

# 论反担保解除财产保全的内涵、性质及路径

周艳波

(山东农业大学公共管理学院, 山东 泰安 271018)

**摘要:**反担保解除财产保全是指为了确保因错误解除财产保全给申请人造成的损失能够及时得到赔偿,被申请人按照要求提供担保,法院裁定解除财产保全的诉讼行为。反担保是具有公法与私法双重属性的法律行为,若满足“不少于保全额有效担保”的条件或申请人同意时,法院应当解除财产保全;但财产保全的对象是争议标的财产的,必须经申请人同意。解除保全应遵循保全措施对当事人影响较小为原则,“等值担保财产且有利于执行”是变更保全财产的条件,不应作为解除保全程序上的障碍。厘清法条适用情形,方可统一裁判尺度,限缩司法自由裁量空间,从而真正做到类案同判,切实维护法制统一、维护司法权威,实现司法的公平正义。

**关键词:**财产保全;反担保;解除财产保全

中图分类号:DF721

文献标识码:A

文章编号:1008-7699(2023)01-0054-09

## 一、问题的由来

财产保全应当遵循对当事人利益影响较小原则<sup>①</sup>,该原则是法院审理被申请人申请解除财产保全时应遵循的基本准则。但我国反担保解除财产保全制度因理论研究不足、立法规范过于抽象、司法实务尚未正确或充分认识反担保解除保全的本质,适用该原则时面临许多问题,从而制约了反担保解除财产保全制度正常运行,影响了司法统一适用的权威与公平正义的实现。

(2021)鲁0911民初5996号案就是其中一例。2021年8月甲公司为追索乙公司拖欠的货款,向丙法院提起买卖合同纠纷一案。为确保本案的顺利执行,甲公司申请财产保全,保全额为60万元,财产保全担保为第三人诉讼保函。丙法院准予保全申请,作出冻结乙公司银行账户60万元(实际冻结金额为12余万元)保全裁定书。乙公司在案件审理过程中提起产品质量损害赔偿反诉,亦申请对甲公司财产保全,保全额为100万元,并提供第三人诉讼保函作为担保。丙法院作出冻结甲公司银行存款100万元(实际冻结金额为70余万元)的保全裁定书。丙法院合并审理本诉与反诉后,作出支持甲公司本请求、驳回乙公司反请求的判决。甲公司接到丙法院的一审判决书后,以“乙公司申请财产保全所冻结的甲公司银行存款为其给工人发放的工资,该账户为基本户,保全措施严重影响工资的正常发放,且乙公司反诉请求被驳回,对反诉不享有合法权益,其财产保全的目的已经不存在”为由,提供第三人财产价值300余万元商品房一套作为反担保财产,依据《民事诉讼法》第107条规定向丙法院申请解除对其银行账户存款的冻结财产保全措施。<sup>②</sup>

就甲公司解除财产保全的申请是否予以支持,丙法院存在截然相反的两种意见:

收稿日期:2022-09-23

基金项目:国家社会科学基金后期资助项目(20FFXB035)

作者简介:周艳波(1969—),女,吉林延边人,山东农业大学公共管理学院副教授,硕士生导师,法学博士。

<sup>①</sup> 2020年最高人民法院在修改《最高人民法院关于财产保全适用法律若干问题的解释》(以下简称《财产保全解释》)时,提出保全财产应以对当事人利益影响较小为原则,该原则要求法院在采取财产保全行为时应兼顾财产保全目的实现与当事人权益保护二者的关系,在实现财产保全目的时,应当将财产保全行为对当事人权益造成的不利影响限制在尽可能小的范围和限度,即采取保全措施、保全标的物、保全方式等对当事人权益影响较小的方案。

<sup>②</sup> 详见(2021)鲁0911民初5996号案件。

第一种意见驳回甲公司的申请。理由为,甲公司提供的担保财产为不动产,保全裁定冻结的是银行存款,虽然房屋的价值超出已冻结存款 60 余万元的 5 倍,但相比存款,房屋不利于执行。甲公司提供的反担保财产不符合司法解释要求的“等值担保财产且有利于执行”的规定。<sup>①</sup>因此,甲公司的申请不予支持。

第二种意见为支持甲公司的请求。理由为,依据《民事诉讼法》第 107 条及司法解释<sup>②</sup>的规定,被申请人提供充分有效担保的,法院应当解除财产保全。本案甲公司提供的反担保为价值 300 万元的不动产,足以满足乙公司申请的保全额 100 万元,反担保是充分有效的,应当解除对甲公司的财产保全。本案不适用《民诉法解释》第 167 条的规定,是因为甲公司提供的反担保财产远远超过“等值冻结的 60 余万元存款”,不需要满足“且有利于执行”的要求,该条款仅是规定若等值担保财产的才需要同时满足“且有利于执行”。故而对甲公司的申请应当予以支持。

