

保留所有权买卖比较研究

余能斌 侯向磊*

内容提要:所有权保留的法律性质,以“附停止条件所有权转移说”更为可取。在我国,保留所有权买卖既适用于动产,也适用于不动产,而其登记可采分别主义和对抗主义,内容应尽可能简明。

关键词 保留所有权买卖 比较研究 登记制度

所有权保留是指在移转财产所有权的商品交易中,根据法律规定或当事人的约定,财产所有人移转财产的占有于对方当事人,而仍保留其对该财产的所有权,待对方当事人交付价金或完成特定条件时,该财产的所有权才发生移转的一种制度。所有权保留适用于买卖、互易、赠与等领域,尤以买卖合同中的所有权保留条款最为常见。本文仅就买卖合同中的所有权保留问题进行比较研究。

一、各国保留所有权买卖的立法与实践之比较

在早期罗马法中,就已存在所有权保留制度的雏形,当时法律的一个基本规则是,即使卖方已将出卖物交付给买方,在价款付清之前,他仍保留该物品的所有权。如《十二铜表法》的第6表第8条规定:“出卖的物品纵经交付,非在买受人付清价款或提供担保以满足出卖人的要求后,其所有权并不移转。”该规则在“拟诉弃权式”买卖中得到应用。后来,随着信用交易的发展,罗马法承认所有权自物品交付时移转于买方,但卖方可以附一项“解除约款(Lex Commissoria)”,约定如果买主未付清价款,买卖合同即解除,卖方便可提起“所有权返还之诉”。这为后来的欧洲普通法所继受。

1794年,作为欧洲大陆法典化运动的重要成果之一的《普鲁士地方普通法典》(简称普鲁士邦法),对上述“买卖附解除约款”的罗马法观点作了重大修正,规定只有出卖人重新占有了出卖物时,卖方所附的“解除约款”才有效。这就在客观上增加了出卖人提起“所有权返还之诉”的难度。到19世纪,由于德国的经济状况极不景气,买方很难从金融机构获取贷款,供应

* 余能斌,武汉大学法学院教授;侯向磊,武汉大学法学院博士研究生。

商们为了保护自己的利益,纷纷摒弃以往在合同中附“解除约款”的做法,而直截了当地在合同中表明:在买方付清价款之前,卖方保留所有权。这种条款在当时被大量运用,法官迫于客观实践的需要,不得不承认这种条款的效力。1896年德国民法典将实践中的所有权保留上升为立法。该法典第455条规定:“动产的出卖人在支付价金前保留所有权者,在发生疑问时应认为,所有权的移转以支付全部价金为停止条件,并在买受人对支付价金有迟延时,出卖人有解除契约的权利。”德国民法是首次以成文法的形式明文规定所有权保留的立法。

与德国民法典不同,1804年法国民法典未明确规定所有权保留。但是学者们认为,所有权保留在该法典中可以找到其合法性根据,这就是法典的第118条关于停止条件的规定和第1183条关于解除条件的规定,以及契约自由原则。1980年5月12日法律确认了所有权保留条款在裁判上的清理(*reglement judiciaire*) (1985年1月25日法律将之改为“裁判重整”*redressement judiciaire*)中的效力,从此这一条款得到普遍采用。^[1]

在英国,从19世纪开始,所有权保留条款在商业实践中出现,只是由于买方能从借贷机构获取融资,卖方没必要提供信用而在实践中不被经常使用,也就没有引起法官和学者的注意。但随着所有权保留条款在其它欧陆国家的流行,英国的商贸实践中出现了大量含有所有权保留条款的货物进口合同。1976年 *Aluminium Industrie Vaassen BV v. Romalpa Aluminium Ltd* 一案就是具体涉及一个荷兰公司向英国罗马尔帕铝公司出售铝箔并附所有权保留条款的案件。这也就是著名的罗马尔帕案(*Romalpa*)。英国上诉法院的判决支持了荷兰公司依所有权保留条款所主张的权益,这一裁决“在法律界金融界引起的震惊难以形容”,^[2] 所有权保留条款也因此被称为“罗马尔帕”条款。虽然该案例未被纳入官方的《法律报告书》,但许多法律评论家很快理解了 this 判决的重要性。从此所有权保留问题越来越受到关注和重视。1970年《货物买卖法》第19条第(1)款确立了所有权保留条款在成文法上的根据,该款规定,卖方在特定条件成就之前,保留处置货物的权利(*reserve the rights of disposal of goods*),在这种情况下,尽管货物已被交付给买方或者负责转交给买方的承运人、保管人,但在卖方附加的条件实现之前,货物的财产权(*the property in the goods*)不转移于买方。该条款中的“*the property in the goods*”一般用来指所有权(*the rights of ownership*)。^[3]

在美国,所有权保留买卖早在18世纪就已出现,当时被称为附条件买卖(*the conditional sale*)。1911年,美国统一州法全国委员会颁布了《统一附条件买卖法》,用38个条文对附条件买卖作了规定,然而它并没有引起各州的广泛重视。1952年,该委员会制订出了著名的《统一商法典》,专设第九篇“担保交易”集中对物的担保制度作了全新的规定,它一改以往担保类型固定的法律传统,摒弃了普通法和制定法上的动产抵押、附条件买卖、信托收据、质权、应收帐目的让与、现场仓库等各种担保种类的名称和形式。而用“担保权益”(security interest)这一概念来表述上述各种物的担保,运用“附着”(attachment)这一概念来界定担保权益在当事人间的有效性,并通过对担保权益完善化(perfection)的程序来界定担保权益在当事人间的有效性,并通过对担保权益完善化的程序设计,巧妙地解决了担保权益对第三人的效力及其优先顺序,从而最大限度地统一了物的担保立法。美国担保制度的这一巨大变革,被公认为是当代制定法

[1] 尹田:《法国物权法》,法律出版社1998年版,第455页。

[2] 何美欢:《香港担保法》(上册),北京大学出版社1995年版,第201页。

[3] See Gerard McComack, *Reservation of Title*, Sweet & Maxwell, p228 - 229, 73, P9.

上的伟大进步。所有权保留制度也由此发生了革命性的变化而以一种崭新的面目出现在《统一商法典》中。法典第 1—201(37) 条规定,卖方在货物已装船发运或交付给买方后对货物进行的所有权保留,在效力上相当于对“担保权益”的保留。根据第 9—107 条的规定,若这种担保权益是为了担保标的物的价款的部分或全部,则构成“价款担保权益”(purchase money security interest),而第 9—302(1) 条明文规定设定在除机动车辆、不动产附着物外的消费品上的担保权益不需登记(filing)即自动完善(automatic perfection),也就是说担保权益自成立时起就完善了。上述关于所有权保留的法律条款,使得该制度在美国法上别具特色,令人耳目一新,颇值探究。

