

论《民法典》实施后所有权保留出卖人 取回权的行使规则

李 昊

(中南财经政法大学法学院 湖北武汉 430073)

内容提要:我国所有权保留买卖的担保构造因取回权和回赎权的制度安排而呈现占有控制和变价清算的“双层效力”。《民法典》第642条第2款确立了保留所有权出卖人在与买受人协商失败时可参照适用担保物权的实现程序行使取回权的规则,但鉴于实现担保物权案件适用特别程序的前提在于非诉性,必须重新审视《民法典》第642条第1款的规定,从取回权行使与担保物权实现程序的类似性证成出卖人行使取回权案件的非讼性质。参照适用规则过于注重便捷性,可能会导致《民法典》第643条规定的买受人回赎权的落空,为了避免这一利益失衡,出卖人取回权行使对“担保物权的实现程序”的参照在适用结果上不包括变价清算,仅在于使出卖人重新实现对标的物的占有,而对于管辖、申请、审查、异议、询问、程序转换等规定则可进行参照适用。

关键词:所有权保留 取回权 回赎权 特别程序 参照适用

一、《民法典》第642条第2款导致的体系矛盾

我国《民法典》对所有权保留制度进行了担保化改造,主要体现在两个方面:其一,确立所有权保留登记对抗制度;其二,新增出卖人取回权行使参照适用担保物权实现程序的规定。^①前者引发了学者对非典型担保与典型担保的体系联动问题的广泛关注;学界对后者却多持欣然接受的态度,很少质疑该款的合理性,甚至忽视了其与其他制度之间的体系互动关系。《民法典》第642条第2款顺应了司法实践的需求,达到了降低交易成本、提高效率的目的,^②出卖人在行使取回权时可以省去诉讼环节,直接向法院申请执行。但自理论观之,该款规定直接导致了体系上的矛盾:一方面,该款规定与《民法典》第643条(回赎权)的规范目的存在龃龉;另一方面,与《民法典》第642条第1款之间也缺乏体系协调性。

作者简介:李 昊(1977—),男,汉族,山西晋城人,中南财经政法大学教授、博士生导师。

^① 参见易军:《我国〈民法典〉买卖合同制度的重大更新》,载《法学杂志》2022年第2期。

^② 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编释义》,法律出版社2020年版,第409页。

(一) 买受人回赎权落空

所有权保留买受人要行使回赎权需满足的条件包括:(1)出卖人已经依据《民法典》第642条第1款规定取回标的物;(2)买受人在回赎期间内消除了出卖人取回标的物事由。如果出卖人未取回标的物,那么买受人消除出卖人取回事由便无从谈起,故而前一条件构成了后一条件的前提。仅就《民法典》第643条第1款而言,该规定并无不妥之处。但若结合《民法典》第642条规定作体系观察,便会发现买受人的回赎权其实面临着无法行使的困境。根据《民法典》第642条第2款的规定:出卖人可与买受人协商取回标的物;若协商不成,可参照适用担保物权的实现程序。协商取回并不存在什么问题,问题在于在协商不成的情况下,应如何理解“可以参照适用担保物权的实现程序”?《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)(以下简称《担保制度解释》)第64条第1款进一步作出规定:“与买受人协商不成,当事人请求参照民事诉讼法‘实现担保物权案件’的有关规定,拍卖、变卖标的物的,人民法院应予准许。”换言之,在出卖人与买受人就取回标的物协商不成的情况下,出卖人无须取回,可以直接申请法院通过适用担保物权的实现程序对标的物进行拍卖、变卖。在实践中,因协商不成诉至法院的情况屡见不鲜,^③如果协商不成,根据《担保制度解释》第64条第1款对《民法典》第642条第2款后半句的解释,出卖人可直接申请法院通过担保物权的实现程序对标的物进行变价处理而无须再取回,这便意味着买受人回赎权实际上处于名存实亡的境地。

(二) 取回权行使参照适用实现担保物权程序规定的可行性

2012年《民事诉讼法》将实现担保物权案件纳入特别程序,旨在促使担保物权人高效地实现担保物权,即在担保物权本身争议不大的情况下,在正义、效率、安全等法律价值之间取得最佳平衡。^④出卖人取回权行使与实现担保物权程序立法目的基本一致,“参照适用”似乎是合理的选择。但是,立法者仅关注到了两种制度的目的一致性,却忽略了规范本身适配与否。特别程序的前提在于案件的非讼性质;若案件中涉及实体性的民事权利义务争议,非经辩论程序、庭审对抗不能解决,则只能适用诉讼程序。对于实现担保物权的案件,自2012年将其纳入特别程序之后就争议不断,主要集中于实现担保物权案件性质、审查标准、被申请人权利保护等方面。^⑤所有权保留中,出卖人行使取回权若要参照适用实现担保物权的特别程序规定,也要经过非讼性质的检验。而只有在取回权条件满足的情况下,方能行使取回权,故必须审视《民法典》第642条第1

^③ 参见甘肃省兰州市中级人民法院(2021)甘01民终5144号民事判决书;江苏省苏州市吴江区人民法院(2021)苏0509民初6499号民事判决书;上海市松江区人民法院(2022)沪0117民初3436号民事判决书。

^④ 参见江必新主编:《新民事诉讼法理解适用与实务指南》,法律出版社2012年版,第715页。

^⑤ 参见张自合:《论担保物权实现的程序》,载《法学家》2013年第1期;毋爱斌:《实现担保物权非讼许可裁定的文本分析——基于北京、重庆、广东三地法院的考察》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2014年第5期;李相波:《实现担保物权程序适用中的相关法律问题——以新〈民事诉讼法〉第196条、第197条为中心》,载《法律适用》2014年第8期;李林启:《形式审查抑或实质审查:实现担保物权案件审查标准探析》,载《政治与法律》2014年第11期;任重:《担保物权实现的程序标的:实践、识别与制度化》,载《法学研究》2016年第2期;陈星、李喜莲:《我国实现担保物权程序之性质新探》,载《贵州社会科学》2018年第11期;马丁:《论实现担保物权程序中对申请和异议的审查》,载《中国政法大学学报》2022年第2期;吴英姿:《担保物权实现程序的性质重识与规则补全——基于略式程序法理的分析》,载《苏州大学学报(法学版)》2022年第4期。

