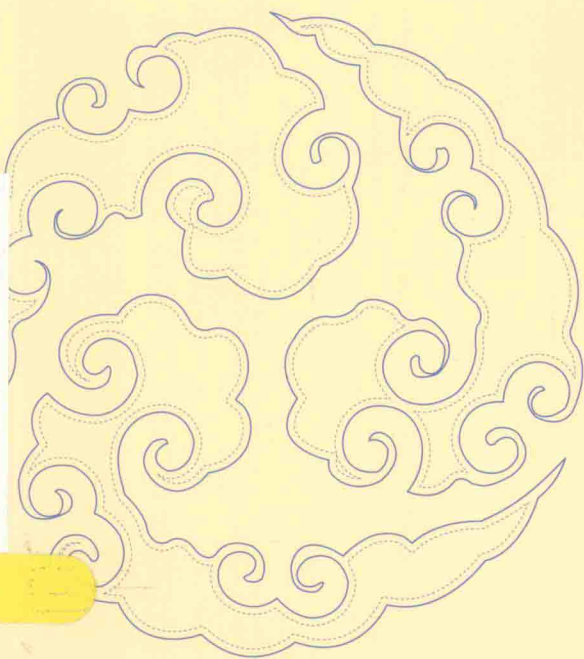


第4辑

航空法评论

HANGKONGFA PINGLUN

主编/杨惠 郝秀辉



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

航空法评论

(第4辑)

主 编:杨 惠 郝秀辉

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

航空法评论. 第4辑 / 杨惠, 郝秀辉主编. —北京:
法律出版社, 2014. 11
ISBN 978 - 7 - 5118 - 6995 - 1

I. ①航… II. ①杨… ②郝… III. ①航空法—研究
—中国 IV. ①D922. 296. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 235813 号

航空法评论(第4辑)

杨惠 郝秀辉 主编

责任编辑 周丽君
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
版本 2014 年 11 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 25 字数 450 千
印次 2014 年 11 月第 1 次印刷
编辑统筹 独立项目策划部
经销 新华书店
责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-6995-1

定价:52.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

卷首语

在党的十五大提出“依法治国、建设社会主义法治国家”的17年后,十八届四中全会提出了中共中央《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,这份被舆论称为依法治国“升级版”方案的决定为中国建设法治国家描绘出了新的路线图。依法治理航空活动、建构合法有序的航空秩序是“依法治国”战略的具体落实和必然要求。

《航空法评论》(第4辑)应航空业发展形势之变化和当前航空法研究的重点和难点问题,在传承原有的航空融资租赁、航空立法、非法干扰行为、航空环保、航空旅客权益保障、航空器物权、航班延误、航空事故责任和国际航空公约适用等专题栏目的基础上,新增了防空识别区和天空开放两个新专题。

2013年11月23日,中国政府发布划设东海防空识别区的声明,引发个别国家的强烈反应。划设防空识别区为国际通例乃至国际习惯,其作用和意义不言而喻,本辑特别推出专题对我国划设防空识别区的合理性与合法性提供理论证成。

在经济全球化和贸易自由化的当今时代,航空公司实质所有权和控制权的限制是实现天空开放的重要障碍,应否在国内法和国际法规定中取消这种限制,争议很大,迄今无定论。本辑“天空开放”专题推出两篇文章,对航空公司实质所有权和控制权的存废之争进行梳理,对国际公约和相关国家的立法实践进行介绍,期望对中国民航市场的对外开放有所裨益。

当下中国,以天津滨海新区和上海自贸区为代表的航空融资租赁业呈迅猛发展之势,本辑“航空融资租赁”专题推出4篇文章,重在研究《开普敦公约》对国内航空融资租赁立法的影响以及中国飞机租赁实践中的税收和法律疑难问题。

《民用航空法》实施十八年来,面对国内外航空领域的重大变化,急需修订,社会各界对《航空法》的制定呼声甚高,且已出现多个草案建议版本。《民用航空法》的修订应往何处出?《航空法》的诸多立法内容如何梳理?航空公司运输总条件和机场管理地方立法在中国航空立法体系下的地位和出路在哪里?本辑“航空立法”专题推出4篇对策性的研究文章,集中探讨航空立法的热点问题。

