

金融担保法律实务

许先从 陈正川 主编



中国金融出版社

金融担保法律实务

主 编： 许先丛 陈正川

 中国金融出版社

责任编辑:张哲强

责任校对:潘洁

责任印制:尹小平

图书在版编目(CIP)数据

金融担保法律实务/许先丛 陈正川/主编. —北京:中国金融出版社,2002.2

ISBN 7-5049-2718-X

I. 金… II. ①许… ②陈… III. 金融-担保-研究-中国
IV. D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 011224 号

出版 **中国金融出版社**
发行

社址 北京广安门外小红庙南里 3 号

发行部:66081679 读者服务部:66070833 82672183

<http://www.chinafph.com>

邮编 100055

经销 新华书店

印刷 固安印刷厂

尺寸 140 毫米×203 毫米

印张 16.5

字数 443 千

版次 2002 年 3 月第 1 版

印次 2002 年 3 月第 1 次印刷

印数 1-13090

定价 38.00 元

如出现印装错误请与出版部调换

《金融担保法律实务》编委会

主 编：

许先丛、陈正川

副主编：

陈 明、刘炳荣、谢荣斌

序一： 陈 旭 福建省高级人民法院院长

序二： 陈小云 中国人民银行条法司司长

顾 问：

周业櫟 中国人民银行福州中心支行行长兼国家外汇管理局福建省分局局长 高级经济师

包志荣 福建省高级人民法院副院长、二级高级法官

吴国培 中国人民银行福州中心支行副行长 博士 研究员

黄建立 中国工商银行福建省分行纪委书记 高级经济师

郑瑞华 中国农业银行福建省分行副行长 高级经济师

陶 冀 中国银行福建省分行纪委书记 高级经济师

吴炳康 中国建设银行福建省分行副行长 高级经济师

李仁杰 福建兴业银行副行长 高级经济师

2010/08

编委(按笔划顺序):

王仁堂、王志强、许先丛、刘炳荣、华兵、陈力、陈正川、陈明、陈建华、何鸣、陆金如、张绪光、张景智、林锦红、谢荣斌

编写人员:

许先丛、陈正川、刘炳荣、谢荣斌、丁仰豪、欧岩峰、谢志洪、何忠、詹强华、林伙忠、王仁堂、华兵、王丽红、唐锦虹、尤瀛东、施宇丹、晏世军、李燕君、谢鸿、刘健辉、蔡锋艺、李毅斌、刘奇

序 一

福建省高级人民法院院长 陈旭

担保是指由法律规定或者由当事人约定的债务人或第三人向债权人提供履行债务的各种保证手段的总称,是担保“债”的实现的一种法律制度。由于“债”是市场交易中的预期权益,所以凡是债,就有不能如期实现,或永远不能实现的风险,担保制度因此应运而生。

担保制度,从远古时代发展至今,经历了三个不同的历史阶段。奴隶社会受生产关系的限制,担保只能是人质的担保,“负债者……沦为奴隶而告终”(马克思《资本论》第1卷,人民出版社1975年版第156页);封建社会,债务人虽然享有人身某些自由和权利,但是,“担保”仍然呈现出人身与家庭财产的双重责任制;到了资本主义后期,由于生产力的高度发展和公司制度的出现,担保的内涵和外延都发生了根本的变化,担保呈现出法人财产责任制和信用保证制,彻底告别了以人质和家庭财产为对象的担保,担保的范围也扩展到商业活动的一切领域。

在我国,随着改革开放的进程和市场经济的发展,担保制度亦日趋完善。以《中华人民共和国担保法》为主干的担保法律、法规体系已基本构建。这对于促进资金流通,商品流转和督促合同履行,保障社会经济秩序的稳定,作出了重大的贡献。

我国加入世贸组织后,金融将成为我国经济发展的杠杆和支点,以及参与国际竞争的主要方式。为此,金融担保制度肩负着历史重任。从近年来人民法院受理的金融纠纷案件来看,大多与金融担保制度不健全有关。可见,防范金融风险,完善金融担保制

度,实为当务之急,也是迎接 WTO 规则对我国金融业挑战的又一实际行动。

为适应这一形势,福建省高级人民法院经济审判第一庭的一些资深法官、中国人民银行福州市中心支行法律事务办公室和部分省级商业银行法律部门的一些金融法律事务专家,撰写了《金融担保法律实务》一书。

作者以著书的强烈责任感、严谨的治学态度和求实创新精神,在书稿的撰写和形成过程中,广泛地征求意见,多次组织有关部门讨论,四易其稿,成文其书。纵观全书给我总印象是:内容丰富、资料详实,有创新性,而且文笔流畅,理论联系实际,深入浅出,实务性强,具有以下特点:

