

论《民法典》中的“正常经营活动”

昌雨莎

摘要：“正常经营活动”本质上是对担保权人与担保人之间意定设计的信息替代，并与担保权人允许买受人无负担取得标的物的推定、阻断抵押权追及的法律效果相联立。其须满足“经营活动”与“正常”两个要件。经营活动是指作为活动的营业，而非为了营业而实施的行为。从事经营活动的市场主体在鼓励创业的背景下应作从宽解释，从事经营活动的内容主要为销售或出租存货。非经营活动如提供担保、出租有体动产、以存货的形式分配股利须被排除。正常经营活动与买受人善意相互联系但应作必要的区分，将交易地点、交易主体的关系、交易方式等动态要素纳入善意要件之下，经营范围、交易量和交易价款合理性等则用以认定经营活动正常与否，以此满足担保权人最低限度的利益保护需求。

关键词：正常经营活动；动产担保交易；信息透明的替代机制；存货；善意

[中图分类号] D923.2 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2024) 03-0061-21

引言

“正常经营活动”是《中华人民共和国民法典》（下称《民法典》）第404条之“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”规则的重要构成要件，但何谓“正常经营活动”在学界与实务界尚未形成通说观点。现有讨论主要集中于正常经营活动的经营主体^{〔1〕}、经营范围^{〔2〕}、具体的交易方式以及经营活动是否正常的认定^{〔3〕}。其中，最具争议的内容体现在两个方面：第一，经营活动的交易形式。对此，学理解释涵盖了从最为狭义的活动即向产品用户或经销商出售产品之买卖^{〔4〕}，到租赁、设定担保、互易、清偿债务、分配盈余等

【作者简介】昌雨莎，中国人民大学法学院2021级博士研究生。

〔1〕董学立：《论“正常经营活动中”的买受人规则》，载《法学论坛》2010年第4期，第89-90页；钟维：《民法典编纂背景下我国浮动抵押制度的释评与完善》，载《广东社会科学》2018年第4期，第233-234页。

〔2〕谢鸿飞：《动产担保物权的规则变革与法律适用》，载《国家检察官学院学报》2020年第4期，第14-15页。

〔3〕王利明：《论正常经营买受人规则》，载《东方法学》2021年第4期，第101-104页；庄加园：《探析抵押动产的正常经营买受人规则》，载《法学》2023年第1期，第117页；张素华、李鸣捷：《〈民法典〉“正常经营活动买受人规则”的解释论》，载《北方法学》2021年第3期，第14-15页；等等。

〔4〕王利明：《物权法研究》（下卷），中国人民大学出版社2016年版，第1280页；梁慧星：《特别动产集合抵押》，载《人民法院报》2007年9月13日，第6版。

活动⁽⁵⁾。我国司法实践则对买卖、互易⁽⁶⁾、清偿债务⁽⁷⁾以及再次设定担保⁽⁸⁾等行为予以确认。第二,经营活动的正常与否。就正常的经营活动与买受人善意的关系、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉有关担保制度的解释》(法释〔2020〕28号,下称《担保制度司法解释》)第56条尤其是兜底条款的理解⁽⁹⁾,学界众说纷纭。

诚然,现存理论仍不足以为“正常经营活动”构建起实质性分析框架,由此使得“正常经营活动中的买受人”规则的规范射程含糊不清:一则论证起点缺乏基本共识。典型如“正常经营活动”所涵射的行为究竟意味着该行为是“正常经营活动”的子集,还是意味着该行为的目的是维系营业。⁽¹⁰⁾二则对交易结构的把握有失精细。以互易为例,在出卖人一端,互易与普通的买卖几无差异,唯就买受人一端,得否以非货币形式实施给付依赖于给付对价是否属于合理价款的判断,将互易直接置于“经营活动”项下无疑切断了各理论层次之间的逻辑联系。三则“正常经营活动”的全集与补集划分混乱。通常而言,再多类型的交易行为列举,都会产生子集的不穷尽性与新情况层出不穷的矛盾;相比于个案与示例,一般化的语汇所面临的法律结构开放性的挑战要小得多。⁽¹¹⁾不过,正如衢州忠博贸易有限公司、宁波巨榭能源有限公司、浙江牧明新材料科技有限公司案外人执行异议之诉上诉案等案例所示⁽¹²⁾,买卖合同与清单价格的不合理既可以成为善意与恶意的衡量因素,也可以证成“不正常”的经营活动,亦可以作为“支付合理价款”的评价指标。因此,“正常经营活动”与“正常经营活动中的买受人”规则的其他构成要件之间的划分往往是相对意义上的,它们通过内部微妙的交互共同形塑“正常经营活动中的买受人”规则这一阻断动产抵押权追及效力的法定事由。

基于此,笔者拟结合规范分析、比较分析与法经济分析的方法,对“正常经营活动”这一规范概念展开研究。首先,法律作为目的性实在性实体,与社会规划有相通之处,即在确定一个目标之后,再充实该框架,最终形成一个融贯的和完整的行动规划⁽¹³⁾;故而下位任务通常会服务于其叠加产生的整全的规范体系及其目标。“正常经营活动”的概念同样如此,其解释论展开须从动产与权利担保体系改革的角度出发,重思其价值意涵。其次,以“正常经营活动”的价值意涵为

(5) 孙鹏、王勤劳、范雪飞:《担保物权法原理》,中国人民大学出版社2009年版,第238页;王仰光:《动产浮动抵押权制度研究》,法律出版社2012年版,第188-191页;陈欣:《试论项目融资中的浮动抵押》,载《当代法学》2003年第1期,第95页。

(6) 湖北省高级人民法院民事判决书,(2013)鄂民二终字第41号。

(7) 吉林省高级人民法院民事判决书,(2014)吉民二终字第42号。

(8) 上海市第一中级人民法院民事判决书,(2017)沪01民初11号。

(9) 王利明:《论正常经营买受人规则》,载《东方法学》2021年第4期,第99-104页;庄加园:《探析抵押动产的正常经营买受人规则》,载《法学》2023年第1期,第113-115、117页;纪海龙:《〈民法典〉第404条(正常经营买受人规则)评注》,载《清华法学》2023年第4期,第172-173页。

(10) 认为本条调整的是“以继续营业为目的的交易活动”的观点,参见郑彬:《物权法中浮动抵押制度的不足与完善》,载《人民法院报》2007年12月12日。

(11) [英]哈特:《法律的概念》(第3版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2018年版,第190页。

(12) 浙江省衢州市中级人民法院民事判决书,(2018)浙08民终673号。

(13) [美]斯科特·夏皮罗:《合法性》,郑玉双、刘叶深译,中国法制出版社2016年版,第162-168页。

基础，对该概念进行层层剖析：在“商事活动”的概念下圈定“经营活动”的范围，再在“经营活动”之下区隔“正常”与“非正常”的部分。最后，对“正常经营活动”的一般化适用进行展望。

一、正常经营活动的价值内涵

（一）信息透明的替代机制

动产与权利担保体系改革旨在通过建立以人的编成主义的全国统一动产与权利担保登记系统来实现消灭隐形担保的目标^{〔14〕}，登记系统的信息公示为《民法典》第406条承认抵押权追及效力对交易安全的冲击提供了必要的缓冲。因此，无论动产之上存在的是依据第394条设立的一般抵押权、第396条的浮动抵押权、第416条的动产购买价金担保权、第420条的最高额抵押权抑或所有权保留等功能主义担保权，买受人原则上均负有查询抵押登记的义务。该项义务为不真正义务，即买受人未查询抵押登记并不产生对他人的赔偿责任，唯须自主承受标的物受到追及的风险。

前述逻辑建立在抵押登记与抵押权追及的法定推论之上，但现实中抵押权人与抵押人会作出大量意定的交易安排，使得抵押登记与法定推论（即买受人能否无负担取得抵押物的真实状态）不符。抵押权人的追及意愿与抵押物性质、抵押权类型息息相关。对于交易频繁、追踪成本较高的低价值动产，抑或价值贬损较快的消耗品，抵押权人更愿意就应收账款和现金取得优先受偿权；相较于固定抵押权人，浮动抵押权人则因就抵押人持续经营保有充分预期，追及抵押物的动力更低。此际，抵押权人与抵押人之间的交易结构设计通常会附加条款：（1）允许买受人在某种特定情形下无负担取得标的物；（2）抵押权人可以请求抵押人就转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或提存。这导致登记系统上有关抵押权存在与否的信息往往无法满足买受人作出交易决策的需求，而仍须进一步探究抵押权人与抵押人的担保合同内容。此外，为免除繁复的登记查询步骤，买受人可能会转向另一种方式，即调查债务人的一般资产，以在抵押权人行使对标的物的追及权之后，向债务人主张违约责任^{〔15〕}，保证普通债权可以获得全额清偿。因此，查询登记系统义务、抵押权追及效力的制度供给并不完全契合动产流转实践。

尽管通过意定安排，抵押人的交易行为可能获得抵押权人的授权，但囿于信息的不透明性，买受人仍不得不负担一定的征信成本以在最大限度内降低交易风险。基于提高经济效益与维护担保权人、善意买受人甚至担保人利益的考量，《民法典》第404条之正常经营活动中的买受人规则对符合抵押权人、抵押人、买受人三方预期，实现三方共赢的交易模式进行提炼并赋予法定效力^{〔16〕}，修正了《民法典》第406条可能导致的各方当事人权利义务畸轻畸重的状

〔14〕 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页。

〔15〕 Thomas J. Sexton, *Section 9-307(1) of the U.C.C.: The Scope of the Protection Given a Buyer in Ordinary Course of Business*, 9 Boston College Industrial and Commercial Law Review 985, 985-997 (1968).

