

# 中国担保制度 与担保方法

曹士兵 / 著

Guarantee  
Law  
of China



第五版

根据民法典、民法典担保制度司法解释修订

畅销 | 把握担保制度  
第五版 | 扛鼎之作

全面 | 保证、抵押、质押、留置、  
解析 | 定金、诉讼程序与管辖

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

# 中国担保制度与担保方法

(第五版)

曹士兵 著

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



## 第五版 修订说明

《中国担保制度与担保方法》第五版根据《中华人民共和国民法典》（以下简称民法典）和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（以下简称民法典担保制度司法解释，以区别于2000年12月13日发布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》，后者简称担保法司法解释）修订。

改革开放之后，在形成我国担保法律制度的过程中，1995年颁布的《中华人民共和国担保法》（以下简称担保法）、2007年颁布的《中华人民共和国物权法》（以下简称物权法）发挥了奠基和建构法律体系的重要作用，可谓厥功至伟，最高人民法院2000年发布的担保法司法解释不仅拾遗补阙，也进一步发现、肯定、探索了担保领域的新方法、新制度，在推动我国担保制度走向成熟的过程中功不可没。民法典担保制度是对这些重要法律与解释的编纂，立法技术上有很大进步，更加注重体系的完整性、规范的逻辑性，也消除了既有法律、解释中一些矛盾和不成熟的地方，但即便如此，我国担保制度20余年发展的现实成就决定了民法典担保制度在立法发展上是担保法制度的法典化，是我国担保法制建设发展、成熟的标志。正是基于这样的基本认识，作者在本版修订中保留了担保法、物权法、担保法司法解释原有的内容，保留了对这些法律、解释的适用分析和阐述，而并非一律引用民法典和民法典担保制度司法解释的规定。这样处理有以下好处：

一是方便读者了解我国担保法制的全貌与发展历程。民法典中的担保制度只是我国担保法制的法典化部分，没有纳入民法典的担保法制的其他内容仍然活跃在法律实践中，这是由民法的属性决定的。当事人在民事活动中约

定的规则与方法，法不禁止即可应用，且原则上具有法律效力。这一点在担保法司法解释的运用中更加明显，没有纳入民法典的司法解释内容，只要法律不禁止或未作改变，当事人就可以将其作为惯例应用于民事活动中，继续发挥规范和指导作用。从中，我们也可以观察到习惯法的形成过程，事实上，习惯法比制定法具有更高的要求，需要长期的法律实践并被实践所公认。

二是方便读者对照使用。原担保法的内容被民法典否定或改动的地方，在这次修订时都专门列出予以解释、阐述，为了读者阅读方便，作者常常是单独列出一个标题，既有利于读者找到相关内容，也有利于读者和保留下来的原担保法的内容相对照，有利于准确适用。

三是有利于制度创新。担保制度的法典化是立法的重大进步，但法典化会导致未能纳入编纂中的规范、制度游离于法典之外，而社会生活尤其是经济交往的快速发展，使法典中的担保法资源难以完全满足实践的需要，这已经被我国担保法律实践所证明。

因此，保留担保法、物权法、担保法司法解释的原有内容，有利于读者在了解民法典以及我国担保实践中所有的担保方法和制度的基础上，根据经济交往的实际需要创新担保方法，探索新的担保制度与规范，在满足实践需要的同时，推动我国担保制度继往开来，不断进步，为经济稳定、快速、健康发展赋能。

曹士兵

2022年8月22日

# 总 目 录

导 论	中国担保法律环境评论 .....	001
第一章	总 则 .....	021
第二章	保 证 .....	145
第三章	抵 押 .....	227
第四章	质 押 .....	363
第五章	留 置 .....	431
第六章	定 金 .....	451
第七章	担保纠纷案件诉讼程序与管辖 .....	473

# 目 录

## 导论 中国担保法律环境评论

一、中国担保立法评论 .....	003
二、与担保相关的司法环境评论 .....	013
三、与担保相关的执法环境评论 .....	017
四、未来担保立法应予关注的问题 .....	018

## 第一章 总 则

第一节 担保法的调整对象 .....	023
一、担保法的调整对象——以典型担保方式为核心 .....	023
二、非典型担保形式与法律适用 .....	025
三、司法程序中担保的性质与法律适用 .....	031
第二节 担保法在时间上的适用范围 .....	035
一、担保法司法解释第 133 条的规定 .....	036
二、《最高人民法院关于涉及担保纠纷案件的司法解释的适用和保证责任方式认定问题的批复》的规定 .....	039
第三节 担保法规定的法律责任类型 .....	040
一、担保责任 .....	041
二、赔偿责任 .....	043
三、违约责任 .....	043
四、缔约过失责任 .....	045

