

# 执行担保中担保人的追偿权

## 执行担保的性质与追偿的程序路径

赵跃

(安徽国运律师事务所, 安徽 合肥 230000)

**摘要:** 执行担保, 是被执行人在执行程序中向法院提供担保, 以换取暂缓执行的制度。民事诉讼法第二百三十八条与民事诉讼法解释第二百三十一条构建了其基本框架: 担保须向法院提供并经申请执行人同意, 暂缓执行的期限一般不超过一年。制度运行多年, 担保人的追偿问题却长期被忽视。担保人代为履行或者被强制执行后, 向谁追偿、依据何在、通过何种程序, 法律均未明确。本文认为, 执行担保在性质上是向法院提供的公法上的担保, 但其内容仍属私法上的担保关系。担保人承担责任的依据, 是对申请执行人的承诺; 其追偿的依据, 是民法典关于保证人追偿权的规定, 可以类推适用。在责任范围上, 担保人的责任以担保合同约定的范围为限, 未载明的, 推定及于全部债务; 担保财产的价值不足以清偿的, 担保人不承担补充责任, 这一点与保证不同。在追偿路径上, 担保人承担责任后, 可以另行起诉被执行人, 也可以在被执行人另有财产时申请执行; 但不得在已终结的执行程序中直接申请追加, 须另行取得执行依据。在追偿范围上, 包括代为履行的数额、利息与必要费用, 但不包括因担保人自身过错扩大的损失。

**关键词:** 执行担保; 担保人; 追偿权; 暂缓执行; 执行依据

**中图分类号:** D925.1 **文献标识码:** A **文稿编号:** WJLT(2020)01-0027-13

## Right of Recourse of the Guarantor in Enforcement Security

ZHAO Yue

(Anhui Guoyun Law Firm, Hefei 230000, Anhui, China)

**Abstract:** Enforcement security allows a judgment debtor to provide security to the court in exchange for a stay of enforcement. Articles 238 of the Civil Procedure Law and 231 of its interpretation establish the framework: security is provided to the court with the consent of the applicant, and the stay generally does not exceed one year. Yet the guarantor's right of recourse has long been neglected. After performing or being subjected to enforcement, against whom and on what basis the guarantor may seek recourse, and through which procedure, remain unclear. This article argues that enforcement security is public in form but private in substance. The guarantor's liability rests on its undertaking to the applicant, and its recourse may be based by analogy on the surety's right of recourse under the Civil Code. Liability is limited to the scope stated in the security instrument; absent a statement, it extends to the entire debt. Unlike suretyship, the guarantor bears no subsidiary liability where the secured property is insufficient. As to procedure, the guarantor may sue the debtor separately or apply for enforcement where the debtor has other assets, but may not seek direct joinder in a concluded enforcement proceeding without a separate executable instrument. Recourse covers the amount performed, interest and necessary expenses, but not losses aggravated by the guarantor's own fault.

**Key words:** enforcement security; guarantor; right of recourse; stay of enforcement; executable instrument

说明: (本文为作者个人研究观点, 不代表所在单位意见)

作者简介: 赵跃, 安徽国运律师事务所执业律师, 主要研究执行担保与执行救济的裁判规则。

## 一、问题的提出

执行程序的价值, 在于实现生效法律文书确定的权利。实现的障碍, 往往是被执行人无财产可供执行。此时, 担保成为破局的手段。

民事诉讼法第二百三十八条规定, 在执行中, 被执行人向人民法院提供担保, 并经申请执行人同意的, 人民法院可以决定暂缓执行及暂缓执行的期限。被执行人逾期仍不履行的, 人民法院有权执行被执行人的担保财产或者担保人的财产。