随着《消费者权益保护法》的修正,航空消费者的权利意识日益增强。在航班延误和超售等情形下如何保障航空消费者的知悉权问题?如何衡平航空承运人的法定拒载权所保护的航空秩序与航空消费者乘机自由?本辑“航空旅客权益保障”专题刊发3篇文章,具体探讨航空承运人告知义务的具体履行方式、从航空安全和公序良俗视角下如何规制承运人拒载权的滥用与责任及美国立法规范之借鉴等问题。

本辑在“航空环保”专题中推出3篇文章,继续关注和展示航空减排问题。在“航班延误”专题中推出两篇文章,交流航班延误治理的不同意见和延误赔偿的不同办法。在“非法干扰”专题中刊发4篇文章,分别从国内立法和国际公约的不同视角对散布“航空炸弹”的行为和精神病人的非法干扰行为如何进行规制进行研究和探讨。在“国际航空公约适用”专题推出两篇文章,研究《蒙特利尔公约》适用于相关国际空难引发的冲突规范、条款留白、精神赔偿和管辖争议等重要问题。在“航空事故责任”专题推出3篇文章,分别探讨了FBO、通航事故和飞行训练事故的民事赔偿责任问题。在“航空器物权”专题展示了两篇研究成果,其中“航空器的善意取得问题研究”是国内迄今刊发的首篇专题性成果。

编者

2014年10月23日

于中国民航大学航空法律与政策研究基地

目 录

卷首语

1

【航空融资租赁】

中国融资租赁法制的现代化

——以《开普敦公约》及其议定书为参照

高圣平 1

《开普敦公约》体制下的国际利益研究

于 丹 29

我国飞机融资租赁的相关法律问题

张 泉 39

租赁贸易进口飞机依法不应当征收营业税

——法解释学在税法解释中的应用示例

郭才森 50

【航空立法】

我国民用航空法修改的若干问题研究

吴建端 61

试论我国航空立法的三个向度

张世良 70

航空运输总条件法律地位路在何方？

——“弹性”合同条款，抑或“刚性”国际惯例

赵劲松 81

中国机场管理的地方立法研究

——以首都机场集团管理立法为视角

李 纯 98

【非法干扰】

论散布“航空炸弹”行为的刑法规制

刘晓山 108

我国民用航空非法干扰行为的立法完善

郭 莉 118

国际民用航空刑事法公约的现代化分析	张莉琼	128
精神病人航空犯罪的防控与应对	林 泉	141

【航空环保】

美欧航空减排博弈对中国航空减排的启示	覃华平	152
民航应对气候变化全球碳排放机制探析	黄 越	166
论欧盟航空碳排放交易机制的缘起与嬗变	胡超容 李 汀	177

【航空旅客权益保障】

航空运输消费者知悉权保护研究	李晨丹	185
美国航空旅客权益保护新法规	李小燕 叶 航	192
航空秩序与乘机自由:承运人拒载权的滥用与后果	刘海安	201

【防空识别区】

东海防空识别区的国际法分析	吴燕妮	223
我国在专属经济区建立防空识别区的探讨	王崇敏 邹立刚	230
设立空防识别区的法理分析	薛桂芳 熊须远	237

【航空器物权】

论航空器的善意取得	陈晓霞	245
民用航空器优先权制度之检讨	裴仕彬	259

【天空开放】

航空公司实质所有权和有效控制权存废之争	姚昌金	272
航空公司实质所有权与有效控制权的立法与实践	周亚光	300

【航班延误】

航空运输合同重构与航班延误纠纷治理 ——与主流意见商榷	魏中许 刘慧娟	315
关于国内航班延误赔偿问题的几点思考	张 军	327

【航空事故责任】

美国司法实践视角下 FBO 的航空事故责任	陈诗麒	339
我国通用航空事故民事责任的法律适用	许凌洁	349
民航飞行训练事故的责任与赔偿问题研究	车 彤	358

