

# 论我国浮动抵押制度的引入与完善

袁钰菲<sup>1</sup> 何庆梅<sup>2</sup>

(1. 厦门大学 法学院,福建 厦门 361005; 2. 山东理工大学 党委宣传部,山东 淄博 255049)

[摘要] 新近通过的《物权法》首次确定了浮动抵押制度,对于这一立法举措,学界褒贬不一。文章首先从浮动抵押制度的起源、国外制度和特点入手,揭示其本质,然后从四个方面论证了我国引入浮动抵押制度的合理性,随后对《物权法》相关规定进行探讨,最后对完善我国浮动抵押制度的难点——信用问题和接管人制度提出建议。

[关键词] 浮动抵押制度;《物权法》;引入与完善

[中图分类号] DF4

[文献标识码] A

[文章编号] 1672-0040(2007)04-0083-03

## 一、浮动抵押制度概说

浮动抵押是指债务人以其现有的或将来取得的全部或某一类财产为债权人设定的一种担保物权。<sup>[1]</sup>

### (一)起源

该制度起源于英国衡平法,是通过判例不断发展的。1862年 Horoyd v. Marshall 案,抵押物磨坊机器由抵押人保管,抵押人可任意替代或增加机器,替代增加的机器自动成为抵押物,该案可视为制度的雏形。1870年 Re Panama, New Zealand and Australian Royal Mail Company 案,公司债务人发出债权证,将其“业务及所有由其产生的金钱”作为抵押,其抵押条款订明债权证持有人不可干预公司运作,直至清算之前公司可自由处理其资产,但清算时,抵押权人可变卖担保物,比普通债权人优先受偿,第一次确定了浮动抵押制度。<sup>[2]</sup>

### (二)各国的浮动抵押制度

1. 英国。主要是通过判例确定的。Macnaghten 勋爵 Governments Stock and Other Securities Investment Co. Ltd. v. Manila Railway Co. Ltd. 案描述“浮动担保是一种在营运中的企业财产上的衡平法抵押。它依附在抵押标的上,不是处于不同状况。这种抵押的主旨是它会保持不动直至设置抵押的企业停止营业,或者直至抵押受惠人介入”。在 Illingworth v. Houldsworth 案中形容“它的本质是可移动的,在意图受影响的财产上浮着,直至发生某些事件或者采取了某些行动令它停下来,抓着在它范围内的标的。”Romer 大法官在 Re Yorkshire Woolcombers' Association Ltd. 案中指出其特征:“(1)如果它是将公司现在及未来某个类别的资产作抵押; (2)如果该类别的资产是一种

在公司正常业务运作期间会不断变化的; (3)对抵押拥有权益的人或其代表采取某些法律步骤之前,公司可以利用那些已作押的资产继续其日常运作。”<sup>[3]</sup>

2. 美国。与英国不同,美国是通过《统一商法典》第九篇担保交易的“浮动留置权”的形式加以规定的。第 9-204(4)条:“担保协议可在后获财产设立或提供担保权益。”<sup>[4]</sup>

3. 日本。日本原采固定财团抵押制度,后 1958 年以英国浮动担保制度为蓝本制定《企业担保法》。其第 1 条:“股份有限公司的总财产,为担保其公司发行的公司债,得作为一体,为企业担保的标的。”第 2 条第 1 项:“企业担保人,得就合作属于公司的现有总财产,先于其他债权人受债权的清偿。”<sup>[5]</sup>

### (三)特点

综观各国的浮动抵押制度虽有不同,但本质相同。我们认为主要有以下五个特点:第一,与传统抵押一标的一抵押权、各独立的财产分别设立抵押权不同,浮动抵押将一定范围内的财产作为一个整体,设定一个抵押权,避免了就各财产设立抵押权的麻烦;第二,流动性,在抵押权实现时,抵押财产始得确定,这是浮动抵押的最大特点;第三,抵押人可在正常经营活动中自由管理和处分抵押物,这就使得抵押人更好地生产经营,将抵押权人的影响降低到最小;第四,抵押物的范围较广,且包括现有的将有的资产,理论上讲对债权的实现更有保障,但抵押物可能在生产经营过程中灭失,意味着对债权人的较大风险;第五,接管制度,抵押权实现时,债权人将抵押物作为一个整体受偿,一方面避免将企业资产零碎贱价处理,有利于发挥企业的整体价值,另一方面,抵押人为防止其财产被全面接

[收稿日期] 2007-04-30

[作者简介] 袁钰菲(1987—),女,山东潍坊人,厦门大学法学院,主要从事法学研究。

管,促使抵押人努力经营。

## 二、我国引入浮动抵押制度的合理性

### (一) 经济全球化与物权法国际化的要求

近年来,经全球化的步伐大大加快,随着我国加入WTO,涉外经济贸易越来越多。浮动抵押制度已在国际项目融资广泛应用,且为许多国家所接受,我国引入浮动抵押制度,是与国际金融、经济体制接轨,融入国际市场的必然要求,也是吸收发展经济所需要的资源、资金,学习各国先进技术的基本保证,更是增强我国在国际市场上竞争力的重要保障。

