

民法典物权编担保物权制度的完善

程 啸*

摘要: 未来我国民法典物权编应维持现有的担保物权体系, 不应将非典型担保纳入其中。担保物权人的优先受偿权不应随意遭受贬损。担保物权总则的内容应当予以完善, 剔除那些并非担保物权共通规则的内容, 增加对担保物权不可分性的规定, 将担保物权人物上代位权界定为法定债权质权, 允许当事人约定担保物权的存续期间, 明确担保物权因主债权诉讼时效届满而消灭, 并认可混合共同担保中担保人之间的追偿权。就抵押权的完善而言, 应当允许民办学校、幼儿园或医院以教育设施、医疗卫生设施等抵押, 规定抵押权的效力及于抵押财产的从物、添附物, 认可流押契约的效力, 完善抵押权与租赁权的冲突规则, 增加对共同抵押权的规定。未来我国民法典物权编应当增加金钱质押的规定, 明确票据和仓单质权的设立要件及界定应收账款的范围, 明确规定特定情形下债务人消灭留置权的权利, 明确留置物被抵押时留置权也优先于抵押权, 缩短债权人给予债务人的宽限期限。

关键词: 民法典 物权编 担保物权 抵押权 质权 留置权

自1987年1月1日施行的我国《民法通则》初步建立担保物权制度以来, 经由《担保法》、《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《担保法解释》)以及《物权法》的不断丰富和改进, 迄今为止我国已确立了一套较为完善的担保物权制度。当前, 我国正在抓紧编纂民法典。2017年3月15日《民法总则》已由十二届全国人大五次会议审议通过, 根据最高立法机关的安排, 2020年3月将民法典各分编一并提请全国人民代表大会会议审议通过, 从而形成统一的民法典。编纂民法典既非制定完全不同的、一部新的民事法律, 而是要对现行分别规定的民事法律规范进行科学整理, 也非简单的法律汇编, 而是要消除现有法律规定的矛盾和冲突, 去除其中重复繁琐的内容, 还应对不适应现实情况的规定加以修改完善, 就社会经济生活中新情况、新问题作出有针对性的新规定。⁽¹⁾从这个思路出发, 对我国现行法上建立的担保物权制度进行系统、整体的研究与反思, 并提出有针对性的立法建议, 对于我国民法典物权编的编纂极为必要。故此, 本文就我国民法典编纂时担保物权制度的完善作一初步探讨, 并提出相应的立法建议, 以供参考。

一、非典型担保与民法典中的担保物权体系

我国现行法上已经建立以抵押权(一般抵押与最高额抵押)、质权(动产质权与权利质权)以及留置权为基本类型的担保物权体系。在此体系内, 为了充分发挥物的效用和担保物权的功能《物权法》通过扩张担保财产的范围, 极大地丰富了抵押权、质权的形态。一方面, 除非法律、行政法规禁止抵押

* 清华大学法学院教授, 法学博士。

(1) 第十二届全国人民代表大会常务委员李建国《关于〈中华人民共和国民法总则(草案)〉的说明》, 2017年3月8日在第十二届全国人民代表大会第五次会议上。

的财产,任何财产都可以抵押(《物权法》第184条第6项)。现行法上抵押权的客体不限于不动产,还包括了建设用地使用权、农村土地承包经营权等不动产权利以及机器设备、原材料、机动车、船舶、民用航空器等动产(《物权法》第180条)。由此可见,我国法上的抵押权类型非常丰富,既包括不动产抵押权,又包括动产抵押权与权利抵押权。即便是不动产抵押权,在我国法上也不限于已经建造完并办理了所有权首次登记的建筑物,还包括在建建筑物抵押即以正在建造的建筑物为标的设立的抵押权(《物权法》第180条第1款第5项)。至于动产抵押权,《物权法》不仅允许以正在建造的船舶、航空器进行抵押(第180条第1款第5项),还通过吸收借鉴普通法上的动产浮动担保制度,创设了动产浮动抵押,使得企业、个体工商户、农业生产经营者能以“现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品”进行抵押(《物权法》第181条)。另一方面,就权利质权而言,《物权法》极大地扩张了可以质押的权利范围,不仅允许出质人以证券化债权(票据、债券)、股权、知识产权中的财产权等出质,还允许以可以转让的基金份额和没有证券化的债权(即应收账款)等设立权利质权(第223条)。

《物权法》所确立的担保物权体系及在此框架内丰富发展出来的各种担保物权类型,有利于担保物权功能的发挥,促进我国经济社会发展。然而,随着我国市场经济规模的不断扩大,为满足民事主体尤其是中小企业不断增加的融资和担保的需求,实践中出现了大量的当事人基于合同创设的新型担保方式,这些担保方式与法律规定的担保方式(典型担保)尤其是担保物权有所不同,被称为“非典型担保”。其主要特征在于:一方面,担保财产多为具有一定经济价值的权利,如以商铺租赁权、出租车经营权、理财产品、银行账户等作为担保财产;⁽²⁾另一方面,非典型担保是当事人基于意思自治而透过合同所创设的,其中最常见的是转移所有权型的担保,也称让与担保。例如,债务人与债权人之间成立了一个借款合同,后又签订一个债务人将房屋出售给债权人的房屋买卖合同,并约定如果债务人到期不能偿还借款,则该借款及相应的利益转为购房款,房屋所有权归属债权人。⁽³⁾

在我国编纂民法典时,应否将这些非典型担保也纳入物权编中作为新型的担保物权,存在争议。肯定说认为,非典型担保尤其是让与担保,应成为一类独立的担保物权。早在十余年前起草《物权法》时,就有学者持这种观点,其主要理由在于我国房地产市场中的按揭购房就属于让与担保。⁽⁴⁾还有学者认为,司法实践中存在的以商品房买卖合同为借贷合同进行担保的新型担保形式是一种正在形成的习惯法上的非典型担保物权,我国民法典应当确认并加以规范。⁽⁵⁾否定说认为,非典型担保尤其是让与担保不应纳入到我国民法典的担保物权体系当中。一方面,在维系担保物权的定限性之下,如果植入一个所有权权能残缺的让与担保制度,不仅与所有权的整体性相矛盾,破坏了物权体系的完整性,而且使得该担保制度与其他担保物权制度在逻辑上难以协调。⁽⁶⁾另一方面,我国现有动产抵押制度也使得引入让与担保尤其是动产让与担保完全没有必要。至于以我国房地产市场的按揭作为引入让与担保,则显属误解。因为房地产市场的按揭实际上就是预售商品房抵押担保与保证担保组合而成的,其法律构造与让与担保完全不同。⁽⁷⁾

担保是一个范围非常广的概念,不仅是担保物权具有担保的功能,而且其他任何能够合法督促债务人履行债务进而保障债权实现的方式,都属于担保。因此,在遵循意思自治的原则下,当事人透过合同创设出来的新型担保方式是顺理成章的事情。然而,并非实践中的新型担保方式都能够被纳入

(2) 陈本寒《新类型担保的法律定位》,载《清华法学》2014年第2期,第88-89页。

(3) 参见《朱俊芳与山西嘉和泰房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷案》,载《中华人民共和国最高人民法院公报》2014年第12期。

