



最高人民法院
司法解释理解与适用

5

中国担保诸问题的 解决与展望

—— 基于担保法及其司法解释

曹士兵/著

中国法制出版社



最高人民法院
司法解释理解与适用

5

中国担保诸问题的 解决与展望

—— 基于担保法及其司法解释

最高人民法院民事审判第二庭 曹士兵/著

中国法制出版社

责任编辑 李仕春

图书在版编目(CIP)数据

中国担保诸问题的解决与展望/曹士兵著. —北京:
中国法制出版社, 2001. 4

ISBN 7—80083—653—3

I. 中… I. 曹… III. 法院—担保(法律)—法律
解释—中国 N. D926. 6

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 70814 号

中国担保诸问题的解决与展望

ZHONGGUO DANBAO ZHUWENTI DE JIEJUE YU ZHANWANG

著者/曹士兵

经销/新华书店

印刷/河北省涿州市新华印刷厂

开本/850×1168 毫米 32

印张/13.75 字数/330 千

版次/2001 年 4 月北京第 1 版

2002 年 3 月北京第 4 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7—80083—653—3/D·629

(北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031)

定价: 28.00 元

(如发现印装问题请与本社发行部联系 电话: 66062752)

前言（代自序）

中国的债权人在债务人信用危机乃至信用破产的冲击和压迫下，一直在举步维艰与如履薄冰之间彷徨，债权在一定程度上与呆账、坏账成了孪生兄弟。不管是同情债权人还是同情债务人，我们都意识到，信用的危机乃至破产毕竟是关系到市场经济能否顺利发展的大事。因此，《中华人民共和国担保法》（以下简称《担保法》）第1条明确规定，“为促进资金融通和商品流通，保障债权的实现，发展社会主义市场经济，制定本法”。这一立法宗旨开宗明义地指出，《担保法》是为保障债权的实现而制定的。在债权人和债务人这一对矛盾关系中，该宗旨抓住了债权保护这个中心，是非常准确的。它为解决在《担保法》的司法实践和司法解释中遇到的困惑提供了重要的思考之路。《担保法》的制定颁布为债权免遭信用破产的冲击设了一道保护屏障，然而，问题并不会因此而解决，信用的建立不是一天两天的事，也不会因为一部法律就培植起中国的商业信用。从实践看，《担保法》颁布至今的五年来，存在的问题仍然没有得到完全解决，甚而出现了原本没有的新问题。这些问题困惑着需要获得保护的债权人，也同样困惑着行使裁判权的人民法院。为了解决这些新旧问题，最高人民法院多年前就着手进行制订担保法司法解释工作，以期适用于司法实践解决问题。这一工作一做就是五年之久。从事司法实践工作的“圈内人”，几乎都知道最高人民法院这一方面工作的进程和其中应有的艰苦。他们一方面在期待着最高人民法院的司法解释早日出台的同时，另一方面也在我国担保法与国外担保的立法例和理论介

2 中国担保诸问题的解决与展望

绍中，寻找解决我国担保领域新旧问题的合理途径。笔者因工作安排，有幸参加了司法解释的起草，并在起草过程中收集了当今各国的担保法律制度，研究了司法实践中大量的担保纠纷案件。在司法解释工作告一段落后，我很想将司法解释中遇到的问题、分歧的意见、解决思路作一回顾，对我国《担保法》的特点和不足，不揣浅陋，发表一些看法，并试图为关心我国担保法发展的同仁提供解决担保问题的可行的办法。虽然内容围绕最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（以下简称《担保法司法解释》），但还是想谈谈自己在学习和研究担保法的过程中积累的心得体会。笔者到最高人民法院后，一直参与在法院系统开展的担保法的培训工作，积累了不少担保法的系统知识，也形成了一定的思路。有的同志很有兴趣地索要笔者的讲稿，也有地方法院将笔者的讲课内容印成小册子参考。我想借这次机会将过去讲课的内容加以总结，以飨过去和我一起学习和研究担保法的同志、朋友，并回报他们对笔者的一贯爱护和支持。另外，中国法制出版社的编辑兼友人李仕春先生看重我要写的东西甚于我自己，关心的压迫也是现在摆在大家面前的这本书产生的原因。

