

《民法典》担保制度 内在体系的变迁

谢鸿飞

摘要: 担保制度内在体系的诸价值包括公正、自由、平等、安全和效率。《民法典》关注物上保证人和保证人的特殊地位,弘扬了担保领域的意定主义,凸显了物上保证人和保证人的平等法律处遇;并通过纳入实质担保观,提升了平等价值;确立了统一的受偿顺序规则,强化了对担保权的保障;扩大了“正常经营过程中的买方”规则的适用范围,更有利于保障交易安全;通过促进抵押物的流转等革新提升了担保交易的效率。担保领域的新司法解释进一步强化了这些价值,但在制度建构和法律适用中,还需有力地推动这些价值的最大化及其融贯性实现。

关键词: 担保法内在体系;担保法的现代化;实质担保(功能担保);担保法改革

作者简介: 谢鸿飞,法学博士,中国社会科学院法学研究所、私法研究中心研究员。

中图分类号: D923.2 文献标识码: A 文章编号: 1008-1569(2021)05-0043-11
DOI:10.13658/j.cnki.sar.2021.05.006

一、全球担保法改革的共同内在价值体系

担保法改革必然以特定的、抽象的理念、价值和原则为出发点,它们构成担保法的内在体系,决定着担保的制度建构和规则内容。艾伦教授倡导的澳大利亚担保法改革的目标就是,让担保“更快、更简单、更容易和更安全”。^① 学界多将各国担保法改革的共同目标概括为:一是担保的设立应尽量简单,但不能过分简单(as simple as possible but not simpler);二是担保权应尽可能透明、确定;三是促进合同自由,满足交易的灵活性;四是提高担保交易和担保权实现的效率;五是平衡担保交易双方和第三人的利益;六是防范对担保交易参与者的不当歧视;七是尽可能充分利用新技术。^②

^① David E. Allan, Uniform Personal Property Security Legislation for Australia – Introduction to the Workshop on Personal Property Security Law Reform, 14 *Bond Law Review* 1, 7 (2002).

^② Louise Gullifer and Orkun Akseli (eds.), *Secured Transactions Law Reform: Principles, Policies and Practice*, Oxford and Portland, Oregon, 2016, Foreword, vi.

联合国贸易法委员会《担保交易立法指南》追求如下目标:第一,加大担保信贷供应力度,促成低成本信贷;第二,许可债务人可利用其资产的全部价值用于担保;第三,促使担保权简单、高效地设定;第四,平等对待来源不同的信贷资金和各种形式的担保交易;第五,确认各类财产都可设定非占有型担保权;第六,提升担保权的确定性和透明度;第七,确立清晰的、可预见的优先权规则;第八,促使担保权的执行更为便利、高效;第九,增进当事人的契约自由,使担保交易尽可能具有灵活性;第十,平衡担保交易所有利害关系人的利益。^①这十项目标与前述学界提炼的目标一致,无非更为具体。可见,对担保法治的内在体系国际上已形成了共识。

担保法的现代化主要体现在担保物权领域。这一领域的变化也契合了担保法现代化的诸目标。如在扩张自由方面,它体现为担保制度容纳了以权利本体作为担保财产设定担保(如所有权担保)、扩大了担保财产的范围(在未来资产、无形资产、流动资产、集合物上设定担保)、拓展了非占有型担保的适用空间等;在提升效率方面,声明登录制兴起、登记内容弹性化、担保物权的私力实行程序兴起等均为适例。^②按照民法学通常的价值定位,现代担保法的内在体系蕴含了五种价值:公正、自由、平等、安全和效率。

《民法典》的担保制度虽以民事单行法和司法解释为基础,但对旧制做了大刀阔斧的修改,以实现中国担保制度的现代化。在《民法典》实施后,值得讨论的问题是,《民法典》是否顺应了世界范围内担保制度改革的价值取向?本文以《民法典》及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》(以下简称《担保制度司法解释》)的文本为对象,分析中国担保制度践行五种价值的实际情况,并揭示这些价值最大限度实现尚需具备的基础条件。

二、《民法典》对担保制度诸价值的提升

(一) 公正价值的提升及其主要体现

民事立法的基础是抽象正义,在设计担保制度时,立法者不应偏向债权人或担保人任何一方。20世纪70年代末以来,担保制度的中立价值就开始受到了破产重整制度的巨大冲击。^③担保领域永恒的一个问题是:立法者应在多大程度上以公正为导向,而不是简单地以抽象平等为出发点调整担保合同当事人的权利义务关系?这一问题的现实基础是:大多数债务人以外的担保人都不是债务人的至爱亲朋或其控制的公司,其提供担保收获的是情谊,但其付出的是承担可能影响其生计的担保责任。若担保人的责任过苛,人们将害怕做担保人,最终因“觅保难”导致交易无法实现。《民法典》担保制度内在体系的最大变化,就是在立法者不得不作价值决断时,选择了优待第三担保人的立场。以下择要述之。

1. 担保从属性

担保的从属性是对担保人的重要法律保障,尤其是担保合同效力的从属性。《担保法》第5条第1款允许担保合同约定其效力独立于主合同,《物权法》第172条第1款不承认抵

^① United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions*, New York 2010, p. 18.

