



103 年自提研究計畫

台資銀行對大陸地區企業放款債權確保及催收 規範之研究 【結案報告】

補助單位：中華民國銀行商業同業公會全國聯合會

計畫主持人： 王志誠 教授

顧 問： 簡榮宗 律師

共同主持人： 賴建宇

協同主持人： 林盟翔

研 究 員： 謝順峰

研 究 助 理： 戴郁文

中華民國一〇三年十一月

財團法人台灣金融研訓院自提研究計畫

台資銀行對大陸地區企業放款債權確保及催收 規範之研究

補助單位：中華民國銀行商業同業公會全國聯合會

本報告內容純係研究團隊之觀點，

不應引申為補助單位中華民國銀行商業同業公會全國聯合會之意見。

計畫主持人： 王志誠 教授

顧 問： 簡榮宗 律師

共同主持人： 賴建宇

協同主持人： 林盟翔

研 究 員： 謝順峰

研 究 助 理： 戴郁文

中華民國一〇三年十一月

摘要

銀行扮演著資金供需者之媒合橋樑，除對企業提供融資資金援助，在扶持產業發展方面發揮金融仲介功能外，對地方經濟、就業、社會安定等方面亦具有重大之貢獻。然儘管其擁有廣大金融資源，但如資金運用發生流動性風險，可能會對本身經營體質造成傷害，進而影響整體金融市場之穩定。台灣銀行業中國大陸分行（全文稱為台資銀行）已有六家於 2013 年間獲得中國銀監會核准開辦「大陸台資企業人民幣業務」，包括存款、放款、匯兌及進出口等，以滿足台資企業迫切之金融服務需求，如經營運作模式持續穩定發展，其業務往來對象將可擴展至中國大陸地區之個人及所有企業主體。

惟鑒於台灣海陸運輸公司（TMT）因財務危機向美國法院聲請破產保護，參與聯貸案之各債權銀行陸續進行債權保全措施，倘若此一情況轉移到中國大陸地區企業發生，加以我國銀行對中國大陸曝險金額高，勢必引起台資銀行對放款債權確保之重視，而後續催收程序及作業規範更是其需詳加瞭解之處。本研究將擔保相關法令架構、銀行實務運作、債權執行困難、法院經典案例、催收認定等面向作為研究重點，並以中國大陸銀行業（全文稱陸資銀行）實務運作為藍本，探討台資銀行對中國大陸地區企業（包括陸外資及台資企業）之放款債權確保及催收作業相關規範等問題。

業經研究發現及評估後，本研究針對銀行債權訴訟案件之成因、銀行債權實現及催收之問題、運用非司法訴追回收債權之作法，以及防範及處理逃避銀行債務之對策等提出研究團隊看法，最後研擬數則值得重點關注之發展建議，包括台資銀行在中國大陸發展所應考慮之重點、台資銀行辦理放款業務之貸前審查管道、台資銀行確保債權實現之作法、中國大陸銀行業是以擔保授信為原則之常規等，提供我國銀行業作為經營決策之參考。

目錄

第一章 前言	1
第一節 研究目的	1
第二節 研究重點	2
第三節 研究方法與預期成果	3
第二章 中國大陸銀行債權司法保護之分析	5
第一節 中國大陸擔保法令之架構	5
一、中華人民共和國擔保法	6
二、中華人民共和國物權法	94
三、建設部、中國人民銀行、中國銀監會《關於規範與銀行信貸業務相關的房地產抵押估價管理有關問題的通知》	105
四、中華人民共和國企業破產法	111
五、中華人民共和國民事訴訟法	117
六、農民承包經營權將可抵押擔保	122
第二節 中國大陸債權保護之原則及法律規定	125
一、債權讓與之基本架構	125
二、商業銀行同業業務治理	137
三、商業銀行保理業務管理暫行辦法	153
第三節 中國大陸金融審判實務對企業放款債權確保及回收之影響	158
一、金融資產管理公司利用外資處理不良債權	158
二、最高人民法院就獨立保函司法解釋公開徵求社會各界意見	164
三、關於審理涉及金融不良債權轉讓案件工作座談會紀要	168
四、關於人民法院為防範化解金融風險和推進金融改革發展提供司法保障的指導意見	175
五、最高人民法院關於人民法院為企業兼併重組提供司法保障的指導意見	178
第四節 小結	179
第三章 中國大陸銀行債權確保及催收問題之分析	181
第一節 中國大陸企業融資模式之發展與演變	181
一、中國大陸企業組織型態	181
二、中國大陸企業融資管道	185

三、中國大陸深化金融改革	189
第二節 銀行債權擔保及確保實現之作法	192
一、銀行債權擔保之作法	192
二、銀行債權確保實現之作法	201
三、借款企業互保聯保制度之問題	219
四、台資銀行辦理中國大陸台資企業貸款之實務問題	222
五、跨境擔保融資與銀行債權實現之問題	226
第三節 銀行債權催收實務常見之問題	229
一、企業發生逾期或無法還款之原因	229
二、銀行執行債權催收之實務作法	230
第四節 公司法資本制度修改對銀行債權之影響	232
一、公司治理問題	233
二、債權人請求債務糾紛	233
第五節 小結	235
第四章 中國大陸銀行對企業放款債權之案例分析	237
第一節 銀行放款債權訴訟案件之成因	238
一、總體經濟環境	239
二、企業惡意規避行為	239
三、銀行內部管理不善	241
四、銀行債權爭議案件之司法訴訟要點	242
第二節 運用非司法訴訟程序追回債權之可能	244
一、銀行自行催收	245
二、委託律師風險代理	246
三、調解程序之運用	247
四、不良債權轉讓資產管理公司	248
五、小結	249
第三節 防範及處理逃避銀行債務之因應對策	249
一、事前防範	250
二、事後處理	254
三、債權執行難之原因	256
第四節 銀行債權糾紛之經典案例解析	256

一、司法訴訟之經典案例	257
二、金融仲裁之經典案例	276
第五節 小結	280
第五章 結論與建議	281
第一節 結論	281
第二節 建議	284
參考文獻	289
附錄一：出國考察訪談紀錄	293
附錄二：中國大陸《擔保法》及《物權法》比較	309
附錄三：中國大陸人民法院民事起訴狀格式	347
附錄四：中國大陸仲裁申請書參考範例	348

表目錄

表 2-1：中國大陸擔保法與物權法之比較（擔保物權）	96
表 2-2：人民幣代付（代理同業委託付款）業務協議.....	147
表 3-1：中國大陸不同經濟類型就業情況（萬人）	182
表 3-2：中國大陸大中小企業劃分適用標準（人民幣）	183
表 3-3：中國大陸間接及直接融資增額及其比重（人民幣億元）	186
表 3-4：中國大陸主板、中小板及創業板上市條件.....	187
表 3-5：高級及中級人民法院管轄第一審民商事案件標準（人民幣）	203
表 3-6：人民法院訴訟費用交納標準（人民幣）	204
表 3-7：北京仲裁委員會仲裁案件受理費收費標準（人民幣）	209
表 3-8：北京仲裁委員會仲裁案件處理費收費標準（人民幣）	209
表 3-9：仲裁費與法院案件受理費之比較（人民幣元）	219
表 4-1：2013 年本國銀行跨國國際債權餘額（千美元）	237
表 4-2：2014 年 8 月對中國大陸曝險倍數前十大本國銀行（億元）	237
表 4-3：最高人民法院公告失信黑名單.....	252

第一章 前言

第一節 研究目的

中國大陸自 1979 年開放外國直接投資之後，隨著大量美國、歐洲、日本等國企業進駐中國大陸，各國銀行業者亦跟進前往發展，以回應企業於設立營運之資金需求，當然台資企業亦不例外。但由於兩岸特殊之政治背景，加上銀行業屬於高度監理之事業本質，相較其他產業仍處於封閉之情況，不僅相互交流較為有限，且雙方金融市場亦並未向對方全盤開放，受限於諸多准入條件及參與許可之限制。不論是中國大陸商業銀行（以下稱陸資銀行）或台灣銀行業在陸子（分）行（以下稱台資銀行），如規劃進入雙方金融市場，無疑皆將面臨比其他產業更大之困難，從而導致台資企業未能如同其他國家企業，獲得其本國銀行在中國大陸營業據點之資金奧援，處於企業競爭相對不利之地位。再就台資銀行而言，在失去對台資企業融資業務之同時，亦無法參與中國大陸經濟發展所帶來金融高速成長之機會。

惟此發展受阻情況在「海峽兩岸經濟合作架構協議（ECFA）」簽署後，有著顯著變化。兩岸銀行業彼此參與對方金融市場設點營運，並持續穩定深度交流合作，特別是為順應近年兩岸經濟金融發展快速，雙方監管當局舉行「銀行監理合作平臺（金銀會）」會議進行意見交換，諸多金融開放項目已達成具體共識，包括放寬市場准入條件、支持銀行股權合作、擴大台商定義範圍、允許台資銀行子行申辦信用卡業務等，並簽署兩岸銀行從事代客境外理財業務 MOU 等，不僅有助於帶動我國證券商、投信投顧業者之業務發展，同時提升我國銀行業之發展格局。台資銀行共有六家分行於 2013 年獲得中國銀監會核准辦理「大陸台資企業人民幣業務」並陸續開辦，包括存款、放款、匯兌及進出口等，以滿足台資企業迫切之金融服務需求，如經營運作模式持續穩定發展，其業務往來對象將可擴展至中國大陸地區之個人及所有企業主體。

應注意者，台資銀行對企業辦理授信放款業務時，將會面臨放款債權確保及

催收之問題，必須對於中國大陸擔保法及物權法等相關擔保法令架構，具有一定之認識，特別是兩者不僅有著許多重疊之規定，且存在若干不一致之處，在適用法令上應注意其優先順序。由於中國大陸缺乏足夠規模之債券市場，當前企業資金來源仍過度依賴於間接金融，如何保護作為債權人之商業銀行權益，可謂值得研究之議題。事實上，自 2007 年 6 月《中華人民共和國企業破產法》生效，企業運用破產重組等規避銀行債務之可能，不僅嚴重危害銀行資金安全，亦可能增加金融風險發生。而為維護銀行債權，中國大陸司法、監管及銀行體系共同建立定期交流溝通機制，除可深化法銀合作外，並透過訊息交流，強化銀行債權案件執行力度，唯有健全法律制度，方能強化對銀行債權之法律保護。

誠如前述，商業銀行扮演著資金供需者之媒合橋樑，除對企業提供融資資金援助，在扶持產業發展方面發揮金融仲介功能外，對地方經濟、就業、社會安定等方面亦具有重大貢獻。然儘管其擁有廣大金融資源，但如資金運用發生流動性風險，可能會對本身經營體質造成傷害，進而影響金融市場穩定。鑒於台灣海陸運輸公司（TMT）因財務危機向美國法院聲請破產保護，參與聯貸案之各債權銀行陸續進行債權保全措施，倘若此一情況轉移到中國大陸地區企業發生，加以我國銀行對中國大陸曝險金額高，勢必引起台資銀行對放款債權確保之重視，而後續催收程序及作業規範更是其需詳加瞭解之處。

第二節 研究重點

台灣銀行業除得以國際金融業務分行（OBU）及海外分支機構辦理外幣授信業務外，該授信對象包括國內法人、中國大陸地區法人及其以外之海外法人，亦可在中國大陸以其在陸分支機構經營台資企業人民幣授信業務。本研究是以在中國大陸設有分支據點之台資銀行為研究對象，瞭解其在對企業授信業務上可能面臨之問題，並以陸資銀行作為參考範本。爰此，本研究先討論台資銀行對中國大陸地區企業之放款債權確保及催收作業相關規範等問題，再將擔保相關法令、擔保實務運作、執行困難、法院案例、催收認定等面向作為研究重點，期望提供我

國銀行業者進行經營決策之參考。

- (一) 整理分析中國大陸擔保法令架構、背景及其相關規範，並掌握債權法律保護之原則，進而瞭解銀行債權擔保實務運作及執行困難。
- (二) 配合實地訪談瞭解中國大陸司法單位對銀行債權糾紛之重視程度，並蒐集法院相關審理案例，再分析對台資銀行之可能影響。
- (三) 整理中國大陸現有強化銀行債權保護之法銀交流機制，分析研究行使債權之法律要件、銀行債權之法律救濟，以及債權訴訟時效之相關制度等。

第三節 研究方法及預期成果

一、研究方法

(一) 文獻分析法

蒐集、整理及分析中國大陸擔保法令架構與相關規範、陸資銀行債權保護及催收之實務運作、最高法院司法解釋，以及金融監理機關之監理實務等重要議題文獻，並參酌專家學者之學術論著、相關主題研討會及座談會之意見等，進行綜合歸納分析及比較，以求對各研究面向進行充分完整之瞭解及掌握。

(二) 案例研究法

本研究擬透過中國大陸地區銀行辦理債權保護及催收實務之重要案例、各級人民法院相關審理案件等，將相關案例類型化，嘗試作出妥適之因應對策及建議，提供我國銀行業者經營業務之參考，確保其相關權益。

(三) 實地調查法

將針對銀行辦理債權保護及催收可能面臨之實務問題、法令規範適用、訴訟案件成立原因等，透作專家訪談、實地調查及座談會等方式進行深度拜訪，聽取中國大陸地區監理機關、司法單位及銀行業者之意見，實際瞭解其對於相關議題

之處理態度及因應對策。

二、預期成果

本研究期望透過前述研究方法，達到下列預期研究成果：

- (一) 藉由瞭解中國大陸擔保法令架構、背景及其相關規範，並配合債權法律保護之原則，評估其對於銀行放款債權確保及催收作業之影響。
- (二) 瞭解中國大陸監理機關、司法單位及銀行體系對於放款債權保護之處理態度及因應對策，並嘗試將法院審理之相關案例作一分類整理。
- (三) 歸納整理陸資銀行對於銀行放款債權保護及催收之實務經驗，瞭解其運作手法、執行困難之處，以及尋求解決相關問題之管道。
- (四) 前述預期成果之達成，並再妥適提出研究結論及建議，將可提供我國銀行業者作為相關經營決策之參考。

第二章 中國大陸銀行債權司法保護之分析

銀行債權係指具經營貸款業務之銀行機構基於放貸行為所產生之權利，包括借款到期要求債務人或承擔連帶保證責任之保證人按期還本付息之權利，以及當債務人不履行或無法履行還款義務，以致債權人實現權利受阻時得向司法機構請求保護之權利。然影響銀行債權保護難易之因素相當多元，唯有建構完整相關法律制度，並完善其他配套法規，方能強化對銀行債權之法律保護。

第一節 中國大陸擔保法令之架構

中國大陸擔保法令架構是以 1995 年 6 月通過《中華人民共和國擔保法》（以下稱《擔保法》）及 2007 年 10 月所施行《中華人民共和國物權法》（以下稱《物權法》）為基礎，再配合其他相關施行細則、行政命令與最高人民法院司法解釋建構而成。《物權法》施行後給予國有及私有財產平等之法律保護，破除共產主義對財產集體所有制之堅持，並將有關擔保物權制度規定對擔保法及其司法解釋進行補充及修改¹。雖《物權法》擔保物權篇與《擔保法》有關物權擔保規定存在重疊問題，但《擔保法》在債權擔保（人保）部分仍相當重要。應注意者，《擔保法》於 1995 年公布施行之僅 96 個條文，主要規範保證、抵押、質押、留置及定金等方式，抵押包括動產抵押與不動產抵押二類，質押包括動產質押與權利質押。二者法律應如何適用，由於《物權法》通過後並未隨之廢除《擔保法》之規定，推定《擔保法》及其解釋仍有效，又查《物權法》第 178 條規定：「擔保法與物權法的規定不一致的，適用物權法。」亦即《物權法》在制定過程中，考量與《擔保法》之效力銜接須特別處理，即在第 178 條作出適用之明確規定。雖物權法實施後，擔保法整體上仍為有效之法律，但在法律適用中，對有關擔保物權

¹ 參閱劉中平，漫談大陸擔保法令及實務，勤業眾信通訊，2013 年 4 月號，2013 年 4 月。最後瀏覽日：2014 年 6 月 2 日。

http://www.deloitte.com/view/tc_TW/tw/48080/48084/136507/fc3fa97f14fcd310VgnVCM3000003456f70aRCRD.htm

之問題，應當適用物權法之規定²。最後，《中華人民共和國企業破產法》（以下稱《企業破產法》）對擔保權及保證之規定、《中華人民共和國民事訴訟法》（以下稱《民事訴訟法》）在審判程序實現實現擔保物權案件，亦是本節主要探究之重點。

一、中華人民共和國擔保法

擔保是經濟活動中保障債權實現之制度，而擔保法是對擔保制度之規範化及法律化。債的擔保法律制度為市場經濟發展之必然產物，自羅馬法以來，至今各國對擔保制度均十分重視，各國在民事法律中都明確加以規定。隨著中國大陸社會主義商品經濟之發展，債的擔保法律制度將在經濟活動中發揮重大作用。擔保法是民事法律體系之一個重要組成部分，擔保制度不能脫離民事法律制度而單獨存在，它受民法一般原則指導，又具有自身之特徵。擔保制度是為保證債權實現而設立，從另一角度看，亦是為保證債務履行而設立。從其設立的目的及其與主合同之關係來看，擔保具有從屬性及明確的目的性等特徵。擔保法總則內容正是根據其自身特徵作出之規定，因此總則對擔保法之立法目的、適用範圍、擔保方式及基本原則等作出規定。

《擔保法》共分七章，第一章總則；第二章「保證」分別規範「保證和保證人」、「保證合同和保證方式」及「保證責任」；第三章「抵押」分別規範「抵押和抵押物」、「抵押合同和抵押物登記」、「抵押的效力」、「抵押權的實現」及「最

² 參閱全國人大常委會法制工作委員會，中華人民共和國物權法釋義，法律出版社，2007年3月。《物權法》釋義指出，「物權法對抵押權、質權、留置權這三種擔保物權都作了規定。1995年實施的擔保法中也包括對這三種權利的規定，其中有的規定與本法的規定不一致。物權法第四編“擔保物權”，是在擔保法的基礎上擬訂，為進一步完善我國擔保物權制度，增加的規定主要有：1、經當事人書面協議，企業、個體工商戶、農業生產經營者可以將現有的以及將有的生產設備、原材料、半成品和產品抵押。2、正在建造的建築物、船舶、飛行器可以抵押。3、基金份額可以質押。4、應收帳款可以質押。增加這些規定，有利於促進融資，發展經濟。此外，物權法根據我國擔保實踐的發展，並借鑒國外的有益經驗，還對擔保法的有些條款作了修改，例如擔保法第28條規定，同一債權既有保證又有物的擔保的，保證人對物的擔保以外的債權承擔保證責任。債權人放棄物的擔保的，保證人在債權人放棄權利的範圍內免除保證責任。這條規定已經不適應擔保制度的發展，不利於保護債權人權益，因此，物權法第176條規定，被擔保的債權既有物的擔保又有人的擔保，債務人不履行到期債務或者發生當事人約定的實現擔保物權的情形的，債權人應當按照約定實現債權；沒有約定或者約定不明確，債務人自己提供物的擔保的，債權人應當先就該物的擔保實現債權；第三人提供物的擔保的，債權人可以就物的擔保實現債權，也可以要求保證人承擔保證責任。」

高權抵押」；第四章「質押」分別規範「動產質押」及「權利質押」；第五章至第七章分別為「留置」、「定金」及「附則」。應注意者，最高人民法院於 2000 年 9 月 29 日在審判委員會第 1133 次會議通過《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國擔保法〉若干問題的解釋》（下稱司法解釋）³，且最高人民法院在擔保法施行以前作出有關擔保問題之司法解釋，如與擔保法及其解釋有相抵觸者，不再適用（司法解釋第 134 條）。本研究分論其主要內容如下。

（一）總則

- 1、有效債權之認定：當事人對由民事關係產生之債權，在不違反法律、法規強制性規定之情況下，以擔保法規定之方式設定擔保，可認定為有效（司法解釋第 1 條）。
- 2、反擔保人之定義與範圍：反擔保人可以是債務人，亦可以是債務人之外之其他人。反擔保方式可以是債務人提供之抵押或質押，亦可以是其他人提供之保證、抵押或質押（司法解釋第 2 條）。
- 3、擔保合同無效：（1）機關與事業單位：國家機關及以公益為目的之事業單位元、社會團體違反法律規定提供擔保，擔保合同無效。因此為債權人造成損失，應依據《擔保法》第 5 條第 2 款規定處理（司法解釋第 3 條）；（2）違反公司法之規定：董事、經理違反《中華人民共和國公司法》第 60 條規定，以公司資產為本公司之股東或其他個人債務提供擔保，擔保合同無效。除債權人知道或應知道者除外，債務人、擔保人應對債權人之損失承擔連帶賠償責任（司法解釋第 4 條）；（3）違反禁止規定：以法律、法規禁止流通之財產或不可轉讓之財產設定擔保，擔保合同無效（司法解釋第 5 條第 1 項）⁴。以法律限制流通之財產設定擔保，在實現債權時，人民法院應按照有關法律規定對該財產進行處理（司法解釋第 5 條第 2 項）；（4）未經批准或登記：有下列

³ 最高人民法院 2000 年 12 月 8 日法釋[2000]44 號。

⁴ 中國大陸法律用語係以「條、款、項、目」排列，我國則以「條、項、款、目」不同，在敘述其法律內容時，為避免對該法律文字修正後與該法律內容不合，本文已將其條文文字之款、項已轉換為我國之項、款。

情形之一，對外擔保合同無效：1、未經國家有關主管部門核准或登記對外擔保者；2、未經國家有關主管部門核准或登記，為境外機構向境內債權人提供擔保；3、為外商投資企業註冊資本、外商投資企業中之外方投資部分之對外債務提供擔保；4、無權經營外匯擔保業務的金融機構、無外匯收入之非金融性質之企業法人提供外匯擔保；5、主合同變更或債權人將對外擔保合同項下之權利轉讓，未經擔保人同意及國家有關主管部門核准，擔保人不再承擔擔保責任（司法解釋第6條）。

4、民事責任：（1）連帶責任：主合同有效而擔保合同無效，債權人無過錯，擔保人與債務人對主合同債權人之經濟損失，承擔連帶賠償責任；債權人、擔保人有過錯，擔保人承擔民事責任之部分，不應超過債務人無法清償部分的二分之一（司法解釋第7條）；（2）無需或負擔部分責任：主合同無效而導致擔保合同無效，擔保人無過錯，擔保人不承擔民事責任；擔保人有過錯，擔保人承擔民事責任的部分，不應超過債務人不能清償部分的三分之一（司法解釋第8條）；（3）向債務人追償：擔保人因無效擔保合同向債權人承擔賠償責任後，可向債務人追償，或在承擔賠償責任之範圍內，要求有過錯之反擔保人承擔賠償責任（司法解釋第9條第1項）。擔保人可根據承擔賠償責任之事實對債務人或反擔保人另行提起訴訟（司法解釋第9條第2項）。

5、擔保責任：主合同解除後，擔保人對債務人應承擔之民事責任仍應承擔擔保責任。但擔保合同另有約定者除外（司法解釋第10條）。

6、代表行為之效力：法人或其他組織之法定代表人、負責人超越許可權訂立之擔保合同，除相對人知道或應知道其超越許可權外，該代表行為有效（司法解釋第11條）。

7、登記之效力：當事人約定或登記部門要求登記之擔保期間，對擔保物權之存續不具有法律約束力（司法解釋第12條第1項）。

8、債權時效經過後擔保權行使之例外規定：抵押權與其擔保債權同時存在，債權消滅，抵押權亦消滅（擔保法第52條）。然擔保物權所擔保之債權的訴訟

時效結束後，擔保權人在訴訟時效結束後兩年內行使擔保物權，人民法院應予以支持（司法解釋第 12 條第 2 項）。有見解認為，最高人民法院認為擔保物權屬支配權之範疇而非請求權，依民法原理不受訴訟時效期間之限制，不宜適用與物權擔保債權相同之訴訟時效制度，但擔保物權之行使又不能無期間之限制，否將助長擔保物權人濫用物權擔保之優勢地位，亦不利於物權擔保交易關係之穩定。因此擔保物權人自物權擔保之債權訴訟時效完成後，經過兩年仍不行使擔保物權，擔保物權消滅。此「兩年」法定期間之性質應為除斥期間，不得如消滅時效具有中止、中斷及延長之效果，基此判斷，主債權訴訟時效期間屆滿兩年後抵押權消滅⁵。

（1）適用問題

問題在於，《中華人民共和國物權法》⁶第 177 條之規定：「有下列情形之一的，擔保物權消滅：（一）主債權消滅；（二）擔保物權實現；（三）債權人放棄擔保物權；（四）法律規定擔保物權消滅的其他情形。」而同法第 202 條復規定：「抵押權人應當在主債權訴訟時效期間行使抵押權；未行使的，人民法院不予保護。」因此於 2007 年 10 月開始施行之《物權法》架構下，前述司法解釋第 12 條第 2 項規定將牴觸而無效。倘若相關事件發生之時間係在適用「擔保法」及司法解釋規定之時，而訴訟發生在「物權法」施行之後，則前述時效之規定將適用何部法律規定，將對案件產生不同之結果。一般法律適用上，基於「法律不溯及既往」原則，自當然適用「擔保法」及司法解釋之規範內容。

但論者認為，基於下列理由僅能適用「擔保法」之規定，而排除司法解釋之適用：（1）法不溯及既往原則係指「法律」而非司法解釋。按照 1981 年全國人大常委會關於法律解釋問題之決議，司法解釋是指最高人民法院及最高人民檢察院分別就審判工作中，如何具體應用法律之問題，所作出具有普遍司法效力之解釋，解釋內容僅限於如何具體應用，不得涉及法律內容之明確，亦不得違背被解

⁵ 參閱符強，債務人單方對債務的重新確認並不導致擔保物權訴訟時效的中斷，海南省第一中級人民法院，2014 年 6 月 8 日。

⁶ 2007 年 3 月 16 日中華人民共和國第十屆全國人民代表大會第五次會議通過。

釋法律之基本精神、原則及內容。就學理上或法理上而言，均無認為司法解釋具有溯及既往之效力。最高人民法院之規定、解釋之最後條款，總是表述為「最高人民法院在擔保法施行以前作出的有關擔保問題的司法解釋，與擔保法和本解釋相抵觸的，不再適用」或「本規定施行前本院做出的有關司法解釋與本規定相抵觸的，以本規定為準」，並未在關於適用時間效力上作出規定，因此司法解釋並無溯及力；(2)《擔保法》與《物權法》關於抵押權訴訟時效之規定吻合，並無矛盾，本案適用《物權法》並不會導致認識混亂。當然二者在其他方面仍有所區別，如擔保合同之效力問題，原《擔保法》認為僅有登記後之抵押，合同方具有效力，而《物權法》則認為合同之效力與物權設定之有效條件應區分，因此在認定合同效力方面，僅有根據當時法律訂立合同方能預測法律行為之後果，根據法不溯及既往原則，可按《擔保法》處理，但司法解釋除外⁷。

(2) 重要案例⁸

A、案例事實

上訴人王守信因與被上訴人漯河市鄆城區農村信用合作聯社(以下稱鄆城信用聯社)及被上訴人漯河市國土資源管理局鄆城分局(以下稱鄆城國土局)擔保物權確認糾紛一案，不服漯河市鄆城區人民法院(2010)鄆民初字第581號民事判決⁹，向漯河市中級人民法院提起上訴。該中級人民法院受理後依法組成合議庭公開開庭審理此案。上訴人王守信及其委託代理人張計紅，被上訴人鄆城信用聯社委託代理人侯槍實、樊朝陽，以及被上訴人鄆城國土局委託代理人李偉、毛九靈均到庭參與訴訟。

原審法院(漯河市鄆城區人民法院)經審理查明：1997年8月，原告王守

⁷ 同註2。

⁸ 參閱河南省漯河市中級人民法院(2011)漯民一終字第50號民事判決書，上訴人(原審原告)：王守信；被上訴人(原審被告)：漯河市鄆城區農村信用合作聯社，因原審原告不服漯河市鄆城區人民法院(2010)鄆民初字第581號民事判決，而向漯河市中級人民法院提起上訴。

⁹ 參閱河南省漯河市鄆城區人民法院(2010)鄆民初字第581號民事判決書，原告：王守信；被告：漯河市鄆城區農村信用合作聯社、漯河市國土資源管理局鄆城分局，由於債權人(漯河合作銀行鄆城支行)長達十年未依法向法院申請強制執行，原告請求法院確認二被告抵押登記之擔保物權滅失，以及返還原告鄆國用(97)字第001774號國有土地使用權證。

信向被告漯河合作銀行鄆城支行（鄆城區農村信用合作聯社前身）申請借款 50 萬元，雙方於 1997 年 8 月 26 日簽訂抵押借款合同一份，該合同約定漯河合作銀行鄆城支行借給王守信 50 萬元；貸款期限 6 個月，自 1997 年 8 月 26 日至 1998 年 2 月 26 日止；月利率 8.415‰；貸款逾期，按規定應加收罰則利息；以使用權歸屬王守信、劉金嶺之座落於鄆城區黃河廣場北側土地（土地使用證號：鄆國用（97）字第 001774 號）作為抵押。然當該借款到期後，由於原告王守信未依約歸還借款本息，漯河合作銀行鄆城支行連同其他 100 萬元借款向漯河市中级人民法院提起訴訟。該院經審理後，於 1999 年 1 月 25 日作出（1999）漯經一初字第 10 號經濟判決書¹⁰，判令王守信在判決生效之日起後 10 日內償還漯河合作銀行鄆城支行包括借款 50 萬元在內之 150 萬元借款本息及罰息，並判決如逾期不能還款，將房屋所有權歸屬王守信所有之座落於鄆城縣城關鎮黃河廣場北側之土地使用權折價抵償或變賣後從價款中清償。但被告鄆城信用聯社未提供證據證明已向法院申請執行（1999）漯經一初字第 10 號經濟判決書確定內容。

原審法院另查明：漯河合作銀行鄆城支行於 2000 年度變更為鄆城區城區農村信用聯社，2009 年 6 月改制歸屬漯河市鄆城區農村信用合作聯社。2001 年 5 月 13 日原告王守信因犯詐騙罪被河南省上蔡縣人民法院判刑 12 年，後在河南省洛陽監獄服刑，於 2008 年 2 月 9 日刑滿釋放。

B、原審法院裁判

原審法院認為：原告王守信未按約定償還被告鄆城信用聯社 50 萬元之借款本息，鄆城信用聯社在法定時間內依法向人民法院主張債權及擔保物權，且該主張取到法律保護，但判決生效後，王守信並未履行還款義務，雖被告鄆城信用聯社未提供證據證明其已向法院申請強制執行，其僅喪失申請強制執行之權利，並未依法律規定其喪失債權，亦即鄆城信用聯社債權仍存在。《擔保法》第 52 條規定：「抵押權與擔保的債權同時存在，債權消滅的，抵押權也消滅。」據此，由

¹⁰ 參閱河南省漯河市中级人民法院(1999)漯經一初字第 10 號經濟判決書，原告：漯河合作銀行鄆城支行(鄆城區農村信用合作聯社前身)；被告：王守信，因被告借款合同到期未依約歸還借款本息，原告向漯河市中级人民法院提起訴訟。

於本案債權存在，抵押權亦存在，擔保物權並未消滅。有關被告鄆城國土局在抵押登記證上為抵押人及抵押權人設定辦理抵押登記註銷手續時間之效力問題，依據《擔保法》第 42 條規定：「辦理抵押登記的部門如下：（一）以無地上定著物的土地使用權抵押的，為核發土地使用權證書的土地管理部門，……。」據此，鄆城國土局僅是國家所授權辦理抵押登記之職能部門，其辦理抵押登記行為仍屬民法調整之範圍，至於抵押人及抵押權人是否辦理抵押登記或是否註銷抵押登記，為抵押人及抵押權人對自身權利之處分，而非登記部門所應行使之權利，因此被告鄆城國土局單方面設定辦理抵押登記註銷手續之時間，對抵押人及抵押權人不產生約束力。綜前所述，原告王守信對抵押擔保之借款未進行清償，債權人鄆城信用聯社之債權及抵押權依然存在，本案擔保物權並未消失，對原告王守信請求法院確認二被告抵押登記之擔保物權滅失，以及返還原告鄆國用（97）字第 001774 號國有土地使用權證之訴訟請求，法院不予支持，依據《中華人民共和國民事訴訟法》第 64 條及《擔保法》第 52 條規定判決，駁回原告王守信之訴訟請求。

C、上訴二審法院理由

一審宣判後，王守信向河南省漯河市中级人民法院提起上訴稱：原審判決定性錯誤，上訴人訴請確認擔保物權消滅糾紛之案件，屬最高人民法院《民事案件案由規定》第 32 條規定之物權確認糾紛案件，原審判決按照建設用地使用權糾紛，與上訴人原審訴請內容無關；原審判決認定事實不清、適用法律錯誤，首先被上訴人鄆城信用聯社在漯河市中级人民法院（1999）漯經一初字第 10 號案件之經濟判決書生效已生效，且載明實現抵押權之條件及時間，而債權人未依法向法院申請強制執行，迄今長達十年，致使法院生效判決書在法律上不具任何強制執行效力，故原審法院對上訴人起訴擔保物權滅失之訴請不予審查。其次，擔保法雖未對擔保物權存續期間作出專門規定，但依據最高人民法院《關於適用〈中華人民共和國擔保法〉若干問題的解釋》第 12 條第 2 款規定，認為擔保權人在訴訟時效結束後二年再行使擔保物權，人民法院不予支持，亦即擔保物權消滅；由於被上訴人已喪失合法有效之債權及擔保物權，應返還上訴人之國有土地使用權

證書。

綜前所述，請求二審法院撤銷原判，支持上訴人訴訟請求。被上訴人鄆城信用聯社未提交書面答辯狀，在庭審中辯稱：原審判決認定事實清楚，適用法律正確，本案擔保物權並未滅失，由於上訴人未將抵押物權所擔保之債權清償，被上訴人鄆城信用聯社於 1999 年向法院起訴主張債權及擔保物權，漯河市中级人民法院亦作出判決，支持鄆城信用聯社之債權及擔保物權，故鄆城信用聯社之債權及擔保物權並未滅失，雙方債權關係仍存在。上訴人不歸還積欠信用社貸款，被上訴人不歸還上訴人土地使用權證書，請求二審駁回上訴，維持原判。

被上訴人鄆城國土局未提交書面答辯狀，在庭審中辯稱：鄆城國土局既非抵押權人亦非抵押人，擔保物權是否滅失與鄆城國土局無關。鄆城信用聯社在法定期限未申請強制執行僅失去申請法院執行之權利，但債權未滅失，所以抵押權亦未滅失。上訴人以抵押物權滅失而要求返還土地證書之訴訟請求不應支持。請求二審法院依法駁回上訴，維持原判。二審法院經審理查明之事實與原審法院相同後，予以確認。

D、二審法院判決

二審法院（漯河市中级人民法院）認為：根據各方當事人之訴辯意見，確定本案之主要爭議焦點為本案案由如何定性？被上訴人之擔保物權是否已滅失，二被上訴人是否應歸還上訴人之土地使用權證書？首先，對本案案由之問題，由於上訴人王守信訴請確認擔保物權消滅糾紛，應屬於最高人民法院《民事案件案由規定》第 32 條規定之擔保物權確認糾紛案件，故原審判決按照建設用地使用權糾紛，河南省漯河市中级人民法院予以糾正。

再者，有關本案涉及之擔保物權是否滅失之問題，依據《擔保法》第 52 條規定之抵押權、債權為合法有效債權及擔保物權，亦即受法律保護之債權及擔保物權。擔保法雖未對擔保物權存續期間作出專門規定，但最高人民法院《關於適用〈中華人民共和國擔保法〉若干問題的解釋》規定擔保物權之存續期間。查該解釋第 12 條第 2 款規定「擔保物權所擔保的債權訴訟時效結束後二年內行使擔保

物權的，人民法院應當予以支持。」擔保物權之存續期間，其性質不屬訴訟時效而是除斥期間，不存在期間之中止、中斷及延長，因此擔保權人在訴訟時效結束後二年再行使擔保物權，人民法院不予支持。被上訴人鄆城信用聯社起訴王守信抵押擔保貸款案件，即漯河市中级人民法院（1999）漯經一初字第 10 號經濟判決書之案件，該案明載實現抵押權之條件及時間，而債權人未依據民事訴訟法規定申請執行之法定期間向法院申請強制執行，逾期迄今長達十年，被上訴人鄆城信用聯社由於怠於行使權利，造成相關債權成為不受法律保護之自然權利，同時其擔保物權亦不再受法律保護。

最後，有關被上訴人是否應返還上訴人國有土地使用權證書之問題，誠如前述，由於鄆城信用聯社對王守信不再享有可申請法院強制執行之擔保物權，在王守信請求返還抵押物土地使用權證時，鄆城信用聯社應予以返還。雖鄆城國土局既非抵押權人，亦非抵押人，擔保物權是否滅失與鄆城國土局無關，但鄆城國土局在鄆城信用聯社喪失擔保物權之情形下，亦有義務協助返還抵押物。

綜上所述，原審判決認定事實清楚，審判程序合法，但適用法律錯誤。上訴人王守信之上訴理由成立，二審法院予以支持。依據《擔保法》第 52 條、最高法院《關於適用〈中華人民共和國擔保法〉若干問題的解釋》第 12 條第 2 項及《民事訴訟法》第 153 條第 1 款第（2）項之規定，判決如下：一、撤銷漯河市鄆城區人民法院（2010）鄆民初字第 581 號民事判決；二、被上訴人漯河市鄆城區農村信用合作聯社、被上訴人漯河市國土資源管理局於本判決生效後十日內將鄆國用（1997）字第 001774 號國有土地使用權證返還給上訴人王守信。

（二）保證

保證方式有「一般保證¹¹」與「連帶責任保證¹²」二類（擔保法第 16 條）。

¹¹ 參閱全國人大常委會法制工作委員會，中華人民共和國擔保法釋義，法律出版社，1995 年 8 月。按照《擔保法》釋義指出，「一、一般保證保證人為他人債務提供保證時，可以和債權人在合同中約定，債務人不能履行債務時，保證人按一般保證的方式承擔保證責任。一般保證的保證人是在債務人不能履行債務時才承擔保證責任，所謂"不能履行債務"是指債權人和債務人的主合同糾紛經過了人民法院的審理或者仲裁機構的仲裁，並且人民法院依法對債務人的財產執行後，仍然不夠清償債權人債務的，保證人才對未受清償的部分承擔保證責任。對於沒有依法對主合同糾紛進行訴訟或者仲裁，或者雖經訴訟或者仲裁但並未對債務人的財產強

當事人在保證合同中約定，債務人不能履行債務時，由保證人承擔保證責任，稱為一般保證（擔保法第 17 條第 1 項）。一般保證之保證人在主合同糾紛未經審判或仲裁，並就債務人財產依法強制執行仍不能履行債務前，對債權人可拒絕承擔

制執行的，一般保證的保證人則有權拒絕承擔保證責任，一般保證人所享有的這項拒絕履行債務的權利就是先訴抗辯權。先訴抗辯權的產生是基於保證相對於主合同的從屬性和對主債務的補充性，保證人享有先訴抗辯權就可以在債權人要求其履行債務時提出抗辯，要求債權人先就主債務人進行訴訟或者仲裁並對其財產強制執行。保證人只有在債權人已依法對主債務人的財產訴請執行後仍不能清償債務時，才不能拒絕債權人的清償要求。一般保證的保證人雖然依法享有先訴抗辯權，但有以下情況之一的，保證人不得以主張先訴抗辯為理由，不承擔保證責任：（一）債務人住所變更，致使債權人要求其履行債務發生重大困難的。債務人住所以及營業所、居所發生變化，使債權人無法找到債務人讓其履行債務，那麼，這種情況下，債權人就可以直接找保證人承擔保證責任。例如，債務人遷到國外居住，居所難以查明，債權人就可以要求保證人承擔保證責任。所謂“致使債權人要求債務人履行債務發生重大困難”，是指債務人住所、營業所或者居所發生變更後，債權人經多方查詢難以找到。如果債務人的住所、營業所或者居所發生變更後，債權人並未查找，或者未經認真查詢即認為要求其履行債務發生重大困難，不能認為是履行債務發生重大困難。當然也不能把“重大困難”理解到必須債務人失蹤的程度。雖然保證人承擔的是一般保證責任，但是，債務人住所的變更使債權人難以實現無法清償到期債權，作為對債務承擔保證責任的保證人就有義務承擔清償責任，以保障債權的實現。總之，保證人應當應債權人的要求對債權的全部或者部分承擔保證責任，不得再以行使先訴抗辯權為由，不對債務承擔保證責任。（二）人民法院受理債務人破產案件，中止執行程序。由於債務人經營不善，嚴重虧損，不能清償到期債務的，債權人或者債務人向人民法院申請債務人破產。人民法院受理了債務人的破產案件後，應當依法中止執行程序，這樣，債務人的財產實際上處於凍結狀況，債權人無法立即要求債務人以其財產來清償債務。債權人只能向清算組織申報債權，等待分配破產財產時主張債權。由於破產財產的清償，往往不能使債權人的債權全部得到實現，所以，如果破產的債務人有保證人提供保證的，債權人可以不用向破產組織申報債權，而直接要求保證人承擔保證責任。規定在這種情況下債權人可以要求保證人承擔責任，主要是出於保護債權的目的，因此，保證人不得再以先訴抗辯權為由不履行保證責任，應當按債權人的要求履行保證責任。為了保護保證人的利益，根據擔保法第三十二條的規定，保證人可以在債權人未向人民法院申報債權的情況下，向人民法院申報債權，直接參加破產財產的分配，預先行使追償權。（三）保證人以書面形式放棄先訴抗辯權的。雖然保證人在訂立保證合同時和債權人約定以一般保證方式承擔保證責任，但由於民事法律關係中的當事人有權對自己的權利進行處分，所以一般保證的保證人可以在訂立合同後放棄所享有的先訴抗辯權，這樣保證人實際上對債務承擔的是連帶責任保證。由於保證人放棄了先訴抗辯權，那麼，當然不能在債權人要求其承擔責任時主張該權利。一般保證的保證人放棄先訴抗辯權應當以書面形式作出。規定以書面形式放棄先訴抗辯權，主要是為了證明保證人確實放棄該權利，同時也可以防止債權人和保證人在先訴抗辯權是否放棄問題上發生不必要的糾紛。」

¹² 《擔保法》釋義指出，「二、連帶責任保證保證人為某一債務的履行提供保證時，可以在保證合同中約定承擔連帶責任保證，即債權履行期屆滿債務人沒有履行債務的，債權人既可以要求債務人履行債務，也可以要求保證人在其保證範圍內履行債務。例如，某歌舞廳為擴建成為大型娛樂中心，向銀行貸款 200 萬用於裝修房屋，約定該筆貸款將於 1996 年 6 月 30 日前償還。應貸款銀行要求，該歌舞廳找到一飯店為其債務作保證，並約定該飯店對主債務承擔連帶責任保證。由於歌舞廳裝修期間出現一些糾紛，致使工程未按期完成，直接影響歌舞廳收回投資，在債務清償期屆滿時，歌舞廳無法償還銀行的貸款。由於作為保證人的飯店承擔的是連帶責任保證，所以，債權清償期屆滿後，貸款的銀行即可直接要求飯店償還 200 萬的貸款，該飯店對於銀行的要求不得拒絕，應當替歌舞廳清償 200 萬的貸款。總之，保證人選擇連帶責任保證，實際上放棄了保證人可以享有的先訴抗辯權，連帶責任保證對於保證人來說責任較重，但是有利於全面地保護債權人的權益。」

保證責任（擔保法第 17 條第 2 項）。但有下列情形之一，保證人不得行使前款規定之權利：（1）債務人住所變更，致使債權人要求其履行債務發生重大困難；（2）人民法院受理債務人破產案件，中止執执行程序；（3）保證人以書面形式放棄前款規定之權利（第 3 項）。應注意者，所謂「債權人要求債務人履行債務發生的重大困難情形」，包括債務人下落不明、移居境外，且無財產可供執行（司法解釋第 25 條）。而當事人在保證合同中約定保證人與債務人對債務承擔連帶責任，為連帶責任保證（擔保法第 18 條第 1 項）。連帶責任保證之債務人在主合同規定之債務履行期屆滿未履行債務，債權人可要求債務人履行債務，亦可要求保證人在其保證範圍內承擔保證責任（擔保法第 18 條第 2 項）¹³。當事人對保證方式未約定或約定不明確，按照連帶責任保證承擔保證責任（擔保法第 19 條）¹⁴。

有關保證之訂定方式，保證人與債權人應以書面形式訂立保證合同（擔保法第 14 條）¹⁵。但保證人與債權人可就單個主合同分別訂立保證合同，亦可協議

¹³ 《擔保法》釋義指出，「保證人為某一債務提供保證時，可以在保證合同中約定承擔保證責任，即保證人和債務人對債務承擔連帶責任。債務履行期屆滿債務人沒有履行債務的，債權人既可以要求債務人履行債務，也可以要求保證人在其保證範圍內履行債務。例如，甲飯店為擴大經營，向銀行貸款 50 萬用於裝修房屋，約定該筆貸款將於 1995 年 12 月 31 日前償還，由乙公司作保證人。保證合同中約定乙公司對主債務承擔連帶責任。由於飯店裝修期間出現一些糾紛，致使工程未按期完成，直接影響了甲飯店收回投資，在債務清償期屆滿時，甲飯店已無法償還銀行的貸款。由於乙公司承擔的是連帶責任保證，所以，債權清償期屆滿後，銀行即可直接要求乙公司償還 50 萬的貸款，乙公司對於銀行的要求不得拒絕，應當履行保證責任。總之，保證人選擇連帶責任方式保證，實際上放棄了保證人可以享有的先訴抗辯權，連帶責任保證對於保證人來說其責任較重，但是有利於保護債權人的利益。」

¹⁴ 《擔保法》釋義指出，「當事人訂立保證合同時，可以對保證的方式進行選擇，保證人既可以選擇保證責任較輕的一般保證，也可以選擇保證責任較重的連帶責任保證。當事人在訂立合同時對保證方式沒有約定，或者雖然約定但是約定不明確時，保證人應當按照連帶責任的規定承擔保證責任。這就是說，當事人在沒有約定或者約定不明的情況下，保證人承擔的是較重的保證責任。根據本條的規定，保證方式沒有約定或者約定不明的，承擔連帶責任保證，這樣規定主要是因為中國大陸目前的市場經濟還屬於初級階段，經濟秩序還不很規範，許多企業或者金融機構為他人作保證時，經常對保證的方式不作約定或者不明確規定，保證人往往蓋一個單位的公章就草草了事，而當債務人不履行債務時，當事人又在以如何方式承擔保證責任方面糾纏不清，有的保證人認為自己不能和債務人對債務承擔連帶責任；有的保證人還藉口沒有對保證方式作規定，企圖逃避保證責任。以上種種情況直接影響債權人的合法權益，所以這就要求法律一方面要求當事人在訂立合同時明確保證人的保證方式；另一方面對於當事人沒有約定保證方式或者約定不明的，法律也應當明確規定出承擔何種方式的保證責任。從保障債權實現的目的出發，本條規定，保證方式沒有約定或者約定不明，保證人按照連帶責任方式承擔保證責任。這樣規定，不僅明確了保證人承擔保證責任的方式，而且，規定保證人承擔較重的責任，有助於加強保證人的責任意識，使保證人明確對保證方式不約定或者約定不明的法律後果，從而對保證方式能作出適當的選擇。」

¹⁵ 《擔保法》釋義指出，「保證人為債務提供保證時，就可以就單個主合同和債權人訂立保證合同，即保證人為債權人和債務人的某次特定交易行為提供保證。例如，某醫院向一醫療設備公司

在最高債權額限度內，就一定期間連續發生之借款合同或某項商品交易合同訂立一個保證合同（擔保法第 15 條）¹⁶。應注意者，在效力上所謂抗辯權是指債權

購買二台 B 超儀器，某貿易公司和醫療設備公司訂立保證合同，為醫院提供保證。貿易公司為這個一次性交易的合同提供的擔保，就是單個形式的保證，這樣形式的保證是傳統的保證方式，也是經濟生活中比較常見的保證形式。近年來隨著市場經濟的進一步發展，保證形式在原有的基礎上有了新的發展。保證人除了可以和債權人就單個主合同訂立保證合同外，還可以和債權人簽訂一個總的保證合同，為一定期限內連續發生的借款合同和某項商品交易行為提供保證，只要債權人和債務人在保證人規定的債權額度內進行交易，保證人即依法承擔保證責任。例如，某省貿易公司和某電器公司訂立了一個供貨合同，電器公司每月向該貿易公司提供 50 台電冰箱，合同履行期為 2 年，合同的標的額為 400 萬人民幣。訂立合同時，電器公司要求貿易公司找保證人提供擔保，後來貿易公司找到一商場作保證人。由於貿易公司和電器公司每月都要交易 50 台電冰箱，如果作為保證人的商場每月和電器公司簽訂一個保證合同，不僅沒有必要，而且會給當事人增添許多麻煩。在這種情況下，商場可以就貿易公司和電器公司一年間連續發生的電冰箱供貨合同提供保證，保證的最高債務額為主合同規定的 400 萬人民幣。這種形式的保證就是連續交易的最高額保證。應當指出的是，保證人僅在主合同規定的最高債權額限度內提供保證，如果合同訂立後，貿易公司發現該冰箱銷路較好，在合同履行期又向電器公司多要了 50 台冰箱，那麼，作為保證人的商場對於多出 400 萬的債務不承擔保證責任。最高額保證使原來需要多次辦理的問題一次解決，簡化了保證的程序，方便了當事人，有利於促進資金融通和商品經濟的發展。所以，擔保法第十四條對最高額保證作了規定，這樣保證人在提供保證時，可以依據主合同的情況，根據自己的意願去選擇不同的保證形式。」

¹⁶ 《擔保法》釋義指出，「保證合同是債權人和保證人對他們權利義務關係作出的規定。根據擔保法的規定，擔保合同應當具備以下內容：(一)被保證的主債權的種類、數額。主債權的種類是指債權人和債務人訂立的主合同是何種類型的債權債務，是給付金錢的債務、給付貨物債務還是支出勞務的債務等。主債務的數額是指主合同的數量或者價款，例如主合同要求債務人償還 100 萬元的債務。由於保證人在債務人不履行債務時，要依法承擔保證責任，所以保證合同中應當對被保證主債權的種類和數額作出規定，使保證人在訂立主合同時就明確其要承擔責任債務的狀況。(二)債務人履行債務的期限。債務人履行債務的期限和保證人有著直接的關係。因為債務人在合同規定的履行期限不能履行債務時，保證人就要開始依法承擔保證責任，雖然一般保證和連帶責任保證的保證人開始承擔保證責任的時間有所不同，但是，債務人履行債務的期限和保證人保證責任的承擔之間有著密切的關係，所以，保證合同中應當對債務人履行債務的期限加以規定。(三)保證的方式。保證的方式是保證人如何承擔保證責任的重要問題，所以在訂立保證合同時，應對保證的方式作出明確規定。根據擔保法規定，保證方式有兩種，一種是一般保證，另一種為連帶責任保證。一般保證的保證人依法享有先訴抗辯權，保證人在主合同糾紛經審判或者仲裁，並就債務人財產依法強制執行仍然不能履行債務後，才依法承擔保證責任。連帶責任保證是指債務人在主合同規定的債務履行期屆滿沒有履行債務的，債權人可以要求債務人履行債務，也可以要求保證人在其保證範圍內承擔保證責任。根據擔保法第十九條的規定，當事人對保證方式沒有約定或者約定不明確的，保證人按照連帶責任保證承擔責任。(四)保證擔保的範圍。保證擔保的範圍是指保證人對哪些債務承擔保證責任。保證人可以在保證合同中約定保證範圍，明確是對主債務、主債務利息、損害賠償金、違約金以及實現債權人費用等內容的全部還是部分承擔保證責任。此外，保證人和債權人還可以在合同中約定，對於以上範圍之外的內容也承擔保證責任。如果保證人對保證範圍沒有規定或者雖然約定，但不是很明確的，根據擔保法第二十一條的規定，保證人應當對全部保證範圍承擔保證責任。(五)保證的期間。是指保證人承擔保證責任的起止時間，保證人在規定的期間內承擔保證責任，過該期間，即使債務人未履行債務，保證人也不再承擔保證責任。例如某銀行為一投資專案提供保證，保證合同中規定的保證期間是一年，從債務人不履行債務時開始計算，那麼，該銀行過了這一年的保證期間其保證責任就免除。對於沒有約定保證期間或者約定不明的，保證人承擔保證責任的期間為六個月，債權人可以自主債務履行期間屆滿之日起六個月內要求保證人承擔保證責任。過了六個月的法定期間，債權人未要求保證人承擔保證責任，保證人同樣不再承擔保證責任。(六)雙方認為需要約定的其他事

人行使債權時，債務人根據法定事由，對抗債權人行使請求權之權利（擔保法第 20 條第 2 項）。一般保證及連帶責任保證之保證人享有債務人抗辯權。債務人放棄對債務之抗辯權，保證人仍有權抗辯（擔保法第 20 條第 1 項）。

1、保證人之損害賠償責任：保證合同中約定保證人代為履行非金錢債務，如保證人無法實際代為履行，對債權人造成之損失，保證人應承擔賠償責任（司法解釋第 13 條）。

2、代償能力：（1）無代償能力之不適格性：不具有完全代償能力之法人、其他組織或自然人，以保證人身份訂立保證合同後，又以自己無代償能力要求免除保證責任，人民法院不予支持（司法解釋第 13 條）；（2）擔保法第 7 條組織範圍：具有代為清償債務能力之法人、其他組織或公民，可作保證人（擔保法第 7 條）。前述所謂之其他組織包括：（1）依法登記領取營業執照之獨資企業、合夥企業；（2）依法登記領取營業執照之聯營企業；（3）依法登記領取營業執照之中外合作經營企業；（4）經民政部門核准登記之社會團體；（5）經核准登記領取營業執照之鄉鎮、街道、村辦企業（司法解釋第 14 條）。

3、保證合同成立：第三人單方以書面形式向債權人出具擔保書，債權人接受且未提出異議，保證合同成立（司法解釋第 22 條第 1 項）。主合同中雖無保證條款，但保證人在主合同以保證人之身份簽字或蓋章，保證合同成立（司法解釋第 22 條第 2 項）。

4、保證合同之效力：（1）保證合同有效：從事經營活動的事業單位、社會團為保證人，如無其他導致保證合同無效之情況，其所簽定之保證合同應認定為有效（司法解釋第 16 條）；（2）保證合同無效：企業法人之分支機構未經法人書面授權提供保證，保證合同無效。因此造成債權人損失，應依據《擔保

項。保證合同中除了可以對被保證的主債權種類、數額，債務人履行債務的期限以及保證的方式、範圍、期間等內容作出規定外，保證人和債權人還可以就雙方認為需要的其他事項作出規定，例如，對雙方的利和義務以及發生糾紛時解決問題的方式等內容作出規定。保證合同沒有完全具備法律規定內容的，不影響保證合同的效力。保證人和債權人在保證合同訂立後，可以根據具體情況協定增加有關內容，對訂立保證合同時沒有規定的內容加以補充。保證合同沒有完全具備法律規定的內容，事後又沒有作出補充的，當事人應當按照擔保法中對沒有約定情況的有關規定辦理。」

法》第 5 條第 2 款規定處理（司法解釋第 17 條第 1 項）。企業法人之職能部門提供保證，保證合同無效。債權人知道或應知道保證人為企業法人之職能部門，造成損失由債權人自行承擔（司法解釋第 18 條第 1 項）。債權人不知保證人為企業法人之職能部門，造成損失可參照《擔保法》第 5 條第 2 款及第 29 條規定處理（司法解釋第 18 條第 2 項）；（3）承擔保證責任：企業法人之分支機構經法人書面授權提供保證，如法人書面授權範圍不明，法人之分支機構應對保證合同約定之全部債務承擔保證責任（司法解釋第 17 條第 2 項）。又最高額保證合同之不特定債權確定後，保證人應對在最高債權額限度內就一定期間連續發生之債權承擔保證責任（司法解釋第 23 條）。如保證期間債權人依法將主債權轉讓給第三人，保證債權同時轉讓，保證人在原保證擔保之範圍內對受讓人承擔保證責任。但保證人與債權人事先約定僅對特定之債權人承擔保證責任或禁止債權轉讓，保證人將不再承擔保證責任（司法解釋第 28 條）；（4）承擔民事責任：企業法人之分支機構經營管理之財產不足以承擔保證責任時，由企業法人承擔民事責任（司法解釋第 17 條第 3 項）；（5）承擔賠償責任：企業法人之分支機構提供之保證無效後，應承擔賠償責任，並由分支機構經營管理之財產承擔。企業法人有過錯，依據《擔保法》第 29 條規定處理（司法解釋第 17 條第 4 項）；（6）連帶共同保證：A、認定：兩個以上保證人對同一債務同時或分別提供保證時，各保證人與債權人未約定保證份額，應認定為連帶共同保證（司法解釋第 19 條第 1 項）。應注意者，連帶共同保證之保證人以其相互之間約定各自承擔之份額對抗債權人，人民法院不予支持（司法解釋第 19 條第 2 項）；B、承擔全部保證責任：連帶共同保證之債務人在主合同規定之債務履行期屆滿未履行債務，債權人可要求債務人履行債務，亦可要求任何一個保證人承擔全部保證責任（司法解釋第 20 條第 1 項）；C、比例或平均分擔：連帶共同保證人承擔保證責任後，向債務人不能追償部分，由各連帶保證人按其內部約定之比例分擔。未約定者，平均分擔（司法解釋第 20 條第 2 項）；D、追償權：按份共同保證之保證人按照保證合同約定之保證份額承擔保證責任後，在其履行保證責任之範圍內

對債務人行使追償權（司法解釋第 21 條）；E、承擔連帶保證責任：保證人對債務人之註冊資金提供保證，債務人之實際投資與註冊資金不符，或抽逃轉移註冊資金，保證人在註冊資金不足或抽逃轉移註冊資金之範圍內承擔連帶保證責任（司法解釋第 27 條）；（7）免除保證責任：一般保證之保證人在主債權履行期間屆滿後，向債權人提供債務人可供執行財產之真實情況，債權人放棄或怠於行使權利致使該財產不能被執行，保證人可請求人民法院在其提供可供執行財產之實際價值範圍內免除保證責任（司法解釋第 24 條）。

再者，（8）其他效力規定：A、不中斷、中止或延長：保證期間不因任何事由發生中斷、中止、延長之法律後果（司法解釋第 31 條）；B、保證期間之認定：保證合同約定之保證期間早於或等於主債務履行期限，視為未約定，保證期間為主債務履行期屆滿之日起六個月（司法解釋第 32 條第 1 項）。保證合同約定保證人承擔保證責任直至主債務本息還清時為止等內容，視為約定不明，保證期間為主債務履行期屆滿之日起兩年（司法解釋第 32 條第 2 項）。主合同對主債務履行期限未約定或約定不明，保證期間自債權人要求債務人履行義務之寬限期屆滿之日起計算（司法解釋第 33 條）。一般保證之債權人在保證期間屆滿前對債務人提起訴訟或申請仲裁，從判決或仲裁裁決生效之日起，開始計算保證合同之訴訟時效（司法解釋第 34 條第 1 項）。連帶責任保證之債權人在保證期間屆滿前要求保證人承擔保證責任，從債權人要求保證人承擔保證責任之日起，開始計算保證合同之訴訟時效（司法解釋第 34 條第 2 項）。最高額保證合同對保證期間未約定或約定不明，如最高額保證合同約定有保證人清償債務期限，保證期間為清償期限屆滿之日起六個月內。未約定債務清償期限，保證期間自最高額保證終止之日或自債權人收到保證人終止保證合同之書面通知到達日起六個月（司法解釋第 37 條）。（9）時效：A、訴訟時效：保證人對已超過訴訟時效期間之債務承擔保證責任或提供保證，又以超過訴訟時效為由抗辯，人民法院不予支持（司法解釋第 35 條）。一般保證中，主債務訴訟時效中斷，保證債務訴訟時效中斷；連帶責任保證中，主債務訴訟時效中斷，保證債務訴訟時效不中斷（司法解釋第 36 條

第 1 項)。一般保證及連帶責任保證中，主債務訴訟時效中止，保證債務之訴訟時效同時中止（司法解釋第 36 條第 2 項）；(10) 物保與人保之處理：同一債權既有保證又有第三人提供物之擔保，債權人可請求保證人或物之擔保人承擔擔保責任。當事人如對保證擔保之範圍或物之擔保之範圍未約定或約定不明，承擔擔保責任之擔保人，可向債務人追償，亦可要求其他擔保人清償其應分擔之份額（司法解釋第 38 條第 1 項）。同一債權既有保證又有物之擔保，物之擔保合同被確認無效或被撤銷，或擔保物因不可抗力之原因滅失而無代位物，保證人仍應按合同之約定或法律規定承擔保證責任（司法解釋第 38 條第 2 項）。債權人在主合同履行期屆滿後怠於行使擔保物權，使擔保物之價值減少或毀損、滅失，視為債權人放棄部分或全部物之擔保。保證人在債權人放棄權利之範圍內減輕或免除保證責任（司法解釋第 38 條第 3 項）；(11) 不法行為之效力：如有下列情形之一保證人不承擔民事責任：A、主合同當事人雙方串通，騙取保證人提供保證；B、主合同債權人採取欺詐或脅迫等惡意手段，使得保證人在違背真實意思之情況下，提供保證（擔保法第 30 條）¹⁷。主合同債務人採取欺詐、脅迫等手段，使保證人在違背真實意思之情況下提供保證，債權人知道或應知道欺詐、脅迫之事實時，依據《擔保法》第 30 條規定處理（司法解釋第 40 條）¹⁸；(12) 追償權：保證人自行

¹⁷ 《擔保法》第 30 條規定：「有下列情形之一的，保證人不承擔民事責任：(一)主合同當事人雙方串通，騙取保證人提供保證的；(二)主合同債權人採取欺詐、脅迫等手段，使保證人在違背真實意思的情況下提供保證的。」

¹⁸ 《擔保法》釋義指出，「本條是關於保證合同無效，保證人不承擔民事責任的情形的規定。本法第五條規定，擔保合同被確認無效後，債務人、擔保人、債權人有過錯的，應當根據其過錯各自承擔相應的民事責任。本條所規定的兩種情形中，保證合同都無效，但是保證人沒有過錯，從而不承擔民事責任。(一)主合同當事人雙方串通，騙取保證人提供保證的。這裡的串通，就是互相勾結，共同作弊，為牟取私利而實施損害他人利益的民事行為。例如，主合同債權人與債務人不以履行合約為目的，債務人也明明不能履行債務，而相互串通，騙取第三人的信任，為債務人向債權人提供保證。到債務履行期滿債務人不履行債務時，要求保證人承擔保證責任，然後雙方分取該不法利益。(二)主合同債權人採取欺詐、脅迫等手段，使保證人在違背真實意思的情況下提供保證的。這裡所謂欺詐，就是故意隱瞞真實情況，編造假情況，用以欺騙對方，使對方信以為真，違反真實意思，實施不利於自己的民事行為。所謂脅迫，指威脅強迫，就是故意向對方以某種將要遭受的危害進行威脅，使其產生恐懼心理，從而被迫接受條件，實施民事行為。這裡，危害是違法的，能夠實現的，同時可是肉體上，也可是精神上財產上。不僅如此，有的還利用暴力或者職權，強迫對方違反真實意思，而實施不利於己的民事行為。除欺詐、脅迫的手段外，債權人採取的其他使保證人違背真實意思提供保證的違法行為，也可產生同樣的法律效果。例如乘人之危的行為，即利用別人危難，違反社會公德，趁火打劫，提出損害對方利益的苛刻條件，迫使對方接受。上述債權人的這些

履行保證責任時，其實際清償額大於主債權範圍，保證人僅能在主債權範圍內對債務人行使追償權（司法解釋第 43 條）。

（三）抵押

1、《擔保法》之基本架構

《擔保法》第三章所為之抵押規定，分別為第一節「抵押和抵押物」（第 33 條至第 37 條）；第二節「抵押合同和抵押物登記」（第 38 條至第 45 條）；第三節「抵押的效力」（第 46 條至第 52 條）；第四節「抵押權的實現」（第 53 條至第 58 條）；第五節「最高額抵押」（第 59 條至第 62 條）。

（1）抵押和抵押物

A、抵押之定義

《擔保法》第 33 條規定：「本法所稱抵押，是指債務人或者第三人不轉移對本法第三十四條所列財產的占有，將該財產作為債權的擔保。債務人不履行債務時，債權人有權依照本法規定以該財產折價或者以拍賣、變賣該財產的價款優先受償（第 1 項）。前款規定的債務人或者第三人為抵押人，債權人為抵押權人，提供擔保的財產為抵押物（第 2 項）。」《擔保法》釋義指出，抵押是指債務人或第三人不轉移對某一特定財產之占有，而將該財產作為債權之擔保，債務人不履行債務時，債權人有權依照法律規定以該財產折價或，以拍賣、變賣該財產之價款優先受償。抵押具有廣義及狹義兩種含義，其中廣義抵押之抵押標的物既可是不動產亦可是動產，而狹義抵押之抵押標的物僅指不動產。中國大陸擔保法所規定之抵押屬於廣義抵押，因抵押法律關係所產生之權利稱為抵押權，其具有以下特徵。

行為，都是違當事人在民事活動中地位平等、自願和尊重社會公德原則的違法行為。其中情節嚴重，構成犯罪的，還應當依法追究刑事責任。保證人與債權人所訂立的保證合同。如果具有以上兩種情形之一，那麼，作為一方當事人的保證人的意思表示就是不真實的，這種保證合同也就當然無效。但保證人意思表示不真實的原因是主合同當事人雙方的串通，以及債權人的欺詐、脅迫等手段，而非保證人的過錯。因此，保證人對這種無效的保證合同，不承擔民事責任。」

- (A) 抵押權是擔保物權：抵押權以抵押物作為債權之擔保，抵押權人對抵押物具有控制、支配之權利。前述所謂控制權係表現在抵押權設定後，抵押人未經抵押權人同意，不得處分抵押物，而所謂支配權則是表現在抵押權人在抵押物擔保之債權已屆清償期而未受清償時，有權依照法律規定，以抵押物折價或以拍賣、變賣抵押物之價款優先受償。
- (B) 抵押權是債務人或第三人就其特定財產所設定之物權：抵押權必須是債務人或第三人以自己所有或依法有權處分之財產設定，對自己無所有權或無處分權之財產不得設定抵押。作為抵押權客體之財產，抵押物可是不動產亦可是動產。不動產指不可移動或移動後即改變性質或降低價值之物，如房屋、土地、林木，而動產指可移動而不改變性質或不降低價值之物，如飛機、車輛、機器設備等。傳統民法學理論認為，作為抵押權客體之物為不動產，而動產僅作為質權之標的，但隨著經濟持續發展，作為擔保物權之部分動產，不轉移占有相較轉移占有更有利於經濟活動之進行。例如運輸車輛，如不轉移占有，在抵押擔保期間，不僅所有權人仍可利用車輛創造價值，且免去債權人對車輛之保管義務。
- (C) 抵押權是從屬於債權的擔保物權：抵押權是為擔保債權實現而設立之一種權利，其須以擔保債權存在為前提，如無債權不可能有抵押權，且抵押權失去債權亦無存在意義。由於抵押權不具有獨立存在之特性，依據擔保法第 50 條規定：「抵押權不得與債權分離而單獨轉讓或者作為其他債權的擔保。」所謂抵押權不得與債權分離而單獨轉讓，係指抵押權人不得將抵押權單獨讓與他人而自己保留債權。例如甲向乙借款 10 萬元，以價值 20 萬元房屋抵押擔保債務之履行，乙不得僅將價值 20 萬元房屋抵押權轉讓予丙而不轉讓債權，無債權，丙所取得之抵押權是無價值。所謂抵押權不得作為其他債權之擔保，係指抵押權人不得以自己之抵押權作為他人之債權擔保¹⁹。

¹⁹ 例如甲向乙借款 50 萬元人民幣，以價值 70 萬元人民幣的廠房抵押擔保債務履行，乙不能在該廠房上設定的抵押權作為自己向丙借款的擔保。因為抵押權是為特定的債權設立的。如

(D) 抵押權是不轉移標的物占有的物權：抵押權設定後，抵押人不必將抵押物轉移於抵押權人，抵押人仍享有對抵押物的占有、使用和收益的權利²⁰。

(E) 抵押權人有權就抵押物賣得價金優先受償：優先受償，指當債務人有多個債權人，其財產不足清償全部債權時，有抵押權的債權人，可以優先於其他債權人而受到清償，需要指出的是，抵押權人的優先受償權只有在債務清償期屆滿，債務人不履行債務時才享有，清償期未滿，抵押權人無權拍賣、變賣抵押物優先受償。本條第二款所稱的抵押人和抵押權人是指：抵押人指為擔保債的履行而提供抵押物的債務人或者第三人。抵押權人指接受抵押擔保的債權人²¹。

B、抵押標之範圍

《擔保法》第 34 條規定：「下列財產可以抵押：（一）抵押人所有的房屋和其他地上定著物；（二）抵押人所有的機器、交通運輸工具和其他財產；（三）抵押人依法有權處分的國有的土地使用權、房屋和其他地上定著物；（四）抵押人依法有權處分的國有的機器、交通運輸工具和其他財產；（五）抵押人依法承包並經發包方同意抵押的荒山、荒溝、荒丘、荒灘等荒地的土地使用權；（六）依法可以抵押的其他財產（第 1 項）。抵押人可以將前款所列財產一併抵押（第 2 項）。」

(A) 抵押人所有之房屋及其他地上定著物：抵押人所有房屋指抵押人依法享有所有權之房屋，包括 a、私有房產：如城市居民個人建造之房屋，自然人或法人購買之住宅、別墅及其他商品房，以及外國人在中國大陸境內之個

果將其作為其他債權的擔保，就會使原本債權失去履行保障，違背了設定抵押權的目的。中國大陸擔保法還規定：“抵押權與其擔保的債權同時存在，債權消滅的，抵押權也消滅。”也就是說，不論主債權是因受清償而終止，還是因其他原因而被解除，抵押權均隨主債權的消滅而消滅。因為主債權消滅使抵押權失去了擔保物件，抵押權也沒有必要存在下去了。

²⁰ 例如債務人甲以自己所有房屋作為擔保物抵押給乙，在抵押期間，甲仍可在該房屋居住；或者將該房屋出租給他人使用，並收取租金。

²¹ 例如甲向乙借款 200 萬元人民幣，為保證按時償還借款。以自己的房屋抵押給乙。在這個法律關係中，甲既是債務人又是抵押人；乙既是債權人又是抵押權人；有時提供抵押物的人並非債務人，而是主合同之外的第三人，該第三人就是抵押人。如甲向乙借款，丙將自己某一特定物抵押給乙，作為甲向乙履行債務擔保。該種情況丙為抵押人，乙為抵押權人。

人所有、數人共有之住宅及非住宅用房等；b、集體所有房產：如鄉鎮企業之廠房；c、企事業單位投資建購之房屋：如企事業單位自建及購買之工商業用房、職工住房等。《房地產管理法》規定依法取得之房屋所有權可設定抵押權。抵押人所有之其他地上定著物指抵押人依法享有所有權之附著土地上除房屋以外之不動產，包括 a、抵押人所有之林木：如房前屋後屬於公民個人所有之樹木、公民個人在自留山、自留地及荒山、荒地或荒坡上種植之林木，集體所有之用材林、經濟林、防護林等；b、抵押人所有之地上構築物：如集體所有之磚瓦窯、石灰窯，企業之天車、工藝流程生產線，單位所有之煙囪、水塔、游泳池、雕像等。

(B) 抵押人所有之機器、交通運輸工具及其他財產：抵押人所有之機器指抵押人依法享有所有權之各種機器設備，如工業企業之各種機床，電腦、化學實驗設備、儀器儀錶設備、通訊設備，或海港、碼頭、車站之裝卸機械，以及農村集體經濟組織所有之拖拉機、收割機、脫粒機等農用機械等。抵押人所有之交通運輸工具係指抵押人依法享有所有權，並用於交通運輸之飛機、船舶、火車、各種機動車輛等，而抵押人所有之其他財產則指抵押人所有，設定擔保物權後不轉移財產占有之財產，如企業之製成品等不易搬運之財物等。

(C) 抵押人依法有權處分之國有土地使用權、房屋及其他地上定著物：《中華人民共和國憲法》第 10 條第 1 項規定：「市的土地屬於國家所有。」該規定表明中國大陸城市土地之所有者為國家，其他任何組織或個人對其所占用之城市土地無所有權，僅有使用權利。國有土地使用權係權利主體在法律允許之範圍內，對依法由其使用之土地及國有森林、山嶺、草原、荒地或水面等之占有、使用及收益權利。土地使用權為受限制之物權，中國大陸於 1982 年以前之憲法規定：任何組織或個人不得侵占、買賣或以其他形式非法轉讓土地。但隨中國大陸改革開放事業之進行，為開發土地資源並合理利用土地，憲法修正案於 1988 年修正增訂第 10 條第 3 項：「土地的使用權可以依照法律的規定轉讓。」

目前中國大陸之非土地所有者取得國有土地使用權之方式，一是無償劃撥取得，即國家將國有土地依法確定給全民所有制單位、集體所有制單位或個人使用。二是出讓取得，即國家將國有土地使用權在一定年限內出讓給土地使用者，由土地使用者向國家支付土地使用權出讓金。其中出讓國有土地使用權之方式，包括（1）協議：即出讓方及受讓方就土地使用權之價款、使用用途、使用期限等協商一致後轉讓土地；（2）招標：即在指定之期限內，由符合指定條件之單位或個人以書面形式，土地招標小組擇優而取；（3）拍賣：即在特定之時間、公開場合，在政府土地使用權拍賣人之主持下，競標者手持統一編號之應價牌應價，競標在一定年限內之土地使用權，價高者得之活動。三是有償轉讓取得，即土地使用者將以出讓方式獲得之國有土地使用權，依法辦理手續後轉讓給他人使用。土地使用權可否抵押，取決於土地使用者對其依法享有之土地使用權有無處分之權利。土地使用權之處分權係指依法轉讓或抵押土地使用權之權利。

目前中國大陸部分法律規定可處分國有土地使用權之情況，如《房地產管理法》第 48 條第 2 項規定：「以出讓方式取得的土地使用權，可以設定抵押權。」國有房屋指產權屬於全民所有之房屋，包括國家確定給國家機關、社會團體及全民所有制企事業單位、軍隊使用之全民所有房屋。一般而言，國有房屋之使用單位對其占用之房屋無處分權利，但按法律規定使用單位有權處分之房屋可用於抵押擔保，例如民法通則規定全民所有制企業法人以國家授予其經營管理之財產承擔民事責任。全民所有制企業對其房屋即具有依照法律規定處分之權利，可以用作抵押擔保。再者，國有其他地上定著物指所有權屬於國家之除土地、房屋外之不動產，包括國有林木、橋樑、隧道、紀念碑、水塔等建築物。抵押人可否以其抵押，取決於抵押人對不動產有無處分之權利，唯有法律規定對某項地上定著物可處分方能對其設定抵押權。

（D）抵押人依法有權處分之國有機器、交通運輸工具及其他財產：國有機器、交通運輸工具及其他財產可否抵押，取決於法律是否授予財產使用人處分

該財產之權利。依據《中華人民共和國全民所有制工業企業法》規定：「企業的財產屬於全民所有，國家依照所有權和經營權分離的原則授予企業經營管理。企業對國家授予其經營管理的財產享有占有、使用和依法處分的權利。」如按該規定，全民所有制工業企業對依法由其經營管理之國有機噐、交通運輸工具及其他財產，可設定抵押權。

(E) 抵押人依法承包並經發包方同意抵押之荒山、荒溝、荒丘、荒灘等荒地土地使用權：依據《中華人民共和國憲法》第 9 條規定：「農村和城市郊區的土地，除由法律規定屬於國家所有的以外，屬於集體所有。」《中華人民共和國農業法》²²第 11 條規定：「國家鼓勵個人或者集體對荒山、荒地、荒灘進行承包開發、治理，並保護承包人的合法權益。」為鼓勵承包開發荒地，解決承包開發荒地之資金短缺，《擔保法》允許在經發包方同意之前提下，以荒地之土地使用權抵押。應注意者，除前述所列舉可抵押之財產外，擔保法以外之其他法律規定可抵押之財產，亦可設定抵押權。權利主體可以一項財產設定抵押權，亦可將動產、不動產及其他權利作為一個整體實現擔保。例如企業可將廠房、機器設備、庫存產成品、智慧財產權等財產作為總資產向銀行抵押貸款，但企業將財產一併抵押時，各項財產之數量、品質、狀況及價值都應須明確。

C、抵押物與其擔保之債權關係

《擔保法》第 35 條規定：「抵押人所擔保的債權不得超出其抵押物的價值(第 1 項)。財產抵押後，該財產的價值大於所擔保債權的餘額部分，可再次抵押，但不得超出其餘額部分(第 2 項)。」《擔保法》釋義指出，抵押人所擔保之債權不得超出其抵押物價值係指在設定抵押權時，抵押物所擔保之債權不能高於抵押物本身價值；實現抵押權時，抵押物之價值低於所擔保債權，超出部分之債權僅得作為一般債權，不具有優先受償之效力。例如甲企業的廠房價值 200 萬元人民幣，不得以該廠房向銀行抵押貸款 200 萬元人民幣以上。然現實中抵押物之價值

²² 2012 年 12 月 28 日中華人民共和國主席令第 74 號。

並非一成不變，多數情況下將隨時間、市場及抵押物自身使用等情況之變化而有所增減，亦即可能在設定抵押權時，抵押物價值並不低於其所擔保債權，但實現抵押權時，抵押物擔保債權超過抵押物之價值。例如某企業之房地產在設定抵押權時估價 1,000 萬元人民幣，以該房地產向銀行貸款 800 萬元人民幣，但實現抵押權時，房地產僅拍賣 750 萬元人民幣，拍賣所得之 750 萬元人民幣可優先償還銀行貸款，其餘 50 萬元人民幣僅得與其他一般債權處於同一償還順序。

由於作為抵押物之財產多為不動產，具有較高之財產價值，一般而言該抵押物價值高於其所擔保之債權。例如抵押物價值 100 萬元人民幣，可抵押人僅向債權人借款 10 萬元人民幣，為良好發揮抵押物之擔保效益，中國大陸擔保法允許得在抵押物上重複抵押，惟各次抵押所擔保債權累計不得超出抵押物之價值。換言之，抵押物價值 200 萬元人民幣，抵押人可將該物分次向銀行抵押貸款，例如第一次貸款 70 萬元人民幣，第二次貸款 60 萬元人民幣，第三次貸款 50 萬元人民幣。重複抵押不僅可以同一抵押物向同一債權人進行多次抵押，亦可以同一抵押物向不同債權人分別抵押，例如以價值 100 萬元人民幣之房屋分別向甲抵押貸款 10 萬元人民幣，乙抵押貸款 40 萬元人民幣，丙抵押貸款 30 萬元人民幣。實務上，以一物多次或向多人抵押後，當抵押人償還一部分債權，增加抵押物之餘額部分亦可作為債權擔保，例如甲房屋價值 100 萬元人民幣，其以該物抵押分別向乙借款 50 萬元人民幣，丙借款 30 萬元人民幣，丁借款 20 萬元人民幣，隨後甲按照合同規定償還乙之借款，甲可再以其房屋向他人抵押擔保不超過 50 萬元人民幣之債權。惟應注意者，抵押物之價值經常變化，在重複抵押時應對抵押物重新估價，盡可能確定抵押物之價值餘額，以確保抵押權人之權益。

D、設定抵押後與房地產關係（地隨房走或者房隨地走）

《擔保法》第 36 條規定：「以依法取得的國有土地上的房屋抵押的，該房屋占用範圍內的國有土地使用權同時抵押（第 1 項）。以出讓方式取得的國有土地使用權抵押的，應當將抵押時該國有土地上的房屋同時抵押（第 2 項）。但鄉（鎮）、村企業的土地使用權不得單獨抵押。以鄉（鎮）、村企業的廠房等建築物

抵押的，其占用範圍內的土地使用權同時抵押（第3項）。」按《擔保法》釋義指出，由於房屋具有依附土地存在之特性，房屋所有權或使用權依法轉讓後，必然產生土地所有權或使用權是否一併轉讓之問題。中國大陸之土地所有權屬於國家或農村集體經濟組織所有，用地單位對土地僅具有使用權，且須為因自己所有或使用之房屋方得利用該土地，如對土地未有使用權利，表示無權在該地上建造房屋或使用房屋。因此，中國大陸在處理房地產關係時，遵循之重要原則為「地隨房走或者房隨地走」。

前述所謂「地隨房走」亦即轉讓房屋之所有權或使用權時，土地使用權同時轉讓，而「房隨地走」則是轉讓土地使用權時，該土地上之房屋一併轉讓。根據上述原則，《擔保法》第36條規定：「以依法取得的國有土地上的房屋抵押，該房屋占用範圍內的國有土地上的使用權同時抵押。以出讓方式取得的國有土地使用權抵押的，應當將抵押時該國有土地上的房屋同時抵押。」換言之，在設定抵押權時，房屋所有權及土地使用權應同時抵押，以保證實現抵押權時房屋及土地使用權同時轉讓²³。應注意者，前述房屋之抵押係限於國有土地上之房屋抵押及鄉（鎮）、村企業之廠房等建築物，但為從嚴控制農村集體所有之土地轉讓，依據《擔保法》第36條第3項規定：「鄉（鎮）、村企業的土地使用權不得單獨抵押。以鄉（鎮）、村企業之廠房等建築物抵押的，其占用範圍內的土地使用權同時抵押。」又土地使用權抵押僅限於以出讓方式取得之國有土地使用權抵押。所謂之「出讓方式」包括直接從國家手中有償取得國有土地使用權，或依法轉讓方式取得國有土地使用權，而所謂轉讓方式即出讓取得人以外之其他人，從出讓人手中依法取得國有土地使用權。

E、禁止抵押之標的

查《擔保法》第37條規定：「下列財產不得抵押：（一）土地所有權；（二）耕地、宅基地、自留地、自留山等集體所有的土地使用權，但本法第三十四條第

²³ 例如某甲將自己購買的商品房抵押給某乙，與此同時，其房屋占用範圍內的土地使用權也應一併抵押。又例如某法人單位元元以出讓方式取得了對某片國有土地的使用權，在國有土地的使用年限內，他欲將該土地抵押，在設定抵押權時，該土地上的房屋也應一併抵押。

(五) 項、第三十六條第三款規定的除外；(三) 學校、幼兒園、醫院等以公益為目的的事業單位、社會團體的教育設施、醫療衛生設施和其他社會公益設施；(四) 所有權、使用權不明或者有爭議的財產；(五) 依法被查封、扣押、監管的財產；(六) 依法不得抵押的其他財產。」又《擔保法》釋義對不得抵押之財產作出解釋如下。

(A) 土地所有權：包括國有土地之所有權、集體所有土地之所有權。目前中國大陸法律尚未規定對國有土地所有權可處分，而集體所有土地之所有權僅得依法徵用，徵用後之土地成為國家所有。

(B) 除擔保法規定可抵押之荒山、荒溝、荒丘、荒灘等荒地之使用權，以及與鄉（鎮）、村企業廠房同時抵押土地使用權外之耕地、宅基地、自留地及自留山等集體所有之土地使用權：中國大陸為農業大國，且農業是國民經濟之基礎，由於國家發展建設徵用耕地及部分單位違法亂占耕地，使得中國大陸之耕地數量逐年減少。為保護耕地，保障農業持續、穩定、協調發展，擔保法禁止以耕地抵押。宅基地為農民生活之必需品及賴以生存之所在，由於《中華人民共和國土地管理法》規定：「農村居民出賣、出租住房後再申請宅基地的不予批准。」如允許對宅基地設定抵押權，一旦實現抵押權，將會出現農民無住所之嚴重情況，產生社會不安定因素，故禁止以宅基地占用範圍內之土地使用權抵押。又自留地、自留山亦是農民生活保障並帶有社會保障性質，從保護廣大農民根本利益出發，擔保法禁止以自留地、自留山之使用權抵押。

(C) 學校、幼兒園、醫院等公益事業單位、社會團體之教育設施、醫療衛生設施及其他社會公益設施：學校、幼兒園是為社會公共利益而所設立之公益事業，如允許以學校之教育設施抵押，一旦實現抵押權，不僅辦學目的難以達到，嚴重時可能造成學生失學，且影響社會安定。擔保法禁止以教育設施抵押。醫院是為保證公眾健康而設立，如允許以醫療設施抵押，一旦實現抵押權，將不利於保障人民健康，擔保法禁止以醫療設施抵押。應注

意者，禁止抵押之財產僅限於教育設施及醫療衛生設施，如教學大樓、實驗室、教學用電腦、實驗設備，醫院門診大樓、住院部、X 光機、CT 機及化驗儀器等。如為學校、幼兒園、醫院之非教育設施或非醫療設施，包括學校商店、醫院銷售門市部等可抵押。此外，其他以公益為目的之事業單位、社會團體亦不得以社會公益設施抵押，例如公共圖書館、科學技術館、博物館、國家美術館、養老院、殘廢人福利基金會等，不得以其設施辦理抵押。

(D) 所有權、使用權不明或者有爭議之財產：財產所有權是權利主體依法對自己財產占有、使用、收益及處分之權利，而財產使用權則是依法對財產使用及收益之權利。如一項財產所有權屬或使用權屬不明確，甚至是具有爭議時，不僅會侵犯財產所有權人或使用權人之合法權利，且將會引起矛盾及爭議，使得法律關係更加紊亂。因此所有權、使用權不明或具有爭議之財產不得抵押。

(E) 依法被查封、扣押、監管之財產及依法查封、扣押財產：依法監管財產係指依照海關規定監督、管理進出口貨物，過境、轉運、通運貨物，以及暫時進出口貨物、保稅貨物及其他尚未辦結海關手續之進出境貨物；對違反海關法及其他有關法律規定之進出境貨物、物品予以扣留。再者，依法被查封、扣押、監管之財產因處於被強制狀態，在被強制期間，任何人不得占有、使用、處分該財產，擔保法禁止以依法被查封、扣押、監管之財產抵押。此外，《中華人民共和國礦產資源法》第 6 條規定：「除按下列規定可以轉讓外，探礦權、採礦權不得轉讓：（一）探礦權人有權在劃定的勘查作業區內進行規定的勘查作業，有權優先取得勘查作業區內礦產資源的採礦權。探礦權人在完成規定的最低勘查投入後，經依法批准，可以將探礦權轉讓他人。（二）已取得採礦權的礦山企業，因企業合併、分立，與他人合資、合作經營，或者因企業資產出售以及有其他變更企業資產產權的情形而需要變更採礦權主體的，經依法批准可以將採礦權轉讓他人採礦（第 1 項）。前款規定的具體辦法和實施步驟由國務院規定（第 2 項）。禁

止將探礦權、採礦權倒賣牟利（第 3 項）。」換言之，在設定抵押權時除依據擔保法外，仍應查看其他法律有無禁止抵押之規定。

（2）抵押合同及抵押物登記

A、要式行為

《擔保法》第 38 條規定：「抵押人和抵押權人應當以書面形式訂立抵押合同。」《擔保法》釋義指出，設定抵押為抵押人與抵押權人間之法律行為，該行為不僅要求當事人雙方意思表示一致，且須透過一定法律形式表現出來，所謂法律形式即合同。合同可分為口頭及書面，口頭合同一般適用於數額不大或即時結清之民事法律行為，對重大、容易發生糾紛或需經一段時間方能終結之民事法律行為，則應採用較嚴格之書面形式。由於抵押涉及之財產數額較大，法律關係較為複雜，且在一段時間內為債權擔保，因此中國大陸擔保法規定設定擔保權應以書面形式訂立抵押合同。書面合同形式包括：（A）一般書面形式：即行為人採用文字形式表達自己之意見，且在簽名、蓋章後即發生法律效力，不需履行其他法律形式；（B）特殊書面形式：即行為人除用文字形式表達自己之意思外，尚需履行公證、鑒證、審核或登記之法律手續。事實上，《擔保法》所規定之抵押合同，多屬特殊書面合同，亦即合同需經抵押物登記方發生法律效力，僅極少數財產允許採用一般書面合同形式，如對生活用品之抵押。

B、抵押合同應記載事項

《擔保法》第 39 條規定：「抵押合同應當包括以下內容：（一）被擔保的主債權種類、數額；（二）債務人履行債務的期限；（三）抵押物的名稱、數量、品質、狀況、所在地、所有權權屬或者使用權權屬；（四）抵押擔保的範圍；（五）當事人認為需要約定的其他事項。抵押合同不完全具備前款規定內容的，可以補正。」

（A）被擔保之主債權種類、數額：此所稱主債權之種類，主要係主債權為財物之債或勞務之債，其中財物之債係指以給付一定財物為內容之債，所謂財

物可是特定物，亦可是金錢或其他替代物，如鋼材、大米等；又或是無形財產，如對專利權、商標權等智慧財產權之許可使用。而勞務之債係指債務人提供一定勞務為義務內容之債。所謂勞務可有一定之物化結果，如承攬人提供之勞務；亦可無一定之物化結果，如承運人提之勞務。此外，所謂主債權之數額係指主債權財物之數量、金額，或對勞動者支付之工資及勞務費。

(B) 債務人履行債務之期限：所謂債務履行期限係指債務人履行債務之最終日期，如超過債務履行期限債務人未履行債務，將會產生以抵押物折價或拍賣、變賣抵押物償還債權之法律後果²⁴。

(C) 擔保之範圍：抵押物擔保之範圍包括主債權及利息、違約金、損害賠償金及實現抵押權之費用。當事人可在合同中約定，除主債權外，抵押物之其他擔保，如當事人對擔保範圍有約定，抵押人以在合同約定之範圍內承擔擔保責任。由於抵押係屬雙方之法律行為，當事人間可能有其他需約定之事項，如抵押物之保險責任承擔人、抵押人如提前償還債權之提存方、發生糾紛後是否申請仲裁等。抵押合同應具備前述規定內容，此對確定抵押合同雙方當事人之權利義務，明確各方責任有其必要。惟實務上，由於部分當事人之疏忽或法律意識淡薄，並未訂立法律要求應在合同中訂立之條款，如認為合同缺少某一項條款即歸於無效，不一定有利於經濟活動之穩定進行，且事實上缺少法律形式要件之合同已履行。因此《擔保法》對合同法律形式之要求是指導性，而非強制性，如合同中缺少法律要求之某項內容，當事人可在訂立合同後補正。補正合同當事人雙方應協商一致，如法律未規定欠缺合同內容之應如何處理，當事人又無法達成協議，並對合同是否有效發生爭議，就應透過仲裁或訴訟解決。

C、訂立抵押合同之限制

²⁴ 例如債權人與債務人約定債務在2014年4月30日前履行，4月30日為債務履行的期限，過了4月30日的24點，債務人沒有履行債務的，債權人就有權實現抵押權。由於債務履行期限是擔保責任的起點，因此抵押合同對此應有明確規定。

《擔保法》第 40 條規定：「訂立抵押合同時，抵押權人和抵押人在合同中不得約定在債務履行期屆滿抵押權人未受清償時，抵押物的所有權轉移為債權人所有。」又《擔保法》釋義指出，在設定抵押權時，由於抵押人處於資金需求者之地位，部分抵押人出於急需，可能不惜以自己價值較高之抵押物為低價值之債權進行擔保，例如甲向乙借款 10 萬元人民幣，以自己價值 30 萬元人民幣之房屋抵押擔保。如允許抵押權人與抵押人在訂立抵押合同時，約定在債務履行期屆滿當抵押人未受清償時，抵押物之所有權轉移為債權人所有，造成部分抵押人為急迫之資金需要，作出不利於自己之選擇。此不僅不利保護抵押人之合法權益，亦與擔保法規定之平等、公平原則相悖。

D、抵押合同生效日

《擔保法》第 41 條規定：「當事人以本法第四十二條規定的財產抵押，應當辦理抵押物登記，抵押合同自登記之日起生效。」《擔保法》釋義指出，財產抵押係重要之民事法律行為，法律除要求設立抵押權要訂立書面抵押合同外，亦要求對特定財產抵押應辦理抵押物登記，如不經抵押物登記，抵押合同不發生法律效力。按擔保法規定須進行登記之抵押物，包括（A）土地使用權；（B）房屋或者鄉（鎮）、村企業之廠房等建築物；（C）林木；（D）航空器、船舶、車輛；（E）企業的設備及其他動產。

抵押物登記有利於保護債權人之合法權益、經濟活動之正常進行。因該行為可使債權人查看抵押物之權屬關係，以決定是否接受該物抵押擔保；同時抵押物登記亦使得實現抵押權之順序清楚，可防止糾紛之發生。但現實生活中，民眾除運用不動產、交通運輸工具及企業之動產抵押外，可能用生活用品或價值較低之財產抵押，如家用電器、傢俱、馬車、牲畜抵押等。由於價值低，當事人採用不轉移占有之抵押方式擔保債權實現，係基於雙方之信任，如對前述財產抵押亦要求進行抵押物登記，不僅對當事人造成不便，亦增加抵押人之費用。因此擔保法規定當事人以不動產及運輸工具、企業動產以外之財產抵押，可自願辦理抵押物登記，亦可不辦理抵押物登記，且抵押合同不以登記為生效條件，而是自簽訂之

日起生效。

應注意者，辦理抵押物登記與否之法律後果不同，未辦理抵押物登記，不得對抗第三人。所謂不得對抗第三人，包括合同簽訂後抵押人將抵押物轉移，對善意取得該物之第三人，抵押權人無權追償，僅得要求抵押人重新提供新擔保或要求債務人及時償還債務；二是抵押合同簽訂後，如抵押人以該抵押物再次設定抵押，而後位抵押權人進行抵押物登記，在實現抵押權時，後位抵押權人可優於前位未進行抵押物登記之抵押人受償。而自願辦理抵押物登記，抵押權具有對抗第三人之法律效力，亦即抵押物登記後，不論抵押物轉移，當債務履行期屆滿債務人未履行債務，抵押權人可就該抵押物實現抵押權，同時可先於未登記抵押權人受償之權利。

E、辦理登記之主管機關

《擔保法》第 42 條規定：辦理抵押物登記的部門如下：「（一）以無地上定著物的土地使用權抵押的，為核發土地使用權證書的土地管理部門；（二）以城市房地產或者鄉(鎮)、村企業的廠房等建築物抵押的，為縣級以上地方人民政府規定的部門；（三）以林木抵押，為縣級以上林木主管部門；（四）以航空器、船舶、車輛抵押的，為運輸工具的登記部門；（五）以企業的設備和其他動產抵押的，為財產所在地的工商管理部門。」《擔保法》釋義指出，辦理抵押物登記部門，包括（1）以無地上定著物之土地使用權抵押，為核發土地使用權證書之土地管理部門（土地管理法第 61 條第 1 項）；（2）以城市房地產或鄉（鎮）或村企業之廠房等建築物抵押，為縣級以上地方人民政府規定之部門（土地管理法第 61 條第 2 項及第 3 項），前述所稱之城市房地產，除國有土地上之房屋，亦包括房屋占用範圍內之國有土地使用權；（3）如以林木抵押，為縣級以上林木主管部門，依據《中華人民共和國森林法》規定全民所有及集體所有之森林、林木及林地，或個人所有之林木及使用之林地，由縣級以上地方人民政府之林業主管部門負責登記造冊並核發證書；（4）以航空器、船舶、車輛抵押，為運輸工具之登記部門。前述所稱運輸工具登記部門係指頒發駕駛證照之管理部門，如頒發航空

器證照之航空航天部門、頒發船舶駕駛證照之交通部門、頒發汽車駕駛證照之公安交通部門、頒發上路農用拖拉機證照之農業部門等；(5) 以企業之設備及其他動產抵押，為財產所在地之工商行政管理部門。由於工商行政管理機關為企業之登記管理機關，設定抵押權在財產所在地之工商行政管理部門登記，便於抵押權人清楚抵押人之財產狀況，亦有利工商部門對企業財產之管理；(6) 當事人自願辦理抵押物登記，登記部門為抵押人所在地之公證部門。應注意者，以企業之集合財產抵押，應按財產類別向不同登記部門登記，如以廠房、機器集合抵押，其中廠房應向縣級以上人民政府規定之房地產部門登記，而機器則應向財產所在地之工商行政管理部門登記。

F、自願辦理抵押登記

《擔保法》第 43 條規定：「當事人以其他財產抵押的，可以自願辦理抵押物登記，抵押合同自簽訂之日起生效（第 1 項）。當事人未辦理抵押物登記的，不得對抗第三人。當事人辦理抵押物登記的，登記部門為抵押人所在地的公證部門（第 2 項）。」《擔保法》釋義指出，第 42 條規定當事人以不動產、運輸工具或企業動產抵押，必須辦理抵押物登記，非經登記抵押法律關係不能成立。但在現實生活中，民眾還提供生活用品或價值較低之財產抵押，如家用電器、傢俱、馬車或牲畜等抵押，由於該類財產價值較低，當事人採用不轉移占有之抵押方式擔保債權實現係基於雙方信任，如對該抵押要求進行抵押物登記，不僅對當事人可能造成不便，亦會增加抵押人之費用，特別是中國大陸幅員遼闊，在相對較偏遠之地區辦理抵押物登記將更加困難。因此，當事人以不動產、運輸工具或企業動產以外之財產抵押，可自願辦理抵押物登記，亦可不辦理抵押物登記，且抵押合同不以登記為生效條件，而自簽訂之日起生效。

