

担保制度的现代化： 对《民法典》第388条第1款的评析

王利明

摘要 《民法典》第388条第1款明确扩大了担保合同的适用范围，将功能上起担保作用的交易形式纳入其中，为形式主义立法模式之下的金融担保创新留下了空间。更为重要的是，通过与统一的动产和权利担保登记公示制度的结合，《民法典》第388条第1款为担保领域内物权法定的缓和提供了解释基础，进而为我国担保制度在形式主义基础上植入了功能主义的合理元素，这为统一的顺位规则奠定了基础，为担保权利的规范互用提供了契机。

关键词 担保合同 非典型担保 让与担保 功能主义 形式主义

作者王利明，法学博士，中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员，中国人民大学法学院教授。

DOI:10.16094/j.cnki.1005-0221.2021.01.003

《民法典》第388条第1款规定“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。担保合同包括抵押合同、质押合同和其他具有担保功能的合同。”通盘梳理民法典担保物权的规定，可以说该条规定是具有开创性质的变化。之所以有这样的变化，是为了进一步完善担保物权制度，为优化营商环境提供法治保障。^①在世界银行发布的《全球营商环境报告》中，我国在“获得信贷”指标排名中表现一直不太理想，主要原因在于我国动产担保交易法的架构与国际趋势还有相当差距。^②《民法典》第388条第1款体现了我国在推动担保制度现代化上的尝试。正确理解并适用该规定，将对改善营商环境、促进市场经济的高质量发展产生重要影响。

一、担保物权法定的缓和

物权法定是物权法的一项重要原则，它决定了物权法的基本性质与特征，对当事人创设新类型物权、改变既有物权内容的意思自由进行了严格限制。我国《民法典》第116条将物权法定原则定

* 本文系国家社科重点规划项目“人格权保护立法研究”（18ZDA143）的成果之一。

^① 参见王晨“关于《中华人民共和国民法典（草案）》的说明——2020年5月22日在第十三届全国人民代表大会第三次会议上”，《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2020年特刊，第188页。

^② 参见高圣平“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，第66页。

为明文。物权法定首先指物权种类法定,即哪些权利属于物权,哪些不是物权,要由法律规定。^③据此,物权的具体类型必须由法律明确规定,当事人不得创设法律未予规定的新类型物权。应当看到,此处所说的“法律”,必须是国家立法机关通过立法程序制定的、能产生普遍适用效力的规范性文件。只有在此基础上设定的物权类型,才能产生正确引导当事人行为和指导法官处理纠纷的作用。这就意味着,为了保证法律适用的一致性,也为了实现物权法定原则的规范目的,该原则不仅具有限制当事人意思自治的作用,还能限制立法机关之外的国家机关通过制定规范性文件、解决个案等行为来设定新类型物权。此外,物权法定原则也不允许当事人通过约定改变现有法律规定的物权类型,理论上也将此称为排除形成自由。^④

当然,该原则也存在明显的不足。严格的物权法定尤其是种类法定,对当事人在物权的种类、设定、内容和公示方法等方面的意思自治进行严格的限制,这在一定程度上不利于鼓励当事人自主设定各种新的担保形式,不利于人们运用担保方式。例如,我国《物权法》就意定担保物权仅规定了抵押权和质权两种,虽然扩大了担保财产的范围,为实践中涌现的新类型财产进入融资担保领域提供了可供选择的路径,但由于登记规则等的缺失,其直接导致相应担保权利无法设定,在一定程度上窒碍了融资担保实践的发展。^⑤在抵押权、质权这些典型的担保交易模式不敷使用的情形之下,当事人在《物权法》之外设计了更符合其利益的交易结构,以实现担保的功能。如让与担保、动态质押、融资融券、保兑仓交易、股权回购等等。由于《物权法》并未将这些交易模式典型化为物权,也未为这些新类型担保交易提供可供选择的公示路径,权利人也就无法依据这些交易取得标的物上的物权。这不仅严重影响了金融创新,不利于鼓励交易,还间接加大了当事人的交易成本,使得当事人不得不通过法律规避的形式进行交易。

针对物权法定原则的上述副作用,苏永钦教授曾经指出物权自由的出路。^⑥不过,物权自由是物权法定的反面,径直从物权法定转向物权自由,对业已成型的法律传统和交易秩序也会造成极大的破坏,反而得不偿失。故而,物权自由是学理层面的主张。为了消解物权法定原则的副作用,立法和司法采取的态度是缓和物权法定原则。就担保物权领域而言,在大陆法系,德国就通过司法确认了动产让与担保等法律未规定的担保物权;在英美法系,美国《统一商法典》第九编突破既往的物权法定的形式主义,转向缓和和法定的功能主义,即对具有担保功能的各种动产担保交易安排进行统一规定,以统一的动产担保概念统合各种复杂的担保形态。^⑦

在国际商法统一化运动中,联合国国际贸易法委员会先后通过《动产担保交易立法指南》和《动产担保交易示范法》,采纳了功能主义的担保观念,建议各国将通过合同在动产上设定的旨在担保债务履行的一切权利统一归类为“担保物权”(security right)。不管当事人如何设计交易结构,只要起着担保功能,即应适用相同的设立、公示、优先顺位、违约救济和实行规则,以此使动产担保交易制度具有足够的灵活性,兼顾现有的融资方式以及未来可能发展起来的创新方式。^⑧体现着欧洲最新比较法研究成果的《欧洲示范民法典草案》也深受功能主义影响,采取统一的动产担保物

^③ Vgl. MüKoBGB/Gaier BGB Einleitung, 4. Aufl., München: C. H. Beck, 2001, Rn. 11.

