

非典型担保的裁判规则

姚 辉 李付雷

【摘 要】非典型担保虽然不是严谨的法律概念,难以形成统一的裁判规则,但是根据担保效力的不同,可将其区分为物权性和债权性两种类型予以处理。法官应扩大解释典型担保,尽可能地将特定非典型担保类型纳入其中,赋予其物权对抗效力;除此之外的其他类型则宜认定为债权性非典型担保,承认其债权相对效力。在债权性非典型担保的交易外观和担保目的不一致时,应区别不同场景来认定其效力:第一,当事人与第三人的关系适用外观说以保护交易安全;第二,当事人的内部关系适用意思说以保护担保目的。同时,非典型担保不得违背法律上禁止流质的规定,应赋予担保人主张清算的权利。

【关键词】物权法定;非典型担保;物权公示;意思自治

【作者简介】姚辉,中国人民大学法学院教授、民商事法律科学研究中心主任;李付雷,中国人民大学法学院博士研究生(北京 100872)。

【原文出处】《社会科学》(沪),2019.8.86~96

【基金项目】本文系教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“中国债与合同法改革”(项目编号:17JJD820007)的阶段性成果。

在民法领域中,担保法无疑是其中最为活跃的部门法,市场主体借由担保制度可以创造信用、降低授信风险,进而实现融通资金、活跃经济的目的。由于立法者无法前瞻性地预设出所有符合社会需求的担保物权制度,市场主体往往会根据特定的市场环境和交易需求而不断创新金融体制,设计出诸多新型融资及担保方式,以简化担保程序、降低融资成本和提高经济效率。但是,根据《民法总则》第116条和《物权法》第5条的规定,物权的种类和内容由法律规定,只有经法律承认的担保方式才属于法律所认可的担保物权。在物权法定主义之下,那些创新性担保手段只能被称之为非典型担保,其概念和类型起源于判例和学说,内容突破了立法所规定的典型担保规则,与既有的规范体系和理论框架不无冲突,长

期困扰着司法实践。本文旨在厘清非典型担保概念的基础上,探明其问题根源,进而通过理论概括提出可行的裁判规则。

一、问题的界定

与其他通过对事物的共通特征进行“提取公因式”所获得的法律概念不同,非典型担保是反面排除的结果,但凡典型担保以外的所有担保手段,尽可囊括其中,种类繁多,内容庞杂。这就导致非典型担保不具有统一的构成要件和法律效力,而且其内涵外延始终处于动态变化过程中,从这个意义上,与其说非典型担保是一个法律概念,不如将其当作容纳立法冗余的“箩筐”更为准确得当。由于不同种类的非典型担保的法律性质和交易结构差异悬殊,任何想要通过立法“一锅烩”式地解决非典型担保问题的企

图似乎都显得徒劳无益。尽管如此,面对眼花缭乱的非典型担保,学界却也从来没有放弃将其“规范化”的努力,也一直在试图最大限度地现将担保法体系框架延伸到非典型担保交易中。本文也是这种努力的延续。在我们看来,这样做的一个前提,是必须根据不同类型的非典型担保交易的特点进行分类,以类型化方式予以解决。这既是认识问题的起点,也是根据其不同特征进行差别调整的基础。

在司法实践中,法官首要面对的问题就是非典型担保与物权法定原则的关系,这也正是非典型担保难题的核心,故而本文首先根据二者关系对非典型担保进行分类。

(一)明确符合物权法定原则的非典型担保

如果将物权法定原则当中的“法”扩张解释至物权法以外的民事法律,那么最典型的“法定”非典型担保形式则非所有权保留和融资租赁莫属。在现行法中,《合同法》以有名合同的方式,明确规定了所有权保留和融资租赁两种交易。虽说所有权保留和融资租赁与《物权法》规定的质权、抵押权和留置权等典型担保具有明显差异,并非传统意义上的价值权,而是通过移转所有权来担保债权的实现。但是,所有权保留和融资租赁的当事人同样是出于担保合同债权的目的来选择交易模式,且其切实地具有保障债权实现的法律效果,故学说一般仍将其认定为非典型担保。

由于所有权保留和融资租赁等已经为法律所明确承认,消除了违反物权法定原则的可能性,除违反有关合同效力的强制性规定以外,法官和当事人一般都不会对这类担保协议的合法性产生争议。更重要的是,在这类非典型担保交易中,法官可放心地尊重当事人的交易安排,根据担保协议来处理当事人之间的纠纷。即使出现当事人事先没有约定或者约定不明确的情形,法官亦可将现行担保法体系延伸到所有权保留和融资租赁交易中,对其担保权益的创设、公示及执行进行补充和明确,以作为处理纠纷的依据。比如,就非典型担保纠纷中常见的未经对方许可擅自将担保物转售给第三人的问题来说,法

官可以适用无权处分的有关规定要求第三人向出卖人或出租人返还标的物,如果第三人构成善意取得的,可以获取标的物的所有权,同时要求买受人或承租人向出卖人或出租人承担违约责任。由于此类非典型担保不存在合法性争议,法官完全可以依据既有的法律规则来处理纠纷,并不会出现非典型担保纠纷所常见的法律适用难题,故而本文不予探讨。

