

# 买卖型担保中流质条款效力的证成与强化

张 伟

(浙江工商大学法学院, 浙江 杭州 310018)

**摘要:** 审判实践不应僵化地援引禁止流质规则来无效化买卖型担保中的流质条款, 以避免将买卖型担保重新装回典型担保的制度牢笼。禁止流质规则作为强制性预防措施有一定的合理性, 在其立法目的必要性日渐丧失的情况下, 扩张解释或者类推适用禁止流质规则均不可取, 买卖型担保中的流质条款合法有效。对债权人课以清算义务, 能够强化流质条款的正当性, 从而彻底扫清买卖型担保中流质条款有效化的伦理障碍。担保人应负初步举证责任, 只有价值差额超过“24% 年利率上限”时才能启动清算, 以确保流质条款的效率优势。尽管流质条款与以物抵债具有相似性, 但不得以禁止流质规则束缚非买卖型担保中的以物抵债。

**关键词:** 买卖型担保; 流质条款; 禁止流质规则; 清算义务; 以物抵债

中图分类号: D923.2 文献标志码: A 文章编号: 1000-2154(2020)03-0086-11

DOI: 10.14134/j.cnki.cn33-1336/f.2020.03.008

## The Confirmation and Strengthening of the Validity of the Fluidity Clause in the Sales Guarantee

ZHANG Wei

(School of Law, Zhejiang Gongshang University, Hangzhou 310018, China)

**Abstract:** Trial practice should not rigidly invoke the no-fluidity rule to invalidate the fluidity clause in the sales guarantee, so as to avoid reloading the sales guarantee into the system cage of the typical guarantee. As a compulsory preventive measure, the no-fluidity rule is reasonable to some extent, but the necessity of its legislative purpose has been rapidly shrinking, so it is not advisable to use expansion explanation or analogy application to interpret the no-fluidity rule, and the fluidity clause in the sales guarantee is legal and effective. To impose liquidation obligation on creditors can strengthen the legitimacy of the fluidity clause, so as to thoroughly clear the ethical barriers to the validity of the fluidity clause in the sales guarantee. The guarantor shall bear the initial burden of proof. Only when the value difference exceeds the “24% annual interest rate ceiling”, can the liquidation be started to ensure the efficiency advantage of the fluidity clause. Although the fluidity clause is similar to the debt in kind, the no-fluidity rule should not be used to restrain the debt in kind in the non-sales guarantee.

**Key words:** the sales guarantee; fluidity clause; no-fluidity rule; liquidation obligation; debt in kind

收稿日期: 2020-01-07

基金项目: 国家社会科学基金重点项目“民法总则制定后我国商法一般条款的立法完善研究”(17AFX021)

作者简介: 张伟,男,讲师,法学博士,主要从事合同法、担保法研究。

## 一、引言

当买卖型担保<sup>①</sup>基于担保意思表示和预告登记而具备担保的从属性、补充性和保障债权切实实现性时,当成立非典型担保。<sup>②</sup>新近出台的《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称“《民商事会议纪要》”)第66条对非典型担保适法性的肯认,无疑将极大地拓展包括买卖型担保在内的非典型担保的应用空间。然而,非典型担保尤其是买卖型担保,其是否也应当严守《物权法》中規制典型担保的禁止流质规则,<sup>③</sup>抑或是应当对之秉持谦抑的裁判态度认定不受禁止流质规则的规制?由于司法实践中关于禁止流质规则裁判尺度的难以统一,使得这一争议性命题仍旧颇值探究。尽管通过民法典编纂来妥善回应担保实践的便捷性需求,从而终结流质条款的司法裁判分歧乃是最佳选择,但是民法典编纂所立基的相对保守的立法理念<sup>[1]</sup>,使得解禁流质条款仅在《民法典物权编(草案)(2017年11月8日室内稿)》中昙花一现,此后其在征求意见中便因争议过大而被放弃,即解禁流质条款的方案已在民法典编纂过程中被基本否定<sup>[2]</sup>。因此,《民法典(草案)》第401条和第428条对于《物权法》禁止流质规则的沿袭,将极可能使得禁止流质规则的适用争议延续至《民法典》时代。众所周知,让与担保、典权等非典型担保之所以具有旺盛的生命力,主要乃是因为典型担保不能完全满足交易实践的实现需求<sup>[3]</sup>。如果僵化地援用規制典型担保的禁止流质规则来调整买卖型担保,势必会将买卖型担保重新装回典型担保的制度牢笼,乃至抹杀买卖型担保对于典型担保的补充价值。是故,本文将在现有法秩序下致力于探讨,在维持当事人之间权利义务关系相对均衡的前提下,买卖型担保是否能够不受禁止流质规则的禁錮,从而灵活、高效地服务于担保交易实践。

## 二、禁止流质规则的合理性及其反思

自买卖型担保创设以来,关于买卖型担保中的流质条款是否应当受到禁止流质规则的规制,一直是争议的焦点之一。审判实务对此的不同认知,成为了导致买卖型担保纠纷“类案不同判”的重要因由。其中最具典型意义的,当属最高院民一庭两则迥然相异的判决——“朱俊芳诉嘉和泰公司商品房买卖合同纠纷案”<sup>④</sup>(以下简称“朱俊芳案”)和“嘉美公司诉杨伟鹏商品房买卖合同纠纷案”<sup>⑤</sup>(以下简称“嘉美公司案”),两则判决的冲突就已充分暴露了司法实践在禁止流质规则适用上难以调和的观点争议。因而,厘清禁止流质规则的运行机理,明晰禁止流质规则的不足与发展趋势,是甚为必要的。只有以此为基础,所进一步得出的禁止流质规则是否应当规制买卖型担保中流质条款的结论,才会更具说服力,更能为司法实践所接受。

从立法上分析,自从《担保法》第40条和第66条规定了禁止流质规则,对于禁止流质规则的质疑与批判就不绝于耳,《物权法》第186条和第211条对于禁止流质规则的坚守,使得对于禁止流质规则合理性的

