

担保物权司法解释起草中的重大争议问题

高圣平*

内容提要 公司法定代表人违反《公司法》第16条的规定,越权为他人债务提供担保的,非经公司追认,担保合同对公司不生效力,传统法关于越权代表的相关规则并不适用于法定代表人越权为他人债务提供担保的情形。金融担保创新中属于人的担保的,应基于契约自由的原则,肯定创新模式的效力;属于物的担保的,在物权法定主义之下,不应承认其产生担保物权的效力,但应肯定相关合同具有债法上的效力。人的担保与物的担保并存时,应当承认保证人与物上保证人之间的求偿权。

关键词 越权代表 公司担保 金融担保创新 独立保证 混合共同担保

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2016.01.013

我国当代担保物权法制,与社会主义市场经济构建和发展的历程相适应,先是《民法通则》,经由《担保法》,定型于《物权法》,无不反映着法律与经济之间的关系。^①《物权法》在《担保法》的基础上,丰富了担保物权的体系,扩充了担保财产的范围,修正了担保物权的实现规则,为信用的授受提供了更为充分的物上担保手段,但相关规则的不明晰给法律适用造成不小影响,并影响到了担保交易实践的发展。例如,《物权法》第180条第1款第7项允许“法律、行政法规未禁止抵押的其他财产”设定抵押权,极大地扩大了抵押财产的范围,但该法并未就这些抵押权的公示方法以及公示效力作出规定,直接导致金融创新中以新类型财产设定抵押权时无从登记。再如,《物权法》第178条虽就其与《担保法》之间的关系做出了规定,但法院裁判文书中同时援引两法的不在少数,具体制度或条文的解释适用也并不容易。就《担保法》第28条关于保证人和物上保证人为同一债务提供担保时的权利行使和风险分配规则,《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》(法释[2000]44号,以下简称《担保法解释》)

* 中国人民大学民商事法律科学研究中心专职研究员,中国人民大学法学院教授,博士生导师。本文为作者主持的国家法治与法学理论研究一般项目“金融担保创新的法律规制研究”(项目编号:12SFB2038)、国家社会科学基金一般项目“应收账款担保融资法律制度研究”(项目批准号:12BFX077)的阶段性成果。作者参加最高人民法院担保物权司法解释起草讨论时,与会各位专家和法官的讨论激发了本文部分观点的形成,在此一并致谢。

① 我国担保物权法制的发展,参见郭明瑞《担保法律制度发展三十年》,载易继明主编《私法》(总第16卷),华中科技大学出版社2010年版,第47页以下;邹海林《透视我国现行法上的担保物权》,载邹海林主编《金融担保法的理论与实践》,社会科学文献出版社2004年版,第1页以下。

做了限制性解释,将“物的担保优先于人的担保”规则仅仅解释适用于债务人自己提供物上担保的情形,同时明确了保证人和物上保证人相互之间的求偿关系。^②《物权法》尊重司法实践的发展,明确规定了数担保人在涉及债权人时的外部关系,但并未提及担保人之间的内部求偿关系。虽然参与物权立法的专家认为,《物权法》不承认这种内部求偿关系^③,但司法实践中的理解并不一致。

凡此种种,亟待司法解释予以回应。最高人民法院已经启动担保物权司法解释的起草工作,限于篇幅,本文仅就其中争议较大的三个问题展开分析,以求教于同仁。

一、越权担保效力认定中的解释路径

公司法定代表人越权担保的效力问题主要涉及《公司法》第16条和《合同法》第50条的解释与适用。《公司法》第16条没有规定违反该条的法律后果,也无法从同法相关法条中依体系解释予以明确,这给该条的司法适用造成巨大困难。虽然近几年关于公司担保的著述颇多,但是还没有形成基本共识,司法实践中的把握也颇不一致。^④

(一) 解释基础 《合同法》第50条与《公司法》第16条之间

目前,担保物权司法解释起草过程中对此问题的处理主要有两种方案。第一种方案是,公司法定代表人违反《公司法》规定为他人债务提供担保的,担保合同无效。债权人请求债务人、担保人对损失承担连带赔偿责任的,人民法院应予支持,但债权人知道或者应当知道担保合同无效的除外。第二种方案是,法定代表人违反《公司法》规定为他人债务提供担保的,如其公司对此不予追认,担保合同对公司不生效力,由法定代表人自己承担责任。这两种方案都驳斥了以下解释论:仅仅简单地从《公司法》第16条的规范性质出发,将之作为管理性强制性规定,违之并不当然导致合同无效。

方案一和方案二均以《合同法》第50条的越权代表规则作为解释基础,将《公司法》第16条作为判断相对人是否知道或者应当知道法定代表人超越担保权限的标准之一。此时,解释的径路是,首先判断该越权代表行为是否对公司发生效力,如对公司不生效力,公司自不应为该越权代表行为承担担保责任或赔偿责任,《公司法》第16条的规范性质也就没有了讨论的必要和可能;如该越权代表行为对公司发生效力,即该担保行为就是公司的行为,才有必要进一步讨论公司担保行为是否有效。准此,我们首先要做的解释工作就是寻找越权代表行为的规范基础。在我国实定法上,《合同法》第50条和《担保法解释》第11条规制着法定代表人的越权担保行为。依上述两条规定,法定代

^② 参见李国光、奚晓明、金剑峰、曹士兵《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〉理解与适用》,吉林人民出版社2000年版,第160-161页。

^③ 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381-382页。

^④ 司法实践中的分歧意见,参见胡旭东《公司担保规则的司法续造——基于145份判决书的实证分析》,载梁慧星主编《民商法论丛》(第50卷),法律出版社2012年版,第69页以下;罗培新《公司担保法律规则的价值冲突与司法考量》,载《中外法学》2012年第6期。

表人越权担保行为对公司是否发生效力,取决于担保权人(相对人)是否“知道或者应当知道”法定代表人超越了权限。如法定代表人越权提供担保时担保权人怠于查阅公司章程,并根据公司章程关于公司担保决策机构的规定,进一步审查公司担保决议,很难认定担保权人此时的主观心理态度构成善意。此种情形大抵可以解释为上述两条规定中的“但书”——“相对人知道或者应当知道其超越权限”,担保权人自不得主张适用表见代表的法律后果——“该代表行为有效”^⑤。因而,在解释上,只需判断相对人——担保权人的善意、恶意即可。

方案一和方案二在解释结果上的差异,是《合同法》第50条越权代表行为效力的学说争议在越权担保上的反映。就担保权人知道或者应当知道法定代表人超越担保权限时,该越权代表行为到底应归入哪种效力模式,该条并未作出明确规定,形成了法律漏洞。^⑥就此,一种观点认为越权代表行为无效,理由是“法律不宜保护恶意之人”^⑦;另一种观点认为越权代表行为效力待定,法人予以追认的,代表行为有效;法人不予追认的,代表行为无效^⑧。理由是,虽然越权代理和越权代表的法律性质存在差异,但两者在形式与效果归属等方面极其相似,在存在规范漏洞的情况下,参酌比较法上的经验,越权代表行为的效力模式应类推适用越权代理的相关规则。^⑨方案一即基于上述第一种观点;方案二则基于上述第二种观点。本文也以为第二种观点较为可取。当担保权人知道或者应当知道法定代表人超越权限提供担保时,越权担保行为类推适用《合同法》关于越权代理的规定,即该法第48条规定的“未经被代理人追认,对被代理人不发生效力,由行为人承担责任”。此际,越权担保行为是否对公司发生效力,尚不确定。这一解释结论将公司是否受越权担保行为的约束留由公司选择,而不是一概否定其效力,契合了合同自由的市场法则;在公司选择不受越权担保行为约束、对越权担保行为不予追认的情况下,“由行为人承担责任”的效果归属规则能够实现“对恶意之人不予保护”的规范目标。如此解释,也符合《公司法》与《合同法》相关规定体系解释的方向,较为妥适。^⑩

