

## 【综合研究】

# 民法典所有权保留之担保权构成

纪海龙

**【摘要】**我国现行法下关于所有权保留的规则之间存在矛盾,对此应秉持民法典优于司法解释以及后法优于前法的原则解释。对于民法典以及“担保制度解释”中的相关实质规则,所有权保留之所有权构成说无法提供令人满意的解释方案,担保权构成说可顺畅解释。所有权保留的担保权构成更有利于实现物尽其用以及出卖人赚取价款的真实意图。我国现行法下的矛盾规定源于规则和学理的混合继受。民法典下所有权保留规则的继受史,揭示了这些规则间接继受自1918年《美国统一附条件买卖法》下的担保权构成,实质规则体现的是标的物被交付后保留卖主只享有担保权,但学理和民法典前司法解释的起草者却用德国的所有权构成加以解释。就担保权的产生而言,是保留卖主交付标的物的同时在标的物上保留担保物权,而非保留买主取得标的物后为保留卖主设定担保权。现行法下保留卖主和保留买主的法律地位以及所有权保留在破产和强制执行等情形中的处理,均应以担保权构成作为前提进行解释和设计。

**【关键词】**所有权保留;取回权;回赎权;担保权保留

**【作者简介】**纪海龙,北京大学法学院研究员。

**【原文出处】**《法学研究》(京),2022.6.72~92

**【基金项目】**本文为2021年国家社科基金年度项目“优化营商环境视角下动产与权利担保制度现代化研究”(21BFX018)的阶段性成果。

相较于旧法时代,民法典于实质规则层面在动产和权利担保领域变动最剧。据称,民法典在此领域向功能主义迈进了一大步。<sup>①</sup>对于一国法制在此领域是否采纳了功能主义,以所有权形式实现担保功能的交易是最好的试金石。功能主义担保观会将所有权形式的担保功能化为担保物权,而形式主义担保观则坚持具有担保功能的所有权依旧是真正的所有权。所有权保留是以所有权形式承担担保功能的典型交易之一。对于民法典中所有权保留的定性,在民法典通过后众说纷纭。<sup>②</sup>立法机构工作人员编撰的民法典释义书中,一方面将所有权保留定义为“在所有权移转效力上附加生效条件(付清价款或者其他义务)”,<sup>③</sup>由此逻辑上可推导出在生效条件成就前所有权并未移转;另一方面却明确表示,“人们逐渐认识到被保留的所有权并非一个真正的所有权,在各个属性上与担保物权越来越接近”,“同一标

的物上可能同时存在动产抵押、浮动抵押、融资租赁、所有权保留、动产质押等各种竞存的担保物权”,“从功能上讲,保留的所有权实质上属于‘可以登记的担保权’”。<sup>④</sup>可见,民法典立法参与者对被保留之所有权的定性也游移不定。

一方面,探讨所有权保留在民法典中的定性对于检测民法典在多大程度上采取了功能主义进路具有关键意义。另一方面,民法典下所有权保留的定性会辐射一系列问题的处理。这既包括司法解释中已存在相应规定的问题,例如所有权保留在强制执行和破产程序中的处理,也包括现行法中并未规定的问题,例如价款债权被让与给第三人时被保留之权利是否被一同转让,或者价款债权罹于时效后被保留之权利可否继续行使等。即便对于司法解释中已存在相应规定的问题,民法典下所有权保留的定性和定性,也可以考验民法典与相关司法解释中的

规则在实质上是否协调一致,进而可以在立法论和解释论层面提出相应建议。本文采用历史、比较和体系等多种方法,论证民法典下所有权保留的担保权构成,并探讨该定性在体系上的辐射效果。

### 一、民法典所有权保留的担保权构成

现行法律和相关司法解释<sup>⑤</sup>中多处涉及所有权保留。这些规定所体现的所有权保留的性质相互矛盾。例如,民法典第641条第1款规定当事人可以约定“标的物的所有权属于出卖人”,第642条第1款使用了“在标的物所有权转移前”的用语;2020年“破产法规定二”第34条确认了所有权保留情形的破产解除权,第38条确认了买受人破产时出卖人的取回权;2020年“查封冻结规定”第14条确认了保留卖主的债权人可以查封、扣押、冻结买卖标的物。这些都支持所有权保留交易下被保留的所有权为真正的所有权。但另一方面,民法典第388条第1款中的担保合同也包括所有权保留合同,<sup>⑥</sup>第641条第2款规定了所有权保留的登记对抗制度,第643条第2款规定了保留卖主取回并转卖标的物的“多退少补”规则;“担保制度解释”第57条第1款确认了民法典第416条规定的购置款优先权制度也适用于所有权保留;2020年“查封冻结规定”第16条承认保留买主的债权人可强制执行买卖标的。这些似乎又支持民法典所有权保留交易中出卖人享有的其实是担保权。质胜于华,本文秉持实质权利义务优先于语词以及实质的后法优先于前法的原则,认为现行法下所有权保留交易中出卖人享有的权利应为担保物权。下文中,“保留卖主”和“保留买主”分别指称所有权保留买卖中的出卖人和买受人;“所有权构成”指所有权保留买卖中被出卖人保留的权利为真正的所有权,该权利在当事人约定的条件满足(如付清价款)后才移转于买受人;“担保权构成”指所有权保留买卖中出卖人的权利为担保物权而非所有权,所有权在交付时即移转于买受人。

#### (一)登记对抗与担保权构成

民法典第641条第2款规定,出卖人保留的所有权未经登记,不得对抗善意第三人。有观点认为,民

法典在所有权保留买卖制度中引入了登记,所以从功能上讲保留的所有权实质上属于“可以登记的担保权”。<sup>⑦</sup>笔者认为,所有权保留的登记对抗无法必然推导出担保权构成,但可以为此提供佐证。

首先,仅凭登记对抗无法推导出被保留的权利一定是担保权。原因在于,登记对抗并非一定挂钩于动产担保。现行法下,物权的设立和变动采用登记对抗制度的,除动产抵押外,还有机动车等特殊动产物权的设立和变动、土地承包经营权的变动以及土地经营权和地役权的设立。这些登记对抗制度均是动产抵押的登记对抗平行的制度。如果只是孤立地解释民法典第641条第2款,逻辑上在所有权构成下也可以顺畅解释此处的登记对抗,即所有权保留情形出卖人享有的所有权,虽然还是所有权,但因为是隐蔽的所有权,所以未经登记不具有对抗第三人的效力。对于所有权人而言,隐蔽的所有权存在该权利被第三人善意取得的风险;对于交易第三人而言,隐蔽的所有权也会增加交易成本和不确定性。登记制度可以解决这两个痛点,从而即便在所有权构成下,也不妨碍为保留的所有权配置登记对抗制度。

其次,不可否认,民法典立法工作者对于所有权保留制度配置登记对抗,的确是因为“人们逐渐认识到被保留的所有权并非一个真正的所有权,在各个属性上与担保物权越来越接近。据此……增加本条第2款的规定……是因为整个民法典所期望实现的目标之一是消灭隐形担保”。<sup>⑧</sup>立法者的主观意图并非是在真正所有权而是在实质担保权上配置登记对抗,以与动产抵押的登记对抗一体化处理。<sup>⑨</sup>此种将所有权保留和动产抵押一体化处理的想法,更加明确地体现于“担保制度解释”第67条中。按照该条,对所有权保留买卖中登记对抗的理解,应参照该解释第54条的规定处理。该解释第54条规定的就是动产抵押情形未经登记不得对抗的善意第三人的范围。司法解释的起草者在阐释该解释第67条时明确表示,所有权保留交易中出卖人对标的物的所有权实际上已经“功能化”为担保权,不再是民法典物权

编意义上的所有权,其权利内涵更接近于动产抵押权这一定限物权。因此,在所有权保留买卖中,就出卖人的所有权未经登记不得对抗的善意第三人的范围及其效力,参照该解释第54条关于动产抵押解释的规定处理。<sup>⑩</sup>

## (二)“多退少补”与担保权构成

以所有权构成还是担保权构成定位所有权保留,会在标的物价值“盈余”的归属上存在区别,即转卖标的物换取的金额减去买受人所欠价款和相关费用后的余额,究竟归买受人还是出卖人。<sup>⑪</sup>在所有权保留的所有权构成下,因真正的所有权尚属于出卖人,从而标的物被“执行”后剩余的利益应归于出卖人;而在担保权构成下,因真正的所有权已经移转于买受人,出卖人享有的只是担保权,从而其通过执行标的物满足债权后,标的物的剩余利益应归于买受人。<sup>⑫</sup>民法典第643条第2款对所有权保留场合的“多退少补”有明确规定:“出卖所得价款扣除买受人未支付的价款以及必要费用后仍有剩余的,应当返还买受人;不足部分由买受人清偿。”由此反推,民法典下的所有权保留交易中被保留的所有权实质上并非所有权,而是担保权。<sup>⑬</sup>但在对此得出肯定结论之前,须对所有权构成下是否存在可以合理解释此“多退少补”的方案作逐一检验。

### 1. 所有权构成下的解释方案一:损害赔偿与解除后返回价款的冲销结果

有观点认为,在所有权保留交易中,被出卖的物取回后是出卖人的所有物,出卖人转卖所得的价款应归出卖人。但转卖所得价款与原买卖合同约定价款间的差额,应视为买受人应向出卖人给付的标的物使用代价和损害赔偿。同时,由于该观点认为转卖时买卖合同已被解除,出卖人应将已收取的价款归还买受人,即买受人与出卖人互负义务,从而应将“转卖所得与原价款之间的差额”与“已收取价款”两相对比,若前者超过后者,则买受人有义务补足(即“少补”);若前者低于后者,则出卖人有义务将多出部分退回(即“多退”)。<sup>⑭</sup>例如,原买卖价款为100元,买受人已支付40元(即尚欠价款60元)时违约,出卖

