

张梦奇. 概括性抵押条款的认定——基于裁判分歧的分析[J]. 中国海商法研究, 2020, 31(2): 29-37

## 概括性抵押条款的认定

——基于裁判分歧的分析

张梦奇

(中国海洋大学 法学院, 山东 青岛 266100)

**摘要:**司法实践中法院对概括性抵押条款的认定存在争议。实证研究表明,法院的裁判思路一般分为两步:第一步以该条款违反担保物特定性为由否定抵押权的成立,其说理过程中忽略了浮动抵押与概括性抵押在担保物特定性上的本质区别;第二步认定担保人的法律责任,结论上存在不承担法律责任、承担保证责任或并存的债务承担的分歧。通过在立法中借鉴担保物可合理识别标准,法院可以概括性抵押条款无法在最低限度上符合担保物特定性为由否定抵押权的成立。采取担保制度激励缔约的事前角度观察,并对担保人的意思表示进行解释,可认定其承担相应的保证责任。

**关键词:**概括性抵押条款;个人资产抵押;担保物特定性;保证;并存的债务承担

**中图分类号:**D923.2 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2020)02-0029-09

### Identification of generalized mortgage provision

—based on the analysis of the inconsistent judgments

ZHANG Meng-qi

(Law School, Ocean University of China, Qingdao 266100, China)

**Abstract:** There are disputes for courts to identify generalized mortgage provision. It could be found, through the empirical study, that the logic of courts in identifying the provision is generally divided into two steps: the first step is to invalidate the attachment of security interest as it violates the specificity of collateral and the essential difference in the specificity of collateral between floating charge and generalized mortgage is neglected in this step, and the second step is to identify the legal liability of the security party, which is disputed in conclusion and could be summarized into three results: irresponsibility, guarantee liability and co-existing debt liability. By introducing the reasonable identification of collateral in legislation, the courts could invalidate the attachment of security interest as it violates the specificity of collateral at the minimum. From the perspective of the function of security to incent contracting and through the interpretation of the declaration of intention, the security party is supposed to bear guarantee liability.

**Key words:** generalized mortgage provision; individual asset mortgage; specificity of collateral; guarantee; co-existing debt

### 一、案例引发的思考

#### (一) 案例简介

案例一:<sup>[1]23-26</sup>甲公司与乙公司签订供货合同一份,约定由甲公司向乙公司供货,若乙公司无法承担货款债务,则由该公司签字人以其个人资产作抵押予以偿还。张某代表乙公司在合同上签字。后乙公

司未按合同约定支付货款,甲公司遂以乙公司与张某为被告向无锡市锡山区法院提起诉讼,请求判令:1. 乙公司支付货款及逾期利息;2. 张某承担付款的连带责任。锡山区法院作出(2010)锡法商初字第0850号民事判决,支持甲公司的货款及利息请求,但以合同中抵押财产未作约定,且未事后补正为由认定抵押不成立,张某不承担民事责任。判决生效

收稿日期:2020-05-29

作者简介:张梦奇(1993-),男,山东济南人,中国海洋大学法学院民商法专业博士研究生,E-mail:lawzmq@163.com。

后,被告乙公司未履行判决义务,该案进入执行程序。

甲公司后以张某为被告诉至同一法院,请求法院判令张某对贷款债务承担一般保证责任。对此,法院认为虽然张某在合同中约定了以个人资产提供抵押,但个人资产处于变动之中,具有不确定性,违反抵押物特定的要求,故抵押权不成立。但张某具有为甲公司债务提供担保的真实意思表示,故可将其认定为保证;且合同中约定,在乙公司无法承担债务时,张某才负责偿还其所欠货款,故该保证属于一般保证。基于此,锡山区法院作出(2011)锡法商初字第0554号判决:若乙公司在强制执行程序后仍不能履行贷款债务,则张某应承担保证责任。

张某不服该判决,向无锡市中级人民法院提起上诉。经审理,无锡市中级人民法院认为该抵押约定与法律规定的抵押财产须特定化不符,且当事人亦未就抵押物特定化予以补正,故不能起到抵押担保的作用;但该约定符合保证的核心要素,故张某应对债务承担相应的保证责任。最终,无锡市中级人民法院作出(2012)锡商终字第0169号判决,驳回张某上诉,维持一审原判。

案例二<sup>①</sup>:某专修学院与某军医大学签订《房屋租赁合同》,约定其租赁军医大学的教学用房等建筑物及相关设施。后该学院欠付租金300万元,学院院长史某出具承诺函,内容为分两次交付所欠租金,并以其个人资产作抵押。之后专修学院未按承诺支付所欠租金,军医大学便以该学院与史某为被告诉至南京栖霞区法院,请求判令:1.专修学院支付所欠租金及逾期利息;2.史某承担连带保证责任。栖霞区法院作出(2012)栖霞民初字第681号民事判决,支持军医大学对租金及逾期利息的请求,但以史某个人资产抵押的约定“未明确抵押物,属于抵押财产约定不明,且不能补正或推定”为由,认为抵押权不成立,对军医大学判令史某承担连带保证责任的请求不予支持。

军医大学不服该判决,以同一诉求上诉至南京市中级法院。其中,上诉人称:1.原审法院适用法律不当,史某所出具的承诺的真实意思是保证担保而非抵押担保,本案应当适用关于保证人应当承担连

