



# 物权担保新制度 新问题理解与适用

高圣平 著

公司担保相关法律问题

房地单独抵押、房地分别抵押的效力

土地承包经营权抵押制度：困境与出路

典当的性质与流质契约的效力

票据质权中设质背书的效力

应收账款质押不是“物的担保”，那它是什么

融资性担保公司求偿担保中的若干法律问题

人的担保与物的担保并存时的责任承担

非典型担保视野下的融资租赁法制

所有权保留买卖中的物权变动与权利冲突

人民法院出版社



# 物权担保新制度 新问题理解与适用

**高圣平**

中国政法大学民商法学博士，中国人民大学法学院博士后，美国明尼苏达大学法学院访问学者。现任中国人民大学法学院副教授、中国人民大学民商事法律科学研究中心专职研究人员，曾参与《中华人民共和国物权法》第四编“担保物权”的论证与起草工作。

主要研究方向和讲授课程有民商法、公司法、担保法、物权法、债与合同法、房地产法、土地管理法、物业管理法，主持了《应收账款担保融资法律问题研究》、《金融担保创新的法律规制》、《特殊抵押权制度研究》、《欧洲私法的原则、定义与示范规则》等多项国家级和省部级科研课题，出版有《担保法论》、《动产担保交易制度比较研究》、《宅基地使用权的权利再造与制度重塑》、《中国土地法制的现代化》等十余部专著，《美国统一商法典及其正式评述（第三卷）》、《欧洲示范民法典草案》、《土地制度改革》等多部译著，在《中国法学》、《金融研究》、《管理世界》等核心期刊上发表学术论文近百篇。

责任编辑：张 琚  
封面设计：乔智炜

ISBN 978-7-5109-0708-1



9 787510 907081 >

定价：80.00元

中国法学会部级法学研究课题优秀成果（CLS-C1032） 国家法治与法理学理论前沿研究项目



# 物权担保新制度 新问题理解与适用

高圣平 著

人民法院出版社

# 壹

## 物权法与担保法：一个初步的比较

### 一、问题的提出

担保物权制度既是保障市场交易安全的基本手段，也是社会经济的有效调节工具。我国加入WTO后，建立具有国际竞争力的资本市场仰赖于相关制度的供给，担保制度即为其中重要一环。在比较法上，我们注意到市场经济越发达的国家其担保制度亦越发达，我国担保制度的演进无疑见证了这一点。在改革开放之初，市场经济刚刚进入我们的视野，相关担保规则的制定也就显得笼统和粗略。但随着改革的日益深入和市场经济的逐步确立，担保法制建设渐趋成为立法者重点关注的话题。先有应景的担保法，后有完善的物权法担保物权篇，无一不体现了经济与法律的互动。这些逐渐形成的担保法制之间究竟是什么关系？在目前市场经济背景下如何理解仍然有效的早期担保规则？无疑成了审判实务和理论研究共同关注的话题。

### 二、从经济合同法到担保法，再到物权法：我国担保物权体系的形成

#### （一）担保法之前的担保物权制度

就制度层面而言，我国法上的债的担保制度从1981年发布的经济合同法首开其端，但该法中除了规定加工承揽合同中承揽方的留置权之外并未涉及其他

类型的担保物权问题,<sup>①</sup> 没有形成普遍意义上的担保物权制度。及至1986年出台的民法通则, 虽然规定了抵押权和留置权(其中, 抵押权涵盖了大陆法上的抵押权和质权),<sup>②</sup> 但该法并未承认“物权”, 且抵押权和留置权规定于“债权”部分, 导致抵押权和留置权的权利性质颇受争议。由此可见, 民法通则仅仅构成了担保物权制度的雏形。

## (二) 担保法、物权法之下的担保物权制度

随着社会主义市场经济发展, 起着保障信贷资金和商品交易的安全基本作用的担保制度愈发重要。为应对日益严重的“三角债”问题, 1995年, 担保法在民法通则的基础上, 对担保制度作了具体化,<sup>③</sup> 对抵押权、质押、留置权等作了相对细致的规定, 为我国担保物权的实践应用和未来发展奠定了基础。但此时我国尚未建立物权基本制度, 担保物权的相关制度设计和体系整合均显不足, 担保物权的实践价值或生命力大打折扣。<sup>④</sup>