如果说美国关于所有权保留制度的立法由于其自身的革命而独树一帜的话,那么我国台湾地区的立法则由于其对别国法律制度的大胆移植而别具一格。我国台湾地区关于所有权保留制度的立法主要体现于 1963 年制订的《动产担保交易法》中。该法第 3 章“附条件买卖”(实际是所有权保留买卖)对所有权保留的有关问题作了较为详细的规定。然而《动产担保交易法》与其传统的民法体系并不相合,它是当时为适应工商业及农业资金融通及动产用益之需要而全面继受美国统一州法全国委员会在《统一商法典》颁行前制订的《统一动产抵押法》、《统一附条件买卖法》和《统一信托收据法》的结果,其许多术语直接来自美国法,与台湾地区具有大陆法传统的民法概念不尽吻合。如“附条件买卖”这一概念是译自英语“conditional sale”,台湾地区民法中并没有这一概念。象台湾地区这种突破自己的民法体系,全面继受另一法系国家的法律制度的做法在比较法上是罕见的。

除上述国家或地区外,荷兰、瑞士、奥地利、意大利、日本等国也都在成文法或判例中确认了所有权保留的效力。

我国有关所有权保留的规定体现于新颁布的合同法之中。该法第 134 条规定:“当事人可以在买卖合同中约定买受人未履行支付价款或其他义务的,标的物所有权属于出卖人。”这是我国明确规定所有权保留的唯一法律条文。

考察各国关于所有权保留的立法,可以看出,所有权保留在成文法上的立法方式大致有以下几种:一是在民法典中的“买卖合同”下或有关的单行法中规定。如意大利民法在“买卖”中的“动产买卖”规定了保留所有权买卖。德国民法典在其“买卖、互易”中规定了“保留所有权”一条(第 455 条);此外,《分期付款买卖法》中也有相应规定。日本在其《分期付款买卖法》中也对所有权保留作了规定。英国关于所有权保留的成文立法则体现于 1979 年《货物买卖法》之中。二是在民法典的“物权”中规定。例如,瑞士民法典在其物权法编“动产所有权”一章中规定了所有权的保留。三是在担保立法中予以规定。如我国台湾地区和美国。四是成文法未作明确规定,但它间接地承认所有权保留的效力,如法国。我国的立法方式当属第一种类型。

所有权保留之所以为各国法律所确认,究其原因,是由于其特有的经济功能。所有权保留买卖中的买受人不用支付全部价款就可以占有、使用标的物,实际上是以接受卖方信用的形式获取融资,这样其购买力就大大提高,从而在一定程度上刺激了消费。就出卖人来讲,他不仅通过保留所有权而获得了商品价款的担保,而且可以此增加商品的销售量。可见,所有权保留制度对刺激消费,活跃市场起着不可低估的作用。各国对所有权保留的立法确认对市场经济的发展无疑具有重要意义。

二、所有权保留法律性质诸说之评析

(一) 学说分歧之简介

各国学者对所有权保留性质的研究,主要是从所有权的移转和债的担保两个视角着眼的,由此形成不同的观念。

首先从所有权移转的角度观察,有以下两种观点:

一曰“附停止条件所有权移转说”。有人指出,所有权保留在法律性质上为一种附停止条件的所有权移转。具体地说,承认物权行为独立的立法主张认为,债权行为本身并不附任何条件,附条件的是所有权移转的物权行为。当事人于买卖契约已约定保留所有权的,于交付标的物时,虽没有再约定所有权保留,解释上应认为移转所有权的物权行为附有停止条件。^[4]反之,不承认物权行为独立性的立法主张认为,附停止条件的所有权移转应理解为所有权移转的效果因买卖契约附有停止条件而受到限制。^[5]也有人认为所有权保留契约为所有权让与之物权契约,但附有其效力的发生取决于受让人义务履行之条件,即所有权保留契约是以受让人义务之履行为停止条件的所有权让与契约,买受人因全部支付代价而完成条件,当然取得所有权。^[6]以上观点为德、日及我国台湾地区之通说。

二曰“部分所有权移转说”。德国学者赖札(Raiser)认为,在所有权保留中,出卖人将标的物交付给买受人的同时,所有权的一部也随之移转于买受人,于是形成出卖人与买受人共有一物的所有权形态,这种部分性的所有权移转是随着各期价金的给付而逐渐移转于买受人的。日本学者铃木的主张尤为形象。他认为,在分期付款买卖的所有权保留过程中,所有权象“削梨”似的,由出卖人一方逐渐地移转到买受人一方。^[7]

其次从债的担保角度观察,则有如下各说:

一是“特殊质押关系说”。此说为德国学者朴罗妹亚(Blomeyer)提倡。他在1939年发表的《条件理论之研究》第2卷中指出,出卖人所保留的所有权,论其性质,与质权相同,买受人因物之交付而取得所有权,出卖人所取得者,是不占有标的物,附有流质约款之质权,以担保未清偿的价金债权。出卖人所取得的是一种特别质权。^[8]

二是“担保物权说”。持这种观点的人认为,在所有权保留关系中,“出卖人以延迟移转物的所有权为手段,担保其全部获得买价的债权,此时出卖人手中的所有权,就成为其实现买价请求权这一债权的担保物权。”^[9]

三是“担保性财产托管说”。法国学者认为,在法国财产(尤其是动产)转让关系中被广泛采用的所有权保留条款实质上就是一种担保性财产托管的适用方式,依照这一条款,债权人(出卖物所有人)只具有一定条件下请求债务人(买受人)返还出卖物的权利,出卖物所有权的

[4] 王泽鉴:《附条件买卖买受人之期待权》,载《民法学说与判例研究》第一册,中国政法大学出版社1997年版,第133页。

[5] 刘得宽:《分期付款买卖之法律上效力》,载《民法诸问题与新展望》,中亨有限公司1980年版,第5页。

[6] 参见史尚宽:《物权法论》,荣泰印书馆,第48页。

[7] 前引[5],刘得宽文,第6、7页。

[8] 前引[4],王泽鉴文,第159页。

[9] 孙宪忠:《德国当代物权法》,法律出版社1997年版,第345页。

其他权能(包括处分权)完全被债务人所行使。^[10]

四是“担保权益(security interest)说”。这是当前美国占主流的学说,持该种观点的人以美国《统一商法典》为立法依据,认为所有权保留实质上是担保权益的保留,而担保权益则是设定在动产或不动产附着物上以担保价款或义务履行的权益。在“担保权益”的统一立法下,所有权是否发生移转并不重要,那只是一个形式上的问题。卖方保留标的物的所有权,就是在其出卖的货物上设定担保权益。

(二)对各种学说之评析

在所有权保留制度中,出卖人是以保留标的物所有权为手段用来担保其价金债权的实现。因此,要理解所有权保留的性质,非得从所有权移转角度和债权担保角度对其予以考察不可。

首先,从所有权移转的角度观察,“部分所有权移转说”认为标的物交付后买受人即取得一部分所有权,买受人因此和出卖人共有标的物。此说充分注意到了买受人地位的独特性和相对独立性,因而具有一定的合理因素。但是,其缺陷也显而易见,这主要表现在:其一,承认买受人也享有标的物所有权与所有权保留条款的内容和出卖人保留所有权的初衷不符。因为所有权保留条款一般明确写明,在条件成就前,标的物所有权不发生移转。出卖人也决不想在标的物交付后与买受人共有一物。其二,认为标的物所有权随价金的支付而“削梨”似地发生移转,这与所有权的一般理论不符,因为所有权是一种完全的物权,其本质上是所有人对物的全面支配权,从其完整意义上具有不可分性,由此也就决定了“削梨”似的移转所有权在客观上是不可能的。如果是由出卖人与买受人共有,这又有悖于保留所有权的担保意义,因为在共有条件下,出卖人所享有的只是属于他自己的一部分所有权,而且已脱离了对共有物的占有、使用,作为共有人又无权收回整个财产,这又怎么能起到保证收回全部价款的作用呢?