^④ 参见[德]沃尔夫《物权法》,吴越等译,法律出版社2004年版,第14页。

^⑤ 参见高圣平《担保法论》,法律出版社2009年版,第279-280页。

^⑥ 参见苏永钦《寻找新民法》,元照出版公司2008年版,第129页。

^⑦ 参见美国法学会、美国统一州法委员会《美国〈统一商法典〉及其正式述评》(第三卷),高圣平译,中国人民大学出版社2006年版,第2-3页,第36-37页。

^⑧ See United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions*, New York: United Nations, 2010, pp. 13, 20.

权构造,将依担保合同所设定的,意在使担保权人有权就担保财产优先受偿,或依合同可以达到这一效果的定限物权纳入其中。同时明确,依担保合同移转或拟移转动产的所有权,意在担保债务的履行或达到担保债务履行的效果的,仅能在该动产上为受让人设立动产担保物权。让与担保、售后回租均被纳入担保物权的范畴。^⑨与这种国际发展趋势一致,《民法典》第388条第1款的规定也体现了缓和物权法定的立场,具体表现如下:

第一,扩大担保合同的范围,并承认了各类担保合同的效力。立法者在说明《民法典》第388条第1款时,指出“扩大担保合同的范围,明确融资租赁、保理、所有权保留等非典型担保合同的担保功能,增加规定担保合同包括抵押合同、质押合同和其他具有担保功能的合同。”^⑩出于融资便利和金融创新的需要,股权转让回购、动产让与担保、收费权质押、所有权保留、融资租赁等新类型担保在实践中不断涌现。《民法典》第388条第1款将其全部纳入担保合同之中,对之统一进行法律调整,能在最大程度上尊重当事人的意思自治和合同自由,允许当事人根据自己意愿订立各类担保合同,从而不会因为法律未明确规定担保类型而影响合同效力,也不会因违反物权法定原则而否定这些新类型担保合同的效力。可以说,该规定能为各类具有担保功能的合同提供明确的法律依据,能为相关的纠纷处理提供统一的裁判标准。为进一步贯彻上述立法理念,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉担保部分的解释(征求意见稿)》(以下简称“征求意见稿”)第1条第1款规定“因抵押、质押、留置、保证等担保方式发生的纠纷,适用本解释。因所有权保留、融资租赁、保理等其他具有担保功能的合同发生的纠纷,适用本解释,但是根据其性质不能适用的除外。”从该规定来看,其显然是以《民法典》第388条第1款为上位法依据,意在统一调整各类担保方式,消除各类担保方式公示方法不统一、效力顺位不明确等问题。

第二,为非传统担保的物权化提供了法律空间。传统的担保物权主要包括抵押权和质权,与它们对应的就是抵押合同和质押合同,这些共同构成典型的担保交易形式,并反映在《民法典》的担保物权分编之中。至于《民法典》第388条第1款中的“其他具有担保功能的合同”,是指抵押合同和质押合同之外的其他担保合同,其中以合同编规定的所有权保留、融资租赁、保理等交易形式为其典型。对于合同编规定的这些非传统担保,民法典允许通过登记来体现或增强其效力。第641条规定所有权保留未经登记不得对抗善意第三人;第745条规定融资租赁中出租人对租赁物享有的所有权,未经登记不得对抗善意第三人;第768条规定保理人对其受让的应收账款的权利具有登记能力,并可以以登记的时点确立其优先顺位。在这样的制度设计中,即便不认为前述的非传统担保是担保物权,它们也在登记后才具有对抗第三人效力,也即实质担保化。其实,就担保物权而言,其核心功能在于确保债权人优先受偿,这种功能的落实要依托于登记等公示手段。正是通过公示,才能将标的物上的担保负担对外展示,为他人所知,从而排斥和对抗其他债权人。《民法典》第388条第1款中不仅允许当事人订立“其他具有担保功能的合同”,更重要的是通过这种合同的订立而采纳一定的公示方法,就可以形成具有功能化的担保物权。这就为当事人创设新的担保权利形式、实行各种金融创新提供了法律依据。