【国际航空公约适用】

航空运输公约的留白与航空冲突法的适用	师 怡	365
国际航空公约关于空难赔偿规范的适用研究 ——以韩亚空难为切入点	金 秋	378

《航空法评论》征稿启事		389
-------------	--	-----

中国融资租赁法制的现代化

——以《开普敦公约》及其议定书为参照*

高圣平**

引言

随着科学技术和制造工艺的日益发达,高新技术复合材料的广泛采用,动产设备(包括航空器、铁路车辆、空间资产等)的价值不断攀升,已然成为相关公司沉重的财务负担。基于自有资金的限制,公司大多寻求来自商业银行、制造商及其他信用授受者的信用支持。其中,融资租赁以其融资便捷和节税等优势,在融资交易中占据一席之地。这一交易模式的生成和发展端赖于交易安全与交易成本的综合考量。就信用授受者而言,无论是租赁公司,还是商业银行,其所关注的重心乃在于其对于动产设备的权利是否得到承认和保护。融资租赁交易的法律结构错综复杂,结合寻求高回报而跨境流动的资金,事涉不同国籍的多

* 本文是国家法治与法学理论研究项目《金融担保创新的法律规制研究》(项目编号:12SFB2038)和国家社会科学基金项目《应收账款担保融资法律制度研究》(项目编号:12BFX077)的阶段性成果。

** 高圣平,男,汉族,1968年生,湖北仙桃人,法学博士,中国人民大学法学院教授,教育部人文社会科学重点研究基地中国人民大学民商事法律科学研究中心专职研究员。研究方向:民商法。本文删节版原发表于《中国人民大学学报》2014年第1期。

数当事人,^①由此而造成了权利保护和救济措施上的不确定性。许多信用授受者对此类资产提供融资抱着极为谨慎的态度。^②

国际统一私法协会(UNIDROIT)一直致力于动产交易领域的统一化,意在架构高价值动产融资的一整套实体法规则和一个国际化的权利登记系统。^③2001年11月16日,由国际统一私法协会和国际民航组织共同发起在开普敦召开的外交会议上通过了《移动设备国际利益公约》(以下简称《开普敦公约》)^④及《移动设备国际利益公约关于航空器设备特定问题的议定书》(以下简称《航空器议定书》);2007年2月23日,由国际统一私法协会和国际铁路联运组织共同发起的在卢森堡的外交会议上通过了《移动设备国际利益公约关于铁路车辆设备特定问题的议定书》(以下简称《铁路车辆议定书》);2012年3月9日,由国际统一私法协会发起的在伯尔尼召开的外交会议上通过了《移动设备国际利益公约关于空间资产设备特定问题的议定书》(以下简称《空间资产议定书》)。《开普敦公约》及其三大议定书即成为目前调整融资租赁交易的最新国际规范。

《开普敦公约》及其议定书“是国际私法史上最重要的商事公约之一”,^⑤反映了高价值动产之上国际担保权利的制度需求,提高了动产融资的法律确定性,降低了动产交易的制度风险。^⑥无论是动产融资交易的统一化,还是公约本身所采取的“伞状”结构,均受到很高的评价。^⑦《开普敦公约》及相关议定书植根于国际融资

① 黄居正:“航空器融资的新国际规范”,载黄居正:《国际航空法的理论与实践》,新学林出版股份有限公司2006年版,第385页。

② Marc. D. Latman, Shani S. Smith:“《开普敦公约》来到中国”,载《中国民用航空》2009年第6期。

③ Ronald C. C. Cuming, *International Regulation of Aspects of Security Interests in Mobile Equipment*, *Uniform Law Reviews* 1990-91, pp. 77-79.

④ The Convention on International Interests in Mobile Equipment, 准确译法应是《国际动产(担保)权利公约》,主要调整高价值动产担保交易中的法律问题。公约实际上是一个总括性的法律文件,包括了《开普敦公约》和有关航空器设备、铁路车辆和空间资产的特定问题的三个议定书。公约及其议定书分别是不同的条约。在理论上,一国没有义务同时批准公约及其议定书。但仅批准公约,或仅批准议定书并不发生实际效力。根据《开普敦公约》的规定,《开普敦公约》对具体某类动产的生效日期为该类别议定书的生效日期;若《开普敦公约》与议定书存在冲突时,以议定书为准。

⑤ Roy Goode, *The Unidroit Draft Mobile Equipment Convention: Confluence of Legal Concepts and Philosophies*, in *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon. D'ici, d'ailleurs: harmonisation et dynamique du droit*, Vol. 69, 1999, p. 81.

⑥ B. Patrick Honnabier, *The Convention of Cape Town on International Interests in Mobile Equipment: The Solution of Specific European Property Law Problems*, *European Review of Private Law*, Vol. 10, 2002, p. 394.