款关于取回权的实体规定,从构成要件的角度判断其是否存在明显的实质性权利义务争议。

二、所有权保留担保功能的双层构造

(一)取回权与回赎权的制度安排

出卖人取回权是指约定保留所有权的出卖人在存在符合法律规定的特定事由时得回复标的物占有的权利。此权利是旨在通过保留标的物的所有权的方式防止出卖人债权实现目的落空,^⑥其本质在于通过回复对标的物的占有确保其担保功能的实现。所有权保留的构成理论上,有“所有权构成”与“担保权构成”的分野,^⑦取回权的性质因所有权保留构成理论的不同认识而有所差别。对于所有权保留,德国法采所有权构成说,认为该出卖人保有的是真正的所有权,而出卖人取回权的实现以合同解除为必要。^⑧《德国民法典》第449条第2款规定,取回权的行使以出卖人解除合同为前提。此时买受人的有权占有变为无权占有,出卖人可以通过所有物返还请求权请求买受人返还该标的物以回复对标的物的占有。在此情况下,出卖人的取回权实为所有物返还请求权。我国台湾地区则采担保权构成说,主张将规定在“动产担保交易法”中的所有权保留纳入担保物权制度之中,该法第30条规定出卖人取回的程序及责任准用第二章的动产抵押权的相关规定即为例证。我国台湾地区学者对该取回权的性质存在解除权效力说、附法定期限解除契约说、就物求偿说三种不同主张。^⑨而我国《民法典》所有权保留制度已然呈现担保化构造。在此前提下,虽然出卖人取回权是以其保留的“所有权”为基础的,但该所有权已不具有《民法典》物权编所有权分编中的“所有权”的完整权能,其只能对标的物实现占有,而不能进行使用、收益。同时,根据《民法典》第643条关于回赎权的规定,取回权的行使也不以解除合同为前提。^⑩

我国台湾地区“动产担保交易法”第28条、第29条是关于所有权保留取回权的基本规定,第30条将取回权的行使程序及回赎权引致到第17条第2款、第3款和第18条。这种立法处理是基于所有权保留出卖人取回标的物与动产抵押人占有抵押物以实行担保行为之间的类似性。详言之,若附条件买卖债务人或第三人拒绝交付标的物,债权人得声请法院假扣押,如经登记之契约载明,应直接受强制执行的,可依该契约声请法院强制执行。出卖人实行占有标的物时,应于三日前通知债务人或第三人,向其说明事由并指定履行期限。出卖人在依照上述规定占有标的物后,并不能即时出卖标的物,若债权人占有标的物后十日内,债务人或第三人如履行契约并负担占有费用,可以回赎标的物,但标的物有败坏之虞,或其价值显有减少,足以妨害债权人之权利,或其保管费用过巨的,债权人于占有后,可立即出卖。不难发现,我国《民法

^⑥ 参见纪海龙:《所有权保留之担保权构成》,载《法学研究》2022年第6期;李永军:《所有权保留制度的比较法研究——我国立法、司法解释和学理上的所有权保留评述》,载《法学论坛》2013年第6期。

^⑦ 持所有权构成说的学者,可参见邹海林:《所有权保留的制度结构与解释》,载《法治研究》2022年第6期;持担保权构成说的学者,参见高圣平:《〈民法典〉视野下所有权保留交易的法律构成》,载《中州学刊》2020年第6期。

^⑧ 参见[德]汉斯·普律廷:《德国动产物权法与所有权保留》,庄加园译,载李昊等主编:《北航法律评论》(第1辑),法律出版社2011年版,第273—279页。当然,也有学者主张所有权保留的担保权形成说,参见[德]施塔德勒:《德国法上所有权保留的未来》,王洪亮译,载田士永等主编:《中德私法研究》(第3卷),北京大学出版社2007年版,第151—170页;[德]鲍尔、施蒂尔纳:《德国物权法》(下),申卫星等译,法律出版社2006年版,第666页。

^⑨ 参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第1册),中国政法大学出版社2003年版,第215—220页。

^⑩ 参见注释⑦,高圣平文。

典》对所有权保留买卖中关于取回权与回赎权整体的制度安排与此大致相同,均体现了出卖人与买受人之间的权利制约与平衡。

“回赎权是指所有权保留买卖中出卖人对标的物行使取回权后,在一定期限内买受人消除出卖人取回标的物的事由后享有的重新占有标的物的权利。”^①我国《民法典》借鉴美国《统一商法典》第9—602条规定了回赎权,允许买受人在出卖人取回标的物后通过消除不当行为回复对标的物的占有、使用、收益。赋予买受人回赎权,是基于出卖人与买受人之间的买卖合同而作出的利益平衡安排。“出卖人取回标的物,只是导致买受人占有的丧失,并不是立即解除当事人之间的买卖合同,否则有违鼓励交易原则,也不利于保护买受人的利益。”^②在所有权保留买卖中,买受人基于买卖合同对于标的物可以进行正常的占有、使用和收益,从而形成一定的利益关系,^③而随着所付价款的不断增加,利益关系更加深厚,故而应当再次给予机会。从另一角度来看,买受人回赎权在客观上限制了取回权的效力内容,进而呈现出所有权保留制度的担保构造,容后详述。

(二)取回权行使目的仅在于回复占有

根据《担保制度解释》第64条第1款的规定,《民法典》第642条第2款所谓“参照适用担保物权的实现程序”直接指向变价清算程序,^④有不少学者持有该观点。^⑤也有学者认为,《民法典》第642条第2款只是为动产担保权人(出卖人)通过公力救济提供较明确的法律依据和适用方案,当动产担保权人不能自行取回时,其可以借助保全程序实现标的物的占有,等到回赎期限届满后(甚至在回赎期限届满后、标的物出卖或者拍卖终结前,买受人仍可行使回赎权),其可以自行变价,而并不必须通过法院变价。^⑥该说其实已经注意到回赎权对出卖人取回权担保效力的限制作用。同时,该说提到,出卖人此时仍具有自行变价的权利(私力救济),而不需要执行依据。诚然,该种救济途径确实是出卖人的一种客观选择,但若自行变价顺利实现的前提是当事人协商成功,一旦买受人对此提出异议,仍需诉至法院。因此,对自行变价权的承认似乎脱离了《民法典》第642条第2款后段的规定。

① 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典合同编理解与适用(二)》,人民法院出版社2020年版,第1109页。

