

融资租赁物范畴厘定及其 规制进路的体系化重思

王 剑*

目次

一、对我国融资租赁物规制规则的述评与反思	判断	(四) 将来物作为融资租赁物的适格性
二、融资租赁底层交易资产“物”化的必要性探讨	判断	四、固守与突破：基于制度本源的融资租赁物标准重构与规制
三、有体物条件下对融资租赁物扩大解释的正当性考察	物标准重构与规制	(一) 金融监管考量对融资租赁物自由选择的限制
(一) 生物资产作为融资租赁物的适格性判断	选择的限制	(二) 形式本质基础上融资租赁物范畴的适当扩张
(二) 不动产作为融资租赁物的适格性判断	的适当扩张	(三) 对融资租赁物范畴的概括列举式界定
(三) 公物作为融资租赁物的适格性判断	界定	

摘要 融资租赁物作为融资租赁“融物”与“融资”双重功能实现的核心纽带,其范畴之明确界定和规制规则建构系行业发展的理论基础与制度保障。然而,既有规范缺乏科学性与合理性,这一制度缺漏叠加适格融资租赁物匮乏之因素,成为对融资租赁物扩大解释之原生动力,并渐与行业本质背离。因此,应基于金融监管考量并依其制度本源,涤除无形财产及国有公物融资租赁、将来物售后回租之可能性,合理扩大融资租赁物范畴,对融资租赁物规则进行体系定位,并采用概括加列举之方式对融资租赁物进行清晰厘定。

关键词 融资租赁物 范畴界定 扩大解释 金融监管

融资租赁作为创新金融交易模式自西方引入国内,其在改革开放初期曾为先进设备引进等国家战略规划贡献至巨,现阶段在中国已逐渐由最初单纯的用于设备技术引进的金融工具演变为城市建设、企业发展、消费升级所赖以支撑的成熟金融业态。融资租赁在现代经济社会发展中的渗透率业已甚高,似有燎原之势,而实则鱼质龙文。融资租赁公司为扩大规模、抢占市场、实现业务

* 对外经济贸易大学法学院博士研究生。本文受对外经济贸易大学国内外联合培养研究生项目资助。

批量复制,多未对融资租赁业务本质进行体系化探索及理性思考,而更多将其作为借贷业务的灵活替代,导致业务模式粗放,繁荣之下隐忧堆积。

融资租赁物的创新就是融资租赁业务乱象之典型,^{〔1〕}知识产权等无形财产、公物等均被拿来作为融资租赁物,但其是否妥当?可有法理依据?到底应当依据何种准则勘定融资租赁物之理论边界?如何从概念法学角度对融资租赁物进行清楚明确的定义?此类问题已困扰业界许久,虽曾有理论与实践讨论,但始终未曾明晰。此外,融资租赁交易周期性长之特性为融资租赁物合理范畴界定困境提供临时掩饰,使我们未能充分认识到合同到期后纠纷爆发时此问题之重要性。笔者以为,对融资租赁物不加限制地扩大解释(或者说扩大认定)易将行业引向不良发展路径,偏离行业发展初衷,因而应充分把握其“融资”特点及租赁形式本质,谨慎进行法律解释。^{〔2〕}本文通过对国内融资租赁物规制规则的述评与分析,为相关问题的梳理提供基础支撑,而后对融资租赁物范畴界定之困境进行解构辨析,试图重塑其厘定规则,探寻融资租赁物的体系化规制路径,以求教于大家。

一、对我国融资租赁物规制规则的述评与反思

因融资租赁产品的新颖性、特殊性及政府各部门职能划分变动不居,我国融资租赁业曾长期由多部门分头监管,对融资租赁物的规制也因此显得较为混乱,未能形成较为统一的制度体系及监督管理体制,规范内容存有诸多模糊与矛盾之处,多有同类业务不同标准的现象。理论与实践中的激烈争论便是既有规范弊病的最好体现。之前的《合同法》及现行的《中华人民共和国民法典》(下称《民法典》)均未涉及融资租赁物的具体界定。2018年,在中央深化机构改革与规范金融市场双重背景下,银保监会实现对内资试点融资租赁公司、外资融资租赁公司、金融租赁公司的统一监管,并于2020年5月出台《融资租赁公司监督管理暂行办法》(银保监发〔2020〕22号,下称《暂行办法》),该办法第7条虽对融资租赁物做出规定,但仍未体现融资租赁物的本质要求。此外,在银保监会统一监管前,《商务部、国家税务总局关于从事融资租赁业务有关问题的通知》(商建发〔2004〕560号,下称“560号文”)、《外商投资租赁业管理办法》(商务部令2005年第5号,2015年修正,2018年废止)、《融资租赁企业监督管理办法》(商流通发〔2013〕337号)、《金融租赁公司管理办法》(中国银行业监督管理委员会令2014年第3号)等法律法规当中均涉及融资租赁物问题,但立法趋向并不统一。因此,笔者下文将通过前述所涉具体规定进行简要述评,分析融资租赁物规则建构的历史脉络,以揭示实践中融资租赁物规范适用混乱的制度原因。

在早期的560号文中规定,应选取从事生产、通信、医疗、环保、科研等设备,工程机械及交通运输工具租赁业务的内资租赁企业推荐试点融资租赁业务。由此使得对融资租赁物的理解局限于前述相关动产。但此种限缩解释显然缺乏足够的法理依据和法律逻辑,而且通知作为规范性文件的效力本身也存有争议。560号文内容多为政策引导,通过对融资租赁物进行列举,意图促使融资租赁行业发展向产业本源靠近,可是其列举式表述缺乏科学性与严谨性,意图将融资租赁物类型化但又缺乏足够的类型化标准与理由。总体而言,560号文对融资租赁物的列举式规定在当时

〔1〕 实践中多称“租赁物”。但笔者以为,“租赁物”与“融资租赁物”应加以区分。租赁物存在于租赁法律关系,而融资租赁物存在于融资租赁法律关系,其范畴不可等同,因此区分称谓可明确所指。

〔2〕 笔者以为融资租赁的工具目的是融资,而形式本质仍为租赁,融资租赁包含传统租赁的完整外观,由此便承继诸多传统租赁的制度基因,具体论证将于另文交待。

内资试点融资租赁业务开展初期还是起到了良好的引导作用,不过对当前融资租赁物的相关理论与实践研究均已不具参考价值。融资租赁公司在业务开展中所采的融资租赁物范畴业已远超通知所列,建议及时作废清理。而后,在《外商投资租赁业管理办法》中进一步规定,融资租赁物应为各类动产、交通工具及其所附不超过租赁财产价值 1/2 的软件和技术等无形资产。^{〔3〕} 相较于 560 号文,该管理办法中融资租赁物范畴有较大范围扩展,是通过正面清单方式对适格融资租赁物进行列举,但这种列举又不甚清晰。依文义解释,是否所有动产均可作为融资租赁物?如果不是,其范围如何确定?交通工具与动产是否有重复?难道交通工具不是动产?其存有诸多自相矛盾之处。此外,该管理办法在列举中未包括不动产、生物资产等特殊资产,但亦未做任何禁止性规定,因此导致在适用过程中产生诸多困境及争议。不过随同监管职能调整以及国内外商投资政策变化,商务部已于 2018 年废止该管理办法。

