

中国担保法律法规 汇编及案例精选

批
注
版

邓学敏 饶梦莹 | 编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

作者简介

邓学敏 北京炜衡(上海)律师事务所律师、高级合伙人,金融业务部主任,中国政法大学法学学士、复旦大学法律硕士。主要执业方向为金融与资产管理、并购重组、资本市场以及与上述领域相关的争议解决。执业以来为众多金融机构、央企、上市公司及大型企业集团提供相关领域的法律服务,积累了丰富的实务经验。曾荣获上海市“长宁区十佳律师”“长宁区优秀律师”等荣誉称号。

电子邮箱: xuemindeng@163.com。

饶梦莹 北京炜衡(上海)律师事务所律师助理,中国政法大学法学学士、法学硕士。主要执业方向为金融与资产管理、并购重组以及与上述领域相关的争议解决。

电子邮箱: raomengying92@163.com。

序 言 一

担保制度的出现源于商品交易对信用之需求,其基本功能在于增强履约信用、保障债权实现。随着商品经济的发展和金融资本市场的兴起,担保制度在促进资金融通、维护金融与资本市场稳定等方面亦发挥着举足轻重的作用。

1981年,《经济合同法》首次从立法层面规定了定金和保证两种形式的担保。此后,我国现代担保法律制度的发展历经三十余载,已形成较为复杂的规范体系。当前,我国担保法律制度既包括《民法总则》《民法通则》等民事基本法关于担保的概括规定,亦包括《担保法》《物权法》等民事单行法对担保制度的一般规定;此外,《公司法》《合同法》《海商法》《民事诉讼法》等其他法律,对不同担保主体、不同担保物、担保合同、担保权实现程序等亦作出了特别规定。除前述相关法律外,最高人民法院及行政机关、行业协会亦制定了大量关于担保的司法解释、法规、规章及其他规范性文件。鉴于前述担保相关法律规范散落各处,对其进行体系化梳理显得尤为重要。

同时,我国担保法律制度的复杂性亦来自于担保本身。在我国当前的担保法律制度之下,存在保证、抵押、质押、留置、定金等典型担保方式。其中,人的担保和物的担保因其性质不同而形成的规则差异自不言而喻。在物的担保之下,不同类型的物的担保在担保物的范围、担保权的设立与登记等问题上亦存在规则差异。即便是同一类型的物的担保,因其所涉的担保物不同,其适用的具体规则亦可能存在差异。

由于上述担保规范体系与担保本身的复杂性,以及在担保法律制度发展过程中形成的大量新旧规范不一致等情形,担保法律制度体系内不同规范的冲突问题也日益凸显,其中以《担保法》、其司法解释和《物权法》之间的冲突最为显著。前述冲突可能引发对规范理解的偏差,在司法实践中,亦容易导致司法裁判规则不一致等法的适用问题。因此,对我国担保制度冲突规范的梳理及研究,具有重要的现实意义。

本书的可贵之处,在于对上述担保法律规范的系统梳理、担保冲突规范的研究等进行了有益的尝试。作者对我国现行的担保法律规范进行了体系化的梳理,并基于担保主体类型、担保物类型、实现程序等不同标准对前述法律规范进行分类,颇具参考价值。更值得一提的是,作者对我国担保制度核心法律规范之间的冲突问题予以了充分关注,并在书中作出了相应的提示,以大量批注的形式对核心规范之间的冲突与不一致作出了详尽的说明,帮助读者厘清冲突规范之间的关系。此外,为了加强读者对担保冲突规范与重点法律规范的理解,作者还对部分相关典型案例的裁判规则进行了总结,进一步提升了本书在担保实务中的实用性。

本书两位作者本科均毕业于法大。学敏联系我时说他是怀着“惴惴之心”希望我

能拨冗作序。我相信他们这份“惴惴之心”，不仅是出于对师长的敬重，亦是出于对著书立说这一人生大事的敬畏。从本书的体例与内容看，他们为此书的出版也付出了相当的努力。我也相信，本书的出版将对担保法律制度研究及实践应用提供有益的帮助。



2018年12月17日于中国政法大学

序 言 二

我和学敏都来自鄂东大别山区,2003年同年考入中国政法大学,是相识多年的至交好友。大学毕业后,我们路虽不同,但惺惺相惜,携手至今。2011年我迁移沪上定居之后,一直从事金融投资行业,无论是生活上还是工作上,我们之间日常联系都非常密切,也有幸在业务上跟他有一些交集。

学敏大学时代就质朴诚实、温润如谦谦君子,学习刻苦努力。他毕业后即赴上海滩从事法律工作,十余年来积累了强干的专业能力和丰富的执业经验,且在此期间勤奋攻读取得了复旦大学法律硕士学位。学敏于2015年加盟国内知名律所炜衡,不久即晋升为高级合伙人,是沪上颇具声望的青年律师。我有幸见证了他这一路上的成长,正所谓不积跬步,无以至千里,学敏当下的成绩源于十几年如一日的勤奋努力和兢兢业业,以及始终保有的对律师职业的坚定理想和信念。

学敏待人,素来真诚热情,坦诚直率,朋友、后辈如有困难,他从来都是真心相助,不求回报。对家庭,他尽职尽责、孝敬长辈。他正直善良,处事公道,进退有度,其言行举止、为人处世,在朋友圈和校友圈声望颇高,窃以为足可当我辈之榜样。

作为律师,学敏的专业能力极强,在并购重组、大资管、证券与资本市场、金融争议解决等多个领域操作过大量重要项目,服务过一批举足轻重的大型企业单位,广泛涉足金融、环保、文旅、医药、互联网等多个行业领域。据我所知,其为诸多大型国企、金融企业和独角兽企业提供的专业法律服务,得到客户的普遍赞誉。

在我金融从业过程中,有幸给学敏对接过几位机构客户,学敏都以极其敬业的态度和专业的水准使他们折服,获得高度赞誉。其实,每一个客户的赞誉背后都离不开大量辛勤而细致的工作:离不开认真细致的法律调查,离不开精巧周密的交易架构设计,离不开严谨细致的法律文件起草,离不开台前幕后细节繁琐的纠纷处置,更离不开无数个通宵达旦的不眠之夜。这种对于专业极度认真、对于客户所托高度负责的精神,委实令人敬佩。

也正是由于在经济金融业务领域长期的耕耘,学敏才对担保法领域存在的大量规范冲突的情况有了深刻洞察,从而产生了系统梳理担保法规范、研究担保法冲突问题的好想法,并带领饶梦莹律师等团队成员花费大量时间和心血付诸实施。

作为金融从业人员,我本人十余年来长期从事投资研究、股权投资、证券投资工作,我认为担保法对于金融行业十分重要。这本书并非是一本简单的法律汇编,而是全面细致地整理了核心法律规范的冲突,并以注释及案例的形式,对冲突与不一致之

处做了详尽的说明,还对重点法条进行了标识,具有很强的实践意义。我相信,这本书的出版将对研究与处理金融领域的担保相关问题发挥重大的作用。最后,更要感谢学敏和饶梦莹律师,能够不遗余力地辛勤编纂、比较、分析、著述,填补了国内相关著作之空白,为业界奉献了这本精心打磨的力作。



万家基金管理有限公司 基金经理

2018年12月15日于北京

序 言 三

学敏是我的老友，我们相识于新世纪的第一年。彼时一同在校报社奉公，他性喜说教又爱瞎替别人操心的脾性，颇似对我叨叨不休、让人不胜其扰的长辈。但他宁可舍掉学习和玩乐的时间，去认真真地做采访、编辑和校对，又始终对共事之人俱是一张元气满满的纯净笑脸，所以我也乐于和他交往。

彼此开始建立真正的友谊，有一点曹丕的沉李浮瓜，也有一点迅哥儿的月下瓜田。零二年初次去他家做客，结识学敏的父母，方知他的达观谨慎，乃有家风传承。学敏父亲温柔又坚强，是十里八乡公认的能人，我仍记得学敏父亲与我俩席间所谈诸事，极少涉及自身，多是方圆内关心的公事。半夜我们睡下，学敏父亲打着手电筒去帮别人看鱼，隔天一早赶回来，手里多了一根鱼竿，笑眯眯地问我要不要去钓鱼。学敏母亲大气热情，又细腻明理，对他待人接物和说话做事的分寸要求很苛刻，我很少看到这么严厉的别人家妈妈。

他家披山带水，古今形胜之地，浮桥河方圆几百里水面，风景秀美，对自己的家乡他充满了与生俱来的自豪。还记得我们借月光走在河边，他意气风发地指着远方黛色群山与森森流水道：“这个地方风水好，有大师说以后要出一个天子。”那语气仿佛是预言马上要应验在自己身上。在月光下的水边和瓜田之间，他一路滔滔不绝，又一板一眼，现在看来无非就是要为社会做贡献，出人头地之类的想法，但他可是特别认真，而且总有悲观的预期混合执拗的愿景。他心气儿高傲，他双眼放光，他充满期待。我那时候觉得他这人有点奇怪，但还是可以做很久的朋友。

我们同年读大学。大学里，他在很努力地做家教赚钱，很认真地学习，也很费劲地喜欢一个武汉的胖姑娘。我劝他异地恋不要太认真，他并不认同，反而一意孤行，从北京来武汉找那个姑娘，并没有事先和在武汉的我打招呼。后面两天见到他，才知他此行的效果完全适得其反，但他一路上努力装出云淡风轻的姿态，努力地和我们一起陪伴他的老友打趣。直到回去的路上他因为精神恍惚，丢失了自己的钱包并损失巨款一笔，只能在凄风苦雨和人财两空的满心落寞中登上北去的火车。

事后不久，我要去北京参加培训班，他那时没有手机，我提前给他宿舍打了一个电话，他问了我的车次和时间，简单应承就挂了。快到的时候我还在想，他最近心态调整得怎么样，感情的事情处理好没有。之前到武汉没有提前联系我，这次会不会很麻烦他之类。结果一下车，我就发现他在接站的茫茫人海中，戴着一顶突兀又违和的蓝色棒球帽。他正好也同时看到了我，立马又泛出打着他 logo 的灿烂笑容，旁若无人地挥舞双手大喊：“哎，胖子！”然后蹬蹬跑过来解释说戴这个丑帽子就是怕我一出来看不到，让我一度感受复杂，觉得既莫名尴尬又莫名感动。

晚上住在他的宿舍，先看他在电脑上捣鼓半天，后来感觉不像在做正事儿。跑过

去一看,他正在往法大的BT校园网上传东西。那时候网络上资源很少,大学校内主要用这个网站,绝大部分人都在上面下载东西。因为既没有宽带网,上传很占流量又不能增加下载速度,电脑性能又非今日可比,往上面上传资源的人非常稀少,学敏是我身边被发现的第一个会上传资料的稀有生物。聪明如我,怎么会放过这天赐的调侃机会?我指着他说:“哈哈,我一直好奇有哪些家伙脑子进水才会干这种吃力不讨好的事情,往上面上传资源,没想到发现身边居然有这样一个奇葩。”他一时可能觉得无语,不知该从何反驳,最后似乎有点自言自语地说:“我觉得我今天听到的这几首歌很好听,就该放上去啊。”

转眼毕业,他明显遭遇了人生的低谷。他内心清高,怕麻烦到别人,和朋友间联系只是偶尔提及。我感到那个乐观热情、充满少年感的学敏开始逐渐退潮。我们见面不多,其间一次是他生病住院,他难得地抒发了一回对未来不确定的忧虑,虽然也仅仅是一瞬间。我方明白他一直都在内心藏着很多东西,他言语间很忧心如何照顾他的爸爸,甚至是远方的姐妹,谈到自己,似乎感觉有些迷茫和灰心。我知道他工作的事情暂时没有打开局面,又遭到仿佛是命运嘲弄一样的疾病,一时也不知道怎么安慰他。他感觉到我的失措,不想我也陷入低沉的情绪,反过来又用一副开玩笑的口吻笑着对我说:“你这次来看我,就你的一贯作风,算是表现不错!”我却再也没有调侃他的劲头了。

后来,几经波折,他遇到了命中注定的伴侣,又有了一个可爱的女儿。在家中领导的英明决策和严厉督促下,外加叶勇等兄弟的帮衬,他逐渐地开始发挥出自己的正常水平,事业发展进入了正轨,待人接物也越发周全妥帖,工作和生活都处理得游刃有余。此时我们时常见面,感觉他心情又明朗了很多,但那个曾经意气风发的少年似乎再也没有回来。我想人的成长和成熟也不过如此,拿许多少年时代的真诚欢笑和瑰丽的幻想,换取中庸成熟和现世安稳。我听到很多人都赞扬说他这小子不错,有同行说他能力强,勤勉专业;有老乡说他很出息,农家子弟改变命运;家中亲戚父母认为他顾家又孝顺,也都以他为骄傲。但是有一年年底,我们几个朋友闲坐聊天,大家都在聊发展事业、赚钱和买房子的话题。他突然在没有事先饮酒的情况下深深地感叹了一句:“工作几年以后,大家聚到一起,果然除了谈钱,就没有什么别的内容了。”那神态我现在记忆犹新,颇有雀入罗中的感觉。

今年上半年,他兴冲冲地联系我,约我谈回我们中学母校的事情,为的是给我们母校农村户籍的孩子争取两个上名牌大学的专项招生指标。他做这件事没有受人所托,也没有任何好处,反而花了自己很多的人情和精力。尽管中间有一些不愉快的小插曲,尽管很多学生甚至母校校方也不见得理解他真正努力的用心,但他最终还是很开心地把这件事情促成。我也在想,这个家伙啊,经过这么多年,还是没有放弃要活成自己该有的样子,还是有一点男子汉的气概的。

当我接到他为本书作序的邀请,表面上似乎是给他一段时期努力的专业成果凑个热闹,虽然也忝为法律科班,我对这个领域却知之尚浅,大概也只能谈一些成书历史,讲一些溢美之词。中国人也习惯在有所成就以后重建历史,美化苦难。我并不习惯为他敷衍,又太过习惯去敷衍这样的一篇文章。不过他反复强调,邀我作序只为纪念,以后若干年后还要看。我深知他较真的性格和这句话的意思,是希望我能借此机会写一