人取回后转卖标的物所得为70元。此时买受人应向出卖人给付的标的物使用代价和损害赔偿为30元(即 $100-70$ ),而出卖人应返还买受人已支付价款40元,两相抵消后,出卖人有义务向买受人返还10元(即 $40-30$ )。而如果忽略取回和转卖等费用,此例中按照民法典第643条第2款出卖人应退还的金额(“多退”)亦为10元,即尚欠价款与转卖所得之间的差额( $70-60$ )。但此种解释方案存在如下缺点:

首先,此种解释方案的核心在于将转卖所得与买卖价款之间的差额视为买受人应给付的使用代价和损害赔偿的总和,其逻辑前提是违约损害赔偿中的履行利益正好等于原价款。但问题是此“正好等于”并非在任何情况下均适用。一是忽略了出卖人的其他可得利益。例如,如果买受人及时支付价款,则出卖人可以实现其他获利更多的机会,若此也可被认定为买受人订立合同时可预见,则买受人也应对此予以赔偿。此时的履行利益便会超过原价款。二是忽略了出卖人遭受的其他损失,例如因取回和转卖而花费的必要费用。在出卖人的履行利益与原价款并非完全相等的情形,此种解释方案无法得出与民法典第643条第2款规定之“多退少补”相同的结果。

其次,在标的物嗣后增值的情形,此种解释方案的后果也与民法典第643条第2款中的“多退少补”不符。假设上例中出卖人取回后转卖标的物所得为120元,由于此转卖所得高于100元的原始买卖价款,按照此种解释方案出卖人只需返还已支付的价款40元;但按照民法典第643条第2款中的“多退少补”,出卖人则应返还60元(即 $120-60$ )。两者并不相等。<sup>⑮</sup>

再次,该解释方案也与“担保制度解释”第64条第2款第2句不符。该解释方案的前提是买卖合同已被解除,合同解除的后果是标的物复归出卖人,出卖人有权利但无义务转卖标的物。而根据“担保制度解释”第64条第2款第2句,出卖人即便有权基于民法典第642条取回标的物,但买受人以抗辩或反诉的方式主张拍卖、变卖标的物的,人民法院应一并处理。此处的一并处理应被理解为,即使出卖人满足

取回标的物的实体要件,人民法院也不能支持出卖人取回标的物的诉讼请求,而应判决对标的物进行拍卖、变卖并以所得价款偿还买受人所负债务。<sup>⑥</sup>这显然与合同解除后的结果相冲突。

2. 所有权构成下的解释方案二: 出卖人抛弃所有权保留后就物求偿

所有权构成下对“多退少补”的另一种解释方案,是将保留卖方取回买卖标的物后再将其出售的行为,视为其对所有权保留的抛弃,<sup>⑦</sup>或曰抛弃其所有权或放弃处分行为所附的停止条件。此抛弃导致买方取得所有权,进而卖方便可对标的物进行强制执行,并在标的物价值高于所欠款项(加上相关费用)时,卖方有义务将盈余转交买方,反之则买方有义务补足不足部分。

对于在所有权保留买卖交易中乃至在所有法律行为附条件的情形,所有权保留或法律行为所附条件可否被单方抛弃或放弃,在汉语法学界虽有零星提及,但几无进一步讨论。<sup>⑧</sup>此点在德国亦存在争议。德国主流学说和司法判例均认可保留卖主单方抛弃其所有权。德国法院最早是为了解决“不可执行自己所有之物”的问题,认可保留卖主可单方抛弃对所有权的保留,从而使其可以对买卖标的进行强制执行。<sup>⑨</sup>之后,德国法院将此观点扩张适用于其他交易,允许单方放弃处分行为所附条件,但对于负担行为所附条件,则须通过合同方式为之。不过对该主流学说的批判一直不绝于耳:一是不能将所有权强加到保留买主头上,保留买主可能对在特定时间成为所有权人具有利益;<sup>⑩</sup>二是此种放弃涉及对有拘束力之处分合意的更改,从而需要通过合同方式为之,只是对买方有利并不足以导致合同方式无关紧要。<sup>⑪</sup>德国晚近也有观点指出,允许单方放弃处分行为所附条件的做法,实际是为了解决特定案型中的问题发展而来,而现在已无此类必要。<sup>⑫</sup>对于我国法而言,假设采所有权构成解释民法典下的所有权保留,亦不可允许保留卖主单方抛弃该所有权或放弃处分行为所附的条件。首先,德国少数说反对保留卖主单方放弃所有权保留的论据,可资赞同。其次,

抛弃所有权的后果是物变成无主物,其他人再取得该物之所有权应为原始取得,而非特定主体因所有权人之抛弃而继受取得所有权,所以保留卖主并非对所有权的抛弃,而是对所有权“保留”或曰处分行为所附之条件的放弃。再次,我国法下的债务免除、真正利益第三人合同以及债务加入的情形,都规定受益人可在合理期限内拒绝,也即在私法自治原则下不得强迫别人获得所谓利益,如果允许保留卖主单方放弃所有权保留或处分行为所附条件,则有违此精神。最后,假设在所有权构成下认可卖方单方放弃所有权保留,那么卖方在放弃后就变为买方的普通债权人,无论其是否已经登记,都无法对抗在其放弃之前就在该标的物(或期待权)上设定担保的买方的其他债权人,这种后果很难说符合卖方在通常情形的真实意图。

3. 所有权构成下的解释方案三: 允许保留卖主强制执行尚属其所有的标的物

德国主流学说认可所有人得扣押并强制执行自己所有的财产。<sup>⑬</sup>德国法下,保留卖主有权在取得针对价款请求权的执行名义后,对被保留所有权的买卖标的物本身进行扣押。德国民事诉讼法第811条第2款专门规定,在所有权保留卖主为执行价款债权而扣押买卖标的物的情形,该条第1款中的某些禁止扣押事由不适用。但实际上,允许保留卖主扣押被保留所有权的买卖标的物,并非基于实体法而是出于程序法理由。实体法上其实不存在执行自己所有之物的理由。程序法上对此最主要的理由是,如果不允许保留卖主扣押买卖标的物本身,将会导致实体问题被转移到执行程序中处理。<sup>⑭</sup>也即,若非如此,执行法官就要对保留卖主是否享有所有物返还请求权等实体问题进行判断,而此等问题应通过审判程序予以判定,不属于执行法官的权限范围。而且,扣押只是涉及对标的物的控制,从而扣押自己所有之物在强制执行法层面也不应该存在障碍。<sup>⑮</sup>然而在德国法下,保留卖主扣押和变价尚属于自己所有的标的物,并不意味着变价后的所得可以用来满足其价款债权,而是会导致合同解除的法律后果。

按照德国主流学说,最迟至被扣押标的物在执行程序中被变价时,扣押以及执行该标的物会被视为保留卖主行使了合同解除权。<sup>⑨</sup>合同解除的后果是买卖价款请求权消灭,虽然变价所得应归保留卖主所有,但保留卖主应返还收到的价款。

因此,即便德国主流学说认可的保留卖主扣押和强制执行买卖标的物这种做法可被我国借鉴,变现也并非用于满足价款债权,而是用来满足合同解除之后的损害赔偿等,从而此方案也存在前文所分析的“解释方案一”所具有的弊端。

#### 4. 小结:担保权构成能够顺畅解释“多退少补”

所有权构成下的各种解释方案都无法合理解释民法典第643条第2款中的“多退少补”规则。在担保权构成下,该规则是执行担保物后顺理成章的结果。

#### (三)购置款超级优先权的适用与担保权构成

“担保制度解释”第57条第1款第1项将所有权保留交易纳入民法典第416条的适用范围,确凿无疑地表明该司法解释将所有权保留买卖中被保留的所有权理解为担保权。民法典第416条规定的购置款担保权,规范目的在于破除在先之浮动抵押的垄断地位。<sup>⑩</sup>在先之浮动抵押的垄断地位产生于两点:一是浮动抵押覆盖债务人未来取得之财产;二是按照登记时间先后对抵押权排序。基于这两点,债务人未来取得的财产会被排序在前的浮动担保所覆盖,导致债务人的供应商在该标的物上只能享有后顺位的担保权,从而削减其向债务人赊销的动力。民法典第416条作为第414条第1款的特别规范,突破该款按照登记时间对担保权排序的规则,规定如果担保购置款的担保权在债务人取得赊销动产后的10日内登记的,则其优先于债务人的其他担保物权人。

“担保制度解释”第57条第1款第1项的规定说明,该司法解释起草者认为在所有权保留交易下,买受人在标的物交付后便“取得”了标的物,成为实际所有人。否则,在标的物尚未构成买受人之财产时,其不会成为在先之浮动抵押的标的,也就根本不用依民法典第416条的特别规则破除在先之浮动抵押

的垄断地位。其实,购置款担保权超级优先制度本来就是将所有权保留和融资租赁认定为担保权益之功能性定位的后果。<sup>⑪</sup>

(四)对担保权构成的进一步论证和对潜在反对观点的回应

#### 1. 担保权构成的优势

上文主要从现有规则出发,论证现行法下所有权保留的担保权构成。在此进一步说明担保权构成的优势。

首先,所有权保留的担保权构成有利于物尽其用。在担保权构成下,买受人在标的物交付时便取得所有权,进而可进行有权处分,例如加工、为他人设定担保、转让等(此时对于保留卖主利益的保护适用相关一般性的担保权规则)。<sup>⑫</sup>在所有权构成下,例如在德国,为实现此种效果必须嫁接期待权制度。德国判例学说发展出一整套买受人期待权规则,例如期待权的转让、在期待权上设定担保、期待权的善意取得等。虽然我国学界也可借鉴德国的期待权构造,但这一整套复杂的构造能否被我国司法实践普遍接受和遵循,十分存疑。

