

转自：无讼学院

作者：尚淑莉

特别提示：凡本号注明“来源”或“转自”的作品均转载自媒体，版权归原作者及原出处所有。所分享内容为用户个人观点，仅供读者学习参考，不代表本号观点

2020年5月28日，我国第一部以法典命名的法律——民法典在期盼中呱呱坠地。这部在我国法治史上具有里程碑意义的法典，染白了几代民法学人的双鬓，浸润着数十载法律人的汗水与智慧。站在宏观的叙事层面讲，它回答了中国之问与时代之问，是一部因地制宜，适合中国国情的法典。尤其因疫情的影响，推迟出台，反而将疫情之殇带给社会的反思及时地反映在法典之中。今天，笔者想与大家分享的是民法典较之以往立法中有关担保制度相关规定的重大变化。

本次民法典整合了之前的婚姻法、继承法、民法总则、收养法、担保法、合同法、物权法、侵权责任法等法律，从体例上进行了重大调整。但其既不是制定全新的民事法律，也不是进行简单的法律汇编，而是对现行民事法律规范进行系统性修改完善。担保问题，事关民商事主体从事经济活动的成败，对经济活动的促成起着至关重要的作用。为了实现制度设计的逻辑自洽以及从权利类型的本质出发，担保制度的相关内容被分别规定于物权篇、合同篇和侵权责任篇等篇章。

一、

增加了非典型担保

按照《担保法》的规定，留置属于法定担保，以合同方式设立担保物权的，仅包括抵押合同和质押合同两种合同形式，但实践中，出现了很多民商事主体在商事活动中以合同方式创设的一些非典型意义的担保。对此“九民纪要”首先做出了回应：

“要充分发挥担保对缓解融资难融资贵问题的积极作用，不轻易否定新类型担保、非典型担保的合同效力及担保功能。”此次，《民法典》同样选择了尊重商事主体的创设行为，没有对新类型非典型担保进行罗列，而是以留白的方式为未来创设新类型非典型担保进行了概括。这是《民法典》基于商事交易活动的创造性、复杂性

的考量，并从权利本位出发，对未来的深深凝眸。

二、

定金条款的完善

定金的规定，首先出现在《民法通则》中，此后《担保法》对之进行了细化，接着出台的《合同法》基本上照搬了《担保法》的规定。随着担保案件的日益增多，法律人对定金的性质、功能和后果认识的越来越清晰，违约行为有轻有重，如果不加区分，对轻微的违约行为也施以定金的处罚，明显处罚失当。于是后来颁布的《担保法司法解释》将适用定金罚则的规定修正为：“因当事人一方迟延履行或者其他违约行为，致使合同目的不能实现，可以适用定金罚则。”从违约程度看，只有当达到不能实现合同目的之严重程度，才会激活定金罚则的适用。

《民法典》在《担保法司法解释》的基础上，又往前迈进了一步，将适用定金罚则的条件由“因当事人一方迟延履行或者其他违约行为，致使合同目的不能实现”，修改为“一方不履行债务或者履行债务不符合约定，致使不能实现合同目的”。原因是，首先一方迟延履行债务并非违约行为的主要样态，另外其他违约行为的表述含糊不清，与一方迟延履行债务是否存在并列关系值得推敲。《民法典》有关“一方不履行债务或者履行债务不符合约定”的规定，既概括了违约行为的基本样态，也呼应了《民法典》第五百七十七条与五百八十三条的规定，与其保持队形一致，同时避免了《担保法司法解释》对违约行为概括规定存在的逻辑问题，完善了司法解释表述不准确可能导致的权利失衡问题。

三、

关于保证合同的新变化

1、保证合同成为民法典中的有名合同

之前的《合同法》中并没有保证合同的内容，有关保证的规定主要体现在《担保法》之中。本次修订将保证合同作为有名合同独立成篇，赫然罗列在《民法典》合同编之中。这是合同分则体例结构的一次重大调整。

