

# 《民法典物权编》应允许流质流抵

孟 强\*

内容提要: 当前《民法典物权编》的几部草案对流质流抵允许与否的态度出现反复。流质流抵合法与否仅属于立法选择问题, 禁止流质流抵与我国民商合一的立法理念相抵触。流质流抵与让与担保形异而质同, 但司法实践倾向于否定流质流抵而认可让与担保, 这种矛盾冲突说明了禁止流质流抵的不合理。现行担保物权法定实现方式存在成本过高的弊端, 流质流抵能够降低担保物权的实现成本。流质流抵条款应进行公示, 债务期满未清偿时债权人直接取得担保物的所有权, 主张进行清算的举证责任由债务人或担保人负担。《民法总则》中民事法律行为可撤销制度能够有效保障债务人和担保人的利益, 《民法典物权编》应当对《物权法》中不合时宜的条款进行修改, 允许流质流抵。

关键词: 流质流抵; 债权人保护; 让与担保; 担保物权的实现; 公示与清算

## 引 言

自2014年11月党的十八届四中全会做出编纂民法典的重大决定以来, 沉寂多年的民法典编纂工作驶入快车道, 目前全国人大常委会法制工作委员会已经推出了《民法典各分编(草案)》(征求意见稿), 表明民法典各分编的草案已经从室内稿走向了委内稿的阶段, 离提交常委会三读的距离越来越近, 民法典分编已经呼之欲出。

毋庸讳言, 要在短短两三年内完成如此繁重的民法典分则各编的起草任务, 无疑是一项极为困难的事情, 立法者也难免会采取较为保守的立法进路。就物权编所呈现的内容来看, 明显是对2007年《物权法》略作修改而来, 立法者旨在按时完成《民法典物权编》的立法任务、尽量避免大的改动带来的激烈争议。因此, “小修小改不大改”便成为《民法典物权编》的立法策略, 而这一偏向务实的立法理念, 也得到了学者的认同。“民法典物权编并不需要对《物权法》进行脱胎换骨式的修改, 而应该在保持《物权法》的基本制度与基本规则不变的情况下, 以问题为导向, 进行必要的、适当的修改。”<sup>(1)</sup>

笔者曾将民法室的初稿与《物权法》进行详细对照, 不免感到失望, 因为绝大多数条文几乎雷同而缺乏新意, 唯一让笔者略感欣慰的, 是用益物权中新增加了居住权制度, 担保物权中新增加了流质流抵制度。而时隔两个月, 民法室的二稿却将流质流抵制度删除, 这一修改保留到了两个月之后的征求意见稿。这导致流质流抵在物权编草案中的命运犹如过山车一般, 昙花一现,

\* 北京理工大学法学院副教授, 法学博士。本文系国家自然科学基金项目“民法典侵权责任编分则体系完善研究”(16CFX038)的中期成果。中信证券股份有限公司合规总监、法律部负责人张国明博士为笔者提供了有关实务见解, 谨致谢忱。

(1) 王利明《我国民法典物权编的修改与完善》, 《清华法学》2018年第2期, 第7页。

稍纵即逝，令人扼腕！立法者背后的权衡与考量究竟为何，值得深思。笔者认为《民法典物权编》应当坚持面向未来、务实进取的立法态度，在担保物权中允许流质流抵制度，下文将阐述具体理由，以就教于方家。

表1 《民法典物权编》草案对流抵流质的立法态度变化（笔者自行整理）

	《物权法》	《民法物权编(草案)》 (室内稿)(2017年11月8日)	《民法物权编(草案)》 (室内稿)(2018年1月)	《民法典物权编(草案)》 (征求意见稿) (2018年3月15日)
关于流抵	第186条 “抵押权人在债务履行期届满前，不得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。”	第191条 “抵押权人在债务履行期届满前，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，未经登记，不得对抗善意第三人。”	第186条 “抵押权人在债务履行期届满前，不得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。”	第190条 “抵押权人在债务履行期届满前，不得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。”
关于流质	第211条 “质权人在债务履行期届满前，不得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。”	删除《物权法》第211条。	第211条 “质权人在债务履行期届满前，不得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。”	第216条 “质权人在债务履行期届满前，不得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。”
立法态度	全部禁止	全部允许	全部禁止	全部禁止

## 一、流质流抵与债务人保护：似是而非的问题

### （一）禁止流质流抵的渊源与流变

流质流抵，是指在担保物权设定时，担保人与担保权人关于当债务期限届满而债务人未能履行债务时，担保人便将质物或抵押物的所有权移转给质权人或抵押权人的约定。关于流质与流抵，也有不少学者和法官统称之为流质，因为“广义的质（Pignus; Pfand）泛指物的担保，包括质及抵押。”<sup>（2）</sup>但在我国物权法上，质权、抵押权和留置权并列作为三大担保物权的规定影响已深，以流质统帅流质和流押难免存在概念不够准确之嫌，在司法实务中也容易引起混乱。<sup>（3）</sup>此外，在各国立法与学理上，仅关于“流抵条款”就存在诸多指称，如流抵契约、流押契约、流抵约款、流质契约、抵押物代偿条款、绝押契约，同时流抵在日本又叫作直流抵押。有鉴于此，还有学者试图以“流担保契约”来概括流质与流抵两种情形，“舍‘流质契约’之用语，而尽量统一采用‘流担保契约’此语，似较能概括说明所有情形，以避免读者落入只讨论‘质权’部分的误解。”<sup>（4）</sup>本文不追求流质的简称，亦无意创设新概念，而拟径以流质流抵的概念来并

