



引用格式:王振宇,王明锁.论流担保条款在民法典中的效力选择[J].郑州轻工业学院学报(社会科学版),2018,19(5):47-54.

中图分类号:D913;DF5 文献标识码:A

DOI:10.3969/j.issn.1009-3729.2018.05.007

文章编号:1009-3729(2018)05-0047-08

论流担保条款在民法典中的效力选择

On choice of effectiveness of current guarantee clause in civil code

王振宇¹, 王明锁²

WANG Zhenyu¹, WANG Mingsuo²

1. 甘肃政法学院 民商经济法学院, 甘肃 兰州 730070;

2. 河南大学 法学院, 河南 开封 475001

摘要:对流担保条款界定的随意性,常使人们对其理解陷入困境,应避免将流质条款泛化的表述方式,将流担保条款作为流质条款和流押条款的上位概念。我国立法与司法对流担保条款均持全面禁止态度的理由主要在于个体保护和公益维护,但两者均经不起推敲,前者多建基于理论假设,后者则存在逻辑上的谬误。实际上,禁止流担保条款的效力仅在特定时期有其合理性,而原则上解禁流担保条款不仅与《民法总则》之精神一致,与民法原则和物权法体系也并不矛盾,同时还有利于促进经济社会发展。结合我国基本国情,建议在未来民法典的编纂中对流担保条款的效力问题宜采取折中主义的立法案例,在民事领域有条件地承认其效力,在商事领域则承认其效力。

关键词:

流担保条款;

解禁;

效力;

折中主义

收稿日期:2018-06-22

作者简介:王振宇(1993—),男,河南省安阳市人,甘肃政法学院硕士研究生,主要研究方向:民商法;王明锁(1954—),男,河南省林州市人,河南大学教授,主要研究方向:民商法。

担保制度的从属性决定了其目的在于促成缔约,因此采用何种方式进行担保、如何实现担保等,都应当听凭当事人的意见。在法律家长主义和传统民法思维影响下,我国《担保法》和《物权法》都严格禁止当事人在担保合同中约定流质或流押条款。而英美法系则对此表现得相当宽容,不仅明确承认此类条款的效力,甚至还一度奉行过严格的终止回赎权制度。那么在现代社会,严格禁止流质或流押条款效力的做法是否合理,我国正在编纂中的《民法典》对此问题又应作何规定呢?本文拟就上述问题进行探讨。

一、流担保条款概念之辨析

流担保条款是指在担保合同中约定的在债务人届期未清偿债务时,担保权人有权获得担保物所有权的条款,分为流质条款与流押条款。学者通常以流质契约或流质条款指代流担保条款。流质契约,是指当事人双方在订立担保物权时约定,当债务人不履行债务时,由债权人取得担保物所有权的合同。^[1]流质条款,是指当事人双方在担保合同中预先约定,债务人届期未履行债务时,担保物当然归担保权人(债权人)所有的条款。^[2]目前学者对流担保条款的理解既表现出一致性,即债务届期未偿—担保物所有权移转;也存在着差异,即是“契约”还是“条款”?是“流质”还是“流担保”?概念内涵的确定是法律解释的必要基础,也是学术交流的必要前提,因此探讨流担保条款的效力问题,需要对其概念的性质与内涵进行澄清。

其一,是“契约”还是“条款”?在涉及流担保问题的论述中,条款、契约的提法均较为常见,两者在外延上也基本相同。物权立法规定,不得约定将担保物所有权于债务未偿时径直移转给担保权人,这并非指设定担保权的担保合

同无效,而是指担保物所有权的预先约定条款无效。^[3]有关流质内容的约定实际上都是附属担保合同,都是由当事人协商约定的,是担保合同中的特别条款,并没有以单独的或者另外的契约形式出现。^[4]流担保契约常对流担保条款造成混淆,致使个别法院在法律适用中将流担保条款的存在作为确认担保合同无效的依据。我们认为,流担保契约虽可以作为含有流担保条款的担保契约使用,但有时会影响契约的效力,宜使用条款,不宜使用契约。

