

物上担保权益的分层构造及实现保障

张家勇^{*}

内容提要 在现行法上,物保限于担保物权形式,在担保物权未设立时,担保人不承担担保责任,仅承担相应的损害赔偿赔偿责任。这种法律构造有违当事人在担保合同中约定以特定财产提供担保的合意,未能顾及物上担保权的分层现象,理论构造不彻底,实践效果不佳。在现行担保制度采行形式主义与功能主义结合的模式下,应当区分物保中担保权人的变价权与优先权:变价权作为贯彻物保目的的基本手段,在担保物权设立失败时产生“备位”担保效果;优先权作为保障变价权实现的手段,由债权人自由选择并依法完成担保公示后完善担保效果。就担保公示而言,对不动产担保应严守形式主义的立场;对动产与权利担保则可贯彻功能主义担保观,超越担保公示的设立要件与对抗要件模式之分殊,统一不同担保公示的规范效果。在第三人作为担保人时,担保合同违约赔偿责任是贯彻担保目的的最后手段。

关键词 物上担保权 担保目的 担保权益 担保物权 赔偿责任

目 次

- 一、引言
- 二、物上担保权益与担保目的之实现
- 三、物上担保权益的层次性
- 四、物上担保权益的取得
- 五、物上担保权益落空时的违约赔偿责任
- 六、结语

^{*} 中南财经政法大学法学院教授。本文系 2020 年度国家社科基金重点项目“中国债法上返还责任规则的统一建构”(项目编号:20AZD119)的阶段性成果。

一、引言

物的担保（以下简称“物保”）是由主债务人或者第三人以特定财产承担担保责任的担保形式。在我国现行法体系下，物保被限定为担保物权形式，担保权人享有就担保财产优先受偿的权利。在担保物权未设立时，担保人将不承担物的担保责任，最多承担损害赔偿责任。^①但是，就我国担保制度的整体视之，这种做法有失偏颇。首先，《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第386条在肯定担保物权的优先效力时，也以“但书”形式对其加以限制。可见，优先效力只是担保物权的典型特征，而非不可或缺或应绝对贯彻。^②其次，物保合同旨在设立担保物权，在贯彻物权法区分原则的逻辑下，担保物权未设立，担保合同的债权效果并不受影响。但这种债权效果并不当然表现为损害赔偿责任，通过对担保财产变价的方式也可以实现担保目的。这表明，对于物的担保而言，债权人在担保财产上享有的担保权益具有层次性，有优先受偿效力的担保物权只是物上担保权的表现形式之一，且担保物权内部也存在优先性的层次差异，^③不能对之进行刚性划一地处理^④。就此而言，对将担保物权未设立作为担保人承担赔偿责任充分条件的做法，显然有重新审视的必要。

此外，物上担保权益的分层构造也与担保公示的规范模式相关。我国现行法就动产担保登记公示的效力采取登记要件主义与对抗主义并行结合的模式，并对不同担保公示形式（包括登记、占有、控制转移等）赋予相同外部效果。在此情况下，对未公示时的不同担保形式赋予不同内部效果，其正当性尚待阐明——既然能就动产担保统一处理公示要件与公示对抗的对外效果（《民法典》第415条），^⑤是否也可以将其他担保物权或物上担保权益类型的公示效果作更大范围的统合？至少从规范逻辑来看，这并非完全不可想象。

鉴于我国《民法典》担保制度的混合继受色彩，从比较法的经验看，规范协调将是

① 参见最高人民法院指导案例168号的“裁判要点”。《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号）第60条在确认抵押权人的登记请求权外，规定了抵押人类似保证的“限额赔偿责任”。参见最高人民法院民事审判第二庭编著：《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》，人民法院出版社2019年版，第362-363页。《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》（法释〔2020〕28号）作了进一步细化，于第46条第2款“但书”规定，未经抵押登记的债权人仍可就抵押物的“代位物”通过损害赔偿方式主张权利，实际上变相承认其担保效果，被称为“赔偿性担保责任”。

② 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典物权编解读》，中国法制出版社2020年版，第605页。

③ 甚至在同类优先权情形，不同债权人也可能因其债权的特殊性质而存在优先顺序的差异，如购置款借款人的优先权优先于出卖人的优先权。See Evan H. Krinick & Howard B. Kleinberg, *Lender with Purchase Money Security Interest Can Trump a Seller's Purchase Money Lien by Perfecting First*, *Banking Law Journal*, Vol.118(6):573, p.578 (2001).

④ 有学者将这种层次性看作是从债权的绝对性到物权的绝对性之间存在中间状态。参见龙俊：《民法典中的动产和权利担保体系》，载《法学研究》2020年第6期，第41页。

⑤ See Jing Zhang, *Functional Reform of the Chinese Law of Secured Transactions in Movables from a Comparative Perspective*, *RebelsZ*, Vol.86(1):119, p.143-144 (2022).

一个长期的过程。^⑥为此,本文尝试从物上担保的功能实现角度回应这一协调需求,首先基于物上担保权益的合同基础,依循物权法区分原则以及物权法定原则的逻辑,从担保物权的“结构—功能”分析与担保合同行为属性或效果区分角度,证成债权性物上担保权的正当性,并辨明其特殊效力形式;然后依据物上担保权益的分层构造逻辑,考察物上担保权益的取得规则,厘清功能主义视角下物上担保权益的实现方式,阐释担保公示的规范价值;最后通过分析担保权益落空时担保人的违约赔偿责任,明确物上担保责任与违约赔偿责任的衔接关系。当我们从现行法的整体审视物保合同与担保物权、物上担保权人的变价权与优先权、担保权益与担保公示的关系时,物保制度的理论框架和规范适用将呈现出新的面貌。

二、物上担保权益与担保目的之实现

物上担保权通常依物保合同而创设,物保合同是否足以或只能创设担保物权,是讨论物上担保权益的前置性问题。首先,物保目的即物保合同之目的。担保物权为物保之典型,物保目的是否因担保物权未设立而必然落空,可由担保物权之“结构—功能”解析得知。这涉及物保目的实现与担保物权的关系问题。其次,物保合同之法律属性亦与物保目的实现相关,若物保合同并不直接创设担保物权,在设立担保物权外,其是否尚存可包容于物保目的范围内的其他效果,亦须明辨。这涉及物保合同的效果确定问题。最后,若物上担保权存在超越于担保物权外的其他物保效果,则须进一步辨明其规范价值与实践价值。这涉及非担保物权的物上担保权之正当性问题,亦属物上担保权之层次区分的前提问题。

(一) 担保物权的“结构—功能”解析

作为价值权,担保物权具有统一的内容,表现为以特定担保财产变价清偿所担保债务的权利,变价权因而构成各种担保物权的实质内容,是对担保目的的直接反映。从合同自由原则的角度看,当事人依物保合同创设债权性的物上担保权(即特定物债权),与保证合同创设不限定责任财产范围的情形实质相同,应无不许之理。如此一来,对特定担保财产的变价权既可以是担保物权的内容,也可以是债权性物上担保权的效果,变价权因而无法反映担保物权的物权特性。即使当事人在这种债权性担保合同中特别约定,债权人在担保权实现条件成就时可以自行变价,结果也没有任何不同。由此观之,担保物权与债权性物上担保权的根本区分仅在优先权之有无。优先权作为物权排他性的体现,旨在强化或完善债权担保的效果,本身并非担保制度的目的所在。^⑦即使未经公示的动产抵押权,也可享有强于普通债权的保护效果。^⑧就此来看,依物权法定原则设立的担

^⑥ See Roderick J. Wood, *Identifying Borrowed Sources in Secured Transactions Law Reform*, *Uniform Law Review*, Vol.24:545, p.574 (2019).

^⑦ 参见[日]近江幸治:《担保物权法》,祝娅、王卫军、房兆融译,法律出版社2000年版,第3-4页。

^⑧ 参见高圣平:《民法典动产担保权登记对抗规则的解释论》,载《中外法学》2020年第4期,第958-968页。

保物权对债权人具有特殊价值。但是,能否就此认为,若担保物权未设立,为设立担保物权而订立之物保合同的担保目的就必然落空?

