

担保制度司法解释的制度创新与难点释疑

崔建远*

内容提要：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》尽其所能地明确、细化担保的规则，补充《民法典》欠缺的某些规则。增设反担保人的责任范围不因担保合同无效而缩减的规则，看似不合逻辑实则确有道理。约定的担保责任范围超出主债务的范围，可被允许，只要不准予担保人就超出部分向主债务人追偿就足够了，司法解释却反对之，需要再思。担保人知晓新贷与否不宜作为其是否就新贷承担担保责任的原因，只有其同意方可负责，司法解释在这点上亦应反思。担保合同关于抵押物转让须经抵押权人同意的约定经过登记，可发生对抗第三人的效力，这是司法解释较《民法典》第406条第1款中段的规定合理之处，但仍难扭转有利于金融机构的倾向。抵押权的效力不及于其设立之后续建、新建的部分，符合法理。抵押权担保的债权罹于时效后抵押人有权对抗抵押权人关于行使抵押权的主张，这虽符合法理，但时间一长便滞碍抵押物的流转，有时还耽误买受抵押物之人完成过户登记，应提出解决之道。以现有的应收账款出质，第三债务人向质权人确认应收账款的真实性后，无权以应收账款不存在或已经消灭为由对抗质权人实行质权，该创设符合法理。

关键词：反担保 约定担保责任范围 追及效力 房地权属一体 诉讼时效完成

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）设计的担保规则较为抽象，需经解释方可妥当地适用；让与担保等规则尚付阙如，须经漏洞补充，才能胜任规范担保关系的重任。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（以下简称《担保制度司法解释》）正是这方面的代表。饶有趣味的是，《担保制度司法解释》也需要解释，澄清其意思，理顺其逻辑，评论其得失，为学术研讨和实务裁判提供素材。

* 崔建远，清华大学法学院教授。

本文为国家哲学社会科学基金重点项目“担保制度新发展及其法律规制研究”（19AFX013）的阶段性成果。

一、关于反担保

《担保制度司法解释》第19条的规定有无合理的根据？如果遵循《民法典》第388条第1款中段关于“担保合同是主债权债务合同的从合同”的规定以及担保的从属性即担保合同从属于被担保合同之说，那么，《担保制度司法解释》第19条第2款后段关于“当事人仅以担保合同无效为由主张反担保合同无效的，人民法院不予支持”的规定、第19条第1款关于“担保合同无效，承担了赔偿责任的担保人按照反担保合同的约定，在其承担赔偿责任的范围内请求反担保人承担担保责任的，人民法院应予支持”的规定，似乎不合逻辑，即所谓的“皮之不存毛将焉附”。不过，担保的从属性还表现在担保债务从属于被担保债务这点上，并且此种表现更为本质。具体到反担保制度，就是反担保债务从属于担保债务。所谓担保债务，不限于担保合同有效成立阶段担保人对于主债权人所负有的担保债务（中性的），担保人依约向主债权人实际承担的担保责任这种担保债务的延伸和变形，以及担保人依法向主债权人实际承担的缔约过失责任性质的担保责任，均为其表现形式。相应地，反担保债务/反担保责任不但从属于常态的担保债务，而且从属于担保责任，包括缔约过失责任性质的担保责任。既然如此，在担保合同无效但担保人却实际承担了担保责任的情况下，反担保债务/反担保责任就客观地存在着，担保人就有权请求反担保人实际承担相应的反担保责任。

上述理念及观点还可从反担保的本质得到印证和支持。原来，反担保系“求偿担保”，即为保障担保人实际承担担保责任后易于实现其追偿权而设置的担保方式。担保人的追偿，重在其付出得到填补，不作茧自缚地聚焦于主债务人。只要担保人实际承担了担保责任，只要其追偿权存在，不但主债务人负有容忍担保人追偿的义务，而且反担保人也有义务满足担保人实现追偿的请求。既然反担保债务/反担保责任从属于担保债务/担保责任，其目的是保障担保人追偿权的切实实现，那么，只要担保责任实际承担了，只要担保人的追偿权存在，反担保债务/反担保责任就不会因担保合同无效而化为乌有。^{〔1〕}

《担保制度司法解释》第17条规定：“主合同有效而第三人提供的担保合同无效，人民法院应当区分不同情形确定担保人的赔偿责任：（一）债权人与担保人均有过错的，担保人承担的赔偿责任不应超过债务人不能清偿部分的二分之一；（二）担保人有过错而债权人无过错的，担保人对债务人不能清偿的部分承担赔偿责任；（三）债权人有过错而担保人无过错的，担保人不承担赔偿责任。主合同无效导致第三人提供的担保合同无效，担保人无过错的，不承担赔偿责任；担保人有过错的，其承担的赔偿责任不应超过债务人不能清偿部分的三分之一。”另外，《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称法〔2019〕254号）第54条后段规定：“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。主合同无效，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

