

司法考试最后冲刺必考知识点放送担保法篇 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/482/2021\\_2022\\_\\_E5\\_8F\\_B8\\_E6\\_B3\\_95\\_E8\\_80\\_83\\_E8\\_c36\\_482823.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/482/2021_2022__E5_8F_B8_E6_B3_95_E8_80_83_E8_c36_482823.htm)

总则 (一)债的担保概述

- 1、概念：是促使债务人履行其债务，保障债权人的债权得以实现的法律措施。因此，主债权移转，担保作为从权利也一并移转。
- 2、种类：包括人的担保(保证)、物的担保(即担保物权，抵押、质押和留置)和金钱担保(定金)。
- 3、适用于各类民事债的关系。(司法解释第1条扩张了担保法第2条)
- 4、法律性质：从属性。担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效，但担保合同另有约定的，按照约定。补充性，因而增强了保障债权人的债权得以实现的可能性。保障债权实现性。
- 5、反担保。包括债务人设定的抵押、质押以及第三人设定的抵押、质押和保证。

(二)担保合同除法定物权(即留置权)外，其他担保应当通过担保合同来设定。担保合同是单务合同、无偿合同、要式合同。

- 1、下列担保合同无效：国家机关和以公益事业为目的的社会团体，违反法律规定提供担保的；董事、经理违反《公司法》第60条规定，以公司资产为本公司股东或者其他个人的债务提供担保的；以法律、法规禁止流通的财产和不可转让的财产设立担保的；未经国家有关机关批准或登记对外担保的，或为境外机构向境内债权人提供担保的；为外商投资企业注册资本、外商投资企业中的外方投资部分的对外债务提供担保的；无权经营外汇担保业务的金融机构、无外汇收入的非金融性质的企业法人提供外汇担保的；主合同变更或者债权人将对外担保合同项下的权利转让，未经担保人同意和国家有关主管

部门批准的，但法律、法规另有规定的除外。2、担保合同无效后的赔偿责任：主合同有效，而担保合同无效，债权人无过错的，担保人与债务人对主合同债权人的经济损失承担连带赔偿责任。债权人、担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分不能超过债务人不能清偿部分的1/2。主合同无效而导致担保合同无效，担保人不承担民事责任，但担保人有过错的，担保人承担民事责任部分不应超过债务人不能清偿部分的1/3。担保人因无效担保合同向债权人承担赔偿责任后，可以向债务人追偿，或者在承担赔偿责任的范围内，要求有过错的反担保人承担赔偿责任。（“不能清偿”指对债务人的存款、现金、有价证券、成品、半成品、原材料、交通工具等可以执行的动产和其他方便执行的财产执行完毕后，债务仍未能得到清偿的状态。）担保人因无效担保合同向债权人承担赔偿责任后，可以向债务人追偿，或者在承担赔偿责任的范围内，要求有过错的反担保人承担赔偿责任。担保人可以根据承担赔偿责任的事实对债务人或者反担保人另行提起诉讼。3、主合同解除后，担保人对债务人应当承担的民事责任仍应承担担保责任。但是，担保合同另有约定的除外。（三）物的担保与保证的关系 同一债权既有保证又有债务人提供物的担保的，保证人对物的担保以外的债权承担保证责任。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，有约定的，依其约定。没有约定的或约定不明的，对全部债权承担担保责任。担保人承担全部担保责任后，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。同一债权，既有保证

，又有物的担保的，物的担保合同被确认无效或被撤销，或担保物因不可抗力灭失，而没有代位物，保证人仍应当按照合同约定或者法律规定承担担保责任。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。债权人在主合同履行期满后，怠于行使担保物权，致使担保物的价值减少或者毁损灭失的，视为债权人放弃部分或者全部物的担保，保证人在债权人放弃利益范围内减轻或者免除保证责任。

**保证(一)概述** 指第三人和债权人约定，当债务人不履行其债务时，该第三人按照约定履行债务或者承担责任的担保方式。保证合同中约定保证人代为履行非金钱债务的，如果保证人不能实际代为履行，对债权人因此造成的损失，保证人应当承担赔偿责任。

**法律性质：**从属性，包括成立上的附从性、范围和强度上的附从性、移转上的附从性以及变更、消灭上的附从性；独立性，保证债务的范围和强度可以不同于主合同债务，可以有自己独立的变更或消灭原因；补充性。

**(二)保证合同**

- 1、保证合同应当为书面形式。可以是一份独立的合同书，也可以是主合同中的保证条款。
- 2、保证合同成立的特殊形式：第三人单方以书面形式向债权人出具担保书，债权人接受且未提出异议的，保证合同成立；主合同中虽然没有保证条款，但是，保证人在主合同上以保证人的身份签字或者盖章的，保证合同成立。
- 3、保证合同的当事人为保证人和债权人。
- 4、保证合同通常仅就单个主合同分别订立，也可以订立最高额保证合同。
- 5、两种实践中的保证责任 第三人向债权人保证监督支付专款专用的，在履行了监督支付专款专用的义务后，不再承担责任。未尽监督义务造成资金流失的，应当对流失的资金承担补充赔偿责任。保

