

动产抵押的登记对抗原理

庄加园*

内容提要：立法者在引入动产抵押时，只借鉴了相对粗陋的规则，既未考虑到担保物权在担保人破产、遭受强制执行时的作用，也未考察声明登记制的公示原理，使其不仅难以发挥预期功效，而且在理论上屡遭误解。动产抵押的登记对抗要件并非用于解决无权处分时的所有权归属，而是具有不同于不动产登记之消极公示、分配清偿顺位、防止欺诈的功能。未经登记的动产抵押权仍具支配权属性，但其优先受偿顺位在破产、强制执行程序中均处于相对劣后的地位。若抵押人将其未经抵押登记的动产无权转让给他人，未登记的抵押权命运应视物权法第106条而定。

关键词：登记对抗 动产抵押 声明登记制 善意第三人

主流学说倾向于根据物权法第24条对机动车、船舶、民用航空器之类特殊动产物权变动的规定构建统一的登记对抗主义，却未充分关注动产之上设立动产抵押的特殊性。一方面，动产抵押设立要件不同于所有权移转。由于第24条是不完全法条，^{〔1〕}必须结合其他规范才能确定所有权何时移转；而第188条明示抵押权自抵押合同生效时成立，动产抵押的设立时间并无争议。另一方面，主流解释论的学说侧重于界定对抗第三人的范围，较少考虑到所有权移转与抵押权设立所面对的利益差别。同时，动产的抵押登记大多照搬不动产物权的公示公信原理，却不及反省登记背后的运作机理究竟如何。

学界几乎一致认为，物权法规定的动产抵押取自美国统一商法典第9编，^{〔2〕}在解释上以美国法为圭臬也就顺理成章。然而，动产抵押在物权法中仅有设立要件与顺位分配的基本规则，既无抵押权实现的特殊规则，亦无破产程序中的受偿顺位规则，能否实现担保物权抵御风险的功能，不免使人生疑。动产抵押虽以合同成立，但只有经过登记，抵押权人才能取得完全效力的物权，这就引发未登记的动产抵押权是否仍属物权的讨论。由此可知，采用登记对抗要件的动产抵押不仅造成对既有权利体系和登记程序的冲击，而且也给空白

* 上海交通大学凯原法学院副教授。

〔1〕 参见崔建远：《机动车物权的变动辨析》，《环球法律评论》2014年第2期，第36页。

〔2〕 参见高圣平：《动产担保交易制度比较研究》，中国人民大学出版社2008年版，第6页；王洪亮：《动产抵押登记效力规则的独立性解析》，《法学》2009年第11期，第90页；龙俊：《动产抵押对抗规则研究》，《法学家》2016年第3期，第43页。

领域的法律适用提出了诸多疑问。

本文期望基于动产担保制度的共性，将动产抵押融入我国担保法体系，并尝试在既有权利体系下适用对抗规则。为此，本文将首先聚焦于未登记动产抵押权的性质讨论，在澄清“对抗第三人效力”与“优先受偿性”的误解之后，探究未登记动产抵押权的具体功能，尤其是其提高担保交易便捷性的功能。其次，探讨美国法下声明登记制的运作原理，并与物权法的公示公信原则进行比较，由此整理归纳登记对抗要件下动产抵押登记的应然功能。最后，在登记对抗范围中区分第三人的不同利益状态，适用不同类型的对抗规则，以确定抵押权顺位或者抵押物归属。由于利益状态不同，第三人的“善意”要求与法律效果也会分别探讨。

一、未登记动产抵押的物权属性与具体功能

在1995年施行的担保法中，无论是企业的设备和其他动产（第42条第5项），还是航空器、船舶、车辆之类的交通运输工具（第42条第4项），抵押设立均采用登记生效要件（第41条）。只有非企业的动产抵押设立适用登记对抗要件（第43条）。但海商法第13条、民用航空器法第16条分别对船舶、民用航空器的抵押权设定采取登记对抗要件。由此，动产抵押的设定规则不仅在担保法之中存有差异，而且就船舶、民用航空器而言，还存在着一般法与特别法的不一致。直到2007年，物权法第188条才最终确定所有的动产抵押均适用登记对抗要件。

动产抵押设立所适用的“合同生效加登记对抗主义”模式，打破了“合意”加“额外行为（登记或交付）”的传统模式。^{〔3〕}同为担保物权的动产质权采用“交付生效”的要件，这一明显不协调的立法模式在学界频遭诟病，甚至激进观点在物权法生效之前就主张废除担保法第43条的登记对抗要件。^{〔4〕}由于物权法第188条明示抵押权自抵押合同生效时成立，登记仅为对抗要件，动产抵押的合意成立要件在解释论上似无异议。动产抵押的症结并非在于已登记的动产抵押如何受偿，而是未登记的动产抵押在理论上如何建构。

其中，首当其冲的疑问便是：既然未登记的动产抵押不得对抗善意第三人，这样的抵押权是否还具有物权属性，抑或沦为普通债权？因为当同一动产上负担多个未登记的动产抵押权时，它们只能平等受偿（物权法第199条第3项）。这一问题的产生，可能产生于对域外术语的误解，也或许可归因于对物权属性的模糊认识。为此，有必要追溯动产抵押的模板——美国统一商法典第9编，就其使用的术语一探究竟。

（一）“完善”作为担保权益的优先权标志

美国统一商法典第9编之下，担保权益的效力区分为“附着”（attachment）和“完善”（perfection）两个阶段。一旦双方当事人订立合同并支付对价，只要没有推迟合同即时生效的意思，担保权益即“附着”，债权人即时获得担保权益，只是担保权益在未“完善”前的效力有所欠缺。《联合国国际贸易法委员会担保交易立法指南草案》与《联合国国际贸易法

〔3〕 Lukas, *Attachment/Creation of a Security Interest Commentary*, in Eidenmüller/Kieninger (eds.), *The Future of Secured Credit in Europe*, De Gruyter Rechtswissenschaft Verlags-GmbH, 2008, p. 138.

〔4〕 参见张长青：《论动产抵押》，《政法论坛》2006年第4期，第161页。

委员会担保交易示范法草案》都没有采用“完善”这一术语，而是采用担保权是否具有“对抗第三人效力”的表述方式。^{〔5〕}根据这样的两分法，担保权益的“完善”就意味着具有“对抗第三人的效力”，未完善的担保权益则“不具有对抗第三人的效力”。^{〔6〕}如果回到债物二分的权利体系之下，担保权益具有“对抗第三人的效力”很自然地转化为“物权效力”，不具有“对抗第三人的效力”就对应为“债权效力”。^{〔7〕}但这种理解未必符合美国统一商法典第9编的立法本意。

根据起草者格兰特·吉尔莫的说明，“完善”一词来自于美国破产法第60条。考虑到债务人破产恰恰是担保权益防范的主要风险，“完善”的担保权益人可以向破产债务人的信托人主张权利。这就意味着，即便破产债务人的信托人享有（假设的）法定担保权，完善的担保权益也不会被债务人的法定担保权人挫败。^{〔8〕}另一方面，“完善”这一术语的使用逐渐从破产法的特殊领域扩展于整个法域，用于描述担保权益不仅存在于当事人之间，而且能对第三人发挥效力。“完善”指的是获得对抗第三人最佳权利的必要条件。第三人主要包括就同一担保物也主张优先受偿的其他担保权益人、债务人破产程序的代理人，在某些条件下甚至包括担保物的买受人。^{〔9〕}但是，即使某一担保权益已经“完善”，根据其“完善”的性质也不能得出任何法律效果，而只是根据该债权人的标志性地位运用优先权规则，来决定其权利相对于其他权利人的受偿顺位。“完善”一词并非教义学上的术语，并非具有单一的、内在的含义，不能据此推导出特定结果。相反，它只是一个优先权领域的工具。^{〔10〕}

在美国统一商法典第9编之下，虽然完善的担保权益已经不能被债务人的担保人或债务人的非担保权人（普通债权人）挫败，但这并不意味着担保权益人可以对抗任意第三人（对世性）。例如，设定担保权益的动产依然可在正常经营范围内有效处分，善意受让人能够无负担地取得设有担保权益的动产所有权。^{〔11〕}虽然担保权益设立在先，但有些超级优先权的担保权益即便登记在后甚至未经登记，也能基于特殊政策优先受偿。立法者需要衡量冲突各方的利益，设计一系列清偿顺位的规则，使得发生、完善在后的一些担保权益在某些条件下也能优先于先完善的担保权益。因此，完善的担保权益只在一定范围内具有优先性，它并非绝对的、可对抗任意第三人的权利。^{〔12〕}

（二）物权属性与优先受偿性的关系

美国统一商法典第9编设有完备的优先权规则，用以决定担保权益之间的清偿顺位，不能对抗第三人效力的担保权益究竟是债权还是物权，对于法律适用并无实际意义。但在中国法体系下，未登记的动产抵押权和其他权利争夺担保物时，从立法中难以得知何种权利优先。未登记动产抵押权的权利性质决定着适用何种权利的规范，对于抵押权人的利

〔5〕 参见《联合国国际贸易法委员会担保交易立法指南草案：术语和建议》第五章、《联合国国际贸易法委员会担保交易示范法草案》第三章。

〔6〕 Harry C. Sigman, *Perfection and Priority of Security Rights*, 载前引〔3〕, Eidenmüller/Kieninger 编书, 第145页。

〔7〕 Anna Veneziano, *Attachment/Creation of a Security Interest*, 载前引〔3〕, Eidenmüller/Kieninger 编书, 第118页。

〔8〕 Grant Gilmore, *Security Interests in Personal Property*, Volume 1, Little, Brown & Company, 1965, p. 435.