^② 徐洁《担保物权制度的发展趋势》,《甘肃社会科学》2007年第3期。

^③ 王乐兵《担保法专论》,对外经济贸易大学出版社2017年版,第4页。

押合同和质押合同约定其效力的独立性。可见,在《民法典》之前,独立保证有其法律基础。《民法典》第388条和第682条不许可当事人约定任何担保合同具有独立性,从而统一了担保领域的独立担保立法。否定独立担保的核心理由,一是独立担保可能导致欺诈和权利滥用,二是其担保人的责任过重。^①《担保制度司法解释》第2条还禁止当事人约定担保人对主合同无效的法律后果承担担保责任。将担保的从属性作为私法强行法,凸显了国家对担保人浓厚的“父爱主义”,其目的在于使其免于承担比债务人更重的担保责任。

2. 保证合同成立的要式性

所有合同都不能被推定,这是私人自治和契约主义的基本逻辑。为保护担保人,担保法更强调这一原则,如《埃塞俄比亚民法典》第1922条、《智利民法典》第2347条均规定,保证不得推定,且其内容限于明示。《民法典》也对担保合同采形式强制主义,其第400条第1款、第427条第1款分别规定抵押合同和质押合同应采书面形式,其目的当在警示担保人审慎提供担保,也避免其因人情纷扰,不得已口头答应担保而承担担保责任。

尤值一提的是,《民法典》第685条规定了保证成立的方式,其第1款规定,保证合同可以是主债权债务合同中的保证条款,但依据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第22条第2款之规定,只要保证人在主合同上以保证人的身份签字或盖章,即使主合同没有约定保证条款,保证合同也成立。结合保护保证人的价值取向,从文义解释角度可以认为《民法典》不承认依这种方式可成立保证关系。

3. 保证责任方式的推定

《民法典》保证制度最直观的变化是,其第686条第2款改变了《担保法》第19条有关保证责任的推定规则,在合同没有约定或者约定不明确时,将保证责任方式推定为一般保证责任。《担保法》推定连带保证的原因是,彼时经济秩序还不很规范,让保证人承担较重的责任有助于加强保证人的责任意识。^②这种推定规则客观上保护了以国有银行为代表的债权人。《民法典》改采一般保证责任的理由是:其一,这是比较法的普遍规则;其二,保护无偿提供保证的保证人;其三,连带责任作为加重责任,原则上应由当事人约定;第四,保证人承担连带责任对实体经济影响较大,导致连环债、三角债较多。^③可见,两种规则的基础主要都是现实考量。

基于契约自由,在合同未约定保证方式时,法院须依合同文义、相关条款、合同目的、交易习惯及诚信原则进行解释,在穷尽意思表示解释后,依然无法探知当事人关于保证方式的真意时,才能推定为一般保证。^④《担保制度司法解释》第25条还从文字辨析角度明确了解释结论。

(二) 自由价值的提升及其要者

担保法最明显的特征之一是强制性。担保物权自不必论,即使对保证债权,立法者也基于公正等价值,利用担保从属性等技术规则来限制契约自由。可以说,自由和强制是担保法

① 2007年之后,我国司法实践基本都以这些理由来否定独立担保。如“中国光大银行长沙华顺支行与湖南洞庭水殖股份有限公司、湖南嘉瑞新材料集团股份有限公司、长沙新振升集团有限公司借款担保合同纠纷上诉案”(最高人民法院(2007)民二终字第117号民事判决书)。

② 孙礼海主编《中华人民共和国担保法释义》,法律出版社1995年版,第25页。

③ 黄薇主编《中华人民共和国民法典合同编解读》(上册),中国法制出版社2020年版,第750-751页。

④ 谢鸿飞、朱广新主编《民法典评注·合同编》(2),夏昊晗执笔,中国法制出版社2020年版,第45页。

发展的主要线索之一,自由的不断扩张是现代担保法发展的基本趋势之一。《物权法》最重要的贡献之一是在以法定主义为基调的担保物权领域,尽可能扩张了契约自由的适用空间,《民法典》更进一步扩张了担保自由,其要者如下。

