

民法典担保从属性规则的适用及其限度

高圣平

中国人民大学民商事法律科学研究中心 中国人民大学法学院

导出/参考文献 分享

摘 要: 我国《民法典》上的担保系为保障债权的实现而存在,须从属于其所担保的主债权。担保权利也就成为依附于主债权的从权利性,与所担保的主债权同其命运和效力。由此,担保的发生以主债权成立为前提,其范围和强度不得大于或重于主债权,并因主合同之无效而债权之转让而转移,因主债权之消灭而消灭。但为因应社会经济发展,担保从属性规则出现日益缓和的趋势。主债权在担保设立之时无须特保权利可行行使之时,须有主债权的存在,此为将来特定债权作为担保债权提供了解释前提;最高额担保制度的确立击破了担保权利与具体债——对应关系,使得将来不特定债权作为担保对象成为可能。不具从属性的独立保函亦成为《民法典》之外的非典型担保交易形式。

关键词: 担保; 从属性; 将来债权; 独立保函; 债务承担; “借新还旧”;

基金: 中国人民大学科学研究基金(中央高校基本科研业务费专项资金资助) 重大项目“民法典担保法的解释与适用”(项目批准号: 20XN 研究成果;

Application and its Limit of Subordination Rule of Guarantee in Civil Code

Gao Shengping

就担保合同和主合同之间的关系,立法例上向有从属性和独立性两种安排,前者置重于保全债权实现的功能,后者则顾及担保权利的功能。^[1]从我国《民法典》第386条、第681条有关担保物权和保证合同的定义性法条看,《民法典》所称“担保”以保障主债权的实现为目的担保的独立性和流通功能。这一政策选择源于在我国目前特定的社会经济背景下,经济下行的形势使得保全债权实现的功能被置于优先位置,金融风险防控在一定程度上需要限制担保的独立性。由此,担保对于主债权而言也就具有了从属性。

在我国《担保法》第5条第1款以及《物权法》第172条第1款的基础上,《民法典》第388条第1款和第682条第1款分别规定“担保合同是主债权债务合同的从合同”^[2]以及“保证合同是主债权债务合同的从合同”,将担保合同的从属性定为明文。在解释上,“担保合同从属于主债权债务合同”^[3]应属同义,但后者更为严谨。尽管《民法典》将物权变动的原因和结果相区分,但担保物权的设立以合同依法成立为前提,在我国法不承认债权行为和物权行为的区分以及物权行为的独立性和无因性的前提之下,^[4]担保合同被认定无效即因其而设立的担保物权亦属无效,即使担保物权已登记且未注销登记,亦无不然。由此可见,《民法典》明确规定担保合同是从合同,也就上担保合同所产生的担保物权从属于主债权。^[5]

这一担保目的上的从属性又进一步被解释为发生的从属性、范围及强度的从属性、效力的从属性、处分的从属性以及消灭的从属性。典》的相关规则也依此展开。就《担保法》《物权法》所规定担保从属性规则的释论而言,司法实践中的把握并不一致,《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法[2019]254号,以下简称《民商事审判工作会议纪要》)在一定程度上统一了相关司法态度,但其中的规则不无检讨的必要。《民法典》修改了《担保法》《物权法》的相关规则,如何在从属性之下寻求相关规则的妥适解释结论,即成《民法典》担保制度实施中的一大任

一、主债权的特定化与担保发生上的从属性

(一) 被担保债权的特定化

担保以保障主债权的实现为目的,因此,担保应以主债权的先行或同时存在为发生要件,如主债权实际上并不存在或尚未发生,即使担保权利据以成立的其他要件,担保权利在法律上也无从单独发生,此时承认担保权利的存续并无实际功用。此即所谓担保发生上的从属性。权利所欲确保实现的债权尚须特定,在担保权利可行行使之时,必须以被担保的特定债权未受清偿为前提。此即所谓担保债权(主债权)规则。^[8]

《民法典》第387条第1款、第681条中“为保障实现其债权”“为保障债权的实现”之表述即体现了担保在发生上的从属性。^[9]为与同属债权的保证债权相区分,此处的债权又被称为主债权。值得注意的是,《民法典》担保规则体系所使用的“主债权”一词具有两种不同含义。一种是在主从关系之下使用,系指与保证债权或担保物权相对而称的被担保的债权,例如,《民法典》第388条、第682条所称主债权,在内容上包括主债权

债权)及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用。另一种是在债权债务关系内部使用,系指与利息、违约金、金等从债权相对而称的原本债权,例如,《民法典》第389条、第684条所称主债权。在这个意义上,借款合同法律关系中的贷款人请求偿还借款本金的债权即为主债权,因该主债权而派生的利息、违约金、损害赔偿金等其他请求权为从债权。^[10]

适用担保的主债权范围,是指哪些主债权的实现可以通过设立担保的方式予以保障。^[11]《担保法》第2条第1款将可以担保的债权范围限定为“借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动”所生的债权。此处“借贷、买卖、货物运输、加工承揽”是典型的合同行为,亦即被担保的主债权为合同债权。该款同时使用了“等”字,若严格地按照例示规定解释,被担保的必须是合同之债,而身份关系之债、不当得利之债、无因管理之债不得设立担保,^[12]但这一理解有欠周全。为避免理解上的歧异,《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》)第1条对此作了专门规定,即“当事人对由民事关系产生的债权,在不违反法律、法规强制性规定的情况下,以担保法规定的方式设定担保的,可以认定为有效”。这一规定使得担保债权的范围更加明确。《民法典》第387条第1款规定:“债权人在借贷、买卖等民事活动中,为保障实现其债权,需要担保的,可以依照本法和其他法律的规定设立担保物权。”这一规则自可类推适用于保证。在体系解释上,“借贷、买卖等民事活动”的范围,尚须结合后段“为保障实现其债权”进行理解。对其妥当的解释结论是,担保适用于民事活动中所发生的债权,借贷、买卖仅为其中的典型。^[13]所有的担保手段均旨在担保债务的履行,亦即只要是其履行需要担保的主债务均可以设定担保,至于该债务发生的原因如何,则非所问。因此,不仅因合同而产生的债权可以成为担保债权,而且因侵权行为、无因管理、不当得利或者其他法律规定而发生债权也可以作为担保债权。不过,对于因侵权行为、无因管理、不当得利产生的债权不能通过先行设定担保的方式加以保障,仅在因上述行为已经发生后,才可以担保方式保障实现。^[14]

早期,主债权均系现有债权。例如,基于主债权债务合同(买卖合同),出卖人已经给付适格的标的物,但买受人尚未履行给付价款的义务,则管买受人给付价款义务的履行期限是否届满,出卖人的相对债权均为现有债权。此际,担保发生上的从属性也就体现为担保设立之时必有主债权的存在。在一般情况下,先有主合同的存在,而后有担保合同,在具体表现上可以是二者同时订立,或主合同订立在先,担保合同嗣后订立。随着社会经济发展,商业经营模式不断更新,债权发生的形式已不再局限于现有债权,客观上已有发生基础且于将来有发生可能性的债权,亦有设定担保保障其实现的必要。例如,当事人之间已经签订买卖合同,在出卖人没有给付标的物情形之下,出卖人请求买受人给付价款的债权即属将来的债权,此类将来特定债权是否可以作为担保的对象?又如,在信贷实践中,贷款人基于风险控制的需要,往往先设立有效的担保,再签订借款合同并发放贷款;当事人之间签订反担保合同担保保证人求偿权的实现,但在保证人尚未履行保证债务之前,其对主债务人的求偿权无从发生,债权是否可以设立担保?此外,在当事人之间存在持续交易的情形之下,连续发生不特定的多数债权,就此类主债权也有了一次性设立担保的需求,以达到交易迅速、安全以及低成本、高效率的目标。学说上遂转向对担保从属性作缓和解释,认为只要将来债权已可得特定,^[15]或债权发生的原因事实在担保权设立之时即已存在且数额预定,^[16]即不违背担保从属性和担保债权特定原则。