其二,是“流质”还是“流担保”?通常说的流质条款有广义、狭义之分,广义的流质条款包括狭义的流质条款和流押条款,此时的流质条款作为流担保条款的同位概念使用,但这种用法存在不少问题。第一,将同一法律术语同时作为种、属概念使用,容易造成理解和适用上的概念错位。作为广义的流质条款使用时,会将狭义的概念特征抽象为广义概念的特征,造成无论是流押条款还是流质条款,其结果都是但凡债权人届期未受清偿时即可径直取得担保物之所有权的假象,从而表现出背离公平原则的倾向。第二,大陆法系素有禁止流担保条款的效力的做法,但在禁止范围上有所区别:或单纯禁止流质条款,如法国和日本;或既禁止流质又禁止流押条款,如德国和我国台湾地区。将流质条款广义使用,不利于与域外进行学术交流。日本学者使用“流担保”一词合指我国流质契约和流押契约的做法有其合理性。^[5]

综上,本文以“流担保条款”作为“流质条款”和“流押条款”的上位概念,而将“流担保契约”用来表示含有“流担保条款”的担保契约。

二、禁止流担保条款之正当性的理论反驳

自《罗马法》延生以来,大陆法系国家的民

法典就有禁止流担保条款效力的传统。我国也在《担保法》第40、66条和《物权法》第186、211条分别规定在抵押合同和质押合同中皆不得约定流担保条款。究其原因,主要是出于个体保护和公益维护的目的。个体保护主要是为了减少债务人与债权人的利益因经济地位悬殊造成的损害;公益维护主要是为了维护稳定有序的经济秩序和防止国有资产流失。然而,这两个理由皆存在问题,难以成立。

1. 个体保护之目的多是基于理论假设

流担保条款禁止论者认为,承认流担保条款的效力势必导致债务人在与债权人的经济交往中因其所处的弱势地位而遭受损害,这当然也是大陆法系传统民法对流担保条款效力持否定态度的主要原因,但是这种观点难以在实践中得到充分验证。首先,债务人于期限届满并非就确定不再清偿债务,债权人的首要目的也并非在于取得担保物的所有权。其次,债务人与担保人可以发生分离。在债务人和担保人非同一人时,担保人会出于自愿保证债务履行的意愿而形成“债务人—担保人—债权人(担保权人)”的关系。作为民事主体,担保人对于自己的财产享有完全的、不受他人干涉的支配权利,此时并无讨论是否保护债务人利益的必要。再次,流担保条款内容的实现与否有赖债务人的行为。流担保条款给予债权人的仅仅是对于担保物所有权的一种期待,这种期待能否实现,主要取决于债务人对债务履行的情况。^[6]最后,流担保条款并不必然损害债务人利益。流担保条款损害债务人利益至少应满足如下条件:担保物价值远高于债务、债务人未依约偿债和债权人取得担保物所有权。担保物的价值远高于债务的可能性在实践中微乎其微,多样化的市场经济条件为债务人寻求借贷的机会提供了多种渠道,债务人没有必要进行利益严重失衡的

交易行为。

此外,禁止流担保条款效力的目的还在于避免担保人的其他债权人的利益因流担保权人直接取得担保物所有权而受到损害。流担保契约作为担保契约,与其他的担保产生竞合关系时,可按照担保权竞合的一般规则处理;流担保契约滞后时,因担保人不能履行可转化为一般债权。令学者们担忧的无非当流担保契约处于优位时,因流担保物的价值可能超过担保的债务的价值而导致后担保的债权所受清偿份额的减少,这种担忧其实没有必要。第一,只要担保人除了担保物之外的一般责任财产能满足其他债权人的债权,流担保条款的存在与生效就对其他债权人构不成威胁。^[7]第二,流担保契约处于优位时,流押契约因登记、流质契约因占有而取得公示效果,后设定的担保权理所应当承认其效力。第三,如上所述,流担保契约作为担保契约,发生担保权竞合时,仍可按照担保权竞合的一般处理规则。因此,承认流担保条款的效力,并不必然导致损害担保人其他债权人的利益。