其次,所有权保留的担保权构成更便于实现出卖人的经济意图。绝大多数出卖人订立买卖合同的最主要目标是出售标的物赚取利润,约定所有权保留是以之作为担保措施,在买受人违约时可执行该担保以获取价款的支付。在所有权构成下,合理的做法应是只有合同被解除后保留卖主才可取回标的物,否则会造成对买受人的不公。在买受人已经支付了部分甚至大部分价款的情形,合同未被解除之时出卖人不必返还已受领价款,而如果此时出卖人可基于保留的所有权取回标的物,那么买受人便可物财(标的物 and 已支付的价款)两空。

实际上,在一百多年前的德国,确实存在此种对买受人的不公。德国立法者因此在1894年制定德国分期付款买卖法,该法第5条规定,出卖人基于分期付款买卖中的所有权保留取回标的物的,视为合同被解除。<sup>⑬</sup>类似地,现行德国民法典第449条第2款规定,出卖人只有解除买卖合同后,才可基于所有权

保留请求返还标的物,且对于保留卖主的解除权,法律没有必要设置不同于一般解除权的要件。<sup>④</sup>因而在所有权构成下,如出卖人解除合同的条件不满足,则其无法取回标的物,只能作为一般债权人主张无担保的价款债权。若在我国法下,假设买方已支付74%的价款,剩余26%价款陷入迟延,此时很难认为买方迟延履行主要债务或陷入根本违约,在所有权构成下保留卖主就无法取回标的物,这26%的价款债权便成为无担保的一般债权。须知,26%的价款往往已经远超出卖人通常可从买卖合同中获得的利润。而在担保权构成下,上例中保留卖主可通过执行担保权来满足该26%的价款请求权。

## 2. 对潜在反对观点的回应

或有论者以民法典第641条第1、2款的明确措辞,认为民法典采取的是所有权构成,在约定的条件满足前,至少形式上所有权还是属于出卖人。但上文分析表明,民法典第643条第2款中的“多退少补”以及“担保制度解释”第57条第1款第1项确认购置款超级优先权制度也适用于所有权保留,无疑表明民法典以及“担保制度解释”中规则的实质是采担保权构成说。在规则实质和条文措辞存在冲突时,笔者认为应该更重规则实质而非措辞。

但是,如前所述,现行司法解释中的一些规定也体现了所有权构成。当存在体现不可调和之矛盾立场的不同条文时,解释者只能基于相应的法律解释原则选择其中一个立场。笔者在此遵循的法律解释原则,一是民法典优先于司法解释;二是实质的后法优于前法。据此,在民法典、“担保制度解释”的立场与2020年“查扣冻规定”、2020年“破产法解释二”、2020年“买卖合同解释”的立场之间,应当认定民法典和“担保制度解释”的立场优先。毕竟这两者均是全新起草,更能体现规则制定者的最新意志,而后三个司法解释虽然在民法典通过后也经过了最高人民法院的清理,但或许由于时间压力,或许由于尽量保留既有规定的保守做法,清理过程中工作者虽然也认为民法典下的所有权保留已被担保化,<sup>⑤</sup>但对于旧法相关规定的主干与框架并未按照民法典的实质精

神彻底清理。后文在相关部分将对司法解释中看似体现所有权构成的规定作逐一分析。

## (五) 出卖人保留担保权而非买受人为出卖人设定担保权

上文论证民法典所有权保留下被保留的所有权实质为担保物权。笔者进一步认为,若无当事人特别约定,则该担保权的产生方式为保留担保权。在买卖标的物交付给买受人时,出卖人保留了针对标的物的价值优先受偿的权利,其移转给买受人的所有权本身就负担担保权,而非所有权移转给买受人后,买受人再为出卖人设定担保权。

与设定担保权相比,保留担保权的构造更符合当事人意思。双方只是约定所有权保留,不存在买受人为出卖人新“设定”担保权的合意。双方的合意内容是出卖人保留一项权利,形式上双方约定的是保留所有权,但实质上双方意图用此所有权实现担保功能。现行法更尊重此担保实质,将此被保留的权利认定为担保权。而且,买受人设定担保权的构造可能产生荒谬的结果。例如,所有权人张三将物交由甲保管,甲将之作为自己之物出卖并交付给乙,并与乙约定所有权保留。如认为是乙先取得所有权然后给甲设定担保权,那么因乙取得占有时为善意,所以即使甲为无权处分,乙也可善意取得。进而乙再给甲设定担保权便是有权处分,而甲即使明知此物属于张三,也可基于乙的有权处分取得担保权。<sup>⑥</sup>如将民法典下的所有权保留解释为担保权保留,则因甲是无权处分且为恶意,其无权保留和取得此担保权。

保留担保权的做法在比较法上早有成例。在中世纪的德语地区,就发展出了保留担保权的构造。<sup>⑦</sup>保留真正的所有权和保留担保权这两种构造都被冠以“所有权保留(pactum reservatio domini)”之名。<sup>⑧</sup>《美国统一商法典》(以下简称“UCC”)第2-401节(1)规定,卖方对交付给买方的货物保留的所有权,在效果上被限定为保留担保权益。《欧洲私法统一框架参考草案》(以下简称“DCFR”)一方面规定了真正保留所有权的“保留所有权工具”(retention of ownership

device, DCFR IX. -1: 103), 另一方面也规定了通过保留担保权来创设担保权(DCFR IX. -2: 101)。在DCFR中,保留所有权与保留担保权的区别是,在前者卖方只能通过解除合同而取回标的物,这也意味着其丧失了价款请求权,进而不存在“多退少补”(DCFR IX. -7: 301);而在后者卖方可通过执行标的物上的担保权来满足价款请求权,存在“多退少补”。在DCFR中,选择保留担保权还是保留所有权由当事人决定。

DCFR其实是一方面规定了德式所有权保留,即所有权构成下的所有权保留;另一方面规定了美式担保权构成下的担保权保留。两者各有一套配套规则。后者的配套规则与我国民法典第641-643条规定的所有权保留规则(例如“多退少补”规则)非常相似。我国立法者当然可以考虑同时规定德式所有权保留和美式担保权保留供当事人选择。但既然我国民法典第641-643条实质体现的是担保权保留,现行法下也不存在与德式所有权保留相配套的规则,那么对于现行法的解释就只能选择担保权保留的方案了。

## 二、民法典所有权保留之担保权构成的历史渊源

民法典中的所有权保留实质上采担保权构成说,可通过历史梳理予以进一步证成。

### (一)原民法通则与合同法

原民法通则第72条第2款允许当事人另行约定所有权移转的时间。“民通意见”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。”这两条可被视为允许所有权保留交易之规定。原合同法第134条进一步明文规定了所有权保留制度。在此阶段,文献中虽然出于对物权行为的不同态度,对所有权保留的构造观点不一,但基本是基于形式主义阐释所有权保留交易,认为被保留的所有权为真正的所有权。<sup>⑤</sup>2004年与2008年“查扣冻规定”对所有权保留也采所有权构成。

### (二)“买卖合同解释”

2012年“买卖合同解释”详细规定了所有权保留

制度。该司法解释主要借鉴我国台湾地区“动产担保交易法”中的附条件买卖制度,在原合同法第134条的基础上,引入了卖方取回权与买方回赎权,并规定出卖人转卖后的“多退少补”。关于取回权,该解释第35条与我国台湾地区“动产担保交易法”第28条基本一致;关于出卖人将标的物转卖后的“多退少补”,该解释第37条与我国台湾地区“动产担保交易法”第30条结合第20条基本一致。而我国台湾地区“动产担保交易法”基本是对UCC之前的《美国统一附条件买卖法》(以下简称“UCSA”)的直接继受。<sup>⑥</sup>梳理UCSA下的附条件买卖制度,亦可揭示我国民法典下的所有权保留实质上采取了担保权构成。

1918年UCSA采纳的是附条件买卖的动产抵押说。该法的起草者、几乎所有的美国统一州法委员全国会议商法委员会<sup>⑦</sup>成员以及美国统一州法委员全国会议大部分成员均认为,动产抵押和附条件买卖的适用规则应尽可能一致。这体现在该法的诸多方面:

第一,取回权。<sup>⑧</sup>该法起草人博格特(Bogert)认为,“附条件买卖的本质是卖方保留货物所有权作为价款支付的担保”,如果买方违约,则卖方有权通过取回货物的占有以使其执行担保。<sup>⑨</sup>在该法下,出卖人取回并非解除合同,而相当于对抵押回赎的终止。取回权是执行担保的一种权利,以迫使买方履行价款支付义务。取回的最终后果并非让卖方获得占有以及所有,而是卖方在取回后必须转卖标的物,<sup>⑩</sup>此如同动产抵押情形抵押权人终止抵押回赎一样。<sup>⑪</sup>

第二,回赎权。该法对于回赎的规定,<sup>⑫</sup>就是基于对动产抵押说的采纳。正是由于美国的动产抵押中存在债务人的回赎权,该法在附条件买卖中也规定了回赎权。<sup>⑬</sup>

第三,“少补”。该法规定标的物被取回并转卖后,出卖人有权向买受人主张转卖所得不足以覆盖价款和其他费用的部分,<sup>⑭</sup>也是因为动产抵押的情形,抵押回赎权被终止后,抵押权人有权向债务人主张此不足部分。<sup>⑮</sup>基于附条件买卖的动产抵押说,卖

方取回并转卖标的物,转卖所得偿还价款等后,可向买方继续主张不足部分。<sup>④</sup>博格特评论道:“在附条件买卖的动产抵押说被采纳之处,支付不足的判决是当然之理。而且附条件买卖的动产抵押说正在越来越广泛地得到法院、立法和学者的支持。”<sup>⑤</sup>

