

担保法

前沿问题与判解研究

(第二卷)

*Research on Frontier Issues and
Judgments of Security Law*

高圣平·著

混合共同担保·非典型担保·担保登记

人民法院出版社

担保法

前沿问题与判解研究

(第二卷)

*Research on Frontier Issues and
Judgments of Security Law*

高圣平·著



混合共同担保·非典型担保·担保登记

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

担保法前沿问题与判解研究. 第二卷 / 高圣平著.

—北京: 人民法院出版社, 2019. 2

ISBN 978 - 7 - 5109 - 2420 - 0

I. ①担… II. ①高… III. ①担保法—研究—中国

IV. ①D923. 24

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2019) 第 022681 号

担保法前沿问题与判解研究 (第二卷)

高圣平 著

责任编辑 王 婷

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) 67550617 (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 三河市国英印务有限公司

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 552 千字

印 张 34.75

版 次 2019 年 2 月第 1 版 2019 年 2 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 2420 - 0

定 价 105.00 元

版权所有 侵权必究

序 言

市场经济是法治经济，同时以信用为王，以担保为重。担保制度越发达，债权越有保障，金融安全越能实现，资金融通更为便利，正因为这一原因，各国法律十分重视担保制度的构建。我国在 20 世纪 90 年代就颁布了《担保法》，近些年，随着市场经济的迅速发展，以及经济全球化的影响，担保制度也发生了重大的变化。《物权法》在原来担保法的基础上系统地规定了担保物权制度，无论从体系上还是从具体规则的设计上都对《担保法》做了重大的完善，《物权法》扩大了担保物的范围，允许原材料、半成品、产品、应收账款、基金份额等作为担保财产；完善了担保物权体系，明确规定了浮动抵押权、最高额质权等各种新的担保形式；完善了担保物权的实现规则，明确规定担保物权人可以请求人民法院拍卖或者变卖担保财产，简化了担保物权实现程序。此外，《物权法》在规定抵押物的范围时采取了反面排除法，即“法律、行政法规未禁止抵押的其他财产”都可以抵押，保持了抵押财产范围的开放性，有效地协调了物权“法定主义”和“意定主义”两种基本调整手段的关系，缓和了物法定性的僵硬性。这些制度设计都给资本市场带来了更大的确定性，为市场主体提供了更多的担保融资工具，从而促进了信用的授受，为经济的发展注入了活力。世界银行和国际金融公司 2008 年 4 月 22 日联合发布的《2008 全球营商环境报告》中指出，中国大陆 2007 年因《物权

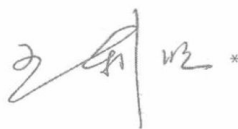
法》的颁布大大改善了中国的商业环境，并因此将中国大陆列为商业环境改革前 10 位之一。而在 2018 年 10 月底，世界银行集团发布了《2019 年营商环境报告》，中国营商环境排名从上期的第 78 位跃升至第 46 位，首次进入前 50！其重要原因在于，中国在合同履行、投资者保护、商业纠纷解决等方面表现良好，显而易见，一套完整的担保法律制度及其有效实施，对营商环境的改善功不可没。

“法与时转则治”。《物权法》虽然亮点很多，但随着我国市场经济的发展，在担保制度方面仍有不少需要完善之处，在民法典编纂过程中，如何在总结物权法及相关司法实践经验的基础上，进一步完善担保物权制度，是当前民法学研究的重大问题。长期以来，圣平博士一直潜心于担保法领域的研究，成果颇丰。他不仅深度参与物权法担保物权编、民法典物权编的起草和论证，先后承担全国哲学社会科学规划办、教育部、司法部、世界银行集团国际金融公司以及其他部门委托的担保法研究课题十余项，而且还深入担保登记实践、信贷实践和司法实践，广泛了解担保法以及物权法的实施现状，并撰写了百余篇调研报告和专题论文，得到了学界和业界的广泛认同。在本书中，圣平博士选取目前实践中和理论上争议较大的百余个问题从学理上展开了充分的研讨，对于公司法定代表人越权担保的效力、混合共同担保中的内外关系、农地金融化的实践发展与制度建构、非典型担保的实践与展望、担保登记的效力与统合、特殊抵押权的创新与规制以及担保物权的实现程序等均作了颇有见地的深入研究。这些专题研究都较好地回应了登记实践、信贷实践、司法实践和民法典物权法编编纂中的疑难问题。

