

功能主义担保立法语境下融资租赁出租人的 物权性质与救济

——“变性”抑或“增容”？

李志刚

摘 要：我国《民法典》第 388 条第 1 款有关担保合同包括“其他具有担保功能的合同”的规定引发了融资租赁交易中出租人享有的是所有权还是担保物权、在承租人破产时是取回权还是别除权的争论。但《民法典》承继了原《合同法》中有关出租人享有租赁物所有权的规定，并未将其变性为担保物权。“变性论”与《民法典》规定的文义不符，也不能妥当解释不动产融资租赁、约定所有权期满归属于出租人的租赁物权属等问题。“消灭隐形担保”的立法目的通过明确租赁物的权属登记已经解决，并非必须将所有权变性，肯定担保功能不等于只享有担保物权。《民法典》第 388 条规定增加了出租人的权利实现方式，在《民法典担保解释》中得以落实。故出租人有权依据其所有权选择主张取回权或者担保物权的权能，在破产程序中可以选择主张取回权或者别除权，是“增容”而非“变性”。

关键词：融资租赁；功能主义；所有权；担保物权

〔中图分类号〕D923.2 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕2096-6180 (2023) 05-0056-18

动产担保制度的功能主义立法，作为民法典立法成果的一个重要亮点和创新点，已引发学术界和实务界的广泛关注和讨论，而《中华人民共和国民法典》（下称《民法典》）第 388 条对融资租赁法律制度的影响则是其中最受关注也是引发争论最多的问题之一。争论的核心，是该条规定是否将融资租赁交易中出租人的所有权转变为担保物权，出租人享有的是担保物权的救济方式还是所有权的救济方式；破产法语境下则主要体现为是取回权还是别除权。在理论上，要解决的是担保的功能主义立法的限度问题；在实务上，要解决的是出租人的诉讼请求如何设定以及是否应当得到支持的问题。

笔者试图从《民法典》第 388 条的立法动机、文本表达，第 388 条与《民法典》合同编融资租赁合同章的关系，以及民法典担保制度司法解释的立场的不同视角，梳理《民法典》第 388 条对融资租赁出租人权利的影响及其限度，并从承租人违约和承租人破产两个语境分析其在司法适用中的路径。

〔作者简介〕李志刚，法学博士，山西师范大学社会学与法学院教授。

一、问题与争论：功能主义担保立法模式与融资租赁合同性质

（一）问题由来：功能主义立法的影响及其现实体现

《民法典》第388条第1款有关担保合同包括“其他具有担保功能的合同”的规定，被认为是动产担保交易的功能主义立法在我国民法典中的具体体现。立法机关于2020年5月22日在第十三届全国人民代表大会第三次会议上作出的《关于〈中华人民共和国民法典（草案）〉的说明》（下称《民法典草案说明》）载明：民法典“扩大担保合同的范围，明确融资租赁、保理、所有权保留等非典型担保合同的担保功能，增加规定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（草案第三百八十八条第一款）”。^{〔1〕}据此，有学者认为，立法机关认为融资租赁合同是担保合同，实现了动产担保的一体化立法^{〔2〕}，并在理论界和实务界产生重要影响。

在理论上，有学者据此推断出《民法典》第388条对融资租赁进行了担保化改造，融资租赁出租人享有的物权是担保物权、破产时的别除权，而不是所有权、破产时的取回权。^{〔3〕}而另有学者则认为，融资租赁的担保交易化是有限度的，但将其限度局限于直接租赁的三方交易，而不适用于售后回租的两方交易。^{〔4〕}高圣平教授的研究清晰点明了功能主义担保立法与形式主义立法之间的矛盾，并提出了体系化适用《民法典》物权编和合同编的意见，试图由此化解二者之间的冲突。^{〔5〕}在实务上，上述争论直接影响出租人能以何种物权主张行权：只能按照担保物权行权，还是可以自主选择主张所有权或担保物权？

（二）核心分歧：融资租赁合同是不是担保合同？

主张出租人享有的是担保物权而不是所有权的观点，主要依据是《民法典》第388条和民法典的立法说明。其逻辑是第388条规定融资租赁合同是担保合同，所以出租人的权利是担保物权。此观点值得细究。

从文义解释看，《民法典》第388条第1款有关担保合同包括“其他具有担保功能的合同”的规定，并未明确“融资租赁合同是担保合同”。尽管《民法典草案说明》提及融资租赁，但其文义也仅仅表述为“明确融资租赁、保理、所有权保留等非典型担保合同的担保功能”，而未明确表述为“融资租赁合同是担保合同”。对于第388条第1款规定的“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”，也值得进一步推敲，如违约金条款、定金都具有担保功能，这些合

〔1〕 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年特刊，第188页。

〔2〕 代表性文献可参见高圣平：《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》，载《国外社会科学》2020年第4期，第4-16页；龙俊：《民法典中的动产和权利担保体系》，载《法学研究》2020年第6期，第22-42页。

〔3〕 高圣平：《论融资租赁交易中出租人的权利救济路径》，载《清华法学》2023年第1期，第38页。

〔4〕 张家勇：《论融资租赁的担保交易化及其限度》，载《社会科学辑刊》2022年第2期，第76-84页。

〔5〕 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》，载《国外社会科学》2020年第4期，第5页。

同是否属于该条所指的“担保合同”？换言之，具有担保功能的合同并不等于担保合同。

从体系解释看，第388条位于《民法典》“物权编”，而不是“合同编”。其要解决的是物权问题，还是合同问题？如果要解决物权问题，为什么又要落脚到“担保合同”上？如果是合同问题，那么合同当事人之间权利义务的依据是合同的约定、《民法典》合同编的规定，还是《民法典》物权编第388条的规定？如果答案是后者，进一步的追问则是：第388条能解决融资租赁合同双方当事人之间的权利义务问题吗？或者说，第388条真正要解决的是合同问题，还是物权问题？

（三）探寻初心：《民法典》第388条的目的、功能与实现

《民法典》第388条的目的和功能是什么？全国人大法工委组织编写的民法典释义书^{〔6〕}中并未涉及。但根据参与民法典起草的相关学者介绍，其动因是优化营商环境、消灭隐形担保。^{〔7〕}通过将融资租赁合同定性为担保合同，就能实现这个目的吗？不能。因为合同仅仅是解决合同当事人权利义务的依据，不能解决权利公示的问题。通过消灭隐形担保来优化营商环境，需要通过物权的登记公示来实现。仅对担保合同的内涵和外延进行调整，尚不足以达致优化营商环境、消灭隐形担保的目标。在《民法典》颁布后、施行前，国务院于2020年12月22日发布的《关于实施动产和权利担保统一登记的决定》（国发〔2020〕18号），明确“自2021年1月1日起，在全国范围内实施动产和权利担保统一登记”，且将融资租赁纳入“动产和权利担保统一登记范围的担保类型”，才是解决出租人权利公示公信、消灭隐形担保的关键一步。换言之，《民法典》第388条的目的和功能，并非通过担保合同的约定本身实现，而是通过将担保合同的外延扩张至融资租赁合同，且通过明确动产和权利担保统一登记的方式明确融资租赁交易的租赁物登记，才真正实现了出租人权利的登记公示，优化了营商环境，避免了隐形担保。事实上，即使不对融资租赁进行担保化改造，直接规定租赁物所有权的登记机关，也能完成公示权属、消灭隐形担保的目的，甚至更为简洁清晰。担保化改造和优化营商环境之间并非绝对的单线勾连逻辑。

