

民法典编纂背景下 我国浮动抵押制度的释评与完善

钟 维

【摘 要】我国《物权法》规定的浮动抵押制度不仅是大陆法系吸收英美法系制度的成果，也是民法商法化的典型，具有自己的特点。但正是这种跨法系和跨民法、商法的制度移植，导致在法律适用中至今都还存在不少争议问题需要进一步的解释。而在我国民法典的编纂过程中，现行浮动抵押制度的一些缺陷也有待进一步的完善。因此，需要以解释论和立法论为视角，对浮动抵押制度中的争议问题进行梳理和评析，并就其缺陷提出相应的改进建议。具体而言，应当实现浮动抵押制度适用范围的扩张，效力规则的重构，以及实现规则的完善。

【关键词】浮动抵押 担保 民法商法化 民法典编纂 适用范围 效力规则

【中图分类号】D923.2 【文献标识码】A 【文章编号】1000-114X(2018)04-0232-07

一、浮动抵押及其规范识别

(一) 浮动抵押的创设

浮动抵押(floating charge)，是指抵押人在其现有和将来可能拥有的部分或全部财产之上设定的，在抵押固定化之前抵押人在正常经营活动中保留有利用和处分这些财产的权利，而使抵押财产始终处于浮动状态，在债务人不履行到期债务或发生当事人约定的实现抵押权的情形时，抵押权人有权就此时可确定的抵押财产优先受偿的一种担保制度。

浮动抵押作为一项制度最初起源于英国的法庭判例，而在世界范围内的成文法方面，则主要规定在公司法和破产法中，其功能在于拓宽企业的融资渠道。因为企业的动产很大一部分是由原材料、半成品和存货构成，在企业正常生产经营中需要流通起来，这就与传统上担保财产的特定化要求产生了矛盾。创设浮动抵押正是为了解决此问题，即在企业正常经营过程中允许财产从抵押财产范围内流入和流出，从而提高资源的利用效率。类似的制度，美国规定在统一商法典，加拿大、日本规定在企业担保法，香港地区规定在公司条例，澳门地区规定在商法典。在我国，则是由《物权法》规定了浮动抵押制度，这不仅是大陆法系吸收英美法系制度的成果，也是民法

商法化的典型，具有自己的特点。但正是这种跨法系和跨民法、商法的制度移植，导致在法律适用中至今都还存在不少争议问题需要进一步的解释。而在我国民法典的编纂过程中，现行浮动抵押制度的一些缺陷也有待进一步的完善。

（二）浮动抵押的规范识别

我国《物权法》第181、189、196条相互关联，一般认为，这三个条文作为一个规范组合共同构成了浮动抵押制度。^①但是，也有学者认为第181条规定的是“特别动产集合抵押”。^②对此问题的讨论，应当回到作为浮动抵押制度源头的英国。在1903年的Yorkshire Woolcombers Association案中，浮动抵押的特征被归纳为：（1）设立于企业现有和将来可能拥有的部分或全部财产之上；（2）抵押财产在抵押存续期内处于变动状态；（3）在浮动抵押结晶，抵押财产固定化之前，企业就其抵押财产可以继续进行正常的经营活动。^③在2005年的National Westminster bank plc v. Spectrum Plus Ltd案中，英国上议院确认，浮动抵押的标志在于抵押人仍然可以自由利用、处分抵押物，从而使这部分抵押物流出抵押财产范围。^④我国《物权法》的这三个条文完全符合浮动抵押的制度特征：首先，抵押财产不限于抵押人现有的能够确定的财产，还包括将来可能拥有的财产；其次，在固定化之前，抵押财产处于浮动的状态；再次，在正常经营活动中，抵押人可以利用和处分其抵押财产。各国的浮动抵押制度在细节上具有多样性，前述将第181条认定为“特别动产集合抵押”的观点实际上是以日本企业担保法为标准，将与之有差异的制度均解读为不是浮动抵押，^⑤而没有从浮动抵押的本质特征入手来考察。就法律制度的移植而言，继受国根据本国国情对制度进行一定的改造是正常的现象，但一项制度区别于其它制度的本质特征不会改变。抵押财产的浮动性突破了传统大陆法系担保物权客体的特定性原则，更为关键的是，抵押人享有在正常经营过程中利用和处分抵押财产的法定权利，就浮动抵押制度而言这正是其本质特征。因此，《物权法》第181、189、196条在性质上应认定为是关于浮动抵押的规定。

