

## 立法研究

论民法典担保物权制度的体系化构建<sup>\*</sup>石冠彬<sup>\*\*</sup>

内容摘要:《民法典物权编草案(二审稿)》在担保物权制度上虽有体系化的努力,但显然不足以实现法典化的价值。在我国未来七编制结构的民法典中,民法典物权编担保物权制度的体系化构建将同时承载担保制度体系化的功能,宜在担保物权制度“一般规定”中同时涵盖债权担保的共通规则。担保物权制度体系化构建应通过完善民法典物权编担保物权章节的“一般规定”得以实现:其一,明确规定担保人有权以特定财产提供保证的“有限财产保证制度”,以弥补现有民法理论对担保物权与保证担保的概念界定难以涵盖担保内涵的制度空白;其二,进一步抽取担保物权的共通规则,增加最高额担保物权、担保物权的实现、流担保条款的效力、担保物权的竞合等规定;其三,增加担保物权与保证担保共通的从属性规范(担保无效后果及债的变更对担保责任的影响)以及担保范围、共同担保等共通规则。

关键词:民法典编纂 体系化 担保物权 保证合同 共通规则

DOI:10.13415/j.cnki.fxpl.2019.06.012

从《民法典各分编(草案)》公开征求意见之日起,我国将于2020年通过的民法典的篇章结构已无悬念,物权编、合同编、人格权编、婚姻家庭编、继承编以及侵权责任编将与总则编一起构成中国民法典的“七编制结构”。民法典编纂理应关注前沿问题,回应时代之问,并力求民法学制度的体系化。其中,实现民事法律制度的体系化可谓民法典编纂的灵魂,将有利于发展民法学理论、避免法律适用上的矛盾。<sup>①</sup>《民法典物权编草案(二审稿)》相对于之前草案以及现行《物权法》而言,确实做了一定程度的修改,尤其是在用益物权部分积极贯彻了土地承包经营权三权分置改革方案、增加居住权制度等回应了社会的现实需求。但毋庸讳言,上述草案还是过于保守,具体到本文所涉担保物权制度的规定,草案并未能深入贯彻私法自治理念,<sup>②</sup>且在体系化问题上仍存在重复规定、内部矛盾、体系不协调等缺陷,<sup>③</sup>甚至还将截然不同的问题规定在同一条文之中。<sup>④</sup>

从应然层面而言,担保制度的立法跨越了合同法与物权法两大领域,若要实现制度的体系化并凸显其重要性,以便更好地解决司法实务的疑难问题,仿效法国债法修改的经验,将担保制度与人格权一样予以独立

\* 本文系第65批中国博士后科学基金面上资助项目“担保制度立法与实践新问题研究”(项目编号:2019M650929)的阶段研究成果。

\*\* 海南大学法学院教授、中国人民大学博士后流动站研究人员。

① 除本文所涉担保制度体系化外,其它分编也存在类似情况,参见李世刚:《人身损害救济规则体系化的法国经验及启示——以法国两部学者草案为基础的比较研究》,载《东方法学》2017年第2期。

② 举例而言,本文后续将谈到的现行立法草案对流担保条款持绝对禁止的立场,物上保证人只有书面同意债务承担时才对所移转债务承担担保责任,都是未能深入贯彻私法自治理念的立法表现。

③ 《民法典各分编(草案)》颁布后,就有论者对担保制度的立法提出类似批评,参见刘保玉:《第三人担保的共通规则梳理与立法规定的完善》,载《江西社会科学》2018年第10期。

④ 举例而言,《民法典物权编草案(二审稿)》第200条第1款规定的是抵押权竞合时,抵押权人对抵押权的处分行为,不得损害其它抵押权人的权利;而第200条第2款规定的则是共同担保中如果债权人放弃了债务人提供的抵押担保则将导致其它担保人在对应范围内免责的问题。这两者截然不同,显然不应该规定在同一条文之中。

成编可能是最佳的方案。<sup>⑤</sup>但很显然,担保制度在民法典中独立成编的立法建议在此次民法典编纂之中已不可能实现,广大立法参与者所能做出的努力就是在尊重立法机关关于民法典分编立法架构的基础上,尽力实现担保制度的体系化,且是跨越不同分编的体系化努力。就此,本文拟以担保物权制度的体系化构建为中心,在现行《民法典物权编草案(二审稿)》的基础上,尝试从“民法典物权编担保物权制度增加弥补制度空白的规则促使担保制度的体系完善”“民法典物权编担保物权制度如何抽取共通规则实现内部体系化”“民法典物权编担保物权制度如何协调与民法典合同编保证合同关系”这三个方面展开论述,并分别提出立法完善建议,以期能为民法典物权编的立法以及担保制度的体系构建提供一个观察视角。

## 一、民法典物权编担保物权制度应增加弥补制度空白的规则以实现体系化

就民法典物权编担保物权制度的体系化构建而言,其同时承载了担保制度体系化的功能,<sup>⑥</sup>所以必须在规范上填补担保物权制度与保证合同制度的形式割裂性,为担保制度未来的发展预留法律依据与制度空间。本文认为,目前担保制度的体系周延性存在缺陷,传统民法学理论一般认为担保物权是以特定财产提供担保的,<sup>⑦</sup>而保证则是以保证人自身的责任财产(全部财产、信用财产)来担保相应的债权。<sup>⑧</sup>这就带来一个理论上的难题,即担保人能否通过提供特定财产来提供保证担保?伴随着近年来极受关注的“买卖型担保”<sup>⑨</sup>(以及类似法理的“股权转让型担保”“让与担保”)和“未登记不动产抵押合同效力”等司法疑难案件的不断出现,笔者越加认为建构上述制度的必要性;司法实务的现状足以应证,缺少对于“当事人能否以特定财产提供债权担保(保证担保)”的规定,不仅会引发理论上的困扰,也必将因为裁判者对私法自治理念的理解分歧而导致裁判立场的分化。<sup>⑩</sup>

本文之所以认为“有限财产保证”这一概念可以成立,理由如下:一方面,从理论上而言,担保的概念能够包含“有限财产保证”的内涵,“以特定财产提供担保,但担保人不具有优先受偿权”的担保情形从逻辑上来说理应存在。具体而言,担保就是为了保障债权人债权得到清偿而设立的制度,主要分为两种,人保及物保。

<sup>⑤</sup> 关于担保制度应当在民法典之中独立成编的相关论述,参见孟勤国:《东施效颦——评《物权法》的担保物权》,载《法学评论》2007年第3期;高圣平:《民法典担保物权法编纂:问题与展望》,载《清华法学》2018年第2期;马俊驹、邵和平:《民法典担保权编的立法模式研究》,载《法制与社会发展》2019年第1期;刘斌:《论担保法独立成编的立法技术与决断要素》,载《江海学刊》2019年第3期,等等。

