

关于物权法草案第 195 条的修改建议

周江洪³^x

【内容摘要】 运用法解释学和比较法学的方法,对物权法草案第 195 条可能存在的问题作了具体分析,指出了对各担保物权的特殊性不加区别统一规定的问题所在以及在法适用上可能引起的混乱,同时也指出了对抵押情形下的利息等不加限制可能导致的重复抵押制度的空洞化的不合理之处。并在此基础上,关于担保物权的被担保债权范围,重新设计草案第 195 条,明确规定担保物权所担保的保管费用为“债权人保管担保财产支出的必要费用”,增加了因债权人持有的担保财产的隐蔽瑕疵引起的损害赔偿金,并就抵押情形下的利息等增加了限制性规定,以平衡各权利人之间的利益。

【关键词】 被担保债权范围 保管费用 利息等的限制

一、问题的提起

全国人大近期公布的物权法草案(以下简称草案)第四编担保物权部分,对现行担保法制度作出了比较大的调整,其中第十六章担保物权的一般规定中,遵循法典“总则——分则”的传统立法方式,在现行担保法第一章总则的基础上,又概括出了其他一些各担保物权共通的总则性规定,其中第 195 条关于物权担保的效力范围(被担保债权的范围)就是对现行担保法第 46 条(抵押担保的范围)、第 67 条(质押担保的范围)、第 83 条(留置担保的范围)等所作的概括性规定。法典化立法的一个重要特征就是试图对一些共通的法现象作出概括性的规定,从而实现法典的简洁化。因此,从这一层面上来讲,第 195 条中所体现出来的法典化努力值得肯定。但是,第 195 条所作出的概括性规定是否合理,在简洁化、总则化的过程中是否有内涵丢失或内涵扩大的现象呢?本文试图运用法解释学和比较法的一般方法,对该条可能存在的问题作一简单分析,以期能够对物权法立法作出一点建设性建议。

二、草案第 195 条存在的问题分析

依草案第 195 条规定,“物权担保的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,但合同另有约定的除外”。作为第十六章担保物权的“一般规定”,从一般法理上可以作如下理解,因为草案各担保物权分则部分没有对此作出特别规定,故各

x 作者单位:厦门大学法学院。

与现行担保法相比,第 195、196、197、198、199、200 条等都是在现行担保法分则性规定的基础上概括出来的总则性规定。

担保物权的被担保债权范围都适用该条规定。基于这样的理解,该条具有以下两个特色:

11 草案不采用对各担保物权的被担保债权范围个别规定的方式,而是采用一般规定的方式统一概括各担保物权的被担保债权范围。

从法的沿革上来看,这一点也十分明显。现行担保法分别在各担保物权部分规定各自的被担保债权范围,而不是在“一般规定”中加以规定。而且现行法上,各担保物权的被担保债权范围也各不相同。其中,抵押担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现抵押权的费用(《担保法》第46条);质押担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、质物保管费用和实现质权的费用(《担保法》第67条)。两者不同的是,抵押由于并不移交抵押物的占有,因此不象质押一样包括质物保管费用;对于损害赔偿金,两者虽然都同样加以规定,但内涵上却存在着很大的区别。抵押担保时,一般指的是因原债务不履行所引起的损害赔偿金,而质押担保时,除了因原债务的不履行所引起的损害赔偿以外,还包括因质物的隐蔽瑕疵而给质权人造成的损害所引起的损害赔偿。除此之外,两者大体相同,而且作为约定担保,担保物权设定合同另有约定的,两者都按照约定(《担保法》第46条、第67条)。另外,对于留置权的被担保债权范围,担保法也作出了专门规定,即留置担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、留置物保管费用和实现留置权的费用(《担保法》第83条)。从该条的规定来看,由于都需要对物进行占有,留置权的被担保债权范围与质权的被担保债权范围基本一致。但是,与质权不同的是,留置权作为法定担保物权,并不存在担保物权设定合同,因此并没有“当事人另有约定的除外”之类的规定。

从现行担保法的诸规定来看,三者在被担保债权范围上的区别是显而易见的。但是,物权法草案却放弃了这种“区别对待”的立法方式,转而采用“一般规定”的立法方式,在各担保物权分则中不再另行规定担保物权的被担保债权范围,试图统一各担保物权的被担保债权范围。为此,草案第195条明确规定,“物权担保的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,但合同另有约定的除外”。