二、浮动抵押适用范围的扩张

（一）浮动抵押主体范围的商事化

一般而言，浮动抵押中抵押权人的范围是不受限制的，因此对浮动抵押主体范围的讨论涉及的主要就是对抵押人范围的界定问题，此种界定在目前来看主要有两种标准。

第一种标准是抵押人的身份性质和组织形式。依此标准，从比较法的角度来看，有关浮动抵押主体的立法存在不同的模式：英国将浮动抵押的主体限定为公司，日本将浮动抵押的主体限定为股份有限公司，美国、加拿大则没有对可以设定浮动抵押的主体进行限制。我国《物权法》第181条将设立浮动抵押的主体范围限定于企业、个体工商户、农业生产经营者，此种界定比英国、日本要宽泛，比美国、加拿大则稍窄。在立法过程中，有观点主张只有股份有限公司可以设定浮动抵押，因为股份有限公司通常规模较大、信誉较好，而且信息披露制度较完善，在抵押人恶意处分抵押财产的时候，抵押权人能够更加方便地进行监控，从而降低风险。^⑥《物权法》颁布之后，也有不少学者以类似理由主张在法律解释或未来法律修改时限制浮动抵押的抵押人范围。^⑦但与此同时，也有学者认为我国《物权法》规定的浮动抵押主体范围太窄，主张将国家机关、社会团体、学校和医疗卫生机构等也纳入到抵押人范围之内。^⑧笔者认为，从浮动抵押制度的立法目的和构造来看，其本来的功能就在于为从事商事经营活动的主体提供一种提高财产利用效率的担保方式，因为只有经营性主体才存在大量如原材料和产品等既可以设定抵押但在抵押期

间又必须保持流动性的财产。而国家机关、社会团体、公立的学校和医疗卫生机构等非经营性主体并不符合浮动抵押的制度功能。我国《物权法》规定的可以设立浮动抵押的主体涵盖了独资企业、合伙企业、公司制企业、个体工商户、农村承包经营户等，实际上是将抵押人的范围界定为商主体，这与前述经营性主体的要求是一致的。但如果将抵押人的范围限定于股份有限公司则过窄，抵押人的规模、信誉和透明度等确实是影响抵押权实现的因素，但这些应当是债权人而非立法者考虑的问题。如果债权人认为抵押人在这些方面存在问题，完全可以采取提高利率、要求增加担保财产或保证人等市场化的措施，甚至可以不接受此种担保。更何况，一些有限责任公司、合伙企业甚至独资企业可能比有的股份有限公司规模更大，信誉更好，运作更规范。因此，法律完全没有必要代替债权人做出判断，而是把选择权交给市场。

界定浮动抵押主体范围的第二种标准是抵押人所在的行业。《物权法》颁布之后，有观点认为，因为许多急需资金的中小型工商企业、个体工商户和农业生产经营者就《物权法》第180条第1款第4项的“生产设备、原材料、半成品、产品”设立一般抵押权和企业财产集合抵押权获得急需的生产资金后，却不能处分这些财产，无法进行正常生产经营活动，第181条是为了解决这部分人的融资担保需求而设立的。而房地产开发、建筑安装业、船舶制造业、航空器制造业、交通运输业、供电及各种服务业等的从业者可以通过对第180条第1款第5、6项的建筑物、船舶、航空器、交通运输工具设立固定抵押解决融资担保问题。因此从立法政策目的出发，应当对第181条中的“企业”、“个体工商户”、“农业生产经营者”做限缩解释，将从事以上行业的这些主体排除出去。^⑨笔者认为，限缩解释是狭义的法律解释方法的一种，如果从所谓立法政策目的考量出发，对浮动抵押主体进行人为限制，则其结论已经逸出了法条文义的可能范围，所做的工作实为目的性限缩，为法律漏洞补充的一种方法。而通常情况下，如果没有足够充分且正当的理由，不应进行法律漏洞补充的作业。此外，就第180条第1款第5、6项的财产设立的固定抵押也许可以满足相关行业的融资担保问题，但不应人为限制债务人对担保方式的选择。毕竟固定抵押的抵押财产需要特定化且不得处分，其对抵押人经营方式的影响与浮动抵押相比差别很大。第181条规定的浮动抵押制度的存在本身就是给予债务人更多的担保方式选择，没必要人为地限制该制度的使用。