第三,为统一担保交易规则提供了规范基础。根据《民法典》第388条第1款界定,只要有担保功能的合同,均属于担保合同。除了所有权保留、融资租赁、保理,新类型担保还有让与担保、保兑仓交易、动态质押、寄售买卖等其他形态,它们都属于该条中的“其他具有担保功能的合同”。

^⑨ 《欧洲示范民法典草案》第9-1:102条。参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组《欧洲示范民法典草案:欧洲私法的原则、定义与示范规则》,高圣平译,中国人民大学出版社2012年版,第355页以下。

^⑩ 同注①。

不过,《民法典》并未规定所有权保留、融资租赁、保理之外的其他非传统担保的公示机制,这就让人觉得其他非传统担保无法物权化。其实不然,《优化营商环境条例》(国务院令第722号)第47条第2款中规定“国家推动建立统一的动产和权利担保登记公示系统”,这为统一动产和权利担保登记制度提供了法律依据。^⑪统一的动产担保登记系统是一个国家或经济体的金融基础设施的重要组成部分,世界银行《全球营商环境报告》指出,统一的现代化的动产担保登记系统在各国缓解中小企业贷款融资难融资贵方面发挥重要作用,并将其纳入营商环境评估体系“获得信贷”指标。^⑫而《民法典》之所以删除有关担保物权具体登记机构的规定,就是“为建立统一的动产抵押和权利质押登记制度留下空间”。^⑬《民法典》第388条第1款除了明确担保合同的范围,更为重要的是在统一的动产和权利担保登记公示系统的支撑下,把抵押权等传统担保物权,以及合同编规定的所有权保留、融资租赁、保理之类的非传统担保,再加上法律并未规定的其他新类型担保,均归为“动产和权利担保”,产生相同的法律效力。

二、兼顾形式主义与功能主义

各国担保法律领域存在两种不同的立法观念,一是形式主义(formalistic),即将担保物权区分为不同类型,对不同类型的担保物权分设不同规则;另一种是功能主义(functionalistic),即不区分担保物权的形态,只要有担保功能,就适用统一规则。形式主义观念的代表是德国法,功能主义的代表是美国法。

根据形式主义立法观,不同形式的担保应当适用不同的法律规范,“类型化”因此是其最为显著的特征之一。^⑭形式主义的理论基础是债权与物权的二分。债权与物权的区分源自jus in personam(对人权)与jus in re(对物权)的区分,而这一区分又源自罗马法的对人(对人)之诉(actio in personam)和对物(对物)之诉(actio in rem),^⑮后来经过注释法学派与历史法学派的解释,并经过《德国民法典》和德国民法学的推动,债权与物权的区分成为大陆法系的定论,债法和物权法也因此民法典中分编而设。在这样的基本框定下,担保物权和具有担保功能的债权也被分别归入物权编和债编。在物权编中,因为物权法定原则的作用,不同的担保物权也就有不同的法律调整机制。这样一来,形式主义得以成形。我国民事立法向来区分债权和物权,并主要借鉴和参考了德国、日本等国的担保制度,故而,我国的《担保法》和《物权法》均采用形式主义立法观念。

客观说来,形式主义立法确实有其合理性,它把担保物权与其他担保区分开来,并对担保物权进行分类规定,每类物权有其明确的规范,这样既能增加交易的确定性,又能方便法律的适用。但是,严格遵循形式主义所产生的问题也较为突出。比如,通过类型化严格规定了担保物权的类型,这使得担保交易结构形态被人为限缩,不能容纳新类型的担保交易结构,无法充分回应商事实践的发展。又如,由于担保物权的类型被严格限定,在理解当事人约定的担保交易结构之时,必须将之生硬地套到既有的担保交易结构之中,这就会扭曲当事人的意思,不利于实现意思自治。再如,对

^⑪ 参见高圣平 “《民法典》视野下统一动产和权利担保登记制度的构造”,《浙江工商大学学报》2020年第5期,第38页。

^⑫ 参见罗培新 “世界银行‘获得信贷’指标的法理分析及我国修法建议”,《环球法律评论》2019年第2期,第81页。

^⑬ 参见注①。

^⑭ 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”,《国外社会科学》2020年第4期,第4页。

^⑮ See Vinding Kruse, *The Right of Property*, London: Oxford University Press, 1953, p. 131.

担保物权的种类进行法律限定，必然会存在法律漏洞，无法周延地调整当事人之间的权利和义务。我国的权利质权制度、所有权保留制度等就有大量法律漏洞，不利于保护交易。

正因为这些问题的存在，美国动产担保交易法的起草者摒弃了原来的形式主义观念，转向功能主义。其结果是，不管当事人自主安排的交易结构如何，只要在市场上起着相同的担保功能，就应适用相同的法律。具体而言，起草者关注的重点在于各种担保交易形式的共同之处，即均有基本相同的担保功能，通过合意赋予债权人在特定动产上的权利，使之将该财产视为债务不履行时的救济来源。这样一来，是交易的结果而非形式或权利发生的方式，在交易的定性上起着决定性作用。^{①⑥}美国《统一商法典》第九编是功能主义立法的典型代表，它建构了统一动产担保交易规则，统一了各种动产担保形态，使当事人可以通过统一的法律机制和术语从事动产担保交易，大大降低了担保交易的成本，也提升了担保交易的效率。^{①⑦}受美国法的影响，加拿大（魁北克以外）、新西兰、澳大利亚等国以及《移动设备国际利益公约》《联合国国际贸易法委员会担保交易立法指南》等国际示范法采纳了功能主义观念。^{①⑧}