其次,从债权担保的角度观察,前文所述的四种观点都认识到所有权保留具有担保的性质,这无疑是可取的。但所有权保留到底是一种怎样的担保,各观点虽都标新立异,但均未能准确、全面地阐明所有权保留的性质。“担保性财产托管说”的理论背景是法国物权法上的托管财产所有权理论。在该理论中,财产所有权从托管人处移转于受托人,受托人成为该项财产的所有人。这在形式上恰是让出所有权而非保留所有权,托管人与受托人的这种法律地位显然不能适用于所有权保留的出卖人和买受人。“特殊质押关系”说认为出卖人享有的是不占有标的物、附有流质约款之质权,这与法律关于质权的规定明显背离,质权以占有标的物为成立要件,不存在不占有标的物的质权,而且立法一般都禁止当事人订立流质约款。可见,“特殊质押关系说”缺乏法律依据,令人难以信服。“担保权益说”系以美国《统一商法典》抛弃各种担保物权形式而以担保权益统一规定的担保立法模式为现实依据的,在此种立法模式下,所有权不是法律所关心的问题。《统一商法典》第 9—202 条明确规定:“不管标的物所有权属于债权人还是债务人,本篇有关权利、义务和救济条款均可适用”,这种作法与英美法重财产利用的所有权观念紧密相关。这种完全置所有权于不顾的思维方式,是向来具有尊重所有权传统的大陆法国家所不能接受的。与上述几种观点不同,“担保物权说”在承认出卖人享有所有权的基础上,认为保留所有权是保证价金余额清偿的手段,这无疑是正确的;然而该说认为出卖人手中的所有权成为其价金债权的担保物权,未免有些武断。按照大陆法系的传统民法理论,物权有自物权与他物权之分,所有权属自物权,担保物权属他物权,二者分属不同物权种类,泾渭分

[10] 前引[6],尹田书,第332页。

明,所有权怎么能成为担保物权呢?而且,担保物权在本质上是一种物上换价权,所有权保留的出卖人既非以获取标的物所保有的交换价值为其主要目的,同时他对出卖物所享有的也不是一种换价权,而是保留自己的所有权。因而将所有权保留归于担保物权不符合担保物权的本质。

(三)结论及其法理分析

通过对以上各学说的评析,我们的观点是:

第一,从所有权移转的角度看,附停止条件所有权移转说是可取的。所有权保留是一种附停止条件的所有权移转行为,在买受人付清价金或完成约定的其他条件后,标的物所有权才移转。这种附停止条件的所有权移转行为在承认物权行为的独立性的立法下,应认为是所有权移转的物权行为附有停止条件;在认为物权变动是债权行为的当然结果而不承认物权行为的立法下,则可解释为买卖合同这一债权行为附有停止条件,从而使所有权移转效力受到限制。

第二,从债权担保的角度看,所有权保留是一种借助所有权移转与物之交付可分离理论和所有权弹性性原理以及附条件法律行为理论而发生担保功能的法律制度。在该制度中,出卖人保留出卖物的所有权,并以之作为出卖物价款的担保;而该担保效力的发挥是借助所有权的作用机制来实现的。就其性质上来讲,该种担保是一种不同于担保物权的权利担保,即以所有权为标的担保,但从严格意义上说,它与一般担保标的物均由债务人提供又有不同。

根据上述观点,简要做如下分析:

其一,所有权移转与物之交付可分离理论和所有权“弹性性”原理以及附条件法律行为理论是所有权保留赖以发挥担保作用的法理机制。所有权保留的出卖人享有的是一种担保权,但此种担保权不象抵押、质押等其他物的担保,是为债权人的利益存在于他人财产上,它是财产所有人在自己的财产上为自己的利益设定的。这之所以成为可能,首先是所有权移转与物之交付可分离理论和所有权“弹性性”原理作用的结果。根据民法一般理论,在移转标的物所有权的法律行为中,标的物交付后,所有权可以发生移转,但也并不必然发生移转。具体地说,在物权变动采意思主义的立法下,标的物所有权可在当事人间的合同生效时发生移转,但当事人也可通过附条件而推延所有权移转时间,使标的物在交付后其所有权不发生转移。在物权变动采用形式主义的立法下,就不动产而言,其所有权变更以登记为生效要件,当事人未登记而交付标的物,所有权不发生移转;就动产而言,形式主义虽然以交付为所有权变动的生效要件,但当事人同样可通过附条件而延缓所有权的移转。我国民法通则第72条也明确规定了当事人可约定所有权移转的时间。由此可见所有权移转与物之交付可以分离,这就使得所有权保留的出卖人在标的物交付给买受人后仍可保留标的物的所有权,并使得在一定条件下根据所有权的“弹性性”恢复其对标的物的圆满支配状态也成为可能。其次,附条件行为理论在所有权保留担保功能的发挥中也起着至关重要的作用,如果没有附条件法律行为理论,所有权保留就不会产生担保功能。这是因为,附条件法律行为理论大大限制了所有权的“弹性性”效力,使此种效力只有在所附条件不能满足时发挥作用,从而决定:一方面出卖人依其所有权取回标的物只是一种可能,而非具有绝对的现实性;另一方面,出卖人又正是以此种可能促使买受人完成所附条件,从而使所有权保留就具有了担保功能。当买受人完成了条件而从出卖人处取得所有权时,这种担保功能也随即不复存在了。

其二,出卖人通过保留所有权而取得了一种物上担保权,这并不意味着出卖人丧失了所有权,也不意味着其所有权转化为担保权,相反出卖人仍享有标的物的所有权。可以说,出卖人

保留对标的物的所有权是所有权保留的担保功能产生、存在和赖以发挥作用的基础。如果出卖人不保留所有权,而将其转移于买受人,则所有权保留的担保功能断然不会产生;而且,如果不承认出卖人享有所有权,就无法解释为什以出卖人在标的物遭受灭失或毁损而无替代物时可向买受人请求损害赔偿,更不能解释最能体现所有权保留担保效力的取回权制度。可以说,所有权保留的担保效力的发挥,就是借助于所有权的作用机制来实现的。

其三,所有权保留的性质可在物的担保的不同分类方法下予以界定。在物的担保分为担保物权和非担保物权这种分类方法下,所有权保留应被归于非担保物权,因为所有权保留采用了出卖人保留所有权的形式,无物上换价可言,出卖人所享有的担保权不具有换价性,从而与担保物权之换价权本质相悖,据此,所有权保留应被认为是一种不同于担保物权的物权担保。在物的担保分为一般物的担保和权利担保这种分类方法下,^[11]由于所有权保留实际上是以所有权作为担保标的,因而它属于权利担保,具体言之是一种物权担保。