（2）史尚宽《物权法论》，中国政法大学出版社2000年版，第338页。

（3）我国司法实务中，既没有将流质和流抵统一称为流质，也没有严格区分流质和流抵，而是五花八门，毫无章法，完全由法官个人的概念偏好来决定，例如在最高人民法院及各地法院的判决书中，就使用了包括“流质条款”、“流押条款”、“流质、流押”、“流质抵押”等多种概念来描述这一现象。

（4）黄健彰《流担保契约应否禁止？——兼评“民法物权编”第二次修正草案相关规定》，《台湾本土法学杂志》2006年第11期，第31页。

列进行表述。

从表面上看，流质流抵条款无效的观念之所以深入人心，乃是因为其源自罗马法的悠久历史与传统。但在罗马法上，流质流抵也并非一开始就是无效的。就担保物权的形式而言，“在罗马法历史上，先后产生了信托、质权和抵押权三种物保。”<sup>(5)</sup> 其中，质权并未限制质权人在债权期满未受偿时直接取得质物所有权，因为罗马法上债权人对担保物享有出卖权，“根据一般契约规定，债务人于债务到期不清偿时，质权人可将质物收为已有，或作价后归其所有，或出卖质物而受偿。对于抵押物，抵押权人则以出卖标的物受偿的为多。”<sup>(6)</sup> 因此，罗马法并非一开始就禁止流质流抵，而是到了罗马法衰落的帝政后期才出现，且为《法国民法典》所采纳，并影响了《德国民法典》等众多大陆法系民法典，经年累月，从而成为了根深蒂固的观念，即对流质流抵的态度并不宽松，持禁止态度者居多。

但大陆法系主要的民法典，除少数如意大利民法典之外，很少同时禁止流质与流抵，不少是仅禁止流质而不禁止流抵，也有仅禁止流抵而不禁止流质的，或者两者都不禁止的。因此像我国《物权法》这样流质流抵同时禁止的立法例，很难说是典型的大陆法系立法例。

在亚洲地区，日本民法典虽然禁止流质，但对于抵押权的行使方法却并没有进行严格的限制，“即使根据偿还期到来之前当事人之间的特殊约定，作为偿还把标的不动产判归债权人所有；或者用任意的方法进行折价，也不会对其造成妨害。这种特殊约定称为流抵押契约，判例很早就承认其有效性，此契约也被最高法院承袭、并得到一般学说的支持。”<sup>(7)</sup> 对于流抵可能产生的不利后果，日本民法的做法是将之交由民法典总则关于禁止暴利的规定进行处理和制衡。此外需留意的是，虽然在日本民法典上，“禁止流质契约是民法的一项原则。但是，值得注意的是，在其他的法律中，设立一些特殊质权的契约是允许流质的。”<sup>(8)</sup> 这些允许流质流抵的特殊规定范围其实甚为广泛，包括担保商行为的质权、典当公司的质权、公益典当的质权。因此，能解决很大一部分实务中对于流质的需求。

我国台湾地区的“民法”一开始也是严格禁止流质流抵，但学界逐渐认识到这一规定的弊端，“惟此项禁止之规定已过于僵化，有时反于债务人有害，更不利抵押权私实行程序之运用，有碍抵押物价值之极大化，故近世已备受检讨。”<sup>(9)</sup> 遂在 2007 年台湾地区“民法物权”修改时，便全面放开流质流抵，不再做无效之规定。

而《欧洲示范民法典草案》也采取了允许流质流抵的开明态度，只不过为保护消费者利益而设置了一些限制条件，即：担保物是市场可得的可替代物及当事人约定了确定价格的合理方法的，就可以约定流质流抵条款，其他担保财产在债务人发生违约时才能约定流质流抵条款。<sup>(10)</sup>

由此可见，在大陆法系国家(地区)，一个明显的趋势便是不再僵硬地禁止流质流抵，而是在权衡各方利益之后采取开放的态度，允许流质流抵，此亦印证了学者所言“我们应该改变流质契约一律无效的僵硬的态度。”<sup>(11)</sup>

## (二) 流质流抵是否合法属于立法选择问题

主张禁止流质流抵的理由，归纳起来主要有四种：保护债务人利益说、交易公平说、交换价

(5) 周相 《罗马法原论》(上册)，商务印书馆 1994 年版，第 423 页。

(6) 前引 (5)，周相书，第 432-433 页。

(7) [日] 我妻荣 《新订担保物权法》，申政武、封涛、郑芙蓉译，中国法制出版社 2008 年版，第 277 页。

(8) 前引 (7)，[日] 我妻荣书，第 135 页。

(9) 谢在全 《民法物权论(修订五版)》(中册)，中国政法大学出版社 2011 年版，第 783 页。

(10) 参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组编著 《欧洲示范民法典草案：欧洲私法的原则、定义和示范规则》，高圣平译，中国人民大学出版社 2012 年版，第 386-387 页。