惟應注意者，辦理抵押物登記與否之法律後果不同，未辦理抵押物登記，不得對抗第三人。前述所謂不得對抗第三人，一是合同簽訂後，如抵押人將抵押物轉移，對善意取得該物之第三人，抵押權人無權追償，僅可要求抵押人重新提供新擔保或要求債務人及時償還債務；二是抵押合同簽訂後，如抵押人以該抵押物

設定抵押，而後位抵押權人進行抵押物登記，在實現抵押權時，後位抵押權人可優於前位未進行抵押物登記之抵押人受償。此外，自願辦理抵押物登記，抵押權具有對抗第三人之法律效力，亦即抵押物登記後不論抵押物轉移與否，當債務履行期屆滿債務人未履行債務時，抵押權人均可就該抵押物實現抵押權，且有先於未登記抵押權人受償之權利。是故，為確實保障債權之實現，抵押權人應進行抵押物登記。

G、登記程序事項

《擔保法》第 44 條規定：「辦理抵押物登記，應當向登記部門提供下列檔或其影本：（一）主合同和抵押合同；（二）抵押物的所有權或者使用權證書。」《擔保法》釋義指出，辦理抵押登記應提交之文件如下。

（A）主合同及抵押合同：主合同係指債權人與債務人之間就特定之權利義務簽訂合同，如企業向銀行貸款 1,000 萬元人民幣所簽立之借貸合同。抵押合同則是指抵押人與抵押權人簽訂擔保主債務履行之合同，如企業以自有廠房抵押，與銀行簽訂擔保按時償還銀行貸款之抵押擔保合同。主合同及擔保合同可同時簽訂，亦可分別簽訂，前者即在一個合同中同時包括主債務及押擔保之內容，惟不論簽訂方式為何，均須向登記部門提供書面形式之合同。

（B）抵押物之所有權或使用權證書：所有權或使用權證書為財產權屬證明，其具體表現形式，包括房屋產權證書、土地使用權證書、運輸工具所有權證書等。由於僅所有權人或使用權人有權處分財產，所以提交權利證書上載明之所有權人或使用權人須為抵押人。

H、查閱登記資料

《擔保法》第 45 條規定：「登記部門登記的資料，應當允許查閱、抄錄或者複印。」《擔保法》釋義指出，當財產經抵押後會產生一系列法律後果，如抵押權人對抵押物有物上追及權，或對後位抵押權人有優先受償權。為此，抵押權

設定後，當抵押人將抵押物轉移給他人時，受讓人需瞭解抵押物擔保之債權數額等情況，作為考量能否承擔物上追及法律後果之參考依據，從而決定是否接受該抵押物之所有權或使用權。事實上，後位抵押權人依需了解抵押物擔保之債權餘額是否足以擔保自身之債權，或自身處於抵押權之順位順序，從而決定是否接受該抵押擔保。如需瞭解抵押物之情況，最重要者應查閱登記部門。對此，《擔保法》規定：「登記部門登記的資料，應當允許查閱、抄錄或者複印。」亦即登記部門有義務提供全部與抵押登記有關之資料，並積極協助對該資料之利用。

(3) 抵押之效力

A、抵押擔保範圍

《擔保法》第 46 條規定：「抵押擔保的範圍包括主債權及利息、違約金、損害賠償金和實現抵押權的費用。抵押合同另有約定的，按照約定。」按照《擔保法》釋義指出，抵押權所擔保之債權範圍係抵押權效力之重要內容，依據《擔保法》規定抵押擔保之範圍如下。

- (A) 主債權：主債權亦稱原本債權，除是指抵押權所擔保之債權，亦是債權人與債務人之間因債之法律關係所發生之債權，如金錢債權、交付貨物債權及勞務提供債權。
- (B) 利息：利息指在借款合同中約定借用人支付出借人之報酬。利息可區分為法定及約定兩類，前者如銀行對某一種類貸款依法應收取之利息；後者如甲借錢給乙，雙方約定償還借款時加收 15% 利息。一般而言，金錢債權均附利息，對金錢債權擔保而言，利息係屬於擔保範圍。
- (C) 違約金：違約金係指合同一方在不履行或不適當履行合同時，為違約行為所支付負有懲罰性或賠償性之金錢，如債務履行期屆滿債務人未償還所借貸款時，為賠償債權人因而所受之損失，或為懲罰債務人之違約行為，要求債務人應支付主債權標的額 3% 之違約金。
- (D) 損害賠償金：損害賠償金係當債務人不履行債務或不適當履行債務，造成

債權人損害而支付之賠償費用，如合同約定甲應向乙交付鋼材，但甲交付之鋼材品質不符合合同要求，乙要求甲賠償。

(E) 實現抵押權之費用：實現抵押權費用係指抵押權人因行使抵押權而衍生之支出費用，如拍賣、變賣費、訴訟費等。

B、抵押物孳息

《擔保法》第 47 條規定：「債務履行期屆滿，債務人不履行債務致使抵押物被人民法院依法扣押的，自扣押之日起抵押權人有權收取由抵押物分離的天然孳息以及抵押人就抵押物可以收取的法定孳息。抵押權人未將扣押抵押物的事實通知應當清償法定孳息的義務人的，抵押權之效力不及於該孳息。前款孳息應當先充抵收取孳息的費用。」《擔保法》釋義指出，抵押物孳息係由抵押物而產生之收益，其區可分為天然孳息及法定孳息兩類，前者係抵押物依自然規律所產生之收益，如土地上生長之稻麥、樹木結之果實、牲畜產之幼畜等；後者則是依法律關係所產生之收益，如房屋出租人收取之租金。在財產抵押後，抵押物之使用權及收益權仍由抵押人行使，但債務履行期屆滿，債務人不履行債務致使抵押物被人民法院依法扣押，抵押權之效力及於抵押物孳息，抵押物上之利益應由抵押權人享有。例如甲將已出租房屋作為債權擔保抵押給乙後，在債務履行期間，甲仍可收取房屋租金，但債務履行期滿後，由於甲未履行債務使得抵押物被人民法院扣押，此時收取房租之權利不再由抵押人行使，而由抵押權人行使。又例如丙將果樹抵押給丁，在抵押期間丙仍可採收樹木之果實，但當債務履行期滿丙未履行債務，收取果實之權利由丁享有。應注意者，抵押權之效力及於孳息須具備兩個條件，一是抵押物被扣押後抵押權人得對孳息行使收益權；二是抵押物被扣押後，抵押權人已將扣押抵押物之事實通知應清償法定孳息之義務人，若抵押權人未將扣押事實通知應清償法定孳息之義務人時，該義務人無法將孳息交納抵押權人，抵押權之效力亦即無法及於該孳息。

C、抵押權與租賃關係

《擔保法》第 48 條規定：「抵押人將已出租的財產抵押的，應當書面告知承

租人，原租賃合同繼續有效。」《擔保法》釋義指出，以房地產等財產抵押，在設定抵押權前，該財產可能已存在租賃法律關係，例如甲將房屋抵押給乙前，已將該房屋出租給丙使用，在抵押權設定後，其法律效力可否及於事先存在之租賃關係？就法理上，擔保法規定在抵押權設定前成立之用益物權，並不受抵押權之影響，主要是由於租賃法律關係發生在抵押前，且在設定抵押權時，抵押人已將財產上存在租賃關係之事實告知抵押權人，應認為抵押權人已對是否接受該抵押物進行考慮。如因抵押而破壞租賃，不利於保護承租人之合法權益，亦不利於經濟生活穩定及社會安定。是故，抵押人將已出租之財產抵押，應書面告知承租人原租賃合同繼續有效，承租人可繼續使用該財產。

D、抵押期間轉讓抵押物

《擔保法》第 49 條規定：「抵押期間，抵押人轉讓已辦理登記的抵押物，應當通知抵押權人並告知受讓人轉讓物已經抵押的情況；抵押人未通知抵押權人或者未告知受讓人的，轉讓行為無效（第 1 項）。轉讓抵押物的價款明顯低於其價值的，抵押權人可以要求抵押人提供相應的擔保；抵押人不提供的，不得轉讓抵押物。抵押人轉讓抵押物所得的價款，應當向抵押權人提前清償所擔保的債權或者向與抵押權人約定的第三人提存。超過債權數額的部分，歸抵押人所有，不足部分由債務人清償（第 2 項）。」《擔保法》釋義指出，經登記之抵押物具有物上追及法律效力，但在抵押權實現前，財產所有權人並不因抵押權之設定而失去對抵押物之占有、使用、收益、處分等權利，以致可能出現將抵押物轉讓形成新債權之情況。然轉讓抵押物，抵押權效力對新債權有何影響？為加速經濟流轉並發揮財產之功能，擔保法允許財產所有人在抵押期間將抵押物轉讓，但為保障抵押權人及轉讓物受讓人之合法權益，同時規定轉讓財產須受之限制，包括抵押期間抵押人轉讓已辦理登記之抵押物，應通知抵押權人並告知受讓人轉讓物已抵押之情況，如抵押人未通知抵押權人或未告知受讓人，轉讓行為無效。前述所謂轉讓行為無效亦即轉讓行為不能成立，抵押權人有權追回抵押物，而因轉讓行為所造成之損失由抵押人承擔。

第二，抵押人轉讓抵押物所得之價款明顯低於其價值，抵押權人可要求抵押人提供相應之擔保。例如一房產抵押擔保之債權數額為 200 萬元人民幣，在抵押期間，抵押人將房產以 150 萬元人民幣轉讓，由於該款額不足以擔保原債權，抵押權人可要求抵押人額外提供 50 萬元人民幣之擔保，若抵押人不提供，不得轉讓抵押物；第三，抵押人轉讓抵押物所得之價款，應向抵押權人提前清償所擔保之債權或向與抵押權人約定之第三人提存。亦即抵押人在未清償債務或未留足足以清償債務之數額前，不得首先使用轉讓抵押物之價款。前述所謂之「約定之第三人」可是抵押人及抵押權人所約定之公證機關，亦可是雙方信任之其他單位或個人。一般而言，抵押人轉讓抵押物所得之價款，不一定完全與其擔保之債權數額一致，當抵押物價款超過債權數額時，超過部分應歸抵押人所有，不足部分由債務人清償。換言之，抵押人為債務人以外之第三人，抵押人不再承擔責任，其餘債務由債務人償還。

E、行使抵押權之限制

《擔保法》第 50 條規定：「抵押權不得與債權分離而單獨轉讓或者作為其他債權之擔保。」《擔保法》釋義指出，抵押權是擔保物權，其以擔保債權存在為前提，如無債權，不可能有抵押權，抵押權失去債權，亦失去存在之意義。由於抵押權不具有獨立存在之特性，所以擔保法規定抵押權不得與債權分離而單獨轉讓或作為其他債權之擔保。前述所謂抵押權不得與債權分離而單獨轉讓，係指抵押權人不得將抵押權單獨讓與他人而自己保留債權，例如甲向乙借款 10 萬元人民幣，以價值 20 萬元人民幣之房屋抵押擔保債務履行，乙不能僅將 20 萬元房屋之抵押權轉讓給丙而不轉讓債權。又所謂抵押權不得作為其他債權之擔保，係指抵押權人不得以自己之抵押權為他人之債權擔保。例如甲向乙借款 50 萬元人民幣，以價值 70 萬元人民幣之廠房抵押擔保債務履行，乙不能以在該廠房上設定之抵押權作為向丙借款之擔保物權。由於抵押權為特定之債權設立，如將其作為其他債權之擔保，已違背設定抵押權之目的。

F、有害行為之禁止

《擔保法》第 51 條規定：「抵押人的行為足以使抵押物價值減少的，抵押權人有權要求抵押人停止其行為。抵押物價值減少時，抵押權人有權要求抵押人恢復抵押物的價值，或者提供與減少的價值相當的擔保（第 1 項）。抵押人對抵押物價值減少無過錯的，抵押權人只能在抵押人因損害而得到的賠償範圍內要求提供擔保。抵押物價值未減少的部分，仍作為債權的擔保（第 2 項）。」按照《擔保法》釋義指出，抵押物係為實現抵押權之標的物，抵押權之效力當然及於抵押物。由於抵押權是為擔保債權而存在，在全部債權未取得清償前，抵押權之效力及於整個抵押物。擔保法規定抵押人使得抵押物價值減少之行為，一是抵押人之積極行為使得抵押物價值減少，如砍伐抵押之林木、拆除抵押之房屋；二是抵押人之消極行為使得抵押物價值減少，如對抵押之危舊房屋不作修繕。對此，抵押權人有權要求抵押人停止其行為，如停止砍伐林木或拆除房屋之行為、加強房屋維修或對抵押物之保護。

惟事實上，即使抵押人停止其行為，亦已造成抵押物價值之減少，因此抵押權人有權要求抵押人恢復抵押物之價值，如將拆除之房屋重新建造、將損壞之抵押物進行修理或重作。倘若要求抵押人停止其行為已無法或不足以恢復抵押物之價值，此時抵押權人有權要求抵押人提供與減少價值相當之擔保，如砍伐之林木價值 10 萬元人民幣，抵押權人有權要求抵押人提供相當 10 萬元人民幣之新抵押物或質物，或由保證人對 10 萬元人民幣之債務擔保。但抵押人對抵押物價值之減少無過錯，如地震、水災等自然災害，或失火、被竊等意外事件使得抵押物價值減少。對非可歸責於抵押人之原因造成抵押物價值減少。應注意者，擔保法對抵押權人權利之限制僅限於抵押人無過錯之情況，如抵押人對抵押物價值之減少存在過錯時，抵押權人仍有權要求其提供與減少價值相當之擔保。

G、消滅之從屬性

《擔保法》第 52 條規定：「抵押權與其擔保的債權同時存在，債權消滅，抵押權也消滅。」《擔保法》釋義指出，抵押權是擔保物權，與「保證」之債權擔保方式不同。如以保證方式為擔保，該期間可短於債務履行期間，但以抵押方

式為擔保，擔保期間需與債權之存續期間一致。擔保債權未履行時，抵押權不消滅，唯有擔保債權履行或由於某種原因不復存在，抵押權消滅。

（4）抵押權之實現

A、抵押權之實行

《擔保法》第 53 條規定：「債務履行期屆滿抵押權人未受清償的，可以與抵押人協議以抵押物折價或者以拍賣、變賣該抵押物所得的價款受償；協議不成的，抵押權人可以向人民法院提起訴訟（第 1 項）。抵押物折價或者拍賣、變賣後，其價款超過債權數額的部分歸抵押人所有，不足部分由債務人清償（第 2 項）。」《擔保法》釋義指出，抵押權之實現係指債務履行期間屆滿債務人未履行債務時，依法處理抵押財產而使債權得以清償。

（A）債務履行期間屆滿債務履行期間，債務人是否不履行債務尚未能確定，因而不能處分債務人之財產：在債務履行期間屆滿，債務人是否履行債務有明確之結論後，方能決定是否需要實現抵押權。債務履行期間應根據主合同規定之債務履行期間確定。

（B）債務人不履行債務：債務人不履行債務包括全部不履行、部分不履行及不適當履行。僅債務人不履行債務時，抵押權人方得實現抵押權；反之，如債務人履行債務，即不得行使抵押權。

B、同一抵押物之清償順序

《擔保法》第 54 條規定：「同一財產向兩個以上債權人抵押的，拍賣、變賣抵押物所得的價款按照以下規定清償：（一）抵押合同以登記生效的，按照抵押物登記的先後順序清償；順序相同的，按照債權比例清償；（二）抵押合同自簽訂之日起生效，該抵押物已登記的，按照本條第（一）項 規定清償；未登記的，按照合同生效時間的先後順序清償，順序相同的，按照債權比例清償。抵押物已登記的先於未登記的受償。」《擔保法》釋義指出，設定抵押權是以抵押物擔保債權之實現，但抵押物之價值不同，如抵押物價值較大，抵押人可能以同一抵押

物為多個債權作擔保。同一財產向兩個以上債權人抵押，必然產生當拍賣、變賣抵押物後，所得價款如何清償債權之問題。

(A) 按照抵押物登記之順序清償：登記之先後順序即抵押權之清償順序。確定抵押物登記之先後，以登記部門所記載之登記時間為準，第一順位抵押登記之被擔保債權，就拍賣、變賣抵押物之價款優先受全部清償，而第二順位僅得就剩餘之部分受償。如抵押物登記之時間相同，亦即抵押登記之順序相同，則按照被抵押擔保各債權之比例清償。

(B) 按照合同簽訂日期之先後清償：誠如前述，抵押人以動產抵押可不辦理抵押物登記，但未辦理抵押物登記之抵押權順序清償為何？依據擔保法規定抵押合同未辦理抵押物登記，按照合同生效時間之先後清償，順序相同則按照債權比例清償。

(C) 抵押物已登記的先於未登記之受償：當事人以某項財產抵押可自願辦理抵押物登記，抵押合同自簽訂之日起生效，但實務上，可能出現以非強制登記之財產設定抵押權，亦即部分抵押權人自願辦理抵押物登記，而部分抵押權人未辦理抵押物登記之情況，甚出現先簽訂抵押合同之當事人未辦理抵押物登記，而後簽訂抵押合同當事人辦理抵押物登記之情況。由於抵押物登記後該抵押權具有對抗第三人之法律效力，未經登記之抵押權不得對抗第三人，因此擔保法規定抵押物已登記先於未登記受償。

C、抵押標的物新增部分

《擔保法》第 55 條規定：「城市房地產抵押合同簽訂後，土地上新增的房屋不屬於抵押物。需要拍賣該抵押的房地產時，可以依法將該土地上新增的房屋與抵押物一同拍賣，但對拍賣新增房屋所得，抵押權人無權優先受償。依照本法規定以承包的荒地的土地使用權抵押的，或者以鄉（鎮）、村企業的廠房等建築物占用範圍內的土地使用權抵押的，在實現抵押權後，未經法定程序不得改變土地集體所有和土地用途。」《擔保法》釋義指出，當房地產抵押後，房地產權人對該房地產仍享有所有權，有權依法進行房地產開發。房地產開發是指在依法取得

國有土地使用權之土地上進行基礎設施、房屋建設等行為，在房地產開發後，土地上新增之房屋不在抵押合同約定抵押之範圍內，不屬於抵押物，但在抵押權實現需拍賣所抵押之房地產時，如不將該土地上新增之房屋一同轉讓，將會出現土地上新增之房屋為抵押人所有，而該新增房屋占用範圍內之土地使用權不屬於抵押人之情況。為使得房屋及房屋占用範圍內之土地使用權同時轉移，在拍賣房地產時，就應土地上新增之房屋一併拍賣。經一併拍賣後，由於土地上新增之房屋不屬於抵押物，就拍賣新增房屋所得之價款，抵押權人無優先受償之權利，而是歸抵押人所有。

D、劃撥之國有土地特別規定

《擔保法》第 56 條規定：「拍賣劃撥的國有土地使用權所得的價款，在依法繳納相當於應繳納的土地使用權出讓金的款額後，抵押權人有優先受償權。《擔保法》釋義指出，土地使用權劃撥係指縣級以上人民政府依法批准，在土地使用者繳納補償、安置等費用後，將該土地交付其使用，或將土地使用權無償交付給土地使用者使用之行為。依據《房地產管理法》第 40 條及第 41 條規定，房地產轉讓，應簽訂書面轉讓合同，合同中應載明土地使用權取得之方式。如以劃撥方式取得土地使用權，在轉讓房地產時，應按照國務院規定報有批准權之人民政府審批。有批准權之人民政府准予轉讓，應由受讓方辦理土地使用權出讓手續，並依據國家有關規定繳納土地使用權出讓金。換言之，抵押人以劃撥之國有土地使用權抵押，在實現抵押權拍賣該劃撥之國有土地使用權後，拍賣所得之價款應首先依法繳納相當於應繳納土地使用權出讓金之款額，抵押權人僅對剩餘之部分享有優先受償權。

E、抵押人為第三人時向債務人追償之權利

《擔保法》第 57 條規定：「為債務人抵押擔保的第三人，在抵押權人實現抵押權後，有權向債務人追償。」《擔保法》釋義指出，抵押權可由債務人以其所有之財產或有權處分之財產設定，亦可是第三人為擔保債務人履行債務以其所有或有權處分之財產向債權人設定。當第三人為債務人抵押擔保，在債務履行期屆

滿債務人未履行債務時，抵押權人可對設定抵押權之第三人財產實現抵押權。如實現抵押權拍賣或變賣第三人財產，等同於是該第三人代替債務人向債權人償還債務。此時原主合同中債權人對債務人所享有之債權，即在第三人抵押財產清償債權之限度內，轉移於該第三人，第三人可依法向債務人行使追償權。

F、抵押物之物上代位性

《擔保法》第 58 條規定：「抵押權因抵押物滅失而消滅。因滅失所得的賠償金，應當作為抵押財產。」《擔保法》釋義指出，抵押權是以抵押物擔保債權之實現，如抵押物滅失即抵押物已不存在，抵押權即失去存在之意義。抵押物滅失之情況，一是因抵押人之行為而導致抵押物滅失，如抵押人將抵押房屋拆除，該情況下抵押權消滅，抵押權人可要求抵押人另行提供擔保；二是因抵押人以外之其他人行為導致抵押物滅失，如第三人因交通事故將抵押人之運輸車輛報廢，該情況下抵押人可要求行為人給予賠償，所得之賠償金應作為抵押財產。經抵押人與抵押權人雙方協議後，該賠償金除可用於提前償還債權外，亦可向雙方約定之第三人提存，在債務履行期屆滿債權人未受清償時，債權人得依法就該賠償金優先受償。

(5) 最高額抵押

A、意義

《擔保法》第 59 條規定：「本法所稱最高額抵押，是指抵押人與抵押權人協議，在最高債權額限度內，以抵押物對一定期間內連續發生的債權作擔保。」

(A) 最高額抵押概念之特徵：最高額抵押是指抵押人與抵押權人協議，在最高債權額限度內，以抵押物對一定期間內連續發生之債權作擔保。最高額抵押具有特徵，包括 a、最高額抵押是為將來發生之不確定債權擔保：所謂將來債權是指在設定抵押權時尚未發生，但將要發生之債權。而所謂不確定債權則指將要發生之實際債權額在設定抵押權時不確定；b、最高額抵押是限額擔保：所謂限額擔保是指抵押權人與抵押人協議約定抵押物擔保

之最高數額，不論實際發生債權增減變動，超過額度以其最高額為限，額度不足時，以其實際發生債權額為限，抵押權人在限額內有權就抵押物優先受償；c、最高額抵押是對一定期間內連續發生之債權擔保：所謂一定期間是指抵押權擔保之期間，而所謂連續發生之債權則是指所發生之債權次數不確定，且接連發生。對一定期間連續發生之債權作擔保，指在擔保最高債權額限度內，對一確定期間內連續多次發生之債權作擔保，如最高額抵押 100 萬元人民幣，擔保期間 2 年，擔保期間內不論發生數次債權，債權額不超過 100 萬元人民幣，該債權均有優先受償之法律效力。

- (B) 最高額抵押之意義：最高額抵押係隨著商品經濟發展而產生之抵押擔保制度。最高額抵押與一般抵押相比有其優越性，如甲向乙連續多次借款，若採用一般財產抵押辦法，每次借款簽訂一份抵押合同，並對財產進行評估及抵押物登記，過程繁瑣不便，但簽訂一份最高額抵押合同，不論債權發生之次數，僅需進行一次財產評估及抵押物登記即可，不僅可加速資金之流通，亦有利於促進經濟發展。

B、最高額抵押之適用範圍

《擔保法》第 60 條規定：「借款合同可以附最高額抵押合同。債權人與債務人就某項商品在一定期間內連續發生交易而簽訂的合同。可以附最高額抵押合同。」《擔保法》釋義指出，最高額抵押之適用情況如下。

- (A) 借款合同：借款合同係指當事人約定一方交付一定金錢給他方使用，他方到期償還該金錢及利息之合同。擔保法規定借款合同可附有最高額抵押合同，主要是考量在借款法律關係中，可能出現連續借貸償還之情況，特別是大型建設項目計畫數年建成投產，資金無法一次到位，需分期借款，對此採用最高額抵押貸款方式，較為方便。
- (B) 一定期間內連續發生之商品交易合同：前述所謂一定期間內連續發生之商品交易，主要是權利主體在長期經濟運作中所形成之商品供求關係，如甲是乙之鋼材供應商，乙所需之鋼材長期由甲供應，制度該規定之目的主要

是為簡化手續、方便當事人、促進生產發展。

C、主合同不得轉讓

《擔保法》第 61 條規定：「最高額抵押的主合同債權不得轉讓。」按照《擔保法》釋義指出，最高額抵押係對一定期間連續發生之債權作擔保，而非單獨對其中特定債權擔保，且最高額抵押所擔保之債權，在合同約定之擔保期間內經常變更，處於不穩定狀態，如允許最高額抵押擔保之主合同債權轉讓，必然發生最高額抵押權是否轉讓、如何轉讓，以及如數個債權分別轉讓不同權利主體時，最高額抵押權應由誰行使、如何行使等複雜問題

2、《關於適用〈中華人民共和國擔保法〉若干問題的解釋》之重點解析

- (1) 抵押不成立：抵押合同對被擔保之主債權種類、抵押財產未約定或約定不明時，按照主合同及抵押合同不能補正或無法推定，即抵押不成立（司法解釋第 56 條第 1 項）。法律規定登記生效之抵押合同簽訂後，抵押人違背誠實信用原則拒絕辦理抵押登記致使債權人受到損失，抵押人應承擔賠償責任（司法解釋第 56 條第 2 項）。

A、重要案例

(A) 案例事實

田奇領於 1992 年在張家界市永定區鳳灣居委會土門崗修建一棟磚混結構房屋，土地使用證號：定國用（92）字第 1903251 號，房屋所有權證號：大定屋證字第 013565 號，產權人為田奇領。李祥奇於 1996 年因資金周轉困難向中國農業銀行（簡稱中國農行）張家界分行營業部借貸款，借貸過程李祥奇按中國農行張家界分行營業部借貸抵押物擔保之要求，李祥奇向田奇領借用房屋所有權證（大定屋證字第 013565 號），李祥奇並於 1996 年 7 月 24 日用該房屋所有權證在張家界市房地產管理局辦理抵押登記，在辦理抵押登記過程中，產權人田奇領未在抵押登記資料簽字蓋章，亦未授權他人簽字，所有登記資料上有關產權人欄上簽字均是李祥奇所簽，而房地產抵押登記申請書則由被告李祥奇胞姐李祥勝以其名義

所簽。李祥奇於 1997 年 3 月 3 日向中國農行張家界分行營業部提出 70,000 元貸款書面申請報告，隔日中國農行張家界分行營業部審查後將 70,000 元貸款撥付李祥奇，貸款期限三個月。李祥奇借款後未按規定履行還款付息義務。前述抵押房屋所有權證於 1999 年 12 月 23 日已由原大定屋證字第 013565 號變更為張家界房權證永定字第 006662 號，所有產權變更手續均由李祥奇代辦及代領。

田奇領於 2000 年 11 月 6 日將其定國用（92）字第 1903251 號國有土地使用證之使用權人變更為其子田開前時，證號為張國用字第 2000-0370 號。但田奇領於 2005 年 1 月發現張家界房權證永定字第 006662 號房屋所有權證遺失後，隨即在張家界日報登報聲明作廢。田奇領於 2006 年 1 月 18 日向張家界市房地產管理局提出補辦房屋所有權證之書面申請後，張家界市房地產管理局於 2006 年 2 月 20 日補辦房屋所有權證（張房證字第 035803 號）。田奇領於 2006 年 2 月 24 日與其子田開前達成分家析產協議書，將坐落在張家界市永定區鳳灣居委會土門崗房屋分割給原告田開前所有，並於 2006 年 2 月 27 日在張家界市公證處辦理公證。張家界市房地產管理局於 2006 年 3 月 2 日依據原告田開前與其父親田奇領之分家析產協議書，將原房權張房證字第 035803 號房屋所有權證變更登記為房權證張房證字第 035855 號房屋所有權證，產權人由田奇領變更為田開前。田開前於 2011 年將房權證張房證字第 035855 號房屋所有權及土地使用權出賣或出讓給姚海林後，在辦理相關產權過戶登記手續時發現該出賣房屋已於 1996 年設置抵押，後經多次協商未果。田開前於 2012 年 4 月 19 日向永定區人民法院提起訴訟，請求依法判令兩被告抵押行為無效。

B、原審裁判

原判認為，本案是因借貸抵押擔保而引發之抵押權糾紛。所謂抵押權即債務人或第三人不轉移依法享有抵押財產之占有，將該財產作為債權擔保。債務人不履行債務時，債權人有權對該抵押財產折價或是以拍賣、變賣該財產之價款優先受償。擔保法明文規定抵押擔保首先應由抵押人及抵押權人簽訂抵押合同，並在相關部門辦理抵押物登記後抵押權方能生效。就本案訴訟各方所提交之證據，首

先訴訟各方未提交抵押物所有權人田奇領（抵押人）與中國農行張家界分行營業部（抵押權人）簽訂的書面抵押合同，本院無法核實抵押人及抵押權人是否存在抵押事實及抵押之相關內容，亦無證據證明田奇領在抵押登記部門辦理或授權辦理抵押登記。其次，查田開前提交抵押登記部門所留存之押登記資料，一是《房地產抵押登記申請審批書》中涉及抵押人欄目中之簽字既非抵押人田奇領簽字亦未授權債務人李祥奇簽字；二是《房地產抵押登記申請書》申請人李祥勝既非抵押物之所有權人，亦未經抵押物所有權人田奇領授權；三是《抵押契據》之立契人欄中為空白，無法認定抵押人就是田奇領。再次，中國農行張家界分行提交李祥奇之借款申請報告、貸款審核通知單及抵押契據等相關證據資料，李祥奇提交貸款申請報告之申請日期為 1997 年 3 月 3 日，中國農行張家界分行營業部發放貸款時間為 1997 年 3 月 4 日，抵押契據登記時間為 1996 年 7 月 24 日，抵押契據登記之時間及訂立借款合同時間相差甚遠，即借款合同作為主合同應在作為從合同之抵押合同前，而事實上主合同滯後於從合同近八個月時間，故本案抵押登記資料無法證明所擔保者為李祥奇於 1997 年 3 月 4 日向中國農行張家界分行營業部申請 70,000 元貸款。

綜上所述，李祥奇於 1996 年 7 月 24 日以田奇領名義與中國農行張家界分行營業部設立之抵押權無效。故田開前要求確認兩被告於 1996 年 7 月 24 日設定抵押權無效之訴訟請求理由成立，予以支持。關於中國農行張家界分行所提之辯稱觀點，（1）田開前非本案適格主體問題，其作為本案所涉抵押物原所有權人田奇領之兒子，在田奇領生前透過分家析產方式取得該抵押物之所有權，有權主張與該物權相關權利，故原告田開前為本案所涉標的物之物權所有權人，作為本案原告主體適格。（2）關於本案原告主張權利已超過訴訟時效問題，就本案所涉標的物數次變更情況而言，可證明原告田開前作為本案所涉抵押物原所有權人田奇領之兒子，對被告李祥奇借用田奇領房屋所有權證擅自在房地產抵押登記部門辦理抵押登記之情況不知情。而原告田開前於 2011 年將該房屋出賣後，在辦理產權過戶手續時得知該房屋已於 1996 年設置抵押，依據《民法通則》關於訴訟時效之相關規定，權利人向人民法院請求保護民事權利訴訟時效期間為二年，自權利

人知道或應知道權利被侵害時起算。原告田開前向人民法院請求保護自己之民事權利未超過訴訟時效，故被告中國農行張家界分行之辯稱觀點不成立，本院不予採納。依據《擔保法》第 38 條規定判決如下：被告李祥奇於 1996 年 7 月 24 日以原告田開前之父田奇領名義與被告中國農行張家界分行營業部在張家界市房地產管理局辦理之抵押登記行為無效。原審被告中國農行張家界分行不服，提起上訴。

C、上訴二審理由

上訴人中國農行張家界分行上訴稱，原審原告田開前主體不適格，主張權利已超過訴訟時效，原判認定房屋所有權人對出借房產證不知情之事實錯誤，以及判令上訴人抵押權消滅及承擔案件受理費錯誤，請求二審法院依法撤銷原判，發回重審或改判駁回被上訴人之訴訟請求。

D、二審裁判

二審法院認為，上訴人中國農行張家界分行對原判定之原審被告李祥奇在抵押權登記中簽字未取得田奇領授權之事實有異議外，對其他事實均無異議。被上訴人田開前、原審被告李祥奇對原判認定之事實無異議。對本案原審被告李祥奇在抵押權登記中簽字是否未取得田奇領授權之問題，綜觀全案，有充分證據證明原審被告李祥奇在抵押權登記中簽字未取得田奇領授權，所以原判該事實之認定予以確認，故原判認定事實作為二審查明事實予以確認。本案爭議焦點為：1、本案被上訴人田開前是否本案適格之主體；2、被上訴人田開前主張權利是否已超過訴訟時效；3、原審被告李祥奇於 1996 年 7 月 24 日以借用之房屋所有權證在張家界市房地產管理局，為被上訴人中國農行張家界分行辦理之抵押登記是否有效。

對被上訴人田開前是否本案適格主體之爭議，依據《民事訴訟法》第 108 條之規定，原告是與本案有直接利害關係之公民、法人及組織，雖本案涉及之房屋抵押在設定時所有人為田開前之父田奇領，但於 2006 年其父子二人達成分家析產協議，將該房屋分割給田開前，且辦理產權變更登記。故田開前作為房屋所有

人，與該抵押是否有效具有直接之利害關係，為本案之適格主體，上訴人提出原審原告主體不適格之理由不予支持。再者，被上訴人田開前主張權利是否已超過訴訟時效問題，就被上訴人田開前在原審中提交之證據而言，其於 2006 年變更登記取得房屋所有權證上並未顯示該房屋設定他項權利，而於 2011 年辦理產權過戶時，房屋登記簿上顯示該房屋已抵押，且上訴人未提供相關證據證明被上訴人於 2006 年知道或應知道其房產辦理抵押，因此上訴人有關原告主張權利已過訴訟時效之上訴理由不成立。

其次，有關原審被告李祥奇於 1996 年 7 月 24 日以借用房屋所有權證為被上訴人中國農行張家界分行辦理抵押登記是否有效之爭議。依據《物權法》第 185 條、《擔保法》第 38 條及最高人民法院《關於適用擔保法若干問題的解釋》第 56 條之規定設立抵押權，當事人應採取書面形式訂立抵押合同。抵押合同對被擔保之主債權種類、抵押財產未約定或約定不明，根據主合同及抵押合同不能補正或無法推定，抵押不成立。綜觀本案涉及之抵押登記，從時間上來看擔保物權應附屬於主債權，發生於主債權後，本案貸款發放時間為 1997 年 3 月 4 日，而抵押契據登記時間為 1996 年 7 月 24 日，擔保物權發生於主債權前。再從辦理抵押登記資料來看，當事人間未簽訂抵押合同，且《房地間抵押登記申請書》中抵押人欄及《抵押契據》之立契人欄，並無原房屋所有權人田奇領之簽字。原審被告李祥奇未經房屋所有權人同意，擅自以借用之房屋所有權證在他人不動產上設立擔保物權，屬無權處分行為。綜上所述，原判認定事實清楚，適用法律正確且裁判程序合法，駁回上訴，維持原判。

(2) 抵押物與抵押效力：A、抵押有效：以依法獲准尚未建造或正在建造中之房屋或其他建築物抵押，當事人辦理抵押物登記，人民法院可認定抵押有效（司法解釋第 47 條）。以尚未辦理權屬證書之財產抵押，在第一審法庭辯論終結前可提供權利證書或補辦登記手續，可認定抵押有效（司法解釋第 49 條第 1 項）。當事人未辦理抵押物登記手續，不得對抗第三人（司法解釋第 49 條第 2 項）。學校、幼兒園、醫院等以公益為目的之事業單位或社會團體，以其教育設施、醫療衛生設施及其他社會公益設施以外之財產

為自身債務設定抵押，人民法院可認定抵押有效（司法解釋第 53 條）。共同共有人以其共有財產享有之份額設定抵押，抵押有效。共同共有人以其共有財產設定抵押，未經其他共有人的同意，抵押無效（司法解釋第 54 條第 1 項）。但其他共有人如知道或應知道而未提出異議時，視為同意，抵押有效（司法解釋第 54 條第 2 項）。已設定抵押之財產被採取查封、扣押等財產保全或執行措施，不影響抵押權之效力（司法解釋第 55 條）；B、抵押無效：以法定程序確認為違法及違章之建築物抵押，抵押無效（司法解釋第 48 條）。當事人以農作物及與其尚未分離之土地使用權同時抵押，土地使用權部分之抵押無效（司法解釋第 52 條）。當事人在抵押合同中約定債務履行期屆滿抵押權人仍未受清償時，抵押物之所有權轉移為債權人所有之內容無效。該內容之無效不影響抵押合同其他部分內容之效力（司法解釋第 57 條第 1 項）。債務履行期屆滿後抵押權人未受清償，抵押權人及抵押人可協議以抵押物折價取得抵押物。但損害順序在後之擔保物權人及其他債權人利益，人民法院可適用《合同法》第 74 條²⁵及第 75 條²⁶規定（司法解釋第 57 條第 2 項）。

（3）抵押財產價值：以《擔保法》第 34 條第 1 款所列財產一併抵押（抵押人所有的房屋和其他地上定著物），抵押財產之範圍應以登記之財產為準。抵押財產之價值在抵押權實現時予以確定（司法解釋第 50 條）。應注意者，如抵押人所擔保之債權超出其抵押物價值，超出部分不具有優先受償之效力（司法解釋第 51 條）。

（4）抵押登記：A、抵押順序：當事人同一天在不同之法定登記部門辦理抵押物登記，視為順序相同（司法解釋第 58 條第 1 項）。因登記部門之原因使抵押物進行連續登記，抵押物第一次登記日期，視為抵押登記日期，並依

²⁵ 因債務人放棄其到期債權或者無償轉讓財產，對債權人造成損害的，債權人可以請求人民法院撤銷債務人的行為。債務人以明顯不合理的低價轉讓財產，對債權人造成損害，並且受讓人知道該情形的，債權人也可以請求人民法院撤銷債務人的行為（第 1 項）。撤銷權的行使範圍以債權人的債權為限。債權人行使撤銷權的必要費用，由債務人負擔（第 2 項）。

²⁶ 撤銷權自債權人知道或者應當知道撤銷事由之日起一年內行使。自債務人的行為發生之日起五年內沒有行使撤銷權，該撤銷權消滅。

此確定抵押權順序（司法解釋第 58 條第 2 項）；B、登記之公信力與對抗效力：抵押物登記記載之內容與抵押合同約定內容不一致，以登記記載內容為準（司法解釋第 61 條）。當事人辦理抵押物登記手續時，因登記部門之原因使其無法辦理抵押物登記，抵押人向債權人交付權利憑證，可認定債權人對該財產有優先受償權。但未辦理抵押物登記，不得對抗第三人（司法解釋第 60 條第 1 項）；C、人民法院確認效力：依據《擔保法》第 42 條第 2 項規定之不動產抵押，縣級以上地方政府對登記部門未作規定，當事人在土地管理部門或房產管理部門辦理抵押物登記手續，人民法院可確認其登記之效力（司法解釋第 60 條第 2 項）；D、添附之效力：抵押物因附合、混合或加工使抵押物之所有權為第三人所有時，抵押權效力及於補償金；抵押物所有人為附合物、混合物或加工物之所有人，抵押權之效力及於附合物、混合物或加工物；第三人與抵押物所有人為附合物、混合物或加工物之共有人，抵押權之效力及於抵押人對共有物享有之份額（司法解釋第 62 條）；E、從物之效力：抵押權設定前為抵押物之從物，抵押權之效力及於抵押物之從物。但抵押物與其從物為兩個以上之人分別所有時，抵押權之效力不及於抵押物之從物（司法解釋第 63 條）。

（5）扣押之範圍：債務履行期屆滿，債務人不履行債務致使抵押物被人民法院依法扣押，自扣押之日起抵押權人收取之由抵押物分離之天然孳息及法定孳息者，按照下列順序清償：A、收取孳息費用；B、主債權利息；C、主債權（司法解釋第 64 條）。

（6）租賃合同之效力：抵押人將已出租之財產抵押，抵押權實現後，租賃合同在有效期內對抵押物之受讓人繼續有效（司法解釋第 65 條）。但抵押人將已抵押之財產出租，抵押權實現後，租賃合同對受讓人不具有約束力（司法解釋第 66 條第 1 項）。抵押人將已抵押之財產出租時，如抵押人未書面告知承租人該財產已抵押，抵押人對出租抵押物造成承租人之損失承擔賠償責任；如抵押人已書面告知承租人該財產已抵押，抵押權實現造成承租人損失，由承租人自己承擔（司法解釋第 66 條第 2 項）。

(7) 抵押物之處分：A、轉讓：抵押權存續期間，抵押人轉讓抵押物未通知抵押權人或未告知受讓人，如抵押物已登記，抵押權人仍可行使抵押權；取得抵押物所有權之受讓人，可代替債務人清償其全部債務使抵押權消滅。受讓人清償債務後可向抵押人追償（司法解釋第 67 條第 1 項）。如抵押物未經登記，抵押權不得對抗受讓人，造成抵押權人損失，由抵押人承擔賠償責任（司法解釋第 67 條第 2 項）；B、被繼承或贈與：抵押物依法被繼承或贈與，抵押權不受影響（司法解釋第 68 條）；C、惡意行為：債務人擁有多個普通債權人，在清償債務時，債務人如與其中一個債權人惡意串通，將其全部或部分財產抵押給該債權人，喪失履行其他債務之能力，損害其他債權人之合法權益時，受損害之其他債權人可請求人民法院撤銷該抵押行為（司法解釋第 69 條）；D、減損抵押物：抵押人之行為足以使抵押物價值減少，抵押權人請求抵押人恢復原狀或提供擔保遭拒絕時，抵押權人除可請求債務人履行債務外，亦可請求提前行使抵押權（司法解釋第 70 條）。

(8) 抵押權之行使：A、主債權之狀況：主債權未受全部清償，抵押權人可就抵押物之全部行使抵押權（司法解釋第 71 條第 1 項）。抵押物被分割或部分轉讓，抵押權人可就分割或轉讓後之抵押物行使抵押權（司法解釋第 71 條第 2 項）。主債權被分割或部分轉讓，各債權人可就其享有之債權份額行使抵押權（司法解釋第 72 條第 1 項）。主債務被分割或部分轉讓，抵押人仍以其抵押物擔保數個債務人履行債務，但第三人提供抵押，債權人許可債務人轉讓債務未經抵押人書面同意，抵押人對未經其同意轉讓之債務，不再承擔擔保責任（司法解釋第 72 條第 2 項）；B、不足清償之情形：抵押物折價或拍賣、變賣該抵押物之價款低於抵押權設定時約定價值，應按照抵押物實現之價值進行清償。不足清償剩餘部分由債務人清償（司法解釋第 73 條）；C、清償順序：抵押物折價或拍賣、變賣所得之價款，當事人未約定，按下列順序清償：(A) 實現抵押權費用；(B) 主債權利息；(C) 主債權（司法解釋第 74 條）；D、同一債權有兩個以上抵押權人：同一債

權有兩個以上抵押人，債權人放棄債務人提供之抵押擔保，其他抵押人可請求人民法院減輕，或免除其應承擔之擔保責任（司法解釋第 75 條第 1 項）。同一債權有兩個以上抵押人，當事人對其提供之抵押財產所擔保之債權份額或順序未約定或約定不明，抵押權人可就其中任一或各個財產行使抵押權（司法解釋第 75 條第 2 項）。抵押人承擔擔保責任後，可向債務人追償，亦可要求其他抵押人清償其應當承擔之份額（司法解釋第 75 條第 3 項）；E、同一動產有兩個以上債權人抵押之情形：同一動產向兩個以上債權人抵押，當事人未辦理抵押物之登記，在實現抵押權時，各抵押權人按照債權比例受償（司法解釋第 76 條）；F、同一財產向兩個以上債權人抵押之情形：同一財產向兩個以上債權人抵押，順序在先之抵押權與該財產之所有權歸屬一人時，該財產之所有權人可以其抵押權對抗順序在後之抵押權（司法解釋第 77 條）。同一財產向兩個以上債權人抵押，如順序在後之抵押權所擔保之債權先到期，抵押權人僅能就抵押物價值超出順序在先之抵押擔保債權之部分受償（司法解釋第 78 條第 1 項）。順序在先之抵押權所擔保之債權先到期，抵押權實現後之剩餘價款應予提存，留待清償順序在後之抵押擔保債權實現（司法解釋第 78 條第 2 項）；G、抵押與質權或留置權併存時：同一財產法定登記之抵押權與質權並存時，抵押權人優先於質權人受償（司法解釋第 79 條第 1 項），而同一財產抵押權與留置權並存時，留置權人優先於抵押權人受償（司法解釋第 79 條第 2 項）；H、抵押物滅失：在抵押物滅失、毀損或被徵用之情況，抵押權人可就該抵押物所得之保險金、賠償金或補償金優先受償（司法解釋第 80 條第 1 項）。抵押物滅失、毀損或被徵用之情況，抵押權所擔保之債權未屆清償期，抵押權人可請求人民法院對保險金、賠償金或補償金等採取保全措施（司法解釋第 80 條第 2 項）。

- (9) 最高額抵押：最高額抵押權擔保債權範圍，不包括抵押物因財產保全或執行程序被查封或債務人、抵押人破產後發生之債權（司法解釋第 81 條）。當事人對最高額抵押合同之最高限額、最高額抵押期間進行變更，以其變

更對抗順序在後之抵押權人，人民法院不予支持（司法解釋第 82 條）。最高額抵押權所擔保之不特定債權，在特定後，債權已屆清償期，最高額抵押權人可根據普通抵押權規定行使抵押權（司法解釋第 83 條第 1 項）。抵押權人實現最高額抵押權時，如實際發生之債權高於最高限額，以最高限額為限，超過部分不具有優先受償之效力；如實際發生之債權低於最高限額，則是以實際發生之債權為限，並對抵押物優先受償（司法解釋第 83 條第 2 項）。

（四）質押

1、《擔保法》之基本架構

（1）動產質押

A、定義

《擔保法》第 63 條規定：「本法所稱動產質押，是指債務人或者第三人將其動產移交債權人占有，將該動產作為債權的擔保。債務人不履行債務時，債權人有權依照本法規定以該動產折價或者以拍賣、變賣該動產的價款優先受償（第 1 項）。前款規定的債務人或者第三人為出質人，債權人為質權人，移交的動產為質物（第 2 項）。」按照《擔保法》釋義指出，動產質押是指債務人或者第三人將其動產移交債權人占有，將該動產作為債權的擔保。債務人不履行債務時，債權人有權以該動產折價或者拍賣、變賣該動產的價款優先受償。此時，債務人或者第三人為出質人，債權人為質權人，移交之動產為質物。出質人是指將動產交給債權人，供作該債權擔保的人。出質人可為債務人自己，亦可為債務人以外之第三人。如債務人用自己之動產出質，此時出質人即是債務人本身，若債務人以外之第三人以自己之物品出質，則出質人為該第三人。

第三人是指債務人以外支出質人。一般情況下出質人均為債務人，債務人將自己之物品出質給債權人，由債權人占有，債務人到期不能清償債務，債權人依法就質物優先受清償。但在特殊情況下，債務人不自己出質，而是由債務人以外

之其他人（第三人）代替債務人出質，由第三人將其動產交給債權人，債務人到期不清償債務，債權人可就該第三人之動產優先受清償。第三人代替債務人出質之原因，包括第三人是債務人之債務人，第三人為債務人之親朋好友。無論第三人代替債務人出質，或是債務人以自己動產出質，對債權人而言，法律效果均相同。因其債權最終保障為質物之價值，而非債務人或第三人本身。當然第三人出質如質物之價值不能完全清償債務，該債務由債務人而非第三人清償。

質權人是指占有質物的債權人。債權人依照其債權有無擔保之情況，分為普通債權人與擔保債權人兩種。如債權之擔保方式為質押，該債權人為質權人，質權人可占有債務人或第三人交付之質物，債務人到期清償債務後，質權人應返還債務人或第三人之質物，債務人到期不清償債務，質權人得有權就該質物之變價（協議折價，或者依法拍賣、變賣）價款優先受清償。質物是由出質人移交給債權人占有之動產，質物是質押擔保之核心所在。因質押是以質物價值來擔保債權人之債權，債務清償期屆滿，債務人不履行債務時，質權人有權以質物折價或者以拍賣、變賣該質物之價款優先受清償，亦即以質物價值最終確保質權人之債權實現。

B、要式行為與生效

《擔保法》第 64 條規定：「出質人和質權人應當以書面形式訂立質押合同（第 1 項）。質押合同自質物移交於質權人占有時生效（第 2 項）。」按《擔保法》釋義指出，出質人及質權人應以書面形式訂立質押合同。當事人訂立合同，可採取書面形式，亦可採用口頭形式。口頭形式是用語言進行意思表示之形式，包括當面交談、電話交談等，優點在於簡便易行，缺點是一旦發生爭議，不易證明其是否存在及具體內容。該形式一般適用於數額不大或當時即能清結之合同，對數額較大，內容複雜，經過一段時間始能清結之合同不易採用；書面形式是用文字進行意思表示之形式，包括簽訂書面合同、交換書信、電傳等，其優點在於有文字根據，發生糾紛時易於查明民事法律行為是否存在或具體內容為何，從而便於確定當事人之民事責任。採用書面形式訂立合同，有利於促使當事人慎重行事減少

糾紛之發生。《擔保法》規定出質人及質權人應以書面形式訂立質押合同，亦是考慮採用書面合同在將來發生質押糾紛時，便於明確出質人及質權人各自之權利義務。換言之，質押合同是法定之書面合同，如當事人採用口頭形式訂立質押合同，該質押合同無效。

C、質押合同應記載事項

《擔保法》第 65 條規定：「質押合同應包括以下內容：（一）被擔保的主債權種類、數額；（二）債務人履行債務的期限；（三）質物的名稱、數量、品質及狀況；（四）質押擔保的範圍；（五）質物移交的時間；（六）當事人認為需要約定的其他事項。質押合同不完全具備前款規定內容，可以補正。」《擔保法》釋義指出，質押合同是明確質權人對出質人權利義務之協議，亦是將來處理當事人間糾紛之重要根據。當事人訂立質押合同條款時，對權利義務之約定須準確及完善，並符合法律規定，依據《擔保法》規定質押合同應包括以下內容：

（A）被擔保之主債權種類、數額

被擔保之主債權種類是指主債權屬何種法律上原因所產生之債權，如金錢債權、特定物給付債權、種類物給付債權，或是以作為或不作為為標的之債權。被擔保主債權之數額，是指主債權以金錢衡量之數量，不屬金錢債權應註明債權標之數量及價款，以明確實行質權時，就質物優先清償主債權之數額。被擔保之主債權種類及數額規定，主要是為明確質權發生之依據，同時亦確定質權人實現質權時，就質物優先受清償之擔保範圍。

（B）債務人履行債務之期限

債務人履行債務期限為債務人清償債務之時間，質押合同訂立並生效後，在主債務人債務清償期屆滿前，質權人直接享有僅是占有質物之權利，其優先受清償之質權雖已成立，但質權人實際僅享有期待權，質權人就質物之變價實現其質權，須待債務人履行期屆滿且債務人未履行債務時始能進行。所以質押合同規定債務人履行債務之期限，可據此確定債務人債務清償期屆滿之時間，明確質權人

開始實現質權之時間，保障質權人及時實現質權。

（C）質物之名稱、數量、品質、狀況

質物為質押合同之核心內容，質押合同即是出質人以質物擔保質權人債權之合同，質權最終要以質物之變價實現，在質押合同中須對質物之有關情況明確規定之。質物名稱明確該質物為何物，無論質物為種類物或特定物，均可因此而具體化；質物數量明確質物在量上之大小；質物品質明確質物之品質、等級等具體指標，再與質物之種類、數量綜合起來，即可大致明確質物之總價。質物之狀況是指在質物之名稱、數量、品質等因素雖均已在明確條件下，但仍不足以說明質物之個別屬性，而該屬性又是須加以明確時，在質押合同中對質物之該屬性加以說明，即是質物之狀況²⁷。

（D）質押擔保之範圍

質押擔保之範圍是指質權人實現質權時，就質物可優先受清償之範圍。質押擔保之範圍，原則上應由出質人即質權人協商而定，但當事人對擔保範圍不作約定或者約定不明確。《擔保法》採納國外通行作法在第 67 條規定：「質押擔保範圍是主債權及利息、違約金、損害賠償金、質物保管費用和實現質權的費用。質押合同另有約定的，按照約定。」亦即質押擔保之範圍是質權人實現質權時以質物優先受清償之範圍，如約定擔保範圍較大，實現質權時就質物受清償之數額相應較大，反之則小。質押擔保之範圍一旦確定，不得依質權人或者出質人一方之意思變更。

（E）質物移交之時間

質物移交時間是指出質人將質物移交質權人之時間，其是質押合同之一項重要內容。質押合同自質物移交於質權人占有時生效，質押合同中規定質物移交之時間，即可明確出質人應在何時將質物移交於質權人，質權人應在何時接受質物

²⁷ 例如某甲向某乙借款 5 萬元，某甲以自己飼養的 20 頭良種奶牛出質擔保，此時質物的名稱為奶牛，數量為 20 頭，品質為 X 良種，如果 20 頭奶牛中有 2 頭有 Y 病，三頭已懷孕，則質物的狀況必須寫明 2 頭有 Y 病，3 頭已懷孕。

之移交。如出質人未按質押合同約定在質物移交時間將質物移交質權人占有，出質人違反合同約定，質押合同不生效，出質人亦應負違約責任。出質人在質押合同約定之質物移交時間後將質物移交質權人，質權人如接受質物予以占有，可認為出質人及質權人變更質押合同關於質物移交時間之條款，質押合同自質權人實際接受質物占有時生效。如質權人在質押合同訂立前已占有出質人之質物，質押合同亦可不約定質物移交時間，質押合同自訂立時生效。

（F）當事人認為需要約定之其他事項

質押合同除應規定被擔保之主債權種類及數額、債務人履行債務期限、質物之名稱、數量、品質、狀況、質押擔保範圍、質物移交時間外，如當事人認為仍有事項須約定，亦可作為質押合同之約定條款，例如實行質權方式、質權人占有質物期間義務、附條件質押所附條件等。雖質押合同應包括前述各項內容，但質押合同本身性質均不同，僅質押合同不違反法律規定，且權利義務明確得以據此實現質權，即是有效並受法律保護。例如質押合同訂立前，質權人已占有出質人之質物，質押合同即無須具備質物移交時間之內容，質押合同當然自訂立之日起生效。再如，當事人在質押合同中未約定質押擔保範圍，質押合同之效力不因此而受影響，該合同之質押擔保範圍可依據《擔保法》第 67 條規定予以確定。如當事人雙方在訂立質押合同後，認為須依據《擔保法》第 65 條第 1 項規定加以完善，亦可事後補正，當然須當事人雙方合意。

D、流質之禁止

《擔保法》第 66 條規定：「出質人和質權人在合同中不得約定在債務履行期屆滿質權人未受清償時，質物的所有權轉移為質權人所有。」按照《擔保法》釋義指出，出質人及質權人意思表示一致，訂立書面質押合同後，該合同不當然生效。依據《擔保法》第 64 條規定，質押合同自質物移交質權人占有時生效，亦即質押合同非自合同成立時生效，而是自質物移交於質權人占有時生效，此為動產質押基本特徵之一，即質物須由出質人移交給質權人占有，質權之存在以質權人占有質物為必須。《擔保法》如此規定，一是考慮對質權人之保護，二是為穩

定交易之安全，如不轉移質物之占有而質押合同生效，則質物仍保留在出質人手中，債權人對該質物無法有效控制，出質人作為該物之所有權人，得將該質物出賣或再次設質，該質物可能有原質權人、善意取得質物所有權或後質權之第三權利人，雖該權利均為合法取得，但互相衝突。

但如保護原質權人之質權，而善意取得質物所有權或後質權之第三權利人合法權益無法保護，又不利於動產交易之安全；如保護質權設定後善意取得質物所有權或後質權之第三權利人，則先設定之質權又無法保護。法律規定質押合同自質物移交於質權人占有時生效，有利於保障質權人債權之實現。標的之交付是標的占有移轉於質權人，其方法不以現實之交付為限，簡易交付或返還請求權讓與之方法亦可。簡易交付是指已占有標的（包括直接占有與間接占有）時，則僅以質權設定之合意成立質權，出質人僅間接占有時，得以返還請求權之讓與代替交付，例如倉庫營業人或租賃權人等第三人占有標的，對其物設定質權時，除質權設定之合意外，由設定人對第三人（直接占有人），通知其物已為質權人設定質權而成立質權。就標的具有多數之租賃權人時，其物如是共同占有，應對其全體通知，該通知應由出質人作出，亦可授權質權人作出。此通知如有錯誤或詐欺，可以撤銷；未通知，其質權不生效力。

E、質押擔保之範圍

《擔保法》第 67 條規定：「質押擔保的範圍包括主債權及利息，違約金、損害賠償金、質物保管費用和實現質權的費用。」按照《擔保法》釋義指出，質押擔保之範圍包括主債權及利息、違約金、損害賠償金、質物保管費用及實現質權之費用，如質押合同另有約定，從其約定。質押擔保之範圍，原則上應由當事人約定，如未約定或約定不明時，應適用擔保法規定質押擔保之範圍，即主債權及利息、違約金、損害賠償金、質物保管費用及實現質權之費用。主債權是相對於利息及其他從屬債權而言，不包括利息及其他因主債權產生之孳息債權；利息是在實行質權時主債權已屆清償期之一切利息，利息可按照法律規定確定，亦可由當事人約定，但不得違反法律規定約定過高之利息，否則法律不予保護。

違約金是指債務人因未履行合同約定之義務，按照合同約定，應給付債權人之金額。損害賠償金是指債務人未履行合同，造成債權人損害，債務人應賠償之金額。質物保管費用是指質權人占有質物，在保管質物期間所支出之費用，如對質物進行必要維護所需費用，對質物（動物）進行飼養所支出之費用。實現質權之費用是指實現質權時所需一切費用，如質物估價費用、質物拍賣費用等。當事人約定質押擔保的範圍，可小於法定擔保範圍，亦可不限於法定擔保範圍，僅當事人約定不違反平等、自願、公平、誠實信用原則，即屬有效。質權設定後當事人以約定擴張被質權擔保範圍時，未得到出質人書面承諾，不生效力。

F、質權人孳息收取權

《擔保法》第 68 條規定：「質權人有權收取質物所生的孳息。質押合同另有約定的，按照約定。前款孳息應當先充抵收取孳息的費用。」按《擔保法》釋義指出，質物之孳息是由質物本身產生，質物本身作為質權標的物應無異議，質權之效力能否及於質物孳息，以質物孳息優先受清償？依據《擔保法》規定除質押合同另有約定外，質權人有權收取質物所生之孳息；如當事人約定質權人無權收取質物孳息，則質權人不能收取質物孳息，質權之效力不及於質物孳息；如當事人約定質權人無權收取質物孳息，質權人不得收取質物孳息，亦即孳息不作為債權之擔保。倘若當事人對質權人能否收取質物孳息未約定或約定不明，依據擔保法規定，質權人有權收取質物所生之孳息。

質物所生孳息包括自然孳息及法定孳息，由質物所生之自然孳息是指質物因自然原因由自身分離出來之利益，如母牛所生牛犢，而質物所生之法定孳息是指依據法律規定由質物自身產生之利益，如存款產生之利息。質權人依法收取孳息時不當然取得孳息所有權，而是就孳息取得質權，孳息成為質權標的物，如孳息為金錢，質權人可直接用於清償；如孳息不為金錢，可由質權人與出質人協議以該孳息折價或拍賣、變賣該孳息之價款優先受清償。質權人有收取質物所生孳息之權利，應以對於自己財產同一之注意，收取孳息並負計算之義務，所收取孳息除當事人另有約定外，應先抵充收取孳息之費用，次抵充原質權利息，再抵充原

質權²⁸。倘若依法收取之孳息在充抵收取孳息費用後仍有剩餘，可先抵主債權之利息，最後充抵主債權²⁹。

G、質權人之善管義務

《擔保法》第 69 條規定：「質權人負有妥善保管質物的義務。因保管不善致使質物滅失或者毀損的，質權人應當承擔民事責任（第 1 項）。質權人不能妥善保管質物可能致使其滅失或者毀損的，出質人可以要求質權人將質物提存，或者要求提前清償債權而返還質物（第 2 項）。」按《擔保法》釋義指出，質權人按照質押合同有權占有質物，但法律賦予其權利，亦使其承擔相應義務，即質權人負有妥善保管質物之義務。質物雖歸質權人占有，但其所有權仍出質人，在質權人占有質物期間，因質權人未盡妥善保管義務致使質物滅失或毀損（包括因質權人保管不善、第三人造成質物滅失或者毀損），對出質人之質物所有權侵害，質權人當然應承擔民事責任，所謂民事責任包括恢復原狀、賠償損失等。質權人雖對出質人享有質權，但並不妨礙出質人向質權人請求承擔質物保管不善之民事責任，該請求權是基於所有權保護而產生³⁰。如質權人無法妥善保管質物可能致使其滅失或者毀損，出質人得知後，可要求質權人將質物提存，或者要求提前清償債權而返還質物。所謂提存或者提前清償債權而返還質物，僅質權人不能妥善保管質物，有致使質物滅失或者毀損之可能即可，而非質物已滅失或者毀損，然該可能性是否產生，出質人應在人民法院舉證可能確已產生³¹。

H、提出相應擔保之權利

《擔保法》第 70 條規定：「質物有損壞或者價值明顯減少的可能，足以危害

²⁸ 例如甲以一頭懷孕母牛出質於乙，雙方約定，如果母牛產下牛犢，該牛犢繼續作為質權標的物。後母牛果然產下一牛犢，債務清償期屆滿後，甲沒有清償債務，則乙可以和甲協議以該牛犢折價或者以拍賣、變賣該牛犢的價款首先清償牛犢接生費用。

²⁹ 例如質權人收取了一頭母牛所生牛犢，與出質人協議折價 1000 元，首先要充抵接生費用、飼養費用，然後充抵所擔保主債權的利息，如果還有剩餘就充抵主債權。

³⁰ 例如質權人將作為質物的五頭耕牛散于田野，不加看管，結果走失了一頭，此時出質人有權請求質權人賠償其走失耕牛的損失。

³¹ 例如質權人經常將作為質物的一群耕牛夜間散于田野，雖現在尚未走失，但有走失可能，這時出質人可以要求質權人將該群耕牛提存，或者要求提前清償債權而返還該群耕牛，質權人不同意的，出質人可以到法院起訴或者按照約定申請仲裁機構仲裁。

質權人權利的，質權人可以要求出質人提供相應的擔保，出質人不提供的，質權人可以拍賣或者變賣質物，並與出質人協議將拍賣或者變賣所得的價款用於提前清償所擔保的債權或者向與出質人約定的第三人提存。」按照《擔保法》釋義指出，出質人不提供，質權人可拍賣或者變賣質物，並與出質人協議將拍賣或者變賣所得之價款，用於提前清償所擔保債權或者向與出質人約定第三人提存，該規定主要是為保障質權人擔保債權之實現。質權人在與出質人簽訂質押合同時，出質人是以訂合同時質物之價值提供擔保，如合同訂立後，並非因質權人或其他人之過錯，質物有損壞或者價值明顯減少可能，足以危害質權擔保債權實現，質權人之擔保利益與訂立質押合同時相比產生損失，該損失應由出質人彌補。

《擔保法》規定之「質物有損壞或價值明顯減少的可能」並非由於質權人保管不善所致，即非指《擔保法》第 69 條規定所列之情形，而是由於自然原因所產生，例如作為質物之藥品接近有效期限、作為質物之鋼材在市場上價格即將暴跌等。前述可能性須足以危害質權人權利時，質權人始得要求出質人提供相應之擔保，如質物有損壞或價值明顯減少可能，即使損壞或明顯減少成為現實，整體質物之價格尚足以擔保債權，亦即質物損壞或者價值明顯減少可能不足以危害質權人之利益，質權人亦不得要求出質人提供相應之擔保。如出質人及質權人就該「可能性」是否產生，以及該「可能性」是否足以危害質權人權利意見分歧，應經訴訟程序由質權人舉證證明之。

此外，《擔保法》規定「提供相應的擔保」係指與可能損壞價值或者可能減少價值數額相當之擔保，如出質人拒絕提供擔保，質權人可拍賣或變賣質物。原則上債務清償期尚未屆滿時，質權人無權就質物受清償，但在質物有損壞或價值明顯減少可能，足以危害質權人之權利時，為質權人及出質人之共同利益，允許質權人拍賣或者變賣質物，此時質權人拍賣或變賣質物，無須出質人同意。質權人就拍賣或變賣質物所得之價款應與出質人協議，用於提前償付所擔保債權或者向與出質人約定第三人提存，超過所擔保債權數額之價款，歸出質人所有。拍賣或變賣所得價款在法律性質上是質物之代表物，應適用物上代位原則。質權人不當然取得價款之所有權，此時出質人可選擇用該價款提前向質權人清償債務，消

滅質權，亦可選擇以該價款向與質權人約定第三人提存，如選擇提存，須待債務清償期屆時，以提存之價款清償債務，而賣得價款超出所擔保債權之部分，應直接交付出質人。

I、質權人返還質物義務

依據《擔保法》第 71 條規定：「債務履行期屆滿債務人履行債務的，或者出質人提前清償所擔保的債權的，質權人應當返還質物（第 1 項）。債務履行期屆滿質權人未受清償的，可以與出質人協議以質物折價，也可以依法拍賣、變賣質物（第 2 項）。質物折價或拍賣、變賣後，其價款超過債權數額的部分歸出質人所有，不足部分由債務人清償（第 3 項）。」《擔保法》釋義指出，擔保債權消滅之原因包括清償、抵消、混同等，擔保債權與債務人對債權人所享有之債權抵消時債權消滅，擔保債權與可因質權人與債務人混同為一人而消滅，但最為普遍仍是擔保債權因債務人之清償而消滅。原則上，當擔保之債權消滅時，質權人負有返還質物之義務。

就法理上，無論債務履行期屆滿債務人履行債務，或者出質人提前清償所擔保之債權，質權均因清償而消滅，質權人對質物占有成為無法律依據之占有，應返還該質物。反之，出質人因清償，對質物所有權成為無負擔之所有權，質權人不返還質物，出質人得依法律對所有權之保護，請求質權人返還質物。質權人返還質物時，應向質物所有人亦即出質人返還，不得因為債務人清償之債權而一律向債務人返還，其因第三人代替債務人出質，出質人並非債務人，但為質物之所有人，如動產所擔保之債權消滅時，質權人應將質物返還於有受領權之人。對出質人效力出質人因質權之設定，雖就標的不可使用及收益，但仍保留所有權。質權之移轉及設定負擔動產質權，如同抵押權，不可與債權分離單獨移轉。質權為從權利，須與債權一同移轉，但當事人可依合同使質權不隨同移轉，此時質權消滅。債權附有質權之擔保，其依合同之移轉，如同未有擔保之債權，則無須交付質物，其質權即移轉於新債權人。債權受讓人可請求讓與人交出質物，因受讓人依債權之移轉已成為質債權人。受讓人取得質物占有時，承受質權人對出質人之

保管及返還義務，有關質權之實行應注意事項如下。

（A）流質之禁止

依據《擔保法》第 66 條規定：「出質人和質權人在合同中不得約定在債務履行期屆滿質權人未受清償時，質物的所有權轉移為質權人所有。」流質契約是指質權人及出質人在合同中約定，債務履行期屆滿，質權人未受清償時，質物之所有權為債權人所有。擔保法之所以禁止流質契約，主要是為保護出質人利益。在出質人如以較大價值之質物擔保較小數額之債權，如成立流質契約而法律又保護該契約，則債務人到期不能清償債務時，質權人可不經任何程序即成為該質物之所有權人，對出質人有失公平，違反擔保法對擔保活動應遵循平等、自願、公平及誠實信用原則之規定。早期當舖為典型之流質契約，押當人到期不贖回質物該質物為當舖所有。儘管質權人在實現質權時，該質物價值可能等於或小於拍賣之價值，約定質物歸質權人所有在實質上並未侵害出質人之權利，該流質契約亦應屬無效。如質押合同中有流質之內容，該內容無效；該內容無效不影響質押合同其他內容之效力，質押合同其他部分內容有效；在債務清償期屆滿後，質權人及出質人訂立合同，以質物折價取得質物所有權，不屬流質契約，合法有效。

（B）實現之方法

依據《擔保法》第 71 條規定：「債務履行期滿質權人未受清償，可以與出質人協議以質物折價，也可以依法拍賣、變賣質物。質物折價或拍賣、變賣後，其價款超過債權數額的部分歸出質人所有，不足部分由債務人清償。」質權人實現質權是就質物之變價優先受清償，其前提條件為債務履行期已屆滿而質權人未受清償。出質人與質權人簽訂質押合同，為債權人設定質權，但質權未必均得以實現，如債務人在債權清償期屆滿前或屆滿時清償所擔保之債權，即不存在質權實現之問題，僅有在債務履行期屆滿所擔保之債權未受清償，質權人得以實現自己之質權。債務履行期屆滿質權人未受清償，質權人依據擔保法規定可與出質人協議以質物折價，亦可依法拍賣、變賣質物後，就所得價款優先清償自己之擔保債權，此為質權人優先受償權。所謂質權人優先受償權是針對債務人之其他債權人

而言，其他債權人主要是指無擔保或可能有擔保之債權人，但優先受償順位在後之債權人³²。

擔保法規定之折價方式即質權人與出質人訂立契約，質權人出價購買該質物而取得質物所有權，如以質物折價，須經質權人及出質人協商一致，質權人無權單獨以質物折價受清償。擔保法規定之拍賣方式是按照拍賣程序實現質權，但拍賣法仍在起草階段，而擔保法規定之變賣方式與拍賣相比，雖無嚴格競價程序保證賣出之最大限度公正，但一般變賣方法具有快捷便利及節省費用之優點，對質權人及出質人均有好處。用拍賣、變賣之方法出賣質物，是否須取得出質人之同意？《擔保法》規定質權人拍賣、變賣質物僅依法律規定進行即可，無須出質人之同意，出質人是以質物價值擔保質權人之債權，質物變價之唯一目的是用於清償債務。如質物之變價（折價或拍賣、變賣）超出所擔保之債權，亦即質物之變價清償債權人之擔保債權後仍有剩餘，此時應將剩餘價款歸還出質人，其因出質人為質物之所有權人。如質物之變價價款不足所擔保債權數額時，出質人以全部變價價款交付質權人以後，質權消滅，即質權之標的為質物，因質物用於清償擔保債權而消滅，質權亦應隨之消滅。但此時擔保債權未受清償之部分，仍是債權人對債務人之債權，但已非質押擔保債權，而為無質押擔保債權，債務人依然負有清償債務之義務，如債務人與出質人非同一人時，出質人不再承擔責任，亦無清償剩餘債務之義務。

J、第三人對債務人追償

《擔保法》第 72 條規定：「為債務人質押擔保的第三人，在質權人實現質權後，有權向債務人追償。」《擔保法》釋義指出，所謂物上保證人是為他人所負擔債務而設質之第三人，僅負以該物為限度之物有限責任。債務人不履行債務時，因質權實行而喪失對於物之所有權，為避免該結果發生，物上保證人應自己

³² 例如甲以其一頭牛作質物向乙借款 3000 元，甲同時又向丙借款 2000 元，乙與丙對甲的債權均屆滿清償期時，甲無力清償乙與丙的債權，則此時乙可以用一頭牛（質物）的變價受償其 3000 元債權，如果一頭牛的變價（折價、拍賣或變賣）超過被擔保債權（3000 元）及債務人應負擔的費用（利息、變價費用等），則超過部分歸還甲，丙只可以就歸還甲的那部分價款受清償，如果一頭牛的變價不足清償乙的債權，則丙的債權將無法受清償。

清償債務。當債權人實行質權時，物上保證人是否具有先訴抗辯權？當債權人在實行質權時，基於質權可直接就質物行使其質權，物上保證人不可提出先訴抗辯權。物上保證人為債務人清償債務時，債務人與物上保證人之關係，同於主債務人與為清償保證人之關係。第三人為債務人之利益與債權人訂立質押合同，以自己之動產作為質物為債務人擔保，債務清償期屆滿，債務人未能清償債務，發生質權人實現質權之法律效果，質權人可與出質人協議以質物折價，亦可依法拍賣或者變賣質物。無論質權人以何種方式實現其質權，第三人作為出質人必將失去對質物之所有權，且此所有權之喪失無對價關係。因此為債務人質押擔保之第三人，在質權人實現質權後有權向債務人追償，即對債務人享有在數額上相當於因清償擔保債權而支出質物變價價款之債權。當然第三人對債務人之追償權為第三人之權利，出質人可為自己之利益行使追償權，亦可為債務人之利益放棄追償權之行使。

K、質物滅失

《擔保法》第 73 條規定：「質權因質物滅失而消滅。因滅失所得賠償金，應當作為出質財產。」按照《擔保法》釋義指出，如因滅失可受賠償金，質權人可就該賠償金取償。質物全部滅失時，質權消滅；一部分滅失時，質權存續於剩餘部分。由於質物之滅失，出質人對第三人取得損害賠償請求權或者保險金支付請求權時，質權人可於該等權利上為物上代位；質權因質物被沒收或徵用而消滅但受有補償金，質權人可於其補償金上為物上代位。質物雖未滅失，因附合、混合或加工等，而使得質物所有權消滅時，質權亦消滅，但可對補償金請求權為物上代位；反之，質物所有人為合成物、混合物、加工物之單獨所有人時，質權續存於合成物、混合物、加工物之上。質物所有人為該物之共有人時，質權續存在其應有部分之上。以股票為標的之質權，在股份合併或公司合併時，以過去股票為標的之質權，續存於出質人應受股票或金錢之上。

L、消滅之從屬性

《擔保法》第 74 條規定：「質權與其擔保的債權同時存在，債權消滅的，質

權也消滅。」按照《擔保法》釋義指出，質權為一種擔保物權，而債權為質權之基礎，債權受清償是設定質權之目的，當質權所擔保債權因法律原因消滅時，質權亦消滅。質物不可分，以其全部擔保債權，債權人僅在被擔保債權全部受清償時始有返還質之義務。在數個質物擔保同一債權時，不因一部清償或一部分債務之消滅而負有返還質物之義務，且如有數個質物擔保數個債權，在一部分債權消滅時亦同。

（A）債權消滅之法律原因通常有清償、抵消、混同

a、清償出質人如同債務人，具有清償債權之權利。出質人為清償時，債權移轉於出質人。第三人為清償時，債權及質權在其求償權的範圍內，移轉於第三人；b、混同質權人因繼承或其他原因，為質物之所有人或者質物之所有人取得質權，或設質之財產權（例如債權）與質權同歸於一人時，質權消滅；c、債權已過時效，其請求權消滅，但債權本身並不消滅，質權亦因而不消滅；d、抵消出質人原則上可以債務人之債權與其所擔保之債權為抵消，但不得以自己對債務人之債權，與主債務為抵消。應注意者，質權擔保之債權轉讓第三人時，質權不消滅，僅隨債權轉讓給第三人；動產質權所擔保之債權消滅時，質權人應將質物返還於有受領權之人。

（B）質權拋棄及質物任意之返還質權人拋棄其質權時，其質權消滅，質權人任意將質物返還於出質人時，可認為有默示之拋棄

依據我國民法第 897 條規定：「動產質權，因質權人將質物返還於出質人或交付於債務人而消滅。返還或交付質物時，為質權繼續存在之保留者，其保留無效³³。」無須推定質權人有拋棄質權之意思，而以有任意之返還事實，即足使質權消滅。同一理由，為質權繼續存在之保留，其保留亦為無效。質權人返還之目

³³ 我國民法於 96 年 3 月 28 日修正案增訂第 885 條第 2 項規定：「質權人不得使出質人或債務人代自己占有質物。」係因動產質權以占有由債務人或第三人移轉之動產為其成立及存續之要件，故質權人須占有質物，始能保全質權之效力。為使質權之關係明確，並確保質權之留置作用，爰於第二項增列質權人亦不得使債務人代自己占有質物。修正前第 897 條規定：「動產質權，因質權人返還質物於出質人而消滅(第 1 項)。返還質物時，為質權繼續存在之保留者，其保留無效(第 2 項)。」為配合第 885 條第 2 項之增訂，第 897 條爰予修正，並作文字整理合併為一項。

的如何，在所不問。返還雖因債務人、出質人、質物所有人之詐欺，質權亦因而消滅，但當然可使損害原因人或不當得利人，負有重新設質或為賠償之義務。質權因質物返還於所有人或出質人而消滅，返還於出質人時，債權人雖知出質人非所有人時，質權亦消滅，但如出質人同時為所有人，於出質後將質物所有權讓與他人，並以此通知債權人，則出質人不再是有受領權之人。質物之返還，無須交與出質人或所有人本人，如質物依本人之指示或經其同意，而為本人交付於代替本人之第三人時，其質權亦消滅。又如出質人或所有人，將債權人返還之質物再交與債權人，不因而使其質權復活，倘若債權人及出質人，雖誤信前質權未曾消滅時亦同，因此該質物之再交與債權人，可認為當事人就質權應屬債權人之意思一致。

（2）權利質押

A、質押標的

《擔保法》第 75 條規定：「下列權利可以質押：（一）匯票、支票、本票、債券、存款單、倉單、提單；（二）依法可以轉讓的股份、股票；（三）依法可以轉讓的商標專用權、專利權、著作權中的財產權；（四）依法可以質押的其他權利。」按照《擔保法》釋義指出，《擔保法》對何種權利可質押採取列舉方式均一列出，除《擔保法》規定之權利外，其他權利均不得質押。

（A）匯票、支票、本票、債券、存款單、倉單、提單

依據《中華人民共和國票據法》第 19 條規定：「匯票是出票人簽發的，委託付款人在見票時或者在指定日期無條件支付確定的金額給收款人或者持票人的票據（第 1 項）。匯票分為銀行匯票和商業匯票（第 2 項）。」匯票必須記載「匯票」字樣、無條件支付的委託、確定的金額、付款人名稱、收款人名稱、出票日期、出票人簽章，上述內容僅一項未記載，匯票無效（票據法第 22 條）。又依據《票據法》第 73 條規定：「本票是出票人簽發的，承諾自己在見票時無條件支付確定的金額給收款人或者持票人的票據（第 1 項）。本法所稱本票，是指銀行本票（第 2 項）。」本票必須記載「本票」字樣、無條件支付的承諾、出票日期、

確定的金額、收款人名稱、出票人簽章，僅一項內容未記載，本票無效（票據法第 75 條）。再依據《票據法》第 81 條規定：「支票是出票人簽發的，委託辦理支票存款業務的銀行或者其他金融機構在見票時無條件支付確定的金額給收款人或者持票人的票據。」支票必須記載「支票」字樣、無條件支付的委託、確定的金額、付款人名稱、出票日期、出票人簽章，僅一項內容未記載，支票無效（票據法第 84 條）。

再者，債券為按照法定程序發行並約定在一定期限還本付息之有價證券，包括國庫債券、企業債券、金融債券等。存款單是銀行、儲蓄機構發給存款人證明其債權之單據。倉單是指倉庫保管人應寄託人請求而填發之有價證券，倉單一般記載寄託人之姓名及住址、保管場所、受寄物品之種類、品質、數量及包裝、倉單填發地及填發之時間、保管期間、保管費用及保險狀況等，如擬行使倉單上記載之權利或對權利進行處分，須有倉單之占有，請求保管人交付寄託物，並向保管人交還倉單。依據《中華人民共和國海商法》第 71 條至第 80 條規定，提單是指用以證明海上貨物運輸合同及貨物已由承運人接受或者裝船，以及承運人保證據以交付貨物之單證。提單中載明向記名人交付貨物，或者按照指示人之指示交付貨物，或者向提單持有人交付貨物之條款等，均構成承運人據以交付貨物之保證。提單內容包括貨物之品名、標誌、包數或件數、重量或者體積，以及運輸危險物時對危險性質之說明；承運人之名稱及主營業所；船舶名稱；托運人及收貨人之名稱；裝貨港及在裝貨港接受貨物之日期；卸貨港；多式聯運提單增列接收貨物地點及交付貨物地點、提單之簽發日期、地點及份數；運費之支付；承運人或者其代表之簽字。提單缺少一項或數項內容，不影響提單之性質。

（B）依法可轉讓之股份、股票

依據《公司法》第 126 條至第 137 條規定，所謂股份是指股份有限公司之資本份額，而股票是股份有限公司簽發證明股東所持股份之憑證，股票應載明公司名稱、公司登記成立日期、股票種類、面額及代表股份數、股票編號。公司向發起人、國家授權投資之機構、法人發行之股票，應為記名股票，並應記載該發起

人、機構或者法人之名稱，不得另定居名或者以代表人姓名記名。對社會公眾發行之股票，可為記名股票，亦可為無記名股票。僅依法律規定可轉讓之股份及股票始可質押。但不可轉讓之股份、股票，亦不得質押³⁴。

《中華人民共和國商標法》規定商標專用權為註冊商標所有人依法對註冊商標享有之獨占使用權，商標權原則上可轉讓。依據《商標法》第 42 條：「轉讓註冊商標的，轉讓人 and 受讓人應當簽訂轉讓協定，並共同向商標局提出申請。受讓人應當保證使用該註冊商標的商品品質（第 1 項）。」及《商標法》第 43 條：「商標註冊人可以通過簽訂商標使用許可合同，許可他人使用其註冊商標。許可人應當監督被許可人使用其註冊商標的商品品質。被許可人應當保證使用該註冊商標的商品品質（第 1 項）。」得知註冊商標所有人享有註冊商標之轉讓權及使用許可權，前者註冊商標所有人透過合同將註冊商標轉讓他人所有，自己喪失註冊商標專用權，轉讓註冊商標須報請商標局核准並公告後始能生效；後者註冊商標所有人透過合同將註冊商標之使用權轉讓他人，獲得使用權轉讓費用，註冊商標所有人仍保留其商標所有權，該商標使用許可合同應報商標局備案。由上可知註冊商標轉讓權及使用許可權為註冊商標所有人之財產權，依據擔保法規定可作為權利質權之標的，即該兩項權利可作質押。

（C）依法可轉讓之商標專用權、專利權、著作權中之財產權

《中華人民共和國專利法》規定專利權包括發明專利權、實用新型專利權及外觀設計專利權。依據《專利法》第 10 條：「專利申請權和專利權可以轉讓（第 1 項）。中國單位或者個人向外國人、外國企業或者外國其他組織轉讓專利申請權或者專利權的，應當依照有關法律、行政法規的規定辦理手續（第 2 項）。轉讓專利申請權或者專利權的，當事人應當訂立書面合同，並向國務院專利行政部門登記，由國務院專利行政部門予以公告。專利申請權或者專利權的轉讓自登記之日起生效（第 3 項）。」及《專利法》第 12 條：「任何單位或者個人實施他人專利的，應當與專利權人訂立實施許可合同，向專利權人支付專利使用費。被許

³⁴ 例如公司法第 147 條規定發起人持有的本公司股份、自公司成立之日起三年內不得轉讓。公司董事、監事、經理應當向公司申報所持有的本公司股份，並在任職期間內不得轉讓。

可人無權允許合同規定以外的任何單位或者個人實施該專利。」由上可知專利轉讓權之專利權人透過合同轉讓其專利之一部或全部權利。

轉讓將專利權由專利權人轉移受讓人，受讓人成為新之專利權人或者與專利權人共用專利權，專利權人因轉讓獲得轉讓費。專利實施許可權是專利權人透過合同許可他人實施其專利之權利，受讓人支付專利使用費，亦即專利轉讓權及專利實施許可權為專利權之財產權，專利權人可以此質押，設定權利質權。《中華人民共和國著作權法》規定著作權是指作者對其作品享有之發表權、署名權、修改權、保護作品完整權、使用權及獲得報酬權，著作權包括人身權及財產權，其中發表權、署名權、修改權、保護作品完整權為人身權，而使用權及獲得報酬權則為財產權。其中使用權包括著作權人以複製、表演、播放、展覽、發行、攝製電影、電視、錄影或者改編、翻譯、注釋、編輯等方式使用自己作品之權利及許可他人以前述方式使用自己作品之權利。許可他人以上述方式使用作品，著作權人享有由此獲得報酬之權利，著作權之財產權可轉讓，著作權中之財產權可質押作為權利質權之標的。

（D）依法可質押之其他權利

前述所列舉可質押之權利不包括普通債權，亦即普通債權不得作為權利質權之標的，主要是考量國情仍存在大量「三角債」問題。權利質押過去未立法亦非普遍運用，在初期不應將範圍規定較大，將質押權利範圍加以限定較為適宜，且依據《擔保法》第 75 條第 4 項對可質押權利之規定，如需擴大範圍可在其他法律規定中加以訂定之。

B、生效時點

《擔保法》第 76 條規定：「以匯票、支票、本票、債券、存款單、倉單、提單出質的，應當在合同約定的期限內將權利憑證交付質權人。質押合同自權利憑證交付之日起生效。」按照《擔保法》釋義指出，如以匯票、支票、本票、債券、存款單、倉單、提單出質，首先應訂立書面質押合同，該合同內容應包括被擔保之主債權種類及數額、債務人履行債務之期限、權利名稱、數額及擔保之範

圍、權利憑證移交之期限，以及當事人認為需約定之其他事項，而在權利質押合同成立後，出質人應在質押合同約定期限內將權利憑證交付質權人。所謂權利憑證是指記載權利內容之象徵性證書，權利憑證通常採用書面形式³⁵，如僅訂立權利質押合同，出質人未將權利憑證交付質權人，質押合同雖成立但不生效。應注意者，《擔保法》規定與國外民法之一般規定有所區別，即國外民法一般將該權利作為指示證券，以權利設立權利質權時，僅以背書交付而成立，無須訂立權利質押合同。

C、先於債務履行期之規定

《擔保法》第 77 條規定：「以載明兌現或者提貨日期的匯票、支票、本票、債券、存款單、倉單、提單出質的，匯票、支票、本票、債券、存款單、倉單、提單兌現或者提貨日期先於債務履行期的，質權人可以在債務履行期屆滿前兌現或者提貨，並與出質人協議將兌現的價款或者提取的貨物用於提前清償所擔保的債權或者向與出質人約定的第三人提存。」按照《擔保法》釋義指出，載明兌現或者提貨日期之匯票、支票、本票、債券、存款單、倉單、提單兌現或者提貨日期屆至時，亦即第三債務人已屆債務清償期時，原則上須兌現或者提貨，以免除第三債務人之債務，如不按期兌現或者提貨，屬債權人不履行義務，可能造成第三債務人損失，例如倉單提貨日期已屆，債權人不提貨而成保管人損失。

《擔保法》規定匯票、支票、本票、債券、存款單兌現日期屆滿時，倉單及提單提貨日期屆滿時，雖債務履行尚未到期，質權人可不經出質人同意，有權將匯票、支票、本票、債券、存款單上所載款項兌現，或有權將倉單、提單所載貨物提取，此時第三債務人因向質權人清償而免除債務。但質權人兌現款項或者提取貨物後不能據為己有，須通知出質人與出質人協商，或者用兌現之款項、提取之貨物提前償還債務，或者將兌現之款項、提取之貨物向與出質人約定之第三人提存。出質人僅得在提前清償債權及向約定之第三人提存中選擇，不得既不同意

³⁵ 例如公司法第 132 條規定，股票採用紙面形式或者國務院證券管理部門規定的其他形式。如果在質押合同訂立前債權人已占有出質人權利憑證的，出質人免交權利憑證。質押合同自權利憑證交付之日起生效。

提前清償債權，亦不同意向第三人提存。

如以載明兌現或者提貨日期之匯票、支票、本票、債券、存款單、倉單、提單出質，該匯票、支票、本票、債券、存款單、倉單、提單兌現或者提貨日期後於債務履行期，債務履行期屆滿時債務人未清償擔保債權，質權人無權提前兌現或者提貨。其因雖擔保債務履行期已屆滿，質權人有權實現其債權，但匯票、支票、本票、債券、存款單、倉單、提單所載之兌現或提貨日期尚未到期，如提前兌現或者提貨，等於加重第三債務人之義務，已違反法律相關規定。因此質權人僅得在匯票、支票、本票、債券、存款單兌現日期屆滿時兌現所載之款項，或在倉單及提單提貨日期屆滿時提取其上所載之貨物。

D、股份、股票出質

《擔保法》第 78 條規定：「以依法可以轉讓的股票出質的，出質人與質權人應當訂立書面合同，並向證券登記機構辦理出質登記。質押合同自登記之日起生效（第 1 項）。股票出持後，不得轉讓，但經出質人與質權人協商同意的可以轉讓。出質人轉讓股票所得的價款應當向質權人提前清償所擔保的債權或者向與質權人約定的第三人提存。以有限責任公司的股份出質的，適用公司法股份轉讓的有關規定。質押合同自股份出質記載於股東名冊之日起生效（第 2 項）。」按照《擔保法》釋義指出，無論記名或無記名股票設定股票質押，該出質人（股票所有人）均須與債權人訂立書面合同，並向證券登記機構辦理出質登記，質押合同自登記之日起生效，未經登記，質押合同無效。《擔保法》作出該規定，一方面是考量當時證券市場缺乏完善之法律規範，各項制度尚不完備，如對股票質押不加以嚴格約束，可能產生不利之後果，以致對股票質押從嚴規範，規定登記為股票質押之生效要件。二方面股票基本上為「無紙化」，均由電腦操作並登記於證券交易所，當股票不以書面形式出現，在質押時亦無法背書轉讓。如僅訂立股票書面質押合同，而未向證券登記機構辦理股票出質登記，質押合同不生效，且質權亦不有效設定。

此外，《擔保法》亦規定以有限責任公司之股份出質，適用公司法股份轉讓

之相關規定，質押合同自股份出質記載於股東名冊之日起生效。以有限責任公司之股份出質，質權人與出質人須簽訂書面質押合同，該質押合同內容包括被擔保之主債權種類及數額、債務人履行債務之期限、出質股份之名稱、所代表之出資額、質押擔保之範圍、股份證明書（出資證明書）之編號及核發日期，以及出質人及質權人之姓名或者名稱及住所等。倘若質押之結果可能引起股份之轉讓，依據《公司法》第 71 條：「股東向股東以外的人轉讓股權，應當經其他股東過半數同意。」以有限責任公司股份出質，亦應由過半數之股東同意。應注意者，《擔保法》所規定有限責任公司之「股份」，並非是指股份有限公司之股份，而是有限責任公司股東所有之公司資產，因此該質押合同不同股票質押合同自登記之日起生效，自股份出質記載於股東名冊之日起生效。

（A）對轉讓股票之限制

股票出質後原則上不得轉讓，一方面出質人之股票雖被出質，但股票之所有權人仍為出質人，轉讓股票即對股票進行之處分，為股票所有權人之權利，質權人無權轉讓作為債權擔保之股票，否則構成對出質人所有權之侵害。二方面股票雖為出質人所有，但其作為實現債權之擔保，出質人之股票所有權為有負擔之所有權（即負擔質權），出質人在股票出質期間，亦無權轉讓出質股票，即使出質人單方面轉讓出質股票，亦因股票被出質登記而成為不可能。但如出質人與質權人協商一致，均同意轉讓出質股票，亦可，因該出質股票之所有人及質權人同意轉讓該股票，使得該轉讓行為合法化。事實上，出質人及質權人在債務未清償前協商同意轉讓出質股票之原因有，包括出質股票處於漲幅高峰或呈現下跌走勢或者出質人急於將出質股票變現清償擔保債權等，但無論何種原因導致出質股票之轉讓，轉讓股票時均須依據法律規定進行。如依據《公司法》第 139 條：「記名股票，由股東以背書方式或者法律、行政法規規定的其他方式轉讓；轉讓後由公司將受讓人的姓名或者名稱及住所記載于股東名冊。」及該法第 140 條：「無記名股票的轉讓，由股東將該股票交付給受讓人後即發生轉讓的效力。」擔保法規定合法轉讓股票所得之價款應先向質權人提前償付所擔保之債權，或者向與質權人約定之第三人提存，因出質股票之轉讓均在債務清償期屆滿前作出，質權人不

得當然用轉讓所得價款清償自己之債權，須與出質人協商或者用轉讓所得之價款提前償付自己之債權，或者將該價款向與質權人約定之第三人提存，質權人之質權仍存續在被提存之價款上。

（B）對轉讓股份之限制

依據《擔保法》規定以有限責任公司之股份出質，該股份出質後，債務未受清償原則上不得轉讓，同股票不得轉讓之原理，但如經出質人與質權人協商同意後，在債務履行期屆滿前亦可轉讓。轉讓有限責任公司之股份適用《公司法》股份轉讓之相關規定，所謂公司法股份轉讓規定是依據《公司法》第 71 條：「有限責任公司的股東之間可以相互轉讓其全部或者部分股權（第 1 項）。股東向股東以外的人轉讓股權，應當經其他股東過半數同意。股東應就其股權轉讓事項書面通知其他股東徵求同意，其他股東自接到書面通知之日起滿三十日未答覆的，視為同意轉讓。其他股東半數以上不同意轉讓的，不同意的股東應當購買該轉讓的股權；不購買的，視為同意轉讓（第 2 項）。經股東同意轉讓的股權，在同等條件下，其他股東有優先購買權。兩個以上股東主張行使優先購買權的，協商確定各自的購買比例；協商不成的，按照轉讓時各自的出資比例行使優先購買權（第 3 項）。」

E、智慧財產權出質

《擔保法》第 79 條規定：「以依法可以轉讓的商標專用權、專利權、著作權中的財產權出質的，出質人與質權人應當訂立書面合同，並向其管理部門辦理出質登記。質押合同自登記之日起生效。」按照《擔保法》釋義指出，依法可轉讓之商標專用權、專利權、著作權中之財產權出質，該出質人與債權人應訂立書面合同。書面質押合同內容應包括被擔保之主債權種類及數額、債務人履行債務之期限、註冊商標專用權人及其註冊商標及註冊號、專利權人及其專利號及專利權中之財產權利、著作權人之姓名、名稱及其著作權中之財產權利，以及擔保之範圍等。出質人與債權人訂立書面質押合同後，該質押合同不當然生效，仍須向各自管理機關辦理出質登記，而質押合同自登記之日起生效。應注意者，國務院工

商行政管理部門商標局為商標專用權之管理機關（商標法第 2 條）、專利局為專利權之管理機關（專利法第 3 條），以及國務院著作權行政管理部門及各省、自治區、直轄市人民政府之著作權行政管理部門則為著作權之管理機關（著作權法第 8 條）。

F、效力

《擔保法》第 80 條規定：「本法第七十九條規定的權利出質後，出質人不得轉讓或者許可他人使用，但經出質人與質權人協商同意的可以轉讓或者許可他人使用。出質人所得的轉讓費、許可費應當向質權人提前清償所擔保的債權或者向與質權人約定的第三人提存。」按照《擔保法》釋義指出，以依法可轉讓之商標專用權、專利權、著作權中之財產權出質後，其所有權雖仍屬商標專用權人、專利權人及著作權人，但由於該所有權是有負擔之所有權，亦即為質權人設定質權之所有權，出質人不得自由轉讓或者許可他人使用，如允許出質人自由轉讓或者許可他人使用其商標專用權、專利權、著作權中之財產權，無論有償轉讓或無償轉讓，或者許可他人有償使用或無償使用，均已損害質權人之利益。其因一方面轉讓之費用及許可他人使用之費用須歸出質人所有，質權人難以控制及取得，二方面出質人有權無限制轉讓其商標專用權、專利權、著作權，可能使得該商標專用權、專利權、著作權中之財產權價值下降，質權價值亦一同隨之下降，最終結果將損害質權人之利益，不利於擔保債權之實現。但如經出質人與質權人協商同意，可轉讓或許可他人使用出質之商標專用權、專利權、著作權中之財產權，此時該出質人作為所有權人轉讓其負擔質權之所有權，經質權人同意，不產生損害質權人利益之問題。

G、適用動產質權之規定

《擔保法》第 81 條規定：「權利質押除適用本節規定外，適用本章第一節的規定。」按照《擔保法》釋義指出，《擔保法》第四章第一節規定動產質押，第二節規定權利質押。動產質押是作為質押之一般形式加以規定，而權利質押屬質押之特殊形式，除第二節對權利質押部分內容作出特殊規定，由於權利質押多數

