

“破产程序中融资租赁出租人权利行使路径研究”

文献检索报告

【作者简介】章银佳，浙江大学光华法学院 2019 级法律硕士（非法学）

【指导教师】魏立舟，浙江大学光华法学院

【版权声明】本网页内容为学生优秀成果展示，仅供浏览，未经许可，请勿转载，如需引用，请注明原作者及出处。

I. 法律问题与研究背景

1. 法律问题

《中华人民共和国民法典》（以下简称“民法典”）第 745 条规定“出租人对租赁物享有的所有权，未经登记，不得对抗善意第三人”，该条修改了原《中华人民共和国合同法》（以下简称“合同法”）第 242 条，删除了“承租人破产的，租赁物不属于破产财产”的规定。如此一来，是否意味着租赁物当然属于破产财产？承租人破产时，出租人应当就融资租赁物行使取回权还是别除权，势必会引起争议，如果不属于破产财产，出租人作为所有权人是否可以要求主张取回权以及取回权是否应当受限制，而如果属于破产财产，出租人能否行使破产别除权。

该问题不仅聚焦于非典型担保制度的热点，是《民法典》修改之下的新问题，而且属于交叉领域，涉及物权法、合同法与破产法。研究将以民法典对担保制度的革新为大背景，以坚持形式主义立法传统之下对功能主义实质分析法进行吸收与融合为基本视角，从融资租赁的定义出发分析比较法上各国融资租赁合同的本质与功能的差异，从出租人和承租人权利义务的角度分析融资租赁合同与一般租赁合同、单纯借贷合同的差异，从归属功能向担保功能转化的强度角度分析融资租赁与所有权保留、让与担保等其他所有权担保制度的差异。研究的主要内容是在《民法典》第 745 条规定之下，融资租赁合同是否具有担保功能及其体系定位，以及出租人在破产程序中如何实现担保功能，从而构建破产程序中融资租赁出租人权利行使路径，以期对未来破产立法和相关配套司法解释提供素材。

2. 研究背景

2.1. 理论背景

世界银行对各个国家或地区进行营商环境评估，并发布《2020 年世界营商环境报告》，其中有 12 项是对担保法律制度框架的评估，我国仅得 4 分，失分项集中于动产和权利担保相关制度，因此亟待对我国动产和权利担保法律框架进行根本性的改革，融资租赁作为新型的非典型担保方式，对于融资租赁制度的研究，是动产和权利担保制度完善中重要的一环，对于促进融资租赁行业的发展和优化整体营商环境，大有裨益。

现有的法律体系下，仅有的典型担保方式并不能充分满足交易上保障融资安全的复杂需

求¹，而融资租赁交易方式以融物为手段实现融资目的，成为典型担保的有益补充，但同时也冲击传统的民商法理论。担保制度本身站立于物债二分的模糊地带，涉及主体多，法律关系复杂，向来是民商事争议的高发地带，尤其在破产语境下讨论融资租赁合同，管理人待履行合同选择权的行使与出租人解除权的竞合、破产财产范围最大化与特定财产的取回与别除、全体债权人与担保权人利益的冲突以及别除权的范围中“担保权”是否需要扩张等，破产法特殊性与传统民法理论本身存在兼容问题，又该如何处理功能主义倾向与大陆法系的逻辑性与体系性的融合，为破产法立法及司法解释提供素材积累，具有理论的深度与难度。

当前对于融资租赁学理层面的研究并不多，各地区对于融资租赁合同性质认识不同，尤其是形式主义和功能主义视角下形成“所有权构成说”和“担保权构成说”的分野，融资租赁作为新型的非典型担保制度首先面临的是制度归属与体系位置问题，才能进一步讨论破产法上的处理规则。受物权法定主义的桎梏，非典型担保直接成为担保物权具有理论上的障碍，又鉴于物权法定主义的缓和、物债二分的模糊化、消灭隐形担保与统一登记制度的构建等因素，又存在讨论的空间，即使不直接成为担保物权，也可资借鉴与吸纳功能主义的思路。

2.2. 实践背景

融资租赁最初产生于二战后工业设备融资需求大的背景下，传统的融资手段无法满足需求，新型的融资租赁交易方式，具有合理避税、降低交易成本、优化资产结构等优点，是交易实践的精巧安排。作为与实体经济联系最为密切的金融交易方式，目前在世界范围内成为仅次于银行信贷的第二大融资方式，在支持工业企业设备更新、促进农业经济的规模化、推动航运业发展、解决小微企业融资难、推进产业升级和经济结构调整以及带动新兴产业发展等方面发挥不可替代的作用。

1981 年中国东方国际租赁公司的建立标志着我国现代融资租赁行业的开始，目前国内金融监管趋严、市场主体通过商业银行获得融资难的背景下，通过融资租赁合同获得资金成为重要的融资渠道。然而，对于融资租赁的规则供给远不及实践的发展速度，制约了融资租赁行业的发展。

融资租赁合同关系复杂、标的物价值高，对于物的使用权和所有权的分离，加上所有权担保功能化的趋势，不仅冲击着传统的民商法理论，也极大增加了司法审判难度。尤其在破产实务中，破产实务中对于担保权人及担保财产的界定与清偿是最为棘手的部分，对于出租人取回权或别除权的行使直接影响破产财产的范围，尤其是重整情形下甚至直接影响重整成功与否，规则的适用不清晰，融资租赁合同的处理成为棘手问题，破产管理人也常常设立专项小组来应对。因此本文的研究为法院对破产程序中融资租赁的标的物归属与权利配置提供裁判思路，为管理人合同与租赁物的处理及出租人行使权利的路径提供参考。

¹ 参见陆青：《以房抵债协议的法理分析——<最高人民法院公报>载朱俊芳案评释》，载《法学研究》2015 年第 3 期。

II. 关键词

破产 (Bankruptcy/Insolvency); 破产法 (Bankruptcy/Insolvency law); 融资租赁 (Financial Leasing); 非典型担保 (Untypical Security Interest); 别除权 (Exemption Right); 取回权 (Recall Right); 担保权 (Secured Right); 民法典 (Civil Code); 功能主义 (Functionalism); 形式主义/体系主义 (Formalism); 担保权益 (Security Interest); 出租人 (Lessor); 承租人 (lessee)。

III. 检索主体内容

1. 中文资源

1. 1. 一次资源文献

1. 1. 1. 法律及其他规范性文件

一、《民法典》及相关司法解释	
1.《中华人民共和国民法典》	
第 745 条	出租人对租赁物享有的所有权,未经登记,不得对抗善意第三人。
	原《合同法》第 242 条为:“出租人享有租赁物的所有权。承租人破产的,租赁物不属于破产财产。”
第 388 条	设立担保物权,应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。担保合同包括抵押合同、质押合同和其他具有担保功能的合同。担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效的,担保合同无效,但是法律另有规定的除外。 担保合同被确认无效后,债务人、担保人、债权人有过错的,应当根据其过错各自承担相应的民事责任。
第 414 条	同一财产向两个以上债权人抵押的,拍卖、变卖抵押财产所得的价款依照下列规定清偿: (一)抵押权已经登记的,按照登记的时间先后确定清偿顺序; (二)抵押权已经登记的先于未登记的受偿; (三)抵押权未登记的,按照债权比例清偿。 其他可以登记的担保物权,清偿顺序参照适用前款规定。
第 735-760 条	第十五章“融资租赁合同”
2.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 65 条	在融资租赁合同中,承租人未按照约定支付租金,经催告后在合理期限内仍不支付,出租人请求承租人支付全部剩余租金,并以拍卖、变卖租赁物所得的价款受偿的,人民法院应予支持;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，以拍卖、变卖租赁物所得价款支付租金的，人民法院应予准许。 出租人请求解除融资租赁合同并收回租赁物，承租人以抗辩或者反诉的方式主张返还租赁物价值超过欠付租金以及其他费用的，人民法院应当一并处理。当事人对租赁物的价值有争议的，应当按照下列规则确定租赁物的价值： （一）融资租赁合同有约定的，按照其约定； （二）融资租赁合同未约定或者约定不明的，根据约定的租赁物折旧以及合同到期后租赁物的残值来确定； （三）根据前两项规定的方法仍然难以确定，或者当事人认为根据前两项规定的方法确定的价值严重偏离租赁物实际价值的，根据当事人的申请委托有资质的机构评估。
第 67 条	在所有权保留买卖、融资租赁等合同中，出卖人、出租人的所有权未经登记不得对抗的“善意第三人”的范围及其效力，参照本解释第五十四条的规定处理。
第 54 条	动产抵押合同订立后未办理抵押登记，动产抵押权的效力按照下列情形分别处理： （一）抵押人转让抵押财产，受让人占有抵押财产后，抵押权人向受让人请求行使抵押权的，人民法院不予支持，但是抵押权人能够举证证明受让人知道或者应当知道已经订立抵押合同的除外； （二）抵押人将抵押财产出租给他人并移转占有，抵押权人行使抵押权的，租赁关系不受影响，但是抵押权人能够举证证明承租人知道或者应当知道已经订立抵押合同的除外； （三）抵押人的其他债权人向人民法院申请保全或者执行抵押财产，人民法院已经作出财产保全裁定或者采取执行措施，抵押权人主张对抵押财产优先受偿的，人民法院不予支持； （四）抵押人破产，抵押权人主张对抵押财产优先受偿的，人民法院不予支持。
第 56 条	第五十六条 买受人在出卖人正常经营活动中通过支付合理对价取得已被设立担保物权的动产，担保物权人请求就该动产优先受偿的，人民法院不予支持，但是有下列情形之一的除外： （一）购买商品的数量明显超过一般买受人； （二）购买出卖人的生产设备； （三）订立买卖合同的目的在于担保出卖人或者第三人履行债务；