而《金融租赁公司管理办法》与《融资租赁企业监督管理办法》作为银保监会统一监管前融资租赁业最重要的两个行业规范,围绕融资租赁物所做的规定却存有较大差异——前者限定融资租赁物为固定资产,后者则明确融资租赁企业开展融资租赁业务应当以权属清晰、真实存在且能够产生收益权的租赁物为载体。近期银保监会颁布施行的《暂行办法》则在合并二者的基础上,增加“融资租赁公司不得接受已设置抵押、权属存在争议、已被司法机关查封、扣押的财产或所有权存在瑕疵的财产作为租赁物”的规定。这种层层上锁、看似完美的立法表述是否妥当呢?笔者抱有质疑。首先,“固定资产”应当如何理解?根据《企业会计准则第 4 号——固定资产》规定,固定资产是为生产商品、提供劳务、出租或经营管理而持有的,且使用寿命超过一个会计年度的有形资产。^{〔4〕} 融资租赁物需为固定资产的限制实际将无形资产、投资性房地产、生物资产、作为存货的有形资产以及其他使用寿命短于一个会计年度的有形资产排除在适格融资租赁物的范围之外,其对适格融资租赁物的解释空间可谓颇为狭窄。此外,从解释论角度似乎无法证实二者间存有明确关联,固定资产通常作为会计术语而非法律术语存在,^{〔5〕}其内涵与外延的界定与法律表达有所不同,无法由此推导出明确的融资租赁物界定的法律标准;其次,《暂行办法》第 7 条第 2 款相较于《融资租赁企业监督管理办法》之规定更为细化,对权属清晰应如何理解做出进一步阐释,但是否妥当呢?本文以为,“权属清晰”通常为融资租赁公司对标的物选择的内部风险管理基本原则,将其作为判断标的物是否是适格融资租赁物的标准似有不妥,即使物上存有抵押或查封保全等权利负担与瑕疵,出租人亦有可能取得该物之所有权(如将来物作为直接融资租赁标的物前已设定动

〔3〕 《外商投资租赁业管理办法》(2015 年修正,现已废止)第 6 条:“本办法所称租赁财产包括:(一)生产设备、通信设备、医疗设备、科研设备、检验检测设备、工程机械设备、办公设备等各类动产;(二)飞机、汽车、船舶等各类交通工具;(三)本条(一)、(二)项所述动产和交通工具附带的软件、技术等无形资产,但附带的无形资产价值不得超过租赁财产价值的二分之一。”

〔4〕 《企业会计准则第 4 号——固定资产》(财会[2006]3 号)第 2 条:“下列各项适用其他相关会计准则:(一)作为投资性房地产的建筑物,适用《企业会计准则第 3 号——投资性房地产》;(二)生产性生物资产,适用《企业会计准则第 5 号——生物资产》。”第 3 条:“固定资产,是指同时具有下列特征的有形资产:(一)为生产商品、提供劳务、出租或经营管理而持有的;(二)使用寿命超过一个会计年度。使用寿命,指企业使用固定资产的预计期间,或者该固定资产所能生产产品或提供劳务的数量。”

〔5〕 固定资产是会计学基础概念,法学上从未对此有过探讨。有争论认为,既然准则属于部门规范性文件,可作为法源予以适用,则固定资产理应属于法律术语。笔者以为,这种纠缠式的诡辩毫无学术意义,因为在部门规范性文件立法实践中,依照专业习惯及特点并运用相关专业用语进行条文撰写虽十分常见,但这种立法存在并不等于非法学术语法学化,在法学理论研究过程中可以借鉴或作为缺漏之弥补来用,但不能作为基础性法学学术语言。

产浮动抵押,但按照动产浮动抵押制度规则,出租人嗣后仍然可以取得该标的物之所有权)。换言之,风险承受能力的高低理应由企业结合自身运营状况进行把控,其风险大小与收益高低常相匹配,物上权利负担或瑕疵的存在不涉及标的物适格与否之根本。因此,明确禁止融资租赁物上存有权利负担实无必要,自有其他民法规则对其进行调整,因而徒有画蛇添足之嫌;再有,该条第2款中的“真实存在”如何理解?可否以将来物开展融资租赁业务?按照该办法之规定似无可能,但本文对此并不认同,并将在后文专门论及。总体而言,《暂行办法》关于融资租赁物的立法模式值得借鉴,但对融资租赁物内涵与外延的界定并不严谨,其对融资租赁物特征的概括也缺乏准确性,而且其第1款中“另有规定的除外”的表述使得对融资租赁物范畴的理解更添困惑。

实际上,最高人民法院在起草《关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》(以下简称《融资租赁司法解释》)的过程中也曾试图对租赁物的范围进行讨论,并在征求意见稿中有所涉及,^[6]但因对部分标的资产(如不动产和软件)是否是适格融资租赁物的争议较大,^[7]考虑到监管及行业发展实际,最终未对融资租赁物的范畴进行规定,而是留待监管机构结合具体监管需求,灵活制定融资租赁物规制规则。笔者认为,《融资租赁司法解释》的此种做法在当时分头监管的背景下可以理解,但却无助于统一监管后的融资租赁物法律适用问题的解决。而在《民法典》起草编纂过程中,同样未对该问题有所关涉,其态度与《融资租赁司法解释》具有某种程度上的相似性。总体而言,既有制度规则难以对融资租赁物所涉实践问题进行有效调整,笔者认为其主要原因是我们对融资租赁物的基础理论讨论不足,所以后文将从融资租赁物的有体物限制及扩大解释正当性角度予以展开,进行深入分析。

二、融资租赁底层交易资产“物”化的必要性探讨

融资租赁业务的灵活便捷及监管缺位,为资金融通双方提供了较多制度期待,其能够有效避免传统金融业态的监管壁垒,从而实现投融资双方目的。基于此,在业务开展过程中,虽缺乏适格资产,但各方为促成交易,实现基于融资租赁架构模式下的交易,便试图采用知识产权等无形财产作为融资租赁交易的底层资产。但以无形财产作为融资租赁交易的底层资产是否妥当呢?对此,既有法律法规均未言明,而部分地方政府出于促进地方融资租赁产业发展及实现企业无形财产融资功能等多重目的,以文件形式明确支持无形财产融资租赁,引导融资租赁细分领域向区域内进行充分聚集。^[8]笔者对此持否定态度,因为融资租赁的交易模式系对传统租

[6] 2013年《融资租赁司法解释》(征求意见稿)曾规定“以土地、房屋等不动产或以基础设施收费权等无形财产权益作为租赁物,不构成融资租赁关系”,“有限允许不动产如商业地产、厂房作为融资租赁的租赁物,土地使用权、住宅等不能作为租赁物”,而2012年《融资租赁司法解释》(草案第四稿)中曾对基础设施收费权、股权以及软件、商标、专利权等知识产权作为租赁物进行探讨,但2013年《融资租赁司法解释》最终放弃了对融资租赁物范围的规定。笔者认为,最高人民法院最终采取了比较务实的态度,将租赁物的范围留给行业监管部门进行管理,而行业监管部门可以根据各行业的发展状况,采取相对比较灵活的措施。比如,银监会在2009年前后通过窗口指导的方式限制金融租赁公司向房地产开发行业及部分政府平台提供融资租赁业务。

[7] 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,第43—49页。

[8] 商务部和北京市政府联合印发的《北京市服务业扩大开放综合试点实施方案》(2015年9月)首次提出试点著作权、专利权、商标权等无形财产融资租赁。在2018年全国两会上,致公党中央更是提交了关于创新知识产权融资租赁模式、促进科技成果转化的提案。以文化资产融资租赁为代表的无形资产融资租赁正逐步获得支持与政策背书。

