

《民法典》“正常经营买受人规则”的解释论

张素华 李鸣捷

摘要:《民法典》“正常经营买受人规则”不是一项有效率的制度安排,与该规则的立法初衷相背离。为矫此弊,对于《民法典》第404条应作如下解释:首先,应将“动产”限缩解释为“存货”。其次,在判断经营活动是否正常时宜同时考虑“经营范围”与“通常或惯用做法”因素。再次,买受人支付价款的方式不应拘泥于现金,对于“合理”的判断宜参考善意取得制度中对“合理价格”的认定。从次,买受人取得的是对抵押财产的所有权。最后,买受人“善意”是该规则的必要构成要件,《民法典》第404条存在隐藏漏洞,应当采取目的论限缩对该漏洞加以填补;《担保制度解释》第56条第1款未能参鉴比较法上的可取经验,存在过度限缩该规则适用范围之嫌。

关键词: 正常经营买受人规则 动产抵押 善意取得 民法典

中图分类号: DF521 **文献标识码:** A **文章编号:** 1673-8330(2021)03-0005-14

DOI:10.13893/j.cnki.bffx.2021.03.001

一、问题的提出

“正常经营买受人规则”(Buyer in Ordinary Course of Business)是动产担保法律制度中一项非常重要的规则,为各国民商法所普遍确立和认可。^①我国以《美国统一商法典》(UCC)第9—320(a)条为雏形,脱胎于《物权法》第189条第2款,^②历经草案阶段的数次审议,正常经营买受人规则逐步成型并最终规定于《民法典》第404条。^③稍加比照不难发现,《民法典》第404条沿用了《物权法》第189条第2款关于正常经营买受人成立要件的主干表述,唯一变动之处在于将“不得对抗正常经营买受人”的主体范围作了扩张,即由原先的“动产浮动抵押权人”扩大至“动产抵押权人”。适用范围的扩大无疑将引致正常经营买受人规则下相关主体间利益格局的调整。关于上述变动究竟是利是弊,学

[作者简介]张素华,武汉大学法学院教授、博士生导师。李鸣捷,武汉大学法学院博士研究生。

① 比较法上,《美国统一商法典》第9—320(a)条、《欧洲共同框架参考草案》第IX—6:102条以及《联合国贸易法委员会担保交易示范法》第34条的表述虽有差异,但实质上均确立了“正常经营活动中的买受人免受担保物权约束”的规则。参见纪海龙、张玉涛《〈民法典物权编(草案)〉中的“正常经营买受人规则”》,载《云南社会科学》2019年第5期,第107页。

② 《物权法》第189条第2款规定“依照本法第一百八十一条规定抵押的,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。”

③ 《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经支付合理价款并取得抵押财产的买受人。”

界莫衷一是:支持者肯认新规则的效率价值,认为其能够降低交易成本并提高经济效率;^④反对者则认为为买受人的利益而否定动产抵押权的追及效力,虽符合动产买卖交易中信用接受者的基本预期,但其损害了动产买卖之前为了融资而设定的担保物权的信用,将会动摇抵押担保制度的存在基础,^⑤损害交易效率和交易安全。

《民法典》对动产担保制度的修改,主要是为回应《世界银行营商环境报告》所反映出的我国立法在“获取信贷便利度”方面存在的不足,^⑥总的立法精神是进一步改善营商环境,进一步增加我国在吸引投资方面的优势。《民法典》第404条服务于优化营商环境这一总体目标,其规范目的系提升交易效率。^⑦然而前述观点间的对垒却映射出对《民法典》第404条效率价值的存疑。2020年12月25日,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》(以下简称《担保制度解释》)颁布,其中第56条系针对《民法典》第404条所作之解释。总体来看,第56条采限缩解释立场,其第1款与第2款分别从买受人与抵押人(出卖人)角度,对正常经营买受人规则的适用范围进行限制。^⑧

鉴于此,本文将研究以下问题:第一,《民法典》第404条在实然层面是否是一项有效率的制度安排;第二,若前述问题答案为否定,如何在现行立法框架下借助法律解释及漏洞填补,使得《民法典》第404条尽可能发挥正向的效率作用,以实现其应然层面的规范目的,及《担保制度解释》第56条对《民法典》第404条所作之限缩解释是否合理。笔者拟运用法教义学分析,辅之以法经济学分析方法,对上述问题进行探讨,以期对我国动产担保法律制度的完善有所助益。

二、“正常经营买受人规则”的应然目标与实然困境

(一)“正常经营买受人规则”的应然目标

效率价值是“正常经营买受人规则”得以确立的正当性根基。根据《欧洲共同框架参考草案》(以下简称“DCFR”)第IX—6:102(2)(a)项,只要交易行为发生在转让人的正常经营活动中,买受人即可被推定为善意,并因此而免受标的物之上所附着的担保权的约束。关于设置该规则的意义,DCFR起草者着重强调了其对于促进交易便捷所起到的积极作用。“如果当事人无法再信任转让人对货物的占有,且还必须调查这些财产之上是否存在登记的担保权和保留所有权交易,那么这必然构成对通常商业的巨大障碍。”^⑨与之类似,《联合国贸易法委员会担保交易示范法》(以下简称《示范法》)第34条第4项亦有“正常经营活动中的买受人取得不附带担保权之财产”的规定。同样地,《联合国贸易法委员会担保交易立法指南》(以下简称《立法指南》)在解释该条之立法目的时,亦重点强调了交易

④ 前引①纪海龙、张玉涛文,第107页。

⑤ 邹海林《论〈民法典各分编(草案)〉“担保物权”的制度完善——以〈民法典各分编(草案)〉第一编物权为分析对象》,载《比较法研究》2019年第2期,第37页。

⑥ 2019年11月世界银行发布的《2020年全球营商环境报告》中,中国总体排名较2019年提升15位,位列第31位。各项指标中,“获得信贷便利度”指标得分没有任何变化,其排名也由去年的第73位降至第80位。参见伊莱恩·麦凯恩《获得信贷便利度相关指标分析》,载《中国金融》2019年第7期,第15页。

⑦ 全国人大法工委认为“如果正常经营活动中的买受人的保护规则不适用于一般的动产抵押的情形,那么一般的动产抵押权人可以对抗正常经营活动中该抵押财产的买受人,这意味着以后所有正常经营活动中的买受人在交易之前都需要查阅所要购买的商品上是否存在抵押……这既不合交易习惯,也会降低交易效率。”黄薇主编《中华人民共和国民法典释义》,法律出版社2020年版,第782页。据此,可归纳出《民法典》第404条的规范目的是为提升交易效率。

⑧ 《担保制度解释》第56条第1款规定“买受人在出卖人正常经营活动中通过支付合理对价取得已被设立担保物权的动产,担保物权人请求就该动产优先受偿的,人民法院不予支持,但是有下列情形之一的除外:(一)购买商品的数量明显超过一般买受人;(二)购买出卖人的生产设备;(三)订立买卖合同的目的在于担保出卖人或者第三人履行债务;(四)买受人与出卖人存在直接或者间接的控制关系;(五)买受人应当查询抵押登记而未查询的其他情形。”第2款规定“前款所称出卖人正常经营活动,是指出卖人的经营活动属于其营业执照明确记载的经营范围,且出卖人持续销售同类商品。”

⑨ See Christian von Bar, Eric Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*, Sellier European Law Publishers 2009, pp. 5604—5605.

