

# 民法典中的动产和权利担保体系

龙俊\*

**内容提要：**为了解决中小企业融资难、融资贵的问题并优化营商环境，民法典对我国的动产和权利担保相关制度进行了重大改革，具体而言可分为六个环环相扣的步骤：消灭隐形担保、建立统一的人的编成主义的登记簿、构建统一的担保物权优先顺位规则、扩张正常经营活动中的买受人规则的适用范围、合并浮动抵押与一般动产抵押的登记对抗规则、引入超级优先权规则。这一改革对物权理论影响深远：证明了在物权与债权之间存在稳态的、有意义的中间状态；修正了物权公示原则，应摒弃“全有或全无”式的表述，重新定义为“公示范围之所在，对抗效力之所及”；修正了物权客体特定原则，即物权的客体并不要求一开始就特定，只要执行时特定即可。

**关键词：**民法典 动产担保 权利担保 统一登记 登记对抗

## 引言

中小企业融资难、融资贵是困扰我国经济发展的一大难题。原因之一，在于中小企业不像大型国企那样有大量的不动产作为担保品，它们能够提供的大多是动产或者权利。而接受这些担保品在我国目前的法律框架下存在极大的风险，所以银行等金融机构根本不愿意接受，或者即使愿意接受，对担保品的评估价格也非常低廉，从而导致融资难、融资贵的现状。在这一大背景下，中国人民银行提出了一个非常强的诉求，要对我国的动产与权利担保法律框架进行大修。<sup>〔1〕</sup>我国司法实践中，关于动产和权利担保的案件已成为困扰法

\* 清华大学法学院副教授。

本文是作者主持的国家社科基金项目“民法典中动产与权利担保体系研究”（19BFX118）的阶段性成果。

〔1〕 中国人民银行从2007年物权法出台开始，就通过制定并修订《应收账款质押登记办法》等部门规章，应对日益发展的实践需求，对物权法进行“法律漏洞填补”。2014年出台《中国人民银行关于使用融资租赁登记公示系统进行融资租赁交易查询的通知》（银发〔2014〕93号），确立了融资租赁的登记；2017年修订《应收账款质押登记办法》（中国人民银行令〔2017〕第3号），确立了“以融资为目的的应收账款转让登记”；2019年再次修订《应收账款质押登记办法》（中国人民银行令〔2019〕第4号），更是将登记范围扩展到“其他动产和权利担保登记”，包括“具有担保性质的各类交易形式”。然而上述登记的效力为何，现行法中并无依据，因此中国人民银行迫切希望民法典在立法层面进行改革。

院的难题，各地判决莫衷一是，最高人民法院虽出台了一系列司法解释缓和这一矛盾，〔2〕却治标不治本，因此最高人民法院也希望民法典在这一问题上能够有所突破。与此同时，世界银行对于各个国家或者地区的营商环境评估，其中有12项是对担保法律制度框架的评估。而在这12项中，我国目前仅得4分，失分项全都集中于动产和权利担保相关制度。〔3〕因此，无论是为了发掘我国经济发展的内在动力，还是为了应对营商环境评估的外在压力，都有必要对我国的动产和权利担保法律框架进行根本性的改革。

为了应对上述难题，民法典通过物权编第403条、第404条、第414条、第415条、第416条，以及合同编第641条、第745条、第768条等条文，对动产和权利担保制度进行了重大修改，初步形成了一个形散而神聚的体系，笔者称之为“动产和权利担保”体系。〔4〕由于民法典编纂不宜对现行法的篇章结构体系进行颠覆性修改，所以上述改革大都依托于既有条文进行，分散在民法典各处，没有专设一章集中规定，因此多数人并没有意识到这一重大改革的存在。不少参与了民法典编纂讨论的学者，也因为这一改革与我国目前主流的民法理论存在巨大差异而产生抵触情绪，或认为其存在重大的体系违反，或认为其是不切实际的改革。〔5〕

民法典施行在即，有必要对这一重大改革的成因、方案、目前仍存在的问题进行详细分析，澄清误解，凝聚共识，在此基础上提出系统化的解释论方案。具体而言，笔者认为这一改革可以分解为六个环环相扣的步骤，以下详述。

## 一、消灭隐形担保

### （一）隐形担保及其危害

我们首先要思考一个根本性的问题，担保到底是用来干什么的？到底解决的是谁和谁

〔2〕《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2014〕3号）第9条间接赋予了前述融资租赁登记以排除第三人善意取得的效力；《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）第36条为了将所有保留制度构造得更类似于担保物权，违反破产法的一般原理，通过共益债务制度赋予普通债权以优先权地位。

〔3〕参见世界银行营商环境评估官方网站的数据：<https://chinese.doingbusiness.org/zh/data/exploretopics/getting-credit>，2020年5月6日最后访问。该项指标最后一次的数据搜集完成于2019年6月。

〔4〕我国在相关概念上原使用“动产担保”这一表述。在2018年12月6—7日中国人民银行组织的“动产担保融资制度改革和中小企业发展国际研讨会”上，中国人民银行征信中心的王晓蕾主任提出，我国动产的范围过于狭小，仅包括有体动产，不能包括债权等权利，民法典立法应该与国际立法接轨，建议在物权编增加一条“动产包括权利”。笔者指出这一建议与我国既有的概念体系是矛盾的，并且如果采纳此建议，则“权利质权”这一节就要删除，显然超出了民法典编纂的改动幅度。笔者首次提出，与其改“动产”的概念，不如改“动产担保”这一表述，今后都称为“动产和权利担保”，今后设立的统一的登记簿也称为“动产和权利担保登记簿”。王晓蕾主任表示这一建议非常可行。此后，2019年10月国务院出台的《优化营商环境条例》以及2019年11月中国人民银行出台的《应收账款质押登记办法》，均使用“动产和权利担保”“动产和权利担保登记”的表述。

〔5〕在历次立法研讨会上，上述改革均会受到学者的质疑，甚至被称为对既有理论的“学术政变”。已经成文的质疑参见邹海林：《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》，《比较法研究》2019年第2期，第37页以下；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》，《东方法学》2019年第5期，第48页以下；汤文平：《法学实证主义：〈民法典〉物权编丛议》，《清华法学》2020年第3期，第75页以下。

之间的利益冲突问题?假设债务人乙向债权人甲借款1000万元,用自己的十台生产设备作为担保品为债权人甲提供担保。在这样一个简单的交易过程中,债务人乙为债权人甲设定担保的目的是为了解决甲和乙二人之间的利益冲突吗?其实,无论债务人乙有没有为债权人甲提供担保,都要以其全部责任财产对其债务承担无限责任。从这个意义上说,有担保还是没有担保,对于甲乙二人之间的法律关系没有任何影响。设立担保的目的,实际上在于解决债权人甲和债务人乙的其他潜在债权人如丙、丁、戊等之间的利益冲突问题。正因如此,担保的设定必须经过公示,从而使第三人可以合理判断是否与相对人交易。相反,如果纯由当事人之间的意思表示就可以设定得对第三人产生优先效力的具有担保性质的权利(无公示),或者虽然形式上要求公示但是这种公示却不可能为第三人所查知(伪公示),那么这种担保制度就是一种隐形担保。我国现行法中,典型的隐形担保包括所有权保留、融资租赁、担保性的债权让与(无公示)。此外,虽然我国现行法是否承认有争议,但是如果承认以占有改定方式(伪公示)设定让与担保,那么这种让与担保也属于隐形担保。〔6〕隐形担保除了无法使第三人产生合理预期这一直接危害外,还会导致如下风险:

首先,完全无法防范当事人通过倒签合同的方式虚构担保的道德风险。由于隐形担保缺乏真正的公示,所以除了当事人外,其他人无从得知当事人间是否真的设立了担保。这就导致只要债权人和债务人串通,就可以轻易地倒签合同从而虚设担保。而且对于这种虚设,法院几乎无从审查。当债权人和债务人同时承认一个隐形担保存在并拿出合同加以证明时,法院究竟是认可还是不认可其效力呢?由于现行法没有要求这些隐形担保必须进行公示,所以只要拿出了合同就完成了举证责任,从这个意义上说似乎应该认可这种担保的效力;但是一旦认可这种担保,无异于变相鼓励通过倒签方式虚构担保。于是法院常陷入两难困境,对于同一类型的案件作出完全相反的判决。〔7〕

其次,前述道德风险可能演化为系统性的金融风险。有人认为前述风险是可以“防范”的,只要债权人不接受隐形担保就可以了。然而实际上,这种“防范”没有任何意义。债权人不接受隐形担保,不代表其他人不接受隐形担保,即使债权人尽了最大的注意义务将自己的担保物权全部进行了公示,并且看起来都是第一顺位,执行时仍然可能出现担保设立时间在先的隐形担保权人。目前我国司法实践中,遭遇此窘境的往往是银行等金融机构,以至于不少从业人员谈动产担保或者权利担保而色变。但是我国当前的经济发展形势又要求银行等金融机构必须大规模地接受以动产或者权利作为标的物的担保。因此,如果不消

〔6〕 以上也是世界银行进行营商环境评估时点名的四种制度。营商环境评估中“获得信贷”的“合法权利力度指数”评价的12个指标中的第一个指标是:“经济体有整合或统一的担保交易法律框架,延伸到4个功能等同于动产担保权益的创设、公示及执行:所有权信托转让;融资租赁;应收款的分配或转让;保留所有权的销售。”并且这一指标具有决定性的意义,后续所有与动产和权利担保登记相关的指标都以这一指标为基础,如果这一指标不合格,即使后续的电子登记系统等做得再好,也不能得分。