赁的衍化,^[9]其本身仍旧携带着传统租赁的制度基因,租赁行为是整个融资租赁交易的关键与纽带,交易目的的实现需要借助租赁之形式外衣,既然如此,则应遵循传统租赁的基本规范。而传统租赁交易是对所有权之占有、使用、收益、处分四个全能的分割,^[10]其法理基础是所有权分化理论,而所有权指向的对象是“物”。因此,融资租赁底层交易资产应满足形式外衣之根本要求,即也须为“物”。

以无形财产为底层交易资产的融资租赁行为本身与融资租赁形式外衣的制度基因相冲突。深交所成功发行的首支知识产权证券化标准化产品“第一创业—文科租赁一期资产支持专项计划”的底层资产(即所谓“融资租赁物”)全部为发明专利、实用新型专利、著作权等知识产权,其创新性和对文创产业的促进作用确实甚为明显,亦获得监管层和部分地方政府的大力支持,知识产权融资租赁也成为知识产权证券化的绝佳路径。我国司法实践中也已出现对知识产权融资租赁行为的肯定性评价,^[11]赞成观点还常列举美国及日本软件融资租赁实践,^[12]但业务实践并不代表立法及司法对无形财产融资租赁的态度,更无法代表法学理论界对此问题的评价,以商业活动现象逆推法律规则缺乏逻辑基础与正当性,如美国《统一商法典》明确限制融资租赁中的货物以有体物为限。^[13]此外,《租赁示范法》(UNIDROIT Model Law on Leasing)第2条虽为软件等无形资产作为融资租赁物保留了理论空间,但并不意味着其在各国法体系下均具有制度合理性,国际统一私法协会秘书处在其《租赁示范法》官方评论中已详细阐明,知识产权等无形财产可否作为融资租赁物须各国结合国内法进行具体判断。^[14]当然,还有论者基于其他相关视角认为应对融资租赁物做扩大解释,即只要符合融资加融物的本质属性,均可作为融资租赁

[9] 参见史燕平:《论租赁业的三大分类基础及其对完善我国租赁业监管的现实意义》,载《经济研究参考》2000年第23期,第26—36页。对“传统租赁”的叫法或有观点持有异议,笔者此处无意对此概念究竟存否及界分标准进行讨论分析,而是作区分功能使用。另外,笔者认为此种称谓并无太大瑕疵或使人迷惑之处。

[10] 参见李鲁阳主编:《融资租赁若干问题研究与借鉴》,当代中国出版社2007年版,第154—155页。

[11] 参见华科融资租赁有限公司与重庆杜克实业有限公司、重庆科技融资担保有限公司等融资租赁合同纠纷案,重庆市渝北区人民法院(2016)渝0112民初611号民事判决书及重庆市第一中级人民法院(2017)渝01民终3138号民事判决书。该案一审依据《外商投资租赁管理办法(2015修正)》第6条之规定认为:案中发明专利作价未超过租赁设备价值的二分之一,同时法律并未规定发明专利等无形资产不能作为融资租赁的租赁财产,因此融资租赁合同法律关系成立。二审亦认为融资租赁合同将专利权等财产性权利设为标的物,并不必然导致合同无效。因此,两级法院对知识产权作为融资租赁物均未持否定态度。

[12] 美国知识产权融资租赁源于2006年Columbus公司与Kern公司的专利权售后回租业务,而日本知识产权融资租赁集中于软件领域且其租赁业协会专门公布软件融资租赁协议推荐文本。参见刘汉霞:《我国知识产权融资租赁的现实困惑与法律规制》,载《知识产权》2017年第8期,第70—77页。

[13] See Alissa Palumbo, *Modern Law of Sales in the United States*, Eleven International Publishing, 2015, p.27-32.

[14] See *Official Commentary to the UNIDROIT Model Law on Leasing / Commentaire Officiel Concernant La Loi Type D'UNIDROIT Sur La Location Et La Location-Financement*, 15 *Uniform Law Review* 548, 548-609 (2010).在对《租赁示范法》第2条(即融资租赁物的范畴)的评论部分,其认为知识产权等无形财产可否单独作为融资租赁物须充分考虑“租赁”的定义,即出租人要能取得融资租赁物的占有和使用权。但示范法本身不对“占有”进行定义,而是由各国依国内法定义,在“占有”以有体物为限的国家,知识产权等无形财产无法作为适格融资租赁物。

之标的物，^{〔15〕}此处不再具体论及。

本文以为，前述所谓扩大解释的主张实际建立于对物的扩大解释基础之上，而融资租赁物是民法上“物”的下位概念，因此无形财产可以作为融资租赁物的观点，是将无形财产置于物的地位，此为物与所有权不分（所有权客体与所有权不分）的思维惯性所致。^{〔16〕}然而，知识产权、收费权等属于权利本体之范畴，而物属于权利客体之范畴。此外，即使明晰权利本体与权利客体的界分，将知识产品等纳入所有权范畴予以调整的思路也是对所有权之客体与其他无形权利客体的混淆，是脱离租赁形式本质的理论想象。租赁制度以所有权制度为基石，而对于知识产品等能否作为所有权之客体的问题学界已有充分讨论，普遍认为所有权之客体应为有体物。^{〔17〕}无形财产的自身特性决定其须跳出传统物权规制思维，物债二分的财产权体系结构已然无法囊括及有效调整现代社会不断涌现的财产类型，纷繁复杂的专门立法（《专利法》《著作权法》《票据法》等）便是其最好例证，将所有权之占有及使用权能赋予无形财产之上本身亦需要非凡的想象力，无形财产的物权化处理路径仅会为原有内在体系逻辑平添混乱。^{〔18〕}因此将无形财产界定为“物”并递推适用至融资租赁物的观点缺乏充分的理论依据。反向而论，假若知识产权等无形财产可作为融资租赁物，那本身生发于实物之上的建设用地使用权等用益物权岂不更具备作为融资租赁物的正当性？然而实际情况显然并非如此。

此外，无论是在融资租赁二元主体论还是融资租赁三元主体论形式下，^{〔19〕}既有融资租赁的交易架构均以融资租赁物之买卖行为为前提和基础，而买卖合同的标的物，在现行法上限于有体物，包括不动产和动产。如果对无形财产使用行为可以借用租赁概念，那无形财产之完整让渡是否也可借用买卖合同之概念呢？然事实并非如此，我们是在买卖合同之外独立创造新合同类型来对知识产权、股权等的转让交易加以处理。因此，无形财产作为融资租赁物缺乏突破原有制度架构的合理理由，以其为融资租赁标的物之合同不构成融资租赁法律关系，应按其实际构成之法律关系确定合同性质及当事人间权利义务关系。^{〔20〕}因此，后文讨论均系以涤除无形财产作为融资租赁物之可能性为基础展开。

〔15〕 参见曾大鹏：《融资租赁法制创新的体系化思考》，载《法学》2014年第9期，第116—128页；见前注〔12〕，刘汉霞文。此二文作者在论证过程中均引用史艳平《租赁及融资租赁的理论探讨》一文中关于物作为租赁交易之载体体系发展的概念的观点。但笔者认为此为对史艳平教授观点的误读，其原文表述为“在租赁交易中，作为交易载体的物也是一个发展的概念。从最开始的有形实物，到今天出现在美国租赁市场的无形物，进而有关物的权利，也都在成为租赁交易的载体。其次不以物为载体的各种租赁形式，不属于租赁研究的范畴，而只能是该载体所属领域对租赁概念的借用。例如，在我国广为采用的租赁承包经营，则是生产关系领域对租赁概念的套用”（见史艳平：《租赁及融资租赁的理论探讨》，载前注〔10〕，李鲁阳书，第154页）。该表述虽提出作为租赁交易载体的物在不断发展，但始终强调不能脱离物，由此并无法推知其支持无形财产作为融资租赁物的观点。