〔9〕 前引〔7〕, Veneziano 文, 第118页。

〔10〕 前引〔6〕, Sigman 文, 第145页。

〔11〕 同上文, 第145页以下。

〔12〕 前引〔8〕, Gilmore 书, 第436页。

益关系重大。鉴于效力不完整的动产抵押权在担保物争夺中往往处于劣后顺位，以下质疑随之而生：既然未经登记的动产抵押权不能优先于债权及后设定的物权，其优先受偿性也就徒有虚名，那么它是否仍属于物权？^[13]

如若我们回溯至物权的本质属性，这一疑惑不难获得澄清。物权的本质为人对物的绝对支配力，这是整个物权效力的基础。物权被归纳为支配权，物权所表示的法律关系被定义为人对物的支配关系。^[14] 换言之，物权的绝对支配力与其他效力并非处于同一位阶，其他的物权效力均是物权绝对支配力的具体化，都是从支配力属性派生出来的。^[15] 直接支配性是物权的核心和灵魂。只要一种权利被证明对物具有直接支配性，这种权利就应被划归物权的范畴。^[16]

抵押权的支配性通常表现为，债务人到期不履行债务，或者约定的抵押权实现条件发生时，抵押权人有权对抵押物实施变价权。这一变价权的行使是物权支配性的体现，即物权的实现仅仅依据权利人自己的意思，而不必依靠他人的意思。^[17] 抵押人作为担保人（抵押人非债务人时最明显）并非负有履行义务，而只是容忍抵押人行使变价权。抵押权在历史上来自于赛尔维安之诉（抵押之诉），它与所有物返还之诉都属于对物之诉。其目的在于使抵押物占有者交出抵押物及附属物，以便债权人行使抵押权。^[18] 在德国法上，执行名义不必说明履行金钱数额（债权），而是要求容忍抵押权人基于特定金钱数额（物上负担）从抵押物获得清偿。^[19]

抵押物变价之后，抵押权人得就其变价额优先受偿。一般情况下，优先受偿性表现为抵押权人优先于债务人的其他债权人获得清偿。抵押权的优先受偿性只是物权支配力在抵押物变价时的结果，即相对于债权人呈现为物权优先于债权的结果。^[20] 抵押权人享有的是排除其他债权人优先受偿的特殊地位，^[21] 而非享有排除任何权利人的优先受偿性。当抵押权与其他担保物权竞合时，抵押权人能否就抵押物优先于其他权利人受偿，无法根据物权

[13] Moritz Brinkmann, *Kreditsicherheiten an den beweglichen Sachen und Forderungen*, Tübingen 2011, S. 363; 徐海燕、柴伟伟、冯建生：《动产担保权公示及优先顺位规则研究》，法律出版社2016年版，第108页以下。

[14] 参见孙宪忠：《德国当代物权法》，法律出版社1997年版，第20页以下；温世扬、廖焕国：《物权法通论》，人民法院出版社2005年版，第43页。但学界多数观点仍将物权界定为折中说或对人关系说。参见王利明：《物权法研究》上册，中国人民大学出版社2013年版，第5页以下；梁慧星、陈华彬：《物权法》，法律出版社2010年版，第5页以下；马俊驹、余延满：《民法原论》，法律出版社2010年版，第283页以下。对人关系说的涵义各有不同。有的是从法理学、政治学出发，将法律的本质限定于规范人与人的关系。但这一路径无助于说明物权效力，缺少规范属性。有的则是从物权人对抗非物权人的角度出发，如从某人对社会财产的排他性占有、使用、收益、处分的角度来界定物权的本质。这类人与人的关系，仍是直接支配效力的反射作用，即物权人基于直接支配力而对不特定第三人的排他效力，或者认为第三人负有不妨碍物权人直接支配特定物的义务。这类对人关系说仍是对物关系说的不同角度、不同目的的表述，并不存在根本的对立。参见本注所引温世扬等书，第43页。

[15] 申卫星：《物权法原理》，中国人民大学出版社2008年版，第109页；前引〔14〕，王利明书，第41页以下。

[16] 参见郑冠宇、赵守江：《担保物权的物权属性解读——与孟勤国教授商榷》，《河南省政法管理干部学院学报》2009年第1期，第147页。

[17] 孙宪忠：《中国物权法总论》，法律出版社2003年版，第32页；王利明：《物权法研究》下册，中国人民大学出版社2013年版，第1156页。

[18] Kaser/Knütel, *Römisches Privatrecht*, 18. Auflage, München 2005, S. 156.

[19] [德] 鲍尔、施蒂尔纳：《德国物权法》下册，申卫星、王洪亮译，法律出版社2006年版，第169页以下。

[20] 相同结论参见徐洁：《担保物权功能论》，法律出版社2006年版，第92页。

[21] 前引〔14〕，孙宪忠书，第260页。

支配性获得支持。当同一抵押物负担多个抵押权时，多个抵押权人在各自抵押权实现条件满足时都有权对抵押物行使变价权。但各抵押权人能否获得清偿，则须根据抵押权的顺位而定（物权法第199条）。居于后顺位的抵押权有可能因抵押物变价所得不足而不能受偿或不能完全受偿，但这并不影响后顺位抵押权的担保物权属性。

即便在现行法律体系中，已登记的动产抵押权也不是绝对优先受偿，并非具有对抗任意第三人的权利，它相较于不同优先级的权利人存在强弱之分（主要表现为清偿顺位）。例如，已登记的抵押权在抵押人破产时不能优先于纯债权性质的破产费用、共益费用（企业破产法第41条、第42条）。就海船设立并登记的抵押权往往还面临着各种海事优先权的挑战。因此，同一动产上成立而未登记的抵押权不能对抗已登记的抵押权或其他担保物权，正是不同担保物权之间效力强弱的体现。

（三）未登记动产抵押的具体功能

在未登记动产抵押的权利性质讨论中，有观点认为，未经登记的动产抵押权不得对抗第三人，那么该权利也就不具有排他性，以排他性为前提的物权的妨害排除力也不存在。^[22]相反的观点则认为，既然抵押动产上已成立物上负担，未登记的抵押权效力虽弱于已登记的抵押权，但显著优于只在当事人之间发生债法效力的抵押合同。^[23]欧洲示范民法典草案起草者也认为，即便是成立后未登记的担保物权，也是有效的物权。这类物权不同于传统物权之处在于，它不再局限于必须能够对抗所有人的权利。因此，担保物权不同于能够有效对抗“全部”第三人的物权（如所有权），而是能够有效对抗其他担保权人、担保人即“部分”第三人的物权。^[24]后一种观点区分未登记抵押权与抵押合同之间的不同效力，并指出前者的对抗效力范围，更值得赞同。

这里，对抗“部分”第三人的排他效力主要表现在以下方面：首先，抵押动产若遭第三人侵害而致抵押权不能实现，抵押权人有权请求该人赔偿其抵押权所受损害。其次，若抵押动产的价值因抵押人或第三人的妨害行为而减少或有可能减少，无论该物价值是否足以清偿主债权，抵押权人都有权行使保全请求权（物权法第35条）。^[25]再次，当抵押动产发生毁损、灭失或者被征收等情形时，动产抵押权根据物上代位性得以存于代位物（物权法第174条）。最后，在未登记的抵押动产被转让给第三人时，若第三人明知或应当知道抵押权已设立，则其不能援用善意取得规则获得无负担的物权。其结果便是，未登记的抵押权人也可向抵押动产受让人主张实现其权利（详见下文）。

虽然未登记的抵押权具有上述效力，但这些效力多是对第三人主张，而非发生于担保当事人之间。囿于抵押权实现程序方面的障碍，贯彻登记对抗要件的动产抵押并未真正实现立法者所追求的交易便捷功能。我国2012年修订民事诉讼法以前，担保物权人只有获得对抵押人的胜诉判决之后，才能启动对抵押人的执行程序。这就导致抵押权人实现抵押权

[22] 参见前引〔13〕，徐海燕等书，第109页。

[23] 王泽鉴：《“动产担保交易法”上登记之抵抗力、公信力与善意取得》，载氏著《民法学说与判例研究》第1册，中国政法大学出版社1997年版，第240页；王利明：《试论动产抵押》，《法学》2007年第1期，第29页；高圣平：《登记对抗主义之下的动产抵押登记制度——兼及〈企业动产抵押物登记管理办法〉的修改》，《法学家》2007年第6期，第119页。

