

第五节 合同的担保

- 合同担保概论
 - 保证
 - 抵押
 - 质押
 - 留置
 - 定金

一、合同担保概论

（一）担保的概念及方式

担保是指依照法律规定，或由当事人双方经过协商一致而约定的，为保障合同债权实现的法律措施。



第三人为债务人向债权人提供担保的，可以要求提供反担保。反担保人可以可是债务人，也可以是债务人之外的其他人。反担保方式可以是债务人提供的抵押或者质押，也可以是其他人提供的保证、抵押或者质押。

（二）担保合同的性质

担保合同是主债权债务合同的从合同，主债权债务合同有效，担保合同有效；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。

（三）担保合同的无效

1. 国家机关和以公益为目的的事业单位、社会团体违反法律规定提供担保的，担保合同无效。
2. 以法律、法规禁止流通的财产或者不可转让的财产设定担保的，担保合同无效。

二、保证

（一）保证和保证人

1. 保证

保证是指第三人为债务人的债务履行作担保，由保证人和债权人约定，当债务人不履行债务时，保证人按照约定履行债务或者承担责任的行为。

2. 保证人

根据《担保法》的规定，具有代为清偿债务能力的法人、其他组织或者公民，可以作保证人。国家机关、学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体，企业法人的分支机构、职能部门，不得作保证人。

①在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情况下，国家机关可以作保证人；

②企业法人的分支机构有法人书面授权的，可以在授权范围内提供保证（未授权，无效；超范围，超过部分无效）。

③企业法人的职能部门提供保证的，保证合同无效。

不具有完全代偿能力的法人、其他组织或者自然人，以保证人身份订立保证合同后，又以自己没有代偿能力要求免除保证责任的，人民法院不予支持。

(二) 保证合同和保证方式

1. 保证合同

- ①保证人与债权人应当以书面形式订立保证合同；
- ②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；
- ③主合同中虽然没有保证条款，但保证人在主合同上以保证人的身份签字或者盖章的。

2. 保证方式

保证的方式有一般保证和连带责任保证两种。

(1) 一般保证：当事人在保证合同中约定，在债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的，为一般保证。

一般保证的保证人享有先诉抗辩权，是指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，对债权人可拒绝承担保证责任。

有下列情形之一的，保证人不得行使先诉抗辩权：

- ①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，如债务人下落不明、移居境外，且无财产可供执行；
- ②人民法院受理债务人破产案件，中止执行程序的；
- ③保证人以书面形式放弃先诉抗辩权的。

(2) 连带责任保证：当事人在保证合同中约定保证人与债务人对债务承担连带责任的，为连带责任保证。

①连带责任保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的，债权人可以要求债务人履行债务，也可以要求保证人在其保证范围内承担保证责任。

当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任。

| | 一般保证 | 连带责任保证 |
|-------|-----------------------|----------------------------|
| 定义 | 债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任 | 保证人与债权人约定，保证人与债务人对债务承担连带责任 |
| 先诉抗辩权 | 有 | 无 |
| 无约定 | 按连带责任保证承担 | |

②同一债务有两个或两个以上保证人的，为共同保证。

| | |
|--------|---|
| 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，承担保证责任。 |
| 连带共同保证 | ①共同保证人约定均对全部主债务承担保证义务； ②保证人与债权人之间没有约定所承担的保证份额。 |

③已经承担保证责任的保证人，有权向债务人追偿，或者要求承担连带责任的其他保证人清偿其应当承担的份额。

| | |
|--------|---|
| 按份共同保证 | 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。 |
| 连带共同保证 | ①向债务人追偿； ②债务人不能追偿的部分，各连带保证人按内部约定比例分担； 没有约定的，平均分担。 |

④连带责任保证与连带保证

| | | |
|----------|--------|--------|
| 一个保证人 | 一般保证 | |
| | 连带责任保证 | |
| 两个或以上保证人 | 保证人之间 | 按份共同保证 |

| | | |
|--|---------|----------|
| | | 连带（共同）保证 |
| | 保证人与债务人 | 一般保证 |
| | | 连带责任保证 |