功能主义观念源于人类学和社会学的功能主义理论。在此方面产生巨大影响的帕森斯“结构功能主义”就认为：所有的社会制度都有着特定需要或需求，并且此需要或需求必须被满足，以使得特定的制度能存续存在或保持内在的平衡。^{①⑨}这种认识在法学领域影响深远，除了前述的功能主义立法观念，比较法的功能主义也是适例。^{②⑩}在功能主义的引导下，当事人通过动产进行担保的目的占据了基础和核心地位，只要有这样的目的，无论其具体形态如何，都能纳入动产担保规范中加以调整和保护。由于担保目的是当事人自设的，功能主义因此更注重意思自治，甚至可以说当事人之间的安排在功能主义的立法中得到了最大程度上的尊重。^{②⑪}这样一来，就能将物权法定原则对交易的限制压到最低程度，还能促使交易便捷，有效降低交易成本。^{②⑫}

不过，每个国家和地区的民法均有其所源，有不同的发展基础和制约因素，不可能空穴来风似地直接照搬域外的经验做法。故而，尽管功能主义有其长处，但在我国长期采用形式主义的经验传统之上，《民法典》无法彻底抛开形式主义而完全转向功能主义。但又鉴于功能主义之长能补形式主义之短，将这两者结合起来就成了一条稳妥的出路。《魁北克民法典》就是典型，它一方面接受了北美功能主义立法中对于权利类型化的排斥；另一方面也保留了形式主义立法模式，对于融资租赁、所有权保留进行了专门的规定。^{②⑬}同样地，《民法典》第388条第1款也走向了兼顾这两种主义的第三条道路。

具体而言，《民法典》第388条第1款位于物权编，而物权编以物权法定为基本结构性原则，将担保物权分为抵押权、质权和留置权，还在合同编分别规定了所有权保留、融资租赁、保理，这种制度安排决定了形式主义是理解相关规定的基础。但它又突破了形式主义，不再限定担保合同的具体范围，而是以担保功能为导向，扩大了担保合同的形态，从而使让与担保等在交易实践中产生的新类型担保有了法律上的名分。与《担保法》和《物权法》相比，《民法典》第388条第1款更

^{①⑥} 参见高圣平“美国动产担保交易法与我国动产担保物权立法”，《法学家》2006年第5期，第82页。

^{①⑦} 参见注⑦，第34页。

^{①⑧} 参见徐同远《担保物权论：体系构成与范畴变迁》，中国法制出版社2012年版，第138-139页。

^{①⑨} See Tacott Parsons, *The Social System*, London: Routledge, 1991, pp. 1-14.

^{②⑩} 参见雷安军《比较法研究中的功能主义原则、法律文化和法律移植》，中国政法大学出版社2013年版，第8-9页。

^{②⑪} 参见注⑦，第45页。

^{②⑫} See Harry C. Sigman, "Security in Movables in the United States—Uniform Commercial Code Article 9: A Basis for Comparison", in Eva-Maria Kieninger (ed.), *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, New York: Cambridge University Press, 2004, p. 59.

^{②⑬} 参见注⑦，第40页。

明确地允许当事人自由安排彼此之间的权利义务关系,从而更为尊重当事人的意思。不仅如此,其把经济功能上相同的担保交易,赋予了同等的法律地位:

第一,统一了登记对抗效力。《民法典》第404条、第641条第2款、第745条都采取了登记对抗主义。登记对抗都是适用动产担保而产生的。如何理解登记对抗?一是能够对抗相对人,在动产担保有效设立后,只要当事人之间不涉及其他权利争议,可以当然对抗相对人。征求意见稿第65条规定“所有权保留、保理、融资租赁等具有担保功能的合同,权利人的权利未经登记的,其不得对抗的善意‘第三人’范围以及效力,参照本规定第五十三条处理。”二是对抗当事人之外的恶意第三人,例如动产抵押权未经登记,抵押人将抵押财产出租给第三人,第三人知道该财产设立抵押,那么抵押权人可以优先于该承租人实现自己的担保物权。三是可以对抗抵押人的无担保债权人,抵押权人就抵押财产变价之时,抵押人的另外债权人主张执行异议,即使抵押权未登记,抵押权人仍可对该债权人主张抵押权,从而排除该债权人的执行异议。