第四,“多退”。正是基于附条件买卖的动产抵押权说,<sup>⑥</sup>该法的起草者对于出卖人取回并转卖标的物后应将转卖所得扣掉所欠价款及相关费用后的剩余部分返还给买方,<sup>⑦</sup>视为不言自明。<sup>⑧</sup>

我国台湾地区“动产担保交易法”中附条件买卖的所有规则,基本都可以在UCSA中找到对应条文。尤其是该法第30条规定,附条件买卖下的取回与回赎以及转卖后的“多退少补”均准用动产抵押相关规定。认定某交易在法律上的性质,其称谓是次要的,实质的法律后果是主要的。因此,在我国台湾地区“动产担保交易法”下,将附条件买卖中出卖人享有的权利解释为担保物权,本应顺理成章,但是我国台湾地区通说以德国法下的所有权保留以及买受人期待权等理论阐释“动产担保交易法”下的附条件买卖。<sup>⑨</sup>笔者认为,将“动产担保交易法”中的附条件买卖融入既有大陆法系概念体系或我国台湾地区现行法律体系,并不意味着必须采取德式保留真正所有权的构造。将附条件买卖下出卖人享有的权利认定为一种担保物权,也可以将其顺畅地融入既有的法律框架和教义体系之中,而且更符合我国台湾地区“动产担保交易法”的实质规则。

但是,我国台湾地区通说对“动产担保交易法”下附条件买卖交易的阐释,产生了巨大影响。例如,最高人民法院相关工作人员在阐释2012年“买卖合同解释”中的相关规则时,便明确表示因我国台湾地区通说认为所有权保留是所有权移转附停止条件,由于我国所有权保留制度借鉴自我国台湾,从而学说上也应作此理解。<sup>⑩</sup>2012年“买卖合同解释”关于所有权保留的规定,如同其间接借鉴的UCSA一样,其条文本身体现的是保留卖主享有担保物权。只是我国司法解释的起草者受我国台湾学说的误导,依旧在所有权构成下解释这些条文,乃至2013年“破产

法规定二”对所有权保留也采所有权构成。

### (三)民法典与“担保制度解释”

民法典第641-643条承继了2012年“买卖合同解释”中关于所有权保留的规定,从而间接继受的是UCSA之规定,这些条文实质体现的是所有权保留的担保权构成。由于民法典第388条新增“担保合同包括……具有担保功能的合同”,体现出立法者在动产担保领域的功能主义倾向以及结合民法典中新增的第414条第2款,以担保物权解释民法典中的所有权保留,可以顺畅解释这些条文。如前述所述“担保制度解释”则将民法典中的所有权保留制度彻底推入担保权构成的大门。该解释第57条第1款第1项第2种情形将所有权保留交易也纳入民法典第416条的适用范围,确凿无疑地表明该司法解释将所有权保留买卖中被保留的所有权理解为担保权。该解释第67条规定所有权保留情形的登记对抗效力参照适用动产抵押登记对抗的规定,也从侧面支持了民法典所有权保留的担保权构成。<sup>⑪</sup>

### 三、所有权保留担保权构成下的法律效果

担保权构成下的所有权保留的法律效果,首先是民法典第二编第四分编“担保物权”下第十六章“一般规定”中的所有规定(第386-393条),均适用于保留卖主保留的担保权。此外,担保权构成的定位会对保留卖主和保留买主的法律地位以及一系列体系上的细节产生影响。

#### (一)保留卖主的法律地位

##### 1. 保留卖主所享权利之具体权能

首先,无论在担保权构成还是所有权构成下,保留卖主将标的物交付给保留买主后,即丧失对标的物的使用和收益权能。其次,就占有权能而言,担保权构成下保留卖主既非直接占有人,也非间接占有人,只有在保留买主违约进而保留卖主执行担保时,保留卖主才可能重新取得对标的物的占有。最后,就处分权能而言,担保权构成下由于标的物在交付后其所有权已经移转于买受人,所以保留卖主无权对标的物进行再处分。关于保留卖主可否将标的物再行抵押,有观点主张原则上应排除之,<sup>⑫</sup>而有观点

则认为不必排除之,但由于保留买主在条件成就时将取得所有权,所以即使理论上承认保留卖主在标的物上可以为第三人设定担保,该第三人也无法执行标的物。<sup>⑤</sup>笔者认为,在担保权构成下,由于标的物所有权在交付时已移转于买受人,保留卖主无权在标的物上再行设定担保。

## 2. 保留卖主的取回权

民法典第642条第1款承继2012年“买卖合同解释”第35条,规定在特定条件满足时保留卖主可取回标的物。与动产抵押等担保物权相比,所有权保留买卖中保留卖主的取回权是一个独特的制度,即使在担保权构成下,也有详细考察的必要。汉语民法学界对此取回权性质的讨论,大多是在王泽鉴先生《附条件买卖买受人之期待权》一文<sup>⑥</sup>所介绍之学说争议的基础上展开的。下文在既往讨论的基础上,重点结合民法典中相关规定的体系解释和历史解释,对取回权行使的性质、条件和效果进行分析。

### (1) 取回权行使的性质

既往学说中,有认为行使取回权为合同解除者,<sup>⑦</sup>但此说缺陷甚为明显。该说与我国民法典第643条有两点冲突:一是与买受人的回赎权相冲突。假如取回构成合同解除,则在出卖人取回标的物后,买受人无权再要求回赎标的物,而民法典第643条第1款明文规定了买受人的回赎权。二是与转卖后的“多退少补”规则相冲突。依“少补”,标的物被转卖后,转卖所得如不足以覆盖买受人所欠价款及相关费用,买受人的价款支付义务继续存在,但如果取回构成解除,则买受人的价款支付义务因合同解除而消灭。<sup>⑧</sup>而转卖后的“多退”,说明此时标的物依旧属于买受人,但合同解除将导致标的物成为出卖人的所有物,进而导致转卖后的“剩余”不应归买受人而应归出卖人。

我国台湾有学者就取回的性质主张附法定期限的解除权说。<sup>⑨</sup>依此见解,出卖人取回标的物时合同尚未解除,回赎期经过而买受人不回赎的,合同才被解除。合同解除后双方应负恢复原状之义务,出卖人应将收到的价款返还给买受人,买受人应对使用

标的物的代价以及因违约所致的损害赔偿负责。在该说框架下,民法典第643条第2款规定的“多退少补”是合同解除后出卖人的价款返还义务与买受人的标的物使用代价和赔偿责任之间相互冲销的结果。前文论及,此说因不符合民法典以及“担保制度解释”的相关规定,不应被采。

王泽鉴先生对于取回采就物求偿说,认为取回为出卖人就物求偿价金债权的特别程序,其内容与强制执行基本无异,取回类似于查封,而买受人的回赎类似于撤销查封,出卖程序类似于强制执行中的拍卖。<sup>⑩</sup>笔者赞同就物求偿说。在所有权保留的担保权构成下,民法典第642条规定的取回是一种执行担保权的方式。在符合民法典第642条第1款规定的取回权要件后,出卖人首先可以和买受人协商取回,协商不成的,可直接通过民事诉讼法中执行担保权的特别程序实现担保权(民法典第642条第2款以及“担保制度解释”第64条第1款),<sup>⑪</sup>但在此程序中如保留买主(担保人)提出实质异议,则该执行申请会被驳回(《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》,法释[2022]11号,第370条第3项)。另外,“担保制度解释”第64条第2款也确认了担保权人可以通过诉讼程序取回标的物,此亦是民法典第642条第1款的应有之义。应提及的是,对于抵押等一般的担保物权,“担保制度解释”第45条第1款允许当事人约定担保物权人自行拍卖、变卖担保标的,按照该解释起草者撰写的相关释义,担保权人不得采取暴力手段私力救济取回标的物来实现担保物权,<sup>⑫</sup>但似乎并不禁止担保物权人依照约定和平取回标的物。因此,在存在相关约定的抵押权情形,在取回标的物这一点上,其实际效果与所有权保留情形出卖人行使取回权几乎相同。

### (2) 行使取回权的条件

就取回权的触发条件,因对民法典第642条第1款第1、2项之规定不存在重要疑问,故本文从略。但该款第3项规定了“将标的物出卖、出质或者作出其他不当处分”作为取回权的触发条件,此项规定似与所有权保留的担保权构成相冲突,应予讨论。在担

保权构成下,因标的物被交付后所有权已经移转于保留买主,从而保留买主在取得所有权后也应有处分标的物,包括出卖、出质或作其他处分如设定抵押等。保留买主将标的物出卖、出质或作出其他处分,本不构成违约,也就不应被设定为触发取回权的条件,为何该项还是有此规定?