	（四）买受人与出卖人存在直接或者间接的控制关系； （五）买受人应当查询抵押登记而未查询的其他情形。 前款所称出卖人正常经营活动，是指出卖人的经营活动属于其营业执照明确记载的经营范围，且出卖人持续销售同类商品。前款所称担保物权人，是指已经办理登记的抵押权人、所有权保留买卖的出卖人、融资租赁合同的出租人。
第 57 条	第五十七条 担保人在设立动产浮动抵押并办理抵押登记后又购入或者以融资租赁方式承租新的动产，下列权利人为担保价款债权或者租金的实现而订立担保合同，并在该动产交付后十日内办理登记，主张其权利优先于在先设立的浮动抵押权的，人民法院应予支持： （一）在该动产上设立抵押权或者保留所有权的出卖人； （二）为价款支付提供融资而在该动产上设立抵押权的债权人； （三）以融资租赁方式出租该动产的出租人。 买受人取得动产但未付清价款或者承租人以融资租赁方式占有租赁物但是未付清全部租金，又以标的物为他人设立担保物权，前款所列权利人为担保价款债权或者租金的实现而订立担保合同，并在该动产交付后十日内办理登记，主张其权利优先于买受人为他人设立的担保物权的，人民法院应予支持。 同一动产上存在多个价款优先权的，人民法院应当按照登记的时间先后确定清偿顺序。
3.最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释(2020 修正)	
第 1~2 条	一、融资租赁合同的认定 第一条 人民法院应当根据民法典第七百三十五条的规定，结合标的物的性质、价值、租金的构成以及当事人的合同权利和义务，对是否构成融资租赁法律关系作出认定。 对名为融资租赁合同，但实际不构成融资租赁法律关系的，人民法院应按照其实际构成的法律关系处理。 第二条 承租人将其自有物出卖给出租人，再通过融资租赁合同将租赁物从出租人处租回的，人民法院不应仅以承租人和出卖人系同一人为由认定不构成融资租赁法律关系。
第 5~7 条	三、合同的解除 第五条 有下列情形之一的，出租人请求解除融资租赁合同的，人民法院应予支持：

	（一）承租人未按照合同约定的期限和数额支付租金，符合合同约定的解除条件，经出租人催告后在合理期限内仍不支付的； （二）合同对于欠付租金解除合同的情形没有明确约定，但承租人欠付租金达到两期以上，或者数额达到全部租金百分之十五以上，经出租人催告后在合理期限内仍不支付的； （三）承租人违反合同约定，致使合同目的不能实现的其他情形。 第六条因出租人的原因致使承租人无法占有、使用租赁物，承租人请求解除融资租赁合同的，人民法院应予支持。 第七条当事人在一审诉讼中仅请求解除融资租赁合同，未对租赁物的归属及损失赔偿提出主张的，人民法院可以向当事人进行释明。
第 8～12 条	四、违约责任 第八条 租赁物不符合融资租赁合同的约定且出租人实施了下列行为之一，承租人依照民法典第七百四十四条、第七百四十七条的规定，要求出租人承担相应责任的，人民法院应予支持： （一）出租人在承租人选择出卖人、租赁物时，对租赁物的选定起决定作用的； （二）出租人干预或者要求承租人按照出租人意愿选择出卖人或者租赁物的； （三）出租人擅自变更承租人已经选定的出卖人或者租赁物的。 承租人主张其系依赖出租人的技能确定租赁物或者出租人干预选择租赁物的，对上述事实承担举证责任。 第九条 承租人逾期履行支付租金义务或者迟延履行其他付款义务，出租人按照融资租赁合同的约定要求承租人支付逾期利息、相应违约金的，人民法院应予支持。 第十条 出租人既请求承租人支付合同约定的全部未付租金又请求解除融资租赁合同的，人民法院应告知其依照民法典第七百五十二条的规定作出选择。 出租人请求承租人支付合同约定的全部未付租金，人民法院判决后承租人未予履行，出租人再行起诉请求解除融资租赁合同、收回租赁物的，人民法院应予受理。 第十一条 出租人依照本解释第五条的规定请求解除融资租赁合同，同时请求收回租赁物并赔偿损失的，人民法院应予支持。

	前款规定的损失赔偿范围为承租人全部未付租金及其他费用与收回租赁物价值的差额。合同约定租赁期间届满后租赁物归出租人所有的，损失赔偿范围还应包括融资租赁合同到期后租赁物的残值。 第十二条 诉讼期间承租人与出租人对租赁物的价值有争议的，人民法院可以按照融资租赁合同的约定确定租赁物价值；融资租赁合同未约定或者约定不明的，可以参照融资租赁合同约定的租赁物折旧以及合同到期后租赁物的残值确定租赁物价值。 承租人或者出租人认为依前款确定的价值严重偏离租赁物实际价值的，可以请求人民法院委托有资质的机构评估或者拍卖确定。
二、《中华人民共和国企业破产法》及相关司法解释	
1.《企业破产法》	
第 18 条	人民法院受理破产申请后，管理人对破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同有权决定解除或者继续履行，并通知对方当事人。管理人自破产申请受理之日起二个月内未通知对方当事人，或者自收到对方当事人催告之日起三十日内未答复的，视为解除合同。 管理人决定继续履行合同的，对方当事人应当履行；但是，对方当事人有权要求管理人提供担保。管理人不提供担保的，视为解除合同。
第 38 条	人民法院受理破产申请后，债务人占有的不属于债务人的财产，该财产的权利人可以通过管理人取回。但是，本法另有规定的除外。
第 109 条	对破产人的特定财产享有担保权的权利人，对该特定财产享有优先受偿的权利。
2.最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定	
第 71 条	下列财产不属于破产财产： （一）债务人基于仓储、保管、加工承揽、委托交易、代销、借用、寄存、租赁等法律关系占有、使用的他人财产； （二）抵押物、留置物、出质物，但权利人放弃优先受偿权的或者优先偿付被担保债权剩余的部分除外； （三）担保物灭失后产生的保险金、补偿金、赔偿金等代位物； （四）依照法律规定存在优先权的财产，但权利人放弃优先受偿权或者优先偿付特定债权剩余的部分除外； （五）特定物买卖中，尚未转移占有但相对人已完全支付对价的特定物； （六）尚未办理产权证或者产权过户手续但已向买方交付的财产； （七）债务人在所有权保留买卖中尚未取得所有权的财产； （八）所有权专属于国家且不得转让的财产；

	(九) 破产企业工会所有的财产。
3.最高人民法院关于适用《中华人民共和国企业破产法》若干问题的规定(二)(2020 修正)	
第 30 条	债务人占有的他人财产被违法转让给第三人，依据民法典第三百一十一条的规定第三人已善意取得财产所有权，原权利人无法取回该财产的，人民法院应当按照以下规定处理： (一) 转让行为发生在破产申请受理前的，原权利人因财产损失形成的债权，作为普通破产债权清偿； (二) 转让行为发生在破产申请受理后的，因管理人或者相关人员执行职务导致原权利人损害产生的债务，作为共益债务清偿。

《民法典》物权编第 388 条“担保合同包括抵押合同、质押合同和其他具有担保功能的合同…”将担保合同的范围增加“其他具有担保功能的合同”的兜底性规定；《民法典》物权编第 414 条第 2 款规定“其他可以登记的担保物权，清偿顺序参照适用前款规定”，“其他可以登记的担保物权”在解释上是否包括了融资租赁等非典型担保。此外，《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》（以下简称“担保制度司法解释”）作为第一部实体司法解释，其中第 65 条规定，出租人可以请求参照“实现担保物权案件”的有关规定，第 67 条规定融资租赁合同登记对抗规则也参照动产抵押的规定等。从上述规范中可以看出，《民法典》及司法解释试图强调融资租赁合同的担保功能，融资租赁物发挥事实上的担保功能，在大陆法系物债二分的体系化框架下，将具有担保功能的非典型担保纳入法典，体现了两大法系的融合、典型担保和非典型担保的融合。²《民法典》对于担保财产范围的法定拓展和隐性扩张，与借鉴、吸收功能主义的立法模式存在内在的关联性。³而破产制度又如何回应该种担保功能的倾向，具有研究价值。同时，破产法及其司法解释中并没有关于融资租赁合同的直接规定，对于担保物的别除权制度语焉不详，对于取回制度的限制理论也有待完善，因此具有制度解读与构建的空间。

1.1.2. 案例

和本问题相关的案例很少，尤其是民法典颁布后，司法实践对于新法条尚未适用，北大法宝中对《民法典》第 745 条的法宝联想功能尚未开放。因此对案例检索时适当放宽条件，以期对本问题中的一个点进行回应，以“破产”、“融资租赁”为关键词在北大法宝检索（检索日期：2021 年 7 月 16 日），共检索到 101 个案例，再运用北大法宝对《企业破产法》第 109 条使用法宝联想功能，再加入“融资租赁”的全文检索词，共有 23 个案例。从这些案例中整理出对本问题研究具有价值的案例，如下：

² 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组：《中华人民共和国民法典理解与适用·物权编》，人民法院出版社 2020 年版，第 995 页。