〔16〕 参见梅夏英：《物权法·所有权》，中国法制出版社2005年版，第82页。

〔17〕 参见吴汉东：《无形财产权的若干理论问题》，载《法学研究》1997年第4期，第79—85页；马俊驹、梅夏英：《无形财产的理论及立法问题》，载《中国法学》2001年第2期，第102—111页。

〔18〕 参见张双根：《中国〈物权法〉中的所有权概念——一个民法学者的困惑》，载甘超英主编：《作为制度根源的财产权——中德比较》，北京大学出版社2014年版，第106页。

〔19〕 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，第160—169页。

〔20〕 参见江必新主编：《融资租赁合同纠纷》，法律出版社2014年版，第31页；最高人民法院民事审判第二庭编著：《最高人民法院关于融资租赁合同司法解释理解与适用》，人民法院出版社2016年版，第50—53页。《最高人民法院关于融资租赁合同司法解释》（征求意见稿）曾做出类似规定，但最终未能成文。

三、有体物条件下对融资租赁物 扩大解释的正当性考察

融资租赁产品的强金融属性对资本具有天然的虹吸效应,资本本身的趋利特征成为融资租赁规模化发展的内生动力,而规模化目标的实现需要充足的融资租赁物进行桥接,但融资租赁物匮乏的产业实际则成为其发展的核心阻滞因素,因此融资租赁行业自身便具有对融资租赁物扩大解释的强烈欲望,导致融资租赁物的泛形式化现象愈加明显。融资租赁物在国内融资租赁交易中的形式价值与实质价值的非均衡配比,致使对其选择缺乏理性标准,融资租赁物在诸多交易架构中的角色定位形同虚设,对融资租赁物的选择仅为满足监管的基本要求,此与规制缺漏和失范密切相关。因此致使业务实践中出现诸多为满足形式要求而作为底层交易资产的争议性融资租赁物。下文在类型化基础上就典型争议性“融资租赁物”之适格性进行辨析,从而为融资租赁物范畴标准之厘定进行理论梳理。

(一) 生物资产作为融资租赁物的适格性判断

以奶牛等生物资产为代表的融资租赁物的创新探索,^[21]为农、林、牧、副、渔业提供了崭新的融资渠道,可缓解其由于适格资产缺乏而造成的融资困境,为其规模化发展提供金融动力。但生物资产本身具有生命周期不确定性、难以特定化等特征,以其作为融资租赁物是否有充分的法律依据及理论正当性呢?《企业会计准则5号——生物资产》第3条将生物资产分为消耗性生物资产、生产性生物资产和公益性生物资产。^[22]而法学理论上从未对生物资产进行过专门的概念界定及分析研究,更无相应分类,不过这并不妨碍我们对其作为融资租赁物的适格性展开探讨。但考虑到尚未与土地分离的生长物在民法上属于不动产,^[23]且公益性生物资产系公物的具体类型,因此笔者将此两部分分别置于后文不动产及公物融资租赁适格性判断部分予以讨论,特此予以注明。

从实定法角度,既有法律法规未对生物资产作为融资租赁物进行禁止性规定。《暂行办法》虽限定融资租赁物须为固定资产,但固定资产范畴中亦包含部分生物资产。^[24]而且在司法实践中也已出现直接或间接承认生物资产可以作为适格融资租赁物的判决与裁定[如(2017)鲁02民初975号、(2017)皖0103民初1148号之一、(2018)沪0117民初18944号]。此外,国务院办公厅《关于加快融资租赁行业发展的指导意见》(国办发[2015]68号)及《关于促进金融租赁行业健康发展

[21] 2015年7月,宜信普惠融资租赁公司与河北军英畜牧有限公司签订200头奶牛售后回租协议,融资金额200万元,租期为6个月,开以生物资产作为融资租赁物之先河;2016年4月,辉山乳业与广东粤信租赁公司签订5万余头奶牛售后回租融资租赁合同,融资金额逾10亿元。融资租赁业务实践中,以景区植物或城区绿化带植被等为融资租赁物的创新交易亦层出不穷。

[22] 依据准则,消耗性生物资产,是指为出售而持有的或在将来收获为农产品的生物资产,包括生长中的大田作物、蔬菜、用材林以及存栏待售的牲畜等。生产性生物资产,是指为产出农产品、提供劳务或出租等目的而持有的生物资产,包括经济林、薪炭林、产畜和役畜等。公益性生物资产,是指以防护、环境保护为主要目的的生物资产,包括防风固沙林、水土保持林和水源涵养林等。

[23] 参见崔建远:《物权法》,中国人民大学出版社2009年版,第31—33页;尹田:《物权法》,北京大学出版社2013年版,第42页。

[24] 参见中华人民共和国国家质量监督检验检疫总局与中国国家标准化管理委员会颁布实施的《固定资产分类与代码》(GB/T 14885—2010)。

的指导意见》(国办发〔2015〕69号)等政策文件也明确倡导生物资产融资租赁。^{〔25〕}因此,生物资产作为融资租赁物具有合法性基础,但仍要结合融资租赁物的形式本质进行综合判断。

既有融资租赁物制度规则很多建立于会计原理基础上。从会计理论看,消耗性生物资产本身不具有使用价值,公益性生物资产不能为承租人带来价值或收益,因此认为该两类会计角度上之生物资产不宜作为融资租赁物,而生产性生物资产中的多数可作为融资租赁物。但应注意会计上对生物资产的划分与法学上对物划分的理论初衷具有很大不同,会计上对生物资产进行分类的目的是为了便于会计上账务处理,且依会计学原理,生产性生物资产与消耗性生物资产可随实际情形动态转换,^{〔26〕}例如养殖兔原为食用销售所养,但经营者发现该品种兔毛价格飙升,遂转而收割兔毛销售获利,此为会计学上消耗性生物资产到生产性生物资产的相互转换。如果依会计原理来确定生物资产可否作为融资租赁物,则面临很多不确定性,其严谨性不足,还是应当回归法学理论本源进行探讨。本文以为,生物资产应当满足租赁物之基本要求,即须为民法上的非消费物(或非消耗物),因为法律上的使用及收益的权利只能以消费物为客体,而无法在消费物上设立,消费物使用权让渡实质上与所有权让渡无异,就消费物而言只能成立消费借贷,不可用于租赁。^{〔27〕}

综合上述,生物资产作为融资租赁物并不存在制度与理论障碍,非适格生物资产的涤除与生物资产作为融资租赁物的正当性实为不同层面的两个问题。此外,生物资产本身所具有的特殊风险也不能构成阻却其作为融资租赁物之正当事由,生物资产之风险特性在融资租赁业务开展过程中可以通过风险计算模型进行合理评估,并进行风险溢价处理。风险管理与风险估值不当是企业内部问题,民法的“母爱”情怀不应阻碍正当金融行为的展开。但对生物资产作为融资租赁物的适格性判断应回溯融资租赁形式本源,即于承租人而言具有使用价值,且应属可特定化之非消费物。