② 同注释②,黄薇主编书,第436页。

③ 参见中国审判理论研究会民事审判理论专业委员会编著:《民法典合同编条文理解与司法适用》,法律出版社2020年版,第301页。

④ 参见最高人民法院民事审判第二庭:《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538页。

⑤ 参见刘保玉:《民法典担保物权制度新规释评》,载《法商研究》2020年第5期;程啸、高圣平、谢鸿飞:《最高人民法院新担保司法解释理解与适用》,法律出版社2021年版,第408页;林文学、杨永清、麻锦亮、吴光荣:《民法典担保制度司法解释系列解读之五:“关于非典型担保”及“附则”部分重点条文解读》,载《人民法院报》2021年2月25日,第7版;王洪亮:《所有权保留制度定性及体系定位——以统一动产担保为背景》,载《法学杂志》2021年第4期;王睿:《所有权保留的法律定位与制度功能——以〈民法典〉第641条至643条为分析线索》,载《学术交流》2022年第8期。

⑥ 参见武腾:《〈民法典〉的权利实现规定与司法程序配置》,载《吉林大学社会科学学报》2022年第1期。

理论上还存在对“参照适用担保物权的实现程序”的另一种理解,即留置权实现规则准用说。^⑰该说认为:“取回权通过中断买受人的使用权,对其产生心理施压效果,迫其利用回赎机制而重新获得对标的物的占有、使用。在这个意义上,其功能类似于留置权中的‘宽限期’机制(《民法典》第453条)。由于这种相似性,已取回标的物的出卖人既可与债务人协议确定价值;达不成协议的,也可自行拍卖、变卖,而无需另行借助司法程序实现权利。”^⑱有观点认为,由于留置权只能存在于他人之物上,与所有权保留的情形完全不同,故存在类推适用上的障碍。^⑲实际上,留置权实现规则准用说敏锐地捕捉到了所有权保留担保效力具有与留置权相类似的双层效力。不同的是,保留所有权的出卖人首先需要通过一定途径行使取回权(《民法典》第642条第2款规定);在取回标的物后,可能受到买受人回赎权的介入,只有在回赎不成的情况下,才能实现变价清算和优先受偿。换言之,从担保构造来看,所有权保留买卖以取回权与回赎权为基点形成双层效力:行使取回权的直接目的在于占有、控制标的物,在回赎权存在的情况下,不能径行进入变价清算的程序,这是所有权保留的第一层效力;在符合《民法典》第643条第2款所规定的未回赎的情形下,才能进入变价清算程序,这是其第二层效力。

从利益平衡的角度来看,出卖人行使取回权使其回复对标的物的占有,通过类似于占有型担保物权的现实控制力敦促买受人支付价款,这种剥夺买受人占有并建立出卖人实际支配的制度安排能够达到担保债权实现的作用。在不考虑标的物因使用而损耗的情形下,此时双方如同回到了未曾约定保留所有权的一般买卖合同的状态,出卖人利益保护已然无虞,何须进一步损及买受人的利益而使出卖人可“参照适用担保物权的实现程序”就该标的物变价?相反,对买受人而言,其本得依约定对标的物为占有、使用及收益,取回权之行使已然剥夺其相当之利益,甚至可能使其订立所有权保留买卖合同之即时控制、使用标的物的目的落空,故取回权之行使本就会对其利益产生巨大影响。如前所述,随着所付价款比例之增加,其经济上地位愈重,功能主义观点甚至认为,在所有权保留的约定条件成就前,买受人就已然取得了实质所有权。^⑳由此,在出卖人行使取回权回复标的物占有的情况下,若解释上又允许出卖人直接“参照适用担保物权的实现程序”就该标的物变价,出卖人与买受人之间利益将失衡,难谓正当。

三、出卖人取回权行使程序的非讼性质认定

(一) 出卖人行使取回权案件适用特别程序的合理性

在实践中,“协商取回”毕竟是少数情况,这是因为即时占有、使用及收益本就是买受人所欲达到的目的之一,其不会轻易放弃对标的物之占有。2012年《民事诉讼法》新增担保物权实现案件适用特别程序的规定,主要是为了迅速、便捷地实现担保权人的权利。^㉑诉讼实现担保物权往往要经历冗长、琐细的起诉、应诉、开庭、答辩等诉讼全过程,实现成本高,效率低;而通过非诉程

^⑰ 参见注释⑦,邹海林文。

^⑱ 张家勇:《体系视角下所有权担保的规范效果》,载《法学》2020年第8期。

^⑲ 参见注释⑦,邹海林文。

^⑳ 参见王立栋:《〈民法典〉第641条(所有权保留买卖)评注》,载《法学家》2021年第3期。

^㉑ 参见注释⑤,李相波文。

序,法院仅需对证明材料等证据进行审查,即可裁定实现担保物权,成本低,效率高。^②当然,这并不意味着绝对地排除诉讼程序的适用。其实,我国民事诉讼法上关于担保物权实现还存在另外一种制度:公证债权文书执行。根据《民事诉讼法》第245条、^③《公证法》第37条第1款^④及《最高人民法院关于公证债权文书执行若干问题的规定》(法释〔2018〕18号)第6条^⑤的规定,担保合同属于可赋予强制执行效力的公证债权文书,申言之,若担保合同当事人在合同中载明“愿意受强制执行的承诺”,且经由公证,债权人即可在担保物权实现条件满足的情况下,在向公证机关申请取得执行证书后,^⑥向法院申请强制执行。也就是说,担保物权也可通过公证债权文书执行实现,此时亦不需要法院的审理而直接进入执行程序。^⑦所有权保留出卖人行使取回权是否可以参照以上程序?首先需明确的是,公证债权文书执行本质上是当事人合意的结果,以“协商一致”为必要前提,所以从规范辐射范围上看,与《民法典》第642条第2款后段规定并不关联。至于其本身是否可以成为保留所有权出卖人行使取回权的另外一种途径,笔者持赞同观点。

所有权保留交易中,取回权行使的效率尤为重要。所有权保留仅适用于动产交易,而动产以占有作为公示方式,出卖人在所有权保留交易中虽得保留其所有权,但丧失了对物之占有,其所保留之所有权未经登记不得对抗善意第三人。功能主义视角下,甚至肯定了买受人享有对标的物之处分权,认为其转让标的物或设定其他担保物权均为有权处分。^⑧此外,若买受人行为导致