三、所有权保留客体范围立法、理念之比较

所有权保留的客体范围,是指作为买卖标的哪些财产可以为所有权保留。从所有权保留的立法实践来看,一些国家和有关地区关于所有权保留的法律条款多针对动产而规定。至于可适用所有权保留的动产的范围如何,有的国家不作限制,如德国民法第155条、意大利民法1523条等,只要能作为买卖的标的物就可以保留所有权;而英美法则径直将所有权保留买卖的标的物界定为“货物”,而货物绝大多数情形下是动产。有的国家或地区则对动产的范围予以限制。例如,瑞士民法第715条第2款就规定:“牲畜的买卖不得保留所有权”,以除外条款的形式限制了动产的范围。而我国台湾地区的《动产担保交易法》第4条则以正面列举方式规定了可采用所有权保留买卖的动产的范围,即机器、设备、工具、原料、半成品、成品、车辆、农林渔牧产品、牲畜以及小船,并授与“行政院”对各类标的物具体品名视事实需要和交易性质以命令定之,据此“行政院”于1965年颁布了具体物品分类表。究其立法政策,是避免在产业不发达的情况下,由于资金过于融通而使生活过分提高,致储蓄减少而影响开发基金之储蓄。^[12]

不动产是否可为所有权保留,各国立法例也有不同。德国民法第925条不允许不动产移转之意思附条件,据德国有的学者研究,之所以如此规定是因为不动产所有权对国计民生有重要意义,而附条件和附期限的不动产所有权移转中不确定因素甚多,妨害不动产交易安全;^[13]依瑞士债务法第217条第二款之规定,不动产不得为所有权保留之登记。日本民法和我国台湾地区的民法对不动产所有权保留未作明确规定。史尚宽先生认为,在日本民法,不动产所有权以当事人之合意而移转,其登记不过为对抗第三人之要件,固不妨解释为不动产可为所有权保留买卖。而在我国台湾地区民法,不动产之移转,除合意外,须经登记始生效力,而且登记对第三人具有绝对效力(至少为公信力),一面以登记而发生移转之效力,一面又允许其保留所有权,观念上未免矛盾,且有害于登记的公信力,所以在我国台湾地区法上,附条件的不动产所有

[11] 物的担保中的“物”,从广义来讲,不仅包括一般的物(主要指有体物),而且还包括权利,如物权、债权、知识产权等,据此,物的担保可被分为一般物的担保和权利担保。

[12] 参见王泽鉴:《“动产担保交易法”30年》,载《民法学说与判例研究》第一册,中国政法大学出版社1997年版,第286页。

[13] 前引[6],孙宪忠书,第200页。

权之移转,应解释为不得为移转登记,仅可为所有权移转请求权之预告登记,或于移转的不动产上为让与人设定抵押权。^[14] 王泽鉴先生持与之相似的观点,他认为我国台湾地区对不动产所有权保留虽未设任何限制,但“就实务而言,对不动产所有权移转附以条件,尚无必要,事例甚少,此因出卖人为保障其未获清偿之价金债权,尽可就不动产设定抵押,或于土地登记簿为预告登记。”^[15] 刘得宽先生则持相反见解,认为标的物为不动产时,因有登记公示方法,故本可采用设定抵押权之手段以确保价金债权之实现,但为节省费用以及避免烦杂的手续起见,在绝大多数的不动产分期付款买卖中,也采所有权保留,此时当事人虽然不为移转登记,但为保全将来所有权之移转,得为预告登记。^[16] 此见解颇有道理。应该认为,对于不动产,所有权保留同样适用,不动产所有权保留应进行登记,此种登记在性质上为预告登记,旨在保全不动产所有权移转登记请求权,它作为一种物权担保的公示方式也具有公信力,该公信力在一定时期暂时限制了不动产所有权登记公信力作用的发挥,但在当所有权保留约款规定的条件成就后当事人完成所有权移转登记或条件不成就时出卖人行使取回权而完成预告登记的涂销登记时,不动产所有权登记的公信力即行恢复,因此,不动产所有权保留并不有害于登记的公信力,更不会妨碍不动产交易的安全,相反,它能融通资金,活跃房地产市场。我国合同法第 134 条对所有权保留的客体未作限制,在解释上应认为无论动产还是不动产皆可为所有权保留。

四、所有权保留登记制度之比较

(一)两种不同的立法实践:登记主义与不登记主义

在所有权保留制度中,标的物所有人并不占有标的物,买受人占有标的物但不享有所有权,这种权利构造使得标的物的实际权属状态和其外在表象不尽一致。首先,就卖方而言,他虽享有所有权,但不能对标的物占有、使用和收益,在外表上,其地位似与租赁合同的出租人或借用合同的出借人无异。其次,就买方而言,他可就标的物占有、使用、收益,并在一定条件下享有对标的物的处分权,其地位在外表上与标的物所有人并无差别。这样,第三人从外部很难知悉标的物的实际权属状态,当卖方或买方违反合同义务而将标的物的所有权让与第三人,或在标的物上为第三人设定担保时,该如何平衡卖方买方以及第三人的利益,各国立法对此所作的努力不尽相同。具体地讲,有的国家求助于登记制度,借助登记的效力和作用来平衡各方利益,而有的国家则对所有权保留不要求登记,这样,在所有权保留问题上,世界上存在着登记主义和不登记主义两种不同的立法实践。

采不登记主义的国家以德国为代表。在德国,法律不要求所有权保留登记,只要当事人意思表示一致,所有权保留法律关系即成立,当事人无须履行登记手续。这种做法的优点是手续简便,然其最大缺点在于欠缺公示性。德国有的学者主张采用登记主义,工商界对此却强烈反对,认为这将暴露其经济状况,妨害信用流通。德国法最后不得不援用善意取得制度来缓和各方当事人之间的利益冲突和维护交易安全。具体地说,当占有所有权保留标的物的当事人违反约定将标的物转让或提供担保时,善意第三人可取得该标的物的所有权或担保物权。除德

[14] 前引 [6],史尚宽书,第 47 页。

[15] 前引 [4],王泽鉴文,第 137 页。

[16] 前引 [5],刘得宽文,第 4 页。

国外,日本也采不登记主义。

与德、日不同,瑞士、意大利、美国及我国台湾地区的立法采取登记主义。但其具体规定也有很大不同。下面就对这些立法实践作一简单考察。

1. 瑞士法。《瑞士民法典》只承认动产的所有权保留并以登记作为其生效要件。法典第 715 条第 1 款规定:“保留让与他人动产的所有权,须在受让人住所所在地的主管官员的登记簿上登记,始生效力”。经登记的所有权保留,可以对抗第三人。

2. 意大利法。《意大利民法典》第 1524 条第 2 款规定,“如果买卖契约以机械为标的物且价格超过 3 万里拉,则保留所有权可抗辩第三买受人,但以保留所有权的约款在对机械物有司法管辖权的法院文书室的特别登记簿上进行了登记并自第三人处得到机械物时,该物尚在实施登记之地为限”。可见,法典对所有权保留规定了有限制的登记对抗主义公示方法。