<sup>①</sup>本文指称的“买卖型担保”,是指《民间借贷司法解释》第24条所调整的担保构造,也有学者将之称为“后让与担保”、“名为买卖、实为借贷”、“附买卖合同的担保”等。参见陈永强:《以买卖合同担保借贷的解释路径与法效果》,《中国法学》2018年第2期,第228页。

<sup>②</sup>崔建远教授以防止担保泛化为视角,指出包括非典型担保在内的所有担保方式,均须同时满足从属性、补充性和保障债权切实实现性,方可成立债的担保。本文赞同崔建远教授的这一观点。参见崔建远:《“担保”辨——基于担保泛化弊端严重的思考》,《政治与法律》2015年第12期,第109-112页。

<sup>③</sup>禁止流质规则有广义和狭义之分,狭义上仅规制质押行为,广义上同时规制质押行为和抵押行为。在无特别说明的情况下,本文采广义上的禁止流质规则概念,所指称的流质包含了流质和流押两种类型。

<sup>④</sup>最高人民法院(2011)民提字第344号民事判决书。

<sup>⑤</sup>最高人民法院(2013)民提字第135号民事判决书。

指摘有愈演愈烈之势。条分缕析种种反对理由,其中关于禁止流质规则过于形式化和刚性化,流质条款并非必然导致利益显著失衡从而有违公平正义的观点,当属反对者们力图压缩乃至摒弃禁止流质规则的核心理由。诚然,流质条款是否会最终引发当事人之间利益天平的扭曲具有不确定性,但是这并不能成为压垮禁止流质规则的最后一根稻草。首先,尽管并不绝对,但流质条款与暴利行为确实有着剪不断理还乱的勾连,买卖型担保也由此时常遭受债权人意图获取暴利的质疑。再者,从禁止流质规则的功能分析,是否有违公平正义的不确定性无法成为否定禁止流质规则的原由,因为根据禁止流质规则立法目的所传达的功能定位,其本就是实现债权人和担保人之间利益平衡的强制性预防措施,而不是以债权人与担保人之间的利益显著失衡的确定发生为适用前提的补救措施,即禁止流质规则所针对的并非“现实的、具体的威胁,而是为了预防将来的、抽象的威胁。”<sup>[4]</sup>

这是否意味着对禁止流质规则的批驳均是想当然的主观臆测?实际上,我国立法将禁止流质规则尊为金科玉律确有不妥。就立法技术而言,是否坚持禁止流质规则无关乎真假与对错,关键在于立法者所设定的立法目的有无必要<sup>[5]</sup>。倘若禁止流质规则所立基的社会背景已然有了重大转变,即禁止流质规则的立法目的不再与社会现状相匹配,那么对于禁止流质规则的规制范围,乃至对于禁止流质规则的存废,均应当作出该有的应对与调整,以使规则本身能够满足社会之所需。经研究表明,当经济处于初始或者衰弱阶段时,债权人与担保人之间的不平等才会异常突显<sup>[6]</sup><sup>355</sup>。罗马法确立禁止流质规则的关键理由就在于当时所处的奴隶制社会,存在着经济落后、贫富差距巨大的社会现实,倘若法律不强制干预经济生活,将极易发生债权人对贫弱担保人的暴利盘剥,从而不利于社会的稳定与发展<sup>[7]</sup>。当今中国的社会经济现状,与罗马皇帝君士坦丁在确立禁止流质规则时相比较,自不可同日而语。如果说在2007年《物权法》颁布前后,债务人在经济生活中的借贷行为已经不再全部都以解决生活急迫困窘为目的,或者说商事借贷已经有所发展的话<sup>[8]</sup>。那么在即将全面建成小康社会的当下,正如杜万华大法官所言,出于急迫困窘的生活性借贷的比例已经大幅降低,而与国民财富增长所伴生的生产经营性借贷的比重正在大幅上扬<sup>[9]</sup>。这是一个必须要考虑的因素,因为其意味着禁止流质规则所依凭的社会基础正在快速丧失,代表着禁止流质规则的立法目的正在逐渐落空。也就是说,随着工商业的发展,担保人已不再是立法者想象中的弱者,曾经债权人利用流质条款暴利盘剥担保人的社会基础已然近乎不复存在,立法者无须再通过强制干预经济生活的方式,来给予担保人以充满道德色彩的保护<sup>[10]</sup>。是故,认可流质条款的效力,令其相较于传统担保物权实现方式所特有的低成本、高效率的制度优势能够服务于担保交易实践,方能达致交易主体双赢的良好法效果。值得一提的是,有学者虽然认识到了我国社会经济日益繁荣的现状,但是其以我国当前诚信制度建设的缺失来作为了自己坚持禁止流质规则的理由。在该学者看来,诚信缺失的债权人必定难以自律,故其极有可能会利用流质条款来盘剥担保人,以图获取暴利<sup>[7]</sup>。尽管该学者的担忧有可能存在,但是倘若担保人不会再因借贷而陷入生存危机,那么基于禁止流质规则来对担保人进行过度的倾斜性保护,实则将转变为对公平原则与私法自治原则的无视与破坏。

从比较法的角度分析,刘俊教授对于世界各国对待流质条款的立法模式的总结,不仅反映出禁止流质规则不具有一贯性,也折射出社会基础对于是否确立禁止流质规则的重要性<sup>[11]</sup>。再者,由于社会经济的快速发展以及社会保障体系的日益完善,禁止流质规则在大陆法系国家立法动向上趋于势微,各国立法例不再一味地恪守罗马法传统去僵硬地禁止流质条款,多数国家均选择通过一定的程序控制来克服流质条款的弊端<sup>[12]</sup>。因此,包括本就对流质条款持包容态度的英美法系,比较法上对流质条款采取放任主义或者部分放任主义已是大势所趋<sup>[13]</sup>。其中,通过对立法的修改,来重新赋予流质条款以合法性的立法例尤为值得关注。例如,在2006年法国担保法改革之前,《法国民法典》原第2078条就明文否定流质条款的效力,随着法国第2006-246号法令的出台,《法国民法典》第2348条第1款和第2459条已明确承认了流质条款的有效性。当然,法国立法并没有因此忽略对债务人和其他债权人的平等保护。一方面,对财产价值进行专家鉴定成为必须,以避免担保成为债权人致富的源泉或者损害其他债权人的利益的手段;另一方面,如果担保系

