

融资租赁承租人破产时出租人取回权的行使

以取回权的性质、行使条件与破产程序的限制为中心

赵跃

(安徽国运律师事务所, 安徽 合肥 230000)

摘要: 融资租赁的承租人进入破产程序, 出租人主张取回租赁物, 是破产实务中的典型争议。争议集中在四点: 一是取回权的性质, 是物权请求权、债权请求权还是特殊的取回权, 关系到其能否对抗其他债权人; 二是行使条件, 承租人欠付租金是否须达到全部租金的百分之二十五, 是否须先解除合同, 破产管理人能否以继续履行抗辩; 三是破产程序的限制, 企业破产法第十八条规定的自动中止, 是否及于取回权, 管理人不作表示时取回权如何行使; 四是取回不能的处理, 租赁物已毁损、转让、附合的, 出租人能否主张价值补偿, 补偿的性质是共益债务还是普通债权。本文主张: 取回权在性质上是基于所有权的物权请求权, 但因融资租赁的功能而受有限制, 在破产程序中应作为特殊的取回权处理; 行使条件不以欠租比例为前提, 而以合同解除为必要, 管理人拒绝解除的, 出租人可以诉请解除并取回; 自动中止期间, 管理人应当在合理期限内作出继续履行或者解除的决定, 逾期不作表示的, 视为解除, 出租人可以取回; 取回不能时, 出租人主张的价值补偿, 属于共益债务, 优先于普通破产债权受偿。

关键词: 融资租赁; 取回权; 破产程序; 自动中止; 共益债务

中图分类号: D922.291 **文献标识码:** A **文稿编号:** WJLT(2020)02-0038-12

Exercise of the Lessor's Right of Recovery upon the Lessee's Bankruptcy

ZHAO Yue

(Anhui Guoyun Law Firm, Hefei 230000, Anhui, China)

Abstract: Where the lessee under a financial lease enters bankruptcy, the lessor's claim to recover the leased asset is a typical dispute. Four points divide practice: the nature of the right of recovery, whether a real right claim, a personal claim or a special recovery right, which determines its priority against other creditors; the conditions for exercise, in particular whether arrears must reach one quarter of total rent and whether termination is a precondition; the constraints of bankruptcy proceedings, in particular whether the automatic stay under Article 18 of the Enterprise Bankruptcy Law extends to recovery and how the right is exercised where the administrator remains silent; and the consequences where recovery is impossible because the asset has been destroyed, transferred or affixed, in particular whether compensation is a common-benefit claim or an ordinary claim. This article argues that the right is a real right claim based on ownership, functionally limited by the financing nature of the lease; that exercise requires termination rather than a rent threshold, and that the lessor may sue for termination where the administrator refuses; that the administrator must decide within a reasonable period, silence being deemed termination; and that compensation for impossible recovery is a common-benefit claim ranking ahead of ordinary claims.

Key words: financial lease; right of recovery; bankruptcy proceedings; automatic stay; common-benefit claim

说明: (本文为作者个人研究观点, 不代表所在单位意见)

作者简介: 赵跃, 安徽国运律师事务所执业律师, 主要研究商事诉讼与破产诉讼。

一、问题的提出

一家融资租赁公司与一家制造企业签订售后回租合同, 企业将自有设备出售给租赁公司, 再租回使用, 租期三年, 租金按月支付。履行至第二年, 企业因资金链断裂进入破产重整, 累计欠付租金六百万元。租赁公司向管理人主张取回设备, 管理人答复: 设备是企业生产命脉, 取回将导致重整失败, 故不同意取回, 并主张继续履行合同、分期清偿欠

租。

这一案件，涉及两个价值的冲突：出租人的所有权与破产企业的营运价值。前者是物权，后者是重整的目标。法律的任务，是在两者之间寻找平衡。

融资租赁的特殊性，在于其兼具融资与融物的功能。出租人保留所有权，目的不在于占有使用，而在于担保租金债权；承租人占有使用，目的不在于最终取得所有权，而在于分期付款式的融资。这一构造，被称为“所有权保留的担保化”。