从该条的立法演变史可知,民法典第642条第1款承继了2012年“买卖合同解释”第35条第1款,而该款仿自我国台湾地区“动产担保交易法”第28条第1款。后者中的“将标的物出卖、出质或为其他处分者”,显然继受自UCSA第13条。该条规定了买受人未经事先通知而移动、出卖、抵押或以其他方式处分标的物时出卖人的取回权,构成了民法典第642条第1款第3项的比较法来源。

UCSA第13条的大意是:首先,除当事人另有约定外,买受人本有权未经出卖人同意移动或处分(如出售或抵押)标的物。其次,买受人将标的物移出相关登记处的管辖区域,或出售、抵押或以其他方式转让标的物的,应提前10日通知出卖人,通知内容包括标的物被移至的地点以及转移时间,或受让人或抵押权人的名称和地址。再次,买受人违反该通知义务的,出卖人可立即取回标的物。该条的规范意旨在于:首先,如买受人将标的物从A州移动到B州,由于各州分散登记,从而潜在第三人查询B州的登记簿时将无法查询到该标的物上存在附条件买卖。如果卖方提前10日得到通知,其可以(基于该法第14条)在该10日内在B州重新登记,以维持附条件买卖的对抗力。其次,如标的物被出售、抵押<sup>⑤</sup>或以其他方式处分,也会存在类似问题,保留卖主也有必要追踪标的物并采取例如重新登记等风险防范措施。<sup>⑥</sup>因此,买方提前通知卖方这些情况非常必要,UCSA第13条对于买方违反该通知义务的处罚是将此视为违约,可触发卖方的取回权。换言之,该条并不禁止买受人出让或以其他方式处分标的物。<sup>⑦</sup>该条所规定的取回权触发条件,是买方违反了事先通知义务,可能导致卖方无法重新登记标的物上的附条件买卖,致使其在标的物上的权利丧失针对潜在第三人

的对抗力。

基于民法典第642条第1款第3项的上述比较法和历史渊源,就该项的解释而言,“将标的物出卖、出质或者作出其他不当处分”应被解释为只有“不当的”出卖、出质或其他处分“造成出卖人损害”时,保留卖主才可取回标的物。进而,应将不当处分造成出卖人损害,解释为买受人的出卖或出质等会导致出卖人保留的担保权存在无法执行或丧失对抗力等危险。买受人不提前通知出卖人就对标的物进行处分并移转占有,便可能构成此情形。而买受人在标的物上设定动产抵押且不移转标的物占有的,虽未提前通知出卖人,一般不会满足民法典第642条第1款第3项。之所以不必等待风险实现出卖人便有权根据该第3项取回,是因为只有在危险变为现实前,允许出卖人取回才有意义,危险变为现实后,取回便无可能。危险变为现实的情形,例如标的物不知所踪,或者标的物被买受人转卖给张三后,张三再将标的物转卖给李四,因李四检索张三名下的登记无法发现出卖人保留的担保权,其便可以无负担地取得标的物所有权。当然,正常经营买受人规则适用的情形,不应构成买受人的不当处分。在立法论上,此取回权条件应被纳入担保财产保护的制度框架中。

2012年“买卖合同解释”第36条第1款规定,在买方已经支付标的物总价款的75%以上时,卖方不得取回标的物。该款规定的主要考虑是:(1)价款已经支付75%以上,则出卖人的利益已经在很大程度上实现,不取回不会对出卖人利益产生重大影响。而取回以及相应的赎回制度构造复杂,运行成本较高,所以没有必要取回。(2)价款已经支付75%以上,则买受人的期待利益相对更重要。(3)出卖人即便不享有取回权,也可采取其他救济方式,例如主张支付价款或解除合同等。<sup>⑧</sup>此价款支付75%以上排除取回权的做法,后被2013年“破产法规定二”第35条和第37条吸收。

笔者认为,在民法典对所有权保留实质上采担保权构成、取回只是担保执行的一种方式背景下,即使价款已支付75%以上,不允许保留卖主通过取

回权执行担保,仍无道理。<sup>⑧</sup>2012年“买卖合同解释”作出该规定的几个理由,至少在民法典的背景下都无法立足。首先,即使仅欠5%价款,也可能意味着保留卖主在此次交易中的利润无法实现,对于保留卖主的利益影响不可谓不大。虽然取回加回赎的机制较为烦琐,但民法典第642条第2款规定取回参照适用实现担保物权的特别程序,可以在很大程度上缓解这一问题。其次,认为价款支付75%以上时买受人的期待利益相对更重要,应是受所有权构成下保留买主期待权理论的潜在影响,<sup>⑨</sup>但并不符合担保权构成下保留卖主与保留买主之间的利益状态。再次,虽然出卖人在不享有取回权时依然可以行使其他请求权作为救济措施,但这些请求权并无担保保障,本质上是普通债权。

按照民法典立法机构工作人员编写的民法典释义书,基于已支付价款的比例限制取回权,在买受人违约的情况下,合理性不足;且此做法与民法典第416条规定的购置款超级优先权规定不相吻合,从而民法典并未采纳此做法。<sup>⑩</sup>因此,民法典通过后,价款支付超过75%则保留卖主无权取回的规则,本不应被延续。然而,在2020年“买卖合同解释”第26条第1款以及2020年“破产法规定二”第35、37条中,此规则却被延续下来。笔者建议最高人民法院尽快废止此规则,废止前的解释论方案可以是:价款支付超过75%的,出卖人不得行使取回权,即不能通过取回及回赎期经过后转卖的方式执行担保,但仍可参照担保物权的实现程序,对标的物进行变价并优先受偿。<sup>⑪</sup>

## (二)保留买主的法律地位

### 1. 保留买主在交付时即取得所有权

德国法上,为了让所有权构成下的所有权保留物尽其用,让保留买主在未取得所有权时也可以利用标的物进行再融资乃至处分标的物上的利益,需要嫁接期待权制度。该期待权是所有权的“缩小型”(Minus des Eigentums),买受人可以转让该期待权或在其上设定担保,该期待权也可以被善意取得。<sup>⑫</sup>在我国民法典所有权保留的担保权构成下,保留买主期待权理论应被抛弃。由于买受人在标的物交付后

即取得所有权,所以买受人自然可以对该标的物进行处分,例如将其转让或在其上设定担保。买受人转让该标的物时,应与转让动产抵押标的物一体处理,准用民法典第406条与第404条,包括适用“担保制度解释”第56条第2款第2句。在买受人在标的物上设定担保的情形,买受人为第三人设定的担保权与保留卖主保留的担保权之间的关系,应适用民法典第414条第2款。<sup>⑬</sup>

### 2. 保留买主的回赎权

民法典第643条第1款规定了买受人的回赎权。出卖人取回标的物后,在双方约定或出卖人指定的合理期间内,买受人可通过消除取回事由而回赎标的物。理解本条中的回赎权,需要基于法史和比较法理清其渊源。

民法典第643条第1款规定的回赎权,承继的是2012年“买卖合同解释”第37条第1款,后者乃是借鉴我国台湾地区“动产担保交易法”第18条,<sup>⑭</sup>从而间接继受了UCSA第17、18条。根据UCSA的规定,若出卖人事先催告,在催告期间内买受人不履约的,买受人丧失回赎权;若出卖人未事先催告,则出卖人取回后买受人有权在10日内回赎。回赎制度的初衷是给予买受人通过纠正其违约行为而重新获得标的物的机会。在百年前的美国普通法上,附条件买卖情形下的买受人不享有回赎权。<sup>⑮</sup>UCSA对回赎的规定,是由于美国动产抵押中存在债务人回赎权,因而该法在附条件买卖中也规定了回赎权。<sup>⑯</sup>而美国动产抵押中之所以存在回赎制度,是因为在历史缘起上,英美法下的抵押制度是债务人将财产移转给债权人作为担保(此与大陆法系的让与担保制度极其类似)。如果抵押人在规定时间内不偿还债务,则抵押财产便终局地归抵押权人所有,而债务人因此丧失的财产在价值上可能远超债务金额,此于债务人过于严苛,英国衡平法院故此赋予债务人回赎权。<sup>⑰</sup>

在理清回赎权的渊源后,如何在法政策上评价所有权保留乃至整个动产担保领域的回赎权?UCC第九编的起草者之一吉尔莫(Gilmore)曾对回赎权提出质疑,认为保留债务人回赎的权利只会增加担保

权人执行担保时的麻烦和费用。虽然20世纪美国起草的所有动产和权利担保的法律(包括UCC第九编)基本都规定了债务人的赎回权,但此只是基于难以除去的历史负担,只是17世纪权利的“残魂”。<sup>③</sup>笔者认为该观点值得商榷。赎回是债务人通过履行债务而阻却担保权的执行,此种意义上的赎回对各方均无不利,法律不应否定之。首先,即便在债务人违约后,逻辑上只要债权债务关系没有终止(如解除),债务就仍存在,债务人当然可以履行自己的债务,即便担保执行程序已经启动,亦是如此。其次,赎回机制只要不妨碍债权人执行担保,就不会增加债权人的负担,也符合债权人的利益,因为赎回就是债务人通过清偿来满足债权人的债权。再次,虽然实践中债务人很少利用赎回机制,但赋予其该权利亦无损他人利益,尤其是赎回未必仅债务人可为之,很可能第三人(例如后顺位的担保权人)对赎回的利益更大。因此,在担保物权体系中,法律不应否定合理的赎回机制。

合理的赎回机制应不妨碍担保权人正常执行担保,即担保权人不必要在特定期间内坐等担保人赎回。因此,民法典第643条第1款专门规定赎回期之必要性不足。既然出卖人取回标的物是就物求偿,且一般而言取回的前提是出卖人催告后无果(民法典第642条第1款第1项),那么出卖人取回后,就没有必要在特定的赎回期内再等待买受人赎回。更妥当的做法是不规定赎回期,而是只要作为担保物的标的物没有被执行完毕,担保人都可以赎回,担保权人也未必在特定期间内只能等待而无所作为。在立法论上,笔者建议删除所有权保留下的赎回规定,而在担保实行制度下统一规定之。<sup>④</sup>

以上立法论建议对解释论的启示是,首先,出卖人按照民法典第643条第1款指定的期间不必很长。UCSA和我国台湾地区“动产担保交易法”下的赎回期均为10日,我国民法典下的赎回期可短于10日。其次,赎回机制不应只适用于所有权保留交易,而应扩张适用于所有担保物权,在担保物被执行完毕前(即折价、拍卖或变卖的负担行为或处分行为生

效前),即便赎回期经过,债务人、担保人乃至该物上的其他担保人均可通过履行债务阻却对担保物的执行。最后,赎回权当然可被买受人(即担保人)放弃,<sup>⑤</sup>在赎回期为双方当事人约定的情形,或可视为买受人通过此约定放弃了赎回期经过后通过履行债务阻却担保执行的权利。<sup>⑥</sup>