应当看到,无论何种担保形式,它们都服务于债权担保的统一目的。在意定担保中,担保目的也即当事人缔结担保合同的目的,但这种主观目的无须明确表达出来。在功能主义担保模式下,担保目的可以经由法律评价,依特定的交易结构予以确定,所有权保留买卖、融资租赁及附追索权保理等非典型担保都是以这种方式确认其担保功能的。在担保合同中,反映担保目的的是关于担保人对特定债权或债务提供担保的合意。担保目的的进一步具体化则与担保类型相关,主要就是人保与物保的类型选择。由此,为实现担保目的,担保允诺应当至少包含两项内容:一是对特定债权提供担保的意思;二是担保形式的选择。前者是任何担保都必须具备的内容,而后者仅与特定担保类型相关。原则上,只要具备第一项内容,担保合同就能够产生担保效果。换言之,除债务人自己提供担保外,若当事人对担保形式没有选择但有担保合意,就成立人的担保。

不难看出,由于物保的债权人只能以特定担保财产变价受偿,故而相比于人保,单纯的变价权反而限制了债权人的权利;并且,债务人提供物保的财产本身也是其一般责任财产,债权人就其变价受偿无须以担保权为基础。有鉴于此,物保所生的变价效果需要以优先权作为补充或保障,并确立其相对于人保的制度优势。但就担保目的的实现而言,变价受偿效果并无须以优先效力为前提。据此,就物保而言,在承认变价权与优先权不同作用机制的前提下,设立担保物权就不是唯一选项:单纯变价权(选项1)与结合优先权的变价权(选项2)都可以达成担保目的。尽管两个选项下的担保效果存在差异,但在合同自由原则的贯彻下,并无理由对当事人的选择予以限制。在无优先权的担保权到绝对优先(或强优先效力)的担保权之间事实上存在多种法律效果,立法应为这种选择可能性提供制度基础。例如,既然允许当事人选择设立无对抗力的担保物权,就没有充分的理由否定其创设纯粹债权性的物上担保权的自由。问题仅仅是,在当事人明确选择选项2时,选项1能否同时产生约束力?在回答这个问题前,需要先确定物保合同的一般效果。

(二) 物保合同之效果确定

物保合同是担保物权设立的法律根据。有学者认为,不动产抵押合同作为负担行为具有双重效果,同时产生债权人的抵押权设立请求权与变价清偿请求权。^⑨不过,对于这种双重效果能否作为物保合同的一般效果,还需进一步厘清:一方面,在动产抵押、动产所有权担保以及附追索权保理等情形,动产抵押合同及相关具有担保功能的合同能够直接设立担保物权,即同时作为处分行为而发生效力,因此,债权人对担保人的担保物权设立请求权根本没有必要,最多存在保障相关担保权优先效力的登记请求权;另一方面,既然担保物权本身具有变价清偿效果,理论上就必须阐明,作为担保合同效果的变价清偿

^⑨ 参见杨代雄:《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,第778页。实际上,对于其他物的担保合同,不论是抵押合同还是质押合同,也具有类似的结构。

权(变价权)与作为担保物权权能的变价清偿权(变价权能)是何种关系。

实际上,物保合同在反映并达成物的担保目的过程中,首先是物上担保权设立的法律原因,其次才是物上担保权未设立时债权人对担保人主张救济的法律基础。理论上有关物保合同之处分行为(物权合同)与负担行为(债务合同)的区分,主要是相对于担保物权的设立而言的。在这里,“法律原因”既可以在纯粹处分行为(物权合同)意义上理解,也可以同时在负担行为(债务合同)意义上理解。而对“法律原因”的不同理解,会得出不同的结论。

在德国民法理论上,主债务人对债权人所作担保允诺,构成债权人担保权的法律原因。在第三人提供物保的情形中,第三人与主债权人之间的担保合同属于处分行为,也以主债务人的前述担保允诺为法律原因(负担行为)。^⑩如此一来,在担保物权未设立时,债权人原则上只能依据其与主债务人之间的债务关系寻求相应救济,而不能向作为担保人的第三人主张权利。国内也有少数学者认为,为设立担保物权订立的担保合同属于单纯的处分行为(物权合同)。^⑪由于负担债务的主体是主债务人,在第三人未承担债务的情况下,仅仅因为其同意提供担保,便令其承担担保物权未设立时的赔偿责任,其正当性的确存疑。这个问题不仅涉及理论建构,更关乎立法上的价值选择。就我国现行法的规定来看,将设立担保物权的合同作为单纯的物权合同对待,不仅与现行法关于担保合同无效赔偿责任的规定(《民法典》第388条)不符,在实践效果上也无法被接受。

首先,将担保合同作为单纯的物权合同,会不恰当地免除担保人在担保物权未设立时本应承担的民事责任。这是因为,如果担保合同只是单纯的物权合同,担保人协助完成担保物权设立的义务就不能依担保合同产生,而只能另寻其他途径。具体而言,在债务人自己提供物的担保时,其主债务关系中作出的设定担保物权的允诺,构成债权人请求主债务人协助完成设立义务的法律基础;而在第三人提供物的担保时,除非在与主债务人的关系中,担保人承担了设立担保物权的义务,且主债务人将其对担保人的请求权转让给了债权人,否则,主债权人即使与担保人之间订立了有效的担保合同,也欠缺约束担保人的法律手段。^⑫这无疑与其作为合同应受约束的属性冲突。

其次,将担保合同作为单纯的物权合同对待,会否定当事人以特定担保财产保障债权实现的约定效果。物权合同的唯一效果是物权的设立。若未完成担保物权设立的公示要件,则担保物权不设立,债权人在担保财产上也无法取得其他权利。物保合同的目的在于担保债权的实现,即使变价权并不表现为担保物权的效力而仅体现为对人性的债权效力,这一担保目的也仍可实现。^⑬因而,对于当事人而言,以担保财产变价方式保障

^⑩ Vgl. Peter Bülows, Recht der Kreditsicherheiten, Sachen und Recht, Personen, 9. Aufl. 2017, Rn. 54-57.

^⑪ 参见刘家安:《物权法论》(第2版),中国政法大学出版社2015年版,第164页。

^⑫ 即使如《德国民法典》第873条那样承认特定情形下物权合意的拘束力,也不能解决协助完成公示手续的必要性问题。

^⑬ 原《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)第59条“但书”规定,当事人未办理抵押物登记的,不得对抗第三人。该规定实际上具有承认未登记抵押合同仍具有对抵押物变价的债权效果。这项解释虽未被纳入新的《民法典》担保制度的司法解释中,但其仍符合《民法典》有关(担保)合同效力的规定。

债权的实现,本身就处于设立担保物权的合同目的范围内。在否定物保合同负担行为属性的情况下,这种担保效果将不被承认。

最后,将担保合同作为单纯的物权合同对待,既无法为担保人承担担保物权未设立时的赔偿责任提供法律基础,也无法为担保人承担其他合同义务(如维持担保财产之权利存续及价值完整的义务^⑭)提供基础。因为,这些义务只能以作为负担行为的担保合同为基础,而不能从物权合同中产生。当然,如果当事人在担保合同中明确约定,担保物权不设立,担保人不承担任何责任,自当别论。不过,这种情况极为罕见。

据此,担保合同首先是作为负担行为而创设担保人与债权人之间的权利、义务,然后才因该种权利、义务的实现而有承认其作为处分行为属性的担保合同(物权合同)的必要。作为负担行为的物保合同既可能只具有设立担保物权的目的,也可能同时包含在担保物权未设立时设立债权性物上担保权的目的。这两种可能性之选择首先取决于当事人明确表示的合同意图,在欠缺明确表示时,应当按照后者认定合同效果。也就是说,在当事人无明确表示时,以特定财产担保债权实现是其最低限度的担保合意,超出此等内容的更强效力的担保合意乃是物保合同的特别效果。这种解释选择既符合当事人就特定财产设定担保的共同目的,最大限度贯彻了物保与人保的区分逻辑,也能够避免在担保物权不设立时不当扩大担保人的责任财产范围,损害担保人其他债权人的利益。就物保合同的目的而言,担保人始终只需以特定的担保财产为限在担保范围内承担责任,如果没有其他人对担保财产提出竞争性的权利要求,担保权人就能够通过对担保财产变价而实现债权。仅当存在可归责于担保人的原因致前述效果不能发生时,担保人才应承担赔偿责任,这也是物保合同与保证合同的主要差异所在。要是仅仅因为担保物权未设立即令担保人承担赔偿责任,债权人就能够对包括特定担保财产在内的担保人全部财产主张变价受偿,这就导致担保权人享有比担保物权有效设立时更优越的地位。此外,在非因担保人的原因致担保财产灭失,或者因市场原因致担保财产不能变价时,担保权人也将因“担保人违约”而享有“意外之财”。^⑮在担保人破产的情形下,债权性担保权益作为价值权,非以取得对担保财产之归属为目的,只能作为普通债权参与破产财产分配,此时,其特定物债权的属性将不被考虑,以贯彻债权平等性、避免债权性物上担保权对担保人其他债权人的不当损害。依现行有效的司法解释规定,^⑯纵然不可归责于未登记抵押人,在因抵押物灭失而取得保险金、赔偿金或补偿金时,其仍需在该金额范围内承担赔偿责任,而这种效果唯有依前述理解才能被认可。

由此,在当事人依法定担保物权类型订立物保合同时,债权人享有要求担保人协助

^⑭ 有学者称其为“维持责任”。参见曹士兵:《中国担保制度与担保方法》(第5版),中国法制出版社2022年版,第43-44页。

^⑮ 严格而言,因市场原因不能变价并不导致担保物权不能设立,而只是影响担保物权的实现。在这种情况下,通过替代执行方式,如以担保物抵债,或者将担保财产出租或许可使用以获取租金或许可费的方式实现债权,也是备选策略。无论如何,将担保人的责任转化为赔偿责任,债权人权利实现所受限制就被“合法规避”了。