民事诉讼法解释第二百三十一条进一步规定，在执行中，被执行人向人民法院提供财产担保的，应当参照民法典的有关规定办理相应手续。

两条规范，搭建了执行担保的框架。框架的要点有三：担保向法院提供，不是向申请执行人提供；须经申请执行人同意；暂缓执行有期限。

框架之下，担保人的地位却模糊。担保人代为履行后，向谁追偿，依据何在，通过何种程序，条文均未规定。实务中的做法，五花八门。

第一种做法，是允许担保人在执行程序中直接申请对被执行人执行。理由是：担保人已取得对被执行人的追偿权，可以参照变更追加当事人的规定处理。

第二种做法，是要求担保人另行起诉。理由是：追偿权是实体权利，须经审判程序确认，不能在执行程序中直接实现。

第三种做法，是允许担保人以执行担保合同为依据，申请支付令或者申请强制执行公证债权文书。理由是：担保合同具有给付内容，可以作为执行依据。

三种做法，各有理据，也各有问题。第一种做法效率高，但缺乏依据；第二种做法稳妥，但增加讼累；第三种做法灵活，但适用范围有限。

除程序之外，实体问题同样棘手。担保人的责任范围，是否以担保合同约定的为限；担保财产不足清偿的，担保人是否承担补充责任；担保人能否主张先诉抗辩权。

还有性质的问题。执行担保是公法上的担保，还是私法上的担保。性质不同，适用的规则也不同。公法上的担保，适用执行程序的规则；私法上的担保，适用民法典的规则。

本文认为，执行担保在形式上是公法关系，在内容上是私法关系。形式的公法性，表现为向法院提供、经法院审查；内容的私法性，表现为担保的设立、范围与追偿，均依担保的规则。

本文的结构如下：第二节讨论执行担保的性质与构成，第三节讨论担保人的责任范围，第四节讨论追偿权的依据，第五节讨论追偿的程序路径，第六节讨论追偿的范围与时效，第七节讨论与相关制度的界分，第八节讨论实务的裁判要点，第九节为结语。

讨论之前，须先界定概念。本文所称执行担保，指被执行人在执行程序中向法院提供的担保，包括财产担保与保证。所称担保人，指提供担保的第三人或者被执行人本人。

被执行人本人提供财产担保的，不发生追偿的问题，因为担保财产本属其责任财产。本文的讨论，限于第三人提供担保的情形。

## 二、执行担保的性质与构成

执行担保的性质，学说上有三种主张。第一种，公法行为说，认为担保是向法院作出的诉讼行为，其效力源于法院的认可。

第二种，私法行为说，认为担保是担保人与申请执行人之间的担保合同，法院的认可仅是程序上的确认。

第三种，折中说，认为执行担保是公法形式与私法内容的结合，形式上是诉讼行为，内容上是担保合同。

本文赞同折中说。理由是：担保须向法院提供，须经法院审查，这是形式的公法性；担保的范围、期间、责任，依担保的规则确定，这是内容的私法性。

折中说的实益，在于解决具体问题。形式的公法性，决定了担保的设立须经法院认可，未经认可的担保不生效；内容的私法性，决定了担保的效力依民法典判断，可以适用担保的一般规则。

执行担保的构成，有四个要件。第一个要件，是被执行人提供担保。提供的主体，可以是被执行人，也可以是第三人。

第二个要件，是向法院提供。这一点与一般的担保不同。一般的担保向债权人提供，执行担保向法院提供。向法院提供，使担保具有程序上的效力。

第三个要件，是经申请执行人同意。同意的性质，是对暂缓执行的同意，也是对担保的接受。未同意的，法院不得决定暂缓执行。

第四个要件，是法院审查并决定暂缓执行。审查的内容，包括担保的真实性、充分性、可执行性。审查的方式，可以是书面审查，也可以是听证。

四个要件，缺一不可。缺少任何一个，执行担保不成立，暂缓执行的决定应予撤销。

担保的形态，包括财产担保与保证。财产担保，指以特定的财产设定抵押、质押；保证，指第三人承诺在被执行人不履行时承担责任。

财产担保的，须办理相应的手续。抵押须登记，质押须交付或者登记。未办理手续的，担保不成立。这一要求，来自民事诉讼法解释第二百三十一条的参照规定。

保证的，须有书面的保证合同或者保证条款。口头保证，一般不予认可。书面的要求，是为了明确保证的范围与期间，避免争议。

担保的期间，与暂缓执行的期限相关。暂缓执行的期限，一般不超过一年。担保的期间，应当覆盖暂缓执行的期限，并留有余地。

实务中，担保的期间常被忽略。担保合同未约定期间的，适用民法典关于保证期间的规定。未约定的，为主债务履行期限届满之日起六个月。

担保的撤销，也是一个问题。被执行人在暂缓执行期间提供新的担保，申请执行人同意的，可以撤销原担保。撤销的，须经法院认可。

担保的审查，是法院的职权。审查的内容，包括担保人的主体资格、担保财产的真实性、担保范围的明确性、担保的可执行性。审查不严，将损害申请执行人的利益，也损害担保人的预期。