(二) 不动产作为融资租赁物的适格性判断

通常所指不动产是依其物理性质不可移动或者移动会损害其经济价值的物,^{〔28〕}如土地、建筑物、地上定着物、与土地尚未分离之生长物等(在不动产融资租赁中尤以房产、厂房或公路等基础设施融资租赁最为常见,但公路等基础设施属于公物范畴,该部分笔者将在后文论及,特此予以廓清)。其所具有的高价值性特征,为融资租赁产业规模扩大提供了重要的融资租赁物来源,但就其作为融资租赁物的合理性问题,理论与实务界曾有反复论争。^{〔29〕}从实定法之规定看,并未设明文禁止不动产作为融资租赁物,而且《暂行办法》关于融资租赁物应为固定资产的规定实际为不动产作为融资租赁物提供了制度上的可能性。《融资租赁司法解释》起草过程中虽欲将不动产排除于融资租赁物之范畴,但最终基于法律依据缺失及行业发展实际未能成行,也体现出司法实践在该问题上的踌躇不定。目前反对不动产作为融资租赁物的主要理由有如下几点:一是比较法上,域

〔25〕 参见《关于加快融资租赁行业发展的指导意见》(国办发〔2015〕68号)第5款及《关于促进金融租赁行业健康发展的指导意见》(国办发〔2015〕69号)第3、4条之规定。

〔26〕 参见张心灵、王平心:《农业生物资产会计若干问题的研究》,载《当代财经》2004年第10期,第111—113页。

〔27〕 参见王利明等:《民法学》,法律出版社2015年版,第203页。

〔28〕 王利明:《物权法研究》(第3版),中国人民大学出版社2013年版,第67页。

〔29〕 见前注〔20〕,江必新书,第30页;前注〔20〕,最高人民法院民事审判第二庭书,第33—34页,第45—50页;雷继平、原爽、李志刚:《交易实践与司法回应:融资租赁合同若干法律问题——〈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〉解读》,载《法律适用》2014年第4期,第33—41页;前注〔7〕,钱晓晨文;高圣平:《基础设施融资租赁交易:现实与法律困境——从基础设施投融资改革的视角》,载《中外法学》2014年第3期,第763—776页;前注〔15〕,曾大鹏文。

外立法存有禁止不动产作为融资租赁物之立法例；二是以房地产为代表的不动产在现阶段金融市场上已有充分金融产品对应；三是现有的土地使用权及房屋所有权登记制度的存在只会使不动产融资租赁与其他不动产融资路径相比徒增交易成本；四是不动产融资租赁会对现有房地产行业管控政策效果造成冲击，背离融资租赁服务实体经济之基本初衷；五是不动产融资租赁与会计学上固定资产等基本概念存有矛盾。

笔者以为，比较法上将不动产作为融资租赁物之立法例并不鲜见，^{〔30〕}虽国外不动产融资租赁交易规模甚小，但究其原因并非是为规避法律上之可能否定态度，而是因其融资渠道通畅，无绕道众多廉价金融产品而选择成本较高之融资租赁之必要。在参考比较法上禁止不动产融资租赁之立法例时，不应仅囿于条文本身，而应仔细斟酌其立法动因。因此，仅靠条文本身的禁止性规定作为国内禁止不动产融资租赁之理由缺乏足够说服力；而以不动产融资渠道顺畅为由禁止其作为融资租赁物的观点则更加吊诡，恰如吾有众多衣衫，因此便禁止我购买新款，此种否定理由，实难让人接受；另外，以现有登记制度会增加不动产融资租赁交易成本，所以其无存在必要的论调而言，笔者更是甚为不解。交易成本的高低是商主体在交易过程中的自行选择，其选择可能有多种原因，虽然不动产融资租赁较之其他融资渠道成本较高，但其放款周期短、审核流程简洁，能够在资金匮乏的艰难时期及时获取周转资金，这远比节约些许资金成本更有价值。因此从立法论角度，我们不应基于先入为主的“善意”愿景，阻却正常且合理的交易行为。

此外，不动产融资租赁会对现有房地产调控政策造成冲击的观点亦不能成为否定不动产融资租赁的理由。房地产仅为不动产的其中一种具体类型，而非其全部。且房地产调控政策本身的合法性及合理性问题就频遭质疑，其本就是民法自由底线与行政法上依法行政的挑战，即便忽略调控政策的合法性与合理性问题，调控政策的临时性特征也无法与不动产可否作为融资租赁物之根本性问题合并讨论，限购令等调控政策“是自发和无计划的反应的产物，是社会所有群体难以忍受的自发调节市场体系压力的反弹”^{〔31〕}——既然是反弹，便有回复之可能。如若以此推论，房地产限购政策取消以后是否要重新探讨不动产作为融资租赁物之可能性问题呢？笔者以为，房地产调控与不动产作为融资租赁物的适格性系两个问题。物权法上民事主体有处置不动产之自由，合同法上民事主体有买卖不动产之自由，是否因为房地产调控政策的存在，不动产就不能成为物权之客体，从而就不能成为合同标的物呢？显然此逻辑并不成立。此外，从会计学上固定资产之定义分析不动产作为融资租赁物的正当性，该做法本身便漠视了会计术语与法学术语的差异。如笔者前文所分析，将固定资产作为会计术语引入融资租赁相关立法中的做法缺乏严谨性。但若忽略术语差异，仅从解释论角度，固定资产中也包含不动产。因此，笔者认为不动产作为融资租赁物并无根本性障碍。

（三）公物作为融资租赁物的适格性判断

探讨公物可否作为融资租赁物之前须明确“公物”概念。国内实定法上虽有“公物”规则，但却从未对其进行体系化制度建构，亦未对“公物”进行明确析定，此概念主要存在于民法学与行政法学理论研究中。公物的具体范畴并不明晰且存有争议（笔者此文无意对其具体范畴进行专门讨论，后文所涉均为典型公物）。对公物的正确理解应区分几个相关概念：首先，公物与公有财产并

〔30〕 参见〔德〕鲍尔、施蒂尔纳：《德国物权法》，申卫星、王洪亮译，法律出版社2006年版，第320—327页；前注〔10〕，李鲁阳书，第231—351页。

〔31〕 〔英〕弗雷德·布洛克：《导言》，载〔英〕卡尔·波兰尼：《大转型：我们时代的政治与经济起源》，冯钢、刘阳译，浙江人民出版社2007年版，第19页。

不等同,公有财产对应国内法上国有财产与集体所有财产,概念上不可混同。^[32]其次,公物具体又可分为国有公物与私有公物(指在私人财产上通过行政行为和合同等方式设置公物,此即为私有公物,如私人博物馆、私人学校等。当其所有权发生转移时,并不丧失其作为公物的法的地位),私有公物本质上仍为私主体所有之财产,其本身并未存有为融资租赁物之障碍,但仍应遵循公物法之规定并保留原有为公共利益之目的。国有公物与国有私物对应,国有私物作为融资租赁物并不受公物法所限,按照正常的民事交易规则及国有资产转让流程即可。而国有公物又分为国有人工公物与国有自然公物,^[33]国有自然公物(包括阳光、空气、河流、湖海、湿地等)显然不具有作为融资租赁物的可能性,因此,实际上,公物作为融资租赁物的主要矛盾集中于国有人工公物作为融资租赁物的正当性。但国有人工公物又是如何进入融资租赁视野的呢?其作为融资租赁物的正当性又应如何判断呢?

