

第八届全国中小企业信用担保机构负责人联席会议 专题演讲

【题 目】：物权法对担保行为的若干重要影响

【演讲人】：曹士兵博士 中国著名法学家、最高人民法院

【时 间】：2007-10-19 14: 00

【主持人】：张国祥 重庆瀚华信用担保有限公司总裁

（根据会议录音整理）

【主持人张国祥】：

曹士兵博士是最高人民法院审判员、高级法官，法学博士、担保法专家，先后在吉林大学和中国社会科学院学习，获得法学硕士和博士学位。曹博士先后担任了最高人民法院民事审判庭审判员、中共合川市市委副书记，是国家法官学院职称评定委员会委员、国家司法考试命题委员会委员和全国人大破产法立法工作组成员，还是中国人民大学民商法学科研究中心研究员。

学术成果有：专著《反垄断法研究》、《中国担保诸问题的解决与展望》、《关于适用中华人民共和国担保法若干法律问题的解释和理解与适用》、《正确适用关于审理破产案件若干问题的规定》。译著有《契约的死亡》

曹博士在《中国法学》、《中国法律》、《人民司法》、《法律适用》、《当代法学》、《天津社会科学》、《法治与社会发展》等刊物上发表多篇论文和著名文章。

下面有请曹士兵博士作精彩演讲，大家欢迎！

【曹士兵博士】:

各位代表,我非常荣幸能够接到大会的邀请参加这第八届全国中小企业信用担保机构负责人联席会议,也比较凑巧,我在合川市委挂职期间曾和合川市精诚担保公司的同仁一起参与担保公司的实际运营,大概有一年多时间,那么也可以说亲身参加过担保公司的工作,也一直在关注着担保业的发展。

就我个人的工作经历而言,我认为这个机构对中国中小企业的发展是功不可没的,尤其就我个人的工作经验而言,合川的精诚担保公司为合川中小企业的发展起到了推动的作用。

今天,大会给我的题目是从法律的角度谈一谈现行新颁布的法律尤其是《物权法》对我们担保机构主要是担保行为的影响,发言主要是集中在法律制度的层面。

今天我发言的题目是《物权法对担保行为的若干重大影响》。这个题目我也思考了再三,实际上自二十一世纪以来,对担保行为乃至担保业的影响最大的是《物权法》,除此之外,《公司法》和《破产法》都有一些影响。所以,今天我的题目没有包含但在我的演讲中也包含《公司法》和《破产法》的若干片断。

中国人都喜欢讲一个吉利数字,我也就讲十大问题。就是 2005 年以来,新颁布的法律对我们担保行为的十大影响。

一、关于担保合同中抵押合同的生效问题

按照现在《物权法》的规定,抵押合同的生效,很明确的规定为以当事人签字盖章之日起生效。大家可能就会想到过去担保法规定动产除企业设备、机动车之外,动产的抵押合同自签字盖章生效,但不动产如土地使用权、房屋、包括部分动产(如企业设备、车辆等)的抵押合同是要登记之后才生效。那么在《物权法》颁布之后,在中国法律背景下的所有抵押合同,均以当事人签字盖章之日起生效。抵押的登记将不再影响抵押合同的生效。

这个问题我们作为第一个问题来谈,《物权法》的第一个重大影响就是解决

了抵押合同的生效问题。所有的抵押合同，无论是房屋、土地这样的不动产，还是机械设备、车辆、家用电器一般生活性消费性动产，它们作为抵押物签订的抵押合同统统以签字盖章之日起生效。

由此，就带来一个新的需要关注的现象：就是我们以土地使用权、以房屋这些不动产作为抵押物的抵押合同，一经签字盖章就有法律效力，当事人另有约定或法律另有规定的除外。签完字以后，抵押人出尔反尔，不愿意办理抵押登记了，在过去，按《担保法》规定，这些抵押合同不发生法律效力，因此拿着抵押合同的债权人在《担保法》下是没有实际办法来保护自己的权利的。而在《物权法》生效后，抵押合同在登记之前已经发生法律效力了，因此可以拿抵押合同向法院起诉，要求法院强制判决抵押人去办理抵押登记。如果抵押人没有正当理由，在签完抵押合同以后拒绝办理抵押登记，则可以对他进行强制执行，可以强制登记，也可以对他进行处罚或民事制裁。当然，如果抵押标的物根本就不存在或没有执行的条件，就另当别论。