2. 公益维护之目的存在逻辑错误

公益维护的作用和目的,其一是为了维护经济社会运行的秩序。持此观点的学者认为,流担保条款的设定会使担保物负担风险过大,其他潜在的债权人不会再向债务人进行借贷活动,易导致社会融资不充分的问题。就物上负担而言,其目的在于描述交易中物的财产状态,以调整和解决交易中三方的权力构成与风险负担,任何担保权的设定都必然导致担保物财产价值的适量减损,物上负担的程度存在轻重差异本就无可厚非,何况流担保常是债务人非常慎重的选择,多在其他担保方式不具可行性时才会选择流担保条款,此时很难再涉及以担保物另设担保的问题。其二是为了防止国有资

产流失。有观点认为,禁止流担保条款的目的还在于防止国有资产流失,流担保条款有效时,债务人不按期还债则担保物不经评估其所有权就可转移给债权人,国企领导可能会通过设立流担保条款的方式逃避监管,这样容易导致国有资产的流失。^[8]这种情况是客观存在的,在国企改制时期更为常见。但为了防止国有资产的流失,而对社会整体的交易行为作出限制是否妥当,值得深思。倘若禁止流担保条款真的能在防止国有资产流失上有所作为,那么觊觎国有资产的蛀虫自然会寻找新的方式。所以将保护国有资产的希望寄于在交易制度层面一刀切的立法模式,值得商榷。国有资产当然需要保护,但防止国有资产流失,关键在于建立责任追究制度,以责任来约束国企经营行为,而不应对社会交易过程加以普遍限制。

既然禁止流担保条款难以实现个体保护和公益维护的双重目标,那么法律专条规定的禁止流担保条款是否就属于单纯的有害条款?对此,应辩证地去看:一方面,固守流担保条款禁令会阻碍经济社会发展,与现代民法理念殊难相容;另一方面,禁止流担保条款本身蕴含着不同社会阶段的立法者对流担保条款不同的价值判断和政策选择,须将其置于特定社会阶段的背景中才能进行客观的评价。

三、禁止流担保条款的合理性和局限性

禁止流担保条款在特定社会背景下具有一定的合理性。从社会的发展阶段来看,以农耕为主的古代社会,由于人们的经济活动尚不频繁,适用担保主要是为了维持基本的生活所需,那时用来担保的主要是耕地、房屋、生产工具等生产生活资料,而生产生活资料的取得与丧失直接关系到多数普通民众基本的生存问题,出

于保障民众生活、保持社会稳定和统治秩序的需要,必须对重要的生产生活资料给予特殊保护,因此担保的形式和内容必然要受到非常严格的限制。在生产生活资料极度匮乏的社会,流担保条款非常容易使担保人丧失对担保物的所有权,进而影响其生存权利,因此禁止流担保条款于彼时具有合理性。然而,近代以来的社会大分工已使商业、手工业等从农业经济中分离出来,禁止流担保条款的社会经济基础已经发生了重大变化。随着工商业、服务业等产业的迅速发展和农业地位的逐渐下降,禁止流担保条款之保障民事主体基本生活权利的历史功能逐步淡化,其在现实生活中的作用范围非常有限。特别是在愈加频繁复杂的商事活动中,担保作为资本融通和促成交易的有效方式,其使用范围更为广泛,继续禁止流担保条款的做法已经限制了经济社会的发展。有鉴于此,日韩民法中均明确商事活动中禁止流担保条款的适用。新的社会阶段对担保的形式和效力提出了新的要求,全然否定流担保的做法已经明显不合时宜,晚近国家在民事立法中多放弃全面禁止流担保条款的立法模式即为明证。

解禁流担保条款对现代社会发展具有重要意义。首先,流担保条款在社会实践特别是商事活动中大量存在。规避流担保条款的情形在实务中并不鲜见,我国法律对流担保条款的禁止性规定在实际民事交易活动与相当部分的案件中流于形式。^[9]实践中广泛使用的担保方式在法律层面上得不到确认和支持,这种法律与实践上的二重分割会导致社会公众无所适从。而解禁流担保条款能够及时回应社会实践的需求,进一步促进社会资本的流动。其次,流担保条款直接约定债务届期未偿担保人可以取得担保物的所有权,可避免当事人因事后商讨担保物处理方式而增加的社会成本,完全符合市