^② 参见曹士兵:《中国担保制度与担保方法》(第五版),中国法制出版社2022年版,第331页。

^③ 《民事诉讼法》第245条规定:对公证机关依法赋予强制执行效力的债权文书,一方当事人不履行的,对方当事人可以向有管辖权的人民法院申请执行,受申请的人民法院应当执行。公证债权文书确有错误的,人民法院裁定不予执行,并将裁定书送达双方当事人和公证机关。

^④ 《公证法》第37条第1款:对经公证的以给付为内容并载明债务人愿意接受强制执行承诺的债权文书,债务人不履行或者履行不适当的,债权人可以依法向有管辖权的人民法院申请执行。

^⑤ 《最高人民法院关于公证债权文书执行若干问题的规定》(法释〔2018〕18号)第6条规定:公证债权文书赋予强制执行效力的范围同时包含主债务和担保债务的,人民法院应当依法予以执行;仅包含主债务的,对担保债务部分的执行申请不予受理;仅包含担保债务的,对主债务部分的执行申请不予受理。

^⑥ 《最高人民法院关于公证债权文书执行若干问题的规定》(法释〔2018〕18号)第3条规定:债权人申请执行公证债权文书,除应当提交作为执行依据的公证债权文书等申请执行所需的材料外,还应当提交证明履行情况等内容的执行证书。

^⑦ 比较法上也有相似规定。例如,我国台湾地区“动产担保交易法”第17条第2项规定,在动产抵押权人因债务人不履行债务或为其他有害于抵押权行使的行为得以占有抵押物,而债务人或第三人拒绝交付抵押物时,若经登记之契约载明可以径受强制执行,抵押权人可以此契约直接声请法院强制执行。再如,《德国民事诉讼法》第800条(对当时的所有人的执行证书)、第800a条(船舶抵押权的执行证书),具体可参见[德]弗里茨·鲍尔、霍尔夫·施蒂尔纳、亚历山大·布伦斯:《德国强制执行法》(上册),王洪亮、郝丽燕、李云琦译,法律出版社2019年版,第315—317页。《德国民事诉讼法》第800条规定:(1)土地所有人在依第794条第1款第5项所作出的关于抵押权、土地债务或定期土地债务的证书中,可以承认根据此项证书,可以对执行当时的土地所有人实施即时的强制执行。在此情形下,此项承认应在土地登记簿中登记。(2)在对登记于土地登记簿中的新所有人实施强制执行时,不必送达证明取得所有权的公文书或公证书。(3)对执行当时的所有人实施即时强制执行时,第797条第5款所规定的诉讼,由土地所在地的法院管辖。第800a条规定:(1)第799条、第800条的规定,准用于设定有船舶抵押权的已登记的船舶与建造中的船舶。(2)对执行当时的所有人实施即时强制执行时,第797条第5款所定的诉讼,由船舶或建造中船舶登记地的法院管辖。

^⑧ 参见注释^⑩,王立栋文。

取回权条件满足,但此时所有权保留买卖尚未登记(当事人并未约定登记或约定的登记时间较长),如出卖人不能及时行使取回权,实现对标的物的占有,买受人很可能凭借对标的物的占有,实施额外的抵押登记行为,²⁹从而使出卖人顺位降低。若出卖人能及时实现取回权,则可以从客观上降低此种风险。³⁰更何况,标的物上还有可能发生留置权,而留置权作为法定担保物权具有更优的受偿顺位,虽然出卖人可以通过代为清偿规则(不论认为其是所有权人或作为担保权人)以消灭留置权,但既然出卖人可以通过取回权的行使提前避免此危险的发生,其又为何要坐以待毙,等留置权发生后才通过代为清偿规则来保障自己的担保目的的实现呢?显然,相较于诉讼程序,通过非诉程序实现取回权可以使出卖人高效地取回标的物,避免对其不利的事实发生。

(二)对担保物权实现程序非讼性质的理解

不同于选民资格、宣告失踪或者宣告死亡等案件,实现担保物权适用特别程序一直面临理论与实务的诘难,争议核心在于担保物权实现是否具有“非讼”性质?非讼程序的前提在于系争案型“无民事权益争议”。根据《民事诉讼法》第186条的规定,人民法院在依照特别程序审理案件的过程中,发现本案存在民事权益争议的,应当裁定终结特别程序,故而适用特别程序的案件,人民法院的审理目的仅是对一定的民事权益或者法律事实的存在加以确认,并不解决民事权利义务争议。³¹质疑者认为,实现担保物权程序中难以丝毫不涉及实体争议问题。譬如学者指出,“担保物权程序顶着非讼程序的面具,却(至少是部分)执行诉讼程序的任务,导致程序的正当性受到质疑”。³²担保物权实现程序“在外观上似乎与非讼程序相同,但就制度目标、程序标的、程序结构、审理方式上与非讼程序均存在本质差异,尤其是程序效力性质不同,不能混同”。³³亦有学者认为,虽然我国民事诉讼法规定实现担保物权案件适用特别程序,但是该种案型的争讼性质存在且特征明显,故而必须将案件适用范围进行限缩,即限于抵押、质押等典型担保物权案型,且仅限于经过登记的担保物权。³⁴可即便理论界存在反对意见,我国立法以及理论界的主流意见仍是将担保物权实现程序界定为非讼案件,适用特别程序。³⁵

实际上,适用特别程序的案型中,争议不可避免,但需要判断争议的性质,即争议是否属于民事权利义务争议,是否不经辩论程序、庭审对抗即可得到解决。实现担保物权适用特殊程序是为了在国家公权力保障下简便、快捷地实现担保物权。正如有学者指出,法律对于担保制度

²⁹ 当然,对于机动车、船舶等特殊动产,因为实践中存在登记的途径,此时其是否仅以占有作为公信力依据,理论上存在争议,但就整体来看,这种降位危险仍是客观存在的。

³⁰ 对保留所有权的出卖人而言,适用诉前保全程序虽然也能在一定程度上达到目的,但是满足保全的适用条件较为困难,其需要对“情况紧急,不立即申请保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害”举证证明。此处“损害”是客观损害,与《民法典》第642条第1款的“损害”并不完全相同,容后详述。