(4) 梁慧星主编《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776页。

(5) 参见杨立新《后让与担保:一个正在形成的习惯法担保物权》,载《中国法学》2013年第3期,第74页。

(6) 高圣平《民法典中担保物权的体系重构》,载《法学杂志》2015年第6期,第44页。

(7) 高圣平、张尧《中国担保物权制度的发展与非典型担保的命运》,载《中国人民大学学报》2010年第5期,第97页。

到物权法中成为一类独立的担保物权。笔者认为,在判断某一类非典型担保能否被规定为民法典物权编作为一类担保物权时,首先要考虑的是,这种担保方式能否通过解释为现行法所容纳。倘若回答是肯定的,则没有必要作为立法上所确认的一类独立的担保类型。如果确实是现行法所不能涵盖的新型担保,在决定将此类担保纳入民法典物权编定型化担保物权时,也必须考虑该担保方式是否创设了一类新的物权类型,有无独特的物权内容及相应的公示方法。否则,不应当作为担保物权加以规定,可交由民法典合同编加以调整规范。

以上述标准考察我国现实生活中出现的各类非典型担保就可以发现,没有一个能够满足的。例如,所谓银行账户质押原本就是特定化金钱的质押,并非什么新的担保方式。而以商铺租赁权、公用事业收费权、污水处理项目收益权为标的的担保,不也就是现行法已明文规定的应收账款质押?⁽⁸⁾再如,前述名为房屋买卖实为借款的买卖型担保,其原理仍是“基于契约自由的方式,根据所有权的变动,以达到债权担保的经济目的”,⁽⁹⁾本身并未创设新的物权类型,也未新设物权的内容,与物权法定原则并不冲突,完全可以根据现行法对其解释。事实上,理论界与实务界对此类担保的巨大争议也只是表现为法解释之争,即究竟能否将此种担保方式中的房屋所有权转移解释为流押契约,⁽¹⁰⁾抑或将当事人签订的房屋买卖合同解释为虚伪的意思表示,⁽¹¹⁾抑或将该房屋买卖合同解释为当事人基于意思自治而达成的附条件的以房抵债协议。⁽¹²⁾

需要特别讨论的问题是,民法典物权编中应否规定动产让与担保。所谓让与担保,就是指债务人或第三人为担保债务的履行,将作为担保物的动产的所有权移转给担保权人,债务清偿后,该担保物应返还给债务人或第三人;债务不获清偿时,担保权人得就该担保物受偿的一种担保形式。一种观点认为,动产让与担保的功能在我国完全可以通过《物权法》与《合同法》明文规定的动产抵押和动产所有权保留加以替代,没有单独规定的必要。⁽¹³⁾另一种观点认为,未来我国民法典物权编中应当既规定动产抵押,也规定动产让与担保。⁽¹⁴⁾主要理由在于,让与担保交易中,在其所担保的债权消灭之时,债权人仍保有担保物的所有权,只是负有返还义务;其实现方式可以避免质权及抵押权实现程序的呆板、繁琐,依当事人之意思确定标的物的变价方法,可以估定担保价值。虽然我国《民事诉讼法》增设“实现担保物权案件”特别程序,该程序的展开以当事人之间没有实体权利义务争议为前提,但现

(8) 参见最高人民法院第53号指导案例。2017年10月25日中国人民银行修订通过的《应收账款质押登记办法》第2条规定“本办法所称应收账款是指权利人因提供一定的货物、服务或设施而获得的要求义务人付款的权利以及依法享有的其他付款请求权,包括现有的和未来的金钱债权,但不包括因票据或其他有价证券而产生的付款请求权,以及法律、行政法规禁止转让的付款请求权。本办法所称的应收账款包括下列权利:(一)销售、出租产生的债权,包括销售货物,供应水、电、气、暖,知识产权的许可使用,出租动产或不动产等;(二)提供医疗、教育、旅游等服务或劳务产生的债权;(三)能源、交通运输、水利、环境保护、市政工程等基础设施和公用事业项目收益权;(四)提供贷款或其他信用活动产生的债权;(五)其他以合同为基础的具有金钱给付内容的债权。”

(9) 参见庄加园《“买卖型担保”与流押条款的效力》,载《清华法学》2016年第3期,第76页。

(10) 《朱俊芳与山西嘉和泰房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷案》,载《中华人民共和国最高人民法院公报》2014年第12期。

(11) 参见《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》第24条第1款。

(12) 参见最高人民法院第72号指导案例。

(13) 参见中国政法大学物权立法课题组《关于〈民法草案·物权法编〉制定若干问题的意见》,载《政法论坛》2003年第1期,第59页;陈信勇、徐继响《论动产让与担保与动产抵押之雷同——兼评我国民法(草案)对动产让与担保与动产抵押的规定》,载《法学论坛》2004年第4期,第58页;张长青、席智国《让与担保之妥当性研究——我国物权法是否应当确立让与担保制度》,载《政法论坛》2005年第2期,第169页;黄芬《以商品房买卖合同设定的担保的法律属性与效力——兼评最高人民法院公报案例“朱某与山西某房地产开发公司商品房买卖合同纠纷案”》,载《河北法学》2015年第10期,第108页。

(14) 高圣平《动产让与担保的立法论》,载《中外法学》2017年第5期;贾寒(陈本寿)《动产抵押制度的再思考——兼评我国民法(草案)对动产抵押与让与担保之规定》,载《中国法学》2003年第2期,第47页。

实中抵押人动辄以主债权数额等存在争议而轻易排除该程序的适用。⁽¹⁵⁾

笔者认为,我国民法典物权编中不应规定动产让与担保。大陆法系让与担保制度的产生主要是在其法律制度中缺乏动产抵押制度,但现实生活又迫切需要动产非移转占有型担保的情况下出现的。然而,我国实定法已经承认并规定了一般意义上的动产抵押制度,无须再规定动产让与担保制度。此外,我国合同法承认的动产所有权保留、融资租赁也在很大程度上发挥了让与担保的功能,无非对于动产所有权保留和融资租赁缺乏相应的公示方法而已。故此,民法典合同编修订时只要明确动产所有权保留中出卖人对标的物保留的所有权以及融资租赁中出租人对租赁物的所有权,未经登记不得对抗善意第三人即可。此外,所谓动产抵押权实现程序繁琐、冗长的根本原因在于我国法上不承认流押契约的效力,而通过编纂民法典承认流押契约即可轻易解决上述问题。

综上所述,笔者认为,未来我国民法典物权编仍应以抵押权、质权和留置权这三类担保物权为基本形态,维持既有的担保物权体系,无须加以变化,非典型担保不应作为担保物权纳入其中。

