



法信智慧办案助手系列

担保物权纠纷 司法观点 ⑤ 办案规范

人民法院出版社法信编辑部 · 编

微信 623760976

纸质书 电子书

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

担保物权纠纷司法观点与办案规范 / 人民法院出版社法信编辑部编 .

-- 北京 : 人民法院出版社, 2017.11

(法信智慧办案助手系列)

ISBN 978-7-5109-1854-4

I . ①担… II . ①人… III . ①担保—物权法—研究—中国 IV . ① D923.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 173671 号

担保物权纠纷司法观点与办案规范

人民法院出版社法信编辑部 编

责任编辑 : 兰丽专

出版发行 : 人民法院出版社

地 址 : 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 : (010) 67550626 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)

65223677 (读者服务部)

客服 QQ : 2092078039

网 址 : <http://www.courtbook.com.cn>

E-mail : courtpress@sohu.com

印 刷 : 保定彩虹印刷有限公司

经 销 : 新华书店

开 本 : 787 × 1092 毫米 异 16

字 数 : 332 千字

印 张 : 18.5

版 次 : 2017 年 11 月第 1 版 2017 年 11 月第 1 次印刷

书 号 : ISBN 978-7-5109-1854-4

定 价 : 56.00 元

微信 023760976

版权所有 侵权必究
纸质书 电子书

出版说明

在习近平新时代中国特色社会主义思想的引领下，面对人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾所呈现出的各种纠纷，中国法律应用数字网络服务平台（简称“法信”）建设团队依托“法信”这一中国最大的法律知识案例资源库，把脉法律实务中的热点纠纷与实际办案需要，通过系统梳理针对各种纠纷形成的法律观点、处理纠纷的法律依据、裁判纠纷形成的案例要旨，采取线上线下相融合的内容呈现方式，将“法信”精选内容与法律知识服务数据库支持相结合，编辑了“法信智慧办案助手系列”丛书，为法律人办理案件提供法律知识服务，为人民群众防范纠纷、化解矛盾、预见纠纷处理结果提供参考。



本套丛书具有以下特色：

第一，融合司法观点、法律规范、裁判要旨等法律知识元，为纠纷化解提供全方位法律知识支持。本套丛书收录了从最高人民法院编著的实务指导类图书、最高人民法

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



院法官撰写的法律适用与纠纷解决思路阐释性文章中梳理出的关于争议难点问题的权威司法观点；汇集了相关法律、司法解释、司法文件、行政法规、部门规章、部门规范性文件以及地方高级人民法院出台的纠纷处理指导意见等纠纷处理法律依据与政策参考；精选了从最高人民法院指导案例、各级法院参阅上报案例、各地法院公布的疑难案例中提炼出的裁判要旨。在法律没有规定或对于法律的适用有争议时，法律人可以通过查阅司法观点，明晰司法机关对争议问题的意见，通过比照同种类型案例的裁判结果，对争议的处理进行有效预判。由司法观点、法律规范、裁判要旨所形成的法律知识网，将为法律人办理纠纷案件提供全面精准的参照和切实有效的指引。

第二，融合传统图书出版与数据库资源支持，从有限向无限延伸提供法律知识服务。传统图书出版囿于篇幅所限，所提供的法律知识也是有限的，社会生活中的纠纷千差万别，无法通过一本书对所有纠纷提供解决方案。本套丛书在对纠纷按类别精选汇聚核心法律知识内容的同时，为读者提供增值服务。读者可扫描书中的二维码对图书未收录的司法观点、法律规范、案例资源进行延伸阅读，并可在体验期内享受“法信”平台为用户提供的高效、精准的一站式法律解决方案和案例大数据智推服务，体验从传统图书的有限知识获取到数据库资源实时更新形成的无限法律知识服务。


希望本套丛书的出版能为读者提供更好的法律知识服务与阅读体验，书中存在的不当之处，望广大读者批评指正。

微信 623760976

纸质书 电子书

编者

2017年11月



第一部分 司法观点

一、担保物权 /003

(一) 担保物权优先受偿性受限制的情形 /003

1. 担保物权设定人欠税情况下, 国家税收权优于担保物权 /003
2. 特定情形下未清偿职工债权将优于担保物权 /003
3. 承租人的优先购买权优于担保物权 /004
4. 建筑工程承包人的优先受偿权优于抵押权 /004

(二) 担保物权的物上代位性 /005

1. 担保物权物上代位性及法律构成 /005
2. 担保物权物上代位物的范围 /005
3. 担保物权的提存效力 /006
4. 代位物的提存 /007
5. 担保物权人行使物上代位权的要件 /008

(三) 担保物权的分类 /009

1. 法定担保物权和意定担保物权 /010
2. 留置性担保物权与优先清偿性担保物权 /010
3. 动产担保物权、不动产担保物权、权利担保物权和非特定财产担保物权 /010
4. 定限担保物权与权利转移性担保物权 /010

微信 623760976
纸质书 电子书

- 5. 占有性担保物权与非占有性担保物权 /011
- 6. 典型担保物权与非典型担保物权 /011
- (四) 担保物权的适用范围 /011
- (五) 担保物权的设立 /012
 - 1. 担保物权依担保合同而设立 /012
 - 2. 担保合同的相关问题 /013
- (六) 担保物权关于物的担保与人的担保竞存情形下的实行规则 /016
- (七) 担保物权的效力 /017
 - 1. 担保物权的担保范围 /017
 - 2. 担保物权所及于标的物的范围 /020
- (八) 反担保 /025
 - 1. 反担保与本担保的区别 /025
 - 2. 反担保合同的法律约束力 /026
 - 3. 反担保合同的效力认定 /026
 - 4. 反担保人享有抗辩权与追偿权 /027
- (九) 担保物权的实行 /030
 - 1. 担保物权行使的条件 /030
 - 2. 担保物权的实行方式 /032
- (十) 担保物权消灭的事由 /036

