

判定解说丛书

◎何志/著

借款担保案件 判定解说

本书以合同法、担保法理论与实践紧密结合为切入点，立足现实生活中的具体问题，结合具体的司法实践，以案说法，以法释案，力求做到探讨合同法、担保法理论，为审判实践和现实生活服务。

人民法院出版社

判 定 解 说 丛 书

借款担保案件 判定解说

◎ 何 志 / 著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

借款担保案件判定解说/何志著. —北京: 人民法院出版社, 2003.1

(判定解说丛书)

ISBN 7-80161-472-0

I. 借… II. 何… III. 借贷—担保法—案例—分析—中国 IV. D923.65

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 107803 号

判定解说丛书

借款担保案件判定解说

何志 著

责任编辑 陈燕华

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市朝阳区安慧北里 (亚运村) 安园甲 9 号 (100101)

电 话 (010) 65290583 (责任编辑) 65290516 (出版部)

65290558 65290541 65290543 (发行部)

网 址 www.courtpress.com

E - mail courtpress@shou.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 890×1240 毫米 A5

字 数 426 千字

印 张 15.125

印 次 2003 年 1 月第 1 版 2003 年 1 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80161-472-0/D · 472

定 价 28.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

前 言

《借款担保案件判定解说》——我的第七部法学专著，又由人民法院出版社出版发行，这是对我多年来对借款担保法律实务方面研究的关爱，又是一个“新婴儿”的诞生，倍感欣慰。

笔者自1991年从事民商事审判（原经济审判）工作以来，审理了大量涉及借款担保纠纷方面的案件，曾多次深入到金融系统进行调研，并在河南省金融系统、司法系统范围内讲授借款担保法律实务20余次，接受培训人员达2600人次，与金融界、司法界的朋友真诚交流，用心沟通。笔者现将这些讲稿归纳整理，几易其稿，终成此书。希望本书能为司法人员、金融人士、各界读者提供直接或间接的法律帮助，并为防范和化解金融风险尽微薄之力。

我们知道，理论来源于实践，理论又是实践的先导。没有实践基础的理论，是空洞的理论，没有正确理论指导的实践，是盲目的实践。因此，笔者以理论与实践紧密结合为切入点，着力突出“四性”，即系统性、理论性、实践性、可读性。具体而言：

一是突出系统性。本书分为两部分，一部分为借款合同法律实务研究，以《中华人民共和国合同法》（下称合同法）第12章“借款合同”为主线，并将合同法总则的理论融于借款合同之中，使借款合同从当事人主体、订立、效力、履行、变更与转让、终止等形

成完整的体系。另一部分为借款担保法律实务研究，以《中华人民共和国担保法》（下称担保法）为主线，将适用于借款担保中的保证、抵押、质押等问题作了详细论述，使借款担保系统化。

二是突出理论性。本书虽侧重借款担保实务中的实践性和操作性的研究，但同时也特别重视吸收中外法学界对《合同法》、《担保法》的最新研究成果，对借款合同、借款担保进行理论研究，体现了理论性，这也正是“理论指导实践”的要求。书中很多内容，如借款合同中的表见代理、贷款人的代位权、撤销权、保证期间、存单质押等等，都是当前理论实务界研究争议的热点、难点问题。笔者在研究探讨这些问题时，博采众长，结合实践要求，提出了合理的解决意见。同时，本书也对法律实务中存在的，但又缺乏相应的理论研究的问题，作了一定的理论探讨，弥补了法学界在此研究方面的欠缺。

三是突出实践性。本书以立足借款担保现实，服务实践为出发点和落脚点，笔者在对借款合同、借款担保中每个专题进行研究时，均是从司法实践和现实生活中的具体案例入手，提出所要研究的问题，然后用合同法、担保法理论来解决问题，并对案例进行评析。同时，笔者结合十余年来的审判工作经验，对金融、司法人员在适用合同法、担保法时应当注意的问题和若干疑难问题，进行了归纳总结和深入研究，以突出实践性。

四是突出可读性。本书以合同法、担保法理论与实践紧密结合为切入点，立足现实生活中的具体问题，结合具体的司法实践，选取了具有一定典型性、代表性的案例 50 余件，坚持把合同法、担保法理论融入实践，以具体的案例来阐述抽象的理论，以案说法，以法释案，力求做到探讨合同法、担保法理论，为审判实践和现实生活服务。因此，本书的理论不再是空洞的理论，本书的案例就是发生在你身边的案例。