〔16〕 王利明：《论正常经营买受人规则》，载《东方法学》2021年第4期，第94-95页；纪海龙、张玉涛：《〈民法典物权编（草案）〉中的“正常经营买受人规则”》，载《云南社会科学》2019年第5期，第107-109页。

态⁽¹⁷⁾。此举有助于当事人利用简单易行的工具实现其交易目的，节约协商成本；同时将保障交易安全的信息获取方式从查询登记系统（是否存在抵押权）和合同内容（能否无负担取得抵押权及无负担取得条件）转向对正常经营活动的客观判断，以此联立正常经营活动、抵押权人允许买受人无负担取得标的物的推定和阻断抵押权追及的法律效果。

“正常经营活动中的买受人”规则从三个层面提高经济效益、平衡各方利益的理据，也构成后文对“正常经营活动”这一核心概念的内涵和外延进行解释的价值基石：第一，显著降低买受人的交易成本，包括登记查询成本和磋商成本⁽¹⁸⁾，避免打击买受人参与市场交易行为的积极性，维持市场活力。一方面，动产交易愈频繁，登记查询成本愈高，援用“正常经营活动”这一信息透明的替代机制的理据愈充分；另一方面，普遍性的追及效力不仅增加了买受人在市场上搜寻可无负担取得标的物的成本，还使得即便是高度标准化的产品亦会面临因交易时间与债务履行期间隔不断变化而导致的个体磋商和个体定价的难题。第二，降低抵押物追踪成本。大多数动产具有流动性大、特定性不足（笔者并不否认以序列号或编码具体描述标的物被检索出结果的可能性）的物理属性，从而决定了登记系统以人的编成主义为模式展开⁽¹⁹⁾，但并非所有出卖人转让抵押物后都会及时履行变更登记的义务，抵押权人追踪抵押物及其占有人的成本较高，当抵押物数量较大时尤甚。第三，实现较高配置效率。对于价值不高、用于家庭消费的动产，买受人通常愿意支付市价以取得动产的完整利益。但在抵押权人一端，一则其置重于抵押物的交换利益而非使用利益，追夺对买受人更具价值的标的物不符合物尽其用的原理；二则抵押物从用于销售到用于消费的目的转变，会导致其客观价值耗损，因此对其追及不一定有利于抵押权人；三则尽管阻断抵押权追及的法定保护措施（如要求抵押人就转让所得的价款提前清偿债务或提存等）具有阻碍商品流转、转让所得价款被抵押人挪作他用、就转让所得价款是否享有优先受偿权的规则不明等缺陷，但相较于买受人，抵押权人更能在谈判中通过多种方式保障其权益，包括设定“浮动抵押+未来应收账款质押+账户质押”⁽²⁰⁾，自主安排贷款数额、贷款期限、贷款利率、对债务人的监管和控制以及协议不履行的违约责任等。

〔17〕 动产流动性大、消耗迅速、易隐匿、易毁损灭失，也正因这些物理属性，其登记系统以人的编成主义为模式展开。故在抵押物发生流转时，会产生两个难以调和的矛盾：其一为在不承认正常经营活动中的买受人规则时，抵押权人便可以对买受人行使追及权，减损了受让人的利益；其二，动产的流动性与所有权人的频繁更迭直接导致抵押权人很难寻获被执行人或物，只能回过头来依据第406条第2款向债务人主张价金物上代位，但此时收益可能已经与一般责任财产混同以及被债务人转移、挥霍或藏匿。可以看出，以追及效力为主、价金代位为辅的立法模式在动产抵押领域极易造成“鹬蚌相争，渔翁得利”的后果，本是涉及抵押权人、抵押人与买受人的三方利益关系却让抵押人“金蝉脱壳”，从而“置身事外”。“正常经营活动中的买受人”规则赋予了受让人无负担取得抵押标的物的权利，更是让抵押权人将不可控风险变为可控风险，真正实现了三方共赢。

〔18〕 利用法经济分析方法的，参见张素华、李鸣捷：《〈民法典〉“正常经营活动买受人规则”的解释论》，载《北方法学》2021年第3期，第7-10页。

〔19〕 龙俊：《物权变动模式的理想方案与现实选择》，载《法学杂志》2019年第7期，第27-28页；王洪亮：《动产抵押登记效力规则的独立性解析》，载《法学》2009年第11期，第88-91页；庄加园：《动产抵押的登记对抗原理》，载《法学研究》2018年第5期，第82页。

〔20〕 纪海龙：《动产担保权益延伸的合意路径》，载《现代法学》2022年第3期，第4、11页。

因此,“正常经营活动”的概念目的在于筛选出易于买受人识别的部分场景,而在这些场景中作出买受人可以无负担取得标的物的法律推定通常可以通过上述三个层面的价值和必要性检验。对买受人利益和交易安全的维护可能会使得部分交易与抵押权人的真实意愿相悖,该三个层面的价值同时构成守护抵押权人利益的基准线。此外,这一概念还有促成“分离均衡”的作用⁽²¹⁾,因正常经营活动中的买受人规则的法定安排,抵押权人会相应地调整自己的行为策略,使得“正常经营活动”中的抵押物更多地获得抵押权人授权,而“非正常经营活动”中的抵押物更多地被赋予追及效力。

(二) 信息透明的替代机制与买受人知情的关系

正常经营活动作为信息透明的替代机制,其所替代的信息究竟为何,学界存在两种观点:第一,担保物权是否存在的公示,其原因在于在天然适合以直观的占有为公示方法和以交付为权利变动要件的动产物权领域,引入异质性的登记作为担保物权公示方法,使得发现权利负担的成本较高,故而需要法律的特别规定以使得买受人免受动产担保查询之弊端⁽²²⁾;第二,抵押权人与抵押人之间关于无负担转让抵押物的授权与否的意定设计,其原因在于抵押权人通常同意(明示或默示)抵押人在正常经营活动中无负担转让抵押物,买受人对正常经营活动中的此等授权表象保有信赖。⁽²³⁾

事实上,正常经营活动并非对抵押权是否存在的信息替代。假设存在零成本的抵押权公示方法,而不依靠正常经营活动中的买受人规则,买受人仍无法得出抵押权会否追及的确切推断。就有抵押权负担的标的物,买受人在此假设下会根据抵押权追及的法定推定规则作出三种选择:一为拒绝购买,并搜寻其他无抵押权负担的替代物,进而产生替代物搜寻成本;二为磋商谈判以进一步调查抵押权人是否同意无负担转让抵押物,或与抵押人达成减价、限期清偿债务等约定,进而产生征信或磋商成本;三为根据交易习惯,自发形成正常经营活动中的买受人规则,合理期待抵押权人在正常经营活动中基于自身利益考量而同意无负担转让抵押物,此时虽无前述成本,但牺牲了交易安全,承担了标的物被追及的风险。由此可见,抵押权的零成本公示并未显著降低买受人的交易成本,甚至有可能阻滞有抵押权负担的标的物的流通;但因买受人尊重了抵押权人的安排,抵押权人利益得到较高程度的保障。⁽²⁴⁾故而仅仅依靠抵押权信息的透明制度并不能有效克服动产抵押物转让的固有缺陷,主要体现在:第一,动产抵押物性质各异,维持抵押物追及效力不一定符合三方当事人的最佳利益,使得“抵押登记—抵押权追及”的推定规则失效;第二,动产交易频繁,维持追及效力带来的磋商成本显著增加。

既然正常经营活动并不是为了替代抵押权是否存在的信息而设计的,那么在正常经营活动中

(21) 张永健:《动产所有权善意取得之经济分析》,载《中研院法学期刊》2017年第21期,第39—40页。

(22) 郑永宽:《论“正常经营买受人”的善意要求》,载《中国法学》2023年第4期,第186页。

(23) 纪海龙:《〈民法典〉第404条(正常经营买受人规则)评注》,载《清华法学》2023年第4期,第161页。

(24) 此时即便抵押权人与抵押人之间未作出约定,应推定其适用法律的缺省规则,即抵押权具有追及效力。

即便买受人知晓担保权利的存在，也不宜直接排除正常经营活动中的买受人规则的适用。究其根本则在于，对担保权利存在的知情与否并非抵押权人与买受人之间利益平衡的拐点或终极解释方案。至于买受人知晓担保权利能否成为排除适用正常经营活动中的买受人规则的间接因素，则有待进一步论证。

正常经营活动本质上是对抵押权人与抵押人之间意定设计的信息替代。抵押权人与抵押人基于动产抵押物追及效力的规定作出符合动产抵押物性质的意定调整，而如前文所述，正常经营活动正是对符合三方预期、权衡三方利益且促进经济效益的经验总结，使得买受人从须积极主动探寻抵押权人与抵押人之间的真实权利状态，转变为依据正常经营活动的客观状态作出交易决策。同时，正常经营活动亦影响抵押权人与抵押人之间的交易习惯，使之从基于《民法典》第 406 条而作出的放弃追及的择出安排，转变为基于《民法典》第 404 条的限转或禁转的择入安排。抵押权人排除正常经营活动中的买受人规则的原因在于，尽管该规则在大多数情况下体现了抵押权人与抵押人之间的真实预期，但在动产体现某些特定特征而适用正常经营活动中的买受人规则无功无过时，抵押权人对自身利益维护的路径选择会有不同的偏好。表 1 “抵押权人基于抵押权类型和抵押物性质可能作出的偏好选择”展现了在正常经营活动中抵押权类型、动产是否因消费而价值贬损较快、动产价值对抵押权人选择的可能影响。