2007年, 物权法在物权体系内以4章71个条文的篇幅比较全面地规定了担保物权制度, 对1995年担保法施行以来的制度发展和司法经验进行了全面总结。至此, 我国担保物权体系基本形成。这一体系具有以下特点:

第一, 就担保物权的类型化而言, 仍然坚守抵押权、质权、留置权的类型区分, 在物权法定主义之下, 担保物权的种类有限, 除法律另有特别规定之外, 实践中无法创造出新类型的担保物权。

第二, 在各类担保物权内部依担保物的类型的不同进行进一步的细分。如抵押权分为不动产抵押权、动产抵押权和权利抵押权; 质权分为动产质权和权利

---

<sup>①</sup> 经济合同法第19条第4款规定:“定作方超过领取期限六个月不领取定作物的, 承揽方有权将定作物变卖, 所得价款在扣除报酬、保管费用以后, 用定作方的名义存入银行。”

<sup>②</sup> 民法通则第89条规定:“依照法律的规定或者按照当事人的约定, 可以采用下列方式担保债务的履行:(一) 保证人向债权人保证债务人履行债务, 债务人不履行债务的, 按照约定由保证人履行或者承担连带责任; 保证人履行债务后, 有权向债务人追偿。(二) 债务人或者第三人可以提供一定的财产作为抵押物。债务人不履行债务的, 债权人有权依照法律的规定以抵押物折价或者以变卖抵押物的价款优先得到偿还。(三) 当事人一方在法律规定的范围内可以向对方给付定金。债务人履行债务后, 定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行债务的, 无权要求返还定金; 接受定金的一方不履行债务的, 应当双倍返还定金。(四) 按照合同约定一方占有对方的财产, 对方不按照合同给付应付款项超过约定期限的, 占有人有权留置该财产, 依照法律的规定以留置财产折价或者以变卖该财产的价款优先得到偿还。”

<sup>③</sup> 顾昂然在1995年2月21日在第八届全国人民代表大会常务委员会第十二次会议上所作的《关于〈中华人民共和国担保法(草案)〉的说明》, 载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》1995年第5期。

<sup>④</sup> 邹海林、常敏:《论我国物权法上的担保物权制度》, 载《清华法学》2007年第4期。

利质权，权利质权又依权利的不同类别再进行细分。同时，还依所担保的债权性质的不同分为一般抵押权和最高额抵押权、一般质权和最高额质权。这些规定都进一步丰富了我国担保物权体系。

第三，与大多数大陆法系国家不同的是，我国承认普遍意义上的动产抵押权，并大胆引进英国法上的动产浮动抵押权制度，突破了大陆法上“不动产—抵押权”、“动产—质权”的二元化担保物权结构。虽然在不动产抵押权与动产抵押权之间制度设计差异较大，将两者混在一起不加区别地加以规定不利于厘清相关特别规则的适用范围和效力，但从一般意义上，承认动产抵押权，且对可以抵押的动产不作限制，<sup>①</sup>为以后动产担保物权制度的发展留下了空间。

第四，有关“权利”作为担保物的交易规则准用动产质权的规则，在一定程度上与英美法系国家的通行做法相合。但是，我国既承认动产抵押权，又承认动产质权，权利担保权究竟应准用动产抵押权的规则，还是准用动产质权的规则？从我国物权法现行规则本身来看，权利质权置于质权章，在体系解释上应属质权之一种，但其中规则设计却与动产抵押权相似，诸如登记等规定，但登记的效力又大相径庭，权利质权中登记均为生效要件，但动产抵押权中登记为对抗要件。由此而引发了我国动产担保物权体系内部的不协调：动产质权中，占有（交付）为其生效要件，但同属动产担保权的动产抵押权中，登记却是其对抗要件，占有和登记同为物权公示方法，效力上应无区别，但我国物权法在继受了大陆法上登记（公示）要件模式之后，又继受了英美法上和法国法上的登记（公示）对抗模式，两者之间的矛盾和冲突无法在体系内得以化解。