证人对债务人的注册资金提供保证的，债务人的实际投资与注册资金不符，或者抽逃转移注册资金的，保证人在注册资金不足或者抽逃转移注册资金的范围内承担连带保证责任。（

三)保证人 1、对保证人的要求 具有相应行为能力的自然人可以为保证人；企业法人可以为保证人，但公司企业法人的董事、经理为本公司的股东或者其他个人债务，以公司名义进行保证的，保证合同无效；学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体不得作保证人，但从事经营活动的事业单位、社会团体除外；国家机关原则上不得为保证人，但经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外；其他组织可以作为保证人(其他组织主要包括：依法登记领取营业执照的独资企业、合伙企业；依法登记领取营业执照的联营企业；依法登记领取营业执照的中外合作经营企业；经民政部门核准登记的社会团体；经核准登记领取营业执照的乡镇、街道、村办企业)；企业法人的分支机构未经法人书面授权提供保证的，保证合同无效，因此给债权人造成损失的，企业法人的分支机构应承担过错责任，企业法人的分支机构经法人书面授权提供保证的，保证合同有效，如果法人的书面授权范围不明，法人的分支机构应对保证合同约定的全部债务承担保证责任；企业法人的职能部门提供保证的，保证合同无效。 2、保证人的代偿能力：保证人应当具有代为清偿债务能力，但这只是法律的倡导性规定，不具有完全代偿能力不影响保证合同的效力。保证人不能以自己没有代偿能力要求免除保证责任。 3、保证人享有债务人的抗辩权。债务人放弃对债务的抗辩权的，保证人仍有权抗辩。保证成立后主债务变为自然债务的，保证人得主张

主债务人的时效完成的抗辩，即使债务人抛弃该抗辩权；但对已经时效完成的自然债务进行保证的，不得主张此抗辩。（四）保证的方式

- 1、一般保证：债务人不能履行债务时，才由保证人承担保证责任。先诉抗辩权：一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，对债权人可以拒绝承担保证责任。但债务人住所变更，致使债权人要求其履行债务发生重大困难的（包括债务人下落不明、移居境外，且无财产可供执行）；人民法院受理债务人破产案件，中止执行程序的；保证人以书面形式放弃前款规定的权利的，不得行使先诉抗辩权。免责：一般保证的保证人在主债权履行期间届满后，向债权人提供了债务人可供执行财产的真实情况的，债权人放弃或者怠于行使权利致使该财产不能被执行，保证人可以请求人民法院在其提供可供执行财产的实际价值范围内免除保证责任。
- 2、连带责任保证。保证人与债务人对债务承担连带责任。未约定为一般保证或约定不明的，视为连带保证。

（五）共同保证（两个以上保证人对同一债务同时或者分别提供保证）

- 1、按份共同保证 共同保证人应当按照保证合同约定的保证份额（即保证人与债权人约定的份额，连带共同保证的保证人相互之间约定的份额不能对抗债权人），承担保证责任。按份共同保证的保证人按照保证合同约定的保证份额承担保证责任后，在其履行保证责任的范围内对债务人行使追偿权。
- 2、连带共同保证 保证人与债权人没有约定保证份额的，共同保证人承担连带责任。连带共同保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的，债权人可以要求债务人履行债务，也可以要求任何一个保证人承担全部保证责任。保证人

承担保证责任后，向债务人不能追偿的部分，由各连带保证人按其内部约定的比例分担。没有约定的，平均分担。

(六) 保证责任

- 1、保证担保的范围，亦即保证债务的范围，或称保证责任的范围。当事人未约定的，保证担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。
- 2、保证责任的承担 债权人对保证人享有请求承担保证责任(履行保证债务)的权利。在保证期间，一般保证的债权人未对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，保证人免除保证责任。连带责任保证的债权人未要求保证人承担保证责任的，保证人免除保证责任。
- 3、保证期间 保证期间为除斥期间。有约定时依约定；无约定时应自主债务履行期届满之日起六个月，主合同对主债务履行期限没有约定或者约定不明的，保证期间自债权人要求债务人履行义务的宽限期届满之日起计算。保证合同约定的保证期间早于或者等于主债务履行期限的，视为没有约定，保证期间为主债务履行期届满之日起六个月。保证合同约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似内容的，视为约定不明，保证期间为主债务履行期届满之日起二年。
- 4、保证合同的诉讼时效 起算：一般保证的债权人在保证期间届满前对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，从判决或者仲裁裁决生效之日起，开始计算保证合同的诉讼时效。连带责任保证的债权人在保证期间届满前要求保证人承担保证责任的，从债权人要求保证人承担保证责任之日起，开始计算保证合同的诉讼时效。