带责任保证的相关法律规定;2.原审法院以“抵押不成立”为由判决史某不承担法律责任不当,若双方成立抵押担保合同关系,则史某有配合办理抵押登记的义务;3.原审法院认定有关设立抵押权的成立方式上违反了关于浮动抵押的规定。

南京市中级人民法院认为,史某的承诺书明确写明是抵押,上诉人关于史某应承担保证担保的主张不能成立;上诉人与史某对于抵押财产没有进行约定,抵押尚未成立,故其要求史某承担办理抵押登记的义务没有法律依据;史某并非浮动抵押规定的主体,且上诉人与史某并未对抵押财产进行约定,不符合浮动抵押的要求。最终,南京市中级人民法院作出(2013)宁民终字第3009号民事判决,驳回军医大学上诉,维持原判。

## (二) 裁判存在的问题

上述两个案例中法院均面临同一问题:如何对担保人以个人资产作抵押的约定进行认定。司法实践中当事人往往并未经受过专业的法律训练,其用于表达内心意思的用语并不是专业、准确的法律术语,而是日常生活中的经验性表述。当事人对于“抵押”“保证”“担保”等民法概念并无准确的认知,亦无法区分其中的差异,因此合同中会出现担保人以个人资产作抵押的概括性约定。这种当事人在担保合同中约定以不特定财产设立的抵押可称为概括性抵押条款——以个人资产作抵押的约定是其最常见的形式,除此之外还存在以公司全部资产抵押、以公司全部资产及股东个人财产作抵押、以个人资产对借款提供担保等表述。该条款的显著特征便是当事人对抵押物范围的约定存在模糊性,且抵押物本身具有不特定性、浮动性的特点。

除了上述两个案例,这类约定在司法实践中也屡见不鲜。笔者以“个人资产抵押”为关键词在“无讼案例网”上进行检索,共检索出2008年至2019年期间155篇包含该关键词的民事判决书。经筛选,涉及主债务以及担保物权纠纷的判决书共78份。这其中,排除主合同无效的案件<sup>②</sup>、主债务超过诉讼时效的案件<sup>③</sup>、当事人实际已经特定了个人资产范围的案件<sup>④</sup>、债务人约定以自己的个人财产作抵

<sup>①</sup> 参见南京市中级人民法院(2013)宁民终字第3009号民事判决。

<sup>②</sup> 参见兰州市城关区人民法院(2016)甘0102民初3677号民事判决书。

<sup>③</sup> 参见吉林省高级人民法院(2019)吉民终374号民事判决书。

<sup>④</sup> 参见东丰县人民法院(2013)东民初字第1116号民事判决书、东丰县人民法院(2013)东民初字第1117号民事判决书、六盘水市六枝特区人民法院(2014)黔六特民初字第596号民事判决书、大冶市人民法院(2015)鄂大冶民初字第03747号民事判决书、大冶市人民法院(2015)鄂大冶民初字第03763号民事判决书、通山县人民法院(2017)鄂1224民初863号民事判决书、贵州省兴仁市人民法院(2018)黔2322民初2554号民事判决书。

押为债务提供担保的案件<sup>①</sup>之后,共计45份判决书对该约定的法律后果进行了认定。

经过对上述判决的梳理,法院认定这类约定时的裁判思路可分为两种:第一种未对该约定能否成立抵押权作出认定,而是直接判决担保人应对债务承担连带清偿(担保)责任,但究竟是抵押责任还是保证责任则未予明确<sup>②</sup>。第二种分为两个步骤——第一步判断该约定能否成立抵押权。对此,法院的意见基本一致,均认为其违反了担保物特定性要求而无法成立抵押权。仅有的差异在于说理部分,部分法院援引《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(简称《担保法司法解释》)第56条第1款的规定,部分法院则直接阐述担保物特定的民法理论,二者其实殊途同归;第二步,在无法成立抵押权的前提下认定当事人的责任。这一步骤产生的分歧明显,通过对判决的梳理,可归纳为三种结果:其一,包括案例二在内的3份判决中认为抵押权不成立,担保人不承担法律责任<sup>③</sup>;其二,3份判决中认为该种约定属于并存的债务承担,担保人与债务人承担连带责任<sup>④</sup>;其三,37份判决如案例一,认为担保人提供担保意思表示真实,且个人资产抵押的约定符合保证的要素,因此担保人应承担相应的保证责任<sup>⑤</sup>。

司法裁判上的分歧一定程度上源于立法的缺失,同时也反映了理论对这一问题的忽视。中国现行法中并无专门的条文对担保合同中概括性抵押条款进行调整,而学界亦无针对性的论述与阐释。结合法院的裁判,笔者认为概括性抵押存有两个问题值得进一步探讨:第一,从广义上讲,当事人以不特定财产设立的浮动抵押也属于概括性抵押,因此在抵押物都呈现不特定性、浮动性的前提下,应当如何将浮动抵押与一般的概括性抵押进行区分?第二,在抵押权不成立的前提下,如何认定担保人的责任?司法实践中存在的三种结果都有值得探讨的地方。解答第一个问题的关键不仅在于理解《中华人民共

和国物权法》(简称《物权法》)对浮动抵押的限制性规定,也在于对担保物特定性要求,尤其是对担保物特性标准的进一步细致把握;分析第二个问题的切入点也不仅限于对当事人意思表示的解释,还包括准确认识司法实践中保证与并存的债务承担存在的差异。下文将依次对这两个问题进行分析。

