

# 民法典视阈下所有权保留的体系重构

章诗迪\*

## 目 次

- 一、问题的提出
- 二、所有权保留之品性:担保物权
- 三、所有权保留之设立:登记对抗主义
- 四、所有权保留之实现方式:“双轨制”之再解读
- 五、结语

**摘 要** 《民法典》动产担保部分采“功能主义与形式主义相结合的立法方法”,修改了所有权保留中权利设立和权利实现的规定。所有权保留成为两种立法方法结合的典型制度之一。我国所有权保留的发展阶段分为合同法时期与民法典时期。功能主义强调交易安全,形式主义注重保护私有财产和合同自由,矛盾的根源是背后不同价值的冲突。所有权保留可以构成一项担保物权,对交付内涵的不同理解构成了形式主义与功能主义的分野,即此时出卖人交付的是物之占有还是真正的物之所有权。为了平衡第三人的利益,可以适用《民法典》新增的第三人代为清偿制度;为了保护消费者利益,应引入“正常经营活动买受人”之抗辩。担保物权的顺位问题,适用《民法典》第 414 条的规定,主要考虑权利是否登记及登记的顺位。目前,对《民法典》第 642 条所采的双轨制的所有权保留实现方式,应予以审慎解释。取回权是基于买卖合同而生的就物受偿手段,借鉴我国台湾地区“动产担保交易法”的相关规定,即通过强制执行程序恢复出卖人对标的物的占有;“参照适用担保物权实现程序”是基于保留的所有权性质而适用的程序。因受立法变化的影响,所有权保留的性质改变后,相关司法解释应作出同步修改。

**关键词** 民法典 所有权保留 功能主义 担保物权 取回权

## 一、问题的提出

2020 年 5 月 28 日通过的《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)对《合同法》及原《买卖合同司法解释》中规定的所有权保留买卖的规定作出了一系列修改:(1)关于所有权保留的适用范围

\* 章诗迪,浙江大学光华法学院博士研究生。

围,《民法典》第 641 条在《合同法》第 134 条的基础上增加第 2 款“出卖人对标的物保留的所有权,未经登记,不得对抗善意第三人”。(2)关于“出卖人取回权”,《民法典》第 642 条在原《买卖合同司法解释》第 35 条的基础上增加第 2 款“出卖人可以与买受人协商取回标的物;协商不成的,可以参照适用担保物权的实现程序”,将原司法解释第 35 条第 3 款修改为“取回的标的物价值明显减少的,出卖人有权请求买受人赔偿损失”。(3)《民法典》删除了原《买卖合同司法解释》第 36 条的“取回权的限制”的规定,但在 2020 年 12 月 23 日修正的《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》(以下简称《买卖合同司法解释》)第 26 条第 1 款又保留了该条规定。(4)修改原《买卖合同司法解释》第 37 条关于“已取回标的物之再出卖”的规定。在以上几处修改中,面临较大争议的,一是所有权保留买卖中新增的登记对抗主义之权利设立方式问题,二是关于出卖人对其所保留的所有权的实现方式问题。

当此《民法典》诞生之际,应着重笔墨对《民法典》对旧法的更新修改之处进行研究,而新增条文与旧有制度如何衔接一直是法律修改的重点。本文着力于研究保留所有权交易的体系重构的问题:“体系重构”具有双重含义,既包括所有权保留制度本身应如何规定,也指该制度的具体规范如何与民法典的其他制度衔接。基于此,本文首先对所有权保留相关的学说和规范的发展历史展开考察,明确《民法典》所规定的所有权保留制度的性质。以《民法典》对所有权保留制度修改为基础,本文从所有权保留的设立方式和实现方式展开讨论。之所以选择这两个问题,主要是基于这样的考虑:其一,囿于法制传统的不同,各国的动产担保制度存在巨大的差异,呈现出形式主义与功能主义的两种立法模式并存的现实制度,我国《民法典》则开辟了第三条道路,即“功能主义与形式主义相结合的立法方法”。引入功能主义立法方法之后,出卖人保留的权利是所有权还是担保权,目前学界对此争议颇多,至今尚无定论。其二,由于所有权保留的性质发生了变化,所有权保留制度的实现方式也作出了相应的修改,增加了参照适用担保物权实现程序的规定,但与原有的出卖人取回权之间还存在一些需要解释的问题。因此,有必要就前述问题展开充分的论证,以期完善我国的所有权保留制度。

## 二、所有权保留之品性:担保物权

《民法典》就所有权保留制度的设立和实现方式进行了修改。因此,首先需要解释的问题为《民法典》中出卖人所保留的权利的性质。

### (一)所有权保留制度发展的两个时期

从世界发展历史来看,所有权保留曾经是一项与分期付款买卖紧密结合、以微观上的利益均衡和便捷交易为宗旨的制度。相较于传统的动产抵押、保证等担保制度,所有权保留省略了寻找担保人和担保物等环节,有利于交易的便捷化。因此,至 19 世纪末期,伴随工业革命而来的经济发展,所有权保留日益成为美国等商业发达国家流行的交易方式。

我国立法同样规定了所有权保留制度。根据制度内容的变化,我国的所有权保留制度的发展阶段可分为合同法时期和民法典时期。《民法通则》第 72 条为所有权保留制度预留了空间。《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第 84 条规定:“财产已经交付,但当事人约定财产所有权转移附条件的,在所附条件成就时,财产所有权方为转移。”1999 年《合同法》第 134 条规定了所有权保留制度,原《买卖合同司法解释》细化了具体内容,通过 4 个条文专门规定了所有权保留制度。以先前的规范为基础,为了消灭隐形担保、促进中小企业融资,构建统一的动产担保交易

制度,《民法典》调整了所有权保留制度和融资租赁制度的相关规定,最终采取了“功能主义和形式主义相结合的立法方法”。<sup>〔1〕</sup>《民法典》中所有权保留制度功能主义的方面表现为,增加“出卖人对标的物保留的所有权,未经登记,不得对抗善意第三人”的规定,为接入动产担保制度预留了空间;形式主义的方面表现为,在体例上,所有权保留买卖属于买卖合同的一种特殊情形,未被明确统合入担保物权的部分,仍按不同的交易类型进行特殊规定。合同法时期的所有权保留制度为形式主义立法,在构造上属于债法范畴,主要涉及所有权人与买受人的关系,一般不将其考虑为一种担保物权。但是,进入民法典时期之后,因引入了“登记对抗主义”和“参照适用担保物权实现程序”的规定,所有权保留逐渐向功能主义倾斜,此时就有了将其纳入担保物权体系的可能。

