抵押/ 质押 / 留置 / 保证 / 定金

担保

疑难问题专家解析

DAN BAO
YINAN WENTI ZHUANJIA JIEXI

戚文波 阎秋芹 董浩 ◎编著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

担保

疑难问题专家解析

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目（CIP）数据

担保疑难问题专家解析/戚文波，阎秋芹，董浩编著．
—北京：中国法制出版社，2012.6
ISBN 978-7-5093-3803-2

Ⅰ.①担… Ⅱ.①戚… ②阎… ③董… Ⅲ.①担保法
-研究-中国 Ⅳ.①D923.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2012）第 119501 号

责任编辑 赵宏　　封面设计 周黎明

担保疑难问题专家解析
DANBAO YINANWENTI ZHUANJIA JIEXI

编著/戚文波 阎秋芹 董 浩
经销/新华书店
印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司
开本/880×1230 毫米 32　　印张/12.75 字数/270 千
版次/2012 年 7 月第 1 版　　2012 年 7 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版
书号 ISBN 978-7-5093-3803-2　　定价：35.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031　　传真：66031119
网址：http://www.zgfzs.com　　**编辑部电话：66010483**
市场营销部电话：66017726　　**邮购部电话：66033288**

目 录
CONTENTS

第一章 抵 押

第一节 抵押物 / 1

1. 以乡(镇)、村企业的厂房等建筑物抵押的,该建筑物占用范围内的集体土地使用权能否一并抵押? / 1
2. 哪些财产不得抵押? / 3
3. 任何学校、医院的任何财产都不能设定抵押吗? / 6
4. 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,是否影响抵押权的效力? / 9
5. 采矿权可否设定抵押? / 12
6. 海关监管货物能否抵押贷款? / 15
7. 在建工程抵押需要什么条件? / 21
8. 建设用地使用权抵押和集体土地使用权抵押应注意什么问题? / 23
9. 建设用地使用权是否只能用于向银行办理抵押贷款? / 24

10. 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，土地使用权部分是否抵押无效？/ 25

11. 建设用地使用权抵押后新增的建筑物属于抵押财产吗？/ 26

12. 以违法、违章建筑抵押的如何处理？/ 29

13. 限制流通的财产可否抵押？/ 31

14. 抵押人所担保的债权超出其抵押物价值的，如何处理？/ 32

第二节 抵押合同和抵押物登记 / 33

15. 抵押人未签字，抵押合同是否成立生效？/ 33

16. 办理土地使用权抵押登记是否审查抵押金额？/ 36

17. 车辆、船舶、航空器的抵押是登记生效还是登记对抗？/ 38

18. 仅交付产权凭证未办理登记，该房屋抵押合同是否成立？/ 40

19. 以新换旧合同中，抵押是否一定要重新办理登记？/ 43

20. 国有企业不动产抵押是否必须经过政府主管部门批准？/ 44

21. 何种条件下抵押合同不成立？/ 48

22. 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，抵押是否成立？/ 50

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

23. 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。该内容的无效是否影响抵押合同其他部分内容的效力?/ 57

