

民商法的法律适用

人格权法与商法制度的完善

主 编 ● 周林彬 副主编 ● 朱义坤



暨南大学出版社
JINAN UNIVERSITY PRESS

民商法的法律适用

人格权法与商法制度的完善

主 编 ◎ 周林彬 副主编 ◎ 朱义坤

执行主编 ◎ 廖焕国 陈胜蓝



暨南大学出版社
JINAN UNIVERSITY PRESS

中国·广州

图书在版编目 (CIP) 数据

民商法的法律适用: 人格权法与商法制度的完善/周林彬主编. —广州: 暨南大学出版社, 2013. 12

ISBN 978 - 7 - 5668 - 0860 - 8

I. ①民… II. ①周… III. ①人格—权利—法学—中国—学术会议—文集 ②商法—中国—学术会议—文集 IV. ①D923. 14 - 53 ②D923. 99 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 275014 号

出版发行: 暨南大学出版社

地 址: 中国广州暨南大学

电 话: 总编室 (8620) 85221601

营销部 (8620) 85225284 85228291 85228292 (邮购)

传 真: (8620) 85221583 (办公室) 85223774 (营销部)

邮 编: 510630

网 址: <http://www.jnupress.com> <http://press.jnu.edu.cn>

排 版: 广州市天河星辰文化发展部照排中心

印 刷: 东莞虎彩印刷有限公司

开 本: 787mm × 960mm 1/16

印 张: 40.25

字 数: 680 千

版 次: 2013 年 12 月第 1 版

印 次: 2013 年 12 月第 1 次

定 价: 98.00 元

(暨大版图书如有印装质量问题, 请与出版社总编室联系调换)



序

2012年深秋，广东省法学会民商法学研究会2012年年会暨换届选举大会在广州隆重举行。本次大会不仅聚集了来自广东省各地高校的学者，还迎来了我国民商法学界著名领军人物王利明、沈四宝等学者的参与，且吸引了一批来自香港、澳门地区著名高校学者的参加。此外，广东省司法界，包括资深法官、检察官、律师等实务界人士亦纷纷到会。此次年会由广东省法学会民商法学研究会主办，暨南大学法学院承办。各方学者齐聚羊城，济济一堂，共襄学界盛会。

本次年会秉承广东省法学会民商法学研究会一贯注重法律实务问题研究的精神，集中探讨两大主题，一是“民法典制定与人格权法律制度的完善”，二是“商事立法与资本市场发展”，与会代表就此两个主题展开了广泛深入的研讨和交流，会场上群儒精彩陈词，智慧灵光频现，各种学术观点交锋，取得了良好的学术交流效果。

在此基础上，依照往年惯例，我们汇编了此次年会收到的优秀论文，并将其结集出版。该论文集涵盖了来自港澳地区、广东省内外学者（尤其是青年学者）的研究成果，我们希望该书的出版，不仅是对此次年会以及学者们在学术田野上辛勤劳动和无私付出的肯定，更希

望此书能够带给更多的人以知识和力量，能够进一步促进我国民商法理论与实践的发展。

值此论文集出版之际，要特别感谢暨南大学法学院对本次年会以及论文集出版事宜的大力支持。暨南大学是中国第一华侨学府，具有悠久的历史 and 浓厚的学术氛围。此次年会，暨南大学法学院良好的会务组织安排让每一位学者如沐春风，其对学术研究事业的支持更使我们深感暨南大学法学院的醇厚学风和欣欣向荣的发展。

此外，暨南大学法学院院长朱义坤教授、廖焕国教授、朱子木主任、陈胜蓝博士、李莉蓉同学及暨南大学出版社的编辑同志对此次年会的举办和论文集的出版给予了热情的帮助，在此一并致谢！