时效利益的放弃：保证人对已经超过诉讼时效期间的债务承担保证责任或者提供保证的，又以超过诉讼时效为由抗辩的，人民法院不予支持。

时效的中止与中断：一般保证中，主债务诉讼时效中断，保

证债务诉讼时效中断；连带责任保证中，主债务诉讼时效中断，保证债务诉讼时效不中断。一般保证和连带责任保证中，主债务诉讼时效中止的，保证债务的诉讼时效同时中止。

5、保证人的权利：主张债务人抗辩或其他类似权利的权利；一般保证人享有先诉抗辩权。基于一般债务人的地位应有的权利，如保证不成立、无效或被撤销、已经消灭等。

6、承担保证责任后保证人的权利 求偿权。保证人承担保证责任后，可以向主债务人请求偿还。但其实际清偿额大于主债权范围的，保证人只能在主债权范围内对债务人行使追偿权。其时效期间，自保证人向债权人承担责任之日起开始计算。人民法院受理债务人破产案件后，债权人未申报债权的，保证人可以参加破产财产分配，预先行使追偿权，各连带共同保证的保证人应当作为一个主体申报债权，预先行使追偿权。债权人申报债权后在破产程序中未受清偿的部分，保证人仍应当承担保证责任。债权人要求保证人承担保证责任的，应当在破产程序终结后六个月内提出。债权人知道或者应当知道债务人破产，既未申报债权也未通知保证人，致使保证人不能预先行使追偿权的，保证人在该债权在破产程序中可能受偿的范围内免除保证责任。

7、保证责任的消灭 主合同当事人双方恶意串通，骗取保证人提供保证的；主合同债权人采取欺诈、胁迫等手段，使保证人在违背真实意思的情况下提供保证的；主合同债务人采取欺诈、胁迫等手段，使保证人在违背真实意思的情况下提供保证的，债权人知道或者应当知道欺诈、胁迫事实的；保证合同约定，债权人转让其债权时，保证责任免除，应依其约定；保证期间，债权人许可债务人转让债务，但未经保证人的书面同意的，保证人对

转让的债务不再承担保证责任，如果是部分转让，则对未转让的部分仍然承担责任；债权人与债务人协议变更主合同，但未经保证人同意，如果变更加重了债务人的债务的，保证人对加重部分不承担保证责任，如果减轻了债务人的债务的，保证人仍应当对变更后的合同承担保证责任；债权人与债务人对主合同的履行期限作了变动，未经保证人书面同意的，保证期间为原合同约定或者法律规定的期间；债权人与债务人协议变动主合同内容，但并未实际履行的，保证人仍应当承担保证责任。主合同当事人双方协议以新贷偿还旧贷，除保证人知道或应当知道的外，保证人不承担保证责任。但新贷与旧贷系同一保证人保证的，保证人仍承担保证责任。一般保证保证期间届满，债权人未对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，保证人免除保证责任；连带责任保证保证期间届满，债权人未要求保证人承担保证责任的，保证人免除保证责任。债务人与保证人共同欺骗债权人，订立主合同和保证合同的，债权人可以请求人民法院予以撤销。因此给债权人造成损失的，由保证人与债务人承担连带赔偿责任。(七)最高额保证合同 1、定义：在最高债权额限度内就一定期间连续发生的借款合同或者某项商品交易合同订立的一个保证合同。 2、责任范围：最高额保证合同的不特定债权确定后，保证人应当对在最高债权额限度内就一定期间连续发生的债权余额承担保证责任。 3、决算期(担保法第27条称为保证期间，但该期间实际上为决算期)有约定从约定。未约定决算期的，保证人可以随时书面通知债权人终止保证合同，但保证人对于通知到债权人前所发生的债权，承担保证责任。 4、保证期间 最高额保证合同对保证期间没有约定或者约定不明



的，如最高额保证合同约定有保证人清偿债务期限的，保证期间为清偿期限届满之日起六个月。没有约定债务清偿期限的，保证期间自最高额保证终止之日或自债权人收到保证人终止保证合同的书面通知到达之日起六个月。

**定金(一)种类**：我国担保法仅规定违约定金。担保法司法解释规定了立约定金(115条)、成约定金(116条)、解约定金(117条)。

- 1、立约定金：以交付定金作为订立主合同的担保。立约定金的生效是独立的，与主合同是否成立、生效无关。
- 2、成约定金：以交付定金作为主合同成立或者生效要件。如果给付定金的一方未支付定金，而主合同已经履行或者已经履行主要部分的，不影响主合同的成立或者生效。
- 3、解约定金：以交付定金为当事人不解除合同的担保。
- 4、违约定金：以交付定金为当事人不违反合同的担保。