1. 保证债权的实现条件

《担保法》第6条、第33条和第63条仅规定了保证债权和担保物权的法定实现条件,即债务人不履行债务。《民法典》第386条、第681条增加了当事人约定的条件,从而统一了担保权的实现条件。这表明,保证债权的实现条件在契约自由的射程范围内,当事人可以约定在主债务到期之前行使保证债权。

2. 担保财产的范围

联合国国际贸易法委员会《担保交易立法指南》为使担保人利用其所有资产提供担保,增加信贷额度,降低信贷成本,强调担保人可在其所有合法资产上设定担保,包括现有资产和未来资产,且担保人对未来资产设定担保时,无需经历更多程序,资产的集合体上也可设定担保。^①《民法典》也拓展了担保财产的范围。其一,对抵押财产,《民法典》第395条新增海域使用权为抵押权客体,第399条删除了《物权法》第184条禁止耕地作为抵押财产的规定,同时第342条和第381条明示土地经营权的抵押能力。此外,第399条结合总则编营利法人和非营利法人的分类,禁止以幼儿园、医疗机构等为公益目的成立的非营利法人的教育设施和医疗卫生设施以及其他公益设施进行抵押,^②《担保制度司法解释》第5条第2款更明确承认,作为营利法人的学校等享有和其他商事主体相同的担保能力。其二,对权利质押财产,《民法典》第440条第6项将应收账款扩大到“将有的应收账款”,为交易实践中大量的收益权质押等提供了法律基础。

3. 流担保的缓和

《物权法》第186条和第211条禁止流抵押和流质,对此争议较大,或依据契约自由原理和提升担保物权实现效率的双重考量,主张流担保条款在受一定限制后,应为有效。《民法典》并未全盘接受这种观念,^③但其第401条和第428条明确规定,这种约定不影响担保权的设立,担保权人只能“依法”就担保财产优先受偿,而依什么法,则语焉不明。

(三) 平等价值的提升: 纳入实质担保与第三担保人的法律待遇

1. 实质担保的纳入

《民法典》担保制度最大的突破在于依据平等理念,采纳实质担保观,平等对待不同类型的债权人和担保人。

《美国统一商法典》第9编基于实用主义和效率的双重考虑,在动产和权利担保领域创设了统一的“担保权益”,即可对抗债务人的其他债权人的优先受偿权,由此纳入了各种以担保为目的的交易,而无论交易的名称如何,也不再区分抵押和质押等具体担保类型。这种担保立法理念和技术几乎重塑了动产和权利领域的担保法。联合国国际贸易法委员会、国际统一私法协会、世界银行和欧洲复兴开发银行等机构制定或推荐的动产和权利担保规范都深受其影响,澳大利亚、加拿大、新西兰等国的动产担保法亦如是。

^① United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions*, New York, 2010, p. 33; 77ff.

^{②③} 黄薇主编《中华人民共和国民法典物权编解读》(上册),第784、662-665页。

《民法典》物权编第388条增设了“其他具有担保功能的合同”,将其与抵押合同、质押合同并列,意味着我国正式吸收了实质担保观,且“其他”这一兜底性表述为纳入非典型担保提供了法律资源。《民法典》合同编第641条第2款和第745条还分别赋予所有权保留和融资租赁两种交易中的所有权以登记能力,且第642条和第643条将所有权保留中的所有权处理为“类担保物权”,而非作为自物权的所有权。国内学界多高度评价这种以形式担保为基调、以实质担保观为辅的立法模式,如认为其“为其他大陆法系国家提供了可参照的样本”,^①代表了“担保制度现代化的趋势”。^②

在内在体系上,《民法典》引入实质担保观的重要意义之一在于提升了担保法领域的平等。一方面,实质担保观意味着,所有希望保障其债权实现的债权人,无论其采用的担保手段如何,都应获得相同的法律待遇,如通过登记所有权来获得对抗第三人的优先受偿权。另一方面,所有权保留等交易中的债务人也享有和抵押人相同的权利,如处分担保物等。

2. 第三担保人的平等法律待遇

在比较法上,担保制度中“平等”理念的推进主要体现在保证人和物上保证人的法律待遇平等。第三担保人法律地位平等,是宪法平等原则的基本要求。《民法典》第392条继承了《物权法》第172条,赋予第三担保人相同的法律地位;第699条修改了《担保法》第12条,不再许可无意思联络的共同保证人相互追偿,实现了担保规则外在体系的统一和内在体系的融贯——虽然禁止追偿的妥当性备受争议。