效率的考量因素。具言之,如果法律不赋予买受人以对抗担保权人的优先效力,那么买受人不得不在购买这些有形资产之前调查其上的求偿权,而这一情形将会造成相当可观的交易成本,而且会极大地妨碍正常经营过程的交易。^⑩此外,在《美国统一商法典》中,第9—320条(a)款之规定亦被学者视为降低交易成本的重要手段。^⑪综上,正常经营买受人规则本身所具备的效率价值,已为当前比较法上的示范私法所肯认且被作为该规则得以确立的正当性根基。毋庸讳言,“提升交易效率”是正常经营买受人规则适用的应然目标。

需要说明的是,上述对正常经营买受人规则效率价值的表述多着眼于提升买卖合同的交易效率。但笔者认为,在理解《民法典》第404条的规范目的时,应置重于提升规则层面的整体效率,即提升融资合同与买卖合同的交易效率之总和。一方面,这是优化我国营商环境的客观需要。如上文所提及,在《2020年全球营商环境报告》中,中国的营商环境排名虽有提升,但“获得信贷便利度”指标得分无任何变化,排名不增反降。“债权人权力”理论认为,债权人群体的权力影响着私人信贷市场的发展程度,当出借人能够方便地收回借款或者获得抵押品时,他们就更乐意放贷,此时债务人获得信贷更为便利。^⑫而将“提升规则层面的整体效率”作为规范目的能够兼顾对债权人利益的保护,从而为增加我国“获得信贷便利度”指标得分、优化我国营商环境作出应有的制度贡献。^⑬另一方面,还有利于发挥该规则应有的效率作用,并实现各方利益的衡平。

(二)“正常经营买受人规则”实然层面的法经济学分析

那么《民法典》第404条在实然层面是否很好地彰显了其本该承载的效率价值呢?回答这一问题,需借助对《民法典》第404条的法经济学分析。“正常经营买受人规则”涉及三方主体与两组法律关系。三方主体分别是抵押权人、抵押人与买受人,^⑭两组法律关系分别是抵押人与抵押权人之间的融资合同法律关系、抵押人与买受人之间的买卖合同法律关系。交易通常借助合同达成,“正常经营买受人规则”的交易成本分析可拆解为对该规则项下融资合同与买卖合同交易成本的分析。交易成本主要由搜寻成本、谈判成本与执行成本组成。^⑮以下分别从纵向以及体系内维度,对《民法典》第404条与相关法律规则下融资合同与买卖合同的相关交易成本^⑯进行分析比较,以辨析《民法典》第404条能否必然提升交易效率。

1. 纵向维度:与《物权法》第189条第2款比较

前已述及,较之于《物权法》第189条第2款,《民法典》第404条将正常经营买受人规则的适用范围由动产浮动抵押扩大至动产抵押,即包括动产浮动抵押和动产固定抵押。因此,在对两项规则下融资合同与买卖合同的交易成本进行比较时,仅需考虑两项规则适用范围之差异——动产固定抵押,

^⑩ See UNCITRAL, *UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions*, United Nations 2007, p. 202.

^⑪ See William H. Lawrence, William H. Henning and R. Wilson Freyermuth, *Understanding Secured Transactions*, Matthew Bender & Company, p. 253.

^⑫ 参见罗培新《世界银行营商环境评估:方法·规则·案例》,译林出版社2020年版,第192页。

^⑬ 下文的论述将表明,《民法典》第404条项下融资合同的交易效率与买卖合同的交易效率呈显著的负相关,若以“提升买卖合同的交易效率”作为唯一目标,其将引致融资合同的交易效率显著降低,这对于鼓励融资这一价值的实现构成巨大的障碍,不利于我国立法在“获取信贷便利度”指标方面的得分。

^⑭ 需指出的是,实践中抵押人与债务人可能分离,此时正常经营买受人规则牵涉四方主体。但由于该情形下抵押合同法律关系从属于融资合同法律关系,抵押合同交易成本亦为融资合同交易成本所吸收,故为说理简便,笔者对正常经营买受人规则进行法经济学分析时仅考虑“抵押人与债务人重合”这一种情形。

^⑮ [美]罗伯特·考特、托马斯·尤伦《法和经济学》,史晋川、董雪兵等译,格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社2012年版,第80页。

^⑯ 成本依其对决策是否产生实质影响可划分为相关成本与不相关成本,后者指与决策没有关联的成本。不相关成本在各种替代方案下数额相同,对方案选择无实质影响,因此在决策分析中无需考虑。参见中国注册会计师协会《财务成本管理》,中国财政经济出版社2019年版,第400页。

考察正常经营买受人规则适用于动产固定抵押时相关交易成本的变动情况。

首先需要对这里的相关交易成本的范围作出界定。笔者认为,相关交易成本仅指谈判成本。一方面,搜寻成本的多寡主要取决于获取信息的渠道是否通畅,这是客观存在的固定成本,与是否适用正常经营买受人规则无关,因而不予考虑;另一方面,执行成本指双方为履行合同所付出的代价,而合同是双方基于合意所达成的产物,一般而言,合同于订立后能否被有效履行主要取决于当事人的诚信程度以及是否存在不可抗力等合同履行的客观障碍,这些均与是否适用正常经营买受人规则无必然关联,故执行成本同样也是不相关成本,此处无需考虑。因此,以下仅需考察正常经营买受人规则适用于动产固定抵押时谈判成本的变动情况,并着重分析当事人的谈判动因对谈判成本产生的影响。^{①7}

法律纠纷的处理涉及如何在各方之间分配利益。对各方应该获得多少利益的处理,为未来的行为提供了动机,这不仅仅是对处于特定纠纷中的人,也包括所有处于类似情境的人。^{①8} 正常经营买受人规则作为动产抵押担保制度中的一项特殊规则,其在抵押权人、抵押人与买受人之间的权益配置将影响行为主体的动机与选择。笔者认为,从动机因素考察,正常经营买受人规则适用范围的扩大很可能导致总计谈判成本的增加。具体分析如下:

首先,买卖合同的谈判成本显著降低。从文义上看,《物权法》第189条第2款适用下,正常经营买受人仅能对抗动产浮动抵押权人,不能当然对抗未办理登记的动产固定抵押权人,因而理论上所有正常经营买受人在购买商品之际均负有查阅登记簿的义务,因为此时正常经营买受人无法知晓标的物上是否设有固定抵押。只有通过查阅登记簿才能使自己具备“善意第三人”的身份,从而对抗未办理登记的动产固定抵押权人,以避免可能引发的权属争议。相形之下,《民法典》第404条赋予了正常经营买受人对抗所有动产抵押权人的优先效力,此无疑消除了正常经营买受人就标的物可能附着权属瑕疵而产生的顾虑,大幅提升其从抵押人处购买商品的动因。如是,买卖合同的谈判成本显著降低。

其次,融资合同的谈判成本显著增加。担保制度本身能够降低债权人监管债务人合理利用贷款和维持资信的成本,^{①9}其具备鼓励融资的重要功能。资产的可抵押性能够促进融资合同的达成,^{②0}因为企业可借助资产抵押向潜在债权人释放资金安全的积极信号,^{②1}从而增加债权人的放贷动因,以降低谈判成本。然而,《民法典》第404条将不得对抗正常经营买受人的主体扩大至所有动产抵押权人后,资产抵押所传递的积极信号将收效甚微,因为仅根据《民法典》第404条的文义,理论上所有设定抵押的动产都有可能于抵押人的正常经营活动中被出售。^{②2} 学者的实证分析表明,资产的可抵押性与债务人的会计信息质量是影响贷款利率的两个重要因素,二者与贷款利率均呈负相关。^{②3} 因此若债权人经权衡后放弃接受抵押,同时债务人尚不具备较高的会计信息质量,那么此时债权人很可能会通过大幅抬升贷款利率的方式来匹配其承受的较高的投资风险;于此场合,债务人向该特定债权人借款的动因将因其顾忌背负沉重的利息负债而大幅削弱,融资合同的谈判成本显著增加。

基于上述分析可知,相较于《物权法》第189条第2款,《民法典》第404条的适用将显著减少买卖合同的谈判成本,同时显著增加融资合同的谈判成本。此时,总计谈判成本很可能是增加的。^{②4}

^{①7} 影响谈判成本的主要因素有:(1)产权界定是否清晰;(2)谈判者的数量;(3)谈判者的谈判动因;(4)谈判者的理性程度。参见前引^{①5},第80—82页。上述四个因素中,第(1)(2)(4)为决策不相关因素,故此处仅需考虑谈判者的谈判动因。

^{①8} 前引^{①5},第7页。

^{①9} 许德风《论担保物权的经济意义以及我国破产法的缺失》,载《清华法学》2007年第3期,第60页。

^{②0} Oliver Hart & John Moore, *A Theory of Debt Based on the Inalienability of Human Capital*, 109 Quarterly Journal of Economics 841, 864 (1991).