圣平从中国政法大学毕业后，进入中国人民大学法学院博士后流动站，在我的指导下从事博士后研究工作，出站后先后在本校商学院、法学院从事教学科研工作，逐渐在担保法、土地法等领域崭露头角，2017

年还获聘教育部长江学者奖励计划特聘教授。看到他不断有专论和新作问世，我感到由衷的高兴。我衷心希望圣平在今后的研究工作中取得新的进步，也热切期望更多的年轻一代的学者投身于民法学的研究，为我国民法学的繁荣和发展作出贡献。

是为序。



二〇一八年十二月十九日

* 王利明，中国人民大学常务副校长、一级教授、博士生导师，教育部长江学者奖励计划特聘教授，国务院学位委员会法学学科评议组成员兼召集人、中国法学会副会长、中国法学会民法学研究会会长等。

目 录

混合共同担保专题

混合共同担保之研究

- 以我国《物权法》第 176 条为分析对象…………… (003)

混合共同担保的法律规则：适用困境与制度完善

- 基于最高人民法院和高级人民法院裁判分歧的分析和展开…………… (017)

非典型担保专题

融资租赁交易的法律构造…………… (059)

基础设施融资租赁交易：现实与法律困境

- 从基础设施投融资改革的视角…………… (080)

融资租赁登记公示制度的建构

- 以民法典融资租赁合同章的修改为中心…………… (100)

中国融资租赁法制的现代化

- 以《开普敦公约》及其议定书为参照…………… (118)

担保登记专题

不动产抵押登记若干问题探讨	(153)
交易安全与交易效率视角下的动产抵押登记制度	(167)
动产抵押登记的法理	(202)

中国担保法制的解释适用与展望

设质背书的效力研究

——兼及《票据法》与《物权法》的冲突及其解决	(231)
------------------------------	-------

不动产抵押权优先受偿范围研究

——基于裁判分歧的分析和展开	(251)
----------------------	-------

房地单独抵押、房地分别抵押的效力

——以《物权法》第 182 条为分析对象	(277)
----------------------------	-------

融资性担保公司求偿担保若干法律问题研究	(294)
---------------------------	-------

美国动产抵押交易法与我国动产抵押物权立法	(312)
----------------------------	-------

大陆法系动产抵押制度之法外演进与中国物权法	(334)
-----------------------------	-------

域外担保法制观察

美洲国家组织动产抵押交易示范法	(353)
-----------------------	-------

欧洲示范民法典草案动产抵押物权编评注（上）	(367)
-----------------------------	-------

后 记	(549)
-----------	-------

混合共同担保专题

混合共同担保之研究^①

——以我国《物权法》第176条为分析对象

同一债权设有混合共同担保，即既有人担保又有物的担保时，人的担保责任与物的担保责任平等，债权人可以选择向保证人或物上保证人主张权利，已承担担保责任的担保人有权向其他担保人在其应分担责任的范围内求偿。人的担保与物的担保并存时，债权人放弃物的担保的，保证人在物上保证人应分担责任的限度内免除担保责任；债权人放弃人的担保的，物上保证人在保证人应分担责任的限度内免除担保责任。

债权人为强化其债权，对于同一债权采取多重担保者不在少数，其中，有既要求主债务人（或第三人）提供物的担保，又要求第三人提供保证担保的。这种共同担保中各担保方式的性质不一，一为物的担保，一为人的担保，与共同担保中的共同保证、共同抵押不同，理论上称之为“混合共同担保”。^② 混合共同担保中，人的担保是主债务人以外的第三人以其全部责任财产为主债务的履行提供的担保，以保证担保为其基本形式。保证关系中，“主债务人以外的第三人”又称保证人。物的担保是主债务人或第三人以其特定的动产、不动产或其他财产权利为主债务的履行提供的担保，包括抵押担保、质押担保和留置担保三种，但在解释上，物的担保不以上述三种方式

^① 本文原载《法律科学（西北政法大学学报）》2008年第2期。

^② 但学者间也有认为混合共同担保是同一债权上设有两个或两个以上性质不同的担保方式的共同担保，既包括了物的担保与人的担保的共同担保，也包括抵押权和质权（或留置权）的共同担保。本文所称之“混合共同担保”仅指前者。