需要说明的是,此处所谓符合物权法定原则的非典型担保,并不包含习惯的情形。《民法总则》第10条明确承认习惯可以成为处理民事纠纷的法源,为法官通过习惯法缓和物权法定原则提供了实证法基础。但是,如要完成习惯向习惯法的转变,一方面需通过法律成员的实践,另一方面还要通过法律成员都表示同意的法院裁判逐渐形成^①。从实质效果来看,这种效力并不主要在于为司法实践所引用,更在于长期以来公众对这种实践的认可和参与,其基础最终在于为大众所普遍使用和接受^②,即民众形成普遍的内心确信。观诸非典型担保的司法实践,除了被实证法所明确承认的非典型担保类型外,司法实践中既未对非典型担保的合法性和裁判规则形成一致的意见,大众也远没有获得普遍的内心确信。另外,非典型担保往往缺少完善的公示机制,如果法官贸然通过习惯法承认其具有对抗第三人的担保物权效力,还会损害善意第三人的交易安全,故而,通过习惯法来确认非典型担保的合法性,为时尚早。

(二)有可能违反物权法定原则的非典型担保

与所有权保留、融资租赁等非典型担保不同,有些非典型担保虽然被当事人用作担保债权的目的,却因没有得到现行法的明确承认,存在违反物权法定原则的风险,从而引发合法性争议。在司法实践中,此类非典型担保没有明确的法律依据和统一的操作规则,极易发生纠纷,典型者如让与担保、以房抵债协议、银行账户质押、动态质押等,如何认定它们的法律效力,在实践中存在严重分歧,很难形成统一的裁判规则,成为司法实践中的疑难问题,也是本文重点讨论之所在。以让与担保为例,通过对案例的统计研究发现,各地法院承认和否定让与担保的

合法性比例大致相当,没有形成主流意见,与这种割裂的态度相呼应的是,包括二审和再审在内的相关案件上诉率竟高达51.90%^③。其中奥妙耐人寻味。概而言之,此类非典型担保有以下特征:

1. 通过特定的法律关系来担保主债权实现的行为结构

在设立担保后,债权人希望借助担保法律关系的存在和发挥作用,“或是使保障债权切实实现的责任财产(一般财产)扩张,或是使债权人就特定财产享有优先权,或是使当事人对特定数额的金钱有得失的可能和机会,从而极大地提高债权人的债权得以实现的可能性。”^④虽然非典型担保的交易模式、担保标的或者执行方式与典型担保可能有所不同,但当事人的目的都是担保主债权的实现,这就使其必须具备两个基本要素:一是被担保的主债权,二是保障主债实现的担保法律关系。在大多数情形下,当事人都会在交易中明确担保法律关系是为担保特定主债权的实现而存在的,法官对这种担保事实的认定并无异议。比如,在以商铺租赁权为客体的非典型担保中,贷款银行、借款商户和商铺所有人会在协议中约定以商铺承租权为标的为银行贷款提供担保,如果承租商户届期未能归还银行贷款,则商铺所有者有权提前收回商铺的承租权,重新出租给他人,所得租金将用于优先清偿原承租商户拖欠的银行贷款^⑤,担保关系至为明显。

但是,并非所有的非典型担保都是如此,实践中当事人往往会根据交易需求或者为了规避法律强制性规定,而采用“以房抵债协议”“售后回购”“商品房按揭”“应收账款承购”等名称来掩藏其担保意图。为了在事实层面准确认定特定交易是否构成非典型担保,此际就需要裁判者摆脱交易形式的束缚,根据各方当事人之间真实的担保意图来认定实践中名目繁多的非典型担保交易。在比较法中,这种做法并非孤例。《美国统一商法典》第9编第109条a部分第1项就规定:不管交易的形式如何,只要该交易依合同在动产或者不动产附着物上创设了担保权益,就接受本法的调整。该法提出了以“经济属性”,而非

“主观表达”来核定一种意定法律关系属性的做法,即引导法院如何检视当事人的遣词造句,并将交易中的担保问题纳入第九编中来处理^⑥。鉴于非典型担保交易形式的灵活多样,法官有必要拨开形式表达的重重迷雾,根据“各方当事人之间的担保意图”来认定非典型担保,这是规范调整非典型担保的前提和基础。相反,如果法官不能准确认识“各方当事人之间的担保意图”的法律意义,也就无法认定非典型担保,从而无法对其妥善调整。比如,在“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”^⑦中,当事人双方为同一笔借款先后设立了《借款协议》和《商品房买卖合同》,庭审查表明,后者实际上是担保前者债权的实现。对于如何认定两个案涉合同的法律性质存在争议,山西高院认为,“《借款协议》中‘到期不能还款用抵押物抵顶借款,双方之间互不再支付对方任何款项’的约定违反法律的强制性规定,应属无效”。对此,最高人民法院并不认可,而是将其认定为“并立而又联系”的合同,即《借款协议》为《商品房买卖合同》的履行附设了解除条件,二者均已成立并生效,且《借款协议》所附解除条件未成就,嘉和泰公司应当继续履行《商品房买卖合同》,向朱俊芳交付标的房屋。此案当中,撇开法官所谓“并立而又联系”的审判思路在学理上引发的争论不谈^⑧,该种见解虽能够起到尊重当事人交易安排的效果,却也不免引发了规避物权法上禁止流质条款的嫌疑。

2. 法律没有明确规定

在日新月异的社会发展面前,立法永远具有滞后性,这一点在担保法领域尤为明显。市场主体往往会根据特定的市场环境和交易需求不断创新金融体制,创设出诸多担保法所未规定的新型融资及担保方式,成就非典型担保。本文所秉承的是以裁判实践为导向的理念,即认定某一具体担保交易属于非典型担保的标准不是其最终结果是否违反物权法定原则,而是在司法实践中是否会引发合法性争议。具体来说,除了让与担保、“后让与担保”等担保类型确定地不属于物权法所承认的典型担保外,其他一

