



总顾问：王汉斌

总主编：沈德咏

抵押担保与 债权行使

主 编：刘玉民

宣讲权威

案例典型

评析精辟

指引规范



中国民主法制出版社
全国百佳图书出版单位



总顾问：王汉斌

总主编：沈德咏

抵押担保与 债权行使

主 编：刘玉民

撰 稿：刘旭峰 等



中国民主法制出版社

全国百佳图书出版单位

2015·北京

图书在版编目(CIP)数据

抵押担保与债权行使 / 刘玉民主编. —北京: 中国民主法制出版社, 2015. 1

(中华人民共和国重要法律知识宣讲)

ISBN 978-7-5162-0646-1

I. ①抵… II. ①刘… III. ①担保法 - 基本知识 - 中国②抵押 - 债权法 - 法规 - 基本知识 - 中国 IV. ①D923

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 251062 号

图书出品人: 肖启明

图 书 策 划: 刘海涛

责 任 编 辑: 陈 曦

书 名/抵押担保与债权行使

主 编/刘玉民

撰 稿/刘旭峰 等

出 版 · 发 行/中国民主法制出版社

地 址/北京市丰台区玉林里 7 号(100069)

电 话/63055259(总编室) 63057714(发行部)

传 真/63055259

http://www.npcpub.com

E-mail: mzfz@npcpub.com

经 销/新华书店

开 本/16 开 710 毫米 × 1000 毫米

印 张/16.5 字数/219 千字

版 本/2015 年 1 月第 1 版 2015 年 1 月第 1 次印刷

印 刷/航远印刷有限公司

书 号/ISBN 978-7-5162-0646-1

定 价/33.00 元

出版声明/版权所有, 侵权必究。

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

总 序

落实依法治国基本方略 加快建设社会主义法治国家

依法治国，是坚持和发展中国特色社会主义的本质要求和重要保障，是实现国家治理体系和治理能力现代化的必然要求，事关我们党执政兴国、事关人民幸福安康、事关党和国家长治久安。2012年12月4日，习近平总书记在首都各界纪念现行宪法公布施行三十周年大会上的重要讲话指出，要落实依法治国基本方略，加快建设社会主义法治国家，强调要以宪法为最高法律规范，继续完善以宪法为统帅的中国特色社会主义法律体系，把国家各项事业和各项工作纳入法制轨道，实行有法可依、有法必依、执法必严、违法必究，维护社会公平正义，实现国家和社会生活制度化、法制化。2013年11月，党的十八届三中全会通过《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，确立了推进法治中国建设的总体目标，对加快建设社会主义法治国家作了全面部署，要求必须坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进，坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设。同时要求全面深化司法体制改革，加快建

设公正高效权威的社会主义司法制度，维护人民权益，让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义。2014年10月，党的十八届四中全会专题研究了全面推进依法治国的若干重大问题，必将为法治中国建设不断注入强劲动力。

以习近平同志为总书记的新一届中央领导集体将依法治国提到了前所未有的高度，进一步表明了党中央全面推进依法治国、走中国特色法治化道路的坚定决心和信心。全面推进依法治国，必须全面推进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法进程，确保宪法法律得到一体遵循。新中国成立以来特别是改革开放三十多年来，党带领人民坚持不懈加强立法工作，取得了举世瞩目的成就，一个立足中国国情和实际、适应改革开放和社会主义现代化建设需要、集中体现党和人民意志的，以宪法为统帅，以宪法相关法、民法商法等多个法律部门的法律为主干，由法律、行政法规、地方性法规等多个层次的法律规范构成的中国特色社会主义法律体系已经形成，国家经济建设、政治建设、文化建设、社会建设以及生态文明建设的各个方面总体实现了有法可依，为实现全面建成小康社会宏伟目标奠定了坚实的法律基础。