**(二)定金的识别** 合同中必须明确写明“定金”字样；或者没有写明“定金”字样，但约定了定金罚则的。当事人交付留置金、担保金、保证金、订约金、押金或者订金等，但没有约定定金性质的，不能认为构成定金。

**定金与押金的区别**：定金的数额不得超过法定的比例；押金的数额无此限制；押金不适用定金罚则。

**(三)定金的成立** 应当有书面定金合同。定金合同从实际交付定金之日起生效。当事人实际交付的定金数额多于或少于约定数额，视为变更定金合同。收受方提出异议并拒绝接受定金的，定金合同不生效。

**定金的标的**，一般为金钱，少数情况下是其他代替物。定金的数额不得超过主合同标的额的20%。超过部分不按定金处理。

**(四)定金的处罚条件**

- 1、立约定金：给付定金的一方拒绝订立主合同的，无权要求返还定金；收受定金的一方拒绝订立合同的，应当双倍返还定金。
- 2、成约

定金：交付定金为主合同成立或者生效要件。主合同生效后，成约定金转化为违约定金适用。

3、解约定金：定金交付后，交付定金的一方可以按照合同的约定以丧失定金为代价而解除主合同，收受定金的一方可以双倍返还定金为代价而解除主合同。解除主合同后，如果证明还有损失的，还可以根据合同的规定请求赔偿损失。

4、违约定金：当事人一方不履行合同或者拒绝履行合同或者构成根本违约时，适用定金罚则，即给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金。当事人一方不完全履行合同的，应当按照未履行部分所占合同约定内容的比例适用定金罚则。因不可抗力、意外事件致使主合同不能履行的，不适用定金罚则。因合同关系以外第三人的过错，致使主合同不能履行的，适用定金罚则。受定金处罚的一方当事人，可以依法向第三人追偿。

(五)违约定金和违约金的关系 其他定金形式与违约金可以并用。违约定金和违约金，指向同一违约行为时，只能由非违约方选择行使，不能同时并用。

### 担保物权一般理论

#### 1.概念

：与用益物权相对应，指为确保债权的实现而设定的，以直接取得或者支配特定财产的交换价值为内容的权利。特别担保方法有人的担保、物上担保、金钱担保三种。对人担保就是保证，金钱担保指的是定金。物上担保，即担保物权。

#### 2.特征

：(1)以确保债务的履行为目的；(2)在债务人或第三人的特定财产上设定。特定指在担保物权的实行之时是特定。(3)以支配担保物的价值为内容。(4)具有从属性和不可分性。不可分性，是指所担保的债权的债权人得就担保物的全部行使其权利。

### 抵押权

#### (一)概念和特征

：基于当事人的约定产

生(意定物权)；标的物是债务人或第三人提供担保的不动产及其他财产；不移转标的物占有；是就抵押物优先受偿的权利。

(二)抵押物

1、禁止抵押的财产：禁止流通的财产(司法解释第5条)；国家机关的财产(司法解释第3条)；学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位和社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施(但其可以以社会公益设施以外的财产为自身债务设定抵押)；土地所有权；耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权，但法律有特别规定的(担保法第34条的“四荒”土地使用权)除外；所有权、使用权不明或有争议的财产；依法被查封、扣押、监管的财产(已经设定抵押的财产被采取查封、扣押等财产保全或者执行措施的，不影响抵押权的效力)；以法定程序确认为违法、违章的建筑物。其他依法不能抵押的财产。

2、限制抵押的财产：即限制流通的财产，实现债权时应当按照有关法律法规规定处理该财产。(司法解释第5条)

3、依法可以抵押的财产。上述财产之外的财产，都应可以抵押。具体包括：

(1)抵押人所有的房屋和其他地上定着物(包括依法获准尚未建造的或者正在建造中的房屋或者其他建筑物)；当事人以农作物和与其尚未分离的土地使用权同时抵押的，土地使用权部分的抵押无效(注意，农作物抵押为动产抵押，不需登记生效)。

(2)抵押人所有的机器、交通运输工具和其他财产；

(3)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；

(4)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；

(5)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；

(6)按份共有人对其共有财产中享有的份额；(共同共有人以其共有财产设

定抵押，未经其他共有人的同意，抵押无效。但是，其他共有人知道或者应当知道而未提出异议的视为同意，抵押有效。)(7)依法可以抵押的其他财产。

4、财团抵押：抵押人可以将前款所列财产一并抵押。抵押财产的范围应当以登记的财产为准。抵押财产的价值在抵押权实现时予以确定。

5、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。抵押人所担保的债权超出其抵押物价值的，超出的部分不具有优先受偿的效力。

6、房地关系：以依法取得的国有土地上的房屋抵押的，该房屋占用范围内的国有土地使用权同时抵押。以出让方式取得的国有土地使用权抵押的，应当将抵押时该国有土地上的房屋同时抵押。乡(镇)、村企业的土地使用权不得单独抵押。以乡(镇)、村企业的厂房等建筑物抵押的，其占用范围内的土地使用权同时抵押。

(三)抵押权的设立(抵押合同)