尤应注意的是,无论是越权代理中的“被代理人不发生效力”(《合同法》第48条),还是越权代表中的“该代表行为有效”(《合同法》第50条),均只能解释为越权代理行为或越权代表行为的效果归属,即只能解决越权代理行为是否对本人或越权代表行为是否对法人产生效力的问题,上述规定本身并不涉及相关合同的效力判断。也就是说,就越权担保而言,在担保权人恶意的情形下,未经公司追认,担保合同对公司不发生效力,但担保合同本身是否有效,不能一概而论。此时,主要涉及《合同法》第48条第1款

⑤ 详细论证参见周伦军《公司担保的法律解释论》,载陈洁主编《商法规范的解释与适用》,社会科学文献出版社2013年版,第274页以下。

⑥ 参见朱广新《合同法总则》(第2版),中国人民大学出版社2012年版,第308页以下。

⑦ 崔建远《合同法总论》(上卷)(第2版),中国人民大学出版社2011年版,第433页。

⑧ 参见王利明《合同法研究》(第1卷)(第3版),中国人民大学出版社2015年版,第606页。

⑨ 参见王泽鉴《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第352页;朱广新《法定代表人的越权代表行为》,载《中外法学》2012年第3期。

⑩ 参见周伦军《公司对外提供担保的合同效力判断规则》,载《法律适用》2014年第8期。

“未经被代理人追认,对被代理人不发生效力,由行为人承担责任”的理解。这里的“责任”,是指由该越权代理人自己作为当事人履行该合同中本拟由被代理人承担的义务,或者不能履行该义务时对对方当事人承担的损害赔偿责任。^①就越权担保而言,在越权保证的情形,保证合同虽对公司不生效力,但保证合同仍为有效,由行为人——法定代表人自己承担保证责任,当然,这里的保证责任可以是代为履行债务的责任,也可能是不能代为履行债务时的赔偿责任;在越权抵押、质押等物上保证的情形,抵押合同、质押合同既不对公司发生效力,也不对法定代表人发生效力,由法定代表人承担赔偿责任。

本文同时认为,方案一在担保合同无效之后的责任分担问题上值得重新考量。“债权人请求债务人、担保人对损失承担连带赔偿责任”与《担保法解释》关于主合同有效而担保合同无效时的责任分担规则的解释基础相一致。在连带责任之下,担保人承担的赔偿责任,与认定担保合同有效之下担保人本应承担的担保责任,几无差别,两者的后果均为在担保人应担保权人的请求承担责任(赔偿责任或担保责任)之后再向债务人追偿。这一解释结论颇值商榷。根据《担保法》第5条和《物权法》第172条的规定,担保合同被认定无效后,债权人所受损失的分担机制,是基于担保关系当事人的过错。依方案一,在公司法定代表人越权为他人债务提供担保的情形,担保合同被认定为无效,此际,债权人(担保权人)、债务人、担保人对担保合同的无效均存在过错的,应由三者分担债权人的损失。即使在只有债权人和担保人存在过错的情况下,也不能以《担保法解释》第7条的前段规定作为解释基础或参照,而应采纳《担保法解释》第7条的后段规定,由债权人和担保人分担损失,即担保人的赔偿责任不能超过债权人损失的1/2。此外,方案一的“但书”语意不明,在债权人知道或者应当知道担保合同无效的情况下,是债务人、担保人无须对损失承担连带赔偿责任,还是债权人不得请求债务人、担保人承担(连带)赔偿责任,不甚明确。与其如此,在采行本方案时,不如就此时的法律后果不作规定,直接适用担保合同无效后法律后果的一般规定。

(二) 公司越权担保与传统越权代表规则的区别

在《合同法》第50条之下,如何在越权担保中适用“但书”规则则成疑问。有观点认为,我国法上越权代表的效力经历了从无效到有效的发展历程,超越经营范围订立合同的效力即其著例,可将上述越权代表的解释论运用到公司越权担保之中,进而主张公司法定代表人超越了公司章程关于公司担保的授权而订立担保合同,并不当然导致合同无效。^②

本文不赞成这种主张,主要理由在于:公司为他人债务提供担保本身并不是公司正常的经营活动(担保公司例外)。公司是依法设立的以营利为目的的社团法人^③,除了国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的业务之外,公司法定代表

^① 参见梁慧星《民法总论》(第4版),法律出版社2012年版,第237页;前引⑦,崔建远书,第368页以下。

^② 参见冉克平《论公司对外担保合同的效力——兼评〈公司法〉第149条第3款》,载《北方法学》2014年第2期。

^③ 参见施天涛《公司法论》(第2版),法律出版社2006年版,第4页;刘俊海《现代公司法》(第2版),法律出版社2011年版,第11页。

人可以代表公司从事任何经营行为,并不需要公司章程的特别授权。但公司为他人债务提供担保时,无法从担保合同相对人——担保权人处取得相应对价,在债务人未履行债务时,还要以公司财产为债务人承担代偿责任,由此而决定,公司为他人债务提供担保本身并不具有经营性质或营利性质,背离了公司的设立本旨和存在目的。^⑭ 鉴于此,一些国家或地区原则上禁止公司为他人债务提供担保。^⑮ 但我国《商业银行法》规定,商业银行发放的绝大多数贷款必须是担保贷款而不能是信用贷款,如果全面禁止公司为他人债务提供担保,就会使得许多信贷资产无法取得合法的保障,直接影响到信用授受行为的展开。因而,《公司法》在允许公司为他人债务提供担保的前提下,将公司担保行为独立出来,使之不同于公司经营行为,在《公司法》总则中单独进行规定,由此而形成了两种不同的分权机制:就公司的经营行为,完全由股东基于公司章程自由安排,并将此规定于《公司法》关于治理结构的相关各章;就公司的担保行为,关乎公司资产安全和股东利益,对其决策程序作出强行安排,并将此规定于《公司法》总则章。立法上将公司担保决策机构规定为董事会或者股东(大)会,直接剥夺公司法定代表人未经公司担保决策机构决议而对外签署担保合同的能力,以公司内部机构的民主决策来体现“公司治理的集体决定功能,从根本上遏制公司决定的独裁,扭转肆意担保的混乱局面”^⑯。基于此,本文认为传统的越权代表相关理论不能适用于越权担保。

(三) 担保权人善意与恶意的判断

担保权人的善意或恶意,对于越权担保行为适用《合同法》第50条和《担保法解释》第11条的法律后果,具有实质性影响。有观点认为,基于公司章程的性质,其中关于法定代表人代表权限的规定并不具有对抗第三人的效力。在担保权人接受公司提供的担保时,要求其审查担保人的公司章程,既不符合实际,也有违公平,更增加了交易成本,因此,在一般情形下,不能认为担保权人知道或者应当知道公司章程中对法定代表人担保权限的限制。^⑰ 本文不赞同此观点。^⑱

首先,担保权人在接受担保时对作为担保人的法定代表人代表权限的关注,是考量其主观方面是否善意无过失的法定重要因素。在公司治理结构中,董事会作为执行机构,享有具体执行公司营业事务的职权。公司为他人债务提供担保已经脱逸出营业事务的范围,即使认为其属于营业事务,也非如一般营业事务那样概括委托董事会行使,而是基于对公司资产安全、股东权利保护的考量,强行将公司担保的决策权分配给股东(大)会在公司章程中作出安排,法律并直接规定在特定情形下仅有股东(大)会才享有