〔1〕 在北京市物权法学会于2021年1月28日举办的“第三届产权保护法治论坛：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》研讨会”上，中国人民大学法学院的高圣平教授主张：反担保的主债务不是担保合同项下的债务，而是担保人对主债务人追偿的债务。

过债务人不能清偿部分的三分之一。”因此即使《民法典》生效实施，法〔2019〕254号也未被废止，其精神也应予以延续，何况《担保制度司法解释》就是解释《民法典》关于担保的规定的。

二、关于担保责任范围约定的法律效力

法〔2019〕254号第55条规定：“担保人承担的担保责任范围不应当大于主债务，是担保从属性的必然要求。当事人约定的担保责任的范围大于主债务的，如针对担保责任约定专门的违约责任、担保责任的数额高于主债务、担保责任约定的利息高于主债务利息、担保责任的履行期先于主债务履行期届满，等等，均应当认定大于主债务部分的约定无效，从而使担保责任缩减至主债务的范围。”《担保制度司法解释》第3条第1款规定：“当事人对担保责任的承担约定专门的违约责任，或者约定的担保责任范围超出债务人应当承担的责任范围，担保人主张仅在债务人应当承担的责任范围内承担责任的，人民法院应予支持。”

评论以上规定妥当与否时，有必要综合考量以下因素：

第一，担保制度旨在保障债权人对于主债务人的债权切实实现，不具有放大该债权的范围的规范意旨，无使债权人获得“不当得利”之意。在这层意思上，债权人不应因担保的设立而取得超出该债权正常实现时所获清偿的数额。

第二，担保人所负债务，系为主债务人与债权人之间的事务所承受的负担，而非为自己事务所必须为之的给付。由此决定，担保人的负担范围和强度不应超出主债务人的债务范围和强度。

第三，担保人实际承担担保责任之后，有权向主债务人追偿，从主债务人的角度看，是自己责任原则的一种迂回体现，同时决定了担保人追偿的范围应限于主债务人自己清偿时的负担总额。

第四，担保人与债权人之间形成担保关系，在该关系之内债的相对性起着重要的作用，自己责任原则也不退出舞台，债权人对其不当行为向担保人负责，担保人对其不当行为向债权人负责。

第五，债权人、主债务人和担保人之间的关系虽然牵连紧密，相互间确有影响，但仍然无法也不应该完全挣脱债的相对性的锁链，不得混淆不同的法律关系。

如果重视以上五点考虑因素，那么，法〔2019〕254号第55条关于“当事人约定的担保责任的范围大于主债务的，如针对……担保责任的数额高于主债务、担保责任约定的利息高于主债务利息、担保责任的履行期先于主债务履行期届满，等等，均应当认定大于主债务部分的约定无效”的规定，符合法理，值得赞同。但是，《担保制度司法解释》第3条的规定，则应予反思，这是没有厘清法律关系、错用担保从属性的表现。稍微展开来说：

第一，为确保担保责任的切实履行，对不履行担保责任的行为约定违约责任条款，诸如违约金条款、违约损害赔偿的计算方法条款，它们不是直接从属于被担保债权合同的，而是从属于担保合同的。抽象地说，后一个从属性不必然与前一个从属性挂钩，究竟挂钩不挂钩，需要结合其他因素，综合考虑，才可下结论。具体到此处，担保人不履行担保债务，构成独立于主债务人违约的一个违约行为，该违约行为给债权人造成了独立于主债务人违约所致损失的另外的损失，担

保人对其不当行为应当独自承担不利后果。该不利后果包括支付违约金、赔偿损失等形态。就此说来，针对担保人不承担担保责任而约定违约责任，符合逻辑。

第二，《担保制度司法解释》第3条第1款对担保合同约定的超出债务人应负责任范围的担保责任，不认可其法律效力，未赋予其强制执行力。不认可法律效力，接近于法定无效。违约责任条款作为合同条款的一种，其有效、生效、无强制执行力、无效宜由《民法典》等法律、行政法规来设计，司法解释可否抛开法律、行政法规而创设此类制度，需要深思。至于法定无效，即担保合同约定的担保人所负违约责任的条款无效，在法律未规定特别的无效原因的背景下，其无效应与其他合同条款无效在确定标准上同等对待。在该违约责任条款不存在《民法典》第146条第1款、第153条、第154条等条款规定的无效原因的情况下，司法解释不得径直规定《民法典》未设计的无效原因。总之，《担保制度司法解释》第3条第1款的规定存在瑕疵。