第五，就以“权利”作为标的的担保物权，我国物权法上采取了两种不同的模式：权利抵押权和权利质权。其中，权利抵押权中的“权利”限于“建设用地使用权”、“以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权”。<sup>②</sup>在解释上，这里的“权利”应仅限于（不动产）用益物权。虽然“法律、行政法规未禁止抵押的其他财产”可以抵押，当然包括法律、行政法规未禁止抵押的其他财产权利，但是，这里的“财产权利”应限缩解释为仅指（不动产）用益物权，主要包括物权法用益物权编中规定的“海域使用权”、“探矿权”、“采矿权”、“取水权”、“养殖权”、“捕捞权”等。而权利质权中“权利”应是除了（不动产）用益物权之外的其他权利。这两种不同模式的分际的理由大抵在于：我国实行土地的公有制，其他国家作为抵押权主要标的的土地在我国

<sup>①</sup> 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”均可设定抵押权。

<sup>②</sup> 物权法第180条第1款第（2）、（3）项。

无法进入交易领域，不能在土地所有权之上设定担保负担，而且，就我国物权法关于（不动产）用益物权的制度设计本身，其权利内容等已经大于其他国家的用益物权，起到了类似于土地所有权的作用。因此，在类型化上自然将（不动产）用益物权归入了抵押权的标的范畴。

第六，在担保物的立法方法上，采取了正面列举和反面排除相结合的立法方法，虽然这种方法有重复之嫌，<sup>①</sup>但正面列举有利于为人们的担保行为提供向导；反面排除又有利于克服正面列举无法穷尽所可能造成的挂一漏万之嫌，使更多的财产（权利）的交换价值得以利用。就抵押物而言，物权法第180条第1款第（7）项规定“法律、行政法规未禁止抵押的其他财产”可以抵押，使得几乎所有动产均可作为融资担保工具；物权法第223条第（7）项虽然规定“法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利”可以出质，没有采取反面排除的立法方法，<sup>②</sup>但同条第（6）项规定“应收账款”可以出质，而应收账款是一个内涵和外延均未界定的概念，足以涵盖以后发展中可能出现的权利类型。由此可见，在我国物权法之下，除了法律、行政法规禁止作为担保物的财产（权利）之外，几乎所有种类的财产均可充作担保物。

### 三、物权法担保物权编对担保法的突破与发展

相较担保法，物权法担保物权编实现了以下突破：

#### （一）完善了担保物权体系

在物权法定原则的理念之下，担保物权的种类越多，当事人可以选择的担保手段也就越多，信用的授受也就越容易达成。我国担保法规定的担保物权的种类过少，虽然我国在担保法施行之后先后承认了公路桥梁收费权质权、高等学校公寓收费权质权、建筑物按揭抵押权等等，但依严格意义上的物权法定原则，这些担保物权都缺乏合法性的基础。而物权法在明确规定了这些担保物权外，还大胆承认了浮动抵押这一具有英美法色彩的制度，允许企业、个体工商户、农业生产经营者用现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品设定抵押权。此外，物权法还明确承认了最高额质权制度。如此，担保物权体系渐趋完善，融资担保渠道大大拓宽。

