



规范冲突与规范选择: 后物权法时代的担保法律制度及其适用

吴光荣

摘要 《物权法》第178条根据“新法优先于旧法”的规则界定了《物权法》和《担保法》的适用关系,但应根据“特别法优于一般法”的规则处理《物权法》与《海商法》、《民用航空法》等法律之间的适用关系。此外,《物权法》关于最高额抵押的规定可准用于最高额保证。《物权法》实施后,在《物权法》未对《担保法》作实质修改的情形下,《担保法》及其司法解释仍有适用的空间,因此抵押物转让行为的效力应根据“担保法司法解释”进行判断。至于《物权法》能否适用于该法实施前的担保行为,则须根据《立法法》的规定区分不同的规定进行判断,不可一概而论。

关键词 物权法 担保法 司法解释 规范冲突

《物权法》通过并实施后,由于《物权法》虽然就担保物权作了全面的规定,但《民法通则》、《担保法》并未因此失效,加上《海商法》、《民用航空器》等法律中还存在大量关于担保的特别规定以及最高人民法院先后就担保问题出台过不少司法解释,因此我国民法关于担保的规定呈现出极为复杂的局面,各种规范冲突的现象层出不穷,给实践带了一定困扰。尽管我国《立法法》以及关于担保的相关法律已就规范冲突的处理进行了大量规定,但实践证明,这些规定并不足以解决担保领域的规范冲突,因此法官仍需运用法解释学的方法处理规范冲突与规范选择的问题。此外,由于最高人民法院至今未就《物权法》在时间上的效力问题发布相关司法解释,因此,在存在规范冲突的前提下,如何看待《物权法》在时间上的效力以及如何看待“担保法司法解释”在《物权法》通过后的适用空间,实践中也还存在不少困惑。职是之故,本文拟以规范冲突与规范选择为线索来讨论后物权法时代的担保法律制度及其适用问题,不当之处,还请方家不吝赐教。

一、《物权法》与其他相关法律的适用关系

我国《立法法》就相互冲突的法律之间的适用关系规定了三个基本规则,即“上位法优于下位法”、“新法优于旧法”以及“特别法优于一般法”。通常情形下,人民法院运用上述规则即可处理因法律冲突带来的规范冲突和规范选择问题。例如,尽管《民法通则》和《担保法》均就担保问题作出了规定,且均为全国人大及其常委会制定的法律,在法律位阶上一致,无论是根据“新法

优于旧法”,还是“特别法优于一般法”,在发生规范冲突时,都应适用作为新法和特别法的《担保法》,而不应适用作为旧法和一般法的《民法通则》。不过,由于我国的民事法律制度是在改革开放过程中逐步建立并完善的,而改革本身是一个“摸着石头过河”的过程,因此民事立法大多也采取“成熟一个,制定一个”的指导思想,往往是先就特殊领域先制定单行法,在条件成熟后再制定一般性法律。^①这样一来,在同一位阶的法律之间,就可能出现特别法是旧法,而一般法是新法的局面,一旦发生规范冲突,人民法院就难以根据上述《立法法》确立的三个规则解决规范选择的问题,因为适用“新法优于旧法”和适用“特别法优于一般法”的结果可能正好矛盾。为了解决这一问题,《立法法》第85条规定:“法律之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致,不能确定如何适用时,由全国人民代表大会常务委员会裁决。行政法规之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致,不能确定如何适用时,由国务院裁决。”可见,立法机关早已预料到适用“新法优于旧法”和适用“特别法优于一般法”存在冲突的可能性,并规定了相应的解决方案。

1994年《担保法》是为了配合当时的金融体制改革而制定的一部特别法,就包括担保物权在内的担保法律制度作了较为全面的规定。但是,由于改革开放初期的物权观念并不发达,虽然《民法通则》就财产所有权以及与财产所有权有关的权利作了一般性的规定,但大量一般性的物权制度(如不动产登记制度)都付之阙如,直至2007