[24] 参见〔德〕克里斯蒂安·冯·巴尔、埃里克·克莱夫主编：《欧洲私法的原则、定义与示范规则：欧洲示范民法典草案》第9卷，徐强胜等译，法律出版社2014年版，第21页。

[25] 崔建远：《物权法》，中国人民大学出版社2011年版，第477页。

的成本大大增加，抵押权的实现时间被迫延长，不利于发挥抵押权的担保与融资功能。^[26]担保法及其相关司法解释以普通诉讼程序作为抵押权的实现程序，受到广泛批评。^[27]由于动产抵押无论采用登记生效要件还是登记对抗要件，都需通过普通诉讼程序以获得救济，基于意思自治的登记对抗要件在司法程序中并无太多优势，立法者所期待的交易便捷、效率提高更是无从体现。

相较而言，合意成立的担保权益在美国统一商法典第9编真正地表现出便捷交易的优势，因为担保权益作为物权具有可实现性，可直接对担保物行使权利，而不必依赖于合同相对方的配合。这就意味着，担保合同一经有效成立，无论是否登记，通常都创设了可对债务人或第三人实现（enforceable）的担保权。^[28]债务人违约后，担保权人只要没有违反和平秩序，就能借助于自力救济的方式占有或控制担保物（美国统一商法典第9-609条）。^[29]在违约情形下，担保的实现甚至可以不必诉诸法院而直接拍卖担保物。^[30]担保权人既可选择公开拍卖，也可采用私人出售的方式。普通法系的担保实现一般无须法院参与，也不以执行名义为前提，但任何一方都可以随时请求法院救济。^[31]

我国直到2012年民事诉讼法增添担保物权实现程序作为非讼程序（第196、197条），抵押权人有权向担保财产所在地或者担保物权登记地基层人民法院申请实现担保物权，动产抵押实现程序的便利才逐渐得以体现。非讼程序的审理省却了普通程序的繁琐流程，以形式审查为原则，而且程序简单，适用一审终审，能为抵押权人节约大量的时间成本和费用支出。^[32]抵押权人向法院申请实现抵押权时，若是抵押人、债务人就主债权、抵押权是否存在、权利实现条件是否成就、担保物权行使是否涉及第三人权益等实体性问题提出异议，法院经过形式审查后不能认定主债权或抵押权存在与否的，应裁定驳回抵押权人申请。抵押权人、抵押人或债务人可以通过提起民事诉讼解决该争议。^[33]

有学者梳理担保物权实现程序的裁判文书之后，认为绝大多数审理法院均在非讼程序中对实体性异议作出实质判断，不符合非讼程序的标的要求。^[34]但是，担保物权实现程序设定30日短期审限，决定了其审理范围非常有限，不能达到普通诉讼程序的程序保障，法院所采取的“实质判断”更多地只是初步过滤实体争议。若非如此，被申请人可能为了拖延时

[26] 参见程啸：《论抵押权的实现程序》，《中外法学》2012年第6期，第1200页。

[27] 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编：《中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2007年版，第357页。

[28] 依据美国统一商法典第9-203（b）条，担保权益要具有可执行性，必须满足以下三个要件：双方订立担保合同，被担保人为担保给予对价，担保人对担保物享有权利或处分权。

[29] 担保自力实现的何种情形“违反和平”，美国判例的认定标准相对灵活，并不以侵夺行为为前提。参见宰丝雨：《美国动产担保交易制度与判例：基于美国〈统一商法典〉第九编动产担保法》，法律出版社2015年版，第135页以下。

[30] 美国统一商法典第9-610（a）条规定，债务人违约后，担保人可以出售、融资出租、特许（license）或以任何方式处分当时情形下的担保物。

[31] Eric Dirix, *Remedies of Secured Creditors outside Insolvency*, 载前引〔3〕, Eidenmüller/Kieninger书，第228页。

[32] 参见毋爱斌：《“解释论”语境下担保物权实现的非讼程序——兼评〈民事诉讼法〉第196条、第197条》，《比较法研究》2015年第2期，第85页；丁亮华：《论抵押权之非诉执行实现——〈物权法〉第195条第2款解释论的展开》，《法学家》2013年第4期，第104页；前引〔26〕，程啸文，第1203页以下。

[33] 前引〔26〕，程啸文，第1204页以下；朱阁：《实现担保物权案件特别程序的适用研究》，《法律适用》2014年第8期，第27页。

[34] 参见任重：《担保物权实现的程序标的：实践、识别与制度化》，《法学研究》2016年第2期，第122页。

间,提出实体方面的异议,法院若不予审查就直接驳回申请人的申请,将会完全架空担保物权实现程序。^[35]虽然与美国统一商法典相比,我国的担保物权实现程序还存有诸多不尽完善之处,但该制度所具有的快捷、简便优势,将会促进动产抵押实现程序的效率逐步提升。

二、动产抵押登记的公示公信质疑

无论是动产抵押还是不动产抵押,两者的登记都能保障抵押权人享有优先清偿顺位,由此使得登记与特定的民事法律效果相联系。传统的不动产物权登记不仅决定权利的清偿顺位,而且全面地体现物权的公示公信原理:不动产物权登记具有物权变动效力(设权效力)、权利推定效力和善意保护效力(公信力)。^[36]但美国统一商法典第9编的登记模式迥异于我国的不动产登记程序,^[37]这是否会使得公示公信原理难以移植于动产抵押领域?

生产设备、原材料、半成品、产品等动产,不同于易于特定化的不动产,具有较大的流动性和不确定性,^[38]仅仅根据登记事项,担保财产尚不足以特定化。加之动产种类繁多,价值大小不等,对于价值较小的动产,登记的成本相对高昂。为了降低登记成本与检索成本,并保护担保交易当事人的商业隐私,美国统一商法典第9编采用声明登记制(notice filing)的模式。据此,当事人设立担保权益时只需一个载明基本信息的融资声明,其中仅包含担保人、担保权人的姓名以及对担保物的大致描述,而不必记录担保债务的数额,也不必说明是否存在任何担保债务,甚至连特定财产是否列入担保合同也非必须。负责登记的机关只履行最简单的管理职能,并不负责登记文件的实体审查,^[39]如担保人是否对担保物享有实体法上的权能。如果其他利害关系人想知晓担保的具体信息,只能向担保人 or 担保权人询问。因为担保权人仅负有义务告知尚余债权数额与所涉的具体担保物(美国统一商法典第9-210条),其他信息的查询只能有赖于担保人配合才能获得。就此而言,声明登记制下发挥公示功能的并非登记簿本身,而是登记簿所显示的担保权人。^[40]

登记作为我国不动产物权变动的生效要件,直接决定着不动产物权的发生、移转、变更和消灭。为了保障不动产登记簿上的物权变动与实际权利状况相一致,登记机关必须在登记程序中对物权变动的实体要件进行审查。由此,不动产物权登记的公示公信原理才具有现实基础。美国统一商法典第9编下的声明登记并非权利变动要件,自无设权效力。它既不包含担保物的所有权状况,也不能作为善意取得所有权的连接点。^[41]而且,登记机关不会审查权利发生的实质要件,公信力发生的前提难以满足。^[42]

即便是声明登记的推定效力,也与不动产登记的原理相去甚远。不动产登记簿的推定

[35] 参见王明华:《担保物权实现程序适用中的若干问题》,《人民司法》2013年第15期,第67页以下。

[36] 参见前引〔17〕,孙宪忠书,第184页以下;前引〔14〕,王利明书,第168页以下。

[37] Gerard McCormack, *Secured Credit under English and American Law*, Cambridge University Press, 2004, p. 129. 关于美国声明登记制的特点,参见高圣平:《动产抵押登记的审查责任——基于裁判分歧的分析和展开》,《法学评论》2018年第1期,第169页。

[38] 参见前引〔2〕,王洪亮文,第91页。

[39] 参见前引〔6〕,Sigman文,第153页;前引〔13〕,Brinkmann书,第379页。

[40] 参见前引〔13〕,Brinkmann书,第381页;高圣平:《统一动产融资登记公示制度的建构》,《环球法律评论》2017年第6期,第80页。

[41] 前引〔13〕,Brinkmann书,第378页。

[42] 参见前引〔37〕,高圣平文,第170页。

效力通常表现为积极推定与消极推定两个方面。前者意味着登记簿上记载的物权被推定为存在，后者意味着登记簿上涂销的物权被推定为不存在。声明登记的消极公示效力则更多地意味着，一旦担保权益没有被登记，它就不能优先于其他担保权益受偿。因此，若所涉标的物未被登记，债权人就不必采取进一步的调查措施，有助于节省调查费用。我国动产抵押制度也提供了类似的规范基础。根据物权法第199条第2款，已登记的抵押权先于未登记的受偿，由此，潜在的交易者大可不必担忧隐秘的动产抵押权人突然出现，打乱预计的清偿顺位。但就积极推定效力而言，美国统一商法典第9编的声明登记却不能使人获悉其内容甚至究竟是否存在担保权益。这一登记仅由当事人提供基本信息，其准确性未经实体审查。而且声明登记对担保物的大致描述不够特定化，甚至不足以与特定的担保动产一一对应。登记事项的积极推定效力仅限于警告后续交易者可能存在的担保权益，并使其获得必要信息，以便进一步调查相关情况。^[43]

