

動產擔保物權的類型增減與司法解釋

董學立*

摘要 在《中華人民共和國擔保法》以機械植入“動產抵押權”的方式，公然增加動產擔保物權類型的基礎上，《中華人民共和國物權法》以“權利質權”、“動產質權”得因法體系解釋而被“動產抵押權”類型吸收的方式，悄然減少了動產擔保物權類型；《中華人民共和國民法典》在保留動產擔保物權類型悄然減少的基礎上，又公然增加了新名稱動產擔保物權。不論是動產擔保物權的悄然類型減少，還是新名稱動產擔保物權的公然增加，都是對名稱不同的動產擔保物權“內容之法定同一、種類之名稱自由”之權利屬性的立法表達，因而也必是動產擔保物權法司法解釋的理論基礎：緣於名稱不同動產擔保物權的“內容之法定同一、種類之名稱自由”，對《民法典》動產擔保物權法的司法解釋，在“打小補丁”進行“個規範”漏洞補充的同時，亦應“打大補丁”予以“類規範”漏洞補充，即補充“動產質權”和“權利質權”參照適用“動產抵押權”的立法漏洞，以及補充“所有權保留”、“融資租賃”和“有追索權保理”等參照適用“動產抵押權”和“權利質權”的立法漏洞。

關鍵詞 擔保物權 類型減增 內容同一 名稱自由 司法解釋

一、問題的提出

1995年頒布實施的《中華人民共和國擔保法》（以下簡稱《擔保法》）以機械植入“動產抵押權”的方式，公然增加動產擔保物權類型，塑成了《擔保法》動產擔保物權三元類型結構模式，即“動產擔保物權”在《擔保法》中分類為“動產抵押權、動產質權和權利質權”。^[1]在此基礎上，2007年頒布實施的《中華人民共和國物權法》（以下簡稱《物權法》）將可抵押財產的範圍，從《擔保法》的“法律、行政法規允許抵押的其他財產”，擴展到了“法律、行政法規未禁止抵押的其他財產”。《物權法》可抵押財產範圍的極限擴展，在法體系解釋上，可使得“動產質權”和“權利質權”被“動產抵押

* 董學立，蘇州大學王健法學院教授，江蘇省法學會擔保物權法研究中心主任研究員。

[1] 《擔保法》之前的《中華人民共和國民法》《日本民法典》《德國民法典》，其動產擔保物權在民法典中分為“動產質權”和“權利質權”兩種類型，均未設動產抵押權制度。

權”類型吸收而消滅，動產擔保物權因此而悄然類型減少。^[2] 2020年頒布2021年實施的《中華人民共和國民法典》（以下簡稱《民法典》）又將“擔保合同”，從《擔保法》《物權法》限指“抵押合同、質押合同”，擴展到了“其他具有擔保功能的合同”。^[3] 此“其他具有擔保功能的合同”包括“所有權保留、融資租賃和保理”，也可以包括“讓與擔保”等理論上可能的其他新名稱動產擔保物權，動產擔保物權因此公然類型極元增加。^[4] 新中國動產擔保物權類型演進中的上述立法現象，即文題標榜的“動產擔保物權的類型減增”。

我國動產擔保物權的類型減增，有法制史、比較法上可資參比的擔保物權類型演變大背景：自清末法制改革以來，我國的動產擔保物權類型結構模式，始從《大清民律草案》的類型一元，經歷《中華民國民法典》的類型二元、《擔保法》《物權法》的類型三元，發展到《民法典》的類型極元。我國動產擔保物權從類型一元向類型極元的立法演進，恰與大陸法系不動產擔保物權類型結構模式的立法演進，形成了路徑與結局的差反：大陸法系不動產擔保物權的類型結構模式，在《德國民法典》《日本民法典》《大清民律草案》均是類型多元結構模式，但到了《中華民國民法典》突變為類型一元結構模式，且此類型一元結構模式被新中國《擔保法》《物權法》《民法典》中的不動產擔保物權立法承繼。因此，研究大陸法系法制史、比較法視角下的擔保物權類型減增之差反現象，為解析新中國“動產擔保物權的類型減增”，提供了宏大的制度史、比較法背景。在此法制背景下，新中國民事立法確立的動產擔保物權類型多元和類型極元立法模式，道路另辟、風景獨特、頗值思量。從邏輯上分析，動產擔保物權立法表現出的悄然類型“減少”和公然類型“增加”，表達的絕不應是動產擔保物權兼具兩種完全不同的權利屬性。因此，邏輯推演的結論只能是：動產擔保物權以類減和類增之不同類型結構模式，演繹了擔保物權的同一個權利屬性。

那麼，是什麼力量驅使不動產擔保物權類型由類型多元演變為類型一元？又是什麼力量助推我國動產擔保物權由類型一元終變為類型極元？在此宏大的法制背景下，新中國動產擔保物權的悄然類型“減少”又公然類型“增加”，兩種截然相反的類型結構模式演進姿態，受到了何種擔保物權權利屬性的馭使？反映了什麼樣的擔保物權類型演進規律？以及上述問題的回答，對《民法典》擔保物權法司法解釋和法律適用帶來什麼樣的影響？本文擬通過對我國動產擔保物權悄然類型“減少”和公然類型“增加”的研究，試著解答以上諸多疑問。^[5]

[2] “法律、行政法規未禁止抵押的其他財產”中的“財產”，當然包括可質押的“財產”。由此，“權利質權”得被“動產抵押權”類型吸收而形式上消滅。

[3] 關於“其他具有擔保功能的合同”，盡管立法解釋只包括“所有權保留、融資租賃和保理”，但其文義解釋不限於上述三者。

[4] 盡管《民法典》沒有規定明文“讓與擔保”制度，但《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國民法典〉有關擔保制度的解釋》於第六十八條規定了有關“讓與擔保”的司法解釋。

[5] 參見龍俊：《民法典中的動產和權利擔保體系》，載《法學研究》2020年第6期，第22-42頁。龍俊教授從《民法典》的擔保物權編第403條、第404條、第414條、第415條、第416條，以及合同編第641條、第745條、第768條等，論證了“消滅隱形擔保、建立統一的人的編程主義的登記系統、構建統一的擔保物權優先順位規則、擴展“正常經營活動中的買受人”規則的適用範圍、合並一般抵押和浮動抵押的對抗規則、引入超級優先受償規則”六個方面的極簡體系構成，頗值參考。

二、法制背景：擔保物權類型“減增”的法制背景

（一）擔保物權類型“減少”的法制背景

所謂擔保物權類型“減少”的法制背景，主要表現於大陸法系國家或地區的不動產擔保物權類型演變中，呈現的從類型多元結構模式向類型一元結構模式演進的立法現象，以及在動產擔保物權領域發生的同一立法現象。

以法制史及比較法視角觀察，在不動產擔保物權領域，有不動產擔保物權類型多元立法主義，如《德國民法典》《日本民法典》以及我國《大清民律草案》中的不動產擔保物權立法，均實施了不動產擔保物權類型多元主義：《德國民法典》分不動產擔保物權為“不動產抵押權、土地債務和定期金土地債務”；《日本民法典》分不動產擔保物權為“不動產抵押權、不動產質權”；《大清民律草案》兼采德、日不動產擔保物權類型之精華，分不動產擔保物權為“不動產抵押權、土地債務和不動產質權”。^[6]與上述不動產擔保物權類型多元結構模式形成鮮明對照的是，承繼上述諸民事立法的《中華民國民法典》，卻驟然實施了不動產擔保物權類型一元主義——《中華民國民法典》的不動產擔保物權類型，只有“不動產抵押權”一類。但值得注意的是，此“不動產抵押權”立法借鑒了《日本民法典》的不動產抵押物立法模式，亞分為“一般不動產抵押權”與“最高額不動產抵押權”。^[7]隨身其後的新中國《擔保法》《物權法》乃至《民法典》，關於不動產擔保物權即“不動產抵押權”之類型一元立法模式，從一始終、素未改變，不動產擔保物即不動產抵押權類型一元結構模式，在大陸法系國家和地區終成經典。無獨有偶、尾隨跟進的擔保物權類型一元結構模式還有，在動產擔保物權法領域，德、日民法典確立的“動產質權”和“權利質權”類型二元結構模式，在《大清民律草案》中演變為“動產質權”類型一元結構模式。相比於文後新中國動產擔保物權類型數量輪番“增加”的立法現象，大陸法系國家動產擔保物權由類型二元演變為類型一元的短暫經歷，可謂動產擔保物權階段性完成了從類型多元結構模式向類型一元結構模式的立法演進。筆者將擔保物權類型，包括不動產擔保物權類型和動產擔保物權類型，從類型多元結構模式向類型一元結構模式的立法演進，稱為擔保物權類型“減少”的立法現象。^[8]

對德日民法典、《大清民律草案》至《中華民國民法典》不動產擔保物權演進中的類型“減少”及其背後的法律原理，對德、日民法典至《大清民律草案》動產擔保物權演進中的類型“減少”及其背後的法律原理，法學界雖非是沒有覺察，卻始終未能穿透現象揭示規律，更毋庸說善用規律完善立法、