是为序！

中国法学会商法学研究会副会长，广东省法学会民商法学研究会会长，中山大学法学院教授、博士生导师

周彬彬

2013 年 10 月

目 录

序	1
---------	---

上编 商法制度

担保概念的商法化路径考察	周林彬/ 1
论银行卡诈骗犯罪背景下储蓄合同纠纷民事责任的承担 ...	李健男/ 15
股份有限公司股东的提案权	蔡元庆/ 31
我国公司分立法制的发展方向	朱大明/ 44
中国股东派生诉讼制度：实证研究与改革建议	黄 辉/ 61
上市公司退市中小股东权益保护的司法救济渠道	
——比较法的视野	齐砾杰 杨中硕/ 91
创业投资与公司法制的变革	
——以建立类别股份制度为例	刘小勇/ 103
司法介入公司自治的实证研究	
——以《公司法》第 22 条为例	冯 曦/ 114
我国证券虚假陈述民事责任究责机制问题探析	
.....	周林彬 韦宜耀仪/ 129
私募股权基金参与国企改制的法律思考	官欣荣 周 林/ 138
投资者适当性之法的价值	赵明昕 杨紫锋/ 153
商事审判对资本市场发展的影响	
——从两个公司对外担保案件说起	陈胜蓝/ 162
公司司法解散制度中公权利使用之限定	索光举/ 173

上市公司信息披露网络化的法律应对研究	危兆宾/ 184
后金融危机时代美国金融监管改革对中国金融改革的启示 ——基于《2010 年华尔街改革和个人消费者保护法 案》的思考	袁碧华/ 194
构建金融消费者在贷款征信活动中的权利体系	吴国平/ 205
提单管辖权条款效力比较研究	李广辉 胡特妮/ 212
美国公司简易合并法律制度的历史考察及其借鉴	高 菲/ 225
略论我国非上市公司股权转让的立法构造	陈雪娇 王继远/ 234
干涉合同的法律适用：侵权法与竞争法竞合的视角	张 瀚/ 243
融资创新背景下种类股制度的证成	宋 鹏/ 251
论我国附担保公司债券信托制度构建 ——比较法律经济学分析方法的新视角	赵希璇/ 260
上市公司高管“问题薪酬”司法审查机制探析	洪 森/ 268
市场逻辑下的理性分手 ——公司裁判解散实证层面的比较法研究	陈立信/ 275
试论 PE 监管的立法完善与选择 ——基于制度效率的分析	文国柱/ 286
王老吉品牌仲裁案之孰是孰非 ——从案件裁决依据看我国商事立法完善	吴东霖/ 294
论非上市公众公司的监管制度 ——结合《非上市公众公司监督管理办法》的出台	谢 希/ 301
企业高管与职工收入包容性增长机制探析	罗 隽/ 314
商誉权性质探微 ——基于实证分析方法	申长慧/ 324
论股东现物出资的瑕疵担保责任	成志强/ 333

下编 人格权法

论个人信息权在人格权法中的地位	王利明/ 341
-----------------------	----------

法律思维与法律方法下的人格权立法模式

——兼论否定一般人格权立法	李 莉/ 356
论国家机关名誉权的废除	于海涌 吴焕斌/ 370
信用权作为独立人格权的证成	胡丹缨 罗 熙 何国强/ 382
论“一般人格”概念的存废及替代	鲁晓明/ 394
论死者财产性人格利益的民法保护	王荣珍 陈育春/ 411
人格权立法论争述评	钟瑞栋/ 425
质疑人格权法定	
——以“人格权作为权利”为线索	沈云樵/ 446
论民法典环境人格权的确立与保护	梅献中/ 474
配偶自由性人格权的限制与扩张	熊金才/ 486
人格权固有性	
——真知还是谬误	杨 波/ 496
网络环境下的个人信息保护立法	石佳友/ 503
作为人格权的生命权	梁静姮/ 510
夫妻性义务与性自权	马洁娜/ 520
论人格权立法的时代品性	姚昭杰/ 530
中国民法典与一般人格权	辛 野/ 537
论物质性人格法益的规范模式	曾凤辰/ 544
论网络人格权侵权的民事救济	
——以惩罚性赔偿为视角	李 乾/ 551
人体基因的人格权属性略探	张 清/ 559
论《法国民法典》的结构选择	王茂祺/ 567
姓名权财产性制度研究	易馨培/ 583
LBS 环境下的位置隐私侵权略探	梁启星/ 591
特殊债务人背景下的贷款债权风险控制	
——基于小额贷款公司运营实务的研究	张 铨/ 599
论民法典中的生命救助义务	刘雪梅/ 612
一般救助义务的法律定位研究	
——比较法的视野	介 鸽/ 621
浅析占有脱离物中的善意取得	李莉蓉/ 629