<sup>⑥</sup> 在现行民法典分则篇章结构之下,实现担保制度的体系化既可以从物权编担保制度章节着手也可以从合同编保证合同处着手,考虑到合同编现有篇幅结构已经很长而且物权编在民法典分编结构之中位于合同编的前列,本文选择通过完善担保物权“一般规则”来实现担保物权的体系化并同时尽可能实现担保制度的体系化构建。

<sup>⑦</sup> 参见崔建远:《物权法》,中国人民大学出版社2017年版,第418页;王泽鉴:《民法物权》,法律出版社2010年版,第377页。

<sup>⑧</sup> 参见王利明:《合同法研究》(第4卷),中国人民大学出版社2017年版,第241—242页。

<sup>⑨</sup> 买卖型担保也被称作担保型买卖,有论者则将其称为“后让与担保”,其内涵为“担保人以履行买卖合同担保债权的实现”。对于其属性的相关争论,参见陈永强:《以买卖合同担保借贷的解释路径与法效果》,载《中国法学》2018年第2期;吴昭军:《类型化界定涉“借”案件中的买卖合同性质——兼论法释[2015]18号第24条之所指》,载《东方法学》2017年第4期;庄加园:《“买卖型担保”与流押条款的效力——〈民间借贷规定〉第24条的解读》,载《清华法学》2016年第3期;杨立新:《后让与担保:一个正在形成的习惯法担保物权》,载《中国法学》2013年第3期;董学立:《也论“后让与担保”——与杨立新教授商榷》,载《中国法学》2014年第3期,等等。

<sup>⑩</sup> 在“朱俊芳与山西嘉和泰房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷案”中,最高院认为当事人实际上先后设立的买卖合同和借款合同意思表示均真实合法,两个合同成立并生效,参见最高人民法院(2011)民提字第344号民事判决书;在“广西嘉美房地产开发有限责任公司与杨伟鹏商品房买卖合同纠纷申请案”中,最高院认为双方的真实意思不在于买卖而是在于担保,且违反了禁止流质而不产生担保之效力,参见最高人民法院(2013)民提字第135号民事判决书。同样,在“未登记不动产抵押合同效力”的问题上,最高院曾认为可以当事人签订不动产抵押合同的目的在于以抵押担保方式保障债权的清偿,可由此真实意思表示直接认定所谓的抵押人在抵押物的价值范围内直接承担连带清偿责任,参见最高人民法院(2015)民申字第3256号民事裁定书;但根据2017年12月2日最高人民法院民二庭第7次法官会议纪要,最高院目前倾向于未登记的不动产抵押合同不能产生担保责任,债权人应当通过向所谓的“抵押人”主张违约责任来实现自身债权,参见贺小荣主编:《最高人民法院民事审判第二庭法官会议纪要:追寻裁判背后的法理》,人民法院出版社2018年版,第239—254页。

物保的核心内涵在于担保物权人对特定物的变价款享有优先受偿的权利；人保在中国大陆的立法语境中等同于保证，根据是否具有先诉抗辩权区分为一般保证和连带责任保证。<sup>⑪</sup> 由此可知，不论物保还是保证，都是担保的下位概念，抵押、质押、留置等担保物权形式自然也隶属于担保这一概念。<sup>⑫</sup> 民法学理论一般习惯于认为担保物权是物上担保人以特定物提供的担保，而保证担保则是保证人以自己的所有资产所提供的担保，担保物权人对特定财产享有优先受偿权而后者不享有该权利。<sup>⑬</sup> 故从担保物权和保证概念的界定来看，提供担保的财产可以分为全部财产和特定财产，再加上人保与物保优先受偿权的区分标准，从排列组合的角度来讲，应该存在“一般财产+不能优先受偿”、“特定财产+不能优先受偿”、“一般财产+优先受偿”、“特定财产+优先受偿”四类担保方式，其中“一般财产+不能优先受偿”是保证担保的内涵、“特定财产+优先受偿”是传统的担保物权的内涵、“一般财产+优先受偿”则类似于担保物权中浮动抵押的内涵，<sup>⑭</sup> 目前我国立法并没有明确禁止“特定财产+不能优先受偿”这种担保方式。既然如此，就没有理由否认当事人可以通过合意设定“特定财产+不能优先受偿”这一担保方式，即没有理由否认“有限财产保证”这一方式的合理性，此乃“遵守私法最高价值—意思自治”的体现。另一方面，“有限财产保证”这一担保方式不论在现行法还是未来民法典中，均存在相应依据。根据现行《担保法》第6条的规定，保证是根据保证人与债权人的约定，在债务人不履行债务时，保证人需要按照约定履行债务或者承担责任的行为。也就是说，立法从未限定保证人只能以自己的全部责任财产提供，其内容完全可由双方当事人通过协议达成。从解释论上而言，只能说在双方没有特别约定的情况下，保证人需要以全部资产作为自身承担保证责任的责任财产，而不能得出保证人不能通过特定的财产来提供保证这一结论。同样，根据《民法典合同编草案（二审稿）》第471条的规定：“保证合同是为保障债权的实现，当债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，保证人履行债务或者承担责任的合同。”未来民法典合同编对保证合同的内涵界定也并不限制责任财产必须是不特定财产，“特定财产保证”能够包含在保证合同的法定概念之中。

从法律适用上来说，“有限财产保证”并不一定是由双方当事人所明确约定的，也可以通过意思表示的解释得出相应的结论。以前述未登记的不动产抵押合同的效力为例，当未登记不动产抵押合同中所谓的“抵押权人”直接起诉“抵押人”要求其承担抵押担保责任并主张对所谓的“抵押物”行使优先受偿权时，虽然此时抵押权尚未设立，<sup>⑮</sup> 但是担保人以“抵押物”这一特定财产提供担保的意思表示是明确的，即以该特定的、有限的财产为债权提供担保。

基于此，本文主张在现行《民法典物权编草案（二审稿）》第177条关于担保物权的基本概念后面增加第二款和第三款：“因没有完成交付或办理登记，导致担保物权未设立的，担保物权人可主张在担保物价值范围内要求担保物提供者承担保证责任，也可根据本法合同编的相关规定要求担保物提供者承担相应违约责任。”“当事人通过其它方式创设不属于本编所规定担保物权的，参照第二款处理。”

若能增加上述规定，未来民法典的担保制度虽然分散于物权编和合同编之中，但其体系仍将因此而得到完善，能够形成“以特定物提供担保物权”、“以特定物提供保证担保”以及“以全部责任财产提供保证”、“以全部动产提供担保物权”这一完备的担保体系，事实上是将“债权担保”作为兜底的解释结论，从而体现对当事人意思表示的尊重。