(二) 担保将来债权时的从属性

担保发生上的从属性和担保债权(主债权)的特定原则不宜作严格解释。^[17]保证合同生效,债权人与保证人之间的保证债权债务关系即告成立,但此时保证人无须履行保证债务,只有在“债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形”时,保证人才履行保证债务(《民法典》第686条)。动产抵押合同生效,动产抵押权设立;其他物权担保合同生效,担保物权在满足公示要件之时设立,但此时担保物权人无须承担担保责任,只有在“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”时,担保人才承担担保责任(《民法典》第386条)。由此可见,不以担保设立时即已现实存在为必要,仅需在担保权利可行行使之时满足特定化要求即可。如此,为将来可能发生的债权设立担保,非法所禁止。该将来债权嗣后若未发生,则担保权利不生效力。^[18]这也是《民法典》最高额担保制度得以展开的理论前提。因而,担保发生上的从属性从其与主债权成立的时序上观察,而主要应置重于其与主债权的主从关系上。留置权因为保护特定债权而生,因此,只能对现有债权成立担保,其发生上的从属性至为明显。至于为融资媒介的抵押权、质权、保证债权等,其发生上的从属性较为缓和,可就将来的债权或附条件债权设定担保。^[19]

《民法典》第420条、第439条第2款、第690条关于最高额抵押权、最高额质权、最高额保证的规定已表明我国法允许为将来债权设立担保。由此可见,被担保的主债权无须于担保设立时即已现实存在,但这并不表明就债权人与主债务人之间所有可能发生的债权设立担保。为了防止问题,《民法典》规定,最高额担保是为一定范围内的不确定债权所提供的担保,“一定范围内的债权”受到“最高债权额限度”“一定期间”“连续发生”等方面的限制。

其一,“最高债权额限度”是债权人可行行使担保权利的最高债权金额,也是担保人承担担保责任的最高风险值。基础关系最高债权额与最高额担保与一般担保的显著区别。应当注意的是,“连续发生的债权”的数额在担保设立时应不确定。如为将来特定债权提供担保,债权发生于将来,但其数额已经确定,即构成成为将来特定债权所设立的一般担保,而非最高额担保。

其二,“一定期间”即为被担保债权的确定期间,又称最高额担保的发生期间、存续期间或决算期间,超过该期间而发生的主债权不属于最高额担保范围。至于在确定期间起算之前已经存在的债权,经当事人同意,也可以转入最高额担保的债权范围。最高额担保的本质特征不在于其所担保为将来的债权,而在于所担保的债权为不特定债权,且有最高债权额限度。^[20]即使将现有债权纳入最高额担保范围之内,该现有债权也仍属于最高额担保范围内所有债权的一部分而存在,并不失其最高额担保债权的不特定性。最高额担保不以主债权的存在和特定为前提,仅在确定

之时才可确定最高额担保的主债权实际数额。此外，纳入最高额担保范围的现有债权在最高额担保设立之后，也可因主债务人清偿等原因消灭，最高额担保不受其影响，并不随之消灭，此也与最高额担保的法理相符。^[21]

其三，“连续发生”是指在确定期间内所发生的债权次数不确定且接连发生。^[22]“连续发生的债权”仅强调其将来接连发生，并不以同一法律关系所发生者为限，也不以同类系列债权为限。因被担保的主债权已有最高数额限制，担保人的其他债权人可据此评价担保人的财产负担或担保财产的剩余价值亦可呈现，不宜再限制债权的发生原因。^[23]

综上，担保发生上的从属性，并不仅限于在担保设立之时主债权已经存在；在担保权利可行行使时主债权具有特定性，并不违反担保原则。亦即在担保权利设立或行使时，必须有被担保的主债权存在。^[24]以将来债权作为担保债权范围的，其担保数额并不以已现实确定者为准，必须可得确定，如其数额或范围完全不能预先确定，在解释上应认为担保合同因无意识的不合意而不成立。^[25]

二、担保范围和强度上的从属性与担保合同违约金条款的效力

（一）约定担保范围和法定担保范围之间的关系

担保合同是主合同的从合同，由此决定担保人承担担保责任的范围和强度不得大于或重于主债务。^[26]担保范围和强度，是指在主债权债务或者发生当事人约定的实现担保权的其他情形之时，担保人向债权人承担担保责任的限度。^[27]担保制度并非使权利人全面地支配担保价值或掌控担保人之资力，而仅在其所担保的主债权范围内借由标的物的交换价值或担保人的资力获偿。^[28]就担保范围和强度上的从属性解释论上应予明确的有以下三点。

第一，关于债权人和担保人是否可以在担保合同中约定小于主债权的担保范围，《民法典》第389条规定：“担保物权的担保范围包括主债权、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用。当事人另有约定的，按照其约定。”第691条规定：“保证的范围包括主债权、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。当事人另有约定的，按照其约定。”这就意味着《民法典》关于担保范围的规定属于任意性规范，当事人可以约定担保范围，且以约定担保范围优先。当事人可就担保范围作出约定，明确排除或者确认相关债权是否属于担保范围；如当事人就此未作约定，则适用法定的担保范围。

以保证为例，保证债务系区别于主债务的另一种债务，具有相对独立性，其内容未必与主债务完全相同，但仍不得超过主债务。因此，债权人约定的保证债务可以小于或者弱于主债务。例如，债权人与保证人有减轻保证人保证责任的以下约定，其约定应属有效：（1）约定仅保证本金而不保证利息等从债务；（2）约定仅保证原本债务的一部分而不保证其全部；（3）约定仅保证债务不履行的损害赔偿而不担保主债务本身；（4）约定仅就债务人的故意或者重大过失所致不履行提供保证，而不及于主债务不履行的全面。^[29]

第二，关于债权人和担保人是否可以在担保合同中约定大于主债权的担保范围，《民法典》未设明文。多数学者认为，担保的范围和强度不得超过主债务，债权人与担保人虽可约定担保的范围，但其约定的担保范围与强度不得大于或强于主债务，否则应缩减至主债务的限度内。^[30]也有观点认为，在约定担保范围超过法定担保范围时，应按法定担保范围强制执行。约定担保范围超过法定担保范围的部分，不影响担保合同的效力，该部分依然成立，但不具有强制执行力，如担保人自愿加以履行，则视为赠与；担保人在自愿履行后反悔的，也不予支持。^[31]

以保证为例，在体系解释上，《民法典》第691条关于保证范围的但书规定“保证合同另有约定的，按照约定”，应结合《民法典》第681条“保证合同是主债权债务合同的从合同”的从属性规定进行限缩解释。债权人与保证人之间就担保范围的意思形成自由应受限制，亦即当事人不得约定担保范围超出法定担保范围。当事人约定担保范围超出法定担保范围的部分，不影响担保合同的效力，该部分依然成立，但不具有强制执行力，如担保人自愿加以履行，则视为赠与；担保人在自愿履行后反悔的，也不予支持。^[31]

如此解释也符合《民法典》上担保人求偿权行使范围的要求。担保人在承担担保责任之后，自得向主债务人求偿，该求偿权以担保人的清偿额为限，但同时受到主债务的限制。担保人承担担保责任，属于代负履行责任或代为承担债务不履行的赔偿责任，因此，担保人的代偿金额不得超过主债务。^[33]债权人向担保人的请求数额超过主债务人应承担的数额的，担保人自应主张本属于主债务人的抗辩，以对抗债权人的请求。担保人主张该抗辩，导致其所承担的责任超过主债务的，自不得就超过部分向主债务人求偿。由此可见，如担保范围和强度超过主债务，担保人承担了担保责任，但无从向主债务人求偿。