內容與動產質押具有相同之處，權利質押除適用第二節規定外，亦准用動產質押之規定，如質押合同內容、質押擔保範圍、質權人義務、質權實現方式等。

2、《關於適用〈中華人民共和國擔保法〉若干問題的解釋》之重點解析

- (1) 動產質押：A、出質人承擔賠償責任：出質人以其不具有所有權但合法占有之動產出質，不知出質人無處分權之質權人行使質權後，造成動產所有人損失，由出質人承擔賠償責任（司法解釋第 84 條）。債務人或第三人將其金錢以特戶、封金、保證金等形式特定化後，移交債權人占有作為債權擔保，債務人不履行債務時，債權人可以該金錢優先受償（司法解釋第 85 條）。債務人或第三人未按質押合同約定時間移交質物，如有造成質權人損失，出質人應根據其過錯承擔賠償責任（司法解釋第 86 條）。質物有隱蔽瑕疵造成質權人其他財產損害，應由出質人承擔賠償責任。但質權人在質物移交時明知質物有瑕疵而予以接受除外（司法解釋第 90 條）；B、出質人占有質物之情形：出質人代質權人占有質物，質押合同不生效；質權人將質物返還出質人後，以其質權對抗第三人，人民法院不予支持（司法解釋第 87 條第 1 項）。因不可歸責於質權人之事由而喪失對質物之占有，質權人可向不當占有人請求停止侵害、恢復原狀及返還質物（司法解釋第 87 條第 2 項）。出質人以間接占有之財產出質，質押合同自書面通知送達占有人時視為移交。占有人收到出質通知後，如仍接受出質人指示處分出質財產，該行為無效（司法解釋第 88 條）；C、實際交付占有之財產為準：質押合同中對質押之財產約定不明，或約定之出質財產與實際移交之財產不一致，以實際交付占有之財產為準（司法解釋第 89 條）；D、效力：(A) 從物：動產質權之效力及於質物之從物。但從物未隨同質物移交質權人占有者，質權之效力不及於從物（司法解釋第 91 條）；(B) 提存與提前清償債權：依據《擔保法》第 69 條規定提存質物，該質物提存費用應由質權人負擔。出質人提前清償債權，應扣除未到期部分之利息（司法解釋第 92 條）；(C) 擅自處分：質權人在質權存續期間，未經出質人同意，擅自使用、出租、處分質物，損失出質人造成，由質權人承擔賠償責任（司法解

釋第 93 條)；(D) 設定質權：質權人在質權存續期間為擔保自己債務，經出質人同意，以其所占有之質物為第三人設定質權，應在原質權所擔保之債權範圍內，超過之部分不具有優先受償之效力。轉質權之效力優於原質權（司法解釋第 94 條第 1 項）。倘若質權人在質權存續期間，未經出質人同意，為擔保自己之債務在其所占有之質物上，為第三人設定質權行為無效，又質權人對因轉質而發生之損害，應承擔賠償責任（司法解釋第 94 條第 2 項）；(E) 留置權：依據《擔保法》第 95 條債務履行期屆滿質權人未受清償，質權人可繼續留置質物，並以質物之全部行使權利。出質人清償所擔保債權後，質權人應返還質物（司法解釋第 95 條第 1 項）；(F) 質權人承擔賠償責任：債務履行期屆滿，出質人請求質權人及時行使權利，而質權人怠於行使權利致使質物價格下跌，所造成之跌價損失，質權人應承擔賠償責任（司法解釋第 95 條第 2 項）。

- (2) 權利質押：A、以公物收益出質：以公路橋樑、公路隧道或公路渡口等不動產收益權出質，係依據《擔保法》第 75 條第（四）項之規定處理（司法解釋第 97 條）；B、以票據出質：以匯票、支票、本票出質，出質人與質權人未背書記載「質押」字樣，以票據出質對抗善意第三人，人民法院不予支持（司法解釋第 98 條）；C、以公司債券出質：以公司債券出質，出質人與質權人未背書記載「質押」字樣，以債券出質對抗公司及第三人，人民法院不予支持（司法解釋第 99 條）；D、以存款單出質：以存款單出質，簽發銀行核押後又受理掛失並造成存款流失，應承擔民事責任（司法解釋第 100 條）；E、再轉讓或質押之效力：以票據、債券、存款單、倉單及提單出質，質權人再轉讓或質押之無效（司法解釋第 101 條）；F、以明兌現或提貨日期之證券出質：以載明兌現或提貨日之匯票、支票、本票、債券、存款單、倉單及提單等出質，其兌現或提貨日期後於債務履行期，質權人僅能在兌現或提貨日期屆滿時，兌現款項或提取貨物（司法解釋第 102 條）；G、以股份有限公司股份出質：以股份有限公司之股份出質，適用《公司法》有關股份轉讓規定（司法解釋第 103 條第 1 項）。以上市公司

之股份出質，質押合同自股份出質向證券登記機構辦理出質登記之日起生效（司法解釋第 103 條第 2 項）。以非上市公司之股份出質，質押合同自股份出質記載於股東名冊之日起生效（司法解釋第 103 條第 3 項）。以依法可轉讓之股份、股票出質，質權之效力及於股份及股票之法定孳息（司法解釋第 104 條）；H、以智慧財產權出質：以依法可以轉讓之商標專用權，專利權及著作權之財產權出質，出質人未經質權人同意而轉讓或許可他人使用已出質權利，應認定為無效。造成質權人或第三人損失，由出質人承擔民事責任（司法解釋第 105 條）；I、行使權利：質權人向出質人、出質債權之債務人行使質權時，如出質人、出質債權之債務人拒絕，質權人可起訴出質人及出質債權之債務人，亦可單獨起訴出質債權之債務人（司法解釋第 106 條）。

（五）留置

1、《擔保法》之基本架構

（1）定義

依據《擔保法》第 82 條規定：「本法所稱留置，是指依照本法第八十四條的規定，債權人按照合同約定占有債務人的動產，債務人不按照合同約定的期限履行債務的，債權人有權依照本法規定留置該財產，以該財產折價或者以拍賣、變賣該財產的價款優先受償。」按照《擔保法》釋義指出，留置是指債權人因保管合同、運輸合同、加工承攬合同依法占有債務人之動產，債務人不按照合同約定之期限履行債務，債權人有權依照法律規定留置該財產，以留置財產折價或者以拍賣、變賣該留置物，從所得價款中優先清償。所謂留置權是指債權人對已占有之債務人動產，在債權未能如期獲得清償前，留置該動產作為擔保及實現債權之權利。留置權是經濟生活中較普遍存在之一種合同擔保形式，如在加工承攬合同關係中，經雙方約定，定作人不按期或者不如數給付加工費，承攬人即可對其財產取得留置權；又如在貨物運輸合同中，托運人或收貨人不按規定交付運費或其他費用時，承運人即可對承運貨物取得留置權等。

留置權設定之目的是督促債務人及時履行義務，在債務人清償債務前，債權人有占有留置物之權利。當規定留置期限屆滿後，債務人仍不履行債務，債權人可依照法律規定折價或者以拍賣、變賣留置物，並從所得價款中取得清償。如債務人在規定期限內履行義務，債權人應返還留置物，不得濫用留置權。例如甲將借來之手錶弄壞後送修，倘若修理後甲不付錢，該維修店對甲送修之手錶即有留置權。前例中在甲支付修理費以前，即使其請求返還，維修店亦可扣留不還。在債務人超過法定期間仍不履行債務時，債權人即可就留置物取得受償，以滿足其債權。留置權具有以下三種特徵：(1) 留置權是一種從權利，其以擔保債權實現為目的，為擔保債務人履行其合同而設定；(2) 留置權屬於他物權，留置權人有從留置債務人財產價值中優先受償之權利；(3) 留置權是一種法定擔保方式，其依法律規定而發生，非以當事人間之協議成立。

A、留置的財產須是債權人以合法方式占有債務人之動產

(A) 留置之動產須是依合同約定合法占有

債權人留置之動產須是債權人按照合法方式占有債務人動產，如債權人以侵權行為占有債務人動產，不得成立留置權；如無因管理人占有他人財產，雖屬合法占有，但不得成立留置權。但並非按照任何合同占有債務人之財產均可行使留置權，如在買賣合同中，買方根據合同占有賣方之財產，不得行使留置權，僅有依據《擔保法》第 84 條規定之因保管合同、運輸合同、加工承攬合同所發生之債權，債權人始有留置權。

(B) 債權人所占有之財產須為債務人財產

立法中，「債務人的財產」是指債務人享有所有權之財產，或是可能為債務人提供之第三人財產。其中一種意見認為，債權人所占有之財產應為債務人所有財產，非為債務人所有之財產不得留置，該理由是成立留置權之目的在於促使債務人履行合同規定之給付義務，保證債權受償及維護債權人之合法權益，如非為債務人所有之財產，債務人無權運用其承擔民事責任，亦不利於保護第三人之合法權益，實務上亦會導致留置權糾紛之產生。另一種意見則認為，「債務人的財

產」不必僅限於債務人所有之財產，如是債務人合法占有之財產，亦可成立留置權³⁶，因債權本身即是留置物而產生，債權人在該留置物上付出自己之勞動，如僅限於留置財產屬債務人所有，對債權人有失公平。兩種意見雖各有其道理，但普遍認為第一種意見有失偏頗，不利保障債權人實現債權，因此秉持公平原則並從保護債權人之合法權益出發，債權人對債務人善意占有之財產（非債務人本人的財產）亦有留置權。

B、留置之財產須與債權人債權有牽連關係

《擔保法》規定債權人須按照合同規定依法占有債務人之動產，始得成立留置權。所謂牽連關係應認為債權人對動產之留置權與債務產生是基於同一法律關係發生，如動產與債權無關，則不能成立留置權，包括加工承攬合同，承攬人因定作人不交付加工費用，即有權留置定作人送交加工定作之物。

C、須是債權已屆清償期

債權人對業已占有之動產，並不自占有時即有留置權，留置權之成立須以債權已屆清償期，債務人未清償債務為要件，如債權尚未到清償期，債務人則處於自覺履行合同之狀態，尚未能判斷出債務人到期是否清償債務，此時留置權仍不得成立，僅有在債權已屆清償期，債務人仍不履行其債務時，債權人始得將其合法占有原本屬債務人之動產留置。確認債務是否已屆清償期之方法，如合同已有約定，合同期滿即是債務已屆清償期；合同無約定，應依債權人發出之履約催告時間加以確定。

D、留置權之財產須是動產

依據《擔保法》規定債權人按合同約定占有債務人之動產，債務人不按合同約定之期限履行債務，債權人始得有權留置該動產，如建築工程合同視為一種加工承攬合同，但承攬人對該建築物不得留置。留置權人具有之優先受償權，是指

³⁶ 例如甲借了乙的相機後不小心弄壞了，拿到修理店去修理，那麼該修理店在相機修理費未受清償前，有權留置該相機，而不管該相機的所有人是誰，即使修理店明知甲不是該相機的所有人，也有權留置相機。

債權人在債務人屆期不履行債務時，就留置之財產以折價或拍賣、變賣方式將留置物變價，其債權首先全部得到受償之權利。所謂優先受償權是相對於一般債權而言，在一般情況下，如債務人具有兩個或兩個以上普通債權人時，各債權人均應獲得清償，如債務人之財產不足以清償所有債務時，各債權人僅得按債權之比例受償。但享有優先受償權之債權人，得先從債務人財產中得到全部受償，唯在享有優先受償之債權得到清償後，如有剩餘財產情況下，其他債權人始能在剩餘之部分中按比例受償。

(2) 範圍

《擔保法》第 83 條規定：「留置擔保的範圍包括主債權及利息、違約金、損害賠償金、留置物保管費用和實現留置權的費用。」

A、主債權：指債權人與債務人之間因主合同而發生之債權，如因保管合同、運輸合同、加工承攬合同產生之債權。

B、利息：指留置物即原物產生出來之收益，可分為法定利息即約定利息，對留置權而言，主要是指遲延履行債務之利息。

C、違約金：是指合同一方當事人不履行或不適當履行合同，依法律或合同規定須給付對方一定數額之貨幣。違約金是對違約方之一種經濟制裁，僅一方不履行或不適當履行合同之事實發生，不論是否造成損失，違約方均須按合同約定給付對方違約金。違約金可分為懲罰性違約金及補償性違約金，現行之違約金兼具懲罰與補償兩種性質。

D、損害賠償金：指債務人因不履行債務而對留置權人造成損害時應承擔補償債權人損失之民事責任。損害賠償金須以債權人實際上有損失且該損失與債務人不履行債務具有因果關係為前提。

E、實現留置權之費用：指留置權人在拍賣、變賣留置物過程所花費之金錢，如留置物估價費、拍賣費、催告通知費、訴訟費等。

F、留置權人因保管留置物所支出必要費用：如留置牛馬之飼養費、治療費等。

(3) 範圍

《擔保法》第 84 條規定：「因保管合同、運輸合同、加工承攬合同發生的債權，債務人不履行債務的，債權人有留置權。法律規定可留置的其他合同，適用前款規定（第 1 項）。當事人可在合同中約定不得留置的物（第 2 項）。」《擔保法》釋義指出，留置權僅限於法律具有明文規定之保管合同、運輸合同、加工承攬合同等範圍內行使，法律未作規定，不適用留置權之擔保方式。保管合同是指保管人有償或無償地保管寄託人交付之寄託物，並在期限屆滿或依寄託人請求時將原物返還寄託人之合同，如按照交付保管物品之不同，該保管合同可分為一般保管合同及倉儲保管合同。事實上，保管合同可有償或無償，由於無償保管一般不發生糾紛，在擔保法規定之保管合同為有償保管合同，而保管合同形式為當事人自由選擇，可採取口頭形式、書面形式等，法律未作具體規定。運輸合同是指承運人按照約定時間及運輸方式，在規定期限內將承運之貨物或旅客運送至指定地點，貨物托運人或旅客為此支付運價之一種協議。運輸合同如以運輸物件區分，有旅客運輸合同及貨物運輸合同；以運輸工具區分，有鐵路運輸合同、公路運輸合同、水路運輸合同及航空運輸合同等；以運輸過程區分，則可分為一般運輸合同及聯合運輸合同，而擔保法所規定之運輸合同為貨物運輸合同。

加工承攬合同是指一方用自己之設備、技術及勞力，按照他方要求完成一定之工作，他方應接受所完成工作並給付約定報酬之協議。實務上，加工承攬合同屬雙務、有償、諾成及非要式之合同。加工承攬合同是以完成一定工作為內容之合同，其標的為勞動成果，不論體力勞動及腦力勞動成果，亦不論成果在客觀上有無財產上之價值，均可作加工承攬合同之標的。由於留置權成立之要件不僅須合法占有，亦應依合同占有，留置權之範圍排除保管合同、承攬合同、運輸合同以外之合同。擔保法雖規定保管合同、承攬合同、運輸合同可成立留置權，但並未規定當事人在留置權條件成立後必然行使留置權，倘若當事人已事先在合同中約定不得留置之物，在留置權條件成立時即不得留置該物。例如承攬合同雙方當事人預先約定排除留置權，在定作人不給付加工費時，承攬人均不得留置標之物，債務人可另行提供與債務價值相當之物作為擔保，而承攬人亦可依債權本身

的之效力提起追索加工費及違約金之訴訟。

(4) 留置物價值與債務金額關係

《擔保法》第 85 條規定：「留置的財產為可分物的，留置物的價值應當相當於債務的金額。」所謂可分物亦即經分割後而不損害其經濟用途或是失去其價值之物。留置之財產是可分物，所留置之財產應相當於債務金額。法律規定是因債權人留置財產之目的為清償債權，僅留置物之價值相當於債務金額，即可保證其債權得以實現，無須過多留置財產，非但損害債務人之合法權益，亦不利於物之充分利用³⁷。如物之分割可能減損留置物之價值，即為不可分物，不可分物不適用本條規定，例如鑽石作為加工承攬合同之標的物，如債權人留置該物時，就無法適用該條文之規定，當鑽石如予分割，其價值就會遭受減損。

(5) 留置權人之權利與義務

《擔保法》第 86 條規定：「留置權人負有妥善保管留置物的義務。因保管不善致使留置物滅失或者毀損的，留置權人應當承擔民事責任。」《擔保法》釋義指出，留置物在保管期間，因留置權人過失未盡應有之注意，或保管方法不當致使留置物滅失或損毀，留置權人不僅喪失留置權，且須承擔留置物滅失或損毀之民事責任，但其債權並未喪失。所謂民事責任主要是指賠償責任，對得以恢復原狀，亦可恢復原狀，如貨物在儲存期間，因保管不善而發生貨物滅失、短少、變質、污染、損壞等情況，保管人應承擔賠償損失之責任，僅在由於意外事故、不可抗力、留置物無法預防之自然變化及損耗等原因，造成留置物滅失或損毀時方可免除責任，不予賠償。

(6) 留置權約定與實現

《擔保法》第 87 條規定：「債權人與債務人應當在合同中約定，債權人留置財產後，債務人應當在不少於二個月的期限內履行債務。債權人與債務人在合同

³⁷ 例如運輸合同，甲(承運方)受乙(托運方)的委託運輸一車皮的煤，因乙不給付甲運輸費，甲因此可以留置乙的貨物，若一車皮煤價值為 10 萬元，運輸費為 5000 元，這時甲留置煤的數量只能在相當於運輸費 5000 元價值的範圍內留置煤，而不能把一車皮的煤全部留置。

中未約定的，債權人留置債務人財產後，應當確定二個月以上的期限，通知債務人在該期限內履行債務。債務人逾期仍不履行的，債權人可以與債務人協議以留置物折價，也可以依法拍賣、變賣留置物（第 1 項）。留置物折價或者拍賣、變賣後，其價款超過債權數額的部分歸債務人所有，不足部分由債務人清償（第 2 項）。」《擔保法》釋義指出，留置權之實現為留置權人對留置物進行處分以其價款保證債權實現。處分債務人被留置之財產應採取慎重態度，為債務人留有較為充分之償還債務期限。該期限不宜過長，過長不利於留置權人實現債權；亦不宜過短，過短不利於債務人籌集資金償還債務。

按照實務經驗及公平原則，擔保法規定該限期不少於二個月，可由債權人與債務人在訂立主合同一併約定，如未約定，由債權人在留置債務人財產後，確定二個月以上之期限，通知債務人在該期限內履行債務。債務人逾期仍未履行其債務，留置權人始得可與債務人協議以留置物折價或者以拍賣、變賣留置物清償其債權，該寬限期應自主合同債務人履行債務的期限屆滿起算。例如在保管合同中，保管期限為四個月，保管物所有人應在 4 個月期限屆滿後交付保管費用，在四個月屆滿後保管物所有人未履行合同規定交付保管費用，債權人有權留置該保管物，但留置權人不得立即將該留置物折抵保管費用，而應給予債務人二個月以上之時間履行其債務，或另提供擔保以獲得被留置財產之返還。留置物折價或者拍賣、變賣後，如所得價款超過債權額之部分，債權人應將多餘部分返還給債務人，但拍賣留置物之價款不足以清償債權，債權人有權請求債務人補足，債務人對未受清償之部分，仍應承擔清償義務。

（7）留置權消滅原因

《擔保法》第 88 條規定：「留置權因下列原因消滅：（一）債權消滅；（二）債務人另行提供擔保並被債權人接受。」

A、債權消滅

在留置期間主債權之債務人已全部履行合同約定義務，使債權人之權利得到完全實現，此時留置權亦將隨債權之消滅而消滅。由於留置權與所有合同擔保形

式相同，為保證主債權之履行而設立，債務人履行全部債務而使債權人實現債權後債權消滅，留置權亦應隨之消滅。

B、債務人另行提供擔保並被債權人接受

留置權雖是法定擔保物權，但並不排除當事人在留置權以外選擇其他擔保方式代替留置擔保，但需債務人與債權人協商一致，即被債權人所接受。提供新知擔保種類可為擔保物，如抵押擔保或者質押擔保，亦可以是保證，另債務人提供新擔保物，其價值應與債權額相當。由於留置權是以先行占有與債權有牽連關係之動產為標的，留置物之價值有可能高於被擔保債權，但後設之擔保物權或保證價值不應以留置物價值而論，一般應與被擔保債權之價值相當，當然新提供之擔保須經雙方合意。留置權之消滅除前述兩種情況外，亦適用於債權人因喪失對留置物之占有或因拋棄、留置物消滅、混同等原因而消滅之情況。債權人對留置物之占有為留置權存在條件，債權人如一旦喪失對留置物之占有，留置權消滅，但該消滅並非終局性消滅，債權人仍可依占有返還之訴請求債務人返還留置物。

2. 《關於適用〈中華人民共和國擔保法〉若干問題的解釋》之重點解析

(1) 排除留置權之約定：當事人在合同中約定排除留置權，債務履行期屆滿，債權人行使留置權，人民法院不予支持（司法解釋第 107 條）。

(2) 行使：A、要件：債權人合法占有債務人交付的動產時，不知債務人無處分該動產之權利，債權人可依據《擔保法》第 82 條規定行使留置權（司法解釋第 108 條）。倘若債權人之債權已屆清償期，債權人對動產之占有與其債權之發生具有牽連關係，債權人可留置其所占有之動產（司法解釋第 109 條）。債權人之債權未屆清償期，其交付占有標的物之義務已屆履行期，則不能行使留置權。但債權人可證明債務人無支付能力者除外（司法解釋第 112 條）。債權人未依據《擔保法》第 87 條規定之期限通知債務人履行義務，直接變價處分留置物，應對此造成之損失承擔賠償責任。債權人與債務人依據《擔保法》第 87 條規定在合同中約定寬限期，債權人可不經通知直接行使留置權（司法解釋第 113 條）；B、效力：留置權人在債權未受全

部清償前，留置物為不可分物，留置權人可就其留置物之全部行使留置權（司法解釋第 110 條）。

（六）定金

1. 《擔保法》之基本架構

（1）定義

《擔保法》第 89 條規定：「當事人可以約定一方向對方給付定金作為債權的擔保。債務人履行債務後，定金應當抵作價款或者收回。給付定金的一方不履行約定的債務的，無權要求返還定金；收受定金的一方不履行約定的債務的，應當雙倍返還定金。」《擔保法》釋義指出，定金是債之一種擔保方式，當事人可依據法律的規定，約定一方向對方給付定金作為債之擔保。收受定金之一方按照合同履行債務後，給付定金之一方應收回定金，或者將定金抵作價款；收受定金之一方不履行債務，應將雙倍定金返還給付定金之一方。給付定金之一方不履行債務，則無權要求返還定金。定金作為擔保之一種方式，其特點包括（1）定金合同之成立不僅需雙方當事人意思表示一致，且須有交付定金行為；（2）定金擔保之主合同，一般是支付金錢債務之合同。

定金與預付款之區別在於預付款交付屬履行債務之行為，無擔保作用；定金交付是為保證債務之履行，而非履行債務之行為；其次，當事人違約時，定金發揮制裁違約方並補償受損害方之作用，給付定金之一方不履行債務後，無權要求返還定金，收受定金之一方不履行債務，應雙倍返還定金，而預付款支付後，無論任一方違約均不得作為制裁性之給付。當然定金亦不同於違約金，定金為債之一種擔保方式，而違約金則是對違約之一種制裁手段，合同之一方可約定對方違約時要求對方支付違約金，並不事先給付。事實上，定金是經濟活動中較常採用之一種擔保方式，1981 年頒布《經濟合同法》即有規定定金之內容，而 1986 年之《民法通則》在第 89 條規定：「當事人一方在法律規定的範圍內可以向對方給付定金。債務人履行債務後，定金應當抵作價款或者收回。給付定金的一方不履行債務的，無權要求返還定金；接受定金的一方不履行債務的，應當雙倍返還定

金。」此外，國務院制定之《農副產品購銷合同條例》、《建設工程勘察設計合同條例》及《加工承攬合同條例》均對定金內容作出相同規定。

（2）要式行為

《擔保法》第 90 條規定：「定金應以書面形式約定。當事人在定金合同中應當約定交付定金的期限。定金合同從實際交付定金之日起生效。」《擔保法》釋義指出，雖定金是從實際交付之日起生效，但定金合同與保證合同、抵押合同及質押合同等，亦應以書面形式訂立合同。規定以書面形式訂立合同，是為保證當事人明確雙方之權利義務，在發生糾紛時，便於舉證及人民法院對當事人責任之判斷。定金合同中應規定被擔保之主合同情況、定金數額及定金交付期限等內容，其中交付定金期限為定金合同中較重要之內容，因定金是自實際交付之日起生效，當事人之權利義務亦自交付定金後確立，所以當事人應在合同中約定交付定金期限，以明確定金合同生效之時間。

（3）定金數額之限制

《擔保法》第 91 條規定：「定金的數額由當事人約定，但不得超過主合同標的額的百分之二十。」按照《擔保法》釋義指出，雖不少法律法規均對定金擔保方式作出規定，但大多數法律法規未對定金之數額加以限制，例如《加工承攬合同條例》第 7 條規定：「根據國家有關規定，定作方可向承攬方交付定金，定金數額由雙方協商。」現行法規僅《建築工程勘察設計合同條例》明確規定定金之數額，該條例第 7 條規定：「勘察任務的定金為勘察費的百分之三十，設計任務的定金為估算的設計費的百分之二十。」最高人民法院 1987 年頒布《關於印發在審理經濟合同案件中具體適用經濟合同法和審理經濟糾紛中具體適用民事訴訟法（試行）兩個若干問題解答的通知》明定，定金之數額，條例中有規定按規定辦理；條例允許當事人雙方約定，從其約定。

由於定金之數額一般均由當事人自己約定，近年出現定金在合同價款總額中比例過大之情況，部分已達合同標的額 50% 以上。由於接受定金之一方未履行合同，給付定金之一方即要求對方返還雙倍定金，該給付定金之一方取得超過合同

價款總額之金額，相當不合理。定金應發揮擔保之作用，不同於預付款無需過高之數額，因此法律應對定金之數額作出限制。實務上，《擔保法》規定當事人訂立定金合同時，應對定金之數額作出約定，而該數額最多不得超過主合同標的額之 20%，當事人可在主合同標的額 20%之限度內選擇定金數額。該規定可發揮擔保主合同之目的，如接受定金之一方違約需雙倍返還定金，返還之數額亦僅主合同標的額 40%，不僅較為合理，同時對防止利用高額定金獲取不正當利益亦發揮抑制作用。

2、《關於適用〈中華人民共和國擔保法〉若干問題的解釋》之重點解析

- (1) 無權要求返還與雙倍返還：當事人約定以交付定金作為訂立主合同擔保，給付定金之一方拒絕訂立主合同，無權要求返還定金；收受定金之一方拒絕訂立合同，應雙倍返還定金（司法解釋第 115 條）。
- (2) 不影響主合同之效力：當事人如約定以交付定金作為主合同成立或者生效要件，給付定金之一方未支付定金，但主合同已履行或已履行主要部分，不影響主合同之成立或生效（司法解釋第 116 條）。
- (3) 解除主合同後之處理：定金交付後，交付定金之一方可按照合同之約定以喪失定金為代價而解除主合同，收受定金之一方可雙倍返還定金為代價而解除主合同。對解除主合同後責之的處理適用《合同法》之規定（司法解釋第 117 條）。
- (4) 未約定訂金性質之行使權利限制：當事人交付留置金、擔保金、保證金、訂約金、押金或訂金等，但未約定定金性質，當事人主張定金權利，人民法院不予支持（司法解釋第 118 條）。
- (5) 定金合同之無效：實際交付之定金數額多於或少於約定數額，視為變更定金合同；收受定金之一方提出異議並拒絕接受定金，定金合同不生效（司法解釋第 119 條）。
- (6) 定金數額之限制：當事人約定之定金數額超過主合同標的金額 20%，超過

之部分，人民法院不予支援（司法解釋第 121 條）。

- （7）不可抗力之影響：因不可抗力、意外事件致使主合同不能履行，不適用定金罰則。因合同關係以外第三人之過錯，使主合同不能履行適用定金罰則。受定金處罰之一方當事人，可依法向第三人追償（司法解釋第 122 條）。

（七）關於其他問題之解釋

- 1、數擔保物權併存時：同一債權上數個擔保物權並存時，債權人放棄債務人提供物之擔保，其他擔保人在其放棄權利之範圍內減輕或免除擔保責任（司法解釋第 123 條）。
- 2、企業法人之分支機構為他人保證時：企業法人之分支機構為他人提供保證，人民法院在審理保證糾紛案件中，可將該企業法人作為共同被告參加訴訟。但商業銀行、保險公司之分支機構提供保證除外（司法解釋第 124 條）。
- 3、訴訟規定：（1）一般保證：一般保證之債權人向債務人及保證人一併提起訴訟，人民法院可將債務人及保證人列為共同被告參加訴訟。但應在判決書中明確在對債務人財產依法強制執行後仍不能履行債務時，由保證人承擔保證責任（司法解釋第 125 條）；（2）連帶責任：第一連帶責任保證之債權人可將債務人或保證人作為被告提起訴訟，亦可將債務人及保證人作為共同被告提起訴訟（司法解釋第 126 條）；（3）保證人參加訴訟：債務人對債權人提起訴訟，而債權人提起反訴訟，保證人可作為第三人參加訴訟（司法解釋第 127 條）；（4）債務人與擔保人共同被告參加訴訟：債權人向人民法院請求行使擔保物權時，債務人及擔保人應作為共同被告參加訴訟（司法解釋第 128 條第 1 項）。同一債權既有保證又有物之擔保，當事人發生糾紛提起訴訟，債務人與保證人、抵押人或出質人可作為共同被告參加訴訟（司法解釋第 128 條第 2 項）；（5）主合同與擔保合同之糾紛訴訟：主合同及擔保合同發生糾紛提起訴訟，應根據主合同確定案件管轄。擔保人承擔連帶責任之擔保合同發生糾紛，債權人向擔保人主張權利，應由擔保人住所地之法院管轄（司法解釋第 129 條第 1 項）。主合同及擔保合同選擇管轄之法院不一致，應根據主合同確

定案件管轄（司法解釋第 129 條第 2 項）。在主合同糾紛案件中，對擔保合同未經審判，人民法院不應依據對主合同當事人所作出之判決或裁定，直接執行擔保人之財產（司法解釋第 130 條）；（6）不能清償之定義：司法解釋所稱之「不能清償」指對債務人之存款、現金、有價證券、成品、半成品、原材料及交通工具等，可執行之動產及其他方便執行之財產執行完畢後，債務仍未能得到清償之狀態（司法解釋第 131 條）；（7）扣押與協助執行：在案件審理或執行程序中，當事人提供財產擔保，人民法院應對該財產之權屬證書予以扣押，同時向有關部門發出協助執行通知書，要求其在規定時間內不予辦理擔保財產之轉移手續（司法解釋第 132 條）。（8）擔保法施行前之效力：擔保法施行以前發生之擔保行為，適用擔保行為發生時之法律規定及有關司法解釋（司法解釋第 133 條第 1 項）。擔保法施行之後，因擔保行為發生之糾紛案件，在本解釋公布施行前已終審，當事人申請再審或按審判監督程序決定再審，不適用本解釋（司法解釋第 133 條第 2 項）。擔保法施行之後因擔保行為發生之糾紛案件，在本解釋公布施行後尚在一審或二審階段，適用擔保法及本解釋（司法解釋第 133 條第 3 項）。

二、中華人民共和國物權法

中共第 16 屆全國代表大會於 2002 年 11 月提出「完善保護私人財產的法律制度」後，於 2004 年 3 月所通過之憲法修正案中，寫入「公民的合法的私有財產不受侵犯」之內容，切實保護公民私有財產。據此，於 2007 年 10 月 1 日施行之《物權法》對「公有財產和私有財產平等保護」為物權法核心內容之一。《物權法》在第一編第一章中規定：國家實行社會主義市場經濟制度，保障一切市場主體的平等法律地位及發展權利；國家、集體及私人之物權與其他權利人之物權受法律保護，任何單位及個人不得侵犯（物權法第 4 條），並採物權法定主義（物權法第 5 條）。《物權法》共分為五編，其中與本研究議題相關者為第四編擔保物權編，分別在第十五章「一般規定」、第十六章「抵押權」、第十七章「質權」及

第十八章「留置權」明定。事實上，《物權法》在中國大陸社會生活中，具有相當重要之意義，包括（1）《物權法》建立中國大陸之物權制度及物權體系，規定權利人依法享有物權；（2）《物權法》通過後表示民法典之起草工作完成核心部分；（3）《物權法》代表中國大陸社會主義市場經濟體系完成重要部分；（4）《物權法》有利於鼓勵人民創造財富、建設和諧社會³⁸。

目前與物權法有關之司法實務解釋有二，分別為最高人民法院《關於審理建築物區分所有權糾紛案件具體應用法律若干問題的解釋》³⁹及《關於審理物業服務糾紛案件具體應用法律若干問題的解釋》⁴⁰。前述兩部司法解釋涉及建築物區分所有權及物業服務糾紛案件審判實踐中之若干難點問題，前者包括業主身份之界定、專有及共有部分之劃定、面積人數之計算方法、業主權利義務之範圍、車位車庫糾紛之處理、業主自治重大事項之範圍、住改商糾紛之處理、利害關係業主之認定、業主撤銷權之行使及業主知情權之保護等；後者則涵蓋物業服務合同對業主之約束力及效力、物業服務企業之違約責任承擔、業主妨害物業服務企業管理之責任承擔、物業費糾紛處理、物業服務合同之解除及相應糾紛之處理、物業使用人之準用等。

據最高人民法院統計，2009 年中國大陸人民法院審理 1,100 萬件案件，一審案件 650 餘萬件，其中 150 萬件為商事案件，有關貸款合同糾紛案件占比超過三成。金融機構在辦理貸款過程中，鮮少從事無擔保貸款，而爭議最大之處在於還款義務問題，或是抵押如何有效之問題。最高人民法院自 2010 年起研擬《物權法》擔保物權之司法解釋，將 2000 年《擔保法》司法解釋中有關擔保物權之部分與《物權法》擔保物權篇解釋整合，其司法解釋草稿包括一般規定、抵押權解釋、質權解釋、質押權之解釋及其他問題等五大部分。按專家學者意見指出，成熟之擔保交易制度需涵蓋：寬泛之抵押範圍、統一之登記公示系統、清晰之優先權規則及快速之執行程序等四個支架⁴¹，相信《物權法》司法解釋應圍繞在該四

³⁸ 參閱楊立新，楊立新民法講義（肆）：物權法，人民法院出版社，2009 年 11 月；王利明，物權法研究（第三版），中國人民大學出版社，2013 年 1 月。。

³⁹ 最高人民法院 2009 年 5 月 14 日法釋[2009]7 號。

⁴⁰ 最高人民法院 2009 年 5 月 15 日法釋[2009]8 號。

⁴¹ 參閱劉萍、宋曉梅等，中國動產擔保物權與信貸市場發展，中信出版社，2006 年 1 月。

個問題作出詳細規範內容。

由於《物權法》發布後對以往僅以《擔保法》作為擔保物權設定之主要依據法規，產生修正與規定不同之處。爰此，本研究彙整《物權法》及《擔保法》對擔保物權規定之異同，以茲比較與提醒注意（詳見表 2-1）⁴²。

表 2-1：中國大陸擔保法與物權法之比較（擔保物權）

比較項目	擔保法	物權法	解析
獨立擔保約定效力	擔保合同是主合同的從合同，主合同無效，擔保合同無效。擔保合同另有約定的，按照約定(第 5 條)。	設立擔保物權，應依照本法和其他法律的規定訂立擔保合同。擔保合同是主債權債務合同的從合同。主債權債務合同無效，擔保合同無效，但法律另有規定除外(第 172 條第 1 項)。	擔保物權依附主債權債務存在，無主債權債務即無擔保物權。法律如允許當事人作出主債權債務無效擔保合同仍有效之約定，即使不存在主債權債務，擔保人亦須承擔擔保責任。此對擔保人不公平，且可能導致欺詐及權利之濫用，甚至可能損害其他債權人之利益。
擔保合同與擔保物權之效力	1、當事人以本法第 42 條規定的財產抵押，應辦理抵押物登記，抵押合同自登記之日起生效。 2、質押合同自質物移交於質權人占有時生效(第 64 條第 2 項)。	1、當事人之間訂立有關設立、變更、轉讓和消滅不動產物權的合同，除法律另有規定或者合同另有約定外，自合同成立時生效；未辦理物權登記的，不影響合同效力(第 15 條)。 2、以本法第 180 條第 1 款第 1 項至第 3 項規定的財產或第 5 項規定的正在建造的建築物抵押，應辦理抵押登記。抵押權自登記時設立(第 187 條)。 3、質權自出質人交付質押財產時設立(第 212 條)。	將原因關係(合同)與物權變動之效力區分
抵押物標的範圍擴大	下列財產可抵押： (1)抵押人所有的房屋	債務人或第三人有權處分的下列財產可抵	從列舉加概括之立法模式轉變為列舉加排

⁴² 有關《擔保法》及《物權法》在一般規定、一般抵押權、最高額抵押權、動產質權、權利質權及留置權之比較，請詳附錄二。

	和其他地上定著物； (2)抵押人所有的機器、交通運輸工具和其他財產； (3)抵押人依法有權處分的國有的土地使用權、房屋和其他地上定著物； (4)抵押人依法有權處分的國有的機器、交通運輸工具和其他財產； (5)抵押人依法承包並經發包方同意抵押的荒山、荒溝、荒丘、荒灘等荒地的土地使用權； (6)依法可以抵押的其他財產。抵押人可以將前款所列財產一併抵押(第 34 條)。	押： (1)建築物和其他土地附著物； (2)建設用地之使用權； (3)以招標、拍賣、公開協商等方式取得的荒地等土地承包經營權； (4)生產設備、原材料、半成品、產品； (5)正在建造的建築物、船舶、航空器； (6)交通運輸工具； (7)法律、行政法規未禁止抵押的其他財產。抵押人可以將前款所列財產一併抵押(第 180 條)。	除之立法方式。物權法擴大抵押物標的之範圍。
浮動抵押制度之新增	無規定。	經當事人書面協議，企業、個體工商戶、農業生產經營者可將現有的以及將有的生產設備、原材料、半成品、產品等抵押，債務人不履行到期債務或者發生當事人約定的實現抵押權的情形，債權人有權就實現抵押權時的動產優先受償(第 181 條)。	浮動抵押具有下列特徵： (1)浮動抵押設定後，抵押財產不斷發生變化，直到約定或法定事由發生，抵押財產才確定。 (2)浮動抵押期間抵押人處分抵押財產不需經過抵押權人同意，抵押權人對抵押財產無追及的權利，僅就約定或者法定的事由發生後確定的財產優先受償⁴³。
登記效力	以航空器、船舶、車輛抵押的，應辦理抵押物登記，抵押合同自登記之日起生效(第 41 條及第 42 條)。	以交通運輸工具抵押的，抵押權自抵押合同生效時設立；未經登記，不得對抗善意第三人(第 188 條)。	特殊標的物之登記生效主義改為登記對抗主義。

⁴³ 浮動抵押制度的好處，除具有動產抵押的優點外，亦包括雖其係以現在及將來特定動產設定抵押，但在設定時不須如同集合抵押應製作「財產目錄清單」，僅須持書面抵押合同到抵押人住所地的工商管理部門辦理登記即可。同時抵押權設定後實現前，企業可自由轉讓該浮動抵押財產，此點不同於動產抵押財產的禁止處分，而能使財產價值得到最大化利用。反之，由於浮動抵押直到實現前，浮動抵押財產一直處於流動狀態，在實現前如企業隱藏財產或財產急遽減少，將使債權人面臨無法獲償的風險。不同於一般抵押採「登記生效主義」，浮動抵押係採「登記對抗主義」，抵押合同成立即生浮動抵押設定效力，但未經登記時，善意第三人可主張該浮動抵押權人不得優先受償。參閱曾文雄，台商如何透過新物權法融資及保障債權(上)，台商經貿網，第104期，2007年6月，最後瀏覽日：2014年6月30日。

http://www.chinabiz.org.tw/News/GetJournalShow?pid=162&cat_id=174&gid=77&id=1110

同時具有物的擔保與人的擔保效力	同一債權既有保證又有物的擔保，保證人對物的擔保以外的債權承擔保證責任。債權人放棄物的擔保的，保證人在債權人放棄權利的範圍內免除保證責任(第 28 條)。	被擔保的債權既有物的擔保又有人的擔保，債務人不履行到期債務或者發生當事人約定的實現擔保物權的情形，債權人應當按照約定實現債權；沒有約定或者約定不明確，債務人自己提供物的擔保的，債權人應當先就該物的擔保實現債權；第三人提供物的擔保的，債權人可就物的擔保實現債權，也可要求保證人承擔保證責任。提供擔保的第三人承擔擔保責任後，有權向債務人追償(第 176 條)。	物的擔保優先理論揚棄，物的擔保與人的擔保無先後之分，兼顧公平原則對債務人提供物的擔保與第三人提供物的擔保效力作區分。
抵押權之轉讓	抵押期間，抵押人轉讓已辦理登記的抵押物，應通知抵押權人並告知受讓人轉讓物已經抵押的情況；抵押人未通知抵押權人或未告知受讓人，轉讓行為無效(第 49 條第 1 項)。	抵押期間，抵押人未經抵押權人同意，不得轉讓抵押財產，但受讓人代為清償債務消滅抵押權的除外(第 191 條第 2 項)。	從通知主義，改為抵押權人同意。不過要經過抵押權人同意，近乎是要銷除該財產上抵押權之意思。
最高額質權之新增	無規定。	出質人與質權人可以協議設立最高額質權。最高額質權除適用本節有關規定外，參照本法第 16 章第 2 節最高額抵押權的規定(第 222 條)。	所謂最高額質權是指為擔保債務的履行，債務人或者第三人對一定期間內將要連續發生的債權提供質押擔保，債務人不履行到期債務或發生當事人約定的實現質權的情形，質權人有權在最高質權額限度內就該擔保財產優先受償。
權利質權範圍擴大	債務人或者第三人有權處分的下列權利可以出質： (1)匯票、支票、本票、債券、存款單、倉單、提單； (2)依法可以轉讓的股份、股票； (3)依法可以轉讓的商標專用權、專利權、著作權中的財產權； (4)依法可以質押的其他權利(第 75 條)。	債務人或者第三人有權處分的下列權利可以出質： (1)匯票、支票、本票； (2)債券、存款單； (3)倉單、提單； (4)可以轉讓的基金份額、股權； (5)可以轉讓的註冊商標專用權、專利權、著作權等知識產權中的財產權； (6)應收帳款； (7)法律、行政法規規定	立法模式依然採取列舉及明文可以出質之規定。但兩相對照下物權法擴大質權標之範圍。

		可以出質的其他財產權利(第 223 條)。	
留置權適用擴大	因保管合同、運輸合同、加工承攬合同發生的債權，債務人不履行債務，債權人有留置權。法律規定可以留置的其他合同，適用前款規定。當事人可以在合同中約定不得留置的物(第 84 條)。	法律規定或者當事人約定不得留置的動產，不得留置(第 232 條)。	物權法僅規定法定或約定不得留置之情形，擴大留置權適用範圍。
留置財產與債權之關連	無規定。	債權人留置的動產應與債權屬於同一法律關係，但企業之間留置的除外(第 131 條)。	物權法明確規定留置財產應與債權屬於同一法律關係。同時考慮到商業實踐的特殊性，企業之間交易頻繁，追求交易效率，講究商業信用，如嚴格要求留置財產須與債權的發生具有同一法律關係，有悖交易迅捷及交易安全，因此物權法特別規定，企業間留置的財產，可不與債權屬於同一法律關係。
地隨房走或房隨地走之原則與例外	下列財產可以抵押： (三)抵押人依法有權處分的國有的土地使用權、房屋和其他地上定著物(第 34 條第 1 項第 3 款)。	債務人或第三人有權處分的下列財產可以抵押：(一)建築物和其他土地附著物；(二)建設用地使用權(第 180 條第 1 項第 1、2 款)。	物權法及其司法解釋並未針對此部分進行說明與補充，因此應以房地產管理之相關法規處理。
抵押權及其順位的放棄與抵押權變更	同一債權既有保證又有物的擔保的，保證人對物的擔保以外的債權承擔保證責任。債權人放棄物的擔保的，保證人在債權人放棄權利的範圍內免除保證責任(第 28 條)。	抵押權人與抵押人可以協議變更抵押權順位以及被擔保的債權數額等內容，但抵押權的變更，未經其他抵押權人書面同意，不得對其他抵押權人產生不利影響。債務人以自己的財產設定抵押，抵押權人放棄該抵押權、抵押權順位或者變更抵押權的，其他擔保人在抵押權人喪失優先受償權益的範圍內免除擔保責任，但其他擔保人承諾仍然提供擔保的除外(第 194 條)。	物權法就被擔保之債權既有以債務人自有財產作抵押之抵押擔保，又有其他擔保之情形而作出之特別規定。所謂「其他擔保人」既包括為債務人擔保之保證人，亦包括提供抵押及質押擔保之第三人。

資料來源：本研究整理自《中華人民共和國擔保法》、《中華人民共和國物權法》。

特別說明者，上表 2-1 有關「地隨房走或房隨地走」之原則，係因房地產之不可分性，因此在處理房地產時必須遵守此項原則進行。依據《中華人民共和國城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例》⁴⁴第 24 條規定：「地上建築物、其他附著物的所有人或者共有人，享有該建築物、附著物使用範圍內的土地使用權。土地使用者轉讓地上建築物、其他附著物所有權時，其使用範圍內的土地使用權隨之轉讓，但地上建築物、其他附著物作為動產轉讓的除外。」此外，查同條例第 25 條規定：「土地使用權和地上建築物、其他附著物所有權轉讓，應當依照規定辦理過戶登記。」均說明瞭土地使用權與地上建築物或其他附著物等所有權之聯動關係。

在擔保權設定方面，依據《中華人民共和國城市房地產管理法》⁴⁵第 48 條規定：「依法取得的房屋所有權連同該房屋占用範圍內的土地使用權，可設定抵押權（第 1 項）。以出讓方式取得的土地使用權，可設定抵押權（第 2 項）。」其第 2 項規定即該原則之體現。換言之，唯有將依法取得之房屋所有權及房屋占用範圍內之土地使用權一併作為抵押權之標的，始能維護抵押權人之利益，確保實行抵押權時房屋所有權與土地使用權同時移轉。基於前述原則，《擔保法》第 36 條亦確立國有建設用地使用權與地上建築物之聯動抵押關係規定：「以依法取得的國有土地上的房屋抵押，該房屋占用範圍內的國有土地使用權同時抵押（第 1 項）。以出讓方式取得的國有土地使用權抵押，應將抵押時該國有土地上的房屋同時抵押（第 2 項）。鄉（鎮）村企業土地使用權不得單獨抵押。以鄉（鎮）村企業廠房等建築物抵押，其占用範圍內的土地使用權同時抵押（第 3 項）。」最後，《物權法》第 180 條第 1 項第 1 款及第 2 款亦遵循該原則立法，尤其第 2 項視為一併抵押之規定，係為防止權利人將土地與房屋分割抵押而造成抵押權實行困難，杜絕房屋與土地分開抵押之行為。

在登記程序上，《城市房地產管理法》第 49 條規定：「房地產抵押，應當憑土地使用權證書、房屋所有權證書辦理。」復依《建設部關於貫徹〈城市房地產

⁴⁴ 1990 年 5 月 19 日國務院令第 55 號。

⁴⁵ 1994 年 7 月 5 日中華人民共和國主席令第 72 號。

管理法〉若干意見的通知》⁴⁶第 8 條規定：「積極開展房地產抵押管理工作。各級房地產管理部門與金融部門密切配合，儘快建立房地產抵押制度，推動房地產抵押業務的開展。加強房地產抵押評估和他項權利登記管理，並做好房地產抵押物的拍賣管理工作。除以出讓方式取得的土地使用權的單純抵押外，凡房地產的抵押必須是房屋連同該房屋占用的土地使用權一起抵押，否則房地產管理部門不得為其辦理有關手續。」據此，若未依據該原則違反一起抵押之規定者，主管機關不得為其辦理有關手續。《擔保法》則以單獨抵押與一併抵押之標準，區分不同辦理抵押登記之部門，依據《擔保法》第 42 條第 1 款及第 2 款規定：「辦理抵押物登記的部門如下：（一）以無地上定著物的土地使用權抵押的，為核發土地使用權證書的土地管理部門；（二）以城市房地產或者鄉（鎮）、村企業的廠房等建築物抵押的，為縣級以上地方人民政府規定的部門；」但《物權法》第 10 條一改《擔保法》分離登記之規定：「不動產登記，由不動產所在地的登記機構辦理（第 1 項）。國家對不動產實行統一登記制度。統一登記的範圍、登記機構和登記辦法，由法律、行政法規規定（第 2 項）。」

有疑問的是，新增建築物的部分是否屬於「地隨房走或房隨地走」原則包括範圍內？依據《城市房地產管理法》第 52 條規定：「房地產抵押合同簽訂後，土地上新增的房屋不屬於抵押財產。需要拍賣該抵押的房地產時，可以依法將土地上新增的房屋與抵押財產一同拍賣，但對拍賣新增房屋所得，抵押權人無權優先受償。」由此可知，程序上一同拍賣係基於「可以」之要件，但何時方稱為「可以」在實務操作上不明。鑒此，《物權法》修正此不明要件於第 200 條規定：「建設用地使用權抵押後，該土地上新增之建築物不屬抵押財產。該建設用地使用權實現抵押權時，應將該土地上新增的建築物與建設用地使用權一併處分，但新增建築物所得的價款，抵押權人無權優先受償。」據此，從任意性之「可以」（相較我國條文為「得」之任意規定）要件修正為強制性之「應當」（相較我國條文為「應」之強制規定）要件，藉以強化與徹底遵循「地隨房走或房隨地走」。

又誠如表 2-1 所述，《物權法》修正中國大陸原有抵押制度，包括增加動產

⁴⁶ 住房和城鄉建設部 1994 年 8 月 13 日建房[1994]493 號。

浮動抵押制度，所謂動產浮動抵押是指抵押人以其現有的及將來所有的生產設備、原物料、半成品或產品等動產為債權人設定之擔保（物權法第 181 條）。再者，《物權法》又將抵押合同生效與抵押權設立分離，所有抵押合同自成立時生效，抵押物登記效力根據抵押物性質而不同，如以不動產抵押，抵押權自登記時設立；以動產抵押，未辦理抵押登記，不得對抗善意第三人，在《擔保法》則是規定須辦理抵押登記，抵押合同才生效力。其次，《物權法》相較《擔保法》擴大可用於抵押之財產範圍，如增加正在建造之動產及不動產均可設定抵押、明確法律未禁止之財產均可設定抵押、廢除超額抵押之禁止規定⁴⁷、在抵押權實現之事由上允許當事人自由約定，以及除訴訟程序外，增加非訟程序實現抵押權，亦即可請求法院直接拍賣、變賣抵押物⁴⁸。

附帶說明者，依據《中華人民共和國城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例》第 44 條規定：「劃撥土地使用權，除本條例第四十五條規定的情況外，不得轉讓、出租、抵押。」亦即劃撥土地使用權原則上係不得進行擔保權之設定（抵押），但如符合同條例第 45 條規定者，不在此限：「符合下列條件的，經市、縣人民政府土地管理部門和房產管理部門批准後，其劃撥土地使用權及地上建築物，其他附著物所有權可轉讓、出租、抵押：（一）土地使用者為公司、企業、其他經濟組織和個人；（二）領有國有土地使用證；（三）具有地上建築物、其他附著物合法的產權證明；（四）依照本條例第二章的規定簽訂土地使用權出讓合同，向當地市、縣人民政府補交土地使用權出讓金或者以轉讓、出租、抵押所獲收益抵交土地使用權出讓金。轉讓、出租、抵押前款劃撥土地使用權的，分別依照本條例第三章、第四章和第五章的規定辦理。」倘若違反上述規定者依據同條例第 46 條規定處以罰款：「對未經批准擅自轉讓、出租、抵押劃撥土地使用權的單位和個人，市、縣人民政府土地管理部門應當沒收其非法收入，並根據情節處以罰款。」

⁴⁷ 《擔保法》第 35 條規定抵押人所擔保的債權不得超出其抵押物的價值。財產抵押後，該財產的價值大於所擔保債權的餘額部分，可以再次抵押，但不得超出其餘額部分。換言之，抵押物價值只能大於或等於所擔保的債權，但《物權法》並未制訂該項規定。

⁴⁸ 參閱王振友，債權保護與追索瓶頸破解，中國檢察出版社，2013 年 6 月，第 171 頁。

相關辦理程序係依據《劃撥土地使用權管理暫行辦法》⁴⁹第 12 條至第 17 條分別針對劃撥土地及其地方建築物一併抵押之程序為下列規定：1、土地使用者如需轉讓、出租、抵押土地使用權，必須持國有土地使用證及地上建築物、其他附著物產權證明等合法證件，向所在地市、縣人民政府土地管理部門提出書面申請⁵⁰（第 12 條）。2、市、縣人民政府土地管理部門應接到轉讓、出租、抵押土地使用權書面申請書之日起十五日內給予回覆（第 13 條）。3、市、縣人民政府土地管理部門與申請人經協商後，簽訂土地使用權出讓合同（第 14 條）。4、土地使用權轉讓、出租、抵押行為之雙方當事人應依照有關法律、法規及土地使用權出讓合同之規定，簽訂土地使用權轉讓、租賃、抵押合同（第 15 條）。5、土地使用者應在土地使用權出讓合同簽訂後六十日內，向所在地市、縣人民政府交付土地使用權出讓金，前往市、縣人民政府土地管理部門辦理土地使用權出讓登記手續（第 16 條）。且雙方當事人應在辦理土地使用權出讓登記手續後十五日內，前往所在地市、縣人民政府土地管理部門辦理土地使用權轉讓、出租、抵押登記手續。辦理登記手續應提交下列證明文件：（1）國有土地使用證；（2）土地使用權出讓合同；（3）土地使用權轉讓、租賃、抵押合同；（4）市、縣人民政府土地管理部門認為有必要提交的其他證明文件（第 17 條）。

應注意者，《城市房地產管理法》第 40 條規定：「以劃撥方式取得土地使用權的，轉讓房地產時，應按照國務院規定，報有批准權的人民政府審批。有批准權的人民政府准予轉讓的，應由受讓方辦理土地使用權出讓手續，並依照國家有關規定繳納土地使用權出讓金（第 1 項）。以劃撥方式取得土地使用權的，轉讓房地產報批時，有批准權的人民政府按照國務院規定決定可以不辦理土地使用權出讓手續的，轉讓方應按照國務院規定將轉讓房地產所獲收益中的土地收益上繳國家或者作其他處理（第 2 項）。」此外，《關於國有劃撥土地使用權抵押登記有

⁴⁹ 1992 年 3 月 8 日國家土地管理局令[1992]第 1 號。

⁵⁰ 《城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例》第 45 條規定：「符合下列條件的，經市、縣人民政府土地管理部門和房產管理部門批准，其劃撥土地使用權和地上建築物，其他附著物所有權可以轉讓、出租、抵押：（下略）」，然《劃撥土地使用權管理暫行辦法》第 12 條規定將批准部分專屬於「土地管理部門」（土地管理局），排除房產管理部門之批准權。

關問題的通知⁵¹》揭示，根據國家相關法律之規定，就國有劃撥土地使用權抵押登記中之相關問題通知如下：「以國有劃撥土地使用權為標的物設定抵押，土地行政管理部門依法辦理抵押登記手續，即視同已經具有審批許可權的土地行政管理部門批准，不必再另行辦理土地使用權抵押的審批手續。」由此可知，雖設定抵押權不代表土地使用權之轉讓，但抵押權之實行必然引發劃撥土地使用權主體之變動，構成劃撥土地使用權變動之條件，依據前述辦法規定，應經市、縣土地行政管理部門批准始得為之。因此有論者認為，儘管《城市房地產管理法》第 39 條僅規定劃撥土地使用權轉讓審批權，該審批權之標的應擴展至劃撥土地使用權之抵押上⁵²。

另查最高人民法院《關於破產企業國有劃撥土地使用權應否列入破產財產等問題的批復⁵³》第 2 條揭示：「企業對其以劃撥方式取得的國有土地使用權無處分權，以該土地使用權為標的物設定抵押，除了依法辦理抵押登記手續外，還應經具有審批許可權的人民政府或土地行政管理部門批准。否則，應當認定抵押無效。如果企業對以劃撥方式取得的國有土地使用權設定抵押時，履行了法定的審批手續，並依法辦理抵押登記，應當認定抵押有效。根據《中華人民共和國城市房地產管理法》第五十條和《中華人民共和國擔保法》第五十六條的規定，抵押權人只有在以抵押標的物折價或拍賣、變賣所得價款繳納相當於土地使用權出讓金的款項後，對剩餘部分方可享有優先受償權。但納入國家兼併破產計畫的國有企業，其用以劃撥方式取得的國有土地使用權設定抵押的，應依據國務院有關文件規定辦理。」及第 3 條規定：「國有企業以關鍵設備、成套設備、廠房設定抵押的效力問題，應依據法釋[2002]14 號《關於國有工業企業以機器設備等財產為抵押物與債權人簽訂的抵押合同的法律效力問題的批復》辦理（第 1 項）。國有企業以建築物設定抵押的效力問題，應區分兩種情況處理：如果建築物附著於以劃撥方式取得的國有土地使用權之上，將該建築物與土地使用權一併設定抵押

⁵¹ 國土資源部 2004 年 1 月 15 日國土資發[2004]9 號。

⁵² 參閱金儉，中國不動產物權法律保護-立法、案例與理論，台灣財產法暨經濟法研究協會，2007 年 11 月，第 325 頁。

⁵³ 最高人民法院 2002 年 10 月 11 日法釋[2003]6 號。

的，對土地使用權的抵押需履行法定的審批手續，否則應認定抵押無效；如果建築物附著於以出讓、轉讓方式取得的國有土地使用權之上，將該建築物與土地使用權一併設定抵押的，即使未經有關主管部門批准，亦應認定抵押有效。」

歸納上述均可得出審批權擴展至土地使用權抵押上之原則，然前述第3條後段敘述之立法規定：「如果建築物附著於以出讓、轉讓方式取得的國有土地使用權之上，將該建築物與土地使用權一併設定抵押的，即使未經有關主管部門批准，亦應認定抵押有效。」亦即未經主管部門核准之建築物附著國有土地使用權之情況，該抵押仍為有效。此外，關於適用之問題，依據《最高人民法院關於破產企業國有劃撥土地使用權應否列入破產財產等問題的批復》表示：「本批復自公布之日起施行，正在審理或者尚未審理的案件，適用本批復，但對提起再審的判決、裁定已經發生法律效力的案件除外。」

三、建設部、中國人民銀行、中國銀監會《關於規範與銀行信貸業務 相關的房地產抵押估價管理有關問題的通知》

（一）《通知》本文重點

為加強房地產抵押估價管理，防範房地產信貸風險，維護房地產抵押當事人的合法權益，根據有關法律法規之規定，建設部、中國人民銀行及中國銀監會就有關問題通知如下：

- 1、房地產管理部門要建立及完善房地產估價機構、註冊房地產估價師之信用檔案，完善商品房預售合同登記備案、房屋權屬登記等資訊系統，為公眾提供便捷的查詢服務。房屋權屬檔案和有關原始憑證的查閱，依據《城市房地產權屬檔案管理辦法》的有關規定辦理。
- 2、商業銀行在發放房地產抵押貸款前，應當確定房地產抵押價值。房地產抵押價值由抵押當事人協商議定，或者由房地產估價機構進行評估。房地產抵押

價值由抵押當事人協商議定的，應當向房地產管理部門提供確定房地產抵押價值的書面協議；由房地產估價機構評估的，應當向房地產管理部門提供房地產抵押估價報告。房地產管理部門不得要求抵押當事人委託評估房地產抵押價值，不得指定房地產估價機構評估房地產抵押價值。

- 3、房地產抵押估價原則上由商業銀行委託，但商業銀行與借款人另有約定的，從其約定。估價費用由委託人承擔。
- 4、房地產估價機構的選用，由商業銀行內信貸決策以外的部門，按照公正、公開、透明的原則，擇優決定。商業銀行內部對房地產抵押價值進行審核的人員，應當具備房地產估價專業知識和技能，不得參與信貸決策。房地產估價機構的選用辦法由商業銀行制定。
- 5、商業銀行及其工作人員不得以任何形式向房地產估價機構收取中間業務費、業務協作費、回扣以及具有類似性質的不合理或非法費用。
- 6、任何單位和個人不得非法幹預房地產抵押估價活動和估價結果。
- 7、房地產估價機構應當堅持獨立、客觀、公正的原則，嚴格執行房地產估價規範和標準，不得以迎合高估或者低估要求、給予“回扣”、惡意壓低收費等不正當方式承攬房地產抵押估價業務。
- 8、商業銀行應當加強對已抵押房地產市場價格變化的監測，及時掌握抵押價值變化情況。可以委託房地產估價機構定期或者在市場價格變化較快時，評估房地產抵押價值。處置抵押房地產前，應當委託房地產估價機構進行評估，瞭解房地產的市場價值。
- 9、房地產管理部門要定期對房地產估價報告進行抽檢，對有高估或低估等禁止行為的房地產估價機構和註冊房地產估價師，要依法嚴肅查處，並記入其信用檔案，向社會公示。
- 10、房地產抵押價值評估應當按照《房地產抵押估價指導意見》的要求進行。

11、違反本通知規定的，由相關部門按照有關規定進行查處，並依法追究有關責任人的責任。

（二）《房地產抵押估價指導意見》⁵⁴

1、立法目的

為規範房地產抵押估價行為，保證房地產抵押估價品質，維護房地產抵押當事人之合法權益，以防範房地產信貸風險，係依據《城市房地產管理法》、《擔保法》、《房地產估價規範》及《商業銀行房地產貸款風險管理指引》等法律法規之規定制定本意見。

2、適用範圍與定義

所謂房地產抵押估價，係指為確定房地產抵押貸款額度而提供價值之參考依據，對房地產抵押價值進行分析、估算及判定之活動（房地產抵押估價指導意見第3條）。房地產抵押價值為抵押房地產在估價時點的市場價值，等於假定未設法定優先受償權利下的市場價值減去房地產估價師知悉的法定優先受償款。本意見所稱抵押房地產，包括擬抵押房地產和已抵押房地產。法定優先受償款是指假定在估價時點實現抵押權時，法律規定優先於本次抵押貸款受償的款額，包括發包人拖欠承包人的建築工程價款，已抵押擔保的債權數額，以及其他法定優先受償款（房地產抵押估價指導意見第4條）。

3、基本原則

房地產抵押估價應遵守獨立、客觀、公正、合法、謹慎之原則（房地產抵押估價指導意見第5條）。房地產估價機構、房地產估價人員與房地產抵押當事人具有利害關係或是房地產抵押之當事人，應回避之（房地產抵押估價指導意見第6條）。從事房地產抵押估價的房地產估價師，應具備相關金融專業知識及相應之房地產市場分析能力（房地產抵押估價指導意見第7條）。委託人應向房地產估價機構如實提供房地產抵押估價所必需之情況及資料，並對所提供情況及資料

⁵⁴ 建設部 2006 年 1 月 13 日建住房[2006]8 號。

之真實性、合法性及完整性負責。房地產估價師應勤勉盡責，瞭解抵押房地產之法定優先受償權利等情況；必要時，應對委託人提供之資料進行核查（房地產抵押估價指導意見第 8 條）。

4、估價目的與時點

房地產抵押估價目的，應表述為「為確定房地產抵押貸款額度提供參考依據而評估房地產抵押價值」（房地產抵押估價指導意見第 9 條）。房地產抵押估價時點，原則上為完成估價物件實地查勘之日，但估價委託合同另有約定者除外。估價時點如非完成實地查勘之日，應在「估價的假設和限制條件」中假定估價物件在估價時點之狀況與在完成實地查勘日之狀況一致，並在估價報告提醒估價報告使用者注意（房地產抵押估價指導意見第 10 條）。倘若房地產估價師瞭解估價物件在估價時點是否存在法定優先受償權利等情況時，房地產抵押相關當事人應協助。而法定優先受償權利等情況之書面查詢資料及調查記錄，應作為估價報告之附件（房地產抵押估價指導意見第 13 條）。

5、不得作為估價對象

法律法規之規定不得抵押之房地產，不應作為抵押估價對象（房地產抵押估價指導意見第 11 條）。

6、估價程序進行

房地產估價師應當對估價物件進行實地查勘，將估價物件現狀與相關權屬證明文件上記載之內容逐一進行對照，全面、細緻地瞭解估價物件，做好實地查勘記錄，拍攝能夠反映估價物件外觀、內部狀況及周圍環境、景觀之照片。內外部狀況照片應作為估價報告之附件。由於各項原因無法拍攝內外部狀況照片，應在估價報告中予以揭露。實地查勘記錄應作為估價檔案資料妥善保管（房地產抵押估價指導意見第 14 條）。

7、估價判斷與價值判斷

在存在不確定因素之情況下，房地產估價師作出估價相關判斷時，應保持必

要謹慎，充分估計抵押房地產在處置時可能受到之限制、未來可能發生之風險及損失，且不高估市場價值，不低估知悉之法定優先受償款，並在估價報告中作出必要之風險提示。在運用市場比較法估價時，不應選取成交價格明顯高於市場價格之交易作為可比實例，並應對可比實例進行必要之實地查勘。在運用成本法估價時，不應高估土地取得成本、開發成本及相關費稅與利潤，不應低估折舊。在運用收益法估價時，不應高估收入或低估運營費用，選取之報酬率或資本化率不應偏低。在運用假設開發法估價時，不應高估未來開發完成後之價值，不應低估開發成本及相關費稅與利潤。房地產估價行業組織已公布報酬率、資本化率、利潤率等估價參數值，應優先選用；如不選用，應在估價報告中說明理由（房地產抵押估價指導意見第 15 條）。

再者，如估價物件之土地使用權是以劃撥方式取得，應選擇下列方式之一評估其抵押價值：（一）直接評估在劃撥土地使用權下的市場價值；（二）評估假設在出讓土地使用權下的市場價值，然後扣除劃撥土地使用權應繳納的土地使用權出讓金或者相當於土地使用權出讓金的價款。選擇前述方式評估抵押價值，均應在估價報告中註明劃撥土地使用權應繳納之土地使用權出讓金，或相當於土地使用權出讓金價款之數額。該數額按照當地政府規定之標準測算；當地政府未規定則參照類似房地產已繳納之標準估算（房地產抵押估價指導意見第 16 條）。

此外，評估在建工程的抵押價值時，在建工程發包人與承包人應出具在估價時點是否存在拖欠建築工程價款之書面說明。如存在拖欠建築工程價款，應以書面形式提供拖欠之數額（房地產抵押估價指導意見第 17 條）。房地產抵押估價應關注房地產抵押價值未來下跌之風險，並對預期可能導致房地產抵押價值下跌之因素予以分析及說明。在評估續貸房地產之抵押價值時，應對房地產市場已發生之變化予以充分考慮及說明（房地產抵押估價指導意見第 23 條）。在處置房地產時，應評估房地產之公開市場價值，同時作出快速變現價值意見及其理由（房地產抵押估價指導意見第 25 條）。

8、估價報告

房地產抵押估價報告應全面、詳細地界定估價物件之範圍，以及在估價時點之法定用途、實際用途及區位、實物、權益狀況等（房地產抵押估價指導意見第 12 條）。房地產估價師知悉估價物件已設定抵押權，應在估價報告中揭露已抵押及其擔保之債權情況（房地產抵押估價指導意見第 18 條）。房地產估價師不得濫用假設及限制條件，應針對房地產抵押估價業務之具體情況，在估價報告中合理且有依據地明確相關假設及限制條件。如已作為假設及限制條件，對估價結果具有重大影響之因素時，應在估價報告中予以揭露，並說明其對估價結果可能產生之影響（房地產抵押估價指導意見第 19 條）。房地產抵押估價報告應包含估價之依據、原則、方法及相關資料來源與確定、參數選取與運用、主要計算過程等必要資訊，使委託人及估價報告使用者瞭解估價物件之範圍，得以合理理解估價結果（房地產抵押估價指導意見第 20 條）。

再者，房地產抵押估價報告應確定估價物件的抵押價值，並分別說明假定未設立法定優先受償權利下之市場價值，以及房地產估價師知悉之各項法定優先受償款（房地產抵押估價指導意見第 21 條）。房地產抵押估價報告應向估價報告使用者作如下提示：（一）估價物件狀況及房地產市場狀況因時間變化對房地產抵押價值可能產生之影響；（二）在抵押期間可能產生之房地產信貸風險關注點；（三）合理使用評估價值；（四）定期或在房地產市場價格變化較快時對房地產抵押價值進行再評估（房地產抵押估價指導意見第 22 條）。房地產抵押估價報告應包括估價物件之變現能力分析。前述所謂變現能力係指假定在估價時點實現抵押權時，在未有過多損失之條件下，將抵押房地產轉換為現金之可能性。變現能力分析應包括抵押房地產之通用性、獨立使用性或可分割轉讓性；假定在估價時點拍賣或變賣時最可能實現價格與評估市場價值之差異程度、變現之時間長短及其費用、稅金種類、數額及清償順序（房地產抵押估價指導意見第 24 條）。

此外，估價報告應用有效期從估價報告出具之日起計，不得超過一年；房地產估價師預計估價物件之市場價格將有較大變化，應縮短估價報告之有效期。超過估價報告應用有效期使用估價報告，相關責任由使用者承擔。在估價報告應用有效期內使用估價報告，相關責任由出具估價報告之估價機構承擔，但如使用者

有不當使用者除外（房地產抵押估價指導意見第 26 條）。房地產抵押估價報告之名稱，應為「房地產抵押估價報告」並由房地產估價機構出具，同時加蓋房地產估價機構公章，且有至少二名專職註冊房地產估價師簽字（房地產抵押估價指導意見第 27 條）。

四、中華人民共和國企業破產法⁵⁵

（一）擔保權之規定

1、總則：（1）債權人會議中部分事項不得享有表決權：對債務人之特定財產享有擔保權之債權人，未放棄優先受償權利，對本法第 61 條第 1 款第 7 項及第 10 項規定之事項不享有表決權（企業破產法第 59 條第 3 項）；（2）連帶債權或債務之申報：債權人申報債權時，應當書面說明債權之數額及有無財產擔保，並提交有關證據。申報之債權是連帶債權，應當說明（企業破產法第 49 條）。連帶債權人可由其中一人代表全體連帶債權人申報債權，亦可共同申報債權（企業破產法第 50 條）。倘若債務人之保證人或其他連帶債務人已代替債務人清償債務，以其對債務人之求償權申報債權（企業破產法第 51 條第 1 項）。債務人之保證人或其他連帶債務人尚未代替債務人清償債務，以其對債務人之將來求償權申報債權。但債權人已向管理人申報全部債權者除外（企業破產法第 51 條第 2 項）。連帶債務人數人被裁定適用本法規定之程序，其債權人有權就全部債權，分別在各破產糾紛案件中申報債權（企業破產法第 52 條）。

2、重整程序：（1）重整期間恢復行使擔保權：在重整期間對債務人之特定財產享有之擔保權暫停行使。但擔保物有損壞或價值明顯減少之可能，足以危害擔保權人權利，擔保權人可向人民法院請求恢復行使擔保權（企業破產法第 75 條第 1 項）；（2）債權人會議分組表決：對債務人之特定財產享有擔保權

⁵⁵ 2006 年 8 月 27 日中華人民共和國主席令第 54 號。

之債權，該債權之債權人參加討論重整計畫草案之債權人會議，應按債權分組對重整計畫草案進行表決（企業破產法第 82 條第 1 款）；（3）申請人民法院核准重整計畫草案：未通過重整計畫草案之表決組拒絕再次表決或再次表決仍未通過重整計畫草案，但按照重整計畫草案，《企業破產法》第 82 條第 1 款第 1 項規定所列債權就該特定財產將獲得全額清償，其因延期清償所受之損失將得到公平補償，且其擔保權未受實質性損害，或該表決組已通過重整計畫草案，債務人或管理人可申請人民法院核准重整計畫草案（企業破產法第 87 條第 2 項第 1 款）。

3、和解程序：人民法院經審查認為和解申請符合本法規定，應裁定和解予以公告，並召集債權人會議討論和解協議草案（企業破產法第 96 條第 1 項）。對債務人之特定財產享有擔保權之權利人，自人民法院裁定和解之日起可行使權利（企業破產法第 96 條第 2 項）。

4、破產程序：於破產程序中，對破產人之特定財產享有擔保權之權利人，對該特定財產享有優先受償的權利（企業破產法第 109 條）。但前述之債權人行使優先受償權利未能完全受償，其未受償之債權作為普通債權；放棄優先受償權利，其債權作為普通債權（企業破產法第 110 條）。保證期間人民法院受理債務人破產案件，債權人既可向人民法院申報債權，亦可向保證人主張權利（司法解釋第 44 條第 1 項）。債權人申報債權後在破產程序中未受清償之部分，保證人仍應承擔保證責任。債權人要求保證人承擔保證責任，應在破產程序終結後六個月內提出（司法解釋第 44 條第 2 項）。債權人知道或應知道債務人破產，既未申報債權亦未通知保證人，使得保證人不能預先行使追償權，保證人在該債權在破產程序中可能受償之範圍內免除保證責任（司法解釋第 45 條）。人民法院受理債務人破產案件後，債權人未申報債權，各連帶共同保證之保證人應作為一個主體申報債權，預先行使追償權（司法解釋第 46 條）。

5、適用規定：應注意者，《企業破產法》施行後，破產人在該法公布之日前所欠

職工之工資及醫療、傷殘補助、撫恤費用，所欠應劃入職工個人帳戶之基本養老保險、基本醫療保險費用，以及法律或行政法規規定應支付給職工之補償金，依據《企業破產法》法第 113 條規定清償後不足以清償之部分，以及第 109 條規定特定財產優先於對該特定財產享有擔保權之權利人受償（企業破產法第 132 條）。在企業破產法施行前國務院規定之期限及範圍內之國有企業實施破產之特殊事宜，按國務院有關規定辦理（企業破產法第 133 條）。商業銀行、證券公司及保險公司等金融機構，如有《企業破產法》第 2 條規定情形，國務院金融監管機構可向人民法院提出對該金融機構進行重整或破產清算之申請。國務院金融監管機構依法對出現重大經營風險之金融機構採取接管及託管等措施，可向人民法院申請中止以該金融機構為被告或被執行人之民事訴訟程序或執行程序。金融機構實施破產，國務院可依據企業破產法及其他有關法律規定制定實施辦法（企業破產法第 134 條）。其他法律規定企業法人以外組織之清算，屬破產清算，參照適用本法規定程序（企業破產法第 135 條）。

（二）保證之規定

- 1、債權申報：債務人之保證人或其他連帶債務人已代替債務人清償債務，以其對債務人之求償權申報債權（企業破產法第 51 條第 1 項）。債務人之保證人或其他連帶債務人尚未代替債務人清償債務，以其對債務人之將來求償權申報債權。但債權人已向管理人申報全部債權者除外（企業破產法第 51 條第 2 項）。
- 2、重整程序：在重整計畫之執行上，經人民法院裁定核准之重整計畫，對債務人及全體債權人均有約束力（企業破產法第 92 條第 1 項）。債權人未依據本法規定申報債權，在重整計畫執行期間不得行使權利，而在重整計畫執行完畢後，可按照重整計畫規定之同類債權之清償條件行使權利（企業破產法第 92 條第 2 項）。債權人對債務人之保證人及其他連帶債務人所享之權利，不受重整計畫之影響（企業破產法第 92 條第 3 項）。

3、和解程序：和解債權人對債務人之保證人及其他連帶債務人所享之權利，不受和解協議之影響（企業破產法第 101 條）。

4、破產程序：破產人之保證人及其他連帶債務人，在破產程序終結後，對債權人按破產清算程序未受清償之債權，依法繼續承擔清償責任（企業破產法第 124 條）。

（三）最高人民法院《關於〈中華人民共和國企業破產法〉施行時尚未審結的企業破產案件適用法律若干問題的規定》⁵⁶

1、抵銷：債權人在破產申請受理前對債務人負有債務，可向管理人主張抵銷。但有下列情形之一，不得抵銷：（1）債務人之債務人在破產申請受理後取得他人對債務人之債權；（2）債權人已知債務人有不能清償到期債務或破產申請之事實，對債務人負擔債務；但債權人因法律規定或有破產申請一年前所發生之原因而負擔債務者除外；（3）債務人之債務人已知債務人有不能清償到期債務或破產申請之事實，對債務人取得債權；但債務人之債務人因法律規定或有破產申請一年前所發生之原因而取得債權者除外（企業破產法第 40 條）。應注意者，債權人主張對債權債務抵銷，須符合《企業破產法》第 40 條規定之情形；但在企業破產法施行前，已依據法律規定抵銷者除外。

2、擔保權：有財產擔保之債權人未放棄優先受償權利，對《企業破產法》第 61 條第 1 款第 7 項及第 10 項規定以外之事項享有表決權。但該債權人對企業破產法施行前已表決之事項主張行使表決權，或以其未行使表決權為由請求撤銷債權人會議決議，人民法院不予支持。

（四）最高人民法院《關於適用〈中華人民共和國企業破產法〉若干問題的規定（一）》之規範

按債務人不能清償到期債務並具有下列情形之一，人民法院應認定其具備破產原因：（1）資產不足以清償全部債務；（2）明顯缺乏清償能力。應注意者，如

⁵⁶ 最高人民法院 2007 年 4 月 23 日法釋[2007]10 號。

相關當事人以對債務人之債務負有連帶責任之人未喪失清償能力為由，主張債務人不具備破產原因，人民法院應不予支持。

（五）最高人民法院《關於適用〈中華人民共和國企業破產法〉若干問題的規定（二）》之規範⁵⁷

- 1、債務人財產之範疇：債務人已依法設定擔保物權之特定財產，人民法院應認定為債務人財產。對債務人之特定財產在擔保物權消滅或實現擔保物權後之剩餘部分，在破產程序可用以清償破產費用、共益債務及其他破產債權。
- 2、債務人以自有財產設定擔保物權之債權進行個別清償之效力：人民法院受理破產申請前六個月內，債務人如有《企業破產法》第 2 條第 1 款規定之情形，仍對個別債權人進行清償，管理人有權請求人民法院予以撤銷。但個別清償使債務人財產受益者除外（企業破產法第 32 條）。但債務人對以自有財產設定擔保物權之債權進行個別清償，管理人依據《企業破產法》第 32 條規定請求撤銷，人民法院不予支持。但債務清償時擔保財產之價值低於債權額者除外。
- 3、管理人取回質物等行為之報告義務：管理人擬透過清償債務或提供擔保取回質物、留置物，或與質權人、留置權人協議以質物、留置物折價清償債務等方式，進行對債權人利益有重大影響之財產處分行為，應及時報告債權人委員會。未設立債權人委員會，管理人應及時報告人民法院。
- 4、買受人於出賣人破產時將應履行之標的物出質之效力：出賣人破產，其管理人決定繼續履行所有權保留買賣合同，買受人應按照原買賣合同之約定支付價款或履行其他義務。買受人未依約支付價款或履行完畢其他義務，或將標的物出賣、出質或作出其他不當處分，造成出賣人損害，出賣人管理人依法主張取回標的物，人民法院應予支持。但買受人已支付標的物總價款 75% 以上或第三人善意取得標的物所有權或其他物權者除外。因前述規定未能取回標的物，出賣人管理人依法主張買受人繼續支付價款、履行完畢其他義務，

⁵⁷ 最高人民法院 2013 年 7 月 29 日法釋[2013]22 號。

以及承擔相應賠償責任，人民法院應予支持。

5、抵銷之規定：債權人在破產申請受理前對債務人負有債務，可向管理人主張抵銷。但如有下列情形之一，不得抵銷：（1）債務人之債務人在破產申請受理後取得他人對債務人之債權；（2）債權人已知債務人有不能清償到期債務或破產申請之事實，對債務人負擔債務；但債權人因為法律規定或有破產申請一年前所發生之原因而負擔債務者除外；（3）債務人之債務人已知債務人有不能清償到期債務或破產申請之事實，對債務人取得債權；但債務人之債務人因法律規定或有破產申請一年前所發生之原因而取得債權者除外（《企業破產法》第40條）。前述《企業破產法》第40條所列不得抵銷情形之債權人，主張以其對債務人特定財產享有優先受償權之債權，與債務人對其不享有優先受償權之債權抵銷，債務人管理人以抵銷存在《企業破產法》第40條規定之情形提出異議，人民法院不予支持。但用以抵銷之債權大於債權人享有優先受償權財產價值者除外。

（六）最高人民法院《關於適用〈中華人民共和國企業破產法〉若干問題的規定（三）》之徵求意見稿

徵求意見稿主要規範內容在於管理人與破產費用適用之問題。所稱管理費用包括：1、第9條之「訴訟費用」。將《企業破產法》第41條第1款規定之破產案件訴訟費用，如破產案件申請費、財產保全費、證據保全費、鑑定勘驗費與人民法院發布公告之費用；2、第10條之「管理費用」。即《企業破產法》第41條第2款規定之管理、變價及分配債務人財產之費用，如（1）破產申請受理後債務人財產之運輸、保管、保養、修繕、財產保險、檔案管理等必須費用；（2）破產申請受理後債務人財產評估、拍賣、變賣、財產歸屬變更、支付憑證購買等變價所需費用。但債務人財產中為他人設定擔保財產之變價費用除外；（3）破產申請受理後分配債務人財產公告、通知、提存等分配債務人財產之必要費用；（4）人民法院或仲裁機構破產受理後有關債務人民事訴訟、仲裁作出生效法律文書中確定應由債務人承擔之訴訟、仲裁費用；（5）破產申請受理後其他管理、變價及

分配債務人財產所需之費用；3、第 11 條之「履職費用」係指召開債權人會議發生之場地租論、文件印發、通訊等費用；4、第 12 條規定之破產前費用係指破產申請受理前尚未支付公司之強制清算費用，債權人會議表決同意後可以列入破產費用，債權人會議表決不同意，依據《企業破產法》第 65 條第 2 項及第 66 條規定辦理。前述被列入破產費用，按規定破產費用由債務人財產隨時清償，債務人財產清償部分破產費用之剩餘財產不足以清償其他破產費用時，該其他破產費用按照比例清償。

五、中華人民共和國民事訴訟法

擔保物權是以直接支配特定財產之交換價值為內容，以確保債權實現為目的而設立之物權。而擔保物權之實現是指在債務人不履行債務時，擔保物權人經法定程序，透過將擔保標的物折價、拍賣、變賣等方式，使其債權得到優先受償之過程。為保護擔保物權人之合法權益，同時利於擔保物權之實現，以節約訴訟資源，《民事訴訟法》在第十五章特別程序增設「實現擔保物權案件」一節，對擔保物權實現之相關程序性問題作出規定。關於擔保物權之實現方式，現行《民法通則》及《擔保法》規定，抵押權人與抵押人協議不成，抵押權人僅得透過向人民法院提起訴訟之方式實現。但透過司法訴訟方式實現擔保物權，程序複雜且時間較長，不利於債權人利益之保障。就國外立法例來看，對擔保物權之實現主要透過簡便之非訴方式，即如雙方對擔保物權之實現無法達成協定，擔保物權人及其他有權請求實現擔保物權之人，可直接向法院申請拍賣、變賣擔保財產，而非透過訴訟實現擔保物權。鑒此，於 1999 年 10 月施行的《合同法》第 286 條對建設工程價款支付問題明確規定：「發包人未按照約定支付價款的，承包人可以催告發包人在合理期限內支付價款。發包人逾期不支付的，除按照建設工程的性質不宜折價、拍賣的以外，承包人可以與發包人協定將該工程折價，也可以申請人民法院將該工程依法拍賣。」

而於 2007 年 10 月起施行的《物權法》第 195 條亦明確規定，抵押權人與抵

押人未就抵押權實現方式達成協議，抵押權人可請求人民法院拍賣、變賣抵押財產；又第 220 條規定出質人可請求質權人在債務履行期屆滿後及時行使質權；如質權人不行使，出質人可請求人民法院拍賣、變賣質押財產；第 237 條則規定債務人可請求留置權人在債務履行期屆滿後行使留置權；留置權人不行使，債務人可請求人民法院拍賣、變賣留置財產。綜前所述，此為中國大陸立法首次明確對擔保物權之實現規定為可透過非訴訟方式。雖物權法等實體法中對擔保物權之實現方式作出上述規定，但並未對擔保物權實現之具體程序作出規定，民事訴訟法等程序法中亦未有與其相對應之程序規範。為解決前述問題，民事訴訟法修改案中借鑒國家及地區之立法及司法經驗，在特別程序中增加一節，對擔保物權實現程序作出規定⁵⁸。

《民事訴訟法》⁵⁹在第二編「審判程序」第十五章「特別程序」之第七節規定「實現擔保物權案件」，內容包括（1）提出法院：申請實現擔保物權由擔保物權人及其他有權請求實現擔保物權之人，依據物權法等法律規定，向擔保財產所在地或擔保物權登記地之基層人民法院提出（民事訴訟法第 196 條）；（2）人民法院之裁定：人民法院受理申請後，經審查如符合法律規定者，裁定拍賣、變賣擔保財產，當事人按照該裁定可向人民法院申請執行，但若不符合法律規定，則裁定駁回申請，當事人可向人民法院提起訴訟（民事訴訟法第 197 條）。前述《民事訴訟法》第 196 條及第 197 條雖規定實現擔保物權程序，但此程序為非訟程序而非傳統訴訟程序。亦即申請實現擔保物權，係由擔保物權人及其他有權請求實現擔保物權之人依照《物權法》及《擔保法》等法律，向擔保財產所在地或擔保物權登記地基層人民法院提出。當人民法院受理申請後，並經審查，如符合法律規定，可裁定拍賣、變賣擔保財產，當事人依該裁定可向人民法院申請執行；不符合法律規定，則裁定駁回申請，當事人可向人民法院提起訴訟。由於未採取訴訟模式，對擔保物權之審查應儘量提供程序保障，甚至採取非訴訟程序訴訟化之

⁵⁸ 參閱高民智，關於實現擔保物權案件程序的理解與適用，人民法院報，2012 年 12 月 9 日。

⁵⁹ 1991 年 4 月 9 日中華人民共和國主席令第 44 號。2012 年 8 月 31 日第 11 屆全國人民代表大會常務委員會第 28 次會議《關於修改〈中華人民共和國民事訴訟法〉的決定》二次修正。

作法，以確保準確審查擔保物權⁶⁰。

應注意者，《民事訴訟法》於 2012 年 8 月 31 日修正通過，最高人民法院先前發布之《最高人民法院關於執行〈中華人民共和國刑事訴訟法〉若干問題的解釋》⁶¹及《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國民事訴訟法〉若干問題的意見》⁶²有關保全程序、執行程序之相關規定與現行法不符部分，應不予適用。此外，《民事訴訟法》第 196 條及第 197 條雖對擔保物權實現之申請主體、管轄法院等問題作出規定，但對「人民法院審理該類案件的裁決標準、如何收費」等問題並未進一步作出規定。對此，按立法本意並結合審判實踐，理解及適用該程序應注意以下問題。

（一）申請權人

依據《民事訴訟法》第 196 條規定，「擔保物權人」及「其他有權請求實現擔保物權的人」有權向人民法院提出實現擔保物權申請。問題在於，「擔保物權人」是否僅限於抵押權人？有論者認為，《民事訴訟法》係程序法，僅實體法有相關規定之情況下，權利人始能進程序上之救濟。《物權法》並未明確規定質權人、留置權人可請求人民法院拍賣、變賣擔保財產，故「擔保物權人」應僅限於抵押權人，質權人及留置權人則不包括在內。另有認為，《物權法》雖未明確質權人及留置權人得請求法院拍賣、變賣財產，但基於「既然法律允許擔保物權人與擔保人協商一致實施拍賣、變賣，申請人民法院實施拍賣、變賣自無不允之理⁶³」。質權人及留置權人本身即具自力救濟之法律授權，得依法拍賣變賣擔保物，自無道理將其排斥在公力救濟之保護外，因此「擔保權人」除抵押權人，應包括質權人及留置權人⁶⁴。目前僅有浙江省高級人民法院明確出台之意見亦採用

⁶⁰ 參閱許俊強，海事訴訟與修訂後的《中華人民共和國民事訴訟法》銜接問題，中國海商研究，2013 年第 1 期。http://article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleId=79698，最後瀏覽日：2014 年 8 月 23 日。

⁶¹ 最高人民法院 1998 年 6 月 29 日法釋[1998]23 號。

⁶² 2005 年最高人民法院審判委員會第 528 次會議討論通過。

⁶³ 參閱奚曉明，《中華人民共和國民事訴訟法》修改條文理解與適用，人民法院出版社，2012 年 9 月，第 417 頁。

⁶⁴ 參閱關峰、陳蓓泓，淺議擔保物權實現程序相關實踐問題，金杜律師事務所，中國法律期刊，2013 年 6 月。

<http://www.kingandwood.com/Bulletin/ChinaBulletinContent.aspx?id=abd7a052-b886-4771-b775->

此觀點。

綜前所述，最高人民法院認為，考慮該程序之設立主要是針對物權法等實體法中，對擔保物權實現而作出之程序性規定，對「擔保物權人」及「其他有權請求實現擔保物權的人」適用範圍應以物權法等實體法為依據來確定。依據中國大陸《物權法》相關規定，有權向人民法院申請實現擔保物權之主體僅限於「抵押權人」、「出質人」及「財產被留置的債務人」。《民事訴訟法》第 196 條規定「擔保物權人」即是《物權法》第 195 條規定之「抵押權人」，《物權法》第 220 條規定之「出質人」及第 237 條規定之「財產被留置的債務人」係「其他有權請求實現擔保物權的人」。最高人民法院表示，在民事訴訟法修改過程中，亦有意見認為，對實現擔保物權申請人不應僅限物權法規定所述之三類主體，應包括前述三類主體相對應之主體，即與「抵押權人」相對應之「抵押人」、與「出質人」相對應之「質權人」，以及與「財產被留置的債務人」相對應之「留置權人」。

對此，民事訴訟法之規定僅是對物權法等實體法中規定實體權利之實現作出程序性規定，該程序規定之依據來源於實體法，應按照實體法規定來確定實現擔保物權之申請主體。對實現擔保物權之申請主體應暫以物權法規定為準，不宜做擴大性解釋。至於抵押人、質權人及留置權人是否可成為實現擔保物權之申請主體，仍後在審判實踐中逐漸探索⁶⁵。此外，申請實現擔保物權是否僅以物權法為依據，換言之，物權法之外的其他實體法，是否亦可作為申請實現擔保物權之依據？依據民事訴訟法立法本意，除物權法規定之三類申請主體外，在《合同法》第 286 條規定之建設工程承包人亦可作為申請主體。另《海商法》及《民用航空器法》等法律中規定之船舶抵押權人、民用航空器抵押權人等，亦可作為實現擔保物權案件之申請人。

（二）管轄法院

申請實現擔保物權案件之管轄法院通常採取兩種方法確定，一是由擔保財產

76f3de7620d8，最後瀏覽日：2014 年 8 月 23 日。

⁶⁵ 參閱高民智，關於實現擔保物權案件程序的理解與適用，人民法院報，2012 年 12 月 9 日。

所在地管轄⁶⁶，二是由擔保物權登記地法院管轄，三是由《非訟事件法》另行規定⁶⁷。《民事訴訟法》兼採前述二類之地域管轄標準。其第 196 條規定，申請實現擔保物權，由擔保物權人及其他有權請求實現擔保物權之人向「擔保財產所在地」或「擔保物權登記地」基層人民法院提出。依據現行法分析可知，對擔保物為數物且分散在數法院管轄區域範圍內，《民事訴訟法》第 35 條規定：「兩個以上人民法院都有管轄權的訴訟，原告可以向其中一個人民法院起訴；原告向兩個以上有管轄權的人民法院起訴的，由最先立案的人民法院管轄。」亦即數個法院均有管轄權之情形，申請人可選擇向其中一管轄權法院提出申請⁶⁸。

（三）受申請法院審查標準

人民法院受理實現擔保物權人之申請後如何進行審查？一般而言，人民法院應審核申請人所提供之相應材料，如擔保物權是否成立之證明文件（包括主合同、擔保合同、抵押權登記證明或他項權利證書等）、擔保債務是否已屆滿、擔保物之現狀等事實，必要時可依職權調查相關事實並詢問相關當事人。審查符合法律規定，人民法院即可裁定對抵押財產進行拍賣或變賣；不符合法律規定，則駁回實現擔保物權申請人之申請，如申請被駁回，當事人可向人民法院提起訴訟（民事訴訟法第 197 條）。

⁶⁶ 我國民事訴訟法第 10 條：「因不動產之物權或其分割或經界涉訟者，專屬不動產所在地之法院管轄(第 1 項)。其他因不動產涉訟者，得由不動產所在地之法院管轄(第 2 項)。」最高法院民事判例 71 年度臺上字第 4722 號民事判例：「因不動產物權而涉訟者，雖應專屬不動產所在地之法院管轄，然因買賣、贈與或其他關於不動產之債權契約，請求履行時，則屬債法上之關係，而非不動產物權之訟爭，應不在專屬管轄之列。」

⁶⁷ 我國非訟事件法第 1 條(適用範圍)：「法院管轄之非訟事件，除法律另有規定外，適用本法之規定。」土地管轄規定第 2 條：「非訟事件之管轄，法院依住所而定者，在中華民國無住所或住所不明時，以在中華民國之居所視為住所；無居所或居所不明者，以在中華民國最後之住所視為住所(第 1 項)。住所地之法院不能行使職權，由居所地之法院管轄(第 2 項)。無最後住所者，以財產所在地或司法院所在地之法院為管轄法院(第 3 項)。」土地管轄規定第 7 條：「非訟事件，除本法或其他法律有規定外，依其處理事項之性質，由關係人住所地、事務所或營業所所在地、財產所在地、履行地或行為地之法院管轄。」至於指定管轄規定第 6 條：「有下列各款情形之一者，直接上級法院應依關係人之聲請或法院之請求，指定管轄：一、有管轄權之法院，因法律或事實不能行使職權者。二、因管轄區域境界不明，致不能辨別有管轄權之法院者。三、數法院於管轄權有爭議者(第 1 項)。直接上級法院不能行使職權者，管轄之指定，由再上級法院為之(第 2 項)。指定管轄之裁定，不得聲明不服(第 3 項)。」

⁶⁸ 我國非訟事件法第 3 條(移送管轄：管轄之競合)：「數法院俱有管轄權者，由受理在先之法院管轄之。但該法院得依聲請或依職權，以裁定將事件移送於認為適當之其他管轄法院。」第 4 條(事件管轄)：「同一地方法院或分院及其簡易庭受理之事件，其事務分配辦法，由司法院定之。」

當被申請人提出異議，人民法院又應如何處理？在民事訴訟法修改過程中曾有兩種意見：一種意見認為，當被申請人提出異議時，人民法院就應裁定駁回申請；另一種意見則認為，對被申請人提出異議，人民法院應對其異議是否成立進行審查，而不應僅因被申請人提出異議就駁回申請。就常理而言，對被申請人提出異議，人民法院應對其進行審查，不得因被申請人提出之異議即駁回申請人之申請，否有違民事訴訟法設立該程序之目的。如經審查後，被申請人之異議確實成立則裁定駁回申請。

關於人民法院審理申請實現擔保物權之案件為「獨任審理」或「組成合議庭審理」問題，基於實現擔保物權案件設在《民事訴訟法》第十五章特別程序，對「一般規定」當然適用該程序。《民事訴訟法》第 178 條規定：「依照本章程程序審理的案件，實行一審終審。選民資格案件或者重大、疑難的案件，由審判員組成合議庭審理；其他案件由審判員一人獨任審理。」因此，對人民法院受理申請實現擔保物權之案件，原則上係採用獨任審理之方式進行審理，但對重大或疑難之案件，則應由審判員組成合議庭進行審理。而關於審理案件期限，應適用《民事訴訟法》第 180 條關於人民法院適用特別程序審理案件審限之規定，即應在立案之日起三十日內審結，有特殊情況需延長者，須經該院院長批准。

六、農民承包經營權將可抵押擔保

（一）總體規範原則

國務院於 2014 年 1 月發布《關於全面深化農村改革加快推進農業現代化的若干意見》⁶⁹（下稱「文件」）。從其中央第一號文件連續 11 年聚焦「三農」改革可知，三農持續改善為中國大陸改革之重心，惟過去改革為求一步到位，但越加快腳步之結果越無法鉅細靡遺地規範，因而衍生許多問題。據此文件表示，全面深化農村改革，應堅持社會主義市場經濟改革方向，完善政府與市場間關係，刺

⁶⁹ 2014 年中央 1 號文件。

激農村經濟社會活力，同時鼓勵探索創新，在明確底線之前提下，支持地方先行先試，且不再以「一刀切」方式追求一步到位，採因地制宜、循序漸進，允許採取差異性、過渡性之制度及政策安排，進而賦予農民更多財產權利，推動城鄉要素平等交換及公共資源均衡配置。此外，推動中國大陸特色農業現代化，亦應配合國情農情，將改革作為根本動力，傳統精耕細作與現代物質技術裝備相輔相成，實現高產出、高效能與資源生態永續利用協調兼顧，加強政府支持保護與發揮市場配置資源決定性作用功能互補。

（二）「承包地」三權分離

前述「文件」第四部分即「深化農村土地改革」。首先，在完善農村土地承包政策方面，穩定農村土地承包關係，並嚴格之耕地保護制度前提下，賦予農民對承包地占有、使用、收益、流轉及承包經營權抵押、擔保權。同時在落實農村土地集體所有權之基礎上，穩定農戶承包權、活化土地經營權，允許承包土地之經營權向金融機構抵押融資。相關部門應研究提出規範之實施辦法，建立抵押資產之配套處置機制，進而推動相關法律法規之修訂，訂於 2015 年須完成草原確權承包及基本草原劃定工作，以完善草原承包經營制度。對於文件所提出之一系列改革措施，有意見指出，其中相關重大問題均涉及農村土地，包括推動農產品價格機制形成與政府補貼脫鉤，逐步建立農產品之目標價格制度，因涉及農業支援政策核心之提高補貼精準性問題，須從農村承包地確地確權確股著手。