## 二、民法典物权编担保物权制度应通过抽取共通规则实现体系化

《民法典物权编草案（二审稿）》在担保物权部分按照“一般规定”“抵押权”“质权”“留置权”的顺序来对相

<sup>⑪</sup> 参见王利明、杨立新、王轶、程啸：《民法学》，法律出版社2017年版，第547页。

<sup>⑫</sup> 参见江平主编：《物权法》，法律出版社2009年版，第271页；杨会：《担保法》，北京大学出版社2017年版，第7页。

<sup>⑬</sup> 参见程啸：《民法典物权编担保物权制度的完善》，载《比较法研究》2018年第2期。

<sup>⑭</sup> 根据我国现行立法，浮动抵押只针对动产，而这种动产准确来说是“一定范围内的动产”，虽然不能同等于全部财产，但整体上是一致的。

<sup>⑮</sup> 根据现行《物权法》以及未来民法典物权编的立场，登记才是不动产抵押权设立要件，因此产生了分歧。参见张素华、吴亦伟：《担保型买卖合同意思表示之辩》，载《河北法学》2018年第5期；杨代雄：《抵押合同作为负担行为的双重效果》，载《中外法学》2019年第3期。

关条文进行立法设计,从体系化上进行考察,尚有进一步整合的空间。担保物权的“一般规定”应当抽取各类担保物权的共通规则,只有抵押权、质权、留置权自有的特别规定才应当放置于各具体担保物权的章节之中。具体而言,现行草案至少存在“相关规范重复规定”“类似制度前后冲突”等问题,<sup>⑩</sup>本文建议应当就最高额担保物权、担保物权的实现、流担保条款的效力、担保物权的竞合等这些问题予以一体化规定:

#### (一)最高额担保物权一般规则的设立及展开

《民法典物权编草案(二审稿)》在第四分编“担保物权”第十七章“抵押权”部分的第二节(第211条—第215条)规定了最高额抵押制度,在第十八章第230条规定了最高额质权适用最高额抵押权相关法律规则的指引性条款。上述立法模式的问题在于最高额抵押与最高额质权均属于当事人通过协议订立的最高额担保物权制度,两者本质上是可一并规定的。本文认为,民法典编纂应当凸显体系化的要求,所以民法典物权编担保物权制度的“一般规定”宜单独设立“最高额担保物权”这一分节,按照最高额担保物权的概念与范围、最高额担保物权的从属性规定、最高额担保物权所担保债权的确定、最高额担保物权制度的法律适用来对相关规定进行立法设计。

与此同时,需要注意如下三个问题:第一,重复规定应当予以删除。最高额担保物权中的最高额抵押权可以适用一般抵押权的规定,最高额质权可以适用一般质权的规定乃应然之意,而且现行立法对此也已经予以明确规定,所以不应当将抵押权和质权的一般规则再放入最高额担保物权制度之中进行重复规定。以《民法典物权编草案(二审稿)》对最高额抵押权的规定为例,草案第213条“最高额抵押担保的债权确定前,抵押权人与抵押人可以通过协议变更债权确定的期间、债权范围以及最高债权额,但是变更的内容不得对其他抵押权人产生不利影响”这一规定纯属多余,因为草案第200条关于抵押权顺位、数额的变更规则已经对此予以明确。<sup>⑪</sup>第二,最高额担保物权规则应当与最高额保证规则予以体系化规定。最高额担保物权制度与最高额保证担保除了是否有优先受偿权这一区分外,两者本质上应当是相通的。现行立法事实上已经采纳这一立场,《民法典合同编草案(二审稿)》第479条之一对于最高额保证的规定,就直接采纳了与最高额质权一样的立法模式,即指明参照适用物权编的相关规定。在担保物权关于最高额担保物权的规则之下,直接规定最高额债权担保也适用最高额担保物权的相关规则,这一立法模式或许更为适宜,更能凸显法典的体系化。第三,慎重考虑是否在立法上减轻最高额担保人的担保责任。一般认为,最高额担保的特征在于在双方当事人约定的最高额担保期限内,最高额担保所担保的债权额度可以不断的“消灭并重生”,只要最终额度符合最高额担保合同的约定,最高额担保人就仍然需要承担担保责任。<sup>⑫</sup>现行《物权法》第204条以及《民法典物权编草案(二审稿)》第212条事实上采纳了这一立场。本文倾向于认为最高额担保所担保的债权额度可以不断增加至“最高额”,但在最高额担保期限内已经消灭的债权也应当计入到最高债权额限度之内。

从立法建议角度而言,未来民法典物权编在担保物权“一般规定”中应当规定如下关于最高额担保物权的条文:

#### 第X节 最高额担保物权

第XXX条 为担保债务的履行,债务人或者第三人对一定期间内将要连续发生的债权提供担保财产的,债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形,担保物权人有权在最高债权额限度内就该担保财产优先受偿。

最高额担保物权设立前已经存在的债权,经当事人同意,可以转入最高额担保物权的债权范围。

第XXX条 最高额担保物权所担保的债权确定前,部分债权转让的,最高额担保物权不得转让,但是当

<sup>⑩</sup> 有学者曾对现行《物权法》意定动产担保物权的立法模式进行过类似批评,参见董学立:《我国意定动产担保物权法的一元化》,载《法学研究》2014年第6期。

<sup>⑪</sup> 事实上,上述规定不仅是多余的问题,甚至有可能将引发司法实务的分歧。因为《民法典物权编草案(二审稿)》第200条所规定的抵押权事项变更若影响其它抵押权人权益则需要取得其它抵押权人的“书面同意”规则比最高额抵押担保事项的变更更为严格,但这种例外的宽松是没有法理基础的,甚至一定程度上造成了规范之间的内在冲突,容易引起法律适用上的困惑。概言之,保留上述规定的情况下,最高额抵押中的抵押人与抵押权人若对最高额抵押合同进行相应的变更,在没有取得其它抵押权人的“书面同意”而仅是得到其它抵押权人非书面形式同意的情况下,这一变更究竟是否有效?