### (三)强制执行中的所有权保留

所有权保留的担保权构成下,买受人取得标的物占有后,标的物便已构成买受人的责任财产。下文以此为起点,对所有权保留交易中标的物在强制执行程序中的命运作逐一分析。

#### 1. 出卖人之债权人的强制执行

2008年“查扣冻规定”第16条曾规定,保留卖方之债权人可查封、扣押所有权保留交易的标的物,保留买方如果要求继续履行合同,应在合理期限内向法院交付全部余款,之后法院应解除查封、扣押。此规定的原因是,当时该规定的起草者从所有权保留的所有权构成出发,认为标的物仍是卖方的所有物,从而卖方之债权人可强制执行该标的物,但在一定程度上平衡买受人的利益,允许买受人通过在合理期限内支付余款的方式解除该强制执行措施。<sup>⑦</sup>2020年“查扣冻规定”第14条基本维持了该做法,只是删除了2008年规定中买受人应“在合理期限内”支付余款的要求。尽管文字改动只此一处,但最高人民法院相关工作人员在民法典所有权保留担保化的背景下,在细节上对该第14条的理解与适用提出了相应建议。按照其观点,即便承认保留卖方的债权人有权查封、扣押、冻结标的物,法院也只能“活封”,而不能对财产予以处分,且应当允许买受人继续占有和使用标的物。而且,由于民法典将所有权保留担保化,所有权保留下的标的物类似于抵押担保中的抵押物,对其进行查封或扣押类似于抵押权人之债权人对抵押物进行查封、扣押。因此,如果出卖人之债权人只是查封、扣押所有权保留标的物,而没有就价款债权采取执行措施,便不能实现执行目的,因为在买受人未违约的情况下,法院不得处分该标的物。如果保留卖主的其他债权人就价款债权实施了

执行措施,那么买受人有义务将价款支付给该其他债权人,在价款债权由此而被清偿后,标的物上的查封、扣押措施应被解除。<sup>⑧</sup>

对2020年“查扣冻规定”第14条的以上解读,虽是立足于民法典下所有权保留的担保化,但并不彻底。按照担保权构成,出卖人保留的是担保权,标的物被交付后所有权移转给买受人,该标的物便脱离了保留卖主的责任财产,成为保留买主的责任财产。由此,保留卖主的债权人本已无权查封、扣押标的物,除非其针对价款债权获得了执行名义,为了执行价款债权而对作为担保物的买卖标的物采取执行措施。本条仍然允许保留卖主的债权人查封、扣押标的物,实际上有悖于民法典下所有权保留的担保权构成。其实,最高人民法院相关工作人员也意识到了这一点,所以其观点是法院不得处分标的物,在没有对价款债权取得执行名义时,仅此查封、扣押其实无法实现执行目的。笔者认为,2020年“查扣冻规定”第14条应被废止,在解释论上,目前应采取上述“活封”方案。

## 2. 买受人之债权人的强制执行

就保留买主之债权人查封、扣押、冻结买卖标的物,2020年“查扣冻规定”第16条对2008年规定第18条所作修改符合所有权保留的担保权构成,可兹赞同。

首先,根据2008年“查扣冻规定”第18条,只有在保留买主的债权人向保留卖主支付了剩余价款或保留卖主书面同意剩余价款从财产变价款中优先支付的,法院才可查封、扣押、冻结标的财产。2020年规定第16条第1句删除了该前提条件,直接承认保留买主的债权人可强制执行买卖标的物,修改理由是民法典下所有权保留的担保化使买卖标的物原则上成为保留买主的责任财产。<sup>⑨</sup>

其次,2020年“查扣冻规定”第16条删除了2008年规定第18条第2句中关于保留卖主解除合同的规定,取而代之的是在第16条第2句规定,在所有权保留已登记的情形,保留卖主可就财产变价款优先受偿。按照民法典第641条第2款、“担保制度解释”第

67条及第54条第3项,所有权保留未登记的,不得对抗买受人的强制执行债权人,其本义是已登记的所有权保留可对抗买受人的强制执行债权人。2020年“查扣冻规定”第16条第2句之前半句正体现了此点。

再次,如果保留卖主张取回已被保留买主之债权人查封、扣押的财产,2020年“查扣冻规定”第16条第2句规定,其应按照民事诉讼法的相关规定提出执行标的异议。保留卖主张取回标的物存在两种可能:一是基于民法典第642条行使取回权;二是基于合同解除权解除合同后主张恢复原状。正如前文所论,根据民法典第642条取回标的物的实质是执行担保,所以在所有权保留登记先于查封、扣押措施且取回权要件被满足的情形,保留卖主应有权取回。如果保留卖主解除合同后主张取回标的物,无论是认为合同解除后标的物所有权溯及既往地回复至出卖人,还是认为出卖人对标的物享有债权性的返还请求权,已登记所有权保留交易中的保留卖主都应可对抗登记之后买受人之债权人的强制执行措施。

## (四)破产程序中的所有权保留

所有权保留的不同定性会对破产程序中的所有权保留产生实质影响。2013年“破产法规定二”第34-38条详细规定了在出卖人或买受人破产情形所有权保留交易的法律适用。当时2012年“买卖合同解释”已生效,虽然在条文实质意义上,该解释中关于所有权保留的规定体现的是担保权构成,但受我国台湾通说的影响,彼时该解释的起草者以及我国学界仍普遍以所有权构成理解所有权保留。此种理解延续到2013年“破产法规定二”第34-38条之中,2020年“破产法规定二”第34-38条也未对其作实质修改。

依照2020年“破产法规定二”第34条,在所有权保留买卖交易中,在标的物所有权未依法移转给买受人前,一方当事人破产的,该买卖合同属于双方均未履行完毕的合同,管理人有权依据企业破产法第18条的规定决定解除或者继续履行合同。进而,首

先,出卖人破产时,依照该解释第35条,出卖人的破产管理人可决定继续履行合同,并在买受人违约时依据民法典第642条行使取回权;依据该解释第36条,出卖人的破产管理人也可以解除合同,基于合同解除的效果而取回标的物。其次,在买受人破产的情形,该解释第37条允许买受人的破产管理人选择继续履行合同,但因买受人陷入破产导致价款债权立即到期,买受人的破产管理人迟延履行债务的,出卖人可依据民法典第642条行使取回权;按照该解释第38条,如买受人的破产管理人选择解除合同,则出卖人可行使破产取回权。可见,2020年“破产法规定二”第34-38条其实是以第34条认可所有权保留情形的破产解除权为起点,<sup>⑤</sup>但第34条是以所有权保留的所有权构成为前提而设计的。<sup>⑥</sup>

由于民法典下的所有权保留应采担保权构成,应认定在标的物交付后出卖人的义务已履行完毕,从而该解释第34条的基础并不存在。因为该解释第36条和第38条以第34条为基础,所以在担保权构成下该三条均应删除。第35条和第37条因是对管理人选择继续履行合同之情形的调整,故在修改后可予保留,但第37条第3款关于买受人破产时出卖人的权利应作为共益债务清偿的规定应被删除。因为该款的依据是企业破产法第42条第1项,即“因管理人或者债务人请求对方当事人履行双方均未履行完毕的合同所产生的债务”为共益债务,但在担保权构成下,保留卖方正常交付标的物后其合同义务已经履行完毕。

在解释论上,为在效果上限制或废止2020年“破产法规定二”第34、36、38条的适用,或可围绕第34条“在标的物所有权未依法转移给买受人前”之要件进行操作。在担保权构造下,标的物交付给买受人后其所有权已经移转给买受人,由此,第34条破产解除权的条件无法满足,进而第36、38条也不应适用。相应地,在保留卖主破产的情形,破产管理人可向保留买主张支付价款和履行其他义务,并在保留买主违约时执行担保;在保留买主破产时,保留卖主不享有破产取回权,而只享有破产别除权。

## (五)其他问题

### 1. 价款请求权罹于时效

如果价款请求权罹于时效,在担保权构成下,民法典下的所有权保留应与动产抵押权一体处理,即基于对民法典第419条以及“担保制度解释”第44条第1款的类推适用,保留卖主在价款债权诉讼时效届满后,无权执行担保,包括无权行使民法典第642条下的取回权。其实,即便在所有权构成下,虽然根据民法典第196条第2项,登记的动产物权的返还请求权不罹于诉讼时效,<sup>⑦</sup>但由于价款请求权已罹于时效,买受人的价款支付义务不再会陷于迟延或迟延状态已经结束,从而即便在此构造下所有权未移转给买受人,由于买卖合同的存在,买受人对标的物的占有是有权占有,出卖人同样无法行使所有物返还请求权。

### 2. 从属性

在出卖人将价款请求权转让给第三人的情形,基于担保权的从属性,受让人也一并取得被保留的担保权。<sup>⑧</sup>其实,在德国的形式主义所有权保留下,也会达到类似效果。首先,在德国,当保留卖主转让其价款请求权时,一般将被保留的所有权一同转让,合同解释的结果通常会认定双方存在一同转让被保留的所有权的合意。其次,即使德国当今主流学说认为被保留的所有权不具有从属性,所以不会因德国民法典第401条第1款(相当于我国民法典第547条)的适用而导致其随同价款债权一同转让给债权人受让人,<sup>⑨</sup>但在合同解释上会更倾向于认为保留卖主(即价款债权人)有此转让意思,所以从债权转让的负担行为中一般都会解释出保留卖主负有向价款债权人受让人转让被保留的所有权的债法义务。<sup>⑩</sup>因此,在此问题上,所有权构成与担保权构成在实际效果上差别很小。