点能经得起历史考验的东西,但又有什么比他自己最本真的个性更经得起时间的检验呢?于我而言,看到这本书,看到的不过是他这个凡事都认真计较的老铁对自身过往历史的又一次重复。像神话传说中的西西弗斯,他总是傻傻地努力想给他的朋友、他的亲人、他的家乡、他的行业乃至他的世界带去一点充满了他的心力又是他真心认为有价值的东西,不管这样做是不是真的对他有什么好处,不管他要花费多少心力,也不管外界对他反应如何。他这一点坚持,自我认识他起始终都没有变。我毫不怀疑这本书自然也是学敏的用心之物,有关一个东西的好坏或许见仁见智,莫衷一是,但有心之物和无心之物的天渊之别,自有智者识之,仁者惜之。作为好友,我对他这本书的质量哪怕不看,也是有十足的信心的,只愿他这次的努力不被辜负,以后的日子阳光灿烂,为这个略微聒噪冷峻的现世,带来更多沉静温柔的惊喜。



2018年12月12日于武汉

前 言

2013年,彼时的我就职于上海另一家律所的资本市场团队,任职于信托公司的妻子建议我抽空对担保相关的法律法规进行汇编,一是信托及其他资管业务中经常涉及各类担保,而中国担保制度规范过于繁杂、适用较为混乱的现状在实践中引发了诸多问题,实务界对于体系化的担保规范梳理需求甚巨;二是市场上未见相对完整、系统的担保规范汇编,如能完成此项工作,在有利于辅助相关从业者建立担保制度知识体系的同时,亦可为实务问题的解决提供有益参考,具有重要的现实意义。

妻子的建议与我在金融与资产管理领域走专业化道路的想法不谋而合。于是我在工作之余花费数月时间,按照自己理解的体系对当时重要的担保制度规范进行了系统梳理,于2013年6月整理出了批注版的《担保法律法规汇编》,并通过当时某知名微博账号在网上发表,成为当时公开可查的第一份比较系统全面的担保规范汇编。

转眼五年过去了,其间我国的担保相关规范出现了许多新的变化,我对担保规范的理解亦随着资管领域服务经验的积累而有所加深与调整,因此我之前整理的担保规范汇编亟待进行相应更新;同时,随着我们服务的金融机构与投资交易数量不断增长,涉及的担保情形亦愈加丰富与复杂,从团队知识管理与专业提升的角度,我们需要结合现有业务经验对中国目前的担保制度做进一步的梳理与研究。因此,在我于2013年整理的担保规范汇编的基础上,我们团队对相关规范进行了更新与调整,删除了已经失效的规范,补充了新的或之前遗漏的部分规范,同时对汇编体例做了进一步完善,使其更加清晰、准确、完整。为了加强对一些重点、疑难问题的理解,我们搜集整理了相关案例,并以备注的形式使之与具体的规范相对应,作为本次汇编的案例精选部分。在此基础上,最终形成本书的蓝本。

在整理上述汇编与案例的过程中,我们对中国当前的担保制度也有了更加全面和深入的认识。担保制度作为我国民事法律制度的重要组成部分,是增强交易双方互信、维护民事交易安全的重要保障。自1995年《担保法》颁布以来,我国陆续出台了大量与担保相关的法律、法规及其他规范性文件,这些规范共同构成了我国担保制度的重要组成部分。其中,《担保法》及其配套司法解释确立了以抵押、质押、留置、保证和定金为核心的担保制度,《物权法》对我国抵押、质押、留置三类担保物权进行了系统规定,其他规范则散落在各类法律、法规及规范性文件之中,相关规范纷繁复杂。另一方面,《担保法》及其司法解释的颁布时间较早,且历经二十余年未得修订,已与后续颁布的《物权法》存在诸多冲突之处,其在法律适用层面的局限性愈加凸显;其他规范则大多效力层级较低,所涉监管部门庞杂,不易体系化。前述情形在实务操作和理论研究中均给相关从业者造成了诸多不便。

鉴于此,尽管编著过程耗费了我们大量的时间与精力,却更加坚定了我们完成这

项工作的决心。虽然得益于技术的进步,相关法规的检索相对迅捷,但我们在汇编的过程中,不仅按照我们的理解做了结构化的体例安排,同时,以加粗、下划线等方式对重要法条予以提示。更重要的是,我们对冲突规范都以注释的方式进行了解读,同时整理了对应的经典案例,以进一步加深对相关规范的理解。以此来看,这本书其实已经超出了单纯汇编作品的范畴。我们希望通过我们的努力,能使相关从业者更加方便、快捷和全面地查阅我国的担保制度相关规范,在此基础上能够有利于相关法律问题的研究与解决,有利于推进我国担保制度的进一步发展与完善。

本书的完成亦是我们团队在律师专业化道路上迈出的重要一步。律师在执业实践中,外化的具体法律服务固然重要,但内化的知识管理也同样举足轻重。而对相关法规进行收集、更新与解读,则是知识管理中十分重要的内容。这本书正是将我们原本内化的知识管理,以出版的形式分享给更多需要的人,我想,这本身就是一件值得我们纪念的事。

在此,我们要向北京大学出版社及郭薇薇女士表示诚挚的谢意!他们对于汇编类作品的出版是抱着谨慎态度的,但经过慎重研究讨论,并对市场上同类汇编出版物进行调研,确保本书具有相关领域的开创性与实务价值后,最终同意出版。在编辑出版过程中,郭薇薇女士对本书给出了许多专业、宝贵的建议,其审慎、专业、尽责的精神,值得我们尊敬。

我们也要特别感谢中国政法大学王涌教授为本书拨冗作序。王涌教授是我们的商法学老师,他博学、幽默、儒雅,深受法大学子爱戴。王涌老师也是我们2003级法大本科生毕业典礼的致辞老师,他的那篇著名的毕业致辞《你们应当有颗不同凡响的心》,多年来一直感动、激励和鞭策着一批又一批的法大学子。因此,王老师的这篇序言,对我们来说意义非凡。

同时,也要感谢以作序形式参与本书出版这一大事件的两位好友叶勇和夏慰。尽管叶勇的许多溢美之词我自觉受之有愧;尽管夏慰这种罕见的蒙太奇式的作序手法使得那些太过久远的片段变得似是而非,但许多场景因为他是唯一的见证人,却也无法争辩。不过这样也好,那些黑我的内容,倒也不必当真了。

最后,感谢爱妻对本书成书的关键性建议,以及长期以来对本书的撰写给予的支持与帮助。尤其是女儿出生后,妻子除了分担大量繁杂的家庭事务外,对女儿的照顾与培养更是倾注了非常多的心力。

需要特别说明的是,本书的编著,除了两位署名作者的努力,亦离不开团队成员孙琳、谢丹荔的贡献与支持,在此一并表示感谢!

受制于担保规范体系的上述特点以及我们的有限精力与水平,本书难免存在不足之处,权当引玉之砖,还望各位同仁、朋友不吝赐教,多提宝贵意见,以便后续进一步的修订完善。

是为序。

邓学敏

2018年12月

目 录

导 读	1
-----------	---

第一编 担保制度核心法律

一、中华人民共和国担保法(1995.10.1)	7
二、中华人民共和国物权法(节录)(2007.10.1)	21
三、中华人民共和国合同法(节录)(1999.10.1)	36
四、中华人民共和国民法通则(节录)(2009.8.27)	48
五、中华人民共和国民法总则(节录)(2017.10.1)	49

第二编 最高人民法院关于担保的相关 司法解释与其他规范性文件

一、关于担保行为的一般规定	55
(一) 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 (2000.12.13)	55
(二) 最高人民法院关于适用《中华人民共和国物权法》若干问题的解释(一) (节录)(2016.3.1)	68
(三) 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(二) (节录)(2009.5.13)	70
(四) 最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法总则》诉讼时效制度若干 问题的解释(2018.7.23)	70
(五) 最高人民法院民一庭关于夫妻一方对外担保之债能否认定为夫妻共同 债务的复函(2015.1.1)	71
(六) 最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释 (节录)(2014.3.1)	71
(七) 最高人民法院关于审理金融资产管理公司利用外资处置不良债权案件 涉及对外担保合同效力问题的通知(2010.7.1)	72
(八) 最高人民法院关于香港盈伞财务公司诉广东华美集团有限公司担保 合同纠纷案有关法律问题的请示的复函(2010.3.23)	73

(九) 最高人民法院关于审理涉及金融不良债权转让案件工作座谈会纪要 (节录)(2009. 3. 30)	75
(十) 最高人民法院关于金融资产管理公司收购、处置银行不良资产有关 问题的补充通知(2005. 5. 30)	79
(十一) 最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题 的解释(节录)(2003. 6. 1)	80
(十二) 最高人民法院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案件的案件适用法律若干问题的规定 (2001. 4. 23)	81
二、关于保证担保的相关解释与其他规范性文件	83
(一) 最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定(节录) (2016. 12. 1)	83
(二) 最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定(节录) (2015. 9. 1)	84
(三) 最高人民法院关于交通银行香港分行与港云基业有限公司、云浮市人民 政府等借款担保合同纠纷上诉一案《承诺函》是否构成担保问题的请示 的复函(2006. 10. 11)	85
(四) 最高人民法院关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定(节录) (2006. 1. 1)	89
(五) 最高人民法院关于人民法院应当如何认定保证人在保证期间届满后 又在催款通知书上签字问题的批复(2004. 4. 19)	89
(六) 最高人民法院关于对云南省高级人民法院就如何适用《关于适用 〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第四十四条请示的答复 (2003. 12. 24)	90
(七) 最高人民法院关于对甘肃省高级人民法院甘高法〔2003〕183号请示 的答复(2003. 11. 28)	90
(八) 最高人民法院关于甘肃省高级人民法院就在诉讼时效期间债权人依法 将主债权转让给第三人保证人是否继续承担保证责任等问题请示的 答复(2003. 10. 20)	91
(九) 最高人民法院关于在保证期间内保证人在债权转让协议上签字并承诺 履行原保证义务能否视为债权人向担保人主张过债权及认定保证合同 的诉讼时效如何起算等问题请示的答复(2003. 9. 8)	92
(十) 最高人民法院关于债权人在保证期间以特快专递向保证人发出逾期贷款 催收通知书但缺乏保证人对邮件签收或拒收的证据能否认定债权人向 保证人主张权利的请示的复函(2003. 6. 12)	92

(十一) 最高人民法院关于对国有企业派驻我国的代表处以代表处名义出具的担保是否有效及外国企业对该担保行为应承担何种民事责任的请示的复函(2003. 6. 12)	93
(十二) 最高人民法院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(2002. 12. 6)	95
(十三) 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(2002. 12. 5)	96
(十四) 最高人民法院对《关于担保期间债权人向保证人主张权利的方式及程序问题的请示》的答复(2002. 11. 22)	97
(十五) 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. 8. 1)	97
(十六) 最高人民法院关于沈阳市信托投资公司是否应当承担保证责任问题的答复(2001. 8. 22)	98
(十七) 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. 9. 14)	99
(十八) 最高人民法院关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定(1994. 4. 15)	99
三、关于抵押的相关解释与其他规范性文件	104
(一) 最高人民法院关于审理矿业权纠纷案件适用法律若干问题的解释(节录)(2017. 7. 27)	104
(二) 第八次全国法院民事商事审判工作会议(民事部分)纪要(节录)(2016. 11. 30)	104
(三) 最高人民法院关于《城市房地产抵押管理办法》在建工程抵押规定与上位法是否冲突问题的答复(2012. 11. 28)	105
(四) 最高人民法院关于《国土资源部办公厅关于征求为公司债券持有人办理国有土地使用权抵押登记意见函》的答复(2010. 6. 23)	109
(五) 最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体适用法律若干问题的解释(节录)(2009. 9. 1)	110
(六) 最高人民法院关于已登记的抵押物的善意受让人在抵押物灭失后应否对抵押权人承担赔偿责任的复函(2006. 10. 25)	110
(七) 最高人民法院关于担保法司法解释第五十九条中的“第三人”范围问题的答复(2006. 5. 18)	111
(八) 最高人民法院关于中国农业银行大连市分行友好支行诉大连中大集团公司、第三人中国大连国际经济技术合作集团有限公司借款合同抵押担保纠纷一案请示的答复(2003. 11. 24)	111
(九) 最高人民法院关于船舶抵押合同为从合同时债权人同时起诉主债务人和抵押人地方人民法院应否受理请示的复函(2003. 1. 6)	112

(十) 最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复 (2002. 6. 27)	112
(十一) 最高人民法院关于国有工业企业以机器设备等财产为抵押物与 债权人签订的抵押合同的效力问题的批复(2002. 6. 22)	113
(十二) 最高人民法院研究室关于抵押权不受抵押登记机关规定的抵押期限 影响问题的函(2000. 9. 28)	114
(十三) 最高人民法院关于能否将国有土地使用权折价抵偿给抵押权人问题 的批复(1998. 9. 9)	114
四、关于质押的相关解释与其他规范性文件	115
(一) 最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定 (三)(节录)(2014. 3. 1)	115
(二) 最高人民法院关于审理出口退税托管账户质押贷款案件有关问题 的规定(2004. 12. 7)	115
(三) 最高人民法院执行工作办公室关于上市公司发起人股份质押合同及 红利抵债协议效力问题请示案的复函(2004. 4. 15)	116
(四) 最高人民法院关于涉外股权质押未经登记在执行中质押权人是否享有 优先受偿权问题的复函(2003. 10. 9)	117
(五) 最高人民法院关于冻结、拍卖上市公司国有股和社会法人股若干问题 的规定(节录)(2001. 9. 30)	118
(六) 最高人民法院关于审理票据纠纷案件若干问题的规定(节录) . (2000. 11. 21)	119
五、关于定金的相关解释与其他规范性文件	121
(一) 最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释(节录) (2012. 7. 1)	121
(二) 最高人民法院关于因第三人的过错导致合同不能履行应如何适用定金 罚则问题的复函(1995. 6. 16)	121
六、关于留置的相关解释与其他规范性文件	122
最高人民法院关于能否对连带责任保证人所有的船舶行使留置权的 请示的复函(2001. 8. 17)	122