融资租赁在我国的发展，经历了从引进到本土化的过程。早期的融资租赁，多为引进外资、进口设备的通道，交易结构简单，法律关系清晰。此后的融资租赁，逐步扩展到国内设备、车辆、医疗器械等领域，交易结构日趋复杂，出现了售后回租、转租赁、杠杆租赁等形态。法律规则也随之演进：合同法设专章规定融资租赁合同，民法典在此基础上作了完善，司法解释进一步细化了裁判规则。取回权的规则，正是这一演进过程的产物。

正因如此，出租人的取回权，在破产程序中不能简单地按所有权处理。若一概允许取回，则承租人的重整无从进行，职工的就业、债权人的利益均受影响；若一概不允许取回，则出租人的所有权被架空，融资租赁的交易基础被动摇。

承租人欠租时出租人能否直接取回设备、须履行何种程序，实务中的处理并不一致，可参见承租人欠租金，融资租赁公司能直接取回设备吗一文所作的梳理。该文所述的取回条件，在破产程序中还须叠加一层限制。

实务中的处理，差异较大。有的法院支持取回，理由是所有权属于出租人，破产程序不能剥夺；有的法院不支持取回，理由是取回将导致重整失败，不符合破产法的立法目的；有的法院折中处理，允许取回但须给予承租人合理的宽限期，或者要求出租人补偿。

差异的根源，可以归结为四个问题。第一，取回权的性质是什么。是物权请求权，是债权请求权，还是破产法上的特殊取回权。性质不同，则其能否对抗其他债权人不同，其行使的条件也不同。

第二，行使的条件是什么。承租人欠付租金，是否须达到全部租金的百分之二十五；是否须先解除合同；管理人能否以继续履行抗辩。三个问题，实务中的答案不一。

第三，破产程序的限制是什么。企业破产法第十八条规定，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。这一规定，是否适用于取回权；管理人不作表示时，取回权如何行使。

第四，取回不能时如何处理。租赁物已毁损、转让、附合的，出租人能否主张价值补偿；补偿的性质是共益债务还是普通债权；补偿的数额如何计算。

本文主张：取回权在性质上是基于所有权的物权请求权，但因融资租赁的功能而受有限制；行使条件不以欠租比例为前提，而以合同解除为必要；自动中止期间，管理人应当在合理期限内作出决定，逾期视为解除；取回不能时，价值补偿属于共益债务。

本文的讨论分为七个部分。第二部分讨论取回权的性质；第三部分讨论行使条件；第

四部分讨论破产程序的限制；第五部分讨论取回不能的处理；第六部分讨论与相关权利的界分；第七部分讨论实务中的特殊情形；第八部分提出制度完善建议。

需要说明的是，本文所称融资租赁，包括直租与回租两种形态。两者的交易结构不同，但法律性质相同，取回权的规则亦相同。本文不区分两者，除非特别说明。

还需说明的是，本文的讨论以企业破产法为依据，兼及民法典关于融资租赁合同的规定。两者的衔接，是本文关注的重点之一。

二、取回权的性质

取回权的性质，学理上有三种主张：物权请求权说、债权请求权说、特殊取回权说。三种主张，对取回权的效力与条件有不同的推论。

物权请求权说认为，出租人是租赁物的所有权人，取回权是所有权的权能之一，性质上属于物权请求权。这一说的优点是逻辑清晰：所有权是绝对的、对世的，破产程序不能剥夺；取回权既然基于所有权，自然可以对抗一切人，包括破产债权人。

这一说的缺点，是忽略了融资租赁的担保功能。在融资租赁中，出租人的所有权，实质上是为了担保租金债权；租金的总额，通常等于租赁物的购置成本加利息，远高于租赁物的残值。若允许出租人取回全部租赁物，则其获得的利益可能超过债权，构成不当得利。

债权请求权说认为，出租人的取回权，实质上是租金债权的实现方式，性质上属于债权请求权。这一说的优点是揭示了融资租赁的经济实质：出租人关心的不是物，而是钱；取回只是实现债权的手段。

这一说的缺点，是否定了出租人的所有权。若取回权只是债权，则出租人与普通债权人无异，其取回的主张不能优先于其他债权人；这与融资租赁的交易结构不符，也违背了当事人的合理预期。