^{②1} Efraim Benmelech & Nittai K. Bergman, *Collateral Pricing*, 91 Journal of Financial Economics 339, 341 (2008).

^{②2} 下文的论述将表明,对于“正常经营活动”这一构成要件的解释具有较大的弹性,以该要件作为抵押权人筛选“安全的”抵押财产并希冀其绝对豁免适用正常经营买受人规则的愿望很难实现。

^{②3} 艾健明、曾凯《资产可抵押性、会计信息质量与融资约束》,载《南京审计大学学报》2017年第3期,第32页。

^{②4} 需说明的是,此处笔者之所以判断总计谈判成本“很可能增加”,是因为尽管从现有论据出发,无法得出总计谈判成本“必然增加”的结论,但是相较于《物权法》第189条第2款,《民法典》第404条的规则架构下抵押权人与买受人间的利益分配失衡严重,融资合同与买卖合同的相关谈判成本之变化均具显著性,此时若以下文提出的参考公式计算总计相关谈判成本,不难得出文中结论。

2. 体系内维度: 与《民法典》第406条第1款、第403条比较

《民法典》第406条第1款规定了抵押期间抵押财产的自由转让以及抵押权的追及效力^⑤,此规定颇合法理。一方面,抵押权是所有权上设定的权利负担,抵押权的设立并不使得抵押人丧失对抵押财产的处分权;另一方面,抵押权是“对物”而非“对人”的权利,抵押权的追及效力使得无论抵押财产辗转落入何人之手,抵押权人均可追及至抵押物之所在并行使抵押权。^⑥除此之外,《民法典》第403条规定了动产抵押权登记对抗的一般规则。^⑦我国学界普遍认为,在抵押人转让抵押财产情形中,受让人属于已登记动产抵押权可以对抗的“第三人”之列。^⑧与前述条款形成鲜明对照的是,《民法典》第404条否定了正常经营买受人场合抵押权的追及效力,同时赋予了正常经营买受人对抗所有动产抵押权人的优先效力。对此,有学者在草案审议阶段曾提出异议,认为《物权编草案》第195条(即《民法典》第404条)若不以“浮动抵押”为本,将构成对草案第197条(即《民法典》第406条)所确立的抵押权追及效力制度的体系违反,故应当予以删除。^⑨上述争议可归纳为对正常经营买受人规则存废的论争。申言之,若承认正常经营买受人规则,则意味着该场合下动产抵押权无追及效力且正常经营买受人可对抗所有动产抵押权人,反之则意味着该场合下动产抵押权有追及效力且正常经营买受人不得对抗已登记的动产抵押权人。以下笔者将对《民法典》第404条“有”与“无”这两种情形下^⑩融资合同与买卖合同的相关交易成本进行分析比较,以辨析何者更具经济效率。

与前文讨论无殊,此处相关交易成本仍指谈判成本,分析时同样着重考虑当事人的谈判动因对谈判成本产生的影响。具体分析如下:

首先,买卖合同的谈判成本显著降低。《民法典》第406条第1款赋予抵押权以追及效力虽契合法理,然该条第2款的规范内容存在诸多待商榷之处,^⑪尤以对抵押财产受让人利益保护不周为甚。抵押权的追及效力对抵押财产转让后的交易秩序的破坏不可忽视,适度缓和抵押权的追及效力诚有必要。^⑫然而《民法典》第406条既未规定抵押财产受让人的涤除权以赋予抵押财产受让人清除标的物上权利负担的机会,又未承认价金物上代位权的普遍适用性以为抵押权人主张债务提供一种新的途径从而尽可能维护交易秩序。于此场合,买受人虽可借助查阅登记簿具备“善意第三人”的身份,但这会额外增加其时间及金钱成本,同时即便买受人符合《民法典》第403条中的“善意”,其亦只能对抗未登记的动产抵押权人,可谓“劳神费力却成效甚微”。与之形成鲜明对比的是,《民法典》第404条彻底否定了正常经营买受人场合抵押权的追及效力以确保抵押财产受让人获得无负担的标的物所有权,此时买受人的谈判动因将大幅增加,买卖合同的谈判成本随之显著降低。

其次,融资合同的谈判成本显著增加。正常经营买受人规则否定了抵押权的追及效力,且正如前所述,按照《民法典》第404条的文义,理论上所有设定抵押的动产都处在被抵押人于其正常经营活

^⑤ 《民法典》第406条第1款规定“抵押期间,抵押人可以转让抵押财产。当事人另有约定的,按照其约定。抵押财产转让的,抵押权不受影响。”

^⑥ 参见高圣平《民法典担保物权制度修正研究——以〈民法典各分编(草案)〉为分析对象》,载《江西社会科学》2018年第10期,第9页。

^⑦ 《民法典》第403条规定“以动产抵押的,抵押权自抵押合同生效时设立;未经登记,不得对抗善意第三人。”

^⑧ 参见龙俊《动产抵押对抗规则研究》,载《法学家》2016年第3期,第48—49页;庄加园《动产抵押的登记对抗原理》,载《法学研究》2018年第5期,第91—93页;高圣平《民法典动产担保权登记对抗规则的解释论》,载《中外法学》2020年第4期,第11页。

^⑨ 前引⑤,第38页。

^⑩ 需说明的是,此处笔者考察《民法典》第404条“无”的情形仅仅是出于对《民法典》第404条与《民法典》第403、406条相关交易成本进行比较之需,仅系一种技术层面的假设。

^⑪ 《民法典》第406条第2款规定“抵押人转让抵押财产的,应当及时通知抵押权人。抵押权人能够证明抵押财产转让可能损害抵押权的,可以请求抵押人将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有,不足部分由债务人清偿。”

^⑫ 参见前引⑥。

动中出售的风险之中。照此,抵押权人的贷款动因自会大幅降低,谈判成本的显著增加亦在所难免。^{③③}需指出的是,有学者在论证《民法典》第404条的制度正当性时认为其适用符合抵押权人的商业预期,尊重并平衡了抵押权人的利益。具体来说,抵押权人在与抵押人订立合同时,已明知抵押人系从事特定经营行为的经营者,其对于抵押财产所有人于其正常经营活动中出售这一未来事实有心理预期,故正常经营买受人规则并不害及抵押权人利益。此外,若抵押权人欲获得更为周全的保护,其可在贷款合同中设定“不得处分”条款,一旦抵押人违约,抵押权人可向主张违约责任,抵押权人利益亦得保护。^{③④}笔者认为,上述观点恰可反过来用以证明《民法典》第404条可能是无效率的,因为其适用会引致融资合同交易成本的增加:一方面,抵押权人于事前确实能够预见抵押财产很可能被抵押人于其正常经营活动中被出售,而正是因为这种预期,抵押权人的贷款动因才会明显削弱,融资合同的谈判成本随之增加;另一方面,抵押权人确实可借助主张违约责任获得救济,然而这会增加额外的合同执行成本。^{③⑤}