二、担保物权一般性规则的完善

《物权法》专设一编以“总则+分则”的立法模式对担保物权加以规定(即第四编“担保物权”),总则即《物权法》第15章“一般规定”(共9条),规定的是担保物权的概念、适用范围、担保合同的从属性、担保范围、物上代位性、混合共同担保等共通性规则。分则是《物权法》的第16、17、18章,依次对抵押权、质权和留置权这三类具体的担保物权作出了规定。在比较法上,通过“提取公因式”为担保物权确立“总则”的立法模式非常罕见。一些典型的大陆法系国家或地区如德国、瑞士、葡萄牙、日本、韩国等国的民法以及我国台湾地区的“民法”均未专设担保物权总则,至多只是在抵押权、质权中有所谓的“一般规定”。例如,《日本民法典》分别在第8、9、10章关于先取特权、质权和抵押权的规定中分别设有第一节“总则”。

我国《物权法》设立担保物权总则的立法模式有利也有弊。其利在于:抵押权、质权和留置权确有不少共同之处,将共同适用的规则提炼出来统一规定,可以使人们认识到各类担保物权的共同属性,有利于教学研究,同时避免相同内容的重复性规定,节约立法资源。然而,设立担保物权的总则必须谨慎,如若不慎,则易抹杀各类担保物权的差异,甚至出现错误的规定。《物权法》第173条对担保物权之担保范围的规定就是一个例证。依据该条,除非当事人另有约定,否则担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用。然而,抵押权是不需要移转担保财产占有的担保物权,其与动产质权和留置权的最大区别之一正在于此。因此,抵押权担保的范围显然不包括保管担保财产的费用。至于权利质权,相当一部分权利质权如股权、基金份额和知识产权中的财产权、应收账款的质押采取的是登记设立的方式,也不存在保管担保财产费用的问题。

笔者认为,基于路径依赖,考虑到立法的延续性,未来我国民法典物权编可以继续为担保物权保留一个总则,但规定的必须是确能适用于所有担保物权的共通规则。就《物权法》第15章而言,笔者认为,应作如下修改和完善后成为民法典物权编担保物权的总则:(1)保留第170条对担保物权涵义的界定,明确担保物权优先受偿效力不受任意损害的规则;(2)保留第171、172条关于担保物权的适用范围、反担保、担保合同与主债权债务合同关系等的规定;(3)删除第173条关于担保物权担保范围的一般性规定,分别在质权、留置权中作出规定;(4)增加对担保物权不可分性的规定并将第175条纳入其中;(5)明确第174条中担保物权人物上代位权的性质为法定债权质权;(6)保留第177条关于担

(15) 高圣平,同注14引文,第1200页。

保物权一般消灭规定的规定并就担保物权与主债权诉讼时效的关系、约定的担保物权存续期间作出规定；(7)保留第176条关于混合共同担保的规定并明确担保人之间的追偿权；(8)删除第178条的规定，因为民法典颁布之后，物权法和担保法都将被废除，二者的冲突将不复存在。^[16]下面进行详细的分析。

(一)明确担保物权的优先受偿效力不受任意损害的规则

担保物权，是指为了确保特定债权的实现，债务人或者第三人在动产、不动产或财产权利上设定的，当债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形时，债权人有权就该担保财产变价并优先受偿的一种限制物权（《物权法》第170条）。关于担保物权的性质，尽管学说上存在债权说与物权说的争论，但是我国《物权法》第2条第3款和《民法总则》第114条第2款都已经明确规定担保物权属于物权。至于理论界，除了极个别人顽固地认为担保物权是债权外，^[17]绝大多数学者肯定担保物权属于物权。^[18]显然，在我国民法典编纂过程中，立法者不可能另起炉灶，推翻绝大多数人的共识，将担保物权作为具有优先受偿效力的债权来看。否则，既是对立法资源的浪费，降低立法效率，也不利于法律颁行后的普法和执法。

担保物权基于其物权的属性从根本上决定了担保物权人的优先受偿权，而优先受偿权正是担保物权能够发挥担保功能与融资功能的基本前提。没有优先受偿权，担保物权即毫无意义。然而，令人遗憾的是，实践中恰恰就出现了任意贬损或降低担保物权优先受偿效力的问题。最典型的例子就是《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（法释〔2002〕16号）。该批复第1条和第2条就抵押权、《合同法》第286条规定的建设工程价款优先受偿权以及商品房买卖合同中买受人的债权这三项权利发生冲突时，何者优先的问题，作出了如下规定：首先，《合同法》第286条规定的建筑工程承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。其次，消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后，承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人。简言之，作为普通债权的商品房买卖合同中买受人的债权优先于建设工程价款的优先受偿权，而建设工程价款的优先受偿权又优于抵押权。如此一来，原本属于《物权法》规定的物权的抵押权，其效力竟然低于普通的债权。最高人民法院的这一规定明显违反了法律的规定，不符合担保物权作为物权的属性，严重损害了担保物权人的优先受偿。一方面，担保物权属于物权，是权利人对标的物即担保财产予以直接支配并排他的权利，即支配权、绝对权。债权只是“权利人请求特定义务人为或者不为一定行为的权利（《民法总则》第118条第2款）”，是请求权、相对权。在没有担保物权予以担保的债权即普通债权之间，应当遵循债权平等的原则，不因债权成立先后、给付不同、金额大小而有别。当债务人的责任财产不足以清偿其全部债务时，各个债权人应当按债权比例相应受偿。但是，对于有担保物权予以担保的债权而言，债权人即物权人，其对担保财产具有直接支配并排他的权利。当债务人不履行到期债务或者发生实现担保物权的事由时，担保物权人有权就担保财产予以变价并优先于其他普通债权人而受清偿。即便同一担保财产上存在多个担保物权，顺位在先的担保物权人也优先于顺位在后的担保物权人而受清偿。债权人为自己的债权设立担保物权的目的在于通过担保物权的优先受偿效力来确保债权的安全实现，现在却突如其来地处于权利劣后于普通债权的不利境地，显然是极不合理的。

另一方面，《物权法》第170条明确规定“担保物权人在债务人不履行到期债务或者发生当事人

[16] 参见王利明《我国民法典物权编中担保物权制度的发展与完善》，载《法学评论》2017年第3期，第1-2页。

[17] 孟勤国《东施效颦——评〈物权法〉的担保物权》，载《法学评论》2007年第3期，第158页以下。

[18] 王利明、杨立新、王轶、程啸《民法学》，法律出版社2015年版，第317页；梁慧星、陈华彬《物权法》，法律出版社2010年版，第293页以下；崔建远《物权：规范与学说——以中国物权的解释论为中心》（下册），清华大学出版社2011年版，第736页以下。

约定的实现担保物权的情形,依法享有就担保财产优先受偿的权利,但法律另有规定的除外。”依据该条的规定可知,只有法律即全国人大及其常委会颁布的规范性法律文件才能降低或改变担保物权人就担保财产优先受偿的权利即权利内容(如《企业破产法》第132条),而这也是《物权法》第5条物权法定原则的体现。或许最高人民法院作出上述司法解释是基于公共政策的考虑,即通过赋予那些已经支付了全部或大部分购房款的购房人的债权以更强的效力,从而保障其权益,维护社会稳定。但司法解释随意贬损担保物权效力的做法则明显违反了法律的规定。