⑦ Lorne S. Clark, *The 2001 Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment and Aircraft Equipment Protocol: Internationalising Asset-Based Financing Principles for the Acquisition of Aircraft and Engines*, *Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 69, 2004, pp. 5-6.

实务已发展成型的结构安排与风险管控模式,强调规则内容的实用价值,重视实务操作者的商业习惯和要求,而由航空法学者或专家以概念拟设的规范体系在这里被置于次要位置。《开普敦公约》及相关议定书还尽量避免创设非实践所需的额外制度,并以当事人意思自由作为决定融资交易所生国际利益的基本原则。^① 截至目前,共有 57 个国家或经济体批准或同意了《开普敦公约》,51 个国家或经济体批准或同意了《航空器议定书》。^② 我国是《开普敦公约》和《航空器议定书》的缔约国,于 2001 年 11 月 16 日签署了《开普敦公约》和《航空器议定书》,并于 2008 年 10 月 28 日由第十一届全国人民代表大会常务委员会通过了《关于批准〈移动设备国际利益公约〉和〈移动设备国际利益公约关于航空器设备特定问题的议定书〉的决定》,批准了《开普敦公约》和《航空器议定书》,对其中相应条款作了声明。《开普敦公约》及《航空器议定书》2009 年 6 月 1 日起对我国生效。

《开普敦公约》及《航空器议定书》的加入,对于我国航空业的发展无疑是个重大的契机。但是,《开普敦公约》本身对于动产融资交易所采取的立法方法和制度安排与我国法律之间差异较大,尤其是相关动产(担保)权利的成立、效力、登记、优先顺位和实行等方面的实体法规则更是不同。在我国,融资租赁交易被纳入中华人民共和国合同法(以下简称合同法)作为一种有名合同进行调整。但其中租赁物的占有或交付不能起到公示租赁物之上权利负担的作用,相关法律对此均未置明文,给交易本身带来了较大的制度风险。目前,在“银根紧缩”的大背景之下,融资

① Ronald C. C. Cuming, *The Characterisation of Interest and Transactions under the Convention of International Interests in Mobile Equipment*, 2001, in Iwan Davies ed., *Security Interests in Mobile Equipment*, Dartmouth Publishing Company, 2002, p. 377.

② 阿富汗、阿尔巴尼亚、安哥拉、孟加拉、巴林、白俄罗斯、巴西、喀麦隆、加拿大、佛得角、中国、哥伦比亚、刚果、哥斯达黎加、古巴、埃塞俄比亚、欧盟、斐济、加蓬、印度、印度尼西亚、爱尔兰、约旦、哈萨克斯坦、肯尼亚、拉脱维亚、卢森堡、马达加斯加、马来西亚、马耳他、墨西哥、蒙古、莫桑比克、缅甸、荷兰、新西兰、尼日利亚、挪威、阿曼、巴基斯坦、巴拿马、俄罗斯、卢旺达、沙特阿拉伯、塞内加尔、塞舌尔、新加坡、南非、叙利亚、塔吉克斯坦、多哥、土耳其、乌克兰、阿联酋、坦桑尼亚、美国、津巴布韦等国家或经济体批准或同意了《开普敦公约》。另有布隆迪、智利、法国、德国、加纳、意大利、牙买加、莱索托、苏丹、瑞士、汤加、英国等国签署了《开普敦公约》,但其国内尚未完成批准程序。上述已经批准《开普敦公约》的国家中尚有哥斯达黎加、加蓬、莫桑比克、塞舌尔、津巴布韦等国没有参加《航空器议定书》或其他议定书。也就意味着,这些国家参加《开普敦公约》没有实际意义。资料来源:国际统一私法协会网站:Status of the Convention on International Interests in Mobile Equipment - Signatures, Ratifications, Acceptances, Approvals, Accessions, <http://www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/main.htm>; Status of the Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters specific to Aircraft Equipment - Signatures, Ratifications, Acceptances, Approvals, Accessions, <http://www.unidroit.org/english/implementation/2001-aircraftprotocol.pdf>, 2013 年 6 月 13 日访问。