经由前述两维度的比较分析可知,《民法典》第404条在实然层面陷于“很可能增加交易成本或降低交易效率”的困境,这与其应然层面“提升交易效率”的规范目的相背离;质言之,《民法典》第404条不是一项有效率的制度安排。正常经营买受人规则由《美国统一商法典》首创,在法典经过数次修订后仍历久弥新。比较法上就正常经营买受人规则的立法基本参照美国法加以制定。因此,对标《美国统一商法典》的正常经营买受人规则,我们或许能够洞悉《民法典》第404条存在的不足与缺陷。下文将以效率为价值导向,基于法教义学分析,对正常经营买受人规则的构成要件进行阐释,以实现针对该规则的“帕累托改进”。

三、“正常经营买受人规则”的重释

(一) 效率价值的实现路径: 利益平衡

在法经济学上,优先权问题的本质是各种序位的权利实现程度的函数关系。^{③⑥}《民法典》第404条确立的正常经营买受人规则突破了“在先权利优先”的优先权制度的基本原理,赋予了正常经营买受人对抗在先抵押权人的优先顺位,这一“反常之举”背后实则融入了立法者对鼓励融资与维护交易安全这两大价值的深刻权衡。

《民法典》第404条的规范目的是提升交易效率。从价值层面看,融资合同相关交易成本的降低承载着立法者鼓励融资的愿望,而买卖合同相关交易成本的降低意味着立法者对买受人利益的置重,目的是为维护交易安全。根据上文对《民法典》第404条与相关规则下相关交易成本进行的比较分析可知,当立法侧重保护抵押权人利益时,融资合同的交易成本降低,但此时由于对买受人的利益保护欠周,买受人订立买卖合同的动因减弱,谈判成本增加,最终导致买卖合同的交易成本增加;反之,当法律侧重保护买受人利益时,买卖合同的交易成本降低,但此时融资合同的交易成本增加。由此可见,鼓励融资与维护交易安全这两大价值的关系恰如“鱼与熊掌”,两项价值对应的交易成本呈显著

^{③③} 需说明的是,此处无需考虑《民法典》第406条第2款“抵押权人主张价金物上代位”对融资合同谈判成本的影响。原因是适用《民法典》第404条抑或第406条第1款、第403条时,均不可排除适用《民法典》第406条第2款。参见高圣平、叶冬影《民法典动产抵押物转让规则的解译》,载《比较法研究》2020年第4期,第90页。故在本文法经济学分析强调“增量比较”的背景下,“抵押权人主张价金物上代位”亦属于决策不相关因素。

^{③④} 参见前引①纪海龙、张玉涛文,第109页。

^{③⑤} 譬如,违约损害赔偿系合同的第二次给付义务,这将增加额外的合同执行成本。此外,需说明的是,合同执行成本是不相关成本,原则上不属于本文讨论的对象,此处提及仅仅是对正文部分引用观点的回应。为避免混淆,此处特以“额外的”作为合同执行成本的限定。

^{③⑥} Grant Gilmore, *The Purchase Money Priority*, 76 Harvard Law Review 1333, 1371 (1963).

的负相关,此消彼长的联动关系令立法者借助单纯的对法条文本语词的拿捏实现“兼得”的难度陡增。^{③7} 法律具有模糊性,在语词的不确定性勾勒出的“日蚀中半影”的笼罩下,^{③8} 正常经营买受人规则引发的实际法律效果扑朔迷离。笔者认为,应当以效率为价值导向,以利益衡平为重心,基于法教义学分析,对《民法典》第404条进行合理阐释,以实现该条款运作下资源的优化配置。

第一,“提升交易效率”这一目标能够实现。约束条件下的最优选择问题可以用数学中的最大化方法求解。微观经济学理论中存在着一个关键的环节,即将“最大化”与“均衡”两者连接起来;当且仅当两变量均衡(边际增/减量的绝对值相等)时,效用函数取得最优解。^{③9} 如前文所述,在资源配置总量一定的前提下,融资合同的相关交易成本与买卖合同的相关交易成本呈负相关且数值均不为零。假定二者呈反比例函数关系,设融资合同的相关交易成本为 x ,买卖合同的相关交易成本为 y ,则有等式 $y = k/x$ ($k > 0$),那么总计相关交易成本 $C = x + k/x \geq 2\sqrt{k}$,当且仅当 $x = k/x$ 时,等号成立, C 取最小值。^{④0} 尽管囿于立法者认知的局限性以及现实世界的复杂性,通过完美的立法设计令正常经营买受人规则实现资源最优配置并无可能,但是因循上述分析思路,我们可以发现: x 与 y 数值愈接近, C 愈趋于最小值。换言之,若欲《民法典》第404条实现资源的优化配置,合理平衡抵押权人与买受人的利益是必由之路。相关主体间利益的衡平彰显了公平价值,而这恰是运用法经济学原理对《民法典》第404条进行分析时所得之结论。这令笔者不禁想起法经济学巨擘弗里德曼的名言“当我们在探讨法律的经济分析时,可以看到正义和效率有惊人的雷同处。许多情形中,我们认为合乎正义的法律,与具有经济效率的法律相当接近。”^{④1}

第二,法律解释能够在一定程度上矫正法律文本的失当之处,使之契合立法旨趣。拉德布鲁赫认为,“解释者相比于立法者能更好地理解制定法,甚至他必然要比立法者更好地理解制定法,因为制定法也要求适用于制定法的作者压根没能预见的那些情形。”^{④2} 立法者起草的法律是特定社会条件下的产物,具有历史局限性,法律解释的最终目标是探求法律在今日法秩序的标准意义。^{④3} 通过法律解释,法律文本当中的失当之处能够在一定程度上被矫正,以契合立法原旨。无疑的是,对于《民法典》第404条的解释得当与否,将决定其究竟会成为实现其规范目的进程中的中途岛,抑或滑铁卢。

(二) “正常经营买受人规则”的解释进路

如上文所述,为促成正常经营买受人规则“提升交易效率”这一规范目的之实现,立法者在起草条文时应当对当事人间的利益衡平投以足够重视。然而,根据前文对《民法典》第404条的法经济学分析,该条在制度设计上过分保护买受人利益,而对抵押权人利益鲜有顾及,其结果是该规则原本具备的效率价值无从彰显,实乃可惜。为矫此弊,下文将立足于我国国情并参鉴比较法上的经验,对《民法典》第404条进行阐释,以助益正常经营买受人规则于我国司法实践中的适用。

^{③7} 下文的论述将表明,实现“提升交易效率”这一立法目标需合理权衡“鼓励融资”与“维护交易安全”这两大价值,需合理平衡抵押权人与买受人的利益。

^{③8} Glanville L. Williams *Language and the Law—III*, 61 L. Q. Rev. 293, 302 (1945). 哈特认可威廉姆斯对这一比喻的使用,参见[英]哈特《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2011年版,第278页。