有鉴于此,为避免今后可能继续出现司法解释、行政法规甚至地方性法规或部门规章随意贬损担保物权优先受偿效力,损害担保物权人合法权益的情形,我国民法典物权编在界定担保物权时,应将《物权法》第170条的但书另设一款,并作如下具体规定“非依法律,不得规定无担保物权的债权人对担保财产享有优先于担保物权人受偿的权利。”惟其如此,方能为充分发挥担保物权的担保与融资的功能奠定基础。

(二) 规定担保物权的不可分性

担保物权的不可分性,是指被担保的债权在未受全部清偿前,担保物权人可以就担保物的全部行使权利。申言之,被担保的债权即使经过分割、部分清偿或部分消灭,担保物权仍为了担保各部分债权或剩余债权而存在;担保物即使经过分割或部分灭失,各部分或余存的物仍为担保财产,并为担保全部债权而存在。立法上之所以要明确担保物权的不可分性,就是为了强化担保物权的效力,更好地保障债权的实现。令人遗憾的是,《物权法》和《担保法》都没有对担保物权的不可分性作出规定,只有《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》(法释〔2000〕44号)(以下简称《担保法解释》)分别在第71条、第72条、第96条以及第110条对抵押权、质权以及留置权的不可分性作了规定。

笔者认为,为了更好地发挥担保物权的担保功能,我国民法典物权编应借鉴《担保法解释》,在担保物权的总则部分对担保物权不可分性作出如下规定:首先,主债权未受全部清偿的,担保物权人可以就担保财产的全部行使其担保物权;担保财产被分割或部分转让的,担保物权人可以就分割或者转让后的担保财产行使担保物权。其次,主债权被分割或者部分转让的,各债权人可以就其享有的债权份额行使担保物权;主债务被分割或部分转让的,担保人仍以其担保财产担保数个债务人履行债务。但是,第三人提供担保,未经其书面同意,债权人允许债务人转移全部或者部分债务的,担保人不再承担相应的担保责任。

(三) 明确担保物权人的物上代位权是法定的债权质权

担保物权人的物上代位权即担保物权的物上代位性,是指担保物因灭失、毁损而获得金钱或其他物的赔偿或补偿时,此等金钱或其他物成为担保物的代替物,担保物权依然存在于其上,债权人有权就该代替物行使担保物权。担保物权的物上代位性旨在强化权利人对担保财产的控制力度,不因交换价值载体的改变而使担保物权人丧失支配力。物上代位性极大地强化了担保物权的担保效力,有利于保障债权的实现。《物权法》第174条对担保物权的物上代位性作出了统一的规定。然而,由于现行法没有明确物上代位权的性质,加之我国多数学者采取所谓“担保物权延续说”,⁽¹⁹⁾这就导致担保物权的物上代位性无法真正实现,⁽²⁰⁾难以发挥应有的增强担保物权的担保功能、保护债权人的作用。例如,当抵押财产因毁损、灭失或被征收而使抵押人有权取得保险金、赔偿金或补偿金时,在给付义务人尚未支付前抵押人享有的只是债权请求权而已。此时,显然不能认为抵押权继续存

(19) 王利明《物权法研究》(下卷),中国人民大学出版社2013年版,第1144页;尹田《物权法》,北京大学出版社2013年版,第529页。

(20) 详见程啸《担保物权人物上代位权实现程序的建构》,载《比较法研究》2015年第2期,第18页以下。

在于债权请求权之上。更重要的是,如果代位物给付义务人将补偿金等代位物直接支付给了担保人后,这些金钱势必混入担保人的一般财产中,无法被特定化。倘若认为担保物权依然存在于已被一般财产化的保险金、赔偿金、补偿金之上,明显有违物权法的基本原理。因此,实践中,一旦补偿金等代位物被支付给了担保人,法院就认为担保物权人丧失了物上代位权。⁽²¹⁾这对于抵押权人非常不利。因为抵押权的成立不以转移抵押财产的占有为必要。在抵押人继续占有、使用抵押财产的时候,抵押权人通常无法知悉抵押财产是否灭失、毁损或者将要被征收。这种情况下,法律上不应要求抵押权人随时关注抵押财产的状况,而应当规定担保人以及代位物给付义务人负有通知、查询并取得抵押权人同意后,方能支付代位物的义务。否则,抵押权人的物上代位权就无法实现。而我国现行法既未明文规定在担保财产毁损、灭失或被征收时担保人应通知担保物权人,也没有规定代位物给付义务人在向担保人支付代位物前应查询不动产登记簿并取得担保物权人的同意。司法实践中,一些法院甚至认为,在担保财产出现毁损、灭失或被征收的情况时,不是担保人要告知,而是担保物权人负有注意担保物状况变化的义务,否则将因怠于行使权利而承担不利后果。⁽²²⁾

综上所述,笔者认为,未来我国民法典应当将担保物权人的物上代位权明确界定为法定的债权质权。具体来说,就是以代位物给付请求权这一债权作为标的物的、依据法律规定而直接产生的权利质权,即无论担保物权人原先享有的是抵押权还是质权,均依法转化为以保险金、补偿金和赔偿金的给付请求权——这一普通债权——为标的的权利质权。依据权利质权的基本原理,作为第三债务人的代位物给付义务人即便没有得到出质人的同意,向质权人为清偿的,依然会使得质权人在所受利益的限度内发生债权受清偿的效力,从而使得出质人在该范围内免责,而第三债务人也可以以该清偿为由,向出质人主张在所受利益的范围内,消灭出质人对第三债务人的债权。反之,如果第三债务人没有得到质权人的同意,而自行向出质人清偿,该清偿对质权人不发生效力,质权人依然能够在实现质权时,对第三债务人主张权利。在这种情况下,第三债务人势必要查询不动产登记簿从而了解是否存在抵押权,并在向担保财产所有人给付保险金、赔偿金或补偿金之前得到担保物权人的同意,否则其要继续承担向质权人给付代位物的义务。如此一来,就能非常有效地保护担保物权人的利益,真正实现法律上确立担保物权的物上代位性的目的。

(四) 完善担保物权存续期限的规定

担保物权的存续期限就是指担保物权存在的时间,它是用来协调担保物权的担保功能之发挥与充分实现物的效用这二者关系的法律制度。关于担保物权的存续期限有以下两个问题值得讨论。

首先,当事人能否约定担保物权的存续期限。对此,理论界与实务界一直有争议,分为肯定说与否定说两种观点。⁽²³⁾鉴于存在争议,故《物权法》对该问题未作规定。笔者认为,未来我国民法典应当允许当事人约定担保物权的存续期限,理由在于:其一,允许当事人约定担保物权存续期限符合意思自治原则,有利于当事人根据实际需要协调各方的利益。从实践来看,对抵押或质押的期限作出约定的多是债务人之外的提供担保财产的第三人即物上保证人,他们是为别人的债务提供担保,而非如债务人为抵押人或出质人那样对自己的债务提供担保。因此,物上保证人特别希望通过抵押或质押的期限的约定来控制担保风险。对于债权人而言,其也完全可以根据债务人的偿还能力等因素自行决定是否与担保人约定担保物权的存续期限以及约定多长的存续期限,这都属于意思自治的范畴。