【例题·多选题】根据担保法律制度的规定，下列属于无效保证合同的有（ ）。

- A. 甲公立大学与乙银行签订保证合同，为丙企业的借款提供保证
- B. 陈某与债权人李某签订的未约定保证担保范围的保证合同
- C. 甲行政机关与乙银行签订保证合同，为丙公司的借款提供保证
- D. 甲公司的部门经理以该部门的名义与债权人签订的保证合同

【答案】ACD

【解析】选项 AC，行政机关、学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体不得为保证人；选项 D，企业法人的职能部门不得为保证人；选项 B，当事人对保证担保的范围没有约定或者约定不明确的，保证人应当对全部债务包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用承担责任。

【例题·多选题】根据合同法律制度的规定，下列各项中，一般保证的保证人不得行使先诉抗辩权的有（ ）。

- A. 债务人被宣告失踪，且无可供执行的财产
- B. 债务人移居国外，但国内有其购买现由亲属居住的住宅
- C. 债务人被宣告破产，中止执行程序的
- D. 保证人曾以书面方式向主合同当事人表示放弃先诉抗辩权

【答案】ACD

【解析】有下列情形之一的，保证人不得行使先诉抗辩权：

- ①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；
- ②人民法院受理债务人破产案件，中止执行程序的；
- ③保证人以书面形式放弃先诉抗辩权的。

（三）保证责任

1. 保证责任的范围

保证人在约定的保证担保范围内承担保证责任。

当事人对保证担保的范围没有约定或者约定不明确的，保证人应当对全部债务包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用承担责任。

2. 主合同变更与保证责任承担

①保证期间，债权人依法将主债权转让给第三人的，保证债权同时转让，保证人在原保证担保的范围内对受让人承担保证责任。但是，保证人与债权人事先约定仅对特定的债权人承担保证责任或者禁止债权转让的，保证人不再承担保证责任。

②保证期间，债权人许可债务人转让债务的，应当取得保证人书面同意，保证人对未经同意转让的债务部分，不再承担保证责任。

③保证期间，债权人与债务人对主合同数量、价款、币种、利率等内容做了变动，未经保证人同意的，如果减轻债务人债务的，保证人仍应当对变更后的合同承担保证责任；如果加重债务人债务的，保证人对加重的部分不承担保证责任。债权人与债务人对主合同履行期限做了变动，未经保证人书面同意的，保证期间为原合同约定的或者法律规定的期限。债权人与债务人协议变更主合同内容，但并未实际履行的，保证人仍应当承担保证责任。

④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外，保证人不承担民事责任，但是新贷与旧贷系同一保证人的除外。

| | |
|------|---|
| 债权转让 | ①保证债权同时转让，原保证担保范围内承担责任； ②事先约定仅对特定的债权人承担保证责任或禁止债权转让的除外； |
|------|---|

| | | | |
|---------------|---|---------------------|-----------|
| 债务转让 | ①债权人许可+保证人书面同意； ②对未经同意转让的债务部分，不承担责任； | | |
| 数量、价款、币种、利率变动 | 保证人同意 | 按变更后承担责任 | |
| | 未经保证人同意 | 减轻债务 | 按变更后承担责任 |
| | | 加重债务 | 加重部分不承担责任 |
| 履行期限变动 | 未经保证人书面同意，保证期间为原期限； | | |
| 新贷还旧贷 | 保证人知道 | 承担新贷责任 | |
| | 保证人不知道 | 不承担新贷，新贷与旧贷是同一保证人除外 | |

3. 保证担保与物的担保并存的保证责任

同一债权既有保证又有物的担保的，属于共同担保。

①根据《物权法》的规定，被担保的债权既有物的担保又有人的担保，债务人不履行到期债务或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；

②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。

| | | | |
|----------|-----------------------|---|--------------|
| 物保是债务人提供 | 债务人的物保→保证人补充清偿 | | |
| 物保是第三人提供 | ①第三人的物保 ②保证人承担保证责任 | → | 只能向 债务人追偿 |