^⑭ 参见高圣平《公司担保相关法律问题研究》,载《中国法学》2013年第2期。

^⑮ 我国台湾地区即为著例,参见陈长欠《论公司保证》,载《法令月刊》1981年第4期。

^⑯ 前引⑤,周伦军文;华德波《论〈公司法〉第16条的理解与适用——以公司担保债权人的审查义务为中心》,载《法律适用》2011年第3期。

^⑰ 参见詹巍、杨密密《公司越权担保效力之理论与实证分析》,载《金融法苑》(2011年总第83辑),中国金融出版社2011年版,第172、174、178页;前引⑫,冉克平文。

^⑱ 鉴于实践中担保权人基本上都是商业银行,以下以商业银行为例展开分析。

决策权。在《公司法》第16条之下,无论是公司担保决策机构如何配置,就公司为他人债务提供担保而言,未经有权机构决定,法定代表人依法不享有代表公司的权限,不得对外签订担保合同。^{①⑨}法律一旦公布即具有公开宣示效力^{②⑩},在《公司法》第16条对公司对外提供担保作出法定限制的情况下,担保权人即应知道公司法定代表人并没有未经公司担保决策机构决议而对外签订担保合同的能力。此时,即使不查阅公司章程,担保权人也知道公司为他人债务提供担保,非为法定代表人所能擅自代表。对公司担保的法定限制自然不同于公司章程对法定代表人的其他权限限制,两者之间不能做同一解释。基于《公司法》第16条的规定,担保权人在接受担保时应善尽审查义务。这不是公司章程对外效力的体现,而是基于法律规定的注意义务。^{③⑪}所谓公司章程不具有对抗第三人的效力,自不能适用于《公司法》已就担保决策程序作出法定限制的情形。

其次,就查阅公司章程本身而言,如果担保人为上市公司,通过网络便可查阅其公司章程,十分便捷;如果担保人为非上市公司,依《公司法》和《公司登记管理条例》的规定,利害关系人可以查询其公司章程。虽然实践中在公司登记机关查询公司章程存在较大的困难,但这仅仅只是关涉公司登记机关如何改善其服务职能。商业银行在尽职调查或风险控制程序中,除了赴公司登记机关查询之外,要求担保人公司自行提交章程是最为普遍的做法。通说以为,担保权人对公司章程及公司担保决策机构的决议仅负形式审查之责。^{④⑫}相关决议“存在的相关瑕疵必须经过鉴定机关的鉴定方能识别,必须经过查询公司工商登记才能知晓、必须谙熟公司法相关规范才能避免因担保公司内部管理不善导致的风险,如若将此全部归属于担保债权人的审查义务范围,未免过于严苛”^{⑤⑬}。只要担保权人善尽注意义务并未发现公司章程及公司担保决策机构的决议存有瑕疵,并基于此与担保人公司签订担保合同,即使法定代表人在事实上构成越权代表,也不宜认定担保权人“知道或者应当知道其超越权限”,从而构成表见代表,该越权代表行为对公司发生效力。如此,以查询公司章程的困难来否定担保权人的风险控制模式和路径,缺乏正当性。

最后,借贷担保本身就是一项复杂的交易,其交易成本自是高于一般交易,不能以审查公司章程及公司担保决议增加了交易成本而否定相关制度设计的合理性。按照各商业银行的内部风险控制程序,担保人要提供企业法人营业执照副本复印件、法人代表人身份证明书、公司章程、公司担保决议、资产负债表和现金流量表等,以供审查,这就说明担保交易本身的成本就较大。由于《公司法》第16条的存在,公司章程的规定不仅

^{①⑨} 参见前引^⑤周伦军文。

^{②⑩} 参见最高人民法院公司法司法解释小组《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)研讨会综述》,载最高人民法院民事审判第二庭《民商事审判指导》(2008年第4辑),人民法院出版社2009年版,第14页。

^{③⑪} 参见前引^⑩周伦军文。

^{④⑫} 参见梁上上《公司担保合同的相对人审查义务》,载《法学》2013年第3期;前引^⑩周伦军文;徐子良《公司对外担保法律效力的司法认定》,载《人民司法》2009年第14期;前引^⑬华德波文。

^{⑤⑬} 最高人民法院[2012]民提字第156号民事判决书。

成为判断公司担保决议效力的根据,而且将公司章程和公司担保决议引入担保权人的视野,“这样便将一个原本没有经过公示的暗箱里的一部分,通过层层指引而暴露于交易相对人,获得了一个类似于公示的效果,从而一方面赋予相对人必要的注意义务,另一方面此明确规定又减轻了相对人的审查成本。”^{②④}

综上所述,担保权人在接受担保时没有善尽注意义务,关注公司法定代表人的代表权限,就公司章程、公司担保决议等内部文件进行形式审查,即构成恶意。

二、对金融担保创新的司法态度

近年来,为了“改进和完善中小企业金融服务,拓宽融资渠道,着力缓解中小企业(尤其是小企业)的融资困难,支持和促进中小企业发展”^{②⑤},中国人民银行、中国银行业监督管理委员会、中国证券监督管理委员会等主管部门积极推动了“适合企业需求特点的金融产品和信贷担保模式创新”^{②⑥},探索开展了土地承包经营权和宅基地使用权抵押贷款业务。^{②⑦}这些金融担保的创新虽然拓宽了金融服务范围但也不可避免地碰到了制度供给不足的问题。例如,我国《物权法》、《担保法》对这些金融担保创新方式的效力、公示方式、权利实现的方式等问题没有明确规定,金融信贷实践与司法实践都面临着不少法律适用上的困难。

(一) 金融担保创新品种的类型化

我国金融担保可以分为人的担保和物的担保两种类型。物的担保方式受物权法定主义的约束,金融担保只能在法律规定的担保种类和内容中进行选择,创新受到限制;在契约自由原则之下,人的担保较为自由,当事人之间可以基于其自主的意思加以设定。如此,金融担保创新品种的类型化区分就显得尤为重要。只要创新品种属于人的担保,在没有充分否定理由的情况下,就应当认可其效力;但如果创新品种属于物的担保,则只有在符合物权法定原则的情况下,才能赋予其物权效力。在这一思路之下,金融信贷实践中出现的农户联户担保贷款,由符合一定条件的农户彼此之间提供担保,一旦出现违约,则各户均在约定的范围内承担连带责任,这种创新属于人保方式的创新,其效力应当得到法律的尊重。但像出租车经营权担保贷款,当事人约定以出租车营运证作为担保,如债务人届期不能偿还贷款,由担保权人对出租车经营权进行处分,所得

^{②④} 郭志京《中国公司对外担保规则特殊性研究——兼论民法商法思维方式的对立统一》,载《当代法学》2014年第5期。

^{②⑤} 中国人民银行、中国银行业监督管理委员会、中国证券监督管理委员会、中国保险监督管理委员会《关于进一步做好中小企业金融服务工作的若干意见》(银发〔2010〕193号,2010年6月21日)。

^{②⑥} 前引^{②⑤}。

^{②⑦} 中国人民银行、中国银行业监督管理委员会、中国证券监督管理委员会、中国保险监督管理委员会《关于全面推进农村金融产品和服务方式创新的指导意见》(银发〔2010〕198号,2010年5月19日)。

款项用于清偿所担保的债权,这种创新属于物保方式的创新^②,其效力则需依据物权法定原则加以判断,如果属于物权法上的担保物权,则应承认其物权效力;如果不属于物权法上的担保物权,则不应承认其物权效力。