（四）实务争议：出租人的权利性质及行权方式

在功能主义担保立法的语境下，基于融资租赁合同定位为担保合同的逻辑，出租人的所有权被定性（转换）为了担保物权。此时，实务中最大的争议在于，出租人能否同时享有所有权的保护和担保物权的保护。否定出租人所有权的观点认为，《民法典》第388条完成了对融资租赁出租人所有权的变性，出租人只能按照担保物权的行权途径主张优先受偿权。肯定者则认为，第388条并未否定《民法典》合同编融资租赁合同章的规定，也未否定融资租赁合同的约定，其肯定了融资租赁的担保功能，增加了出租人按照担保物权的规定主张权利的方式，而不是变性，所有权的性质未变、功能未减。在破产语境下，出租人对租赁物的所有权可以通过取回权行使，而担保

〔6〕 黄薇主编：《中华人民共和国民法典物权编解读》，中国法制出版社2020年版，第609—613页。

〔7〕 龙俊：《民法典中的动产和权利担保体系》，载《法学研究》2020年第6期，第23—27页。

物权只能通过别除权保障，二者的保护强度有显著差异。

面对上述争论和分歧，我们需要从整体上考量《民法典》合同编融资租赁合同章和《民法典》物权编第 388 条的关系，探寻其内在体系和外在结构，并从《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，下称《民法典担保解释》）对《民法典》第 388 条的发展和续造，来细化功能主义担保立法语境下融资租赁合同的性质及出租人的权利性质，以此为基础，构建出租人的行权及救济途径。

二、交易本源与合同性质：《民法典》合同编的视角

《民法典》合同编融资租赁合同章的规定，除第 745 条有关租赁物所有权对抗效力的规定作出重要修改，以及新增第 759 条有关到期支付象征性价款时租赁物归属的规定外，几乎完全承袭了《中华人民共和国合同法》（下称《合同法》，已废止）及《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，已被修改）的规定。如果说《民法典》第 388 条规定是《民法典》对融资租赁合同及出租人所有权的根本性变性的话，那么《民法典》合同编对融资租赁合同及出租人所有权的修改，可以说是微乎其微。因此，当我们讨论民法典时代融资租赁合同项下出租人的物权性质及其救济的时候，不能抛开《民法典》融资租赁合同章的规定，而仅从《民法典》第 388 条中寻找答案。

（一）性质争论与立法选择

就融资租赁合同的产生及其理论、立法渊源而言，其并非滥觞于罗马法理论及《德国民法典》的立法实践，而是来源于美国的交易实践。《民法典》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。”这条规定与《合同法》第 237 条完全一致。其对融资租赁合同的定义，并非通过内涵与外延的界定方式实现，而是通过对交易过程的描述实现。

民法学理需要解决的是对一个新的交易模式的理论归类，以使得融资租赁合同能够在《民法典》及民法学理论的体系内找到适合的位置，并通过理论解释实现理论自治。实际上，融资租赁作为产生于美国的交易模式，对大陆法系国家的民法学者、立法者而言，也是舶来品，也不得不通过民法学理论的调适回应其法律性质。在学理上，大陆法系有关融资租赁合同性质的代表性观点主要包括分期付款买卖合同说、租赁合同说、借款合同说、买卖合同说、动产担保合同说、商事代理合同说等。^{〔8〕}但上述各种观点都是从既有理论出发框定新生事物，必然遇到削足适履的问题，而只有无名合同说或者独立合同说才能完整地体现其交易过程和交易全貌。事实上，无论是国际私法协会的《国际融资租赁公约》《租赁示范法》，还是我国的《合同法》，在事实上采取的都

〔8〕 有关融资租赁合同性质的讨论，可参见梁慧星：《融资性租赁契约法性质论》，载《法学研究》1992 年第 4 期，第 52-63 页；李树成：《融资租赁法律界定之比较研究》，载李鲁阳主编：《融资租赁若干问题研究和借鉴》，当代中国出版社 2007 年版，第 38-40 页；胡晓媛：《中德融资租赁法律制度比较研究》，中国法制出版社 2011 年版，第 27-28 页。

是独立合同说的模式，以回应交易实践所需。

（二）合同法理的视角

但是，独立合同说只能解决立法技术问题，本质上回避了行为和权利定性。在讨论具体情境时，我们仍然要面对合同性质和权利性质的学理问题，以解决法律规定不明或者法律规定有争议时出租人的权利性质和救济途径。唯一需要抉择的是理论解释的周全性和妥当性。

如果说前者的合同定性思路是“合”，那么后者的权利定性思路或许可以是“分”。德国学者梅迪库斯认为，融资租赁存在类似于合同联立的交易结构：在承租人和出租人之间存在一个租赁合同，在出租人和出卖人之间存在买卖合同。^{〔9〕}此性质判断，与《民法典》第 735 条对融资租赁交易过程的描述是一致的。此种定性的目的，仍是从法理上分析出租人享有的物权的性质，并据此作为出租人行权和救济的法理依据。

从法理上看，融资租赁交易包括两个合同，涉及三个主体（参见图 1 融资租赁法律关系图）。从交易过程看，租赁物交付前后分别为不同的主体所占有。买卖合同是融资租赁合同权利义务履行的组成部分，但二者并没有主从关系。租赁物交付前，所有权为买卖合同中的出卖人所有；租赁物交付后，纳入融资租赁合同辐射范围，在租赁期间，租赁物所有权归出租人所有，承租人享有的是占有使用租赁物的权利（参见图 2 融资租赁交易过程中的租赁物权属变动图）。