4. 保证责任承担的其他规定

一般保证的保证人在主债务履行期间届满后，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。

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。

（四）保证期间

保证期间，是指当事人约定或者法律规定的保证人承担保证责任的时间期限。保证人在与债权人约定的保证期间或者法律规定的保证期间内承担保证责任。

- ①保证人与债权人约定保证期间的，按照约定执行。未约定的，保证期间为6个月。
- ②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6个月。
- ③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2年。
- ④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。
- ⑤一般保证情况下，债权人有权自主债务履行期届满之日起6个月内对债务人提起诉讼或申请仲裁。连带责任保证情况下，债权人有权自主债务履行期届满之日起6个月内要求保证人承担保证责任。

| | | |
|--------|------|---|
| 保证期间 | 有约定 | ①按约定； ②约定的保证期间早于或者等于主债务履行期限，视为无约定； |
| | 无约定 | 主债务履行期届满之日起 6 个月； |
| | 约定不明 | ①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； ②主债务履行期届满之日起 2 年； |
| 债务履行期限 | 有约定 | 保证期间自主债务履行期届满开始计算； |
| | 无约定 | 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； |
| 诉讼或仲裁 | | 主债务履行期届满之日起 6 个月； |

（五）保证合同的诉讼时效

1. 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；
2. 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；
3. 保证人对债务人行使追偿权的诉讼时效，自保证人向债权人承担责任之日起开始计算；
4. 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；
5. 诉讼时效的中止、中断
 - ①一般保证中，主债务诉讼时效中断，保证债务诉讼时效中断；
 - ②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。
 - ③一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。

三、抵押

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

债务人或者第三人为抵押人，债权人为抵押权人，提供担保的财产为抵押财产。

（一）抵押合同

1. 设立抵押权，当事人应当采取书面形式订立抵押合同。
2. 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。
3. 流押条款
抵押权人在债务履行期届满前，不得与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有。

如果当事人在抵押合同中约定了流押条款，该条款无效。

该条款的无效不影响抵押合同其他部分内容的效力。

（二）抵押财产

1. 可以设立抵押权的财产

| | |
|----|--|
| 动产 | ①生产设备、原材料、半成品、产品； ②船舶、航空器； ③交通运输工具； ④法律、行政法规未禁止抵押的其他财产。 |
|----|--|

| | |
|-----|---|
| 不动产 | ①建筑物和其他土地附着物； ②建设用地使用权； ③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； ④正在建造的建筑物； |
|-----|---|

【提示】

①在符合条件的地区，开展农村承包土地的经营权和农民住房财产权（以下统称两权）抵押贷款试点，赋予“两权”抵押融资功能，维护农民土地权益。农民住房财产权设立抵押的，需将宅基地使用权与住房所有权一并抵押。

②以土地承包经营权抵押的，或者以乡镇、村企业的厂房等建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押的，实现抵押权后，未经法定程序，不得改变土地所有权的性质和土地用途。

2. 不得设立抵押权的财产

根据《物权法》的规定，下列财产不得抵押：

①土地所有权；

②耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权，但法律规定可以抵押的除外；

③学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施。

④所有权、使用权不明或者有争议的财产。

⑤依法被查封、扣押、监管的财产。

⑥法律、行政法规规定不得抵押的其他财产。如：以法定程序确认为违法、违章的建筑物抵押的，抵押无效。

3. 关于抵押财产的其他规定

建设用地使用权抵押后，该土地上新增的建筑物不属于抵押财产。该建设用地使用权实现抵押权时，应当将该土地上新增的建筑物与建设用地使用权一并处分，但新增建筑物所得的价款，抵押权人无权优先受偿。

（三）抵押登记

1. 以登记为生效要件的抵押

①以建筑物和其他土地附着物，建设用地使用权，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，正在建造的建筑物这四种财产设定抵押的，应当办理抵押登记，抵押权自登记之日起设立。

②抵押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。以尚未办理权属证书的财产抵押的，只要当事人在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，法院可以认定抵押有效。

