

民法分则物权编中 商事担保规范的立法选择

——基于三类规范的视角

周林彬 王 睿

(中山大学 法学院, 广东 广州 510275)

摘要: 现代市场经济语境下, 担保的功能定位已经不限于债之保全, 更多的是商事主体以较低成本扩大融资规模的重要手段。我国担保制度不乏“商事”元素, 但受限於物权体制, 在立法和实施中存在规则缺失、制度障碍、裁判标准混乱三大问题, 这已成为影响我国营商环境进一步优化的“短板”。商事担保规范在民法典物权编中的完善必须设立科学的立法选择标准, 从而实现民法与商法的“帕累托最优”。根据商事担保规范与民事担保规范的相互关系和区分程度, 可以将类型化划分为“替代型”“互补型”“冲突型”三类规范, 以此设立合理的商事担保规范加入民法典物权编的口径和标准, 同时针对不同类型的商事担保规范设计加入和完善的方案。商事担保的完善不限于“典内”, 更重要的是通过“典外”, 特别是通过法律适用进行完善。

关键词: 民法典; 物权编; 商事担保类型化; 商事担保立法

中图分类号: D913.99 **文献标识码:** A **文章编号:** 0257-0246 (2020) 03-0203-12

以产权经济学的视角审视民法各分编, 物权编、合同编、侵权编分别主要规范产权的界定、流转、保护三大环节, 正因如此, 物权编需具有保守、稳定的特征, 若出现大的变动, 必然会对现有的利益分配格局产生较大影响, 于社会稳定而言不利。与之对应, 物权法通过“物权法定原则”限缩了物权的意定空间, 本次民法典编纂亦采用“小修小补”模式, 保持物权法的基本制度与基本规则不变, 这导致反映市场交易现实要求的商法规范难觅容身之地。^① 然而产权的流转、使用、收益同样需要由物权法提供规则, 在产权边界日趋清晰的今天, 降低产权流转、使用、收益的交易成本是物权法急需对历史赋予民法典市场经济基本法的功能定位的回应。^② 这种“两难境地”在商事担保规范加入物权编的立法选择中尤为明显: 一方面, 商事担保规范的加入需有限度, 不能破坏现有的担保物权乃至整个物权体系; 另一方面, 经济发展、金融创新以及优化营商环境目标的实现急需形式灵活、公示清晰、实现便捷的商事担保规范, 而这样可能与现有规则冲突。

民法典物权编应走出“民商分立”及“民商合一”在形式层面的禁锢, 根据商事担保规范的不同类型“因类制宜”, 设立科学的入典标准及技术, “不偏不倚”地在物权编中合理加入降低市场运行成本、优化营商环境的商事担保规范。

基金项目: 国家社会科学基金重点项目 (17AFX021)。

作者简介: 周林彬, 中山大学法学院教授, 研究方向: 民商法; 王睿, 中山大学法学院博士生, 专业方向: 民商法。

^① 所谓“小补小修”指的是在保持《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。参见王利明《我国民法典物权编的修改与完善》, 《清华法学》2018年第2期。

^② 市场经济的本质是法治经济, 商法直接服务于市场经济, 是与市场经济联系最密切的部门法, 在市场经济法律体系中处于核心地位。参见赵万一:《中国究竟需要一部什么样的民法典——兼谈民法典中如何处理与商法的关系》, 《现代法学》2015年第6期。

一、正本溯源：我国立法语境下的商事担保

从担保制度的起源、发展、功能、特征来看，与其说将其归属到民法，倒不如说是一种“显而易见”的商事制度。从《民法通则》规定“保证、抵押、定金、留置”四种担保形式“担保债务的履行”，到《担保法》的“保证、抵押、质押、留置和定金”“促进资金融通和商品流通，保障债权的实现”，立法者对担保制度的理解和认知的升华在立法目的变化中可见一斑。在现代市场经济的语境下，担保的功能已经不限于债之保全，更多的是市场主体以较低成本扩大融资规模的重要手段，属于商行为之范畴。利用担保制度创造信用或降低信用风险是现代扩大经济活动的主要途径之一。在缺乏担保的融资交易中，债权人对债权的实现只能依靠债务人的资信状况，存在着极大的风险及不确定性，导致拥有资金的市场主体不愿意将资金用于出借，除非借款人通过履约保障机制来打消出借人顾虑，或者要求支付高额的利息作为借贷条件，这导致市场主体获得融资的交易成本在较高的区间运行。担保为债权人实现债权提供了保障，当债务人无法偿还贷款时，债权人可以通过对担保物或保证人行使其担保权益来实现债权，这有效地降低了风险，便利债务人以较低的成本进行融资。担保制度从被动式地为债之实现提供保全变迁为促进交易和融资的市场润滑剂。

然而名不正则言不顺，我国的《担保法》和《物权法》在制定之初的定位就是“民事法”，基于民事交易的担保物权制度设计没有对民事活动和商事活动进行区分，“商事担保”的概念在现行法中缺乏法律根据。但商事担保绝非限于学术讨论的理论概念，立法及实践中都能觅得其踪：首先，在法律规定中，《担保法》和《物权法》的担保规则中就包含了许多“商人”“营利”“商品”“企业”等商法要素；其次，如财团抵押、动产浮动抵押、最高额抵押、权利质押、企业留置等担保类型更多是为商事活动所设计，或仅适用于商事关系，属于商事担保类型；再次，许多商事单行法都有针对商事担保的特别规定，如《票据法》中规定的票据保证、《海商法》中规定的船舶抵押权、《商业银行法》对银行提供担保业务的规定等；最后，现实中存在着大量的商事担保实践，公司对外担保广泛存在，同时除银行、信用社等专业的金融机构之外，还有着大量以提供担保为营业的担保商，商事担保活动的实践十分积极，亦存在许多对应的行政法规和规章制度，如《融资性担保公司管理暂行办法》《中小企业融资担保机构风险管理暂行办法》《住房置业担保管理试行办法》《券商股票质押办法》等。为厘清本文研究对象，笔者将商事担保定义为：商事主体以营利为目的提供的担保或为商行为提供的担保，以及一般民事主体以营利为目的为商行为提供的担保或为绝对商行为提供的担保。^①