[1]梁慧星:《中国民事立法评说:民法典、物权法、侵权责任法》,法律出版社2010年版,第5页。

年《物权法》的制定,关于物权的一般性规则才得以较为全面的确立。就此而言,相对于《物权法》关于物权的一般性规定,《担保法》关于担保物权的规定当属特别法,而相对于《担保法》,《物权法》又是新法,一旦发生规范冲突,就会出现适用“新法优于旧法”与适用“特别法优于一般法”在结果上不一致的情形。由于《物权法》与《担保法》的规范冲突较多,^[2]如果人民法院在遇到规范冲突时均根据《立法法》第85条的规定提交全国人大常委会裁决,就可能影响到大量具体案件的处理,因此《物权法》第178条明确规定:“担保法与本法的规定不一致的,适用本法”。可见,立法机关对于《担保法》与《物权法》存在的规范冲突,已明确采取“新法优于旧法”的规则处理,自无需再适用《立法法》第85条之规定。^[3]立法机关之所以采取“新法优于旧法”的规则处理《物权法》和《担保法》之间的关系,在笔者看来,主要原因是除了《物权法》关于物权的一般规定外,《物权法》关于担保物权的规定和《担保法》关于担保物权的规定在调整对象上大体一致,且无论从立法政策上还是从立法技术上看,《物权法》的规定都显得更加成熟、更加科学。也就是说,《物权法》规定担保物权既是法典化本身的需要,同时也是为了旨在废止《担保法》一些过时的规定,自然应采取“新法优于旧法”的规则,否则上述目的即无法达到。

值得注意的是,虽然《物权法》第178条就《物权法》与《担保法》的适用关系进行了明确规定,但并未就《物权法》与《海商法》、《民用航空法》等法律的适用关系作明确的规定。那么,《物权法》通过并实施后,一旦发生规范冲突,究竟是适用作为特别法的《海商法》、《民用航空

法》,还是适用作为新法的《物权法》?对此,一种意见认为,《物权法》第178条规定的“担保法”,不应理解为形式意义上的《担保法》,而应理解为实质意义上的“担保法”,因此也包括《海商法》、《民用航空法》等法律关于担保的规定。一言蔽之,就是也应根据“新法优于旧法”的规则来处理《物权法》与《海商法》、《民用航空法》等法律之间的适用关系。笔者对此持有异议,理由是《物权法》第8条已明确规定“其他相关法律对物权另有特别规定的,依照其规定”,可见立法者并未采取“新法优于旧法”的规则处理《物权法》与所有其他相关法律之间的适用关系,而是同时采用了“特别法优于一般法”的规则,考虑到《物权法》第8条和第178条所处的位置以及船舶抵押、航空器抵押的特殊性,无论是从文义解释的角度看,还是从体系解释和目的解释的角度看,都应将《物权法》第178条所称“担保法”理解为形式意义上的《担保法》,不包括《海商法》、《民用航空法》等法律中关于担保的规定。^[4]

尽管《物权法》第178条采取了“新法优于旧法”的规则处理《物权法》和《担保法》的适用关系,但由于《担保法》并未失效,因此《担保法》在《物权法》通过并实施后仍有适用的空间。这首先表现在《担保法》关于保证和定金的规定仍有适用余地,因为《物权法》仅就担保物权作了规定,而未涉及保证和定金。例如,尽管《物权法》第172条将独立担保限制在“法律另有规定”的范围,不允许当事人约定独立于主债权的担保物权,但由于该项规定仅针对担保物权,因此根据《担保法》第5条的规定,独立保证仍应可以由当事人以约定的方式设立。^[5]

[2]关于《物权法》与《担保法》之间的规范冲突与制度创新,可参见王闯:“冲突与创新——以物权法与担保法及其解释的比较为中心而展开”,载梁慧星主编:《民法法论丛》(第40卷),法律出版社2008年版。