就笔者调研发现,国有人工公物作为融资租赁物的情况主要存在于城投公司售后回租业务中。地方政府通过负债进行资金融通,是许多现代国家发展过程中的惯性路径——通过举债吸收资金发展地方经济,推进基础设施不断完善,有效促进城市化进程,但同时形成举债依赖,资金的低效使用和所投资项目的公益性及低回报率,严重影响政府融资平台的资金偿付能力,从而形成相当规模的金融隐患。因此,财政部等相关部门严格管控地方政府举债行为并限制地方债务规模,缩小地方政府融资平台融资口径,逐步从隐性举债向显性举债转变,严格按照预算,在公开市场发行地方政府债券并对原有高成本资金进行置换,减少大规模且高成本负债的金融风险。但地方债的发行及地方政府的财政收入显然不能满足其财政支出的需求,政府融资平台现金流的健康运转也难以继。因此,监管不足且灵活快捷的融资租赁便成为缓解地方政府融资平台资金困境的有效路径,其租赁期限设计通常为3—10年,综合成本适中,租金偿还计划可结合政府融资平台现金流进行专门设计,避免暂时性资金偿付困难及影响企业正常发展经营,因而深受政府融资平台喜爱。但政府融资平台开展融资租赁业务的最大困境在于缺乏适格融资租赁物,于是所谓城市巨额沉淀资产(如城市管道设施、水坝、路灯、道路、桥梁等)便进入投融资双方视野,通过售后回租形式将这些国有人工公物包装成为融资租赁物,为政府融资平台进行资金注入。虽国务院87号文明确禁止地方政府向融资租赁公司购买服务,然融资租赁公司对城投公司融资业务的参与仍如火如荼。

本文以为,国有人工公物上的权利束是公权与私权的集合,并非简单的私法意义上之财产,^[34]其具有公益性特征及服务于公共使用之目的,并不符合融资租赁物之基本要求。首先,国有公物作为融资租赁物时其所有权转移程序存有较高制度成本。因为国有人工公物的设定、变更与废止及其使用规则的制定应为政府行政职权,属公法上之处分权,而此处分权行使须征得民众的同意和认可。^[35]除此之外,国有人工公物的转让交易程序较之其他国有资产转让交易要求应更为严格。但就现有国有人工公物融资租赁业务实际而言,其融资租赁物所有权的取得缺乏程序合法性,以市政道路资产售后回租融资租赁业务为例:政府融资平台公司欲开展融资租赁业务但

[32] 参见肖泽晟:《公物的范围——兼论不宜由国务院国资委管理的财产》,载《行政法学研究》2017年第2期,第29—35页。

[33] 参见马俊驹:《国家所有权的基本理论和立法结构探讨》,载《中国法学》2011年第4期,第89—102页。

[34] 参见杨解君、赖超超:《公物上的权利(力)构成——公法与私法的双重视点》,载《法律科学(西北政法学院学报)》2007年第4期,第49—58页。

[35] 参见前注[33],马俊驹文。

缺乏有效资产,于是地方政府职能部门(通常为国资委、财政局)便通过划拨函形式将市政道路资产划入城投公司作为后续售后回租业务之融资租赁物,但以此种划拨函形式划转国有人工公物之所有权严重缺乏正当性,国有人工公物以国家所有、分级管理为原则,分级管理不能理解为各级可以随意处置国有人工公物产权。

其次,国有人工公物在其公益性用途尚存情形下可交易性值得怀疑。如果允许国有人工公物作为融资租赁物在出租人与承租人之间来回进行所有权移转,相当于打开了国有公物私有化之门。有观点认为公物的公益属性不是判断所有权归属的考量因素,^[36]所以其可以为融资租赁公司所有。但笔者以为,公物之公益属性能否作为所有权归属的考量因素与国有公物能否自由转换为私有公物实为不同之议题。私有公物之存在毋庸置疑,但私有公物与国有公物二者间的相互转换条件并非等同,私有公物征收为国有公物尚甚艰难,国有公物转让为私有公物更应十分慎重——其不仅可能侵犯公众于公物上之非排他性使用权等公共利益,更有可能与我国社会主义经济制度之精神理念相抵牾。^[37]另外,当涉及融资租赁物取回权行使的情形时,国有人工公物上缺乏相应权利行使空间和有效路径。多数国有人工公物不具备可经营性,如就市政管网挖掘后变卖或对市内道路设置关卡收费以偿债实在无法想象,即使其部分具有经营性,通常也会受特许经营规则规制,而根据《市政公用事业特许经营管理办法》(建设部令第126号)第18条规定,获得特许经营权的企业在特许经营期间擅自将所经营的财产进行处置的,主管部门应当依法终止特许经营协议,取消其特许经营权,并可以实施临时接管。因此,国有人工公物作为融资租赁物存有颇多制度障碍。

最后,国家政策亦对国有公物融资租赁持否定态度,如《关于进一步规范地方政府举债融资行为的通知》(财预[2017]50号)明确规定地方政府不得将公益性资产、储备土地注入融资平台公司;《关于进一步增强企业债券服务实体经济能力严格防范地方债务风险的通知》(发改办财金[2018]194号)亦规定严禁将公立学校、公立医院、公共文化设施、公园、公共广场、机关事业单位办公楼、市政道路、非收费桥梁、非经营性水利设施、非收费管网设施等公益性资产及储备土地使用权计入申报企业资产。这都是对政府融资平台以国有人工公物作为融资租赁物开展售后回租业务的否定。但在中水电北固建设机械有限公司、成都市裕邑丝绸有限责任公司借款合同纠纷案再审裁定[(2017)最高法民申2175号]后,司法实践中出现认可国有人工公物融资租赁的趋向[如(2018)津民初84号、(2019)沪0115民初61506号],本文认为值得商榷。前述最高人民法院再审案件所涉标的物为民营企业所有的管网资产,与后两案例管网资产的性质并不相同,管网资产作为国有人工公物进行融资租赁时是存在理论瑕疵的,具体理由上文也已详细阐述。我们不能以现阶段国有人工公物融资租赁合同余额规模巨大绑架对其作为融资租赁物正当性的真理探索。

(四) 将来物作为融资租赁物的适格性判断

将来物融资租赁业务在实践中已较为常见,例如:甲为出租人,乙为承租人,丙为出卖人,现乙欲从丙处购买特种车辆,而丙并无现货,丙要求乙先行支付部分货款,而后制造交付与乙,乙受资金限制而无力支付,故与甲协商以融资租赁形式进行融资,甲支付货款与丙,乙则自合同生效后按季等额本息向甲支付租金。此例为将来物直接融资租赁,实践中亦曾出现将来物售后回租融资租

[36] 参见前注[29],高圣平文。

[37] 就公物可否转让问题,行政法学界也存有较多争议,基本分为不可转让与有条件转让两种观点。参见翁岳生主编:《行政法》,中国法制出版社2002年版,第466—468页;刘艺:《公物法中的物、财产、产权——从德法公物法之客体差异谈起》,载《浙江学刊》2010年第2期,第139—146页;肖泽晟:《公物的二元产权结构——公共地役权及其设立的视角》,载《浙江学刊》2008年第4期,第136—144页。

赁：如甲为出租人，乙为承租人，丙为出卖人，乙与丙业已签订买卖合同，但乙因资金匮乏未能及时支付合同价款，遂向甲提出以尚未取得的买卖合同项下之标的物与甲签订售后回租协议，乙收到甲支付之租赁物价款后再向丙支付。此种融资租赁形式不可谓不创新。但就将来物作为融资租赁物的正当性问题不无商榷余地。