1、抵押合同的不成立、不生效与抵押人责任

(1)抵押合同应当为书面形式，不具有此形式，不能成立。抵押合同对被担保的主债权种类、抵押财产没有约定或者约定不明，根据主合同和抵押合同不能补正或者无法推定的，抵押不成立。抵押合同不成立的，抵押人无须承担责任。

(2)依法登记才能生效的抵押合同签订后，抵押人违背诚实信用原则拒绝办理抵押登记，则合同不能生效，如果债权人因此受到损失的，抵押人应当承担赔偿责任。

(3)流押条款的无效：当事人在抵押合同中约定，债务履行期届满抵押权人未受清偿时，抵押物的所有权转移为债权人所有的内容无效。该内容的无效不影响抵押合同其他部分内容的效力。

2、因恶意抵押而无效(注意，此为司法解释的一

个特别规定。抵押合同无效原因很多，如以司法解释3??6条均可适用于抵押合同的效力) 债务人有多个普通债权人的，在清偿债务时，债务人与其中一个债权人恶意串通，将其全部或者部分财产抵押给该债权人，因此丧失了履行其他债务的能力，损害了其他债权人的合法权益，受损害的其他债权人可以请求人民法院撤销该抵押行为。

(四)抵押登记

1、登记生效的抵押合同及其登记机关：无地上定着物的土地使用权，为核发土地使用权证书的土地管理部门；城市房地产或者乡(镇)、村企业的厂房等建筑物，为县级以上地方政府规定的部门，如果地方政府未作规定，可在土地管理部门或者房产管理部门办理登记手续；以林木抵押的，为县级以上林木主管部门；以航空器、船舶、车辆抵押的，为运输工具的登记部门；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。(此处为财团抵押) 注意，船舶、航空器根据《海商法》和《民用航空法》其抵押合同协议生效，登记为对抗要件。例外：(1)以尚未办理权属证书的财产抵押的，在第一审法庭辩论终结前能够提供权利证书或者补办登记手续的，可以认定抵押有效。当事人未办理抵押物登记手续的，不得对抗第三人。(2)当事人办理抵押物登记手续时，因登记部门的原因致使其无法办理抵押物登记，抵押人向债权人交付权利凭证的，可以认定债权人对该财产有优先受偿权。但是，未办理抵押物登记的，不得对抗第三人。

2、协议生效的抵押合同 上述之外的其他财产抵押的，可以自愿办理抵押物登记，登记部门为抵押人所在地区的公证部门。当事人不办理抵押物登记的抵押合同自签订之日起生效，但不得对抗第三人。

3、抵押登记的公信力：登记记载的内容与抵押合

同约定的内容不一致的，以登记记载的内容为准。(五)抵押权的效力

- 1、抵押担保的范围：如无约定，及于主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现抵押权的费用。
- 2、抵押权效力的范围：原则上为抵押物；抵押物因附合、混合或者加工使抵押物的所有权为第三人所有的，抵押权的效力及于补偿金；抵押物所有人为附合物、混合物或者加工物的所有人的，抵押权的效力及于附合物、混合物或者加工物；第三人与抵押物所有人为附合物、混合物或者加工物的共有人的，抵押权的效力及于抵押人对共有物享有的份额。抵押权设定前为抵押物的从物的，抵押权的效力及于抵押物的从物。但是，抵押物与其从物为两个以上的人分别所有时，抵押权的效力不及于抵押物的从物。
- 3、不可分性 主债权未受全部清偿的，抵押权人可以就抵押物的全部行使其抵押权。抵押物被分割或者部分转让的，抵押权人可以就分割或者转让后的抵押物行使抵押权。
- 4、抵押人的权利：仍享有对抵押物的使用、收益和处分权。孳息归抵押人所有，但债务履行期届满，债务人不履行债务致使抵押物被人民法院依法扣押的，自扣押之日起抵押权人收取的由抵押物分离的天然孳息和法定孳息，按照下列顺序清偿：收取孳息的费用；主债权的利息；主债权。除了对抵押物进行有益的保存、改良行为外，抵押人一般不得对抵押物进行事实上的处分。抵押人仍可行使其法律上的处分权，包括：
  - (1)可就抵押物为他人设定抵押权；
  - (2)可以转让抵押物 转让已办理登记的抵押物，应当通知抵押权人并告知受让人转让物已抵押的情况。抵押人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。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。

(3)可以出租抵押物 抵押人将已出租的财产抵押的，不影响租赁合同的效力；抵押权实现后，租赁合同在有效期内对抵押物的受让人继续有效。抵押人将已抵押的财产出租的，抵押权实现后，租赁合同对受让人不具有约束力。抵押人将已抵押的财产出租时，如果抵押人未书面告知承租人该财产已抵押的，抵押人对出租抵押物造成承租人的损失承担赔偿责任；如果抵押人已书面告知承租人该财产已抵押的，抵押权实现造成承租人的损失，由承租人自己承担。抵押物依法被继承或者赠与的，抵押权不受影响。