## 二、浮动抵押与概括性抵押的区分

### (一)《物权法》对浮动抵押的限制

个人资产抵押的约定是司法实践中最常见的概括性抵押条款。个人资产由不动产、动产和权利构成,通常包括了当事人的房屋、汽车、各类消费品、现金、存款以及股票等。因此,个人资产属于集合性概念<sup>⑥</sup>,呈现不特定性、浮动性的特点。与之类似,浮动抵押也是当事人以不特定性、浮动性的财产设立的抵押权,因此从广义上讲,浮动抵押也属于概括性抵押。前述案例二中,上诉人军医大学便试图将个人资产抵押解释为浮动抵押,请求法院认可抵押权的成立。但这一诉求因《物权法》对浮动抵押主体和抵押物范围的限制而不被支持。

《物权法》以第181条、第189条和第196条三个条款规定了浮动抵押制度。其中《物权法》第181条规定,中国浮动抵押的设立主体仅包括“企业、个体工商户、农业生产经营者”三类,而抵押物仅限于现有的以及将有的“生产设备、原材料、半成品、产品”四类动产。学界对于该限制始终存有争议。首先,就主体而言,有学者主张中国的规定过于宽泛,因为单就“企业”这一个种类而言,就包括了国有企业、集体企业、公司企业、合伙企业和独资企业五大类。为了交易安全起见,应明确限制只有股份有限公司才能成为浮动抵押的主体。<sup>[2]</sup>也有学者认为该规定实际上是将主体的范围界定为商主体,符合浮动抵押制度为经营性主体提供高效融资方式的功能,而将浮动抵押的主体仅限于股份有限公司则过于狭窄。<sup>[3]</sup>其次,就抵押物范围而言,有学者认为《物权法》的规定过于狭窄,还应包括应收账

① 上海市青浦区人民法院(2013)青民二(商)初字第652号民事判决书等24份判决书。此种情形下法院无需对该概括性抵押约定的法律后果作出认定,因为承担主债务责任的与承担担保责任的为同一主体,无论哪种责任的最终实现都依赖于债务人(担保人)财产的变现。

② 参见蓝山县人民法院(2018)湘1127民初1023号民事判决书、宁国市人民法院(2019)皖1881民初56号民事判决书。

③ 参见南京市栖霞区人民法院(2012)栖霞民初字第681号民事判决书、南京市中级人民法院(2013)宁民终字第3009号民事判决书、佛山市中级人民法院(2014)佛中法民一初字第476号民事判决书。

④ 参见宁波市江北区人民法院(2016)浙0205民初844号民事判决书、乐山市市中区人民法院(2016)川1102民初4579号民事判决书、北京市朝阳区人民法院(2017)京0105民初46440号民事判决书。

⑤ 参见重庆市沙坪坝区人民法院(2015)沙法民初字第09698号民事判决书等37份民事判决书。

⑥ 有观点认为个人资产抵押或可以解释为集合抵押。对于中国有无集合抵押制度,学界一直存在争议。但无论是否规定了集合抵押制度,个人资产抵押都不能解释为集合抵押。因为集合抵押成立的前提之一是抵押人通过制作抵押财产目录将抵押物特定化,明示被抵押的财产,并予以总括性的登记(因此集合抵押也不属于概括性抵押)。个人资产抵押并不符合这一要求。

款、账户资金甚至不动产、知识产权,只有这样才能充分发挥浮动抵押制度的实践价值。<sup>[4]</sup>

浮动抵押制度的特点之一便是抵押权设立时其抵押物处于变动之中,且在法律规定的情形发生前,抵押人可以不经抵押权人同意自由处分抵押物。因此,浮动抵押制度兼具了融资的高效率性与抵押权实现的高风险性两个特点,立法者是出于利益平衡的目的而对主体和抵押物范围进行了适当限制。从比较法上看,尽管各国对浮动抵押的主体和抵押物范围的限制不尽相同,但采用限制性规定来降低浮动抵押权实现的高风险性的立法思路却别无二致。而无论对《物权法》第181条的规定怎样进行解释,自然人个人始终不属于适格主体,不动产也明确被排除在抵押物范围之外。因此,个人资产抵押无法解释为浮动抵押。

虽然《物权法》对浮动抵押的限制性规定可以作为法院明确区分个人资产抵押与浮动抵押的依据,但这并没有触及问题的本质——同样作为以不特定财产作抵押的概括性抵押,为何在是否符合担保物特定性的判断上,浮动抵押与个人资产抵押的结果截然不同?换言之,若某公司在合同中约定以其现有及将有的全部产品、原材料设立抵押,该约定是否符合担保物特定性的要求?这需要对担保物特定性进行更细致的把握,尤其需要明确担保物是否特定的判断标准。

## (二)《物权法》中担保物特定的标准

根据传统的物权法原理,担保物权须存在于他人之特定物或权利上,此盖为物权标的物须具特定性所当然。<sup>[5]</sup>如果担保物不特定,则担保权人无法直接支配担保物并排除他人干涉,不符合物权的特征;更进一步的解释是,担保物权是以财富所具有的交换价值为中心所成立的,以此为投资客体于金融市场流通且与担保人的个人信用脱离关系。<sup>[6]200</sup>因此担保物价值的大小、担保物价值的安全性与稳定性都是债权人提供贷款时所看重的因素。通常的逻辑是,担保物越是特定明确,其价值的稳定性就越强,除自然的损耗以及正常的市场贬值外,不易发生较大的价值波动。通过立法规定担保物必须特定明确,可以在很大程度上固定担保物价值,减少其不足受偿的风险,以此保障债权人的合法权益。