“在市场经济条件下,资金的获得是市场主体谋求自身发展的基本条件,而资金安全又是所有信用授予者提供资金的首要条件。因此,要使市场主体能够获得充分的资金,首先要解决的就是提高其融资能力,也就是增加其可用于担保的财产的范围。”^③就抵押财产的范围,《物权法》第180条第1款第7项明确规定“法律、行政法规未禁止抵押的其他财产”都可以设定抵押,使得抵押财产不再受法律规定的种类限制,这为金融担保创新留下了巨大的空间。《物权法》虽然就出质权利的范围并未采取这种立法方法,仍在第223条第7项规定,只有“法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利”才可以出质,但同条第6项规定了“应收账款”可以出质,该用语的高度涵盖性为相应的金融担保创新品种提供了一条路径,只要是能够解释为可向他人请求给付一定数额的金钱,都可以认定为“应收账款”,都可以设定权利质权。金融信贷实践中主要担保创新品种中的担保财产,如公路收费权、电费或水费的收费权、学费收入、医疗费收入、租金收益、旅游景区收费权、市政公用行业不动产收益、特许经营权、仓储用户的动产、票据池或应收账款池等同质的物或权利的结合等等,大都可以归入“应收账款”之列。

(二) 金融担保创新中独立担保的效力

人保部分创新的争议主要涉及独立担保的效力。传统担保理论认为,担保权本身具有从属性,依附于主权利。“没有主合同、主债权,担保合同、担保权利就没有了实现的可能和存在的意义。”^④主从关系的存在也就成了担保交易的类型化基础。换言之,只有具有从属性的权利,才能称之为担保权。准此,脱离了基础交易关系的独立性担保或者独立保函,就已经不是前述担保交易了。“考虑到独立担保责任的异常严格性,以及该制度在使用过程中容易滋生欺诈和滥用权利等弊端,尤其是为避免严重影响或动摇我国担保法律制度体系之基础,全国人大法工委和最高人民法院在《担保法解释》论证过程的态度非常明确:独立担保只能在国际商事交易中使用。”^⑤虽然最高人民法院最终通过的司法解释文本并未就独立担保的适用范围作出规定,但参与起草者认为“通过在司法解释稿中对独立担保不予规定的方式来体现如下态度:独立担保只能适用于涉外经济、贸易、金融等国际性的商事交易活动中。”^⑥这一理解得到了最高人民法院的肯定,最高人民法院倾向于承认独立担保在国际贸易中具有法律效力,但对于国内贸易中

^② 就出租车经营权担保创新的分析,参见陈本寒《新类型担保的法律定位》,载《清华法学》2014年第2期。

^③ 高圣平《担保物权编:经济发展的推进器》,载《法制日报》2007年3月25日第16版。

^④ 曹士兵《中国担保制度与担保方法》(第3版),中国法制出版社2015年版,第40页。

^⑤ 王闯《冲突与创新——以物权法与担保法及其解释的比较为中心而展开》,载最高人民法院民事审判第二庭《民商事审判指导》(2007年第2辑),人民法院出版社2008年版,第71页。

^⑥ 王闯《理论争鸣与制度创新——关于最高法院担保法司法解释的若干问题》,载梁慧星主编《民商法论丛》(总第19卷),金桥文化出版(香港)有限公司2001年版,第412页。

的独立担保采取保守态度。^③

但是,《担保法》允许当事人就担保合同效力上的从属性作出例外安排^④,最高人民法院的上述司法意见又没有体现在司法解释文本中,直接导致法律适用上的混乱。一些法院基于该款规定对担保合同从属性的例外约定予以认可。根据《担保法》第5条第1款后段,担保合同效力上的从属性可以通过约定来破除,此为契约自由的当然之意。在解释上,如果双方当事人约定担保合同独立于主合同,这种担保就不属于我国《担保法》和《物权法》中所规定的担保,而是另一个非典型的担保交易,自可因为系列交易而形成惯例,并经由立法而有名化。^⑤由欧洲民法典研究组和欧盟现行私法研究组共同编撰的《欧洲示范民法典草案》第四卷“有名合同”第七编“保证合同”在规定了保证合同的一般规则(第一章)之后,分两章分别规定了从属保证和独立保证(第二章、第三章),最后规定了消费者提供保证的特别规则(第四章)。该草案将欧洲各国法中的这种非典型保证有名化,直接之作为与从属保证相并称的另一种保证形态。它没有漠视商事实践的发展而固守保证交易的从属性,对于非典型的独立保证交易予以有名化,明定独立保证交易中当事人的主要权利和义务。在体系上,基于从属保证和独立保证的共同属性——担保他人债务的清偿,将这两者作为“保证”之下的亚类型予以定位,这样,使得独立保证成为异于传统的从属保证的新一类有名合同。这无疑给我们承认独立担保这种非典型担保提供了最新的比较法资料。

应当注意的是,《物权法》第172条对《担保法》第5条进行了修改,第172条第1款后段规定“法律另有规定的除外”,即不允许当事人在担保物权方面做出独立于主合同的安排。目前担保物权司法解释起草中面临着上述不同观点带来的困境:一是如何解释《担保法》第5条和《物权法》第172条之间的关系,是一体规定还是分开规定?二是如果仅承认涉外贸易中的独立担保,国内贸易中的独立担保约定无效,那么如何界定所谓的国内贸易和涉外贸易?是直接采取《涉外民事法律关系适用法》上的判断标准,还是要对涉外贸易进行扩大解释?本文以为,司法解释中可以一体承认独立担保约定的效力,但专门就其中可能出现的欺诈和滥用权利问题作出相应安排,如此,既尊重了当事人之间的合意和交易习惯,统一了国内和涉外贸易的法律规制,又避免了因独立担保的严厉性所给担保人可能造成的利益失衡。

(三) 金融担保创新模式的体系定位

目前,就物保方式的金融创新集中于以新类型财产权利作为担保财产,这些财产权利均为《物权法》及相关法律所未明确规定的标的。司法实践中能否承认其物权效力?相应的法理基础和法律依据又是什么?值得研究。

以权利作为担保物权的客体,是物权以有体物为客体的一般规则的例外。就权利

^③ 前引^③,曹士兵书,第46页。

^④ 《担保法》第5条第1款解释上的争议,参见高圣平《论独立保证的典型化与类型化》,载《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2016年第1期。

^⑤ 详细分析请参见前引^④,高圣平文。

担保物权的体系地位,我国实定法上做了两种不同的安排:以建设用地使用权以及以非家庭承包方式取得的土地承包经营权作为担保财产时,其上所设定的是抵押权,至于《物权法》第180条第1款第7项“法律、行政法规未禁止抵押的其他财产”中可能包括的“其他财产权利”,在解释上亦仅以不动产权利为限;以所有权和不动产权利之外的财产权利作为担保物时,其上所设定的是质权。由此而形成了权利抵押权和权利质权的分野,两者在公示方法上大相径庭,权利抵押权以登记作为公示方法,且登记为其生效要件;权利质权以“移转权利凭证”或“权利证书的交付”为公示方法和设立要件^{③⑥},更多地体现为一种观念上的占有,也就是权利质权人对入质权利的“准占有”^{③⑦}。学说上以为,“质权为非用益型担保,质权人、出质人均无权就担保物为使用、收益,质权设立后,担保物即被沉淀,但抵押权为用益性担保,抵押人仍可就担保物为使用、收益。”^{③⑧}上述担保创新品种即可沿此思路找到其合适的体系位阶。^{③⑨}