[3]关于《物权法》第178条所采取的法律冲突处理规则,理论界存在争议。一种观点认为该条体现的是“上位法优于下位法”,理由是《物权法》是由全国人民代表大会通过的基本法律,而《担保法》是全国人大常委会通过的法律,二者在位阶上并不一样(参见陈龙业:“试论物权法实施后担保法相关条文的效力”,载杨立新、刘德权主编:《物权法实施疑难问题司法对策》,人民法院出版社2008年版;高圣平、罗蕾:“物权法与担保法适用的时间效力问题”,载《人民司法·应用》2010年第21期)。笔者认为,《宪法》规定全国人大常委会作为全国人民代表大会的常设机构,在全国人民代表大会闭会期间享有立法权。二者在立法权限和范围上虽有不同,但《宪法》和《立法法》并未规定全国人民代表大会通过的法律在效力上高于全国人大常委会通过的法律,故不能以“上位法优于下位法”的规则处理全国人民代表大会通过的法律和全国人大常委会通过的法律,否则就无法处理《民法通则》与《担保法》之间的适用关系,也无法处理《民法通则》与《侵权责任法》之间的适用关系,因为《担保法》和《侵权责任法》均是全国人大常委会在全国人民代表大会闭会期间通过的法律,而《民法通则》则是全国人民代表大会通过的法律,如果依据“上位法优于下位法”处理,则制定《担保法》和《侵权责任法》的意义将大打折扣。

[4]相同观点,参见高圣平、罗蕾:“物权法与担保法适用的时间效力问题”,载《人民司法·应用》2010年第21期。

[5]《担保法》第5条虽然允许当事人以约定的方式设立独立担保,但由于独立担保的风险较大且极易诱发欺诈,考虑到国内当事人的风险防范意识淡薄,因此《担保法》通过并实施后,最高人民法院通过判例将独立担保的适用范围限制在国际商事活动,不允许国内商事活动采取独立担保。近年来,随着国内当事人风险防范能力的提高,加上国内商事活动对独立担保的需求不断增加,最高人民法院已着手制定关于独立保函的司法解释,以便在控制风险并防止欺诈的同时,适当扩大独立保函的适用范围。关于《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定(征求意见稿)》,可登陆最高人民法院官网进入“公众互动”栏目查阅。



问题是,虽然《物权法》仅就担保物权作了规定,但是否意味着《物权法》的规定仅能适用于担保物权,完全不能适用于保证呢?笔者认为不可一概而论。如前所述,《物权法》较之《担保法》在立法政策和立法技术上更加成熟、科学,因此,如果适用《物权法》更有利于对当事人合法权益的保护并能在更大范围促进交易的开展,且立法者也并未刻意排除《物权法》对保证的适用,即可将《物权法》关于担保物权的规定类推适用于保证。以最高额担保为例,最高额抵押、最高额质押以及最高额保证在担保的主债权的范围、主债权的转让、主债权的确定等问题上具有共同性和类似性,虽然《物权法》仅就最高额抵押和最高额质押作了规定,但考虑到《物权法》在上述问题上的规定较之《担保法》更加科学,更有利于保障当事人的合法权益,也更有利于促进交易,故笔者认为《物权法》通过并实施后,人民法院应有意识地将《物权法》关于最高额抵押和最高额质押的规定类推适用于最高额保证,否则,就可能带来同样是最高额担保纠纷,依据《担保法》关于最高额保证的规定是一个结果,而依据《物权法》关于最高额抵押和最高额质押的规定又是一个结果,进而造成法律体系内部的失衡。

二、《担保法》及其司法解释的适用空间

尽管《物权法》关于担保物权的规定是在总结《担保法》之经验和教训的基础上制定的,但《担保法》是关于担保制度的专门法律,尤其是《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》(以下简称“担保法司法解释”)对《担保法》进行较大程度的发展的情形下,《担保法》及其司法解释较之《物权法》关于担保物权的规定显得更加全面而细致。在此背景下,即使在《物权法》通过并实施后,《担保法》及其司法解释不仅在保证和定金问题上有适用空间,在担保物权领域也有一定的适用空间,因为《物权法》第178条仅规定《物权法》与《担保法》不一致时,应适用《物权法》的规定,言下之意即是,在《物权法》与《担保法》并不冲突的情况下,《担保法》亦有适用之余