³¹ 参见注释④,江必新主编书,第667页;张卫平:《民事诉讼法》(第五版),法律出版社2019年版,第472页。

³² 同注释⑤,吴英姿文。

³³ 同注释⑤,吴英姿文。

³⁴ 参见注释⑤,陈星、李喜莲文。

³⁵ 参见注释⑤,张自合文;注释⑩,张卫平书,第467页;蔡虹:《民事诉讼法学》(第4版),北京大学出版社2016年版,第428页;李林启:《我国实现担保物权的程序性质》,载《湖南科技大学学报(科学社会版)》2015年第3期。

的详尽规制(如书面形式要求)很大程度上使担保法律关系呈现出标准化、模式化特征,担保物权构造清晰,主体架构明确,权利客体、内容也相对明确,使得实现担保物权案件在审理时可以不必要开庭而采取文书往来的信息交流方式。^⑤但是,这未免过于理想化。因为只要利害关系人存在,就会有潜在的异议。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民诉法解释》)第366条、第399条便赋予了被申请人异议权。故法院在作出准许拍卖、变卖担保财产裁定之前,需要处理被申请人提出的异议。当然,并非一经异议便转为普通程序,法院仍需要依靠证据对异议进行审查,判断是否涉及民事权利义务争议,又或说虽属于民事权利义务争议,但经由书面证据比较能够得出结论。可以说,实现担保物权案件适用特殊程序很大程度上是基于实务推动,是一种价值选择,或者说是一种概率性的效率追求,以高度盖然性为基础。^⑥换言之,立法者认为担保法律关系一般情况下清晰明朗,争议不大,^⑦为了高效地实现担保物权,满足实践中财产快速流转的需求,故将该案型纳入特殊程序,而为了防止特殊情况出现,又辅之以异议权、询问、依职权调查等规则来实现公平的要求。

(三)取回权实现程序与担保物权实现程序的类似性

《民法典》之所以将出卖人之取回权行使程序嫁接于担保物权实现程序,同样是基于便捷高效的考虑。参照适用需要存在基本的参照依据,出卖人取回权适用特别程序必须具有“非讼性质”这一基本前提。担保物权之所以被认为具有非讼性质,主要原因在于担保法律关系的明确性、客观性、标准化。经由民法典的担保化功能改造,所有权保留制度成为一种非典型担保制度,但其法律关系的明确性、客观性、标准化程度似乎不如典型担保物权。故取回权行使是否可得适用特别程序,尚需观察取回权的构成要件。

取回权的构成条件包括概括要件、具体情形要件。^⑧以及消极要件^⑨概括要件为“造成出卖人损害”;具体情形要件即是《民法典》第642条第1款规定的三种具体情形;消极要件是指当

^⑤ 参见注释⑤,马丁文。

^⑥ 有学者明确指出,“担保物权成立的高度盖然的可信赖性是确立非讼程序的基础。虽然法院通过非讼程序便赋予申请人以执行请求权,貌似对当事人的程序权保障不力,但在担保权成立过程中,有债权人、债务人、担保人的自主性参与,且以订立协议、登记等形式来证明实体权利的存在,实质上已达到高度盖然性的要求。而如果一味追求对实体权利真实存在的审查,将推延权利的实现,对债权人来说显然不公平,也不符合诉讼经济原则。”同注释⑤,毋爰斌文。

^⑦ 也有学者主张基于担保物权的公示公信状况对实现担保物权的案件审理范围进行限缩:以担保物权登记的推定力作为担保物权实现案件的分类标准,将担保物权实现案件的类型限定在不动产抵押权和上市公司股权质押上。法院的审理范围限于有关登记的案件生活事实和证据资料,即便被申请人提出实体性异议也不影响裁定的作出。参见注释⑤,任重文。持有相似观点的,还可参见注释⑤,陈星、李喜莲文。该种观点关注到了担保物权因公示公信状况不同而导致的担保关系明确性的不同,这确实是客观存在的现象,但这并不能否定担保法律关系相较于其他法律关系,具有更高的确定性。至于因公示公信状况不同而导致具体担保法律关系明确性的不同,仅会影响到法官对“争议”的审查力度以及其内心确信。

^⑧ 参见朱广新、谢鸿飞主编:《民法典评注:合同编典型合同与准合同3》,中国法制出版社2020年版,第241—243页。

^⑨ 参见徐涤宇、张家勇主编:《〈中华人民共和国民法典〉评注(精要版)》,中国人民大学出版社2022年版,第704页。

事人没有排除取回权的约定且没有相反的法律规定。首先,对于消极要件的判断较为容易,一般只需要审查买卖合同内容即可,而法律规定也是明确的;其次,对于法定取回情形的判断,需要一一讨论:第一,未按照约定支付价款,经催告后在合理期限内仍未支付。不管是价款支付约定或者催告程序,一般情况下均有明证。第二,未按照约定完成特定条件。对于当事人约定的特定条件,除非存在明显的不公平,否则应当尊重当事人意思自治,而条件是否满足,一般也属于客观事项。第三,将标的物出卖、出质或者作出其他不当处分。该项情形以不当处分行为为核心,既是行为,便可以进行客观观察。^①最后,对“造成出卖人损害”要件的解释,需费些周折。

一般认为,取回权的满足一方面需要满足法定条件,另一方面仍需导致出卖人损害。“如果买受人擅自出卖标的物所获价款用于清偿对出卖人的欠款,并未给出卖人造成损失,则不能行使取回权。又如买受人擅自将标的物出租给他人而将所得租金用于清偿出卖人欠款,也不属于行使取回权的情形。”^②有观点指出,“造成出卖人损害”这一要件之所以必要,因为其是“限缩出卖人取回权的重要调节阀。出卖人行使取回权必然使买受人丧失对标的物的占有、使用、收益等权能,从平衡双方利益的角度出发,对取回权进行必要限制是合理的”。^③问题在于,若认为“造成出卖人损害”属于取回权的必要构成要件,鉴于“是否造成损害”系合同订立后的事后结果判断,且对当事人双方影响较大,非经辩论无法妥当认定,故无法避免对“损害结果”进行实质审查。如此,对担保物权实现程序的参照适用便会丧失基础性前提,在保留所有权出卖人与买受人无法协商取回时,出卖人便根本无法通过申请适用特别程序取回买卖标的物,而只能借助于普通诉讼程序,如此《民法典》第642条第2款与第1款的规范目的便也无法达成。也曾有学者对“造成出卖人损害”这一要件的存在合理性提出过质疑,认为该要件本就不该存在,“附条件的所有权转移,只要条件不成就即可发生相应后果,是否造成损害,根本就不是条件问题。这种做法很有可能对司法造成不必要的麻烦:出卖人不仅要证明买受人未履行支付的价款或者其他条件,还要对因此造成的损害举证。如果仅仅有不履行支付价款或其他约定条件未履行而无损害的话,适用该条是否会带来困难,或者说带来什么样的困难,将不可预测。”^④该观点不无道理。主张通过“造成出卖人损害”要件对取回权进行限制的观点,立足点主要是为平衡出卖人与买受人之间的利益。但是,所有权保留买卖合同的本质终究是意思自治,虽然《民法典》第642条列举了法定取回情形,但除第三项外,其他两项仍为当事人留存了较大的自由约定空间:出卖人与买受人可以约定价款支付方式,更可以约定其他特定条件。此时,