(11) 前引 (7)，[日] 我妻荣书，第 135 页。

值说、优先受偿权说。<sup>(12)</sup> 这四种理由之中,前两种本质上相同,即为了保护债务人利益,后两种主要是学者的理论担忧,不足过虑。因此,禁止流质与禁止流抵最为核心理由如出一辙,皆为债务人利益之保护,“按债务人借债每多为急迫窘困之时,债权人乃利用此一机会,逼使订立流质契约,以价值甚高之抵押物担保小额之债权,希冀债务人届期不能偿债时,得取得其所有权,获非分之利益。”<sup>(13)</sup> 此种考虑将债务人设定为贫困窘迫的弱势群体,因急于融资用钱而在价值较大的担保物之上设立担保物权,在不能清偿债务时失去担保物的所有权,故将在流质流抵条款中承受债权人不当之剥削。因此,流质流抵制度似乎必然导致对债务人保护的严重不利。

然而,由比较法上的考察可知,大陆法系主要国家(地区)对流质流抵的立法态度并不一致,绝少将两者同时一禁了之。这些国家或地区的民法皆较为完备成熟,亦都能够支撑一个较为发达的市场经济体制,因此难谓孰优孰劣。“由此可见,此问题似非法本质问题,而系各国立法政策问题,故实难绝对论断其是非或妥当性,因为绝押契约是否绝对造成不公平,似难一概而论。”<sup>(14)</sup>

表 2 大陆法系主要立法例对流质流抵的立法态度(笔者自行整理)

立法态度	立法例
禁止流质	《法国民法典》第 2028 条第 2 款、第 2088 条。
	《德国民法典》第 1229 条。
	《瑞士民法典》第 894 条。
	《韩国民法典》第 339 条。
	《日本民法典》第 349 条。
禁止流抵	《葡萄牙民法典》第 694 条。
全部禁止	《意大利民法典》第 2744 条。
	《中华人民共和国物权法》第 186 条、第 211 条。
全部允许	《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。

所以,允许流质流抵便会造成对债务人不利之论者,恐应三思。上述国家或地区的立法,均是权衡各方利益之后的结果,不存在完全不考虑债务人利益保护的现象。“与民法问题中的事实判断问题存在有真假之分不同,民法中的立法技术问题既没有真假之分,也没有对错之别,民法中的立法技术问题关键是看立法者设定的所欲实现的立法目标是什么。”<sup>(15)</sup> 因此,是否允许流质流抵,仅仅只是一个立法者的选择决断问题,并不直接决定公正与否。这也就是学者所批评的“从流质约款禁止立法方式看,与其说流质约款禁止是基于公平原因的考虑,不如说是立法技术的非科学性使然。”<sup>(16)</sup>

此外,不允许债务人在清偿期届满前便约定期满不能清偿债务则担保物归债权人所有、但却允许期满后约定担保物以“折价”的方式归债权人所有,对于赞成禁止流质流抵者的这一保护债务人、避免“债务人急迫”而受债权人剥削的立论,有学者并不以为然,指出:“因为债务人如果订定时急迫,到还款前也都可能急迫,如果抵押契约订定时需要保护,债权清偿前也需要保

(12)较为详尽论述,请参阅王明锁《禁止流质约款之合理性反思》,《法律科学》2006年第1期,第126-128页。

(13)前引〔9〕,谢在全书,第783页。

(14)蔡明诚《绝押契约禁止之问题》,《台湾本土法学杂志》2001年第7期,第147页。

(15)王轶《当前民法典编纂争议问题的讨论方法》,《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2018年第1期,第11页。

(16)刘俊《流质约款的再生》,《中国法学》2006年第4期,第101页。

护。”<sup>(17)</sup> 所以禁止流质流抵并不能与债务人保护划等号，对这一制度的规定更多反映的是立法技术问题，而非是否保护债务人的价值选择问题。

### (三) 禁止流质流抵与我国民商合一的立法理念相抵触

“与民法相比，商法对私法自治的追求有过之而无不及。”<sup>(18)</sup> 在我国民商合一的立法体例下，流质流抵是否合法，还涉及到民事立法是否照应了商法特殊性的问题。立法者既然秉持民商合一的立法理念，在编纂民法典时，必须时时谨记对商法独特性的照应，而不能将所有的法律行为模式皆以自然人之间的传统的交往方式为样本。如果民法典过于保守而对于商事实践的需求照顾不足，那么商事实务界便会另辟蹊径，通过商法学者去推动商法典的编纂，为商事活动争取到必要的法律空间。例如，由中国法学会商法学研究会于2015年6月组织起草并发布的《中华人民共和国商事通则立法建议稿》第26条便规定“在抵押、质押担保中，当事人可以约定债务人不履行债务的，抵押物、质物归抵押权人、质权人所有。”这一规定直接将民法学界存在较大争议的流质流抵制度予以了全面的合法化，而且根本不考虑任何公示与清算的条件。这一立法建议在民法学者看来过于激进，但却在很大程度上反映了商事实践的需求，“《商事通则立法建议稿》是商法学会集体劳动的产物，汇集了商法学界的集体智慧，也反映了商法学界最为关切、最为期盼的商事法律制度和理念，因此值得学界和立法机关在编纂民法典的过程中予以重视并进行参照、吸收。”<sup>(19)</sup>