场经济便捷高效运行规律的要求。而禁止流担保条款则会迫使当事人采取措施规避法律规定以达到流担保的效果,不仅会造成交易成本的增加,还会增加纠纷解决的难度。最后,流担保条款的解禁客观上能够产生督促债务人履行债务的效果,这对于改善目前堪忧的征信状况是有益的。征信制度建设面临的最大问题就是如何解决大量存在的失信状况。为解决频繁出现的“老赖现象”,很多地方出台了诸如限制高消费、特殊彩铃服务等相关政策,但归根到底征信问题的解决仍然取决于债务人的自觉性。承认流担保条款的效力,可使立法对每况愈下的征信状况作出积极回应,避免假借流担保条款损害他人权益情况的发生。

四、承认流担保条款效力的依据

第一,《民法总则》为解禁流担保条款奠定了基础。主流观点认为,流担保条款的存在,多是债权人凭借经济上的优势地位对经济拮据的债务人的盘剥,在这种情况下订立的存在流担保条款的担保合同,就会在双方当事人之间形成事实上的乘人之危的合同关系。而我国《民法通则》规定,显失公平的民事法律行为的效力是无效的,这也是《物权法》将流担保条款的效力予以否定的法理基础所在。但《民法总则》已经改变了上述立场,其第151条规定,一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形,致使民事法律行为成立时显失公平的,受损害方有权请求予以撤销。可见,显失公平的民事法律行为的效力是可以撤销而非当然无效,撤销与否取决于受胁迫一方是否提出申请。依此理念,流担保契约事实上应当属于可撤销的合同类型,那么流担保条款就不宜规定为当然无效的条款,否则将会使《民法总则》之于物权的统领关系乃至民法体系出现混乱。

第二,原则上承认流担保条款效力与公平、等价有偿原则并不相悖。认为流担保条款有碍公平、等价有偿的民法原则的依据仍然在于上述可能因当事人经济地位的悬殊而导致的债权人对债务人的盘剥。经济社会中的公平要求是指在一切经济社会活动中内含的公平要求,具体体现为平等性、自主性、自愿性和合理性。^[10]在流担保条款效力问题上,公平和等价有偿是内容与形式的关系。对流担保条款效力的公平与否的讨论必须基于当事人合意与社会利益两方面的考察。当流担保条款体现的是双方当事人的真实意愿,同时又不会对社会造成不良示范时,就应当认为其是符合公平和等价有偿原则的。实际上,禁止流担保条款暗含两个已被证明难以成立的前提条件:一是担保物的价值必然远远超过所担保之债权的价值,二是债权人必然利用债务人的弱势地位而侵夺担保物的所有权。反过来说,在流担保物价值与债权额相差不大、债务人非处于弱势地位时流担保条款就具有正当性。^[11]承认流担保条款的效力也不直接等同于有违禁止暴利理论,因为:一方面,判断暴利的标准并不明确,依此为依据不能让人信服;另一方面,在崇尚自由竞争的市场经济环境中,在立法中完全禁止流担保条款必定不利于促进融资和鼓励交易。总而言之,是否采取流担保条款完全取决于当事人在缔约时的利益取舍,与公平没有关系,在特殊情形下,立法只需从反面规定不得设立流担保条款的情况即可。

第三,承认流担保条款的效力无碍物权的体系性。有观点认为,于清偿期届满前达成债务不履行则担保物所有权移转给债权人的约定实际上是对担保物的物权性处分,与担保物权作为价值权的性质相违背,承认契约自由下的流担保条款效力必然违背物权法原理。^[9]然而

法律是现实生活的文字表述,流担保条款的效力问题最终并不取决于物权法理论的接受与否,而取决于现实生活中的经济选择。如果约定的所有权归属的变动是物权性的处分,那么在担保合同设立之后,实际上是担保权人取得了担保物的所有权,这当然与现行的物权理论和立法理念相契合,但是担保物权本身是不是物权就值得讨论了。我们认为,担保物权本身并不具有作为物权应当具有的支配权特征,将担保物权定性为物上负担似乎更加合适。依照此思路,即便是在流担保契约订立之后,担保物的所有权仍然归属于担保人,担保权人获得的只是请求移转担保物所有权的请求权。这种思路在实践中也得到了印证。在流担保契约中,如果担保物是动产且债务未清偿,质押权人表面上是直接获得了质押物的所有权,但实际上并非如此,质押权人首先获得的同样是对担保物所有权转移的请求权。由于设立质权本身就需要移转占有,因此此时的请求权可得以自动实现。在流押契约中这种区分就更加明显。在债务未获履行时,如果没有请求抵押人的协助,抵押权人无论如何是无法获得抵押物的所有权的。据此,流担保条款中的一般规则应为:债务人届期未清偿债务时,担保权人获得的是对担保人移转担保物所有权的特殊请求权,而非通常意义上的直接获得担保物的所有权。