³ 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。

（1）“泰和融资租赁有限公司与张海鸥等融资租赁合同纠纷案”，北京市第二中级人民法院（2018）京 02 民初 177 号民事判决。

法院判令出租人不得取回租赁物，出租人主张的租金等债权作为普通债权认定，理由在于融资租赁物取回将导致其价值巨大贬损，作为重整重要资产，出于保护全体债权人利益的需要，不得取回。

（2）“德瑞宝轮胎有限公司、山东力创模具股份有限公司融资租赁合同纠纷案”，山东省高级人民法院（2018）鲁民终 171 号民事判决。

在设备已被拍卖客观上不具备取回条件下，法院认为该拍卖款不属于破产财产，判决出租人就融资租赁设备的变现价值中优先受偿。上述两个判决对于出租人的保护力度与裁判思路大相径庭。对于破产取回权和别除权的路径处理比较模糊。

（3）“中信富通融资租赁有限公司与江苏隆亨纸业有限公司等融资租赁合同纠纷案”，天津市高级人民法院（2015）津高民二终字第 0070 号民事判决。

2012 年 12 月，中信公司与众意公司、隆亨公司签订了融资租赁合同，约定中信公司受让租赁物然后回租给隆亨公司和众意公司。2014 年 9 月，众意公司进入破产程序。一审法院认为根据管理人依据《企业破产法》第 18 条的规定，管理人具有解除合同的权利，众意公司主张解除《融资租赁合同》的法律依据充分，因此予以确认。天津高院二审则认为，在融资租赁合同中，出租人的义务分为积极义务和消极义务，积极义务包括支付购买租赁物的价款和将租赁物交付承租人使用；消极义务是保证承租人对租赁物的占有、使用。一旦出租人的积极义务履行完毕，融资租赁合同的目就已经实现，即可认定出租人已经完全履行了融资租赁合同。因此中信公司支付价款后其在融资租赁合同项下的主要义务已经履行完毕。众意公司管理人不能依据破产法的规定对融资租赁合同行使解除权。可见，天津高院认为融资租赁的出租人只要支付了购买租赁物的价款，其合同义务就履行完毕，因此融资租赁合同不属于破产法规定的待履行合同，承租人的管理人不具有决定是否继续履行合同的权力。

（4）江苏金融租赁公司与圆通汽车公司融资租赁合同纠纷案，南京市中级人民法院（2015）宁商再终字第 5 号民事判决书。

2011 年，江苏金融租赁公司与圆通汽车公司签订了融资租赁合同，约定江苏金融租赁公司受让租赁物然后回租给圆通汽车公司。2013 年 5 月，江苏省丹阳市人民法院受理了其债权人对于圆通汽车公司的破产申请。南京中院再审确认了《企业破产法》第 18 条在本案中的适用，认为圆通汽车公司管理人自破产申请受理之日起二个月内未通知江苏金融租赁公司，视为解除了融资租赁合同，可见南京中院也认同了融资租赁合同属于双方均未履行完毕的合同。本案与上述（3）案例判决完全不同。

（4）上海市浦东新区人民法院涉自贸试验区典型案例之三：万丰融资租赁有限公司与宜昌金太源工贸集团有限公司融资租赁合同纠纷案。

融资租赁出租人按合同约定既请求解除合同又要求承租人支付全部未付租金以回购租赁物，与《合同法》第二百四十八条关于要求支付全部租金与解除合同、收回租赁物，出租人只能择其一主张的规定并不相悖。

(5) 2019 年度上海法院金融商事审判十大案例之九：“甲公司诉乙公司等融资租赁合同纠纷案”，上海金融法院（2019）沪 74 民终 439 号民事判决。

本案涉及的法律问题是融资租赁出租人自行收回并处置租赁物的司法处理。融资租赁出租人自行收回并处置租赁物的，出租人应遵循公平原则并提供充分的证据证明其处置租赁物价格的合理性。在承租人未认可的情况下，出租人未委托有资质的专业机构对租赁车辆价值进行评估，又不能提供其他证据证明其处置车辆的价款真实体现了市场价格的，则其关于租赁物处置价格具备合理性的主张不能成立。

(6) 2014 年度上海法院金融商事审判十大典型案例之八：“甲租赁公司诉乙餐饮管理公司等融资租赁合同纠纷”，上海市第一中级人民法院（2014）沪一中民六(商)终字第 469 号民事判决。

本案解决的是无法返还原物的消耗品是否能作为融资租赁交易之标的物。法院认为，融资租赁是融资与融物的结合，如果缺失“融物”要素，则不成其为融资租赁。融资租赁法律关系，系以融资为目的之租赁，其法律属性仍系租赁法律关系之一种。在租赁法律关系中，承租人合同主要义务之一为依约返还租赁物，故依融资租赁合同的法律性质，其标的物应具备适于租赁的特性，即合同期限届满时，具有返还原物的可能性。若按标的物的特性，正常使用情况下，其在期限届满时已经无返还可能性的，则此种消耗品不能作为融资租赁交易之标的物。

(7) 金融商事审判 10 大典型案例之七：“甲金融租赁公司诉乙造船公司融资租赁合同纠纷案”。

融资租赁交易应具备融资与融物相结合的特征，仅有资金空转的“融资租赁合同”，应当按照实际构成的法律关系处理。

(8) “中信富通融资租赁有限公司与杭州众意纸业有限公司等融资租赁合同纠纷”，天津市高级人民法院(2015)津高民二终字第 0070 号民事判决。

本案主要涉及的法律问题是融资租赁合同承租人逾期付租时出租人的选择权与承租人破产管理人合同履行选择权的冲突与解决。法院判决认为，在融资租赁合同中，出租人履行完支付租赁物购买价款、将租赁物交付承租人使用的义务后，即实现了签订融资租赁合同的实质性目的，应认定出租人就融资租赁合同已履行完毕。是否支持承租人行使合同解除权，除需要考量是否有利于破产财产价值最大化和恢复其偿债能力之外，还应兼顾融资租赁合同中出租人的利益。承租人未按期支付租金，出租人在先提起诉讼要求承租人支付全部租金的情况下，承租人主张依据《企业破产法》第十八条就融资租赁合同行使解除权应不予支持。

1.2. 二次资源

1.2.1. 专著

本问题研究主要借助三类专著，第一类是融资租赁合同相关研究，第二类是民法典关于融资租赁合同的评注，第三类是破产法中融资租赁合同以及别除权、取回权相关研究。

A. 融资租赁合同相关研究

我国对于融资租赁的研究始于上世纪 90 年代，如查松教授的《融资租赁法》。史燕平教授著有《国际租赁的理论与实务》、《融资租赁及其宏观经济效应》等，对于融资租赁的理论与实务做了研究；胡晓媛老师对中德融资租赁法律制度有深入的研究等，著有《中德融资租赁法律制度比较研究》。高圣平教授对于融资租赁的法律构造等进行深入研究，著有《融资租赁取回权与登记》、《动产担保交易比较研究》、《物权担保新制度新问题理解与适用》。主要参考的书籍是：

(1) 高圣平、乐沸涛：《融资租赁的登记与取回权》，当代中国出版社 2007 年版，第 151-162 页。

(2) 高圣平：《物权担保新制度新问题理解与适用》，人民法院出版社 2013 年版，第 509-526 页。

(3) 胡晓媛：《中德融资租赁法律制度比较研究》，中国法制出版社 2011 年版，第 141-142 页。

(4) 高圣平：《担保法前沿问题与判解研究（第二卷）》，人民法院出版社 2019 年版，第 59-152 页。

(5) 高圣平：《担保法前沿问题与判解研究（第三卷）》，人民法院出版社 2019 年版，第 247-270 页。

(6) 高圣平：《担保法前沿问题与判解研究（第四卷）》，人民法院出版社 2019 年版，第 294-300 页。

高圣平作为国内研究融资租赁合同的集大成者，学者在不同时间点上观点的变化也是值得推敲的。高老师结合民法典及担保制度司法解释对于融资租赁合同担保功能化的最新形势，观点有所精进，著有《担保法前沿问题与判解研究》系列丛书，着力研究融资租赁合同的担保功能与以及如何与整个动产担保交易体系的协调。主要有：

由于对于以上专著的参考并不仅在于某一观点的引用，而包含融资租赁制度的学习，在此不展开论述。

B. 《民法典》关于融资租赁合同章节的评注著作

对于《民法典》条文的解读是论文研究的根基，因此专著的搜集广泛搜集了评注书，包括法工委官方的评注、司法机关的解读以及学者的评述等。由于评注书内容较多，在此也不对内容展开分析，仅罗列如下：

(1) 黄薇：《中华人民共和国民法典释义合同编（中）》，法律出版社 2020 年版，第 1375-1401 页。

(2) 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》，人民法院出版社 2020 年版，第 1610-1758 页。

(3) 杨立新：《中华人民共和国民法典释义与案例评注合同编》，中国法制出版社 2020 年版，第 588 页。

(4) 谢鸿飞、朱广新：《民法典评注合同编 典型合同与准合同》，中国法制出版社 2020 年版（高圣平撰写），第 379-526 页。

(5) 龙卫球：《中华人民共和国民法典合同编释义（下册）》，中国法制出版社 2020 年版，第 652-705 页。

(6) 王轶、高圣平、石佳友等：《中国民法典释评合同编典型合同上卷》，中国人民大学出版社 2020 年版，第 494-627 页。

(7) 高圣平：《担保法前沿问题与判解研究（第五卷）——最新人民法院新担保制度司法解释条文释评》，人民法院出版社 2021 年版，第 456-524 页。

本书是对最新的担保制度司法解释的评注，对于其中第 65、54 条的解释，直接与本文相关。

C. 破产法中融资租赁合同以及别除权、取回权相关研究

破产法中的别除权和取回权作为破产法上的基础性概念，因此从国内破产法的基础教材入手，主要有以下几本：

(1) 王欣新：《破产法（第四版）》，中国人民大学出版社 2019 年版，第 170-175、355-377 页。

(2) 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 130-160、209-240、287-343 页。