些类型的非典型担保则存在巨大的解释空间,有可能被法官认定为典型担保中的一种。以实践中广泛出现的新类型担保为例,由于《物权法》对这些新型财产权能否成为担保客体以及公示方式均无明确规定,“各地法院在审理此类担保纠纷时,做法不一:有些法院将之作为权利质权纠纷处理;也有些法院将之作为权利抵押处理;还有些法院则认定此类担保无效。”⁹⁰虽然这些新类型担保有可能通过对法律的扩张解释被认定为典型担保,但本文仍将其当做非典型担保来看待。之所以如此,原因如下:第一,由于法律没有明确承认这些新型财产可以用作典型担保的客体,在发生纠纷时,法官同样要依据物权法定原则对其合法性进行检验,最终是否能够将他们认定为典型担保存在巨大不确定性;第二,即使法官将其认定为典型担保中的一种,由于这些新类型担保并未形成统一规则,要么因担保财产价值不确定,要么因公示手段不完善、或者因各方主体权利义务边界不明确等原因,仍然会引发争议。而以上两个特征与让与担保、“后让与担保”等非典型担保实质相同,都是司法实践所常常碰到的问题,也是法官所最为关注的核心难题。

一言以蔽之,法官认定非典型担保的核心判断标准是有没有明确的实证法依据,即能否根据法律的通常文义将其解释为典型担保。比如,当事人设立质押一般要求出质人将质物实际交付给质权人,出质人不得对质物进行占有、使用或处分,质物灭失后质权亦将消灭。但在动态质押情形,出质人可能无需将质物从场库移交给质权人,且有权根据生产经营需要对质物予以增减、置换或部分解押,质物处于动态变化中,与典型的质押担保不符,故而,虽然有部分法官直接将动态质押默认为质押,但其仍属于本文所说的非典型担保。从学理上讲,在例外情况下,如果法律用语在法律圈有可得被认定之特别含义,且获得了有权机关的认可,则应根据该特别含义来认定某特定担保交易是否属于非典型担保。比如,银行账户属于无形物,本身亦无价值,一般不能被当做动产进行质押,但《最高人民法院关于审理出

口退税托管账户质押贷款案件有关问题的规定》第3条明确规定借款人可以用出口退税专用账户质押方式贷款,银行对质押账户内的退税款享有优先受偿权,扩展了动产质押的文义范围,故应将出口退税托管账户质押认定为典型担保。

3. 公示不是非典型担保的认定标准

非典型担保多发于商事实践之中,以形式灵活、程序简单和交易便捷为其生命力所在,当事人也往往基于减少交易成本或保护商业秘密的考量,有意或无意地忽视对担保交易的公示,这就导致当事人或法官形成非典型担保欠缺公示的直观印象。我们认为,公示不能当做区分典型担保和非典型担保的标准:第一,公示不是所有典型担保物权变动的生效要件,我国《物权法》担保物权编关于动产抵押权规定中,即采用公示对抗主义;第二,对非典型担保来说,实践中亦不乏进行公示的情形。比如,在新类型担保中,公示方式就有登记、占有和控制等多种方式,尽管有的新类型担保物权的公示方式具有个别性,如有权利凭证标的担保物权可以占有权利凭证的方式公示,但所有标的物上的担保物权都可以登记进行公示⁹¹。第三,如果某项交易不满足担保的构成要件,即使进行了登记且切实地提高了债权实现的可能性,亦不能视之为担保,比如商品房预告登记。当然,这并不是说公示对于非典型担保不重要,公示机制的不完善确实往往成为引发纠纷的根源,在司法实践中需要重点考量,详见下文。

二、非典型担保合法性争议

非典型担保的本质是借助于担保物权的对世效力以保障债权的实现,其兼具性质迥异的物、债双重属性,具有引发物权法定和意思自治内部冲突的潜在风险,即所谓的合法性争议。在司法实践中,无论法官是否承认非典型担保的合法性,其都要面临物权法定原则的检验,故而对物权法定原则的理解适用是非典型担保得以存在的前提和基础。

(一) 物权法定原则担当了区分物债的工具

在物债二分的权利体系下,物权法定原则担当了区分物权和债权的工具:一方面可以使“所有权一

他物权”的物权结构保持简明稳定的状态,“其他限制物权作为抽象所有权的附庸,必然要被限定于少数的几种类型”;^⑩另一方面可以清楚许多依附于所有权之上的人身或债务关系,起到了整理旧物权的作用。因此,物权法定原则可以“使得权利体系更为合理,物债二元财产权体系更为清楚,在类型体系中互为对照,物权在有关区分中内涵外延更清晰,潘德克顿法律的形式理性亦因此为人称道”。^⑪我国《民法总则》第116条继续固守物权法定原则,大概也是认定其可以维持物债二分财产权体系的清晰稳定,无论是学习研究还是对解释适用都大有帮助。

(二)非典型担保的法律效力分析

潘德克顿学派将债权和物权进行概念化思考,认为特定物之上存在的财产权就只有债权和物权这两种权利,除此之外再无别种类型的权利^⑫。其直接后果就是“所有不符合物权与债权严格界限划分的混合形式原则上都被谴责为是‘错误的’,所有理论上试图进行的某种意义的‘相对物权’一开始就被认为是‘不恰当的’,^⑬导致法定之外的非典型担保都被当做‘理性的他者’而遭否定。这种“违反物权法定原则=无效”的思想至今遗韵悠长,我国司法实践时不时将让与担保、“后让与担保”“动态质押”、新类型担保等非典型担保认定为无效的做法就是其体现。