3. 美国法。美国法上的所有权保留登记制度别具特色。在《统一商法典》中,所有权保留被视为担保权益的一种,这种担保权益有的不需要登记,有的则要求登记。除汽车、不动产附着物以外的消费品价款担保权益,不要求登记,该类担保权益实质上是以担保消费品(汽车、不动产附着物除外)价款支付的所有权保留。这种所有权保留只要在当事人之间有效成立,勿需登记就可对抗第三人。这是因为在美国,消费品分期付款盛行,且消费品多供个人和家庭使用,一般不会转售,即使转售,美国人一般也不会因为相信该消费者为完全权利人而购买,^[17]因此无登记公示之必要。其他的所有权保留作为担保权益都需要通过登记而完善,即产生对抗第三人的法律效力,否则所有权保留只可能在当事人间有效。《统一商法典》规定的登记是通过登记融资报告(financing statement)来完成的。融资报告由债务人签署,须注明债务人和担保权人的姓名与地址、担保物的种类。其内容十分简单,仅仅是一个提醒第三人融资报告描述的某类财产上可能有一个先存的担保权益的通知。从中无从知晓被担保的债权债务关系的具体情况以及哪些具体的财产上设有担保。除登记融资报告外,当事人还可以通过登记担保协议来完成登记,但用于登记的担保协议必须具备法典要求的融资报告的内容并须由债务人签署,此时担保协议可以看作是融资报告。当与债务人交易的有利害关系的第三人需要了解关于债务人的债务状况和财产担保情况等更多的细节时,他可以通过债务人向债权人(担保权人)了解这些信息。法典第 9—208 条规定,债务人可要求担保权人认可或修改并回复债务人签署的载明他认为尚未偿还的债务的债务报告。如果担保物能被保存于担保权人处的担保协议或任何其他记录所证明,他还可要求担保权人认可或修改其发送的担保物清单。担保权人在收到债务人的上述债务报告或担保物清单后必须在两星期内回复,若没有合理理由而违反此义务,就必须对债务人因此所受的损失负责。法典还规定,每 6 个月内,担保权人免费答复债务人一次,超过一次时,每次他可要求债务人支付 10 美元以下的费用。^[18]以上就是美国《统一商法典》所确立的担保权益的“通知登记”制度和“债务报告和担保清单”制度。

4. 我国台湾地区法

我国台湾地区的《动产担保交易法》为所有权保留设计了“登记对抗主义”的公示制度。该法第五条规定:“动产担保交易,应以书面订立契约,非经登记,不得对抗善意第三人。”法律对

[17] Ray D. Henson, *Secured Transactions under the Uniform Commercial Code*, West Publishing (1973), P67. 转引自刘郁武:《所有权保留研究》,载《法学家》1998 年第 2 期。

[18] See UCC9—208, 9—402 and its official comment.

所有权采登记对抗主义,一方面在于维持交易上之便捷,一方面亦在使当事人能斟酌情事,决定是否申请登记,以保障自己的权益。^[19]当事人办理登记,应向登记机关提交合同或其副本。登记机关在合同或其副本上,记明收到日期,存卷备查,并备登记簿,登记合同当事人的姓名、名称、住居所或营业所、订立合同日期、标的物产明、价格、担保债权额、终止日期等事项,登记簿具有索引,合同当事人或第三人可随时查阅或抄录。

(二)对上述立法实践之比较分析

上述各国的立法实践告诉我们,在所有权保留是否登记的问题上,多数国家持肯定态度。这是符合物权法基本理论的。现代物权理论认为,物权公示原则是物权法的一个基本原则,物权的存在与变动,必须以一定的方式公之于众,以维护交易的安全与稳定。在长期实践的基础上,各国物权法发展了登记和占有这两种行之有效的物权公示方法。在所有权保留关系中,出卖人借助保留所有权而获得了一种物权担保,出卖物的实际权属状态,与外在表象极不一致,这就更有必要采取一定的公示方法。因为实际上出卖人并不占有标的物,除了采用登记的公示方式别无其他选择。德国的立法者当初也曾想采取登记主义,但工商界反对,认为登记易使当事人的经济状况暴露,立法者遂放弃了这一想法,其结果是第三人受到善意取得制度的保护,而致当事人的利益顺位排在了善意第三人后面。这种以牺牲所有权保留当事人的利益来换取交易安全的作法必然会减少所有权保留适用的机会,从而在一定程度上妨碍了所有权保留功能的充分发挥。在解决所有权保留的公示问题上,登记主义不失为一种理想的立法选择。

这里还须指出,在上述采登记主义的立法中,关于动产所有权保留登记的效力,各国规定是不一致的,如瑞士采登记生效主义,即以登记作为所有权保留的生效要件,未登记的所有权保留无效;美国法、意大利法、我国台湾地区法则采登记对抗主义,以登记为所有权保留对抗第三人的要件,未经登记的所有权保留,对双方当事人仍然有效,但不能对抗第三人。在这两种立法模式中,哪一种更为优越呢?这就有必要对登记生效主义和登记对抗主义作具体分析。就登记生效主义而言,它要求所有权保留必须登记,否则无效。这就使得当事人间的法律关系有明确的外在标志,有利于法律关系的明晰化,而且第三人仅凭查看登记簿便可知悉当事人间的物权变动状况,其利益不致受到当事人秘密设立物权的侵害。但登记生效主义的弊端也显而易见,在实践中,所有权保留买卖频繁且其客体种类繁多,法律要求所有权保留必须经登记才能生效,就使登记机关和当事人负担过重,从而可能降低当事人进行所有权保留买卖的积极性,这是其一;同时,登记生效主义又增加了第三人尤其是经常进行交易的第三人为防遭对抗力之害而不得不查阅登记簿之苦,这是其二。与登记生效主义相比,登记对抗主义则有其明显的优越性,它把登记的选择权赋予当事人,让其斟酌行事,而不是把登记作为所有权保留买卖的必经程序。这就减轻了当事人和登记机关的负担,从而在一定程度上克服了登记生效主义的第一个弊端。但是,在登记对抗主义立法中,所有权保留一旦登记,即可产生对抗第三人的效力,因而,知晓所有权保留是否已登记对第三人至关重要,而事实上,第三人若不查看登记簿很难知晓当事人是否已登记,为防止遭到登记的“对抗力”,第三人仍不得不去费力劳神地查阅登记簿,所以,登记对抗主义仍未克服登记生效主义的第二个弊端。由以上分析可见,对于动产所有权保留的登记,采登记对抗主义较采登记生效主义为优。在努力克服登记对抗主义固有弊端的前提下,以动产所有权保留采登记对抗主义公示方式不失为一个好的立法思路。

[19] 前引[4],王泽鉴文,第136页。

在所有权保留登记的事项范围问题上,我国台湾地区法与美国法形成鲜明的对比。我国台湾地区法要求登记的事项十分详细,与其说它是物权担保登记,不如说是“买卖合同登录”,这就过份暴露了当事人的经济状况,故遭到台湾地区法学界和实务界的批判和反对。而美国法对所有权保留采“通知登记制度”,登记的事项比较简单,第三人从登记中无法知道买卖合同的具体内容,这就有效防止了当事人经济状况的过度暴露。而欲与买受人进行交易的第三人想了解买受人的债务状况或财产担保情况等更多细节时,他可通过法定查询程序即“债务报告和担保物清单制度”来查询。上述制度设计较为科学合理,可供我们借鉴。