《民法典》并未将担保制度独立成编,而是将《担保法》的内容分别安排在物权编和合同编,其遗留的难题是各种担保的共同规则难以容身。^③采这种立法例的各国和地区多通过准用条款拾遗补缺,如《埃塞俄比亚民法典》第2863条规定,保证人和主债务人之间关系的规定得适用于提供质物的第三人与主债务人之间的关系。所幸的是,《担保制度司法解释》第20条将《民法典》有关保证人的法定权利和共同保证等规范准用于第三人提供物保的情形,很大程度上纾解了这一困境,且使第三担保人的法律待遇更为平等。

(四) 安全价值的提升: 债权人安全与第三人安全的动态关照

担保法中的“安全”包括担保物权的静态安全和担保财产转让时买方所有权的动态安全。

1. 债权人的安全

债权人设定担保物权的目的是为了获得对担保财产优先受偿权,故建构统一的、清晰的担保物权的顺位规则,对确保债权人的稳定预期至关重要。在担保法领域,《民法典》最大的贡献是确立了担保物权优序规则,^④其第414条和第415条依担保物权取得对抗第三人效力的时间顺序为标准,统一了担保物权的优序规则。前者规定了同一财产上抵押权竞存时的顺位,且未区分不动产和动产抵押权;后者对同一财产上的抵押权和质权竞存也采同一标准。值得一提的是,《民法典》第414条第2款规定“其他可以登记的担保物权,清偿顺序参

① 高圣平《动产担保交易的功能主义与形式主义——中国〈民法典〉的处理模式及其影响》,《国外社会科学》2020年第4期。

② 王利明《担保制度的现代化:对〈民法典〉第388条第1款的评析》,《法学家》2021年第1期。

③ 谢鸿飞《民法典担保规则的再体系化——以〈民法典各分编(草案)二审稿〉为分析对象》,《社会科学研究》2019年第6期。

④ 谢鸿飞《动产担保物权的规则变革与法律适用》,《国家检察官学院学报》2020年第4期。

照适用前款规定。”其意义在于：其一，将同一财产上以登记为公示手段的权利质权纳入了统一优序规则，因为以登记为公示手段的权利质权与抵押权相差无几，其法律效力自应一体处理。其二，在《民法典》纳入实质担保观且赋予所有权保留和融资租赁中的所有权、应收账款保理以登记能力后，这些权利都可能被解释为担保物权，因此同样可按其取得对抗第三人效力的时间决定其与典型担保物权的优序。《担保制度司法解释》第66条第1款即采用了这种思路，规定同一应收账款上同时存在保理、应收账款质押和债权转让，可参照《民法典》第768条，依是否登记和登记的时间确定优先顺序。而《民法典》第768条对同一债权上的保理、应收账款质押、应收账款转让三种交易形态统一适用担保物权的优序规则，再次彰显了立法者推进实质担保观的努力。

《民法典》第416条借鉴美国《统一商法典》，规定了价金债权抵押权(PMSI)，并将其适用范围限于动产，且设定了较为严格的条件。在美国法上，出卖人的价金债权抵押权优于银行等提供资金的债权人的价金债权抵押权，即使前者登记晚于后者。《担保制度司法解释》第57条第2款则贯彻了担保物权优序的一般规则，规定同一动产上的多个价金优先权也按登记时间确定清偿顺序。值得注意的是，价金债权抵押权优于意定担保物权，无损担保物权人的安全，因为这种抵押权人若不提供资金支持，债务人无法取得担保物；若在先担保权人对债务人嗣后取得的这种财产享有优先权，反而明显不公。^①

整体上，《民法典》建构了三个层次的担保物权或优先受偿权的顺位规则：一是法定担保物权或优先受偿权（如建筑工程承包人的优先受偿权）优于意定担保物权；二是价金债权抵押权优于在先设定的其他意定担保物权；三是其他意定担保物权按照对抗第三人的效力的取得时间决定优序。

2. 第三人的安全

担保领域中第三人的安全主要体现为围绕担保财产所从事的交易，如担保物出售、出租或再次设定担保时。《民法典》在这一领域最大的变化体现为“正常经营活动中的买受人”(BIOC)规则。

抵押人在设定抵押权后继续占有抵押物，这决定了在抵押物为动产时，抵押人可以将其出让和出租。特别是《民法典》将浮动抵押的标的物限于原材料、半成品、产品和设备，抵押权人在设定抵押权时本来就能准确预见到抵押人在生产经营过程中必然不断购入原材料，卖出产品。依抵押物转让的一般法理，抵押权人可追及抵押物之所在，向买方主张抵押权。在法律规定普遍的动产抵押制度后，任何人包括消费者在购买任何商品时，都免不了要查询登记系统，以确定该商品是否被抵押，否则将因抵押权人实现抵押权而受损。为保护浮动抵押中的买受人，《物权法》第189条第2款借鉴美国《统一商法典》第9—302条，确立了BIOC规则，规定抵押权人不得对抗正常经营活动中已支付合理价金并取得抵押财产的买受人，买受人不受抵押权人的追及，可以鼓励消费者自由、放心购买商品，促进商品高效、安全流通。^②