担保概念的商法化路径考察

周林彬*

我国担保制度在原则、灵活、务实的立法思想指导下逐渐趋向完善，但是，系统梳理我国担保制度，我们发现，作为民事基本法的《担保法》和《物权法》中有关担保的规则操作性不强，不能适应市场交易领域担保实践的发展。以金融领域的担保为例，由于《担保法》和《物权法》的原则规定不能应对金融担保现实的问题，衍生出大量具有操作性的部门行政规章。^①这种行政法规在民事担保领域的泛化，不仅助长了政府通过下位法的行政法规对上位法的民事法律的替代现象，客观上导致政府对市场交易的不当干预，而且也导致担保法律适用规则的矛盾与不统一。

我国没有商法典，也没有民法典，属于民商法范畴的担保法律，多以单行法的形式存在，如《担保法》、《物权法》、《商业银行法》、《票据法》、《证券法》、《保险法》、《信托法》等。虽然我国没有商事担保的法定概

* 周林彬，中山大学法学院教授，博士生导师。本文系作者主持的国家社科基金资助项目《商法研究：法律适用的视角》的中期研究成果之一。

① 根据初步统计，担保所涉及的行政规章有：《中小企业融资担保机构风险管理暂行办法》、《中国人民银行个人住房担保贷款管理暂行办法》、《纳税担保试行办法》、《融资性担保公司管理暂行办法》、《中小企业信用担保资金管理暂行办法》、《关于进一步加强信贷结构调整促进国民经济平稳较快发展的指导意见》、《国家发展和改革委员会关于跨省区或规模较大的中小企业信用担保机构设立与变更有关事项的通知》等。

念和成熟统一的学理概念，但是比较成熟与统一的商法概念、逐步成熟的商法理论与实践是存在的。

本文所言的商事担保是指商人以营利为目的提供的或为商行为提供的担保，法律另有规定的除外。上述商事担保的概念属商法范畴的学理概念。按照商法逻辑和上述商事担保概念审视我国的担保法律现状，我们注意到《物权法》和《担保法》涉及商事担保元素^①的有 19 个条文，《海商法》涉及商事担保元素的有 7 个条文，《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》涉及商事担保元素的有 22 个条文等。因此，担保概念的商法化路径具有相应的商事法律基础和商事法学基础。

一、担保概念商法化的特征总结

为了对担保概念的商法化路径进行深入的论证，有必要从比较法角度分析商事担保的特征，以利于准确把握商事担保概念的内涵。从我国的实际出发，结合国外立法例，商事担保具有以下特征：

（一）商事担保的商行为特征

商事担保行为和民事担保行为的区别需要依托商行为的概念构成，因为商行为相对于民事行为的独特性是商法与民法相对独立的原因之一。

1. 商事担保行为为商人提供的“有偿担保”行为

按照德国法，如果担保行为能够满足商行为的要件，即担保行为以“营利”为目的，即使担保人或担保基础合同当事人不是商人，该担保也将被视为商事担保。《德国商法典》第 349 条规定：“保证对于保证人构成商行为的，保证人不享有先诉抗辩的权利。”因此，此类商事担保的性质不由主体而定，也不由基础合同性质而定，而是仅由担保行为是否为商行为而定，即担保人的担保行为属商行为则担保性质为商事担保，反之，则担保性质为民事担保。类似的规定还有《德国商法典》第 350 条^②、《西班牙

^① 由于我国学界并没有商事担保的概念，在法条整理时，担保制度中涉及商法“商人”、“营利”、“商品”和“企业”等概念因素的法条均视为涉及“商事担保”的元素。

^② 《德国商法典》第 350 条规定，对于保证、债务允诺或者债务承认，以保证在保证人一方、允诺或者承认在债务人一方构成商行为为限，不适用《德国民法典》第 766 条第 1 句和第 2 句、第 780 条以及第 781 条第 1 句和第 2 句的方式规定。

牙商法典》第九章“商事担保”第442条对“担保的解除时限”的规定^①。根据《日本商法典》第511条有关“数名当事人之间的债务连带”的规定，“数人中一人或全部人员的行为构成商行为”，该条第2款规定：“若该债务产生于……保证为商行为……”

