

《民法典》禁止流质之规定的新发展及其解释

陈永强*

内容提要：《民法典》第 428 条对禁止流质之规定作了一个重大变化，不再以“不得约定”之方式直接禁止流质，而是采用了法律后果模式。从禁止性的行为规范到技术性的法律后果模式，体现了中国《民法典》立法技术上的成熟和立法理念的更新。解释论上，第 428 条可以看作是对禁止流质的缓和，并产生认可让与担保、股权让与担保、买卖型担保等新型担保类型的体系效应。让与担保、买卖型担保等不再能够以禁止流质为依据认定无效，从尊重自治的角度对这些担保类型予以认可，符合民事立法的精神，但在制度建构上应辅以清算义务作为配套规则，以确保债权额与标的物价值之间的利益平衡。

关键词：民法典 禁止流质 流质契约 让与担保 买卖型担保

一、《民法典》流质契约规定的新发展：从行为规范到裁判规范

流质契约之禁止，为罗马法以来大陆法系国家民法立法所遵循的一项一般原则，^{〔1〕} 大陆法系的《法国民法典》第 2088 条、《德国民法典》第 1229 条、《日本民法典》第 349 条、《瑞士民法典》第 894 条等，皆对流质予以明确禁止。多数立法例认为，流质条款是无效的，如《德国民法典》第 1229 条规定：“出卖权发生前所做出的，规定质物所有权在质权人不受清偿或不适时地受清偿情形下应归属于质权人或被转让给质权人的约定，无效。”流质契约，不问其内容为何，皆

* 陈永强，中国计量大学法学院教授，浙江省新型高校智库质量法治保障研究中心研究员。

本文为国家社科基金项目“阶段性物权变动与交叉型权利研究”（15BFX161）的阶段性成果。

〔1〕 参见梁慧星：《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 638 页。但卡泽尔与克努特尔认为，早期的罗马法并不一般性禁止流质，反而承认流质原则。对略式物的质押，如果届期未回赎，质物即归债权人所有。参见〔德〕马克斯·卡泽尔、罗尔夫·克努特尔：《罗马私法》，田士永译，法律出版社 2018 年版，第 312 页。

为无效。^{〔2〕}

中国民法继承了流质禁止之一般原则。《担保法》第66条规定：“出质人和质权人在合同中不得约定在债务履行期届满质权人未受清偿时，质物的所有权转移为质权人所有。”《物权法》第211条继续采纳这一立场，该条规定：“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。”但《物权法》第211条仅从行为规范层面禁止流质契约行为，而未规定法律效果，为不完全法条。学界通说认为，违反《物权法》第211条，系属违反《合同法》第52条第5项之法律、行政法规之强制性规定，所定流质契约无效。^{〔3〕}

《民法典》有关流质契约的规定为第428条，^{〔4〕}该条规定：“质权人在债务履行期限届满前，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的，只能依法就质押财产优先受偿。”比较《物权法》第211条和《民法典》第428条，两个条文存在重大的不同。《物权法》采用的是禁止流质的经典表述，但《民法典》之禁止流质的规定，不论在用语上，还是在立法技术上，都作了重大更改，其不再采用“不得”之用语，而是直接规定了流质契约的法律效果。这意味着，流质契约之规定在性质上从《物权法》之行为规范变化为《民法典》的裁判规则层面，这在立法技术上无疑是一个很大的进步。原《物权法》第211条是绝对地禁止流质行为，属于行为规范，“不得与出质人约定”之表述即是对流质约定之行为的禁止，禁止当事人为一定行为。而《民法典》之表述改为构成要件与法律效果之规则模式，即如果约定了流质，也只能按照担保的规定进行优先受偿。至于该流质契约是否无效，《民法典》则作了留白，给学界和司法实务留下了发展和解释的空间。

从行为规范到裁判规范，意味着《民法典》立法技术上的进步与成熟，毕竟，民法是需要被裁判适用的，而不是单纯地禁止某类行为。当实践中出现此类流质行为时，法律需要给出答案。在私法原理上，《民法典》第428条还蕴含着一个重要的价值变迁，即民事立法应将尊重私人自治作为一个优先原则，在私人之间的法律关系不涉及公共利益、公共安全时，应尽可能少地去干涉私人自治，私人关系交由私人自己决定，从而有助于促进形成自我负责的社会生活关系。《物权法》对流质是禁止的，即以直接限制私人自治为出发点，相反，《民法典》对流质的态度是更为开放的，并未对其予以一般性的禁止，而是从法律后果上予以规定，这种转变意味着价值理念的变化，即从限制私人自治的价值理念转变到了尊重私人自治的价值理念上，这是一大进步。