那么，在《物权法》生效后，给我们一个明确的启示就是抵押合同在签字之日生效，签字之后不愿办理登记的可以强制其办理登记。

二、关于抵押权的取得

抵押权的取得，分动产和不动产。

要取得一个在房屋、土地使用权这些不动产和不动产的用益物权上面的抵押权，需要办理抵押登记才能取得，虽然上面一个问题说不动产抵押合同也是签字盖章起生效，但是生效以后，你并不能当然取得抵押权，抵押权的取得是办不动产抵押登记之日起取得。因此不动产抵押合同的生效和不动产抵押权的取得之间，将会有有一个时间差，这是不动产抵押权的取得。

这样以登记取得的抵押权，不仅包括土地房屋这些不动产；而且包含准不动产，如采矿权、探矿权，以这些权利作为抵押标的的，也是要登记取得抵押权。

对于动产抵押权，除了房屋土地以及准不动产这些以外的动产，无论是工厂的机械设备、生产线、还是机动车还是船舶航空器，无论是价值巨大的航空器还

是价值小的桌椅板凳，包括原材料、产成品，这些动产的抵押权的取得是抵押合同生效之日即时取得，因此，动产抵押合同的生效和动产抵押权的取得，是同一个时间。

结合第一个问题来看，《物权法》颁布以后，抵押合同的生效是签字盖章之日起，而抵押权的取得分动产和不动产两种情形。不动产是登记取得，而动产是抵押合同生效之日立即取得。

三、关于抵押物与质押权利标的物的变化

(一) 抵押标的物——准物权

首先看抵押物，在物权法颁布之后，我们通常所说的抵押物，大到不动产中的土地使用权、房屋建筑物，小到各种动产都是可以抵押的。在物权法颁布后，又增加了一些可以抵押的品种，一个就是准物权，如煤矿的采矿权就是准物权，拿这样的权利来作为抵押标的物，在《物权法》里面是承认的。这样的权利还包括探矿权、捕捞权、取水权、用电权、海域使用权等，它们都成为了物权的标的，它们也可以成为抵押物。

在这个地方，要提醒各位，如果有企业拿着这些权利向你抵押，一定要翻开中华人民共和国关于这些权利的特别法。举例说如果拿采矿权抵押，那么就要去看《中华人民共和国矿产资源法》，矿产资源法里面规定这些采矿权原则上是不允许转让的，因此原则上是不允许抵押的，所以这样的标的物在做抵押标的物的话，一定要取得地方主管部门的批准，不经批准抵押是不生效的。依次类推，所有的准物权虽进入了抵押的领域，但是需要审批。

在说到权利的时候，要提醒大家，有些权利并不是《物权法》上所说的物权，它非常近似于物权，比如说生猪屠宰权、定点加油特许经营权、高速公路运营权、出租车运营权，这些权利并不是物权法上所说的准物权。这些权利作为担保标的物的话也是可以的，但是它不是抵押标的，它是质押标的，它将属于权利质押而不属于我们这里讲的抵押。

归根结底，凡是以行政许可所获得的权利要作为担保标的的话，无论是作为

抵押还是作为质押，都要取得政府批准。有权批准的单位允许你做你才能做。这就是行政许可法里面规定的基本原则“以行政许可取得的权利除法律另有规定的外不得转让”，物权法里面有一个基本原则是“不能转让的权利不得作为担保标的”，这两套原则是一脉相承。这是抵押标的物里所增加的内容之一。

（二）抵押标的物——土地承包经营权、林地使用权等

内容之二，在可以设定抵押权的抵押物中包含了一些特别的权利，如前面提到的准物权，还包括大家很关心的土地承包经营权、林地使用权、草地使用权。这些权利在过去除了有特殊的法律规定之外，它不能作为担保标的，但是在《物权法》颁布以后这些都属于物权，它们依法可以成为担保的标的物。比如说农村集体土地，凡是能够以招标方式发包取得土地使用权证的土地，都是可以作为抵押标的的，我们在衡量哪些集体土地能做抵押标的、哪些不能做的时候，第一看它是不是以招标形式获得的，第二看它有没有取得土地承包经营权证。

