

何志 著

担保法疑难问题阐释

全国审判业务专家
阐释疑难问题丛书

Quanguo Shenpan Yewu Zhuanjia
Chanshi Yinan Wenji Congshu

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

何志 著

担保法疑难问题阐释

全国审判业务专家
阐释疑难问题丛书

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

担保法疑难问题阐释/何志著. —北京: 中国法制出版社, 2011. 1

(全国审判业务专家阐释疑难问题丛书)

ISBN 978 - 7 - 5093 2530 - 8

I. ①担… II. ①何… III. ①担保法 - 审判 - 案例 - 分析 - 中国 IV. ①D923. 25

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 001448 号

策划编辑 陈晟

封面设计 李宁

担保法疑难问题阐释

DANBAOFA YINAN WENTI CHANSHI

著者/何志

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/787×960 毫米 16

版次/2011 年 3 月第 1 版

印张/25.5 字数/311 千

2011 年 3 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 2530 - 8

定价: 69.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66066620

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66067369

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

目 录

第一部分 担保法总论

疑难问题一 劳动合同的担保是否为《担保法》所调整	3
【核心提示】 劳动合同的担保因不属于债权担保的范畴，因此不为《担保法》所调整	
疑难问题二 劳务输出担保是否为《担保法》所调整	6
【核心提示】 劳务输出合同的担保因明确约定了一方的违约责任，担保人自愿为违约责任提供担保，属于民事担保范围，因此为《担保法》所调整	
疑难问题三 反担保方式与担保方式是否一致	10
【核心提示】 担保方式包括保证、抵押、质押、留置、定金五种方式，而反担保则只能存在于保证反担保、抵押反担保、质押反担保	
疑难问题四 独立担保合同的约定是否有效	12
【核心提示】 国内独立担保的约定无效，涉外独立担保的约定依照法律规定。但国内独立担保的约定无效后，对担保合同要按照一般担保合同处理	
疑难问题五 批准或者登记是否影响对外担保的效力	15
【核心提示】 对外担保未经国家有关主管部门批准或者登记的，担保合同无效。由此而造成的损失，由当事人根据其过错承担相应的责任	
疑难问题六 担保合同效力确认时如何理解因违反 “强制性规定”而无效	18
【核心提示】 担保合同违反效力性强制规定的，合同应被认定无效；担保合同违反管理性强制规定的，合同未必无效	
疑难问题七 国家机关等提供的担保是否有效	20
【核心提示】 国家机关和以公益为目的的事业单位、社会团体违反法律提供担保的，担保合同无效。若学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体，以其教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施以外的财	

产为自身债务设定抵押的，人民法院可以认定抵押有效

疑难问题八 公司为本公司的股东担保的效力认定 23

【核心提示】公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议，该股东或者实际控制人支配的股东不得参加表决，该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。否则，担保无效

疑难问题九 担保合同无效的处理 28

【核心提示】主合同有效而担保合同无效，债权人无过错的，担保人承担连带赔偿责任。债权人、担保人有过错的，担保人在不超过债务人不能清偿部分的二分之一内承担责任；主合同无效而导致担保合同无效，担保人无过错的，则不承担责任。担保人有过错的，在不超过债权人不能清偿部分的三分之一内承担责任

疑难问题十 因欺诈、胁迫所签订的担保合同属于无效合同 还是可撤销合同 31

【核心提示】因欺诈、胁迫所签订的担保合同依据《担保法》及其司法解释的规定，当属于无效担保合同

疑难问题十一 无效担保合同的担保人在承担赔偿责任后， 担保人是否享有追偿权 33

【核心提示】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

疑难问题十二 担保物权合同的生效与担保物权的设立是否一致 35

【核心提示】担保物权合同的生效应当依《合同法》的规定，担保物权的设立应当依《物权法》的规定，不能将担保物权合同的生效与担保物权的设立混为一谈

疑难问题十三 人保和物保并存时应当如何处理 40

【核心提示】人保和物保有约定的，从其约定；物保是债务人所提供的物，债权人应当就债务人的物保优先受偿。债权人放弃物保的，其他担保人在债权人放弃债务人的物保范围内免除担保责任；物保是第三人所提供的物，债权人可以要求人保或者物保承担担保责任，谁都不得拒绝