地,而人民法院在适用《担保法》时,自然就可以适用“担保法司法解释”。^[6]

问题是,如何判断《担保法》及其司法解释与《物权法》是否存在冲突呢?笔者认为,《物权法》通过后,人民法院适用《担保法》及其司法解释主要存在于以下两种情形:第一种情形是《物权法》与《担保法》及其司法解释均有规定,且在立法精神上的一致;第二种情形是《物权法》没有规定,但《担保法》及其司法解释有规定,且该规定与《物权法》规定的精神不冲突。显然,在《物权法》没有规定而《担保法》及其司法解释有规定的情形下,较易判断二者是否存在冲突,但在《物权法》与《担保法》及其司法解释均有规定的情形下,如何判断二者是否存在冲突,因涉及到如何看待司法解释的地位问题,常常容易引起误解。

以抵押物的转让为例,如果仅从文义上看,《担保法》第49条似旨在通过限制抵押物的转让保护抵押权人的利益和受让人的交易安全,而“担保法司法解释”第67条则主要通过赋予抵押权以追及效力保护抵押权人的利益并通过物权公示制度保护受让人的交易安全,未对抵押物的转让进行限制。“担保法司法解释”的这一规定虽然遭致部分学者的批评,认为这一规定导致“担保法司法解释”与《担保法》发生冲突,有突破立法的嫌疑,但就科学性而言,这一规定却获得理论界和实务界的一致认可,因为通过赋予抵押权以追及效力对抵押权人并通过物权公示制度对受让人的交易安全进行保护,更加符合物权的法理,也更有利于标的物的充分利用。^[7]从《物权法》第191条的文义看,尽管该条在表述上与《担保法》第49条稍有不同,但似乎也是采取限制抵押物的转让来保护抵押权人的利益和受让人的交易安全,因而与《担保法》第49条基本一致。由此带来的问题是,在《物权法》通过并实施后,究竟如何认定抵押物转让行为的效力呢?对此,多数学者认为,由于《物权法》第191条与“担保法司法解释”第67条存在冲突,故应适用《物权法》第191条认定未经抵押权人同意之抵押物转让行为无效。^[8]笔者对上述意见持有

[6]一种意见认为,即使在《担保法》与《物权法》规定一致时,《担保法》也没有适用的空间,理由是:无论是根据“上位法优于下位法”还是根据“新法优先于旧法”,《物权法》关于担保物权的规定都应优先适用,因为自《物权法》实施后,《担保法》的相应规定自然废止,相应担保关系只能受《物权法》规定的调整(参见高圣平、罗蕾:“物权法与担保法适用的时间效力问题”,载《人民司法·应用》2010年第21期)。笔者认为,认定《担保法》的相应规定因《物权法》的实施而自然废止既无法律依据,也与《物权法》第178条的文义不符,尤其是在最高人民法院未就《物权法》关于担保物权的规定发布司法解释的背景下,承认《物权法》与《担保法》的规定一致时《担保法》仍有适用的空间,便可为“担保法司法解释”的适用提供条件,因为“担保法司法解释”是对《担保法》的解释,只有承认《担保法》关于担保物权的规定在《物权法》实施后仍然有效,“担保法司法解释”才有适用之可能。

[7]王闯:“冲突与创新——以物权法与担保法及其解释的比较为中心而展开”,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第40卷),法律出版社2008年。

[8]参见梁慧星、陈华彬:《物权法》(第4版),法律出版社2007年版,第318页;王利明:《物权法》(修订版·下册),中国人民大学出版社2007年版,第465-466页;崔建远:《物权法》(第2版),中国人民大学出版社2009年版,第40页。

