

《民法典》背景下的商事担保制度研究

阿布力米提·热依木

(新疆司法警官学校 新疆 乌鲁木齐 830000)

摘要:现代保证体系已经从传统的民事保证体系中脱离出来,转向强调创新、统一的功能主义。我国现有的立法没有明确规定民事担保与商业担保,使其不能突出其特点,从而限制了商业实践,特别是金融创新。在民法典框架内,商事担保制度的构建与整合,已成为我国商法与民法学关系中的一个重大课题。对一般的商事担保理论进行抽象化和归纳,对现行的特定的商事担保体系进行整合与完善,对一些在实践中尚待规范但尚未被法律认可的特定法律体系也应予以引入。

关键词:民法典;商事担保;制度;研究

在传统的民事法律视角下,担保仅仅是一种从属性上的保障,而如今,在现代社会,尤其是在强调效率与创新的金融领域,其重要性日益凸显。目前,中国的担保体系建设已经进入了最后阶段。但是,我国现行的民事担保体系还有待完善,主要表现为对其缺乏足够的反应。此外,我国现行的商业担保制度也存在着一些混乱和理论上的不足。民法的制定是一个重要的法制事件,这无疑是一个很好的立法机会。因此,明确民事担保和商业担保的关系,抽象出一般的商业担保理论,并从民法典的背景下对我国现行的商业担保体系进行重组和整合。

一、商事担保制度的内涵与范畴

商法主要包括商人与商行为两大要素,其对应的商法立法模式有主观主义、客观主义和折中主义三种。有学者提出,商事担保是“商人为了盈利而向商号提供担保”,其实质上可以看作是对商事担保概念的明确运用。实际上,按照折中主义的道路,商事担保可以分成两种类型:一是担保行为是以盈利为目的,它是指向他人提供担保的商事主体所做出的担保行为;二是担保行为所担保的主债权属于商事交易的范畴。从实际情况来看,在担保的范围和频率上,商事担保具有明显的优越性。大型企业融资、以银行为代表的日常业务、国际交易中的信贷支付等都是商业担保为基础进行的^[1]。可以说,作为整个担保体系的中心,商事担保是保证体系发展的必然趋势,同时也给现有的担保体系带来了严峻的挑战。

二、商事担保的制度预设

1、物权法定与类型创新

担保物作为一种重要的民事担保方式,应当遵循物权法定的原则,即在担保的类型和内容上不能随意设立。在金融领域,特别是在创新、高效的商业活动中,要充分尊重当事人的意愿,特别是金融产品的创新,必须以保证形式的多样化、个性化为基础。因此,严格遵守法律规定不是商业担保

应有的意义。传统民法中的“债权自由+物权法定”的两种制度不适合于商业担保。从技术层面上来说,要使担保方式的创新,就需要回归到商法的表面主义,从公示的视角出发,着重于公示的效果,而不是传统的以物、债二分的方式进行。

2、附随性与流通性

传统民法中,担保权是一种权力,而被担保物则是一种主权利益,其转移只能依赖于债权的转移,而不能独立地转让。在商业领域,传统的担保从性质上被削弱的倾向越来越明显。在商业领域,担保权已不是单纯的附属权,它可以独立存在,即使成立时也无需主权利,例如德国法中的“地债”,其目的在于保证担保权的流动性,便于融资和再融资。通过多个交易和多个流通,可以增加合作盈余,有利于物尽其用,优化资源分配。

3、实物担保与担保证券化

在传统的担保物权制度中,担保物的范围只局限于有体物和一定的权利。纵观全球,各类以担保体系为理论依据的流通性担保债券在金融领域得到了广泛应用,对金融、甚至是实体经济的发展都产生了巨大的推动作用。在国内,资产证券化正处于风起云涌的阶段,各类能够带来稳定的资金流的资产,通过担保机制的作用,将信托作为一种特殊的资产进行了证券化。