就文件首次提出賦予農民對承包地承包經營權抵押、擔保權能方面，中央農村工作領導小組辦公室表示，農民透過農村土地之轉讓承包獲得租金，即轉讓期經營權，抵押經營權為抵押土地之預期收益，即使抵押失敗僅涉及抵押之農民與銀行約定三年或五年經營權，不改變集體所有制。此外，亦有意見認為，文件提出落實所有權、穩定承包權、活化經營權之原則，由於承包地所有權、承包權及經營權之「三權分離」正式列為農村土地制度及產權法治建設層面，將再次釋放農村生產力。事實上，依法推動承包權主體同經營權主體分離，為生產力、生產關係調整之必需，亦是保障農民權益當務之急，其具體作法包括修改農村土地承

包法、物權法等。深言之，承包經營權分離、集體建設用地入市、宅基地管理制度改革等涉及產權制度改革，可謂全面深化改革之重要內容。

（三）農村宅基地之轉讓與擔保物權之推展

1、引導及規範農村集體經營性建設用地入市

在符合規劃及用途管制之前提下，允許農村集體經營性建設用地出讓、租賃、入股等，實行與國有土地同等入市、同權同價，加快建立農村集體經營性建設用地產權流轉及增值收益分配制度。

2、完善農村宅基地管理制度

改革農村宅基地制度，完善農村宅基地分配政策，在保障農戶宅基地用益物權前提下，選擇若干地區試點，漸進推動農民住房財產權抵押、擔保及轉讓，並加快包括農村宅基地在內之農村地籍調查及農村集體建設用地使用權確權登記頒證工作。

3、加快推進徵地制度改革

為保障農民公平分享土地增值收益，調整對被徵地農民之補償辦法，除補償農民被徵收之集體土地外，亦須對農民之住房、社會保險、就業培訓等給予合理保障，以因地制宜採取留地安置、補償等方式，確保被徵地農民長期受益。同時提高森林植被恢復費徵收標準，健全徵地爭議調處裁決機制，保障被徵地農民之知情權、參與權、申訴權及監督權。換言之，具體作法在於縮小徵地範圍，規範徵地程序，完善對徵地農民之合理及多元保障機制。

《物權法》第十三有關宅基地使用權之專章規定，使得農民在農村土地權利獲得保障。由於在集體所有之農村土所有權下，土地承包經營權僅解決農民對農地使用權之問題，而宅基地使用權解決則是農民建築住宅供其居住、生活之土地使用權之問題，關係農民安居樂業、居有定所之問題⁷⁰。《物權法》規定關於農

⁷⁰ 參閱楊立新，物權法，法律出版社，2013年1月，第12-13頁。

村土地權利制度，以集體所有之土地所有權為基礎，派生土地承包經營權、宅基地使用權及鄉（鎮）村建設用地使用權之制度，再加上根據約定可產生之地役權後，構成中國大陸特有之農村土地權利體系。

第二節 中國大陸債權保護之原則及法律規定

債權受法律保護目的在於實現債權人之權利，並促使債務人正確履行對等之義務，而債權法律保護之原則，亦即是雙方當事人於履行債務過程所應遵循之基本原則。前述所稱之基本原則首重誠實信用，其除是市場經濟活動形成用以評價商品交易行為之道德標準，亦是民事立法之重要法律原則，再依據《中華人民共和國民法通則》及《中華人民共和國合同法》規定⁷¹，債權法律保障除誠實信用原則外，亦有實際履行及正確履行原則，而在《物權法》上則包括平等保護、物權法定及公示公信原則⁷²。此外，除前文所提之債權擔保法令架構外，本研究將再就實現銀行債權之相關法律規定分述如下。

一、債權讓與之基本架構

（一）合同權利轉讓之原則與例外

《合同法》第 79 條規定：「債權人可以將合同的權利全部或者部分轉讓給第三人，但有下列情形之一的除外：（一）根據合同性質不得轉讓（二）按照當事人約定不得轉讓；（三）依照法律規定不得轉讓。」《合同法》釋義⁷³指出，合同權利之轉讓是指不改變合同權利內容，由債權人將權利轉讓給第三人。債權人既可將合同權利全部轉讓，亦可將合同權利部分轉讓。合同權利全部轉讓，原合同

⁷¹ 《中華人民共和國民法通則》第 4 條：「民事活動應當遵循自願、公平、等價有償、誠實信用的原則。」《中華人民共和國合同法》第 6 條：「當事人行使權利、履行義務應當遵循誠實信用原則。」第 7 條：「當事人訂立、履行合同，應當遵守法律、行政法規，尊重社會公德，不得擾亂社會經濟秩序，損害社會公共利益。」第 8 條：「依法成立的合同，對當事人具有法律約束力。當事人應當按照約定履行自己的義務，不得擅自變更或者解除合同。」

⁷² 參閱王利明，物權法論（修訂二版），中國政法大學出版社，2008 年 6 月，第 33 頁。

⁷³ 參閱全國人大常委會法制工作委員會，《中華人民共和國合同法》釋義，法律出版社，2009 年 8 月。

關係消滅，同時產生一個新合同關係，受讓人取代原債權人之地位成為新債權人。而合同權利部分轉讓，受讓人作為第三人加入原合同關係中，與原債權人共同享有債權。

從鼓勵交易及促進市場經濟發展之目的，在不違反法律規定及社會道德之情況下，法律應允許債權人之轉讓行為，但為維護社會公共利益及交易秩序，平衡合同雙方當事人之權益，法律又應對權利轉讓之範圍進行一定限制。為此，亦有其他國家民法均對不得轉讓之權利作出規定，其原則是當事人另有約定或依據債權性質不得轉讓之合同權利不得轉讓。例如日本民法第 466 條規定：「債權得讓與之，但其性質不容許讓與者，不在此限。」我國民法第 294 條規定：「債權人得將債權讓與於第三人。但左列債權，不在此限：一、依債權之性質，不得讓與者。二、依當事人之特約，不得讓與者。三、債權禁止扣押者（第 1 項）。前項第二款不得讓與之特約，不得以之對抗善意第三人（第 2 項）⁷⁴。」在吸取有關其他立法經驗及實踐經驗之基礎上，如明確具有以下情形之一時，債權人不得轉讓其權利：

1、根據合同性質不得轉讓之權利

所謂根據合同性質不得轉讓之權利，係指合同為基於特定當事人之身份關係訂立，如合同權利轉讓予第三人，不僅使合同之內容發生變化，且動搖合同訂立之基礎，違反當事人訂立合同之目的，使得當事人之合法利益無法取得應有之保護。當事人基於信任關係訂立之委託合同、雇傭合同及贈與合同等，均屬合同權利不得轉讓之合同。例如贈與合同之贈與人，明確表示將贈與之資金用於某貧困地區希望小學之建設，受贈人如將受贈之權利轉移給他人，用作建造其他開發項目時，顯然違反贈與人訂立合同之目的，損害贈與人之合法權益。因此，對根據

⁷⁴ 立法理由指出：「謹按債權人得將債權讓與他人，讓與之後，讓受人當然有讓與人之地位（即債權人）。但其讓與，為不要式行為，亦不須得債務人之承認。然有特種之債權，即非變更債權內容不得讓與之債權，（如扶養請求權）及當事人約定不許讓與之債權，則不得讓與，所以保護公益當事人之利益也。又禁止扣押之債權，（於執行法中規定之，例如民事訴訟執行規則第九十七條規定，債務人對於第三人之債權係維持生活必要費用者，不得為強制執行。）依同一之法意，亦不許其讓與。此第一項所由設也。前項第二款依當事人之特約，不得將債權讓與他人者，此種特約僅就當事人間發生效力，不得對抗善意第三人。此第二項所由設也。」

合同性質不得轉讓之權利，債權人不得轉讓。

2、按照當事人約定不得轉讓之權利

當事人在訂立合同時可對權利之轉讓作出特別約定，禁止債權人將權利轉讓予第三人。該約定僅需當事人真實意思表示，同時不違反法律禁止性規定，即對當事人具有法律效力。債權人應遵守該約定不得再將權利轉讓給他人，否則其行為構成違約。但合同當事人之特別約定，不得對抗善意第三人。如債權人不遵守約定，將權利轉讓給第三人，使得第三人在不知實情之情況下接受轉讓權利，該轉讓行為有效，而第三人成為新債權人。轉讓行為造成債務人利益損害，原債權人應承擔違約責任。

3、依照法律規定不得轉讓之權利

法律如對部分權利轉讓作出禁止性規定，對該規定當事人應嚴格遵守，不得違反法律規定，擅自轉讓法律禁止轉讓之權利。《合同法》第 87 條規定，債權人轉讓權利或債務人轉移義務，法律、行政法規規定應辦理批准、登記等手續，依照其規定。如債權人向批准或登記機關提出權利轉讓請求時，批准或登記機關經審查，未同意其轉讓，該合同權利即屬法律規定不得轉讓之權利，債權人不得違反法律規定將權利進行轉讓。例如為保護國家歷史文化遺產，嚴格控制文物之出境，禁止公民個人私自將文物賣給外國人，依據《文物保護法》第 25 條規定私人收藏之文物，嚴禁倒賣牟利，嚴禁私自賣給外國人。私人收藏之文物其所有權受國家法律保護，其所有權轉移須嚴格遵守國家法律之規定，轉移管道須受法律之限制。因此公民違反文物法之有關規定，將文物買賣合同中之權利轉讓給外國人，其轉讓所有權之行為無效。

（二）通知義務

依據《合同法》第 80 條規定：「債權人轉讓權利的，應當通知債務人。未經通知，該轉讓對債務人不發生效力。債權人轉讓權利的通知不得撤銷，但經受讓人同意的除外。」《合同法》釋義指出，債權人轉讓權利為法律賦予其之一項

權利，債權人可在不違反法律及公共利益之基礎上處分自己之權利。但由於債權人及債務人之間存在合同關係，債權人之轉讓權利行為將對債務人履行造成一定影響。因此在債權人之轉讓權利時給予其增加相應之義務，更有利於保護債務人之合法利益。再者，考慮合同雙方當事人利益之平衡，合同法在權利轉讓問題上確立權利轉讓僅需通知債務人之原則。《合同法》第 80 條規定一方面尊重債權人對其權利之行使，二方面防止債權人濫用權利損害債務人之利益，同時將權利轉讓生效之決定權交由債權人行使，有利促進市場經濟之發展。此外，債務人接到債權人權利轉讓之通知後，權利轉讓即生效，隨之將會引起合同權利及義務關係之一系列變化。原債權人被新債權人替代，或新債權人之加入使原債權人已不能完全享有原債權。因此債權人一旦發出轉讓權利通知，就意味著合同之權利已歸受讓人所有或與受讓人分享，債權人不得再對轉讓之權利進行處置。因此，原債權人無權撤銷轉讓權利之通知，僅得在受讓人同意之情況下，債權人方能撤銷其轉讓權利之通知。應注意者，《合同法》第 80 條有關權利轉讓之規定對《民法通則》第 91 條規定之進一步具體化。如合同一方將合同之權利、義務全部或是部分轉讓給第三人，除應取得合同另一方之同意外，且不得牟利。該規定不僅包括合同權利轉讓之內容，亦包括合同義務轉讓之情形，確定債權人通知債務人為權利轉讓生效的條件。

（三）主權利及從權利不能分離

《合同法》第 81 條規定：「債權人轉讓權利的，受讓人取得與債權有關的從權利，但該從權利專屬於債權人自身的除外。」《合同法》釋義指出，從權利是指附隨於主權利之權利。擔保物權中之抵押權、質權、保證及附屬於主債權之利息等，均屬於主權利之從權利。由於從權利是從主權利派生出來，主權利無效從權利亦無效，從權利隨主權利之消滅而消滅，所以從權利不得脫離主權利而單獨存在。基於以上原因，部分國家之法律均確定合同主權利轉讓從權利亦一併轉讓之制度。例如德國民法典第 401 條規定：「讓與債權時，該債權的抵押權、船舶抵押權或質權，以及由一項上述權利提供擔保所產生之權利，均隨同移轉於新債權人。」義大利民法典第 1263 條規定：「根據轉讓的效力，債權的轉讓要將先取

特權、人的擔保和物的擔保以及其他從權利都轉讓給受讓人。」以及我國民法第295條規定：「讓與債權時，該債權之擔保及其他從屬之權利，隨同移轉於受讓人。但與讓與人有不可分離之關係者，不在此限（第1項）。未支付之利息，推定其隨同原本移轉於受讓人（第2項）⁷⁵。」

（四）債權轉讓時債務人之抗辯權

《合同法》第82條規定：「債務人接到債權轉讓通知後，債務人對讓與人的抗辯，可以向受讓人主張。」《合同法》釋義指出，債權人轉讓合同權利，不需經債務人同意。債務人接到權利轉讓通知後，轉讓行為就生效，權利受讓人成為新債權人，享有與原債權人相同之權利，債務人向新債權人履行合同義務。為保障債權人轉讓權利之行為不損害債務人利益，德國、義大利及我國之法律均規定債權人變化不影響債務人所享有之權利，以保證債務人不因權利轉讓致使應行使之權利無法行使。

按規定，債務人接到債權轉讓通知時，可行使抗辯權保護自身權利。所謂抗辯權係債權人行使債權時，債務人依法定事由對抗債權人行使請求權之權利。由於債務人抗辯權為其固有之一項權利，不隨權利之轉讓而消滅，所以在權利轉讓之情況下，債務人可向作為受讓人之新債權人行使該權利。受讓人不得以任何理由拒絕債務人權利之行使。附帶說明者，債務人行使之抗辯權，包括同時履行抗辯權、先訴抗辯權、合同撤銷之抗辯權、債權已履行完畢之抗辯權、債權無效之抗辯權、訴訟時效已過之抗辯權等諸類。債務人可行使前述抗辯權對抗債權人之請求權。權利讓與後，債務人仍可因某項事實產生新之抗辯權，例如附解除條件之合同權利轉讓後，合同規定之解除條件成就時，債務人可向受讓人提出終止合同之抗辯。

⁷⁵ 立法理由指出：「謹按債權之讓與，讓與人與受讓人契約完成，即生效力，無須債務人承諾，並無須向債務人通知，觀前條可知，無待明文規定。然擔保債權之權利，如質權、保證之類，及從屬於債權之權利，如優先權之類，以無反對之特約為限，當然隨債權移轉於受讓人。但其擔保或從屬之權利，與讓與人有不可分離之關係者，則不隨債權之讓與而移轉。故設第一項以明示其旨。凡以前未經債務人支付之利息，應否隨債權之讓與而移轉，亟應明白規定，以杜爭議。故設第二項以明示其旨。」

（五）債務人抵銷權之行使

《合同法》第 83 條規定：「債務人接到債權轉讓通知時，債務人對讓與人享有債權，並且債務人的債權先於轉讓的債權到期或者同時到期的，債務人可以向受讓人主張抵銷」。《合同法》釋義指出，債權人轉讓權利不需經債務人同意，當債務人接到債權轉讓通知時，轉讓行為立即生效。但如債務人對債權人亦享有債權，同時該債權已屆清償期，在該情況下，債務人可依據法律規定向受讓人行使抵銷權。抵銷是合同終止情形之一，依據《合同法》第 99 條規定：「當事人互負到期債務，並且該債務的標的物的種類、品質相同的，除按照合同性質或者依照法律規定不得抵銷的外，任何一方可以將自己的債務與對方的債務抵銷。」部份家之法律對債務人行使抵銷權亦作出規定，但構成條件有所不同。例如德國民法典規定，債務人亦得對原債權人享有之債權向新債權人主張抵銷，同時規定以下兩種情況下債務人不得行使抵銷權：一是債務人向原債權人取得債權時，已知債權讓與之事由；二是債務人取得債權在其得知有讓與後，且取得債權又在讓與債權之後到期。我國民法第 299 條第 2 項規定：「債務人於受通知時，對於讓與人有債權者，如其債權之清償期，先於所讓與之債權或同時屆至者，債務人得對於受讓人主張抵銷⁷⁶。」

至於債務人應向何人主張撤銷權？釋義指出，債務人應向新債權人行使抵銷權。其理由為債權人轉讓權利後，已從原合同關係中退出，而受讓人承受原合同之權利及義務，成為合同新債權人，因此債務人應向債權人行使抵銷權。《合同法》對債務人行使抵銷權之規定與我國規定類似。按規定，債務人接到債權轉讓通知時，債務人對讓與人享有債權，在兩種情況下可行使抵銷權：一是債務人之債權先於轉讓債權到期。例如債務人之債權於 8 月 1 日到期，而轉讓債權則是同年 12 月 1 日到期，此時債務人即可向受讓人行使抵銷權；二是如債務人之債權

⁷⁶ 立法說明指出：「查民律草案第四百十四條理由謂債權之讓與，在債務人若未與聞，則不得使債務人無故而變其地位，應使債務人於債權讓與時，對於讓與人所生之事由(雖專發生原因如解除條件附行為)得以與讓受人對抗。故設第一項以明示其旨。又同律第四百十六條理由謂債權之讓與，並非欲使債務人陷於不利益之地位，故債權讓與後，債務人對於讓與人所有之債權，仍許其對於受讓人主張抵銷，然必該債權之清償期，先於所讓與債權或同時屆至者，始許主張抵銷，蓋抵銷以彼此債權，均到清償期為要件也。故設第二項以明示其旨。」

及轉讓債權同時到期，債務人亦可向讓與人行使抵銷權。債務人行使抵銷權時應以通知之方式告知受讓人，通知自到達受讓人時生效。

（六）債務人轉移合同義務

《合同法》第 84 條規定：「債務人將合同的義務全部或者部分轉移給第三人的，應當經債權人同意。」《合同法》釋義指出，合同義務轉移是指債務人經債權人同意，將合同義務全部或部分地轉讓給第三人。正如債權人可全部或部分轉讓權利一樣，債務人亦可將合同之義務轉移給第三人。轉移合同義務為法律賦予債務人之一項權利。但債權人及債務人之合同關係是產生在相互瞭解基礎上，在訂立合同時，債權人應對債務人之資信情況即償還能力進行瞭解，但對取代債務人或加入到債務人中之第三人之資信情況及履行債務能力，債權人不可能完全清楚掌握。如債務人不經債權人同意將債務轉讓給第三人，不利於保障債權人合法利益之實現。合同義務轉移可分為兩種情況：一是合同之義務全部轉移，在該情況下，新債務人完全取代舊債務人，且新債務人負責全面履行合同義務；二是合同義務之部分轉移，即新債務人加入到原債務中，與原債務人一同向債權人履行義務。債務人不論轉移全部義務或部分義務，均需徵得債權人同意，如未經債權人同意，債務人轉移合同義務行為對債權人不發生效力。債權人有權拒絕第三人向其履行，同時有權要求債務人履行義務，並承擔不履行或遲延履行合同之法律責任。而轉移義務需經債權人同意，亦是合同義務轉移制度及合同權利轉讓制度最主要之區別。

應注意者，債務人轉移義務有別於第三人代替債務人履行債務。依據《合同法》第 65 條對第三人替債務人履行債務之問題作出規定，明確當事人可約定由第三人向債權人履行債務。第三人不履行或履行債務不符合，債務人應向債權人承擔違約責任。債務人轉移義務與第三人代替債務人履行債務之區別如下：一是在債務人轉移義務時，債務人應徵得債權人同意。在第三人替代履行情況下，債務人同意第三人代替其履行債務即可，不必經債權人同意。二是在債務人轉移義務之情況下，債務人全部轉移義務後即退出原合同關係，第三人成為合同新債務

人。在債務人部分轉移義務時，第三人加入到原合同關係中，與債務人共同履行義務。第三人替代履行時，第三人並未加入到合同關係中，債權人不得將第三人視為合同之主體，直接要求第三人履行義務。第三在債務人轉移義務後，第三人成為合同關係之當事人，如債務人未能按照合同約定履行，債權人可直接請求第三人履行義務，而不得再要求原債務人履行。在合同義務部分轉移之情況下，債權人可向債務人及第三人中之任一方要求履行。在第三人替代履行情況下，第三人履行有瑕疵，債權人僅得要求債務人承擔違約責任，而不得要求第三人承擔違約責任。

（七）債務人移轉義務之新債務人抗辯權

《合同法》第 85 條規定：「債務人轉移義務的，新債務人可以主張原債務人對債權人的抗辯。」《合同法》釋義指出，債務人轉移義務，新債務人取代原債務人之地位，承擔其履行義務責任。原債務人從合同關係中退出後，其享有之抗辯權由新債務人承受。債務人之抗辯權不因債務轉移而消滅。新債務人享有之抗辯權，包括同時履行抗辯權、先訴抗辯權、合同撤銷之抗辯權、債務已履行完畢之抗辯權、債權無效之抗辯權、訴訟時效已過之抗辯權等諸類。例如合同義務轉移後，新債務人按照合同約定履行義務，但債權人仍要求其履行，債務人可以合同履行完畢為由向債權人提出抗辯。

（八）債務人移轉義務之從債務不得與主債務分離

《合同法》第 86 條規定：「債務人轉移義務的，新債務人應當承擔與主債務有關的從債務，但該從債務專屬於原債務人自身的除外。」《合同法》釋義指出債務人轉移義務，其從債務隨主債務之轉移而轉移，新債務人應承擔與主債務有關之從債務。例如為實現債權而設定之抵押權、質權等權利及主債務之利息等從債務，均隨著主債務之轉移而轉移給新債務人承擔。但如有從債務係專屬於債務人本身，該從債務不隨主債務之轉移而轉移。

（九）轉讓權利及轉移義務轉讓之手續規定

《中合同法》第 87 條規定：「法律、行政法規規定轉讓權利或者轉移義務應當辦理批准、登記等手續的，依照其規定。」《合同法》釋義指出，債權人轉讓權利、債務人轉移義務係當事人對自己權利之處分，債權人通知對方或債務人經對方同意後，轉讓行為即生效力。但對部分權利及義務之轉移，如法律、行政法規規定應辦理批准、登記等手續後方得有效，債權人應遵守法定程序辦理，以保障合同轉讓行為最終之法律效力。前述所提債權人轉讓權利或債務人轉移義務需辦理批准、登記等手續，主要是指涉及外商投資企業之合同，例如中外合作經營合同、外資企業合同、中外合作勘探開發海洋石油合同等。由於該合同不僅為當事人之間權利及義務之確定，且其成立及實施涉及國家之利益，部分合同可能會對國家經濟發展產生一定之影響。為保證合同確實有效，須國家審查該合同之合法性及可行性，因此該類合同之成立需經有關機關辦理批准、登記手續，改變合同內容亦不僅有當事人之合意，應遵守法律及行政法規之有關規定。

法律、行政法規規定權利轉讓或義務轉移應辦理批准、登記等手續，當事人應按照規定辦理。如有關部門未予辦理批准或登記等手續，債權人轉讓權利或轉移義務之行為無效。但如已批准或登記之合同中明確規定，合同權利轉讓或義務轉移無須原批准機關辦理相應之批准及登記等手續，當事人得不必辦理。亦即合同成立時需辦理批准、登記等手續，並不意味著權利轉讓或義務轉移時，必然亦需辦理相應手續。例如進出口公司與外國公司簽訂之合同，該合同成立須經有關部門之批准，但為簡化手續，方便當事人，合同中又規定其權利轉讓不必再經有關機關批准。在該情況下，合同之債權人轉讓權利時，即可依據合同之有關規定辦理，無須向有關部門辦理批准手續。

若當事人未踐行法律手續，其債權轉讓之效力為何？查最高人民法院《關於適用〈中華人民共和國合同法〉若干問題的解釋（一）》⁷⁷第 9 條規定區分情況分別予以規定，實值注意：「依照合同法第四十四條條二款的規定，法律、行政法規規定的合同應當辦理批准、登記等手續才生效，在一審法庭辯論終結前當事人仍未辦理批准手續的，或者仍未辦理批准、登記等手續的，人民法院應當認定

⁷⁷ 最高人民法院 1999 年 12 月 1 日法釋[1999]19 號。

該合同未生效；法律、行政法規規定合同應當辦理登記手續，但未規定登記後生效的，當事人未辦理登記手續不影響合同的效力，合同標的物所有權及其他物權不能轉移（第1項）。合同法第七十七條第二款、第八十七條、第九十六條第二款所列合同變更、轉讓、解除等情形，依照前款規定處理（第2項）。」

惟應注意者，最高人民法院《關於適用〈中華人民共和國合同法〉若干問題的解釋（二）》第8條規定：「依照法律、行政法規的規定經批准或者登記才能生效的合同成立後，有義務辦理申請批准或者申請登記等手續的一方當事人未按照法律規定或者合同約定辦理申請批准或者未申請登記的，屬於合同法第四十二條第（三）項規定的『其他違背誠實信用原則的行為』，人民法院可以根據案件的具體情況和相對人的請求，判決相對人自己辦理有關手續；對方當事人對由此產生的費用和給相對人造成的實際損失，應當承擔損害賠償責任。」⁷⁸此外，最高人民法院《關於審理買賣合同糾紛案件適用法律問題的解釋（三）》⁷⁹第45條規定：「法律或者行政法規對債權轉讓、股權轉讓等權利轉讓合同有規定的，依照其規定；沒有規定的，人民法院可以根據合同法第一百二十四條和第一百七十四條的規定，參照適用買賣合同的有關規定。」

（十）權利與義務一併轉讓

《合同法》第88條規定：「當事人一方經對方同意，可以將自己在合同中的權利和義務一併轉讓給第三人。」《合同法》釋義指出，權利及義務一併轉讓又稱為概括轉讓，是指合同一方當事人將其權利及義務一併轉移給第三人，由第三人全部承受權利及義務。權利及義務一併轉讓不同於權利轉讓與義務轉讓，其為合同一方當事人對合同權利及義務之全面處分，其轉讓內容實際上包括權利轉讓及義務轉移兩部分內容。權利義務一併轉讓之後果，導致原合同關係消滅，第三人取代轉讓方地位，產生出一種新合同關係。依據《合同法》有關權利轉讓及義務轉移之規定，債權人轉讓權利應通知債務人；而債務人轉移義務須經債權人之同意。權利及義務一併轉讓既包括權利轉讓，又包括義務轉移，所以合同一方當

⁷⁸ 最高人民法院 2009 年 2 月 9 日法釋[2009]5 號。

⁷⁹ 最高人民法院 2012 年 3 月 31 日法釋[2012]7 號。

事人在進行轉讓前應取得對方意見，使對方得根據受讓方之具體情況判斷該轉讓行為能否對自己之權利造成損害。唯有經對方當事人同意，才能將合同權利及義務一併轉讓。如未經對方同意，一方當事人就擅自一併轉讓權利及義務，其轉讓行為無效，對方有權就轉讓行為對自己造成損害，追究轉讓方之違約責任。對當事人僅承擔義務或享受權利之單務合同，不存在權利及義務一併轉讓之問題。例如贈與合同之被贈與人僅享有權利而不承擔義務，該合同之當事人不可能出現將權利及義務一併轉讓之情況。

（十一）關於權利和義務一併轉讓應適用有關條款

《合同法》第 89 條規定：「權利和義務一並轉讓的，適用本法第 79 條、第 81 條至第 83 條、第 85 條至第 87 條的規定。」《合同法》釋義指出，合同關係之一方當事人將權利及義務一併轉讓時，除應徵得另一方當事人同意外，亦應遵守合同法有關轉讓權利及義務轉移之其他規定，包括 1、不得轉讓法律禁止轉讓之權利（第 79 條）；2、轉讓合同權利及義務時，從權利及從債務一併轉讓，受讓人取得與債權有關之從權利及從債務，但該從權利及從債務專屬於讓與人自身者除外（第 81 條、第 86 條）；3、轉讓合同權利及義務並不影響債務人抗辯權之行使（第 82 條、第 85 條）；4、債務人對讓與人享有債權，可依照有關規定向受讓人主張抵銷（第 83 條）；5、法律、行政法規規定應辦理批准、登記手續，應依照其規定辦理（第 87 條）。

（十二）當事人訂立合同後合併或者分立之規定

《合同法》第 90 條規定：「當事人訂立合同後合併的，由合併後的法人或者其他組織行使合同權利，履行合同義務。當事人訂立合同後分立的，除債權人和債務人另有約定的以外，由分立的法人或者其他組織對合同的權利和義務享有連帶債權，承擔連帶債務。」《合同法》釋義指出，所謂當事人合併，一是兩個以上之法人或其他組織合併成為一個新法人或其他組織，由新法人或其他組織承擔被合併法人或其他組織之權利及義務；二是一個法人或其他組織被撤銷後，將其債權債務一併轉讓予另一個法人或其他組織。而當事人分立為一個法人或其他組

組織被分為兩個以上之新法人或其他組織，原法人或其他組織之權利及義務由新法人承擔。當事人合併及分立雖是一種權利及義務之概括轉讓，但當事人合併或分立引起債權債務關係之轉讓非由合同約定，而是根據法律規定進行，具有其自身之特點。

事實上，當事人分立及合併不僅是現實中經常出現之情況，亦是較易引發糾紛之問題。在市場經濟秩序尚未完全建成之情況下，少數法人或組織假借分立或合併轉移債務，逃避應承擔之法律責任，造成社會及經濟秩序之混亂。依據《民法通則》第 44 條對企業法人分立及合併情況之規定，企業法人分立或合併，其權利及義務由變更後之當事人承擔，或是分別承擔履行合同義務及享受應有之權利。按《民法通則》之精神，當事人訂立合同後合併，由合併後之法人或其他組織行使合同權利，履行合同義務。當事人訂立合同後分立，除債務人及債權人另有約定者外，由分立後之法人或其他組織對合同權利及義務享有連帶債權，承擔連帶債務。因此，當事人合併或者分立後，不僅原有一切債權及債務，依法由合併後之法人或其他組織承擔，且原有之財產所有權、經營權、智慧財產權等亦一併移轉給合併或分立後之企業。

隨著經濟改革進一步深入，多數法人及其他組織按照市場要求或國家政策進行重組及改建，其中部分法人及其他組織被兼併或被撤銷，而其他則分立為新法人或組織。無論法人及其他組織進行重組或改建之原因為何，其合併或分立後之債權及債務均應按照法律規定加以確定，如此方能有效防止假借合併或分立逃避債務，保護債權人之合法權益。此外，法律、行政法規規定當事人合併、分立應辦理手續時，當事人應遵守該規定辦理。依據《民法通則》第 44 條規定：「企業法人分立向登記機關辦理登記並公告。」又《外資企業法》第 10 條規定：「外資企業分立、合併或者其他重要事項變更，應當報審查批准機關批准，並向工商行政管理機關辦理變更登記手續。」因此，外資企業出現分立或合併情形，亦應至工商行政管理機關辦理變更登記手續⁸⁰。

⁸⁰ 《中華人民共和國外資企業法實施細則》第 17 條：「外資企業的分立、合併或者由於其他原因導致資本發生重大變動，須經審批機關批准，並應當聘請中國的註冊會計師驗證和出具驗

（十三）民事訴訟程序之第三人資格

《合同法司法解釋（一）》第 29 條規定：「合同當事人一方經對方同意將其在合同中的權利義務一併轉讓給受讓人，對方與受讓人因履行合同發生糾紛訴至人民法院，對方就合同權利義務提出抗辯的，可以將出讓人列為第三人。」

二、商業銀行同業業務治理

（一）關於規範金融機構同業業務的通知

1、發布背景

近年中國大陸金融改革發展全面推動，由於金融機構同業業務創新活躍、發展較快，在便利流動性管理、優化金融資源配置、服務實體經濟發展等方面雖發揮重要作用，但亦存在部分業務發展規範不嚴、資訊揭露不充足、規避金融監管及宏觀調控等問題。爰此中國人民銀行、銀監會、證監會、保監會及外匯管理局於 2014 年 4 月 24 日聯合發布《關於規範金融機構同業業務的通知》⁸¹（以下簡稱《通知》）。

2、主要規範內容

《通知》在鼓勵金融創新、維護金融機構自主經營之前提，按「堵邪路、開正門、強管理、促發展」之總體思路，就規範同業業務經營行為、加強及改善同業業務內外部管理、推動開展規範之資產負債業務創新等方面，提出了 18 條規範性意見。《通知》逐項界定並規範同業拆借、同業存款、同業借款、同業代付及買入返售（賣出回購）等同業投融資業務，並要求金融機構開展之以投融資為核心之同業業務，應按照各項交易之業務實質歸入前述基本類型，再就不同類型同業業務實施分類管理。《通知》強化金融機構同業業務內外部管理要求，規範

資報告；經審批機關批准後，向工商行政管理機關辦理變更登記手續。」

⁸¹ 中國銀行監督管理委員會 2014 年 4 月 24 日銀發[2014]127 號。

會計核算及資本計量要求，並設置同業業務期限及風險集中度要求，強調加強流動性管理之重要性。同時《通知》支持金融機構加快推進資產證券化業務之常規發展，積極參與銀行間市場之同業存單業務試點，提高資產負債管理主動性、標準化及透明度。規範金融機構同業業務，符合國務院「鼓勵創新、防範風險、趨利避害、健康發展」之總體要求，有利於規範金融市場秩序，促進同業業務健康發展，切實保護金融消費者合法權益；有利於引導資金更多流向實體經濟，降低企業融資成本，提高金融體系支持實體經濟的能力；有利於加快發展多層次資本市場體系，提高直接融資比重，增強金融及經濟體系之韌性。

3、細部規範內容

(1) 本通知所稱之同業業務是指中國大陸境內依法設立之金融機構間開展以投融資為核心之各項業務，業務類型包括同業拆借、同業存款、同業借款、同業代付及買入返售（賣出回購）等同業融資業務及投資業務。金融機構開展的以投融資為核心的同業業務，應當按照各項交易的業務實質歸入上述基本類型，並針對不同類型同業業務實施分類管理；(2) 同業拆借業務是指經中國人民銀行核准進入全國銀行間同業拆借市場之金融機構間，透過全國統一之同業拆借網絡進行無擔保資金融通行為。同業拆借應當遵循《同業拆借管理辦法》⁸²及有關辦法相關規定。同業拆借相關款項在拆出及拆入資金會計科目核算，並在前述會計科目下單獨設立二級科目進行管理核算；(3) 同業存款業務是指金融機構間開展之同業資金存入及存出業務，資金存入方僅為具有吸收存款資格之金融機構。同業存款業務按照期限、業務關係及用途，分為結算性同業存款及非結算性同業存款兩類。同業借款是指現行法律法規賦予此項業務範圍之金融機構，開展同業資金借出及借入業務，其相關款項在拆出和拆入資金會計科目核算。

再者，(4) 同業代付是指商業銀行（受託方）接受金融機構（委託方）之委託向企業客戶付款，委託方在約定還款日償還代付款項本息之資金融通行為。受託方同業代付款項在拆出資金會計科目核算，委託方同業代付相關款項在貸款會

⁸² 2007 年 7 月 3 日中國人民銀行令[2007]第 3 號。

計科目核算。同業代付原則上僅適用於銀行業金融機構辦理跨境貿易結算。境內信用證、保理等貿易結算，原則上應透過支付系統匯劃款項或透過本行分支機構支付，委託方不得在同一市、縣有分支機構之情況下，委託當地其他金融機構代為支付，亦不得透過同業代付變相融資；(5) 買入返售（賣出回購）是指兩家金融機構之間按照協議約定先買入（賣出）金融資產，再按約定價格於到期日將該項金融資產返售（回購）之資金融通行為。買入返售（賣出回購）相關款項在買入返售（賣出回購）金融資產會計科目核算。買入返售（賣出回購）業務項下之金融資產應當為銀行承兌匯票，債券、央票等在銀行間市場、證券交易所市場交易之具有合理公允價值及較高流動性之金融資產。賣出回購方不得將業務項下之金融資產從資產負債表轉出；(6) 同業投資是指金融機構購買（或委託其他金融機構購買）同業金融資產（包括但不限於金融債、次級債等在銀行間市場或證券交易所市場交易之同業金融資產）或特定目的載體（包括但不限於商業銀行理財產品、信託投資計畫、證券投資基金、證券公司資產管理計畫、保險業資產管理機構資產管理產品等）之投資行為；(7) 金融機構開展買入返售（賣出回購）及同業投資業務，不得接受及提供任何直接或間接、顯性或隱性之協力廠商金融機構信用擔保，但國家另有規定者除外；(8) 金融機構開展同業業務，應遵守國家法律法規及政策規定，建立健全之風險管理及內部控制體系，遵循協商自願、誠信自律及風險自擔原則，加強內部監督檢查及責任追究，確保各類風險得到有效控制。

最後，(9) 金融機構開展同業業務，應按照國家法律規定及會計準則要求，採用正確會計處理方法，確保各類同業業務及其交易環節能及時、完整、真實及準確地在資產負債表內或表外記載及反映；(10) 金融機構應合理配置同業業務之資金來源及運用，將同業業務置於流動性管理架構下，加強期限錯配管理，控制流動性風險；(11) 各金融機構開展同業業務應符合所屬金融監管部門之規範要求。分支機構開展同業業務之金融機構應建立健全本機構統一之同業業務授信管理政策，並將同業業務納入全機構統一授信體系，由總部自上而下實施授權管理，不得辦理無授信額度或超授信額度之同業業務。金融機構應根據同業業務之

類型及其品種、定價、額度等不同類型金融資產標的，以及分支機構之風險控制能力等進行區別授權，至少每年度對授權進行一次重新評估及核定；(12) 金融機構同業投資應嚴格風險審查及資金投向合規性審查，按照「實質重於形式」原則，根據所投資基礎資產性質，準確計量風險併計提相應資本與撥備；(13) 金融機構辦理同業業務，應當合理審慎確定融資期限，其中同業借款業務最長期限不得超過三年，其他同業融資業務最長期限不得超過一年，業務到期後不得展期；(14) 單家商業銀行對單一金融機構法人之不含結算性同業存款的同業融出資金，扣除風險權重為零的資產後之淨額，不得超過該銀行一級資本 50%。其中一級資本、風險權重為零之資產按照《商業銀行資本管理辦法（試行）》⁸³之要求計算。單家商業銀行同業融入資金餘額不得超過該銀行負債總額 1/3，農村信用社省聯社、省內二級法人社及村鎮銀行暫不執行；(15) 金融機構在規範發展同業業務之同時，應加快推進資產證券化業務常規發展，並積極參與銀行間市場之同業存單業務試點，提高資產負債管理的主動性、標準化及透明度。

4、《關於規範同業代付業務管理的通知》

為規範銀行同業代付業務管理，確實防範相關風險，促進其穩健發展，中國銀監會辦公廳於 2012 年 6 月發布《關於規範同業代付業務管理的通知》，規定同業代付分為境內同業代付及海外代付，可按相關協定條款判斷其交易實質，並根據融資資金之提供方不同，以及代付本金及利息之償還責任不同等，區別為下列情況：

(1) 銀行應將符合同業代付業務定義及實質之相關業務進行統一管理

同業代付業務係指銀行根據客戶申請，透過境內外同業機構或本行海外分支機構，為該客戶國內貿易或國際貿易結算提供之短期融資便利及支付服務，分為境內同業代付及海外代付。其中接受客戶申請、從同業機構融通資金並委託同業機構將款項支付給該客戶交易對手之同業代付業務發起行稱「委託行」，為委託行提供資金來源及代付服務的境內外同業機構或委託行海外分支機構則稱「代付

⁸³ 2012 年 6 月 7 日銀監會令 2012 年第 1 號。

行」。就實務上而言，委託行為客戶之債權人，直接承擔借款人之信用風險，到期時向借款人收回貸款本息；代付行則為委託行提供貸款資金來源並完成「受託支付」服務，承擔同業授信風險，拆放資金本息到期由委託行無條件償還。

（2）銀行開展同業代付業務應具有真實貿易背景

境內同業代付及海外代付業務實質均屬貿易融資方式，銀行辦理同業代付業務應具有真實貿易背景。辦理同業代付業務時，委託行與代付行均應採取有效措施加強貿易背景真實性之審核，其中委託行承擔主要審查責任，確保融資款項為國內外貿易結算服務，支援實體經濟發展。

（3）銀行開展同業代付業務應進行真實會計處理

按照「實質重於形式」會計核算原則，委託行與代付行應根據在該項業務中權利義務關係之實質進行會計核算。當代付行為境內外銀行同業機構時，委託行應將委託同業代付之款項直接確認為向客戶提供之貿易融資，並在表內進行相關會計處理與核算；代付行應將代付款項直接確認為對委託行之拆出資金，並在表內進行相關會計處理與核算。當代付行為委託行之海外分支機構時，應參照以上原則執行。

（4）銀行開展同業代付業務應體現真實受託支付

同業代付之委託行真實委託代付行向借款人之交易對手代為支付款項，代付行應將相應款項直接支付給符合合同約定用途之受益人帳戶，不得將資金拆給委託行後由委託行「自付」，以確保「受託支付」。

（5）銀行開展同業代付業務應加強風險管理

同業代付之委託行應將同業代付業務納入客戶統一授信管理，嚴格執行相關信貸審批程序，在客戶貿易融資授信額度內確定同業代付之金額及期限，並加強貸款稽查，嚴格信用風險管控。代付行應對同業代付業務之合作銀行採取名單制管理，將代付同業款項全額納入對同業機構之統一授信管理，並將代付同業款項與無指定用途之一般性同業拆借區別管理，加強相關信用風險控制。同時銀行辦

理同業代付業務應制定明確之管理辦法，主要涵蓋業務定義、管理要素、部門職責分工、操作流程、會計核算及風險控制等內容，並及時報送銀監會備案。

（6）銀行應進一步規範表內外授信業務管理

銀行應進一步規範其他表內外授信業務之會計處理及核算方法，同時嚴格遵守《中華人民共和國會計法》、《企業會計準則--基本準則》及相關具體準則之規定，充分體現「實質重於形式」之會計核算原則，嚴禁以虛假會計處理掩蓋業務實質，加強業務合規管理。

5、《關於銀行業金融機構同業代付業務會計處理的復函》

中國財政部於 2012 年 5 月 25 日發布《關於銀行業金融機構同業代付業務會計處理的復函》⁸⁴，係依據《企業會計準則第 22 號--金融工具確認和計量》、《企業會計準則第 14 號--收入》及《企業會計準則第 37 號--金融工具列報》規定同業代付業務之會計處理及揭露重申規範。按照《中華人民共和國會計法》、《企業會計準則--基本準則》和相關具體準則的規定，銀行應根據委託行（發起行、開證行）與受託行（代付行）簽訂之代付業務協定條款，加以判斷同業代付交易之實質。按照融資資金之提供方不同、代付本金及利息之償還責任不同，區別下列情況分別處理：

- （1）如委託行承擔合同義務在約定還款日，即無條件向受託行償還代付本金及利息，委託行應按照《企業會計準則第 22 號--金融工具確認和計量》，將相關交易作為對申請人發放貸款處理，受託行應將相關交易作為向委託行拆出資金處理。
- （2）如申請人承擔合同義務向受託行在約定還款日償還代付本金及利息（無論還款是否通過委託行），委託行僅在申請人到期未能償還代付本金及利息之情況下，向受託行無條件償還代付本金及利息，對相關交易之擔保委託行應按照《企業會計準則第 22 號--金融工具確認和計量》對財務擔保合同之

⁸⁴ 財政部辦公廳 2012 年 5 月 25 日財辦會[2012]19 號。

規定處理；對相關交易中之代理責任部分，委託行應按照《企業會計準則第 14 號--收入》規定處理，而受託行應按照《企業會計準則第 22 號--金融工具確認和計量》，將相關交易作為對申請人發放貸款處理。

銀行應嚴格遵循《企業會計準則第 37 號--金融工具列報》及其他相關準則之規定，對同業代付業務涉及之金融資產、金融負債、貸款承諾、擔保及代理責任等相關資訊進行列報。同業代付業務產生之金融資產及金融負債不得隨意抵銷。上述會計處理及列報要求既適用於信用狀項下之同業代付業務，亦適用於保理項下之同業代付業務。

6、《關於規範金融機構同業業務的通知》

應注意者，前揭《關於規範金融機構同業業務的通知》未討論涉及商業銀行對企業放款之疑義。所謂同業代付是指商業銀行（受託方）接受金融機構（委託方）之委託向企業客戶付款，委託方在約定還款日償還代付款項本息之資金融通行為。受託方同業代付款項在拆出資金會計科目核算，委託方同業代付相關款項在貸款會計科目核算。同業代付僅適用於銀行跨境貿易結算、境內信用狀、保理等貿易結算，原則上應透過支付系統匯劃款項或透過本行分支機構支付，委託方不得在同一市、縣有分支機構之情況下，委託當地其他金融機構代為支付，亦不得透過同業代付變相融資。由此可知，《通知》所許可之情形，本來係由金融機構應給付給企業之情形，僅因在同一市、縣無分支機構之前提下，委託當地其他商業銀行代為支付，從委託方觀之，本質上為委託給付（以委託方來說），以受託方來說，則以其與委託方之原因關係，而代為給付予企業（清償第三人之債務）。因此《通知》特別強調，不得作為變相融資之管道。然金融機構與商業銀行（委託方與受託方）之原因關係為何，須視兩家金融機構對同業代付之解釋及定性。又該《通知》規定同業代付僅適用於銀行辦理跨境貿易結算，同時明確受託行在「拆出資金」科目核算，委託行在「貸款」科目核算，亦即不管協議條款如何約定，委託行均在「貸款」科目核算。相較之前，基本限制透過境內貿易完成信貸挪移之可能性，亦使得境內銀行開展海外代付之動力因相關資產風險權重

之上升而弱化⁸⁵。

《會計法》第 26 條規定：「公司、企業進行會計核算不得有下列行為：（一）隨意改變資產、負債、所有者權益的確認標準或者計量方法，虛列、多列、不列或者少列資產、負債、所有者權益；（二）虛列或者隱瞞收入，推遲或者提前確認收入；（三）隨意改變費用、成本的確認標準或者計量方法，虛列、多列、不列或者少列費用、成本；（四）隨意調整利潤的計算、分配方法，編造虛假利潤或者隱瞞利潤；（五）違反國家統一的會計制度規定的其他行為。」

A、刑事責任

違反前述行為者，依據《會計法》第 42 條規定：「違反本法規定，有下列行為之一的，由縣級以上人民政府財政部門責令限期改正，可以對單位並處三千元以上五萬元以下的罰款；對其直接負責的主管人員和其他直接責任人員，可以處二千元以上二萬元以下的罰款；屬於國家工作人員的，還應當由其所在單位或者有關單位依法給予行政處分：（一）不依法設置會計帳簿的；（二）私設會計帳簿的；（三）未按照規定填制、取得原始憑證或者填制、取得的原始憑證不符合規定的；（四）以未經審核的會計憑證為依據登記會計帳簿或者登記會計帳簿不符合規定的；（五）隨意變更會計處理方法的；（六）向不同的會計資料使用者提供的財務會計報告編制依據不一致的；（七）未按照規定使用會計記錄文字或者記帳本位幣的；（八）未按照規定保管會計資料，致使會計資料毀損、滅失的；（九）未按照規定建立並實施單位內部會計監督制度或者拒絕依法實施的監督或者不如實提供有關會計資料及有關情況的；（十）任用會計人員不符合本法規定的（第 1 項）。有前款所列行為之一，構成犯罪的，依法追究刑事責任（第 2 項）。會計人員有第一款所列行為之一，情節嚴重的，由縣級以上人民政府財政部門吊銷會計從業資格證書（第 3 項）。有關法律對第一款所列行為的處罰另有規定的，依照有關法律的規定辦理（第 4 項）」。

相關偽造變造之刑責規定在《會計法》第

⁸⁵ 參閱劉華平，同業業務會計處理分析，富藍德林證券公司，財稅評析，2014 年 5 月。
<http://www.mychinabusiness.com/article/article.aspx?ID=6121&type=3>，最後瀏覽日：2014 年 7 月 30 日。

43 條第 1 項：「偽造、變造會計憑證、會計帳簿，編制虛假財務會計報告，構成犯罪的，依法追究刑事責任。」而隱匿與故意銷毀之責任規定在《會計法》第 44 條第 1 項：「隱匿或者故意銷毀依法應當保存的會計憑證、會計帳簿、財務會計報告，構成犯罪的，依法追究刑事責任。」應注意者，依據《會計法》第 45 條規定：「授意、指使、強令會計機構、會計人員及其他人員偽造、變造會計憑證、會計帳簿，編制虛假財務會計報告或者隱匿、故意銷毀依法應當保存的會計憑證、會計帳簿、財務會計報告，構成犯罪的，依法追究刑事責任；尚不構成犯罪的，可以處五千元以上五萬元以下的罰款；屬於國家工作人員的，還應當由其所在單位或者有關單位依法給予降級、撤職、開除的行政處分。」

B、行政責任

依據《會計法》第 43 條第 2 項規定：「有前款行為，尚不構成犯罪的，由縣級以上人民政府財政部門予以通報，可以對單位並處五千元以上十萬元以下的罰款；對其直接負責的主管人員和其他直接責任人員，可以處三千元以上五萬元以下的罰款；屬於國家工作人員的，還應當由其所在單位或者有關單位依法給予撤職直至開除的行政處分；對其中的會計人員，並由縣級以上人民政府財政部門吊銷會計從業資格證書（第 2 項）」。

又依據《會計法》第 44 條第 2 項規定：「有前款行為，尚不構成犯罪的，由縣級以上人民政府財政部門予以通報，可以對單位並處五千元以上十萬元以下的罰款；對其直接負責的主管人員和其他直接責任人員，可以處三千元以上五萬元以下的罰款；屬於國家工作人員的，還應當由其所在單位或者有關單位依法給予撤職直至開除的行政處分；對其中的會計人員，並由縣級以上人民政府財政部門吊銷會計從業資格證書。」

如有授意、指使、強令會計機構、會計人員及其他人員偽造、變造會計憑證、會計帳簿，編制虛假財務會計報告或者隱匿、故意銷毀依法應當保存的會計憑證、會計帳簿、財務會計報告，構成犯罪的，依法追究刑事責任；尚不構成犯罪的，可處五千元以上五萬元以下的罰款；屬於國家工作人員，還應由其所在單位或有關單位依法給予降級、撤職、開除的行政處分（會計法第 45 條）。單位負責

人對依法履行職責、抵制違反本法規定行為的會計人員以降級、撤職、調離工作崗位、解聘或者開除等方式實行打擊報復，構成犯罪，依法追究刑事責任；尚不構成犯罪，由其所在單位或者有關單位依法給予行政處分。對受打擊報復之會計人員應恢復其名譽及原有職務、級別（會計法第 46 條）。財政部門及有關行政部門之工作人員在實施監督管理中濫用職權、怠忽職守、徇私舞弊，或有洩露國家秘密、商業秘密，構成犯罪，依法追究刑事責任；尚不構成犯罪，依法給予行政處分（會計法第 47 條）。

7、民事責任之依據

依據業務協議第 2.1 規定：「人民幣代付（代理同業委託付款）業務之範圍僅限於甲方代理乙方支付國內信用狀項下及國內保理項下融資款項。代付款項由甲方支付到乙方指定帳戶中，乙方操作該款項過程中所產生之政策處罰全部由乙方承擔。」（詳見表 2-2）亦即同業代付之職為「代理」關係。再者，查業務協議第 7.2 規定：「乙方承諾如下：（1）甲方僅需按乙方的指示付款；（2）乙方發生的與第三者的任何經濟或法律糾紛均與本協議項下的人民幣代付（代理同業委託付款）業務無關，甲乙雙方的權利、義務關係不受任何影響；（3）乙方向甲方提供的檔是準確、真實、完整和有效的；（4）乙方保證敘作人民幣代付（代理同業委託付款）業務項下的客戶是合法公司。乙方對敘作人民幣代付（代理同業委託付款）業務的國內信用證結算項下和國內保理業務項下是否具有真實的貿易背景負責。甲方不對申請人敘作的國內信用證項下和國內保理業務項下的代付是否具有真實的貿易背景負責並將上述條款作為甲方接受乙方委託付款的前提條件。（5）乙方按照監管部門的管理規定辦理相關業務。（6）甲方在本協議項下對乙方的受償地位和順序不後於其他受償人。（7）甲方不承擔乙方對其融資申請人的任何授信風險。」由此可知，甲方並無主導付款之權（第 1 款）。甲乙雙方之權利義務關係僅限於本協議內容所揭示之範圍（第 2 款）。乙方有保證真實之義務（第 3 款）。乙方有保證客戶合法義務（第 4 款），甲方並不得以真實性與否作為付款條件（第 4 款）。乙方必須要遵守監理規範（第 5 款）。甲方在本協議上對乙方之受償順位不劣於其他債權人（第 6 款）。乙方對於融資申請人之授信風險，

與甲方無涉，甲方毋須承擔（第7款）。

表 2-2：人民幣代付（代理同業委託付款）業務協議

人民幣代付（代理同業委託付款）業務協議 協議編號： 甲方（融資行）：中國銀行股份有限公司 住所地： 乙方（申請人）： 住所地： 為進一步深化中國銀行與**銀行的業務協作，雙方經協商同意就人民幣代付（代理同業委託付款）業務開展合作，並依法就相關事宜達成如下協議。 第一條 定義 在本協定中，人民幣代付（代理同業委託付款）業務是指以乙方根據其工商客戶的申請，以自己的名義委託甲方為客戶提供融資，並在業務到期日由乙方歸還甲方代付款項本息費的業務方式。本協定中人民幣代付（代理同業委託付款）業務包括國內信用證結算項下和國內保理項下的人民幣代付。 從甲方代替乙方對外付款之日起，甲方根據本協定享有對代理支付的款項本息及其他應收款項進行索償的權利，乙方承擔對甲方代付款項還本付息的義務。 本協議適用於甲方為乙方提供的國內信用證項下及國內保理項下的人民幣代付（代理同業委託付款）業務，其中國內信用證結算項下人民幣代付業務範圍包括： （1）乙方在國內信用證項下付款； （2）乙方為客戶辦理賣方融資，包括買方押匯、賣方押匯和議付。 第二條 業務範圍、幣種 2.1 人民幣代付（代理同業委託付款）業務的範圍僅限於甲方代理乙方支付國內信用證項下和國內保理項下融資款項。代付款項由甲方支付到乙方指定帳戶中，乙方操作該款項過程中所產生的政策處罰全部由乙方承擔。 2.2 代付貨幣的幣種為人民幣。 2.3 甲方同意為乙方有權敘做人民幣代付（代理同業委託付款）業務的各分支機構辦理本協議項下的業務，乙方作為乙方全轄機構代表對本協議的訂立、變更、終止、爭議解決等內容與甲方進行協商，其它分支機構無權與甲方進行協商。
--

第三條 業務額度和期限

- 3.1 甲方同意為乙方敘做的人民幣代付（代理同業委託付款）業務全額占用甲方總行為乙方總行核定的金融機構授信額度。
- 3.2 甲乙雙方同意，在本協議有效期內甲方與乙方敘做的單筆人民幣代付（代理同業委託付款）業務期限不得超過 180 天。除甲乙雙方書面同意外，本協議項下的所有單筆業務的期限不得延長。

第四條 業務價格、息費計算等相關約定

4.1 價格的確定

本協定項下人民幣代付（代理同業委託付款）業務價格按以下標準執行：人民幣代付（代理同業委託付款）業務價格包含利率和占用授信額度產生的額度使用費率。

甲方與乙方敘做的人民幣代付（代理同業委託付款）業務的價格，由甲乙雙方每次敘做業務時確定，若乙方同意回執中確定的業務價格，則以 SWIFT MT799 加押電的形式向甲方發出《人民幣代付（代理同業委託付款）業務付款指示》（參考格式見附件二）予以明確。

4.2 息費的計算

人民幣代付（代理同業委託付款）業務的利息和額度使用費，按照實際金額、實際天數、利率和額度使用費率計算。根據乙方具體業務情況，可採取先收息費和後收息費的形式，人民幣代付（代理同業委託付款）業務的實際天數自甲方按乙方指示支付融資款項至乙方指定帳戶之日起至業務到期日止，按日曆天數連續計算。如業務到期日為法定節假日或非銀行工作日，則到期日自動順延至下一個工作日，順延期間仍按雙方的業務價格計付利息及費用。

利息和額度使用費的計算公式如下：

利息和額度使用費＝業務金額 X（業務價格/360）X 業務天數

第五條 業務操作程式

5.1 乙方申請辦理人民幣代付（代理同業委託付款）業務時，應通過甲方指定傳真機（傳真號碼_____）向甲方提交《人民幣代付（代理同業委託付款）業務申請書》（參考格式見附件一），《人民幣代付（代理同業委託付款）業務申請書》應加蓋乙方貿易金融分部業務公章，列明相關國內業務編號、融資金額和融資期限等。甲乙雙方在此同意該申請書的內容以甲方保存的乙方發來的傳真件所載內容為準，但乙方應于向甲方發送某一筆的《人民幣代付（代理同業委託付款）業務申請書》的傳真件之日起 3 個工作日內將該申請書原件以快遞或其他快捷方式提交給甲方。如該原件的內容與傳真件內容不符，甲乙雙方另行協商處理。

5.2 甲方應在收到乙方《人民幣代付（代理同業委託付款）業務申請書》

傳真後決定是否接受乙方的代付申請。甲方應在乙方發送的《人民幣代付（代理同業委託付款）業務申請書》上表明是否接受代付申請，接受申請的應表明代付價格，加蓋甲方經辦行公章並通過乙方指定傳真機（傳真機號碼 _____）方式將《人民幣代付（代理同業委託付款）業務申請書》回執傳真至乙方。同樣，甲乙雙方同意該申請書的內容以乙方保存的甲方發來的確

5.3 乙方應在付款起息日前一個工作日 15:00 時之前，以 SWIFT MT799 加押電的形式向甲方發出《人民幣代付（代理同業委託付款）業務付款指示》（參考格式見附件二）。乙方的代付指示加押電應包括以下內容：

- （1）明確代付金額、利率、費率、起息日、付款路線等相關資訊；
- （2）明確承諾還款到期日及還款方式；
- （3）相關國內信用證業務編號/保理業務編號。

乙方不得在甲方的非銀行工作日要求甲方按乙方代付指示付款。如乙方要求的付款日遇甲方的非銀行工作日，甲方將順延至下一個銀行工作日對外付款。對於由此可能產生的全部責任由乙方承擔。

5.4 如甲方對乙方的代付指示的內容存疑，甲方應在收到乙方指示的下一個工作日內向乙方書面查詢，乙方應就甲方的查詢及時予以明確回復；因此造成付款延遲的，由造成延遲的一方承擔責任。

5.5 除上述第 5.4 款的情況外，甲方有義務根據乙方的指示在乙方要求的付款日對外付款。對外付款後，甲方應在下一個工作日內，向乙方發出付款確認電（參考格式見附件三）。具體內容包括：

- （1）已執行了乙方的代付指示；
- （2）業務的金額、費用、業務價格；
- （3）業務還款日；
- （4）償還甲方本金及支付利息和相關費用的方式。

5.6 如乙方對甲方的付款確認電有異議，應最遲於收到甲方付款確認電後下一個工作日內向甲方進行查詢。

第六條 業務本金、利息和額度使用費的償還

6.1 乙方應於單筆人民幣代付（代理同業委託付款）業務到期日當天根據甲方指示的付款路線主動償還本金、利息和額度使用費。在先收息費情況下，乙方應于代付到期日當天根據甲方所指示的付款路線主動償還代付本金；

6.2 乙方同時保留按照本協議第四條第 4.2 款的約定，根據乙方申請採取先收或後收利息和費用的方式。

6.3 如某筆業務乙方不能按期償付，甲方有權從人民幣代付（代理同業委託付款）業務到期日起，對逾期的本金、利息和費用，在本協定附件三“代付確認”中確定的代付價格的基礎上加收 20% 計算逾期罰息及逾期費用；

6.4 甲乙雙方同意，原則上對於單筆人民幣代付（代理同業委託付款）業務不得提前還款，如需提前還款，須經甲乙雙方就有關情況協商一致後，方可

提前償還。

6.5 乙方辦理人民幣代付（代理同業委託付款）業務發生的乙方所在地的一切稅費由乙方承擔，乙方不得從應歸還甲方的本息費中扣除；

第七條 聲明與承諾

7.1 甲方、乙方共同聲明如下：

（1）甲乙雙方依法註冊並合法存續，具備簽訂和履行本合同所需的完全民事權利能力和行為能力；

（2）簽署和履行本合同系基於甲乙雙方的真實意思表示，已經按照其章程或者其它內部管理檔的要求取得合法、有效的授權，且不會違反對甲乙雙方有約束力的任何協定、合同和其他法律檔；甲乙雙方已經或將會取得簽訂和履行本合同所需的一切有權機關的批准、許可、備案或者登記；

（3）乙方在本合同項下向甲方提供的檔是真實、完整、準確和有效的；

（4）乙方保證向甲方申請敘作業務的交易背景真實、合法，未用於洗錢等非法目的；

（5）乙方未向甲方隱瞞可能影響其財務狀況和履約能力的事件；

7.2 乙方承諾如下：

（1）甲方僅需按乙方的指示付款；

（2）乙方發生的與第三者的任何經濟或法律糾紛均與本協議項下的人民幣代付（代理同業委託付款）業務無關，甲乙雙方的權利、義務關係不受任何影響；

（3）乙方向甲方提供的檔是準確、真實、完整和有效的；

（4）乙方保證敘作人民幣代付（代理同業委託付款）業務項下的客戶是合法公司。乙方對敘做人民幣代付（代理同業委託付款）業務的國內信用證結算項下和國內保理業務項下是否具有真實的貿易背景負責。甲方不對申請人敘做的國內信用證項下和國內保理業務項下的代付是否具有真實的貿易背景負責並將上述條款作為甲方接受乙方委託付款的前提條件。

（5）乙方按照監管部門的管理規定辦理相關業務。

（6）甲方在本協議項下對乙方的受償地位和順序不後於其他受償人。

（7）甲方不承擔乙方對其融資申請人的任何授信風險。

第八條 業務終止

8.1 在本協定有效期內如發生以下事件，甲、乙雙方應通過協商的辦法予以解決，如雙方不能達成一致，甲方有權終止為乙方提供人民幣代付（代理同業委託付款）業務；對於未完成的業務，本協議條款對雙方仍具有約束力，直至業務結束為止：

（1）因市場利率發生不利於甲方的變化時；

（2）因法律、行政法規或監管政策變化與甲方在本協議下的代付業務發

生衝突；

(3) 因法律、行政法規或監管政策變化與本協議下人民幣代付（代理同業委託付款）業務衝突；

(4) 因法律、行政法規或監管政策變化導致代付費用增加；

(5) 甲方認為乙方已經或即將發生影響乙方償付能力的情形。

8.2 在本協議有效期內發生下述事件之一時，視為乙方違約，甲方有權單方終止履行本協議下的義務，並要求乙方立即償還未了人民幣代付（代理同業委託付款）業務的本息和費用：

(1) 乙方未按期還本，償付利息和額度使用費；

(2) 乙方違反聲明和承諾的內容並可能影響甲方的權利安全；

(3) 乙方財務狀況惡化，出現支付困難且可能影響甲方的權利安全；

(4) 乙方涉入重大訴訟或仲裁案件，可能影響甲方的權利安全。

第九條 其他約定

未經另一方書面同意，任何一方不得將本協議項下任何權利、義務轉讓予第三人。同時甲乙雙方對敘做的人民幣代付（代理同業委託付款）業務所涉及的金額、利率、費率等資訊負有保密責任。

第十條 協定的補充和解除

本協議經雙方書面同意，可以進行補充、修改或解除，本協議的任何補充和修改構成本協議不可分割的一部分。

第十一條 法律適用和爭議解決

11.1 管轄法律 本協議的訂立、效力、解釋、履行和爭議解決適用中華人民共和國法律（基於本協定之目的，在此不包括香港、澳門和臺灣地區法律）。

11.2 爭議解決 在協議履行期間，凡因履行本協定所發生的或與本協議有關的一切爭議、糾紛，雙方可協商解決。如任何爭議不能在一方向另一方提交書面通知後 30 天內協商解決，可以依法向中國國際經濟貿易仲裁委員會提交仲裁。

第十二條 協議的生效

本協定自甲乙雙方法定代表人或授權代理人簽字並加蓋公章後於簽署之日起生效，有效期為 1 年。若協議到期時仍有未完人民幣代付（代理同業委託付款）業務，本協議條款對雙方仍具有約束力，直至全部業務結束為止。協議到期後，如雙方無異議，則本協議自動延期一年，延期次數不受限制；如有異議，提議方應於到期日前一個月以書面形式提出，雙方重新協商議定。

本協議由以下雙方於 年 月 日簽署。

甲方：中國銀行股份有限公司（公章）

負責人或授權代理人：
日期：
簽訂地點：
乙方：
法定代表人或授權代理人：
日期：
簽訂地點：

資料來源：本研究整理自中國銀行人民幣代付業務協議。

（二）關於規範商業銀行同業業務治理的通知⁸⁶

1、發布背景

為促進商業銀行同業業務規範健康發展，以維護銀行體系穩健運行，銀監會辦公廳於2014年5月發布《關於規範商業銀行同業業務治理的通知》（下稱本通知），作為中國人民銀行發布《關於規範金融機構同業業務的通知》之配套性政策文件。

2、通知內容

近年商業銀行同業業務快速發展，部分銀行存在經營行為不規範、風險控管不到位之問題，未符合國家宏觀調控政策及銀行業監管要求，不利於銀行體系穩健運行，本通知重點包括：（1）本通知適用於中國大陸境內依法設立之商業銀行與金融機構間開展以投融資為核心之各項同業業務，如同業拆借、同業借款、非結算性同業存款、同業代付、買入返售及賣出回購、同業投資等業務類型。商業銀行以外之其他銀行業金融機構參照執行；（2）商業銀行應具備與所開展同業業務規模及複雜程度相適應之同業業務治理體系，由法人總部對同業業務進行統一管理，將同業業務納入全面風險管理，建立前中後台分設之內部控制機制，加強內部監督檢查及責任追究，確保同業業務經營活動依法合規；（3）商業銀行開展同業業務實行專營部門制，由法人總部建立或指定專營部門負責經營。商業銀行

⁸⁶ 中國銀行監督管理委員會辦公室2014年5月16日銀監辦發[2014]140號。

同業業務專營部門以外之其他部門及分支機構不得經營同業業務，已開展之存量同業業務到期後結清；不得在金融交易市場單獨立戶，已開立帳戶之不得辦理業務，並在存量業務到期後立即銷戶。對於商業銀行作為管理人特殊目之載體與該商業銀行開展之同業業務，應按代客與自營業務相分離原則，在系統、人員及制度等方面嚴格保持獨立性，避免利益輸送等違規內部交易。

再者，(4) 商業銀行同業業務專營部門對同業拆借、買入返售及賣出回購債券、同業存單等，可透過金融交易市場進行電子化交易之同業業務，不得委託其他部門或分支機構辦理。商業銀行同業業務專營部門對不能透過金融交易市場進行電子化交易之同業業務，可委託其他部門或分支機構代理市場營銷之詢價、項目發起及客戶關係維護等事項，但同業業務專營部門需對交易對手、金額、期限及定價進行逐筆審核，並負責集中進行會計處理，全權承擔風險責任；(5) 商業銀行應建立同業業務授權管理體系，由法人總部對同業業務專營部門進行集中統一授權，同業業務專營部門不得進行轉授權，不得辦理未經授權或超授權之同業業務；(6) 商業銀行應建立同業業務授信管理政策，由法人總部對表內外同業業務進行集中統一授信，不得進行多頭授信、辦理無授信額度或超授信額度之同業業務；(7) 商業銀行應建立同業業務交易對手准入機制，由法人總部對交易對手進行集中統一之名單制管理，定期評估交易對手信用風險，並動態調整交易對手中名單；(8) 商業銀行應於 2014 年 9 月底前實現全部同業業務之專營部門制，並將改革方案及實施進展情況報送銀監會及其派出機構。

三、商業銀行保理業務管理暫行辦法⁸⁷

(一) 制定背景與基礎原則

為規範商業銀行保理業務經營行為，加強保理業務審慎經營管理，促進保理業務健康發展，銀監會依據《合同法》、《中華人民共和國物權法》、《中華人民共

⁸⁷ 2014 年 4 月 10 日銀監會令 2014 年第 5 號。

和國銀行業監督管理法》及《中華人民共和國商業銀行法》等規定，制定《商業銀行保理業務管理暫行辦法》（下稱本辦法）。適用對象包括政策性銀行、外國銀行分行、農村合作銀行、農村信用社、財務公司等其他銀行業金融機構開展保理業務。商業銀行應按照「權屬確定，轉讓明責」原則，嚴格審核並確認債權之真實性，確保應收帳款初始權屬清晰確定、歷次轉讓憑證完整、權責無爭議⁸⁸。此外，銀行業協會應充分發揮自律、協調、規範職能，建立並持續完善銀行保理業務之行業自律機制。

（二）保理業務

1、保理業務之定義

所稱保理業務係以債權人轉讓其應收帳款為前提，集應收帳款催收、管理及壞帳擔保、融資於一體之綜合金融服務。債權人將其應收帳款轉讓商業銀行，並由商業銀行向其提供下列服務之一者即為保理業務：（1）應收帳款催收：商業銀行根據應收帳款帳期，主動或應債權人要求，採取電話、函件、上門等方式或運用法律手段等對債務人進行催收。（2）應收帳款管理：商業銀行根據債權人之要求，定期或不定期向其提供關於應收帳款之回收情況、逾期帳款情況、對帳單等財務及統計報表，協助其進行應收帳款管理。（3）壞帳擔保：商業銀行與債權人簽訂保理協議後，為債務人核定信用額度，並在核准額度內，對債權人無商業糾紛之應收帳款，提供約定支付款擔保。（4）保理融資：以應收帳款合法、有效轉讓為前提之銀行融資服務。應注意者，以應收帳款作為質押之貸款，不屬於保理業務範圍⁸⁹。

2、保理業務之分類

（1）國內保理及國際保理：係按照基礎交易之性質及債權人、債務人之所在地作區分。國內保理是債權人及債務人均在境內之保理業務，而國際保理則是債權人及債務人中至少有一方在境外（包括保稅區、自貿區、境內關外等）之保

⁸⁸ 《商業銀行保理業務管理暫行辦法》第7條。

⁸⁹ 《商業銀行保理業務管理暫行辦法》第6條。

理業務；(2) 有追索權保理及無追索權保理：按照商業銀行在債務人破產、無理拖欠或無法償付應收帳款時，是否可向債權人反轉讓應收帳款、要求債權人回購應收帳款或歸還融資，分為有追索權保理及無追索權保理。其中有追索權保理指在應收帳款到期無法向債務人收回時，商業銀行可向債權人反轉讓應收帳款、要求債權人回購應收帳款或歸還融資，又稱回購型保理，而無追索權保理指應收帳款在無商業糾紛等情況無法得到清償，由商業銀行承擔應收帳款之壞帳風險，又稱買斷型保理。(3) 單保理及雙保理：按照參與保理服務之保理機構個數區分單保理及雙保理，其中單保理是由一家保理機構單獨為買賣雙方提供保理服務，而雙保由兩家保理機構分別向買賣雙方提供保理服務。應注意者，買賣雙方保理機構為同一銀行不同分支機構，原則上可視作雙保理，商業銀行應在相關業務管理辦法中同時明確作為買方保理機構及賣方保理機構之職責，若有保險公司承保買方信用風險之銀保合作，視同雙保理⁹⁰。

(三) 應收帳款

本辦法所稱應收帳款是指企業因提供商品、服務或出租資產而形成之金錢債權及其產生之收益，但不包括因票據或其他有價證券而產生之付款請求權。而有關應收帳款之轉讓是指與應收帳款相關之全部權利及權益之讓渡⁹¹。

(四) 保理融資業務管理

1、準入與準出標準

商業銀行應按照本辦法對具體保理融資產品進行定義，根據自身情況確定適當之業務範圍，制定保理融資客戶准入標準。雙保理業務中商業銀行應對合格買方保理機構制定準入標準，對買方保理機構為非銀行應採取名單制管理，並制定嚴格之准入准出標準及程序⁹²。

⁹⁰ 《商業銀行保理業務管理暫行辦法》第 10 條。

⁹¹ 《商業銀行保理業務管理暫行辦法》第 8 條及第 9 條。

⁹² 《商業銀行保理業務管理暫行辦法》第 11 條及第 12 條。

2、應收帳款標準程序⁹³

商業銀行應根據自身內部控制水準及風險管理能力，制定適合辦理保理融資業務之應收帳款標準。商業銀行不得基於非法基礎交易合同、寄售合同、未來應收帳款、權屬不清之應收帳款、因票據或其他有價證券而產生之付款請求權等開展保理融資業務。其中未來應收帳款是指合同項下賣方義務未履行完畢之預期應收帳款；權屬不清之應收帳款是指權屬具有不確定性之應收帳款，包括但不限於已在其他銀行或商業保理公司等協力廠商辦理出質或轉讓之應收帳款，而因票據或其他有價證券而產生之付款請求權，係票據或其他有價證券之持票人無需持有票據或有價證券產生之基礎交易應收帳款單據，僅依據票據或有價證券本身即可向票據或有價證券主債務人，請求按票據或有價證券上記載之金額付款。

3、審查程序及要件⁹⁴

商業銀行受理保理融資業務時，應嚴格審核買賣雙方之資信、經營及財務狀況等，分析擬作保理融資之應收帳款情況，包括是否出質、轉讓及帳齡結構等問題，合理判斷買方之付款意願、付款能力及賣方之回購能力，審查買賣合同等資料之真實性及合法性。對因提供服務、承接工程或其他非銷售商品原因所產生之應收帳款，或買賣雙方為關聯企業之應收帳款，應從嚴審查交易背景真實性及定價之合理性。商業銀行應對客戶及交易等相關情況進行有效之盡職調查，重點對交易對手、交易商品及貿易習慣等內容進行審核，並透過審核單據原件或銀行認可之電子貿易資訊等方式，確認相關交易行為真實合理存在，避免客戶透過虛開發票或偽造貿易合同、物流、回款等手段惡意騙取融資。

在單保理融資中，商業銀行除應嚴格審核基礎交易之真實性外，尚需確定賣方或買方一方比照流動資金貸款進行授信管理，嚴格實施受理及調查、風險評估及評價、支付及監測等全流程控制。商業銀行辦理單保理業務時，應在保理合同中要求賣方開立用於應收帳款回籠之保理專戶等相關帳戶。商業銀行應指定專人

⁹³ 《商業銀行保理業務管理暫行辦法》第 13 條。

⁹⁴ 《商業銀行保理業務管理暫行辦法》第 14 條及第 20 條。

對保理專戶資金進出情況進行監控，確保資金首先用於歸還銀行融資。商業銀行應充分考慮融資利息、保理手續費、現金折扣、歷史收款記錄及行業特點等應收帳款稀釋因素，合理確定保理業務融資比例。商業銀行開展保理融資業務，應根據應收帳款之付款期限等因素合理確定融資期限。商業銀行可將應收帳款到期日與融資到期日間之時間期限設置為寬限期。寬限期應根據買賣雙方歷史交易記錄及行業慣例等因素合理確定。最後，商業銀行提供保理融資時，有追索權保理按融資金額計入債權人徵信信息，而無追索權保理則不計入債權人及債務人之徵信信息。商業銀行進行擔保付款或墊款時，應按保理業務的風險實質，決定計入債權人或債務人之徵信信息。

（五）保理業務風險管理⁹⁵

商業銀行應科學制定貿易融資業務發展戰略，並納入全行統一戰略規劃，建立科學有效之貿易融資業務決策程序及激勵約束機制，有效防範與控制保理業務風險。其次，商業銀行應制定詳細規範之保理業務管理辦法及操作規程，明確業務範圍、相關部門職能分工、授信及融資制度、業務操作流程、風險管控、監測與處置等政策。再者，商業銀行應定期評估保理業務政策及程序之有效性，加強內部審計監督，確保業務穩健運行。應注意者，保理業務規模較大、複雜度較高之商業銀行，須設立專門保理業務部門或團隊，並配備專業之從業人員，負責產品研發、業務操作、日常管理及風險控制等工作。此外，商業銀行應直接開展保理業務，不得將應收帳款之催收、管理等業務外包給協力廠商機構。商業銀行應將保理業務納入統一授信管理，明確各類保理業務涉及之風險類別，對賣方融資風險、買方付款風險、保理機構風險分別進行專項管理。

商業銀行應建立全行統一之保理業務授權管理體系，由總行自上而下實施授權管理，不得辦理未經授權或超授權之保理業務。並應就保理業務建立完整之前中後台管理流程，前中後台應當職責明晰並相對獨立。最後，商業銀行應將保理業務之風險管理納入全面風險管理體系，動態關注賣方或買方經營、管理、財務

⁹⁵ 《商業銀行保理業務管理暫行辦法》第 21 條至第 32 條。

及資金流向等風險資訊，定期與賣方或買方對帳，有效管控保理業務風險。商業銀行亦應加強保理業務 IT 系統建設，對授信額度、交易數據及業務流程等方面進行實時監控，並作好數據存儲及備份工作。應注意者，買方發生信用風險，保理銀行履行墊付款義務後，應將墊款計入表內，列為不良貸款進行管理，商業銀行應依據《商業銀行資本管理辦法（試行）》要求，按保理業務之風險實質，計量風險加權資產，併計提資本。

（六）法律責任⁹⁶

商業銀行違反本辦法規定經營保理業務，由銀監會及其派出機構責令其限期改正。商業銀行有下列情形之一，銀監會及其派出機構可採取《銀行業監督管理法》第 37 條之監管措施，包括（1）未按要求制定保理業務管理辦法及操作規則即辦理保理業務；（二）違反本辦法第 13 條及 16 條規定辦理保理業務；（三）業務審查、融資管理、風險處置等流程未盡職。此外，商業銀行經營保理業務時存在下列情形之一，銀監會及其派出機構除按本辦法第 33 條採取監管措施外，亦可依據《銀行業監督管理法》第 46 條、第 48 條實施處罰，如（1）因保理業務經營管理不當發生信用風險重大損失、出現嚴重操作風險損失事件；（2）透過非公允關聯交易或變相降低標準違規辦理保理業務；（3）未真實準確對墊款等進行會計記錄或以虛假會計處理掩蓋保理業務風險實質；（4）嚴重違反本辦法規定的其他情形。

第三節 中國大陸金融審判實務對企業放款債權確保及回收之影響

一、金融資產管理公司利用外資處理不良債權

（一）關於審理涉及金融資產管理公司收購、管理、處置國有銀行不良貸款形成

⁹⁶ 《商業銀行保理業務管理暫行辦法》第 33 條及第 34 條。

案件適用法律之相關規定

1、最高人民法院關於審理涉及金融資產管理公司收購、管理、處置國有銀行不良貸款形成的資產案件適用法律若干問題之規定

最高人民法院於 2001 年 4 月 3 日通過發布《關於審理涉及金融資產管理公司收購、管理、處置國有銀行不良貸款形成的資產的案件適用法律若干問題的規定⁹⁷》，並自 2001 年 4 月 23 日起施行，其相關規定包括（1）金融資產管理公司辦事處領取中國人民銀行頒發之《金融機構營業許可證》，並向工商行政管理部門依法辦理登記，可作為訴訟主體參加訴訟；（2）金融資產管理公司受讓國有銀行債權後，人民法院對於債權轉讓前原債權銀行已提起訴訟尚未審結之案件，可根據原債權銀行或金融資產管理公司之申請將，訴訟主體變更為受讓債權之金融資產管理公司；（3）金融資產管理公司向債務人提起訴訟，應由被告人住所地人民法院管轄，而原債權銀行與債務人有協議管轄約定，如不違反法律規定，該約定仍繼續有效；（4）人民法院對金融資產管理公司申請支付令，應依法受理，如債務人提出異議，依據《民事訴訟法》第 17 章規定處理；（5）人民法院對金融資產管理公司申請財產保全，如金融資產管理公司與債務人之間債權債務關係明確時，依據《民事訴訟法》第 92 條第 2 款規定，可不要求金融資產管理公司提供擔保；（6）金融資產管理公司受讓國有銀行債權後，原債權銀行在全國或省級具有影響力之報紙發布債權轉讓公告或通知，人民法院可認定債權人履行《合同法》第 80 條第 1 款規定之通知義務。在案件審理中，債務人以原債權銀行轉讓債權未履行通知義務為由進行抗辯，人民法院可調查債權轉讓事實，並責令原債權銀行告知債務人債權轉讓之事實；（7）債務人逾期歸還貸款，原借款合同約定之利息計算方法未違反法律規定，該約定有效，而未約定或約定不明，按照中國人民銀行《人民幣利率管理規定》計算利息及複息；（8）人民法院對最高額抵押所擔保之不特定債權特定後，原債權銀行轉讓主債權，可認定轉讓債權之行為有效；（9）金融資產管理公司受讓有抵押擔保的債權後，可依法取得對債權之抵押權，原抵押權登記繼續有效；（10）債務人在債權轉讓協議、債權轉讓通知上簽

⁹⁷ 最高人民法院 2001 年法釋[2001]12 號

章或簽收債務催收通知，訴訟時效中斷，且原債權銀行在全國或省具有影響力之報紙發布債權轉讓公告或通知，如有催收債務內容，該公告或通知可作為訴訟時效中斷證據。

應注意者，為最大限度地保全國有資產，金融資產管理公司在全國或省級具有影響力之報紙，發布具有催收內容之債權轉讓公告或通知，所構成之訴訟時效中斷，可溯及至金融資產管理公司受讓原債權銀行債權之日；金融資產管理公司對已承接之債權，可在前述報紙以發布催收公告之方式，取得訴訟時效中斷之證據⁹⁸。在訴訟時效期間，符合《合同法》第 81 條及《擔保法》第 22 條規定，債權人將主債權轉讓給第三人，保證債權作為從權利一併轉移，保證人在原保證擔保之範圍內繼續承擔保證責任⁹⁹。按照《關於適用〈中華人民共和國擔保法〉若干問題的解釋》第 36 條第 1 款之規定，雖主債務人訴訟時效中斷，但連帶保證債務訴訟時效不因主債務時效之中斷而中斷。按前述解釋第 34 條第 2 款規定，連帶責任保證之債權人在保證期間內要求保證人承擔保證責任，自該要求日起開始計算連帶保證債務之訴訟時效。

2、江蘇省高級人民法院關於正確理解及執行《最高人民法院關於審理涉及金融資產管理公司收購、管理、處置國有銀行不良貸款形成的資產案件適用法律若干問題的規定》的通知¹⁰⁰

中國人民銀行、財政部組建華融、長城、信達及東方資產管理公司，為管理處置因收購國有銀行於 1995 年以前不良貸款之資產，國務院即於 2000 年 11 月發布《金融資產管理公司條例》¹⁰¹，最高人民法院亦於 2001 年 4 月制定《最高人民法院關於審理涉及金融資產管理公司收購、管理、處置國有銀行不良貸款形成的資產的案件適用法律若干問題的規定》¹⁰²。為發揮人民法院在防範及化解金融風險之司法保障作用，應注意之問題包括（1）金融資產管理公司辦事處，凡

⁹⁸ 最高人民法院 2002 年 2 月 22 日法函[2002]3 號。

⁹⁹ 最高人民法院[2003]民二他字第 39 號。

¹⁰⁰ 江蘇省高級人民法院 2001 年 8 月 16 日蘇高法[2001]265 號。

¹⁰¹ 2000 年 11 月 10 日中華人民共和國國務院令第 297 號。

¹⁰² 最高人民法院 2001 年 4 月 11 日法釋[2001]12 號。

領取中國人民銀行頒發之《金融機構營業許可證》，並經工商行政管理部門依法登記並領取營業執照，其性質屬於金融資產管理公司之分支機構，可作為訴訟主體起訴應訴；(2) 金融資產管理公司受讓債權前國有銀行作為原告提起訴訟但未終審，由於債權已轉讓給金融資產管理公司或其辦事處，銀行對原債權不再享有權利，訴訟主體亦應進行變更，由金融資產管理公司或其辦事處參加訴訟，繼承原來銀行在訴訟中之權利義務。但變更訴訟主體需當事人之申請，人民法院不宜依職權變更，且訴訟主體之變更可發生在一審終結後至二審庭審結束前；(3) 金融資產管理公司與原債權銀行之關係為債權轉讓關係，而非合同轉讓關係，金融資產管理公司受讓國有銀行債權而成為新債權人，其與原國有銀行之債務人間僅存在債權債務關係，其訴訟於債務糾紛，應按照被告住所地確定管轄，合同糾紛管轄原則不適用於金融資產管理公司與債務人之糾紛案件。

再者，(4) 金融資產管理公司受讓之銀行債權為不良貸款，與一般債權轉讓相比有其政策特殊性，且涉及之債權金額巨大，債務人眾多；(5) 前述規定對擔保法第 61 條有關「最高額抵押的主合同債權不得轉讓」作出限制性解釋，即在最高額抵押擔保之債務發生期屆滿前，債權不得轉讓，銀行轉讓主債權，其轉讓債權行為無效，而在最高額抵押擔保之債務發生期屆滿後，債權銀行轉讓主債權，可認定轉讓債權行為有效；(6) 擔保法第 50 條規定「債權轉移，抵押權隨之轉移。」但擔保法對抵押權隨債權轉讓後，是否需辦理登記尚無規定，就保障債權之立法宗旨出發，為避免重複登記造成成本增加及抵押權順序利益受損，前述規定第 9 條明示「屬法定登記抵押權，原抵押權登記繼續有效」；(7) 前述規定對金融資產管理公司受讓之債權數額龐大、債務人人數眾多且分散，以及債務人可能不配合之情況，特別規定原債權銀行以公告形式所發之債權轉讓通知，如其中具有對債務人催收債務之內容，該公告可作為訴訟時效中斷之證據，且人民法院對公告之證據效力予以認可，但對金融資產管理公司單獨發債務催收公告是否亦可發揮中斷訴訟時效之作用尚未作規定。

3、關於金融資產管理公司收購、處置銀行不良資產有關問題的補充通知¹⁰³

最高人民法院為維護金融資產安全，降低不良資產處置成本，又於 2005 年對審理金融資產管理公司在收購、處置不良資產發生的糾紛案件之相關問題發布補充通知，包括（1）國有商業銀行向金融資產管理公司轉讓不良貸款，或金融資產管理公司受讓不良貸款後，透過債權轉讓方式處置不良資產，可適用本院發布之本規定；（2）國有商業銀行向金融資產管理公司轉讓不良貸款，或金融資產管理公司收購、處置不良貸款，擔保債權同時轉讓，無須徵得擔保人同意，且擔保人仍應在原擔保範圍內對受讓人繼續承擔擔保責任，如擔保合同中對合同變更需經擔保人同意之約定，對債權人轉讓債權並無約束力。又當金融資產管理公司轉讓、處置已涉及訴訟、執行或破產等程序之不良債權時，人民法院應根據債權轉讓協定及轉讓人或受讓人之申請，裁定變更訴訟或執行主體。

（二）國家外匯管理局關於金融資產管理公司利用外資處置不良資產有關外匯管理問題的通知¹⁰⁴

外匯管理局於 2014 年 12 月 17 日發布該通知（下稱本通知），以規範金融資產管理公司利用外資處置不良資產之外匯管理，其重點包括（1）金融資產管理公司對外出售或轉讓不良資產，交易方案經主管部門核准後，應在核准之日起十五個工作日內，就外匯收支及匯兌問題報外匯管理局核准，並提交資產出售或轉讓中有關外匯收支及匯兌問題之申請報告、主管部門對對外出售或轉讓不良資產交易方案之核准或登記文件、資產出售或轉讓合同之相關條款、如資產管理公司提供資產管理及服務，需提供相關之資產管理與服務協定等資料；（2）購買或受讓金融資產管理公司不良資產之外國投資者或其代理人，應在交易完成後十五個工作日內前往資產所在地外匯分局或外匯管理局指定分局，完成辦理不良資產出售或轉讓備案登記手續，並提交外匯管理局對出售或轉讓有關資產項目之核准文件、已填寫之對外處置不良資產備案登記表、被出售或轉讓資產之清單、代理協定及其營業執照與業務許可證等資料；（3）外國投資者或其境內代理人可匯出不

¹⁰³ 最高人民法院補充通知 2005 年 5 月 30 日法[2005]62 號。

¹⁰⁴ 國家外匯管理局 2004 年 12 月 17 日匯發[2004]119 號。

良資產再出售、再轉讓之收益或經營收益。前述匯出收益應前往資產所在地之外匯分局或外匯管理局指定分局辦理核准手續，並提供已填寫之對外處置不良資產外方收益匯出申請表、對外處置不良資產備案登記表、處置專案清單及收益證明文件等資料。

再者，(4) 辦理出售或轉讓之資產備案時，如有下列情形之一，接受股權投資企業應遵守相關法律規定，並按外匯管理規定辦理股權驗資詢證手續，如備案資產中含有股權、備案之債權轉為債務人企業股權、備案之實物資產在境內作價出資、外國投資者將境內處置不良資產之收益用於境內再投資；(5) 金融資產管理公司以其擁有之不良資產作價出資組建外商投資企業，應遵守外商投資企業外匯管理之規定，前往外商投資企業註冊地外匯分局辦理相關手續；(6) 利用外資處置之不良資產中含有協力廠商擔保，金融資產管理公司應通知原債權債務合同之擔保人。外國投資者或其代理人在辦理不良資產轉讓備案登記時，應在資產備案登記中註明擔保之具體情況。金融資產管理公司利用外資處置資產後，除原有擔保外，債務人或第三人不得為所出售或轉讓之債權提供其他擔保；(7) 如因回購、出售（讓）、清收、轉股或其他原因導致外國投資者對備案資產之所有權滅失時，外國投資者或其代理人應在所有權滅失後十五個工作日內前往備案地外匯分局辦理債權、實物資產或股權備案之註銷手續；(8) 金融資產管理公司如向香港、澳門、台灣地區之機構或個人出售、轉讓不良資產，以及向具有外國國籍之自然人轉讓，參照本通知執行。

(三) 最高人民法院關於審理金融資產管理公司利用外資處置不良債權案件涉及對外擔保合同效力問題的通知¹⁰⁵

為正確審理金融資產管理公司利用外資處置不良債權之案件，以充分保護各方當事人之權益，最高人民法院於 2010 年 7 月發布《關於審理金融資產管理公司利用外資處置不良債權案件涉及對外擔保合同效力問題的通知》，其審理重點包括 (1) 2005 年 1 月 1 日後金融資產管理公司利用外資處置不良債權，向外國

¹⁰⁵ 最高人民法院 2010 年 7 月 1 日法發[2010]25 號。

投資者出售或轉讓不良資產，外國投資者受讓債權後向人民法院提起訴訟，要求債務人及擔保人直接向其承擔責任之案件，由於債權人變更為外國投資者，使得不良資產原國內性質之擔保具有對外擔保性質，該類擔保有其自身之特性，國家相關主管部門對該類擔保之審查應採取較為寬鬆政策。如當事人提供證據證明按照《國家外匯管理局關於金融資產管理公司利用外資處置不良資產有關外匯管理問題的通知》第6條規定，金融資產管理公司通知原債權債務合同之擔保人，外國投資者或其代理人在辦理不良資產轉讓備案登記時，提交之文件中註明擔保之具體情況，並經外匯管理局分局、管理部審核後辦理不良資產備案登記，人民法院不應以轉讓未經擔保人同意或未經國家相關主管部門核准或登記為由認定擔保合同無效；(2) 外國投資者或其代理人辦理不良資產轉讓備案登記時，向外匯管理局分局、管理部提交之文件中應逐筆列明擔保情況，未列明者，視為擔保未予登記。當事人在一審法庭辯論終結前向外匯管理局分局、管理部補交註明擔保具體情況之不良資產備案文件，人民法院不應以未經國家相關主管部門核准或登記為由認定擔保合同無效。

二、最高人民法院就獨立保函司法解釋公開徵求社會各界意見

最高人民法院為規範獨立保函糾紛案件之審理，並統一司法裁判之尺度，依據《民法通則》、《合同法》、《擔保法》、《中華人民共和國涉外民事關係法律適用法》及《民事訴訟法》等法律，於2013年11月發布《關於審理獨立保函糾紛案件若干問題的規定（徵求意見稿）》，其重點包括（1）獨立保函之定義：本規定所稱之獨立保函是指由擔保人依照保函申請人的指示開立，憑與保函條款相符之付款請求書或其他單據，在保函載明最高金額內向受益人付款之書面承諾。所稱其他單據是指保函載明受益人請求付款時，須提交之匯票、發票、不履行債務證明或陳述、法院判決或仲裁裁決等文件；（2）獨立保函及從屬性保證之區分：保函載明見索即付、適用國際商會《見索即付保函統一規則》，或擔保人付款義務不受基礎法律關係及其他法律關係影響，人民法院應認定該保函為獨立保函，但

保函未載明據以付款之單據條件，或未載明最高付款金額除外。然反對意見認為獨立保函不適用於國內交易，且獨立保函及其所對應之基礎法律關係均不具有涉外因素，當事人主張保函獨立性之約定有效，人民法院不予支持；(3) 擔保人之資格：人民法院應根據擔保人經常居所地法律，認定擔保人是否具備開立獨立保函之行為能力。如對不具備擔保經營業務資質之本國企業、組織及個人開立之獨立保函，當事人主張保函獨立性之約定有效，人民法院不予支持。

再者，(4) 獨立性約定無效之處理：獨立保函的獨立性約定無效，當事人主張保函為從屬性保證，人民法院應予支持；(5) 涉外獨立保函之準據法：擔保人及受益人間之涉外獨立保函爭議適用保函約定法律。當事人主張涉外獨立保函爭議應適用基礎法律關係所適用之準據法，人民法院不予支持。如擔保人及受益人在一審法庭辯論終結前，一致選擇或變更保函爭議應適用之法律，人民法院應予准許。保函未約定法律適用，擔保人及受益人在一審法庭辯論終結前，亦未就法律適用達成一致，人民法院應適用擔保人經常居所地法律；(6) 對外擔保：獨立保函構成對外擔保時，人民法院應依據《中華人民共和國涉外民事關係法律適用法》第4條規定，直接適用我國法律關於對外擔保之強制性規定。我國境內銀行開立之獨立保函構成對外擔保，當事人以該保函未經外匯主管部門審核或登記為由主張保函無效，人民法院不予支持；(7) 交易示範規則之併入：獨立保函約定適用《見索即付保函統一規則》及《國際備用信用證慣例》等交易示範規則，或擔保人及受益人在一審法庭辯論終結前，一致選擇適用相關交易示範規則，人民法院應認定相關交易示範規則構成保函條款之組成部分。未經保函約定或當事人一致選擇，一方當事人主張保函適用交易示範規則，人民法院不予支持；(8) 獨立性原則：受益人提交單據與獨立保函條款之間、單據與單據之間表面相符，受益人請求擔保人依據獨立保函承擔付款責任，人民法院應予支持。

承前述，(9) 表面相符之判斷標準：當事人如就是否構成表面相符發生爭議時，人民法院應根據保函約定之審單標準進行審查；保函未約定，人民法院可參照適用國際商會確定之相關審單標準。受益人提交單據與獨立保函條款之間、單據與單據之間表面上不等同一致，但並不導致相互之間產生歧義，人民法院應認

定構成表面相符；(10) 擔保人逾期拒付之責任：擔保人自收到受益人付款請求次日起超過七個營業日未發出拒付通知，或在前述期限內發出拒付通知但未列明不符點，其以受益人付款請求存在不符點為由主張拒付，人民法院不予支持。獨立保函對審單期限另有約定，從其約定；(11) 擔保人對不符點之獨立判斷：擔保人以受益人付款請求存在不符點為由拒絕付款，受益人以保函申請人已接受不符點為由主張擔保人應承擔付款責任，人民法院不予支持；(12) 追償權及抗辯事由：擔保人依據獨立保函付款後向保函申請人追償，人民法院應予支持，但受益人付款請求存在不符點除外。擔保人可提供證據證明保函申請人已書面明示接受不符點，對擔保人追償請求人民法院應予支持；(13) 付款請求權之消滅：獨立保函具有下列情形之一，受益人主張其享有付款請求權人民法院不予支持，如保函之有效期屆滿、擔保人已支付保函項下支應付款項、保函金額為零、擔保人收到受益人出具解除保函責任之文件。

再次，(14) 保函有效期之推定：根據獨立保函條款及應當適用之法律均無法確定保函有效期，保函有效期自開立之日起滿三年屆滿。獨立反擔保函之有效期限自獨立保函有效期限屆滿之日起滿三十日屆滿。保函脫離擔保人之控制，即為開立。應注意者，反對意見認為應刪除本條，即允許當事人約定無限期之獨立保函，對保函有效期不作規定；(15) 受益人付款請求權之轉讓：當事人主張獨立保函項下受益人之付款請求權隨主債權轉移而轉移，人民法院不予支持。保函未約定受益人可轉讓付款請求權，如當事人主張受益人轉讓付款請求權行為有效人民法院不予支持；(16) 受益人付款請求權之法定繼受：受益人發生死亡、解散、清算、破產等情形，人民法院應依受益人經常居所地法律確定有權行使付款請求權之主體；(17) 保證金不得扣劃：對保函申請人為開立獨立保函所交納保證金，人民法院在審理或執行案件時，依法可採取凍結措施但不得扣劃；(18) 獨立保函之欺詐情形：受益人付款請求具有下列情形之一，人民法院可認定構成欺詐，如受益人與保函申請人或協力廠商惡意串通無真實基礎交易、受益人提交之單據記載內容虛假或偽造、受益人之付款請求無可信依據。擔保人知道或應知道受益人欺詐，仍在獨立保函項下惡意付款，並請求反擔保人付款；或未收到受

