

[文章编号] 1009-3729(2013)01-0070-05

对浮动抵押制度的误读及反思

王仰光

(山东财经大学 法学院, 山东 济南 250014)

[摘要]探究浮动抵押制度的起源地英国的情况,可以将浮动抵押界定为:抵押人就其现在或者将来的全部财产、部分财产设定的,其在正常经营过程中享有处分权,而在发生法定的或者约定的事由导致抵押标的物结晶后,抵押权人有权实现其抵押权的一种特殊担保。部分学者将浮动抵押的效力较弱、浮动抵押的主体限于公司、浮动抵押的标的物必须是抵押人的全部财产及浮动抵押实行程序具有特殊性等,作为浮动抵押制度的特征,是对浮动抵押制度的误读。误读的主要原因在于以偏概全,这不仅导致浮动抵押制度定位的差异,而且导致其在实践中的不当适用。因此,我们应当探本溯源,明确浮动抵押制度的含义及本质,澄清误读,以有助于我国《物权法》中浮动抵押制度的正确运用。

[关键词] 浮动抵押; 物权法; 浮动抵押登记

[中图分类号] D923 **[文献标志码]** A **[DOI]** 10.3969/j.issn.1009-3729.2013.01.015

我国《物权法》第181条、189条和196条规定了动产浮动抵押制度,该制度为中小企业、个体工商户及农业经营者利用原材料等库存品设立抵押提供了可能。部分学者对浮动抵押制度存在错误认识^[1],这影响到我国《物权法》浮动抵押制度的恰当适用。笔者拟从分析英国浮动抵押制度的历史入手,界定浮动抵押概念,并在此基础上分析误读产生的原因及危害,以期为我国浮动抵押制度的恰当适用提供理论支撑。

一、浮动抵押的界定

现代浮动抵押制度的发源地为英国,对浮动抵押概念的分析应从探究英国浮动抵押制度的历史入手。

1. 判例对浮动抵押制度的承认

英国在 *Holroyd v. Marshall* (1862) 10 HLC 191 一案中确立了浮动抵押制度。该案的案情是:债务人将自己现在和将来所有放在厂房的设备设立抵押,上议院认为,在新的机器放置在厂房时,抵押权

益就转移给抵押权人。该案开启了公司以流动资产设立抵押的先河。而在 *In re Panama New Zealand and Australian Royal Mail Co* (1870) 5 Ch App 318 一案中,抵押人可以在业务和因此产生的金钱上设立抵押。此后,在 *In re Florence Land and Public Works Co* [1878] 10 Ch D 530, 540 一案中, Gifford 法官将业务解释为企业现在和将来全部的财产,并认为这种新形式的担保具备两个主要特征:(1)在公司现存的和将来的某类财产或者全部财产上设立担保;(2)除非将来某个事件发生,否则抵押人可以继续使用已经设定抵押的担保物,并且可在正常经营活动中处分这些财产。该案之后,英国法官都以此为基础对浮动抵押进行论述,但每个法官对其的称谓并不一致。在 *In re Colonial Trusts Corporation* (1879) 15 Ch D 468, 469 and 472 一案中, Jessel 法官将这种形式的担保称为“浮动抵押”,而在 *Moor v. Anglo-Italian Bank* (1879) 10 Ch D 681, 687 一案中,法官将这种新形式的担保与公司财产的“特定抵押”相对称。

[收稿日期] 2012-07-16

[基金项目] 国家社会科学规划一般项目 (12BFX010)

[作者简介] 王仰光(1977—),男,山东省聊城市人,山东财经大学副教授,博士,主要研究方向:民商法。

在19世纪末, Jessel法官所称的“浮动抵押”这种形式的担保方式完全确立,并在实践中得到广泛应用。因商业和工业发展的要求,律师及法官发展了这种担保形式。但这种新的担保形式,除了便捷借贷双方外,对其他人产生了不利的影响。与在流动资产上设定浮动抵押的公司进行交易的人,无法辨别该公司是否实行了浮动抵押,以至于该公司停止营业或者破产时,浮动抵押权人将接管公司并将全部财产拿走;如果浮动抵押权人真的采取这种行为,则其他未设定担保的债权人,特别是欠薪的工人,可能将一无所有。

2. 制定法对浮动抵押制度的改造

鉴于浮动抵押制度对未担保债权人的不利影响,1897年英国在破产法的清算和破产管理部分对浮动抵押制度进行了干涉,该法赋予皇室债权人和雇员具有优先于浮动抵押权人的权利,但没有否定浮动抵押权人对普通债权人的优先权利。1900年开始要求浮动抵押进行登记,并规定,除非抵押权人提供了新的信贷,否则在清算开始之前的一段时间内设立的浮动抵押权无效。但最初规范浮动抵押制度的制定法并未对浮动抵押的概念进行界定,而之后的制定法也是如此。立法者或许认为浮动抵押的概念是不言而喻的。