<b>第四节 独立担保</b> .....	045
一、担保行为的基本特性——从属性和附随性 .....	045
二、担保合同与主合同的特殊关系——独立担保 .....	047
三、独立担保在我国的实践 .....	050
四、独立担保案件的裁判方法——尊重当事人的意思自治 .....	053
<b>第五节 共同担保</b> .....	059
一、共同保证 .....	059
二、共同抵押、质押 .....	061
三、混合共同担保 .....	069
四、民法典担保制度及其司法解释规定的共同担保追偿权 .....	073
五、担保关系中不同类型追偿权的总结 .....	074
<b>第六节 对外担保</b> .....	076
一、何为对外担保——对外担保范围的认定 .....	076
二、对外担保的法律适用 .....	078
三、对外担保批准与登记的区别 .....	080
四、对外担保与标的涉外担保的区别 .....	081
五、关于适用外国法和国际惯例 .....	083
<b>第七节 机关、社会团体、事业单位和其他组织提供的担保</b> .....	083
一、法人分类与我国民法通则关于法人的规定 .....	083
二、民事诉讼法上的其他组织 .....	085
三、无权利能力社团 .....	086
四、机关、社团法人、事业单位提供的担保 .....	087
五、其他组织、无权利能力社团及其执行机构提供的担保 .....	090
六、民法典总则规定的民事主体及其各自的担保资格 .....	093
<b>第八节 公司担保</b> .....	098
一、2005 年修订前的公司法关于公司担保的规定与最高人民法院 “×福实业公司担保案”的裁判背景 .....	098
二、“×福实业公司担保案”的裁判思路 .....	100
三、现行公司法关于公司担保能力的规定 .....	102

四、现行公司法相关规定中值得注意的问题 .....	104
五、如何看待最高人民法院 2006 年“×彩集团担保案” .....	106
<b>第九节 无效担保的法律责任</b> .....	115
一、主合同有效而担保合同自身无效，担保人的责任 .....	116
二、主合同无效导致担保合同无效，担保人的责任 .....	118
三、主合同与担保合同均无效，担保人的责任 .....	121
四、无效担保人承担责任的前提——对债务人“不能清偿”到期债务 的理解 .....	122
五、担保人承担赔偿责任后的追偿权 .....	125
<b>第十节 主合同解除与担保人的法律责任</b> .....	127
一、主合同法定解除与担保人的法律责任 .....	128
二、担保人在主合同解除后承担担保责任的要件 .....	129
三、合同解除后担保人的责任范围 .....	130
<b>第十一节 越权行为与担保责任</b> .....	131
一、代表人责任——法定代表人、负责人越权与担保责任 .....	132
二、表见代理——一般行为人越权与担保责任 .....	136

## 第二章 保 证

<b>第一节 保证人的资格</b> .....	147
一、保证人的基本资格要求——代为清偿能力 .....	147
二、提供保证的合格主体和禁止主体 .....	148
三、分支机构、职能部门、代表处作保证人的情形 .....	150
<b>第二节 保证合同的形式</b> .....	155
一、主从合同的形式 .....	155
二、主从条款的形式 .....	155
三、以保证人身份在合同上承保的形式 .....	155
四、保证人单方面出具的保证承诺书形式——民法典第 685 条的适用 问题 .....	156

五、口头保证合同	157
六、安慰函	158
<b>第三节 共同保证</b>	161
一、按份共同保证	161
二、连带共同保证	161
三、保证人的追偿权	163
<b>第四节 特殊保证</b>	165
一、对注册资金提供保证	165
二、保证监督专款专用	167
<b>第五节 最高额保证</b>	167
一、最高额保证的特征	168
二、最高额保证的决算期与清偿期	169
三、最高额保证的保证期间	170
<b>第六节 保证责任与抗辩权</b>	172
一、先诉抗辩权与保证责任	173
二、债权债务转移、主合同变更与保证责任	179
三、保证期间与保证责任	183
四、诉讼时效与保证责任	192
五、债权人放弃物的担保与保证责任	200
六、保证人死亡与保证责任	203
<b>第七节 保证关系中的欺诈</b>	204
一、债权人欺诈保证人	205
二、债务人欺诈保证人	206
三、债权人、债务人恶意串通欺骗保证人	206
四、债务人、保证人共同欺诈债权人	207
五、以贷还贷	209
<b>第八节 企业破产与保证责任</b>	211
一、债权人破产	211
二、债务人破产	212