表 1 抵押权人基于抵押权类型和抵押物性质可能作出的偏好选择

抵押权类型和抵押物性质	买受人交易成本	追踪成本	配置效率	《民法典》第 404 条	抵押权人选择
固定抵押 + 消耗品 + 低价值	假设动产交易频繁	固定抵押的追踪成本相较于浮动抵押更小，消耗品的纵向流转性较耐用品更弱	价值贬损快，不适合追及且买受人能全额支付	阻断	阻断追及优于追及，次优选择为禁转
固定抵押 + 消耗品 + 高价值			价值贬损快，但买受人可能愿意负担抵押		禁转 > 阻断 > 不阻断
固定抵押 + 耐用品 + 低价值			价值贬损慢，适合追及，但买受人愿意支付市价		阻断与不阻断区别不大
固定抵押 + 耐用品 + 高价值			价值贬损慢且买受人愿意负担抵押		不阻断 > 阻断
浮动抵押 + 消耗品 + 低价值			浮动抵押有财产上浮的预期，通常以阻断为主		以阻断为主
浮动抵押 + 消耗品 + 高价值					
浮动抵押 + 耐用品 + 低价值					
浮动抵押 + 耐用品 + 高价值					

正因抵押权人与抵押人会在正常经营活动中作出与法律推定效果不同的交易安排，正常经营活动的信息替代和利益平衡功能会出现偶然失灵。此时，若一味保护买受人基于正常经营活动的信赖，则忽视了抵押权人的利益表达；若为维护偶然与预期偏离的抵押权人利益而废弃正常经营活动的规则设计，退回查询登记系统中有关担保合同约定的原点（而不仅仅是担保权的存在），则有矫枉过正之嫌。其间关键在于，买受人何时负有何种程度的探寻抵押物真实权利状态的不真正义务。事实上，学界就买受人“知情”的法律效果颇有争议：有学者认为，《民法典》第404条不以买受人主观善意为适用前提，而以“已经支付合理价款”作为利益平衡的工具^{〔25〕}；有学者认为，买受人知道或者应当知道标的物已被设定担保物权，不能阻却抵押权的追及效力^{〔26〕}；也有学者认为，买受人单纯知悉抵押权的存在并不影响抵押物的无负担取得，唯在知悉其行为会侵犯抵押权人利益时，不能阻断抵押权的追及效力。^{〔27〕}经前述分析可知，最后一种观点更为合理。买受人知情的要件与正常经营活动作为信息透明的替代机制一体两面，当买受人明知抵押物的真实权利状态时，也便无须借助正常经营活动推定信息，而应以其知悉的信息为决策依据，否则有违诚实信用原则。

二、经营活动的正向界定

（一）经营活动的概念界定

“经营”一词可以在多个维度上使用。首先，其可以用来指称商事主体所从事的商品生产、运输、销售、提供劳务或服务等活动，即商事主体的经营范围与经营业务，《中华人民共和国公司法》（下称《公司法》）第9条与第19条即在此维度使用。其次，其可以用来指称与商事主体经营有关的决策和管理，《公司法》第67条之经营计划如是，具体包括采行何种品牌理念、建立何种信息传递和汇报渠道、是否通过重大资产重组和收购并购等方式扩大生产经营。

笔者认为，“正常经营活动中的买受人”规则之“经营”系第一个维度的内容，由此排除投资、融资、剩余资产分配、原材料购买等商事活动。原因在于：第一，商事主体对外从事的商品生产、运输、销售等经营活动是市场经济的主要部分，数量较大且活动频繁，对交易安全有较高需求，也能经过“正常经营活动”作为信息替代机制所意欲发挥的降低买受人交易成本和抵押物追踪成本的作用检验。第二，美国法围绕正常经营活动创设了一组相关规则，均指向第一个维度的“经营”内容，如此也意味着在具有外显性的经营活动中，买受人存在需受保护的特定价值，以促进和便利商品流转。美国法下该集合性概念除包括与《民法典》第404条类似的美国《统一商法典》（Uniform Commercial Code, UCC）第9-320条外，还有：（1）从销售同类商品的商人处购买他

〔25〕 高圣平：《民法典动产担保权登记对抗规则的释论》，载《中外法学》2020年第4期，第971页。

〔26〕 林文学、杨永清、麻锦亮、吴光荣：《〈关于适用民法典有关担保制度的解释〉的理解和适用》，载《人民司法》2021年第4期，第41页。

〔27〕 庄加园：《探析抵押动产的正常经营买受人规则》，载《法学》2023年第1期，第113页。

人委托给该商人的有体动产的；(2) 从破产债务人处购买其通过赊销取得的有体动产的；(3) 从仓库管理员处购买种类物的；(4) 购买不可流通物权凭证所表征的有体动产的；(5) 承运人根据托运人指示更改装运指示，从收货人处取得不可流通提单的。⁽²⁸⁾ 第三，商事主体以营利为目的而从事的生产经营活动最终落脚于作为营业而实施的行为，不同于客观意义上凸显机能性和组织性的为了营业而实施的行为。此种划分亦契合日本学者所提出的营业商行为和附属商行为之概念，前者是指行为主体在营业上反复、持续的行为，而后者是指该行为目的即是为了营业，例如为了维系经营而融通资金、制造商购买原材料等。⁽²⁹⁾

在作为活动的营业环节，对外提供有体物销售、服务、租赁的商事主体与从该商事主体购买服务或产品的买受人可以互为彼此正常经营活动中的买受人。比如，互易的标的为自己通常销售的商品，对方以原材料或者生产设备的形式购入。不过，出售二手商品的销售者收购他人设有担保权的标的物时，不仅出卖人（个人偶然出售行为）一方不构成经营活动，买受人一方亦非本文所定义的经营活动（原材料购入）。⁽³⁰⁾

对于出卖人一方从事经营活动所应具备的条件，根据 2020 年《中华人民共和国商事主体登记管理条例（草案）》第 3 条第 2 款前句，除非进行了商事主体登记，否则任何个人或组织不得以商事主体名义开展经营活动。此际，从事经营活动的前提为商事主体办理了工商登记并取得经营资质。但有学者指出，在鼓励大众创业、万众创新的时代背景下，是否具有相应的营业资格非为所论⁽³¹⁾，且实践中还存有大量的流动摊点、个体工商户等未办理登记的市场主体，该草案第 5 条亦规定了豁免登记的范畴⁽³²⁾，故在对经营活动的主体解释上宜作从宽处理。而此宽泛的范围能否延及美国 UCC 第 9-320 (b) 条中债务人兼出卖人持有“消费品”的出售行为，理论上学者表示从邻居家购买一台二手冰箱的买受人无须查询抵押登记即可主张善意取得⁽³³⁾，笔者对其持保留意见。美国 UCC 依不同的抵押物类型而作出不同的规则设计⁽³⁴⁾，根据美国 UCC 第 9-309 (1) 条，

(28) Richard C. & Tinney, J. D., *Who Is "Buyer in Ordinary Course of Business" Under Uniform Commercial Code*, 87 American Law Reports 3d 11, 1-87(1978).

(29) 王保树：《商法》，北京大学出版社 2015 年版，第 84-85 页。此外，主观意义上的营业行为具有很强的对外显示性、反复性和不间断性，是实现资本增值、产生利润的主要环节，其结果亦是衡量商事主体经营状况的重要指标。参见 [德] C. W. 卡纳里斯：《德国商法》，杨继译，法律出版社 2006 年版，第 30-32 页。

(30) 谢鸿飞：《动产担保物权的规则变革与法律适用》，载《国家检察官学院学报》2020 年第 4 期，第 14 页。

(31) 高圣平：《民法典动产担保权登记对抗规则的解释论》，载《中外法学》2020 年第 4 期，第 970 页。

(32) 包括“在县级以上地方人民政府指定的场所和时间，销售农副产品、日常生活用品，或者个人利用自己的技能从事依法无须取得许可的便民劳务活动”。

(33) 汤文平：《法学实证主义：〈民法典〉物权编丛议》，载《清华法学》2020 年第 3 期，第 69 页。

(34) 美国 UCC 将有体动产划分为相互排斥的消费品、设备、农产品和存货四种类型，这是根据财产的主要用途所作出的区分，且同一财产不可能在同一时刻同时属于上述两种，但可以在不同时刻属于不同种类。在经营活动中，当某一财产使用期限较长、性能稳定时，属于设备；当其被持有以便出卖或出租时，属于存货；而当其主要用作个人、家庭或家用目的时，则属于消费品。值得注意的是，某一动产最初所设定的担保类型不因后续财产使用用途的改变而改变。参见美国法学会、美国统一州法委员会：《美国〈统一商法典〉及其正式评述》，高圣平译，中国人民大学出版社 2010 年版，第 55 页。