3. 判例法对浮动抵押概念的界定

对浮动抵押概念的经典界定是由Romer法官在上诉法庭审理Yorkshire Woolcombers Association一案中首先归纳的,Romer法官认为,完全具备以下3项特征的担保为浮动抵押:(1)抵押的标的物是公司现在及将来的某类财产;(2)抵押的标的物在公司正常经营过程中不断地发生着变化;(3)在抵押权人或者其授权人采取某些法律步骤之前,公司(抵押人)可以自由处分这些设定抵押的资产。但Romer法官强调,他并非试图对浮动抵押进行准确的界定,也不能认为不符合这3个特征的担保就不是浮动抵押。后来的学者在论述浮动抵押制度时常引用这一表述。

英国上议院在National Westminster Bank plc v. Spectrum Plus Limited and others and others一案中认为,Romer法官所论述的浮动抵押的3个特征,只要一项担保符合第3项特征,即抵押人可以自由处分抵押财产,该担保即为浮动抵押,而无论其是否具有其他特征。

鉴于此,笔者将浮动抵押界定为:浮动抵押是指抵押人就其现在或者将来的全部财产、部分财产设

定的,其在正常经营活动中可以自由处分,而在发生法定的或者约定的事由导致抵押标的物结晶后,抵押权人有权实现其抵押权的一种特殊担保。其本质特征是抵押人可以自由处分抵押财产。

二、浮动抵押制度的误读

1. 误读1:浮动抵押的效力较弱

浮动抵押的效力较弱并不是浮动抵押制度所普遍具有的特征,而只是个别国家浮动抵押制度的特征。下面针对部分学者认为浮动抵押效力较弱的理由分别予以分析。

一些学者认为浮动抵押效力较弱的理由之一是,浮动抵押设立后,在浮动抵押的标的物上仍可再设立抵押。^[1]设立浮动抵押后,必须将有关浮动抵押的法律文件进行登记,否则对公司的清算人及任何其他债权人无效。^[2]但登记本身并不授予有效性或优先权,登记的效力受到限制:其一,只对那些合理预料到会查阅的人产生效力,如果抵押人在正常经营活动中出售抵押物,对此进行购买的零售买方不受任何登记权益影响;其二,登记仅具有对抗效力,如果在浮动抵押的文件中记载公司不得再担保的条款,不能推定第三人知道了这一条款。^[3]第三人在不知道存在不得再担保条款的情况下,可以在浮动抵押财产上再设立抵押。笔者认为这一做法并不能作为论述浮动抵押效力较弱的证据,因为即使在标的物上设立固定抵押,之后也可以在相同的标的物上再次设立固定抵押,并没有人以此作为固定抵押效力较弱的证据;只是依抵押登记时间先后决定抵押权的优先顺位,而不是依能否再在抵押物上设立担保来判断抵押权效力的强弱。

一些学者认为浮动抵押效力较弱的理由之二是,在英国,如果浮动抵押的标的物上还存在固定抵押,除当事人之间另有约定外,后设立的固定抵押将优于早先设立的浮动抵押。^[1]但我们需要注意的是:首先,当事人可以在设立浮动抵押时约定不得再担保条款,规定抵押人不得在抵押财产上设立优先于本贷款的担保,也不得设立与本贷款效力相同的担保,并将其进行登记,以便限制浮动抵押人对抵押物的处分权,对抗后设立的固定抵押权人或者浮动抵押权人。其次,不能因为后设立的固定抵押的效力优先于先设立的浮动抵押,就认为浮动抵押效力较弱。因为固定抵押与浮动抵押的先后顺位是依据设立时间的先后决定还是按类型决定,只是立法政策的选择。例如我国《物权法》第239条规定,同一动

产上已设立抵押权或者质权,该动产又被留置的,留置权人优先受偿。虽然有这一规定,但是有人在论述抵押权或者质权时得出抵押权或者质权效力较弱的结论。再如,美国《统一商法典》9-322规定,当两个或两个以上的抵押权人对同一附属担保物拥有担保物权时,一般按登记或者公示的时间先后定其优先顺位。^[4]可见,美国采取了依登记或者公示时间决定权利的先后顺位的做法。我国《物权法》第199条也确立了依登记时间的先后决定权利的先后顺位的做法,并未认为浮动抵押制度就比固定抵押的效力弱。因此这一点不足以成为浮动抵押制度的特点,只能是英国及英联邦所属国家和地区浮动抵押制度的特点。