第三编 特定主体的担保行为

一、公司担保行为的一般规定	125
(一) 中华人民共和国公司法(节录)(2018. 10. 26)	125
(二) 公司债券发行与交易管理办法(节录)(2015. 1. 15)	126

二、上市公司担保行为	129
(一) 中国证券监督管理委员会、国务院国有资产监督管理委员会关于规范上市公司与关联方资金往来及上市公司对外担保若干问题的通知(2017.12.7)	129
(二) 中国证券监督管理委员会、中国银行业监督管理委员会关于规范上市公司对外担保行为的通知(2006.1.1)	132
(三) 首次公开发行股票并上市管理办法(节录)(2018.6.6)	134
(四) 上海证券交易所股票上市规则(节录)(2018.11.16)	134
(五) 深圳证券交易所股票上市规则(节录)(2018.11.16)	139
(六) 上市公司章程指引(节录)(2016.9.30)	144
(七) 上市公司股权激励管理办法(节录)(2018.9.15)	148
(八) 上市公司收购管理办法(节录)(2014.10.23 修订)	148
(九) 创业板上市公司证券发行管理暂行办法(节录)(2014.5.14)	151
(十) 《上市公司证券发行管理办法》第三十九条“违规对外提供担保且尚未解除”的理解和适用——证券期货法律适用意见第5号(2009.7.13)	152
(十一) 上市公司证券发行管理办法(节录)(2006.5.8)	154
(十二) 公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第2号——年度报告的内容与格式(节录)(2017.12.26)	157
(十三) 公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第3号——半年度报告的内容与格式(节录)(2017.12.26)	159
(十四) 公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第26号——上市公司重大资产重组(节录)(2018.11.15)	161
三、全国中小企业股份转让系统挂牌公司的担保行为	164
(一) 全国中小企业股份转让系统挂牌公司信息披露细则(节录)(2017.12.22)	164
(二) 挂牌公司信息披露及会计业务问答(五)——股权质押、冻结信息披露(2018.5.18)	166
(三) 全国中小企业股份转让系统优先股业务指引(试行)(节录)(2015.9.21)	167
(四) 非上市公众公司收购管理办法(节录)(2014.7.23)	168
(五) 全国中小企业股份转让系统业务规则(试行)(节录)(2013.12.30)	169
四、金融机构的担保行为	170
(一) 一般规定	170
(二) 商业银行的担保行为	171
(三) 信托公司的担保行为	180
(四) 保险公司及其子公司的担保行为	182

(五) 证券公司及其子公司的担保行为	185
(六) 证券投资基金管理公司及其子公司的担保行为	190
(七) 期货公司及其子公司的担保行为	191
(八) 金融租赁公司的担保行为	193
(九) 农业信贷担保联盟有限责任公司的担保行为	194
五、国有企业的担保行为	197
(一) 中华人民共和国企业国有资产法(节录)(2009.5.1)	197
(二) 政府出资产业投资基金管理暂行办法(节录)(2017.4.1)	198
(三) 事业单位及事业单位所办企业国有资产产权登记管理办法(节录) (2012.9.5)	198
(四) 中小企业融资担保机构风险管理暂行办法(2001.3.26)	203
(五) 企业国有资产产权登记管理办法实施细则(节录)(2000.4.6)	204
(六) 国家国有资产管理局关于国有企业办理抵押贷款若干问题的批复 (1994.3.16)	206
六、融资担保机构的担保行为	208
(一) 融资担保公司监督管理条例(2017.10.1)	208
(二) 融资担保业务经营许可证管理办法(2018.4.2)	214
(三) 融资担保责任余额计量办法(2018.4.2)	216
(四) 融资担保公司资产比例管理办法(2018.4.2)	218
(五) 银行业金融机构与融资担保公司业务合作指引(2018.4.2)	220
(六) 融资性担保公司管理暂行办法(2010.3.8)	224
七、住房置业担保公司的担保行为	231
住房置业担保管理试行办法(2000.5.11)	231
八、政府相关主体的担保行为	235
(一) 中华人民共和国预算法(节录)(2015.1.1)	235
(二) 关于进一步规范地方政府举债融资行为的通知(节录)(2017.4.26)	236
(三) 国务院办公厅关于印发地方政府性债务风险应急处置预案的通知 (节录)(2016.10.27)	236
(四) 国务院关于加强地方政府融资平台公司管理有关问题的通知(节录) (2010.6.10)	237
九、其他主体的担保行为	238
(一) 合伙企业的担保行为	238
(二) 集体企业的担保行为	239
(三) 全民所有制企业的担保行为	241
(四) 证券交易所的担保行为	244
(五) 证券市场资信评级机构的担保行为	244
(六) 农民专业合作社的担保行为	245

第四编 不同标的物之上的担保物权

一、不同标的物之上的抵押权	249
(一) 动产标的物之上的抵押权	249
(二) 不动产标的物之上的抵押权	273
(三) 其他权利标的物之上的抵押权	316
二、不同标的物之上的质押权	321
(一) 股权质押的相关规范	321
(二) 债券质押的相关规范	368
(三) 应收账款质押的相关规范	401
(四) 知识产权质押的相关规范	408
(五) 汇票质押的相关规范	416
(六) 存单质押的相关规范	416
(七) 其他权利凭证质押的相关规范	423

第五编 担保权的实现程序

一、民事审判程序中担保权的实现	427
(一) 中华人民共和国民事诉讼法(节录)(2017.7.1)	427
(二) 最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释(节录) (2015.2.4)	428
(三) 关于行使担保物权所得价款优先受偿范围的统一裁判和执行尺度的 操作意见指引(2018.7.25)	430
二、执行程序中担保权的实现	432
(一) 最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释(节录) (2015.2.4)	432
(二) 最高人民法院关于公证债权文书执行若干问题的规定(节录) (2018.10.1)	432
(三) 最高人民法院关于执行和解若干问题的规定(节录)(2018.3.1)	433
(四) 最高人民法院关于首先查封法院与优先债权执行法院处分查封财产 有关问题的批复(2016.4.14)	433
(五) 最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定 (节录)(2015.5.5)	434
(六) 最高人民法院关于含担保的公证债权文书强制执行的批复 (2014.9.18)	435
(七) 最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定	

(节录)(2008. 12. 31)	436
(八) 关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)(节录)	
(2008. 12. 31)	437
(九) 最高人民法院关于人民法院执行设定抵押的房屋的规定	
(2008. 12. 31)	439
三、破产程序中担保权的实现	440
(一) 中华人民共和国企业破产法(节录)(2007. 6. 1)	440
(二) 最高人民法院关于适用《中华人民共和国企业破产法》若干问题的	
规定(三)(节录)(2019. 3. 28)	447
(三) 最高人民法院关于适用《中华人民共和国企业破产法》若干问题的	
规定(二)(节录)(2013. 9. 16)	448
(四) 全国法院破产审判工作会议纪要(节录)(2018. 3. 4)	448
(五) 最高人民法院关于《中华人民共和国企业破产法》施行时尚未审结的	
企业破产案件适用法律若干问题的规定(节录)(2007. 6. 1)	449
(六) 最高人民法院关于审理企业破产案件确定管理人报酬的规定(节录)	
(2007. 6. 1)	449
(七) 最高人民法院执行《关于〈中华人民共和国企业破产法〉施行时尚未	
审结的企业破产案件适用法律若干问题的规定》的通知(节录)	
(2007. 5. 26)	450
(八) 最高人民法院关于破产企业国有划拨土地使用权应否列入破产财产等	
问题的批复(2003. 4. 18)	450
(九) 最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定(节录)	
(2002. 9. 1)	451

第六编 与担保相关的其他重要规范性文件

一、跨境担保的相关规范	455
(一) 中华人民共和国外汇管理条例(节录)(2008. 8. 5)	455
(二) 跨境担保外汇管理规定(2014. 6. 1)	455
(三) 企业境外投资管理办法(节录)(2018. 3. 1)	467
二、公证活动涉及担保的相关规范	470
(一) 最高人民法院、司法部、中国银监会关于充分发挥公证书的强制执行	
效力服务银行金融债权风险防控的通知(2017. 7. 13)	470
(二) 办理具有强制执行效力债权文书公证及出具执行证书的指导意见	
(2008. 4. 23)	472
(三) 公证机构办理抵押登记办法(2002. 2. 20)	475
(四) 抵押贷款合同公证程序细则(1992. 12. 31)	477

三、典当的相关规范	480
(一) 典当管理办法(2005.4.1)	480
(二) 中国人民银行关于对典当行从事房屋抵押贷款业务有关问题的复函 (2000.9.5)	489
四、下岗失业人员小额担保贷款相关规范	490
(一) 中国人民银行、财政部、国家发展和改革委员会、劳动和社会保障部 关于《下岗失业人员小额担保贷款管理办法》有关问题的补充通知 (2003.7.16)	490
(二) 下岗失业人员小额担保贷款管理办法(2002.12.24)	491
五、网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法(节录)(2016.8.17)	494
六、证券期货经营机构私募资产管理计划运作管理规定(2018.10.22)	496
七、证券公司融资融券业务管理办法(2015.7.1)	497
八、关于在房地产开发项目中推行工程建设合同担保的若干规定(试行) (2004.8.6)	505

附录:典型案例精选

一、当事人约定保证合同独立于主合同的效力	511
(一) 案例总结	511
(二) 当事人约定的独立担保合同无效	511
(三) 主合同无效,当事人约定的独立担保合同有效	514
二、以公益为目的的民办非企业法人不得作为保证人	516
(一) 案例总结	516
(二) 基本案情简介	516
(三) 法院裁判要点	516
三、承诺函是否构成保证担保	518
(一) 案例总结	518
(二) 承诺函构成保证担保的情形	518
(三) 承诺函不构成保证担保的情形	520
四、当事人之间就“主合同变更无需经担保人同意,担保人亦承担担保责任” 的约定的效力	522
(一) 案例总结	522
(二) 约定有效,未经保证人同意的主合同变更不影响担保人责任的承担	522
(三) 约定不能对抗因主合同变更导致担保人法定免责的情形	523
五、混合担保情形下如何认定当事人对担保实现顺序作出了约定	525
(一) 案例总结	525
(二) 同一类型的当事人约定情形下的不同裁判结果	525

六、质押合同的生效是否受物权变动结果影响	531
(一) 案例总结	531
(二) 质押合同的生效不受物权变动结果的影响	531
(三) 质押合同的生效应受物权变动结果的影响	532
七、不动产抵押未办理抵押登记情形下抵押人的责任	535
(一) 案例总结	535
(二) 基本案情简介	535
(三) 法院裁判要点	535
八、根据债权人与债务人约定将抵押权登记在第三方名下的,债权人仍享有抵押权	537
(一) 案例总结	537
(二) 基本案情简介	537
(三) 法院裁判要点	538
九、当事人仅针对建筑物所有权办理抵押登记的,抵押权人对建筑物所有权及其占用范围内的土地使用权一并享有抵押权	540
(一) 案例总结	540
(二) 基本案情简介	540
(三) 法院裁判要点	541
十、抵押期间未经抵押权人同意转让抵押财产情形下,受让人如何取得抵押财产的所有权	542
(一) 案例总结	542
(二) 受让人可通过代为清偿消除抵押权,取得抵押财产所有权	543
(三) 符合特定条件的受让人无需代为清偿,即可排除抵押权人行使抵押权	545
十一、抵押权人可以通过非讼程序来行使抵押权	547
(一) 案例总结	547
(二) 基本案情简介	547
(三) 法院裁判要点	548
十二、债权人向连带责任保证人主张保证责任时,保证债务诉讼时效当然中断	550
(一) 案例总结	550
(二) 基本案情简介	550
(三) 法院裁判要点	550
十三、以贷还贷情形下的担保人责任	552
(一) 案例总结	552
(二) 以新贷偿还旧贷,在旧贷未清偿前,担保人仍需承担担保责任	552
(三) 同一担保人在体现以贷还贷的多个借贷合同上盖章同意担保的,应当	

依法承担担保责任	555
十四、保证人自行履行保证责任时实际清偿额大于主债权范围的后果	557
(一) 案例总结	557
(二) 基本案情简介	557
(三) 法院裁判要点	557
十五、债务人进入破产程序前债权人已向保证人主张权利情形下,《担保法解释》 第四十四条第二款的适用	559
(一) 案例总结	559
(二) 不适用《担保法解释》第四十四条第二款	559
(三) 适用《担保法解释》第四十四条第二款	560
十六、同一动产上抵押权与质权并存的情形下,《担保法解释》第七十九条第一款的 适用	562
(一) 案例总结	562
(二) 基本案情简介	562
(三) 法院裁判要点	563
十七、保证金账户内资金浮动,不影响金钱质押行为的效力	569
(一) 案例总结	569
(二) 基本案情简介	569
(三) 法院裁判要点	570
十八、公司未履行内部决策程序提供担保的效力	571
(一) 公司未经股东会决议为股东或实际控制人提供担保的效力	571
(二) 公司未经股东会或董事会决议,为股东及实际控制人以外的其他主体 提供担保的效力	574
(三) 上市公司未经内部决策程序对外担保的效力	577
十九、重组业绩补偿股票质押的法律效力	589
(一) 案例总结	589
(二) 基本案情简介	589
(三) 法院裁判要点	590

导 读

本书共六编,系按照如下顺序编排:

• 第一编 担保制度核心法律

自1984年《中华人民共和国民事诉讼法通则》(以下简称“《民法通则》”)颁布至今,我国陆续制定了《中华人民共和国担保法》(以下简称“《担保法》”)、《中华人民共和国物权法》(以下简称“《物权法》”)、《中华人民共和国合同法》(以下简称“《合同法》”)及《中华人民共和国民法总则》(以下简称“《民法总则》”),其共同构成了我国担保制度的核心法律体系。