同样，拿林地使用权作为抵押标的的也是这样的原则，关键看它有没有林地使用权证。熟悉这个行业的同志知道，这是一个总的原则，法律会有一些具体的限制，比如说同样是林地，除了用材林、经济林、生态林这些林地之外，其它林地比如说景观林、防风林这是不能抵押的，所以要具体问题具体分析。一定要看直接调整这个法律关系的特别法，同样是集体土地，能不能作为抵押标的要看农村土地承包法。

（三）质押标的物——应收帐款

前面讲的是《物权法》生效以后，抵押标的物丰富了，同样质押标的物也有所丰富，主要体现在权利质押上。依照《物权法》的明文规定，基金的份额和应收账款可以作为出质的标的物，基金的份额实际上和股票一样要通过证券登记机构登记以后才能够出质，应收账款的出质实际上已经打开了形形色色的收费权质押的途径，因为应收账款里面包括了已经发生的应收账款，也包括未来即将发生的应收账款。我们过去以高速公路的收费权来作为质押，在很长时间内做不了，后来经过国家建设部批准以后，通过最高法院司法解释以后，就把它认可为

合法质押标的。在《物权法》生效以后，应收帐款是可以成为质押标的的。只要我们把未来可以实现的债权作为应收帐款，到人民银行征信系统里进行登记就可以完成质押关系的设定。10月1日以后应收帐款的质押登记已经开展，它是由征信管理部门在互联网上作形式登记，登记的便捷、收费的低廉、查询的便利上来说，我认为应收帐款的质押以后将会成为推动担保行业发展的一个有力的技术性工具。作为担保机构来说，在接受企业提供反担保的时候，它也许没有反担保的标的，但是它可能有应收帐款，这个应收帐款也许是已经发生的企业的应收帐款，也可能是未来发生的。过去公园的门票收费权作担保没有办法登记，现在可以把它作为应收帐款来登记。当然这个是一个发展的过程，不一定在10月1日过后马上就能够全面开展起来，但是向前发展的趋势是不会动摇地。

四、关于抵押权的效力

同样是抵押权，效力上是不一样的，区分为登记的抵押权和未登记的抵押权两种。凡是不动产和准物权的抵押都是要办登记的，动产抵押可以不办登记。在《物权法》生效以后，所有动产抵押都可以不办登记，抵押合同生效即可以取得抵押权，登记对于动产抵押权来说是取得对抗效力的关键。因此，不动产抵押权和登记了的动产抵押权具有对抗效力，其他的抵押权没有对抗效力。这就给我们一个提示，就是我们作为担保机构接受抵押作为反担保的时候，一律应当办理登记。这个登记是用来取得抵押权的对抗效力，这样你的抵押权才是一个完全的物权。

这个是从《物权法》的理论上来说的，我们落实到实践当中，一个抵押权基本的效力分三个方面来看。

第一个方面，抵押权对其他一般债权人的效力是优先受偿权。如果债务人只有有限的财产而有两个债权人，其中一个债权人是一般债权人，另外一个债权人是有抵押权担保的债权人，那么抵押权所担保的债权将优先于一般债权。这个抵押权对一般债权人优先受偿的权利，是所有的抵押权都具有的效力，与是否登记没有关系。

第二方面，抵押权对第三人的效力叫做对抗效力，只有登记的抵押权有对抗效力，没有登记的抵押权没有对抗效力。“第三人”主要是抵押物的受让人和承租人。在实践中我们设定了一个抵押权，抵押人把抵押物又卖给了第三人，这时候我们拿着抵押合同找第三人要求行使抵押权，这时第三人会问你的抵押权有没有办理登记，没有办理登记的话你不能对抗我。因此当抵押物转让给第三人以后，没有办登记的抵押权随之消灭。回到我们刚才所说的前提上，没有办登记的抵押权实际上不是抵押权，在理论上叫“不完全物权”。办了登记以后才可以对抗第三人，如果抵押物被第三人拿走了，你可以告诉他，我的抵押是有登记的，你买抵押物的行为是无效的买卖行为，我可以申请法院直接查封、扣押、拍卖抵押物，因为买受人不能取得抵押物的所有权，我这个抵押权是办了登记的，具有对抗效力。