现代社会的交易相对人通常不会相信债务人的所有财产都未设立担保，而是会估计到债务人财产上或多或少已设立担保。因此，警告功能的发挥空间相当有限。声明登记制所实现的交易安全与效率在于，交易相对方不必去猜测债务人财产的负担状况，而是直接调查登记的担保财产，向担保权利人核实债务人的登记说明是否属实。^[44]

相较而言，我国现行法的动产抵押登记程序并未照搬声明登记制，而是深受不动产登记程序的影响，并随着实践发展形成多元化登记模式。工商行政管理部门负责普通动产抵押登记，其他行政管理部门各自负责其专属的特殊动产抵押登记，登记部门分散，登记程序各不相同。国内学者已经指出，动产固有的不特定性和流动性特点决定了动产抵押权公示方式具有难以克服的重大缺陷。大量的种类物难以被有效区分；动产具有流动性的特点也使得登记簿设置无法参考不动产登记的属地原则加以编制，而且也为查询动产抵押权带来相当的不便。^[45]当然，机动车、船舶、民用航空器虽为动产，却具有区别于他物的可识别特征。由此，它们的抵押登记区别于采用人的编成主义的普通动产，^[46]采用如不动产那般的物的编成主义，似乎满足不动产登记原理适用的现实前提。

有观点认为，动产抵押权以登记来表征抵押权，以变动登记簿的方式来公示抵押权的变动，登记公信力存有为信赖登记的善意第三人提供保护的可能，使其可以善意取得动产抵押权。^[47]《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（下称“担保法解释”）第61条规定：“抵押物登记记载的内容与抵押合同约定的内容不一致的，以登记记载内容为准。”这似乎也暗含着对公信力的支持。从船舶抵押权的申请材料来看，船舶抵押权的登记与不动产抵押权登记较为类似，不仅要求与抵押相关的交易文件，而且还需要表明相关权利人同意设立抵押的文件。^[48]还有学者援引德国船舶登记簿的经验，其内河船舶的登记具有推定力和公信力，因此登记簿上记载的权利人即应推定为真实权利人。^[49]

[43] 前引〔13〕，Brinkmann书，第387页。

[44] 同上书，第387页以下。

[45] 姜战军：《动产抵押制度质疑——以质疑动产抵押的公示及效力为中心》，《法律科学》2005年第6期，第76页。

[46] 参见龙俊：《中国物权法上的登记对抗主义》，《法学研究》2012年第5期，第147页。

[47] 叶金强：《动产他物权的善意取得探析》，《现代法学》2004年第2期，第118页。

[48] 船舶抵押登记所需的文件，参见《船舶登记条例》第20条、《船舶登记办法》第48条。

[49] 王利明：《特殊动产物权变动的公示方法》，《法学研究》2013年第4期，第134页。参见德国关于登记船舶和在建船舶权利的法律（SchRG）第16条。

德国船舶登记簿的经验在于，立法者为规范登记船舶（内河船舶和海船）的物权变动，希望在很大程度上适用不动产物权法尤其是物权变动的登记原则，并采用船舶登记簿的公信力原理。^[50]但推定效力与公信力的前提在于，登记的船舶物权应当与实际状况基本一致。根据德国关于登记船舶和在建船舶权利的法律（SchRG）第3条第1款，内河船舶的所有权变动必须满足物权合意与登记两个要件。^[51]船舶抵押权的设立根据该法第8条第2款适用该法第3条关于物权合意与登记的规则。^[52]由此，登记的内河船舶物权变动原则上以登记为要件，其登记簿的推定力和公信力获得实体法的保障。

我国船舶所有权变动并非以登记为生效要件（无论采取交付主义或合意主义），从而支持公信力的论据无法和现行物权变动规则相契合。鉴于登记簿的公信力是以牺牲真实物权人的权利为代价以保护交易安全，其前提为登记状况与真实权利状况大体一致。既然这一前提无法获得满足，以此为基础的动产抵押登记也就无法保证高度的准确性。尽管特殊动产的识别性远远高于普通动产，使得特殊动产登记与事实的契合度可能高于普通动产，但考虑到特殊动产所有权移转不以登记为要件，即便登记机关实施严格审查，仍无法确保特殊动产的抵押权登记符合真实的权利状况。因为申请登记的抵押人可能在审查之前丧失所有权，作为无权利人设立抵押权；他也可能在抵押登记之后转让所有权，使得登记的所有权人名不副实。因此，特殊动产抵押登记的公信力不宜获得承认，^[53]“担保法解释”第61条应限于不动产抵押领域。

虽然我国动产抵押权设立采用登记对抗要件，但抵押登记程序依然深受不动产登记簿的影响，职权主义干预的登记模式以及公示公信的思想依然居于主导地位。登记的内容不仅涉及申请人主体资格，而且包括抵押合同、担保物权属等实体信息。登记机关作为公权机关而非作为服务机关，对于抵押登记与否具有较大的自由裁量权。虽然2016年修订的《动产抵押登记办法》（国家工商行政管理总局令第88号）第4条已经大大简化申请材料，明确规定要求当事人提交的文件材料中，不包含双方签订的合同和抵押物所有权或使用权证书等文件，^[54]然而，由于动产抵押根据抵押物类型由不同行政管理部门负责登记，规范工商部门抵押登记的《动产抵押登记办法》不能适用于其他部门，特殊动产抵押的申请材料并无太大变化。就最常见的机动车而言，登记机关也需审查有关抵押合同的具体信息。^[55]

[50] 前引[14]，孙宪忠书，第224页；Staudinger/Nöll, 2009, Einleitung zum SchiffsRG Rn. 15. 德国关于登记船舶和在建船舶权利的法律第15条第1款规定，船舶登记簿上记载的所有权人被推定为所有权人（积极推定力），第3款规定，船舶登记簿上涂销的权利被推定为不存在。这两款与德国民法典第891条（不动产登记簿的推定效力）第1、2款一一对应。该法第16条更是几乎复制了德国民法典第892条的不不动产登记簿的公信力。

[51] 登记海船的所有权移转却根据该法第2条适用合意原则，无须登记。但海船登记簿的物权（包括抵押权）同样具有推定力和公信力（德国关于登记船舶和在建船舶权利的法律第15、16条），这似乎使得登记簿的公信力失去了实体法基础。其实，该法第2条的规则在实践中很少适用。因为交易当事人通常采用国际二手船买卖挪威标准合同替代法定的合意原则。据此，海船所有权移转需要交付船舶并符合一系列的技术前提。海船所有权变动之后，买受人会即刻登记所有权，由此使得登记簿上的权利大体上符合真实的权利状况。Staudinger/Nöll, 2009, SchiffsRG § 2 Rn. 9 f.

[52] 无论是登记的内河船舶，还是登记的海船，设立抵押权都适用以上相同的规则。

[53] 前引[23]，王泽鉴文，第249页；前引[2]，王洪亮文，第90页；前引[24]，冯·巴尔等书，第39页以下。

[54] 前引[37]，高圣平文，第174页。

[55] 根据2012年施行的《机动车登记规定》第23条，机动车抵押登记需抵押双方共同申请，并提交机动车所有人和抵押权人的身份证明、机动车登记证书、机动车所有人和抵押权人订立的主合同和抵押合同。车辆管理所应当自受理之日起一日内，审查提交的证明、凭证，在机动车登记证书上签注抵押登记的内容和日期。

但登记机关的审查能力又受到客观条件的限制。在实践中,机动车登记机关采书面审查方式,其审查义务限于申请材料是否齐备、有无明显违法情形,该义务以登记机关的客观审查能力为限。^[56]在船舶抵押申请中,申请抵押的材料依然包括主合同及抵押合同、船舶所有权登记证书或者船舶建造合同等具体交易信息。仅从《船舶登记条例》第21条来看,难以获悉船舶抵押权登记属于实质审查还是形式审查。多数学者认为,船舶的登记审查程序在我国依然实行实质主义审查。^[57]目前船舶抵押的审查程序不仅不能防止登记权利与实际权利出现分歧,而且浪费登记机关大量的时间和精力。有鉴于此,已有海商法学者都呼吁船舶抵押权的登记程序转而采用形式审查。^[58]

由于登记对抗要件下的实体法原理与贯彻公示公信的不动产登记制度无法对接,目前的动产抵押登记既无法实现不动产登记的实质审查,保障登记的正确性,又不能达到声明登记制所追求的简约便捷,节约成本。若能贯彻声明登记制,则能摆脱公示公信原理,发挥其优先顺位分配与警告功能。当然,警告功能也只能促使利害关系人查阅登记,以获悉动产上是否负担有抵押权,必要时可询问抵押权人以核实抵押权的真实状况。