担保的起源是顺应交易的需求，当交易的形式和环境发展和变化时，担保就会为适应新的需求而改变，这在推陈出新的商事交易活动中尤为明显。改革开放数十年来，我国的市场经济呈现出飞跃发展的形态，商事交易的活跃程度前所未有，商事主体对于融资的需求不断扩张，特别是在金融市场领域，各种金融创新和金融衍生产品的活跃，都需要更加灵活、便捷、公开的商事担保制度提供保障。从1986年《民法通则》第89条的单一条文，到1995年《担保法》单独立法再到2007年《物权法》的“担保物权编”，我国担保制度一直紧跟市场经济发展和改革的步伐，主动适应市场创新和商业实践变革之需。且随着经济全球化的推进，在国际贸易中不可或缺的商事担保亦呈现出国际化的趋势，如独立保函的效力在我国司法实践中经历从“内外有别”到统一有效，浮动抵押和最高额抵押制度的设立及应收账款作为质押客体的确立等。

因此，商事担保的独立已具备足够的规则基础且在整个担保制度中呈现出逐渐占据核心的趋

^① 周林彬、王爽，《商事担保概念初探》，《法学》2013年第3期。

势。^①不可否认的是,担保物权在《物权法》中规定客观上使得商事担保规范的立法安排和司法适用囿于《物权法》体系框架,对其创新造成了一定障碍。新一轮全球范围担保交易改革的浪潮聚集于动产担保领域,^②最明显的特征在于以功能主义为核心建立一元化的动产担保模式,强调对市场主体意思自治的尊重及设立和实现的便捷性,同时又通过完善的效力对抗规则和统一的登记制度明晰权利的边界及保证公示性,契合商事交易之需。并且从近20年的发展来看,动产担保全球统一化、协同化趋势将会持续。在世行全球营商环境排名的评比中,“获得信贷”指标所重点关注的正是动产担保制度的现代化和完善程度,这恰是我国的短板。如前述我国的担保制度的国际化趋同已于立法、司法中体现,但担保物权制度因其规定在具有稳定、保守特征的《物权法》中,受物权法定、一物一权、担保物权从属性等规则的制约,其制度弹性、灵活性皆有限,难以完成与国际接轨,满足商事主体特殊需求之使命,立法者不可不察。

二、道阻且艰:商事担保在物权法中的立法与司法实践

担保物权素有与商法制度联系密切的传统,主要体现于以下三个方面:其一,担保物权制度是充分发挥物的交换价值,帮助商人获得融资的重要工具,担保物权制度在商事交易领域使用最广泛;其二,担保物权虽系物权,却具有债权的性质,^③与所有权及用益物权相比,其债权性质的存在使得担保物权有更大的意定空间,即使存在物权法定主义的限制,商事主体亦得以通过契约自治实现担保物权的创新,因此担保物权是“可塑性”或“再造性”较强的物权;其三,随着金融市场的发展,如不良资产交易的活跃及债权资产证券化的兴起,担保权利本身亦作为交易的客体在市场中流通,对传统理论中担保物权不可分性、从属性等特征提出了挑战。但因现行立法未对民事担保和商事担保进行区分,商事担保在《物权法》中的立法和司法实施现状存在规则缺失、制度障碍、裁判标准混乱三大问题。

就规则缺失而言,作为“民事法”的《物权法》虽规定了动产浮动抵押、最高额抵押、权利质押、应收账款质押、企业留置等商事担保规范,但是,其一,有些商事担保规范未能得到《物权法》的肯定或明确,如营业质权、特许经营权质押等在现实商事活动中已有较多使用的商事担保在现行法中却不能找到依据;其二,有些商事担保规范甚至直接被《物权法》所否定,如流抵、流质这一商事担保实践中较为认可的实现方式被《物权法》禁止,导致规则过于僵硬,封锁了适用的空间,不存在任何的变通适用余地,商事活动追求的便捷性和交易安全无法得到满足;其三,存在已经加入的商事担保规范加入不足的情形,如现行法虽然以但书规定的形式确立了商事留置制度,但由于规定过于简单而使其缺乏可操作性。此外,现行《物权法》担保物权中有些一般规则与追求灵活、便捷、高效的商事担保相悖,如抵押期间限制抵押物的流转、权利质押的客体范围采用“正面清单”的形式等。

商事担保受到《物权法》中现有制度的障碍,使其发展受阻,而物权法定原则的影响最为直接。物权法定原则意味着物权的种类、内容、效力以及公示方法只能由法律进行规定,法律之外的规范性文件不能对物权进行规定,更不允许当事人自由创设物权的种类以及确定物权的内容、效力和公示方法。^④在物权法定原则的作用下,担保物权的种类已由法律限定,因此只有得到法律确认的担保物权

^① 类似的观点有“商事担保才是整个担保制度的核心内容,它代表了担保的发展方向”。参见赵姿昂《民法典视野下商事担保制度的整合与构建》,《河南社会科学》2018年第12期。

^② 这一轮改革肇始于20世纪中期美国统一商法典第9章的颁布和广泛实施,发展于联合国国际贸易法委员会自1995年起在担保交易示范法的起草上所作的努力,See Neil B. Cohen, “The Private International Law of Secured Transaction: Rules in search of Harmonization,” *Law and Contemporary Problems*, Vol. 81, No. 203, 2018.

^③ 事实上对于担保物权的性质在物权法出台之前就存在争议,如孟勤国认为担保权不具有物权的性质和效力,“担保权支配物的交换价值”是个伪命题。孟勤国、冯桂《论担保权的性质及其在民法典中的地位》,《甘肃社会科学》2004年第5期。

^④ 王利明《物权法定原则》,《北方法学》2007年第1期。

的种类越多,当事人才能根据其交易的特点对不同的担保形式进行选择。由于我国实行严格的物权法定原则,法学理论及司法实践都将担保物权的范围限定为担保法和物权法所明文规定的抵押权、质权权和留置权,其他当事人自己设置的担保形式都不具备担保物权的效力,新型商事担保形式如让与担保、信托担保等在得到《物权法》的明确之前无法获得物权的效力,当事人自治的空间受限。另一个较为直接的制度阻碍是我国“物债二分”体系。“物债二分”之下,物权的支配性、绝对性使得其拥有优先于债权的效力。担保权人通过享有担保物权而拥有优先于其他债权人的请求权,然而当担保物权被认定无效时,债权人即丧失了物上优先权,从而落后于其他拥有物权的第三人而与其他普通债权人处于同一受偿顺序,担保权人缺乏可预期性,不利于崇尚交易安全和交易效率的商事活动。