特殊取回权说认为，取回权是破产法上的一种特殊权利，既非纯粹的物权请求权，也非纯粹的债权请求权，而是基于所有权、受破产程序限制的取回权。这一说的优点是兼顾了物权的基础与破产的程序，既承认出租人的所有权，也承认破产程序的限制。

本文采特殊取回权说。理由有三。其一，符合实定法的规定。企业破产法第三十八条规定，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。这一规定，把取回权定位为“不属于债务人的财产”的返还请求权，既以所有权为基础，又须通过管理人行使，具有程序性。

其二，符合融资租赁的功能。融资租赁的所有权，是担保化的所有权；取回权，是担保化的取回权。其行使，应当受担保法理的约束：取回的价值，不得超过债权的数额；超出的部分，应当返还承租人。

其三，符合破产法的目的。破产法的目的，是公平清偿与拯救企业。取回权的行使，

应当兼顾这两个目的：既保障出租人的权益，也避免因取回导致重整失败。

融资租赁与经营租赁的区别，是判断取回权的另一把钥匙。经营租赁的租期，通常短于租赁物的经济寿命；租金的总额，通常低于租赁物的购置成本；租赁期满，租赁物返还出租人。融资租赁则相反：租期接近经济寿命；租金总额覆盖成本加利润；期满后租赁物多归承租人。两者的区别，解释了为何融资租赁的取回权须清算，而经营租赁的取回权无须清算：前者的租金已覆盖成本，后者的租金仅是使用费。

特殊取回权说的具体内容，可以概括为三点。第一，取回权以所有权为基础，但不受所有权的绝对性保护。第二，取回权的行使，须通过管理人，不能自行取回。第三，取回权的行使，受破产程序的限制，包括自动中止、重整保护等。

三点之中，第三点最为关键。实务中，有的出租人未经管理人同意，自行派人取回租赁物，引发冲突。这一做法，违反了破产法的规定，可能构成侵权，甚至构成犯罪。因此，取回权的行使，必须遵循程序。

功能主义与形式主义的分野，是理解取回权的钥匙。功能主义关注交易的经济实质，把一切具有担保功能的安排，统一按担保处理；形式主义关注交易的法律形式，按所有权的归属确定权利。两种思路，各有优劣：功能主义便于统一处理，但可能忽视当事人的安排；形式主义尊重当事人的意思，但可能导致同类交易的不同处理。我国采形式主义为主、功能主义为辅的立场，既承认所有权，又承认担保功能。

从比较法的角度看，各国对融资租赁取回权的处理，大致有三种模式。美国采“功能主义”，把融资租赁视为担保交易，出租人的权利按担保物权处理，须申报债权、参与分配；德国采“形式主义”，承认出租人的所有权，取回权按所有权处理，但受破产程序的限制；日本采折中，承认取回权，但要求出租人清算，超出部分返还。

三种模式的共同点，是把取回权限定在债权的范围内；不同点，在于取回的程序与效果。我国的规则，接近于日本，即承认取回权，但要求清算。这一选择，兼顾了所有权与担保功能，较为合理。

三、行使条件

取回权的行使条件，是实务中争议最大的问题。依民法典第七百五十二条，承租人应当按照约定支付租金；承租人经催告后在合理期限内仍不支付租金的，出租人可以请求支付全部租金，也可以解除合同，收回租赁物。

据此，取回权的行使，须具备两个条件：承租人欠付租金；出租人解除合同。两个条件，缺一不可。实务中，有的出租人未解除合同即主张取回，有的法院认为欠租即可取回，均不符合法律规定。

欠租数额的计算，也是一个技术问题。欠付的租金，是否包括未到期的租金？本文主张，不包括。取回权的基础，是承租人欠付到期租金，经催告仍不支付；未到期的租金，

尚未届履行期，不构成欠付。但合同解除后，未到期租金的履行期加速到来，出租人可以一并主张。这一处理，与民法典第七百五十二条的规定一致。

第一个条件，欠付租金。是否须达到全部租金的百分之二十五？融资租赁司法解释曾规定，承租人欠付租金达到全部租金百分之二十五以上的，出租人可以解除合同。这一规定，在民法典施行后是否继续适用，存在争议。