〔7〕 例如,在融资租赁的所有权人与担保物权人的权利冲突案件中,判决所有权效力优先(承认隐形担保)的案件有:威海市商业银行股份有限公司天津分行诉远东国际租赁有限公司融资租赁合同纠纷案,上海市第一中级人民法院(2016)沪01民终605号民事判决书;中国民生银行股份有限公司温州龙湾支行与温州益丰印刷有限公司普通破产债权确认纠纷案,浙江省温州市中级人民法院(2017)浙03民终4978号民事判决书。判决担保物权效力优先(不承认隐形担保)的案件有:上海电气租赁有限公司、华融湘江银行股份有限公司湘潭分行第三人撤销之诉案,湖南省湘潭市中级人民法院(2018)湘03民终856号民事判决书;中国建设银行股份有限公司长乐支行、福建中发织造有限公司金融借款合同纠纷案,福建省长乐市人民法院(2016)闽0182民初2660号民事判决书,福建省福州市中级人民法院(2016)闽01民终5455号民事判决书。

灭隐形担保，未来我国可能会遭遇系统性的金融风险。

再次，并不限于物权编规定的担保物权（以下称为“狭义的担保物权”），只要以优先效力作为担保功能基础的制度，都会存在前述风险。在立法讨论中，常有人认为只有狭义的担保物权需要严格符合公示原则，合同编的制度则没有必要强调公示。这种观点是错误的。只要是与狭义的担保物权在功能上具有替代性的制度，都必须强调公示，否则就防不住隐形担保。因为物权编和合同编的区分是立法上的区分或者学理上的区分，但是对于实践中的商人而言，无论这一制度规定在哪里或者在学理上的定位是什么，只要能够达到相同的效果，就具有可替代性。比如动产抵押与动产让与担保、所有权保留、融资租赁相互间就具备功能替代性；债权质权和担保性的债权让与也具备功能替代性。总结起来，只要是对物或者权利产生的优先效力作为担保功能基础的制度，都与狭义的担保物权具备功能上的替代性。<sup>〔8〕</sup>在这一系列具有功能替代性的制度中，只要存在一种隐形担保，都可能发生前述风险。比如，我国物权法规定动产抵押只有登记后才有完整的对抗力，所以实践中银行在接受动产抵押时一般会进行登记。然而，合同法没有要求融资租赁中的出租人进行所有权登记，所以债务人仍然可以通过与第三人倒签售后回租协议的方式，架空银行已经登记的动产抵押权。

综上所述，动产和权利担保体系的现代化改造的第一步，就是让隐形担保显形。并且这里的担保并不限于狭义的担保物权，而是要以穿透性的视角观察，只要在功能上与担保物权具备替代性的制度，都在需要显形之列。

## （二）让隐形担保显形

从比较法上看，《美国统一商法典》第九编创造了一元化的动产担保概念，<sup>〔9〕</sup>并以登记作为最重要的公示方式。这一模式允许当事人自行约定各种法律结构的担保，法律不干涉，看起来最“自由”；然而正是因为有一个无比强大的功能性的担保权概念，所以无论以何种形式进行担保交易，最终都要进到“担保”的筐子里，除了消费领域外，只要没有完成登记、占有、控制等公示，就没有优先效力，从而避免了一切隐形担保的发生可能性。<sup>〔10〕</sup>从这个意义上说，《美国统一商法典》既是对担保形式要求最灵活的立法例，也是对隐形担保防范最严苛的立法例，最大限度地防范了交易主体间的一切规避行为。

美国的这种功能主义动产担保立法模式对大陆法系的动产担保立法也产生了重大影响。《欧洲示范民法典草案》单设第九卷“动产担保物权”，开宗明义地强调本卷不只适用于狭义的担保物权，也适用于所有权保留、让与担保等各种因合意或者非合意产生的广义的担

〔8〕 这里并不是主张“泛担保化”，仍然有必要区分“具有担保作用”与“担保物权”。必须是对标的物产生优先效力的制度，才是本文所称的“广义担保物权”。看似具有“担保作用”的连带债务、并存的债务承担、履行抗辩权、债的保全、抵销等制度，仍然不是本文所指的“广义担保物权”。关于“具有担保作用”与“担保物权”的区分，参见崔建远：《“担保”辨——基于担保泛化弊端严重的思考》，《政治与法律》2015年第12期，第112页以下。

〔9〕 参见高圣平：《美国动产担保交易法与我国动产担保物权立法》，《法学家》2006年第5期，第84页；董学立：《我国意定动产担保物权法的一元化》，《法学研究》2014年第6期，第99页。

〔10〕 日本学者森田修认为，《美国统一商法典》的思考方式与大陆法系将担保物权看成所有权质的一部分适用共通规则的思考路径不相同，更多地从公示的角度统一思考担保物权规则的共性与个性。参见〔日〕森田修：《アメリカ法における動産担保権の公示と占有（1）——UCCファイリングの脱神話化のために》，《NBL》第781号（2004），第6页以下。

保物权,<sup>[11]</sup>并在第九卷第三章“对抗第三人的效力”部分明确了这些担保物权未经公示没有对抗第三人的效力,且将“登记”作为最重要的动产担保物权公示方式。<sup>[12]</sup>值得说明的是,该草案打破了传统理论基于法律结构对于各种非典型担保的束缚,规定了所有权保留交易也可以登记,且只有登记后才能取得对抗效力。<sup>[13]</sup>2004年日本出台《关于动产和债权让与对抗要件的民法特例法》。<sup>[14]</sup>此法最大的革新是,在动产让与担保这一逻辑上不可能要求登记的担保制度中导入了登记这一公示方式。<sup>[15]</sup>由于日本动产担保交易实践中最常采用的方式是让与担保,所以此举相当于在日本动产担保交易的核心领域引入了登记制度。当然,动产登记与不动产登记有所不同,并非任何动产交易都有必要查询动产登记簿,所以即使登记了也不一定能够阻却第三人善意取得动产。但是,至少在第三人是金融机构的场合,如果因没有查询该登记簿而不知在前的动产让与担保,则会被认定为有过失而不能构成善意取得。<sup>[16]</sup>因此,日本的这一改革虽然还不算彻底,但是登记手段的引入至少解决了多个金融机构作为动产担保权人时的权利冲突问题。而原本继受德国潘德克顿体系的我国台湾地区,也在制定“企业资产担保法草案”,几乎全盘继受了《美国统一商法典》第九编的制度,也以登记作为动产担保最重要的公示方式。<sup>[17]</sup>

《联合国贸易法委员会担保交易示范法》也高度借鉴了《美国统一商法典》的方案,一方面规定其调整范围为广义的动产担保物权,包括担保性质的所有权,<sup>[18]</sup>另一方面也规定担保物权只有公示后才具有对抗第三人的效力,并将登记作为最重要的公示方式。<sup>[19]</sup>相较于《美国统一商法典》而言,《联合国贸易法委员会担保交易示范法》消除了美国商法统一之前的各种历史遗留痕迹,在保持科学性的同时更加简洁。因此,世界银行在各国进行营商环境评估时首推的动产担保模板就是《联合国贸易法委员会担保交易示范法》,并以该模板为标准判断各经济体是否存在一个“整合或统一的担保交易法律框架”。

正是基于上述一系列考量,我国在编纂民法典时对动产和权利担保系统作了根本性的变革,其中第一步就是在隐形担保中引入登记对抗制度,从而使其显形。具体包括:(1)在民法典合同编第641条规定的所有权保留买卖制度中增设第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)在民法典合同编融资租赁部分增设第745条“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”,并删除合同法第242条“出租人享有租赁物的所有权。承租人破产的,租赁物不属于破产财产”。上述两

[11] 《欧洲示范民法典草案》第IX-1:101条。中译本参见[德]冯·巴尔、[英]埃里克·克莱夫主编:《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案》第九卷,徐强胜等译,法律出版社2014年版,第3页。

[12] 《欧洲示范民法典草案》第IX-1:104条、第IX-3:101条。中译本参见上引冯·巴尔等书,第13页,第77页。

[13] 《欧洲示范民法典草案》第IX-3:303条。中译本参见上引冯·巴尔等书,第100页。

[14] 其全称为“動産及び債権の譲渡の對抗要件に関する民法の特例等に関する法律”。

[15] [日]松尾弘、古积健三郎:《物权·担保物权》,弘文堂2008年版,第408页。

[16] [日]内田贵:《债权总论·担保物权(民法Ⅲ)》,东京大学出版会2005年版,第534页。

[17] 参见谢在全:《浮动资产担保权之建立——以台湾地区“企业资产担保法草案”为中心》,《交大法学》2017年第4期,第72页以下。

[18] 《联合国贸易法委员会担保交易示范法》第1条, [https://uncitral.un.org/zh/texts/securityinterests/modellaw/secured\\_transactions](https://uncitral.un.org/zh/texts/securityinterests/modellaw/secured_transactions)。理由详见《联合国贸易法委员会担保交易示范法颁布指南》第22—34段, [https://uncitral.un.org/zh/texts/securityinterests/modellaw/secured\\_transactions/guide\\_to\\_enactment](https://uncitral.un.org/zh/texts/securityinterests/modellaw/secured_transactions/guide_to_enactment)。

[19] 《联合国贸易法委员会担保交易示范法》第18条。理由详见《联合国贸易法委员会担保交易示范法颁布指南》第123—124段。

处改动明确了所有权保留中出卖人的所有权和融资租赁中出租人的所有权本质上都是担保物权，只有登记后才有对抗效力。(3) 在民法典合同编保理合同部分增设第 768 条，明确多重保理发生时也遵循“登记在先则权利优先”规则，从而与后述担保物权的统一优先顺位规则相一致。<sup>[20]</sup>

当然，略有遗憾的是，在立法过程中经过激烈讨论的让与担保制度未能全面纳入民法典之中。<sup>[21]</sup> 不少学者提出在构建动产让与担保登记制度的前提下，全面承认让与担保制度。<sup>[22]</sup> 如此既能保证不出现隐形担保，又能充分发挥让与担保所特有的制度功能（如强制平仓等）。<sup>[23]</sup> 可惜该方案未被采纳。当然，从好的方面着想，我国至少没有规定通过占有改定方式设定的动产让与担保，也就是说至少避免了我国法律体系中出现新的隐形担保。综合来看，民法典的这次担保制度改革实现了隐形担保的清零，这是构建现代化的动产和权利担保体系的第一步。