对于承租人，当一个抵押物抵押给了抵押权人以后，又出租给了第三人，抵押权人要行使抵押权的时候要求承租人搬家，要卖掉抵押物。承租人可能会说：不同意，我的租期还没有到，你要卖抵押物可以，但你须带着我的租赁合同一起卖，你卖给谁都可以，但是我不搬家。这个时候，就要看你有没有抵押登记了，如果有抵押登记，你拿抵押登记给他看，如果承租人不搬家可以拍卖抵押物，抵押物一经拍卖租赁合同当然失去效力。《物权法》明文规定，租赁合同在这个时候不能够对抗已经登记的抵押权。当然如果租赁在先、抵押在后的，无论你的抵押权有没有办理登记都不能对抗承租权。在这个法律关系里面讲的是，抵押权成立在先并且已经办理登记的，可以对抗成立在后的租赁权。这个就是抵押权对第三人的对抗效力。第三人的范围比较广，在实践当中最有可能成为第三人的就是抵押物的买受人和承租人，只有登记了的抵押权才能够对抗这两种人，对于买受人可以宣告买卖无效，对于承租人可以宣告租赁合同终止。

第三方面，抵押权的效力还有对侵权人的效力。对抵押人来说，在抵押物上设定抵押权了以后，又破坏抵押物造成抵押物的价值减少的话，抵押权人有权利要求停止侵害。如果已经出现了不能弥补的损失的时候，抵押权人有权利要求抵

押人增加担保标的，叫做增加担保，最后还有赔偿损失和提前还债，这在《物权法》一百九十三条有明文规定。

在抵押期间，抵押人可能会有些行为导致抵押物价值减少，比如以林木作为抵押的，现在开始砍树；以房屋作为抵押的，对于屋子已经开始漏水也不去修理，导致房屋价值严重减少，对于上述现象，我们不仅有权利要求他停止侵害，还有权利要求抵押人增加担保标的，还有一个更重要的权利是要求债务人提前还债。此时无论抵押物是谁提供的，我们都有权利把矛头指向债务人，因为抵押人已经有这些行为了，我要求债务人提前还债，这样就形成双重的压力。如果是第三人来侵害抵押物，抵押权人对第三人也有同样的刚才我们所说的权利。

在《物权法》颁布以后，抵押权的效力将会有两个重大的区分，登记的抵押权有优先效力、对抗效力，没有登记的抵押权只有优先效力没有对抗效力。

五、关于在不动产抵押中“房地不分”的原则

《担保法》规定了抵押土地使用权的地上建筑物一并抵押，反过来抵押地上建筑物的土地使用权也一并抵押，就是所谓的“房地不分”原则。在《物权法》颁布以后，不仅重申了“房地不分”的原则，而且进一步在一百八十二条第二款要求如果抵押人未按照前款规定将房地分别抵押的话视为一并抵押，这和《担保法》的规定是不一样的。在《担保法》下“房地不分”是个原则，但是有一些抵押人和抵押权人通过约定的方式将建筑物抵押给一家，将土地使用权抵押给另外一家，造成房地实际分离。在《物权法》颁布以后，专门规定：如果没有按照“房地不分”原则来抵押的话，那么房地视为一并抵押。在实践中，就会发生这样一个结果：凡是以土地使用权抵押的，地上的房屋无论怎么约定，它都当然的成为抵押物；反过来，凡是以地上建筑物作为抵押的，建筑物所占用土地无论怎么约定，都当然的成为抵押物。

在实践中有这样一个提示，在《物权法》生效以后，一个企业如果拿着一个建筑物（如房屋的产权证）来抵押，你到房屋管理部门去查询发现这个房屋没有抵押，你可能以为自己很安全，但实际上他可能已将这个房屋所占用的土地在土