疑难问题十四 让与担保应当如何处理 43

【核心提示】让与担保是债务人或第三人为担保债务人的债务，将担保标

的物的权利移转于债权人，于债务清偿后，标的物应返还于债务人或第三人，于债务不履行时，担保权人可就该标的物优先受偿的权利

疑难问题十五 如何理解所有权保留 46

【核心提示】所有权保留是在移转财产所有权的商品交易中根据法律规定或当事人的约定，财产所有人移转财产占有于对方当事人，而仍保留其对该财产的所有权，待对方当事人交付价金或完成特定条件时，该财产的所有权才发生移转的一种法律制度

疑难问题十六 所有权保留与担保物权的对抗效力如何 49

【核心提示】所有权保留和担保物权是根据不同法律制度而产生的两种平等的民事权利，当二者因共同依存于同一动产而产生权利冲突时应当首先对担保物权的可保护性进行界别，当其构成“善意取得”时，则担保物权应受到优先保护；否则，所有权保留优先。在不动产物权及需经登记公示的部分特殊动产物权体系中，担保物权的设定与所有权保留均需借助登记制度来实现，故应以物权登记规则来判定两种权利的优先性

疑难问题十七 诉讼时效制度的适用范围如何 53

【核心提示】债权请求权适用诉讼时效的规定。债包括合同之债、无因管理之债、不当得利之债和损害赔偿之债，无论何种债的关系，其请求权均适用诉讼时效。但对于支付存款本息请求权、兑付国债、金融债券和向不特定对象发行的企业债券本息请求权以及基于投资关系产生的缴付出资请求权不适用诉讼时效的规定

疑难问题十八 诉讼时效利益可否抛弃 58

【核心提示】当事人违反法律规定，约定延长或者缩短诉讼时效期间、预先放弃诉讼时效利益的，人民法院不予认可。但诉讼时效进行中或者完成后抛弃诉讼时效利益则并无不可

疑难问题十九 人民法院能否主动援引诉讼时效 61

【核心提示】时效利益是否抛弃，纯属义务人的利益，按照意思自治原则，完全应由义务人决断，人民法院不得向义务人释明诉讼时效届满的抗辩权，也不得主动援引诉讼时效

疑难问题二十 合同无效情况下诉讼时效如何起算 64

【核心提示】在合同无效的情况下，诉讼时效的起算应当参照合同有效情况下的起算

疑难问题二十一 如何理解担保物权的存续期间问题 66

【核心提示】当事人约定或者登记机关设置的担保物权期间没有法律约束力。抵押权在主债权超过诉讼时效后消灭，而质权、留置权则不同

疑难问题二十二 《物权法》和《担保法》对担保物权的规定主要哪些方面不同 69

【核心提示】《物权法》与《担保法》对担保物权的规定颇不一致，诸如区分设定担保物权合同是否生效的判断与是否发生担保物权设定法律效果的判断、担保物权标的物范围的扩大、独立担保合同的适用、物保与人保并存的处理、抵押权行使期间、担保物权行使的条件与方式、浮动抵押的增设等

第二部分 保证担保

疑难问题一 保证人的配偶应否对保证之债承担保证责任 81

【核心提示】保证行为是为债权人利益而非为家庭利益而作出，故保证之债不应当认定为夫妻关系存续期间的共同债务

疑难问题二 如何理解保证人的“清偿能力” 83

【核心提示】保证人的清偿能力不属于民事行为能力范围，其清偿能力与保证合同的效力无关

疑难问题三 承诺函是否构成担保法意义上的保证 86

【核心提示】承诺函一般不构成《担保法》意义上的保证，但具有实质的保证内容的承诺函则构成保证，应当承担保证责任

疑难问题四 银行承诺监督专款专用是否构成担保法意义上的保证 88

【核心提示】银行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

疑难问题五 从事公共服务性质的经营单位所提供担保的效力认定 90

【核心提示】从事公共服务性质的经营单位为保证人的，如无其他导致保证合同无效的情况，其所签订的保证合同应当认定为有效

疑难问题六 企业法人的分支机构所提供保证的效力认定 93

【核心提示】 企业法人的分支机构未经法人书面授权或者超出授权范围与债权人订立保证合同的, 该合同无效或者超出授权范围的部分无效, 债权人和企业法人有过错的, 应当根据其过错各自承担相应的民事责任; 债权人无过错的, 由企业法人承担民事责任