(21) 最高人民法院民事审判第二庭《担保案件审判指导》,法律出版社2014年版,第391页。

(22) 广东省高级人民法院(2013)粤高法民一终字第97号民事判决书;上海市第一中级人民法院(2012)沪一中民六(商)终字第187号民事判决书。

(23) 参见曹士兵《中国担保诸问题的解决与展望——基于担保法及其司法解释》,中国法制出版社2001年版,第259页;高圣平:《担保物权的行使期间研究——以〈物权法〉第202条为分析对象》,载《华东政法大学学报》2009年第1期,第20页以下。

倘若法律或司法解释强行禁止当事人作此约定,则物上保证人可能因担心担保风险过高,从而拒绝提供担保,这对于债务人和债权人都是不利的。相反,如果允许当事人约定担保物权的存续期限,则能起到鼓励担保、促进融资的作用。其二,允许当事人约定担保物权的存续期限,可以有效地促使债权人及时行使担保物权,以便迅速了解债权债务关系,避免出现各种不必要的纠纷。其三,当事人约定担保物权的存续期限,并不违反物权法定原则。除了留置权、建设工程价款优先受偿权等少数担保物权是法定的担保物权外,我国法上最主要的担保物权都属于意定担保物权,如抵押权、质权等。意定担保物权是基于当事人的意思如抵押合同、质押合同等而设立的。物权法定原则并非完全排除意思自治在物权法中的适用,当事人在物权法上仍享有契约自由,具体包括缔约自由、内容自由和方式自由等。⁽²⁴⁾就内容自由而言,虽然物权法定原则在很大程度上限制了当事人在物权内容形成上的自由,但仍保留了一定程度自由的形成空间,担保物权的存续期限也是可以由当事人加以约定的内容,并不违反物权法定原则。当然,在允许当事人约定担保物权存续期限时也要注意防止一些弊端,例如只有意定担保物权可以约定存续期限,约定的担保物权存续期限应当记载于登记簿等。⁽²⁵⁾

其次,明确规定担保物权因主债权诉讼时效届满而归于消灭。《物权法》第202条仅就抵押权与主债权诉讼时效届满的关系作出了规定,依据该条,抵押权人在主债权诉讼时效期间未行使抵押权的,人民法院不予保护。然而,就该条所谓的“人民法院不予保护”的涵义,一直存有争议,有时效抗辩权发生说与抵押权消灭说等不同的观点。⁽²⁶⁾事实上,究竟是在主债权诉讼时效期间的基础上再规定一个期限,当该期限届满后主债权归于消灭,还是直接将担保物权的存续问题与其所担保的主债权的诉讼时效期间挂钩,实际上是一个立法政策判断的问题。笔者认为,从现代社会生活发展变化迅速以及更好地发挥物的效用的角度出发,未来我国民法典应当规定主债权诉讼时效期间届满而担保物权人仍未行使担保物权的,该担保物权归于消灭。⁽²⁷⁾理由在于:其一,《物权法》强调了担保物权人对担保财产的支配性,不允许担保人未经担保物权人的同意而转让担保财产。因此,在我国法上担保物权对担保人的权能的限制更大,尤其需要有一个法定的存续期间以保证财产的流通性,充分实现物的使用价值与交换价值。其二,《民法总则》第188条已改变了《民法通则》关于诉讼时效起算点和诉讼时效期间的规定,一方面,普通的诉讼时效期间被延长至三年;另一方面,诉讼时效的起算点为权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人。故此,直接将担保物权的法定存续期限与诉讼时效期间挂钩,规定诉讼时效期间届满担保物权归于消灭,对于担保物权人或者债权人并无不利。其三,依据《民法总则》第192条第1款,诉讼时效期间届满的,义务人可以提出不履行义务的抗辩,即债务人享有作为永久抗辩权的时效届满抗辩权。如果此时规定担保物权仍然存续,则债权人可以透过担保物权的行使而满足债权,从而架空《民法总则》的上述规定。或许有人会说,作为担保人的债务人本身享有时效届满抗辩权,而物上保证人依据担保物权从属性也可以享有时效抗辩权,从而对抗担保物权人。然而,一方面,时效抗辩权对抗的是债权人的给付请求权,但是债权人以担保物权人的身份实现担保物权并非是行使请求权而是支配权,该抗辩权能否对抗,值得怀疑;另一方面,承认担保人可以以时效抗辩权对抗担保物权人实现担保物权,对担保人也是不利的,因为担保物权本身并未消灭,尤其是办理登记的担保物权依然记载于登记簿,可以起到限制担保财产流通性的作用,这显然是不妥当的。

(24) 参见王泽鉴《民法物权》,北京大学出版社2010年版,第14-15页。

(25) 参见程啸《论担保物权之存续期限》,载《财经法学》2015年第1期,第69页。

(26) 同注25引文,第74-76页。

(27) 司法实践的权威观点也采取担保物权消灭说。参见《王军诉李睿抵押合同纠纷案》,载《中华人民共和国最高人民法院公报》2017年第7期。

(五) 承认混合共同担保中担保人之间的追偿权

混合共同担保是指,同一债权既有担保物权的担保也有保证担保的情形。就混合共同担保中担保权的行使以及各担保人之间的分摊,《物权法》第176条作出了规定。然而该条没有明确规定承担了担保责任的担保人对其他担保人是否享有追偿权的问题。在《物权法》颁行之前,《担保法解释》第38条第1款曾明确承认了担保人的追偿权。

《物权法》颁行后,理论界与实务界对是否应当承认担保人的追偿权,存在否定说与肯定说两种观点。⁽²⁸⁾ 笔者支持肯定说,理由在于:一方面,混合共同担保中,如果物上保证人和保证人没有就各自的担保份额作出约定,则物上保证人与保证人之间的关系是符合连带债务的成立要件的,完全可以将他们作为连带债务人而使之连带地负担担保责任。连带债务是一种非常重要的多数人之债。物上保证人与保证人之间的关系符合连带债务的成立要件,即便当事人没有约定,法律或司法解释也完全可以将他们作为连带债务人,而承认各担保人之间的追偿权。这是因为,物上保证人与保证人都属于债务人而且都不是债务的终局承担者,因此他们的担保责任(或担保债务)是同一层次的或处于同一位阶的债务。另一方面,从比较法上来看,凡是在混合共同担保中采取物上保证人与保证人平等主义立场的立法,为公平地对待保证人和物上保证人,都必须承认他们的追偿权。既然我国《物权法》第176条也明确规定了物上保证人与保证人在混合共同担保中处于平等的法律地位,那么法律上就应当进一步明确担保人的追偿权,从而更好地维护二者之间的平等关系,避免因债权人的恣意或恶意而使某个担保人处于实质不平等的地位。

三、担保物权具体规则的完善

(一) 抵押权的完善

1. 允许民办学校、幼儿园或医院可以以教育设施、医疗卫生设施等抵押

《物权法》第184条第3项禁止将学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施设定抵押。基于文义解释,应当认为,只有学校、幼儿园、医院和其他的以公益为目的的事业单位、社会团体,才不能以教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施设立抵押。如果学校、幼儿园或医院并非事业单位或社会团体时,如民办的学校、幼儿园或医院,可以用教育设施或医疗卫生设施进行抵押。然而,2009年全国人大常委会法制工作委员会在针对住房和城乡建设部的一个答复中明确指出:私立学校、幼儿园、医院和公办学校、幼儿园、医院,只是投资渠道上的不同,其公益属性是一样的。私立学校、幼儿园、医院中的教育设施、医疗卫生设施也属于社会公益设施,按照《物权法》第184条的规定,不得抵押。⁽²⁹⁾