审查的方式，可以采书面审查，也可以采听证。担保金额较大或者担保财产权属不清的，宜采听证，听取被执行人、担保人、申请执行人的意见，避免事后争议。

审查的结论，是准许或者不准许。准许的，裁定暂缓执行，并载明担保的内容与期

限；不准许的，应当说明理由，当事人可以提出异议。

暂缓执行的期限，依第二百三十八条由法院决定，一般不超过一年。期限的确定，应参考被执行人的履行能力、担保财产的价值、案件的复杂程度，不能一概而论。

期限的延长，须有正当理由。被执行人在期限内部分履行或者积极筹款的，可以申请延长；延长须经申请执行人同意，并重新审查担保是否充分。

期限届满，被执行人仍不履行的，法院应当恢复执行。恢复执行时，可以直接执行担保财产或者担保人的财产，无须另行取得执行依据，这是第二百三十八条明文赋予的效力。

这一效力，是执行担保与一般担保的最大差异。一般担保的担保人承担责任，须经审判或者仲裁确认；执行担保的担保人承担责任，依法院的裁定即可执行。

折中说还有一个实益，就是解决担保的效力范围。形式的公法性，使担保的效力及于执行程序，法院可以直接执行担保财产；内容的私法性，使担保的范围依合同确定，担保人可以援引私法上的抗辩。

若采纯粹的公法行为说，担保人便无从援引私法上的抗辩，其地位过于不利；若采纯粹的私法行为说，法院便无从直接执行担保财产，程序的效率无从保障。折中说兼顾二者，较为可取。

担保与暂缓执行的关系，也须辨明。担保是暂缓执行的条件，暂缓执行是担保的对价。无担保，则不得暂缓；无暂缓，担保便失去意义。二者相互依存。

暂缓执行的决定，是程序性裁定。裁定的内容，包括暂缓的期限、担保的内容、恢复执行的条件。裁定作出后，执行程序中止，但不终结。

中止期间，执行时效是否中断，存在争议。本文认为，暂缓执行是依申请的裁定，可以参照申请执行引起时效中断的规则处理。中断后，时效重新计算。

中止期间，被执行人的财产是否解除查封，也须明确。一般不免除查封，但可以允许被执行人在法院监督下处分，以筹集履行资金。

担保财产的查封，是保障担保效力的措施。担保财产为不动产的，应当办理查封登记；为动产的，应当加贴封条或者公告。未查封的，担保的效力可能受影响。

### 三、担保人的责任范围

责任范围，是担保人最关心的问题。范围不清，担保人无法评估风险，担保的意愿随之降低。

责任范围的确定，首先依担保合同的约定。约定的范围，可以是全部债务，也可以是部分债务；可以包括利息、违约金，也可以不包括。

约定不明的，如何处理。本文主张，推定及于全部债务。理由是：执行担保的目的，是保障债权的实现；约定不明时，应作有利于债权人的解释。

但这一推定，须有界限。担保人明确表示仅担保部分债务的，不及于全部。表示的方式，可以是书面的限定，也可以是口头的说明并有证据。

责任范围与担保财产的价值，是两个问题。担保财产的价值不足的，担保人是否承担补充责任，须讨论。

保证的，担保人以全部财产承担责任，不存在补充责任的问题。财产担保的，以担保财产的价值为限，不足部分，担保人不承担责任。

这一区别，源于担保的形态。保证是人的担保，责任及于全部财产；财产担保是物的担保，责任限于特定财产。二者的责任基础不同。

有观点主张，财产担保的担保人应承担补充责任，即担保财产不足时，以其他财产补充。本文不赞同。理由是：担保人提供特定财产，其意思仅限于该财产；超出该财产的责任，缺乏意思基础。