《民法典》第404条将这一制度扩张适用于包括固定抵押在内的所有动产抵押，其立法理由为：在固定抵押情形，抵押人出售抵押物的，如某商场在一些特定商品上为债权人设定了固定抵押权并予以登记，若抵押权人可对消费者行使抵押权，无疑“既不合交易习惯，也会

^① 谢鸿飞《价款债权抵押权的运行机理与规则构造》，《清华法学》2020年第3期。

^② John Lucas, The Article 9 Buyer's Seller Rule & the Justification for Its Harsh Effects 83 *Oregon Law Review* 292(2004).

降低交易效率”。^①另一方面,若商场将现有和未来的商品分别设定固定抵押和浮动抵押后,对两种抵押物的出售适用不同的买受人保护规则,将严重窒碍商品交易,因为消费者难以区分这两种情形。此外,抵押人在正常经营过程中出售抵押物时,买方也不受价金债权抵押权人的追及。^②《民法典》因此建构了“正常经营过程中的买方>价金债权抵押权人>其他意定担保物权人”的受偿优序,从而充分保障了买方的交易安全。

《民法典》第404条并未要求买方必须是善意的,只要求买方必须在“正常经营活动”过程中购买。《担保制度司法解释》第56条第1款将其界定为出卖人的正常经营活动,同时规定在买受人可能存在恶意时不适用BIOC制度,如在购买商品的数量明显超过一般买受人、购买出卖人的生产设备、买受人与出卖人存在直接或者间接的控制关系等情形。这就在一定程度上承认了买方的善意要件。

若动产抵押权未登记的,抵押物的转让应适用第403条,不得对抗善意第三人。《担保制度司法解释》第54条明确了善意第三人包括抵押物的受让人、承租人等,且既然第三人为“善意”,受让人或承租人“知道或者应当知道已经订立抵押合同”时,即不能对抗抵押权人。在利益衡量上,它并未采纳权利人完全竞争的理念,即认为在法律赋予动产抵押权人通过登记强化其权利保障的手段时,若抵押权人放弃了这种保护手段,其他人即使为恶意,也可以对抗抵押权人。《民法典》仅认可未登记的动产抵押权人不能对抗已登记的恶意抵押权人。这种方案较为妥当地平衡了未登记的抵押权人和第三人的利益。

(五) 效率价值的提升:降低担保交易的复杂性和不确定性

最大限度提升担保交易的效率,是全球担保法改革的核心之一。如:澳大利亚《动产担保交易法》(PPSA)改革的目标之一是降低担保交易的复杂性和不确定性;^③新西兰动产担保交易改革的方案是建构易于理解、高效和廉价的担保制度。^④在《担保法》和《物权法》的基础上,《民法典》大大提升担保交易的效率。

1. 动产和权利担保的统一登记制度

《民法典》虽未明确规定动产和权利担保统一登记制度,但废除了《物权法》依据不同担保财产类型设置不同登记机构的做法,为统一登记制度预留了立法空间。在《民法典》实施之前,国务院即发布《关于实施动产和权利担保统一登记的决定》(国发〔2020〕18号),尽可能将动产和权利担保纳入统一登记范围。基于自愿登记制的动产和权利担保统一登记,相较于占有移转型动产担保,省略了担保物的装载、运输和保管等繁琐手续和高昂成本,登记的公示性既降低了买受人在动产频繁交易过程中的权属调查成本,也有助于消除隐性担保,无疑将提升担保交易的安全、便捷与效率。

2. 抵押物的自由转让

《物权法》第191条与《担保法》第49条相比,强化了对抵押人在抵押期间转让财产的限制

^① 黄薇主编《中华人民共和国民法典物权编解读》,第672页。

^② 孙宪忠、朱广新主编《民法典评注·物权编》(第4册),董学立撰,中国法制出版社2020年版,第672页。

^③ Robert Patch, Personal Property Securities Reform in Australia, 15(2) *Uniform Law Review* 459(2010) .

^④ Gerard McCormack, Personal Property Security Law Reform In Comparative Perspective—Antipodean Insights? 1(3) *Common Law World Review* 33(2004) .