通过以上的比较与分析,我们可得出以下结论:第一,所有权保留在立法上采登记主义,能够更好地协调当事人及其与第三人的利益,也有利于所有权保留功能的更好发挥。第二,动产所有权保留的登记对抗主义立法模式虽也存在一定的缺陷,但较登记生效主义为优。第三,在所有权保留登记事项的范围问题上,立法的指导思想应是既要避免当事人经济状况的过度暴露,又不能因此妨碍登记的公示功能。在这方面,美国法值得借鉴。

(三) 对我国所有权保留登记制度的构想

我国现行法对所有权保留的登记问题未作任何规定,这实为立法的一大缺漏。我国应借鉴他国的先进立法经验,对所有权保留实行登记主义,建议在以后的立法中对此作出规定,现就我国大陆的所有权保留登记制度的立法规定提出以下构想。

1. 对不动产及车辆、船舶、航空器等特殊动产的所有权保留应采登记生效主义,这有利于国家对这类财产的监管。对不动产和车辆、船舶、航空器等特殊动产而言,登记不仅仅具有民法上的物权公示作用,更重要的是它有利于国家对这些财产的归属和利用秩序进行有效的管理,以维护社会秩序和市场交易秩序。由于这些财产的价值更重要的是从其对社会秩序的影响来看,关系到整个社会的安定与发展,因此现代各国都不认为这是个人的私事而不加干预。例如,在德国,“即使是奉行私有制,但国家没有在不不动产事务中给予个人自治权,它不但以立法规定了对一般权利人的登记强制原则,而且还把不动产登记事务宣布为国家专门机构的职权范围”。^[20] 车辆、船舶、航空器也从来都是各国立法管制的重点。而登记生效主义要求所有权保留经登记后方生效,这有助于促使当事人进行登记,从而有利于国家对这些财产的管理。相反在登记对抗主义模式下,所有权保留不经登记即可生效,登记是任意性的,国家无从准确地从登记机关知晓标的物的具体权属状态,这必然增加国家管理这些财产的难度。因此,对不动产及车辆、船舶、航空器等特殊动产,宜采登记生效主义而不采登记对抗主义。

所有权保留一旦登记,即产生对抗第三人的效力,如果出卖人在所有权保留期间将出卖物转让给第三人,纵使已办理所有权移转登记手续,买受人仍可主张出卖人的转让行为无效,待他支付全部价金或完成其他约定条件时,便可请求出卖人办理所有权移转登记手续。可见,所有权保留登记使买受人依据所有权保留买卖合同享有的所有权移转登记请求权得到了保全并产生了对抗第三人的效力,这也就是说,不动产、车辆、船舶、航空器的所有权保留登记具有预登记的性质。

2. 对动产所有权保留应采登记对抗主义,并在登记制度中引入购物发票背书制度,以克服登记对抗主义的缺陷。如前文所述,动产所有权保留的登记对抗主义立法较登记生效主义为优,但也存在一定的缺陷,即它仍未解决如何减少第三人查阅登记簿的麻烦这一难题。为解决

[20] 前引[6],孙宪忠,第132页。

决这一问题,我们建议不妨尝试在所有权保留登记对抗主义立法中引入购物发票上对所有权保留条款予以背书。由于在商品交易活动中买方为确保商品的合法性和质量,习惯上常要求出卖人提供有关购物发票。这样,在绝大多数情形下,第三人可直接通过查看购物发票即可取得查阅登记簿的效果,只有在买受人没有购物发票或拒绝出示的情况下,才有查阅登记簿之必要。值得注意的是,此种购物发票背书只具有证明所有权保留约款的作用,而无公信力,因而,在保留所有权的出卖人给买受人出具了购物发票,且已对所有权保留进行了登记,但未在购物发票上予以背书的情况下,第三人若相信购物发票而从买受人处购买了出卖物,其必遭登记对抗力之害。为了促使出卖人能真实背书,保护第三人的利益,我们认为,立法应规定,保留所有权的出卖人一旦出具了购物发票,就必须对所有权保留予以真实背书,否则,若善意第三人因相信买受人向其出示的购物发票而与之进行交易,则出卖人不能以其所有权保留登记对抗善意第三人。这就在很大程度上保证了购物发票背书的可信度。由于实践中出卖人不出具购物发票的情形相对较少,因而第三人一般要求买受人出示购物发票就可知标的物的所有权保留与否,而不必去查阅登记簿。可见,通过购物发票背书制度,第三人查阅登记簿的麻烦就大大减少了,从而登记对抗主义的缺陷也就得到了一定程度的弥补。

3. 为防止当事人经济状况的过度暴露,所有权保留登记的内容应尽可能简洁,但也不能为此而影响其公示功能,为此我们不妨借鉴和吸收前文所述的美国《统一商法典》中的“通知登记制度”和“债务报告和担保物清单制度”中的合理因素,并在此基础上,结合现实进行适当的修正。我们认为,登记的事项应为:双方当事人的姓名、住址及通讯方式、所有权保留的具体种类以及所有权保留标的物的种类。当事人应向登记机关提交所有权保留买卖合同的副本,以备登记机关或其他国家有关部门查阅,以使登记发挥其行政管理功能,但第三人不得查阅合同副本,只能查阅登记事项。这样,第三人通过查阅登记簿获悉的仅是当事人的某类财产是所有权保留的标的物,还不能确定是哪一具体财产,更无从知道被担保的债权数额等信息,这就防止了当事人经济状况的过度暴露。若第三人有必要了解所有权保留的更多信息,他只能通过欲与其做交易的一方当事人向另一方查询,而无权直接向另一方当事人查询。查询应采用确认清单的形式,即一方当事人应第三人的要求将欲查询的标的物列一清单,交由对方当事人,由其在法定期间内认可或否认并签名后寄回,作出否认的,不必正面回答哪些具体财产是所有权保留标的物,以免让第三人知道过多的信息而暴露经济状况。为了不使一方当事人被对方过多的查询所累,还应采取类似美国法的作法,即规定一定时期内查询者的查询频率,超过规定次数的他要向被查询者交纳一定费用。

五、所有权保留效力之比较

所有权保留一旦有效成立,其效力便及于双方当事人乃至第三人。具体言之,就买受人而言,他可以对出卖物占有、使用和收益,并享有对出卖物所有权的期待权等权利,同时负有对出卖物的不得擅自处分义务、合理保管义务、税金等费用的承担义务以及风险负担义务等。就出卖人而言,他享有在一定条件下对出卖物的取回权与基于所有权的物上请求权,同时负有不得再行处分出卖物、容忍买受人对出卖物占有、使用和收益而不得随意干预,在条件成熟后协助买受人办理所有权移转手续等义务。所有权保留对第三人的效力则主要体现于登记的对抗力。对上述所有权保留效力诸方面,最重要和最值得讨论的是买受人的期待权和出卖人的取