[6] 不動產抵押權與土地債務的區別，在於兩者對受擔保債權是否具有附隨性，不動產抵押權與不動產質權的區別，在於兩者的擔保物移轉占有與否。其相互的區別似乎可以表明三者之間具有制度上的不可替代性，但不動產擔保物權類型在《中華民國民法典》中演變為只有不動產抵押權一種的立法史實，不可辯駁的說明了土地債務和不動產質權均具有制度上的可替代性，即兩者都是可以不被不動產抵押權制度替代的。

[7] 一個有趣的立法現象是，凡是規定有“土地債務”的立法，或者沒有規定或者極簡規定了“最高額不動產抵押權”，如《德國民法典》《大清民律草案》是；凡是規定有“最高額不動產抵押權”的立法，都沒有規定“土地債務”，如《日本民法典》《中華民國民法典》是。這一立法現象背後的法律原理在於，“最高額不動產抵押權”與“土地債務”之間具有制度功能上的相互可替代性。

[8] 美國《統一商法典》第九編“統一動產擔保交易法”的前身，是名稱各異的動產擔保物權類型，如一般動產抵押、動產質權、讓與擔保、附條件買、融資租賃、信托收據等。美國《統一商法典》第九編以“類型一元並規範一元”，替代了先前的“類型多元並規範多元”。

促進司法了。^[9]相對於大陸法系不動產擔保物權在“類型多元結構模式”下或然性實施了“規範一元立法表達”，以及在“類型一元結構模式”下必然性實施了“規範一元立法表達”，新中國自1995年起至2020年止，迭新推出的《擔保法》《物權法》《民法典》等三個版本的動產擔保物權立法，均在“類型多元結構模式”下或然性實施了“規範多元立法表達”，就是上述判斷的最好注腳。^[10]比較法視野下的立法及司法實踐證明，擔保物權“類型多元結構模式”與“規範多元立法表達”，是最為粗陋的擔保物權立法模式。在擔保物權“類型多元結構模式”下，為避免同類規範的法典法重複即“規範多元立法表達”，有必要配以健全與完善的“類規範”參照適用規範。例如，《德國民法典》就在擔保物權類型之間，健全有“土地債務”參照適用“不動產抵押權”的規範，“定期金土地債務”參照適用“土地債務”的規範，“權利質權”有參照適用“動產質權”的規範等。在擔保物權類型之間，健全有“類規範”參照適用規範，是“類型多元結構模式”下避免或然性走向“規範多元立法表達”，並得以建構起“規範一元立法表達”的立法技術。《日本民法典》《大清民律草案》《中華民國民法典》中的“類型多元結構模式”擔保物權立法，同樣也健全有“類規範”參照適用規範。它們也因此都實現了“類型多元結構模式”下的“規範一元立法表達”。

（二）擔保物權類型“增加”的法制背景

所謂擔保物權類型“增加”的法制背景，即我國動產擔保物權從《大清民律草案》確立的類型一元結構模式，向著《民法典》確立的類型極元結構模式，一路類型數量遞增的法制現象。

在大陸法系不動產擔保物權攜手動產擔保物權由類型多元向著類型一元演進的法史大背景下，我國在動產擔保物權領域，卻演繹了從類型一元向類型極元的一路立法挺進：《大清民律草案》確立了動產擔保物權類型一元制，即動產擔保物權限於“動產質權”一類；隨後的《中華民國民法典》確立了動產擔保物權類型二元制，即動產擔保物權包括“動產質權”和“權利質權”兩類。1949年新中國建立後，廢除了包括《中華民國民法典》在內的“六法全書”，此舉中斷了中國動產擔保物權自然演進的道路。在民法先法典化國家、地區，或是通過判例法，或是通過單行法，在其民法典之外以增加新類型動產擔保物權，以彌補其民法典缺少不移轉占有的動產擔保物權立法不足之比較法背景下，沒有先民法典拘束的新中國則是通過在1995年頒布的《擔保法》中機械植入動產抵押權的方式，解決了先民法典中缺少動產抵押權制度的立法不足。自《擔保法》始，新中國動產擔保物權因動產抵押權在擔保法典中的機械植入而驟變為風格獨具的類型三元制，包括“動產抵押權、動產質權和權利質權”。《擔保法》確立的動產擔保物權類型三元制，被其後的《物權法》《民法典》原版照搬；唯《民法典》又在動產擔保物權類型三元制基礎上，准允當事人自由創設新名稱動產擔保物權，該法第388條規定的“擔保合同包括抵押合同、質押合同和其他具有擔保功能的合同”，就是動產擔保物權類型極元制的公然表達。由此“其他

[9] 參見[德]鮑爾、施蒂爾納著：《德國物權法》，申衛星、王洪亮譯，法律出版社2006年版，第29頁。“民法典也間接地承認了這兩種制度在經濟上的目的同一性，並且通過法定規則的方式予以確認：《德國民法典》在第1113條至第1190條詳細地規定了抵押權，並且在第1192條寫道，關於抵押權的規定，可以參照適用於土地債務，“只要該適用與土地債務不以債權為前提的規則相違背，即可。”

[10] 規範一元立法表達”是擔保物權制度現代化的精髓，其生長的溫床既可以是“類型多元結構模式”，也可是“類型一元結構模式”。唯前者具有或然性，後者具有必然性。前者需借助於“類規範”參照適用規範以實現“規範一元立法模式”；後者則乘“類型一元結構模式”之勢，必成“規範一元立法表達”之果。所以，“類型一元結構模式”與“規範一元立法表達”是擔保物權法典化立法的最高級別法律形式。

具有擔保功能的合同”之規定，動產擔保物權類型不僅得以擴展到“所有權保留、融資租賃和保理”，且能夠擴展到諸如“讓與擔保”等理論上未來可能出現的其他新名稱動產擔保物權，即《民法典》確立了動產擔保物權類型自由創設主義。^[11]

《擔保法》將動產擔保物權類型擴展到“動產抵押權”，以及經由《物權法》後又在《民法典》中將動產擔保物權類型擴展至“其他具有擔保功能的合同”，是比較法上沒有先例可循的立法體例，又加之《擔保法》生不逢時——建國後近半個世紀的法治續斷，法學人才幾近了無。由此，我國《擔保法》中的動產擔保物權立法，在機械植入動產抵押權之後，未能相應地健全有動產擔保物權類型之間的“類規範”參照適用規範，導致了拙劣模式下的結構性立法缺陷。在“類型多元結構模式”下，立法雖非必然但極容易導致因立法者過度關注類型局部制度設計而忽視結構整體制度編纂；在“規範多元立法表達”模式下，立法亦非是必然但也極容易導致同一規範內容的立法重複，以及在規範內容立法重複基礎上有可能導致的規範應該一致而不一致、應該沒有矛盾而有矛盾，以及應該重複而沒有重複形成的立法漏洞等。^[12]且在缺乏健全“類規範”參照適用規範的情況下，這一立法缺陷具有了結構上的形成必然性。形式邏輯推演結論如此，實證考察更足證明，形成於《擔保法》時代的“類型多元結構模式”與“規範多元立法表達”的結構性立法缺陷，在其後的《物權法》《民法典》中雖“有不同程度的完善”，但終因該結構模式在《物權法》以及《民法典》中的原版照搬，致使其結構性立法缺陷未能在後續版本中得以完善。^[13]又加之在《民法典》引入“其他具有擔保功能的合同”，並認為包括“所有權保留、融資租賃和保理”等新名稱擔保物權類型的情況下，^[14]添列為《民法典》擔保物權的“所有權保留、融資租賃和保理”等，卻身陷專屬規範供給缺位、應有規範供給不足以及規範飽和度不均等立法窘況。立法行至此地，可謂老問題未決，新問題接踵。此情之下，如何解釋、適用法律，就成了《民法典》頒布後亟需予以解決的重大司法問題。^[15]

總之，在大陸法系不動產擔保物權以及動產擔保物權從類型多元結構模式完成了向類型一元結構模式演進的法史背景下，中國動產擔保物權卻由類型一元結構模式轉向了類型多元結構模式乃至類型極元結構模式，導致了我國動產擔保物權立法的結構性立法缺陷。與此同時，後續立法又開啟了對這些結構性立法缺陷的立法完善。唯後續立法的立法完善舉措，是立法者在不自覺中以動產擔保物權類型“減

[11] 國內有學者將“其他具有擔保功能的合同”之規定解讀為“物權法定緩和”：參見楊立新，《物權法定緩和的絕處逢生與繼續完善——〈民法典〉規定“其他具有擔保功能的合同”概念價值》，載《上海政法學院學報》2021年第1期，第45-53頁；參見王利明，《擔保制度的現代化：對〈民法典〉第388條第1款的評析》，載《法學家》2021年第1期，第30-39頁。

[12] 參見拙作：《我國意定動產擔保物權立法的一元化》，載《法學研究》2014年第6期，第99-115頁。如果立法者對名稱各異的動產擔保物權的內容之法定同一權利屬性認識不足，就不能善用“類規範”參照適用規範，以減少擔保物權類型多元結構模式下不必要的規範重複。實證研究證明，我國《擔保法》《物權法》《民法典》恰在這一方面出現了重大的結構性立法缺陷。