以营利为目的的“有偿担保”是商事担保行为属于商行为的典型例证。由于有偿担保改变了传统民事担保中的被担保人有权利无义务、担保人有义务无权利的不对等状态，所以在商事担保人提供有偿担保的条件下，其不仅负有代债务人（被担保人）偿还逾期债务的义务，而且应当承担比一般民事担保更为严格的担保责任等。如在认定无效担保合同当事人的过错赔偿责任的司法实践中，一般认为提供有偿担保的担保人的过错程度相对重于提供无偿担保的担保人的过错程度。又如我国《住房置业担保管理试行办法》第7条规定：“担保公司是为借款人办理个人住房贷款提供专业担保，收取服务费用，具有法人地位的房地产中介服务企业。”^②如果一般民事主体提供住房置业担保，并且收取了担保服务费用，担保的有偿性导致担保将适用特有的交易规则。因此，若一般民事主体有偿提供住房置业担保，则责任的确定、分配应当比照《住房置业担保管理试行办法》的特别规定，而不是一般民事规则。

2. 商事担保的基础合同（主合同）具有商行为性质

此类商事担保以被担保的基础合同的商行为性质作为商事担保的确定标准，即被担保的基础合同具有商行为性质时，则该担保为商事担保；如果基础合同不属于商行为，则该担保非商事担保。例如，《日本商法典》第55条“当为因商行为发生的债权提供担保而设立的质权时，可以约定流质”，突破了“禁止流质”的传统民法规则。作为立法理由，其基于商行为的当事人在经济地位上不会有过大的悬殊，因此，尊重商人之间自由交易的意思为妥当判断。^③日本法对商事流质的效力判定不依据担保行为是否为商行为，可能是考虑到依据质权人的商主体要件或者质权的商行为

① 参见潘灯、高远编译：《西班牙商法典》，中国政法大学出版社2008年版，第114页。该条用了“未规定时限的有偿担保合同”这一表述，可以理解为“有偿担保合同”作为营利事业，被归类为“商事担保”。

② 参见中华人民共和国建设部、中国人民银行：《住房置业担保管理试行办法》，http://www.pbc.gov.cn/8080/image_public/rhwg/001504f.html，2012年10月29日。

③ [日]我妻荣著，申政武、封涛、郑芙蓉译：《我妻荣民法讲义Ⅲ：新订担保物权法》，中国法制出版社2008年版，第135页。

要件判断流质效力，对出质人保护不周，依据质权建立的基础合同的商行为性质判断商事担保有公平的考虑。相关立法例还有《日本商法典》第511条第2款有关“若该债务产生于主债务人的商行为”的规定以及第515条有关“担保商行为所生债权而设定的质权”的规定等。

与上述日本立法相类似，《西班牙商法典》第九章专章规定了商事担保制度，其第439条规定：“对商事合同的履行提供担保的合同均为商事担保合同，担保人可为非商人。”^①因此，商事担保的界定不以担保合同或基础合同的主体身份为判断要件，仅依基础合同的性质而定，若基础合同为商事合同，则为其提供的担保就是商事担保；若基础合同是民事合同，则担保合同性质即为民事担保。

我们认为，商事担保应从我国担保法律实际出发，不宜照搬上述国外立法例。结合我国实际，非商人对具有商行为性质的基础合同提供担保所构成的商事担保类型，其提供担保的主体应限定为除国家机关、公益法人以外的非商人主体为宜。

（二）商事担保的商主体特征

商法主体具有高度抽象性和形式平等性，因此，依托对商法主体类型化的分析，对商事担保主体的类型研究可以更为深入。作为商事担保的主体特征有以下要点：

1. 商事担保人是“从事担保营业的特殊商人”

“从事担保营业”主要是指“担保”活动具有商法意义上的“营业性”，即指“担保活动”是以营利为目的的担保营业活动，例如我国各类商业银行从事的独立保函业务、各类担保公司从事的有偿担保业务等。这些金融机构和担保公司将担保作为营利事业，因其担保营业属于金融服务业范畴，所以与金融服务关系密切的营业担保依法需要政府特许经营，不同于不以担保为营业且不需要政府特许经营的其他民商事主体提供的非营业性担保，故商事担保主体以从事担保营业的特殊商人为典型。例如，法国最高法院商事庭在1982年12月20日认定，银行对某一公司承诺见票即付之义务，并不是保证，而是特殊商人的“独立担保”。^②法国的独立担保制度虽然规定于《法国民法典》第2321条，但是法国学理认为，“独

① 潘灯、高远编译：《西班牙商法典》，中国政法大学出版社2008年版，第114页。

② 罗结珍译：《法国民法典》，北京大学出版社2010年版，第505页，脚注1。

立担保制度”是一项商法制度。^①

2. 商事担保人是提供担保的“一般商人”