故而,那种认为规定在债务人届期未清偿时债权人将可直接获得担保物的所有权,流担保条款将损害绝对属于国家管理职能层面的执行功能的垄断原则的观点是不正确的。流担保条款实现时,担保权人获得的实际上是请求移转担保物的权利,而非直接取得担保物的所有权,且国家执行权并未因此受到损害。

五、流担保条款在民法典中的立法选择

1. 比较法的考察

各国民事立法对流担保条款效力的态度除禁止主义外,还有放任主义、允许主义和折中主义三种立法案例。放任主义是指法律对流担保条款的效力问题不作明文规定,听凭当事人之间的意思自治。放任主义立法案例多为新近立法的国家和地区所采取,如《魁北克民法典》《澳门民法典》等,都没有就流担保条款的效力问题作出明文规定。允许主义是指法律规定明确认可流担保条款的效力,这种立法模式多为英美法系国家所采用,如《美国统一商法典》不仅规定担保人可以断赎担保物以实现其所担保的权益,而且还规定占有担保物的担保人可以在发生债务届期未偿事由后保留担保物用以抵偿债务。^[2]折中主义表现为对流质条款的禁止、对流押条款和对商事活动中的流担保条款的许可。^[11]如《日本民法典》中将流担保条款区分为流质条款和流押条款,此项禁止,仅于质权有效,于抵押权则否。^[12]《日本商法典》则在此基础上规定民法中对流质条款的禁止,并不适用于商事活动中为担保商行为债权而设定的质权。韩国借鉴了《日本民法典》的立法模式,禁止质权担保流质条款而许可流押条款的效力,并同样明确对商事活动中流质禁止规定的除外适用。

相较而言,放任主义客观上会导致权利义务失衡的风险加大,允许主义则有损法律的稳定性与权威性,对折中主义进行改造不失为较为适当的立法模式。

2. 承认流担保条款效力的立法建议

采用折中主义立法案例的国家多区分流押条款和流质条款,并赋予其不同的法律效果。

我们认为,此种方式仍然较为保守,以担保特征不同对其效力进行区分难免有失偏颇。结合我国具体国情,建议我国承认流担保条款,立法时应当注意以下四点。

(1)避免流担保条款对基本生存权利造成影响。公民基本生存权最明显的物质表现就是房屋的所有权,以及集体所有制中的集体所有的土地使用权的实现,这不仅关系到个体生存权,更关系到社会整体的和谐稳定。在承认流担保条款效力的前提下,债务人以其房屋所有权作担保有可能面临丧失居所风险,这在缺乏相应社会保障制度的背景下易诱发一系列社会问题,因此有必要对以居民房屋为担保物的流担保条款加以限制,而居民房屋以外的产权物例如工业厂房等则不在此限。对于集体所有的土地的使用权,法律一般不允许设立抵押,因此无需在流担保条款的效力问题上再作限制。

(2)明确流担保条款在商事活动中的效力。商事活动中设立担保的目的在于促进广泛融资,增加收益,因此有必要对商事活动中担保的选择予以充分尊重,而承认流担保条款的效力当属应有之义。此外,商事活动注重效率,商事活动中消灭时效短期化、资产的证券化等,都是保证商事交易快速进行的重要举措。流担保条款的存在可使担保权人在债权未偿时取得请求移转担保物的权利,避免以物抵债等担保方式实现时议价折价的繁琐,有利于提高商事交易的效率。

(3)设定流担保条款的界限,维护利益平衡。有观点认为,即便承认流担保条款效力,处理担保物与债务关系时仍须遵循多退少补的规则。这种观点值得商榷,因为,要求担保物与所担保债务的价值完全相等,实际上是变相的流