地部门办理过土地使用权抵押登记。在《物权法》之前这个问题还不小，但在《物权法》之后，土地部门登记的效力当然及于地上建筑物，不管当事人怎么约定，地上建筑物都成为了别人的抵押物。因此，在《物权法》以后，你应当到土地和房屋两个部门去查询登记。在有的地区这两个部门是合署办公，但在有些地区这两个是独立的部门，所以应该跑两次去查询一下，这就是《物权法》生效以后带来的影响。不要以为房屋没有抵押登记就没有抵押权，实际上在土地部门的抵押登记它的效力将当然及于地上的房屋。这样的结果就是意外的使你受到了损失，这是指在明知《物权法》有这样的规定后，应该到两个部门去核实，却只去了一个部门，轻则说你工作不踏实，重则是工作玩忽职守。两个部门的抵押登记的效力都将及于定着物的部分。

总而言之，在《物权法》生效以后，房地不仅不分而且在实践当中房地分离的情况将不会出现。有人会说，以土地作为抵押物的抵押权人得到了好处，因为地面上的建筑物本来不是他的抵押物，按照《物权法》的规定视为他的抵押物，他是意外得到了好处。但是当《物权法》实施以后，法律推定大家都知道这个规定。

六、关于抵押物的转让

在《物权法》颁布以后，抵押物转让需经抵押权人同意，加强了抵押权人对抵押物的控制。在《物权法》之前，抵押人转让抵押物不需要经抵押权人同意，只需要通知抵押权人，而不管你是否同意。《物权法》颁布以后，需要经抵押权人同意才可以转让抵押物，未经同意转让抵押物其结果是转让行为无效。这样就加强了对抵押权的保障。

结合前面所说的抵押权的效力来看，大家立即就会想到是不是所有的抵押物未经抵押权人的同意转让都无效？实际上还要看你的抵押有没有办登记。如果没有办登记，由于它不能对抗抵押物的买受人，所以还不一定就无效。这就是我们一再强调：虽然《物权法》承认所有的动产抵押可以不办登记，但是还是登记好。只有登记了才能够对抗第三人，只有登记了才能够实际控制抵押物的转让。

抵押物的转让需要抵押权人同意，未经同意转让的可以到法院提出诉讼，要求法院裁决转让无效。无论是动产还是不动产其结果都是一样的，前提在于你这个抵押应该是登过记的。

如果抵押权人同意抵押物转让，受让人所买到的抵押物将不再是抵押物了，就是一个干干净净的东西了。那么抵押权将转移到转让抵押物所得的价款上，你只能对卖抵押物的价款享有优先受偿权。有的同志可能就认为，这样的话，抵押权的担保作用就不大了，我本来是有一个物作为担保，不经我同意他还不能够卖，所以我是安全的，现在我同意他卖，我只能对卖担保物的价款享有权利。确实在这个时候担保的作用已经大大降低了。但为什么抵押权人会同意抵押人卖抵押物呢？这是一种经济规律所决定的。比如说开发商在开发商品房的时候，一般来说都是向银行抵押贷款的，商品楼盖好后，银行的抵押权将存在于商品楼上。开发商不卖房子就没有钱还给银行，但不经抵押权人同意不能卖这个房子，这样将出现两难。所以在实践中，银行无一例外都会同意开发商卖房子，将卖房子所回笼的资金偿还银行贷款，所以经济规律决定了在很多情况下抵押权人愿意同意抵押人转让抵押物。在这样的情况下，无论银行的抵押权在还是不在，业主买的房子将没有抵押权，银行不能追到业主身上去行使抵押权，因为你同意他转让了。而且在司法程序中，有一个推定转让的意思，就是当开发商已经合法的拿到了销售许可，而抵押权人对此不作反对表示的，将推定他同意转让。

这是《物权法》颁布以后对抵押物的转让所作的新的规定，它赋予了抵押权人处分权，就是看你是否同意。

七、关于浮动抵押权

所谓浮动抵押权，就是《物权法》规定企业、个体工商户等可以将他的机械设备、原材料、产成品打包统统抵押给债权人，而且进一步规定打成包的动产可以出让、可以处分，如果有新的动产进入这个包里来，它也将变成担保物的组成部分。换句话说就是这些抵押物可以自由的买卖。

实践中，这种情况比较多的出现在我们中小企业贷款里面。比如说加油站，

它以储藏在油罐里的油作为抵押物，既然是抵押物，转让抵押物需要经过抵押权人的同意，那么加油站每加一次油都要给抵押权人打个电话问同不同意加油啊？这是不可能的！所以我们可以设定一个浮动抵押，加油罐里的油成为抵押物以后按照浮动抵押的约定你可以自由的转让，新注入油罐的油也立即成为抵押物，所以只要是正常的动态关系仍然可以起到担保作用。