^① 从严格意义上讲,三种情形的判断过程中确实可能会存在一些实质性争议,如第一种情形中“合理期限”如何认定,第二种情形中也可能存在一些主观性条件等。但是,正如前文所讲,即便是实现担保物权案件,也可能存在实质性争议,但基于大概率无讼性推定,仍将其纳入特别程序。与此同理,取回权构成的三种法定情形,也被认为在一般情况下可以通过非对抗性的书面审查判定,如存在实质性争议等特殊情形,则依据《民事诉讼法》第186条转换诉讼程序。

^② 同注释①,最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编书,第1102页。

^③ 房绍坤、徐聪:《保留所有权买卖的三项规则:登记对抗、取回权及标的物添附》,载《东岳论丛》2022年第12期。

^④ 同注释⑥,李永军文。

再行要求“造成出卖人损害”不免有过度干涉意思自治的嫌疑。易言之,所有权保留买卖当事人合意内容均有各自理性的考虑,取回条件之约定的严苛程度或许关涉于标的物的价格及其他特殊考量。如果此时允许法官介入,额外评价约定条件的触发是否导致出卖人权益受损,本质上对当事人自由意志的变相控制、干预。再者,所有权保留买卖中取回权事由约定本质上属于附条件法律行为,既然《民法典》并未对作为附款的条件的内容和程度加以评价,在此处亦不应擅加阻碍。故就《民法典》第 642 条第 1 款所列的前两项情形,只要当事人约定的条件满足,即“造成出卖人损害”,亦即有违诚信,自成损害,并不需要进行客观的损害评价。至于第三种情形,应当认为此类行为一旦作出便构成损害。

另一个需要考虑的问题是,出卖人向法院申请参照适用担保物权实现程序取回标的物,是否以“出卖人与买受人协商不成”为前提?“协商”可以体现为事前协商和事后协商,前者系出卖人与买受人在买卖合同中预先就取回的方式进行了协商约定,后者是指出卖人与买受人在取回权条件满足后,才就取回的方式进行协商。“协商不成”包括两种情形:“(1)双方就取回权的行使条件是否成就发生争执;(2)双方就是否同意取回标的物发生争议。”^{④5}应当强调的是,“协商不成”是一种客观事实,即便当事人事前或事后达成协议,但若买受人不予配合,亦等同于协商不成,^{④6}出卖人可诉至法院主张权利。根据《民法典》第 642 条第 2 款的表达顺序,“出卖人与买受人协商”似乎属于前置程序。其实,抵押权实现也面临相同问题,根据《民法典》第 410 条第 2 款的规定,抵押权人与抵押人未就抵押权实现方式达成协议的,抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。有观点认为,只有在抵押权人和抵押人协商不成时,抵押权人才能向法院请求实现抵押权,若未经协商即向法院请求实现抵押权的,法院依法不予受理。^{④7}之所以要求抵押权人与抵押人必须首先进行协商,主要是基于尊重当事人意志、降低抵押权实现成本以及减少诉讼成本。^{④8}反对者认为,协议实现抵押权并非抵押权人提起诉讼(或非诉)的必经程序,抵押权人在抵押权实行条件具备后,可以自由选择采取协议方式或径行请求法院拍卖、变卖抵押物。^{④9}若拘泥于文义解释,有悖于抵押权所具有的支配权能,^{⑤0}而且若抵押人出于私利故意拖延,久久不能达成实现抵押权的协议,则有损于抵押权人的正当利益。^{⑤1}应当认为,协议实现不应成为抵押权人的义务,抵押权人在抵押权实现条件满足后可自由选择与抵押人协

^{④5} 同注释①①,最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编书,第 1103 页。

^{④6} 参见注释②②,曹士兵书,第 332 页。

^{④7} 参见注释②②,曹士兵书,第 332 页。

^{④8} 参见王利明:《物权法》(第二版),中国人民大学出版社 2021 年版,第 414 页。

^{④9} 参见高圣平:《民法典担保制度及其配套司法解释理解与适用(下)》,中国法制出版社 2021 年版,第 688 页;中国审判理论研究会民事审判理论专业委员会编著:《民法典物权编条文理解与司法适用》,法律出版社 2020 年版,第 462 页;最高人民法院物权法研究小组编著:《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》,人民法院出版社 2007 年版,第 583 页。

^{⑤0} 参见武亦文:《〈民法典〉第 410 条(抵押权的实现)评注》,载《法学家》2022 年第 3 期。

^{⑤1} 参见崔建远:《物权:规范与学说——以中国物权法的解释论为中心(下册)》(第二版),清华大学出版社 2021 年版,第 470 页。

商或径行向法院主张救济。首先,抵押权人与抵押人对于抵押权人的实现条件是明知的,导致抵押权得以实行的原因在于抵押人,抵押人对此时面临的局面是有预期的,没有理由强行要求抵押权人此时再“尊重”抵押人的意志。再者,协商并不一定能够降低抵押权实现成本,反而可能因为抵押人的恶意行为导致成本增加。至于减少诉讼成本,减轻法院负担,也不能成为充分的反对理由。从抵押权人的角度来看,利益诉求在于尽快实现抵押权,若能够与抵押人和平协商,自然是抵押权人的优先选择,既然抵押权人选择径行向法院主张救济,至少说明其对抵押人的协商态度并不乐观,不能认为抵押权人是为了给法院平添负担而“恶意诉讼”。客观上讲,诉前协商确实会减少不必要的诉讼,但仅因为未先协商就不予受理,有违民事诉讼法的精神。也有学者提出可以把协议方式当作先行程序,但抵押权人可以给抵押人限定承诺的最后期限,一俟该期间届满,抵押权人即可申请拍卖抵押财产。^{⑤2} 该观点的立足点是诚实信用原则,为抵押人提供准备时间,同时可以减少法院诉累。但问题仍在于,抵押权人若有违反,应当承担怎样的后果?一方面,基于上述同样的理由,抵押权人不应对抵押人承担后果,且即便采取诉讼或非诉方式,一般法院亦会结合具体情况给予抵押人合理的履行期间。另一方面,法院若不予受理,仍然无法在民事诉讼法上获得充分的正当性。循此,不宜认为保留所有权出卖人取回权的实现以“出卖人与买受人协商”为前提,且从文义“可以”来看,也不应将“协商”视为出卖人的义务。^{⑤3}

