

民法典担保规则的再体系化

——以《民法典各分编（草案）二审稿》为分析对象

谢鸿飞

〔摘要〕 民法典担保规则的体系化面临较为特殊的难题。担保规则的内在体系涉及自由、安全、效率、平等和公正诸要素，它们在担保领域都具有较为特殊的意蕴，而且两种或多种价值存在张力甚至冲突，需要精巧地妥协和融贯。在我国民法典将《担保法》分置于物权编和合同编的立法框架下，担保外在体系横跨两编，立法宜提取担保规则公因式，并将这些共同规则置于物权编，同时准用于保证合同。担保规则再体系化必须克服现行担保规则“商化不足”和“商化过度”的流弊，合理区分民商关系，以解决担保从属性和连带保证方式推定的难题。民法典宜引入“实质担保观”，从更广泛的优先权角度，将所有具有担保功能的合同交易纳入登记公示框架，尽可能消除隐形担保和维护交易安全。

〔关键词〕 民法典；担保规则；提取公因式；再体系化

〔中图分类号〕 D923.2 〔文献标识码〕 A 〔文章编号〕 1000-4769 (2019) 06-0048-12

一、问题的提出

担保通常涉及三方当事人，加之担保合同的无偿和单务性质，加之晚近以来，担保实践持续翻新担保类型，不断挑战既有规则，这些因素都使担保规则内在体系很难获得评价的一致性。在外部体系上，担保法是基于交易的效果意思——债权保障机能而建构的，跨越债权和物权两大领域，担保规则作为一个有机规范体，必然要兼顾“总分”结构和物权债权二分体系。因此，中国民法典要取得后发的编纂优势，对担保法进行体系化，是不得不严肃思考的问题。

在比较法上，美国《统一商法典》第九编运

用了实用主义思维，强调“实质重于形式”，在动产担保领域用统一的担保权益概念（an Article 9 security interest）来指称“债权人在担保物上的权利”，无论当事人设定担保权益的类型和合同名称如何，pledge 和 mortgage 等概念也因此不再保留。这一思路也把大陆法上“提取公因式”的立法技术推到极致，但又突破了大陆法系要求物权类型和内容固定的法定主义，将各种担保制度的个性特征消解到最小程度。^①这种担保革命迅速在全球引发了强烈反响。联合国国际贸易法委员会、美洲国家组织、欧洲复兴开发银行等机构推行的《担保交易示范法》《欧洲示范民法典草案》都统一了各种动产担保物权类型，并形成了单一的“担保（物）权”概念。在大陆法系国家，法

〔作者简介〕 谢鸿飞，中国社会科学院法学研究所研究员，中国法学会民法学研究会副会长，博士生导师，北京 100720。

国民法历来有担保权 (droit de garantie) 的概念, 1994 年的《魁北克民法典》受法国民法理论影响, 将担保物权独立成编。大陆法系担保法体系革命的标志是法国 2006 年修订民法典, 新增第四卷“担保”, 分“人的担保”和“物的担保”两编。人的担保分为保证、独立担保 (la garantie autonome) 和意图信 (la lettre d'intention) 三种, 物的担保包括动产担保 (又分为动产先取特权、有体财产质押、无体财产“挪押”) 和不动产担保 (又分为不动产先取特权、不动产典押、抵押三种)。^②

担保领域之所以出现如此迅猛和激烈的变革, 或可归结为四个原因: 一是国家治理技术的提升。信息技术的发展急剧提升了国家对人和物的管理能力, 使人和大多数重要的物都可以被转化为数据^③, 作为国家财产治理技术的登记, 几乎已经不存在技术难题。二是财产类型和财富要素的变迁。技术的发展不仅催生了大量的新型财富, 如软件程序、大数据等, 而且很多动产和新类型财产的价值跃迁 (如精密仪器、APP 等), 不再逊于不动产。这就对扩张担保物的类型提出了强烈的立法需求。三是交易的频繁和新型交易 (尤其是金融交易) 的不断诞生, 不仅使陌生人之间的交易激增, 也使经济界和法律界协力, 综合运用财会、经济、金融和技术手段创新担保类型和模式; 专务担保的担保公司也如雨后春笋般涌现。四是国际组织对担保规则的推动。如世界银行将财产登记作为衡量营商环境的重要指标之一, 诸多国际组织对统一担保立法的推动, 激发了各国对担保立法的高度关注, 将其作为评价营商环境的重要因素。

在民法典编纂之前, 中国民事立法的基本思路是以民事领域为单元专门立法。1995 年《担保法》先于《法国民法典》, 将各种担保方式熔于一炉, 并试图对担保债权和担保物权进行体系化, 在比较法上亦堪称罕见。2007 年《物权法》明确取代了《担保法》有关担保物权的规定, 由此担保债权和担保物权被分解规定于不同法律。在民法典编纂时, 单行法构成民法典体系化的基础。在《民法典》(草案二审稿) 中, 《担保法》的担保物权部分被作为《物权编》的“担保物权”, 保证被作为《合同编》的有名合同类型, 定金则纳入《合同编》总则“违约责任”章 (第 376 条、第 377 条), 紧随违约金的规定。

《物权法》对担保物权的体系化较《担保法》有极为明显的改善^④, 然而对《物权法》的担保

物权体系, 理论界很早就表达了隐忧: 我国意定动产担保物权包括动产抵押权、动产质权和权利质权, 在抵押物几乎没有范围限定时, 抵押权几乎演变为与“担保物权”居于同一层次的概念, 而且直接导致抵押权可以纳入让与担保, 使后者丧失了独立存在的基础和价值^⑤; 此外, 权利质权作为独立的担保类型, 其基础在于《物权法》设计的分散登记, 若采纳动产担保物权的统一登记制度, 权利质权必将失去作为独立担保物权类型的基础。^⑥因此, 我国担保物权法治现代化的远期目标是制定一元的意定动产担保物权法。^⑦最近也有学者主张借鉴法国民法典, 在民法典中将担保法独立成编, 改变物的担保位于物权法、人的担保位于担保法的特有结构^⑧, 还有学者以“担保权”在现实中已经成为一种独立的主观权利为核心理由, 主张担保法独立成编。^⑨

然而, 按照目前的立法规划, 担保法独立成编已绝无可能。在这一约束条件下, 担保法规则的体系化和法国民法典就截然不同。毋庸置疑, 民法典编纂无疑是中国民法体系化最难得的良机, 慎思明辨担保法的内部体系和外部体系, 以融贯内部体系, 扩张外部体系效益, 兹事体大。本文标题使用“再体系化”的目的就是揭示在《担保法》对担保规则进行初步体系化后, 民法典如何对担保规则再次体系化。

