



论《民法典》及最高人民法院司法解释 与破产法在担保制度上的融贯性

李永军*

摘 要 我国《民法典》、最高人民法院司法解释与破产法之间存在许多不融贯之处，主要表现在，《民法典》切断了多个担保人之间的相互追偿权，使得担保人在行使破产程序赋予的预先追偿权方面犹豫不决，可能影响其权利行使进而丧失追偿权。“功能性担保”即所有权保留买卖、融资租赁合同等使得所有权的公示公信、物权效力等方面发生不协调：明明订立的是“所有权保留”买卖合同，怎么就突然变成担保合同呢？买受人开始破产程序时，出卖人就不能行使取回权而只能行使别除权了。这种变化对于出卖人在买受人进行重整程序中的权利影响很大。“预告登记”在《民法典》上本来仅仅具有保全请求权的作用而不直接产生物权，实际登记的时候才发生物权变动，但最高人民法院在担保法司法解释中（第51条）直接把抵押权的预告登记之效力规定为产生抵押权；浮动担保之“登记”应为“种类登记”或者称为“范围登记”，但不是类似抵押权的具体标的物登记，但最高人民法院的司法解释将其规定为具体登记。这就必然会在破产法司法实践中造成别除权与其他物权的效力冲突。各级法院的法官应发挥能动司法的作用，对于《民法典》、司法解释与破产程序中的不协调之处进行有效的融贯，减少法律法规在实践中适用的不协调。

关键词 融贯性 预先追偿权 预告登记 别除权 取回权

一、问题的提出

我国民法典2020年通过，随即最高人民法院就通过修改对1995年《担保法》的司法解释的方式，作出了关于担保制度的“配套司法解释”——《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，以下简称《担保制度解释》）。但是，民法典与司法解释在担保制度方面同我国破产法及关于破产法的司法解释之间存在相当严重的不融贯性，已经影响到破产法的司法实践。

什么是法律体系的融贯性呢？作为本文的关键词，在此，有必要界定清楚。学者之间尽管存

* 中国政法大学教授。

本文系国家社科基金重大项目“民法典编纂的内部与外部体系研究”（18ZDA141）的阶段性成果。

在争议，^{〔1〕}但笔者认为，法律体系的融贯性有三各层次的要求：第一个层次是连贯性。连贯性既是融贯性的概念要素，也构成了最低层次的融贯性要求。如果要被称为“融贯的法律体系”，一个最低限度的要求是在这个体系中不能存在过多有明显冲突的法律规范。一个逻辑上无法自治的体系是无法满足形式主义的要求的。当然，一个逻辑上不融贯的法律体系在下列情况下也许会变得融贯：立法者在立法后，被法官的法律解释和适用所纠正，或者被教义学学者所纠正，由此才变得融贯。当然，有了这种外部体系的逻辑一致性，还应当有内部体系的协调——评价原则的一致性与协作性。第二个层次是体系的融贯。体系的融贯性要求，既然所有的法律规范都必然是以体系化的方式被连接在一起的，那么它们同样需要彼此借鉴来理解自身，以使得其有更多的内部融贯性。这意味着，所有的法律规范都可以也必须放入整个法律体系中加以理解。同时，如果体系中存在法律规范的效果相互冲突的情形，它们之间的优先关系也必须在整个法律体系的视角下形成。当然，在第一个层次和第二个层次上的融贯性就是指法律外部体系的逻辑性问题。“连贯性”是逻辑一致性的一种表现；第二个层次的融贯性中所谓的“所有法律规范都可以也必须放入整个法律体系中加以理解”，又被称为“借助于其它法条来阅读一个法条”，实际上就是抽象程度不同的概念的“涵摄”问题的理解和解释。这是法律外部体系中的一个基本的要求。第三个层次的要求，其实就是内部体系的融贯，即“评价体系无矛盾”。当然，就如同前面已经阐述的一样，这种评价的标准和原则，可能来源于法律体系内部，也可能来源于法律体系外部，例如，民法典的评价标准与原则可能来自于宪法、行政法等。因此，某一部门法的理念并非仅仅来源于其本身。借此，法律体系保持体系的开放性，以便适应不断变化中的社会的需求。

在我国民法典、司法解释与破产法在担保制度方面的不融贯性主要表现在：①预先追偿权问题。我国破产法同其他大陆法系国家，如德国、日本等国家的破产法一样，规定有担保人的预先追偿权。但是，我国民法典在关于担保方面一个特别大的变动就是——多个担保人存在的时候，否认担保人之间在没有事先约定的情况下的相互追偿权。那么，在这种情况下，当债务人破产的时候，担保人可能会对是否行使预先追偿权犹豫不决：因为他不知道债权人在没有申报债权的时候，其会向哪个担保人主张担保责任。自己预先追偿而向破产债务人申报债权，就等于“自投罗网”；但是，如果不按照破产程序行使预先追偿权，一旦在破产程序结束后债权人向自己主张担保责任，则失去向债务人追偿的可能性。这一问题如何在现有制度框架内中妥善解决，实属问题；②在连带保证责任中，某一保证人破产的时候，债权人对另外的连带保证人的诉讼时效如何计算？在某一连带保证人先开始破产清算程序且债权人申报债权后，诉讼时效是否中断？如果在破产清算程序中债务人申请重整且被法院批准开始重整程序，诉讼时效是否中断？重整程序进行期间是否属于诉讼时效不开始计算的期间（时效中止事由）？由于有些案件在民法典及配套司法解释的与原来法律及司法解释的跨越阶段，有些法院在这一问题上，已经出现了错误的认识，需要认真讨论；③我国民法典由于受到某些现实因素的影响，规定了许多“隐形担保制度”——功能性担保，例如，《民法典》第641-643条规定的“所有权保留买卖”、第745条规定的融资租赁出租人对标的物的权利、第766条的保理合同中保理人的追偿权

〔1〕 参见方新军《内在体系外显与民法典体系融贯性的实现：对〈民法总则〉基本原则规定的评论》，载《中外法学》2017年第3期，第575页；雷磊《法律体系、法律方法与法治》，中国政法大学出版社2016年版，第85-89页。



或者主张应收账款权等，在破产程序中，出卖人、出租人或者保理人究竟是应当行使取回权还是别除权？在我国现存的法律体系中，实属疑问；④最高人民法院在关于民间借贷的司法解释中，肯认出借人与借款人签订房屋买卖合同后，当借款人不履行还款义务的时候，出借人可以请求拍卖房屋从而受偿。那么，这一权利是否就相当于“未经登记的抵押权”？那么，在对第三人的关系上，出借人这种权利可以对抗第三人而享有优先受偿权吗？在破产程序中，能否享有别除权？⑤由于《民法典》物权编明确规定了“公示公信”原则，很多“非典型担保”在《民法典》中难以立足。所以，从民法典的视角看，这些诸如“让与担保”等在破产程序中能否被认为是“别除权”的基础？在民法典中，即使动产抵押未登记都不能对抗第三人，那么，这些非典型担保如果没有任何的公示手段为第三人知晓，能否对抗第三人？提供担保者行使何种权利才符合民法的体系？⑥当事人对抵押合同以将来产生抵押权为目的所为的预告登记后，在之后对抵押人进行的破产程序中，具有什么效力？最高人民法院的司法解释认为直接产生抵押权。这样的解释是否符合民法典预告登记的一般立法目的和性质？