笔者认为,未来我国民法典中应当允许民办的学校、幼儿园、医院可以以教育设施、医疗卫生设施设定抵押。这是因为,私立的学校、幼儿园、医院(如民办学校、中外合资医疗机构、中外合作医疗机构)是由民事主体捐资创办或者出资设立的,⁽³⁰⁾其完全可以营利,出资人有权取得投资回报,这些私立的学校、幼儿园、医院为了经营发展必定要进行各种商业融资,如果禁止它们将教育设施、医疗卫生

(28) 参见崔建远《物权法》,中国人民大学出版社2011年版,第426页;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381页;王利明《物权法研究》(下卷),人民出版社2013年版,第1122页;高圣平《担保法论》,法律出版社2009年版,第73页。

(29) 参见《全国人大常委会法制工作委员会对关于私立学校、幼儿园、医院的教育设施、医疗卫生设施能否抵押的请示的意见》(法工办发〔2009〕231号)。

(30) 参见《民办教育促进法》第2条与《民办教育促进法实施条例》第2条。

设施设定抵押权,不仅造成了它们在我国的融资困难,而且堵塞了国外资本参与我国民间教育事业与医疗事业发展的渠道。⁽³¹⁾至于一些人担心的如果允许以教育设施或医疗卫生设施抵押,在实现抵押权时会导致学生失学或影响群众看病的问题,则完全可以通过规定实现抵押权时不得改变这些设施的用途来解决。如此则更有助于发挥物的效用,更好地促进我国民办教育和民办医疗卫生事业的发展。

2. 删除所有权、使用权不明或者有争议的财产不得抵押的规定

《物权法》第184条第4项规定禁止以所有权、使用权不明或者有争议的财产抵押。该条的立法理由在于:如果一项财产的所有权归属或者使用权尚且不明确,甚至存在很大的争议,那么将该项财产进行抵押,则不仅会引发更多的法律上的纠纷与争议,更会出现侵犯真正的财产所有权人或者使用权人的合法权利的情形。然而,无论是《担保法》第37条第4项,还是《物权法》第184条第4项,在司法实践中都很少适用。因为虽然法律禁止以“所有权、使用权不明或者有争议的财产”设定抵押,但不等于实践中以此等财产设定的抵押权一概归于无效。因为可能存在善意取得的问题(《物权法》第106条第3款)。例如,甲、乙都认为某金戒指是自己的,但是甲占有该金戒指,此时甲将该戒指抵押给了丙,从而向其借款5000元。由于丙并不知道此物存在所有权的争议,其属于善意,可以善意取得该动产上的抵押权。因此,禁止以“所有权、使用权不明或者有争议的财产”的规定,更多的是一种宣示性的规定,并无实际意义,未来我国民法典物权编应删除这一规定。

3. 明确规定抵押权的效力及于抵押财产的从物

为了交易上的便利以及主物经济效益的发挥,法律上确立了这样一个原则:除非当事人有明确的相反意思,从物与主物同其法律命运。该原则也被称为“从物随主物”的原则,即当主物的所有权发生移转时,从物的所有权也发生相应的移转。《物权法》第115条规定“主物转让的,从物随主物转让,但当事人另有约定的除外。”既然如此,在主物上设定了限制物权如抵押权时,抵押权的效力原则上应也及于从物。对此,《担保法解释》第63条有相应的规定。然而,当某物在抵押权设定之后,才成为抵押财产的从物的,抵押权的效力是否及于该从物呢?对此《物权法》、《担保法》以及《担保法解释》均未作规定,理论上有不同的观点。⁽³²⁾笔者认为,为强化抵押权的效力,保障抵押权人的合法权益,未来我国民法典物权编应当明确规定对抵押权的效力及于抵押权设立之前以及之后成为抵押财产从物的,除非当事人另有约定或者法律另有规定。

4. 明确规定抵押权的效力及于添附物

《物权法》立法时因未能正确理解添附制度的意义,故而对添附制度没有作出规定。因而实践中就抵押权的效力是否及于添附物的问题,仍必须依据《担保法解释》第62条的规定处理,即“抵押物因附合、混合或者加工使抵押物的所有权为第三人所有的,抵押权的效力及于补偿金;抵押物所有人为附合物、混合物或者加工物的所有人的,抵押权的效力及于附合物、混合物或者加工物;第三人与抵押物所有人为附合物、混合物或者加工物的共有人的,抵押权的效力及于抵押人对共有物享有的份额”。从这一规定可知,只有当添附物归属或部分归属于抵押物的所有人即抵押人时,抵押权的效力才及于附合物、混合物或者加工物等添附物或抵押人的份额;否则,抵押权的效力不及于添附物。这样的规定,既有利于强化抵押权的担保效力,也有利于维护第三人的合法权益。笔者认为,未来我国民法典物权编应当规定添附制度,而在担保物权部分则应当借鉴《担保法解释》的上述规定就抵押权的效力与添附物的关系作出明确规定。

(31) 钟沛璋《关注中国教育的三个问题》,载《南方周末》2005年1月6日。

(32) 参见谢在全《民法物权法》(修订五版)中册,台湾作者印行2010年版,第354页;姚瑞光《民法物权论》,台湾作者印行1999年版,第215页。

5. 完善抵押权与租赁权的冲突规则

《物权法》第190条第1句规定,如果承租人在抵押人与抵押权人订立抵押合同前与抵押人成立了租赁关系,则该租赁关系不受抵押权的影响。笔者认为,仅以订立抵押合同为标准来判断抵押权与租赁权受保护的先后,并不合理。因为抵押权的产生并非单纯以登记为生效要件,而是兼采了登记生效主义和登记对抗主义。在登记对抗要件主义的情形下,抵押合同一生效,抵押权就产生了。在登记生效要件主义的情形,只有登记了抵押权才产生。因此,仅仅是成立抵押合同并不当然意味着抵押权产生。况且,即便采取登记对抗要件主义的抵押权,因抵押合同不具有社会典型公开性,只是成立了抵押合同并不足以使承租人知悉抵押权的存在。甚至抵押人与抵押权人完全可以通过倒签合同而将抵押合同的成立时间提前,这对于承租人是非常不利的。此外,如果抵押人是在与抵押权人订立抵押合同后、办理抵押权登记前与承租人订立租赁合同的,则既不能适用《物权法》第190条第1句,也无法适用同条第2句。这显然是法律空白。因此,未来我国民法典物权编应当规定:抵押权登记前抵押财产已出租的,原租赁关系不受抵押权的影响;抵押权登记后抵押财产出租的,该租赁关系不得对抵押权。