<sup>①</sup> 在已经以反面排除的方法规定了不能作为担保物的情形之后，对担保物的正面列举即成赘文。

<sup>②</sup> 高圣平：《担保法论》，法律出版社2009年版，第277页。

## （二）扩充了担保物的范围

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。物权法除了对我国现行担保物权制度中担保物的范围予以确定之外，主要增加了以下几类：（1）以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权；（2）原材料、半成品、产品；（3）正在建造的建筑物、船舶、航空器；（4）应收账款；（5）依法可以转让的基金份额。我国企业应收账款和存货的总价值已将近11万亿元，中小企业资产中50%以上是以应收账款和原材料、半成品、产品（存货）形式存在，<sup>①</sup> 承认应收账款和存货作为担保物意义重大。从国际银行业实践看，应收账款和存货通常有着比机器设备和知识产权更高的担保价值。对于我国现阶段债权信用较差，应收账款风险大，允许应收账款作为担保物会不会增加银行的呆坏账比例的担心，物权法采取的态度是应收账款的价值问题和变现可能性问题由当事人自己去衡量，法律上不作考虑。例如，商业银行在放贷时可以拒绝某些账期较长的应收账款作为担保物，对于有些风险较大的应收账款可以确定较低的质押率。

同时，物权法改变了现行立法方法，对抵押物的范围采取了反面排除法，即“法律、行政法规未禁止抵押的其他财产”均可抵押，体现了“法不禁止即为允许”的法治理念，极大地扩充了担保物的范围。不过，可惜的是，物权法并未将上述立法方法贯彻到底，在质权一章关于出质财产范围的规定仍然沿袭了担保法中的做法，规定“法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利”可以出质，至为可议。任何“法律、行政法规”皆不可能穷尽和预测将来可能出现的财产权利类型，如待新的财产权利出现时，才以“法律、行政法规”定之，必定滞后于经济生活，加之我国立法之程序与效率，以“法律、行政法规”确认某一财产权利又谈何容易。为使物尽其担保的功能，似无限制的必要，最好由市场需要决定。在立法技术上，应坚持采取反面排除法，以克服正面列举无法穷尽财产形态的弊端。

## （三）完善了担保物权公示的效力

担保物权作为物权的一种，物权公示原则自有其适用空间。在物权法之下，物权的公示方法有两种：登记和交付（占有）。就担保物权而言，传统民法上担

<sup>①</sup> 刘萍：《应收账款担保融资创新与监管》，中信出版社2010年版，第13页。



保物权的结构即是依据公示方法的不同所作的区分。不动产上大抵设定不转移占有的抵押权，登记为其公示方法；动产之上只能设定移转占有的质权，交付为其公示方法，且登记或交付对于担保物权设立的意义大致相当：公示生效。

在我国担保法之下，登记是不动产抵押权的生效要件，交付是动产质权的生效要件，此点与传统民法并无多大差异。但我国担保法引进了英美法上的动产抵押制度。动产因其移动性而容易流失，但动产质权需移转抵押物的占有，阻碍了抵押人对抵押物的利用，动产抵押化的需求日益明显，但动产抵押权无法以交付（占有）为其公示方法，登记无疑成了唯一的选择。但就登记的效力，我国担保法兼采登记要件主义和登记对抗主义。对于航空器、<sup>①</sup>船舶、<sup>②</sup>车辆等交通运输工具和企业动产采取登记要件主义（担保法第41条、第42条），非经登记，抵押权不生效力。对其他动产采登记对抗主义（担保法第43条），非经登记，不得对抗第三人。根据担保法第95条和海商法第13条之规定，船舶抵押权，未经登记，不得对抗第三人。<sup>③</sup>根据担保法第95条和民用航空法第16条的规定，民用航空器抵押权，未经登记，不得对抗第三人。由此可见，对于海商法上所称之船舶、民用航空法上所称之航空器以及交通运输工具和企业动产以外的其他动产，采取登记对抗主义。有学者认为，担保法之所以对动产抵押分别立法、赋予其不同的效力，其原因无非是航空器、船舶、车辆、企业之设备及企业的其他动产价值巨大或对企业的生产影响重大，法律为寻求交易之安全，而牺牲交易的便捷。<sup>④</sup>对此种说法，本书作者不敢苟同。该观点无法解释为何海商法、民用航空法对船舶和民用航空器采登记对抗主义，而船舶、民用航空器之价值巨大，已非一般不动产所能比。