不仅如此，《民法典》第428条还是一种智慧的立法，其并未明确流质契约之效力为何，流质契约到底是无效还是有效。因而，其解释论上的讨论空间更为开阔。当立法者尚不确定该种约定是否属于无效之约定时，对其不作规定，是一种明智的决策。毕竟，对于该问题，我国台湾地区已经有了另一种探索，台湾地区“民法”未修订之前，其第893条第2项规定，约定债权已届清偿期而未清偿时，质物之所有权移属于质权人者，其约定无效。但是修法之后，已经改变了流质禁止的规定，而改为“非经登记，不得对抗第三人”。该动向说明，流质契约并非只能以无效为唯一的规范途径，流质契约是可以有效的，法律可以对其予以承认。

〔2〕 参见史尚宽：《物权法论》，中国政法大学出版社2000年版，第375页。

〔3〕 参见崔建远：《物权法》，中国人民大学出版社2009年版，第485页；前引〔1〕，梁慧星书，第704页。

〔4〕 《民法典》第401条规定了流押，表述上与流质相同，为论述方便，本文仅以第428条之流质作为论述中心。

二、流质契约无效之传统学说与判例

传统观点认为，当事人在履行期届满之前约定所有权直接归属，其性质上属于一种私人执行，而私人执行在法律上通常是被禁止的，但禁止流质更为核心的思想是保护债务人的利益，避免债权人以此取得暴利。在此，立法者作了一个假定，即在一般借贷关系中，债务人在借贷时多因窘迫而处于交易弱势地位，债权人则利用其优势交易地位迫使债务人订立流质契约。同时，担保物的价值通常高于债务额，如果承认流质契约的效力，则一旦债务人届期不能偿还债务，担保物即归债权人所有，从而使债权人获得的利益高于债权额，有失公平。再者，担保之设立乃在于标的物之价值权的实现，而非标的物所有权之取得，若允许订立流质契约，担保之价值权即被转换为标的物之所有权，此与担保设立的目的不合。基于上述理由，立法一般不允许订立流质契约，订立流质契约者，亦为无效之约定。

《物权法》第 211 条规定“不得与出质人约定”，“不得”意味着禁止该种行为，即民法禁止当事人在质押合同中作“债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有”之约定。从规范属性上看，《物权法》第 211 条应属于效力性强制性规范，而非管理性强制性规范，前者所禁止者为法律行为之内容，后者一般针对主体之资质问题。违反管理性强制性规范，合同一般仍为有效，违反效力性禁止性规范，合同即为无效。惟应注意者，所谓流质契约无效，系指该流质约定之条款无效，而非指整个质押合同无效。^{〔5〕}流质条款无效一般不影响质押合同的效力，因而质权之设立仍然成立，债权人仍享有质权。在债权届期债务人未偿还债权时，质权人可行使质权。《德国民法典》第 139 条规定：“法律行为的一部分无效的，如不能认为除去无效的部分，该法律行为仍会被实施，则整个法律行为无效。”质押契约中，流质条款的除去并不影响法律行为的实施。

以担保物之价值来实现债权与以担保物所有权来实现债权，其本质区别在于：前者需要通过特定的程序；后者不需要通过特定的程序，而是直接取得所有权。担保物权作为从属于主债权之权利，其目的在于确保主债权之实现，故需要实现的债权必定在主债权范围之内，为了确保担保物价值与主债权在额度上的等价，法律设置了担保物权的实现程序，拍卖、变卖等清算程序的目的即在于确保担保物价值与主债权额的平衡，避免债务人因担保遭受不当的损失。担保期间内，担保物之价值尤其如土地之价值，可能会发生大幅波动，由债权人直接取得所有权，可能导致其获得巨大不当利益，故债务届期后，需要重新估算担保物之价值。《物权法》第 219 条规定之折价、拍卖、变卖等程序皆为重新估价的一种方式。未经此等程序，约定担保物直接由债权人取得所有权的，结果上会导致担保人与债权人之间的利益失衡。故，大陆法传统民事立法中，多数国家的民法立法对此类约定均一概予以禁止。

在法适用上，流质之构成有两个条件：一是，双方法律关系须属于质押法律关系；二是，时间上有特定要求，须针对债务履行期届满前的所有权归属进行约定。流质契约的适用前提是质押法律关系当事人约定所有权的归属，如果不在质押法律关系中，即便当事人在债务履行期限届满