厘定本案应当采取哪种意见裁决甲公司的申请请求,应当依据现行的民事诉讼法和司法解释,从财产保全反担保的内涵入手,梳理财产保全反担保的理论基础,才能找到解决问题的路径。从而确保我国反担保解除财产保全法制的统一性,制约“执行乱、乱执行”的自由裁量空间。<sup>[1]</sup>

## 二、民事财产保全反担保内涵

民事财产保全<sup>③</sup>属于预防性、临时性救济措施,并不是通常的救济方法,其目的在于确保申请人债权的顺利实现。为防止被申请人在生效裁判确定前转移、毁损、隐匿等减损履行债务能力的行为,以司法强制力保全被申请人责任财产,可以最大限度地避免申请人遭受被申请人责任财产不当减损所引发债权二次伤害的风险,从而满足申请人债权的实现。为了确保财产保全措施实施的有效性,并避免该措施的错误对另一方当事人造成的损害,财产保全程序中设计了两类担保:一类是申请人提供的成就保全担保,就是申请人为了避免其合法权益受到侵害或者确保债权顺利执行,申请对被申请人的财产保全,申请人按照法院的要求提供的担保;另一类是解除财产保全提供的担保,是为了确保因错误解除财产保全给申请人造成的损失能够得到及时赔偿,被申请人按照法院要求提供的担保,即反担保。<sup>[2]</sup>

### (一)财产保全反担保的目的

对被申请人而言,设置财产保全反担保可以直接实现解除保全强制措施的目的。一方面可以有效遏制申请人恶意保全被申请人财产的滥用诉权行为,解除强制保全措施可以将其对正常的生产经营活动造成的不利影响降到最低;<sup>④</sup>另一方面可以确保因申请保全错误或保全措施对其合法权益造成的损害。对申请人而言,财产保全反担保有利于保障申请人在法院裁判生效后有可执行的财产,避免出现难以执行或者违法执行债权实现受阻的负面情形。对法院而言,财产保全反担保可以在诉讼中为促成双方当事人达成和解、减少诉讼成本、提高化解纷争效率等方面创造有利条件;在执行程序中可以确保顺利执行,提高司法公信力与威慑力;若因解除保全造成申请人损失的,会免于司法的国家赔偿责任<sup>⑤</sup>。因此,财产保全反担保制度在民事诉讼法中具有重要的程序价值和实体价值,其不仅是当事人实现诉讼权利的主要手段,也是实现民事实体权益的重要救济途径。<sup>[3]</sup>

<sup>①</sup> 《民事诉讼法》第 107 条规定:“财产纠纷案件,被申请人提供担保的,人民法院应当裁定解除保全”。《最高人民法院关于〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称民诉法解释)第 167 条规定:“财产保全的被保全人提供其他等值担保财产且有利于执行的,人民法院可以裁定变更保全标的物为被保全人提供的担保财产”。

<sup>②</sup> 《最高人民法院关于财产保全适用法律若干问题的解释》(以下简称《财产保全解释》)第 22 条规定:“财产纠纷案件,被保全人或第三人提供充分有效担保请求解除保全,人民法院应当裁定准许”。

<sup>③</sup> 按照保全的标的不同,民事诉讼保全分为财产保全、行为保全及证据保全。本文仅探讨财产保全的反担保。

<sup>④</sup> 2020 年修改的《财产保全解释》第 13 条规定:“被保全人有多项财产可供保全的,在能够实现保全目的的情况下,人民法院应当选择对其生产经营活动影响较小的财产进行保全。”

<sup>⑤</sup> 详见《最高人民法院关于审理执行司法损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 13 条第 2 项的规定。

## (二)财产保全反担保的方式

我国《民事诉讼法》对财产保全担保方式没有规定,但特别程序法对担保方式作出了规定,如保证、抵押、现金、质押等。<sup>①</sup>《民事诉讼法》虽然没有规定担保方式,但可以借鉴《海事诉讼特别程序法》的规定,如江苏省高级人民法院就将以上担保方式详细规定在《关于诉讼保全担保审查、处置若干问题的暂行规定》中,这有利于司法实务统一操作。<sup>②</sup>财产保全反担保的方式与促成财产保全成就的担保方式应当是一致的,梳理特别法及司法实务的做法,财产保全反担保的方式主要有:现金担保、保证、抵押、质押或当事人同意的其他方式,《民法典》中的留置、定金、让与担保、融资租赁、保理等其他实体法规定的担保方式不适用保全担保。