[13] 參見拙著《中國動產擔保物權法編纂研究》，法律出版社2020年版。“結構模式與規範表達”是本人在《中國動產擔保物權法編纂研究》一書的簡介中首次提出但未經專門論證的穿透式擔保物權法研究新範式。

[14] 全國人大副委員長王晨：《關於〈中華人民共和國民法典（草案）〉的說明——2020年5月22日在第十三屆全國人民代表大會第三次會議上》，《中國人大》2020年第12期，第17頁。

[15] 有學者提出化解《民法典》中形式與實質擔保觀沖突的思路，在於堅持平等原則基礎上對於購置款抵押權中的債權、所有權保留與融資租賃中的債權因其權利性質相同，應作相同處理，適用相同規範。謝鴻飛：《〈民法典〉實質擔保觀的規則適用與沖突化解》，載《法學》2020年第9期，第3-20頁。

增”之差反方式進行的。^[16]造成這一不自覺立法完善的根本原因，在於立法者沒有充分認識到擔保物權“內容之法定同一，種類之名稱自由”的權利屬性。^[17]

三、法學原理：擔保物權類型“減增”的法學原理

擔保物權作為物權之一種，當具有物權的共性，亦應有區別於所有權和用益物權的個性。擔保物權的共性與個性，在物權法定原則的適用方面有著突出表現。物權法定原則，是公認的物權法基本原則，但對物權法定原則修正的呼聲，學界亦從來是不絕於耳，物權法定緩和乃至物權自由的主張就是實例。^[18]但是，物權法定、物權法定緩和以及物權自由，是價值錯位乃至對立的原則，因此其不得同時適用於物權各類型、物權法全法域，即廣義上的物權法定各理論無法同時適用於所有權、用益物權和擔保物權。我們在研究中發現，物權法定、物權法定緩和與物權自由，雖其不可以同時適用於所有權、用益物權和擔保物權——不可以“同時同域適用”理論；卻可以分別適用於所有權、用益物權和擔保物權之不同領域，即物權法定可以適用於所有權，物權法定緩和可以適用於用益物權，物權自由可以適用於擔保物權——可以“同時異地適用”理論。唯就其與本文密切相關的所謂“物權自由”而言，其全稱應該是：擔保物權的“內容之法定同一、種類之名稱自由”。^[19]擔保物權的“內容之法定同一、種類之名稱自由”，是說明動產擔保物權類型減增的法學原理。

（一）擔保物權的“內容之法定同一”

之所以在廣義物權法定理論之下，在擔保物權領域確立和實施有別於所有權和用益物權的擔保物權的“內容之法定同一、種類之名稱自由”原則，是因為擔保物權雖與所有權、用益物權有屬性相同之處，但也確有屬性相異之點：所謂有屬性“相同之處”，即擔保物權與所有權和用益物權既然共處於“物權”概念之下，則必有其共性：如在物權客體的特定性、物權實現的支配性和物權效力的排他性等方面，所有權、用益物權和擔保物權的物權屬性相同。如此以來，物權法定原則就必有其得以適用於擔保物權的餘地——擔保物權作為物權之一類，也必有擔保物權歸屬安全和交易安全的法律制度需求。^[20]擔保物權之歸屬安全和交易安全，非求助於擔保物權之內容法定不得實現。因此，擔保物權必

[16] 在結構功能主義理念下，我國《民法典》擔保物權立法力圖逼近但遠未實現“類型多元”下的“規範一元”模式。

[17] 對於擔保物權內容之法定同一的權利屬性，我國擔保物權立法也並非沒有察覺，自《擔保法》開始，立法雖有遺漏但也確立了相關的“類規範”參照適用規範，如最高額抵押權對一般抵押權、最高額質權對最高額抵押權、權利質權對動產質權等的“類規範”參照適用規範等。但該法卻遺漏了最需要規定的“類規範”參照適用規範：動產質權、權利質權對抵押權的規範參照適用。

[18] 有學者指出以公示為前提和基礎，應采物權自由立場以兼顧民法本身的開放性。常鵬翱：《體系化視角中的物權法定》，載《法學研究》2006年第5期，第3-16頁；也有學者從體系解釋、沿革解釋和比較法解釋等角度闡釋“法”擴張的可能性和妥當性，從而適用嚴格的“物權緩和”。張志坡：《物權法定緩和的可能性及其邊界》，載《比較法研究》2017年第1期，第157-169頁。

[19] 如何理解“物權法定”，筆者主張對“物權”概念作層級劃分，不同層級的“物權”適以不同程度的法定。參見拙作：《論物權法定：宏觀敘事與微觀求證》，載《中國海商法研究》，2020年第2期，第3-17頁。

[20] 物權包括擔保物權為什麼實施物權法定原則，教科書給出了一眾理由：參見謝在全：《民法物權論》（上冊），中國政法大學出版社2011年版，第32-33頁；梁慧星、陳華彬：《物權法》，法律出版社2016年版，第60-61頁。唯其實，物權法定原則的證成應莫基於維護物權歸屬安全和交易安全之上。由此，像“整理舊物權，防止封建制物權復活”這一傳統理由，充其量只能算是物權法定原則實施的結果，而不能成為確立物權法定原則的原因。

有其法定的方面：為確保擔保物權的歸屬安全以及交易安全，擔保物權的內容必須是法定的，同時擔保物權的公示方式和公示效力也必須是法定的，^[21] 擔保物權有了此三者之法定，其歸屬安全和交易安全，便可以確保實現。^[22] 僅就擔保物權的內容強制而言，《民法典》第四百零一條和第四百二十八條關於流押和流質條款規定的“只能依法就抵（質）押財產優先受償”，就是擔保物權內容強制即擔保物權內容法定的特別立法表達。因此，《民法典》第四百零一條和第四百二十八條已非昔日所謂的“流擔保（禁止）條款”，而是對當事人擔保物權實現方式事先約定之內容的法律強制——當事人關於擔保物歸屬型債權實現的約定，只能以擔保物之變現並在受擔保債權數額限度內受償的法定內容來實施。^[23]

所謂相異之地，即既然所有權、用益物權和擔保物權之間概念有異，則必有其有異之因：所有權、用益物權和擔保物權在權利的內容方面，存在著重大差異——所有權是對物的用益價值和交換價值等價值的全面支配排他利益，用益物權是對物的用益價值的支配排他利益，擔保物權則是在受擔保債權數額限度內對包括所有權、用益物權在內的擔保財產權利之交換價值的受償權利。基於此，盡管立法在形式上對用益物權和擔保物權都實施了分類，但用益物權分類與擔保物權分類在分類依據方面卻有著重大不同：用益物權的分類依據是對他人不動產用益權利的權利內容之不同：對他人不動產用益權利之內容不同，須取以不同名稱指代；又因對他人不動產的用益內容是一個因時、因地、因需之不同而有異的選擇，所以用益物權的內容，既需要內容與名稱的法定，又需要內容與名稱的緩和。用益物權內容與名稱不法定，則不足以確保其歸屬安全和交易安全；用益物權內容與名稱不緩和，又不足以滿足社會發展對其柔性的要求。^[24] 質言之，所謂的物權法定緩和，是指用益物權內容與名稱在法定基礎上的緩和，簡稱為“用益物權法定緩和”。^[25] 與此同時，用益物權的公示方式和公示效力也必須是法定的。

相比之下，擔保物權的分類，所依據的卻非是擔保物權的權利內容方面，如依據擔保物類型之不同，擔保物權被分為不動產抵押權和動產抵押權，動產質權和權利質權；依擔保物權公示方式之不同，擔保物權被分為登記公示的抵押權和占有公示的動產質權等。擔保物權之所以不能依據其權利內容方面實施分類，是因為名稱各異的擔保物權的權利內容是法定同一的，即名稱不同的擔保物權的權利內容都是“在受擔保債權數額限度內，對擔保財產變價的受償權”。擔保物權內容的法定同一，是由擔保物權是對無限多樣擔保財產上類型化財產權利之變價並受償的法權屬性決定的。擔保物權的變價受償屬性猶如一架大熔爐，把無限多樣的擔保財產權利融化為無差別的一般等價物——貨幣。由此，立法中名稱不

[21] 物權法定，法定什麼？有學者認為，“物權法定並不包括、也無需包括設立方式、效力、公示方法、保護方法的法定”。參見張志坡：《物權法定，定什麼？定到哪？》，載《比較法研究》2018年第一期，第50-62頁。我們認為，物權法定須有四定：法定內容、法定名稱、法定公示方式、法定公示效力。參見拙作：《論物權法定：宏觀敘事與微觀求證》，載《中國海商法研究》，2020年第2期，第3-17頁。

[22] 從物權內容與名稱的關係來看，是內容決定名稱，名稱指代內容；而非是名稱決定內容，內容表達名稱。在擔保物權內容之法定同一前提之下，擔保物權名稱就因此變得多樣而自由。所以，擔保物權名稱分類並法定喪失了維護交易安全的功能。鑒於此，《民法典》第一百一十六條應作“物權的內容和種類，由法律規定”的表述。

