

曹士兵 / 著

中国担保制度 与担保方法

——根据物权法修订

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

D923.24/31

2008

曹士兵 / 著

中国担保制度 与担保方法

——根据物权法修订

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

中国担保制度与担保方法：根据物权法修订/曹士兵
著. —北京：中国法制出版社，2007. 11
ISBN 978 - 7 - 5093 - 0285 - 9

I. 中... II. 曹... III. 担保法 - 研究 - 中国
IV. D923. 24

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 172563 号

中国担保制度与担保方法

ZHONG GUO DAN BAO ZHI DU YU DAN BAO FANG FA

著/曹士兵

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/787×960 毫米 16

版次/2008 年 1 月第 1 版

印张/25.25 字数/391 千

2008 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0285 - 9

定价：52.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：66031119

网址：<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话：66010493

市场营销部电话：66033393

邮购部电话：66033288

作者简介

曹士兵，男，1967年2月出生。1995年毕业于中国社会科学院法学研究所，法学博士。最高人民法院审判员，高级法官。2002年—2006年，任最高法院民事审判第二庭审判长。现任最高人民法院院长办公室副主任。中国人民大学兼职研究员、国家法官学院兼职教授。

参加起草的司法解释：最高人民法院《关于审理存单纠纷案件若干问题的规定》（1997年）、《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释》（1999年）、《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（2000年）、《关于审理涉及金融资产管理公司收购、管理、处置国有银行不良贷款形成的资产的案件适用法律若干问题的规定》（2001年）、《关于审理企业破产案件若干问题的规定》（2003年）。

主要学术成果：

专著：《中国担保诸问题的解决与展望》（2001年，中国法制出版社），《反垄断法研究》（1996年，法律出版社）

译著：《契约的死亡》（先后收入《民商法论丛》和《为权利而斗争》，1998年法律出版社、2002年中国法制出版社）

合著：《关于适用〈中华人民共和国担保法若干问题的解释〉的理解与适用》（2000年，吉林人民出版社），《正确适用〈关于审理企业破产案件若干问题的规定〉》（2003年，中国法制出版社）

主编：最高人民法院《经济审判指导与参考》（法律出版社1999—2002）、《民商审判指导与参考》（人民法院出版社2003—2004）、《中国民商审判》（法律出版社2003—2004）、《金融审判与银行债权保护》（法律出版社2005）

在《中国法学》、《当代法学》、《天津社会科学》、《法制与社会发展》、《人民司法》、《中国法律》、《法律适用》等刊物以及《光明日报》、《人民法院报》等报纸上发表文章近百篇。

主要代表文章：《最高人民法院裁判、司法解释的法律地位》，载于《中国法学》2006年第三期，英文版发表于高等教育出版社与德国Springer共同发行的《Frontiers of law in China》2008年第一期。

总 目 录

导论 中国担保法律环境评论	1
第一章 总则	16
第二章 保证	114
第三章 抵押	180
第四章 质押	292
第五章 留置	348
第六章 定金	364
第七章 担保纠纷案件诉讼程序与管辖	381

目 录

导论 中国担保法律环境评论

- 一、中国担保立法评论 / 1
- 二、与担保相关的司法环境评论 / 9
- 三、与担保相关的执法环境评论 / 13
- 四、未来担保立法应予关注的问题 / 14

第一章 总则

第一节 《中华人民共和国担保法》的调整对象 / 16

- 一、《中华人民共和国担保法》的调整对象——以典型担保方式为核心 / 16
- 二、非典型担保形式与法律适用 / 18
- 三、司法程序中担保的性质与法律适用 / 22

第二节 担保法在时间上的适用范围 / 26

- 一、担保法司法解释第 133 条的规定 / 26
- 二、最高人民法院法释〔2002〕38 号《关于涉及担保纠纷案件的司法解释的适用和保证责任方式认定问题的批复》的规定 / 29