#### 4、抵押权人的权利保全：

抵押人的行为足以使抵押物的价值减少时，抵押权人有权要求抵押人停止其行为。如果因抵押人的行为使抵押物价值减少时，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。遭到拒绝时，抵押人可以请求债务人履行债务，也可以请求提前行使抵押权。抵押人对抵押物价值的减少无过错的，抵押权人有权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。

#### 处分抵押权。

但转让时需要和主债权同时进行。优先受偿权。

#### 5、抵押权与主债权的

关系 抵押权与其担保的债权同时存在，债权消灭的，抵押权也消灭。抵押权不得与债权分离单独转让或作为其他债权的担保。主债权被分割或者部分转让的，各债权人可以就其享有的债权份额行使抵押权。主债务被分割或者部分转让的，抵押人仍以其抵押物担保数个债务人履行债务。但是，第三人提供抵押的，债权人许可债务人转让债务未经抵押人书面同意的，抵押人对未经其同意转让的债务，不再承担担保责任。

(六)抵押权的实现

- 1、要件：须抵押权有效存在；须债务已届清偿期，债务人不履行债务。
- 2、方法：抵押权人可以  
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。协议以抵押物折价取得抵押物时，如果损害顺序在后的担保物权人和其他债权人利益的，其可以行使债权人代位权和撤销权。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。如果价款低于抵押权设定时约定价值的，应当按照抵押物实现的价值进行清偿。不足清偿的剩余部分，由债务人清偿。抵押物折价或者拍卖、变卖所得的价款，当事人没有约定的，按下列顺序清偿：实现抵押权的费用；主债权的利息；主债权。土地上新增的房屋不属于抵押物。需要拍卖该抵押的房地产时，可以将该土地上新增的房屋与抵押物一起拍卖，但对拍卖新增房屋所得，抵押权人无权受偿。集体所有的土地使用权依法抵押的，在实现抵押权后，未经法定程序不得改变土地集体所有和土地用途。拍卖划拨的国有土地使用权所得的价款，在依法缴纳相当于应缴纳的土地使用权出让金的款额后，抵押权人有优先受偿权。
- 3、抵押权的存续期间：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。

4、同一抵押物有数个抵押权时，抵押权相互之间的优先顺序

(1)同一抵押物有数个抵押权的，进行登记的优先于未登记的

；都进行了登记的，则按抵押物登记的先后顺序清偿，顺序

相同的，按照债权比例清偿；都未登记的，按照债权比例清

偿。当事人同一天在不同的法定登记部门办理抵押物登记的

，视为顺序相同。因登记部门的原因致使抵押物进行连续登

记的，抵押物第一次登记的日期，视为抵押登记的日期，并

依此确定抵押权的顺序。(2)顺序在先的抵押权与该财产的所有

权归属一人时，该财产的所有人可以以其抵押权对抗顺

序在后的抵押权。(3)顺序在后的抵押权所担保的债权先到期

的，抵押权人只能就抵押物价值超出顺序在先的抵押担保债

权的部分受偿。顺序在先的抵押权所担保的债权先到期的，

抵押权实现后的剩余价款应予提存，留待清偿顺序在后的抵

押担保债权。(七)特殊抵押权 1、共同抵押：是为同一债权就

数个物设定的抵押。债权人放弃债务人提供的抵押担保的，

其他抵押人可以请求人民法院减轻或者免除其应当承担的担

保责任。当事人对其提供的抵押财产所担保的债权份额或者

顺序没有约定或者约定不明的，抵押权人可以就其中任一或

者各个财产行使抵押权。抵押人承担担保责任后，可以向债

务人追偿，也可以要求其他抵押人清偿其应当承担的份额。

2、最高额抵押：抵押人与抵押权人协议，在最高债权额限度

内，以抵押物对一定期间连续发生的债权作担保。借款合同

、债权人与债务人就某项商品在一定期间内连续发生交易而

签订的合同，可以附最高额抵押合同。最高额抵押的主合同

债权不得转让。最高额抵押权所担保的债权范围，不包括抵押物因财产保全或者执行程序被查封后或债务人、抵押人破产后发生的债权。当事人对最高额抵押合同的最高限额、最高额抵押期间进行变更，其变更不得对抗顺序在后的抵押权人。最高额抵押权所担保的不特定债权，在特定后，债权已届清偿期的，最高额抵押权人可以根据普通抵押权的规定行使其抵押权。抵押权人实现最高额抵押权时，如果实际发生的债权余额高于最高限额的，以最高限额为限，超过部分不具有优先受偿的效力；如果实际发生的债权余额低于最高限额的，以实际发生的债权余额为限对抵押物优先受偿。