本文以 2019 年 4 月 27 日第十三届全国人大常委会第十次会议第二次审议的《中华人民共和国民法典物权编 (草案二次审议稿)》(以下简称“《物权编》”) 和 2019 年 1 月 4 日第十三届全国人大常委会第七次会议对《中华人民共和国民法典合同编 (草案二次审议稿)》(以下简称“《合同编》”) 为分析对象。

二、担保规则内在体系的要素及其关系

(一) 担保规则内在体系的要素构成

在商业实践中, 很多交易都是在缺乏任何担保的情况下完成的, 阿德勒将其称之为担保的“普遍难题” (ubiquity puzzle): 担保信贷看起来很有价值, 但并非无处不在。^⑩然而, 当事人之间的信息不对称、交易外部环境的千变万化以及道德风险等, 均使担保制度成为消除债务风险敞口的最优方式之一。可以说, 只要有信用风险, 担保就不可或缺。担保规则内在体系的特色在于, 它通常涉及三方当事人, 内在体系的要素数量更多, 相互之间的冲突和妥协也更为精妙。在法经

济学中，影响担保设定的因素主要是安全（主要决定债权人的选择）、公平（主要决定债务人的选择）和效率（同时决定双方当事人的选择）。^①若再加上国家和社会的双重转型和固有文化观念，担保规则的内在体系应包括如下诸要素。

1. 自由

担保中的“自由”包括担保人和债权人的自由和双方共同自由，但各方的自由往往可归结为效率价值，这里仅讨论双方的共同自由，即设定担保和约定担保权具体内容的自由。

晚近以来，担保规则发展最鲜明的特征是不断突破契约法和物权法的限制，彰显了交易自由的勃兴。首先，担保客体僭越了物权特定原则，逐渐吸纳了物以外的、凡可转让的财产（含各种可转让的权利、未被权利化的利益），且包括未来资产、有机集合的财产。如《荷兰民法典》第3编“财产法总则”第228条第1款对担保客体做的抽象规定：一切可转让的资产均可设定质权或抵押权；《联合国贸易法委员会担保交易示范法》第8条对可以担保的动产范围也做了极为宽泛的认定，不仅包括全部动产，也包括动产的组成部分、动产中的未分割权利等。其理由是，担保物权的权能高度趋同，与用益物权权能的丰富性不可同日而语，其物权性只体现在未来对物的价值的支配性上，物只要在实现担保物权时能被特定化即可。其次，担保类型增加。传统担保物权类型不断超越其客体限制，如在新类型权益上设定权利质押；同一财产上可设定的担保类型增加，如动产既可设定动产抵押，也可设定动产质押。最后，被担保的债权范围更为广泛。传统上，被担保的债权范围就极其广泛，任何合法债权，无论是否附条件，是否已经发生，只要未来可被确定，均可设定担保，这是比较法上较为共通的规则（如《德国民法典》第765条第2款、《荷兰民法典》第3编第231条）。如今被担保的债权范围进一步扩大，如德国法院对未来债权的确定性认定标准相当缓和，尤其是涉及银行业务时^②；总括担保、最高额担保的兴起，更使担保债务的确定性标准大为降低。《联合国贸易法委员会担保交易示范法》第7条对被担保的债务也做了最宽泛的列举，将其扩张到未来债务、可确定债务、有条件债务和浮动债务。

准此以观，《物权编》第186条增设海域使用权作为抵押权的标的，同时沿袭了《物权法》第180条“法律、行政法规未禁止抵押的其他财产”的兜底条款，体现了担保自由趋势。但在权

利质押方面，第231条维持了《物权法》第223条，在列举权利质押标的后，使用了“法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利”的兜底条款。按照《物权法》立法者的原意，这本来是对权利质押标的的拓展，因为它容许其他法律、行政法规规定可以出质的权利^③，如《保险法》第34条第2款规定的人寿保险单等，但是，其适用效果却限制了权利质押类型的发展，与扩张权利质押客体的社会需求显然不合拍。

2. 安全

担保规则“安全”需求来自债权人和第三人。在债权人方面，“安全”体现为维持担保物的价值并排他性实现担保物的价值，或者保障保证人的清偿能力。就前者，债权人可以主张抵押物恢复请求权、抵押权侵权请求权、物上请求权^④，并行使担保物权；就后者，因保证人以其抽象的全部责任财产承担保证债务，对其财产有处分自由，法律无法强制保证人维持其责任财产，保证人作为债务人，其财产处分只受法律行为的一般效力限制（如恶意串通损害债权人利益），此外，债权人也可行使撤销权。对第三人而言，“安全”主要是体现为交易安全（如取得担保物所有权等）和清偿安全（平等清偿）。

对债权人和第三人而言，“安全”共同的保障均来自物权法定，具体而言包括两个核心要素：

（1）公示

担保公示的功能在于，通过披露物上负担的权利信息，使第三人决定是否与担保人或围绕担保物为标的发生交易，保证其交易预期和安全；同时也为物上登记权利人的优先受偿奠定了正当性基础。如此，经公示的担保权对债权平等性的冲击仅表现为：在担保设定之后产生的法定之债（如侵权之债等）的债权人不得不忍受在先担保权人的优先受偿权。

《合同编》对可能产生对抗第三人效力的某些合同权利，也规定了以登记为前提，包括出卖人对标的物保留所有权的登记（第431条）、融资租赁合同中出租人对租赁物所有权的登记（第536条），甚至对多个保理人之间的债权归属，也确立了登记在前的效力规则（第552条之6）。这些规范将具有担保功能的合同权利获得对抗第三人效力的基础归于公示，体现了对担保界定的功能性思考，对保障交易安全具有重要意义。

《物权编》仅规定了登记和公示两种方式，还需要进一步扩张。在实践中，除了登记和占有之外，公示还包括控制等方式，如银行对担保入

各种账户的控制，美国《统一商法典》第 9：104 条明确规定“控制”可适用于账户、电子债权担保凭证和信用证表彰的权利等，《联合国贸易法委员会担保交易示范法》第 25 条还专门规定了银行控制成为公示方式的三个条件，即在账户上创设担保权、订立控制权协议、债权人成为账户持有人。在我国法上，“控制”可通过解释纳入“占有”，毕竟对权利凭证或账户的控制，最终控制是权利的客体—货币。此外，《欧洲示范民法典草案》第 9-3：201 条规定了有形动产占有的三种形态：担保人直接物理控制权；委托第三人仅为担保权人持有担保财产；担保权人和担保人共同持有，或担保财产由第三人持有，但没有担保权人的明示同意，担保人无法使用担保财产。这些方式也均在“占有”的意义射程内，无需单独规定。成问题的是与浮动抵押类似的动态质押，即在质押设定后，质物由担保权人或其委托的人控制，但质押人因经营需要，不断对质物进行处分和购入，质物不断处于变动中。这种质押突破了质权成立和持续的占有要件和物权特定要件，有必要专门规定。^⑤