第二,统一了权利顺位规则。例如,在登记后,所有权保留、融资租赁合同中所有权人的“所有权”,与物权编“所有权”分编的所有权大相径庭,实际就是与抵押权、质权等担保物权无异的担保权。既然没有实质差异,它们适用相同的规则就是顺理成章之举。在此基础上,再借助统一的登记公示制度,这些担保就会有相同的效力。从而在《民法典》第414条就构建了统一的优先顺位规则,将其他具有功能化的担保物权纳入,实现稳定性与灵活性的统一。

第三,统一了权利实现规则。例如《民法典》第412条规定了抵押权的实现规则,在解释上融资租赁交易中和所有权保留中的“所有权的实现”也可以适用相同的规则。征求意见稿第62条规定“融资租赁的当事人约定租赁期限届满后租赁物归承租人所有,承租人支付部分租金后未支付剩余租金,出租人请求承租人支付剩余租金,并就租赁物优先受偿的,人民法院可以参照适用担保物权的实现程序处理。融资租赁的当事人约定租赁期限届满后租赁物归承租人所有,承租人支付部分租金后未支付剩余租金,出租人请求解除合同并收回租赁物的,人民法院可以参照适用担保物权的实现程序处理。承租人主张收回的租赁物价值超过欠付租金及其他费用的,人民法院应当按照融资租赁合同的约定确定租赁物价值;融资租赁合同未约定或者约定不明的,可以参照融资租赁合同约定的租赁物折旧以及合同到期后租赁物的残值确定租赁物价值。”第63条规定“当事人约定出卖人保留合同财产的所有权,出卖人依据民法典第六百四十二条起诉请求取回财产的,人民法院应当向其释明,告知其参照担保物权的实现程序主张权利。出卖人拒绝的,人民法院应当驳回出卖人的诉讼请求。”

在形式主义模式下,兼顾功能主义具有如下优点:一方面,由于动产担保已经在整个担保体系中对中小企业融资具有极其重要的意义,成为担保的重要形式,因而在功能主义的引导下,通过动产进行担保融资,在交易性质的确定上起决定性作用的是担保目的,无论其具体形态如何,都能纳入动产担保规范中加以调整和保护。由于担保目的是当事人自设的,功能主义因此更注重当事人的意思自治,甚至可以说,当事人之间的安排在功能主义的立法中得到了最大程度上的尊重。与《担保法》和《物权法》相比,《民法典》第388条第1款更明确地允许当事人自由安排具有担保功能的内容,从而更为尊重当事人的意思。^④另一方面,有利于鼓励担保与促进资金融通。《民法典》在兼顾功能主义的模式下,又保留了传统大陆法系形式主义的担保物权立法模式,在兼顾传统的基础上,允许新的具有担保功能的担保权利进入担保领域,有利于缓和严格的物权法定,为鼓励金融

^④ 参见注②, p. 59.

创新提供了方便。《民法典》第388条第1款是在形式主义的法律框架中注入了功能主义的血液，使得形式主义不僵化，且能够为之后的进一步解释发展提供规范基础。如前所述，该规定缓和了担保领域的物权法定原则，但也仅仅是缓和，而未完全突破物权法定主义，转向物权自由。这样就使担保物权与其他物权一样，有着基本稳定的框架，能妥当照料当事人的交易预期。与此同时，该规定能充分回应担保实践的融资需求，更加灵活、快捷地应对实践需要，为新型担保提供了充分的发展空间。

三、为顺位规则的统一奠定基础

动产担保交易以动产和权利为客体，是中小微企业的主要融资模式。实践中，同一动产或权利成为若干担保交易的标的物的情况比较常见，如何排列这些担保权利的顺位，就成为实务界广泛关注的问题。在民法典颁布以前，我国动产担保的公示比较零散，既有占有，也有登记，而登记又有动产抵押登记、融资租赁登记、机动车抵押登记、应收账款质押登记、股权质押登记等等，这就导致顺位规则极其不统一。为了解决这个问题，《民法典》第414、415条明确了以公示时间先后为标准的顺位规则。在这两个条文中，第414条无疑最重要。根据该条，优先顺位规则以登记为基础，能普遍适用于各种抵押权、权利质权。

从文义上看，第414条很清晰地表明，它适用于以登记为公示方法的担保物权，其是否适用于其他具有担保性质的权利，尚存疑问。从体系解释的角度来看，第414条的顺位规则不限于以登记为公示方法的担保物权。由于《民法典》为动产和权利担保的统一登记公示扫清了法律障碍，而《优化营商环境条例》第47条第2款也规定“国家推动建立统一的动产和权利担保登记公示系统”，这就意味着，不仅动产抵押和权利质押在同一登记公示系统登记，所有权保留、融资租赁、保理也要在该登记公示系统登记。借助该登记公示系统，所有权保留、融资租赁和保理均突破债的相对性，具有物权性的对抗效力。而且，《民法典》第388条第1款还把合同编规定的这三类担保纳入担保合同，与抵押合同、质押合同等同对待。这样一来，所有权保留、融资租赁合同中所有权人的“所有权”，也就被功能化为“担保物权”，并由第414条第2款“其他可以登记的担保物权”的文义所能涵盖。第414条也就不能局限于《民法典》上规定的典型担保物权，还应扩及这几类功能化的“担保物权”。