浮动抵押的标的物可以是一类标的物（如成品油），也可能是原材料、产成品、机械设备这些集合的抵押物，它们共同的特点就是允许浮动，可以卖出也可以买入。如果做企业浮动动产抵押的话，企业把他的机械设备、原材料、产成品作为担保物，如果原材料是钢材，则钢材就是抵押物，他可以把钢材加工成产品，钢材就没有了，就变成了产品，产品也是抵押物。再进一批钢材，则进来的钢材又是你的抵押物。出去的将不再是抵押物，进来的将变成抵押物。这种浮动的动产抵押权是《物权法》明文规定的。我相信在未来它也可以促进中小企业贷款的发展。

但我们不得不看到，这样的浮动动产抵押权它是不可靠的。因为这样的抵押标的物是可以自由买卖的，一旦企业将浮动的动产抵押物全部卖光，而且全部卖光也不需要你同意，他的出让行为是完全有效的。因此他一旦卖光以后，你的抵押权至此消灭。所以在这个时候我们要进行管理，比如说各位经常要用的保后管理，你得派人去看着他。他的动产全是你的抵押物，不能让他全都卖光了，卖光了以后你还一点办法都没有，所以你得加强管理，一是基于对企业信用的判断，二是加强保后管理。

八、关于抵押权的保护期

在《物权法》之前抵押权是没有保护期的，《担保法》规定抵押权和债权同生同灭。我们在理解上就认为，只要债权不灭，抵押权就永远受保护。在《物权法》生效以后，其第二百零二条规定：无论是什么抵押权，法律都只给最低两年的保护期。在两年的保护期内如果你行使抵押权就受法律保护，过期以后你的权力将不受法律保护。那么两年保护期从什么时候起算呢？是从抵押所担保的主债权

到期之日起起算。为什么说最低为两年呢？假如说主债权是 2007 年 10 月 1 日到期，从 10 月 2 号起就要起算主债权的诉讼时效了，《民法通则》规定诉讼时效是两年，这个两年时间也就是抵押权受保护的期间。说它是最低两年，是因为主债权的诉讼时效虽然规定的是两年但是他是可以中断、中止和延长的，因此他就可能会比两年更长，只要主债权的诉讼时效没有过期对抵押权的保护期就没有过。在这个意义上主债权的保护期和抵押权的保护期是同一个期限。反过来说，主债权一旦过了保护期过了诉讼时效了，抵押权同样不受保护。在《物权法》生效之前，最高人民法院的司法解释采取了一个非常开明的做法，就是主债权的保护期过了以后，对抵押权还再保护两年，也就是说至少是四年时间。在《物权法》生效以后，最高人民法院的这个司法解释已经不能再用了，因此对抵押权的保护期按照《物权法》第二百零二条的规定就是主债权的保护期，两者是同生同灭。

再进一步提醒各位，所谓抵押权的保护期是要求我们真实的行使抵押权，而且是向人民法院要求行使抵押权，不是自己行使抵押权。假如说抵押权的保护期是两年时间，在这期间内你反复找过抵押人，跟他协商对抵押物进行折价拍卖，但抵押人老是不同意，你老是在谈，谈着谈着时间过了，过了时间以后再去要求法院保护的话，法院会告诉你保护期已经过了，你说我没过期呀，在这两年内我反复找过抵押人，但是法院会告诉你，这个两年期间内你别反复找抵押人，你得找法院，这个两年是向法院要求保护你抵押物的期间。所以在这些方面要予以特别关注。

这是关于抵押权的保护期。有的同志可能会问：质权有没有保护期？在《物权法》生效以后采取了不同的态度，对抵押权采取了保护期的规定，将抵押权的保护期与主债权的保护期作为同一个期间来对待。而对质权没有规定保护期，在理论上看质权将永远受法律保护。我们作为担保公司拿着企业作为反担保的一个财产如一批钢材作为质物，债权到期以后他还不了，担保公司帮他还了，还了之后我们也不急于处理钢材，法律上也没有规定保护期限，理论上来说，这个质权将永远受保护。出质人会着急，他认为这个钢材值 1000 万，我担保的借款才 500