〔5〕 参见谢在全：《民法物权论》（下册），中国政法大学出版社 1999 年版，第 676 页。

前约定了债务不履行时标的物即归债权人所有，也不适用流质禁止的规定。实务中，双方约定一方不履行合同，相关财产即归另一方所有，该种约定如果不是发生在质押法律关系中，即不能适用流质禁止的规则。例如，在“上海德坤国际贸易有限公司与上海埃力生进出口股份有限公司进出口代理合同纠纷”一案〔6〕中，原告与被告签订两份《代理进口合同》，并以附件的形式对双方权利义务进行约定，其中第（一）条第5款规定：“如乙方（即原告）未能按本协议规定如期付清货款及代理手续费，甲方有权终止本协议，享有货物单证项下的所有权，已付甲方的预付款有权不再返回乙方，并可处分货物，所得款项及代理进口保证金抵扣进口货款、税金及有关费用、利息等，尚不足以抵扣的乙方应予以赔偿。”当事人主张该条款为流质条款，应属无效。法院认为，质押合同既是要式合同又是要物合同，而流质契约是在质押合同情形之下，双方约定债务届期，债权人未受清偿的，即移转质物所有权于债权人之契约。本案中，双方在签订代理进口合同时并无建立质押合同法律关系之意思表示，故系争约定不符合流质契约之法定构成要件。

禁止流质规则的适用中，时间是流质条款判定的根本要素，也即是说，约定债务不履行质物即归债权人所有，所发生的时间必须是在债务履行期届满前，如果在债务履行期届满之后，双方约定质物所有权的归属，就不能适用流质契约之规定来判定其效果。实践中，在债务履行期届满之后，如果当事人之间对标的物的归属达成协议，约定归债权人所有，如常见的以物抵债协议，该种以物抵债协议性质上是一种代物清偿，是有效的。〔7〕例如，在“李其华与吕泽真返还原物纠纷”一案〔8〕中，吕泽真为李其华支付农民工工资，吕泽真支付后，李其华将其车辆交付给吕泽真，李其华承诺到期不偿还此债，即将案涉车辆赔偿给吕泽真，并配合办理过户手续。该案争议的焦点是，双方的以物抵债是否属于流质契约。法院从流质契约法律关系、流质契约订立的时间、实现债权的程序等进行审查，认为李其华在债权成立时即将车辆交付给债权人吕泽真占有，其行为的后果是成立质押担保。以物抵债是债权届期后成立的协议，而流质契约是债权届期前成立的。流质契约未经评估和拍卖程序，直接取得标的物之所有权，故本案属于流质契约，应认定无效。再如，在“福海县一八二团双庆玉米烘干农民专业合作社与温泉县中玉仓储物流有限公司买卖合同纠纷”一案〔9〕中，双方订立《还款质押合同》，其中约定债务如果届期未清偿，债权人即直接取得标的物之所有权，同意以物抵债。上诉人认为该质押合同是在债务履行期满后订立的，性质为以物抵债，应为有效。法院认为，该协议为流质契约，系无效约定。在以物抵债与流质契约的区分上，法院往往以协议订立的时间而为判断，法律所禁止的流质契约乃是债务履行期届满前的所有权移转约定，而以物抵债是履行期届满之后达成的协议，后者不属于流质契约，在不违反法律强制性规定时，是有效的。〔10〕

《物权法》时代，我国关于流质契约无效的一般学理和实务认为，禁止流质之规定属于效力性强制性规范，当事人所约定的流质契约无效。同时，实务严格审查流质契约所订立的时间，只

〔6〕 上海市第一中级人民法院（2004）沪一中民四（商）初字第8号民事判决书。

〔7〕 参见陈永强：《以物抵债之处分行为论》，载《法学》2014年第11期。

〔8〕 北京市第二中级人民法院（2015）二中民终字第05404号民事判决书。

〔9〕 新疆维吾尔自治区博尔塔拉蒙古自治州中级人民法院（2015）博中民二终字第59号民事判决书。

〔10〕 参见最高人民法院（2016）最高法民终234号民事判决书。

有在债务履行期届满前订立的流质契约是无效的，而在履行期届满之后达成的财产归属的约定，属于以物抵债。以物抵债不受流质契约禁止之规定的影 响，属于有效约定。

实务中，流质契约无效之规则还存在扩大的倾向。在股权担保中，债务届期后未清偿股权即转移的约定，也被视为流质契约，亦属无效，如“陈振伦与臧金仓、第三人河北恒力空调工程有限公司股权质押纠纷案”；^{〔11〕}但双方如在清偿期届满后达成《股权转让协议》，则被认为是有效的，如“戴品荣与被申请人杨新刚民间借贷、股权质押纠纷案”。^{〔12〕}