第三，担保范围和强度大于或强于主债务的例外情形。在债务人破产时，对于债权人通过破产程序未能实现的债权，保证人仍然承担清偿责任（《企业破产法》第124条）；债权人对保证人享有的权利不受重整计划或和解协议的影响（《企业破产法》第92条第3款、第101条）。最高人民法院关于适用《中华人民共和国企业破产法》若干问题的规定（三）（法释[2019]3号）第5条规定：“债权人向债务人、保证人均主张权利的，从一方破产程序中获得清偿后，其对另一方的债权额不作调整，但债权人的受偿额不得超出其债权总额。”这些规定都说明在债务人进入重整、和解程序中，保证债务的范围或数额可以例外地大于主债务。

（二）保证合同中约定单独违约金条款的效力

在信贷和司法实践中，债权人与保证人签订的部分保证合同就保证债务的履行单独约定了违约金条款，如在保证合同中约定，“保证人的债务提供连带责任保证，保证人不承担保证责任或违反合同约定的其他义务的，保证人应按主合同项下主债务本金的15%（或特定的债权人另外支付违约金”。由此引发的问题是，上述保证合同中的违约金条款是否有效，以及是否有违保证合同从属性特征。

对于前述保证合同违约金条款的效力，司法实践中存在三种裁判观点。第一种观点认为此类条款有效。其主要理由在于保证责任的范围人与保证人意思自治的范畴，只要不违反法律的禁止性规定，则合法有效。^[34]第二种观点认为此条款无效。其主要理由在于保证合同对范围的约定，虽属意思自治范畴，但因保证合同是主合同的从合同，基于从属性原则，保证责任的范围及强度不能超过主债务；保证债务超过部分，使债权人获得了从主债务人处不能获得的利益，保证人就该部分承担责任后无法向主债务人求偿，对保证人产生不公平的结果。^[35]第三种观点认为该条款有效，但是可以适用违约金酌减规则。^[36]其主要理由在于就保证合同的从属性并无对应的法律条文予以明确，否定单独违约金效力缺乏明确的法律规定。该约定并未违反社会公共利益，属于当事人之间利益调整的范畴，自应有效。主债务不履行的违约金和保证债务自可并行不悖，但两者针对的原本债务毕竟具有同一性，如两者相加明显过高，则可通过调整违约金予以解决。^[37]笔者认为，该条款对保证生效力，理由如下。

第一，就保证责任而言，虽然《民法典》规定了“履行债务或者承担责任”两种形式，但在解释上，如主债务属于金钱债务，保证人的作为代主债务人履行债务。在此前提下，只要保证人未代为履行主债务，主债务不履行的违约金就一直在计算和累积之中，且属于保证范围。保证合同中单独约定的违约金条款的效力，保证人就将承担主债务不履行和保证债务不履行的双重违约责任。

第二，基于保护保证人的法政策，保证人的责任不宜过重。《民法典》关于保证人权利保护体系的设计在一定程度上体现了这一政策。保证债权的从属性，《民法典》定有明文，已如前述。保证范围和强度上的从属性在这一法政策之下就应作严格解释。在保证人不及时应请求代为履行主债务的情形之下，主债权债务合同的违约责任条款已经起到惩戒保证人的作用。

第三，保证人在代为履行债务之后，自得向主债务人求偿。如承认保证合同中单独的违约金条款的效力，且不能就此向主债务人追偿，了保证人的责任。实定法上否定保证人求偿权的情形并不多见，主要体现为保证人本可主张的主债务人的抗辩却不主张。以主债务时效经过为例，保证人急于主张该抗辩权就丧失对主债务人的求偿权，否则主债务人本来享有的时效利益旋即丧失殆尽。至于超过主债务范围和强度的违约金，基于债的相对性，主债务人不负清偿责任，自可就保证人的求偿请求进行抗辩。

上述对保证合同中单独约定违约金条款效力的分析，自可适用于物上担保合同。

三、担保效力上的从属性和独立保函的体系定位

（一）主合同被认定无效或被撤销对担保合同的影响

在主合同无效之时，担保合同也无由发生。因此，主合同无效，则担保合同绝对无效；担保合同无效，则不影响主合同的效力。但《担保法》第5条第1款规定：“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。”此所谓“另有约定的，按照约定”指当事人可依其明示的意思表示排除从属性的适用，如无约定，仍得依从属性特征决定担保合同的效力。在解释上，在主合同无效、担保合同无效的情况下，担保人应就主合同无效所产生的民事责任负担担保责任。^[38]但是《物权法》第172条第1款规定：“主债权债务合同无效，担保合同无效，法律另有规定的除外。”这就排除了当事人另作约定的可能性。“法律另有规定的除外”是指《物权法》关于最高额抵（质）押合同相对独立性。^[39]

《民法典》就此作了相应修改与统合，其第388条第1款和第682条第1款分别规定“主债权债务合同无效，担保合同无效，但是法律另有规定的除外”，“主债权债务合同无效，保证合同无效，但是法律另有规定的除外”，明确排除了当事人之间就担保合同效力从属性的例外约定，在一定程度上缩小了当事人的意思自治空间，置重于担保制度的保全功能。在解释上，这两款也类推适用于主债权债务合同被撤销的情形，即主债权债务合同被撤销，担保合同也归于无效。^[40]此处所谓“法律另有规定的除外”，系指《民法典》关于最高额抵（质）押合同、最高额保证合同相对独立性。^[41]在最高额担保法律关系中，最高额担保与连续发生的具体债权之间并无一一对应关系，其中某一主合同被认定无效，并不影响担保合同在最高额担保确定之时，可将该主合同被认定无效之后债务人所应承担的损害赔偿责任人一并计入，由最高额担保所担保。但在解释上，如主合同所担保的综合授信协议被认定无效的，担保合同应随之无效，不适用这一例外规则。

在《民法典》之下，当事人有关排除担保从属性的约定应当被认定无效。这一解释论与最高人民法院的司法态度相一致。例如，“独立担保是否定担保合同从属性，不再适用担保法律中为担保人提供的各种保护措施，诸如未经担保人同意而变更担保合同场合下担保人的免责，主债权债务合同无效、被撤销、诉讼时效或强制执行期限完成而产生的抗辩权，以及一般保证人独有的先诉抗辩权等，因此独立担保是一种非常严厉的担保”。^[42]又如，“考虑到独立担保责任的异常严厉性，以及适用该制度可能产生欺诈和滥用权利的弊端，尤其是为了避免严重动摇我国担保法律制度体系的基础，独立担保只能在国际商事交易中使用，不能在国内市场交易中运用”。^[43]

排除担保从属性的约定无效不影响担保合同其他部分的效力,《民法典》第156条规定,“民事法律行为部分无效,不影响其他部分效力,其他部分仍然有效”。由此可见,担保合同中关于被担保债权的种类和数额、主债务人履行债务的期限、担保范围等的约定仍然有效。就担保债权债务合同之间的关系,在认定排除担保从属性的约定无效之后,应依《民法典》第388条第1款和第682条第1款所规定的效力上的从属性人之间的权利和义务。如此即呈现出不同的责任分担机制。