以上问题既是理论体系上的问题，也是司法实践中的问题。有些问题在民法典编纂过程中就存在争议，更没有考虑到像破产法这样的特别上的融贯性问题。但有些问题可能很难在“三者”——一般法、特别法与司法解释之间进行融合，例如，多个担保人时的预先追偿权，可能间接被搁置。本文也希冀对正在修改的破产法有某些帮助作用。

二、我国现存法律体系下破产程序中的担保人的 预先追偿权实现的困境

破产程序中的预先追偿权是指在债务人开始破产程序时，对债务人享有实体法上的未来可能发生的求偿权被允许作为债权申报，以避免这些将来求偿权在破产程序结束后不能实现。包括连带债务人之间的求偿权、担保人对债务人的求偿权等。连带债务人的求偿权分为现实的求偿权与将来求偿权。现实的求偿权是指债权人已要求担保人或者连带债务人清偿，而其已经对债权人进行了清偿。当债务人破产或者连带债务人之一破产的时候，该实际清偿额即是对破产的现实求偿权额。将来求偿权是指连带债务人尚未对债权人作清偿，但债权人将来可能要求其清偿。因为债权人就其债权以何种方式行使有选择权，他既可将此债权作为破产债权而申报，也可不作为破产债权而直接向其他连带债务人请求履行。而且破产程序的开始不影响债权人对连带债务人及保证人追偿的权利。该可能被追偿的债权额即为破产债权额。法律允许连带债务人以将来求偿权作为破产债权行使权利，这对保护连带债务人有十分重要的意义。若不许可其以将来求偿权作为破产债权行使权利，便等于剥夺了其依破产程序受补偿的机会，待将来债权人向其要求清偿时，他有清偿的义务，但清偿后无法向破产债务人追偿，对其甚为不公。但是若债权人已将其债权全额作为破产债权行使时，便不会发生再向其他连带债务人请求清偿的可能性，故在此情况下，不会发生将来求偿权的问题。^{〔2〕}我国《企业破产法》第 51 条就规定了这种求偿权。该条规定：（1）债务人的保证人或者其他连带债务人已经代替债务人清偿债务的，以其对债务人的求偿权申报债权。（2）债务人的保证人或者其他连带债务人尚未代替债务人清

〔2〕 参见李永军《破产法律制度》，中国法制出版社 2000 年版，第 181 页。

偿债务的，以其对债务人的将来求偿权申报债权。但是，债权人已经向管理人申报全部债权的除外。”在该条第1款规定的情况下，已经履行了担保责任的债权申报债权，当然没有任何障碍。但是，在第2款中，如果债务人的保证人为两人以上且不是连带责任的情况下，在目前《民法典》及司法解释对于担保人的追偿权规范体系框架内，这种预先追偿权的行使将成为问题。这主要是因为，我国《民法典》及司法解释原则上否定除连带担保或者共同担保人之外的担保人之间的相互追偿权。

我国《民法典》第392条规定“被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以请求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。”该条规定虽然与2007年的《物权法》第176条是一样的，但是，最高人民法院的司法解释却不同，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（法释〔2000〕44号，已废止）第38条规定“同一债权既有保证又有第三人提供物的担保的，债权人可以请求保证人或者物的担保人承担担保责任。当事人对保证担保的范围或者物的担保的范围没有约定或者约定不明的，承担了担保责任的担保人，可以向债务人追偿，也可以要求其他担保人清偿其应当分担的份额。同一债权既有保证又有物的担保的，物的担保合同被确认无效或者被撤销，或者担保物因不可抗力的原因灭失而没有代位物的，保证人仍应当按合同的约定或者法律的规定承担保证责任。债权人在主合同履行期届满后怠于行使担保物权，致使担保物的价值减少或者毁损、灭失的，视为债权人放弃部分或者全部物的担保。保证人在债权人放弃权利的范围内减轻或者免除保证责任。”——这里显然是有两点特别重要：①一般地说，保证人之间有相互追偿权；②债权人放弃任何一个担保，其他担保人在放弃的范围内免除担保责任——这也是追偿权的体现。

但《担保制度解释》就大为不同了，第13条规定：“（1）同一债务有两个以上第三人提供担保，担保人之间约定相互追偿及分担份额，承担了担保责任的担保人请求其他担保人按照约定分担份额的，人民法院应予支持；担保人之间约定承担连带共同担保，或者约定相互追偿但是未约定分担份额的，各担保人按照比例分担向债务人不能追偿的部分。（2）同一债务有两个以上第三人提供担保，担保人之间未对相互追偿作出约定且未约定承担连带共同担保，但是各担保人在同一份合同书上签字、盖章或者按指印，承担了担保责任的担保人请求其他担保人按照比例分担向债务人不能追偿部分的，人民法院应予支持。（3）除前两款规定的情形外，承担了担保责任的担保人请求其他担保人分担向债务人不能追偿部分的，人民法院不予支持。”该解释第18条规定了一个例外——同一债权既有债务人自己提供的物的担保，又有第三人提供的担保，承担了担保责任或者赔偿责任的第三人，主张行使债权人对债务人享有的担保物权的，人民法院应予支持。

《民法典》第699条与第700条^{〔3〕}关于保证的规定也当然适用上述司法解释第13-14条、

〔3〕《民法典》第699条“同一债务有两个以上保证人的，保证人应当按照保证合同约定的保证份额，承担保证责任；没有约定保证份额的，债权人可以请求任何一个保证人在其保证范围内承担保证责任。”

《民法典》第700条“保证人承担保证责任后，除当事人另有约定外，有权在其承担保证责任的范围内向债务人追偿，享有债权人对债务人的权利，但是不得损害债权人的利益。”



第 18 条。不仅如此，实际上在债权转让、债务承担方面的变相追偿权也被最高人民法院的司法解释否定。因为，担保属于从权利，在债权转让的时候，按照一般原理，它也随之转让。但是，上述司法解释第 14 条规定“同一债务有两个以上第三人提供担保，担保人受让债权的，人民法院应当认定该行为系承担担保责任。受让债权的担保人作为债权人请求其他担保人承担担保责任的，人民法院不予支持；该担保人请求其他担保人分担相应份额的，依照本解释第十三条的规定处理。”这就从根本上否定了债权转让给某个担保人的时候，担保随之转让的可能性。

同理，在我国《民法典》第 524 条规定的情况下，也不存在追偿权问题。《民法典》第 524 条规定：“（1）债务人不履行债务，第三人对履行该债务具有合法利益的，^{〔4〕}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。（2）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。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（法释〔2023〕13 号）第 30 条第 2 款、第 3 款明确规定“第三人在其已经代为履行的范围内取得对债务人的债权，但是不得损害债权人的利益。担保人代为履行债务取得债权后，向其他担保人主张担保权利的，依据《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》第十三条、第十四条、第十八条第二款等规定处理。”再一次否定了担保人之间的相互追偿权。

那么，在《民法典》及司法解释一般地否定担保人之间的相互追偿权的情况下，《企业破产法》第 51 条规定的预先追偿权的实现恐怕就会对担保人产生巨大的障碍。例如，ABC 是甲债务人的一般担保人，乙为债权人。现在甲开始破产清算，那么，乙的债权实现可能有以下几种情形：①不申报债权，现在或者将来在担保期间内直接向任何 ABC 中的任何一个保证人或者两个人主张担保责任；②不申报债权，现在或者将来在担保期间内向 ABC 三人同时主张相同份额的担保责任；③不申报债权，现在或者将来在担保期间内向 ABC 三人同时主张相同份额的担保责任；④申报债权并按照上述①②③的方式，在破产程序未清偿的范围内主张担保责任。