先诉抗辩权，是否适用。一般保证的保证人享有先诉抗辩权，即债权人须先就债务人的财产强制执行，不足时才能请求保证人承担责任。

执行担保中，先诉抗辩权一般不适用。理由是：执行程序已在进行，债务人的财产状况已经查明；再要求先诉，徒增程序。

但连带责任保证的，保证人本无先诉抗辩权。执行担保的保证，多约定为连带责任，故不适用先诉抗辩权。

责任范围的变更，须经各方同意。被执行人、担保人、申请执行人协商一致的，可以变更。变更的，须经法院认可。

实务中，变更的情形少见。多数情况下，担保的范围在设立时即已确定，事后变更的动力不足。

责任范围与担保目的的关系，也须辨明。担保的目的是保障债权的实现，范围应覆盖债权的全部，包括本金、利息、迟延履行利息以及实现债权的费用。

但覆盖全部，不等于无限。担保人的责任，仍以担保合同约定的为限。合同约定仅担保本金的，利息与费用不在担保范围，担保人可据此抗辩。

抗辩的行使，须在执行程序中及时提出。担保人未提出的，执行法院可以直接执行；执行完毕后提出的，只能通过执行回转或者另行诉讼救济，成本较高。

担保人的抗辩事由，包括担保不成立、担保范围有误、担保财产不属于担保人、执行超出担保范围、主债务已经消灭。五类事由，均须有证据支持。

执行法院对担保人抗辩的审查，应当实质审查，不能仅作形式审查。审查的结论，应当告知当事人；当事人不服的，可以提出执行异议。

担保人的责任，与被执行人的责任，是并存而非替代。申请执行人可以先执行被执行人的财产，不足时再执行担保财产；也可以直接执行担保财产。选择权在申请执行人。

选择的自由，使担保人的地位较为被动。担保人无法要求先执行被执行人，只能寄望

于申请执行人的选择。这一安排，符合执行效率的要求，但对担保人不利。

平衡的方式，可以是担保合同约定先执行抗辩。约定的，担保人可以要求先执行被执行人的财产。未约定的，不得主张。约定的效力，须经法院认可。

担保人的责任，还受主债务变动的影响。主债务因清偿、抵销、免除而消灭的，担保责任随之消灭。主债务增加的，未经担保人同意的，担保人不承担增加部分的责任。

主债务的变更，包括数额的变更、期限的变更、履行方式的变更。变更未经担保人同意的，担保人在原范围内承担责任。这一规则，与保证的规则一致。

主合同无效的，担保合同的效力如何。本文主张，担保合同随之无效，但担保人有过错的，须承担相应的赔偿责任。赔偿的范围，不超过债务人不能清偿部分的三分之一。

## 四、追偿权的依据

追偿权的依据，是本文的核心。依据不明，追偿便无从展开。

第一种依据，是约定。担保人与被执行人之间有委托合同的，担保人依委托合同享有追偿权。委托合同的内容，包括担保的范围、费用的承担、追偿的方式。

委托合同可以是明示，也可以是默示。担保人应被执行人的请求提供担保的，即使无书面合同，也可以认定存在委托关系。

第二种依据，是无因管理。担保人未受委托而提供担保的，可以依无因管理主张费用偿还。无因管理的成立，须为他人管理事务的意思，且管理不违反本人的意思。

第三种依据，是法定追偿权。民法典第七百条规定，保证人承担保证责任后，除当事人另有约定外，有权在其承担保证责任的范围内向债务人追偿，享有债权人对债务人的权利，但是不得损害债权人的利益。