第三，正因为“第一”中的法理，所以，在担保人向债权人承担了超出债务人应负责任范围的违约责任之后，就超出部分无权向主债务人追偿，因为这是担保人对自己的行为负责，而非对主债务人的行为承担担保责任的救济措施。

一句话，《担保制度司法解释》第3条第2款的规定具有正当性，可资赞同。^{〔2〕}

三、旧贷、新贷与担保

金融机构出于自身利益的考虑，时常采取以新贷还旧贷的方式平衡账目，这牵涉到既存的担保是否为新贷的担保，法〔2019〕254号奉行的立场是：（1）当事人之间有约定的，依其约定。（2）当事人之间无约定的，将新贷用于归还旧贷，旧贷因清偿而消灭，为旧贷设立的担保物权也随之消灭。贷款人以旧贷上的担保物权尚未进行涂销登记为由，主张对新贷行使担保物权的，人民法院不予支持（第57条）。《担保制度司法解释》没有完全承继法〔2019〕254号的上述规定，受《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》（以下简称法释〔2000〕44号）第39条的影响颇大，区分新贷与旧贷的担保人是否同一而有不同的规则：新贷与旧贷系同一担保人的，债权人请求担保人承担担保责任，人民法院应予支持；新贷与旧贷系不同担保人，或者旧贷无担保新贷有担保的，债权人请求新贷的担保人承担担保责任的，人民法院不予支持，但是债权人有证据证明担保人提供担保时对以新贷偿还旧贷的事实知道或者应当知道的除外（第16条第1款）。物的担保人在登记尚未注销的情形下愿意继续为新贷提供担保，但在订立新的贷款合同前又以该担保财产为其他债权人设定担保物权，其他债权人主张其担保物权顺位优先于新贷债权人的，人民法院不予支持（第16条第2款）。

在笔者看来，法〔2019〕254号第57条的规定符合意思自治原则、担保权为从权利的基本属性，逻辑谨严，利益衡量妥当，值得赞同。《担保制度司法解释》第16条的规定存在如下问题，需要澄清甚至应予反思：

〔2〕 在2020年11月28日由“担保制度新发展及其法律规制研究”课题组与最高人民法院民二庭主办的“最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉担保制度的解释（征求意见稿）”研讨会上，华东政法大学副教授姚明斌博士指出，规定违约金条款无效没有法律依据，承认违约金条款的效力但不允许担保人就此项付出向主债务人追偿，更为合理。

第一,所谓新贷与旧贷系同一担保人,应指担保人已经同意充任新贷的担保人的情形,或是担保人与债权人达成了担保新贷的合意,或是担保人已经单方表示担保新贷,或是旧贷合同载有在以新贷还旧贷的场合担保人仍为新贷提供担保。否则,不得谓新贷与旧贷系同一担保人。

第二,在此前提下,即担保人确实是新贷的担保人时,担保人以其对以新贷偿还旧贷的事实不知道并且不应当知道为由主张不承担担保责任的,不应得到支持。如果不存在担保人仍为新贷提供担保的意思表示,则担保人以其对以新贷偿还旧贷的事实不知道并且不应当知道为由主张不承担担保责任的,应当得到支持。

第三,问题的关键在于,担保人仍为新贷的担保人取决于设立担保的合同或担保人的单独行为已经有效成立(有时加上登记,有时加上交付),不取决于担保人对以新贷偿还旧贷的事实知道还是不知道,不取决于担保人对以新贷偿还旧贷的事实应当知道还是不应当知道。《担保制度司法解释》第16条第1款引入担保人知道、应当知道的因素来认定担保人是否承担担保责任,除了增添困惑以外,似无积极价值。

第四,旧贷附有物的担保(包括担保的意思表示加上相应的登记),该担保移至新贷的意思表示和相应的登记已经具备,或者既有的担保登记在外观上显示出新贷附有该担保,或者就新贷虽无担保的意思表示但既有的担保登记在外观上显示出新贷附有该担保,在这些情况下,《担保制度司法解释》第16条第2款所谓担保人“在订立新的贷款合同前又以该担保财产为其他债权人设定担保物权,其他债权人主张其担保物权顺位优先于新贷债权人的,人民法院不予支持”,才可成立。