制,以避免抵押人通过转让抵押物逃避债务,保障抵押权人顺利实现抵押权;^①在债务人为抵押人时,还可以迫使债务人履行到期债务。《民法典》第406条以抵押人的处分自由和抵押权的追及力为中心,重构了抵押物转让规则,以促进物尽其用的目标。^②

3. 担保财产的概括性描述

联合国国际贸易法委员会《动产担保交易立法指南》指出,许可设保人以通用术语描述担保财产,可避免债权人在设定担保权时对担保财产进行深入细致的调查,还可减少或避免对担保人嗣后取得某类财产是否为担保财产的争议。^③但是,对担保财产进行概括性描述无疑有损担保物权的特定性,故立法者必然面临安全与效率的选择。

《民法典》第400条简化了《物权法》第185条对抵押物描述条款的规定,将抵押财产的“名称、数量、质量、状况、所在地、所有权归属或者使用权归属”修改为“抵押财产的名称、数量等情况”,允许对担保财产进行概况性描述;^④其第427条也简化了《物权法》第210条对质押物的描述规定。《担保制度司法解释》第53条进一步规定,动产和权利担保合同中对担保财产的概括描述能够合理识别担保财产的,即应认定担保成立。许可概括性描述担保财产,不仅可扩大当事人在担保物权领域的自由空间,也有助于提升登记效率。当然,这一领域中的效率与安全的协调,还有待担保物权登记制度的改进。

三、《民法典》担保制度内在诸价值的“再最大化”

尽管《民法典》在保障担保制度内在体系融贯的前提下,已尽量使各价值最大程度化,《担保制度司法解释》更进一步呈现了这些价值,但价值“再最大化”空间依然存在。

(一) 公正价值的再最大化: 保证责任方式推定、担保主体差异化与禁止预先权利抛弃

1. 保证责任方式的推定

《民法典》第686条一概将保证方式推定为一般保证,固然与比较法同轨,契合保证固有的从属性,且更彰显公正理念,但从公正理念出发,在金融机构提供保证时,债权人对保证人偿债的期待也较高,且金融机构并无特殊保护的必要,推定为连带保证似无可厚非。

2. 自然人保证人的特别保护

自然人几乎都是无偿提供保证的,且在承担担保责任后,往往无法向债务人成功追偿,这使其与债务人之间的最终利益关系几近赠与。在比较法上,优待自然人保证人日渐成为担保法现代化的趋势之一,尤其是在债权人为银行等金融机构时,自然人保证人更值得保护,因为金融机构往往利用其经济和专业的双重优势,使自然人订立其将承担严苛保证责任的合同。如:欧盟强调对消费者保证人进行特别保护,以彰显契约正义;^⑤《欧洲示范民法典草案》在保证合同部分专设“消费者保证的特殊规则”;^⑥最新修订的《日本民法典》在保证合

① 全国人大常委会法制工作委员会民法室编《〈中华人民共和国物权法〉条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2007年版,第350页。

②④ 黄薇主编《中华人民共和国民法典物权编解读》,第681、658页。

③ United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions*, New York, 2010, p. 33.

⑤ 辜江南《欧盟消费者保证与中国民法典》,《中国政法大学学报》2019年第1期。

⑥ 巴尔、克莱夫主编《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案》(第4卷),于庆生等译,法律出版社2014年版,第1303-1305页。

同部分新增“个人最高额保证合同”。^①这种思潮或可概括为：在商事交易领域，提供担保的自然人与消费者无异，可对其适用有关消费者特殊保护的规则。遗憾的是，我国担保法还未对不同类型的担保主体适用有差异的保护措施，这一问题甚至尚未引起应有的关注。

3. 担保人预先放弃法定权利

在实践中，担保合同尤其是格式担保合同约定担保人放弃其法定权利的条款较为常见。如约定保证人放弃对主合同内容变更的同意权、放弃债务人对债权人的抗辩权、抵销权和撤销权，放弃适用法定保证期间等。对这些约款的效力评价，裁判规则并不统一：或基于私法自治精神认定这些约款有效，^②或基于公正理念判令其无效。^③一些立法例明文规定其无效，如《埃塞俄比亚民法典》第1944条规定，保证人不得预先放弃代位利益。台湾地区“民法”增订第739条之一则更宽泛地规定，除法律另有规定外，保证人不得预先抛弃其法定权利。我国担保法无疑也有必要明确这一规则。

(二) 自由价值的再最大化：流担保缓和与权利质权标的的扩大

1. 流担保的缓和

《民法典》虽不再明文禁止流担保约款，但未明确规定在流担保情形，担保物权人应如何行使权利。此时很难适用法律行为效力转换理论，^④鉴于缓和流担保的立法原意是权衡公正和效率，可考虑将其转化为两种约定：一是在抵押权已登记时，尤其是在未来登记簿的内容更为繁丰时，第一顺位的担保物权已为流担保登记，可将其转换为以资抵债的约定，同时赋予利害关系人以撤销权。二是当事人实现担保物权方式的约定，适用《担保制度司法解释》第45条第1款，担保物权人可以请求抵押人交付抵押物由其拍卖或变卖。