二、抵押权 /037

- (一) 抵押权纠纷 /037
 - 1. 一般规定 /037
 - 2. 抵押权的设立 /044
 - 3. 抵押财产 /047
 - 4. 抵押权流质契约的禁止 /055
 - 5. 抵押权受偿顺位 /056
 - 6. 主债权诉讼时效与抵押权的关系 /060
 - 7. 抵押物的转让 /061
 - 8. 共同抵押 /063
 - 9. 抵押权的实现 /063
 - 10. 抵押权保护 /068
 - 11. 抵押权对抵押财产所生孳息的效力 /069
- (二) 动产抵押权纠纷 /072

- (三) 动产浮动抵押权纠纷 /072
 - 1. 一般规定 /072
 - 2. 动产浮动抵押登记及其效力和保护善意相对人利益 /073
 - 3. 浮动抵押权的效力顺位 /074
 - 4. 浮动抵押标的物的确定 /075
- (四) 最高额抵押权纠纷 /076
 - 1. 一般规定 /076
 - 2. 最高额抵押权的设立在具体内容上与普通抵押权的设立有所差别 /078
 - 3. 最高额抵押权所担保的债权范围 /079
 - 4. 最高额抵押权处分的从属性 /079
 - 5. 最高额抵押决算前主合同债权转让的, 最高额抵押不随之转让 /080
 - 6. 最高额抵押决算后债权的转让不受限制 /081
 - 7. 最高额抵押的协议变更 /081
 - 8. 最高额抵押的确定 /083
- (五) 在建建筑物抵押权纠纷 /086
- (六) 建设用地使用权抵押权纠纷 /086
 - 1. 建设用地使用权抵押权的设立和类型 /086
 - 2. 建设用地使用权抵押权的实现 /091
- (七) 土地承包经营权抵押权纠纷 /092

三、质权 /093

- (一) 质权纠纷 /093
 - 1. 一般规定 /093
 - 2. 质权的设立和内容 /094
 - 3. 质权的效力 /096
 - 4. 质权的实现 /097
 - 5. 转质权 /100
 - 6. 最高额质权 /103
- (二) 动产质权纠纷 /105
 - 1. 一般规定 /105
 - 2. 动产质权的设立 /106
 - 3. 动产质权的效力 /109

微信 623760976
纸质书 电子书


4. 动产质权的实现 /111

(三) 权利质权 /112

1. 一般规定 /112
2. 票据质权纠纷 /113
3. 债券质权纠纷 /114
4. 存单质权纠纷 /114
5. 仓单质权纠纷 /115
6. 基金份额质权纠纷 /115
7. 股权质押纠纷 /116
8. 知识产权质权纠纷 /117
9. 应收账款质权纠纷 /119

四、留置权 /120

1. 一般规定 /120
2. 留置权的设立 /122
3. 留置权的效力 /126
4. 留置权与其他担保物权的竞合 /131
5. 留置权的实现 /134
6. 留置权的消灭 /138

 第二部分 办案规范

一、相关法律 /143

1. 中华人民共和国民法总则
(2017年3月15日) /143
2. 中华人民共和国物权法(节录)
(2007年3月16日) /165
3. 中华人民共和国担保法
(1995年6月30日) /174
4. 中华人民共和国税收征收管理法(节录)
(2015年4月24日修正) /185
5. 中华人民共和国企业破产法(节录)
(2006年8月27日) /186
6. 中华人民共和国票据法(节录)

微信 623760976
纸质书 电子书

- (2004年8月28日修正)/187
7. 中华人民共和国海商法(节选)
(1992年11月7日)/188
8. 中华人民共和国民用航空法(节录)
(2016年11月7日修正)/191
9. 中华人民共和国商业银行法(节录)
(2015年8月29日修正)/192
10. 中华人民共和国城市房地产管理法(节录)
(2009年8月27日修正)/193
11. 中华人民共和国森林法(节录)
(2009年8月27日修正)/195
12. 中华人民共和国土地管理法(节选)
(2004年8月28日修正)/196
13. 中华人民共和国农村土地承包法(节录)
(2009年8月27日修正)/197
14. 中华人民共和国道路交通安全法(节录)
(2011年4月22日修正)/198
15. 中华人民共和国海关法(节录)
(2016年11月7日修正)/199
16. 中华人民共和国著作权法(节录)
(2010年2月26日修正)/200
17. 中华人民共和国专利法(节录)
(2008年12月27日修正)/200
18. 中华人民共和国商标法(节录)
(2013年8月30日修正)/201

二、相关司法解释及文件 /202

1. 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

(2000年12月8日)/202

2. 最高人民法院

关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定(节录)

(2004年11月4日)/216

微信 623760978
纸质书 电子书

3. 最高人民法院

关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）
（1998年7月8日）/217

4. 最高人民法院

关于审理房屋登记案件若干问题的规定（节录）
（2010年11月5日）/217

5. 最高人民法院

关于能否将国有土地使用权折价抵偿给抵押权人问题的批复
（1998年9月3日）/218

6. 最高人民法院

关于破产企业国有划拨土地使用权应否列入破产财产等问题的
批复
（2003年4月16日）/219

7. 最高人民法院

关于建设工程价款优先受偿权问题的批复
（2002年6月20日）/220

8. 最高人民法院

关于能否对连带责任保证人所有的船舶行使留置权的请示的复函
（2001年8月17日）/221

9. 最高人民法院 国土资源部 建设部

关于依法规范人民法院执行和国土资源房地产管理部门协助
执行若干问题的通知（节录）
（2004年2月10日）/222

三、行政法规 /223

1. 宗教事务条例（节录）

（2017年8月26日修订）/223

2. 中华人民共和国民用航空器权利登记条例（节录）

（1997年10月21日）/223

3. 中华人民共和国船舶登记条例（节录）

（2014年7月29日修订）/225

4. 中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例（节录）

（1990年5月19日）/227

微信 623760976
纸质书 电子书

四、相关规章及规范性文件 /228

1. 房屋登记办法（节录）
（2008年2月15日）/228
2. 土地登记办法（节录）
（2008年12月30日）/233
3. 城市房地产抵押管理办法（节录）
（2001年8月15日修正）/237
4. 农村土地承包经营权流转管理办法（节录）
（2005年1月19日）/244
5. 划拨土地使用权管理暂行办法（节录）
（1992年3月8日）/245
6. 机动车登记规定（节录）
（2012年8月21日修订）/246
7. 中华人民共和国渔业船舶登记办法（节录）
（2013年12月31日修订）/248
8. 动产抵押登记办法（节录）
（2016年7月5日修订）/249
9. 应收账款质押登记办法（节录）
（2017年10月25日修订）/250
10. 中华人民共和国民用航空器权利登记条例实施办法（节录）
（1999年9月1日）/251