一、创新性。本书可以说是全国第一部专门针对金融业务担保法律问题的著作。作者能够结合时代发展趋势,把握金融担保的动态特点,把我国金融担保的各种业务,用 WTO 规则来检验,评说我国金融担保立法和实践中的问题,大胆探索我国金融担保与世界金融规则接轨途径。如票据担保、信用证结算担保、银行对外担保、银行卡担保等业务在我国都是全新的内容,然而作者能够拓荒而入,择其主要,参照国外经验,提出对应策略和完善我国金融担保立法之管见,实为难能可贵。同时,在篇章结构上,并不拘泥立法体系,在金融担保立法并不健全的情况下,能够针对金融担保业务的实际,组织篇章。如质押一章把证券债权、股权、知识产权和不动产收益权,普通债权各列一节组成一章,颇具创意。另外,把票据保证、信用证担保、银行对外担保、银行卡担保等新兴的或未来的金融担保业务串在一起,自成一章——《其他金融业务担保》,在同类作品中亦算领先尝试。

二、务实性。本书旨在指导实践,解决在“信用金融”和“交易金融”交替时代金融担保制度中的新情况和新问题。在论述金融保证、金融抵押、金融质押和各种票、证、卡以及银行对外担保业务中,突出基本理论与金融担保业务的基本操作规程相对接,满足临

场应知应会的技能要求;既指导建立担保关系时的规范操作,杜绝纠纷;又传授依法办案,正确解决纠纷的技能,把理论和实践结合起来,学以致用。

三、以案说法。针对每章的重点、疑点、难点,刻意挑选了相应的典型案例,而且客观地介绍案情和审判中的不同观点。不为执法者隐,不为当事人叹(或怨),以事实为根据,以法律为准绳,针对个案焦点和症结,用政策、法律和法理标准客观评说,点击正误,阐释法理,解析法义(条),把深奥而枯燥的立法条文与平凡而又深切的现实生活融为一体,使其法律条文立体化、形象化、明晰化,使具体案件事实、情节与法律条文“对号入座”。让读者能够得到读一案,过一“堂”(开庭)的感受,收举一反三之效。

四、资料详实。全书四章二十一节,五种金融担保形式,几乎都有相应的古今中外史料佐证。如论证“保证”的渊源一节,上溯西域罗马、华夏秦汉,下至当今中外立法,都有相应史料贯穿其间,所引资料、数据、法条、案例其来源都有明确的交待。而且,引用得当,具有较好的说服力。

吾惜为此作序。切望全省各级人民法院的法官们能够在办案之余,认真总结办案经验和成果,写出更多、更好的作品来,使省法院的学术研究和理论创新不断取得新的进步!

陈旭

2001年12月15日

序 二

中国人民银行条法司司长 陈小云

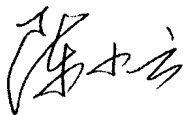
八十年代后期,我国重视和加强金融体制改革和金融立法工作,尤其是1995年《中华人民共和国中国人民银行法》、《中华人民共和国商业银行法》、《中华人民共和国票据法》、《中华人民共和国保险法》和《全国人民代表大会常务委员会关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》等“金融四法一决定”的颁布施行,结束了我国四十多年来没有金融法律的历史,标志着我国金融事业开始步入法制化、规范化的管理轨道。几年来,商业银行等金融机构按照“金融四法一决定”和其他法律法规规章的要求,加强整章建制工作,强化自我约束能力,并通过诉讼等法律手段清收到、逾期贷款,降低不良资产比例,积极维护金融债权安全。目前,依法经营、依法管理已成为商业银行等金融机构防范和化解金融风险的重要手段。

但是,我们也必须清醒地看到,金融作为现代经济的核心,随着经济全球化的深入发展,国际金融发展必将出现更高形式的整合。而加入WTO则意味着我国将在更大范围内和更深程度上参与经济金融全球化的进程。当务之急,我们不仅要研究和熟悉WTO规则,更重要的是应当进一步加强金融法制建设。这就要求我们要加强立法研究,剖析典型案例,探讨法律问题,提高立法质量。法律来源于实践,金融法制的完善和健全需要广大法律工作者从不同层面、不同角度、不同侧面并通过多种形式进行研究探讨、拾遗补缺。本书作者在这方面做了有益的尝试,他们看到了近年来金融纠纷诉讼案例在经济纠纷案件中的占比仍然较高,且败诉案例也不在少数的现象,深感进一步加强对借款人、担保人资信

状况和代偿能力的法律审查,最大限度地防止贷款债权及其担保权落空,显得日益紧迫和重要。他们以法律工作者的责任感和敏锐性,以一线工作者的实践经验和理性思考,专门针对这方面的法律问题开展分析、比较,这对于服务金融立法、规范金融执法、防范和化解金融风险都具有十分重要的现实意义。