但是,“无效”作为非难性程度最高的效力评价类型,既与物权法定原则的规范性质相左,亦超出其目的范围。首先,当事人创设非典型担保的目的旨在促进经济融通,以满足当事人的交易需求,与可能导致剥削和压迫的封建旧物权具有本质区别,国家无需再引入政治考量、公序良俗等“民法外因素”否定非典型担保合同的效力。其次,在概念化的过程中,诸如促进财货流通和交易安全等价值追求已经“隐藏在法律之用语里头,后来者不必再重复考虑这些情事”,^⑭物权法定原则被纯化为支撑民法体系的内部强行法。这类民法强行法只是提供一套自治的游戏规则,违反私法强行法的行为最严重的后果只是“不生效”,受法律的非难性程度最低,而并不管制人们的私法行为^⑮。最后,作为区隔物权和债权的工

具,物权法定原则旨在通过限定物权的类型和内容,以实现物权的封闭性,这就决定了物权法定原则的效力范围局限于物权。只要阻却非典型担保发生对抗第三人的物权效力,即物权“不生效”,物权法定原则就能实现区隔物债二分体系的目的,无须禁止当事人自由达成非典型担保合同。

其实,学界对于物权法定原则的弊端已有清醒认识,除了少部分主张彻底废弃物权法定以实现物权自由化的学者^⑯外,多主张通过缓和物权法定原则来承认非典型担保的合法性^⑰。本文对此亦深表赞同。在物权法定原则之下,基于对实证法的尊重和对法教义学的坚守,解释论视野下的缓和路径大体有以下三条:第一,通过习惯法扩张物权法定的法源范围,进而把习惯中的非典型担保囊括进来,使其摆脱合法性争议,这也是获得学者支持最多的路径。第二,扩张解释物权法所规定的物权类型,把实践中出现的非典型担保纳入其中,以承认其物权效力。第三,限定物权法定原则的效力范围,法官不应认定当事人签订的非典型担保协议无效,只应当使其不生物权效力,以最大限度地尊重当事人的交易安排。上述三种方法当中,鉴于我国司法实践中尚未形成认定习惯法的成熟经验,民众也未对非典型担保形成普遍一致的内心确信,且无法解决交易安全的问题,故而本文不取习惯法路径,而是主张通过第二种和第三种方法来缓和物权法定原则。

(三)物权法定主义的缓和

根据民法物债二分体系,赋予某一制度担保地位有二:一是,通过当事人的意思解释,以债权标准使担保合同内容合理化,二是,以物权标准使担保当事人拥有物权的内容,特别是承认有关标的物的物权归属^⑱。当事人从事非典型担保交易的目的,无非是获得对抗第三人的优先受偿效力,以保障主债权的实现,所以,法官应首先穷尽所有解释方法,将其认定为典型担保以赋予其物权对抗效力。由于此类非典型担保具有对抗第三人的物权效力,本文称之为物权性非典型担保。

以实践中出现的新类型担保为例,《物权法》“权

利质权”一章的第223条第(1)至(6)项所列举的可以被出质的财产权并不包括商铺租赁权、出租车经营权、银行理财产品、公用事业收费权、企业排污权等权利类型,如要将其认定为权利质权就只能通过解释该条第(7)项规定,即“法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利”。但是,以上新型财产权利并未被现行法律、法规规定为可以出质的“其他财产权利”,也就无法将其解释为权利质权。此时,基于穷尽所有解释方法的努力,法官还应尝试解释抵押权来赋予其物权效力:由于我国采用“泛抵押权”模式,《物权法》第180条第(7)款规定任何“法律、行政法规未禁止抵押的其他财产”均可成为抵押权的客体,这就为将新典型担保认定为抵押权提供了可能性。抵押权与质权的本质区别在于,抵押权的设立不以转移占有为条件,抵押人可以继续对担保物加以占有、使用和收益。在以上新类型担保中,当事人非但无须以转移占有权利凭证的方式设立担保,而且担保人可以继续对担保物享有占有、使用和收益的权利。虽然担保人对该新类型财产的处分权也会受到限制,“但此规则本属担保物权设定后担保物处分限制的共通规则,在抵押权和质权之间并无差异”^③。此时,“其担保的作用反近于抵押权”^④,不妨将其认定为抵押权,从而赋予其担保物权效力。

对于某些其他类型的非典型担保,法官可能在穷尽所有解释方法后仍然不能成功将其认定为典型担保,典型者如让与担保。此时,“法官很可能在客观法中找不到可适用的规范时,跳过契约去造法,而做成对当事人完全不公平的决定……不但不能止争,反而成为乱源”。^⑤我们认为,在此种情形,法官应摆脱非典型担保是否构成“合法”担保物权类型的纠缠,回归契约规范主义,承认此类非典型担保的债权效力,根据当事人之间的债权协议进行裁判。其合理性基础在于,“私法上的法律行为(契约)属个别规范,它在当事人之间产生拘束力,属于私人立法行为”,既能够作为行为规范约束当事人,又能“通过拘束行为而拘束法官”^⑥。此类担保交易,因其仅具有约束担保当事人的相对效力,无法对抗第三人,本文

称之为债权性非典型担保。以以房抵债协议为例,针对实践当中较为普遍出现的当事人以签订买卖合同作为民间借贷合同的担保,借款到期后不能还款,则出借人请求履行买卖合同以实现债权的做法,最高法院虽然没有明确承认买卖合同的法律效力,但在《民间借贷司法解释》第24条第2款规定债权人可以依照买卖合同拍卖标的物以清偿债权,这实质上赋予了债权人债权性担保效力。

三、非典型担保的裁判规则

在商事交易中,当事人签订非典型担保协议的目的是获得担保物权效力,以担保主债权的实现。由于非典型担保兼具物权和债权的属性,法官不仅要调整担保当事人之间此消彼长的利益关系,还需面对担保当事人与第三人的利益冲突,稍有不慎即可能造成担保人、担保权人以及第三人之间的利益失衡,不可不慎。