[23] 《民法典》規定該約定的內容“只能依法就抵押財產優先受償”，是對過去無效規定之僵化的緩和。這樣一來，就把當事人的約定內容限制在了“擔保物權乃擔保物之變價優先受償權”的法定內容之中了。參見孫憲忠、朱廣新主編：《民法典評注》（物權編4），中國法制出版社2020年版，第123頁。

[24] 從物權歸屬安全和交易安全的需求來看，所有權緩和必然導致用益物權和擔保物權的相應不確定，從而導致整個物權內容與類型的不確定，物權歸屬安全和交易安全的立法目的無從談起。

[25] 所有權、用益物權和擔保物權，其法定方面的不同，僅限於物權的內容和種類方面，至於各類物權的公示方式和公示效力方面，則皆屬於法定的方面。因此，公示方式和公示效力的法定在論述中就省略了。

同的擔保物權，其權利內容卻完全是法定同一的。質言之，用益物權分類依據的是用益物權的權利內容不同，擔保物權分類依據非是也不可能是擔保物權的權利內容方面。民事法是關於民事權利的法，是關於民事權利發生、變更以及消滅的法。如果一項民事權利如擔保物權，不能依據其權利內容之不同實施立法分類，則依據其他任何方面進行分類的法典編纂意義將大打折扣。我國現有立法對動產擔保物權的分類就淪落到了這一步。

總之，擔保物權內容之法定同一，是擔保物權類型得以“減少”以及得以“增加”的理論基礎。擔保物權類型得以“減少”表明，因擔保物權的內容之法定同一，擔保物權類別之間可以因類型吸收合並而減少，即合並同類項；擔保物權類型得以“增加”又表明，因擔保物權的內容之法定同一，因“增加”而“入典”新名稱擔保物權，可經參照適用典型擔保物權的現有規範而得以調整，而無需各自另配一套規範，從而也避免了同一規範內容的重複、不一致、矛盾或漏洞。但其加入的方式，未必如我國《民法典》確立的諸一單列加入的方式。

（二）擔保物權的“種類之名稱自由”

在擔保物權因內容之法定同一，因而不能以之作為擔保物權分類依據的前提之下，我國現有或者依據擔保物種類之不同，或者依據擔保物權公示方式之不同的擔保物權分類，以及《民法典》引入新名稱擔保物權後，又或者依據擔保物權之權利構造形式之不同等的擔保物權分類，對動產擔保物權法典的編纂意義有幾何？其中，依據擔保物權之權利構造形式之不同，讓與擔保、所有權保留、融資租賃和保理，是“權利移轉型擔保物權”；一般抵押權、購置款抵押權、應收賬款質押等，是“權利設立型擔保物權”。^[26]但究其實質，從擔保物權類型概念演變法史的角度思考，權利移轉型擔保物權發生在前，權利設立型擔保物權發生在後，兩者是對同一法權內容不同權利構造形式思維的結果。在今天看來，兩者也只是名稱不同，內容完全同一。如一般抵押權，就是在一定條件下，抵押權人對抵押財產（所有）權變價的優先受償權。對抵押財產權的變價，如抵押權人處分抵押物所有權，則又必是以抵押權人對抵押物享有所有權為前提。正是在這裏，名稱不同的抵押權與所有權讓與擔保之間找到了內容上的法定同一性以及類型名稱的自由性：設定抵押權，就是要給抵押權人抵押物附條件的所有權；所有權讓與擔保，就是給債權人對受讓財產在受擔保債權數額限度內對其所有權變價的優先受償權。以此類推，在出售人保留之所有權、融資租賃出租人之對租賃物的所有權與購置款抵押權之間，以及在有追索權的保理與應收賬款質押之間，都是類型名稱各異，權利內容法定同一的。基於此，我們有了以下兩個基本判斷，其一，即使此次《民法典》不增加“其他具有擔保功能的合同”的規定，依據上述兩套擔保物權概念內容之法定同一屬性，類型名稱之自由性，存在於合同編中的出售人保留之所有權、融資租賃出租人對租賃物的所有權和有追索權的保理，也完全可以透過立法解釋、司法解釋得以適用擔保物權法中的一般抵押權、購置款抵押權和應收賬款質權的規範。其二，再進一步思考，在前述權利質權得被動產抵押權類型合並吸收而類型消滅的前提之下，剩下的動產抵押權與動產質權之間，也沒有權利內容上的實質區別，其有限的區別只是擔保物權公示方式的不同，以及因擔保物權公示方式的不同而帶來的些許不同而已。^[27]在擔保物權的權利內容方面，動產抵押權與動產質權兩者也是完全同一的，即都是“在受擔

[26] 近代自《德國民法典》始，大陸法系民法典中的擔保物權類型限於“權利設立型擔保”。在規定有傳統“權利設立型擔保”的同時又並加入“權利移轉型擔保”，是中國《民法典》的創舉。

[27] 動產質權與動產抵押權之間的區別，除了公示方式的不同外，尚有因公示方式的不同而導致的不同，如在動產質權，就有孳息收取權、擅自使用處分質押財產賠償義務、負有妥善保管質押財產的義務、轉質損害賠償義務等。這些方面的

保債權數額限度內，對擔保財產變價的優先受償權”。依此，“動產抵押權”也可以吸收“動產質權”的絕大部分規範內容，而僅留存其獨有的占有公示方式。進而，所有其他名稱的動產擔保物權類型，都可以參照適用動產抵押權的規範，適用擔保物權的一般規定。^[28]

既然擔保物權的內容不因擔保物權的名稱而有本質的不同，或者說既然擔保物權非是依據其權利內容的不同進行分類，則依據上述任何其他方面對擔保物權的分類及其名稱設定，對於擔保物權的內容而言，都失去了其作為名稱設定的分類意義。因此，擔保物權的名稱是什麼，對於擔保物權的內容法定同一而言，都是無關緊要的。^[29]只要當事人為擔保債權實現約定了對擔保財產變價的受償權，不管其名稱為何，都屬於擔保物權。至於當事人對擔保財產變價的受償權取以什麼名稱指代，則完全是在社會約定俗成的基礎上個人自由篩選的結果。^[30]“擔保物權種類之名稱自由”的斷言由此而來。那麼，立法為什麼還要對動產擔保物權實施分類呢？除了立法對社會經驗、習慣的遷就以外，我們找不到其他更合適的理由來解釋這一立法現象。^[31]而且，結合上述動產擔保物權因分類造成的結構性立法缺陷，我們可以斷言，擔保物權因立法分類獲得的“收益”遠小於因其立法分類而導致的“損失”。既然我國現有立法的擔保物權分類偏離了擔保物權的權利屬性，那麼立法又是以什麼樣的方式在法制演進中予以糾偏的呢？其糾偏的方式就表現在前述我國動產擔保物權法制演進中的擔保物權類型“減少”與“增加”兩個方面：動產擔保物權類型“減少”，是在動產擔保物權類型多元基礎上，因不同種類動產擔保物權的內容之法定同一而得以類型合並吸收導致的；動產擔保物權類型“增加”，是在不同名稱動產擔保物權的內容之法定同一前提下，立法得以只需增加新名稱動產擔保物權名稱，而無需增加其成套規範的結果。

終此，在動產擔保物權內容之法定同一基礎上，動產擔保物權種類之名稱可以自由；並且，緣於擔保物權內容之法定同一，以及緣於擔保物權種類之名稱自由，對不動產擔保物權和動產擔保物權實施立法再分類是一個立法錯誤。^[32]在大陸法系不動產擔保物權早已完成了從類型多元結構模式向類型一元結構模式演進的法制背景下，新中國成立後的動產擔保物權立法卻一步步陷入了“類型多元結構模式”乃至“類型極元結構模式”的立法窘境。因此，如何解釋和適用擔保物權類型多元乃至類型極元模式下

權利義務，均與質權人占有質物有關。

[28] 動產質權和權利質權畢竟有與動產抵押權不同的規範方面，如公示方式的不同以及因公示方式的不同帶來的不同等，這些都屬於非“核心”權利內容，在一元化立法模式下，這些非“核心”權利內容，一般都是依附在“核心”權利內容之後。

[29] 美國《統一商法典》第九編9-202條規定：Except as otherwise provide with respect to consignment or sales of accounts, chattel paper, payment intangibles, or promissory notes, the provisions of the article with regard to rights and obligations apply whether title co collateral is in the security party or the debtor.此即著名的“擔保物所有權歸屬無關緊要”條款。Selected Commercial Statutes, 2005 Abridged Edition, P788.