我国传统民法理论认为,所有权保留未被《物权法》接纳为担保物权。因我国的物权体系逻辑中,担保物权属于他物权,若将所有权保留纳入物权体系,意味着他物权将反过来吞噬所有权,所有权成为了他物权的客体,这一结果是难以被大陆法系民法典接纳的。<sup>〔2〕</sup>随着学说与实践的发展及在比较法的影响下,学说逐渐接受所有权保留的物权性。<sup>〔3〕</sup>高圣平曾认为,在物债两分的体系之下,担保物权的设计按照定限物权的逻辑展开,没有必要将所有权保留买卖和融资租赁交易依其功能使其受到担保物权编的约束。但是,即使不将所有权保留买卖重构为担保交易,亦应使其在物权法的相应层面与中国物权法的规定保持一致。<sup>〔4〕</sup>相反,有学者认为,应将所有权保留融于担保物权体系之中,参考美国《统一商法典》第9篇中的价金担保利益,在我国法上即可直接将所有权保留定性为抵押权。在《民法典》正式颁布之后,学界基本达成所有权保留为“一项具有担保功能的权益”的共识。《民法典》将所有权保留交易中出卖人对标的物的所有权“功能化”,采取了担保权的权利构造,此时所有权的内涵已经更接近于动产抵押权这一担保物权。<sup>〔5〕</sup>而《民法典》第388条之规定,为非典型担保交易准用担保物权相关规则提供了解释前提。<sup>〔6〕</sup>虽然《民法典》物权编并未将起担保作用的所有权保留买卖中的所有权置于担保物权体系之下,但对《民法典》第388条、第414条第2款中的“担保物权”作扩大解释,将之理解为可以登记的具有担保功能的权益,如此才能将所有权保留买卖制度纳入调整范围。<sup>〔7〕</sup>《民法典》第388条增设的“其他具有担保功能的合同”应指所有权保留买卖合同、融资租赁合同和保理合同,但又将前述三种合同编入债编,在法律制度上形成了“混合法系”。<sup>〔8〕</sup>

通过对两个时期关于所有权保留制度的学说的整理,可以发现学界对前述问题的态度受到了立

〔1〕 参见王晨:《关于〈中华人民共和国民法典(草案)〉的说明》《中华人民共和国民法典(含草案说明)》,中国法制出版社2020年版,第206页。

〔2〕 参见高圣平:《民法典中担保物权的体系重构》,载《法学杂志》2015年第6期,第33页;参见王康:《论〈民法典〉担保权的立法定位》,载《甘肃政法学院学报》2019年第4期,第65页。

〔3〕 参见李敏:《论我国浮动担保制度的系统性完善》,载《法学》2020年第1期,第60页;参见冉克平:《论未登记不动产抵押合同的效力》,载《法律科学》2020年第1期,第121页;参见席志国:《民法典编纂视野下的动产担保物权效力优先体系再构建》,载《东方法学》2019年第5期,第48页。

〔4〕 参见高圣平、范佳慧:《铁路车辆融资最新国际规范及中国应对——以〈开普敦公约〉及〈铁路车辆议定书〉为中心》,载《经贸法律评论》2019年第2期,第1页。

〔5〕 参见高圣平:《民法典动产担保权登记对抗规则的释论》,载《中外法学》2020年第4期,第951页。

〔6〕 参见高圣平:《民法典动产担保权优先顺位规则的释论》,载《清华法学》2020年第3期,第93页;参见杨立新、李怡雯:《民法典物权编对物权规则的修改与具体适用》,载《法律适用》2020年第11期,第3页;参见谢鸿飞:《动产担保物权的规则变革与法律适用》,载《国家检察官学院学报》2020年第4期,第3页。

〔7〕 参见刘保玉、张恒东:《论动产融资租赁物的所有权登记及其对抗效力》,载《中州学刊》2020年第6期,第55页。

〔8〕 参见谢鸿飞:《动产担保物权的规则变革与法律适用》,载《国家检察官学院学报》2020年第4期,第3页。



法变迁的影响,存在一个变化的过程:从拒绝将所有权保留制度接纳为担保物权,发展至逐渐认可其物权性,最后基本达成所有权保留是“一项具有担保功能的权益”的共识。

## (二)比较法中的功能主义与形式主义

要准确地对《民法典》中所有权保留的性质作出判断,除了要对本国的制度与学说历史作出归纳,还要在比较法的视野下作出定位。世界动产担保交易立法,主要有形式主义和功能主义两种立法方法。其中,形式主义注重当事人就交易安排的表象,依交易的形式归属不同的类型予以调整,代表国家为德国、日本;功能主义则强调特定交易在经济上的作用,只要在功能上具有担保作用的交易均应纳入动产担保交易法的规制范畴,代表国家为美国、加拿大、澳大利亚和新西兰。我国学界关于所有权保留性质的争议与上述两种主要的立法方法紧密相关,因此有必要对相关立法例作简单梳理。

### 1. 日本:形式主义

日本民法上不存在关于所有权保留的规定,甚至不存在作为解释规定的任意性规定。这就意味着合同条款代替了法律,但同时造成了法律解释的困境。日本民法学对“所有权保留的法律构成究竟为何”有较多的观点,主要分为“所有权的构成”与“担保权的构成”两派。当出卖人将标的物交付给买受人并同意买受人利用标的物之后,存在较大争议的是:出卖人拥有的是标的物的所有权,抑或出卖人持有的是担保权而所有权已转移到买受人手中。以下展开详细说明。

其一,通说:所有权的构成。<sup>[9]</sup>日本的判例与学说的通说采所有权的构成,认为所有权保留买卖是以价款的清偿作为停止条件的买卖合同,属于附停止条件的法律行为。在形式上,所有权保留是将价款完成时作为所有权转移时点的特别约定,在买受人支付完价款之前,出卖人拥有的是标的物的所有权,虽然买受人不是所有权人,但其有接受交付的权利,是标的物的合法占有人。