（2）优先受偿次序

为物尽其用，同一担保物上存在多个担保物权的情形并不罕见，此时，法律规定清晰和明确的权利优劣序位，是化解权利冲突最经济的方式。《物权法》第 199 条规定了“先序优先，同序平等”的基本优先规则。《物权编》第 205 条在《物权法》的基础上增加了一款“其他可以登记的担保物权，清偿顺序参照适用前款规定”，弥补了《物权法》缺乏登记动产担保物权受偿序位一般规则的缺失，在动产担保统一登记确立后，其价值将更为凸显。《物权编》第 206 条还新增同一财产抵押权和质权并存时依据公示时间规则确定清偿优序，将登记与交付两种法定公示手段等同处理，值得赞同。

3. 效率

“效率”要求减少担保交易的各项成本，包括缔约、登记和实现权利的成本等。保证产生的只是担保债权，除了保证成立方式（合同、保函等）等个别规则外，“效率”体现并不明显，“效率”主要体现在担保物权部分，其核心内容如下：

（1）公示

在世界银行的营商环境报告中，财产登记是 11 项指标之一。下图是其对 2018 年北京财产登记效率和其他地区的比较^⑥：

指标	北京	东亚及太平洋地区	经合组织
程序（个）	10	5.4	4.7
时间（天）	59	72.6	20.1
成本（财产价值的%）	3.1	4.5	4.2

上图表明，我国的财产登记效率还有很大的改进空间。为矫此弊，理论界提出的私法方案主要有两种：

一是建构动产统一登记制度。统一登记最能保障交易安全和降低查询成本，已为不动产统一登记所证明。在登记技术已经充分成熟，动产和权利均可通过登记公示时，统一登记最值得追求。《物权法》第 224 条、第 226 条、第 227 条、第 228 条对不同类型的权利质押分别规定了登记机构，形成了登记机构“九龙治水”的法定状态；189 条仅规定浮动抵押登记由工商行政管理部门进行，事实上也造成了不同类型的动产抵押由不同登记机构登记的多元格局。《物权编》第 187 条删除了由工商行政管理部门登记的规定，似乎为动产担保的统一登记提供了空间。目前，北京和上海推行生产设备、原材料、半成品和产品四类财产抵押实现电子化统一登记，但其他种类的动产抵押登记和权利质押依然游离于统一登记之外，民法典作为民事基本法，《物权编》应明确动产统一登记制度，更能推动统一动产担保登记制度的建构。

二是采纳声明登记制。目前，各国际组织所倡导的动产担保登记制度有三个核心要素：电子化、人的编成体例和最简登记内容。前两者主要是为查询方便，即通过信息网络，容易查询某人的财产担保情况。最简登记内容的目的是既提高登记效率，又确保担保人的财产隐私。与传统的交易登记相比，其要求登记的内容非常简单，美国《统一商法典》只需要一份合格的初始融资声明，内容主要包括担保合同的当事人和对担保物的描述，后者可做非常抽象的说明，如担保物的种类，甚至是“债务人的所有财产”，登记机构也只进行形式审查。^⑦在这种登记制度下，当事人可以自助登记，登记机构无需审查，只需提供平台。《欧洲示范民法典草案》也推荐这种方式，试图建构统一的欧洲担保物权电子登记簿，采人的编成模式（第 9-3：302 条），登记内容只需说明担保权人将在担保人的财产之上设立担保物权，或保留担保财产所有权以供担保（第 9-3：306 条），查询的内容仅限于担保合同的当事人情况和登记日期（第 9-3：308 条）。与交易登记制明确物权的功能不同，声明登记制的功能只是

提醒第三人关注担保物上存在其他人的权利负担，但具体内容还需当事人进一步查明。这种登记制涉及效率和安全的冲突，容后详述。

（2）担保物权的实现程序

晚近担保法制发展的面向之一是强化私人执行担保物权的程序，使担保物得以其最大价值清偿债权，以减少执行成本，增加债权人受偿机会，也减少债务人的偿债成本。这尤其体现在动产担保领域，因为动产价值变动大、变现不易。如《荷兰民法典》第3编第248条规定了质权人的变卖权和实现程序，美国《统一商法典》第9-503、9-609条甚至还赋予担保权人维护“和平秩序”时，直接支配担保物并对其进行拍卖和变卖的权利；美国在实践中也容许专门追回分期付款标的物的“讨债人（repo man）”存在。但因自助行使担保物权涉及私人权利对国家权力的挑战，一些立法例只是简化了担保物权实现的公法程序，还是要求应通过公权力机构实现担保物权。如《美洲担保交易模范法典》第55至57条则规定由公证机构或法院直接发布文书，债务人三日内未提出已完全清偿债务证明的，担保物即应交于担保权人。我国台湾地区“动产担保交易法”第17条还扩张了动产抵押权人的占有权：在担保人的行为致有害于抵押权之行使者，抵押权人得占有抵押物，但担保人拒绝的，亦只能请求法院强制执行。

《物权编》第201条基本沿袭了《物权法》第195条，提供了折价、拍卖、变卖三种担保物权的实现方式供当事人约定，但未达成协议的，抵押权人“可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产”，不要求担保物权人必须先通过诉讼取得执行依据。直接诉诸非讼程序固然相对诉讼提升了效率，但其效率无法与担保权直接实现相比。质权的实现也面临同样问题。此外，当事人在担保合同中约定担保物贬值到一定程度时，担保权人可以拍卖和变卖担保物，也存在同样的问题。在我国，自助行为几乎不可能为立法认可，因此担保权人无法通过自力救济实现其担保物权。

（3）流通

我国现行法强调抵押权对债权的附属性，抵押权无法单独转让（如《物权法》第192条），只具有保全债权的机能。这与德国法上的抵押权以保全抵押为辅、流通抵押为主的做法截然不同。作为“变价权”的担保物权，本来就具有流通功能，只要受让人可以对抵押物进行变价，抵押权是否附属于债权无关紧要。极而言之，抵押权证

券化后，完全可以和票据一样，通过背书不断流通。因此，不动产抵押权完全可以兼具保全、流通和投资功能。若不认可抵押权的独立性和流通性，抵押权将可能遭遇被担保的债权无效、被撤销等抗辩而无法实现，一些新型交易如资产支持贷款证券化产品（MBS）就将无法完成。^⑧然而，抵押权的流通势必要满足两个基础要件——抵押权的独立和抵押权的证券化，对我国固有的担保观念冲击太大，加之证券化目前还是金融类机构的特权，《物权编》不宜规定。但《物权编》至少可以明确两种与抵押权流通观念有关的规则——抵押权顺位固定和所有权人抵押（已为《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》第77条承认），因为它们较好地平衡了各方利益，且无损抵押权的附随性，不会造成体系违反。