对我国担保法关于动产抵押登记效力的分别规定，已广为学者所批评，必然增加法律适用的冲突，并非理性选择。<sup>⑤</sup>物权法对动产抵押统一采取登记对抗主义。<sup>⑥</sup>动产的流动性决定了动产物权的变动以交付为公示方法，若动产物权的变动以登记为公示方法，且以登记为必要，不符合现实生活的要求，将严重妨碍动产的流动便利，并增加动产交易的手续成本。因此，动产抵押权的设定不

<sup>①</sup> 此处所称航空器应为民用航空法所调整之民用航空器以外之航空器。

<sup>②</sup> 此处的船舶应指海商法所调整之船舶以外的船舶。

<sup>③</sup> 这里所称船舶是指海船及其他海上移动式装置，但是用于军事的、政府公务的船舶和20总吨以下的小型船舶除外。

<sup>④</sup> 江崇祺、张宏伟：《略论动产抵押登记之效力》，载《山东社会科学》1999年第6期。

<sup>⑤</sup> 邹海林、常敏：《债权担保的方式和应用》，法律出版社1998年版，第199页。

<sup>⑥</sup> 物权法第188条规定：“以本法第一百八十条第一款第四项、第六项规定的财产或者第五项规定的正在建造的船舶、航空器抵押的，抵押权自抵押合同生效时设立；未经登记，不得对抗善意第三人。”

应以登记为生效要件，而应为登记对抗主义。登记对抗主义赋予当事人以选择的权利，当事人可以斟酌情势并结合交易的需要自由决定登记与否。且登记对抗主义依然能够保护第三人利益和交易安全。因为在抵押权登记时，第三人可以通过查阅登记部门的登记资料以避免自己的权利受损害。同时，如果抵押权未登记，则不得对抗第三人。这似乎对抵押权人不利，但是，抵押权人不要求登记是自己选择的结果。有人据此认为，登记对抗主义既蕴含了私法自治的精神，又为抵押权人提供了足以保护自身利益的手段，同时又不至于使第三人遭受无辜损害，对各方利益的保护可谓相当周到。<sup>①</sup>

#### （四）修正了担保物权的实现规则

实现担保物权的成本是影响担保物权效用的重要因素。如果实现担保物权所获得的利益小于其实现担保物权过程中所发生的成本，则担保物权人不会去行使担保物权，担保物权也就起不到保障债权实现的功能。因此，担保物权真正发挥作用取决于担保物权实现的成本高低。根据担保法的规定，主债务人届期不能清偿到期债务，债权人又拒绝与担保物权人达成变价担保物的协议，则担保物权人须先向人民法院起诉，由人民法院依法审理，作出判决，确认担保物权人的权利。然后债务人不执行判决时，担保物权人才可向人民法院申请强制执行。在强制执行程序中，不是人民法院直接拍卖担保物，而是由法院聘请评估机构对担保物进行估价，聘请拍卖公司拍卖担保物。这样，担保物权的实现必须交纳诉讼费、评估费、拍卖费和强制执行费，实现担保物权的成本大大超过无担保债权。如此制度设计对担保物权人极为不利，担保物权人不能及时受偿，使担保制度不能发挥其应有功能，而债务人却赢得了时间，给其转移、挥霍财产等提供了可能，无疑降低了担保债权的可受清偿程度。

物权法对担保物权实现规则的修正主要体现在以下两个方面：首先，完善了担保物权的实现条件。根据我国担保法的规定，只有在主债务人到期不履行债务时才能实现担保物权。物权法规定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，债权人都可以实现担保物权。将实现担保物权的条件留由当事人去自由约定。其次，完善了担保物权实现的途径。按照担保法的规定，如果当事人不能就担保物权的实现达成协议，只能向人民法院提出诉讼，判决生效后再向法院申请执行，这种方式时间冗长，成本很高。物权法虽然没有采纳自力救济的途径，但对公力救济途径作了完善，其中规定，如果

<sup>①</sup> 参见王闯：《动产抵押制度研究》，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第3卷），法律出版社1995年版，第416页。