4、本土性与统一化

传统的担保制度是以担保物权为基础而设计的。但与契约法相比,物权制度更具地方特色,因此,担保物权是物权法中的一项重要内容,在物权制度中,应运用整体的物权理论。在物权变动模式、登记方式、物权种类、物权客体、物权内容上,各国有很大差别。而商事担保制度的终极目标是推动商业活动的发展,因此,在国际上,特别是在国际金融的实际需要中,应确立一种基本的功能观,使之与国际接轨,使之符合国际上的实务需要。

5、独特性

在我国目前比较复杂的市场经济条件下，它们可以发挥各自的作用和价值，相互取代，这就意味着，虽然我国的典型担保体系在法律上已经可以覆盖到大量的担保，但也不能忽略和忽略它的存在。让与保证体系在保障内容上具有更广泛、更广泛、更广泛、更广泛的特点，可以快速方便地解决市场主体的相关融资需求，兼顾债权人和债务人的利益，充分体现了民法中的利益均衡原则，作为当事人之间约定的非典型担保，在程序上相对简单，可以弥补不动产抵押、动产质押、动产留置等方面的不足，使动产的用益权得到最大程度地发挥，合理地利用了资源，提高了资源的利用率。所以，让与担保是一种具有不可替代的特殊功能和价值的非典型担保，它的特点决定了它在保证制度中的作用和作用，在保证经济发展的同时，也体现出其自身的价值。让与担保的特殊作用与价值优势，更是进一步阐明了对让与担保进行研究的必要性，并提出了我国现行民法条件下让与担保制度存在的可能性。

三、商事担保制度面临的困境

我国现有的法律无论从主体上还是从行为上都没有区别出民事担保与商业担保，两者在构成要件、责任承担方式、标的物范围、实现程序等方面都是一模一样的，没有界定其特殊性，这就是中国目前面临的困境。从主体的观点来看，不完备的民商合一制度在许多方面都可以适用于商事和民事活动，特别是在担保制度上，在具体条款上也没有因当事人是民事或者商事主体而有差别。《担保法》没有明确担保的对象，只是一般地规定了公民、法人或者其他组织可以作为担保的主体。事实上，商事主体特别是商事机构所做的担保，与普通民事主体所做的担保相比，具有明显差别。在责任方面，考虑到企业的盈利性质和对市场情况的洞察力，它比普通的民事主体更具有抵御风险的能力。由于商业活动的营利性质，商人所负的义务也要比普通的民事主体更为严厉，这也体现在担保方面。以担保为例，在没有特殊协议的情况下，作为担保的商人应承担连带责任，而在体则负责赔偿此基础上，民事主体应承担补充责任。

此外，一些企业的经营业务是以担保业务为主，如担保公司、金融租赁公司、典当行等。这些机构可以被称为“担保服务机构”，在解决公司和个人融资问题时，起到了举足轻重的作用，其实际需要和行业发展的目标。就当前而言，担保机构的担保业务规模庞大，是一种纯粹基于商业实际需要的产业部门，在担保物范围、担保类型、担保成立和生效条

件、担保公示制度等方面都具有特殊的行业要求。

四、民法典视野下商事担保制度设计

在民法典编纂的大背景下，民商关系的处理方法有三种：一是编纂民法，而不是单独的商法，而是把更多的商法色彩吸收到民法典中，并保持现有的商事单行法的模式；二是在民法编纂的基础上，制订一套单独的商法，涵盖公司法、票据法、保险法、破产法等，与民法并立；三是在民法编修的基础上，制订一项商法总则，并将其作为一般的商法条文，并将其保留下来。不管立法上采用什么模式，都存在着民事和商事分离的本质，而民商事法律规范之间的区分却不能消除。从现实情况来看，第二种模式是不可行的，无论是在理论上还是在实践中都是很困难的，无论是立法还是学术界都不太看好，支持的人更是寥寥无几，在现阶段，维持商业单行法是没有限制的，因此，上述三种模式实际上只有两种，分别是民法+商事单行法和民法+商法+商事单行法。