例如,在商铺租赁权担保创新模式中,由贷款银行与商铺所有者或管理者进行合作,由商铺所有者或管理者确认商铺租赁权的价值,并限制商户将商铺租赁权以任何形式进行转让、转租或重复质押,为商铺租赁权的担保提供登记或登记备案,如果商户到期不能归还贷款,则由商铺所有者或管理者处置该租赁权,所得价款用于优先清偿商户的贷款。^{④⑩}此类担保在体系定位上就存在争议,有的地方将其界定为质押,有的界定为抵押。在权利担保物权二元化的架构之下,权利质权人“以自己所为的意思而行使财产权就视为对该财产权的准占有”^{④⑪},仅就商铺租赁权设定担保之后商户仍然行使该权利的角度,商铺租赁权担保应属于用益型担保,当属抵押权的范畴。但权利抵押权采登记生效主义模式,商铺租赁权担保登记尚无从办理,担保权的成立即成问题。再如出租车经营权担保创新方式中,出租车营运证是经特许所取得的权利,其是不是一种民事权利还值得研究;关键在于:出租车营运证是不是可以转让的权利?担保权实现时的受让人是不是有资格限制?如果以出租车营运证持有人对于各承运司机的应收账款(租赁费)设定质权是不是更具有安全性和创新价值?再如国内保理这种担保创新方式和我国物权法之下的应收账款质押和合同法之下的合同债权转让有什么区别?保理商是否有追索权对这种创新模式的效力认定是否存在影响?在中国人民银行征信中心办理保理登

^{③⑥} 参见孙宪忠《中国物权法总论》(第3版),法律出版社2014年版,第314页。

^{③⑦} 参见谢在全《民法物权论》(修订5版),中国政法大学出版社2011年版,第1135页;史尚宽《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第604页;郑玉波《民法物权》(修订15版),黄宗乐修订,三民书局股份有限公司2008年版,第439页;蓝蓝、吕凯《我国权利质权体系的反思与重构》,载《天津大学学报》(社会科学版)2010年第3期。

^{③⑧} 高圣平、严之《海域使用权抵押权的体系定位与制度完善》,载《当代法学》2009年第4期。

^{③⑨} 值得注意的是,我国权利质权制度中的股权质押、知识产权质权、应收账款质权等均以登记为其公示方法,而且,质权设定后,出质人仍得行使出质权利,已与传统法上的权利质权不再相容,而更接近于权利抵押。对此,本文作者拟专文讨论,此处不赘。

^{④⑩} 参见江苏省苏州市中级人民法院课题组《依法强化司法保障职能 积极服务小微企业新类型融资担保》,载《人民司法》2012年第1期;最高人民法院民二庭新类型担保调研小组《关于新类型担保的调研:现象·问题·思考》,载最高人民法院民事审判第二庭《商事审判指导》(2012年第4辑),人民法院出版社2013年版,第94-95页。

^{④⑪} [日]田山辉明《物权法》,陆庆胜译,法律出版社2001年版,第151页。

记是不是表明这种担保权的设立? 这些问题无疑均需在对金融担保创新品种进行适当的体系定位之后才能解决。

(四) 金融担保创新中非典型担保的效力

对于如何认定金融创新中产生的这些非典型物上担保的效力,目前通说认为非典型担保不具有创设物权的效力,即就所涉标的物而言,债权人不能取得优先于其他债权人的效力,但这并不影响非典型担保合同在债法上的效力。^⑫因而,如果在债务人没有其他债权人的情形下,将因交易所产生的权利认定为物权还是债权在实体处理结果上并无差别。因为只要担保合同有效,债权人就物本身执行的法律效力并无不同,是否具备优先性在单一债权人下并无意义。而如果存在其他债权人,则会对债权人的权利实现产生实质影响。此时,非典型担保仅具债法效力,而无创设物权效力,并不因此取得标的物上的优先受偿权。从这个意义上说,虽然仅承认非典型担保在债法上的效力,不利于维护债权人的利益,但对于金融创新还是有所保护的。

非典型担保的焦点问题之一是让与担保的效力。让与担保是指债务人或第三人为担保债务的履行,将担保物的所有权移转予担保权人,债务清偿后,担保物应返还予债务人或第三人;债务不获清偿时,担保权人得就该担保物受偿的非典型担保。^⑬在比较法上,让与担保是实践、判例、学说共同作用的产物^⑭,其法律构成充满着争议^⑮,鲜少有将其成文化者。在《物权法》立法之时,就是否规定让与担保存在争议,最后基于体系背反的考虑,《物权法》中并未规定让与担保。让与担保中让与的“所有权”与《物权法》上所说的所有权不一致,因为《物权法》上所有权是权能最为丰满的权利,而让与担保中的所有权只能起到担保作用,缺乏物上利用价值和实体利益,这也成为主流学者反对让与担保的主要原因。^⑯我国实定法上早已突破传统担保物权体系,明文规定了动产抵押制度,可以满足动产担保融资的需求。“原来可以独名成章并可入‘典’的让与担保制度,因为抵押权概念内涵与外延的逐步扩展并最终被‘泛化’而涵盖在了抵押权概念项下。”^⑰此时,再将让与担保构造成担保物权,值得慎重考虑。但承认这种非典型担保具有债法上的效力,债权人便可以就标的物变价款受偿(虽然不是优先受偿),债权人的利益就有了保障的路径。

另外一种非典型的担保方式是典当。在我国实定法之下,典当是指典当行收取当物,发放当金,出具当票,当户支付当金利息和费用以赎回当物或者弃赎绝当的经营活动。典当“以物质钱”、“因物称信”的特色,使典当行一方面不在乎当户的信用状况,降低了征信成本;另一方面典当行在对典当物鉴价之后即可放款,手续简便迅速且无额度

^⑫ 参见曹士兵《对非典型担保的司法态度》载《人民法院报》2005年8月31日第B03版;刘贵祥《〈物权法〉关于担保物权的创新及审判实务面临的问题(下)》载《法律适用》2007年第9期。

^⑬ 参见前引^⑮谢在全书,第1100页。

^⑭ 参见徐同远《担保物权论:体系构成与范畴变迁》中国法制出版社2012年版,第186页。

^⑮ 参见[日]我妻荣《新订担保物权法》申政武、封涛、郑芙蓉译,中国法制出版社2008年版,第544页以下。

^⑯ 详细分析参见前引^①高圣平等文。

^⑰ 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。

限制,在一定程度上弥补了融资渠道的不足。^④ 典当交易在当事人、交易结构、权利实现等诸方面均不同于贷款担保交易,具有自己的特征。仅就低价值当物的绝当处理规则而言,当物绝当后,典当行可以直接取得当物的所有权,就其不足清偿的部分,不得向当户追偿;就其超过债权的部分,亦不负返还于当户的义务。但这一规则明显与《物权法》禁止流质契约的规定之间存在冲突。在物权法定之下,典当行的权利多被界定为担保物权,该规则因违反物权法定之“类型固定”而无效,典当行因典当业务所产生的对当物的“支配”关系不再属于物权关系,直接增加了典当行的交易风险和交易成本。

那么,如何突破现有框架,使典当权在担保物权体系之中找到一席之地?在物权法定原则之下,如果将典当权界定为质权或抵押权,则其允许流押、流质的内容与《物权法》的规定不合;如果将典当权界定为不同于质权或抵押权的新类型担保物权,则其内容可以另行规定,从而流质契约的规定与《物权法》的规定并不抵触,但现行《典当管理办法》是商务部和公安部联合发布的行政规章,通说认为不属于物权法定之“法”的范畴^⑤,自无权限规定一种新类型的物权。国务院拟制定《典当行管理条例》,并打算在这一行政法规中就典当权做出规定,但行政法规是否可以创设一种新类型物权,仍存争议。^⑥ 本文以为,结合我国目前的立法现状,某一新类型权利要通过法律确定为物权,必将经过漫长的立法程序。将物权法定主义之“法”扩大到包括行政法规、司法解释在内,有利于及时对新类型物权类型予以确认,不失为权宜之计。如此,国务院通过制定《典当行管理条例》,创设一种新的物权种类——典当权,即可解决实践中的许多问题。就这一新类型物权,行政法规中当然可以做出不同于《物权法》上担保物权规则的制度设计,如承认一定范围内的流质契约的有效性,既可以反映典当行业特点、节约交易成本,也可以因不属于《物权法》中的质权而不受流质契约的限制。在国务院出台《典当行管理条例》之前,最高人民法院自可在司法解释中做出相应规定。