本文主张，不以百分之二十五为限。理由是：该比例是司法解释为限制解除权而设，其目的是维护交易的稳定；但民法典并未采纳这一比例，而是以“经催告后在合理期限内仍不支付”为标准。因此，只要承租人欠租，经催告仍不支付，出租人即可解除。

催告的对象，在破产程序中是管理人，而非承租人。出租人向承租人发出的催告，在破产受理后不生效力，因为承租人的财产已由管理人接管，承租人的意思表示不能代表破产财产。因此，出租人应当向管理人发出书面催告，并保留送达凭证。实务中，有的出租人仍向原法定代表人催告，导致催告无效，须予注意。

催告的形式，可以是书面，也可以是口头；催告的期限，应当合理，一般不少于十五日；催告的内容，应当载明欠付的金额、支付的期限、逾期不支付的后果。未经催告直接解除的，不生效力。

取回权的行使，还有一个前置问题：租赁物的权属是否明确。实务中，有的承租人在租赁物上喷涂自己的标识、办理自己的登记，导致权属混淆。此时，出租人应当提供买卖合同、付款凭证、交付单据、登记证明，证明其为所有权人；无法证明的，取回的主张不能成立。这一举证责任，由出租人承担，符合“谁主张、谁举证”的一般原理。

第二个条件，解除合同。解除的方式，可以是通知，也可以是诉讼。通知到达承租人时，合同解除；承租人有异议的，可以请求法院确认解除的效力。诉讼解除的，判决生效时合同解除。

在破产程序中，解除权的主体与方式，须作调整。承租人进入破产程序后，合同的解除权，由管理人行使；出租人不能直接解除，只能催告管理人。管理人拒绝解除的，出租人可以诉请解除。

这一调整，依据是企业破产法第十八条：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。融资租赁合同，属于双方均未履行完毕的合同，故适用该条。

管理人决定继续履行的，还须经债权人会议或者债权人委员会同意。依企业破产法第六十九条，管理人在决定继续履行合同、放弃权利、设定担保等重大事项时，应当及时报告债权人委员会；未设债权人委员会的，应当及时报告人民法院。这一程序，可以防止管理人擅自决定，损害债权人的利益。

管理人的选择权，须受限制。若管理人决定继续履行，则须支付欠付的租金，并提供相应的担保；未支付、未提供担保的，出租人可以拒绝继续履行。若管理人决定解除，则

出租人可以取回租赁物。

取回权的时效，也须明确。取回权是物权请求权，原则上不适用诉讼时效；但取回权的基础是合同解除，解除权的行使受除斥期间限制。因此，出租人应当在解除权消灭前行使解除权，否则取回权随之丧失。解除权的除斥期间，民法典未明确规定，可以参照一年的期间，自知道或者应当知道解除事由之日起算。

管理人不作表示的，视为解除。依第十八条，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，或者自收到催告之日起三十日内未答复的，视为解除。此时，出租人可以取回租赁物。

这一规则，对出租人有利：管理人的沉默，被视为解除，出租人无须再行催告。但其适用，须注意两点：一是期限的起算，从受理之日或者收到催告之日起算；二是沉默的效果，是合同解除，而非合同终止，出租人仍可主张欠付的租金。

取回与解除的关系，还有一个细节：解除的通知，是否可以与取回的通知合并？本文主张，可以。出租人可以在同一份通知中，既表示解除合同，又要求取回租赁物；通知到达管理人时，合同解除，取回请求成立。这一做法，符合诉讼经济的原则，也避免了程序的重复。但通知的内容应当明确，不能含糊其辞。

实务中，有的管理人既不解除也不继续履行，拖延数月，导致租赁物贬值。对此，出租人可以催告，催告后三十日仍不答复的，视为解除。这一机制，可以促使管理人及时决策。

四、破产程序的限制

取回权在破产程序中，受三重限制：自动中止、重整保护、清算顺序。三重限制，目的不同，效果也不同。

第一重，自动中止。企业破产法第十九条规定，人民法院受理破产申请后，有关债务人财产的保全措施应当解除，执行程序应当中止。第二十条规定，人民法院受理破产申请后，已经开始而尚未终结的有关债务人的民事诉讼或者仲裁应当中止。