关于被担保债权范围,草案规定将现行担保法各规定简单相加,不区分法定担保还是约定担保,也不区分是否为转移占有的担保,无视前述担保法所确立的抵押权、质权和留置权各自不同的被担保债权范围,统一确立了担保物权的被担保债权范围。但是,简单相加并不等于共通规定,作为“一般规定”存在着逻辑上的问题,从而在法适用上有可能产生混乱。例如,将“保管担保财产的费用”作为被担保债权,依文义解释,就有可能将非转移占有的抵押和担保物权人占有担保财产的质押或留置相混同,从而有可能将非担保物权人支出的保管担保财产的费用也纳入被担保债权范围,存在逻辑上的混乱;就损害赔偿金而言,转移占有的质押和留置,除了债务不履行引起的损害赔偿以外,还存在着因为持有担保财产而产生的隐蔽瑕疵损害赔偿问题,而与抵押

关于这一点,担保法中没有明确规定。另外,在担保法司法解释第90条虽然规定了因质物的隐蔽瑕疵造成质权人其他财产损害时,应由出质人承担赔偿责任,但并没有明确该损害赔偿是否属于质物的被担保债权范围。但是,从公平的角度出发,并参照各国立法例,可以将该损害赔偿纳入担保法第67条的损害赔偿金加以扩大解释。另外,王利明主编的《中国民法典草案及说明》(中国法制出版社2004年11月版)第1056条“出质人的瑕疵担保责任”中,也明确规定了“在当事人没有相反约定之时该赔偿责任纳入质权担保的债权的范围”。

对于该点,或许有人会提出质疑。在抵押权实现过程中,抵押权人可能也需要对抵押物进行保管等,因此也存在着担保财产保管费用的问题,但该保管为抵押权实现过程中的保管,应当解释为抵押权实现费用,而不是如同质权一样移转占有而形成的保管费用。

情形下的债务人不履行债务所引起的损害赔偿存在着内涵上的不同,从而使得在同一条文中的同一用语,在不同担保物权情形下产生不同的文义解释的法适用上的问题,也存在着逻辑上的混乱;另外,“合同另有约定的除外”,对于约定担保物权来说并没有问题,但对于作为法定担保物权的留置权而言,该但书的存在会让人误解为包括留置权在内的所有担保物权都是约定担保物权。

将各担保物权的被担保债权范围强行等同,这并不是首创,世界上也存在着类似的立法例,如智利民法典就将质权的被担保债权范围作为抵押权的被担保范围等同。该法第 2424 条规定,“抵押债权人就以抵押物获得清偿,享有质押债权人对质物的同样权利”。而根据关于质押的第 2396 条,“债务人在清偿全部债务后才可请求返还质物的全部或一部,该全部债务包括原本、利息、债权人保存质物支出的必要费用以及其他因持有质物遭受的损害。”但与我国物权法草案笼统规定“保管费用”不同的是,该法第 2396 条规定的“保管费用”,乃是“债权人保存质物支出的必要费用”,明确了是债权人所支出的保存费用,从而排除了债权人以外的人所支出费用被列入被担保债权范围的可能性;而且该法所说的“损害”,也是“持有质物遭受的损害”,明确了只有在移转担保物的占有的情况下才有可能发生的损害。因此,虽然存在着将质押和抵押的被担保债权范围统一规定的立法例,但却无法用以说明草案 195 条所采取的笼统规定的逻辑合理性。

实际上,民法典官方草案阶段的担保物权规定似乎已经意识到了并不是所有的“担保物保管费用”都应该列入被担保债权范围这样的问题。该草案第 2 编第 236 条规定,“物权担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现物权的费用。担保合同另有约定的,按照约定”。该规定虽然将担保物权的被担保债权范围以“一般规定”的方式加以规定,但并没有将担保物的“保管费用”列入被担保债权范围。与物权法草案相比,民法典官方草案采用法典立法的一般方式,即采用最大公分母的方式将各担保物权被担保范围加以简约,概括出其共同的要素,作出统一规定。这与物权法草案第 195 条所采用的简单相加而得出总则性规定的方式完全不同,具有其合理性。但是,民法典官方草案在作出一般规定以后,并没有就各担保物权的特殊情况作出特别规定,如质物的保管费用问题,从而缩小了现行担保法规定的质押的被担保债权范围,发生了抽象过程中的内涵丢失现象。因为除了共通规定,对于无法统一的情形,需要作出分则性的特别规定,这才是符合法典化体系的基本要求,民法典官方草案分则性规定的缺失,是其重大的硬伤。而且,民法典官方草案也将“担保合同另有约定的,按照约定”作为总则性规定规定,因此,就留置权而言,同样存在着与草案第 195 条相同的问题。