三、人保与物保并存时的责任承担机制

商事实践中,债权人总是尽可能地保障商事活动的安全顺畅,因此,多重担保渐成常态。^⑦ 此际,共同担保规则的设计应当便利于担保人行使权利,同时顾及担保人

^④ 参见高圣平《典当的性质与流质契约的效力》,载高圣平《物权担保新制度新问题理解与适用》,人民法院出版社2013年版,第290页。

^⑤ 参见前引^④,高圣平文,第297页。

^⑥ 参与物权立法的专家认为,物权法定主义的“法”仅指全国人大及其常委会通过的法律,参见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6-7页。崔建远教授认为适当扩大物权法定主义的“法”的范围,将行政法规包含其中,具有现实意义,参见崔建远《物权:规范与学说——以中国物权的解释论为中心》,清华大学出版社2011年版,第26-27页。刘保玉教授认为宜采物权法定缓和说,许可行政法规、司法解释对新类型物权作出规定,参见刘保玉《物权法学》,中国法制出版社2007年版,第63页。

^⑦ Almudena de la Mata Muñoz, *Typical Personal Security Rights in the EU*, Tübingen: Mohr Siebeck 2010, p. 227.

间的利益平衡。根据《物权法》第176条的规定,如果债权人既有保证人又有物上保证人,如无例外约定,债权人既可以选择向保证人主张保证责任,也可以选择向物上保证人主张物上担保责任,被选定的担保人应该承担全部的担保责任。在司法解释起草过程中,争议的焦点主要在于,在主债务人届期不履行债务时,债权人选择权的行使是否应受到保证人承担保证责任方式的限制?债权人行使担保权使其债权得以满足之后,承担了担保责任的担保人是否可向其他担保人求偿?^②

(一) 保证方式在人保与物保并存时责任承担中的意义

我国《担保法》将保证方式区分为一般保证和连带责任保证,其中,一般保证人享有先诉抗辩权(或称检索抗辩权),担保权人非就主债务人的责任财产强制执行,不得向一般保证人主张保证债权。在人保与第三人提供的物保并存的情形下,我国《物权法》第176条规定,在当事人之间没有特别约定时,担保权人有选择向保证人和物上保证人主张担保权利的自由。有学者认为,这一规则“非常粗略地忽视了一般保证下保证人的先诉抗辩权,违背了保证责任的补充性与独立性立法原理”,“应体现一般保证人的先诉抗辩权及担保债务的补充性”^③,“若人的担保属于一般保证,且保证人行使先诉抗辩权,则其结果仍然是物的担保优先”^④,并建议增加一般保证与物上保证并存时债权人同时主张保证责任和物上保证责任的前提条件,即“保证人承担一般保证责任的,债权人未先行向债务人请求实现债权,在主合同纠纷未经审判或者仲裁,并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前,债权人不得同时要求就物的担保实现债权和要求保证人承担保证责任。”^⑤

本文以为,债权人的选择权与保证人的先诉抗辩权是不同层次的两个问题。债权人选择权所欲解决的是,在人保与第三人提供的物保并存时,债权人向谁主张担保责任的问题,反映的是保证人与物上保证人之间的关系;而保证人的先诉抗辩权是出现于债权人向一般保证人主张保证责任时保证人行使其请求债权人先向主债务人主张权利的情形,反映的是保证人与主债务人之间的关系。保证债务仅对于主债务具有补充性,对物上保证并不存在所谓补充性^⑥,因此,在债权人主张保证债权时,保证人仅得主张债权人先就主债务人的责任财产主张权利,而不得主张债权人先就第三人所提供的物上保证行使其担保物权。准此,在人保与第三人提供的物保并存时,规则的设计无须考虑保证人承担保证责任的方式,债权人的选择权与保证人的抗辩权之间不生抵牾。在第三人提供的一般保证和第三人提供的物保并存的情况之下,如无特别约定,债权人自得选

^② 就保证人和物上保证人的责任顺序,《物权法》第176条前段已经做出安排,相关争议参见高圣平《混合共同担保之研究》,载《法律科学》2008年第2期。

^③ 徐磊《同一债权上保证与物的担保并存之法律分析——兼评〈担保法〉第28条与〈担保法解释〉第38条及〈物权法〉第176条》,载《法学杂志》2008年第3期。

^④ 王保民《〈物权法〉第一百七十六条适用中的三个重要问题》,载《社科纵横》2009年第6期。

^⑤ 郭振兰《物之担保和人之担保并存时责任效力规则的反思与重构》,载《南京社会科学》2013年第6期。

^⑥ 参见史尚宽《债法各论》,中国政法大学出版社2000年版,第911页。

择向保证人或物上保证人主张权利,当其向保证人主张保证债权时,先诉抗辩权并未抛弃或消灭的,保证人自得行使先诉抗辩权,要求债权人先就主债务人的责任财产主张权利。但此时仅构成主债务人的责任财产优先,并不构成物的担保优先。

但应注意的是,在第三人提供的一般保证和第三人提供的物保并存时,债权人选择权虽然不能对抗保证人的先诉抗辩权,但基于保证人行使先诉抗辩权对债权人权利实现的影响,债权人不得不先向没有先诉抗辩权的物上保证人主张权利。^{⑤7}但是,这并不足以使得人保与物保并存时的责任承担规则就此作出强行安排,干预当事人之间的行为自由。更何况,从我国各商业银行公布的示范借款担保合同文本来看,几无约定保证人承担一般保证责任的情形,此际,不考虑保证人承担保证责任的方式,不会造成对一般保证人权利保护的失衡。因此,在无相反安排的情况下,保证人与物上保证人对担保债务共同负责,债权人的选择权并不因保证方式之不同而受到限制。就此而言,《物权法》第176条对“人的担保”不加区分,不考虑一般保证的特殊情形,并无不妥。

(二) 担保人之间的求偿权

在人保与第三人提供的物保并存的情形下,如被选定的担保人承担了担保责任,主债务消灭,其他担保法律关系也随之消灭,其他担保人的担保责任也就得以免除。接下来的问题是,被选定的担保人承担了担保责任之后,其权利如何保护?被选定的担保人承担担保责任后,是否可以要求其他担保人来分担损失?这是目前争议的焦点。

《担保法解释》第38条第1款明确规定了担保人之间的内部求偿关系,但《物权法》第176条仅提及“提供担保的第三人承担担保责任后,有权向债务人追偿”,并未承认担保人之间的求偿权。本文曾经撰文就担保人之间的求偿权进行论证^{⑤8},但受到了部分学者的质疑,在此作统一的回应。

反对的第一个主要理由在于,认为承认担保人之间的求偿关系欠缺法理基础。^{⑤9}论者认为,“由于各担保人没有共同担保的意思表示,相互之间并非当然的共同担保关系,更不能将各自的担保责任因担保人的复数而简单推定为连带担保责任”^{⑥0},不宜将并存的人保与物保看作是连带共同债务^{⑥1},也不能依不真正连带责任理论来合理地解释保证人与物上保证人之间的求偿关系。^{⑥2}