除了上述两大问题,《物权法》中的商事担保规范还存在法律适用过程中裁判标准混乱的问题。商事担保与民事担保之间存在价值取向、主体能力、利益分配的不同,如果将普通民事裁判思维运用到商事担保案件的裁判当中,定然会造成裁判结果的实质不公正。如我国法院对待让与担保、买卖型担保等非典型担保的态度“暧昧不清”,仅在最高人民法院,关于让与担保效力的认定就存在着多次反复,案情类似的商品房让与担保和股权转让与担保出现了不同的判决结果,其态度使社会各界捉摸不清。由于商事担保物权规范的缺失,即使裁判者愿意适用,也往往因为规则的缺失及不完整而“难为无米之炊”。如在商事留置问题上,由于现有条文仅以“但书”形式简单规定,法院对债权和留置物牵连关系的认定不同,如有法院认为企业留置权,仅适用于企业之间连续且频繁的商事交易,个别商事交易中留置物与债权在法律关系上的直接牵连性仍应得到强调,亦有裁判认为,有到期债权即可留置合法占有财产而无须任何牵连性要件。

三、求同存异:物权编中商事担保规范类型化划分

诚如斯言,“担保物权法国际化方兴未艾,形成不可逆之滚滚洋流”,“国内担保物权……须洞察国际担保法之发展动向,与国际担保法之运作接轨,同步运行”。^①亦有民法学者发出“担保物权隐藏在专业性和技术性下的全面商化是一场静悄悄的法律政变”之诘问。面对物权法定和担保形式创新、国际化与本土化的冲突,面对市场经济中商事主体对灵活、便捷、高效的商事担保的强烈需求,物权编对商事担保规范应当如何进行立法选择?

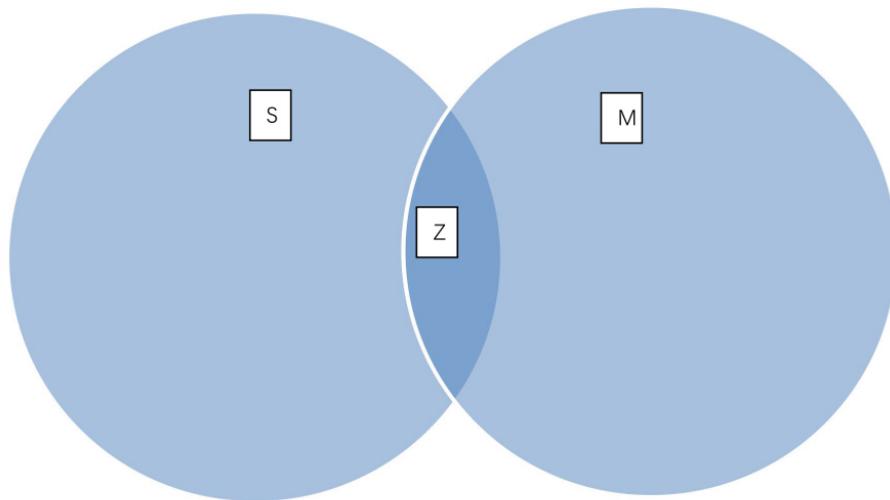
首先,我们需要回归到“民”“商”关系在《民法典》中如何处理的大框架下进行思考。民商合一的立法体例下,为更好地实现民法典作为市场经济基本法的功能,民法各分编应当充分考虑商事主体、商行为、商事关系的特殊性和需求,适当对商法条款进行加入,弥补商事基本法缺位,是《民法典》立法安排的大格局。然而市场的现实需求和《民法典》出台的紧迫性,商法规范在民法分则中的安排迫切需要具体的可行方案,不能停留在宏大叙事中。合理的思路是小处着手,搁置分歧,以一种实用主义的视角审视立法如何在现有框架下回应商法特殊性的具体思路,明确哪些商法规范应当加入以及如何加入,哪些商法规范应当予以典外安排,既兼顾商法规范入典的需求,又不破坏民法典体系之稳定。具体而言,在物权编“小补小修”的编纂模式下,^②对商事担保规范进行类型化划分,以此设立合理的商事担保规范入典的口径和标准,对于适应商事担保实践的特殊需求且与物权体系兼容的规范予以选择,而将与体系冲突、加入会造成冲突的规范排除在典外,予以典外安排,同时针对应当入典的不同类型的商事担保规范设计加入和完善的方案,在原有基础上查漏补缺、攻瑕索垢

^① 谢在全《担保物权制度的成长与蜕变》,《法学家》2019年第1期。

^② 如前言,小修小补应从两个维度进行理解,其一,民法典物权编应该维持现有体系、结构和发展方向,将物权法的“中国经验”继续发扬光大;其二,民法典物权编的修改和完善应以问题为导向,从存在空白和瑕疵的制度和规则进行补足和修改。因此,小修小补的“小”绝非是囿于文字调整和修改,只是强调大的方向不改变,对于存在问题的制度和规则在此次立法中应予以解决。相似观点可参见孟勤国《动产的现实价值与物权编规则需求》,《社会科学战线》2019年第2期。