四、出卖人行使取回权对担保物权实现程序的具体参照

(一)“参照适用担保物权的实现程序”一般不包括变价清算程序

根据《担保制度解释》第64条第1款的规定,在出卖人与买受人无法协商取回标的物时,允许出卖人径行就标的物主张变价清算进而优先受偿。正如前文分析,保留所有权买卖中的担保效力具有双层效力,而取回权的行使目的仅在于重新实现对标的物的占有,即此时仅体现第一层“留置效力”。至于变价清算、优先受偿效力非取回权的目的所及。事实上,最高人民法院亦认为,《民法典》第642条第2款规定的出卖人行使取回权对担保物权程序的参照仅指法定的实现程序,人民法院在审查后的裁定内容也仅限于出卖人取回标的物。^{⑤4} 理论界不少学者同样关注到了该问题,认为“参照适用担保物权的实现程序”仅限于通过司法程序取回,而不包括变价程序。^{⑤5} 故而,基于对《民诉法解释》第370条的参照,法院在接受所有权保留出卖人提出的取回权行使申请后,经审查程序,应视情况作如下处理:(1)当事人对标的物取回无实质性争议且取回权条件满足的,裁定买受人向出卖人返还标的物;(2)当事人对标的物取回有部分

^{⑤2} 参见注释⑤1,崔建远书,第470页。

^{⑤3} 参见注释③9,朱广新、谢鸿飞主编书,第244页。

^{⑤4} 同注释①1,最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编书,第1103、1104页。

^{⑤5} 参见注释⑦,邹海林文;注释⑱,张家勇文;注释④④,徐涤宇、张家勇主编书,第704页;周江洪:《所有权保留买卖的体系性反思——担保构成、所有权构成及合同构成的纠葛与梳理》,载《社会科学辑刊》2022年第1期;王泽鉴先生认为取回权类似于强制执行法之查封,故其亦认为仅限于取回而不包括变价,参见注释⑨,王泽鉴书,第219页。

实质性争议的,可以就无争议部分裁定买受人向出卖人返还标的物;^⑤(3)当事人对标的物取回有实质性争议的,裁定驳回申请,并告知申请人向人民法院提起诉讼。出卖人在得到支持取回标的物的裁决后,可以之为执行依据借助强制执行程序实现对标的物的重新占有。

但该种解释存在例外情况。既然取回权行使程序无法包含变价程序的原因在于避免回赎权的落空,那么在回赎权不存在或者买受人主动放弃回赎权的情况下,似乎不应绝对地禁止变价清算效力的提前实现。尤值注意的是,虽然我国回赎权规定是对《美国统一商法典》(UCC)第9-623条的借鉴,但二者具有不同之处。根据《美国统一商法典》第9-602条的规定,回赎权无法被约定排除。^⑥从我国《民法典》的规定来看,法律并未禁止当事人约定排除回赎权。^⑦所以,出卖人与买受人自然可以在所有权保留买卖中事先约定排除回赎权,这应当视为买受人对自己权利的放弃,并不损害公共利益或第三人利益,法律不应禁止。当然,买受人也可以在事后放弃回赎权,向出卖人明确表示不会回赎标的物。在上述情形下,买受人自愿接受在出卖人取回权条件满足的情况下由其取回并径行进入变价清算程序。但是,出卖人不能仅因买受人正处于客观的危险情势下(如濒临破产、清偿能力骤降等),就认为买受人回赎权在未来可能无法实现而径行主张就标的物进行变价清算。

(二)对实现担保物权有关管辖、申请、审查、异议等程序性规定的参照

在买受人未主动放弃回赎权的情况下,所有权保留出卖人行使取回权仅能实现对标的物的重新占有,无法对实现担保物权程序中的变价清算规定进行参照。但是,基于便捷高效地取回标的物的实务效率目的,取回权行使仍可以参照关于担保物权实现的管辖、申请、审查、异议等规定。^⑧

首先,参照《民事诉讼法》第185条、第187条以及《民诉法解释》第367条、第372条的规定,保留所有权买卖中出卖人取回权实现案件实行一审终审,由审判员一人独任审查,但若标的物的标的额超过基层人民法院管辖范围,应当组成合议庭进行审查。案件审理期限应当自立案之日起三十日内或者公告期满后三十日内审结。有特殊情况需要延长的,由本院院长批准。若出卖人、买受人或其他利害关系人认为裁定有错误的,可以向作出该裁定的人民法院提出异议。人民法院经审查,异议成立或者部分成立的,应作出新的裁定撤销或者改变原裁定;异议不成立的,裁定驳回。当事人有异议的,应当自收到裁定之日起十五日内提出;利害关系人提出异议的,应当自知道或者应当知道其民事权益受到侵害之日起六个月内提出。

其次,根据《民事诉讼法》第203条、《民诉法解释》第359条的规定,实现担保物权案件的申请人不仅包括担保物权人,还包括抵押人、出质人、财产被留置的债务人或者所有权人等有权请求实现担保物权的人。立法理由在于,“若债务履行期届满后债务人无力清偿债务,抵押

^⑤ 根据最高人民法院的民法典合同编释义书,出卖人取回权行使对《民诉法解释》第370条的参照仅包括第1项和第2项,至于第2项“当事人对实现担保物权有部分实质性争议”情形则无参照适用的空间。参见注释⑪,最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编书,第1104页。考虑到取回权行使涉及的标的物或许可分以及可能存在后生孳息等情况,存在部分实质性争议应属可能,故而仍有参照适用第2项之必要。