2. 权利质权标的的扩大

《民法典》第440条第(7)项有关权利质权标的的兜底条款“法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利”，依然遵循了刚性物权法定主义，甚至已接近于“法无授权即无权”的公法理念。然而，立法者认为，这一条款其实是授权条款，即作为民事权利基本法的《民法典》授权其他法律和行政法规根据现实需要、权利质押的可行性、市场风险等因素，规定权利质押的范围，反而体现了对权利质权标的的扩张。^⑤问题在于，《民法典》以外的其他法律、行政法规也未必能呼应社会需求及时出台，新兴财产权益如企业数据可能因法律缺失难以作为权利质权的客体。值得一提的是，《担保制度司法解释》第63条为扩张担保财产客体，规定当事人以法律、行政法规尚未规定的财产权利设立担保的合同有效，但未在法定登记机构依法登记的，债权人不能主张担保物权的效力。这一规定在第三人提供物上保证时，可以为债权人提供较为充分的保障；但在债务人自身提供担保时，意义甚微。因此，较为妥当的法律规则是允许所有具有财产价值的财产均可作为担保财产。

① 胡晗《日本民法总则与债权部分修改介绍》，辽宁人民出版社2020年版，第100页。

② 如“中国银行股份有限公司高平支行与山西高平科兴赵庄煤业有限公司、山西省高平市三甲散热器有限公司借款合同纠纷再审案”，参见最高人民法院(2010)民提字第86号民事判决书。

③ 如长城资产管理公司哈尔滨办事处与黑龙江华夏造纸有限公司、佳木斯金地造纸股份有限公司借款担保合同纠纷上诉案”，参见最高人民法院(2010)民二终字第72号民事判决书。

④ 黄家镇《论〈民法典〉流押规定的解释适用》，《甘肃政法大学学报》2021年第2期。

⑤ 黄薇主编《中华人民共和国民法典物权编解读》第785页。

(三) 平等价值的再最大化: 实质担保和形式担保的制度调适

《民法典》担保制度引入实质担保观,一方面可能被视为其最为激赏的贡献,另一方面也可能被作为其最大的败笔,因为它和形式担保观存在难以调合的规则冲突和适用矛盾。^①《民法典》对实质担保的适用未做细节规定,而《担保制度司法解释》在两方面做了突破:一是在一定程度上,将所有权保留和融资租赁交易中的所有权视为担保物权,其第57条第1款明确规定,价金债权抵押权的债权人包括出卖人、提供融资的债权人和融资租赁中的出租人,这就明显将出卖人、出租人与提供融资的债权人等同,和学界主流观点基本一致,即价金债权抵押权是立法者基于特殊法政策而设计的抵押权,可一体适用于所有动产担保交易。^②二是在BIOC规则中,将三种债权人(担保物权人)等量齐观。其第56条第2款将买受人能对抗的担保物权人界定为“已经办理登记的抵押权人、所有权保留买卖的出卖人、融资租赁合同的出租人”,值得肯定。

当然,实质担保与形式担保的冲突不可能如此容易解决。如《担保制度司法解释》第57条对价金债权抵押权适用情形的规定,似存在矛盾:其第1款规定,在动产浮动抵押设定后成立的价金债权抵押权优先,将价金债权抵押权限于对抗在先的浮动抵押权;但其第2款又规定,价金债权抵押权担保的债权包括所有权保留和融资租赁中的债权,并未将价金债权抵押权限于对抗在先的浮动抵押权,而是将其扩张到在先的固定抵押权和质权。这一规定也突破了《民法典》第753条不许可融资租赁交易中的承租人在标的物上设定担保物权的規定。可见,实质担保和形式担保的调适目前还远未尘埃落定。

(四) 安全价值的再最大化: 抵押人侵害债权的行政科责

我国《担保法》承认普遍的动产抵押制度,但并未解决动产抵押最大的障碍——登记公示的实际效力不足。这是因为,动产的移动属性决定了登记并不适合公示动产物权,除非其受国家严格的监管,如交通工具。因此,在信用约束不足的商业语境中,不占有动产的抵押权人如何规避抵押人实施处分动产等损害债权的行为,是决定动产抵押发展的瓶颈。