2、保证合同法律后果的重大修订：当事人对保证方式没有约定或约定不明的，按一般保证承担责任

《民法典》对于上述内容的调整，不可谓不重大。被法律人倒背如流，熟练引用二十余载的法条：“当事人对保证方式没有约定或约定不明的，按连带责任保证承担保证责任。”如今连带责任保证被修订为一般责任保证。修改的背后隐藏着深刻的理念变迁。连带责任保证是一种加重责任，按说应当由当事人作出特别约定才行。但在以债权人利益为大的理念盛行的年代，作为促进债权实现的担保人，与被担保人一样，事先便被打上深深的不诚信烙印，甚至被视作不还钱嫌疑人，对于法律的规定，常常只能回之于顺从。于是那条被我们熟练引用的规则，被我们司空见惯，终而成为理所应当。《民法典》看似重大的变化，实际上只是在回归，向理性的回归，向规则的回归，向权利义务衡平的回归。况且法条并没有堵塞保证人承担连带责任保证的路径，只要你约定即可。它就在那里，等待你的点击。

3、保证期间由六个月和两年统一修正为六个月

《担保法》和《担保法司法解释》关于保证期间的规定，给老百姓的印象是晦涩难懂，剪不断，理还乱。说他晦涩难懂，是因为保证期间是除斥期间，并非诉讼时效，不适用中止、中断、延长的规定，一般责任保证合同的债权人必须在规定的保证期间内先行向债务人提起诉讼或申请仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务后才能向保证人主张权利，否则保证人享有先诉抗辩权；连带责任保证合同的债权人必须在保证期间向保证人行使或主张权利，才会产生并开始计算我们通常意义所称的诉讼时效。很多人在这里吃亏，是因为将保证期间视作了诉讼时效，每主张一次，便计算一次诉讼时效，以为留给他维权的时间还很长，结果耽误了权利的行使。况且一般责任保证债权人行使权利，先诉抗辩权并非是他面对的唯一障碍，债权人对主债务人享有的债权还须得在诉讼时效之内，若过了诉讼时效再提起诉讼，他的胜诉权也不受保护，所以债权人想要实现权利，既要考虑除斥期间，还要计算主债权的诉讼时效，这还不算，还要确保担保权也在诉讼时效之中，所以晦涩也是正常的。

说他剪不断，理还乱，是因为《担保法》对没有约定保证期间的情形，统一给予六个月的期限，对于约定不明的情形，存在漏洞，没有提及。《担保法司法解释》将没有约定保证期限的保证合同的保证期间视为六个月，而针对约定不明的情形，《担保法解释》却给了两年的时间。对此问题实践中争议很大，认为最高院这样的厚

此薄彼并非是在作解释工作，而是超越权限创设了新的法律。《民法典》注意到这样的问题，将没有约定和约定不明两种情形统一规定为六个月的保证期间。

4、补充了先诉抗辩权的消灭情形

一般情况下，一般责任保证的先诉抗辩权必须等到债权人将债务人告上法庭或仲裁庭，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务的，才可以向保证人主张权利。但社会生活是复杂多变的，一刀切的法律规定在现实中是行不通的。于是，《担保法》和《担保法司法解释》规定了几种特殊情形下，保证人的先诉抗辩权消灭，归纳起来包括以下三种：

- (一) 债务人下落不明，且无财产可供执行；
- (二) 人民法院已经受理债务人破产案件；
- (三) 保证人书面表示放弃本款规定的权利。

《民法典》六百八十七条对上述情形进行了补充，增加规定“债权人有证据证明债务人的财产不足以履行全部债务或者丧失履行债务能力”这一新的情形，使先诉抗辩权的消灭情形更丰满清晰了。