## 二、建立统一的人的编成主义的登记系统

在立法讨论中，很多学者注意到了前述第一步的改革，但是却提出质疑，认为民法典设计了不可能实行的制度：所有权保留和融资租赁在何处登记、登记什么？这一质疑并非毫无道理：动产种类繁多，有的动产的登记部门非常明确，比如航空器、船舶、机动车都有专门的登记机关。这些特殊动产无论是所有权变动还是担保物权变动，都在这些部门进行登记。但是，所有权保留交易或者融资租赁交易的标的物五花八门，远不限于前述特殊动产。比如最为常见的机器设备和库存，我们不可能为每一台机器设备或者每一个库存都设立登记页，那么这些机器设备和库存的物权变动如何登记？

这里就有必要引入我国大多数物权法专著都会介绍却一般不展开的登记模式——“人的编成主义”，也就是登记簿以人为单位设立登记页并进行物权变动登记的模式。例如，乙要在 A 设备上为甲设立一个担保物权，那么就在乙的登记页上记载“某一时间在 A 设备上为甲设立了某个担保物权”。这种登记模式下，省去了专门为 A 设备建立一个登记页的程序，只要描述 A 设备是什么就可以了。

观察大陆法系的登记系统发展史会发现，其实最先出现的登记模式就是“人的编成主义”。法国早在民法典制定之前就有抵押制度，然而那个时候却没有对全国的土地进行登记造册，不可能以不动产为单位设立登记簿，因此只能按照人来编成登记簿。<sup>[24]</sup> 当然，这种

[20] 当然，考虑到应收账款的特殊性，除登记外还引入了让与通知作为辅助性的公示方式；当均未登记时，由最先到达应收账款债务人的转让通知中载明的保理人优先受偿。并且，正如李宇所批评的，该条写在保理合同章，导致该条的适用范围限于保理合同，是一大缺陷。笔者也更加赞同“一审稿”第 336 条的写法，该条应该广泛适用于债权让与中。参见李宇：《民法典中债权让与和债权质押规范的统合》，《法学研究》2019 年第 1 期，第 67 页以下。

[21] 民法典第 766 条规定的“有追索权的保理”，在理论上可以解读为应收账款的让与担保，所以可以认为民法典部分承认了让与担保制度。并且由于第 768 条的存在，应收账款的让与担保并非隐形担保。

[22] 参见高圣平：《动产让与担保的立法论》，《中外法学》2017 年第 5 期，第 1193 页以下；龙俊：《民法典物权编中让与担保制度的进路》，《法学》2019 年第 1 期，第 75 页以下。

[23] 同上引龙俊文，第 75 页以下。

[24] 参见〔日〕滝沢聿代：《フランス法》，载舟橋譚一、德本镇编：《新版注积民法 6》，有斐阁出版社 1997 年版，第 35 页。

登记模式也有明显的缺陷,那就是仅靠描述无法精确确定不动产的位置、四至等。从比较法上看,这种登记簿的编成方式逐渐被德国法所确立的“物的编成主义”所淘汰。

不可否认,物的编成主义登记簿相较于人的编成主义登记簿在精确性上具有无可比拟的优势,因此在我国今天设立统一的不动产登记簿时,毫无疑问应该选择物的编成主义。然而,这种强大的物的编成主义登记系统在普通动产担保或者权利担保中却无法使用。动产和权利的种类如此繁多,我们不可能为每一个动产、每一项权利都单设一个独立的登记页,否则成本太高。这时,人的编成主义登记簿就可以发挥作用,只要为担保人设立一个登记页、将他提供的所有动产或者权利担保都登记在这里就可以了,成本非常低廉。<sup>[25]</sup>并且这种登记模式下,只要标的物是可描述的,就可以登记。这是一个非常重大的思想解放,意味着所有的东西,只要有人愿意接受,就可以用来做担保并进行公示,这样就一下子盘活了所有资产。正是因为这种登记模式成本低且具有广泛的适用性,所以当今世界普通动产或者权利的担保的登记簿设计均采用这种模式。<sup>[26]</sup>

有不少学者质疑这种登记模式,认为它不够精确所以毫无意义。有学者设例,出卖人甲有10台相同的机器设备,将其中5台出售给乙并为自己保留了所有权,即使保留的所有权登记了,又如何确定登记的设备是哪5台?<sup>[27]</sup>笔者对此的回应是,比较一个制度的优劣时,必须选择一个合理的参照系。当我们讨论动产和权利担保登记制度时,参照的对象不应该是不动产登记制度,因为即使不动产登记制度再科学、再精确,也不可能大范围适用于动产担保或者权利担保之中。实际上,动产和权利担保登记制度取代的是传统非典型担保中的无公示方式。正如前文所述,这种登记至少解决了倒签合同虚构担保等问题,并且后文还会详述这种登记制度在担保物权冲突排序时的重大作用。至于不够精确的问题,其实这不是“人的编成主义”登记系统带来的新问题,而是动产和权利担保中固有的问题。比如在前述设例中,即使立法中没有规定所有权保留登记,那么传统模式中又如何确定是哪5台设备上设立了所有权保留呢?这本身就是很困难的。因此,前述设例攻击的目标不是所有权保留登记的可行性,而是所有权保留制度本身的可行性。实际上,在所有的动产担保中都要当事人自己举证证明担保标的物是什么,这一点并不会因为有了登记制度而改变。为了避免败诉风险,动产担保的当事人可以通过一些辅助手段将担保标的物予以精确确定,例如可以事先在标的物上做标记<sup>[28]</sup>或者记录下标的物编号(如果有)等。并且,如果当事人采取的是浮动担保模式,那么即使在登记之初并不确定有哪些标的物也无妨,只要执行时可确定即可。

总之,需要注意的是,这种登记模式并非我国民法典立法中的“发明创造”,其不仅在

[25] 目前我国采取这种登记模式的代表是人民银行征信中心的应收账款质押登记,收费非常低:“经国家价格主管部门批准,应收账款质押和转让登记的收费标准为初始登记、展期登记每笔30元/年;变更登记、异议登记每笔10元;注销登记和查询不收费。”见中国人民银行征信中心“动产融资统一登记公示系统”注册页面,<https://www.zhongdengwang.org.cn/userInfoManager/selectRegistUserType.do>。

[26] “声明登记”的登记簿采取的均是人的编成主义模式。关于“声明登记”的广泛适用,参见高圣平:《统一动产融资登记公示制度的建构》,《环球法律评论》2017年第6期,第68页以下。

[27] 设例为金可在中国法学会民法学研究会和中央财经大学主办的“民法典合同编(草案)立法研讨会”上的发言,2019年11月23日,北京怀柔。

[28] 在日本被称为“明认方法”。

比较法中早已经过了长时间的检验，自物权法制定以来在我国动产抵押领域也实践了十多年。现在的问题是，我国承担这种登记任务的部门过于分散，无谓增加了当事人的查询成本，有必要进行统一。<sup>[29]</sup>因此，与民法典编纂工作同步，我国相关部门也在就动产和权利担保统一登记工作进行协调，目前地方试点已经开始。自2019年4月25日起，上海市市场监管部门就将动产抵押登记职能委托给中国人民银行征信中心履行。<sup>[30]</sup>2019年10月国务院颁布《优化营商环境条例》，其第47条第2款更是明确规定“国家推动建立统一的动产和权利担保登记公示系统，逐步实现市场主体在一个平台上办理动产和权利担保登记。纳入统一登记公示系统的动产和权利范围另行规定”。值得说明的是，我们需要统一的登记指的是只能采取人的编成主义的动产或者权利的登记，如果某些动产或者权利本身就有自己的编成主义登记簿，那么这个登记簿是更加精确的，也就没有必要纳入到不精确的登记簿中，典型的就是一些飞行器、船舶、机动车等特殊动产以及上市公司的股票等。

民法典为了“发挥融资担保功能”，“考虑到统一登记的具体规则宜由国务院规定”，于是从一审稿开始就“删除了有关动产抵押和权利质押具体登记机构的内容”，<sup>[31]</sup>从而为建立统一的动产和权利担保登记制度“留下了空间”。<sup>[32]</sup>

### 三、构建统一的担保物权优先顺位规则

我国现行法中的担保物权设计理念是各自为营，缺乏跨类型的权利冲突制度设计，这是严重不符合商业实践逻辑的。实践中很有可能一套机器设备上同时存在着所有权保留、融资租赁、动产抵押，其中有的登记了，有的没有登记，甚至债务人还有可能又将机器设备出质并交付给了第三人。当债务人陷入资不抵债时，前述这些相互竞争的权利如何排序？

传统观点解决这一问题时，常常诉诸善意取得制度。<sup>[33]</sup>例如，甲从乙那里购买了机器A，并为乙设立了所有权保留，此后甲又将该设备抵押给了丙并进行了登记，法院判决此时因为丙不知情故可以善意取得动产抵押权。<sup>[34]</sup>又如，甲和乙签订了融资租赁合同，出租人乙提供B设备给承租人甲使用，此后承租人甲与银行丙签订了贷款合同并将B设备抵押给丙，法院判决此时丙善意取得动产抵押权。<sup>[35]</sup>亦有学者提出通过解释“未经登记不得对抗善意第三人”制度来解决这一问题，认为如果在先设立的担保物权登记了，则可以对抗在后设立的担保物权；如果在先设立的担保物权没有登记，则要考虑在后设立的担保物权人的善意与否，其不得对抗善意的担保物权人，但是可以对抗恶意的担保物权人。<sup>[36]</sup>