(一)物权性非典型担保

根据前文可知,物权性非典型担保实为典型担保的变异形态,可以适用既有的担保规则,而现行法对于担保人、担保权人以及第三人之间的利益关系已经做出较为适切的平衡分割,并规定了诸如清算规则、禁止流质、公示生效、涤除权、优先受偿权、无权处分以及善意取得等法律规则予以保障,争议不大。有问题的是公示。公示方式亦在物权法定原则的效力范围内。以商铺租赁权、出租车经营权、银行理财产品、公用事业收费权、企业排污权等财产为客体的非典型担保,不仅扩展了抵押权客体本身的范围,还会对公示提出挑战,出现比如在租赁标的商铺的显眼处标记、在行政审批机关的登记簿上登记等新的方式。在这种公示制度的“创新”背后,或是由于现行法没有明确规定,或是由于现行法虽有规定却不够简便或成本太高,原因不一而足。但有一点是明确的,那就是这些新型公示方式并未被实证法明确规定,不属于物权法定原则肯认的公示方式。虽然这些新型公示方式不会影响抵押权的设立(自签订抵押合同时生效),但如何看待其对于抵押权效力的影响,比如能否将其等同于法定登记方式,获得

对抗善意第三人的效力,仍然存在疑问。我们认为,于此情形,法官应做否定回答,拒绝赋予这些新型公示方式对抗任何善意第三人的效力。

(二) 债权性非典型担保

在债权性非典型担保交易中,因其不能通过法律解释被归入任何一种典型担保类型,法官在平衡担保人、担保权人以及第三人之间的利益冲突时,没有成例可循,需在承认非典型担保债权效力的基础上,探明法律纠纷的性质,并据此来平衡不同主体之间的利益冲突。

1. 交易外观与担保目的

民法实践乃是一个循名责实的活动,讲求当事人的外在表示和法律效果的一致性,以保障意思自治的实现。但是,债权性非典型担保的外在意思表示与内在担保目的有可能并不一致,当事人往往采用“名为……实为担保”的方式从事担保交易,名义可能有多种多样,比如售后回购、买卖合同、以房抵债协议等,实质却都是担保债权的实现。如果民法继续依据交易外观认定非典型担保的法律效果,就有可能与当事人的真实交易目的不合,导致许多争议的产生。

如前所述,否定非典型担保法律效力的做法为本文所不采,剩下的问题就是在承认交易外观的法律效力的基础上,如何处理交易外观与担保目的的关系。如果法律根据其交易外观予以调整,则会漠视当事人的担保目的,不利于贯彻当事人的真实意思,扭曲担保人与担保权人的利益关系。相反,如果根据当事人的担保目的进行裁判,因担保目的被掩藏在交易外观之下,第三人无法知悉,则有可能损害第三人的利益,不利于保护交易安全。以让与担保为例,债务人届期不能清偿债务的,如果法官依据买卖协议的交易外观,准许债权人获得担保物的所有权,因标的物往往超出债务价值,就会损害债务人的利益,还会违反禁止流质的规定;相反,如果依据当事人的担保目的进行裁判,在债务人将担保物所有权转移给债权人之后,尚对标的物保留有不能清偿债务时的清算权利和清偿债务后的返还请求权,以

对抗第三人对该物主张的权利,则不利于保障交易安全。

2. 根据外观说保护第三人的交易安全

在物债二分体系下,如要完成债权向物权的转化,公示在其中起着决定性作用。在德国法系传统中,物权自产生时起,就有明确的公示形式,以对社会公众表明其绝对性和排他性^③,进而保护第三人的交易安全。而“物权法定原则”正是作为证明债权转换为物权的公示技术手段,为立法者的物权拟制提供了合理的依据^④。在早期公示制度尚不健全或成本较高的时候,物权种类和内容的法定化,便于公示(尤其是土地登记),可确保交易安全与便捷^⑤,降低公示和查阅成本,故而物权法定本身就是一种辅助的物权公示手段。在基于法律规定直接产生物权的情形,法律的公示作用更为明显,比如承包人对于建设工程的优先受偿权,承包人可以直接依据《合同法》第286条推定其他债权人已经知悉该优先受偿权的存在。然而,通过法律规定来公示物权也具有诸多弊端,比如承包人债权价值不透明、承包人和发包人串通伪造债权的道德风险、与购房者生存利益的冲突等。

晚近以来,物权制度的新发展使其与公示的关系发生了变化,即物权变动并不一定以公示为前提,典型如不以转移占有为成立要件的动产抵押权。但是,这非但没有削弱公示的重要性,反而凸显出交易安全主要依赖于切实可行的公示制度,而非人为拟制的物债概念:一方面,法律规定没有公示的物权不能对抗善意第三人,典型如动产抵押权、地役权等;另一方面,某些债权如果依法予以登记,则能获得对抗第三人的法律效力,典型如房屋买卖中的预告登记制度。正是通过登记、移转占有等公示方法,当事人可以将其权力表征于外部,这样不特定的第三人就可以从外部查知^⑥,因而有所趋避,行于所当行,止于所当止。由此可知,对抗第三人的法律效力是以依法公示为前提的,这样才能避免物权人和第三人之间的权利冲突,达到保护交易安全的目的。

在债权性非典型担保交易中,如果当事人没有

根据法定方式进行公示,其担保目的也就无法获得公示公信的效力。此种情形下,担保当事人与第三人发生权利冲突的,法官应当优先保护第三人,以保护交易安全。比如,在未经公示的让与担保交易中,第三人从债权人处受让担保物的,债务人无权要求第三人返还担保物。相反,如果当事人确已对让与担保进行公示,第三人明知该房屋上存在担保负担仍继续从债权人处受让担保物的,构成恶意侵害债权的行为,债务人有权主张转售合同无效,要求第三人将房屋返还给债务人。