是切实可行的方案。

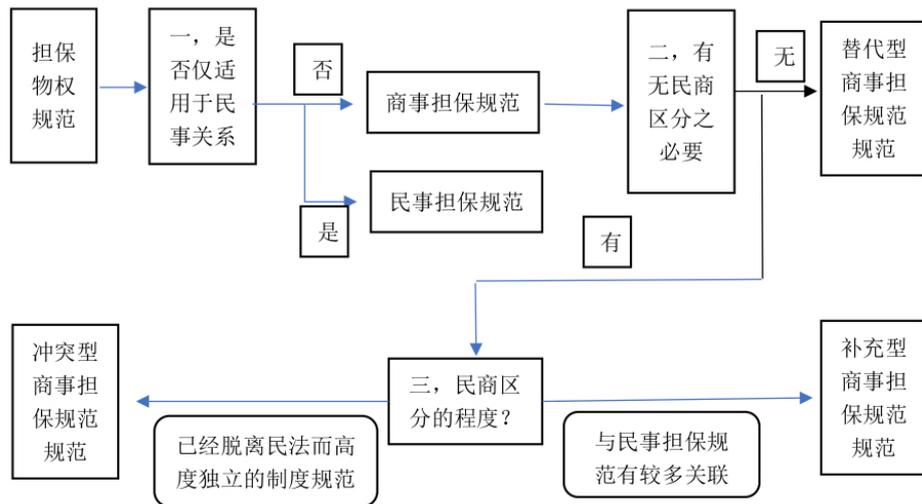
落实到微观具体层面，应当进一步对商事担保规范进行梳理，明确商事担保规范入典的标准和口径。如前述，在不破坏物权法担保物权制度体系下满足市场经济对商事担保规范的需求是商事担保规范加入民法典的目标，因此对商事担保规范进行梳理的参照系乃其与民事担保规范之兼容关系。事实上，民事规范与商事规范并非泾渭分明更非水火不容，民事规范是调整商事关系的基本规范，而商事规范并非只能适用于商事关系，在民事关系中亦能作为特殊规则得到适用，这是商事规范可以在民法典中加入之基础。以集合理论进行解释，具有商事担保属性的规范是商事担保规范集合 S 的元素，而具有民事担保属性的规范是民事规范集合 M 的元素，但因民商之界限未完全清晰， S 及 M 皆为模糊集合，二者相交存在并集，在并集当中的规范兼为 S 及 M 之元素。而 S 与 M 交叉的部分，若设 $S \cap M = Z$ ，则集合 Z 中的元素为民、商事共同适用的担保规范，而 CSZ 中的元素仅适用于商事担保， CMZ 中的元素仅适用于民事担保。三者关系如下图所示：



这种分类可以清楚地揭示民事担保规范与商事担保规范之间的关系，然而尚不足以指导民法分编对于商事担保规范的立法选择，原因在于 S 与 M 系模糊集合，交集部分 Z 中的某一规范虽同为 S 、 M 的元素，但其与 S 、 M 的亲性和并不相同。如关于权利质押的规则虽不限于商事担保当中，但其在民事担保中的适用却难觅其踪，且从其发展来看，传统担保物权中并无此概念，是应市场发展及商业利用之运而生，与 S 的亲性和更紧密，而疏离于 M 。而有些规则显示为中性，如担保物权的一般规定作为基础规范在民商事担保中的适用并无差别，而以通说所认为的民商关系为一般法与特别法关系的理念，这些规范与 M 的亲性和更紧密。因此，有必要进一步对商事担保规范进行类型化划分，以明确立法选择标准以及设置不同的立法技术。基于商事担保规范与民事担保规范有相互交叉、兼容的集合 Z ，根据不同规范对民事担保规范集合 M 亲性和兼容程度的差异，物权法中的商事担保规范可类型化为：其一，替代型商事担保规范，即与民事担保规范集合 M 亲性和强，既调整民事担保，亦统辖商事担保，且调整方式相同的担保规则；其二，补充型商事担保规范，与民事担保规范集合 M 亲性和弱，其是明显有别于传统民事规范、又未脱离体系的特殊规范，一般带有商事标识，是传统民事担保规则的有机补充；其三，冲突型商事担保规范，即与民事担保规范集合 M 无亲性和，仅仅调整商事担保，和其他民事担保的集合关系不相交，这些规范商业化色彩较浓，多为民事担保制度的例外规定。

循此分类及定义，对某一具体的商事担保规范对应的规范类型可采用一种三层次路径：第一层次，判断一个担保物权规则是否仅适用于民事担保而不适用于商事担保，否则，则为商事担保规范，进入下一层次之判断；第二层次，该规则是否有民商区分之必要，否则，则为替代型商事担保规范，

若有，则进入下一层次之判断；第三层次，若有民商区分之必要，则评价此区分之程度，如果此规则与民事担保规则有较多关联性，甚至从属于一般民事担保规则，是为补充型商事担保规范，而如果已经脱离民法而高度独立的制度规范，是为冲突型商事担保规范。^①



以上述分类的视角观察物权法中商事担保规范的分布情况，在民商合一的大背景下，CMZ 即完全排除商事担保适用之纯粹民事担保规范（如非企业之间的留置规范）属于极少数。同时，构建产权制度基本框架和市场运行基础的物权法相对中性，一般不需要区分民商而各配置特殊规则，因此物权法中的商事规范大多是民商共通适用的“替代型”规范，商法特殊性在其中的体现较少。担保物权亦循此理，如其总则及各具体担保类型的一般规定在担保物权规则中占据多数，且无差别地适用于民商事担保。^② 而进一步探问剩余商事担保规范的民商区分程度，如动产浮动抵押、权利质权等担保物权规则日益商化而产生一些明显有别于传统民事规范，但又未脱离体系的特殊规范，是为“补充型”规范；而为金融担保创新使得数量有限的少部分担保物权规则如流质、流抵押规制脱离传统民法的逻辑基础，是为“冲突型”规范，又如船舶抵押权、票据保证、银行担保规则等已经脱离物权法，成为单行法的构成部分，亦属于冲突型规范。

当然，上述商事担保规范类型化系相对且动态之划分，在互动及演化中会出现商事担保规范在不同形态中的跃迁，但更多的是从冲突型到互补型或互补性到冲突型，即民商区分的必要性随适用之广泛性而消弭。如动产抵押最初与传统罗马法之担保物权体系冲突，后经长期适用转换为“特殊动产抵押”及“浮动动产抵押”而为互补型规范，在此次物权编修改中，立法者针对动产抵押有较大笔墨的修改，动产抵押规则在担保物权中日臻完善，已逐渐成为抵押权的一般规则，应当将其归入替代型规范之范畴。

商事担保规范的类型化在于明确商事担保规范加入物权编的标准，同时针对不同类型的规范制定加入及完善的具体方案，从而贯彻科学立法的理念，减少民法典编纂中对规范选择的随意性和任意性。立法是一项系统性工程，相关规范是否入典需全面考察其边际效益和边际成本，切勿偏颇，一则衡量其入典的边际效益即实践对此规范入典之迫切性及入典后的效益，二则考虑其入典的边际成本即入典会对现行体系造成之冲击及对市场交易带来的不良影响，只有边际效益大于边际成本，立法的加入才是有效率的做法。