(3) 邹海林：《破产法：程序理念与制度结构解析》，中国社会科学出版社 2016 年版，第 247-271、319-348 页。

(4) 李永军、王欣新、邹海林、徐阳光：《破产法》（第二版），中国政法大学出版社 2017 年版，第 106-137 页。

(5) 韩长印：《破产法学》（第二版），中国政法大学出版社 2016 年版，第 139-161 页。

这些著作中大部分是对于取回权和别除权的基础理论介绍，不展开论述。

1.2.2. 论文

需要说明的是，中文的文献相对比较多，因此我没有一一的单列，而是根据内容进行整理。

纵观之前学者对融资租赁的研究，多集中在融资租赁的定义特征、法律性质、融资租赁合同的效力及当事人权利的保护、风险的控制等，对于破产语境下融资租赁合同的研究关注

较少，对于出租人破产时取回权和别除权的讨论亦不多，以下的论文梳理将研究对象进一步细化，主要包括：

A.融资租赁合同的法律构造

关于融资租赁合同的定义，美国《统一商法典》第二编作了较宽泛的定义，即融资租赁是包含三方当事人、两份法律合同的新型交易形式，因此美国区分以租赁为目的的融资租赁和以融资为目的的融资租赁，《统一商法典》第一篇总则第 1.203 条即指出租赁与担保权益的区别，并分别适用租赁规则和动产交易规则。《国际租赁公约》第 1 条融合了三方主体、两个合同的形式标准加上租期和租金计算的实质标准。我国对于融资租赁的定义见之于《民法典》第 735 条，“融资租赁合同是出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同。”以上述形式主义的界定作为识别现实中交易是否为融资租赁。总体而言，融资租赁合同不是买卖合同和租赁合同的简单相加，而是一种相互交错在一起的关系。融资合同集借贷、租赁、买卖于一体，是将融资和融物结合在一起的交易方式。⁴

关于融资租赁合同主体为两方还是三方，也存在争议。有观点认为认为融资租赁交易涉及三方主体和两个合同。⁵《国际融资租赁公约》也采取三方结构。亦有学者⁶支持两方主体的结构，认为交易关系中出卖人的地位仅表明租赁物的来源，体现交易中融资的特色，出卖人并非融资租赁合同的一方主体。⁷此外，国际统一私法协会就特定价值动产所起草的《移动设备国际利益公约》及三大议定书就融资租赁交易采取的是两方结构安排⁸。国际私法统一协会起草的《租赁示范法》，该示范法是最新的国际文件，反映了融资租赁比较法上的新发展，为转型国家的融资租赁立法提供范本⁹，该法亦是两方结构，将承租人作为买卖合同的受益人。¹⁰关于融资租赁合同的主体问题是研究的逻辑起点，需要厘清。

关于融资租赁合同的法律性质，正确认识融资租赁合同的法律性质关系到权利义务的配置，总体来说有“所有权构成说”和“担保权构成说”两种，所有权构成说注重法律形式，担保权构成说则关注经济实质，具体而言分为以下六种学说¹¹：

一是“租赁说”，以德国学者 Flume 为代表，该说重视融资租赁合同所采取的法律手段

⁴ 参见高圣平、王思源：《论融资中租赁交易的法律构造》，载《法律科学（西北政法大學學報）》2013 年第 1 期。

⁵ 参见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》，人民法院出版社 2020 年版，第 1611 页。

⁶ 参见高圣平：《物权担保新制度新问题理解与适用》，人民法院出版社 2013 年版，第 511-514 页。

⁷ 参见王轶、高圣平、石佳友等：《中国民法典释评合同编典型合同上卷》，中国人民大学出版社 2020 年版，第 506-509 页。

⁸ 参见《移动设备国际利益公约》第 2 条第 2 款。

⁹ 参见王轶、高圣平、石佳友等：《中国民法典释评合同编典型合同上卷》，中国人民大学出版社 2020 年版，第 506-509 页。

¹⁰ See Unidroit Model Law on Leasing (13 November 2008), Chapter 1, Art.2, and Chapter 2.

¹¹ 参见王轶、高圣平、石佳友等：《中国民法典释评合同编典型合同上卷》，中国人民大学出版社 2020 年版，第 498-502 页；谢鸿飞、朱广新：《民法典评注合同编 典型合同与准合同》，中国法制出版社 2020 年版（高圣平撰写），第 383-387 页。

基于内在经济本质，融资租赁的交易结构与租赁合同的形式要件相符合。然而无论是租金的构成还是出租人和承租人权利义务负担均有一般租赁合同有显著的差异。

二是“附条件分期买卖说”，为德国学者 Abernathy、Ebenroth 为代表，认为融资租赁虽有租赁之名，但无租赁之实，实际上类似于分期付款买卖，出租人在租期内享有租赁物所有权，承租人分期支付租金，期满后租赁物所有权才归承租人所有。然而融资租赁合同的目的在于并不在于买卖，而在于以融物为手段实现融资的目的，与以保留所有权分期付款的买卖交易有显著的区别。

三是“借贷交易说”，由法国学者 Carlen 提出，该说着重于融资租赁的经济功能，本质是解决承租人资金不足为直接目的而进行的资金分期回流行为，该说忽视融物的手段以及融资租赁中承租人对物的使用收益，该说与“单纯借贷不具有融物实质的合同不属于融资租赁合同”的规定形成逻辑的悖论，融资租赁合同并不仅仅是一项借贷交易，而必须具有特定的租赁物。

四是“让与担保说”，主要由梁慧星先生所倡导，认为融资租赁实际上是承租人通过事先向出租人转移标的物所有权的方式为其融资行为提供担保，以获取出租人对设备的资金支持。从这个意义上来说，尽管出租人享有租赁物的所有权，但此所有权并非真正意义上的所有权，仅为担保出租人债权而存在；

五是“独立交易说”，此说注意到融资租赁合同与借款合同、租赁合同的差异，认为融资租赁是一类独立的合同类型。国际统一私法协会制定的《国际融资租赁公约》来看也是持这种观点，胡晓媛（2010）¹²通过审视德国司法与学理，亦支持该种学说。然而该说存在的明显问题是主张稍显消极，并未积极解决问题，没有直接说明融资租赁交易的本质特征。对此，学者徐显明等（2007）¹³进一步指出，融资租赁合同实质上是基于信用而建立起来的具有金融性质的以租赁为表现形式的债权债务关系，即融资租赁合同是一种金融信用租赁契约。

六是“动产担保说”，由台湾学者吕荣海为代表，认为融资租赁的目的与担保的动机不谋而合，即出租人实际上是向承租人提供资金，并通过保有租赁物担保物权的方式为租金收取提供保障，而承租人一方面获得了融资，另一方面也不妨碍其对租赁物的使用。对于该说，虽有学者批判其仅从传统契约类型的角度阐释了融资租赁交易的局部特征，但总体而言该说兼顾了目的和手段，具有一定的正当性，可以进一步研究该种担保功能是否与典型动产担保具有一致的法律地位。

B.融资租赁的担保功能

融资租赁属于所有权担保中的一种，担保制度的发展轨迹经历从转移标的物所有权演变到仅转移物的占有但不转移所有权的占有质，再进化到标的物的所有权与占有均不转移的不占有质，如今转移所有权为特征的权利移转型担保方式又逐渐复兴，即“所有权担保型—

¹² 参见胡晓媛：《德国融资租赁合同法律本质之研究》，载《公司法律评论》2010年第00期。

¹³ 参见徐显明、张炳生：《融资租赁合同法律性质探究》，载《宁波大学学报(人文科学版)》2007年第2期。

——占有质权型——不占有质权（抵押权）——权利转移型担保”的过程¹⁴。因此所有权担保的一种实际上是物的担保的最早形态。有学者将担保物权的发展过程概括为，从“所有权到制限性物权”的运动，从近代到现代的演变为“从制限性物权到所有权”的反向运动。¹⁵

担保制度横跨物权和债权领域，黄桂琴、李慧英（2010）¹⁶融资租赁合同作为债权合同具有物权属性，法理基础是所有权区分化理论、所有权弱化理论。长久以来，物权是财富的表征，一切债权行为都是为了获得物权，但是随着生产力的发展，物权和债权的地位也在转变，资本性的物具有了资本的属性，物权不再是目的，而只是手段。债权的权利与利益的享有成为了所有权的目的，而不再是物权的手段。¹⁷

融资租赁法律关系中存在经济上所有权和法律上所有权二元分立的局面，而在追求逻辑统一的大陆法系下，如何找到二元对立的统一性，关键在于出租人所有权功能与效力的认定，是尊重外观，还是穿透形式，即形式所有权的担保功能应当以担保权纳入体系还是坚持所有权路径。对此，有学者认为融资租赁合同纳入担保合同，意味着出租人对租赁物的“所有权”在法律上是按照担保物权来对待的，《民法典》第 404、414、416 条同样适用出租人对租赁物的所有权。¹⁸王利明（2021）¹⁹亦认为只要实质上是具有担保功能的交易形态，如可通过登记等予以公示，就应承认其可以发挥功能化担保物权的效力。高圣平等（2013）²⁰创造性提出“出租人所有权与承租人用益模式”和“出租人所有权与承租人租赁权模式”两种权利构造，涉及用益物权的体系重构、动产物权公示方法的重构和所有权作用的异化等难点，模式选择的关键在于对体系冲击较小。张家勇（2020）²¹则不支持完全的功能主义，认为融资租赁出租人的所有权与让与担保完全形式主义的所有权不同，让与担保的所有权完全丧失了归属确认功能，仅具有变价功能。而对于融资租赁合同则一方面承认其担保功能，另一方面应当通过合同机制向完全所有权回归。因此是否采取功能主义的做法，以及功能主义做法的限度均有研究的空间。

