

司考:物权法与担保法中担保物权知识点的区别 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/218/2021\\_2022\\_\\_E5\\_8F\\_B8\\_E8\\_80\\_83\\_\\_E7\\_89\\_A9\\_c36\\_218360.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/218/2021_2022__E5_8F_B8_E8_80_83__E7_89_A9_c36_218360.htm) 担保法向来是司法考试的重点和难点，《物权法》通过后，担保法的地位无疑会更加重要，复杂程度也有所增加。在复习备考07年司法考试时，妥善处理《物权法》与《担保法》的关系无疑是一门必修的功课。根据司法考试历来注重新考点的规律，07年担保法的考察重点应该放在《物权法》规定与《担保法》规定的不同之处。所以，本文着力比较二者的不同，以便读者在复习过程中能够对照掌握。《物权法》通过后，许多人都在问：《担保法》是不是被废除了？结果当然是没有，《物权法》第178条明确规定：“担保法与本法的规定不一致的，适用本法。”，如此明明白白的承认《担保法》继续有效。《物权法》的内容虽然庞杂，吸收了《民法通则》、《担保法》、《土地管理法》、《城市房地产管理法》、《农村土地承包法》等许多法律的内容，但是都没有完全吸收，《物权法》并不能替代它所不完全吸收的任何一部法律，所以其他法律安然无恙，可以和《物权法》同时有效，只是在涉及对同一事项的不同规定时，以《物权法》的规定为准。这样以来，法律的适用不是更简单，而是更复杂了，遇到一个问题时，既要查找特殊法律的规定，也要查找《物权法》的规定。鉴于《担保法》及其解释已经足够复杂，再加上《物权法》，解决问题时的找法工作无疑会很繁重。这样，就需要对《物权法》担保物权编与《担保法》及其解释的关系作一番梳理。《物权法》不能取代《担保法》的根本原因在于《担保法

》并不仅仅是担保物权法，还有担保债权法，如保证、定金，而且保证和定金在《担保法》中占有很大的分量，如果废除了《担保法》，这些重要的法律规范就无处安身了。所以，《物权法》通过后，《担保法》中债权担保的部分是不会受到丝毫影响的。需要讨论的只是《物权法》担保物权编与《担保法》担保物权部分的关系。就《物权法》和《担保法》相关的部分来说，二者的关系可以分为三种：吸收、补充、修改。

**吸收。**对比《物权法》和《担保法》的条文，可以发现大部分法条大同小异，许多法条还是原封照搬，有时把原来的一个法条拆成两个法条，有时又把原来的几个法条合成一个法条，当然具体条文的先后顺序也有调整，并非一一对应。值得注意的是，在《担保法》里面，条文较多的“抵押权”部分被分成五节，眉目清楚，而在《物权法》中，“抵押权”部分只有两节，“一般抵押权”部分的内容就显得杂乱，不过整体的结构倒是更平衡了。

**补充。**就制度创新而言，有些法条的内容是《物权法》独有的。最突出的莫过于《物权法》引入了动产浮动抵押制度，第181条、第189条、第196条对动产浮动抵押的概念、设立以及抵押财产的确定等方面做出规定。另外一个创新之处在于肯定了最高额质押制度，第122条规定，最高额质押可以参照最高额抵押的规定。此外，值得注意的是，最高额抵押部分增加了很多新的内容，第194条就抵押权顺位问题作了专门规定。

**修改。**《物权法》对《担保法》的修改幅度是相当大的，只是散落在各处，需要把它们整理出来。为了便于对照观察，下面按照不同主题把相关的法条列出来。

1.担保物权的定义 物权法：第一百七十条 担保物权人在债务人不履行到期债务或者发生当事人

约定的实现担保物权的情形，依法享有就担保财产优先受偿的权利，但法律另有规定的除外。担保法：第三十三条 本法所称抵押，是指债务人或者第三人不转移对本法第三十四条所列财产的占有，将该财产作为债权的担保。债务人不履行债务时，债权人有权依照本法规定以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。【说明】两法中有多个定义性法条，这里举出两个作为例示。从中可以看出，物权法增加了当事人可以约定行使担保物权的情形内容，扩展了行使担保物权的条件，便于债权人行使权利。如此，在制作担保物权合同时，可以将交叉违约情况列为实现担保物权的情形。