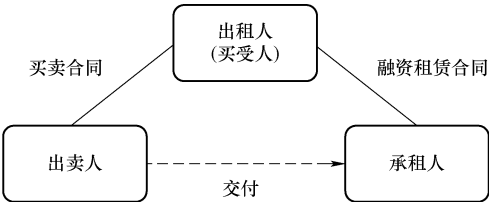


图 1 融资租赁法律关系图

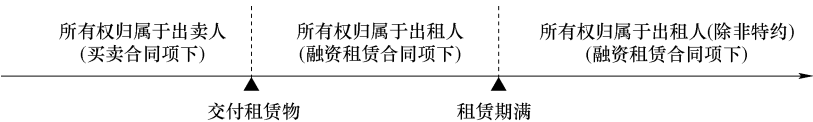


图 2 融资租赁交易过程中的租赁物权属变动图

（三）合同编规范的视角

从《民法典》合同编融资租赁合同章的法律规定看，《民法典》第 745 条规定，出租人对租赁物享有所有权；第 757 条、759 条规定，租赁期限届满，对租赁物权属约定不明的，推定所有权归出租人，除非约定以象征性价款为所有权转移条件。上述规定，无一不是重申了《合同法》融资租赁合同章有关租赁期间租赁物所有权归属于出租人的规定。《民法典》第 752 条有关承租人经催告后在合理期限内仍不支付租金时出租人可以收回租赁物的规定，正是出租人行使所有权权能

〔9〕〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《请求权基础》，法律出版社 2012 年版，第 49 页。

的具体体现。概言之,《民法典》除了对出租人所有权的对抗效力及特定情形下租赁物的所有权归属作出修改和明确外,并未否定合同法时代融资租赁合同性质及出租人所有权的规定,更没有出租人仅享有担保物权而不享有所有权的规定。

如果按照变性论的观点,融资租赁期间,出租人只享有担保物权,那么担保物权人只能就担保物价值优先受偿,并不能主张收回租赁物,此点与《民法典》第 752 条的规定矛盾。根据变性论的逻辑,所有权在租赁物由出卖人交付给承租人时,租赁物所有权就转移给了承租人,那么租赁期限届满后,无须特约,仍然应当归属于承租人。只有特约归属于出租人,所有权才经“二次转移”由承租人转移给出租人。此点又与《民法典》第 757 条规定无特约时租赁物所有权应当归属于出租人相矛盾。因此,变性论的观点与《民法典》合同编融资租赁合同章的规定显著不符。

功能主义担保立法在《民法典》合同编中的唯一体现,是将《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”中的第二句修改成了《民法典》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”。那么,这句话否定出租人享有的所有权了吗?并没有。从文义解释看,前半句仍然是肯定出租人的所有权属性,仅仅是后半句将出租人所有权的法定优先效力改成了登记优先效力。其实质,或者立法者真正要解决的,是出租人所有权在租赁物物权堆叠的冲突中的排序问题,而不是将其所有权变性为担保物权。

为什么要做这样的修改呢?是出租人刻意将其所有权“隐形”吗?事实并非如此。由于大量租赁物主要是机器设备类的动产,而动产所有权的法定登记机关始终未从法律、行政法规的层级上予以明确,只能以占有为所有权的外观,因出租人并不实际占有租赁物,导致出租人对租赁物的物权存有很强的不安全感,迫切希望明确其物权的法定登记机关、登记方式,以保障其所有权。这是前民法典时代融资租赁行业希望从立法上解决的主要问题。

将所有权变性为担保物权,就能解决隐形担保的问题了吗?仍然不能。从本质上来说,所谓融资租赁出租人所有权的隐形担保,并不是其物权性质导致的,而是缺乏物权登记机关导致的。真正要解决的,不是出租人所有权的变性问题,而是明确所有权的登记机关问题。只要明确了出租人对租赁物物权的法定登记机关,其权利到底是所有权还是担保物权,丝毫不影响其对租赁物权利竞争的排序。而如果没有规定出租人对租赁物的物权登记机关,即使将其变性为担保物权,也仍然不能解决其物权竞争的效力顺位、对抗问题。事实上,不需要对出租人的所有权做任何变性,只要明确租赁物所有权的登记机关,就可以实现所有权登记的公示公信,完全可以解决所谓的隐形担保问题。

《民法典》合同编规定出租人享有的是所有权,而不是担保物权,并不妨碍其所有权具有担保功能。在租赁期间,租赁物占用、使用、收益的权能都由承租人行使,租赁物的风险由承租人承担,出租人对租赁物的所有权确实主要体现为对租金债权的担保功能。但担保功能不等于担保物

权，其权能大于担保物权。所有权比担保物权效力更“强”的地方在于，其具有弹力性，可以通过行使取回权，实现其圆满的所有权，而担保物权仅仅是价值实现的优先权。把出租人的所有权变性为担保物权，将从根本上剥夺其选择取回物的权利，导致对出租人的物权保障大幅减损。这也是本文要反复强调和论证这一法律问题的现实意义所在。

三、民法典功能主义担保立法的表达及其限度：《民法典》物权编的视角

民法典功能主义担保立法的思想集中体现在《民法典》第388条及《民法典草案说明》中。

（一）目的与途径：《〈民法典〉草案说明》的鲜明表达

《民法典草案说明》中有关担保物权的说明特别提到了四点，即扩大担保合同的范围、预留动产抵押和权利质押登记制度、简化抵质押合同的一般条款以及明确实现担保物权的统一受偿规则，其目的是“为优化营商环境提供法治保障”。其中，就“扩大担保合同的范围”而言，特别强调“明确融资租赁、保理、所有权保留等非典型担保合同的担保功能，增加规定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”。

前已述及，如果说为优化营商环境提供法治保障的主要实现方式是消灭隐形担保，那么并非必须通过将出租人的所有权变性为担保物权才能实现。只要明确租赁物的所有权登记机关，同样可以使得其隐形担保得以显形，产生公示公信的效果。这与将其变性为担保物权再明确担保物权的登记机关和效力，在物权冲突时的对抗效力上并无二致，实现“物权的顺位保护规则”，而不仅仅是“担保物权的统一受偿”。

（二）规范呈现：《民法典》第388条的惜字如金

全国人大法工委组织编写的民法典释义书阐释《民法典》第388条规定的立法意旨是“关于担保合同从属性以及担保合同无效后法律责任”的规定。^{〔10〕}但从该条规定的表述看^{〔11〕}，第1款的后两句和第2款是对担保从属性和担保无效后法律责任的规定。第1款第1句是强调担保合同的书面形式，第2款是担保合同的类型。上述释义书对该条规定的解读惜字如金，仅仅是重复了《民法典草案说明》的原文，即“担保合同除包括本法规定的抵押合同、质押合同外，还包括其他具有担保功能的合同，如融资租赁、所有权保留等非典型担保合同”，并未解释为何要在此处将融资租赁、所有权保留等非典型担保合同特意纳入，以及为什么没有在《民法典》第388条规定中列举。值得注意的是，该条释义同时强调，“担保合同的成立和生效等问题应当依照《民法典》合同编的有关规定”。

〔10〕 黄薇主编：《中华人民共和国民法典物权编解读》，中国法制出版社2020年版，第609页。

〔11〕 《民法典》第388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。担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。”

