

仅有担保法律知识是不够的，更要有担保的法律技巧。

金融担保 法律实务

JRDB FLSHW



黄善文 黄秋琴 编著

广东经济出版社

仅有担保法律知识是不够的，更要有担保的法律技巧。

金融担保 法律实务

JRDB FLSHW

黄善文 黄秋琴 编著

广东经济出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

金融担保法律实务/黄善文, 黄秋琴编著. —广州: 广东经济出版社, 2000.5 (2001.1 重印)

ISBN 7-80632-676-6

I. 今… II. ①黄…②黄… III. 金融-担保法-研究-中国 IV. D923.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 24828 号

出版发行	广东经济出版社(广州市环市东路水荫路 11 号 5 楼)
经销	广东新华发行集团股份有限公司
印刷	广州培基印刷镭射分色有限公司 (广州市环市东天河路 16 号)
开本	850 毫米×1168 毫米 1/32
印张	13.5
字数	388 000 字
版次	2000 年 5 月第 1 版
印次	2001 年 1 月第 2 次
印数	8 001~10 000 册
书号	ISBN 7-80632-676-6 / D·36
定价	38.00 元

如发现印装质量问题,影响阅读,请与承印厂联系调换。

读者热线:发行部(020)83794694 83790316

(发行部地址:广州市合群一马路 111 号省图批 107 号)

·版权所有 翻印必究·

内容简介

本书主要是从担保诉讼实践的角度，针对担保业务中存在的问题，探讨怎样通过有效的担保来保障债权。因此作者结合大量的案例，提请当事人在进行担保操作时应该注意的盲点和误区，并提出相应的防范债权风险的对策。如对于在主合同无效时能否和怎样要求担保人承担责任、怎样通过设定有效的担保条款以避免担保人逃避担保责任、抵押期限届满是否要对抵押财产采取诉讼保全措施、保证期间“从主债务期限届满之日起至清偿完毕之日止”的设定为什么是错的、变卖质物是否需要出质人的明确授权等等诸如此类的实践性问题，以及债权人在什么情况下需求助于律师、怎样确定被告、怎样举证等诉讼技巧问题，本书都给予了详尽的分析说明并提出相应的对策。

本书理论联系实际，针对性、实践性很强，适合银行工作人员、企业管理人员、企业法务人员、大中专院校师生以及对经济法感兴趣的广大读者。

前 言

市场经济是法制经济。作为整个社会经济发展的血液——金融，更需要法律来规范和保障。

多年来，我们在代理金融机构参加的借贷诉讼案件中，绝大多数借贷纠纷均涉及担保问题。在实践中，我们发现不少担保合同存在条款不够严密、操作不够规范，从而出现虽有担保但信贷资产却难以“担保”的现象。从1997年8月份开始，我们就有一种想法：从保障银行信贷资产的角度写一本书，把我们从大量的担保诉讼实践中发现的问题、金融单位在担保实务中容易忽略的问题提出来并提出相应的对策，通过严密的合同、规范的操作来保障债权。虽然写作大纲早就拟定，银行界的朋友一再催促，但由于工作繁忙，本书的写作一直在时断时续中进行，直至今日方完稿。

既然为金融担保法律实务，当然我们写作也主要是从务实的需要来安排写作结构。本书涉及的法理、法律、担保操作要点、疑难案例，均是服从于担保实务这一中心的需要来展开的。与一般的法律书籍相比，本书具有如下几方面的特点：

第一，站在债权人特别是银行债权人怎样保护债权的角度来展开论述。效益性、流动性、安全性是商业银行业务经营必须遵守的原则。与一般企业不同，商业银行由于经营的业务广、影响面大，“牵一发而动全身”，应特别注意安全性，以保障金融平

安。为金融债权提供优质、有效的担保是提高信贷资产质量的非常重要的措施和途径。在当前金融资产质量普遍不高的情况下，探讨如何通过担保来保障和提高资产质量，具有特别重要的意义。

第二，特别注重担保的实务操作。在本书里，我们对在金融担保法律实践中容易出现的问题、容易忽略的问题、应该注意的问题予以分析和总结，以便债权人在从事担保业务时参考和借鉴。在目录编排方面，我们也与一般的书不同，我们把每一章的重点内容、特别是经验教训以要点方式列出来，以方便读者各取所需地查阅，提高阅读效率。在相关的法学理论阐述方面，我们很少长篇大论，而是限于实务的需要进行介绍。此外我们还编入各种担保合同的范本以方便读者参考。

第三，注重担保司法实践中同类事实但判决不同的案例进行比较、分析和总结，并提出相应的债权保护对策。通过对比分析，更有助于《担保法》的学习、理解和把握。

第四，注重将担保司法实践中银行败诉的案例进行经验总结。俗话说，“失败乃成功之母”，通过分析银行担保案中失败的案例，总结经验教训，可以使我們更深刻地理解和把握担保的法律关系。