### 1. 现金担保

因申请人一般提出的都是金钱给付或者可以转化为金钱给付的诉讼请求,若申请人的诉讼请求被支持,在胜诉之后担保的现金就会立即转化为实际可支配的金钱,从而顺利实现债权。现金担保具有最容易控制、保管、执行等优势,是申请人及法院最肯认的担保方式。如《财产保全解释》就规定法院在保全时发现可供保全财产有到期债权、股权、收入、存款、动产等多种类型的财产时,应当优先对方便变现处置的财产采取保全措施。现金存款是交易流通的媒介,是实现金钱债权的货币,因而成为最受青睐的担保财产。但,现金又被视为商主体经营运行的血液,以现金作为反担保,会加重被申请人的资金负担。融资难、融资成本高已成为经济发展中不可忽视的社会问题,以巨额现金担保会影响企业正常经营,被申请人一般不会选择现金担保。

### 2. 保证

保证,又称“信用担保”,泛指为了赔偿因错误或不当地解除财产保全给申请人造成损失、在被申请人不能及时赔偿时,担保人以其信用或者以特定的财产保障申请人赔偿请求权实现的担保方式。保证担保不但加强申请人实现债权的责任财产的范围,而且会提高从特定的财产价值中优先于其他债权人受偿的顺位,可以最大限度地避免申请人因错误解除保全造成的损失。因此,非融资性担保公司作为担保人向法院出具担保函已成为一种简单、便捷、高效、成本较低的担保方式。

被申请人原则上不能为自己担保,因为为自己担保,没有扩大其责任财产,也没有强化申请人权益实现的优先性,对申请人债权实现不起强化作用。可见,被申请人为自己提供信用担保,仅仅重复声明了其本应承担的法定义务,不发生补充性、无偿性、单务性等担保效力,徒具宣示意义,并无实益,不应认许被申请人本人作为解除财产保全的信用担保。<sup>[4]</sup>需要说明的是,若被申请人为“银行、金融资产管理公司、经中国人民银行批准设立的非银行系统的金融组织、国有资产管理公司”,则可以为自己提供资信担保。<sup>③</sup>

### 3. 抵押或质押

被申请人或第三人可以以自己所有或支配的、能够处分并可以直接交易变现的权利或者财产作为抵押或质押,担保因解除财产保全给申请人造成损失的赔偿责任。

若以第三人提供的权利或财产作为抵押或质押物的,解除财产保全裁判文书是否涉及处分第三人权益以及处分的顺序一直是司法实务争议较大的问题。毕竟第三人在解除保全程序中不是本案的当事人,不享有诉讼权利,但是参加了担保活动,若被申请人因没有可供执行的财产而丧失赔偿能力时,就直接强制处分第三人担保财产,这是否违反未经审判不得判定承担义务的诉讼法原则?该争议存在的原因有两方面:一是忽视当事人处分权对司法的约束,第三人自愿提供担保,是对自己财产与权利的处分,该处分不违反法律的规定;二是我国对诉讼契约是有限承认的,如对解决争议方式的约定、对管辖权的约定等,

① 如《海事诉讼特别程序法》第73条规定:“担保方式为提供现金或者保证、设置抵押或者质押”。

② 江苏省高级人民法院《关于诉讼保全担保审查、处置若干问题的暂行规定》第5条规定:“财产保全担保提供的种类有:资信担保、实物担保、现金担保、权利担保等”。

③ 详见江苏省高级人民法院《关于诉讼保全担保审查、处置若干问题的暂行规定》第6条第1款的规定。

对第三人为被申请人提供担保的形式,立法虽然没有明文规定,但最高人民法院相关司法解释已经承认第三人担保有效,可以裁定执行第三人的担保财产<sup>①</sup>。

对于享有优先受偿权的抵押物、留置物或质押物是否可以作为担保物?对享有优先受偿权的财物并不违反“物权法定”原则,是可以作为担保物的,只是需要优先满足优先受偿债权人的权利。<sup>②</sup>相反,对已经采取保全措施的财产,当事人不得再在该财产上设定民事实体法上的担保物权。<sup>③</sup>那为什么设定优先受偿权的担保物上可以再行设置保全担保,而后者不适用呢?这是因为如果在已采取保全措施的财产上再设定担保物权,那么,这无疑让权利人承受担保财产被强制执行处分不能实现债权的巨大风险。既然国家司法机关已经对财产采取保全措施,就意味着权利人实现债权得到保障。若再同意设定担保就对财产的处分进行了约束和限制,一旦发生财产保全错误,解除保全的担保财产无法同时满足申请人和担保物权人实现利益;若具有公权力属性的保全担保优先满足申请人的赔偿请求权,那么担保物权人的优先受偿权利就会落空,私法担保物权也就失去设立的初衷;若优先实现担保物权人的债权,申请人的赔偿请求权就失去保障,保全担保徒具虚名、毫无意义,而且也影响财产保全裁定的强制性、严肃性及司法公信力。故而,法律不允许在保全财产上再为他人设定担保物权以加重其权利负担。<sup>[5]</sup>