^{③9} 参见前引^{①5},第13页。

^{④0} 需说明的是,融资合同的相关交易成本与买卖合同的相关交易成本未必呈反比例函数关系,此处仅仅是笔者基于两者间的数量变化趋势及数值均不为零的特征所提出的一个合理假设。本文的学科定位是法学,笔者无意于从数学层面对前述两成本间的数量关系作精确的认定。之所以于文中提出该合理假设,是为了从定性层面对何时总计相关交易成本最小(资源配置效率最优)进行合理的分析预测,以为下文论述作必要的铺垫。

^{④1} [美]大卫·D. 弗里德曼《经济学与法律的对话》,徐源丰译,广西师范大学出版社2019年版,第25页。

^{④2} [德]古斯塔夫·拉德布鲁赫《法哲学入门》,雷磊译,商务印书馆2019年版,第162—163页。

^{④3} [德]卡尔·拉伦茨《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第199页。

1. “以动产抵押”

《民法典》第404条将不得对抗正常经营买受人的主体描述为“以动产抵押”。这里需就两个问题进行探讨:

一是“动产”的范围。《民法典》第404条将抵押财产的范围界定为“动产”,极大地拓宽了正常经营买受人规则的适用范围,此虽能消除买受人就抵押财产上可能设有担保负担而产生的顾虑,维护交易安全,却罔顾债权人诉诸动产抵押制度以保障资金安全的正当诉求。抵押财产范围拓宽至所有动产后,由于“正常经营活动”文义模糊,难以作为一道“安全阀”将某些不合条件的买卖“绝对排除适用”,从而为抵押权的实现提供些许保障,故理论上所有设定抵押的动产都有可能于抵押人的正常经营活动中被出售。这给抵押权人带来很大的风险。笔者认为,应当对《民法典》第404条的“动产”作限缩解释,将其限定于“存货”。其理由有三:

其一,从方法论上看,此解释方案有其合理性。一方面,此解释未逾越“动产”可能的字义范围,而系依据隐含其中的“立法者的意志”所作之限缩解释。至于“立法者的意志”,可基于全国人大法工委对该条释义表述之揣摩,将“动产”解释为“存货”更符合起草者原意。^④《担保制度解释》第56条第1款第2项亦采此立场。另一方面,此解释系依据法律的意义脉络所作之阐释。上下文脉络的功能之一是促成法律规定间事理上的一致性,此为体系解释之目的。《民法典》第404条将正常经营买受人规则的适用情境限定于“正常经营活动”,一般来说,抵押人作为出卖人,其于正常经营活动中出售的商品理应是存货。在《民法典(草案)》审议期间,有委员即提出,“允许动产浮动抵押中的抵押物(主要指存货)进行买卖等,是为了保障特定主体企业、个体工商户、农业生产经营者的正常经营活动,草案扩大允许动产抵押的范围……不利于保护抵押权人的权利。”^⑤

其二,从利益衡量角度看,此解释方案能够在基本不损及买受人利益的前提下显著提升对抵押权人利益的保护。一方面,将“动产”限定为“存货”既未突破买受人的预期,亦无过分课以其查阅登记义务之嫌。存货属于流动资产,对于发出存货的会计计量原则上采“先进先出法”,即通常不能指定某项存货专用于抵押而豁免其出售;相比之下,非存货的动产(如固定资产),其使用周期通常超过一年,弱流动性特征支持其可专门用作抵押。基于存货独有的强流动性特征,对该类动产的抵押交易规则作特殊制定符合买受人的预期。与此同时,买受人根据出卖人的经营范围或结合商事习惯与相关行业规范,基本可推测出其所购买之标的物是否属于出卖人的存货;若标的物非为存货,则意味着买受人不具备正常经营买受人的身份,此时课以其查阅登记的义务亦不过分。另一方面,将“动产”限定为存货能够加强对抵押权人利益的保护。因为此时抵押权人在抵押人的非存货动产上设立抵押后,该抵押利益无于正常经营买受人场合被消除之虞,因而抵押权人利益获得保障,抵押制度本身承载着的鼓励融资之功用得以彰显。

其三,从比较法上看,尽管《美国统一商法典》第1—201(b)(9)条在定义正常经营买受人时将其购买的标的物界定为“货物”(goods)而非“存货”(inventory),但是担保法学者大多支持将此处的“货物”作“存货”理解,如Nowka教授认为,正常经营买受人规则中的买受人在通常情况下是从经销商处购买存货的买方。^⑥同时,美国法院亦普遍认为正常经营买受人规则不应适用于设备。如在Aircraft

^④ “按照本条规定,受到保护的买受人必须符合以下条件……出卖人出卖抵押财产是其正常的经营活动,而买受人既可以是存在存货融资中,买受出卖人在正常经营活动中出售的已设定担保的存货的人,也可以是市场交易中的消费者。”参见前引⑦黄薇主编书,第782页。根据上述释义,正常经营买受人包括两类:一是存货融资中的买受人,二是消费者。由于消费者购买的商品在很大程度上都是出卖人的存货,因此该论者事实上已将本条中的“动产”限定为“存货”。

^⑤ 参见《民法典立法背景与观点全集》,法律出版社2020年版,第159页。

^⑥ Richard H. Nowka, Section 9—320(a) of Revised Article 9 and the Buyer in Ordinary Course of Pre-Encumbered Goods: Something Old and Something New, 38 Brandeis L. J. 9, 9(1999).

Trading and Services Inc. v. Braniff, Inc. 案中, 法院认为, “尽管东北航空公司出售喷气式飞机和引擎设备符合行业惯例, 但前述标的物是东北航空公司的资本设备(capital equipment), 而非存货, 因此不能适用正常经营买受人规则”。^{④7}

此外, 在美国动产担保司法实践中存在“担保财产用途转换”(A Shift in the Use of Collateral) 的特殊情形。譬如, 银行在抵押人的设备上设立担保, 而后抵押人因生产经营需要变更了经营范围, 将该设备归入其存货并在正常经营活动中销售给不知情的第三人。对此, Gilmore 教授认为, 银行的担保权不能对抗买受人, 因为在这种情形下那些依赖于通过正常商业渠道获得标的物所有权的买家更值得保护。^{④8} 笔者支持上述观点。因为从风险控制角度看, 较之于消费者, 银行通常处于优势地位, 况且交易时抵押人的经营范围已作调整, 买方基于对交易时点抵押人登记的经营范围之信赖从事交易, 宜更应保护。

二是“抵押权人”的范围。就抵押权人的范围而言, 主要有两个问题值得讨论:

第一个问题为是否包括价款债权抵押权人(Purchase – Money Security Interest, PMSI)。笔者认为, 价款债权抵押权人不得对抗正常经营买受人。从文义上看, 《民法典》第404条未明确排除价款债权抵押权人, 这已表明立法者的价值判断, 同时依据物权法定原则, 价款债权抵押权人同样适用本条规定, 即正常经营买受人可以取得无 PMSI 负担的标的物。^{④9}

第二个问题为是否包括于出卖人前手的物上设立抵押的抵押权人。笔者认为, 于出卖人前手的物上设立抵押的抵押权人不得对抗正常经营买受人。Nowka 教授认为, 正常经营买受人规则的设立主要基于两点原因: 首先, 保护正常经营活动中无辜(innocent) 的买受人, 因为他们信赖出卖人享有标的物的外观; 其次, 对存货享有抵押利益的抵押权人期待(expect) 债务人出售设立抵押的存货。上述第二点原因直接引致了1956年《美国统一商法典》的起草者在正常经营买受人规则中添加“买受人的出卖人”(buyer’s seller) 这一对抵押人身份的限定要件。^{⑤0} 对此, 学术机构在《美国统一商法典及其正式评注》中特地列举两个示例, 以明确正常经营买受人规则适用的主体界限。^{⑤1} 申言之, 若买卖标的物上的担保利益非由出卖人设立, 而是出卖人的前手预先设立, 则此时正常经营买受人不得对抗出卖人前手的抵押权人。