法律的生命力在于实施。新的历史条件下，确保宪法法律实施的任务越来越重，严格执法、公正司法的要求越来越高，维护社会公平正义的责任越来越大。法律要发挥作用、得到全面实施，就需要全社会尊重和信仰法律。2014年1月7日，习近平总书记在中央政法工作会议上的重要讲话强调，要深入开展法制宣传教育，弘扬社会主义法治精神，引导群众遇事找法、解决问题靠法，逐步改变社会上那种遇事不是找法而是找人的现象。认真贯彻习近平总书记重要讲话精神，必须大力加强法制宣传教育，不断探索法律知识教育传播的新途径，为确保法律正确实施，确保严格执法、公正司

法、全民守法作出积极贡献。

中国民主法制出版社作为国家级法律专业出版社，始终秉持“立足人大工作，服务民主法制”的出版宗旨，不断推出高质量的图书产品，积极宣传宪法法律和人民代表大会制度，为社会主义民主法制建设作出了重要贡献。为认真贯彻落实习近平总书记系列重要讲话精神特别是关于法治建设的重要论述，积极推进依法治国进程，中国民主法制出版社经过反复研究论证，决定推出《中华人民共和国重要法律知识宣讲》丛书。

该套丛书采取宣讲要点、典型案例、专家评析、法条指引的形式，紧紧围绕法治建设的重点、群众关注的焦点、社会关注的热点、司法实践的难点问题，对法律规定、法律原则、法律精神及其应用问题进行全面阐释。该丛书涵盖中国特色社会主义法律体系方方面面，全面收录各类法律法规，同时筛选了涉及经济、政治、文化、社会和生态文明建设的各类典型案例，清晰展现执法司法工作的生动实践，具有很强的实用性和操作性，对于法学研究和司法实务具有较好的参考价值。

该丛书的出版有助于广大司法实务工作者准确把握法律应用方面的最新情况，解决实际工作中存在的司法疑难问题；有助于广大法律工作者进一步优化知识结构，丰富相关法律知识储备，提高司法工作水平；有助于公民了解最新的法律规定，掌握多样的权利救济途径，依照法定程序理性表达诉求、维护合法权益。诚然，中国特色社会主义建设的实践是永无止境的，立法亦必将随之而不断丰富和完善。丛书出版后，还应当结合最新的立法动态和执法、司法实践，及时进行修订完善和内容更新，确保读者及时、准确掌握最新法律信息，使丛书的社会应用价值不断提升，为社会公众提供更加全面的法律知识信息服务。

全面建成小康社会、实现中华民族伟大复兴的中国梦，必须全面推进依法治国。落实依法治国基本方略，必须不断提高全社会的法律应用水平。出版这套丛书，就是为了有效传播法律知识，弘扬社会主义法治精神，让宪法和法律真正做到家喻户晓，使广大公务人员善于运用法治思维和法治方式推动工作，带头在宪法法律范围内活动，使执法司法工作人员始终坚持严格执法、公正司法，不断提升执法司法能力，使广大人民群众牢固树立法制观念、规则意识，充分相信法律、自觉运用法律、紧紧依靠法律，真正认识到法律不仅是全体公民必须遵循的行为规范，更是保护自身权利的有效方式，促进全社会形成学法、尊法、守法、用法的良好氛围。本套丛书的出版凝聚着编者的心血，衷心期待这套丛书能够实现其出版初衷。

是为序。

最高人民法院常务副院长 沈德咏*

* 沈德咏，一级大法官，中国政法大学兼职教授、博士生导师。

编写说明

近年来，我国经济迅速发展，人民群众越来越多地参与到经济社会中来，各种各样的债务纠纷不断出现。抵押担保和债权行使日渐成为法学研究和司法实践中的热点问题，受到社会各界的普遍关注。本书作为《中华人民共和国重要法律知识宣讲》丛书的组成部分，就是努力通过以案说法、以案释法，将民法通则、合同法、物权法、担保法等法律、法规的基本理论和实践发展结合起来，以期加深广大读者对法律、法规的理解，充分掌握维护自身权益的法律武器。