担保物是否特定需要通过担保人在担保合同中对担保物信息的描述来判断。担保人对担保物的信息描述越是具体,则担保物特定的程度越高;相反,若描述越是概括,则特定程度越低。《物权法》

第185条第2款第(三)项中规定了抵押合同必须写明“抵押财产的名称、数量、质量、状况、所在地、所有权归属或者使用权归属”;第210条第2款第(三)项则规定质权合同必须写明“质押财产的名称、数量、质量、状况”。这一标准详细具体,担保人需要在担保合同中描述担保物的上述信息,以满足担保物特定性要求。而立法之所以这样规定,是因为传统担保法理论对担保物特定性的建构主要从两个方面入手:一是担保物的物理属性,二是担保物的权利属性。前者是指担保物必须是现实存在且特定的,因此当事人需要在担保合同中描述担保物的名称、数量、质量与所在地,不仅可以确定担保物的具体范围,亦可以彰显担保物的整体价值;后者是指担保物应当权属清晰,担保人应当向债权人告知担保物上的权利负担状况,因此合同中需要记载担保物的所有权归属或使用权归属。

上述规定其实是要求抵押物在抵押设立时“必须”特定。这在当事人设立传统的固定抵押时理应如此,而且抵押人也可以就固定抵押物的信息进行详尽描述。但随着担保财产的范围不断扩展,担保物特定逐步呈现出缓和化的趋势。以抵押权为例,从法制史的视角来看,抵押权制度其实是伴随着可抵押财产范围的变化而演变的。<sup>[7]</sup>农业社会中,抵押权主要设立在以土地为主的不动产之上,动产之上只能设立质权。而后随着抵押人利用抵押物的需求不断增加,不移转抵押物占有的动产抵押权逐渐被承认,而此时的动产仍以有形动产为主。之后随着股票、应收账款及知识产权等财产性权利的广泛出现以及运用,在其之上设立抵押权或质权也已被世界范围的担保法制度所承认。除现有财产外,将来取得的财产及未来物上亦可设定担保。例如《物权法》规定可以在“正在建造的建筑物、船舶、航空器”上设立抵押;企业也可以在其现有以及将有的产品、原材料等流动性极强的财产之上设立浮动抵押进行融资。这一变化冲击了原先的担保物特定性原理以及判断标准。以浮动抵押为例,司法实践中,浮动抵押合同中关于抵押物的描述多表述为“以本企业现有及将有的全部原材料或产品(如钢材)设立浮动抵押”。由于抵押物中包含将来取得的财产,且抵押期间抵押人可对抵押物自由处分,故抵押人无法在合同中按照《物权法》第185条第2款第(三)项的规定全面且具体描述抵押物的质量、状况、所在地等信息,只能采用较为概括性的描述。若严格遵照《物权法》的规定,浮动抵押在设立时也不

符合担保物特定的要求。

源于英美法系的浮动抵押出现伊始之所以不被普通法所承认的原因便在于此,即抵押权必须在设定阶段与特定的抵押物相关联,而以现有及将有的财产作为抵押物的浮动抵押并不符合这一要求。<sup>[8]</sup>直到19世纪末20世纪初,英国法院才以判例的形式正式承认了浮动抵押,并以抵押物“结晶”(crystallization),即特定化作为实现抵押权的前提条件,使浮动抵押变为固定抵押,从而符合了担保物特定性要求。《物权法》第196条便规定了浮动抵押的抵押物特定的条件。这种制度设计其实是延缓了抵押物特定的时间,在抵押权实现之前无需将抵押物特定且抵押人可以自由处分抵押物,更有利于发挥抵押物的融资功能<sup>①</sup>。但是,若某公司仅在合同中约定“以其全部动产设立抵押”,那么即便将该约定认定为浮动抵押且抵押权实现的条件达成,权利人也无法判断究竟哪些动产需要特定,而抵押期间对抵押物的合理监管更无从谈起。因此,浮动抵押合同中对抵押物的描述不能过于概括笼统,起码要满足抵押设立时抵押物“可以”特定的要求。相比于《物权法》“必须”特定的要求,从比较法上看,《美国统一商法典》(简称UCC)第九编规定的合理识别(reasonable identification)标准更加符合“可以”特定的要求<sup>②</sup>。

### (三)可合理识别担保物

UCC第九编第9-203条规定,担保权有效成立的前提条件便是担保物具有可执行性,而判断是否具有可执行性的标准之一便是“债务人确认了描述担保物的担保合同”<sup>③</sup>。该编第9-108条(a)款规定,担保合同中对于动产或不动产的描述无需特定明确,只要能够合理识别其所描述的内容即为充分<sup>④</sup>。该条(b)款规定了担保人以“具体列举,担保物种类,担保物数量或计算、分配的方式或步骤”中的任何一种方式在担保合同中描述担保物,都可被视为充分描述<sup>⑤</sup>,担保合同均能成立。例如,某汽车租赁公司作为抵押人,可以在抵押合同中规定“以