2. 区分债权合同和物权变动 物权法：第十五条 当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。第十四条 不动产物权的设立、变更、转让和消灭，依照法律规定应当登记的，自记载于不动产登记簿时发生效力。第一百八十七条 以本法第一百八十条第一款第一项至第三项规定的财产或者第五项规定的正在建造的建筑物抵押的，应当办理抵押登记。抵押权自登记时设立。第二百一十二条 质权自出质人交付质押财产时设立。第二百二十七条 以注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权出质的，当事人应当订立书面合同。质权自有关主管部门办理出质登记时设立。担保法：第四十一条 当事人以本法第四十二条规定的财产抵押的，应当办理抵押物登记，抵押合同自登记之日起生效。第六十四条 出质人和质权人应当以书面形式订立质押合同。质押合同自质物移交于质权人占有时生效。第七十九条 以依法可以转让的

商标专用权，专利权、著作权中的财产权出质的，出质人与质权人应当订立书面合同，并向其管理部门办理出质登记。质押合同自登记之日起生效。【说明】过去几十年中，我国立法和司法实践中对债权合同和物权变动不加区分的情形比比皆是，本来办理登记是房屋抵押权的设立要件，是抵押合同中债务人或者第三人的法律义务，却被设计成抵押合同的生效要件，如果当事人违反了义务，合同反而无效，无疑是对违约方的纵容，完全置债权人的利益于不顾，从而法律也得不到人们的信任和尊重。近年来，人们已经痛感这种不区分债权合同和物权变动的做法的弊端，并且力图改变这种做法。1999年的《合同法》及其随后的司法解释在多个地方强调合同效力与物权变动的不同，2007年的《物权法》再次发力，一举废除了1995年《担保法》中错误的规定，从此担保合同的效力不再依赖于担保物权是否成立。至此，我国债权行为的独立性得到了全面实现。

### 3. 物保与人保的关系

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

**担保法：**第二十八条 同一债权既有保证又有物的担保的，保证人对物的担保以外的债权承担保证责任。债权人放弃物的担保的，保证人在债权人放弃权利的范围内免除保证责任。

**担保法解释：**第三十八条第一款 同一债权既有保证又有第三人提

供物的担保的，债权人可以请求保证人或者物的担保人承担担保责任。当事人对保证担保的范围或者物的担保的范围没有约定或者约定不明的，承担了担保责任的担保人，可以向债务人追偿，也可以要求其他担保人清偿其应当分担的份额。

【说明】《担保法》引入了并无说服力的“物保优先于人保”的观念，给实践当中造成很多麻烦，既不利于公平对待物权担保人和保证人，也限制了债权人自身的选择自由，在某些情况下反而不利于保护债权人的利益。担保法解释试图弥补这一错误，然而这一规定并未能在实践中得到法院良好的执行。实则，“物保优先于人保”这一说法是担保实务中的经验判断，并不能也不应该成为法律上的一个原则。当债务人提供物保的时候，物保优先于人保不是因为“物保优先于人保”这样的抽象观念或者“法律原则”，而是因为法律不鼓励浪费，在存在债务人物保的情况下，债权人没有必要绕道第三人去实现债权，然后再由担保人向债务人追偿。而在同时存在第三人物保和保证的情况下，物保人和保证人处于平等的地位，债权人可以选择行使物保还是保证。《物权法》将当事人的约定置于最优先的地位，尊重当事人选择的权利，符合民法意思自治的理念。

#### 4. 抵押财产的扩展 物权法：

第一百八十条 债务人或者第三人有权处分的下列财产可以抵押：（一）建筑物和其他土地附着物；（二）建设用地使用权；（三）以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权；（四）生产设备、原材料、半成品、产品；（五）正在建造的建筑物、船舶、航空器；（六）交通运输工具；（七）法律、行政法规未禁止抵押的其他财产。抵押人可以将前款所列财产一并抵押。