益人付款請求，即請求反擔保人付款，人民法院可認定擔保人之付款請求構成欺詐；(19) 受益人明顯濫用索賠權構成欺詐的情形列舉：如根據受益人之付款請求及單據之記載內容擔保人無付款義務、對基礎法律關係爭議具有管轄權之法院或仲裁機構終局裁決認定債務人無付款或賠償責任、債務人已完全履行獨立保函保障之債務、獨立保函所保障之債務不履行事件或風險未發生、受益人明顯濫用付款請求權的其他情形；(20) 止付令之申請條件：保函申請人、債務人、擔保人或反擔保人在訴前或訴訟中申請中止支付獨立保函款項，應向對保函欺詐糾紛案件具有管轄權之人民法院遞交書面申請。當事人提交之止付申請如不符合規定條件，人民法院不予受理。

最後，(21) 止付申請之擔保：止付申請人提出申請時應當提供擔保。止付申請人未提供充分有效的擔保，人民法院應裁定駁回申請。但有意見認為應增加一款，即人民法院確定擔保範圍時，應考慮獨立保函被中止支付可能給相關當事人造成之損失；(22) 裁定期限：人民法院受理止付申請後應在四十八小時內作出書面裁定。人民法院在前述期限內，必要時可詢問單方或各方當事人；(23) 裁定列明之當事人：人民法院對止付申請作出之裁定，應列明申請人、被申請人及第三人。擔保人及反擔保人可作為第三人申請參加訴訟，人民法院亦可通知其作為第三人參加訴訟；(24) 裁定止付之條件：人民法院受理止付申請後，認為同時符合下列條件，可裁定擔保人或反擔保人中止支付被請求之款項，如根據止付申請人提交之證據具有本規定第 18 條規定情形較高可能性、如不採取止付措施將會使止付申請人之合法權益受難以彌補損害。人民法院作出之止付裁定應包含初步查明事實及止付理由。對人民法院在訴前作出之止付裁定，止付申請人在裁定作出後三十日內未依法提起獨立保函欺詐糾紛訴訟，人民法院應解除止付裁定；(25) 裁定之覆議：當事人對人民法院就止付申請作出之裁定有異議，可在裁定書送達之日起十日內申請覆議。當事人住所地在境外，可在裁定書送達之日起三十日內申請覆議。覆議期間不停止原裁定執行。當事人對裁定申請再審，人民法院不予受理。不同意見則認為應向上一級人民法院覆議：當事人對人民法院就止付申請作出之裁定有異議，可在裁定書送達之日起十日內向上一級人民法院

申請覆議。當事人住所地在境外，可在裁定書送達之日起三十日內向上一級人民法院申請覆議。覆議期間不停止原裁定執行。

此外，(26) 裁定之效力：人民法院作出止付裁定之效力，維持到獨立保函欺詐糾紛終審判決生效時止。人民法院亦可根據具體案情，確定裁定之效力期限（但有反對意見認為應刪除本款規定）；(27) 基礎法律關係爭議之有限審查：人民法院在審理獨立保函欺詐糾紛案件或處理止付申請過程中，可就本規定第 18 條規定之情形，對基礎法律關係爭議進行必要之有限審查。當事人以基礎法律關係爭議受其他法院管轄或仲裁解決為由，主張人民法院不應審查基礎法律關係爭議者，人民法院不予支持；(28) 欺詐情形之排除：止付申請人或原告僅以受益人違約或基礎法律關係爭議已提起訴訟或仲裁為由請求止付者，人民法院不予支持。對方當事人提交對基礎法律關係爭議具有管轄權的法院判決或仲裁裁決，證明受益人付款請求有可信依據，人民法院應及時駁回止付申請或請求；(29) 終局判決：人民法院透過對獨立保函欺詐糾紛之審理，認定存在本規定第 18 條規定之情形，應判決擔保人或反擔保人終止支付保函項下被請求之款項（但有對意見認為建議刪除本條）；(30) 獨立保函糾紛之管轄：因獨立保函開立、通知、修改、轉讓、付款、追償等發生之糾紛由中級以上人民法院管轄。當事人書面協議選擇爭議提交仲裁或境外法院管轄除外。獨立保函欺詐糾紛由被請求止付之擔保人或反擔保人住所地中級以上人民法院管轄。當事人以獨立保函或基礎法律關係約定爭議解決條款為由提出管轄權異議，人民法院不予支持。

三、關於審理涉及金融不良債權轉讓案件工作座談會紀要

為防止國有資產流失，並保障金融不良債權處置工作之順利進行，最高人民法院於 2009 年 9 月 30 日作成《關於審理涉及金融不良債權轉讓案件工作座談會紀要》¹⁰⁶，就關於審理涉及金融不良債權轉讓案件之主要問題取得共識，座談紀

¹⁰⁶ 最高人民法院 2009 年 3 月 30 日法發[2009]19 號。

要重點如下。

（一）關於審理此類案件應遵循之原則

會議認為此類案件事關金融不良資產處置工作順利進行、國有資產保護、職工利益保障及社會穩定。人民法院在審理中應注意之原則，包括（1）堅持保障國家經濟安全原則：民商事審判工作是國家維護經濟秩序、防範及化解市場風險、維護國家經濟安全之重要手段。全國法院須服從及服務於國家對整個國民經濟穩定與國有資產安全之監控，從中央政策精神之目的出發，以民商事法律、法規之基本精神為依託，本著規範金融市場、防範金融風險、維護金融穩定、保障經濟安全之宗旨，依法公正妥善地審理此類糾紛案件；（2）堅持維護企業及社會穩定原則：金融不良資產之處置，涉及企業重大經濟利益。全國法院要進一步強化政治意識、大局意識、責任意識及保障意識，從維護國家改革、發展及穩定之大局出發；（3）堅持依法公正及妥善合理原則：人民法院審理此類案件，要將法律條文規則之適用與中央政策精神之實現相結合，堅持民商法之意思自治、平等保護等理念與國家經濟政策、金融市場監管及社會影響等因素相結合；（4）堅持調解優先、調判結合原則：為避免矛盾激化，維護社會穩定，平衡各方利益，人民法院在訴訟中應向當事人充分說明國家政策精神，澄清當事人對法律及政策之模糊認識。堅持調解優先，引導各方當事人本著互諒互讓之精神進行協商，盡最大可能採用調解之方式解決糾紛。如當事人不能達成和解，人民法院應根據相關法律規定及本紀要進行妥善公正之審理。

（二）關於案件的之受理

會議認為為確保此類案件得到公正妥善之處理，符合民事訴訟法規定之受理條件及本紀要有關規定精神涉及之此類案件，人民法院應予受理。不良債權已剝離給金融資產管理公司又被轉讓給受讓人後，國有企業債務人知道或應知道不良債權已轉讓而仍向原國有銀行清償，不得對抗受讓人對其提起之追索之訴，國有企業債務人在對受讓人清償後，向原國有銀行提起返還不當得利之訴，人民法院應予受理；國有企業債務人不知道不良債權已轉讓而向原國有銀行清償，可對抗

受讓人對其提起之追索之訴，受讓人向國有銀行提起返還不當得利之訴，人民法院應予受理。受讓人在對國有企業債務人之追索訴訟中，主張追加原國有銀行為第三人，人民法院不予支持；在本紀要發布前已終審或根據本紀要作出終審，當事人根據本紀要認為生效裁判存在錯誤而申請再審，人民法院不予支持。又案件如存在下列情形之一，人民法院不予受理，包括（1）金融資產管理公司與國有銀行就政策性金融資產轉讓協議發生糾紛向人民法院起訴；（2）債權人向國家政策性關閉破產之國有企業債務人主張清償債務；（3）債權人向已列入經國務院核准之全國企業政策性關閉破產總體規劃，並擬實施關閉破產之國有企業債務人主張清償債務；（4）本紀要發布前受讓人與國有企業債務人間之債權債務關係已履行完畢，優先購買權人或國有企業債務人提起不良債權轉讓合同無效訴訟；（5）受讓人自金融資產管理公司受讓不良債權後，以不良債權存在瑕疵為由起訴原國有銀行；（6）國有銀行或金融資產管理公司轉讓享受天然林資源保護工程政策之國有森工企業不良債權而引發受讓人向森工企業主張債權；（7）在不良債權轉讓合同無效之訴中，國有企業債務人不能提供相應擔保或優先購買權人放棄優先購買權。

（三）關於債權轉讓生效條件之法律適用及自行約定之效力

會議認為不良債權成立在合同法施行前，轉讓於合同法施行後，該債權轉讓對債務人生效之條件應適用《合同法》第 80 條第 1 款規定。金融資產管理公司受讓不良債權後，自行與債務人約定或重新約定訴訟管轄，如不違反法律規定人民法院應認定該約定有效。金融資產管理公司在不良債權轉讓合同中，訂有禁止轉售、禁止向國有銀行、各級人民政府、國家機構等追償、禁止轉讓給特定第三人等要求受讓人放棄部分權利條款，人民法院應認定該條款有效。國有銀行向金融資產管理公司轉讓不良債權，或金融資產管理公司收購、處置不良債權，擔保債權同時轉讓，無須徵得擔保人之同意，擔保人仍應在原擔保範圍內對受讓人繼續承擔擔保責任。擔保合同中關於合同變更需經擔保人同意或禁止轉讓主債權之約定，對主債權及擔保權利轉讓無約束力。

（四）關於地方政府之優先購買權

會議認為為防止在透過債權轉讓方式處置不良債權過程中發生國有資產流失，相關地方政府或代表本地政府履行出資人職責之機構、部門或持有國有企業債務人國有資本之集團公司，可對不良債權行使優先購買權。金融資產管理公司向非國有金融機構法人轉讓不良債權之處置方案、交易條件及處置程序、方式確定後，單筆（單戶）轉讓不良債權，金融資產管理公司應通知國有企業債務人註冊登記地之優先購買權人。以整體「資產包」之形式轉讓不良債權，如資產包中主要債務人註冊登記地屬同一轄區，應通知該轄區之優先購買權人；又如資產包中主要債務人註冊登記地屬不同轄區，應通知主要債務人共同之上級行政區域之優先購買權人。按照確定之處置方案、交易條件及處置程序、方式，前述優先購買權人在同等條件下享有優先購買權。優先購買權人收到通知後明確表示不予購買或在收到通知之日起三十日內，未就是否行使優先購買權做出書面答覆，或未在公告確定之拍賣、招標日前作出書面答覆，又或未按拍賣公告、招標公告之規定時間及條件參加競拍、競標，視為放棄優先購買權。金融資產管理公司在本紀要發布之前已完成不良債權轉讓，前述優先購買權人主張行使優先購買權，人民法院不予支持，而債務人主張優先購買不良債權，人民法院亦不予支持。

（五）關於國有企業之訴權及相關訴訟程序

會議認為為避免當事人濫用訴權，在受讓人向國有企業債務人主張債權之訴訟中，國有企業債務人以不良債權轉讓行為損害國有資產等為由，提出不良債權轉讓合同無效抗辯，人民法院應告知其向同一人民法院另行提起不良債權轉讓合同無效之訴訟；國有企業債務人不另行起訴，人民法院對其抗辯不予支持。國有企業債務人另行提起不良債權轉讓合同無效訴訟，人民法院應中止審理受讓人向國有企業債務人主張債權之訴訟，在不良債權轉讓合同無效訴訟被受理後，兩案合併審理。國有企業債務人在二審期間另行提起不良債權轉讓合同無效訴訟，人民法院應中止審理受讓人向國有企業債務人主張債權之訴訟，在不良債權轉讓合同無效訴訟被受理且作出一審裁判後再行審理。國有企業債務人提出之不良債權

轉讓合同無效訴訟被受理後，對於受讓人的債權系直接從金融資產管理公司處受讓，人民法院應將金融資產管理公司及受讓人列為案件當事人；如受讓人之債權係由金融資產管理公司轉讓給其他受讓人後，因該受讓人再次轉讓或多次轉讓而取得者，人民法院應將金融資產管理公司及該轉讓人，以及後手受讓人列為案件之當事人。

（六）關於不良債權轉讓合同無效及可撤銷事由之認定

會議認為審理不良債權轉讓合同效力之訴訟，人民法院應依據《合同法》及《金融資產管理公司條例》等規定並參照國家相關政策，重點審查不良債權之可轉讓性、受讓人之適格性及轉讓程序之公正性與合法性。金融資產管理公司轉讓不良債權存在下列情形，人民法院應認定轉讓合同損害國家利益或社會公共利益或違反法律、行政法規強制性規定而無效，包括（1）債務人或擔保人為國家機關；（2）被國家機關依法認定為涉及國防、軍工等國家安全及敏感資訊，以及其他依法禁止轉讓或限制轉讓情形；（3）與受讓人惡意串通轉讓不良債權；（4）轉讓不良債權公告違反《金融資產管理公司資產處置公告管理辦法（修訂）》之規定，對依照公平、競爭及擇優原則處置不良資產造成實質性影響；（5）實際轉讓之資產包與轉讓前公告之資產包內容嚴重不符，且不符合《金融資產管理公司資產處置公告管理辦法（修訂）》之規定；（6）依規定應經合法、獨立之評估機構評估，但未經評估者，或金融資產管理公司與評估機構、評估機構及債務人、金融資產管理公司及債務人之間惡意串通，低估或漏估不良債權。

再者，（7）根據有關規定應採取公開招標、拍賣等方式處置，但未公開招標或拍賣；或公開招標之投標人少於三家；或以拍賣方式轉讓不良債權時，未公開選擇有資質之拍賣仲介機構；或者未依據《中華人民共和國拍賣法》之規定進行拍賣；（8）根據有關規定應向行政主管部門辦理相關報備或備案、登記手續而未辦理，且在一審法庭辯論終結前仍未能辦理；（9）受讓人為國家公務員、金融監管機構工作人員、政法幹警、金融資產管理公司工作人員、國有企業債務人管理人員、參與資產處置工作之律師、會計師、評估師等仲介機構等關係人，或前述

關係人參與之非金融機構法人；(10) 受讓人與參與不良債權轉讓之金融資產管理公司工作人員、國有企業債務人或受託資產評估機構負責人員等具有直系親屬關係；(11) 存在其他損害國家利益或社會公共利益之轉讓情形。倘若在金融資產管理公司轉讓不良債權後，國有企業債務人有證據證明不良債權根本不存在或已全部或部分歸還而主張撤銷不良債權轉讓合同，人民法院應撤銷或部分撤銷不良債權轉讓合同；不良債權轉讓合同被撤銷或者部分撤銷後，受讓人可請求金融資產管理公司承擔相應之締約過失責任。

(七) 關於不良債權轉讓無效合同之處理

會議認為人民法院認定金融不良債權轉讓合同無效後，對於受讓人直接從金融資產管理公司受讓不良債權，人民法院應判決金融資產管理公司與受讓人之間債權轉讓合同無效；受讓人透過再次轉讓而取得債權，人民法院應判決金融資產管理公司與轉讓人、轉讓人與後手受讓人之間之系列債權轉讓合同無效。債權轉讓合同被認定無效後，人民法院應按照合同法之相關規定處理；受讓人要求轉讓人賠償損失，賠償損失數額應以受讓人實際支付價金之利息損失為限。相關不良債權之訴訟時效，自金融不良債權轉讓合同被認定無效之日起重新計算。金融資產管理公司以整體「資產包」形式轉讓不良債權中，出現單筆或者數筆債權無效情形、或單筆或數筆不良債權之債務人為非國有企業，受讓人請求認定合同全部無效，人民法院應判令金融資產管理公司與轉讓人之間之資產包債權轉讓合同無效；受讓人請求認定已履行或已清結部分有效，人民法院應認定尚未履行或尚未清結部分無效，並判令受讓人將尚未履行部分或尚未清結部分返還給金融資產管理公司，金融資產管理公司不再向受讓人返還相應價金。

(八) 關於舉證責任分配及相關證據之審查

會議認為人民法院在審查不良債權轉讓合同效力時，要加強對不良債權轉讓合同、轉讓標的、轉讓程序及相關證據之審查，尤其是對受讓人權利範圍、受讓人身份合法性及證據真實性之審查。不良債權轉讓合同中經常存在諸多限制受讓人權利範圍之條款，人民法院應要求受讓人向法庭揭露不良債權轉讓合同，以證

明其權利合法性及權利範圍。受讓人不予提供，人民法院應責令其提供；受讓人拒不提供，應承擔舉證不能之法律後果。人民法院在對受讓人身份之合法性及是否存在惡意串通等方面存在合理懷疑時，應根據最高人民法院《關於民事訴訟證據的若干規定》及時合理地分配舉證責任；但人民法院不得僅以不良債權出讓價格與資產帳面額之間差額幅度作為引起懷疑之證據，而應綜合判斷。對當事人偽造或變造借款合同、擔保合同、借款借據、修改締約時間及債務人還貸時間，以及產生訴訟時效中斷證據等情形，人民法院應嚴格依據相關規定予以制裁。

（九）關於受讓人收取利息之問題

會議認為受讓人向國有企業債務人主張利息之計算基數，應以原借款合同本金為準；受讓人向國有企業債務人主張不良債權受讓日之後發生之利息，人民法院不予支持。但不良債權轉讓合同被認定無效，出讓人在向受讓人返還受讓款本金之同時，應按照中國人民銀行規定之同期定期存款利率支付利息。

（十）關於訴訟或執行主體之變更

會議認為如金融資產管理公司轉讓已涉及訴訟、執行或破產等程序之不良債權，人民法院應根據債權轉讓合同及受讓人或轉讓人之申請，裁定變更訴訟主體或執行主體。在不良債權轉讓合同被認定無效後，金融資產管理公司請求變更受讓人為金融資產管理公司以透過訴訟繼續追索國有企業債務人，人民法院應予支持。人民法院裁判金融不良債權轉讓合同無效後當事人履行相互返還義務時，應從不良債權最終受讓人開始逐一與前手相互返還，直至完成第一受讓人與金融資產管理公司之相互返還。後手受讓人直接對金融資產管理公司主張不良債權轉讓合同無效並請求賠償，人民法院不予支持。

（十一）關於既有規定之適用

會議認為國有銀行向金融資產管理公司轉讓不良債權，或金融資產管理公司受讓不良債權後，透過債權轉讓方式處置不良資產，可適用最高人民法院《關於審理金融資產管理公司收購、管理、處置國有銀行不良貸款形成的資產的案件

適用法律若干問題的規定》、《關於貫徹執行最高人民法院「十二條」司法解釋有關問題的函的答覆》、《關於金融資產管理公司收購、管理、處置銀行不良資產有關問題的補充通知》及《關於國有金融資產管理公司處置國有商業銀行不良資產案件交納訴訟費用的通知》。如受讓人受讓不良債權後再行轉讓，不適用前述規定，但受讓人為相關地方政府或代表本地政府履行出資人職責之機構、部門或持有國有企業債務人國有資本之集團公司除外。而國有銀行或金融資產管理公司如根據《關於貫徹執行最高人民法院「十二條」司法解釋有關問題的函的答覆》之規定，在全國或省級具有影響力之報紙，發布具有催收內容之債權轉讓通知或公告，該公告或通知之日應為訴訟時效之實際中斷日，新訴訟時效應自此起算。前述公告或通知對保證合同訴訟時效發生同等效力。

四、關於人民法院為防範化解金融風險和推進金融改革發展提供司法保障的指導意見

隨經濟發展方式轉變及結構調整，我國經濟社會發展對金融改革發展提出更高要求，國際金融危機使得全球經濟金融格局發生變化，我國經濟金融開放程度不斷提高，當然金融風險隱憂亦在積聚。為規範金融秩序、防範金融風險，推動金融改革創新以維護金融安全，已是未來金融改革發展之主要任務，亦是人民法院為協助國家全面推動金融改革發展，以及保障實體經濟平穩健康發展，提供有利司法保障之重要方面。對此，最高人民法院於 2012 年印發《關於人民法院為防範化解金融風險和推進金融改革發展提供司法保障的指導意見》的通知¹⁰⁷，其內容分述如下。

（一）制裁金融違法犯罪，積極防範化解金融風險

金融風險突發性較強，且波及面廣、危害性甚大，積極防範化解金融風險為金融工作之生命線。各級人民法院須充分認識當前國際金融局勢之複雜性，以及

¹⁰⁷ 最高人民法院 2012 年 2 月 10 日法發[2012]3 號。

國內金融領域之問題及潛在風險，經審判工作嚴厲打擊金融犯罪活動，制裁金融違法行為，主要作法包括（1）依法懲治金融犯罪活動：依法審理銀行貸款、票據、信用證、信用卡、有價證券及保險合同等之金融詐騙案件，並加強對操縱市場、欺詐上市、內幕交易及虛假揭露等行為之刑事打擊力度，切實維護金融市場秩序；（2）依法制裁金融違法行為：關切金融違法行為之高利貸、非法集資、非法借貸拆借、非法外匯買賣、非法典當及非法發行證券等，並及時與政府及有關部門溝通協調，積極配合處理突發事件之預案；（3）支援清理整頓交易場所：應依據國務院《關於清理整頓各類交易場所切實防範金融風險的決定》¹⁰⁸精神，高度重視各類交易場所違法交易活動中蘊藏之金融風險；（4）切實防範系統金融風險：應妥善審理因民間借貸、企業資金鏈斷裂、中小企業倒閉、證券市場操縱及虛假揭露等引發之糾紛案件，並及時向公安、檢察、金融監管、工商等部門通報情況，同時加強對融資性擔保公司、典當行、小額貸款公司、理財諮詢公司等市場主體融資交易之調研。

（二）依法規範金融秩序，推動金融市場協調發展

由於金融市場穩定運行及健康發展，與金融秩序及社會政治之穩定，息息相關，人民法院應確實完善各類金融案件之審判工作，以促進多層次金融市場體系之建設，其主要作法包括（1）保障信貸市場規範健康發展：依據《最高人民法院關於依法妥善審理民間借貸糾紛案件，促進經濟發展維護社會穩定的通知》之精神，妥善審理民間借貸等金融案件，保障民間借貸對正規金融體系之積極補充作用，同時遏制民間融資之高利貸化及投機化傾向，以提高資金使用效率；（2）保障證券期貨市場穩定發展：應以保護證券期貨市場投資人合法權益、維護市場公開交易秩序為出發點，妥善審理因證券機構、上市公司之內線交易、操縱市場及欺詐上市等，以及企業債券發行、證券代銷及包銷協議、證券回購契約等糾紛案件；（3）依法保障保險市場健康發展：應妥善審理因銷售誤導及理賠等引發之保險糾紛案件，並尊重保險精算基礎及保護特定被保險人利益；（4）促進金融仲介機構規範發展：如發現仲介機構存在不實揭露或不合理估價等情形，應及時向

¹⁰⁸ 國務院 2011 年 11 月 18 日國發[2011]38 號。

金融監管部門通報，提高仲介機構資訊揭露之透明度，同時加大會計機構對複雜金融產品資訊之揭露，以強化仲介機構對金融產品之合理估價；(5) 完善金融企業市場退出機制：應妥善審理金融企業重整及破產案件，規範金融企業與投資人之行為，建立合理之金融企業市場退出機制，同時保障上市公司破產重整過程規範有序。

(三) 依法保障金融債權，努力維護國家金融安全

保障金融債權實現程度為衡量金融安全水準之重要因素，如何支援金融監管機構有效行使管理職能，肩負保護金融債權、維護國家金融安全之職責。其主要作法包括(1) 妥善審理金融不良債權案件：持續按《關於審理涉及金融資產管理公司收購、管理、處置國有銀行不良貸款形成的案件適用法律若干問題的規定》及《關於審理涉及金融不良債權轉讓案件工作座談會紀要》等司法解釋之規定及其精神審理糾紛案件，保障國家金融債權順利回收；(2) 依法制裁逃廢金融債務行為：除依法制止企圖透過訴訟逃債等規避法律之行為外，並嚴格追究當事人及相關責任人之法律責任，維護信貸秩序及金融安全；(3) 繼續加大金融案件執行力度：妥善運用以資產使用權抵債、資產抵債返租、企業整體承包經營、債權轉股權及託管等執行方式，解決執行難之金融糾紛案件。

(四) 依法保障金融改革，積極推進金融自主創新

隨金融改革日益深化及金融創新不斷發展，金融創新業務所引發之糾紛案件明顯增多，呈現案件類型多樣化、法律關係複雜化、利益主體多元化等特點，為依法保護各類金融主體之合法權益，其主要作法包括(1) 妥善審理金融創新涉訴案件，推動金融產品創新：人民法院在審查金融創新產品之合法性時，如對法律、行政法規為規定或規定不明確，應遵循商事交易之特點、理念及慣例，並聽取金融監管機構之意見，且上級人民法院應及時總結審判經驗，加強對下級人民法院之審判指導；(2) 妥善審理金融智慧財產權案件，保障金融自主創新：由於智慧財產權已成為提升銀行競爭力之重要手段，應加強對金融業務電子化及網路化金融技術智慧財產權之司法保護，並注意金融法律及智慧財產權法律適用之銜

接與協調；(3) 依法妥善運用各種司法措施，保護金融資訊安全：從防範系統性金融風險及保障國家金融安全之高度切入，應依法保護金融資訊安全之重要性及緊迫性，保障國家金融網路安全及金融資訊安全。

(五) 深化能動司法理念，全面提升金融審判水準

化解金融糾紛的創新性及前沿性，要求人民法院須大力開展調查研究，發揮司法建議功能，延伸能動司法效果，構建專業審判機制，拓展金融解紛資源，不斷提高金融審判水準。其主要作法包括(1) 發揮司法建議功能，延伸能動司法效果：關注金融糾紛之市場及法律風險，加強各種資訊之收集及研析，充分發揮司法建議之預警作用，並擬定符合金融領域之審查標準及方式，進而為金融監管部門及金融機構在防範風險提出司法建議；(2) 加強監督指導工作，回應金融案件審判需求：關切注意因金融改革創新而衍生各種新情況及新問題，發揮指導性案例及其他典型案件之規範作用，引導金融市場主體避免金融糾紛；(3) 建構專業審判機制，拓展金融解紛資源：積極培育及利用專業資源，建構高效率專業審判模式及專家型法官，提高金融案件審判專業水準；(4) 探索集中審理制度，完善統一協調機制：對多數債權人集中提起之系列訴訟、集團訴訟及群體性案件等，所可能引發區域性或系統性金融風險，又或存在影響社會穩定之特殊金融案件時，不同地區、不同審級法院間應加強資訊溝通；(5) 加強司法宣傳工作，發揮審判導向作用：透過召開新聞發布會、組織專題或系列報導等形式，教育及引導各類金融主體增強依法經營及風險防範意識。

五、最高人民法院關於人民法院為企業兼併重組提供司法保障的指導

意見¹⁰⁹

鑒於企業兼併重組為升級產業結構，淘汰落後並化解過剩產能，提高經濟發展品質及效益之重要手段，亦是轉變經濟發展方式，提升我國綜合經濟實力之有

¹⁰⁹ 最高人民法院 2014 年 6 月 3 日法發[2014]7 號。

效途徑。當前中國大陸經濟處於成長速度轉換期、結構調整陣痛期，同時亦是推動企業兼併重組之重要時期。對此國務院於 2014 年 3 月《關於進一步優化企業兼併重組市場環境的意見》¹¹⁰明確推動企業兼併重組的主要目標、基本原則及相關措施，同時要求各級人民法院應充分認識司法審判工作在企業兼併重組中之重要職能作用，依法有序推動企業兼併重組工作之進行。

在前述意見第四部分：「維護金融安全，有效防控各類糾紛可能引發的區域性、系統性金融風險」下第 13 點為「依法保障金融債權，有效防範通過不當兼併重組手段逃廢債務。」析言之，對涉及兼併重組之企業合併、分立案件，並明確合併分立前後不同企業之責任關係、責任承擔方式及訴訟時效，避免因兼併重組導致金融債權落空。同時依法快審快執涉兼併重組企業之金融借款案件，降低商業銀行等金融機構之併購貸款風險，實現兼併重組中併購貸款融資方式可持續進行。進而引導當事人充分運用民事訴訟法之擔保物權實現程序，減輕債權人之訴訟維權成本，促進擔保物權快捷及便利地實現。

第四節 小結

首先，本章第一節就《擔保法》、《物權法》及《企業破產法》對擔保制度之規定，作一簡要及重點掃描。其次，本章第二節就《商業銀行同業業務治理》及《商業銀行保理業務管理暫行辦法》與擔保權相關制度進行分析。最後，本章第三節針對《金融資產管理公司利用外資處理不良債權》、《最高人民法院就獨立保函司法解釋公開徵求社會各界意見》、《關於審理涉及金融不良債權轉讓案件工作座談會紀要》及《關於人民法院為防範化解金融風險和推進金融改革發展提供司法保障的指導意見》等進行司法審判上之解析。應注意者，係擔保權規定來源之擔保法與物權法通過後適用上問題，而物權法擔保物權司法解釋未來出台後，相關爭議之解釋內容，實質未來進行更深入與全面之研究。

¹¹⁰ 國務院 2014 年 3 月 7 日國發[2014]14 號。

第三章 中國大陸銀行債權確保及催收問題之分析

銀行是扮演資金供需者之媒合橋樑，除對企業提供資金援助，在扶持產業發展方面發揮金融仲介功能外，對地方經濟、提供就業、社會安定等方面亦具有重大之貢獻。然儘管其擁有廣大之金融資源，但如資金運用發生流動性風險，可能會對本身經營體質造成傷害，進而影響金融市場穩定，使得銀行之債權保護及追索顯得相當重要，包括陸資銀行與外資銀行皆需重視該問題。爰此本研究將先敘述中國大陸企業融資模式之發展後，再談論銀行債權確保及催收之作法及其實務常見之問題。

第一節 中國大陸企業融資模式之發展與演變

企業融資係指企業依據生產經營現況及資金運用方式，並配合未來經營方針及發展策略之所需，以資產、股權或預期收益等作為標的，向市場投資人或債權人公開籌集，用於購買設備、業務拓展、生產營運所需資金之經濟活動。企業資金來源可分為內部自有資金及外部融資，其中外部融資又可區分直接融資及間接融資，前者為資金供給者與需求者相互間直接進行協商，或是在金融市場由資金供給者購買資金需求者發行之有價證券，形成債權或股權關係之金融行為，其籌資管道包括資本市場（股票、債券）、私募股權基金等；後者為資金供給者將閒置資金以存款方式提供銀行，再由銀行發放貸款予資金需求者。在融資模式仍以間接融資為主之現況下，企業融資問題與銀行債權保護連動性高，爰此本節以中國大陸企業組織型態切入，進而探討企業融資管道及金融深化改革問題。

一、中國大陸企業組織型態

由於中國大陸在推行經濟改革開放前，政策上僅重視大型企業之發展，使得私營企業無生存空間，然第八屆人民代表大會第一次會議於1999年3月通過憲法修正案，其主要重點之一為取消對個體經濟、私營經濟是社會主義公有制經濟

之「補充」規定，確認「個體經濟、私營經濟是社會主義市場經濟之重要組成部分」，肯定非公有制經濟之重要地位及作用，使以私營經濟為主之中小企業得有立足之空間¹¹¹。事實上，自改革開放以來，從農業部門移轉 2.3 億勞動人口在中小企業就業，據中國統計年鑑，國有企業就業人數自 1995 年起開始下降，而以中小企業為主之私營企業及個體工商戶，其就業人數則是持續增加。以 1990 年至 2000 年間之就業情況為例，國有企業減少 2,200 萬個就業機會，而同期私營企業及個體工商戶則增加 5,200 萬個就業機會（詳見表 3-1），其創造就業機會之效果相當明顯。

表 3-1：中國大陸不同經濟類型就業情況（萬人）

年度	國有企業	私營企業	個體工商戶
1990	10,346	170	2,105
1995	11,261	956	4,614
2000	8,102	2,407	5,070
2005	6,488	5,824	4,911
2006	6,430	6,586	5,159
2007	6,424	7,253	5,497
2008	6,447	7,904	5,776
2009	6,420	8,607	6,586
2010	6,516	9,418	7,007
2011	6,704	10,354	7,945
2012	6,839	11,296	8,629

資料來源：本研究整理自中國統計年鑑。

中國大陸對企業劃分標準先是依據國家經貿委、國家計委、財政部、國家統計局於 2003 年所共同制定《關於印發中小企業標準暫行規定的通知》¹¹²，主要按企業從業人員、營業收入額、資產總額等指標進行分類，在其後工業和資訊化部、國家統計局、國家發展改革委、財政部於 2011 年 6 月頒布《關於印發中小

¹¹¹ 參閱吳明蕙，由台灣經驗看大陸中小企業的發展前景，經濟研究，2002 年 3 月。

¹¹² 國家統計局 2003 年 2 月 19 日國統字[2003]17 號。

企業劃型標準規定的通知》¹¹³，將適用產業類別由原 5 類增加為 16 類，且國家統計局在結合統計工作實際情況後，於同年 9 月制定《統計上大中小微型企業劃分辦法》¹¹⁴，明確將中國大陸企業劃分為大型、中型、小型及微型等四類（詳見表 3-2）。然就劃分標準來看，中國大陸中小企業規模偏大，如與我國企業劃分標準相互對照，均已可歸類為大中型企業，加上我國銀行業在陸分行規模小，未來台資銀行取得核准辦理「大陸企業人民幣業務」後，其經營風險、市場風險評估及債權保護等工作，勢必應詳細落實為之。

表 3-2：中國大陸大中小企業劃分適用標準（人民幣）

行業名稱	大型	中型	小型	微型
農林漁牧業	營收 2 億元以上	營收 500 萬元以上	營收 50 萬元以上	營收低於 50 萬元
工業	從業人員 1,000 人以上 營收 4 億元以上	從業人員 300 人以上 營收 2,000 萬元以上	從業人員 20 人以上 營收 300 萬元以上	從業人員 200 人以下 營收低於 300 萬元
建築業	營收 8 億元以上 總資產 8 億元以上	營收 6,000 萬元以上 總資產 5,000 萬元以上	營收 300 萬元以上 總資產 300 萬元以上	營收低於 300 萬元 總資產少於 300 萬元
批發業	從業人員 200 人以上 營收 4 億元以上	從業人員 20 人以上 營收 5,000 萬元以上	從業人員 5 人以上 營收 1,000 萬元以上	從業人員低於 5 人 營收低於 1,000 萬元
零售業	從業人員 300 人以上 營收 2 億元以上	從業人員 50 人以上 營收 500 萬元以上	從業人員 10 人以上 營收 100 萬元以上	從業人員 10 人以下 營收低於 100 萬元
交通運輸業	從業人員 1,000 人以上 營收 3 億元以上	從業人員 300 人以上 營收 3,000 萬元以上	從業人員 20 人以上 營收 200 萬元以上	從業人員 20 人以下 營收低於 200 萬元
倉儲業	從業人員 200 人以上 營收 3 億元以上	從業人員 100 人以上 營收 1,000 萬元以上	從業人員 20 人以上 營收 100 萬元以上	從業人員 20 人以下 營收低於 100 萬元
郵政業	從業人員 1,000 人以上 總資產 3 億元以上	從業人員 300 人以上 總資產 2,000 萬元以上	從業人員 20 人以上 總資產 100 萬元以上	從業人員 10 人以下 總資產少於 100 萬元
住宿及餐飲業	從業人員 300 人以上 營收 1 億元以上	從業人員 100 人以上 營收 2,000 萬元以上	從業人員 10 人以上 營收 100 萬元以上	從業人員 10 人以下 營收低於 100 萬元
資訊傳輸業	從業人員 2,000 人以上 營收 10 億元以上	從業人員 100 人以上 營收 1,000 萬元以上	從業人員 10 人以上 營收 100 萬元以上	從業人員 10 人以下 營收 100 萬元以下
軟體及資訊技術服務業	從業人員 100 人以上 營收 1,000 萬元以上	從業人員 100 人以上 營收 1,000 萬元以上	從業人員 10 人以上 營收 50 萬元以上	從業人員 10 人以下 營收低於 50 萬元

¹¹³ 工業和資訊化部、國家統計局、國家發展和改革委員會、財政部 2011 年 6 月 18 日工信部聯企業[2011]300 號。

¹¹⁴ 國家統計局 2011 年 9 月 2 日國統字[2011]75 號。

房地開發經營	營收 20 億元以上 總資產 1 億元以上	營收 1,000 萬元以上 總資產 5,000 萬元以上	營收 100 萬元以上 總資產 2,000 萬元以上	營收低於 100 萬元 總資產少於 2,000 萬元
物業管理	從業人員 1,000 人以上 營收 5,000 萬元以上	從業人員 300 人以上 營收 1,000 萬元以上	從業人員 100 人以上 營收 500 萬元以上	從業人員 100 人以下 營收低於 500 萬元
租賃及商務服務業	從業人員 300 人以上 總資產 12 億元以上	從業人員 100 人以上 總資產 8,000 萬元以上	從業人員 10 人以上 總資產 100 萬元以上	從業人員 10 人以下 總資產少於 100 萬元
其他	從業人員 300 人以上	從業人員 100 人以上	從業人員 10 人以上	從業人員 10 人以下

資料來源：本研究整理自國家統計局《統計上大中小微型企業劃分辦法》

事實上，我國經濟發展過程中，中小企業對經濟成長、提供就業等具有高度貢獻，亦有助所得分配及城鄉發展均衡。在觀察改革開放後近三十年發展，中國大陸中小企業如實扮演與我國中小企業相同之角色，在國民經濟及社會發展上具有不可忽視之地位。據國家發展改革委員會統計，2013 年在工商部門註冊登記之企業共有 1,528 萬家，其中中小企業 1,254 萬家，占全國企業總數 82.1%，資本總額 39.31 兆元，如包括個體工商戶在內，中小企業總數達 5,690 萬家。惟中小企業在發展過程受金融制約之影響，長期陷於融資難及融資貴之苦，值得思考之處在於如何整合現有金融資源，改善中小企業營運困難之問題。為促進中小企業發展與解決融資問題，中國大陸當局已提出多項相關政策及法規，最早可追溯至中國人民銀行於 1998 年 6 月所發布之《關於進一步改善對中小企業金融服務的意見》，首次明確指出支持中小企業之發展。

近年重要協助中小企業融資之措施¹¹⁵，包括（1）財政部、工業和訊息化部於 2010 年 4 月頒布之《中小企業信用擔保資金管理暫行辦法》¹¹⁶對擔保機構提供業務補貼、保費補貼，並鼓勵擔保機構擴大資本規模、提升信用水準，同時提撥信用擔保資金支援中小企業信用擔保機構、再擔保機構增強其業務能力，擴大中小企業擔保業務，改善中小企業融資環境；（2）中國人民銀行於 2010 年 6 月頒布之《進一步做好中小企業金融服務工作的若干意見》¹¹⁷，確保小企業信貸投

¹¹⁵ 參閱鄭漢亮，中國大陸中小企業的發展及融資現況，國際財經評論，第 186 期，2011 年 9 月 20 日。

¹¹⁶ 財政部、工業和訊息化部 2010 年 4 月 30 日財企[2010]72 號。

¹¹⁷ 中國人民銀行 2010 年 6 月 21 日銀發[2010]193 號。

放成長速度要高於全體貸款增速，且增加量要高於去年（兩個不低於政策），同時簡化貸款審核流程，並對小企業金融服務實施差異化監管；（3）財政部、工業和信息化部於 2011 年 12 月發布《政府採購促進中小企業發展暫行辦法》¹¹⁸，鼓勵中小企業自由進入政府採購市場，並加強政府採購計畫編制工作，制定向中小企業採購之具體方案；（4）財政部、工業和信息化部於 2012 年 5 月修正原暫行辦法後發布《中小企業發展專項資金管理辦法》¹¹⁹，提撥中小企業發展專項資金用於支持中小企業之技術進步、結構調整、轉變發展方式、擴大就業及改善服務環境等；（5）為規範及加強地方特色產業中小企業發展資金管理，並提高資金使用效率，同時促進中小企業技術創新，財政部於 2013 年 4 月將修正原暫行辦法修正後發布《地方特色產業中小企業發展資金管理暫行辦法》¹²⁰。

二、中國大陸企業融資管道

直接融資及間接融資之比重關係，主要是反映一國金融結構及其對實體經濟之貢獻程度，且與經濟水準、產業發展、法治文化、制度環境及金融自由化程度等因素具有高度相關。近年中國大陸金融總量快速增長，金融市場多元發展，且金融產品及融資工具不斷創新，證券、保險類金融機構對實體經濟資金支持之比重增加，商業銀行表外業務對表內貸款替代效果明顯，特別是統計社會融資規模之委託貸款及信託貸款成長速度大增，單就觀察新增人民幣貸款已無法完整反映金融及實體經濟之融資規模，當然評估金融風險之難度亦相對提高。中國大陸商業銀行在金融體系占有絕對優勢，特別是國有銀行在資產、貸款及稅後利潤等市占率高，又企業資金需求須仰賴銀行借款滿足，間接融資仍為中國大陸企業主要融資管道，按社會融資規模計算，2013 年間接融資比重 84.54%，不過近十年間在資本市場持續改革下，直接融資之比重已有明顯提升（詳見表 3-3）。又根據中國企業家調查報告，多數中小企業融資管道主要集中在「長期銀行貸款」及「民

¹¹⁸ 財政部、工業和信息化部 2011 年 12 月 29 日財庫[2011]181 號。

¹¹⁹ 財政部、工業和信息化部 2012 年 5 月 25 日財企[2012]96 號。

¹²⁰ 財政部 2013 年 4 月 27 日財企[2013]67 號。

間借貸」，儘管民間借貸存在龐大財務風險，但由於正規金融體系對民營企業之信貸審查嚴格，以及資本市場進入門檻高之特性，使得民間借貸在滿足企業資金需求時，發揮著不可或缺之作用。

表 3-3：中國大陸間接及直接融資增額及其比重（人民幣億元）

年度	社會融資規模	間接融資	比重 (%)	直接融資	比重 (%)
2002	20,112	18,686	92.91	995	4.95
2003	34,113	32,548	95.41	1,058	3.10
2004	28,629	26,882	93.90	1,140	3.98
2005	30,008	26,944	89.79	2,349	7.83
2006	42,696	38,002	89.01	3,846	9.01
2007	59,663	51,961	87.09	6,617	11.09
2008	69,802	59,458	85.18	8,847	12.67
2009	139,104	120,957	86.95	15,717	11.30
2010	140,191	120,265	85.79	16,849	12.02
2011	128,286	105,694	82.39	18,035	14.06
2012	157,631	127,383	80.81	25,059	15.90
2013	173,168	146,389	84.54	20,332	11.74

註：間接融資包括銀行表內業務（人民幣貸款、外幣貸款）及表外業務（委託貸款、信託貸款、未貼現銀行承兌匯票），直接融資則是企業債券及非金融企業境內股票融資。

資料來源：本研究整理自中國人民銀行社會融資規模統計。

事實上，對商業銀行而言，除規模較大、資金充足，又具有償還能力、信用度高、財務行為規範及擁有有效抵押資產之企業確為放貸首選。商業銀行基於安全性及效益性之考量，將多數資金集中提供給大型優質企業及壟斷性產業，在替代效果下，中小企業無法取得足夠之資金援助。商業銀行辦理貸款業務按規定除應對借款人之借款用途、償還能力、還款方式等情況進行嚴格審查外，亦應實行審貸分離、分級審核之制度（商業銀行法第 35 條第 1 項及第 2 項），此對加強金融監管、預防金融風險有其必要性，同時可對不同規模及類型之借款企業，進行貸款條件及授信額度之區分。長期以來，銀行在權衡規模經濟效益、風險控制能

力時，提供融資服務自然偏向國有企業或大型企業，特別是對國有企業不過多考量信貸風險及道德風險問題。雖中小企業為經濟發展之重要基石，但由於其財務制度、經營規模及訊息透明度等尚存一定風險，以致銀行僅對信譽較高、資產品質較佳之中小企業貸款。

而在資本市場方面，上市公司應滿足之條件包括（1）公司股本總數不得少於 5,000 萬元；（2）開業時間在三年以上且最近三年連續盈利；（3）持有股票面值達 1,000 元以上之股東人數不少於 1,000 人，且公開發行股份須達公司股份總數 25% 以上；（4）近三年內無重大違法行為，且財務會計報告無虛假記載（公司法第 152 條），儘管尚已開立中小板、創業板因應籌資需求，但仍有其上市條件標準（詳見表 3-4），且規模小又須經監管部門嚴格審核，難以形成有效市場影響力。再者，發行公司債雖是直接融資取得資金之重要管道，但發行公司債應符合之條件又包括（1）股份有限公司淨資產不得低於 3,000 萬元，有限責任公司淨資產不得低於 6,000 萬元；（2）累計債券餘額不超過公司淨資產 40%；（3）最近三年平均可分配利潤足以支付公司債券一年利息；（4）籌集資金投向符合國家產業政策；（5）債券利率不超過國務院限定之利率水準（證券法第 16 條）。前述上市條件標準無疑對多數中小企業拒之門外（詳見表 3-4），使其難以進入直接融資市場籌集所需資金。

表 3-4：中國大陸主板、中小板及創業板上市條件

條件	主板、中小板	創業板
主體資格	依法設立且合法存續之股份有限公司	依法設立之股份有限公司
經營年限	持續經營時間在三年以上	持續經營時間在三年以上
營利要求	1、最近三個會計年度淨利潤均為正數且累計超過 3,000 萬元，淨利潤以扣除非經常性損益前後較者為計算依據。 2、最近三個會計年度經營活動產生之現金流量淨額累計超過 5,000 萬元；或最近三個會計年度營業收入累計超過 3 億元。 3、最近一期不存在未彌補虧損。	1、最近兩年連續盈利，最近兩年淨利潤累計不少於 1,000 萬元且持續增長。 2、或者最近一年盈利，且淨利潤不少於 500 萬元，最近一年營業收入不少於 5,000 萬元。 3、淨利潤以扣除非經常性損益前後孰低者為計算依據。
資產要求	最近一期末無形資產（扣除土地使用權、水面養殖權和採礦權等後）	最近一期末淨資產不少於 2,000 萬元，且不存在未彌補虧損。

	占淨資產比例不高於 20%。	
股本要求	發行前股本總額不少於 3,000 萬元	發行後股本總額不少於 3,000 萬元
主營業務要求	最近三年內主營業務沒有發生重大變化。	發行人應當主營業務突出。同時要求募集資金只能用於發展主營業務。
董事會及管理層	最近三年內沒有發生重大變化。	最近兩年內未發生重大變化。
實質控制人	最近三年內實際控制人未變更。	最近兩年內實際控制人未變更。
同業競爭	發行人之業務與控股股東、實際控制人及其控制的其他企業間不得有同業競爭。	發行人與控股股東、實際控制人及其控制的其他企業間不存在同業競爭。
關聯交易	不得有顯失公平之關聯交易，關聯交易價格公允，不存在透過關聯交易操縱利潤之情形。	不得有嚴重影響公司獨立性或顯失公允之關聯交易。
募集資金用途	應當有明確之使用方向，原則上用於主營業務。	應當用於主營業務，並有明確之用途。
限制行為	1、發行人之經營模式、產品或服務之品種結構已經或將發生重大變化，並對發行人之持續盈利能力構成重大不利影響。 2、發行人之行業地位或發行人所處行業之經營環境已經或將發生重大變化，並對發行人之持續盈利能力構成重大不利影響。 3、發行人最近一個會計年度之營業收入或淨利潤對關聯方或存在重大不確定性之客戶存在重大依賴。 4、發行人最近一個會計年度之淨利潤主要來自合併財務報表範圍以外之投資收益。 5、發行人在用之商標、專利、專有技術及特許經營權等重要資產或技術之取得或使用存在重大不利變化之風險。 6、其他可能對發行人持續盈利能力構成重大不利影響之情形。	1、發行人之經營模式、產品或服務之品種結構已經或將發生重大變化，並對發行人之持續盈利能力構成重大不利影響。 2、發行人之行業地位或發行人所處行業之經營環境已經或將發生重大變化，並對發行人之持續盈利能力構成重大不利影響。 3、發行人在用之商標、專利、專有技術及特許經營權等重要資產或者技術之取得或使用存在重大不利變化之風險。 4、發行人最近一年之營業收入或淨利潤對關聯方或有重大不確定性之客戶存在重大依賴。 5、發行人最近一年之淨利潤主要來自合併財務報表範圍以外的投資收益。
違法行為	發行人最近 36 個月內無重大違法違規行為，或嚴重損害投資者合法權益及社會公共利益之其他情形。	發行人最近三年內不存在損害投資者合法權益及社會公共利益之重大違法行為；發行人及其股東最近三年內不存在未經法定機關核准，擅自公開或者變相公開發行證券，或者有關違法行為雖然發生在三年前，但目前仍處於持續狀態之情形。

資料來源：本研究整理自《首次公開發行股票並上市管理辦法》及《首次公開發行股票並在創業板上市管理辦法》。

當現有融資制度無法滿足中小企業之資金需求時，民間借貸等非正規金融或影子銀行體系隨之興起。民間融資雖能短時間內解決中小企業之資金問題，但其背負高額利息所產生之高財務風險，不利於維持中小企業健康發展，倘若發生因系統性風險或國家政策調整而導致經營不善，使得無法償還以高息融通之借款債務，進而造成資金鏈斷裂引發倒閉潮，在此一惡性循環下，不僅中小企業發展日益艱難，且最終將影響社會穩定，浙江溫州企業由於過度金融壓抑，爆發地區性金融危機即是經典之例。應注意者，溫州中級人民法院於 2012 年 5 月 18 日商事審判例會後，推出「已付利息超央行同期貸款利率 4 倍部分將作本金扣除」之新審判原則，使得多數案件判決結果發生變化，其中一則原約定 72% 年利率之民間借貸案件，即超過法律賦予保護之範圍。該案由溫州中院於 2012 年 6 月 29 日進行二審，如以當時中國人民銀行於 6 月份公布之一年期貸款基準利率的 6.31% 乘以 4 倍為 25.24%，被告已支付之超額利息均全數沖抵本金¹²¹。事實上，超額利息作為本金扣除之作法，不僅有利民間融資市場穩定，亦可遏制民間借貸傾向高利貸化，同時相應減輕債務人之負擔。

三、中國大陸深化金融改革

過去三十餘年間，中國大陸憑藉著人口紅利、全球化紅利，推動經濟高速運行發展，實現雙位數之經濟成長率，加上利率管制及信貸配給之金融政策，的確功不可沒，但隨著近年內外環境之變化，傳統紅利優勢正逐漸遞減時，如何創造下一波紅利來源，推動經濟轉型穩定成長，已是中國大陸當局之施政重點。事實上，第十八屆三中全會於 2013 年 11 月公布之《中共中央關於全面深化改革若干重大問題的決定》，點出中國大陸全面深化改革之重要意義，且其所提出之各項改革措施得以全面落實後，中國大陸市場經濟體系將更加成熟。前述《決定》涉及社會、政治、經濟、文化及生態文明等領域改革，然最核心之改革措施莫過於

¹²¹ 參閱許振明、唐正道等，從溫州金融綜合改革試驗區探討大陸金改之趨勢-兼論對於台資銀行及台資企業之影響，台灣金融研訓院，2012 年 12 月。

金融改革。金融改革主要聚焦在金融市場體系、金融市場價格機制及金融監管體系等三方面，涉及銀行部門改革、資本市場改革、匯利率市場化、人民幣資本帳開放、金融產品創新及金融監管改革等。特別是中國人民銀行、銀監會、保監會及證監會於 2014 年 1 月召開年度工作會議後，定調當年度工作重點皆放在市場化改革，包括中國人民銀行及銀監會將分別推動存款利率市場化與籌備民間資本進入銀行；保監會將重點推動擴大費率市場化覆蓋面，而證監會則是提出簡化行政審核程序、推動股票首次公開發行（IPO）改為註冊制等¹²²。

中國大陸自 1990 年代以來，已先後推動資本市場、金融監管體制、國有銀行股份制、利匯率市場化及人民幣可兌換等改革，顯著提升金融業綜合實力、國際競爭力及抗風險能力，不僅成功承受國際金融危機之衝擊，且維持金融業之穩定發展。當然仍有進一步深化改革之空間，包括金融資源過度集中、存款保險及金融機構破產退場機制尚未建立、影子銀行及地方融資平台風險等問題，此亦是後續金融改革之重點所在。應注意者，金融改革無法一步到位，須視當前環境循序漸進地推動，就利率市場化進程而言，中國人民銀行先於 1996 年 6 月開放同業拆借利率，再於 1997 年 6 月及 1998 年開放回購與貼現利率，並陸續擴大存貸款利率浮動區間，甚至於 2012 年 6 月允許存款利率上浮，且於 2013 年 7 月完全取消貸款利率上下限管制，最終即是取消最核心之存款利率管制。而在人民幣國際化方面，初期從跨境貿易以人民幣結算為出發點，自 2008 年 12 月與南韓簽訂 1,800 億元雙邊貨幣互換協議開始，2014 年 5 月包括英國、澳洲、新加坡、紐西蘭等國家在內，中國大陸已分別與 23 個國家簽訂規模超過 2.5 兆元的貨幣互換協議，且 2013 年跨境貿易人民幣結算累計 4.63 兆元，較 2012 年的 2.94 兆元成長約 57%¹²³。

而在人民幣國際化日益推進，其他國家作為支付貨幣之比例亦將提高，最終成為全球儲備貨幣之一。應注意者，人民幣國際化不僅提升中國大陸之國際地位及話語權，甚至可取得鑄幣稅以減少交易成本，並提高貨幣自主性減少對美元或

¹²² 參閱陳松興、謝順峰、賴建宇，關鍵大未來-影響台灣金融十大新趨勢，趨勢十：中國大陸爭逐全球金融話語權，台灣金融研訓院，2014 年 10 月。

¹²³ 同前註。

其他貨幣之依賴。再就人民幣匯率改革而言，早期匯率完全由中國人民銀行所決定，僅作為調控進出口貿易及改善國際收支平衡之政策手段。改革開放後，人民幣匯率經歷雙軌制、柔性盯住美元制及剛性盯住美元制等階段，並於 2005 年 7 月啟動匯率制度改革，採取以市場供求為基礎、參考一籃子貨幣進行調節，以及有管理之浮動匯率制度，當時人民幣兌美元交易浮動幅度為 0.3%，2007 年 5 月擴大為 0.5%、2012 年 4 月擴大為 1%，並於 2014 年 3 月擴大為 2%，不僅單日匯率變動加大，且加深匯率走勢之測算難度¹²⁴。事實上，利率市場化可促進資金有效配置，提高資金使用效率，且人民幣匯率改革及國際化進程之推動，亦需建立迅速及準確反映市場供需狀況之資金價格機制。

再者，擴大民間資本進入金融業方面，銀監會於 2014 年 3 月 11 日宣布將在天津、上海、浙江及廣東等地區開放民營銀行試點，呼應國務院於 2013 年 7 月所發布之《關於金融支援經濟結構調整和轉型升級的指導意見》，明確引導民營資本進入金融業之政策。參與試點之民營銀行採取共同發起人制度，每家銀行發起人不得少於兩家民營資本，其中最引人矚目之民營資本，當屬阿里巴巴及騰訊兩大互聯網龍頭企業，前者是與萬向公司合作，擬採取設定存貸款上限之「小存小貸」模式；後者則與百業公司共同參與，其定位為設定存款下限並針對小微企業貸款之「大存小貸」模式。應注意者，銀監會提出五大篩選要素，遴選出五家試點之民營銀行，包括合法可行之風險處置及恢復計畫，以防止銀行發生經營危機後，損及消費者、存款人及納稅人之合法權益，符合當前國際金融監理原則之發展趨勢。事實上，美國 Dodd-Frank Act 在第 165 條已對所謂系統重要性金融機構，作出提交生前遺囑之原則性規定¹²⁵。

其次，在金融監理體制改革方面，由於同業業務長期游走在金融監管以外之灰色地帶，既不存在撥備覆蓋率要求，亦不受 75% 存貸比之考核要求，部分金融機構利用同業業務借短投長，不僅擴大金融槓桿以獲取高額利潤，如期限配置失當，極易導致流動性風險。為有效防控金融風險，並引導資金流向實體經濟，進

¹²⁴ 同前註。

¹²⁵ 參閱賴建宇，銀監會開放民營銀行試點須制訂生前遺囑，金融情勢週報，台灣金融研訓院，2014 年 3 月 17 日。

而管理失控之債務問題，中國人民銀行、銀監會、保監會、證監會及外匯管理局於 2014 年 4 月發布《關於規範金融機構同業業務的通知》¹²⁶，且銀監會辦公廳又於 2014 年 5 月出台《關於規範商業銀行同業業務治理的通知》¹²⁷，以推動金融機構同業業務之整頓工作¹²⁸。此外，銀監局於 2014 年 4 月宣布根據《商業銀行資本管理辦法（試行）》，核准工商銀行、中國銀行、建設銀行、農業銀行、交通銀行及招商銀行等六家銀行實施高標準資本管理辦法。高於標準方法之商業銀行資本管理，除可提高一級核心資本外，並可降低房屋貸款之風險權重係數，同時減少風險加權資產，進而提升資本適足率¹²⁹。

第二節 銀行債權擔保及確保實現之作法

一、銀行債權擔保之作法

實務上，銀行在辦理貸款案件時為考量債權確保，借款人應提供擔保，並與借款人訂立書面合同。但如經銀行審查評估，確認借款人資信良好，且能償還貸款者可不提供擔保（商業銀行法第 36 條第 1 項）。在《擔保法》及《物權法》中所規定可運用之擔保，包括保證、抵押、質押、定金及留置等，而擔保亦可分為物的擔保及人的擔保，其中除保證為人的擔保（人保）外，如抵押、質押、定金及留置皆為物的擔保（物保）。所謂物的擔保是以擔保物權作為債權之擔保，提供物保之主體被稱為物上保證人，而人的擔保則以保證人作為債權之擔保。應注意者，人保按照保證人所承擔保證責任方式之不同，可分為一般保證及連帶責任保證兩種，前者是雙方當事人在合同中約定，保證人僅在債務人無法履行債務時須承擔保證責任，後者則是雙方當事人約定保證人，直接對債務人之債務承擔連帶賠償責任。

¹²⁶ 中國人民銀行 2014 年 4 月 24 日銀發[2014]127 號。

¹²⁷ 中國銀行監督管理委員會辦公廳 2014 年 5 月 16 日銀監辦發[2014]140 號。

¹²⁸ 參閱賴建宇，陸發佈通知拉開整頓銀行同業業務的序幕，金融情勢週報，台灣金融研訓院，2014 年 5 月 19 日。

¹²⁹ 參閱賴建宇，陸商業銀行加強深化風險管理能力的建置，金融情勢週報，台灣金融研訓院，2014 年 4 月 28 日。

（一）物保之抵押與質押

1、抵押

在物保方面有抵押及質押之分，前者按抵押物性質可分為不動產抵押及動產抵押，所謂不動產包括建築物及其他土地附著物、建設用地使用權、正在建造的建築物，以及以招標、拍賣、公開協商等方式取得荒地等土地承包經營權。其中不動產抵押又有一般抵押權與最高額抵押權之分，所謂一般抵押權如以建築物作為抵押物，該建築物所占用範圍內建設用地使用權應一併抵押，若以建設用地使用權抵押，該土地上之建築物亦應一併抵押（物權法第 182 條），惟鄉鎮、村企業建設用地使用權不得單獨抵押，且如以鄉鎮、村企業廠房等建築物抵押，其占用範圍內建設用地使用權一併抵押（物權法第 183 條）。此外，當建設用地使用權作為抵押後，該土地上新增之建築物不屬於抵押財產，而該建設用地使用權實現抵押權時，應將該土地上新增之建築物與建設用地使用權一併處分，但新增建築物所得價款，抵押權人並無權優先受償（物權法第 200 條）。

再者，最高額抵押權是為確保擔保債務之履行，在設定抵押時，抵押人與抵押權人協議約定抵押財產擔保之最高債權額度，當債務人不履行債務或發生當事人約定實現抵押權之情形時，無論債權實際是否發生增減變動，抵押權人僅在最高債權額範圍內，對抵押財產享有優先受償權（物權法第 203 條、擔保法第 59 條），且適用一般抵押權之規定（物權法第 207 條）。又所謂動產抵押係指債務人或第三人以動產作為債權之擔保，並不移轉該動產之所有權，當債務人不履行或無法履行債務時，債權人有權依法以該動產以拍賣、變賣等處分方式所得之價款優先受償。前述動產包括生產設備、原材料、半成品、產品，或是正在建造的船舶、航空器等（物權法第 180 條第 1 項）。

應注意者，運用不動產抵押權為擔保時應辦理抵押登記，其抵押權自登記時設立（物權法第 187 條），以建設用地使用權作為抵押物為例，依法抵押土地使用權，抵押權人及抵押人應持有土地權利證書、主債權債務合同、抵押合同及相關證明文件等，向國土資源行政主管部門申請土地使用權抵押登記（土地登記辦

法第 36 條第 1 項)¹³⁰。當然動產抵押為擔保亦須辦理登記，抵押權自抵押合同生效時設立，未經登記者，不得對抗善意第三人（物權法第 188 條），其作法為抵押合同雙方當事人提交經簽字或蓋章之「動產抵押登記書」，以及抵押合同雙方當事人主體資格證明或自然人身份證明文件，共同或委託代理人向抵押人住所地之工商行政管理部門辦理登記¹³¹。實務上，在中國大陸僅有銀行可對動產辦理設定登記，其他如小額貸款或擔保公司存在不得登記之障礙。

2、質押

質押亦有動產質押及權利質押之分，其中動產質押是為擔保債務履行，債務人或第三人將其動產出質給債權人，當債務人不履行或無法履行債務或發生當事人約定實現質權之情形，債權人有權將該動產處分所得之價款優先受償（物權法第 208 條、擔保法第 63 條）。由於動產質押為一要式行為，設定質權時，出質人及質權人應以書面方式訂立質權合同，合同內容包括（1）被擔保債權種類及數額；（2）債務人履行債務期限；（3）質押財產名稱、數量、品質、狀況；（4）擔保範圍；（5）質押財產交付時間等條款（物權法第 210 條）。倘若債務人或第三人未按合同約定時間移交質物而造成質權人之損害，出質人應根據其過錯承擔賠償責任（最高人民法院〈關於適用《中華人民共和國擔保法》若干問題的解釋〉第 86 條）。

再者，債務人或第三人以有權處分之權利出質者，包括（1）匯票、支票及本票；（2）債券、存款單；（3）倉單、提單；（4）可轉讓基金份額、股權；（5）可轉讓註冊商標專用權、專利權、著作權等知識產權之財產權；（6）應收帳款；（7）法律或行政法規規定可出質之其他財產權利（物權法第 223 條）。權利質押亦須當事人以書面方式訂立合同，其中以匯票、支票、本票、債券、存款單、倉單及提單出質，質權自權利憑證交付質權人時設立（物權法第 224 條）；以基金份額、證券登記結算機構登記的股權出質，質權是自證券登記結算機構辦理出質登記時設立，而以其他股權出質，質權則是自工商行政管理部門辦理出質登記時

¹³⁰ 2007 年 12 月 30 日中華人民共和國國土資源部令第 40 號。

¹³¹ 參閱李永然，大陸台商對借貸與物保運用的法律須知，兩岸經貿，第 260 期，2013 年 8 月。

設立（物權法第 226 條）；以可轉讓註冊商標專用權、專利權、著作權等財產權出質，質權自有關主管部門辦理出質登記時設立（物權法第 227 條）；以應收帳款出質，質權自信貸徵信機構辦理出質登記時設立（物權法第 228 條）。

應注意者，借款人如以股權質押，債權人須分辨股權之種類，包括上市公司股權、公開發行公司股權、非公開發行但股東人數在 200 人以上公司股權，或有限責任公司股權、非公開發行但股東人數低於 200 人公司股權¹³²。其中如以有限責任公司股權作質押時，質權人應要求出質人提供其他股東同意質押之書面意見及股東會之書面決議等文件，並向工商行政管理部門辦理出質登記。在應收債款質押方面，依據《應收帳款質押登記辦法》¹³³第 4 條第 1 項規定，應收帳款係指權利人因提供一定貨物、服務或設施而獲得要求義務人付款之權利，包括現有的及未來的金錢債權及其產生之收益，但不包括因票據或其他有價證券而產生之付款請求權。在以前述權利作質押標的質權，如債務人到期不履行或無法履行清償債務時，質權人可就拍賣、變賣質押財產所得之價款優先受償。

（二）物保與人保之特性

物保是以自然人或法人以其財產為自己或他人之債務提供擔保，倘若債務人不履行或無法履行債務，債權人可透過處分作為擔保物之財產優清償。誠如前述，物保包括《物權法》規定之抵押權、質權即留置權。人保則是以自然人或法人以其全部資產及信譽為他人之債務提供擔保，當債務人不履行債務時，由擔保人負保證償還責任。換言之，債權人如基於人的擔保享有保證債權，而基於物的擔保則是享有擔保物權。

（三）物保與人保之比較

物保及人保之共同特性，包括不論保證債權或擔保物權皆從屬於主債權之從屬性，當主債權消滅時，其擔保物權（抵押權、質權、留置權）亦消滅（物權法

¹³² 參閱高聖平，中國法評註與適用叢書：物權法系列，物權法擔保物權編，中國人民大學出版社，2007 年 4 月，第 376 頁。

¹³³ 2007 年 9 月 30 日中國人民銀行令 2007 年第 4 號。

第 177 條、擔保法第 52 條、第 74 條及第 88 條)，而物保及人保存在較大區別之處分述如下：

1、適用主體

物保之擔保物可由債務人自身或第三人提供，人保是由第三人所提供，當擔保物為主債務人之自身財產時，其屬責任自負之範疇，但第三人為債務人提供擔保除承擔擔保責任外，其後仍須向債務人追償，增加其成本。對此法律賦予第三人特別保護規定，包括第三人為債務人向債權人提供擔保時，可要求債務人提供反擔保（物權法第 171 條第 2 項、擔保法第 4 條第 1 項）；第三人提供擔保，未經其書面同意，債權人允許債務人轉移全部或部分債務，擔保人不再承擔相應之擔保責任（物權法第 175 條）；債權人與債務人協議變更主合同，應取得保證人書面同意，未經同意者，保證人不再承擔保證責任（擔保法第 24 條）；主合同當事人雙方串通騙取保證人提供保證，或主合同債權人採取欺詐、脅迫等手段，使得保證人在違背真實意思之情況下提供保證時，保證人不承擔民事責任（擔保法第 30 條）等。申言之，如有多個物的擔保並存情況下，應先以債務人提供之物保承擔擔保責任，其不足部分再由第三人承擔。

2、信用基礎

（1）物保之信用基礎：物保之信用基礎來自於特定財產，債權人在設定擔保前事先對該財產進行價值評估，進而確定其能否足額擔保債權之實現。該財產最終可發揮一定程度擔保債權之實現，是以債務人屆期不履行或無法履行債務，債權人行使擔保物權時該財產市場價值而定。但由於市場行情波動存在不確定因素，可能發生債權人預先評估價值與實際受償價值不一致之情況。

（2）人保之信用基礎：人保之信用基礎是保證人之自有財產，不同物保存在市場價格波動之不確定因素，然法律為保障債權之實現，設立保證人承擔保證責任後，有權向債務人追償之代位權（擔保法第 31 條），以及債權人知道或應知道債務人破產，既未申報債權亦未通知保證人，使得保證人不能

預先行使追償權，保證人在該債權進入破產程序中，可能受償範圍內免除保證責任之撤銷權（擔保法司法解釋第 45 條）等制度。

3、求償順序

對物保及人保之求償順序，《物權法》賦予債權人行使選擇權，即被擔保債權同時存在物的擔保及人的擔保，債權人應按照約定實現債權，如未約定者，且由第三人提供物的擔保，債權人可就物的擔保實現債權，亦可要求保證人承擔保證責任（物權法第 176 條）。至所謂物權優於債權是指物權之受償順序具有優先於無擔保債權之效力，並非指債權人應優先行使物權。所謂優先係指債權人可優先其他債權人行使權利，當同一債權上抵押權及保證並存時，抵押權中之優先受償權可使抵押權人優先於抵押人之其他債權人受償，並非同屬債權人之抵押權優先於保證之債。

（四）物保與人保關係並存之問題

1、保證人之先訴抗辯權問題

先訴抗辯權是指保證人在債權人未就債務人財產聲請強制執行而仍不能受清償前，得以拒絕承擔保證責任之權利，其僅適用於一般保證人，對負有連帶保證責任者而言，由於其性質使得債務人保證人對主債務履行無先後次序之分，保證人不享有次序利益，因不存在先訴抗辯權，但一般保證人自行放棄先訴抗辯權者除外。然在物保與人保並存之情形下，一般保證人可否以債權人未對物保先行受償為由而進行抗辯？當被擔保債權既有物的擔保亦有人的擔保，債務人不履行或無法履行債務或是發生當事人約定實現擔保物權之情形，債權人應按照約定實現債權；未約定或約定不明確者，債務人以自有財產提供物的擔保，債權人應先就該物的擔保實現債權，倘若是由第三人提供物的擔保，債權人可就物的擔保實現債權，亦可要求保證人承擔保證責任（物權法第 176 條）。由於《物權法》立法將選擇權賦予債權人一方，並規定債權人應先就該物的擔保實現債權，保證人似應不得以債權人未對物保先行受償為由而主張先訴抗辯權。

2、擔保人間之求償問題

當債務人不履行或無法履行債務時，提供擔保之第三人承擔擔保責任，其相當於在所擔保債權範圍內向債權人代替債務人償還債務，擔保人有權向債務人進行追償。倘若債務人償債能力不足，使得承擔擔保責任之擔保人向債務人追償時無法有效清償，而擔保人代位向債權人履行擔保範圍內之債務後，可否向其他擔保人求償？在法理上，同一債權既有保證又有第三人提供物的擔保，債權人可請求保證人或物的擔保人承擔擔保責任，如當事人對保證擔保或物的擔保之範圍未約定或約定不明，承擔擔保責任之擔保人，除可向債務人追償，亦可要求其他擔保人清償其應分擔之份額（擔保法司法解釋第 38 條第 1 項），但《物權法》並未作出明確規定。對此有學者認為¹³⁴，在擔保關係中，求償權應是擔保人對債務人之追償權利，如當物保與人保並存時，除非各擔保人間事先已約定彼此為連帶擔保關係，否則其並不存在求償權之權利，但部分擔保人承擔擔保責任後，依據對債權人之代位承受，確實可能發生向其他擔保人求償之法律效果。

3、債權人放棄部分擔保之後果

債權人如放棄部分擔保，被放棄之擔保自然發生消滅，然該放棄行為同時對並存之其他擔保將產生一定影響。在物保方面，債務人以自身財產設定抵押權，抵押權人放棄該抵押權、抵押權順位或變更抵押權，其他擔保人在抵押權人喪失優先受償權益之範圍內免除擔保責任（物權法第 194 條）；而如債務人以自身財產出質，質權人放棄該質權，其他擔保人在質權人喪失優先受償權益之範圍內免除擔保責任（物權法第 218 條）。換言之，債權人放棄債務人之物保，其實是將實現債權之風險轉嫁給保證人，加重保證人之責任及風險，債權人應承擔相應之法律結果。但債權人放棄第三人所提供之物保，在《物權法》未作出規定，而《擔保法》則規定債權人放棄物的擔保，保證人在債權人放棄權利之範圍內免除保證責任（擔保法第 28 條）。而在人保方面，債權人放棄人保時對提供物保之第三人有何影響，現行法律雖尚未作出規定，但鑒於債權人放棄保證亦會使得物

¹³⁴ 參閱孟強，物權法上物保與人保並存的法律問題研究，南都學壇，2008 年 6 月。

上保證人在債權人實行擔保物權後無法代位行使其權利，對此學者認為，後續司法解釋應可探究在債權人放棄人保時，其他擔保人在被放棄之擔保人應分擔範圍內免除擔保責任規定之可行性。

（五）以國有企業及集體企業之財產提供抵押擔保

國有企業財產抵押擔保涉及國有資產抵押擔保之問題，主要依據《中華人民共和國城市房地產抵押管理辦法》第 13 條：「國有企業、事業單位法人以國家授予其經營管理的房地產抵押的，應當符合國有資產管理的有關規定。」¹³⁵、國務院《全民所有制工業企業轉換經營機制條例》第 15 條第 1 項：「企業根據生產經營的需要，對一般固定資產，可以自主決定出租、抵押或者有償轉讓；對關鍵設備、成套設備或者重要建築物可以出租，經政府主管部門批准也可以抵押、有償轉讓。法律和行政法規另有規定的除外。」¹³⁶以及最高人民法院《關於當前人民法院審理企業破產案件應當注意的幾個問題的通知》第 7 條：「對國有企業以已確認為關鍵設備、成套設備或重要建築物設立抵押而未經政府主管部門批准的，…均應認定抵押合同無效。」¹³⁷

雖最高人民法院於 2002 年《關於國有工業企業以機器設備等財產為抵押物與債權人簽訂的抵押合同的效力問題的批復》中指出：「根據《中華人民共和國擔保法》第三十四條和最高人民法院《關於適用〈中華人民共和國合同法〉若干問題的解釋（一）》第九條規定的精神，國有工業企業以機器設備、廠房等財產與債權人簽訂的抵押合同，如無其它法定的無效情形，不應當僅以未經政府主管部門批准為由認定抵押合同無效。」¹³⁸但查於 2008 年頒布《中華人民共和國企業國有資產法》第 53 條：「國有資產轉讓由履行出資人職責的機構決定。履行出資人職責的機構決定轉讓全部國有資產的，或者轉讓部分國有資產致使國家對該企業不再具有控股地位的，應當報請本級人民政府批准。」之規定¹³⁹，亦即國有

¹³⁵ 2001 年 8 月 15 日中華人民共和國建設部令第 98 號。

¹³⁶ 1992 年 7 月 23 日中華人民共和國國務院令第 103 號，2011 年 1 月 8 日修訂。

¹³⁷ 最高人民法院 1997 年 3 月 6 日法發[1997]2 號。

¹³⁸ 最高人民法院 2002 年 6 月 18 日法釋[2002]14 號。

¹³⁹ 2008 年 10 月 28 日中華人民共和國主席令第 5 號。

企業如以其資產提供抵押擔保，為確保債權人抵押權之實現，將涉及國有資產之轉讓，推定國有企業以其財產提供抵押擔保，應依據國有資產法相關規定履行相應之手續，而在實務上，亦要求須提供國有資產管理部門所出具同意國有資產抵押之書面文件。

應注意者，依據《國有資產法》第 32 條、第 33 條及第 34 條之規定，以國有資產提供抵押擔保，如企業/公司章程訂有對外提供擔保之相關規定，須遵守該規定。其次，再區分不同類型仍須提供之文件，包括（1）國有獨資企業須提供由履行出資人職責機構（國有資產監督管理機構）出具同意抵押之書面決定及企業負責人集體討論同意抵押之書面決定；（2）國有獨資公司須提供由履行出資人職責機構（國有資產監督管理機構）出具同意抵押之書面決定及由董事會同意抵押之書面決定；（3）國有資本控股公司、國有資本參股公司須提供股東會、股東大會或者董事會同意抵押之書面決定，其中股東會、股東大會或董事會中應有符合規定人數之履行出資人職責機構所委派之股東代表參加。

再者，城鎮集體所有制企業為財產屬勞動群眾集體所有、實行共同勞動，在分配方式上以按勞分配為主體之社會主義經濟組織，依據《中華人民共和國城鎮集體所有制企業條例》第 8 條、第 9 條、第 13 條、第 14 條及第 27 條規定，設立集體企業應經省、自治區、直轄市人民政府規定之審批部門批准，並依法經工商行政管理機關核准登記，領取《企業法人營業執照》，取得法人資格後，方得開始生產經營活動。集體企業章程須規定企業之組織機構及其職權及議事規則等事項，且集體企業之職工為企業之主人，依據法律、法規及集體企業章程行使管理企業之權力，須設立職工（代表）大會由其選舉及罷免企業管理人員，決定經營管理之重大問題。誠如前述，以集體所有制企業的房地產抵押，須經集體所有制企業職工（代表）大會通過，並報其上級主管機關備案（城市房地產抵押管理辦法第 14 條）。

換言之，以集體企業財產提供抵押擔保，須提供該企業職工大會或職工代表大會同意抵押之書面決定，並將抵押擔保之事項向其上級主管機關備案。應注意

者，倘若集體企業未設立職工（代表）大會，基於集體企業資產性質為企業勞動者集體共有之原則，除共有人間另有約定外，處分共有之不動產或者動產，以及對共有之不動產或者動產作重大修繕，須經占份額三分之二以上之按份共有人或者全體共同共有人同意（物權法第 97 條）。亦即未設立職工（代表）大會之集體企業以其財產提供抵押擔保，應取得該企業至少三分之二職工之書面同意。

二、銀行債權確保實現之作法

銀行債權為具有經營貸款業務之銀行業金融機構基於放貸行為所產生之權利，包括借款期滿後要求借款人或承擔連帶責任保證人按期還本付息之權利，以及當借款人不履行還款義務，債權人實現權利受阻時向司法單位請求保護之權利。近來中國大陸積極發展多層次資本市場，就不同產業、經營類型及規模之企業，開拓適應性之籌措資金管道，然即便如此，目前企業營運資金多數仍是來自銀行，亦即間接金融市場。依據《中華人民共和國商業銀行法》¹⁴⁰及《中華人民共和國外資銀行管理條例》¹⁴¹規定，商業銀行、外商獨資銀行、中外合資銀行及外國銀行分行，按照中國銀監會核准之業務範圍，可經營發放短期、中期及長期貸款業務。事實上，商業銀行如同其他企業主體一般，以實現利潤最大化為經營目標，同時亦肩負為市場交易主體提供資金援助之特殊職能，並為社會經濟之正常運轉提供資本保障。

對企業或個人授信放款為商業銀行主要業務之一，其債權保護不僅直接關係銀行自身發展，亦影響整體社會經濟穩定。依據《商業銀行法》明定銀行貸款業務基本規則，包括第 35 條：「商業銀行貸款，應當對借款人的借款用途、償還能力、還款方式等情況進行嚴格審查。」第 36 條：「商業銀行貸款，借款人應當提供擔保。商業銀行應當對保證人的償還能力，抵押物、質物的權屬和價值以及實現抵押權、質權的可行性進行嚴格審查。」及第 37 條：「商業銀行貸款，應當與

¹⁴⁰ 《中華人民共和國商業銀行法》第 3 條第 1 項第 2 款。

¹⁴¹ 《中華人民共和國外資銀行管理條例》第 29 條第 1 項第 2 款及第 31 條第 1 項第 2 款。

借款人訂立書面合同。」等，而為保障債權之實現，《擔保法》第 13 條規定：「保證人與債權人應當以書面形式訂立保證合同。」又最高人民法院《關於適用〈中華人民共和國擔保法〉若干問題的解釋》第 7 條亦作出：「主合同有效而擔保合同無效，債權人無過錯的，擔保人與債務人對主合同債權人的經濟損失，承擔連帶賠償責任。」之表示。

隨金融活動日益活躍、豐富，使得金融糾紛案件不斷增多，台資銀行在中國大陸經營企業貸款業務時，發生債權爭議之解決途徑，主要以訴訟、仲裁及公證債權文書為主，採用和解或調解方式之意願較低，此前銀行可檢視擔保品價值或是否有其他資產可進行擔保，以維護其債權。爰此，本研究就司法訴訟、金融仲裁及公證債權文書之程序作法分述如下。

（一）司法訴訟

當爭議糾紛發生時，司法訴訟為最常見之解決途徑，其主要流程為起訴、法院受理、審理程序及判決四個部分。中國大陸法院審級制度採四級二審制，即法院自上而下設有最高人民法院、高級人民法院、中級人民法院及基層人民法院四級，而案件經第一審法院判決後，當事人如不服，可向上一級法院提起上訴，但二審終審後不得再上訴。各級人民法院有其管轄案件範圍及訴訟標的，其中中級人民法院管轄之第一審民事案件，包括重大涉外、在本轄區具有重大影響、最高人民法院確定由中級人民法院管轄等；高級人民法院雖亦管轄具有重大影響之案件，但權限較中級人民法院高，而最高人民法院則管轄在全國有重大影響，以及認為應由該院審理之案件（民事訴訟法第 18 條、第 19 條及第 20 條）。再者，在管轄訴訟標的方面，係依據最高人民法院於 2008 年 2 月發布之《調整高級人民法院和中級人民法院管轄第一審民商事案件標準的通知》¹⁴²，主要是為配合執行修正後之民事訴訟法，並加強最高人民法院之審判監督及指導職能，具體管轄標準詳見表 3-5，其中中級人民法院管轄標準在符合條件下，可由高級人民法院自行確定，再報請最高人民法院批復。

¹⁴² 最高人民法院 2008 年 2 月 3 日法發[2008]10 號。

表 3-5：高級及中級人民法院管轄第一審民商事案件標準（人民幣）

高級人民法院			中級人民法院		
地區	訴訟標的		訴訟標的		其他非經濟較為發達之市區
	非涉外	涉外	非涉外	涉外	
北京、上海 廣東、江蘇 浙江	2 億元以上	1 億元以上	5,000 萬元以上	2,000 萬元以上	非涉外
					2000 萬元以上
					涉外
					800 萬元以上
天津、重慶 山東、福建 湖北、湖南 河南、遼寧 吉林、黑龍江 廣西、安徽 江西、四川 陝西、河北 山西、海南	1 億元~2 億元	5,000 萬元~ 1 億元	800 萬元~ 5,000 萬元	300 萬元~ 2,000 萬元	非涉外
					500 萬元~2,000 萬元
					涉外
					200 萬元~800 萬元
甘肅、貴州 新疆、內蒙古 雲南	5,000 萬元~ 1 億元	2,000 萬元~ 5,000 萬元	300 萬元~ 800 萬元	200 萬元~ 300 萬元	非涉外
					200 萬元~500 萬元
					涉外
					100 萬元~200 萬元
青海、寧夏 西藏	2,000 萬元~ 5,000 萬元	1,000 萬元~ 2,000 萬元	100 萬元~ 300 萬元	50 萬元~ 200 萬元	

資料來源：整理自《調整高級人民法院和中級人民法院管轄第一審民商事案件標準的通知》

事實上，法院審理銀行債權爭議案件時，適用之法律即國家規定範圍，包括合同法、民法通則、民事訴訟法、物權法、擔保法及擔保法司法解釋等，且陸資銀行與外資銀行在審理標準、法律法規及地位相同，不論原告、被告、抗訴人或被上訴人之保護均對等。儘管司法訴訟設有一審、二審及再審程序，但銀行債權爭議案件由於借款事件屬實，且雙方當事人事先簽訂定期化契約，債權債務關係明確情況下，不僅加快案件審理速度，又如被告申請上訴需繳納其他費用，降低其上訴之意願，進而縮短訴訟週期，特別是訴訟金額較小者，一審終審判決即可結案取得執行名義。當事人起訴應向有管轄權之人民法院提交起訴狀、相關佐證資料等，其中起訴狀須載明：（1）當事人之基本資料及住所、法人或其他組織之名稱、住所及其主要負責人之職務；（2）訴訟請求所根據之事實與理由；（3）作

證資料及其來源、證人姓名及住所等。而當事人進行民事訴訟，應按規定預先交納案件受理費，待判決確定後由敗訴方承擔並返還當事人，但當事人交納訴訟費用如有困難，可按規定向人民法院申請緩交、減交或免交（民事訴訟法第 118 條第 2 項、訴訟費用交納辦法第 44 條）。

有關訴訟費用之收費標準，雖最高人民法院於 1989 年 9 月施行《人民法院訴訟收費辦法》，又於 1999 年 6 月通過補充規定，但為解決法定訴訟費過高之問題，國務院於 2006 年 12 月發布《訴訟費用交納辦法》¹⁴³，對民事訴訟收費制度進行改革，並將「收費」修正為「交納」，降低涉及法院利益之敏感爭議。應注意者，當事人應向人民法院交納之訴訟費用，包括案件受理費、申請費，以及證人、鑒定人、翻譯人員、理算人員在人民法院指定之日期出庭發生之交通費、住宿費、生活費及誤工補貼等（訴訟費用交納辦法第 6 條），其中案件受理費分為第一審及第二審案件，申請費交納標準則是以執行金額或財產價額計算之，具體案件受理費交納標準詳見表 3-6。在審理流程方面，如人民法院決定開庭審理之案件，應在公開審理三日前通知當事人，開庭審理過程將進行法庭調查、法庭辯論等訴訟程序，最終審理終結作出判決（詳見圖 3-1）。而在審理期限方面，法院適用普通程序審理之民商事案件一審，應在立案日起六個月內審結，如有特殊情況需延長，該法院院長批准可延長六個月，再需延長者應報請上一級人民法院核准。當事人不服法院第一審判決，有權在判決書送達日起十五日內向上一級人民法院提起上訴，如當事人不服法院第一審裁定，亦有權在裁定書送達日起十日內向上一級人民法院提起上訴，而審理對判決上訴之案件，應在第二審立案日起三個月內審結，有特殊情況需延長者，亦須由該法院院長批准。

表 3-6：人民法院訴訟費用交納標準（人民幣）

財產案件		非財產案件		
訴訟請求金額	計算方法	案由		交納標準
		離婚	一般情況	50 元~300 元
1 萬元以下	50 元		如涉及財產分	不另行交納

¹⁴³ 2006 年 12 月 19 日國務院令 第 481 號，2007 年 4 月 1 日施行。

1 萬元~10 萬元	2.5%		割，財產總額不超過 20 萬元	
10 萬元~20 萬元	2%		財產總額超過 20 萬元	0.5%
20 萬元~50 萬元	1.5%			
50 萬元~100 萬元	1%	侵害 姓名權、 名稱權、 肖像權、 名譽權、 榮譽權及其他 人格權	一般情況	100 元~500 元
100 萬元~200 萬元	0.9%		如涉及損害賠償，賠償金額不超過 5 萬元	不另行交納
200 萬元~500 萬元	0.8%		5 萬元~10 萬元	1%
500 萬元~1,000 萬元	0.7%		超過 10 萬元	0.5%
1,000 萬元~2,000 萬元	0.6%			
2,000 萬元以上	0.5%	其他	50 元~100 元	

資料來源：本研究整理自國務院《訴訟費用交納辦法》第 13 條。

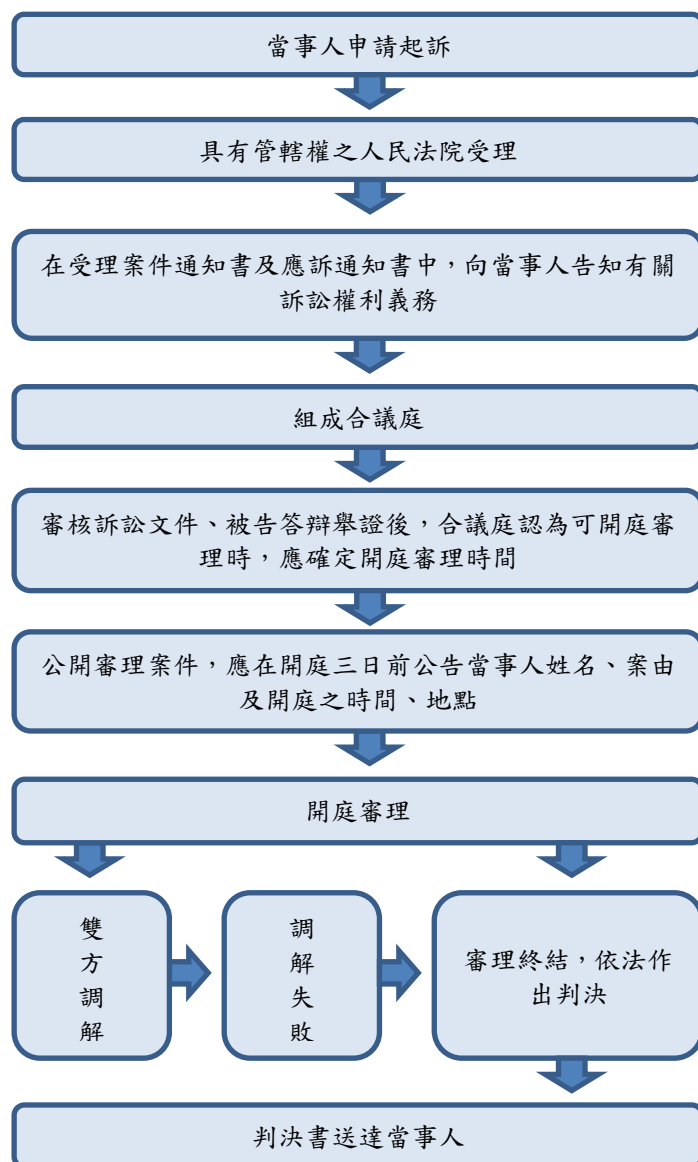


圖 3-1：中國大陸人民法院審理流程

（二）金融仲裁

仲裁作為一種民間性之爭議解決機制，其本質是以當事人意思自治排除國家司法權力之過多干預。《中華人民共和國仲裁法》於 1995 年 9 月正式施行，並於 2009 年 8 月經全國人民大會通過修正¹⁴⁴，該法將國內仲裁及涉外仲裁統一為民間性協議仲裁，充分保證仲裁之自治性及獨立性，並實施一裁終局制度。前述國內仲裁與涉外仲裁之差異，在於當事人間是否為解決具有非本國人身分或發生地在國外之民商事糾紛。而所謂一裁終局制度係仲裁機構受理經仲裁庭審理之糾紛案件，一經仲裁庭裁決，該裁決立即發生終局之法律效力，當事人不得就同一糾紛向人民法院起訴或向仲裁機構申請仲裁之制度，如有前述情事之發生，仲裁委員會或人民法院得不予受理（仲裁法第 9 條第 1 項）。當然一裁終局制度並非固若金湯，當仲裁裁決作出後，當事人得依法向有管轄權人民法院申請撤銷仲裁裁決，或是在仲裁裁決進入執行程序後，被執行人可向法人民法院申請不予執行仲裁裁決，如該仲裁裁決經人民法院裁定撤銷或不予執行，當事人可重新達成新仲裁協議將該糾紛提交仲裁，亦可向有管轄權之人民法院起訴。

仲裁所具有之法律特性，包括（1）自主性：即當爭議產生後，是否提交仲裁解決，以及仲裁機構、仲裁地點、仲裁庭組成、仲裁適用程序規則等，均由雙方當事人在自由意志之基礎上合意確定；（2）經濟性：雙方當事人發生爭議，就可按照事先之約定選定仲裁員，且仲裁員對爭議問題經一定調查即可裁定，又在一定請求金額上，仲裁費用較訴訟費用低；（3）強制性：雖仲裁機構為民間自治組織，但仲裁解決法律爭議之合法性經確定後，其仲裁裁決不僅具有法律效力且賦予強制力，以保證裁決之適當執行。如一方當事人不履行仲裁裁決，另一方當事人得依法向被執行人住所地，或是被執行財產所在地之中級人民法院申請強制執行（仲裁法第 62 條）；（4）國際性：當事人選擇仲裁機構、仲裁員不受國籍之限制，且加入聯合國於 1958 年 6 月在國際商事仲裁會議所簽署之「承認及執行

¹⁴⁴ 1994 年 8 月 31 日中華人民共和國主席令第 31 號。

外國仲裁裁決公約（Convention of the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitration Awards）」¹⁴⁵後，其仲裁裁決可在參與國家及地區取得強制執行¹⁴⁶。前述特性均提升仲裁在解決糾紛途徑之地位。

當然仲裁範圍有一定之限制，雖平等主體之公民、法人及其他組織間所發生契約糾紛（包括當事人因契約是否成立、契約成立時間、契約內容解釋、契約履行、違約責任及契約變更、轉讓、解除、終止等發生之爭議）與其他財產權益（為契約關係以外具有財產內容之糾紛，包括房地產權、智慧產權等）糾紛，可以仲裁，但有關婚姻、收養、監護、扶養、繼承糾紛，以及依法應由行政機關處理之行政爭議者，不能仲裁（仲裁法第 2 條及第 3 條）。中國大陸商業銀行辦理貸款業務時，會與借款人協商達成仲裁協議，並在契約上約定仲裁條款，包括適用之仲裁規則、仲裁機構之選定、仲裁員之委任等，如債務人發生到期或逾期無法還款之違約情事，債權人得依約提交仲裁申請書（包括仲裁請求、敘述事由）、仲裁協議（契約已約定仲裁條款，未約定者，雙方當事人可於爭議發生後約定仲裁協議）及相關證明文件，向所在地仲裁機構申請仲裁。前述仲裁規則係各地仲裁機構依據《仲裁法》及其他相關法律規定，制定為保護當事人之合法權益，以合理解決民商事爭議或糾紛之規則。

而在債權人提交仲裁立案要件申請仲裁後，仲裁機構受理案件即進入選定仲裁員並組成仲裁庭之程序，審理期間因各仲裁機構所依仲裁規則有所不同，一般應在仲裁庭組成後 4 個月至 6 個月內作出仲裁裁決（詳見圖 3-2）。如對裁決書中之文字、計算錯誤或仲裁庭已裁決但裁決書有遺漏事項，仲裁庭應補正，當事人收到裁決書之日起 30 日內，可請求仲裁庭補正。而當事人提出證據證明仲裁裁決有《仲裁法》第 58 條規定的情形之一者，包括（1）沒有仲裁協議；（2）裁決事項不屬於仲裁協議範圍或仲裁委員會無權仲裁；（3）仲裁庭組成或仲裁程序違反法律規定；（4）裁決所依據之證據屬於偽造；（5）對方當事人隱瞞足以影響公正裁決之證據；（6）仲裁員在仲裁期間存在索賄受賄、徇私舞弊及枉法裁決之行

¹⁴⁵ 中國大陸於 1987 年 1 月 22 日簽署。

¹⁴⁶ 參閱宋朝武，仲裁法學，北京大學出版社，2013 年 11 月，第 1-3 頁。

為者，可向中級人民法院申請撤銷仲裁裁決。又一方當事人向人民法院申請執行仲裁裁決時，另一方當事人提出證據證明仲裁裁決如有《民事訴訟法》第 237 條第 2 項規定的情形之一者，可向執行法院提出不予執行仲裁裁決之抗辯。不予執行仲裁裁決之裁定，僅對仲裁裁決執行力之否定，而非對其效力之全部否定，而仲裁裁決依法裁定撤銷後，其法律效力溯及既往消滅，當事人間之糾紛回到仲裁前未解決之狀態。

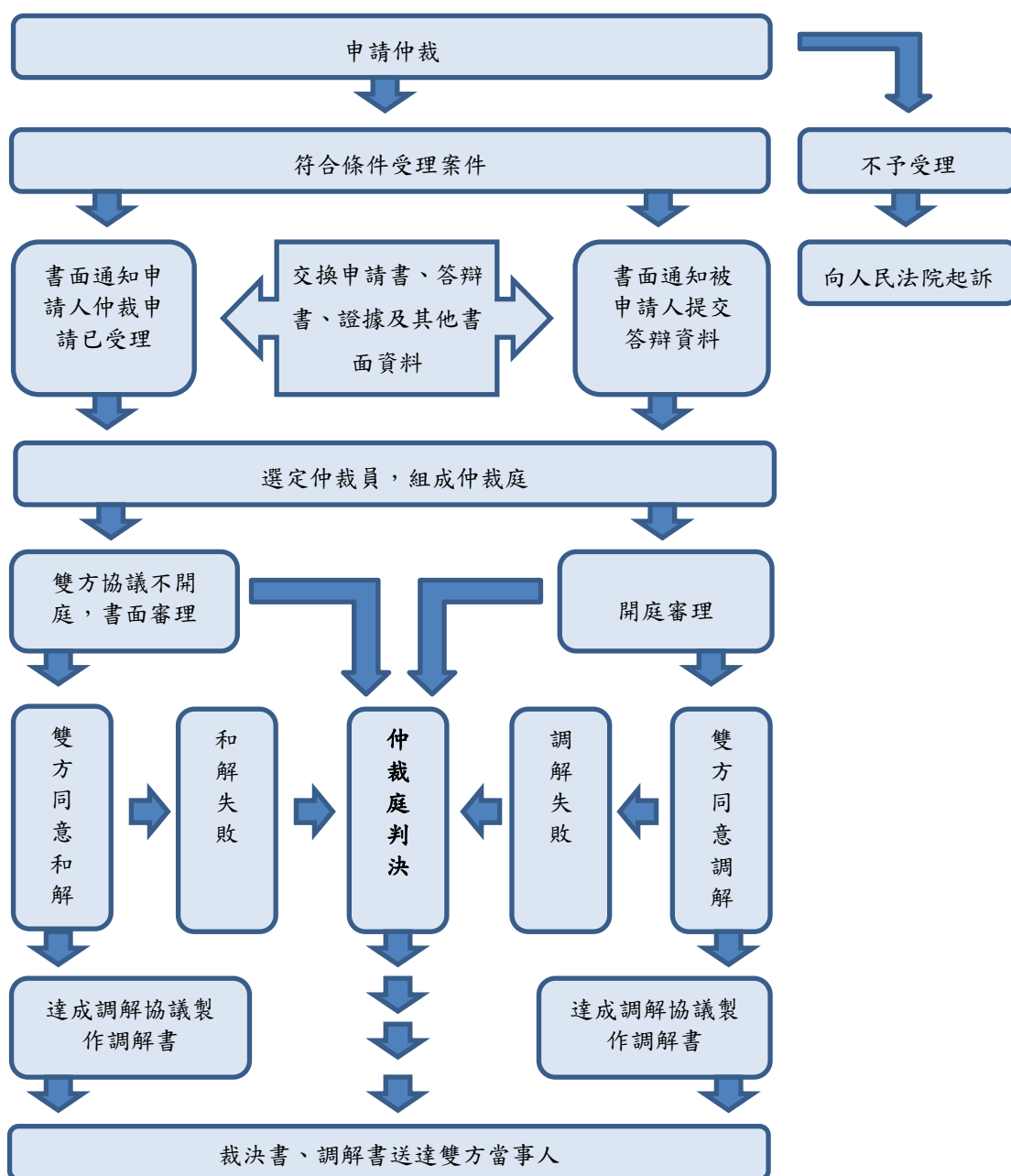


圖 3-2：中國大陸仲裁案件審理流程

因仲裁裁決作出後須交由人民法院進行執程序，人民法院在收到當事人申請撤銷仲裁裁決，或是被執行人提出不予執行仲裁裁決申請時，須依法組成合議庭審理當事人或被執行人之申請，其中被執行人應負提供佐證資料之責任，並可視案件審理之需要，要求仲裁機構說明或調閱仲裁案卷，最終對原仲裁裁決作出撤銷、不予執行或駁回申請之裁定。應注意者，仲裁費係由案件受理費及處理費所組成，仲裁申請人應預交仲裁費再由敗訴當事人承擔。前述案件受理費及處理費係依據國務院辦公廳《仲裁委員會仲裁收費辦法》¹⁴⁷之規定，並經各仲裁機構所在地之價格管理部門核准後，制定仲裁案件仲裁費之收費標準（詳見表 3-7 及表 3-8）。所謂處理費包括勘驗鑑定費、誤餐費、交通費、文書處理費、仲裁人費等，但如仲裁機構所在地為經濟發展較佳或物價較高之地區，處理費收費標準相對較高。案件受理費及處理費係按爭議金額收取，而爭議金額以申請人請求金額為主，如請求金額與爭議金額不一致時，則視實際之爭議金額，爭議金額未確定者，收費標準由各地仲裁機構制定。事實上，各仲裁機構對仲裁費收取標準不一之情況，主要是因各級間距取高限、低限或中間值之問題。