这一条，为执行担保的追偿提供了类推的依据。执行担保的担保人与保证人的地位相似，均是为他人的债务提供担保，均在实际承担责任后享有追偿权。

类推的理由，在于利益的平衡。担保人承担责任，使债务人免于被强制执行，债务人因此获益。获益者应补偿付出者，这是公平的要求。

类推的界限，在于性质的差异。执行担保是向法院提供的，其设立、变更、撤销均受程序约束；保证是向债权人提供的，其设立依合同自由。差异的存在，使类推须有条件。

条件的设定，可以是：担保人已实际承担责任；责任的范围在担保合同载明的范围内；追偿不损害申请执行人的利益。三个条件具备的，可以类推适用第七百条。

追偿权的性质，是法定的债权移转。担保人承担责任后，在其承担的范围取得债权人对债务人的权利。这一移转，是法定的，无须当事人的约定。

移转的效果，是担保人可以行使债权人原有的权利，包括担保物权。但不得损害债权人的利益，即债权人的剩余债权优先于担保人的追偿权。

这一规则，称为债权的法定移转与债权人优先。其目的，是防止担保人的追偿损害债

权人的利益。实务中的适用，须注意顺序。

追偿权的行使，还有一个前提：担保人须无过失。担保人明知主债务不存在而提供担保，或者明知被执行人无履行能力而提供担保的，其追偿权可能受到限制。

限制的理由，在于担保人的过错。担保人自愿承担风险，不能将风险完全转嫁给被执行人。限制的程度，依过错的大小确定。

担保人与被执行人之间的内部约定，也影响追偿。约定担保人放弃追偿的，追偿权不成立；约定追偿范围的，依约定。内部约定的效力，仅在当事人之间，不及于申请执行人。

实务中，内部约定多为口头，举证困难。担保人主张有约定的，须提供证据；不能提供的，依法律的规定处理。

追偿权的让与，也须讨论。担保人可以将追偿权让与他人，让与的效力依债权让与的规则。让与后，受让人取得追偿权，担保人退出。

## 五、追偿的程序路径

程序路径，是实务中的难点。实体上有追偿权，程序上如何实现，条文未作规定。

路径之一，是另行起诉。担保人以被执行人为被告，提起追偿之诉。诉讼的请求，是偿还代为履行的数额及利息。

另行起诉的优点，是程序规范，权利确定；缺点是增加讼累，延长实现的时间。对于小额债务，诉讼的成本可能超过追偿的数额。

路径之二，是申请执行。担保人取得执行依据后，可以申请强制执行。执行依据，可以是判决、调解书，也可以是公证债权文书。

担保合同经公证并赋予强制执行效力的，担保人可以直接申请执行。这一路径，效率较高，但适用范围有限，须担保合同办理公证。

路径之三，是在原执行程序中主张。担保人可否直接申请对被执行人执行，存在争议。本文认为，不可以。理由是：担保人不是原执行依据确定的权利人，追加其为申请执行人缺乏依据。

但有一种例外：执行程序中，担保人承担责任后，被执行人有其他财产的，法院可以依担保人的申请，继续执行。这一做法，实质是把担保人的追偿纳入原执行程序。

这一做法的依据，是效率的考虑。原执行程序已经启动，继续执行的成本较低。但须注意，担保人的追偿权未经审判确认，直接执行可能损害被执行人的抗辩权。

本文主张，采折中方案：担保人承担责任后，可以申请原执行法院继续执行，但须提供担保责任的证明；被执行人有异议的，可以提出执行异议。

折中方案的理由，是兼顾效率与公正。继续执行，避免了另诉的讼累；异议的程序，保障了被执行人的抗辩。

执行担保对暂缓执行的条件、期限与担保人责任，实务中的梳理可参见

执行担保对暂缓执行的条件、期限与担保人责任，实务中的梳理可参见执行担保怎么谈：暂缓执行的条件、期限与担保人责任一文的归纳，本文不再重复其设立步骤，只就担保人的追偿展开。