为解决这一问题,我国台湾地区“动产担保交易法”第38条对债务人迁移、出卖、出质、移转、抵押等损害债权人的行为,第39条对担保人故意使标的物减少或毁损的行为,第40条对担保人故意在担保物上设定留置权的行为,均做了入罪处理。我国《刑法》未涉及这一问题。可以考虑的是,未来在制定动产和权利登记的行政法规时,对抵押人在抵押权登记后实施侵害债权的行为课以行政责任。

(五) 效率价值的再最大化: 抵押物转让与担保物权的实现方式

1. 抵押物的转让

《民法典》第406条革新抵押物转让规则的社会背景是,我国担保物权统一登记制已初步确立并逐步完善,大大降低了抵押财产的转让对抵押权人的风险。^③基于私法自治理念,它允许当事人在抵押合同中约定对转让抵押财产的限制或禁止。按照传统民法学理论,这种约款只具有约束合同当事人的债权效力,^④《担保制度司法解释》第43条按照这种约款是

① 谢鸿飞《〈民法典〉实质担保观的规则适用与冲突化解》,《法学》2020年第9期。

② 高圣平《民法典动产担保权优先顺位规则的解释论》,《清华法学》2020年第3期。

③ 黄薇主编《中华人民共和国民法典物权编解读》,第680-681页。

④ 刘家安《〈民法典〉抵押物转让规则的体系解读——以第406条为中心》,《山东大学学报》(哲学社会科学版)2020年第6期。

否做了登记区分了其效力,并赋予经登记的约款具有对抗第三人的物权性效力。在抵押合同的这种约款进行登记后,抵押物的转让将实质上回到《物权法》第191条的状态。

在法教义学上,因抵押人享有所有权且抵押权人可追及抵押物,故抵押物本应自由流转,但是否禁止当事人约定限制或禁止抵押物转让,同时涉及法政策。既然《民法典》改弦易辙,许可抵押物自由转让,本应贯彻所有权自由理念,促使物尽其用,禁止当事人另行约定。《德国民法典》第1136条就明确规定,所有权人和债权人约定不得移转土地的条款无效,其目的在于保护所有权人的经济自由。^①《智利民法典》第2415条亦规定,即使合同约定抵押人不得转让抵押物,抵押人也可以转让。

2. 担保物权的实现方式

《民法典》规定了担保物权实现的私力方式和公力方式,因后者成本不菲,效率不高,为提升担保物权的实现效率,担保物权实行的私程序一直是立法者关注的重点。

在美国,债权人只要不违反“和平秩序”,即可自力实现担保物权。受其影响,现代担保法的发展趋势之一是容许担保物权人经由合理的程序自力实现其权利。^②然而,受权利文化、国家对私人救济的容忍度等因素的影响,各国对担保物权实现的私程序的态度差异较大,如法国就不允许当事人以协议自行变卖,^③美国学者也认为,在担保物权实现的私程序方面,中美的重要差异在于是否承认私程序。^④

《担保制度司法解释》第45条第1款允许担保合同约定,担保物权人有权将担保财产自行拍卖、变卖并就所得的价金优先受偿;此时,担保人导致担保物权人无法自行对担保财产进行拍卖、变卖的,应承担因此增加的费用。据此,若担保人履约,担保物权的实现效率将得到提升;若担保人不履约,则债权人依然只能诉诸司法程序。在不可能全面承认私程序的约束条件下,《担保制度司法解释》第68条承认让与担保是次优选择,因为在让与担保中,债权人作为担保财产法律上的权利人将很容易实现变价权。但这一目标的实现还需要登记制度进一步配合,尤其是使让与担保合同成为登记原因,以减少实践中因所谓“后让与担保”增加的交易成本和纠纷。

3. 动产和权利担保统一登记

《国务院关于实施动产和权利担保统一登记的决定》并没有将机动车、船舶、航空器抵押、债券质押等纳入统一登记,主要原因是这些财产的确权登记机关各不相同,担保登记应与权利登记机关保持一致。然而,这些登记机关多为基于行政管理的需要(如交通安全、市场监管等)设置,与确认担保物权的产权登记迥异,不宜因行政管理的需求排除动产和权利担保的统一登记。而且,在普遍承认动产和权利担保时,再依据动产和权利的类型差异,作出不同的登记安排,势必增加交易成本,也有违担保财产平等原则。

(责任编辑:李欣 于若水)

^① Staudinger/ Hans Wolfsteiner, BGB § 1136, Rn. 2.

^② 谢在全《担保物权制度的成长与蜕变》,《法学家》2019年第1期。

^③ 李世刚《法国担保法改革》,法律出版社2011年版,第12页。

^④ Boris Kozolchik, The Chinese Law of Secured Transactions in Personal Property at A Crossroads: An Analysis and Suggestions, 26 *University of Miami International and Comparative Law Review* 317(2019).