三、动产抵押登记对抗效力的范围

(一) 第三人的范围

一旦我们把动产抵押的登记对应于担保权益的完善,就需要适用一系列优先权规则确定动产抵押的受偿顺位。担保交易的优先权通常被认为仅决定在担保权人之间的清偿顺位,但美国统一商法典的优先权是在广义上使用,指的是两个人都对同一财产主张担保权益的任何竞争。^[59]这样的竞争至少包括每类(完善或未完善的)担保权人与(1)破产程序的管理人;(2)根据司法行为在特定财产上获得权利的债权人;(3)向担保人付出对价的买受人或其他受让人(受让人可能无负担地获得担保物);(4)由担保物的受让人给予担保权益的被担保人;(5)储存或修理担保物的人等。^[60]我国法上也存在类似的竞争类型,动产抵押权人与破产管理人、执行债权人、其他担保物权人也可能争夺同一抵押动产的价值,而抵押动产买受人则可能获得无抵押权负担的动产所有权。由此,牵涉的对抗第三人类型既包括已登记的动产抵押如何对抗第三人,也涉及未登记的动产抵押与第三人之间的关系,当然后者一直是理论和实务关注的重点。

[56] 参见夏文波等与连云港市公安局交通警察支队登记上诉案,江苏省连云港市中级人民法院(2016)苏07行终371号行政判决书。

[57] 参见李海:《船舶物权之研究》,法律出版社2002年版,第64页;李志文:《船舶所有权法律制度研究》,法律出版社2008年版,第198页。《船舶登记条例》第21条规定:“对经审查符合本条例规定的,船籍港船舶登记机关应当自收到申请之日起7日内将有关抵押人、抵押权人和船舶抵押情况以及抵押登记日期载入船舶登记簿和船舶所有权登记证书,并向抵押权人核发船舶抵押权登记证书。”

[58] 参见刘安宁:《我国船舶抵押权登记程序评析》,《中国水运》2012年第12期,第33页;初北平:《“卖契”概念应引入我国船舶登记法律》,《现代法学》2014年第1期,第150页。初文认为,船舶登记机关通过审查经过公证和认证的卖契,并结合船舶买受人提供的船舶交接确认书、船舶登记注销证明等文件,最终以“形式”审查的方式达到“实质”审查的效果。

[59] 前引〔6〕,Sigman文,第146页。

[60] 同上文,第147页。

国内论者多根据物权法第24条解释特殊动产物权变动的对抗范围。但第24条调整一般意义上的物权变动,第188条则规范作为担保物权的动产抵押,后者作为特别法应优先适用。而且,第24条是不完全法条,需要结合其他规范才能确定所有权移转的成立要件,第188条则明示当事人合意就能设立抵押权。因此,虽然两者都采用登记对抗的表述,但所有权与担保物权的效力明显不同,由此决定其对抗范围与冲突类型存在显著差别。

由于所有权具有排除他人妨碍其权利行使的权能,同一物上无法同时存在两个所有权,不相容的冲突意味着最后只有一方能获得所有权。物权法第24条在实质上要解决的问题就是:当所有权人多重处分特殊动产时,究竟哪个受让人最终获得所有权。担保物权却是无排他性的限定物权,在已设定担保物权的财产上设立其他担保物权仍有可能,而且不会侵犯在先的担保物权。由此,物权法第188条更多地涉及到同一动产上负担多个担保物权时,何者能够优先受偿。其对抗效力并非聚焦于权利归属的争议,而是关注(意定或法定)担保物权人、破产管理人、执行债权人等之间如何分配抵押动产的价值。如果抵押动产的价值大于优先顺位的债权价值,后顺位的权利未必完全被排斥,仍有受偿可能。即便抵押动产价值小于优先顺位的债权价值,后顺位抵押权人愿意接受这种清偿不能的风险,立法者也无必要加以禁止。这些权利并非不能相容,只是其清偿顺位如何确定。

当抵押动产被转让时,动产抵押的对抗类型也可能涉及完全不相容的冲突。这里所谓的对抗结果,要么是转让动产继续负担动产抵押,要么是受让人取得无负担的抵押动产所有权而导致动产抵押权的消灭。^[61]有观点认为,第三人能否无负担地取得担保物上的所有权,依据的是物权法第188条。^[62]但该条并无构成要件,登记对抗效力究竟在何种前提下发生,难以知晓。即便参引物权法第199条,由于两者的利益冲突显著不同,抵押权的顺位规则也不足以为取得动产所有权提供依据。对于受让人而言,所谓“不得对抗”就是指该抵押权消灭,受让人取得没有权利负担的财产。这一结果的发生既可能是抵押人获得抵押权人同意处分抵押物,也可能是善意受让人取得无负担的动产。由此,后种情形的“不得对抗”善意第三人,只是重复着物权法第106条的善意取得规则。

较有争议的问题是,未登记的抵押权能否对抗一般债权人即无担保的债权人,包括特定物债权和种类物债权以及金钱债权。^[63]王泽鉴对此持肯定立场,^[64]并得到国内不少学者的赞同。^[65]反对观点则认为,未登记的抵押权作为物权优先于普通债权,有概念法学之嫌。“对抗关系的关键点并非权利性质是物权还是债权,而是是否‘具有物的相争关系’。即使是债权,只要‘取得某种物的支配关系’,也属于不登记不得对抗的范畴。”^[66]这一观点有混淆支配关系与对抗第三人之嫌。债权作为请求权,之所以能对第三人主张,仅是由

[61] 参见前引[25],崔建远书,第447页;汪志刚:《准不动产物权变动与对抗》,《中外法学》2011年第5期,第1035页;陈永强、王建东:《论抵押物转让的法律效果——以对我国〈物权法〉第191条的解释为中心》,《政治与法律》2009年第9期,第76页。

[62] 前引[2],王洪亮文,第94页。

[63] 前引[23],王泽鉴文,第228页。

[64] 同上文,第243页以下。

[65] 前引[17],王利明书,第1194页,第1274页;前引[25],崔建远书,第447页以下;韩立新、侯玉晟:《论船舶抵押权的对抗效力及受偿顺序》,《中国海商法年刊》2004年,第28页以下;关正义、刘安宁:《船舶抵押权登记若干法律问题研究》,《中国海商法年刊》2011年第2期,第70页以下。

[66] 前引[46],龙俊文,第150页。

于特定原因扩大其对抗范围。例如，债权的预告登记只是使得请求权的效力在某种程度上得到加强，并不表示债权成为支配权。^[67]

本文认为，法律概念仍为分析的出发点，若无利益衡量与之相左，不应任意偏离。动产抵押权作为物权，对物享有支配力。相反，无担保债权人仅享有债权，只能请求债务人给付，并不能支配作为抵押动产的责任财产。而且，当第三人为特定债权人提供动产抵押时，债务人的一般债权人更无权染指该财产。因此，法院扣押抵押动产之前，无担保债权人并不会与动产抵押权人发生冲突。如果他们之间的冲突引起公法介入，就不再是纯粹私法意义上的争夺。例如，法院对抵押动产实施查封，导致抵押人对该动产的处分权受到限制。^[68]再如，在抵押人破产程序启动时，不仅抵押人对其财产的处分权被剥夺，而且意味着个别清偿的终止（甚至包括担保物权），抵押人所有的债权人进入平等受偿的领域。由此，即便是没有担保物权的债权人也不再属于私法意义上的一般债权人，这时的清偿顺位应根据破产法与强制执行法的一般程序加以调整。

（二）优先顺位的分配

现行法不仅赋予抵押登记在清偿中享有顺位分配的功能，而且将该功能贯彻到某种极致：未登记的抵押权不能享有优先清偿的顺位。物权法第 199 条第 3 项改变了担保法第 54 条的清偿顺序，将未登记动产抵押权之间的清偿顺位由“按照抵押合同生效时间确定”改为“抵押权未登记的，按照债权比例清偿”。据此，未经登记的抵押权彼此之间仅具债法效力。这一规定明显不同于未登记担保权益按照成立时间先后决定顺位的原则（美国统一商法典第 9-322（a）条（3））。其主要理由在于：第一，强化抵押权的登记公示要件，清偿顺位的分配只由抵押登记来决定；第二，防止抵押人与某一抵押权人恶意串通，擅自变动签约日期以获得优先受偿。^[69]就此而言，抵押登记防止欺诈的证明功能在物权法第 199 条的顺位分配中也得到印证。

前文已述，基于合意设立的动产抵押权并不因为对抗效力不完全而被否认物权属性，它的对抗效力尤其体现在与其他无对抗效力的担保物权竞合之时。无论在美国统一商法典第 9 编还是欧洲示范民法典草案（第 IX-4:101 条第 4 款），都使得未完善或无对抗效力的担保物权之间的清偿顺序按照成立时间决定，即先成立的担保物权先于后成立的担保物权就同一担保物清偿。我国现行法基于政策考量肯定未登记的抵押权之间受偿适用平等原则，将会削弱未登记抵押权的对抗效力，并使得未登记的抵押权被误认为仅具有债法效力。