2. 以登记为对抗要件的抵押

当事人以《物权法》规定的生产设备、原材料、半成品、产品、交通运输工具和正在建造的船舶、航空器抵押或其他动产设定抵押，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。

【例题】甲向乙、借款4万元办加工厂，乙要求甲以其新购置的一辆吉普车作为抵押，甲同意了，双方遂签订了借款合同，约定：如果甲到期无法偿还，乙可将其吉普车变卖后受偿。合同签订后，双方并未到车管所办理抵押登记。后甲因加工厂倒闭，无力偿还乙的借款，又恐乙廉价变卖吉普车使其遭受更大的损失，遂将其吉普车卖给了丙，丙并不知该车已抵押给乙。乙得知后，向法院起诉，要求法院从丙处追回吉普车变卖受偿。

问题：乙能否从丙处追回吉普车优先受偿？

【解析】根据《物权法》的规定，以车辆抵押的，抵押登记不属于抵押权设立的生效要件，

但未办理抵押登记的，不能对抗善意第三人。本案中，抵押合同成立生效，抵押权即设立，但抵押未办理登记，不得对抗善意的丙。因此，乙无权请求法院从丙处追回吉普车，也就无法优先受偿。

（四）抵押的效力

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

1. 债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，致使抵押财产被人民法院依法扣押的，自扣押之日起抵押权人有权收取该抵押财产的天然孳息或者法定孳息，但抵押权人未通知应当清偿法定孳息的义务人的除外。

孳息的清偿顺序为：①冲抵收取孳息的费用②主债权的利息③主债权

2. 订立抵押合同前抵押财产已出租的，原租赁关系不受该抵押权的影响；抵押权实现后，租赁合同在有效期内对抵押物的受让人继续有效。

3. 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。

3. 抵押权设立后抵押财产出租的，该租赁关系不得对抗已登记的抵押权，即因租赁关系的存在致使抵押权实现时无人应买抵押物，或出价降低导致不足以清偿抵押债权等情况下，抵押权人有权主张租赁终止。

| | | |
|--------|---------------------------------|---------|
| 抵押物被扣押 | 自扣押之日起孳息归抵押权人所有； | |
| 先出租后抵押 | 租赁关系不受影响； | |
| 先抵押后出租 | 抵押人告知承租人 | 承租人承担损失 |
| | 抵押人未告知承租人 | 抵押人承担损失 |
| | 抵押权设立后抵押财产出租的，该租赁关系不得对抗已登记的抵押权。 | |

2. 抵押期间抵押物的转让

①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。

②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。

③抵押物依法被继承或者赠与的，抵押权不受影响。

3. 抵押权转移及消灭的从属性

抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。债权转让的，担保该债权的抵押权一并转让，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

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。

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。

4. 抵押财产价值减少或毁损的处理

在抵押物灭失、毁损或者被征用的情况下，抵押权人可以就该抵押物的保险金、赔偿金或者补偿金优先受偿。

抵押物灭失、毁损或者被征用的情况下，抵押权所担保的债权未届清偿期的，抵押权人可以请求人民法院对保险金、赔偿金或补偿金等采取保全措施。

【例题·多选题】陈某用自己的轿车作抵押向银行借款 40 万元，并办理了抵押登记手续。陈某驾驶该车出行时，不慎发生交通事故。经鉴定，该车的价值损失了 30%，保险公司赔偿了该车损失，根据合同法律制度的规定，下列关于该抵押担保的表述中，正确的有（ ）。

- A. 该轿车不再担保银行债权
- B. 该轿车应担保银行债权
- C. 保险赔偿不应担保银行债权
- D. 保险赔款应担保银行债权

【答案】BD

【解析】在所担保的债权未受全部清偿前，担保权人可就担保物的全部行使权利，担保物部分灭失，残存部分仍担保债权全部；

在抵押物灭失、毁损或者被征用的情况下，抵押权人可以就该抵押物的保险金、赔偿金或者补偿金优先受偿。

（五）抵押权的实现

1. 抵押权实现的条件、方式和程序

①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（多了，还；少了，继续要）。

②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。

③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。

2. 抵押权的顺位及确定抵押权次序的规则

①抵押权人可以放弃抵押权或者抵押权的顺位。抵押权人与抵押人可以协议变更押权顺位以及被担保的债权数额等内容，但抵押权的变更，未经其他抵押权人书面同意，不得对其他抵押权人产生不利影响。