其二,少数说:担保权的构成。<sup>[10]</sup>在担保权构成说内部,存在以下多种学说。①物权的期待权说(所有权分属构成)。该说以竹下守夫为代表。这一说将买受人的地位作为有停止条件的所有权取得人,因此在买受人是物权期待权人的基础上,可以将买受人看作实质的所有权人,而保留所有权的出卖人是担保权人。这个说法是因为标的物的所有权属于出卖人和买受人,所以出卖人保留的所有权只不过是形式上的,其实质应被视为符合所有权价值的分属,并且应被限制在以买卖价金债权为目的的限度内。②担保权说(所有权分属构成)。该说以高木多喜男为代表。<sup>[11]</sup>这一说立足于保留所有权是为卖方的剩余货款债权而担保的担保权的前提,所有权分属于出卖人和买受人。与让与担保不同,所有权保留是基于真正存在的买卖关系而建立的,因此剩余货款金额和标的物价格之间的差额不大。标的物因持续使用而产生的高折旧率及新产品不断出现,因此标的物清算金额不会比较高,就不像让与担保那样需要清算程序。③动产抵押权说。该说以米仓明为代表。这一说针对买受人因期待权而生的实质所有权人的地位和出卖人是法律上的所有权人这一点提出疑问。在所有权保留买卖中,无论实质上还是形式上(法律上),所有权都转移给买受人,出卖人为了担保其债权的实现设定了抵押

[9] 参见[日]平野裕之:《コア・テキスト 民法Ⅱ担保物権法》,新世社2011年版,第189-190页;参见[日]平野裕之:《担保物権法》,日本評論社2017年版,第233、235页;参见[日]石田穰:《担保物権法》,信山社2010年版,第769页;参见[日]松岡久和:《所有権留保》,载《法学セミナー》2014年第5期。

[10] 参见[日]石口修:《民法要論Ⅱ担保物権法》,成文堂2016年版,第290、294页;参见[日]松岡久和:《担保物権法》,日本評論社2017年版,第376-377页;参见[日]渡邊博己:《所有権留保における留保所有権者の担保権者としての地位》,NBL第947号,商事法務研究会2011年2月15日。

[11] 参见[日]高木多喜男:《担保物権法》(第4版),有斐閣2005年版,第381页。

权形式的担保权。这个立论的理由是,所有权保留合同的当事人以抵押权的设定为目的,但是因为发现合适的法律概念,所以将抵押权表示为所有权保留。<sup>〔12〕</sup>④设定者保留权说(所有权分属构成)。<sup>〔12〕</sup>该说以铃木禄弥为代表。关于出卖人和买受人的关系,根据标的物买卖所有权移转至买受人,根据现实的交付买受人具备对抗条件(《日本民法典》第178条)。但根据所有权保留的约定,出卖人为了担保未支付货款的债权而设定所有权保留,并通过占有改定获得对抗要件。该保留所有权人的法律地位是抵押权人,而买受人的法律地位是期待权人。但是,出卖人的法律地位的改变,是买受人不履行债务出卖人私力执行的结果(取回权),是向完全所有权的复归,所以出卖人和买受人拥有的都是所有权取得权。<sup>〔13〕</sup>⑤新设定者保留权说(所有权分属构成)。<sup>〔13〕</sup>该说以道垣内弘人为代表。因所有权保留的约定,物权没有发生变动。虽然所有权属于出卖人,但该所有权是受担保目的限制的保留所有权。另一方面,买受人的权利则为物权期待权。该说的特征是,虽然认为所有权保留是担保权的构成,但是在还清货物价款之前,所有权仍在出卖人手中,且未发生物权变动,因此出卖人不需要对抗要件。而关于买受人的物权期待权,则可以通过现实交付来满足,这样就满足了对抗要件(但实际上没有公示功能),并且就此可以明确买受人的使用、收益权是基于物权期待权的。

## 2. 美国:功能主义

英美法学者主张所有权保留的法律构成为担保权益产生说。所有权保留制度的目的在于保障债权人的价金债权实现,因此具有担保物权的特性。1952年的美国《统一商法典》第九编对担保进行了全面规定,最大限度地统一了担保立法。<sup>〔14〕</sup>即无论当事人选择哪一种担保,都要适用该法第九章的规定,并按规定进行公示并发生相应的顺位效力。<sup>〔15〕</sup>

根据美国《统一商法典》的规定,担保权益是在标的物上设置的保证付款或履行义务权益。所以,所有权保留制度是为出卖人设定的担保买受人付清价款的权益。<sup>〔16〕</sup>根据《统一商法典》第1-201(b)(35)规定,所有权保留买卖可以构成一项“担保权益”。担保权益是否有对抗第三人的效力取决于该担保权益是否“完善”(perfection)。所有权保留属于价款担保权益的一种,适用自动完善的规定,如果标的物为个人或家庭使用的货物(汽车、不动产附着物除外),通过当事人之间的约定即有效成立,且可以对抗第三人。原因在于美国消费品主要供个人或家庭使用,且一般不会转售,不会设定多级担保权利。除此类商品之外,其他的所有权保留均需要通过登记才有对抗第三人的效力。美国的这一方案从根本上解决了各种担保权利的公示问题,对世界担保立法影响深远。《欧洲示范民法典草案》(DCFR)继受了美国《统一商法典》的立法精神,规定了统一的动产担保物权制度,适用于除所有权保留买卖之外的其他动产担保物权,且以登记作为其主要的公示手段。<sup>〔17〕</sup>

通过对两大法系关于所有权保留的代表性立法例进行梳理,可以发现在一些典型立法例上,该制度基本得到承认。在以所有权构成为通说的日本民法中,附停止条件的所有权移转说需以承认物权

〔12〕 参见〔日〕铃木禄弥:《物権法講義》(第5版),創文社2007年版,第403-404页。

〔13〕 参见〔日〕道垣内弘人:《担保物権法》(第4版),有斐閣2017年版,第368页。

〔14〕 美国《统一商法典》第9.109条、第9.102条、第9.201条、第9.202条。

〔15〕 参见高圣平:《动产担保交易比较研究》,中国人民大学出版社2008年版,第162页;董学立:《我国意定动产担保物权的统一化》,载《法学研究》2014年第6期。