<sup>⑫</sup> 参见王利明:《物权法研究·下卷》,中国人民大学出版社2016年版,第1285页。

事人另有约定的除外。<sup>①</sup>

第XXX条 有下列情形之一的,担保物权人的债权确定:

(一)约定的债权确定期间届满;

(二)没有约定债权确定期间或者约定不明确,担保物权人或者物上担保人自最高额抵押权设立之日起满二年后请求确定债权;

(三)新的债权不可能发生;

(四)担保物权人知道或者应当知道抵押财产被查封、扣押;

(五)债务人、物上保证人被宣告破产或者解散清算;

(六)法律规定债权确定的其他情形。

第XXX条 最高额担保物权除适用本节规定外,适用本编关于担保物权的具体规定。

本法合同编规定的最高额保证参照适用本节相关规定。

(二)实现担保物权的一般规则的设立

就担保物权的实现而言,《民法典物权编草案(二审稿)》对抵押权、质权以及留置权的实现规则分别进行了规定:第一,抵押权的实现规则。上述草案第201条规定了抵押权实现的“协商实现路径”与“非讼程序实现路径”,<sup>②</sup>并明确担保物权实现协议不得损害其他债权人的利益及其他债权人救济途径、抵押财产折价或变卖应当参照市场价等进行了规定。<sup>③</sup>第二,质权的实现规则。上述草案第227条第2款仅就质权的协议实现进行了规定,并未与前述抵押权实现一样明确法定担保物权实现方式,也没有就协议实现不得损害他人合法权益以及他人的救济途径予以规定;<sup>④</sup>其第3款就质押财产折价或变卖应当参照市场价进行了规定。<sup>⑤</sup>与此同时,草案就质权的实现规则也增加了前述抵押权实现规则所不具有的内容,该草案第228条规定了出质人可以主动要求质权人实现质权、第229条就出质物价值与债权数额的差额的处理予以规定。<sup>⑥</sup>第三,留置权的实现规则。上述草案第244条明确了留置权实现的宽限期规则、留置权协议实现方式以及以何种方式实现留置权时应当参照市场价的规则,除了其特有的留置权宽限期外,其余两项与质权的实现规则保持一致,但其同样缺少草案对抵押权的非讼实现方式以及不得损害他人权益、他人权益受损时的救济途径的相关规定;<sup>⑦</sup>该草案第245条就留置权的实现问题,与质权实现规则一样,增加了留置财产所有权人主动要求

<sup>①</sup> 如果立法最终认可最高额担保物权所担保债务指客观上所发生过的债务,即包含已经消灭(也包含转让)的债务在内,则该条款应当予以删除,直接适用一般的债权让与中担保人如何承担担保责任的规则。

<sup>②</sup> 事实上,我国现行《民事诉讼法》并未明确规定非讼程序,实现担保物权程序规定在“特别程序”之中,但是特别程序在性质上属于非民事权益争议的非讼程序。参见张卫平:《民事诉讼法》,法律出版社2016年版,第449页。

<sup>③</sup> 《民法典物权编草案(二审稿)》第201条共三款,分别规定:“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,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。”

<sup>④</sup> 《民法典物权编草案(二审稿)》第227条第2款规定:“债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形,质权人可以与出质人协议以质押财产折价,也可以就拍卖、变卖质押财产所得的价款优先受偿。”

<sup>⑤</sup> 《民法典物权编草案(二审稿)》第227条第3款规定:“质押财产折价或者变卖的,应当参照市场价格。”

<sup>⑥</sup> 《民法典物权编草案(二审稿)》第228条共两款,分别规定:“出质人可以请求质权人在债务履行期届满后及时行使质权;质权人不行使的,出质人可以请求人民法院拍卖、变卖质押财产。”“出质人请求质权人及时行使质权,因质权人怠于行使权利给出质人造成损害的,由质权人承担赔偿责任。”第229条规定:“质押财产折价或者拍卖、变卖后,其价款超过债权数额的部分归出质人所有,不足部分由债务人清偿。”

<sup>⑦</sup> 《民法典物权编草案(二审稿)》第244条共两款,分别规定:“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两个月以上履行债务的期间,但是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。”“留置财产折价或者变卖的,应当参照市场价格。”

留置权人实现留置权的规定；<sup>⑤</sup>除此之外，该草案第246条也规定了担保物价值与债权数额差额如何处理的规定。<sup>⑦</sup>

综上所述，《民法典物权编草案(二审稿)》不仅分别规定了抵押权、质权和留置权的实现规则，而且在具体规则的设计上存在许多细节上的差异，但是这种差异是没有根据的。从担保物权实现程序来看，我国1995年《担保法》最早将其确立为“诉讼模式”，2007年《物权法》基本确立非讼模式后由2012年版《民事诉讼法》在特别程序中增加了“实现担保物权的程序”，从而确立了我国担保物权实现可以通过非讼模式来实现的程序路径。<sup>⑧</sup>从程序法的角度来看，三类担保物权实现理应适用同一个程序，相应规则具有共通性。鉴于三者均属担保物权，未来民法典宜对前述规范进行整合并规定于担保物权的“一般规定”之中。

从立法建议角度而言，未来民法典物权编在担保物权“一般规定”中应当规定如下关于担保物权实现的条文：

#### 第X节 担保物权的实现

第XXX条 担保物权实现条件成就时，担保物权人可以就担保财产折价或者以拍卖、变卖该担保财产所得的价款优先受偿。协议损害其他债权人利益的，其他债权人可以请求人民法院撤销该协议。

担保物权人与物上担保人未就担保物权实现方式达成协议的，担保物权人可以根据程序法的相关规定直接请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。

担保财产折价或者变卖的，应当参照市场价格。

第XXX条 担保物权实现条件成就时，物上担保人请求担保物权人及时行使担保物权的，担保物权人不行使的，物上担保人请求人民法院拍卖、变卖质押财产。

因担保物权人怠于行使权利给物上担保人造成损害的，由担保物权人承担赔偿责任。

第XXX条 担保财产折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归物上担保人所有，不足部分由债务人清偿。

#### (三)流担保条款的效力规则

所谓流担保条款，即指“抵押人与抵押人事先约定到期不还债则抵押物归抵押权人”和“出质人与质权人事先约定到期不还债则质物归质权人”的情形。对此，学界并未在专业术语上达成共识，有论者将其分别称为流押契约和流质契约，<sup>⑨</sup>也有论者以流质契约统称之。<sup>⑩</sup>就其内涵而言，即在担保物权实现条件成就之前，担保物权人与物上担保人事先约定债务人到期不偿债时，担保物权人取得担保物的所有权，属于以物抵债的一种具体形式，可称之为“事先以物抵债协议”。就该问题而言，《民法典物权编草案(二审稿)》分别在第192条和第219条进行了规定，延续了《物权法》绝对禁止流担保的立场。<sup>⑪</sup>对此，本文持如下两个基本立场：

首先，未来民法典物权编不宜就流担保条款分别加以规定，而应当统一于“一般规定”之中，这是由担保

<sup>⑤</sup> 《民法典物权编草案(二审稿)》第245条规定：“债务人可以请求留置权人在债务履行期届满后行使留置权；留置权人不行使的，债务人可以请求人民法院拍卖、变卖留置财产。”

<sup>⑦</sup> 《民法典物权编草案(二审稿)》第246条规定：“留置财产折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归债务人所有，不足部分由债务人清偿。”

<sup>⑧</sup> 参见毋爱斌：《“解释论”语境下担保物权实现的非讼程序——兼评《民事诉讼法》第196条、第197条》，载《比较法研究》2015年第2期；也有观点认为，在现行《民事诉讼法》确立担保物权实现程序的前提下，担保物权人既可通过非诉程序也可通过诉讼程序实现自己的担保物权，参见魏沁怡：《论担保物权的实现：实体法与程序法的体系衔接》，载《东方法学》2019年第5期。