3. 根据意思说保障当事人之间的担保目的

与涉及第三人的利益冲突不同,非典型担保当事人之间的纠纷不涉及交易安全问题,法官适用意思说进行裁判,即根据当事人的担保目的来限制交易外观的法律效力。这主要表现为担保人在无法按时清偿债权时的清算请求权和清偿债权后的返还请求权,从而防止债权人依据交易外观规定局性地获取担保物所有权。以让与担保为例,如果债务人届期不能清偿债务的,法官应当允许债务人对担保物进行清算,有权要求债权人返还超出主债权部分的担保物价值;相反,债务人按期清偿债务的,有权请求债权人返还担保物。根据意思说保障当事人之间的担保目的具有以下优点:

首先,有助于明确交易外观的法律效力。在债权性非典型担保交易中,如何认定交易外观的法律效力一直是困扰司法实践的难题,《民间借贷司法解释》第24条就是其著例,该规定对“买卖合同”采取了不置可否的做法,以回避对其法律效力表明态度。这确实显示了法政策制定当中的两难处境:一方面,毫无保留地承认“买卖合同”的法律效力可能会导致当事人之间的利益失衡,甚至招致违反禁止流质规定的嫌疑;另一方面,一概否定其法律效力又会致使当事人的担保目的落空,过度干涉当事人的交易安排。在我们看来,根据担保目的来限制交易外观的法律效力,庶几可以避免上述弊端,免除承认“买卖合同”合法性的后顾之忧。

其次,这是私法自治的本质要求。就债权性非

典型担保来说,当事人虽然会出于各种原因采用不同的交易外观,其背后的利益安排却不难查明,那就是担保主债权的实现,这也正是经过当事人充分谈判协商后达成的真实意思表示。在发生纠纷后,法官不应拘泥于交易外观,还需根据其担保目的来限制交易外观的法律效力,才能充分贯彻尊重市场主体交易安排的主旨。

最后,保持民法内在价值体系的统一。根据民法典的体系性要求,特别是由特定指导性法律思想、原则或一般价值标准组成的内部体系,相似事务应做相似价值判断。其作用在于:诸多规范之各种价值决定得借此法律思想得以正当化、一体化,并因此而避免彼此间的矛盾,其有助于解释,对法律内及超越法律的法的续造,助益更宏^⑧。这对非典型担保尤其具有启示意义:作为物权法定原则之外的“冗余物”,债权性非典型担保如要获得合法性,不仅在于通过缓和物权法定原则,实现其与物债二分外在体系的兼容,更要消弭其与民法内在价值体系的冲突。以让与担保为例,债务人不能届期清偿债务时,债权人获得担保物的所有权的做法就会违反禁止流质的价值判断。

从争议根源来看,如要化解债权性非典型担保与民法内在体系的冲突,必须要厘清我国民法对于名实不符的法律行为的规定及其背后的价值判断,《民法总则》第146条对“阴阳合同”的规定就是其著例^⑨。《民法总则》第146条规定:行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效,以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力,依照有关规定处理。不难看出,该规定采取了取实而责名的思路,一方面表面的“阳合同”因属于通谋虚伪表示而无效,另一方面根据代表当事人真实意思的“阴合同”来确定其法律效力。在这种区分名实的做法背后的价值判断就是最大限度地尊重当事人的意思自治,不拘泥于当事人的外在意思表示,以根据当事人的真意来确定他们的法律关系,值得赞同。虽然非典型担保与“阴阳合同”存在差异,“阴阳合同”的当事人“实际上并不想使有关法律行为(阳合同)的法

律效果发生”⁹⁰，债权性非典型担保则需借助交易外观行为成立生效来实现担保目的。但是，二者的行为结构是相通的，均属表里不一的行为，在内，当事人已对合同目的达成合意；对外，常会引起第三人的误解，核心争议都是如何处理名实关系。在司法实践中，法官有时会认为债权性非典型担保交易构成通谋虚伪而无效⁹¹，德国和日本的早期判例也都曾出现过类似做法⁹²，这与《民法总则》第146条否定“阳合同”的效力具有相似性。可惜的是，这种类比借鉴“得形而忘意”，因为《民法总则》第146条的核心不是否定交易外观的法律效力，而是探明当事人真意，并据此来确定他们的法律关系。为了保持民法价值体系的统一，在债权性非典型担保交易中，法官同样应该根据当事人真意来确定法律关系，并据此来限制交易外观的法律效果。

(三)禁止流质

流质契约的禁止作为实现保护债务人的方法太过形式化也太过刚性，未必符合实情，倒不如在各个情况下具体考察其中是否存在有乘债务人的穷困状况而为之的暴利行为，从而来判定其效力⁹³。当然，虽然我们对于禁止流质持保留态度，但本文却无意于跳脱实定法，只得在解释论视角下探讨禁止流质规定对于债权性非典型担保交易的影响。

首先，禁止流质规定的适用范围。从规范目的来看，禁止流质旨在避免债务人因不谨慎交易而陷入不公平的投机给付，典型地适用于盘剥、诓骗债务人的场合。如要实现这种目的，就不应拘泥于交易外观，“不论是债务人已受损害，还是在合同订立时就已经表现出抽象危险的作为特别危险状况前哨的合同⁹⁴”，只要当事人的事先约定有可能导致债权人未经清算就获得担保物所有权的结果，都应在禁止流质规定的适用范围之内。否则，当事人就可以通过类似于“并立合同”等方式规避禁止流质，使立法目的落空。