以债务人的主要居所为标的物,那么流质条款将被排除<sup>[14]</sup><sup>17</sup>。再例如,2007年5月4日,我国台湾地区“民法”通过修订,于第873-1条和第899-2条改变了禁绝流质条款的态度。基于对契约自由原则的倡导,有学者甚至对第873-1条采取了完全放任式的阐释:第一,该条是针对我国台湾地区旧“民法”第873条第2项所为的修正,修法时承认禁止流质规则禁不起检验,转而采取了流质条款自由原则;第二,清算义务的有无并不影响流质条款的效力,由于清算对于担保实现周期的延滞以及对于实现成本的增加,与担保物权实现制度的高效化趋势相违背,故须将清算解释为任意性规定,可以被约定排除;<sup>①</sup>第三,倘若流质条件成就担保权人无法立即取得所有权,而仍需借由另次诉讼才能让债权人取得所有权,这显然违反流质自由的立法意旨,也不利于降低担保的实现成本,因而担保权人并非要等到所有权转移登记完毕后,才取得担保物所有权<sup>[15]</sup>。还值得关注的是,《欧洲示范民法典草案》第IX-7:105条对于禁止流质规则的部分放开,一定程度上也代表了未来欧洲各国的立法趋势。对此,基于当前《民法典(草案)》第401条和428条仍旧坚持禁止流质规划的现状,实有必要倡议我国未来的《民法典》须顺应世界立法趋势,对放宽乃至摒弃禁止流质规则有所回应<sup>[1]</sup>。

### 三、买卖型担保中的流质条款不受禁止流质规则调整

由上文可知,禁止流质规则所立基的社会背景已然发生了重大变化,其在比较法上也已日渐式微。但是,不得不承认这一系列的变化仅能在应然层面推导出我国立法一再坚持禁止流质规则的非必要性,却不能忽略我国已明文规定禁止流质规则的实然现状。<sup>②</sup>此外,尽管近来学者们近乎一致建议应当在《民法典》编纂中适当放松禁止流质条款,从而发挥担保物的经济效用,提升担保物权的实现效率,践行对私法自治的尊重,但是考虑到正在编纂的《民法典》的保守型立法政策,预计未来《民法典》也将会大概率维持禁止流质规则。是故,就禁止流质规则而言,刚性的一刀切的立法设计与柔性的限制适用的司法实践之间的难以调和<sup>[16]</sup>,极可能会使得买卖型担保是否应受禁止流质规则调整成为一项持续性的争议命题。在“嘉美公司案”中,最高院判决认为,既然当事人之间成立非典型担保关系,那么“就应遵循《物权法》有关禁止流质的原则”。<sup>③</sup>然而,反对者的观点也极为鲜明。有学者就认为,应当将禁止流质规则的适用范围限定于抵押担保和质押担保,其他领域的类似流质约定应当交由公序良俗原则和显失公平规则来调整<sup>[17]</sup>。最高院在“朱俊芳案”中的认定便与“嘉美公司案”截然对立。最高院认为,虽然双方当事人之间成立担保关系,但是“该约定并不违反法律、行政法规的强制性规定,不受禁止流质规则的调整”。<sup>④</sup>在“中烟工业公司诉刘国梁所有权确认纠纷案”(以下简称“中烟工业公司案”)中,贵州高院的判决就态度鲜明地指出,“流质条款是建立在抵押权、质权存在的基础上,否则就不应当适用禁止流质规则。”<sup>⑤</sup>

实际上,关于禁止流质规则适用范围的激烈争论并非我国所独有,在比较法上亦然。例如,德国联邦最高法院就曾反对部分学者通过类推适用《德国民法典》第1149条之禁止流质规则来规制非属抵押范畴的流质法律关系,其通过重新阐释禁止流质规则的立法目的,将之限定为物权法上规范担保物变现方式的工具,不再赋予其维护债权人与担保人之间利益均衡的普适性,进而批驳了禁止流质规则属于担保领域一般

<sup>①</sup>谢哲胜教授关于清算义务可以约定排除的观点值得商榷。根据下文关于清算义务可以强化流质条款正当性的论证,绝对禁止和绝对开放流质条款均有欠妥当,清算义务当以不能约定排除为宜。

<sup>②</sup>在物权法的制定过程中,对于禁止流质规则的以下批判就并未被立法机关所采纳:第一,禁止流质的规定违背当事人意思自治的原则;第二,流质条款的订立并非都对担保人不公平;第三,订立流质条款可以使实现担保权成本最小化。在当前《民法典》编纂中,对于禁止流质规则的态度,亦存在类似的情况。参见胡康生主编:《中华人民共和国物权法释义》,法律出版社2007年版,第408-409页。

<sup>③</sup>最高人民法院(2013)民提字第135号民事判决书。

<sup>④</sup>最高人民法院(2011)民提字第344号民事判决书。

<sup>⑤</sup>贵州省高级人民法院(2016)黔民终144号民事判决书。

原则的认定。对此,德国学者针对性地提出,《德国民法典》第1149条只保护担保物权的特性不受到合同自治的改变,捍卫的是担保物权的法定内容,与没有法定担保物权的债权人约定的流质条款是被允许的,纵然该类约定还通过预告登记进行了保障<sup>[18]</sup>。在担保法改革之前,法国也存在类似的情况。《法国民法典》只是明文(原第2078条)禁止了质押领域流质条款的订立,但是没有涉及抵押领域流抵条款的订立问题。无独有偶,纵然法国法院明知将会遭受部分权威学者的批判,但仍旧曾倾向性表态,既然《法国民法典》没有禁止流抵条款,那么禁止流质规则就不能被类推适用到抵押领域<sup>[14]</sup>。