6. 承认流押契约的效力

《物权法》和《担保法》绝对禁止流押契约以及流质契约是不妥当的。这意味着当事人必须通过拍卖、变卖等方式来实现抵押权和质权,由此增加了权利实现的成本,影响抵押权等担保物权功能的发挥(一些非典型担保方式的产生也与此有关),也给人民法院造成了负担。相反,承认流押契约以及流质契约可以做到以极少的成本实现担保物权,有利于发挥担保物权的担保功能。至于人们担心的流押契约会造成不公平的结果等弊端,笔者认为,只要采取一定的限制措施即可消除。例如,当被抵押的房屋是抵押人的唯一住所时,不得约定流押契约,因为这种约定可能会损害抵押人的基本生存权。再如,当事人应当在担保合同中参考市场价格确定担保财产的价值,当担保财产的价格超过被担保的债权金额时,担保物权人在取得担保财产时应当将超出的部分返还给担保人。此外,在不动产抵押中,如果抵押权人与抵押人作出了流押条款的约定,该约定必须登记,否则不能对抗善意第三人。

7. 增加对共同抵押权的规定

《物权法》没有对共同抵押权制度作出专门的规范,笔者认为,未来我国民法典物权编应就共同抵押权作出如下规定:第一,在共同抵押权的行使上应当坚持采取自由选择权保障主义,即抵押权人有权在债务人不履行债务时就任一或全部抵押物变价,从而受偿债权的全部或者部分。惟其如此,才能充分发挥共同抵押权累积交换价值与分散风险的功能。第二,应当采取任意分割主义,即允许当事人在抵押权设定之时对数个抵押物所负担的债权金额作出约定或者限制。《担保法解释》采取的也是此种做法(第75条第2款)。第三,如果当事人没有约定或者约定不明,则抵押权人将全部抵押物拍卖时应当采取分割主义与价额比例分担主义。申言之,当事人未限定各个抵押物所负担的债权金额时,依各抵押物价值的比例确定;如果仅限定部分抵押物所负担的债权金额时,依据各抵押物所限定负担金额与未限定负担金额的各抵押物价值的比例确定。第四,未来我国民法典物权编应当明确规定,在共同抵押中,当有债务人提供的抵押物时,抵押权人应当先拍卖该抵押物,如果仍有未清偿部分,才能就其他抵押物变价受偿。这样可以避免追偿权的发生,减少纠纷与争议。第五,如果抵押权人并不同时拍卖抵押物,而是拍卖其中一个或数个抵押物时,为了避免给抵押物上后顺位抵押权人以及物上保证人的利益造成损害,应当采取代位求偿主义,即该抵押物上后顺位抵押权人可以共同抵押权的其他标的物,在共同抵押权人依分担比例计算可以受清偿的限度内代位共同抵押权人行使其抵押权。

(二) 质权的完善

1. 增加对金钱质押的规定

实践中金钱质押的情形较为常见,《物权法》对此未作规定,只有《担保法解释》第85条有规定。

未来我国民法典中应当对金钱质押作出规定,同时明确金钱质押必须满足两个要件,即其一,金钱必须被“特定化”,所谓“特定化并不等同于固定化。金钱质押的有效要件为特定化,而非账户内资金不变动的固定化状态。只要特定账户内的金钱与其他金钱相区别,且保证金的存入划出是对应主债权的相应变动,也可以认定该账户符合特定化要求”。⁽³³⁾ 实践中将金钱予以特定化的方式主要包括专户、封金、保证金等。⁽³⁴⁾ 其二,移交债权占有人。依据《物权法》第212条,出质人以动产出质的,必须将动产交付给债权人占有时,动产质权方才设立。因此,货币被特定化而成为特定之动产后,也必须移交给债权人占有。封金通过移转对有体物的占有即可实现交付,而专户、保证金账户具有无形性,不存在有形客体的控制力的移转,因此,只需要将对专户、保证金账户的控制管理力转移给债权人即可,出质人在没有得到债权人同意的情况下,无法随意使用该等账户中的货币。⁽³⁵⁾ 例如,保证金账户设立后,资金只能进不能出,出质人根本无法自由支取账户下的款项,但债权人却有权对合同约定项下的债务直接予以抵扣。由此,完全可以认为债权人对该保证金账户享有实际的控制力。反之,虽然金钱通过专户或保证金账户的方式被特定化,但是如果对于账户中的资金使用,债权人没有控制力,出质人依旧可以随意使用,则此时应当认为并未移转标的物的占有,没有产生金钱质押。

2. 明确票据质权的设立要件

就票据质权的设立,争议最大的问题是:设质背书究竟是票据质权的生效要件,还是对抗要件?所谓设质背书,是背书人以票据权利为被背书人设定质权而作出的背书。背书人为出质人,被背书人为质权人。此种背书的目的是并非转移票据权利,不属于转让背书。⁽³⁶⁾ 《物权法》第224条规定,以汇票、支票、本票出质的,当事人应当订立书面合同。质权自权利凭证交付质权人时设立;没有权利凭证的,质权自有关部门办理出质登记时设立。然而,《票据法》第35条第2款却规定“汇票可以设定质押;质押时应当以背书记载‘质押’字样。被背书人依法实现其质权时,可以行使汇票权利。”这样就在理论上和实践上产生了设质背书究竟是否属于票据质权的成立要件的争论。围绕该问题产生了权利凭证交付要件说、权利凭证交付生效要件与设质背书对抗要件说、设质背书生效要件说、权利凭证的交付及设质背书生效要件说等不同的观点。为解决上述理论上和实践中的争议,笔者认为,未来我国民法典物权编中应当明确规定,票据质权的设立,就指定式证券而言,采取记载设质背书的方式设立;就支票等无记名票据,只要交付权利凭证的方式就可以设立票据质权。⁽³⁷⁾

3. 明确仓单质权的设立要件

仓单属于物权有价证券,故《担保法》第76条以及《物权法》第224条规定,当事人以仓单出质的,应当订立书面质权合同。质权自权利凭证交付质权人时设立。但是,《合同法》第387条第2句规定,存货人或者仓单持有人在仓单上背书并经保管人签字或者盖章的,可以转让提取仓储物的权利。由此产生的疑问是,在当事人以仓单出质时,除交付权利凭证外,是否还需要由存货人或仓单持有人在仓单上进行设质背书并由保管人签字或者盖章,方得以设立仓单质权?对此,多数学者认为,仓单质权的设立,不仅要交付仓单,还应当由出质人在仓单上背书并经保管人签章。⁽³⁸⁾ 笔者赞同这一观点。首先,仓单属于记名证券,且仓储过程中,保管人可能有一些事项需要通知仓单持有人。如果仓单质

(33) “安徽肥西农村商业银行股份有限公司与邵云泽、安徽金绿融资担保有限公司民间借贷纠纷案”,安徽省高级人民法院(2013)皖民二终字第00403号民事判决书。