在《民法典》第388条第1款的引领下，凡是具有担保功能的合同均是担保合同，其形态绝对不限于《民法典》规定的前述几类，而统一的动产和权利担保登记公示系统也不单以登记担保物权为限。在电子技术的支持下，让与担保、买卖型担保等合同约定的担保权利均可在该系统中统一登记。也就是说，《民法典》第388条第1款与统一的动产和权利担保登记公示系统相辅相成，前者不限制担保合同的形态和范围，后者不限制可登记的担保权利的形态和范围。它们合力作用，使担保物权和担保合同均能通过登记而公示出来。既然能通过法定的登记公示系统登记，那就表明诸如让与担保这样的未被法律明文规定的担保合同也能为他人知悉，进而也应产生对抗善意第三人的效力，从而产生优先受偿的效果。

在此方面，美国动产担保交易法就是成功的先例，它以统一的动产担保声明登记系统作为基础性的技术支持。该登记系统实行声明登记制（notice-filing），即当事人只需提交必要的交易文件，且登记机构不对文件实质审查，交易的真实性由利益相关人员自行进一步查询，以此提高动产担保

交易的整体效率。²⁵ 该系统适用于旨在或对一项债务提供担保的所有动产交易。²⁶ 作为担保优先顺位体系的一大重要部分, 这种登记制度确立了一个不受制于私人操控并且在多数情况下可以用于确定担保优先顺位的客观标准。²⁷

诚如前文所言, 《民法典》第388条第1款兼顾了形式主义和功能主义, 从而使我国的担保制度虽然具有担保权利各自分离的形式, 但实质上有着统一的核心规范。该规范就是统一登记公示制度基础上的统一顺位规则。只有统一了这种顺位规则, 以登记的时间先后作为权利优先顺位的确定方式, 才能有效提升交易的透明性与确定性。在《民法典》第388条第1款的引导下, 在统一的动产和权利担保登记公示系统的支持下, 第414条就是以登记为中心构建的统一顺位规则, 意义重大:

第一, 统一了各类可登记的担保权利的顺位。除了抵押权, 还包括权利质权中的没有权利凭证的汇票、本票、支票、债券、存款单、仓单、提单质权; 基金份额、股权质押; 知识产权质权; 应收账款质权; 还有合同编规定的所有权保留、融资租赁、保理; 还有让与担保、寄售买卖等担保权利。所有这些担保权利均能通过统一的动产和权利担保登记公示系统加以登记, 并能根据登记时间先后确定顺位。

第二, 增加了交易的确定性。统一登记系统以及统一顺位实质上能消除隐形担保, 而隐形担保的存在会导致当事人无法查询, 这可能对交易安全产生妨害; 同时, 对担保人而言, 由于缺乏公示方法, 其担保权益的实现可能会被善意第三人的权利所消灭; 此外, 对其他债权人而言, 其债权的实现也可能受到该隐形担保的影响。²⁸ 通过消除隐形担保, 通过明确担保权利的顺位, 当事人可以事先预估交易风险, 进而增加交易的确定性, 改善我国的营商环境。而且, 登记是公开的, 登记时间是客观、确定的, 在一定程度上防范了担保人和其他人串通伪造担保权利, 损害在先担保权人的道德风险。

第三, 为当事人提供了合理预期。统一担保合同、统一登记系统和统一顺位规则的结合, 使交易当事人能明了办理登记的权利及其作用与效力, 这就为当事人提供了完整信息, 并使其有合理预期。就担保交易的直接当事人而言, 不办理登记, 或晚办理登记, 就要承受清偿顺序靠后的风险; 就欲进行担保交易的当事人而言, 通过查询登记, 能了解标的物有无担保权利、有多少担保权利, 进而决定是否进行担保交易, 从而避免不必要的风险。

四、为担保权利的规范互用提供契机

《民法典》第388条第1款对担保合同的规定, 显然是担保合同的一般规定, 通过确定担保合同这一上位概念, 可以包容下位的诸多担保合同类型。这种共性归纳是有意义的。正如前文所述, 基于该上位概念, 并在统一登记公示制度的配合下, 立法能建立统一的顺位规则。这也体现了形式主义和功能主义兼顾的立法特点, 结果就是虽然各种担保权利在形式上分离, 各有各的规定, 但在核心之处又实质上统一。它们在实质统一之处能互用规范, 这样就极大地减少了法律的重复规定, 促进了法律适用的集约化, 弥补了可能出现的法律漏洞。概括而言, 第388条第1款的共性概括, 为各类担保权利的规范互用提供了契机, 这是民法典体系化的题中之义。

²⁵ 参见注①, 第14页。

²⁶ 参见注②, p. 57.