若从法解释学的角度考察,关于禁止流质规则调整范围的争论,实则可以将之界分为禁止流质规则的缓和与禁止流质规则的一般化。主张禁止流质规则缓和的观点认为,既然《物权法》并未在担保物权总则部分规定禁止流质规则,那么就不可将之界定为担保物权的一般性规则,其仅能调整抵押法律关系和质押法律关系<sup>[19]</sup>。是故,买卖型担保、典权等非典型担保不受禁止流质规则的规制。主张禁止流质规则一般化的观点认为,《物权法》之所以未在担保物权总则部分规定禁止流质规则,乃是因为留置权与流质条款无涉。剖析《物权法》第186条和211条的条文表述可知,禁止流质规则所禁止的流质行为具有共同性,不应当狭隘地将之局限于抵押法律关系和质押法律关系的框架之下,禁止流质规则在担保领域属于一般性的规则<sup>[20]</sup>。因而,买卖型担保、典权等非典型担保亦不得违背禁止流质规则。解释论上的差异,将直接决定买卖型担保中流质条款甚至买卖合同的命运。在最高院王闯法官看来,禁止流质规则的一般化之所以被部分法官和学者所坚持,主要是由于禁止流质规则“因巨大的制度惯性而长期占据了优势地位。<sup>[21]</sup>”有学者就奉行着禁止流质规则应当一般化的理念<sup>[22]</sup>,更为激进的一般化观点甚至将禁止流质规则的适用范围拓展至了非担保领域<sup>[23]</sup>。需要明晰的是,从上文理论界关于禁止流质规则一般化与缓和之间的分歧与论证逻辑来分析,倘若以狭义法解释学的视角来解读,基于禁止流质规则立法目的必要性已然快速萎缩的现实,实则难以推导出《物权法》应当一般化禁止流质规则。换言之,既然《物权法》在担保物权总则部分未规定禁止流质规则,那么就不得扩张禁止流质规划的适用范围至包括买卖型担保在内的非典型担保领域。即“流质契约建立在抵押权、质权存在的基础之上,不存在抵押权和质权的前提下讨论能否适用流质契约禁止也就失去了意义。<sup>[24]432</sup>”是故,如若严守狭义法解释学的结论,则应以禁止流质规则的缓和为审判实践中法律适用的准则,即不能援用禁止流质规则否定买卖型担保中流质条款的效力。

倘若仍旧坚持以禁止流质规则一般化的逻辑来认定买卖型担保中的流质条款无效,那么是否可以借助于广义法解释学的工具,即通过类推适用的法律续造方式来赋予援用禁止流质规则的正当性?然而,类推适用的条件是苛刻的,其不是可供法官任意援引的法律解释方式。有学者研究指出,类推适用要经历“涵摄失败、可能性判断、相似性判断”三个环节<sup>[25]</sup>,且须基于正义的要求<sup>[26]258</sup>。既然随着国民财富的增长以及全面小康社会的即将建成,债权人与担保人之间的正义天平并不会遭致扭曲,那么就不应以类推适用的方式对禁止流质规则进行一般化的法律续造,以防止引发合同交易中无效认定的不当扩张,从而避免对交易主体意思自由的过度干预。具体而言,首先,出于对契约自由的尊重,合同解释最为基本的原则是“与其使之无效,不如使之有效”。买卖型担保是契约自由的产物,其效力亦应受到契约自由的保障。“当合同只关系到单纯的合同当事人利益的衡量时,裁判者不能简单否定其效力。<sup>[27]</sup>”尤其是对交易实践中公平的衡量,“是一个动态的客观性较弱而有一定主观认识性的易争议的问题。<sup>[28]</sup>”相较而言,显失公平规则作为意思表示瑕疵的救济制度,尽管其仅具有撤销合同的法律后果,司法实践和学理上关于慎重适用显失公平规则早已属于共识,那么何以能将直接令合同条款无效的禁止流质规则奉为圭臬,并将之上升为变相扼杀买卖型担保的工具?其次,如果交易主体均是经济上的强者,尤其是处于商事交易中时,则应当放宽对意思自由的限制<sup>[29]</sup>。从司法实践中买卖型担保纠纷动辄就过百万乃至千万的交易金额,以及担保人多为中小型房地产开发商的实际情况分析<sup>[30]</sup>,买卖型担保明显区别于满足日常生活所需的民事担保,其交易主体一般当为具备商事理性的商事主体。对于商事交易中的流质条款,周林彬教授认为其具备理性基础,且拥有经济学上的效率和成本优势,将民事领域严苛的禁止流质主义盲目地延伸至商事领域,是立法粗糙化的

体现。如同我国商法学研究会于2015年发布的《商事通则立法建议稿》第26条所倡导的,于包括买卖型担保在内的商事领域解禁禁止流质规则并加以时代化改造,实乃是优化我国营商环境的重要一环<sup>[31]</sup>。在比较法上,商事交易领域基于抵押和质押法律关系设置的流质条款,其效力一般均会得到肯认。例如,尽管《日本民法典》第349条对流质条款予以了禁止,但《日本商法典》第515条却明文许可了商事交易中的流质行为。就是素以严格禁止流质条款著称的《德国民法典》,其第1259条亦放开了商事交易之流质行为的效力。此外,早在2002年,欧盟出台的《金融担保指令》第7条亦明令赋予了金融担保交易中流质条款的效力。再者,上文关于禁止流质规则所立基的社会基础的变化以及其在比较法上日渐式微的阐述,就已较为直观地质疑了现行立法上禁止流质规则的合理性,再试图通过类推适用的方式来扩张禁止流质规则的适用范围就显然不合时宜。从此种意义上而言,推动禁止流质规则的一般化实则就在不当泛化禁止流质规则的适用范围。综上,最高院刘琨法官的观点颇值赞同,“法律适用中伴随着对法律的理解,‘解释法律之人应比立法者更聪明’,只要在形式上不符合流质契约的构成要件,就不妨让其发挥效力。”<sup>[27]</sup>”