5、对保证债务诉讼时效的起算点变更

按照《担保法司法解释》的规定，对保证人提起诉讼的诉讼时效起算点应当从主债务判决或仲裁裁决生效之日起算，这个规定比较简单明了，本次《民法典》将其修改为“从保证人拒绝承担保证责任的权利消灭之日起，开始计算保证债务的诉讼时效”，这个规定乍看起来，非常晦涩难懂，但仔细分析，保证人拒绝承担保证责任的权利不就是先诉抗辩权吗，保证人拒绝承担保证责任的权利消灭就是保证人享有的先诉抗辩权消灭。如此一来，法条的意思便清楚明了，即特殊情形下，保证债务的诉讼时效从保证人的先诉抗辩权消灭之日起算。而《民法典》六百八十七条已经将先诉抗辩权消灭的四种情形罗列的清清楚楚，直接对照适用即可。

6、多数人保证制度的拓展

《担保法司法解释》二十条规定了连带责任保证中的多数人保证，对于没有约定各保证人内部保证份额的，承担了保证责任的保证人，可以向其他保证人追偿，要求大家均担。第二十一条规定按份共同保证的保证人按约定的保证份额承担保证责任后，在其履行保证责任的范围内对债务人行使追偿权。《民法典》对此问题的修正，体现在第六百九十九条和七百条。该两条规定明确保证人应当按照约定的保证份额，承担保证责任。没有约定保证份额的，可以请求任一保证人在其保证范围内承担保证责任。承担保证责任的保证人，除当事人另有约定外，有权在其承担保证责任的范围内，向债务人追偿。现实中无论是连带责任保证还是一般责任保证都涉及保证人之间内部责任的分担问题，即无论是连带责任保证还是一般责任保证，均可能分别存在连带共同保证和按份共同保证的内部责任，究竟如何承担，主要看当事人的约定。

《担保法司法解释》的描述，一方面仅规定了连带责任保证情况下的连带共同保证，以及一般责任保证情形下的按份共同保证；另一方面规定了连带共同保证情形下，承担了保证责任的保证人可以向其他保证人追偿的权利。《民法典》的表述方式，一方面既区分了保证人与债权人之间的外部保证关系，也理清了他们之间的内部关系，逻辑更清晰，概念更周延；另一方面取消了法律强制规定保证人内部追偿的权利，将这一权利交给当事人自己约定。

四、

对抵押权制度的优化

实践中，抵押权制度涉及的标的往往价值高，对经济活动的影响大，抵押权的设定使用也比较频繁，相对于过去的《担保法》、《物权法》，本次《民法典》针对抵押的变动较多，主要体现在以下几方面：

1、浮动抵押

浮动抵押的特性是抵押的标的物 and 抵押物价值自抵押权设定至抵押权实现，像流动的水流一样变动不息。浮动抵押权作为优先权利的一种，对其优先受偿的性质并没有争议，争议的是优先受偿的时间与优先受偿的标的物价值，如何将动态的物与价值恒定在静止的一刻。

《民法典》解决了这一问题。虽然《物权法》第一百八十一条规定：“抵押权人有权就实现抵押权时的动产优先受偿。”然而现实中有一些特定的情形，严重影响债权的实现，但不包含在上述实现抵押权的情形之中。因此本次《民法典》修订，尝试着解决这一问题，将受偿标的的确定时间与价值定格在抵押财产确定时。同时，为了避免争议，《民法典》第四百一十一条将“抵押财产确定时”界定为以下情形发生的时间：

- (一)债务履行期限届满,债权未实现；
- (二)抵押人被宣告破产或者解散；
- (三)当事人约定的实现抵押权的情形；
- (四)严重影响债权实现的其他情形。

这一标准的确定，让浮动抵押变得更加易于操作和认定。

2、虽禁止流押、流质条款中的所有权向抵押权人流转，但不影响抵押权人的优先受偿权

为了避免债务人在融资困难时，或基于冲动，或迫于无奈，将价值非常大的抵押物担保数额较小的债务；或与债权人恶意串通，逃废对其他债权人享有的债务；甚至当抵押物并非属于债务人所有的情形下，债务人故意不履行债务，让债权人取得抵押物的所有权。尤其在抵押物属于国有资产的情形下，使国有资产蒙受损失。凡此种种的伤害，都是公正的法律不忍目睹的，于是，《物权法》第一百八十六条规定，当债务人到期不能履行债务的，禁止约定抵押物的所有权直接归债权人所有。至于抵押权人的抵押权是否有效，《物权法》未置可否。然而一味地对债务人或抵押人利益的保护，会使无辜的债权人眼睁睁的望着抵押物无所适从。