#### 4. 当事人约定的担保方式

如当事人就解除财产保全反担保方式协商一致的,法院应当尊重当事人的约定,同意该担保方式。大陆法系的日本、德国等在保全立法中倡导当事人协商一致确定担保方式。<sup>[6]</sup>是否申请及解除财产保全是当事人对其诉讼权利的处分,也是对其保全赔偿请求权实体权利的处分。在当事人主义盛行模式下,只要当事人的约定符合法律规定,就应当尊重当事人的选择。约定担保方式,是当事人协商一致的结果,它可以避免担保争议、节省诉讼资源、减少程序冲突、促进诉讼程序的进行,法院应当优先采信该担保方式。

#### (三) 反担保的担保数额

解除财产保全实质是解除对保全财产的法律拘束力,反担保的担保数额应当不少于财产保全法院责令提供的金额。对反担保提供担保的数额,立法没有规定。但关于财产保全申请人提供担保财产的数额,《财产保全解释》第5条规定不应当超过申请保全额的30%,特殊情况法院可以酌定。反担保是对申请人请求保全范围内造成损失的担保,因此被申请人提供反担保财产的金额不得少于保全额。申请人主张的债权为到期债权,该债权本身就是对申请财产保全的债的担保,故被申请人提供反担保的担保数额不能准用申请人的标准,应当以申请人的保全额为基准。以保全额作为确定反担保数额的标准,该标准一方面便于司法统一裁判尺度,另一方面也贯彻了当事人平等原则,真正做到类案同判,避免出现类案异判尴尬情形的发生。<sup>[7]</sup>

#### (四) 财产保全反担保范围

财产保全反担保的范围应当限缩在因解除保全给申请人造成的损失内,原则上不超过申请人申请的保全金额。<sup>④</sup>损失的认定需要结合损失发生的期间及损失范围。

反担保期间与损失发生期间是较易发生争议的时间节点。损失发生期间是指因错误解除保全给申请人造成损害赔偿之债形成的起止期限,如申请人主张租金损失的,租金损失的计算应从采取保全措施之日起至解除之日止。而反担保期间,是指担保责任承担的起止期限,是损害债权发生后债务人不赔偿,

<sup>①</sup> 《最高人民法院关于执行工作若干问题的规定(试行)》第85条规定:“人民法院在审理案件期间,保证人为被执行人提供保证,人民法院据此未对被执行人的财产采取保全措施或解除保全措施的,案件审结后如果被执行人无财产可供执行或其财产不足清偿债务时,即使生效法律文书中未确定保证人承担责任,人民法院有权裁定执行保证人在保证责任范围内的财产”。

<sup>②</sup> 《民事诉讼法解释》第157条规定:“人民法院对抵押物、质押物、留置物可以采取财产保全措施,但不影响抵押权人、质权人、留置权人的优先受偿权”。

<sup>③</sup> 详见《民法典》第399条第6项规定。

<sup>④</sup> 参见《最高人民法院关于审理执行司法损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第30条第2项的规定。

担保人承担担保责任的期限。<sup>①</sup>前者是损害赔偿之债发生时间的认定,后者是担保之债的承担担保责任的时间范围,担保期限是侵权损害赔偿之债担保范围的限制期间。

损害赔偿期间应限定在保全期间内,诉讼保全担保制度的目的在于保障申请人利益不至于因被申请人错误解除保全而遭受损害,损害赔偿期间应仅限于诉讼过程中。损害赔偿起算时间应从人民法院同意担保之日起计算,损害赔偿终止之日的确定为财产保全解除之日。

担保人提供反担保赔偿范围应当以申请人可能遭受的损失为限,该损失为申请人的直接经济损失,期待利益等间接损失不应当作为担保赔偿范围。<sup>②</sup>就一般案件而言,申请人可能遭受的损失不会超过保全额。<sup>[8]</sup>

### 三、财产保全反担保的法律性质

目前,学界对于财产保全担保的法律属性研究较多,而对于财产保全反担保的法律属性关注较少。财产保全反担保与财产保全担保属于孪生课题,财产保全担保课题的研究成果对财产保全反担保有着同样的借鉴作用。

#### (一)财产保全担保法律属性学说

##### 1.公法性质说

公法性质说认为,申请人提出财产保全申请后,法院为了防止因保全的紧迫性、时效性可能造成错误判断,财产保全会给被申请人造成损失,为维护司法权威,法院一般会要求申请人提供担保。财产保全担保无论是发生在诉讼过程中或起诉之前,都与诉讼活动有关,是基于一种特殊的情况即当事人希望法院从事一种特殊行为而创设的法律关系,“其本质是一种诉讼法律关系,属于公权的范畴”<sup>[9]</sup>。因此,对于财产保全提供担保的规范不应受实体法约束,而由程序法调整。