在上述法律中:

《担保法》系整个担保法律体系的核心,其对各类担保行为作出了规定,包括保证、抵押、质押、定金和留置。

《物权法》规定了物的担保,包括抵押、质押、留置等担保行为,是我国担保物权制度的核心法律。根据“上位法优于下位法”“新法优于旧法”的原则以及《物权法》的相关规定,《担保法》与《物权法》存在冲突时,应当适用《物权法》。

《合同法》作为我国合同法律关系领域的基本法律,其对担保合同法律关系进行调整,亦是担保领域适用的重要法律。

《民法通则》规定了保证、抵押、留置、定金等担保行为,是我国民事基本法对担保制度的基础规定。2017年颁布的《民法总则》规定了我国民事领域的基本原则和基本制度,是担保制度的授权性法律,担保行为作为民事法律行为,理应受其调整。《民法通则》和《民法总则》均系我国的民事基本法,在《民法总则》生效后,《民法通则》的效力并未被废止,仍然继续施行。应注意的是,《民法总则》仅规定了民事主体依法享有物权(包括所有权、用益物权和担保物权),并未对担保制度进行具体规定,故《民法通则》的相关规定仍应继续适用。

综上,本部分系按照特别法优先的原则编排,并根据重要性、关联性优先原则对《担保法》《物权法》及《合同法》进行排列。

• 第二编 最高人民法院关于担保的相关司法解释与其他规范性文件

在司法实践中,针对《担保法》的适用及担保领域的具体问题,最高人民法院陆续发布了相关司法解释及其他规范性文件,其构成了担保制度的重要补充。其中,最高人民法院于2000年发布的《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“《担保法解释》”),对《担保法》适用过程中出现的疑难问题进行了系统解释,是担保制度的重要规范。除《担保法解释》之外,本部分还列举了最高人民法院对担保所涉实体问题作出的其他司法解释与规范性文件。需注意的是,本书对最高人民法院对担保所涉民事程序问题作出的相关司法解释与规范性文件亦有收录,基于特殊考量并

未列入本部分,前述规定详见本书“第五编 担保权的实现程序”。

鉴于本部分的规范数量较多,我们根据担保类型对其进行了分类,包括担保行为的一般规定、保证、抵押、质押、定金、留置等。每一类别项下的规范系以施行日期/最新修订日期进行排序,同时亦兼顾重要性优先原则。

• 第三编 特定主体的担保行为

在担保领域中,特定主体作出的担保行为,因其主体的特殊性而需适用特殊的规定,前述规定亦相当繁杂而分散。为此,本书对涉及特定主体担保行为的相关规范进行了汇编。

根据特定主体的法律性质,我们将本部分分为公司担保行为的一般规定、上市公司的担保行为、全国中小企业股份转让系统挂牌公司的担保行为、金融机构的担保行为、国有企业的担保行为、融资担保机构的担保行为、住房置业担保公司的担保行为、政府相关主体的担保行为及其他主体的担保行为等多个类别。前述每一类别项下的规范亦系以施行日期/最新修订日期进行排序,同时兼顾重要性优先原则。

• 第四编 不同标的物之上的担保物权

针对不同类别的标的物之上担保物权的设立、变更、转让和消灭等事项,相关法律、法规及规范性文件进行了详细规定。对此,我们就抵押物和质押物涉及的相关规范进行了汇编。

根据担保物权的类型,本编分为标的物之上的抵押权及标的物之上的质押权两大类。在第一类项下,根据抵押物的类别,我们将其分为动产抵押(包括民用航空器、船舶抵押、机动车等交通运输工具)、不动产抵押(包括房屋、土地使用权等)及其他权利抵押等子类别;在第二类项下,根据质押物的类别,我们将其分为股权质押、债券质押、应收账款质押、知识产权质押、汇票质押、存单质押、其他权利凭证质押等多个子类别。前述每一类别项下的规范系以施行日期/最新修订日期进行排序,同时亦兼顾重要性优先原则。

• 第五编 担保权的实现程序

本部分系关于担保权在不同民事程序的实现,分为民事审判程序中担保权的实现、执行程序中担保权的实现、破产程序中担保权的实现三类。前述每一程序分类项下的规范系以施行日期/最新修订日期进行排序,同时亦兼顾重要性优先原则。

• 第六编 与担保相关的其他重要规范性文件

除前五编收录的规范外,在担保领域中,我国还存在其他与担保相关的规范性文件,如跨境担保的相关规范、公证活动涉及担保的相关规范、典当的相关规范等。本部分规范的排序亦以施行日期为基础,同时兼顾重要性优先原则。

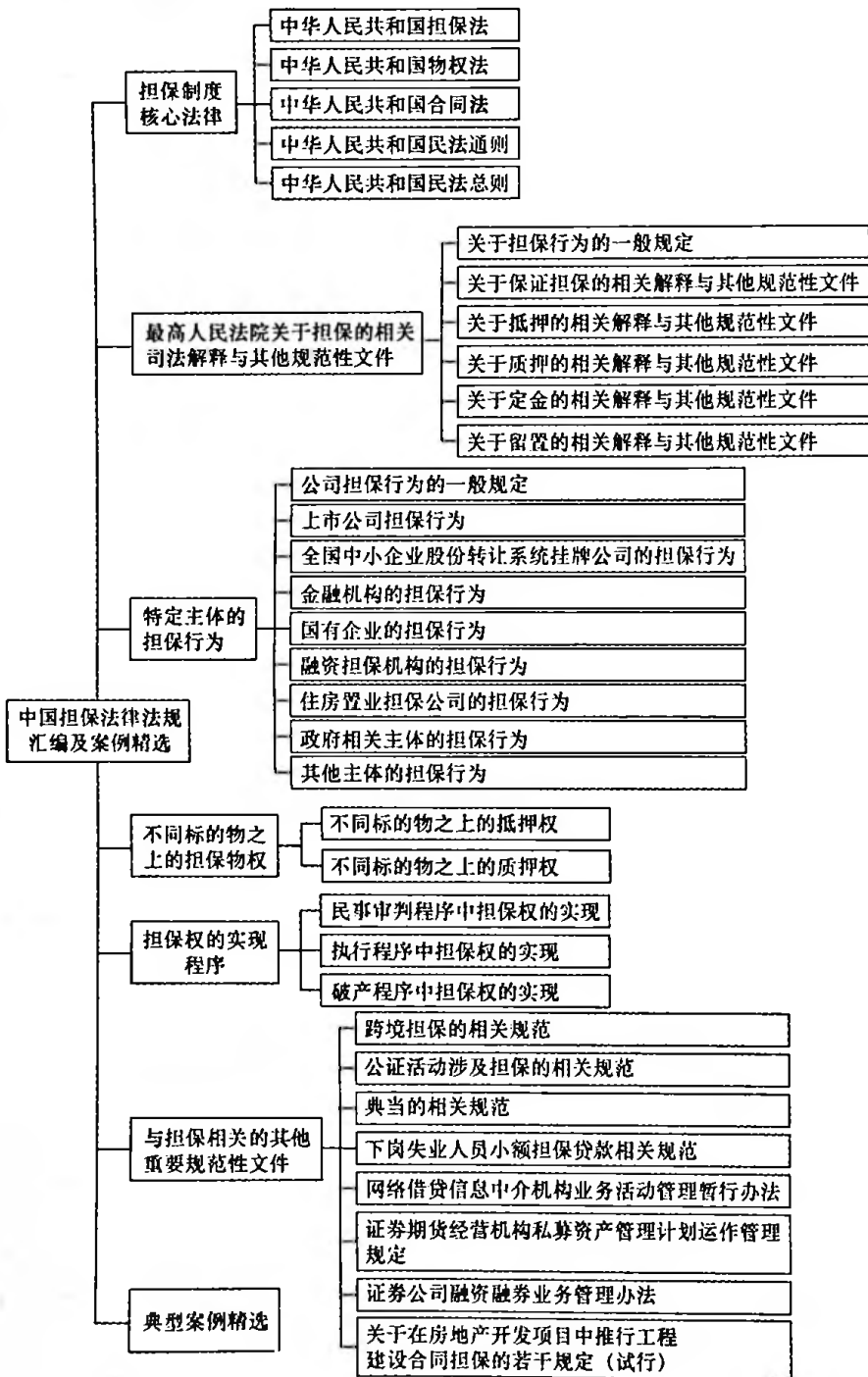
鉴于上述法律、法规及规范性文件的数量较多,本书基于重要性、关联性优先原则选取了部分规范作为第六编。

• 附录:典型案例精选

在附录部分,我们总结了部分典型案例的裁判规则,并对正文部分的关联规范作了相应批注,以利于读者在阅读相关规范时能同时了解该规范在司法实践中的适用规则,从而加深对前述规范的理解。

本书附录所列的案例绝大部分为最高人民法院的裁判案例或最高人民法院的公报案例,具备相当的典型性及参考意义。

需要说明的是,为方便读者的理解,本书以如下方式对重要内容进行了标注:对正文中的重点法条或附录案例中的重要内容,作粗体标注;对正文中已废止或因与其他规范冲突而不再适用或在部分情形下不再适用的法条,作下划线标注,并在脚注中进行详细说明。



汇编体系示意图

第一编 担保制度核心法律

一、中华人民共和国担保法

(1995年6月30日第八届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过
中华人民共和国主席令第五十号公布 自1995年10月1日起施行)

第一章 总 则

第一条 【立法目的】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。

第二条^① 【适用范围及担保方式】在借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动中,债权人需要以担保方式保障其债权实现的,可以依照本法规定设定担保。

本法规定的担保方式为保证、抵押、质押、留置和定金。

第三条 【担保活动基本原则】担保活动应当遵循平等、自愿、公平、诚实信用的原则。

第四条^② 【反担保】第三人为债务人向债权人提供担保时,可以要求债务人提供反担保。

反担保适用本法担保的规定。

第五条^③ 【担保合同与主合同的关系以及担保合同无效后的法律后果】担保合同是主合同的从合同,主合同无效,担保合同无效。担保合同另有约定的,按照约定。

担保合同被确认无效后,债务人、担保人、债权人有过错的,应当根据其过错各自

^① 关于《中华人民共和国担保法》(以下简称《担保法》)的适用范围,《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《担保法解释》)第一条对此进行了扩大解释,规定“当事人对由民事关系产生的债权,在不违反法律、法规强制性规定的情况下,以担保法规定的方式设定担保的,可以认定为有效”。

^② 《担保法解释》第二条作了如下补充规定:“反担保人可以是债务人,也可以是债务人之外的其他人。反担保方式可以是债务人提供的抵押或者质押,也可以是其他人提供的保证、抵押或者质押。”

^③ 《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)第一百七十二条第一款规定:“担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效,担保合同无效,但法律另有规定的除外。”从该条款可知,担保物权合同独立于主合同的情形仅能由法律规定,不能由当事人约定。这与本条第一款之规定并不一致,根据“担保法与物权法的规定不一致的,适用物权法”的原则,应当适用《物权法》的规定。需注意的是,《物权法》仅调整包括抵押、质押、留置在内的担保物权法律关系,对保证、定金等非物权性担保法律关系则不予调整,故后者仍应适用本条第一款之规定。

司法实践中,就当事人约定保证合同独立于主合同的效力,各级人民法院的裁判规则并不一致。最高人民法院在诸多案例中对当事人约定保证合同独立于主合同的效力进行了否定,其倾向于认为,虽然当事人约定了独立担保条款,但独立担保只能在国际商事交易中使用,对国内商事交易中的独立担保持否定态度。但部分地方法院在判决书中认定当事人约定保证合同独立于主合同的,保证合同的效力不受主合同影响。相关案例参见本书附录“一、当事人约定保证合同独立于主合同的效力”。

此外,关于担保合同无效情形下担保人的责任承担范围,《担保法解释》第七条至第九条区分相关方的过错情形,在本条第二款的基础上作出了进一步的细化规定。

承担相应的民事责任。

第二章 保 证

第一节 保证和保证人

第六条 【保证的定义】本法所称保证,是指保证人和债权人约定,当债务人不履行债务时,保证人按照约定履行债务或者承担责任的行为。

第七条^① 【保证人的资格和范围】具有代为清偿债务能力的法人、其他组织或者公民,可以作保证人。

第八条 【国家机关作为保证人的禁止与例外】国家机关不得为保证人,但经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外。

第九条^② 【公益法人作为保证人的禁止】学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体不得为保证人。

第十条 【企业法人分支机构、职能部门作为保证人的禁止与例外】企业法人的分支机构、职能部门不得为保证人。

企业法人的分支机构有法人书面授权的,可以在授权范围内提供保证。

第十一条 【强令提供担保的禁止】任何单位和个人不得强令银行等金融机构或者企业为他人提供保证;银行等金融机构或者企业对强令其为他人提供保证的行为,有权拒绝。

第十二条 【共同保证】同一债务有两个以上保证人的,保证人应当按照保证合同约定的保证份额,承担保证责任。没有约定保证份额的,保证人承担连带责任,债权人可以要求任何一个保证人承担全部保证责任,保证人都负有担保全部债权实现的义务。已经承担保证责任的保证人,有权向债务人追偿,或者要求承担连带责任的其他保证人清偿其应当承担的份额。

第二节 保证合同和保证方式

第十三条 【保证合同的订立】保证人与债权人应当以书面形式订立保证合同。

第十四条 【普通保证与最高额保证】保证人与债权人可以就单个主合同分别订立保证合同,也可以协议在最高债权额限度内就一定期间连续发生的借款合同或者某项商品交易合同订立一个保证合同。

第十五条^③ 【保证合同的内容】保证合同应当包括以下内容:

- (一) 被保证的主债权种类、数额;
- (二) 债务人履行债务的期限;
- (三) 保证的方式;
- (四) 保证担保的范围;