这里还需要厘清的是担保的范围，这涉及能否类推担保物权的规定，获得类担保物权的优先效力。广义的担保观，如谢在全教授认为凡是使得有担保的债权人较其他债权人更多受偿的制度均为担保。²²狭义的担保观，如崔建远教授认为担保具有从属性、补充性和保证性，其他诸如并存的债务承担等仅具有担保功能，而非担保。²³狭义担保的前提在于区分担保的

¹⁴ 参见谢在全：《民法物权论》（下），中国政法大学出版社 2011 年版，第 1102 页。

¹⁵ 参见王闯：《让与担保法律制度研究》，法律出版社 2000 年版，第 11-12 页。

¹⁶ 参见黄桂琴、李慧英：《融资租赁的法律性质与形式》，载《河北学刊》2010 年第 2 期。

¹⁷ [德]拉德布鲁赫：《法学导论》，米健、朱林等译，中国大百科全书出版社 1997 年版，第 64 页。

¹⁸ 参见龙卫球：《中华人民共和国民法典合同编释义（下册）》，中国法制出版社 2020 年版，第 688 页。

¹⁹ 参见王利明：《担保物权制度的现代化与我国〈民法典〉的亮点》，载《上海政法学院学报(法治论丛)》，2021 年第 1 期。

²⁰ 参见高圣平、王思源：《论融资租赁交易的法律构造》，载《法律科学(西北政法大学学报)》2013 年第 1 期；高圣平：《物权担保新制度新问题理解与适用》，人民法院出版社 2013 年版，第 514-526 页；高圣平：《担保法前沿问题与判解研究（第二卷）》，人民法院出版社 2019 年版，第 59-79 页。

²¹ 参见张家勇：《体系视角下所有权担保的规范效果》，载《法学》2020 年第 8 期。

²² 参见谢在全：《担保物权制度的成长与蜕变》，载《法学家》2019 年第 1 期。

²³ 崔建远：《“担保”辨——基于担保泛化弊端严重的思考》，载《政治与法律》2015 年第 12 期。

法效果与功能,两种观点的差别在于是否严格控制担保法相关规则载非典型担保中的类推适用。²⁴担保效果包括一是增加债务人的责任财产(人保);二是在债务人的部分责任财产上取得优先性(物保)。一般认为让与担保并未增加责任财产,也非在责任财产上设置优先权,一定条件下,直接增加了债权人的财产,故不具有担保效果。担保功能是对担保实际作用的描述。²⁵担保规则的适用可能性,在非典型担保中能否适用担保的规则,需要取决于当事人之间的利益状况。²⁶崔建远教授认为不具备担保效果的法律制度,不能适用担保法的规定,而广义担保观则均可以类推担保法的规定。

C.破产中融资租赁物是否归属于破产财产

在《民法典》第745条修改前,大部分学者认为融资租赁物的所有权人属于出租人,不属于破产财产,在《合同法》第232条更是对这一点作了明确的规定。但也有学者认为,在特定情形下,存在属于破产财产的空间。如钱晓晨(2006)²⁷租赁物的权利属性更接近于动产担保交易制度,应当返还给承租人的部分利益属于破产财产,明确出租人对租赁物的所有权产生出租人优先受偿的权利。再如王振标(2014)²⁸提出根据租赁物的归属约定以及租金支付情况来综合判断租赁物的归属,如果只剩最后几期租金尚未交纳,承租人愿意继续支付租金并以名义价格获取租赁物,可以认定属于破产财产。可见,在《民法典》颁布以前,就有学者从实质主义的视角修正出租人形式所有权,认为在特定情形下融资租赁物可以纳入破产财产。

在《民法典》第745条修改后,学者和实务界有不同的解读观点,有观点认为该修改并没有改变租赁物不属于破产财产的本质,余学文(2020)²⁹认为,从文义解释来看,《民法典》第745条不规定租赁物不属于破产财产,显然不能得出《民法典》认为租赁物属于破产财产的结论,从体系解释来看,《民法典》第745条有关“出租人对租赁物享有的所有权,未经登记,不得对抗善意第三人”的规定,当然包含了“出租人享有租赁物的所有权”之意,在租赁期间出租人享有对租赁物的所有权,是毋庸置疑的。对此,孙春梅³⁰亦支持该观点,认为《民法典》第745条的修订并没有动摇租赁物所有权属于出租人的立法根基,承租人进入破产程序后,租赁物不属于破产财产,是法律的当然之意,而出租人在破产程序中是否能够实际行使取回权,并不因这一修订而受到减损。也有观点认为这一修改将使融资租赁物属

²⁴ 冯洁语:《民法典视野下非典型担保合同的教义学构造——以买卖型担保为例》,载《法学家》2020年第6期。

²⁵ 崔建远:《“担保”辨——基于担保泛化弊端严重的思考》,载《政治与法律》2015年第12期。

²⁶ 冯洁语:《民法典视野下非典型担保合同的教义学构造——以买卖型担保为例》,载《法学家》2020年第6期。

²⁷ 参见钱晓晨:《关于〈中华人民共和国融资租赁法(草案)〉民事法律规范若干问题的评析》,载《法律适用》2006年第4期。

²⁸ 参见王振标:《破产程序中融资租赁合同的处理规则》,2014年上海交通大学硕士论文。

²⁹ 参见余学文:《民法典第745条意味着融资租赁物将被纳入承租人破产财产吗》,载微信公众号“雷继平法律”2020年6月5日。

³⁰ 参见孙春梅:《承租人破产相关法律问题研究(一)》,载微信公众号“浙大融资租赁研究中心”,2020年3月17日。

于破产财产，或者至少开了一个口子，如李斌、叶晶晶（2020）³¹认为，一旦《民法典》将融资租赁合同纳入担保合同体系，租赁物是有可能成为债务人财产的，删除“租赁物不属于破产财产”使表述更为严谨，表明《民法典》不再一概地强调出租人的所有权，同时也关注了租赁物的担保功能。因此，《民法典》删除租赁物不属于破产财产的规定，出发点在于融资租赁纳入担保合同，而这种担保功能在破产法上发挥怎样的效果，值得进一步的研究。

D.融资租赁出租人破产规制的模式选择

a.取回权说

在破产程序中，关于取回权的权利来源，李永军（1995）³²认为取回权的权源乃是所有权及其他物权，但王欣新教授认为这是一种理论上常见的误解，取回权的基础权利主要是物权，尤其是所有权，但也不能完全排除依债权产生取回权的情况。³³

取回权制度的价值基础是朴素的公平观念：不得将他人财产据为己有，即债务人不得擅自用他人财产为自己偿债。取回权的权利来源主要是基于所有权，一般认为不需要特别的证明，因此承租人破产时出租人取回权的行使是当然之义。但有学者认为取回权应当受到限制，如叶佳、杨心明（2006）³⁴建议立法应区分当事人是否有约定留购权的不同情况来规定出租人是否可以收回租赁物。许德风（2015）³⁵亦认为出租人的所有权不应当获得绝对的保护，出租人取回权应当受到限制，根据租期是否届满、是否约定承租人获得所有权等对于取回权的行使进行类型化处理。同时，基于对形式所有权和实质所有权的二分，有学者指出取回权成立的关键，在于权利在经济、道德层面的实际归属。³⁶而一旦认定出租人仅享有形式所有权，租赁物本质上发挥担保功能，并且合同的目的并不在于所有权归属，对于取回权的行使的必要性产生质疑，值得进一步的研究。

b.别除权说

别除权是指在破产程序开始前，就债务人的特定财产上设定担保物权或其他特别优先权的，权利人享有就该特定财产不依照破产程序优先获得清偿和满足的权利。³⁷别除财产是特定物上的优先债权，而将一部分财产从债务人财产中分离出来。³⁸

别除权并非破产法创设的一项新的权利，而是实体性优先权在破产法上的转化形式，体现破产法和其他法律制度的衔接。我国《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，对该特定财产享有优先受偿的权利。”这里提到的“担保权”一般认为包