如前文所述，与其他大陆法系国家(地区)的民事立法相比，我国对于流质流抵采取的是全面严格禁止的态度，不仅在物权法、担保法及其司法解释中反复规定流质和流抵皆为无效，而且还未规定营业质权，对于典当行业的流质权限严格限制在人民币三万元以内。商务部、公安部2005年颁发的《典当管理办法》第43条第2项规定“绝当物估价金额不足3万元的，典当行可以自行变卖或者折价处理，损溢自负。”而在典当行可以从事的动产质押、财产权利质押、房地产抵押等业务中，仅仅允许3万元以内的绝当额度，将导致绝大多数典当物品不能通过绝当的方式进行处理，而必须通过《物权法》规定的担保物权的实现方式来进行处理，这无疑是对典当行业的极大桎梏，因为“若不许流质，则需经质权之实行手续，当铺将不胜其繁而不愿从事，势将因此断绝社会大众资金筹措之源，自非大众之福。况此种营业质大抵受行政监督，理论上言应可防免流质所可能造成之弊害。”<sup>(20)</sup> 这也是学者一再呼吁《民法典物权编》应当增加规定营业质权的原因之所在。<sup>(21)</sup> 而在日本，虽然其民法典禁止流质而仅默许流抵，但其商法典却允许为商行为发生的债权提供担保而设立质权时，可以约定流质，“作为立法理由，它基于商行为的当事人在经济地位上不会有过大的悬殊，因此尊重商人之间自由交易的意思为妥当的判断。”<sup>(22)</sup>

在民法典的制度设计上，立法者应该通过一项制度尽可能多维持和彰显一些基本价值，而不是仅顾及其一、忽略其他。“流质禁止在维护法律的公平价值目标的同时，抛弃了法律的效率和自由价值目标；而流质许可却全面维护了法律的自由价值、效率价值，并兼顾了公平价值。”<sup>(23)</sup> 在需要设立担保的法律关系中，大多数情形都属于商事交易，当事人都是理性的、工于计算的商事主体，对自身的利益和处境有着充分的认识，对于担保物的价值也有着理智的估量，能够预料

(17) 谢哲胜 《流质(押) 契约自由与限制》，《台湾本土法学杂志》2005年第15期，第82页。

(18) 刘斌 《论我国民法总则对商事规范的抽象限度——以民法总则的立法技术衡量为视角》，《当代法学》2016年第3期，第105页。

(19) 孟强 《经由编纂民法典实现民商合一——兼评〈民法总则专家建议稿〉与〈商事通则立法建议稿〉》，《社会科学战线》2015年第12期，第219页。

(20) 谢在全 《民法物权论(修订五版)》(下册)，中国政法大学出版社2011年版，第1002-1003页。

(21) 具体论述，请参见前引〔1〕，王利明文，第18-20页。

(22) 前引〔7〕，〔日〕我妻荣书，第135页。

(23) 前引〔16〕，刘俊文，第100页。

正常的商业风险，因此并不需要立法者过多的介入。

因此，在我国既禁止流质又禁止流抵、不承认营业质权、对典当行业的绝当额度限制在3万元以内的背景下，法律无疑成为了市场主体意思自治和商事交易自由的极大的桎梏，而这既有违民法的自由和自治原则，也与民商合一的立法理念相冲突，因此亟需改变。

## 二、流质流抵与让与担保：司法实践中的不同命运

### （一）流质流抵与让与担保形异而质同

由于我国现行物权立法严格禁止流质流抵，在司法实践中，如果担保合同中直接做出了流质流抵的约定，则极有可能被法院认为是无效条款乃至无效合同。然而，如果流质流抵的约定是以让与担保等非典型担保形式出现的，却有可能被法院认定为有效。那么在大致相同的案情下，裁判结果出现了如此大的分野，就形成了同案不同判的结局。

当然，让与担保与流质流抵是否同其本质、为一回事，学界存在争议。有学者认为，让与担保与流质流抵是两种不同的担保方式，存在较大差别，因为“让与担保是先移转所有权，流担保则是后移转所有权。”<sup>(24)</sup>也有学者认为，让与担保以及回购协议以物抵债等都与流质流抵在实质上是一回事，“像流质合同的禁止根据回赎而摆脱法律一样，让与担保使流质抵押产生了相同的法律结果。在其他方面，代物偿还预约（临时登记担保），回赎，再买卖预约也全部产生流质抵押的结果。”<sup>(25)</sup>还有学者认为，让与担保可以分为清偿型让与担保和归属型让与担保两类，前者在债务不能清偿时，担保权人负有清算义务，后者则可以不经清算直接取得担保物，所以前者也被称为清算型让与担保，后者也被称为流质型让与担保。<sup>(26)</sup>

如果单从形式上看，让与担保确实与流质流抵存在差异，例如，让与担保是先将担保物的所有权移转到债权人名下，债务人能按期清偿的就可以主张担保物所有权的返还、不能清偿时就不归还，而流质流抵是先不移转担保物的所有权，只有当债务人不能清偿债务时才移转担保物所有权给债权人，两者移转担保物所有权的时间点不同。但如果从本质特征出发，就会发现让与担保在本质上其实是：在债务人不能清偿债务时，特定的担保物要归债权人所有。那么从这一本质特征来看，其与流质流抵条款并无差异。

### （二）司法实践倾向于否定流质流抵而认可让与担保

在司法实践中，如果当事人在合同中直接约定了流质流抵条款，则基本上都会被法院认定无效，被法院认定无效的理由主要包括：违反物权法和担保法关于禁止流质流抵的规定、违反物权法定原则、以合法形式掩盖非法目的、属于虚假意思表示或无真实法律关系，等等。