第五，在编入相关的担保法律、法规时，我们考虑到，法律的具体实施，还需要借助于更具体的法规、司法解释和规章，所以不仅编入有担保法律，还编入一些重要的行政法规、最高人民法院的司法解释和部门规章；此外，在编排时还按章选编法律，以方便查找和运用。

本书共九章。第一章简要介绍金融担保的概念、特点和意义。第二章介绍借款合同与担保合同的关系，特别注重根据最新的《合同法》探讨银行债权的保障问题（如不安抗辩权的运用、债权人对撤销权和代位权的行使等）；此外，根据我国银行业大

量地存在“以贷收贷”、“借新还旧”现象，专门探讨了怎样通过有效的担保使银行在借款合同无效的情况下仍能保障信贷资产或使信贷资产的损失减至最低。

从第三章至第八章，具体探讨各类担保法律实务，每一章的结构基本上是由必要的法律知识（根据实务需要阐述法律原理）、担保合同内容和条款、签订担保合同时容易忽略的问题和对策（即担保法律、实务）、疑难案例分析（疑难案例选择，有我们代理的案例，也有一些权威的案例，比如最高人民法院审理、复函的案例，其选择标准也是服从于实务需要，以进一步加深对法律的理解，进一步提请债权人注意担保操作的盲点和误区）。第八章是金融组合担保法律实务，解决多种担保方式并存时债权、担保权如何保障和实现的问题。

最后一章，是担保诉讼实务，主要论述在出现担保纠纷时怎么办。对此，我们并没有像其他书一样介绍打官司的基本常识，而是从实务需要提出问题和解决问题，如当事人在何时、何种官司、何种情况下需要请求律师帮助，诉讼时对方会提出什么问题，解决纠纷是选择诉讼好还是仲裁好，如何选择诉讼、仲裁等等。

建议读者阅读本书时运用如下方式：在阅读时，首先查看目录中各章节的要点，以获得自己所需要的信息；然后再在相应的章节中详细了解自己所需要的内容，并参考该章中疑难案例分析和疑难问题分析，以把握担保业务中值得注意的问题。在查找法律规定时，读者首先应该查找担保的一般法律规定（见第八章的附录：综合担保法律、法规、司法解释、规章），然后再在本章的附录：担保法律、法规、司法解释、规章中查找有关的担保法律规定。

值得一提的是，本书虽是从保障银行债权的角度来论述担保法律实务的，但任何一个硬币均有它的两面：它不仅仅适用于银

行债权，其他债权人涉及担保时也同样适用；而对提供担保的一方来说，如从硬币的另一面来看在本书中提出的问题的话，那么他同样可以找出保障自己的权益、值得借鉴的理由。因此本书适合于银行工作人员、企业管理人员、法律事务人员参考。

我们不敢妄称本书是一本指南，但它确实是我们担保理论学习和实践中收获的心得和体会，是我们的一份真诚贡献。诚然，每一位作者都期望自己的书是受欢迎的。如果读者能够百忙之余拿起来翻一翻，有点受益，那是对我们辛勤和真诚的最大奖赏，我们恳求读者对本书提出宝贵意见，并进一步交流。

同时，应该说明，我们在编著本书时，还参考了同行的一些研究成果（尤其是在担保法律法规和合同范本选编方面），在此深表谢意。

作 者

2000年2月28日

目 录

第一章 担保与金融担保	1
第一节 担保概述	2
一、担保法与担保	2
□为什么人民银行规章效力不及法律效力高？各类担保法律规范效力大小的确定	
二、担保的种类及其选择	6
□物权担保的特点——选择保证还是物权担保	
三、担保合同的效力	10
□有什么办法在主合同无效时担保人仍要承担责任	
四、反担保	12
□金融单位为担保人时怎样要求担保人提供反担保	
第二节 金融担保	13
一、金融担保的概念和特点	13
□金融担保不同于一般担保的特点	
二、金融保函概述	16
□金融保函	
第三节 金融担保的重大现实意义	17
一、促进资金融通和商品流通	17
二、保障债权实现，确保交易安全	18
三、救济债权损失	19