商事担保人可以是非金融机构或无须特许经营的“一般商人”，如在我国各类公司主要依据《合同法》、《担保法》及《物权法》有关担保的规定，为自己或其他商人或非商人向债权人提供各类人保（如保证）和物保（如抵押）的担保行为（如一般担保、联保、互保以及公司的对外担保），是实践中最多、最常见的。

按照德国法的有关规定，如果被担保债权的债权人和债务人都是商人，可以认定该担保为商事担保。^② 例如《德国商法典》第369条第1款规定：“一个商人因自己对另外一个商人由二人之间所订立的双方商行为所享有的届期债权……享有留置权。”德国法认为商事担保成立的前提是商事担保主合同（基础合同）的主体双方必须是商人，此为德国法划分商事担保与民事担保的标准之一，这一标准与德国主观主义的商法标准有关。德国法关于商事担保主体标准的又一例证是，对于《德国商法典》中规定的有名合同，基于商人默认方式，推定其在营业过程中所作的担保行为为商事担保，适用商法典有关商事担保的相关规定。如《德国商法典》第368条关于“质物变卖”的第2款规定，“……对于运输代理人和承运人的质权，即使运输代理合同或者货运合同仅在运输代理人或者承运人一方为商行为”适用“以1周的时间，取代《民法典》第1234条中所指定的期间”。《日本商法典》也有与德国类似的规定，以该法典第521条对商人之间留置权的规定为例，^③ 商事留置权中的债权和留置物之间不需要存在关联（牵连），只要求债权的成立和取得留置物的占有因商人间商行为而发生。

在我国担保法律实践中，有将所担保的主合同（基础合同）的主体是商人的担保作为商事担保的相关规定，如中国人民银行、中国证券监督管理委员会在关于《证券公司股票质押贷款办法》的通知中规定：“在质押股票市值与贷款本金之比降至平仓线时，贷款人应及时出售质押股票，所

① 李世刚：《法国担保法改革》，法律出版社2011年版，第75页。

② [德] C. W. 卡纳里斯著，杨继译：《德国商法》，法律出版社2006年版，第666页，边码3，注释4。

③ 《日本商法典》第521条规定：“商人双方间商行为所产生的债权有清偿期时，在该债权被清偿之前，债权人可以留置基于与债务人商行为而由自己占有的债务人所有物或有价证券。但当事人间有特别的意思表示时，不在此限。”

得款项用于还本付息，余款清退给借款人，不足部分由借款人清偿。”此规定明确了在出质人不履行债务时质权人可以行使质权的效力。这一规定不同于我国《物权法》关于禁止质权人在出质人不履行债务时直接行使流质的规定^①，而在上述中国人民银行、中国证券监督管理委员会的规定中，贷款人依法享有不同于民事质权的商事质权，是基于在基础借贷合同的主体中贷款人是银行，借款人是券商，即双方均是商事主体的缘故。

从我国民商合一的立法模式以及对商事担保和相关担保市场较为严格的政府管制实际出发，我们认为，我国应对将一般商人提供的担保纳入商事担保范畴加以限定，即将担保人及主合同债权人和债务人均限定为商人，以免商事担保规则法律适用的泛化，导致商事担保市场的混乱。

（三）商事担保的除外情形

商事担保作为民事担保的特殊担保类型，适用相关的商事单行法和特别法的专门规定，这些规定属于私法范畴，与有关担保的公法性规定不同，故以下几类公法规定的担保规则，虽有类似于商事担保的特征，但并未纳入商事担保的范畴，谓之商事担保主体的除外行为。

第一，虽然“从事担保营业的是特殊商人”，但是法律和法规另有规定的，则不纳入商事担保的范畴。例如，在贷款担保机构对下岗失业人员承诺担保，商业银行或其分支机构对下岗人员发放担保贷款^②的情况下，虽然担保的主体是贷款担保机构，但是其依据是国家为保障下岗失业人员就业而作出的政策性担保规定，则此类由特殊商人依具有公法性质的特别法提供的政策性担保不属于商事担保。又如，根据有关部门规章和地方法规关于工程建设保证担保的规定，保证担保包括投标保证金担保、承包履约保证担保、工程款支付保证担保、劳务分包付款保证担保、劳务分包履约保证担保、预付款保证担保和保修金保证担保。^③其中，即使基础合同当事人均为商人，但对于“劳务分包付款保证担保”和“劳务分包履约保证担保”两类担保，因为涉及对劳工利益的保护，也不应当适用商事担保的相关规则。