三、保证人破产 .....	216
<b>第九节 企业出售、改制、分立、合并与保证责任 .....</b>	<b>217</b>
一、债务人发生企业出售、改制、分立、合并情况 .....	217
二、保证人发生企业出售、改制、分立、合并情况 .....	218
<b>第十节 保证保险 .....</b>	<b>220</b>
一、最高人民法院关于保证保险的裁判和答复 .....	220
二、最高人民法院对保证保险性质的不同认识 .....	222
三、保证保险的性质——信用保险 .....	223
四、审理保证保险案件值得注意的问题 .....	225

### 第三章 抵 押

<b>第一节 抵押合同 .....</b>	<b>229</b>
一、抵押合同的生效 .....	229
二、抵押合同的无效 .....	234
三、抵押合同不成立与不生效 .....	236
四、关于独立抵押合同 .....	238
<b>第二节 抵押物 .....</b>	<b>239</b>
一、房地产项目抵押与预售房屋抵押（未来财产的抵押） .....	239
二、建筑物与在建工程抵押 .....	240
三、建设用地使用权抵押和集体土地使用权抵押 .....	241
四、林木、林地使用权抵押与草地使用权、农作物抵押 .....	242
五、准物权——海域使用权与探矿权抵押 .....	244
六、车辆、船舶、航空器抵押 .....	245
七、一般动产抵押 .....	245
八、共有财产抵押 .....	246
九、限制流通财产的抵押 .....	248
十、即将取得的财产抵押 .....	248
十一、不得抵押的财产 .....	249

<b>第三节 抵押权的取得</b> .....	258
一、依登记取得抵押权 .....	259
二、依抵押合同取得抵押权 .....	264
三、依法律规定取得抵押权 .....	266
四、依继承、遗赠取得抵押权 .....	267
五、依转让取得抵押权 .....	267
六、抵押权的善意取得 .....	269
<b>第四节 抵押登记的效力</b> .....	284
一、不动产抵押登记的效力 .....	284
二、动产抵押登记的效力 .....	286
三、不动产抵押预告登记的效力 .....	287
<b>第五节 抵押权的效力</b> .....	288
一、抵押权所涉抵押标的物的范围 .....	288
二、抵押权对一般债权人的效力——优先受偿效力 .....	298
三、抵押权对第三人的效力——对抗效力（含追及效力） .....	300
四、抵押权对侵害抵押物行为的效力 .....	309
五、未办理抵押登记的动产抵押权的效力 .....	312
<b>第六节 抵押权的次序</b> .....	314
一、抵押权与留置权 .....	314
二、抵押权与质权 .....	315
三、抵押权与租赁权 .....	316
四、抵押权与抵押权 .....	316
五、抵押权与优先权 .....	318
六、抵押权与非典型担保 .....	319
<b>第七节 无效抵押与部分无效的抵押</b> .....	321
一、抵押权因主债权无效、被撤销而无效 .....	321
二、抵押权因抵押人主体资格原因而无效 .....	323
三、抵押权因抵押财产原因无效 .....	323
四、抵押权因抵押人属于无权处分人而无效 .....	323

五、抵押权因抵押行为未经共有人同意而无效 .....	324
六、抵押物未能现实存在导致抵押权不生效力 .....	325
七、因恶意抵押导致抵押权无效 .....	326
八、流质抵押无效 .....	328
九、抵押期间的约定无效 .....	329
<b>第八节 抵押权的实现</b> .....	<b>329</b>
一、实现抵押权的条件 .....	329
二、实现抵押权的程序 .....	330
三、实现抵押权的方式 .....	336
四、恶意实现抵押权 .....	340
五、抵押权人对债务人其他财产的求偿 .....	340
<b>第九节 抵押权的消灭</b> .....	<b>341</b>
一、抵押权因所担保的债权消灭而消灭 .....	341
二、抵押权因抵押物的灭失而消灭 .....	342
三、抵押权因司法保护期届满而实际消灭 .....	342
四、抵押权因实现而消灭 .....	344
五、抵押权因放弃而消灭 .....	345
六、抵押权因债权人未经抵押人同意转让债务而消灭 .....	346
<b>第十节 非典型抵押</b> .....	<b>346</b>
一、财团抵押 .....	347
二、浮动抵押 .....	348
三、“中国式按揭” .....	351
四、最高额抵押 .....	354