三、《民法典》流质契约之效力缓和及其体系效应

《民法典》对传统的禁止流质之表述作了修改，不再采用“不得约定”之强制性术语，而是规定其法律后果，实际上是缓和了禁止流质之规则，有助于建立尊重个人自主决定的私法秩序，符合私法自治之精神。

早在《物权法》立法之时，即有观点认为，流质契约不应一概予以禁止，而应承认其效力，其理由是：禁止流质与当事人之意思自治原则相悖，担保物之价值亦可能因市场波动下降而非必定上升，流质契约对债务人不一定就是不利益，故法律应尊重当事人之自治。但《物权法》并未采纳上述意见，立法者认为，对流质契约而言，虽然形式上看当事人是自愿，但实质上很难判断自愿与否，也可能存在胁迫。笔者认为，该理由很难成立，立法者预先推断当事人之约定是否出于自愿，并一概禁止之，似乎不妥。因为这种预先判断并无事实基础，而只能是一种猜测。即便存在胁迫，当事人仍有救济渠道，可以依合同法撤销，一概禁止反而过多干涉了当事人的意思自治与自主决定。真正的理由是，法律既应保护债务人也应保护债权人，如果因担保物价值大大升高而有必要禁止流质以保护债务人，那么，基于同样的理由，在担保物价值可能大大降低时，对债权人不利，此时也解为无效，岂非干涉过甚？谢在全认为，流质之约定还可以通过其他行为来达成，如在清偿期届至前，另行订立抵押物买卖契约，待清偿期届满后，抵押权人再表示以其债权额与应付之抵押物价金相互抵销，“则流质契约之禁止，难达预期之效果，故是否设此项规定之必要，殊成疑问”^{〔13〕}。

公平乃是流质禁止之核心理由，但是实现公平的路径并非仅有“禁止—无效”之一途，使其有效，并结合清算，亦能实现流质契约之公平性。

《民法典》第 428 条之无效性缓和及其体系效应表现在以下方面：

第一，司法实务不再能以第 428 条为依据判定流质契约无效。《物权法》第 211 条将流质契约规定为行为规范，对当事人的流质约定行为予以禁止，如前所述，学界通说认为，该规范属于效力性强制性规范，违反《物权法》第 211 条的规定系属违反法律强制性规定，从而流质契约无效。也即是说，《物权法》第 211 条之禁止性规范需要通过《合同法》第 52 条第 5 项之法律强制性规定的转致，才能使之无效。但是，在《民法典》将其改变为裁判规范后，在其并未明确流质

〔11〕 河北省枣强县人民法院（2014）枣民三初字第 358 号民事判决书。

〔12〕 江苏省高级人民法院（2018）苏民申 963 号民事裁定书。

〔13〕 前引〔5〕，谢在全书，第 675 页。

禁止并赋予其无效效果的前提下，上述通过违反法律强制性规定而无效的转致路径已不复存在，司法实务将不再能够基于《民法典》第428条认定流质契约因违反法律强制性规定而无效。

那么，如果当事人约定了流质，该契约的效力应如何判断呢？笔者认为，在当事人约定了《民法典》第428条的流质的情形，其效力应依据《民法典》第143条加以判断，即从行为能力、意思表示真实、不违反强制性规定和公序良俗这三个要素来判断。既然流质契约已不被法律所禁止，依据《民法典》已经难以构成违反强制性规定，而且当事人之间的流质约定也难谓违背公序良俗，那么在不存在其他无效情形时，流质契约将是有效的。但笔者认为，流质契约尽管是有效的，但不能直接发生所有权归属的效力，流质契约的生效应以清算为条件，当双方对债权与质押物之间的价值进行清算之后，可以将标的物所有权归属于债权人。此种方式即为归属型清算。^{〔14〕}

第二，以物抵债将不能依据禁止流质的规定而认定其无效。按以物抵债的约定时间划分，可以将其分为未届清偿期的以物抵债和已届清偿期的以物抵债。对于未届清偿期的以物抵债，通说认为，该约定具有流质条款的性质，应认定无效。^{〔15〕}对于已届清偿期的以物抵债，学说上有“代物清偿说”与“诺成合同说”之区别。前者认为，以物抵债系属代物清偿，代物清偿系要物合同，以受领他种给付为成立要件，如标的物尚未交付或尚未登记，则以物抵债协议不成立。实务判例如“天骄公司与三建公司以地抵工程款案”、^{〔16〕}“苏州东泰房地产发展有限公司与郑某商品房预售合同纠纷案”。^{〔17〕}“诺成合同说”认为，以物抵债系诺成性合同，自双方当事人意思表示一致时成立。^{〔18〕}实务上多数判例采用“诺成合同说”，如“陈某诉安徽舒城县华鹏房地产开发有限公司买卖合同纠纷案”、^{〔19〕}“钟某诉广大建设集团有限公司确认合同效力纠纷案”^{〔20〕}。