疑难问题七 保证人意思表示瑕疵的保证合同的效力如何认定 97

【核心提示】 主合同当事人恶意串通骗取保证人提供保证的, 保证合同无效, 保证人不承担责任; 主合同债权人采取欺诈、胁迫等手段骗取保证人提供保证的, 保证合同无效, 保证人不承担责任

疑难问题八 共同保证的保证人追偿权如何行使 101

【核心提示】 共同保证中承担了保证责任的保证人可依照保证人之间的约定或法律的规定向主债务人或其他保证人行使追偿权

疑难问题九 保证方式约定不明时应当如何认定 104

【核心提示】 保证方式的确定除保证人明确约定承担一般保证责任外, 原则上认定为连带责任保证; 一般保证的保证人享有先诉抗辩权, 但出现法律规定情形时不得行使先诉抗辩权

疑难问题十 如何理解保证期间的法律性质 107

【核心提示】 保证期间不因任何事由发生中断、中止、延长的法律后果, 因此, 保证期间的法律性质应当属于除斥期间

疑难问题十一 如何理解一般保证的保证期间 110

【核心提示】 在一般保证情况下, 在合同约定的保证期间和法定 6 个月的保证期间, 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; 债权人已提起诉讼或者申请仲裁的, 保证期间适用诉讼时效中断的规定

疑难问题十二 如何理解连带责任保证的保证期间 113

【核心提示】 连带责任保证中, 债权人在合同约定的保证期间或法定的保证期间 6 个月内未要求保证人承担保证责任的, 保证人免除保证责任; 债权人已提起诉讼或者申请仲裁的, 保证期间适用诉讼时效中断的规定

疑难问题十三 主合同没有约定履行期间, 保证期间如何起算 119

【核心提示】 主合同对主债务履行期限没有约定或约定不明的, 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

疑难问题十四 保证合同约定的保证期间能否早于或等于主债务的履行期限 122

【核心提示】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

疑难问题十五 保证期间约定不明时应当如何处理 124

【核心提示】当事人没有约定保证期间的，适用6个月的法定保证期间；约定的保证期间无效的，同样适用6个月的法定保证期间；保证期间约定“到本息还清时为止”等情形的，适用2年的保证期间

疑难问题十六 保证合同约定的保证期间短于6个月或长于

2年的，应当如何认定 127

【核心提示】保证合同约定的保证期间短于6个月或长于2年的，原则上从约定，但以不违背诚实信用、公序良俗原则为限

疑难问题十七 约定保证期间超过主债务履行期届满后2年，

应当如何处理 129

【核心提示】约定的保证期间超过主债务的诉讼时效，该约定依然有效，但保证人依法享有主债务人因诉讼时效届满而免除债务的抗辩权

疑难问题十八 保证期间届满的法律后果 132

【核心提示】保证期间届满前债权人未依法向保证人主张保证责任的，保证责任消灭。保证责任消灭后，债权人书面通知保证人要求其承担保证责任或者清偿债务，保证人在催款通知书上签字的，人民法院不得认定保证人继续承担保证责任。但是，该催款通知书内容符合《合同法》和《担保法》有关担保合同成立的规定，并经保证人签字认可，能够认定成立新的保证合同的，人民法院应当认定保证人按照新保证合同承担责任

疑难问题十九 如何理解保证期间与诉讼时效期间的区别 137

【核心提示】保证期间属于除斥期间，不适用中止、中断和延长的规定；诉讼时效期间适用中止、中断和延长的规定

疑难问题二十 保证责任诉讼时效期间如何起算 140

【核心提示】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

疑难问题二十一 主债务诉讼时效与保证债务诉讼时效之间的

相互影响 144

【核心提示】主债务与保证债务的从属性决定了主债务消灭，保证债务也消灭。如果主债务诉讼时效届满，债权人丧失主债务的胜诉权，也当然丧失保证之债的胜诉权

疑难问题二十二 主合同主体的变更对保证人保证责任的影响…… 148

【核心提示】主合同债权人转让债权时，无须经过保证人的同意，保证人应在原保证担保的范围内继续承担保证责任；主合同债务人转移债务时，则必须经保证人书面同意，否则，保证人免除转移债务部分的担保保证责任