在民法+商事单行法模式下，为区分两者之间的差异，必须在民法保障体系中对其进行专门的规定。具体来说，可以使用普通条款的形式对其进行概括性的规定，对其基本内涵和一般原则进行明确的界定；在民法+商法通则+商事单行法的模式下，可以将其涵义、基本特征、基本原理等直接写入民法典，形成一套概括性的条款，将各单行法中的特定的商事担保制度统一起来，并据此对各类特定的担保制度进行统一与完善。对于在实际中所要求的新的商业担保体系，可以在现有的商业单行法中加以修改，或设立专门的立法来使其合法。最后，我国商业担保体系的设计应在一般原则的指引下，结合各特定制度的特点，对现行的各类特定的担保制度进行整合和完善。

五、商事担保制度的构建

1、独立担保

为了适应国际经济的发展，独立担保起源于商业实践，其形式有备用信用证、银行保函、履约保函等。关于独立担保，在不同的著述及法律文献中，有不可撤销担保、见单即付担保、见索即付担保、银行担保、抽象担保等。首先，债权是否发生、是否有效，不会对独立担保的效力产生影响。期间到期后，债权人请求担保人按照协议履行其义务时，其债权的效力状态在所不能查询。其次，一般情况下，担保物的转移和变更不能作为担保人的责任免除。在独立担保中，担保人的独立支付承诺一旦做出，便脱离了基本关系，而不会受到基础关系的影响，所以，如果独立担保承担了保证责任，则可以在独立担保承担保证责任的前提下，直接要求支

付，而不能以基础关系存在缺陷为由而拒绝支付。

2、让与担保

在让与担保是一种非典型性的担保方式中，担保财产的所有人都是债权人，只有在保证债权实现时，也就是债务不履行时，债权人才能真正拥有担保物的所有权，而在保证期间，债权人享有的权利只限于债务人不履行债务时对担保标的的优先受偿，而不享有占有、使用和收益的权利。让与担保是以转让所有权为目的，在一般情况下，债权人取得抵押物的优先受偿权而非取得抵押物的所有权，违反了让与担保的宗旨，因而可能会对债务人的利益产生损害。由于其自身的特点，我国大陆法系各国和地区对让与担保制度存在着三种不同的制度安排。台湾等国家作为中国最具代表性的国家，在不动产抵押登记合法化的同时，也没有明确规定让与担保制度^[2]。制定了专门的法律，对动产不动产进行了弹性化，最后确立了可作任何动产的抵押。德国是一种具有代表性的第二种制度，它在某种程度上默认了动产让与担保，也就是通过案例确认其有效性。第三类是日本制度的典型代表，它的特征在于它同时存在着让与担保和动产抵押，二者都具有一定的适用性。日本的实践，一方面是在使用范围的同时，也没有限制合同自由原则的应用，使双方可以自由地订立合同，从而使这两种相似的担保体系得以存在，并通过司法途径加以调节^[3]。

3、流押与流质

《物权法》第一百八十六条和第二百一十一条是禁止流押和流质，这是为保障抵押人和抵押人的权益。禁止流押和禁止流质是民事担保中的合理之处，但在商业中，是由于相对于普通民事主体而言，商业主体具有更高的风险预警和防范意识，因此其自我管理能力也更强。

结语

商事担保体系的建立问题，只是我国长期存在的民商合一与民商两家之争在微观层面上的体现，但在民商合一的大环境中，它的价值尤为突出。从表面上看，可以看出，在建立特定制度的过程中，必须深刻认识到特定制度的价值取向、理论依据和制度结构，找到正确的表达方式。民商合并不是抹杀民商法不同之处，而应该在坚持私法的一般地位的前提下，继续承认商法的特殊性。

参考文献

- [1] 窦艳群. 民法典背景下商事担保制度研究[J]. 法治与社会, 2020(32):3-4.
- [2] 王丽华, 李宸宇. 让与担保的制度价值与立法选择研究——以民法典编纂为中心[J]. 经济师, 2020(01):119-121+124.
- [3] 赵姿昂. 民法典视野下商事担保制度的整合与建构[J]. 河南社会科学, 2018,26(12):34-39.

作者简介：阿布力米提·热依木，新疆司法警官学校 教师，1987年10月出生，男，维吾尔族，新疆沙雅人，硕士研究生学历，职称：，研究方向：民法，婚姻家庭法