

《民法典》第401条、第428条评注

——流押、流质约款禁止

周 然

华东政法大学法律学院，上海

收稿日期：2023年10月24日；录用日期：2023年12月28日；发布日期：2024年1月5日

摘 要

关于流押、流质约款效力的争论伴随着《民法典》起草的全过程，《民法典》生效后，对流押、流质约款的法律规制突破了一贯的绝对禁止主义，不仅法律条文表述发生变化，还增加了优先受偿权。传统观点中流押、流质约款的效力与担保物权的效力相悖，立法通过缓和的禁止主义，将流押、流质约款纳入担保体系，从而平衡双方当事人的利益，节约司法资源。同时，亦应允许约定清算义务之流押、流质约款。

关键词

流担保，担保物权，清算义务，从属性

Commentary on Articles 401 and 428 of the “Civil Code”

—Prohibition of Fluidity Security Notes

Ran Zhou

Law School of East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Oct. 24th, 2023; accepted: Dec. 28th, 2023; published: Jan. 5th, 2024

Abstract

The debate about the validity of the fluidity security contract accompanied the whole process of drafting the “Civil Code”. After the “Civil Code” came into effect, the legal regulation of the fluidity security contract broke through the consistent absolute prohibition, not only the expression of the legal provisions changed, but also increased the priority of compensation. In the traditional view,

the effectiveness of the fluidity security contract is contrary to that of the real right of security. The legislation includes the fluidity security contract into the security system through the mild prohibitionism, so as to balance the interests of both parties and save judicial resources. At the same time, a fluidity security contract with liquidation obligations should also be allowed.

Keywords

Fluidity Security, Security Interest, Liquidation Obligations, Dependency

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 《中华人民共和国民法典》

第四百零一条：抵押权人在债务履行期限届满前，与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有的，只能依法就抵押财产优先受偿。

第四百二十八条：质权人在债务履行期限届满前，与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有的，只能依法就质押财产优先受偿。

2. 规范意旨

《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第 401 条、第 428 条针对流押、流质约款进行了专门规定，否定其意定效力。二者所规制的具体对象虽然不同，但条文的本质相同，故本文将其合并探讨，统称其为流担保约款。流担保约款禁止的理论是建立在流担保约款对债务人不公平的假设之上¹，流担保约款形式上虽为双方意思自治之合意，但真意是否属于自愿藏于内心，难以判断。流担保约款的特殊性在于直接取得担保标的物的所有权，这容易引发强者利用优势地位对弱者进行的剥削，发生欺诈、胁迫、显失公平以及乘人之危等情况，有悖于公序良俗，可能引发道德风险[1][2]。此外，流担保约款所追求的效果与担保物权的实现效果冲突，破坏物权编效力秩序。担保物权通过支配担保标的物的交换价值，就变价卖得价金优先受偿，而流担保约款的核心功能在于使标的物由担保权人直接、排他的取得，与担保物权的优先受偿效力相悖[3]。

3. 立法沿革和比较法例

《中华人民共和国担保法》(以下简称《担保法》)曾于第 40 条、第 66 条规定抵押(质)权人和抵押(出质)人在合同中不得约定在债务履行期届满抵押质权人未受清偿时，抵押物的所有权转移为债权人所有。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第 57 条第 1 款、第 96 条强调了禁止流质约款的精神，同时规定流质约款无效不影响担保合同其他部分的效力。在《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)的起草过程中，虽有许可主义的声音不断提出，但最终通过的《物权法》依旧沿袭了《担保法》的规定，其第 186 条、第 211 条仍规定抵押质权人在债务履行期届满前，不得与抵押出质人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有。在《民法典》颁布前，实务部门也对相关情况作出定性。最高法的《第九次全国法院民商事审判工作会议纪要》第 71 条也在肯定让与担保合同效力的同时，重申了对流担保约款的禁止主义立场。

¹ 参见刘俊：《流质约款的再生》，载《中国法学》2006 年第 4 期，第 99-100 页。

《民法典》从起草到通过的过程中，流担保制度的命运同样并不如意。《民法物权编(草案)》室内稿一稿将流担保制度引入担保物权之中，然而却在二稿中又将流担保制度移去，这样的立法选择维持到了后来的征求意见稿。直到《民法典》正式通过，一个完整的流担保制度最终也没有重新回到《民法典》之中，取而代之的是一个弹性、软化对待流担保约款的制度[4]。

根据对流担保约款效力的态度区别，国内外的立法和学说观点主要可分为许可主义²和禁止主义³。从比较法来看，基于我国大陆法系的立法背景，本文仅罗列了大陆法系主要国家的立法。对流担保约款持许可态度的主要有《西班牙民法典》第1858条、我国台湾地区“民法”第873-1条、第893条；《欧洲示范民法典草案》第9-7:103条、第9-7:105条；持禁止态度的主要国家仅有《意大利民法典》第2744条；同时也大量存在着仅许可流押而禁止流质的立法，其主要代表有《德国民法典》第1229条、《日本民法典》第349条、《韩国民法典》第339条、第894条、《法国民法典》第2028条第2款、第2088条；与之相反的仅许可流质而禁止流押的立法主要有《葡萄牙民法典》第694条[5]。