在上述情况下，只有第④种情况不涉及预先追偿权问题。而在第①②③种情况下，都会涉及预先追偿权问题。但是，由于我国《民法典》及司法解释否定了 ABC 之间的相互追偿权，按照一般的理解，乙向谁主张担保责任谁就“倒霉”。那么，现在乙向谁主张担保责任上不明确，ABC 都在忐忑中等待。在这种情况下，有谁愿意去行使预先追偿权呢？因为谁预先行使这种追偿权，就意味着行使《民法典》第 524 条的“第三人”权利，则他就等于解除了其他两个担保人的担保责任，自己主动承担了担保责任，对于其他两个被解除担保责任的人没有任何追偿权，只能按照破产程序接受比例清偿。假如清偿比例是 3% 的话，其损失就是担保部分的 97%。因此，任何担保人在这种情况下，都会犹豫不决。

从合宪性的法律适用上说，我国《民法典》并没有直接否定担保人之间的相互追偿权，仅仅是最高人民法院的司法解释明确否定之。在《企业破产法》没有修改的情况下，如果适

〔4〕 这里的“第三人”，按照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（法释〔2023〕13 号）第 30 条第 1 款“下列民事主体，人民法院可以认定为民法典第五百二十四条第一款规定的对履行债务具有合法利益的第三人：（一）保证人或者提供物的担保的第三人；（二）担保财产的受让人、用益物权人、合法占有人；（三）担保财产上的后顺位担保权人；（四）对债务人的财产享有合法权益且该权益将因财产被强制执行而丧失的第三人；（五）债务人为法人或者非法人组织的，其出资人或者设立人；（六）债务人为自然人的，其近亲属；（七）其他对履行债务具有合法利益的第三人。”

用破产法上的规定，也具有合宪性。因为：①特别法优于一般法，因此，破产法优于《民法典》适用；②最高人民法院的司法解释应当不能与现行法冲突——司法解释不能与立法部门的立法冲突。

但是，从目前我国实际情况看，《民法典》及最高人民法院的司法解释恐怕要优先于破产法规范适用。因此，只能在司法解释规定的范围内找出“融贯性”措施。笔者认为，有以下方式可以利用：①各担保人之间进行协商，各自承担相应担保责任比例，并具有相互追偿权；②管理人尽量说服债权人申报债权，将追偿权问题留在民事诉讼层面，以避免破产程序中的预先追偿权落空，从而实际损害某个担保人（未来被债权人主张担保责任的人）的利益；③在多个担保人存在的情况下，法院也可以将预先追偿权的行使作为一个“特殊代理”来处理——任何担保人事先行使追偿权，并非代表其愿意主动承担担保责任，而是代理所有的担保人行使权利，以避免追偿权落空。将来债权人无论向谁主张担保责任，行使预先追偿权的人在破产程序中的受偿将作为“不当得利”转移给实际被债权人主张担保责任的人。这种方式在未来破产法中尤其可以采用。

三、连带担保人的诉讼时效计算

我国《民法典》及司法解释对于债权人对担保人主张担保责任的效力方面，与1995年的《担保法》及2000年的司法解释有重大变化。因此，关于连带担保人责任的诉讼时效的计算方面，也产生了重大的变化。

在2008年《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》（法释〔2008〕11号，已修改）第17条规定：“（1）对于连带债权人中的一人发生诉讼时效中断效力的事由，应当认定对其他连带债权人也发生诉讼时效中断的效力。（2）对于连带债务人中的一人发生诉讼时效中断效力的事由，应当认定对其他连带债务人也发生诉讼时效中断的效力。”按照这一规定，如果连带债务人之一开始破产程序，债权人在保证合同约定的保证期间内通过破产程序申报债权、依据破产程序接受清偿就等于向其他连带债务人行使请求权。那么，诉讼时效从申报债权开始就应当开始计算；如果之前已经向任何一个保证人主张过担保责任的，则从申报债权的时候开始中断诉讼时效期间而重新开始计算。在整个破产程序进行期间应该认为是不间断的连续中断，因为每一个破产裁定或者会议召开、资产的变卖等都是围绕着债权人债权的清偿展开的。

但是，在《民法典》及配套司法解释之后，上述制度产生了重大的变化——连带债务人之间的权利主张必须分别进行，对于某一个连带保证人的权利主张不当然及于其他连带保证人。对此，《民法典》第694条规定：“（1）一般保证的债权人在保证期间届满前对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，从保证人拒绝承担保证责任的权利消灭之日起，开始计算保证债务的诉讼时效。（2）连带责任保证的债权人在保证期间届满前请求保证人承担保证责任的，从债权人请求保证人承担保证责任之日起，开始计算保证债务的诉讼时效。”最高人民法院在《担保制度解释》第29条规定：“（1）同一债务有两个以上保证人，债权人以其已经在保证期间内依法向部分保证人行使权利为由，主张已经在保证期间内向其他保证人行使权利的，人民法院不予支持。（2）同一债务有两个以上保证人，保证人之间相互有追偿权，债权人未在保证期间内依法向部分保证人行使权利，导致其他保证人在承担保证责任后丧失追偿权，其他保证人主张在其不能



追偿的范围内免除保证责任的，人民法院应予支持。”在这种情况下，连带保证人的部分或者某个保证人开始破产程序，债权人在保证期间内申报债权的，并不等于向其他连带责任保证人主张权利，从而发生诉讼时效开始计算或者发生时效中断的效力。只有在保证期间内单独向每个保证人主张保证责任的时候才开始计算诉讼时效或者中断诉讼时效期间的效力。当然，如果在破产程序进行过程中，保证期间经过，但债权人没有对其他未开始破产程序的保证人主张保证责任的，则其他连带保证人免除保证责任。

在《民法典》及其配套司法解释与旧法交替的期间，发生与此相关的案件，就需要法院特别谨慎处理。山东省广饶县人民法院审理的一起破产担保责任案件的判决中，对于连带保证责任的诉讼时效的认识就存在瑕疵。在该案中，法院认为，保证人 XX 有限公司进入破产程序，XX 农商行作为债权人申报了债权，应视为 XX 农商行在保证期间内向作为保证人主张了权利，并自申报债权后开始计算保证合同的诉讼时效。在该诉讼时效内，XX 农商行向承担连带责任保证责任的保证人之一的 XX 有限公司主张了权利，其诉讼时效的效力及于其他连带责任保证人，但由于本案中的借款人山东德通车轮股份有限公司、保证人 XX 有限公司进入破产程序这一特殊事由出现，破产期间应视为诉讼时效的中止期间，故应自 XX 有限公司于 2022 年 12 月 23 日破产程序终结后的次日起恢复计算诉讼时效，且根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第 44 条第 2 款“债权人申报债权后在破产程序中未受清偿的部分，保证人仍应当承担保证责任。债权人要求保证人承担保证责任的，应当在破产程序终结后六个月内提出”的规定，原告起诉之日亦在 XX 有限公司于 2022 年 12 月 23 日终结破产程序终结后六个月内，故其他保证人关于超过诉讼时效的抗辩主张不能成立，本院不予支持。本案借款合同、保证期间等事实均发生在 2021 年 1 月 1 日之前，故保证人关于应适用《民法典》及司法解释的相关规定的抗辩事由不能成立，本院不予支持。⁽⁵⁾