我国台湾地区实务认为，当事人于债权清偿期届满后与债务人另订延期清偿契约，附以延期以内不为清偿即将抵押物交于债权人营业之条件，与自始附此条件无异，其约定依第873条第2项为无效。“因清偿期已延长，即应以延长之后期限为清偿期，故在此清偿期未届满前，约定届期未偿，抵押物之所有权移转于抵押权人者，自属流质契约，应归无效。”^{〔21〕}

上述实务及学说见解，在《民法典》第428条的新规定之后，已不再妥适，以物抵债协议不论是在债务履行期届满之前还是在届满之后，均不能依据禁止流质而判定无效。以物抵债协议在无法法律行为无效情形时，即属有效协议。

第三，为让与担保之设定及有效性留出空间。《物权法》禁止流质之行为规范也是一种命令性规范，而《民法典》之裁判规定则属于技术性规范，从命令性规范向技术性规范转变，意味着它将为让与担保的效力留下解释空间，当事人以所有权归属进行担保的，不再能够类推适用禁止流质之规定而判定无效。让与担保系通过移转标的物所有权的方式进行的担保，为非典型担

〔14〕 参见〔日〕近江幸治：《担保物权法》，祝娅、王卫军等译，法律出版社2001年版，第256页。

〔15〕 参见前引〔7〕，陈永强文；夏正芳、潘军锋：《以物抵债的性质及法律规制》，载《人民司法（应用）》2013年第21期。

〔16〕 江苏省高级人民法院（2010）苏民申初字第040号民事判决书。

〔17〕 江苏省太仓市人民法院（2013）太民初字第0735号民事判决书。

〔18〕 参见崔建远：《以物抵债的理论与实践》，载《河北法学》2012年第3期。

〔19〕 安徽省舒城县人民法院（2014）舒民二初字第00286号民事判决书。

〔20〕 重庆市奉节县人民法院（2014）奉法民初字第00005号民事判决书。

〔21〕 前引〔5〕，谢在全书，第676页。

保。在认定让与担保的效力上，我国司法实务或认为其违反物权法定而无效，或认为其违反禁止流质流抵而无效。^{〔22〕}学上说，认定让与担保无效的主要学说有“虚伪意思表示说”“脱法行为说”和“违反物权法定说”。“脱法行为说”认为，让与担保系脱法行为，违反法律之禁止规定，应属无效，盖流质契约为法律所禁止，且动产质权之设定，不得以占有改定方式为之。“而让与担保于设定时，标的物之所有权已移转于担保权人，担保标的物无论动产与否通常均依订立租赁合同等方式，使设定人仍得继续占有标的物，此显系以迂回手段，达到法律所欲禁止之行为，自属脱法行为。”^{〔23〕}但是，让与担保之担保权人并非确定能取得标的物之所有权，而是须履行变卖标的物或协议估价，以其价金受偿，故与流质契约尚属不同，让与担保不生回避禁止流质约款规定的问题。何况在《民法典》已经放弃禁止流质之规定后，“脱法行为说”更难成立。

第四，买卖型担保、股权转让与担保等的类推无效被限缩。传统观点认为，取得所有权之债权请求权的约定也属无效之约定，如史尚宽认为：“不独约定与债务不履行同时即使质权人取得质物所有权之物权的流质契约，其仅使发生所有权取得的请求权之债权的流质契约，亦应解释在禁止之列。”^{〔24〕}对于此种买卖型担保，即以买卖合同之所有权取得请求权为担保借贷的案型，我国司法实务上也存在重大争议。^{〔25〕}最高人民法院在多个相似的案例中采用完全相反的观点，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”中认为，买卖合同有效。^{〔26〕}在“广西嘉美房地产开发有限责任公司与杨伟鹏商品房买卖合同纠纷案”中，最高人民法院认为其违反了禁止流质原则，买卖合同无效。^{〔27〕}在“汤龙、刘新龙、马忠太、王洪刚诉新疆鄂尔多斯彦海房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷案”（本案为72号指导案例）^{〔28〕}中，最高人民法院运用“债的转化理论”，认为买卖合同有效。买卖型担保被认为无效的主要依据是禁止流质原则，实际上是禁止流质原则的类推适用。在买卖型担保中，一般会约定，一定期限之内债务人偿还债务的，即可以回赎或者不再履行买卖合同，但一旦债务届期而不清偿的，则需要履行买卖合同并移转标的物所有权。^{〔29〕}买卖型担保是一种典型的融借贷、买卖与担保三者于一体的融资交易方式，^{〔30〕}私法上并无禁止之必要，在《民法典》缓和禁止流质之效力后，将来的司法实务应承认其效力，依当事人之真实意思表示来予以裁判。