³¹ 参见李斌、叶晶晶：《〈民法典〉解读 | 删除“承租人破产，租赁物不属于破产财产”》，载微信公众号“智仁律师”，2020年8月20日。

³² 参见李永军：《论破产程序中的取回权》，载《比较法研究》1995年第2期。

³³ 参见王欣新：《破产法》第三版，中国人民大学出版社2011年版，第146页。

³⁴ 参见叶佳、杨心明：《我国融资租赁法律问题研究》，载《安徽农业大学学报(社会科学版)》2006年第5期。

³⁵ 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220-222页。

³⁶ 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209页。

³⁷ 参见韩长印：《破产法学》（第二版），中国政法大学出版社2016年版，第151页。

³⁸ 参见[日]石川明：《日本破产法》，何勤华等译，中国法制出版社2000年版，第80页。

括担保物权和法定特别优先权³⁹，关于融资租赁等非典型担保能否纳入“担保权”的范围，学界研究尚不充分，值得进一步研究。

关于融资租赁担保功能在破产法中的实现，有学者张钦昱（2013）⁴⁰认为实质主义立法则增加了租赁物归属承租人的可能性，进一步提出在破产法司法解释中加入实质主义元素，但对于是否行使别除权未直接论证。亦有不少学者直接将融资租赁纳入别除权的范畴内，黄晓林、杨瑞俊（2017）⁴¹所有权的弱化为出租人行使破产取回权造成了理论障碍，而所有权的担保性为出租人行使破产别除权提供了理论基础。戴宏伟（2019）⁴²提出融资租赁可以作为别除权的基本权利。所有权在弱化的同时具有担保性从而不同于传统所有权。云晋升（2020）⁴³不能单纯基于当事人所有权的约定而认定融资租赁公司享有破产取回权，因为民法所有权不完全决定破产财产归属，出于平等对待破产债权人等原因考虑，租赁物应归属于承租人破产财产，融资租赁公司仅享有破产别除权。另有学者金海（2013）⁴⁴提出混合模式，即借鉴美国的做法，运用经济实质分析法认为应当区分以租赁为目的和以融资为目的两种类型，如果交易被认定为租赁，出租人在承租人破产时可以行使破产取回权，同时负有清算义务；如果交易被认定为所有权保留的买卖或者以租赁物为担保的借贷，那么出租人行使的将是别除权。该种观点本质上对于融资租赁合同的范围采取广义的理解，如果将融资租赁合同的定义限缩为以融资为目的，则依其观点仍为别除权路径。大部分学者基于经济实质的考量提出融资租赁中的别除权路径，但对于别除权的理论障碍与行使的限制并未作充分的研究，值得进一步的研究。

2. 比较法资源

2.1. 一次资源文献

2.1.1. 法律及其他规范性文件

首先，有一本书给予很大的帮助。李飞：《当代外国破产法》，中国法制出版社 2006 年版，第 68-71 页。本书是德国、美国、法国、俄罗斯联邦、日本等国家破产法的中文译本，对于没有外语基础的学习者来说，是一本宝藏书籍。

A. 美国

a. 《UNIFOTRM COMMERCIAL CODE》（美国统一商法典）

1952 年统一州法委员会制定了《统一商法典》，并在第九编对物的担保进行了全新的规定。该法典在名称上废止了诸如动产抵押、附条件买卖等担保种类，而用“担保权益”概

³⁹ 参见邹海林：《破产法：程序理念与制度结构解析》，中国社会科学出版社 2016 年版，第 342 页。

⁴⁰ 张钦昱：《论融资租赁中的破产》，载《政法论坛》2013 年第 5 期。

⁴¹ 参见黄晓林、杨瑞俊：《融资租赁中破产取回权的基础与限制》，载《山东科技大学学报(社会科学版)》2017 年第 1 期。

⁴² 参见戴宏伟：《论别除权基础权利中的非典型担保》，厦门大学 2019 年硕士学位论文。

⁴³ 参见云晋升：《民商二元视角下“售后回租”之分析》，载《社会科学》2020 年第 8 期。

⁴⁴ 参见金海：《判定融资租赁法律性质的经济实质分析法——以承租人破产时租赁物归属为例》，载《华东政法大学学报》2013 年第 2 期。

念来统摄各种担保形式,并用“附着”概念来解释担保权益在当事人之间之所以有效的原因,最大限度统一了担保法,该法在一切当事人通过契约所创设的担保权益上均可适用。

在 1987 年修订后增加了有关融资租赁的界定。UCC2A-103 (1) (g) 对融资租赁的具体含义作出界定。对理论界和实务界影响较大的定义当属美国财务会计准则委员会(FASB)的规定:“租赁是转让财产或设备的使用权通常达到一定时期的协议”UCC 虽然没有直接规定出租人的破产取回权,但规定了一般意义上的取回权,即在承租人违约的情况下,出租人有权取回租赁物,并且出租人可以在不破坏安宁的情况下不经过司法程序而直接取回租赁物。德国破产法第 103 条针对承租人破产后,出租人的破产取回权与承租人的破产管理人的选择权之间的冲突进行了协调,该条规定:承租人破产后,其破产管理人可以选择继续履行或终止融资租赁合同,破产管理人选择终止合同的,出租人可以请求不将租赁物视为破产财产而取回租赁物。但是,在破产程序开始前或开始后未支付的租金只能作为破产财产而取回租赁物。但是,在破产程序开始前或开始后未支付租金只能作为一般债券处理。破产管理人决定继续履行的,则应当根据该法第 55 条第 1 款规定向出租人清偿已到期的未付租金。

美国作为融资租赁业的发源地,受本国立法体系的影响,没有关于融资租赁的专门立法,其对融资租赁的法律规制散见于《统一商法典》和其他法律、规定以及相关的判例之中。但美国有专门处理破产案件的法院系统以及独立的特殊法律体系,融资租赁的破产当然地处于该法律体系之内。美国统一商法典第 1-201 条第 37 项对担保权作了界定,即“对动产或者不动产附着物所享有的用以担保债务之清偿或履行的权利”。第 9-109 条规定,本编适用“依合同在动产或不动产附着物之上创设担保权的交易,其形式若何,在所不问”。第 9-202 条规定,“不管动产所有权归属于担保权人还是债务人”,本编均适用之。确定是否存在担保权进而决定是否受第九编调整时不依赖于动产所有权的归属和交易的形式。

b. 《UNITED STATES BANKRUPTCY CODE》(美国破产法)

主要在于 11 U.S.C. § 365(d)(4)的适用。动产担保式融资租赁是否适用美国破产法典第 365 条关于“待履行合同和未到期租约”的规定说明了它是否具有担保本质。

B.德国

德国融资租赁被视为传统租赁的一种,并无独立规范,适用《德国民法典》关于租赁的一般规定以及欧盟相关法律和会计的规定。融资租赁中的破产往往适用《民法典》和《破产法》中关于传统租赁的一般规定。根据德国《破产法》及《无清偿能力法》的规定,当出租人破产时,破产管理人有权选择是否履行租赁协议。德国法律为了鼓励银行为融资租赁公司提供资金支持,在涉及银行为出租人提供融资的情形下,出租人破产,租赁物的所有权转由银行享有,租赁合同不受影响。如果承租人破产,则破产管理人有权选择是否继续履行合同,此时出租人因承租人不支付租金的合同解除权终止。对于管理人的选择,出租人必须接受,只有当管理人拒绝继续履行租赁合同时,出租人才享有租赁物的取回权,同时可以以破产债权人的身份请求未付租金。

C.日本

日本也没有专门的融资租赁法,目前租赁法律关系仍然受日本民法典和商法典等一般法律的调整。日本租赁业认为,融资租赁合同就是一种以借贷为核心,包含融资和服务的新型合同。因此在德国、日本等融资租赁合同与保留所有权的买卖、抵押担保合同、租赁合同等有名合同之间本身没有明确的界限,而且还有被纳入类似有名合同调整的可能性。

日本破产法第 197 条第 13 款为防止破产管理人滥用破产取回权,对破产管理人的承认取回权进行了一定的限制,该条规定,破产管理人承认取回权须经过监察委员同意。

D.其他国家

1996 年法国本部《融资租赁法》,认为融资租赁实质上是一种有担保的贷款,受保护的是出租人对租赁物的担保物权而非所有权。如该法第一条规定融资租赁是指“无论名称如何,至少考虑以租金名义支付合意价格的一部分,并给予承租人取得租赁物全部或一部分的可能性,作为所有者的企业为此而购入设备的租赁”。

1998 年制定的《俄罗斯联邦融资租赁法》为俄罗斯国内融资租赁的行业发展提供了一个稳定的法律框架。该法共计五章 39 条,在第一章第 2 条明确了租赁和(融资)租赁合同的定义,其中,从该法对租赁定义的表述全部经济和法律关系)中可以看出该其具有极强的抽象性、综合性和包容性。

乌兹别克斯坦融资租赁中的破产法律制度受俄罗斯联邦立法影响,乌兹别克斯坦也订立了专门的融资租赁立法,1999 年颁布的《乌兹别克斯坦工合同租赁法》(下简称《合同租赁法》)中的租赁即是特指融资租赁。根据《合同租赁法》的规定,承租人有权在租赁期限届满时购买租赁物,但在其购买以前,租赁物的所有权归出租人所有。当承租人出现倒闭并随之发生扣留资产或者没收资产,则租赁物应该从承租人的其他资产中分离开,并随其所有权归还给出租人。若因此有所损失,赔偿按照立法程序进行。

哈萨克斯坦融资租赁中的破产除了适用《破产法》及相关破产相关法律法规以外,还适用 2000 年颁布的《哈萨克斯坦共和国融资租赁法》(下简称《融资租赁法》)。《融资租赁法》明确规定在租赁合同有效期内,临时转交承租方拥有和使用的租赁对象所有权归出租方所有,但如果融资租赁合同没有另外规定,承租方对租赁对象进行的可分割改造工程享有所有权。承租方破产时,租赁对象不列入拍卖物品。但承租方所有的可分割改造工程应该纳入破产财产。

在西班牙,融资租赁是一种既有别于信贷,又非简单租赁的特殊交易,主要受《民法典》、《商法典》的调整,无相应的专门立法对其进行规制。西班牙融资租赁破产法律制度的特殊之处在于,承租人破产时,租赁公司有权解除租赁合同,出租人以普通债权人的身份参加破产程序的受偿。如果破产人的其他债权人想从租赁财产上获得清偿,出租人必须启动一个被称为“Third Party Claim to Ownership”特别程序,以保护自己对租赁财产的所有权。也就是说,在承租人破产时,出租人并没有租赁物的取回权。