[29] 参见前引〔26〕，高圣平文，第72页以下。

[30] 参见《上海市地方金融监督管理局、上海市市场监督管理局、中国人民银行上海分行关于开展动产担保统一登记试点工作的通知》（沪金监〔2019〕45号）。

[31] 具体而言，删除了物权法第189条、第224条、第226条、第227条、第228条对具体登记机构的规定。

[32] 沈春耀（全国人大常委会法制工作委员会主任）：《关于〈民法典各分编（草案）〉的说明》，2018年8月27日在十三届全国人大常委会常务委员会第五次会议上。

[33] 参见前引〔5〕，席志国文，第56页以下。

[34] 参见泰安点石资产管理有限公司、山东恒基新型材料有限公司追偿权纠纷案，山东省泰安市中级人民法院（2019）鲁09执异69号执行裁定书。

[35] 参见前引〔7〕，上海电气租赁有限公司、华融湘江银行股份有限公司湘潭分行第三人撤销之诉案。

[36] 参见董学立：《如何理解〈物权法〉第199条》，《法学论坛》2009年第2期，第101页。



然而,无论是采取善意取得构造还是登记对抗构造,在多重担保的问题上通过善意与否来决定优先顺位的模式是非常难以操作的,一方面证明负担太重,另一方面如果有三个以上的担保物权人,甚至会引发逻辑上的悖论,以下分情况详述:(1)如果认为未登记的动产抵押权人可以对抗已登记的恶意抵押权人,我们可以假设一种情形:所有权人就其动产为甲设立了一项抵押权,但未登记;其后又在同一动产上依次为乙、丙设立了抵押权,均进行了登记;乙知道甲的抵押权在自己之前设定,但是丙不知道甲的抵押权的存在。在这种情形下,乙对于甲而言属于恶意第三人,故甲的权利应优先于乙的权利;丙对于甲而言属于善意第三人,故丙的权利应优先于甲的权利。由此可得,丙的权利应该优先于乙的权利。但是根据抵押权登记顺位效力规则,乙的抵押权先于丙的抵押权登记,因此乙的权利应该优先于丙的权利,和之前的推论形成了矛盾。(2)如果认为未登记的抵押权人可以对抗未登记的恶意抵押权人,我们可以假设这样一种情形:所有权人就其动产为甲、乙、丙依次设立了抵押权,均未登记;乙知道甲抵押权的存在,丙不知道甲抵押权的存在但是知道乙抵押权的存在。在这种情形下,乙对于甲而言属于恶意第三人,故甲的权利应优先于乙的权利;丙对于甲而言属于善意第三人,故丙的权利应同于甲的权利。由此可得,丙的权利应该优先于乙的权利。但是因为丙知道乙的权利存在,故丙对于乙而言属于恶意第三人,乙的权利应当优先于丙的权利,与前面的推论相矛盾。<sup>[37]</sup> 综上,在动产和权利担保交易不发达的背景下,考虑善意与否的制度设计尚有操作可能性;在动产和权利担保交易发达的情况下,动辄出现三人以上的权利纠纷,区分善意与否的制度将不敷使用。

从比较法上看,无论《美国统一商法典》还是《欧洲示范民法典草案》抑或《联合国国际贸易法委员会担保交易示范法》,都确立了“公示在先则效力优先”的基本规则,并不考虑后顺位担保物权人善意与否的问题。<sup>[38]</sup> 我国现行法中虽然没有与之完全对应的统一的担保物权优先顺位规则,但是物权法第199条对于抵押权的规定却与其核心意旨相符合:先登记的优先于后登记的;已登记的优先于未登记的;均未登记的平等受偿。<sup>[39]</sup> 于是民法典第414条修改了物权法第199条,增加了第2款“其他可以登记的担保物权,清偿顺序参照适用前款规定”,从而将之改造为一切担保物权优先顺位的通用性规则。

对于民法典第414条的解释,笔者认为有以下五点值得说明:

第一,这里的“担保物权”<sup>[40]</sup>应作广义理解,不仅包括民法典物权编之担保物权分编规定的抵押权和权利质权,也应该包括合同编中的所有权保留和融资租赁。正如前文所述,为了消灭隐形担保,在所有权保留和融资租赁制度中引入了登记的要求,从而将之改造成

[37] 龙俊:《动产抵押对抗规则研究》,《法学家》2016年第3期,第44页。

[38] 参见《美国统一商法典》第9-322条(a);《欧洲示范民法典草案》第IX-4:101条;《联合国国际贸易法委员会担保交易示范法》第29条。

[39] 与比较法的通行模式有些许差异的是,均未登记的担保权,比较法上多是根据设立的先后顺序决定优先顺位,如《美国统一商法典》第9-322条(a)(3);《欧洲示范民法典草案》第IX-4:101条(2)(b)。笔者认为,我国现在的规定可以进一步弱化隐形担保的效力,并且还可以与不动产抵押权的效力相协调,没有必要改成比较法的通行模式。

[40] 在立法中,对于此处是使用“担保物权”还是“担保权”的表述,曾产生过较大争议。最高人民法院提交的草案以及笔者更加倾向于使用“担保权”的表述,如此涵盖范围更广。但是“担保权”的表述在我国法律体系中从未出现过,并且该条毕竟是民法典物权编之担保物权分编的规定,所以最后仍然使用了“担保物权”这一表述。

为“可以登记的担保物权”。并且，未来我国法律体系中出现任何一种可以登记的担保制度，都要纳入这一条的适用范围。否则，如果仍然坚持狭义解释“担保物权”，则这一轮改革就毫无意义，不仅不符合营商环境优化的要求，反而会出现所有权保留和融资租赁登记后的效力不明这一新漏洞。<sup>[41]</sup>

第二，该条第2款没有采用“可以参照”或者“根据其性质参照”等柔性表述，也没有采用“参照……有关规定”这样具有解释空间的表述，而是直接表述为“参照”一个具体的规定，这表明必须要参照。之所以用“参照适用”而非直接用“适用”的表述，是因为毕竟第1款规定的是抵押权的优先顺位规则，其他担保物权不可能直接适用。

第三，在适用顺序上，该条应优先于第403条规定的“未经登记，不得对抗善意第三人”。<sup>[42]</sup>也就是说，当出现担保物权的效力冲突时，不用考虑善意与否，直接适用“登记在先权利优先”规则。正如前文所述，如此解释一方面能够降低交易成本，避免逻辑悖论的出现，另一方面也符合比较法上的通行模式。

第四，在适用范围上，该条仅适用于多个担保物权之间的权利冲突，不适用于担保物权人与担保物买受人、担保物承租人之间的权利冲突，后者应该适用第403条。<sup>[43]</sup>也就是说，只有在担保物权人与担保物买受人、担保物承租人发生权利冲突时，才应该考虑买受人、承租人善意与否。

第五，立法过程中常有人疑惑，该条前没有加任何限定语，表明该条既适用于动产抵押也适用于不动产抵押，然而动产抵押的物权变动模式是登记对抗，不动产抵押的物权变动模式是登记生效，将物权变动模式不同的抵押制度的优先顺位规则规定在一个条文里，是“不周延的”。<sup>[44]</sup>诚然，从立法技术来讲，如果能够分别规定不动产担保和动产担保，自然更加科学，笔者在立法阶段也曾提出在担保物权分编专设一章，集中地、统一地规定动产和权利担保的相关内容。但是由于民法典编纂不宜对整体结构进行大改，所以只能依托现有框架通过修改具体条文解决问题，于是就有了第414条这样一个高度集成化的条文。如果仔细思考，因为不动产抵押采取的是登记生效模式，所以对于不动产而言，未经登记的“抵押权”是不存在的，自然就只能适用该条第1款第1项，而不可能适用第2项和第3项。也就是说，严格说来该条第1款的第1项与第2项、第3项的适用范围是不同的。但这只能说明该条在解释上有点绕，其在逻辑上并不存在问题。即使有人因为该条比较绕而认为不动产抵押也要适用第2项和第3项，在结果上也没有任何不合适的地方。因为依据物权的优先性和债权的平等性，也会得出“登记的优先于未登记的”“均未登记的平等受偿”的结论。

[41] 民法典第388条第1款规定，设立担保物权应当订立担保合同，并表明这里的担保合同不仅包括抵押合同、质押合同，还包括“其他具有担保功能的合同”，表明了存在“广义担保物权”。并且立法草案说明中也明确了融资租赁、保理、所有权保留等制度的担保功能。参见王晨（全国人大常委会副委员长）：《关于〈中华人民共和国民法典（草案）〉的说明》，2020年5月22日在十三届全国人民代表大会第三次会议上。

[42] 参见王洪亮：《动产抵押登记效力规则的独立性解析》，《法学》2009年第11期，第53页；前引〔37〕，龙俊文，第43页以下；庄加园：《动产抵押的登记对抗原理》，《法学研究》2018年第5期，第87页以下；高圣平：《民法典动产担保权优先顺位规则的解释论》，《清华法学》2020年第3期，第105页。

[43] 参见前引〔37〕，龙俊文，第47页以下；前引〔42〕，庄加园文，第91页以下。

[44] 参见前引〔5〕，邹海林文，第41页。

综上所述,民法典第414条是适用于所有可以登记的广义担保物权的高度提取公因式的条文,称之为担保效力的“帝王条款”亦不为过。

当然,担保物权最重要的公示方式是登记,但也不限于登记,占有(交付)也是公示方式之一。然而,我国现行法效力体系中缺乏以登记作为公示方式的担保物权和以占有作为公示方式的担保物权之间的优先顺位规则,这导致实务部门和学界均莫衷一是。从比较法上看,无论《美国统一商法典》还是《欧洲示范民法典草案》抑或《联合国贸易法委员会担保交易示范法》,都将占有(交付)作为与登记效力同等的公示方式,均适用“公示在先则效力优先”规则。<sup>[45]</sup>我国民法典第415条也遵循了这一规则。由于我国现行法中采取交付作为公示方式的意定担保物权只有质权,所以第415条只需规定质权与可以登记的担保物权的效力冲突规则即可。并且依据民法典第414条,抵押权与其他可以登记的担保物权在效力上具有等价性,因此第415条只需规定质权与抵押权的效力冲突规则,就可以当然地解释出当质权与其他可以登记的担保物权发生效力冲突时,也适用“登记或者交付在先则效力优先”规则。此外,值得注意的是,作为质权公示方式的交付不包含占有改定,<sup>[46]</sup>所以第415条的“交付”在解释上也不应该包括占有改定,从而避免隐形担保的出现。

#### 四、扩张“正常经营活动中的买受人”规则的适用范围

根据前三步改革,我国即将建立一个统一的人的编成主义的登记系统,各种动产的担保交易都要在这个系统中公示,并适用统一的优先顺位规则。然而在立法过程中有不少学者担心,这样的制度设计固然满足了银行等金融资本降低风险的需求,却会使普通大众的交易成本急剧上升。这些学者指出,这一模式一旦推广,今后在任何交易中买到的任何标的物上都可能存在担保物权,即使登记簿的查询成本再低,难道我们能够要求所有的交易(并不限于担保交易)都要去查询这个登记簿?