[30] 盡管當事人對擔保物權的名稱可以自由約定，但這種自由是在社會既有知識條件下的自由。從擔保物權發展的歷史看，人們要麼是在所有權概念下架構擔保物權機制，要麼是在定限物權概念下架構擔保物權機制。除此之外，尚未見以其他法權概念架構擔保物權機制的先例。

[31] 同前注釋10。

[32] 將擔保物權分為不動產擔保物權和動產擔保物權並分別立法，是當今世界各國立法通例。就法權內容來看，不動產擔保物權與動產擔保物權雖無二致，但其在設立、公示、次序、實現等方面，有著因擔保物不同的較大制度差異，因此不適合將兩者合並一元規制。盡管我國擔保物權立法將不動產抵押權與動產抵押權在形式上合二為一，但在規範內容上也是各自處理。

規範多元立法重複，已成為《民法典》頒布、實施後重大又緊迫的司法實踐問題。

四、司法解釋：我國動產擔保物權類型“減增”下的司法解釋

認知我國動產擔保物權演進中的類型“減增”的法制背景和法學原理，對於《民法典》頒布後動產擔保物權法的司法解釋和法律適用有重大意義。最高人民法院於2020年底出臺的《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國民法典〉有關擔保制度的解釋》（以下簡稱“《〈民法典〉擔保法司法解釋》”），一定程度上認識到了我國現有動產擔保物權法的結構體系特點，其在“打小補丁”之“個規範”補漏釋疑上，著實下了一番功夫。但在筆者看來，《〈民法典〉擔保法司法解釋》，在“打小補丁”的同時，更應“打大補丁”，即應當制定“類規範”參照適用的司法解釋。^[33]“打大補丁”才是此次《〈民法典〉擔保法司法解釋》的“重中之重”。^[34]

（一）我國動產擔保物權悄然類型“減少”的司法解釋

1、我國動產擔保物權的悄然類型“減少”

在擔保物權法典中植入動產抵押權，是《擔保法》頒布時局下的創世乃至驚世之舉。^[35]《擔保法》在列舉了可以抵押的個別動產之後，又以兜底條款規定了“依法可以抵押的其他財產”可以抵押。基於法體系解釋，此“財產”在《擔保法》中當是不包括“權利質權”一節中可以質押的“權利”。^[36]所以，在《擔保法》中，動產抵押權、動產質權和權利質權之間，有著依據擔保物及擔保物權公示方式之不同的明確類型分界：^[37]有形動產上以登記公示的擔保物權為“動產抵押權”，有形動產上以占有公示的擔保物權為“動產質權”，無形財產上以登記公示（少數以占有公示）的擔保物權為“權利質權”。^[38]但這一分類到了《物權法》就界線不清了：《物權法》將《擔保法》關於“依法可以抵押的其他財產”可以抵押的規定，修改為“法律、行政法規未禁止抵押的其他財產”可

[33] 司法解釋主要包括兩方面的內容：一是補充漏洞，即本文所謂的“打小補丁”和“打大補丁”；二是解惑釋疑，即將抽象的法律規範具體化、明確化。限於本文研究趣旨，主要指前者。

[34] “打大補丁”具有類似抽象規範的制度功能，可“一攬子”解決若有幹個“打小補丁”所要解決的逐方面的法律漏洞問題。“大小補丁”不能一並解決“打大補丁”的問題，但“打大補丁”可以一並解決“大小補丁”的問題。

[35] 在先法典化立法，如《德國民法典》《日本民法典》《大清民律草案》以及《中華民國民法典》中，皆無“動產抵押權”制度。當經濟社會發展需要動產抵押權制度的時候，先法典立法國家最佳的法制完善路徑，就是在民法典之外或以判例法或以單行法的方式增加動產抵押權制度。作為後法典立法的新中國，通過在其新頒布的擔保物權法典中植入動產抵押權制度，用以解決傳統擔保物權法制缺失動產抵押權制度的立法缺陷，也就成了其時局下的最佳立法路徑選擇。

[36] 在“權利質權”擔保物權類型法典法存在的前提下，法典法中的“依法可以抵押的其他財產”，只能體系性限縮解釋為有形動產。

[37] 《擔保法》中的抵押權概念是不動產與有限動產抵押權概念。因動產抵押權的機械植入，塑成了動產擔保物權類型的三元類型結構，導致了動產擔保物權類型多元的結構性立法缺陷。在動產擔保物權類型多元結構模式下，不能善用“類規範”參照適用規範，是導致同一內容規範重複、不一致、矛盾和漏洞的主要原因。

[38] 以公示方式不同對擔保物權的分類，導致立法對權利質權這一既有登記公示，又有占有公示的擔保物權類型，無法給出其定義概念。

繼了此一修改的《民法典》中的法體系效是，“權利質權”因此一修改可以被動產抵押權類型合並吸收。^[41]因為，“法律、行政規範未禁止抵押的其他財產”中的“財產”，當可以包括“權利質權”一節中有限列舉規定並“依法可以設質”兜底規定的“權利”，以及經由法體系解釋，還可以包括法律、行政法規未允許抵押也未禁止抵押的其他“財產”，^[42]如《物權法》頒布後，擔保物權法律實踐中出現的商鋪租賃權、汽車營運權等擔保物等。^[43]在現有法律秩序下，如果在商鋪租賃權和汽車營運權上設定擔保物權，且定其名為“權利質權”的話，則因為“權利質權”一節規定有“法律、行政法規規定可以出質的其他財產權利”才可以出質而設立無效。^[44]因為，我們在現有的法律制度中找不到允許商鋪租賃權和汽車營運權允許出質的法律依據。^[45]但如果將商鋪租賃權和汽車營運權上設立的擔保物權經由法律解釋取名為動產抵押權，則因為“抵押權”一節規定有“法律、行政規範未禁止抵押權其他財產”可以抵押，從而使得這一擔保物權的設立為抵押權而有效，^[46]且因此采行了富有效率的公示對抗主義。^[47]

再進一步看，在動產質押物也被動產抵押物範圍全面覆蓋的前提下，在有形動產上設立的動產抵押權與動產質權之間，就只剩下公示方式的不同——登記公示的為動產抵押權，占有公示的為動產質權。動產擔保物權的公示與動產擔保物權本身，是內容與形式、權利與權利外觀的關係。所以，當動產抵押物的範圍擴張到極限而覆蓋所有質押物時，毗鄰具有強大制度優勢抵押權的動產質權的法律實踐價值明顯式微，尤其在商事擔保交易領域動產質權制度會幾近被擱置。因此，“動產質權”亦可被動產抵押權類型吸收。至此，動產擔保物權就實質上只剩下動產抵押權一類了。^[48]

2、動產擔保物權類型悄然“減少”下的司法解釋

在動產擔保物權多元乃至極元類型結構模式下，以及在動產擔保物權得因類型吸收而悄然類型“減少”的情況下，非有特別原因，需要對形式上存在的“動產質權”和“權利質權”作與“動產抵押權”

同”的規定，這一增加規定所產生的法體系效應，也是其他方面的修改不可比擬的。

[41] “權利質權”雖其名稱、形式上尚在，但其實質內容上已被動產抵押權類型合並吸收。除極個別規範外，均可適用動產抵押權的規範。其實，我國自《擔保法》始，“權利質權”因得“類規範”參照適用動產質權而規範內容極簡，但該立法的不足是沒有規定“類規範”參照適用動產抵押權的規範。

[42] 《擔保法》《物權法》以及《民法典》對抵押財產，采取了既有正面清單規範又有負面清單規範的立法模式。從擔保物權法作為民事法的法律屬性來看，抵押財產的立法模式有負面清單就足夠了。

[43] 《〈全國法院民商事審判工作會議紀要〉理解與適用》最高人民法院民事審判第二庭編著，人民法院出版社2019年版，第388-394頁。

[44] 實務中部分判決通過援引權利質權規範判定商鋪租賃權擔保未設立或無效，詳見：上海市嘉定區人民法院（2015）嘉民二（商）初字第875號民事判決書、廣東省東莞市第二人民法院（2016）粵1972民初9371號民事判決書等。

[45] 最高人民法院關於適用《中華人民共和國民法典》有關擔保制度的解釋第六十三條規定：債權人與擔保人訂立擔保合同，約定以法律、行政法規尚未規定可以擔保的財產權利設立擔保，當事人主張合同無效的，人民法院不予支持。當事人未在法定的登記機構依法進行登記，主張該擔保具有物權效力的，人民法院不予支持。

[46] 最高人民法院印發《關於進一步加強金融審判工作的若干意見》的通知（法發[2017]22號）第3項就指出：豐富和拓展中小微企業的融資擔保方式，除符合合同法第五十二條規定的合同無效情形外，應當依法認定新類型擔保合同有效；符合物權法有關擔保物權的規定的，還應當依法認定其物權效力。

[47] 在《物權法》乃至《民法典》中，關於某一擔保物權之設立沒有辦理完畢公示手續，若取名為“權利質權”則擔保物權設立無效，若取名為“動產抵押權”則設立有效。其法效之不同，可謂天壤之別。

[48] 即使在動產擔保物權一元化立法的國家，其在公示方式方面也保留了形式多元化。如美國《統一商法典》第九編就規定有登記公示、占有公示、控制公示等多種動產擔保物權公示方式。

類型吸收。至此，動產擔保物權就實質上只剩下動產抵押權一類了。^[48]