表 3-7：北京仲裁委員會仲裁案件受理費收費標準（人民幣）

爭議金額	收費標準	案件受理費
1 千元以下（含）		100 元
1 千元~5 萬元	5%	100 元+爭議金額 1 千元以上的 5%
5 萬元~10 萬元	4%	2,550 元+爭議金額 5 萬元以上的 4%
10 萬元~20 萬元	3%	4,550 元+爭議金額 10 萬元以上的 3%
20 萬元~50 萬元	2%	7,550 元+爭議金額 20 萬元以上的 2%
50 萬元~100 萬元	1%	13,550 元+爭議金額 50 萬元以上的 1%
100 萬元以上	0.3%	18,550 元+爭議金額 100 萬元以上的 0.3%

資料來源：本研究整理自北京仲裁委員會案件受理費收費辦法。

表 3-8：北京仲裁委員會仲裁案件處理費收費標準（人民幣）

爭議金額	收費標準	案件受理費
20 萬以下（含）		5,000 元
20 萬~50 萬	2%	5,000 元+爭議金額 20 萬以上的 2%

¹⁴⁷ 國務院辦公廳 1995 年 7 月 28 日國辦發[1995]44 號。

50 萬~100 萬	1%	11,000 元+爭議金額 50 萬以上的 1%
100 萬~500 萬	0.4%	16,000 元+爭議金額 100 萬以上的 0.4%
500 萬~1,000 萬	0.3%	32,000 元+爭議金額 500 萬以上的 0.3%
1,000 萬~2,000 萬	0.25%	47,000 元+爭議金額 1,000 萬以上的 0.25%
2,000 萬~4,000 萬	0.2%	72,000 元+爭議金額 2,000 萬以上的 0.2%
4,000 萬以上	0.1%	112,000+爭議金額 4,000 萬以上的 0.1%

資料來源：本研究整理自北京仲裁委員會案件處理費收費辦法。

（三）公證債權文書

公證債權文書即經公證機構依公證程序公證之債權文書，其公證後具有強制執行效力。倘若對於公證機構依法賦予強制執行效力之債權文書，一方當事人不履行，對方當事人可向有管轄權之人民法院申請強制執行，且受申請之人民法院應當執行（民事訴訟法第 238 條第 1 項、公證法第 37 條第 1 項）。前述公證機構係依據《中華人民共和國公證法》¹⁴⁸之規定設置，並由司法局對其進行監督及指導，且不以營利為目的，獨立行使公證職能及承擔民事責任。公證費之收費標準係依據《公證服務收費管理辦法》¹⁴⁹之規定，再由國務院財政部門、價格主管部門會同國務院司法行政部門制定，一般為證明債權文書具有強制執行效力，即按照債務總額的 0.3%收費，而原債權文書業經公證者則按 0.1%收費。中國大陸商業銀行辦理中小企業貸款業務，多以公證文書保障銀行債權，但大型企業較不願與銀行協議公證，在發生債權糾紛時，仍以司法訴訟途徑解決爭議。

事實上，當公證債權文書具有強制執行效力後，有關銀行債權糾紛之訴訟審理案件大幅減少，特別是在廣東、河南、陝西等地人民法院對其大力支持，但在上海、北京、天津等地區，仍是以司法訴訟為中心。如發生債務人違約無力還款時，債權人可向公證機關申請「執行證書」，並持「公證書」、「執行證書」及相關證明文件向人民法院申請強制執行（詳見圖 3-3），而人民法院受理申請執行案件後，係依規定進行形式審查及實質審查，前者包括是否屬於我院管轄、是否超

¹⁴⁸ 2005 年 8 月 28 日中華人民共和國主席令第 39 號，2006 年 3 月 1 日起施行。

¹⁴⁹ 國家計劃委員會、司法部於 1997 年 3 月 3 日制定公佈。

出申請期限、相關檔是否備齊等，後者則包括債權債務關係是否真實發生、申請主體是否適格、是否願意受強制執行之承諾、是否存在損害他人合法權益或社會公共利益之情形、公證程序是否合法、公證文書內容是否明確等。而經人民法院審查後發現，如公證債權文書的確存在錯誤者，人民法院得裁定不予執行，並將裁定書送達雙方當事人及公證機構（民事訴訟法第 238 條第 2 項、公證法第 37 條第 2 項）。

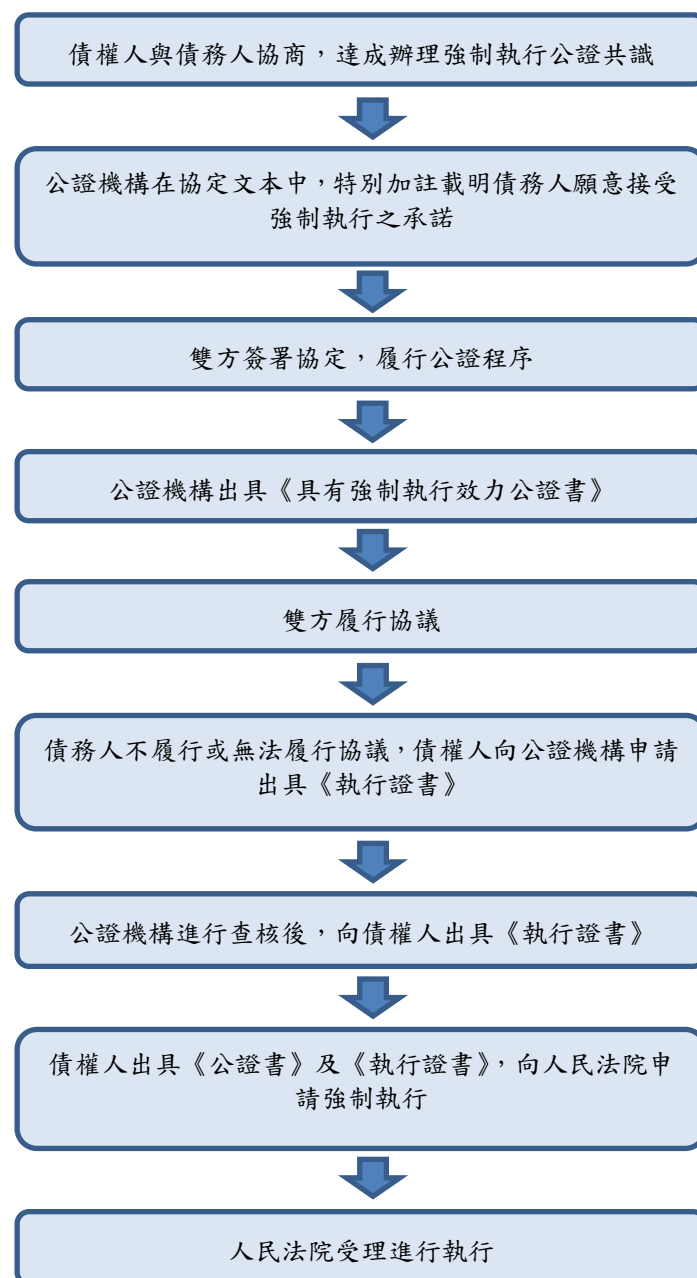


圖 3-3：中國大陸公證債權文書申請流程

應注意者，經強制執行公證之債權文書是否具有可訴性的法律問題，最高人民法院於 2008 年 12 月發布《關於當事人對具有強制執行效力的公證債權文書的內容有爭議提起訴訟人民法院是否受理問題的批復》。就債權人而言，賦予強制執行效力之公證債權文書，與法院生效判決、仲裁裁決具有同等法律效力，如再提起民事訴訟，當事人就同時取得公證債權文書及法院判決結果，如發生權利義務不一致之情形時，容易造成法院執行之混亂；再者，債權人不可訴有利於節省司法資源、提升司法效率及減少訴訟成本，並保護債務人之法律公平性。就債務人而言，由於公證債權文書具有強制執行效力之要件，即債務人願意接受依法強制之承諾，且避免債務人提起訴訟之目的，在於為對抗人民法院的強制執行、拖延還款期限。誠如前述，僅人民法院審查後認定公證債權文書確有錯誤，裁定不予執行時，當事人、利害關係人可就爭議內容向人民法院提起訴訟。

（四）強制執行程序

1、終局執行

綜前所述，不論是司法訴訟、金融仲裁或公證債權文書等途徑，最終均須進入強制執行程序，亦即已取得確定判決、裁決，或是賦有強制執行效力之公證債權文書等執行名義所為之終局執行（詳見圖 3-4）。前述之終局執行係依據《民事訴訟法》第三編「執行程序」之規定，發生法律效力之民事判決、裁定，當事人須履行，倘若一方拒絕履行，對方當事人可向人民法院申請執行（民事訴訟法第 236 條），且係由第一審人民法院或是與第一審人民法院同級之被執行財產所在地人民法院執行（民事訴訟法第 224 條），而人民法院應自收到申請執行書之日起六個月內執行，如超過六個月未執行，申請執行人可向上一級人民法院申請執行（民事訴訟法第 226 條）。如被執行人或被執行之財產在外地（異地執行），可委託當地人民法院代為執行，受託人民法院收到委託函件後須在十五日內開始執行，且執行完畢後應將執行結果及時函複委託人民法院；在三十日內未執行完畢，亦應將執行情況函告委託人民法院。但受託人民法院十五日內不執行，委託

人民法院則可請求受託人民法院之上級人民法院指令受託人民法院執行(民事訴訟法第 229 條第 1 款及第 2 款)。

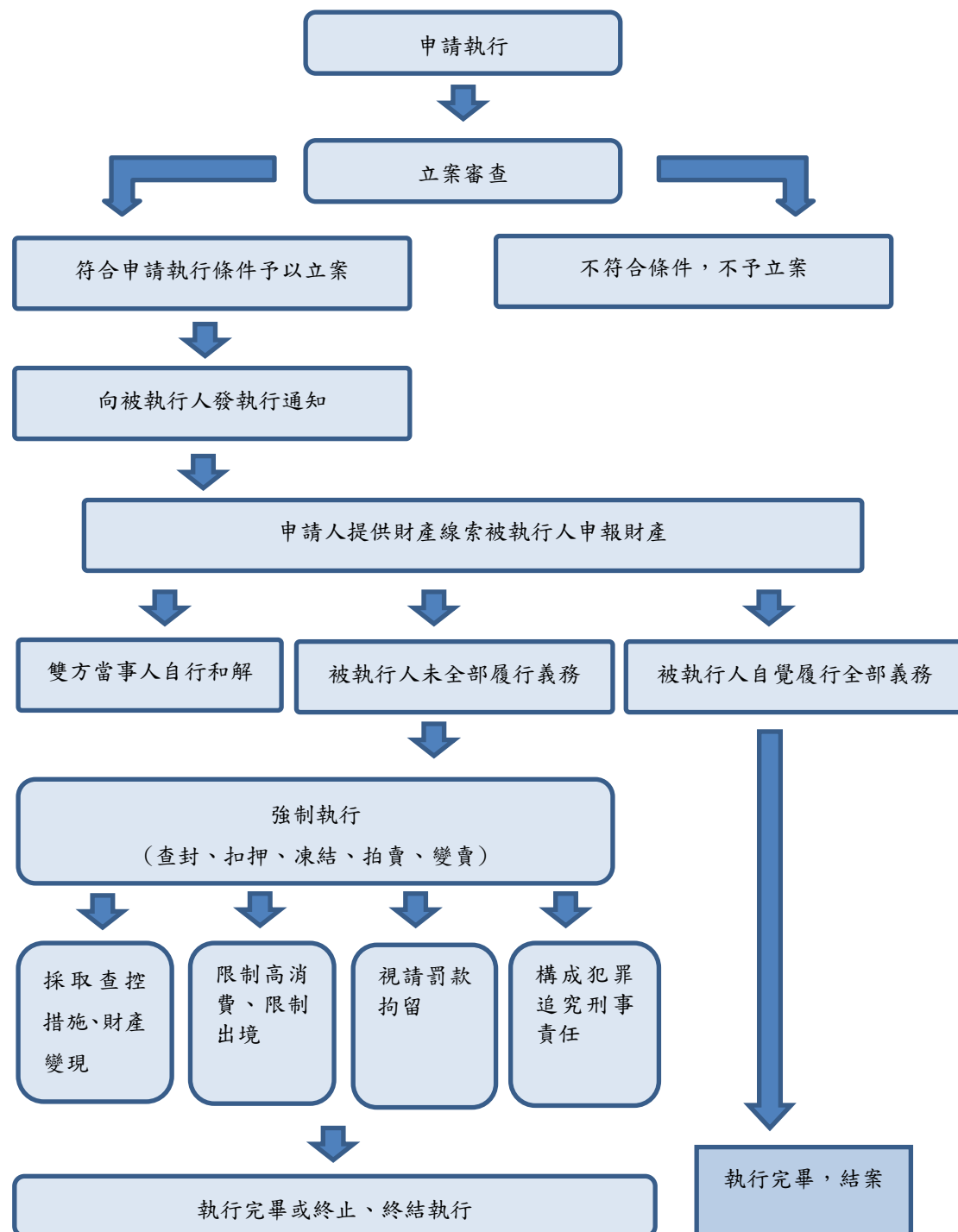


圖 3-4：中國大陸強制執执行程序流程

前述人民法院之六個月執行時間，不應計算執行中之公告、鑑定評估、管轄爭議處理、執行爭議協調、暫緩執行及中止執行等期間（《適用民事訴訟法執行程序若干問題的解釋》第 14 條¹⁵⁰），而申請執行期間係以二年為限¹⁵¹（民事訴訟法第 239 條）。基此，爭議案件進入強制執行程序至確定取回債權，需視執行之難易、公告及鑑定評估期間之長短等，正常情況可於六個月內執行完畢，但如遇被執行人財產鑑定不易、財產不足或名下無財產可供執行，甚有不可抗力因素（天災人禍、群眾鬧事）等問題，勢必將延長銀行債權之清收時間。在中國大陸法院體系中，上至最高人民法院下至地方人民法院均設有執行局，其中執行局又下設執行一庭、執行二庭及綜合科，綜合科裁決確定執行後，交由執行一庭或執行二庭辦理。當被執行人未按執行通知履行法律文書確定之義務，人民法院除有權向有關單位查詢被執行人之存款、債券、股票、基金份額等財產情況，並得根據不同情形扣押、凍結、劃撥、變價被執行人之財產外（民事訴訟法第 242 條），亦有權查封、扣押、凍結、拍賣、變賣被執行人應履行義務部分之財產（民事訴訟法第 244 條），惟不得超出被執行人應履行義務之範圍，且應保留被執行人及其所扶養家屬之生活必需品。實務上，申請執行人須提供被執行人財產來源等資訊後，再交由人民法院偵查是否有可供執之的財產，包括銀行存款、資金往來交易紀錄及用途、企業或個人稅務資料等。

有關申請執行應向人民法院提交之文件，包括（1）申請執行書：應載明申請執行之理由、執行標的，以及申請執行人所瞭解被執行人之財產狀況；（2）生效法律文書副本；（3）申請執行人之身份證明：如是公民個人申請，應出示居民身份證；法人申請應提交法人營業執照副本及法定代表人身份證明，而其他組織申請則應當提交營業執照副本及主要負責人身份證明；（4）繼承人或權利承受人申請執行，應提交繼承或承受權利之證明文件；（5）如是申請執行仲裁機構之仲裁裁決，應向人民法院提交有仲裁條款之合同書或仲裁協議書；（6）申請執行人

¹⁵⁰ 最高人民法院 2008 年 9 月 8 日法釋[2008]13 號。

¹⁵¹ 申請執行二年法定期間自生效法律文書規定履行期間之最後一日起計算；法律文書規定分期履行，從規定每次履行期間之最後一日起計算；法律文書未規定履行期間，從法律文書生效之日起計算。

可委託代理人代為申請執行，但須向人民法院提交經委託人簽字或蓋章之授權委託書；(7) 其他應提交之文件或證件，再繳交申請執行費用。前述申請執行費無需預先繳納，但人民法院在執行到位之首批執行款項後，將扣除人民法院依法應收取之執行費，其繳費標準如執行金額或價額在一萬元以下，每件 50 元；一萬元至五十萬元，按執行金額或價額的 0.5%；超過五十萬元以上，則是按執行金額或價額的 0.1%再加計一定金額，如在執行過程中，人民法院收取執行所產生之實際支出費用（如交通費、住宿費等），應一併計算繳納。

應注意者，當事人、利害關係人及案外人如認為執行行為或標的違反法律規定時，可向人民法院以書面方式提起異議之訴，而人民法院應自收到書面異議之日起十五日內審查，如理由成立，裁定撤銷或改正標的之執行；理由不成立則裁定駁回（民事訴訟法第 225 條及第 227 條）。舉例來說，人民法院依確定判決執行扣押被告 A 名下之房產，惟該房產因買賣或贈與等行為，現由案外人 B 持有並實際使用，但未辦理過戶手續。案外人 B 向人民法院提起異議之訴後，如人民法院認定該房產仍屬被告 A 所有，並作出裁定駁回判決，案外人 B 可於裁定送達之日起十五日內向法院提起訴訟，以申請執行人及被告 A 為被告，提出相關證明文件，主張該房產為案外人 B 所有。此時，申請執行人（銀行）如認為被告 A 與案外人 B 所為之行為屬假買賣、假贈與而提出抗辯後，被告（債務人及案外人）負有舉證責任，應提出包括書面協議、資金交易往來流程等，且申請執行人可向司法鑑定中心對前揭書面協議申請鑑定，評估契約簽訂期間及本人簽名等是否屬實。此外，在執行過程中，被執行人向人民法院提供擔保，並經申請執行人同意，人民法院可決定暫緩執行及暫緩執行之期限，但被執行人逾期仍不履行，人民法院有權執行被執行人之擔保財產或擔保人之財產。

2、保全執行

在中國大陸實體法之保全，係依據《合同法》第 73 條及第 74 條所規定「代位權」及「撤銷權」之制度。而程序法上之保全，則是在《民事訴訟法》第九章規定「保全和先予執行」，不僅並無制定如我國「強制執行法」之法律規範，亦

無類似我國「民事訴訟法」第 538 條第 1 項「定暫時狀態之處分」之規定。惟應注意者，中國大陸在程序法中亦以「限制出境」之方式，作為其程序法之保全制度手段¹⁵²。就程序法上，在民事訴訟起訴前或訴訟程序進行中，人民法院對可能因當事人一方之行為或其他原因，使得判決難以執行或造成當事人其他損害之案件，根據對方當事人之申請，可裁定對其財產進行保全、責令其作出一定行為或禁止其作出一定行為（此規定類似我國假扣押、假處分之保全程序）；如當事人未提出申請，人民法院可在必要時裁定採取財產保全措施（民事訴訟法第 100 條第 1 項）。倘若利害關係人因情況緊急，不立即申請財產保全將使其合法權益受到難以彌補之損害，亦可在起訴前向人民法院申請採取財產保全措施（民事訴訟法第 101 條第 1 項）。前述申請人民法院須於四十八小時內作出裁定，並在裁定採取財產保全措施後立即執行。

應注意者，人民法院採取財產保全措施，可責令申請人提供擔保，如申請人不提供擔保則駁回其申請，且提供擔保之數額應相當於請求保全之數額（《關於適用民事訴訟法若干問題的意見》第 98 條¹⁵³）。然保全限於請求之範圍或與本案有關之財物，財產保全係採取查封、扣押、凍結或法律規定之其他方法；當人民法院保全財產後，應立即通知被保全財產之人，如財產已被查封、凍結者，則不得重複查封、凍結（民事訴訟法第 102 條及第 103 條）。惟對於需辦理過戶登記之財產，如債務人將其出賣予第三人，且第三人已支付全部價款並實際占有，但未辦理過戶登記手續，人民法院可對其查封、扣押、凍結；倘若第三人對此並無過失之情況下，且被執行人及其所扶養家屬所必需之居住房屋、生活物品等，人民法院不得查封、扣押及凍結（《關於人民法院民事執行中查封、扣押、凍結財產的規定》第 6 條、第 7 條及第 17 條¹⁵⁴）。

再者，如被執行人不履行法律文書確定之義務，人民法院可對其採取或通知有關單位協助採取限制出境，並在徵信系統記錄、透過媒體公布其不履行義務資

¹⁵² 參閱李永然、吳任偉，淺談兩岸財產保全制度，兩岸仲裁論文集，第 2 卷第 1 期，中華民國仲裁協會，2011 年 10 月。

¹⁵³ 最高人民法院 1992 年 7 月 14 日法發[1992]22 號。

¹⁵⁴ 最高人民法院 2004 年 11 月 4 日法釋[2004]15 號。

訊或法律規定之其他措施（民事訴訟法第 255 條）。前述所稱之限制出境係針對被執行人在不履行其法律文書確定之義務時，為防止其借出境之機逃避司法機關追究法律責任，造成境內之國家、集體或個人財產發生重大損失，所作屬民事保全規範之邊境控制措施。事實上，依據《外國人入境出境管理法》第 23 條及《公民出境入境管理法》第 8 條之規定，外國人及中國大陸公民如人民法院通知有未了結之民事案件，不准出境。而對涉外刑事案件之被告，以及人民法院認定之其他相關犯罪嫌疑人，可限制出境；對開庭審理案件時必須到庭之證人，亦可要求其暫緩出境。

（五）小結

在其他債權確保管道尚未出現前，司法訴訟一直是解決銀行債權爭議之有效途徑，但由於銀行債權處理不僅受外部總體經濟形勢之影響，亦限於現行法律規定及審理程序所制約，銀行體系與法院系統之溝通協調，對維護銀行債權、提升人民法院執行效率、打擊逃廢銀行債務行為等均有所助益。事實上，除最高人民法院發布關於維護金融債權、化解金融風險、審理借貸案件之指導意見外，各地人民法院亦與當地銀行業協會及銀行機構合作，建立一系列交流合作機制，包括銀法對話平台、司法協助查控窗口、金融司法環境建設聯席會議等，例如地方人民法院將在司法實務上所發現普遍存在之經營風險，定期提供銀行參考，發揮預警作用及對策建議功能，協助金融機構查堵漏洞、防範風險。此外，亦有人民法院建立金融專家諮詢庫提供金融實務諮詢，增進各級人民法院在審理金融爭議案件之專業性。應注意者，查最高人民法院民事審判第二庭 2014 年工作要點，其一即是依法妥善審理金融借款、票據等傳統銀行類金融案件，並及時研究適時調整有關金融借款、企業間借款合同之法律適用問題及司法政策。綜前所述，儘管在金融不斷創新、法律法規日益革新之環境下，人民法院均得以藉由前述合作機制取得協助，惟法院日常審理案件量龐大，一時間無法立即因應跟進。

由於訴訟在過去為高成本之糾紛解決機制，訴訟當事人可能須承擔訴訟程序複雜、訴訟過程延遲、訴訟費用昂貴、訴訟結果不確定等問題。誠如前述，《仲

裁法》自 1995 年 9 月正式施行，於 2009 年 8 月經全國人民大會通過修正後，將國內仲裁及涉外仲裁統一為民間性協議仲裁，而各地仲裁機構依據《仲裁法》制定相應之仲裁規則。然因仲裁機關為官方機構亦是自治組織，其裁決具有強制力，惟仲裁機構並未如同人民法院配置法警，倘若遇群眾騷擾滋事可能影響仲裁進行，使得雖須於仲裁規則規定期限內作出裁決，但有可能再延期，且仲裁之執法環境不可抗力因素較多，包括仲裁員素質或專業水準良莠不齊等因素，以致銀行較少運用仲裁機制解決金融爭議案件。實務上，銀行可能選擇仲裁解決債權糾紛之原因，包括（1）部分省（市）銀行協會及銀行與仲裁機構共同簽立合作意向書，挑選特定貸款業務（住房按揭、小微企業貸款）在借款合同中加註約定仲裁條款；（2）由於仲裁程序相對靈活，銀行為儘快取得執行名義以實現債權（當事人雙方已達成協議且仲裁人在場，最快可當天立案明天結案）；（3）當銀行貸款供不應求時具有主導權，直接在借款合同與當事人約定仲裁條款（銀行說了算，店大欺客）。

應注意者，不論運用司法訴訟或金融仲裁解決糾紛，均須向受理機構預先繳納費用，其是以爭議金額作為收費計算基礎，儘管仲裁費用較法院訴訟第一審案件受理費高（詳見表 3-9），但如案件爭議金額越大，被告提起上訴進入第二審之可能性越高，須再按照不服一審判決部分之上訴請求金額交納案件受理費，此時仲裁費用之負擔較訴訟成本為低。再者，仲裁費用之仲裁案件處理費，其項目包括勘驗鑑定費、誤餐費、交通費、文書處理費、仲裁人費等，如同訴訟費用中所提相關人士因出庭而發生之交通費、住宿費、生活費及誤工補貼等，並未計入案件受理費一併交納。此外，在法院訴訟過程中，因鑑定、公告、勘驗、翻譯、評估、拍賣、變賣、倉儲、保管、運輸、船舶監管等事由發生，依法應由當事人負擔該費用，倘若再加上代為處理訴訟之律師聘用費，該糾紛案件審結後所應交納之訴訟費用，勢必相當可觀。申言之，當爭議金額較低，或是法律事實明確、權利義務清楚，可在第一審審結之案件，應善用法院訴訟解決爭議；反之，則應尋求仲裁之方式因應。

表 3-9：仲裁費與法院案件受理費之比較（人民幣元）

爭議金額	國際經濟貿易仲裁委 仲裁費	北京仲裁委 仲裁費	上海仲裁委 仲裁費	法院案件受理費 (一、二審)
10 萬元	15,000	9,550	7,550	4,600
50 萬元	17,500	24,550	20,150	17,600
100 萬元	25,000	34,550	30,150	27,600
500 萬元	52,000	62,550	66,150	93,600
1,000 萬元	82,000	95,550	106,150	163,600
2,000 萬元	142,000	147,550	176,150	283,600

資料來源：本研究整理。

三、借款企業互保聯保制度之問題

（一）起源

互保是企業間對等為他方提供保證擔保，當一方無法償還銀行債務時，另一方須承擔連帶還款責任，而聯保則是多家企業相互擔保，形成數個債務人與債權人間複雜債權債務關係之擔保行為¹⁵⁵。事實上，互保聯保模式在中國大陸最早被用於農戶間之貸款擔保，早期中國農業銀行為扶持農村經濟發展，因應農戶需求所推出之貸款方式。由於農戶缺少抵押物，銀行為控制風險，要求農戶在貸款時請他家農戶或數家農戶為其提供擔保，一旦發生無法貸款之情況，其他農戶承擔還款連帶責任，但當時各家農戶貸款金額較小，皆在銀行可承受範圍內。而互保聯保運用在中小企業範圍後，特別是在浙江溫州一帶，仍因抵押物不足擔保，多數企業無法取得銀行貸款，僅得透過互保聯保方式解決融資問題。

（二）企業運用

實務上，保證貸款如由兩企業間對等承擔保證責任，稱之為互保，即甲乙兩企業間互相提供擔保以取得銀行貸款。互保類型一是擔保雙方簽訂互保協定，約定在一定金額範圍及期限內之擔保事項；二是未簽訂互保協定，但在不同時間為

¹⁵⁵ 參閱溫信祥，央行官員談江浙互保危機，中國貿易金融網，2014 年 6 月 16 日，最後瀏覽日：2014 年 6 月 30 日。http://www.sinotf.com/GB/News/1001/2014-06-16/wOMDAwMDE3NjAwOA.html

對方提供不同期限及金額之擔保。再者，所謂聯保是指三家或三家以上企業自願互相擔保，如其中一家企業向銀行申請貸款後，其他聯保成員根據合同約定承擔還款連帶責任¹⁵⁶（詳見圖 3-5）。換言之，企業互聯保貸款雖名為擔保貸款，但實為無擔保之信用貸款。該制度設計是銀行為透過熟悉且有往來關係之客戶，將信用延伸至往來關係較弱或尚未往來之客戶，解決資訊不對稱問題，但同一企業可能在不同銀行參與不同聯保圈，風險並未充分揭露。特別是在整體經濟存在下行風險時，多數企業處於停產或半停產階段，銀行為確保債權開始對企業進行抽貸或縮貸等限制性融資，再加上民間借貸市場因資金問題不願出借，以致在諸多因素衝擊之下，最終造成企業擔保鏈或融資鏈斷裂。

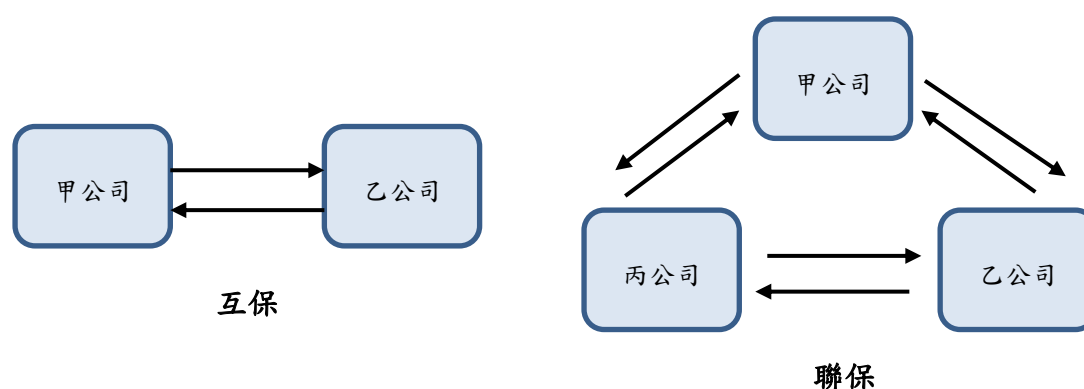


圖 3-5：企業互保聯保關係示意圖

（三）實務問題

就法理上，商業銀行開展信貸業務，應對借款人借款用途、償還能力、還款方式等情況進行嚴格審查，並要求借款人提供擔保（商業銀行法第 7 條第 1 項及第 36 條）。如借款人以保證人作為債權之擔保，保證人與債權人應以書面形式訂立保證合同，並可就單個主合同分別訂立保證合同，雙方亦可協議在最高債權額限度內，就一定期間連續發生之借款合同訂立一個保證合同，同時約定保證方式及期間等範圍（擔保法第 13 條及第 14 條）。換言之，借款人在互保聯保期間內

¹⁵⁶ 參閱董克清，上市公司互保、連環互保問題與商業銀行債權安全，金融管理與研究，2013 年 02 期，2013 年 2 月。

貸款，且貸款額度並未超過互保聯保協議所約定之金額時，保證人應負有連帶清償債務之責。應注意者，實務上，上市公司或大型集團法人亦會運用互保聯保行為滿足融資需求，由於上市公司具有優質之經營能力、較佳之商譽或信譽，為銀行爭搶之頂層黃金客群，而銀行僅要求上市公司提供保證擔保即可，以致可能取得超額貸款，形成超額擔保之信貸風險。

然現行對上市公司互保聯保行為缺乏法律意義上之界定，僅有證監會分別於2000年6月及2003年8月發布的《關於上市公司為他人提供擔保有關問題的通知》¹⁵⁷、《關於規範上市公司與關聯方資金往來及上市公司對外擔保若干問題的通知》¹⁵⁸，以及於2006年1月開始執行的《關於規範上市公司對外擔保行為的通知》¹⁵⁹等部門規章，但尚未就互保聯保行為之合法性、有效性及擔保方與被擔保方間之關係等作明確細則規定，監管效果不彰¹⁶⁰。惟不容置疑地，由於單一中小企業存在規模較小、信用條件較弱等問題，透過互保聯保組合增強信用，建立擔保圈進行融資，企業可籌集足夠資金投資用於擴大經營，對其發展具有一定程度之貢獻。另一方面，為因應互保聯保所帶來之風險，地方政府應擔任危機救助角色，並採取相應措施加以化解風險。

（四）最新規範

鑒於擔保圈問題引發貸款風險大量曝露，影響銀行信貸資產之安全性，為此中國銀監會於2014年7月28日下發《關於加強企業擔保圈貸款風險防範和化解工作的通知》¹⁶¹，以防範個體風險可能引發之連鎖效應。該通知要求金融機構應改變銀行貸款風險管理中，減少過度依賴抵押、擔保等第二還款來源，將企業第一還款來源視為授信額度控制及貸後管理之首重要件，並加強對企業互保聯保業務之准入管理，包括就聯保貸款來說，企業對外擔保限額不得超過其淨資產，且除農戶擔保貸款外，每家企業擔保客戶不超過五家。再者，對已出現風險之擔保

¹⁵⁷ 中國證券監督管理委員會2000年6月6日證監公司字[2000]第61號，已於2010年廢止。

¹⁵⁸ 中國證券監督管理委員會2003年8月28日證監發[2003]56號。

¹⁵⁹ 中國證券監督管理委員會2005年11月14日證監發[2005]120號。

¹⁶⁰ 同註156。

¹⁶¹ 中國銀行監督管理委員會2014年7月28日銀監辦發[2014]214號。

貸款，應由主債權銀行成立擔保貸款債權人委員會，建立債權銀行間之協調會商機制，同時建構全面之風險預警機制，加強對企業擔保貸款之日常監測。

應注意者，倘若發生資金鏈緊張之企業係屬戰略新興、節能環保等國家政策支持產業，或是具有市場及客戶、核心競爭力、科技含量之企業，債權銀行不應強行要求其立即償還所有債務，應先協助企業渡過難關，以期最大限度地保全銀行債權。其次，中國銀監會要求銀行應於 2014 年 10 月底前完成風險排查，並及時向該屬地銀監部門報告排查結果及高風險客戶之風險處置。前述所謂之風險排查係銀行按照企業爆發風險之可能性及損失大小，實施名單式管理，將客戶分為高、中、低風險三類進行排序篩查，逐戶制定變更承債主體、調整貸款期限、優化擔保結構等預案。

四、台資銀行辦理中國大陸台資企業貸款之實務問題

（一）台資銀行辦理貸款業務之實務現況

台灣銀行業得以國際金融業務分行（OBU）及其海外分支機構辦理外幣授信業務，該授信對象包括國內法人、中國大陸地區法人及其以外之海外法人，惟前述所稱之台灣銀行業海外分支機構不含設立於境外之子銀行（臺灣地區銀行對大陸地區之授信、投資及資金拆存總額度計算方法說明第 4 條第 1 款¹⁶²），其中對中國大陸地區之授信、投資及資金拆存總額度，不得超過其上年度決算後淨值之一倍（臺灣地區銀行對大陸地區之授信、投資及資金拆存總額度計算方法說明第 3 條¹⁶³），而 OBU 及海外分支機構直接對中國大陸台商之授信總餘額方面，在加計 OBU 及海外分支機構對第三地區法人授信且授信資金及額度轉供中國大陸台

¹⁶²（一）臺灣地區銀行：指依我國銀行法組織登記之銀行（不含外國銀行在臺分行、臺灣地區銀行及金融控股公司設立於境外之子銀行）及其設立於境內外之分支行（含 DBU、OBU、第三地區分支行、大陸地區分支行）。

¹⁶³所稱之「上年度決算後淨值」應以銀行本行上一會計年度經股東會承認之盈餘分配後淨值為準；無股東會者，以董（理）事會通過為準；在未完成上開程序前，以最近一次經完成上開程序之盈餘分配後淨值為準。

商使用後之總餘額，不得超過 OBU 及海外分支機構上年度決算後資產淨額合計數之 30%，其中無擔保授信部分不得逾 10%，但短期貿易融資及國際聯貸之餘額，得免予計入（臺灣地區與大陸地區金融業務往來及投資許可管理辦法第 12 條第 1 項）。

在風險移轉方面，如擔保債權取具之保證或擔保品符合一定條件且為足額擔保者，得免予計入對中國大陸地區之授信金額（臺灣地區銀行對大陸地區之授信、投資及資金拆存總額度計算方法說明第 8 條¹⁶⁴）。事實上，當 OBU 及海外分支機構辦理外幣授信業務，得以授信戶持有本人或他人於境外分行、OBU 或指定辦理外匯業務銀行（DBU）之外幣定存單為擔保品（銀行辦理外幣授信得徵提之擔保品規定第 2 點）¹⁶⁵，但如有涉及收受新台幣擔保品事宜，應依中央銀行外匯局 96 年 7 月 11 日台央外拾壹字第 0960031438 號函辦理¹⁶⁶，而本國銀行海外分支機構（含中國大陸地區分行）如有前述情事者亦同。此外，台灣銀行業亦可在中國大陸以其在陸分支機構經營台資企業人民幣授信業務，即依據《外資銀行

¹⁶⁴ 擔保債權取具之保證或擔保品符合下列條件且為足額擔保者，免予計入對大陸地區之授信及投資金額（同一債權得按保證人、擔保品押值或價值比例計算）；另已排除計入之短期貿易融資所取具之保證或擔保品不得再計入風險移轉：（一）保證：保證人或信用保障提供人屬下列之一者，且保證之效果應直接、明確、不可撤銷及無條件：1.國際清算銀行、國際貨幣基金、歐洲中央銀行、歐洲聯盟、大陸地區以外債信良好之國家或地區之中央政府或中央銀行。2.國內信用保證機構（如財團法人海外信用保證基金、中小企業信用保證基金、農業信用保證基金、原住民信用保證基金）及國際合作發展基金。3.符合下列所有條件之法人或機構：（1）經銀行內部評估認定信用品質不低於借款人且其信用不低於銀行內部信用評等排序前三分之一之借款人。（2）非屬大陸地區法人或其於第三地區設立之分支機構。（二）擔保：下列擔保品之抵押權或質權之有效期間完整覆蓋暴險期間，且持有及出售位於大陸地區以外之國家或地區：1.在貸款銀行之現金存款，包括定期存款或其他由貸款銀行發行之類似工具。2.黃金。3.臺灣地區中央或直轄市政府所發行之國庫券或公債。4.大陸地區以外債信良好之主權國家或非營利國營事業所發行之債務工具。5.符合下列所有條件之法人或機構所發行之非次順位債務工具（包含營業交易所發生之應收票據。如借款人之母公司不為保證人，但願意當額度本票發票人，再交由借款人背書，該本票屬銀行法第十五條第一項之商業票據者，即可列入）：（1）經銀行內部評估認定信用品質不低於借款人且其信用不低於銀行內部信用評等排序前三分之一之借款人。（2）非屬大陸地區法人或其於第三地區設立之分支機構。

¹⁶⁵ 金融監督管理委員會 2013 年 2 月 19 日金管銀外字第 10250000340 號令。

¹⁶⁶ 二、OBU 辦理外幣授信業務，得收受境內外股票、不動產或其他有關新臺幣資產作為擔保品或副擔保，於發生客戶違約未能還款，需處分境內股票、不動產或其他新臺幣資產時，所涉及新臺幣與外幣間之匯兌，得由其本國銀行總行或其外商銀行在台分行依「外匯收支或交易申報辦法」第 4 條第 1 項第 3 款或第 6 條規定辦理結匯。四、OBU 辦理涉及兩岸之外幣授信業務，其擔保品之收受，仍應依「臺灣地區與大陸地區金融業務往來許可辦法」相關規定辦理。

管理條例》¹⁶⁷、《中華人民共和國外資銀行管理條例實施細則》及《海峽兩岸經濟合作框架協定（ECFA）》之相關規定向中國銀監會提出申請，核准後得經營台資企業人民幣業務，並增撥人民幣營運資金。前述所稱之在陸分支機構均適用於分行及子銀行。

誠如前述，本研究係以在中國大陸設有分支據點（分行或子銀行）之台資銀行作為研究對象。就經營現況而言，台資銀行在中國大陸對當地企業（陸資、外資或台資）得辦理外幣授信業務，且另有六家台灣銀行業在陸分行可經營台資企業人民幣授信業務。據金管會銀行局統計，2014 年 8 月底本國銀行對中國大陸地區授信、投資及資金拆存總額 1.75 兆元新台幣，占本國銀行淨值 2.58 兆元新台幣的 0.68 倍，其中對陸資企業放款餘額 1,280 億元新台幣，共計 615 件，占本國銀行全體放款餘額 26.15 兆元新台幣的 0.49%。惟應注意者，前述對陸資企業放款餘額中，僅有 28%徵提擔保品，其他均為無擔保授信¹⁶⁸，雖本國銀行對陸資企業授信案中多屬大型企業聯貸案，個別銀行之承貸風險已有分散，且國際聯貸案授信實務是以授信對象之營收、現金流為考量，並由母公司及其關係企業提供連帶責任保證，或是請借款人開設備償專戶等，但就個別銀行對單一陸資企業授信而言，若無徵提全額合格擔保品，可能影響其債權保護。近期旭光高新、索力鞋業兩家陸資企業之聯貸案先後發生問題，該主辦及參與銀行應如何進行債權保全措施，將是我國主管機關應持續關切之重點，雖「提前到期，要求還款」為確保債權方法之一，但抽回銀根如恐影響企業正常營運，可能會受地方政府對保護實體經濟運行之窗口指導壓力。

此外，在台資銀行對台資企業授信方面，據金管會銀行局統計，2013 年本國銀行對中國大陸地區台商授信餘額達 505 億美元¹⁶⁹，且在 2014 年第一季本國

¹⁶⁷ 《中華人民共和國外資銀行管理條例》第 34 條第 1 項：「外資銀行營業性機構經營本條例第二十九條或者第三十一條規定業務範圍內的人民幣業務的，應當具備下列條件，並經國務院銀行業監督管理機構批准：（一）提出申請前在中華人民共和國境內開業 3 年以上；（二）提出申請前 2 年連續盈利；（三）國務院銀行業監督管理機構規定的其他審慎性條件。」

¹⁶⁸ 參閱聯合報，國銀對大陸曝險 8 月底達 1.75 兆元，2014 年 10 月 15 日。

¹⁶⁹ 本國銀行對大陸臺商之授信餘額，包括透過 OBU 及海外分支機構所為之（1）直接對大陸臺商授信；（2）對境外客戶辦理授信業務且授信額度或資金轉供大陸臺商使用。

銀行對台資企業放款總額為 691 億元新台幣。在風險移轉方面，主要是向申請融資之台資企業要求該公司負責人、台灣母公司及其負責人提供連帶保證，或是徵提合格擔保品（廠房、機器設備、銀行承兌匯票）。由前述可知，台資銀行在中國大陸經營所遭遇之問題，一是申貸企業是否具有足額之擔保品或保證人，二是企業徵信資訊散落於各處，尚未有一系統性資料庫可取得授信所需資料，三是未能實質掌握相關法律規範全貌之法律風險，且聘用外部法律顧問或延請當地律師所費不貲。應注意者，陸資銀行亦積極對台資企業予以融資協助，其中上海市政府台灣事務辦公室與中國大陸上海銀行已於 2014 年 6 月完成簽署第五輪《支持台資企業發展金融合作協議》，按照該協議內容，上海銀行將在未來兩年內為上海地區台資企業，提供總額度不低於 300 億元之綜合授信。事實上，上海銀行已累計提供台資企業融資授信逾 400 億元，其授信項目涵蓋貸款、貼現、貿易融資及保證函等各類表內外、本外幣融資，而授信對象則包括在上海地區之大中小型台資企業。

（二）涉台民事案件之管轄及法律適用

由於全球貿易自由化推動下，涉及境外法律糾紛之案件日益增加。如因合同或其他財產權益而提起訴訟之涉外糾紛，須滿足以下條件之一，中國大陸人民法院始得具有管轄權，包括合同簽訂或履行、訴訟標的、被告可供扣押之財產及被告代表機構等在中國大陸境內（民事訴訟法第 265 條）。惟當事人在中國大陸境內設有代表機構或居所時，對法人或其他組織提起之民事訴訟，由被告住所地人民法院管轄，又同一訴訟之數個被告住所地、經常居住地在兩個以上人民法院轄區，各該人民法院均具有管轄權（民事訴訟法第 21 條第 2 項及第 3 項）。其中因合同、保險合同及票據等糾紛所提起之訴訟，由被告住所地或合同履行地、保險標的物所在地、票據支付地之人民法院管轄（民事訴訟法第 23 條、第 24 條及第 25 條）。應注意者，在司法實務上，中國大陸人民法院審理涉台案件時，通常避免法律適用問題，改以兩岸承認及執行判決解決爭議。例如台資銀行 A 與台資企業 B 簽訂借貸合同，且以該企業台灣母公司 C 作為 B 之連帶保證人，到期時台資企業 B 無法償還債務，中國大陸人民法院經審理並作出判決，如 B 在中

中國大陸財產不足清償時，台資銀行 A 可向台灣法院申請承認及執行中國大陸人民法院之判決，如取得台灣法院支持後，即可執行 C 在台灣財產。

申言之，當事人雙方簽訂保證合同時，可視情況約定由中國大陸地方法院或台灣法院管轄，且如保證合同約定適用台灣法院管轄條款，須經台灣律師審核其適法性及可行性，惟不得在合同中，同時約定可向仲裁機構申請仲裁及人民法院起訴¹⁷⁰，以避免仲裁條款無效。應注意者，合同或其他財產權益糾紛之當事人可書面協議選擇被告住所地、合同履行地、合同簽訂地、原告住所地、標的物所在地等與爭議有實際聯繫地點之人民法院管轄，但不得違反民事訴訟法有關級別及專屬管轄權之規定（民事訴訟法第 34 條）。此外，有關徵提中國大陸境內擔保品擔保境外債權之問題，須受外匯管制法令之嚴格規範。原則上，為第三人之債務提供對外擔保（包括提供保證、或提供擔保品設定抵押權或質權）須逐筆向當地外匯局申請核准，該核准有效期間 6 個月；逾 6 個月未完成對外擔保之提供，則須重新申請核准。對外擔保契約簽訂後十五日內，應向當地外匯局辦理對外擔保登記；如未登記者，擔保權利無效，倘若擔保人被要求履行擔保義務時，則應向外匯局申請對外擔保履約核准。實務上，債務人如以自己境內財產對境外債務提供擔保時，不須申請對外擔保核准及擔保登記，但應辦理外債登記，且在須處分擔保品用以清償所擔保債務時，仍應向外匯局申請對外擔保之履約核准。

五、跨境擔保融資與銀行債權實現之問題

（一）法律規範改革

為規範跨境擔保項下收支行為，國家外匯管理局於 2014 年 5 月以《關於發布〈跨境擔保外匯管理規定〉的通知》¹⁷¹，公布《跨境擔保外匯管理規定》及其操作指引，該規定除大幅縮小跨境擔保之數量控制及登記範圍外，並將事前審批

¹⁷⁰ 《關於適用〈中華人民共和國仲裁法〉若干問題的解釋》第 7 條規定：「當事人約定爭議可以向仲裁機構申請仲裁也可以向人民法院起訴的，仲裁協議無效。但一方向仲裁機構申請仲裁，另一方未在仲裁法第二十條第二款規定期間內提出異議的除外。」

¹⁷¹ 國家外匯管理局 2014 年 5 月 12 日匯發[2014]29 號。

轉為事後監管，在此前涉及跨境擔保外匯管理之法規，包括《境內機構對外擔保管理辦法》¹⁷²、《境內機構對外擔保管理辦法實施細則》¹⁷³、《關於境內機構對外擔保管理問題的通知》¹⁷⁴及《關於發佈〈外債登記管理辦法〉的通知》¹⁷⁵。事實上，前述法規頒布之初，發揮規範對外擔保行為及加強對外擔保管理之作用，然隨中國大陸涉外經濟及國際收支交易規模之擴大成長，跨境擔保行為亦日趨多元複雜，前開法規僅涵蓋對外擔保及外保內貸，未涉及其他類型之跨境擔保，已無法滿足當前市場發展需求，遂在前期充分調研及徵求意見之基礎上，國家外匯管理局適時頒布新規，以利於跨境擔保活動之進行。

（二）內保外貸及外保內貸之概念

前述規定及操作指引將跨境擔保分為內保外貸、外保內貸及其他形式跨境擔保等三類，並以此作為區分不同跨境擔保管理方式之主要標準。所謂內保外貸即提供擔保之一方為在中國大陸境內註冊之機構，而受擔保之債權人與實際負債之債務人均為在中國大陸境外註冊之機構，該擔保形式常見於中國大陸境內母公司為其在境外子公司之貸款提供各項擔保。在法理上，擔保人為銀行，由擔保人以書面形式或其他方式向外匯管理局報送內保外貸業務之相關資料（跨境擔保外匯管理規定第9條第2項）辦理登記，但該登記不作實質審核，經外匯管理局登記之內保外貸業務，當擔保履約事實發生，擔保人可自行辦理，且擔保履約後應辦理對外債權登記。應注意者，此前之內保外貸業務須計入銀行對外擔保額度，但在29號文於2014年6月1日生效實施後，即取消計入對外擔保額度之規定，利於台資銀行承作該項業務之空間。惟境外債務人不得以向境內進行借貸、股權投資或證券投資等方式將擔保項下資金直接或間接調回境內使用（跨境擔保外匯管理規定第11條），擔保項下資金亦不得直接或間接用於獲得境外標的公司，且該標的公司50%以上資產在境內之股權。

再者，所謂外保內貸即擔保人為在中國大陸境外註冊之機構，債權人則為中

¹⁷² 中國人民銀行 1996 年 9 月 25 日銀發[1996]302 號。

¹⁷³ 國家外匯管理局 1997 年 12 月 11 日匯政發字第 10 號，自 2014 年 5 月 12 日起廢止。

¹⁷⁴ 國家外匯管理局 2010 年 7 月 30 日匯發[2010]39 號。

¹⁷⁵ 國家外匯管理局 2012 年匯發[2012]19 號。

中國大陸境內註冊之金融機構，債務人須是在中國大陸境內註冊之非金融機構，該擔保形式常見於在中國大陸境外註冊之母公司為其在境內子公司向境內之銀行取得人民幣或外幣貸款（委託貸款除外）所提供之各項擔保。境內債務人從事外保內貸業務，由發放貸款或提供授信額度之境內債權人，向外匯管理局定期報送外保內貸業務之相關資料（跨境擔保外匯管理規定第 18 條），且在 29 號文生效實施後，由原按簽約額改為按履約額納入外債管理，亦即該外保內貸業務不再計入企業外債額度，直至企業發生呆帳而境外機構須履行擔保義務時，始改由債務人辦理外債登記。應注意者，境內債務人如是因外保內貸項下擔保履約形成之對外負債，但其未償本金餘額若未超過其上年度經審計之淨資產數額，則不占用原有外債額度（投注差），如超過部分無外債額度可用，須按未經批准擅自對外借款處以罰則。此外，在實務上，中國大陸台資企業向陸資銀行申請人民幣或外幣授信時，以台灣母公司負責人作連帶擔保責任之保證人，或者提供台灣地區銀行簽發之擔保信用狀，亦屬「外保內貸」之範圍，當然台灣地區銀行開立擔保信用狀時，應要求台灣母公司提供擔保品，以確保債權。

（三）可能潛在風險及其應注意事項

近年在人民幣升值預期及境內外融資成本存在差異之情況下，少數企業以內保外貸業務賺取境內外利差及匯差，如將境外貸款調入內地結匯，重複向銀行辦理內保外貸，或將境外貸款用於支付進口貨款，借助境內外人民幣成本價差並配合境外人民幣 NDF 等金融工具，獲取人民幣升值之交易利得及匯差。再者，由於擔保與貸款具有境內外分離之特性，使得資金運用存在跨境間調撥問題，如外保內貸業務之資金流向房地產企業，增加銀行對貸款資金流向及貸後管理之不確定性。而在 29 號文生效實施後，明確「內保外貸」業務項下之資金，僅得用於債務人正常經營範圍內相關支出，不得用於支持債務人從事正常業務範圍外業務活動，亦不得從事虛構貿易行為進行套利或是其他投機性交易。其中該規定特別之處在於「內保外貸」項下資金用途，修訂為「未經外匯局批准，不得回流」之字樣。事實上，不論內保外貸或外保內貸，均須在風險控管前提下為之。

應注意者，陸資企業（包括台資企業）以陸資銀行核發之保證函，向台資銀行或外資銀行申請人民幣或外幣授信，該業務亦即所稱之「內保外貸」，我國主管機關考量「內保外貸」業務，借款人雖取具中國大陸地區銀行之擔保信用狀向台灣地區銀行借款¹⁷⁶，但實質上借款人所負之違約風險，仍由中國大陸地區法人承擔，亦即對中國大陸地區之曝險。就風險移轉效果而言，擔保債權取具之保證或擔保品，須達一定評等且信用保障提供人須非屬中國大陸地區法人或其於第三地區設立之分支機構（臺灣地區銀行對大陸地區之授信、投資及資金拆存總額度計算方法說明第 8 條）。由於中國大陸地區銀行開立之擔保信用狀非屬上開計算方法說明之合格風險移轉工具，為符合對該地區風險控管之精神，本國銀行在辦理「內保外貸」業務時，雖借款人非為「中國大陸地區人民、法人及其在第三地區設立之分支機構」，但仍應依據「臺灣地區銀行對大陸地區之授信、投資及資金拆存總額度計算方法說明」規定，計入對中國大陸地區之授信曝險。惟該等授信如屬短期貿易融資，得依計算方法說明規定，免予計入¹⁷⁷。

第三節 銀行債權催收實務常見之問題

債權催收為銀行貸款業務最後一個程序，屬於貸後管理相當重要之作業，順利與否關係銀行資金安全及權益實現。如債務人無法按借款契約約定還款，銀行應及時向債務人催收貸款，其因在於催收不僅是銀行執行債權之手法，亦可發揮中斷訴訟時效之作用¹⁷⁸。

一、企業發生逾期或無法還款之原因

銀行債權催收工作是由資產保全部門（催收部門）負責，正常催收流程即當

¹⁷⁶ 同註 162。

¹⁷⁷ 金融監督管理委員會 103 年 8 月 6 日金管銀法字第 10300182770 號函。

¹⁷⁸ 最高人民法院 2001 年 4 月 11 日法釋[2001]12 號，《關於審理涉及金融資產管理公司收購、管理、處置國有銀行不良貸款形成的資產的案件適用法律若干問題的規定》第 10 條：「債務人在債權轉讓協議、債權轉讓通知上簽章或者簽收債務催收通知的，訴訟時效中斷。原債權銀行在全國或者省級有影響的報紙上發佈的債權轉讓公告或通知中，有催收債務內容的，該公告或通知可以作為訴訟時效中斷證據。」

發現問題貸款時，先由貸款案件發起人親訪借款企業，並寄送到（逾）期貸款書面催收通知，如債務人仍無法履行還款義務，雙方當事人將進行債務協商（實務上因系統性風險而導致還款困難，可展期一次），協商合局所訂新還款方案須提報總行審核，倘若協商無法達成共識，債權人即依訴訟程序起訴債務人（交由法律事務部門負責）。實務上，借款企業發生逾期糾紛之原因，包括（1）企業本身經營不善或因多項轉投資造成資金鏈斷裂；（2）國家政策調整導致企業經營困難而無法還款，如國家重點產業發展政策不再大力支持煤焦化業，或因流動性緊縮對鋼貿業、房地產開發業、太陽能業發電等限制融資；（3）償債能力良好之借款企業為其他非關係企業提供擔保，協助其順利取得銀行融資，但如擔保鏈中任一家企業發生財務問題，該互保聯保制度可能拖累提供擔保之企業（稱為現代社會封建連坐制）；（4）企業在取得貸款後進行專案工程期間，須再申請其他貸款但銀行不予核貸，導致工程未能如期完成而造成經營不善；（5）銀行撥貸額度低於企業申請，使得企業未能善加利用而經營不善。

二、銀行執行債權催收之實務作法

（一）銀行催收逾期借款之常用方法

為提高債權催收之效果，中國大陸商業銀行在實務運作上之催收方式¹⁷⁹，包括（1）書面信函催收：對初次積欠貸款本息之借款人，銀行選擇對較溫和催收方法；（2）電話催收：對因資金周轉暫時困難或工作繁忙而造成善意拖欠，具有較好之催收效果，而對惡意拖欠者，可透過增加催收頻率及加重催收內容等提高影響力；（3）委託扣款催收：貸款銀行與借款人及其所在工作單位協議，委託借款人所任職單位代為扣收貸款本息；（4）具公信力協力廠商催收：對有償債能力但不願意償還貸款本息之借款人，銀行請求借款人所在工作單位、上級部門、黨組織等，採取合適方式轉達逾期貸款催收通知書，協助銀行催收貸款；（5）公告

¹⁷⁹ 參閱單少芳，大陸銀行債權催收程序及操作實務，台灣金融研訓院，2009年7月24日。

催收：對惡意拖欠貸款本息之借款人，銀行得依據中國人民銀行之《關於加強金融債權管理，建立防範和制裁逃廢金融債務行為制度的通知》¹⁸⁰將其列入「逃廢債企業名單」，並定期向該地區各金融機構通報，實行同業聯合制裁。

（二）公告催收可能涉及之法律問題

債權銀行在報紙等媒體發布逾期貸款催收公告，公布積欠貸款之借款人名單及金額，要求借款人及時償還所欠貸款本息，發揮一定催收效果。但公告催收對借款人信用狀況產生不良影響，其可能涉及之法律問題，包括商業秘密權、名譽權、隱私權、商譽權等。應注意者，法理上適用公告催收之規定，包括最高人民法院《關於審理涉及金融資產管理公司收購、管理、處置國有銀行不良貸款形成的資產的案件適用法律若干問題的規定》第 10 條之規定，債務人在債權轉讓協議、債權轉讓通知上簽章或簽收債務催收通知，訴訟時效中斷；原債權銀行在全國或省級具有影響力報紙上發布之債權轉讓公告或通知，如有催收債務內容，該公告或通知可作為訴訟時效中斷之證據，以及中國人民銀行在《關於貫徹〈國務院辦公廳轉發中國人民銀行關於企業逃廢金融債務有關情況報告的通知〉的通知》明確規定，可利用新聞媒體揭露各種逃廢債之經典案例，以樹立良好之社會信用¹⁸¹。前述所提涉及名譽權之問題，如是新聞單位根據國家機關依職權製作之公開文書及實施之公開職權行為所作報導，其報導客觀準確，不應認定為侵害他人名譽權（最高人民法院關於審理名譽權案件若干問題的解釋）¹⁸²。實務上，為避免與借款人因公告催收所生之糾紛，銀行可在訂立借款合同時，約定銀行有權在媒體上公告催收逾期貸款之條款。

（三）銀行催收債權之常見問題

債權催收較常面臨之問題，包括（1）如借款企業涉及刑事案件，公安單位將其資產凍結，銀行難以實現債權；（2）企業利用虛假財務報表又與銀行審貸委員會勾結，或是純粹惡意騙取銀行貸款；（3）未經董事會決議或捏造決議紀錄騙

¹⁸⁰ 中國人民銀行 1999 年 1 月 7 日銀發[1999]10 號。

¹⁸¹ 同註 171。

¹⁸² 最高人民法院 1998 年 7 月 14 日法釋[1998]26 號。

取銀行貸款。應注意者，在未有政府干預情況下，企業透過重組或解散規避銀行債務之可能性較低，僅過去政策性破產是由國家制定破產程序，不依法進入破產程序，而大量規避銀行債務，清算組成員主要為先解決國有企業之職工生存問題，再談論其他債務，但通常銀行債務並不在考量範圍內。即時銀行已有設定擔保抵押，一旦進入破產程序，因協議中止可要求銀行解除抵押，使得銀行債權未能完全實現，但中國大陸陸續推動國有企業改革後，前述情況已較少發生。

第四節 公司法資本制度修改對銀行債權之影響

中國大陸於 1993 年 12 月公布《公司法》¹⁸³採取法定資本制度，而 2005 年 10 月修正後《公司法》¹⁸⁴降低設立公司門檻，將法定資本制度修改為法定資本分期認繳資本制度。然為降低創業成本，持續放寬註冊資本登記條件，國務院常務會議於 2013 年 10 月作出決定取消公司最低註冊資本限制條件，且公司實收資本不再作為工商登記事項。新版《公司法》即於 2013 年 12 月發布¹⁸⁵，並於 2014 年 3 月實施，修改條文均涉及公司資本制度，將實繳登記制改為認繳登記制，取消註冊資本最低限額、分期認繳期限、首期出資比例及出資財產形式之限制等相關規定，且實行由公司股東（發起人）在公司章程中約定認繳出資額、出資方式及出資期限等。

由於公司認繳登記之相關法律規定及配套制度尚未健全，人民法院審理民商事案件涉及適用《公司法》資本制度規定時，不僅將面臨新問題，對民商事案件之審理範圍、司法理念等亦將隨之改變。主要涉及適用公司資本制度法律關係發生之民商事糾紛有二：一是公司股東間及其與董事等高階管理人間之民事權利義務所引起之糾紛，如股東請求未繳納出資之股東繳納出資，股東請求追究協助抽逃出資之董事等高階管理人應承擔民事責任之訴訟等；二是因公司資本問題發生

¹⁸³ 1993 年 12 月 29 日中華人民共和國主席令第 16 號。

¹⁸⁴ 2005 年 10 月 27 日中華人民共和國主席令第 42 號。

¹⁸⁵ 2013 年 12 月 28 日第 12 屆全國人民代表大會常務委員會第 6 次會議決定。

之民事糾紛，如公司債權人請求否定法人資格、請求股東承擔出資不實或虛假出資之民事責任等¹⁸⁶。

一、公司治理問題

在公司內部治理結構中，股東會為權力機關，董事會為執行機關，董事會係依據公司章程及股東會之授權，行使公司經營及管理職權。新版《公司法》將公司資本由法律規定改由公司章程規定，股東會授權董事會在公司經營管理活動中控制公司註冊資本。此前當公司章程作出規定後董事會應負責執行，安排股東履行繳納出資義務，對股東未及時繳納資本，董事會負有催收責任；如公司章程規定授權董事會發行剩餘資本，董事會應根據發展現況及市場環境等決定。而在新版《公司法》施行後，公司董事會職權增加對公司資本之籌集、發行、催收等具有控制權及執行職責，增加公司董事等高階管理人之權力及責任。儘管新版《公司法》對公司章程規定註冊資本、發行資本及授權資本等尚未作出明細規定，但公司董事等高階管理人對公司資本控制權較大，考量其是否履行忠實義務、是否因存在關係人關係怠於催收資本而侵犯公司利益、是否以增加發行資本方式稀釋股東股權等，公司內部治理均應對其加強相關監督機制，防止侵權行為。倘若發生前述行為時，可循司法救濟途徑提起民事訴訟，請求相關董事或高階管理人承擔相應之民事責任。

二、債權人請求債務糾紛

法定資本制度係對公司交易穩定及安全之保護，確保股東出資到位，保障公司債權人不受股東享有之有限責任所侵害。在法定資本制度下，當滿足一定條件時公司債權人可直接請求股東對公司積欠其債務承擔責任，如公司股東未足額出資或抽逃出資，使得公司實際收到股東投資低於法定最低註冊資本限額，債權人

¹⁸⁶ 參閱王東敏，商事法律檔解讀，公司法資本制度修改對幾類民商事案件的影響，人民法院出版社，總第 111 輯，2014 年 3 月。

可主張該公司不具備法人資格，請求股東對公司債務承擔連帶責任；再如，債權人可以個別股東未足額出資、抽逃出資等為由，請求股東在未足額出資或抽逃出資範圍內承擔補充責任。在要求股東實際繳納出資之法定資本制度下，公司設立時股東投資應進入公司帳戶，或是將股東用於投資之實物資產交付公司，轉換為公司財產，將公司註冊資本為債權一般擔保之聯想。

新版《公司法》資本制度取消設立公司登記時，工商行政管理機關對股東實際繳納出資之控制及監管，公司註冊資本由法定改由公司章程規定，而公司章程是由股東在公司設立時共同制定，並可在公司存續期間依法進行修改，即意味著公司章程載明之註冊資本喪失財產擔保意義，對債權人而言僅為名義資本。因公司章程規定註冊資本，債權人請求股東承擔公司債務責任之條件取決於股東，在公司正常運轉期間，股東甚可完全排除向債權人承擔出資責任之可能。如公司章程對股東認購資本繳納時間未作規定或規定期限過長等，債權人請求股東繳納出資用於補充公司債務之可能性降低。

依據新版《公司法》規定，公司設立登記時註冊資本不需實際繳納，且繳納時間、期限及方式等均由股東在公司章程規定，公司可根據經營需求修改公司章程及確定發行資本、催收資本等，且公司作出資本問題之決定無需報經工商行政管理機關審核，僅需在工商行政管理機關提出公示，公司資本問題完全轉為公司內部之決定事項。換言之，公司資本法定修改為章定後，公司註冊資本無法再作為債權人一般財產擔保之基礎，且債權人對股東關於資本之請求，如與公司章程之股東實際繳納之規定符合，其主張方可能實現。新版《公司法》對於資本制度之規定，警醒公司以外之人與該公司來往時，更應看重公司之現有淨資產、經營專案項目、現有資源及公司發展前景等，為降低實現債權風險亦可採取設立必要之擔保等方法。

第五節 小結

過去中國大陸過度仰賴粗放型投資拉動模式，在全球經濟下行時，衍生企業重複投資造成產能過剩、造鎮計畫帶動房價產生高空屋率等問題。儘管中國大陸金融市場之高度發展有目共睹，但當前融資工具仍以間接融資為主，又面臨影子銀行體系、地方融資平台、非銀行融資存在隱形剛性兌付現象等風險問題，且各金融市場間之交易訊息不透明、利率關聯性不高，銀行較難有效運用利率風險管理工具來沖銷風險，進而影響其經營績效，儘管改革具有其緊迫性，但仍須按照一定順序逐步推動執行。本研究認為，中國大陸推動金融改革可先就降低實體經濟部門之融資成本，再擴大金融供給以分散金融風險並保持金融穩定，同時持續活絡資本市場提升直接融資比重。在中國大陸金融結構轉型過程中，台資銀行應積極掌握地域及文化之優勢，扮演一定角色進而創造商機，當然亦須在資本適足及風險管理上加強，以因應可能風險。中國人民銀行宏觀審慎監管以維護金融穩定為優先，包括建置發生全國性或地區性金融風險之衡量指標、全體陸資及外資銀行經營風險評估指標，以及對風險管理較佳之銀行調降存款準備金率，對銀行而言，可承作更多貸款業務，進而加大利潤空間。

近年銀行債權糾紛申請仲裁之案件數量降低，主要是銀行已強化其內部管理及規範、股權結構改革、移轉不良資產等，且銀行本身設有法律事務部門及資產保全部門，並自訂相關規範執行債權保護及實現，或運用具有強制執行效力之公證債權文書，又或將債權委託律師事務所代為催收解決。再者，仲裁一裁終局制度既為優點亦是缺點，較難協調易影響銀行與客戶間之關係，且不論訴訟或仲裁，最終須交由人民法院進行執执行程序，受理法官對仲裁觀感褒貶不一，亦是銀行關注之問題。事實上，當銀行具有主導權時，包括貸款供不應求或貸款數額較大，可要求借款人約定仲裁條款，而部分城市型商業銀行辦理個人按揭貸款，亦在借款契約上約定仲裁條款，為求快速實現銀行債權，主要是在《物權法》施行後而人民法院制定配套執执行程序前，作為過渡時期之債權保護方式。其次，當事人費用負擔上，在民事訴訟費用改革後，如爭議案件在第一審審結完畢，其訴訟

費用較仲裁費用為低。惟不容置疑地，就審理程序層面而言，仲裁確實較訴訟快速且靈活。

應注意者，中國大陸出口導向型企業多屬中小企業，由於部分行業外貿需求疲軟，企業訂單減少且趨向短期化，再加上經營成本增加、銀行暫停融資，以及房地產市場降溫無法回收資金等問題，使得互保聯保引發之企業資金鏈斷裂相當嚴重。倘若貸款到期無法順利履行還款義務，借款企業及參與互保聯保之擔保企業將一併遭受銀行提起司法訴追，形成 Domino 骨牌效應，進而造成企業擔保鏈或融資鏈斷裂¹⁸⁷，未來台資銀行取得核准辦理「大陸企業人民幣業務」後，其經營風險、市場風險評估及債權保護等相關工作，勢必應詳細落實為之。

¹⁸⁷ 參閱賴建宇，陸資企業互保聯保引發 Domino 效應，金融情勢週報，台灣金融研訓院，2014 年 5 月 26 日。

第四章 中國大陸銀行對企業放款債權之案例分析

隨金融監理合作瞭解備忘錄（MOU）與兩岸經濟合作架構協議（ECFA）分別於 2009 年 11 月與 2010 年 6 月確立後，兩岸經貿及金融交流日益熱絡。儘管我國銀行業紛紛前往中國大陸設立據點，但可能風險當然亦隨之而來。根據中央銀行 2014 年 9 月公布的 2014 年第二季本國銀行國家風險統計，全體國銀對中國大陸曝險金額續創新高，跨國國際債權（直接風險）餘額 520.23 億美元，誠如表 4-1 所示，中國大陸已然成為國銀最大債務國，我國銀行業者承擔之授信風險當然亦隨之提高¹⁸⁸，而本國銀行中又以永豐銀行為對中國大陸曝險倍數最高（詳見表 4-2）。

表 4-1：2013 年本國銀行跨國國際債權餘額（千美元）

排名	債務國名稱	直接風險餘額	最終風險餘額
1	中國大陸	52,023,475	92,654,843
2	盧森堡	44,471,543	43,143,447
3	香港	33,246,146	23,330,806
4	美國	30,445,669	47,052,339
5	英屬西印度群島	14,055,790	7,264,091
6	開曼群島	12,564,690	9,583,756
7	英國	10,605,466	8,908,002
8	新加坡	7,261,649	4,313,597
9	澳大利亞	6,450,609	7,942,544
10	愛爾蘭	4,474,545	4,130,570
合計		193,670,693	215,599,582

資料來源：本研究整理自中央銀行 2014 年第二季本國銀行國家風險統計。

表 4-2：2014 年 8 月對中國大陸曝險倍數前十大本國銀行（億元）

排名	銀行名稱	曝險金額占淨值之倍數	曝險金額
1	永豐銀行	0.94	826.64
2	台北富邦銀行	0.91	1,205.82

¹⁸⁸ 直接風險餘額指本國銀行（含 OBU 及國外分支機構）對非本國居民未經風險移轉之債權。

3	兆豐銀行	0.88	1,661.28
4	日盛銀行	0.86	148.07
5	台新銀行	0.84	583.17
6	中國信託銀行	0.83	1,345.36
7	第一銀行	0.81	1,060.46
8	國泰世華銀行	0.8	982.90
9	彰化銀行	0.8	857.73
10	高雄銀行	0.79	84.96

資料來源：本研究整理自金融監督管理委員會銀行局金融統計資料。

回顧近年我國銀行業對中國大陸之跨國國際債權餘額，已從 2008 年底 34.8 億美元，升至 2014 年中的 520.2 億美元，累計成長超過 13 倍，倘若按照最終借款人國別重新歸類後，其最終風險餘額更是高達 926.55 億美元¹⁸⁹。由於外界對於中國大陸經濟成長趨緩之疑慮升高，亦更加關注其金融風險之上升，然我國銀行業仍持續增加對中國大陸投資，一旦爆發金融危機，勢必嚴重衝擊本國銀行營運獲利，加以目前台資銀行在中國大陸推展業務仍以企業金融為主。對台資銀行而言，瞭解中國大陸銀行業者對企業放款債權之管理，乃不得不為之課題，爰此本研究將依序探討中國大陸銀行放款債權訴訟案件之成因、運用非司法程序追回債權之可能性，以及其如何擬定防範與處理逃廢債務之因應對策。

第一節 銀行放款債權訴訟案件之成因

實務上，銀行債權產生爭議訴訟之主要原因，包括總體經濟環境、企業經營管理、政府干預或地方保護主義等，而銀行內部於進行貸前及貸後管理過程所存在之缺失，亦是關鍵因素之一。爰此本研究將銀行債權主要訴訟成因歸納為總體經濟環境、企業惡意規避行為及銀行內部管理不善，並分述如下。

¹⁸⁹ 最終風險餘額指將跨國國際債權依最終借款人國別重新歸類後之國家別債權金額。

一、總體經濟環境

受傳統計畫經濟思想之影響，長期以來多數國有企業存在觀念轉變慢、技術水準低、產品老化、服務意識弱等問題，難以適應競爭之企業環境，其中部分企業未評估自身實力逕以「借雞生蛋」之高槓桿方式經營，而部分企業則受三角債務鏈（Triangle Debts）或互保聯保之問題拖累，須依靠銀行貸款以維持日常營運生計。事實上，前述企業正逐漸喪失償還銀行貸款之能力，待產生爭議進入訴訟階段時，借款企業已處於關閉、停產、合併、轉制等不正常運轉狀態。再者，為落實國家環境保護重點，推動由黑色經濟轉型綠色經濟，對鋼鐵、煤焦化、有色金屬、化工等污染量較大之產業，或受到美國「反傾銷、反補貼」裁定調查之太陽能產業等進行融資限制，因而造成資金鏈斷裂導致經營不善。其次，國有企業破產或被收購時，在銀行申請執行債權追索，所衍生之職工生存保障問題。當然除債務人確實不具償還能力外，亦有債務人故意採取拖延戰術，將在審理過程中之糾紛案件申請撤訴，並配合地方保護主義之影響，一定程度助長少數逃避債務者之僥倖心理，進而使得銀行債權難以實現。

二、企業惡意規避行為

（一）企業改制逃廢銀行債務¹⁹⁰

早期有陸資企業以重組改制名義實行母體裂變，將原企業分割成數個獨立企業法人，然新企業僅接收資產不承擔債務，銀行債務無人負擔。亦有陸資企業則採取「脫殼經營」成立新的法人，新企業僅接收原企業之核心資產，不承擔原企業之債務，留下徒具空殼之原企業應付債權銀行。舉例而言，位於安徽省蚌埠市的蚌埠商儲公司經改制後，成立具備法人資格的華運商儲公司，原有蚌埠商儲公司之房地產資產，以華運商儲公司之名義辦理所有權移轉，而原企業名下已無任何資產，導致銀行債權蒙受損失。

¹⁹⁰ 參閱劉俊、張瑩，企業改制逃避銀行債務的法律分析，西南民族大學學報，2005年9月。

（二）利用銀行相互競爭取得信貸資金¹⁹¹

借款企業利用銀行同業間競爭，分別向數家金融機構辦理開戶。實務上，為達到取得貸款案件之目的，承辦人員利用請客送禮等賄賂手段，拉攏信貸審查部門相關人員，或是利用自己之關係企業借款互為擔保，又或是用同一資產與數家銀行簽訂抵押貸款契約之情事，導致後續銀行債權收回難度加大。

（三）利用兩面手法與新官不理舊債方式逃債¹⁹²

實務上，少數企業在申請貸款時提出具體計畫書，但待取得貸款後即判若兩人，貸款到期之本金及積欠利息不願償還。即便銀行催收非但避不見面，甚至利用更換法人代表或財務主管之手法，以新官不理舊債之方式進行賴債。

（四）在金融體系外迴圈化¹⁹³

企業採取以單一家銀行貸款，數家銀行開戶之辦法，故意使客戶將銷售貨款匯進異地開戶之銀行，而不匯進貸款銀行或減少匯進貸款銀行，進行資金體系外迴圈，使得債權銀行無法從其帳戶扣收貸款及應付利息。該行為亦可由銀行與貸款企業以簽訂契約，以及寄發存證信函通知客戶指定匯款之方式消除，然如遇貸款企業串謀客戶惡意詐欺，循司法訴訟之途仍無法避免。

（五）以個人名義開戶逃避債務

少數企業無法以改制重組逃廢債務之前提，為逃避銀行扣收貸款本息，以企業法定代表人或其他人個人名義，於其他銀行開立個人帳戶，將該企業主要經濟業務款項轉入個人帳戶，規避債權銀行之結算監督。

¹⁹¹ 參閱黃慶堂、汪志勇，中小企業與銀行往來關係對其授信條件之影響，中小企業發展季刊，第21期，2011年9月。

¹⁹² 參閱侯琪鳳，淺談企業逃廢銀行債權債務的行為及對策，佛山研究，第47期，2001年2月。

¹⁹³ 同前註。

三、銀行內部管理不善¹⁹⁴

（一）銀行對企業在貸前審查不嚴

部分銀行於貸款審查時未按規定操作，未嚴格審查借款人之主體資格、信用狀況、還款能力、貸款用途等條件即核准放貸。亦有銀行對借款人提供抵押物及質押物權之真實性、有效性，以及實現相關權利之可行性等審查不實，甚有銀行職員利用職務之便發放關係貸、人情貸或金錢貸等。事實上，違規放貸及腐敗行為將直接影響銀行債權無法或難以收回。

（二）銀行對保證人審查不實

部分銀行對保證人之資格、經濟實力審查不嚴，將不符擔保條件之單位或個人視為保證人，導致保證契約無法產生效力或流於形式，難以發揮代償作用。又部分銀行於簽訂抵押契約時，對抵押物房屋、交通運輸工具等不依規定辦理抵押登記手續。如同一抵押物引起訴訟爭議時，確實辦理登記之債權銀行得依法享有優先受償權，而未履行登記之債權銀行僅於抵押權人全部受償後，得按比例與其他債權人就剩餘資產享有同等權利。或部分銀行於辦理動產抵押貸款時，對抵押品不實行監管，造成抵押品流失使其抵押權無法實現。應注意者，當事人辦理抵押物登記手續時，因登記部門之原因使其無法辦理抵押物登記，抵押人向債權人交付權利憑證，可認定債權人對該財產有優先受償權。但未辦理抵押物登記，不得對抗善意第三人。

（三）多頭授信或授信過度集中

企業在經濟擴張時期發展快速，銀行辦理貸款案件之對象，可能為在經營決策上有直接或間接控制關係，以及存在其他關係企業之集團企業法人。銀行如對此類集團客戶多頭授信、過度授信，或是集團客戶透過關係人交易、資產重組等方式在內部關係人間不按公平價格原則轉移資產或利潤等情況，可能導致銀行無

¹⁹⁴ 參閱沈志先，金融商事審判精要，法律出版社，2012年2月，第61頁。

法按時回收貸款本金及利息或其他損失之可能性¹⁹⁵。前述問題多發生在銀行由於同業競爭壓力，過度追捧集團客戶，並未對集團客戶採取統一授信管理。

四、銀行債權爭議案件之司法訴訟要點

（一）銀行取得敗訴判決之原因

銀行債權爭議案件由於借款事件屬實，且雙方當事人已簽訂定期化契約，債權債務關係明確，法院判決銀行為勝訴方居多，鮮少發生敗訴案例，如有敗訴其可能主因，包括（1）催收方式不對而使保證時效過期；（2）保證人未經股東會或董事會通過，不合法有效；（3）保證期間內未向保證人主張權利，使得保證人不再承擔保證責任；（4）借款到期後在追討過程喪失訴訟時效¹⁹⁶；（4）第三人物權擔保登記、授權等程序出現瑕疵；（5）銀行內部人員操作不當之違法犯罪行為及訴前論證不足；（6）抵押權或質權除斥期間內未向抵押人或質押人行使抵押權或質權，使得抵押人或質押人不再承擔抵押擔保責任或質押擔保責任。此外，如銀行取得勝訴判決，屬於敗訴方之借款人所提抗辯理由，可能包括（1）企業在取得貸款後進行專案工程期間，須再申請其他貸款但銀行不予核貸，導致工程未能如期完成而造成經營不善；（2）銀行撥貸額度低於企業申請，使得企業未能善加利用而經營不善等情況。

（二）訴訟時效期間之起算、中止及中斷

訴訟時效是指債權人在法定期間內不行使權利，喪失請求人民法院依訴訟程序予以強制保護債權實現之民事法律制度。換言之，債權人有權請求人民法院強制債務人履行還款義務，如超過訴訟時效期間，權利人不再享有請求人民法院保護之權利。所謂訴訟時效期間可按其適用範圍及時效期間長短不同，分為普通訴訟時效及特殊訴訟時效，前者為當事人向人民法院請求保護民事權利之訴訟時效

¹⁹⁵ 參閱李航、張華，商業銀行集團客戶授信業務風險分析，金融理論與實踐，2005年02期，2005年2月，第41-43頁。

¹⁹⁶ 參閱曹士兵、李琦，金融審判與銀行債權保護，法律出版社，2006年8月，第317頁。

期間為兩年，但法律另有規定除外（民法通則第 135 條）；後者則是法律規定適用少數特殊民事法律關係之訴訟時效，包括短期訴訟時效（1 年）及長期訴訟時效（2 年至 20 年）兩類（民法通則第 136 條及第 137 條），而銀行向人民法院請求保護其債權之訴訟時效期間為兩年。一般而言，訴訟時效期間之計算方法，包括（1）借款合同約定有還款期限，訴訟時效期間自合同約定還款期限屆滿之次日起算；（2）借款合同未約定還款期限，訴訟時效期間自銀行主張權利時起算；（3）附條件或附期限之債權，自條件成就或期限到達時起算，如期限屆滿最後一日為假日，則以節假日後之第一日為期限屆滿日期。

當然訴訟時效可因一定法律事實之發生而中止或中斷。所謂訴訟時效中止是在訴訟時效進行中，因法定事由之發生而使債權人無法行使請求權，暫時停止計算訴訟時效期間。通常在訴訟時效期間之最後六個月內，如因不可抗力或其他障礙等因素不能行使請求權，訴訟時效中止，自中止時效原因消除之日起，訴訟時效期間繼續計算（民法通則第 139 條）。前述所謂不可抗力為地震、洪水、戰爭等天災人禍，而其他障礙則是指權利被侵害之無民事行為能力人、限制民事行為能力人無法定代理人，或法定代理人死亡、喪失代理權，又或法定代理人本人喪失行為能力（關於貫徹執行《中華人民共和國民法通則》若干問題的意見第 172 條）¹⁹⁷。再者，訴訟時效中斷是在訴訟時效進行中，因提起訴訟之當事人一方提出要求或同意履行義務而中斷，自中斷時起，訴訟時效期間應重新計算（民法通則第 140 條）。訴訟時效中斷後債權人在新訴訟時效期間內，再次主張權利或債務人再次同意履行義務，或債權人向債務人之保證人、代理人或財產代管人主張權利，則均可認定為訴訟時效再次中斷（關於貫徹執行《中華人民共和國民法通則》若干問題的意見第 173 條）。

實務上，商業銀行常見中斷訴訟時效之方式，包括（1）發送逾期貸款催收通知書；（2）公證送達逾期貸款催收文書；（3）借款人同意履行還款義務；（4）自借款人銀行帳戶扣取貸款本金及利息；（5）申請支付令或提起訴訟；（6）向公安機關或檢察機關舉報涉嫌經濟犯罪並取得相關證明文件；（7）向仲裁機關申請

¹⁹⁷ 最高人民法院 1998 年 4 月 2 日。

仲裁或向人民調解委員會請求調解等¹⁹⁸。應注意者，如訴訟時效期間屆滿，當債權人向債務人重新寄發書面催收通知，且債務人在催收通知上簽名，代表作出同意履行義務之意思表示或自願履行義務，可視為訴訟時效重新計算，倘若以訴訟時效期間屆滿為由進行抗辯，人民法院不予支持（關於審理民事案件適用訴訟時效制度若干問題的規定第 22 條）¹⁹⁹。

第二節 運用非司法訴訟程序追回債權之可能

由於近年中國大陸經濟成長速度減緩，加上內外部環境產生變化，使得企業經營績效出現下行風險，以致難以負荷債務壓力，或因國家產業政策調整企業無法順利轉型，而發生倒閉或負責人失蹤躲債之情事。就實務上而言，銀行對債務人進行債權追索之模式，可分為（1）銀行內部人員自行催收：由銀行債權管理部門及該筆貸款承辦人員進行追討；（2）委託法律專業機構：委託律師事務所透過訴訟或非訴訟方式回收；（3）和解、調解：銀行與債務人雙方以和解或調解等方式協商，透過債務展期或重組實現債權；（4）轉讓資產管理公司：銀行將不良債權移轉給資產管理公司，由其對債務人進行追索。

雖司法訴追對欠款催收可能有較好之效果，惟法律訴訟除有一般法定及強制執执行程序外，亦可能使得銀行與客戶及其關係企業間之關係惡化。再者，進行司法訴訟前，債權人應先支付一定申請費用，且仍須考量漫長訴訟時間，甚至訴訟結果並未能保證欠款可被收回，亦即業界所言之「勝訴率高，但實際執行到位率低」。爰此本研究在討論非司法訴追，或透過司法程序仍無法追回之債權，以銀行自行催收、委託律師風險代理、調解程序之運用及不良債權轉讓資產管理公司等主題分述如下。

¹⁹⁸ 參閱單少芳，大陸銀行債權催收程序及操作實務，台灣金融研訓院，2009 年 7 月 24 日。

¹⁹⁹ 2008 年 9 月 1 日最高人民法院審判委員會第 1450 次會議通過。

一、銀行自行催收

商業銀行內部均設有資產保全部門或債權管理部門，主要負責前端債務催收工作，待債權無法順利回收且一般催收不具效果時，再交由法律事務部門執行後端處理程序。如銀行對逾期放款係採取自行催收處理，由於客戶經理（貸款案件發起人）對借款企業資訊甚為瞭解，應先由其與債務人直接聯絡，及時對積欠貸款進行親訪協商。首先確定債務人或保證人等主從債務人是否脫逃，再取得其是否有還款意願但暫時不具還款能力之意思表示，如是，銀行均會同意與債務人協商分期清償或延期清償，協商後訂定之還款協議，除須提報總行審核，亦須取得全體保證人之同意，否則保證人享有抗辯權，銀行可能因此喪失對有保證人之追索權。反之，如無法與債務人達成協商，銀行資產管理部人員則依內部規章進行催收工作，包括寄發逾期貸款催收通知之書面催收等。

再者，作為銀行貸款等債權之抵押物或其他擔保物之財產，銀行及其他債權人享有就該抵押物或其他擔保物之優先受償權利（民事訴訟法第 203 條）。且債務人或第三人提供一定財產作為抵押物，當債務人不履行債務，債權人有權依法規定以抵押物折價或以變賣抵押物之價款優先償還（民法通則第 89 條第 1 項第 2 款）。惟借款人到期不歸還擔保貸款，商業銀行依法享有要求保證人歸還貸款本金及利息，或就該擔保物優先受償之權利。商業銀行因行使抵押權、質權而取得之不動產或股權，應當自取得之日起二年內予以處分（商業銀行法第 42 條第 2 項）。爰此銀行承受不動產或股權時，應注意其處分該擔保品之時效，以免違反商業銀行法之規定。

應注意者，我國金管會於 2013 年 11 月訂定「消費性無擔保貸款定型化契約應記載及不得記載事項」²⁰⁰，明定金融機構行使抵銷權之範圍及辦理抵銷之順序，如為行使債權抵銷之意思表示，應以書面通知借款人及保證人（消費性無擔保貸款定型化契約應記載及不得記載事項第 9 點）。依據民法第 334 條規定，銀行對債務人如有借款等債權，而債務人對銀行有存款等金錢債權，倘二者均已屆

²⁰⁰ 金融監督管理委員會 102 年 11 月 18 日金管銀合字第 10230003860 號。

清償期，銀行必要時，即可依規定主張對債務人在銀行之存款債權予以抵銷，是為「法定抵銷」。而基於契約約定所產生之「約定抵銷」，此項抵銷契約之成立及其要件，除法律另有規定外，無須受民法第 334 條所定抵銷要件之限制，即債務給付之種類不同或主張抵銷之主動債權已屆清償期，而被抵銷之被動債權雖未屆滿清償期，惟債務人就所負擔之債務有期前清償之權利者，亦得於期前主張抵銷之（最高法院 50 年台上字第 1852 號判例）。

然前述所謂消費性無擔保貸款即信用貸款、信用卡、現金卡等，推斷企業貸款不適用抵銷權之行使，而在中國大陸如當事人互負到期債務，該債務標的之物種類、品質相同，任何一方可將自身債務與對方債務抵銷，但依法律規定或按合同性質不得抵銷者除外（合同法第 99 條）。且中國人民銀行在《加強金融機構依法收貸、清收不良資產的法律指導意見》中明確提出²⁰¹，如金融機構與債務人間互負有到期債務，可依據合同法第 99 條之規定行使抵銷權。再者，最高人民法院於 1994 年 3 月對商業銀行抵銷權規定作出《關於銀行、信用社扣劃預付貸款收貸應否退還問題的批復》司法解釋²⁰²。按法理，商業銀行抵銷權可分為法定抵銷及約定抵銷兩種，前者是由法律規定其構成要件，該要件具備時，商業銀行一方之意思表示即可發生抵銷；後者是商業銀行與借款人雙方在借款合同上自願達成協議即可進行。實務上，中國大陸商業銀行行使法定抵銷權時，可在借款人之貸款到期時自行從其帳戶扣劃存款進行抵銷，不僅無須徵得對方同意，亦無須經仲裁或訴訟程序。

二、委託律師風險代理

實務上，除銀行資產保全部門依法進行債權催收外，對回收困難或訴訟程序延宕已久之糾紛案件，亦有委託律師事務所代理銀行追索債權，該方式稱為風險代理。所謂風險代理係指銀行與律師事務所簽訂合作協議，並依據《律師服務收

²⁰¹ 中國人民銀行 2000 年 6 月 15 日銀辦發[2000]170 號，第(六)點。

²⁰² 最高人民法院 1994 年 3 月 9 日法復[1994]1 號。

費管理辦法》規定，按債權標的大小、收回是否容易、是否存在追索時效等條件設定比例給付代理費，主要原因在於律師事務所：(1) 具備徵信調查能力及強大催收網路，可取得債務人其他財產訊息，且對企業逾期還款行為進行分析，並向銀行提出可行債務追收方案；(2) 除具備專業法律知識外，亦擁有經濟學、心理學知識及較多追索經驗，可靈活應用於各項催收案件；(3) 看重債權案件追回之成功率，論件計酬；(4) 扮演債權人與債務人間之中間人角色，避免破壞雙方關係以致債權難以收回等優勢條件，增加債權回收之可能性。前述風險代理是銀行先以公開招標方式委託適任之律師事務所，再以契約約定須以銀行名義、合規手法等進行催收，同時對代理費計算、權利義務之釐清等達成協議。換言之，律師事務所在接受債權人委託後，以協力廠商名義處於債權人（銀行）與債務人（借款企業）兩造當事人間，按照債權人要求制定可行債權回收方案，並對案件進展情況回報債權人，因有一定時間規劃，對債務追回具有保障。

三、調解程序之運用

一般銀行與債務人進行債務協商即為調解方式之一，而債權人亦可向人民法院申請調解，應符合調解達成協議須雙方自願，不得強迫，且調解協定內容不得違反法律規定之條件（民事訴訟法第 96 條）。應注意者，調解達成協議後，人民法院應製作調解書，該調解書經雙方當事人簽收後，即具有法律效力（民事訴訟法第 97 條第 1 項及第 3 項）。然實務上，因調解程序均須回報總行並經批准，特別是國有行庫或大型銀行，回報程序相當繁瑣，雖通常貸款本金無法減低，但貸款利息可視企業經營情況酌予調降，亦對銀行債權造成一定損失，以致銀行在訴訟前以調解方式解決債權糾紛之意願較低。應注意者，早期中國大陸企業貸款保證保險業務透過調解方式解決爭議，由人民法院作出調解原則後一體適用，該項業務爭議案件均按照前述原則一籃子進行調解，銀行及保險公司各負擔一半責任。前述業務是銀行與保險公司簽訂合作協議（包括審查要件、責任歸屬、費用核算等），由銀行發放貸款給借款人，借款人以銀行為被保險人與保險公司簽訂

保險契約並定期支付保險費，而當借款人無法如期償還借款時，則由保險公司代理借款人償還銀行欠款。

四、不良債權轉讓資產管理公司

誠如前述，倘若銀行債權無法完全實現，最終作法即將不良債權轉讓。國務院辦公廳於 2013 年 7 月發布《關於金融支持經濟結構調整和轉型升級的指導意見》²⁰³，支持商業銀行轉讓不良貸款。商業銀行不良債權可轉讓給四大資產管理公司及其他省級資產管理公司，或前述以外之第三人，包括其他法人、企業組織及個人等投資者。中國大陸於 1999 年組建東方、信達、華融及長城等資產管理公司，當時四大國有銀行可將特定範圍之不良債權相應轉讓，並由資產管理公司依據相關法律規定，透過競標、競價、拍賣轉讓或打包轉讓等方式進行處置不良債權。由於四大資產管理公司係屬國有控股公司，對其均設有特殊政策及專門法律規定，商業銀行可合法將不良債權進行轉讓。但如是向省級資產管理公司轉讓不良債權，依據財政部、銀監會於 2012 年 2 月發布《金融企業不良資產批量轉讓管理辦法》²⁰⁴規定，前法所稱資產管理公司應具備監管公司品質、內部管理控制機制，並有五年以上不良資產管理及處置經驗，且註冊資本 100 億元以上，取得銀監會核發金融許可證之公司，以及各省、自治區、直轄市人民政府依法設立或授權之資產管理公司²⁰⁵。惟多數省區市尚未有符合條件之資產管理公司，使得政策難以落實，且前述作法雖有利於銀行解決債權問題，但上至最高人民法院下至基層人民法院，對不良債權處置仍存在排斥心理，甚至對不良債權之收購人抱有歧視態度。

²⁰³ 國務院辦公廳 2013 年 7 月 1 日國辦發[2013]67 號。

²⁰⁴ 財政部、銀監會 2012 年 2 月 2 日財金[2012]6 號。

²⁰⁵ 參閱姚啟建，商業銀行轉讓不良債權的法律分析，北大法律信息網，2013 年 7 月，最後瀏覽日：2014 年 6 月 2 日。http://article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleId=77597

五、小結

在諸多債權追討方法中，非司法訴訟程序追索債權為一重要模式，所謂非司法訴訟雖不進行傳統法律訴訟程序，但非以違法方式追回債權。當然債權可否有效追回，不僅有賴銀行內部人員或外部法律機構之專業素質，仍須視爭議案件本身品質，此須仰賴銀行貸放後進行有效之定期貸後管理。然如遇訴訟時效將屆滿，債務人具有轉移財產行為，或採用非訴訟方式追債之效果不彰等情況時，銀行應按照合規行為及正常救濟途徑追索債權，除是保障經濟秩序及社會秩序之基本要求外，亦是維護自身合法權益之基本原則。

前述違法追債行為主要在民間借貸糾紛較為常見，包括以扣押債務人動產或生財器具，作為逼迫債務人處理債務糾紛之手段，其中以擅自扣押車輛現象較為嚴重。查山東省淄博市臨淄區人民法院審理案例，該區北羊鄉李君為敬仲鎮崔君之司機，由於崔君在經營運輸業務中因資金不足，向李君借款 10,000 元，惟待崔君經營業務獲利後，李君數次催討欠款未果，即將崔君名下汽車扣下並將其變賣抵債。該案例以扣車討債為非法行為，違法之處在於債權人非法採用強制手段剝奪或妨礙債務人對動產之所有權及使用權，即為侵權行為。實施侵權之債權人應承擔相關法律責任，並賠償由於扣車舉動而為債務人造成之損失。

事實上，違法討債方式相當多元，包括恐嚇、綁架及脅迫等暴力行為，或金錢誘惑、唆使第三人騷擾債務人等。此等為順利追索債權，債權人或其代理人以非法暴力行為威脅他人身體健康，或是限制他人人身自由、侵害他人名譽、肖像權、著作權及侵犯第三者權益，甚而危害社會秩序安定，中國大陸法律規定均明文禁止，如有相關情事發生，當事人須承擔法律責任。

第三節 防範及處理逃避銀行債務之因應對策

有效防範借款企業逃避銀行債務，莫過於落實貸前、貸中及貸後管理，中國

大陸商業銀行授信審查流程，包括盡職調查、企業評級及審核貸款條件，並依融資審核重要原則辦理貸款業務。就因應對策而言，本研究將其區分為事前防範及事後處理分述如下。

一、事前防範

（一）盡職調查

中國大陸商業銀行多數不重視企業盡職調查，且內部合規過於機械化及教條式又欠缺靈活性，較難精準判斷風險為何及其存在，儘管銀行合規程序嚴謹，但仍以書面資料之形式審查為主，對企業認知及瞭解不夠深入，盡職調查能力相當薄弱。所謂盡職調查係銀行應在撥貸前事先取得借款企業之詳細資訊，其可運用或調查之途徑分述如下。

1、登記註冊檔案

企業在工商總局登記註冊之檔案，如事業登記證、企業資產、財務報表、股東結構、投資人及其關係人之相關資訊（包括是否有轉投資企業之重組或分離等）、稅務資訊及其他重要資產等。應注意者，由於登記工商檔案與實際狀況有所落差，可能存在虛假登記或細化調查企業資產變動，又可能透過更名或處置資產之方式，將資產合理轉移至其他企業後進行合併，並再將下游企業之法人資格註銷，使得單純檢視工商檔案未能看出全貌。

2、企業徵信系統

企業徵信系統是由中國人民銀行徵信中心依據國家法律規定及其行內規章所建置，主要是負責中國大陸企業信用資訊基礎資料庫與動產融資登記系統之建設、運行管理，以及負責組織推動金融業統一徵信平台之建設。企業徵信系統之資訊來源係來自商業銀行等金融機構，其收錄資訊包括企業在金融機構之借款及擔保等信貸資訊、企業財務指標，以及企業基本資訊與公共資訊，其作法主要是以專線與金融機構總部相連，再由金融機構內部網路系統將終端延伸至各分支機

構信貸人員之業務櫃台，供其調閱企業之信用檔案。前述所謂基本資訊是載明企業之負責人身份、主要出資人及高階管理人員等；借貸資訊揭露企業在金融機構之當前負債及已償還之債務等；公共資訊明列企業欠稅、未納費用、行政處罰、法院判決及執行等。據中國人民銀行統計，2013 年企業徵信系統累計收錄企業及其他組織 1,919.3 萬戶，其中共計 959.7 萬戶具有信貸記錄，全年查詢次數 1.04 億次，日均查詢次數 28.5 萬次。2014 年 7 月企業信用資訊基礎資料庫累計接入機構 1,121 家，該使用機構類型包括商業銀行、外資銀行、小額貸款公司、金融合作機構、財務公司、信託公司等。

當然在金融持續創新下，徵信中心從提供單一企業信用報告查詢，已陸續增加關係企業（如轉投資、擔保、高管兼職、集團母子、家族企業等）查詢、信貸報表及企業金融重要訊息提示等服務，包括為落實《物權法》關於應收帳款質押登記職責規定，於 2007 年 10 月建置應收帳款質押登記系統提供服務，並建立個人信用評分模型。應注意者，前述企業金融重要訊息提示服務於 2014 年 6 月正式上線，該服務運用企業徵信系統即時更新資料，每工作日將各機構用戶之「本機構好客戶」在其他機構發生「新增逾期 90 天/60 天」、「五級分類新增不良」或「新增失信被執行人」等資訊主動寄送機構用戶。所謂「本機構好客戶」指與本機構發生信貸業務尚未結清之客戶中五級分類狀態為「正常」，尚未有逾期、墊款及欠息記錄，以及與本機構僅發生擔保業務而無信貸業務之客戶。又所謂異常業務係指信貸業務（貸款、貿易融資、票據貼現、保理、信用證、銀行承兌匯票及保函），按五級分類在其他機構新增不良，貸款或貿易融資業務在其他機構新增逾期 90 天、新增逾期 60 天，以及法院新增失信被執行人訊息²⁰⁶。

中國人民銀行於 1997 年開始籌建銀行信貸登記諮詢系統，其系統資料主要從商業銀行等金融機構，所採集借款企業之基本資訊、信貸資訊、企業主要財務指標等。2005 年中國人民銀行啟動銀行信貸登記諮詢系統之升級工作，將分散式資料庫升級為全國集中統一之企業徵信系統，同年 12 月企業徵信系統與主要商業銀行聯網運行，並選定在天津、上海、浙江、福建等四省（市）試行查詢服

²⁰⁶ 參閱中國人民銀行，中國徵信業發展報告(2003-2013)，2013 年 12 月。

務。為規範評級機構在銀行間債券市場及信貸市場信用評級執業行為，於 2006 年 3 月出台《中國人民銀行信用評級管理指導意見》²⁰⁷，針對評級機構從事金融產品信用評級、借款企業信用評級及擔保機構信用評級業務進行管理與指導，同年 6 月企業徵信系統與所有陸外資商業銀行串聯，7 月完成全國銀行信貸登記諮詢系統之切換工作。2008 年國務院將中國人民銀行徵信管理職責調整為「管理徵信業」，並牽頭社會信用體系形成「部際聯席會議」，後於同年發布《中國人民銀行關於加強銀行間債券市場信用評級作業管理的通知》，且分別於 2013 年 3 月施行《徵信業管理條例》²⁰⁸及 12 月發布《徵信機構管理辦法》²⁰⁹。

3、失信黑名單系統

人民法院黑名單系統（全國法院失信被執行人名單資訊公布與查詢）資料之建立是由銀行（債權人）向當地銀行業協會申報，而銀行協會以行業代表名義將不良債權統計數據報送法院，中級人民法院審核後在其網站上公告黑名單，公告後有關債務人（企業代表人或個人）之申請貸款及信用卡、高檔消費、出入境等均受到限制（詳見表 4-2）。前述所謂不良債權，包括司法訴訟超過三年以上，或是強制執行無效、執行難度較高等特性，亦即已透過公權力救濟仍無法實現債權之案件，且債務人因背信在先而不受個人資料保護。

表 4-3：最高人民法院公告失信黑名單

被執行人姓名/名稱	王永安
性別	男
年齡	49
身份證號碼/組織機構代號	1423221965****0559
執行法院	呂梁市中級人民法院
省份	山西
執行依據文號	（2011）晉民終字第 165 號、 （2009）呂民一初字第 12 號民事判決書

²⁰⁷ 中國人民銀行 2006 年 3 月 29 日銀發[2006]95 號。

²⁰⁸ 2013 年 1 月 21 日中華人民共和國國務院令第 631 號。

²⁰⁹ 2013 年 12 月 3 日中國人民銀行令[2013]第 1 號。

立案時間	2012 年 02 月 08 日
案號	(2012) 呂執字第 00004 號
做出執行依據單位	山西省高級人民法院
生效法律文書確定的義務	申請人依據(2011)晉民終字第 165 號、(2009)呂民一初字第 12 號民事判決書，請求被執行人辦理寶鑫二礦出資人權變更登記。
被執行人的履行情況	部分未履行
已履行	50%
未履行	50%
失信被執行人行為具體情形	其他有履行能力而拒不履行生效法律文書確定義務
發布時間	2013 年 10 月 14 日
限制行為	高檔消費、辦理貸款及信用卡

資料來源：本研究整理自中華人民共和國最高人民法院。

(二) 聘請外部法律顧問

由於銀行法律事務部門敏銳度及對市場訊息之瞭解，較律師事務所之專業律師稍有不足，聘請外部法律顧問可提供法律諮詢：包括消費者在銀行營業場所發生之日常糾紛、業務執行決策、個案後續處理等；法律審查：包括合同、貸款項目、盡職調查、呆帳處置等並出具法律意見書，以及法律論證：包括新業務之啟動、新商品之開發等法律風險評估。前述盡職調查如借款企業出資財產完全到位情況（是否有虛假出資）、近期是否有大額資金流動等。

(三) 加強銀行內控制度及與同業間連結²¹⁰

對強化各項貸款業務之管理措施，銀行應建立以風險管理為核心之內部控制制度，並實施不同風險程度之審核機制及設計企業評級模型。中國大陸國有銀行及城市商業銀行之貸款發起行為支行，先由客戶經理取得借款人資訊，再將受理案件提交信貸審批中心，經審查後再提報審查意見供審貸委員會。當借款人申請貸款超過授權額度，須將該案件分級呈報審核，如縣三級支行權限不足應報請市

²¹⁰ 參閱盧國鋒，企業逃廢債與銀行金融債權保護的法律探討，武漢金融，2011 年第 9 期，2011 年 9 月。

二級分行，又權限不足時再向上提報省一級分行或總行，無須經董事會決議通過，關聯交易授信除外。再者，銀行可按不同產業類別、企業類型及規模等條件設計評級模型並給予等級分數，作為信貸審核之參考依據。其次，為避免企業提供財務報表不實，除比對企業銷貨收入與銀行存款是否合理、核對進銷貨合約金額及存貨出庫紀錄等是否合理外，亦可由銀行授信人員參考真實協力廠商數據資料代為編制財務報表，雖增加銀行授信成本，但可降低潛在違約風險。最後，加強銀行與同業間之資訊交流，或利用各地方銀行協會作為溝通平台，對於惡意倒帳之不法企業或個人，加以共同制裁。

（四）引進主力銀行（Main Bank）制度

銀行可考慮仿效日本在二次大戰後所建立之主力銀行體系，或稱為主要銀行體系。主力銀行制度是為降低債權人及債務人之資訊不對稱現象，避免債務之代理問題（Agency Problem），其目的在於改善鬆散之銀企關係，加深銀行與企業之間合作，有效規範銀企之債權債務，並可避免銀行同業間之削價競爭，進而維護金融體系健全發展²¹¹。一般而言，主力銀行與借款企業維持長期往來關係，可較其他銀行更能順利取得企業內部資訊，對借款企業與貸款銀行間所存在資訊不對稱問題，具有緩和何作用。

二、事後處理

（一）指派專人調查借款人狀況

銀行在貸後管理上，除檢視企業是否定期償還本金利息外，應仍持續追蹤其經營狀況及其他商業活動，並加強對其關係企業及企業集團之關注。以中國建設銀行為例，該行首次放款後，須在三十日內進行第一次貸後審查，日常檢查由客戶經理定期每季進行一次，但貸款對象為小企業時則每月一次，如有發生異常或

²¹¹ See Aoki, Masahiko, Hugh Patrick and Paul Sheard (1994), the Japanese main bank system: An introductory overview, Oxford University Press, Oxford UK.