显然《民法典》注意到这一过往缺陷，虽然依然按流押、流质条款规则行事，但承认抵押权人的优先受偿权，即民法典虽然否定了债务人到期不能履行债务，将抵押物或质押物的所有权流转至抵押权人的效力，但肯定了抵押权的效力，抵押人有权就抵押物优先受偿。这样一来，流质、流押条款变得更加完备而务实。

3、对抵押权追及力行使的限制

随着市场经济的发展，人们的很多理念都在发生着巨大的转变。按照过去的传统观念，担保物权作为一种增信手段的有力保证，它的事后救济性功能在很大程度上决定着交易的成败，一直被债权人所看好。而抵押权人的追及力更是被视为抵押权利稳定实现的定海神针。然而一味地追求对债权人的偏袒式保护，一方面增加了交易安全的识别难度，也使得交易的安全性受到了极大的挑战。于是市场交易的规则试图在交易中寻求安全的平衡，法律作为市场的晴雨表，它的理念也随着市场的成熟逐渐的发生转变。

本次《民法典》扩大了对善意买受人，即正常经营活动中已经支付合理价款并取得抵押财产的买受人的保护，加大了对抵押权人行使追及力的限制，将不得追及的范围由动产的浮动抵押，扩大到动产抵押，这表明《民法典》生效后，抵押权人有权行使追及力的权利范围进一步缩小，这也是为了鼓励交易，对抵押权人保护日渐式微的法律理念的具体体现。

4、抵押财产的处分

与《物权法》相比，《民法典》对于抵押财产转让的态度，几乎是翻转式的。理由同样是保护交易安全、促进经济流通，使物尽其用。所以此处的变化应当格外引起注意。按照《物权法》的规定，抵押人在抵押期间转让抵押财产，必须征得抵押权人的同意。《民法典》不再需要这么严苛的条件，仅需及时通知抵押权人即可；这时候或许有人会发出这样的疑问：抵押人转让抵押财产无需征求抵押权人的同意，难道前面辛苦所做的抵押都不管用了？抵押权人的权利如何得到救济？法典给出的答案是如果抵押权人能够提供证据，证明抵押财产转让会损害抵押权人的利益，可以请求抵押人将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。

法条的意思非常明确，实现抵押权的难度变大了，需要有效证明转让行为可能损害抵押权的，才能保障抵押权利的实现。当然这也不是绝对的，毕竟是民事法律，以尊重当事人的意思自治为前提，如果当事人事先约定，禁止在抵押期间转让抵押物，则抵押人不得在未征得抵押权人同意的前提下，转让抵押物。

5、抵押权与租赁权的关系

相较于《物权法》而言，《民法典》有关抵押权与租赁权关系的规定，变化较小，仅做了小幅调整。无论是过去的《物权法》，还是如今的《民法典》，如果想要租赁权不受到抵押权的影响而合法存在，租赁权必须先于抵押权而存在。除此之外还必须满足时间和状态两个条件。《民法典》的变化首先是时间条件：将判断有效租赁的时间坐标由“订立抵押合同前”延长至“抵押权设立前”；二是将判断有效租赁的抵押财产状态条件由“抵押财产已出租”调整为“抵押财产已经出租并转移占有”。所涉内容都是细节上的变化。

6、担保物权的实现顺序

《民法典》关于抵押权的实现顺序，基本沿袭了《物权法》第一百九十九条的规定，即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) 抵押权已经登记的，按照登记的时间先后确定清偿顺序；
- (二) 抵押权已经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。