第五,与此不同,如果担保登记在外观上显示出旧贷附有担保,新贷没有担保,担保人在订立新的贷款合同前又以该担保财产为其他债权人设定担保物权,其他债权人主张其担保物权顺位优先于新贷债权人的,应当适用或类推适用《民法典》第414条第1项关于“抵押权已经登记的,按照登记的时间先后确定清偿顺序”的规定,新贷的债权人无力对抗其他债权人关于担保物权顺位的主张。就是说,在这点上,《担保制度司法解释》第16条第2款违反《民法典》第414条的规定,违反《民法典》第214条所示不动产物权的变动自记载于不动产登记簿时发生效力的物权法原则。

第六,在担保人和贷款债权人之间,旧贷附有的担保是否移至新贷,取决于有无此种意思表示:若有,即使新贷的担保登记没有办理,新贷债权人可以请求担保人办理;若无,即使新贷的担保登记已经办理,只要担保人不承认为新贷担保,也有权请求注销担保登记。《担保制度司法解释》第16条忽略了这些规则及理论,应予反思。

第七,法释〔2000〕44号第39条和《担保制度司法解释》第16条的设计出发点是:担保登记在外观上往往识别不出被担保债权是旧贷还是新贷,无需变更登记即认定新贷附有担保(旧贷附有的担保移至此债上)可节约成本;特别是若强求新贷的担保必须重新办理登记,则会出现担保人乘旧贷担保登记注销之际以该担保财产为其他债权人办理担保登记,使新贷债权人的担保权顺位在后,遭受损失。为避免这种局面出现,特设法释〔2000〕44号第39条和《担保制度司法解释》第16条。其实,新贷债权人令担保人出具不为其他债权人设立顺位在先的担保权的承诺书,并将之提供给登记机构,附在登记簿的相应簿页,或其他措施,也能达到目的。这样,既维

护了物权法的基本制度及原理，又合理地保护了新贷债权人的权益，何乐而不为？就是说，法释〔2000〕44号第39条和《担保制度司法解释》第16条未采上策。

《担保制度司法解释》第29条第2款关于“同一债务有两个以上保证人，保证人之间相互有追偿权，债权人未在保证期间内依法向部分保证人行使权利，导致其他保证人在承担保证责任后丧失追偿权，其他保证人主张在其不能追偿的范围内免除保证责任的，人民法院应予支持”的规定，似可解释出上述结论，主要理由是共同保证人对外承担连带责任。所谓“同一债务有两个以上保证人，保证人之间相互有追偿权”，并未限定共同保证人之间有明确约定时方可如此，即使共同保证人之间未明确约定相互间享有追偿权，只要他们对外承担连带债务/连带责任，也应当相互间享有追偿权。

四、抵押权的追及效力可否被约定排除

《民法典》第406条第1款中段增设“当事人另有约定的，按照其约定”，尊重了抵押人和抵押权人的合意，贯彻了意思自治原则。不过，在这里存在着解释路径方向的不同会致结论相反的现象。如果把该规定看作修饰、限制着本条第1款前段关于“抵押期间，抵押人可以转让抵押财产”的规定，则完全符合意思自治原则与合同的相对性，依逻辑也符合抵押人和抵押权人之间的利益关系，还不破坏交易安全。但是，如果将之看作限制本条第1款后段关于“抵押财产转让的，抵押权不受影响”的规定，那么，就很容易使人得出禁止转让抵押物的约定限制“抵押财产转让”的结论。如果是这样，则其与合同的相对性就未尽契合，与《民法典》在债权让与等制度修正《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）设计的大趋势相悖。稍微展开来说：

第一，抵押权人和抵押人约定抵押物非经抵押权人的同意不得转让，这约束抵押人不成问题，抵押人倘若违反该约定，则向抵押权人承担违约责任，这有《民法典》第577条等作为法律依据，合法合理。但是，按照《民法典》第465条第2款关于“依法成立的合同，仅对当事人具有法律约束力，但是法律另有规定的除外”的规定，在无“法律另有规定”的情况下，该约定不具有阻碍第三人取得抵押物所有权或其他物权的效力，甚至不是影响抵押物买卖合同/转让合同的法律效力的因素。就此看来，如果把《民法典》第406条第1款中段关于“当事人另有约定的，按照其约定”的规定看作是限制该条款后段所谓“抵押财产转让的”，就欠考虑，至少不周延。