为限，凡民法规定的具有优先受偿性质的物的担保，如船舶优先权、民用航空器优先权等，均在其列。^① 物的担保关系中，以其特定的动产、不动产或其他财产权利为主债务的履行提供担保的第三人，又称物上保证人。

混合共同担保情形下，在主债务人届期不履行债务时，债权人实现其债权究竟应当向保证人和物上保证人先后主张抑或同时主张？债权人的债权满足之后，承担担保责任的担保人是否可向其他担保人求偿？对此，无论在理论上和实务上均存在争议，我国《担保法》《物权法》和《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《担保法解释》）对此做了规定，但其制度合理性尚有检讨的必要。

一、混合共同担保中的责任优先问题

（一）混合共同担保中责任优先问题之学说评价

对于混合共同担保中人的担保责任与物的担保责任何者优先问题，各国立法和学说上有三种主张：

第一，“物的担保责任绝对优先说”。此说认为，债权人应先向物上保证人主张权利，在其不受清偿的范围内，再向保证人主张权利，保证人仅对物的担保以外的债权额承担保证责任。在立法例上，我国《担保法》第28条第1款采此说。其理由是：物的担保相对于保证而言，具有物权的追及效力、物权行使的不可分性、物上代位性以及优先受偿性等功能。基于物的担保，债权人可以直接支配担保人供作担保的特定财产，债务人不履行债务时，债权人可以变价担保财产以优先于其他债权人受偿。物的担保不仅增强了债权实现的程度，还弥补了债权对债务人的财产没有追及力的缺陷，使得债权物权化。物的担保以其特有的物权优先品质确保债权受偿，成为优于保证担保的债权担保方式。^②

第二，“物的担保责任相对优先说”。此说认为，债权人可以选择行使担保权利，但保证人在承担保证责任之后可向债务人求偿，并代位行使债权人

^① 参见邹海林、常敏：《债权担保的方式和应用》，法律出版社1998年版，第69页。

^② 参见邹海林、常敏：《债权担保的方式和应用》，法律出版社1998年版，第69～70页。

享有的担保物权，债权人致使保证人可代位行使的担保物权消灭的，保证责任相应消灭。在立法例上，《德国民法典》《法国民法典》、修正前的台湾地区“民法典”采此说。我国亦有学者主张此说，其理由是：物上保证人仅以特定物的价值为限承担有限的责任，而保证人以其全部财产负无限责任。人的担保责任对保证人形成的压力更大，人的担保责任的追究对保证人生存产生影响的可能性更大，赋予保证人优越地位，并无不当。在立法技术上，让保证人与物上保证人共同分担责任，会使法律规则过于繁杂。诸如分担比例标准如何确定、是否考虑担保设定时间之先后、是否应考虑担保数额约定之有无、是否应考虑责任顺序约定之有无、是否应考虑是一般保证还是连带责任保证、到底应为当事人的意思自由留下多大的空间等等问题无法合理地解决并最终融入规则之中。此外，我国《担保法》实施以来，物的担保责任优先已植入国民的法律意识之中，成为当事人的潜在意思。^①

第三，“物的担保责任与人的担保责任平等说”。此说认为，债权人可以选择行使担保权利，已承担担保责任的担保人可向其他担保人追偿其应承担的份额。《日本民法典》和修正后的台湾地区“民法典”采此说，我国也有学者主张采此说。其理由是：保证对于主债务具有补充性，但对担保物权并不具有补充性，因此，保证人对物上保证人无法主张先诉抗辩权。^②此外，基于公平理念，债权人究竟先就担保物实行其担保物权或向保证人请求清偿，有其选择的自由，物上保证人与保证人的地位并无差别。^③

本书作者以为，物的担保责任与人的担保责任之间的关系，主要涉及债权人与保证人、物上保证人之间以及保证人与物上保证人之间的关系，与公益无涉，因此，宜由当事人自由约定。如当事人约定物的担保责任或人的担保责任优先，抑或物的担保责任与人的担保责任平等，则均无不可。如当事人没有相反约定，宜采“物的担保责任与人的担保责任平等说”。理由如下：