质权

(一)特征：包括动产质权和权利质权，对不动产不能设定质权；质权须移转质物的占有，质权以占有标的物为成立要件；质权标的可为债务人的财产或者第三人的财产。

(二)动产质权：以动产为其标的物。

1、质押合同：质权设立须通过质押合同进行。质押合同为要物合同，即质权合同自质物移交于质权人占有时生效。债务人或者第三人未按质押合同约定的时间移交质物的，因此给质权人造成损失的，出质人应当根据其过错承担赔偿责任。

占有改定的禁止：出质人代质权人占有质物的，质押合同不生效；质权人将质物返还于出质人后，不得以其质权对抗第三人；因不可归责于质权人的事由而丧失对质物的占有，质权人可以向不当占有人请求停止侵害、恢复原状、返还质物。

指示交付：出质人以间接占有的财产出质的，质押合同自书面通知送达占有人时视为移交。占有人收到出质通知后，仍接受出质人的指示处分出质财产的，该行为无效。

交付的公信力：质押合同中对质押的财产约定不明，或者约定的出质财产与实际移交的财产不一

致的，以实际交付占有的财产为准。质权的善意取得：出质人以其不具有所有权但合法占有的动产出质的，不知出质人无处分权的质权人行使质权后，因此给动产所有人造成损失的，由出质人承担赔偿责任。瑕疵担保责任：质物有隐蔽瑕疵造成质权人其他财产损害的，应由出质人承担赔偿责任。但是，质权人在质物移交时明知质物有瑕疵而予以接受的除外。流质条款的禁止：不得约定在债务履行期届满，质权人未受清偿时，质物的所有权转移为质权人所有。担保范围：如无约定，质押担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、质物保管费用和实现质权的费用。效力范围：动产质权的效力及于质物的从物。但是，从物未随同质物移交质权人占有的，质权的效力不及于从物。物上代位性：质权因质物灭失而消灭。因灭失所得的赔偿金，应当作为出质财产。

2、质权人的权利：占有质物。质物应当为动产，金钱以特户、封金、保证金等形式特定化后也可用作质押。收取孳息。质权人有权收取质物的孳息，但质权合同另有约定的除外，质权人收取的孳息应当先充抵收取孳息的费用；质权人在质权存续期间，未经出质人同意，擅自使用、出租、处分质物，因此给出质人造成损失的，质权人应当承担赔偿责任。质权的保全。质物有损坏或价值明显减少的可能，足以危害质权人权利的，质权人可以要求出质人提供相应的担保。出质人不提供的，质权人可以拍卖或变卖质物，并与出质人协议，将拍卖或变卖所得的价款用于提前清偿所担保的债权，或向与出质人约定的第三人提存。优先受偿。债务履行期届满质权人未受清偿的，质权人可以继续留置质物，并以质物的全部行使权利。出质人清偿所担保的债权后，质权人

应当返还质物。债务履行期届满，出质人请求质权人及时行使权利，而质权人怠于行使权利致使质物价格下跌的，由此造成的损失，质权人应当承担赔偿责任。转质：质权人在质权存续期间，可以经出质人同意，以其所占有的质物为第三人设定质权以担保自己的债务。但应当在原质权所担保的债权范围之内，超过的部分不具有优先受偿的效力。转质权的效力优于原质权。质权人在质权存续期间，未经出质人同意，为担保自己的债务，在其所占有的质物上为第三人设定质权的无效。质权人对因转质而发生的损害承担赔偿责任。

3、出质人的权利：质权人负有妥善保管质物的义务，在质权人因保管不善致使质物毁损灭失时，有权要求质权人承担民事责任。因质权人保管不善可能致使质物灭失或者毁损的，出质人可以要求质权人将质物提存，存费用由质权人负担；或者要求提前清偿债权而返还质物，此时应当扣除未到期部分的利息。债务履行期届满债务人履行债务的，或者出质人提前清偿所担保的债权的，出质人有权要求质权人返还质物；出质人如果是债务人以外的第三人，该第三人代为清偿债权或因质权实行丧失质物的所有权时，有权向债务人追偿。

5、动产质权中质物的添附、质权的不可分性、质权的实现以及存续期间等准用抵押的相关内容。(三)权利质权 1、可以质押的权利，具体包括：(1)汇票、本票、支票、债券、存款单、仓单、提单。以该等权利出质的，出质人应当在合同规定的期限内将权利凭证交付质权人。质权合同自权利凭证交付之日起生效。此种权利质权，质权人再转让或者质押的无效。以汇票、支票、本票、公司债券出质，出质人与质权人没有背书记载"质押"字样，不得对抗善意第三人。以载明兑现

或提货日期的汇票、本票、支票：债券、存款单、仓单、提单出质的，其兑现或提货日期先于债务履行期的，质权人可以在债务履行期届满前兑现或者提货，并与出质人协议将兑现的价款或提取的货物用于提前清偿所担保的债权或向与出质人约定的第三人提存。其兑现或者提货日期后于债务履行期的，质权人只能在兑现或者提货日期届满时兑现款项或者提取货物。