預警，客戶經理應向部門經理報告，並將檢查報告揭露在銀行內部系統。而對債務人未能按期依約履行還款義務，向法院起訴又無法送達者，銀行不得僅消極公告了事，應積極指派專人或團隊協尋債務人之下落及其他資產狀況，以保證判決得以順利執行，防止銀行資產流失。事實上，貸後管理工作對維護銀行債權之作用上，相當重要，特別是借款企業存在控制與被控制之關係時，單個企業之經營狀況及財務運作如發生危機，勢必會波及整個企業集團。

（二）重視貸款催收

銀行需要建立完善貸款催收手續，避免債權已過法定兩年之訴訟時效。金融機構無法及時行使訴權，是造成債權回收困難因素之一。多數金融糾紛案件金融機構在債務人有償債能力或部分償債能力時不起訴，而採取各種方式長期催討無著後方至法院興訟。特別是因金融機構違規操作或內部人員從中漁利等違法行為而導致之糾紛，往往要等到貸款專案負責人更換後起訴，但該類案件通常因事過境遷，相關企業已倒閉或瀕臨破產，即使法院判決勝訴亦難以執行。因此對台資銀行而言，未來在辦理大陸企業人民幣業務時，運用最高人民法院所作「訴訟時效中斷」之司法解釋，對實現銀行債權將有所助益。

（三）及時行使債權與擔保權²¹²

金融機構之陳年貸款未能即時收回，其中多數貸款已超過訴訟時效，失去法律之保護。因此銀行對有抵押權之債權應即時行使，以確保資金安全收回，防止時間過長抵押物減失或價值貶損而無法實現債權。再者，銀行亦不可忽略對債務人以外負有保證責任之其他企業及個人進行債務催收，特別是企業註冊資本金未完全到位時，一旦企業發生無法償還債務，銀行可向該企業股東追償未到位之註冊資本及企業負責人名下其他資產，或企業將核心資產轉移或變賣，如存在惡意規避銀行債務之意圖，銀行可依法對其進行債權追索，但須取決於當時資產轉移的條件及因素為何。

²¹² 參閱傅睿，銀行兩大主要業務債權保護法律問題研究，社科縱橫，第 27 卷，2012 年 9 月。

三、債權執行難之原因

銀行自行催收成效不佳時，可循公權力救濟管道保護其債權之清收，但不論是透過司法訴訟、金融仲裁或公證債權文書等形式，最終均須向人民法院聲請強制執行。實務上，執行過程中常見問題，在金融部門方面，包括（1）銀行將抵押物設定擔保登記，取得優先受償權，但借款企業可能透過其他訴訟進行財產處分；（2）風險控管意識淡薄，擔保流於形式而影響法院執行；（3）對貸出款項用途及借款人經營狀況難以形成有效監管，使得款項被借款人任意使用，最終造成貸款難以收回。在被執行人方面，如（1）企業事前已將資產變賣或移轉，使其名下無可供執行之財產；（2）企業資產不足以清償債務；（3）企業將核心資產處分出售，留下空殼公司承擔債務，惡意規避銀行債務；（4）執行過程影響社會安定，如對企業進行強制執行造成其資金短缺，影響正常生產，使得設備閒置、職工下崗，易產生社會不安定因素。在法院自身原因方面，則有（1）經辦人對抵押權登記在政策法律理解及認知不足²¹³；（2）執行人員在執行時遭遇群眾集體鬧事或暴力抗爭等法制觀念淡漠之事件；（3）法院管理體制、執行機制不完善、審判品質不高及審執配合力不足；（4）地方政府或相關部門存在保護主義、新聞媒體介入。倘若銀行債權確定無法完全實現，其最終作法即是將不良債權轉讓與金融資產管理公司進行催收或執行。

第四節 銀行債權糾紛之經典案例解析

在民法之建設中，儘管中國大陸尚未制定完善之民法典，但民法之各部門法中擔保法令已形成一基本架構，包括《民法通則》、《物權法》、《擔保法》及《合同法》等，並在司法實務中嚴格實施。惟由於對法律理解、法官素養等不同，在前述法律之適用仍存在較多問題²¹⁴，本研究就保證期間與訴訟時效之適用、浮動

²¹³ 參閱盧國鋒，企業逃廢債與銀行金融債權保護的法律探討，武漢金融，2011年第9期，2011年9月。

²¹⁴ 參閱楊立新主編，物權法典型案例與法律適用，中國法制出版社，2013年7月。

抵押權之確認及實現、政策性貸款之轉貸人應否向原貸款人承擔還款責任、抵押合同為辦理抵押登記之法律後果、金融不良債權轉讓合同之效力及訴訟時效、資產管理公司與國有銀行不良債權轉讓之效力問題、被執行人可否以部份抵押物抵項全部債務等擇定司法訴訟之經典案例，同時挑選採用金融仲裁解決糾紛之爭議案件進行解析說明。

一、司法訴訟之經典案例

（一）中國農業銀行泉州鯉城支行訴福建省泉州市開元靜電噴塗廠等金融借款合同案

1、裁判字號：福建省泉州市鯉城區人民法院（2011）鯉民初字第 2094 號民事判決書

2、當事人：（1）原告：中國農業銀行福建省泉州市鯉城支行（以下簡稱農行鯉城支行）；（2）被告：福建省泉州市開元靜電噴塗廠（以下簡稱開元噴塗廠）、福建省泉州市豐澤黎興塑料廠（以下簡稱黎興塑料廠）

3、案情說明：

被告開元噴塗廠作為借款人分別於 1993 年 11 月 26 日、1994 年 1 月 25 日及 3 月 19 日向原告借款 12 萬元、8 萬元、6 萬元用於購買材料，由黎興塑料廠作為擔保人提供擔保，並簽訂三份《中國農業銀行擔保借款協議書》，該協議書約定借款期限均為六個月，貸款月利率 1.98%，借款方保證按借款契約所訂期限償還貸款本息，如貸款方未同意或未辦理延期手續之逾期貸款，加收罰息；貸款到期後一個月內，如借款方不按期償還本息時，由擔保人負責為借款方償還本息及逾期罰息。該借款合同簽訂後，原告依約分別向被告開元噴塗廠發放三筆貸款共計 26 萬元，但被告開元噴塗廠僅償還借款本金 6.5 萬元。當前述三筆借款到期後，原告曾於 1995 年 11 月 3 日、1997 年 6 月 6 日、1998 年 8 月 25 日、1999 年 2 月 21 日、2000 年 2 月 27 日、2001 年 4 月 1 日、2002 年 9 月 21 日、2004 年 8 月 11 日、2005 年 12 月 20 日、2007 年 9 月 30 日、2009 年 9 月 7 日向擔保

人即被告黎興塑料廠送達《擔保人履行責任通知書》進行催收貸款，並於 1998 年 8 月 25 日、2002 年 9 月 23 日及 12 月 25 日、2004 年 12 月 22 日、2005 年 12 月 20 日、2006 年 12 月 30 日、2008 年 6 月 30 日、2010 年 5 月 31 日向被告開元噴塗廠送達《債務逾期催收通知書》催收貸款。然至 2011 年 6 月 10 日止，被告開元噴塗廠尚欠原告借款本金 19.5 萬元及其利息、罰息 55.1 萬元，且被告黎興塑料廠未履行保證責任，原告對被告違約行為提起訴訟。

4、審理經過：

福建省泉州市鯉城區人民法院認為原告與被告開元噴塗廠、黎興塑料廠所簽訂之《中國農業銀行擔保借款協議書》，各方當事人主體適格、未違反國家法律強制性及禁止性規定，雙方當事人應按約履行合同義務。原告依約發放貸款，但借款到期後被告開元噴塗廠僅償還部分借款，尚欠借款本金 19.5 萬元及其利息與罰息，實屬構成違約行為，對原告要求被告開元噴塗廠償還積欠借款本金及利息之請求，該院依法予以支持。惟被告開元噴塗廠辯稱原告之起訴已超過兩年法定訴訟時效，因其三筆借款到期時間分別為 1994 年 5 月 30 日、7 月 25 日及 9 月 19 日，但原告曾於前述時間點分別向擔保人即被告黎興塑料廠及被告開元噴塗廠送達《擔保人履行責任通知書》與《債務逾期催收通知書》催收貸款。依據《最高人民法院關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見》第 173 條第 2 項規定：「權利人向債務保證人、債務人的代理人或者財產代管人主張權利的，可以認定訴訟時效中斷。」亦即從訴訟時效中斷起，訴訟時效期間重新計算，回推原告之起訴未超過兩年法定訴訟時效。

原告與二被告間之三筆借款、保證合同成立於 1993 年及 1994 年間，然《擔保法》於 1995 年 10 月起施行，該法關於「未約定保證期間的，保證期間為主債務履行期屆滿之日起六個月」之規定不適用於本案，被告黎興塑料廠主張原告要求其承擔保證責任已超過保證期間理由不成立。又被告開元噴塗廠主張其財損毀向原告申請破產，不僅未能提供證據證明破產事實，亦未按照法定程序申請破產清算，該院不予採納其湊於不承擔擴大利息損失之主張。

福建省泉州市鯉城區人民法院依據《民法通則》第 84 條、第 85 條、第 88 條第 1 項、第 89 條第 1 款、第 135 條、第 140 條，以及《最高人民法院關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見》第 173 條等法律法規，作出判決如下：(1) 被告福建省泉州市開元靜電噴塗廠應於判決生效之日起十日內償還原告借款本金 19.5 萬元並支付利息、罰息；(2) 被告泉州市豐澤黎興塑料廠對被告福建省泉州市開元靜電噴塗廠上述債務承擔連帶清償責任；(3) 被告泉州市豐澤黎興塑料廠承擔連帶清償責任後，有權得向被告福建省泉州市開元靜電噴塗廠追償。

5、本案解析

(1) 保證期間與訴訟時效之區別

由於保證期間為除斥期間，係根據當事人約定或法律規定，債權人應向債務人或保證人主張權利之期間，倘若債權人未在該期間內主張權利，保證人將不再承擔保證責任。訴訟時效期間係指權利人在法定期間內不行使權利，持續達一定期間而使其請求權消滅之法律事實，亦即訴訟時效時間屆滿後，權利人喪失其勝訴權。依據《擔保法》第 25 條第 1 項規定：「一般保證的保證人與債權人未約定保證期間的，保證期間為主債務履行期屆滿之日起六個月。」法定訴訟時效期間為兩年，可能因權利人起訴、仲裁或其他法定事由中斷、中止或延長。

(2) 該案是否適用六個月保證期間

依據《最高人民法院關於審理經濟合同糾紛案件有關保證的若干問題的規定》第 5 條規定：「保證合同明確約定保證人承擔代為履行責任的，經債權人請求被保證人履行合同，被保證人拒不履行時，債權人可請求保證人履行。保證人不能代為履行合同，且強制執行被保證人的財產仍不足以清償其債務的，由保證人承擔賠償責任。」該案保證人係承擔一般保證責任，且未與債權人在合同中約定保證期間，適用《擔保法》第 25 條第 1 項規定免除保證責任。然該案當事人間之借款、保證合同係成立於 1993 年及 1994 年間，早於《擔保法》之施行，推定該案不適用六個月保證期間。

(3) 債權人主張權利時視同訴訟時效中斷

依據《最高人民法院關於審理經濟合同糾紛案件有關保證的若干問題的規定》第 11 條規定：「保證合同中沒有約定保證責任期限或者約定不明確的，保證人應當在被保證人承擔責任的期限內承擔保證責任。保證人如果在主合同履行期限屆滿後，書面要求債權人向被保證人為訴訟上的請求，而債權人在收到保證人的書面請求後一個月內未行使訴訟請求權的，保證人不再承擔保證責任。」推定被保證人承擔責任期間應認定為主債務履行之訴訟時效期間內，與《最高人民法院關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見》第 173 條第 2 項規定相符。該案債權人雖未能在主債務訴訟時效期間內向債務人主張權利，但均在主債務訴訟時效期間內向保證人主張權利，得認定訴訟時效中斷，而保證債務訴訟時效亦同時中斷。

(二) 奧地利奧合國際銀行北京分行訴蘭州海洋石化銷售公司金融借款合同案

1、裁判字號：北京市第二中級人民法院（2011）二終民初字第 12574 號民事判決書

2、當事人：（1）原告：奧地利奧合國際銀行北京分行（前身為奧地利中央合作銀行北京分行，以下簡稱奧合銀行北京分行）（2）被告：蘭州海洋石化銷售公司（以下簡稱蘭州石化公司）

3、案情說明：

奧地利中央合作銀行北京分行於 2010 年 4 月 26 日與被告蘭州石化公司簽訂一份《人民幣壹億元貸款合同》，內容約定：貸款人奧合銀行北京分行、借款人即被告蘭州石化公司；貸款額度：總額不超過 1 億元之非承諾性、可循環倉儲貸款額度；貸款用途為用於融資借款人之貿易活動；最終到期日為 2011 年 7 月 31 日。該合同第 14 條「違約事件」中約定：「借款人未能按時足額支付交易文件項下任何到期款項則構成違約，貸款人可以立即通知借款人：（1）宣布所有已提用之貸款、應計利息及本貸款合同項下產生或未付之全部其他款項立即成為到期應

付款項；……（4）立即行使交易文件項下貸款人享有之全部其他權利及相關救濟措施，貸款人因實現債權所發生之各項費用，均應由借款人承擔。」其後，貸款人奧合銀行北京分行於 2010 年 12 月 23 日與被告蘭州石化公司簽訂《人民幣壹億元貸款合同第 1 號補充協議》一份，該內容約定：將貸款額度修改為總額不超過 4,000 萬元之非承諾性、可循環倉儲貸款額度。

被告蘭州石化公司同日又與奧合銀行北京分行簽訂質押協議一份，約定：主合同為本案貸款合同及其隨後簽署之任何修改、變更、延期文件；抵押財產為抵押期間所儲存在倉庫中之貨物，或由貨物所產生的、現在及未來的所有權利、物權及利益；貨物為被告蘭州石化公司購買或生產加工並存放於倉庫之每一批 90 號、93 號汽油、柴油及燃料油，以及質權人奧合銀行北京分行所同意之其他貨品；抵押期間自生效日起，直至本抵押被解除之日止。且合同另約定：被擔保債權為在主合同項下或根據主合同，抵押人對抵押權人欠付或發生之所有款項或責任，包括當前的或未來的、實際的或或有的。蘭州工商局西固分局就上述貸款合同及抵押合同於 2010 年 4 月 28 日作出 2010-86 號動產抵押登記書，載明：抵押人為蘭州石化公司、抵押權人為奧合銀行北京分行；抵押物概況「名稱為 90 號及 93 號汽油、柴油及燃料油或抵押權人同意之其他貨品；所有權歸屬為蘭州石化公司；在債務人債務履行期間，抵押人購買或生產並存放於倉庫內之前述貨品即為以第一優先受償順序抵押給奧合銀行北京分行之抵押物，且該抵押物之價值總額在抵押期間始終不得低於貸款總額。當額度被全部提取時，該抵押物之價值總額不低於人民幣 1 億元。」同日，蘭州工商局西固分局、抵押人即被告蘭州石化公司、抵押權人奧合銀行北京分行均在該動產抵押登記書上加蓋公章。

其後，奧合銀行北京分行再與被告蘭州石化公司簽訂鐵路專用線抵押合同一份、土地使用權抵押合同一份、設備抵押合同兩份，且雙方亦就土地使用權抵押合同及設備抵押合同辦理抵押登記。奧合銀行北京分行依約撥放貸款予被告蘭州石化公司，但其未能依約償還借款本金 565.64 萬元之貸款，因此奧合銀行北京分行於 2011 年 5 月 31 日依約通知被告蘭州石化公司所借全部貸款立即成為到期應付款項。奧合銀行北京分行在庭中表示，2010 年 4 月 26 日動產抵押合同中約

定之抵押貨物雖包括「抵押權人奧合銀行北京分行同意之其他貨品」，但在合約履行中並無該部分貨品之發生。

4、審理經過：

北京市第二中級人民法院經審理認為，奧合銀行北京分行與被告蘭州石化公司簽訂之貸款合同及補充協議，係雙方當事人真實意思表示，且不違反法律及行政法規之強制性規定，上述協議合法有效。且奧合銀行北京分行依約撥放貸款予被告蘭州石化公司，其應當依約履行償還義務，由於現被告蘭州石化公司未按期償還借款，奧合銀行北京分行有權依約宣布被告蘭州石化公司已提用之貸款及應計利息，以及協議項下產生或未付之全部其他款項立即成為到期應付款項。被告蘭州石化公司應當向奧合銀行北京分行償還尚欠借款本金 565.64 萬元及 2,650 萬元，並按合同約定支付尚欠利息及罰息。惟被告蘭州石化公司與奧合銀行北京分行簽訂《質押協議》後，並未交付質押協議項下之質押物，現奧合銀行北京分行主張對質押物享有優先受償權，法院不予支持。

再者，奧合銀行北京分行與被告蘭州石化公司於 2010 年 4 月 26 日《動產抵押合同》中約定之抵押物符合法律規定，且已在蘭州工商局西固分局辦理動產抵押登記，奧合銀行北京分行確實就該抵押物享有浮動抵押權，又奧合銀行北京分行認可並無約定同意之其他貨品產生，本案借款於 2011 年 5 月 31 日到期後，奧合銀行北京分行對存放於倉庫內之所有貨品享有優先受償權。然奧合銀行北京分行與被告蘭州石化公司簽訂《鐵路專用線抵押合同》後，並未就此辦理相應抵押登記，奧合銀行北京分行主張單獨對該鐵路專用線享有優先受償權，法院不予支持。而為擔保本案及主合同之履行，奧合銀行北京分行與被告蘭州石化公司所簽訂之一份《土地使用權抵押合同》及兩份《設備抵押合同》，均就其辦理相應抵押登記並取得權利證書（蘭國用[2010]第 X0970 號土地使用權證書），所以奧合銀行北京分行分別對前述權利證書項下之土地使用權，以及作為抵押物之機器設備享用優先受償權。

綜上所述，北京市第二中級人民法院依據《合同法》第 198 條、第 204 條及

第 207 條；《物權法》第 180 條第 2 款、第 4 款、第 181 條、第 196 條及第 212 條等法律規定，作出判決如下：(1) 蘭州石化公司於本判決之日起十日內償還奧合銀行北京分行借款本金 3,215.64 萬元；(2) 蘭州石化公司於本判決之日起十日內償還奧合銀行北京分行其上述第一項債務所產生之利息及罰息；(3) 奧合銀行北京分行對蘭州石化公司提供之蘭州市工商管理局西固分局 2010-86 號《動產抵押登記書》中載明之抵押物享有優先受償權；(4) 奧合銀行北京分行對蘭國用[2010]第 X0970 號土地使用權證書項下之土地使用權在 3,118 萬元範圍內享有優先受償權；(5) 奧合銀行北京分行對蘭州石化公司提供之抵押物即本判決所附《機器設備清查評估明細表一、二、三》中所列機器設備在 8,800 萬元之範圍內享有優先受償權；(6) 奧合銀行北京分行對蘭州石化公司提供之抵押物即本判決所附《機器設備清查評估明細表四、五》中所列機器設備享有優先受償權；(7) 駁回奧合銀行北京分行之其他訴訟請求。

5、本案解析

本案涉及如何確認及實現浮動抵押權，依據《物權法》第 181 條規定：「經當事人書面協議，企業、個體工商戶、農業生產經營者可以將現有的以及將有的生產設備、原材料、半成品、產品抵押，債務人不履行到期債務或者發生當事人約定的實現抵押權的情形，債權人有權就實現抵押權時的動產優先受償。」及第 196 條規定：「依照本法第一百八十一條規定設定抵押的，抵押財產自下列情形之一發生時確定：(1) 債務履行期屆滿，債權未實現；(2) 抵押人被宣告破產或者被撤銷；(3) 當事人約定的實現抵押權的情形；(4) 嚴重影響債權實現的其他情形。」本案 2010-86 號動產抵押登記書中，明列抵押不以特定之動產作為擔保標的物，符合《物權法》第 181 條規定之情形，屬於動產浮動抵押，且唯有因擔保權之屬性、債務人違約、約定事件等確定事由發生始轉換為特定擔保，並以約定之動產特定為抵押物。換言之，在債權清償期屆滿後，確定違約行為之約定事由發生，浮定不動之企業擔保轉變為特定擔保，企業擔保之標的物範圍固定，企業擔保人得以變賣企業財產所得之價金中優先受償。本案當事人在合同中約定被告蘭州石化公司到期無法償還債務時，奧合銀行北京分行有權立即行使其享有之

抵押權，因此北京市第二中級人民法院認為在 2011 年 5 月 31 日奧合銀行北京分行宣布貸款到期時，即確認浮動抵押之抵押財產範圍。

（三）中國農業銀行湘西分行訴瀘溪縣極柑有限公司金融借款合同案

1、裁判字號：湖南省高級人民法院（2012）湘高法民二終字第 27 號民事判決

2、當事人：（1）原告：中國農業銀行湘西分行（以下簡稱中國農行湘西分行）

（2）被告：湖南省瀘溪縣極柑有限公司（以下簡稱瀘溪極柑公司）

3、案情說明：

中國農業發展銀行湖南省分行開發信貸處（甲方）、中國農業銀行瀘溪縣支行（乙方）於 1995 年 9 月 1 日與瀘溪縣極柑技術推廣站（丙方）簽訂《專項貸款項目信貸管理責任合同書》，約定由甲方向丙方撥放農業綜合貸款 100 萬元及扶貧貸款 230 萬元，到期日為 2000 年 9 月 1 日，貸款期間共計 5 年；甲方全權委託乙方負責該筆貸款之發放、管理及收回，乙方全權負責向丙方按季收取貸款利息，按期收清貸款本金。瀘溪縣極柑技術推廣站於 1997 年 6 月 6 日轉型成立為瀘溪極柑公司，組織機構代碼未變更，且承接原瀘溪縣極柑技術推廣站之權利及義務。被告瀘溪極柑公司自 1999 年起，先後向中國農行瀘溪縣支行申請五筆借款，貸款本金 508 萬元，部分用途作為償還原所借貸款。又按瀘溪縣人民政府指示安排，被告瀘溪極柑公司將前述從中國農發行湖南省分行及中國農行瀘溪縣支行所借貸款，特別是政策性貸款，部分轉貸予該縣農戶用於極柑等開發，截至 2008 年 6 月中國農行剝離不良資產前，該轉貸款仍有 449 餘萬元未收回。

自 2006 年 12 月起，中國農行瀘溪縣支行多次向被告瀘溪極柑公司發出《債務逾期催收通知書》，要求被告瀘溪極柑公司償還上述五筆逾期貸款本金 508 萬元及利息，但被告瀘溪極柑公司未履行還款義務。2008 年 4 月，瀘溪縣人民政府對被告瀘溪極柑公司進行改制，由瀘溪縣農業局制定《瀘溪縣極柑公司改革改制方案》，其中規定：「債權債務轉讓。積極採取措施削減公司債務，公司所創品牌、債務及固定資產由公司新接任者承擔。」「逐步搞好公司債務削減工作。與

銀行聯繫，處理不良貸款，設想通過談判實行打包處理或債務重組；與財政局聯繫，設想財務農縱開項目資金進行掛靠處理。」瀘溪縣農業局（甲方）與改制後之瀘溪槿柑公司新接任者（乙方）李建兵於2008年6月5日簽訂《協議》，約定乙方自願承擔原瀘溪槿柑公司相應債權債務，包括中國農行瀘溪縣支行五筆貸款本金508萬元。李建兵將改制後瀘溪槿柑公司進行工商變更登記，將公司類型由「有限責任公司」變更為「有限責任公司（自然人獨資）」，機構代碼不變。

適逢中國農業銀行根據中央政府安排進行股份制改造，於2008年將部分不良資產剝離予財政部，其中本案所訴之中國農行瀘溪縣支行五筆貸款及利息亦作為不良貸款剝離，惟股改後中國農業銀行及其分支機構受託繼續處置股改剝離之不良資產。因此中國農行瀘溪縣支行於2010年3月起，又向改制後即被告瀘溪槿柑公司發出《債務逾期催收通知書》，要求該公司立即清償本案所訴之中國農行瀘溪縣支行五筆貸款本金508萬元及利息，但被告瀘溪槿柑公司仍未履行還款義務。中國農行湘西分行遂於2011年11月向湖南省湘西土家族苗族自治州中級人民法院提起訴訟，請求判令被告瀘溪槿柑公司償還所欠貸款本息。

4、審理經過：

湖南省湘西土家族苗族自治州中級人民法院認為被告瀘溪槿柑公司所提交由其與中國農發行湖南省分行簽訂之《專項貸款項目信貸管理責任合同書》，該內容雖明確被告前身瀘溪縣槿柑技術推廣站所借貸款，在貸款條件、期間及利率等方面享有優惠，但仍負有還本付息之義務。且被告瀘溪槿柑公司配合瀘溪縣人民政府指示，將所借政策性貸款部分轉貸予該縣農戶用於槿柑開發，致使部分轉貸款本息無法收回，並不影響或得免除其依據《專項貸款項目信貸管理責任合同書》及其他借款合同，所明確約定對貸款人中國農發行湖南省分行、中國農行瀘溪縣支行所應承擔之還款義務。特別是被告瀘溪槿柑公司確認該筆新借貸款用於償還舊貸款，且於2006年12月23日在五份《債務逾期催收通知書》上均蓋公司公張及法定代表人李建兵私章簽收。儘管被告瀘溪槿柑公司於2008年進行改制，但僅是出資人及經營方式之轉變，該民事主體（企業法人）資格未發生其他

變更，且瀘溪縣農業局所制定之《瀘溪縣極柑公司改革改制方案》與李建兵簽訂之《協議》，明確被告瀘溪極柑公司對該政策性貸款之還款義務，並承擔原瀘溪極柑公司相應債權債務。中國農業銀行對不良貸款核銷呆帳，僅其內部管理及資產處理之方式，並不因此免除或減輕借款人之還款義務，改制後之被告瀘溪極柑公司依法仍惟以往所借政策性貸款之還款義務人。判決確定後，中國農行湘西分行提起上訴，請求依法判決確認其對本案爭議之抵押物房地產享有擔保權，可就抵押物行使優先受償權，但湖南省高級人民法院認為，中國農行湘西分行之訴訟請求實質上僅在二審中增加訴訟請求，依法不予判決支持，駁回上訴。

5、本案解析：

本案原《專項貸款項目信貸管理責任合同書》及後五筆借款合同中，實際使用該政策性貸款之農戶，並非合同當事人，作為借款人之被告瀘溪極柑公司主張貸款人中國農行湘西分行不應向其主張權利，應直接向其轉貸後實際使用該系爭貸款之農戶主張權利，不僅不符《專項貸款項目信貸管理責任合同書》等合同約定事項及合同法（第 2 條、第 91 條、第 107 條及第 121 條）、公司法之規定，亦違背合同相對性原則。且公平原則無法否定法律法規及司法解釋之效力，以及合同約定之有效性，本案被告瀘溪極柑公司作為政策性貸款之轉貸人，仍應向原貸款人中國農行湘西分行承擔還款責任，該公司在向貸款人承擔清償責任後，依法可向實際使用系爭貸款之農戶主張權利。

（四）雲浮市雲城區農村信用合作聯社訴劉柱嬌等金融借款合同案

1、裁判字號：廣東省雲浮市雲城區人民法院（2012）雲城法民初字第 29 號民事判決書

2、當事人：（1）原告：雲浮市雲城區農村信用合作聯社；（2）被告：雲安縣新寶石材有限公司、劉柱嬌、梁寶舒

3、案情說明：

被告劉柱嬌於 2012 年 3 月 27 日以購買石材為由向原告申請貸款，原告與被

告劉柱嬌於 2013 年 3 月 29 日簽訂一份《借款合同》，被告劉柱嬌為借款人，被告梁寶舒為借款人之配偶。同日被告梁寶舒向原告書立一份《保證擔保書》，同意為被告劉柱嬌提供上述借款之連帶責任擔保，保證範圍包括債權本金及利息（罰息）、違約金、賠償金及原告為實際債權所發生之相關費用，保證期間自保證書作出之日起至主債權合同項下之債務履約期限屆滿之日後兩年止。同日被告劉柱嬌、雲安縣新寶石材公司與原告簽訂一份《補充協議》，約定借款人在處置權屬雲安縣新寶石材公司位於雲浮市雲安縣內四筆土地（權屬證號：雲縣府國用[2010]第 000063 號、第 000064 號、第 000065 號、第 000066 號）後所得款項，應優先足額償還雲企農信（2012）個借字第 01139218 號之《借款合同》下之貸款本金及利息（罰息），但雙方未前往相關部門辦理抵押物登記。借款合同簽訂後，原告於當日將貸款 200 萬元撥入被告劉柱嬌之指定帳戶，但被告劉柱嬌借款後未依約償還借款本金及利息，原告對被告劉柱嬌該違約行為提起訴訟，並支付訴訟相關費用。

4、審理經過：

被告雲安縣新寶石材公司以其位於雲浮市雲安縣內四筆土地（權屬證號：雲縣府國用[2010]第 000063 號、第 000064 號、第 000065 號、第 000066 號）為該案借款作為抵押，並與原告雲浮市雲城區農村信聯社簽訂《補充協議》，該協議為當事人真實意思表示，且未違反國家法律及行政法規之禁止性規定，雖未辦理抵押物登記，但依據《物權法》第 15 條規定，未辦理抵押物登記並不影響合同效力，該抵押合同有效之規定，又依據《物權法》第 187 條規定，由於該案抵押物未辦理抵押登記，抵押權並未設立，原告雲浮市雲城區農村信聯社對該抵押物不具優先受償權。被告雲安縣新寶石材公司作為抵押人，對原告所受損失應在抵押物價值範圍內承擔賠償責任，惟賠償範圍僅限於《補充協議》所約定之借款本金及利息。

廣東省雲浮市雲城區人民法院依據《民法通則》第 90 條、第 108 條；《合同法》第 60 條、第 107 條、第 205 條、第 206 條、第 207 條；《物權法》第 15 條

及第 187 條，以及《民事訴訟法》第 64 條、第 130 條等法律法規，作出判決如下：(1) 限被告劉柱嬌在判決發生法律效力之日起十五日內償還原告借款本金 200 萬元及其利息、罰息；(2) 限被告劉柱嬌在判決發生法律效力之日起十五日內支付原告訴訟費 75,000 元；(3) 被告梁寶舒對上述兩項判決承擔連帶清償責任；(4) 被告雲安縣新寶石材公司在抵押物價值範圍內對上述第一項判決承擔賠償責任。

5、案例解析：

本案當事人簽訂抵押合同為真實意思表示，且合同未約定其他生效要件，依據《物權法》規定該抵押合同確認已生效，但抵押合同作為設權合同，抵押人須辦理抵押登記，債權人始得對抵押物享有優先受償權。雖本案當事人已簽訂抵押合同，但未辦理抵押登記，該抵押合同自簽訂之日起有效，然依據《物權法》第 178 條之規定：「以本法第一百八十條第一款第一項至第三項規定的財產或者第五項規定的正在建造的建築物抵押的，應當辦理抵押登記。抵押權自登記時設立。」亦即當事人抵押權未設立，債權人對抵押物不享有優先受償權。由於抵押人違背誠實信用原則，未辦理抵押登記，已違反抵押合同之約定，致使債權人權利受損，抵押人的確應承擔違約責任。

(五)中國信達資產管理公司天津市分公司訴北京嘉田食品公司等金融不良債權追償案

1、裁判字號：北京市密雲縣人民法院（2012）密民初字第 3004 號民事判決書

2、當事人：(1) 原告：中國信達資產管理公司天津市分公司（以下簡稱信達天津分公司）；(2) 被告：北京家田食品有限公司（以下簡稱家田食品公司）、北京瑪溪姆科技有限公司（以下簡稱瑪溪姆科技公司）

3、案情說明：

北京農村商業銀行十里堡支行（甲方，以下簡稱農商行十里堡支行）與被告家田食品公司（乙方）於 2007 年 12 月 14 日簽訂《借款合同》，約定家田食品公

司向農商行十里堡支行借款 500 萬元，借款期限自 2007 年 12 月 14 日至 2008 年 12 月 13 日。該《借款合同》第 2 條對借款用途約定為「本合同項下的借款用於償還 2006 年借字第 289 號合同項下之借款人所欠貸款人貸款本金」，約定借款月利率 0.8505%，該合同 5.5 條約定借款期間內無法按期支付之利息按借款合同利率計收複利，借款逾期後改按罰息利率計收複利，而該合同 5.6 條約定借款逾期後從逾期之日起，本合同項下逾期未還借款按借款利率的 130%計收罰息。同日農商行十里堡支行與北京瑪森姆生態精品農業觀光園有限公司（後該公司名稱變更三次，曾先後變更為北京瑪森姆建築工程有限公司、北京瑪溪姆田園渡假村有限公司，現名為北京瑪溪姆科技有限公司）簽署《保證合同》，約定瑪溪姆科技公司為被告家田食品公司向農商行十里堡支行承擔連帶責任保證擔保。

農商行十里堡支行於 2007 年 12 月 14 日依約撥放貸款，但該筆借款到期後被告家田食品公司未按照合同約定償還借款。農商行十里堡支行於 2008 年 12 月 31 日向被告家田食品公司進行催收，要求其籌措資金盡快還款，同日農商行十里堡支行亦向瑪溪姆科技公司進行催收，要求其履行擔保責任，積極督促借款人或親自履行合同義務，其後農商行十里堡支行於 2010 年 3 月 1 日對被告家田食品公司再次進行催收未果，遂於 2010 年 12 月 23 日向北京市密雲縣人民法院提起訴訟，但農商行十里堡支行於 2011 年 4 月 19 日提出撤訴申請，並將該債權轉讓予信達北京分公司之事實通知北京市密雲縣人民法院，同日該院出具裁定書准許農商行十里堡支行撤回起訴。應注意者，信達天津分公司於 2011 年 9 月 13 日與信達北京分公司簽訂《資產劃轉協議》將該債權劃轉予信達天津分公司，並於 2011 年 9 月 29 日在《金融時報》上公告通知債務人及保證人債權劃轉行為並進行催收工作。

4、審理經過：

北京市密雲縣人民法院認為，農商行十里堡支行與被告家田食品公司簽訂之借款合同及其與瑪溪姆科技公司簽訂之保證合同合法有效，農商行十里堡支行在訴訟時效屆滿前進行催收，訴訟時效中斷，又該行於 2010 年 12 月 23 日對被告

家田食品公司提起訴訟，訴訟時效再次中斷，推定原告起訴未超過訴訟時效。農商行密雲支行作為農商行十里堡支行之上級管轄行與信達北京分公司簽訂債權轉讓合同，農商行十里堡支行對該債權轉讓行為不持異議，故該債權轉讓行為有效，後信達北京分公司將其取得之債權轉讓予信達天津分公司，兩次債權轉讓行為均公告通知被告家田食品公司及瑪溪姆科技公司，推定已對二被告發生法律效力。北京市密雲縣人民法院係依據《合同法》第 79 條、第 80 條、第 205 條、第 206 條及第 207 條；《擔保法》第 18 條、第 22 條及第 31 條等法律規定，作出判決如下：(1) 被告家田食品公司於判決生效之日起十五日內償還原告信達天津分公司借款本金 500 萬元及其相應利息、罰息；(2) 被告瑪溪姆科技公司對上述借款本息向原告信達天津分公司承擔連帶清償責任；(3) 被告瑪溪姆科技公司承擔連帶保證責任後，有權向家田食品公司追償。

5、本案解析：

訴訟時效制度之立法目的在於督促當事人積極行使權利，其中訴訟為行使權利之方式，但撤訴並不會將過去向債務人主張權利之客觀事實予以消滅。關於在報紙上刊登公告進行催收是否可中斷訴訟時效之問題，依據《最高人民法院關於審理民事案件適用訴訟時效制度若干問題的規定》第 10 條第 4 款規定：「當事人一方下落不明，對方當事人在國家級或者下落不明的當事人一方住所地的省籍有影響的媒體上刊登具有主張權利內容的公告的，但法律和司法解釋另有特別規定的，適用其規定。」由於本案特殊之處在於本案係金融不良債權追索糾紛，金融資產管理公司承擔化解金融風險，保障國家金融資產安全及維護社會信用體系之使命，最高人民法院作出專門司法解釋，即《最高人民法院關於審理涉及金融資產管理公司收購、管理、處置國有銀行不良貸款形成的資產的案件適用法律若干問題的規定》第 10 條屬於《最高人民法院關於審理民事案件適用訴訟時效制度若干問題的規定》所稱之「另有特別規定的，適用其規定。」因此本案中貸款銀行在《金融時報》發表公告中包含催收之內容，推定訴訟時效再次中斷，未超過法定訴訟時效。

(六)北京賽柯藥業有限責任公司訴中國信達資產管理公司北京分公司借款擔保
執行異議案

1、裁判字號：北京市第一中級人民法院（2011）一中執復字第 1120 號執行裁定

2、當事人：（1）申請覆議人（原審異議人、原審被執行人）：北京賽柯藥業有限
責任公司（以下簡稱賽柯藥業）；（2）原審申請執行人：中國信達資
產管理公司北京分公司（以下簡稱信達北京分公司）；（3）原審被執
行人：北京醫藥物資聯合經營公司（以下簡稱醫藥公司）

3、案情說明：

中國工商銀行新街口支行（以下簡稱工行新街口支行）於 1999 年 3 月與醫
藥公司簽訂借款合同，約定工行新街口支行向醫藥公司提供貸款 210 萬元，貸款
期限自 1999 年 3 月 26 日至 1999 年 12 月 16 日；工行新街口支行與北京第二製
藥廠（以下簡稱製藥二廠）簽訂保證合同，約定製藥二廠為上述借款合同向工行
新街口支行提供連帶保證責任。工行新街口支行依約撥放貸款，然合同到期後醫
藥公司未履行還款義務、製藥二廠未履行保證責任，工行新街口支行逕向北京市
西城區人民法院提起訴訟，2001 年 12 月 22 日該院作出（2002）西經初字第 645
號民事判決書，判決醫藥公司向工行新街口支行支付借款本金 210 萬元及其相應
利息；製藥二廠對醫藥公司上述債務承擔連帶責任。製藥二廠不服判決向北京市
第一中級人民法院提出上訴，該院於 2002 年 10 月 11 日作出（2002）一中民終
字第 5621 號民事判決書，駁回上訴，維持原判。

工行新街口支行於 2002 年 11 月 16 日向北京市西城區人民法院提出強制執
行申請，該法院於 2003 年 1 月 8 日向被執行人醫藥公司發出執行通知，並對醫
藥公司之財產予以凍結、變賣，7 月 30 日執行回現金 61.66 萬元。工行新街口支
行與信達北京分公司於 2005 年 7 月 11 日簽訂債權轉讓協議，7 月 25 日工行新
街口支行與信達北京分公司在《金融時報》上刊登債權轉讓公告，並於 2007 年
7 月 19 日再次在《金融時報》發布催收公告。信達北京分公司於 2009 年 3 月 19
日向北京市西城區人民法院申請恢復執行，同年 5 月該院向賽柯藥業（北京第二

製藥廠於 2002 年 7 月更名為北京賽柯藥業有限責任公司）發出執行通知，告知（2002）一中民終字第 5621 號民事判決書以發生法律效力，中國工商銀行北京市分行已將該筆債權轉讓信達北京分公司，其作為權利人向本院申請執行。賽柯藥業收到執行通知後，未履行生效判決所確定之義務，同年 6 月北京市西城區人民法院作出（2009）西執字第 57 號民事裁定書，凍結賽柯藥業在銀行之存款及位於北京市朝陽區之土地使用權，其後賽柯藥業遂向北京市西城區人民法院提起執行異議之訴。

4、審理經過：

北京市西城區人民法院認為（2002）一中民終字第 5621 號民事判決書生效後，債權人工行新街口支行在執行有效期限內，向法院提出執行申請。該執行過程中，債權人將該判決書中確定權利轉讓予信達北京分公司，並以公告形式告知債務人。法院按照該債權轉讓確認信達北京分公司為申請執行人，根據債權人申請法院依法凍結、扣劃等被執行人賽柯藥業財產及存款之執行行為，未違反法律及行政法規之規定，裁定駁回異議人賽柯藥業之執行異議。後賽柯藥業向北京市第一中級人民法院申請覆議，該院經審理後認為工行新街口支行在法定期間內向法院申請強制執行，原審法院立案執行後對賽柯藥業發出執行通知，並採取相應強制執行措施無違法之處。而工行新街口支行與信達北京分公司簽訂債權轉讓協議，將該判決書項下剩餘債權進行轉讓，並以公告形式通知債務人，原審法院在執行程序中對此予以確認亦無違法。因此北京市第一中級人民法院認為覆議申請人之覆議申請缺乏法律依據，不予支持，即依據《民事訴訟法》第 140 條第 1 項第 11 款之規定，作出裁定為駁回異議人北京賽柯藥業有限責任公司之執行覆議申請。

5、本案解析

本案申請覆議人賽柯藥業在覆議理由中提及，工行新街口支行與信達北京分公司轉讓行為之具體內容未經審判機關進行實質審查及確認，信達北京分公司應不具有成為本案申請執行人之資格。換言之，即申請覆議人認為未經審判機關進

行實質審查及確認，民事主體間不得對判決所確定之債權進行轉讓。然近年中國大陸在司法實務上存在轉讓判決書確認債權之現象，其本質上仍屬一債權轉讓之形式，法律並無明文禁止。因此在符合債權轉讓之生效要件，且體現當事人真實意思表示之情況下，轉讓判決書確認債權之行為應受法律保護，其成立不以是否經審判機關實質審查及確認為要件。

再者，關於債權轉讓協議公告之效力問題，覆議申請人賽柯藥業援引《合同法》第 80 條規定：「債權人轉讓權利的，應當通知債務人。未經通知，該轉讓對債務人不發生效力。」認為工行新街口支行與信達北京分公司以公告形式進行通知不符該法規定，該債權轉讓對其不發生效力。但本案所涉及之債權轉讓有其特殊性，即金融資產管理公司收購、管理、處置國有銀行不良資產，依據《最高人民法院關於審理涉及金融資產管理公司收購、管理、處置國有銀行不良貸款形成的資產的案件適用法律若干問題的規定》第 6 條規定：「金融資產管理公司受讓國有銀行債權後，原債權銀行在全國或者省級有影響的報紙上發布債權轉讓公告或通知的，人民法院可以認定債權人履行了《中華人民共和國合同法》第八十條第一款規定的通知義務。」由於本案工行新街口支行與信達北京分公司在《金融時報》上公告具有債權轉讓通知之效力，其債權轉讓協議之效力及於所涉及相關債務人。

又賽柯藥業之法律地位為擔保人，而非主債務人，依據《擔保法》第 22 條規定：「保證期間，債權人依法將主債權轉讓給第三人的，保證人在原保證擔保的範圍內繼續承擔保證責任。」且最高人民法院於 2005 年 5 月公布《最高人民法院關於金融資產管理公司收購、處置銀行不良資產有關問題的補充通知》²¹⁵第 2 條規定：「國有商業銀行（包括國有控股銀行）向金融資產管理公司轉讓不良貸款，或金融資產管理公司收購、處置不良貸款的，擔保債權同時轉讓，無須徵得擔保人的同意，擔保人仍應在原擔保範圍內對受讓人繼續承擔擔保責任。」因此在債權轉讓成立之情況下，賽柯藥業理應履行其擔保義務。

²¹⁵ 最高人民法院 2005 年 5 月 30 日法[2005]62 號。

應注意者，轉讓判決書所確認債權之現象，由於關乎司法權威及執行制度之發展，雖在司法實務上有其特殊性，仍應出台法律、行政法規或司法解釋等規範相關行為。包括 2001 年 4 月所公布《最高人民法院關於審理涉及金融資產管理公司收購、管理、處置國有銀行不良貸款形成的資產的案件適用法律若干問題的規定》之司法解釋，對國有銀行不良債權轉讓、處置之相關法律適用問題進行明確規範，而 2011 年 1 月所公布《最高人民法院關於判決生效後當事人將判決確認的債權轉讓債權受讓人對該判決不符提出再審申請人民法院是否受理問題的批覆》²¹⁶之司法解釋，則明確規定判決確認之債權其受讓人不具有申請再審人主體資格，其對該判決不服提出再審申請，人民法院應依法不予受理。

(七)中國信達資產管理公司天津市分公司訴北京正圓世嘉房地產開發公司等金融不良債權追償案

1、裁判字號：北京市密雲縣人民法院（2012）密執字第 2419 號執行裁定書

2、當事人：（1）申請執行人：中國信達資產管理公司天津市分公司（以下簡稱信達天津分公司）；（2）被申請執行人：北京正圓世嘉地產開發公司（以下簡稱正圓世嘉公司）、蔣彤

3、案情說明：

申請執行人信達天津分公司與被申請執行人正圓世嘉公司、蔣彤之金融不良債權追償一案，北京市密雲縣人民法院於 2012 年 8 月 6 日作出（2012）密民初字第 4514 號民事調解書，雙方達成協議：（1）正圓世嘉公司於 2012 年 8 月 10 日前償還信達天津分公司借款本金 755 萬元及利息（即按照《借款合同》之約定計算利息、罰息等，共計 354.16 萬元）；（2）蔣彤對上述第一項判決承擔連帶保證責任；（3）信達天津分公司對《抵押合同》約定之抵押物享有優先受償權。另查申請執行人北京農村商業銀行密雲支行（以下簡稱農商行密雲支行）與被執行人北京正圓世嘉地產開發公司借款合同糾紛一案（2010）密執字第 3055 號，北京市密雲縣人民法院於 2012 年 4 月 8 日作出（2010）密民初字第 1101 號民事判

²¹⁶ 最高人民法院 2011 年 1 月 7 日法釋[2011]2 號。

決書，其判決：(1) 正圓世嘉公司於判決生效後九十日內償還原告農商行密雲支行借款本金 850 萬元及利息 58.33 萬元；(2) 農商行密雲支行對抵押合同項下之抵押物京密他項(2008 抵)第 00040 號土地他項權利證明書項下京密國用(2003 出)字第 01535-01538 號、第 01535-01543~01544 號及第 01535-01522 號國有土地使用證內 16 號、17 號、18 號、19 號、25~30 號、33 號、35 號及 105-108 號共 15 套別墅及會所所分攤之土地面積 4136.05 平方米及再建工程 5375.65 平方米享有優先受償權。因農商行密雲支行將該債權轉讓予信達天津分公司，北京市密雲縣人民法院於 2012 年 7 月 15 日以(2010)密執字第 3055 號執行裁定書變更信達天津分公司為(2010)密執字第 3055 號執行案之申請執行人。

4、審理經過：

北京市密雲縣人民法院在執行過程中查明，被申請執行人正圓世嘉公司無其他財產可供執行，其自願將所有位於密雲縣博世莊園別墅區之 11 號、26 號、28 號、30 號及 107 號共五套別墅交付申請執行人信達天津分公司抵頂(2012)密民初字第 4514 號民事調解書、(2010)密民初字第 1101 號民事判決書所確定之全部借款及利息，申請執行人信達天津分公司亦同意該方案，而北京市密雲縣人民法院即依據《民事訴訟法》第 207 條作出裁定，得以被申請執行人正圓世嘉公司位於密雲縣博世莊園別墅區之五套別墅交付申請執行人信達天津分公司，用以抵頂前述民事調解書及民事判決書所確認案款中之全部借款及利息，上述兩案就此執行完畢。

5、本案解析：

本案重點在於雙方當事人是否可達成和解協議以抵押物抵頂全部債務，如依據《民事訴訟法》第 230 條第 1 項規定：「在執行中，雙方當事人自行和解達成協議的，執行員應當將協定內容記入筆錄，由雙方當事人簽名或者蓋章。」又查《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國民事訴訟法〉若干問題的意見》第 301 條規定：「經申請執行人和被執行人同意，可以不經拍賣、變賣，直接將被執行人的財產作價交申請執行人抵償債務，對剩餘債務，被執行人應當繼續清

償。」及第 302 條規定：「被執行人的財產無法拍賣或變賣的，經申請執行人同意，人民法院可以將該項財產作價後交付申請執行人抵償債務，或者交付申請執行人管理；申請執行人拒絕接收或管理的，退回被執行人。」前述兩條司法解釋為中國大陸現行法律民事執行中以物抵債強制措施之基本法律依據。本案雙方當事人達成協議以四套享有抵押權之別墅及一套無抵押權之別墅抵頂兩案借款本金及利息共計 2,017.5 萬元，然該五套別墅市值僅 1,000 萬元，明顯低於申請執行標的，但由於被申請執行人正圓世嘉公司無其他財產可供執行，在雙方當事人達成一致之情況下，法院可不經拍賣、變賣程序直接作價交付申請執行人以清償債務。且申請執行人對其中四套別墅享有抵押權，如將其拍賣、變賣，申請執行人享有優先受償權，據此法院裁定雙方和解協議有效，被申請執行人得以其房產抵償債務。

二、金融仲裁之經典案例

由於仲裁多用於解決勞動合同、支付工資報酬、房屋買賣合同、個人住房按揭、民間借貸等爭議糾紛，在各項金融糾紛解決途徑中尚未普及採用，且是以不公開開庭審理為原則，本研究僅擇定兩則仲裁經典案例進行解析。

（一）甲銀行與乙集團公司借款合同糾紛

1、受理時間：2008 年 4 月 28 日

2、結案時間：2008 年 5 月 14 日

3、裁決機構：西安仲裁委員會

4、當事人：（1）申請人：甲銀行；（2）被申請人：乙集團

5、案情說明：

被申請人乙集團於 2000 年 9 月 26 日以購買設備為由向申請人甲銀行申請借

款兩筆，雙方簽訂 2000 年第 13 號及第 14 號固定資產借款合同及抵押合同，貸款利率均 6.633%，並以被申請人之所有土地使用權及地上建築作為抵押。其中第 13 號固定資產借款合同貸款金額 840 萬元，借款期限自 2000 年 9 月 26 日至 2003 年 9 月 10 日；第 14 號抵押合同貸款金額 1,120 萬，借款期限則自 2000 年 9 月 26 日至 2004 年 9 月 10 日。被申請人乙集團於 2003 年 9 月 10 日向甲銀行申請對第 13 號固定資產借款合同申請展期，該行同意且雙方簽訂 2003 年第 2 號借款展期合同，確定到期日為 2004 年 12 月 19 日，貸款利率 6.138%。然展期到期後被申請人乙集團僅償還 20 萬元本金，剩餘本金 820 萬元未還，截至 2008 年 3 月 20 日積欠利息 167.8 萬元，且第 14 號合同借款到期後被申請人乙集團亦尚未償還，截至 2008 年 3 月 20 日積欠利息 340.8 萬元。前述兩筆借款到期後，申請人甲銀行積極催收本息，最後一次催收時間於 2008 年 4 月 8 日，被申請人乙集團對兩筆債務本金共計 1,940 萬元及積欠利息共 508.6 萬元均無異議，並在催收貸款本息通知書上蓋章認可。申請人甲銀行依據雙方簽訂補充合同書中之仲裁協議，於 2008 年 4 月 28 日向西安仲裁委員會提請仲裁，提出請求如下：(1) 確認兩筆借款合同、抵押合同及展期合同有效；(2) 裁決被申請人乙集團償還兩筆貸款之本息；(3) 裁決被申請人甲銀行承擔相關仲裁費。

6、審理經過：

西安仲裁委員會受理此案後，依法組成仲裁庭對仲裁請求、案件事實、證據材料進行核實，並確認雙方當事人對爭議之事實、金額均無異議，債權債務關係明確，且當事人雙方前期合作關係良好。經雙方合意調解達成和解協議後，仲裁庭作出裁決結案。

7、本案解析：

本案爭議事實、適用法律及債權債務關係明確，雖雙方事前未於合同上約定仲裁條款，但糾紛發生後在當事人權衡利弊下，合意補充約定仲裁協議，共同協商確定仲裁庭之組成、開庭時間、和解協議內容及法律文書形式等，不僅符合仲裁之意思自治原則，同時彰顯仲裁之靈活性，對被申請人乙集團而言，達成保護

商譽、節省時間成本之目的，而對申請人甲銀行來說，訴求快速確認債權債務及其履行方式，並取得執行名義之目標。應注意者，金融仲裁是以不公開開庭審理為原則，且以法律文書形式確認協議內容，相對司法於訴訟之公開審理，仲裁可消除一定程度之負面影響。換言之，由於金融糾紛之涉案金額較大且事關企業商譽及營業秘密，影響層面大、敏感性強，且該案被申請人乙集團以該公司財產作為抵押，債務清償必然影響其營運發展及內部穩定。儘管金融糾紛解決途徑中仲裁尚未普及，但其不失為解決金融爭議案件之有效方式。

（二）甲銀行與乙、丙房地產開發公司房屋按揭貸款引發以物抵債糾紛

1、受理時間：2008 年 6 月 18 日

2、結案時間：2008 年 6 月 20 日

3、裁決機構：西安仲裁委員會

4、當事人：（1）申請人：甲銀行；（2）被申請人：乙、丙房地產開發公司

5、案情說明：

申請人甲銀行於 2000 年 8 月 23 日與被申請人乙、丙房地產開發公司共同簽訂按揭業務合作協議，支持兩家公司共同開發某大型樓房項目之個人住房按揭貸款。2001 年 3 月至 2001 年 9 月間，申請人向九位購房人撥放貸款 343 萬元，借款人以所購住房進行抵押，被申請人承擔階段性連帶保證責任。然九位購房人住房按揭貸款自 2006 年 11 月起發生連續違約，經申請人催收，截至 2008 年 5 月 27 日尚欠甲銀行貸款本金 269.4 萬元及利息 23.6 萬元。經銀行調查發現該樓房在撥放貸款後，乙、丙開發公司多次變更房屋編號，致使抵押物現狀與原始登記有所出入，增加銀行向購房人追索債務之難度，2008 年 6 月申請人甲銀行向購房按揭貸款之保證人即被申請人主張債權。

6、審理經過：

申請人甲銀行擬循仲裁途徑盡快實現債權，並向貸款保證人乙、丙開發公司

主張保證責任，以減少債權損失，但《個人購房借款合同》簽訂之初，申請人甲銀行與被申請人乙、丙開發公司未約定仲裁條款，甲銀行就該問題向西安仲裁委員會提出諮詢。西安仲裁委員會對該案事實進行調查後，評估本案事實清楚、合同簽訂權責分明、當事人前期合作良好等客觀情況，由於雙方當事人願意積極解決問題，在西安仲裁委員會促合下，合意達成仲裁協議，同時就本案爭議亦作成以物抵債之協議，協議「以乙房地產開發公司名下之五套房產抵償九位購房人所欠該行貸款本息及相關費用，處置抵債房屋後不足部分由保證人負責償還。」且該協議明確約定由西安仲裁委員會製作法律文書予以確認。2008年6月18日西安仲裁委員會立案後立即組成仲裁庭，仲裁庭根據雙方當事人之請求進行書面審理，並於2008年6月20日按照抵債協議製作裁決書，對申請人甲銀行向保證人主張債權之仲裁請求以法律文書進行確認，較短時間內保護銀行作為債權人權利之實現，而被申請人在簽收裁決書後，亦在規定期間內辦理房產過戶。

7、本案解析：

本案爭議事實清楚及法律關係明確，且事後雙方當事人約定仲裁條款，加快仲裁審理程序取得執行名義，確保申請人甲銀行債權之實現。本案甲銀行與購房人所簽訂《個人購房借款合同》中有爭議解決途徑之約定：第一條為仲裁、第二條為訴訟，但在該合同簽訂時雙方對該兩項未作出選擇，可謂合同簽訂過程中存在之瑕疵。應注意者，如爭議解決方式未在合同中明確擇定，當合同發生糾紛時僅就管轄權而言，將可能產生無謂之訴累及時間成本。再者，由於購房按揭之特殊性，該按揭中實際存在三方主體（銀行、房地產開發公司、購房人）、三套基本法律關係（房地產開發公司與購房人之房屋買賣關係、購房人與銀行之借款關係、房地產開發公司與銀行之擔保關係）及三份合同（借款合同、擔保合同、房屋買賣合同）。且前述三份合同各自獨立又相互關聯，如該合同爭議解決方式選擇不一，可能出現訴訟、仲裁管轄權混亂之現象，增加雙方當事人之訴累及社會成本之負擔。

第五節 小結

本章探討重點在於銀行債權之訴訟成因、運用非司法訴追之方式、銀行事前防範及事後因應之對策，再擇定數則以訴訟或仲裁方式解決糾紛爭議之經典案例進行解析。事實上，金融糾紛之當事人不僅有快速解決糾紛之訴求，亦有保護商譽或商業秘密之目的，儘管金融糾紛阻礙金融交易之進行，但如有金融交易之發生即伴隨糾紛產生之可能，該風險為金融交易參與者可預見或應預見，一旦發生糾紛，當事人即需一種快速且實用之解決途徑。不可諱言地，金融交易之當事人均以營利為最終目的，當發生糾紛後，其首要考量時間成本、機會成本及資金成本等，其次為企業商譽或個人聲譽之保護。現行銀行債權確保實現作法，如同本研究第三章所述，包括訴訟、仲裁及債權公證文書等方式，在取得最終判決或裁決後，即可履行確認結果或向司法機關聲請強制執行，以確保自身利益獲得實際補償。然銀行債權難以維護除內在因素外，當然仍存在外在因素之影響，包括法律雖對金融債權保護規範明確，但實際執行有其困難性及複雜度，以致侵害債權現象屢有發生；或銀行與企業之信用關係尚未完全建立，特別對中小企業存在信用意識不足之問題，以及法銀合作機制仍未覆蓋所有銀行業金融機構；又或企業以多重帳戶、異地開戶及以他人名義申請貸款但為企業使用（私貸公用）等逃避債務情形；甚至部分司法人員或仲裁員之金融審判經驗不足，因不諳銀行業務操作而裁判不公，或經辦人員對抵押物登記條例認知不完全之狀況。

第五章 結論與建議

第一節 結論

本研究以探討台資銀行對中國大陸地區企業放款債權確保及催收作業相關規範等問題為出發，並將擔保相關法令、擔保實務運作、執行困難、法院案例及催收認定等面向作為研究重點，分別就中國大陸銀行債權司法保護、銀行債權確保及催收問題、銀行企業放款債權經典訴訟案例等面向進行分析，經研究發現及評估後本研究提出結論如下。

（一）擔保法令之架構

中國大陸擔保法令架構是以《擔保法》及《物權法》為基礎，再配合其他相關法律規定、行政法規及司法解釋建構而成，包括《企業破產法》對擔保制度之規定、《商業銀行同業業務治理》及《商業銀行保理業務管理暫行辦法》與擔保權相關制度之規定，以及《金融資產管理公司利用外資處理不良債權》、《最高人民法院就獨立保函司法解釋公開徵求社會各界意見》、《關於審理涉及金融不良債權轉讓案件工作座談會紀要》及《關於人民法院為防範化解金融風險和推進金融改革發展提供司法保障的指導意見》等在司法審判之規定。在《擔保法》主要規範保證、抵押、質押、留置及定金等方式，其中抵押包括動產抵押與不動產抵押二類，而質押包括動產質押與權利質押。然二者法律應如何適用，肇因於《物權法》通過後並未隨之廢除《擔保法》，使《擔保法》及其司法解釋仍有效，如《物權法》未規定，適用《擔保法》及其解釋之規定，但《物權法》與《擔保法》均有擔保物權之規定者，應優先適用《物權法》。應注意者，《物權法》修正中國大陸原有抵押制度，包括新增動產浮動抵押制度、非訟程序實現抵押權（可請求法院直接拍賣、變賣抵押物）、最高額質權並擴大權利質權範圍，並將抵押合同生效與抵押權設立分離、較《擔保法》擴大可用在抵押之財產範圍、抵押權及其順位之放棄與抵押權變更、地隨房走或房隨地走之原則與例外等，使得物權制度較為活躍且豐富。

（二）銀行債權確保及催收之問題

中國大陸商業銀行在金融體系占有絕對優勢，特別是國有銀行在資產、貸款及稅後利潤等市占率高，又企業資金需求須仰賴銀行借款滿足，間接融資仍是企業主要融資管道。銀行在辦理貸款案件時為考量債權確保，借款人應提供擔保並與借款人訂立書面借款合同，依法可運用擔保方式，包括保證、抵押、質押、定金及留置等。如被擔保債權同時存在物保及人保，《物權法》賦予債權人行使選擇權，債權人應按照約定實現債權，如未約定，且由第三人提供物保，債權人可就物保實現債權，亦可要求保證人承擔保證責任。銀行自行催收成效不佳時，可循公權力救濟管道保護其債權清收，實務上，銀行債權確保實現之常見作法，包括訴訟、仲裁及公證債權文書，其中以司法訴追使用量較大，其次運用公證債權文書作為糾紛解決方式，主要是法律賦予其經公證後即具有強制執行之法律效力，對當事人而言，具有減少訴訟費用及時間成本耗損之優點。惟在中國大陸採取仲裁多用於勞動合同、支付工資報酬、房屋買賣合同、個人住房按揭、民間借貸等爭議，金融借款糾紛案例較少。主要是仲裁專業性取決於仲裁員，如仲裁案件交由具有良好法律素養及豐富經驗之仲裁員審理，不僅保證雙方當事人爭議解決之品質，同時體現仲裁結果之公正性，但仲裁員品質良莠不齊，且非兼具金融專業知識可能影響仲裁結果，特別是無論循訴訟或仲裁，最終須交由人民法院進行執行程序，受理法官對仲裁觀感褒貶不一，亦是銀行關注重點之一。

（三）銀行債權訴訟案件之成因

銀行債權產生爭議訴訟之主要原因，包括總體經濟環境、企業經營管理、政府干預或地方保護主義等，而銀行內部在進行貸前及貸後管理工作過程所存在之缺失，亦是關鍵因素之一。由於近年總體經濟環境之變化，過去潛藏在中國大陸經濟高速成長榮景背後之風險，一一浮現，如房地產跌價、原物料價格走弱、過度投資造成產能過剩等，加上為落實國家環境保護政策，對污染量較大之產業進行融資限制，均造成企業經營不善而規避銀行債務之問題，進而產生銀行債權糾紛爭議。儘管銀行債權爭議案件由於借款事件屬實，且雙方當事人已簽訂定期化

契約，債權債務關係明確，法院判決銀行為勝訴方居多，鮮少發生敗訴案例，但仍有敗訴之可能原因，包括保證期間內未向保證人主張權利，使得保證人不再承擔保證責任；銀行內部人員操作不當之違法犯罪行為及訴前論證不足；抵押權或質權除斥期間內未向抵押人或質押人行使抵押權或質權，使得抵押人或質押人不再承擔抵押擔保責任或質押擔保責任。

（四）運用非司法訴追回收債權之作法

由於訴訟在過去為一項高成本之糾紛解決機制，訴訟當事人可能須承擔訴訟程序複雜、訴訟過程延遲、訴訟費用昂貴、訴訟結果不確定等問題，以致自國外引進非訴訟解決機制（Alternation Dispute Resolution, ADR）。所謂 ADR 即訴訟及仲裁以外之爭議解決途徑，包括協商談判、調解、模擬法庭等形式，當事人自願達成解決方案，但該協議不具法律上之強制執行效力²¹⁷。但在中國大陸，法律賦予公證機關一項特殊職能，符合一定條件之債權文書經公證後，即具有強制執行效力，一方當事人不履行公證文書規定之義務時，對方當事人可依據《民事訴訟法》第 218 條規定，不經訴訟得直接向有管轄權之人民法院申請強制執行，對銀行債權之實現具有極大助益。事實上，公證不僅發揮預防糾紛、減少訴訟之重要作用，其證據效力、法律行為成立要件效力、強制執行效力等亦逐漸成為當事人保障債權實現之首選，然在實務上並不適用於大型企業之貸款案件上。惟應注意者，本研究稱非司法訴追，非以違法方式追回債權，如債權人非法採用強制手段剝奪或妨礙債務人對財產之所有權及使用權，即為侵權行為，該實施侵權之債權人須承擔相關法律責任。

（五）防範及處理逃避銀行債務之對策

有效防範借款企業逃避銀行債務，莫過於落實貸前管理及貸後管理。在事前防範工作上，包括重視企業盡職調查、聘請外部法律顧問、加強銀行內控制度及與同業間連結等方式，其中盡職調查係銀行在撥貸前即應事先取得借款企業之詳

²¹⁷ 參閱趙秀文，論選擇性爭議解決方法（ADR）及其適用，法學雜誌 2005 年第五期，2005 年 5 月。

細資訊，可供運用或調查之途徑如工商總局企業登記檔案、中國人民銀行企業徵信系統、人民法院失信黑名單系統等。前述調查工作主要目的在於掌握借款企業之真實經營狀況，並非僅以財務報表進行書面審查，而在貸後管理工作上，除指派專人定期調查借款人狀況外，亦須重視貸款催收及行使債權與擔保權，避免銀行債權超過法定訴訟時效或保證期間。倘若銀行自行催收成效不佳時，可循公權力救濟管道保護其債權之清收，但不論是透過司法訴訟、金融仲裁或公證債權文書等形式，最終均須向人民法院聲請強制執行，在司法實務上，執行過程中存在諸多問題造成執行難之問題，如銀行債權確定無法完全實現，其最終作法即是將不良債權轉讓與金融資產管理公司進行催收或執行。應注意者，訴訟或仲裁之審理期間雖須於法定時間內完成，但由於資產鑑定評估及案件移送不計算在審理期間內，非法院、債權人及債務人所能控制，加上訟訴時效中斷之保護機制，產生延宕最終結案時間之可能性。

第二節 建議

經前述研究成果，並思考銀行扮演資金供需者之媒合橋樑，儘管其擁有廣大金融資源，但如資金運用發生流動性風險，將會對本身經營體質造成傷害，進而影響金融市場穩定，使得銀行債權保護及追索顯得相當重要。爰此，本研究提出以下建議，供作我國銀行業者進行經營決策之參考。

- (一) 台資銀行擬在中國大陸各地區增設分支據點（分行或子銀行）時，應先自行評估市場定位、業務及客戶來源、利潤空間等，並對該地區進行先期市場調查，包括當地經濟發展、辦公場所、各級法院立場、主管機關監管態度、重點產業類別、人均所得，以及金融、勞動、環保等法律、行政法規或司法解釋等。由於在市場准入條件及法令遵循規範上，雖對外資銀行與陸資銀行之監管並無差異，但仍有各地方政府保護主義潛規則所蘊含之法律風險，且台資銀行較外資銀行進入時間晚，在業務推行及法律適應上存在一定壓力。

- (二) 台資銀行在中國大陸發展所應考慮之重點，包括(1)對何種類型企業放款(台資企業、中央或國有企業、受中央或地方政府扶持並具發展前景之中小企業等)；(2)何種類型企業接受台資銀行貸款(台資銀行不具爭取與國有企業合作之競爭條件)；(3)完善對當地企業之盡職調查及其成長性評估；(4)須結合中國大陸實際情況，並將業務「做精、做細」，與陸資銀行有所區隔；(5)由於陸資銀行內部機制較為僵硬，亦較少從事市場分析調查，特別是與國有企業合作之銀行，即便無法回收債權，亦可透過帳務調整核銷，台資銀行無法與之比擬；(6)國有行庫與台資銀行合作企業聯貸案之興趣不高，如雖有國際聯貸案參與，但其中未見陸資銀行在銀行團名單，應可作為合作與否之參考評估。
- (三) 台資銀行在中國大陸屬於中小型銀行，如為降低聘任專職法令遵循主管之人事成本，建議可延請當地律師擔任外部法律顧問，提供法律諮詢(包括消費者在銀行營業場所發生之日常糾紛、業務、個案後續處理)、法律審查(包括合同、貸款、盡職調查、呆帳處置等並出具法律意見書)及法律論證(包括新業務之啟動、新商品之開發等法律風險評估)等服務。惟應注意者，如聘用著名律師事務所之執業律師，其提供之律師服務費用要價不菲。此外，律師參與盡職調查工作主要是就企業信用紀錄、法院失信人名單(黑名單，由法院在網路對外公布)、出資財產完全到位情況(是否有虛假出資)及大額資金流動等提出佐證資料。
- (四) 台資銀行應重視盡職調查，包括企業在工商總局登記註冊之工商檔案(包括事業登記證、企業資產、財務報表、股東結構、投資人及其關係人相關資訊，如轉投資企業之重組或分離等)、稅務資訊及其他重要資產等。儘管大量工商檔案資料與實際狀況有所落差，可能存在虛假登記或企業透過更名或處置資產之方式，將資產合理轉移至其他企業後進行合併，並將原企業法人資格註銷，使得單純檢視工商檔案未能看出全貌，但仍是銀行進行貸前管理之重要工具。

(五) 台資銀行應善用法院黑名單系統，該黑名單系統資料之建立是由銀行向當地銀行業協會申報，並以行業代表將不良債權統計數據（包括司法訴訟超過三年以上或強制執行無效、執行難度高等，亦即已透過公權力救濟仍無法實現債權之案件，且債務人因背信在先而不受個人資料保護法保護）發送予人民法院，後以中級人民法院名義在網站上公布黑名單，公布後有關債務人（企業代表人或個人）之高檔消費、出入境、申請貸款或信用卡等均受嚴格限制。

(六) 實務上，在中國大陸地區，商業銀行貸款是以擔保授信為原則，借款人應提供擔保，且須嚴格審查保證人之資格²¹⁸，即便國有企業與銀行往來申請貸款，仍須提供抵押品作為擔保。如為強化台資銀行確保當地債權及風險控管，對陸資及台資企業融資應增提擔保品及保證人，並降低辦理無擔保授信之比重，或是設立專戶以控管資金流向，且除善盡盡職調查等貸前管理外，台資銀行亦應重視貸後管理工作之執行。由於總體經濟環境之變化，過去潛藏在中國大陸經濟高速成長榮景背後之問題，均一一浮現，包括房地產跌價、影子銀行問題、金屬原物料價格走弱引發融資問題、地方債務暴增、過度投資造成產能過剩等經濟風險，首先衝擊借款企業之整體營運，其後再發生擔保鏈斷裂之連鎖效應，進而影響銀行債權之實現。應注意者，如申貸企業所提供之擔保品為國有財產或集體共有財產，須向政府相關主管部門辦理核准抵押之手續。

(七) 中國大陸當前銀行債權確保實現之作法，仍以司法訴訟為先，或將債權文書進行公證直接取得強制執行效力，其次為仲裁，但不論形式為何最終均是以取得執行名義為目的。為降低當事人之訴累及時間成本，台資銀行應在借款合同、擔保合同或抵押合同中，與借款當事人事先約定爭議解決之方式、適用中國大陸及台灣兩地法院管轄等條款，特別是在民事訴訟費用改革後，如爭議案件在第一審審結完畢，其訴訟費用較仲裁費用為低。倘

²¹⁸ 《商業銀行法》第 36 條：「商業銀行貸款，借款人應當提供擔保。商業銀行應當對保證人的償還能力，抵押物、質物的權屬和價值以及實現抵押權、質權的可行性進行嚴格審查。經商業銀行審查、評估，確認借款人資信良好，確能償還貸款的，可以不提供擔保。」

若貸款對象為小型企業時，則可運用公證債權文書方式，由公證機關公證後不經訴訟，得直接向有管轄權之人民法院申請強制執行，促使銀行債權得以快速實現。惟應注意者，為避免仲裁條款無效，合同中不得同時約定仲裁條款及人民法院管轄。

參考文獻

(一) 專書著作

1. 王利明，物權法論（修訂二版），中國政法大學出版社，2008年6月。
2. 王利明主編，物權法名家論壇，中國人民大學出版社，2008年10月。
3. 王利明，物權法研究（第三版），中國人民大學出版社，2013年1月。
4. 王東敏，商事法律檔解讀，公司法資本制度修改對幾類民商事案件的影響，人民法院出版社，總第111輯，2014年3月。
5. 王振友，債權保護與追索瓶頸破解，中國檢察出版社，2013年6月。
6. 全國人大常委會法制工作委員會，中華人民共和國擔保法釋義，法律出版社，1995年8月。
7. 全國人大常委會法制工作委員會，中華人民共和國物權法釋義，法律出版社，2007年3月。
8. 全國人大常委會法制工作委員會，中華人民共和國合同法釋義，法律出版社，2009年8月。
9. 沈志先，金融商事審判精要，法律出版社，2012年2月。
10. 宋朝武，仲裁法學，北京大學出版社，2013年11月。
11. 金儉，中國不動產物權法律保護-立法、案例與理論，台灣財產法暨經濟法研究協會，2007年11月。
12. 高聖平，中國法評註與適用叢書：物權法系列，物權法擔保物權編，中國人民大學出版社，2007年4月。
13. 奚曉明，《中華人民共和國民事訴訟法》修改條文理解與適用，人民法院出版社，2012年9月。
14. 曹士兵、李琦主編，金融審判與銀行債權保護，法律出版社，2006年8月。
15. 楊立新，楊立新民法講義（肆）：物權法，人民法院出版社，2009年11月。
16. 楊立新，物權法，法律出版社，2013年1月。
17. 楊立新主編，物權法典型案例與法律適用，中國法制出版社，2013年7月。
18. 劉萍、宋曉梅等，中國動產擔保物權與信貸市場發展，中信出版社，2006

年 1 月。

（二）期刊論文

1. 中國人民銀行，中國徵信業發展報告（2003-2013），2013 年 12 月。
2. 李永然，大陸台商對借貸與物保運用的法律須知，兩岸經貿，第 260 期，2013 年 8 月。
3. 李永然、吳任偉，淺談兩岸財產保全制度，兩岸仲裁論文集，第 2 卷第 1 期，中華民國仲裁協會，2011 年 10 月。
4. 李航、張華，商業銀行集團客戶授信業務風險分析，金融理論與實踐，2005 年 02 期，2005 年 2 月。
5. 吳明蕙，由台灣經驗看大陸中小企業的發展前景，經濟研究，2002 年 3 月。
6. 孟強，物權法上物保與人保並存的法律問題研究，南都學壇，2008 年 6 月。
7. 侯琪鳳，淺談企業逃廢銀行債權債務的行為及對策，佛山研究，第 47 期，2001 年 2 月。
8. 姚啟建，商業銀行轉讓不良債權的法律分析，北大法律信息網，2013 年 7 月。
9. 高民智，關於實現擔保物權案件程序的理解與適用，人民法院報，2012 年 12 月 9 日。
10. 許俊強，海事訴訟與修訂後的《中華人民共和國民事訴訟法》銜接問題，中國海商研究，2013 年第 1 期，2013 年 1 月。
11. 許振明、唐正道等，從溫州金融綜合改革試驗區探討大陸金改之趨勢-兼論對於台資銀行及台資企業之影響，台灣金融研訓院，2012 年 12 月
12. 曾文雄，台商如何透過新物權法融資及保障債權（上），大陸台商經貿網，第 104 期，2007 年 6 月。
13. 黃慶堂、汪志勇，中小企業與銀行往來關係對其授信條件之影響，中小企業發展季刊，第 21 期，2011 年 9 月。
14. 單少芳，大陸銀行債權催收程序及操作實務，台灣金融研訓院，2009 年 7 月 24 日。

15. 董克清，上市公司互保、連環互保問題與商業銀行債權安全，金融管理與研究，2013 年 02 期，2013 年 2 月。
16. 傅睿，銀行兩大主要業務債權保護法律問題研究，社科縱橫，第 27 卷，2012 年 9 月。
17. 溫信祥，央行官員談江浙互保危機，中國貿易金融網，2014 年 6 月 16 日。
18. 趙秀文，論選擇性爭議解決方法（ADR）及其適用，法學雜誌 2005 年第五期，2005 年 5 月。
19. 鄭漢亮，中國大陸中小企業的發展及融資現況，國際財經評論，第 186 期，2011 年 9 月 20 日。
20. 劉中平，漫談大陸擔保法令及實務，勤業眾信通訊，2013 年 4 月號，2013 年 4 月。
21. 劉俊、張瑩，企業改制逃避銀行債務的法律分析，西南民族大學學報，2005 年 9 月。
22. 劉華平，同業業務會計處理分析，富藍德林證券公司，財稅評析，2014 年 5 月。
23. 盧國鋒，企業逃廢債與銀行金融債權保護的法律探討，武漢金融，2011 年第 9 期，2011 年 9 月。
24. 賴建宇，銀監會開放民營銀行試點須制訂生前遺囑，金融情勢週報，台灣金融研訓院，2014 年 3 月 17 日。
25. 賴建宇，陸商業銀行加強深化風險管理能力的建置，金融情勢週報，台灣金融研訓院，2014 年 4 月 28 日。
26. 賴建宇，陸發布通知拉開整頓銀行同業業務的序幕，金融情勢週報，台灣金融研訓院，2014 年 5 月 19 日。
27. 賴建宇，陸資企業互保聯保引發 Domino 效應，金融情勢週報，台灣金融研訓院，2014 年 5 月 26 日。
28. 陳松興、謝順峰、賴建宇，關鍵大未來-影響台灣金融業十大新趨勢，趨勢十：中國大陸爭逐全球金融話語權，台灣金融研訓院，2014 年 11 月。

29. 關峰、陳蓓泓，淺議擔保物權實現程序相關實踐問題，金杜律師事務所，中國法律期刊，2013 年 6 月。
30. Aoki, Masahiko, Hugh Patrick and Paul Sheard (1994), the Japanese main bank system : An introductory overview, Oxford University Press, Oxford UK.