2、動產擔保物權類型悄然“減少”下的司法解釋

在動產擔保物權多元乃至極元類型結構模式下，以及在動產擔保物權得因類型吸收而悄然類型“減少”的情況下，非有特別原因，需要對形式上存在的“動產質權”和“權利質權”作與“動產抵押權”規範內容同一的司法解釋。具體解釋方法包括“打小補丁”和“打大補丁”。所謂“打小補丁”，即對“動產質權”和“權利質權”在其概念、擔保物、擔保合同、擔保物權設立、公示、效力、次序、實現和消滅等九個方面規範群的具體規範內容方面，在與“動產抵押權”規定有不一致、矛盾或漏洞的情形，在沒有特殊理由的情況下，應作與動產抵押權規範內容同一的司法解釋：如，以立法方式完成的“打小補丁”，即《民法典》第414條第二款增加規定了“其他可以登記的擔保物權，清償順序參照適用前款規定”，這一規定的增加彌補了《民法典》對其他以登記方式公示的擔保物權的優先受償次序規則的立法漏洞，如所有權保留、融資租賃、權利質權等；如，以司法解釋方式完成的“打小補丁”，即此次《〈民法典〉擔保法司法解釋》第四十四條第三款第一句“主債權訴訟時效期間屆滿的法律後果，以登記作為公示方式的權利質權，參照適用第一款的規定”。這一司法解釋彌補了《民法典》“權利質權”中缺失訴訟時效制度的立法漏洞。^[49]再如，立法和司法尚未完成的“打小補丁”：在立法規定有動產抵押權和動產質權的定義情況下，立法卻沒有給出“權利質權”的定義，形成權利質權定義的立法漏洞；在動產抵押物範圍採取“法不禁止即自由”的情況下，權利質押物範圍卻採取了“法不授權即無權”；在動產抵押權設立採意思主義的情況下，動產質權和權利質權設立採取形式主義；在動產抵押權採公示對抗效力的情況下，動產質權、權利質權卻採公示生效主義；在抵押期間抵押物可自由處分的情況下，權利質押物在質押期間採“不得處分”。凡此等等，可見“打小補丁”有“補東牆、漏西牆”的方法不足，因此在“大小補丁”的同時，亦需要“打大補丁”以相互幫襯。

所謂“打大補丁”，即在司法解釋中，對“動產質權”或“權利質權”這兩類擔保物權應該有規定而沒有規定，以及應該與“動產抵押權”規範內容保持一致而不一致的，應盡可能參照適用“動產抵押權”的相關規定，即我們在文中所謂的“類規範”參照適用的漏洞補充方法。“打大補丁”司法解釋之由來，一者是名稱各異的動產擔保物權的核心內容是法定同一的，相互之間有得以參照適用的內容基礎；二者是動產抵押權制度位居在前且較其他類動產擔保物權規範更完整、更科學，有得以被參照適用的規範品質；^[50]三者是“打小補丁”有“補東漏西”的方法不足，有借助於“打大補丁”之“類規範”參照適用予以漏洞補充的兜底需要；四者是我國現有立法缺失“動產質權”和“權利質權”參照適用“動產抵押權”的“類規範”參照適用規範，有借助於“打大補丁”彌補立法漏洞的補漏需要。“打大補丁”可以一體解決前述“立法和司法尚未完成的‘打小補丁’所要解決的諸多問題。因此，在現有

[48] 即使在動產擔保物權一元化立法的國家，其在公示方式方面也保留了形式多元化。如美國《統一商法典》第九編就規定有登記公示、占有公示、控制公示等多種動產擔保物權公示方式。

[49] 司法解釋將擔保物權適用訴訟時效分為兩種情況：以登記為公示方式的擔保物權如抵押權和權利質權，適用訴訟時效；以占有為公示方式的擔保物權如動產質權和留置權，不適用訴訟時效。從比較法來看，一個國家的擔保物權要麼全部不適用訴訟時效，要麼全部適用訴訟時效。如果要將其分類處理，則導致內容同一的擔保物權因公示方式的不同，而施以不同訴訟時效待遇，形成制度差異，影響制度公平。在我國留置權適用範圍不當擴大的法制背景下，我國的留置權以及動產質權，較之抵押權和權利質權，更應該適用訴訟時效制度。

[50] 以此為標準，《民法典》第414條第二款“其他可以登記的擔保物權，清償順序參照適用前款規定”，涉嫌有“長臂管轄”的立法技術對立。

立法延續自《擔保法》以來缺失動產質權和權利質權參照適用動產抵押權規範的情況下，委諸於司法解釋，在零散“打小補丁”的同時，再輔以概括“打大補丁”，形成“小補丁”花拳與“大補丁”重拳的“雙拳”互補效應。為便於理解，將上述內容列表如下：

類型	一般規定	抵押權 (最高額抵押權)	動產質權 (最高額動產質權)	權利質權
概念	386、387、389	394	425（規範重複）	空缺（立法漏洞）
擔保物	390	395、396、397、3987、399、411	426（規範重複）	440（規範重複、規範矛盾）
擔保合同	388	400、	427（規範重複）	空缺（規範准用動產質權）
擔保物權設立	空缺（能夠但未提取公因式）	402、403	429（規範不一致）	441、442、443-1、444-1、445-1（規範不一致）
擔保物權公示	空缺（能夠但未提取公因式）	402、403	430（規範不一致）	441、442、443-1、444-1、445-1（規範不一致）
擔保物權效力	391、392	401、407、408、409、412、413、417、418	428（規範重複）、431、432、433、434、435（規範重複）、438（規範重複）	443-2、444-2、445-2（規範不一致）
擔保物權次序	空缺（可置於抵押權中，如現有立法）	404、405、406、414-1、415、416	431（責任轉質形成的理論優先次序）	空缺（被動准用414-2）
擔保物權實現	空缺（可置於抵押權中、如現有立法）	410（抵押權的支配力規範表達不足）	436（規範重複）、437	空缺（規範准用動產質權）
擔保物權消滅	393	419（訴訟時效）	補（司法解釋）	補（司法解釋）
“類規範”准用	空缺（一般規範，無准用規範可言）	414-2（“個規範”被動准用規範，調整能力最低，有違法體系）	439（“類規範”主動准用最高額抵押權規範）；空缺（應准用動產抵押權規範，屬立法漏洞）	446（“類規範”主動准用動產質權規範）；空缺（應准用動產抵押權的規範，屬立法漏洞）

至此，我們可以得出如下結論：《民法典》動產擔保物權悄然的類型“減少”，其類型“減少”的極致即動產擔保物權走到與不動產擔保物權一樣的立法結局：動產擔保物權因類型吸收而只剩下動產抵押權一類。在立法維持動產擔保物權類型多元結構模式的情狀之下，對形式上由類型多元組織起來的動產擔保物權法的司法解釋，應作與動產擔保物權即動產抵押權類型一元的操作，即在動產質權和權利質權與動產抵押權規範有不一致、矛盾的情形，司法解釋宜作與動產抵押權內容同一的解釋；或者在動產質權和權利質權存在立法漏洞的情形，除非有個別原因，司法解釋上宜直接規定參照適用動產抵押權的相關規範。^[51]

（二）我國動產擔保物權類型公然“增加”的司法解釋

1、我國動產擔保物權的公然類型“增加”

《民法典》在承繼動產擔保物權悄然類型“減少”的同時，又對動產擔保物權予以公然類型“增加”，此即該法典第388條規定的“擔保合同包括抵押權合同、質押合同和其他具有擔保功能的合同”。依照立法解釋，“其他具有擔保功能的合同”包括“所有權保留、融資租賃和保理”；依照文義

[51] 抵押權之所以被參照適用，被參照解釋，一者是因為抵押權制度本身不移轉抵押物之占有，以及可重複抵押的制度優勢；二者是該制度在法典中通常位序在先，具有“馬首是瞻”的位序優勢。當然，位序優勢又是由其制度優勢決定的。