但如果当事人让合同中的流质流抵条款披上让与担保的外衣，则其命运很可能会迎来转变，因为不少司法机关对于让与担保等非典型担保形式持较为开明的态度，并不似对直接的流质流抵条款那么严格。有学者研究发现，“司法实践中，回购协议的效力分歧在于是否被认定为流质契约。若回购协议被认定为流质契约，则被认定为无效，反之则有效。”<sup>(27)</sup>对于让与担保形式下的流质流抵，广东高院一份判决书中的表述颇为典型，代表了不少省高级人民法院的类似态度：“本院认为，长城担保公司、国融公司与港丰集团公司是通过合同方式设定让与担保，并非创设一种单独的担保物权，形成的是在受契约自由和担保的经济目的双重规范下的债权担保关系。故

(24)前引〔4〕，黄健彰文，第44页。

(25)〔日〕近江幸治《担保物权法》，祝娅、王卫军、房兆融译，法律出版社2000年版，第139页。

(26)参见陈荣隆《让与担保之法律构造（上）——“最高法院”九十一年台上字第一一八零号判例评析》，《月旦法学杂志》2003年第5期，第216页。

(27)高圣平《论流质契约的相对禁止》，《政法论丛》2018年第1期，第73页。

在合同项下的当事人约定的相关权利义务内容只要不违反法律强制性规定和民法中的公序良俗原则，应尊重当事人的该项约定。”<sup>(28)</sup>

“当认定动产的让与担保有效时，是无法贯彻禁止流质契约的原则的。”<sup>(29)</sup> 对此，也有最高人民法院法官坦言 “实务中，规避流质契约的情形并不鲜见，而裁判者中与案例一持相同观点的也不在少数，导致我国法律对流质契约的禁止规定在实际民事交易活动中及相当部分的案件中流于形式，没有起到法律应有的效能。”<sup>(30)</sup> 在世界范围内，不少国家的民事立法和司法实践都已承认让与担保的效力，我国学界对于让与担保合法化的呼吁也一直强劲，司法机关已经受到了较多的影响，认可让与担保有效的不在少数。

但认可让与担保就会影响禁止流质流抵规定的实际施行效果，甚至引发另一个更大的问题，即：既然让与担保与流质流抵在本质上是相同的，甚至让与担保在成立之初就将担保物的所有权移转给债权人，而流质流抵只是在债务不履行时才将担保物的所有权移转给债权人，那么相比而言，让与担保显然对于债务人更为不利，但前者很可能被司法界允许而后者则绝不允许，如此绝非公平。所以，有学者一针见血地指出 “立法一方面禁止流质契约，实务见解却承认让与担保契约有效，二者显然矛盾。”<sup>(31)</sup> 这不仅造成法律制度之间的不公正待遇，也再次说明禁止流质流抵的不合理性。而通过《民法典物权编》来解决这一问题正逢其时，因为 “僵化的立法和现实的需求之间的断裂已经造成了司法裁判上的分歧，无法形成统一的解释结论，尚需经由立法解决——这也是此次民法典编纂所要面对的现实。”<sup>(32)</sup>

### 三、流质流抵对担保物权实现成本过高弊端之克服

#### (一) 担保物权法定实现方式的路径

允许流质流抵，最为突出的优势是极大地节约了担保物权实现的成本。而担保物权实现的时间成本、人力成本、经济成本过高，是我国现行担保物权制度运行中最大的弊端。根据《物权法》第195条和第219条的规定，担保物权的法定实现方式是协议折价或拍卖变卖担保财产。

一是协议折价。通过协议以抵押财产折价来清偿债务的方式表面上看起来有利于节省交易成本，能够较为快捷、便利地实现抵押权或质权，然而，欲实现协议折价，需要抵押人或出质人的高度配合才有可能，当债务人不能履行到期债务时，其往往会与债权人发生纠纷，此时债务人与担保物权人就担保物的价值确定就存在利益冲突，而且还有可能涉及其他债权人利益而被其他债权人向人民法院申请撤销折价协议、引发新的纠纷，因此，实践中协议折价的方式仅是“看上去很美”，实际运用其实并不多见。

二是拍卖变卖。通过向法院申请强制执行担保物，以拍卖、变卖抵押质押财产所得的价款优先受偿。这种方式实务中采用较多，具体实现的路径主要有三种：第一，在担保合同办理了强制执行公证的情况下，先向公证机关申请强制执行证书，然后再依据该强制执行证书向人民法院申请担保合同的强制执行。第二，在有仲裁协议的情况下向仲裁机关申请仲裁，再持仲裁协议向人民法院申请强制执行。第三，在没有强制执行公证和仲裁协议的情况下，根据《民事诉讼法》第196条、第197条的规定，担保物权人应当首先向担保财产所在地或者担保物权登记地基层人

(28)广东省高级人民法院(2015)粤高法民四终字第196号民事判决书。

(29)前引〔7〕，〔日〕我妻荣书，第135页。

(30)张爱珍《对禁止流质契约必要性的现实考量》，《人民司法·应用》2015年第11期，第89页。说明：引文中的“案例一”系指最高人民法院(2011)民提字第344号民事判决中的案例。