司法实践是发现问题的好地方，而解决问题要从实践中来，到实践中去，来自实践，还要高于实践。最高人民法院《担保法司法解释》，正是以司法实践中发现的担保问题为出发，以解决担保问题为归宿。笔者因工作需要参与制订司法解释，在司法解释颁布之后，以文字形式集中罗列司法实践中发现的担保问题，并根据司法解释阐述解决方法，也应当是司法解释的后续工作，属于义务范畴。正像书名所示，本书的内容是问题加解决，无需半点拖泥带水。法律是行为规范，最好的法律应当是大众可以理解会意的，其次一点的，应当是可以借由专家的解释来解惑的。因此，如果法律本身不能让众人会意，专家应当以简洁的话语释解法律。

太复杂的法学论述是供“圈内人”研读的，如果是用来解释法律，简洁的三段论要来得实惠些。写在这本书中的内容不乏理论的探讨，但却非理论的研究，没有理论的旁征博引，只是本人在担保法的理论和实践的对照中得出的对担保法的理解。理论上可能有不足或不够的地方，但可以保证的是，所有写在书中的东西，本人是咀嚼过千遍的。本人很清楚它的来历和逻辑，有兴趣的朋友可以进一步追问。另外，书中的内容并不全是笔者的知识产权，按照当下流行的学术规范，涉及他人智力成果的地方是应当表明出处的。但由于笔者是在回顾司法解释中遇到的问题、分歧的意见、解决的思路，对我国担保法的特点和不足，发表一些看法，目的是力求简洁地释解法律的本意及其司法解释，因此，文章也就力求简洁。在不是自己创造的地方，我均表明了是他人的观点。确实，绝大多数的观点是众多专家学者在研讨担保法中凝聚的集体智慧的结晶。实话说，笔者不擅长做大文章，甚至是反对做大文章。因此，本着做大文章的朋友可能没有兴趣，而本着解决问题的朋友，让我们借此机会将学习研究担保法的心得相互印证。

仿照电影人、音乐人之称，搞法律的，也可以统称为法律人。法律人应当指立法者、法官、检察官、学者、律师这样一些以制定、研究、解释、适用法律为职业的人。法律是社会科学，随时代的发展变化而变化，其中，并没有像自然科学那样的，可以不断证明、屡试不爽的自然规律作为思考的基础，因此，法律人对法律的理解是可以有差别的。但由于法律是社会的行为规范，需要有可预测性，因此，法律的适用需要稳定和统一。在变化和统一之间，实际上存在着价值与秩序之争，在一定程度上，法律人对法律的认识和解释一直贯穿着这样的争执。统一总是与秩序相伴，变化总是与价值相伴，在两对范畴之间存在着对立统一关系，既不会绝对的一致，也不是永恒的背离。正确对待这样的对立统一关系的态度，不是统一思想，不是非此即彼，我们所需要的只

是一个进行法律研究的基本背景和开放、自由的争论环境。基本背景是法律人的法学修养，是争论的准备，保证争论不至于变为无意义的斗嘴。开放自由的环境是百花齐放、百家争鸣的要求，保证争论充分、信息完全、冲突的意见和利益均能表达。只有这样，我们才能找到最合理的方法解决法律适用领域的统一和变化，秩序和价值的矛盾，两对范畴之间的关系才能在动态中实现最好的平衡。然而，当下中国的法律人还没有这样的环境，甚至还没有形成对上述两对范畴之间对立统一关系的共识，因此，在法律的研究和司法的实践中，不同领域的法律人之间仍然存在隔阂。虽然隔阂的存在也与体制和权力有关，但法律人意识上的原因却是不能回避的。中国曾经承办过世界法律大会，从推动中国法制建设的进程来看，我们也期待着召开一个主要由法律人参加的中国法律大会。借助这个法律大会，中国法律人要对法律研究的目的、任务、途径，共同营造法律研究的环境诸问题形成共识。行使权力的法律人戒除权力意识，提供服务的法律人转换执业心理，探索理论的法律人摆脱纯粹注释，以实现消除不同领域法律人之间隔阂的最终目的。