还须注意的是,尽管有部分学者也意识到了不当泛化禁止流质规则适用场域的弊病,但是又没有彻底挣脱禁止流质规则的巨大制度惯性,提出了应当在个案中进行利益衡量,进而来判定流质条款效力的个案判断理论。例如,有学者指出,判断是否有违禁止流质规则,虽然不能局限于抵押与质押领域,但是亦不能忽视禁止流质规则的法理基础,故只有在当事人所约定的流质条款对公平造成了重大破坏时,才能根据实际影响来认定流质条款无效<sup>[20]</sup>。再例如,还有学者认为,是否援引禁止流质规则来救济自身权利是当事人的自由,法院对当事人强加父爱主义关怀并不妥当。因此,只要无涉公共利益,应当赋予担保人依据自身利益状况来决定是否援引禁止流质规则的权利。即担保人可以通过禁止流质规则主张流质条款无效,根据借款协议履行清偿义务;担保人也可以放弃使用禁止流质规则这一无效抗辩手段,履行流质条款中的相关约定<sup>[4]</sup>。尽管个案判断理论是部分学者用心良苦的折中方案,然而将其运用于禁止流质规则领域应当是有欠妥当的。首先,无效民事行为乃是绝对无效、自始无效、永远无效和当然无效。<sup>①</sup>基于无效民事行为的上述特性,调整流质条款的禁止流质规则无法成为一项可供法官个案判断、自由裁量的规则,无法成为一项可由担保人任意援引的抗辩手段。即禁止流质规则所判定的流质条款无效,是严格意义上的禁止,是绝对的和无条件的。其次,正是基于禁止流质规则的无效特性,其作为无效规则的适用标准必须整齐划一,而不应当以担保标的物价值与债权数额的差异幅度作为适用标准。差异小就认定有效,差异大就认定无效。此种适用标准看似合理,实则不仅何为差异大小难以判定,而且将使担保交易陷入巨大的不确定性之中。是故,由于禁止流质规则的功能定位在于实现债权人和担保人之间利益平衡的强制性预防措施,因而对其所作的抽象制度安排应不以担保人利益在具体交易中的是否确定受损为转移。试图以上述个案判断理论来中和禁止流质规则弊病的做法,由于与现行立法中的无效制度难以协调,司法实践应当慎用。值得一提的是,有学者认为,既然禁止流质规则不符合担保交易的实际,那么在适用禁止流质规则时,就应当倡导“限制形式审查而注重实质判断”,只要流质条款未造成债权人和担保人之间的利益显著失衡,则以尊重当事人之间的意思自治为原则。该学者为上述个案判断理论给出了法解释论上的方案,即运用目的性限缩的法律漏洞填补方式,来压缩禁止流质规则的适用范围<sup>[32]</sup>。尽管这是一个在法解释论上看似能够自圆其说的方案,但是正如上文对同为法律漏洞填补方式之类推适用的否定,运用目的性限缩来压制禁止流质规则并不适当。禁止流质规则仅为法政策的技术性选择,其规则本身并未负面至恶法的范畴,不存在运用目的性限缩来牺牲法的安定性,以实现法的正义价值的紧迫性,且目的性限缩的裁量尺度实难把握,非属必要不应援用。

<sup>①</sup>尤其是当然无效,是指“无效民事行为处于确定的不发生效力的状态,不需要任何人主张,也不需要法院等有关机关认定而自动无效。当然,这并不妨碍当事人和利害关系人提出无效主张,也不妨碍有关机关作出无效之认定。”参见谭启平主编:《中国民法学》,法律出版社2015年版,第198-199页。

#### 四、买卖型担保中的清算义务可强化流质条款的正当性

根据上文的论证可知,由于不应通过一般化来扩张禁止流质规则的适用范围,交易主体在买卖型担保中所约定的流质条款具备效力空间。即买卖型担保中的流质条款,不受禁止流质规则调整,不因禁止流质规则而无效。那么,这是否意味着流质条款在买卖型担保领域的绝对开放?应当明晰的是,绝对的禁止和绝对的开放,均不是应对买卖型担保中流质条款的最佳方案。流质条款所伴生的暴利风险需要有制度加以平衡,故附加清算义务的有限开放流质条款,方能有效地兼顾买卖型担保中的效率和公平。即清算义务有助于彻底扫清买卖型担保中流质条款有效化的伦理障碍,其不仅可以化解片面固守禁止流质规则所带来的囚徒困境,而且会使法律对于当事人之间的利益干预更符合正义的要求<sup>[33]</sup>。有学者就指出,清算义务的设置,不仅可以替代性地达致禁止流质规则立法目的所追求的法效果,还能避免禁止流质规则过于刚性的弊端<sup>[13]</sup>。因此,在正当化买卖型担保中的流质条款时,清算义务有其无可替代的价值。申言之,尽管不能因为流质条款潜在的暴利可能性,就轻易否定商事主体之间的意思自治<sup>[34]</sup>,但仍应当通过清算义务来防止买卖型担保中畸形利益格局的发生。即清算义务能够强化买卖型担保中流质条款的正当性,从根本上修正流质条款较易诱发暴利的缺陷。

既然清算义务能够强化买卖型担保中流质条款的正当性,那么能否进一步推导出即便是在抵押或者质押法律关系中,清算义务的存在也能使得流质条款不再遭受禁止流质规则的禁锢?即在典型担保领域,清算义务是否可以成为流质条款无效的例外?有学者对之持肯定意见,认为如果债权人和担保人在抵押合同中约定了流质条款的同时,又约定了清算义务,则该流质条款将属于对抵押权实现方式的有效约定<sup>[35]</sup><sup>305</sup>。也有学者从成本效益的角度指出,债权人所负担的清算义务,将对冲禁止流质规则对于担保人的保护价值,再一味在担保交易中强调流质禁止以及变价受偿,只会徒增当事人的债权实现成本,有违私法自治的精神<sup>[4]</sup>。在审判实践中,也存在着人民法院通过当事人之间的清算约定而实质排除禁止流质规则适用的判决。<sup>①</sup>但是,区别于《欧洲示范民法典草案》第IX-7:105条通过立法明确将清算义务的约定作为流质条款无效的例外,若是仅以解释论为依凭,就试图越过我国现行担保物权的法秩序,确立清算义务对于流质条款违法性的一体治愈功能,从而解构禁止流质规则在担保领域的适用,这应当是有欠妥当的。禁止流质规则对抵押领域和质押领域流质条款的禁止已为《物权法》所明文规定,且《物权法》并未赋予清算义务以治愈流质条款无效性的功能。从体系解释的角度进行分析,这一结论将显而易见。例如,《物权法》在第186条规定流质条款无效后,其在第195条对抵押权实现方式的规定中,就明确设置了抵押权实现时的清算规则,拍卖伴随清算自不待言,折价或者变卖也须参照市场价格清算。由此可知,《物权法》在立法时,不仅清晰地认识到了清算的价值,而且将之设计为了抵押权实现过程中的必经环节。然而,在《物权法》第186条中,立法并未预留任何可以使流质条款有效的情形,自然也没有包含清算义务可例外的意涵。质言之,《物权法》第186条在设立禁止流质规则时,采取了严格限制的思路,并未预留清算义务可以有效化流质条款的空间。而《物权法》在立法时,对流质条款所持的极度不信任的态度,应当是个中的重要原因。“抵押权人与抵押人签订流押合同,从形式上看好像是自愿,但实质上是否自愿,是否没有胁迫是很难判断的。”<sup>[36]</sup><sup>409</sup>