#### 担保法：

第三十四条 下列财产可以抵押

：(一)抵押人所有的房屋和其他地上定着物；(二)抵押人所有的机器、交通运输工具和其他财产；(三)抵押人依法有权处分的国有的土地使用权、房屋和其他地上定着物；(四)抵押人依法有权处分的国有的机器、交通运输工具和其他财产；(五)抵押人依法承包并经发包方同意抵押的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等荒地的土地使用权；(六)依法可以抵押的其他财产。抵押人可以将前款所列财产一并抵押。【说明】两个条文初看起来大同小异，区别只在细节，主要是立法者的着眼点从“所有”转向了“处分”。细究起来，两个法条的价值取向则存在着本质差异。最显著的变化是，《物权法》所允许抵押的财产包括所有法律、行政法规未禁止抵押的财产，而《担保法》所允许抵押的财产是依法可以抵押的财产。比较起来，《物权法》的规定无疑更具科学性、合理性，为民间融资的自由创造提供了更广阔的空间。

5. 房地产统一抵押

物权法：第一百八十二条 以建筑物抵押的，该建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押。以建设用地使用权抵押的，该土地上的建筑物一并抵押。抵押人未依照前款规定一并抵押的，未抵押的财产视为一并抵押。

担保法：第三十六条 以依法取得的国有土地上的房屋抵押的，该房屋占用范围内的国有土地使用权同时抵押。以出让方式取得的国有土地使用权抵押的，应当将抵押时该国有土地上的房屋同时抵押。乡(镇)、村企业的土地使用权不得单独抵押。以乡(镇)、村企业的厂房等建筑物抵押的，其占用范围内的土地使用权同时抵押。【说明】在集体建设土地使用权上，二者规定一致。在一般的房地产抵押上，物权法的规定比较全面。物权法的改进体现在两点：(1)规定了房地产统一登记制度，见

第十条：不动产登记，由不动产所在地的登记机构办理。国家对不动产实行统一登记制度。(2)第182条第2款的规定：抵押人未依照前款规定一并抵押的，未抵押的财产视为一并抵押。两个法条相结合，可以杜绝之前房产、土地分开登记造成的混乱。在担保法下的现实中，房产、土地分别抵押给不同的债权人，给债权的行使造成了很大的麻烦。

6.航空器、船舶、车辆抵押的效力 物权法：第一百八十八条 以本法第一百八十条第一款第四项、第六项规定的财产或者第五项规定的正在建造的船舶、航空器抵押的，抵押权自抵押合同生效时设立；未经登记，不得对抗善意第三人。担保法：第四十一条 当事人以本法第四十二条规定的财产抵押的，应当办理抵押物登记，抵押合同自登记之日起生效。第四十二条 办理抵押物登记的部门如下：(一)以无地上定着物的土地使用权抵押的，为核发土地使用权证书的土地管理部门；(二)以城市房地产或者乡(镇)、村企业的厂房等建筑物抵押的，为县级以上地方人民政府规定的部门；(三)以林木抵押的，为县级以上林木主管部门；(四)以航空器、船舶、车辆抵押的，为运输工具的登记部门；(五)以企业的设备和其他动产抵押的，为财产所在地的工商行政管理部门。【说明】比较两个法条，很容易看出，关于车辆、船舶、航空器这些特殊动产的抵押，已经从登记生效主义改为登记对抗主义。其实，就船舶和航空器而言，《担保法》中的规定早就被改变。《海商法》第13条规定：“设定船舶抵押权，由抵押权人和抵押人共同向船舶登记机关办理抵押权登记；未经登记的，不得对抗第三人。”同法第14条肯定了在建船舶可以设定抵押。《民用航空法》第16条规定：“设定民用航空器抵押权，由