本案判决书对于诉讼时效中断与中止、法律适用方面的理解显然存在瑕疵：①《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第 44 条第 2 款规定的“债权人要求保证人承担保证责任的，应当在破产程序终结后六个月内提出”之六个月，属于“除斥期间”，即债权人在破产程序终结后的六个月内未主张保证人承担保证责任的，保证人的保证责任消灭。但是，并非“只要在破产程序终结后 6 个月内提出都可以得到法院支持”。如果有其他理由阻止向保证人主张保证责任的，仍然是可以的；②本案不存在诉讼时效中止的法定理由。因为，我国 2017 年《民法总则》的第 194 条规定“在诉讼时效期间的最后六个月内，因下列障碍，不能行使请求权的，诉讼时效中止：（一）不可抗力；（二）无民事行为能力人或者限制民事行为能力人没有法定代理人，或者法定代理人死亡、丧失民事行为能力、丧失代理权；（三）继承开始后未确定继承人或者遗产管理人；（四）权利人被义务人或者其他人控制；（五）其他导致权利人不能行使请求权的障碍。”但本案不仅不存在上述前四项中止的事由，更不存在第 5 项“其他导致权利人不能行使请求权的障碍”。因为，破产程序中债权人申报债权并不妨碍其对保证人主张担保责任。当然，是否存在其他否定保证人抗辩的理由是值得探讨的。

当然，该案如果按照《民法典》及其配套司法解释（如果适用的话），债权人向连带保证人主张担保责任的保证期间早已经过。

(5) 参见张振龙诉张世杰等机动车交通事故责任纠纷案，山东省广饶县人民法院（2023）鲁 0523 民初字第 2478 号民事判决书。

四、功能性担保是别除权抑或取回权的基础之疑惑

我国《民法典》在编纂过程中，为了尽量扩大动产担保的比例，把一些传统民法上不是担保而仅仅具有担保功能的合同也生硬地“搞成”担保。这也就是《民法典》的第388条之规定的本意。该条规定“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。担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效的，担保合同无效，但是法律另有规定的除外。”最典型的的就是《民法典》关于“所有权保留买卖”“融资租赁合同”“保理合同”的规定。而且结合《民法典》的具体规范，这些具有担保功能的合同的主体究竟是担保权人还是所有权人，就直接影响到在破产程序中，出卖人或者出租人应当行使取回权还是别除权。

（一）所有权保留买卖的性质

所谓所有权保留买卖是指当事人特别约定，在买受人未履行支付价款或者其他义务时，标的物的所有权仍属于出卖人，只有在买受人按约定履行了价款支付义务或其他义务时标的物所有权才移转的买卖。所有权保留条款经常与分期付款买卖同时出现，但并不限于分期付款领域，一次性支付价款情形亦可约定所有权保留。^{〔6〕}无论是按照一般的逻辑还是大陆法系传统的理论，所有权保留买卖实质上是：①出卖人虽然交付给买受人买卖标的物，但所有权并不转移，出卖人仍然是所有权人。当买受人不能按照约定支付价款的时候，出卖人当然要行使所有权人的权利。这是通过约定来否定“交付转移所有权”的规则。②尽管买受人不享有所有权，但因其直接占有标的物，故当他处分标的物给第三人时（例如，出卖给第三人或者为第三人在其上设定担保），善意第三人仍然可以善意取得。

但是，我国《民法典》为了动产担保而任意割裂了物权的一般理论和物权的一般性规则，坚定不移地要让所有权保留买卖脱离一般物权的规则而“生硬地产生”动产担保。我们不妨来看看《民法典》的具体规定是否如上所述。

我们先来看看《民法典》的具体规定。①第641条规定：“（1）当事人可以在买卖合同中约定买受人未履行支付价款或者其他义务的，标的物的所有权属于出卖人。（2）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第642条规定：“（1）当事人约定出卖人保留合同标的物的所有权，在标的物所有权转移前，买受人有下列情形之一，造成出卖人损害的，除当事人另有约定外，出卖人有权取回标的物：（一）未按照约定支付价款，经催告后在合理期限内仍未支付；（二）未按照约定完成特定条件；（三）将标的物出卖、出质或者作出其他不当处分。（2）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。”③第643条规定：“（1）出卖人依据前条第一款的规定取回标的物后，买受人在双方约定或者出卖人指定的合理回赎期限内，消除出卖人取回标的物的事由的，可以请求回赎标的物。（2）买受人在回赎期限内没有回赎标的物，出卖人可以以合理价格将标的物出卖给第三人，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。”

我们可以来分析一下第641条。该条第1款规定是符合传统民法及物权法的一般原则和理论

〔6〕 参见周江洪《典型合同原理》，法律出版社2023年版，第77页。



的，也符合所有权保留的立法宗旨——出卖人保留的就是所有权。但第 2 款规定就“超乎寻常”了——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？这是什么原理？因为我国《民法典》第 114 条对物权的定义本来就是“物权是权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利，包括所有权、用益物权和担保物权。”那也就是说，所有权本来就是具有对抗性的权利——支配性和排他性权利，为何不登记就不能对抗第三人了呢？从这里就可以看出，立法就是要通过这种不合逻辑和物权法体系的方式生硬地让其成为动产担保，从而否定其所有权性质。对此，立法机关的学者在解释该条的时候这样写道：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。按照原《合同法》第 134 条的规定，出卖人对买卖标的物虽然享有名义上的所有权，但是这个名义上的所有权并不对外公示，然而出卖人却可以行使真正所有权人的权利，甚至在破产中享有取回权。这种做法使这种没有公示的权利取得了一个最强大的效力，必然会给交易安全造成巨大的影响，尤其是在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情形时。当发生以上权利冲突时，按照《合同法》第 134 条的规定，出卖人借助于未公示的所有权即可享有一个最强大、最完整的权利，这样就会使其他按照现有法律规范进行真正公示的权利的当事人反而得不到保障。上述做法有违现代担保交易的基本原理，同时也会给交易中的商人产生巨额的调查成本，对交易安全造成较大损害。为了配合《民法典》和《优化营商环境条例》的颁布实施，基于实现优化营商环境、消灭隐形担保的总目标，本条规定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，明确了必须登记才能取得对抗第三人的效力。除了上述总目标的实现以外，由于本法已经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”。^{〔7〕}因此，在我国《民法典》上，所有权保留买卖为了改善营商环境，堂而皇之地变成了“真正的担保”。但是，实事求是地说，《民法典》如果想消灭隐性担保，恐怕要重新设计物权法和整个民法！更让人思考的问题是：动产如果都能够登记，善意取得和交付转移这种规则将变得荡然无存。我们可以想象：当无论什么交易标的物都具有登记能力的话，整个交易安全和交易秩序真的就能够保障吗？世界上这么多动产，登记簿需要多大？从此，区分动产与不动产将变得毫无意义，因为动产与不动产在法律意义上的区分就是看其是否具有登记能力。正如有学者对此指出的，《民法典》对担保制度采形式主义和功能主义结合的立法技术，对所有权保留作出了重大修改；而《担保制度解释》进一步增强了所有权保留的担保功能化，大有将其与动产抵押权等同之趋势。如此一来，如何有效解决功能主义与形式主义杂糅的所有权保留买卖可能面临解释难点。^{〔8〕}