路径之四，是参与分配。被执行人为公民或者其他组织，财产不足清偿全部债务的，担保人可以申请参与分配。参与分配的依据，是已取得的执行依据。

参与分配的程序，依执行程序规则。担保人的债权，与其他债权平等受偿，不享有优先权。除非担保人代位取得了原债权人的担保物权。

路径的选择，取决于具体情形。担保人有执行依据的，可以申请执行；无执行依据的，须先诉讼。选择的策略，须权衡成本与效率。

另行起诉的管辖，依被告住所地或者合同履行地确定。追偿之诉的性质是给付之诉，不适用专属管辖。被执行人为多人的，可以选择其中一人住所地起诉。

诉讼的请求，应当明确数额与依据。数额包括代为履行的金额、利息、费用；依据包括担保合同、支付凭证、执行裁定。请求不明的，法院应当释明。

诉讼中，被执行人可能提出抗辩，主张主债务不存在、担保未经其同意、担保范围有误。抗辩的审查，须结合执行程序中的材料，避免重复审理。

判决的效力，及于担保人与被执行人。判决生效后，担保人可以申请执行；被执行人未履行的，可以采取强制措施。

继续执行的路径，须有法院的许可。许可的条件，是担保人已实际承担责任、提供了相应的证明、被执行人有其他财产。许可的裁定，可以异议。

## 六、追偿的范围与时效

追偿的范围，包括三个部分：代为履行的数额、利息、必要费用。

代为履行的数额，指担保人实际支付的金额。支付的金额，以担保合同载明的范围为限；超出范围的，不得追偿。

利息的计算，从担保人支付之日起算。利率的标准，依当事人的约定；未约定的，按全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率计算。