第三部分 裁判要旨

一、担保物权 /255

（一）担保物权的设立 /255

1. 双方当事人约定的个人和家庭财产进行担保，未约定具体的担保物的情形，应当认定抵押、质押不成立
——傅为海诉苏新养担保物权纠纷案 /255

（二）反担保 /255

1. 第三人为债务人向债权人提供担保的，可以要求债务人提供反担保

——杭州房产企业公司诉雪豹集团公司、杭州青年路服饰有限公司担保物权纠纷案 /255

微信 623760976
纸质书 电子书

二、抵押权 /256

(一) 抵押权纠纷 /256

1. 拆迁人未通知抵押权人即向抵押人发放安置款，应就抵押权人的损失承担相应的补充赔偿责任

——中国建设银行股份有限公司上海川沙支行与上海浦东工程建设管理有限公司抵押权纠纷上诉案 /256

2. 国家机关提供的抵押担保有效

——中国农业银行蒙自县支行与红河哈尼族彝族自治州民政局红河州退伍军人两用人才培训中心借款及担保合同纠纷案 /256

3. 金融机构“贷新还旧”，新的抵押权自重新办理抵押登记时设立

——利群公司与大地公司抵押权纠纷上诉案 /257

4. 虚假贷款案中银行在具备善意要件情况下可以适用不动产善意取得制度

——倪文培诉中国银行股份有限公司上海市宝山支行、唐永平抵押权纠纷案 /257

5. 宅基地使用权不可进行抵押

——柯常亨诉刘堂楠房屋抵押纠纷案 /258

6. 抵押人转让抵押财产可以适用善意取得制度

——中国银行股份有限公司南通港闸支行与陆建国抵押权纠纷上诉案 /258

7. 事后抵押无效

——中国光大银行诉内蒙古包头华达合资卧具装饰厂中国农业银行包头市青山区支行、包头市青山区人民政府自由路办事处侵权纠纷案 /259

8. 抵押合同约定债务无法偿还时抵押物归债权人所有，该约定无效

——程东生等诉武晓君抵押权案 /259

9. 担保物权因除斥期间届满而消灭

——中国信达资产管理公司海口办事处诉乡园公司等抵押合同纠纷案 /260

10. 超过主债权申请强制执行的期间未行使抵押权的，抵押权

微信 623760976

纸质书 电子书

消灭

——西南技术进出口公司诉瑞华投资控股公司抵押权纠纷案 /260

11. 法院强制拍卖船舶可使船舶抵押权消灭

——北欧商业银行—欧洲银行诉佛他贸易有限公司船舶抵押权纠纷案 /260

12. 抵押权消灭的从属性

——王守信诉河南省漯河市郾城区农村信用合作联社及漯河市国土资源局郾城分局建设用地使用权抵押权纠纷案 /261

(二) 动产浮动抵押权纠纷 /261

1. 设立动产浮动抵押应当签订书面协议

——浙江圣大建设集团有限公司诉浙江玻璃股份有限公司动产浮动抵押权纠纷案 /261

(三) 最高额抵押权纠纷 /262

1. 设立最高额抵押权不办理抵押登记，抵押权不成立

——中国农业银行股份有限公司吉林省分行营业部诉吉林省佳林实业有限公司等金融借款合同纠纷、最高额抵押权纠纷案 /262

2. 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两年内行使担保物权的，人民法院应当予以支持

——中国工商银行鹤壁分行长风路支行诉金马电子有限公司确认最高额抵押权案 /262

(四) 建筑物和其他土地附着物抵押权纠纷 /263

1. 以建筑物抵押的，应当办理抵押登记，抵押权自登记时设立

——周茜诉湖南省海嘉疾控专用汽车有限公司保证合同纠纷及建筑物和其他土地附着物抵押权纠纷案 /263

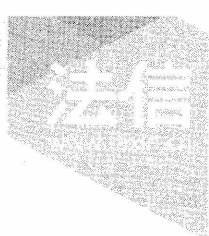
2. 债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就抵押财产优先受偿