(31)前引〔17〕，谢哲胜文，第80页。

(32)前引〔27〕，高圣平文，第74页。

民法院提出实现担保物权的申请，人民法院受理申请后并裁定拍卖、变卖担保财产的，担保物权人再依据该裁定向人民法院申请执行。由此可见，以拍卖、变卖抵质押财产所得的价款优先受偿的方式实现抵押权或质权都要经过两个阶段，第一阶段是通过申请强制执行证书、申请仲裁或者申请实现担保物权法律程序取得执行依据，第二阶段是持执行依据向人民法院申请强制执行，由人民法院在执行程序中对担保物进行拍卖、变卖以获得价款。

通常情况下，担保物权法定实现方式需要经历的法律程序一般包括诉前保全、起诉、立案、文书送达、调解、判决、执行等，这一整套程序耗时可能长达两三年，当然具体情况需要结合各地区司法环境判断。如果在个案中出现了地方保护主义、地方领导干预、区域司法效率低下、债务人故意拖延、跨省查封等情况，实现程序的时间还会受到较大影响。对此，学者感叹“我国目前社会信用状况不佳，冗长的诉讼程序已令人望而却步。”<sup>(33)</sup>

## (二) 拍卖变卖方式的高额成本费用

如前所述，担保物权法定实现方式中运用较多的是拍卖变卖的方式。一般而言，以拍卖变卖的方式实现担保物权可能涉及的费用具体包括如下几方面：

第一，对于抵押权人或质权人，需要先行垫付向公证机关申请强制执行证书的费用、申请仲裁的仲裁费或向人民法院申请实现担保物权的诉讼费，以及先行垫付委托评估的费用。虽然这些费用最终会由抵押人或出质人即执行案件中的被执行人承担，但对于债权人最重要的还是时间成本。

第二，对于抵押人或出质人，还需要承担：由抵押权人或质权人先行垫付的向公证机关申请强制执行证书的费用、申请仲裁的仲裁费和向人民法院申请实现担保物权的诉讼费；由抵押权人或质权人先行垫付委托评估的费用；拍卖未成交或者非因拍卖机构的原因撤回拍卖委托情况下拍卖机构为本次拍卖已经支出的合理费用<sup>(34)</sup>；人民法院的执行费<sup>(35)</sup>；以及加倍支付的迟延履行期间的债务利息<sup>(36)</sup>。

第三，对于抵押物或质押物拍卖的竞买人而言，实践中还需承担拍卖佣金。人民法院作为拍卖的委托人，不会向拍卖公司支付佣金，根据《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》第32条的规定，拍卖未成交或撤回拍卖的，由被执行人负担拍卖机构已支出的合理费用，而拍卖成功的，则由买受人按拍卖成交价的比例向拍卖机构支付佣金。

第四，在常见的股权质押中，股权担保在实现时还会因为股权评估变价的困难而涉及一些特殊的交易成本。股权的价值在现实生活中往往具有波动性和不确定性，而我国目前对股权的评估作价缺乏明晰的规定，所以实践中一般需要委托有合法资格的专门机构进行评估作价，且可能涉及其他股东优先购买权的行使。在对有限责任公司股权进行处置时，由于标的公司的生产经营或者偿还债务能力可能不佳，往往寻找有意愿的股权买受人较为困难；涉及国有股权转让的需经审批，流程较长，为防止国有资产流失，对于竞买人、评估机构选择等审核均较为严格；涉及上市公司股权的，是否必须经过股权价值评估程序仍存在争议，非限售股等作为质押标的价值受到股票市场波动影响，限售股质押即便通过司法途径予以拍卖、变卖，竞买人竞买成功后仍需遵守相关限售期的限制，且证监会、交易所相关关于上市公司减持等行政法规、自律规则等规范性文件<sup>(37)</sup>对于时间、比例有较多限制性规定，法院在司法强制执行程序中对其效力的认定和适用在

(33)高圣平 《统一动产融资登记公示制度的建构》，《环球法律评论》2017年第6期，第82页。

(34)《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》第32条。

(35)《最高人民法院关于适用〈诉讼费用交纳办法〉的通知》第4条。

(36)《民事诉讼法》第253条、《最高人民法院关于执行程序中计算迟延履行期间的债务利息适用法律若干问题的解释》第1条。

(37)如证监会《上市公司股东、董监高减持股份的若干规定》(中国证监会公告201719号)等。



各地实践不一、存在争议，也为上市公司股权处置增加了难度和成本；涉及处置境外公司股权的，由于法律、司法体系的跨境特点，代理成本高昂、情形较为复杂，实践中的成功案例更少，结果的不确定性较大。

第五，对于全社会而言，采取以拍卖、变卖抵质押财产所得的价款优先受偿的方式实现抵押权或质权，实质上是将私主体之间的交易交由公权力机关去执行，这无疑需要占用较多的司法资源去参与到担保案件的受理与执行中去，这在当前案多人少的司法大环境下，也是一种本可避免的外部成本。

由上可见，采取以拍卖、变卖抵质押财产所得的价款优先受偿的方式实现抵押权或质权，不仅时间周期较长，而且要承担包括诉讼费、律师代理费以及时间成本、商业上机会成本、人力成本等在内的成本费用，而这种交易成本无疑是高昂的、会极大增加担保物权人的负担。