自动中止的例外，也须讨论。企业破产法第十九条规定的是保全措施解除、执行程序中止，并未规定取回权中止；第二十条规定的是民事诉讼或者仲裁中止，并未规定取回权诉讼中止。因此，严格依文义解释，自动中止并不直接及于取回权。但本文主张，应当通过目的解释，把取回权纳入中止的范围。理由是：取回权行使的后果，是破产财产减少，与其他执行程序的后果相同；若不加限制，则取回权成为规避破产程序的通道。

这两条规定，是否及于取回权？本文主张，及于。理由是：取回权的行使，涉及债务人占有的财产，属于“有关债务人财产”的程序；若允许出租人在破产受理后自行取回，则破产财产减少，其他债权人的利益受损。

取回权的行使方式，可以是自行取回，也可以是通过诉讼取回。在非破产场合，出租

人可以自行取回，但不得使用暴力；承租人拒绝的，可以诉请返还。在破产场合，出租人不得自行取回，须通过管理人；管理人拒绝的，可以提起诉讼。这一区别，体现了破产程序的特殊性：破产财产由管理人统一管理，个别债权人不得自行处分。

因此，出租人在破产受理后，不得自行取回，须通过管理人取回；管理人拒绝的，可以提起诉讼，但诉讼须在破产法院进行，且须等待管理人作出决定。

第二重，重整保护。企业破产法第七十五条规定，在重整期间，对债务人的特定财产享有的担保权暂停行使。这一规定，是否及于取回权？

本文主张，可以参照适用。理由是：取回权与担保权，在功能上相似，均以特定财产为对象，均影响重整的物质基础；若担保权暂停行使，取回权亦应暂停。但须注意，取回权的暂停，不是绝对的：若租赁物对重整并非必需，或者出租人的权益将因暂停而严重受损，法院可以准许取回。

重整计划中的处理，也是一个重要环节。重整计划可以约定：租赁物由重整后的企业继续使用，租金按重整计划清偿；或者租赁物折价归重整后的企业，出租人按折价款受偿；或者租赁物返还出租人，出租人放弃部分债权。三种安排，须经债权人会议表决通过，并报法院批准。出租人作为债权人，可以在表决中表达意见；其权益受损害的，可以请求法院不予批准。

判断的标准，可以是三点：租赁物是否为重整所必需；取回是否将导致重整失败；出租人的权益是否可以通过其他方式保障。三点权衡，决定是否准许取回。

第三重，清算顺序。在清算程序中，取回权不受限制，出租人可以取回租赁物。但取回后，须清算：租赁物的价值超过欠付租金的，超出部分应当返还管理人，作为破产财产；不足的，不足部分作为普通债权申报。

清算义务的履行，须有程序保障。本文主张，出租人取回租赁物后，应当在合理期限内（例如三十日）向管理人提交清算报告，载明租赁物的评估价值、欠付租金的数额、超出或者不足的金额；管理人有异议的，可以请求法院裁定。未提交清算报告的，管理人可以不配合办理过户或者交付手续。这一程序，可以确保清算的落实。

这一清算义务，是特殊取回权说的必然结论。若出租人取回后不清算，则其获得的利益可能超过债权，损害其他债权人的利益。实务中，有的出租人取回后既不清算也不申报，这一做法不符合法律规定。

税收债权与取回权的关系，也值得讨论。租赁物被取回后，承租人欠缴的税款，能否从租赁物的价值中优先扣除？本文主张，不能。税收债权是针对承租人的债权，不是对租赁物的物上请求权；租赁物属于出租人，不构成承租人的责任财产，故税收债权不能就租赁物优先受偿。这一规则，与取回权的物权性质一致。

三重限制的适用，须依程序的类型而定：清算程序中，仅适用自动中止；重整程序中，还适用重整保护；和解程序中，参照重整处理。三种程序，限制的程度不同，出租人

的策略也应不同。

实务中，出租人往往倾向于在清算程序中取回，在重整程序中申报债权。这一策略，符合经济理性：清算中取回，可以尽快回收；重整中申报，可以分享重整收益。但须注意，策略的选择，不能违反程序的规定。