借款担保的理论博大精深，现实生活和司法实务中的具体问题又纷繁复杂，由于笔者水平有限，书中的疏漏和缺憾在所难免。恳请广大读者和法学界同仁不吝赐教，笔者表示最诚挚的

谢意。

《借款担保案件判定解说》一书的出版，得到了人民法院出版社有关领导和二编部副主任陈燕华同志的热情帮助与大力支持，笔者向他们表示最衷心的感谢。

何志于南阳

2002年12月18日

目

录

第一章 借款合同概述	(1)
一、问题的提出.....	(1)
二、借款合同的当事人.....	(2)
三、借款合同的法律特征.....	(5)
四、借款合同的形式.....	(6)
五、借款合同的主要条款.....	(7)
六、借款合同的担保.....	(8)
七、借款合同的种类.....	(9)
八、对案例 1 的评析.....	(9)
第二章 借款合同的订立	(11)
一、问题的提出.....	(11)
二、订立借款合同的基本原则.....	(13)
三、借款合同的订立程序.....	(16)
四、借款合同存在争议时的解释.....	(19)
五、签订借款合同应当注意的问题.....	(22)
六、对案例 2、案例 3 的简要评析	(26)

第三章 借款合同的效力····· (29)

- 一、问题的提出····· (29)
- 二、贷款人的权利义务及对案例 4 的评析····· (32)
- 三、借款人的权利义务及对案例 5 的评析····· (36)
- 四、以贷还贷及对案例 6 的评析····· (38)

第四章 借款合同中的表见代理····· (42)

- 一、问题的提出····· (42)
- 二、表见代理的概念及特征····· (44)
- 三、表见代理的构成要件····· (45)
- 四、表见代理的情形····· (46)
- 五、表见代理的法律效力····· (47)
- 六、代表行为越权的构成要件及其效力····· (48)
- 七、对案例 7、案例 8 的评析····· (49)

第五章 贷款人不安抗辩权的行使····· (51)

- 一、问题的提出····· (51)
- 二、不安抗辩权的适用条件····· (52)
- 三、行使不安抗辩权之情形····· (53)
- 四、行使不安抗辩权当事人的附随义务····· (53)
- 五、不安抗辩权行使的法律效力····· (54)
- 六、对案例 9 的评析····· (55)

第六章 论债权人的代位权····· (57)

- 一、问题的提出····· (57)
- 二、债权人代位权的概念及特征····· (58)
- 三、债权人代位权的构成要件····· (59)
- 四、债权人代位权的诉讼····· (63)
- 五、债权人代位权的行使及效力····· (65)

六、对案例 10 的评析	(68)
第七章 贷款人撤销权的行使	(69)
一、问题的提出	(69)
二、债权人撤销权的概念、作用	(70)
三、债权人撤销权的法律性质	(71)
四、债权人撤销权的构成要件	(72)
五、债权人撤销权的行使及效力	(75)
六、对案例 11 的评析	(77)
第八章 借款合同的变更与转让	(79)
一、问题的提出	(79)
二、合同变更的构成要件及法律效力	(81)
三、合同权利转让的构成要件及法律效力	(83)
四、合同义务转移的构成要件及法律效力	(86)
五、对案例 12、案例 13 的评析	(88)
第九章 借款合同的终止	(90)
一、问题的提出	(90)
二、引起借款合同终止的情形	(91)
三、借款合同终止后的法律效力	(97)
四、对案例 14 的评析	(98)
第十章 民间借贷合同	(99)
一、问题的提出	(99)
二、民间借贷合同的形式和生效	(100)
三、民间借贷合同的利息及对案例 15 的评析	(102)
四、企业与自然人之间的借款及对案例 16 的评析	(105)

第十一章 借款合同实务研究	(107)
一、问题的提出.....	(107)
二、借款合同的有效、无效及对案例 17 的评析	(117)
三、以存单为表现形式的借贷案件的认定和处理.....	(121)
四、委托贷款和信托贷款的认定和处理及对案例 18 的评析	(123)
五、复利应否予以保护.....	(125)
六、企业间借款合同的效力的认定及对案例 19 的评析 ...	(126)
七、“私贷公用”的认定及处理	(127)
八、诉讼时效期间届满后债权的保护.....	(128)
第十二章 担保法总论	(133)
第一节 担保与担保法	(133)
一、问题的提出.....	(133)
二、债与债权担保.....	(134)
三、担保的性质.....	(136)
四、担保的分类.....	(138)
五、担保法律关系.....	(140)
六、对案例 20、案例 21 的评析	(143)
第二节 担保合同的效力	(145)
一、问题的提出.....	(145)
二、担保合同的生效.....	(146)
三、无效担保合同的确认.....	(147)
四、担保合同无效时担保人的法律责任.....	(151)
五、对案例 22、案例 23 的评析	(153)
第三节 《担保法》的法律效力	(155)
一、《担保法》的法律效力	(155)
二、《担保法解释》的法律效力	(158)
三、《担保法》与《民法通则》和《合同法》的	