第一,在主债权债务合同有效且担保合同有效的情形之下,按照从属性担保处理当事人之间的纠纷。《民商事审判会议纪要》第54条时,如果主合同有效,则担保合同有效,担保人与主债务人承担连带保证责任。”这一司法态度值得商榷之处在于以下三个方面。其一,效,担保合同并非就一定都有效。否定排除担保从属性的约定之效力,仅仅表明担保合同不因其中排除从属性约定的无效而无效,并不排除因其他原因而无效的情形。例如,约定了排除从属性的担保合同,自可因违反公序良俗原则而无效。因此,该条中“如果主合同有效,则担保有效”之规定有失偏颇。其二,“担保人与主债务人承担连带保证责任”的表述,指向在从属性保证之下保证方式的推定。在担保合同已就保证方式明确约定的情形之下,排除从属性约定的无效并不影响保证方式约定的效力,此时自无推定规则的适用。仅在担保合同没有约定保证方式或约定的情形之下,才推定“担保人与主债务人承担连带保证责任”。此处的“连带保证责任”应为“连带责任保证责任”。我国实定法将保证方式规定为“一般保证”和“连带责任保证”。“连带保证责任”与“按份保证责任”相并而称,是就共同保证中保证人之间关系的分类。《民法典》已就保证方式的推定了不同于《担保法》的制度安排,其第686条第2款规定:“当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的,按照一般保证责任。”在《民法典》实施之后,此时应推定保证人承担的是“一般保证”。其三,该条尚未涉及物上担保合同中排除从属性约定被认定无效后则。此时,物上担保合同并不因排除从属性约定的无效而无效,如无其他令其无效的事由,物上担保合同自属有效。在解释上,此时担保特定,债权人自可依法行使其担保物权,担保人并无顺序利益。此与保证的情形存在重大差异。

第二,在主债权债务合同有效且担保合同无效的情形之下,适用《民法典》第388条第2款和第682条第2款,就债权人因担保合同被认定受损失,在有过错的当事人之间进行分配。此处的“担保合同无效”,指的是约定了排除从属性的担保合同因自身原因被认定无效的情形。《民法典》第388条第2款规定:“担保合同被确认无效后,债务人、担保人、债权人有过错的,应当根据其过错各自承担相应的民事责任。”第682条第2款规定:“保证合同被确认无效后,债务人、保证人、债权人有过错的,应当根据其过错各自承担相应的民事责任。”此处“相应的民事责任”上属于与其过错相对应的缔约过失责任。就此,《担保法解释》第7条规定:“主合同有效而担保合同无效,债权人无过错的,担保人与债务人同债权人的经济损失,承担连带赔偿责任;债权人、担保人有过错的,担保人承担民事责任的部分,不应超过债务人不能清偿部分的二分之一。”

第三,在主债权债务合同无效导致担保合同也随之无效的情形之下,适用《民法典》第388条第2款和第682条第2款,视担保人是否判定担保人是否承担相应的缔约过失责任。就此,《担保法解释》第8条规定:“主合同无效而导致担保合同无效,担保人无过错的,担保人不承担民事责任;担保人有过错的,担保人承担民事责任的部分,不应超过债务人不能清偿部分的三分之一。”《民商事审判会议纪要》第54条指出无效,则该所谓的独立担保也随之无效,担保人无过错的,不承担责任;担保人有过错的,其承担民事责任的部分,不应超过债务人不能清偿部分的三分之一。”此处“担保人的过错”,不是担保人对主合同无效的过错,而主要体现为担保人明知主合同无效仍为之提供担保或担保人对无效主合同立起过中介、促使的作用。^[44]在解释上可以认为,担保合同的存在促成了主合同的成立,债权人的信赖利益应予保护,担保人承担的仍是保证责任。^[45]

(二) 独立保函的体系定位

《民法典》如何规定经由国际贸易实践发展起来的独立保函制度,不无争议。在立法过程中,即有观点认为,《民法典》应承认包括国内外的独立担保制度。^[46]根据《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》(法释[2016]24号,以下简称《独立保函规定》)保函是指银行或非银行金融机构作为开立人,以书面形式向受益人出具的同意在受益人请求付款并提交符合保函要求的单据时,向其支付特定金额(即保函约定金额)的书面承诺。“独立保函的性质是付款承诺,开立人的义务在于依条件付款,而非在债务人不履行债务时代为履行责任。付款义务的独立性和单据性特点,使得独立保函在效力、履行、付款金额、有效期、转让等方面均排除了对基础交易的从属性,具有依文本自足的特点。”^[47]

在《独立保函规定》公布之前,裁判中多以《担保法》第5条第1款“但书”的规定作为承认国际贸易中见索即付保函(独立保函)适法性的基础,全国人大常委会法工委民法室的释义书也将凭要求即付担保(即“见索即付保函”)作为《担保法》第5条第1款“但书”的例证。^[48]《规定》肯定了这一司法态度,并将其扩及国内交易中的独立保函。其中,第23条规定:“当事人约定在国内交易中适用独立保函,一方当事人以保函不具有涉外因素为由,主张保函独立性的约定无效的,人民法院不予支持。”其理由主要体现为两点。其一,近年来,为国内交易开具独立保函已成为我国金融机构的一项重要业务,基于我国经济发展、完善信用保障制度的现实需要,有必要承认国内交易中独立保函的效力。通过将其适用范围限于对独立保函风险有成熟认知的金融机构,在一定程度上可以防止独立保函可能存在的欺诈及滥用付款请求权风险。其二,遵循当事人自治和市场主体平等保护原则,以独立保函不具有涉外因素为由主张保函无效,缺乏法律依据;在国际和国内交易界限模糊的背景之下,同一同时涉及国内独立保函和涉外独立保函的情况大量存在,如分别采行不同的效力模式,将直接导致当事人权利义务失衡。^[49]《民商事审判会议纪要》第54条坚持了最高人民法院既有的司法态度:承认金融机构出具的独立保函的效力,以与《独立保函规定》第23条相一致;否定其他

的独立担保约定的效力，依从属性担保判断当事人的权利和义务。但这两个司法文件均未涉及国际贸易中非金融机构出具的独立保函的效力解释上可以依循既有的司法态度，承认此类独立保函的效力。

在最高人民法院看来，独立保函在性质上不属于《民法典》所规定的典型担保形式即保证。“独立保函虽然客观上具有担保债权实现与担保法规定的保证有本质区别，与信用证性质相同。”^[50]“当事人主张独立保函适用担保法关于一般保证或连带保证规定的，人民法院不^[51]在《民法典》之下，是否可以通过对第682条第1款“主债权债务合同无效，担保合同无效，但是法律另有规定的除外”的解释来解决独立法性问题？虽然在解释上可以将《独立保函规定》纳入“法律另有规定”的“法律”之内，但即便如此，也仅仅解决了效力从属性上的例外问题。保函还涉及保证人（开立人）放弃主债务人的抗辩等要素。因此，独立保函在《民法典》上尚无“立足之地”，将其界定为一种实定法之外的担保形式应为妥适的解释选择。

如此，当事人的意思表示是否被认定为独立保函就显得尤为重要。根据《独立保函规定》，作此认定的两个核心要素如下。其一，开立“银行或非银行金融机构”。金融机构包括政策性银行、商业银行、农村合作银行、城市信用社、农村信用社、村镇银行、贷款公司、农村社、金融资产管理公司、信托公司、企业集团财务公司、金融租赁公司、汽车金融公司、货币经纪公司等。^[52]在外观表象上，金融机构持“金融许可证”，但凡不持有“金融许可证”的机构，如担保公司、融资租赁公司等，其所开立的独立保函均应认定为无效。其二，文件中存在开立人承诺，如保函载明适用国际商会《见索即付保函统一规则》等独立保函交易示范规则；根据保函文本内容，开立人的付款义务独立于基础交易申请法律关系，其仅承担相符交单的付款责任。独立保函记载了对应的基础交易，不影响独立保函的定性。

在司法实践中，法院一般依照《独立保函规定》，根据保函的文本是否符合独立保函的形式要件判断是否属于独立保函。就保函的性质，有裁判认为，如保函载明开立人承担付款责任以申请人违约为条件、担保方式为连带责任担保等，则表明该保函为保证，而非独立保。也有相反观点认为，尽管存在申请人违约等表述，但仅此不影响保函的定性。^[54]此外，保函中同时存在见索即付以及担保责任的条款，亦存在定性之争。^[55]笔者认为，即便存在连带责任担保以及申请人违约的表述，只要对开立人的付款责任而言未增加实质性的条件，即不影响独立性。因此，只要证明保函文本具备《独立保函规定》第3条所规定的要件，即应将案涉保函定性为独立保函。