（三）功能探寻：列举担保合同类型的真正目的

我们不禁要问：《民法典》第388条位于物权编，应当解决物权问题，为什么却落到了“合同”的规定上？对比《民法典》第682条有关保证合同的从属性和无效后果的规定可见，第388条后三句话，除将保证合同改为担保合同外，其他内容与第682条完全一致。由此可见，第388条后三句话的功能在于强调担保物权合同的从属性及无效后果。而前两句话则主要解决担保物权合同的书面形式和担保物权合同的类型问题，与本条立法意旨“担保合同的从属性及担保无效”的后果无关。从立法技术上来看，担保物权合同的形式要求、担保物权合同的类型应当独立成条，而无须并入第388条。并入的唯一理由，只是本条和担保物权中的“合同”有关。

需要进一步考察的是，硬性植入担保合同类型的规定，意欲何为？能解决合同当事人之间的权利义务关系吗？并不能。当事人之间的权利义务关系来源于约定和法定。就“担保合同”的权利义务而言，《民法典》第388条仅仅强调了书面形式、从属性及无效后果，本身并不能解决融资租赁合同当事人之间的权利义务关系。而融资租赁合同关系当事人的权利义务内容仍然来源于《民法典》合同编融资租赁合同章以及融资租赁合同的约定。即便对《民法典》第388条的担保合同进行从属性规定，也很难适用于融资租赁交易。因为融资租赁交易中虽然涉及买卖合同和融资租赁合同，但二者并没有主从合同关系。有学者认为融资租赁本身可以拆分成主合同和担保合同，主合同是租金债权合同，出租人就租赁物的价值优先受偿，是作为担保的从合同，由此实现了理论上的周全。但这种解释与交易过程和交易实践并不相符。因为融资租赁交易实践中，存在的只有买卖合同和租赁合同两个合同，而不是将租金和租赁物的担保功能拆分为两个合同。

从《民法典草案说明》有关“为优化营商环境提供法治保障”的立法目的，以及“为建立统一的动产抵押和权利质押登记制度留下空间”“实现担保物权的统一受偿规则”的担保物权修改内容看，其功能主要是通过动产担保的统一登记来消灭隐形担保，实现出租人物权的登记公示。

（四）理论缺陷：动产担保与不动产融资租赁的分裂

主张第388条的功能主义立法模式将出租人的所有权变性为担保物权的观点，还存在另一个根本性的缺陷，就是该条主要解决的是动产和权利的担保问题，并未涉及不动产的融资租赁问题。那么，在不动产融资租赁（如房屋和土地使用权）情形下，租赁物的所有权有法定登记机关，登记的性质是所有权（如房屋的所有权），能否仍然将其解释为“担保物权”，实现所有权的变性？这显然是有违物权法定原则的。事实上，无论是《民法典草案说明》还是参与立法的学者言说，都未触碰不动产融资租赁的问题，都将功能主义担保立法落在“动产和权利担保”上。因为不动产融资租赁有明确的所有权登记机关，并不存在隐形担保的问题。由此造成的结果是，不动产融资租赁是否属于第388条规定的“担保合同”，其所有权登记能否解释为“担保物权”，答案是模糊的。如果不能解释，就出现了对融资租赁交易中出租人物权性质解释的分裂：租赁物为不动产时，出租人享有的是所有权；租赁物为动产时，出租人享有的是担保物权。这个结果，于法理和

规范，都难以自圆其说、逻辑自洽。

虽然不动产融资租赁在我国的融资租赁交易实践中并不一定占据主流，但只要我国立法上承认不动产融资租赁，“功能主义担保立法”学说论证就不应对其视而不见，而仅在动产和权利范围内讨论融资租赁的担保化改造。

四、担保化功能改造的法律适用：《民法典担保解释》的视角

关于《民法典》第388条对融资租赁担保化的限度及其法律适用问题，《民法典担保解释》作了进一步的细化和发展。

（一）功能化的限度：对非典型担保法律适用边界的划分

《民法典担保解释》第1条规定：“因抵押、质押、留置、保证等担保发生的纠纷，适用本解释。所有权保留买卖、融资租赁、保理等涉及担保功能发生的纠纷，适用本解释的有关规定。”该条规定区分了担保解释的普遍适用性和融资租赁等非典型担保的特别适用性。根据该条规定，仅有部分担保司法解释的条文适用于融资租赁，并且主要是涉及“非典型担保涉及的担保功能”的规则，具体包括：“有关登记对抗的规则；有关担保物权的顺位规则；有关担保物权的实现规则；有关价款优先权等担保规则”，当融资租赁等非典型担保“因能否以及如何适用前述规则发生纠纷时，可以适用《民法典担保解释》的相关规定”。^{〔12〕}换句话说，其他有关担保制度的规定，并不适用于融资租赁。而有关所有权保留、融资租赁、保理、让与担保、保证金等非典型担保的内容，集中体现在该司法解释的第四部分“关于非典型担保”当中。

具体而言，涉及融资租赁的分别是《民法典担保解释》第65条有关对《民法典》第752条承租人欠租时出租人违约救济途径的解释，以及第67条关于对抗效力的解释。从规范内容看，除了担保物权实现涉及出租人和承租人之间的权利义务关系外，有关登记对抗、顺位的规则，主要是出租人与融资租赁法律关系外部主体之间的物权冲突解决，并不涉及出租人和承租人之间的权利义务关系。而在外部对抗和顺位上，判断的依据是登记与否，至于登记的是担保物权还是所有权，抑或仅仅是“融资租赁交易”的登记，并不影响外部顺位。只要是法定登记方式，都有法定登记效果。总体而言，《民法典担保解释》第1条规定精细阐释了《民法典》第388条、《民法典草案说明》试图通过“担保合同”的类型化列举所欲实现的消灭隐形担保的目标，并且清晰划定了功能主义担保立法的规范适用边界。

（二）增容还是变性：《民法典担保解释》第65条的立场

《民法典担保解释》第67条规定非典型担保的物权对抗问题，与《民法典》融资租赁合同章关联不大，此处不再赘述。值得深入研究的是《民法典担保解释》第65条，其清晰表达了功能主义担保立法在出租人物权保障上的立场是“增容”而非“变性”。

〔12〕 最高人民法院民二庭：《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87页。

《民法典》第 752 条规定了承租人违约时,出租人可以选择主张全部租金债权或者收回租赁物,实现完满的所有权。《民法典担保解释》第 65 条第 1 款对此进行了细化:在选择租金债权的前提下,并不意味着出租人放弃了租赁物的物权保障,还可以同时主张“以拍卖、变卖租赁物所得的价款受偿”,可以“请求参照”民事诉讼法实现担保物权的程序拍卖、变卖租赁物所得价款支付租金;第 2 款则规定了出租人选择行使所有权、收回租赁物以后,租赁物价值的确定方法。此两款规定精准地划定了出租人所享有的权利性质、权利顺位及权利边界,在此有必要进一步细究其落笔之处的法理基础。