对于上述规定及阐释, 美国担保法学界存在不同声音。学者对《美国统一商法典》第9—320(a) 条的狭窄范围和正常经营活动中降临到一些买家身上的反常的法律效果提出了质疑。^{⑤2} 主要反对观点认为, 第9—320(a) 条令正常经营活动中的买受人受制于远程担保权人,^{⑤3} 其正当性很难论证。^{⑤4} 事实上, 抵押权人对造成的损失应当承担更多的责任, 因为他居于避免损失发生更有利的地位。^{⑤5} 相较于抵押权人, 买受人避免损失发生的成本明显更高。如果抵押不是由买受人的出卖人设立的, 买受人很难知道标的物上是否可能设有抵押, 更不可能知晓担保关系中债务人的姓名。因此, 绝对没有理由指望买受人通过查询记录来保护自己不受这种利益的影响。^{⑤6} 紧接着, Knapp 教授认为, 将风险分

^{④7} Aircraft Trading and Services Inc. v. Braniff, Inc. 819 F.2d 1227 (2nd Cir. 1987) .

^{④8} Dan Coenen, Albert J. Givray, Deborah McLean Quinn & Paul Hilton *Priority Rules of Article Nine*, 62 Cornell L. Rev. 834, 957(1976—1977) .

^{④9} 谢鸿飞《价款债权抵押权的运行机理与规则构造》, 载《清华法学》2020年第3期, 第132页。

^{⑤0} 前引④6。

^{⑤1} 参见美国法学会、美国统一州法委员会《美国〈统一商法典〉及其正式评注》(第三卷), 高圣平译, 中国人民大学出版社2006年版, 第213页。

^{⑤2} John Lucas, *The Article 9 Buyer’s Seller Rule and the Justification for Its Harsh Effects*, 83 Or. L. Rev. 289, 293 (2004) .

^{⑤3} Linda J. Peltier, *Buyers of Used Goods and the Problems of Hidden Security Interests: A New Proposal to Modify Section 9—307 of the Uniform Commercial Code*, 36 Hastings L. J. 215, 215(1984) .

^{⑤4} 前引④8。

^{⑤5} 前引⑤3。

^{⑤6} Charles L. Knapp, *Protecting the Buyer of Previously Encumbered Goods: Another Plea for Revision of UCC Section 9—307(1)*, 15 Ariz. L. Rev. 861, 887(1973) .

配给抵押权人更为合理。因为买受人通常是消费者,其消费是为了生存,而企业进行商业交易是为了盈利。如果企业的正常业务行为会对无辜的消费者造成一定的损害风险,有充分的先例表明应当将这种风险分摊给企业(及其抵押权人),而不是受影响的个人消费者。这样的风险分配是合理的,因为企业承担集合风险的能力更强,而且这种风险相对不可能(甚至实际不可能)由消费者借助保险机制分散。^{⑤7}此外,从法经济学的角度来看,允许买受人在正常经营活动中不受设立在先的担保利益之控制,能够避免行动的迂回(avoid circuity of actions),节约司法成本。^{⑤8}

笔者认为上述反对观点更为可取。从法理角度分析,若采肯定观点,则意味着对于均由出卖人于其正常经营活动中出售的同一标的物,仅因设立抵押的抵押权人与出卖人的关系不同,而产生迥异的与正常经营买受人之间的对抗关系,上述理由并不充分。同时,肯定观点下买受人事实上负有查阅登记的义务(即使购买的标的物是存货),因为其只有在查阅相关登记资料后,方可知晓标的物上设有抵押(如有)究竟是由出卖人的抵押权人,抑或是由出卖人前手的抵押权人设立,这无疑会显著增加买受人的交易负担,进而显著增加交易成本。

2. “正常经营活动”

对“正常经营活动”概念的厘清是准确理解并适用正常经营买受人规则的前提。就“正常经营活动”的解释而言,应当分为两个层次逐一讨论:

一是对“经营活动”的理解。就“经营活动”的解释而言,有学者认为从事“经营活动”的担保人与《民法典》第312条所称“具有经营资格的经营商”同义,均指“从事与交易物同种类物品买卖的商人的活动”。^{⑤9}该观点具有一定的合理性,但是在鼓励营业自由、“万众创业”的背景下,抵押人是否具有经营资格,并不在“正常经营活动”的文义之列。^{⑥0}在比较法上,Dan Coenen等学者认为,判断《美国统一商法典》第9—320(a)条中出卖人的销售行为是否构成“经营活动”时,可从以下五个方面考虑:其一,出卖人是否向公众表明自己惯常销售该物品;其二,出卖人是否使用具有适当的商号;其三,买受人是否使用出卖人的商号为买卖取得融资;其四,出卖人定期开具的支票上是否以商号署名;其五,制造商是否为出卖人的客户提供质保服务。^{⑥1}笔者认为上述观点可资参鉴。一方面,该观点下经营活动的构成不以“卖方是否具有经营资格”为必要条件,此贴合我国当下“万众创业”的政策背景;^{⑥2}另一方面,该观点贯穿卖方的销售全过程,为“经营活动”的判定提供了一个较为全面的参考标准。

二是对“正常”的理解。由《美国统一商法典》第1—201(b)(9)条可知,“正常”指出卖人的销售行为符合出卖人行业的通常或惯用做法(usual or customary practices),或者符合出卖人自己的通常或惯用做法。^{⑥3}上述阐释分别从行业维度与自身维度对“正常”加以界定,落脚点均为概念相对泛化的“通常或惯用做法”,且前后两种情形的连接词为“或”。可见,在对“正常”一词作阐释时,《美国统一商法典》第1—201(b)(9)条采取了相对宽松的立场。

笔者认为,在对《民法典》第404条中“正常”作阐释时,宜同时考虑“经营范围”与“通常或惯用做法”这两方面因素,对“正常”的语义作较为严格的限制。其理由有二:

首先,从比较法角度看,尽管《美国统一商法典》第1—201(b)(9)条对“正常”作阐释时仅以“符

^{⑤7} 前引⑤6。

^{⑤8} 前引⑤3。

^{⑤9} 董学立《论“正常经营活动中”的买受人规则》,载《法学论坛》2010年第4期,第89—90页。

^{⑥0} 前引⑤8高圣平文,第20—21页。

^{⑥1} 前引④8。

^{⑥2} 尽管商号意味着卖方通常具备经营资格,但域外立法普遍认为对小商人应豁免其商事登记。参见《日本商法典》第8条、《韩国商法典》第9条。我国商法学者也多次呼吁放开对小商人的商事登记。参见肖海军《我国商事登记豁免制度的构建》,载《法学》2018年第2期;施天涛《商事关系的重新发现与当今商法的使命》,载《清华法学》2017年第6期。

^{⑥3} 参见《美国统一商法典》,潘琪译,法律出版社2018年版,第5页。

合通常或惯用做法”加以限定,但权威学术机构在评述《美国统一商法典》第9—320(a)条时认为,“正常经营活动”指“抵押人须以销售与标的物同种类的动产为业”,易言之,抵押人销售的动产符合其经营范围。^④在美国担保司法实践中,法官亦普遍认为“符合经营范围”是“正常经营活动”的应有之义。^⑤