上述担忧不无道理。正因如此,需要有一项制度限制登记的效力,从而避免大量非担保交易受到担保交易的不当影响。《美国统一商法典》第9-320条(a)规定的“正常经营活动中的买受人”规则,即发挥此作用。依据该规定,当担保物的买受人是从以“出售该有体动产”为业的人处(典当商除外)购买的标的物,即使标的物已经为第三人创设了担保物权并且已经公示,甚至即便买受人知悉了该担保物权的存在,买受人也可以无负担地取得标的物所有权。<sup>[47]</sup>《欧洲示范民法典草案》第IX-6:102条(2)(a)和《联合国贸易法委员会担保交易示范法》第34条之4也作了同样的规定。上述规定对于担保物的买受人进行了区分,“正常经营活动中的买受人”被豁免了查询登记簿的义务。

“正常经营活动中的买受人”的制度设计与动产担保登记系统的属性相辅相成:让所有的东西都可以进入登记系统,从而可能成为金融担保品以盘活资产;另一方面,却并不

[45] 参见《美国统一商法典》第9-322条(a);《欧洲示范民法典草案》第IX-4:101条;《联合国贸易法委员会担保交易示范法》第29条。

[46] 参见崔建远:《物权法》,中国人民大学出版社2014年版,第526页。

[47] 参见《美国〈统一商法典〉及其正式评注》,高圣平译,中国人民大学出版社2006年版,第212页;The American Law Institute and National Conference of Commissioners of Uniform State Laws, *Uniform Commercial Code: Official Text and Comments*, 2010-2011 ed., Thomson Reuters Business, 2010, p. 937.

要求所有的人在所有交易中都去查询这个登记簿，在正常经营活动中的买受人被豁免了查询义务。如此，则避免了日常的非担保交易受到担保交易的侵蚀，为普通人的日常生活构筑了一道坚实的防线。

诚然，“正常经营活动中的买受人”的制度设计会让担保物权人再次面临一定的风险，但是由于正常经营活动本身是可以预估的，所以这种风险是可控的。担保登记防范的主要是担保交易和非正常的买卖交易，避免的是不可控的风险。将不可控的风险变为可控的风险，对于担保物权人而言已经是较为有效的保护了；如果不设计“正常经营活动中的买受人”制度，固然对于担保物权人的保护更进了一步，却是以提升普通大众的日常交易成本为代价。理性的制度设计需要的是平衡取舍，而不能走极端。

考察我国现行法会发现，物权法其实已经规定了“正常经营活动中的买受人”制度。然而这一规定却仅出现在其第189条第2款，意味着该制度仅适用于浮动抵押的情形，因而该款的规定有一个重大漏洞：原材料、库存等经常处于流动中的动产，虽然常常是浮动抵押的标的物，但也有可能成为其他担保交易的标的物，为何仅在浮动抵押中才对买受人进行特殊保护？担保交易采取浮动抵押模式还是一般动产抵押模式，不应影响买受人的法律地位。因此，将“正常经营活动中的买受人”规则困于浮动抵押制度中是不合理的，必须扩张其适用范围。民法典第404条将“正常经营活动中的买受人”制度从浮动抵押中解放出来，适用于一切以动产作为标的物的抵押制度，是科学合理的。

进一步而言，对于民法典第404条的理解与适用，笔者认为有以下几点需要把握：

首先，“正常经营活动中的买受人”规则和善意取得规则虽然有很多类似之处，但是却存在以下几点重大差异：（1）从理论基础来看，虽然二者都是对交易中的信赖进行保护，但是传统的动产善意取得制度更多的是对出卖人占有状态的信赖，而“正常经营活动中的买受人”制度更多的是对交易过程的信赖。（2）从构成要件来看，大陆法系传统的善意取得制度并不要求有对价；我国的善意取得制度虽然要求“以合理的价格转让”，但是并不要求价款已经支付；<sup>[48]</sup>只有“正常经营活动中的买受人”制度的构成要件最严格，必须“已支付合理价款”。（3）从法律效果来看，善意取得制度不能对抗已经登记的物权，任何人不能以不知晓登记簿的记载为由主张自己的善意；然而“正常经营活动中的买受人”的权利却可以凌驾于已经登记的担保物权之上，这也正是该制度的核心功能。

其次，民法典第404条与第406条并不矛盾。第406条明确规定“抵押人可以转让抵押财产”，未设任何要件，既然如此，第404条规定的要件即“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”，还有何必要？即使不满足这些要件，买受人还不是可以依据第406条获得抵押财产？<sup>[49]</sup>笔者认为，解决这一疑问的关键是理解“对抗”二字的含义。第406条放开了抵押财产的转让，是以承认抵押权的追及效力为前提的，所以如果依据第406条取得抵押财产，取得的是一个附着有抵押权的财产。第404条“对抗”的含义是：如果构成了“正常经营活动中的买受人”，就可以无负担地取得抵押财产；反之，如果不构成“正常经营活动中的买受人”，那么虽然可以依据第406条

[48] 参见前引[46]，崔建远书，第81页。

[49] 参见前引[5]，邹海林文，第37页。

取得抵押财产，但是抵押财产之上仍然存在抵押权。

再次，民法典“正常经营活动中的买受人”制度扩张适用于一切以动产作为标的物的抵押制度是合理的，但是在所有权保留中却没有规定该制度，笔者认为是一大遗憾。如果在高度流通的产品上设立了所有权保留，即使登记了，消费者又如何知晓呢？笔者更加赞同法工委2018年2月25日在学者范围内征求意见的《中华人民共和国民法典编（草案）（征求意见稿）》的相关规定，在确立所有权保留登记制度的同时也设计“正常经营活动中的买受人”制度。<sup>[50]</sup>笔者认为此点构成了法律漏洞，未来在法律适用时，所有权保留交易也要类推适用民法典第404条。

最后，对“正常经营活动中的买受人”的概念外延的精确界定也非常重要。外延如果界定小了，那么结果就是商业化的担保交易侵入了一般的民事消费领域；外延如果界定大了，那么结果就是担保的交易安全得不到保障。除了法律条文所直接表达的构成要件外，笔者认为比较法上的经验具有借鉴意义：（1）担保交易不构成正常经营活动，担保交易要统一适用前述“登记在先则效力优先”规则。<sup>[51]</sup>（2）大宗交易不构成正常经营活动，即当交易价值超过卖方存货的一半，并且购买方得知或经过合理询问后应当得知出卖方在该项买卖后不再继续从事相同或类似行业时，这一交易就不能构成正常经营活动。<sup>[52]</sup>（3）正常经营活动仅存在于存货交易中，出卖人落魄到出卖生产设备显然非正常的商业行为。<sup>[53]</sup>（4）正常经营活动必须在卖方的通常营业地进行。<sup>[54]</sup>（5）出卖人与买受人的关系不能过于密切，如公司与其董事的交易不能构成正常经营活动。<sup>[55]</sup>

## 五、合并一般动产抵押与浮动抵押的对抗规则

我国物权法第189条第1款对浮动抵押的物权变动模式采取了登记对抗主义，与第188条的一般动产抵押一样，规定“未经登记，不得对抗善意第三人”。然而在解释上，对于这两条的关系却有两种截然不同的观点。第一种观点认为，第189条第1款虽然在表述上与第188条一致，但是由于浮动抵押设定时标的物尚未特定化，所以不可能在此时就产生优先效力，只有等到“抵押财产确定”（结晶）事由出现时才特定化，在此之前浮动抵押权不

[50] 该征求意见稿第185条第1款规定：“出卖人对买卖合同的标的物保留的所有权，不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得标的物的买受人；未经所有权保留登记，不得对抗善意第三人。”

[51] 美国1976年的一个案例中，一对夫妻为了为律师代理费提供担保而将一对纪念戒指出售给了一名律师，但这对戒指同时也是珠宝商店的购买价金担保权的客体。法院依据《美国统一商法典》第1-201条（9）认定律师不构成正常交易中的买受人，因为律师在本案中并不是“购买人”，其不存在购买的意图和行为。Mayor's Jewellers of Ft. Lauderdale, Inc. v. Levinson, 39 Ill. App. 3d 16, 349 N. E. 2d 475, 19 U. C. C. Rep. Serv. 1206 (2d Dist. 1976).

[52] 《美国统一商法典》第1-201条（9）明确将大宗交易排除在“正常交易”的范畴之外。

[53] 参见前引〔47〕，《美国〈统一商法典〉及其正式评注》，第212页；前引〔47〕，The American Law Institute and National Conference of Commissioners of Uniform State Laws书，第937页。

[54] 美国1965年的一个案例中，法官认定买受人不构成正常交易中的买受人的原因之一，是汽车买卖交易发生的地点并非原告或被告的通常营业地点，而是在与其营业领域不相关的另一个州的空地内。Al Maroone Ford, Inc. v. Manheim Auto Auction, Inc., 205 Pa. Super. 154, 208 A. 2d 290, 2 U. C. C. Rep. Serv. 595 (1965).

[55] 美国1975年的一个案例中，出卖人将36台机床为第三人设定了抵押权，随后又将机床出售给公司的董事，法院认为基于买受人与出卖人几乎只有“一臂之长”的距离，该交易不能被认定为正常交易。Morey Machinery Co., Inc. v. Great Western Industrial Machinery Co., 507 F. 2d 987, 16 U. C. C. Rep. Serv. 489 (5th Cir. 1975).