《民法典担保解释》第 65 条第 1 款明确了三点:一是肯定了其担保物权的功能,也就是在主张债权的同时,仍然可以就租赁物的变价款主张权利。二是明确了其“参照”担保物权程序实现的方式,而不是“按照”担保物权程序——因为出租人享有的是所有权而不是担保物权。三是仅明确了就价款受偿,而未明确“优先受偿”。为何?因为能否优先,要取决于出租人对租赁物的所有权有没有按照法定程序在法定机关办理法定登记。而非典型担保能否优先的问题,也就是《民法典》第 388 条所欲实现的物权登记显形化并据此确定顺位顺序的问题,在《民法典担保解释》第 67 条中已经统一予以明确,在此无须重复。

《民法典担保解释》第 65 条第 2 款也明确了三点:一是肯定了出租人对租赁物的所有权,因为只有所有权才能主张收回,担保物权只是价值优先受偿权,不能主张取回;二是就租赁物的价值确定方法作了细化规定,其目的在于明确其所有权的价值担保属性,解决清算价值争议问题;三是行使取回权,并不必然引发清算,只有承租人提出抗辩或者反诉时才启动价值清算,此点亦与担保物权有根本不同。

(三) 共性与差异:所有权变性为担保物权与实现所有权的担保功能

就融资租赁出租人所享有的所有权是否具有担保功能而言,变性论与增容论二者并无差异。租赁期间,出租人虽然享有对租赁物的所有权,但其并不能占用使用租赁物,更为重要的是,其并不承担租赁物本身的风险。此与买卖合同及普通租赁合同项下,物的风险由物的所有权人承担,有显著不同。原因在于,融资租赁交易中,出租人的主要功能是融资。租赁物是融资的实现方式和物质载体。没有租赁物、租赁物的所有权,融资租赁交易本身也就不存在了,成了单纯的借款。租赁期间,出租人享有租赁物所有权的最主要功能在于保障出租人租金债权的实现,也就是租金债权的担保。故在出租人所有权具有担保功能这一点上,变性论与增容论并无二致。

变性论与增容论的核心争议在于:变性论是从根本上否定租赁期间出租人的所有权,只能按照担保物权的规定主张价值上的优先受偿权;增容论是在肯定出租人对租赁物的所有权的前提下,增加了出租人选择参照担保物权行使价值上的优先受偿权的维权方式。前者是在实质上剥夺了出租人对物本身的取回权和处分权,后者则是在肯定其所有权属性的基础上增加了其价款优先受偿的途径。如果说《民法典》对此问题的观点言而未尽的话,那么《民法典担保解释》则已经精细地划出了功能主义担保的边界,值得肯定。变性论和增容论并非纯粹的理论争议,在司法实践中,

二者在融资租赁合同纠纷、执行异议之诉、承租人破产时，各有其不同的具体体现，对出租人和其他相关主体的权利影响重大。以下分述之。

五、权利性质与实质影响：理论争议的实务体现

《民法典》第752条完全承继了《合同法》第248条的规定，但《民法典》第388条的规定，给该条规定的适用带来了新的变化。

（一）合同法时代承租人违约时出租人救济路径的设计与法理

合同法时代，围绕该条规定的争议，主要是“且”还是“或”的关系，即在承租人逾期支付租金的情况下，出租人能同时主张“支付全部租金”和“解除合同，收回租赁物”，还是只能择一主张。

在合同法的语境下，租金是买卖合同项下购买全部租赁物的价款及费用、利润的对价，也是融资租赁合同项下承租人占用使用租赁物的对价。买卖合同已经履行完毕，融资租赁合同仍在履行期间。如果出租人选择了支付全部租金，只是融资租赁合同项下未到期的租金加速到期，在租赁期限届满之前，出租人仍然承担将租赁物交给承租人占用使用的义务，也就是融资租赁合同仍然在继续履行，此与“解除合同，收回租赁物”的救济方式显然是矛盾的，故出租人不能将租赁物收回。因此，《合同法》第248条规定的“可以”“也可以”的两种救济途径，是“或”的关系，而不是“且”的关系。在出租人选择全部租金加速到期的情况下，不用收回租赁物。在出租人选择解除合同、收回租赁物的情况下，不能主张全部租金。简言之，在债权（全部租金）和物权（租赁物所有权）之间，出租人只能择一主张。

（二）民法典时代承租人违约时出租人救济路径的设计与法理

民法典时代，《民法典担保解释》第65条对融资租赁担保功能化进行了续造，并在实现机制上进行了衔接。该条第1款、第2款分别对应《民法典》第752条（《合同法》第248条）中的请求支付全部剩余租金和解除合同、取回租赁物的诉讼请求。其中，第1款在明确支持全部租金的诉讼请求的同时进一步规定，可以同时主张“以拍卖、变卖租赁物所得的价款受偿”，且可参照民事诉讼法的担保物权实现程序，以所得价款支付租金。此条规定可谓对融资租赁担保化功能改造的重大发展，并对出租人的救济诉请产生重大影响，新增了一种出租人的行权方式，即要求支付全部租金，并以租赁物价款优先受偿。该救济方式不属于原《合同法》第248条规定的内容，是基于《民法典》第388条的规定，通过对《民法典》第752条进行解释而得出的。从经济实质来看，出租人可以同时主张债权和物权，但与合同法时代的差异在于，虽然此时主张的债权是全部租金，但主张的物权是担保物权而非所有权。行使担保物权的目的是清偿租金债权，效力是价值上的（优先）受偿。此时，租赁物的价款必然、必须用于清偿、扣减租金债权。易被忽略的一个权利保护细节是，在出租人行使担保物权功能的情境下，对融资租赁合同履行情况及承租人利益的冲击和影响。

1. 主张以租赁物价款清偿租金债权时的合同履行状态

出租人主张支付全部租金，且以租赁物价款优先受偿，此时，融资租赁合同是否仍在继续履行？在《民法典》第 752 条的语境下，主张全部租金，融资租赁合同并未解除，因此承租人仍然可以占用使用租赁物，直到租赁期间届满。但出租人行使担保物权，承租人必然无法继续占用使用租赁物，因此融资租赁合同事实上也无法继续履行了。就此点而言，其与解除融资租赁合同的法律后果无异。唯一的差别在于，租赁物是被出租人自行取回，还是被拍卖变卖给第三方。故从《合同法》第 248 条无法解释出《民法典担保解释》第 65 条，只有同时结合《民法典》第 388 条和《民法典》第 752 条，才能解释出《民法典担保解释》第 65 条，这是融资租赁担保功能化“增容”的产物，其在合同的履行状态上属于合同解除（对物和债同时主张并清算），而不再是承租人继续占用使用租赁的合同继续履行（参见表 1 承租人逾期付租，出租人的行权方式）。