第二，《合同法》第79条第2项规定债权人不得转让其与债务人约定不得转让的债权。至少为数众多的专家学者在相当长的时期把该规定理解为强制性规定，认为违反该规定的债权让与合同无效。这有负面结果，不合国际发展趋势，《民法典》顺应潮流，于第545条第2款规定：“当事人约定非金钱债权不得转让的，不得对抗善意第三人。当事人约定金钱债权不得转让的，不得对抗第三人。”其言外之意是，债权不得让与的约定不影响债权让与合同的效力。不难发现，将《民法典》第406条第1款中段的规定看作限制该条款后段所谓“抵押财产转让的”，似乎又回归了《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）第191条第2款正文规定的“抵押期间，

抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产”，其消极作用是显而易见的。

究竟选择哪条解释路径？笔者赞同第一条，但《担保制度司法解释》选取了第二条，同时兼顾合同的相对性和公示的效果。一方面坚持《民法典》第406条第1款前段正文的精神，明确“当事人约定禁止或者限制转让抵押财产但是未将约定登记，抵押人违反约定转让抵押财产，抵押权人请求确认转让合同无效的，人民法院不予支持；抵押财产已经交付或者登记，抵押权人请求确认转让不生物权效力的，人民法院不予支持”。另一方面又限缩《民法典》第406条第1款中段“当事人另有约定的，按照其约定”的适用范围：“当事人约定禁止或者限制转让抵押财产且已经将约定登记，抵押人违反约定转让抵押财产，抵押权人请求确认转让合同无效的，人民法院不予支持；抵押财产已经交付或者登记，抵押权人主张转让不生物权效力的，人民法院应予支持，但是因受让人代替债务人清偿债务导致抵押权消灭的除外”（第43条第2款）；即使禁止或者限制转让抵押财产的约定未经登记，抵押人违反约定转让抵押财产，“抵押权人请求抵押人承担违约责任的，人民法院依法予以支持”（第43条第1款后段）。

《担保制度司法解释》第43条符合这样的原理：法律规定（包括司法解释）一经公布就具有公示的效力，使人们有义务注意并遵守法律的有关要求，否则，就具有过错，甚至是重大过失。对于故意、重大过失之人法律没有必要优先保护，令其承受不利后果，符合公平正义。具体到抵押物转让，抵押权人和抵押人关于不得转让抵押物的约定一经登记，就公示于天下，交易相对人在这方面负有注意义务，违反此项注意义务，在抵押物已经交付（抵押物为动产的场合）或者登记（抵押物为不动产的场合）时，发生物权变动的效力；无论何种情形，抵押物转让合同的效力不受影响。

《担保制度司法解释》第43条的负面结果也是明显的：一是抵押权人多为银行等金融机构，其经济实力、法律团队均大大强于交易相对人，非常容易在抵押合同中设置限制甚至禁止抵押物转让的条款，迫使急需资金的借款人就范，接受此类约定；并且及时办理登记手续，以达阻止抵押物所有权或其他物权变动的效力，实现自己利益的最大化。《担保制度司法解释》第43条在实质上默许甚至纵容了银行等金融机构如此行事。二是多年实践证明此类约定被赋予法律效力是弊多利少的，《物权法》第191条第2款正文实施的结果亦然，立法机关及众多的专家学者努力克服之，千辛万苦地结成《民法典》第406条第1款前段和后段“抵押期间，抵押人可以转让抵押财产”“抵押财产转让的，抵押权不受影响”之果，转瞬间便有南橘北枳的意味。三是《民法典》第406条认可抵押物为可流通物，《担保制度司法解释》第43条第2款赋权金融机构借助约定和登记将之在当事人之间变成禁止流通物或限制流通物，这是否构成司法权超越了立法权？需要深思。

五、续建和新建的部分与抵押物的范围

《担保制度司法解释》基于社会生活的实际，总结裁判经验，区分情况而定不尽一致的规则：

第一，第51条第1款前段关于“当事人仅以建设用地使用权抵押，债权人主张抵押权的效

力及于土地上已有的建筑物以及正在建造的建筑物已完成部分的，人民法院应予支持”的规定，系通过示例案型的方式适用《民法典》第397条的表现，值得肯定。

第二，第51条第1款后段关于“债权人主张抵押权的效力及于正在建造的建筑物的续建部分以及新增建筑物的，人民法院不予支持”的规定，是把“正在建造的建筑物的续建部分”作为抵押权设立后“该土地上新增的建筑物”，因而适用《民法典》第417条前段的规定。至于抵押权设立后“新增建筑物”，就完全是《民法典》第417条前段规范的对象，认定抵押权的效力不及于它，是非常正确的。