〔16〕 W. Green, *Corporeal Movables in Scots Law*, Edinburgh, 1991, p.275. 转引自余延满:《货物所有权的移转与风险负担的比较法研究》,武汉大学出版社2002年版,第166页。

〔17〕 参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组:《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案(全译本)》(第9卷、第10卷),徐强胜等译,法律出版社2014年版,第5页以下。

行为的独立性为前提。担保权益产生说源于英美法系中注重财产利用、淡化所有权的观念,并且该说同样违背当事人设立所有权保留的目的,与大陆法系“所有权至上”的理念不符。概言之,功能主义更强调保护交易安全,即权利的公开性和确定性,而形式主义更注重私有财产的归属和合同自由,二者矛盾的根源是背后不同价值之间的冲突。

无论是功能主义立法还是形式主义立法,所有权保留常被以一种担保方式、担保权或担保权益运用于买卖活动中。我国将此制度规定在《合同法》和《民法典》中,学界对其担保功能均予以承认,但对其法律性质究竟为何则难有定论。然而,厘清所有权保留的性质不仅有利于将其准确归入物权体系或债权体系,也有利于展开动产担保中的权利效力优先规则的构建,对《民法典》的权利体系的解释学的展开也有重要的影响。

### (三)《民法典》中所有权保留的性质

《民法典》对所有权保留制度采取了担保权的构造,虽然在客观上具有担保功能,但无论是规范还是学说都未肯定保留的所有权是一项担保物权。“具有担保功能的权益”与“担保物权”的区别主要体现在法律效力上。保留的所有权具有担保功能,这是从权利的客观功能上来定位的,并非在法律上将其定位为担保物权。如果无法在法律上将保留的所有权定位为担保物权,那么所有权保留将因违反“物权法定”而不产生物权效力。<sup>[18]</sup>

本文认为,保留的所有权可以构成一项担保物权,理由主要有以下三个方面。(1)从概念内涵来看,所有权保留一方面具有担保的特征,另一方面又具有所有权的特征。例如,最高人民法院认为,“虽然说所有权保留实质上是担保,但在形式上出卖人对标的物享有的是所有权而非担保物权,是自物权而非他物权。”<sup>[19]</sup>所有权保留中的“所有权”是一种法律形式上的假托,而事实上是价金的担保,虽然写作“所有权”,但其内涵已与传统归属意义上的所有权相去甚远,应从功能主义的角度承认其担保权的性质。此时,保留的所有权在形式与结构上更接近动产抵押这一担保物权。(2)将所有权保留认定为一项担保物权,并不会与“物权法定”原则相冲突。日本学者米仓明认为,如果所有权保留制度在习惯法上得到认可,则可以考虑对此种交易形式设定担保物权。<sup>[20]</sup>在我国习惯法上,尚未确立所有权保留制度,因此,《民法典》第388条第1款规定“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”,试图通过此种方式缓和“物权法定”原则。根据法工委《〈中华人民共和国民法典合同编〉解读》,“其他具有担保功能的合同”指的是融资租赁、所有权保留等非典型担保合同。<sup>[21]</sup>出于担保的目的,当事人签订“其他具有担保功能的合同”,“所有权”为法律形式的假托,并遵守法律规定的公示要件,即能够取得优先受偿权。但该结论存在待明确之处。第一,最高人民法院在释义书中指出:“所有权保留本身并不属于担保物权的范畴,但具有事实上的担保功能,对于这些具有担保功能的合同,凡是能够通过登记等方式进行公示的,均认可其具有对抗效力,从而在大陆法系物债二分的体系化框

[18] 此处不产生物权效力,不是指不具有对抗效力、追及效力等物权效力,而是指不能适用担保物权的相关规范。例如优先受偿效力。

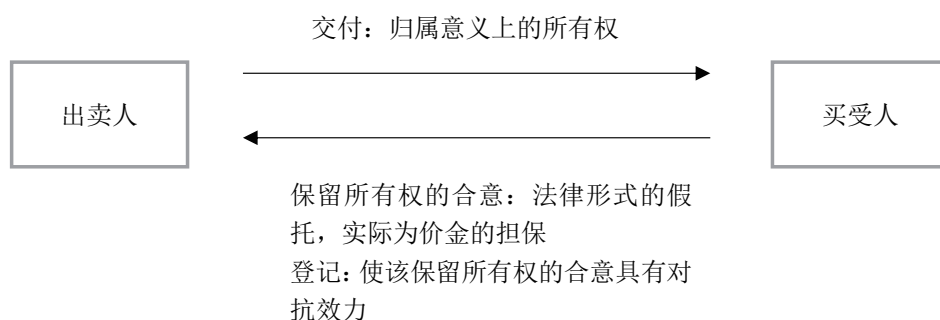
[19] 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《〈中华人民共和国民法典合同编〉理解与适用》(二),人民法院出版社2020年版,第1090页。

[20] 参见[日]平野裕之:《コア・テキスト 民法Ⅱ担保物権法》,新世社2011年版,第189页;参见[日]平野裕之:《担保物権法》,日本評論社2017年版,第235页。

[21] 参见黄薇主编:《〈中华人民共和国民法典合同编〉解读》,中国法制出版社2020年版,第610页;最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《〈中华人民共和国民法典物权编〉理解与适用》(下),人民法院出版社,第995页。