用于租赁的汽车设立抵押”,这种描述符合具体列举的要求;其亦可以规定“以存货设立抵押”,则该描述符合担保物种类的要求。二者都属于可以合理识别的描述。

合理识别的标准“否定了那种描述应当准确而详细否则即为不充分的规定”,<sup>[9]</sup>十分符合担保物特定的缓和化,尤其契合了浮动抵押财产浮动性、不确定性的特点。抵押人只需在抵押合同中描述抵押财产的种类,如现有及将有的某某存货及设备,只要能够被合理识别,则该描述就是充分的,抵押合同便可生效。这种对抵押物种类性的描述能够被认定为充分,也为浮动抵押的成立提供了重要的依据。

虽然依据上述标准,担保人在担保合同中对担保物的描述只要达到合理识别的状态即为充分,但过于概括性的描述也不能被认定为充分——即第9-108第(c)款规定的“超一般的描述”(super-generic description)是不充分的:以“债务人的所有财产”“债务人的所有动产”或类似词语描述担保物并不能合理地指明担保物。个人资产抵押的概括性约定与此如出一辙。当事人在抵押合同中约定以个人资产设立抵押,其实就是指代其所有财产。这种描述的确无法使抵押权人合理识别抵押财产的大致范围,财产的种类、数量、名称等最为基本的信息都无法在这一描述中得以体现,抵押权人甚至完全无法对抵押财产的价值建立起有效的评估与预期,更无法进行合理的监管,这将提升债权人实现债权的风险。中国司法实践中所谓的“未经特定化的个人资产与物权法或担保法中规定的抵押财产即抵押物须特定化不符”,<sup>[1]26</sup>其道理与“超一般的描述并不充分”异曲同工,都指出了个人资产抵押的概括性约定无法合理识别抵押物的基本信息。

可以说,担保物特定的标准如同一把刻度尺,《物权法》较为严格的规定使这把尺子可测量的范围十分有限。作为概括性抵押的浮动抵押与个人资产抵押都落在了刻度之外,从而无法对二者进行更精细的测量;担保物特定的缓和化延展了这把尺

① 《中华人民共和国民法典》第396条将《物权法》第181条规定的债权人有权就“实现抵押权时”的动产优先受偿修改为“抵押财产确定时”的动产优先受偿,凸显了立法者对浮动抵押抵押物特定缓和化的认知。

② 联合国国际贸易法委员会颁布的《担保交易示范法》以UCC第九编为参照,亦采用此标准。该示范法第9条第1款规定:“必须在担保协议中以可以合理识别的方式描述担保资产和有担保债务。”

③ 参见UCC第9-203条(b)(3)A之规定。

④ 参见UCC第9-108条(a)。第9-108条亦在该条设置了例外规定,如(c)款“超一般的描述不充分”、(d)款“投资财产的描述”、(e)款“不适用种类物描述的情形”。

⑤ 参见UCC第9-108条(b)。该款中关于担保物种类的描述,是基于UCC第九编对担保物分类的规定所设置的,其分类方式与分类结果与中国立法大相径庭,且存在过于精细化、形式化的弊端,对此中国无需完全照搬。

子的刻度,而对担保物只需描述至“可以合理识别的状态”可视为当前刻度尺的测量界限,即对担保物特定最低限度的要求。个人资产抵押作为“超一般的描述”超出了这把刻度尺的测量范围,违反了担保物特定的最低要求,因此抵押权不能成立。中国立法已经注意到了这把刻度尺测量范围的有限性,《中华人民共和国民法典》(简称《民法典》)对担保合同一般条款进行了简化——第400条第2款第(三)项只规定了抵押合同中写明“抵押财产的名称、数量等情况”;第427条第2款第(三)项只规定了质权合同中写明“质押财产的名称、数量等情况”,一改《物权法》中要求详尽描述担保物信息的规定。担保物的名称、数量作为可识别担保物范围的最基本信息,亦是对担保物特定的最低要求。这不仅可以个人资产抵押这种“超一般的描述”排除在外,更为浮动抵押的设立适用提供了更为灵活的空间。因此,《民法典》颁布后,担保人在担保合同中必须描述担保物的名称与数量,而是否记载《物权法》所要求的担保物的质量、状况、所在地以及权属问题,则属于当事人自行约定的内容。对于浮动抵押合同中仅描述抵押物的名称与数量的约定,法院不应以其违反担保物特定性为由否认浮动抵押的成立;而对于以个人资产作抵押或以公司全部资产抵押的概括性约定,法院应以其无法在最低限度上符合抵押物特定性要求为由,认定其无法成立抵押权。由此,法院对概括性抵押的约定能否成立抵押权的判断标准的阐释说理得以明确、统一。

### 三、概括性抵押条款的法律后果

在概括性抵押的约定不能成立抵押权的前提下,法院需要对该约定的法律后果,即当事人的法律责任作出认定。如前文所述,法院对此存在分歧:有的法院认为抵押权不成立,当事人不承担法律责任;有的法院认为即便抵押权不成立当事人也应承担法律责任,区别在于该约定应被认定为并存的债务承担还是保证担保。

对于当事人不承担法律责任的观点,笔者认为值得商榷。根据这种观点,债权人只能向债务人本人主张实现债权,有违公平原则。因为基于担保物权事前激励缔约的功能,担保人提供的担保能够增加债权人最终实现债权的概率,债权人或出于此种激励而同意与债务人缔约。如果法院判决担保人最