消费品上附着的担保权益无须登记即可自动生效并公示，故买受人免受约束的是登记之前的担保权，以保护其对清洁登记的合理信赖，但担保权一经登记，买受人自不得对抗之，可见，从消费品持有人处购买消费品没有豁免买受人查询登记簿的义务。我国未对有体动产的类型予以区分，一律以登记为对抗要件，因此不存在已经自动公示而未登记的秘密担保：如果消费品上的担保权已经登记，则可依据第 406 条产生追及效力；如果消费品上的担保权尚未公示，则依据第 403 条不得对抗善意受让人，从而适用和普通动产抵押相同的规则。

綜前所述，出卖人的经营活动指涉商事主体从事的有体物销售、服务、租赁的商事活动，该商事主体须为以经营为业，并不包括偶然参与营利性交易的个体。

（二）主要适用于存货

由于市场主体从事的是持续、不间断的经营活动，以销售某类商品为业（in the business of selling goods of that kind），故而经营活动作用的对象通常为存货。^{〔35〕} 借鉴美国 UCC 第 9-102（a）（48）条的规定，存货是指：（1）被出租人所出租的有体动产；（2）被人持有以供出卖、出租或者依服务合同即将供给的有体动产；（3）依服务合同已被供给的有体动产；（4）原材料、半成品、在经营活动中使用或者消耗的材料。^{〔36〕} 将正常经营活动的标的物解释为存货，一则既能最大限度地贴合抵押权人预期，又能满足买受人参与市场交易的基本制度保障，从而较好地平衡抵押权人、抵押人和买受人三方利益，降低成本；二则具有较强的外观性、可识别性和透明性，能为抵押权人与买受人就同样的标的物之法律权利推定状态提供价值共识，裨益抵押权人设计担保条款、买受人作出交易决策。

一方面，存货上的担保权利类型不影响正常经营活动中的买受人规则的适用。《民法典》动产与权利担保制度体系相较于《中华人民共和国物权法》（已废止）时代进行了较大变革，正常经营活动中的买受人规则不仅适用于浮动抵押，也适用于动产抵押^{〔37〕}；不仅适用于典型担保，也适用于非典型担保。^{〔38〕} 因此，在下述案例中的存货并不构成例外：A 与 B 签订原材料布料的供货协议，

〔35〕 刘保玉：《民法典担保物权制度新规释评》，载《法商研究》2020 年第 5 期，第 14 页。

〔36〕 美国法学会、美国统一州法委员会：《美国〈统一商法典〉及其正式评述》，高圣平译，中国人民大学出版社 2010 年版，第 49 页。

〔37〕 主要理由包括：第一，我国《民法典》确立了“浮动抵押”制度，正常经营活动中的买受人规则是基于社会公共秩序考量，为有效抵充抵押登记的强效力之独立产物，不必然依附于浮动抵押；第二，固定抵押与浮动抵押的“下浮”预期不截然对立；第三，浮动抵押、抵押权人的“下浮”预期与正常经营活动中的买受人规则之间会产生关联性误读，很重要的原因是它们都主要适用于存货。在存货与应收账款上设定浮动担保的权利人倾向于选择让债务人自由处置担保物或使用收益，但除了浮动抵押，亦存在不受拘束的固定抵押权（free-handed mortgage）。同样，在存货上设定浮动担保的权利人通常会受到正常经营活动中的买受人规则的限制，但除了浮动抵押，凡标的物是以销售为目的（for sale）的担保权利均受此规则影响。Peter F. Googan, *Operating Under Article 9 of the Uniform Commercial Code Without Help or Hindrance of the “Floating Lien”*, 15 The Business Law 373, 373-392 (1960).

〔38〕 如《担保制度司法解释》第 1 条将“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”纳入调整范围，第 56 条直接将所有权保留买卖的出卖人、融资租赁合同的出租人列为担保物权人。

并约定于 B 支付标的物价款之前, A 保留对该标的物的所有权。B 将该材料加工制造为成衣, 拟用于出售。⁽³⁹⁾ 在功能主义担保观之下, 首先根据《担保制度司法解释》第 41 条第 2 款和第 3 款, 所有权保留交易中出卖人之担保权可自动附着于担保财产的加工物之上; 其次依据《民法典》第 404 条与《担保制度司法解释》第 56 条第 2 款, 买受人可以无负担取得该成衣存货。

另一方面, 存货是否是特殊动产亦不影响正常经营活动中的买受人规则的适用。对机动车而言: 第一, 机动车登记系统是否足以起到公示标的物权利负担的作用不无疑义, 使得机动车难以具备与不动产适用抵押权追及类似的客观条件。⁽⁴⁰⁾ 根据《机动车登记规定》(2021 年修订) 第 32 条, 申请抵押登记的, 机动车所有权人须出示机动车登记证书; 而机动车登记证书于办理初始登记后方能取得, 从 4S 店购买的机动车一般既无牌照也无初始登记, 故该交易过程中的买受人难以通过查询抵押登记获取权利负担信息。机动车经销商就机动车设立浮动抵押时, 可能并未在车管所登记, 此时同样会出现前述问题。第二, 在实践中, 机动车交易普遍、数量庞大, 较多争议围绕该类动产展开, 在此类案件⁽⁴¹⁾ 中, 法院大都适用了正常经营活动中的买受人规则。因此基于实证主义立场, 在解释上为维持买受人的合理预期, 不宜将机动车作为例外类型。此外, 对于船舶与航空器, 比较法上亦未将其视作正常经营活动中的买受人规则的特例, 如在 Cessna 案中, 法院指出美国联邦航空管理局 (Federal Aviation Administration, FAA) 的目的在于设立一个统一的全国性的登记系统以记录所有权和担保权益, 并不为竞存的担保权提供优先顺位的依据, 且航空器的购买者为正常经营活动中的买受人, 可以取得无负担所有权。⁽⁴²⁾

问题在于, 正常经营活动中的标的物是否只能为存货? 有学者参考《民法典》第 396 条浮动抵押财产范围, 认为设备亦属于正常经营活动中所交易的对象⁽⁴³⁾, 但多数学者持否定意见⁽⁴⁴⁾。在比较法上, 美国曾有观点指出正常经营活动仅适用于存货。⁽⁴⁵⁾ 假设某公司的业务范围为销售 A

(39) Eva-Maria Kieninger, *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge University Press, 2004, p. 394–395.

(40) 当抵押物是不动产时, 一方面, 不动产不可移动且不易消耗, 无论所有权如何流转, 其地理位置不变, 登记系统亦是以物的编成主义为模式, 于是对不动产抵押权人而言, 其对抵押物的监督成本几乎为零, 只须查询不动产登记簿便可知晓现时的所有权人并主张抵押权, 追及效力足以保障其利益。另一方面, 不动产的物权变动以登记为生效要件。在不动产交易中, 于磋商洽谈阶段, 买受人负有查询不动产登记簿以确定出让人是名义上的所有权人的义务, 于物权变动之时, 其亦须向登记机关申请变更登记主体, 而不动产登记簿以不动产单元为基础展开, 不动产所有权、抵押权和其他物权均清晰地记载于同一登记簿, 买受人自会留意权利负担的存在, 从而通过自行协商扣除债务人尚未清偿的债务部分, 或依据《民法典》第 524 条的规定代为履行债务, 消灭抵押负担。基于此, 买受人可通过查询登记簿和交易过程中充分的磋商控制风险。参见程啸:《我国民法典中的抵押财产转让》, 载《检察日报》2020 年 11 月 16 日, 第 3 版; 高圣平、罗帅:《〈民法典〉不动产抵押权追及效力规则的解释论》, 载《社会科学研究》2020 年第 5 期, 第 28–30 页。

(41) 河北省石家庄市中级人民法院民事判决书, (2019)冀 01 民终 11532 号; 云南省昆明市中级人民法院民事判决书, (2017)云 01 民终 7518 号; 广东省广州市番禺区人民法院民事判决书, (2016)粤 0113 民初 614 号。

(42) Cessna Finance Corp. v. Skyways Enterprises, Inc., 580 S.W. 2d 491, 26 U.C.C. Rep. Serv. 212 (1979).

(43) 胡康生主编:《中华人民共和国物权法释义》, 法律出版社 2007 年版, 第 415 页; 李运杨:《评析〈物权法〉第 189 条第 2 款——兼及正常经营中的买受人制度》, 载《甘肃理论学刊》2010 年第 2 期, 第 148 页。

(44) 龙俊:《动产抵押对抗规则研究》, 载《法学家》2016 年第 3 期, 第 49 页。

(45) The Editorial Board for the UCC stated: The former opening language has been omitted because the definition of “buyer in ordinary course of business” limits subsection (1) to inventory cases. The other changes are for clarification.