租赁作为正规金融的补充,在信用授受市场上日益活跃。无论是产品设计,还是风险控制,均需理论支撑。同时,我国融资租赁法立法工作已经暂停,针对日益增加的融资租赁纠纷,最高人民法院启动了融资租赁司法解释的起草。至今已数易其稿,其中法理不可不辨。本文仅以《开普敦公约》及其三大议定书为中心,简要介绍融资租赁交易的最新国际规范,并与我国法上的融资租赁制度进行比较,供学术界和实务界参考。

一、融资租赁交易的体系地位

(一)《开普敦公约》及其三大议定书对于融资租赁交易的定性

融资租赁交易本属英美融资实践中发展起来的一种崭新的交易类型。^①各国在引进这一交易形态时,面临着对其重新进行类型化、概念化的困难。就融资租赁交易的性质,各国学说和立法例上并不一致。在学说上,融资租赁素有分期付款买卖说、特殊租赁契约说、消费信贷说、动产担保交易说、无名契约说、独立交易说等之争;^②立法例上有单独立法、混合立法和未作立法等多种形态。^③如此多样的国内法无形之间形成了高价值动产跨境融资租赁交易的制度风险,增加了高价值动产融资交易的成本和风险。正是基于这一考虑,《开普敦公约》及其三大议定书才着力于统一动产融资的实体法规范,以降低动产融资成本,并提高动产融资交易的效率。^④

《开普敦公约》的本意是想构建一个单一体制。不仅调整依担保合同所创设的典型担保权,而且规范在功能上等同于担保权的一些权利如所有权保留交易中出卖人保有的所有权、租赁交易中出租人享有的所有权。但是,如将后者界定为担保权,《开普敦公约》将面临着北美洲之外的国家拒绝加入的风险。奉行北美式动产担保法制的国家在担保权的认定上采取了功能主义立法模式。只要在功能上起到

① [美]苏迪尔·阿曼波主编:《国际租赁完全指南》,李命志、张雪松、石宝峰译,北京大学出版社2007年版,第1页。

② 梁慧星:《民法学说判例与立法研究》,中国政法大学出版社1993年版,第197页以下;刘敬东:《国际融资租赁交易中的法律问题》,中国人民公安大学出版社2002年版,第41页以下;程卫东:《国际融资租赁法律问题研究》,法律出版社2002年版,第30页以下;高圣平、乐沸涛:《融资租赁登记与取回权》,当代中国出版社2007年版,第7页以下。

③ 程卫东:《国际融资租赁法律问题研究》,法律出版社2002年版,第46页以下。

④ Jeffrey Wool, *The Next Generation of International Aviation Finance Law: An Overview of the Proposed Unidroit Convention on International Interests in Mobile Equipment as Applied to Aircraft Equipment*, *Air & Space Law*, Vol. 23, 1998, p. 243.

担保作用,不管当事人如何安排交易结构,都是担保权。^①但大多数国家在权利类型化上会首先区分所有权与担保权(他物权),然后再对以所有权为基础的权利进行细分,^②进而采取了以交易形式为依据的类型化方法(形式主义立法模式)。这些国家的国内法大多不乐意将所有权保留中出卖人所保留的或租赁交易中出租人所享有的权利界定为完整所有权之外的其他权利。^③因此,《开普敦公约》在其调整范围上既采取了功能主义方法又采取了形式主义方法,凡是在功能上意在创设国际担保权的交易均属《开普敦公约》的调整范围。但这一方法并未得到全面贯彻,《开普敦公约》还在此之外规定了两种依其形式而由《开普敦公约》调整的交易:所有权保留买卖交易和租赁交易。^④由此可见,《开普敦公约》调整三种形式上不同的交易,并规定了不同的违约救济方式。这无疑增加了法律适用的难度。同时,《开普敦公约》还规定,交易的类型化依法院所在地的国际私法规则所确定的准据法而定。^⑤这就意味着,在美国及其追随者看来,所有权保留买卖和某些租赁交易即为担保交易,其违约救济应适用《开普敦公约》关于担保交易的规定。^⑥但在不将所有权保留买卖和租赁交易视为担保交易的国家或地区,所有权保留买卖和租赁交易的违约救济则应适用《开普敦公约》关于所有权保留买卖和租赁交易的规定。^⑦这将直接导致同一交易发生在不同国家,但适用《开普敦公约》的规则却不一样。

不过,这三种类型化上的区分更多只是概念上的,并不影响实际操作。《开普敦公约》本身规定的三种国际利益之间并无实质上的区别。在本质上,包括出租人所享有的权利在内的国际利益是一种具有“担保”功能的物权,仅在主债务履行受