万，你得赶紧去处理，剩余部分要退给我呀！因此新的《物权法》就赋予出质人督促权，他可以反过来向法院起诉要求质押权人及时行使其质权。如果质押权人不行使的话，他可以要求法院直接拍卖质押物，不需要经质押权人同意。

九、关于抵押权的实现

抵押权的实现，也就是说我们如何行使抵押权。在《物权法》颁布以后，抵押权的行使获得了一个巨大的进步。

抵押权人与抵押人就抵押权的实现方式不能够达成一致的，在《担保法》的时代，要求抵押权人去告抵押人，就是提出诉讼方式来行使，诉讼方式行使抵押权必将受到漫长的、复杂的诉讼程序的约束。

在《物权法》颁布以后，遇到这样的情况，抵押权人与抵押人就抵押物的实现方式不能达成一致的，抵押权人可以直接申请法院的执行部门直接拍卖，就不再需要通过诉讼的方式。这种直接要求法院拍卖抵押物而不经诉讼方式行使抵押权的方式叫做非诉讼执行方式。非诉讼执行方式对于我们来说也不陌生，例如政府作为行政部门下了一个行政决定，相对人不履行，既不提出异议也不履行，政府申请法院执行部门直接对他进行执行，这也就是我们说的非诉讼执行，不需要我们打官司。包括征地，政府发了征地通知以后，你不执行也不提出诉讼，那么时间过了就申请法院强制执行。抵押权的实现，在《物权法》生效以后获得长足进步，不再需要当事人通过诉讼的方式来行使抵押权了，只需要向法院写一个申请书，不需要写起诉状了，申请人是抵押权人，被申请人是抵押人，目的是要求法院拍卖抵押标的物。法院立案厅拿到申请书以后，直接交给执行部门，而不用交给审判部门，由执行部门直接就去执行。

如果说《物权法》对我们担保物权有什么贡献的话，抵押权实现的方式就是一个贡献。其他前面所说的实际只是一个变化，至于是好是坏，还要走着瞧，还要在实践中摸索着看。但是抵押权的实现方式是一个好事，他避免了我们去打官司诉讼。

十、《破产法》和《公司法》对担保业的影响

前面九个问题主要围绕《物权法》生效以后对我们担保行为的影响，这也直接或间接的影响到各位所经营的中小企业担保机构，最后一个问题是关于《破产法》和《公司法》对担保的影响。

（一）《破产法》的影响

先就《破产法》而言，《破产法》对担保行业的影响主要是第一百三十二条。大家可能有一个印象，在新的《破产法》之前，担保物不属于破产财产，它由担保权人单独优先受偿，但是在《破产法》颁布之后，担保物也是破产财产，这是一个重大的变化。但担保物作为破产财产的时候，就不能行使别处权，别处权是指把担保物分别的排除出来，由担保权人吃小灶。这在新的《破产法》颁布以后不行了，担保人没有这个别处权。你的担保权益还在，还享有优先受偿权，但是你的优先受偿权将和其他的优先受偿权比一比高低，因为你的担保标的物也属于破产财产了。

那么担保的优先权和哪些优先权要比一比高低呢？主要是职工、劳动者权益优先权和税收优先权。按照《破产法》第一百三十二条规定：在 2006 年 8 月 27 号以前拖欠的职工工资、社会保险、劳动补偿等，都优先于担保权。在 2006 年 8 月 27 日以后拖欠的职工工资、社会保险、劳动补偿等都在担保权之后，也就是说担保物清偿担保债权之后剩余的再分给职工。这是新的《破产法》以 2006 年 8 月 27 日为界限所划分的权利的先后顺序是不一样的，此前的职工权利优先于担保权益，此后的落后于担保权益，这是职工权益的优先权对担保权就产生的现实冲击。所以我们国家四大资产管理公司手里面拿的这些不良资产中，所存在的担保权益基本上都一笔勾销了。因为他们面对的这些破产企业拖欠职工工资、劳动债权统统是 2006 年 8 月 27 号之前的。这些职工权益统统优先于这四大资产管理公司手里的抵押权，所以基本上统统要归入坏账了，不可能再有什么剩余。