^① 我国《物权法》第211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。”

^② 《下岗失业人员小额担保贷款管理办法》第1条，<http://www.people.com.cn/GB/jinji/34/165/20030113/906520.html>，2012年10月23日。

^③ http://bbs.co188.com/content/2262_542281_1.html，2012年10月6日。

第二,虽然担保行为是商行为,但是法律另有规定的,不纳入商事担保的范畴。例如,依照《境内机构对外担保管理办法》相关规定,境内机构对外担保是指我国境内机构以保函、备用信用证、本票、汇票等形式对外保证、对外抵押、对外质押,以促进劳务出口和引进国外先进技术、设备及资金,顺利开展对外金融活动的担保。因此,即使担保行为表面符合商行为的构成,收取担保费用,但此类担保因为具有涉外性,且出于对经济主权安全的需要而对担保主体有特别要求(如为获得外国政府或者国际经济组织贷款,由特别机构作出的担保),所以也不应当将此类有公法性质的特别法规定的担保认定为商事担保。

第三,虽然担保的基础合同是商行为,但是法律另有规定的,不纳入商事担保的范畴。如为“满足农村商业、服务业、流通业、小手工业和建筑业等专业化、市场化的资金需求,对符合信贷条件的科研、农资、种养、加工、仓储、运输、营销等整个现代农业产业链和相关农村服务业贷款,有实力、有条件的大型农业产业化龙头企业和农村专业合作组织,跨国涉农贸易和农业投资、海外生产加工基地和营销网络建设”^①等而开展的“农村土地承包经营权和宅基地使用权抵押业务”,即使这些基础合同具有“商行为”属性,但是基于全面推进农村金融产品和服务方式创新的政策担保导向,这些政策型担保也不宜纳入商事担保的范畴。

二、担保商法化的法经济学解释

美国经济学家罗伯特·巴罗(Robert J. Barro)在其信贷融资担保交易成本理论中提出了巴罗模型的一个关键性假定,即担保品的价值对贷款者而言要比借款者低。^②据此,我们假设担保关系中所涉及的经济资源包括:①用于借贷的资金价值 A ;②用于担保的资产价值 B ;③签订和执行贷款合同、担保合同的交易费用 X 。债权不能实现时,通常存在确保担保债权

① 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》, http://www.pbc.gov.cn/publish/jinrongshichangsi/1024/2010/20100910130754448348966/20100910130754448348966_.html, 2012年10月29日。

② Robert J. Barro, The Loan Market, Collateral and Rates of Interest, *Journal of Money, Credit and Banking*, 1976, Vol. 8, No. 4, pp. 439-456.

实现而产生的法律文件、监督或保险的成本^①以及破产清算时收回和出售抵押品的成本^②，所以 X 必然大于 0。为了担保可以保证债权得以全面实现，债权人会保证借贷的资金价值 A 小于担保的资产价值 B 。

我们认为，虽然 $A < B$ 公式在商事担保和民事担保中都是成立的，但是依据巴罗模型的经济逻辑，商事担保与民事担保的重要区别在于 A 在多大范围上小于 B 这个问题及其解决上。

在民事领域，基于消费性借贷的属性，一般债务人或担保人并不介意担保资产价值远远大于债权价值。借贷是由消费引起的，一般不存在经营风险，债务人因为相信自己具有完全的偿债能力、担保物不会基于债务不履行而被优先受偿，所以，债务人或者担保人会接受担保价值远远大于债权价值的合同条件。

但是在商事领域，担保资产的实质价值对债权人和债务人都具有非常重要的意义。一方面，当借贷的资金价值远远大于担保资产价值时，逆向选择担保理论认为会出现债务贬值、股权升值、资产替代的效应；^③ 当借贷的资金价值远远小于担保的资产价值时，代理成本担保理论则认为会出现债权资金对股东利益的置换，可能存在代理成本的问题。^④ 另一方面，即使不关注借贷的资金价值与担保的资产价值之间的关系，基于商业经营的风险性，债务人通常都不会愿意将资产价值很大的一项财产用于担保一个价值很小的债权，因为一旦经营失败，就意味着以价值大的担保物换取了价值小的债权。即使担保物在承担担保责任后剩余的价值被归还给担保人，但是对于担保人而言，其毕竟失去了担保物的所有权，更何况担保物对于担保人而言可能还有特别的经营价值。