表 1 承租人逾期付租，出租人的行权方式

类别	出租人的诉请	法律效果	合同状态	规范依据
1	仅主张全部租金	承租人继续占用使用租赁物	继续履行	《民法典》第 752 条
2	仅主张取回权	收回租赁物 (溢价部分，承租人可请求返还)	合同解除	《民法典》第 752 条、 第 758 条
3	主张全部租金， 并以租赁物价款受偿	拍卖、变卖租赁物价款， 清偿租金	合同解除	《民法典担保解释》第 65 条

2. 对承租人占用使用租赁物权利的影响

租金加速到期，租赁物被拍卖变卖，将导致承租人对物占有使用收益的权利被提前剥夺，是否会导致加剧承租人的损失？从物的占用使用收益利益来看，确实如此。但租赁物在此时拍卖变卖，与租赁期满再拍卖变卖，价值不同。通常而言，如果租赁物是机器设备，其折旧价值与分期支付的租金有对应关系，则承租人在占有使用租赁物期间的利益，通过租赁物的提前变现抵偿租金债权，其利益“失之东隅，收之桑榆”，并无显著缺失。

唯须注意的是，从承租人持续占用使用租赁物，到移交给拍卖变卖的买受人，这两个时间段之间可能有时差。此间，租赁物占用使用的收益、租赁物折旧，对承租人的利益有直接影响，因闲置而造成的损失将由承租人承担。为避免此间价值的无谓耗费，应当尽可能缩短这个时间差。如果此间的价值耗费非因承租人的过错而导致，可以在各方的损失认定时予以慎重考量。

值得关注的另一个问题是不动产的融资租赁。如果约定租赁期满，租赁物归属于出租人所有，则变价款抵偿全部租金，对承租人利益亦无实质影响。但约定租赁期满，租赁物归承租人所有时，租赁物被提前变价抵偿租金债权，对于承租人而言利益影响重大：其以支付全部租金为对价，本来可以取得租赁期间占有使用租赁物的全部收益以及租赁物到期后的所有权；现在出租人按照担

保物权行权，将导致承租人到期后完全丧失物权。超过租金部分的租赁物价款归属，应当如何确定？此时，仍应回到融资租赁合同对租赁期满时租赁物归属的约定，据此确定双方的履行利益。如果约定租赁期满租赁物归属于承租人，拍卖变卖价款超过租金的部分，仍应归属于承租人；反之，则应归属于出租人。概言之，应当以履行利益确定拍卖变卖的溢价归属。厘清其背后的法理，可以发现，对于租赁物是动产时的拍卖变卖溢价，亦同此理。

（三）执行异议：租赁物权属与对抗

《民法典》第388条对融资租赁出租人物权的影响是增容还是变性，在执行异议和执行异议之诉中，影响亦非常重大。在租赁物已经登记的前提下，如果认为出租人享有的仅是担保物权而不是所有权，则不足以对抗承租人债权人对租赁物的强制执行，因为执行程序可以保障其价值实现上的优先权。^{〔13〕}而坚持出租人对已登记的租赁物享有所有权，则足以对抗承租人其他债权人对租赁物的强制执行。

在法律上，能否对抗，取决于出租人的权利定性。在现实的经济利益上，能否对抗，直接影响承租人能否继续占有使用租赁物。此点对出租人、承租人而言，都有重大利益关切，并非单纯的“抽象法理问题”，明确“增容说”的立场而非“变性说”的立场，才能有效保障出租人的正当权利。^{〔14〕}

（四）破产行权：有无取回权

《民法典》第388条对融资租赁的冲击，最大的争议反映在破产程序中出租人的权利定性和行权方式，主要有别除权说、取回权说和别除权与取回权并存说三种观点。

别除权说以高圣平教授为代表。主要观点是：“在承租人破产之时，出租人仅得主张破产别除权。在出租人的所有权已经登记的情形之下，出租人向破产管理人申报有担保债权；在出租人的所有权尚未登记的情形之下，出租人的所有权不得对抗破产管理人，出租人仅得申报无担保债权（租金债权）。”理由有四：第一，因为《民法典》第388条的改造，出租人的所有权仅有担保权能，破产取回权的基础已经丧失；第二，《民法典》第752条规定的取回权的性质是担保物权实现程序，而非所有权返还请求权；第三，出租人的所有权未经登记不得对抗破产管理人；第四，别除权说有利于厘清物权竞争顺位及清算。^{〔15〕}

取回权说以最高人民法院第二巡回法庭为代表，理由是出租人基于买卖合同取得所有权，该

〔13〕 如刘颖认为，融资租赁中的出租人享有的是功能化的所有权，应当将其作为担保权人处理。融资租赁出租人在法律构造上采用的是金钱给付请求权的执行，而非物之交付请求权的执行；换言之，其目的在于实现出租人的租金债权，而非对租赁物的所有权。因此，在我国法下不应允许出租人适用执行标的异议路径，而其可以通过参与分配路径和执行行为异议路径寻求救济。参见刘颖：《民事执行中案外担保权人的救济路径》，载《环球法律评论》2022年第5期，第99、111页。

〔14〕 既有判决虽以支持出租人的执行异议为主，但诸多实务界人表达了“功能主义担保立法”观念的冲击可能产生反面案例的隐忧。参见许建添、袁雯卿：《融资租赁法律实务20讲》，法律出版社2023年版，第425页；郑小敏主编：《重塑金融规则——〈民法典〉对金融业务的影响及应对》，北京大学出版社2021年版，第255页。

〔15〕 高圣平：《论融资租赁交易中出租人的权利救济路径》，载《清华法学》2023年第1期，第38、51—53页。

所有权的担保功能并不否认其所有权属性。^{〔16〕}

别除权与取回权并存说以吴光荣教授为代表。吴光荣认为，出租人选择要求承租人支付全部租金时，可以就租赁物优先受偿；也可以选择解除合同并行使破产取回权，取回租赁物。^{〔17〕}《民法典》删除了《合同法》第 242 条有关租赁物不属于承租人破产财产的规定，是因为该条规定过于绝对，与破产管理人可以选择继续履行合同与解除合同的规定不符，该条规定并未否定出租人的破产取回权。