架下,将具有担保功能的非典型担保纳入法典,体现了两大法系的融合、典型担保和非典型担保的融合、体系主义和功能主义的融合。”〔22〕换言之,最高人民法院认为虽然所有权保留不属于担保物权,但有担保功能,如果通过登记进行公示,即可以认定其具有对抗效力,是一种“混合式立法”。实际上,《民法典》第 388 条所建立的担保物权体系,突破了我国传统“自物权”与“他物权”二分的物权体系逻辑,所构建的新的担保物权体系将曾经的非典型担保纳入调整范围,为日后构建统一的动产担保交易制度作了铺垫。第二,从形式上看,相较于传统“主债权合同+担保合同”的结构,所有权保留买卖中买卖合同关系和保留所有权的合意合并在一个买卖合同中,保留所有权的合同一般不独立为一个担保合同,不符合《民法典》第 388 条的要求。但这是对担保合同的形式作机械理解,如果双方达成了“买卖合同+保留所有权”的双层合意,将该双层合意体现于一份合同上,那么也可以认定保留所有权的担保关系成立,并不需要刻意追求形式上的两份合同。该双层合意在效力层级上仍表现为主从关系,如果买卖标的物的合意存在效力瑕疵被撤销或认定无效,则保留所有权合意的效力一并撤销或无效,并不违背《民法典》第 388 条的立法精神。(3)保留的所有权作为一项担保物权的设立过程如下:在所有权保留买卖的过程中,出卖人与买受人达成买卖标的物及保留所有权的合意,随后出卖人向买受人交付标的物,并向登记机关登记其保留的所有权。根据《民法典》第 224 条的规定,动产交付后所有权已经移转至买受人,法律另有规定的除外。从法工委的《〈中华人民共和国民法典合同编〉解读》的相关说明来看,此处不包括所有权保留的情形。对交付内涵的不同理解构成了形式主义与功能主义的分野,即此时出卖人交付的是物之占有还是真正的物之所有权。站在形式主义的立场,出卖人向买受人交付的是物之占有,所有权仍归出卖人所有,而以功能主义的眼光来看,出卖人向买受人交付的是真正的物之所有权,而保留的所有权是对价金的担保。值得注意的是,出卖人取得所有权只是为了担保债权实现,而不是为了充分享有所有权利益,因此此处出卖人所担保的是价金,双方保留所有权的约定是设立担保物权的合意,此处的所有权发挥价金担保作用,应采功能主义的立场。



### 三、所有权保留之设立:登记对抗主义

物权是最重要且具有高经济价值之财产权之一,使其具有高度流通性,乃是物尽其用并因而创造经济效益之自然表现,将登记引入动产物权后,亟须调和占有和登记两种物权公示方式之间的冲突。

〔22〕 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《〈中华人民共和国民法典物权编〉理解与适用》(下),人民法院出版社 2020 年版,第 995 页。

### (一)平衡对第三人的保护

合同法时期的规范未规定登记对抗主义,当标的物辗转他人之手时,因保留的所有权未公示,出卖人的所有权不能对抗第三人。《民法典》第641条增加的第2款“未经登记,不得对抗善意第三人”的规定,是一个值得肯定的做法。但是,关于该条的修改,学界也存在反对的声音。<sup>[23]</sup>首先,新增的登记规定可能导致物权公示方式的混乱。根据物权法的公示公信原则,动产物权的公示方法为占有,对任何第三人而言,占有动产的人即为动产的所有权人。在所有权保留中引入登记对抗主义,虽然其目的可能是为了公开被隐藏的保留所有权,但是此时登记也成为了动产物权公示的形式,如果出于对动产占有的公信力的信任,使得第三人承担权利瑕疵的风险,势必将危及动产的交易安全。其次,因登记表彰权利外观,可能会对第三人课以更高的查询义务,“该标的物的取得人未查询相关登记,有可能被认为存在过失或不是善意(应当知道),反而使得该取得人难以得到保护”。<sup>[24]</sup>

然而,解决所有权保留和善意第三人之间冲突的任何方案,势必会造成对其中一方的不公平,甚至会造成对另一种法律规则的破坏。是否在所有权保留制度中引入“登记对抗主义”与对第三人的保护,实际上是一个利益衡量的问题。“第三人的利益实际上正是市场经济交易秩序的化身,社会整体的正常经济秩序就是由一个个第三人连接起来的。”<sup>[25]</sup>如果没有“未经登记,不得对抗善意第三人”的规定,标的物更容易为第三人善意取得,明显有利于第三人。而增加前述规定之后,会给第三人课以更高的查询义务,反而不利于第三人的保护,实际上将双方的矛盾变成了一个利益衡量的问题。

在增加“登记对抗主义”的规定之后,买受人将标的物再次处分后,为了调和第三人与原出卖人之间的利益矛盾,可以借助以下两项制度工具。

#### 1. 期待权制度

有学者认为,所有权保留的买受人拥有“期待权”,应予以特别保护。<sup>[26]</sup>期待权是德国民法中发展出的一项权利,也被称为“所有权减”。在付清价款之前,虽然买受人未取得标的物所有权,因此买受人无权处分标的物所有权,但是买受人可以处分其期待权。当买受人付清价款、取得标的物所有权后,其出卖的期待权和在期待权上设立的担保权也相应转化为物之所有权和担保物权。如果买受人不能付清价款,允许第三人帮助清偿剩余价款使得买受人获得标的物所有权,从而保证自己在期待权上所设立的权利转化为完全物权。<sup>[27]</sup>该学说的问题首先在于未明确期待权的实际效力为何,其次为期待权的出卖、抵押或者质押为什么可以参照适用动产抵押、质押的规定。事实上,提出期待权的目的是满足现实中高速流转的商业经济的需要,在未完全满足物权条件之前,即允许财产流转,以此加快经济的转动。作为夹在债权与物权之间的期待权,虽然其多少具有了物权的特征,但其本质仍是债权。期待权过于依赖其基础行为,其独立性并不够充分,然而其独立性不充分正因为期待权是“夹在物权与债权之间”的权利,无法改变期待权的债权本质。

[23] 周江洪:《关于〈民法典合同编〉(草案)(二次审议稿)的若干修改建议》,载《法治研究》2019年第2期,第13页。

[24] 周江洪:《关于〈民法典合同编〉(草案)(二次审议稿)的若干修改建议》,载《法治研究》2019年第2期,第13页。

[25] 孙宪忠:《物权法基本范畴及主要制度的反思(下)》,载《中国法学》1999年第6期,第54页。

[26] 参见罗培新:《论世行营商环境评估“获得信贷”指标得分的修法路径——以我国民法典颁布为契机》,载《东方法学》2020年第1期,第49页;参见王康:《论〈民法典〉担保权的立法定位》,载《甘肃政法学院学报》2019年第4期,第65页;参见王利明:《我国民法典物权编的修改与完善》,载《清华法学》2018年第2期,第6页;参见云晋升、彭诚信:《完善我国动产担保的新路径探索(下)》,载《交大法学》2018年第1期,第144页。

[27] 参见席志国:《民法典编纂视野下的动产担保物权效力优先体系再构建——兼评〈民法典各分编(草案)二审稿〉第205—207条》,载《东方法学》2019年第5期,第48页。