<sup>⑨</sup> 参见程啸：《论抵押权的实现程序》，载《中外法学》2012年第6期；孟强：《〈民法典物权编〉应允许流质流抵》，载《当代法学》2018年第4期。

<sup>⑩</sup> 参见高圣平：《论流质契约的相对禁止》，载《政法论丛》2018年第1期。

<sup>⑪</sup> 《民法典物权编草案(二审稿)》第192条规定：“抵押权人在债务履行期届满前，不得与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有。”第219条规定：“质权人在债务履行期届满前，不得与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有。”

物权这一本质属性所决定的，两者本质上并无任何差异。

其次，未来民法典物权编不宜再对流担保条款持绝对禁止的态度。从《担保法》到《物权法》，我国立法对流担保条款始终持绝对禁止的立场，此次民法典编纂过程中，法工委室内稿曾拟对此予以放开，但自2018年3月15日全国人大常委会法制工作委员会《中华人民共和国民法典分编（草案）》（征求意见稿）开始，直至物权编草案一审稿、二审稿，绝对禁止流担保条款又再次成为立法机关的立场。与此同时，学界就立法应当解禁流担保条款基本已经形成共识。<sup>②</sup>应该说，立法出于“公平价值”的考量，预防出现担保物权人利用自己的优势地位侵犯物上担保人的权益，是有一定合理性的。<sup>③</sup>但是，绝对禁止的立场则是值得商榷的：一方面，禁止流担保条款本质上是为了保障物上担保人的合法权益，只要这一事先以物抵债协议没有损害到物上担保人的合法权益，则完全没有必要否认其法律效力，绝对禁止的立场既有违私法自治的精神也浪费司法成本；另一方面，就商事交易而言，商人的风险判断能力应当是值得肯定的，许可商主体之间约定流质条款也体现了对营业自由以及高效便捷价值的追求，所以民法典不区分民事合同与商事交易，一律认定流担保条款无效的立场值得商榷。<sup>④</sup>从司法实务来看，包括最高院在内的司法机关都曾对流担保条款的认定范围做出过相应限制的裁判。<sup>⑤</sup>

从立法角度而言，如果要彻底扭转立法机关长期以来的立场恐怕是不现实的，但未来民法典物权编在担保物权“一般规定”中宜对该问题做如下规定：

第XXX条 担保物权人在债务履行期届满前，不得与物上担保人约定债务人未履行到期债务时担保财产归债权人所有。

担保财产价值没有明显高于所担保数额的，不适用前款规定；营利法人之间在债务履行期届满前约定担保财产归属的，不适用前款规定。

#### （四）担保物权竞合时的顺位规则

就担保物权竞合情形下的实现顺位而言，《民法典物权编草案（二审稿）》主要规定在第四分编第十七章“抵押权”部分，分别是第205条的“抵押权顺位规则”、<sup>⑥</sup>第206条的“抵押与质押竞合的顺位规则”<sup>⑦</sup>以及“留置权”部分第247条的“留置权优先规则”。<sup>⑧</sup>分析这些规则可以发现，担保物权竞合时的顺位规则实际上只需要其中的两点即可：第一，作为法定担保物权的留置权绝对优先；第二，意定担保物权完成公示的优先于没有予以公示的，先公示的优于后公示的。同样，本文认为担保物权竞合的实现顺位规则属于一般规则，应当纳入担保物权的“一般规定”之中，并将与第207条规定的购置款超级优先权<sup>⑨</sup>共同构成担保物权实现顺位的规范体系。

特别值得注意的是，如果担保财产上的担保物权没有对外公示，但是后面设立的担保物权权利人对前面

<sup>②</sup> 参见王利明、石冠彬：《为民法典编纂建言献策——2018年民法学理论热点研究综述》，载《人民检察》2019年第3期。

<sup>③</sup> 参见李娟：《流质契约解禁之反思——以罗马法为视角》，载《比较法研究》2013年第5期。

<sup>④</sup> 参见周林彬：《商事流质的制度困境与“入典”选择》，载《法学》2019年第4期。

<sup>⑤</sup> 在“山西羽硕房地产开发有限公司于山西智海房地产开发有限公司买卖合同纠纷再审案”中，最高人民法院就曾基于担保物的价值与实际债务数额并不存在明显差距，而将这一形式上符合流担保条款特征的协议排除适用流担保条款无效的规定，参见最高人民法院（2009）民申字第1600号民事判决书；有地方法院则因为“担保物权实现条件成就之后，物上担保人未就流担保条款效力提出质疑，且没有采取任何措施”，从而认定此时流担保条款当事人已经达成“事后折价协议”这一担保物权实现方式的合意，参见深圳市中级人民法院（2016）粤03民终16608号民事判决书。

<sup>⑥</sup> 《民法典物权编草案（二审稿）》第205条共两款，分别规定：“同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押财产所得的价款依照下列规定清偿：（一）抵押权已登记的，按照登记的时间先后确定清偿顺序；（二）抵押权已登记的先于未登记的受偿；（三）抵押权未登记的，按照债权比例清偿。”“其他可以登记的担保物权，清偿顺序参照适用前款规定。”

<sup>⑦</sup> 《民法典物权编草案（二审稿）》第206条：“同一财产既设立抵押权又设立质权的，拍卖、变卖该财产所得的价款按照登记、交付的时间先后确定清偿顺序。”

<sup>⑧</sup> 《民法典物权编草案（二审稿）》第247条：“同一动产上已设立抵押权或者质权，该动产又被留置的，留置权人优先受偿。”

<sup>⑨</sup> 《民法典物权编草案（二审稿）》第207条：“动产抵押担保的主债权是抵押物的价款，标的物交付后十日内办理抵押登记的，该抵押权人优先于抵押物买受人的其他担保物权人受偿，但是留置权除外。”

已经设立的担保物权是知情的,此时宜认定没有对外公示的担保物权应当优先于后设立的担保物权受偿。<sup>④</sup>举例而言,张三将汽车抵押给李四但并未办理抵押登记,王五在知情的情况下仍接受张三将汽车作为质物出质给自己,此时宜认定李四的抵押权优先于王五的质权。理由在于,后设立的担保物权的权利人在知情的情况下仍然愿意接受该担保财产上设立的担保物权,宜认定是对前述法律后果的承受,这与次承租人的优先购买权优先于承租人、房屋所有权人应当受买卖合同约束给买受人办理过户登记的法理是一样的。一定程度上,这也是民法保护善意、惩罚恶意功能的体现,符合民法学最基本的价值判断,<sup>⑤</sup>笔者对此一直持该解释学立场来探讨相关法律问题。<sup>⑥</sup>