本书在体例上坚持问题导向，将每一个问题安排为四个部分——“宣讲要点”“典型案例”“专家评析”“法条指引”，以设问方式提出问题，以简洁、质朴的语言阐明要点，用时效性、现实性强的典型案例讲述故事，进行深入浅出、细致入微的法律和学理分析，使读者能够多角度地理解有关的法律问题。在内容安排上，依照抵押担保和债权行使分类的结构予以排列，各部分采取了法律制度中的一些关键术语进行阐述，做到学理与案例的有效切合，并附上法律参考条文，力求做到既普及相关法律知识提高读者的素养，又深化了对案件的探讨和认识。

在案例选取上，舍弃了那种仅仅为了说明某一问题设计案例的做法，选择公众最为关心和经常遇到的法律担保问题以及债权行使问题，大部分案例来源于实践，不少案例具有新颖性和典型性，使读者可以真实地感受到现实生活中担保法律制度和债权行使的复杂性，增强了本书的实用性。在评析方面，通过对案情、焦点问题的简明介绍，使读者能够清晰明了把握案件的有关情况，形成一个完整的理解与认识。注重针对案件的难点和焦点进行评析，避免全面、泛泛的案件分析，说理性强，对于每类案件的处理具有一定的针对性。

本书由刘玉民主编，刘旭峰等同志撰稿。在编写过程中，参考了已有的资料和研究成果，在此向相关的作者和出版单位表示衷心感谢。由于时间仓促，编者水平有限，书中疏漏之处在所难免，望广大读者批评指正。

编著者

2014年8月



CONTENTS

目录

第一章 担保的一般规定	(1)
1. 个人雇佣关系中的人事担保是否属于担保法调整的范畴?	(1)
2. 反担保中, 保证人有优先权吗?	(5)
3. 抵押物被毁损后所得的保险金是否继续作为担保财产?	(9)
4. 以未成年人的财产用作债务担保是否有效?	(13)
5. 债权人允许主债务人转让债务, 但未征得担保人书面同意的, 担保人是否还需承担担保责任?	(15)
6. 企业法人的分支机构未经授权为他人提供保证的效力如何?	(18)
7. 未经股东会同意以公司名义为股东提供的担保是否有效?	(23)
8. 债务人未明确约定归还哪笔借款时, 担保人的担保责任应如何确定?	(27)
9. 对超过最高限额的债权, 银行能否主张优先受偿?	(31)
第二章 保 证	(36)
1. 能否仅凭字面意思就认定为一般保证方式?	(36)
2. 在连带责任保证中, 债权人能否仅起诉保证人作为被告?	(39)
3. 保证人是否可以代债务人行使抗辩权?	(42)
4. 债权人与债务人就还款期限及违约责任予以变更, 保证人能否免除 保证责任?	(48)
5. 保证人在债务人死亡后, 是否还应继续承担保证责任?	(51)
6. 保证人承担连带责任后以何种程序行使追偿权?	(55)
7. 连带责任保证人之一承担保证责任后, 是否有权在同一案件中一并 向债务人与其他保证人追偿?	(58)
8. 保证期间的最后一日为节假日时可否顺延?	(62)

第三章 抵 押 (65)

1. 担保人对物权法实施前未进行登记的不动产抵押是否应承担担保责任? (65)
2. 抵押物被人民法院查封, 抵押权人的优先受偿权能否得到保护? (69)
3. 物的担保与人的保证同时存在, 应当如何处理? (72)
4. 当事人关于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约定内容是否有效? (77)
5. 以经营权、管理权等用于抵押, 是否受法律保护? (80)
6. 以将来取得所有权的财产设定抵押是否有效? (85)
7. 抵押物价值大于受担保债权的数额的, 是否可以再次设定抵押? (88)
8. 债务人将土地使用权及地上附着物分别设立抵押, 两个不同的
抵押合同是否有效? (90)
9. 未经共有人同意所设立的房产抵押是否有效? (93)
10. 当事人约定的抵押期间届满, 抵押权还能不能受到法律的保护? (98)
11. 抵押权人能否对他人已支付全款并实际占有的不动产主张权利? (102)
12. 承包人的建设工程价款与抵押权人的债权共存时, 哪一个应当
优先受偿? (106)