具有优先效力，故即使浮动抵押设立并登记在前，其效力也劣后于后登记的一般动产抵押；<sup>[56]</sup> 第二种观点认为，第 188 条和第 189 条第 1 款采取相同表述，表明二者具有相同的效力等级，当二者发生竞存时，应该统一适用第 199 条，无论是一般动产抵押还是浮动抵押，先登记的优先于后登记的。<sup>[57]</sup> 而上述两种观点在比较法上都能找到其原型：第一种观点源自“英式浮动抵押”，第二种观点源自“美式浮动抵押”。<sup>[58]</sup> 这两种观点的争议也从理论界蔓延到实务部门，2019 年 7 月最高人民法院《全国法院民商事审判工作会议纪要（征求意见稿）》在小范围征求意见时，也将上述两种观点作为平行方案罗列在第 68 条。在这次民法典编纂过程中，必须在两种观点中作出取舍。

分析这两种模式会发现，二者对于抵押权人的保护力度可谓天差地别。“英式浮动抵押”下，浮动抵押权人对于抵押物的优先效力直到“结晶”时才产生。在“结晶”之前，任何特定物的买受人或者担保物权人，其权利均优先于浮动抵押权人。可以说，浮动抵押权人的权利只可能优先于无担保债权人，也就是永远的“倒数第二”，后文称之为“弱浮动担保”。相反，“美式浮动抵押”下，“浮动”抵押权人的权利在登记伊始就进入了权利顺位系统的排序，并且由于担保物范围包括未来获得的标的物，所以在这些标的物上，“浮动”抵押权人的权利必然是最早登记的，该权利顺位也依浮动抵押的登记之时确定。如果暂且不考虑后文将述及的超级优先权，那么“美式浮动抵押”下“浮动”抵押权人的权利顺位通常是“正数第一”，后文称之为“强浮动担保”。显然，如果让金融机构选择一种担保方式，自然是“强浮动担保”胜出，这亦与笔者在多次立法研讨会上向各个金融机构咨询的结论相一致。不少金融机构表示，目前差异如此之大的两种方案争执不下的现状，正是他们不敢轻易接受浮动抵押这种担保方式的重要原因。

当然，论述至此，尚不足以证成立法中应该选择“强浮动担保”模式，毕竟也有可能实践中并无太多浮动性担保的需求，故没有必要设计如此之强的浮动抵押制度，更何况学界还有物权编删除浮动抵押制度的建议。<sup>[59]</sup> 为了厘清上述问题，我们有必要暂时将视角从浮动抵押制度上移开。

在这次民法典编纂过程中，中国法学会提交的《中华人民共和国民法典物权编修订条文及立法理由》<sup>[60]</sup> 以及不少学者<sup>[61]</sup> 均提出，应该在民法典物权编中确立一项新的担保物权制度——动态质押。动态质押与浮动抵押类似，允许担保物浮动，当旧货被提取后就不再属于担保物，当新货补入则纳入担保物范围。并且动态质押模式的一个核心特征在于，质权的优先顺位以第一次质权设定的时间为准，后续的进货出货不影响质权的设立时间。否则，如果每一次进货都更新一次质权的设立时间，那么这种交易模式就成了多个独立的质

[56] 参见朱岩、高圣平、陈鑫：《中国物权法评注》，北京大学出版社 2007 年版，第 669 页以下。

[57] 参见前引〔42〕，王洪亮文，第 96 页。

[58] 实际上，“美式浮动抵押”并不是真正的浮动担保，只是在现有担保品的前提下增加了“嗣后财产取得条款”，在效果上类似于浮动担保。但是为了行文方便，本文使用“美式浮动抵押”的表述。

[59] 参见侯国跃：《浮动抵押逸出担保物权体系的理论证成》，《现代法学》2020 年第 1 期，第 72 页以下。

[60] 其建议，在现行物权法第 212 条的基础上增加第 2 款：“企业、个体工商户、农业生产经营者以可以替代的生产设备、原材料、半成品、产品出质后，又以同种类物替代原质押财产的，质权的设立时间不受影响。”

[61] 例如，参见刘保玉：《民法典物权编（草案）担保物权部分的修改建议》，《法学杂志》2019 年第 3 期，第 19 页以下；常鹏翱：《论存货质押设立的法理》，《中外法学》2019 年第 6 期，第 1531 页以下。

权的集合体,也就无所谓动态不动态,算不上一种新的担保物权了。这种交易模式在实践中已经非常普遍,因此有强有力的声音希望将之纳入到民法典中。我们分析动态质押的特征不难发现,该制度在效力上与“美式浮动抵押”可谓异曲同工,都是在交易伊始就确立了浮动担保的优先顺位。由此可见,我国实践对于“强浮动担保”的需求还是很大的。

当然,也有很多人会认为,虽然对“强浮动担保”的需求很大,但是既然实践中用的更多的是动态质押而非浮动抵押,那么是否存在这样一种可能:实践的需求不仅仅是效力要强,而且动态质押采取交付这种公示方式也是其优势呢?分析动态质押的公示方式会发现,为了降低存货的转运、储存、保管等成本,动态质押的债权人并不实际占有这些标的物,而主要是由物流企业作为监管人,来替代债权人占有、管理标的物,<sup>[62]</sup>也就是说动态质押通过指示交付这种方式完成公示。这种公示方式固然非常简便,但是回顾前些年发生的“钢贸危机”<sup>[63]</sup>会发现,这种公示方式也为债务人重复质押担保物大开方便之门。债务人只要“买通”了仓库管理员,就可以将一个仓库的货物反复进行动态质押,并且由于货物一直在进出,仓单一直在更新,所以每个质权人都很难发现其他质权人的存在。一旦事发,多个质权人都要执行质押财产,说不清楚谁才是第一个设定质权的人(也就是真正的质权人),还得去问仓库管理员。这一模式将担保物权的公示和效力顺位这么重大的事项都寄托在仓库管理员身上,显然难谓安全的设计,已经成为我国供应链金融发展的重大隐患。

我国众多金融机构遭受了重大损失后,中国人民银行也意识到必须要改变动态质押的公示方式,于是新修订的《应收账款质押登记办法》(中国人民银行令〔2019〕第4号)明确将“存货和仓单质押”纳入到登记系统中,从而又回到了浮动抵押。当然,也有学者认为动态质押的登记与浮动抵押的登记有所不同:前者的主导机构是中国人民银行征信中心,后者的主导机构是工商行政管理部门(现在是市场监督管理部门),且登记系统设计是否电子化、登记信息的详略程度、登记程序等诸多方面都有区别,从而主张二者仍然是不同的制度。<sup>[64]</sup>然而正如前文所述,这些区别都是暂时的,未来我国会建立一个统一的“人的编成主义”的动产和权利担保登记系统,上述区别都会消弭。考虑到浮动抵押是我国物权法的既有制度,且动态质押还曾经是“钢贸危机”的诱因之一,故这次民法典编纂选择改造浮动抵押。

浮动抵押的问题在于效力不明,如果解释为“弱浮动担保”则无法满足实践需求,所以改造的目标在于明确其为“强浮动担保”,在登记伊始即确定其优先顺位,无需“结晶”。具体而言,民法典选择的修改方案是:(1)将浮动抵押与一般动产抵押的对抗效力规则(物权法第189条第1款和第188条)合并为民法典第403条,从而避免解释出两种效力。因为动产抵押毫无争议地以登记的时间点确定优先顺位,所以浮动抵押也只能作此解释。(2)将物权法第181条的“债权人有权就实现抵押权时的动产优先受偿”的表述改为民法典第396条“债权人有权就抵押财产确定时的动产优先受偿”,从而与民法典第411条的

[62] 前引〔61〕,常鹏翱文,第1532页。

[63] 2011年底开始,钢贸行业不景气导致钢贸企业资金链断裂,在钢贸企业互保和重复质押的多重因素作用下,我国银行系统以及实质上发挥银行功能的企业形成了大量坏账。这一时期,针对同一批标的物,往往有多个主体主张担保物权,造成大量疑难案件积压在法院。实践中称这一危机为“钢贸危机”。

[64] 参见前引〔61〕,常鹏翱文,第1535页。

“抵押财产自下列情形之一发生时确定”的表述相统一，进而明确第411条的意义仅在于划定第396条的抵押财产执行范围，避免对第411条过度解读出“结晶”效力的可能性。<sup>[65]</sup>

## 六、引入超级优先权规则

上述第五步改革采取了“强浮动担保”的效力模式，固然满足了实践的需求，却也产生了新的风险：如果债权人竭泽而渔，就债务人的所有动产都设定了浮动抵押，那么债务人再购进任何动产，上面都会自动附着有浮动抵押。并且由于浮动抵押早在债务人购进动产前就已经登记，在“强浮动担保”效力下其优先顺位也于此时就确立了，所以债务人不可能在标的物上再为出卖人设定任何更加优先的担保物权（包括所有权保留<sup>[66]</sup>），于是债务人的再融资渠道被全部堵死，没有人再愿意为其提供赊销或者贷款。为了避免上述情形的发生，民法典引入了超级优先权规则，以平衡“强浮动担保”。

依据民法典第416条，标的物的买受人甲在标的物上为出卖人乙设定抵押权，担保购买该标的物的价金债权，只要出卖人乙的抵押权在标的物交付后的十天内登记，那么出卖人乙的抵押权的效力就会优先于甲在该标的物上为其他债权人设定的担保物权的效力，即使其他担保物权人的权利公示在先也是如此。也就是说，超级优先权是一项“插队”的权利，是前述民法典第414条和第415条的例外。当然，只要买受人甲在拿到标的物后的第一时间就为出卖人乙进行了抵押登记，那么在绝大多数情况下即使存在其他担保物权人，这些担保物权人的公示一般也不会比出卖人乙早，也就是说大多数情况下即使不“插队”，出卖人乙的权利也是最优先的。例外的情况有两种：第一种就是浮动抵押。如果买受人甲早在买受标的物之前就为丙设定了浮动抵押并登记，那么出卖人乙的标的物一进入到浮动抵押指定的仓库就自动变为浮动抵押的标的，而且优先效力从登记时起算。此时如果不赋予出卖人“插队”的权利，那么出卖人的权利无论如何都会弱于浮动抵押权人。因此可以说超级优先权针对的主要就是浮动抵押权。<sup>[67]</sup>第二种是抢先公示的情形。也就是买受人甲拿到标的物立即就为第三人设定了抵押权或者质权，从而导致出卖人乙没来得及登记，权利顺位就被抢先。超级优先权的存在也可以避免此种背信情形的发生。