当同一动产先后负担未登记抵押权和已登记抵押权时，常出现这样的问题：若第三人明知在先的未登记抵押权存在，它的权利是否因为非善意而不能对抗在先的未登记抵押权？

[67] 虽然承租人也对租赁物享有占有、使用的权利，甚至表现为租赁权人不依赖于其他人支配租赁物，但这只是基于占有事实的租赁权加强效果。一方面，如果出租人不听任承租人使用租赁物，或者出租人不向承租人交付租赁物，承租人只有权请求出租人交付或听任其使用租赁物，并无对租赁物的支配权。另一方面，承租人占有租赁物之后，有权作为他主占有人请求排除第三人的妨害，甚至在“买卖不破租赁”时向租赁物买受人主张承租人地位。我国合同法第 229 条“买卖不破租赁”并未明示须以承租人占有为前提，使得承租人保护容易被滥用。

[68] 类似结论参见龙俊：《公示对抗下“一般债权”在比较法中的重大误读》，《甘肃政法学院学报》2014 年第 4 期，第 42 页以下。

[69] 参见王闯：《动产抵押制度研究》，载梁慧星主编：《民商法论丛》第 3 卷，法律出版社 1995 年版，第 459 页以下。

物权法第188条将不得对抗的第三人范围限缩为“善意第三人”，是否也暗含这一意思？我国台湾动产担保交易法第5条也有类似规定，动产担保交易非经登记，不得对抗善意第三人。对此，较有代表性的观点主张贯彻恶意不受保护的基本原则，若抵押权人明知已有其他未经登记之动产抵押权存在，即使进行抵押登记，其抵押权效力仍然不能优先。^[70]

普通法上确有判例认为，若后登记的抵押权人知悉在先未登记的抵押权，便劣后此抵押权的清偿顺位。^[71]但美国统一商法典第9编改变了传统规则，使得担保权的优先顺位完全根据登记时间决定。其理由在于，后登记的抵押权人是否知悉在先设立的抵押权，在证明上非常困难。而且，这样做其实是鼓励懒惰的不调查者，惩罚勤勉谨慎的人。因为抵押权人一旦调查就可能知道在先抵押，而不予调查就终为善意。后抵押权人若在订立抵押合同后知悉该事实，又会因面临顺位下降而相应要求改变抵押合同的权利义务，如要求提高贷款利率或要求对方提供其他担保，这将给交易带来极大的不确定性。^[72]对此，吉尔莫指出：“知道与否是一个很难证明的纯主观的事实问题，除非存在压倒性的政策论据有益于该标准的适用，否则应始终明智地丢弃该标准，并根据一些更容易确定的客观事件来决定，比如登记日期。”^[73]各方竞争的不过是清偿顺位，担保权人应尽早完成登记，原则上不应考虑其他因素。

笔者以为，除了证明标准与确定性要求之外，立法者之所以在担保交易中舍弃明知要求，主要是考虑到担保交易与善意取得的不同法律性质和结果。在后者，出让人为无权处分，受让人的善意需要弥补出让人处分权的缺陷（无权使受让人获得无动产担保的动产）。若受让人明知让与人无处分权仍为交易，则其行为应受责难。而在前者，担保人仍有权在同一动产上设定多次担保，每次担保设定都是有权处分。担保权人只是争夺担保物的清偿顺位，即何人的担保权处于优先清偿的地位。即便其在竞争中处于不利境地，至多只是顺位劣后，不会引发权利丧失的后果。由于担保交易更多地只是涉及清偿顺位的商业竞争，即使后顺位的担保权人得知在先抵押的事实，主观上也不具有可归责性。所以，物权法第188条中的第三人“善意”应被解释为客观善意，只取决于动产抵押是否登记。

除了同一动产上设立多个抵押的顺位争夺之外，抵押权与质权也可能发生清偿顺位的竞争。若抵押权与质权并存于同一动产时，由于质权成立原则上需要交付质物，所以质权成立时就已完成公示要件。因此，两者的优先顺位首先依赖于抵押权是否完成登记。具体言之，若甲为担保其与乙的债权，将其所有的机动车为乙设立抵押权。但甲乙双方仅订立动产抵押合同，并未完成抵押登记。后甲又将该车为丙设立质权，并交付于丙。此时，即便动产抵押成立在先，由于未进行登记，不得对抗同一动产上后设立的质权。^[74]即便后者明知前者已设立动产抵押，只要后者的质权成立，就能优先于未登记的动产抵押受偿。其原因与动产抵押的顺位竞争相同，都是根据公示要件决定担保物权的优先顺位，即适用客观善意的要求。

[70] 前引[23]，王泽鉴文，第242页；高圣平：《动产抵押制度研究》，中国工商出版社2004年版，第312页。

[71] 前引[37]，McCormack书，第154页以下。

[72] 同上书，第155页以下。

[73] 前引[8]，Gilmore书，第902页。

[74] 参见贾国旗与李登望等案外人执行异议之诉纠纷上诉案，河北省邯郸市中级人民法院（2016）冀04民终5001号民事判决书。

如果动产抵押登记在先，出质在后，抵押权人完成抵押登记，他应优先于质权人受偿。因为两个担保物权都完成公示要件，自应按照公示时间先后来决定受偿顺位。在先设立动产质权的情形下，尽管动产已经移转占有，但抵押权设立只需要双方订立书面合同，不以抵押人占有动产为前提。所以，这种竞合仍有现实可能。^[75]即便出质人不享有直接占有，仍可通过指示交付（让与返还请求权）设立质权，之后再与第三人设立动产抵押并完成抵押登记，并无制度上的障碍。由此，“担保法解释”第79条所谓已登记抵押权始终优先于动产质权的规则，有欠周全，不应适用于动产抵押的以上竞合情形。

（三）破产程序与执行程序的效力

动产抵押对抗风险的功能，主要表现于抵押物被查封、扣押时或者抵押人陷入破产程序等时刻，抵押权人相对于其他担保债权人、无担保债权人能否就抵押动产获得优先受偿。这里仍是对同一抵押动产上各权利优先顺位的分配，延续着担保物权清偿顺位的争夺，只是破产程序与执行程序的启动，使得实体法上的权利行使受到一定程度的程序限制。遗憾的是，我国企业破产法和民事诉讼法均未明示动产抵押权人究竟享有何种权利。

根据企业破产法第109条，对破产人的特定财产享有担保权的权利人享有优先受偿权，破产法理论称其为别除权。但哪些权利能成为别除权的基础权利，只能依民商法及其他有关法律确定。一般认为，抵押权属于别除权的基础权利。^[76]已登记的动产抵押权人可根据别除权就抵押物优先受偿，并无太大争议。但未登记的动产抵押权在抵押人陷入破产程序时发挥何种效力，学界意见不一。^[77]多数司法判决肯定未登记的抵押权人也享有别除权，较有代表性的理由在于：“因就法律性质而言，物权具有排他性，其效力恒优先于债务人之一般债权，此为民法上的基本规则。动产抵押权既属物权，理应优先于一般债权，登记与否不能影响其物权优先效力。”^[78]争论背后的理由是，未登记的动产抵押权若不能对抗第三人，似有违物权的对世性特征。

正如前文所言，当不同的担保物权人争夺同一担保物时，权利的物权性质不能就它们之间的清偿顺位提供依据，抵押权人通常根据时间先后决定清偿顺位。担保物权人能否在担保人破产程序中享有别除权，在更大程度上取决于破产法自身的规则设计，尤其是平衡担保权人与普通债权人的担保公示制度。尽管罗马法不以登记为要件的动产抵押也为欧陆民法所继受，但时至19世纪，法国民法典肯定动产质权设立以交付为生效要件，并得到欧陆国家（荷兰、意大利、西班牙、德国）的追随。德国1877年的旧破产法排除非占有型质

[75] 前引〔69〕，王闯文，第465页。

[76] 参见韩长印：《新编破产法教程》，中国政法大学出版社2016年版，第154页；王欣新：《破产法》，中国人民大学出版社2011年版，第297页；程啸：《担保物权研究》，中国人民大学出版社2017年版，第166页。

[77] 否定未登记的抵押权享有别除权的观点参见前引〔68〕，龙俊文，第39页以下；谢在全：《民法物权论》中册，中国政法大学出版社2011年版，第935页。肯定观点参见许德风：《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403页以下。

[78] 参见王兴合与济源市万宝金铅有限公司破产债权确认纠纷案，河南省济源中级人民法院（2015）济中民终字第250号民事判决书。相同立场参见湖南省益阳市通程水泥有限责任公司与凌爱如别除权纠纷案，湖南省益阳市中级人民法院（2014）益法民二终字第199号民事判决书；德州华源生态科技有限公司与陵县宝鼎纺织有限公司别除权纠纷再审案，山东省德州市陵城区人民法院（2015）陵民再初字第1号民事判决书。