##### 2.私法性质说

私法性质说认为,申请人为了保障其债权顺利实现免受不能执行的风险或者避免损失的扩大而申请财产保全,为确保申请保全的正确而自愿承担的义务。虽然是否担保必须以人民法院准许为生效条件,但这仅是担保发生的原因,该原因不影响担保的法律关系主体为当事人,法院不是担保的主体,如果当事人就担保方式、担保期限、担保范围等协商一致的,法院应当尊重当事人的约定。况且司法文件也规定,保全担保不得违反《民法典》《公司法》等实体法禁止性规定。因此,财产保全担保具有私法领域担保的属性,属于实体法范畴。

##### 3.折中说

该观点认为“财产保全保证担保兼具程序法及实体法的双重属性,且其实体法属性也因程序法属性而具有了不同于普通保证的独特之处”<sup>[10]</sup>。财产保全担保的设立、担保金额、担保效力、担保解除等发生、变更、终止由法院决定,无需征得双方当事人同意,司法公权起着决定性作用,体现了财产保全担保的公法性。但是,财产保全担保的目的是为了保护申请人或被申请人任何一方的权利,保全赔偿之债的权利人与义务人是当事人,赔偿之债是由实体法调整,此时则表现为财产保全担保的私法性。因此,财产保全担保具有程序法与实体法的双重属性。

#### (二)财产保全反担保法律属性的界定

财产保全担保的公法说仅说明担保发生的原因,不能解释为何担保之债需要依据实体法调整;私法说虽然解决担保之债的权利义务归属,却无法解释担保效力需要法院决定,而不是由当事人商定;折中说

<sup>①</sup> 如《民法典》第692条规定:“保证期间是确定保证人承担保证责任的期间”“没有约定或者约定不明确的,保证期间为主债务履行期限届满之日起6个月”。

<sup>②</sup> 参见《最高人民法院关于审理执行司法赔偿案件适用法律若干问题的解释》第13条、第14条、第15条、第16条及第17条等。

能够揭示财产保全担保的本质,揭示了财产保全的法律属性。财产保全反担保的法律属性,应当与财产保全担保属性一致,即财产保全反担保具有程序法及实体法的双重属性。

#### 1. 财产保全反担保的程序法属性

首先,财产保全反担保的设立不是由当事人约定而是由公权力决定。财产保全反担保是否有效是由法院决定的,若法院不同意担保的,担保不发生法律效力;与实体法担保由当事人协商一致不同,担保人有申请的权利,法院有司法裁断的权力,是否担保不需要对方当事人同意。其次,反担保的对象是对公权力行为可能造成损害的赔偿。财产保全反担保的债务是侵权损害赔偿之债,一般而言,实体法担保之债为因合同等合法行为产生的债务,因侵权行为产生的债权不可能通过设定担保方式加以保障;而财产保全反担保所担保的对象是错误解除保全给申请人造成损失的侵权损害赔偿之债,侵权是由法院解除保全导致的,是对法院错误解除保全行为造成损失的担保。虽然实体担保法一般调整平等主体之间的民事活动,司法行为不属于担保范围,但因解除保全可能产生的“债权属于普通债权,可以用担保方式保障,法律并无限制”<sup>[11]</sup>。最后,反担保财产需要采取保全措施。担保人提供担保财产,法院审查担保有效后,会对担保财产采取冻结、查封或扣押等保全措施;而实体法担保,对担保财产不得采取保全措施,需要担保公示的,当事人需要转移交付担保财产或者登记,无需公权力的介入。

#### 2. 财产保全反担保的实体法属性

财产保全反担保不因其担保侵权损害赔偿之债而失其实体法属性。首先,反担保债权是将来之债,发生的是实体法效果。解除财产保全是否错误以及是否造成申请人损失,在反担保生效时是不确定的,债的发生具有或然性,但是不影响担保人在侵权之债发生后承担实体法的担保责任。<sup>[12]</sup>其次,侵权之债的主体是当事人,法院不承担责任。若发生侵权之债,债权人为申请人,债务人为被申请人,担保人为被申请人的连带责任人,当事人之间的法律关系由实体法调整。人民法院与担保人或者人民法院与当事人之间都不存在债权债务关系。

由此可见,财产保全反担保的法律关系是程序法与实体法共同运行的产物,需要程序法与实体法共同规范,才能发挥其法律功效。

### 四、反担保解除财产保全的路径

为解决执行难问题,确保生效法律文书判定义务能够顺利履行,财产保全成为避免债务人责任财产在漫长诉讼中不当减损、保护债权人自身利益的重要救济方式。保全财产有银行存款、股权、不动产等多种类型时,银行存款为优先被保全的财产。<sup>①</sup>一旦冻结银行账户,被申请人不但资金流转受限,还会引发商业信用不良的负面效应等后果,如(2021)鲁0911民初4996号案件。被申请人对此类财产保全救济的最佳途径,就是提供反担保解除保全,纾解责任财产调查困难,<sup>[13]</sup>确保申请人债权顺利实现。