第三节 担保法规定的法律责任类型 / 31

- 一、担保责任 / 31
- 二、赔偿责任 / 33
- 三、违约责任 / 33
- 四、缔约过失责任 / 34

第四节 独立担保 / 35

- 一、担保行为的基本特性——从属性和附随性 / 35

二、担保合同与主合同的特殊关系——独立担保 / 36

三、独立担保在我国实践 / 39

四、独立担保案件的裁判方法——尊重当事人的意思自治 / 41

第五节 共同担保 / 47

一、共同保证 / 47

二、共同抵押、质押 / 49

三、混合共同担保 / 55

第六节 对外担保 / 59

一、何为对外担保——对外担保范围的认定 / 59

二、对外担保的法律适用 / 61

三、对外担保批准与登记的区别 / 63

四、对外担保与标的涉外担保的区别 / 63

五、关于适用外国法和国际惯例 / 65

第七节 机关、社会团体、事业单位和其他组织提供的担保 / 66

一、法人分类与我国民法通则关于法人的规定 / 66

二、民事诉讼法上的其他组织 / 68

三、无权利能力社团 / 69

四、机关、社团法人、事业单位提供的担保 / 70

五、其他组织、无权利能力社团及其执行机构提供的担保 / 72

第八节 公司担保 / 74

一、旧公司法关于公司担保的规定与最高人民法院“中福实业公司担保案”的裁判背景 / 74

二、“中福实业公司担保案”的裁判思路 / 76

三、新公司法关于公司担保能力的规定 / 78

四、新公司法相关规定中值得注意的问题 / 80

五、如何看待最高人民法院2006年“光彩集团担保案” / 82

第九节 无效担保的法律责任 / 88

一、主合同有效而担保合同自身无效，担保人的责任 / 88

二、主合同无效导致担保合同无效，担保人的责任 / 90

三、主合同与担保合同均无效，担保人的责任 / 93

- 四、无效担保人承担责任的前提——对债务人“不能清偿”到期债务的理解 / 94
- 五、担保人承担赔偿责任后的追偿权 / 97
- 第十节 主合同解除与担保人的法律责任 / 99
 - 一、主合同法定解除与担保人的法律责任 / 99
 - 二、担保人在主合同解除后承担担保责任的要件 / 100
 - 三、合同解除后担保人的责任范围 / 101
- 第十一节 越权行为与担保责任 / 102
 - 一、代表人责任——法定代表人、负责人越权与担保责任 / 102
 - 二、表见代理——一般行为人越权与担保责任 / 106

第二章 保证

- 第一节 保证人的资格 / 114
 - 一、保证人的基本资格要求——代为清偿能力 / 114
 - 二、提供保证的合格主体和禁止主体 / 115
 - 三、分支机构、职能部门、代表处作保证人的情形 / 117
- 第二节 保证合同的形式 / 121
 - 一、主从合同的形式 / 121
 - 二、主从条款的形式 / 121
 - 三、以保证人身份在合同上承保的形式 / 122
 - 四、保证人单方面出具的保证承诺书形式 / 122
 - 五、口头保证合同 / 123
 - 六、安慰函 / 123
- 第三节 共同保证 / 125
 - 一、按份共同保证 / 125
 - 二、连带共同保证 / 126
 - 三、保证人的追偿权 / 127
- 第四节 特殊保证 / 129
 - 一、对注册资金提供保证 / 129
 - 二、保证监督专款专用 / 130

第五节 最高额保证 / 131

- 一、最高额保证的特征 / 131
- 二、最高额保证的决算期与清偿期 / 132
- 三、最高额保证的保证期间 / 133

第六节 保证责任与抗辩权 / 134

- 一、先诉抗辩权与保证责任 / 134
- 二、债权债务转移、主合同变更与保证责任 / 139
- 三、保证期间与保证责任 / 143
- 四、诉讼时效与保证责任 / 150
- 五、债权人放弃物的担保与保证责任 / 156
- 六、保证人死亡与保证责任 / 158

第七节 保证关系中的欺诈 / 159

- 一、债权人欺诈保证人 / 160
- 二、债务人欺诈保证人 / 161
- 三、债权人、债务人恶意串通欺骗保证人 / 162
- 四、债务人、保证人共同欺诈债权人 / 162
- 五、以贷还贷 / 164