其次,从利益衡量角度看,此解释方案能够更好地平衡抵押权人与买受人的利益。如前所述,正常经营买受人规则具有保护买受人利益从而鼓励买卖交易的功能,但是“对于动产买受人的保护不能漫无边际,否则设立抵押权就会失去意义”。^⑥因此,合理界定正常经营买受人规则的适用界限非常关键。“将经营范围作为判断经营活动是否正常的考量因素”的优势在于:经营范围是一个相对客观、透明的标准,且互联网时代查询企业登记的经营范围之成本可忽略不计。因此,不论是抵押权人抑或是买受人,其在与抵押人为贷款或买卖交易时,均可事先对抵押人的经营范围进行查询,以甄别标的物是否系抵押人的存货,从而为其是否从事相关交易提供重要参考。这既降低了合同的谈判成本,又可为日后纠纷的解决提供便利。同时,由于抵押权人可基于抵押人的经营范围判断抵押财产的性质,故其可选择抵押人的非存货设立抵押,以免于正常经营买受人规则的适用,从而提升贷出资金的安全性,保障本息如期收回。

当然,除“经营范围”这一因素外,“出卖人的销售行为符合通常或惯用做法”亦是交易构成“正常经营活动”的必要因素,这在很大程度上是为了防止抵押人与买受人恶意串通损害抵押权人利益。例如,抵押人与买受人分别为生产商和零售商,双方约定现销并长期遵循该商业条款,后于抵押期间双方却以赊销方式进行存货交易,同时抵押人应收账款账龄分析表中数据出现异常波动,财务报表中当期坏账准备的计提数大幅增加,则前述抵押期间双方的购销显然不能被认定为正常经营活动。

值得一提的是,《担保制度解释》第56条第2款在对“正常经营活动”作解释时强调了“符合经营范围”与“持续销售同类商品”这两方面考量因素,前者与笔者观点完全一致,后者亦与笔者所提“通常或惯用做法”之表意较为贴近。总体来说,笔者支持上述解释进路。

3. “已支付合理价款”

关于“已支付合理价款”这一要件,以下问题值得讨论:

第一个问题是如何理解“已”。有学者认为此处要求合理价款“已”被支付欠缺正当性。一方面,比较法上无此先例;另一方面,要求合理价款“已”被支付并不能更好地保护担保权人利益,因为即便没有对合理价款“已”支付的要求,抵押人对买受人的价款请求权亦属于抵押人责任财产的范围,与价款相比在对抵押权人利益的保护程度上不分轩輊。^⑦笔者认为上述观点值得商榷。首先,比较法并非没有先例,《欧洲示范民法典草案》即要求受让人为取得动产已经支付对价;^⑧其次,价款请求权作为债权,其与价款本身虽均属于抵押人的责任财产,但前者在抵押权人利益保护程度上远不及后者。从财务会计角度看,价款系现金资产,其流动性最强,而价款请求权根据还款期限是否超过一年分为长期应收款和应收账款。前者因款项回收风险与货币的时间价值因素需于会计处理时计提坏账准备与财务费用,其账面价值会低于原先记载的应收款项;后者因款项回收风险同样需于会计处理时计提坏账准备,其账面价值同样较原应收款项更低。由于账面价值反映资产当前的公允价值,记载相

^④ 参见前引^⑤,第213页。

^⑤ 譬如,在Hempstead Bank v. Andy's Car Rental System, Inc.案中,法官认为,主营业务为出租车辆的汽车租赁公司,在某天偶然出售汽车,尽管售车行为本身符合行业的通常或惯用做法,但其不能被视为该租赁公司的正常经营活动,因为其超出了该公司的主营业务范围。Hempstead Bank v. Andy's Car Rental System, Inc. 35 A. D. 2d 35, 312 N. Y. S. 2d 317 (supreme court. 1970)。

^⑥ 前引^⑦黄薇主编书,第782页。

^⑦ 参见前引^①纪海龙、张玉涛文,第112页。

^⑧ 前引^②高圣平文,第21页。

同款项的现金资产较长期应收款或应收账款而言账面价值更高,加之价款请求权即便可被强制执行亦有失败的风险,故价款与价款请求权虽同属于抵押人的责任财产,但前者对抵押权人利益的保护程度无疑更高,这有利于更好地平衡抵押权人与买受人的利益。

第二个问题是如何理解“合理”。笔者认为可从交易价格与支付方式两方面考察。关于交易价格,由于正常经营买受人规则本质上是一种特殊的善意取得,而《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉物权编的解释(一)》(以下简称《物权编解释(一)》)第18条已就《民法典》第311条“善意取得”中所规定之“合理价格”作出阐释,^⑨因此笔者认为在判断交易价格是否合理时可以《物权编解释(一)》第18条的规定作为参考。关于支付方式,笔者认为无需拘泥于支付现金,而应契合商业实践作出灵活解释,互易、^⑩抵销^⑪均在此列。至于以物抵债能否作为支付方式,《美国统一商法典》第1—201(b)(9)条对此持否定立场。笔者认为该立场值得商榷。以物抵债能否作为支付价款的合理方式,关键在于其是否具备商业实质。尤其在债务重组场合,由于作为债权人的买受人通常会作出让步,此时作为债务人的抵押人的财务状况改善、^⑫责任财产增加,此无疑能够加强对抵押权人利益的保护,裨益于各方利益的衡平。

4. “取得抵押财产”

对于“取得抵押财产”这一要件,需讨论的问题是此处买受人取得的是对抵押财产的占有,^⑬还是对抵押财产的所有权。^⑭笔者认为宜采后者。因为《民法典》第404条的本意旨在使正常经营买受人免受抵押权的追及,可见该规则保护的并非买受人的占有状态,而是所有权。^⑮就动产的交付方式而言,为规范正常经营买受人规则的适用,应将易生误解的“占有改定”排除在外。^⑯

5. 买受人“善意”

《民法典》第404条未对买受人主观要件作规定。作为《民法典》第404条的前身,《物权法》第189条第2款同样未要求正常经营买受人的成立需满足特定的主观要件。不过,我国司法实践在《物权法》实施期间就“动产浮动抵押场合的正常经营买受人是否须为善意”这一问题上存在意见分野。^⑰鉴于此,笔者探讨以下三个问题:

第一,“善意”是否应作为买受人成为正常经营买受人的必要条件。笔者认为应当引入“善意”作为正常经营买受人的构成要件。首先,从规范内容上看,正常经营买受人规则本质上是一种特殊的善意取得,自应以买受人的善意为前提。^⑱其次,从利益衡量角度看,若允许恶意买受人取得无负担的

^⑨ 《物权编解释(一)》第18条规定“民法典第三百一十一条第一款第二项所称‘合理的价格’,应当根据转让标的物的性质、数量以及付款方式等具体情况,参考转让时交易地市场价格以及交易习惯等因素综合认定。”

^⑩ 参见湖北省高级人民法院(2013)鄂民二终字第00041号民事判决书。

^⑪ 参见吉林省高级人民法院(2014)吉民二终字第42号民事判决书。

^⑫ 参见李鸣捷《论破产危机期间个别清偿撤销的“受益除外”规定》,载梁慧星主编《民商法论丛》(第69卷),社会科学文献出版社2019年版,第236页。

^⑬ 杨善长《民法典编纂背景下动产抵押登记对抗规则的解读和完善》,载《山东社会科学》2020年第1期,第192页。

^⑭ 前引①纪海龙、张玉涛文,第113页。

^⑮ 《担保制度解释》第56条第1款第3项将“担保型买卖”剔除于正常经营买受人规则的适用范围,正是出于这种考虑。

^⑯ 参见前引③高圣平、叶冬影文,第84页。

^⑰ 持肯定立场的法院,如浙江省金华市中级人民法院认为“本案抵押财产已经被支付合理价格的买受人取得,上诉人又未提供证据证明买受人恶意取得,故上诉人的诉讼请求,依据不足,不予支持。”参见浙江省金华市中级人民法院(2014)浙金商终字第664号民事判决书。持否定立场的法院,如四川省南充市中级人民法院认为“抵押权人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,也即在浮动抵押期间,法律允许抵押人在正常生产经营活动中可以自由处分抵押财产,抵押人处分抵押财产不必经抵押权人同意,并不区分买受人的善意和恶意,即使当事人知道设定了浮动抵押,也可以取得相应权利。”参见四川省南充市中级人民法院(2017)川13民终1575号民事判决书。