## 第四章 质 押

<b>第一节 质押合同</b> .....	<b>365</b>
一、质押合同的生效 .....	365
二、质押合同不成立、不生效 .....	366

三、质押合同的无效 .....	367
四、对出质人不履行出质义务的违约救济 .....	367
<b>第二节 质物与动产质权的取得 .....</b>	<b>369</b>
一、质物的范围 .....	369
二、依法律行为设定动产质权 .....	371
三、继受取得质权 .....	374
四、质权的善意取得 .....	374
<b>第三节 特殊动产质押 .....</b>	<b>375</b>
一、金钱质押 .....	375
二、账户质押 .....	377
三、营业质押 .....	380
四、最高额质押 .....	380
<b>第四节 动产出质人与质权人的权利义务 .....</b>	<b>382</b>
一、出质人的权利 .....	382
二、出质人的义务 .....	384
三、质权人的权利 .....	385
四、质权人的义务 .....	390
<b>第五节 动产质权的实现与消灭 .....</b>	<b>392</b>
一、动产质权的实现 .....	392
二、动产质权的消灭 .....	394
<b>第六节 权利质权 .....</b>	<b>398</b>
一、可出质权利的性质与种类 .....	398
二、权利质权的取得 .....	400
三、出质人的权利义务 .....	401
四、质权人的权利义务 .....	404
五、存款单质权 .....	405
六、票据质权 .....	410
七、债券质权 .....	414
八、应收账款质权 .....	415

九、仓单、提单质权 .....	420
十、股权质押 .....	421
十一、知识产权质权 .....	422
<b>第七节 权利质权的实现与消灭 .....</b>	<b>422</b>
一、权利质权的实现 .....	422
二、权利质权的消灭 .....	428

## 第五章 留 置

<b>第一节 我国法律规定的留置权 .....</b>	<b>433</b>
一、留置权的沿革 .....	433
二、我国法律规定的留置权 .....	434
<b>第二节 留置权的成立要件 .....</b>	<b>436</b>
一、民事留置权的成立要件 .....	436
二、商事留置权的成立要件 .....	439
三、特别留置权的成立要件 .....	440
四、留置权成立的消极要件 .....	441
<b>第三节 留置权的效力 .....</b>	<b>442</b>
一、留置权的优先效力与对抗效力 .....	443
二、留置权所担保的债权范围和对留置物的效力范围 .....	443
三、留置权的不可分效力 .....	444
<b>第四节 留置权的行使 .....</b>	<b>444</b>
一、留置权的行使条件 .....	445
二、留置权的行使程序与方式 .....	446
<b>第五节 留置权的消灭 .....</b>	<b>448</b>
一、留置权因留置权人丧失对留置物的占有而消灭 .....	448
二、留置权人接受债务人另行提供的担保 .....	449

## 第六章 定 金

第一节 定金的类型和各类型的运用 .....	453
一、立约定金 .....	453
二、成约定金 .....	455
三、解约定金 .....	456
第二节 定金的识别 .....	458
一、定金的性质与特点 .....	458
二、识别定金的方法 .....	459
三、其他不属于定金的金钱担保 .....	460
第三节 定金的实践性 .....	461
一、定金合同的实践性 .....	461
二、定金合同订立后少交付或多交付定金的处理 .....	462
三、定金的限额和超过限额的处理 .....	462
四、定金合同订立后不交付定金的处理 .....	463
第四节 定金处罚 .....	463
一、立约定金、成约定金、解约定金的处罚条件 .....	464
二、违约定金的处罚条件 .....	464
三、免于处罚定金的情形 .....	467
第五节 定金与损害赔偿、违约金的并罚 .....	469
一、定金与损害赔偿的并罚 .....	470
二、定金与违约金的并罚 .....	470

## 第七章 担保纠纷案件诉讼程序与管辖

第一节 担保纠纷案件的诉讼程序 .....	475
一、一般保证纠纷案件 .....	475
二、连带保证纠纷案件 .....	477
三、分支机构作保证人的担保纠纷案件 .....	478

四、债务人起诉债权人的纠纷案件 .....	480
五、物的担保纠纷案件 .....	481
六、保证与物的担保并存的担保诉讼案件 .....	483
<b>第二节 担保纠纷案件的管辖 .....</b>	<b>483</b>
一、债权人单独起诉债务人或担保人案件的管辖 .....	484
二、债权人一并起诉债务人和担保人案件的管辖 .....	484
三、债务人与担保人必须作为共同被告案件的管辖 .....	484
四、主从合同协议管辖选择法院不一致时管辖的确定 .....	485