五、取回不能的处理

取回不能，指租赁物已毁损、灭失、转让、附合，出租人无法实际取回。此时，出租人的权利如何救济？实务中有三种处理：主张价值补偿、申报普通债权、主张共益债务。

价值补偿，指出租人主张承租人或者管理人按照租赁物的价值予以补偿。这一主张的依据，是所有权被侵害的赔偿请求权，性质上属于侵权责任或者不当得利返还。

价值补偿的性质，是共益债务还是普通债权？本文主张，区分情形。若取回不能发生在破产受理后，且系管理人的行为所致，例如管理人擅自处分租赁物，则补偿属于共益债务，优先受偿；若取回不能发生在破产受理前，例如承租人在破产前已将租赁物转让，则补偿属于普通债权，按比例受偿。

这一区分的依据，是企业破产法第四十二条：人民法院受理破产申请后发生的下列债务，为共益债务：因管理人或者债务人请求对方当事人履行双方均未履行完毕的合同所产生的债务；债务人财产受无因管理所产生的债务；因债务人不当得利所产生的债务；为债务人继续营业而应支付的劳动报酬和社会保险费用以及由此产生的其他债务；管理人或者相关人员执行职务致人损害所产生的债务；债务人财产致人损害所产生的债务。

管理人在破产受理后处分租赁物，属于“执行职务致人损害”，产生的债务为共益债务。承租人在破产前处分租赁物，属于破产前的行为，产生的债务为普通债权。两者的顺位不同，受偿的比例也不同。

价值补偿的计算，还须考虑折旧。租赁物在使用过程中，会发生物理损耗与技术进步导致的贬值。计算的公式，可以是：补偿额等于取回不能时的重置成本，乘以成新率。成新率的确定，可以参照会计折旧、评估机构的鉴定，或者同类设备的市场交易价格。三种方法，可以择一，也可以综合。

价值补偿的数额，如何计算？本文主张，以取回不能时的市场价值为准，而非合同约定的价款。理由是：租赁物的价值随使用而贬损，以合同价款计算，将高估出租人的损失；以市场价值计算，可以反映实际损失。

若租赁物已附合于其他财产，例如设备已安装于厂房，成为不动产的组成部分，则取回不能。此时，出租人可以主张补偿，补偿的数额，按附合时的价值计算；也可以主张分割，但分割将损害财产的价值，故一般不采。

实务中，还有一种情形：租赁物是车辆，登记在承租人名下。此时，出租人的所有权，与登记的公示不一致。第三人信赖登记而购买车辆的，可以善意取得；出租人不能取

回，只能主张补偿。这一规则，是公示公信的必然结果，也提示出租人应当办理登记，以保护自己的权利。

若租赁物已被转让给第三人，第三人善意取得的，出租人不能取回，只能主张补偿；第三人非善意取得的，出租人可以主张取回，或者主张补偿。善意取得的判断，依民法典第三百一十一条。

保险金与赔偿金的竞合，也须注意。租赁物毁损后，承租人可能同时取得保险金与侵权赔偿金。此时，出租人可以就两者优先受偿，但总额不得超过租赁物的价值。超出的部分，归承租人所有，作为破产财产。这一规则，避免了出租人的双重获利，也保障了破产财产的利益。

若租赁物已毁损、灭失，有保险金的，出租人可以就保险金优先受偿；有赔偿金的，可以就赔偿金优先受偿。这一规则，是物上代位的体现，其依据是民法典第三百九十条关于担保财产毁损、灭失或者被征收的规定。

执行程序与破产程序的衔接，也须注意。若出租人已在执行程序中取回租赁物，此后承租人进入破产程序，管理人能否请求返还？本文主张，区分情形。取回发生在破产受理前的，取回有效，管理人可以请求清算，但不能请求返还；取回发生在破产受理后的，取回无效，管理人有权请求返还。这一区分，以破产受理为界，符合自动中止的原理。

实务中，还有一种情形：租赁物虽未毁损，但已被查封、扣押。此时，出租人可以提出执行异议，主张取回；异议被驳回的，可以提起执行异议之诉。这一救济，与取回权的行使并行，不因破产程序而丧失。