### （三）流质流抵对担保物权实现成本的降低

从上述担保物权按照法定途径实现时的巨大成本可以看出，禁止流质流抵对于当事人的利益影响极大，且影响的不仅是债权人的利益，对于债务人的利益影响同样重大。允许流质流抵，在债务人无法清偿债务时直接将担保物移转给债权人，能够避免诸多的实现程序和繁杂环节，无需司法机关的介入就可以使担保物权人实现对担保物的优先受偿之目的，极大地节省了在各类繁琐环节上的时间，也极大地节省了诸如公证、评估之类的各类费用成本，能够以快捷、低成本的方式实现担保物权，自然也就节省了当事人的心理成本，同时将私主体之间的交易交由当事人自行执行，也就节约了司法资源、降低了社会成本。

因此，如果立法允许流质流抵，当债务人期满不履行债务时，债权人得以直接取得标的物的所有权，不仅能够极大地强化质权和抵押权的担保功能，更能够极大地节省担保物权法定实现方式的高额成本。如此就能够促进交易的便捷高效，也能够更好地发挥担保物权的效用，这也符合市场经济的本质需求，能够促进市场经济的良性发展。

## 四、流质流抵的公示与清算

### （一）流质流抵条款应进行公示

流质流抵的条款约定对于债务人的其他债权人利益影响重大，因此应当对流质流抵约定进行公示，让第三人能够知晓担保物之上的权利负担状况，这也是晚近认可流质流抵立法例的通行做法，我国也应遵循这一做法。

我国《物权法》第187条对于在不动产和不动产用益物权之上设立的抵押权采取登记生效主义，要求“抵押权自登记时设立”；《物权法》第188条对于在生产设备、原材料、半成品、产品、交通运输工具等动产之上设立的抵押权则采取登记对抗主义，“未经登记，不得对抗善意第三人。”对于动产质权，《物权法》第212条亦采取交付生效主义，“质权自出质人交付质押财产时设立。”可见，我国《物权法》重视对第三人利益的保护，要求担保物权的设立进行公示，否则不能取得对抗第三人的效力，甚至在当事人之间都无法生效。

在此背景下，如果《民法典物权编》沿袭《物权法》的上述立法宗旨，允许流质流抵约定时，也会相应地要求对流质流抵条款进行公示。质权由于以移转占有为公示方式，对第三人而言较为直观，流质约定也同样伴随着质物的交付占有而进行了公示。抵押权既然以登记为公示方式，在当事人之间存在流抵约定时，也应当一并进行登记，才是有效的公示方式，否则无法取得对抗第三人的效力，“若流押契约未经登记，则仅于当事人间有其债权效力。”<sup>〔38〕</sup>我国2017年

〔38〕李兆环《两岸抵押权之比较与立法建议》，《财经法学》2017年第6期，第70页。

11月的《民法物权编(草案)室内稿》正是基于此种思路,其第191条强调流抵的约定“未经登记,不得对抗善意第三人。”因此,在后续《民法典物权编》草案中若能允许流质流抵,则也应保留对于流质流抵条款进行公示的要求,以实现当事人意思自治与善意第三人保护之间的利益平衡。流质流抵条款应分别以移转占有和进行登记为公示方法,就流抵条款而言,在具体操作上,可以由负责抵押登记的机构除了对抵押当事人、债务人的姓名或者名称、被担保债权的数额和登记时间等事项进行登记外,增加对流抵约定的记载。“我国目前的社会经济发展现状之下,构建基于互联网的完全电子化登记系统正合时宜。”<sup>(39)</sup>在登记系统电子化、互联网化的背景下,对于电子登记簿中内容的适量增加并不会造成登记成本的攀升,故在实践中是完全可行的。

## (二) 主张清算的举证责任应由担保人负担

当债务人的债务期满未能清偿时,根据其于债权人之间的流质流抵约定,债权人有权取得担保物所有权。但债权人此时是否负有清算义务,则存在一些争议。大多数学者认为在流质流抵实现时,债权人负有清算的义务,谢在全教授就指出“质权人与出质人在设定动产质权时,或于债权清偿期届满前,为届期为清偿,质物之所有权移属于质权人之约定者,为流质契约之约定,此项约定虽属有效,但质权人就质物之价值负有清算义务。”<sup>(40)</sup>但也有较为激进的观点,认为债权届期未获清偿的,债权人可以直接取得担保物所有权,并无须负担清算义务,同时直接消灭债务人的债务,因为“此时流质契约未必对债务人不利,因为债务人以流质契约换取有限责任,而担保物价值本有涨跌价的风险,担保契约订定时到债权届清偿日期间,担保物价值涨跌的风险,藉由双方此一约定即由债务人转移到债权人。”<sup>(41)</sup>笔者认为,完全取消债权人的清算义务未必妥当,因为如此可能导致流质流抵条款等同于营业质(典当)中的绝当。而典当行业受到特别法的调整,具有准入门槛限制、行业主管机关的严密监管等诸多方面的制约,相对较为规范,一般不存在对债务人严重不利的隐患,但普通债权债务之间的担保约定则缺乏此类监管,一旦放任自流,免除所有流质流抵中债权人的清算义务,则难免出现滥用流质流抵条款而侵害债务人利益的情形,故流质流抵条款中的债权人清算义务还是应当保留。