实现抵押权 150 万元

①正常情况：A 得 100，B 得 50

②ABC 协商同意 AB 换位：B 得 150，A 得 0

③BC 协商换位，A 不知道：A 得 100，B 得 50

②同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押财产所得的价款依照下列规定清偿：

- a. 抵押权已登记的，按照登记的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿；
- b. 抵押权已登记的先于未登记的受偿；
- c. 抵押权未登记的，按照债权比例清偿。

| | | |
|-----------|---|------|
| 已登记 | > | 未登记 |
| 先后顺序→债权比例 | | 债权比例 |

【例题·单选题】东方公司以其房屋作抵押，先后向甲银行借款 100 万元，乙银行借款 200 万元，丙银行借款 300 万元，并依次办理了抵押登记。后丙银行与甲银行商定交换各自抵押权的顺位，并办理了变更登记，但乙银行并不知情。因东方公司无力偿还三家银行的到期债务，银行拍卖其房屋，仅得价款 300 万元。根据《物权法》的规定，关于三家银行对该价款的分配，下列选项中，正确的是（ ）。

- A. 甲银行 100 万元、乙银行 200 万元、丙银行得不到清偿
- B. 甲银行得不到清偿、乙银行 100 万元、丙银行 200 万元
- C. 甲银行得不到清偿、乙银行 200 万元、丙银行 100 万元

D. 甲银行得不到清偿、乙银行得不到清偿、丙银行 300 万元

【答案】C

【解析】如果不变更抵押权的顺序，乙银行作为第二顺位的抵押权人，可以得到清偿的数额为 200 万元；

甲银行和丙银行交换抵押权的顺位时，未经乙银行的书面同意，不得对乙银行产生不利影响。因此，乙银行可以得到清偿的数额仍为 200 万元，剩下的 100 万元给丙银行（丙银行通过交换，其抵押权的顺位已经优先于甲银行）。

【例题】甲以自己的一辆汽车作抵押，获得乙银行贷款 20 万元，办理了抵押登记。由于甲的汽车价值 50 万元，所以甲又将该汽车抵押给丁，获得丁的借款 10 万元，但未办理抵押登记。后甲又将其抵押给丙银行，获得贷款 20 万元，办理了抵押登记。后甲做生意亏本，导致无法偿还乙银行、丙银行的贷款和丁的借款。于是三个债权人同时要求实现其抵押权。但抵押物拍卖后仅获得 45 万元，不足以清偿甲的全部债务。

问题：本案中，乙银行、丙银行、丁的债权应按什么顺序受偿？

【解析】本案中，由于乙银行和丙银行的抵押权都经过了登记，而丁的抵押权没有登记，所以，乙银行和丙银行的债权先于丁的受偿。同时，乙银行的抵押权先于丙银行的抵押权登记，因此，乙银行先受偿，接着是丙银行，最后是丁。

（六）最高额抵押

最高额抵押，是指为担保债务的履行，债务人或者第三人对一定期间内将要连续发生的债权提供担保财产的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人有权在最高债权额限度内就该担保财产优先受偿。

1. 最高额抵押的特征

- （1）抵押担保的是将来发生的债权，现在尚未发生；
- （2）抵押担保的债权额不确定，但设有最高限额；
- （3）实际发生的债权是连续的，不特定的，即债权人并不规定对方实际发生债权的次数和数额；
- （4）债权人仅对抵押财产行使最高限度内的优先受偿权；
- （5）最高额抵押只需首次登记即可设立。