在股权形式的让与担保中，实务上通常区分债务届期前的股权转让与担保和债务届期后的股权转让与担保。在“陈振伦与臧金仓、第三人河北恒力空调工程有限公司股权质押纠纷案”中，双方约定债务届期后未清偿股权即转移，被视为属于流质契约，股权流质契约亦属无效。^{〔31〕}在“戴

〔22〕 参见高圣平：《动产让与担保的立法论》，载《中外法学》2017年第5期。

〔23〕 前引〔5〕，谢在全书，第902页。

〔24〕 前引〔2〕，史尚宽书，第375页。

〔25〕 参见陈永强：《以买卖合同担保借贷的解释路径与法效果》，载《中国法学》2018年第2期。

〔26〕 参见最高人民法院（2011）民提字第344号民事判决书。

〔27〕 参见最高人民法院（2013）民提字第135号民事判决书。

〔28〕 最高人民法院（2015）民一终字第180号民事判决书。

〔29〕 有学者将其称为“后让与担保”。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。

〔30〕 参见前引〔25〕，陈永强文。

〔31〕 参见山东省枣强县人民法院（2014）枣民三初字第358号民事判决书。

品荣与被申请人杨新刚民间借贷、股权质押纠纷案”中，双方在清偿期届满后达成《股权转让协议》，法院认为该协议不属于流质契约，被认为是有效的。^{〔32〕}

在《民法典》之下，买卖型担保、股权转让与担保等新型担保形式类推适用禁止流质之规定而无效的观点都将不再成立，在无民事法律行为无效事由的情形下，这些担保形式都是有效的。“不论是让与担保还是以买卖合同担保借款合同的交易，在对内关系中，都应当尽可能地尊重当事人意思自治的选择。只要没有出现乘人之危、显失公平或者高利贷的情况，应允许当事人主张标的物的所有权或者履行买卖合同。”^{〔33〕}

《民法典》第388条第1款前半句规定：“设立担保物权，应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。担保合同包括抵押合同、质押合同和其他具有担保功能的合同。”该条中“其他具有担保功能的合同”实际上就是一个开放式条款，它可以容纳实践中自发生成的一些新型担保合同类型，这可以更好顺应时代发展和满足实践对法律的需求。

四、作为流质契约法律效果的清算义务

在《民法典》对禁止流质、让与担保等予以开放之后，以所有权归属约定来担保债权的方式得到承认，但公平问题仍然是担保法律问题的核心。对此，《民法典》第428条后半句作出了规定，即“只能依法就质押财产优先受偿”。该规定应如何解释呢，是否意味着排除了所有权归属的判断问题呢？

（一）文义解释和体系解释：依质权程序实现

从条文体系上看，该句的表述与《民法典》第425条之质权定义中的“就动产优先受偿”相同，所谓的“优先受偿”，系指以质押财产的价值来优先受偿，而非以质押财产之所有权来优先受偿。故该“优先受偿”应指向质押财产的实现程序。我国台湾地区“民法”第884条明文规定“得就该动产卖得价金优先受偿”，以明确所优先受偿者乃买卖之“价金”。学说上认为，质权人享有变价权与优先受偿权两种权利。此点与抵押权相同，而与留置权相异，郑玉波认为，留置权之作用主要在于留置，并不当然享有变卖与优先受偿之权。^{〔34〕}在担保物权的实现程序中，债权人必须按规定对担保物进行变价、拍卖或折价，兑换成价款的形式，以价款优先受偿。

该句中的“优先”是相对于普通债权人而言的，质权人的权利针对的是特定化的质物，普通债权人的债权指向的是债务人的一般财产。就质押财产而言，质权人优先于无担保的普通债权人而受偿。优先受偿权还体现在出质人破产时，质权人可行使别除权，使质物不被列入破产财产而优先清偿质权人的债权。在质物被人民法院查封或扣押时，质权人的优先受偿权不受影响。但是，相对于其他物权来说，质权并不当然有优先于其他物权之效力。如一个物上并存多个担保物权时，一般遵循“时间在先、权利优先”原则，即设立在前的担保物权优先于设立在后的质权，顺位依设立的先后确立。由于动产质权以交付为生效要件，依设立先后确定实际上意味着依交付

