保法律关系	（11）
六、担保法的宗旨	（16）
七、对引言案例一、案例二的评析	（18）

第二章 担保的基本原则

一、引言	（20）
------------	------

二、担保的基本原则之一——平等原则	(21)
三、担保的基本原则之二——自愿原则	(23)
四、担保的基本原则之三——公平原则	(24)
五、担保的基本原则之四——诚实信用原则	(25)
六、引言司法解释在审判实务中的运用	(27)

第三章 反担保

一、引言	(29)
二、反担保的概念及法律特征	(30)
三、反担保的担保方式	(32)
四、反担保有效成立的条件	(34)
五、反担保与原始担保的关系	(35)
六、反担保的法律效力	(36)

第四章 担保合同的效力

一、引言	(39)
二、担保合同的生效	(40)
三、无效担保合同的确认	(44)
四、无效担保合同民事责任的性质	(48)
五、担保合同无效时担保人的法律责任	(51)
六、对引言案例一、案例二的评析	(54)

第五章 担保人的追偿权

一、引言	(56)
------------	------

二、担保人的追偿权的含义及特征	(57)
三、担保人行使追偿权的有关问题及对案例一的评析	(60)
四、担保人预先行使追偿权的有关问题及对案例二的评析	(65)

第六章 《担保法》的法律效力

一、《担保法》的法律效力	(70)
二、《担保法解释》的法律效力	(73)
三、《担保法》与《民法通则》和《合同法》的关系及适用	(74)
四、涉及担保合同纠纷的诉讼	(75)

第二编 保证担保

第一章 保证合同效力的确认及民事责任承担

一、引言	(79)
二、保证合同的形式、特征和主要内容	(82)
三、主合同无效，保证合同无效	(85)
四、保证人资格不合法，保证合同无效之情形	(85)
五、保证人意思表示不真实，保证合同无效之情形	(89)
六、不具备法定生效要件导致保证合同无效之情形	(91)
七、有效保证民事责任与无效保证民事责任的区分	

.....	(92)
八、保证合同无效时保证人的法律责任	(94)
九、对引言案例一、案例二的评析	(100)

第二章 共同保证

一、引言	(103)
二、共同保证的概念及特征	(104)
三、共同保证的分类	(107)
四、共同保证的法律效力	(110)
五、共同保证的求偿权及共同保证的立法完善	(112)

第三章 保证方式

一、引言	(116)
二、保证方式概说	(118)
三、一般保证的有关问题	(119)
四、连带责任保证的有关问题	(123)
五、一般保证与连带责任保证的异同及对引言案例 的评析	(125)

第四章 保证期间

一、引言	(128)
二、保证期间的含义及法律性质	(129)
三、一般保证的保证期间	(131)
四、连带责任保证的保证期间	(135)

五、保证期间与诉讼时效期间的关系及应注意的问题.....	(138)
六、保证人的保证责任.....	(140)
七、对引言案例的评析.....	(142)

第五章 主合同变更对保证责任的影响

一、引言.....	(143)
二、对现行法律规定之检讨和《担保法解释》之完善.....	(145)
三、主合同的债权让与对保证人保证责任的影响.....	(147)
四、主合同的债务转让对保证人保证责任的影响.....	(150)
五、主合同内容变更对保证人保证责任的影响.....	(152)
六、对引言案例的简要评析.....	(154)

第六章 保证人的抗辩权

一、引言.....	(156)
二、保证人享有债务人的抗辩权.....	(157)
三、保证人享有的先诉抗辩权.....	(162)
四、物保与人保并存时，保证人享有的抗辩权.....	(166)
五、保证人因保证合同享有的其他抗辩权.....	(169)
六、对引言案例的评析.....	(171)

第七章 注册资金担保

- 一、引言····· (172)
- 二、注册资金的含义、来源分类及法律特征····· (175)
- 三、对注册资金担保之本质的法理透视····· (178)
- 四、注册资金担保的法律责任····· (180)
- 五、注册资金与法人民事责任的关系及审判实务中的处理原则····· (184)

第三编 抵押担保

第一章 抵押概说

- 一、引言····· (193)
- 二、抵押、抵押权的概念及特征····· (194)
- 三、抵押权的类型····· (201)

第二章 抵押权的设定

- 一、引言····· (208)
- 二、抵押权的取得方式····· (209)
- 三、抵押合同····· (213)
- 四、抵押物····· (220)
- 五、审判实务中应注意的问题····· (225)