第八节 企业破产与保证责任 / 166

- 一、债权人破产的情形 / 166
- 二、债务人破产 / 166
- 三、保证人破产 / 169

第九节 企业出售、改制、分立、合并与保证责任 / 170

- 一、债务人发生企业出售、改制、分立、合并情况 / 170
- 二、保证人发生企业合并、分立、出售、改制情况 / 171

第十节 保证保险 / 173

- 一、最高人民法院关于保证保险的裁判和答复 / 173
- 二、最高法院对保证保险性质的不同认识 / 176
- 三、保证保险的性质——信用保险 / 176
- 四、审理保证保险案件值得注意的问题 / 178

第三章 抵押

第一节 抵押合同 / 180

- 一、抵押合同的生效 / 180
- 二、抵押合同的无效 / 183
- 三、抵押合同不成立与不生效 / 185
- 四、关于独立抵押合同 / 187

第二节 抵押物 / 187

- 一、房地产项目抵押与预售房屋抵押（未来财产的抵押） / 188
- 二、建筑物与在建工程抵押 / 189
- 三、建设用地使用权抵押和集体土地使用权抵押 / 190
- 四、林木、林地使用权抵押与草地使用权、农作物抵押 / 191
- 五、准物权——海域使用权与探矿权抵押 / 193
- 六、车辆、船舶、航空器抵押 / 194
- 七、一般动产抵押 / 194
- 八、共有财产抵押 / 195
- 九、限制流通财产的抵押 / 196
- 十、即将取得的财产抵押 / 197
- 十一、不得抵押的财产 / 198

第三节 抵押权的取得 / 205

- 一、依登记取得抵押权 / 206
- 二、依抵押合同取得抵押权 / 210
- 三、依法律规定取得抵押权 / 212
- 四、依继承、遗赠取得抵押权 / 212
- 五、依转让取得抵押权 / 213
- 六、抵押权的善意取得 / 214

第四节 抵押登记的效力 / 227

- 一、不动产抵押登记的效力 / 227
- 二、动产抵押登记的效力 / 229

第五节 抵押权的效力 / 230

- 一、抵押权所涉抵押标的物的范围 / 230
- 二、抵押权对一般债权人的效力——优先受偿效力 / 239
- 三、抵押权对第三人的效力——对抗效力（含追及效力） / 240
- 四、抵押权对侵害抵押物行为的效力 / 246
- 五、未办理抵押登记的动产抵押权的效力 / 249

第六节 抵押权的次序 / 250

- 一、抵押权与留置权 / 251
- 二、抵押权与质权 / 251
- 三、抵押权与租赁权 / 252
- 四、抵押权与抵押权 / 252
- 五、抵押权与优先权 / 254
- 六、抵押权与非典型担保 / 254

第七节 无效抵押与部分无效的抵押 / 256

- 一、抵押权因主债权无效、被撤销而无效 / 256
- 二、抵押权因抵押人主体原因而无效 / 258
- 三、抵押权因抵押财产原因无效 / 259
- 四、抵押权因抵押人属于无权处分而无效 / 259
- 五、抵押权因抵押行为未经共有人同意而无效 / 259
- 六、抵押物未能现实存在导致抵押权不生效力 / 260
- 七、因恶意抵押导致抵押权无效 / 261
- 八、流质抵押无效 / 263
- 九、抵押期间的约定无效 / 263

第八节 抵押权的实现 / 263

- 一、实现抵押权的条件 / 264
- 二、实现抵押权的程序 / 264
- 三、实现抵押权的方式 / 269
- 四、恶意实现抵押权 / 273
- 五、抵押权人对债务人其他财产的求偿 / 273

第九节 抵押权的消灭 / 274

- 一、抵押权所担保的债权消灭 / 274
- 二、抵押权因抵押物的灭失而消灭 / 274
- 三、抵押权因司法保护期届满而实际消灭 / 275
- 四、抵押权因实现而消灭 / 276
- 五、抵押权因放弃而消灭 / 276
- 六、抵押权因债权人未经抵押人同意转让债务而消灭 / 278

第十节 非典型抵押 / 278

- 一、财团抵押 / 278
- 二、浮动抵押 / 279
- 三、中国式按揭 / 282
- 四、最高额抵押 / 285

第四章 质押**第一节 质押合同 / 292**

- 一、质押合同的生效 / 292
- 二、质押合同不成立、不生效 / 293
- 三、质押合同的无效 / 293
- 四、对出质人不履行出质义务的违约救济 / 294