在买卖型担保中,假若当事人主动约定清算义务,意味着潜在的暴利风险已被消除,故基于意思自治履行流质条款并无任何不妥。不过,棘手的问题在于,如若当事人对清算义务约定不明时,审判实践还能基于等价有偿的交易理念,通过合同解释推导出清算义务。<sup>②</sup>但是,假若当事人于存在流质条款的买卖型担保中未约定清算义务甚至明确约定排除清算义务,那么清算义务是否仍应当履行?即在现行法秩序下,清

<sup>①</sup>广东省深圳市中级人民法院(2016)粤03民终11665号民事判决书。

<sup>②</sup>广东省江门市中级人民法院(2017)粤07民终229号民事判决书。

算义务是否当然存在且不能约定排除?须知,在包括买卖型担保在内的非典型担保交易实践中,商事交易主体出于趋利的天性,鲜有当事人会主动约定清算义务。而一旦清算义务并不当然存在且能够约定排除,则其对买卖型担保中流质条款正当性的强化作用便几无用武之地。需要阐明的是,此处所指之清算义务当然存在且不能约定排除,仅是基于现行法秩序的推导,区别于比较法上对清算义务的直接法定。在比较法上,尽管清算义务法定的“一刀切”会有挤压当事人意志自由之嫌,但是清算义务的重要性令其法定基本已成通例。例如,我国台湾地区“民法”第873-1条第Ⅱ项就明确通过清算义务来矫正流质条款可能会引发的利益失衡,且以不可约定排除为通说。在法国,出于担保实现不能成为债权人掠夺担保人和其他债权人的工具的公平理念,《法国民法典》第2348条第2款和第2460条不仅明文规定了清算义务,且禁止通过约定排除。在日本,最高法院判决于1971年就原则性地肯认了清算义务的法定,此后通过对《假登记担保法》第3条的类推适用,所有非典型担保均负有清算义务,这已然成为既定规则<sup>[37]</sup>。

然而,比较法上清算义务的法定,并不能成为司法实践强制要求当事人进行清算的依据,因为我国当前立法并未规定实现非典型担保时必须履行清算义务。当清算义务既未被当事人所约定,也未被现行立法所确立时,如果人民法官坚持对当事人课以清算义务,那么其十有八九须求助于公平原则。一旦审判实践援引公平原则,就可能遭致向一般条款逃逸的质疑。然而,过分恐惧于向一般条款逃逸的指责并无必要。“公平原则是民法的基本原则,是民法追求当事人之间利益平衡和贯彻保护弱者的价值取向。无论在制定司法解释或者适用法律处理案件时,公平原则始终是需要坚定不移捍卫的重要原则。<sup>[24]</sup>”不过,尽管依据公平原则推导出清算义务并无不可,但是仅以公平原则为法律依据,在说服力上确实会略显单薄。实际上,最高院颁布的第72号指导案例“汤龙等诉彦海公司商品房买卖合同纠纷案”<sup>①</sup>(以下简称“汤龙案”)已经给出了较为妥善的解决方案。清算义务的产生,确是以公平原则为根基,但却无须直接援引公平原则作为法律依据。在“汤龙案”中,最高院以明确禁止高利贷或者变相高利贷为导向,根据《民间借贷司法解释》第26条关于民间借贷24%年利率保护上限的规定,对当事人之间的债务履行课以了清算义务。在买卖型担保中,由于主合同基本均为民间借贷合同,第72号指导案例的裁判思路无疑具有高度的指导价值,《民间借贷司法解释》第26条为清算义务的确立提供了直接的法律依据,而24%的年利率上限,也为杜绝买卖型担保中流质条款可能的暴利设置了极具辨识性的防火墙<sup>[2]</sup>。

此外,立基于公平原则,参照《合同法司法解释(二)》第19条和第29条所传达的公平判断理念,以30%作为“明显不合理”的清算标准亦具备可行性。如若担保标的物与债权的价值差额未超过阈值30%,则债权人无须找补直接获得担保物所有权,如此应当会具有较高的实践认可度,从而实现较好的定分止争的裁判效果。因为在担保领域,债权人之所以能够主张履行流质条款,前提乃是债务人已经处于了违约状态。此时,债权人以获得担保物所有权作为债务人违约的代价,未尝不可。只是,担保标的物与债权的价值差额应受30%“明显不合理”的限制,以避免暴利与不公的发生。有学者更进一步以此30%“明显不合理”为依托,提出了有限放开流质条款的立法建议,即超过30%“明显不合理”则触发流质条款的撤销机制,赋予当事人以撤销权<sup>[38]</sup>。相比较而言,第72号指导案例“汤龙案”与《民间借贷司法解释》第26条直接关联,以年利率不得超过24%为清算标准,就主合同普遍为民间借贷合同的买卖型担保而言,应当是更为适恰的。值得关注的是,以24%的年利率上限作为当事人之清算义务的准据,其与等值清算无疑有所不同。等值清算虽然是公平的极致体现,但是法律须重点关注的是起点公平,而不是过于追求结果公平。采取24%的年利率上限清算规则,不仅与买卖型担保中主合同为普遍具有盈利性的民间借贷合同的特性相契合,也能为当事人预留一个更为弹性的意思自治空间。