2. 最高额抵押权的转让及变更

最高额抵押担保的债权确定前，部分债权转让的，最高额抵押权不得转让，但当事人另有约定的除外。

3. 最高额抵押权所担保的债权确定

有下列情形之一的，抵押权人的债权确定：

- （1）约定的债权确定期间届满；
- （2）没有约定债权确定期间或者约定不明确，抵押权人或者抵押人自最高额抵押权设立之日起满 2 年后请求确定债权；
- （3）新的债权不可能发生；
- （4）抵押财产被查封、扣押；
- （5）债务人、抵押人被宣告破产或者被撤销；
- （6）法律规定债权确定的其他情形。

4. 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。

（七）动产浮动抵押

动产浮动抵押是一种特别抵押，指抵押人以其现在和将来所有的全部财产为债权提供担保，

在行使抵押权之前，该设押财产可以自由流转经营，在约定或法定事由发生时，其价值才能确定的一种抵押。

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

2. 抵押权人应当向抵押人住所地的工商行政管理部门办理登记。抵押权自抵押合同生效时设立；未经登记，不得对抗善意第三人。动产浮动抵押无论是否办理抵押登记，均不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人。

3. 抵押财产自下列情形之一发生时确定：

- ①债务履行期届满，债权未实现；
- ②抵押人被宣告破产或者被撤销；
- ③当事人约定的实现抵押权的情形；
- ④严重影响债权实现的其他情形。

【例题·单选题】个体工商户甲将其现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品一并抵押给乙银行，但未办理抵押登记。抵押期间，甲未经乙同意以合理价格将一台生产设备出卖给正常经营活动中的丙。后甲不能向乙履行到期债务。根据《物权法》的规定，下列选项中，正确的是（ ）。

- A. 该抵押权因抵押物不特定而不能成立
- B. 该抵押权因未办理抵押登记而不能成立
- C. 该抵押权虽已成立但不能对抗善意第三人
- D. 乙有权对丙从甲处购买的生产设备行使抵押权

【答案】C

【解析】选项 A，企业、个体工商户、农业生产经营者可以将其现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品设定抵押；选项 B，动产抵押的设立以合同生效为条件，未登记的不得对抗善意第三人；选项 D，该抵押权不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人。

四、质押

质押分为动产质押和权利质押。

（一）动产质押

1. 动产质押的概念

动产质押是以动产作为标的物的质押，是指为担保债务的履行，债务人或者第三人将其动产出质给债权人占有的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形，债权人有权就该动产优先受偿。

该债务人或者第三人为出质人，债权人为质权人，交付的动产为质押财产。

2. 质押合同

质押合同自成立时生效，质权自出质人交付质押财产时设立，即动产质权的设立以质物的交付为生效要件（给，生效；不给，不生效）。

质权人在债务履行期届满前，不得与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有。这类条款称为“流质条款”。当事人在质押合同中约定流质条款的，流质条款无效，但不影响质押合同其他部分内容的效力及质权的设立。

质押担保的范围由当事人约定；当事人未约定的，质押担保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。

【例题】甲于 5 月 12 日向银行借款 10000 元，以其在该银行的 11000 元 1 年期定期存单出质。8 月 20 日，10000 元借款到期，甲无力偿还，银行支取了存单金额 11000 元及利息 300

元。甲存单上的本息是否应全部归银行所有？

【解析】如果质押合同中没有特别约定，应就全部债务承担质押保证责任，包括主债务及利息、违约金、损害赔偿金、质物保管费用和实现质权的费用。银行支取的 11000 元本金和 300 元利息，应扣除银行的 10000 元借款及其利息、违约金，如有剩余应返还给甲。

3. 动产质押的效力

(1) 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。

(2) 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，以其质权对抗第三人的，人民法院不予支持。

(4) 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。

(5) 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。

【例题·单选题】甲与乙签订借款合同，并约定由乙将自己的钻戒出质给甲，但其后乙并未将钻戒如约交付给甲，而是把该钻戒卖给了丙。丙取得钻戒后，与甲因该钻戒权利归属发生纠纷。根据《物权法》与《合同法》的规定，下列关于该钻戒权利归属的表述中，正确的是（ ）。

- A. 丙不能取得该钻戒的所有权，因为该钻戒已质押给甲
- B. 丙能取得该钻戒的所有权，但甲可依其质权向丙追偿
- C. 丙能取得该钻戒的所有权，甲不能向丙要求返还该钻戒
- D. 丙能否取得该钻戒的所有权，取决于甲同意与否