附錄一：出國考察訪談紀錄

訪談目的：

銀行為扮演資金供需者之媒合橋樑，除對企業提供資金援助，在扶持產業發展方面發揮金融仲介功能外，對地方經濟、就業、社會安定等方面亦具有重大之貢獻。然儘管其擁有廣大之金融資源，但如資金運用發生流動性風險，可能會對本身經營體質造成傷害，進而影響金融市場穩定，使得銀行債權保護及追索顯得相當重要。爰此擬針對銀行放款債權保護及追索等相關議題進行訪談，增進我國銀行業者對當地市場、經營環境及合規管理的瞭解，同時促進兩岸金融持續深化交流合作。

（一）西安銀行

訪談時間：2014 年 4 月 22 日

訪談對象：合規管理部總經理、副總經理

出席人員：王志誠教授、簡榮宗顧問、賴建宇

訪談記錄摘要如下：

- 1、西安銀行不論企業規模大小，貸款案件的發起都在區域支行（股份制銀行從分行開始，而國有銀行及城商銀行則由支行作為發起行），先由客戶經理提交給信貸審批中心（即授信部的審查人員），經過審查後再提報審查意見給審貸會，此為超過授權額度貸款案件的三級審查流程。如貸款案件有提供抵押物且貸款金額在 500 萬以下，提供保證人而貸款金額在 300 萬以下，支行可直接審核撥貸；次高級貸款額度（有抵押物在 3000 萬以下）交由信貸審批中心進行審查，並配合西安銀行對企業的自行評級決定是否放貸；最高級貸款額度則是授信部經審查後提報審查意見給審貸會決定，董事會不參與。若涉及關聯授信交易，是由董事會下的關聯交易委員會審查，出具審查意見後再提報董事會核決。
- 2、西安銀行對不同行業、企業類型（企業法人或事業法人）及規模（依企業化分標準的大中小型）等，根據五大要素有其不同評級模型及審查標準，作為

徵審流程重要的量化指標。

- 3、中國人民銀行企業信用信息調查系統僅能提供企業在金融機構的開戶、存款及融資額度（擔保方式、撥貸銀行及是否發生延遲或逾期還款）等紀錄，並未有企業的財務報表資料，但有關財務報表不實或虛假，主要發生在沒有揭露義務的小微企業。西安銀行分兩層面進行，一是防範虛假，目前僅能透過信審人員的審查經驗、主觀判斷、邏輯分析等，發現異常的財報資料，如行業規模與應收帳款不相稱，可能存在以假交易窗飾資產的情況；二是追責問題，但目前無法追究會計師的審計責任，因會計師無義務判斷企業所提供的財務報表是否為真實，其職責僅就財務報表本身做審計報告。而其他大型銀行的作法，是以特殊系統辨識財務報表是否虛假捏造。西安銀行建議可根據真實的第三方數據資料，包括稅務資料、用電量及電費等，由銀行的授信人員代為編製財務報表，但會增加授信成本。
- 4、借款人發生逾期的主要原因，包括（1）企業經營不善或因多項投資造成資金鏈斷裂；（2）產業因國家政策調整（國家重點產業發展政策改變，不再大力支持煤炭行業，或因資金緊縮對鋼貿行業、房地產行業等限制融資），導致企業經營困難而無法還款。銀行在採取法律訴訟行動前，先由支行發起的客戶經理以談判形式協商履行還款義務，倘若訂出新還款方案（如債務重組、展期等）須提報總行審核。
- 5、銀行對企業放款爭議解決方式，首選是強制執行公證債權文書，亦即由公證機關在借款合同或保證合同，加蓋賦予強制執行效力的債權文書，企業自願接受，一旦發生違約直接付諸強制執行即可，無須透過訴訟程序，但大型企業多數不願同意辦理，如有糾紛爭議多以司法訴訟解決，二則是循傳統司法訴訟途徑解決。
- 6、對未能完全回收的債權，銀行會在法院申請強制執行依法催收，尋找借款人其他資產。銀行本身設有催收部門，但在特殊情況（包括借款人無資產、執行不能、人為因素等）委託律師追索，找出可提供資產訊息的對象，或排除執行過程中的特殊障礙。前述所謂執行不能，即人民法院進行執行程序，遇

群眾圍堵事件，而人為因素則是包括與借款人的人情壓力、地方政府保護主義施壓等。

- 7、實務上，企業逃避債務的方式，包括（1）企業透過分離、合併或重組等方式轉移資產；（2）以他人名義申請貸款但由企業使用。再者，銀行債權案件以勝訴判決居多，如有敗訴判決其可能原因，包括（1）催收方式不對而導致保證時效過期（與主債務時效延續方式不同）；（2）保證人未經股東會、董事會通過，不合法有效；（3）第三人物權擔保登記、授權等程序出現瑕疵。
- 8、擔保法對擔保物權有司法解釋，但物權法尚未有司法解釋，兩者在適用上有部分衝突，且銀行債務核心問題在擔保上，因有關擔保規定散落擔保法、物權法及公司法等，其應是銀行須著力研究的課題。又如不諳登記條例產生瑕疵，亦可能增加未來執行困難。

（二）長安銀行

訪談時間：2014 年 4 月 22 日

訪談對象：辦公室主任、風險管理部副總經理、信貸管理部總經理助理、
法律事務部副總經理、小微企業金融服務中心總經理

出席人員：王志誠教授、簡榮宗顧問、賴建宇

訪談記錄摘要如下：

- 1、本行中小企業貸款業務占全體放款比重 78%，其中小微企業占比 35%，貸款餘額截至今年 3 月 157 億元，逾放比率僅 0.7%。實務上，本行在辦理小微企業放款時，徵信審查流程先行查詢企業信用信息調查系統，透過該平台了解企業過去的信用狀況，再利用互聯網調查企業是否有違規、違約、受罰、法律糾紛等紀錄，最後從企業的上下游合作企業（與本行已有往來客戶）了解放款企業的真实信用狀況。
- 2、在對於不同產業的企業，徵審流程存在些許差異，特別是小微企業較大企業更加明顯，畢竟大企業的財報資訊、內部控制與公司治理較為完整，小微企業資訊不透明，在進行徵審作業時勢必會比較謹慎，例如針對小微企業的負

責人與股東不能有惡意的不良紀錄，成為在徵信過程的重要標準之一。

- 3、有關財務報表的不實或虛假，主要發生在無揭露義務的小微企業。本行採取傳統的做法來避免與降低企業財務報告不實所造成的授信風險。例如要求小微企業的報表需透過會計師事務所進行審計、對於企業的銷貨收入與銀行存款進行比對，是否合理與適當、核對進銷貨的合約金額及倉單出庫紀錄等是否與財報金額合理表達。此外，軟指標也可呈現企業是否正常經營，例如企業的水錶、電錶、稅務資料、工資單、員工業績表格等。不同行業、不同授信額度都可能產生不同的指標審查，上述相關防範措施盡可能降低銀行的授信風險。
- 4、本行貸款案件的發起都在區域支行，先由客戶經理接觸與了解客戶信息，而對於客戶的金額、利率、擔保方式、區域位置、領導能力不同，而進行審批方式不盡相同，且權限審批也會不同。針對不同風險程度大致分為四類審批制度：單人審批、雙人審批、會簽審批與會議審批。風險較低的貸款業務可能各網點自行審批貸放，中風險的需送交分行由分行進行審批通過，但若複雜或高風險的業務，可能需再將相關資訊上報總行交由審批中心進行審批通過才可進行貸放。所以小微企業的審批方式較為多元與靈活，不過原則上每件貸款案件皆須經過專案調查、單人審查最後一句風險程度不同進行不同的審批作業。而配合政府的規範，極少數案件須呈報董事會審議，如一般關聯交易，貸款數額為資本淨額 1% 以下，由關聯交易委員會審議通過即可，若超過資本淨額 1%，則稱為重大關聯交易，除通過關聯交易委員會審議仍須再提報董事會進行審批。
- 5、本行在放款後都會定期監測企業是否正常償還本息，且無論大型企業或小微企業，都會不定期的帳戶檢查或實地檢查，要求企業提供財務報表或帳務資料，讓銀行更加了解企業經營變化與經營狀況。倘若發生企業放款債權糾紛時，通常是先側面了解企業的經營狀況，是惡意違約、國家政策影響、產業環境改變或企業財務因素發生，另一方面則了解擔保品的價值或是有其他企業資產可以進行擔保，以對銀行債權的維護。

- 6、發生債權無法追回須採取訴訟時，銀行先行採取的行動區分為兩塊，其一由銀行的支行或分行的客戶經理與企業進行協商，另外由銀行的分行與總行資產管理部共同協助處理相關債權問題。若仍與企業無法達成和解，則案件會送法院進行執行。而法院會透過企業相關帳戶進行調查，目前由各省高院同意，各級各省會的法院每日透過互聯網發送電子郵件，調查發生債權無法回收的企業戶目前各銀行的帳戶餘額，進行全面性的調查，回報給法院進行彙整統計，讓法院知道目前企業戶所有帳戶的餘額，以了解企業戶目前的資產狀況。
- 7、一般發生債權追索的訴訟案件有 15 日答辯期，再進行開庭審理（複雜案件需要交換證據等時程），若被告無法取得聯繫需花上 3 個月的公告期，直到一審判決最長時間大概一年，一般案件平均時間大概為期三個月左右。
- 8、銀行若無法取回全部的債權，目前本行尚無委外其他機構進行催收或移轉追討的作法，原因在於本行設有資產管理部門，由部門專人進行處理，成效不錯。如遇到較複雜，牽涉到的法律專業較高的案件，本行將委託律師執行代理催收，簽訂風險代理協議，將相關風險轉移給律師，一般費用率大概為債權的 3-5%（最高亦有 20%）。銀行商譽及律師名譽相當重要，通常不會允許與討債公司合作追討債務。
- 9、對於個人、小企業或大企業授信風險評估的差異性，多數個人與小企業皆利用內部標準化的評級模板進行評估，而大企業較複雜且範圍較廣，通常透過調查報告，且較側重股權架構（出資背景、實質控制人、關聯交易等）、經濟情況（企業主業與產能、技術來源、上下游情況、銷售狀況、未來經營規劃等）及財務指標（應收帳款、收入結構、利潤情況變化、流動比率、負債比及淨現金流等），藉此評估企業的風險程度。
- 10、針對銀行對客戶的授信額度，本行是利用內部授信模板進行設算，先透過企業客戶的財報資訊計算自由流動資金、應收帳款週轉率等財務指標，並與同業比較評估合理性，再取得企業之信用等級，來判定企業的經營風險，最後決定企業的貸款額度。

（三）中國建設銀行陝西省分行

訪談時間：2014 年 4 月 23 日

訪談對象：法律事務部總經理、高級法律顧問

出席人員：王志誠教授、簡榮宗顧問、賴建宇

訪談記錄摘要如下：

- 1、中國建設銀行分層受理權限如下：縣三級支行→市二級分行→省一級分行→總行，不同地區的一級分行的權限亦不同，且一級分行又細分一類、二類及三類，而各級分行的核貸權限是依行業類別、地區或企業規模等的不同來劃分，並隨企業經營情況動態調整。縣三級支行可發起企業貸款案件，並由客戶經理經辦，但無審核權限，須向市二級分行提報。高額貸款由授信部經審查後提報審查意見給審貸會決定，董事會不參與，如有涉及關聯授信交易又金額較大者，先由董事會下的關聯交易委員會審查，出具審查意見後再提報董事會核決。
- 2、授信審查基本流程：案件受理→調查（貸前管理）→評級→審核→放款（落實核貸條件）→貸後管理。審查標準會因經濟環境變化、國家政策調整、總行信貸政策等而有所調整，目前包括煤焦化業、船舶業、光伏業、鋼貿業及房地產開發等波動較大的行業存在融資管制。
- 3、小微企業財務報表不實情況多且較難控制，僅能請企業提供較多擔保物，或與擔保公司合作（本行設有准入標準審核資格），轉嫁財務報告不實風險。又法院黑名單系統資料的建立，是銀行向銀行業協會申報，並以行業代表將不良債權統計數據（包括司法訴訟超過 3 年以上或強制執行無效、執行難度高，亦即已透過公權力救濟仍無法實現債權的案件，且債務人因背信在先而不受個人資料保護法保護）發送給法院，後以中級人民法院名義在網站上公布黑名單，在公布後有關債務人（企業代表人或個人）的高檔消費、出入境等均會受到限制。
- 4、首次放款後，在 30 日內進行第一次貸後審查，日常檢查由客戶經理定期每季進行一次（小型企業每月一次），信貸經理（或風險經理）負責監督是否落實

執行，如有發生異常或預警（檢查報告須揭露在銀行內部系統），客戶經理再向部門經理報告。

- 5、催收由資產保全部門負責，催收流程：發現問題貸款→客戶經理親訪催收→寄送到/逾期貸款催收通知（書面催收）→雙方協商（如因系統性風險導致可協商展期一次）→提起訴訟（如再不償還或無法回收時，由法律事務部門接管）。最常發生的債權糾紛問題，除企業經營不善引發財務問題外，包括企業為其他企業提供擔保的互保聯保問題（現代社會的封建連坐制，非關係企業相互間擔保，以小企業最多，僅表面上增加銀行的債權擔保）。
- 6、債權糾紛解決途徑：強制執行公證債權文書（非絕對要件，個案協商並在合同約定費用，慣例由債務人承擔）、司法訴訟（因債權債務關係清楚，通常一審判決確定後即可結案）。受理債權文書進行公證的單位，是由司法局下設的公證處按標的金額比例收取公證費。
- 7、銀行不採仲裁解決爭議，因一裁終局無法協調，容易影響銀行與客戶間的關係，且執法環境不可抗力因素較多，包括仲裁員不公正、素質或專業水準不佳等，又不論訴訟或仲裁，最終是由法院執行，法官對仲裁觀感褒貶不一的問題，亦是銀行採取仲裁前會考量的重點。如統一登記制度正式推動，且新民事訴訟法已有執行程序，當法院對擔保物權執行配套確定後，有擔保的按揭貸款或其他貸款業務可直接執行，公證債權文書的使用將會大量減低。
- 7、躲避銀行債務：以不合理價格轉賣或購買資產，或是虛假交易、虛假設定抵押、虛假贈與、關聯交易無償調撥資產等方式。近年提倡對小微企業金融支持政策，須提撥一定額度供小微企業借款，但對其放款仍應遵循相應的擔保條件，且客戶經理應事先調查並覆核、財務報表須經審計。此外，對小企業放款亦透過互聯網金融辦理，如阿里小貸利用大數據（Big Data）審核，放貸撥款快速。
- 8、行業客戶經理分析鐵路、公路、煤炭、鋼材、基礎設施等行業發展現況，依總行指導意見進行貸後管理。本行對特殊行業沒有特別借貸處理方式，包括船舶租賃、造船廠等，以船舶設定抵押，賣船交由專業代理公司銷售。

（四）西安仲裁委員會

訪談時間：2014 年 4 月 23 日

訪談對象：辦公室主任、綜合處處長

出席人員：王志誠教授、簡榮宗顧問、賴建宇

訪談記錄摘要如下：

- 1、各地區仲裁委員會皆有相應的仲裁程序，其不論是陸資銀行或外資銀行，所有當事人地位平等，適用法律、標準一致。仲裁機構可受理涉外案件（如外資銀行或當事人居住在其他國家，又或陸資銀行海外分行的糾紛案件）並約定本地仲裁機構，但所適用的法律須以經營地或發生地為主。銀行發生借貸糾紛主要是借款到期未能及時清收，透過仲裁追討本金及利息，並在規定的仲裁期間內（審理期限自組成仲裁庭後 4 個月內，程序上仲裁較訴訟便捷，但審理期間則不一定，仲裁立案流程：申請立案→提交資料→受理→組成仲裁庭→作出裁決→裁決書送達當事人）得到高效及快速的處理。仲裁審理是依據國家法律進行裁決，而司法解釋僅作為參考。
- 2、仲裁裁決是由仲裁所在地的中級人民法院監督，再經法院裁定後即最終法律效力，但仲裁裁決如有涉及法律規定時，可能發生撤銷裁決（當事人在法定期間內提出，法院審理後可受理或駁回）或不予執行裁決（亦即仲裁裁決無效）的情況，此時雙方當事人可再達成新的仲裁協議，或向其他仲裁機構提出申請，或向法院提起訴訟。
- 3、仲裁立案要件：仲裁申請書（仲裁請求、敘述事由）、仲裁協議（合同已有約定仲裁條款，未約定者雙方當事人可約定仲裁協議）及相應的證明文件（支持自己請求事由合理的文件）。前述仲裁協議內容應包括同意仲裁、約定仲裁機構、仲裁範圍（如請求本金及利息，或僅請求本金）等條款。仲裁費用與訴訟費用相比，當請求金額低於 1,000 萬元，仲裁費高於訴訟費，而請求金額高於 1,000 萬時，仲裁費低於訴訟費。
- 4、近年銀行債權案件申請仲裁的數量降低，主要是因為銀行強化其內部管理及規範、股權結構改革、移轉不良資產等，且銀行本身設有催收部門並自訂相

關規範，或是運用公證債權文書，或是委託律師代為催收解決。

5、為何選擇仲裁解決債權糾紛的原因，包括（1）銀行信任仲裁機構；（2）當銀行貸款額度大或供不應求時具有主導權，可在借款合同約定仲裁條款（銀行說了算，店大欺客）；（3）仲裁程序相對靈活，銀行為求儘快實現債權（如當事人雙方已達成協議且仲裁人在場，最快可當天立案第二天結案）。銀行價值判斷為求快速可選擇仲裁，如為求降低管理成本，則以和解為主而不選仲裁或訴訟，但銀行與借款人和解須通報總行，由於銀行追索債權不會放棄實體權益（借款本金與利息不能協議抵免），總行會請法律事務部門監督，如涉及金額較大時，更會實際全程參與和解協商會議。

6、法院在執行銀行債權可能僅執行部分資產，如無法執行時，法院會出具債權證明。常見催收方式除銀行自行催收外，可對外招標委託律師以風險代理方式，與銀行約定以銀行名義、合規手法、費用計算等進行催收，以實現銀行債權，其中費用計算可視案件回收難易度訂價。銀行債權案件尚未有被撤銷的案例，但有當事人在審理過程中申請撤訴，主要目的在拖延時間。

（五）西安金融仲裁院籌備委員

訪談時間：2014 年 4 月 23 日

訪談對象：中國人民銀行西安分行法律事務處副處長、

中國工商銀行陝西省分行風險部總監、西安營業部法律處處長、

中國銀行法律與合規部副總經理、西安睿誠律師事務所主任、

西安融德律師事務所主任、北京大成律師事務所西安分所主任

出席人員：王志誠教授、簡榮宗顧問、賴建宇

訪談記錄摘要如下：

1、**中國人民銀行**：目前在西安申設分行的外資銀行，包括渣打、東亞及匯豐銀行，就金融及法制環境而言，台資銀行可考慮在西安設立分支機構，並享有基本國民待遇以上的優惠。台資銀行到大陸設立分行或法人銀行時，應先評估自身市場定位、業務及客戶來源、利潤空間等，並對擬佈局地區進行先期市場調查，包括經濟發展、辦公場所、各級法院立場，以及當地重點產業類

別、人均所得及法規等。在市場准入條件及法令遵循規範上，一行三會及外匯管理局對外資銀行監管並無差異，與陸資銀行一視同仁，但實務問題須在實踐過程中發現，不過早期投資的外資銀行較進入時間短的台資銀行具有優勢。此外，由於大陸金融經營環境較過去競爭，台資銀行應提供有別於陸資銀行或其他外資銀行的特色產品及服務，作出市場區隔並建立品牌。

2、銀監會、證監會及保監會為金融業的微觀審慎監管部門，而中國人民銀行則是宏觀審慎監管部門，並同時負責金融消費者保護制度的建立。前述所謂微觀審慎監管，亦即銀監會因應 BASEL 協議嚴格要求銀行業設定存貸比、市場准入條件、財務指標等，而宏觀審慎監管則以維護金融穩定為優先，包括建置發生全國性或地區性金融風險的衡量指標、全體陸資及外資銀行經營風險評估指標，或是對風險管理較佳的銀行調整存款準備金率（按基本存款準備金率下調，如標準 8%，視情況下調至 6%~7.5%，對銀行而言，可承作更多貸款業務，進而加大利潤空間）。事實上，監管部門並不會抗拒外資銀行的進入，甚至期望外資銀行導入新的業務、新的經營模式等，特別是中國人民銀行在 2008 年至 2009 年間，提供外資銀行緊急再貸款補充其流動性。

3、**睿誠、融德、北京大成律師事務所**：銀行聘用外部法律顧問係為協助（1）非訴：在一定貸款額度以上，要求律師審查貸款合同，並出具法律意見書，以保證銀行在操作過程中的合法合規性、日常業務執行決策及金融商品開發諮詢，以及陪同銀行參與客戶淨值調查工作；（2）訴訟：有關銀行債權或與金融消費者發生糾紛時，委託律師透過訴訟維權；（3）其他：銀行主業以外的法律服務。惟事實上，多數銀行內部設有法律事務部門，特別是大型銀行並不看重外部法律顧問，即使簽到大律師，但日常實際執行都是小律師，只有打官司才由大律師出面。由於台資銀行在大陸地區屬小型銀行，建議可聘請當地律師擔任外部法律顧問。此外，銀行進行商業決策時期望有專業律師背書，然在專業判斷、個人操守及客戶要求下，律師容易陷入兩難。

4、銀行債權實現路徑：訴訟、仲裁、債權公證文書，但執行過程最大的問題非企業沒有資產或資產不足以清償，而是涉及如何解決企業員工下崗、生存問

題等，台資銀行辦理企業貸款時，應對產業發展前景、資產價值變現及前述狀況有所研判。又考量商業風險，由於銀行風管部門與信貸部門的職責、任務不同，對於借款企業的資產評估及判斷上，也會存在一些問題，如高估企業的資產價值或變現能力。而在技術層面方面，包括審查是否瑕疵、擔保人擔保責任延續等問題而衍生的法律風險。如銀行債權不能完全實現，最終作法就是將不良債權轉讓，除轉讓給四大資產管理公司，亦可轉讓給民營資產管理公司。前述作法雖有利銀行解決債權問題，但上至最高法院下至地方法院對不良債權處置存在排斥心理，甚至對不良債權收購人有歧視態度（因低成本取得可能實現高利益的債權，使得越來愈多買受人退出不良債權的購買市場）。

- 5、法律規定與實務操作差異：（1）核保問題：如母公子公司擔保須經董事會或股東會決議通過，但決議的真實性無法確定；（2）遇多重擔保（人保物保同時存在）情況的執行先後順序，物權法規定先執行借款人抵押物，但銀行有選擇權沒有順序；（3）權利衝突：倉儲貨物設定動產抵押，但倉儲保管人未善盡保管責任義務，使得倉儲貨物流失或被盜，或是銀行與擔保公司、融資租賃公司設定擔保位階的問題。
- 6、台資銀行遇到的法律問題與外資銀行相同，有關國有企業的借款不還、執行中職工鬧事、維護職工生存權已是歷史，目前國有企業經所有權改革後，對台資銀行不會造成影響。再從法律發展情況來看，民法通則及擔保法對擔保物權的實現相當複雜，因債務人不還要協商，協商不成要訴訟。新民事訴訟法在執行程序可與銀行擔保物權及合同法 286 條，並以航空器作為抵押物的對接，與法院配套程序的對接也在進行中。
- 7、**中國工商銀行**：對國有企業的起訴及執行相當慎重，因法院容易受法律以外的問題而暫緩執行，或是銀行僅能實現部分債權，亦即上級領導考量職工安置、社會穩定等問題而向法院干預，而個人按揭貸款如僅有一套房為保護其日常生活，或民營企業投資項目因國家政策調整，如環保問題而停產，發生資金流動性問題造成財務虧損等狀況，法院可能延緩執行。換言之，社會秩

序優於法律效力。

（六）西安市中級人民法院

訪談時間：2014 年 4 月 24 日

訪談對象：金融庭庭長

出席人員：王志誠教授、簡榮宗顧問、賴建宇

訪談記錄摘要如下：

- 1、法院在審理銀行債權保護相關案件時，所適用的法律法規就是國家所規定的範圍，包括合同法、民法通則、擔保法及擔保法的司法解釋等，而物權法使用較少的原因，在於該法頒布前適用物權保護的案件較少，主要是依擔保法規定審理，但在物權法施行後相應的案件已開始按相關規定審理。
- 2、本地與外資銀行在解決銀行債權爭議案件中，兩者所適用的審理標準、法律法規及地位均相同，且不論原告、被告、抗訴人或被上訴人的保護均對等。
- 3、銀行追索債權的方式，包括司法訴訟、仲裁裁決及公證債權文書執行等三種方式，而前述方式最終作法均交由人民法院執行局辦理。上至最高人民法院下至地方人民法院均設有執行局，而執行局又下設執行一庭、執行二庭及綜合科。如當事人提出執行異議（包括仲裁機關的不予執行，不予執行成立要件：適用法律錯誤、認定事實錯誤）係由綜合科進行最後裁決是否執行，而銀行債權爭議案件的執行。
- 4、執程序：凍結→查封→扣押→拍賣（拍賣定價由法院司法鑑定中心委託有資質的機構評估），申請人須提供被執行人財產來源等資訊後，再交由法院偵查是否有可供執行的財產，包括銀行存款、資金往來交易紀錄及用途、企業或個人稅務資料等。應注意者，人民法院執行不預收執行費用，係按實際執行成果的收取費用，其比例依據《人民法院訴訟費繳納辦法》之規定，且不得額外收取費用。
- 5、被告抗辯理由包括（1）經營不善未能償還借款；（2）借款人申請 100 萬貸款額度，但銀行核准撥予 80 萬，導致企業未能善加利用而經營不善；（3）企業在取得貸款後進行專案工程期間，須再申請其他貸款但銀行不予核貸，導致

工程未能如期完成，造成經營不善。

- 6、過去公證債權文書使用較少，多數是透過訴訟判決執行，但當公證債權文書可直接執行後，訴訟案件已大量減少，特別是銀行放款對象如為中小企業均採用公證債權文書，但大型企業仍是透過司法訴訟解決爭議。應注意者，銀行多數不採用仲裁方式解決爭議，其原因在於仲裁的優點同是缺點，如一裁終局制度，只要仲裁程序不違反仲裁法即可強制執行（若仲裁程序違反仲裁法則符合撤銷仲裁的要件）。
- 7、訴訟雖有一審、二審及再審制度，但有關銀行債權爭議案件的審理快速，因借款事件屬實，且如被告申請上訴又需繳納費用，降低其上訴意願，進而縮短訴訟周期。原告預繳訴訟費用，待判決確定被告敗訴後，由被告承擔並返還原告，但如被告因資金問題而無力支付訴訟費用，可不返還給原告（原告如不預繳訴訟費，法院不受理該案件，因無免收訴訟費的規定），除原告本身經營相當困難，法院在受理前判定可減交或免交。
- 8、銀行債權爭議案件取得勝訴判決的比例較高，可能敗訴的主要原因在於借款到期後，在追債過程中喪失訴訟時效。但最高法院司法解釋有特別規定，當銀行債權超過兩年訴訟時效後，如債權人向債務人寄發書面催收通知，且債務人又於催收通知上簽名認可，即可視為訴訟時效重新計算。
- 9、貸前管理：銀行應檢視企業資產現況、信用條件，以及其以往所貸資金與其他交易的信用狀況；貸後管理：對於企業取得貸款後的資金用途，銀行應指派專業人士進行實地定期檢查。
- 10、民事訴訟法第 225 條及第 227 條規定當事人、利害關係人與案外人如認為執行行為或標的違反法律規定，可向法院以書面方式提起執行異議之訴。舉例來說，人民法院依判決執行扣押被告 A 名下的房產，惟該房產因買賣或贈與行為，現由案外人 B 使用，但未辦理過戶手續。案外人 B 向法院提起執行異議之訴，然法院執行局綜合科形式審查以設立登記為主，認定該房產仍屬被告 A 所有，並作出裁定駁回判決，案外人 B 可於裁定送達 15 日內向法院提起訴訟，以申請人及被告 A 為被告，並提出相關證明文件，主張該房產為

案外人 B 所有。

- 11、承前述，銀行認為被告 A 與案外人 B 所為之行為屬假買賣、假贈與提出抗辯後，被告（即債務人及案外人）負有舉證責任，包括書面協議、資金流程等，其中銀行可向司法鑑定中心對書面協議申請鑑定，評估契約簽訂期間及本人簽名等是否屬實，如遇到使用碳素簽字筆進行契約之簽訂，因其氧化程度特別慢，該書面協議不易鑑定真偽。

（七）洪振律師事務所

訪談時間：2014 年 4 月 25 日

訪談對象：事務所主任、合夥執業律師三位

出席人員：王志誠教授、簡榮宗顧問、賴建宇

訪談記錄摘要如下：

- 1、陸資銀行內部合規過於機械化、教條式，不具備靈活性，較難精準判斷風險為何及其存在，以致多數銀行仍外聘律師或具法律背景的專業人士處理債權追索問題。律師提供最大的功能在於協助發放貸款前的企業盡職調查，也是銀行在貸前管理應注意的重點，儘管銀行合規程序嚴謹，但多數以書面資料的形式審查為主，對企業認知及瞭解不夠深入，以致盡職調查能力薄弱。事實上，銀行進行債權追索時，較常面臨的問題包括（1）企業事前已將資產變賣或移轉，使其名下無可供執行的財產；（2）即使銀行將抵押物設定擔保登記，但僅是取得受償的優先權，企業可能透過其他訴訟進行財產處分；（3）如企業有涉及刑事案件，公安單位將資產凍結，銀行很難實現債權。
- 2、銀行多數採用債權公證文書強制執行及司法訴訟進行債權追索，亦可委託律師以銀行名義辦理，稱為風險代理，其可分全額及部分風險代理兩類，前者是委託人前期不支付任何代理費，按契約約定（將權利義務劃分清楚，不可全由代理人承擔全部責任）催收結果的一定比例支付代理人作為報酬，以不超過契約約定金額 30% 為限，後者則是前期先支付一定啟動費用後，再依催收結果按比例支付費用，其比例較全額風險代理低。
- 3、在沒有政府干預情況下，企業透過重組或解散規避銀行債務的可能性低，僅

有過去出現的政策性破產，由國家制定破產程序不依法進入破產程序，而大量規避銀行債務，清算組成員進入後主要先解決央企或國企的職工正常生活問題，其後再談論其他債務問題，但銀行債務不在考量範圍內。即使已有設定擔保，一旦進入破產程序，因協議中止可要求銀行解除抵押，使得銀行債權未能完全實現。在 2007 年新破產法實施前，職工債權優於抵押債權、國家稅務及清算組費用問題，而新破產法實施後，抵押權優先實現，且與稅務及清算費用等分開計算。

- 4、在企業重組、分離過程中，如將企業核心資產處分賣出，只留空殼公司承擔債務（即法人主體不變，但資產售出），最高人民法院司法解釋該行為須在接收資產的價值範圍內承擔債務。這部分說明盡職調查的重要性，接收資產的買方須先期調查，該資產是否有向銀行抵押借款。
- 5、一般情況下，銀行不會將貸款發放給無資產的企業，但可能在執行過程中申請人未取得其他資產的訊息，或是企業事前已將資產變賣處分，使得執行難度提高。但法律為保護債權人權益有做出司法解釋，可透過其他方式實現債權，包括（1）過去公司設立有註冊資本制度（公司法已於 2014 年取消法定資本制度），如註冊資本 1,000 萬，實際僅在銀行存入 100 萬，餘下 900 萬作為其他運用投資，但仍視同認定註冊資本未到位，一旦企業發生無法償還債務時，銀行可向股東追償未到位的註冊資本；（2）企業將核心資產轉移或變賣，如存在惡意規避銀行債務的意圖，銀行可對其進行債權追索，但須取決於當時資產轉移的條件及因素為何。
- 6、台資銀行必須考慮的重點，包括（1）對什麼類型企業放款（台資企業、受政府扶持並具發展前景的中小企業）；（2）什麼類型企業接受台資銀行貸款（台資銀行不具競爭力爭取與國有企業合作）；（3）對企業的盡職調查及其成長性評估；（4）須結合大陸實際情況，並將業務「做精、做細」，與陸資銀行有區隔；（5）陸資銀行機制過於僵硬，較少從事市場分析調查，特別是與國有企業合作的銀行，即便無法回收債權，亦可透過帳務調整核銷，對台資銀行的風險相當大；（6）國有行庫與台資銀行合作企業聯貸案的興趣度不高。

- 7、一般國有、外資及台資企業信用度高，不會規避銀行債務。浙江溫州、蒙古鄂爾多斯的資金問題是發生在民營企業，其中溫州民間借貸性質屬於企業相互拆借，透過企業主連帶保證取得資金，而鄂爾多斯的民間借貸性質屬於轉投資問題，當資金源頭發生問題，下游各項轉投資即出現資金鏈斷裂。
- 8、多數銀行並不重視盡職調查，盡職調查重點在於訊息收集。目前盡職調查的常規方式，包括調查企業在工商總局登記註冊的工商檔案（事業登記證、企業資產、財務報表、股東結構、投資人及其關係人相關資訊（轉投資企業的重組或分離）等）、稅務資訊及其他重要資產等。由於大量工商檔案與實際狀況有所落差，存在虛假登記的問題，或是調查出企業資產變動，可能會透過更名或處置資產的方式，將資產合理轉移到其他企業後進行合併，並將下游企業的法人資格註銷，使得單純檢視工商檔案未能看出全貌。律師參與盡職調查工作主要是針對企業信用紀錄、法院失信人名單系統（黑名單，由法院在網路對外公布）、出資財產完全到位情況（是否有虛假出資）、大額資金流動等。
- 9、仲裁機關為官方機構亦是自治組織，其裁決具有強制力，但仲裁機關沒有配置法警，如遇群眾鬧事可能影響仲裁進行，使得雖有仲裁程序 4 個月的規定，但有可能再拖延。
- 10、企業發生倒帳原因除經營不善外，可能利用虛假財務報表（誇飾營收、交易量）並與銀行審貸會勾結（多為良性企業，但本身經營規模無法取得太多銀行貸款，以致調整財報爭取貸款，但實際用於項目投資，即手法詐欺而實際用途正常），或是純粹惡意（惡性企業取得貸款後非用於正常項目投資，如挪用投資於房地產等）騙取銀行貸款。
- 11、民營商業銀行壞帳率低，國有行庫壞帳率高的原因在於貸款審查不嚴格、未落實盡職調查、法務部門律師敏銳度不足或對市場訊息瞭解不足（多屬書面資料的形式審查）等。

附錄二：中國大陸《擔保法》及《物權法》比較

附表 1：中國大陸擔保法及物權法之一般規定比較

比較項目	物權法	擔保法	物權法（釋義）
擔保物權之意涵	擔保物權人在債務人不履行到期債務或者發生當事人約定的實現擔保物權的情形，依法享有就擔保財產優先受償的權利，但法律另有規定的除外（第 170 條）。		擔保物權是以直接支配特定財產的交換價值為內容，以確保債權實現為目的而設定的物權。擔保物權成立的要件是：(1)擔保物權以確保債權人的債權得到完全清償為目的。這是擔保物權與其他物權的最大區別。(2)擔保物權具有優先受償的效力。優先受償性是擔保物權的最主要效力。(3)擔保物權是在債務人或者第三人的財產上成立的權利。(4)擔保物權具有物上代位性。
擔保物權適用範圍與反擔保	債權人在借貸、買賣等民事活動中，為保障實現其債權，需要擔保的，可以依照本法和其他法律的規定設立擔保物權。第三人為債務人向債權人提供擔保的，可以要求債務人提供反擔保。反擔保適用本法和其他法律的規定（第 171 條）。	在借貸、買賣、貨物運輸、加工承攬等經濟活動中，債權人需要以擔保方式保障其債權實現的，可以依照本法規定設定擔保。本法規定的擔保方式為保證、抵押、質押、留置和定金（第 2 條）。 第三人為債務人向債權人提供擔保時，可以要求債務人提供反擔保。反擔保適用本法擔保的規定（第 4 條）。	1、本條第 1 款明確擔保物權的適用範圍，即在借貸、買賣等民事活動中發生的債權債務關係，而不適用因國家行政行為、司法行為等不平等主體間產生的關係。 2、本條第 2 款對反擔保做規定。反擔保是指替債務人提供擔保的第三人，為了保證自己的追償權得到實現，可以要求債務人為自己追償權的實現提供擔保。反擔保是第三人保護自

			己合法權益的必要手段，是擔保活動中普遍使用的方法。
擔保合同的從屬性及擔保合同無效後的責任	設立擔保物權，應當依照本法和其他法律的規定訂立擔保合同。擔保合同是主債權債務合同的從合同。主債權債務合同無效，擔保合同無效，但法律另有規定的除外。擔保合同被確認無效後，債務人、擔保人、債權人有過錯的，應當根據其過錯各自承擔相應的民事責任(第 172 條)。	擔保合同是主合同的從合同，主合同無效，擔保合同無效。擔保合同另有約定的，按照約定。擔保合同被確認無效後，債務人、擔保人、債權人有過錯，應當根據其過錯各自承擔相應的民事責任(第 5 條)。	1、擔保物權的一個重要特點就是其附隨於主債權債務關係，沒有主債權債務關係的存在，擔保關係也就沒有存在及實現的可能和價值。擔保合同關係須以主債權債務合同關係的存在為前提。在擔保物權中，主債權債務關係無效後，根據擔保關係的附隨性，作為從合同的擔保合同自然歸於無效。但在法律另有規定的情況下，擔保合同可以作為獨立合同存在，不受主債權債務合同效力的影響。 2、在主債權債務合同無效導致擔保合同無效的情形下，雖然不存在履行擔保義務的問題，但債務人、擔保人或債權人並非不承擔任何法律後果。在主債權債務合同無效，擔保合同被確認無效的情況下，如債務人、擔保人或者債權人對合同的無效有過錯，應根據其過錯各自承擔相應的民事責任。

擔保物權的擔保範圍	擔保物權的擔保範圍包括主債權及其利息、違約金、損害賠償金、保管擔保財產和實現擔保物權的費用。當事人另有約定的，按照約定(第 173 條)。	抵押擔保範圍包括主債權及利息、違約金、損害賠償金和實現抵押權的費用。抵押合同另有約定的，按照約定(第 46 條)。 質押擔保範圍包括主債權及利息、違約金、損害賠償金、質物保管費用和實現質權的費用。質押合同另有約定的，按照約定(第 67 條)。 留置擔保範圍包括主債權及利息、違約金、損害賠償金，留置物保管費用和實現留置權的費用(第 83 條)。	
擔保物權物上代位性	擔保期間，擔保財產毀損、滅失或被徵收等，擔保物權人可就獲得的保險金、賠償金或者補償金等優先受償。被擔保債權的履行期未屆滿的，也可以提存該保險金、賠償金或者補償金等(第 174 條)。	抵押權因抵押物滅失而消滅。因滅失所得的賠償金，應當作為抵押財產(第 58 條)。 質權因質物滅失而消滅。因滅失所得的賠償金，應當作為出質財產(第 73 條)。	物上代位性指擔保物權的效力及於擔保財產因毀損、滅失所得的賠償金等代位物上，其是擔保物權的重要特徵。擔保財產代位物包括：(1) 擔保財產因第三人的侵權行為或者其他原因毀損、滅失時，擔保人所獲得的損害賠償金；(2) 保險金；(3) 補償金。在擔保期間，擔保物權人可以就擔保人所得的損害賠償金、保險金或者補償金等優先受償。當擔保債權的履行期屆滿時，擔保物權人可以直接向第三人請求該代位物；如果未到期，擔保物權人可以請求第三人

			或者擔保人向提存機關提存該代位物。
未經擔保人同意的債務轉移	第三人提供擔保，未經其書面同意，債權人允許債務人轉移全部或者部分債務的，擔保人不再承擔相應的擔保責任(第 175 條)。	保證期間，債權人許可債務人轉讓債務，應取得保證人書面同意，保證人對未經其同意轉讓的債務，不再承擔保證責任(第 23 條)。	在擔保關係中，未經擔保人同意債務人擅自轉移債務的，將給擔保人帶來較大風險，因此本條對債權人的權利行使進行限制，明確規定第三人提供擔保，未經其書面同意，債權人允許債務人轉移全部或者部分債務的，擔保人不再承擔相應的擔保責任。這種限制不但是對擔保人利益的保護，同時也對債權人利益的保護。這種限制包括：(1)本條只適用於第三人提供擔保財產的情況；(2)必須是第三人書面同意，如果是其他形式，視為不存在擔保人的同意；(3)未經第三人書面同意，債權人允許債務人轉移全部債務的，可免除擔保人全部擔保責任；債權人許可債務人轉移部分債務的，可免除擔保人部分的擔保責任。
物的擔保與人的擔保的關係	被擔保的債權既有物的擔保又有人的擔保的，債務人不履行到期債務或者發生當事人約定的實現擔保物權的情形，債權人應當按照約定實現債權；沒有約定或者約定不明確，債務人自己提供物	同一債權既有保證又有物的擔保的，保證人對物的擔保以外的債權承擔保證責任。債權人放棄物的擔保的，保證人在債權人放棄權利的範圍內免除保證責任(第 28 條)。為債務人抵押擔保的	對於被擔保的債權上既有物的擔保又有人的擔保的情況下，本法區分三種情況做規定：(1)在當事人對物的擔保和人的擔保的關係有約定的情況下，應當尊重當事人的意思，按約定實現；(2)在沒有約定或者

	的擔保的，債權人應當先就該物的擔保實現債權；第三人提供物的擔保的，債權人可以就物的擔保實現債權，也可以要求保證人承擔保證責任。提供擔保的第三人承擔擔保責任後，有權向債務人追償(第 176 條)。	第三人，在抵押權人實現抵押權後，有權向債務人追償(第 57 條)。 為債務人質押擔保的第三人，在質權人實現質權後，有權向債務人追償(第 72 條)。 《最高人民法院關於適用擔保法若干問題的解釋》第 38 條²¹⁹。	約定不明確，債務人自己提供物的擔保的情況下，應先就物的擔保實現擔保權；(3)在沒有約定或約定不明確，第三人提供物的擔保，又有人的擔保的情況下，應允許當事人進行選擇。
擔保物權消滅的原因	有下列情形之一的，擔保物權消滅：(一)主債權消滅；(二)擔保物權實現；(三)債權人放棄擔保物權；(四)法律規定擔保物權消滅的其他情形(第 177 條)。	抵押權與其擔保的債權同時存在，債權消滅的，抵押權也消滅(第 52 條)。 抵押權因抵押物滅失而消滅。因滅失所得的賠償金，應當作為抵押財產(第 58 條)。 質權因質物滅失而消滅。因滅失所得的賠償金，應當作為出質財產(第 73 條)。 質權與其擔保的債權同時存在，債權消滅的，質權也消滅(第 74 條)。 以依法可以轉讓的股票出質的，出質人與質權人應當訂立書面合同，並向證券登記機構辦理出質登記。質押合同自登記之日起生效。股票出質後，不得	

²¹⁹ 《最高人民法院關於適用擔保法若干問題的解釋》第 38 條：「同一債權既有保證又有第三人提供物的擔保的，債權人可以請求保證人或者物的擔保人承擔擔保責任。當事人對保證擔保的範圍或者物的擔保的範圍沒有約定或者約定不明的，承擔了擔保責任的擔保人，可以向債務人追償，也可以要求其他擔保人清償其應當分擔的份額。同一債權既有保證又有物的擔保的，物的擔保合同被確認無效或者被撤銷，或者擔保物因不可抗力的原因滅失而沒有代位物的，保證人仍應當按合同的約定或者法律的規定承擔保證責任。」

		轉讓，但經出質人與質權人協商同意的可以轉讓。出質人轉讓股票所得的價款應當向質權人提前清償所擔保的債權或者向與質權人約定的第三人提存。以有限責任公司的股份出質的，適用公司法股份轉讓的有關規定。質押合同自股份出質記載於股東名冊之日起生效(第 78 條)。	
擔保法與本法的效力銜接	擔保法與本法的規定不一致，適用本法(第 178 條)。		

資料來源：本研究整理

附表 2：中國大陸擔保法及物權法之一般抵押權比較

比較項目	物權法	擔保法	物權法（釋義）
一般抵押權的含義	為擔保債務的履行，債務人或者第三人不轉移財產的占有，將該財產抵押給債權人的，債務人不履行到期債務或者發生當事人約定的實現抵押權的情形，債權人有權就該財產優先受償。前款規定的債務人或者第三人為抵押人，債權人為抵押權人，提供擔保的財產為抵押財產(第 179 條)。	本法所稱抵押，是指債務人或者第三人不轉移對本法第三十四條所列財產的占有，將該財產作為債權的擔保。債務人不履行債務時，債權人有權依照本法規定以該財產折價或者以拍賣、變賣該財產的價款優先受償。前款規定的債務人或者第三人為抵押人，債權人為抵押權人，提供擔保的財產為抵押物(第 33 條)。	抵押權具有以下幾個特徵：(1)抵押權是擔保物權。抵押權以抵押財產作為債權的擔保，抵押權人對抵押財產有控制、支配的權利。(2)抵押權是債務人或者第三人以其所有的或者有權處分的特定的財產設定的物權。作為抵押權客體的財產，必須是債務人或者第三人所有的或者依法有權處分的，對自己無所有權或者無處分權的財產不得設定抵押權。(3)抵押權是不轉移標的物占有的物權。(4)抵押權人有權就抵押財產賣得價金優先受償。

抵押財產的範圍	債務人或者第三人有权處分的下列財產可以抵押：(一)建築物和其他土地附著物；(二)建設用地使用權；(三)以招標、拍賣、公開協商等方式取得的荒地等土地承包經營權；(四)生產設備、原材料、半成品、產品；(五)正在建造的建築物、船舶、航空器；(六)交通運輸工具；(七)法律、行政法規未禁止抵押的其他財產。抵押人可以將前款所列財產一併抵押(第 180 條)。	下列財產可以抵押： (一)抵押人所有的房屋和其他地上定著物； (二)抵押人所有的機器、交通運輸工具和其他財產； (三)抵押人依法有權處分的國有的土地使用權、房屋和其他地上定著物； (四)抵押人依法有權處分的國有的機器、交通運輸工具和其他財產； (五)抵押人依法承包並經發包方同意抵押的荒山、荒溝、荒丘、荒灘等荒地的土地使用權； (六)依法可以抵押的其他財產。抵押人可以將前款所列財產一併抵押(第 34 條)。	根據本條規定，財產抵押必須符合兩個條件：第一，債務人或者第三人對抵押財產有處分權；第二，是本條規定的可以抵押的財產。本條規定的可以抵押的財產包括：(1)建築物和其他土地附著物，對於產權屬於全民所有的房屋，未經依法批准，使用單位不得抵押；(2)建設用地使用權，對於法律不允許抵押的建設用地使用權，不可以作為抵押標的物；(3)以招標、拍賣、公開協商等方式取得的荒地等土地承包經營權，只要是通過招標、拍賣、公開協商方式承包荒地，不論承包人是本集體經濟組織成員，還是本集體經濟組織之外的單位或個人，都可依法將荒地的承包經營權抵押；(4)生產設備、原材料、半成品、產品；(5)正在建造的建築物、船舶、航空器；(6)交通運輸工具；(7)法律、行政法規未禁止抵押的其他財產，這是一項兜底性規定，以適應不斷變化的經濟生活需要。
浮動抵押	經當事人書面協議，企業、個體工商戶、農業生產經營者可以將現有的以及將有的生產設備、原材料、半成品、產品抵押，債務人		1、浮動抵押指權利人以現有的和將有的全部財產或者部分財產為其債務提供擔保，債務人不履行到期債務或者發生當事人約定的實

	不履行到期債務或者發生當事人約定的實現抵押權的情形，債權人有權就實現抵押權時的動產優先受償(第181條)。		現抵押權的情形，債權人有權就約定實現抵押權時的動產優先受償。(1)浮動抵押設定後，抵押的財產不斷發生變化，直到約定或者法定的事由發生，抵押財產才確定；(2)浮動抵押期間，抵押人處分抵押財產不必經抵押權人同意。 2、設立浮動抵押應當符合下列條件：(1)設立浮動抵押的主體限於企業、個體工商戶、農業生產經營者；(2)設立浮動抵押的財產限於生產設備、原材料、半成品、產品；(3)設立浮動抵押要有書面協議；(4)實現抵押權的條件是不履行到期債務或發生當事人約定的實現抵押權的事由；(5)債權人有權就實現抵押權時的動產優先受償。
房地產抵押關係	以建築物抵押的，該建築物占用範圍內的建設用地使用權一併抵押。以建設用地使用權抵押的，該土地上的建築物一併抵押。抵押人未依照前款規定一併抵押的，未抵押的財產視為一併抵押(第182條)。	以依法取得的國有土地上的房屋抵押的，該房屋占用範圍內的國有土地使用權同時抵押。以出讓方式取得的國有土地使用權抵押的，應當將抵押時該國有土地上的房屋同時抵押。鄉(鎮)、村企業的土地使用權不得單獨抵押。以鄉(鎮)、村企業的廠房等建築物	由於房地產的不可分性，在處理房地產關係時的一個重要原則就是「地隨房走或者房隨地走」。該原則也同樣適用於抵押，在設定抵押權時，房屋的所有權和建設用地使用權應當一併抵押，只有這樣才能保證實現抵押權時，房屋和建設用地使用權同時轉讓。

		抵押的，其占用範圍內的土地使用權同時抵押(第 36 條)。	
鄉鎮、村企業的建设用地使用權及其建築物的抵押	鄉鎮、村企業的建设用地使用權不得單獨抵押。以鄉鎮、村企業的廠房等建築物抵押的，其占用範圍內的建設用地使用權一併抵押(第 183 條)。	同上。	根據本條規定，鄉鎮、村企業不能僅以集體所有的建設用地使用權抵押，但可以將鄉鎮、村企業的廠房等建築物抵押，以廠房等建築物抵押的，其占用範圍內的建設用地使用權一併抵押。法律雖然允許鄉鎮、村企業的建设用地使用權隨廠房等建築物一併抵押，但對實現抵押權後土地的性質和用途做了限制性規定。本法第 201 條規定，以鄉鎮、村企業的廠房等建築物占用範圍內的建設用地使用權抵押的，實現抵押權後，未經法定程式不得改變土地所有權的性質和土地的用途。
禁止抵押的財產	下列財產不得抵押： (一)土地所有權；(二)耕地、宅基地、自留地、自留山等集體所有的土地使用權，但法律規定可以抵押的除外；(三)學校、幼兒園、醫院等以公益為目的的事業單位、社會團體的教育設施、醫療衛生設施和其他社會公益設施；(四)所有權、使用權不明或者有爭議的財產；(五)依法被查封、扣押、監管的財	下列財產不得抵押： (一)土地所有權；(二)耕地、宅基地、自留地、自留山等集體所有的土地使用權，但本法第三十四條第五項、第三十六條第三款規定的除外；(三)學校、幼兒園、醫院等以公益為目的的事業單位、社會團體的教育設施、醫療衛生設施和其他社會公益設施；(四)所有權、使用權不明或有爭議的財產；(五)依法被	

	產；(六)法律、行政法規規定不得抵押的其他財產(第 184 條)。	查封、扣押、監管的財產；(六)依法不得抵押的其他財產(第 37 條)。	
設立抵押權與抵押合同	設立抵押權，當事人應當採取書面形式訂立抵押合同。抵押合同一般包括下列條款：(一)被擔保債權的種類和數額；(二)債務人履行債務的期限；(三)抵押財產的名稱、數量、品質、狀況、所在地、所有權歸屬或者使用權歸屬；(四)擔保的範圍(第 185 條)。	抵押人和抵押權人應當以書面形式訂立抵押合同(第 38 條)。抵押合同應當包括以下內容：(一)被擔保的主債權種類、數額；(二)債務人履行債務的期限；(三)抵押物的名稱、數量、品質、狀況、所在地、所有權權屬或者使用權權屬；(四)抵押擔保的範圍；(五)當事人認為需要約定的其他事項。抵押合同不完全具備前款規定內容的，可以補正(第 39 條)。	抵押涉及的財產數額較大，法律關係比較複雜，而且要在一段時間內為債權擔保，因此，本條要求採用書面形式訂立抵押合同。當事人可以在合同中約定抵押擔保的範圍只包括上述一項或幾項，也可以約定對上述各項都承擔擔保責任。擔保的範圍依合同約定確定；當事人對擔保的範圍沒有約定的，抵押人應當對主債權及其利息、違約金、損害賠償金和實現擔保物權的費用承擔擔保責任。
流押的禁止	抵押權人在債務履行期屆滿前，不得與抵押人約定債務人不履行到期債務時抵押財產歸債權人所有(第 186 條)。	訂立抵押合同時，抵押權人和抵押人在合同中不得約定在債務履行期屆滿抵押權人未受清償時，抵押物的所有權轉移為債權人所有(第 40 條)。	流押合同或流押條款指債權人在訂立抵押合同時與抵押人約定，債務人不履行債務時抵押財產歸債權人所有。本條規定與擔保法的規定是一致的。如果法律支持流押的規定，不僅不利於保護抵押人的合法權益，也與民法規定的平等、公平的原則相悖。
不動產抵押登記	以本法第一百八十條第一款第一項至第三項規定的財產或者第五項規定的正在建造的建築物抵押的，應當辦理抵押登記。抵押權自登記時設立(第 187 條)。	當事人以本法第四十二條規定的財產抵押的，應當辦理抵押物登記，抵押合同自登記之日起生效(第 41 條)。辦理抵押物登記的部門如下：(一)以無地上定著物的土地使用權	根據本條規定，需要進行抵押登記的財產為：(1)建築物和其他土地附著物；(2)建設用地使用權；(3)以招標、拍賣、公開協商等方式取得的荒地等土地承包經營權；(4)正在建造的建築物。

		抵押的，為核發土地使用權證書的土地管理部門；(二)以城市房地產或者鄉(鎮)、村企業的廠房等建築物抵押的，為縣級以上地方人民政府規定的部門；(三)以林木抵押的，為縣級以上林木主管部門；(四)以航空器、船舶、車輛抵押的，為運輸工具的登記部門；(五)以企業的設備和其他動產抵押的，為財產所在地的工商管理部門(第 42 條)。	
動產抵押效力與登記對抗效力	以本法第一百八十條第一款第四項、第六項規定的財產或者第五項規定的正在建造的船舶、航空器抵押的，抵押權自抵押合同生效時設立；未經登記，不得對抗善意第三人(第 188 條)。	當事人以其他財產抵押的，可以自願辦理抵押物登記，抵押合同自簽訂之日起生效。當事人未辦理抵押物登記的，不得對抗第三人。當事人辦理抵押物登記的，登記部門為抵押人所在地的公證部門(第 43 條)。	根據本條規定，以生產設備、原材料、半成品、產品、交通工具，正在建造的船舶、航空器抵押的，抵押權自抵押合同生效時設立；未經登記，不得對抗善意第三人。抵押財產登記後，不論抵押財產轉移到誰手中，只要債務履行期屆滿債務人沒有履行債務，抵押權人都可以就該抵押財產實現抵押權，同時還有先於未登記的抵押權人受償的權利。為了切實保障自己債權的實現，抵押權人最好進行抵押登記。
動產浮動抵押登記	企業、個體工商戶、農業生產經營者以本法第一百八十一條規定的動產抵押的，應當向抵押人住所地的工商		按照本條第一款規定，以現有的以及將有的生產設備、原材料、半成品、產品抵押，應當向抵押人住所地的工商管理部門

	行政管理部門辦理登記。抵押權自抵押合同生效時設立；未經登記，不得對抗善意第三人。依照本法第一百八十一條規定抵押的，不得對抗正常經營活動中已支付合理價款並取得抵押財產的買受人(第 189 條)。		辦理登記。浮動抵押權不以登記為生效條件，而是自合同生效時設立，合同生效後，即使當事人沒有辦理登記，債務人不履行債務時，抵押權人仍然可以就實現抵押權的價款優先受償。但是如果未辦理抵押登記，浮動抵押的財產被再次設定抵押權的，後位的已登記的抵押權人，只要不知道也不應當知道該財產已被抵押的事實，就可以就該抵押財產優先於前位抵押權人受償。本條第二款規定浮動抵押不得對抗正常經營活動中已支付合理價款並取得抵押財產的買受人。
抵押權與租賃權關係	訂立抵押合同前抵押財產已出租的，原租賃關係不受該抵押權的影響。抵押權設立後抵押財產出租的，該租賃關係不得對抗已登記的抵押權(第 190 條)。	抵押人將已出租的財產抵押的，應當書面告知承租人，原租賃合同繼續有效(第 48 條)。 抵押人將已出租的財產抵押的，抵押權實現後，租賃合同在有效期內對抵押物的受讓人繼續有效(《最高人民法院關於適用擔保法若干問題的解釋》第 65 條)。 抵押人將已抵押的財產出租的，抵押權實現後，租賃合同對受讓人不具有約束力。抵押人將已抵押的財產出租時，如果抵押人未書面告知承租人該財產已	擔保法和合同法對財產採取的是「買賣不破租賃」的規則，即租賃關係成立後，因實現抵押權而將抵押財產轉讓時，抵押人與承租人之間原有的租賃關係不當然終止，承租人可以繼續享有租賃權。物權法針對租賃是在抵押合同前和在抵押合同後做了區別對待：(1)租賃在訂立抵押合同前的，原租賃關係不受抵押權的影響。(2)如果將辦理了抵押登記的財產出租，實現抵押權後，抵押財產的買受人可以解除原租賃合同，承租人不能要求繼續承租抵押的房屋。(3)如果將沒有辦理登

		抵押的，抵押人對出租抵押物造成承租人的損失承擔賠償責任；如果抵押人已書面告知承租人該財產已抵押的，抵押權實現造成承租人的損失，由承租人自己承擔(《最高人民法院關於適用擔保法若干問題的解釋》第66條)。	記的抵押財產出租，承租人不知道也不應當知道財產已抵押的情況，抵押權就不能對抗租賃權，仍應當適用「買賣不破租賃」的原則。
抵押期間抵押物的轉讓	抵押期間，抵押人經抵押權人同意轉讓抵押財產的，應當將轉讓所得的價款向抵押權人提前清償債務或者提存。轉讓的價款超過債權數額的部分歸抵押人所有，不足部分由債務人清償。抵押期間，抵押人未經抵押權人同意，不得轉讓抵押財產，但受讓人代為清償債務消滅抵押權的除外(第191條)。	抵押期間，抵押人轉讓已辦理登記的抵押物的，應當通知抵押權人並告知受讓人轉讓物已經抵押的情況；抵押人未通知抵押權人或受讓人，轉讓行為無效。轉讓抵押物的價款明顯低於其價值的，抵押權人可以要求抵押人提供相應的擔保；抵押人不提供的，不得轉讓抵押物。抵押人轉讓抵押物所得的價款，應當向抵押權人提前清償所擔保的債權或者向與抵押權人約定的第三人提存。超過債權數額的部分，歸抵押人所有，不足部分由債務人清償(49條)。	抵押權是不轉移財產占有的物權。(1)抵押期間，抵押人轉讓抵押財產的，應當經抵押權人同意，而不是僅僅通知抵押權人並告知受讓人；同時，要將轉讓所得的價款向抵押權人提前清償債權或者提存。(2)抵押期間，未經抵押權人同意，不得轉讓抵押財產。除非受讓人替抵押人向抵押權人償還了債務消滅了抵押權。轉讓抵押財產，必須消除該財產上的抵押權。一般說來，抵押人轉讓抵押財產的所得的價款不可能完全與其擔保的債權數額一致，當抵押財產價款超過債權數額時，超過的部分，應當歸抵押人所有；不足的部分由債務人清償。
抵押權的轉讓或作為其他債權擔保	抵押權不得與債權分離而單獨轉讓或者作為其他債權的擔保。債權轉讓的，擔保該債權的抵押權一併轉讓，但	抵押權不得與債權分離而單獨轉讓或者作為其他債權的擔保(第50條)。	1、作為擔保物權的一種，抵押權以其所擔保的債權存在為前提，沒有債權，就不可能有抵押權，抵押權的轉讓或者

	法律另有規定或者當事人另有約定的除外(第 192 條)。		以抵押權為其他債權設定擔保，應當與抵押權所擔保的債權一同進行。抵押權人轉讓抵押權的，抵押權應當與其所擔保的債權一同轉讓；抵押權人以抵押權向他人提供擔保的，抵押權應當與其所擔保的債權一同向他人提供擔保。單獨轉讓抵押權或者單獨以抵押權作為其他債權擔保的行為無效。 2、「法律另有規定」例如本法第 204 條規定，最高額抵押擔保的債權確定前，部分債權轉讓的，最高額抵押權不得轉讓。「當事人另有約定」既可以是抵押權人在轉讓債權時，與受讓人約定，只轉讓債權而不轉讓擔保該債權的抵押權，這種情形大多發生在債權的部分轉讓時；也可以是第三人專為特定的債權人設定抵押的，該第三人與債權人約定，被擔保債權的轉讓未經其同意的，抵押權因債權的轉讓而消滅。
抵押財產毀損或者價值減少時的處理	抵押人的行為足以使抵押財產價值減少的，抵押權人有權要求抵押人停止其行為。抵押財產價值減少的，抵	抵押人的行為足以使抵押物價值減少的，抵押權人有權要求抵押人停止其行為。抵押物價值減少時，抵押權人	1、抵押權設立後，抵押權人並不實際占有抵押財產，抵押財產仍由抵押人占有、使用和收益，當抵押人的行為侵

	押權人有權要求恢復抵押財產的價值，或提供與減少的價值相應的擔保。抵押人不恢復抵押財產的價值也不提供擔保的，抵押權人有權要求債務人提前清償債務(第 193 條)。	有權要求抵押人恢復抵押物的價值，或者提供與減少的價值相當的擔保(第 51 條)。 抵押人對抵押物價值減少無過錯的，抵押權人只能在抵押人因損害而得到的賠償範圍內要求提供擔保。抵押物價值未減少的部分仍作為債權的擔保。	害抵押權人的利益時，抵押權人有權要求抵押人停止其行為。當抵押財產減少的，抵押權人可以要求恢復抵押財產的價值，或者就減少的部分提供相應的擔保；如果抵押人不恢復抵押財產的價值也不提供擔保的，抵押權人為保護自己的利益，防止抵押財產的價值進一步減少，有權要求債務人提前清償債務。 2、本條規定的抵押財產價值減少，均由於抵押人的行為造成的，即只有在抵押人對抵押財產價值減少有過錯的，才按照本條的規定處理。關於抵押人對抵押財產價值減少無過錯時如何處理的問題，本條沒有做出規定。根據本法第 174 條的規定，擔保期間，擔保財產毀損的，抵押權人可以就獲得的保險金、賠償金等優先受償。被擔保債權的履行期未屆滿的，也可以提存該保險金、賠償金等。
抵押權及其順位的放棄與抵押權變更	抵押權人可以放棄抵押權或者抵押權的順位。抵押權人與抵押人可以協議變更抵押權順位元以及被擔保的	同一債權既有保證又有物的擔保的，保證人對物的擔保以外的債權承擔保證責任。債權人放棄物的擔保的，保	1、抵押權人可以放棄抵押權從而放棄其債權就抵押財產優先受償的權利。抵押權人放棄抵押權的，抵押權消滅。

	債權數額等內容，但抵押權的變更，未經其他抵押權人書面同意，不得對其他抵押權人產生不利影響。債務人以自己財產設定抵押，抵押權人放棄該抵押權、抵押權順位或變更抵押權的，其他擔保人在抵押權人喪失優先受償權益的範圍內免除擔保責任，但其他擔保人承諾仍提供擔保的除外(第 194 條)。	證人在債權人放棄權利的範圍內免除保證責任(第 28 條)。	抵押權人放棄抵押權順位的，放棄人處於最後順位，所有後順位抵押權人的順位依次遞進。但在放棄人放棄抵押權順位後新設定的抵押權不受該放棄的影響，其順位仍應在放棄人的抵押權順位之後。 2、抵押權人與抵押人也可以協議將同一抵押財產上的數個抵押權的清償順序互換以及被擔保的債權數額等內容。抵押權的順位變更後，各抵押權人只能在其變更後的順序上行使優先受償權。為了保護同一財產上其他抵押權人的合法利益，本條特別規定：未經其他抵押權人書面同意變更抵押權，對其他抵押權人產生不利影響的，變更無效。 3、本條第二款規定是針對被擔保的債權既有以債務人自己的財產作抵押的抵押擔保又有其他擔保的情形而做出的特別規定。這裡的「其他擔保人」既包括為債務人擔保的保證人，也包括提供抵押、質押擔保的第三人。
抵押權實現的條	債務人不履行到期債	債務履行期屆滿抵押	本條對抵押權人實現抵押

件、方式和程式	務或者發生當事人約定的實現抵押權的情形，抵押權人可以與抵押人協議以抵押財產折價或者以拍賣、變賣該抵押財產所得的價款優先受償。協議損害其他債權人利益的，其他債權人可以在知道或者應當知道撤銷事由之日起一年內請求人民法院撤銷該協議。抵押權人與抵押人未就抵押權實現方式達成協議的，抵押權人可以請求人民法院拍賣、變賣抵押財產。抵押財產折價或者變賣的，應當參照市場價格(第 195 條)。	權人未受清償的，可以與抵押人協議以抵押物折價或者以拍賣、變賣該抵押物所得的價款受償；協議不成的，抵押權人可以向人民法院提起訴訟。抵押物折價或者拍賣、變賣後，其價款超過債權數額的部分歸抵押人所有，不足部分由債務人清償(第 53 條)。	權的條件做出了規定：一是債務履行期間屆滿，債務人不履行債務；二是發生了當事人約定的實現抵押權的情形。滿足上述任一條件，抵押權人就可以與抵押人就如何處理抵押財產進行協商，如果雙方達成協議，就可以按照協定的方式實現抵押權；如果雙方對抵押權實現方式達不成協定的，為了簡便抵押權的實現程式，抵押權人可以直接請求人民法院拍賣、變賣抵押財產；如果雙方是在債務是否已經履行以及抵押權本身的問題發生爭議的，抵押權只能採取向人民法院提起訴訟的方式解決。
抵押財產的確定	依照本法第一百八十一條規定設定抵押的，抵押財產自下列情形之一發生時確定：(一)債務履行期屆滿，債權未實現；(二)抵押人被宣告破產或者被撤銷；(三)當事人約定的實現抵押權的情形；(四)嚴重影響債權實現的其他情形(第 196 條)。		本條是專門針對浮動抵押增加的規定。浮動抵押區別於固定抵押的一個重要特徵就是抵押財產的範圍不確定，抵押財產的確定是抵押權實現的前提條件。本條規定的四種情形為抵押財產確定的法定情形，發生其中任一情形的，自該情形發生時浮動抵押即轉化為固定抵押，抵押財產確定，抵押人不得再處分抵押財產，抵押權人可以依照本法第 195 條的規定實現抵押權。
抵押財產孳息	債務人不履行到期債務或者發生當事人約定的實現抵押權的情	債務履行期屆滿，債務人不履行債務致使抵押物被人民法院依法	抵押財產的孳息，是指由抵押財產而產生的收益。抵押權設立後，抵押權的

	形，致使抵押財產被人民法院依法扣押的，自扣押之日起抵押權人有權收取該抵押財產的天然孳息或者法定孳息，但抵押權人未通知應當清償法定孳息的義務人的除外。前款規定的孳息應當先充抵收取孳息的費用(第 197 條)。	扣押的，自扣押之日起抵押權人有權收取由抵押物分離的天然孳息以及抵押人就抵押物可以收取的法定孳息。抵押權人未將扣押抵押物的事實通知應當清償法定孳息的義務人的，抵押權的效力不及於該孳息。前款孳息應當先充抵收取孳息的費用(第 47 條)。	效力不及於該孳息。但是，抵押財產被人民法院扣押的，抵押權的效力及於抵押財產的孳息，自扣押之日起抵押權人有權收取該抵押財產的天然孳息和法定孳息。抵押權人收取抵押財產孳息成立的要件是：(1)必須是抵押財產被扣押後，抵押權人才能收取其孳息；(2)抵押財產被扣押後，抵押權人已經通知應當給付法定孳息的義務人。對於收取孳息付出的費用，孳息應當先充抵這部分費用，再用於清償抵押權人的債權。
抵押財產變價超過或不足債權數額的處理	抵押財產折價或者拍賣、變賣後，其價款超過債權數額的部分歸抵押人所有，不足部分由債務人清償(第 198 條)。	債務履行期屆滿抵押權人未受清償的，可以與抵押人協議以抵押物折價或者以拍賣、變賣該抵押物所得的價款受償；協議不成的，抵押權人可以向人民法院提起訴訟。抵押物折價或者拍賣、變賣後，其價款超過債權數額的部分歸抵押人所有，不足部分由債務人清償(第 53 條)。	抵押財產按照本法第 195 條規定的方式和程式折價或者拍賣、變賣後，所變現的價款可能超出其所擔保的債權數額或者不足清償債權。超過債權數額的部分，由於債權已經得到清償，應當歸抵押財產的原所有人即抵押人所有；如果其價款還不足以清償債權，由於抵押人已就其抵押財產承擔了擔保責任，不足的部分應當由債務人清償。
同一物上確定抵押權次序的規則	同一財產向兩個以上債權人抵押的，拍賣、變賣抵押財產所得的價款依照下列規定清償：(一)抵押權已登記的，按照登記的先後順序清償；順序相同的，	同一財產向兩個以上債權人抵押的，拍賣、變賣抵押物所得的價款按照以下規定清償：(一)抵押合同以登記生效的，按照抵押物登記的先後順序清	根據本條規定，同一財產向兩個以上債權人抵押的，拍賣、變賣抵押財產所得的價款按照以下原則清償：(1)抵押權已登記的，按照登記的先後順序清償；順序相同的，按照

	按照債權比例清償；(二)抵押權已登記的先於未登記的受償；(三)抵押權未登記的，按照債權比例清償(第 199 條)。	償；順序相同的，按照債權比例清償；(二)抵押合同自簽訂之日起生效的，該抵押物已登記的，按照本條第(一)項規定清償；未登記的，按照合同生效時間的先後順序清償，順序相同的，按照債權比例清償。抵押物已登記的先於未登記的受償(第 54 條)。	債權比例清償。無論是不動產抵押還是動產抵押，數個抵押權都已登記的，都按照登記的先後順序清償。確定抵押權登記的先後，以登記部門登記材料中記載的登記時間為準。如果抵押權登記的時間相同，就按照各擔保債權的比例來清償；所占比例大的，多受清償。(2)抵押權已登記的先於未登記的受償。這一原則是針對動產抵押而言的。辦理動產抵押登記的，抵押權人可以對抗第三人；未登記的，不得對抗善意第三人。(3)抵押權未登記的，按照債權比例清償。這一原則也是針對動產抵押而言的。
建設用地使用權抵押的特別規定	建設用地使用權抵押後，該土地上新增的建築物不屬於抵押財產。該建設用地使用權實現抵押權時，應當將該土地上新增的建築物與建設用地使用權一併處分，但新增建築物所得的價款，抵押權人無權優先受償(第 200 條)。	城市房地產抵押合同簽訂後，土地上新增的房屋不屬於抵押物。需要拍賣該抵押的房地產時，可以依法將該土地上新增的房屋與抵押物一同拍賣，但對拍賣新增房屋所得，抵押權人無權優先受償。依照本法規定以承包的荒地的土地使用權抵押的，或者以鄉(鎮)、村企業的廠房等建築物占用範圍內的土地使用權抵押的，在實現抵押權後，未經法定程式不得改變土地集體所有和土地用途(第 55	依照本法第 180 條和第 182 條的規定，債務人或者第三人有權處分的建設用地使用權可以抵押。以建設用地使用權抵押的，該土地上現有的建築物一併抵押；抵押人未一併抵押的，未抵押的建築物視為一併抵押。建設用地使用權抵押後，抵押人仍然有權依法對該土地進行開發，建造建築物。對於該土地上新增的建築物，由於其不在抵押合同約定的抵押財產的範圍內，因此不屬於抵押財產。但根據「房隨地走」原則，處分抵押的建設用地使用權實

		條)。	現抵押權時，雖新增的建築物不屬於抵押財產，仍可將其與建設用地使用權一併處分。但處分後，由於新增的建築物不屬於抵押財產，處分新增建築物所得的價款，抵押權人沒有優先受償的權利，只能作為普通債權人行使權利。
土地承包經營權或者鄉鎮、村企業的建設用地使用權抵押的特別規定	依照本法第一百八十一條第一款第三項規定的土地承包經營權抵押的，或者依照本法第一百八十三條規定以鄉鎮、村企業的廠房等建築物占用範圍內的建設用地使用權一併抵押的，實現抵押權後，未經法定程式，不得改變土地所有權的性質和土地用途(第201條)。	同上。	以招標、拍賣、公開協商等方式取得的荒地等土地承包經營權抵押的，或者以鄉鎮、村企業的廠房等建築物占用範圍內的建設用地使用權一併抵押的，實現抵押權後，未經法定程式，土地的所有權不得轉移，仍歸國家所有或者集體所有，也不得擅自改變土地的原有用途。
抵押權存續期間	抵押權人應當在主債權訴訟時效期間行使抵押權；未行使的，人民法院不予保護(第202條)。	當事人約定的或者登記部門要求登記的擔保期間，對擔保物權的存續不具有法律約束力。擔保物權所擔保的債權的訴訟時效結束後，擔保權人在訴訟時效結束後的二年內行使擔保物權的，人民法院應當予以支持(《最高人民法院關於適用擔保法若干問題的解釋》第12條)。	本條提倡抵押權人在主債權訴訟時效期間行使抵押權，未行使抵押權的，人民法院不予保護。也就是說，過了主債權訴訟時效期間後，抵押權人喪失的是抵押權受人民法院保護的權利即勝訴權，而抵押權本身並沒有消滅，如果抵押人自願履行擔保義務的，抵押權人仍可以行使抵押權。

資料來源：本研究整理。

附表 3：中國大陸擔保法及物權法之最高額抵押權比較

比較項目	物權法	擔保法	物權法（釋義）
最高額抵押權的含義	為擔保債務的履行，債務人或者第三人對一定期間內將要連續發生的債權提供擔保財產的，債務人不履行到期債務或者發生當事人約定的實現抵押權的情形，抵押權人有權在最高債權額限度內就該擔保財產優先受償。最高額抵押權設立前已經存在的債權，經當事人同意，可以轉入最高額抵押擔保的債權範圍(第 203 條)。	本法所稱最高額抵押是指抵押人與抵押權人協議，在最高債權額限度內，以抵押物對一定期間內連續發生的債權作擔保(第 59 條)。借款合同可以附最高額抵押合同。債權人與債務人就某項商品在一定期間內連續發生交易而簽訂的合同，可以附最高額抵押合同(第 60 條)。	最高額抵押是指為擔保債務的履行，債務人或者第三人對一定期間內將要連續發生的債權提供抵押擔保，債務人不履行到期債務或者發生當事人約定的實現抵押權的情形的，抵押權人有權在最高債權額限度內就該擔保財產優先受償。最高額抵押成立的要件是：(1)最高額抵押是限額抵押；(2)最高額抵押是為將來發生的債權提供擔保；(3)最高額抵押所擔保的最高債權額是確定的，但實際發生額不確定；(4)最高額抵押是對一定期間內連續發生的債權做擔保。
最高額抵押轉讓的限制	最高額抵押擔保的債權確定前，部分債權轉讓的，最高額抵押權不得轉讓，但當事人另有約定的除外(第 204 條)。	最高額抵押的主合同債權不得轉讓(第 61 條)。	在最高額抵押擔保中，所擔保的主債權是可以轉讓的。一般來說，根據抵押權隨主債權的轉讓而轉讓的原則，主債權轉讓的，最高額抵押權一併轉讓。但是，由於最高額抵押是對一定期間內連續發生的所有債權做擔保，而不是單獨對其中的某一個債權做擔保。部分債權轉讓的，只是使這部分債權脫離了最高額抵押權的擔保範圍，對最高額抵押權並不發生影響，最高額抵押權還要在最高債權額限度內，對已經發生的債權和

			尚未發生將來可能發生的債權做擔保。因此，最高額抵押擔保的主債權確定前，部分債權轉讓的，最高額抵押權並不隨之轉讓，除非當事人另有約定。
最高額抵押權的變更	最高額抵押擔保的債權確定前，抵押權人與抵押人可以通過協議變更債權確定的期間、債權範圍以及最高債權額，但變更的內容不得對其他抵押權人產生不利影響(第 205 條)。		最高額抵押擔保的債權確定前，抵押權人與抵押人可以通過協議變更債權確定的時間、債權範圍以及最高債權額；但在同一抵押財產上還有其他抵押權人特別是後順位的抵押權人時，變更的內容可能對他們產生一定的影響，甚至損害他們的合法權益，所以本條以但書的形式特別規定：變更的內容不得對其他抵押權人產生不利影響。根據這一規定，抵押權人與抵押人的變更對其他抵押權人產生不利影響的，該變更無效。
最高額抵押權所擔保的債權確定	有下列情形之一的，抵押權人的債權確定： (一)約定的債權確定期間屆滿；(二)沒有約定債權確定期間或者約定不明確，抵押權人或者抵押人自最高額抵押權設立之日起滿二年後請求確定債權； (三)新的債權不可能發生；(四)抵押財產被查封、扣押；(五)債務人、抵押人被宣告破產或者被撤銷；(六)法律規		最高額抵押權所擔保債權的確定是指最高額抵押權所擔保的債權因一定事由而歸於固定。由於最高額抵押權是對一定期間內將要連續發生的債權提供抵押擔保，所擔保的債權額在抵押期間具有不確定性和變動性。所以，當清償的條件出現時，債務人具體應清償多少債權，應有一個確定的數額。

	定債權確定的其他情形(第 206 條)。		
最高額抵押權法律適用依據	最高額抵押權除適用本節規定外，適用本章第一節一般抵押權的規定(第 207 條)。	最高額抵押除適用本節規定外，適用本章其他規定(第 62 條)。	

資料來源：本研究整理。

附表 4：中國大陸擔保法及物權法之動產質權比較

比較項目	物權法	擔保法	物權法（釋義）
動產質權的含義與基本權利	為擔保債務的履行，債務人或者第三人將其動產出質給債權人占有的，債務人不履行到期債務或者發生當事人約定的實現質權的情形，債權人有權就該動產優先受償。前款規定的債務人或者第三人為出質人，債權人為質權人，交付的動產為質押財產(第 208 條)。	本法所稱動產質押，是指債務人或者第三人將其動產移交債權人占有，將該動產作為債權的擔保。債務人不履行債務時，債權人有權依照本法規定以該動產折價或者以拍賣、變賣該動產的價款優先受償。前款規定的債務人或者第三人為出質人，債權人為質權人，移交的動產為質物(第 63 條)。	債務人或者第三人將其動產交給債權人占有並實際控制的行為被稱之為質押，質權人因質押而取得的權利為質權，質權是擔保物權的一種。動產質權成立的要件是：(1)動產質權是擔保物權。(2)動產質權是在他人的財產上設立的物權。(3)動產質權由債權人占有質物為生效條件。(4)動產質權是就質物價值優先受償的權利。
質押的禁止	法律、行政法規禁止轉讓的動產不得出質(第 209 條)。	•	合法擁有的並且依法可以轉讓的動產可以設定質權,但是，法律、行政法規規定禁止流通的動產不得設定質權，如毒品、管制槍支等。規定禁止轉讓的動產的依據只能是全國人大及其常委會制定的法律、國務院制定的行政法規。其他規範性檔，不能作為規定禁止轉讓動產的依據。
質權的設立與質押合同	設立質權，當事人應當採取書面形式訂立質	出質人和質權人應當以書面形式訂立質押	權是依照當事人的真實意思而創設的權利。當事人

	權合同。質權合同一般包括下列條款：(一)被擔保債權的種類和數額；(二)債務人履行債務的期限；(三)質押財產的名稱、數量、品質、狀況；(四)擔保的範圍；(五)質押財產交付的時間(第 210 條)。	合同。質押合同自質物移交於質權人占有時生效(第 64 條)。 質押合同應當包括以下內容：(一)被擔保的主債權種類、數額；(二)債務人履行債務的期限；(三)質物的名稱、數量、品質、狀況；(四)質押擔保的範圍；(五)質物移交的時間；(六)當事人認為需要約定的其他事項。質押合同不完全具備前款規定內容的，可以補正(第 65 條)。	設定質權的行為是一種雙方的法律行為，應採用書面的形式進行。對於設立動產質權合同未採用書面形式的，依據合同法第 36 條的規定，一方已經履行主要義務，對方接受的，該合同成立。本條規定的是質權合同「一般」包括的條款，而不是「應當」包括的條款，條款的設立取決於當事人的約定。
流質約款的禁止	質權人在債務履行期屆滿前，不得與出質人約定債務人不履行到期債務時質押財產歸債權人所有(第 211 條)。	出質人和質權人在合同中不得約定在債務履行期屆滿質權人未受清償時，質物的所有權轉移為質權人所有(第 66 條)。	本條規定被通稱為「禁止流質契約」條款。禁止流質契約的意思主要是：當事人不得在質權合同中約定出質人在債務履行期屆滿不履行到期債務的，質押財產的所有權轉移於質權人所有，即使當事人認為質物與債權價值相當，也不允許訂立如此內容的協定。
動產質權交付生效	質權自出質人交付質押財產時設立(第 212 條)。	出質人和質權人應當以書面形式訂立質押合同。質押合同自質物移交於質權人占有時生效(第 64 條)。	動產質權的標的是動產，為了保障動產質權的實現，也為了保護善意第三人的合法權益，本條規定動產質權的設立以交付為生效要件。出質人與質權人訂立動產質權合同，該合同自成立時生效。但在移轉質物的占有之前，並不發生擔保物權的效力；出質人只有實際移轉質物

			交付到質權人占有時，質權才發生效力。
質物孳息收取權	質權人有權收取質押財產的孳息，但合同另有約定的除外。前款規定的孳息應當先充抵收取孳息的費用(第213條)。	質權人有權收取質物所生的孳息。質押合同另有約定的，按照約定。前款孳息應當先充抵收取孳息的費用(第68條)。	根據本條的規定，質權人能否收取孳息有兩種情況：一是如果當事人在合同中明確約定質權人無權收取質物所產生的孳息，則質權人不能收取質物孳息作為債權的擔保；二是如果當事人對質權人能否收取孳息沒有約定或者約定不明的，質權人有權依照本條的規定收取質物所產生的孳息。依法收取的孳息首先應當充抵收取孳息的費用，然後充抵主債權的利息和主債權。
質權人對質物使用、處分的限制與法律責任	質權人在質權存續期間，未經出質人同意，擅自使用、處分質押財產，給出質人造成損害的，應當承擔賠償責任(第214條)。		1、質權人取得質物、控制質物是為了質物不被出質人隨意處分而使擔保落空，質權人使用、處分質物顯然不是設定質權的目的。因此質權人非經出質人同意不得擅自使用、處分質物。 2、質權人未經出質人同意擅自使用質物、處分質物，一旦造成質物毀損、滅失給出質人造成損失的，質權人要根據法律規定承擔民事賠償責任。
質權人妥善保管義務	質權人負有妥善保管質押財產的義務；因保管不善致使質押財產毀損、滅失的，應當承擔賠償責任。質權人的	質權人負有妥善保管質物的義務。因保管不善致使質物滅失或者毀損的，質權人應當承擔民事責任。質權人不	質權人在占有質物的同時即產生妥善保管質物的義務，在質權人占有質物期間，因質權人未盡妥善保管義務致使質物滅失或者

	行為可能使質押財產毀損、滅失的，出質人可以要求質權人將質押財產提存，或者要求提前清償債務並返還質押財產(第 215 條)。	能妥善保管質物可能致使其滅失或者毀損的，出質人可以要求質權人將質物提存，或者要求提前清償債權而返還質物(第 69 條)。	毀損，應當對出質人承擔賠償責任。對質權人的民事責任承擔應當採用過錯推定原則，即出質人只要證明質物遭受毀損、滅失的事實即可。質權人應當舉證證明自己已經盡了妥善保管的義務，否則就應當承擔賠償責任。
質物保全	• 第二百一十六條 因不能歸責於質權人的事由可能使質押財產毀損或者價值明顯減少，足以危害質權人權利的，質權人有權要求出質人提供相應的擔保；出質人不提供的，質權人可以拍賣、變賣質押財產，並與出質人通過協議將拍賣、變賣所得的價款提前清償債權或者提存。	• 第七十條 質物有損壞或者價值明顯減少的可能，足以危害質權人權利的，質權人可以要求出質人提供相應的擔保。出質人不提供的，質權人可以拍賣或者變賣質物，並與出質人協議將拍賣或者變賣所得的價款用於提前清償所擔保的債權或者與出質人約定的第三人提存。	• 當質物可能存在損壞或者價值明顯減少的事實足以危害質權人的利益時，質權人為保全其質權不受損害，可以要求出質人提供相應的擔保，此為質權人的替代擔保請求權。“相應的擔保”是指與可能毀損或者價值明顯減少的數額相當的擔保。當出質人不提供擔保的，質權人可以拍賣或者變賣質押財產，並與出質人通過協議將拍賣或者變賣所得的價款提前清償債權，也可以將處分質物的價款提存。此時質權人拍賣、變賣質物無須出質人同意。
轉質權	質權人在質權存續期間，未經出質人同意轉質，造成質押財產毀損、滅失的，應當向出質人承擔賠償責任(第 217 條)。	質權人在質權存續期間，為擔保自己的債務，經出質人同意，以其所占有的質物為第三人設定質權的，應當在原質權所擔保的債權範圍之內，超過的部分不具有優先受償的效力。轉質權的效力優	轉質是指質權人為擔保自己或者他人的債務，在占有的質物上再次設定質權的行為。因轉質而取得質權的人為轉質權人。轉質既可適用於動產質權，也可適用於權利質權。本法不提倡轉質，也沒有禁止轉質。為了保護出質人的

		於原質權。 質權人在質權存續期間，未經出質人同意，為擔保自己的債務，在其所占有的質物上為第三人設定質權的無效。質權人對因轉質而發生的損害承擔賠償責任(《最高人民法院關於適用擔保法若干問題的解釋》第 94 條)。	利益，本條規定的原則是，未經出質人同意不允許轉質，質權人轉質的要承擔賠償責任。
質權的放棄效力	質權人可以放棄質權。債務人以自己的財產出質，質權人放棄該質權的，其他擔保人在質權人喪失優先受償權益的範圍內免除擔保責任，但其他擔保人承諾仍然提供擔保的除外(第 218 條)。	同一債權既有保證又有物的擔保的，保證人對物的擔保以外的債權承擔保證責任。債權人放棄物的擔保的，保證人在債權人放棄權利的範圍內免除保證責任(第 28 條)。	質權人放棄質權，是指質權人放棄其因享有質權而優先於普通債權人就質物受清償的權利的行為。質權人放棄質權應當明示，質權因質權人放棄質權而消滅。同時，質權人放棄質權，不得有損於其他利害關係人的利益。在質權擔保的是主債權的全部責任時，質權人放棄質權的，保證人免除全部保證責任；在質權擔保的是主債權的部分責任時，質權人放棄質權的，保證人免除質權人放棄質權範圍所承擔的擔保責任。
質物的返還與質權的實現	• 第二百一十九條 債務人履行債務或者出質人提前清償所擔保的債權的，質權人應當返還質押財產。債務人不履行到期債務或者發生當事人約定的實現質權的情形，質權人可	• 第七十一條 債務履行期屆滿債務人履行債務的，或者出質人提前清償所擔保的債權的，質權人應當返還質物。債務履行期屆滿質權人未受清償的，可以與出質人協議以質物折價，也可	• 債務人於債務履行期屆滿時履行了債務或者出質人提前清償了所擔保的債權，質權消滅，質權人對其占有的質物負有返還給出質人的義務。當債權已屆清償期而債務人不履行債務或者發生當事人約定的實

	以與出質人協議以質押財產折價，也可以就拍賣、變賣質押財產所得的價款優先受償。質押財產折價或者變賣的，應當參照市場價格。	以依法拍賣、變賣質物。質物折價或者拍賣、變賣後，其價款超過債權數額的部分歸出質人所有，不足部分由債務人清償。	現質權的情形時，質權人有權處分占有的質物從而優先受償，處分的方式可以是折價、也可以是拍賣、變賣質押的財產。
及時行使質權請求權及怠於行使質權的責任	出質人可以請求質權人在債務履行期屆滿後及時行使質權；質權人不行使的，出質人可以請求人民法院拍賣、變賣質押財產。出質人請求質權人及時行使質權，因質權人怠於行使權利造成損害的，由質權人承擔賠償責任(第 220 條)。	當事人約定的或者登記部門要求登記的擔保期間，對擔保物權的存續不具有法律約束力。擔保物權所擔保的債權的訴訟時效結束後，擔保權人在訴訟時效結束後的二年內行使擔保物權的，人民法院應當予以支持(《最高人民法院關於適用擔保法若干問題的解釋》第 12 條)。	對於質權，本法並未像規定抵押權一樣規定質權時效，但為了避免質權人濫用權利、怠於行使權利，本條賦予了出質人行使質權的請求權及質權人怠於行使質權的責任。出質人在債務履行期屆滿，不能償還債務時，有權請求質權人及時行使質權；如果質權人經出質人請求後仍不行使的，出質人有權請求人民法院拍賣、變賣質物，以清償債務；如果因質權人怠於行使質權而導致質物的價格下跌或者意外滅失，使質物無法實現其原有的變價額的，質權人應對出質人的損失承擔賠償責任。
質押財產變價後的歸屬規則	質押財產折價或者拍賣、變賣後，其價款超過債權數額的部分歸出質人所有，不足部分由債務人清償(第 221 條)。	債務履行期屆滿債務人履行債務的，或者出質人提前清償所擔保的債權的，質權人應當返還質物。債務履行期屆滿質權人未受清償的，可以與出質人協議以質物折價，也可以依法拍賣、變賣質物。質物折價或者拍賣、變賣後，其價款超過債權數	•

		額的部分歸出質人所有，不足部分由債務人清償(第 71 條)。	
最高額質權	出質人與質權人可以協議設立最高額質權。最高額質權除適用本節有關規定外，參照本法第十六章第二節最高額抵押權的規定(第 222 條)。	•	最高額質權是指為擔保債務的履行，債務人或者第三人對一定期間內將要連續發生的債權提供質押財產擔保的，債務人不履行到期債務或者發生當事人約定的實現質權的情形，質權人有權在最高債權額限度內就該擔保財產優先受償。最高額質權與最高額抵押權具有許多相同之處，所以最高額質權可以參照本法第十六章第二節關於最高額抵押權的規定，只宜「參照」，不宜直接適用。

資料來源：本研究整理。

附表 5：中國大陸擔保法及物權法之權利質權比較

比較項目	物權法	擔保法	物權法（釋義）
可以質押的權利範圍	債務人或者第三人有權處分的下列權利可以出質：(一)匯票、支票、本票；(二)債券、存款單；(三)倉單、提單；(四)可以轉讓的基金份額、股權；(五)可以轉讓的註冊商標專用權、專利權、著作權等智慧財產權中的財產權；(六)應收賬款；(七)法律、行政法規規定可以出質的其他財產權利(第 223 條)。	下列權利可以質押：(一)匯票、支票、本票、債券、存款單、倉單、提單；(二)依法可以轉讓的股份、股票；(三)依法可以轉讓的商標專用權、專利權、著作權中的財產權；(四)依法可以質押的其他權利(第 75 條)。	權利質權是指以出質人提供的財產權利為標的而設定的質權。權利質權的標的必須是：(1)是財產權；(2)具有讓與性；(3)適於設質的權利。本條對哪些權利可以出質，採取了列舉的方式一一列出；除這些權利以外，其他權利均不得出質。
以票據權利出質的權利質權	以匯票、支票、本票、債券、存款單、倉單、提單	以匯票、支票、本票、債券、存款單、倉單、提單	根據本條的規定，以匯票、支票、本票、債券、

的設立	出質的，當事人應當訂立書面合同。質權自權利憑證交付質權人時設立；沒有權利憑證的，質權自有關部門辦理出質登記時設立(第 224 條)。	出質的，應當在合同約定的期限內將權利憑證交付質權人。質押合同自權利憑證交付之日起生效(第 76 條)。	存款單、倉單、提單出質的，雙方當事人應當訂立書面質權合同。合同內容一般包括被擔保債權的種類和數額，債務人履行債務的期限，出質權利的名稱、數額，擔保的範圍等。合同訂立後，有權利憑證的，質權自權利憑證交付質權人時設立；沒有權利憑證的，質權自有關部門辦理出質登記時設立。
質權人優先實現質權的權利	匯票、支票、本票、債券、存款單、倉單、提單的兌現日期或者提貨日期先於主債權到期的，質權人可以兌現或者提貨，並與出質人協議將兌現的價款或者提取的貨物提前清償債權或者提存(第 225 條)。	以載明兌現或者提貨日期的匯票、支票、本票、債券、存款單、倉單、提單出質的，匯票、支票、本票、債券、存款單、倉單、提單兌現或者提貨日期先於債務履行期的，質權人可以在債務履行期屆滿前兌現或者提貨，並與出質人協議將兌現的價款或者提取的貨物用於提前清償所擔保的債權或者向與出質人約定的第三人提存(第 77 條)。	本條規定，匯票、支票、本票、債券、存款單、倉單、提單的兌現日期或者提貨日期先於主債權到期的，質權人可以不經過出質人同意，有權將匯票、支票、本票、債券或者存款單上所載款項兌現，有權將倉單或者提單上所載貨物提貨。但質權人兌現款項或者提取貨物後必須通知出質人，並與出質人協商，或者用兌現的價款或提取的貨物提前清償債權，或者將兌現的價款或提取的貨物提存。提前清償債權的，質權消滅；提存的，質權繼續存在於提存的價款或貨物上。出質人只能在提前清償債權和提存中選擇，不能既不同意提前清償債權也不同

			意提存。
基金份額、股權質權的設定及質權限定效力	以基金份額、股權出質的，當事人應當訂立書面合同。以基金份額、證券登記結算機構登記的股權出質的，質權自證券登記結算機構辦理出質登記時設立；以其他股權出質的，質權自工商行政管理部門辦理出質登記時設立。基金份額、股權出質後，不得轉讓，但經出質人與質權人協商同意的除外。出質人轉讓基金份額、股權所得的價款，應當向質權人提前清償債權或者提存(第 226 條)。	以依法可以轉讓的股票出質的，出質人與質權人應當訂立書面合同，並向證券登記機構辦理出質登記。質押合同自登記之日起生效。股票出質後，不得轉讓，但經出質人與質權人協商同意的可以轉讓。出質人轉讓股票所得的價款應當向質權人提前清償所擔保的債權或者向與質權人約定的第三人提存。以有限責任公司的股份出質的，適用公司法股份轉讓的有關規定。質押合同自股份出質記載於股東名冊之日起生效(第 78 條)。	1、根據本條第 1 款的規定，以基金份額、股權出質的，雙方當事人應當訂立書面質權合同。合同內容一般包括被擔保債權的種類和數額，債務人履行債務的期限，基金份額、股權的相關資訊，擔保的範圍等。合同訂立後，質權並不當然設立。以基金份額出質的，應當到證券登記結算機構辦理出質登記，質權自登記時設立。以證券登記結算機構登記的股權出質的，質權自證券登記結算機構辦理出質登記時設立；以其他股權出質的，質權自工商行政管理部門辦理出質登記時設立。 2、本條第 2 款規定的是對出質人處分基金份額和股權的限制。基金份額和股權出質後，原則上不能轉讓；但如果出質人與質權人協商一致，都同意轉讓出質基金份額和股權，這屬於雙方當事人對自己權利的自由處分，法律應當允許。

			但轉讓基金份額和股權所得的價款，出質人應當與質權人協商，將所得的價款提前清償所擔保的債權或者提存。出質人只能在提前清償債權和提存中選擇，不能既不同意提前清償債權，也不同意提存。
智慧財產權質權的設定	以註冊商標專用權、專利權、著作權等智慧財產權中的財產權出質的，當事人應當訂立書面合同。質權自有關主管部門辦理出質登記時設立。智慧財產權中的財產權出質後，出質人不得轉讓或者許可他人使用，但經出質人與質權人協商同意的除外。出質人轉讓或者許可他人使用出質的智慧財產權中的財產權所得的價款，應當向質權人提前清償債務或者提存(第227條)。	以依法可以轉讓的商標專用權，專利權、著作權中的財產權出質的，出質人與質權人應當訂立書面合同，並向其管理部門辦理出質登記。質押合同自登記之日起生效(第79條)。 本法第七十九條規定的權利出質後，出質人不得轉讓或者許可他人使用，但經出質人與質權人協商同意的可以轉讓或者許可他人使用。出質人所得的轉讓費、許可費應當向質權人提前清償所擔保的債權或者向與質權人約定的第三人提存(第80條)。	1、根據本條第1款的規定，以註冊商標專用權、專利權、著作權等智慧財產權中的財產權出質的，雙方當事人應當訂立書面質權合同。合同訂立後，質權並不當然設立，須到有關主管部門辦理出質登記時才能設立。「有關主管部門」是指註冊商標專用權、專利權和著作權等智慧財產權的主管部門。 2、本條第2款規定的是對出質人處分智慧財產權的限制。以註冊商標專用權、專利權、著作權等智慧財產權中的財產權出質的，出質人不能自由轉讓或者許可他人使用；但如果經出質人與質權人協商同意，質權人自己會判斷是否會損害自

			己的利益，法律不加干涉。但轉讓或者許可他人使用出質的註冊商標專用權、專利權、著作權等智慧財產權中的財產權所得的價款，出質人應當與質權人協商將所得的價款提前清償所擔保的債權或提存。
應收賬款質權的設定與限制	以應收賬款出質的，當事人應當訂立書面合同。質權自信貸徵信機構辦理出質登記時設立。應收賬款出質後，不得轉讓，但經出質人與質權人協商同意的除外。出質人轉讓應收賬款所得的價款，應當向質權人提前清償債權或者提存(第 228 條)。		1、以應收帳款出質雙方當事人應訂立書面質權合同。合同內容一般包括被擔保債權的種類和數額，債務人履行債務的期限，應收帳款的名稱、數額，擔保的範圍等。合同訂立後質權並不當然設立，雙方當事人還須到信貸徵信機構辦理出質登記後質權才設立。目前的信貸徵信機構是中國人民銀行信貸徵信中心。 2、本條第 2 款規定的是應收帳款出質後對出質人權利限制，即出質人不得隨意轉讓應收帳款，只有在取得質權人同意的情況下才能轉讓應收帳款。轉讓應收帳款所得的價款，出質人應與質權人協商將所得的價款提前

			清償所擔保的債權或者提存。出質人只能在提前清償債權和提存中選擇；不能既不同意提前清償債權也不同意提存。
權利質權的法律適用依據	權利質權除適用本節規定外，適用本章第一節動產質權的規定(第 229 條)。	權利質押除適用本節規定外，適用本章第一節的規定(第 81 條)。	•

資料來源：本研究整理。

附表 6：中國大陸擔保法及物權法之留置權比較

比較項目	物權法	擔保法	物權法（釋義）
留置權的含義	債務人不履行到期債務，債權人可以留置已經合法占有的債務人的動產，並有權就該動產優先受償。前款規定債權人為留置權人，占有的動產為留置財產(第 230 條)。	本法所稱留置，是指依照本法第八十四條的規定，債權人按照合同約定占有債務人的動產，債務人不按照合同約定期限履行債務的，債權人有權依照本法規定留置該財產，以該財產折價或以拍賣、變賣該財產的價款優先受償(第 82 條)。因保管合同、運輸合同及加工承攬合同發生的債權，債務人不履行債務的，債權人有留置權。法律規定可留置的其他合同，適用前款規定。當事人可以在合同中約定不得留置的物(第 84 條)。	1、留置權是在債務人不履行到期債務時，債權人有權依法律規定留置已合法占有的債務人的動產，並就該動產優先受償的權利。這時債權人便為留置權人，占有的動產便為留置財產。留置權以擔保債權的目的而存在，因此留置權具有從屬性，依主債權的存在而存在，依主債權的轉移而轉移，並因主債權消滅而消滅。 2、留置權成立的要件是(1)債權人已經合法占有債務人的動產；(2)債權人占有的動產，應當與債權屬於同一法律關係，但企業之間留置的除外；(3)債務人不履行

			到期債務。
留置權財產與債權關係	債權人留置的動產，應當與債權屬於同一法律關係，但企業之間留置的除外(第 231 條)。		留置權的目的在於留置債務人的財產，迫使債務人履行債務，保障債權的實現。如果允許債權人任意留置與債權的發生沒有關係的債務人財產，則對債權人的保護過大，有違公平原則，也會損害其他債權人的利益和交易安全，因此本法規定債權人留置的動產，應當與債權屬於同一法律關係，但對企業之間的留置動產有例外規定。
留置權適用範圍的限制	法律規定或者當事人約定不得留置的動產，不得留置(第 232 條)。	因保管合同、運輸合同及加工承攬合同發生的債權，債務人不履行債務的，債權人有留置權。法律規定可留置的其他合同，適用前款規定。當事人可以在合同中約定不得留置的物(第 84 條)。	本法沒有明文列舉留置權的適用範圍，只是在本條中對留置權的適用範圍做出限制，規定了不得留置的兩種情形。只要不屬於這兩種情形，又符合留置權成立的條件，均可以成立留置權。
可分物作為留置財產的特殊規定	留置財產為可分物的，留置財產的價值應相當於債務的金額(第 233 條)。	留置的財產為可分物的，留置物的價值應相當於債務的金額(第 85 條)。	可分物是指經分割而不損害其經濟用途或者失去其價值的物。債權人留置財產的目的，是為了擔保債權的實現，只要留置財產的價值相當於債務金額，就能夠保證其債權得到實現，沒有必要留置過多財產。但如果留置財產為不可分物，由於該物的分割會減損其價值，因此不適用本條的規定。對於

			不可分物，債權人可以將其全部留置。
留置物的妥善保管義務	留置權人負有妥善保管留置財產的義務；因保管不善致使留置財產毀損、滅失的，應當承擔賠償責任(第 234 條)。	留置權人負有妥善保管留置物的義務。因保管不善致使留置物滅失或者毀損的，留置權人應當承擔民事責任(第 86 條)。	在留置權關係中，留置權人占有留置財產，以擔保自己債權的實現，這是留置權人依法享有的權利。但享有權利的同時還必須承擔一定的義務，即對留置財產負有保管義務，應當妥善保管留置財產。留置權人如果違反此項義務致使留置財產毀損、滅失的，則應當對債務人承擔賠償責任。原則上未經債務人同意，留置權人不得使用、出租留置財產或者擅自把留置財產作為其他債權的擔保物。但是，留置權人出於保管的需要，為使留置財產不因閒置而生損害，在必要的範圍內有使用留置財產的權利。
留置物孳息的收取	留置權人有權收取留置財產的孳息。前款規定的孳息應當先充抵收取孳息的費用(第 235 條)。		
留置權實現的一般規定	留置權人與債務人應當約定留置財產後的債務履行期間；沒有約定或者約定不明確的，留置權人應當給債務人兩個月以上履行債務的期間，但鮮活易腐等不易保管的動產除外。債務人逾期未履行的，留置權人可以與債務人協議以留置財產折	債權人與債務人應當在合同中約定，債權人留置財產後，債務人應當在不少於兩個月的期限內履行債務。債權人與債務人在合同中未約定的，債權人留置債務人財產後，應當確定兩個月以上的期限，通知債務人在該期限內履行債務。債務人逾期	留置權的實現是指留置權人對留置財產進行處分，以優先受償其債權的行為。留置權人實現留置權必須具備兩個條件：(1)留置權人須給予債務人以履行債務的寬限期；(2)債務人於寬限期內仍不履行義務。債務人逾期未履行的，雙

	價，也可以就拍賣、變賣留置財產所得的價款優先受償。留置財產折價或者變賣的，應當參照市場價格(第 236 條)。	仍不履行的，債權人可以與債務人協議以留置物折價，也可以依法拍賣、變賣留置物。留置物折價或者拍賣、變賣後，其價款超過債權數額的部分歸債務人所有，不足部分由債務人清償(第 87 條)。	方當事人可以先協議將留置財產折價以實現其債權；如果無法達成協議，留置權人可以依法拍賣或者變賣留置財產，並以拍賣或者變賣所得的價款優先受償其債權。
債務人請求留置權人行使留置權	債務人可以請求留置權人在債務履行期屆滿後行使留置權；留置權人不行使的，債務人可以請求人民法院拍賣、變賣留置財產(第 237 條)。	債權人與債務人應當在合同中約定，債權人留置財產後，債務人應當在不少於兩個月的期限內履行債務。債權人與債務人在合同中未約定的，債權人留置債務人財產後，應當確定兩個月以上的期限，通知債務人在該期限內履行債務。債務人逾期仍不履行的，債權人可以與債務人協議以留置物折價，也可以依法拍賣、變賣留置物。留置物折價或者拍賣、變賣後，其價款超過債權數額的部分歸債務人所有，不足部分由債務人清償(第 87 條)。	
留置財產變價後超過或不足債權數額的歸屬規則	留置財產折價或者拍賣、變賣後，其價款超過債權數額的部分歸債務人所有，不足部分由債務人清償(第 238 條)。	同上。	•
留置權與抵押權或者質權關係	同一動產上已設立抵押權或者質權，該動產又被留置的，留置權人優先受償(第 239 條)。	同一財產法定登記的抵押權與質權並存時，抵押權人優先於質權人受償。同一財產抵押權與留置權並存時，留置權人優先於抵押權人受償(《最高人民法院關於適用擔	根據本條的規定，同一動產同時存在留置權與抵押權或者質權的，留置權的效力優先於抵押權或者質權。(1)在同一動產上，無論留置權是產生於抵押權或者質權

		保法若干問題的解釋》第 79 條)。	之前，還是產生於抵押權或者質權之後，留置權的效力都優先於抵押權或者質權。也就是說，留置權對抵押權或者質權的優先效力不受其產生時間的影響。(2) 留置權對抵押權或者質權的優先效力不受留置權人在留置動產時是善意還是惡意的影響。
留置權消滅的原因	留置權人對留置財產喪失占有或者留置權人接受債務人另行提供擔保的，留置權消滅(第 240 條)。	出質人以間接占有的財產出質的，質押合同自書面通知送達占有人時視為移交。占有人收到出質通知後，仍接受出質人的指示處分出質財產的，該行為無效(第 88 條)。	

資料來源：本研究整理。

附錄三：中國大陸人民法院民事起訴狀格式

民 事 起 訴 狀

（单位起诉单位适用）

原告：单位名称：

单位地址：

法定代表人：姓名：

职务：

联系电话：

被告：单位名称：

单位地址：

法定代表人：姓名：

职务：

联系电话：

案由：

诉讼请求：

事实与理由：

此致

人民法院

具状人：（加盖公章）

年 月 日

附錄四：中國大陸仲裁申請書參考範例

仲 裁 申 請 書

申 請 人：南○興業工貿有限公司

住 所：江蘇省南○市和平路 1654 号 郵政編碼：250000

法定代表人：楊○光 總經理 電話：87564522

委託代理人：李○強 南○興業工貿實業公司銷售部職工

委託代理人：孫○維 南○益強律師事務所律師

被 申 請 人：張○川（若被申請人為公民） 男 19XX 年 X 月 X 日生

住所：上○市陸家浜路 2123 号 郵政編碼：200011 電話：64586572

案 由：購銷合同拖欠貸款糾紛

仲裁請求：

- 1、裁決被申請人交付所拖欠貸款人民幣 102000 元；
- 2、裁決被申請人支付違約金人民幣 5400 元；
- 3、裁決本案仲裁費用由被申請人承擔。

事實和理由：

申請人與被申請人在 1996 年 4 月 20 日簽訂《工礦產品購銷合同》一份，在合同履行中，……

此致

上海仲裁委員會

申請人：南○興業工貿實業公司（蓋章）

二零零五年五月二十八日