第三，第51条第2款前段关于“当事人以正在建造的建筑物抵押，抵押权的效力范围限于已办理抵押登记的部分”的规定，符合《民法典》第402条关于“以……正在建造的建筑物抵押的，应当办理抵押登记。抵押权自登记时设立”的规定，系第214条关于“不动产物权的设立……自记载于不动产登记簿时发生效力”的规定的具体落实。至于尚未登记的“正在建造的建筑物”，不属于独立于土地的不动产，也不属于独立于建筑物的不动产，而是附合于建筑物的动产，或是附合于土地或建设用地使用权的动产。当然，也有观点认为“正在建造的建筑物”具备物理上的独立性、功能上的独立性和法律上的独立性的，应以不动产论。但《担保制度司法解释》第51条似乎没有采纳此种观点。

第四，第51条第2款后段关于“当事人按照担保合同的约定，主张抵押权的效力及于续建部分、新增建筑物以及规划中尚未建造的建筑物的，人民法院不予支持”的规定，有抵押权的效力（及范围）法定、不允许当事人任意创设之义。

第五，第51条第3款关于“抵押人将建设用地使用权、土地上的建筑物或者正在建造的建筑物分别抵押给不同债权人的，人民法院应当根据抵押登记的时间先后确定清偿顺序”的规定，系适用《民法典》第414条第1款第1项的表现。当然，此处所谓抵押权都是依法办理完毕抵押登记的。

六、抵押权的效力与时效完成

《担保制度司法解释》第44条第1款前段所谓“主债权诉讼时效期间届满后，抵押权人主张行使抵押权的，人民法院不予支持；抵押人以主债权诉讼时效期间届满为由，主张不承担担保责任的，人民法院应予支持”，从正反两面揭示《民法典》第419条的文义和适用范围。第44条第1款后段所谓“主债权诉讼时效期间届满前，债权人仅对债务人提起诉讼，经人民法院判决或者调解后未在民事诉讼法规定的申请执行时效期间内对债务人申请强制执行，其向抵押人主张行使抵押权的，人民法院不予支持”，则将《民法典》第419条的精神引至民事程序之中，并且把诉讼时效与执行时效等量齐观，至少在这个事项上如此。第44条第2款前段关于“主债权诉讼时效期间届满后，财产被留置的债务人或者对留置财产享有所有权的第三人请求债权人返还留置财产的，人民法院不予支持”的规定，把《民法典》第419条的规定适用于留置权的场合，但限于物的返还请求权或债法意义上的留置物返还请求权。至于留置权的第二次效力，第44条第2款

后段则变通了《民法典》第419条的适用，是巧妙地对待和处理“残疾”的留置权的“战术”动作：即使留置权担保的主债权已经罹于诉讼时效，债务人或者第三人也有权请求拍卖、变卖留置财产并以所得价款清偿债务。

如何看待《担保制度司法解释》第44条第2款后段对《民法典》第419条的变通适用？单纯地从《立法法》的层面看，这在表面上不符合《立法法》未赋予人民法院立法权的原则。但它满足了社会生活实际的要求，在利益衡量的层面具有合理性：在留置权人一侧，“拍卖、变卖留置财产并以所得价款清偿债务”正是留置权的效力的实现结果，留置权人的债权获得清偿，其该得利益没有减少；在作为留置物的所有权人或其他权利人的债务人或第三人一侧，虽然返还原物的目标不能达到（在某些案件中还特别重要），但在留置物的变价有剩余时能够较为及时地回归自己，发挥其效能，总比较长期间地无法占有、使用留置物要好得多；在社会利益的层面，物尽其用，各取所需。此其一。如果放眼于整个物权制度，那么，《担保制度司法解释》第44条第2款后段是尊重所有权及其行使的体现。常态的留置权抑制留置物所有权的运行，为保护留置权人权益所必需；但主债权已经罹于诉讼时效的留置权，不但其自身“残疾”，而且“囚禁”着留置物的所有权，还未能及时、高效地清结留置权人和债务人之间的债权债务，放任这种状态持续，显非上策，而适当地突破机械适用《民法典》第419条的模式，“拆除”一些已经罹于诉讼时效的留置权的“藩篱”，如《担保制度司法解释》第44条第2款后段设计的那样，是明智的。此其二。