（二）浮动抵押客体范围的扩大化

浮动抵押的客体即抵押财产，我国《物权法》第181条中规定的抵押财产范围仅限于抵押人现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品，基本上就是企业无法设立固定抵押的这部分动产，因此我国的浮动抵押制度又被称为“动产浮动抵押”。有学者对此种做法予以充分肯定，认为这是我国物权法的一个重大创新，并列举了四个方面的具体理由：首先，从实际情况来看，不动产基本上都已经设定了抵押，如果再允许将其纳入浮动抵押的范围，则会导致潜在的浮动抵押和普通抵押之间的冲突——我国物权法并未规定二者冲突情况下的权利顺位问题；其次，动产与不动产适用不同的登记规则，具有不同的登记效力，如果浮动抵押能够同时适用于动产和不动产，则会为登记制度的构造造成极大的困难；再次，动产具有流动性，容易发生增减变化的“浮动”现象，而不动产由于其价值大、固定性、设定有抵押等权利负担等特点，发生“浮动”的可能性不大；最后，很多中小企业没有或者只有很少量的不动产，财产的形式基本限于动产。^⑩但不少学者认为这一规定过于狭窄，一些学者主张通过对现行法律进行解释的方式将知识产权、应收账款等包括到浮动抵押的客体范围之内，^⑪一些学者则主张浮动抵押的客体范围应当

包括除不动产以外的其它财产^⑫，而更多的学者主张应将浮动抵押的客体范围扩张到包括不动产在内的企业的所有财产。^⑬

考虑支持“动产浮动抵押”的理由，笔者认为，首先，即使将浮动抵押的财产限于动产，由于该动产上原先也可能设有抵押，且抵押人仍可以在浮动抵押的财产上设立固定的动产抵押，因此浮动抵押和普通抵押之间的冲突仍不可避免；其次，不动产价值大，具有固定性和稳定性，作为抵押财产对于风险较大的浮动抵押来说反而能够增加安全系数，增强浮动抵押的担保能力；再次，正是因为很多中小企业只有很少或没有不动产，这些不动产对于他们增强担保能力才显得至关重要，浮动抵押的制度设计应当是尽量发挥而非限制抵押人财产的价值。应该说，《物权法》对浮动抵押财产的限制唯一有力的理由是需要适应我国各类财产设定担保公示制度不统一的现状，不动产和特殊的动产、知识产权、债权等都有其特定的公示规则，所以浮动抵押财产被限制在了能够被一并登记的生产设备、原材料、半成品、产品。然而正如有学者所指出的，这导致“一个完整的企业浮动抵押制度被我国物权法分解为动产浮动抵押制度、不动产抵押制度、知识产权质权制度和应收账款质权制度等四个独立的担保制度”。^⑭因此，建立统一的登记制度势在必行，当统一登记制度建立以后，浮动抵押的客体范围也应该随之放开。此外，就纳入浮动抵押的财产类型而言，还应当赋予当事人选择权，即抵押人既可以选择在其全部财产上，也可以选择在其部分财产上设立浮动抵押，并体现于浮动抵押登记中。

三、浮动抵押效力规则的重构

（一）买受人得以对抗浮动抵押权的要件

《物权法》第189条第2款规定，浮动抵押的抵押权人不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人。根据该款，浮动抵押不论是否登记过，只要是满足该款条件的买受人，均能够取得该财产的所有权并排除浮动抵押权的影响。如果说第181条中的“将有”一词确立了浮动抵押财产的流入规则，那么第189条第2款则是确立了浮动抵押财产的流出规则，同时也确立了买受人得以对抗浮动抵押权的要件。