——潘某某与王某某、某建筑物和其他土地附着物抵押权纠纷案 /263

3. 抵押权因履行消灭，抵押登记应予解除

——西南技术进出口公司诉中国银行重庆分行等建筑物和其他土地附着物抵押权纠纷案 /264

微信 623760976
纸质书 电子书



(五) 在建建筑物抵押权纠纷 /264

1. 在建建筑物可以作为抵押物

——中国长城资产管理公司济南办事处与齐鲁饭店有限公司借款担保合同纠纷上诉案 /264

(六) 建设用地使用权抵押权纠纷 /265

1. 以建设用地使用权抵押的，应当办理抵押登记

——陈建彪诉福建省建瓯市天缘食品有限公司建设用地使用权抵押权纠纷案 /265

2. 以建设用地使用权抵押的，应当办理抵押物登记手续

——中国农业银行股份有限公司海口龙华支行与吴国雄建设用地使用权抵押权纠纷上诉案 /265

3. 以建设用地使用权设定抵押的，该土地上的建筑物一并抵押

——中国农业银行缙云县支行诉李妙进等建设用地使用权抵押权纠纷案 /266

4. 抵押权具有消灭上的从属性，主债权消灭，担保物权消灭

——中国农业银行股份有限公司郴州分行与深圳泰宝投资发展有限公司郴州分公司建设用地使用权抵押权纠纷上诉案 /266

三、质权 /267

(一) 动产质权纠纷 /267

1. 当事人已经订立书面质押合同且包含了质押合同的一般条款，质押财产已转移占有，动产质权设定

——汪心永等与刘淑君动产质权纠纷上诉案 /267

2. 质押财产未交付，质权未设立

——甘肃博鑫信用担保有限公司诉甘肃省玉门市勤峰铁业有限公司动产质权纠纷案 /267

3. 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

——张某与刘某质权纠纷上诉案 /268

4. 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

——中国农业银行下仓营业所诉刘玉文质押担保借款合同

微信 623760976
纸质书 电子书

纠纷案 /268

5. 质权人拍卖或者变卖质押财产前应当通知出质人，但质权人无法通知的除外

——杜兴广诉赵严动产质权纠纷案 /269

6. 质权人擅自使用、出租、处分质押财产，给出质人造成损害的，应承担赔偿责任

——汤斌与李瑛动产质权纠纷上诉案 /269

7. 质权人可通过拍卖的方式实现质权

——深圳市福某达电子设备有限公司与姚某某动产质押权纠纷上诉案 /269

8. 债务人不履行到期债务，质权人可以拍卖、变卖质押财产以所得价款优先受偿

——卢建伟与李相平动产质权纠纷申请案 /270

9. 债务人不履行到期债务时，质权人未经评估以非市场价格变卖质押物的，应承担相应的赔偿责任

——童建新与张朝哲动产质权纠纷上诉案 /270

(二) 权利质权 /271

1. 以票面记载有“不得转让”字样的汇票设定质押，质押有效

——中国投资银行天津分行诉天津市轻工业对外贸易公司票据质押纠纷案 /271

2. 债务人以提货单据向银行担保融资款，与银行之间形成提单质押关系

——中国农业银行象山县支行诉象山县兴业航运有限公司侵权损害赔偿纠纷案 /272

3. 出质人转让或者许可他人使用出质的知识产权中的财产权所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存

——福州纳仕达电子有限公司等与叶金兴专利质押权纠纷上诉案 /272

4. 出质人明知其对应收账款债务人负有同种债务或必将负同种债务，仍将应收账款出质的，应收账款债务人对出质人拥有的法定抵销权优于应收账款质权

——中国农业银行股份有限公司上海市分行与上海金源国际经贸发展有限公司等应收账款质权纠纷上诉案 /273

5. 担保人主张对债务人应收账款收回后的不足部分提供担保

微信 623760976
纸质书 电子书

责任，法院不予支持

——吴江市场明空调净化有限公司与苏州亨通担保投资有限公司应收账款质权纠纷上诉案 /273

四、留置权 /274

(一) 留置权的成立、范围和行使 /274

1. 留置权所保障的债权应与债权人占有的财产具有牵连关系
——某锅炉安装工程队诉某县造纸厂留置权纠纷案 /274
2. 债权人非法占有债务人财产的不得行使留置权
——某运输公司与张某非法留置纠纷案 /274
3. 在企业之间，即使被留置的动产与债权并不属于同一法律关系，也可以适用留置权
——某服装厂与某运输公司运输合同纠纷案、某地毯厂与王某加工承揽合同纠纷案 /274
4. 劳动关系主体双方之间不是平等主体关系，基于其产生的债权不能行使留置权
——长三角商品交易所有限公司诉卢某返还原物案 /275
5. 行为人先后到修理处修理两个不同物件，前一物件的修理费未交的，修理处不得以此扣留其后一物件
——江某诉某修理部留置权纠纷案 /275
6. 债权人可以留置债务人合法占有的动产
——董某诉甲收藏公司留置权纠纷案 /275
7. 留置财产为可分物的，债权人不能对全部财产行使留置权
——甲电器公司与乙仓库仓储保管合同纠纷案 /276
8. 留置财产为可分物的，留置物的价值不得超过债务的金额
——王立诉陈同留置纠纷案 /276
9. 留置物被侵夺的，留置权人仍然享有留置权，可请求将留置物拍卖或变卖，并就拍卖或变卖价款优先受偿
——南通大兴汽修厂诉沙金有留置权纠纷案 /276
10. 只要定作人未向承揽人支付报酬或者材料等价款，承揽人即可对其完成的工作成果行使留置权
——李某诉汽修厂留置权纠纷案 /277
11. 债权人行使留置权的通知须具有留置承揽物的意思表示，不具备实现留置权的条件而拍卖留置物的，债权人应承担

微信 623760976
纸质书 电子书

相应损失

——南通金鼎印染色织集团有限公司诉深圳市深房保税贸易有限公司留置权纠纷案 /277

(二) 与其他物权的竞合 /278

1. 同一动产上先设定抵押权后成立留置权的，留置权人优先受偿

——海宁市金程汽车修理有限公司诉管雄飞、上汽通用汽车金融有限责任公司修理合同纠纷案 /278

微信 623760976

纸质书 电子书

法信

WWW.FAXIN.CN

第一部分
司法观点

微信 623760976

纸质书 电子书



www.faxin.cn

（一）担保物权优先受偿性受限制的情形^①

1. 担保物权设定人欠税情况下，国家税收权优于担保物权

修订后于2001年5月1日施行的《税收征收管理法》第四十五条第一款规定：“纳税人欠缴的税款发生在纳税人以其财产设定抵押、质押或者纳税人的财产被留置之前的，税收应当先于抵押权、质权、留置权执行。”第三款规定：“税务机关应当对纳税人欠缴税款的情况定期予以公告。”第四十六条规定：“纳税人有欠税情形而以其财产设定抵押、质押的，应当向抵押权人、质权人说明其欠税情况，抵押权人、质权人可以请求税务机关提供有关的欠税情况。”由此可见，该规定的立法本旨在于防止欠税人以抵押、质押担保为名恶意转移资产，以维护国家税收的权威性和稳定性。同时，也为抵押权人、质权人、留置权人等担保物权人提供了防范风险的必要信息和手段。



2. 特定情形下未清偿职工债权将优于担保物权

《企业破产法》第一百零九条规定：“对破产人的特定财产享有担保权的权利人，对该特定财产享有优先受偿的权利。”第一百三十二条规定：“本法施行后，破产人在本法公布之日前所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金，依照本法第一百一十三条的规定清偿后不足以清偿的部分，以本法第一百零九条规定的特定财产优先于对该特定财产享有担保权的权利人受偿。”由此可见，在企业破产的情形下，虽然担保物权可以就破产人的特定财产享有优先受偿权，但对于2006年8月27日《企业破产法》公布前形成的未清偿职工债权，在按照正常清偿顺序无法实现时，则以设定担保的特定财产受偿，此时未清偿的职工债权优于担保物权。该规定是从解决目前我国社会矛盾的角度作出的特别规定，这也是新旧《企业破