① 《美国统一商法典》第1-201条第37项对动产担保权作了界定,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者履行的权利”。第9-109条规定,本编适用于“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。很明显,在确定是否属于担保权并进而决定是否受第9编调整时,并不依赖于动产所有权的归属和交易的形式。交易的结果而非形式或权利产生的方式,在这里起着决定性作用。此即所谓“功能主义方法”(functional approach)。高圣平:“美国动产担保交易法与我国动产担保物权立法”,载《法学家》2006年第5期。

② Roy Goode, *Transcending the Boundaries of Earth and Space: The Preliminary Draft Unidroit Convention on International Interests in Mobile Equipment*, *Uniform Law Reviews*, Vol. 1, 1998, p. 70.

③ Roy Goode, *The Unidroit Draft Mobile Equipment Convention: Confluence of Legal Concepts and Philosophies*, in *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon. D'ici, d'ailleurs; harmonisation et dynamique du droit*, Vol. 69, 1999, pp. 399-400.

④ 《开普敦公约》第2条第2款。

⑤ 《开普敦公约》第2条第4款。

⑥ 《开普敦公约》第8条、第9条。

⑦ 《开普敦公约》第10条。

阻或不能实现时发挥作用。^① 无论是权利的对抗要件、优先顺位,还是权利的实现条件和规则,融资租赁交易中出租人的权利均等同于担保交易中担保权人所享有的权利。也就是说,虽然在《开普敦公约》之下,融资租赁交易在形式上是不同于担保交易、所有权保留买卖交易的一种交易形态,但在实质上,《开普敦公约》将三种交易做一体处理,仅就所有权保留买卖交易和融资租赁交易的特殊之处作了特别规定。不管这一技术处理基于何种目的,都为我国的制度重建提供了可资参考的范本。

(二)我国法上的现行规则及体系定位

在我国法上,融资租赁交易主要受合同法第14章调整。由此可见,我国并没有将融资租赁交易作为担保交易来对待,而是作为一种独立的类型化交易(有名合同)加以规定。在典型的融资租赁交易中,出租人对租赁物享有的权益属于所有权,承租人对租赁物享有的权益属于债权性质的使用权。^② 我国《合同法》第14章以14个条文对融资租赁交易当事人的主要权利义务作了规定,在一定程度上起到了指引当事人的融资租赁行为、补充交易当事人的意思的作用。但是,由于合同法本身调整范围的限制,对于融资租赁交易中的物法因素未置明文,直接导致权利人保护规则的缺失。及至《中华人民共和国物权法》(以下简称物权法)起草,立法者已然注意到融资租赁交易中的物权问题。例如,在典型的融资租赁交易中,租赁物的所有权由出租人保有,但租赁物却由承租人占有和控制,租赁物的占有本身无法达到公示标的物之上的权利状态的目的,立法者遂在物权法第117条中明确规定:“用益物权人对他人所有的不动产或者动产,依法享有占有、使用和收益的权利。”试图以“出租人所有权+承租人动产用益物权”的权利架构来解决融资租赁交易中的物上权利冲突问题。^③ 但由于其时融资租赁法立法已经启动,物权法就仅作了一条援引性规定,具体制度设计拟留待融资租赁法去解决。只可惜,融资租赁立法目前几近停止,相关问题仍然是一个问题,至少在立法层面尚未解决。我国法上就融资租赁交易本身的制度设计缺失之处较多,^④出租人的权利得不到周延的保护,直

① 于丹:“《开普敦公约》体制下的国际利益研究”,载《当代法学》2011年第2期。

② 王利明:《合同法研究》(第3卷),中国人民大学出版社2012年版,第370页以下;崔建远:《合同法》,北京大学出版社2012年版,第482页以下。

③ 高圣平、王思源:“论融资租赁交易的法律架构”,载《法律科学》2013年第1期。

④ 欠缺登记规则即为其中一例。虽然已有地方就动产租赁物的登记做出相应规定,中国人民银行征信中心亦已开通融资租赁登记公示系统。但是,在法律和行政法规没有对租赁物的登记做出规定的情况下,这种登记的效力尚值研究,详见本文后述。