## 2. 第三人代为清偿

第三人代为清偿,指的是第三人以自己的名义有意识地清偿他人(债务人)的债务。<sup>[28]</sup>《民法典》第524条新增规定:“债务人不履行债务,第三人对履行该债务具有合法利益的,第三人有权向债权人代为履行;但是,根据债务性质、按照当事人约定或者依照法律规定只能由债务人履行的除外。债权人接受第三人履行后,其对债务人的债权转让给第三人,但是债务人和第三人另有约定的除外。”该新增的规定为第三人代为清偿提供了规范基础。

《民法典》第524条在解释适用上尚有四个问题需要明确。(1)如何认定“第三人对履行该债务具有合法利益”?换言之,若第三人不清偿该债务,将遭受不利,这种不利可能是第三人丧失权利,如抵押人的抵押物被拍卖、变卖,可能是丧失对标的物的占有(《民法典》第719条),也可能是遭受其他不利(《民法典》第406条)。在所有权保留买卖中,如果第三人不清偿原买受人对原出卖人的债务,根据相关规定出卖人可以行使取回权,第三人当然因此遭受不利,只得向原买受人请求损害赔偿。(2)第三人代偿行为是否均为有效?原则上,债权人不得拒绝第三人的清偿,否则将构成受领迟延,但是以下情形除外:“根据债务性质、按照当事人约定或者依照法律规定只能由债务人履行。”这是因为在买卖合同中债务人的债务一般是金钱给付之债,不存在具有人身属性的债务。如果所有权保留买卖中,原出卖人与原买受人约定不得由第三人清偿债务,此时第三人代偿行为也不能发生消灭债务的法律效力。(3)第三人代偿行为是否需要债务人同意?由于第三人代为清偿客观上有利于债务人,对债务人的意思没有予以限制的必要。而在解释论上,对“有利害关系的第三人”的范围应采取从宽的立场。<sup>[29]</sup>(4)第三人履行债务的法律效果是债权人对债务人的债权法定转让给第三人,比如保证债务中保证人的代偿,其结果是债权人对债务人的债权转让给保证人(《民法典》第700条)。第三人对原买受人产生追偿权,为了保障追偿权的实现,法律将债权人享有的债权移转至有利害关系的第三人。在第三人代为履行后,第三人与债务人之间,债务人对原债权人的抗辩权可对抗第三人。根据《民法典》第547条第2款的规定,第三人取得保留的所有权,若买受人未向第三人交付标的物,而在第三人代为清偿债务之后,买受人再次处分标的物,该第三人可以行使取回权。

### (二)适用“正常经营活动买受人”抗辩

所有权保留具有类似于动产抵押的担保功能,可以参考动产抵押的相关规则和学说展开解释。第一,二者的目的类似,均为担保债权得以清偿。出卖人对保留的所有权,其目的不在于获得该标的物的所有权,而是担保其价款能够被清偿;与动产抵押类似,动产抵押权人也并非想要获得抵押财产的所有权,只是希望通过设定抵押权担保其债权能够优先受偿。第二,所有权保留与动产抵押的法律结构相似,二者都存在因占有与权利分离而破坏公示公信原则的可能性。动产的公示方式为对物占有,而动产抵押与所有权保留买卖将物权登记作为公示方式,排除了占有的公示效力。若第三人因信赖占有的公示效力而认为动产占有人为所有权人,可能会因为物上存在登记而被认为非善意。

《民法典》第404条规定:“以动产抵押的,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。”在所有权保留的情形中,应考虑的一个问题是,“第三人”的范围是否包括“正常经营活动中的买受人”。“未经登记,不得对抗善意第三人”应作何种理解,是否可以认为,只要登记即可

[28] 参见韩世远:《合同法总论》(第4版),法律出版社2018年版,第332页。

[29] 参见冉克平:《民法典编纂视野中的第三人清偿制度》,载《法商研究》2015年第2期,第35页。在该文中作者提到,买受人购买的房屋被出卖人的债权人查封时,买受人为有利害关系的第三人。

以对抗第三人,除非出现登记错误等情形,一般均认为第三人为非善意。正常经营活动中的买受人规则的适用是否以买受人的善意为前提?实际上正常经营活动中的买受人适用特殊的善意取得,当然应以买受人的善意为前提。但是此时“善意”的内涵并非指受让人不知也不应知标的物上存在负担,而是指受让人不知其购买行为侵害了他人的权利。例如,甲是某生产设备厂商,以所有权保留的方式将该批设备卖给经销商乙,并将保留的所有权进行登记。丙为一采购人,不知该批陈列在商场的设备被设定了所有权保留,也未查询登记。丙付清价款并将设备运走,后甲找到丙,告知其买走的设备已经设定了所有权保留,因此丙应将设备归还甲。可以发现,所有权保留登记不仅会给第三人课以较高的查询登记的负担,还可能不利于买受人将标的物再次出卖进行融资。若将设例中的标的改为日常消费品(如一袋薯片、一罐可乐等),结局可能会显得更加荒谬。“惟制度之优劣,常不能专凭法条论断,商业上之习惯,一般人之交易观念,常为主要影响因素,时可弥补制度之缺陷。”<sup>〔30〕</sup>原《买卖合同司法解释》规定了第三人可以善意取得,就上述问题不会产生争议。但是,《民法典》增加了登记对抗的规定,此时应将“正常经营活动中的买受人”作为善意第三人一项例外,否则,正常经营活动中的买受人的所有权将会被保留所有权的出卖人所追及,严重影响交易安全。<sup>〔31〕</sup>

### (三) 优先顺位关系

#### 1. 担保物权

《民法典·物权编》第414条中“其他可以登记的担保物权”的规定,意味着只要是可以登记的担保物权,所有权保留的清偿顺序可以参照适用前款规定,根据登记的先后顺序进行清偿。<sup>〔32〕</sup>