从立法建议角度而言,结合现行草案的规定,本文主张担保物权的“一般规定”就担保物权的实现顺位做如下体系化的立法设计:

#### 第 X 节 担保物权的实现顺位

第 XXX 条 同一动产上已设立抵押权或者质权,该动产又被留置的,留置权人优先受偿。

第 XXX 条 同一财产上设立多个抵押权、质权的,拍卖、变卖该财产所得的价款按照登记、交付的公示时间先后确定清偿顺序。

第 XXX 条 同一财产上设立多个抵押权、质权的,后设立的担保物权人明知担保财产上已经设立其他担保物权的,其它担保物权的清偿顺序应当优先于该后设立的担保物权。

第 XXX 条 动产抵押担保的主债权是抵押物的价款,标的物交付后十日内办理抵押登记的,该抵押权人优先于抵押物买受人的其他担保物权人受偿,但是留置权除外。

### 三、民法典物权编担保物权制度应通过与民法典合同编保证合同相协调以实现体系化

诚如前述,《民法典物权编草案(二审稿)》在诸如抵押权实现、质权实现和留置权实现等问题上存在部分重复规定、体系不协调的现象,同样,这一情况在物权编担保物权制度与合同编保证合同制度中也多有体现。为了进一步实现担保制度的体系化,未来民法典物权编担保物权制度中应当专门就担保物权与保证担保的共通规则加以规定。或许有论者认为在物权编中直接就物保和人保的共通规则进行规定在立法技术上存在物债混同的嫌疑,<sup>⑦</sup>笔者认为这一立场难以成立:一方面,现行《物权法》以及《民法典物权编草案(二审稿)》本身均存在与物权法紧密相关的合同的问题规定在物权编中的现象,比如前述草案第 11 条(也是《物权法》第 15 条的立场)规定:“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同,除法律另有规定或者当事人另有约定外,自合同成立时生效;未办理物权登记的,不影响合同效力。”事实上,这是物权变动原因行为(发生债权债务关系的合同)的生效问题,并非物权问题,但在物权编中对此进行规定应当说是合适的,能进一步强化物权变动区分原则;另一方面,部分担保制度本身就跨越了物权编和合同编,在不实行担保独立成编的立法模式下,想要将相关制度泾渭分明地予以分别规定,在立法技术上本身就不可能实现。举例而言,《民法典物权编草案(二审稿)》第 183 条(现行《物权法》第 176 条)关于保证与抵押并存的混合共同担保制度就包含了保证担保的内容。由此可知,在我国不采纳担保独立成编的立法模式下,在物权编担保物权的“一般规定”之中对担保物权与保证担保的共通规则予以规定,应当是最为妥当的立法选择。具体而言,除了前述最高额担保物权制度事实上也与最高额保证担保制度共通外,主要还有如下两个制度需要跨越民法典两个分编并实现体系化:

<sup>④</sup> 认为担保物权竞合应当彻底贯彻公示优先的论述,参见龙俊:《动产抵押对抗规则研究》,载《法学家》2016年第3期。

<sup>⑤</sup> 参见董学立:《论物权变动中的善意、恶意》,载《中国法学》2004年第2期。

<sup>⑥</sup> 参见石冠彬:《论无权处分与出卖他人之物——兼评〈合同法〉第51条与〈买卖合同解释〉第3条》,载《当代法学》2016年第2期;参见石冠彬、江海:《论一物数卖合同效力与买受人权利救济》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2014年第5期。

<sup>⑦</sup> 事实上,确实有论者对民法典物权编草案担保物权制度可能存在物债混同问题提出过批评,参见邹海林:《论〈民法典各分编(草案)〉“担保物权”的制度完善——以〈民法典各分编(草案)〉第一编物权为分析对象》,载《比较法研究》2019年第2期。

### （一）共同担保制度的共通规则构建

“共同担保，即有两个以上担保人为债务人担保债的实现。”<sup>④④</sup>也就是说，为了保障特定债权的实现，一个债权上存在着多个担保权，即可能是担保物权的并存，也可能是多个保证人提供的保证担保并存，还有可能是物保与人保的并存。具体而言，共同抵押、共同质押、抵押与质押并存、保证与抵押并存、保证与质押并存、共同保证以及三种以上担保方式并存的形式，均属于共同担保的范畴；其整体上可以分为“债务人与第三人并存的共同担保”和“第三人类型的共同担保”两大类。<sup>④⑤</sup>

就民法典编纂中的共同担保制度立法现状而言，大致可从如下几方面加以了解：其一，民法典合同编草案（二审稿）对共同保证进行了相关规定，第 489 条将共同保证区分为按份共同保证和连带共同保证两类，第 490 条事实上肯定了承担保证责任的保证人可以代位行使债权人对债务人的权利且事实上否定了共同保证人之间的追偿权。<sup>④⑥</sup>其二，《民法典物权编草案（二审稿）》第 183 条沿袭现行《物权法》第 176 条的立场，就保证与抵押并存这类混合共同担保中担保权的实现顺位以及承担担保责任的担保人对债务人的追偿权进行了规定。<sup>④⑦</sup>此外，《民法典物权编草案（二审稿）》没有针对其它特定共同担保情形进行较为系统的规定，其仅在“抵押权”章节下的第 200 条第 2 款对“债务人提供的抵押担保与其它担保并存时，抵押权人放弃债务人提供的抵押担保将导致其它担保人在相应范围内免责”这一问题作出规定，且在“质权”章节下的第 226 条同时规定“债务人提供的质押担保与其它担保并存时，质权人放弃债务人提供的质押担保将导致其它担保人在相应范围内免责”。应该说，上述条文的立法精神事实上都是“债务人提供的物保原则上应当优先于第三人提供的担保实现”这一法理的具体体现。

本文认为，上述规定不能涵盖全部共同担保的情形，且分散规定使得本来较为清晰的制度显得比较混乱，<sup>④⑧</sup>也将导致法院在司法裁判中难以统一裁判立场，且上述第 200 条第 2 款、第 226 条事实上也属于对草案第 183 条的重复强调，紧随第 183 条进行规定才较为合理。是故，对其进行体系化应当是最佳的方案。本文无意在此详细论证“共同担保相对独立主义”立场，<sup>④⑨</sup>仅在尊重现行立法机关否定共同担保人之间享有追偿权这一立场的前提下将相关规则做如下体系化的立法建议：

<sup>④④</sup> 江海、石冠彬：《论混合共同担保——兼评〈物权法〉第 176 条》，载《海南大学学报（人文社会科学版）》2012 年第 3 期。

<sup>④⑤</sup> 参见石冠彬、江海：《论共同保证法律规则的重构——兼评〈物权法〉第 176 条》，载陈小君主编：《私法研究》，法律出版社 2014 年版，第 44—47 页。