七、担保物的毁损灭失与监管人的责任

《民法典》第432条第1款所设质权人承担损害赔偿责任毕竟属于消极的事后救济，在质押财产对于出质人特别重要时，此类救济难以使出质人恢复到未受侵害时的利益状态，再考虑到社会成本，实在有必要赋予出质人更为积极的法律手段，以便保全质押财产。现行法确实给出质人配置了保全质押财产的权利，《民法典》第432条第2款规定：“质权人的行为可能使质押财产毁损、灭失的，出质人可以请求质权人将质押财产提存，或者请求提前清偿债务并返还质押财产。”在质押财产由债权人委托的第三人也就是监管人占有的情况下，《担保制度司法解释》第55条第1款后段规定：“监管人违反约定向出质人或者其他人放货、因保管不善导致货物毁损灭失，债权人请求监管人承担违约责任的，人民法院依法予以支持。”至于监管人受出质人的委托而占有货物，监管人保管不善导致该货物毁损灭失，《担保制度司法解释》第55条第2款中段和后段规定：“债权人可以基于质押合同的约定请求出质人承担违约责任，但是不得超过质权有效设立时出质人应当承担的责任范围。监管人未履行监管职责，债权人请求监管人承担责任的，人民法院依法予以支持。”其中所谓“债权人可以基于质押合同的约定请求出质人承担违约责任”，依据的法理是质押合同的相对性，以及出质人违反质押合同关于其交付质押财产的约定，构成违约。但书所谓出质人承担违约责任“不得超过质权有效设立时出质人应当承担的责任范围”，原因在于质押合同与买卖合同在计算违约责任的范围时具有特殊性——违反质押合同给债权人造成的损

失，单纯地、孤立地从质押合同本身考察是难以确定的，必须从对比有质权担保的主债务与无质权担保的主债务被违反时致债权人损失的角度来确定违反质押合同所造成的损失，两者的差额即为违反质押合同给债权人造成的损失。所谓“监管人未履行监管职责，债权人请求监管人承担责任的，人民法院依法予以支持”，是因为在一般情况下，相对于债权人来说，监管人系出质人的占有辅助人，不是一个独立的当事人。就此说来，债权人无权请求监管人向自己承担责任。但是，也可能存在例外：其一，监管人向债权人承诺以勤勉注意的精神保管货物时，债权人可以监管人违反注意义务为由请求监管人承担赔偿责任；其二，监管人作为一方参与含有质押合同条款的“三方协议”订立，监管人保管不善致使货物毁损灭失是违反该“三方协议”，构成违约；其三，债权人代出质人之位请求监管人承担因保管不善致使货物毁损灭失的责任；等等。既然如此，如《担保制度司法解释》第55条第2款后段明确“人民法院依法予以支持”，强调“依法”，是慎重的，妥当的。

八、第三债务人的权利义务

应收账款质权的设立必须对第三债务人为出质的通知。^{〔3〕}第三债务人若得到应收账款质权设立的通知，则有义务应债权人关于实行质权的主张而直接向质权人为清偿。第三债务人未得应收账款质权设立的通知的，应收账款质权对于第三债务人不发生效力，第三债务人仍有权向出质人（应收账款请求权人）为清偿，并可以对抗应收账款质权人。于此场合，应收账款质权固因其标的物灭失而归于消灭，但出质人本不得受领第三债务人的清偿，而仍受领致应收账款请求权消灭，具有过错，应就此向应收账款质权人承担损害赔偿责任。再者，第三债务人虽然未获应收账款质权设立的通知，但若通过其他途径（如质押登记）而获知质权已经设立的事实，则径直向质权人为清偿的，质权人有权保有该清偿。反过来说，第三债务人以其未得应收账款债权人关于出质的通知为由，对抗质权人行使其质权，拒绝向该质权人为清偿时，质权人如何做才有权请求第三债务人向自己为清偿？这主要取决于质权人的举证证明。如果质权人仅仅举证其应收账款质权已经登记完毕，则并不足够，因为此类登记由应收账款债权人、应收账款质权人自由操作，登记机关并不审核其载明信息是否属实。这就难以保障应收账款质权的真实性。一旦登记不真实，所谓质权人并不拥有应收账款质权，于此场合第三债务人向质权人为清偿，会带来不当得利返还等复杂关系，不当地增加交易成本。有鉴于此，笔者提出的方案是：（1）最好由质权人请求应收账款债权人向第三债务人为出质的通知。只要具备该项要件，即第三债务人就有义务向质权人为清偿，无权拒绝之。（2）质权人举证应收账款债权质押合同、应收账款质权登记。于此场合，虽然允许第三债务人拒绝向质权人为清偿，但这是有条件的，即第三债务人必须提出反证（如质权人所举质押合同系伪造的，等等），推翻质权人的举证证明；只要该第三债务人未能举出确凿、充分的反证，就令其承担不利后果，该第三债务人无权对抗质权人行使质权，必须满足质权人关于

〔3〕 参见〔德〕鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（下册），申卫星、王洪亮译，法律出版社2006年版，第742页；〔日〕近江幸治：《担保物权法》，祝娅、王卫军、房兆融译，法律出版社2000年版，第279页。