权在破产程序的别除权，最终导致无登记方式的动产抵押逐渐消亡。^[79]自近代以来，未登记的抵押权在大陆法系和普通法系都逐渐丧失优先受偿的效力，甚至处于劣后清偿的地位。^[80]绝大多数国家的法律秩序都憎恶秘密的担保权，它会使得债务人的财产表面上没有负担，可能构成对普通人的欺诈。^[81]债权人基于对权利表象的信赖，会以为债务人的责任财产比真实情况要多，从而与债务人进行交易。^[82]

抵押登记的时间不仅具有决定清偿顺位的功能，而且发挥着证明实体权利存在的功能。为了避免抵押权人嗣后证明权利的困难，实体权利必须依托于现存的连接点——登记日期。更重要的是，独立于交易当事人的中立机构或者国家机关负责抵押登记，既避免倒签日期的风险，也解决抵押日期的证明问题。无论抵押合同采取口头形式还是书面形式，都不足以发挥如同登记那样的证明功能。前者可能导致有关合同订立日期的证人问询耗时较长且效率低下。即便采用后者也不能解决证明难题，因为当事人不仅可能倒签抵押合同日期，以获得优先于其他担保权人的清偿顺位，而且还会导致担保交易从破产撤销期限内移出，使其免受破产撤销权的影响。^[83]由此，登记制度被视为某种形式上防止债权人欺诈的保险，^[84]保障优先权和破产撤销权的顺利实现。

我国现行法基于政策考量肯定未登记的动产抵押权之间适用平等原则受偿，也暗含着否定未登记动产抵押权人享有别除权的意图。动产抵押权虽自抵押合同成立时生效，但同一动产先后设立的未登记动产抵押权按照债权比例平等受偿，这种情况在强制执行程序并不多见，因为执行程序奉行“先到先得”的原则，先扣押者通常可向执行法院请求优先受偿。^[85]而在破产程序开始时，若各动产抵押权都未登记，只能按照各自债权比例清偿，正好与第199条第3项的结果不谋而合。这一态度至少表示立法者并不愿意在受偿顺位上优待未登记的抵押权。

在美国，虽然未完善的担保权益人也享有担保权益，但它劣后于在其完善之前获得司法担保权的债权人（judicial lien creditor）^[86]（美国统一商法典第9-317条），也就是不能对抗破产程序中债权人的信托人（破产管理人）。^[87]更为重要的是，美国破产法第544（a）（1）条被称为强臂撤销权条款，它授权破产管理人撤销未登记担保权人的优先受偿权。^[88]信托人、任何债权人对债务人的财务状况等的任何实际知悉，都不影响强臂撤销权的适用。管理人被不可推翻地拟制为毫不知悉，实际证明信赖的存在既无必要，亦无实益。

[79] Willem J. Zwolve, *A Labyrinth of Creditors: A Short Introduction to the History of Security Interests in Goods*, in Kieninger, *Security Rights in Movable Property in European Property Law*, Cambridge Press, 2004, p. 47.

[80] 前引 [37], McCormack 书, 第 149 页。

[81] 同上书, 第 150 页。

[82] [美] 查尔斯·J. 泰步:《美国破产法新论》中册, 韩长印、何欢、王之洲译, 中国政法大学出版社 2017 年版, 第 520 页。

[83] 前引 [13], Brinkmann 书, 第 390 页以下。

[84] 前引 [37], McCormack 书, 第 136 页; 前引 [6], Sigman 文, 第 151 页。

[85] 虽然执行债权人在执行债务人财产被查封或扣押时可优先受偿, 但此时他能否获得担保物权, 我国民事诉讼法并未明确, 债权人只是在程序上获得一定的优先清偿可能。

[86] 司法担保权的债权人通过判决、征税、扣押或其他法律或衡平程序获得担保权（美国破产法第 101 条第 36 项）。这种法定担保物权, 类似于德国法上的扣押质权或查封质权。

[87] 前引 [8], Gilmore 书, 第 435 页。

[88] 参见前引 [68], 龙俊文, 第 45 页以下; 前引 [37], McCormack 书, 第 148 页。

即使管理人实际上确实知道该未登记担保权益的存在，管理人也会被拟制为并不知情。^[89]由此，即便在破产程序的担保物争夺中，客观善意的要求也得到完全贯彻。一旦破产管理人行使强臂撤销权，将使得该担保物纳入破产财团，未登记的担保权人将转变为无担保债权人，只能按照债权比例受偿。^[90]

欧洲示范民法典草案也采取了相同的立场。根据该草案第 IX-3:101 条第 1 款，未登记的担保物权不具有对抗以下类别第三人的效力：……b) 已经进入担保财产执行程序并依法取得优先保护地位以对抗轮候执行的债权人；c) 符合本章规定条件的担保人的破产管理人，构成例外情况的除外。因此，只要债权人依其对担保人的履行请求权提起个人强制执行程序，无论其是否有担保，无对抗效力的担保物权都不能对抗该强制执行程序。^[91]若参考以上立法例，则未登记的抵押权人在执行程序与破产程序中都将处于劣势。民事执行程序的查封债权人、扣押债权人与破产管理人类似，宜作相同对待，优先于未登记抵押权人受偿。^[92]

(四) 转让抵押动产与善意取得

当抵押人向第三人处分抵押动产时，可能会发生抵押权人与受让人的对抗问题。立法者为保护抵押权人利益，特设物权法第 191 条第 2 款：未经抵押权人同意，抵押人原则上不得转让抵押财产。其实，相对于不动产转让频率相对较低，动产在交易中流转频繁。抵押人需要在转让中变现抵押动产，以便获取资金偿还担保债务，成为经济上的常态。根据物权法第 189 条第 2 款，企业、个体工商户、农业生产经营者将现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品设立“浮动抵押”，这类抵押权不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人。也就是说，无论浮动抵押是否登记，无论买受人是否知晓抵押存在，他都可以无负担地获得所有权。^[93]但物权法第 189 条第 2 款仅适用于浮动抵押，且其主体与抵押物范围过于狭窄。若抵押物为特定的机动车、船舶、民用航空器，则难以归入浮动抵押；抵押人如为非个体工商户、农业生产经营者之类的自然人，也不符合主体的严格要求。^[94]

若抵押权人明示或默示授权抵押人在正常经营范围内处分抵押动产，便构成物权法第 191 条第 2 款的抵押权人同意。据此，抵押人获得处分权转让无负担的抵押动产，处分所得的债权又会通常经过预先约定成为抵押权人的担保。这类授权处分抵押物的同意在发达国家十分常见。在动产担保普遍采取让与担保或所有权保留的德国，担保人出卖担保物的，需要依赖于德国民法典第 185 条。无权处分人可以事先获得所有权人的许可或事后被追认。该转让许可既可通过当事人明示约定而发生，也可被默示推定。美国统一商法典第 9-320

[89] 前引 [82]，泰步书，第 520 页。

[90] 张玉海：《登记对抗主义下未登记抵押权在抵押人破产时的效力》，《法律科学》2016 年第 5 期，第 122 页以下。

[91] 前引 [24]，冯·巴尔等书，第 144 页。

[92] 未经登记的动产抵押权不得对抗执行债权人，参见王弼浩、黄春根等案外人执行异议之诉，江苏省镇江市中级人民法院（2015）镇民终字第 2442 号民事判决书；李治军等诉府谷县银丰融资担保有限责任公司案外人执行异议之诉案，陕西省榆林市中级人民法院（2016）陕 08 民终 745 号民事判决书。

[93] 前引 [68]，龙俊文，第 49 页。

[94] 2018 年 9 月 5 日全国人大常委会公布的民法典物权编草案第 195 条删除了物权法第 189 条第 2 款对主体与抵押物的适用限制，将“正常范围经营规则”扩大为动产抵押的一般原理，值得赞同。

(a) 条与德国法有异曲同工之妙。正常交易中的买受人之所以不受不动产权益的限制, 在于正常经营范围的转让主要发生于存货销售, 这里通常伴随着担保权人明示或默示授予的销售许可。^[95]

当抵押人获得处分授权时, 抵押动产的转让成为有权处分, 无论抵押是否登记, 受让人都可取得无负担的所有权。只有当抵押物被以严重偏离市场价格出售时, 由于出卖所获债权数额低于被担保债权, 该处分才会超出正常经营范围。^[96] 担保物受让人也应对这类不正常的交易稍加调查, 以确信出让人的正当权源。若受让人未为以上调查义务, 则有可能因恶意而无法获得善意取得的优待。

如果抵押人未获抵押权人同意而转让抵押物, 是否发生不得转让的结果? 若聚焦于动产转让, 多数观点支持善意受让人取得无负担的动产所有权, 尽管其论证依据各有不同。^[97] 若直接承认转让有效也无损于国家利益和社会公共利益, 该规定便不属于效力性强制规定,^[98] 则抵押动产转让有效。受让人能否取得无抵押负担的动产所有权, 则视物权法第 106 条的构成要件而定。也有观点认为, 物权法第 191 条第 2 款虽为阻止转让的强制性规定, 但仍有以下例外: 采用登记对抗要件的动产抵押, 若未经登记, 第三人可根据善意取得规则使得原抵押权消灭。^[99] 由此, 物权法第 191 条第 2 款并不足以成为适用善意取得规则的例外。