六、与相关权利的界分

取回权与别除权、破产撤销权、抵销权的关系，实务中常被混淆。四者性质不同，适用条件不同，须予界分。

取回权与别除权，都是对特定财产的权利，但性质不同。取回权基于所有权，标的属于破产财产；别除权基于担保物权，标的属于破产财产，只是优先受偿。

这一区分，有实益。取回权的行使，不需要申报债权，不需要参与分配；别除权的行使，须申报债权，须参与分配。取回权的标的，不列入破产财产；别除权的标的，列入破产财产，只是优先分配。

实务中，有的出租人既主张取回，又申报债权，造成重复。正确的做法是：取回后清算，超出部分返还，不足部分申报；不能取回的，申报债权，主张共益债务或者普通债权。

取回权与破产撤销权，关系较为复杂。破产撤销权，指管理人对债务人在破产受理前一定期限内所为的损害债权人利益的行为，请求法院撤销的权利。若承租人将在破产前取得的租赁物无偿转让给关联方，管理人可以行使撤销权，追回租赁物；追回后，出租人可

以取回。

此时，撤销权与取回权，是先后关系：撤销权先行使，追回财产；取回权后行使，取回财产。两者不冲突，而是配合。

取回权与抵销权，一般不发生关系。抵销权，指债权人对债务人负有债务的，可以在破产程序中主张抵销。取回权是物权，不适用抵销；但取回后的清算，涉及金钱债务，可以适用抵销。

还有一种权利，须予区分：所有权保留买卖中的取回权。所有权保留，指买卖合同中约定，买受人未支付全部价款前，标的物所有权属于出卖人。买受人破产时，出卖人可以取回标的物。这一权利，与融资租赁的取回权，性质相似，规则亦相似。

两者的区别在于：所有权保留是买卖，融资租赁是租赁；前者的价款通常低于标的物的价值，后者的租金通常高于标的物的价值；前者的取回，须返还买受人已支付的价款，后者的取回，须清算租金。规则的不同，反映了交易结构的不同。

七、实务中的特殊情形

除上述一般规则外，实务中还有若干特殊情形，须要讨论。以下择其要者，分析四种。

第一种，租赁物被转租。承租人将租赁物转租给第三人，第三人占有使用。出租人取回时，第三人能否抗辩？本文主张，不能。转租未经出租人同意的，出租人可以解除合同并取回；转租经同意的，出租人仍可基于所有权取回，但须尊重第三人的租赁权，即在租赁期内不得取回。

第二种，租赁物被抵押。承租人将租赁物抵押给银行，银行取得抵押权。出租人取回时，银行能否抗辩？本文主张，区分情形。银行善意取得抵押权的，出租人取回须清偿抵押债权；银行非善意取得的，出租人可以直接取回。

第三种，租赁物被查封。租赁物因承租人的其他债务被法院查封，出租人主张取回。此时，出租人可以提出执行异议，主张所有权；异议被驳回的，可以提起执行异议之诉。若查封在先、取回在后，出租人的取回不能对抗查封债权人；反之，则可以对抗。

第四种，租赁物为不动产。融资租赁的标的，通常为动产，但也可以是房屋、土地等不动产。不动产的取回，须办理过户登记；未办理的，出租人不能取回，只能主张债权。这一规则，与不动产物权变动的登记主义一致。

跨境融资租赁的取回，是另一个难题。租赁物位于境外，或者承租人是境外企业，取回须依外国法律，并可能需要司法协助。实务中，此类案件多通过协商解决，诉讼的成本较高。因此，在跨境交易中，出租人应当重视担保安排，例如要求境内母公司担保、投保信用保险，以降低取回不能的风险。

四种情形之外，还有一种常见争议：租赁物的附合。设备安装于厂房，成为厂房的组

成部分，取回将损害厂房的价值。此时，出租人可以主张补偿，不能主张取回。补偿的数额，按附合时的价值计算。

八、制度完善

基于上述分析，本文提出四项建议。第一，立法上明确取回权的性质。可以在企业破产法中增加规定：融资租赁的出租人，可以取回租赁物；取回后应当清算，超出债权的部分返还管理人。这一规定，可以消除性质之争。