自古以来，法中包含大学问，有许许多多的学者皓首穷经研习法学，从中也产生出跨学科的学问，如法社会学、法哲学、法文化学等。可以肯定的是，法的学问离不开对法律规范的研究，离开了法律规范这一基本细胞，法学就不再有自己的特色以至于沦为其他学科的延伸。当下国内从事法学研究的人分为两派，一派研习实在法，以法律体系和法律规范为研究对象，并矢志以研究成果影响立法；一派不研习实在法，以法律哲学、法律文化为研究对象，并以此影响人们的法律意识。遗憾的是，两派之间并不沟通，两派的代表人物因目标不同以致于不会在同一时空商讨法学，这不能不使人想到中国的法学研究有“跛脚”之嫌。法律规范是逻辑的产物，法律适用是逻辑的推演，与法律及其适用相关

的逻辑包含着人类生活的智慧。因此，理论不能说服人的，就需要用逻辑来说服人。作为解释、适用法律的法官，笔者自认是研究“法之术”的，还不敢言“法之学”。“法之术”的灵魂是法律的逻辑，本书与其说介绍给读者的是担保法及其司法解释的知识，不如说是担保法在我国的法律背景下的适用逻辑。



作者简介

曹士兵，1967年生，安徽省肥东县人。

1989年毕业于四川大学法律系，获法学学士学位，1992年毕业于吉林大学法学院，获民法学专业法学硕士学位。1992年考入中国社会科学院法学研究所，师从王家福教授、梁慧星教授研习民商法学，1995年毕业，获法学博士学位。同年分配至最高人民法院，1996年开始在经济审判庭(现为民事审判第二庭)工作。曾先后参加包括最高人民法院《关于审理存单纠纷案件若干问题的规定》、《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释》、《关于审理破产案件若干问题的规定》在内的多部司法解释的起草工作，从1997年起参加《中华人民共和国担保法》的司法解释工作。

主要学术成果：《反垄断法研究》（法律出版社）、《契约的死亡》（译著，先后收入《民商法论丛》和《为权利而斗争》）。1999年起编辑最高人民法院《经济审判指导与参考》丛书主持“庭推精要”栏目，并整理发表文章多篇。



最高人民法院 司法解释理解与适用

- 1 《关于人民法院执行工作
若干问题的规定（试行）》实用解析
- 2 行政诉讼法司法解释之评论
——理由、观点与问题
- 3 民事诉讼法适用意见新释
- 4 民事经济司法解释理解与适用
(1998—1999)
- 5 中国担保诸问题的
解决与展望
——基于担保法及其司法解释

目 录

前 言	(1)
第一章 总体把握中国担保法	(1)
第一节 担保法的复杂性与精通担保法的重大 意义	(1)
一、担保法的复杂性	(1)
二、精通担保法的重大意义	(4)
第二节 担保法的立法宗旨及其给我们的启示	(5)
一、担保法的立法宗旨	(5)
二、立法宗旨给我们的启示	(6)
第三节 区分担保、反担保、再担保、共同担保	(7)
一、担保与反担保	(7)
二、再担保	(10)
三、共同担保	(10)
第四节 责任法定——担保法规定的责任类型	(11)
一、担保责任	(12)
二、赔偿责任	(14)
第五节 因担保行为而产生的其他责任类型	(15)
一、违约责任	(15)
二、缔约过失责任	(17)
第二章 总 论	(18)
第一节 担保方式的适用范围	(18)