疑难问题二十三 主合同内容变更对保证人保证责任的影响…… 151

【核心提示】未经保证人同意，主合同内容变更后，减轻债务人的债务的，保证人应当对变更后的合同承担保证责任；如果加重债务人的债务的，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作了变更，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

疑难问题二十四 如何准确理解最高额保证 …… 154

【核心提示】最高额保证合同对保证期间没有约定或者约定不明，如最高额保证合同约定有保证人清偿债务期限的，保证期间自清偿期限届满之日起6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6个月

疑难问题二十五 共同保证的求偿权如何实现 …… 160

【核心提示】在共同保证中，没有约定保证份额的，保证人承担连带责任，债权人可以要求任何一个保证人承担全部保证责任，保证人都负有担保全部债权实现的义务。已承担全部保证责任的保证人，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

疑难问题二十六 注册资金的保证责任如何承担 …… 163

【核心提示】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抽逃转移注册资金的范围内承担连带保证责任

疑难问题二十七 以贷还贷对保证人有何影响 …… 169

【核心提示】主合同当事人双方协议以新贷偿还旧贷，除保证人知道或者应当知道的外，保证人不承担民事责任。但是新贷与旧贷系同一保证人的，不能免除保证人的保证责任

疑难问题二十八 主债务人破产与保证责任 175

【核心提示】保证期间，人民法院受理债务人破产案件的，债权人既可以向人民法院申报债权，也可以向保证人主张权利。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6个月内提出

第三部分 抵押担保

疑难问题一 《担保法》与《物权法》如何衔接适用 181

【核心提示】在处理《担保法》等法律与《物权法》衔接问题时，应当坚持“法不溯及既往”的法律原则，凡是发生在《物权法》施行之前的担保物权行为，应当适用《担保法》及其司法解释的规定；《物权法》实施后，在处理《担保法》等法律与《物权法》的冲突时，应当根据“上位法优于下位法”、“新法优于旧法”、“特别法优于一般法”的原则解决法律冲突问题

疑难问题二 抵押权应当如何设定 185

【核心提示】抵押权的设定，仍取决于当事人依照抵押合同的约定履行设定抵押权行为，即办理抵押登记，抵押权自抵押物登记之日起发生法律效力，但法律另有规定的除外，即抵押权的取得自抵押合同签订后生效，但不得对抗第三人

疑难问题三 尚未办理或者正在办理权属证书的财产能否设定抵押 188

【核心提示】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

疑难问题四 学校的财产能否设定抵押 190

【核心提示】学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体，以其教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施以外的财产为自身债务设定抵押的，人民法院可以认定抵押有效

疑难问题五 集体土地使用权能否设定抵押 192

【核心提示】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

疑难问题六 农村的私房能否设定抵押	194
【核心提示】农村的私房应当允许设定抵押，但抵押权的实现要遵循《土地管理法》规定的宅基地土地使用权流转的限制性规则	
疑难问题七 夫妻共有财产抵押的效力如何	196
【核心提示】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，其他共有人知道或应当知道而未提出异议的视为同意，抵押有效	
疑难问题八 违法、违章建筑物能否设定抵押	198
【核心提示】以法定程序确认为违法、违章的建筑物抵押的，抵押无效	
疑难问题九 企业法人分支机构未经授权以登记在其名下的 房地产为他人提供抵押的效力如何	199
【核心提示】企业法人分支机构以登记在其名下的房地产为他人提供抵押，抵押合同有效，抵押权只要其设定符合《物权法》的规定即可取得	
疑难问题十 建设用地使用权与地上建筑物能否分别抵押	201
【核心提示】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	
疑难问题十一 绝押合同效力的认定	204
【核心提示】抵押合同中约定有绝押条款，该绝押条款无效，但不影响抵押合同其他部分内容的效力	
疑难问题十二 应当如何认定恶意抵押	208
【核心提示】债务人有多数普通债权人的，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	
疑难问题十三 借款人以贷还贷抵押人应否担责	211
【核心提示】以贷还贷的协议明确约定抵押人的抵押担保责任，且抵押人在合同中明确以原抵押物作为抵押担保，没有必要再办理抵押权登记	
疑难问题十四 抵押权登记的效力如何	214
【核心提示】物权法对抵押权登记的效力采用混合主义，即登记生效主义与登记对抗主义相结合的立法原则	