终不承担任何法律责任,不仅债权人债权实现的可能落空,亦可能诱发机会主义行为——缔约时担保人故意采取概括性抵押的约定以逃避担保责任。这种结果使得债权人在事前无法对交易产生稳定的预期,在事后也无法得到公平的权利救济。但是在抵押权不成立的前提下要求担保人承担一定的法律责任也需要做到于法有据。由于现行法并未对此作出明文规定,法院仅能通过担保人的意思表示进行解释来寻求答案<sup>①</sup>。

#### (一)个人资产抵押解释为保证的进路

如前文所述,笔者所检索的判决书中绝大多数法院将个人资产抵押认定为保证担保。法院的基本思路是个人资产抵押的约定无法成立抵押权的原因在于违反担保物特定性要求,但当事人提供担保的意思表示是真实的,而且个人资产不特定性的特点符合保证的要素——以不特定的财产提供担保。其本质上属于一种信用担保,债权人不是信任某个特定财产的价值,而是认可与信任保证人的财产状况及其信用。因此个人资产抵押与保证在本质上如出一辙。

虽然当事人个人资产抵押的约定可被解释为提供担保的真实意思表示,且以不特定的个人资产提供担保符合保证的性质,但将之解释为保证尚存障碍。司法实践中较为普遍的认知便是保证的意思必须明示,不得推定。<sup>[10]</sup>《担保法司法解释》第22条规定:“第三人单方以书面形式向债权人出具担保书,债权人接受且未提出异议的,保证合同成立。主合同中虽然没有保证条款,但是,保证人在主合同上以保证人的身份签字或者盖章的,保证合同成立。”该条表明设立保证时需要保证人明确的意思表示且以可观察的外观所体现。但当事人在个人资产抵押的约定中并未明确表示承担保证责任,只能基于其提供担保的真实意思表示将其推定为保证,似乎有违上述“保证须明确表示”的规定。

立法之所以会要求当事人必须明确表示保证的意思才能成立保证合同,也是出于对后果的考虑。保证是保证人以其不特定的财产为债权提供担保,其保证责任属于严格的民事责任。例如与抵押人相比,保证人的责任范围往往更大。对于抵押人而言,其所承担的担保责任范围仅限于抵押权实现时抵押物的价值。根据《物权法》第198条的规定,抵押物

<sup>①</sup> 值得注意的是,将未成立的抵押认定为并存的债务承担或保证担保都不属于法律行为转换理论的适用。该理论适用的前提是法律行为已经成立但基于某种原因而无效;若法律行为未成立那么转换理论也无从谈起。参见黄忠:《无效民事行为效力转换制度研究》,发表于《法商研究》,2007年第2期,第78页。

拍卖、变卖后,价款超过债权数额的部分归抵押人所有,而不足部分由债务人清偿,因此抵押人的责任范围是有限的。此外,根据《中华人民共和国担保法》(简称《担保法》)第19条的规定,若当事人对保证方式没有约定或约定不明确则推定为连带责任保证。这一规定体现了立法对于债权人权益的倾斜保护,因为对于连带责任保证人而言,其责任承担范围与主债务范围在理论上是一致的,债权人可以向保证人主张全部的债务清偿。虽然保证人在承担保证责任后有向债务人追偿的权利,但当事人私下成功行使追偿权的概率往往较低,诉讼又会产生额外的成本。个人资产抵押的约定本身具有模糊性、概括性的特点,其中往往不会包含对担保方式的约定。因此将个人资产抵押解释为保证后,保证人自然要承担连带责任保证,负有偿还主债务的严格责任。值得注意的是,《民法典》对保证合同中未约定保证方式的规定进行了修改。《民法典》第686条第2款规定,保证合同中未约定保证方式或约定不明确的属于一般保证。根据修改后的规定,在个人资产抵押无法成立抵押权的前提下,保证人应承担一般保证责任,享有先诉抗辩权,在一定程度上能够减轻责任的范围;但最终仍取决于债务人的财产状况,故存在一般保证人实际清偿全部债务的可能性。

因此,法院应当有充分的理由将个人资产抵押解释为保证担保,否则对担保人不利;而由于概念的开放性,立法者很难对此制定出严谨的成文法规则。因此法院首先应当运用意思表示的解释方法对具体案件的具体情况进行分析。例如,司法实践中当事人虽然在合同中采用了个人资产抵押的概括性约定,但其还表示“直至借款还清”<sup>①</sup>。该约定虽然没有明确使用“保证”的概念,但以文义解释与目的解释的方法看,“以个人资产抵押偿还债务直至借款还清”表达了当事人以不特定财产提供担保的真实意思表示,且反映了当事人对责任承担后果的预期。因此该约定与连带责任保证无异。该种情形下法院将之认定为连带责任保证既符合当事人的内心真意,也不会加重当事人的保证责任。

此外,法院还应结合其他证据材料来判断担保人的意思表示。例如若当事人在合同中约定以个人

资产抵押,之后担保人主动将其房产以及部分动产进行抵押登记,那么该行为其实已经将个人资产予以特定化,法院应当将此解释为有效设立的抵押权。相反,若担保人始终没有对其个人资产进行抵押登记或质押交付,且债权人并未要求担保人履行相关的公示义务的话,表明双方当事人对该约定的认知都是以不特定的个人资产担保债务直至完全履行,那么法官可以在担保人提供担保的意思表示真实的前提下将该约定解释为保证。