24. 如何确定登记的抵押权顺序?/ 58

25. 建筑物抵押的程序为何?/ 63

26. 可否以即将取得的财产抵押?/ 64

27. 因登记部门的原因致使无法办理抵押物登记的,房地产抵押的效力应当如何认定?/ 75

28. 因登记部门的原因致使抵押物进行连续登记的,如何确定抵押登记的日期?/ 76

第三节 抵押的效力和实现 / 78

29. 未经其他共有权人同意私自将共有财产进行抵押的是否有效?/ 78

30. 盗用他人房产证抵押担保是否有效?/ 82

31. 房产证被撤销的抵押是否有效?/ 85

32. 以尚未办理权属证书的财产抵押的,抵押是否有效?/ 91

33. 不动产抵押合同何时生效?/ 94

34. 抵押权可否转让取得?/ 96

35. 抵押权的效力、转让、实现?/ 97

36. 抵押权转让是否需要登记?/ 100

37. 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,按什么顺序清偿?/ 103

38. 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该如何处理?/ 104

39. 生效的仲裁裁决书能否对抗经登记的抵押权?/ 105

40. 抵押物登记记载的内容与抵押合同约定的内容不一致的,怎样确定?/ 123

41. 什么是浮动抵押?/ 126

42. 抵押权的效力是否及于抵押物的从物?/ 127

43. 抵押权、留置权能否作为遗产继承?/ 128

44. 已经抵押的房屋能否再出租?/ 129

45. 已出租的房地产如何办理抵押?/ 132

46. 抵押权存续期间,抵押人可否转让抵押物?/ 133

47. 抵押物的善意受让人应否承担抵押义务?/ 135

48. 抵押物依法被继承或者赠与的,对抵押权有无影响?/ 141

49. 遭遇恶意抵押该如何处理?/ 143

第二章 质 押

第一节 动产质押 / 153

50. 如何订立质押合同?/ 153

51. 债务人不交付质物,质权人如何维护自己的权利?/ 158
52. 何种物可以作为质物?质物担保的范围为何?/ 159
53. 质权与动产交付有何不同?/ 161
54. 未经担保人同意变更主合同,担保合同是否继续有效?/ 162
55. 对出质人不履行出质义务的违约救济?/ 165
56. 出质人的权利义务?/ 167
57. 出质人可否向其他担保人追偿?/ 170
58. 质权人的权利和义务?/ 171
59. 质权人未返还质物致出质人损失的,责任谁担?/ 174
60. 贷款到期后不行使质权致质物贬值要求以质物抵偿贷款的如何处理?/ 181
61. 我国法律是否承认转质?/ 184
62. 质押后质物由出质人占有使用质权是否还有效?/ 187
63. 出质人和质权人是否可以在合同中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?/ 189
64. 以第三人占有的财产出质如何认定交付?/ 190
65. 质物不明确的,质押合同是否有效?/ 191
66. 质权可否善意取得?/ 193
67. 可否设定金钱质权?/ 196
68. 在我国可否设定最高额质押?/ 197