^⑱ See Barkley Clark and Barbara Clark, *The Law of Secured Transactions Under the Uniform Commercial Code*, Lexis Nexis, 2017, pp. 3—38. 转引自前引③高圣平文,第21页。

抵押财产所有权,则对抵押权人显属不公,其将严重打压潜在债权人向抵押人放贷的积极性,加剧民营企业“融资难、融资贵”的困境。最后,从比较法角度看,《美国统一商法典》第1—201(b)(9)条在定义正常经营买受人时明确了买受人善意的主观要件,即买受人不知其购买行为侵犯了他人的权利。值得注意的是,此处“善意”与善意取得中的“善意”略有不同,前者并非指买受人不知也不应知其受让的标的物上设有权利负担,而是指买受人不知也不应知抵押权人不允许抵押人无负担地转让抵押财产。易言之,即使买受人知道了抵押权的存在而购买抵押财产,也不算作侵害了他人的担保权;但如果抵押权人与抵押人在担保合同中约定了“不得处分”条款,买受人明知该条款却仍然购买抵押财产,则此时买受人的善意不能成立。^⑨

第二,若前问答案为肯定,那么应如何引入这一考量因素。有学者认为可运用法律解释,将美国法中善意所指内容直接涵摄至“正常经营”的概念内,^⑩以解决我国立法的缺失。笔者认为上述观点颇为牵强。因为“善意”是针对买受人主观要件的约束,而“正常经营活动”是对出卖人销售行为的限定,通过出卖人的销售行为来判断买受人是否具备相应的主观要件,这在逻辑上难以自洽。相较而言,更为可取的方案是,承认《民法典》第404条存在一个隐藏漏洞,并通过目的论的限缩加以填补。申言之,《民法典》第404条的规范目的系提高交易效率,而若不要求正常经营买受人的成立满足“善意”的要件,则会导致抵押权人与买受人利益严重失衡,损及交易效率,进而背离该条的规范意旨。因此,《民法典》第404条存在一个隐藏漏洞,应当对正常经营买受人附加额外的“善意”要件,通过目的论的限缩对该漏洞进行填补,俾契合立法旨趣。

第三,《担保制度解释》第56条第1款从买受人角度对正常经营买受人规则的适用加以限缩,那么该解释进路是否合理。笔者认为,《担保制度解释》第56条第1款虽试图从买受人角度对正常经营买受人规则的适用加以限制,但其未能参鉴比较法上的可取经验,反而存在过度限缩正常经营买受人规则适用范围之嫌。从体系解释角度看,根据该款第5项兜底条款可知,该款前四项均属于买受人负有查询抵押登记义务之情形。但问题是,这样规定的法理基础何在?从《民法典》第404条的文义上看,立法者并未对买受人的身份作出限定,而“正常经营活动”亦仅指向出卖人,与买受人无涉。^⑪因此,除非存在合目的性的正当理由,否则不宜对买受人的身份进行限制。回到《担保制度解释》第56条第1款,笔者认为该款第1、4项规定不尽合理,第2项规定的必要性有待商榷:首先,第1项以“购买商品的数量是否明显超过一般买受人”作为正常经营买受人的鉴别标准,那么以“数量”作为衡量基准的依据何在?如果出卖人作出“打折促销、量大价优”的承诺,作为普通消费者的买受人为图廉价,一次性购买了明显超过其他消费者数量的商品,那么该情形中的消费者为何就不能成为正常经营买受人?退一步讲,即便承认该项规定符合法理,那么“明显超过”与“一般买受人”如何判定?尤其是后者会因时因地而异,那么这就会给裁判带来很高的不确定性。更糟糕的结果是,买受人会因此曝露于巨大的交易风险当中,因为他无法确定自己购买商品的数量是否符合一般买受人的购买习惯;为避免遭受抵押权的追及,其将不得不在每次购买商品时查询抵押登记,这无疑会造成巨大的交易成本,动摇《民法典》第404条的立法根基。其次,第4项以“买受人与出卖人是否存在控制关系”作为正常经营买受人的鉴别标准,这就意味着,只要买卖双方存在控制关系,即使买卖是公平市场交易,也一律不得适用正常经营买受人规则,这样规定的法理基础何在?最后,第2项规定的必要性颇值商榷。由于《担保制度解释》第56条第2款已明确正常经营买受人规则仅适用于出卖人在其经营范围内销售商品的情形,那么生产设备自然不被涵括于出卖人的“正常经营活动”中,故无需通过第2项

^⑨ 参见前引^②龙俊文,第48页。

^⑩ 李莉《浮动抵押权人优先受偿范围限制规则研究》,载《西南政法大学学报》2014年第3期,第49页。

^⑪ 参见董学立《论“正常经营活动”中的买受人规则》,载《法学论坛》2010年第4期,第90页。

加以重复限定。

结 语

民法作为市场交易的基本法,效率是其不可忽视的价值追求。民法上的交易安全、信赖保护等重要价值理念,其实质均旨在降低交易成本。^⑫在传统法教义学下,交易成本的权衡只能以利益衡量复杂精微为托词,以诸如“合理”“善意”“过错”等弹性概念为掩护,将问题完全交由法官裁量。而法经济学尤其是成本—收益分析方法的介入,使得利益衡量得以正名且有章可循。法经济学分析下的《民法典》第404条不是一项有效率的制度安排,这与该规则的立法初衷相偏离。实然与应然的落差源于该条在制度设计上过分保护买受人利益,而对抵押权人利益鲜有顾及,其结果是该规则原本具备的效率价值无从彰显,实乃可惜。借助法律解释及漏洞填补,笔者对《民法典》第404条引致当事人利益失衡的要件内容予以矫正,对正常经营买受人规则的具体构成要件进行了探讨与细化,以期还原《民法典》第404条的“效率本色”。

The Interpretation Theory of “Normal Business Buyer’s Rule” in the Civil Code

ZHANG Su - hua & LI Ming - jie

Abstract: The normal business buyer’s rule of the Civil Code is not an efficient institutional arrangement, and is contrary to the original legislative intention of the rule. In order to pose this malpractice, Article 404 of the Civil Code should be interpreted as follows: First, the interpretation of “movable property” should be narrowed to “inventory”. Second, when judging whether business activities are normal, it is advisable to consider the factors of “business scope” and “usual or customary practices” at the same time. Third, the way the buyer pays the price should not be limited to cash. The judgment of reasonable should refer to the determination of reasonable price in the bona fide acquisition system. Fourth, the buyer obtains the ownership of the mortgaged property. And last, the buyer’s good faith is a necessary constituent element of the rule. Article 404 of the Civil Code has hidden loopholes, and teleological constraints should be adopted to fill the loopholes; Article 56 (1), “Guaranty System Interpretation”, fails to take into account the desirable experience of comparative law, which is suspected of over-limiting the scope of application of this rule.

Key words: normal business buyer’s rules movable mortgage bona fide acquisition Civil Code

^⑫ 参见贺剑《绿色原则与法经济学》,载《中国法学》2019年第2期,第123页。