第二节 质物与动产质权的取得 / 295

- 一、质物的范围 / 295
- 二、依法律行为设定动产质权 / 296
- 三、继受取得质权 / 299
- 四、质权的善意取得 / 299

第三节 特殊动产质押 / 301

- 一、金钱质押 / 301
- 二、账户质押 / 302
- 三、营业质押 / 305
- 四、最高额质押 / 305

第四节 动产出质人与质权人的权利义务 / 307

一、出质人的权利 / 307

二、出质人的义务 / 308

三、质权人的权利 / 309

四、质权人的义务 / 314

第五节 动产质权的实现与消灭 / 316

一、动产质权的实现 / 316

二、动产质权的消灭 / 318

第六节 权利质权 / 320

一、可出质权利的性质与种类 / 321

二、权利质权的取得 / 322

三、出质人的权利义务 / 323

四、质权人的权利义务 / 326

五、存款单质权 / 327

六、票据质权 / 332

七、债券质权 / 334

八、应收账款质权 / 335

九、仓单、提单质权 / 339

十、股权质押 / 340

十一、知识产权质权 / 341

第七节 权利质权的实现与消灭 / 342

一、权利质权的实现 / 342

二、权利质权的消灭 / 346

第五章 留置

第一节 我国法律规定的留置权 / 348

一、留置权的沿革 / 348

二、我国法律规定的留置权 / 349

第二节 留置权的成立要件 / 351

一、民事留置权的成立要件 / 351

二、商事留置权的成立要件 / 354

三、特别留置权的成立要件 / 355

四、留置权成立的消极要件 / 356

第三节 留置权的效力 / 357

一、留置权的优先效力与对抗效力 / 357

二、留置权所担保的债权范围和对留置物的效力范围 / 357

三、留置权的不可分效力 / 358

第四节 留置权的行使 / 358

一、留置权的行使条件 / 359

二、留置权的行使程序与方式 / 360

第五节 留置权的消灭 / 361

一、留置权因留置权人丧失对留置物的占有而消灭 / 361

二、留置权人接受债务人另行提供的担保 / 362

第六章 定金

第一节 定金的类型和各类型的运用 / 364

一、立约定金 / 364

二、成约定金 / 366

三、解约定金 / 367

第二节 定金的识别 / 368

一、定金的性质与特点 / 369

二、识别定金的方法 / 369

三、其他不属于定金的金钱担保 / 370

第三节 定金的实践性 / 371

一、定金合同的实践性 / 371

二、定金合同订立后少交付或多交付定金的处理 / 371

三、定金的限额和超过限额的处理 / 372

四、定金合同订立后不交付定金的处理 / 373

第四节 定金处罚 / 373

一、立约定金、成约定金、解约定金的处罚条件 / 373

二、违约定金的处罚条件 / 374

三、免于处罚定金的情形 / 376

第五节 定金与损害赔偿、违约金的并罚 / 378

一、定金与损害赔偿的并罚 / 379

二、定金与违约金的并罚 / 379

第七章 担保纠纷案件诉讼程序与管辖

第一节 担保纠纷案件的诉讼程序 / 381

一、一般保证纠纷案件 / 381

二、连带保证纠纷案件 / 383

三、分支机构作保证人的担保纠纷案件 / 384

四、债务人起诉债权人的纠纷案件 / 386

五、物的担保纠纷案件 / 386

六、保证与物的担保并存的担保诉讼案件 / 388

第二节 担保纠纷案件的管辖 / 388

一、债权人单独起诉债务人或担保人单独作为被告的案件管辖 / 389

二、债权人一并起诉债务人和担保人案件的管辖 / 389

三、债务人与担保人必须作为共同被告案件的管辖 / 390

四、主从合同协议管辖选择法院不一致时管辖的确定 / 390

导论 中国担保法律环境评论