21 草案并没有对抵押担保情形下的利息等作出特别限制。

就抵押权所担保的债权范围,虽然各学者建议稿中都对利息、迟延履行利息等作出了一定的限制,但草案仍然坚持现行担保法的规定,没有对利息等作出特别限制。

关于利息等是否应该作出特别限制,世界上主要存在着两种立法例。

其一为德国民法的无特别限制型。对于约定利息和其他从给付,德国民法只是要求登记其

徐国栋主编:《智利共和国民法典》,徐涤宇译,金桥文化出版有限公司 2002 年版。

梁慧星主编的《中国物权法草案建议稿》(社会科学文献出版社 2000 年版,第 624 页)第 316 条规定,“金钱债务的迟延履行利息,以被担保的债权届期后两年内发生的利息为限,就抵押物有优先受偿的权利”(中国社会科学院法学所“民法典立法研究课题组”中国民法典物权编建议稿第 306 条采同样的规定);徐国栋主编的《绿色民法典草案》(社会科学文献出版社 2004 年版,第 383 页)第 569 条规定,“金钱债务的迟延履行利息,以被担保的债权到期后两年内发生的为限,就抵押物有优先受偿权”;王利明主编的《中国民法典草案建议稿及说明》(中国法制出版社 2004 年版,第 137 页)第 985 条规定,“享有优先受偿权的利息、逾期利息以及违约金以抵押权人实现抵押权前两年内发生以及在强制执行程序之中所发生的为限”。

利率或金额,并没有加诸于其他限制(德国民法第 1115 条)。不仅如此,对于法定利息、先期通知费用以及权利追诉费用,无须登记也当然属于抵押权担保的范围(德国民法第 1118 条)。我国台湾地区“民法”第 861 条也规定,“抵押权所担保者为原债权、利息、迟延利息,及实行抵押权之费用。但契约另有订定者,不在此限。”与德国民法一样,对于利息、迟延利息等的范围并没有作出特别限制。

其二为法国、日本、瑞士式的特别限制型。与德国民法不同的是,法国民法第 2151 条对抵押权所担保的利息和年金范围作出了限制,即“对于产生利息或年金的原本进行登记了的抵押权人,只就 3 年的利息或年金,与原本享有同一顺位的权利”。同样,瑞士民法第 818 条也借鉴法国民法设置了类似的限制,抵押权除了担保原本债权之外,还担保催缴所支出费用、迟延利息、破产开始或担保物折价申请之前已届清偿期的 3 年部分的利息以及最后的利息支付日以后的利息;对于约定利息,涉及后顺位的不动产担保权人所受的不利益时,不得为 5 分利以上的利息。对利息的范围作出限制的规定在智利民法典中也同样可以见到,该法典第 3077 条第 2 款明确规定,“抵押担保优先支付一笔不超过 2 年利息数额的利息”。日本民法第 375 条(民法现代语化前的第 374 条)规定,“抵押权人,有请求利息及其他定期金的权利时,只能就其已满期的最后两年的部分行使其抵押权。但是,在此之前的定期金,若满期后进行了特别登记的,从该登记时开始,可以行使其抵押权”。该规定乃是继受了作为其母法的法国民法的相关规定,并由梅谦次郎沿袭日本旧民法规定而来。关于迟延损害金的第 2 款限制性规定,则是经明治 34 年的民法修改而追加的规定。

日本民法通说认为,该条的立法目的主要是为了保护后顺位的担保权人等“第三人”而对抵押权人的优先受偿权的范围作出限制,同时也使得抵押设定人可以更有效地利用抵押担保方式进行融资。与占有担保物的质权相比,作为非占有型担保的抵押权,对担保物具有利害关系的后顺位担保权人、一般债权人等第三人的存在并不少见。若承认无限制地担保从被担保债权派生来的利息、迟延损害金等的债权,随着时日的推移,被担保额将无限制地膨胀,因此对于第三人来说,要预测担保债权的累计额相当困难,从而使得与抵押不动产等有利害关系的第三人可能遭受不测的不利益。为此,有必要对抵押权人和该类利害关系第三人之间的利益作出调整。通过本条的限制,使得后顺位的抵押权人对于抵押物的剩余担保价值具有了一定的预测可能性,从而增加了债务人、抵押权设定人、后顺位担保权人等有效率地利用抵押物的可能性,比如抵押权设定人就抵押物剩余担保价值可以更加容易地找到后顺位担保权人。