第一，以物权优于债权，物的担保系属担保物权，人的担保系属债权，而主张物的担保责任优先于人的担保责任，有失妥当。（1）物权与债权只有

^① 参见叶金强：《担保法原理》，科学出版社2002年版，第25~26页。

^② 参见史尚宽：《债法各论》，1974年作者自版，第840页。

^③ 参见郑玉波：《民法债编各论》，1981年作者自版，第845页。

在效力竞存时才有可能发生孰优孰劣的问题，即“在同一标的物之上同时存在物权和债权时，物权优先”。^① 物的担保所指向者为特定的动产、不动产或其他财产权利，而人的担保所指向者乃保证人的所有责任财产，两者在标的物上非为同一。（2）物权优于债权，发生于义务主体同一而权利主体不同的情形，但在同一债权既有人的担保又有物的担保之时，其权利主体均为同一债权人，其义务主体为保证人和物上保证人，多不同一。（3）担保物权的优先性是担保物权就担保物相对于无物上担保的债权而言的，不是相对于保证债权而言的。对担保物享有优先受偿权旨在保护有物上担保的债权人，在担保物权与同一担保物上设定的债权发生冲突时，有物上担保的债权人可以对抗其他一般债权人而在担保物上行使权利，并非指不同债务人对同一债权人的债务偿还时间与偿还顺序的优先。也就是说，当人的担保与物的担保并存时，对于不同债务人（即保证人与物上保证人）不发生偿还时间与偿还顺序上的优先问题。^② 由此可见，“物的担保责任绝对优先说”不足可采。

第二，“物的担保责任相对优先说”虽主张债权人可选择行使担保权利，但保证人在承担保证责任之后仍可代位行使担保物权，实际上仍坚持物权优于债权之法理，自不足采。从法律规范目的的角度而考察，人的担保虽属债权债务关系，但其与物的担保（物权法律关系），在解释上均为债权人担保其债权实现的手段，保证人与物上保证人的法律地位相当，如当事人无特别约定，似不宜仅依其形式而区分其优劣顺位。本书作者认为，保证人与物上保证人的关系，与共同保证人之间的关系类似，可类推适用共同保证的相关规定。而关于共同保证，数保证人之间原则上成立连带责任，例外的依特约认同按份责任。规定物上保证人优先承担担保责任，一则与共同保证人的连带责任之间构成体系违反，二则对物上保证人过于严苛，与公平理念相悖。此外，以立法技术的困难为由来否定“物的担保责任与人的担保责任平等说”，其理由尚不充分。

第三，在当事人之间对物的担保责任或人的担保责任之顺位未做约定时，自应探求债权人的真意。债权人就同一债权同时设定人的担保和物的担

① 王利明：《物权法论》（修订本），中国政法大学出版社2003年版，第23页。

② 参见郑学青：《保证担保与抵押担保并存时的责任承担》，载《法律适用》2003年第1期。

保，其本意无非是为了实现债权的便利和增加债权的保障。在主债务人不履行债务时，债权人自得选择其认为更便捷、更安全的方式行使权利，法律上无限制的必要。因此，保证人与物上保证人之间不发生责任顺位问题。至于保证人与物上保证人之间的责任分担问题，留待本文以下讨论。

（二）我国《物权法》第 176 条相关规则之检讨

对于混合共同担保中人的担保责任与物的担保责任的优先问题，我国《担保法》第 28 条第 1 款规定：“同一债权既有保证又有物的担保的，保证人对物的担保以外的债权承担保证责任。”该款规定确立了“物的担保责任绝对优先”规则。《担保法解释》第 38 条第 1 款规定：“同一债权既有保证又有第三人提供物的担保的，债权人可以请求保证人或者物的担保人承担担保责任。”该款规定又确立了“物的担保责任与人的担保责任平等”规则，将“物的担保责任绝对优先”的适用范围局限于债务人提供的物的担保与人的担保并存的情形。

我国《物权法》第 176 条中规定：“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。”这一规则除了明定当事人可就混合共同担保中物的担保责任和人的担保责任的优先问题作为约定之外，与《担保法解释》的规则相当。由此，对我国《物权法》的规定可作如下整理：

1. 同一债权既有人的担保又有债务人提供的物的担保时，如果对担保责任的分担未作约定或者约定不明确的，物的担保责任绝对优先，保证人享有先诉抗辩权。其理由是：“债务人是本位上的债务承担者，保证人仅是代替其承担责任，在承担了担保责任后，仍然对债务人享有求偿权。在债务人自己提供物的担保的情况下，首先处理该物清偿债务，可以避免日后再行使追偿权。”^①“而且，在债务人自己提供物的担保的情况下，要求保证人先承担