对上述观点，有必要从破产法的法理和法律规定的角度审视。破产法仅仅是一个统合性的权利冲突处理程序，破产法本身没有变性功能。“尊重非破产法规范”是破产法的基本原则。基于这一原则，“在适用或制定破产法规则之前，必须首先澄清非破产法规则下的法律关系。除非基于特殊的政策考量，原则上不应非破产法规范进行变动；除非法律作了特殊规定，原则上应遵守实体法上的有关规范”。^{〔18〕}“处理破产法与民法关系的基本规则应当是，除非有特别理由，程序法应贯彻实体法的规定。”^{〔19〕}现行有效的《民法典》合同编融资租赁合同章、《民法典担保解释》的规定并未因进入破产程序而被改变，除非《中华人民共和国企业破产法》（下称《企业破产法》）对此作出了特别规定。据此，对承租人破产时出租人对租赁物的权利性质与行权方式的分析，仍应当回到《民法典》及《企业破产法》的规定上。

就破产程序中出租人的物权，《民法典》将《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”修改为第 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”。民法典起草人参与撰写的释义书中将此修改的动因解释为“消灭隐形担保”，解决“出租人对租赁物享有的所有权并不对外公示，但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”影响“交易安全”的后果，因此成为民法典编纂过程中修订的重点条文。“基于实现优化营商环境、消灭隐形担保的总目标”，修订的结果是“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，明确必须登记了才能取得对抗第三人的效力”，在多个物权并存时，“适用本法物权编第 414 条第 2 款之规定处理清偿顺序问题”。^{〔20〕}

《民法典》的这种修改及解读是否从根本上否定了出租人在承租人的破产程序中的取回权？笔者认为，并没有。理由有三：第一，在规范条文上，将法律明定的出租人享有租赁物的所有权改为未经登记不得对抗善意第三人，并未否定出租人享有的所有权，从逻辑上来说，是首先肯定出租人享有所有权，才有后续能否对抗善意第三人的问题；从法律后果上来看，是确定出租

〔16〕 贺小荣主编：《最高人民法院第二巡回法庭法官会议纪要》（第 3 辑），人民法院出版社 2022 年版，第 364—368 页。

〔17〕 吴光荣：《民法典背景下破产财产的范围及其认定》，载《法律适用》2022 年第 1 期，第 69 页。

〔18〕 许德风：《破产法基本原则再认识》，载《法学》2009 年第 8 期，第 53 页。

〔19〕 许德风：《破产法论：解释与功能比较的视角》，北京大学出版社 2015 年版，第 14 页。

〔20〕 黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读》（下册），中国法制出版社 2020 年版，第 872—874 页。

人的所有权和其他权利人的对抗、顺位问题。此修改虽然弱化了出租人的所有权，但并未否定其所有权。第二，在出租人已经办理了依法登记的情况下，出租人的所有权能够产生对抗善意第三人的效力，与合同法时代《合同法》第 242 条的法律后果一致。第三，《民法典》第 745 条明确规定“出租人对租赁物享有的所有权”而不是出租人享有的“担保物权”，不能突破规范文义规定，强行解释出承租人进入破产程序后就变性为担保物权。

在《企业破产法》的语境下，承租人进入破产程序后，对融资租赁合同产生的主要影响是破产管理人对是否继续履行融资租赁合同具有选择权。根据《企业破产法》第 18 条的规定，融资租赁合同作为继续性履行合同，并不因为承租人的破产而当然解除。如果管理人选择了继续履行，则其应当按约继续支付租金。如果承租人的管理人未继续支付租金，但承租人继续占用使用租赁物，出租人仍然可以依据《民法典》第 752 条的规定，请求支付全部租金，“也可以”解除合同，收回租赁物。该条规定在破产程序中的执行，没有受到破产法规定的限制和克扣。在已经依法办理租赁物登记的情况下，出租人还可以依据《民法典担保解释》第 65 条的规定，以拍卖、变卖租赁物的价款优先受偿。概言之，承租人破产时，如果管理人未选择继续履行融资租赁合同并按期支付租金，出租人有三种行权方式可供选择：第一，仅主张债权（全部未付租金），此时，全部租金只能作为普通债权参与破产程序受偿；第二，仅主张破产程序中的取回权，收回租赁物；第三，主张别除权，以已依法登记的租赁物价款优先清偿债权（全部未付租金）。据此，《民法典》第 388 条及《民法典担保解释》第 65 条的规定在承租人破产程序中的效果，依然是增容而非变性。

因此，别除权与取回权并存说更符合《民法典》的体系解释结果。别除权说的理由立基于变性说，与《民法典》合同编融资租赁合同章的规定不符，其有无物权对抗效力的问题和别除权说无直接关联，在所有权登记对抗的语境下也能够得到妥当解释，无须变性。而取回权说仅针对出租人主张取回租赁物的情形，未将出租人主张以已登记的租赁物价款优先受偿纳入评价范围，事实上忽略了出租人的选择权。唯有别除权与取回权并存说，完整体现了《民法典》第 752 条、《民法典担保解释》第 65 条在承租人破产时的各种权利选择形态，更符合《民法典》立法本意（参见表 2 承租人破产未付租金但仍占有使用租赁物时，出租人的行权方式）。

表 2 承租人破产未付租金但仍占有使用租赁物时，出租人的行权方式

类别	出租人主张的具体权利类型	法律效果	规范依据
1	仅主张全部租金	按照普通债权比例受偿	《民法典》第 752 条
2	仅主张取回权	收回租赁物 （溢价退，不足部分按比例受偿）	《民法典》第 752 条
3	主张别除权 （就登记的租赁物价值优先受偿）	以拍卖、变卖租赁物的价款优先受偿	《民法典担保解释》第 65 条

六、同命相连：担保化改造对保留所有权买卖的冲击与启示

同为《民法典草案说明》对《民法典》第 388 条规定的非典型担保合同的列举对象，保留所有权买卖中出卖人在合同履行期间的物权属性，也遇到了与融资租赁出租人物权属性的同样争议。换句话说，民法典的实质性担保观对保留所有权买卖和融资租赁产生的同样的冲击和影响，也面临着合同履行期间出卖人享有的是担保物权还是所有权的困惑。

实质担保观主张，“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”，不能用德国的所有权构成加以解释。^{〔21〕}因为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，只有以担保权定性才能解释。^{〔22〕}

而所有权论者则指出，消除隐形担保的动机值得肯定，但其主要目的在于消除担保物权的外部效应，而非缩减民事交易的原有空间。若出卖人选择解除买卖合同，其仍可享有所有权的保护，并有权在买受人陷入危机时提起第三人异议之诉、主张破产取回权。变化仅在于，未登记不得对抗善意第三人。^{〔23〕}

从法律继受的角度看，“《美国统一商法典》第 9 编的担保一元化模式将所有具有担保功能的条款强制转化为担保权益”，以“其第 2 编‘所有权解体’的核心思想为基础，这种异质的所有权与我国民法典的绝对所有权概念难以衔接”，而在我国目前立法的民法理论体系下，《民法典》第 642 条规定的选择性救济路径已足以满足出卖人的价款担保需求，故无须进行实质担保观的整体改造。^{〔24〕}