#### (一) 反担保解除保全的路径

财产保全应当遵循对当事人利益影响较小的原则,利益影响较小就是要求法院在采取财产保全时,权衡当事人各方利益,尽量选择对当事人工作、生活、经营等影响较小的保全措施。若被申请人申请解除财产保全对其造成不利影响的,法院应当审查保全措施的合理性,在满足反担保解除保全的条件下,同意被申请人提供反担保。解除财产保全的条件,是适用该原则的先决问题。

#### 1. 反担保解除财产保全的现行条件

我国反担保解除财产保全条件的法律依据是《民事诉讼法》第107条规定的“被申请人提供担保的,人民法院应当裁定解除保全”,该条款过于原则抽象、不便于操作。2020年《财产保全解释》第22条又进

<sup>①</sup> 2016年《财产保全解释》第12条的规定:“人民法院查询发现可供保全财产的,应当立即采取查封、扣押、冻结措施。查询发现的财产有存款、动产、股权、不动产等多种类型的,应当优先保全存款等方便变现处置的财产”。

一步规定“被保全人或第三人提供充分有效担保”的,应当解除保全。财产保全反担保何谓充分有效?一般认为这属于法官自由裁量权的范围,由法官从个案出发,平衡双方当事人的权益,根据保全对象、保全措施、解除保全理由、反担保方式、反担保额、被申请人的经济状况等因素自由裁量。<sup>[14]</sup>

为进一步限缩对保全行为自由裁量的空间,依法及时处理财产保全事项,切实发挥财产保全司法功能规范作用,江苏省高级人民法院《关于诉讼保全担保审查、处置若干问题的暂行规定》第21条规定:“除当事人协商一致外,解除保全需同时具备两个条件:(1)必须与原保全财产价值相当;(2)必须优于原保全物变现”。北京市高级人民法院《关于财产保全若干问题的规定(试行)》第24条第2款规定,被申请人或第三人“担保财产合法性、可执行性以及财产价值能够满足申请人请求的数额”的,应当裁定解除保全。两地法院对解除保全的条件作出了不同的要求,笔者以“财产保全”为主题在北大法宝检索法律法规,求证其他各地法院是否对解除保全条件作出统一规范,结果未能检索到该类问题的范本。由此可见,对解除保全条件,司法界尚未达成一致意见。

## 2. 解除财产保全应当适用的法律条件

财产保全反担保制度,是一种临时性的保障制度,不是确认当事人之间的权利义务,而是禁止被申请人处分财产,固定或增强其责任财产,避免被执行人将来逃避应履行的义务或履行不能风险的发生,保护申请人的合法权益,保证人民法院生效法律文书顺利执行的担保制度。<sup>[15]</sup>保全额是申请人请求法院保全的限额,法院不得超额保全,换言之,申请人的债权一般是不超过保全额的。那么,只要被申请人提供的担保财产数额(或价值)不少于保全额的,就可以充分满足申请人财产保全的目的。因此,被申请人提供反担保财产的数额(或价值)应不得少于保全额,这样才不会使申请人保全的目的落空。而保全额是否合法有效,法院在作出保全裁定时已经审查,将保全额作为被申请人提供反担保财产数额(或价值)的判断标准,便可以解决“充分有效担保”不易操作、司法裁量空间过大的弊端。只有反担保财产数额(或价值)或保证金额不少于保全额的,才可以满足申请人财产保全的预期效果,不减损申请人的期待利益。反担保财产数额(或价值)“不少于保全额”应当作为个案判断反担保是否有效的具体条件,只有该条件得以满足时,法院才能解除保全措施。该具体条件摒弃法律规范的抽象性、不可操作性,避免了各地法院各自为政,“执行乱、乱执行”的不良现象。

而《民诉法解释》第167条规定“等值担保财产且有利于执行”不是对解除保全反担保条件的限定,而是对是否变更保全标的物的规定。质言之,被执行人需要变更保全标的物的,应当满足替换的担保财产价值除了不得少于保全财产的价值外,还需要更便于执行。虽然解除保全提供的反担保财产实质上是要达到替换保全标的物的效果,但二者毕竟归属于不同的制度。二者区别主要表现为:首先,目的不同,前者是解除财产保全,后者是变更保全标的物;其次,效力范围不同,前者解除的是所有的保全标的物,而后者解除是被变更的保全标的物,不需要作出解除保全裁定;最后,确定财产数额(或价值)参照物不同,前者反担保财产数额不得少于保全额,后者替换财产与变更保全标的物的数额(或价值)应价值相当。故而,“等值担保财产且有利于执行”是判断变更保全标的物的统一尺度,不是权衡反担保解除保全条件是否成就的要素,上述规定不得扩大解释为是对解除保全反担保条件的约束,否则就与2020年修改的《财产保全解释》第22条“充分有效”的规定相冲突。