《民法典》在立法选择上放弃了担保制度独立成编的方案，而将抵押、质押、留置设为物权编的

^① 周林彬 《商法入典标准与民法典的立法选择——以三类商法规范如何配置为视角》，《现代法学》2019年第6期。

^② 楼建波 《我国〈物权法〉的商事适用性》，《法学杂志》2010年第1期。

领域,受物权法定主义的管辖,考虑到现有商事担保规范匮乏,且《民法典》出台后短期内不会有《商法通则》及担保特别法的制定,商事担保规范加入物权编的边际效益较大,入典口径宜扩张。但冲突型商事担保规范的加入可能会对体系带来冲突,边际成本较大,宜严格把控。因此,这种思路即替代型、补充型商事担保规范全部入典,冲突型商事担保规范在不破坏现有担保物权体系的前提下谨慎适量入典以保证担保物权能够适应融资手段及金融形式创新之需。对于民法典物权编无法兼容的商事担保规范,应贯彻“多元化商法法源”的思路进行“典外安排”,将其在商事基本法、商事单行法中进行制定,切勿生拉硬拽地“入典”而致法典体系破坏。

具体细化到入典及完善的方向和技术上,其一,替代型商事担保规范因其无差别化地共用于民商事担保,可直接“隐名”安排,即无须显示任何“商法标识”,而规范的设置和完善应以降低交易成本为目标,在适应市场经济和商事交易实践的需求上实现创新,以增强物权法的商事适用性;其二,补充型和冲突型商事担保规范在民法分则中既可“隐名”又可“显名”,“隐名”指在权利质押等商事担保规范中不加“商法标识”而以普通民事担保规范的外观呈现,“显名”则体现为动产浮动抵押、企业留置等商事担保规范以直接规定或是但书性、转介性^①的间接规定两种形式,在完善方向上应当进一步优化“商化设计”并扩大补充型商事担保规范加入的范围。

该方案相比通过《商法总则》的加入更符合实际,同时具有可操作性,并且契合我国渐进市场改革中市场法律体系改革的国情,可谓是一种“权宜”方案。但非最优方案,因为这种安排只能将商事担保制度的部分规则纳入,缺乏完整性和系统性,在一定程度上会导致商事担保规范的碎片化,同时对民事担保制度造成“侵蚀”。立法是各方意见统一的过程,短期内对担保法律体系进行变革性的修订并拿出一个让各方都认可的方案可能性极小。面对社会对商事担保制度的需求如此急迫、强烈,应当尽可能地减少争议,提出可以达成共识获得通过的制度安排。

四、进道若退:基于规范类型化的立法选择

无论从体例结构还是规范文本的选择和内容的表达上看,物权分编草案规定的担保制度继承了现行《物权法》,除部分条文有所删减或表达方式存在一定变化外,基本上没有实质性的调整。^②以商事担保规范类型化的标准审视物权分则涉及加入和修改的规则,本次涉及变动的规则主要集中于替代型商事担保规范,互补型和冲突型商事担保规范出现的变动较少。立法者在《关于〈民法典各分编(草案)〉的说明》中明确草案中的担保物权制度相较现行物权法的修改主要是“完善动产抵押和权利质押的规则”,即集中于动产担保,立法者使用较多的笔墨于此在于考虑动产在商事主体资产构成中越来越高的比例,反映出我国担保物权立法与世界主流趋势的接轨,更加注重动产担保在商业融资中的重要作用。在商事实践中,大部分商事主体为了降低成本,提高资金的流通性和使用率,正向轻资产的方向发展,生产、经营的场所大多使用租赁的方式,手中持有的不动产十分有限,其生产设备、原料、产品、专利、债权等动产及权利是亟待挖掘效用的资产,动产已经取代不动产成为名副其实的“担保之王”。立法者将动产担保规则的修改和完善作为提升营商环境的重要手段,但这种方法取得之成效及其合理性,仍需结合具体修订内容以三类规范的标准进行检验,以臻明确修正之道。具体而言,草案涉及担保物权制度的修改部分如下:^③

^① 俄罗斯《民法典》是通过转介性一般条款技术对其另作安排,在第3编“债法总则”第23章“债务履行的担保”之358条“典当物的抵押”第6款规定,“典当行在公民以其所有物抵押情况下向公民贷款的规则,由法律按照本法典另行规定。”俄罗斯颁行了《小额信贷和小额信贷机构联邦法律》将典当行作为小额信贷机构的一类加以规制。

^② 邹海林《论民法典各分编(草案)“担保物权”的制度完善》,《比较法研究》2019年第2期。

^③ 需要特别说明的是,本文将动产抵押一般规则纳入到替代型而非补充型商事担保规范群中,乃基于动产抵押由原来的抵押权中的特殊规则发展成为一般规则,正是前文所述商事担保规范随社会、经济发展在不同形态中的跃迁。

1. 替代型商事担保规范

(1) 抵押期间抵押财产的转让规则: 抵押期间抵押财产可以自由流转而无须取得抵押权人之间同意, 抵押财产转让后抵押权继续附着于其上。

(2) 担保合同对担保财产的描述规则: 抵押权合同包括“抵押财产的名称、数量等情况”, 质押合同包括“名称、数量等情况”, 分别删去“质量、状况、所在地、所有权归属或者使用权归属”及“质量、状况”。