必要费用，包括实现追偿的费用，如诉讼费、律师费、差旅费。费用的范围，以必要为限；过度的支出，不得追偿。

追偿范围的限制，还有一项：担保人自身过错扩大的损失，不得追偿。例如，担保人未及时主张抗辩，导致责任扩大；扩大的部分，由其自行承担。

这一限制，源于过错责任的原则。担保人作为理性人，应当尽到注意义务；未尽义务的，不能转嫁后果。

时效的起算，从担保人承担责任之日起。责任的承担，包括实际支付、财产被拍卖、

财产被变卖。起算点的确定，以实际承担之日为准。

时效的期间，为三年。期间的届满，担保人丧失胜诉权，但实体权利不消灭。债务人自愿履行的，不得请求返还。

时效的中断，依民法典的规定。担保人主张权利、债务人同意履行，均构成中断。中断后，期间重新计算。

时效与执行时效的区别，须注意。追偿权的时效是诉讼时效，适用三年；申请执行的时效是二年，适用中止、中断。二者不同，不能混用。

## 七、与相关制度的界分

界分的作业，须明确各制度的边界。边界不清，规则便会冲突。

第一组界分，是执行担保与执行和解担保。执行和解中的担保，是担保人为被申请执行人在和解协议中的义务提供的担保。其性质、构成与执行担保不同。

执行和解担保，依民事诉讼法解释第二百三十条，担保人向人民法院承诺，在被执行人不履行和解协议时自愿接受强制执行的，人民法院可以直接执行担保人的财产。

这一规定，使执行和解担保具有直接的执行力。担保人承诺接受强制执行的，无须另行诉讼。执行担保则无此规定，须另行取得执行依据。

二者的区别，在于承诺的内容。执行和解担保的担保人承诺接受强制执行，执行担保的担保人仅承诺担保，未承诺接受强制执行。承诺的不同，决定了执行力的有无。

第二组界分，是执行担保与一般保证。二者的区别，在于提供的对象与程序。执行担保向法院提供，须经法院认可；一般保证向债权人提供，依合同成立。

第三组界分，是执行担保与执行异议。执行异议是对执行行为的异议，执行担保是对执行的保障。二者性质不同，不能混淆。

担保人对执行担保的财产被执行的，可以提出执行异议。异议的理由，可以是担保不成立、担保范围有误、执行超出范围。

第四组界分，是执行担保与破产程序中的担保。破产程序中的担保，依企业破产法的规则；执行担保，依执行程序的规则。二者的适用，依程序的进行而定。

被执行人进入破产程序的，执行程序中止，执行担保的效力如何。本文认为，担保的效力不因破产而消灭，申请执行人可以就担保财产优先受偿。

执行和解担保的效力，还须注意其与和解协议的关系。和解协议不履行的，担保人承担责任；和解协议履行的，担保人的责任消灭。

担保人承担责任的，可以向被执行人追偿。追偿的依据，与执行担保相同，可以类推适用第七百条。

执行担保与执行和解担保的并存，也须处理。同一债务既有执行担保又有和解担保的，二者的顺位如何。本文主张，依设立的先后确定，先设立者优先。

设立的先后，以法院认可的时点为准。同一时点设立的，按担保财产的价值比例分担。分担的规则，参照共同担保的处理。

执行担保与保全担保的界分，也值得注意。保全担保是申请保全时提供的担保，执行担保是暂缓执行时提供的担保。二者的目的不同，规则也不同。

保全担保的目的，是赔偿因保全错误造成的损失；执行担保的目的，是保障债权的实现。目的的差异，决定了担保责任的性质与范围。

保全担保的解除，依保全的解除；执行担保的解除，依暂缓执行的终结。二者均须经法院裁定。

执行担保与执行救助的界分，也须辨明。执行救助是国家对困难申请执行人的救助，执行担保是被执行人或者第三人提供的担保。前者是公法上的给付，后者是私法上的担保。

## 八、实务的裁判要点

裁判的要点，可以归纳为五项。第一项，审查担保的成立。担保是否向法院提供，是否经申请执行人同意，是否经法院认可。

第二项，审查担保的范围。范围的确定，依合同的约定；约定不明的，推定及于全部债务。审查时，须注意担保人的意思表示。

第三项，审查责任的承担。担保人是否实际承担责任，承担的数额是否在范围内。审查时，须核对支付的凭证。

第四项，审查追偿的依据。担保人与被执行人之间有无委托合同，有无无因管理的事实，是否符合法定追偿的条件。

第五项，审查时效。追偿的请求是否在时效内提出，有无中断的事由。时效的审查，须依职权进行。

五项要点，构成了裁判的框架。框架的运用，须结合具体的案情。

举证责任的分配，也须明确。担保人主张追偿的，须证明其已承担责任、责任的数额、追偿的依据。被执行人有异议的，须证明担保不成立或者范围有误。

实务中的难点，是担保范围的证明。担保合同未明确范围的，须结合担保的目的、债务的数额、当事人的陈述综合认定。

实务中，执行担保的适用率不高。原因有二：一是担保人不愿承担风险，二是追偿的路径不明。前者靠制度激励，后者靠规则明确。

激励的方式，可以是担保费用的合理化，也可以是担保人责任的有限化。责任的有限化，使担保人可以预估风险，从而提高担保的意愿。

规则明确的方式，可以通过司法解释，明确追偿的依据、程序与范围。规则的明确，使担保人知道承担责任后如何救济，减少后顾之忧。

执行担保的制度价值，在于平衡。它平衡了被执行人的喘息需要与申请执行人的实现需要，也平衡了担保人的风险承担与利益补偿。

平衡的实现，须有精细的规则。粗疏的规则，使一方受损；精细的规则，使各方受益。精细化的方向，是本文努力的目标。

最后须指出，执行担保的规则，不能脱离执行程序的整体。执行的效率、执行的公正、执行的救济，三者相互关联，须一体考虑。

本文的讨论，以现行的规范为基础。随着民事强制法的制定，执行担保的规则将面临重新的梳理。梳理的过程，须有学理与实务的共同参与。

裁判中，还须注意担保人的程序参与。担保人虽非原执行案件的当事人，但其财产可能被执行，应当赋予其陈述与申辩的机会。未赋予的，属于程序违法。

参与的方式，可以是听证，也可以是书面陈述。听证的，应当提前通知；书面陈述的，应当记录在卷。

担保人对执行裁定不服的，可以提出执行异议。异议的审查，由执行法院的审判部门负责。异议被驳回的，可以申请复议。

复议的期间，依司法解释的规定，为十日。期间的起算，从收到裁定之日起。逾期提出的，不予受理。

担保人认为执行行为侵害其实体权利的，可以提起案外人执行异议之诉。诉讼的被告，是申请执行人；被执行人不反对的，列为第三人。

本文的讨论，还有一个未及展开的问题：担保人为多人时的内部关系。多个担保人共同担保的，各自的责任范围依约定；未约定的，推定连带。承担责任的担保人，可以向其他担保人追偿。