本书作者来自人民法院的经济审判机构和金融机构的法律部门,既有熟悉金融法律实务的专家,又有丰富审判经验的法官。他们以“防范风险和维护担保债权”为原则,根据现行法律规定,结合法院审判实务和金融业务操作要求,对于金融担保实务中经常遇到的法律问题及其风险防范等问题,研究提出了解决的方案和思路,既有一般法学理论的基本分析,又有对众多典型案例的研究探讨。因此,通俗易懂、务实求新、推广普及是本书的特点。

今年是开展法制宣传教育第四个五年规划的第一年,在“四五”普法期间,金融系统要高举邓小平理论伟大旗帜,深入贯彻党的十五届六中全会精神,以江泽民同志关于“三个代表”的重要思想为指导,继续深入开展法制宣传教育,以进一步提高金融从业人员的法律素质,为深化金融体制改革、维护经济金融安全创造良好的法制环境。相信本书的出版发行,必将为“四五”普法工作作出积极的贡献。



2001年12月15日

目 录

第一章 保 证	(1)
第一节 保证人的主体资格	(1)
一、概述	(1)
(一)保证人的民事行为能力	(2)
(二)保证人的代为清偿债务能力	(3)
二、自然人的保证主体资格	(5)
三、企业法人的保证主体资格	(10)
(一)企业法人的行为能力	(10)
(二)企业法人分支机构、内部职能部门的保证 主体资格	(13)
(三)法定代表人(或负责人)责任	(23)
四、国家机关的保证主体资格	(29)
(一)国家机关的性质、职责及资金来源	(29)
(二)国家机关能否担任保证人	(30)
(三)国家机关能否提供财产担保	(30)
(四)国家机关承担民事责任的性质	(31)
(五)国家机关承担损失的范围	(33)
(六)国家机关承担责任的财产限制	(33)
五、公益性法人的保证主体资格	(36)
(一)公益性组织能否担任保证人	(36)
(二)以公益为目的的非法人事业单位、社会团体 能否担任保证人	(37)
(三)特殊公益法人的保证人主体资格	(37)

(四)公益法人能否提供其他形式的担保·····	(38)
(五)非公益事业单位、社会团体法人的保证人 主体资格·····	(39)
(六)公益法人担任保证人如何承担责任·····	(39)
六、其他组织的保证人主体资格·····	(41)
第二节 保证方式·····	(43)
一、保证方式的概念及其演变·····	(43)
二、两种保证方式的特征及其区别·····	(45)
(一)一般保证·····	(45)
(二)连带责任保证·····	(47)
(三)一般保证与连带责任保证的异同·····	(48)
三、对保证方式没有约定或者约定不明确的推定及 处理·····	(49)
第三节 最高额保证·····	(56)
一、最高额保证的特点·····	(57)
二、最高额保证与普通保证的区别·····	(58)
三、最高额保证的保证人责任·····	(58)
第四节 保证期间·····	(58)
一、概述·····	(58)
二、保证期间的种类·····	(60)
(一)一般保证期间和连带责任保证期间·····	(60)
(二)约定保证期间与推定保证期间·····	(61)
三、保证期间与诉讼时效的关系·····	(68)
四、合同无效对保证期间的影响·····	(74)
五、最高额保证的保证期间的确定·····	(77)
第五节 保证合同的形式及无效保证合同的认定与 处理·····	(79)
一、保证合同的形式·····	(79)

二、无效保证合同的认定和处理·····	(80)
(一)主合同无效导致保证合同无效的处理·····	(81)
(二)保证合同自身无效的认定与处理·····	(85)
三、借新还旧对保证合同效力的影响·····	(102)
(一)概述·····	(102)
(二)借新还旧及其合同效力的认定·····	(105)
第六节 保证人的抗辩权·····	(109)
一、概述·····	(109)
二、属于主债务人的抗辩权·····	(110)
(一)撤销抗辩权·····	(110)
(二)时效抗辩权·····	(111)
(三)抵销抗辩权·····	(111)
(四)同时履行抗辩权·····	(111)
(五)不安履行抗辩权·····	(111)
三、专属于保证人的抗辩权·····	(112)
(一)合同无效的抗辩权·····	(112)
(二)保证期间抗辩权·····	(113)
(三)一般保证保证人的先诉抗辩权·····	(114)
(四)主合同变更保证人的抗辩权·····	(117)
(五)借款人单方违约时保证人的抗辩权·····	(122)
(六)借新还旧保证人的抗辩权·····	(125)
(七)保证人对物的担保的抗辩权·····	(127)
(八)物的担保合同无效、被撤销或者担保物灭失对 保证人责任的影响·····	(132)
第七节 企业改制后的保证责任·····	(134)
一、概述·····	(134)
二、企业兼并(合并)时的保证人责任·····	(136)
三、企业分立时的保证人责任·····	(136)