回权。下面我们仅就这两个问题来对所有权保留的效力进行讨论。

(一) 关于买受人对出卖物所有权的期待权问题

通说认为,所有权保留中的买受人在未取得出卖物所有权前,享有对所有权的期待权。德国民法认为此种权利是指所有权保留买卖中,买受人对标的物所有权的权利,是所有权的取得权。王泽鉴先生认为,期待权指因具备取得权利之部分要件,受法律保护,具有权利性质之法律地位。^[21] 据此我们认为,所有权保留买受人的期待权是指买受人对其正在行使所有权的部分权能的买得物所享有的于将来取得其所有权的权利。

对所有权保留买卖中买受人期待权的研究,学者论述颇多,尤其是期待权理论发源地的德国,此问题是“德国法学上讨论最多的问题,自 1900 年德国民法实施以来,有关期待权之判决,数以百计,学者之论著,更是汗牛充栋。Bauser 教授曾言在‘民法学上,未曾有一问题,若保留所有权买卖买受人期待权,如此重视,如此被深入研究者’”。^[22] 由此可见此问题之复杂性。学者争论之焦点,则在所有权保留买受人的期待权的性质问题,对此可谓学说丛生,疑问重重。有些学者认为期待权属形成权或类似形成权利;^[23] 有的认为它是一种物权化的债权或效力扩张的债权;^[24] 有些学者认为,买受人的期待权属物权;^[25] 还有的人认为买受人期待权既不是债权,也不是物权,而是横跨债权与物权二个领域,兼具债权与物权二种因素的特殊权利;^[26] 等等。然而,到目前为止,没有哪一种学说能得到学者的普遍认同,可以说买受人期待权性质问题至今仍是疑点丛生,尚未解决的问题。

从学界对买受人期待权性质的讨论来看,学者们一开始就忽视了期待权所赖以存在的特定权利分类标准,而力图将其归于其他权利分类标准下的某种权利范畴,以其借此来揭示买受人期待权之性质,结果导致了围绕“买受人期待权是物权、债权还是形成权”这一问题的争论,买受人期待权的性质问题也因而就似乎显得非常复杂。我们认为,这种对买受人期待权性质的研究方法是不适当的。其理由有二:

其一,期待权和物权、债权以及形成权是分属于不同权利分类标准下的权利范畴,将期待权归于物权、债权或形成权在客观上是不可能的。这是因为,从方法论意义上讲,在很多情形下是行不通的。例如,民事权利通常以其标的不同被分为物权、债权、知识产权、人格权、亲属权、继承权等权利,在此种分类方法下,形成权属于哪种权利呢?这根本无法回答。实际上,上述关于买受人期待权质的研究在方法论上同样存在这一问题。依民法的权利分类理论,民事权利以权利要件是否齐备为标准分为既得权和期待权,以权利的作用为标准为支配权、请求权、形成权及抗辩权;以权利标的为标准分为物权、债权等权利,可见,期待权与债权、物权或形成权是分属于不同分类标准下的权利范畴,很难说期待权是属于物权、债权还是形成权。将期待权归于这几种权利在客观上是不可能的。因而有的学者得出“买受人期待权既不是物权也不是债权”的结论就不足为怪了。

[21] 前引 [4],王泽鉴文,第 145 页。

[22] 前引 [4],王泽鉴文,第 142 页。

[23] 转引王泽鉴:《附条件买卖买受人之期待权》,载其《民法学说与判例研究》第一册,中国政法大学出版社 1997 年版,第 151 页。

[24] 王轶:《所有权保留制度研究》,载《民商法论丛》第 5 卷,法律出版社 1997 年版,第 629 页。

[25] “买受人期待权物权说”在德国为不少学者所主张。

[26] 前引 [4],王泽鉴文,第 166 页。

其二,将买受人期待权归于物权、债权或形成权的范围无益于揭示其性质。任何一种权利分类方法都是有特定意义的,期待权和既得权的划分对描述民事权利的构成要件是否齐备具有重要意义。对买受人期待权性质研究必须以此为出发点和立足点,只有这样,才能更好地揭示该种期待权之性质,如果忽视买受人期待权所赖以存在的特定权利分类标准而试图将其归于物权、债以或形成权的范畴,不仅使买受人期待权性质问题人为的复杂化,而且也不能体现期待权本身特有的含义,从而无益于揭示买受人期待权的性质。

鉴于上述理由,我们认为:对买受人期待权性质问题的探讨,不能离开期待权所赖以存在的特定权利分类标准。而应以此为立足点,从民法关于期待权的理论中去寻找答案。

依民法一般理论,权利人在取得某种权利的过程中,该种权利要件尚未齐备,仅具备部分要件,法律根据实际需要対权利人此种法律地位予以保护,权利人因而即享有期待权,从某种意义上讲,期待权是取得权利的权利。期待权所“期待”的权利可以是物权,也可是债权,或者是其他种类的权利。根据权利人所“期待”的权利的不同,期待权可分为物权的期待权、债权的期待权等。在所有权保留买卖中,买受人对出卖物自己的意思占有、使用、收益等所有权的部分权能,对出卖物所有权享有期待利益,此种期待利益受法律保护而上升为期待权,这种期待权显然是对出卖物所有权的期待权,因而买受人期待权在性质上属于物权期待权,说得更具体一点,也就是所有权的期待权。

买受人期待权既作为一种物权期待权,买受人可对之为让与、提供担保等处分。通说认为,期待权处分,如同动产所有权之处分,须以交付标的物为要件。买受人固可通过观念交付方式使出卖物保存于其处,出卖人对期待权的此种处分方式一般无异议,但当买受人现实交付而使标的物现实地发生占有变动时,期待权让与是否要经过出卖人同意,对此不无疑义。有的学者认为,买受人将标的物之占有与期待权一并让与第三人,除当事人间有禁止特约外,为法所许。若买受人违反了禁止处分标的物约款,则伴着标的物现实占有而移转之期待权的让与亦会变为无效。^[27]但也有的学者认为,在期待权之让与伴随标的物之占有的现实移转的情况下,即使当事人无禁止移转占有之约定,也须经出卖人同意,否则他可行使取回权,但这对期待让与之效力不生影响。^[28]我们认为,期待权的处分原则上无须经出卖人同意。但若买受人现实地移转标的物的占有,则必须经出卖人同意,除非合同中有允许买受人为此种处分之条款,否则,出卖人可行使取回权,取回权的行使不影响期待权转让之效力,只要买受人即时向出卖人付清价金,期待权受让人即取得出卖物所有权。

(二) 关于出卖人的取回权问题

取回权是指出卖人享有的在买受人未完成约定条件或出现了法定情形时,从买受人处取回出卖物的权利。

取回权的行使须具备一定条件。这些要件通常是买受人未完成合同所附的条件,如届期未偿付价款、未按约定履行特定行为等。除此之外,法律为保护出卖人的利益,往往规定在出卖人利益可能遭到侵害的特定条件下出卖人可行使取回权,如我国台湾地区《动产担保交易法》第28条规定,当买受人将标的物出卖、出质或为其他处分的,出卖人可行使取回权。另外,当买受人破产时,出卖人也可行使取回权,例如,英国的“罗马尔帕”案就属此种情形。鉴于取