在浮动抵押财产的流出规则中，最重要的是对“正常经营活动”的理解。有观点认为，该条规定能取得对抗力的只有“买受人”，因此“正常经营活动”应当只限于买卖活动，而抵押、留置等非买卖活动则不包括在内。^⑮笔者认为，浮动抵押制度的目的就在于让抵押人在获得融资的同时保持生产经营的正常进行，而维持生产经营所需的所有对抵押财产的处分行为都应该能够自由进行。因此，包括买卖在内的经营性行为都属于“正常经营活动”。此外，根据比较法的经验^⑯虽然买受人对浮动抵押权的对抗力并不因其对浮动抵押的存在知情而受到影响，但如果在先的浮动抵押中约定，抵押人不得对抵押财产再进行处分，且买受人明知浮动抵押中存在此种条款，即买受人明知抵押人的出售或再设立固定担保行为会破坏他人在抵押财产上的合法权利，那么买受人的行为仍不属于正常经营的范畴。

在比较法上，除了在正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人以外，还有一类主体能够获得对浮动抵押权的对抗力，那就是购买价金担保权人。^⑰在浮动抵押设立后，如果浮动抵押人为购买某项财产而再次进行借款，并将买入的该项财产作为借款的担保，担保权人在该担保财产上就能享有优先于浮动抵押权的超级优先权。由于购买价金担保权的原理是以新流入的财产担保新产生的债务，其设定实际上并没有改变浮动抵押财产与其原先所担保债权的对比关

系，因此并未损害在先的浮动抵押权人的利益。对浮动抵押权人来说，其反而还会就新流入的财产而获得一个第二顺位的抵押权，并且在购买价金担保权因清偿而消灭时，自动获得一个第一顺位的抵押权。而如果不赋予购买价金担保权优先于浮动抵押受偿的效力，那么购买价金担保权人很可能就会因为对登记在先原则的顾忌而不会贷款，而债务人也会因为融资能力受限而陷入困境。^⑧因此，购买价金担保权优先受偿规则是合理且必要的。目前，我国《物权法》浮动抵押制度中尚未规定这一规则，这有待未来在民法典编纂时进一步完善。

（二）浮动抵押权的优先效力与顺位规则的建立

我国《物权法》并没有对浮动抵押权的优先效力与顺位问题做出明确规定。在比较法上，对该问题的处理主要有英国和美国两种规则模式。在英国法中，浮动抵押结晶前，浮动抵押所担保的债权对普通债权不具有优先效力，劣后于普通债权受偿；浮动抵押结晶后，抵押财产确定，浮动抵押转化为固定抵押，才优先于其后产生的债权受偿。而在美国法中，经过公示的浮动抵押权所担保的债权优先于其后产生的其它债权受偿，但在两种特殊情况下例外：一种是购买价金担保权人优先于浮动抵押权人受偿；另一种是正常经营活动中的买受人优先于浮动抵押权人受偿。^⑨目前，我国的主流观点均以英国模式对浮动抵押的顺位规则进行解释。^⑩但英国的做法存在两方面的问题：一是在结晶之前，浮动抵押权不仅劣后于固定担保权，还劣后于普通债权受偿，这意味着会极大地降低最终能够用于清偿浮动抵押权人债务的抵押财产的价值，这将导致债权人一般不愿接受浮动抵押作为债权的担保；二是浮动抵押虽然有登记这一公示方法，但抵押财产清偿债务却不遵循登记的先后顺序，这导致在抵押权优先受偿的顺位规则中登记效力的混乱。而美国的做法则克服了上述的问题，不仅通过公示效力的统一为浮动抵押权建立了更为清晰的优先效力与顺位规则，而且还可以提高债权人对浮动抵押的接受度，从而避免该制度在实践中应用价值低的窘境。因此，应当借鉴美国模式的处理方法，建立浮动抵押权的优先效力与顺位规则。

（三）浮动抵押权是否及于抵押财产的代位物

就浮动抵押权是否及于抵押财产的代位物的问题，有观点认为，按照《物权法》第174条，凡来自抵押财产之一切所得，包括出售抵押物所得之金额及天然孳息，因抵押物毁损、灭失、征用等所获得的保险金、赔偿金、补偿金，均应作为抵押权的代位物而自动进入抵押财产范围。^⑪笔者认为，在浮动抵押结晶之前，只要是正常经营活动所需，抵押人不仅可以买入新的财产而使其进入抵押财产的范围，也可以利用和处分其抵押财产并使这部分财产脱离抵押财产的范围。《物权法》规定的浮动抵押的客体范围并不包括金钱，因此在抵押财产确定的时候也无法将金钱等计算在内。转让金、保险金、赔偿金、补偿金等只有在抵押人用其购买相应财产的时候才重新转化为抵押财产。因此，《物权法》第181条规定的浮动抵押是第174、191条规定的例外，是对担保物权的物上代位性的突破。