第二节 权利质押 / 201

69. 对存单质押如何认定和处理? / 201

70. 擅用他人存单签订的质押合同是否有效? / 202

71. 部分专利权人是否具备出质人的资格? / 203

72. 专利权出质人的义务? / 205

73. 哪些权利可以出质? / 207

74. “应收账款质押”应注意哪些问题? / 215

75. 以虚开的存单进行质押应该如何处理? / 218

第三章 留 置

76. 我国法律对留置权是如何规定的? / 220

77. 民事留置权的成立要件为何? / 222

78. 商事留置权的成立要件为何? / 224

79. 特别留置权的成立要件为何? / 225

80. 何种情况下不得留置? / 227

81. 留置权是否有对抗效力? / 229

82. 留置权所担保的债权范围当事人可否约定? / 229

83. 留置财产是否可分对留置权的影响? / 230

84. 留置权如何行使? / 231

85. 留置权行使有哪些条件? / 232

86. 留置权人如何行使留置权? / 233

第四章 保 证

第一节 保证人 / 235

87. 哪些人可以做保证人? / 235

88. 分支机构作保证人应该注意什么问题? / 242

89. 职能部门可否作担保人? / 246

90. 代表处可否作担保人? / 248

91. 担保人和保证人有什么区别? / 250

第二节 保证合同和保证方式 / 251

92. 安慰函是否是保证合同? / 251

93. 保证人如何承担保证责任? / 254

94. 共同保证人的追偿权如何行使? / 258

95. 连带共同保证人之间的追偿权如何行使? / 259

96. 连带共同保证人应承担何种保证责任? / 263

97. 对注册资金的保证责任如何? / 264

98. 保证监督专款专用是否属于保证合同? / 273

99. 以保证人身份在合同上承保是否成立保证关系? / 278

100. 保证承诺书的性质如何认定? / 279

101. 口头保证合同是否成立? / 281

102. 以贷还贷中保证合同的效力如何认定? / 283

103. 对外担保合同无效的情形有哪些? / 287

第三节 保证责任 / 288

104. 什么是最高额保证? / 288

105. 对保证合同的保证期间如何确定? / 293

106. 最高额保证的保证期间如何确定? / 294

107. 如何理解先诉抗辩权? / 297

108. 债权人怠于行使权利保证人可否免责? / 300

109. 债权转移后原保证人是否还承担保证责任? / 302

110. 债务转移后保证人是否继续承担保证责任? / 303

111. 主合同变更保证人是否仍承担保证责任? / 306

112. 保证人死亡时保证责任是否转移? / 309

113. 主债务人破产会对保证人的责任产生何种影响? / 311

114. 保证人破产时债权人如何保护自己的债权? / 315

115. 保证人是否有权要求提前实现担保物权? / 317

第五章 定 金

116. 法律对定金的数额有无限制? / 319

117. 当事人可否向法院请求强制交付定金? / 320

118. 违约定金的处罚条件是什么? / 321

119. 部分履行主合同时如何适用定金处罚? / 323

120. 遭遇不可抗力是否一定免于处罚定金? / 325

121. 第三人原因导致合同不能履行的能否适用定金罚则? / 326

此为试读,需要完整PDF请访问: www.ertongbook.com

122. 定金与损害赔偿可否并罚？/ 327
123. 定金与违约金可否并罚？/ 328
124. 我国在违约定金之外还有其他类型的定金吗？/ 330
125. 商品房销售中的“内部认购”属于定金吗？/ 331
126. 成约定金未交付合同一定不生效吗？/ 333
127. 提前解约的能要求返还押金吗？/ 335
128. 如何识别所交押金是否属于定金？/ 336
129. “订金”与“定金”有什么不同？/ 339
130. 定金合同订立后少交付或多交付定金该如何处理？/ 340

第六章 担保纠纷诉讼问题

131. 保证与物的担保并存的如何进行诉讼？/ 342
132. 债权人单独起诉债务人或担保人单独作为被告的案件管辖 / 343
133. 债务人与担保人必须作为共同被告案件如何确定管辖？/ 344
134. 主从合同协议管辖选择法院不一致时管辖的确定 / 345
135. 我国是否存在独立担保？/ 346
136. 债权人一并起诉债务人和一般保证人的如何处理？/ 346
137. 债权人只起诉债务人如何处理？/ 347
138. 债权人只起诉一般保证人的如何处理？/ 348
139. 连带保证纠纷案件如何处理？/ 349

附 录

中华人民共和国物权法(节录) /351
(2007 年 3 月 16 日)
中华人民共和国担保法 /366
(1995 年 6 月 30 日)
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 /380
(2000 年 12 月 8 日)

第一章

抵　押

第一节　抵押物

1. 以乡（镇）、村企业的厂房等建筑物抵押的，该建筑物占用范围内的集体土地使用权能否一并抵押？

【专家解析】

根据《物权法》第183条的规定："乡镇、村企业的建设用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，其占用范围内的建设用地使用权一并抵押。"本条是关于乡镇、村企业的建筑物和建设用地使用权抵押的规定。我国对耕地实行特殊保护，严格限制农用地转为建设用地。除兴办乡镇企业和村民建设住

宅经依法批准使用本农民集体所有的土地，或者乡镇、村公共设施和公益事业建设经依法批准使用农民集体所有的土地的外，任何单位和个人进行建设，需要使用土地的，必须依法申请使用国有土地。由于抵押权的实现会带来建设用地使用权转让的后果，对农村建设用地的抵押不作任何限制，可能出现规避法律，以抵押为名，目的在于将农村集体所有的土地直接转为城市建设用地的情况。为了从严控制农村集体所有的土地的转让，又为农村工业化发展创造必要的条件，本条规定："乡镇、村企业的建设用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一并抵押。"也就是说，乡镇、村企业不能仅以集体所有的建设用地使用权抵押，但可以将乡镇、村企业的厂房等建筑物抵押，以厂房等建筑物抵押的，其占用范围内的建设用地使用权一并抵押。法律虽然允许乡镇、村企业的建设用地使用权随厂房等建筑物一并抵押，但对实现抵押权后土地的性质和用途做了限制性规定。本法第二百零一条规定，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的用途。也就是说，即使乡镇、村企业的建设用地使用权随其厂房等建筑物被拍卖了，受让的土地仍然属于农村集体所有。如果该土地原为工业用途，未经有关部门批准，买受人不能将该土地用于商业、旅游和住宅建设。为了有利于乡（镇）、村企业的发展，法律允许乡（镇）、村企业在以其厂房等建筑物抵押时，连同建筑物占用的集体所有土地使用权一并抵押。要注意两点，一是乡（镇）村企业的土地使用权不得单独抵押，只允许在抵押企业的厂房等建筑物时，该建筑物占用范围内的集体所有土地使用权一并抵押。二是在实现抵押权后，未经法定程序不得改变土地集体所有的性质和土地的用途。这是因为我国人口