对买卖型担保中的债权人课以清算义务,且是当然存在、不能约定排除的清算义务,无疑是强化流质条款正当性,确保各方利益均衡的有益之举。但是,倘若仅笼统地规定清算义务,将极易导致债权人与担保

<sup>①</sup>新疆维吾尔自治区高级人民法院(2015)民一终字第180号民事判决书。



人陷入各种评估和争议的泥潭,进而使得流质条款的效率优势大打折扣。有学者就指出,由于清算程序费时费力,强制清算的繁琐与低效将完全抵消流质条款的效率价值,一味强制清算相当于否定流质条款的效力<sup>[38]</sup>。因此,需要对清算义务加以精细化的合理构造。由于流质条款乃是当事人之间意思自治的结果,理性的债权人在订立买卖型担保时定然不会置自身于不利境地,是故清算程序由担保人申请启动更为合理。此外,如果允许任意地启动清算程序,肯定会极大地消耗流质条款所带来的效率优势。由意图启动清算程序的担保人负初步举证责任,证明担保标的物价值显著高于其所担保的债务数额时,即“超过24%年利率上限”或者“超过30%陷入明显不合理”时才启动清算程序,将是更为合理、精细的制度安排<sup>[12]</sup>。需要注意的是,清算时间点对于当事人之间的利益分配往往有着重大影响,尤其是在担保标的物价值存在较大波动时。那么,基于对起点公平的坚持,是否应当将清算的时间点确定在合同订立之时为宜?对此,就具备了流质条款的买卖型担保的清算时间点的选择,多数学者均倾向于在所有权转移时而非合同订立时,即须将判断担保标的物价值与所担保债权数额比价关系的时点固定于流质条款履行时,在此之前或者之后担保标的物的价值波动均可在所不问<sup>[13]</sup>。对此,《法国民法典》第2348条第2款亦明确将清算的时间点设定于所有权转移之日。现阶段,将清算的时间点固定于所有权转移时是更为合理且更易于接受的<sup>[39]</sup>,而这一时间点的设置也与“汤龙案”所确立的24%年利率上限的清算标准相契合,因为利息的多寡必然于“终点”才能明确。

## 五、非买卖型担保中的以物抵债不受禁止流质规则约束

正如《民商事会议纪要》第67条所述,倘若当事人未进行具有公示效力的登记,就无法成立具有对抗力和优先性的非典型担保物权。是故,在当事人所约定的意图以买卖合同担保民间借贷合同的法律关系中,如果当事人之间没有对买卖合同予以预告登记,而只进行了缺乏公示效力的备案登记或者并未进行任何登记,则不成立非典型担保意义上的买卖型担保,即属于“非买卖型担保”。<sup>①</sup>在非买卖型担保法律关系中,流质条款的质疑也将失去依托,因为其立基的土壤“担保法律关系”并不存在。然而,正如上文最高院王闯法官所言,在部分学者与法官的认知中,禁止流质规则由于巨大的制度惯性而长期占据着优势地位。由于在非买卖型担保中,当事人关于买卖合同的约定往往契合以物抵债的特性,有学者便对之冠以以物抵债之名,并试图将非买卖型担保中的以物抵债与担保中的流质条款划等号,进而将之纳入禁止流质规则的调整范畴<sup>[40]</sup>。在审判实践中,就有法官认为非买卖型担保中以物抵债与担保中的流质条款同质,基于公平、等价有偿的民商事原则,应当对非买卖型担保中的以物抵债同等适用禁止流质规则。<sup>②</sup>根据通说,以物抵债是指“当事人双方达成以他种给付替代原定给付的协议。”<sup>[41]</sup>剖析这一界定,如果纯粹从概念上解读,则担保中的流质条款内涵确实可由以物抵债所涵盖,即流质条款是以物抵债在担保中的特殊化。尤其是,倘若非买卖型担保中的以物抵债是于民间借贷履行期届满前约定的,则因其与流质条款有较高的相似性,进而成为了审判实务的争点。不过,根据上文的论证可知,由于不应当运用类推适用的漏洞填补方式将禁止流质规则的适用范围扩张至非典型担保领域,即不能援引禁止流质规则否定买卖型担保中流质条款的效力。那么,试图将禁止流质规则的适用范围进一步延伸至非担保领域,对非买卖型担保中的以物抵债适用禁止流质规则就更于法无据。

虽然由于担保概念的一度泛化,理论上和实务上存在以物抵债须受禁止流质规则调整的不当认知,但是非买卖型担保中的以物抵债不受禁止流质规则约束当是毋庸置疑的。在“中烟工业公司案”中,贵州高

<sup>①</sup>本文指称的“非买卖型担保”,是特指当事人意图以买卖合同担保民间借贷合同,但因为登记要件的不满足,而未成立买卖型担保的情形。

<sup>②</sup>浙江省杭州市江干区人民法院(2012)杭江民初字第79号民事判决书。

院就明确指出,以物抵债的公平问题应交由《合同法》第54条调整。<sup>①</sup>然而,有法官以公平正义为名,认为与其要求当事人困难重重地举证撤销事由,不如直截了当地规定无效以更好地保障当事人,故坚持认为应当一体援用禁止流质规则而不是显失公平规则来调整以物抵债法律关系<sup>[23]</sup>。不得不重视的是,此种混淆合同可撤销与合同无效的边界,肆意扩大合同无效范围的观点具有一定的代表性,值得警惕。这不仅与我国尽量肯认合同效力的立法政策相背离,也与合同法上的鼓励交易原则相冲突,亦是对当事人意思自治的漠视。《民法通则》第50条对于无效民事行为列举过宽的做法一直备受诟病,《合同法》第47条和第54条就是立法在合同领域对之展开的修正,即削减无效规则促进市场交易是一项既定的法政策。实际上,从显失公平规则适用要件的演变亦能可见一斑。具体而言,显失公平规则适用要件存在持续具体化的趋势,随着立法的更迭,其适用范围正在不断被压缩。从《民法通则》第59条第2项的概括性表述到《民法通则意见》第72条的利用优势或者利用对方没有经验,再到《合同法》第54条第2项的在合同订立时,直至当前的《民法总则》第151条对于可变更制度的删除,立法对显失公平规则的收缩是显而易见的,这也意味着立法对合同效力否定的趋于保守。在“昆玉公司诉福果公司合同纠纷案”中,当事人价值1.4亿元的玉石仅仅抵债450万元,尽管数额差距如此巨大,但是最高院并未认定存在显失公平的情形。其理由在于,“昆玉公司作为开采、加工、销售玉石的专业企业,未经评估机构评估,即对其所有的玉石进行折价,不属于缺乏经验的情形,亦不违反法律、行政法规的效力性规定。”<sup>②</sup>是故,不能因为当事人费尽周折来援用显失公平规则而最终仍可能未获支持,就武断地对显失公平规则抱以负面评价,因为法政策本身就在收窄认定合同效力瑕疵的空间。由此可知,当以物抵债在寻求显失公平规则的救济都难以获得支持的情况下,意图通过参照适用禁止流质规则来否定非买卖型担保中以物抵债效力的路径选择将显然于法无据。