首先，买卖行为是融资租赁交易架构达成的基础，应当明确买卖合同标的物可否囊括将来物。比较法上，大陆法系将来物制度之根源与罗马法上将来物或将来财产之买卖制度关系甚密，罗马法上将来物或将来财产之买卖具体分为“买希望之物”(emptio rei speratae)与“买希望”(emptio spei)，^[38]作为继受罗马法制度理念典型代表的《意大利民法典》设有明文以规定将来物买卖，1966年《葡萄牙民法典》首创将来物与现在物之物的分类类型，而后我国澳门特别行政区民法典物权编在此分类基础上细分将来物为绝对将来物与相对将来物，^[39]并分别对其予以确定，以便理解债编将来物买卖合同制度之法律适用。此外，《法国民法典》及《俄罗斯民法典》亦有类似规定，英美法等同样存在将买卖合同标的物之范畴扩大至将来物之立法例。^[40]国内法上，《民法典》合同编并未对将来物之买卖专设明文，物权编关于物的定义及分类亦未曾关涉将来物，但鉴于“零库存”及“以销定产”之交易习惯随经济发展逐渐确立，最高人民法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》[以下简称“《买卖合同司法解释》”(法释[2012]8号)]第3条及《民法典》合同编第597条第1款之规定实际均已承认将来物买卖合同之效力，^[41]关于将来物买卖之立法漏洞已然完整填补。

基于前因，以将来物买卖作为融资租赁交易之架构基础并无障碍，但其能否与融资租赁后续交易顺利衔接呢？笔者以为对此应谨慎推演。将来物融资租赁交易架构能否顺利衔接之关键在于融物目的可否实现，但将来物并非物，其本身仅为某种未来期待，将来物能否作为物权之客体颇值怀疑，^[42]民法上“物”的概念若猛然扩张至此则将会与现有物权制度体系形成较大矛盾与理论冲击。在买卖合同中，将来物仅为对其进行分类的辅助工具，是买卖合同的指称对象或该对象的形态，^[43]其在债法中具有存在之合理性，但于物法上予以概念界定则容易陷入对“物”循环定义永恒梦魇。由此观之，将来物作为融资租赁合同标的物并无不妥，其交易结构设计就是延长了融

[38] 所谓“买希望之物”(emptio rei speratae)系指买卖之标的物在协议达成之时尚未存在，而当事人又约定由出卖人承担遭受损失的全部风险，假若希望之物最终不能出现，买受人将无须支付价款；“买希望”(emptio spei)则指买卖标的物在协议达成之时虽尚未存在，但当事人约定由买受人承担风险，即无论标的物最终是否出现，买受人均须支付价款。具体参见唐晓晴：《〈澳门民法典〉中的将来物与将来物买卖合同》，载《政法论丛》2006年第1期，第35—42页。

[39] 相对将来物虽为他人之物，但仍属业已存在之实物，笔者后文对将来物的讨论均以绝对将来物为限。对于将来物的类型化笔者在文中不做具体探讨，而是依其本身是否可以作为买卖合同标的物展开后文论述，特对此予以说明。

[40] 《联合国国际货物销售合同公约》第3条第1款规定：供应尚待制造或生产的货物的合同应视为销售合同，除非订购货物的当事人保证供应这种制造或生产所需的大部分重要材料；美国《统一商法典》(Uniform Commercial Code,简称UCC)第2—105条第1款及第2款之规定，可以被视为对将来物买卖制度之承认；此外，英国法上对将来物买卖制度同样有所规定，具体可参见杨大明：《国际货物买卖》，法律出版社2011年版，第320—331页。

[41] 《买卖合同司法解释》(法释[2012]8号)第3条是否包含将来物买卖之效力认定规则，梁慧星教授在其《对买卖合同司法解释(法释[2012]8号)的解读和评论》一文中有清晰解读，并对解释第3条之起草过程进行了重要阐述，笔者在此不再赘述。

[42] 参见宁红丽：《论我国买卖合同的标的物范围——以〈买卖合同司法解释〉为主要分析对象》，载《宁夏社会科学》2013年第5期，第10—14页。

[43] 见前注[38]，唐晓晴文。

融资租赁物所有权转移的时间节点。但此处需注意的是将来物作为融资租赁合同之标的物,与融资租赁物存有本质区别,绝非等同概念。

既有规制规则均未曾明确将来物融资租赁之可行性,《暂行办法》与《融资租赁企业监督管理办法》明确融资租赁物须为真实存在之物,《金融租赁公司管理办法》规定售后回租业务的租赁物必须由承租人真实拥有并有权处分。从解释论角度,将来物直接融资租赁尚有适法空间,而将来物售后回租业务则缺乏充分合法性。比较法上,明确将来物可以作为适格融资租赁物的立法例也较为鲜见,但《租赁示范法》第2条明确将“未来资产”“未出生的动物”纳入融资租赁物范畴。相较而言,本文对《金融租赁公司管理办法》之规定较为赞同,因为直接融资租赁更接近于融资租赁资金与物双向融通的本质,且将来物向现实物的转换过程中所发生的所有权转移行为仅存于出卖人与出租人之间,嗣后才会基于融资租赁合同到期而在出租人与承租人之间进行所有权移转,因此其物的融通特征较为明显。然而对于将来物售后回租,虽有论者持肯定观点,^[44]但笔者认为应当谨慎考量。因为融资租赁作为准金融产品,对其规制规则的设计除尊重私权自治外亦须遵循金融风险管制理念——金融衍生品市场自由化导致的多次金融危机便是放松金融管制的硕大苦果。而将来物售后回租融资与融物主体的同一性本身便扩大了融资租赁业务风险,如果赋予其法律上的正当性,则整个融资租赁行业极易走入岔路。

因此,笔者认为将来物作为直接融资租赁合同之标的物并无不可,但作为售后回租合同之标的物则不应提倡。此外,融资租赁法律关系可否达致尚须依融资租赁特征进行综合判断,其中关键便为融物行为的存在与融物目的的实现。虽然有学者主张融资租赁租金并非对融物的对价而为对融资的对价,但融物因素的存在不可或缺,否则与借贷行为无异。如若约定的租赁物交付时间明显接近或者等同租赁期限,其再进行所有权转移毫无意义,应按照实际构成的法律关系处理。

四、固守与突破：基于制度本源的 融资租赁物标准重构与规制

通过对融资租赁物规制规则的梳理及融资租赁物扩大解释的类型化讨论,可侧面反映理论及实践中存在的融资租赁物界定的混沌状态。监管前期对不同类型融资租赁公司适用差异化的监管要求,人为将同类业务割裂处理;而当前统一监管后,又缺乏适格融资租赁物选择标准的明确指引,既有规范体系在融资租赁物范畴厘定过程中缺乏科学性与合理性。而融资租赁物理论是行业发展的基础理论,此种模糊界定的现状既会成为行业健康发展的掣肘,同时又为利用融资租赁形式开展不符合监管要求的资金融通业务提供了有利契机,进而致使我国融资租赁行业形成独特的、区别于欧美国家以生产经营设备为主的融资租赁物资产配置现象。^[45]那么我们到底应如何对融资租赁物进行科学合理的概念与范畴界定呢?笔者认为,我们首先应当注意金融监管的必要性对融资租赁物范畴界定的限制,而后在形式本质基础上结合融资租赁行业发展实际对融资租赁物的合理边界做适当突破,从而以此构建合理且有效的融资租赁物规制规则。

(一) 金融监管考量对融资租赁物自由选择的限制

金融监管是限制融资租赁物盲目扩大解释的重要理由。融资租赁在我国的发展具有较强且明显的适应性特点,其“融资”特性已然将“融物”的创造性功能掩盖,如果说融资租赁产生初期仅