综上，大陆法系国家的立法，除个别国家如《意大利民法典》外，很难见到同时禁止流押、流质约款；且存在较多仅禁止流质约款而不禁止流押约款的立法模式，当然也存在部分仅禁止流押约款而不禁止流质约款的立法模式，亦或是二者均允许的立法模式。因此，像我国这样流押、流质约款同时禁止的选择，与大部分大陆法系国家的立法存在差异。

4. 适用范围

4.1. 流押、流质约款的担保属性

从体系的角度看，《民法典》第401条、第428条分别位于物权编第四分编担保物权中的第十七章第一节一般抵押权和第十八章第一节动产质权，二者均为《民法典》担保物权所涉及的内容，属于担保制度的一部分。单纯从文义也可清晰得知，条文中将主体限定于抵(质)押权人和抵(质)押人。同时结合条文所规定的优先受偿的法律效果看，《民法典》在否定约款意定效力的同时，指出了此情形下优先受偿的效力，那么流押、流质约款必然以包含于具有担保功能的合同之中为前提，换言之，当合同中仅有流押、流质约款时，该合同亦有担保之功能，当事人意思表示合意中蕴含着关于提供担保的意思。《民法典》第401条、第428条是担保法规的一个条文，该条文的适用范围与非典型担保、各种具有担保功能之交易的法律效果密切相关⁴。

此外，也可结合《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》(以下简称《担保制度解释》)第68条关于让与担保的司法解释为例，流押、流质约款常包含于让与担保合同中，债务人或者第三人与债权人约定将财产形式上转移至债权人名下，债务人不履行到期债务，财产归债权人所有的，人民法院应当认定该约定无效，但是不影响当事人有关提供担保的意思表示的效力[6]。故第401条、第428条所规定的显然是具有担保功能的约款，在我国司法实践中结合相应的流担保约款时可作为请求权基础。

4.2. 债务履行期限届满前之禁止

可以明确的是，《民法典》第401条、第428条均将禁止达成流押、流质约款合意的时间限定在主债

²国内许可主义的代表性观点参见季秀平：《论流质契约的解禁》，载《河北法学》2005年第4期；王明锁《禁止流质约款之合理性反思》，载《法律科学》2006年第1期；孙鹏《流质条款效力论》，载《法学》2008年第1期。

³国内禁止主义的代表性观点参见梁慧星：《中国物权法草案建议稿——条文、说明、理由与参考立法例》，社会科学文献出版社2000年版，第638、704页。

⁴参见季立刚，潘子怡：《〈民法典〉双重担保观的体系效应与限制——以第428条的目的性限缩为例》，载《河北法学》2022年第40卷第6期，第22-23页。

务履行期限届满前。本质上流担保约款是当事人双方对担保权实现方式的合意。在平等协商的基础上形成流担保约款正常情况下并无不当，但立法者基于保护潜在弱者的价值取向，为避免强者利用优势地位对弱者进行的剥削，对流担保约款进行了限制，在主债务履行期限届满前达成的合意进行排除。与此相对应的，通过反面解释可知主债务履行期限届满后达成的流担保合意有效。为避免立法基于公共领域的价值对私法自治领域的过度干预，既然抵(质)押人在债务到期后明知约款无效，仍放弃禁止之保护，应当认为已经合理评估了潜在风险，故立法允许履行期限届满后当事人双方通过协议折价的方式移转担保标的物的所有权。

4.3. 未约定清算之禁止？

值得疑问的是，若流担保约款的双方在约定直接移转担保标的物所有权的同时亦约定了清算义务，此时《民法典》第 401 条、第 428 条是否有适用余地？法律效果之发生取决于构成要件之符合，若想要流担保约款无效则必须满足《民法典》第 401 条或第 428 条所要求的要件。以流押约款为例，若要发生使其无效之法律后果，应当满足以下条件：第一，抵押人与抵押权人达成提供担保的意思表示合意；第二，抵押权人与抵押人约定，债务人未履行到期债务的，抵押权人即取得抵押物的所有权；第三，流押约款的合意达成时间为债务履行期限届满前。

在约定了清算义务的情形下，是否符合《民法典》第 401 条的规定，关键在于能否从第二个条件，即“与抵押人约定债务人未履行到期债务时抵押财产归债权人所有的”这句条文中，解释出不经清算之意思。笔者认为，从文义以及社会一般观念来看，清算所需耗费成本较大、程序繁琐，并非通常与所有权移转相伴随，社会理性人通常情况下不存在将“财产归债权人所有”理解为“取得所有权 + 清算”的可能性，而是简单的“取得所有权”，具体而言，“抵押财产归债权人所有的”的意思是“无需清算直接取得所有权”。