型号的小轿车，该公司后购入一台相同型号的小轿车用于公务，并在该设备上为B设定购买价金担保权，此后公司又将该物混入其库存内，那么公司出售该物的行为是否属于其经营活动。笔者认为，首先，担保物的类型依设定担保时担保财产的使用用途而定，即便担保人在机器设备上设定担保时的想法是在该机器过时或者毁坏之后便出卖，也不宜将其认定为存货，如此，在前述案例中，抵押权依然存在于设备而非存货上。⁽⁴⁶⁾其次，即便该设备混于存货中，而买受人从以销售该类商品为业的出卖人处购买，买受人难以直观辨认该设备是出卖人的设备抑或存货。若施加买受人就该设备购买情形的登记查询义务，不仅会导致正常经营活动中的买受人规则豁免登记查询义务的目的不能实现⁽⁴⁷⁾，而且买受人经过查询，亦无法获取充足的用以判断抵押物会否被追及的信息（此时不同于是否须查询担保合同）。原因便在于，相同的登记记载作用于不同的标的物上，所得出的法律推定结论是相反的，即存货原则上会被阻断追及，设备原则上被追及，而买受人并没有掌握该标的物是存货抑或设备的精准前提信息。最后，买受人虽以违背抵押权人预期的方式（非存货交易）挣脱了抵押权负担，但该类情形实属个例，且抵押权人可以通过与抵押人之间的协议控制来维持自身利益，例如签订违约金条款、主张价金物上代位、对抵押物实施监控、设置较高贷款利率、缩短贷款期限等。

由此可见，只要标的物是由以销售某类商品为业的商事主体销售，该商品是否确实为存货（尽管主要是存货）、设立了何种担保权利负担、是否为特殊动产类型，皆不影响正常经营活动的成立。

三、经营活动的反向排除

（一）担保行为

关于在存货上再次设定担保权的行为是否属于出卖人的经营活动，学界存在分歧。有学者主张在抵押财产结晶之前，抵押人得自由处分财产，维持经营活动，这当然包括为他人设定担保物权以获取融资，而且举重以明轻，设定抵押等以筹集资金对抵押权人所形成的危险要远远低于转让抵押财产。⁽⁴⁸⁾过去支持这种观点的裁判实践不在少数，如平安银行股份有限公司青岛分行诉青岛海能达燃料有限公司、王某、苏某金融借款合同纠纷案即是如此。⁽⁴⁹⁾但也有学者指出融资人的出售行为是从事正常经营活动，抵押行为根本就不是一种正常经营活动和经营事项⁽⁵⁰⁾，因此只有买受人才能受到正常经营活动中的买受人规则的保护，抵押、质押等担保行为中的权利人应被排

〔46〕 Robert H. Skilton, *Buyers in Ordinary Course of Business Under Article 9 of the Uniform Commercial Code*, 1974 Wisconsin Law Review 1, 1–88 (1974).

〔47〕 United States v. Hext, 444 F. 2d 804, 9 U.C.C. Rep. Serv. 321(5th Cir. 1971).

〔48〕 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》，载《东方法学》2019年第5期，第54—55页。

〔49〕 法院认为：“该抵押权不得对抗正常经营活动中已支付合理对价并取得抵押财产的买受人，也不能优先于浮动抵押确定之前依法设立的其他担保物权。”山东省青岛市中级人民法院民事判决书，（2014）青金商初字第473号。

〔50〕 曹明哲：《论动产浮动抵押权与固定抵押权的竞存——兼论价金担保权的设立与适用》，载《金融理论与实践》2020年第10期，第67页。

除在外。⁽⁵¹⁾ 笔者支持后一学说观点。

第一，担保行为确非典型的经营活动，而是为了营业而实施的活动，即附属商行为或辅助商行为，并非营业本身。即便市场主体以提供担保为业，也很难想象在先的担保权人会愿意放弃其担保权的优先顺位。⁽⁵²⁾

第二，英国将担保行为纳入经营活动范畴的缘由在我国并不成立。英国早期设立抵押并不被认定是正常的经营活动（*due course of business*）⁽⁵³⁾，但随着公司法的兴起，固定担保权优位于浮动抵押权的观点愈发被强调，否则公司将难以获得进一步融资以继续生产经营。⁽⁵⁴⁾ 我国《民法典》一方面采纳了强浮动担保的概念，另一方面为畅通债务人融资渠道，在第 416 条规定购买价金担保权，使得特定情形下在新流入的动产上可以设立具有超优先顺位的抵押权。可见，将经营活动扩张解释至担保权缺乏法政策的支撑，甚至会导致前后抵押权相互不得对抗的局面。⁽⁵⁵⁾

第三，“举重以明轻”的论证模式存在逻辑错误。正常经营活动中的买受人规则适用的结果是抵押权人的追及效力被阻断，由此形成买受人 > 先设抵押权人的效力层级，“举重以明轻”即意味着主张该理据的学者亦认可后设担保权人 < 买受人这样一种效力判断，联立两个不等式，则先设抵押权人与后设担保权人之间的效力实际上是难以比较的。此处应采取的论证模式为“举轻以明重”，唯有比买受人效力更强、存在更为充分的保护依据的第三人方能阻断在先抵押权的追及权。

第四，与担保权人一道，买受人也处于优先顺位的排序之中。《民法典》第 404 条仅是关于“正常经营活动中”买受人的优先顺位的特别规定，而其他买受人与担保权人仍依循普通优序规则。尽管通说认为《民法典》第 414 条至第 416 条是抵押权受偿顺序的一般性规则，而第 404 条至第 406 条关于抵押物转让和抵押物租赁的条款仅仅调整抵押权在特殊领域的法律关系。⁽⁵⁶⁾ 不过，抵押物多重转让与双债务人问题的出现，为买受人介入优先顺位一般性规则提供了条件。例如图 1 “债权人受偿顺位图”所示，甲在其设备上为乙设定了一项抵押权，公示日期为 2020 年 11 月 1 日，后甲将设备转让给买受人丙，买受人丙又为丁创设了一项购买价金担保权，日期为 2020 年 12 月 1 日，且设备自动落入于 2020 年 10 月 1 日公示的浮动抵押范围内，权利人为戊。若非将买受人作为桥梁介入优先顺位之中，便难以依据第 414 条到第 416 条的一般性规则确定抵押权的受偿顺序。在该案中，首先根据第 406 条，乙的追及效力存续，故在顺位上乙 > 丙；其次依据 “*nemo*

(51) 王利明：《物权法研究》（下卷），中国人民大学出版社 2016 年版，第 519 页；杨善长：《民法典编纂背景下动产抵押登记对抗规则的解释和完善》，载《山东社会科学》2020 年第 1 期，第 190 页。

(52) 纪海龙、张玉涛：《〈民法典物权编（草案）〉中的“正常经营买受人规则”》，载《云南社会科学》2019 年第 5 期，第 111 页。

(53) Notes, *The Availability of the Floating Charge as a Security Device in the United State*, 28 Columbia Law Review 360, 360–366 (1928).

(54) *In re Florence Land and Public Works Co.*, 10 Ch. D. 530 (1878).

(55) 曹明哲：《论动产浮动抵押权与固定抵押权的竞存——兼论价金担保权的设立与适用》，载《金融理论与实践》2020 年第 10 期，第 67 页。

(56) 在美国 UCC 中，正常经营活动中的买受人规则规定于美国 UCC 第 9 编第 3 章第 3 节优先顺位之中，就编排体系而言，买受人与担保权人的关系在本质上也还可还原于受偿位序。

dat quod non habet”(任何人不能给予其所未有者)的法理,由丙创设的担保权在效力上恒小于乙;最后再根据第 414 条至第 416 条为丙债务人的抵押权排序,故结论为乙>(丙>)丁>戊。⁽⁵⁷⁾在《民法典》的相关解释中,买受人成为优先顺位规则的一部分是可能且必要的。

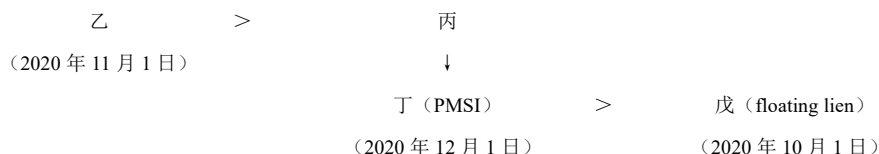


图 1 债权人受偿顺位图

从该结论可见,《民法典》第 404 条对买受人的安排便是立法者有意为之,而非故意留白以待法官与学者利用漏洞填补规则扩张适用于担保权人,换言之,当且仅当交易方是买受人(或承租人),且出卖人处在正常经营活动中,方能取得优位于先设担保权的效力,这是对先设抵押权>买受人之一般顺位的特别规定,不得任意突破第 414 条的一般性规则。

值得注意的是,在功能主义担保观之下,经营活动所排除的担保行为呈现扩张趋势。当行为人以交易之名,行控制公司之实,或者债务人以让与担保的方式融资时,应当刺破虚假交易,否定买受人地位,《担保制度司法解释》第 56 条第 1 款第 3 项支持这一观点。在美国法上,如 *Sierra* 案中,买受人以远低于市价的价格购买商品,目的是为出卖人提供资金支持,并获得对企业与相关经营业务的控制权,交易双方同时还签订回购协议,要求出卖人将来以低于市场价格 10% 的金额回购该商品。法院认为此为典型的担保交易,非属正常经营活动。⁽⁵⁸⁾

(二) 租赁

正常经营活动中的存货涵盖了用于出租的有体动产,那么抵押权人自不得对抗正常经营活动中的承租人。但若债务人从事的是以销售为目的的经营活动,对外出租抵押财产则不属于正常经营活动,譬如汽车销售公司将某台汽车出租。此时,应结合《民法典》第 405 条与第 403 条进行处理,即当租赁权设定在先时,可以对抗劣后抵押权;当租赁权设立在后时,不得对抗先设抵押权,除非承租人善意且先设抵押权尚未办理抵押登记。⁽⁵⁹⁾

(三) 分红

除了担保与租赁,分红同样非属经营活动而应被排除。我国支持分配盈余的学者大多深受英式正常经营活动实践的影响,即公司不会仅因在一小部分财产上设定抵押便被禁止将剩余利益分配给股东,而且这种利润分配行为是否属于在正常经营活动中的处分在英国也几乎未被起诉过。⁽⁶⁰⁾显

⁽⁵⁷⁾ UCC § 9-325.