因此，商事担保区别于民事担保的经济动因在于担保物定价机制不同。虽然民事担保标的物也存在定价机制，如房屋价值的确定，但是并没

① Chan Y. and G. Kanatas, Asymmetric Valuation and the Role of Collateral in Loan Agreements, *Journal of Money, Credit and Banking*, 1985, Vol. 17, No. 1, pp. 84 - 95.

② Robert J. Barro, The Loan Market, Collateral and Rates of Interest, *Journal of Money, Credit and Banking*, 1976, Vol. 8, No. 4, pp. 439 - 456.

③ Besanko D., Thakor A. V., Collateral and Rationing: Sorting Equilibria in Monopolistic and Competitive Markets, *International Economic Review*, 1987, Vol. 28, No. 3, pp. 671 - 689; J. E. Stiglitz, Andrew Weiss, Asymmetric Information in Credit Markets and Its Implications for Macro-Economics, *Oxford Economic Papers*, 1992, Vol. 44, No. 4, pp. 694 - 724.

④ Jensen and Meckling, Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, *Journal of Financial Economics*, 1976, Vol. 3, pp. 305 - 360.

有形成担保物价值的市场价格，仅仅存在于简单定价的样态。基于商业交易的复杂性、快捷性、公平性以及大规模交易的可能性，商事担保物定价机制存在市场价格的一般交易特征。

回归到 $A < B$ 的公式，民事担保与商事担保的区别在于 A 在多大范围上小于 B 这个问题及其解决上。实践中，民事担保债权人对于担保物 B 的价值要求大于 A ，而且是越大越好，商事担保债权人也有 B 大于 A 的愿望，但是对于商事担保，债权人、债务人甚至是担保人都是商事主体，因此，商事担保物的价值不可能过多大于债权价值，否则这就不是一个公平的合同。商事担保债务人可以接受支付一定的担保费用，但是决不能接受担保物价值远远大于债权额，否则等于在担保合同中债务人做了一笔亏本的买卖。

从实践上看，20 世纪 80 年代起，各国金融经济发生了重要变化，资本自由流动并带动各国经济、贸易和金融进一步开放发展；金融创新更加密集地进行，新的金融工具不断被创造出来，证券交易猛增。基于商事担保关系和商事担保标的物的流通特质，以及其技术性的不断加强，商事担保比民事担保更有利于在担保二级市场上流通。它的存在促进了社会融资的顺畅进行，推动了各实体经济部门的发展。基于担保物价值和债权价值之间有一个价值比例关系，商事担保促进了社会融资的顺畅进行，推动了各实体经济部门的发展。担保费用的“营利”空间使得商事担保的构成要件、责任分配等与民事担保有明显的区别。^①

伴随着金融活动的深化，商事担保与民事担保的区别日趋明显，商事担保功能从最初保证债权实现拓展到便利支付结算，并逐步延伸到信息生产、降低参与成本和风险管理等。商事担保正在发挥民事担保不能替代的重要作用。当然，基于担保制度与金融法体系的高度相关性，需要正确处理对平等主体之间担保关系的私法调整和基于金融管制需要对担保关系所作的公法调整之间的关系。^②

① 日本记名股份出质质权可有效成立，为实现优先受偿的目的，质权人可拍卖股份。不过，拍得人不得直接成为股东，这恰如股份的受让人。若想成为股东，须经董事会的认可。如果董事会不认可拍得人取得股权时，它须指定可回购该股份的人（参见《日本商法典》第 204 条之 5）。最终，拍得人只能遵循商法规定的标准，按法院确定的买卖价格回收款项（参见《日本商法典》第 204 条之 4）。参见 [日] 我妻荣著，申政武、封涛、郑芙蓉译：《我妻荣民法讲义Ⅲ：新订担保物权法》，中国法制出版社 2008 年版，第 135～136 页。

② 如我国具有私法性质《担保法》、《物权法》和具有公法性质《中国建设银行股票质押贷款暂行办法》、《中国农业银行证券公司股票质押贷款管理暂行办法》等法律、行政规章之间的关系。