在超级优先权的制度设计中，“十天内办理抵押登记”是一项非常关键的时间限制。如果没有这一时间限制，就意味着出卖人可以在任何时点登记直接“插队”到第一顺位，登记就成为权利主张的程序而丧失了公示功能，超级优先权也就沦为一种隐形担保。为了保护交易安全，必须设计登记宽限期，并且该期限应该在合理的范围内越短越好。关于宽限期的设计，《联合国贸易法委员会担保交易示范法》提供了两种建议模式：第一种模式区分标的物的流动性，只在流动性较弱的资产比如机器设备上根据各国情况设计一个较短的登

[65] 最高人民法院的《全国法院民商事审判工作会议纪要》也提前与民法典对接，在2019年11月8日公布的正式稿（法〔2019〕254号）中删除了平行方案，在第64条明确规定“强浮动担保”效力。

[66] 根据本文所述的前三步改革，所有权保留中的所有权被担保物权化，进入统一的登记系统进行优先顺位排序，所以尽管出卖人在形式上仍享有该标的物的所有权，但是只要标的物属于浮动抵押登记所描述的范围（比如放入指定的仓库或者属于登记描述中的某一类标的物），一旦交付就会成为浮动抵押的财产客体，如果没有超级优先权规则，那么由于浮动抵押肯定登记在先，所有权保留就必然劣后于浮动抵押权。

[67] 参见董学立：《浮动抵押的财产变动与效力限制》，《法学研究》2010年第1期，第65页以下。



记宽限期（比如《美国统一商法典》设计的是20天），而在流动性较强的资产比如存货上不设计登记宽限期（不是指可以在任何时候登记，而是指必须在交付前登记，可以理解为宽限期为0天）。第二种模式不区分标的物的流动性，统一设计一个固定的较短的宽限期。<sup>[68]</sup>我国民法典采取了第二种模式。

对于民法典第416条的解释，应该注意以下几个方面：（1）对于超级优先权的主体，前文为了方便举例一直都采用“出卖人”的表述，但是实际上提供价款融资的主体不限于出卖人，还包括给买受人购买标的物提供贷款融资的人。<sup>[69]</sup>（2）超级优先权可以插队的对象仅指标的物买受人的其他担保物权人，而不包括出卖人的其他担保物权人，否则就与前述制度目的相违背。<sup>[70]</sup>这一点也是民法典草案“二审稿”所明确的，避免了“一审稿”的表述带来的歧义。<sup>[71]</sup>（3）超出宽限期才登记，不代表担保物权无效，仅仅意味着没有超级优先效力，但是根据登记时间产生的正常优先顺位不受影响，此时可以直接适用民法典第414条和第415条。

## 七、外部体系成型

通过上述六步环环相扣的改革，民法典中初步形成了动产和权利担保的规则体系。虽然该规则体系借鉴了《美国统一商法典》《联合国贸易法委员会担保交易示范法》《欧洲示范民法典草案》《日本关于动产和债权让与对抗要件的民法特例法》等立法例，但是相比动辄上百条的上述立法例，我国民法典的六步改革可以说是一个“极简”体系。固然未来还需要发展出更加细节的具体规则，然而笔者认为提炼这一体系也自成一套逻辑。

首先，常有学者认为前述改革的各个步骤是独立的，是从比较法中随机选取的制度，于是单就其中某一项改革进行批评。<sup>[72]</sup>实际上这六步改革是一个整体，互为犄角、缺一不可。正是因为第一步要消灭隐形担保，才有第二步建立统一的登记系统的必要。在消灭隐形担保之后，各个不同逻辑结构的制度都统合进入了担保的大框架内，于是才有了第三步，将各种广义担保物权纳入到一个排序系统中确定优先顺位。然而如果仅仅只有前三步改革，那么发生的问题是金融担保交易可能会侵蚀日常的民事交易，所以一定要有第四步改革，扩张“正常经营活动中的买受人”制度的适用范围——将其从浮动抵押中解放出来，适用于一切动产抵押中，未来还应该进一步解释为适用于一切有体动产担保。第五步改革和第六步改革主要是为了浮动担保而设计，这两步改革实际上互为因果。正是因为第五步改革将弱浮动抵押改为强浮动抵押，所以如果没有第六步超级优先权的制衡，强浮动抵押就可能将债务人的再融资渠道全部堵死。相反，如果没有第五步的强浮动抵押制度的构建，那么第六步超级优先权的引入也就成了无的放矢。超级优先权制度固然还有其独立的理论价

[68] 《联合国贸易法委员会担保交易示范法》第38条提供了上述备选案文A和备选案文B两个选项。

[69] 参见前引〔67〕，董学立文，第66页以下；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116页以下。

[70] 参见前引〔11〕，冯·巴尔等书，第147页。

[71] “一审稿”第207条的表述是“该抵押权优先于其他担保物权受偿”，从“二审稿”开始修改为“该抵押权人优先于抵押物买受人的其他担保物权人受偿”。

[72] 参见前引〔5〕，汤文平文，第75页以下。

值，然而失去了强浮动抵押这样一个主要制衡目标，那么其制度价值也将大打折扣。此外，第五步改革和第二步改革之间也存在逻辑联系。依据第二步改革建立的登记系统采取的是声明登记方式，可以仅对标的物作抽象描述，对标的物是否存在的真实性也不作审查，<sup>[73]</sup>只要执行时可识别即可，所以是现在物还是未来物区别并不大，因此，统一一般动产抵押和浮动抵押的效力也是符合逻辑的。

其次，正如前述，前四步改革形成了一个逻辑回路，后两步改革形成了一个逻辑回路，那么这两个逻辑回路分别是如何启动的呢？大多数人论证动产和权利担保改革时，一般都会从比较法谈起，认为功能主义的担保立法取代形式主义的担保立法是现代担保立法的发展趋势。<sup>[74]</sup>笔者认为这固然是一个强有力的理由，然而仅有比较法上的依据，尚不足以论证我国为何一定要大费周折作此改革，还必须找到立足于我国本土的论据。笔者之所以将消灭隐形担保定义为改革的第一步，是因为隐形担保泛滥已成为我国司法实践中的一大难题，形式主义的立法模式使得当事人可以轻易规避物权公示制度从而引发系统性风险，所以才要在公示规则中引入功能主义的担保理念。<sup>[75]</sup>于是以这一步改革为锚点，后三步改革自然就依此逻辑顺利展开。第五步改革因为要独立开启第二个逻辑回路，所以也需要在我国本土的司法实践中找到一个锚点。笔者认为这一锚点就是我国商事实践对于强浮动担保的旺盛需求，现有的制度供给却解决不了此问题，以此为契机第五步和第六步改革顺利展开。

再次，前三步改革是为了保护金融安全，但第四步改革却是为了保护民事交易不受商业担保的影响，目的在于限制金融资本。第五步改革是为了满足实践的需求，某种程度上也照顾了金融资本的利益，但第六步改革却是为了保护债务人的利益，再次限制了金融资本。常有人认为各个步骤之间存在价值理念的矛盾冲突，但笔者认为这正是现代担保制度的特点——并非为了单一价值目标而设立，而是需要在多元价值之间反复平衡取舍，最终的目标是形成一种平衡：既要实现物尽其用，又要保障金融安全，同时也不能牺牲广大民众和债务人的正当利益。

最后，可能有学者注意到了，民法典对一些重大问题采取了留白处理：（1）动产抵押权、所有权保留交易和融资租赁交易中的所有权、保理交易中保理人受让的应收账款，系采登记对抗主义，但权利质权仍采登记生效主义，这一体系冲突如何消解？（2）从比较法上看，动产和权利担保制度体系中有一项重要的制度，那就是担保品的收益（包括出让的价金）自动属于担保物权优先受偿的范围，为何我国没有明确规定？

对于第一个问题，动产和权利担保体系内部仍然存在着登记对抗主义和登记生效主义的并存，确实给未来的解释工作带来了一定的困难。但是笔者认为这一困难是可以化解的，原因在于民法典中设计了第414条这样一个高度提取公因式的条文，既适用于采取登记生效

[73] 参见前引〔26〕，高圣平文，第68页以下。

[74] 参见前引〔9〕，高圣平文，第84页；前引〔9〕，董学立文，第99页；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34页以下。

[75] 值得说明的是，民法典中的动产和权利担保体系并未全面贯彻功能主义，并未将所有具有担保功能的制度完全统合为一个整体，除了公示规则和优先顺位规则外，其他各个方面仍然不同程度地保留了各种制度各自原本的特征，所以相当于在功能主义和形式主义之间进行了折中。当然，具体折中到了什么程度，民法典第388条中的“其他具有担保功能的合同”又该如何解释，也是宏大的问题，限于篇幅，此处暂不展开。