对担保权人课以清算义务,无疑是平衡债权人、债务人和第三人利益以取得公平效果的有益规则。但需要注意的是,理论与实践往往存在落差,尤其是诸如公平、公正、自由等宏大法律原则,要想在实践中切实发挥作用,必须辅以合理且精细的制度,否则宏大的法律原则不仅无法落地生根,甚至还会给当事人带来实质负担。因此,担保物所有权如何移转、清算义务应当由谁承担、由何方进行举证,便应当仔细斟酌,不可大而化之。对此,笔者认为清算义务的具体履行应遵循如下两项规则:

规则一:在债务期满未清偿时,根据流质流抵条款的约定,债权人直接取得担保物的所有权,得以请求登记机构变更抵押物的权属登记,或直接对质物的占有由他主占有变为自主占有。亦即,当流质流抵条件成就时,债权人得以直接取得担保物的所有权,而非必须诉诸法院请求确认其对担保物的所有权,因为“流押条款本是为了减少抵押权实行的成本,如果流押条件成就抵押权人无法立即取得所有权,而仍须藉由另次诉讼才能让债权人取得所有权,显然违反流押自由的立法意旨,也违反当事人订立抵押契约的本意。”<sup>(42)</sup>只有当担保人不配合履行变更登记或持有异议的,债权人或有异议的担保人才有必要诉请法院请求裁决。

规则二:债权人在流质流抵条件成就时虽然负有清算义务,但主张进行清算的举证责任应当由债务人或担保人负担。由于流质流抵设立时,债权人和债务人对于担保物的价值必然有相当之

(39)前引〔33〕,高圣平文,第77页。

(40)前引〔20〕,谢在全书,第1002页。

(41)前引〔17〕,谢哲胜文,第78页。

(42)谢哲胜《流押契约》,《月旦法学教室》2010年第12期,第13页。

估量，所以一般情形下债权人无需主动进行清算，否则，又将陷入各种评估和争议的泥淖之中，徒增诉累，在时间、金钱和心理成本攀升的过程中，将流质流抵的制度优势消耗殆尽。因此，应当将主张清算的举证责任配置给债务人和担保人一方，“质权人仅须确保质物之估算价值系属合理即为已足，出质人、债务人或其他债权人若争执其偏低或有不合理之情事者，应由其负证明之责。”<sup>(43)</sup> 也就是说，一般情形下，债权人无需对担保物进行清算，但债务人、担保人等利益相关者认为担保物价值明显高于所担保债权数额时，由他们负担举证责任，提供初步证据，债权人不能反证时便对担保物进行清算，并将清算结果告知对方当事人，将清算金额与债权数额进行结算，多退少补。

需要强调的是，无论是流质流抵条款的磋商订立之时，还是在履行过程之中，一旦出现债权人欺诈、胁迫等导致债务人或担保人意思表示不真实的情形的，债务人和担保人均可依据《民法总则》第147条至第152条的规定，主张流质流抵条款的撤销。这也是民法典对于流质流抵条款的总体制约和监督，为流质流抵条款中合法权益不当受损的当事人提供通畅的救济渠道。

在我国台湾地区十余年前启动“民法物权编”修改时，学者就曾辛辣地指出“对于不公平的流质契约，采取司法管制即可，不必在条文中为太多的限制，立法者自作聪明，但通常都不会比当事人聪明，其结果徒然影响契约的效率。”<sup>(44)</sup> 因此，必须认识到民法典是一个有机整体，各个制度之间能够相互联系和制约，故立法者大可不必过于拘泥于流质流抵制度本身而忘了放眼整部民法典，以至于忧心忡忡、举棋不定、踌躇不前，最后错失对物权法进行改革的良机！

## 结 语

“法律是市场经济一只可见的手，规范、引导、保障交易活动和竞争秩序。”<sup>(45)</sup> 民法典作为市场经济的基本法，应当紧密服务于我国市场经济的实际需求，对于市场经济的良性发展起到推动和促进作用，而不能起到限制和束缚的反作用。正在加紧制定中的民法典应当是我国市场经济发展的助推器，而不是桎梏。当前民法典分则各编的内容中，立法者对《物权法》的修改力度过小而导致物权编的内容过于保守，这也招来学者的严厉批评“这个物权编草案出来我很不满意，往前推进的非常有限。”<sup>(46)</sup> 诚如学者明察，“大陆法系诸国深受物权法定主义的影响，担保物权立法大多不能满足现实融资需要，在一定程度上限制了当事人的创新。”<sup>(47)</sup> 前车之鉴，后事之师，我们在编纂民法典时，对于外国法治的成果，应当取其精华、去其糟粕，更要铭记“取法于上，仅得为中，取法于中，故为其下”<sup>(48)</sup> 的古训，要注意到晚近立法例的变化和发展趋势，结合我国实际情况，认真对《物权法》中不合时宜的条款进行修改，将《民法典物权编》打造成为一部能够切实保护产权、促进交易、充满活力、指导未来的财产法领域的好法。

责任编辑：王国柱

(43)前引〔20〕，谢在全书，第1002页。

(44)前引〔17〕，谢哲胜文，第83-84页。

(45)王泽鉴《民法学说与判例研究》（重排合订本），北京大学出版社2015年版，第1512页。

(46)肖肖《崔建远：中国首部〈民法典〉正在编写，我对物权编很不满意》，[http://culture.ifeng.com/a/20180103/54787979\\_0.shtml](http://culture.ifeng.com/a/20180103/54787979_0.shtml)，2018年4月8日访问。

(47)前引〔33〕，高圣平文，第68页。

(48)[唐]李世民《帝范》卷四。