抵押权人和抵押人共同向国务院民用航空主管部门办理抵押权登记；未经登记的，不得对抗第三人。”就《物权法》的规定而言，具有重要意义的是对车辆的规定。

7.抵押物价值减少的救济 物权法：第一百九十三条 抵押人的行为足以使抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求抵押人停止其行为。抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求恢复抵押财产的价值，或者提供与减少的价值相应的担保。抵押人不恢复抵押财产的价值也不提供担保的，抵押权人有权要求债务人提前清偿债务。担保法：第五十一条 抵押人的行为足以使抵押物价值减少的，抵押权人有权要求抵押人停止其行为。抵押物价值减少时，抵押权人有权要求抵押人恢复抵押物的价值，或者提供与减少的价值相当的担保。抵押人对抵押物价值减少无过错的，抵押权人只能在抵押人因损害而得到的赔偿范围内要求提供担保。抵押物价值未减少的部分，仍作为债权的担保。【说明】两个法条的差别不是很大，《物权法》的规定更加全面些，如果抵押人不恢复抵押财产的价值也不提供担保的，抵押权人可以要求债务人提前清偿债务，这样可以更好地救济债权人。

8.抵押权实现的方式 物权法：第一百九十五条 债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人可以与抵押人协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿。协议损害其他债权人利益的，其他债权人可以在知道或者应当知道撤销事由之日起一年内请求人民法院撤销该协议。抵押权人与抵押人未就抵押权实现方式达成协议的，抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。抵押财产折价或者变卖的，应当参照市场价格。担保法：第五十三条 债务履行期届满

抵押权人未受清偿的，可以与抵押人协议以抵押物折价或者以拍卖、变卖该抵押物所得的价款受偿；协议不成的，抵押权人可以向人民法院提起诉讼。抵押物折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。【说明】与《担保法》的规定相比，《物权法》特别增加了抵押权实现侵害其他债权人利益的救济措施，更具操作的可行性。

9. 权利质押登记 物权法：第二百二十四条 以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，当事人应当订立书面合同。质权自权利凭证交付质权人时设立；没有权利凭证的，质权自有关部门办理出质登记时设立。第二百二十六条 以基金份额、股权出质的，当事人应当订立书面合同。以基金份额、证券登记结算机构登记的股权出质的，质权自证券登记结算机构办理出质登记时设立；以其他股权出质的，质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。第二百二十七条 以注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权出质的，当事人应当订立书面合同。质权自有关主管部门办理出质登记时设立。第二百二十八条 以应收账款出质的，当事人应当订立书面合同。质权自信贷征信机构办理出质登记时设立。担保法：第七十八条 以依法可以转让的股票出质的，出质人与质权人应当订立书面合同，并向证券登记机构办理出质登记。质押合同自登记之日起生效。……以有限责任公司的股份出质的，适用公司法股份转让的有关规定。质押合同自股份出质记载于股东名册之日起生效。第七十九条 以依法可以转让的商标专用权，专利权、著作权中的财产权出质的，出质人与质权人应当订立书面合同，并向其管理部门办理出质登记。质押合同自登记之日

起生效。【说明】《物权法》关于权利质押登记的规定远较担保法全面。其中，明确了普通公司股权质押以工商行政管理部门登记为准，取消了《担保法》记载于股东名册的规定，在客观上有公示的效果。值得一提的是，《物权法》对应收账款出质的登记做了规定，对金融机构开展保理业务大为方便。

10. 关于留置权的范围 物权法：第二百三十条 债务人不履行到期债务，债权人可以留置已经合法占有的债务人的动产，并有权就该动产优先受偿。第二百三十一条 债权人留置的动产，应当与债权属于同一法律关系，但企业之间留置的除外。担保法：第八十四条 因保管合同、运输合同、加工承揽合同发生的债权，债务人不履行债务的，债权人有权留置。法律规定可以留置的其他合同，适用前款规定。当事人可以在合同中约定不得留置的物。【说明】《物权法》扩展了留置权的范围，将其扩展至一切债权人合法占有债务人动产的场合(企业之间)，仅在涉及自然人时限定动产与债权应属于同一法律关系。而在《担保法》下，仅保管、运输、加工承揽三种情况，这与纷繁复杂的经济活动显然并不相称，不利于对债权人的保护。

11. 行使担保物权的时限 物权法：第二百零二条 抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权；未行使的，人民法院不予保护。担保法解释 第十二条第二款 担保物权所担保的债权的诉讼时效结束后，担保权人在诉讼时效结束后的二年内行使担保物权的，人民法院应当予以支持。【说明】这是《物权法》的一个极端重要的变化。《物权法》所规定的行使担保物权的期限，为主债权的诉讼时效期间，亦即债权人应该在对主债权提起诉讼时同时要求实现抵押权。该等规定短于《担保法解释》所规定的主债权