### (二) 民营经济发展的需要

改革开放以来,民营经济飞速发展,其作为市场经济的产物,为中国经济发展贡献了巨大力量。据专家分析,个体经济与私营经济拥有的资本加起来超过了国有资本的资产值,实际从业人数上亿,有着巨大的发展前景。<sup>[6]</sup>但民营经济多是中小规模的经济存在,其面临的不公平的融资环境极不利于成长。据统计截止1999年底,中小企业借款总额只占银行贷款总额的1%。<sup>[7]</sup>造成不公平的融资环境的原因,有民营企业自身信用、管理等方面的不足,不公平的政策和立法导向也是不容忽视的。浮动抵押制度的引进,允许企业、个体工商户、农业生产经营者可以将现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押,作为融资的担保,有利于改善不公平的融资环境,促进民营经济、尤其是中小规模经济的发展。

(三)有利于发挥《物权法》提高财产(资源)的利用效率的功能<sup>[8]</sup>

一方面从企业、个体工商户、农业生产经营者的角度,将现有以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品,作为融资的担保,可满足企业的融资需求,有利于企业利用社会闲置资本发展自己;另一方面从社会总资本的角度,将企业现有以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押,提高了金融资源的利用效率,<sup>[9]</sup>有利于社会闲置财产利用效率,创造更多的社会财富。

### (四) 浮动抵押在实践中已出现

一方面,在国际项目融资中,当事方可就涉外浮动抵押协议选择适用有相应制度的国家的法律,<sup>[10]</sup>即在我国法律没有明文规定浮动抵押的情况下,已经允许当事人意思自治,选择浮动抵押方式;另一方面,国内信贷业务中,浮动抵押也已实际存在,如商业信贷抵押合同中“以企业商品的平均余额作贷款抵押”,项目融资抵押合同中“以现在或将来任何时间之可能所有,及任何形式的财产或权利作贷款抵押”。<sup>[11]</sup>浮动抵押制度引入可能产生负面影响,但在浮动抵押在实际生活中广泛存在的情况下,一味拒绝该制度造成的立法空白,一方面不利于国际经济贸易中我国的竞争力和当事人的保护,另一方面也不利于国内市场融资业务的规范,使事实上已经存在的浮动抵押,仅受当事人协议的约束,而没有立法的规范,很可能造成更严重的不良影响。因此,立法上正视这一问题本

身就是进步的表现。且任何制度在建立或引进之初都不可能是十分完善的,再健全的制度都是利弊兼存的,仅因某一顺应市场经济发展和国际潮流的制度实行时可能出现之弊而将其排除于立法之外,是不理智的。《物权法》引入浮动抵押制度并由当事人通过书面协议的方式确定并配合以强行规范,既体现了私法自治原则,又有利于发挥市场机制的功能,达到权利的平衡和资源的优化配置。且企业、个体工商户、农业生产经营者作为经济主体,有作出理智判断和经济决策的能力,可根据实际需要来自愿决定是否选择此方式。

## 三、《物权法》相关规定之探讨

《物权法》第181条、第189条、第196条首次确定了浮动抵押制度。该规定确定了抵押人、抵押物、抵押权的设立、登记和抵押物确定的情形,但我们认为尚存在以下三个问题需要探讨。

第一,与一般抵押权为何关系?浮动抵押是在第四编担保物权第十六章抵押权第一节一般抵押权中分条规定的。我们认为这种做法有待商榷。因为:其一,浮动抵押是特殊抵押,放在一般抵押权中,有属于其部分之嫌;其二,第一节主要规范传统抵押,如第185条第2款之第3项之固定抵押财产、第191条、第193条明显不符合浮动抵押,将浮动抵押列入该节则要适用之,不妥。

第二,抵押人可否包括第三人?关于这个问题,我国立法虽未明确规定,但从英、美、日等国立法及我国法律对其移植的关系来看,我们认为不可包括第三人。从应然层面看,浮动抵押权的实现是抵押财产的全面接管,抵押人基本停业,若抵押人为第三人,一方面不利于保护抵押人的利益,违反公平原则,另一方面也不能起到浮动抵押促使债权人努力经营的作用。

第三,“正常经营活动”“合理价款”“严重影响”如何界定?依我们之见,(1)“正常经营活动”是指为生产经营之目的,所进行的生产经营活动,立法可采取概括加列举排除的方式。(2)“合理价款”应为市场价、或与另外任意第三者交易的价格,但专有产品等的交易很难找到比较的第三方,且交易数量多时一一计算既不现实也不效率,我们认为可以借鉴《税收征收管理法实施细则》第53条规定的关联企业预约定价制,在设定浮动抵押时,抵押人设定交易的价格,抵押权人认可后抵押人按此交易,若抵押人欲变动价格,须经抵押权人认可。另外,宜对“已支付合理价款而尚未取得抵押财产的买受人”作出规定,因实践中产品供不应求时买受人预付账款的情形是广泛存在的。(3)不宜在“严重影响”时才确定抵押物,一方面“严重”的程度不容易确定,另一方面“严重影响”时,抵押物已所余无几,抵押权人的权益无法保障,没有挽回的余地,因此应健全财务信息披露制度,抵押人要保证抵押物的价值维持在一定水平(该水平由双方当事人协商),若低于该水平,抵押人及时通知抵押权人,并作出解释和说明,同时给予抵押权人是否实现抵押权的选择权。