4. 平等

私法中的“平等”包括两大意蕴：应当平等的，平等；不应当平等的，不平等。在担保规则中，“平等”应意味着：

其一，在债务人和第三人同时提供担保时，优待第三人。尽管对债权人而言，无论担保由谁提供，其都有权按其意志主张保证债权或行使担保物权，然而债务最终毕竟应由债务人承担，让第三人和债务人平等承担责任可能未必契合国人的担保观念。因此，《物权编》维持《物权法》第176条优待第三人的陈规，在价值衡量上并无不妥。

其二，无论是提供物保还是提供保证的第三人，法律待遇应平等。我国担保法制在价值衡量上最大的问题之一是优待保证人，从比较法上看，这种观念已经陈腐，亟须改变，如赋予不存在意思联络的担保人相互之间以追偿权等。^⑨

其三，不同担保类型的规则设计应尽可能趋同，除非存在基于交易固有性质的正当理由。《物权编》第179条、《合同编》第472条将担保合同从属性的例外统一限定为“法律另有规定的除外”，消除了《担保法》第5条和《物权法》第172条的歧异，将物保和人保等同对待，值得肯定。但以“平等”观之，《物权编》还存在对不同权利类型的不合理的区分。如依然对抵押权和权利质押的客体采取相反的法政策，对前者适用“法不禁止即自由”和负面清单，无限扩大其范围；对后者则采纳“法无授权则无权”这一公法控权规则，限制其范围，似乎并无正当基础。相反，基于交易固有性质的特殊考虑，立法者可

对不同担保类型的相同事项设置不同规则。如《物权编》第210条仅规定了抵押权应在主债权诉讼时效期间行使，对质权和留置权均未作规定，也未设置准用规范。因占有型担保与非占有型担保的权利人对担保物的控制程度有别，据此认定两者应适用不同的权利行使期间规则，在法政策上也无可厚非。

其四，意定担保物权和法定担保物权应尽可能趋同。法定担保物权作为“选取特权”，其基础是复杂的、精细的政策考量，其权源和意定担保物权截然相反，但其“特权”应尽可能受制于“权利平等”观念。如在对第三人效力方面，法定担保物权同样应予公示才能具有优先受偿性^⑨，以消除这种“超级优先权”的隐蔽性，维护交易安全，且登记也不会给权利人造成过高的成本，价值权衡上更为得当。

其五，区分民事保证人与商事保证人。这同时涉及“公正”，下文详述。

5. 公正

“公正”强调通过法律介入，实现当事人权利义务的均衡。担保规则的“公正”包括两个层面。

（1）担保人的一般公正

担保合同为无偿、单务合同，依据权利义务配置的一般原理，在第三担保人和债权人之间，应合理优待第三担保人，优待程度与责任大小应成正比。

在担保人和债权人方面，优待担保人较为普遍的规则主要包括担保成立的形式强制、坚守担保的从属性，赋予担保人与债务人相同的抗辩权。一些立法例还基于公正限制自由，如不许可担保人预先抛弃法定权利（如我国台湾地区“民法”第739条之一）。

在担保人和债务人方面，优待担保人较为普遍的规则主要是保证责任除去请求权。第三担保人基于债务人委托和债权人订立担保合同后，即使担保人解除了委托合同，基于合同相对性，担保责任也无法免除。在债务人的情况发生变化使保证人可能承担保证责任时，为保护保证人^⑩，《德国民法典》第775条规定了保证责任免除请求权，我国台湾地区“民法”第750条从之。这种规范值得借鉴。

（2）自然人担保人的特殊公正

对自然人作为担保人的优待，起初源于对消费者提供担保时的优待。早在美国《统一商法典》制定时期，起草委员会就充分考虑了消费者

利益。^⑪《欧洲示范民法典草案》也对“消费者保证的特别规定”设专章，主要内容包括：第一，债权人告知担保法律后果和保证风险的先合同义务，否则产生保证人撤销保证要约或合同的权利（第4.7-4：103条）；第二，保证合同的形式强制，保证合同必须采书面，并由保证人签名，否则无效（第4.7-4：104条）；第三，债权人每年告知保证人担保债务情况的义务（第4.7-4：106条）；第四，定期保证的限制。定期保证担保生效3年后，保证人可以提前3个月通知债务人，限制保证的效力（第4.7-4：107条）。在动产担保部分，它还规定了消费者未来的薪酬、退休金或其他同类的收入等金钱债权，在满足消费者个人及其家庭的生活需要的范围内，不得设定担保物权（第9-2：107条）。

在实践中，自然人为亲友提供担保，在承担担保责任后，其生存饱受危险的情形并不鲜见，德国和日本甚至将这一问题上升到宪法层面，并基于公序良俗否定诸多保证的效力。日本债权法修正案亦增加了保护自然人保证人的特殊保护措施，尤其是体现在债权人提供与保证相关的信息义务（第458条）。鉴于我国诸多民众未必准确理解保证的法律效果，民法典对保证人和债务人课以信息提供义务，殊有必要。

（二）担保规则内在体系的融贯性

担保规则的内在体系涉及的诸要素遵循人类社会价值运行的基本规律——相互冲突的价值此消彼长。难题在于，担保规则内在体系的融贯不可能通过简单的价值取舍来实现，而是必须通过妥协和权衡来完成。以下择要论述。

1. 自由与安全

自由与安全是法律领域中冲突最明显的两种价值，在担保领域也如此。如对担保物权的类型，尊奉安全的立法，必须恪守物权类型法定主义；关注自由的立法，必然赋予当事人创设新型担保的制度空间。^⑫除当事人双方共同面临的价值冲突外，担保规则内在体系还涉及双方不同的价值冲突，如一方追求自由，另一方追求安全，最典型的是《物权编》修订中争议很大的抵押期间抵押物的转让问题。《物权法》第191条对抵押物的转让作了比《担保法》更严苛的规定，学界多有诟病。^⑬《物权编》第197条原则上以抵押权的追及力为基础重构了这一制度：抵押人在履行通知义务后有权自由转让抵押物，同时将抵押权保全请求权扩张到转让情形，抵押权人证明转让可能损害抵押权的，可以请求提前清偿债

务或者提存价金。这样就平衡了抵押权人的所有权自由和债权人的债权安全。但它许可当事人对抵押物的转让另行约定,在债权人多为强势一方的场合,抵押合同恐怕都会另行约定,本条的平衡机制将会彻底被架空。因此,有必要废除本条的但书规定。