第四章 质 押 (111)

1. 以货币设立动产质押的, 是否必须转移占有? (111)
2. 典当行就典当的汽车是否享有优先受偿权? (115)
3. 质权人违约使用质物造成出质人损失的应如何承担责任? (118)
4. 出质期间, 质物所产生的孳息由谁享有所有权? (122)
5. 应收账款质押是否具有优先于保证的受偿权? (125)
6. 债权转让后, 新债权人对原抵押与质押财产能否继续享有相关权利? (129)

第五章 留置与定金 (134)

1. 债权人是否有权直接行使留置权? (134)
2. 债权人在诉讼期间拍卖留置物并导致债务人损失的, 该行为
是否应承担相关责任? (138)
3. 不当行使商事留置权是否应承担法律责任? (142)

4. 订立合同时, “定金” 和 “订金” 之间是否有差别?	(146)
5. 仅签署定金协议书, 能否认定房屋买卖合同已经成立?	(150)
6. 定金责任与赔偿损失责任并存时如何适用?	(153)
第六章 合同债权	(158)
1. 由赌博产生的债务纠纷应否受法律保护?	(158)
2. 民间借贷纠纷案件中借款实际交付的举证责任如何承担?	(161)
3. 债权人以向人民法院提起诉讼的方式通知债务人债权转让的行为是否 合法有效?	(164)
4. 债务人转让全部或者部分合同义务的, 是否应征得债权人的同意?	(167)
5. 出卖人未履行出具发票的附随义务, 买受人能否据此行使先履行 抗辩权?	(171)
6. 因合理怀疑对方无履约能力而拒绝履行合同义务的, 是否构成 违约?	(175)
7. 双务合同中, 买方未及时履行付款义务的, 卖方是否有权拒绝 交货?	(178)
8. 债务人未依还款计划偿还第一笔欠款的, 债权人可否要求其一次 性清偿?	(181)
9. 债务人怠于行使其到期债权, 债权人是否有权代位行使?	(184)
10. 第三人否认到期债权的存在, 人民法院能否对其强制执行?	(189)
11. 继承遗产时, 若被继承人生前对外负有债务, 应如何处理?	(193)
12. 应如何认定违约金过高及其调整标准?	(196)
13. 卖方严重违约导致房屋买卖合同解除的, 是否应赔偿房屋差价 损失?	(200)
14. 农村房屋买卖协议被确认无效后, 出卖人是否应赔偿买受人的 信赖利益损失?	(204)
15. 产权人整体出售房屋时, 承租部分房屋的承租人能否以优先购买权 对抗产权人的处分权?	(207)
16. 民间借贷中约定逾期利息和违约金过高时, 应如何处理?	(211)
17. 未约定还款期限的借款的诉讼时效应如何计算?	(214)

18. 诉讼时效届满的债权被抗辩时, 能否用于依法抵销? (218)

第七章 侵权债权 (222)

1. 拾到遗失物后丢弃的, 是否应承担赔偿责任? (222)
2. 二人互相故意伤害对方的互殴行为是否可以适用过失相抵? (226)
3. 违约责任与侵权责任竞合时, 当事人应如何主张权利? (229)
4. 店外设施设置不当造成他人损害的, 商店是否应当承担侵权责任? ... (232)
5. 当事人因第三人侵权造成违约, 承担违约责任后可否向第三人追偿? (236)
6. 交通肇事侵权之债是否属于夫妻共同债务? (240)

第八章 其他债权 (244)

1. 占有他人的投资款是否构成不当得利? (244)
2. 主动替他人偿还贷款能否构成无因管理? (247)

参考书目 (250)



第一章

担保的一般规定

► 1. 个人雇佣关系中的人事担保是否属于担保法调整的范畴?