^① 《担保法解释》第十五条对本条的“其他组织”作了补充规定。

^② 相关案例参见本书附录“二、以公益为目的的民办非企业法人不得作为保证人”。

^③ 相关案例参见本书附录“三、承诺函是否构成保证担保”。

(五) 保证的期间;

(六) 双方认为需要约定的其他事项。

保证合同不完全具备前款规定内容的,可以补正。

第十六条 【保证的方式】保证的方式有:

(一) 一般保证;

(二) 连带责任保证。

第十七条^① 【一般保证及先诉抗辩权】当事人在保证合同中约定,债务人不能履行债务时,由保证人承担保证责任的,为一般保证。

一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁,并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前,对债权人可以拒绝承担保证责任。

有下列情形之一的,保证人不得行使前款规定的权利:

(一) 债务人住所变更,致使债权人要求其履行债务发生重大困难的;

(二) 人民法院受理债务人破产案件,中止执行程序的;

(三) 保证人以书面形式放弃前款规定的权利的。

第十八条 【连带责任保证】当事人在保证合同中约定保证人与债务人对债务承担连带责任的,为连带责任保证。

连带责任保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的,债权人可以要求债务人履行债务,也可以要求保证人在其保证范围内承担保证责任。

第十九条 【保证方式没有约定或约定不明的推定】当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的,按照连带责任保证承担保证责任。

第二十条 【保证人的一般抗辩权】一般保证和连带责任保证的保证人享有债务人的抗辩权。债务人放弃对债务的抗辩权的,保证人仍有权抗辩。

抗辩权是指债权人行使债权时,债务人根据法定事由,对抗债权人行使请求权的权利。

第三节 保证责任

第二十一条 【保证范围】保证担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。保证合同另有约定的,按照约定。

当事人对保证担保的范围没有约定或者约定不明确的,保证人应当对全部债务承担责任。

第二十二条 【债权转让对保证责任的影响】保证期间,债权人依法将主债权转让给第三人的,保证人在原保证担保的范围内继续承担保证责任。保证合同另有约定的,按照约定。

第二十三条 【债务承担对保证责任的影响】保证期间,债权人许可债务人转让债务的,应当取得保证人书面同意,保证人对未经其同意转让的债务,不再承担保证责任。

^① 根据《担保法解释》第二十五条之规定,本条第三款第(一)项规定的债权人要求债务人履行债务发生的重大困难情形,包括债务人下落不明、移居境外,且无财产可供执行。

第二十四条^① 【债的变更对保证责任的影响】债权人与债务人协议变更主合同的,应当取得保证人书面同意,未经保证人书面同意的,保证人不再承担保证责任。保证合同另有约定的,按照约定。

第二十五条 【一般保证的保证期间】一般保证的保证人与债权人未约定保证期间的,保证期间为主债务履行期届满之日起六个月。

在合同约定的保证期间和前款规定的保证期间,债权人未对债务人提起诉讼或者申请仲裁的,保证人免除保证责任;债权人已提起诉讼或者申请仲裁的,保证期间适用诉讼时效中断的规定。

第二十六条 【连带责任保证的保证期间】连带责任保证的保证人与债权人未约定保证期间的,债权人有权自主债务履行期届满之日起六个月内要求保证人承担保证责任。

在合同约定的保证期间和前款规定的保证期间,债权人未要求保证人承担保证责任的,保证人免除保证责任。

第二十七条^② 【最高额保证的保证期间】保证人依照本法第十四条规定就连续发生的债权作保证,未约定保证期间的,保证人可以随时书面通知债权人终止保证合同,但保证人对于通知到债权人前所发生的债权,承担保证责任。

第二十八条^③ 【保证担保与物的担保并存时保证责任的承担】同一债权既有保证又有物的担保的,保证人对物的担保以外的债权承担保证责任。

债权人放弃物的担保的,保证人在债权人放弃权利的范围内免除保证责任。

第二十九条 【企业法人的分支机构订立的无效保证合同的处理】企业法人的分支机构未经法人书面授权或者超出授权范围与债权人订立保证合同的,该合同无效或者超出授权范围的部分无效,债权人和企业法人有过错的,应当根据其过错各自承担

^① 关于主合同变更对保证责任的影响,《担保法解释》第三十条作出了如下补充规定:保证期间,债权人与债务人对主合同数量、价款、币种、利率等内容作了变动,未经保证人同意的,如果减轻债务人的债务的,保证人仍应对变更后的合同承担保证责任;如果加重债务人的债务的,保证人对加重的部分不承担保证责任。如对主合同履行期限作了变动,未经保证人书面同意的,保证期间为原合同约定的或者法律规定的期间。如变动主合同内容,但并未实际履行的,保证人仍应当承担保证责任。

需要注意的是,根据本条规定,主合同变更的,原则上须经保证人同意,否则保证人不承担保证责任,但当事人另有约定的除外。但对于担保协议中类似“主合同变更无需经担保人同意,担保人亦承担担保责任”约定的效力,司法实践中人民法院存在不同的裁判观点,相关案例参见本书附录“四、当事人之间就‘主合同变更无需经担保人同意,担保人亦承担担保责任’的约定的效力”。

^② 《担保法解释》第三十七条作了如下补充规定:最高额保证合同对保证期间没有约定或者约定不明的,如最高额保证合同约定有保证人清偿债务期限的,保证期间为清偿期限届满之日起六个月。没有约定债务清偿期限的,保证期间自最高额保证终止之日或自债权人收到保证人终止保证合同的书面通知之日起六个月。

^③ 本条规定在混合担保中,保证人仅对物的担保以外的债权承担保证责任,如债权人放弃部分或全部物的担保的,保证人在债权人放弃权利的范围内减轻或免除保证责任。

《担保法解释》第三十八条对上述混合担保的清偿规则进行了变更,规定同一债权既有保证又有第三人提供物的担保的,债权人可以请求保证人或者物的担保人承担担保责任。

《物权法》第一百七十六条进一步规定:混合担保中,债权人应当按照约定实现债权;当事人无约定或约定不明的,除债务人自己提供物的担保的情形外,物的担保和人的保证不再有优先清偿顺序,由债权人自主选择。其中,就如何认定当事人对担保实现顺序作出了约定,司法实践中人民法院的裁判观点并不一致,相关案例参见本书附录“五、混合担保情形下如何认定当事人对担保实现顺序作出了约定”。

相应的民事责任;债权人无过错的,由企业法人承担民事责任。

第三十条 【保证责任的免除】有下列情形之一的,保证人不承担民事责任:

(一)主合同当事人双方串通,骗取保证人提供保证的;

(二)主合同债权人采取欺诈、胁迫等手段,使保证人在违背真实意思的情况下提供保证的。

第三十一条 【保证人的追偿权】保证人承担保证责任后,有权向债务人追偿。

第三十二条^① 【保证人追偿权的预先行使】人民法院受理债务人破产案件后,债权人未申报债权的,保证人可以参加破产财产分配,预先行使追偿权。

第三章 抵 押

第一节 抵押和抵押物

第三十三条^② 【抵押、抵押人、抵押权人和抵押物】本法所称抵押,是指债务人或者第三人不转移对本法第三十四条所列财产的占有,将该财产作为债权的担保。债务人不履行债务时,债权人有权依照本法规定以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为抵押人,债权人为抵押权人,提供担保的财产为抵押物。

第三十四条^③ 【抵押财产的范围】下列财产可以抵押:

(一)抵押人所有的房屋和其他地上定着物;

(二)抵押人所有的机器、交通运输工具和其他财产;

(三)抵押人依法有权处分的国有的土地使用权、房屋和其他地上定着物;

(四)抵押人依法有权处分的国有的机器、交通运输工具和其他财产;

(五)抵押人依法承包并经发包方同意抵押的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等荒地的土地使用权;

(六)依法可以抵押的其他财产。

^① 《担保法解释》第四十六条在本条基础上进一步明确债权人未申报债权的,各连带共同保证的保证人应当作为一个主体申报债权,预先行使追偿权;该解释第四十五条进一步规定债权人知道或者应当知道债务人破产,既未申报债权也未通知保证人,致使保证人不能预先行使追偿权的,保证人在该债权在破产程序中可能受偿的范围内免除保证责任。

同时,《中华人民共和国企业破产法》第五十一条规定:债务人的保证人或者其他连带债务人已经代替债务人清偿债务的,以其对债务人的求偿权申报债权;债务人的保证人或者其他连带债务人尚未代替债务人清偿债务的,以其对债务人的将来求偿权申报债权,但债权人已向管理人申报全部债权的除外。

^② 关于债权人实现抵押权的前提,本条规定为“债务人不履行债务”,而《物权法》第一百七十九条的规定为“债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形”,应当适用《物权法》第一百七十九条的规定。

^③ 关于抵押财产的范围,本条第一款与《物权法》的规定不一致,应当适用《物权法》第一百八十条第一款之规定,即“债务人或者第三人有权处分的下列财产可以抵押:(一)建筑物和其他土地附着物;(二)建设用地使用权;(三)以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权;(四)生产设备、原材料、半成品、产品;(五)正在建造的建筑物、船舶、航空器;(六)交通运输工具;(七)法律、行政法规未禁止抵押的其他财产”。

抵押人可以将前款所列财产一并抵押。

第三十五条 【超额抵押之禁止】抵押人所担保的债权不得超出其抵押物的价值。

财产抵押后,该财产的价值大于所担保债权的余额部分,可以再次抵押,但不得超出其余额部分。

第三十六条^① 【设定抵押时房屋与土地使用权间的关系】以依法取得的国有土地上的房屋抵押的,该房屋占用范围内的国有土地使用权同时抵押。

以出让方式取得的国有土地使用权抵押的,应当将抵押时该国有土地上的房屋同时抵押。

乡(镇)、村企业的土地使用权不得单独抵押。以乡(镇)、村企业的厂房等建筑物抵押的,其占用范围内的土地使用权同时抵押。

第三十七条^② 【不得设定抵押的财产】下列财产不得抵押:

(一) 土地所有权;

(二) 耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权,但本法第三十四条第(五)项、第三十六条第三款规定的除外;

(三) 学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施;

(四) 所有权、使用权不明或者有争议的财产;

(五) 依法被查封、扣押、监管的财产;

(六) 依法不得抵押的其他财产。

第二节 抵押合同和抵押物登记

第三十八条 【抵押合同的订立】抵押人和抵押权人应当以书面形式订立抵押合同。

第三十九条^③ 【抵押合同内容】抵押合同应当包括以下内容:

(一) 被担保的主债权种类、数额;

(二) 债务人履行债务的期限;

(三) 抵押物的名称、数量、质量、状况、所在地、所有权权属或者使用权权属;

(四) 抵押担保的范围;

(五) 当事人认为需要约定的其他事项。

抵押合同不完全具备前款规定内容的,可以补正。

^① 本条仅规定以出让方式取得的国有土地使用权抵押的,该国有土地上的房屋同时抵押。但《物权法》第一百八十二条明确规定以建设用地使用权抵押的,该土地上的建筑物一并抵押,并未限于出让方式。

^② 关于不得设定抵押的财产范围,《物权法》第一百八十四条将本条第一款第(二)项的内容调整为“(二)耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权,但法律规定可以抵押的除外”,并将本条第一款第(六)项的内容调整为“法律、行政法规规定不得抵押的其他财产”。

^③ 关于抵押合同的内容,本条的表述为“抵押合同应当包括以下内容”,而《物权法》第一百八十五条第二款的表述为“抵押合同一般包括下列条款”,应当适用《物权法》之规定。

第四十条^① 【禁止流押】订立抵押合同时,抵押权人和抵押人在合同中不得约定在债务履行期届满抵押权人未受清偿时,抵押物的所有权转移为债权人所有。

第四十一条^② 【抵押物登记及其效力】当事人以本法第四十二条规定的财产抵押的,应当办理抵押物登记,抵押合同自登记之日起生效。

第四十二条^③ 【抵押物登记机关】办理抵押物登记的部门如下:

(一)以无地上定着物的土地使用权抵押的,为核发土地使用权证书的土地管理部门;

(二)以城市房地产或者乡(镇)、村企业的厂房等建筑物抵押的,为县级以上地方人民政府规定的部门;

(三)以林木抵押的,为县级以上林木主管部门;

(四)以航空器、船舶、车辆抵押的,为运输工具的登记部门;

(五)以企业的设备和其他动产抵押的,为财产所在地的工商行政管理部门。

第四十三条 【其他财产的抵押登记】当事人以其他财产抵押的,可以自愿办理抵押物登记,抵押合同自签订之日起生效。

当事人未办理抵押物登记的,不得对抗第三人。当事人办理抵押物登记的,登记部门为抵押人所在地的公证部门。

第四十四条 【办理抵押物登记应提交的文件】办理抵押物登记,应当向登记部门提供下列文件或者其复印件:

(一)主合同和抵押合同;

(二)抵押物的所有权或者使用权证书。

第四十五条 【抵押登记资料的公开】登记部门登记的资料,应当允许查阅、抄录或者复印。

第三节 抵押的效力

第四十六条 【抵押担保的范围】抵押担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现抵押权的费用。抵押合同另有约定的,按照约定。

^① 《担保法解释》第五十七条对本条作了如下补充规定:“当事人在抵押合同中约定,债务履行期届满抵押权人未受清偿时,抵押物的所有权转移为债权人所有的内容无效。该内容的无效不影响抵押合同其他部分内容的效力。”

^② 关于抵押合同的生效要件,本条与《物权法》规定不一致。针对不动产抵押,根据《物权法》第十五条、第一百八十七条之规定,设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同,除法律另有规定或者合同另有约定外,自合同成立时生效。据此,登记并非不动产抵押合同的生效要件。

针对动产抵押,根据《物权法》第一百八十八条、第一百八十九条之规定,动产抵押权自抵押合同生效时设立,未经登记,不得对抗善意第三人。据此,登记系动产抵押权人对抗善意第三人的要件,并非动产抵押权合同的生效要件。在法律、行政法规未有特殊规定且当事人未有特殊约定的情况下,根据《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第四十四条之规定,动产抵押合同自成立时生效。