[27] 前引[6],刘得宽文,第17页。

[28] 前引[4],王泽鉴文,第193页。

回权的行使对当事人意义重大,我们主张,原则上当买受人未在约定期间内完成合同规定的所有权移转条件或出现了当事人约定的行使取回权的情形时,只要这些约定依合同法有效,出卖人即可行使取回权。至于在买受人对标的物的占有、使用、处分违反了约定或法定义务时,或标的物发生毁损时,出卖人是否可行使取回权,我们认为,在此种情况下,立法应允许出卖人可以行使取回权,但应严格规定取回权行使的条件,以防出卖人动辄行使取回权而致买受人的利益受损。具体地说,只有在买受人的行为妨害或可能妨害出卖人担保利益的实现时,如买受人在没有付清价款之前未经出卖人同意擅自转让标的物、现实地转移标的物的占有、于标的物上设定负担(如抵押、出质等)或恶意毁损标的物等,出卖人才能行使取回权;而对于其他情形,出卖人不必行使取回权便可得到救济,他可通过行使所有权的物上请求权来保全出卖物,如要求恢复原状、停止妨碍或消除对出卖物的侵害等,若出卖物发生毁损或灭失,出卖人还可依所有权要求损害赔偿,不过此种损害赔偿请求须在行使取回权之时提出,因为买受人很可能如期清偿价款而自行承担损失。

现实中,出卖物在买受人处常常发生变动,如被转售、发生添附,此时出卖人应如何行使取回权,不同国家或地区有不同的立法实践。在英国,出卖人取回权的行使取决于法院对所有权保留个案当事人间法律关系性质的认定。在实践中,法院针对个案具体情形对所有权保留当事人间关系的认定一般有两种可能:一是当事人间被认为存在受信任者关系(fiduciary relation),受信任者关系是指一方当事人必须为对方的利益,而不是为自己的利益或双方共同的利益行事,它以代理和保管(bailment)为主要表现形式——尽管不是所有的代理和保管都属受信任者关系。例如,在“罗马尔帕”案中,上诉法院之所以认为当事人间存在受信任者关系,就是以代理为依据的,并以此理由允许出卖人取回剩余货物与已售货物之收益;在存在受信任关系的情形下,出卖人因不丧失所有权而享有取回权,而取回权的行使方式是行使衡产法上的追索权。二是认为买受人在出卖物上为出卖人设定了担保利益(按揭或债务负担)。在设定担保权益的情形下,法官认为出卖人丧失了所有权,因此,他就无从享有取回权,其所得的任何利益只能通过担保利益的实现程序取得。在理论上,出卖人通过行使取回权可得到原货物及其收益、用原货物造成的新产品及其收益,但在“罗马尔帕”案后的司法实践中,如果卖方以所有权保留条款获取货物被转售之收益,或标的物发生混合、附合或被加工而产生新产品,则法院一般认为卖方不再享有货物所有权,只是在这些货物转售之收益或产品上享有担保权益,从而出卖人不享有取回权。但以下情形可例外:A. 所有权保留条款中规定,出卖物加入买受人的材料而形成的新产品归出卖人所有,出卖人可就此行使取回权。B. 出卖物与物品发生混合而未丧失物理特性时,出卖人与买受人共有标的物,出卖人可依共有的规则行使取回权。这是依法律自动产生的权利。C. 在所有权保留条款仅约定价款付清之前,卖方保留所有权,而未提及货物被转售或发生添附问题的情形下,若货物被转售,出卖人丧失取回权,如货物发生添附,只要买受人依添附规则不丧失所有权,就可以对之行使取回权。

在德国,法律未设定所有权保留公示制度,承认第三人善意取得标的物,因此,当买受人擅自处分标的物给第三人时,若第三人为善意,出卖人丧失取回权,仅得请求买受人损害赔偿。在标的物发生添附的情况下,出卖人得以民法典关于添附的规则行使取回权。

在我国台湾地区法中规定,在买受人未经出卖人同意擅自将标的物让与他人的情形下,出卖人的取回权之得丧视所有权是否登记而定,所有权保留未经登记时,出卖人因善意第三人取得标的物所有权而丧失取回权,若所有权保留已经登记,则不管第三人是否善意,出卖人仍可

行使取回权。如果标的物发生添附,取回权的效力及于加工物、附合物或混合物,但以原标的物价值为限,并依民法关于添附的规则行使取回权。

由上可见,当所有权保留的标的物由于买受人的处分而被第三人所得或发生添附时,为平衡卖方与买方和第三人的利益,各国法律的指导思想基本相同,即既不能让出卖人通过取回权获取超过其出卖物的利益或双方约定的利益,又不能让出卖人的利益因买受人的处分行为而受损,而担保权益理论、善意取得制度及添附规则,对这一思想的贯彻起了重要作用。这种处理问题的思路是值得我们借鉴的。我们认为,当所有权保留的标的物由于买受人擅自处分行为为第三人所得时,出卖人可否行使取回权应取决于所有权保留是否登记。若所有权保留已经登记,出卖人可追及取回标的物,若其未经登记且第三人为善意则出卖人因第三人善意取得标的物所有权而不得取回标的物,但依据物的担保的代位性理论他可取得买受人处分所得之收益或买受人对第三人的价金债权,如果收益为金钱且已被消费或与其他金钱混合,则出卖人因标的物灭失或不特定而丧失取回权,其担保利益也同时消灭,出卖人仅得依买卖合同请求买受人偿付出卖物价金。当然,上述规则仅就动产而言,就不动产、车辆等所有权移转采登记生效主义的财产来说,由于财产的所有权仍登记在出卖人名下,买受人自无转让所有权之可能。在标的物发生添附的情形下,我们主张出卖人应依添附的法律规则行使取回权。

出卖人行使取回权取回标的物后,买卖合同是否因此解除,学界有肯定说与否定说之分歧。我们认为,出卖人行使取回权是实现其担保权的手段,依民法一般理论,担保权的实行并不导致被担保的合同的解除,因此,买卖合同作为所有权保留担保的主合同,并不因出卖人行使取回权而解除。在出卖人依和平方式或司法途径取回标的物后,在一定期限内(出卖人未定期限时依法定期限)买受人可通过履行合同并负担出卖人占有出卖物之费用而赎回标的物,逾期不赎回的,出卖人可依买受人之请求出卖或自行在法定期限内将标的物拍卖,拍卖所得价款扣除买受人所欠价金及其逾期利息、取回权实现之费用、违约金、损害赔偿金后,如有剩余,出卖人应将其返还买受人,如有不足,仍可向买受人请求清偿。关于取回权的实现,我国台湾地区《动产担保交易法》有一条特殊的规定,这就是该法第 29 条第 2 款规定的,当买受人未请求出卖人出卖标的物或出卖人未在法定期限内自行出卖,则出卖人不负返还买受人已付价金之义务,附条件买卖契约失效。这一规定可视之为双方默示同意以标的物抵充未偿付之价款。

Abstract :The “doctrine of ownership transfer with conditions for suspension” is a better explanation of the legal nature of ownership reservation. In our country, ownership reservation purchase applies both to movable property and real estate. As for its registration, either the test of differentiation or adverse may be adopted, and matters for registration should be as explicit as possible.