我们再来看看第 642 条。该条第 1 款的规定，在具备法定条件的时候，出卖人有权取回标的物。这是符合《民法典》物权的一般原理和逻辑的——既然保留所有权，出卖人就是所有权人。当然，在具备特定条件的时候，就可以行使所有权人的权利——取回。但是，再看第 2 款，这种所有权就大打折扣了——出卖人要想取回，必须先与买受人协商；协商不成的话，按照担保权实现程序实现出卖人的权利。这里又看出立法者的犹豫——一方面承认出卖人享有所有权并可以取回；另一方面为了让他成为担保，又折了回去——要想取回先跟买受人协商；协商不成的，变为担保权。问题在于：出卖人是否有权取回？

〔7〕 参见黄薇主编《中华人民共和国民法典合同编释义》，法律出版社 2020 年版，第 405-406 页。

〔8〕 参见同前注〔6〕，周江洪书，第 80 页。

再看第 643 条的规定。如果买受人在回赎期限内没有回赎标的物，出卖人可以以合理价格将标的物出卖给第三人，以所得价款与买受人结算。问题在于：出卖人为什么不能把买受人支付的价款返回给买受人从而取回标的物呢？为什么一定要出卖给第三人呢？另外，一个出卖人为什么不直接把所有权转移给对方，自己在动产上设定一个抵押权并进行登记？为什么一定要搞出一个所有权保留买卖呢？更重要的是，我国《民法典》第 416 条对于动产抵押还特别规定了一个“超级优先权”即“动产抵押担保的主债权是抵押物的价款，标的物交付后十日内办理抵押登记的，该抵押权人优先于抵押物买受人的其他担保物权人受偿，但是留置权人除外。”这样，他就更没有理由去设定一个所有权保留买卖了。

通过对我国《民法典》关于所有权保留买卖的规定的分析得出一个很大的疑问就是：所有权是否已经转移？还保留吗？结论是：我国《民法典》的规定，实际上是把“所有权保留”变成了“所有权转移”。如果买受人开始破产程序，出卖人在破产程序中，权利行使的性质是：①如果所有权保留买卖中的所有权保留没有登记，就不再是所有权人而是担保权人。从而，其在破产程序中行使别除权；相反，如果登记了，出卖人就行使取回权；②即使是在第 643 条的情况下，《民法典》仍然坚持出卖人的权利为担保权，故在破产程序中也只能是别除权而非取回权。

但是，如果出卖人开始破产程序，又当如何呢？由于按照《民法典》第 641-643 条的规定，如果出卖人的所有权保留没有登记，则出卖人实际上已经失去了所有权，变为了担保权人。因此，管理人只能向买受人主张债权和行使担保权。但是，如果买受人已经将标的物出卖给了第三人，第三人仍然受到善意第三人的保护，管理人只能请求买受人履行付款义务了。如果这时候买受人也开始破产程序，则出卖人的管理人也只能以付款请求权向买受人申报债权了。

（二）融资租赁合同中的出租人权利之性质

按照融资租赁合同的一般性质，出租人当然是融资租赁物的所有权人——我国《民法典》的第 735 条规定“融资租赁合同是出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同。”按照该规定，租赁物显然属于出租人所有。但是，与所有权保留买卖如出一辙，《民法典》第 745 条规定“出租人对租赁物享有的所有权，未经登记，不得对抗善意第三人。”最高人民法院《担保制度解释》第 65 条第 1 款规定：“在融资租赁合同中，承租人未按照约定支付租金，经催告后在合理期限内仍不支付，出租人请求承租人支付全部剩余租金，并以拍卖、变卖租赁物所得的价款受偿的，人民法院应予支持；当事人请求参照民事诉讼法‘实现担保物权案件’的有关规定，以拍卖、变卖租赁物所得价款支付租金的，人民法院应予准许。”

所有问题与所有权保留一样：为了设定一个动产担保而迎合营商环境改善的目标，将一个所有权改造成担保权。在承租人开始破产程序的时候，出租人享有别除权而非所有权。当然，与所有权保留买卖不同的是，在实务中，由于融资租赁公司（出租人）在融资租赁合同中一般也与承租人约定：合同期满，承租人履行了支付租金的义务后，标的物所有权都归承租人所有。因为融资租赁公司一般没有“租赁物”，否则就变为出租公司了。因此，这种变为别除权的方式也基本符合实际。但是，从逻辑上讲，以所有权为基础的取回权无论如何都难以变为以担保为基础的别除权。

（三）保理合同中的权利性质

根据我国《民法典》第 761 条之规定，保理合同是应收账款债权人将现有的或者将有的应收账款转让给保理人，保理人提供资金融通、应收账款管理或者催收、应收账款债务人付款担



保等服务的合同。而根据第 766 条之规定，保理分为两种：一是对债权人具有追索权的保理，二是无追索权的保理。前者，即当事人约定有追索权保理的，保理人可以向应收账款债权人主张返还保理融资款本息或者回购应收账款债权，也可以向应收账款债务人主张应收账款债权。保理人向应收账款债务人主张应收账款债权，在扣除保理融资款本息和相关费用后有剩余的，剩余部分应当返还给应收账款债权人。而后者，则只能向应收账款债务人主张应收账款债权。

那么，在有追索权的保理中，债权对于保理人的转让实际更像是比较典型的担保——让与担保。在债权人开始破产程序的时候实际上有三种选择：一是参加破产程序，以返还保理融资款本息为限申报债权；二是请求管理人回购债权——这需要管理人进行利益衡量；三是不参加破产程序而直接向应收账款债务人主张应收账款债权。在保理人开始破产程序的时候，其管理人可以行使保理人在《民法典》第 766 条规定的权利。而保理合同中的债权人无权行使类似保理人的选择权——他不能通过支付保理融资款本息而请求返还债权。

五、预告登记在破产程序中的作用

“预告登记”制度是德国传统民法上的一个债权请求权物权化的制度，早在 2007 年我国《物权法》就继受了这一制度，并在第 20 条对之进行了明确的规定，2020 年《民法典》延续之。所谓预告登记，它是与本登记相对应的概念，它是指为确保一项旨在发生未来物权变动的债权请求权的实现，而向登记机构申请办理的预先登记。预告登记是德国中世纪民法创立的制度，我国过去对此的翻译并不一致，有暂先登记、预登记、预先登记等，日本民法称其为假登记。^{〔9〕}

预告登记的具体作用是什么呢？德国学者认为，其作用有二：一是担保债权请求权的实现。债法负担行为产生出卖人的义务，他须将土地所有权移转给受让人或者为受让人设定限制物权。但是，负担行为不能阻止出卖人违背自己承担的义务而对他的土地所有权作其他处分。虽然受让人一经享有不动产所有权转让合意期待权，就获得了或多或少的保障，但是，在这之前出卖人还是可以阻却受让人取得所有权。预告登记制度正是为了预防这种危险。预告登记是一种必须在土地登记簿中登记的担保手段（Sicherungsmittel），它是为了保障债权人实现其进行物权权利变更的债权请求权。它限制出让人（债务人）违背其义务对土地进行处分的权限，使债权人即使在出让人违反义务进行处分的情况下也能够取得物权。它通过使违反预告登记所担保的债法请求权的处分相对于预告登记权利人无效，来实现对预告登记权利人的保护。二是顺位保全作用。预告登记已经表明被担保的请求权经履行后将要产生的权利，法律对此规定了相应的法律后果。将来的权利将会取得预告登记的顺位，将来的权利以这种顺位作用（Rangwirkung）参与到预告登记的法律地位中。^{〔10〕}从预告登记的最初目的看，它仅仅具有保全权利的作用，但它不是权利本身。