“不少于保全额有效担保”是解除财产保全的一般条件,以下两种情况是例外。第一种情形,若被申请人请求对作为争议标的的财产解除保全的,除需要满足“不少于保全额有效担保”条件外,还必须经申请人同意。<sup>①</sup>因为争议标的是案件审理的对象,直接影响当事人实体权利与义务,直接决定判决的履行与执行,是现在到期之债,而不是反担保的将来赔偿之债,不属于反担保范围。不经申请人同意,法院不得解除财产保全。第二种情形,若申请人同意反担保的,即使担保财产价值或者保证金额少于保全额的,或

<sup>①</sup> 参见《财产保全解释》第22条。

免于反担保的,法院也应当解除保全。保全程序是诉讼的临时性程序,申请人尚有撤回起诉的诉讼权利,<sup>①</sup>举重以明轻,申请人既然享有申请保全的权利,那么同样也享有申请解除保全的诉讼权利。在申请人同意解除保全的情形下,法院应当尊重申请人的处分权,裁决解除保全。

## (二)反担保的审理

财产保全反担保的程序法属性决定,反担保是否满足“不少于保全额有效反担保”需要人民法院依法裁决。

### 1.域外审理模式

大陆法系国家及地区,对财产保全担保的审理模式主要有三种结构,即简易结构、本案化结构和混合结构。简易结构以书面审理为主,对反担保申请采取形式审查,不需经过言词辩论,程序简单,德国采用此模式<sup>[16]</sup>,如《德国民事诉讼法典》第921条要求法院简易审查保全担保<sup>②</sup>。本案化结构是对财产保全过程中的如保全复议、案外人异议、司法赔偿等重大争议与案件的实体问题一并审理裁决的审理模式。本案化结构虽然可以充分保障当事人辩论权的行使,但保全程序问题与实体问题并行审理,诉讼程序费时费力,效率较低。混合结构则是法院根据具体情形,将简易结构和本案化结构有机结合起来,解决保全问题的审理方式。<sup>[17]</sup>

### 2.我国审理模式

我国财产保全担保审理的职能部门为立案庭与审判庭,诉前财产保全的裁定由立案庭作出,诉讼中的财产保全裁定由审判庭作出。财产保全裁定作出后,移送执行机构实施。对于财产保全担保审理模式,我国尚无明文规定。“案多人少”是困扰司法的难题,司法实践中的通常做法是对反担保申请采取书面、形式审查,判断申请是否成立,实质采取的是简易审理模式。但简易审理模式,忽视当事人的程序参与权,不能有效制约法院的自由裁量权,对于争议较大的解除保全反担保申请,会影响法院作出正确判断。为解决简易审理模式的弊端,我国可以引入听证程序,为当事人提供充分发表意见的机会,确保法院作出公正判断。因此,我国反担保审理模式可以考虑以书面审理为主,对争议较大的解除保全申请辅以必要的询问调查,甚至召开听证让当事人进行言词辩论,从而实现程序的正义。<sup>[18]</sup>

## 五、结论

综合上述分析,裁决(2021)鲁0911民初5996号案件需要查明解除财产保全的条件是否符合要求。甲公司提供第三人的不动产作为反担保物,该担保物的价值300余万元,超出乙公司申请保全额100万元,该不动产不属于法律禁止的担保物,符合“不少于保全额有效担保”的条件,解除保全的条件已得到满足,法院应当解除保全。因此,丙法院的第二种意见是正确的。这样的裁判,一方面可以全面保护乙公司的保全利益,另一方面又可以将保全措施对甲公司影响降到最低,让当事人在个案中真正感受司法的公平正义。

反担保解除保全需要明确《民事诉讼法》第107条规定的“被申请人提供担保”是解除财产保全的先决问题而不是判断标准,提供的担保还需要在满足《财产保全解释》第22条及司法政策<sup>③</sup>所倡导的“充分有效担保”(即“不少于保全额有效担保”)的条件时,才可以支持解除保全的申请。《民诉法解释》第167条所要求的“等值担保财产且有利于执行”是变更保全标的物的判断标准,而不是解除保全的条件。民事诉讼财产反担保行为不但是诉讼法行为,而且是实体法行为。财产保全反担保行为的发生与效力需要法