^⑯ 参见《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》第46条第2款。不过,该条第3款规定抵押人可归责时须承担赔偿责任,这似乎又消解了前款的规范基础。

完成担保物权设立或对抗公示手续的请求权。^{①⑦}在未完成物权公示手续时,债权人仍依担保合同享有就担保财产变价受偿的权利,但此种权利是否为物权仅与担保物权公示效果的立法模式相关,对变价权的取得不生影响。若非物权,则可将此种权利视为物保合同的“剩余效力”或“备位效果”。这种效果产生于当事人以特定担保财产变价的方式担保债务清偿的约定,而非源自法律强制。并且,它也是物保合同作为负担行为发挥担保功能的方式:在担保物权设立时,债权性的变价权被担保物权的变价权能所替代;当担保物权未设立时,则债权性的变价权独立发挥担保功能。

(三) 单纯变价权的规范价值

如果物的担保只表现为对特定担保财产的变价受偿权,则除须辨明其正当基础外,尚需解决更多实践方面的问题,主要是无优先效力的单纯变价权的担保价值以及实现方式问题,前者涉及单纯变价权的实践价值与规范意义,后者则涉及与程序法规范的协调。

就单纯变价权的实践价值来看,其意义仅限于第三人提供物保的情形。第三人物保具有与保证相似的效果,即在主债务人责任财产外增加第三人的责任财产供作债务清偿。与保证不同者,债权人只能以特定担保财产变价受偿,而不能请求对担保人的其他财产予以执行,即第三人仅承担限定责任财产的担保责任。这种效果是物的担保合同设定对物权利的效果使然。从尊重私人自治和合同约束力来看,其本身构成对债权人权利的约束,即在没有正当理由时,其权利只能就特定担保财产设立,而不及于担保人的其他财产。当然,物的担保人也不得向担保权人主张仅保证人才享有的权利,如基于保证期间的抗辩权、先诉抗辩权等。而且,欠缺优先权保障的变价权不能排除担保人其他债权人对担保财产的平等受偿,在这种情形下,担保权人受制于变价财产的有限性,其地位甚至可能要弱于连带责任保证人。这在抵押人违反抵押合同约定拒绝登记、而抵押物在主债权届期前因意外而灭失的情形中尤为明显。由于此时债权人并非因优先权欠缺而致担保目的落空,而是因为标的物意外灭失致变价权无法实现而受损,因而抵押人拒绝登记的行为就不是债权人受损的法律原因,其无须承担赔偿责任。就此来看,将未经登记的抵押权转换为保证担保,^{①⑧}会使债权人获得比担保物权设立时更为优越的地位,显然是不妥当的。同时也应看到,尽管无优先性的物上担保权可能弱化而非强化债权人的法律地位,债权人基于特别考虑(如为简化担保权的设立手续或避免设立担保物权的花费,或者对担保人的清偿能力充分信任,或者对于担保需求不强、只是为了满足企业放债须有担保的内控要求等),也仍然有动机去创设无优先效力的单纯变价权。一方面,因为担保权的存在对于债权人而言总是有利的,有担保利益总比没有任何担保强;另一方面,无优先效力的变价权通常只是未完成担保物权公示时的替补选项,而非债权人的主动选

^{①⑦} 参见前注⑨,杨代雄文,第765页。

^{①⑧} 参见最高人民法院(2015)民申2354号民事裁定书。虽然《全国法院民商事审判工作会议纪要》第60条或被认为采纳了“保证责任说”,但就其文义看,抵押人承担的责任是“限额赔偿责任”,而非保证责任。参见前注①,最高人民法院民事审判第二庭编著书,第364页。

择,在这个意义上,承认无优先效力的变价权仍然改善了债权人的境况。^{①⑨}

此外,单纯变价权可能面临实现程序上的障碍。^{②⑩}担保物权可通过《中华人民共和国民事诉讼法》第十五章第八节“实现担保物权案件”中规定的特别程序实现,无须经由普通诉讼和强制执行程序。对其他物上担保权,如担保性所有权与让与担保等,现行法已允许准用担保物权实现程序规定。^{③⑪}担保物权依特别程序实现有别于基于“债务名义”的强制执行,其仅具任意拍卖而无强制拍卖的属性。尽管前述特别程序仅适用于担保物权及可准用的物上担保权,但在当事人就担保权益无争议时,将担保物权实现程序也准用于该种非担保物权的单纯变价权(即债权性物上担保权)并无任何实践或理论障碍。当然,若当事人对担保权益存在争议,债权人依担保合同约定,经普通诉讼程序取得执行名义,通过变价受偿而实现债权亦属自然。

进言之,超越对物权与债权区分观念的狭隘理解,承认物上担保权益更加丰富的权利内涵,也与我国《民法典》采纳形式主义与功能主义相结合的担保立法模式契合。^{④⑫}从比较法经验来看,功能主义模式主要适用于动产担保,但我国司法实践承认不动产让与担保,^{⑤⑬}理论上更主张承认所谓“买卖型担保”,^{⑥⑭}这在相当程度上促成了物保类型的开放。功能主义担保超越了担保权的具体形式,故物权法定原则的“类型强制”功能已被突破。^{⑦⑮}在这种情况下,认为“物的担保”只能是具有优先受偿效力的物权性担保,显然过度限制了“担保功能”更为多样化的实现方式。况且,债权性物上担保权系以合同自由原则为基础,其效果仍然保持在物、债区分的理论框架内,因而与物权法定原则并无抵牾。

综上,当事人为设立担保物权而缔结的担保合同因其负担行为性质,既能通过担保物权的设立而与担保物权结合以发挥担保功能,也能通过单纯创设债权性物上担保权益而独立发挥担保功能。同时,为避免物保合同负担效果的泛化,并维持人保与物保的区分价值,承认债权性物上担保权不仅是正当的,也是必要的。由此,依物保合同产生的物上担保权益呈现出明显的层次性。

^{①⑨} 当然,因担保人对代为清偿具有合法利益,其能够以支付金钱或其他代为履行方式排除债权人对担保财产的变价权,债权人不得拒绝。参见《民法典》第524条;《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》第30条第1款第1项。

^{②⑩} 参见前注⑦,近江幸治书,第109页。

^{③⑪} 参见《民法典》第642条第2款;《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》(法释〔2023〕13号)第64-65、68条。

^{④⑫} 参见高圣平:《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》,载《国外社会科学》2020年第4期,第5页。

^{⑤⑬} 参见吴光荣:《担保法精讲:体系解说与实务解答》,中国民主法制出版社2022年版,第499页。

^{⑥⑭} 参见杨立新:《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(采“后让与担保说”);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(采“抵押权说”);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(采“非典型独立担保说”)。

^{⑦⑮} 在德国法上,物权法定原则也主要适用于不动产,对于动产则难以贯彻,动产让与担保即构成物权法定原则的突破。Vgl. Wieling/Finkenauer, Sachenrecht, 6. Aufl.2020, § 1 Rn. 18.

三、物上担保权益的层次性

原则上,只要当事人就所担保债务的履行或清偿达成合意,就总能产生某种直接或间接的担保利益。由于各种物上担保权都必然通过变价权实现其担保功能,所以,它们之间的差异并不体现于变价权,而是体现于变价权的实现保障方面,也就是其排他性或优先性的有无或强弱。在形式主义担保观下,物上担保权的排他性首先取决于担保权的物权性之有无。不过,即使在担保物权内部,其排他性的强弱也受制于不同的法律构造。对于物上担保权而言,优先权的具体法律构造,相比于担保权的物权性与债权性界分,更适于作为物上担保权法律规制的重心。

按照优先性的有无与效力强弱,对物上担保权可分三种情形予以考察:一是债权性的物上担保权;二是未经公示的担保物权,在我国现行法上,其限于质权外的其他动产与权利担保;三是经公示的担保物权。需要指出的是,前述区分整体上并未考虑担保财产的类型及设立要件的差异,仅以担保功能的实现机制为关注焦点。

(一) 债权性的物上担保权

债权性的物上担保权是物保合同的基本效果,这种权利具备担保的本质特征,即在债务人不履行时发挥替代功能。^{②⑥}不过,这种债权性物上担保权只有在第三人提供物的担保时才能发挥担保功能,因为在债务人自身提供物保时,主债务人的所有财产(包括担保财产在内)均属债务清偿的责任财产。

从担保目的的实现角度看,物保合同的目的可以拆分为两个层次:一是就特定财产变价受偿(对担保权人而言)或承担担保责任(对担保人而言);二是为确保物上担保具有优先效力而请求完成公示(对担保权人而言),或者协助取得前述效力(对担保人而言)。若采纳登记对抗效力模式(如动产抵押权和非典型担保物权),就意味着当事人可以在无对抗效力和有对抗效力的担保物权之间进行选择;若采纳登记或交付设立要件模式,则当事人只能在债权性物上担保权与担保物权之间进行选择。可见,债权性物上担保权的价值主要体现在对登记要件模式阻碍担保目的实现之严苛性的缓和方面。事实上,由于债权性物上担保权不具有优先受偿效力,当事人主动设立这种担保权的情况较为少见,它们更多是因未满足担保物权设立要件而“被动”成立的,尤其是对于那些因受法定限制而无法设立担保物权的财产权利而言,债权性物上担保权更是成为当事人唯一可能的担保选择。理论和实践争议很大的“买卖型担保”,可谓为这种物上担保权的特殊形式。

实践中,“买卖型担保”的标的以商品房为多见。在该种交易中,当事人约定,在借款人未偿还借款本息时,贷款人(出借人)有权要求其履行买卖合同下移转房屋所有权的义务。就其交易结构而言,即使“穿透”买卖合同的形式而承认其“担保”实质,也

^{②⑥} Vgl. Peter Bülows (Fn. 10), Rn. 72.