第二章 借款合同与担保合同	20
第一节 借款合同的法律技巧	20
一、借款合同的概念和特征	20
二、签订借款合同应注意的问题	22
□借款合同法律技巧——签订借款合同应注意哪 些问题	
第二节 善用《合同法》保障贷款人的合法权益	23
一、关于缔约过失制度	23
□借款合同签订后，贷款人发现借款人提供了虚 假的会计资料而骗取订立合同，贷款人能否解 除合同，并要求赔偿损失——缔约过失责任的 追究	
二、关于表见代理制度	24
□非银行工作人员未经授权却拿已打印好的授权 委托书签合同，此代理行为是否有效——表见 代理制度	
三、法定代表人、负责人越权行为的效力	25
□法定代表人越权签订合同是否有效	
四、合同的法律效力	26
□运用合同效力保障债权	
五、抗辩权	29
□贷款人能否要求借款人或担保人先履行义务再 发放贷款——先履行抗辩权	
□贷款人于借款合同签订后发现借款人陷入债务 危机时，不发放贷款是否承担违约责任——不 安抗辩权	
六、债权保全措施	31
□子公司欠银行贷款逾期不还，却又将其财产低	

价转让给母公司，银行应怎么办——撤销权的行使	
□甲公司欠银行贷款逾期不还，但对乙公司债权到期却不追索，银行应怎么办——代位权的行使	
七、借款合同的格式合同问题	33
□借款合同是属于范式合同还是格式合同	
□银行与担保人约定：“借款合同展期，不需征求担保人同意”，该约定效力如何——格式合同效力的限制	
□银行合同制作时应注意哪些问题	
八、企业改制时银行债权的保障	35
□借款人能否以“新官不理旧账”为由不履行还债责任——企业改制与银行债权保障	
第三节 借款合同与担保合同的关系	36
一、担保合同与借款合同的关系	36
二、借款合同无效与担保责任的承担	37
□借款合同无效，担保合同是否也必然无效——银行怎样利用担保合同的特点来保障债权	
□“以贷还贷”合同与担保合同——怎样确保担保人承担责任	
第四节 疑难案例分析及疑难解答	39
□“以贷还贷”的法律效力如何——怎样确保“以贷还贷”合同无效时担保人仍承担担保责任	
第三章 金融保证法律实务	45
第一节 必要的保证法律知识	45
一、保证的适用	45

二、保证合同的概念及其特征	46
三、保证方式及其适用	48
□保证有哪些特征——保证方式怎样确定和选择	
四、一般保证	49
□什么是先诉抗辩权——一般保证人是否在任何 情况下都可以行使先诉抗辩权	
五、连带责任保证	51
六、保证人的抗辩权	51
□保证人享有哪些抗辩权	
第二节 金融保证合同的法律技巧	53
一、保证合同的主要条款	53
□金融保证合同的主要条款有哪些	
二、签订保证合同容易忽视的问题	55
三、签订保证合同应把好的关口	59
□怎样把好保证合同关——保证期间“从贷款期 限届满日起至贷款全部还清日止”的约定为什 么是错的	
□律师费用能否约定由保证人担保	
四、签订最高额保证合同应特别注意的两个问题	63
□最高额保证期间的特别规定是什么，怎样约定	
□为什么一定要明确最高额保证中的“最高额” 含义——最高人民法院对“最高额”解释倾向 性意见为什么于债权人不利	
第三节 疑难案例分析及疑难解答	65
一、建南厂因最高额人民币保证案不服，广东省高级 人民法院二审判决提起申诉被驳回案	65
□因最高额保证的“最高额”含义不明确，保证 双方把官司从基层法院一直打到最高人民法院	

才息诉	
二、关于总担保合同存在的问题	68
□该案例告诉我们：明确保证“最高额”对保障 债权人利益的重大意义	
三、疑难解答	69
□因未明确“最高额”保证的含义，导致银行的重 大损失	
附一：最高人民法院关于驳回国营建南机器厂申诉的 通知	76
附二：保证合同	76
附三：最高额保证合同	79
附录：保证法律、法规、司法解释、规章	82
第四章 金融抵押法律实务（一）	96
第一节 必要的抵押法律知识	96
一、抵押的概念和特征	96
□抵押财产的特定化不容忽视	
□抵押的不转移财产占有的特点、于债权保障的 可靠性，使抵押成为“担保之王”	
二、抵押的种类	99
□抵押类型：不动产抵押、动产抵押、财产权利 抵押、浮动抵押、共同抵押、最高额抵押	
三、抵押物的范围	102
□抵押无效的后果比保证无效的后果更为严重：要 特别注意哪些财产不得用于抵押	
四、抵押登记	106
□以抵押登记方式公示抵押权是保障抵押权的有力 措施：权利人应积极办理抵押登记	