⁽⁵⁸⁾ *Sierra Financial Corp. v. Brooks-Farrer Co.*, 15 Cal. App. 3d 698, 93 Cal. Rptr. 422, 8 U.C.C. Rep. Serv. 1125 (1971).

⁽⁵⁹⁾ 高圣平:《民法典动产担保权登记对抗规则的解释论》,载《中外法学》2020 年第 4 期,第 961 页。

⁽⁶⁰⁾ Notes, *The Availability of the Floating Charge as a Security Device in the United State*, 28 Columbia Law Review 360, 360-366 (1928).

然，采纳这种观点的学者混淆了“能不能分配利润”和“以什么方式分配利润”两个问题。

首先，企业能否分配股利取决于《公司法》第210条的法定要件和债权人与企业缔结的合同之限制股利分配的约定要件。就法定要件而言，股利分配的资金来源于当年税后利润补足亏损、提取法定公积金与任意公积金后的余额，而在资产负债表中，所有者权益（包括股本、资本公积、盈余公积和未分配利润等）的确认依赖于资产与负债等会计要素的确认，其中负债包括抵押物所担保的债务。若经会计核算确有净利润，便完全符合了分配盈余的实质要件。

其次，股利分配有多种形式，包括现金、股份、债券、期票、企业所生产的产品或提供的服务、有价证券、流动资产等。⁽⁶¹⁾与分红是否属于经营活动这一问题真正相关的是企业以存货的形式分配股利时，股东能否无负担取得所有权，至于其他股利分配形式，在所不问。抵押物用于分配股利并非经营者通常所为的销售与租赁活动，股东既非买受人也未支付合理的对价，故该处分行为不是债务人的经营活动，抵押物的追及效力不被阻断。

四、经营活动须为“正常”

（一）经营活动之“正常”与善意的区分

学理上就经营活动是否正常的认定极易与买受人的善意相混淆。有观点认为，应当直接将买受人的主观要件（善意）涵射到“正常经营活动”之中，即买受人明知其行为将会侵犯担保权人基于限制或禁止处分条款所享有的利益时，该交易行为非属正常的经营活动。⁽⁶²⁾笔者认为，“正常经营活动”与买受人主观要件不能完全等同，尽管二者在判断要素上存在部分重合，且均要求买受人履行审慎注意义务，但前者是从出卖人角度出发针对客观交易本身，而后者是从买受人角度出发针对主观善恶状态。譬如，当事人约定抵押物仅能以零售的形式而不能以批量折扣的形式销售，此际，出卖人小批量出售标的物时仍属于正常的经营活动，但若买受人明知当事人的该约定而为交易行为，则其主观上存在恶意。⁽⁶³⁾

也有观点虽然认可正常经营活动与善意要件的区分，但指出当买受人应当知道担保人经营活动不具有担保权人同意抵押物无负担转让的表象时，该交易行为非属正常的经营活动。其示例为，出卖人通常只是向零售商而此次是向批发商出售。⁽⁶⁴⁾依据这一观点，可以得出如下推论：第一，正常经营活动具有极强的异质性，出卖人的不同经营习惯、抵押物属性等皆构成担保权人设计担保合同条款、作出其是否同意抵押人无负担转让抵押物的默示意思表示的基础，而买受人负有探知该意思表示的义务；第二，买受人的交易行为非属正常经营活动不仅意味着买受人负有查询抵

(61) 刘俊海：《现代公司法》（上册），法律出版社2015年版，第378页。

(62) 李莉：《浮动抵押权人优先受偿范围限制规则研究》，载《西南政法大学学报》2014年第3期，第49页。

(63) O. M. Scott Credit Corp. v. Apex Inc., 97 R. I. 442, 198 A. 2d 673, 2 U.C.C. Rep. Serv. 92 (1964).

(64) 纪海龙：《〈民法典〉第404条（正常经营买受人规则）评注》，载《清华法学》2023年第4期，第165页。

押登记的义务，还意味着一旦存在抵押登记，除非担保合同约定该特定场景下买受人可以无负担取得标的物，否则抵押物应受追及。笔者认为，此等解释路径存在如下缺陷：其一，正常经营活动的异质性会造成买受人触发抵押登记查询义务的不确定性，甚至引发买受人的身份是否影响正常经营活动范围的问题。例如，美国司法实践与理论围绕是否区分商人与消费者并设定不同义务标准的争议由来已久，如 *Swift* 案中，法院认为拖拉机是昂贵的设备，通常附有担保权益，出卖方在经营活动中有此融资安排并不罕见，对从另一个经销商处购买拖拉机的拖拉机商人而言，其未尽到审慎的调查义务以了解担保权益的存在，不能被认定为正常经营活动中的买受人^{〔65〕}；而 *Sherrock* 等案件中，法院则认为消费者与商人应当同等对待^{〔66〕}，具有同等的注意义务标准。其二，担保权人默示的真实意思表示的不透明性。由于出卖人的正常经营活动取决于诸多不穷尽的因素，买受人即便查询了担保登记系统，亦难以根据单纯的登记与否的信息探知担保权人具体根据哪些因素拥有在何种范围内同意买受人原则上无负担取得抵押物的预期；且正常经营活动的解释弹性越大，担保权人在担保合同中作出限制或禁止处分条款的动力越小，加剧了信息不透明。其三，买受人根据具体场景对正常经营活动范围作出的判断可能与担保权人真实意思不一致，使得正常经营活动中的买受人规则的适用范围受限。在出卖人通常只是向零售商而此次是向批发商出售的案例中，若担保权人对担保权进行了登记，但其并不排斥批发商在符合支付合理价款等要件的情况下无负担取得抵押物，在担保权人看来，担保人向批发商出售商品并未侵犯其利益。然而，在此等理论推演下，除非担保权人就该交易作出特别的放弃追及效力的声明，买受人将取得有担保负担的标的物（尽管担保权人可以主张权利），导致真实权利状态与理论推理错位。

事实上，买受人对抵押物上真实权利状态的探知义务既可以通过解释“正常经营活动”产生，也可以通过解释“善意”产生。前者是对担保权人与担保人之间默示的“买受人能无负担取得抵押物”之范围的解释，而后者是对担保权人与担保人之间明示的“买受人不能无负担取得抵押物”之范围的解释，此间择入和择出、默示和明示之差异，本质上属于解释选择问题。将买受人对抵押物上真实权利状态的探知义务从“正常经营活动”部分下沉至“善意”，一则有利于信息透明化，在特定个案中有足够因素让买受人合理怀疑其是否能无负担取得抵押物而生发抵押登记查询义务时，担保权人与担保人之间的明示约定可以高效率地辅助买受人作出交易决策；二则可以实现正常经营活动中的买受人规则的更优配置，减少因对默示约定的理解不一致而导致的偏倚；三则由于担保权人对担保人的控制力及抗风险能力相较于买受人更强，由担保权人承担对未来抵押权逃逸场景预见不足的风险更为合理。

“正常经营活动”与“善意”所囊括外延的划分应以“正常经营活动”客观化为基础，并将“正常”之判断退回至本文第一部分所论的制度价值，即从具有一般理性的买受人的视角观察。在存货交易中，担保权人放弃抵押权追及效力可以降低交易成本和抵押物追踪成本，且不会明显损害

〔65〕 *Swift v. J. I. Case Co.*, 266 So. 2d 379, 11 U.C.C. Rep. Serv. 190 (Fla. 1st DCA 1972).

〔66〕 *Sherrock v. Commercial Credit Corp.*, 290 A. 2d 648, 10 U.C.C. Rep. Serv. 523 (Del. 1972).