【答案】C

【解析】根据规定，质权自出质人交付质押财产时设立。乙并未向甲交付钻戒，因此质权并未设立，而乙将钻戒给丙，丙取得了钻戒所有权，甲不能要求返还该钻戒。

【例题·单选题】甲从乙银行贷款 200 万元，双方于 8 月 1 日签订借款合同，丙以保证人身份在借款合同上签字，因担心丙的资信状况，乙银行又要求甲提供担保，为此双方于 8 月 3 日签订书面质押合同，质物为甲的一辆轿车，但甲未将轿车交付给乙银行。甲到期无力偿还贷款。根据担保法律制度的规定，下列关于乙银行主张担保权利的表述中，正确的是（ ）。

- A. 乙银行只能主张保证债权，因为甲未将该轿车交付给乙银行，质权未设立
- B. 乙银行只能主张质权，因为丙与乙银行未签订保证合同，保证债权不成立
- C. 乙银行应先主张保证债权，因为保证债权先于质权成立
- D. 乙银行应先主张质权，因为质押担保是债务人甲自己提供的

【答案】A

【解析】选项 B，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，保证合同也成立；选项 CD，质押合同自成立时生效，质权自出质人交付质押财产时设立。本题中轿车没有交付，因此质权没有设立。

5. 质权的实现

债务人履行债务或者出质人提前清偿所担保的债权的，质权人应当返还质押财产。

债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形，质权人可以与出质人协议以质押财产折价，也可以就拍卖、变卖质押财产所得的价款优先受偿。

(二) 权利质押

1. 权利质押的概念

权利质押是指债务人或者第三人以其财产权利交付债权人作为债权的担保，当债务人不履行债务时，债权人有权依照法律规定，以该财产权利折价或者以拍卖、变卖该财产权利的价款优

先受偿。

2. 可以出质的权利

债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质：

- ①汇票、支票、本票；
- ②债券、存款单；
- ③仓单、提单；
- ④可以转让的基金份额、股权；
- ⑤可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权；
- ⑥应收账款；
- ⑦法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利。

3. 以不同种类权利出质的法律规定

- ①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（知识产权），质权自有关部门办理出质登记时设立。
- ②以基金份额、股权出质，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，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，质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。
- ③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。
- ④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。

【例题·多选题】根据物权法律制度的规定，以下列权利出质的，质权自交付权利凭证时设立的有（ ）。

- A. 基金份额
- B. 注册商标专用权
- C. 仓单
- D. 存款单

【答案】CD

【解析】以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，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。

五、留置

（一）留置权的概念与要件

留置权是指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。其中债权人为留置权人，占有的动产为留置财产，即留置物。

- 1. 留置担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、留置物保管费用和实现留置权的费用。
- 2. 留置权适用的范围包括：因保管合同、运输合同、承揽合同、仓储合同、行纪合同以及法律规定可以留置的其他合同发生的债权，债务人不履行债务的，债权人有留置权。
- 3. 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。留置财产为可分物的，留置财产的价值应当相当于债务的金额。当事人可以在合同中约定不得留置的物。法律规定或者当事人约定不得留置的动产，不得留置。

（二）留置权的实现

- 1. 留置权人与债务人应当约定留置财产后的债务履行期间；没有约定或者约定不明确的，留置权人应当给债务人 2 个月以上履行债务的期间，但鲜活易腐等不易保管的动产除外。

2. 债务人可以请求留置权人在债务履行期届满后行使留置权；留置权人不行使的，债务人可以请求人民法院拍卖、变卖留置财产。留置财产折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归债务人所有，不足部分由债务人清偿。
3. 留置权人在债权未受全部清偿前，留置物为不可分物的，留置权人可以就其留置物的全部行使留置权。留置的财产为可分物的，留置物的价值应当相当于债务的金额。
4. 同一动产上已设立抵押权或者质权，该动产又被留置的，留置权人优先受偿。