2. 安全与效率

安全与效率在担保领域也有诸多冲突。兹以担保物权公示的内容和“后序优先”的特殊受偿规则为例说明。

(1) 公示的内容

如前所述,担保物权公示内容上存在交易登记与声明登记的对立,这也决定了登记程序、审查义务的对立。在前者,登记隐含了国家对物权的确认和国家信用的“再担保”;在后者,登记只是国家践履其公共服务职能,国家并不做任何权利真实性、准确性和完整性承诺。因此,前者旨在确立和保护公众信赖;后者只是提示当事人在交易时注意标的物上存在他人的权利负担,进而促进当事人沟通。^⑤然而,对标的物最简洁的描述不仅突破了物权特定原则,也可能造成欺诈性登记,而且,如果不规定强制性的信息提供义务,第三人将无法顺畅与债权人、担保人沟通。因此,《欧洲示范民法典》规定,在担保人同意时,担保权人对第三人承担提供信息义务(第9-3:319条),违反义务的,将承担第三人善意取得在先担保权的不利后果(第9-3:322条)。这种机制固然可以解决沟通的义务问题,但登记与沟通的整体社会成本,未必比交易登记制低。衡诸我国政府与市场的关系、市场信用的建设等国情,我国登记采交易登记制更为合理。

(2) “后序优先”

《物权编》第207条在留置权“后序优先”之外,引入了美国《统一商法典》中的超级优先权(PMSI)和联合国《动产担保交易示范法》购置款(Acquisition Financing)融资担保规则,规定在动产抵押担保的主债权是抵押物的价款时,标的物交付后十日内办理抵押登记的,该抵押权人就该物优先于除留置权人以外的其他担保物权人受偿。这种权利的正当性虽然受到质疑^⑥,但它的实用主义为安全和效率两种价值之间的妥协提供了良好的方案:担保权人的信用期待并未受不利影响,因为担保人的负债转化为资产,其整体财产并未减少;出卖人因这种超级优先权的保障,无需担心其债权担保落空,从而有为债务人提供贷款的积极性;债务人因此也可以正常经营

或者扩大再生产,充实自己的责任财产;第三人也可等待在十天后才在该标的物上设定担保,其交易安全不会受到威胁。

3. 自由与公正

担保领域内的自由与公正冲突的实质是个体的自由意志与国家关爱之间的冲突。它在保证领域和担保物权领域均普遍存在,如担保从属性的限制与突破等。内在体系融贯的基本原则是,若存在两种价值都能接受的中间道路,则应采之。比如禁止流押和流质条款,其存与废都会引发激烈争议,但赋予受损方在一定条件(如担保物价值与债权的差额超过30%)和一定期限内(如参照可撤销合同的除斥期间)的撤销权^⑦,更为允当。

4. 多个要素的关系

除了两种要素之间的冲突外,在制度设计时,还需考虑多个要素之间的冲突。以让与担保入法的必要性为例,《物权法》引入动产抵押后,占有改定型动产让与担保独立的价值甚微,但据此否认让与担保入法尚不妥当。一是让与担保构造形态多元(如所谓“后让与担保”),也不限于动产。二是否认它难以提升担保物权实现的效率。《物权编》不许可担保物权人自行拍卖或变卖担保物,加之受禁止流抵押和流质的限制,债权人也无法直接取得担保物的所有权。在很多情形,如果债权人只能通过法院提请行使担保物权,可能使其保全债权的合同目的落空。如在目前上市公司股票质押、融资融券业务中,当股价下跌到合同约定的实现质权的条件时,债务人不配合股票出售的,债权人只能通过法院强制执行,很可能贻误最佳出售时机。让与担保则可有效解决这一问题,这也是实务中呼吁立法承认让与担保的理由之一。^⑧事实上,在进口押汇、金融衍生品等领域也存在同样问题。^⑨当然,除了立法承认,也可以将让与担保解释为《民法总则》第10条规定的交易习惯,从而承认其效力。但若无明确的让与担保法律规则,权利移转的登记原因就会成为很大的障碍,至少要通过复杂的契约安排来解决,徒增当事人的交易成本。因此,梁慧星研究员主持的《中国物权法草案建议稿》专章规定让与担保,今天依然有积极意义。^⑩然而,若承认让与担保,在债权人普遍强势的情况下,其他类型的担保物权适用的余地可能就很小。可见,让与担保是否入法,至少需要从自由、公正、安全和效率等要素通盘考量。

最后需要指出,在某个法律内部,内在体系

完全无法形成一致性评价时，则只能寻求制定特别法一途。这就转化为下文要讨论的外部体系的问题了。

三、担保规则的外部体系建构

(一) 外部体系的建构技术

民法典编纂的目的之一为获得外部体系效益。^③内部体系决定外部体系的概念、制度和规则内容，并进而决定外部体系的基本结构和体例。内部体系有价值评价融贯性的要求，外部体系亦有内容评价无矛盾的基准，两者协力才可能达致体系的有机性和一致性。担保规则外部体系建构的核心问题如下：

1. “提取公因式”的运用

“提取公因式”包括两个层次：首先从保证和担保物权分别抽象出各自的一般规则，然后提取这两部分的共同规则。

(1) 保证和担保物权各自的一般规则

从保证规则抽象出一般规则的前提是保证有不同类型，且不同类型的保证除了被立法者评价为共性的要素外，还必须存在诸多个体差异。《法国民法典》将人的担保分为保证、独立担保和意图信，这种分类在中国法语境中难以成立：独立担保不过是突破了保证的从属性，意图信无非可能成立担保的一种方式。而且，《法国民法典》也未规定人的保证的一般规则。我国法将保证分为一般保证和连带保证，两者仅在责任承担方式、保证诉讼时效计算等个别方面存在差异，所以保证部分无法也无需抽象出一般规则。

在担保物权领域，我国法的一大创新是抽象出了“担保物权”概念，使立法体系与理论体系高度契合。这一做法始于1910年大清“第一民律草案”（第三编“物权编”第六章“担保物权”），其他民法典均未使用这一术语。《德国民法典》在编纂时，就并未在抵押权、土地债务、定期土地债务上设定更一般的概念，更谈不上用一个术语来涵盖所有担保物权的类型。^④

但是，在提炼担保物权的共同规则时，《物权编》还远未臻于至善，立法重复还相当普遍。如第191条和第218条分别规定了抵押合同和质押合同的书面形式要求以及合同的一般条款；第192条和第219条分别规定了禁止流押和禁止流质；第200条第2款和第226条分别规定了抵押权人和质权人放弃担保物权时的效力；第201条第2款和第227条分别规定了抵押权和质权的实

现方式；第204条和第229条分别规定了抵押权和质权实现后担保物价值与债权存在差额时的处理。这些规范在立法技术上过于粗糙，有明显的就事论事的决疑风格，背离了体系化的基本要求，这些重复完全可以通过提炼一般规则来避免。