本文赞同所有权论的观点。从《民法典担保解释》第 64 条规定看，其对《民法典》第 642 条规定的解释，亦采取了“增容”的模式，而非否定取回权，只能主张担保物权的价值优先受偿。

比较融资租赁合同和保留所有权买卖，二者的共性在于：在合同的履行期间，所有权主要体现为担保功能，但在解除合同时，出租人/出卖人仍得主张基于所有权的取回权，而非仅仅是对标的物价值上的优先受偿权。二者的差异在于：第一，融资租赁交易涉及三方当事人，有买卖合同与融资租赁合同的所有权转移和接续，而保留所有权买卖只有两方当事人，所有权只涉及一次转移；第二，融资租赁合同中，还可以约定租赁期满，租赁物归属于出租人，而保留所有权买卖合同正常履行后，期满时所有权只能归属于买受人。因此，担保权变性说在解释融资租赁所有权性质上更为拧巴。从变性说对二者的影响来看，如果保留所有权买卖合同的履行期间，出卖人享有的仅仅是担保权，那么这种交易是否还应当称为“保留所有权买卖”？对其所谓的冲击，可能就是釜底抽薪了。

〔21〕 纪海龙：《民法典所有权保留之担保权构成》，载《法学研究》2022 年第 6 期，第 72 页。

〔22〕 纪海龙：《民法典所有权保留之担保权构成》，载《法学研究》2022 年第 6 期，第 78 页。

〔23〕 庄加园：《超越所有权保留的名实之争——选择性救济路径之证成》，载《法学研究》2023 年第 1 期，第 223 页。

〔24〕 庄加园：《超越所有权保留的名实之争——选择性救济路径之证成》，载《法学研究》2023 年第 1 期，第 223—224 页。

七、结语

从比较法上来看,以“动产担保交易的功能主义”来解释融资租赁交易中出租人的权属,在理论上来源于美国动产担保交易法上功能主义一元化的动产担保概念以及统一的交易规则。⁽²⁵⁾但联合国《动产担保交易立法指南》虽然建议各国动产担保交易法制采取功能主义立法方法,仍考虑各国间法制传统的差异,为所有权融资担保提供了“统一化路径”(将动产上所有担保购买价金偿付的权利都规定为购买价金担保物权)和“非统一化的路径”(同时的法律体系中规定购买价金担保物权和融资租赁交易中的所有权)两种选择。⁽²⁶⁾而我国民法学理论的继受与《民法典》合同编融资租赁合同章的表达仍为大陆法系的“形式主义”模式,明确规定了出租人在融资租赁合同期间的所有权。故将其变性为担保物权,与我国的法理及法律均不符。

从规范对象来看,“动产担保交易的功能主义”理论刻意忽略不动产融资租赁交易,事实上造成动产融资租赁和不动产融资租赁交易法理的人为分裂,理论解释路径难谓周延。在融资租赁合同双方约定租赁期届满,租赁物归属于出租人的情况下,“变性论”还将产生所有权归属与变动的阶段性错乱(合同履行期间所有权归承租人,租赁期满却又归属于出租人)。更为重要的是,将出租人对租赁物物权权属强行降格为“担保物权”,导致出租人权利和权能的显著削弱,不仅与《民法典》合同编明文规定的内容相悖,而且实质上制约和限制了出租人的行权方式乃至融资租赁行业的正常发展。故“变性论”与法理上和实务上皆不可取。

而“增容论”在肯定融资租赁出租人所有权的前提下,肯定其担保功能,在《民法典》及融资租赁的租赁物权属登记制度已经得以明确的情况下,能够实现功能主义担保立法所欲达到的“优化营商环境、消灭隐形担保”的目的。在严格遵循现有合同及物权权利体系的前提下,通过肯定其担保功能,增加了出租人的权利实现方式,而未伤及交易安全,无须否定立法条文表达,是更优的也是更能体系化解释民法典的路径选择。

斟酌两种观点的法理、法律基础及其利弊,《民法典担保解释》第1条准确框定了融资租赁“担保化”的边界,并通过第65条对《民法典》第752条的解释实现了“增容”的行权方式,是精当的。司法解释已经作出了正确的规范续造。在《企业破产法》未就此作出特别规定的情况下,承租人破产时,出租人的权利性质及行权方式则是《民法典》第752条、《民法典担保解释》第65条在破产程序中的映射,亦应与未破产时保持一致性。

所有权的担保功能,不等于担保物权。融资租赁交易的功能主义担保立法增加了出租人实现物权的方式和路径,并未否定其所有权性质。肯定其所有权性质,与明确该所有权具有担保功能,

(25) 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》,载《国外社会科学》2020年第4期,第9-10页。

(26) 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》,载《国外社会科学》2020年第4期,第8页。

并不矛盾。解决优化营商环境、消灭隐形担保的立法和释法路径是租赁物的权属登记，而非租赁物的权属变性。在《民法典》第 388 条的含蓄表达之下，《民法典担保解释》的发展是精当的。因此，学说及实务亦应遵循“增容论”而非“变性论”。

The Nature of Property Right and the Remedies of the Lessor of Financial Leases in the Context of Functionalist Security Legislation

—“Change of Nature” or “Expansion”?

LI Zhigang

Abstract: Article 388, paragraph 1 of the *Civil Code*, which provides that Security contracts include “other contracts with a function of security”, has triggered debates as to whether the lessor in a financial lease transaction enjoys ownership or security interest of the lease property and whether the lessor enjoys the right of repossession or the right of priority claim in the event of the lessee’s bankruptcy. Nevertheless, the *Civil Code* inherits the provisions of the former *Contract Law* that the lessor enjoys ownership of the lease property, and does not change the nature of such right into a security interest. The “Change of Nature” theory does not conform to the literal meaning of the *Civil Code*, nor can it properly explain issues such as real estate financial leases or the ownership of lease properties that are agreed to belong to the lessor upon expiration of the lease period. Given that the legislative purpose of “eliminating implicit guarantee” has been resolved by the ownership registration of the leased property, it is not necessary to change the nature of ownership, and affirming the security function does not mean that only the security interest could be enjoyed. Article 388 of the *Civil Code* adds the methods of realization of the lessor’s rights, which are implemented in the “Interpretation concerning the Application of the Relevant Security System of the Civil Code of the People’s Republic of China” issued by the Supreme People’s Court. Therefore, the lessor with the ownership has the right to choose to claim the right to take back the lease property or to claim the security interest. In the bankruptcy procedure, the lessor can choose to assert the right to take back the lease property or the right of priority claim, which is “Expansion” rather than “Change of Nature”.

Keywords: Financial Lease; Functionalism; Ownership; Security Interest

（责任编辑：王乐兵 汪友年）