微信 623760976

① 摘自最高人民法院物权法研究小组编著：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，人民法院出版社2007年版。

产法》之间的重要区别之一。

3. 承租人的优先购买权优于担保物权

《物权法》第一百九十条规定：“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。”可见，在同一财产先出租后设抵押权的场合，“买卖不破租赁”原则，承租人的租赁权不受抵押权的影响。同时，根据《合同法》第二百三十条关于“出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利”之规定，承租人对出租财产享有优先购买权。据此可以认为，在担保财产先租赁后抵押的情形下，承租人的优先购买权优于抵押权等担保物权。理由有二：其一，虽然抵押权等担保物权就担保财产享有优先受偿权，包括可以凭借担保物权来优先购买担保财产，但《合同法》第二百三十条所规定的承租人的优先购买权具有其独立的功能和保护目的，其立法目的并非保护承租人的租赁权，而是在于保护承租人获得租赁物所有权的一种机会，承租人的这种机会是《合同法》明确规定予以保护的权益。由此可见，尊重承租人的优先购买权是出租人必须履行的义务，如出租人变卖、作价、拍卖租赁物以实现担保物权时，若其未在合理期限通知承租人，则构成对承租人优先购买权的侵害，承租人可以请求人民法院确认出卖租赁物的合同无效。鉴于此，抵押人等担保物权人若想取得抵押物，也只有在承租人放弃优先购买权的情况下才能取得。其二，抵押权等担保物权是优先受偿权，其优先的内容在于抵押物的价值，而非取得抵押物的所有权，而承租人的优先购买权恰恰是以取得所有权为优先的内容。

4. 建筑工程承包人的优先受偿权优于抵押权

《合同法》第二百八十六条规定：“发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。”关于该条规定，无论是理论界还是实务界都存在争议：其一，该权利是优先权还是法定抵押权，抑或是留置权？其二，建筑工程承包人的上述权利与抵押权哪个更为优先？为了平衡建设工程承包人和发包人的关系，制约发包人拖欠承包人工程款的行为，保障建筑工人的劳动收入，维护消费者和劳动者等社会弱势群体的利益，2002年6月20日公布的《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》，该司法解释明

确规定：“人民法院在审理房地产纠纷案件和办理执行案件中，应当依照《合同法》第二百八十六条的规定，认定建筑工程的承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。”因此，无论建筑工程承包人的上述权利是什么性质，根据该司法解释，建设工程承包人的优先受偿权都优于抵押权。

（二）担保物权的物上代位性

1. 担保物权物上代位性及法律构成^①

《物权法》第一百七十四条第一句“担保期间，担保财产毁损、灭失或者被征用等，担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿”，是对担保物权物上代位性及其法律构成的规定。在本质特性上，担保物权不仅具有物权性，而且具有价值权性质。价值权性可谓担保物权与用益物权的根本区别。作为担保物权价值权特性的基本体现之一就是担保物权的物上代位性，即在担保物的实体发生毁损、灭失或者被征用时，如果存在担保物的价值变形物或代表物，则担保物权仍然可以于其上而存在。^②其中的“变形物或代表物”，通常并非指一般的实体物，而是指因标的物毁损、灭失或者征用等转换而来的金钱，诸如保险金、损害赔偿金、公用征收补偿金等。一言以蔽之，担保物的实体形态发生变化，并不影响担保物权人的权利。

2. 担保物权物上代位物的范围^③

我国《担保法》上的担保物权物上代位性亦采取相同之立场，即第五十八条关于“抵押权因抵押物灭失而消灭。因灭失所得



^① 摘自最高人民法院物权法研究小组编著：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，人民法院出版社 2007 年版。

^② 应当注意的是，我国学界认为，抵押物所有权人的变更，并不表明抵押物的性质发生变化而产生所谓的“代位物”问题，《担保法》第四十九条第三款之规定，不应理解为抵押权的物上代位性。参见中国物权法研究课题组：《中国物权法草案建议稿——条文·说明·理由与参考立法例》，社会科学文献出版社 2001 年版，第 632 页。

^③ 摘自最高人民法院物权法研究小组编著：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，人民法院出版社 2007 年版。

的赔偿金，应当作为抵押财产”之规定，仅以抵押物的毁损、灭失而发生的代位物为限。但《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》（以下简称《担保法司法解释》）第八十条第一款关于“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”之规定，将抵押物被征收之情形纳入物上代位性之范畴。同时，《担保法司法解释》第六十二条规定关于“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”之规定，进一步扩展了抵押权物上代位性的范围。

《物权法》在第一百七十四条中将《担保法》及司法解释所规定的担保物毁损、灭失或被征收等情形予以整合。同时应当看到，担保财产因毁损、灭失或被征收所得赔偿金，也仅仅是担保财产的代位物之一种形态，担保财产毁损之后的残留物也是担保财产的变形物，同样具有交换价值。因此，为了保障担保物权人的利益，亦应将担保财产毁损后的残留物纳入代位物的范畴。此外，《担保法司法解释》所规定的“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之后产生的补偿金”，亦应属于代位物。所以，在理解上该条规定之担保财产毁损、灭失、被征收后所取得的代位物，并不仅以所获得的保险金、赔偿金、补偿金为限。

3. 担保物权的提存效力^①

就担保提存的法律效力而言，我国现行法律对此无明文规定。我们认为，担保提存的效力主要体现在提存人、债权人以及提存机关三个方面：

首先，对提存人的法律效力。主要表现在提存人（债务人或第三人）必须将保险金、赔偿金、补偿金等提存标的物交给与担保物权人约定的第三人保管。在被担保债权履行期限届满之前，提存人（债务人或第三人）保留对提存标的物的所有权；在被担保债权履行期限届满后，债务人如未履行债务，担保债权人可以从与提存人约定的第三人处领取保险金、赔偿金或补偿金等提存标的物，从而清偿其与债务人之间的债务。这里应当注意的是，在被担保债权履行期限届满之前，提存人（债务人或第三人）是否可以取回保险金、赔偿金或补偿金等提存标的物？我们认为，担保提存主要就是为了确保债务人履行债务，因此，提存人（债务人或第三人）原则上不能取回提存标的物，除非出现债权人同意其取回标的物或者提存人重新以其他方式提供担保并征