²⁷ 参见注②, p. 59.

²⁸ 参见朱虎 “民法典动产和权利担保的变革”, 载《人民法院报》2020年7月30日。

由于担保权利的形态很多,为了便于说明规范的互用,下文以担保物权与保证合同的规范互用为例加以展开。在展开前应首先说明的是,《民法典》第388条第1款事实上延续了《担保法》的经验,将担保物权合同和保证合同并入担保合同的概念之下,这在比较法上应属于极具特色的规定。该规则事实上为保证合同中的相关规则总体类推适用于物的担保提供了法律基础。在法律解释学上,类推适用可分为个别类推和总体类推。^{②9}所谓个别类推,也称为法律类推或制定法类推,^{③0}是指就某个别法律规定而为类推适用,即被类推适用的是个别规定。个别类推事实上是把法律规范运用于它本来未曾试图调整的案件类型之中。总体类推也称为法的类推,它包括了广义与狭义的含义,从狭义上理解,它是指就多数同类法律规定抽象出一般法律原则而类推适用。^{③1}总体类推是通过众多类似的规范进行总结,抽象出一般的原则,并将这一原则运用于案件裁判之中。^{③2}总体类推有两个步骤,首先是将各种特别规范进行抽象总结,得出一般原则;然后再把原则适用到特别案件之中。也有学者认为总体类推并非类推,而是归纳。^{③3}

《民法典》第388条第1款通过确定担保合同这一上位概念,可以包容下位的诸多担保合同类型,这就为保证合同的相关规则总体类推适用于物的担保提供了上位法依据。在《民法典》中,将保证合同的相关规则采用总体类推的方式适用于担保物权之中,具体表现在:

第一,保证合同应适用担保物权合同的要式性规范。《民法典》第388条第1款并未明确规定担保合同必须采用书面形式,合同编也未明确规定保证合同应采用书面形式。但是从物权编的规定来看,抵押合同、质押合同都要求书面形式,而作为物保的担保物权和作为人保的保证合同都有担保的功能,都对担保人增设了财产上的消极负担。所以从体系解释角度,以及第685条第2款的规定来看,《民法典》第685条第1款中的保证合同也应采用书面形式。

第二,协商变更主合同内容不得减损保证人利益的规则应适用于担保物权。根据《民法典》第695条第1款的规定,债权人与债务人协议变更主合同内容时,以征得保证人书面同意为前提,否则就要维持保证人的预期,不得减损保证人利益,不得增加保证人负担。提供物保的第三人(物上保证人)与保证人地位类似,前述规则应适用于物上保证人。

第三,协商变更主合同履行期限不得减损保证人利益的规则应适用于担保物权。根据《民法典》第695条第2款的规定,债权人和债务人变更了主合同的履行期限的,除非保证人书面表示同意按照新的履行期限计算保证期间,否则保证期间不受影响。在此必须强调的是,债权人与债务人未经保证人同意而变更债务履行期限的,并不必然会加重保证人的保证责任,故保证人不得主张免除保证责任,同时应根据保证人的意愿来确认其保证期间的起算时点。在担保物权,主债务的履行期限影响着诉讼时效,进而会影响担保物权人主张行使担保物权的期间,这种影响与履行期限对保证期间的影 响是相同的,故《民法典》第695条第2款的规范应能适用于担保物权。

第四,保证人的抗辩规则应适用于担保物权。《民法典》第701条旨在保护保证人,使其能在债务人有抗辩事由时,积极主张该抗辩事由来保护自己的正当利益。之所以如此,是因为保证人虽然是主债权债务之外的第三人,但其利益与该主债权债务紧密相关。物上保证人与保证人的这种地位完全相当,理应也有这种保护规则,否则在债务人不积极抗辩时,物上保证人就失去了防御机会。必须强调的是,该条中的抗辩范围非常宽泛,既包括实体法上的抗辩;也包括程序法上的抗

^{②9} 不过,在学理上,对于此种分类是否科学,也存在不同看法。参见【葡】孟狄士《法律研究概述》,黄显辉译,澳门大学法学院1998年版,第159页。

^{③0} 参见【德】迪特尔·施瓦布《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第107页。

^{③1} 参见王泽鉴《法律思维与民法实例》,中国政法大学出版社2001年版,261-262页。

^{③2} 参见【德】卡尔·拉伦茨《法学方法论》,商务印书馆2003年版,第260页。

^{③3} 参见注^{③2},第260页。

辩; 既包括抗辩权, 也包括抗辩权之外的其他抗辩事由。《民法典》第 702 条与第 701 条一样, 均旨在保护保证人使其免受不应当承担的损失, 该条也应适用于物上保证人。

第五, 保证合同无效的法律后果应适用于担保物权合同。《民法典》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。” 由于保证合同和第三人提供担保的担保物权存在相同的利益结构, 保证合同无效和担保物权合同无效也会波及相同的利益主体, 故第 682 条第 2 款应适用于担保物权合同。