很难在标的房屋上成立物权性的担保权益。虽然司法实践中有将其界定为让与担保的做法,^{②7}但与让与担保不同,在这种交易中,借款到期前,作为“担保财产”的房屋之所有权并未移转给贷款人(出借人),因此,房屋所有权不可能发挥对借款债权的担保功能。即使确认这种交易形式的“担保功能”,担保权益也不可能表现于房屋所有权之上,而最多存在于“房屋所有权取得权”上。况且,对这种交易形式始终有准用流押禁止规定的必要。^{②8}依目前的权威司法见解,这种移转所有权约定的效力也将因此而被否定。^{②9}作为保障所有权取得而采取的备案登记或预告登记,无论如何也不能被赋予担保权登记的效果。^{③0}据此,“买卖型担保”最多可作为让与担保合同形式,^{③1}设立单纯债权性的物上担保权^{③2}。有学者认为,“买卖型担保”的当事人关于通过履行买卖合同实现债权担保的约定,属于限定责任财产的非典型保证形式。^{③3}但这种将“限定责任财产的担保”直接等同于保证的观点没有注意到前者的“概念借用”性质,可能会造成将“物上保证人”与保证人等同的误解,导致保证规范不当地适用于“限定责任财产的担保”形式。直言之,“限定责任财产的担保”更近于物保而非人保(保证)——其与人保(保证)之间的唯一相同点在于,它们都是债权性担保。

从法解释论的立场看,只有在法律有特别规定时,特定物债权才享有排他效力。^{③4}由于法律并未承认债权性物上担保权的优先效力,因此,即使债权人对担保财产已取得占有或控制,如占有不动产或权利凭证,也不能享有优先效力。这样,债权性物上担保权益就不会与物权法定原则发生冲突。不过,在功能主义担保观下,担保形式无关紧要,这弱化了物权法定原则的强制效果,因此,从实质评价看,未登记的动产抵押权或担保性所有权所受保护是否应当强于债权性物上担保权,就并非没有可讨论的空间。尤其是在形式主义与功能主义混合立法模式下,动产担保物权的设立要件并不统一,在这种情况下,动

②7 参见江西省新余市中级人民法院(2021)赣05民终284号民事判决书;湖北省随州市中级人民法院(2020)鄂13民终24号民事判决书。

②8 参见陆青:《以房抵债协议的法理分析——〈最高人民法院公报〉载“朱俊芳案”评释》,载《法学研究》2015年第3期,第75-80页;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,第82-84页。

②9 参见《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》第68条第2款。

③0 参见最高人民法院(2019)最高法民终133号民事判决书;最高人民法院(2020)最高法民再90号民事判决书。相反判决,参见最高人民法院(2019)最高法民再304号民事判决书。但是,后案判决因与《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》第68条第1款第2句之规定不符,不再具有参考价值。

③1 参见前注②3,吴光荣书,第503-504页。

③2 参见《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》(法释〔2020〕17号)第23条第2款。不过,该司法解释将债务人或第三人提供的“买卖型担保”作一体处理,虽则简洁,但混淆了不同“担保人”情形下变价基础的差异。

③3 参见石冠彬:《论民法典对买卖型担保协议的规制路径——以裁判立场的考察为基础》,载《东方法学》2019年第6期,第25页。

③4 例如,《民法典》第221条(经预告登记的物权取得权),第725条(承租人已取得占有的租赁权);《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》(法释〔2020〕21号)第29条(已支付过半价款的居住用房买受人的所有权取得权);《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释〔2020〕7号)第6、7条(多重买卖情形买受人之间所有权取得权的优先性);等等。

产上的债权性物上担保权与未登记的担保物权之间排他性的差异就尤其令人困扰。

（二）未经公示的担保物权

未公示而有担保物权属性的担保权,仅限于动产抵押权和作为非典型担保形式的动产担保性所有权、担保性应收账款转让(附追索权保理)。这种物上担保权的物权性本来应以物权法定原则为基础,但就担保性所有权、担保性债权让与等非典型担保而言,实际上是在担保财产归属确认形式下贯彻担保目的,将担保合同的约定引入担保权的效力构造中,进而实现物权法定原则下“类型强制”的缓和。^{③⑤}

对于未登记的动产担保物权,法律明定其“不得对抗善意第三人”,其反面解释即为“得对抗恶意第三人”,故其排他性显然被肯定,有疑义者仅系“第三人”范围的确定^{③⑥}。实际上,仅当在特定财产上取得权利时,取得人才有对他人权利善意与否的问题。因此,担保财产的无权占有人或侵权人当不在善意第三人之列,而属于“可绝对对抗的第三人”,未登记的动产担保权人当然可依侵权法对其主张权利。担保人的执行债权人或破产管理人并非善意或恶意第三人之区分对象,其能否对抗不仅取决于冲突权利的属性,更受制于特定情形下的法政策判断,相关司法解释将其作为“绝对不可对抗的第三人”即旨在明确此种价值判断。^{③⑦}准此以观,属于善意或恶意第三人范围的主要是动产的买受人(或受赠人,下同)、承租人以及其他享有担保物权的人。^{③⑧}对于动产的买受人与承租人,若买卖合同或租赁合同成立于抵押合同生效前,自当以善意第三人对待,其权利实现纵然在抵押合同生效后亦受保护;若其合同成立于抵押合同生效后,只要在抵押财产转让前或租赁物移转占有前,买受人或承租人知道或应当知道出卖人或承租人已就标的物订立抵押合同的,均属恶意第三人。有争议的是抵押合同订立后在动产上取得担保物权的其他人。现行法明定已完成担保公示(登记或占有)的其他担保物权人优先于未登记的在先动产担保物权人,未登记的抵押权相互之间不具有优先效力(《民法典》第414条第1款、第415条)。这种优先顺序规则与担保公示的优先效力保障功能相符,未登记的担保物权可按照前述一般对抗规则处理。^{③⑨}

（三）经公示的担保物权

担保公示以两种方式对担保物权发挥规范效果:一是作为担保物权的成立要件,成立后的担保物权当然取得优先效力;二是不影响担保物权设立,但公示后的担保物权获

^{③⑤} Vgl. Katharina Jost, Die Dogmatik des Sicherungsvertrags, 2012, S. 30.

^{③⑥} 相关讨论的代表性文献,参见庄加园:《动产抵押的登记对抗原理》,载《法学研究》2018年第5期;前注⑧,高圣平文;王乐兵:《动产担保优先顺位的立法构造与适用解释》,载《法学家》2022年第2期。

^{③⑦} 参见《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》第54条第3、4项。

^{③⑧} 从比较法角度看,关于善意买受人或承租人的保护是否以完成标的物交付为必要,《美国统一商法典》有明确要求,而其他法域以及联合国国际贸易法委员会的《担保交易示范法》都无类似要求。See Roderick J. Wood, *supra* note 6, 564.