接影响到了融资租赁业的发展。^①

我国目前融资租赁交易法制的发展与大多数大陆法系国家颇为一致,维系着“出租人对租赁物享有所有权,承租人对租赁物享有债权性利用权”这一法律结构,追求着大陆法系物权体系的基本逻辑和形式理性。^②但这一僵化的体系安排早已为多国学者所关注,其中隐藏的制度风险几乎成了经济转型国家法制改革中意欲克服的一大障碍。我国自2003年启动融资租赁立法之时,充分注意到融资租赁这一具有体系异质性的交易形态的特殊性,在我国并未建立为购置财产提供融资所形成的担保权的超优先顺位的情况下,明确将融资租赁交易的法律结构规定为“出租人的所有权+承租人的租赁权”,以所有权的效力来保护出租人资金的安全。但为解决传统动产公示方法的不足所带来的“虚假财富”问题,明确以登记作为融资租赁交易的公示方法;同时仿美国融资租赁法制,该登记并不影响当事人之间的物权变动,而仅具对抗效力,亦即出租人的所有权未经登记不得对抗第三人主张。^③我国目前融资租赁法制的地方实践亦是沿着这一路径在发展。天津滨海新区金融综合改革试点政策即明确:凡在该地区所开展的融资租赁交易,当事人均应在中国人民银行征信中心“融资租赁登记公示系统”中进行登记,否则,不能对抗善意第三人;辖区内金融机构在接受这些租赁物作为融资担保时亦应查询该系统,否则,其担保权将劣后于租赁公司的所有权。

由此可见,我国法上基于物权与债权的区分以及担保物权的体系定位,并未将融资租赁交易视为一种担保交易,而是作为一种特殊的租赁交易,但也认识到融资租赁交易确实有一些与担保交易相类似的特征,出租人的所有权与担保权人的担保权在经济上的目的是相同的,均起着担保主债务清偿的作用。对于这种在功能上起担保作用但无所有权移转的潜在必然性的交易,令其受担保物权公示原则的约束。也就是说,融资租赁交易中的出租人与担保交易中的担保权人一样,只有公示其权利(登记)才能对抗第三人。在涉及第三人利益时,若出租人的所有权未经公示,承租人依其占有租赁物的事实即被视为租赁物的所有权人,承租人在租赁物上设定的抵押权等担保物权有可能优先于出租人的所有权。

① 陈宗胜、柯卡生:“中国融资租赁丛书总序”,载高圣平、钱晓晨:《中国融资租赁现状与发展战略》,中信出版社2012年版,第4页。

② 传统大陆法系皆以所有权为基础而展开,进而推及至用益物权和担保物权。在这里,所有权是权能完整的自物权(完全物权),仅起担保作用的所有权实难在大陆法系物权体系中找到自己的位置。

③ 融资租赁法(草案)(第三稿)(2006年11月)第19条规定:“租赁物应当在登记机关办理所有权登记,未办理登记的,出租人对租赁物的所有权不得对抗善意第三人。”

《开普敦公约》及其三大议定书明显地迁就了大陆法上植入融资租赁交易时的体系障碍,明确融资租赁交易虽然依国内法不构成担保交易,但因其功能仍在于担保而仍然适用《开普敦公约》及相关议定书。但融资租赁交易除救济措施不同于担保交易之外,其他如出租人利益的构成、公示(登记)、优先顺位、让与、实行等均应适用《开普敦公约》及相关议定书。如此看来,我国也没有必要依功能主义进行体系重构,没有必要将融资租赁交易依其功能归入担保交易并进而受物权法(担保物权编)的约束。但是,即使不将融资租赁交易重构为担保交易,亦应使其在物法因素的相应层面适用物权法的规定。

二、融资租赁中出租人利益的构成

(一)《开普敦公约》及相关议定书所保护的“国际利益”

国际利益是《开普敦公约》及其三大议定书所保护的最主要的利益。^①《开普敦公约》第2条第1款规定:“本公约规定某些种类的移动设备上的国际利益(international interest)和相关权利(associated rights)的构成及其效力。”《开普敦公约》及其三大议定书许多条文也同时使用了“right”和“interest”两个词,但《开普敦公约》及相关议定书并未对这两个词的含义作出界定。在《开普敦公约》中,“interest”是指物权(a right in rem),而“right”是指权利人占有、控制其并不享有物权的财产的债权(a personal right)(例如因欠缴机场税费而扣押航空器),以及“相关权利”(associated rights)所涵盖的金钱给付请求权。^②学界也大多将“interest”与“right in rem”、“real right”等同使用。^③易言之,国际利益就是动产之上的抵押权、质权等担保权,或所有权保留买卖交易中出卖人的所有权或租赁交易中出租人的所有权。^④如此看来,官方作准的中文文本中将“international interest”译为“国际利益”,即值商榷。但为与官方文本相一致,本文还是使用了正式用语。

① Roy Goode, *Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment*; *Official Commentary*, UNIDROIT, 2008, p. 24.