^① 曹士兵：《中国担保诸问题的解决与展望——基于担保法及其司法解释》，中国法制出版社 2001 年版，第 83 页。

保证责任，对保证人也是不公平的。”^① 这一规定实际上限制了主债务人充当物上保证人时债权人的选择权。

2. 同一债权既有人担保又有第三人提供的物的担保时，如果当事人对担保责任的分担未作约定或者约定不明的，保证人和物上保证人处于同一清偿顺序，债权人既可以要求保证人承担保证责任，又可以要求物上保证人承担担保责任，债权人有权选择。其理由是，此时物上保证人与保证人处于平等地位，都不是最终的债务承担者（亦即准债务人），债权人无论是先实现物的担保还是先实现人的担保，物上保证人或者保证人都存在向债务人求偿的问题。为保障债权人的债权得以充分实现，法律应当尊重债权人的意愿，允许债权人在这种情况下享有选择权。^②

本书作者认为，我国《物权法》区分上述两种情形并进而主张第一种情形下应限制债权人的选择权，其合理性值得怀疑。第一，就连带保证而言，保证人与主债务人几乎处于同一地位，此际，保证并不具有补充性，在保证债务清偿问题上，法律无特别惠顾保证人的必要。同一债权既有保证又有债务人提供的物的担保，债务人不履行主债务时，债权人可基于其判断，选择向保证人或物上保证人主张权利，此时法律限制债权人的选择权，强行介入本不涉及公益的事项，其制度设计值得检讨。第二，就成本考量而言，债权人如选择向保证人主张权利，保证人承担责任后再向债务人追偿，是否一定会增加社会成本？如债权人选择向保证人主张保证债权能完全满足其债权，选择向物上保证人（债务人）主张担保物权并不能完全满足其债权，此时，如限制债权人的选择权，则债权人只能先向物上保证人主张担保物权，其不足部分再向保证人主张保证债权，保证人承担责任后再向债务人求偿；如不限制债权人的选择权，则债权人可选择向保证人主张保证债权，保证人承担责任后，再向债务人求偿。就两者之间的成本比较，显以后者为低。由此可见，从成本考量的角度，尚不足以得出限制债权人选择权的结论。

由此，本书作者主张，对同一债权既有人担保又有物的担保时，不区分具体情形，统一采取“物的担保责任与人的担保责任平等说”。

^① 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页。

^② 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380～381页。

二、混合共同担保中的求偿问题

(一) 混合共同担保中求偿问题的不同见解

保证人或物上保证人履行担保债务之后，对于主债务人而言，均有求偿权之发生，但在同一债权既有人的担保又有物的担保时，其中之一的担保人履行了担保债务后是否有权向其他担保人求偿，不无疑问。对人的担保与物的担保并存时的责任优先问题的不同回答直接影响到对本问题的解决。主张“物的担保责任绝对优先说”和“物的担保责任相对优先说”的学者认为，保证人先为清偿时可向物上保证人主张担保物权，即可行使求偿权，但物上保证人先清偿时，因其本应优先负责，故无向保证人行使求偿权的可能；^①主张“物的担保责任与人的担保责任平等说”的学者认为，物上保证人与保证人地位相同，除合同另有约定之外，两者间应连带负担担保责任，无论谁先清偿，彼此之间均发生求偿问题。^②由于本书作者赞同“物的担保责任与人的担保责任平等说”，因此，本书作者同时主张保证人与物上保证人相互之间均可发生求偿权。

(二) 我国《物权法》第 176 条求偿规则之检讨

我国物权法在债务人自己提供的物的担保与其他人提供的人的担保并存时，采取的是“物的担保责任绝对优先说”，在第三人提供的物的担保与人的担保并存时采纳的是“物的担保责任与人的担保责任平等说”，但对人的担保与物的担保并存时的求偿关系未置明文。我国《物权法》第 176 条后段仅规定：“提供担保的第三人承担责任后，有权向债务人追偿”，其立法原意是，在当事人没有明确约定承担连带担保责任的情况下，不宜规定保证人与物上保证人之间享有求偿权。^③其主要理由是：

第一，理论上讲不通。除非当事人之间另有约定，各担保人之

① 参见郑玉波：《民法债编各论》，1981年作者自版，第856～857页。

② 参见黄茂荣：《中华人民共和国法学方法与现代民法》，1993年作者自版，第361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页。