关系及适用·····	(158)
四、涉及担保合同纠纷的诉讼·····	(159)
第四节 让与担保·····	(160)
一、问题的提出·····	(160)
二、让与担保的意义·····	(161)
三、让与担保的设定·····	(163)
四、让与担保的效力·····	(165)
五、让与担保权的实行·····	(167)
六、让与担保的消灭·····	(168)
七、对案例 24 的评析·····	(168)
第十三章 保证担保·····	(170)
第一节 保证合同效力的确认及民事责任的承担·····	(170)
一、问题的提出·····	(170)
二、保证合同的形式和主要内容·····	(171)
三、主合同无效, 保证合同无效·····	(174)
四、保证人资格不合法, 保证合同无效之情形·····	(174)
五、保证人意思表示不真实, 保证合同无效之情形·····	(176)
六、不具备法定生效要件导致保证合同无效之情形·····	(177)
七、保证合同无效时保证人的法律责任·····	(178)
八、对案例 25、案例 26 的评析·····	(182)
第二节 共同保证·····	(183)
一、问题的提出·····	(183)
二、共同保证的概念及特征·····	(184)
三、共同保证的分类·····	(186)
四、共同保证的法律效力·····	(188)
五、共同保证的求偿权·····	(190)
第三节 保证方式·····	(191)
一、问题的提出·····	(191)
二、一般保证的有关问题·····	(193)

三、连带责任保证的有关问题·····	(196)
四、一般保证与连带责任保证的异同及对案例 28 的评析·····	(197)
第四节 保证期间·····	(199)
一、问题的提出·····	(199)
二、保证期间的含义及法律性质·····	(200)
三、一般保证的保证期间·····	(201)
四、连带责任保证的保证期间·····	(202)
五、保证期间与诉讼时效期间的关系及应注意的问题·····	(204)
六、对案例 29 的评析·····	(206)
第五节 主合同变更对保证责任的影响·····	(206)
一、问题的提出·····	(206)
二、主合同的债权让与对保证人保证责任的影响·····	(208)
三、主合同的债务转让对保证人的保证责任的影响·····	(209)
四、主合同内容变更对保证人保证责任的影响·····	(211)
五、对案例 30 的简要评析·····	(212)
第六节 保证人的抗辩权·····	(213)
一、问题的提出·····	(213)
二、保证人享有债务人的抗辩权·····	(214)
三、保证人享有的先诉抗辩权·····	(216)
四、物保与人保并存时, 保证人享有的抗辩权·····	(217)
五、保证人因保证合同享有的其他抗辩权·····	(218)
六、对案例 31 的评析·····	(219)
第七节 注册资金担保·····	(220)
一、问题的提出·····	(220)
二、注册资金的含义及法律特征·····	(222)
三、对注册资金担保之本质的法理透视·····	(224)
四、注册资金担保的法律责任问题·····	(225)
五、注册资金与法人民事责任的处理原则·····	(227)

第十四章 抵押担保	(229)
第一节 抵押概说	(229)
一、问题的提出.....	(229)
二、抵押、抵押权的概念及特征.....	(230)
三、抵押权的类型.....	(235)
第二节 抵押权的设定	(237)
一、问题的提出.....	(237)
二、抵押权的取得方式.....	(238)
三、抵押合同.....	(240)
四、抵押物.....	(243)
五、司法实践中应注意的问题.....	(247)
第三节 抵押担保效力的认定及民事责任承担	(249)
一、问题的提出.....	(249)
二、抵押担保无效,抵押人不承担民事责任及对 案例 35 的评析	(253)
三、抵押人所担保的债权超出抵押物的价值,抵 押担保合同效力的认定.....	(255)
四、再抵押和重复抵押效力的认定及对案例 36 的评析	(255)
五、以《担保法》第 37 条所列财产抵押时,抵押 担保效力的认定.....	(257)
六、共有财产抵押担保效力的认定及对案例 37 的 评析.....	(258)
七、绝押合同的效力认定.....	(260)
八、应当办理而尚未办理抵押物登记的抵押担保 效力的认定.....	(262)
九、抵押人无处分权而签订的抵押合同效力的认定.....	(263)
第四节 抵押登记制度	(264)
一、问题的提出.....	(264)
二、抵押登记的含义及功能.....	(266)