本文认为,在论证担保人之间的求偿关系时,学者间多以连带债务或不真正连带债务为其理论基础。^{⑥3}在解释上,债权人对于物上保证人所享有的是就担保物优先受偿的

^{⑤7} 参见孙毅《混合共同担保法律问题之思考》,载《月旦民商法》2009年第6期。

^{⑤8} 前引^{⑤2},高圣平文。

^{⑤9} 参见前引^③,胡康生主编书,第381-382页。

^{⑥0} 王昌颖《人保与物保并存时担保人之间追偿权初探——对物权法第176条的比较分析》,载《人民法院报》2013年4月3日第007版。

^{⑥1} 参见李红建、雷新勇《人保与第三人物保的相互追偿及担保物权未设立的责任问题探讨》,载《法律适用》2014年第8期。

^{⑥2} 参见前引^{⑥1},李红建等文。

^{⑥3} 程啸《混合共同担保中担保人的追偿权与代位权——对〈物权法〉第176条的理解》,载《政治与法律》2014年第6期。

物上请求权,并不是债务履行请求权。由此,物上保证人对于债权人也就并不负有债务,自不会与保证人负同一债务,从而并无成立连带债务的可能。保证人与物上保证人之间并非连带债务人,亦非不真正连带债务人。人保和物保并存时,各担保人之间如无约定,在表面上看来确实不存在任何法律关系,但是,“为同一债务担保”的共同目标实际上已经使各担保人与债权人之间建立了联系,即担保之连带或竞合^④,这也是债权人在主张担保权利时就可以就保证人和物上保证人之间享有选择权的逻辑前提。这一“担保之连带”并无须当事人作出约定,也并不意味着各担保人之间构成相互担保或者反担保。在大多数国家,通说认为,数个从属保证人在不存在特别协议且为同一债务提供担保的情况下,一般要像连带债务人那样分担内部责任,多数连带债务人之间的求偿规则也适用于多数保证人之间,因为所有保证人的处境是一样的。^⑤多数保证人之间的内部求偿规则同样适用或类推适用于物上保证人。^⑥《欧洲示范民法典草案》也因此而明确了保证人与物上保证人对于债权人的担保连带关系以及相互之间的求偿关系。

在法理上,还有另外一个论证路径。满足了债权人权利主张请求的担保人,可以代位行使债权人对债务人的权利,包括该债务人为该债务所设定的担保权利。此即所谓担保人的代位权。^⑦求偿权人在求偿范围内才代位承受债权人的权利,求偿权人对于其他担保人在求偿范围内,成立多数各别之债,求偿权人不得因其承受债权人的权利而对其他担保人主张全部给付请求权。

反对的第二个理由为,认为承认担保人之间的求偿关系有违当事人的真实意思。各自独立的担保人之本意在于承担全部担保责任,彼此之间并无连带负责及向其他担保人求偿的意思,硬性地将每位担保人连带负责,实际承担担保责任后再向其他担保人追偿,不符合意思自治的原则。^⑧承认保证人与物上保证人之间的求偿关系“是以毫无理论根据侵犯其余担保人权益为前提的利益平衡,法律强行地在各个担保人为债权人提供担保时在担保人之间也设立了互相担保”^⑨。担保人在提供担保时就明知其承担担保责任后对债务人的求偿权存在风险,令全体担保人共同分担这种风险并无根据。^⑩

本文以为,在各自独立提供担保的情形之下,每个担保人根据各自的约定分别承担全部的担保责任,但在担保人得知还有其他担保人时,其真实意思又是什么?难道还是

^④ 参见郑冠宇《再论担保之竞合》,载《山东科技大学学报》(社会科学版)2010年第5期。

^⑤ See Study Group on a European Civil Code, Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition, Volume 3*. Munich: sellier, european law publishers GmbH, 2009, pp. 2563, 2558.

^⑥ 参见前引^⑤ Study Group on a European Civil Code等书,第2565页。

^⑦ 就我国《担保法》和《物权法》上是否承认担保人的代位权,尚存争议。参见程啸、王静《论保证人追偿权与代位权之区分及其意义》,载《法学家》2007年第2期。

^⑧ 参见前引^⑤ 崔建远书,第753页。

^⑨ 参见江海、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。

^⑩ 参见前引^③ 胡康生主编书,第381页;尹田《物权法》,北京大学出版社2013年版,第509页。

自己完全独自承担担保责任,别的担保人不承担担保责任吗?难道不是“因为还存在其他担保人,我肯定不会承担全部的担保责任”?多数担保人担保同一债务的履行之时,也就具有了有效分散单个担保人所承担的担保责任风险的功能。^{⑦①}此时,承担担保人之间的求偿关系,让他们共同分担风险,并没有超出各担保人提供担保时的预期,因为每个担保人所承担的担保责任均小于其在提供担保时所意欲承担的担保责任。此际,又何来“侵犯其他担保人权益”一说?那是不是说只有其他担保人一点责任没有,把自己是否承担责任完全取决于债权人的选择,才是符合所有当事人的意愿?担保人在提供担保时,的确应该意识到在承担担保责任后可能因债务人没有偿债能力而无法获得清偿的风险,但债务人没有偿债能力的风险理应由全体担保人共同面对和分担的。”^{⑦②}正如《欧洲示范民法典草案》的起草者所言,“‘一切’责任均由最先履行的保证人承担,而其他保证人并不负担任何责任,是专断的、不公正的。”^{⑦③}在债权人需要向担保人主张权利的时候,债务人的清偿能力实值怀疑,某一担保人承担了担保责任之后,在向债务人求偿之前,可能希望向其他担保人求偿,因为他们的财务状况可能比债务人更好一些。^{⑦④}债权人的自由选择 and 担保人之间的风险分担,是有内在关联性的制度构成要素,不可任意取舍。既然我国《物权法》允许债权人任意选择向保证人或物上保证人主张权利,又不规定担保人间可透过求偿权分担风险,是规则上的不协调。^{⑦⑤}基于保证人与物上保证人的平等地位,由二者合理分担风险才符合公平原则。^{⑦⑥}

在比较法上,各自独立的担保人之间是否存在“担保之连带”,各国的处理并不一致。^{⑦⑦}例如,在英国,各自独立的担保行为,各自独立承担担保责任。^{⑦⑧}在意大利,各自独立的保证人无意实现共同利益时,多数保证人的责任是可分的,然而,承担了责任的保证人可以代位行使债权人对其他保证人的权利。^{⑦⑨}有些国家无视缔约情形,推定各自独立的保证人之间承担连带责任,无论保证人是否共同行动,也无论他们是否知道其他保证人是否存在,均应适用连带责任的一般规则^{⑧⑩}。类似的推定也存在于法国、比利时和卢森堡等罗曼语系国家。^{⑧⑪}在《欧洲示范民法典草案》起草过程中,学者们大多认为,各个

^{⑦①} 参见曹士兵《中国担保法律环境评论》,载《法律适用》2004年第6期。

^{⑦②} 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。

^{⑦③} 前引^{⑦⑤} Study Group on a European Civil Code 等书,第2565-2566页。

^{⑦④} 参见前引^{⑦⑤} Study Group on a European Civil Code 等书,第2682页。

^{⑦⑤} 参见前引^{⑦⑤} 孙毅文。

^{⑦⑥} 参见孙鹏《论保证与物的担保并存时之责任——兼析债权人担保维持义务之确立》,载《月旦民商法》2007年第6期。

^{⑦⑦} 参见前引^{⑦⑤} Study Group on a European Civil Code 等书,第2550页。

^{⑦⑧} See Geraldine Mary Andrews and Richard Millet *Law of Guarantees* 4th edition, London: Sweet & Maxwell 2005, 4-011.