第二，司法解释上明确行使条件。可以由最高人民法院制定司法解释，明确欠租的催告程序、解除的方式、管理人的答复期限，统一裁判尺度。

第三，明确重整期间的取回规则。可以规定：重整期间，取回权暂停行使；但租赁物非重整所必需，或者出租人的权益将因暂停而严重受损的，法院可以准许取回。

第四，明确取回不能的补偿规则。可以规定：破产受理后因管理人的行为导致取回不能的，补偿属于共益债务；破产受理前取回不能的，补偿属于普通债权。

除上述四项外，还有两项配套措施。其一，建立租赁物的登记与查询系统。融资租赁的租赁物，可以在动产融资统一登记系统登记；登记后，可以对抗第三人。这一系统，可以减少转租、抵押、查封引发的争议。

其二，加强对管理人的培训。管理人在融资租赁合同中，须判断合同是否继续履行、租赁物是否取回、补偿如何计算，专业性强。可以通过案例指导、专题培训，提升管理人的业务能力。

从审判的角度看，法院在处理此类案件时，应当注意三点。其一，区分解除与取回。取回须以解除为前提，未解除的，不得取回。其二，注重清算义务。取回后须清算，超出部分返还，不足部分申报。其三，兼顾重整目标。取回将导致重整失败的，应当审慎，必要时可以要求出租人让渡部分权益。

从经济分析的角度看，取回权的规则，影响着融资租赁的定价。若取回权容易行使，则出租人的风险较低，租金可以相应降低；若取回权难以行使，则出租人的风险较高，租金须相应提高。因此，规则的明确，不仅关乎个案正义，也关乎融资成本。这也是本文主张细化规则的经济理由。

这三点，既是技术的要求，也是理念的体现。破产法的价值，在于公平清偿与拯救企业；融资租赁的取回权，应当在这一价值框架内行使，既保障出租人的权益，也维护破产程序的整体利益。

九、结语

融资租赁的取回权，是一个夹在物权法与破产法之间的问题。物权法看到的是所有权，破产法看到的是破产财产；两者的视角不同，结论也不同。

本文的立场，是把两者结合起来：承认所有权，但受破产程序的限制；承认取回权，但须清算；承认重整的需要，但不牺牲出租人的基本权益。这一立场，可以概括为“有取回，有清算，有例外”。

有取回，是指出租人的所有权不应被架空；有清算，是指取回不得超出债权的范围；有例外，是指重整期间可以暂停取回。三者结合，才能平衡各方利益。

制度的完善，须有立法的支撑，也须有司法的努力。在立法未改之前，法院可以通过案例指导、裁判说理，逐步形成统一的规则；在立法修改之时，应当把取回权的规则写入破产法，使之与民法典相衔接。

最后须指出一点：取回权的规则，不能脱离融资租赁的整体制度。融资租赁的登记、公示、税收、会计处理，均影响取回权的行使。例如，租赁物未在动产融资统一登记系统登记的，出租人不能对抗善意第三人；租赁物在会计上计入承租人资产的，可能影响权属的认定。因此，研究取回权，须有跨部门的视野，不能局限于破产法或者物权法。

设备还在厂房里转动，租金却已断供。法律要做的，是让这台设备继续转动，也让出租人的钱有个着落。这既是经济的考量，也是法律的智慧。

参考文献

- [1] [1] 王利明：《融资租赁合同的法律构造》，载《中国法学》2020年第5期。
- [2] [2] 高圣平：《融资租赁交易的法律构造与裁判规则》，载《法学研究》2019年第6期。
- [3] [3] 李永军：《破产法》，中国政法大学出版社2021年版。
- [4] [4] 许德风：《破产法论》，北京大学出版社2020年版。
- [5] [5] 韩长印：《破产程序中取回权的行使》，载《法学》2021年第7期。
- [6] [6] 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年修正。
- [7] [7] 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）》，2013年。
- [8] [8] 邹海林：《破产法原理与实务》，人民法院出版社2021年版。
- [9] [9] 徐阳光：《破产程序中的担保物权》，载《中外法学》2022年第2期。
- [10] [10] 王欣新：《破产法》，中国人民大学出版社2021年版。