^{③⑨} 有观点认为,《民法典》第414条第1款第3项未区分不动产登记与动产登记,将未登记的抵押权视为不存在或不生效。参见前注③⑥,王乐兵文,第87页。这是对该规定的误解。该条为抵押权竞存规则,适用前提为抵押权存在,故其所称“抵押权未登记”仅限于未登记的动产抵押权(包括该条第2款准用后的动产担保性所有权),不包括未完成登记的不动产抵押在内。

得更强的优先效力。尽管公示的作用机制与公示方式不同,但只要完成公示,担保权人都适用相同的优先顺位规则(如《民法典》第414—415条)。可见,担保公示模式差异的真正规范意义并不表现在公示后,而是在公示之前。由此,相比于担保物权和债权性物上担保权的分类,未公示物上担保权与已公示物上担保权的分类就更有价值,担保公示对于担保物权设立的重要性被降低,担保公示的效果也更趋统一。^⑩未登记的担保物权的效力越靠近债权性物上担保权,担保公示的积极价值越明显;反之,担保公示的价值则被削弱。就此,动产与权利担保登记可为印证。

不难看出,担保公示对于物上担保权的保障效力在形式上与担保权的物权性与债权性有关,但实质上则具有超越这种权利属性的独立规范价值。甚至可以说,是采纳公示生效还是公示对抗模式,除了对交易效率的影响外,即使对于动产担保,其实质效果差异也主要取决于债权性物上担保权与未经公示的担保物权在债权保障效果方面的强弱不同,后者因有物权属性,其效力在理论层面要强于前者,但实践中二者实际的差异要小得多。例如,若依循功能主义立场,在动产质权未设立时承认动产抵押权的设立,能够在契合当事人担保合意的前提下保护债权人,^⑪但是,认为转换后的担保效果应当强于转换前就很难说有充足的理由。

综上所述,物上担保权的实质内容是对特定担保财产的变价受偿权,优先效力只是对这种效果的强化,且在现行法上仅与担保物权相关。担保物权的优先效力不仅取决于法定公示方式是否完成,还受制于该种公示方式完成时间的先后。当然,基于特定的法政策,甚至已公示的担保物权之优先效力也非绝对,如在抵押权设立前已承租并取得占有的承租人之租赁权不受抵押权之影响、留置权优先于抵押权或质权等,均属例证。因此,在不面临其他人的竞争性权利主张时,物上担保权对债权实现的保障更多体现为对担保人担保责任的限制(担保人仅以特定担保财产在担保范围内承担责任),呈现物保合同所生的普通债权效果;当物上担保权面临其他人对担保财产的竞争性权利主张时,优先权则成为担保目的实现的特别保障。从无优先效力的变价权到绝对优先的变价权,债权人在特定担保财产上的担保权益呈现出层次性。这种层次性使物的担保制度具有更强的适应性,使当事人可以根据不同担保需求进行灵活选择。例如,若当事人在物保合同无明确约定时,物保合同可设立单纯债权性物上担保权,且在担保物权设立后,前述效果被担保物权所吸收;若物保合同明确约定,只要担保物权未设立,担保人就须承担违约赔偿责任,则无债权性物上担保权的成立余地。

^⑩ 鉴于动产抵押登记的效果受限于正常经营买受人规则(《民法典》第404条)以及购置款优先顺位规则(《民法典》第416条),其保障效果要弱于其他情形下的登记公示。

^⑪ 参见罗帅:《动态质押中“实际控制货物”的法理阐释》,载《法学家》2022年第6期,第111页。

四、物上担保权益的取得

一般而言,只要当事人就以特定财产担保债务的履行或清偿达成合意,就可以设立物上担保权益,不同效力层次的物上担保权益既有共同的取得要件,也有特别的取得要件。其中特别值得关注者,主要是财产担保能力的认定、担保财产的确定与担保公示。

(一) 财产的担保能力

原则上,所有财产都具有供作债权担保的能力。^④但因我国《民法典》担保制度采取形式主义与功能主义混合立法的模式,导致财产担保能力的认定存在困难:依据形式主义模式,只有能够被纳入法定担保物权类型的财产担保才能产生担保物权的效果;反之,按照功能主义模式,只要法律没有明确的禁止规定,原则上就应当承认财产权利的担保能力。这种冲突典型地表现在权利质押的设立上:《民法典》第440条沿袭原《担保法》第75条的规定,对可出质权利采法定主义,只有法律或行政法规规定可以出质的财产权利才能出质;若采纳功能主义立场,则只要法律没有禁止,当事人就可以经登记设立担保物权。但是,对功能主义的这种理解显然是在一般意义上讲的。因为,作为采纳功能主义模式基本依据的《民法典》第388条第1款第一句明确规定,设立担保物权的合同必须依照本法和其他法律的规定而订立。依其文义,当事人只能就法律规定的担保物权订立相应的物保合同,即除《民法典》物权编担保物权分编及其他法律(如《海商法》)所规定的意定担保物权外,其他具有担保物权效果的合同就只能采用所有权保留买卖合同、融资租赁以及附追索权保理等形式,甚至司法实践与理论上普遍认可的让与担保也将欠缺法律基础,这就极大地限制了物保合同的范围。当然,对该规定也可以进行宽松解释,使物保合同的范围并不受限于法律有明确规定的情形,以扩张物上担保权的范围,将非典型担保纳入担保物权范畴下。^⑤

不过,对于以法定列举范围外的其他财产权利担保的,依据形式主义规范逻辑,若不能将其解释为权利抵押,就只能将之纳入权利质押的范畴。按照同类解释规则(ejusdem generis)理论,概括规定应与列举规定作同类解释,^⑥因而权利抵押仅限于不动产用益物权及准物权。由此推论,以用益物权外的其他财产权利作担保的,只能采取权利质押形式,受权利质押标的法定规则的限制(《民法典》第440条第7项)。这种观点也得到一些司法判决的支持。例如,在“甘肃省敦煌种业集团股份有限公司、吉林省平安种业有限公司合同纠纷案”中,当事人约定债务人以三个玉米品种权出质。法院认为,案涉玉

^④ 参见谢鸿飞:《财产的担保能力:限制与扩张》,载《社会科学辑刊》2022年第6期,第71页。

^⑤ 参见王利明:《担保制度的现代化:对〈民法典〉第388条第1款的评析》,载《法学家》2021年第1期,第32页。

^⑥ “同类解释规则(ejusdem generis)”是英美法上的制定法解释规则之一。See Srishti Virat, *Doctrine of 'Ejusdem Generis' and its Applicability*, Journal of Legal Studies and Research, Vol.9(5):59, p.62-63 (2023). 该解释规则与大陆法中的体系解释方法也能够协调一致。参见[德]托马斯·M.J.默勒斯:《法学方法论》(原书第4版),杜志浩译,北京大学出版社2022年版,第226页。我国法学理论对该解释规则的一般立场。参见余文唐:《法律文本:标点、但书及同类规则》,载《法律适用》2017年第17期,第62-64页。

米品种权并非专利法意义上的植物新品种权,不属于可以出质的权利,因此,债权人要求依约定转让该玉米品种权的主张于法无据,不能成立。^{④5}但是,这种看似有据的立场面临如下质疑:如果当事人用于担保的财产具有市场价值,为何要否定其担保能力呢?

在德国,即使民事执行法上不可扣押的物也可以有效质押。^{④6}联合国国际贸易法委员会《担保交易示范法》规定,任何类别的动产,即除不动产以外的有形或无形资产,都可以为任何类别的一项或多项债务提供担保。^{④7}这表明,在法律价值取向上,原则上应当认定财产的担保能力。实际上,在承认功能主义担保模式的情况下,担保形式对于担保功能不生影响,限制可处分的特定财产权利的担保能力并无充足理由。^{④8}而且,即使否定特定财产上设立担保物权的能力,也没有否定其上可创设债权性物上担保权的理由——这或许是消解权利质押情形下标的受限困境的一种途径。^{④9}在解释上,尽管现有的动产与权利担保统一登记制度为这类法定权利类型外的新型权利担保的登记提供了解决之道^{⑤0},但我国现行法上潜在的规范冲突仍只能通过修法途径解决。

(二) 担保财产的确定与处分权

在设立担保物权时,现行法对担保物或权利的特定性或确定性要求尚非统一。对于不动产担保物权即抵押权,需遵循严格的特定性原则,在抵押权设立时抵押物必须特定或确定。与之不同,对于动产及权利担保,原则上只需在动产担保物权实现时能够确定担保物或权利即可,无须在设立时特定或确定。^{⑤1}但是,未纳入统一登记的权利质押仍须与不动产抵押一样,在其设立时即满足特定性要求。^{⑤2}此外,除特定性要求外,担保物权的有效设立尚需担保人对担保物或权利享有处分权。在以担保人不享有处分权的担保财产设立担保物权时,仅在满足担保物权善意取得的条件下可有效设立担保物权(《民法典》第311条第3款)。

与担保物权的创设不同,无论是以不动产还是动产或权利为标的,债权性物上担保权的设立都更接近于一般动产担保,也就是说,担保财产无须在担保合同成立时确定,仅需在担保权实现时确定即可。这是因为,由于债权性物上担保权无须登记或依其他方式公示,只要在债权性物上担保权实现时担保财产能够确定,担保目的即可实现。事实上,如果不考虑担保物权设立公示的限制效果,对所有类型的物上担保权其实都可以作相似处理。

^{④5} 参见甘肃省高级人民法院(2021)甘民终253号民事判决书。

^{④6} Vgl. Hanns Prütting, Sachenrecht, 37 Aufl.2020, Rn. 783.