异议,认为在《物权法》通过并实施后,关于抵押物转让行为的效力,仍应根据“担保法司法解释”第67条进行认定,理由是:从文义上看,“担保法司法解释”第67条确与《担保法》第49条不一致,这是因为最高人民法院在对《担保法》第49条进行理解时采取的不是文义解释,而是在借鉴其他国家相关规定的基础上,综合采取体系解释、目的解释等多种解释方法获得的结论。也就是说,最高人民法院就《担保法》发布的司法解释仅代表最高司法机关对《担保法》相关规定的理解,并非制定新的法律,因此仅存在理解是否正确的问题,而不存在司法解释与所解释的法律相互冲突的问题,更不存在越权立法的问题。就此而言,只要《担保法》仍然有效,“担保法司法解释”也应认定有效,除非最高人民法院就相关问题出台新的司法解释。就抵押物的转让而言,我们在判断“担保法司法解释”是否仍有适用的空间时,不应将“担保法司法解释”的规定与《物权法》的相关规定进行文义上的对比,而应将《担保法》与《物权法》进行比较,如果《物权法》未对《担保法》进行实质意义上的修正,根据《物权法》第178条的规定,《担保法》就仍有适用之余地,相应地,“担保法司法解释”也仍有适用的余地。在《担保法》已就抵押物转让行为的效力有明确规定的情形下,最高人民法院尚且运用多种法律解释方法认定《担保法》第49条并未限制抵押权人转让抵押物,在《物权法》未就抵押物转让行为的效力设明确规定的情形下,最高人民法院自然也可以采取相同的解释方法认定《物权法》第191条并未对抵押物的转让进行限制。也就是说,虽然《担保法》与《物权法》在表述上稍有差异,但由于《物权法》第191条并未实质性的修正《担保法》第49条,因而不仅《担保法》第49条仍有适用的空间,而且“担保法司法解释”第67条也就有适用之余地。^[9]就此而言,在最高人民法院就相关问题出台新的司法解释之前,“担保法司法解释”第67条不仅代表最高人民法院对《担保法》第49条的理解,也应代表最高人民法院对《物权法》第191条的理解。

总之,笔者认为,“担保法司法解释”是最高人民法院在广泛借鉴其他国家担保法律制度的基础上总结《担保法》实施后的实践经验并采取多种解释方法对《担保法》所作的理解,不仅内容丰富,其科学性也经受了理论和实践的检验。《物权法》虽然大量吸收了“担保法司法解释”的成果,但因受各种主客观条件的限制,并未能就“担保法司法解释”涉及到的问题一一进行规定。^[10]在此背景下,人民法院在处理《物权法》实施后的担保纠纷时,由于最高人民法院至今未就《物权法》关于担保的规定发布新的司法解释,因此,如果认为“担保法司法解释”的规定更有利于保护当事人的权益并实现物尽其用的原则,就应采取解释的方法尽量缩小《担保法》与《物权法》之间的冲突和差异,以便能够在适用《担保法》的同时适用“担保法司法解释”来处理相关案件。正如德国学者拉德布鲁赫所言,法律就像一艘出航的船,虽由领航者引导出港,但在海上则由船长指导,循其航线而驶,不受领航者之支配,否则将无以应对惊涛骇浪,变色之风云。^[11]就前述抵押物转让问题而言,最高人民法院突破文义解释的局限将物权的追及效力运用于这一问题的解决,获得理论界与实践界的广泛赞誉,不能仅仅因《物权法》简单沿袭《担保法》的规定就一举推翻已经达成的共识并将这一问题的解决留待今后《物权法》的修改去完成。^[12]在最高人民法院未就此问题出台新的司法解释之前,人民法院在审理相关案件时,即应采取法律解释方法尽量消除《物权法》第191条和《担保法》第49条之间的冲突,从而为“担保法司法解释”第67条的适用提供足够充分的空间。^[13]

三、《物权法》关于担保的规定在时间上的效力

尽管《物权法》在主要内容上与《担保法》及其司法解释的规定并无冲突,但也存在不少重要修正和制度创新的规定,例如《物权法》关于担保合同与担保物权变动相区分的规定就是对《担保法》及其司法解释将登记、交付作为担保合同生效要件之否定,而《物权法》关于动产