当事人不能就担保物权的实现方式达成协议,可以请求人民法院拍卖或者变卖。这一规定对债权人颇为有利。

此外,物权法还根据担保法及其相关司法解释施行以来的经验,完备了最高额抵押制度,统一规定了不动产和动产抵押登记的效力,完善了有关担保物权设定、效力等各方面的规则。

由物权法担保物权编的以上突破和进步可以看出:第一,担保物权几乎可以在所有种类的财产上设定,充分利用各类财产的交流价值,举凡存货、应收账款、将来取得的财产、集合物等,均不例外;第二,担保物权的设定比以前迅速、简单,相对降低了融资成本,同时在非移转占有型担保中,担保人不丧失对担保物的占有,可以充分利用担保物,从而实现担保物的价值;第三,担保物权能以比以前更为有效的方法予以公示,对移转占有型担保而言,占有事实本身即足以公示,对非移转占有型担保而言,采取登记方法以使第三人知悉担保物权的存在;第四,明确了担保物上竞存权利之间的优先顺位,提高了担保物权人权利的可预见性;第五,制定了更为有效、迅速的担保物权实行程序。在债务人到期不履行债务或发生当事人约定的实现担保物权的情形时,担保物权人可以直接向人民法院申请执行,在一定程度上降低了担保物权人实现权利的成本。由此可见,物权法担保物权编给资本市场带来了更大的确定性,为市场主体取得贷款提供了更多的担保工具,从而促进了信用的授受,为经济的发展注入了活力。可以说,物权法担保物权编是经济发展的推动器。

#### 四、物权法担保物权编的不足与前瞻

我们也遗憾地看到物权法的一些不足之处,还有待进一步改进。

##### (一) 担保物权的从属性与重复利用

物权法基于对交易安全的关注,强调担保物权的从属性,明确排除当事人对从属性作出例外约定的可能。担保法对担保物权的从属性作了如下规定:“担保合同是主合同的从合同,主合同无效,担保合同无效。担保合同另有约定的,按照约定。”也就是说,担保法允许当事人对担保物权的从属性作出相反约定,这在一定程度上承认了担保物权的流动性,为以后的制度发展留下了空间。但物权法规定:“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,但法律另有规定的除外。”对担保法的上述规则作了重大修改。从属性固然可以减

少债权人保障债权所需要的各种成本，如信息成本、防范成本等，但却牺牲了担保物（特别是大型不动产和价值较大的其他财产）的交换价值。在现代担保物权法开始由“单纯的债权保全型向物权投资型发展”的背景下，物权法相关规则的设计不仅漠视这一趋势，而且置重于担保物权的从属性、保全性，不能不说为以后的制度发展设置了障碍。

## （二）担保物权的设立程序与物权担保的采用

担保物权设立程序较为繁杂，限制了物权担保的普遍采用。物权法虽然对不动产统一登记做了原则性规定，但对动产和权利担保物权的统一登记问题未置明文。在比较法上，最应实行统一登记制的恰恰是动产和权利担保物权领域。动产和权利担保物权登记具有以下特点：一是登记部门多，电子化程度低，公示性差，担保物权优先顺位不够明确；二是登记内容复杂，登记成本高；三是法律没有规定某些担保物权的登记部门，一些担保登记无法完成。<sup>①</sup>其结果是，当事人为了避免这些不便和开支，只好放弃登记。登记机关多元化，往往使当事人无法快速地了解这些信息，也为交易安全埋下了隐患。这些情况增加了融资成本和债权实现的不确定性。动产登记与不动产登记迥然不同的制度功能在物权法的制度设计中并没有得到充分体现。

## （三）不动产担保物权与经济生活的担保需求

物权法偏重于不动产物权制度，反映了农业社会和简单商品经济的制度需求。在动产和权利日益占据社会财富形态之主流的背景下，物权法的立法指导思想和相关制度设计颇值重新考量。在担保物权制度中，制度层面上偏重于不动产担保物权，操作层面上企业融资高度依赖不动产担保，其结果是：一方面，银行抵押资产中房地产（不动产）比重过高，银行风险集中；另一方面，动产担保和权利担保的比重过低，大大缩小了担保范围，增加了中小企业融资的难度。