^{④7} 参见联合国国际贸易法委员会《担保交易示范法(2016)》第2条u项,第7、8条。

^{④8} 据此可见,《民法典》立法者未能在规则设计时对引入功能主义担保观的体系效应予以足够关照。

^{④9} 参见《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》第63条。

^{⑤0} 参见《动产和权利担保统一登记办法》(中国人民银行令〔2021〕第7号)第2条第7项。

^{⑤1} 《动产和权利担保统一登记办法》第9条第4款第二句规定:“对担保财产进行概括性描述的,应当能够合理识别担保财产”。另参见《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》第53条。就第53条更为详细的阐释,参见谢鸿飞:《担保财产的概括描述及其充分性》,载《法学》2021年第11期。

^{⑤2} 参见《股权出质登记办法》(国家市场监督管理总局令34号)第7条第1款第2项;《专利权质押登记办法》(国家知识产权局公告第461号)第8条第4项及《注册商标专用权质押登记程序规定》(国家知识产权局公告358号)第5条第4项。

此外,因债权性物上担保权也是对物变价受偿权,故而,除非担保人在变价时对担保物具有完整的处分权,该物上担保权也将被排除。由于债权性物上担保权无对抗第三人的效力,因此,纵然担保人在设立时有处分权、但在物上担保权实现时丧失处分权的,如第三人因担保人的转让行为而取得所有权,担保权人之物上担保权仍将落空。可见,设立越简单,物上担保权的债权保障效力可能越弱。

尽管债权性物上担保权与担保物权在设立上存在前述差异,但因受担保目的的限制,法律有关担保物权的限制规定,如《民法典》第401、428条关于流押禁止或流质禁止规定,亦须准用于该种债权性物上担保权。

(三) 担保公示

担保公示对担保权益的直接影响表现为债权人对担保财产的优先受偿效力——不论担保物权是公示生效还是公示对抗,完成公示后的担保物权原则上都按照公示时间先后确定优先顺序(《民法典》第414条第1款);不论是债权性物上担保权,还是仅有弱对抗效力的担保物权,未登记物上担保权的担保效果都不充分,在某种意义上甚至弱于保证。因此,选择物保形式的债权人都必然倾向于完成担保公示。

担保公示的意义不仅在于保障担保权人对担保财产的优先受偿权,而且也旨在通过公示潜在担保权益的存在而警示与担保人进行交易的第三人,从而保护交易安全。^{⑤③}因此,公示的权利状态应当与法律上认可的权利状态一致。由此产生的问题是:要是当事人采取的公示方式并非法律认可的担保公示方式,其是否能够产生担保权公示的效果。^{⑤④}这是一个较少被认真对待的问题,兹以“买卖型担保”为例予以说明。有观点认为,如果买卖合同办理了预告登记,则买卖合同就能够产生担保物权的优先效力。^{⑤⑤}这种观点实际上对保障所有权取得权的公示赋予了担保公示的效力。房屋买卖合同的备案登记或预告登记旨在保障买受人将来取得房屋所有权,^{⑤⑥}甚至在出卖人破产时,该房屋也不属于破产财产,买受人的前述权利也不受影响^{⑤⑦}。从这一角度出发,将房屋买卖合同的预告登记等同于担保登记并非没有理由。此外,在抵押预告登记情形,即使抵押登记没有完成,在具备办理抵押登记条件、预告登记未失效的前提下,也可以直接赋予担保权人以优先受偿的效力,除非债务人是在破产前一年内为没有财产担保的债务设立的抵押预告登记。^{⑤⑧}依循同样的逻辑,在“买卖型担保”情形,买受人在已经办理了预告登记手续的情

^{⑤③} See Roderick J. Wood, *supra* note 6, 552. 不过,担保公示的警示价值并不在本文讨论的范围之内。

^{⑤④} 在比较法上也存在类似的问题。比如,尽管占有是动产担保权益的完善方式,但依扣押或取回方式获得的占有在加拿大和新西兰动产担保交易法上却不被认可,而在《美国统一商法典》和联合国国际贸易法委员会《担保交易示范法》中则被认可。See Roderick J. Wood, *supra* note 6, 559.

^{⑤⑤} 参见前注^{②④},陈永强文,第245页。

^{⑤⑥} 有学者主张,通过改革将发挥市场监管与服务功能的备案登记与发挥债权保障作用的预告登记实质合一,同轨运行,能够解决二者制度分离导致的现实困境。果如此,备案登记与预告登记的效果即归统一。参见常鹏翱:《中国式买房:网签备案的功能分析》,载《法律科学》2020年第4期,第108-109页。

^{⑤⑦} 参见石一峰:《房地产企业破产中购房者权益的保护》,载《法学》2022年第12期,第126页。

^{⑤⑧} 参见《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》第52条。

况下,也应享有相同程度的保护。并且,由于所担保的借款已经发放,纵然债权人仍负有清算义务,“买卖”形式也待履行合同不同,担保人的破产管理人基于待履行合同的解除权应被排除。这样,债权人就可对房屋清算价值获得事实上的优先受偿效力。^{⑤⑨}

上述见解虽基于交易实质而为判断,与功能主义担保观契合,但将基于买卖合同的所有权取得权的预告登记等同于担保所有权登记,实际上需要完成双重跨越——先将预告登记等同于所有权登记,再将所有权登记等同于担保所有权登记,不动产登记的类型区分价值将就此被完全打破。出现这种现象的根本原因在于,理论上过度泛化了功能主义担保观的适用领域。从世界范围来看,功能主义担保观主要限于动产及权利担保领域,在不动产领域则较为慎重。而我国的法律实践和理论将其扩展到不动产领域,不动产让与担保甚至成为让与担保的主要形式。让与担保将所有权转化为担保权,可被视为功能主义担保观的表现形式。在动产及权利担保领域,因动产担保在设立时无须确定担保财产,对未来财产的担保登记实际上替代了预告登记的功能,所以不会出现双重效果跨越的现象。相反,一旦承认功能化的不动产担保所有权,不动产登记公示的效果就被扰乱:登记形式与登记效果脱钩了。^{⑥⑩}公示的规范价值在于按照公示的权利外观赋予法律效果,而前述扰乱显然会从根本上动摇公示制度的根基,因而必须谨慎对待。

据此,“买卖型担保”只能创设无优先效力的债权性担保权益。^{⑥⑪}并且,鉴于不动产登记具有不同于动产登记的公信力,为避免所有权功能化引发对不动产登记秩序的干扰,即使承认不动产让与担保,也只能采纳形式主义的所有权构造而非担保权构造。从这个意义上讲,纵然承认经预告登记的“买卖型担保”,它也只能产生无优先效力的债权性担保权益。

尚需特别说明的是,尽管债权人具有基于担保合同要求担保人完成公示的请求权^{⑥⑫},但不宜因此强制担保人完成公示。因为,一旦允许强制担保人完成公示,将在事实上排除担保人的其他债权人就该财产受偿的机会,而这可能与未公示担保权无对抗或优先效力的情况发生抵牾——在就担保财产完成公示前,债权人并不具有排除担保人其他债权人就该担保财产受偿的权利。因此,在其他债权人就该财产作必要保全时,债权人不得基于担保合同而请求强制担保人实际完成公示。同理,在担保人破产时,对债权人要求实际完成公示的请求权也应予排除。

^{⑤⑨} 有观点认为,房屋买卖型担保可以转换为抵押担保,从而得判决担保人办理抵押登记。参见前注^{②③},吴光荣书,第520页。这种看法实际上未脱形式主义担保观之窠臼,与作为其判断基础的实质主义担保观难称融贯。

^{⑥⑩} 为避免出现这种状况,一种做法是限制不动产担保功能化,不认可不动产让与担保。参见向逢春:《让与担保制度研究》,法律出版社2014年版,第40-41页。另一种做法是,承认不动产让与担保,但只有在完成所有权转移登记后才赋予其优先受偿效力。参见王闯:《让与担保法律制度研究》,法律出版社2000年版,第202页。这种做法排除了预告登记情形下买卖型担保的物权效果,但因预告登记对物权取得的保障效果,其价值一贯性略有不足。

^{⑥⑪} 参见最高人民法院(2013)民提135号民事判决书;最高人民法院(2021)最高法民申4027号民事裁定书。

^{⑥⑫} 参见《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》第46条第1款。

五、物上担保权益落空时的违约赔偿责任

就物的担保来看,债权人随担保合同的生效而取得担保权益,但物上担保目的之实现还须以债权人能够就担保物或权利实际变价受偿为必要。若前述条件不具备,则债权人通过物上担保权益保障债权实现的目的必将落空。设立物上担保权益的合同以创设物上担保权益为目的,担保人依担保合同负有确保约定的担保权益设立或可实现的义务,但并不负担使担保权绝对实现的义务,故而,担保人应仅就因可归责于自己的原因造成的物上担保权益落空损失承担赔偿责任。这种赔偿责任非担保权的固有效力,而是在担保权益落空时发生的替代性救济。

担保权益落空包括两种情形:一是担保人未依约提供有效担保财产或者因可归责于担保人的原因致担保物未有效存续,使得债权人担保权益落空(即“担保财产落空型”);二是担保公示未完成致债权人因无优先权而不能就担保物变价受偿(即“优先权缺失型”)。