## 结语

我国民法中的所有权保留制度历经几次变迁。原民法通则和合同法下的所有权保留制度,只能按照传统民法下的所有权构成加以解释。但2012年“买卖合同解释”经由我国台湾地区“动产担保交易

法”间接借鉴了美国1918年UCSA,导致在实质规则上所有权保留转向美式的附条件买卖。而UCSA的实质规则例如取回、回赎以及转卖后的“多退少补”等,采纳的是附条件买卖的动产抵押说,从而2012年“买卖合同解释”关于所有权保留制度的实质规则采担保权构成,只是当时的学说受我国台湾地区通说之影响,采所有权构成。民法典在动产担保领域的功能主义立法倾向进一步强化了所有权保留的担保权构成。“担保制度解释”对所有权保留作出系列规定,尤其是其第57条第1款将购置款超级优先权规则适用于所有权保留,彻底将我国法下的所有权保留推入了担保权构成的大门。

民法典及相关司法解释中关于所有权保留规则的冲突,本质上源于学理和规则的复合继受。学理上秉持德式所有权保留的所有权构成,以所有权构成去解释来源于UCSA的本属担保权构成的实质规则。基于实质的权利义务应重于表面的术语以及实质的后法优于前法的精神,应更重视民法典及“担保制度解释”中的相关规则,将所有权保留按照担保权构成加以解释。在实质效果上,所有权保留的担保权构成一方面更有利于促进买受人对标的物的再利用,另一方面也有利于实现出卖人销售货物赚取利润的意图。民法典所有权保留交易下,当事人约定保留所有权应被认定为保留(而非设定)担保物权。进而,应在担保权构成的前提下,解释和构造保留卖主和保留买主的一系列法律地位,包括在破产和强制执行程序中的法律地位。最后还需提及的是,由于所有权保留约定内嵌于买卖合同中,所以约定所有权保留不应妨碍在解除权要件满足时保留卖主行使法定解除权。此所有权保留交易的合同面向,是所有权保留交易不同于一般动产担保(如动产抵押)的特点。

#### 注释:

①相关观点,参见王利明:《担保制度的现代化:对〈民法典〉第388条第1款的评析》,《法学家》2021年第1期,第33页

以下;龙俊:《民法典中的动产和权利担保体系》,《法学研究》2020年第6期,第39页;高圣平:《动产担保交易的功能主义与形式主义——中国〈民法典〉的处理模式及其影响》,《国外社会科学》2020年第4期,第14页以下;刘保玉:《民法典担保物权制度新规释评》,《法商研究》2020年第5期,第4页。

②参见李永军:《论民法典形式意义与实质意义上的担保物权——形式与实质担保物权冲击下的物权法体系》,《西北师大学报(社会科学版)》2020年第6期,第33页;谢鸿飞:《〈民法典〉实质担保观的规则适用与冲突化解》,《法学》2020年第9期,第15页;张家勇:《体系视角下所有权担保的规范效果》,《法学》2020年第8期,第10页,第17页;周江洪:《所有权保留买卖的体系性反思——担保构成、所有权构成及合同构成的纠葛与梳理》,《社会科学辑刊》2022年第1期,第89页,第91页;王立栋:《〈民法典〉第641条(所有权保留买卖)评注》,《法学家》2021年第3期,第175页;高圣平:《〈民法典〉视野下所有权保留交易的法律构成》,《中州学刊》2020年第6期,第47页以下;王洪亮:《所有权保留制度定性及体系定位——以统一动产担保为背景》,《法学杂志》2021年第4期,第22页以下;易军:《我国〈民法典〉买卖合同制度的重大更新》,《法学杂志》2022年第2期,第28页。

③黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编释义》,法律出版社2020年版,第406页。

④同上书,第406页以下。

⑤本文所涉司法解释的简称如下:《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》(法释[2020]28号)简称为“担保制度解释”;《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》(法释[2012]8号)简称为“2012年‘买卖合同解释’”,2020年12月29日发布的该解释的修正版本(法释[2020]17号)简称为“2020年‘买卖合同解释’”;2004年发布(法释[2004]15号)且在2008年调整的《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》简称为“2004年‘查封冻结规定’”及“2008年‘查封冻结规定’”,2020年12月29日发布的该规定的修正版本(法释[2020]21号)简称为“2020年‘查封冻结规定’”;《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)》(法释[2013]22号)简称为“2013年‘破产法规定二’”,2020年12月29日发布的该规定的修正版本(法释[2020]18号)简称为“2020年‘破产法规定’”;《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(法(办)发[1988]6号,已废止)简称为“民通意见”。

⑥参见王晨:《关于〈中华人民共和国民法典(草案)〉的说明》,载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报

2020特刊《中华人民共和国民法典》(2020年6月15日出版),第188页。

⑦前引③,黄薇主编书,第406页。以登记对抗论证保留所有权的性质实际为担保物权的观点,参见前引②,高圣平文,第48页;前引②,王立栋文,第180页。

⑧前引③,黄薇主编书,第405页。

⑨参见前引②,高圣平文,第50页;纪海龙:《民法典动产与权利担保制度的体系展开》,《法学家》2021年第1期,第43页。

⑩参见最高人民法院民事审判第二庭:《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第560页。

⑪Vgl. Moritz Brinkmann, Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderung, Mohr Siebeck, 2011, S. 421; Eric Dirix, Remedies of Secured Creditors Outside Insolvency, in Horst Eideumüller & Eva-Maria Kieninger(eds.), The Future of Secured Credit in Europe, De Gruyter Recht, 2008, p. 226.

⑫例如,按照《美国统一商法典》第9-615节(d)之规定,在执行担保标的以履行债务后,“盈余”应支付给担保人,而“不足”应由债务人补足。

⑬参见前引②,高圣平文,第50页;前引②,谢鸿飞文,第15页;前引⑨,纪海龙文,第43页。

⑭参见刘得宽:《分期付款买卖》,我国台湾正中书局1976年版,第140页;黄静嘉:《动产担保交易法》,我国台湾银行编印1964年版,第51页以下,转引自刘春堂:《动产担保交易法研究》,2004年自版,第172页。

⑮王泽鉴先生正是以此为理由,反驳我国台湾地区学者针对其“动产担保交易法”的前述解释方案。参见王泽鉴:《附条件买卖买受人之期待权》,载王泽鉴:《民法学说与判例研究》第1册,中国政法大学出版社1998年版,第179页以下。

⑯参见前引⑩,最高人民法院民事审判第二庭书,第542页。

⑰参见前引⑮,王泽鉴文,第180页。

⑱参见申卫星:《期待权基本理论研究》,中国人民大学出版社2006年版,第197页;王泽鉴:《“动产担保交易法”30年》,载王泽鉴:《民法学说与判例研究》(重排合订本),北京大学出版社2015年版,第1509页,第1512页。

⑲Vgl. LG Mainz(v. 9. 4. 1900)Hessische Rechtsprechung (1901), 61, zitiert aus Finkenauer, in: Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB, 2003, § § 158-163, Rn. 39, Fn. 203.

⑳Vgl. Finkenauer, in: Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB, 2003, § § 158-163, Rn. 39, Fn. 203.

㉑Vgl. Jauernig/Berger, Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 16. Aufl., 2015, § 929, Rn. 63.

㉒Vgl. Petra Pohlmann, Der sogenannte "Verzicht" auf eine Bedingung im Sinne von § 158 BGB, Münster u. a. 1999, S. 9-11, 37 f., 41; zitiert aus Finkenauer, in: Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB, 2003, § § 158-163, Rn. 39, Fn. 210.

㉓Vgl. MüKoBGB/H. P. Westermann BGB, 6. Aufl., 2012, § 449, Rn. 37.

㉔Vgl. BT-Drucks, 13/341, S. 24; Stein/Jonas/Würdinger, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Aufl., 2017, § 811, Rn. 14 f., 73.

㉕Vgl. Jörg-Andreas Weber, Kreditsicherungsrecht, 10. Aufl., C. H. Beck, 2018, S. 178.

㉖在分期付款消费者合同中,该合同解除是基于德国民法典第508条第5句,即在经营者基于分期付款买卖向消费者供应标的物的情形,经营者取回标的物的,应被视为解除合同,除非双方约定在取回时经营者应补偿消费者该标的物的通常价值。Palandt/Weidenkaff, BGB, 77. Aufl., 2018, § 508, Rn. 7;前引⑮,Weber书,第178页。在非消费者合同的场合,则是基于对德国民法典第449条第2款(保留卖主只有解除合同才能基于所有权保留主张返还标的物)的目的性解释。MüKoBGB/H. P. Westermann, BGB, 6. Aufl., 2012, § 449, Rn. 33.

㉗参见谢鸿飞:《价款债权抵押权的运行机理与规则构造》,《清华法学》2020年第3期,第119页;李运杨:《〈民法典〉中购置款抵押权之解释论》,《现代法学》2020年第5期,第190页。

㉘See Michael G. Bridge, Roderick A. Macdonald, Ralph L. Simmonds & Catherine Walsh, Formalism, Functionalism, and Understanding the Law of Secured Transactions, 44 McGill Law Journal 567-664, 593(1999); Jing Zhang, Functional Reform of the Chinese Law of Secured Transactions in Movable from a Comparative Perspective, RechtsZ, 86(2022), 133.

㉙参见纪海龙:《世行营商环境调查背景下的中国动产担保交易法》,《法学杂志》2020年第2期,第36页。

㉚关于此段历史的介绍,参见 Hans Josef Wieling, Sachenrecht, Band I, 2. Aufl., Springer, 2006, S. 793.

㉛2002年德国债法改革前,旧德国民法典第455条第1款第2种情形对保留卖主解除权存在特别规定,即只要保留买主陷入迟延,出卖人即享有解除权,而无须为买受人指定补救违约的额外期间。2002年德国债法改革的立法者认为,此对保留卖主的特别优待缺乏正当性,所以现行德国民法典第449

条第2款规定的保留卖主解除权与一般解除权并无要件差异,即原则上应为陷入迟延的买主指定额外的补救期间。Vgl. Roland Michael Beckmann, in: Staudinger Kommentar, BGB, 2014, § 449, Rn. 60.