四、担保处分上的从属性与金融不良资产处置

在主从关系之下，债权人与担保人属于同一人，因此，担保权利不能与主债权相分离而单独转让或者作为其他债权的担保。据此，担保与其担保的主债权共同处分，主合同权利、义务的转移，原则上导致担保合同所生权利、义务的转移。^[56]此即所谓担保在处分（转移）性，又称担保的随伴性。

（一）主债权转让对担保权利的影响

主债权转让仅涉及债权人的变化，对主债务人的履约能力不发生影响，一般不会增加担保人的风险和负担，因此，担保权利随同主债权转让就成了一般规则。^[57]《民法典》第549条第1款规定：“债权人转让债权的，受让人取得与债权有关的从权利，但是该从权利专属于债权人本身的除外。”保证债权和担保物权自属从权利，应为该条文义所能涵盖。在此一般规则适用于保证债权和担保物权之时，《民法典》又分别规定了（第696条、第407条）。

就保证债权而言，其实现端赖于保证人的履行行为，通知保证人也就成了此时的考量因素。主债权转让之时债权人通知保证人的，保证人承担相应的保证责任；主债权全部转让时，受让人成为保证债权人，保证法律关系在受让人和保证人之间得以存续；主债权部分转让时，受让人均为保证债权人。主债权转让之时债权人未通知保证人的，该转让对保证人不发生效力。《民法典》第696条第2款规定：“保证人与债权人约定对特定的债权人承担保证责任或者禁止债权转让，债权人未经保证人书面同意转让全部或者部分债权的，保证人就受让人的债权不承担责任。”在解释上，此类约定不得对抗（善意）第三人。此外，在最高额保证所担保的主债权确定前，部分债权转让的，最高额担保不得对抗当事人另有约定的除外（准用《民法典》第421条）。

就担保物权而言，债权人自可在实现条件成就之时，追及至标的物之所在而行使其担保物权，就标的物进行变价并优先受偿，此前是否通知债务人则非所问。《民法典》第407条规定：“抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。债权转让的，担保该债权的抵押权一并转让，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”在解释上，质权和留置权自可类推适用这一规则。此处的“法律另有规定”，指的是《民法典》第406条关于最高额抵押权确定之前部分债权转让时，最高额抵押权并不随同转让的规定；“当事人另有约定”，包括担保合同中约定担保物权不随债权转让、担保人仅对特定的债权人承担担保责任或者禁止主债权转让等情形。值得注意的是，在担保物权随同主债权一并转移至受让人之日，受让人自可据此办理担保物权转移登记，且无须担保人同意。

依《民法典》第407条之规定，其一，债权人不得将担保物权单独转让给他人，而自己保留其债权。此时的担保物权转让行为无效，受让人据此取得担保物权，因无其所担保的主债权，担保物权登记也无法办理。其二，债权人不得将其债权单独转让给他人，而自己保留担保物权。该保留担保物权的意思并无法律效力，担保物权仍与主债权一起被转让给受让人。^[58]但当事人明确约定债权人仅转让债权，担保物权并不转让的，受让人仅取得债权；债权人所保留的担保物权因无主债权而归于无效，担保人自可请求注销担保物权登记。^[59]其三，债权人不得将主

担保物权分别转让给不同的两人。此时，担保物权的转让行为无效，债权人存留的担保物权因无主债权而归于无效。就债权转让而言，因债权担保物权另行转让给他人，当事人之间仅转让债权的意思可堪确认，此时，受让人仅取得无担保的债权，担保人可请求注销担保物权登记。担保物权不得脱离原债权为其他债权提供担保。此时，担保物权之抵押权或质权违反物权法定原则，自属无效。但《民法典》第407条并不可以连同担保物权一起为其他债权提供担保。^[61]例如，某一应收账款本有抵押权担保，在该应收账款为其他债权的履行提供担保之时，担保得附有抵押权担保的应收账款质权，该应收账款质权的效力及于抵押权。此外，债权人亦可仅以主债权（限于应收账款）出质，而自己保留债权。此时，担保权人仅取得无附随担保的应收账款质权；债权人虽以其应收账款出质，但在解释上并不失其应收账款，自不发生其担保物权存在而消灭的问题。^[62]

（二）主债务转移对担保权利的影响

主债务转移，又称债务承担，是针对原债务人的债务在不失其同一性的前提下转由第三人承担而言。其中，转由第三人对债权人负债务的，为免责的债务承担；由第三人与原债务人共同对债权人负连带责任的，为并存的债务承担。^[63]主债务的转移涉及履行主债务的义务人，担保人基于对原债务人的履约能力为主债务的履行提供担保，承担人是否如原债务人一样具有相应的履约能力，非担保人在提供担保时所能预知。因此，主债务的转移关乎担保人利益，未经担保人同意的主债务转移虽可在当事人之间发生效力，但不得对担保人主张，担保人在转移的主债务范围内免除担保责任。^[64]《民法典》第697条、第391条均规定，未经保证人或物上保证人书面同意，债权人允许债务人转移全部或者部分债务，保证人对未经其同意转移的债务不再承担担保责任。但前条但书规定“债权人和保证人另有约定的除外”，后条并无此规定。在解释上，和物上保证人在担保合同中另有约定的，亦不适用前述规定。值得注意的是，《民法典》第391条仅限于第三人提供物的担保的情形，在债权人提供物的担保之时，即使主债务转移且未经债务人（担保人）同意，债务人仍应承担担保责任。

学说上认为，就并存的债务承担而言，原债务人并未脱离债的关系，未超出保证人或物上保证人提供担保之时的预期，且在并存的债务承担中，第三人加入债的关系，与原债务人共负连带责任，增加了债权受偿的可能性，对于保证人或物上保证人并无不利。^[65]因此，《民法典》第697条、第391条不适用于并存的债务承担的情形。《民法典》在《合同法》上的债务承担规则之外新增债务加入规则（《民法典》第552条）上可以认为《民法典》第551条仅指免责的债务承担情形。^[66]经债权人同意，在债务人将部分债务转移给第三人之时，就该部分债务而言，第三人并不负连带之责，亦属免责的债务承担的亚类型——部分免责的债务承担。^[67]而《民法典》第552条所定债务加入规则即属并存的情形。与此相对应，《民法典》第697条、第391条所称“债务人转移全部或者部分债务”，也仅限于发生免除原债务人全部或者部分债务的情形。

（三）金融不良资产处置中的担保物权转移

金融不良资产处置实践会涉及贷款债权转让时原担保权利随同转移的问题。相关解释论的展开与前文“主债权转让对担保权利的影响”类似，但《城市房地产抵押管理办法》第37条第1款规定：“抵押权可以随债权转让。抵押权转让时，应当签订抵押权转让合同，并办理抵押权变更登记^[68]。抵押权转让后，原抵押权人应当告知抵押人。”如此，在实践中，受让人享有抵押权是否应以办理抵押权转移登记为前提条件？如受让人未办理抵押权转移登记手续，是否可就抵押财产优先受偿并对抗其他债权人？有观点认为，不动产抵押权以登记为生效要件，虽然抵押权因其权利的转让随同转移给受让人，且无须抵押人同意，但必须办理抵押权的转移登记，未经登记的，不生效力。^[69]但也有观点认为，在主债权转让时，抵押权随同转移给受让人，受让人在抵押权转移登记之前即因法律的直接规定而取得该抵押权，自不以登记为生效要件。^[70]

《最高人民法院关于审理涉及金融资产管理公司收购、管理、处置国有银行不良贷款形成的资产的案件适用法律若干问题的规定》第17条规定：“金融资产管理公司受让有抵押担保的债权后，可以依法取得对债权的抵押权，原抵押权登记继续有效。”由此可见，就金融资产管理公司受让国有银行不良债权而言，是否办理抵押权转移登记对金融资产管理公司行使抵押权不发生影响。但是，一般债权人或者资产管理公司受让非国有银行不良债权的情形能否适用该规则？