☐ 到哪个部门登记	
五、抵押的法律效力	108
☐ 抵押担保项目中哪些需要以登记方式予以确定	
☐ 同一物既有抵押又有租赁，哪个效力大	
☐ 抵押权受侵害时有何保障措施	
☐ 抵押需不需要设定“抵押期限”	
六、抵押权的实现权	115
☐ 抵押权的优先受偿性体现在哪些方面	
☐ 多个抵押权存在于一物上时哪个先清偿	
☐ 三种土地使用权上的抵押权实现时的特别规定	
☐ 抵押物灭失后应如何补救	
第二节 金融抵押的法律技巧	118
一、金融抵押合同的主要条款	118
☐ 金融抵押合同的主要条款怎样确定	
二、订立抵押合同容易忽视的问题	121
☐ 订立抵押合同容易忽视的问题：抵押财产不予 以特定化的法律后果、应明确约定的担保项目、 抵押期间与抵押合同的法律效力的关系	
三、签订抵押合同时把好的关口	124
☐ 抵押主体资格的确定：财产代管人可否设定抵 押、财产共有人设定抵押应否经其他共有人的 同意、公司董事经理能否以公司财产为股东或 他人提供抵押	
☐ 怎样审查抵押物是否合适：合法性、流通性、 特定性、保险性	
☐ 抵押期间应否明确约定	
☐ 为维护抵押权怎样约定抵押人的义务	
第三节 房地产抵押的法律技巧	131

一、房地产及房地产的抵押	131
二、房地产抵押的法律机理	133
☐ 有九类房地产不得或不宜设定抵押	
三、城市房地产抵押的法律规定	136
☐ 城市房地产贷款抵押合同的主要条款	
☐ 在建工程贷款抵押合同的主要条款	
☐ 房产按揭合同应注意两个层次的担保：以所购 房产抵押给银行的主担保、房地产商协助办妥 主担保的抵押登记手续的担保、按揭房产的商 业保险担保、城市房地产抵押登记	
☐ 农村房地产抵押的法律规定：适用不同于城市 房地产抵押的法律规定	
☐ 抵押登记的特别规定——集体土地使用权抵押 的特别程序	
四、房地产抵押中存在的问题	144
☐ 房地产抵押权实现难的九种情况及其法律对策	
第五章 金融抵押法律实务（二）	150
第一节 最高额抵押的法律技巧	150
一、最高额抵押的概念和特征	150
☐ 最高额抵押合同的特点——最高额抵押合同的 特殊条款与适用	
二、最高额抵押的设定和适用范围	152
三、最高额抵押权的效力	153
☐ 最高额抵押效力的特殊性	
☐ “最高额”怎样确定	
☐ 最高额抵押权实现的特殊条件	
☐ 最高额抵押合同终止的特殊性	

第二节 浮动抵押的法律技巧	155
一、浮动抵押的概念和特征	155
□浮动抵押的特征	
二、浮动抵押担保的适用	156
□在建项目融资中如何采用浮动抵押来保障债权人的利益	
□采用浮动抵押时应注意哪些问题	
第三节 疑难案例分析及疑难解答	157
一、疑难案例分析	157
□抵押合同登记期限届满后是否要续期登记—— 登记期限届满后如何操作才能保障债权——抵押人在抵押登记期限届满后不愿续期登记怎么办	
二、一次抵押权期限届满而抵押人不愿续期登记时债权保障的成功操作	160
三、重庆针织厂以无特定财产进行抵押被法院裁定无效案	161
□以没有特定化的财产如原材料、应收款、产成品等作抵押品，其法律效力如何	
四、疑难案例：开发公司负债达 95%，银行可否与之合作提供按揭贷款	162
□按揭合同对发展商有何要求，发展商应对什么作出担保	
五、几种容易引起纠纷的财产抵押	163
□作为居民生活必需品的居民住宅	
□作为生产经营必需的用房	
□单位集资用房	
□以他人财产作抵押	

□容易引起一物多保的交通运输工具	
附一：抵押合同	164
附二：最高额抵押合同	167
附三：住房按揭贷款合同	170
附录：抵押法律、法规、司法解释、规章	178
第六章 金融质押法律实务	205
第一节 必要的质押法律知识	205
一、质押的概念和特征	205
□质押不同于抵押的特点	
二、质押的优势	206
□质押的最大优势：留置作用、公示作用，因此 动产质押无须登记及设定质押期限	
三、质押担保的范围	207
第二节 质押的法律技巧	208
一、动产质押的法律技巧	208
□动产质押的特点	
□动产质押合同的主要条款	
□签订动产质押合同应注意的问题：合同的成立 条件与生效条件、动产质押禁止性约定、质权 特有的权利	
□质权实现方式的确定	
二、权利质押的法律技巧	216
□权利质押的特点	
□哪些权利可以质押：债权、股权、知识产权、 其他权利可以质押的条件	
□债权质押的法律技巧：债权质押的优越性—— 债权质押应注意的问题——单位定期存单质押	