市场经济即法制经济,在经济全球化迅猛发展的时代,与市场经济运行相关的法律制度建设,直接影响到一个国家和地区经济发展的速度和质量。担保法是市场经济的法律,其立法宗旨是保障债权的实现,法律制度的设置以债权人的合法权益为出发点,立法的最终目的是通过法律手段提升社会信用道德水平。从当今发达国家经济发展的历史来看,经济的腾飞通常伴随着外资的引进和金融的繁荣,担保法在这两个方面都发挥着不可或缺的作用。引进外资和繁荣金融必然依赖信用保障,事实上,资本的运行与担保的运用一直具有共生性,两者的发展也是同步的,对于金融行业来说,一部好的担保法能够大力促进金融的繁荣,是为不辩之理。当前,随着经济交往的日益发达,担保已经从单纯的债权保障工具,演变为兼有债权保障功能和金融产品特性的混合工具,与金融创新密不可分,许多新型金融产品即以创新担保方式为核心,担保越发显示出独特的价值。我国关于担保的专门立法始于上个世纪90年代中期,而涉及担保的司法审判活动却可以追溯到上个世纪70年代末。时至今日,当世界资本流动和金融的有效运行直接影响国家经济发展,担保的作用愈加彰显的时候,对我国的担保法律环境进行全面的回顾,对我国担保立法和与担保有关的司法活动进行系统分析,成为必要。分析是为了总结成功与不足,发现并解决我国担保法律环境中存在的制约经济发展的障碍,促进我国担保法律制度的进一步完善,为提升我国利用外资水平和增强企业融资能力更好地提供法律保障。

一、中国担保立法评论

(一) 中国担保立法概况

担保立法分为两类,一类是担保机构组织法,一类是担保行为法。担保机构组织法是规范信用担保经营主体(主要是担保公司)的成立、组织机构、运作方式、经营范围、行业监管、法律责任的法律;担保行为法是规范担保公司的担保行为和法律允许作担保人的其他主体的担保关系的法律。担保行为法不只是针对担保公司,

它调整的是民事、经济活动中所有的担保关系。

目前,我国的担保公司非依特别法成立,而是依公司法成立的普通公司,就担保机构组织法而言,《中华人民共和国公司法》(以下简称公司法)是担保机构组织法的核心。在我国设立各类担保公司,除因经营担保业务的特殊性而需要主管部门批准外,其设立程序基本上按照普通公司的设立程序进行。对于因特定目的设立的担保公司,如中小企业信用担保机构、住房置业担保公司,政府相关部门发布的规范意见、管理办法^①,也部分起到担保机构组织法的作用,但它们不能成为我国的法律渊源。可以说,信用担保业的组织法在我国还略显薄弱,现有的有关组织制度方面的法律与规章制度还不能完全满足信用担保业广阔发展的需要。在这一状况下,调整担保行为方面的法律制度愈显重要。

我国关于担保行为方面的立法到目前为止经历了三个阶段。第一个阶段是萌芽期,从中华人民共和国成立到1987年《中华人民共和国民法通则》(以下简称民法通则)颁布之前。在这一时期基本没有针对担保行为的立法,社会经济活动中担保行为较为少见,偶尔出现的担保行为,由于没有法律规定,司法机关对其性质认定和法律后果的判断处于初步探索阶段^②。这一时期关于担保行为的规则仅有最高人民法院发布的零散法律意见,数量极少,处于初级阶段。第二个阶段是立法期,以1987年民法通则的颁布为标志,截至到1995年《中华人民共和国担保法》(以下简称担保法)颁布之前。民法通则在第89条规定:“依照法律的规定或者按照当事人的约定,可以采用下列方式担保债务的履行:(一)保证人向债权人保证债务人履行债务,债务人不履行债务的,按照约定由保证人履行或者承担连带责任;保证人履行债务后,有权向债务人追偿。(二)债务人或者第三人可以提供一定的财产作为抵押物。债务人不履行债务的,债权人有权依照法律的规定以抵押物折价或者以变卖抵押物的价款优先得到偿还。(三)当事人一方在法律规定的范围内可以向对方给付定金。债务人履行债务后,定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行债务的,无权要求返还定金;接受定金的一方不履行债务的,应当双倍返还定金。(四)按照合同约定一方占有对方的财产,对方不按照合同给付应付款项超过约定期

^① 比如国家经贸委1999年6月14日发布的《关于建立中小企业信用担保体系试点的指导意见》;国家建设部2000年5月16日发布的《住房置业担保管理试行办法》等。

^② 在这一时期,最高法院答复过的地方法院请示中就有“当事人在书面协议中约定担保的,是否承担法律责任?”的问题。参见《人民法院1992年鉴》第267页,人民法院出版社1992年版。