解釋，“其他具有擔保功能的合同”還可以包括諸如“讓與擔保”等當事人依合意約定的內容為擔保債權實現的對特定財產權利變價的受償權。概言之，《民法典》對動產擔保物權類型採取了“自由放任”的態度。對於突破擔保物權類型法定這一傳統教條的新制度安排，我國《民法典》流露出了理論儲備底氣不足的糾結。從《民法典》對新名稱擔保物權的規範來看，其基本是在糾結思緒中完成的：糾結思緒表現之一是，《民法典》將新名稱擔保物權及其內容直接說成了“擔保合同”。“擔保合同”在擔保物權法中雖非是不可以作為規範對象，但其絕不應是主要規範對象。且將擔保物權說成“擔保合同”，從法學原理上講，是無法完成《民法典》新名稱擔保物權對典型擔保物權的“類規範”參照適用對接的，但立法就是這樣“物債不分”。這一“糾結思緒”，應該是來自我國“區分原則”制度的片面性。^[52]糾結思緒表現之二是，即使對提名“增加”的新名稱擔保物權，立法也沒有給出其如同動產抵押權、質權一樣較為完整的規範內容。對於身處《民法典》合同編的新名稱擔保物權，《民法典》顧忌其形式上的合同債權屬性，只給出了其作為擔保物權的極簡規範。糾結思緒表現之三是，對同為擔保物權的所有權保留、融資租賃和有追索權保理，立法給出的擔保物權規範飽和度不均，如在所有權保留，《民法典》“買賣合同”一章第六百四十一條規定了所有權保留的設立以及公示對抗效力；第六百四十二條規定了出賣人（所有權保留人）收回標的物的情形以及得以參照適用擔保物權的實現程序的情形；第六百四十三條規定了買受人贖回標的物的情形以及出賣人對標的物的變賣和清算。因此可以說，在《民法典》合同編“買賣合同”一章中，雖非是全面但對所有權保留的擔保物權基本屬性，立法還是給出了所有權保留作為擔保物權的如公示、公示對抗效力以及變價清算優先受償等的核心規範。但在《民法典》合同編“融資租賃”一章中，立法對融資租賃出租人享有的所有權屬性定位不夠明確，內容也不夠準確。如第七百四十五條規定了出租人對租賃物所有權的登記公示對抗效力；第七百五十二條規定了出租物所有權取回的情形，第七百五十八條規定了出租物約定所有權歸屬下不能取得出租物所有權的補救辦法等。但至於對出租人對出租物享有所有權的擔保物權屬性及其實現方式等，立法則猶抱半掩、緘默不語，終了也未能給出如所有權保留等齊飽和度的規範內容。至於《民法典》合同編中的“保理”一章第七百六十七條規定的無追索權保理，究其實質為債權買賣，自不必談；^[53]唯第七百六十六條規定的有追索權保理，其性質有認為系債權讓與+回購構造，亦有認為系債權讓與擔保構造。^[54]但在筆者看來，雖第七百六十六條未明確有追索權保理的權屬性質，但根據其“保理人向應收賬款債務人主張應收賬款債權，在扣除保理融資款本息和相關費用後有剩餘的，剩餘部分應當返還給應收賬款債權人”的表述，即與擔保物權實現時“多退少補”的清算相一致，故有追索權保理應被理解為一種屬性為擔保物權的保理；保理合同於第七百六十八條規定了同一應收賬款訂立多個保理合同的優先順序規則，但立法缺少保理與應收賬款質押並存時的優先次序規則。至於作為有追索權保理的其他規範方面如登記公示及其效力、變現及清算等，《民法典》合同編“保理”一章較之融資租賃的規定更是少之又少、簡陋至極。

[52] “區分原則”應該是物權變動原因與其變動結果之間的區分，包括各種依合意物權變動模式下的物權變動原因與變動結果之間的區分。但我國現有立法只規定了不動產公示生效主義法制下的物權變動情形。其他情形如不動產公示對抗主義法制下合意物權變動的區分、動產公示生效主義法制下合意物權變動的區分、動產公示對抗主義法制下合意物權變動的區分；以及我國區分原則僅規定了作為物權變動結果的後者不影響作為物權變動原因合同之前者，沒有規定其相反的情形。所以，我國現有立法對“區分原則”的規定是片面的。

[53] 李宇：《保理合同立法論》，載《法學》2019年第12期，第31-50頁。

[54] 參見何穎來：《〈民法典〉中有追索權保理的的法律構造》，載《中州學刊》2020年第6期，第62-69頁。

《民法典》關於新名稱擔保物權立法的上述糾結思緒，說明了立法者對新名稱擔保物權與典型擔保物權“內容之法定同一、種類之名稱自由”的權利屬性認知，存在嚴重的理論準備不足。^[55]

從所有權保留與融資租賃的關係來看，融資租賃是一種套加租賃形式的所有權保留買賣。嚴格意義上表述，所有權保留是“賣與買”的關係，融資租賃則是“租與買”的關係，雖其法律形式不一，但其法律內容無二。^[56]在所有權保留，從出賣方角度觀察，沒有理由認為出賣方保留所有權以取回出售物為最終目的；出賣人所有權保留的法學原理同樣適用於融資租賃出租人對出租物的所有權。融資租賃出租人享有出租物所有權的制度安排以擔保租金債權的實現為最終目的。由此，從出賣人（融資租賃出租人）角度觀察，通過在出租物（購置物）上設立所有權保留是高效精妙的債權擔保實現手段；但從買受人角度看，通過在購置物（出租物）上設立購置款抵押權也能實現與（出售物、出租物）所有權保留同樣的法律目的。因此，（出售人、出租人的）所有權保留與《民法典》物權編“抵押權”一章中的“購置款抵押權”制度又是同體異名的制度；購置款抵押權，從法律規定來看，又是“抵押權”的一個亞種。與此類同，作為新名稱擔保物權的有追索權保理，其在《民法典》擔保物權法中另名為“權利質權”中的“應收賬款質押”。而權利質權制度又因動產抵押權的出現和擔保物範圍的極限擴展而得以被動產抵押權類型吸收而消滅。質言之，名稱自由的擔保物權之內容的法定同一，是對《民法典》公然增加的新名稱擔保物權實施司法解釋的理論基礎。

2、動產擔保物權類型公然“增加”下的司法解釋

《民法典》將所有權保留、融資租賃和保理作為新名稱擔保物權類型，落戶於“擔保物權法”中，但立法卻未給出它們如同動產抵押權、質權一樣細緻、完整的規範內容，且各類新名稱擔保物權的規範飽和度也未能等齊。由此導致新名稱擔保物權的規範供給短缺問題。這一問題，同樣需要在司法解釋中以“打小補丁”並“打大補丁”的方式予以解決。

“打小補丁”，即依據所有權保留、融資租賃和有追索權的保理與一般抵押權、購置款抵押權、應收賬款質權之間內容之法定同一的原理，以及依據應收賬款質權與動產抵押權之間內容之法定同一的原理，對所有權保留、融資租賃和有追索權的保理與一般抵押權、購置款抵押權和應收賬款質押之間，規定有不一致、有矛盾、有漏洞的諸規範方面，通過司法解釋，以達規範內容同一或規範漏洞補充的功效：如《〈民法典〉擔保法司法解釋》第五十七條關於所有權保留、融資租賃和購置款抵押權享有的超級優先受償權的司法解釋；《〈民法典〉擔保法司法解釋》第六十四條關於所有權保留之保留所有權的實現方式的司法解釋；《〈民法典〉擔保法司法解釋》第六十五條關於融資租賃出租人對租賃物所有權的實現方式的司法解釋；《〈民法典〉擔保法司法解釋》第六十六條關於保理、應收賬款質押和債權轉讓，以及有追索權的保理的實現途徑等的司法解釋；《〈民法典〉擔保法司法解釋》第六十七條關於所有權保留、融資租賃中出賣人、出租人的所有權未經登記不得對抗的“善意第三人”的範圍及其效力的解釋；以及《〈民法典〉擔保法司法解釋》第六十八條關於讓與擔保的司法解釋等。上述司法解釋，聚焦於所有權保留、融資租賃、保理及讓與擔保等，對擔保財產變價受償權或優先受償權，以“打小補丁”方式進行了補漏釋疑。但遺憾的是，《〈民法典〉擔保法司法解釋》沒有廣角捕捉到它們作為擔保物權的其他規範

[55] 在現有立法模式下，最好的法律解釋應是，對“所有權保留、融資租賃和保理等”作無差別的擔保物權屬性一體對待。

[56] 融資租賃法律制度來源於商事法律實踐，摻和了借款合同、買賣合同、租賃合同等。基於此，融資租賃合同在《合同法》中的位置，就值得思考：我們認為，從融資租賃實為“租買”的擔保物權屬性來看，其應該置於買賣合同之後。

方面，諸如擔保物以及擔保物權設立、公示、效力、時效、消滅等。這恰是“打小補丁”這一司法解釋“補東漏西”的方法不足。因此需要在“打小補丁”的同時輔以“打大補丁”。

“打大補丁”，即在“打小補丁”的基礎上，通過增加規定所有權保留、融資租賃和保理對一般抵押權、購置款抵押權、應收賬款質押的“類規範”參照適用，以彌補“打小補丁”可能造成的“補東漏西”的方法不足。在直言“增加”新名稱擔保物權的立法情狀之下，“打大補丁”之由來，猶如前述擔保物權類型悄然“減少”情況下“打大補丁”之由來，兩者司法解釋原理一致，此不贅述。唯在此舉一實例，以說明“打大補丁”是“打小補丁”補充立法漏洞之後不可或缺的“補丁”：如現有立法以及司法解釋對所有權保留、融資租賃和有追索權的保理作為新類型擔保物權，在受擔保主債權的訴訟時效期間內未行使的，人民法院是否予以保護的時效問題，未有明確。在立法已經認可所有權保留、融資租賃和有追索權的保理是擔保物權的情況下，如果司法解釋不施以“打大補丁”，即在所有權保留、融資租賃和有追索權的保理沒有規定的情況下，得參照適用一般抵押權、購置款抵押權和應收賬款質押的規定的話，則即使有了司法解釋的諸多“打小補丁”，也終因有“補東漏西”的方法不足，導致即使經過“打小補丁”之後，仍有“無法可依”的漏洞，如所有權保留、融資租賃和有追索權的保理的訴訟時效問題等，《民法典》沒有規定，《〈民法典〉擔保法司法解釋》也沒有涉及，形成“無法可依”。如此推廣開來，“打大補丁”的不可或缺性可見一斑。^[57] 為便於理解，將上述內容列表如下：