(3) 动产抵押的设立规则: 动产抵押自抵押合同生效时设立, 登记产生对抗效力。

(4) 动产抵押效力对抗规则: 动产抵押的, 不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人。

(5) 其他登记的担保物权的清偿顺序: 其他可以登记的担保物权的清偿顺序参照抵押权的清偿顺序规则。

(6) 抵押权和质权竞合时的清偿顺序: 按照登记、交付的时间先后确定清偿顺序。

(7) 动产抵押和权利质押的登记机关: 删除了有关动产抵押和权利质押具体登记机构的内容, 为建立统一的动产抵押和权利质押登记留下空间。

2. 补充型商事担保规范

权利质权客体范围: 将“应收账款”改为“现有的以及将有应收账款”, 扩大并相对明确了其内涵外延。

3. 冲突型商事担保规范

价款抵押权规则: 动产抵押担保的主债权是抵押物的价款, 标的物交付后 10 日内办理抵押登记的, 该抵押权优先于其他担保物权受偿, 但留置权除外。

上述整理可以看出, 替代型商事担保规范的修改和加入贯彻了商法对效率性、外观主义、交易安全的追求, 对提升我国担保物权制度的便捷性、安全性及商事适用性将带来极大的促进作用, 同时应商事主体之需完善了动产抵押制度, 为商事担保的繁荣夯实了制度基础。其一, 抵押财产转让规则的修改, 对抵押人而言降低了抵押财产流通的成本; 对抵押权人而言, 通过抵押权附于物上的规则以及可能损害抵押权情况下的提前清偿或提存的规则保障其债权实现; 对买受人而言可确保其获得抵押财产的所有权, 保证交易安全, 这种安排实现了对三者的利益平衡, 降低了整体的交易成本, 对于资金的需求程度以及交易频繁程度更高的商事担保尤为明显。其二, 担保合同一般条款规定允许担保合同对担保财产只作概括性的描述, 赋予当事人更大的自主权, 体现了商法便捷性。其三, 动产抵押设立和效力对抗一般条款的设立完善了动产抵押制度, 扩大了动产作为抵押财产的范围, 对商事融资渠道进行扩容, 促进物尽其用。其四, 抵押权、质权以及其他担保物权的清偿顺序规则反映了商事担保对外观主义的追求, 明确抵押权和其他登记的担保物权的清偿顺序以登记先后进行确定, 并确定在担保中动产的登记和交付具有同等效力, 提供了全面、清晰的清偿顺序规则, 从制度经济学的角度而言系对产权界定的明晰。

上述替代型商事担保规范的修改和加入仍有不足, 未能完全适应市场经济及商事实践。其一, 抵押财产在抵押期间的流转规则存在对抵押权人保护不足之虞。原因是当抵押物的特定性不强且登记系统不完善时, 如果出现抵押物转让的情况, 抵押权人几乎不能追溯抵押物的流向, 而抵押人未履行通知义务而转让抵押物后果并不明确, 其抵押权难以实现, 同时抵押权人对于抵押物转让的价款并不当然享有优先权, 仅当其能够证明抵押权可能影响抵押权时方可要求提前清偿债务或者提存。放开抵押财产自由流通的意义在于消除抵押权人通过抵押权形成“垄断”效应, 然而既然取消了这种对债权

人的保护模式,就应当通过其他方式予以补强。^①其二,动产担保物权公示制度方面除了登记、交付占有之外对“其他方式”规定阙如,且随着互联网新技术如区块链技术在未来的广泛应用,^②上述公示方式将捉襟见肘,难以适应现代技术的发展。境外立法已经认识到了这个问题,如日本为了适应商业社会财产类型发展,除了登记、交付和占有外,还规定了登录、标识等其他方式达到公示效果,而美国《统一商法典》第9章,则针对投资储蓄账户、信用证权利或者电子担保债权凭证之上所设担保物权,规定了登记、占有和控制等公示方式。

在草案最终通过之际,立法者宜对上述问题进行慎重考虑。从提升营商环境、降低市场交易成本的角度来看,抵押物的流转规则应当增强对抵押权人的保护以实现交易各方的利益平衡,如若强调物的流转效率而忽视对所有权人的保护,市场主体会通过其他手段来实现交易时“风险—收益—成本”的权衡,典型手段如增加利息及通过相应手段来增强对抵押物的控制等。针对以上问题,其一,可以规定抵押权人对抵押物转让的价款亦享有优先权,既采取扩大的物上代位主义又承认抵押权人的物上追及性;其二,明确规定,转让可能造成抵押物价值受影响时抵押权人即可以要求提前清偿、提存或提供新的抵押物。动产担保物权公示制度,应通盘考虑抵押权、动产质权、权利质权以及现有和未出现的立法无法涵盖的非典型担保,规定“控制、自动公示”等方式作为统一动产担保物权的其他公示方法,从而降低“唯以登记/交付为公示渠道”的交易成本,并为未来信息技术发展留下空间。

补充型商事担保规范涉及的变动较少,但在一定程度上回应了市场发展和商事实践创新的迫切需求。其变动体现在,权利质押客体中有关应收账款的规定,从《物权法》的“应收账款”到一审稿的“取得应收账款、不动产收益的权利”及二审稿的“现有的以及将有应收账款”,在一定程度上明确并扩大了可质押的与应收账款相关的债权范围。然而这种规定过于原则性,操作性不强。原因是不动产收益与应收账款系两种不同性质的权益,应收账款并不能涵盖不动产收益,在权利质权客体未采用开放性规范的情况下,实践中已经出现的保单质押、商铺租赁权质押等相关未来收益权利的质押是否能通过此条规定获得解释,值得存疑。当然最为根本的,在权利质权的客体范围上,草案的兜底条款未留下开放空间,难以契合实践中涌现的权利质押模式特别是金融产品、保险产品质押等的创新,亦与开放性的可抵押的财产范围之规定不统一。此外,对于在实践中存在较大争议的最高额抵押权担保范围是仅限于主债权还是包括所产生利息的问题,在本草案中亦未能得以明确。与此相关的问题是,草案205条虽规定同一抵押物可以向多个抵押人抵押,但《担保法》35条抵押物担保的债权不能超过其本身价值的禁止性规定在草案中并未得到修改。

补充型商事担保规范的优化方案,首要关注的地方在于对权利质押的客体范围采用开放性的规定,根据“法无禁止即可为”的理念将兜底条款改为“法律、行政法规未禁止出质的其他财产权利”。这种方案将为商事交易自由和金融创新提供法律保障,为市场主体提供确定的预期,是优化营商环境的必然要求。即使这种方案因存在过大争议无法实现,也应当回归一审稿的方案,将不动产收益和应收账款进行区分,以尽量扩大可供解释的空间。关于最高额抵押权担保范围的问题,草案第180条已明确“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”的缺省规则,同时也尊重当事人另行约定的意思自治,最高额抵押的特别之处在于登记是其必须手续,其完善应以配套登记系统的修正为主,即在登记系统中对担保范围进行明确公示。同时超额抵押的问题在物权编中无须加以规定,将其纳入市场主体意思自治的范畴即可,物权

^① 抵押权的创设是通过财产权对权利人提供保护,但是从另一个维度也可以看作一种垄断(monopoly),因为它可以限制所有权的流通,赋予了财产权人实质垄断的地位。财产权人拥有其他权利无法对抗的权利,拥有极强的谈判筹码,是一种过强的保护。See Eric A. Posner, E. Glen Weyl, *Radical Markets: Uprooting Capitalism and Democracy for a Just Society*, Princeton: Princeton University Press, 2018, pp. 30-39.