^③ 关于以企业的设备和其他动产抵押的登记机关,本条第(五)项与《物权法》不一致,应适用《物权法》第一百八十九条之规定,即“企业、个体工商户、农业生产经营者以现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押的,应当向抵押人住所地的工商行政管理部门办理登记”。

关于不动产抵押的登记机关,根据2015年施行的《不动产登记暂行条例》第二条、第六条之规定,县级以上地方人民政府应当确定一个部门为本行政区域的不动产登记机构,负责土地、房屋、林木等不动产的登记工作。

第四十七条^① 【抵押权对抵押物所生孳息的效力】债务履行期届满,债务人不履行债务致使抵押物被人民法院依法扣押的,自扣押之日起抵押权人有权收取由抵押物分离的天然孳息以及抵押人就抵押物可以收取的法定孳息。抵押权人未将扣押抵押物的事实通知应当清偿法定孳息的义务人的,抵押权的效力不及于该孳息。

前款孳息应当先充抵收取孳息的费用。

第四十八条^② 【抵押权与租赁权的关系】抵押人将已出租的财产抵押的,应当书面告知承租人,原租赁合同继续有效。

第四十九条^③ 【抵押期间转让抵押物】抵押期间,抵押人转让已办理登记的抵押物的,应当通知抵押权人并告知受让人转让物已经抵押的情况;抵押人未通知抵押权人或者未告知受让人的,转让行为无效。

转让抵押物的价款明显低于其价值的,抵押人可以要求抵押人提供相应的担保;抵押人不提供的,不得转让抵押物。

抵押人转让抵押物所得的价款,应当向抵押权人提前清偿所担保的债权或者向与抵押权人约定的第三人提存。超过债权数额的部分,归抵押人所有,不足部分由债务人清偿。

第五十条 【抵押权转移的从属性】抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。

第五十一条 【抵押权保护】抵押人的行为足以使抵押物价值减少的,抵押权人有权要求抵押人停止其行为。抵押物价值减少时,抵押权人有权要求抵押人恢复抵押物的价值,或者提供与减少的价值相当的担保。

抵押人对抵押物价值减少无过错的,抵押权人只能在抵押人因损害而得到的赔偿范围内要求提供担保。抵押物价值未减少的部分,仍作为债权的担保。

第五十二条 【抵押权消灭的从属性】抵押权与其担保的债权同时存在,债权消灭的,抵押权也消灭。

第四节 抵押权的实现

第五十三条^④ 【抵押权实现的条件和方式】债务履行期届满抵押权人未受清偿

① 关于抵押权人收取抵押物孳息的前提,本条的规定为“债务履行期届满,债务人不履行债务致使抵押物被人民法院依法扣押的”,而《物权法》第一百九十七条的规定为“债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形,致使抵押财产被人民法院依法扣押的”,应当适用《物权法》之规定。

② 本条规定与《物权法》不一致,应当适用《物权法》之规定。根据《物权法》第一百九十条之规定,订立抵押合同前抵押财产已出租的,原租赁关系不受该抵押权的影响,不再要求抵押人对承租人履行通知义务。

③ 根据本条规定,抵押权存续期间,抵押人未通知抵押权人或未告知受让人转让物已抵押的情况的,转让已登记抵押物的行为无效。《担保法解释》第六十七条对此作出了补充规定:在前述情形下,取得抵押物所有权的受让人可以代替债务人清偿其全部债务,使抵押权消灭。

《物权法》第一百九十一条进一步规定,除受让人代为清偿债务使抵押权消灭的情形外,抵押人转让抵押财产应当经抵押权人同意,而不仅仅是履行通知抵押权人并告知受让人的义务即可。关于未经抵押权人同意情形下转让合同的效力问题,请参见本书关于《物权法》第一百九十一条的批注部分。

④ 关于抵押权人实现抵押权的条件、方式及程序,本条与《物权法》不一致,应当适用《物权法》第一百九十五条之规定,即:就抵押权的实现条件,除债务人不履行到期债务外,发生当事人约定的实现抵押权的情形时,抵押权人也可行使抵押权;就抵押权的实现方式和实现程序,当事人可协议变卖抵押物,但该协议不得损害其他债权人利益,否则其他债权人享有撤销权;协议变卖不成的,抵押权人可请求法院进行处置。

的,可以与抵押人协议以抵押物折价或者以拍卖、变卖该抵押物所得的价款受偿;协议不成的,抵押权人可以向人民法院提起诉讼。

抵押物折价或者拍卖、变卖后,其价款超过债权数额的部分归抵押人所有,不足部分由债务人清偿。

第五十四条^① 【抵押权清偿顺序】同一财产向两个以上债权人抵押的,拍卖、变卖抵押物所得的价款按照以下规定清偿:

(一)抵押合同以登记生效的,按照抵押物登记的先后顺序清偿;顺序相同的,按照债权比例清偿;

(二)抵押合同自签订之日起生效的,该抵押物已登记的,按照本条第(一)项规定清偿;未登记的,按照合同生效时间的先后顺序清偿,顺序相同的,按照债权比例清偿。抵押物已登记的先于未登记的受偿。

第五十五条^② 【房地产抵押权的实现】城市房地产抵押合同签订后,土地上新增的房屋不属于抵押物。需要拍卖该抵押的房地产时,可以依法将该土地上新增的房屋与抵押物一同拍卖,但对拍卖新增房屋所得,抵押权人无权优先受偿。

依照本法规定以承包的荒地的土地使用权抵押的,或者以乡(镇)、村企业的厂房等建筑物占用范围内的土地使用权抵押的,在实现抵押权后,未经法定程序不得改变土地集体所有和土地用途。

第五十六条 【划拨国有土地使用权抵押权的实现】拍卖划拨的国有土地使用权所得的价款,在依法缴纳相当于应缴纳的土地使用权出让金的款额后,抵押权人有优先受偿权。

第五十七条^③ 【抵押人的追偿权】为债务人抵押担保的第三人,在抵押权人实现抵押权后,有权向债务人追偿。

第五十八条^④ 【抵押物灭失的法律后果】抵押权因抵押物灭失而消灭。因灭失所得的赔偿金,应当作为抵押财产。

第五节 最高额抵押

第五十九条^⑤ 【最高额抵押的定义】本法所称最高额抵押,是指抵押人与抵押权人协议,在最高债权额限度内,以抵押物对一定期间内连续发生的债权作担保。

① 关于抵押权的清偿顺序,本条与《物权法》不一致,应当适用《物权法》第一百九十九条之规定,即以抵押权是否登记及登记时间作为判断标准,抵押权已登记的先于未登记的受偿;均已登记的,按登记先后顺序清偿,登记顺序相同的,按债权比例清偿;均未登记的,按债权比例清偿。

② 关于经抵押的土地使用权上新增房屋的情形,本条规定在实现抵押权时“可以”将新增房屋一同拍卖,而《物权法》第二百条规定“应当”将新增建筑物与建设用地使用权一并处分,应当适用《物权法》之规定。

③ 关于抵押人的追偿权,《担保法解释》第七十五条第三款作了如下补充规定:“抵押人承担担保责任后,可以向债务人追偿,也可以要求其他抵押人清偿其应当承担的份额。”

④ 《担保法解释》第八十条第一款、《物权法》第一百七十四条对本条进行了变更,即在担保期间,担保财产毁损、灭失或者被征收等,担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿;同时,《物权法》第一百七十四条规定,被担保债权的履行期未届满的,也可以提存前述保险金、赔偿金或者补偿金等。

⑤ 《物权法》第二百零三条在本条的基础上作了补充规定:“最高额抵押权设立前已经存在的债权,经当事人同意,可以转入最高额抵押担保的债权范围。”

第六十条^① 【最高额抵押适用范围】借款合同可以附最高额抵押合同。

债权人与债务人就某项商品在一定期间内连续发生交易而签订的合同,可以附最高额抵押合同。

第六十一条^② 【最高额抵押的主债权转让的禁止】最高额抵押的主合同债权不得转让。

第六十二条 【最高额抵押的法律适用】最高额抵押除适用本节规定外,适用本章其他规定。

第四章 质 押

第一节 动 产 质 押

第六十三条^③ 【动产质押的定义】本法所称动产质押,是指债务人或者第三人将其动产移交债权人占有,将该动产作为债权的担保。债务人不履行债务时,债权人有权依照本法规定以该动产折价或者以拍卖、变卖该动产的价款优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为出质人,债权人为质权人,移交的动产为质物。

第六十四条^④ 【质押合同的订立及其生效】出质人和质权人应当以书面形式订立质押合同。

质押合同自质物移交于质权人占有时生效。

第六十五条^⑤ 【质押合同内容】质押合同应当包括以下内容:

- (一) 被担保的主债权种类、数额;
- (二) 债务人履行债务的期限;
- (三) 质物的名称、数量、质量、状况;
- (四) 质押担保的范围;
- (五) 质物移交的时间;

① 本条规定最高额抵押的主合同为借款合同或某项商品在一定期间内连续发生交易而签订的合同,而《物权法》第二百零三条规定最高额抵押合同的主债权为一定期间内将要连续发生的债权,不再限于本条规定的两种主债权。

② 关于最高额抵押合同主债权的转让,本条与《物权法》的规定不一致。《物权法》并未禁止最高额抵押合同主债权的转让,且根据该法第二百零四条之规定,最高额抵押担保的债权确定前,部分债权转让的,最高额抵押权不得转让,但当事人另有约定的除外。故本条应当不再适用。

③ 关于动产质押的实现前提,本条的规定为“债务人不履行债务时”,而《物权法》第二百零八条的规定为“债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形”,应当适用《物权法》之规定。

④ 在抵押权领域,《物权法》不再将办理抵押权登记作为抵押合同生效的要件。据此,抵押合同的生效应受合同法的调整。但前述规则是否同样适用于质押权领域,《物权法》并未作出明确规定。

关于动产质押合同的生效,《担保法》将质物交付作为质押合同的生效要件,而《物权法》第二百一十二条将前述法律行为认定为质权的生效要件,但未明确前述法律行为是否仍为质押合同的生效要件。由此导致在司法实践中,对质押合同的生效要件,各法院的裁判观点不尽相同。近年来,最高人民法院在诸多判决书中认定,质物未办理物权登记或未交付,不影响相应质押合同的成立和生效。而部分地方法院则认定,质物未办理物权登记或未交付的,质押合同不生效。相关案例参见本书附录“六、质押合同的生效是否受物权变动结果影响”。

⑤ 关于动产质押合同的内容,本条的表述为“质押合同应当包括以下内容”,而《物权法》第二百一十条第二款的表述为“质权合同一般包括下列条款”,应当适用《物权法》之规定。

(六) 当事人认为需要约定的其他事项。

质押合同不完全具备前款规定内容的,可以补正。

第六十六条 【禁止流质契约】出质人和质权人在合同中不得约定在债务履行期届满质权人未受清偿时,质物的所有权转移为质权人所有。

第六十七条 【质押担保的范围】质押担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、质物保管费用和实现质权的费用。质押合同另有约定的,按照约定。

第六十八条 【质物孳息的收取权】质权人有权收取质物所生的孳息。质押合同另有约定的,按照约定。

前款孳息应当先充抵收取孳息的费用。

第六十九条 【质物的保管义务】质权人负有妥善保管质物的义务。因保管不善致使质物灭失或者毁损的,质权人应当承担民事责任。

质权人不能妥善保管质物可能致使其灭失或者毁损的,出质人可以要求质权人将质物提存,或者要求提前清偿债权而返还质物。

第七十条^① 【质权保护】质物有损坏或者价值明显减少的可能,足以危害质权人权利的,质权人可以要求出质人提供相应的担保。出质人不提供的,质权人可以拍卖或者变卖质物,并与出质人协议将拍卖或者变卖所得的价款用于提前清偿所担保的债权或者向与出质人约定的第三人提存。

第七十一条^② 【质物返还及质权的实现】债务履行期届满债务人履行债务的,或者出质人提前清偿所担保的债权的,质权人应当返还质物。

债务履行期届满质权人未受清偿的,可以与出质人协议以质物折价,也可以依法拍卖、变卖质物。

质物折价或者拍卖、变卖后,其价款超过债权数额的部分归出质人所有,不足部分由债务人清偿。

第七十二条 【出质人的追偿权】为债务人质押担保的第三人,在质权人实现质权后,有权向债务人追偿。

第七十三条^③ 【质物灭失的法律后果】质权因质物灭失而消灭。因灭失所得的赔偿金,应当作为出质财产。

第七十四条 【质权消灭的从属性】质权与其担保的债权同时存在,债权消灭的,质权也消灭。

① 关于质权保护的前提,本条的规定为“质物有损坏或者价值明显减少的可能,足以危害质权人权利的”,而《物权法》第二百一十六条的规定为“因不能归责于质权人的事由可能使质押财产毁损或者价值明显减少,足以危害质权人权利的”,应适用《物权法》之规定。

② 关于质权人实现质权的前提,本条的规定为“债务履行期届满质权人未受清偿的”,而《物权法》第二百一十九条第二款的规定为“债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形”,应当适用《物权法》之规定。

③ 《物权法》第一百七十四条对本条进行了如下变更:“担保期间,担保财产毁损、灭失或者被征收等,担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿;被担保债权的履行期未届满的,也可以提存前述保险金、赔偿金或者补偿金等。”

第二节 权利质押

第七十五条^① 【可以质押的权利】下列权利可以质押：

- (一) 汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单；
- (二) 依法可以转让的股份、股票；
- (三) 依法可以转让的商标专用权，专利权、著作权中的财产权；
- (四) 依法可以质押的其他权利。

第七十六条^② 【汇票等权利凭证质押权的设立】以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，应当在合同约定的期限内将权利凭证交付质权人。质押合同自权利凭证交付之日起生效。

第七十七条 【兑现或提货日期先于债务履行期的处理】以载明兑现或者提货日期的汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单兑现或者提货日期先于债务履行期的，质权人可以在债务履行期届满前兑现或者提货，并与出质人协议将兑现的价款或者提取的货物用于提前清偿所担保的债权或者向与出质人约定的第三人提存。