自身利益。此际，担保权人利益之所在，体现为对常规存货交易（抵押物类型控制）、交易对价合理、担保人会持续经营（以满足担保利益的延伸）所保有的合理预期。

结合《担保制度司法解释》第 56 条之规定，正常经营活动与善意的二阶划分会产生四种不同的法律效果：第一，经营活动非“正常”的（如下文所述经营范围限制、对价不合理），买受人负有登记查询义务，只要存在抵押登记，则抵押权皆应受追及。

第二，法律推定经营活动为“非正常”的（如下文所述大宗交易，《担保制度司法解释》第 56 条第 1 款第 1 项），买受人负有登记查询义务。若存在抵押登记，除非买受人可以证明该行为属正常的经营活动，且不属于担保权人登记的禁转或限转条款事项，否则买受人无法无负担取得抵押物。

第三，买受人知道或应当知道其行为将侵犯担保权人利益。基于原则上买受人为善意的推定，担保权人须承担此项证明责任。考量因素包括但不限于：其一，交易地点。经营场所是公司进行业务活动所必需的一切场地⁽⁶⁷⁾，但不一定是住所，前者归入营业登记，而后者归入主体登记⁽⁶⁸⁾，不能等同。故商事主体虽只有一个住所，但可能存在多个经营场所，以开展业务活动。随着电子商务的兴起，线上购物愈见频繁，线上的销售网点亦可被认定为经营场所。若买卖行为并非于经营场所进行，甚至距离较远，该交易是否会侵害抵押权人的权利则存疑。⁽⁶⁹⁾其二，交易方式。例如，出卖人平时只向零售商出售，而此次向批发商出售。当相关端倪触发买受人登记查询义务时，若存在抵押登记，且属于担保权人登记的禁转或限转条款事项的，买受人无法无负担取得抵押物；若存在抵押登记，但不属于担保权人登记的禁转或限转条款事项的，买受人可以基于正常经营活动中的买受人规则主张无负担取得抵押物。

第四，推定买受人知道其行为将侵犯担保权人利益。典型如交易主体存在特殊关系（《担保制度司法解释》第 56 条第 1 款第 4 项）。实际上，关联交易本身从来不是法院真正意欲规制和打击的对象，唯有利用关联交易损害债务人或第三人利益之不健康的行为，方是法院着重治理之地。实践中较常出现的是如下两种情况：第一种情况为共同经营关系（*mutual business relations*），如 *Morey* 案中，出卖人购入 36 台车床，并在其上为制造商设定了担保权，出卖人在占有该动产之前便以购入的价格直接让与买受人，但买受人一直未按照约定向制造商履行付款义务。经法院调查，该销售协议由出卖人的董事长和买受人的执行总裁签订，且出卖人的董事长在买受人的执行总裁的另一家公司持有 1/3 至 1/2 的流通股。法院认为，这两家公司不仅存有共同经营关系，而且很难证明如此快速的交易发生于正常的经营活动之中，买受人不能无负担取得所有权。⁽⁷⁰⁾第二种情况为交易主体人格混同。在 *Taylor* 案中，为交易双方订立合同的是同一自然人，该自然人既是出

(67) 范健：《公司法》（第 5 版），法律出版社 2018 年版，第 147 页。

(68) 施天涛：《商事关系的重新发现与当今商法的使命》，载《清华法学》2017 年第 6 期，第 138 页。

(69) *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).

(70) *Morey Machinery Co., Inc. v. Great Western Industrial Machinery Co.*, 507 F. 2d 987, 16 U.C.C. Rep. Serv. 489 (5th Cir. 1975).

卖方的经销人，也是买受方的高管和股东，并为买方保管账簿和记录、管理公司的一般事务；交易双方的管理人员、股东和雇员也都是相互关联的，且由同一人控制；所购汽车依然放置于买受人的办公大楼，由出卖人的总裁兼买受人的副总裁使用。⁽⁷¹⁾ 此种类似于自我交易的行为亦不得对抗担保权人。

买受人推定为非善意时，除非其能证明该交易属正常经营活动且不属于担保权人登记的禁转或限转条款事项的，否则无法无负担取得标的物。⁽⁷²⁾

（二）“正常”的具体认定

经营活动是否正常的判断实则依赖于买受人对客观交易过程的审慎注意，其本质在于合理分配担保权人默示的交易预期与明示的交易期待。买受人在“正常”的经营活动层面对客观交易过程的注意义务主要指向默示的交易预期，以达到最低限度的担保权人利益保护的要求。如上文所述，担保权人最基本的利益表现为对常规存货交易（逃逸追及效力的抵押物类型控制），以及交易对价合理、担保人会持续经营（以满足担保利益的延伸）的合理期待。

《担保制度司法解释》同样剥离出“非正常”的经营活动这一要件，如购买商品的数量明显超过一般买受人等。但值得注意的是，司法解释中所规定的独立要素足以构成买受人应当履行查询登记系统义务的充分条件，属于法院推定经营活动并非正常的事项，无须由抵押权人承担积极证明责任，而由买受人反证该经营活动之正常；对于其他要素如经营事项范围、合理对价等，或依据正常经营活动的制度价值，或依据法律直接规定而取得正当性基础，须由买受人承担积极的证明责任。

1. 经营事项

根据《担保制度司法解释》第 56 条第 2 款的规定，应以工商登记确定的经营范围来判定经营活动是否正常，即出卖人的经营活动属于其营业执照明确记载的经营范围，笔者认为并不妥当。首先，在市场中参与交易的主体尤其是零售商品的买受人通常不会去市场监督管理局查询公司的经营范围，而是以出卖人拥有该经营资格为前提假定。⁽⁷³⁾ 其次，经营范围的意义已逐渐从对企业能做什么生意、不能做什么生意的权限限制，转向了便于政府管理和公司宣传自己的主营业务。⁽⁷⁴⁾ 因此，经营范围的边界实则是法律、法规禁止性规定和须经行政审批的经营事项。⁽⁷⁵⁾ 基于此，商事主体可以在一般经营事项的范围内从事一切合法的经营活动，且《民法典》第 505 条对之予以了确认。故某经营活动即便超出工商登记的经营范围，行为人亦不得主张该交易非属正常。但有

〔71〕 Taylor Motor Rental, Inc. v. Associates Discount Corp., 196 Pa. Super. 182, 173 A. 2d 688, 1 U.C.C. Rep. Serv. 539 (1961).

〔72〕 与推定经营活动非正常的法律效果区别在于，若登记系统中并无禁转或限转条款，则无须自证善意。

〔73〕 谢鸿飞：《动产担保物权的规则变革与法律适用》，载《国家检察官学院学报》2020 年第 4 期，第 14—15 页。

〔74〕 朱锦清：《公司法》（上），清华大学出版社 2017 年版，第 300 页。

〔75〕 比如欲望都市（厦门）餐饮有限公司的经营范围登记为酒吧+法律、法规未禁止或未规定须经审批的项目，自主选择经营项目，开展经营活动。参见福建省厦门市中级人民法院民事判决书，（2006）厦民终字第 2288 号。

两点值得注意：其一，尽管超出经营范围的交易不一定被认定为无效，但与主营业务不符的交易也必须是债务人所从事的销售该种有体动产的活动（in the business of selling goods of that kind）。例如 John 案中，农民贩卖拖拉机属于偶然销售行为，拖拉机亦非存货，证据无法证明出卖人以销售拖拉机为业，故买受人不得对抗担保权人。⁽⁷⁶⁾ 再如 Hempstead 案中，出卖人经营的业务为汽车租赁，但该公司在 6 个月内出卖了 13 辆陈旧的汽车。一审法院认为，常规的租赁业务自然包括周期性更换设备，将用于租赁的动产出卖毫无疑问是正常的经营活动；二审法院推翻该判决，并指出周期性销售行为对租赁业务而言具有偶然性，出卖人并非以出卖汽车为业者。⁽⁷⁷⁾ 其二，一旦债务人所经营的业务属于特别审批事项，买受人自当提高警惕，根据生活常识尽到合理注意义务，这可以作为判断经营活动是否正常的标准之一。

2. 合理对价

标的物的对价亦是衡量是否处于正常的经营活动之重要指标。合理价款有主观与客观两种判断标准。在秉持私法自治的合同法域下，无论标的物市场价值与合同约定价款在客观上是否等值，只要是当事人自主、自愿的安排，该交易便应得到尊重，此为主观标准之义；而客观标准强调合同对价的对等性。⁽⁷⁸⁾ 就正常经营活动中所发生的交易而言，以客观标准确定更为合宜，一则因为正常经营活动本身即以市场经济为制度预设，物品价格很大程度上取决于市场价值；二则客观标准有助于避免当事人之间的恶意串通，故意以低价购买损害抵押权人利益；三则合理对价直接作为抵押权人丧失担保物的补偿，二者理应具有客观等值性。

实践中争议较大的是他种给付方式能否得到认可，包括互易、代物清偿等。所谓互易，是指买受人与抵押人将作为种类物的抵押物进行互换的一种置换行为。其与买卖合同有较高的相似性，《民法典》第 647 条亦规定，此类交易行为参照适用买卖合同的有关规定处理。此际，买受人给付的标的物属于新的对价，在理论上抵押权人可就该标的物行使担保权。⁽⁷⁹⁾ 湖北当阳农村商业银行股份有限公司与当阳市新亚麦面有限责任公司、中央储备粮宜昌直属库等借款合同纠纷上诉案对置换行为属于支付对价的交易行为予以了认可⁽⁸⁰⁾，在实践中肯定了互易这一支付合理价款的形式。此外，在买受人与出卖人有合意的情况下，买受人代物清偿，以他种给付消灭旧的金钱债的行为亦可视为支付合理价款，如以对第三人债权清偿、其他等价物给付等，均属此列。

至于出卖人以抵押物清偿旧债，理论上学者指出若清偿的债务发生在抵押权设立之后，且抵押人的债权人是因为提供服务、支付价款或者出卖货物得到债权，所取得的抵押物可免受抵押

(76) John Deere Co. v. Jeff De Witt Auction Co., Inc., 690 S.W. 2d 511, 41 U.C.C. Rep. Serv. 1071 (Mo. Ct. App. S.D. 1985).

(77) Hempstead Bank v. Andy's Car Rental System, Inc. 35 A.D. 2d 35, 312 N.Y.S. 2d 317 (N.Y. App. Div. 1970).