各专家建议稿正是考察了上述诸立法例后对利息等作出了特别的限制,一般认为“为了防止抵押权人借助抵押物的担保利益,放任金钱债权的迟延利息的发生而损害抵押人的利益以及其

[日]柚木馨、高木多喜男:《担保物权法》,有斐阁 1982 年版,第 276 页。

[日]柚木馨主编:《注释民法》,第 9 卷 §374 (柚木馨、西沢修执笔),有斐阁 1982 年 1 月增补再订版,第 120 页;[日]柚木馨、高木多喜男主编:《新版注释民法》,第 9 卷 §374 (山崎宽执笔),有斐阁 1998 年版,第 293 ~ 294 页。

关于日本民法现代语化的情况,参见拙文《日本民法的历史发展及其最新动向简介》,载徐国栋主编:《罗马法与现代民法》(第 5 卷),即将刊行。

[日]淡路刚久等:《民法——物权》,有斐阁 2005 年版,第 240 页;[日]道垣内弘人:《担保物权法》,有斐阁 2005 年版,第 157 页;[日]高木多喜男:《担保物权法》,有斐阁 2005 年版,第 153 页;[日]柚木馨、高木多喜男主编:《新版注释民法》,第 9 卷 §374 (山崎宽执笔),有斐阁 1998 年版,第 295 页;等等。

他债权人的利益,有必要对金钱债权迟延利息就抵押物优先受偿的限度予以规定。”将利息等的限制的理由归结为抵押人以及其他债权人的保护,应该说并不充分。从前述日本民法的相关学理解释中可以看出,利息等的限制主要在于保护后顺位的抵押权人以及一般债权人,而对于抵押设定人,由于其本身负有偿还原债权、利息以及迟延损害赔偿金的义务,对于其进行特殊保护理由并不充分,因为抵押人完全可以根据草案第 199 条的规定,通过要求抵押权人行使抵押权而保护自己的利益。日本民法通说也认为,由于第 375 条的限制规定在于保护后顺位的抵押权人和一般债权人的利益,因此,如果不存在后顺位的抵押权人,以及其他债权人没有或者不能对该抵押物的拍卖所得请求分配时,抵押权人可以就抵押物的拍卖所得对被担保债权全额享有优先受偿权。

虽然物权法草案没有明确规定如同现行担保法第 35 条一样的重复抵押,但从草案第 217 条关于放弃抵押权顺位的规定以及第 222 条关于重复抵押情形下的清偿顺序规定也可以看出,草案也是允许抵押设定人就抵押财产进行再次抵押。但是,如果按照草案第 195 条不对利息等作出限制的话,就有可能出现前述利息无限膨胀的情况。对可能出现的后顺位的抵押权人来说,即使十分仔细地查阅不动产登记簿,也无法完全把握前顺位抵押权人所担保的被担保债权的范围,从而因无法把握抵押物的剩余担保价值而不愿提供融资。因此,对于明智的融资提供者来说,基本上不可能接受后顺位的抵押,从而使得民法上的重复抵押制度流于形式。而对于急需融资的抵押设定人、特别是融资渠道狭窄的中小企业来说,由于没有新的其他财产可供抵押,也可能就因此得不到新的融资机会,导致企业经营的困难。因此,对利息等不作出限制,虽然保护了第一抵押权人的最大利益,但对于整个社会来说,却是一种剩余担保价值的浪费,有可能阻碍经济的发展。

三、建议修改方案

综上所述,物权法草案第 195 条虽然力图以最简洁的方式对担保物权被担保债权的范围作出概括性规定,但在概括的过程中,由于采取了简单相加的方式,从而导致了忽视各担保物权的特性、以及对抵押权所担保的利息没有作出特别限制的重要缺陷。为解消该问题,对草案第 195 条的修改至少存在以下两种方案。