笔者认为，抵押权是主债权的从权利，抵押权随主债权的转让而转移，在性质上属于抵押权的法定转移，不属于基于法律行为的物权变动。因此，抵押权随主债权转让而转移时，不以办理抵押权转移登记为前提，也不以通知担保人为生效条件。^[71]即使资产管理公司受让国有银行不良资产的情形，亦无不然。^[72]《城市房地产抵押管理办法》第37条第1款的前引规定应属倡导性规定，鼓励债权人在抵押权随主债权转让而转让之时办理抵押权转移登记，以明晰标的财产之上的权利归属，并通知抵押人使其知悉抵押权人。即使认为该规定属于强制性规定，亦非效力性强制性规定，不能以此否定转让抵押权的效力。^[73]

为防止解释上的分歧，《民商事审判会议纪要》第62条指出：“抵押权是从属于主合同的从权利，根据‘从随主’规则，债权转让的，除当事人另有约定外，担保该债权的抵押权一并转让。受让人向抵押人主张行使抵押权，抵押人以受让人不是抵押合同的当事人、未办理抵押权转移登记^[74]等为由提出抗辩的，人民法院不予支持。”在此基础上，《民法典》第547条第2款增设规定：“受让人取得从权利不因该从权利未随主债权一并转让而受到影响。”在解释上，担保物权随主债权的转让而转移的，受让人所取得的担保物权的顺位同于原担保物权人。办理了担保物权的转移登记，受让人的担保物权亦自原担保物权登记之日起取得相应的优先顺位，而不应依转移登记的时点确定担保物权的顺位。

受让人依法规定直接取得的担保物权，其情形与《民法典》第232条所及者无异，根据该条规定，非经登记不得处分。申请法院拍卖担保财产，自属对担保物权的处分。因此，受让人因受让债权而取得其附随的担保物权的，未经转移登记不得申请启动实现担保物权案件程序。

人经普通民事诉讼程序取得胜诉裁判并据此申请执行人不在此限。

五、担保消灭上的从属性与“借新还旧”时的担保责任

担保权利以保障主债权实现为唯一目的，主债权如因清偿、提存、抵销、免除等原因而全部消灭的，担保权利随之消灭。基于物上担保的担保物权登记虽未注销，但因担保物权的消灭而仅具形式上的意义，已无物权的效力。担保人此际自可基于担保合同的消灭请求注销登记。主债权部分消灭，担保权利亦部分消灭，基于担保物权的不可分性，担保财产的全部仍然担保剩余的主债权，不过，担保物权的效力自该剩余主债权范围，且担保人可请求就消灭部分为抵押权变更登记。^[75]

关于担保物权在消灭上的从属性，《民法典》第393条第1项明文规定，“主债权消灭”的，“担保物权消灭”；关于保证债权在消灭上的从属性，《民法典》并未作出明文规定。但基于对以下两个条文的体系解释亦可得出相同结论。其一，《民法典》第393条第1项所定规则自可类推适用于保证债权。其二，《民法典》第701条规定：“保证人可以主张债务人对债权人的抗辩。债务人放弃抗辩的，保证人仍有权向债权人主张抗辩。若主债权消灭时，保证人有权向债权人主张主债权已消灭的抗辩，《民法典》关于保证合同消灭上的从属性规则亦昭然若揭。

信贷实践中的“借新还旧”，即贷款到期后，借款人与贷款人签订新的借款合同，将新贷出的款项用于归还旧贷的情形，是在贷款的发放过程中经常采用的一种贷款重组手段。对这一合意安排法律上并无禁止性规定，应属当事人意思自治范畴。就此，司法实践中较为一致的观点认为，借款合同不因旨在归还“旧贷”而无效，担保人亦不得以贷款用途的“改变”损及其利益而提出抗辩。^[76]此际，“旧贷”因清偿而消灭，^[77]担保物权也随之消灭。《担保法解释》第39条针对“借新还旧”情形之下担保“新贷”清偿的保证人是否承担保证责任作了规定。其一，该保证人为“旧贷”的保证人的，应承担保证责任。其二，该保证人不是“旧贷”的保证人，但其知道或者应当知道主合同系“借新还旧”的，应承担保证责任。其三，该保证人不是“旧贷”的保证人，也不知道或者不应当知道主合同系“借新还旧”的，“显系主合同双方当事人恶意串通欺骗保证人”，^[78]《担保法》第30条第1项“主合同双方当事人串通，骗取保证人提供保证的”以及“保证人不承担民事责任”的规定，保证人既不承担保证责任，也不承担过失责任。

《民法典》删去了《担保法》第30条的规定。《担保法》第30条第1项的内容涉及《民法典》第154条即“行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效”的适用。《担保法》第30条第2项的内容涉及《民法典》第148条、第150条（即一方以欺诈或胁迫手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受欺诈方或受胁迫方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销）的适用。由此可见，保证人意思不再适用特别规定，而直接适用《民法典》总则编的一般规定。至于其法律后果，《民法典》第157条规定：“有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”在解释上可以认为，在前述情形之下，如保证人没有过错，无须承担缔约过失责任，与《担保法》第30条的效果相同，《担保法解释》第39条在《民法典》实施之后实际上仍有适用空间。

就《担保法解释》第39条可否类推适用于物上担保，尤其是以登记为公示方法的物上担保的情形，不无疑问。不同裁判中体现的解释观点不一。一种观点认为，在物上担保的情形，“借新还旧”同样会改变担保人在提供担保时对担保风险的预期，同样会加重担保人的担保责任，且不公平的结果，可以类推适用《担保法解释》第39条关于保证担保的相关规定。^[79]另一种观点认为，《担保法解释》第39条的规定仅适用于承担保证责任的情形。不动产抵押权经依法登记即发生法律效力，无论抵押人是否知道所抵押担保的借款改变了用途，均不影响抵押权的效力。

在解释上，抵押合同、质押合同与保证合同一样，均属担保合同，同样存在主合同双方当事人双方串通而骗取第三人提供抵押、质押，或债权人采取欺诈、胁迫等手段使第三人在违背真实意思的情况下提供抵押、质押的情形。《担保法解释》第39条“借新还旧”情形下的解释方案多适用于抵押合同、质押合同的空间。就此，上述《担保法解释》第39条“借新还旧”情形下的第二、三种解释方案准用于抵押人、出质人，且关于“新贷”和“旧贷”的保证人为同一人之时的第一种解释方案，是否仍得类推适用，尚值研究。

在保证的情形，“旧贷”因清偿而消灭，担保“旧贷”的保证合同也消灭，同一保证人为“新贷”再次提供保证，无意思表示上的瑕疵，自应承担保证责任。但在抵押、质押的情形，“旧贷”因清偿而消灭，担保“旧贷”的抵押权或质权也消灭，此时，基于原担保合同所为的担保物权登记即使未注销，亦无实体法上的登记效力；虽然同一担保人就“新贷”和同一债权人签订了抵押合同或质押合同，但未就重新设立的抵押权或质权办理登记，又依登记生效主义的抵押权或质权而言，即为抵押权或质权未设定，债权人就担保财产并不取得优先受偿权。此际，即使抵押人或出质人就“新贷”都提供了物上担保，但就“新贷”因未办理设立登记而无法起到物上担保的作用，上述《担保法解释》第39条“借新还旧”情形下的第一种解释方案无法类推适用于抵押、质押的情形。《民商事审判会议纪要》第57条指出，“旧贷”因清偿而消灭，其上的担保物权也随之消灭；债权人以担保物权已消灭为由，主张担保人仍应承担相应的担保责任的，人民法院不予支持，即属此理。