中亚国家制定了专门的《融资租赁示范法》（下简《示范法》）调整融资租赁活动。《示范法》规定，融资租赁是一种特殊的财产租赁关系，承租人必须基于商业目的来对租赁物进行占有和使用；承租人只是在租赁期间暂时占有和使用租赁物，租赁物的所有权属于出租人所有；对融资租赁物改良物的物权归属取决于两个条件，由承租人负担费用以及取得出租人书面同意，若满足两个条件，则承租人对改良物所享有物权，否则改良物与租赁物同仍为出租人所有；承租人破产或者清算时，租赁物不属于承租人的破产财产，不能被扣押，也不能被查封，应当返还于出租人。破产时改良物的处置则根据其物权归属而定。

2.1.2. 案例

美国破产案件中，租赁物的处理很大程度上是基于破产法庭对于融资租赁合同是不是担保物权和真实租赁的判断。如果被裁定为是真实租赁，即由出租人承担投资风险的融资租赁，则申请破产保护的企业可自主选择继续执行真实租赁合同或放弃继续执行。不同的选择会给出租人带来不同的效果。但是，无论是哪种选择，出租人在所有债权人当中，都处于有利的地位。

通过 Westlaw 和 Bing 检索到如下相关案例：

(1) In Re Richard A. Davis, (Bankruptcy Court Case No.: 13-30450,2014)

在 Richard A. DAVIS 破产案件⁴⁵中，DAVIS 和 GOOD 公司共同向 Sciton 公司购买激光仪器，就标的物各享有一半所有权，同时 DAVIS（买受人）与 GOOD 公司（出卖人）约定 DAVIS 向 GOOD 公司购买所享有的一半所有权，在支付完毕加宽之前，GOOD 公司保留所有权。虽然 GOOD 公司认为其就标的物享有所有权而非担保权益，但法院仍将法律关系认定为 UCC 第 1-201 条规定之所有权保留买卖，出卖人 GOOD 公司仅就标的物享有担保权益（标的物 50%所有权权益的担保），而非所有权。在破产受托人已出卖标的物的情况下，出卖人 GOOD 公司的担保权益转而附属于其变卖价金之上，在大陆法系国家，此为代偿别除权式处理。

(2) In re Grubbs Construction Co.,319 B.R. 698 (Bankr. M.D. Fla. 2005)

本案中运用经济实质分析法来区分租赁交易归类为销售还是担保权益交易，对于债务人明智的做法是提前买断选择权。该判例支持破产法典第 365 条不能适用于担保权益交易的租赁形式。

(3) United Airlines, Inc. v. HSBC Bank USA,416 F.3d 609 (7th Cir. 2005)

破产法根据实质而非形式将租赁与担保交易区分开来，具体规定由州法律决定（除非州法律将形式视为控制性的，在这种情况下它必须服从联邦法律）。航空公司在机场附近租用 20 英亩土地是一项担保安排。因为租金是基于偿还时间表，而不是财产价值，分期付款中最后一笔较大的付款不是租赁的典型情况，并且出租人在租赁期结束时没有利息。

(4) In re Clinton Nurseries of Maryland, Inc.,2018 WL 2293554 (Bankr. D. Conn. 2018)

45

承租人可以选择以 1 美元的价格购买设备的设备租赁属于销售和担保交易，而不是租赁。交易的特征将在交易开始时确定。

(5) Lyon Financial Services, Inc. v. Oxford Maxillofacial Surgery, Inc., 2009 WL 2170999 (D. Minn. 2009)

融资租赁中出租人减轻损害的义务很像担保方以商业上合理的方式进行处置的义务。承租人反对以 12,000 美元（其原始价值的 6%）的价格出售租赁的激光器，同时以 75,000 美元和 130,000 美元的价格出售同一类型的激光器，这足以引起关于销售是否具有商业合理性的事实问题。

2.2. 二次资源文献

2.2.1. 专著

由于除了英语外，本人没有二外背景，因此对于借鉴意义较强的德国和日本只能通过译著学习，主要搜集和阅读了以下学者的书籍：

A.美国

[美]查尔斯·J.泰步：《美国破产法新论》（第3版）上册，韩长印等译，中国政法大学出版社 2017 年版，第 129-143 页。

根据美国的融资租赁破产法律制度，出租人当然享有租赁物的所有权，一旦承租企业破产被认定为融资租赁破产，出租人即可享有租赁物的取回权，同时还可向承租人主张约定的租金。但出租人的破产取回权受破产管理人意思的制约，也就是当承租人的破产管理人选择继续履行合同时，出租人不能取回租赁物。只有在管理人拒绝继续履行合同的前提下，出租人才有权取回租赁物，并可以请求赔偿契约解除所带来的损害。值得注意的是，美国法律还赋予了承租人的破产管理人租赁转让权。也就是承租人在破产时可将租赁合同转让，受让人取代承租人的地位，在原理约定的租赁期限内享有租赁物的占有使用收益权，直接向出租人履行原融资租赁合同中承租人的义务。租赁转让所得收入纳入破产财产。

B.德国

(1) [德]乌尔里希·福尔斯特：《德国破产法》，张宇晖译，中国法制出版社 2019 年版，第 50-51、200-221 页。

本书观点是所有权担保人属于别除权人，⁴⁶基于受限的物权一般仅有权进行别除，⁴⁷所有权担保仅具有未占有的质权效力。⁴⁸随着向担保受让人转让，所有权或债权实际上从债务人财产中排除，取得人不可取回：由于该担保与质权的相似性而受限于别除。⁴⁹管理人有权变价其占有的动产（第 166 条第 1 款结合第 148 条第 1 款）应阻止单个债权人从债务人财产的结合物中分离担保物，由此便利公司继续经营或保留对财产整体（必要时可获利的）变价。

⁴⁶ [德]乌尔里希·福尔斯特：《德国破产法》，张宇晖译，中国法制出版社 2019 年版，第 50 页。

⁴⁷ [德]乌尔里希·福尔斯特：《德国破产法》，张宇晖译，中国法制出版社 2019 年版，第 204 页。

⁴⁸ [德]乌尔里希·福尔斯特：《德国破产法》，张宇晖译，中国法制出版社 2019 年版，第 202 页。

⁴⁹ [德]乌尔里希·福尔斯特：《德国破产法》，张宇晖译，中国法制出版社 2019 年版，第 211 页。

通常，管理人比债权人有更好的途径接触到接收人的圈子。从而使财团，在较优的变价中不仅可以清除别除权人，而且可以期待获得盈余，从而使财团，即未被担保的债权人受益。⁵⁰当然也保留如果出租人对于优先受偿的标的物感兴趣，可以自我介入且报价高于拍卖、变卖款时，管理人应当接受。（《德国破产法》第 168 条第 3 款。）只要第债务人还有权占有，便排除取回。（《民法典》986 条）只有当债务人不再享有占有权时，管理人才必须返还货物。⁵¹

（2）[德]莱茵哈德·波克，《德国破产法导论》（第六版），王艳柯译，北京大学出版社 2014 年版，第 796-853、865-954 页。

C.日本

（1）[日]谷口安平主编：《日本倒产法概述》，佐藤孝宏等译，中国政法大学出版社 2017 年版，第 120-132 页。

本书指出，实体法上的担保权在破产法上对应为别除权，除担保物权（日本《民法》第 2 编第 7 章以下）之外，担保权还包括被称为非典型担保的具有优先受偿效力的一系列合同，包括假登记担保、让渡担保、出售担保、所有权保留。此外，保证等虽然也被称为人的担保，但是由于其不具有优先受偿的效力，不作为讨论的对象。

本文提出的很重要的一个观点是：担保权最重要的效力是优先受偿。⁵²从经济价值来看，别除权制度是通过承认别除权的优先受偿效力使别除权人能够不通过破产程序获得清偿的制度。（《破产法》第 65 条第 1 项）⁵³

需要厘清的是，不是所有担保权都纳入别除权，以优先受偿效力为核心的实体法上的担保权在破产法上并非都作为别除权对待。实体法上的担保权确实在债务人没有清偿时可以优先受偿，在债务人破产时也必须发挥作用。但是，在另一方面，将设定了该担保权的财产作为破产程序中的清算资金且无条件承认担保权的效力，可能有违破产程序的目的。应该承认什么样的担保权作为别除权的优先地位，只能通过倒产法制的政策进行判断。因此，破产法上的别除权是指“破产程序启动时对破产财团的财产具有先取特权、质权或者抵押权的人针对这些权利的标的物行使第 65 条第 1 项规定的权利”（《破产法》第 2 条第 9 项）。普通破产可以说一定会存在具有别除权的“别除权人”（《破产法》第 2 条第 10 项）。另外如破产人为物上保证人的情形等，别除权人并不一定需要拥有破产债权。

融资租赁出租人作为标的物的所有人是否具有取回权，或者着眼于作为担保的实质，仅能行使别除权，通常的理解是所有权保留、融资租赁的法律性质是所有权担保权的一种，构成别除权。⁵⁴