[44] 参见前注[29],高圣平文。

[45] 参见前注[29],雷继平等文。

具有部分金融产品特征的话,现阶段融资租赁则具有强金融产品属性,无论是售后回租的规模化开展还是融资租赁的通道功能膨胀现状,均可对此进行有力印证。融资租赁已经深度介入国内金融市场的产业链条,如引入银行投融资及理财产品研发、融资租赁资产证券化、融资租赁信托发行计划、融资租赁商业保理等,行业市场规模也已进入万亿级别。不过从现阶段实定法之规定和监管实况看,融资租赁金融监管的主要切入点仍旧是市场准入条件、股东资格、关联交易、风险资产等,忽略了融资租赁物作为控制行业金融风险的关键作用。融资租赁物作为融资租赁产品架构的核心,其创造性就是通过所有权的保留实现担保功能,从而可以相对降低因承租人信用风险导致的业务亏损,然而实际情况较多是融资租赁物仅充当资金融通目的实现的良好掩体,其业务架构设计的重点仍然放在承租人自身信用及其可提供的增信方式上,并且在对融资租赁物进行扩大解释以寻求良好掩体的过程中,私法自治的大纛被高高擎起。私法自治理念虽作为支撑现代民法的基础,^[46]然仍要受到公共利益、契约正义、公共管理等因素限制。具体到本文而言,融资租赁物的选择须受到金融监管的限制。但困难的是如何在私法自治与金融监管之间寻求融资租赁物范畴界定的合理边界。笔者认为,应当充分结合融资租赁的形式本质,回溯制度根源,在合理性基础上对融资租赁物之范畴进行适度延展。

(二) 形式本质基础上融资租赁物范畴的适当扩张

基于融资租赁的形式本质及其与传统租赁间所存有的制度承继,在对融资租赁物进行概念或范畴界定时,应当首先明确融资租赁物与民法中“物”的关系是被包含与包含的关系。民法上的物是融资租赁物的上位概念,而传统租赁中的租赁物的范畴又介乎二者之间,物、租赁物、融资租赁物的范畴关系应当是:物>租赁物>融资租赁物。《民法典》第115条规定物包括动产和不动产,法律规定权利作为物权客体的,依照其规定。此条规定是对民法上“物”的概念与范畴进行界定,较为宽泛,虽无法据此对融资租赁物进行边界划定,却可反向排除部分试图将不符合民法上的物的标准的资产纳入融资租赁物范畴当中的错误尝试。此外,融资租赁所具有的传统租赁基因是其融物作用得以体现的关键所在,融资租赁物的范畴应为传统租赁物所包含(例如以牛作为传统租赁物绝不会产生争议),因此传统租赁物须为非消耗物的实质要求同样适用于融资租赁物。

此外,也应结合行业实际,突破原有的理论桎梏。融资租赁作为现代金融产品,在其产生源头的西方发达国家主要作为动产融通的主要方式,极少涉及不动产及生物资产。因此在制度引进之初,我国的融资租赁交易结构设计亦承继了西方既有的成熟产品结构,将不动产等资产排除在适格融资租赁物范畴之外,但我们不能忽略西方发达国家不动产等资产融资渠道的多样性背景。因此,在当前国内金融业态并不十分丰富的情形下有必要突破基于西方社会现实构建的产品模型,允许不动产(尤其是房地产)及生物等资产作为融资租赁物,承认将来物直接融资租赁之正当性,丰富融资租赁物的多样性。但这种突破也并非毫无限制,如对于国有公物融资租赁及将来物售后回租应明确禁止,具体原因前文已有论及。

(三) 对融资租赁物范畴的概括列举式界定

根据前述,笔者认为可采用概括加列举方式对融资租赁物界定如下:融资租赁物应为具有使用价值的非消耗物,包括设备、交通工具、动植物、建筑物等动产和不动产,但以下财产不得作为融资租赁物:1. 公立学校、公立幼儿园、公立医疗机构等以公益为目的的组织的国有教育设施、医疗卫生设施和其他公益设施;2. 法律及行政法规禁止流通或限制流通的物。

^[46] 苏永钦:《私法自治中的国家强制——从功能法的角度看民事规范的类型与立法释法方向》,载《中外法学》2001年第1期,第92—109页。

此处要注意的是,融资租赁法律关系可否达致,还须结合融资租赁特征进行判断,如对将来物融资租赁问题可专设明文处理。因此除前文对融资租赁物概念与范畴界定的规范性表述外,还应就融资租赁特征予以规范。但界定规则清晰后,又应如何寻找该规则之体系定位并进行立法安排呢?之前《合同法》第十四章单章专列融资租赁合同,但囿于当时立法背景与条件,其所列规范与业务实际已有较大偏离。《民法典》在第十五章虽对融资租赁合同做出规定,但同样未对融资租赁物进行概念或范畴界定,其主要立法思路是对之前《合同法》第十四章及最高人民法院《融资租赁司法解释》相关条款进行整合并做些许适应性改进,仍无法与融资租赁实践中的法律缺口有效弥合。在不进行融资租赁单行立法的条件下,将融资租赁物规制规则置于《民法典》合同编融资租赁合同部分似最为妥当。但《民法典》已经审议通过并施行,通过民法典编纂对融资租赁物规制规则进行体系化构建的路径已缺乏可操作性。在后民法典时代,融资租赁单行立法就成为解决该问题的关键出口。因此,笔者呼吁立法者应对此予以关注。

总体而言,融资租赁在当代中国的发展轨迹和偏向与金融监管的政策背景以及各行业融资困局紧密相关,其在国内的兴盛与该行业的本质优势实无多大关联,更多是原有融资通道堵塞后的产品替代,且较好地利用了临时监管制度缺漏,多数交易系试图通过或有或无的形式上的融资租赁物实现本质上的资金融通目的,似乎所有无法流通的沉淀资产都可通过该业务得到价值发挥与实现。因此,交易各方努力将各类资产装进融资租赁万能宝箱之中,形形色色的“创新业态”层出不穷。但追溯历史,从未能有某种金融产品可促进社会全部资产的流通及价值实现,奈何要将此重任委于融资租赁?若欲委以此等重任,其理应具备超越多数金融产品的社会重要性,但从相关制度设计安排及金融产品结构中似难以发现此等趋势。所以,应摒弃融资租赁产品近乎万能的产业论调,回归其业务本源,尽力实现行业发展中效率与安全目标的有效平衡。融资租赁作为时代背景下的金融产品,作用虽大,但绝非伟大的制度创造,不要试图将其独立化和特殊化。

Abstract The financial leasing item is the core link for realizing the dual functions of “assets-leasing” and “financing” in financial leasing. The clear demarcation of its scope and the regulation rules’ construction are the theoretical basis and institutional guarantee for the development of the industry. However, the lack of scientific and rational norms and the scarcity of appropriate financial leasing items are the original driving force for the extension of financial leasing’s interpretation, which gradually deviates from the nature of the industry. Therefore, it should be based on financial regulatory considerations and the source of the system, to eliminate the possibility of the financing leasing of intangible property, state-owned public property, and after-sales leasing of future property. Moreover, the scope of financial leasing items should be reasonably expanded; the financial leasing rules should be systematically positioned; the financial leasing items should be clearly determined by the means of generalization and enumeration.

Keywords Financial Leasing Item, Scope’s Definition, Extensive Interpretation, Financial Regulation

(责任编辑:庄加园)