向其为清偿的请求。

以现有的应收账款出质，第三债务人向质权人确认应收账款的真实性后，无权以应收账款不存在或已经消灭为由对抗质权人实行质权（《担保制度司法解释》第61条第1款）。这意味着在权利义务的层面，就是在应收账款产生的合同关系中，本不存在的“应收账款债权”被法律认可为具有完全效力的债权，置债权人和债务人的真实意思于不顾地拟制了一个应收账款债权——《民法典》创造地、强加于应收账款合同关系中的债权人的应收账款债权，可被简称为法定债权；从应收账款债权质权的效力层面看，就是应收账款债权质权不因应收账款债权于质权设立时在实际上（逻辑上）欠缺标的物而归于不成立/无效，质权人可以基于此种应收账款产生的合同而请求债务人清偿本不存在但法律拟制存在的应收账款债权。之所以如此，是保护无辜的质权人的立法政策使然，而非标的之于质押合同成立的逻辑必然。当然，如果应收账款债权人的质权人于质权设立时明知甚至于重大过失地不知应收账款债权根本不存下，是否仍然享受此等优惠保护，就可能见仁见智。若遵循法律不保护恶意之人的信条，则不应如此优惠质权人。

以现有的应收账款出质，第三债务人未确认应收账款的真实性，质权人于其举证证明办理出质登记时确实存在应收账款时，有权以应收账款债务人为被告，请求就应收账款优先受偿（《担保制度司法解释》第61条第2款前段）。该项规则在质权实行的条件成就时应收账款债权确实存在的场合是符合法理和利益衡量规则的，在质权实行的条件成就时应收账款债权已因可归责于应收账款的债务人、债权人的原因不复存在的场合也依然是符合法理和利益衡量规则的，至于不可归责于应收账款的债权人、债务人的原因，实际上非常罕见，所谓金钱债务没有不能是也。

质权人不能举证证明办理出质登记时应收账款真实存在，仅以已经办理出质登记为由，请求就应收账款优先受偿的，难获支持（《担保制度司法解释》第61条第2款后段）。这是对未尽勤勉注意义务的质权人不予特别保护的体现。

以基础设施和公用事业项目收益权、提供服务或劳务产生的债权以及其他将有的应收账款出质，当事人为应收账款设立特定账户，发生法定或约定的质权实现事由时，质权人有权就该特定账户内的款项使被担保债权优先受偿；特定账户内的款项不足以清偿债务或未设立特定账户，质权人请求折价或拍卖、变卖项目收益权等将有的应收账款，并以所得的价款优先受偿的，人民法院依法予以支持（《担保制度司法解释》第61条第4款）。这是特定账户质权和质权一般原则的题中应有之义。

Abstract: The judicial interpretation of the Supreme People's Court on the application of guarantee in the Civil Code does its best to clarify and refine the rules of guarantee, and to supplement some rules lacking in the Civil Code. It seems illogical to add the rule that the scope of liability of the counter guarantor should not be reduced due to the invalidity of the guarantee contract, but it is reasonable. If the agreed scope of guarantee liability is beyond the scope of the principal debt, it can be allowed, as long as the guarantor is not allowed to recover the excess from the principal

debtor. However, the judicial interpretation holds the opposite view, which needs to be reconsidered. Whether the guarantor knows the new loan should not be taken as the reason for the guarantor to undertake the guarantee responsibility for the new loan, and only with his consent he can be responsible. Judicial interpretation should also reflect on this point. The agreement that the transfer of the mortgaged property must be agreed by the mortgagee in the security contract can be effective against the third party after registration, which is more reasonable than the middle section of the first paragraph of article 406 of the Civil Code in the judicial interpretation, but it is still difficult to change the tendency that the rule is beneficial to financial institutions. The effect of mortgage is not as good as the part that is renewed or newly built after its establishment, which is in line with the legal principle. The mortgagor has the right to fight against the mortgagee's claim to exercise the mortgage right after the time limit of the creditor's right secured by the mortgage. Although this is in line with the legal principle, it will hinder the circulation of the mortgaged property and even affect the transfer registration. After the third debtor confirms the authenticity of the accounts receivable to the pledgee, he has no right to pledge against the pledgee on the ground that the accounts receivable do not exist or have been eliminated. The establishment is in line with the balance of interests.

Key Words: counter guarantee, agreed scope of guarantee liability, tracing effect, integration of land and house, completion of limitation of action

(责任编辑：朱晓峰 赵建蕊)