设例:甲将一批动产以所有权保留的方式卖给乙,乙在甲登记其保留的所有权之前将标的物抵押给丙且完成了设立登记,之后甲才完成所有权保留登记;或者,乙在甲登记其保留的所有权之前将标的物出质给丁并转移占有,之后甲才完成所有权保留登记。此时保留的所有权与抵押权或质权之间的优先顺位如何?若乙、丙为恶意,则优先顺位又如何?该问题的核心在于,未登记的所有权保留是否具有对抗效力(物权属性),如果有,其对抗的范围为何?有学说认为,未登记的动产担保仅在当事人之间发生效力,完成登记之后才有对抗第三人的效力。<sup>〔33〕</sup>该观点的问题在于,经当事人合意,所有权保留已经设立,又根据《民法典》第388条的规定设立了物权,只是未完成登记,不具有对抗善意第三人的效力,但此时该物权已设立,可以对抗其他冲突的债权。因此,所有权保留之约定未经登记,难以被第三人得知,若能认定丙是善意的,那么丙可以根据《民法典》第311条善意取得动产抵押权,而甲保留的所有权只能在登记后发生对抗善意第三人的效力。同理,丁也可以善意取得动产质权,甲登记的所有权在后,不得对抗在前的动产质权。

#### 2. 所有权

《民法典·物权编》第225条规定:“船舶、航空器和机动车等的物权的设立、变更、转让和消灭,未

〔30〕 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第1册),北京大学出版社2013年版,第167页。

〔31〕 参见李宇:《民法典分则草案修改建议》,载《法治研究》2019年第4期,第17页。

〔32〕 所有权保留的顺位规定可以参照适用《民法典》第414条。“如果被保留所有权的动产标的物同时为第三人设定了动产抵押,则对于出卖人的所有权保留与动产抵押,即可以参照第414条的规定,以是否登记及登记时间先后确定清偿顺序。”最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《〈中华人民共和国民法典物权编〉理解与适用》(下),人民法院出版社,第1126页。另参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典解读合同编(上)》(精装珍藏版),中国法制出版社2020年,第578页。当然,也有学者对此持反对意见,参见周江洪:《民法典合同编的制度变迁》,载《地方立法研究》2020年第5期,第1页。

〔33〕 参见尹田:《物权法》(第2版),北京大学出版社2017年版,第504页。

经登记,不得对抗善意第三人。”因特殊动产的价值相对较高,如何确定多手交易中普通交易形式与所有权保留买卖混合时两种“登记对抗主义”的物权的优先顺位?设例:甲将一批车辆(特殊动产)以所有权保留的方式卖给乙,乙在甲登记其保留的所有权之前将标的物卖给不知情的丙且完成交付及过户登记,之后甲才进行所有权保留登记。此时,该批车辆的所有权人是谁?该设例中,丙取得车辆的占有和登记时,甲未完成所有权保留的登记,应认为丙是善意的,可以根据善意取得制度获得车辆的所有权,甲的登记在丙取得所有权之后,甲的所有权不能对抗丙。

#### 四、所有权保留之实现方式:“双轨制”之再解读

合同法时期与民法典时期的规范均规定了出卖人取回权制度,但因所有权保留的性质发生了变化,出卖人权利的实现方式,也应根据权利的性质做出相应的改变,对新的权利实现方式进行审慎解释。虽然我国的民法体系主要继受德日为主的大陆法系,但是《民法典》中所有权保留的相关规定与美国《统一商法典》和继受美国法的我国台湾地区“动产担保交易法”更加接近。

《民法典》第642条在原《买卖合同司法解释》第35条的基础上增加“参照适用担保物权的实现程序”之规定,根据《民事诉讼法》相关规定,我国实现担保物权的方式为拍卖、变卖。<sup>[34]</sup>有学者认为,在所有权保留交易中,出卖人行使取回权的权利基础仍然是形式意义上的所有权。但是,如果行使的取回权在性质上为物上请求权,是采归属意义的所有权概念,则此时出卖人依然是标的物的所有权人。问题在于,为什么出卖人要对自己所有之物就清偿自己的债权进行拍卖、变卖、折价呢?出卖人完全可以就该物受偿。我国台湾地区“动产担保交易法”第28条规定的出卖人取回权与大陆原《买卖合同司法解释》第35条的内容基本一致,而关于取回标的物并出卖标的物的程序和相关责任,可以准用动产抵押的相关规定。<sup>[35]</sup>出卖人取回标的物前,应于3日前通知买受人交付,通知内应说明事由及指定履行期限。若债务人到期仍不履行债务的,出卖人可以出卖标的物,出卖后买受人不得请求回赎。如果买受人拒绝交付标的物,出卖人可以向法院申请假扣押,并根据合同申请强制执行。如果出卖人已经将标的物处分给第三人(出卖、出质等),且第三人是恶意,或者第三人虽是善意但该所有权保留买卖已经登记的,出卖人可以“追踪标的物之所在地而占有之”。王泽鉴认为取回权的行使实际上是一种就物求偿的方法,行使取回权本身并不意味着合同的解除,而这种取回程序与强制执行程序高度类似:出卖人之取回类似于查封;买受人之回赎类似于撤销查封;出卖程序类似于“拍卖程序”。<sup>[36]</sup>该规范对我国的所有权保留的解释具有借鉴意义。

根据前文所述,可以将所有权保留纳入我国的担保物权体系,此时的所有权,并非指传统归属意义上的所有权,而是专指工具意义上的所有权,是一种对价金的担保,出卖人行使的权利不是物上请求权,是基于所有权的担保功能而行使的类似“优先受偿权”的权利。《民法典》第410条第2款规定与第642条第2款的表述基本相同。虽然按担保物权的体系一致考虑,的确应执行担保物权的实现

[34] 《民事诉讼法》第203条规定:“申请实现担保物权,由担保物权人以及其他有权请求实现担保物权的人依照物权法等法律,向担保财产所在地或者担保物权登记地基层人民法院提出。”第204条规定:“人民法院受理申请后,经审查,符合法律规定的,裁定拍卖、变卖担保财产,当事人依据该裁定可以向人民法院申请执行;不符合法律规定的,裁定驳回申请,当事人可以向人民法院提起诉讼。”

[35] 参见我国台湾地区“动产担保交易法”第30条。

[36] 参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第7册),北京大学出版社2009年版,第220页。