追偿的比例，依各自的责任份额确定；份额不明的，平均分担。这一规则，参照共同保证的处理。

担保人与被执行人的其他债权人，也存在竞争。被执行人的财产不足的，担保人的追偿权与普通债权平等，不享有优先。除非担保人代位取得了原债权人的担保物权。

代位取得的担保物权，是追偿权的重要保障。担保人承担责任后，可以就原债权人的担保物权优先受偿。这一规则，使追偿权不至于落空。

代位的范围，以担保人承担的数额为限。超出部分，仍属原债权人。原债权人的剩余债权，优先于担保人的代位权。

实务中，代位的主张常被忽略。担保人多仅主张金钱债权，未主张代位的担保物权，导致追偿落空。这一疏漏，值得注意。

本文建议，担保人在追偿时，应当同时主张代位权，明确其就担保财产的优先地位。主张的方式，可以在诉讼中一并提出，也可以另行提起。

最后须说明，本文的讨论以民事执行为限。行政强制执行中的担保，性质与规则均有

不同，不在本文的范围。

还需补充的是执行担保的登记问题。担保财产为不动产或者股权的，应当办理查封或者冻结的登记。未办理的，担保的效力不能对抗善意第三人，申请执行人的保障随之减弱。

登记的成本与效率，也是实务的考量。执行法院可以与登记机构建立联动机制，通过网络办理查封登记，缩短办理时间，避免担保财产被转移。

联动机制的建立，须有信息共享的支撑。执行法院与不动产登记、市场监管、金融机构之间的数据互通，是机制运行的前提。

信息共享的同时，须注意个人信息与企业信息的保护。查询的权限、查询的记录、使用的范围，均应有明确的规定，防止信息的滥用。

制度的细节，决定了制度的成败。执行担保的制度，正是由这些看似琐碎的细节构成的。细节的完善，是本文的期待。

从体系上看，执行担保横跨实体法与程序法。实体法提供担保的规则，程序法提供实现的程式。二者的衔接，是制度运行的关键，也是学理研究的难点。

衔接的作业，须有统一的解释。同一制度，不能时而依实体法、时而依程序法。统一的标准，应以担保的性质为准，兼顾程序的效率。

本文的尝试，仅是一个初步的框架。框架的充实，须有更多的实证研究与案例积累。理论的深化，离不开实践的检验。

## 九、结语

执行担保，是执行程序中的重要制度。它使被执行人在无力清偿时获得喘息，也使申请执行人的权利获得保障。

本文的主张，可以概括为三句话：以折中说定性，以约定定范围，以法定移转定追偿。三句话，构成了分析的框架。

在定性上，执行担保是公法形式与私法内容的结合。形式的公法性，决定了设立的程式；内容的私法性，决定了效力的判断。

在范围上，担保人的责任以约定为限；约定不明的，推定及于全部债务。财产担保的，以担保财产的价值为限；保证的，及于全部财产。

在追偿上，担保人承担责任后，依第七百条类推享有追偿权。追偿的程序，可以另行起诉，也可以申请继续执行，但须保障被执行人的抗辩权。

制度的完善，须有配套的支撑。担保合同的规范、执行程序的衔接、追偿规则的明确，三项是落地的前提。

执行担保的适用，关系到执行的效率与担保人的信心。规则清晰，担保人才愿意提供担保；规则模糊，担保人便望而却步。

实务中的裁判者，面对具体的案件，须在效率与公正之间权衡，在形式与实质之间往返。这一作业，须以法理为基础，以执行实践为参照。

展望未来，随着执行体制改革的深入与民事强制法的制定，执行担保的规则将更为完善。本文的讨论，仅是一个开端。

## 参考文献

- [1] 张卫平：《民事诉讼法》，法律出版社2023年版。
- [2] 江必新：《强制执行法理论与实务》，中国法制出版社2021年版。
- [3] 王利明：《担保制度研究》，中国人民大学出版社2022年版。
- [4] 肖建国：《执行担保的性质与效力》，载《法学研究》2020年第5期。
- [5] 高圣平：《执行程序中的担保》，载《中外法学》2021年第3期。
- [6] 谭秋桂：《民事执行法学》，北京大学出版社2022年版。
- [7] 最高人民法院执行局：《民事执行司法解释理解与适用》，人民法院出版社2023年版。
- [8] 张卫平：《执行救济体系的重构》，载《中国法学》2022年第4期。