(一) 担保财产落空时担保人的赔偿责任

如前所述,在物保合同成立时,担保财产无须确定,仅需可确定。这种情形多见于未来财产担保情形,但不以此为限。换言之,在担保合同生效后,物上担保权益并不当然附着于特定的担保财产之上,此时,担保人负有依合同约定提供其享有处分权的担保财产的义务。这区别于因担保合同对担保财产描述不够确定而无法满足标的物可确定要求的情形。在后面这种情况下,物上担保权益无法设立,且该担保合同因欠缺必要条款应属无效,当事人之间依因担保合同无效所致损害的分担规则处理,不涉及担保人的违约责任问题。^③

在担保合同的概括描述能够确定担保财产时,担保人负有确保担保财产具有担保能力的义务。换言之,担保人既要提供符合担保合同约定的担保财产,还必须确保该担保财产能够供作债权担保,主要是要确保在债权人实现担保权时担保人对其享有处分权。有观点认为,债权人在动态质押情形负有实质审查核验质物的义务,因未履行该义务导致质权未设立时,其应承担相应的损害分担责任。^④该观点一方面认为出质人拒绝实际提供质物时应承担违约责任,另一方面认为质权人未实质核验质物时应承担相应的损害分担责任,事实上造成出质人仅承担部分责任的结果。既然依照担保合同的约定,担保人应提供合乎约定的担保财产,因此,其未能依约提供担保财产就是物上担保权未设立的唯一原因。债权人未对质物作必要核查致物上担保权无法设立时,其受损的直接风险是丧失就特定担保财产的变价受偿权;进一步的风险是因未设立具有优先效力的担保

^③ 需要说明的是,就担保目的而言,只要当事人就特定债权或债务担保达成合意,担保合同即可有效成立。但是,若当事人意图设立物上担保,但担保财产无法确定,应认定担保合同不成立,而不能将该担保转换为保证等人的担保。

^④ 参见前注^④,罗帅文,第108-109页。

物权,其可能遭受债权无法实现的损失。据此,担保人违反提供担保财产的义务与债权人未尽实质核查义务所关联的损害结果截然有别,不可混而为一。^{⑥5}质言之,因担保人的原因未能提供符合担保合同约定的担保财产时,不管债权人是否履行审查核验质物的义务,担保人也应在约定的担保范围内承担违约赔偿责任。

此外,即便担保人依约提供了担保财产,但若其对担保财产无处分权或者在担保权实现条件成就前丧失处分权,担保人也仍应承担与未实际提供担保财产相同的违约赔偿责任。例如,担保人以他人财产或者虚假财产^{⑥6}提供物的担保,或者将已设立物保的财产处分致使物上担保权益落空^{⑥7},或者因可归责于担保人原因致担保财产短少^{⑥8}。

原则上,物上担保人无担保财产价值的维持义务,此乃物上担保的基本特性。不过,基于担保目的和诚信原则,若因可归责于担保人的原因致担保财产价值不当减少,债权人除可基于担保物权保全请求权请求担保人停止致害行为外(《民法典》第408条第1句),还可就因此所生损害向担保人主张违约赔偿责任。该项赔偿责任以前述行为致担保物权人实际遭受损害为必要,也即,若无该不当行为,担保物权人本可受偿之价值将超出实际受偿之价值。与之稍有不同的另一情形是,如果担保合同约定担保人对担保财产有投保义务,而担保人并未依约投保,则在担保财产意外毁损时,担保人亦应承担违约赔偿责任。但这种赔偿责任并非因为担保人违反对担保财产的确保义务,而是因为其违反合同约定的投保义务,故而属于单纯的违约赔偿责任,与担保权益落空本身不直接相关。

对于以其他财产权利为标的的物保形式,担保人亦负有维持权利存续及价值完整的义务,如支付欠付的土地出让金以避免土地被收回、支付专利年费或商标续展注册费以维持专利权或注册商标专用权的存续等。若因可归责于担保人的原因致供作担保的权利丧失,则担保人也应在担保范围内承担违约赔偿责任。

(二) 优先权缺失时担保人的赔偿责任

与前述情形不同,尽管债权人享有物上担保权益,但因担保权益未经公示而不具有对抗效力或优先效力,致使物上担保权人的担保权益落空、债权人因此而遭受损失的,若可归责于担保人,则其亦应在担保范围内承担违约赔偿责任。

^{⑥5} 在“广发银行股份有限公司本溪分行、满孚首成(本溪)实业有限公司金融借款合同纠纷案”中,法院认为,(对应应收账款真实性的)“核实义务的目的在于防止出质人的道德风险所引发的权利冲突问题,不宜将该核实义务放任由出质人负担,而应由质押担保的主债权人负担。在质押担保的主债权人怠于核实该应收账款客观真实性的情况下,该应收账款并不客观真实存在及存在抵销权等抗辩的风险,应由质押担保的主债权人自行承担,而不能由应收账款基础交易关系的债务人承担,否则有害交易安全,损及第三人合法权益”。不过,此种审核义务是相对出质债权之债务人而言的,并不及于出质人与质权人。参见最高人民法院(2019)最高法民终1445号民事判决书。

^{⑥6} 参见最高人民法院(2016)最高法民终650号民事判决书。应当指出的是,该案明确认定,出质人对质权未设立负有主要责任,但并未明确此种责任的性质。如果能够确认债权人明知质物虚假,则质押合同构成通谋虚伪行为,应属无效,此时出质人承担的应属担保合同无效时的赔偿责任而非违约责任。如果债权人仅因过失而不知,则所谓主要责任之说徒滋困扰,出质人应承担担保范围内的全部违约赔偿责任。

^{⑥7} 这主要发生在担保物权未经公示,或者基于正常经营买受人规则之适用,第三人依法取得担保财产的所有权或其他权利的情形。

^{⑥8} 参见最高人民法院(2018)最高法民终358号民事判决书。

有疑义的是损失分担的判断。既然引发损失的原因在于未完成法定公示手续,那么是担保人还是债权人负有主动完成担保公示的义务就成为损失分担判断的关键。若当事人在担保合同中明确表示无须公示,或约定担保人仅需要将权利证书移交债权人占有,则不论当事人使用的合同用语如何,均应认为双方仅达成设立债权性物上担保权或者无对抗效力的担保物权的合意,债权人不得因不享有优先受偿权所受损失向担保人主张赔偿。据此,只有在当事人约定设立担保物权时,才需明确谁有主动促成公示手续完成的义务。

在担保财产可确定的情况下,债权人无论如何都享有物上担保权益,担保目的的实现也已有保障,因此,除非担保合同有相反约定^⑥,公示要件的完成应当由债权人主动请求,而担保人仅有协助义务。只有在债权人请求、担保人未予协助时,担保人才承担违反担保合同的赔偿责任。^⑦纵然担保合同就办理公示手续的期间有明确约定,亦无不同。这与担保权的替代性相关。由于担保人的基本义务是提供担保财产供作债务不履行时的替代清偿手段,而担保物权的优先性服务于债权人自身利益,因此,债权人应当首先通过主债权债务合同对担保物权未设立时的风险预作应对,或者在担保合同中明确约定担保人主动完成公示的义务。在合同没有特别约定时,担保权人应主动请求担保人完成设立登记、动产或权利凭证交付等手续,否则,其应自负物上担保权因未经公示而丧失优先受偿效力的不利后果。有判决认为,在债权人实现债权后,其有义务协助抵押人办理解除抵押登记的手续,而不负有主动促成解除抵押登记的义务。^⑧据此亦可推论,在设立抵押权时,抵押人仅负协助办理抵押登记的义务,仅在债权人催告后在合理期间内仍拒不协助,才构成违约。^⑨

依照我国现行法的规定,动产与权利担保由担保权人或受其委托之人办理担保登记^⑩;但以股权、专利权或注册商标专用权等出质的,则应与不动产抵押一样,由双方共同提出或其共同委托之人提出设立登记申请^⑪。但是,纵然设立登记应由当事人双方共同申请办理,也不能就此认为担保人有主动办理的义务。共同申请乃程序规定,不能据此推导出担保人主动办理的实体义务,故而解释上仍应本着前述立场,以债权人主动请求、担保人协助办理为当。^⑫

上述观点亦有域外立法例可资参照。《欧洲民法原则、定义和示范条文(共同框架

⑥ 若担保合同中就登记等公示手续的办理义务有明确约定,则应依该约定办理。参见最高人民法院(2015)民申3287号民事裁定书。

⑦ 参见最高人民法院(2017)最高法民申4503号民事判决书。

⑧ 参见最高人民法院(2021)最高法民再371号再审民事判决书。

⑨ 参见前注⑤,杨代雄文,第766页。

⑩ 参见《动产和权利担保统一登记办法》第7条。

⑪ 参见《不动产登记暂行条例》(2019年修订)第14条;《股权出质登记办法》第6条第1款第一句;《专利权质押登记办法》第3条第3款及《注册商标专用权质押登记程序规定》第2条第2款。

⑫ 不过,有司法判决认为,因双方应共同办理抵押登记,故债权人负有催告与协助义务。参见四川省高级人民法院(2015)川民终129号民事判决书。这实际上是认为双方应分担未完成抵押登记所致损害。