程序,当双方协商不成时,出卖人可以通过实现担保物权的程序以实现自己的债权。问题在于,在标的物上设定的担保物权,因担保物权人不是担保物的所有权人,因此双方无法达成一致时,担保物权人只得向法院申请拍卖、变卖担保物以清偿自己的债权。在所有权保留买卖中,出卖人是标的物的所有权人,而现行规范同时规定了取回权制度和担保物权的实现程序两个并行的制度,似乎可以理解为:此处的所有权兼具归属意义和价金担保意义。有学者认为,所有权保留一方面关注所有权的担保功能,需要与典型担保实现担保效果一体化;另一方面,保留所有权仍然保有所有权的归属确认功能,能够通过合同机制实现向完全所有权的回归。<sup>[37]</sup>但是,这种“双轨制”的规定将违反物权体系的逻辑一致性,因此,应将“取回权”<sup>[38]</sup>与“参照适用担保物权实现程序”之一纳入规范。而按所有权保留制度中的“所有权”为价金担保功能的立场出发,此处得采功能主义的立场,按担保物权实现程序的内容行使出卖人取回权。在借鉴比较法的过程中也应注意具体法律制度的区别,我国台湾地区的“动产担保交易法”上之所以认为出卖人可以通过向法院申请强制执行以完成对标的物的占有,是因为同法第17条第1款规定,债务人不履行契约或抵押物被迁移、出卖、出质、移转或受其他处分,致有害于抵押权之行使的,抵押权人得占有抵押物,因此认为申请法院的强制执行的内容为恢复出卖人对标的物的占有。但是大陆地区的民法规范中,担保物权的实现程序中没有占有标的物的规定,因此只得对标的物进行拍卖、变卖以实现自身债权。这样看来,因物之归属而生的“取回权”与“参照适用担保物权的实现程序”并行的规定欠妥,虽然可能有利于实务操作,<sup>[39]</sup>但是欠缺法理支持,可能与物权体系相冲突。鉴于所有权保留制度已纳入我国担保物权体系的前提,似乎出卖人实现其债权只得通过担保物权的实现程序,通过拍卖、变卖标的物以实现自己的债权。

但值得注意的是,出卖人与买受人之间为买卖合同关系,当买受人未支付价款或对物作出不当处分等情形时,虽然根据所有权保留为担保物权的性质,出卖人欠缺行使物上请求权的基础,但出卖人依然可以以买卖合同为请求权基础,以标的物的价值清偿债务,此时取回权成为就物受偿的手段,并借鉴我国台湾地区的“动产担保交易法”的强制执行的规定进行相应操作。虽然我国当前没有专门的强制执行法,在出卖人依靠自身无法取回标的物时,尚无法直接向法院申请强制执行,其必须以买卖合同为请求权基础向法院提起民事诉讼,请求买受人归还标的物以清偿债务。通过实体审判后出卖人取得执行名义,然后再申请法院执行。而且,法院执行的内容也是帮助出卖人取回标的物,而不是将标的物直接拍卖、变卖。因此,本条中的取回权是基于买卖合同而生的权利,“参照适用担保物权实现程序”是基于保留的所有权的性质而适用的程序。

另外,在企业破产程序中,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(二)》第37条第2款规定:“买受人管理人无正当理由未支付价款或者履行完毕其他义务,或者将标的物出卖、出质或者作出其他不当处分,给出卖人造成损害,出卖人依据合同法第134条等规定主张取回标的物的,人民法院应予支持。”所有权保留已成为一项担保物权,此处规定的取回权应改为别除权。因《民法典》对所有权保留制度进行了修改,就其他相关司法解释的规定,也应按照新法规定的所有权保留的内涵进行相应的修改。

[37] 参见张家勇:《体系视角下所有权担保的规范效果》,载《法学》2020年第8期,第3页。

[38] 此处的“取回权”指的是因归属意义的所有权而产生的物上请求权性质的权利,应与《民法典》第642条的“取回权”作区别理解。

[39] 参见黄薇主编:《〈中华人民共和国民法典合同编〉解读》,中国法制出版社2020年版,第622页。

## 五、结语

近代以来,随着经济的高速发展,科技的惊人进步,动产的价值日益攀升已非不动产所能比拟。<sup>〔40〕</sup>传统的动产质权模式已难以满足融资的需求,非占有型动产担保逐渐进入融资交易领域。随着市场经济的发展,《担保法》《物权法》所规定的担保形式已无法满足我国商业活动中的债权担保需求。受到美国《统一商法典》第9篇的功能主义思想和世界银行的《全球营商环境报告》评估的影响,我国《民法典》在动产担保制度上作出了重大调整。《民法典》在所有权保留制度中增加了“登记对抗主义”和“参照适用担保物权实现程序”的规定。法律制度的修改,应以我国的物权体系和物权法基本原则为出发点,不能简单地以实践需求和价值判断的方式定之。在“功能主义与形式主义相结合”的情况下,妥善处理动产担保功能主义的边界,调和将归属意义的所有权与功能主义的所有权置于同一法律体系中所引发的体系矛盾,是未来《民法典》解释论必须承担的任务。

引入功能主义的立法方法,推动了有别于传统担保物权理论的新担保理论的形成,国内解释学从继受大陆法系的以不动产抵押权为中心,转向部分接受功能主义的动产担保为研究重点的担保物权理论。此种转变,或许源于现实经济活动的需要,或许源于担保物权理论研究的促成,或许二者皆而有之,而所有权保留正是“功能主义与形式主义相结合的立法方法”的典型产物,它既保留了合同法时期的所有权构成,又参考了美国《统一商法典》增加功能主义的担保权设立和担保权实现的规定,于是此处功能主义和形式主义纠缠在一起,所有权保留成为具有我国《民法典》特色的制度之一。关于所有权保留是采所有权的构成或采担保权的构成,言人人殊。支持引入功能主义的学者多以美国《统一商法典》第9篇为立足点,尝试在我国构建一个统一的动产担保交易制度;反对者则认为,所有权保留受到基础交易关系的牵制,仍是一种特殊的买卖合同,不能将其简单视为一类担保物权。随着相关司法解释的颁行和司法实践的展开,新的所有权保留制度将被投入使用。将来可将法教义学、比较法、案例研究三种方法结合一体,展开学界与实务界的良性互动,以期促进所有权保留制度的合理化发展。

(责任编辑:吴一鸣)

---

〔40〕 参见谢在全:《担保物权制度的成长与蜕变》,载《法学家》2019年第1期。