第七十八条^③ 【股权质押的设立】以依法可以转让的股票出质的，出质人与质权人应当订立书面合同，并向证券登记机构办理出质登记。质押合同自登记之日起生效。

股票出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的可以转让。出质人转让股票所得的价款应当向质权人提前清偿所担保的债权或者向与质权人约定的第三人提存。

以有限责任公司的股份出质的，适用公司法股份转让的有关规定。质押合同自股份出质记载于股东名册之日起生效。

^① 关于可以质押的权利范围，相较于本条，《物权法》第二百二十三条作了如下变更：一是明确了可以质押的权利需为出质人有权处分的财产权利；二是增加了可以转让的基金份额、应收账款；三是明确规定其他可以出质的财产权利应当由法律、行政法规规定。

^② 关于汇票等权利凭证质押合同的生效，《担保法》将办理出质登记作为质押合同的生效要件，而《物权法》第二百二十四条将前述法律行为认定为质权的生效要件，但未明确其是否仍为质押合同的生效要件。在司法实践中，对质押合同的生效要件，各法院的裁判观点不尽相同。近年来，最高人民法院在诸多判决书中认定，质押物未办理物权登记或未交付，不影响相应质押合同的成立和生效。而部分地方法院则认定，质押物未办理物权登记或未交付的，质押合同不生效。相关案例参见本书附录“六、质押合同的生效是否受物权变动结果影响”。

^③ 关于股权质押合同的生效，《担保法》将办理股票出质登记/股份出质记载于股东名册作为质押合同的生效要件。而《物权法》第二百二十六条将向相关部门办理出质登记认定为股权质押的生效要件，但未明确其是否为质押合同的生效要件。在司法实践中，对质押合同的生效要件，各法院的裁判观点不尽相同。近年来，最高人民法院在诸多判决书中认定，质押物未办理物权登记或未交付，不影响相应质押合同的成立和生效。而部分地方法院则认定，质押物未办理物权登记或未交付的，质押合同不生效。相关案例参见本书附录“六、质押合同的生效是否受物权变动结果影响”。

第七十九条^① 【知识产权质权的设定】以依法可以转让的商标专用权,专利权、著作权中的财产权出质的,出质人与质权人应当订立书面合同,并向其管理部门办理出质登记。质押合同自登记之日起生效。

第八十条 【知识产权质权的效力】本法第七十九条规定的权利出质后,出质人不得转让或者许可他人使用,但经出质人与质权人协商同意的可以转让或者许可他人使用。出质人所得的转让费、许可费应当向质权人提前清偿所担保的债权或者向与质权人约定的第三人提存。

第八十一条 【权利质押的法律适用】权利质押除适用本节规定外,适用本章第一节的规定。

第五章 留 置

第八十二条 【留置与留置权】本法所称留置,是指依照本法第八十四条的规定,债权人按照合同约定占有债务人的动产,债务人不按照合同约定的期限履行债务的,债权人有权依照本法规定留置该财产,以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。

第八十三条 【留置担保的范围】留置担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金,留置物保管费用和实现留置权的费用。

第八十四条^② 【留置的适用范围】因保管合同、运输合同、加工承揽合同发生的债权,债务人不履行债务的,债权人有留置权。

法律规定可以留置的其他合同,适用前款规定。

当事人可以在合同中约定不得留置的物。

第八十五条 【留置物的价值】留置的财产为可分物的,留置物的价值应当相当于债务的金额。

第八十六条 【留置物的保管义务】留置权人负有妥善保管留置物的义务。因保管不善致使留置物灭失或者毁损的,留置权人应当承担民事责任。

第八十七条^③ 【留置权的实现】债权人与债务人应当在合同中约定,债权人留置财产后,债务人应当在不少于两个月的期限内履行债务。债权人与债务人在合同中未

① 关于知识产权中的财产权质押合同的生效,《担保法》将办理出质登记作为质押合同的生效要件,而《物权法》第二百二十七条将前述法律行为认定为质权的生效要件,但未明确其是否仍为质押合同的生效要件。在司法实践中,对质押合同的生效要件,各法院的裁判观点不尽相同。近年来,最高人民法院在诸多判决书中认定,质押物未办理物权登记或未交付,不影响相应质押合同的成立和生效。而部分地方法院则认定,质押物未办理物权登记或未交付的,质押合同不生效。相关案例参见本书附录“六、质押合同的生效是否受物权变动结果影响”。

② 相较于本条,《物权法》第二百三十条、第二百三十一条、第二百三十二条扩大了留置权的适用范围,不再限于本条规定的特定合同,即:债务人不履行到期债务,债权人可以留置已经合法占有的债务人的动产;债权人留置的动产,应当与债权属于同一法律关系,但企业之间留置的除外;法律规定或者当事人约定不得留置的动产,不得留置。

③ 关于当事人约定留置财产后的债务履行期间,本条与《物权法》不一致,应当适用《物权法》第二百三十六之规定,即:当事人应当约定留置财产后的债务履行期间,但对该期间不作限制;当事人没有约定或者约定不明确的,留置权人应当给债务人两个月以上履行债务的期间,但鲜活易腐等不易保管的动产除外。

约定的,债权人留置债务人财产后,应当确定两个月以上的期限,通知债务人在该期限内履行债务。

债务人逾期仍不履行的,债权人可以与债务人协议以留置物折价,也可以依法拍卖、变卖留置物。

留置物折价或者拍卖、变卖后,其价款超过债权数额的部分归债务人所有,不足部分由债务人清偿。

第八十八条^① 【留置权的消灭】留置权因下列原因消灭:

(一) 债权消灭的;

(二) 债务人另行提供担保并被债权人接受的。

第六章 定 金

第八十九条 【定金及其法律效力】当事人可以约定一方向对方给付定金作为债权的担保。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约定的债务的,无权要求返还定金;收受定金的一方不履行约定的债务的,应当双倍返还定金。

第九十条 【定金的成立】定金应当以书面形式约定。当事人在定金合同中应当约定交付定金的期限。定金合同从实际交付定金之日起生效。

第九十一条 【定金的数额】定金的数额由当事人约定,但不得超过主合同标的额的百分之二十。

第七章 附 则

第九十二条 【动产与不动产】本法所称不动产是指土地以及房屋、林木等地上定着物。

本法所称动产是指不动产以外的物。

第九十三条 【担保合同的表现形式】本法所称保证合同、抵押合同、质押合同、定金合同可以是单独订立的书面合同,包括当事人之间的具有担保性质的信函、传真等,也可以是主合同中的担保条款。

第九十四条 【担保物折价或变卖的价格确定】抵押物、质物、留置物折价或者变卖,应当参照市场价格。

第九十五条 【本法适用的例外】海商法等法律对担保有特别规定的,依照其规定。

第九十六条 【生效日期】本法自1995年10月1日起施行。

^① 《物权法》第二百四十条增加了一项留置权消灭的原因:“留置权人对留置财产丧失占有”。

二、中华人民共和国物权法(节录)

(2007年3月16日第十届全国人民代表大会第五次会议通过
中华人民共和国主席令第六十二号公布 自2007年10月1日起施行)

第一编 总 则

第一章 基本原则

第一条 【立法目的及依据】为了维护国家基本经济制度,维护社会主义市场经济秩序,明确物的归属,发挥物的效用,保护权利人的物权,根据宪法,制定本法。

第二条 【调整范围】因物的归属和利用而产生的民事关系,适用本法。

本法所称物,包括不动产和动产。法律规定权利作为物权客体的,依照其规定。

本法所称物权,是指权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利,包括所有权、用益物权和担保物权。

第三条 【基本经济制度与社会主义市场经济原则】国家在社会主义初级阶段,坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度。

国家巩固和发展公有制经济,鼓励、支持和引导非公有制经济的发展。

国家实行社会主义市场经济,保障一切市场主体的平等法律地位和发展权利。

第四条 【平等保护国家、集体和私人的物权】国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律保护,任何单位和个人不得侵犯。

第五条 【物权法定原则】物权的种类和内容,由法律规定。

第六条 【物权公示原则】不动产物权的设立、变更、转让和消灭,应当依照法律规定登记。动产物权的设立和转让,应当依照法律规定交付。

第七条 【取得和行使物权遵守法律、尊重社会公德原则】物权的取得和行使,应当遵守法律,尊重社会公德,不得损害公共利益和他人合法权益。

第八条 【物权法与其他法律关系】其他相关法律对物权另有特别规定的,依照其规定。

第二章 物权的设立、变更、转让和消灭

第一节 不动产登记

第九条 【不动产物权登记生效以及所有权可不登记的规定】不动产物权的设立、变更、转让和消灭,经依法登记,发生法律效力;未经登记,不发生效力,但法律另有规定的除外。

依法属于国家所有的自然资源,所有权可以不登记。

第十条 【不动产登记机构和全国统一登记制度】不动产登记,由不动产所在地的登记机构办理。

国家对不动产实行统一登记制度。统一登记的范围、登记机构和登记办法,由法律、行政法规规定。

第十一条 【申请登记应提供的必要材料】当事人申请登记,应当根据不同登记事项提供权属证明和不动产界址、面积等必要材料。

第十二条 【登记机构应当履行的职责】登记机构应当履行下列职责:

- (一) 查验申请人提供的权属证明和其他必要材料;
- (二) 就有关登记事项询问申请人;
- (三) 如实、及时登记有关事项;
- (四) 法律、行政法规规定的其他职责。

申请登记的不动产的有关情况需要进一步证明的,登记机构可以要求申请人补充材料,必要时可以实地查看。

第十三条 【登记机构禁止从事的行为】登记机构不得有下列行为:

- (一) 要求对不动产进行评估;
- (二) 以年检等名义进行重复登记;
- (三) 超出登记职责范围的其他行为。

第十四条 【登记效力】不动产物权的设立、变更、转让和消灭,依照法律规定应当登记的,自记载于不动产登记簿时发生法律效力。

第十五条^① 【合同效力和物权效力区分】当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同,除法律另有规定或者合同另有约定外,自合同成立时生效;未办理物权登记的,不影响合同效力。

第十六条 【不动产登记簿效力及其管理机构】不动产登记簿是物权归属和内容的根据。

不动产登记簿由登记机构管理。

第十七条 【不动产登记簿与不动产权属证书关系】不动产权属证书是权利人享有该不动产物权的证明。不动产权属证书记载的事项,应当与不动产登记簿一致;记载不一致的,除有证据证明不动产登记簿确有错误外,以不动产登记簿为准。

第十八条 【不动产登记资料查询、复制】权利人、利害关系人可以申请查询、复制登记资料,登记机构应当提供。

第十九条 【不动产更正登记和异议登记】权利人、利害关系人认为不动产登记簿记载的事项错误的,可以申请更正登记。不动产登记簿记载的权利人书面同意更正或者有证据证明登记确有错误的,登记机构应当予以更正。

不动产登记簿记载的权利人不同意更正的,利害关系人可以申请异议登记。登记机构予以异议登记的,申请人在异议登记之日起十五日内不起诉,异议登记失效。异议登记不当,造成权利人损害的,权利人可以向申请人请求损害赔偿。

第二十条 【预告登记】当事人签订买卖房屋或者其他不动产物权的协议,为保障

^① 相关案例参见本书附录“七、不动产抵押未办理抵押登记情形下抵押人的责任”。

将来实现物权,按照约定可以向登记机构申请预告登记。预告登记后,未经预告登记的权利人同意,处分该不动产的,不发生物权效力。

预告登记后,债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起三个月内未申请登记的,预告登记失效。

第二十一条 【登记错误赔偿责任】当事人提供虚假材料申请登记,给他人造成损害的,应当承担赔偿责任。

因登记错误,给他人造成损害的,登记机构应当承担赔偿责任。登记机构赔偿后,可以向造成登记错误的人追偿。

第二十二条 【登记收费】不动产登记费按件收取,不得按照不动产的面积、体积或者价款的比例收取。具体收费标准由国务院有关部门会同价格主管部门规定。

第二节 动产交付

第二十三条 【动产物权的设立和转让生效时间】动产物权的设立和转让,自交付时发生法律效力,但法律另有规定的除外。

第二十四条 【船舶等物权登记】船舶、航空器和机动车等物权的设立、变更、转让和消灭,未经登记,不得对抗善意第三人。

第二十五条 【动产物权简易交付】动产物权设立和转让前,权利人已经依法占有该动产的,物权自法律行为生效时发生法律效力。

第二十六条 【动产物权指示交付】动产物权设立和转让前,第三人依法占有该动产的,负有交付义务的人可以通过转让请求第三人返还原物的权利代替交付。

第二十七条 【动产物权占有改定】动产物权转让时,双方又约定由出让人继续占有该动产的,物权自该约定生效时发生法律效力。

第三节 其他规定

第二十八条 【特殊原因导致物权设立、变更、转让或者消灭】因人民法院、仲裁机构的法律文书或者人民政府的征收决定等,导致物权设立、变更、转让或者消灭的,自法律文书或者人民政府的征收决定等生效时发生法律效力。

第二十九条 【因继承或者受遗赠等而取得物权】因继承或者受遗赠取得物权的,自继承或者受遗赠开始时发生法律效力。

第三十条 【因事实行为而设立或者消灭物权】因合法建造、拆除房屋等事实行为设立或者消灭物权的,自事实行为成就时发生法律效力。

第三十一条 【非法律行为享有的不动产物权变动】依照本法第二十八条至第三十条规定享有不动产物权的,处分该物权时,依照法律规定需要办理登记的,未经登记,不发生物权效力。