2 中国担保诸问题的解决与展望

第二节 担保的从属性、附随性与独立担保	(20)
一、担保与主债权的基本关系——从属性和附随性	(20)
二、担保与主债权的特殊关系——独立担保	(22)
第三节 担保无效与担保人的责任	(29)
一、担保合同自身无效，而主合同仍属有效时担保人的责任	(30)
二、主合同无效导致担保合同无效，担保人的责任	(32)
三、主合同无效，担保合同也无效时担保人的责任	(36)
四、担保人承担赔偿责任后的追偿权	(37)
第四节 对几种典型无效担保的处理	(40)
一、国家机关和以公益为目的的事业单位、社会团体提供的担保	(40)
二、董事、经理违反《公司法》第 60 条第 3 款提供的担保	(45)
三、未经批准或登记的对外担保	(53)
四、担保物权的标的自始不存在的担保	(57)
第五节 主合同解除与担保人的责任	(59)
一、担保人在主合同解除后承担担保责任的要件	(60)
二、合同解除后担保人的责任范围	(62)
第六节 表见行为与担保人的责任	(63)
一、表见代表	(63)
二、表见代理	(67)
三、不属于表见行为的典型情况以及盖章在表见行为中的作用	(69)

第七节 共同担保	(71)
一、共同保证	(72)
二、共同抵押、质押	(74)
三、混合共同担保	(83)
第八节 一般保证人、无效担保人承担责任的	
前提——债务人“不能清偿”到期债务	(87)
一、“不能清偿”这一概念的法律意义	(87)
二、“不能清偿”给司法实践带来的操作	
不便	(88)
三、对“不能清偿”状态的理解	(89)
第九节 “无条件与不可撤销”担保中担保人	
的责任	(92)
一、对外担保中“无条件与不可撤销”担保	
的效力	(92)
二、国内“无条件与不可撤销”担保的效力	(93)
三、国内“无条件与不可撤销”担保合同中	
担保人的责任	(93)
第三章 保 证	(96)
第一节 保证人的资格	(96)
一、保证人的基本资格要求——代为清偿	
的能力	(96)
二、提供保证的合格主体和禁止主体	(98)
三、企业法人的分支机构与职能部门作保	
证人	(100)
第二节 保证合同的形式	(104)
一、主从合同的形式	(104)
二、主从条款的形式	(104)
三、以保证人身份在主合同上承保的形式	(105)

4 中国担保诸问题的解决与展望

四、保证人单方面出具的保证承诺书形式·····	(106)
五、口头保证合同·····	(106)
六、安慰函·····	(107)
第三节 最高额保证·····	(110)
一、最高额保证的概念和特点·····	(110)
二、最高额保证的决算期与清偿期·····	(111)
三、最高额保证的保证期间·····	(112)
第四节 保证责任·····	(115)
一、保证责任与一般保证人的先诉抗辩权·····	(115)
二、两种特殊保证中的保证责任：对注册 资金提供保证和保证监督专款专用·····	(122)
三、保证责任与债权、债务转移及主合同 变更·····	(126)
四、保证责任与保证期间·····	(132)
五、保证责任与诉讼时效·····	(140)
六、保证责任与共同担保·····	(149)
七、保证责任与以贷还贷·····	(155)
八、保证人死亡与保证责任·····	(158)
九、保证人的追偿权·····	(161)
第五节 保证关系中的欺诈·····	(163)
一、债权人欺诈保证人·····	(163)
二、债务人欺诈保证人·····	(165)
三、债权人、债务人恶意串通欺诈保证人·····	(167)
四、债务人、保证人共同欺诈债权人·····	(168)
第六节 破产与保证责任·····	(171)
一、债权人破产与保证责任·····	(171)
二、债务人破产与保证责任·····	(172)
三、保证人破产与保证责任·····	(176)