類型 規範	一般規定	抵押權（最高額 抵押權）	動產質權（最高額 動產質權）	權利質權	所有權保留	融資租賃	有追索權 保理
概念	386、387、389	394	425（規範重複）	空缺（立法漏洞）	641-1	空缺 （立法漏洞）	761、766
擔保物	390	395、396、397 398、399、411	426（規範重複）	440 （規範重複、規範矛盾）	空缺 （立法漏洞）	空缺 （立法漏洞） ^[58]	762
擔保合同	388	400、	427（規範重複）	空缺 （規範准用動產質權）	空缺 （立法漏洞）	空缺 （立法漏洞）	空缺 （立法漏洞）
擔保物權 設立	空缺（能夠但 未能提取公 因式）	402、403	429（規範不一致）	441、442、 443-1、444-1、 445-1（規範不一致）	641-2 （規範重複）	745 （規範重複）	空缺 （立法 漏洞）
擔保物權 公示	空缺（能夠但 未能提取公 因式）	402、403	430（規範不一致）	441、442、 443-1、444-1、 445-1（規範不一致）	641-2 （規範重複）	745 （規範重複）	空缺 （立法 漏洞）

[57] （2020）津0116民初23738號案，以“法不禁止即自由”的法理為判案依據。但因我國民事立法關於法源的規定中法理不在發源之列，所以，該判決在法律適用方面存在錯誤。正確的法律適用是，應該適用《民法典》第395條第（7項），即“法律、行政法規未禁止抵押權的其他財產。”但這一法律適用，需要在“擔保物權內容之法定同一，種類之名稱自由”原理下，進行複雜的法律論證。

[58] 關於著作權是否可以作為融資租賃客體，立法沒有明確規定。（2020）津0116民初23738號案，以引用“法不禁止即自由”的法理作為發源，作出了支持判決。我們認為，在立法沒有准用規範的情況下，司法也完全可以通過釋法，適用《民法典》第395條第（七）項。所以，著作權可以作為融資租賃物的法律依據，應來自於“法律、行政法規未禁止抵押的其他財產”可以抵押的規定。

類型 規範	一般規定	抵押權（最高額 抵押權）	動產質權（最高額 動產質權）	權利質權	所有權保留	融資租賃	有追索權 保理
擔保物權 效力	391、392	401、407、 408、409、 412、413、 417、418	428（規範重複）、 431、432、 433、434、 435（規範重複）、 438（規範重複）	443-2、444-2、445-2 （規範不一致）	空缺 （立法漏洞）	空缺 （立法漏洞）	空缺 （立法 漏洞）
擔保物權 次序	空缺（可置於 抵押權中，如 現有立法）	404、405、 406、414、 415、416	431（責任轉質導致 的優先次序）	空缺（被動准用414-2）	被動准用414-2 解釋第57條	被動准用414-2 解釋第57條	768 （規範 重複）
擔保物權 實現	空缺（可置於 抵押權中，如 現有立法）	410（抵押權的 支配力規範表達 不足）	436（規範 重複）、437	空缺（規範准用動產 質權）	642、643（規範 表述不一致） 解釋64條	752、758（規範 不一致） 解釋65條	766（規範表 述不一致）
擔保物權 消滅	393	419	補（司法解釋）	補（司法解釋）	空缺 （立法漏洞）	空缺 （立法漏洞）	空缺（立法 漏洞）
准用規範	空缺（一般規 範，無准用規 範可言）	414-2（“個規 範”被動准用規 範，長臂管轄-調 整能力最低、有 違法體系）	439（“類規範”主 動准用規範）； 空缺（應規定准用 動產抵押權的規 範，屬立法漏洞）	446（“類規範”主動 准用規範）； 空缺（應規定准用動產 抵押權的規範，屬立法 漏洞）	空缺（應規定准 用抵押權、質權 的規範，屬立法 漏洞）	空缺（應規定 准用抵押權、 質權的規範， 屬立法漏洞）	空缺（應規 定准用抵押 權、質權的 規範，屬立 法漏洞）

至此，我們又可以得出如下結論：動產擔保物權類型的公然“增加”，使人們得以看清楚，擔保物權因類型公然“增加”的僅僅是擔保物權的新名稱，立法並沒有給出這些新名稱擔保物權如同動產抵押權、質權一樣的規範。立法之所以能夠作這樣的處理，全是因為新名稱擔保物權與典型擔保物權類型在內容上的法定同一性。在立法已經給出某名稱擔保物權如動產抵押權、質權較為健全規範的前提下，其後“落戶”的新名稱擔保物權如所有權保留、融資租賃和保理等，就無需再安排專有規範了。這一立法模式迫使新名稱擔保物權之法律適用，首先須參照適用《民法典》擔保物權分編之典型擔保物權類型的規範，其次須適用《民法典》擔保物權分編的“一般規定”。^[59]

五、結束語：擔保物權法解釋的原理

在過去二十五年之餘的時間裡，新中國擔保物權立法疊新推出，其中，《物權法》悄然“減少”了動產擔保物權類型，《民法典》又公然“增加”了動產擔保物權類型。但不論是動產擔保物權類型悄然“減少”，還是動產擔保物權類型的公然“增加”，支撐異樣立法現象背後的法學原理卻沒有兩樣：名稱各異的動產擔保物權內容之法定同一。同理，擔保物權類型之名稱所以能夠在《民法典》中“自由”，皆起因於其權利內容之法定同一，即“所有權保留、融資租賃和保理”等，都是“在受擔保債權數額限度內，對擔保財產變價的受償權”。所以，這些新名稱擔保物權，雖以合同債權形式置身於《民法典》合同編中，卻又得以掛名落戶於《民法典》物權編之擔保物權分編中，且在自身沒有完整規範情況下，皆能夠實現其調整目的。在自身擔保物權法規範供給不足的情況下，這些新名稱擔保物權實現其調整目的的辦法只有一個：適用《民法典》擔保物權分編的“一般規定”，參照適用動產抵押權、權利

[59] 唯一遺憾的是，《民法典》沒有關於所有權保留、融資租賃和保理得准用抵押權、質權的規範。

質權等的相關規定，除非其適用與後者的特殊性相抵觸。

我國的擔保物權法制，從1995年的《擔保法》到2007年的《物權法》，歷時12個春秋；從2007年的《物權法》到2020年的《民法典》，歷經13年冬夏。但今日之《民法典》擔保物權法，在取得巨大立法進步的同時，仍殘留了自《擔保法》機械植入動產抵押權以來形成的結構性立法缺陷。基於學理的思考，我們認為在《民法典》實施後的未來一段時間裏，普及擔保物權法學原理的任務十分繁重。這與動產擔保物權立法實踐走得太快，動產擔保物權法學研究跟進緩慢相關。盡管最高人民法院第一時間出臺了司法解釋，但因“打大補丁”司法解釋的缺位，尚不能根治《民法典》動產擔保物權類型多元結構模式下的結構性立法缺陷。因此，深刻認知動產擔保物權類型多元基礎上類型“減少”與類型“增加”的內在原理，對於《民法典》擔保物權法的司法解釋及法律適用，具有重大價值。^[60]在此基礎上，我們還進一步認為，《民法典》實施經過相當一段時間比如20年前後，將擔保物權法從《民法典》中提列出來，進行一次獨立的鍛造，將其現有的“類型多元結構模式與規範多元立法表達”，改制為“類型多元結構模式與規範一元立法表達”，或者“類型一元結構模式與規範一元立法表達”，極具可能並必要。畢竟，《民法典》擔保物權法“類型多元結構模式與規範多元立法表達”的結構性立法缺陷還在那裏。

Abstract: On the basis of increasing the types of security interests in personal property patently in the way of adding chattel mortgage to The Guarantee Law of the People's Republic of China, the types were decreased obscurely in Property Law of the People's Republic of China by the way of pledge of rights and pledge of movable properties assimilated into chattel mortgage. Civil Code of the People's Republic of China decreases the types of security interests obscurely but truly increases them. No matter what the decreasing or increasing of the types of security interests, both of them are the legislative expression of the essence of security interests in personal property, which is the statutable and identical in the content of rights consensual in title. It is also the theoretical basis of the judicial interpretations of security law: based on the statutable and identical in the content of rights and the consensual in the title of rights, the judicial interpretations should be used as a small patch to close the loophole of individual rule, and it should also be used as a large patch to close the loophole of generic rules simultaneously, which are rules of chattel mortgage shall be applied mutatis mutandis with regard to pledge of rights and pledge of movable properties, and the rules of pledge of rights and chattel mortgage shall be applied mutatis mutandis with regard to the retained of ownership, financing lease and factoring.

Key words: Security Interests; Increasing and Decreasing of Types; Identical in Contents; Consensual in Title; the Judicial Interpretations

（責任編輯：勾健穎）

[60] 現今，越來越多的國家、國際組織頒布了或者建議成員國頒布一元化動產擔保物權法立法模式。其中，包括1994年的發布的《歐洲復興開發銀行擔保交易示範法》，2002年發布的《美洲國家間組織動產擔保交易示範法》2002年發布的《亞洲開發銀行動產擔保機構指南》，以及2005開始討論並於2007年發布的《聯合國國際貿易法委員會擔保交易立法指南草案》，等等。參見張韶華：《歐洲復興開發銀行與國際動產擔保制度改革》，載《銀行家》2006年第11期，第113-115頁。