【宣讲要点】

我国担保法律体系所规定的担保，属于平等主体之间在民事活动中设立的保障债权实现的担保，仅适用于合同之债，不能适用于侵权之债。而人事担保是要担保受雇人员不发生损害雇主利益的违法违纪等不诚信行为，系为将来的侵权之债设定担保，故人事担保不符合我国现行担保法律体系规定的设立担保的情形。

【典型案例】

2011年12月22日，到某市打工的李某与从事图书销售的罗某的公司签订了一份合同，约定：罗某的公司提供图书，由李某进行销售，根据李某的工作情况发放工资和提成。因为李某是外地务工者，为避免其卷钱一走了之，罗某要求他找一名有本市户口、正当职业的人提供担保。李某遂找来之前打工时认识的张某为其出具了一份保证书：“我自愿为李某担保，如他在为罗某的公司工作期间，有不忠实履职的行为，造成的一切损失，由我来承担。”3个月后，李某与罗某的公司因工资问题发生纠纷，双方失

去联系。因李某处尚有价值6万余元的图书未交回，罗某的公司将保证人张某告上法庭。

法院经审理认为：从张某出具的担保书内容来看其具有人事担保的性质，涉诉的担保书不符合民法通则和担保法设立担保的情形。根据罗某的公司与李某签订的销售图书的合同内容来看，公司提供图书，李某负责销售，并由罗某的公司支付工资报酬，二者之间事实上形成了个人雇佣关系。根据担保法的规定，基于民事关系产生的债权可以设定担保。罗某的公司主张张某出具的担保书是为主合同的债权担保，但张某出具担保书时，罗某的公司与李某之间仅存在雇佣关系，并不存在债权债务关系，即无主合同，因此作为从合同的保证合同也失去存在的基础，且担保书中也未指明罗某的公司与李某之间的债权债务关系。综上，张某出具的担保书应属无效，判决驳回罗某公司的诉讼请求。

【专家评析】

本案的争议焦点是人事担保的性质及效力应当如何认定，以及人事担保是否属于担保法及其相关司法解释调整的范畴？下面，笔者将围绕争议焦点作评析论证。

（1）人事担保的含义

根据涉诉担保书的内容，法院认定其具有人事担保的性质。所谓人事担保，又称人事保证或人格担保，指在雇佣关系或职务关系中，由于可归责于受雇人的原由，导致雇佣人受损，担保人应负损害赔偿 responsibility 的一种特殊担保方式。概括地讲，人事担保主要是担保人对受雇人即被担保人的德、智、体，以及身份、经历、学历等真实性担保或者用人过程中因受雇人不诚信行为对雇佣人所造成损失的赔付进行担保。人事担保为一种典型的信用担保。

（2）人事担保与一般保证的区别

虽然人事担保与一般保证一样，系与“物保”相对的“人保”，但人事担保与一般保证又存在很大区别：第一，担保对象不同。一般保证主要是以现存具体债务或者可得确定债务为保证对象，虽然不以既存债务为

限，但其保证的将来债务必须是可得确定的债务，如最高额保证。人事担保则通常是以将来可能发生的损害赔偿债务为保证对象，具有不确定性，并且除债务关系外，还涉及人身关系。第二，担保范围不同。对一般保证而言，其被保证之主债务通常具有明确的范围，保证人的责任可以预先知悉及确定。而人事担保中，其被担保之主债务为受雇人将来因职务上的行为致雇佣人遭受损害时的赔偿责任，其范围广泛而不明确，其损害额甚至可能远超出担保人所预料的范围，担保人的责任难以预先知悉及确定。第三，社会经济功能不同。一般保证在于担保债务人对于债权人的金钱债务清偿风险，而人事担保则在于防范与分散雇佣人在雇佣他人时存在的职务损害风险。第四，是否具有专属性不同。一般保证所保证的债务无所谓专属性，保证债务可由保证人的继承人继承，而人事担保则以担保人对被担保人的信赖关系为基础，故原则上具有专属性，除有特别约定或者特别情形外，担保人责任因担保人死亡而消灭，并不移转于继承人。