[9]更为详细的论证过程,可参见刘贵祥、吴光荣:“论未经抵押权人同意之抵押物转让的效力”,载《比较法研究》2013年第5期。

[10]陈龙业:“试论物权法实施后担保法相关条文的效力”,载杨立新、刘德权主编:《物权法实施疑难问题司法对策》,人民法院出版社2008年版。

[11][德]G·拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,法律出版社2005年版,第114-115页;王泽鉴:《法律思维与民法实例》,中国政法大学出版社2001年版,第217-218页。

[12]《物权法》通过并实施后,不少学者对《物权法》第191条提出批评,认为从立法论的角度看这一规定是不科学的,但同时认为在法律修改前或者新的司法解释出台前,只能坚持这一规定。参见崔建远:《物权法》(第2版),中国人民大学出版社2009年版,第463页;许明月:“抵押物转让制度之立法缺失及其司法解释补救——评《中华人民共和国物权法》第191条”,载《法商研究》2008年第2期。

[13]王利明教授最近亦撰文指出,即使《物权法》第191条采取了限制抵押物转让的观点,也应通过法律解释的方法以及相应的配套制度予以完善,确认抵押人作为财产所有人享有自由订立抵押财产转让合同的自由并承认转让合同的效力。参见王利明:“抵押财产转让的法律规制”,载《法学》2014年第1期。



浮动抵押、应收账款质押等担保物权的规定则是对《担保法》及其司法解释的创新和发展。在《物权法》与《担保法》及其司法解释存在规范冲突的领域,根据《物权法》第178条的规定,《物权法》的规定自然应得到优先适用。问题是,在《物权法》通过并实施后,因《物权法》实施后的担保行为发生的担保纠纷,自应适用《物权法》的规定,但是因《物权法》实施前实施的担保行为发生的担保纠纷,是否也应适用《物权法》的规定呢?这就涉及到《物权法》关于担保的规定在时间上的效力,即《物权法》的溯及力问题。

在讨论《物权法》关于担保物权的規定在时间上的效力之前,笔者想先简单回顾一下最高人民法院关于《担保法》是否具有溯及力的态度。关于《担保法》实施前发生的担保行为,是否可适用《担保法》的规定,最高人民法院曾数次发布司法政策和司法解释。例如最高人民法院于1995年8月30日发布的《关于认真学习、贯彻票据法、担保法的通知》规定:“对在《票据法》、《担保法》施行以前所发生的票据行为、担保行为,应当适用该行为发生时的有关规定;如果行为发生时没有规定的,可参照《票据法》、《担保法》的规定。”可见,根据这一司法政策,《担保法》原则上没有溯及力,但例外情形下可供参照适用,而所谓例外情形,就是“行为发生时没有规定”。不过,制定于2000年的“担保法司法解释”却没有承认《担保法》的溯及力,因为该解释第133条第1款明确规定“担保法施行以前发生的担保行为,适用担保行为发生时的法律法规和有关司法解释”。2002年最高人民法院发布《关于涉及担保纠纷案件的司法解释的适用和保证责任方式认定问题的批复》似又认为《担保法》不仅可以适用《担保法》实施后的担保行为,也可以适用于《担保法》实施后的担保纠纷,这就意味着担保行为可以发生在《担保法》实施之前。不过,为防止因承认《担保法》的溯及力给当事人的交易安全带来影响,该批复特别指出“担保法生效之前订立的保证合同中保证责任方式没有约定或者约定不明的,应当认定为一般保证”。可见,关于《担保法》是否存在溯及力,最高人民法院并未给出明确答案。

在笔者看来,这是因为《担保法》既涉及担保物权的种类、内容、变动与行使等,也涉及到担保合同的成立、生效等。由于担保物权是具有对抗第三人效力的绝对权,故不宜承认《担保法》的溯及力,否则就可能给第三人的交易安全带来不利影响,而担保合同原则上仅涉及缔约双方当事人的利益,考虑到《担保法》关于担保合同的规定较之以前的法律和司法解释更加全面,如果一概否定《担