## （四）担保规则的原则化与具体适用

物权法的有些规定较为原则，影响了相关制度的适用。如物权法就人的担保和物的担保并存时的责任分担作了如下规定：“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

<sup>①</sup> 参见高圣平：《动产抵押登记制度研究》，中国工商出版社2007年版，第199页以下。

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。”同时物权法在第194条第2款规定：“债务人以自己的财产设定抵押，抵押权人放弃该抵押权、抵押权顺位或者变更抵押权的，其他担保人在抵押权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，但其他担保人承诺仍然提供担保的除外。”第218条规定：“质权人可以放弃质权。债务人以自己的财产出质，质权人放弃该质权的，其他担保人在质权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，但其他担保人承诺仍然提供担保的除外。”由此可见，物权法在债务人自己提供物的担保的情况下采取了“物的担保优先于人的担保”的观点，在第三人提供物的担保的情况下采取了“物的担保与人的担保平等”的观点，并对后一种情况下保证人和物上保证人之间的追偿关系未置明文。<sup>①</sup>这一制度设计颇值考量。一则，依保证人与债务人之间的地位差异以及追偿成本的观念来区分这两种情况并作各别对待，理由并不充分，二则奉行“物的担保与人的担保平等”的观点，在逻辑上应承认保证人和物上保证人之间担保责任的比例关系，保证人或物上保证人一方应债权人的请求承担担保责任后，就超过其所应分担的份额，对他方应有追偿权。

### （五）担保登记与交易安全

物权法没有解决担保法实施中广受诟病的担保登记问题。物权法第178条规定：“担保法与本法的规定不一致的，适用本法。”通过比较我们发现，物权法与担保法担保物权各章（总则、抵押、质押、留置）并不是简单的新旧法的关系，物权法的施行并未废止担保法担保物权各章的规定，给法律的适用带来了困难。担保法关于动产抵押权的登记机关（第42条）、动产抵押权的登记材料（第44条）的规定仍然有效。但在物权法之下，动产抵押权统一采取登记对抗主义，登记的理念与制度价值迥异于担保法，还适用担保法之下的“文件登记制”，坚持复杂的登记内容和多元化的登记机关，是否妥适，尚值研究。

物权法施行后，《应收账款质押登记办法》、《动产抵押登记办法》、《房屋登记办法》、《土地登记办法》、《注册商标专用权质权登记程序规定》、《著作权质权登记办法》、《专利权质押登记办法》、《证券质押登记业务实施细则》等登记规则相继出台。我们企盼动产担保交易的单独立法，因为现代担保制度概指工业社会兴起之后，以动产（包括权利）的交换价值为标的而设定担保的制度，其最大特色在于不影响担保物的使用收益，其经济基础乃是高度发达的市场经济。

<sup>①</sup> 详细讨论见本书相关章节。

## 五、小结

在把握制度演进的前提下，准确理解物权法与担保法之间的关系，直接关系到审判实践中对相关个案的处理。例如实践中，即有法官认为，担保法中有禁止重复抵押的规定，<sup>①</sup>但物权法对此未置明文，依物权法第178条关于“担保法与本法的规定不一致的，适用本法”的规定，重复抵押即应禁止。但在物权法更加倡导担保自由的大背景之下，这一理解明显欠妥。仅就物权法第199条关于同一财产上数个抵押权的受偿顺位的规定<sup>②</sup>而言，重复抵押即为物权法所允许——没有重复抵押，何来数个抵押权？又何谈数个抵押权之间的顺位？

---

<sup>①</sup> 担保法第35条规定：“抵押人所担保的债权不得超出其抵押物的价值。财产抵押后，该财产的价值大于所担保债权的余额部分，可以再次抵押，但不得超出其余额部分。”

<sup>②</sup> 物权法第199条规定：“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，按照登记的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿；（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。”