【例题·单选题】王某向赵某借款 10 万元，以其卡车抵押并办理了抵押登记。后因发生交通事故，王某将该卡车送到甲修理厂修理。修理完毕，王某因无法支付 1 万元维修费，该卡车被甲修理厂留置后。王某欠赵某的借款到期，赵某要求对该卡车行使抵押权，甲修理厂以王某欠修理费为由拒绝，双方发生争议。根据合同法律制度的规定，下列关于如何处理该争议的表述中，正确的是（ ）。

- A. 甲修理厂应同意赵某对该卡车行使抵押权，所欠修理费只能向王某要求清偿
- B. 赵某应向甲修理厂支付修理费，之后甲修理厂向赵某交付该卡车
- C. 如果经甲修理厂催告，王某两个月后仍不支付修理费，甲修理厂有权行使留置权，所得价款偿付修理费后，剩余部分赵某有优先受偿权
- D. 甲修理厂应将该卡车交给赵某行使抵押权，所得价款偿付借款后，剩余部分甲修理厂有优先受偿权

【答案】C

【解析】根据规定，同一动产上已设立抵押权或者质权，该动产又被留置的，留置权人优先受偿。

六、定金

（一）定金的概念

定金是指合同当事人约定一方向对方给付一定数额的货币（即定金）作为债权的担保。债务人履行债务后，定金抵作价款或者收回。

定金应当以书面形式约定。

定金合同是实践性合同，从实际交付定金之日起生效。

1. 当事人约定以交付定金作为订立主合同担保的，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主合同的，应当双倍返还定金。

当事人约定以交付定金作为主合同成立或者生效要件的，给付定金的一方未支付定金，但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。

2. 定金罚则

①适用

- a. 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。
- b. 因当事人一方迟延履行或者其他违约行为，致使合同目的不能实现。
- c. 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。

②不适用

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。

【例题·单选题】甲公司与乙公司签订一买卖合同，合同约定，甲公司须在 1 个月内向乙公司提供 200 台电视机，总价款 100 万元。合同签订后，乙公司按约定向甲公司交付了定金 20 万元。甲公司依约分两批发运电视机，不料，第一批 100 台电视机在运输过程中遭遇泥石流，致使电视机全部毁损；第二批 100 台电视机在运输过程中被甲公司的债权人丙强行扣押、变卖，最终，乙公司未能收到电视机，欲向甲公司主张定金责任。根据担保法律制度的

规定，下列关于甲公司定金责任承担的表述中，正确的是（ ）。

- A. 甲公司无须承担定金责任，因为没有交付电视机是不可抗力 and 第三人原因导致的，甲公司没有过错
- B. 甲公司须承担全部定金责任，因为甲公司违反合同约定，未将电视机交付给乙公司
- C. 甲公司只须承担一半定金责任，因为不可抗力导致的第一批 100 台电视机未能交付，不适用定金罚则
- D. 甲公司只须承担一半定金责任，因为第三人原因造成的第二批 100 台电视机未能交付，不适用定金罚则

【答案】C

【解析】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。

（二）定金的数额

定金的数额由当事人约定，但不得超过主合同标的额的 20%。当事人约定的定金数额超过主合同标的额 20% 的，超过的部分，人民法院不予支持。

实际交付的定金数额多于或者少于约定数额，视为变更定金合同；收受定金一方提出异议并拒绝接受定金的，定金合同不生效。

【例题·单选题】甲向乙订购 10 万元货物。双方为此签订定金合同，约定甲预先向乙支付定金 3 万元。合同订立后，乙只收到甲支付的 1 万元定金，乙对此没有异议。因此，该定金合同（ ）。

- A. 不成立，因为实际交付的定金少于约定数额
- B. 不生效，因为实际交付的定金少于约定数额
- C. 无效，因为约定的定金数额超过合同标的额的 20%
- D. 变更，因为实际交付的定金少于约定数额

【答案】D

【解析】实际交付的定金数额多于或者少于约定数额，视为变更定金合同；收受定金一方提出异议并拒绝接受定金的，定金合同不生效。