综上所述,无论是司法实践中的类案裁判还是理论上法律方法的运用,个人资产抵押都具有解释为保证担保的可行性与合理性。

## (二) 保证与并存的债务承担的区别

笔者所检索的案件中,有3份判决书中的法院将个人资产抵押的约定认定为并存的债务承担。并存的债务承担亦称为债务的加入,是指第三人加入到既存的债务关系当中,与债务人共同承担债务。中国现行成文法中并未对此明文规定,但司法实践中对此都有充分的讨论与适用<sup>②</sup>。从担保原债务人债务的目的以及权利形式方面看,保证与并存的债务承担极为相似——尤其是连带保证责任与并存的债务承担可谓性质相同,在债权人与承担人达成合意,成立债务加入的情形下,二者更难区分<sup>③</sup>;甚至有学者认为并存的债务承担在本质上就是一种担保,可类推适用保证的相关规定。<sup>[11]</sup>但二者其实存在较为明显的差异,分别可从事后角度与事前角度观察得之。

### 1. 事后的角度

事后的角度是指对保证担保与并存的债务承担在客观法律后果上的不同进行归纳,这也是当前司法实践中通常采取的做法。主要有以下两点。

其一,二者的债务形态不同——保证债务具有从属性,而并存的债务承担则属于独立债务。根据《担保法》第6条的规定,保证是指保证人与债权人之间约定,当债务人不履行债务时保证人按约定履行债务或承担责任的行为。因此只有在债务人不履行债务后,债权人才可以依据约定向保证人主张其权利。换言之,保证人承担的债务与债务人的债务存在履行次序上的差异,保证人之债务从属于主

<sup>①</sup> 参见新疆博尔塔拉蒙古自治州温泉县人民法院(2016)新2723民初432号民事判决书、新疆博尔塔拉蒙古自治州温泉县人民法院(2017)新2723民初366号民事判决书。

<sup>②</sup> 参见最高人民法院(2005)民二终字第200号民事判决书、最高人民法院(2008)民二终字第81号民事判决书、最高人民法院(2013)民一终字第26号民事判决书、最高人民法院(2013)民一终字第117号民事判决书、最高人民法院(2014)民二终字第138号民事判决书、最高人民法院(2018)最高法民终第867号民事判决书。

<sup>③</sup> 参见最高人民法院(2018)最高法民终第867号民事判决书。

债务。该从属性具体体现在三个方面:第一,从时间因素上看,在主债务履行期届满前,保证债务处于蛰伏状态,即便主债务人可能在债务期届满后无力偿还债务,债权人也不能在此期间向保证人主张权利,只能等主债务履行期届满后向保证人主张债务履行;并且一般保证中保证人还可行使先诉抗辩权,使债权人穷尽其方法向主债务人主张权利。第二,从法律关系来看,主债务的主体与内容若发生变更,保证债务的内容亦可随之改变<sup>①</sup>;主债务消灭则保证债务随之消灭。第三,从债务人可援引的抗辩事由来看,保证人可援引主债务人对抗债权人的抗辩事由。《担保法》第20条第1款规定了保证人可享有债务人的抗辩权,且即便债务人放弃抗辩,保证人仍可行使该抗辩。这为保证人免遭主债务人与债权人恶意串通而导致权益受损提供一定保障。

相比之下,并存的债务承担则不存在从属性,属于独立的债务。一般认为并存的债务承担中,承担人与原债务人属于连带责任关系,债权人可以向任意一位债务人主张权利<sup>②</sup>。承担人加入到原先已成立的债务关系中,与原债务人共同承担债务,二者之间不存在履行时间的先后,亦不存在原债务内容的变更。此外,承担人对原债务人抗辩事由的援引以债务加入的时间为节点前后不同。由于承担人所负债务与原债务人所负债务为同一债务,所以原债务人基于该债务关系所享有的抗辩事由亦可被承担人所援引。<sup>[6]509</sup>但是在承担人加入债务之后便属于连带债务人,与原债务人地位相同且并行不悖;这之后“原债务人与债权人之间所生事项之效力并不当然及于承担人”,<sup>[12]</sup>因此原债务人在承担人加入债务后对债权人所享有的抗辩事由并不能被承担人当然地援引。

其二,二者债务的期间限制不同——保证债务受到主债务诉讼时效与保证期间的双重限制,而并存的债务承担仅受诉讼时效限制。保证债务受到主债务诉讼时效的限制乃其从属性所当然。就保证期间而言,中国立法出于对保证人的保护——避免因债权人怠于行使权利而加大保证人的风险的考虑,规定了当事人未予明确约定情况下的法定保证期间。根据《担保法》第25条第1款及第26条第1款

的规定,中国的法定保证期间为6个月。基于此规定,若主债务超过《中华人民共和国民事诉讼法总则》所规定的诉讼时效或保证债务超过6个月的保证期间,保证人均可以此为抗辩不承担保证责任。相较而言,并存的债务承担作为独立的债务仅受诉讼时效的限制,不存在除斥期间的限制。

## 2. 事前的角度

上述差异性的认知其实全部采取了事后的角度,归纳了保证与并存的债务承担在法律后果上的差异。但是司法实践中法院的难题在于如何判断当事人的约定究竟是保证还是并存的债务承担。笔者认为采取一种事前的角度来观察二者的区别更有利于解决该问题。