此外，在担保物权诸类型中，不动产抵押和动产质押是最基本类型，法律规范最为丰满。因此，《物权编》第237条规定，权利质押“适用”动产质押的规定，理由当是两者均属占有型质权。但在承认动产抵押后，大多数权利质押的性质其实更接近于动产抵押，增设规定权利质押可依据其性质准用动产抵押规范因而亦有必要。此外，《物权编》较为详尽地规定了最高额抵押规则，鉴于最高额质押和最高额抵押的共性，其第230条第2款规定，最高额质权参照适用最高额抵押规则。这种以一种代表性制度作为标本，对其做出详尽规定供其他类似制度准用的立法技术，消解了无法提炼抽象共同规则的体系难题，又避免了规范重复，值得赞同。

(2) 保证和担保物权共同的一般规则

保证和担保物权是基于共同的功能被作为担保制度统一构建的，因此两者存在诸多共同规范。《合同编》和《物权编》多处分别规定了这些规范，造成了条文重复甚至不一致。较为典型的是：①反担保，见于《合同编》第479条和《物权编》178条第2款；②独立担保，见于《合同编》第472条和《物权编》179条；③担保债权的范围，见于《合同编》第480条和《物权编》180条；④主债变化时担保责任，见于《合同编》第485条—487条和《物权编》182条、第198条。这种立法技术不仅造成了重复，而且还使本应共同适用的规范在另一担保领域的残缺。较为典型的例子是，《合同编》第490条规定了保证人的法定代位权，第491条和第492条分别赋予了保证人享有债务人的抗辩权、抵销权和撤销权，这些制度应同样可适用于担保物权。^⑤较为理想的方案是，通过设定“一般规定+准用规范”的方式解决。^⑥

2. 审查体系一致性

外部体系的一致性评价的目的主要是实现消除规范矛盾这一基本要求。目前民法典分编草案还或多或少存在一些评价矛盾。如《合同编》第490条规定的保证人的追偿权，在三个方面存在问题：一是其内容本身，它将代位权的范围界定为“承担保证责任的范围内”，势必造成循环追偿。如甲乙同时为100万元的债权提供连带保证，

甲承担 100 万元的保证责任后,享有 100 万元债权的代位权,可向乙主张 100 万债权,乙偿还后又可以对甲追偿,如此将陷入不断追偿的怪圈。二是在《物权编》未做相同的规定也没有准用规范,若第三物上保证人不享有追偿权,则有违平等原则。三是与《物权编》第 183 条禁止混合共同担保中的担保人相互追偿的规范相抵触,因为担保人的代位权隐含了对追偿的承认。又如《物权编》第 186 条以“法律、行政法规未禁止抵押的其他财产”作为兜底,按文义解释,“财产”自然应包括权利质押的客体,如此一来,权利抵押与权利质押就完全不存在界限了。因此,这里的“财产”应做出限定,思路是结合《物权编》有关股权、知识产权、基金份额等权利质押客体的规定,区分哪些权利只能抵押,哪些权利只能质押。具体标准是,在权利设定担保后,权利实际由谁行使:依然由担保人行使的,那么担保权人连“准占有”都未实现,自然应设定抵押,如股权、知识产权、基金份额;由担保权人控制的,如票据等,则应设定质押。权利质押客体应以担保权人能都实现控制为限,既符合物权类型法定,也避免了无法区分抵押和质押的严重体系违反。

除了民法典各分编内部的体系一致外,立法时还应审查民法典与其他法律的一致性。如《物权法》第 196 条规定,在抵押人被宣告破产或者被撤销时,浮动抵押的财产可得以确定,若将《物权编》第 202 条修改为“抵押人被宣告破产或者解散清算”,显然与《公司法》更为协调。

需要注意的是,如立法者基于特定的价值抉择,刻意增设某种不一致的规范,不应认定为体系违反。如动产抵押无需交付和登记即成立,违反物权公示原则,但它是立法者为鼓励交易特别做出的安排,在单行立法不可能时,将其纳入民法典也无可厚非。

（二）担保规则体系的体例

1. 担保规则的实质总则

目前在比较法上,除《担保法》外,似乎并不存在担保的一般规则。首先,采物权债权二分框架下的民法典,保证与物保分属不同权利类型,被分置各编,因此不存在总则。需要注意的是,《德国民法典》总则第七章“担保的提供”(第 232-240 条)并非担保总则,它仅仅适用于当事人未做约定时,为了保护诉讼当事人的法定担保^⑤，“对学习来说没有什么意义,在实践中的意义也微不足道。”^⑥《法国民法典》虽然将担保独

立成编,但也未设置总则。

我国民法典不设担保编,也就不可能存在担保总则。但如前所述,保证和物保存在共同规则,担保的实质总则是存在的。一种思路是将担保总则规定在民法典总则部分^⑦,但担保完全属财产法,仅针对权利保障问题,难以获得进入总则的入场券。因此,在立法技术上,需要解决的问题就演变成:在保证合同还是担保物权中规定一般规则?保证合同仅产生债权,且被置于合同分则,条文不多,物的担保同时涉及物权和债权,且类型多条文多。因此,将担保的一般规则置于担保物权,同时在保证合同中设置准用规范更妥。在《合同编》保证合同章的第 479 条第 2 款规定“最高额保证除适用本章规定以外,参照适用物权编关于最高额抵押权的规定。”这是目前唯一关于保证合同可以参照适用物权编有关规定的条款。在提炼出两者的共同规范后,保证合同部分直接规定一条抽象的准用规范即可。

2. 保证合同的体例

在传统民法典中,保证合同的体例有两种编排方式:一是将其置于债法总则的“多数人债务”,其理据是保证债务必然涉及两个以上的债务人。《日本民法典》第三编“债权”第三节“多数当事人的债权及债务”下,第五目为“保证债务”,《埃塞俄比亚民法典》也采取这种体例。二是在债法分则中将保证作为有名合同规定。《德国民法典》将保证合同规定在债法分则中的倒数第二个有名合同(在和解合同之前),《意大利民法典》也将保证合同规定在“各类契约”中的倒数第五个合同,《瑞士民法典》《智利民法典》等也采这种体例。两种体例在逻辑上均顺畅无碍,若突出保证对所有合法之债的担保功能,将其置于总则更严谨;若强调保证的效果是通过合同产生的,且保证制度构造复杂,条文众多,置于分则也谓之合理。

我国《民法典》未设债法总则,保证只能规定于《合同编》。《合同编》第 4 章“合同的履行”下规定了多数人之债,但条文畸少,无法纳入保证债务,因此,《合同编》将保证合同规定在第 13 章,在借款合同之后,租赁合同之前,可能是考虑到保证合同担保的多为借贷之债。但既然保证可担保所有的合同之债和法定之债,则保证居于合伙合同之前似乎更佳(因合伙合同通常无需担保)。