诉讼时效结束后两年内。这样，主债权诉讼时效结束的结果不但可以对抗债权，而且可以对抗用来担保主债权的抵押权。

12. 超出抵押物价值进行抵押 物权法：第十三条 登记机构不得有下列行为：(一)要求对不动产进行评估；(二)以年检等名义进行重复登记；(三)超出登记职责范围的其他行为。

担保法：第三十五条 抵押人所担保的债权不得超出其抵押物的价值。财产抵押后，该财产的价值大于所担保债权的余额部分，可以再次抵押，但不得超出其余额部分。【说明】《物权法》非常聪明地取消了《担保法》中关于不得超出抵押物价值进行抵押的不合理规定，任由当事人自己决定，表明立法者已经从管制理念上前进了一大步。在登记制度上，《物权法》比现行制度大为简化，并限制登记机构利用职权之便设置令当事人十分厌恶却又无可奈何的障碍，比如不动产评估。在《担保法》下，登记机构常引用第三十五条的规定要求当事人提供评估报告，并限制登记的债权不得超过不动产的评估价值。而为令债权得到充分的保障，债权人常常不得不设法将抵押物评估价值抬高。物权法在这点上，可谓做了件小功德。

13. 抵押物的转让 物权法：第一百九十一条 抵押期间，抵押人经抵押权人同意转让抵押财产的，应当将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。抵押期间，抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产，但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外。

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

让抵押物的价款明显低于其价值的，抵押权人可以要求抵押人提供相应的担保；抵押人不提供的，不得转让抵押物。抵押人转让抵押物所得的价款，应当向抵押权人提前清偿所担保的债权或者向与抵押权人约定的第三人提存。超过债权数额的部分，归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。担保法解释：第六十七条 抵押权存续期间，抵押人转让抵押物未通知抵押权人或者未告知受让人的，如果抵押物已经登记的，抵押权人仍可以行使抵押权；取得抵押物所有权的受让人，可以代替债务人清偿其全部债务，使抵押权消灭。受让人清偿债务后可以向抵押人追偿。如果抵押物未经登记的，抵押权不得对抗受让人，因此给抵押权人造成损失的，由抵押人承担赔偿责任。【说明】《担保法》只要求抵押人履行通知义务，即可转让抵押物，无需抵押权人的同意。因为未能通知抵押权人，就会造成转让无效的结果，《担保法解释》竭力软化《担保法》的规定，不但创造性地规定了第三人涤除权制度，而且区分办理登记的抵押物和未办理登记的抵押物，想方设法保护买受人的利益。然而，《物权法》走的比《担保法》更极端，把《民用航空法》第17条那种不合理的规定进一步推广，不恰当地限制了抵押人的利益。

#### 14. 担保合同的从属性 物权法：第一百七十二条 设立担保物权，应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效，担保合同无效，但法律另有规定的除外。担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。担保法：第五条 担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效。担保合同另有约定的，按照约定。

担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。【说明】《物权法》取消了当事人改变担保合同从属性的机会。依照众所周知的民法原理，担保物权具有从属性，如果主合同无效，担保合同也无效。这是就通常情况而言，应当允许当事人作另外约定。在合同无效的情况下，当事人往往会互负返还财产的义务，这样的法定义务同样需要担保，如果担保合同也跟着主合同一块无效，当事人的利益自然得不到保护。因为《担保法》担保物权部分的大多数内容都被《物权法》担保物权编吸收了，还有一些地方被修改了，个别地方被废除了，整体说来，《担保法》担保物权部分已经没有适用的价值，大家看《物权法》担保物权编就可以了。至于《担保法解释》的相关部分，有些内容同样被《物权法》吸收了，有些内容随着《担保法》的被改变而失去价值，个别地方又直接被《物权法》改变了。考虑到《物权法》的相关内容还是比较原则、简单，《担保法解释》的一些规定在不违反《物权法》制度框架的前提下可以继续适用。这样，可以把《担保法解释》看成是对《物权法》的某种补充。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)