四、浮动抵押实现规则的完善

（一）抵押财产确定与恢复浮动规则的完善

浮动抵押财产的确定又称为结晶，结晶事由包括法定事由和约定事由。前者一般包括债务人到期不履行债务、企业歇业、破产重整、合并、被抵押权人控制或者接管等；后者允许当事人通过抵押合同约定结晶事由，又称为自动结晶。^⑫《物权法》第196条规定的结晶事由包括：债务履行期届满，债权未实现；抵押人被宣告破产或者被撤销；当事人约定的实现抵押权的情形；严

重影响债权实现的其他情形。可见，其中对法定事由的涵盖尚不全面，对约定事由的范围则未进行必要的限制。而自动结晶事由的范围过宽过窄都是不行的：如果将自动结晶的事由约定得过宽，则即使出现危害债权实现的情况也无法导致浮动抵押提前结晶；如果将自动结晶的事由约定得过窄，则任何一些细微的事件出现都有可能导致浮动抵押结晶，对抵押人的正常经营活动造成重大影响。

此外，浮动抵押经过结晶变成固定抵押后，如果抵押权人与抵押人均同意抵押财产恢复浮动，即允许抵押人继续利用抵押财产从事经营活动，此时究竟是同一项抵押恢复浮动，还是创设了一项新的浮动抵押，现行法律也并不明确。有学者认为，抵押权人财产利益的性质实际上因为抵押财产固定状态的解除而发生了变化，因此应将此种情形视为创设了一项新的浮动抵押。^{②③}也有学者主张，如果债务履行的期限尚未届至，只是发生了抵押人企业经营不善或被宣告破产等危及到债权实现的情形，此时浮动抵押的结晶是“活晶”，在抵押人增加担保或提供保障措施后，双方当事人可以通过协商解除结晶，从而将已经固定化的抵押重新变为浮动抵押。^④笔者认为，从尊重当事人意思自治的角度出发，应当允许已经结晶的浮动抵押在当事人协商一致的情况下恢复浮动。不管是解释为同一项抵押恢复浮动，还是解释为创设了一项新的浮动抵押，其效果都是一样的，即避免了偿债程序的发生，从而维持抵押人的正常经营活动。

（二）接管人制度的建立

《物权法》并未为浮动抵押的实现规定特殊规则，在浮动抵押结晶后，只能以第 195 条规定的普通抵押权的方式来实现。而在英国，浮动抵押权人更多地是选择运用接管人制度，而接管人制度也正是浮动抵押的精华所在。当浮动抵押所担保的债权或抵押财产受到威胁时，抵押人可以根据约定自行或向法院申请向债务人公司派出接管人。该接管人为抵押权人的利益管理抵押财产，同时接管公司相关业务的经营，在此过程中甚至可以对公司财产进行处分或重构。正是因为接管人制度的存在，债权人对债务人资产的控制能力大大增强，在债务人违约或出现危害抵押财产的情况时可以迅速介入并接管债务人的相关资产，英国的债权人才乐于接受浮动抵押作为其债权的担保。^⑤我国的浮动抵押制度在现实中运用得很少，要改变这种状况，除了解决前面所述的各种问题以外，如何使浮动抵押制度具备与其灵活性相称的担保力，也是一个必须要考虑的问题。但即使借鉴英国的经验引入接管人制度，由于我国《物权法》中存在对浮动抵押客体范围的限制，就企业经营而言具有重大意义的不动产、知识产权，以及明确列举的动产以外的其它动产都不能设定浮动抵押，接管人在没有掌控企业主要财产的情况下，仅仅依靠这些有限的抵押财产也无法实现继续经营的目的。^⑥但是，未来在我国建立统一的登记制度，并且放开浮动抵押的客体范围之后，接管人制度也应当随之建立。以便更加灵活、有效地保障浮动抵押权人抵押权的实现。

①参见胡康生主编《中华人民共和国物权法释义》，284。
北京：法律出版社，2007年，第394页。

②③参见梁慧星《特别动产集合抵押》，北京《人民法院报》，2007年9月13日，第6版。

④Re Yorkshire Woolcombers Association [1903] 2 Ch

④National Westminster bank plc v. Spectrum Plus Ltd [2005] UKHL 41.