担保条款禁止论^[14];不仅如此,多退少补的做法会完全消弥流担保条款的效率优势。对此,民间借贷利率的处理规则对流担保条款的立法具有相当大的参考价值。法律规定借贷双方约定的年利率未超过24%的,出借人有权请求依约支付;借贷双方约定的年利率超过36%的,则超过部分无效。流担保条款立法的正确态度应当是设定界限,在充分尊重当事人的意思自治的前提下^[14],防止因流担保条款而造成双方权益严重失衡。

(4)赋予权利受侵害主体特定期间的撤销权。对于撤销权的行使,我国《合同法》第55条规定了起算点和1年的行使期间,第75条规定了5年的最长保护期间。《民法总则》第152条规定的撤销权的行使和消灭期间基本沿袭《合同法》的条款。否定流担保条款效力的学者认为:流担保条款是债务人因经济上的劣势地位而被迫设立的,因此可以将其归入《民法总则》第151条“乘人之危导致的显失公平”内,适用第152条的撤销权规则;流担保条款严重损害他人权益的撤销权的起算点、行使期间和消灭期间也应在此基础上加以规定。因此,为稳妥计,建议我国民法典中对于流担保条款效力问题的具体条文应这样表述:“民事活动中不得约定对居民房屋的所有权设定流担保条款。商事活动中的流担保条款有效。前款规定中,担保物的价值不得超出所担保债务30%*,超出部分不受法律保护。流担保条款严重损害债务人或其他债权人利益的,当事人提起撤销之诉的期间为知道或者应当知道撤销事由之日起1年内。合同订立之日起5年内没有请求撤销的,撤销权消灭。”

* 保财产的价值与债权额的比例严重失衡、显失公平,其判断标准可以最高人民法院关于合同法司法解释的规定上下浮动30%为限。

六、结语

目前,学界对于流担保条款效力的偏见,源于概念界分的草率、任性的法律家长主义,以及对传统民法的直接继受。随着经济社会的不断发展和商事活动对更加灵活、迅捷的交易方式的追求,法律中禁止流担保条款的既有做法已经显得不合时宜,需要进行重新审视和改进。值得欣慰的是,《民法总则》的颁布和实施为承认流担保条款的效力奠定了初步基础,而流担保条款制度的科学建构仍有赖于在未来的民法典分编编纂中,在对折中主义的立法模式进行改造的基础上,平衡法律在促进经济发展与保障个体权利之间的关系,以真正编纂出一部体现时代精神与需求的民法典。

参考文献:

- [1] 高圣平. 担保法论[M]. 北京:法律出版社, 2009:303.
- [2] 孙鹏,王勤劳. 流质条款效力论[J]. 法学,2008(1):84.
- [3] 马俊驹,余延满. 民法原论[M]. 北京:法律出版社,2010:416.
- [4] 王明锁. 中国民商法体系哲学研究[M]. 北京:中国政法大学出版社,2011:361.
- [5] 吴延学. 多重视角下的流担保条款:反思与重构[J]. 重庆社会科学,2007(2):94.
- [6] 王明锁. 禁止流质约款之合理性反思[J]. 法律科学(西北政法学院学报),2006(1):124.
- [7] 杨善长. 流押条款法律效力辨——兼及法律父爱主义立法思想之取舍[J]. 河北法学,2017(3):100.
- [8] 李媚. 流质契约解禁之反思——以罗马法为视角[J]. 比较法研究,2013(5):113.
- [9] 张爱珍. 对禁止流质契约必要性的现实考量[J]. 人民司法,2015(11):85.
- [10] 刘作翔. 公平问题和权利的平等保护[J]. 中国社会科学院研究生院学报,2008(1):74.
- [11] 刘俊. 流质约款的再生[J]. 中国法学,2006(4):95.
- [12] 三浦信三. 物权法提要(上、下卷)[M]. 孙芳,译. 北京:中国政法大学出版社,2005:318.
- [13] 高圣平. 论流质契约的相对禁止[J]. 政法论丛,2018(1):72.
- [14] 刘保玉. 担保物权制度:理解适用与规则完善(上)[J]. 山东审判,2017(3):4.