四、企业破产时的保证人责任和权利	(137)
(一)债务人破产时保证人的责任	(137)
(二)保证人的预先追偿权	(137)
(三)保证人的通告抗辩权	(138)
第二章 抵 押	(150)
第一节 抵押合同	(150)
一、抵押合同当事人	(150)
(一)抵押权人的条件	(150)
(二)抵押人的条件	(151)
二、抵押合同的形式	(156)
三、抵押合同的签订	(158)
四、抵押期间	(161)
第二节 抵押登记	(168)
一、概述	(168)
二、抵押合同与抵押权	(169)
三、抵押登记的效力	(170)
(一)抵押登记效力立法例考察	(170)
(二)我国法律关于抵押登记效力的立法原则	(171)
(三)未登记抵押权的效力	(172)
四、《担保法》第四十三条“第三人”的范围	(173)
五、抵押登记机关	(174)
(一)抵押登记的性质及抵押登记部门	(174)
(二)抵押登记部门的审查权	(177)
(三)登记机关的损害赔偿責任	(178)
第三节 最高额抵押	(186)
一、最高额抵押与一般抵押的区别	(186)
二、最高额抵押担保范围的认定	(190)
第四节 抵押权的实现	(191)

一、抵押权实现的先决条件	(191)
二、抵押权实现的方式	(192)
(一)折价	(192)
(二)拍卖	(193)
(三)变卖	(195)
三、流押契约的禁止性规定	(196)
四、抵押物不足以清偿债权的处理	(199)
(一)同一财产多个抵押权的处理	(199)
(二)同一财产上并存数个担保物权的处理	(199)
第五节 有关抵押的其他法律问题	(201)
一、概述	(201)
二、浮动抵押	(202)
(一)浮动抵押的法律特征	(202)
(二)世界各国对浮动抵押的法律规定	(203)
(三)浮动抵押的利弊分析	(204)
(四)浮动抵押制度与我国现行担保法律规定	(205)
(五)建立浮动抵押担保制度的立法建议	(207)
三、共同抵押	(208)
(一)概述	(208)
(二)共同抵押的种类	(208)
(三)共同抵押与财团抵押的关系	(209)
(四)共同抵押的登记	(209)
(五)共同抵押的效力	(209)
四、抵押权的物上代位性	(211)
(一)概述	(211)
(二)物上代位的成立的条件	(212)
五、重复抵押	(215)
(一)概述	(215)

(二)重复抵押的效力认定	(216)
六、在建工程抵押	(218)
(一)概述	(218)
(二)在建工程抵押的条件	(219)
七、预售商品房抵押(按揭或楼花)	(222)
(一)概述	(222)
(二)预售商品房的抵押登记	(223)
八、船舶抵押	(227)
(一)概述	(227)
(二)船舶抵押权的法律特征	(228)
(三)船舶抵押登记	(231)
九、农村村民房屋抵押	(236)
十、教育医疗设施抵押	(237)
第三章 质 押	(239)
第一节 质押与抵押、留置的区别	(239)
一、概述	(239)
二、质押与抵押的区别	(239)
三、质押与留置的区别	(240)
第二节 质物的范围和出质登记	(241)
一、质物的范围	(241)
(一)动产质物	(241)
(二)权利质的范围	(242)
二、出质登记	(244)
第三节 证券债权质押	(246)
一、存款单质押	(246)
(一)概述	(246)
(二)单位定期存单的开立	(248)
(三)存单的核押及挂失	(250)

(四)存单质权的实现	(250)
二、票据质押	(253)
(一)可质押票据的种类	(253)
(二)票据质押背书	(255)
(三)票据质押关系的解除	(256)
三、债券质押	(257)
四、仓单和提单质押	(258)
第四节 股权质押	(262)
一、股份与股票	(262)
二、股权出质	(263)
三、股份质权的效力	(265)
第五节 知识产权质押	(271)
一、概述	(271)
二、知识产权质押合同的登记及生效	(272)
三、出质知识产权的转让限制	(273)
第六节 其他权利质押	(275)
一、概述	(275)
二、不动产收益权质押	(275)
三、普通债权质押	(277)
第四章 其他金融业务担保	(282)
第一节 票据保证	(282)
一、概述	(282)
二、票据保证与一般民事保证的异同点	(285)
(一)票据保证与一般民事保证的相同点	(286)
(二)票据保证与一般民事保证的不同点	(286)
三、票据保证的格式要求	(290)
四、票据保证的保证人资格	(291)
第二节 信用证结算担保	(300)