疑难问题十五 因登记机关的过错是否承担赔偿责任 218

【核心提示】抵押登记机关在办理抵押登记过程中，由于工作存在疏忽或失职，造成抵押登记没有效力，给抵押权人造成损失的，应当承担损害赔偿责任

疑难问题十六 国有划拨土地使用权能否抵押 221

【核心提示】国有划拨土地使用权抵押，除依法办理抵押登记手续外，还应当经具有审批权限的人民政府或土地行政管理部门批准。否则，应认定抵押无效

疑难问题十七 商品房预售与抵押权竞合的处理 224

【核心提示】商品房预售与抵押权竞合，可以区分为两种情况：先抵后售和先售后抵。前者可分为已设定土地使用权抵押的商品房的预售和已设定在建工程抵押的商品房的预售；后者可分为预售后又设定一般抵押权和预售后又成立法定抵押权

疑难问题十八 抵押权与租赁权竞合的处理 228

【核心提示】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

疑难问题十九 工程款优先权与抵押权和购买权竞合的处理 231

【核心提示】工程款优先权与抵押权竞合时，工程款优先权优先于抵押权；在消费者已交付房款，并已经办理产权过户登记的情形下，消费者已经取得房屋所有权，就该房屋而言，工程款优先权已归于消灭；在开发商尚未交房或虽交房而尚未办理产权过户，但消费者交付了全部或者大部分款项的情形下，工程款优先权不能对抗消费者

疑难问题二十 主合同变更对抵押权是否有影响 234

【核心提示】如抵押人与债务人为同一人时，主合同变更对抵押权没有影响；如抵押人与债务人不是同一人时，主合同若增加了抵押人的责任，抵押人对增加部分不承担责任，若减少了抵押人的责任，抵押人按减少后的承担责任

疑难问题二十一 《担保法》与《物权法》对抵押物转让的规定
有何不同 237

【核心提示】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。未经抵押权人同意抵押物转让合同是有效合同,未告知受让人转让的财产已抵押的,转让合同属于可撤销合同。未经抵押权人同意抵押人转让抵押物的,抵押权人可以追及物之所在行使抵押权

疑难问题二十二 抵押权转让有何规定 243

【核心提示】抵押权是一种担保债权实现的物权,它的成立和实现要以一定债权关系存在为前提,而且从属于债权关系。除抵押人与抵押权人有特殊约定外,抵押权随被担保的债权的让与而移转,无须征得抵押人的同意

疑难问题二十三 抵押权能否善意取得 247

【核心提示】不动产抵押权因经过抵押权登记而产生抵押权的公示、公信力,抵押权能够适用善意取得;动产抵押权经过登记的,可以适用善意取得;未经登记的,因不具有对抗第三人的效力,故不能适用善意取得

疑难问题二十四 抵押权的效力是否及于抵押物的代位物 251

【核心提示】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

疑难问题二十五 抵押物遭遇危险时能否保全抵押权 255

【核心提示】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。抵押物的价值减少时,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

难问题二十六 如何理解抵押权的实行方法 258

【核心提示】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1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

疑难问题二十七 抵押权实行的优先顺序 264

【核心提示】同一财产向两个以上债权人抵押的,构成抵押权的竞存。抵

押权竞存时各抵押权所担保的债权的清偿按照以下顺序进行：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；抵押权已登记的先于未登记的受偿；抵押权均未登记的，按照债权比例清偿

疑难问题二十八 建设用地使用权抵押后新增建筑物如何处理 267

【核心提示】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

疑难问题二十九 最高额抵押中被担保债权的确定 269

【核心提示】最高额抵押设定时仅约定了一定期间内被担保债权的最高限额，实际发生的债权数额于抵押权实行时方能确定。发生下列情形时抵押权人的债权确定：约定的债权确定期间届满；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；新的债权不可能发生；抵押财产被查封、扣押；债务人、抵押人被宣告破产或者被撤销；法律规定债权确定的其他情形