⁵⁰ [德]乌尔里希·福尔斯特：《德国破产法》，张宇晖译，中国法制出版社 2019 年版，第 217 页。

⁵¹ [德]乌尔里希·福尔斯特：《德国破产法》，张宇晖译，中国法制出版社 2019 年版，第 201 页。

⁵² [日]谷口安平主编：《日本倒产法概述》，佐藤孝宏等译，中国政法大学出版社 2017 年版，第 120 页。

⁵³ [日]谷口安平主编：《日本倒产法概述》，佐藤孝宏等译，中国政法大学出版社 2017 年版，第 121 页。

⁵⁴ [日]谷口安平主编：《日本倒产法概述》，佐藤孝宏等译，中国政法大学出版社 2017 年版，第 130 页。

(2) [日]山本和彦：《日本倒产处理法入门》（第四版），金春等译，法律出版社 2016 版，第 67-81、200-201 页。

本书提出，除民法中规定的典型担保权之外，交易实务中产生的担保权有，让与担保、所有权保留、融资租赁合同等非典型担保债权。对于非典型担保，应当准用别除权的规定还是基于其所有权性质将其作为取回权来处理，有过争议。目前多数说认为，倒产程序中应该把非典型担保视为担保权来处理，破产程序中应当承认其为别除权。不过，对于非典型担保，在破产程序中，不管是别除权还是取回权，最终都予以认可标的物的取回。因此，争议主要围绕着限制担保权行使的重整程序（特别是更生程序）中的处理。⁵⁵对于更生程序的业务重整必不可少的资产上设定了担保权时，为顺利完成持续运营，有必要消灭该经营资产上的担保权，日本法上规定了担保权消灭制度（或称之为担保转换制度、特别变价制度）⁵⁶

关于管理人对待履行合同的选择权，本书也提及，破产程序以清理合同为原则，与此相对，重整程序中则拟制其放弃了解除权。⁵⁷但作者认为，原则上合同关系不因一方当事人破产而当然终止。但如果单纯的将合同向对方享有的债权全部作为破产债权，而将破产人享有的债权作为破产财团所属债权来行使，有损实体法规定的同时履行抗辩权具有的担保功能，这对于合同向对方来说过于苛刻。如果视为所有的合同应当履行，根据合同性质的不同可能给破产财团带来过重负担。⁵⁸

D. 英国

[英]费奥娜·托米：《英国公司和个人破产法》（第二版），汤维建，刘静译，北京大学出版社 2010 年版，第 331-345 页。

英国的法律并没有对融资租赁进行明确定义，在其国内具有较大影响力的规定来自于其设备租赁协会（Equipment Leasing Association, ELA）。出租人同样应拥有对设备的所有权，取得方式则一般基于承租人对于制造商的制定。值得注意的是，在英国将出租人对于出租物所有权的保留绝对化。即是说，不管合同其他要素如何约定，出租物的所有权始终掌握在出租人手中，不可约定租期结束后所有权的直接转移，否则这样的合同安排被成为租购。

2.2.2. 论文

检索到的相关论文不多，尚待进一步补充。

(1) Raymond T. Nimmer, "U.C.C. Article 2A: The New Face of Leasing," *DePaul Business & Commercial Law Journal* 3, no. 4 (Summer 2005): 559-578.

这一篇论文的契合度较高，主要结合 UCC 第 2A 编，如何区分真正的融资租赁合同与担保利益的融资租赁合同。

⁵⁵ [日]谷口安平主编：《日本倒产法概述》，佐藤孝宏等译，中国政法大学出版社 2017 年版，第 80-81 页。

⁵⁶ [日]谷口安平主编：《日本倒产法概述》，佐藤孝宏等译，中国政法大学出版社 2017 年版，第 201 页。

⁵⁷ [日]谷口安平主编：《日本倒产法概述》，佐藤孝宏等译，中国政法大学出版社 2017 年版，第 69 页。

⁵⁸ [日]谷口安平主编：《日本倒产法概述》，佐藤孝宏等译，中国政法大学出版社 2017 年版，第 68 页。

(2) David A. LeW, "Financial Leasing Under The Unidroit Convention And The Uniform Commercial Code:A Comparative Analysis" , IND. INT'L & COMP. L. REV,1995.

这篇论文主要是在《国际融资租赁公约》的视角下分析融资租赁合同，具有一定借鉴意义。

3. 国际法律资源

3.1. 一次资源文献

3.1.1. Statutes/Treaties (法律或条约)

主要有《UNIDROIT Convention on International Financial Leasing》（《国际融资租赁公约》）。

《国际融资租赁公约》于1988年5月28日在加拿大渥太华签订，公约用四个说明性条款来对融资租赁进行了定义，概括而言即，出租人与承租人订立租赁协议，根据承租人对出卖人和租赁物的选择，与出卖人订立买卖协议，从出卖人处购买选定的租赁物，而后将购买的租赁物交与承租人使用，向承租人收取租金的一种经济活动。《公约》对于融资租赁概念的界定采用的是形式主义，认为融资租赁实质上就是带有金融融资性质的一种租赁活动。

公约所采取的三方法律结构以及承租人与出租人权利义务的规定，对于本研究具有重要的参考价值，其中第七条：“出租人对设备的物权应可有效地对抗承租人的破产受托人和债权人，包括已经取得扣押或执行令状的债权人。”对于本研究具有直接的指向作用。

3.1.2. Regulations/Organizational Rules (规则或国际组织规章)

UNIDROIT (Inter national Institute for the Unification of Private Laws 国际统一私法协会)专门从事私法统一的政府间国际组织。协会非常关注租赁业的发展，一直为促进租赁业在全球范围内特别是发展中国家和经济转型期国家的蓬勃发展而不遗余力。我国于1986年1月1日起正式成为会员国。

这里的规则或国际组织规章主要包括：国际统一私法协会起草的《国际统一私法协会租赁示范法》、《国际租赁示范合同》。其中《租赁示范法》的调整范围既包括普通租赁，也包括融资租赁。

自《国际融资租赁公约》施行以来，随着时代的进步和社会的发展，面对起伏不定的经济形势以及融资租赁行业的新动态和新方向。自2006年4月起，国际私法统一协会开始着手制定《租赁示范法》，于2008年通过。《示范法》给出的定义同样采用特征列举法，首先明确是否约定承租人的廉价购买权。

3.1.3. Cases (判例)

跨国案例的特殊性不是研究的对象，因此此处的案例检索与比较法资源重合，且上述国际统一私法协会的《示范法》等仅作为参考，不是直接的法律依据，因此对于判例的检索这里不再进行。

3.2. 二次资源文献

对于国际法律资源的二次资源文献，本研究以中国法为背景，并不面向国际问题的特殊性，这部分文献的参考意义不大，而相关研究也已在比较法资源部分有所论及，这里不再赘述。

IV. 检索心路历程

首先，这份文献报告撰写之初，我对自己的期待是不要将其作为一份独立的课程作业，不追求形式意义上的美观，而希望真正对于毕业论文的写作提供实质性的贡献。而在行文的最后能够提供一个反思与复盘的机会，我觉得无比珍惜。

其次，提纲挈领和抓核心尤为重要的。关键词虽然只占据整个检索报告很小的篇幅，但是我认为这是整个检索的核心所在。关键词的提取以及搭配的得当可以极大提高检索成功的概率。尤其是英文关键检索时，关键词的准确度至关重要，英语与法律英语之间尚存在一些差异。一般我先自己翻译或查元照词典，但能查到的并不多，后来我发现有一个捷径是直接找一些有名学者的相同关键词的英文翻译，再进行验证，可以提高效率和准确度。

再者，在文献搜索的实操层面，虽然毕业论文的创新性要求使得本来就无法找到一篇完全一致主题的论文，但是国内外对于融资租赁国内外的研究很少，已有的研究从定义层面就有很大的分歧，在文献的搜集时遇到障碍。我的解决办法是对于文章整个法律问题进行层次化的细分，再对每一个细化的点进行文献检索，最后融入到研究问题中去。我认为这一点对于文献搜集的范围和广度有较大的影响。同时，对于文献的搜集一个小技巧是站在巨人的肩膀上，转引是一种学术偷懒行为，应当尽量避免，但是对于搜索到的一篇高质量论文的引用进行追根溯源，可以获得更多的权威文献。

最后，整个文献报告的撰写过程，发现文献检索是一个无穷无尽的过程，囿于检索能力与对知识的提取能力，远远没有做到尽善尽美的程度。在报告多处也都留下了遗憾之笔。搜集到的文献只是冰山一角，而从一篇文献的深入阅读又引发出更多需要去查找的东西，即使在这个时刻达到了饱和，时间对知识的更新与创造，使得这一篇文献检索报告又不够完善。因此我认为文献检索报告的撰写就是如何在 imperfect 中达到最好的效果，如何与 imperfect 妥协，而发现新的文献时，需要进行更新与再造。

还有一个关于文献检索报告的困惑，即文献检索报告的实体性内容的阐述需要达到怎样的程度？很多文献报告以搜集的文献作为线索展开，但这种方法会使得实体层面上使内容丧失体系性，包括对于一次资源、二次资源的划分，以及国内研究和比较法的划分，也使得研究内容被割裂，难以形成有效的互动。而文献检索报告是否只是搜集资料的初步阶段，与内容撰写是否需要明确的边界。我认为这个困惑的终极问题是文献检索报告的定位和意义究竟是什么？如何处理形式与实质的关系？

最后的最后，关于这门课，没有线下听课而非常遗憾，没有在特定的时间和空间里与老师、同伴们共同进步。关于老师构筑的一整套关于“道、法、术、器”的本领，还在学习与

消化中。此外，印象最深刻的是，真正的智识成长是不甘、懊悔、焦虑的良方这句话，我想我会一直记住并不断提醒自己，以此来战胜平庸。