(2)依法可以转让的股份、股票。以此出质，质权的效力及于股份、股票的法定孳息。以无记名股票出质的，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，质权合同自登记之日起生效。以记名股票出质的，以股东在记名股票上背书并交付于质权人之日起生效。以股份有限公司的股份出质的，适用《中华人民共和国公司法》有关股份转让的规定。以上市公司的股份出质的，质押合同自股份出质向证券登记机构办理出质登记之日起生效。以非上市公司的股份出质的，质押合同自股份出质记载于股东名册之日起生效。股票出质后，不得转让，但经出质人与质权人同意的则可以转让。出质人转让股票所得的价款应当向质权人提前清偿所担保的债权，或向与质权人约定的第三人提存。以有限责任公司的股份出质的，应适用《公司法》有关股份转让的规定。质权合同自股份出质记载于股东名册之日起生效。

(3)依法可以转让的商标专用权、专利权、著作权中的财产权。此种质权合同自登记之日起生效。上述知识产权出质后，出质人不得转让或许可他人使用，但经出质人与质权人协商同意的除外。未经质权人同意而转让或者许可他人使用已出质权利的，应当认定为无效。因此给质权人或者第三人造成损失的，由出质人承担民事责任。出质人所得的

转让费、许可费应当向质权人提前清偿所担保的债权，或向与质权人约定的第三人提存。(4)依法可以出质的其他权利，如公路桥梁、公路隧道或者公路渡口等不动产收益权。应当注意，根据担保法及其司法解释，这些权利应当为可转让的财产权，且应当有权利凭证或有特定机构管理。由于债权转让须通知债务人才能对其生效，而担保法及其司法解释未做此种规定，因此质权人向出质人、出质债权的债务人行使质权时，出质人、出质债权的债务人拒绝的，质权人可以起诉出质人和出质债权的债务人，也可以单独起诉出质债权的债务人。

**留置权**

- 1.特征：以动产为标的物；为法定担保物权。
- 2.留置权的取得：须基于法律规定。构成条件：
  - (1)须债权人因保管合同、仓储合同、运输合同、加工承揽、行纪合同而占有债务人的动产。因侵权行为占有他人的动产，不发生留置权。债权人合法占有债务人交付的动产时，不知债务人无处分该动产的权利，债权人可以行使留置权。留置物的范围，除了留置物本身外，还包括其从物、孳息和代位物，但从物未随同主物被留置的除外。
  - (2)须债权已届清偿期。债权人的债权未届清偿期，其交付占有标的物的义务已届履行期的，不能行使留置权。但是，债权人能够证明债务人无支付能力的除外。
  - (3)须债权的发生与该动产有牵连关系。
  - (4)对动产的留置不违反公共利益或善良风俗，不与债权人的义务相抵触。合同约定不得留置的物不得留置。如果留置权人将留置物返还给债务人，则不得以其留置权对抗第三人。
- 3.留置权的效力
  - (1)留置权人的权利：留置标的物，但留置物为可分物的

，留置物的价值应当与债务的金额相当，即债权人只能留置与自己的债权额相当的部分，其余部分应当交付债务人。收取留置物的孳息。收取的孳息，应先充抵收取孳息的费用。因保管留置物所支出的必要费用，有权请求债务人返还。就留置物优先受偿。留置权所担保的范围包括主债权和利息、违约金，损害赔偿金，留置物保管费用和实现留置权的费用。债权人和债务人应当在合同中约定，债权人留置财产后，债务人应当在不少于2个月的期限内履行债务。债权人和债务人在合同中未约定的，债权人留置财产后，应当确定2个月的期限，通知债务人在该期限内履行债务。债务人逾期仍不履行债务的，债权人可以与债务人协议以留置物折价，也可以依法拍卖、变卖留置物。如果直接变价处分留置物的，应当对此造成的损失承担赔偿责任。合同中约定宽限期的，债权人可以不经通知，直接行使留置权。

(2)留置权人的义务 保管留置物；未经债务人同意，不得未经出质人同意，擅自使用、出租、处分留置物；返还留置物。

4.留置权消灭的原因：主债权消灭；留置权实现；留置物灭失；债务人另行提供担保并被债权人接受。

担保物权的竞合 1.概念和成立条件 (1)概念：指在同一标的物上存在不同种类的担保物权，此时应以何类担保物权的效力优先的问题。即物上担保权的冲突。(2)担保物权竞合的成立条件 须同一标的物上同时存在数个不同种的物上担保权；须各个担保物权人不为同一人。

2.抵押权与质权的竞合 同一财产法定登记的抵押权与质权并存时，抵押权人优先于质权人受偿。但是协议生效的抵押权而当事人又未为抵押权登记的，则质权的效力应优先于抵押权。

3.抵押权与留置权的竞合：同一财产抵押权与留置权并存时，留

置权人优先于抵押权人受偿。 4.留置权与质权的竞合 谁占有，谁优先。 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)