其次，控制流质的法律效果。在债权性非典型担保交易中，因当事人多采用买卖合同、售后回购等交易外观，缺乏清算条款，极易触发禁止流质的规

定，这也成为法官否定其效力的重要原因之一。但是，合同无效具极大杀伤力，如果将流质条款无效的法律效果株连至担保交易本身，不但不能营造一个健康、公平的担保交易环境，还会过度干涉当事人的意思自治使其本身将失去存在的交易基础，不啻为南辕北辙。从实践表现来看，债务人主张非典型担保因构成流质而无效的动机常常是为规避担保责任乃至逃避债务，而债权人一般正是基于非典型担保才同意借款给债务人的，债务人既已从中受益，之后又主张无效，投机性至为明显，不但违背诚实信用原则，更严重损害债权人利益，自法政策而言不应支持其主张。对此，法官应适用《民法通则》第60条⁹⁵和《合同法》第56条⁹⁶规定的部分无效制度，在认定流质条款无效的前提下，承认债权性非典型担保交易的效力，以最大程度地限制无效的效力范围，从而实现鼓励交易、促进私法自治的法政策要求。

最后，流质问题的根本解决途径是担保清算。与典型担保相同，非典型担保应回归担保的价值权属性，即债权人仅仅有权在主债权的价值范围内对担保物主张权利。在实现担保权时，担保人应享有主张清算的权利，这也是解决流质问题的根本途径。在实践中，已有部分当事人通过事先约定清算条款，有效预防了因流质条款被认定为无效的风险⁹⁷。

对于担保权的实现方式，世界银行在营商环境报告中提出，“法律允许双方在担保协议中同意贷方庭外执行其担保权益，允许公共和私人拍卖资产，也允许担保的债务人用资产抵债”⁹⁸。不难看出，该评估标准的宗旨是赋予当事人根据交易需求选择实现担保方式的权利。在立法固守禁止流质规定的前提下，法官依然应当承认当事人事后通过签订以物抵债协议或价值评估返还超额价值的方式实现担保权益，这样既能避免流质后果，又能缓和法定清算程序的烦琐呆板，节约拍卖、变卖的执行成本。比如，在游奕林与张琼明让与担保纠纷案⁹⁹中，原告游奕林请求返还为担保借款登记在张琼明名下的房屋所有权及国有土地使用权，法官判决“原告游奕林如未能在

规定的期限内付清借款本金,则被告张琼明等有权对该房屋所有权及国有土地使用权进行评估清算,并在评估完毕二个月内扣除上述游奕林应当支付的借款本金后,支付给原告游奕林诉争房地产的价款,即可取得上述房产的所有权及相应的土地使用权”。

结论

非典型担保不是严谨的法律概念,而是容纳立法冗余的箩筐,故而难以形成统一的裁判规则,类型化是明确非典型担保裁判规则的可行路径。在具体案件中,法官应通过扩大解释典型担保和承认非典型担保合同效力的方式,缓和物权法定原则。

第一,在事实认定方面,法官认定特定交易纠纷是否构成非典型担保的标准有两个:一是特定交易是否满足通过特定的法律关系来担保主债权实现的行为结构;二是违反物权法定原则。只要特定交易满足以上条件,都应认定为非典型担保,避免出现类似于“并立合同”的判决结果,给投机的当事人根据利益需要主张交易性质制造可乘之机,实质造成流质的后果。

第二,在文义范围内穷尽所有解释手段,将特定的非典型担保解释为典型担保,典型者如以商铺租赁权、出租车经营权、银行理财产品、公用事业收费权、企业排污权等财产为客体的新类型担保,均不妨解释为抵押权,从而适用抵押规则。

第三,如果穷尽所有解释手段仍不能成功,法官则应在遵守物权法定原则的前提下,赋予非典型担保以债权相对效力,根据当事人的担保目的来限制交易外观的法律效果,允许担保人主张对标的物进行清算,以对抗债权人主张履行以房抵债协议或终局地获得让与担保标的物的权利。如果当事人擅自出售标的物或在其上设置担保后,应优先保护善意第三人,以免出现为保护债务人而损害第三人利益的情形。

第四,在解释论视角下,非典型担保不得违背禁止流质的规定,应该赋予担保人主张清算的权利。在具体适用时应注意以下方面:第一,适用范围与交易形式无关,只要有可能达到与流质条款相同的结

果,不论是债务人已受损害,还是仅仅表现出抽象的危险,都在禁止之列;第二,不可因违反禁止流质条款而认定整个非典型担保交易无效,以免过度损害交易自由;第三,当事人可以约定采用价值评估代替实际的拍卖、变卖,以节约清算成本。

注释:

①[德]拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2013年版,第12页。

②高鸿均主编:《英美法原论》(上),北京大学出版社2013年版,第52页。

③姚辉、李付雷:《“理性他者”的依归——让与担保实践争议探源与启示》,《中国人民大学学报》2018年第6期。

④崔建远:《“担保”辩——基于担保泛化弊端严重的思考》,《政治与法律》2015年第12期。

⑤陈本寒:《新类型担保的法律定位》,《清华法学》2014年第2期。

⑥参见董学立《美国动产担保交易制度研究》,法律出版社2007年版,第30页。转引自董学立:《也论“后让与担保”——与杨立新教授商榷》,《中国法学》2014年第3期。