^⑥ 参见吴一鸣:《英美物权法——一个体系的发现》,上海人民出版社2011年版,第287页。

^⑦ 参见注释⑪,最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编书,第1110页;注释⑳,朱广新、谢鸿飞主编书,第245页。

^⑧ 参见注释⑪,最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编书,第1104页。

权人又不对抵押物进行变现,则可能导致债务人承担高额的逾期利息,而且抵押物的变现价格也受到市场影响,因此,为了平衡抵押人和抵押权人之间的利益关系,应当允许抵押人基于对自身利益的判断,当其就抵押物的变现无法与抵押人协商一致时,请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。”^⑩在所有权保留买卖中,出卖人作为申请人自无异议,但对买受人而言,其并不存在如抵押人、出质人、财产被留置的债务人一样值得保护的权益。若出卖人不行使取回权,并不会对买受人权益造成损害。取回权系出卖人的自有权利,可以自行决定是否行使,他人无权干涉。此外,取回权条件的满足主要系于买受人的行为,若允许买受人作为申请人,可能诱发买受人恶意违约行为。再者,基于所有权保留买卖合同,买受人占有标的物是正常的法律秩序安排,买受人对于标的物的占有、利用效益好坏应由其个人负责,不应将出卖人作为转移负面效益、消解自身负担的工具。故而,所有权保留买卖中的买受人并非取回权行使程序的适格申请人。根据《民事诉讼法》第203条、《民诉法解释》第361条、第362条的规定,申请实现担保物权的案件,一般由担保财产所在地或者担保物权登记地基层人民法院管辖;属于海事法院等专门法院管辖的,由专门法院管辖。但在所有权保留出卖人取回权实现案件中,情况有所不同:若动产登记可行且已经登记,出卖人自然可以向动产登记地基层人民法院提出申请,但若动产未做登记,考虑到动产的隐匿性与可移动性,案件由买受人住所地基层法院管辖更为便捷、合理,此时参照适用的应是《民诉法解释》第360条^⑪。

最后,参照《民诉法解释》第365条、第366条,所有权保留出卖人向法院申请实现取回权时,应当向法院提交如下材料:申请书、证明取回权存在的材料、证明取回权条件满足的材料、有关标的物的简要说明(因为标的物由买受人占有,故而出卖人仅需就标的物作基本说明)以及人民法院认为需要提交的其他材料。^⑫ 人民法院在受理申请后,应当在五日内向被申请人(买受人)送达申请书副本、异议权利告知书等文书。被申请人如有异议,应当在收到人民法院通知后的五日内向该人民法院提出,同时说明理由并提供相应的证据材料。出卖人也可以对标的物提出保全申请。^⑬ 为了尽可能周全地保障担保物权被申请人的权益,《民诉法解释》赋予被申请人提出异议的权利,并允许法官视情况对有关当事人、利害关系人进行询问,必要时依职权调查,这同样也适用于取回权实现案件。至于审查程序,参照《民诉法解释》第369条规定,人民法院应就所有权保留买卖合同的效力、买卖标的物、取回权约定条款、取回权实现条件满足情况以及是否损害他人合法权益^⑭等内容以及各方提出的异议进行审查。

^⑩ 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组办公室编著:《最高人民法院新民事诉讼法司法解释理解与适用》(上),人民法院出版社2022年版,第956—957页。

^⑪ 《民诉法解释》第360条规定:实现票据、仓单、提单等有权利凭证的权利质权案件,可以由权利凭证持有人住所地人民法院管辖;无权利凭证的权利质权,由出质登记地人民法院管辖。

^⑫ 需要注意的是,最高人民法院认为此处还应包括所有权保留登记证明。参见注释⑩,最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编书,第1104页。应当认为,取回权行使条件的满足与否与所有权保留是否登记并无关联,即便所有权保留买卖未约定登记或尚未登记,只要取回权条件满足,出卖人仍可主张取回。

^⑬ 《民诉法解释》第371条规定:人民法院受理申请后,申请人对担保财产提出保全申请的,可以按照民事诉讼法关于诉讼保全的规定办理。

^⑭ 不同于《民法典》第642条第1款规定的“造成出卖人损害”这一要件。

五、结语

《民法典》第 642 条第 2 款使所有权保留出卖人取回权行使链接于担保物权的实现程序,客观上看有利于快捷高效地实现出卖人的取回权,进而保障出卖人的担保利益,但立法者在此做出的选择显然不太合理,《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》第 64 条第 1 款更是将错误“明文化”,直接导致体系上的矛盾。“参照规定”是《民法典》实现体系化的重要方法论工具,立法者在采用参照技术处理有关规范之间的联动时,不应仅看到“同”而忽略“异”,要对关联制度之间的适配性作充分的论证,避免先入为主,囿囿立法。基于解释论的视角,为了解决《民法典》第 642 条第 2 款与第 642 条第 1 款、第 643 条以及实现担保物权程序的有关规定之间的矛盾,实现体系自洽,应从规范目的出发,通过目的性限缩等方法论技术对相关条文做出新的解释。

On the Rules of Exercising the Retention-of-Title Seller's Right of Reclamation after the Implementation of the Civil Code

Li Hao

Abstract: Due to the institutional arrangement of the rights of reclamation and redemption, the security structure of the sale by retention of title in China presents the “double effects”, i. e. control of possession and liquidation. Article 642, section 2 of the Civil Code establishes the rule that a retention-of-title seller may exercise the right of repossession by reference to the procedures for the realization of security rights in the event of failure of negotiation with the buyer. However, considering that the premise for the application of special procedures in cases of realization of security interests is non-contentious, it is necessary to re-examine the provision of article 642, section 1 and justify the non-contentious nature of the case where the seller exercises the right of reclamation based on the similarity between the exercise of the right to reclamation and the realization of security interests. In addition, the applicable rules by reference places too much emphasis on convenience, which may lead to the failure of the buyer's right of redemption stipulated in article 643. In order to avoid this imbalance of interests, the reference effect of the seller's right to reclamation does not include liquidation, but only aims to enable the seller to regain possession of the subject matter. Regulations on jurisdiction, application, review, objection, inquiry, and procedural conversion can be applied by reference.

Keywords: retention of title; right of reclamation; right of redemption; special procedure; application by reference

(责任编辑:杨志航)