<sup>④⑥</sup> 《民法典合同编草案（二审稿）》第 489 条规定：“同一债务有两个以上保证人的，保证人应当按照保证合同约定的保证份额，承担保证责任。没有约定保证份额的，债权人可以要求任何一个保证人在其保证范围内承担保证责任。”第 490 条规定：“保证人承担保证责任后，除当事人另有约定外，有权在其承担保证责任的范围内向债务人追偿，享有债权人对债务人的权利，但是不得损害债权人的利益。”

<sup>④⑦</sup> 《民法典物权编草案（二审稿）》第 183 条规定：“被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。”

<sup>④⑧</sup> 准确而言，应该是民法典编纂未能解决共同担保立法凌乱的现象，虽然一定程度上消除了“担保人内部是否追偿”这一问题的立法冲突，但仍未能对其予以体系化构建，笔者曾多次主张通过体系解释的方法构建同一套法律规则。参见石冠彬：《论共同担保的法律规则——〈物权法〉第 176 条释义及其展开》，浙江师范大学 2013 年硕士学位论文；江海、石冠彬：《论共同抵押的法律适用——〈物权法〉第 176 条释义及其展开》，载《社会科学》2013 年第 2 期；江海、石冠彬：《论共同担保人内部追偿规则的构建——兼评〈物权法〉第 176 条》，载《法学评论》2013 年第 6 期，等等。

<sup>④⑨</sup> 关于“第三人类型的担保人法律地位应当独立，原则上互不影响，承担担保责任后只能向债务人追偿而无权向其它担保人追偿”的相关论述，参见黄喆：《保证与物的担保并存时法律规则之探讨——以〈物权法〉第 176 条的规定为中心》，载《南京大学学报（哲学人文社会科学）》2010 年第 3 期；同前注 49，江海、石冠彬文；参见胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社 2007 年版，第 380—382 页；参见尹田：《物权法》，北京大学出版社 2017 年版，第 511 页；参见曹士兵：《中国担保制度与担保方法》，中国法制出版社 2017 年版，第 65 页，等等。相反观点，参见王利明：《民法典物权编应规定混合共同担保追偿权》，载《东方法学》2019 年第 5 期；高圣平：《论担保物权“一般规定”的修改》，载《现代法学》2017 年第 5 期；黄忠：《混合共同担保之内部追偿权的证立及其展开——〈物权法〉第 176 条的解释论》，载《中外法学》2015 年第 4 期，等等。

## 第X节 共同担保

第XXX条 同一债务有两个以上担保人的,当事人应当按照约定实现担保权。没有约定或者约定不明确,债权人应当优先请求实现债务人提供的担保物权;第三人提供担保的,物的担保与保证担保处于同一顺位。

债务人以自己的财产设定担保物权,债权人放弃该担保物权、担保物权顺位或者变更担保物权的,其他担保人在债权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任,但是其他担保人承诺仍然提供担保的除外。

第XXX条 同一债务有两个以上保证人的,保证人应当按照保证合同约定的保证份额,承担保证责任。没有约定保证份额的,债权人可以要求任何一个保证人在其保证范围内承担保证责任。

第XXX条 提供担保的第三人承担担保责任后,除当事人另有约定外,有权在其承担担保责任的范围内向债务人追偿,担保人享有债权人对债务人的权利,但是不得损害债权人的利益。

提供担保的第三人承担担保责任后,除当事人另有约定外,不能要求其它没有承担担保责任的担保人分担份额。

### (二)担保物权与保证担保共通规则的构建

除前述共同担保之外,担保物权与保证担保在担保从属性、担保范围的变更与担保责任的承担等方面均具有适用同一套法律规则的前提。

#### 1.担保从属性的共通规则

担保因主债而产生,具有从属性,这是民法学理论以及各国立法的共识。<sup>④</sup>我国自《担保法》以来,也一直贯彻这一立场。在此次民法典编纂中,除了本文后面将陈述的债权让与中担保人原则上仍然承担担保责任的规定体现了这一属性之外,相关规定主要如下:其一,《民法典物权编草案(二审稿)》第179条规定除非法律另有规定,不然担保合同原则上随主合同无效而无效,并就担保合同无效的法律后果加以规定;<sup>⑤</sup>其二,民法典合同编草案(二审稿)第472条对保证合同的从属性采取了与物权编完全一致的立场。<sup>⑥</sup>显然,不论是物权担保合同还是保证合同,其作为担保合同,从属性规则应当是一致的,宜予以一体化规定。

值得注意的是,在1995年的《担保法》之中,根据《担保法》第5条规定,不论对于担保物权合同还是保证合同,其效力原则上从属于主合同,但是当事人对此可以“另有约定”;在2007年《物权法》中,根据《物权法》第172条的相关规定,除了法律另有规定之外,担保物权合同在主合同无效时必然无效,一般认为其否定了当事人意思自治的空间。但与此同时,我国司法实务对于涉外的独立保函的独立性则一直持肯定立场,且最高人民法院在《关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》第23条明确了不能因为没有涉外就否认保函的独立性。本文认为尊重私法自治应当是私法的最高价值,对担保人约定担保合同的独立性持肯定立场。

从立法建议角度而言,本文建议未来民法典草案对担保的从属性做如下立法设计:

第XXX条 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,但是法律另有规定或当事人另有约定的除外。

担保合同被确认无效后,债务人、担保人、债权人有过错的,应当根据其过错各自承担相应的民事责任。

#### 2.担保范围的共通规则

就担保范围而言,此次民法典草案中的相关条文如下:其一,《民法典物权编草案(二审稿)》第180条明确规定“担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用。当事人另有约定的,按照约定。”其二,《民法典合同编草案(二审稿)》第480条对于保证合同的担保范围

<sup>④</sup> 参见谢在全:《担保物权制度的成长与蜕变》,载《法学家》2019年第1期。

<sup>⑤</sup> 《民法典物权编草案(二审稿)》第179条共两款,分别规定:“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,但是法律另有规定的除外。”“担保合同被确认无效后,债务人、担保人、债权人有过错的,应当根据其过错各自承担相应的民事责任。”

<sup>⑥</sup> 民法典合同编草案(二审稿)第472条规定:“保证合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效,保证合同无效,但是法律另有规定的除外。保证合同被确认无效后,债务人、保证人、债权人应当根据其过错各自承担相应的民事责任。”

作了同样的规定。显然,不论是担保物权合同还是保证合同,其作为担保合同,其担保范围应当是一致的,宜予以一体化规定。

值得讨论的是,对于担保物权而言,其担保范围是否应当及于利息、违约金以及损害赔偿金,司法实务对此存在不同的见解。从担保物权的公示性特点出发,本文倾向于认为上述事项如果没有登记的,则不能对抗善意第三人。