变化在于，第一、删除了顺序（一）“抵押权已经登记的，按照登记的时间先后确定清偿顺序”的后半句：“顺序相同的，按债权比例清偿。”删除的理由是2018年，国务院机构改革，组建自然资源部，房地局与国土局合二为一，合并以前，因为分属不同的单位，两个单位各自针对同一不动产标的的抵押权登记即使完成于同日或同一小时的，也不好区分顺序，于是便出现了顺序相同的情形，但机构改革之后，即便在同一日登记，合并后的登记机构也可以清楚地区分登记的时间顺序，因此“顺序相同”的情形便失去了存在的意义。

第二、增加了“其他可以登记的担保物权，清偿顺序参照适用前款规定”。这一条款主要针对质权等权利的参照适用，因其适用原则与抵押条款相同，因此不再另外增设条文，体现了法典立法技术上的简洁性。

7、抵押权与质权并存时，法典价值观的变化

市场经济的成熟与立法、司法经验的丰富，滋养着法典价值观念的变化，过去，虽同为物权，但我们的立法者赋予登记的抵押权以特殊的法律地位，当质权与其遭遇时，它当然的优渥于质权。然而斗转星移，时间给了我们认识权利本质的机会，让我们有机会弥补历史对质权的亏欠。本次《民法典》一视同仁，不再对抵押权与质权评头论足，让其一竟高低，而是按照登记和交付的时间发生的顺序确定清偿的顺序，哪个发生在先，相对应的那个权利便先清偿。

8、购买价款的超级优先权

本次《民法典》有关“购买价款的超级优先权”非常惹人注目。它在我们传统的抵押权之上，设立了一个超级优先权，既然是超级的，自然比传统的抵押权优先。它的构成要件主要包括：

第一、超级优先权的本质仍然是抵押权，只不过被担保的主债权被限定在购买抵押物的价款之范围。除此之外，其他被担保的主债权不能享此殊荣。

第二、行使超级优先权的主体是销售抵押物的出卖人。法条明确，如果出卖人在出卖物交付买受人十日内办理了抵押登记，则出卖物的买受人即使在此时间之前，又将该买受物抵押或质押给其他人的，出卖人对购买价款这一债权享有超越其他第三方的担保物权的优先权。然而出卖人享有的超级优先权并非没有限制，如果出卖人未在这一时间设定抵押权，则不享有这一超级优先权。

第三、当然，作为法定优先权的留置权，《民法典》仍然情有独钟，购买价款的超级优先权并不能凌驾于留置权之上。

五、

质权

质权篇变化很小，主要集中在以下几个方面：

1、名称

对于究竟应当将有关质权的合同称之为质押合同还是质权合同，有一个认识上的变化，最早的《担保法》称之为质押合同，《物权法》修改为质权合同，《民法典》沿袭了《担保法》的称谓，称之为质押合同。理由是质权是物权，合同是债权，质权合同究竟是在谈论物权，还是想说债权，并不明了。因此为了明确区分，将设定质权这一物权关系的债权债务行为，称之为质押合同，更为妥当。

2、流质

流质问题已经在谈论流押时有所涉及，所以有关此部分的内容，以前面论述为准。

3、权利质权的范围

对于权利质权的范围（六），以前的《担保法》将其限定在应收账款之范围。实践当中，常常被解释为现有的应收账款，本次《民法典》考虑到商事行为的复杂性以及商人的创造性，增加了“现有的和将有的应收账款”之内容，拓展了应收账款作为权利质押的标的之范围。

4、具体登记机构被删，为统一登记预留空间

《物权法》对质权的登记，做出了详细的规定，不同的标的，由不同的登记机关进行登记。但多头登记不仅被法学界诟病已久，也长时间的困扰着法律实践中的人们。《物权法》修改时，已针对抵押部分进行了调整，但质权的多头登记规定仍然存在。为统一立法，本次《民法典》对此内容予以删除。但删除并不意味着制度上的废除，而是为未来从制度上设置统一的登记机关预留立法的空间。

六、

留置权

《民法典》对于留置权的论述，基本承继了《担保法》和《担保法司法解释》的规定，没有做出原则性调整。