第三章 物权的保护

第三十二条 【物权保护争讼程序】物权受到侵害的,权利人可以通过和解、调解、仲裁、诉讼等途径解决。

第三十三条 【物权确认请求权】因物权的归属、内容发生争议的,利害关系人可

以请求确认权利。

第三十四条 【返还原物请求权】无权占有不动产或者动产的,权利人可以请求返还原物。

第三十五条 【排除妨害、清除危险请求权】妨害物权或者可能妨害物权的,权利人可以请求排除妨害或者消除危险。

第三十六条 【修理、重作、更换或者恢复原状请求权】造成不动产或者动产毁损的,权利人可以请求修理、重作、更换或者恢复原状。

第三十七条 【损害赔偿和其他民事责任请求权】侵害物权,造成权利人损害的,权利人可以请求损害赔偿,也可以请求承担其他民事责任。

第三十八条 【特权保护方式的单用和并用以及三大法律责任的适用】本章规定的物权保护方式,可以单独适用,也可以根据权利被侵害的情形合并适用。

侵害物权、除承担民事责任外,违反行政管理规定的,依法承担行政责任;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

第二编 所有权

第四章 一般规定

第四十条 所有权人有权在自己的不动产或者动产上设立用益物权和担保物权。用益物权人、担保物权人行使权利,不得损害所有权人的权益。

第八章 共有

第九十三条 【共有概念和共有形式】不动产或者动产可以由两个以上单位、个人共有。共有包括按份共有和共同共有。

第九十四条 【按份共有】按份共有人对共有的不动产或者动产按照其份额享有所有权。

第九十五条 【共同共有】共同共有人对共有的不动产或者动产共同享有所有权。

第九十六条 【共有物管理】共有人按照约定管理共有的不动产或者动产;没有约定或者约定不明确的,各共有人都有管理的权利和义务。

第九十七条 【共有物处分或者重大修缮】处分共有的不动产或者动产以及对共有的不动产或者动产作重大修缮的,应当经占份额三分之二以上的按份共有人或者全体共同共有人同意,但共有人之间另有约定的除外。

第九十八条 【共有物管理费用负担】对共有物的管理费用以及其他负担,有约定的,按照约定;没有约定或者约定不明确的,按份共有人按照其份额负担,共同共有人共同负担。

第九十九条 【共有财产分割原则】共有人约定不得分割共有的不动产或者动产,以维持共有关系的,应当按照约定,但共有人有重大理由需要分割的,可以请求分割;没有约定或者约定不明确的,按份共有人可以随时请求分割,共同共有人在共有的基

础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割。因分割对其他共有人造成损害的,应当给予赔偿。

第一百条 【共有物分割方式】共有人可以协商确定分割方式。达不成协议,共有的不动产或者动产可以分割并且不会因分割减损价值的,应当对实物予以分割;难以分割或者因分割会减损价值的,应当对折价或者拍卖、变卖取得的价款予以分割。

共有人分割所得的不动产或者动产有瑕疵的,其他共有人应当分担损失。

第一百零一条 【共有人的优先购买权】按份共有人可以转让其享有的共有的不动产或者动产份额。其他共有人在同等条件下享有优先购买的权利。

第一百零二条 【因共有财产产生的债权债务关系的效力】因共有的不动产或者动产产生的债权债务,在对外关系上,共有人享有连带债权、承担连带债务,但法律另有规定或者第三人知道共有人不具有连带债权债务关系的除外;在共有人内部关系上,除共有人另有约定外,按份共有人按照份额享有债权、承担债务,共同共有人共同享有债权、承担债务。偿还债务超过自己应当承担份额的按份共有人,有权向其他共有人追偿。

第一百零三条 【共有关系不明对共有关系性质推定】共有人对共有的不动产或者动产没有约定为按份共有或者共同共有,或者约定不明确的,除共有人具有家庭关系等外,视为按份共有。

第一百零四条 【按份共有人份额不明的确定原则】按份共有人对共有的不动产或者动产享有的份额,没有约定或者约定不明确的,按照出资额确定;不能确定出资额的,视为等额享有。

第一百零五条 【用益物权和担保物权的准共有】两个以上单位、个人共同享有用益物权、担保物权的,参照本章规定。

第九章 所有权取得的特别规定

第一百零六条 【善意取得】无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的,所有权人有权追回;除法律另有规定外,符合下列情形的,受让人取得该不动产或者动产的所有权:

(一) 受让人受让该不动产或者动产时是善意的;

(二) 以合理的价格转让;

(三) 转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记,不需要登记的已经交付给受让人。

受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的,原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。

当事人善意取得其他物权的,参照前两款规定。

第一百零七条 【遗失物的善意取得】所有权人或者其他权利人有权追回遗失物。该遗失物通过转让被他人占有的,权利人有权向无处分权人请求损害赔偿,或者自知道或者应当知道受让人之日起二年内向受让人请求返还原物,但受让人通过拍卖或者向具有经营资格的经营者购得该遗失物的,权利人请求返还原物时应当支付受让人所

付的费用。权利人向受让人支付所付费用后,有权向无处分权人追偿。

第一百零八条 【善意受让人取得动产后的原有权利消灭】善意受让人取得动产后,该动产上的原有权利消灭,但善意受让人在受让时知道或者应当知道该权利的除外。

第三编 用益物权

第十一章 土地承包经营权

第一百三十三条 【以招标等方式承包的土地承包经营权流转】通过招标、拍卖、公开协商等方式承包荒地等农村土地,依照农村土地承包法等法律和国务院的有关规定,其土地承包经营权可以转让、入股、抵押或者以其他方式流转。

第十二章 建设用地使用权

第一百四十三条 【建设用地使用权流转方式】建设用地使用权人有权将建设用地使用权转让、互换、出资、赠与或者抵押,但法律另有规定的除外。

第一百四十四条 【处分建设用地使用权的合同形式和期限】建设用地使用权转让、互换、出资、赠与或者抵押的,当事人应当采取书面形式订立相应的合同。使用期限由当事人约定,但不得超过建设用地使用权的剩余期限。

第十四章 地役权

第一百五十六条 【地役权】地役权人有权按照合同约定,利用他人的不动产,以提高自己的不动产的效益。

前款所称他人的不动产为供役地,自己的不动产为需役地。

第一百六十五条 【地役权不得单独抵押】地役权不得单独抵押。土地承包经营权、建设用地使用权等抵押的,在实现抵押权时,地役权一并转让。

第四编 担保物权

第十五章 一般规定

第一百七十条 【担保物权的含义】担保物权人在债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形,依法享有就担保财产优先受偿的权利,但法律另有规定的除外。

第一百七十一条 【担保物权适用范围及反担保】债权人在借贷、买卖等民事活动中,为保障实现其债权,需要担保的,可以依照本法和其他法律的规定设立担保物权。

第三人为债务人向债权人提供担保的,可以要求债务人提供反担保。反担保适用本法和其他法律的规定。

第一百七十二条 【担保合同从属性以及担保合同无效后的法律责任】设立担保物权,应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效,担保合同无效,但法律另有规定的除外。

担保合同被确认无效后,债务人、担保人、债权人有过错的,应当根据其过错各自承担相应的民事责任。

第一百七十三条 【担保物权的担保范围】担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用。当事人另有约定的,按照约定。

第一百七十四条 【担保物权物上代位性】担保期间,担保财产毁损、灭失或者被征收等,担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿。被担保债权的履行期未届满的,也可以提存该保险金、赔偿金或者补偿金等。

第一百七十五条 【未经担保人同意允许债务人转移债务的法律后果】第三人提供担保,未经其书面同意,债权人允许债务人转移全部或者部分债务的,担保人不再承担相应的担保责任。

第一百七十六条^① 【物的担保与人的担保关系】被担保的债权既有物的担保又有人的担保的,债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形,债权人应当按照约定实现债权;没有约定或者约定不明确,债务人自己提供物的担保的,债权人应当先就该物的担保实现债权;第三人提供物的担保的,债权人可以就物的担保实现债权,也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后,有权向债务人追偿。

第一百七十七条 【担保物权消灭原因】有下列情形之一的,担保物权消灭:

- (一) 主债权消灭;
- (二) 担保物权实现;
- (三) 债权人放弃担保物权;
- (四) 法律规定担保物权消灭的其他情形。

第一百七十八条 【担保法与本法效力衔接】担保法与本法的规定不一致的,适用本法。

第十六章 抵 押 权

第一节 一般抵押权

第一百七十九条^② 【抵押权的定义】为担保债务的履行,债务人或者第三人不转移财产的占有,将该财产抵押给债权人的,债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形,债权人有权就该财产优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为抵押人,债权人为抵押权人,提供担保的财产为

^① 相关案例参见本书附录“五、混合担保情形下如何认定当事人对担保实现顺序作出了约定”。

^② 相关案例参见本书附录“八、根据债权人与债务人约定将抵押权登记在第三方名下的,债权人仍享有抵押权”。

抵押财产。

第一百八十条 【抵押财产范围】债务人或者第三人有权处分的下列财产可以抵押：

- (一) 建筑物和其他土地附着物；
- (二) 建设用地使用权；
- (三) 以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权；
- (四) 生产设备、原材料、半成品、产品；
- (五) 正在建造的建筑物、船舶、航空器；
- (六) 交通运输工具；
- (七) 法律、行政法规未禁止抵押的其他财产。

抵押人可以将前款所列财产一并抵押。

第一百八十一条 【浮动抵押】经当事人书面协议，企业、个体工商户、农业生产经营者可以将现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就实现抵押权时的动产优先受偿。

第一百八十二条^① 【房地产抵押关系】以建筑物抵押的，该建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押。以建设用地使用权抵押的，该土地上的建筑物一并抵押。

抵押人未依照前款规定一并抵押的，未抵押的财产视为一并抵押。

第一百八十三条 【乡镇、村企业的建筑物和建设用地使用权抵押】乡镇、村企业的建设用地使用权不得单独抵押。以乡镇、村企业的厂房等建筑物抵押的，其占用范围内的建设用地使用权一并抵押。

第一百八十四条 【禁止抵押的财产】下列财产不得抵押：

- (一) 土地所有权；
- (二) 耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权，但法律规定可以抵押的除外；
- (三) 学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施；
- (四) 所有权、使用权不明或者有争议的财产；
- (五) 依法被查封、扣押、监管的财产；
- (六) 法律、行政法规规定不得抵押的其他财产。

第一百八十五条 【设立抵押权】设立抵押权，当事人应当采取书面形式订立抵押合同。

抵押合同一般包括下列条款：

- (一) 被担保债权的种类和数额；
- (二) 债务人履行债务的期限；
- (三) 抵押财产的名称、数量、质量、状况、所在地、所有权归属或者使用权归属；

^① 相关案例参见本书附录“九、当事人仅针对建筑物所有权办理抵押登记的，抵押权人对建筑物所有权及其占用范围内的土地使用权一并享有抵押权”。

(四) 担保的范围。

第一百八十六条 【禁止流押】抵押权人在债务履行期届满前,不得与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有。

第一百八十七条 【不动产抵押设立】以本法第一百八十条第一款第一项至第三项规定的财产或者第五项规定的正在建造的建筑物抵押的,应当办理抵押登记。抵押权自登记时设立。

第一百八十八条 【动产抵押设立及登记效力】以本法第一百八十条第一款第四项、第六项规定的财产或者第五项规定的正在建造的船舶、航空器抵押的,抵押权自抵押合同生效时设立;未经登记,不得对抗善意第三人。

第一百八十九条 【动产浮动抵押设立及登记效力】企业、个体工商户、农业生产经营者以本法第一百八十一条规定的动产抵押的,应当向抵押人住所地的工商行政管理部门办理登记。抵押权自抵押合同生效时设立;未经登记,不得对抗善意第三人。

依照本法第一百八十一条规定抵押的,不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人。

第一百九十条 【抵押权和租赁权关系】订立抵押合同前抵押财产已出租的,原租赁关系不受该抵押权的影响。抵押权设立后抵押财产出租的,该租赁关系不得对抗已登记的抵押权。

第一百九十一条^① 【抵押期间转让抵押财产】抵押期间,抵押人经抵押权人同意转让抵押财产的,应当将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有,不足部分由债务人清偿。

抵押期间,抵押人未经抵押权人同意,不得转让抵押财产,但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外。

第一百九十二条 【抵押权转让或者作为其他债权担保】抵押权不得与债权分离

^① 需注意的是,《第八次全国法院民事商事审判工作会议(民事部分)纪要》明确:“物权法第一百九十一条第二款并非针对抵押财产转让合同的效力性强制性规定,当事人仅以转让抵押房地产未经抵押权人同意为由,请求确认转让合同无效的,不予支持。受让人在抵押登记未涂销时要求办理过户登记的,不予支持。”

在此情形下,就转让合同的处理,受让人可选择解除转让合同,同时要求抵押人承担违约责任或赔偿损失;或要求继续履行转让合同,同时向抵押权人代为清偿,以取得抵押财产所有权。例如,北京市高级人民法院《关于审理房屋买卖合同案件适用法律若干问题的指导意见》第八条规定:“房屋抵押权存续期间,出卖人(抵押人)未经抵押权人同意转让房屋的,不影响房屋买卖合同的效力。出卖人在合同约定的履行期限届满时仍未履行消灭抵押权的义务,致使买受人无法办理房屋所有权转移登记,买受人请求解除合同,并要求出卖人承担相应违约责任的,应予支持;买受人要求继续履行合同,办理房屋所有权转移登记,经法院释明后仍坚持不变更的,对其诉讼请求,不予支持,但买受人同意并能够代为清偿债务消灭抵押权的除外。法院可以根据案件具体情况征询抵押权人的意见,必要时可以追加抵押权人作为无独立请求权第三人参加诉讼。”广东省高级人民法院《关于审理房屋买卖合同案件的指引》第二十条规定:“合同项下房屋设定的抵押权未消灭,买受人请求出卖人依照房屋买卖合同的约定办理房屋所有权转移登记的,人民法院可以向其释明变更诉讼请求为代为清偿债务消灭抵押权后办理房屋所有权转移登记或者解除合同、赔偿损失。”

就受让人如何代为清偿以取得抵押财产的所有权,以及受让人在支付完毕全部转让价款并实际占有抵押财产的情形下是否仍需向抵押权人进行清偿等问题,司法实践中存在不同的认定,相关案例参见本书附录“十、抵押期间未经抵押权人同意转让抵押财产情形下,受让人如何取得抵押财产的所有权”。