微信 623760976

^① 摘自最高人民法院物权法研究小组编著：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，人民法院出版社2007年版。

得债权人的同意。

其次，对担保债权人的法律效力。主要表现在被担保债权的履行届满时或届满前，债务人依照担保合同之约定履行债务的，担保债权人不可以向与提存人约定的第三人即提存机关主张提存标的物的权利。当债务人不能按合同约定履行债务时，担保债权人方可从与债务人约定的第三人处取回标的物以及该标的物在提存期间所产生的孳息，从而实现自己的担保债权。

最后，对提存机关的法律效力。主要表现在提存机关必须按提存人与债权人的约定以及法律的规定妥善保管和处理标的物，不得挪用提存标的物。

4. 代位物的提存^①

《物权法》第一百七十四条第二句就代位物的提存问题作出规定，即“被担保债权的履行期未届满的，也可以提存该保险金、赔偿金或者补偿金等”。所谓提存，是指提存人为履行清偿义务或者担保义务而将提存标的交给提存机关保存的民事法律行为。我国《合同法》《担保法》及《保险法》对提存均有规定。司法部在1995年6月2日专门发布《提存公证规则》。就现行法规定而言，我国的提存主要包括清偿提存和担保提存两种类型：

清偿提存，乃以清偿为目的之提存，是由于债权人的原因，债务人将无法清偿的标的物交给提存机关保存从而消灭债权债务关系的制度。担保提存是以担保为目的之提存，指债务人或第三人将标的物交给与债权人约定的第三人保存从而保证债务的履行或者替代其他的担保形式的制度。由此可见，担保提存是以担保债务履行为目的，通常是依据提存人与债权人的约定而产生或直接基于法律的直接规定而产生，并具有保证债务履行和替代其他担保形式的法律效力。《物权法》该条所规定的关于保险金、赔偿金或者补偿金的提存，即是基于法律的直接规定而产生的担保提存。

根据《物权法》《担保法》以及《保险法》等法律之规定，可以担保提存的标的物包括：（1）被担保债权的履行期未届满的情形下，担保财产因毁损、灭失或者征收所得之保险金、赔偿金或者补偿金；（2）变卖抵押物、质物所获得的价款；（3）依出质的权利凭证提前兑现的价款或者领取的货物；（4）转让出质股票所获得的价款；（5）转让或许可他人使用已经出质的商标专用权、专利权、著作权中的财产权所取得的转让费、许可费；（6）保险公司提存的保险保障基金。

微信 623760976

① 摘自最高人民法院物权法研究小组编著：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，人民法院出版社2007年版。

5. 担保物权人行使物上代位权的要件^①

担保物权人行使物上代位权必须符合以下三个要件：

(1) 担保财产发生毁损或灭失

首先，担保财产的毁损，可分为两种情况：一是担保财产的形态未发生根本性变化，只有一定程度的损坏，其交换价值减少，如作为抵押财产的汽车被撞，但尚未完全报废的情形；二是担保财产的形态发生根本性变化，不仅其交换价值减少，而且丧失其原使用价值，如作为担保财产的机床主要部件毁损但尚有残存物的情形。第一种情形，担保物权人可以就受损的担保财产直接实现抵押权，并无异议。而对于担保人就担保财产受损所得的赔偿给付能否行使物上代位权，则有不同见解。我们认为，担保财产受损导致其交换价值的减少，担保人因此所受的赔偿也是担保财产价值的体现，当然为担保物权的效力所追及。

其次，担保财产的灭失，亦可分为两种情况：一是绝对灭失，另一是相对灭失。绝对灭失，包括事实上的灭失与法律上的灭失。事实上的灭失是指担保财产的基本形态已不复存在，如担保财产被焚烧、房屋被拆除等。法律上的灭失是指虽然担保财产的基本形态尚存，但依据有关法律该担保财产不能再作为原权利的标的，如担保财产被国家征用等。相对灭失，是指其物理形态依然存在，仅价值发生替代，如担保财产被转让、出租等。在抵押财产相对灭失的场合，各国立法例存在明显差别，大体可区分为三种类型：一是否定型。意大利民法和我国台湾地区“民法”只规定在抵押财产绝对灭失的情形方可物上代位，在相对灭失情形，无论是抵押财产转让的价金，还是抵押财产出租的租金，均不得进行物上代位。二是肯定型。日本民法不仅承认抵押财产绝对灭失情形的物上代位，而且承认抵押财产相对灭失情形的物上代位。如《日本民法典》第304条规定，抵押权人对抵押财产被出售、出租所生的价金、租金可以进行物上代位。三是部分肯定型。德国、法国、瑞士民法对抵押财产转让价金请求权的物上代位持否定态度，而对抵押财产出租的租金请求权的物上代位持肯定态度。

再次，我国《物权法》第一百九十一条第一款前段规定：“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。”通说认为，在抵押权人同意的情况下，我国法律承认担保财产出售价款的物上代位。^②对于抵押财产出租的租金，《物权法》第

^① 摘自吕伯涛主编：《适用物权法重大疑难问题研究》，人民法院出版社2008年版。

^② 最高人民法院物权法研究小组编著：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解和适用》，人民法院出版社2007年版，第572页。

一百九十七条规定，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扣押的，自扣押之日起抵押权人有权收取由抵押财产的天然孳息或者法定孳息。按该规定，抵押权的效力并非当然地及于抵押财产的孳息，而是须以对抵押财产采取扣押措施为前提，这与抵押权的价值权性是相吻合的。抵押权的本质在于把握抵押财产的交换价值，使用价值即收益权应归属于抵押人，抵押权的效力不应当然及于抵押财产的孳息。因此，应当排除抵押财产出租情况下租金请求权的物上代位。