三、抵押登记效力及对案例 38 的评析	(268)
四、抵押登记部门的划分及对案例 39 的评析	(270)
五、抵押登记在实务中应注意的几个问题	(273)
第五节 抵押期间	(276)
一、问题的提出	(276)
二、对我国现行立法的检讨	(277)
三、抵押权与抵押期间的关系	(278)
四、抵押权行使的除斥期间	(279)
五、司法实践中应注意的问题及对案例 40 的评析	(280)
第六节 抵押权的效力	(281)
一、问题的提出	(281)
二、抵押权对所担保债权范围的效力	(283)
三、抵押权对抵押物范围的效力	(285)
四、抵押权与租赁权的关系及对案例 41 的评析	(287)
五、抵押权对抵押物转让的效力及对案例 42 的评析	(292)
六、抵押权对抵押权人的效力	(297)
七、抵押权的优先受偿效力	(298)
第七节 抵押权的实行	(300)
一、问题的提出	(300)
二、抵押权实行的条件	(302)
三、抵押权实行的途径和方法	(304)
四、抵押权实行的优先受偿顺序及对案例 43 的评析	(306)
五、几种特殊抵押权的实行及对案例 44 的评析	(311)
第八节 最高额抵押	(314)
一、问题的提出	(314)
二、最高额抵押的含义及法律特征	(315)
三、最高额抵押的构成要素	(317)
四、最高额抵押的效力	(318)
五、对案例 45 的评析	(319)

第十五章 质押担保	(321)
第一节 质押概说	(321)
一、问题的提出.....	(321)
二、质押和质权.....	(322)
三、质押的分类.....	(324)
四、质权的法律特征.....	(325)
五、质押与抵押的区别.....	(326)
六、质押合同.....	(328)
七、质物.....	(330)
第二节 质押担保效力的认定及民事责任承担	(331)
一、问题的提出.....	(331)
二、质押合同的生效及对案例 47 的评析	(334)
三、出质人意思表示不真实, 导致质押担保无效.....	(337)
四、流质契约的效力.....	(338)
五、主合同无效, 质押合同亦无效及案例 48 的评析	(339)
六、动产质权的转质权.....	(341)
七、动产质权的善意取得.....	(342)
第三节 动产质权的效力	(344)
一、问题的提出.....	(344)
二、动产质权所担保的债权范围及对案例 49 的评析	(346)
三、动产质权对质物范围的效力.....	(347)
四、动产质权对质权人的效力.....	(348)
五、动产质权对出质人的效力及对案例 50 的评析	(350)
第四节 动产质权的实行及消灭	(352)
一、问题的提出.....	(352)
二、动产质权实行的含义及条件.....	(353)
三、动产质权的实行方法.....	(354)
四、动产质权的消灭.....	(355)
五、对案例 51 的评析	(357)

第五节 债权质权	(357)
一、问题的提出	(357)
二、票据质押及对案例 52 的评析	(359)
三、债券质押	(361)
四、仓单、提单质押	(362)
五、一般债权质押及对案例 53 的评析	(364)
六、债权质权的效力	(365)
七、债权质权的实行	(367)
第六节 存单质押	(369)
一、问题的提出	(369)
二、存单质押的性质	(370)
三、以虚开的存单进行质押的效力	(370)
四、以伪造、变造的假存单质押的处理	(372)
五、存单核押的法律意义	(373)
六、以借用存单进行质押的处理	(374)
七、返还存单的后果	(376)
八、存单质权的实现方式	(377)
九、真实存款单质押后，出质人又挂失将款项支取， 存款行是否承担责任	(377)
十、对案例 54 的评析	(378)
第七节 股权质押和知识产权质权	(379)
一、问题的提出	(379)
二、股权质押及对案例 55 的评析	(380)
三、知识产权质权及对案例 56 的评析	(386)

附录

中华人民共和国合同法（节选）

（1999 年 3 月 15 日） (390)

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)	
(1999 年 12 月 19 日)	(408)
中华人民共和国担保法	
(1995 年 6 月 30 日)	(414)
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	
(2000 年 12 月 8 日)	(429)
当前民商事审判工作应当注意的主要问题	
——在全国法院民商事审判工作会议上的讲话 (节录)	
(2001 年 11 月 13 日)	(448)
探索于民法中最活跃的领域	
——最高人民法院民二庭负责人就担保法的司法	
解释答记者问	
(2000 年 12 月 15 日)	(450)
最高人民法院	
关于正确确认企业借款合同纠纷案件	
中有关保证合同效力问题的通知	
(1998 年 9 月 14 日)	(461)
最高人民法院	
关于因法院错判导致债权利息损失扩大	
保证人应否承担责任问题的批复	
(2000 年 8 月 8 日)	(462)
最高人民法院	
关于处理担保法生效前发生保证	
行为的保证期间问题的通知	
(2002 年 8 月 1 日)	(463)
最高人民法院	
关于已承担保证责任的保证人向其他	
保证人行使追偿权问题的批复	