⑦《最高人民法院公报》2014年第12期。在本案中,朱俊芳与嘉和泰公司签订14份《商品房买卖合同》,约定朱俊芳以每平方米4600元的价格向嘉和泰公司购买14套商铺,并办理了相关销售备案登记手续。同时,朱俊芳与嘉和泰公司签订了《借款协议》,约定嘉和泰公司向朱俊芳借款1100万元,嘉和泰公司自愿以上述《商品房买卖合同》担保该借款,并办理备案手续,借款到期后,如果嘉和泰公司一次性还清借款,朱俊芳将担保手续(合同、收据)退回嘉和泰公司,并解除备案登记;如到期不能偿还,嘉和泰公司将以抵押物抵顶借款,双方互不支付对方任何款项。

⑧陆青:《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》,《法学研究》2015年第3期。

⑨陈本寒:《新类型担保的法律定位》,《清华法学》2014年第2期。

⑩董学立:《也论“新类型担保的法律定位”——与陈本寒教授商榷》,《法治研究》2015年第4期。

⑪朱虎:《物权法自治性观念的变迁》,《法学研究》,2013年第1期。

⑫王玉华:《康德的“理性占有”思想对物权观念的影响》,《私法》2007年第2期。

⑬张鹏:《物债二分体系下的物权法定》,《中国法学》2013年第6期。

⑭[德]沃尔夫冈·维甘德:《物权类型法定原则——关于一个重要民法原理的产生及其意义》,《中德私法研究》2007年第2期。

⑮黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001版,第54页。

⑯谢鸿飞:《论法律行为生效的适法规范——公法对法律行为效力的影响极其限度》,《中国社会科学》2007年第6期。

⑰常鹏翱:《体系化视角中的物权法定》,《法学研究》2006年第5期;熊丙万:《实用主义能走多远:美国财产法学引领的私法新思维》,《清华法学》2018年第1期。

⑱杨立新:《民法分则物权编应当规定物权法定缓和原则》,《清华法学》2017年第2期;梁上上:《物权法定主义:在自由与强制之间》,《法学研究》2003年第3期。

⑲参见[日]道垣内弘人:《日本民法的展开判例形成的法——让与担保》,载《民商法论丛》2000年第15卷。

⑳高圣平:《民法典担保物权法编纂:问题与展望》,《清华法学》2018年第2期。

㉑史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第288页。

㉒苏永钦:《私法自治中的经济理性》,中国人民大学出版社2004年版,第14页。

㉓朱庆育:《私法自治与民法规范凯尔森规范理论的修正性运用》,《中外法学》,2012年第3期。

㉔常鹏翱:《体系化视角中的物权法定》,《法学研究》2006年第5期。

㉕参见申政武《物权的本质论与物权法定原则——近代日本法与现代中国法的双重视点》,《中日民商法研究》第6卷,北京大学出版社2007年,第90页。

㉖王泽鉴:《民法物权1》,中国政法大学出版社2001年版,第45页。

㉗杨代雄:《物权法定原则批判——兼评〈中华人民共和国物权法〉第五条》,《法制与社会发展》2007年第4期。

㉘[德]拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第316页。

㉙《民法总则》第146条规定:行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效,以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力,依照有关法律规定处理。

㉚[德]拉伦茨:《德国民法通论》(下册),法律出版社2013年版,第497页。

㉛参见延边朝鲜族自治州中级人民法院(2017)吉24民初96号一审民事判决书。在本案中,法官认为孙英连为担保债权与郭宝娟签订了房屋买卖合同,并将案涉房屋登记过户到郭宝娟名下,构成让与担保。因“双方签订的房屋买卖合同系通谋虚伪的合同,并不存在真实的房屋买卖合同关系”,依据合同无效返还规则支持孙英连返还原物的诉讼请求。

㉜参见马俊驹,陈本寒主编《物权法》,复旦大学出版社2007年版,第461-462页。

㉝参见[日]我妻荣《新订担保物权法》,中国法制出版社2008年版,第543-544页。

㉞参见 Vgl. Gaul, Lex commissoria und Sicherungsilber-eignung, AcP 168, 369.转引自庄加园《“买卖型担保”与流押条款的效力——〈民间借贷规定〉第24条的解读》,《清华法学》2016年第3期。

㉟《民法通则》第60条规定:“民事行为部分无效,不影响其他部分的效力的,其他部分仍然有效。”

㊱《合同法》第56条规定:“无效的合同或者被撤销的合同自始没有法律约束力。合同部分无效,不影响其他部分效力的,其他部分仍然有效。”

㊲参见东港市人民法院(2014)东民初字第5597号一审民事执行裁定书。

㊳参见<http://chinese.doingbusiness.org/zh/methodology/getting-credit>,2019-01-29。

㊴参见游奕林与张琼明、杨建宇等合同纠纷一审民事判决书,案号:(2013)台玉民初字第624号。

The Judicial Rule of Untypical Security Interests

Yao Hui Li Fulei

Abstract: Untypical security interests are not a strict legal concept, but a basket of legislative redundancy, and it is difficult to form a unified judicial rule. Depending on the legal force of the untypical security interests, it can be divided into two types, property rights and relative rights. In particular cases, judges should expand the interpretation of typical security interests and include it as much as possible. So the judge could identify it as property right. Otherwise, judges should identify it as typical security interests of relative rights. If the appearance of transaction and the purpose of security in atypical security interests are inconsistent, the judge shall distinguish the different scenarios to determine its effect, first, the relationship between the parties and the third party shall be determined according to the appearance of transaction to protect the transaction security; second, the internal relationship of the parties shall be determined according to the purpose of security to protect the purpose of the guarantee. At the same time, the atypical security must not allow the creditor retain the ownership of property, and the judge should give the debtor the right to claim liquidation.

Key words: Numerus Clausus; Untypical Security Interests; Publicity; Autonomy of the(parties') Will