(3) 人事担保的法律效力认定

人事担保是否有效的核心点就在于因受雇人的人品、能力或不诚信行为引发的“将来的侵权之债”能否作为可担保之主债权。对此问题，我国现行法律体系持否定态度。

首先，从我国担保法及其司法解释的规定来看，人事担保是无效担保。我国现行的担保法律体系规定的担保，属于民事担保，即平等主体之间在民事活动中设立的保障债权实现的担保。担保法第2条第1款规定：“在借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动中，债权人需要以担保方式保障其债权实现的，可以依照本法规定设定担保。”根据该条的列举种类及其法义，运用文义解释的解释方法，目前我国的担保法仅适用于合同之债，而不能适用于侵权之债。而人事担保是要担保受雇人不发生损害雇主利益的违法违纪等不诚信行为，为将来的侵权之债设定担保，不符合我国现行担保法设定担保的情形。《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》第1条也规定：“当事人对由民事关系产生的债权，在不违反法律、法规强制性规定的情况下，以担保法规定的方式设定担保的，可以认定为有效。”虽然有人认为该条的规定表明非合同

之债亦可设定担保，但是需要明确的是担保法规定的担保方式有保证、抵押、质押、留置、定金，并且这些担保方式均以主合同存在为前提或者未来之债是确定可得，而人事担保成立时主合同不存在，并且未来之债是否存在也并不确定。

其次，我国劳动合同法明确禁止用人单位要求劳动者提供担保。劳动合同法第9条明确规定：“用人单位招用劳动者，不得扣押劳动者的居民身份证和其他证件，不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物。”该法已经清楚地表明了立法机关对人事保证制度的否定态度。虽然没有明确规定“不得要求劳动者提供人事担保”，但从行文及立法目的考量，此“担保”一词包括任何形式的担保，亦涵盖人事担保。

最后，从社会现实来看，人事担保也应当予以否定。原因有以下几点：其一，人事担保虽在形式上是自愿达成的，但实质上并非出于真实意愿。尽管形式上雇佣人与受雇人处于平等的法律地位，但是雇佣关系很难实现实质上的平等，受雇者面对劳动力供过于求的现状，不得不接受雇佣人提出的设定担保条款的条件，以期得到就业机会。若承认人事担保制度，无疑将损害受雇者的平等就业权。其二，担保人对有关担保合同的内容其实并没有发言权。因为，担保人如果签字，受雇人就被录取；如果不签，受雇人就不被录取。这种情况下，担保人也无平等可言，其担保范围、担保责任过于宽泛，在法律没有明确限定的情况下如若认可人事保证制度，则对担保人不利，以此方式来促进社会信用的完备也是治标不治本，还可能愈发加剧人与人之间的不平等、不和谐等其他社会问题。其三，雇佣人享受了受雇人的劳动收益，则其即应承担对受雇人的管理职责和对其造成损害的风险，这是风险与收益相对应原则与法律公平原则的体现。如承认人事担保制度，必然会造成雇佣人只享受受雇人的劳动收益而不承担甚至转嫁相应的管理风险，这显然有失公正。民事活动追求平等观念深入人心，并且由于雇佣关系人身性的特点，其与合同之债的担保存在本质的区别，不应当以保证的方式对他人的人品、能力及不诚信行为等作出担保。

判断雇佣关系中人事担保的效力，必须顾及雇佣关系当事人的特殊