〔32〕 参见江苏省高级人民法院（2018）苏民申963号民事裁定书。

〔33〕 龙俊：《民法典物权编中让与担保制度的进路》，载《法学》2019年第1期，第75页。

〔34〕 参见郑玉波：《民法物权》，黄宗乐修订，三民书局2007年版，第362页。

的先后确定顺位。但因质权设立允许现实交付之外的指示交付方式，则可能发生多重设立质权的情形，此时可能发生成立在后的物权优先于成立在前的物权的情形，如成立在后的物权构成善意取得。当第一个质权为指示交付后，第二个质权再依现实交付设立，第二个质权存在善意取得的可能，即可能出现第二个质权人优先于第一个质权人受偿的情形。在抵押权与质权并存时，依据《民法典》第415条的规定，“同一财产既设立抵押权又设立质权的，拍卖、变卖该财产所得的价款按照登记、交付的时间先后确定清偿顺序”。也即是说，抵押权的登记先于质权的交付的时间的，则抵押权优先于质权，如果质权的交付时间先于抵押权的登记时间的，则质权优先于抵押权。在留置权与质权并存时，无论留置权成立在后还是在前，留置权皆优先于质权，因留置权为法定担保物权，其所担保的债权多为劳动付出的报酬，其在法政策上具有优先保护的效果。《民法典》第456条规定：“同一动产上已经设立抵押权或者质权，该动产又被留置的，留置权优先受偿。”该条正是基于上述法政策立场作出的规定。

《民法典》第436条第2款规定了质权之实现程序，即以协议折价、拍卖或者变卖所得价款优先受偿。在质权的实现程序中，双方以协议方式确定质押财产的归属以作清算，是法律所允许的。折价是双方意思表示一致达成的协议清偿方式，变卖和拍卖均是将标的物出售转换为交换价值以清偿债权。

（二）扩张解释：清算义务

除了上述按照该条之文义解释所应包含的意思之外，解释论上似乎还可以将该句解释为清算条款，即将该规定理解为流质契约生效的前提，如果当事人按照质权程序进行清算的，流质契约也可以发生效力。

不论是流质契约、让与担保还是买卖担保，当事人不履行债务时，债权人就标的物之取偿，不外乎是取得标的物之权利，以抵偿债务，此为估价受偿，抑或变卖标的物，以其价金清偿债权，此为变价受偿。前者为归属型清算法，后者为处分型清算法。^{〔35〕}对归属型清算而言，由债权人取得标的物之所有权，并对标的物价值进行评估，将其超过债权数额部分返还给债务人。归属清算的优点在于：在清算额与标的物所有权移转之间可以建立同时履行关系，债权人主张移转所有权的同时需要履行清算义务。^{〔36〕}只要在归属清算中为担保权人设定清算义务，担保物价值与债务额之间即能够取得平衡，公平问题即能得以解决，对此类担保即无必要以无效规制之。前述72号指导案例依“债的转化”理论对买卖担保予以认可，即是运用了清算法理，既然当事人已经对债务进行了清算，由债权人取得标的物所有权便不存在价值失衡问题。

此外，当事人究竟采取何种方法来实现担保，是进行处分清算还是归属清算，乃系自治问题，应允许当事人通过意思自治方式来约定。在存在归属约定时，应按归属清算方法来清偿，在无归属清算约定时，则应认定系采取变价受偿之方法，“该此种实行方法，于当事人间之权利义务较为明确，且较符合让与担保系在担保债务清偿之经济目的”^{〔37〕}。

笔者认为，清算法理应当作为各类担保物权的共通原理予以建构，担保物权所要解决的核心

〔35〕 参见前引〔14〕，近江幸治书，第256页。

〔36〕 参见前引〔25〕，陈永强文。

〔37〕 前引〔5〕，谢在全书，第921页。

问题无非是债权额与担保物价值之间的平衡问题，以防债权人过度获利和债务人过度受损，清算义务恰好可以平衡该利益失衡问题。因而，不论是何种类型的担保，只要涉及担保物的归属问题，均应通过清算程序，当担保物的评估额或变卖额高于债权额时，债权人应将超出部分予以返还。相反，当担保物的评估额或变卖额低于债权额时，债权人有权就不足部分继续主张权利。通过清算规则，不论担保物所有权归属于何人，最终债权人和债务人的利益都是同等受到保护，结果是合正义的。就此而论，让与担保、股权让与担保、买卖型担保，这些作为市场融资的交易形式，都应该被法律所允许，允许当事人以自治方式来设立此类担保。“让与担保是应以权利（所有权）之（内外部）移转，加上信托行为的债之关系，且担保权人并负有清算义务为其法律构造。以此构造为前提，并在无违法律强制规定、公序良俗之情形下，当事人间之权利义务关系，均得本于契约自由原则约定之，自属当然。”〔38〕