此外，也可以从立法意旨的路径解释。禁止流担保约款的原因在于直接取得担保标的物的所有权容易引发强者利用优势地位对弱者进行的剥削，而清算约款的存在使得强者无法直接侵害弱者之财产。《民法典》第 401 条、第 428 条所专门排斥的即是欺诈、胁迫、显失公平以及乘人之危等情况的发生，当清算义务可以避免以上情形时，其理应不是二者所规制的情形。综上可得，《民法典》第 401 条、第 428 条之适用，应当以未约定清算义务为前提。

5. 法律效果

从《民法典》第 401 条、第 428 条的禁止主义的立法意旨看，二者显然属于防御性规范，其最直接的法律效果是排除流押、流质约款之意定效力，流押、流质约款无效。

需要进一步讨论的是，除了防御性效力外，其具备的担保功能如何实现，即如何针对“依法就抵(质)押财产优先受偿”作出细化。根据《担保制度解释》第 68 条，优先受偿权的实现方式主要有请求人民法院对财产进行拍卖、变卖或折价，以所得价款清偿债务。《民法典》既然明确规定了“依法就抵(质)押财产优先受偿”，么流担保约款的权利人在行使优先受偿权时，也可以自由选择拍卖、变卖、折价的方式，这样的实现方式意味着产生了清算的义务，此处既存在归属型清算，也有处分型清算的适用空间。根据流担保约款的约定，债权人可直接取得财产所有权，无需进行清算，当对债权人课加清算义务，可以平衡担保权人、担保人以及第三人利益以符合公平价值。同时，考虑到流担保约款禁止主义的目的，《担保制度解释》第 68 条也使担保人得以主张清算，使潜在可能的弱势方掌握主动权，可以更好地保护担保人的利益，防止显失公平或违背公序良俗的情况发生。

6. 流押、流质约款之从属性

流担保约款虽然不发生约定的移转所有权的效力，但不影响当事人有关提供担保的意思表示的效力。

作为具有担保功能的合同条款，亦应遵循担保合同的从属性规则。

一般情况下，实践中的流担保约款常见于主债权债务合同中，但合同的条款在不影响其他条款效力的情况下具有独立性，故应当将主债权债务合同中的流担保约款解释为从属于决定合同性质和内容的主要条款，参照适用担保从属性之规定。此外，在让与担保合同中的流担保约款也存在着特殊之处。使让与担保合同发生物权效力的公示方式是形式上移转担保标的物的所有权，而这一公示方法是通过另行成立一个形式上“独立”的转让合同并登记或交付标的物实现的，这区别于传统的在主债权债务合同之外明确订立一个具有从属性的担保合同的方式，形式上二者相互独立，无从属关系。但不应机械地理解与适用《民法典》第三百八十八条有关从属性之规定。根据《民法典》第 388 条以及《担保制度解释》第 68 条，让与担保合同属于具有担保功能的合同，非典型担保合同应当适用或参照适用从属性的有关规定，即只要是为设立法定担保物权而另行成立“形式独立”的转让合同，当然适用担保合同从属性的有关规定，与主债权债务合同形成从属关系。

7. 结语

理论上的流担保约款从性质上看并不属于担保约款，其约定效力与担保物权的法定效力相悖。《民法典》通过技术手段，在排除其约定效力的同时对流担保约款的效力进行强制性规定，软化了原先的绝对禁止主义。流担保约款至此也被赋予了担保属性和担保条款的从属性，具备了优先受偿的效力。同时，从比较法来看大陆法系主要国家中不乏少数允许流押或流质约款，我国也应当适当放松对流担保约款的禁止，虽仍应禁止债务履行期限届满前的流担保约款，但亦应赋予约定清算义务、主张优先受偿的流担保约款效力。最后，考虑到流担保约款禁止主义的目的，除流担保约款权利人可主张清算外，也应当允许担保人主张清算。

参考文献

- [1] 张善斌, 钱宁. 《民法典》中流质条款解释论研究[J]. 河北法学, 2020, 38(9): 2-14.
- [2] 杨代雄. 袖珍民法典评注[M]. 北京: 中国民主法治出版社, 2022: 308.
- [3] 孙鹏, 王勤劳. 流质条款效力论[J]. 法学, 2008(1): 84-92.
- [4] 黄家镇. 论《民法典》流押规定的解释适用[J]. 甘肃政法学院学报, 2021(2): 38-45.
- [5] 孟强. 《民法典物权编》应允许流质流抵[J]. 当代法学, 2018, 32(4): 81-83.
- [6] 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组. 中华人民共和国民法典物权编理解与适用[M]. 北京: 人民法院出版社, 2020: 1069-1072, 1181-1184.