我国《民法典》规定的预告登记也体现出立法目的仅仅在于保全债权请求权的作用，但它本身不直接产生物权，物权必须等到真实登记的时候才产生。《民法典》第 221 条规定：

〔9〕 参见王利明《物权法研究》（第 4 版·上卷），中国人民大学出版社 2016 年版，第 327 页。

〔10〕 参见〔德〕曼弗雷德·沃尔夫《物权法》（第 18 版），吴越、李大雷译，法律出版社 2002 年版，第 232-240 页。

（1）当事人签订买卖房屋的协议或者签订其他不动产物权的协议，为保障将来实现物权，按照约定可以向登记机构申请预告登记。预告登记后，未经预告登记的权利人同意，处分该不动产的，不发生物权效力。（2）预告登记后，债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起九十日内未申请登记的，预告登记失效。”该条已经规定得很清楚：第一，它仅仅具有保障将来实现物权；第二，未经预告登记的权利人同意处分该不动产的，则不发生物权效力，不得对抗登记权利人；第三，在特定条件下会失效。立法机关的学者在解释该条时也认为，预告登记所登记的，不是不动产物权，而是目的在于将来发生不动产物权变动的请求权。预告登记的本质特征是使被登记的请求权具有物权的效力。也就是说，进行了预告登记的请求权，对后来发生的与该项请求权内容相同的不动产物权的处分行为，具有对抗的效力，这样，所登记的请求权就得到了保护。^{〔11〕}

但是，最高人民法院《担保制度解释》却把预告登记的债权请求权直接当成了作为登记结果的物权本身。该解释第52条规定：（1）当事人办理抵押预告登记后，预告登记权利人请求就抵押财产优先受偿，经审查存在尚未办理建筑物所有权首次登记、预告登记的财产与办理建筑物所有权首次登记时的财产不一致、抵押预告登记已经失效等情形，导致不具备办理抵押登记条件的，人民法院不予支持；经审查已经办理建筑物所有权首次登记，且不存在预告登记失效等情形的，人民法院应予支持，并应当认定抵押权自预告登记之日起设立。（2）当事人办理了抵押预告登记，抵押人破产，经审查抵押财产属于破产财产，预告登记权利人主张就抵押财产优先受偿的，人民法院应当在受理破产申请时抵押财产的价值范围内予以支持，但是在人民法院受理破产申请前一年内，债务人对没有财产担保的债务设立抵押预告登记的除外。”从这一规定看，最高人民法院的上述司法解释显然是省却了中间最关键的一步——预告登记权利人进行登记从而产生抵押权！正确的、符合逻辑的作法应该是：当事人办理抵押预告登记后，抵押人开始破产程序，具备登记条件的，登记机关不得以抵押人开始破产程序为由拒绝为预告登记权利人进行登记。而不是像司法解释里所说“预告登记权利人可以直接以抵押财产受偿”！还没有进行权利登记，哪里有抵押权？最高人民法院的许多司法解释为了“省事”，直接忽略中间环节，导致的问题很多，例如，破产程序中的“实质合并”，就是省略了“法人人格可否认”的实体审判环节——正常情况下，应该是管理人或者债权人通过民事诉讼程序来提起法人人格否认诉讼，胜诉后，才可以通过连带责任的方式追究其他主体的责任。但《全国法院破产审判工作会议纪要》（法〔2018〕53号）却规定法院可以直接通过裁定的方式对多个企业进行合并，导致实践中的许多问题。

关于预告登记的抵押权或者其他物权，希望此次破产法的修改能够纠正上述不合理的作法。

六、最高人民法院司法解释中的担保权之融贯性问题

物权法施行“物权法定原则”，最高人民法院是否被立法机关授权通过司法解释的方式创设物权的种类尚不明确。但是，不可否认的是，最高人民法院的有些司法解释实质上有创设担保权种类之的情形存在。

〔11〕 参见黄薇主编《中华人民共和国民法典物权编释义》，法律出版社2020年版，第28页。



（一）最高人民法院关于民间借贷的司法解释中创设的类似抵押的优先权

《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（法释〔2020〕17号）第23条规定：“（1）当事人以订立买卖合同作为民间借贷合同的担保，借款到期后借款人不能还款，出借人请求履行买卖合同的，人民法院应当按照民间借贷法律关系审理。当事人根据法庭审理情况变更诉讼请求的，人民法院应当准许。（2）按照民间借贷法律关系审理作出的判决生效后，借款人不履行生效判决确定的金钱债务，出借人可以申请拍卖买卖合同标的物，以偿还债务。就拍卖所得的价款与应偿还借款本息之间的差额，借款人或者出借人有权主张返还或者补偿。”——这是最高人民法院创设的非典型担保，实际上等于抵押权。

按照这一规定，当事人订立的买卖合同实际上相当于设立了一个抵押权。然而，按照我国法的规定，抵押权的有效设立必须登记方可。但是，这种仅仅订立了一个房屋买卖合同就可以成为一个“出借人可以申请拍卖买卖合同标的物以偿还债务”的担保了吗？试想：假如抵押人与债权人仅仅签订一个房屋抵押合同而没有进行抵押权登记，在出现债务人不能清偿的时候，债权人可以请求拍卖标的物而接受清偿吗？然而，这里当事人仅仅“订立一个买卖合同作为民间借贷合同的担保”，就可以获得类似登记抵押权的效力，根据和原理在哪里？

接下来更重要的体系效应就是“出借人可以申请拍卖买卖合同标的物以偿还债务”能否对抗第三人？这种合同效力仅仅在借款人与出借人之间发生，还是具有优先于第三人的优先受偿权？这一问题直接涉及破产程序问题——假如借款人开始破产程序，那么，①买卖标的物是否属于破产财产？②出借人享有别除权吗？如果享有别除权，就等于说具有了对抗的第三人效力。如果是这样的话，能够符合债的相对性之一般原则吗？

笔者认为，这种买卖合同效力不具有对抗第三人的效力，仅仅在出借人与借款人之间发生效力。更不是优先权，在破产程序中，出借人不享有别除权。

（二）最高人民法院关于担保制度的司法解释中的让与担保

让与担保属于典型的非典型担保，尽管在大陆法系国家的法律实践中，也是一种时常出现的担保形式。它是指为了担保把标的物的所有权转让给债权人，外形上债权人作为所有权人出现。然而，即使是所有权转移了，其目的也不过是担保的设定。^{〔12〕}其实，让与担保并不是一种现代法上的制度，恰恰相反，它是一种古老的民事制度——在没有登记的时代，只有靠这种方式设定才可以对债权人提供安全的保障。其实质就是：让债权人以所有权人的名义享有担保权。

既然如此，那么，大陆法系的《民法典》以及我国《民法典》为什么不直接规定这种担保形式呢？这主要因为两个主要的原因：①形式（所有权转移）和实质（担保的目的）相矛盾；^{〔13〕}②我国《民法典》及大陆法系许多国家《民法典》都规定有公示公信原则，这种转移所有权从而达到担保的目的之方式，显然与公示原则不相容，对交易安全造成影响；③与《民法典》中关于“虚假法律行为”的规定非常相似，在这一点上类似于信托——转移所有权是虚假的，让与担保的真实意思表示就是设立担保；④必须明确的是，尽管很多国家的司法判例或者学理将其作为担保方式，但是，让与担保始终都是以合同形式存在，无论是债权人还是债务人不遵守约定，都属于“违约责任”，跟物权毫无关系——即使看起来与物权关系特别大的“转移名义所有权”，也是按照约定转移，无论是债务人还是债权人违反约定，都按照违约处理。