^{⑦⑨} 参见前引^{⑦⑤} Study Group on a European Civil Code 等书,第2550页。

^{⑧⑩} 参见《德国民法典》第769条、《荷兰民法典》第7:850条第3项、第6:6条第2项、《奥地利民法典》第1359条、《瑞士商法典》第10章第11条,另参见前引^{⑦⑤} Study Group on a European Civil Code 等书,第2554页。

^{⑧⑪} 参见《法国民法典》第2302条,另参见前引^{⑦⑤} Study Group on a European Civil Code 等书,第2554页。

担保合同订立的场合或时间的差异,对担保人之间的内部关系的确定没有影响。实际上,所有担保人的处境是一样的:他们都是履行主债务的担保人,应当分担同样的风险。^⑫该草案第4.7-1:105条(多数保证人:对债权人的连带责任)第1款因此规定“这一规定也适用数个保证人分别独立地提供担保的情形。”该条规定因第4.7-1:106条而适用于保证人与物上保证人之间,即使保证人与物上保证人分别独立地提供担保的,亦应对债权人连带负责,彼此之间也存在求偿关系。

反对的第三个理由是,认为担保人之间的求偿关系不能类推适用共同保证的相关规则。我国实定法之下,在共同保证的情形,如各保证人之间没有约定保证份额,则各保证人之间存在连带关系,应担保权人的请求承担了保证责任的保证人,有权要求其他保证人清偿其应当承担的份额。论者认为,人保与物保性质完全不同,两者之间不宜通约。物保将担保责任限定于特定物,意在“将债权人的追索止步于特定物,从而阻断在自身之外”。担保权人对保证人享有的是(保证)债权,对第三人享有的是担保物权,两者之间权利性质不同,而“在义务内容上,保证人是直接履行给付义务,物上保证人是协助债权人实现担保物权的义务”^⑬。将两者等同起来,使保证人与物上保证人互负债务,“物保对物上保证人而言将失去屏障作用”,物保与人保就没有区别,物保就是人保。^⑭更有论者指出“这样的制度设计本身就是缺乏法学理论根据的,因为在多个保证人共存的情形下,如果没有额外约定,每个保证人各自都对全部债务承担保证责任,但仅凭各个保证人对同一债务的债务承担担保责任而推定保证人之间连带,从法律逻辑上显然是说不过去的。”并进而认为“《担保法》第12条共同保证制度中当事人无约定则推定保证人内部连带关系、肯定追偿这两个与《物权法》第176条立法精神相冲突的法律规则从实质解释的立场出发,应当作失效的理解。”^⑮

本文以为,就担保债权实现而言,人保与物保并无实质上的区别,保证人与物上保证人均系以自己的责任财产为债权提供担保,只不过前者提供一般担保,后者提供特别担保而已;债权人均是就担保人的责任财产主张权利,只不过就物上保证人的特定责任财产可以主张优先受偿而已,债权人向保证人主张保证债权,并非就保证人自身主张权利^⑯,满足债权的也只能是保证人责任财产的变价款。更何况,信贷实践中多以担保财产足额清偿债务为前提,保证人与物上保证人的担保范围并无区别,所谓“物保对物上保证人而言将失去屏障作用”仅出现于物上保证人提供不足额担保而言,实无普遍价

^⑫ 参见前引^⑤ Study Group on a European Civil Code 等书,第2550页。

^⑬ 前引^⑩ 李红建等文。

^⑭ 参见前引^⑩ 李红建等文。

^⑮ 前引^⑩ 江海等文。作者并专门探讨以《物权法》第176条的规则修改《担保法》上共同保证人之间的求偿规则。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》(第16卷),法律出版社2014年版,第44页以下。

^⑯ 正是基于此,债的担保中所谓“人的担保”实无人的因素,实际上是以担保人的财产来担保债的履行。参见胡吕银:《担保权属性与各种担保方式的重新界定》,载《法学》2013年第8期;费安玲主编《比较担保法:以德国、法国、瑞士、意大利、英国和中国担保法为研究对象》,中国政法大学出版社2004年版,第7页。

值。“在实现担保的功能上,物的担保与人的担保并不存在优劣之分,它们被认为是等效的。”^⑧准此,在法律上对人保、物保并存时的担保人求偿关系未作规定的情况下,类推适用共同保证的相关规则并无障碍。在欧洲,大多数学者认为物上保证人和保证人应作同等对待。^⑨在法国、英格兰、芬兰、比利时等国的国内法上,物上保证人和保证人地位相当,应负担连带责任;在德国法和西班牙法上,由于债务或权利内容不同,保证人和物上保证人之间在技术上不认为是连带债务人,但法院将其认定为不真正连带债务,也达到了同样的效果。^⑩《欧洲示范民法典草案》第4:7-1:105条(多数保证人:对债权人的连带责任)第2款明确规定,保证人与物上保证人并存时准用多数保证人时的规则。

人保、物保并存时的制度构成必须具有内部协调性,包括规则本身的协调性和相关制度之间的协调性,如与共同保证、共同抵押、连带债务等之间应保持协调。“这些制度中的一些规则可以相互援用。”^⑪欧洲统一法上的发展无疑证明了这一点。《欧洲示范民法典草案》就多数担保人之间的内外部关系做了一体处理,规定保证人之间、保证人与物上保证人之间的求偿关系的第4:7-1:106条、规定物上保证人之间求偿关系第9-7:109条,与规定连带债务人之间求偿关系的第3-4:107条做到了体系上的一致。现在的关键是,是均承认担保人之间的求偿关系,还是均不承认担保人之间的求偿关系。^⑫本文认为,在承认保证人与物上保证人的担保连带关系之下,依体系贯通,相关规则更应与连带债务相一致,保证人与物上保证人之间的求偿关系自然迎刃而解。

综上,保证人与物上保证人之间法律地位平等,即双方应平等(绝非数量上平等)地承担责任。^⑬如果不承认物上保证人或保证人之间的求偿权,则最容易导致道德风险,这显然是违反制度设计初衷的。因而,应当承认物上保证人或保证人之间的求偿权。

结 语

《物权法》上担保物权规则的不明晰,给担保物权司法解释的起草提供了必要性和可能性。在当下,司法解释的功用已经不再局限于提供裁判规范,以统一司法适用,其中相关规则的设计关涉当事人之间的权利义务的明确分配,必将影响到当事人之间的担保交易行为,自应慎重斟酌。正如有学者所言,“担保市场的法律规制,必须坚持效率与安全并重的价值取向。在处理安全与效率的关系时,应充分考虑安全与效率的平衡。”^⑭在兼顾安全与效率的前提下,具体规则的设计更应做好担保交易当事人之间的利

^⑧ 薛军《论“提供担保”义务的履行规则》,载《法学》2006年第4期。

^⑨ 参见前引^⑥ Study Group on a European Civil Code等书,第2553页。

^⑩ 参见前引^⑥ Study Group on a European Civil Code等书,第2555-2556页。

^⑪ 前引^⑦ 孙毅文。

^⑫ 不过,也有学者从解释论的立场出发,认为共同保证人或共同抵押人之间存在内部求偿关系,保证人与物上保证人之间不存在内部求偿关系。参见前引^⑤ 崔建远书,第753-754页。

^⑬ 参见前引^③ 程啸文。

^⑭ 许明月《论现代担保市场法律规制的理念与模式》,载《中国法学》2013年第6期。

益平衡,既要考虑到担保权人为保全自己的权利所作出的努力,又要考虑到保证人或物上保证人无偿提供担保的特点。

Abstract: When a Company's legal representative, in violation of Article 16 of Company Law 2005, provides security for others without the authority by the company, the security contract shall be null for the company if the company don't subsequently confirm it. The traditional rules about ultra vires do not apply to the security contract signed by the legal representative without the authority by the company. When financial collateral innovation involves personal security, the innovation mode should be certainly effective based on the principle of contract freedom; when financial collateral innovation belongs to proprietary security, under the legal doctrine of numerus clausus, the innovation mode should not be admitted to produce the effectiveness of the proprietary security rights, but should definitely have the contract effectiveness. When the personal security and proprietary security co-exist, one security provider shall have the right to recourse to another security provider.

(责任编辑:朱广新)