第四部分 质押担保

疑难问题一 口头质押合同的效力如何认定 275

【核心提示】债务人或第三人与债权人口头约定由前者提供质物给后者设定动产质权，债权人能够证明其与债务人或第三人之间的合同关系，则人民法院应当确认质押合同已经成立并生效

疑难问题二 质权如何设立 278

【核心提示】出质人和质权人之间应当以书面形式订立质押合同，质权尚须履行一定的法律手续才能生效，即质权以质物或权利凭证移交质权人占有为生效要件。法律规定应当进行登记的，质权自登记时起生效

疑难问题三 质权与抵押权如何区分 280

【核心提示】质权与抵押权在标的物范围、占有原则、生效原则、设立原则、收取孳息等方面存在不同

疑难问题四 质物的范围如何界定 283

【核心提示】质物分为动产质物和财产权利质物；金钱以特户、封金、保证金等形式特定化后，可以作为质物出质

疑难问题五 动产质权能否善意取得	290
【核心提示】《物权法》规定了统一适用于动产和不动产的所有权善意取得制度，同时明确了当事人善意取得其他物权的参照规则，为动产质权适用善意取得制度奠定了法律基础，动产质权自然可以善意取得	
疑难问题六 如何理解动产质权的转质权	293
【核心提示】质权人在质权存续期间，为担保自己的债务，经出质人同意，以其所占有的质物为第三人设定的质权有效。转质权的效力优于原质权	
疑难问题七 “不得转让”的票据能否质押	299
【核心提示】质权自权利凭证交付质权人时设立。出质人与质权人没有背书记载“质押”字样，不能对抗善意第三人	
疑难问题八 存单核押的法律责任	303
【核心提示】以存款单出质的，签发银行核押后又受理挂失并造成存款流失的，应当承担民事责任	
疑难问题九 如何理解存单质押	310
【核心提示】存单持有人以伪造、变造的虚假存单质押的，质押合同无效；存单持有人以金融机构开具的、未有实际存款或与实际存款不符的存单质押，该质押无效；以金融机构核押的存单出质的，即便存单系伪造、变造、虚开，质押合同均为有效，金融机构应当依法向质权人兑付存单所记载的款项	
疑难问题十 不动产收益权质押	319
【核心提示】以公路桥梁、公路隧道或者公路渡口等不动产收益权出质的，属于《担保法》第75条第四项规定的“依法可以质押的其他权利”	
疑难问题十一 应收账款能否设置质押	326
【核心提示】应收账款质押是应收账款的债权人将其对债务人的应收账款的债权向他人提供质押担保并获得贷款的行为，这种担保应属于权利质中的普通债权质	

第五部分 留置担保

疑难问题一 如何理解留置权的法律特性	335
【核心提示】留置权具有法定性、从属性、二次发生效力性、不可分性、	

物上代位性、实体公平性

疑难问题二 如何界定留置财产的范围 338

【核心提示】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

疑难问题三 如何有效设立留置权 342

【核心提示】留置权的设立，要求债权人必须已经合法占有债务人的动产且该动产与债权人的债权应来自于同一法律关系，但企业之间留置的除外。当然，留置权的成立不得违反法律的禁止性规定和当事人的约定

疑难问题四 留置权应当如何行使 349

【核心提示】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。债务人逾期未履行的，留置权人可以与债务人协议以留置财产折价，也可以就拍卖、变卖留置财产所得的价款优先受偿

疑难问题五 留置权与抵押权竞合时应当如何处理 352

【核心提示】同一动产上抵押权与留置权同时设立时，如果留置权人是善意取得留置物的，其留置权优先于抵押权；同一动产上先设定抵押权后再成立留置权的，留置权优先于抵押权

疑难问题六 留置权与质权竞合时应当如何处理 354

【核心提示】同一动产上已设立质权，该动产又被留置的，留置权人优先受偿

第六部分 定金担保

疑难问题一 定金合同生效应当具备的要件 359

【核心提示】定金应当以书面形式约定。定金合同自交付之日起生效。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；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

疑难问题二 预约金是否具有定金性质 362

【核心提示】预约金的性质完全取决于双方在预约登记书中的约定，如果