保法》的溯及力,又可能不利于对当事人的合法权益进行全面保护。事实上,同样的纠结也存在于是否承认《物权法》的溯及力问题上,因为《物权法》关于担保的规定虽然主要涉及担保物权之种类、内容、变动和行使等,但也存在涉及担保合同成立、生效等问题的规定。那么,对于《物权法》实施前的担保行为,《物权法》是否仍有适用的余地呢?笔者认为,由于《立法法》第84条在規定法不溯及既往原则的同时,也规定特殊情形下可赋予法律有限的溯及力,即“为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作的特别规定除外”,因此对于《物权法》是否具有溯及力的问题,应区分《物权法》的内容进行判断,不可一概而论。

首先,就《物权法》关于担保物权之种类和内容的規定而言,由于《物权法》第5条明确规定“物权的种类和内容,由法律和行政法规規定”,即采取所谓物权法定原则,因此对于《物权法》实施前的担保行为,原则上不应承认《物权法》的溯及力,否则即可能损害到第三人的交易安全。例如《担保法》未明确规定应收账款质押,如果当事人因《物权法》实施前的应收账款质押发生争议,自不能适用《物权法》的规定进行处理。不过,值得注意的是,随着物权法定原则趋于缓和,法律、行政法规没有規定的担保物权(如让与担保)尚且有可能得到法院的认可,《物权法》关于担保物权之种类和内容的規定是否一概不能适用于该法实施前的担保行为,也还值得进一步讨论。笔者认为,物权法定原则旨在保护第三人的交易安全,只要不损害第三人的交易安全,即使对于《物权法》实施前的担保行为,《物权法》关于担保物权之种类和内容的規定,也应存在参照适用的空间。例如当事人在《物权法》实施前签订了应收账款质押的合同,并在《物权法》实施后在信贷征信机构办理了出质登记,自不应以签订质押合同的行为发生在《物权法》实施之前而否定质权设定的效力。

其次,就《物权法》关于担保物权的设立和行使而言,考虑到《物权法》的規定更加成熟、科学,多数情形下更有利于保护当事人的合法利益,故原则上应赋予《物权法》以溯及力。例如《担保法》第34条例举了可用于抵押的财产,而《物权法》第180条則規定当事人可在法律、行政法规未禁止抵押的财产上设立抵押权,显然较之《担保法》的規定更有利于物尽其用原则的实现,因此,即使当事人在《物权法》实施前以法律没有明确例举的财产进行抵押,只要法律、行政法规没有禁止该财产进行抵押,就应认定该财产可用于设定抵押权。例如当事人在《物权法》实施前以海域使用权设定抵押,只要满足

《物权法》规定的物权变动要件,就应认定抵押权设定的效力。再如《物权法》关于抵押权的行使(《物权法》第195条)以及最高额抵押权所担保之债权的转让(《物权法》第204条)和确定(《物权法》第206条)较之《担保法》的相关规定更加科学、合理,即使对于《物权法》实施前设立的担保物权,也应有适用的余地。不过,需要特别强调的是,就《物权法》关于担保物权的设立与行使而言,赋予其具有溯及力应以更加有利于保护当事人的合法权益为前提,如果《物权法》的规定并没有强化对当事人合法权益进行保护,甚至进一步限制了对当事人的权利,则不能赋予《物权法》以溯及力,否则就会害及当事人的交易安全。例如《物权法》关于有限责任公司股权质押的设立以在工商行政管理部门办理出质登记为条件,而《担保法》关于有限责任公司股权质押的设立则以记载于股东名册为条件,二者仅在公示方法的选择上不一致,不应理解为《物权法》旨在强化对当事人合法权利的保护,自不能赋予《物权法》对该法实施前的担保行为具有适用余地,否则,即可能影响到当事人的交易安全。再如《物权法》规定抵押权人应在主债权诉讼时效期限内行使抵押权,而“担保法司法解释”则规定抵押权人可在主债权诉讼时效届满后两年内行使抵押权,可见《物权法》不仅没有强化对抵押权人的保护,反而进一步限制了抵押权人行使抵押权的期间,故不宜赋予《物权法》的这一规定以溯及既往的效力。