(34) 参见程啸《担保物权研究》,中国人民大学出版社2017年版,第490-491页。

(35) 参见《中国农业发展银行安徽省分行诉张大标、安徽长江融资担保集团有限公司保证金质权确认之诉案》,载《中华人民共和国最高人民法院公报》2015年第1期。

(36) 谢怀栻《票据法概论》(增订版),法律出版社2005年版,第159页。

(37) 详见注34引书,第537页以下。

(38) 孙鹏、王勤芳、范雪飞《担保物权法原理》,中国人民大学出版社2009年版,第302页。

权设立时,不经过背书并由保管人签章,则保管人难以知悉仓单持有人并加以通知。其次,仓单质押之后,一旦债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形时,质权人就享有提取仓储物的权利,倘若没有出质人在仓单上的背书和保管人的签章,质权人就无法提取货物。同样,也只有出质人在仓单上背书并经保管人签章,才有助于保护存货人的所有权和保管人的合法占有权。⁽³⁹⁾最后,考虑到我国经济生活中经常发生的虚假仓单质押骗货事件,在仓单质押时出质人背书并经保管人签章,就更有必要了。依据《合同法》等法律的规定,保管人在与存货人签订仓储保管合同,存货人交付仓储物并经由保管人按照约定对入库仓储物进行验收后,保管人才应当给付仓单。而且,保管人就一份仓储合同仅能填发一份仓单,以该仓单作为提取保管物的凭证。在我国经济生活中,常出现的是保管人虚开仓单并以虚假仓单质押,从而损害质权人的情形。

4. 明确应收账款的范围

《物权法》第223条允许以应收账款设立质权,但是对于应收账款的含义和范围却未加明确。未来我国民法典应当将“应收账款”限定于未被证券化的、以金钱为给付标的的现有以及将来的合同债权。首先,由于已经对证券化的债权,如汇票、本票、支票、存款单和债券出质的问题,法律有专门规定,所以应收账款不应当包括这些“债权的有价证券”。其次,应收账款只能是合同债权,即依合同的约定而获得支付一笔款额的权利。非因合同而产生的债权,如因侵权行为产生的债权或退税受偿权等不应包含在内。此类债权能否设定质权应依法律的规定。再次,应收账款中的“账款”一词明确地表示了债权的给付标的只能是金钱(即货币),而不包括其他标的物。如果被质押的是以非金钱为给付标的的债权(如卖方的针对买方请求交付不动产的债权),就会违反权利质权的基本属性。最后,应收账款可以是现有的债权,也可以是将来的债权,但并非所有的将来债权都可以作为应收账款而被质押。虽然权利质权的客体不是有体物而是权利,但该权利必须是已经特定或者可得特定的。从这个角度上说,不动产收费权属于可得特定的将来债权,例如,公园的门票收费权、公路收费权、桥梁收费权以及其他的公用设施收费权等。这些将来的债权之所以可得特定是因为存在将来发生债权的法律基础或者事实基础。综上可知,应收账款的大体范围如下:(1)非证券化的、以金钱为给付标的的现有债权,如卖方销售货物后形成的对买方的价金债权、知识产权许可使用费、提供服务后形成的债权、出租人出租房屋后对承租人的租金债权、借款人对贷款人的借款债权等。(2)经营性收费权。从我国实践来看,这些经营性收费权包括:收费公路、桥梁、隧道、渡口等的收费权,农村电网收费权以及城市供水、供热、公交、电信、污水处理等基础设施项目的收益权,公园景点、风景区门票等经营性服务收费权等。

(三) 留置权的完善

1. 明确特定情形下债务人消灭留置权的权利

债务人在特定情形下应享有消灭留置权的请求权。我国现行法虽然规定了留置权人未尽到妥善保管留置物的义务而致留置物毁损、灭失,或者留置权人未经留置物所有人的同意擅自使用、出租、处分留置物因此给留置物所有人造成损失时,应当承担赔偿责任。但是,如果留置权人虽未尽到妥善保管义务或者擅自使用、出租、处分留置物但并未给留置物所有人造成损害时,债务人能否请求消灭留置权?从国外的一些法律来看,对此有明确的规定,可以请求消灭之。例如《日本民法典》第298条第3款规定,留置权人未以善良管理人的注意占有留置物或者未经债务人承诺而使用或出租留置物,或者以之用于担保的,债务人可以主张留置权的消灭。笔者认为,我国民法典上也应当承认在此种情形下,债务人享有请求消灭留置权的请求权。

(39) 胡康生主编《中华人民共和国合同法释义》,法律出版社1999年版,第559-560页。

2. 明确留置物被抵押时留置权也优先于抵押权

债务人的财产被债权人依法留置之后,债务人又以该被留置的财产为他人再行设定抵押权。例如,甲与乙以某动产为标的物订立保管合同,因甲届期未支付保管费用,导致其动产被债权人乙留置,其后甲又以被留置的动产向丙设定抵押权。这就是留置物被抵押的情形。《物权法》第239条只是规定了抵押财产被留置时留置权优先于抵押权,却没有规定留置财产被抵押时何者优先。未来我国民法典应当明确规定,同一动产上抵押权与留置权并存时,无论何者设立在先,留置权人始终优先于抵押权人优先受偿。

3. 缩短债权人给债务人的宽限期限的长度

《物权法》第236条第1款规定,当事人在没有约定债务人履行债务的宽限期的情况下,债权人必须给债务人至少2个月的宽限期。现代社会通信发达,交通便利,至少2个月的法定宽限期明显过长,不仅此期间内动产的价格会发生较大的波动,对债权人和债务人均不利,而且要求债权人继续长时间保管被留置的动产,对债权人也过于苛刻。在我国台湾地区“民法”曾规定宽限期限为至少6个月。学界认为该期限过长,不符合现代工商社会追求效率的宗旨,故此,2007年修订后的我国台湾地区“民法”第936条将之改为1个月,如果无法通知的,经过6个月后,留置权人也可以将被留置的动产变价并优先受偿。因此,笔者认为,未来我国制定民法典时可以考虑将法定的宽限期进行适当的缩短,以1个月为宜。

Perfection of Secured Property Rights of Civil Code

Cheng Xiao

Abstract: Civil Code of the People's Republic of China should maintain the existing system of secured property rights. Security transfer of chattel should not be stipulated in the Civil Code. The priority of the security owner should not be derogatory. The contents of the general rules on secured property rights should be perfected, such as excluding those provisions that are not common rules for secured property rights, providing the indivisibility of secured property rights. The subrogation right of the secured property right person should be defined as the legal pledge of obligation in Civil Code. The parties have the right to agree on the period of existence of secured property rights. The right of secured property will be extinguished by the expiration of the limitation period of the main obligation. The guarantors of mixed joint guarantee have the right of indemnity. In terms of the perfection of hypotheca, private schools, kindergartens or hospitals should be allowed to mortgage education facilities, medical facilities and other facilities. The civil code should stipulate common mortgage and effectiveness of the mortgage right and the attachments to the mortgaged property. Further more, the validity of the contract of detention should be recognized, the conflict rules between the right of mortgage and the lease should be stipulated. Civil Code should provide pledge of money, clarify the elements of creation of pledge of bills and warehouse receipts, define the scope of accounts receivable, stipulate the rights of the debtor to eliminate lien under certain circumstances, The lien also takes precedence over the mortgage of the same property. The grace period that the creditor gives the debtor should be shortened.

Keywords: civil code; law of things; secured property right; hypotheca; pledge; lien

(责任编辑: 刘 馨)