⑳参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组办公室编著:《最高人民法院实施民法典清理司法解释修改条文(111件)理解与适用》下册,人民法院出版社2022年版,第995页以下。

㉑在此例中,张三只能寄希望于违约或侵权下的损害赔偿请求权,且仅在损害赔偿也容纳恢复原状之后果的情况下,张三才可能通过损害赔偿请求权消除甲的担保权。

㉒Vgl. Wolfgang Faber, *Entwicklungslinien und Entwicklungsperspektiven im Mobiliarraicherungsrecht*, Habilitationsschrift vorgelegt an der Paris Lodron Universität Salzburg im November 2014, S. 94; Ernst, in: *Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB*, § 449, 2013, Rn. 6.

㉓Vgl. Ernst, in: *Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB*, § 449, 2013, Rn. 1.

㉔参见田士永:《物权行为理论研究——以中国法和德国法中所有权变动的比较为中心》,中国政法大学出版社2002年版,第168页以下;申卫星:《所有权保留买卖合同期待权之本质》,《法学研究》2003年第2期,第46页;柴振国、史新章:《所有权保留若干问题研究》,《中国法学》2003年第4期,第71页;王轶:《论所有权保留的法律构成》,《当代法学》2010年第2期,第23页。

㉕参见前引⑮,王泽鉴文,第128页;前引⑱,王泽鉴文,第1498页。

㉖这是美国统一州法委员全国会议下的一个委员会,1915年被美国统一州法委员全国会议指定起草UCSA。

㉗《美国统一附条件买卖法1917年11月草案》第13条、UCSA第16条前句,对应我国台湾“动产担保交易法”第28条第1款第1、2项、2012年“买卖合同解释”第35条以及民法典第642条第1款。

㉘See George Gleason Bogert, *Proposed Uniform Conditional Sales Act*, 3 *Cornell L. Rev.* 1, 16(1917).

㉙按照UCSA第19条,卖方取回标的物后,如买方未在回赎期内回赎标的物,且买方已经支付了至少50%的价款,则卖方必须将标的物拍卖。按照该法第20条,如果买方支付的价款不足50%,则卖方无转卖标的物的义务,除非买方在标的物被取回后的10日内要求卖方转卖。

㉚参见前引⑳, Bogert文,第22页。

㉛《美国统一附条件买卖法1917年11月草案》第15条、

UCSA第18条,对应我国台湾“动产担保交易法”第30条结合第18条第3款、2012年“买卖合同解释”第37条第1款以及民法典第643条第1款。

㉜参见前引㉘, Bogert文,第18页。按照博格特的介绍,当时美国一些州如纽约州和田纳西州的立法,对附条件买卖已经采纳了动产抵押说,此说也被许多法院接受。

㉝《美国统一附条件买卖法1917年11月草案》第20条、UCSA第22条,对应我国台湾“动产担保交易法”第30条结合第20条后半句、2012年“买卖合同解释”第37条第3款后半句以及民法典第643条第2款后半句。

㉞参见前引㉘, Bogert文,第22页。

㉟同上文,第23页; *An Act Concerning Conditional Sales and to Make Uniform the Law Relating Thereto, with the Commissioners' Notes prepared by George G. Bogert*, in *Samuel Williston, The Law Governing Sales of Goods at Common Law and under the Uniform Sales Act*, 2d ed., Vol. II, Baker, Voorhis & Co., New York, 1924, p. 1823.

㊱前引㉘, Bogert文,第23页。

㊲参见前引㉟, Williston书,第1823页。

㊳《美国统一附条件买卖法1917年11月草案》第19条、UCSA第21条,对应我国台湾“动产担保交易法”第30条、第20条前半句、2012年“买卖合同解释”第37条第3款前句以及民法典第643条第2款前半句。

㊴参见前引㉘, Bogert文,第21页。

㊵参见前引㉟,刘春堂书,第133页以下;前引⑱,王泽鉴文,第1502页;前引⑮,王泽鉴文,第124页以下;前引⑲,刘得宽书,第128页;刘得宽:《分期付款买卖之法律上效力——所有权保留买卖为中心》,载刘得宽:《民法诸问题与新展望》,中国政法大学出版社2002年版,第27页以下。

㊶参见最高人民法院民事审判第二庭编著:《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》,人民法院出版社2012年版,第532页。

㊷参见前引⑩,最高人民法院民事审判第二庭书,第75页,第540页,第560页。

㊸参见前引②,张家勇文,第12页。

㊹参见前引②,周江洪文,第87页以下。

㊺参见前引⑮,王泽鉴文,第124页以下。

㊻此为我国台湾学者林咏荣的观点。关于该观点的介绍,参见前引⑮,王泽鉴文,第177页;前引⑲,刘春堂书,第155页。

㊼参见前引⑨,纪海龙文,第43页。

㊽此为我国台湾学者黄静嘉的观点,参见前引⑮,王泽鉴

文,第178页以下;前引⑭,刘春堂书,第156页以下。

①参见前引⑮,王泽鉴文,第180页。但王泽鉴先生对于所有权保留的核心立场是所有权构成。所有权构成与就物求偿说存在内在矛盾。

②相关讨论,参见崔建远:《对非典型担保司法解释的解读》,《法治研究》2021年第4期,第7页。

③参见前引⑩,最高人民法院民事审判第二庭书,第403页。

④在普通法下,抵押本质上非常类似于让与担保,也就是抵押人将物的所有权移转给抵押权人,如债务人正常还债,则财产可再移转回抵押人。虽然抵押一般不导致占有移转,但也不能排除财产因抵押而被移转占有的可能性。

⑤参见前引④⑩, Bogert 文,第13页以下;前引④⑦, Williston 书,第1815页以下; Francis M. Burdick, Codifying the Law of Conditional Sales, 18(2)Colum. L. Rev. 112(1918)。

⑥参见前引④⑩, Bogert 文,第13页。

⑦参见前引⑤③,最高人民法院民事审判第二庭编著书,第551页。

⑧认为此75%门槛也否定了所有权保留之担保功能的观点,参见前引②,李永军文,第33页。

⑨关于2012年“买卖合同解释”起草者对期待权理论的认同,参见前引⑤③,最高人民法院民事审判第二庭编著书,第556页。

⑩参见前引③,黄薇主编书,第408页。

⑪参见前引②,高圣平文,第48页。

⑫对此详细的讨论,参见前引⑬,申卫星书,第268页以下。

⑬相同观点,参见前引①,王利明文,第36页;前引①,刘保玉文,第10页。质疑观点,参见王乐兵:《动产担保优先顺位的立法构造与适用解释》,《法学家》2022年第2期,第85页。

⑭参见前引⑤③,最高人民法院民事审判第二庭编著书,第556页。

⑮参见前引⑥⑤, Burdick 文,第108页,第113页。

⑯参见前引④⑩, Bogert 文,第18页。

⑰ See J. J. Powell, A Treatise on the Law of Mortgages, 6<sup>th</sup> ed., with copious notes by Thomas Coventry, Vol. I, Samuel Brooke, Pater-Noster Row, London, 1826, pp. 4-5, 17, 250b; Lopucki, Warren & Lawless, Secured Transactions: A Systems Ap-

proach, Wolter Kluwer, 2020, pp. 24-27. 关于英美法下抵押权的历史,亦可参见吴一鸣:《英美物权法——一个体系的发现》,上海人民出版社2011年版,第279页以下。

⑱ See Grant Gilmore, Security Interests in Personal Property, Vol. I, Little, Brown & Co., 1965, p. 1216.

⑲ 对此可参考 UCC 第 9-623 节或 DCFR 第 IX.-7:106 条。

⑳ 参见“担保制度解释”第64条第2款;前引⑩,最高人民法院民事审判第二庭书,第539页。

㉑ 此处也存在另一个问题,即法律是否允许担保人在债务人违约发生前便放弃该权利。例如, UCC 第 9-624 节禁止违约发生前放弃回赎权。

㉒ 参见前引⑤③,最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组办公室编著书,第994页以下。

㉓ 参见前引⑤③,最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组办公室编著书,第995页以下。

㉔ 同上书,第990页,第997页。

㉕ 参见许德风:《论破产中尚未履行完毕的合同》,《法学家》2009年第6期,第99页;许德风:《论担保物权在破产程序中的实现》,《环球法律评论》2011年第3期,第63页。虽然这两篇文章均是在传统的所有权构成下认为所有权保留交易应属于尚未履行完毕的合同,但也说明所有权保留交易在破产程序中的地位与合同义务是否“均未履行完毕”息息相关。

㉖ 参见最高人民法院民事审判第二庭编著:《最高人民法院关于企业破产法司法解释理解与适用——破产法解释(一)·破产法解释(二)》,人民法院出版社2013年版,第393页。

㉗ 有学者由此认为,在形式主义的所有权构成下,即便价款债权罹于时效,保留卖主也可取回标的物。参见前引②,谢鸿飞文,第16页。

㉘ 类似观点,参见前引①,刘保玉文,第6页。

㉙ Vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 77. Aufl., 2018, § 401, Rn. 5; Peter Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, 8. Aufl., C. F. Müller, 2012, Rn. 768, S. 247; Roland Michael Beckmann, in: Staudinger Kommentar, BGB, 2014, § 449, Rn. 101.

㉚ Vgl. Roland Michael Beckmann, in: Staudinger Kommentar, BGB, 2014, § 449, Rn. 101. 该作者似乎也赞成类推适用德国民法典第401条从而肯定被保留之所有权对于价款债权的从属性。