在比较法上,民法典对保证合同内部体例的安排也不一致。一些民法典并不再细分节,如

《德国民法典》《瑞士民法典》、我国台湾地区“民法”等。一些民法典则分节，其逻辑又分为三种：一是以保证的产生、效力和消灭为线索，如《意大利民法典》将保证分为一般规定、债权人与保证人的关系、保证人与主债务人的关系、多个保证人之间的关系和保证的消灭五节；《智利民法典》分为保证的设立和要件、债权人和保证人的保证效果、保证人和债务人的保证效果、共同保证人之间的保证效果和保证的消灭。二是以保证的一般规则和特殊规则为线索，如修订后的《日本民法典》将保证分为总则、个人最高额保证合同和经营相关债务的保证合同特则。三是依据保证的类型安排，如《法国民法典》将“人的担保”分为从属性保证、独立担保和意图信。

《合同编》将保证合同分为“一般规定”和“保证责任”两节，但两节并非一般规定和特殊规定的关系，建议将第一节修改“保证的成立与保证方式”。

3. 担保物权的体例

比较法上的担保物权有三种编排体例：一是将其置于物权编，如《德国民法典》、我国台湾地区“民法”和《日本民法典》。其中，前两者按照先抵押权后质权的方式编排，《日本民法典》则反之，可能因为其质权包括不动产质、动产质和权利质三种，而抵押权仅能在不动产和土地权利上成立（第369条）。二是将其置于债权编，主要见于受《法国民法典》影响的民法典，如《智利民法典》第四编“债的通则和各类合同”中，在保证之后，规定了质押、抵押权和不动产质押三种合同，形成了一个相对完整的担保规则体系；《埃塞俄比亚民法典》亦类似。三是将其作为民事权利保护的一种方法，《意大利民法典》第六编“权利的保护”第三章“财产责任、优先权的原因和财产担保的保护方法”，规定了质权和抵押权，包括法定权利和意定权利。

《物权编》以担保物权的类型为基础，建构了一个清晰和较为完备的担保物权“总分”体系：一般规定—抵押权（一般抵押权、最高额抵押权）—质权。在承认动产抵押后，担保物权的结构有两种思路：一是以不动产和动产担保物权为主线，参酌美国《统一商法典》第九编，统一动产担保交易立法^⑧；二是维持现行法体例，这是现实主义方案，充分考虑了物权类型传统，整体上值得赞同。需要改进的是抵押权的内部结构。目前草案中的“一般抵押权”和“最高额抵押”难以并列，逻辑上也不成立，建议将抵押权一章

分为不动产抵押权、动产抵押权和最高额抵押权三节。

（三）担保规则外部体系与民商关系

如前所述，担保规则内部体系的融贯无法完全依赖民法典解决，有时还必须诉诸两种价值适用的不同领域，即民商领域，对不同主体适用不同的价值优序。在我国民商形式合一、实质分离的立法框架下，民法典平衡民商关系的任务更为艰巨。《担保法》被质疑的一个重要方面也是未区分民商关系，未能反映民商事领域担保关系的不同特征。^⑨若能有效区分民事和商事担保，则内部体系融贯性的难题可较好化解。

在保证领域，区分民商担保是较为普遍的做法，如《德国民法典》第766条要求保证必须书面形式，但《德国商法典》第350条对商人保证并未作同样要求。循此思路，可以解决内部体系融贯性的一些问题。较为重要的问题包括：其一，担保的从属性。对独立担保，基于契约自由承认商人可从事独立担保，基于实质公正则否定自然人的这一权利。^⑩同时基于公平和效率的考虑，由强至弱建构显失公平、基础交易违法、明显滥用付款请求权、单据无效、单据欺诈、独立担保违法对独立担保的独立性破坏程度。^⑪此外，依据担保的从属性，保证人的责任不得高于债务人的责任（如《意大利民法典》第1941条、我国台湾地区“民法”第741条等）。《全国法院民商事审判工作会议纪要》（征求意见稿）第55条也明确规定，当事人约定的担保责任范围大于主债务的，大于主债务部分的约定无效，担保责任应缩减至主债务的范围。这一规定的合理性除了担保的从属性外，还包括债权人不能从债务人和保证人处获得双重赔偿，但它会遭到来自契约自由原则的质疑。^⑫如果保证是由专业担保机构提供的，何以它不能承担违反担保合同的违约责任（如在不依约提供财务报表的情形）？其二，对当事人未约定保证方式时保证责任方式的推定。《担保法》第19条推定为连带责任，其立法目的是通过加重保证人的责任纾解交易诚信严重缺失的困境^⑬，但将其作为普遍规则，有“过度商化”的嫌疑，因为“保证人通常难以充分认识其后果”^⑭，课以连带保证责任对无偿提供保证的自然人过于不公，也有违缓解自然人保证责任的潮流。《合同编》第472条第2款推定承担一般保证责任，似乎又走到了另一个极端。晚近的《欧洲民法典示范草案》第4.7-2：105条推定为连带责任。比较妥当的方式是商事担保尤其是

专业担保公司的保证推定为连带责任，民事保证则推定为一般保证。

在担保物权领域，是否允许流质涉及自由、公正和效率的价值之争，但营业质的正当性从未遭遇质疑^⑤，取得典当资格的商事主体可以依法适用流质条款。这事实上也是一种区隔民商事实现内部体系融贯性的思路。

在我国民商合一的体例下，民法典应如何表述仅适用于商事领域的规则呢？可供参考的思路是《物权法》第231条对商事留置权使用的“企业”一词。若仅有特定资格的商人可适用，则其资格条件应具体说明。

四、余论

有学者精当地将民法典合同编典型合同的立法概括为《合同法》分则的“再法典化”的过程^⑥，实际上，担保法规则和民法典分则其他各编同样都是“再法典化”过程，其核心都是体系化。从大处着眼，内在体系都涉及政治、社会、经济和文化变迁带来的价值变革；外在体系均需要完美表达内在体系并和其他各编协调，更何况担保是社会经济中最具有创新色彩、最活跃的交易领域，这决定了担保理念、价值、原则和规则难以固化。

在内在体系领域，合理区分民商担保规则，是担保规则内在体系融贯性的难点。我国现有担保规则最大的问题在于对民商关系的区分不当，它既“商化不足”（如严守担保的从属性），又“过度商化”（如连带保证责任的推定）。在越来越复杂和分化的社会中，民商领域的价值取向的

差异更为明显。虽然第三人订立的担保合同都是无偿合同，但以担保为业的公司和自然人为亲友所做的担保，两者在法律评价上显然不应简单“平等”，更何况“平等”意味着——应当平等的，平等；不应当平等的，不平等。

就外在体系而言，《民法典》（草案二审稿）提取担保规则的公因式明显不足，体系违反情形亦不鲜见。但在立法技术上，最艰难的抉择还是担保物权类型的选择。立法者无论选择从商业实践出发，还是选择从理论出发做规定，体系化的任务都要简单很多，但要兼顾二者，就必然困难重重。如追求“实质重于形式”，可通过强化公示消除隐性担保，降低担保融资的法律成本^⑦，极而言之，在以登记为权利公示的基本手段后，担保物权甚至无需再做任何类型区分，这对我国固有担保法冲击过大，且易导致法律适用的不稳定性；坚持“形式重于实质”，又可能扼杀担保创新进而阻碍经济发展，使法律滞后于社会生活。由此可见，外部体系绝不是孤立的，它受内部体系的结构制约。