(2) 必须有代位物存在

若抵押财产发生灭失后并无代位物存在，则应认为抵押权因标的物的灭失而消灭，不发生后上代位问题。当物上代位的法定事由发生时，物上代位是否受抵押财产变形物的形态的制约？我们认为，《物权法》仅是对保险金、赔偿金、补偿金等几种具有代表性的代位物进行了列举，而未排除其他变形物作为物上代位的标的物。现实生活中，抵押财产灭失、毁损的变形物可能是补偿金、保险金等金钱，亦可能是其他替代物，只要其体现了担保财产的交换价值并且是特定的，即可成为代位物。对此，最高人民法院的相关判决持肯定态度。^①

(3) 代位物应为担保人所有

担保物权人所能支配的只是担保人所拥有的交换价值，若担保财产之代位物非担保人所有，则担保物权不能在该物上成立物上代位。在此，需要注意的是保险金的请求权。当抵押人以抵押财产与保险人订立保险契约，而受益人为第三人时，保险金的请求权为第三人所有，在这种情况下代位权能否发生应分两种情形区别对待：如果受益人的指定是在抵押权设立之前，则受益人所享有的保险金请求权不受抵押权影响，此项保险金不能作为抵押财产的代位物；如果受益人的指定是在抵押权设立之后，则抵押权人享有优先于受益人的保险金请求权，此项保险金即为抵押财产的代位物。

(三) 担保物权的分类^②

从不同的角度，按照不同的分类方法，担保物权可分为不同的种类。

微信 623760976

① 最高人民法院（2001）民二终字第106号民事判决书。

② 摘自吴合振、吴林轶：《担保物权审判实践应用》，人民法院出版社2007年版。

1. 法定担保物权和意定担保物权

以担保物权发生的原因作为标准，担保物权分为法定担保物权和约定担保物权。所谓法定担保物权，是指只要符合法律规定的条件就能成立的担保物权，不需要当事人约定，如留置权和法定抵押权。所谓意定担保物权，是指当事人通过签订合同而设立的担保物权，如普通抵押权和质权等。通常，法定担保物权所担保的债权，多系施以劳务、技术、提供材料或增加标的物的价值而生，具有限制债权平等的作用，其从属性特别强烈。意定担保物权具有融资的作用，即以设定担保物权作为融资的手段，其从属性具有减弱之势。

2. 留置性担保物权与优先清偿性担保物权

以担保物权主要效力为标准，担保物权分为留置性担保物权与优先清偿性担保物权。留置性担保物权以留置标的物，迫使债务人清偿债务为主要效力，如留置权。优先清偿性担保物权以支配标的物的交换价值，确保债权优先受偿为主要效力，如抵押权。质权具有以上两种效力。留置性担保物权成立后，标的物转移为债权人占有，所有权人不能使用、收益，经营者多不愿采用。而优先受偿性担保物权成立后，标的物不转移占有，担保人仍可对担保物使用、收益，有利于企业的经营，为经营者采用。

3. 动产担保物权、不动产担保物权、权利担保物权和非特定财产担保物权

以担保物权标的之性质为标准，将担保物权分为动产担保物权、不动产担保物权、权利担保物权和非特定财产担保物权。以动产为标的成立的担保物权为动产担保物权，如以车辆、机械设备质押；以不动产为标的成立的担保物权为不动产担保物权，如以房屋、土地使用权抵押。以权利为标的成立的担保物权为权利担保物权，如以存单、票据质押等。以不完全确定的财产为标的成立的担保物权为非特定财产担保物权，如浮动抵押、商店里的商品抵押等。

4. 定限担保物权与权利转移性担保物权

以担保物权构造形态不同为标准，担保物权分为定限担保物权与权利转移性担保物权。定限担保物权，是指以标的物设定作为债务履行的担保，但担保物权人仅在一定界限内对担保物行使权利的物权，标的物的所有权仍保留于设定人手中，民法上一般的担保物权均属于定限担保物权。权利转移性担保物权，是指以标的物所有权或其他权利转移于担保权人，待债权实现后

再将标的物的所有权转移为担保人的担保形式，如让与担保等。

5. 占有性担保物权与非占有性担保物权

以担保物在担保物权成立后是否转移占有为标准，担保物权分为占有性担保物权和非占有性担保物权。当担保物权成立时，标的物转移债权人占有的为占有性担保物权。这种担保物权以标的物转移债权人占有为担保物权成立和存续要件，质权、留置权属占有性担保物权。非占有性担保物权不以标的物转移债权人占有为要件，担保人对担保物仍可使用、收益，抵押权属于非占有性担保物权。

6. 典型担保物权与非典型担保物权

以担保的形式在法律上是否明文规定为标准，担保物权分为典型担保物权和非典型担保物权。《民法通则》《担保法》和《物权法》上规定的抵押权、质权、留置权属于典型担保物权。法律上没有明确规定，在社会交易中新发展起来、具有担保作用，但法律尚未作具体规定的担保形态为非典型担保物权，如附条件买卖、代理受领、备偿专户、让与担保、保险担保等，虽然具有一定的财产担保作用，但法律对其没有规定或者虽有规定，但比较原则，做法上不规范。因此，有人称这种担保为变态担保、不规则担保。

按照担保物权是为债务的全部或者部分担保，设定担保物权时债务额是否确定，担保物权还可分为全额担保、部分担保、最高额担保等。

以上对担保物权的分类属于学理上的分类，便于使人们了解各种担保的特点及其社会作用。我国《担保法》和《物权法》是按抵押权、质权、留置权的顺序分别加以规定的。

（四）担保物权的适用范围^①

《物权法》第一百七十一条第一款关于“债权人在借贷、买卖等民事活动中，为保障实现其债权而需要担保的，可以依照本法和其他法律的规定设立担保物权”的规定，是以不完全列举与抽象概括相结合的方式明确了担保

微信 623760976

^① 摘自最高人民法院物权法研究小组编著：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，人民法院出版社2007年版。

物权的适用范围，即适用于民事活动中产生的债权债务关系。结合《物权法》第一百七十二条第一款关于“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”之规定，我们可以进一步界定担保物权的适用范围。具体而言：