建议草案)》(DCFR)第IX-3:305条规定,应由担保权人而非担保人进行担保物权登记,担保人亦可在便于获得信贷的目的下主动登记。此外,该草案第IX-3:306条规定了担保人同意登记的必要性。这预示着担保人并无主动登记的义务,只有在需要担保人同意的情况下,其才负有协助义务。按照《美国统一商法典》(UCC)第9-509条之规定,担保合同本身具有授权登记的效果,且原则上也由担保权人而非担保人主动申请或办理登记。虽然这些规定只限于动产及权利担保,并不及于须登记的不动产担保物权,但在美国相关不动产登记程序中,通常也是由受让人向州属登记机关递交登记材料并完成登记。^{①⑥}此外,根据德国《土地登记法》第13条第1款第二句之规定,物权登记的利害关系人和登记的受益人是登记申请人,与英国的土地登记相似。^{①⑦}可见,权利人作为登记的受益人,既有登记申请资格,也有申请登记的动力。

概言之,在担保合同未就担保公示义务作出约定时,只有经担保权人请求后担保人仍不配合完成公示的,担保人才可能承担违约赔偿责任。认为只要担保人未完成担保物权之设立即应当依照担保合同承担违约赔偿责任的观点是成问题的^{①⑧}:一方面,将担保物权的优先效力与担保合同所生的物上担保效力完全等同,会不当缩减担保人应当承担的担保责任;另一方面,将优先效力作为物上担保合同的固有效果,也有违合同自由原则。优先权缺失只会引发债权人损失发生的危险,只有在该危险实际导致债权人变价受偿权无法实现时,成立赔偿责任所必要的损害要件才告满足。

(三) 担保人赔偿责任的性质及效果

如前所述,在担保权益落空时,担保人对债权人的赔偿责任是担保权的替代性救济,其本身不是担保责任的承担,而是因可归责行为致担保权受侵害时承担的违约责任。^{①⑨}始终应当注意的是,该种赔偿责任不是担保物权未有效设立时的赔偿责任,而是担保权益落空时的赔偿责任。那种将赔偿责任立基于担保物权未设立的观点,实际上将物上担保权等同于担保物权,误解了担保人赔偿责任的性质,会引致不当的结果。

首先,尽管物上担保人的违约赔偿责任与保证人承担的赔偿性保证责任相似,均以担保人的一般责任财产承担,但是,物上担保人地位劣于保证人,典型的表现是其不享有基于保证期间的抗辩权,也不享有一般保证人的先诉抗辩权。在司法实践中,一些法院在担保物权未设立时,直接判决担保人在债权人未受清偿范围内承担补充赔偿责任。^{①⑩}这类判决要么是将物上担保人的赔偿责任等同于一般保证人的责任,要么就是误解了作

^{①⑥} 参见[美]约翰·G.斯普兰克林:《美国财产法精解》(第2版),钟书峰译,北京大学出版社2009年版,第397-398页。

^{①⑦} 参见[德]曼弗雷德·沃尔夫:《物权法》(原书第18版),吴越、李大雪译,法律出版社2002年版,第221、230页。

^{①⑧} 参见《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》第59条第2款。另有判决从债权人与有过失的角度,裁决担保人在债务人不能清偿部分的二分之一范围内承担赔偿责任。参见最高人民法院(2017)最高法民申2340号民事裁定书;四川省雅安市中级人民法院(2018)川18民终459号民事判决书。

^{①⑨} 在债权人享有担保物权或者担保人存在故意时,也可以同时成立担保人的侵权责任,但这种责任竞合不在本文讨论主旨内,故略而不论。

^{①⑩} 参见前注^{①⑧},最高人民法院(2017)最高法民申2340号民事裁定书;甘肃省高级人民法院(2021)甘民终459号民事判决书。

为赔偿基础的损害要件。尽管在差别对待物上担保人与保证人担保责任补充性问题上不无讨论余地,但现行法仅承认保证人基于保证期间的抗辩权以及一般保证人的先诉抗辩权,因此,将物的担保在任何意义上“转换为”人的担保都欠缺法律依据。如果担保物权未设立是造成债权人损害的充分原因,物上担保人的赔偿责任就应与担保责任遵循相同条件,即只要有债务不履行事实,担保权益落空即充足损害要件,担保人的赔偿责任因而就能成立。所以,在担保物权若有效设立、债权人即可实现担保权时,因担保权益落空所生担保人赔偿责任也就当然发生,而无须以债务人不能清偿为责任承担条件。

其次,将物上担保人的违约赔偿责任等同于担保物权未设立时的责任,也会混淆违约赔偿责任与担保无效时的赔偿责任,进而引发不当的法律适用。如前所述,担保物权未设立造成的直接效果只是债权人优先权的丧失,而非担保权益的绝对丧失。尽管债权人不享有优先权,但只要其仍可就担保财产变价受偿,则其担保目的仍可顺利实现。如果将物上担保人的违约赔偿责任与担保物权未设立时的赔偿责任等同,则将违反当事人在物上担保合同中以担保财产担保债权实现的约定。担保合同无效时的赔偿责任以债务人不能清偿部分为损害分担的对象,而物上担保人的赔偿责任则以债务到期未受清偿部分为损害赔偿的范围。此外,如果法院将担保物权未设立的过错作为担保权益落空时的与有过失对待,还将不当损害债权人的利益。反之,若担保物权未设立不可归责于担保人,则前述混淆也将不当加重担保人的责任。

不过,尽管担保人承担的违约赔偿责任与担保责任有别,但前者系由后者转化而来,因此,二者具有同质性,即都是对债务不履行的替代责任。就此而言,第三人在作为担保人承担赔偿责任后,对于主债务人享有追偿权。在主债务人自己提供物的担保情形,主债务人对担保允诺的违反视为对主债权债务关系的违反,债权人可依照主债权债务关系寻求救济。

六、结 语

在物的担保情形,债权人根据担保合同的约定取得物上担保权益。担保权益的直接效果是对物变价受偿权,其增强效果则是优先受偿权。在现行法的框架下,无论是理论上和实践上,都将物的担保效果与担保物权关联。这种做法不仅可能与物的担保合同中当事人的担保合意相违,也完全否定了债权性物上担保权益的受保护地位,混淆人保和物保,容易引致不当的法律适用,应予纠正。

在物的担保合同中,首先应当明确,当事人担保合意的内容是以可确定的担保财产担保债务的履行或清偿,只要当事人达成了前述合意,担保合同即作为负担行为而发生相应效力。为此,需要在担保物权外承认纯粹债权性物上担保权的正当性,以反映不同情形下物上担保权人的担保权益状态。其次,应区分物上担保权益的取得与担保权益优先效力的取得。前者表现为债权人对担保财产的变价权,后者表现为对担保财产变价受偿的优先权。变价权的取得仅与担保合意与担保财产的特定(或确定)相关,与担保公

示无关；优先权则以变价权为前提，旨在强化或完善变价权的效力以保障其顺利实现。如此一来，在担保公示问题上，公示生效与公示对抗的区分意义减弱，对于担保权益而言，未公示和已公示的效果区分意义大于债权性与物权性的效果区分。

在赋予所有权登记以担保登记效力的情况下，登记对权利内容的公示效果遭到扭曲，这在不动产让与担保情形中尤为明显。就司法实践而言，若承认已办理备案登记或预告登记的“买卖型担保”具有物权效力，将放大前述扭曲效果。为此，应坚持不动产让与担保的所有权构造模式，否定买卖合同备案或预告登记具有替代担保登记的效果。

物保制度跨越物权与债权两个领域，本就具有高度的复杂性，功能主义担保观的引入更加剧了这种复杂性和体系协调的难度。在法律框架既定的情况下，为取得最佳的社会效应，法律适用与理论解释均需谨慎应对商业需求与法律规制之间的潜在冲突。

Abstract: Under the current law, proprietary security only takes the form of security interests, and the security provider bears the liability of damages instead of the security liability when a security interest fails to be created. This legal construction is not only contrary to the parties' agreement under the security contract to provide security with specific property, but also neglects the layered structure of proprietary security rights. As a result, the construction is incomplete in theory and unsatisfactory in practice. Under the current security system, which combines both formalism and functionalism, a distinction should be made between the right to liquidate the collateral and the right of priority of the security interest holder. The right to liquidate, as a basic means to realize the purpose of proprietary security, has the effect of 'ancillary' security where the security interest is not created successfully. As a safeguard for liquidation which can perfect the proprietary security, the right of priority is dependent on the creditor's free choice and the completion of publicity according to law. With regard to publicity, the formalism should be strictly adhered to in security over immovable property, and the functionalism can be implemented in security over movables by refusing the distinction between constitutive effect and declaratory effect of publicity and unifying the normative effects of different types of publicity. Where it is a third party who provides security, the liability of compensation for breach of the contract is the last method to realize the security purpose.

(责任编辑:任彦)