从事前的角度来看,保证担保可以激励债权人与债务人缔约,而并存的债务承担不具备此功能。债权人与债务人进行缔约时要对债务不能清偿的风险进行预估,而债务人为了在缔约时释放其能够顺利清偿债务的信号,要么增加用于清偿债务的资产,要么提高债权人的清偿顺位;而保证担保恰恰是通过纳入保证人的不特定财产来增加可清偿的资产数量,从而激励债权人缔约。<sup>[13]</sup>与之相比,并存的债务承担是在原债权债务关系已经成立的前提下加入新的债务人,虽然从后果上看与保证担保一样提升了债权实现的概率,但是并未在缔约时对债权人产生激励。这一点尤其体现了区分保证与并存的债务承担区分的必要性以及必然性。换言之,保证属于担保的一种方式,而并存的债务承担并非担保,二者在提升债权实现概率上的相似性并不能掩盖其本质上的差异。所谓并存的债务承担本质上是一种担保的观点显然忽略了担保制度激励缔约的功能。

基于该结论,对于如何认定个人资产抵押中担保人的责任便取决于其约定的意思表示能否解释为担保。笔者认为答案是肯定的。个人资产抵押的约定虽然违反担保物特定性要求而无法成立抵押权,但是该约定体现了当事人提供担保的真实意思表示;对于债权人而言,个人资产增加了用于清偿债务的资产的数量,在一定程度上债权人基于对该约定的信赖和债务清偿的预期而与债务人缔约,因此个人资产抵押的约定发挥了担保制度激励缔约的功

<sup>①</sup> 例如《担保法司法解释》第30条第1款规定:“保证期间,债权人与债务人对主合同数量、价款、币种、利率等内容作了变动,未经保证人同意的,如果减轻债务人的债务的,保证人仍应当对变更后的合同承担保证责任;如果加重债务人的债务的,保证人对加重的部分不承担保证责任。”

<sup>②</sup> 中国现行法中未明文规定并存的债务承担。《民法典》仅以一个条文增加了这一规定。《民法典》第552条规定:“第三人与债务人约定加入债务并通知债权人,或者第三人向债权人表示愿意加入债务,债权人未在合理期限内明确拒绝的,债权人可以请求第三人在其愿意承担的债务范围内和债务人承担连带债务。”



能,这是并存的债务承担所不具备的。基于此,在确认概括性抵押条款包含当事人提供担保的真实意思表示后,法院不应将其认定为并存的债务承担。

#### 四、结语

关于司法实践中当事人以个人资产作抵押为债务提供担保的概括性抵押条款,法院应秉持如下的裁判思路:首先以该条款违反担保物特定性的要求为由,否定抵押权的成立;其次若当事人提供担保的意思表示真实,则应当将该约定认定为当事人之间设立的保证担保,判决担保人承担相应的保证责任。此外,法院还应认识到现代担保物权制度中,担保物

特定呈现缓和化的趋势,担保物特定的标准也从详细描述担保物信息逐步过渡至可合理识别的状态。《民法典》颁布后,担保人仅需在担保合同中对担保物的名称、数量等基本信息进行描述,其余如担保物所在地、权属状况等则属于当事人自由约定的事项,合同中不予记载不影响担保合同的成立。对于保证与并存的债务承担,法院不应仅以事后的角度比较二者在客观法律后果上的差异,还应从事前的角度认识到二者在激励缔约功能上的不同,由此并存的债务承担并不属于保证担保,亦不能类推适用保证的相关规定。

#### 参考文献:

- [1]牛兆祥,姜丽丽.以不特定的个人资产作抵押为债权提供担保属于保证[J].人民司法(案例),2012(16).
- [2]彭贵.中英浮动抵押制度之比较[J].法律适用,2008(1、2):52-53.
- [3]钟维.民法典编纂背景下我国浮动抵押制度的释评与完善[J].广东社会科学,2018(4):233-234.
- [4]周泽新.浮动抵押的历史渊源与制度构造——兼评我国物权法上的浮动抵押制度[J].河北法学,2010,28(11):109-110.
- [5]谢在全.民法物权论(下册)[M].北京:中国政法大学出版社,2011:528.
- [6]我妻荣.新订担保物权法[M].张彘,译.北京:中国法制出版社,2008.
- [7]董学立.抵押权概念的演变及其法体系效应[J].法商研究,2017,34(5):82-89.
- [8]周泽新.浮动抵押的历史渊源与制度构造——兼评我国物权法上的浮动抵押制度[J].河北法学,2010,28(11):105.
- [9]美国法学会(ALI),美国统一州法委员会(NCCUSL).美国《统一商法典》及其正式评述(第3卷)[M].高圣平,译.北京:中国人民大学出版社,2006:111.
- [10]夏昊晗.债务加入与保证之识别——基于裁判分歧的分析和展开[J].法学家,2019(6):111.
- [11]韩世远.合同法总论[M].北京:法律出版社,2011:493.
- [12]朱奕奕.并存的债务承担之认定——以其与保证之区分为讨论核心[J].东方法学,2016(3):51.
- [13]张淞纶.债权人视角下的担保制度——兼论《民法典》中担保制度的立法构想[J].法律科学(西北政法大学学报),2019,37(6):110.