（三）流质中所有权归属的确定规则

当事人约定流质、流押的情形，债权人何时能够取得标的物所有权呢？尽管当事人之间的流质约定为法律所允许，该约定有效，但并不意味着债权人可以立即按照该约定取得标的物的所有权。一方面，当债权届期，债务人仍未能清偿时，债权人可以通过协议折价方式取得标的物的所有权，也即是说，需要通过质权实现程序，在清算之后取得所有权。我国台湾地区“民法”第873条之1第2款规定：“抵押权人请求抵押人为抵押物所有权之移转时，抵押物价值超过担保债权部分，应返还抵押人；不足清偿担保债权者，仍得请求债务人清偿。”该条即明确了债权人取得担保物所有权的前提是清算。另一方面，债权人取得所有权，仍需要按照物权变动之公示原则的要求进行公示，即应将动产交付。在流质的情形下，债权人已经占有质物，故只要满足清算条件之后即取得标的物的所有权，但在流抵的情形，抵押动产应交付于债权人，债权人始能取得标的物的所有权。在买卖型担保、让与担保情形，所有权取得的规则是相同的，除了满足清算规则之外，动产应交付，不动产应完成移转登记，债权人才能取得所有权。

对于流质和流押中所有权取得的公示问题，我国台湾地区“民法”第873条之1第1项采用了登记对抗主义，即“约定于债权已届清偿期而未为清偿时，抵押物之所有权移属于抵押权人者，非经登记，不得对抗第三人”。笔者认为，台湾地区该规定与其不动产物权变动之公示要件主义不合，因不动产物权变动须经登记发生效力，而按照第873条之1规定，不动产所有权的移转变成了无须登记即发生了物权变动，登记成为了对抗要件，这会和公示要件主义之一般物权变动规则发生冲突。因而，这个规定的合理性尚有待商榷。两相比较，笔者认为，《民法典》的留白式立法反而更有艺术，解释空间更为灵活。

五、结 语

《民法典》对禁止流质一改《物权法》之经典表述，而创新性地改采法律后果模式，即如果当事人约定流质，权利人只能就质押财产优先受偿。该表述看上去似乎否定了债权人取得所有权

〔38〕 前引〔5〕，谢在全书，第908页。

的可能，似乎当事人约定流质的，并不能发生当事人所预期的所有权变动的效果，当事人仅能通过质权实现程序来实现债权。但如果从法律发展角度以及从《民法典》的立法精神和对担保类型的体系上看，《民法典》第 428 条似乎可以作扩张解释，允许当事人约定流质，并可以取得标的物之所有权，只要配以清算义务。这一解释立场是可行的，其可以辐射到让与担保、股权让与担保、买卖担保等新型担保形态中，实际上可以激发更多的市场活力，促进融资交易。《民法典》顺应时代思潮，及时修正《物权法》之规定，不再使用“不得约定”之类的强制性术语，从行为规范之立场转变到法律后果之立法模式上。从法律适用技术角度来说，修改后的条文更为科学；从法伦理层面上看，它弘扬了民法作为自治法的私法精神，符合民法的伦理理念，体现出了民法典立法的中国智慧。《民法典》流质条款效力的立法模式，代表了 21 世纪流质条款立法的最新动向，是一个融私法理念与先进立法技术于一体的典范。

Abstract: Article 428 of Civil Code has made a great change in prohibiting liquid pledge, where liquid pledge is not directly prohibited by way of “shall not be agreed”, but a mode of legal consequence is adopted. The change from a prohibitive code of conduct to a technical mode of legal consequence has exhibited maturity in legislative techniques in the making of China’s Civil Code and innovation in law making ideas. With regard to explanation, Article 428 can be viewed as a mitigation of nullification of prohibiting liquid pledge, and as creating a systematic effect of approving new securities such as alienation guarantee, stock right alienation guarantee, guarantee in way of sales contract, etc. They are no longer regarded as invalid based on prohibition of liquid pledge. Approving these securities from the perspective of respecting autonomy is in accordance with the principle of civil law making, but an obligation of liquidation shall be embedded into the system so as to balance the interests between the amount of claim and the price of the subject matter.

Key Words: civil code, prohibition of liquid pledge, liquid clause, alienation guarantee, guarantee in way of sales contract

(责任编辑：王叶刚 赵建蕊)