众多，而农业用地太少，为了严格控制农业用地的流失，法律规定改变集体所有土地的性质和用途必须经过国家征用的法定程序，因此，在没有经过征用程序前，即使集体所有土地的使用权随企业的厂房等建筑物一并抵押而发生转让，也不得改变集体所有土地的性质和土地的用途。这里所说的“不得改变土地的用途”是指还要用于农业，不能用于建造住宅等非农业项目。

2. 哪些财产不得抵押？

【专家解析】

根据《物权法》第184条规定，下列财产不得抵押：

1. 土地所有权。土地作为不动产，在我国属于禁止流通物。土地所有权既包括国有土地所有权，也包括集体所有土地的所有权。目前，我国法律没有规定对国有土地所有权可以抵押。集体所有土地分为农用地和建设用地，农用地除“四荒地”即荒山、荒沟、荒丘、荒滩的承包经营权外，一般不允许抵押。

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。目前，耕地在逐年减少，因此禁止以耕地抵押。宅基地是农民生活的必需和赖以生存的所在，是农民安身立命之本，一旦失去，将会丧失基本生存条件，影响稳定，故宅基地禁止抵押。自留地、自留山是农民作为生活保障的基本生产资料，带有社会保障性质，从保护农民的利益出发，禁止以自留地、自留山的使用权抵押。根据物权法第180条第3项和第183条的规

定，荒山、荒沟、荒丘、荒滩等荒地使用权和乡镇、村厂房等建筑物占用范围内的集体建设用地使用权可以抵押。

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。学校、幼儿园不论是公办的还是民办的，都是为社会公益目的而设立的，教育设施是用来教书育人的，如果允许抵押，一旦实现抵押权，会严重造成学生失学，从教育的目的出发，应当禁止以教育设施抵押。医院是为了保证公众健康而设立的，如果允许以设施抵押，一旦实现抵押权，就会影响公众看病、治病，不利于保障人民健康。除学校、幼儿园、医院外，其他社会公益设施也不得抵押。比如，不得将公共图书馆、科学技术馆、博物馆、国家美术馆、少年宫、工人文化宫、敬老院、残疾人福利基金会等用于社会公益目的的设施抵押。

4. 所有权、使用权不明或者有争议的财产。财产所有权是指权利主体依法对自己的财产占有、使用、收益和处分的权利。财产使用权是指依法对财产使用、收益的权利。如果一项财产的所有权或者使用权不明确，甚至是有争议的，将其抵押不仅可能侵犯所有权人或者使用权人的合法权利，而且可能引起矛盾和争议，使得社会关系更加紊乱。因此，所有权、使用权不明或者有争议的财产不得抵押。

5. 依法被查封、扣押、监管的财产。依法查封、扣押财产是人民法院或者行政机关采取强制措施将财产就地贴上封条或者运到另外的处所，不准任何人占有、使用或者处分。依法监管的财产，是指行政机关依照法律规定监督、管理的财产。比如海关依照有关法律、法规，监管进出境的运输工具、货物、行李物品、邮递物品和其他物品。对违反海关法和其他有关法律法规规定的进出境货物、物品予以扣留。依法被查封、扣押、监管的财产，其合法性处于不确定状态，国家法律不能予以确认和保护。因此，禁止以依法被查

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com