当然, 保证合同的总体类推并不是指担保物权能适用于所有保证的规则, 如果是特别适用于保证的相关规则, 则不应当适用于担保物权。例如, 有关保证期间、保证方式、一般保证和连带责任保证的区分规则等都属于保证合同当中特有的规则, 它不具有可类推适用于担保物权制度的可能。法典化就是体系化。“民法典的制定乃基于法典化的理念, 即将涉及民众生活的私法关系, 在一定原则之下作通盘完整的规范。”^{③④} 法典化的重要功能就在于促使民法规则的体系性, 通过规则的相互援引和参照适用既有利于形成一种体系的建构, 以体系的规则解决特别的民事纠纷, 同时也有利于避免规则的重复甚至矛盾。

结 语

“担保制度自民法规定之定限物权构造向不同方式发展, 因经济兴盛, 工商活动复杂化, 新型交易模式日新月异所使。故体察国内外发展趋势, 针对商业活动弹性、灵活性, 将担保权导入明确化、合理化正轨, 形塑有社会实益性质担保制度, 实现物权法之功用。”^⑤ 担保制度是市场经济的基本规则, 也是营商环境的重要保障。《民法典》第 388 条第 1 款的规定虽然简略, 但包含了非常丰富的内容, 是我国担保制度向现代化迈出的重要一步。该规定不仅仅是扩大担保合同的适用范围, 更重要的是在此基础上通过与统一的动产和权利担保登记公示制度的结合, 为担保领域内物权法定的缓和提供了空间, 进而使我国担保制度在形式主义基础上有了功能主义的色彩。这为统一的顺位规则奠定了基础, 为担保权利的规范互用提供了契机。《民法典》第 388 条第 1 款蕴含的丰富内涵, 需要我们在将来的实践中慢慢去挖掘。

【主要参考文献】

1. 美国法学会、美国统一州法委员会 《美国〈统一商法典〉及其正式述评》(第三卷), 高圣平译, 中国人民大学出版社 2006 年版。
2. 高圣平 “动产担保交易的功能主义与形式主义——我国《民法典》的处理模式及其影响”, 《国外社会科学》2020 年第 4 期。
3. United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions*, New York: United Nations, 2010.

(责任编辑: 高圣平)

^{③④} 王泽鉴 《民法总则》, 中国政法大学出版社 2001 年版, 第 22 页。

^⑤ 谢在全 “担保物权制度的成长与蜕变”, 《法学家》2019 年第 1 期, 第 56 页。

Modernization of Secured Transactions Law:

An Analysis of Article 388 (1) of the Civil Code of China

WANG Liming • 30 •

The Article 388 (1) of Civil Code explicitly expands the scope of application of security contract, including the transaction forms with security function, which leaves room for the innovation of financial security under the formalism legislative model. More importantly, through combining with the unified secured transactions registration publicity system, the Article 388 (1) of Civil Code provides the explanation basis for the relaxation of the *numerus clausus* principle in the field of secured transactions, and then implants the reasonable elements of functionalism on the basis of the formalism of secured transactions, which lays the groundwork for unified priority rules and provides the opportunity to guarantee the interoperability of security rights.

Key Words Security Contract; Atypical Security; Security Transfer; Functionalism; Formalism

Wang Liming, Ph.D. in Law, Research Fellow of the Civil and Commercial Law Institute of Renmin University of China; Professor of Renmin University of China Law School.

Law of Secured Transactions in the Civil Code of China from a

Systematic Perspective

JI Hailong • 40 •

One important legislative background for the civil codification in China is to optimize doing-business environment, which heavily impacts the law of secured transactions in the Civil Code of China. This article systematically explores the new rules of secured transactions in the Civil Code from the perspectives of the functionalism and the elimination of invisible security. In this area, the Civil Code has taken a step towards functionalism; however, different forms of securities on personal property have different degrees of functionalism. The Civil Code has made great efforts in eliminating invisible securities which are however not eliminated completely. Many rules in the field of secured transactions still need further interpretation and refinement in the future judicial practice.

Key Words Security on Personal Property; Functionalism; Invisible Security; Doing Business Environment

Ji Hailong, Ph.D. in Law, Professor of East China Normal University Law School.

The Development of the Law of Secured Transactions in the Civil Code of

China and Its Application of Law

LIU Jingyuan • 55 •

The Civil Code of China perfected the rules of change for chattel mortgage and expanded the types of secured transactions. Under the supply of multiple systems, in order to coordinate the legal application of different systems of secured transactions and reduce conflicts, it is necessary to distinguish between transaction types and movable property types for analysis. Buyers in normal business activities do not need to pay attention to the burden of rights on movable properties, regardless of whether the burden is registered or not, regardless of whether the buyer is in good faith or not, the acquisition of property rights will not be affected; buyers outside of normal business activities otherwise have a duty of care, knowing that certain movable properties may be guaranteed or not inquired about registration, will suffer adverse consequences. Different types