#### 参考文献:

- [1]王利明.我国民法典物权编的修改与完善[J].清华法学,2018(2):6-22.
- [2]龙俊.民法典物权编中让与担保制度的进路[J].法学,2019(1):66-78.
- [3]王利明.物权编设立典权的必要[J].法治研究,2019(6):3-13.
- [4]庄加园.“卖型担保”与流押条款的效力——《民间借贷规定》第24条的解读[J].清华法学,2016(3):72-85.
- [5]王轶.当前民法典编纂争议问题的讨论方法[J].北京航空航天大学学报:社会科学版,2018(1):10-11.
- [6]约翰·G.斯普兰克林.美国财产法精解[M].钟书峰,译.北京:北京大学出版社,2009:355.
- [7]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):113-123.
- [8]孙鹏,王勤劳.流质条款效力论[J].法学,2008(1):84-92.
- [9]罗书臻.规范民间借贷,统一裁判标准——杜万华就《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》答记者问[N].人民法院报,2015-8-8(1).
- [10]高圣平.民法典担保物权法编纂:问题与展望[J].清华法学,2018(2):74-94.
- [11]刘俊.流质约款的再生[J].中国法学,2006(4):95-101.
- [12]孟强.《民法典物权编》应允许流质流抵[J].当代法学,2018(4):80-90.
- [13]高圣平.论流质契约的相对禁止[J].政法论丛,2018(1):72-82.
- [14]李世刚.法国担保法改革[M].北京:法律出版社,2011:7.
- [15]谢哲胜.流押契约[J].月旦法学教室,2010(12):12-13.
- [16]魏沁怡.论担保物权的实现:实体法与程序法的体系衔接[J].东方法学,2019(5):60-70.
- [17]许德风.公司融资语境下股与债的界分[J].法学研究,2019(2):77-97.
- [18]鲍尔,施蒂尔纳.德国物权法(下册)[M].申卫星,王洪亮,译.北京:法律出版社,2006:168-169.

<sup>①</sup>贵州省高级人民法院(2016)黔民终144号民事判决书。

<sup>②</sup>最高人民法院(2016)最高法民终234号民事判决书。

- [19]陈本寒. 新类型担保的法律定位[J]. 清华法学, 2014(2): 87-100.
- [20]陆青. 以房抵债协议的法理分析——《最高人民法院公报》载“朱俊芳案”评释[J]. 法学研究, 2015(3): 62-81.
- [21]王闯. 关于让与担保的司法态度及实务问题之解决[J]. 人民司法, 2014(16): 15-20.
- [22]杨立新. 民间借贷关系法律调整新时期的法律适用尺度——《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》解读[J]. 法律适用, 2015(11): 8-18.
- [23]高治. 担保型买卖合同纠纷的法理辨析与裁判对策[J]. 人民司法, 2014(23): 65-69.
- [24]杜万华. 最高人民法院《民间借贷司法解释》理解与适用[M]. 北京: 人民法院出版社, 2015: 429-430.
- [25]钱炜江. 论民事司法中的类推适用[J]. 法制与社会发展, 2016(5): 60-71.
- [26]卡尔·拉伦茨. 法学方法论[M]. 陈爱娥, 译. 北京: 商务印书馆, 2003: 258.
- [27]刘琨. 以物抵债协议不宜认定为流质契约[J]. 人民司法, 2014(2): 51-57.
- [28]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): 85-89.
- [29]王文宇. 合同解释三部曲——比较法观点[J]. 中国法律评论, 2016(1): 60-89.
- [30]项波, 钟健生. “买卖型担保”法效果的解释和证成[J]. 江西社会科学, 2019(11): 161-171.
- [31]周林彬. 商事流质的制度困境与“入典”选择[J]. 法学, 2019(4): 134-145.
- [32]蔡立东. 股权转让与担保纠纷裁判逻辑的实证研究[J]. 中国法学, 2018(6): 239-257.
- [33]辛正郁. “物权法司法解释”拾遗系列: 流押禁止不必如此强势[EB/OL]. (2016-4-19) [2020-2-8]. [https://mp.weixin.qq.com/s/CQefTf0bw\\_By29GYEq839g](https://mp.weixin.qq.com/s/CQefTf0bw_By29GYEq839g).
- [34]王轶. 论民法诸项基本原则及其关系[J]. 杭州师范大学学报: 社会科学版, 2013(3): 91-97.
- [35]高圣平. 担保物权总论[M]. 北京: 法律出版社, 2009: 305.
- [36]胡康生. 中华人民共和国物权法释义[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 409.
- [37]松冈久和. 日本非典型担保法的最近的动向. 郑芙蓉, 译[C]//渠涛. 中日民商法研究(第八卷). 北京: 法律出版社, 2009: 61.
- [38]刘保玉. 民法典物权编(草案)担保物权部分的修改建议[J]. 法学杂志, 2019(3): 12-21.
- [39]陈定良, 王黎明. 以商品房买卖担保借贷合同的性质及效力[J]. 人民司法, 2016(11): 69-72.
- [40]王洪亮. 代物清偿制度的发现与构建[J]. 浙江工商大学学报, 2018(2): 38-44.
- [41]崔建远. 以物抵债的理论与实践[J]. 河北法学, 2012(3): 23-28.



(责任编辑 郑英龙)