税收的优先权按照税收监管法的规定就要看权利发生的时间，先欠税后在企业的财产上设定抵押的，税收优先；先抵押出去了后欠的税，那么抵押权优先。它有一个时间上的顺序。因此在实务中给我们的启示就是：如果有企业来要求为

其担保，我们就要查企业是不是有欠薪，是不是欠劳动保险，是不是欠税，因为这些东西有可能会来找后帐，你把东西抵押给我看起来好像没问题实际上欠了这么多东西，别人按照特别法的规定优先了，我按照《物权法》这一基本法的规定反而不优先了，因为特别法优先于普通法。话又说回来，我们面对的中小企业很多不是欠薪就是欠社会保险，很少有不欠的，对这些要一分为二。要看企业的成长，有些企业成长性很好，也许他有了钱了就不会拖欠了；有些企业完全就没有成长性，这当然是由各位依照你们的专业水平依照你们的经验来判断。

（二）《公司法》的影响

《公司法》对担保权益的影响主要是在担保的决策上面。《公司法》第十六条规定：公司为他人提供担保，必须由章程来决定是由他的股东会来决策还是董事会来决策，新的《公司法》不允许个人决策。因此，当一个公司无论他是当保证人还是他把财产抵押给你，你都要提醒自己要去看他的章程。章程里写的是股东会决议就要求其拿股东会决议来，否则光签担保合同是无效的；如果章程里面写的是董事会决议，就要求其拿董事会决议来，没有董事会决议光签合同也是无效的。

因此我们要多一个谨慎的义务，看一看对方虽然来和我签担保合同了，盖的章是真的，签字的人也是真的，但我还是要进一步看他公司的章程，这就是新的《公司法》提出的新要求。不能够说我没有读过这个法，或者说我对这个法有我的理解。

《公司法》第十六条的立法本意就是要严格限制公司作担保人。公司按照其公司章程按照其经营范围该做什么做什么，如果做担保，担保属于准金融性质，在法律就会提出一个特别要求，要开股东会或董事会来确定担保这件事情，然后拿出决议，这就是公司法的立法意图。这个是对一般公司而言的，但对于担保公司而言则提出了新的要求。由于担保公司在现在也属于基于《公司法》设立的普通公司，只不过它的经营范围是提供信用担保，由地方金融主管部门审核，但总之你不是一个银行，不是以特别法设立的，是以《公司法》这样的普通法设立的

公司，所以《公司法》第十六条对担保公司也是要提出这个要求：担保公司在提供担保的时候，也要由公司的章程来决定是由担保公司的董事会还是股东会来决策，否则的话这个担保的效力将会打问号。

据我所知，有不少担保公司没有股东会，因为他是政府设立的，有些担保公司甚至连董事会也没有，董事是象征性的，这个单位派一个会计，那个单位派一个科长组成的董事会，咱们政府性质的担保公司一般是这样。商业性担保公司的组织机构应该更加完备一些，过去无论是商业性的还是政策性的，担保公司的总裁签了字就得算数呀，但是现在《公司法》要求股东会或董事会要做出决议，实际上，就要求担保公司根据《公司法》对组织机构进行调整。对商业性担保公司来说，调整起来比较容易，总裁召集开个董事会，原来可能有审保委员会，审保委员会里面本身就包含了公司的董事，如果没有包含公司董事的现在把公司董事纳入进来，就相当于董事会和审保委员会合二为一了，这也符合《公司法》的要求。但是章程一定要写清楚担保公司对外提供担保是由股东会还是由董事会决策，以免引起不必要的误解。对于政策性的或者叫国有独资的担保公司，本来就没有股东会，政府可能会派一个主要的领导同志作负责人，这个领导同志实际上就是政府信得过的代言人，相当于公司法里所说的股东的身份了，他代表着股东。进一步看国有独资的担保公司董事应该要进入他的审保委员会，这样就符合《公司法》的要求。作为《公司法》的规定，他对担保公司实际上提出了一个新的课题，即如何通过组织机构的调整使其能够与《公司法》的要求相一致。

上面我就以三部法律对担保行业和担保权益的影响作了简单的发言，不对的地方请大家提出来批评，谢谢！

（根据录音整理，未经本人审核）