## 四、相关法律制度的完善

### (一) 信用问题

企业、个体工商户、农业生产经营者,尤其是中小经营者的信用度的问题,是造成其融资难的重要原因。浮动抵押制度的浮动性,意味着对债权人的高风险,因此要促进该制度的发展,改善中小企业的融资环境,提高其信用度是当务之举。我们认为可从以下方面努力:第一,建立透明度高的登记制度,集中登记机关,实现电子化登记,方便公众查询。第二,健全资产财务信息披露制度,浮动抵押人必须建立账簿,编制相应的财务报表,并审计;应定期或应抵押权人要求随时向其报告抵押资产状况;保证抵押物的价值维持在一定水平,若低于该水平,抵押人及时通知抵押权人,抵押权人决定是否确定抵押物。第三,完善治理结构,设立监督机制,企业内部要自我完善,同时政府可建立相应的监督机制或信用评估体系,向社会公布企业信用度,政府监督机制或抵押权人监督时,抵押人有配合的义务。

### (二) 接管人制度

浮动抵押优点之一就在于其接管制度,抵押权实现时,抵押权人将实现抵押权时的财产作为一个整体受偿,避免将企业资产零碎贱价处理,有利于发挥企业的整体价值,且经过接管人的专业化管理,企业甚至可能起死回生,因此引进浮动抵押制度的同时,确定接管人制度是必要的。接管人需要具有较高的专业素质,在英国主要有会计师或会计师事务所充任。<sup>[12]</sup>其职权在于清理公司财产及进行后续的管理。关于接管人的性质,有学者认为其为中立人地位,<sup>[13]</sup>我们认为其为抵押权人之代理人,作为自由职业者,受聘于抵押权人,只对抵押权人负责,原因:浮动抵押财产已确定,由抵押权人优先受偿,抵押权人聘请接管人,实现自己的预期利益,弥补损失。在我国,随着浮动抵押制度的引入,会计师或审计师事务所可开展接管人方面的业务,或者由新的中介机构来承担接管人的角色,同时相应的接管人权利、义务、责任的规定及必要的资格认证体制和监督体制也是必要的。

## 五、结论

浮动抵押制度作为一种新的担保制度,起源于英国衡平法,后被许多国家所接受,以英国、美国、日本的浮动抵押制度最有代表性,各国的浮动抵押制度虽有不同,但本质是相同的,利大于弊。我国引入浮动抵押制度适应经济全球化与物权法国际化的要求以及民营经济发展的需要,有利于发挥《物权法》提高财产(资源)的利用效率的功能,且浮动抵押在现实生活中已出现,有着深刻的合理性。《物权法》第181条、第189条、第196条首次规定了浮动抵押制度,我们认为浮动抵押权应单列一节规定;抵押人不可包括第三人;“正常经营活动”是为生产经营之目的所进行的生产经营活动;“合理价款”应为市场价、或与另外任意第三者交易的价格,也可采用预约定价制;不宜在“严重影响”时才确定抵押物。浮动抵押制度的完善,不是一部《物权法》就可以解决的,其他相关制度的辅助也是不可少的,其中宜通过健全登记制度、财务信息披露制度、监督机制来提高抵押人信用度,通过建立资格认证体制和监督体制来引进接管人制度,以更好地发挥浮动抵押制度的优势,促进其发展。

### [参 考 文 献]

- [1][10] 陈安. 国际经济法学[M]. 北京:北京大学出版社, 2004. 429, 430.
- [2][3][4][6] 苏合成. 英美全面业务抵押制度研究[M]. 北京:北京大学出版社, 2004. 15-17, 17, 39-41, 131.
- [5] 梁慧星. 中国物权法草案建议稿——条文、说明、理由与参考立法例[M]. 北京:社会科学文献出版社, 2000. 688-689.
- [7] 王章龙. 如何认识我国中小企业融资难的问题[J]. 商场现代化, 2007, (3) 202-204.
- [8][9] 邱海洋. “物权困境”:金融交易的难解之结[EB/OL]. From internet: <http://www.npc.gov.cn/zgrdw/common/zw.jsp?label=WXZLK&id=342970&pdmc=1502>.
- [11] 邱艾松, 任康宁. 浮动抵押与银行信贷管理[J]. 中国城市金融, 1994, (6) 35.
- [12][13] 徐洁. 抵押权论[M]. 北京:法律出版社, 2003. 277, 278.

(责任编辑 郑 东)