<sup>①</sup> 参见《民事诉讼法》第148条。

<sup>②</sup> 《德国民事诉讼法典》第921条规定:“裁判可以不经言辞辩论为之。如对对方当事人可能受到的损害提供担保,即使就请求权或假扣押理由未能释明,法院可以命令假扣押。即使对请求权和假扣押理由已经释明,法院可以命令于提供担保后实行假扣押”。

<sup>③</sup> 最高人民法院印发《关于充分发挥司法职能作用助力中小微企业发展的指导意见》(法发〔2022〕2号)第18条规定:“在金钱债权案件中,被采取保全措施的中小微企业等市场主体提供担保请求解除保全措施,经审查认为担保充分有效的,应当裁定准许,不得以申请人同意为必要条件”。



院判断,而确立解除保全反担保的条件是其前提。司法应当以“不少于保全额有效担保”为判断标准,以此统一裁判尺度,限缩司法自由裁量空间。真正做到类案同判,切实维护国家法制统一、尊严、权威,维护社会公平正义,<sup>[19]</sup>确保程序设计不偏离正义的轨道。

### 参考文献:

- [1]陈杭平.比较法视野下的执行权配置模式研究——以解决“执行难”问题为中心[J].法学家,2018(2):82.
- [2]金民珍,张宁.财产保全实践中成就保全担保的程序规范[J].人民司法,2009(5):33.
- [3]张卫平.执行救济制度的体系化[J].中外法学,2019(4):909.
- [4]王利明.民法[M].北京:中国人民大学出版社,2019:383-386.
- [5]程啸.物权法·担保物权[M].北京:中国法制出版社,2005:181.
- [6]日本民事诉讼法典[M].曹云吉,译.福建:厦门大学出版社,2017:289.
- [7]陈建华.人民法庭参与执行工作的实证探寻——基于协同思维的视角[J].法律适用,2021(6):116.
- [8]吴声华,毛煜煊.财产保全制度中的担保审查[J].法律适用,2002(10):61.
- [9]陈斯.程序正义的另一视角——论我国民事诉讼担保制度的完善[J].民事程序法研究,2004(1):188-189.
- [10]张保华.财产保全保证担保的属性及法律适用——程序法与实体法的双重视角[J].人民司法,2012(9):90.
- [11]全国人大常委会法制工作委员会民法室.《中华人民共和国物权法》条文说明、立法理由及相关规定[M].北京:北京大学出版社,2007:301.
- [12]孙鹏,肖厚国.担保法律制度研究[M].北京:法律出版社,1998:127-128.
- [13]史明洲.执行财产调查程序的模式选择:为职权主义辩护[J].华东政法大学学报,2021(2):66-67.
- [14]金民珍,张宁.财产保全实践中成就保全担保的程序规范[J].人民司法,2009(5):34.
- [15]李汉昌,吴德桥.适用财产保全的几个问题[J].人民司法,1995(3):11.
- [16]德意志联邦共和国民事诉讼法[M].谢怀栻,译.北京:中国法制出版社,2001:255.
- [17]王福华.民事诉讼专题研究[M].北京:中国法制出版社,2007:213-221.
- [18]侯学宾,陈越瓿.人民法院的运动式治理偏好——基于人民法院解决“执行难”行动的分析[J].吉林大学社会科学学报,2020(6):79.
- [19]乔文心,周强:统一法律适用严格公正司法让人民群众切实感受到公平正义就在身边[EB/OL].[2022-02-12].<https://www.chinacourt.org/article/detail/2022/01/id/6504636.shtml>.

## Connotation, Nature and Path of the Counter Guarantee to Remove Property Preservation

ZHOU Yanbo

(College of Public Administration, Shandong Agricultural University, Taian, Shandong 271018, China)

**Abstract:** Counter guarantee to remove property preservation means that in order to ensure timely compensation for the loss of the applicant caused by wrong removal of property preservation, the counter guarantor is required to provide the guarantee and the court decides to remove property preservation after the guarantee meets the provisions. Counter guarantee is a legal act with dual attributes of public law and private law. In the case that the condition of “effective guarantee of no less than the preservation amount” is met or the applicant approves, the court shall remove the property preservation; but in the case that the object of property preservation is the subject matter property in dispute, the consent of the applicant prevails. The removal of preservation shall have the minimum impact on the parties. “Equivalent to guarantee property and convenient to execution” is the condition for the change of preservation property and should not be an obstacle to the removal of preservation. Only by clarifying the application of laws can the judgment standard be unified and the judicial discretion space be limited, so as to make the similar judgement in similar cases under the guidance of Xi Jinping’s thought on the rule of law, thus safeguarding the unity and authority of the legal system as well as ensuring the judicial fairness and justice.

**Key words:** property preservation; counter guarantee; removing property preservation

(责任编辑:董兴佩)