② Roy Goode, *Convention on International Interests in Mobile Equipment and Luxembourg Protocol Thereto on Matters Specific to Railway Rolling Stock*; *Official Commentary*, UNIDROIT, 2008, p. 21.

③ B. Patrick Honnebier, *The New International Regimen Proposed by Unidroit as a Means of Safeguarding Rights in rem of the Holder of an Aircraft under Netherlands Law*, *Uniform Law Review*, Vol. 1, 2001, p. 5. note 5.

④ Philip R. Wood, *Comparative Law of Security Interests and Title Finance*, Sweet Maxwell, 2007, p. 759.

根据《开普敦公约》的规定,国际利益是根据该公约第7条(形式要件)^①构成的、属于该公约和议定书指明种类的特定标的物之上的利益,其中包括了担保协议中担保人所赋予的利益、所有权保留协议中附条件出卖人所享有的利益和租赁协议中出租人所享有的利益。^②由此可见,在《开普敦公约》及相关议定书的框架下,所谓国际利益,是指特定种类动产之上因合意而生的起着担保债务履行作用的物权,涵盖了依担保合同所生的(担保)物权、依所有权保留买卖合同所享有的物权(所有权)以及依租赁合同所享有的物权(所有权)。在这里,《开普敦公约》并未强行将这三种物权归于同一种类,而是尊重了各国在权利类型化上的特殊性,但纳入公约调整的三类物权有一个共同的经济目的:担保。这一处理方法有利于为大多数国家所接受。

国际利益作为国际上所承认的物权,独立于依国内法所产生的物权。它既不来源于国内法,也不依赖于国内法。^③也就是说,国际利益依国内法也可能构成物权,但这并不是创设《开普敦公约》及相关议定书上所称的国际利益的前提条件。易言之,只要满足《开普敦公约》及相关议定书的创设条件,国际利益即在任一缔约国的交易当事人之间生效,该国际利益依国内法是否也构成担保权或其他物权,则非所问。依反面解释,依国内法有效成立的物权,如果达不到《开普敦公约》及相关议定书规定的条件,就不能构成国际利益,也不能在《开普敦公约》及相关议定书所规定的当事人之间生效。^④

《开普敦公约》及相关议定书除了主要保护国际利益之外,还保护预期国际利益、国内利益、依国内法而生的无须登记且享有优先顺位的非约定权利或利益、依国内法而生的可登记的非约定权利或利益。此外,《开普敦公约》还保护“与国际利益相关的权利”(即由标的物所担保的或与标的物相关的履行请求权)和“既存的权

① 《开普敦公约》第7条规定:“如果设定或规定一项利益的协议符合下列条件,该利益即构成本公约所指的国际利益:(a)以书面形式订立;(b)涉及的标的物是担保人、附条件的卖方或出租人有权处置的;(c)使该标的物按照议定书的规定能够识别;和(d)属于担保协议的,使被担保的义务能够确定,但无需说明所担保的金额或最高金额。”

② 《开普敦公约》第1条第(o)项和第2条第2款。

③ 虽然《开普敦公约》文本中没有使用“独立”一语,但早期的文本确实使用过这一术语。例如, *First Set of Draft Articles of a Future Unidroit Convention on International Interests in Mobile Equipment*, UNIDROIT 1996 Study LXX II - Doc. 24, 第1条第1款中即规定“国际利益的独立性”。Roy Goode, *Transcending the Boundaries of Earth and Space: The Preliminary Draft Unidroit Convention on International Interests in Mobile Equipment*, Vol. 1, 1998, p. 66.

④ Roy Goode, *Transcending the Boundaries of Earth and Space: The Preliminary Draft Unidroit Convention on International Interests in Mobile Equipment*, Vol. 1, 1998, p. 74.