^② Charles W. Mooney, Jr., “Fintech and Secured Transactions System of the Future,” *Law and Contemporary Problems*, Vol. 81, No. 1, 2018.

编施行后应当将《担保法》进行废止。

冲突型商事担保规范体现在,为适应新型交易模式需求,新设207条设动产价款抵押权(Purchase-money security interest)一般规定,属于担保制度中一般优先顺位的例外设置条款,主要为平衡浮动抵押环境下“登记优先”规则所致的权利失衡,规定了价金担保权在宽限期内(10天)进行登记可获得优先于除留置权之外的其他担保权利的优先顺位,亦体现了对互联网金融时代信用消费方式的回应。^①通过冲突型商事担保规范保障金融担保制度创新不足,落实总则确立的“为市场经济提供基本遵循”精神不到位,如禁止流押(质)的过于守成思路,忽视了商事违约时的惯例做法,有碍企业融资担保效率化机制的构建与完善。又如,草案仍维系商事留置权限于“企业之间”的规定,与总则的“营利法人”表述不尽一致,是否适用其他商事主体(个体工商户)亦待明确。再如典权、让与担保等实务中呼声较高的非典型担保,在此次立法中仍未得到确立,在物权法定原则并未放缓的情况下,仍不能作为商事主体的融资手段;以及让与担保等与现行担保法律规定不同却在商事实践中获得较高认可的“非典型担保”在物权编中并未能得以体现。

鉴于冲突型商事担保规范与物权编中的规则存在较大龃龉,强行加入并非适当的方案,其完善应分“典内”及“典外”两种途径。“典内”途径是指直接在物权编中对规则进行修改,其一是商事留置可规定为“但在经营活动中留置的除外”,适当扩大商事留置的适用领域,以适应市场经济中存在大量网店等非企业的商事主体的现状;其二是第192条和219条流押和流质禁止条款中应当留下“但法律另有规定除外”的口子,以方便后续可能出现的特别法。“典外”途径是指通过特别立法、司法解释、司法适用等方法对这些商事担保规范进行完善。就特别立法之方法而言,鉴于立法任务的紧迫性,上述存在较大争议且与现行担保物权制度兼容性不强的非典型担保,可能并不适宜由民法典物权编进行解决,如前文所述,后续制定专门的动产担保交易法对动产担保进行通盘考虑并将合同法中的所有权保留买卖、融资租赁这两种与动产担保无本质差异的制度归入其中,是切实可行的方案。而流抵(质)条款则在商事基本法的一般条款中设置更为适宜。因此,冲突型商事担保规范在《民法典》中的“退”亦是其“进”之道。

五、另辟蹊径:商事担保规范在“后”民法典时代的完善

三类规范视角的引入,为商事担保规范在民法典中的立法提供了标准,是否加入及如何安排都能根据其所属类型得以明确。但民法典对于商事担保规范的容纳程度毕竟有限,商法规范加入的数量和程度应当适度,如果强行将所有的商法规则都塞入民法典中,无疑会对其体系造成破坏,造成“民”“商”两败俱伤的后果。对于本次民法典编纂中无法加入的商事担保规范,特别是在民法典中应当“以退为进”的冲突型商事担保规范,宜贯彻通过特别立法、司法解释、司法适用等方法进行完善的“典外”途径。而考虑到立法资源有限,民法典颁布后担保特别法及商事基本法在短期难出台的情况,通过法律适用对商事担保制度进行完善是“后”民法典时代的“主干道”。通过法律适用对商事担保规范进行完善有两层含义,对于不适合在民法典中加入的商事担保规范,司法部门可以通过法律适用,使相关民事担保物权规则适应商事活动;对于太抽象或含糊的商事担保物权规范,可以通过法律适用赋予其更为具体的含义,进行“司法续造”。具体来说,通过法律适用对商事担保规范进行完善,要在法律适用中做到实质性的“民商分立”,对待商事物权担保案例应当运用商事审判的思维,

^① 价金担保权对于以赊销方式销售产品的出卖方,或为购置特定财产提供贷款的债权人,或依据担保信贷条款提供特定资产的债权人而言是重要的保障措施。与浮动抵押相同,价金抵押权的抵押人以及抵押权人皆为商主体。结合我国担保物权的相关规则,价金担保权更多适用于浮动抵押中抵押人将其现有及未来之生产设备、原材料、半成品、产品进行抵押而后出售的情形。在这种情况下,浮动抵押权人天然享有登记在先的地位,如果不赋予后手的价款抵押权人以“超级优先权”,则其无论如何都不可能优先于浮动抵押权人优先受偿。在“超级优先权”的保障下,价金抵押权人得以放心地为抵押人实现融资需求。