方案一:就担保物权所担保的范围,放弃总则性的“一般规定”,分别就抵押、质押和留置权作出规定,在此基础上,对抵押权所担保的利息等作出特别限制。

方案二:仍然维持“一般规定”的立法方式,但同时在该条中针对各担保物权的特殊情形作特别规定。

方案一由于需要在现有草案基础上增加新的条文,必须对整个草案的结构作一大的改动,而且,从现行《担保法》第 46 条、第 67 条以及第 83 条的规定来看,三者之间确实存在着一定的共同之处,从法典的体系化要求来看,将其统一规定并不失其合理性。因此本文采用第二方案,在前文的基础上,综合各学者建议稿,结合担保法的现行规定,具体修改如下:

梁慧星主编:《中国物权法草案建议稿》,社会科学文献出版社 2000 年版,第 625 页;王利明主编:《中国民法典草案建议稿及说明》,中国法制出版社 2004 年版,第 424 页。

[日]高木多喜男:《担保物权法》,有斐阁 2005 年版,第 156 页;[日]道垣内弘人:《担保物权法》,有斐阁 2005 年版,第 157 页;[日]内田贵:《民法——债权总论 担保物权》,东京大学出版会 2003 年版,第 358 页。

“第一百九十五条 担保物权担保的范围包括主债权及其利息,因债务人未清偿主债权而发生的违约金、损害赔偿金,债权人为保管担保财产支出的必要费用,因债权人持有的担保财产的隐蔽瑕疵引起的损害赔偿金以及实现担保物权的费用。

金钱债务的利息、逾期利息,以被担保的债权届期后两年内发生的以及强制执行程序过程中发生的为限,抵押权人就抵押物有优先受偿的权利。但就同一抵押物不存在后顺位的抵押权人和抵押设定人的一般债权人时,不在此限。

抵押合同、质权合同对被担保债权范围另有约定的,依其约定。”

修改后的该条文基本上可以涵盖物权法草案中规定的三类担保物权的被担保债权范围,与物权法草案第 195 条相比,其最大的不同主要体现在以下几个方面:

11 明确界定了担保物权所担保的担保财产的保管费用。修改后的建议条文将草案第 195 条规定的“保管担保财产的费用”限定在“债权人为保管担保财产支出的必要费用”,在一定程度上解决了草案第 195 条情形下可能出现的将非债权人支出的保管费用纳入被担保债权的不合理之处。不仅如此,“债权人为保管担保财产指出的必要费用”的规定,也表明保管费用的优先受偿权不仅仅只存在于质押和留置情形下,在特殊情形下,也产生于抵押情形下。例如,瑞士民法典第 819 条规定,“担保权人为保存担保物而支出的必要费用,特别是代所有人支付拖欠的保险金时,虽未在不动产登记簿上登记,仍对其债权享有请求相同担保的权利”。修改后的“债权人为保管担保财产支出的必要费用”的规定,也能够包容该种情形下的费用支出。另外,将保管费用限定在“必要费用”,也是符合保管行为的一般原则的,因为如果将所有的保管费用都纳入被担保债权范围,会鼓励债权人采取费用过高的保管行为,从而有害抵押设定人的权益。

21 明确区分因清偿主债权而发生损害赔偿与因担保财产本身的隐蔽瑕疵所引起的损害赔偿。与草案第 195 条相比,除了将损害赔偿金区分为“因债务人未清偿主债权而发生的损害赔偿金”和“因债权人持有的担保财产的隐蔽瑕疵引起的损害赔偿金”之外,修改后的建议条文还明确将后者也纳入被担保债权范围,相同的立法例见于我国台湾地区“民法”第 887 条、日本民法第 346 条等。

31 明确规定抵押情形下的利息等的限制。关于利息等的限制的必要性,已如前所述。与各立法例和各专家建议稿条文不同的是,修改后的建议条文同时吸收了日本民法解释学上的成果,从本条主要为了保护后顺位的抵押权人及一般债权人的立法主旨出发,规定了限制性规定的再限制,明确规定关于利息等的限制性规定不适用于不存在后顺位的抵押权人和一般债权人的情形。

41 将“合同另有约定的除外”中的“合同”限制在抵押合同和质权合同。与草案第 195 条相比,修改后的建议条文,结合草案第 207 条(抵押合同的要式性)、第 231 条(质权合同的要式性)中所采用的法律概念,明确了该条中的“合同”的概念为“抵押合同”和“质权合同”,从而明确了留置权的法定担保特性。

51 将“物权担保的范围……”修改为“担保物权担保的范围……”,虽然用语上显得罗嗦,但后者行文显然比前者更准确。