《合同编》令人激赏的一点是，其从实质性功能角度入手，充分考虑了所有权保留、融资租赁等交易的担保功能，将其纳入公示权利利益。对债权让与中受让人对抗债务人以外的第三人的效力问题，也有学者提出采登记主义。^⑧在登记技术突飞猛进的今天，以公示作为财产权变动的普遍手段确实值得追求，这无疑是财产权制度的重大革新。此外，在优先受偿规则方面，引入超级优先权后，需要思考的是它与所有权保留之间的优序。这些例子表明，担保规则再体系化必须超越担保本身进行思考。

① 高圣平：《动产担保交易比较研究》，北京：中国人民大学出版社，2008年，第162页。

② 李世刚：《法国担保法改革》，北京：法律出版社，2011年，第255页以下。

③ David Lyon, *Surveillance Society: Monitoring Everyday Life*, Open University Press, 2001.

④⑤ 邹海林、常敏：《论我国物权法上的担保物权制度》，《清华法学》2007年第4期。

⑤ 董学立：《抵押权概念的演变及其法体系效应》，《法商研究》2017年第5期。

⑥ 董学立：《担保物权法编纂建议》，《山东大学学报》（哲学社会科学版）2017年第6期。

⑦⑧ 董学立：《我国意定动产担保物权法的一元化》，《法学研究》2014年第6期。

⑧⑨ 高圣平：《民法典担保物权法编纂：问题与展望》，《清华法学》2018年第2期。

⑨ 张民安：《论〈担保法〉在我国未来〈民法典〉当中的独立地位》，《学术论坛》2018年第3期。

⑩ Barry E. Adler, "An Equity-Agency Solution to the Bankruptcy-Priority Puzzle," *The Journal of Legal Studies*, vol. 22, no. 1 (Jan. 1993), pp. 73-98.

⑪ 胡开忠：《破解担保之谜：担保法的价值取向》，《法学评论》2003年第2期。

⑫ Staudinger BGB/Norbert Horn, 2012, § 765, Rn. 44.

- ⑬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》，北京：北京大学出版社，2007年，第404页。
- ⑭谢鸿飞：《抵押物价值恢复请求权的体系化展开——兼及抵押权保全的立法论》，《比较法研究》2018年第4期。
- ⑮中国社会科学院民法典编纂项目工作组：《中国社会科学院民法典分则草案建议稿》，北京：法律出版社，2019年，第77页。
- ⑯资料来源 https://chinese.doingbusiness.org/zh/data/exploreconomies/china/sub/beijing#DB_rp。
- ⑰高圣平：《统一动产融资登记公示制度的建构》，《环球法律评论》2017年第6期。
- ⑱黄家镇：《从保全到流通：民法典编纂中不动产抵押权现代化之构想》，《政法论坛》2018年第4期。
- ⑲谢鸿飞：《共同担保一般规则的建构及其限度》，《四川大学学报》（哲学社会科学版）2019年第4期。
- ⑳李世刚：《论法定不动产担保物权隐秘性削减的修法趋势——以法国和台湾地区的经验看我国〈合同法〉第286条》，《法学杂志》2016年第11期。
- ㉑Staudinger/Norbert Horn, BGB, 2012, § 775, Rn. 1.
- ㉒Charles W. Mooney, Jr., “The Consumer Compromise in Revised U. C. C. Article 9: The Shame of it all”, *Ohio State Law Journal*, vol. 68 (2007), p. 215.
- ㉓王利明：《我国民法典物权编中担保物权制度的发展与完善》，《法学评论》2017年第3期。
- ㉔孙宪忠、徐蓓：《〈物权法〉第191条的缺陷分析和修正方案》，《清华法学》2017年第2期。
- ㉕金曼：《美国动产担保登记制度中的利益平衡》，《西南政法大学学报》2017年第1期。
- ㉖邹海林：《论〈民法典各分编（草案）〉“担保物权”的制度完善——以〈民法典各分编（草案）〉第一编物权为分析对象》，《比较法研究》2019年第2期。
- ㉗刘保玉：《完善我国质权制度的建议》，《现代法学》2017年第6期。
- ㉘龙俊：《民法典物权编中让与担保制度的进路》，《法学》2019年第1期。
- ㉙李磊、刘保玉：《让与担保存废论——基于实证考察的分析》，《人民司法·应用》2018年第28期。
- ㉚梁慧星主编：《中国民法典草案建议稿附理由·物权编》，北京：法律出版社，2004年，第420页。
- ㉛谢鸿飞：《民法典的外部体系效益及其扩张》，《环球法律评论》2018年第2期。
- ㉜Staudinger/Hans Wolfsteiner, BGB, 2009, Einleitung zu § § 1113 ff, Rn. 1.
- ㉝刘保玉：《第三人担保的共通规则梳理与立法规定的完善》，《江西社会科学》2018年第10期。
- ㉞Staudinger/Tilman Repgen (2014) Vorbemerkungen zu § § 232 ff, Rn. 1; MüKoBGB/Grothe BGB § 232, Rn. 1.
- ㉟〔德〕梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东等译，北京：法律出版社，2000年，第135页。
- ㊱刘斌：《论担保法独立成编的立法技术与决断要素》，《江海学刊》2019年第3期。
- ㊲范健：《商事担保的构成与责任特殊性》，《法学》2013年第3期。
- ㊳刘斌：《独立担保的商事法理构造——兼论民法典视野下的独立担保制度建构》，《环球法律评论》2016年第2期。
- ㊴刘斌：《论独立担保的修正类型谱系——兼评最高人民法院独立保函司法解释》，《法学杂志》2017年第12期。
- ㊵2019年8月24日在中国人民大学举办的对《全国法院民商事审判工作会议纪要》（征求意见稿）的讨论会上，有学者即以契约自由理念反对这一规则。
- ㊶董开军主编：《〈中华人民共和国担保法〉原理与条文释义》，北京：中国计划出版社，1995年，第69页。
- ㊷张良：《民法典编纂背景下我国〈合同法〉分则之完善——以民事合同与商事合同的区分为视角》，《法学杂志》2016年第9期。
- ㊸朱广新：《论合同法分则的再法典化》，《华东政法大学学报》2019年第2期。
- ㊹王乐兵：《金融创新中的隐性担保——兼论金融危机的私法根源》，《法学评论》2016年第5期。
- ㊺李宇：《债权让与的优先顺序与公示制度》，《法学研究》2012年第6期。

（责任编辑：周中举）