主义的物权类型,也适用于采取登记对抗主义的物权类型。这就相当于将动产和权利担保中最重要的多个担保物权之间的冲突规则统一了。同时依据笔者观点,在登记对抗主义的解释上,破产债权人、扣押债权人以及参与分配债权人属于未经登记绝对不可对抗的第三人,<sup>[76]</sup>所以相当于在破产程序以及执行程序中,无论采取的是登记生效主义还是登记对抗主义,担保物权只要未登记,就都没有优先效力。结合以上两点,登记生效主义和登记对抗主义在担保领域的核心区别仅存在于有关担保物买受人和担保物承租人的规则上:依据民法典第403条,未经登记的抵押权,不得对抗善意买受人或者善意承租人;依据该条的反对解释,未经登记的抵押权就可以对抗恶意买受人或者恶意承租人,<sup>[77]</sup>此点构成了核心区别之一。依据民法典第404条,已经登记的抵押权不能对抗正常经营活动中的买受人,此点构成了核心区别之二。然而以上两点区别均不影响权利质权继续采取登记生效主义:就第一点区别而言,不考虑权利买受人或者权利使用人的善意恶意本身不失为一种符合效率的做法;并且与有体动产不同,权利质权不用考虑与善意取得制度的协调问题。就第二点区别而言,“正常经营活动中的买受人”规则本来就是仅在在有体动产交易中适用的规则,<sup>[78]</sup>权利担保中本来就不应适用该规则,采取登记生效主义反而有利于避免规则的误用。综上所述,权利质权仍然采取登记生效主义,并不会在价值权衡上产生问题,毕竟必须要统一的问题已经通过第414条的明文规则和登记对抗主义的解释规则强行统一了。

对于第二个问题,假如规定担保品的收益(包括出让的价金)自动归属于担保物权的优先受偿范围,确实更加有利于保护担保物权人,尤其是可以弥补担保品被正常经营活动中的买受人买走之后担保物权人在担保财产额度上的损失。这一问题在立法过程中实际也经过了讨论,然而最终民法典没有规定这一制度,原因在于两个方面:第一,这一问题并非简单地仅仅规定收益自动归属规则就能解决。这里涉及一个很重要的问题,即收益的识别和公示问题。如果收益没有采取专户或者某种形式固定在担保人的某一部分责任财产上,而是允许其逸散在担保人的一般责任财产中,那么我们只规定收益自动属于担保物权的优先受偿范围,就又可能引发新的隐形担保问题。实际上收益的识别和公示在比较法上也有一系列非常复杂的规则,在不对现行法的篇章结构体系作大的修改的前提下,民法典没有容纳这一系列复杂规则的空间,而如果仅作局部规定反而弊大于利。第二,即使立法中不作规定,假如债权人接受了动产担保后仍然不放心,担心担保财产会被正常经营活动中的买受人买走,其可以与担保人再约定一个债权质或者金钱质,通过登记或者专户的方式固定收益的范围并进行公示。这样既能解决债权人保护的问题,也避免了隐形担保的发生。因此,这一问题可以通过当事人的意思自治解决。与之相比,本文所述的六个步骤,如果没有法律的直接调整,仅仅通过当事人的意思自治无法得以实现。因此,秉承“好钢用在刀刃上”的原则,民法典不规定该内容也是合理的。当然笔者也并不排斥这一规则本身,假如未来时机成熟,在单行法或者司法解释中该规则能以成套的形式出现,笔者也是赞成的。

[76] 参见龙俊:《中国物权法上的登记对抗主义》,《法学研究》2012年第5期,第151页。

[77] 这一点也是民法典第405条只说半截话的原因:在抵押权设立后,抵押权和租赁权的关系要区分为不动产和动产,不动产的情况比较简单,在动产的情况还要区分善意和恶意。在民法典编纂的前提下,为了避免规则表述过于复杂,所以后半段内容没有直接写出来,需要结合第403条进行解释。

[78] 《美国统一商法典》第9-320条以及《联合国贸易法委员会担保交易示范法》第34条之4均明文说明此点。

综上所述，本文所述的六步改革在民法典中构筑了动产和权利担保制度的核心外部体系。该体系构成了整个动产和权利担保制度的主干部分，以此为基础，伴随解释论和司法实践的发展，必将逐步枝繁叶茂，最终成长为参天大树。

## 八、内部体系升华

可能有人会担心动产和权利担保规则体系的出现对于既有物权理论构成了颠覆。诚然，这些规则确实打破了很多传统理论的条条框框，但是笔者认为这种打破对物权理论发展的贡献甚至不亚于该制度本身的经济意义。笔者将该规则体系带来的内部体系升华总结为如下三个方面：

其一，在物权与债权之间存在稳态的、有意义的中间状态。

物债二分是大陆法系的经典理论框架，但是近来学界也逐步认识到绝对刚性的二分并不能完全适应社会发展，开始探索物权和债权区分的相对性。<sup>[79]</sup> 目前学界一般认可二者互相渗透、互相转化的例子，比如租赁权的物权化、经过预告登记的债权具有物权效力等。然而，假如我们将物权的绝对性定义为1，债权的绝对性定义为0，那么目前学界一般认可的区分相对化的例子，大多是原本定位为1的变成了0或者接近0，抑或原本定位为0的变成了1或者接近1。比如我们将租赁权定义为债权，但是一旦租赁物交付后，<sup>[80]</sup> 其绝对性却完全不弱于物权。再比如采取登记对抗主义的不动产物权，尽管也称之为物权，但是目前比较法的趋势是其效力无限接近于债权。<sup>[81]</sup> 笔者一直思索，是否存在这么一种权利：其绝对性始终处于0和1之间而不是接近0或者1，并且这种中间状态不是历史原因导致的，而是有其独立的价值。直到笔者开始研究动产和权利担保的登记对抗规则，才确信了这种状态是存在且有价值的。这种中间状态是由其独特的公示系统决定的，无论是未登记的担保物权还是已登记的担保物权，其效力均稳定地处于0和1之间，<sup>[82]</sup> 并且这种中间状态并不是空想出来的，而是经过了长时间的实践检验。

其二，公示范围之所在，对抗效力之所及。

主流理论对于物权公示原则的描述都是“全有或全无”式的，这一描述的假定前提是：一旦公示，则所有人都应该知晓，如果有人不知晓，就是这个人自己的问题。这一假设在不动产登记中有其道理，登记生效主义的物权变动模式相当于预设了当事人在每一次物权变动中都有查询登记簿的义务，而物的编成主义的登记簿则成为前述制度设计的物质保障。正如前文所述，动产和权利的性质决定了其登记簿只能采取人的编成主义，并且不可能要

[79] 参见刘保玉、秦伟：《物权与债权的区分及其相对性问题论纲》，《法学论坛》2002年第5期，第39页以下；前引〔46〕，崔建远书，第12页；吴光荣：《论债权与物权区分的相对性》，清华大学2010年博士学位论文。

[80] 此点也是民法典的重要改动，将第405条的“抵押不破租赁”和第725条“买卖不破租赁”制度中的租赁权可以对抗物权的时间点，从租赁合同签订时修改为占有移转时，避免隐形的租赁权侵害已公示的物权。

[81] 比如，日本的不动产登记采取的是物的编成主义，所以虽然其物权变动模式是登记对抗，但是在一般不动产交易中，未登记也能对抗的第三人范围非常狭窄，从实际效果上看，未登记的物权效力和债权效力非常接近。参见〔日〕吉原節夫：《登記がなければ対抗しえない第三者》，载舟桥淳一、德本镇编：《新版注释民法6》，有斐阁1997年版，第560页以下。

[82] 未登记的担保物权可以对抗恶意的买受人和承租人，其效力大于0；已经登记的担保物权不能对抗正常经营活动中的买受人，其效力显著小于1。

求每一个交易主体都有义务查询登记簿。也就是说,即使担保物权已经登记,法律也预设一部分人处于公示范围之外,豁免了查询义务,不受其对抗力的影响。因此可以说,不动产登记簿具有全面公示的特征,有全面的对抗力;动产和权利担保登记簿仅仅是有限公示,只具备相应的对抗力。从这个意义上说,我们常见的对于物权公示原则的表达反而只是在全面公示前提下的特例,更加本质的描述应该是:公示范围之所在,对抗效力之所及。

其三,物权的客体并不要求一开始就特定,只要执行时特定即可。

传统观点认为,物权客体特定原则要求物权变动应以特定的个别之物为之。<sup>[83]</sup>我国物权法中规定浮动抵押制度后,尽管多数观点认为这是对于物权客体特定原则的例外,但是如果采取“弱浮动抵押”的解释论则会发现,物权效力(对抗力)的真正产生和标的物的特定化仍然是在“结晶”时同步完成的。正因如此,有学者认为浮动抵押权在“结晶”前并不能算作物权,只能算作债权制度,<sup>[84]</sup>在这个意义上,物权客体特定化原则并没有真正被突破。然而,民法典已经选择了“强浮动抵押”模式,这意味着无论怎么解释,物权效力的产生和标的物的特定化都已经完全分离,传统的物权客体特定原则被彻底击破:物权的客体并不要求一开始就特定,只要执行时特定即可。<sup>[85]</sup>

---

**Abstract:** In order to tackle financing difficulties faced by SMEs and optimize business environment, the Chinese Civil Code has carried out major reforms on the security interests system over movables and rights. Specifically, the reform is divided into six interlocking steps: (a) eliminating invisible security interests; (b) establishing a register for movables and rights security interests, which is a person-based registration; (c) establishing a unified rule of priority for security interests; (d) expanding the scope of application of “the rule of buyer in ordinary course of business”; (e) combining floating mortgage and general chattel mortgage in the registration confrontation rules; and (f) introducing purchase money security interest (super-priority). This reform has a profound impact on the theory of real rights. Firstly, it proves that there is a stable and meaningful intermediate state between real rights and claims. Secondly, it revises the publicity principle of real rights by discarding the expression of “all or nothing” and replacing it with that of “the effect of confrontation extends to wherever the publicity extends”. Finally, it revises the object-specific principle of real rights, so that the object of real rights does not need to be specific at the beginning, as long as it is specific at the time of execution.

**Key Words:** Chinese Civil Code, movables security interests, rights security interests, unified registration, registration confrontation

---

[83] 王泽鉴:《民法物权》,北京大学出版社2010年版,第41页。

[84] 参见前引[59],侯国跃文,第72页以下。

[85] 值得说明的是,这里并非指任何物权在任何场景下都不要一开始特定,而是指存在击破的情形,并且这种情形广泛存在于浮动抵押以及金钱质押、未来债权转让中。从理论构建的角度看,作为原则应当尽可能涵盖大多数情形,因此本文认为物权特定原则应当重新表述,放宽特定的时间点。