〔12〕 参见〔日〕近江幸治《担保物权法》，祝娅等译，法律出版社2000年版，第251页。

〔13〕 参见同上注，第251页。

但最高人民法院上述《民法典》配套《担保制度解释》第68条规定：“（1）债务人或者第三人与债权人约定将财产形式上转移至债权人名下，债务人不履行到期债务，债权人有权对财产折价或者以拍卖、变卖该财产所得价款偿还债务的，人民法院应当认定该约定有效。当事人已经完成财产权利变动的公示，债务人不履行到期债务，债权人请求参照民法典关于担保物权的有关规定就该财产优先受偿的，人民法院应予支持。（2）债务人或者第三人与债权人约定将财产形式上转移至债权人名下，债务人不履行到期债务，财产归债权人所有的，人民法院应当认定该约定无效，但是不影响当事人有关提供担保的意思表示的效力。当事人已经完成财产权利变动的公示，债务人不履行到期债务，债权人请求对该财产享有所有权的，人民法院不予支持；债权人请求参照民法典关于担保物权的有关规定对财产折价或者以拍卖、变卖该财产所得的价款优先受偿的，人民法院应予支持；债务人履行债务后请求返还财产，或者请求对财产折价或者以拍卖、变卖所得的价款清偿债务的，人民法院应予支持。（3）债务人与债权人约定将财产转移至债权人名下，在一定期间后再由债务人或者其指定的第三人以交易本金加上溢价款回购，债务人到期不履行回购义务，财产归债权人所有的，人民法院应当参照第二款规定处理。回购对象自始不存在的，人民法院应当依照民法典第一百四十六条第二款的规定，按照其实际构成的法律关系处理。”

其实，我们必须明白，《民法典》之所以不直接规定让与担保，但司法实践却承认之，其中主要的原因就是它实质上是一系列合同约定，并不违反意思自治原则——当事人约定以转移所有权为形式设定担保，但是，这种约定并没有对抗善意第三人的效力——当登记名义所有权人出卖给第三人标的物时，可以善意取得。对于债务人或者其他转移标的物的人来说，债权人的行为属于违约问题。因此，它是一种非典型担保。从最高人民法院的上述司法解释看：①表面上看是支持让与担保，实质上等于适用《民法典》的第146条关于虚假法律行为的规定，否定了所有权转移，而认定当事人的真实意思表示——设定担保。而且要求“完成公示”。同时，该司法解释实际上也维护了“禁止流质”的原则；②该司法解释没有限定在动产的范围内，理解起来应该也包括不动产。那就等于说，如果标的物是动产，完成公示就是转移占有，应该是一种“占有质”；如果是不动产，就是完成登记，属于类似于抵押权登记的担保权。在理解上可以解释为：表面上看是登记的所有权，实质上登记的是抵押权。

尽管从形式上看，最高人民法院有创设担保种类之疑，但如果这样解释和理解，最高人民法院在《担保制度解释》第68条并没有超出《民法典》的基本体系框架，可以在整个民法体系内得以融贯。

在破产程序中，应该作出如下理解：①在债权人开始破产程序的时候，标的物不属于破产财产，破产的债权人享有担保物权。该标的物的所有权仍然属于债务人或者第三人。这一点，从上述司法解释第69条可以得到印证。该条规定“股东以将其股权转让至债权人名下的方式为债务履行提供担保，公司或者公司的债权人以股东未履行或者未全面履行出资义务、抽逃出资等为由，请求作为名义股东的债权人与股东承担连带责任的，人民法院不予支持。”也就是说，名义股东不属于真正的股权（所有）权人；②在债务人或者第三人破产的时候，标的物属于破产财产，但作为名义所有权人的债权人享有别除权。

七、法官在法律体系融贯性中的作用

法律之间的不融贯性是一个客观存在的现象，在很多国家的立法中都可能存在，它属于广



义上的法律漏洞。那么,使得法律融贯的主体主要有立法机关——通过立法解释、学者——通过学理解释和法学教育、法官——通过具体司法活动中的能动司法解释。在我国,立法解释的情形比较罕见;与学理解释比较,法官在司法中的能动解释更加直接和重要。因为,最终是解释方法确立了法律制度的内容,甚至可以夸张地说,有多少解释方法,就有多少种法律制度。⁽¹⁴⁾因此,弗里德里希·米勒(Friedrich Muller)指出,裁判始终是以法官塑造出来的规范为基础,因此,所有法院适用的法律规范都是法官法。⁽¹⁵⁾也有学者更直接地指出,法律规范(法律文本)只是裁判活动的出发点,除了少数例外,规范文本大部分都过分不确定,或者具有多义性以致不能直接将个案涵摄其下,为裁判个案,必须先形成一意义较为严密的规范(裁判规范),它表现在法官的判决要旨中,惟借助于它,个案始获裁决。裁判要旨并非既存于规范文本之中,借助于法官它才能整理出来。⁽¹⁶⁾法官在民法规范的适用过程中,不仅要使《民法典》的外部体系保持逻辑一致性,从而要通过体系解释来排除矛盾规范,同时,也要使《民法典》的内部体系——价值评价体系保持一致性,例如,对于某些范围过宽的规范,要通过“目的限缩”的方式来缩小其适用范围(被称为“违背法律文义的除外漏洞”)。另外,法官不仅要在《民法典》体系内部保持上述“二维”的一致性,还应保持《民法典》的内部体系与外部体系的一致性——融贯性,并且,还要保持民法体系与宪法、行政法等在整个法律体系中的融贯性,使民法规范不能与宪法或者行政法的强行性规定相抵触。

最高人民法院的司法解释一方面,从其作用看,有使法律融贯性的作用,可以看成是一种法律融贯性的途径;但另一方面,在实质所起的作用上,相当于“立法”——各级法院必须遵守的法律规范。因此,各级法院的法官在具体的司法审判活动中,对于最高人民法院的司法解释也应当进行适当解释与适用。

例如,最高人民法院关于《民法典》配套的《担保制度解释》第22条规定“人民法院受理债务人破产案件后,债权人请求担保人承担担保责任,担保人主张担保债务自人民法院受理破产申请之日起停止计息的,人民法院对担保人的主张应予支持。”司法解释的该条规定显然有失得当,因为:①债权人请求保证人承担债务属于破产程序外的民事债务及民法一般法上的问题,其不受破产程序的影响,为什么要停止计息?②担保本身就有防止债务人破产而不能清偿的目的在里面——万一债务人不能清偿或者破产等,保证人必须承担清偿责任,包括本息。为什么要停止计息?该解释显然已经属于与民法的体系不融贯了。在该司法解释出台后,学界已经普遍认识到这一规定的不妥当性。那么,在具体案件中,承办法官就应该能动性地对之进行“限缩性解释”——该条中所谓“债权人请求担保人承担担保责任”中的“担保人”,是指开始破产程序的担保人。因为担保人也是债权人的债务人。这样,就能够保持法律体系的融贯性。