关于当事人约定原已登记的担保物权继续担保“新贷”的处理，裁判实践中存在分歧。一种观点认为，抵押人和债权人约定将“旧贷”已清理注销登记的不动产抵押权用以担保“新贷”，因双方未重新办理抵押权设立登记，应认定该抵押权未有效设立，未注销的抵押权不具有担保物权法律效果，抵押人不应承担抵押担保责任。此时，可以基于各方当事人真实的意思表示，运用法律行为转换理论，将抵押人的责任界定为：担保保证责任。^[81]但也有另一种观点认为，“旧贷”已因清偿归于消灭，但当事人并未在主债权受偿后在登记机构申请注销抵押登记并注销抵押权证书，因此，在其所担保的主债权消灭后并不必然发生抵押权也随之消灭的法律后果，抵押登记仍然发生法律效力。抵押人与抵押权人经

注销的抵押权用于担保“新贷”并不违反法律的禁止性规定。^[82]就此,《民商事审判会议纪要》第57条认为,当事人约定继续为新贷提供担保,原抵押权注销登记的担保物权仍然可以担保“新贷”。担保人“仅须对新贷承担担保责任,对其并无不公”。^[83]同时,标的物上担保登记的持续存在,并不加重担保人的物上的权利负担,不会危及与担保人就标的物进行交易的其他第三人的利益。

《民商事审判会议纪要》的这一司法态度可能危及他人的利益,并引发既有通说的改变。例如,抵押人以其不动产为债权人设定抵押权,后将该不动产出租给承租人,此后抵押人“借新还旧”并约定原不动产抵押权继续为“新贷”提供抵押担保。此时,如采该纪要所持观点,而且不动产抵押权的顺位以原登记时间为判断时点,则承租人的租赁权不能对抗该抵押权;但如坚持担保在消灭上的从属性,担保“旧贷”的不动产抵押权清偿而消灭,即使抵押人再以同一不动产为“新贷”设定抵押权,抵押权的顺位亦应以新的登记时间为判断时点,承租人的租赁权也就在其后设立的不动产抵押权。又如,抵押人以同一不动产先后为债权人甲、乙、丙设定了三个抵押权,此后甲与抵押人约定“借新还旧”,并约定抵押权继续为“新贷”提供抵押担保。此时,甲的抵押权顺位固定,仍为以原登记时间为标准而确定的顺位。如此,将改变既有抵押权顺位升进规则^[84]而采纳抵押权顺位固定的观点。这一解释论又与《民商事审判会议纪要》坚守的担保从属性存在评价冲突。

六、结语

《民法典》所规定的债权担保方式均属保全性,^[85]担保的从属性也就成了理解《民法典》担保制度的基石,裁判实践中的众多解释均与之相关。从《民法典》既有的担保规则体系来看,不同种类的担保权利在从属性上尚有强弱之别,在从属性的效力或认定上亦产生不同影响。担保具体的特定债权而成立的保证债权、一般抵押权、一般质权、留置权,其从属性体现得尤为明显,举凡担保权利的发生、范围、效力、消灭,均高度依附于主债权;上述担保权利在担保将来可得特定的债权之时,出现了从属性缓和的趋势,以因应社会经济的发展,但以将来特定债权事实既已存在为前提。^[87]为担保一定范围内不特定债权而成立的最高额保证、最高额抵押权、最高额质权,其从属性进一步弱化和缓和。上述担保权利所担保的主债权是否发生、转移或消灭,均不确定,因此,其原则上不受主债权债务关系变动的影响,但在最高额担保确定时,其从属性要求再度严格,与担保特定债权而成立的担保权利已无差异。在《民法典》否认独立担保的基本政策选择之下,基于担保制度的从属性,尚无法否定从属性的存在。一个欠缺从属性的担保制度,在法律上应无独立存在的实益。^[89]

注释

[1][1]参见刘得宽:《民法诸问题与新展望》,中国政法大学出版社2002年版,第399-400页。

[2][2]《民法典》第388条所称“担保合同”限于抵押合同、质押合同和其他具有担保功能的合同,排除保证合同和人的担保的其他合同形式。本文在涉及该条所称“物上担保合同”称之;除非特别指明,本文所称“担保合同”系指所有具有担保功能的合同。

[3][3]从债务的视角亦可将其称为“保证债务或担保债务从属于主债务”。

[4][4]参见王利明:《物权法研究》(上卷·第4版),中国人民大学出版社2018年版,第242-245页;梁慧星、陈华彬:《物权法》(第6版),法律出版社2013年版,第97-98页;崔建远:《物权:规范与学说--以中国物权法的解释论为中心》,清华大学出版社2011年版,第79-158页。

[5][5]就法定担保物权(留置权)而言,其发生原因是法律的直接规定,当事人之间并无担保合同。虽然《民法典》第388条第1款仅规定“担保合同是主债权债务合同的从合同”,但不宜据此否认留置权的从属性。在解释上仍然可以认为留置权从属于主债权。

[6][6]参见史尚宽:《债法各论》,中国政法大学出版社2000年版,第878页;郭明瑞:《担保法》,法律出版社2010年版,第27-28页;刘保玉、吕文江主编:《担保制度研究》,中国民主法制出版社2000年版,第84-85页;刘春堂:《民法债编各论》(下册·修订版),2012年作者自版,第345-346页。

[7][7]参见林诚二:《论债务担保制度的从属性》,载陈荣隆教授六秩华诞祝寿论文集编辑委员会:《物权法之新思与为新--陈荣隆教授六秩华诞祝寿论文集》,中国政法大学出版社2016年版,第51页。

[8][8]参见谢在全:《担保物权制度的成长与蜕变》,载《法学家》2019年第1期,第40-41页;王利明:《合同法研究》(第4卷·第2版),中国人民大学出版社2013年版,第259页。

[9][9]参见刘保玉:《第三人担保的共通规则梳理与立法规定的完善》,载《江西社会科学》2018年第10期,第19页。

[10][10]参见尹田:《物权法》(第2版),北京大学出版社2017年版,第494页。为避免混淆,本文以下以原本债权指称第二种意义上的主债权;相应地,此债务即被称为原本债务。

[11][11]参见王利明:《物权法研究》(下卷·第4版),中国人民大学出版社2018年版,第327页。

[12][12]参见李国光、奚晓明、金剑锋、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;孔祥俊:《担保法及其司法解释理解与适用》,法律出版社2001年版,第8页。

[13][13]同前注[11],王利明书,第328-329页。

[14][14]参见邱聪智:《新订债法各论》(下册),姚志明校订,中国人民大学出版社2006年版,第346页;曹士兵:《中国担保制度与担保方法》(第4版),中国政法大学出版社2017年版,第22页。