从立法建议角度而言,本文建议未来民法典草案对担保范围做如下立法设计:

第XXX条担保合同的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用。当事人另有约定的,按照约定。

前款担保范围中的利息、违约金、损害赔偿金,未经登记,不得对抗善意第三人。

### 3. 债的变更与担保责任承担的共通规则构建

就债的变更而言,其包含主合同债务数额、履行期间等内容的变更,<sup>⑤</sup>对此,很显然,主合同当事人是不得加重担保人责任的。与此同时,一般认为,债权让与并不会加重债务人的债务,也不会对其偿债能力产生影响,所以让与人只需要通知债务人即可对债务人发生约束力;但是债务承担中由于债务人的变更,可能会增加债权人债权得不到清偿的风险,所以债务承担必须征得债权人的同意。<sup>⑥</sup>此外,学界鲜有研究关注债权让与、债务承担与担保人担保责任的关系,但就现行规则而言,本文认为这一问题殊值探讨。

具体而言,民法典编纂对债权让与、债务承担与担保人担保责任承担的立法规定如下:其一,《民法典合同编草案(二审稿)》在保证合同部分第486条做了债权让与时保证人原则上仍承担保证责任这一符合担保从属性原理的规定;<sup>⑦</sup>其二,《民法典合同编草案(二审稿)》在保证合同部分第487条第1款规定保证人只对经过其同意转移的债务承担保证责任,<sup>⑧</sup>改变了《担保法》第23条所规定的保证人只对经过其“书面同意”转移的债务承担保证责任的立场;其三,《民法典物权编草案(二审稿)》在担保物权制度“一般规定”部分第182条对债务承担与物上保证人担保责任的承担予以了规定,延续了《担保法》及其司法解释的立场,明确物上保证人只对其已经“书面同意”才对移转的债务继续承担担保责任;<sup>⑨</sup>其四,《民法典物权编草案(二审稿)》在担保物权制度“抵押权”部分第198条就债权让与时物上保证人担保责任的承担做了符合“从属性原理”的规定,但在“质权部分”没有进行相关规定。<sup>⑩</sup>

由此可知,在债权让与中,不论在保证担保还是物的担保之中,担保人承担担保责任均应当遵循担保合同的从属性原理,这一立场是值得肯定的。与此同时,现行物权编草案以及合同编草案就债务移转情况下,担保人何时对所移转债务承担担保责任的立场是有所区别的,《民法典合同编草案(二审稿)》摒弃《担保法》要求保证人必须“书面同意”的立场更值得肯定,其纠正了将证明标准错误地设置为实体法规范的立法错误;换言之,当主债务发生债务移转时,担保人对其他同意移转的债务仍需承担担保责任。对此,本文做如下体系化建议:

#### 第X节 债的变更与担保责任的承担

第XXX条 债权人和债务人未经担保人同意,协商变更主合同内容,减轻债务的,担保人仍对变更后的

<sup>⑤</sup> 参见杨立新:《债法》,中国人民大学出版社2018年版,第62页。

<sup>⑥</sup> 参见刘凯湘:《债法总论》,北京大学出版社2011年版,第111页。

<sup>⑦</sup> 《民法典合同编草案(二审稿)》第486条规定:“债权人在保证期间内将全部或者部分债权转让给第三人,通知保证人后,保证人对受让人承担相应的保证责任。未经通知,该转让对保证人不发生效力。”“保证人与债权人约定仅对特定的债权人承担保证责任或者禁止债权转让,债权人在保证期间内未经保证人同意转让全部或者部分债权的,保证人就受让人的债权不再承担保证责任。”

<sup>⑧</sup> 《民法典合同编草案(二审稿)》第487条第1款规定:“债权人在保证期间内未经保证人同意,允许债务人转移全部或者部分债务,保证人对未经其同意转移的债务不再承担保证责任,但是保证合同另有约定的除外。”

<sup>⑨</sup> 《民法典物权编草案(二审稿)》第182条规定:“第三人提供担保,未经其书面同意,债权人允许债务人转移全部或者部分债务的,担保人不再承担相应的担保责任。”

<sup>⑩</sup> 《民法典物权编草案(二审稿)》第198条规定:“抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。债权转让的,担保该债权的抵押权一并转让,但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”

债务承担担保责任;加重债务的,担保人对加重的部分不承担担保责任。

债权人与债务人对主合同履行期限作了变更,未经担保人同意的,不得对其产生不利影响。

第XXX条 担保权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。债权转让的,担保该债权的担保权一并转让,但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

第XXX条 债权人允许债务人转移全部或者部分债务的,担保人对未经其同意转移的债务不再承担担保责任,但是担保合同另有约定的以及债务人自己提供物保的除外。

#### 四、小结:民法典物权编担保物权制度“一般规定”的立法框架

基于本文上述对民法典物权编担保物权制度的体系化构建的建言,未来民法典物权编在担保物权这一分编的“一般规定”之中,应当彻底贯彻体系化思维,整合并增加相关规范:首先,应当规定不符合物权法定原则的意定担保的效力规则,即肯定“有限财产保证”的效力;其次,应当统一构建最高额担保物权制度并明确类推适用于最高额保证,应当统一担保物权实现规则、流担保条款的效力规则、担保物权实现顺位的判断规则;最后,未来民法典物权编担保物权制度的“一般规定”还应当就担保范围、担保从属性、共同担保、债的变更与担保责任的承担进行一体化规定,以追求担保制度的体系化。<sup>⑨</sup>在此基础上,民法典物权编担保物权之“抵押权”“质权”“留置权”的法律规则以及民法典合同编保证合同的相关规范应当予以重新整合。

---

**Abstract:** The draft of the Civil Code's property rights chapter (the second draft) makes systematic efforts in the security property rights system, but it is obviously of little value to the codification for the Civil Code. For the future seven—chapter Civil Code, the systematization of security property rights system in the property rights chapter will cover that of the security system, which means that “general regulations “on the security property rights system contain common rules of creditor’s rights for security. The systematization of security property rights system needs to improve and revise the “general regulations” on security property rights in the property rights chapter. Firstly, make “the limited property guarantee system”——the guarantor has rights to provide certain property as collateral——better able to fill in the system gap in which the security connotation is difficult to be contained by the current civil law theory's definition of security property rights and guaranty security. Secondly, make further extracts on the general rules about security property rights and add regulations, such as maximum security property rights, realization of security property rights, validity of the fluidity security clause, concurrence of security property rights. Finally, add the subordinate common regulations which include security property rights and guaranty security (the consequences of invalid security and the effects on warranty liability to the debt transfer) and the common rules, such as the scope of security and joint security.

**Key Words:** Compilation of the Civil Code; Systematization; Security Property Rights; Guaranty Contracts; Common Rules

---

(责任编辑:张素华)