最后,就《物权法》涉及担保合同之成立和生效的规定而言,应类推适用《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》”(以下简称“合同法司法解释(一)”)第3条的规定,有条件地赋予《物权法》相关规定以溯及既往的效力。“合同法司法解释(一)”第3条规定:“人民法院确认合同效力时,对合同法实施以前成立的合同,适用当时的法律合同无效而适用合同法有效的,则适用合同法。”同理,笔者认为,《物权法》实

施后,人民法院确认担保合同的效力时,对《物权法》实施前成立的担保合同,适用当时的法律合同无效而适用《物权法》合同有效时,即应适用《物权法》的规定。例如《担保法》第41条规定“当事人以本法第42条规定的财产抵押的,应当办理抵押物登记,抵押合同自登记之日起生效”,系将办理抵押登记作为抵押合同的生效要件,混淆了抵押权的设立与抵押合同的关系,即没有区分原因行为与物权变动,从而造成实践中当事人签订抵押合同后抵押人违反诚实信用原则不办理抵押登记的事件频发,严重影响当事人的交易安全。无论是“担保法司法解释”,^[14]还是“合同法司法解释(一)”,^[15]都未能全面解决这一问题,直至《物权法》实施,这一问题才最终获得彻底解决。根据《物权法》的相关规定,抵押登记仅仅是抵押权设定的要件,而不是抵押合同的生效要件,当事人没有办理抵押登记,仅仅影响抵押权的设定,但不应影响抵押合同的生效,故抵押人在签订抵押合同后不协助办理抵押登记,即违反了抵押合同的约定,自应承担相应的违约责任。可见,通过类推适用“合同法司法解释(一)”第3条的规定,赋予《物权法》相关规定以溯及既往之效力,不仅有利于强化对当事人交易安全进行保护,而且也有利于诚信市场秩序的建立。

总之,就《物权法》关于担保的规定是否有溯及力的问题而言,应区分不同的规定而采取不同的措施:关于担保物权之种类和内容的规定原则上不具有溯及力,但在不影响第三人交易安全的前提下可以例外允许溯及既往;关于担保物权之设立和行使的规定,如果担保行为发生时《担保法》及其司法解释无相应规定或者《物权法》的规定较之《担保法》及其司法解释的规定更加有利于对当事人合法权益的保护,则《物权法》的规定可供参照适用;至于担保合同之成立和生效的规定,则应类推适用“合同法司法解释(一)”第3条。

(作者单位:国家法官学院)

[14]“担保法司法解释”第56条第2款规定:“法律规定登记生效的抵押合同签订后,抵押人违背诚实信用原则拒绝办理抵押登记致使债权人受到损失的,抵押人应当承担赔偿责任。”根据这一规定,在抵押人拒绝办理抵押登记时,债权人既不能请求抵押人承担担保责任,也不能请求抵押人承担协助办理抵押登记等违约责任,而只能向抵押人主张赔偿责任。可见,从法律性质上看,该责任是缔约过失责任,且以抵押人违反诚信原则为前提,因此对债权人的保护是有限的。

[15]“合同法司法解释(一)”第9条规定:“依照合同法第44条第2款的规定,法律、行政法规规定合同应当办理批准手续,或者办理批准、登记等手续才生效,在一审法庭辩论终结前当事人仍未办理批准手续的,或者仍未办理批准、登记等手续的,人民法院应当认定该合同未生效;法律、行政法规规定合同应当办理登记手续,但未规定登记后生效的,当事人未办理登记手续不影响合同的效力,合同标的物所有权及其他物权不能转移。”可见,该司法解释虽然已初步确立了原因行为与物权变动相区分的原则,将登记作为物权变动的要件而非合同生效的要件,但同时规定区分原则的适用以法律、行政法规未规定合同登记后生效为条件。由于《担保法》第41条明确规定“抵押合同自登记时生效”,因此,根据上述司法解释,不能适用区分原则。