受让人若要适用物权法第 106 条, 动产抵押是否登记, 至关重要。一旦动产抵押权获得登记, 第三人的善意便很容易被推翻。例如, 甲将船舶抵押于乙并为登记后, 又将船舶出卖于丙, 即使受让人丙未为查阅, 其善意也不能成立。因为他只要查阅登记, 便很容易获悉抵押权状况。如果他没有这样做, 就会因重大过失而不知成为恶意。所以, 即便第三人已占有动产抵押物, 也将由于不能满足善意要求而使动产仍负担着抵押权。

较有争议的是, 当负有未登记抵押权的动产被出让给第三人时, 物权法第 106 条的构成要件能否完全适用, 尤其是受让人的善意如何认定。这时, 抵押顺位争夺中的客观善意要求能否适用, 能否将未登记的抵押权推定为不存在, 使得受让人无论是否知情都取得无负担的所有权? 有观点认为, 如果动产抵押未办理登记, 则欠缺公示的抵押权当然让位于受让人的所有权, 即便受让人明知抵押权存在的事实亦然。^[100] 但正如前文所述, 设立抵押权与取得所有权对交易相对人的主观要求有所不同。抵押权的设立仅为确定清偿顺位, 不排除抵押动产负担其他权利, 善意取得则导致原有物上负担消灭, 因此后者要负有更高的注意义务。受让人是否构成善意, 需要考虑他是否明知交易对方无处分权或因重大过失不知

[95] Carl Felsenfeld, *Knowledge as a Factor in Determining Priorities under the Uniform Commercial Code*, 42 N. Y. U. L. Rev. 246, 265 (1967).

[96] BGH WM 1969, 1452.

[97] 参见王利明:《抵押财产转让的法律规制》,《法学》2014年第1期,第111页;前引〔61〕,汪志刚文,第1034页;前引〔61〕,陈永强等文。

[98] 前引〔61〕,汪志刚文,第1034页。也有观点认为,该条的禁止让与只发生相对于抵押权人无效的效果。参见前引〔61〕,陈永强等文,第75页。2018年9月5日公布的民法典物权编草案第197条第1款虽然规定抵押人在抵押期间转让抵押财产的,应当通知抵押权人,但将该规则作为任意性规则,允许当事人自由约定。更为重要的是,该条第2款第1句直接规定“抵押财产转让的,抵押权不受影响”。这似乎可以解读为抵押权的物上追及力获得承认。抵押权人是否同意转让抵押,不会影响抵押权的存续。

[99] 前引〔97〕,王利明文,第111页。

[100] 参见孙鹏、杨会:《论动产抵押物的转让——兼析动产物权公示方式之调整》,《西南政法大学学报》2005年第2期,第30页。

前述事实。在此，善意特指是否明知或因过失而不知抵押物上设有在先未登记的抵押权。^[101]例如，美国统一商法典第9-317(b)条规定，如果买受人要无负担地获得担保物所有权，必须不知担保权益，而且该担保权益尚未完善。在我国法上，受让人若明知动产抵押的存在或因重大过失而不知抵押权，将排除善意取得的适用，其结果便是转让动产依然负担着先成立的（未登记）抵押权。

由于特殊动产占有的公信力低于登记，善意取得的第三人不能仅凭占有的事实相信占有人享有处分权，判断其善意时需结合更多其他因素。^[102]同理，特殊动产的所有权人登记的可靠程度也远逊于不动产登记簿的权利登记。仅凭登记一项因素，特殊动产的登记权利人尚不足以被推定为所有权人。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释（一）》（法释〔2016〕5号）第17条要求考虑交易的对象、场所或者时机等是否符合交易习惯，对于特殊动产的善意取得应该同样适用。当抵押人将二手机动车转让给第三人时，后者应仔细核查车辆的号牌、《机动车登记证书》、《机动车行驶证》、有效的机动车安全技术检验合格标志、车辆保险单、交纳税费凭证等相关材料。因此，当抵押权人虽未登记抵押权，却留存抵押车辆的机动车登记证书时，该车的受让人没有进一步查明诉争车辆的来源，并且在没有核查该证书的情况下就与出让人签订了转让协议，没有尽到上述审查义务。由于受让人欠缺一般人起码的注意义务，其因重大过失而不知抵押权成立，他只能获得负担抵押权的动产，并蒙受因抵押权执行对该动产的不利后果。^[103]

结 语

中国继受以潘德克顿体系为标志的德国民法，始于清末变法，至今已有百余年历史。自改革开放以来的私法继受又受到普通法系的影响，不可避免地走上混合继受的道路。两大法系对所有权内涵的不同认识，使得在各自体系建构的物权法（财产法）难以移植于其他法域。英美法系的担保法制度移植于现行法之后，增加了现行私法体系内不和谐的制度因素。^[104]

动产抵押的引入使得担保人也可设立非占有型的动产担保物权，由此一方面保留担保物的使用收益可能，另一方面又充分发挥了担保动产的交换价值。这种新型的担保物权能更好地满足现代社会的担保需求，但其引起的直接法律障碍却是，动产抵押的登记对抗要件在继受潘德克顿体系的现行法中难以找到理论支撑。不仅登记对抗要件下所有权移转与设立担保物权的差异被忽略，而且声明登记制迥异于不动产登记制度的运作原理也被曲解，

[101] 学者指出，此种情形下受让人的善意是指不知道或虽应知道却非因重大过失而不知道受让财产上存在抵押权负担的善意。这种情况可以参照适用物权法第108条的规定，使得抵押权消灭。参见程啸：《论抵押财产的转让——“重庆索特盐化股份有限公司与重庆新万基房地产开发有限公司土地使用权转让合同纠纷案”评释》，《中外法学》2014年第5期，第1390页。

[102] 参见河南省泰起重机械有限公司诉江苏翔晟钢材市场管理有限公司买卖合同纠纷案，江苏省金湖县人民法院（2013）金商初字第0498号民事判决书。

[103] 参见傅绍滨与刘永生、李涌华、张景风申请执行人执行异议案，延边朝鲜族自治州中级人民法院（2015）延中民一终字第65号民事判决书。

[104] 参见刘颖：《中国民法中的“层累现象”初论——兼议民法典编纂问题》，《东方法学》2015年第2期，第43页。

使其与原有制度渐行渐远。当时的立法移植只是引入了动产抵押的构成要件与顺位分配的一般规则，却未考虑其他衔接担保权实现的相关规则。随着实践的展开，各种法律适用的难题逐渐暴露出来，让人无所适从。

现今的中国立法并非缺乏继受比较法的勇气，而是欠缺立法时的通盘考虑与周密计划。成功的法律混合继受通常都要经历引入、回应、同化、融合四个阶段。目前的动产抵押发展更多地处于回应阶段，登记对抗要件的动产抵押与移转占有生效的动产质权的并存模式还将长期持续，动产抵押对抗其他权利的规则处于大规模的空白状态。这是一个缓慢的阶段，有时也是一个不完满的阶段，可能发生失败的尝试、有争议的分析甚至错误的转向。^[105]只有经历这样的阶段，继受的制度才能与其输出国体系逐渐分离，与本国既有法相互协调并得以重构。在这一进程中，作为舶来品的动产抵押的继续完善不仅依赖于民事实体法的解释学，更需要与民事诉讼法、破产法等相关学科通力协作，这样才能为域外制度的整合提供必要的法律框架。

Abstract: When the chattel mortgage was introduced into China, only relatively rough rules were transplanted. The legislator neither considered the role of the chattel mortgage in the bankruptcy and enforcement of the guarantor, nor examined the publicity principle of the notice filing system. As a result, chattel mortgages are not only unable to function as expected, but also theoretically misunderstood in China. Registration confrontation element of chattel mortgages has the functions of negative publicity, priority allocation, and prevention of fraud. Negative publicity means that if a chattel mortgage is not registered, it cannot be paid in preference to other security rights. Therefore, if the chattel in question is not registered, the creditor does not have to take further investigation measures. The effect of priority allocation allows the mortgagee to determine the outcome of the priority competition with other interested parties on the basis of the registration time. Since a secret security right would make the debtor's property superficially unburdenable, it may constitute fraud against ordinary people. Therefore, the registration system is regarded as some form of insurance against creditor fraud. An unregistered chattel mortgage is not an obligation right, but still a real right. It is in a relatively inferior position in term of priority in bankruptcy and enforcement procedures. If the mortgagor has no right to transfer unlicensed chattels to a third party, the fate of the unregistered mortgage shall be determined in accordance with Article 106 of the Property Law.

Key Words: registration confrontation, chattel mortgage, notice filing system, goodwill third person

[105] Kenneth G. C. Reid, *The Idea of Mixed Legal Systems*, 78 Tulane L. Rev. 5, 28 (2003 - 2004).