第七节 企业出售、改制、分立、合并与保证责任	
责任	(177)
一、债务人发生企业出售、改制、分立、合并情况	(177)
二、保证人发生企业合并、分立、出售、改制情况	(178)
第四章 抵 押	(182)
第一节 抵押合同与抵押权	(182)
一、观念转换——区分抵押合同的生效与抵押权的设立	(182)
二、抵押合同不成立、不生效与抵押人责任	(183)
第二节 抵押物	(186)
一、禁止抵押的财产	(186)
二、限制抵押的财产	(191)
三、依法可以抵押的财产	(193)
第三节 抵押登记与抵押权的效力	(205)
一、登记生效的抵押权	(205)
二、协议生效的抵押权	(212)
三、抵押登记的公信力	(213)
四、抵押权的效力	(216)
第四节 抵押权的次序	(221)
一、抵押权与留置权	(221)
二、抵押权与质权	(222)
三、抵押权与租赁权	(223)
四、抵押权与抵押权	(225)
五、抵押权与优先权	(227)
六、抵押权与非典型担保	(228)
第五节 抵押物的变动与被担保债权的变动	(230)

一、抵押物的变动对抵押权的影响·····	(230)
二、被担保债权的变动对抵押权的影响·····	(238)
第六节 无效抵押与部分无效的抵押·····	(239)
一、抵押权因主债权无效、被撤销而无效·····	(239)
二、抵押权因抵押人主体原因而无效·····	(242)
三、抵押权因抵押财产原因无效·····	(242)
四、以他人之物设定抵押权的无效·····	(243)
五、未经共同共有人同意设定的抵押权无效·····	(244)
六、在不存在的抵押物上设定的抵押无效·····	(245)
七、因恶意抵押无效·····	(245)
八、流质抵押无效·····	(248)
九、约定抵押期间的无效·····	(249)
第七节 抵押权的实行·····	(249)
一、实行抵押权的程序·····	(249)
二、实行抵押权中的若干实际问题·····	(251)
第八节 抵押权的消灭·····	(257)
一、抵押权所担保的债权消灭·····	(257)
二、抵押权因抵押物的灭失而消灭·····	(258)
三、抵押权因除斥期间届满消灭·····	(259)
四、抵押权的实行·····	(263)
五、放弃抵押权·····	(263)
六、未经抵押人同意转让债务·····	(263)
第九节 最高额抵押·····	(264)
一、最高额抵押存在的意义和功能的保障	
——最高额抵押的独立性·····	(264)
二、最高额抵押的决算·····	(266)
三、最高额抵押的变更·····	(268)
四、最高额抵押担保债权的范围·····	(270)

五、主债权的转让与最高额抵押的转让·····	(270)
第五章 质 押 ·····	(273)
第一分章 动产质押 ·····	(273)
第一节 质押合同与质物 ·····	(273)
一、质押合同的生效和质权的设立·····	(273)
二、质押合同不成立、不生效与出质人责任·····	(274)
三、质物的范围·····	(275)
第二节 质权的取得与出质公示 ·····	(277)
一、质权的取得·····	(277)
二、动产质权中的几个特殊问题·····	(283)
三、动产质权的设立——出质公示·····	(285)
第三节 质权的行使与消灭 ·····	(287)
一、质权的行使·····	(287)
二、质权的消灭·····	(288)
三、质权效力上的两个疑难问题·····	(291)
第四节 出质人的责任与质权人的责任 ·····	(293)
一、出质人的责任·····	(293)
二、质权人的责任·····	(295)
第二分章 权利质押 ·····	(298)
第一节 权利质押的标的 ·····	(298)
一、可出质权利的要件·····	(298)
二、可出质权利的种类·····	(300)
三、不得出质的权利·····	(300)
第二节 权利质押的疑难问题 ·····	(301)
一、出质权利自始不存在或权利落空的处理·····	(301)
二、存单质押·····	(303)
三、账户质押·····	(311)
四、票据质押·····	(313)