[15][15]同前注[8],谢在全文,第41页。

[16][16]参见朱伯松:《论不同抵押权之效力》,载《月旦法学杂志》2005年第9期,第180-181页;同前注[7],林诚二文,第54-55页。

[17][17]参见邹海林、常敏:《债权担保的理论实务》,社会科学文献出版社2005年版,第121页;同前注[4],崔建远书,第757页。

- [18][18]参见刘春堂：《判解民法物权》（修订7版），三民书局股份有限公司2010年版，第438页；郑冠宇：《民法物权》（第4版），新学林出版股份有限公司，第459页。
- [19][19]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608页。
- [20][20]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》（第2版），北京大学出版社2017年版，第
- [21][21]参见高圣平：《担保法论》，法律出版社2009年版，第421页。
- [22][22]同前注[20]，全国人大常委会法制工作委员会民法室编书，第416页。
- [23][23]同前注[8]，谢在全文，第51页。
- [24][24]同前注[19]，谢在全书，第621页；同前注[6]，刘保玉、吕文江主编书，第247页。
- [25][25]同前注[14]，邱聪智书，第348页。
- [26][26]同前注[8]，王利明书，第244页；同前注[14]，邱聪智书，第363页；同前注[6]，刘春堂书，第346页。
- [27][27]同前注[21]，高圣平书，第164页。
- [28][28]同前注[7]，林诚二文，第51页。
- [29][29]同前注[14]，邱聪智书，第363-364页。
- [30][30]同前注[8]，王利明书，第244页；同前注[17]，邹海林、常敏书，第63页；全国人大常委会法制工作委员会民法室编著：《中华人民共和国担保法释义》1995年版，第29页。
- [31][31]参见孔祥俊主编：《担保法例解与适用》，人民法院出版社1996年版，第157-158页。
- [32][32]参见程啸：《保证合同研究》，法律出版社2006年版，第223页。
- [33][33]值得注意的是，就物上保证人的代偿金额而言，因《民法典》第389条所定担保范围包括“保管担保财产和实现担保物权的费用”，其必然超过主债务。金额为保全和实现担保物权所必需，虽超过主债务，但亦属求偿范围。
- [34][34]如北京市朝阳区人民法院（2016）京0105民初65061号民事判决书。
- [35][35]参见四川省成都市中级人民法院（2014）成民终字第5894号民事判决书。关于此案的详细分析参见胡建萍、王长军：《保证人承担保证责任的范围应有限》，载《人民司法·案例》2015年第24期，第55-57页。
- [36][36]如最高人民法院（2015）民提字第126号民事判决书。
- [37][37]参见刘贵祥主编：《最高人民法院第一巡回法庭精选案例与裁判思路解析（一）》，法律出版社2016年版，第47页。
- [38][38]关于《担保法》第5条第1款的解释分歧，参见高圣平：《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，第9
- [39][39]同前注[20]，全国人大常委会法制工作委员会民法室编书，第346页。
- [40][40]同前注[8]，王利明书，第375页；同前注[4]，崔建远书，第737页。
- [41][41]值得注意的是，《民法典》对担保合同效力上从属性的例外并未作出明确规定。《民法典》第421条规定：“最高额抵押担保的债权确定前，部分债权高额抵押权不得转让，但是当事人另有约定的除外。”这一规则明显不同于一般抵押权。因为《民法典》第407条规定：“抵押权不得与债权分离而单独转让或债权的担保。债权转让的，担保该债权的抵押权一并转让，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”由此可见，最高额抵押权与连续发生的具体债权一一对应关系。最高额担保合同在效力从属性上的例外是经由《民法典》第421条的解释而得出的。
- [42][42]最高人民法院民事审判第二庭编：《民商事审判指导》2007年第1辑（总第11辑），人民法院出版社2007年版，第57页。
- [43][43]最高人民法院（2007）民二终字第117号民事判决书。作相同处理的裁判还可参见浙江省高级人民法院（2008）浙民二终字第70号民事判决书；最（2018）最高法民申6281号民事裁定书。
- [44][44]同前注[12]，李国光等书，第72-73页。
- [45][45]同前注[11]，王利明书，第379页。
- [46][46]参见高圣平：《民法典担保物权法编纂：问题与展望》，载《清华法学》2018年第2期，第88页；刘斌：《论民法典分则中人的担保之体系重构》，《学》2018年第5期，第33页；徐同远：《民法典合同编草案中保证制度的完善》，载《北京航空航天大学学报（社会科学版）》2019年第2期，第10-12页。
- [47][47]张勇健、沈红雨：《〈关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定〉的理解和适用》，载《人民司法·应用》2017年第1期，第25页。
- [48][48]同前注[30]，全国人大常委会法制工作委员会民法室编著书，第6页。
- [49][49]同前注[47]，张勇健、沈红雨文，第26页。
- [50][50]同前注[47]，张勇健、沈红雨文，第25页。
- [51][51]《独立保函规定》第3条第3款。
- [52][52]参见《金融许可证管理办法》第3条第2款。
- [53][53]如最高人民法院（2017）最高法民终647号民事判决书。
- [54][54]如浙江省杭州市中级人民法院（2011）浙杭商外初字第16号民事判决书。
- [55][55]如湖北省武汉海事法院（2014）武海法商字第00823号民事判决书。
- [56][56]同前注[8]，王利明书，第244-245页；同前注[32]，程啸书，第213页。

[57][57]参见杨明刚：《论免责债务承担》，载崔建远主编：《民法九人行》（第2卷），金桥文化出版（香港）有限公司2004年版，第62页。

[58][58]参见黄淳钰：《普通抵押权从属性之研究》，载《高大法学论丛》2010年第1期，第7-8页。

[59][59]同前注[19]，谢在全书，第638页。

[60][60]同前注[4]，崔建远书，第760页。

[61][61]同前注[19]，谢在全书，第638页。

[62][62]同前注[19]，谢在全书，第638-639页。

[63][63]同前注[8]，王利明书，第299页。

[64][64]同前注[11]，王利明书，第371-372页；同前注[57]，杨明刚文，第62页；程啸：《担保物权研究》（第2版），中国人民大学出版社2019年版，第45

[65][65]同前注[8]，王利明书，第300页；同前注[17]，邹海林、常敏书，第69页。

[66][66]我国学说上对《合同法》第84条（《民法典》第551条与此内容相同，未作修改）是否承认并存的债务承担一直存在争议。同前注[57]，杨明刚文下。

[67][67]同前注[57]，杨明刚文，第20页；同前注[64]，程啸书，第46页。

[68][68]在《不动产登记暂行条例》及其实施细则之下，不动产权利的转移应办理“转移登记”。此处的“变更登记”实为“转移登记”。

[69][69]同前注[4]，崔建远书，第760页；同前注[64]，程啸书，第29页。

[70][70]同前注[18]，刘春堂书，第440页。

[71][71]参见最高人民法院（2014）民申字第1725号民事裁定书；最高人民法院（2015）民申字第2040号民事裁定书等。

[72][72]参见河南省高级人民法院（2015）豫法立二民申字第00323号民事裁定书。

[73][73]参见河南省南阳市中级人民法院（2015）南民再终字第00026号民事判决书；天津市第二中级人民法院（2015）二中民二终字第951号民事判决书等。

[74][74]不动产权利的转移应办理“转移登记”。此处的“变更登记”实为“转移登记”。

[75][75]同前注[19]，谢在全书，第641页。

[76][76]同前注[12]，李国光等书，第152页。

[77][77]裁判实践中也有观点认为，“借新还旧”在本质上是对“旧贷”的一种特殊形式的展期，即延长了旧贷款的还款期限，原债权债务关系存续。参见上海市高（2016）沪民初7号民事判决书。这一观点属于少数说。

[78][78]同前注[12]，李国光等书，第166页。

[79][79]参见最高人民法院（2010）民二终字第72号民事判决书；最高人民法院（2014）民提字第136号民事判决书；最高人民法院（2015）民提字第178书。另可参见最高人民法院民事审判第二庭编：《〈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355页。

[80][80]参见最高人民法院（2015）民申字第2592号民事裁定书。

[81][81]参见最高人民法院（2015）民申字第2354号民事裁定书。

[82][82]参见最高人民法院（2017）最高法民终210号民事判决书。

[83][83]同前注[79]，最高人民法院民事审判第二庭编书，第355页。

[84][84]同前注[11]，王利明书，第447-448页；同前注[4]，梁慧星、陈华彬书，第285页；同前注[4]，崔建远书，第808页。

[85][85]同前注[4]，崔建远书，第757页。

[86][86]同前注[64]，程啸书，第29页。

[87][87]同前注[7]，林诚二文，第53-55页。

[88][88]参见陈荣隆：《台湾最高额抵押权“立法”之评析（上）》，载《台湾本土法学杂志》2008年第1期，第20页。

[89][89]同前注[7]，林诚二文，第62页。

读者服务

购买知网卡
充值中心
我的CNKI
帮助中心

CNKI常用软件下载

CAJViewer浏览器
知网研学（原E-Study）
工具书桌面检索软件

特色服务

手机知网
杂志订阅
数字出版物订阅

客服咨询

订卡热线：400-819-9993
服务热线：400-810-9888
在线咨询：help.cnki.net
邮件咨询：help@cnki.net
客服微博：