再例如,我国《民法典》中关于“浮动担保”的规定显然是不妥当的——没有体现出“浮动”的特性,相反,有点像动产抵押的效力了。而最高人民法院在上述关于担保的司法解释中并没有有效地使上述《民法典》立法中的“体系不融贯”得到缓解,而是延续并加大了这种“裂痕”。比如,《担保制度解释》第57条规定:“(1)担保人在设立动产浮动抵押并办理抵押

(14) 参见[奥]恩斯特·A.克莱默《法律方法论》,周万里译,法律出版社2019年版,第7页。

(15) 参见[德]卡尔·拉伦茨《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2016年版,第14页。

(16) 参见同上注,第14页。

登记后又购入或者以融资租赁方式承租新的动产，下列权利人为担保价款债权或者租金的实现而订立担保合同，并在该动产交付后十日内办理登记，主张其权利优先于在先设立的浮动抵押权的，人民法院应予支持：（一）在该动产上设立抵押权或者保留所有权的出卖人；（二）为价款支付提供融资而在该动产上设立抵押权的债权人；（三）以融资租赁方式出租该动产的出租人。（2）买受人取得动产但未付清价款或者承租人以融资租赁方式占有租赁物但是未付清全部租金，又以标的物为他人设立担保物权，前款所列权利人为担保价款债权或者租金的实现而订立担保合同，并在该动产交付后十日内办理登记，主张其权利优先于买受人为他人设立的担保物权的，人民法院应予支持。（3）同一动产上存在多个价款优先权的，人民法院应当按照登记的时间先后确定清偿顺序。”该规定显然与“浮动担保”本身的内涵和制度价值不相容。

浮动担保制度起源于英国。罗默（Romer LJ）法官在约克郡毛纺机协会（Re Yorkshire Woolcombers Ltd.）一案的判决中提出了浮动抵押的三个特征，其认为如果一个抵押具有这三个特征，那么他将认为该抵押为浮动抵押，这三个特征是：①如果是抵押物是公司现有的和未来的财产；②如果这些财产会随着公司正常的经营活动不断发生变化；③如果享有抵押权益的人在采取相关措施之前，公司可以在正常的经营活动中继续自由处分这些财产。^{〔17〕}我国《民法典》继受2007年的《物权法》第181条，于第396条规定“企业、个体工商户、农业生产经营者可以将现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就抵押财产确定时的动产优先受偿。”问题在于：这种登记的对象是什么？其效力在什么时候发生？登记有什么意义？

我们不妨回头看看第396条规定的客体——生产设备、原材料、半成品、产品，既然是浮动的，就等于说这些客体的所有权都在不断地发生变化中，否则，就是“固定抵押”。那么，既然是浮动的，设立时如果进行登记，就没有任何意义：①由于浮动担保不影响企业的正常经营，担保标的处于不断的变化中——原料要变成半成品、半成品要变为成品、成品要不断地出卖。如果对这种标的物进行了登记，岂不是徒劳吗？它不能对抗“生产设备、原材料、半成品、产品”的所有权或者其他物权变动；如果能够对抗，那就不再是浮动担保而是动产抵押登记。因此，这种登记的对象肯定不应该是每个具体的动产——生产设备、原材料、半成品、产品。相反，应该是“进入担保的物品种类的登记”。②登记的具体效力在什么时候发生？实际上，仔细品读我国《民法典》第396条的规定，其效力应该是在“债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形”下，但是，在实际实现程序上，这个“时间点”发生的标志是什么？是不是应该在发生上述情况的时候，债权人申请法院扣押浮动担保范围内财产的时候？答案应该是肯定的。只要参照比较法上的立法例，就必须清楚：所有的手续都是在法院根据当事人的申请和法院的开始的决定而开始进行。从这一刻起，担保财产才失去流动性，从“浮动”变为“固定”，担保权人的担保也就只能在这一个范围内获得优先受偿权。^{〔18〕}应该说，我国《民法典》第403条及第404条的登记，也许在这个时候才可以说：以动产抵押并登记的，也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。③登记的具体效力是什么？其具体效力在于：当“债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形”

〔17〕 See Re Yorkshire Woolcombers' Association Ltd. [1903] 2 Ch.284 at 295.

〔18〕 参见〔日〕我妻荣《新订物权法》，罗丽译，中国法制出版社2008年版，第522-525页。



发生并被法院扣押的时候，被查封的物品只要在前面“种类登记”中的物品，就属于担保标的物。因此，可以说，浮动担保非常特殊，其设立、登记等的效力，与民法典物权编中的登记效力根本不是一回事。因此，放在民法典物权编中作为一般制度规定，对于物权的公示公信原则是一个巨大的破坏——溢出了公示公信的基本范畴：在浮动担保“冻结前”，即使登记也不能对抗第三人。甚至破坏了物权的一般体系性概念——一个登记的抵押权不能对抗正常买卖中的买受人。

最高人民法院的司法解释如果能够对于这种不同于抵押权的特殊登记予以恰当地融贯，化解其中的不协调，是理想的模式。但是，该司法解释仍然延续了《民法典》的瑕疵，使得其司法解释中所列的几种情形不可能发生在真正的浮动担保中。这就使得以这种浮动担保为基础的破产程序中的别除权与其他以登记担保物权为基础的别除权发生冲突，并造成法律适用上的困难。

因此，无论在破产程序还是一般担保实现中，承办具体案件的法官在解释浮动担保的时候，一定不要把浮动担保登记理解为类似动产抵押的“个别登记”，而是种类登记，登记的目的在于识别当浮动担保标的物要“固定”的时候，其是否属于担保物的范围之内。在破产程序中，以其为基础权利的别除权不可能优先于以其他登记担保为基础的别除权。

只有法官在具体的司法活动中，根据体系解释或者目的解释，或者合宪等解释现存的法律制度（包括司法解释），才能使得《民法典》、破产法与司法解释之间得以融贯，才能使法律制度实现应有的目的，并更好地维护法律的权威。

八、结 论

担保制度历来就是民商法规范中最为复杂的制度，它也是破产程序中以此为基础的别除权、债权人与保证人权利义务关系的基石。但是，我国《民法典》在物权编中，不仅将动产抵押这种非典型担保纳入其中，而且规定了可以登记的浮动担保但登记的效力究竟为何并不明确。《民法典》在多个担保存在的情况下，切断了担保人之间的相互追偿权，就使得担保人的预先追偿权变得复杂，可能使得担保人在犹豫不决中失去受破产程序保护的利益。《民法典》在第 388 条的统辖下，还规定了很多“隐藏式担保”——功能担保，生硬地把诸如所有权保留、融资租赁合同等扭曲成担保权。这就使得本来在买受人开始破产程序中出卖人享有的取回权变成了别除权，这样一来，在买受人开始破产程序，尤其是破产重整的时候，对于出卖人影响就相当大——重整程序开始后，担保物权暂停行使，而且在我国的实务中，这个时间还相当长，甚至直接不允许行使。最高人民法院本应通过司法解释对于《民法典》中许多不融贯的体系性与制度性问题予以协调，其解释在很多方面也确实起到了这种作用，但在有些方面也不尽圆满，例如，担保债权停止计息、预告登记之对于抵押权的关系、浮动担保之登记及其效力等方面没有得出令人满意的解决方案。这些都对破产程序产生巨大影响。希望各级法院的法官在具体案件的审判中，能够能动司法，对于《民法典》、最高人民法院的司法解释与破产程序的融贯性作出努力，也希望正在修订的破产法能够注意并克服此等不融贯性。