(78) 崔建远：《物权法》（第 4 版），中国人民大学出版社 2017 年版，第 86 页。

(79) 买受人所为的给付必须是新对价，否则以抵押物清偿在先债务，且该债权人可以无负担取得标的物时，无疑是让无担保债权人在事实上获得了优先于抵押权人的清偿顺位。

(80) 湖北省高级人民法院民事判决书，（2013）鄂民二终字第 41 号。

权之追及。⁽⁸¹⁾但笔者认为,只要出卖人以抵押物清偿的是在先债务,买受人即不得主张支付了合理价款;相反,换取新对价的同时交易行为可被允许。同时,交易行为的判定须符合两个要件,一是当事人在意图上必须是进行新对价的同时交易,二是当事人在事实上实施了实质的同时交易行为⁽⁸²⁾,如此便可涵盖基于同一先期债务,买受人与出卖人先后履行的情形。否则,即便抵押权人因买受人的给付行为而增加担保物总量,甚至前后两个债权债务关系具有关联性,买受人亦不得无负担取得标的物所有权。如 *In re H.S.A. II* 案中,福特公司为债务人提供原材料,债务人为其生产制造成品,福特公司最后支付了原材料和成品的差价。随后债务人陷入破产,担保权人提起物权返还之诉。福特公司主张,抵押物并非是用于偿还债务人的在先债务,而是该公司在同一债权债务关系中,以他种给付在先履行。法院认为,买受人可以取得不受追及的标的物的关键在于担保权人的担保利益可以在收益上延续,但本案中,并不存在任何的收益;且出卖人的正常业务为制造与销售产品,提供原材料并获得该成品并非其正常的业务范围。故福特公司并非正常经营活动中的买受人。⁽⁸³⁾

当买受人主张抵销时,自当作与前述清偿旧债相同的解释。但我国司法实践中,债务抵销行为亦被认定为支付了合理价款。如中国农业发展银行吉林市分行营业部与吉林市天程粮食购销有限公司、永吉县京顺粮食经销有限公司等金融借款合同纠纷上诉案中,关于京顺公司是否支付了合理价款的认定,法院认为,该公司将天程公司所欠的借款和粮款作为支付合同的价款,通过债务抵销的方式,对涉案玉米中的 3 247 吨支付了合理对价,抵押权人不得对抗该正常经营活动中的买受人。⁽⁸⁴⁾此际,抵押权人因抵押物流出且无新对价流入而严重受损,旧债凭借抵销制度获得了担保债权人地位且事实上优先于抵押权人获偿,严重损害了抵押权人的利益。值得注意的是,买受人的支付方式若为部分现金、部分实物、部分旧债,此时可否获得优先权地位,这应当依据旧债所占据的比例而自由裁量。当旧债分量较大,可以否定正常经营活动中的买受人地位⁽⁸⁵⁾,否则买受人极有可能以 1 000 元现金与 63 000 元旧债相抵销的支付方式获取过度保护;但若旧债的价值极小,法院亦无法将一个善意的买受人割裂成为部分符合与部分不符合的个体,为保护善意买受人利益,可以酌情阻断抵押权的追及效力。⁽⁸⁶⁾

3. 大宗交易

此种交易类型明确为《担保制度司法解释》第 56 条和美国 UCC 第 1-201 (9) 条的定义所排除。⁽⁸⁷⁾大宗交易具有罕见性与无规律性特征,在商事主体存续期间一般只会出现少量几次,行

(81) 王仰光:《动产浮动抵押权制度研究》,法律出版社 2012 年版,第 189 页。

(82) [美] 查尔斯·J. 泰步:《美国破产法新论》(中)(第 3 版),韩长印等译,中国政法大学出版社 2017 年版,第 572 页。

(83) *In re H.S.A. II, Inc.*, 271 B.R. 534, 47 U.C.C. Rep. Serv. 2d 747 (Bankr. E.D. Mich. 2002).

(84) 吉林省高级人民法院民事判决书,(2014)吉民二终字第 42 号。

(85) *Ray v. City Bank & Trust Co.*, 358 F. Supp. 630, 36 Ohio Misc. 83, 65 Ohio Op. 2d 112, 13 U.C.C. Rep. Serv. 355 (S.D. Ohio 1973).

(86) *General Electric Credit Corp. v. R. A. Heintz Constr. Co.*, 302 F. Supp. 958 (D. Or. 1969).

(87) UCC § 6-102, a bulk transfer is defined as any transfer in bulk and not in the ordinary course of the transferor's business of a major part of the materials, supplies, merchandise, or other inventory of an enterprise.

为人多以这种方式潜逃债务或重新低价回购,实施欺诈性行为。⁽⁸⁸⁾其核心在于破坏了担保权人对担保人持续经营的预期,无法通过担保利益延伸或上浮的存货保障其债权实现,使得正常经营活动的第三项价值(较高配置效益)中担保权人利益失衡。在 *Community* 案中,汽车经销商将其绝大部分的库存卖给了汽车批发商,此时买受人不能无负担取得标的物。⁽⁸⁹⁾但若当事人双方的大宗交易不止发生过一次,甚至有一定规律可循,譬如4年内存在6—8次同类交易,则可认为属于正常的经营活动范畴。⁽⁹⁰⁾

五、结语

以正常经营活动为主要构成要件的正常经营活动中的买受人规则能否上升为一个不受动产抵押物流转限制的法律概念,甚至与善意取得规则进行抽象与同质化处理,值得深思。正常经营活动中的买受人信赖的是交易过程,而非出让人是否有所有权、所有权上是否存在担保负担,如此并未以标的物属性和标的物上存在何种权利负担为依据来判断买受人能否受到保护。因买受人对交易过程的信赖,其事实上“善意取得”(无负担取得)了部分与抵押权人意愿相悖的抵押物(如抵押人设定限转条款或在设备之上设立抵押权但设备混入存货之中等)。在此层面挖掘与动产所有权善意取得的共性是可行的,通说认为占有委托物原则上发生善意取得,占有脱离物则有条件地发生⁽⁹¹⁾,理论上认为当占有脱离物是在拍卖场所拍定或公开市场购买,则受让人应当善意取得所有权⁽⁹²⁾,故受让人可以无负担地取得通过公开市场中的交易行为获得的物权,这符合交易安全和社会经济秩序的要求。另外,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉物权编的解释(一)》(法释〔2020〕24号)第16条规定:“受让人受让动产时,交易的对象、场所或者时机等不符合交易习惯的,应当认定受让人具有重大过失。”该因素分析法与正常经营活动中的买受人规则之善意认定高度吻合,一则在于善意取得制度是以市场经济中市场主体所发生的市场交易背景为理论预设,否则无关公共利益的三方私主体的利益关系不足以成为限制所有权神圣的正当理由;二则进入交易的主体具有最基本的经济理性,即负有一定的义务探寻标的物的权利真实状态,就其重大过失,法律不予保护。随着经济分析方法在法学研究中的广泛应用,有学者亦主张以公开市场规则作为善意取得与否之标准,因为如此有利于减少买受人不必要的资讯成本与交易成本且配置效率最高。⁽⁹³⁾其对公开市场的界定为标的物由“贩卖与其物同种之物之商人”贩卖,实际上也大

(88) *First Nat. Bank v. Crone*, 157 Ind. App. 665, 301 N.E. 2d 378, 13 U.C.C. Rep. Serv. 542 (1973).

(89) *Community Bank v. Jones*, 278 Or. 647, 566 P. 2d 470, 22 U.C.C. Rep. Serv. 168 (1977).

(90) *Blazer Financial Services, Inc. v. Harbor Federal Sav. and Loan Ass'n*, 623 So. 2d 580, 23 U.C.C. Rep. Serv. 2d 1241 (Fla. 4th DCA 1993).

(91) 梁慧星、陈华彬:《物权法》(第4版),法律出版社2007年版,第208页。

(92) 崔建远:《物权法》(第4版),中国人民大学出版社2017年版,第107页。

(93) 张永健:《动产所有权善意取得之经济分析》,载《中研院法学期刊》2017年第21期,第34页;王泽鉴:《民法物权》,北京大学出版社2009年版,第598页。

致将善意取得的标的物限缩至以“存货”为主的范围，与正常经营活动中的买受人规则保持一致。由此可见，正常经营活动能否突破动产抵押物的限制而适用更为广阔的场景有待深入探讨。

On the Ordinary Course of Business in *Civil Code*

CHANG Yusha

Abstract: The “ordinary course of business” is essentially an information substitute mechanism for the agreements between secured creditors and debtors/security providers, and is associated with the legal effect of the secured creditors allowing buyers to obtain the subject matters without burden and blocking the execution of the security interests. It consists of two requirements: “course of business” and “ordinary”. Course of business refers to the business activities per se, rather than activities performed for the purpose of business. Market participants engaged in business activities should be interpreted broadly in the context of encouraging entrepreneurship, and the main contents of business activities are the sale or rental of inventory. Non-business activities such as providing guarantees, leasing physical movable property, and distributing dividends in the form of inventory need to be excluded. Ordinary course of business is connected with while distinct from good faith. Dynamic factors such as transaction location, relationship between transaction subjects, and transaction methods are included under the requirements of “good faith”, while business scope, transaction volume and reasonable transaction price are included under the requirements of “ordinary” to meet the minimum protection level of secured creditors.

Keywords: Ordinary Course of Business; Secured Transaction; Alternative Mechanism for Information Transparency; Inventory; Good Faith

（责任编辑：王乐兵 汪友年）