充分考虑商事担保的营利性以及商事主体不同于民事主体的专业性和风险承担能力,对商事担保贯彻当事人的意思自治原则,对其创新采取更加包容的态度。

如草案第 179 条关于担保合同与基础合同的效力关系以及担保合同无效后的责任承担问题,更适合通过法律适用明确“民”“商”之间的区别。如当商事担保人为商主体时,对其提供的担保应当强调商事外观主义和商事效率原则而认可担保权人在主合同无效导致担保合同无效时仍享有担保物权。而对于担保合同无效的责任承担问题,应当要求商事担保中担保人承担更重的责任。从司法实践来看,司法部门仍然恪守担保合同的从属性,认为在主合同无效的情形下,担保合同亦无效,担保物权自始未被设立,这种司法立场源于《物权法》对担保合同从属性有相较于《担保法》更为严格的规定,即“主债权债务合同无效,担保合同无效,但法律另有规定的除外”而无“担保合同另有约定的,按照约定”。因此有学者提出物上担保交易中存在独立性的制度需求,物权法的相关规定应当加入但书规定“当事人另有约定”的情形。^①笔者不赞同此观点,如物权法中加入了此但书规定,担保物权的从属性必然从一般变为例外,因为可以预见作为强势方的借款人必然要求担保人在担保合同中加入“另有约定”条款,这种规定无疑是不利的。独立保证在司法上经历了“全部禁止——涉外独立保函有效——内外独立保函统一有效”的变化历程,其对于《担保法》第 5 条的适用仍然只限定于“独立保函”这种特定的要式担保行为,而我国民法典合同编草案亦将“独立保证”在合同编中进行单独规定,表明立法者明确担保合同的从属性原则,其独立性仅在法律另有规定时方可成立。但从坚持商事外观主义和商事效率原则来看,对于基础合同无效导致担保合同无效的情形,司法部门可以且应当要求担保人承担连带赔偿责任。即债权人可以主张担保人在担保物价值的范围内对其损失承担连带清偿责任,但债权人不能就担保物主张优先受偿。对于担保人和债务人在担保合同无效后的承担比例问题,我国《担保法》规定按过错承担责任,而《担保法》司法解释中规定的是按比例承担,笔者认为在商事担保中这只能作为担保人和债务人之间的责任划分依据,但担保人对债权人承担的仍是以其担保物价值为限的连带赔偿责任。

又如司法部门在面对商事担保中出现的非典型担保物权时,应当尽量尊重当事人的意思自治,通过法律的适用维护当事人自行创建的秩序,不失为一种“权宜之计”。在商事审判中对物权法定原则应当缓和适用。物权法定原则在维护民事关系稳定和保护交易秩序方面发挥着重要作用,然而在商事担保领域,如果我们把物权法定原则理解为对担保物权种类与内容的限制,超越立法规定即无效,却是对商事主体意思自治的过分剥夺。如果司法部门在处理商事担保案件时仍然适用严格的物权法定主义,其后果就是许多创新的商事担保交易模式如让与担保、信托担保以及某些权利的质押都被认定为无效,这无疑与商事交易所崇尚的自由、安全原则相违背,大大挫伤商事主体根据交易性质进行担保交易创新的积极性。对商事交易而言,交易的主体都具备更齐全的市场交易知识和信息,承受风险的能力更强,严格的物权法定主义对他们来说既无必要也不适当。对于商事担保关系可以适用更宽泛的物权法定主义,如《物权法》第 170 条和 171 条关于担保物权的一般规定已经说明担保权是在一定情形下“依法就担保财产优先受偿的权利”,设定的是非常广义的概念,对商事担保的创新完全可以利用《物权法》对担保物权的一般定义使其获得担保物权的效力。事实上担保物权的本质就在于其是“依法就担保财产优先受偿的权利”,而其被冠以何名、如何进行法律构造都不会触动其本质,对商事担保而言,认识到这一点尤为重要。

面对非典型担保,还可以通过对区分原则的适用来解决其类别和效力问题,从而对当事人原本意图建构的秩序进行维护。我国《物权法》第 15 条明确了区分原则:当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同,除法律另有规定或者合同另有约定外,自合同成立时生效;未办理物权登记的,不影响合同效力。然而该条规定在“不动产登记”环节,似乎不能对动产适用,并

^① 高圣平 《论担保物权一般规定的修改》,《现代法学》2017 年第 6 期。

且这个问题在民法典物权编草案中仍未有变化。但对动产担保而言,物权的变动同样适用区分原则。事实上,最高人民法院去年拟定的相关司法解释草案征求意见稿准备对非典型物权担保适用区分原则,即原则上承认合同的效力,但是不承认物权效力,即担保人有债权请求权,但是没有优先受偿权。对于这种过于保守的一刀切做法,笔者并不认同,首先仅承认担保合同的效力对债权人的保护是不全面的,其次在担保人和债务人为同一人时,则担保合同的效力对债权人来说并无意义。应当在无法通过物权法定原则的缓和适用承认其担保物权的有效性的情形下,例外性适用“区分原则”来为债权人提供保护。因此,对于商事担保中的非典型担保类型,其法律适用思路首先是通过物权法定原则的缓和适用尽量认定债权人享有合法的担保物权,在无其他善意第三人的情况下,应当认定债权人对合同约定的担保物具有优先受偿权,在物权法定原则缓和适用亦无法解决问题的情况下,则通过“区分原则”承认担保合同的效力,但同时应当认定担保人对债权人承担以其担保物价值或担保金额为限的连带责任。

此外,还应当通过法律适用进一步明确替代型商事担保规范中主观性强的要件,如草案第1294条及195条对于动产抵押权人与第三人获得抵押物所有权的效力对抗规则,亦应当通过法律适用确定商事交易中的“善意”和“正常经营活动中已经支付合理价款”的区别,在商事担保的审判中对主观性的要件设立客观化的裁判标准等。

结 语

进入新时代以来,随着政府一系列“放管服”改革措施的推进,我国在营商环境建设方面已取得骄人的成绩。正如《报告》所示,商事担保制度不完善、与国际不接轨而导致的“获得信贷”指数“不升反降”,不利于法治化营商环境的进一步优化。考虑到近期商事基本法难以出台,在物权编中适量加入并完善商事担保规范特别是一般规范,是次优但切实可行的方案。物权编中加入商事担保规范,是民商合一的应有之义,是《民法典》作为市场经济基本法的内在要求。商事担保规范加入物权编应以降低交易成本、优化法治化营商环境为目标,但需注意加入的限度和方式,实现民事担保、商事担保俱荣的“帕累托最优”。因此,必须对商事担保规范进行类型化分类以明确商事担保规范入典的标准以及相对应的入典思路和优化方案。“替代型”“补充型”“冲突型”商事担保规范的类型化划分依据是民商区分的程度。这种划分对商事担保在民法典中加入和完善提供了新的分析框架和视角,有助于加强立法的科学性,减少随意性。笔者提出的“典内”“典外”两大进路,反映出商事担保制度的完善并非“毕其功于一役”,《民法典》颁布并施行后还有许多需要商法同仁齐心协力完善之处。在民商合一的顶层制度设计下,商法学界应当有更大的格局。我们的追求不仅是形式意义上独立存在的商法,还有符合市场经济规律、降低市场交易成本,促进商业交易的实质商法。

责任编辑:朱志峰