⑤王仰光《动产浮动抵押抑或特别动产集合抵押？》，杭州《法治研究》，2012年第11期，第90页。

⑥参见全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室编著《物权法立法背景与观点全集》，北京：法律出版社，2007年，第642页。

⑦参见关涛《浮动抵押刍议》，济南《法学论坛》，2007年第3期，第118页；韩艳《我国动产浮动抵押制度之检讨与完善》，杭州《浙江工商大学学报》，2008年第2期，第39页；周泽新《浮动抵押的历史渊源与制度构造》，石家庄《河北法学》，2010年第11期，第109页。

⑧参见汤新祥《我国浮动抵押制度的立法完善》，南昌《江西社会科学》，2008年第2期，第165页。

⑩⑮参见王利明《物权法研究》（下卷），北京：中国人民大学出版社，2007年，第519、526页。

⑪参见石佳友《动产浮动抵押制度的适用》，北京：《人民司法》，2008年第11期，第83页；李定毅：《动产浮动抵押担保的风险及其防范》，北京《法学杂志》，2009年第3期，第119页。

⑫参见赵德勇《论我国浮动抵押中抵押人与抵押财产范围界定》，成都《社会科学研究》，2013年第4期，第83~85页。

⑬参见韩艳《我国动产浮动抵押制度之检讨与完善》，杭州《浙江工商大学学报》，2008年第2期，第39~40页；汤新祥《我国浮动抵押制度的立法完善》，南昌《江西社会科学》，2008年第2期，第165~166页；周泽新《浮动抵押的历史渊源与制度构造》，石家庄《河北法学》，2010年第11期，第109~110页；马新彦、卢冠男《浮动抵押制度的价值冲突与解决》，济南《山东社会科学》，2015年第11期，第69~70页。

⑭王闯《规则冲突与制度创新（下）》，北京《人民法院报》，2007年7月4日，第6版。

⑯美国《统一商法典》第1-201条。

⑰美国《统一商法典》第9-103、9-324条。

⑱董学立《浮动抵押的财产变动与效力限制》，北京《法学研究》，2010年第1期，第68页。

⑲李莉《浮动抵押权人优先受偿范围限制规则研

究》，重庆《西南政法大学学报》，2014年第3期，第44~45页。

⑳参见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》，北京：人民法院出版社，2007年，第567页；关涛《浮动抵押刍议》，济南《法学论坛》，2007年第3期，第121页；韩艳《我国动产浮动抵押制度之检讨与完善》，杭州《浙江工商大学学报》，2008年第2期，第40页；石佳友《动产浮动抵押制度的适用》，北京《人民司法》，2008年第11期，第83页；曹士兵《中国担保制度与担保方法》，北京：中国法制出版社，2017年，第309页。

㉑参见梁慧星《特别动产集合抵押》，北京《人民法院报》，2007年9月13日，第6版；彭长林《浮动抵押制度在执行冲突中的协调》，北京《人民法院报》，2008年6月13日，第6版。

㉒廖焕国、曾祥生《物权法中动产浮动抵押制度的理解与适用》，北京《人民法院报》，2007年7月9日，第6版。

㉓参见关涛《浮动抵押刍议》，济南《法学论坛》，2007年第3期，第119页。

㉔参见马新彦、卢冠男《浮动抵押制度的价值冲突与解决》，济南《山东社会科学》，2015年第11期，第71~72页。

㉕彭贵《中英浮动抵押制度之比较》，北京《法律适用》，2008年第1、2期，第55~56页。

㉖张义华《论我国浮动抵押接管人制度的构建》，郑州《河南财经政法大学学报》，2012年第4期，第94页。

作者简介：钟维，中国社会科学院法学研究所博士后研究人员、助理研究员。

北京 100720

[责任编辑 周联合]