其一，担保物权的适用必须是借贷、买卖等民事法律行为，由此可以排除国家经济管理行为所产生的纵向经济法律关系对担保物权的适用。

其二，应当是借贷、买卖民事活动中产生的债权债务关系，由此排除可以侵权之债务、因身份关系而产生的民事权利义务对担保物权的适用。

其三，应当是基于民事活动中合同法律行为所产生的债权债务关系，由此可以排除不当得利之债、无因管理之债中担保物权的适用。有鉴于此，凡是因民事活动中的合同行为所产生的债权债务关系，债权人需要以担保方式保障其债权实现的，均可以依据《物权法》和其他法律规定设定担保物权。

当然，《物权法》第一百七十一条第一款所列举的借贷、买卖等是民事主体在市场交易中的主要适用的合同类型，绝非仅限于此。此外，所谓的其他法律主要是指《民法通则》《担保法》《海商法》等法律法规。

（五）担保物权的设立

1. 担保物权依担保合同而设立^①

担保合同是担保物权当事人（主债权人和主债务人或第三人）以意思表示设定担保物权的双方法律行为，其具体表现形式为担保合同。从合同能否独立存在的角度可以将合同区分为主合同与从合同。主合同是不依赖于其他合同而能独立存在的合同；从合同是必须从属于其他合同即主合同而存在的合同。之所以要区分主合同和从合同，是因为从合同以主合同的有效存在为前提，主合同无效，从合同一般也无效。担保的目的是为了保障当事人合同法律关系中债权的实现，没有主合同所产生的债权债务，即无所谓担保，因此担保合同以主合同的存在



微信 623760976

^① 摘自最高人民法院物权法研究小组编著：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，人民法院出版社2007年版。

为前提和依据，是主合同的从合同，随着主合同产生、变更和消灭，担保合同具有从属性。

2. 担保合同的相关问题

(1) 担保合同的形式^①

我国在计划经济条件下制订的法律，对合同的形式要件规定比较严格，如原来的《经济合同法》第三条规定，经济合同，除即时清结者外，应当采用书面形式。随着市场经济的发展，严格的合同形式不适应市场经济要求商品交换迅速快捷的要求。我国《民法通则》《合同法》对合同的形式要件作了比较宽松的规定。《民法通则》第五十六条^②、《合同法》第十条规定，当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。法律、行政法规规定采用书面形式的，应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的，应当采用书面形式。由于担保物权的存在和有效成立不仅涉及到担保物权合同双方当事人的利益，有时还涉及对抗第三人的问题，我国的《物权法》《担保法》和其他相关法律都规定，当事人设立担保物权，应当以书面形式订立合同。担保物权合同属于法律规定采用书面形式的合同。

所谓书面形式，是指以合同书、信件和数字电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现当事人协商达成的协议内容的形式。合同书是指载有合同条款的文书，并经当事人或其授权的代理人在文书上签字或者盖章。能够成为合同的信件上必须载有合同条款，明确反映当事人要约或者承诺的意思表示，并经当事人或其代理人签字或者盖章。数据电文，是指由电子手段、光学手段或者类似手段生成、储存和传递的信息，包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件等，这些现代化的传输手段优点是传达意思表示迅速快捷，节省交易费用，缺点是易改动，而且不留痕迹，这就给当事人的签字、认证和证据力带来一系列问题，特别是如果抵押物需要登记的话，如何办理登记等带来一系列问题。虽然《合同法》第十一条规定数据电文是合同的书面形式之一，但在担保物权设立时如何使用，如何进行抵押物登记等都是需要研究的问题。



^① 摘自吴合振、吴林轶：《担保物权审判实践应用》，人民法院出版社2007年版。

^② 编者注：《民法通则》第五十六条后一句表述为：“法律规定用特定形式的，应当依照法律规定。”《民法总则》对民事法律行为的形式规定在第一百三十五条。该条后一句表述为：“法律、行政法规或者当事人约定采用特定形式的，应当采用特定形式。明确了行政法规可以规定民事法律行为形式，同时认可了当事人约定。”

从各国的法律规定看，只要能够有形地表现双方达成的协议的内容的都是书面合同，而没有要求其必须非常正规，但是作为合同，必须明确当事人之间的权利义务，即合同的基本条款，能够反映当事人所作出的意思表示，当事人或者其代理人在文字凭据上签字或者盖章。

担保物权合同，可以由当事人另行订立合同书，也可以在主合同上订立担保条款，由担保人在主合同上签字或者盖章，作出担保的意思表示，还可以由担保人向债权人具函，表示愿意以财产为债务履行的担保，由其在担保函上签字或者盖章。

如果当事人没有订立质押合同，但标的物已为债权人占有，能否认定质押关系存在，理论上和实践中都有不同认识。但从审判实践中看，如果当事人之间没有质押合同，债权人占有他人的财产，包括债务人的财产，原因较多，不能以财产的占有作为质押关系存在的证明。但是，如果有其他证据证明标的物或其他权利凭证交付债权人占有作质押的，可以认定质押关系存在。

（2）担保合同的生效要件^①

担保合同的生效，根据其生效要件不同，可分为担保合同生效的一般要件和担保合同生效的特殊要件。

担保合同生效的一般要件，是指欲使已成立的担保合同发生完备的法律效力而应当具备的法律条件。合同生效的要件是判断合同是否具备法律效力的标准。我国《民法通则》第五十五条规定了民事法律行为应当具备下列条件：行为人具有相应的民事行为能力；意思表示真实；不违反法律或者社会公共利益。担保合同作为一种典型的民事法律行为，亦应当具备《民法通则》所规定的民事行为有效的条件。

一般说来，担保合同具备《民法通则》第五十五条所规定的条件时，依法成立的担保合同，自成立时生效。

在司法实践中，担保物权依担保合同而设立。担保合同是担保物权当事人（主债权人和主债务人或第三人）以意思表示设定担保物权的双方法律行为，其具体表现形式为担保合同。从合同能否独立存在的角度可以将合同区分为主合同与从合同。主合同是不依赖于其他合同而能独立存在的合同；从合同是必须从属于其他合同即主合同而存在的合同。之所以要区分主合同和从合同，是因为从合同以主合同的有效存在为前提，主合同无效，从合同一般也无效。担保的目的是为了保障当事人合同法律关系中债权的实现，没有主合同所产生的债权债务，即无所谓担保，因此，担保合同以主合同的存在为前

^① 摘自何志：《物权法判解研究与适用》，人民法院出版社2007年版。