一些学者认为浮动抵押效力较弱的理由之三是,在同一标的上先后设立了两个浮动抵押,依据结晶的先后确立抵押权人优先受偿的先后次序。^[1]

在英国,浮动抵押的优先顺位依据其设立先后为准,除非在先设立的浮动抵押中明确记载后设立的浮动抵押优先。^[5] Roy Goode 论述到:“担保权益的登记仅使担保权益获得完善,它并不能使一个无效的担保变得有效,也不决定优先顺位。如果该担保权益在21天之内进行登记,其优先权利是依据其成立时期,这样就可能优先于后设立而先登记的浮动抵押权,尽管后设立的担保权人无法从登记处查知先前已经存在的浮动抵押。”^[6]从这一论述可以看出,在相同的财产上设立两个浮动抵押,抵押权的优先权取决于抵押设立的时间,即设立在先的浮动抵押权优先于设立在后的抵押得到清偿。而英国2006年《公司法》第860条规定,如果设立在先的担保迟延登记(即在21天期限之外)且后来的登记时间在先,或者先前的担保在登记的具体事项中未能披露某些权利,则设立在后的担保优先于在前的担保。^[7]总而言之,英国浮动抵押权的先后顺序取决于设立的先后,先设立的浮动抵押权优先于后设立的浮动抵押权,但如果先设立的抵押权在设立后21天内未进行登记,则后设立的浮动抵押权将会优先于在前设立的浮动抵押权,否则设立时间决定浮动抵押权的先后顺序。因此,上述认为英国浮动抵押依据结晶先后决定优先顺位的依据并不符合事实,皮之不存,毛将焉附,故其认为浮动抵押效力弱的论据也失去支撑。

再来考察其他国家浮动抵押制度的立法例,看看能否找到其论据。日本、美国及我国则依登记时间先后决定浮动抵押权人之间的优先顺位,先登记

的浮动抵押权可以对抗后登记的浮动抵押权(参见《日本企业担保法》第5条、美国《统一商法典》第9-301条及《中华人民共和国物权法》第199条)。《澳门商法典》第940条则规定以浮动抵押结晶登记的时间决定其优先顺位。^[8]只有《魁北克民法典》的规定较为特殊,该法第2955条规定,登记结晶通知确定浮动抵押的顺位。如数项浮动抵押都是结晶通知的客体,它们依各自的登记确定相互间的顺位,不考虑登记结晶通知的时间。^[9]也就是说,通常情形下,依据结晶登记的时间确定浮动抵押的顺位;但如果数项浮动抵押均需结晶时,仍采取以结晶登记的时间来决定优先顺位,则可能会出现抵押权人蜂拥登记的情形,为避免这种情形,该法规定依据抵押登记时间决定各自优先顺位。由此可见,只有《魁北克民法典》的规定有些许以结晶登记的时间决定权利先后顺位的影子,但如果仅仅以此作为浮动抵押效力较弱的例证,则有以偏概全之嫌。

综上,对于确定浮动抵押权之间的先后顺位,不同的国家有不同的做法,主要有三种,即登记优先、设立优先及抵押结晶登记的先后。在非浮动抵押制度中,比如我国,后设立的抵押权如果登记在先,也将优先于未登记的先设立的抵押权,但并未有学者认为抵押权的效力弱;并且即使登记的抵押权劣后于留置权,也无人主张抵押权效力较弱。

一些学者认为浮动抵押效力较弱的理由之四是,在英国,浮动抵押权的受偿顺序后于税款及雇员的薪金。^[1]笔者认为,对于抵押权的受偿顺序是否劣后于某些优先债权人,不是浮动抵押制度本身所具有的特点,比如《意大利民法典》第2778、2779条规定,如果在机动车上设定的抵押权与机动车上存在先取特权发生竞合时,则间接税(如增值税或遗产税)债权人——国家——也将优先于抵押权人获得优先受偿。^[10]可见,抵押权与优先权的关系,不能成为论证浮动抵押权效力较弱的理由。

2. 误读2:浮动抵押的主体限于公司

一些学者认为浮动抵押的主体限于公司的理由是英国法规定浮动抵押人只能限于公司。^[1]依据英国2006年《公司法》第754条第1款的规定,所有在英国注册的公司均可以设立浮动抵押;但该法第876条第1款在公司抵押登记中规定,每一有限公司可以就公司的全部或者部分财产或业务设定浮动抵押。除有限公司外,有限责任合伙也可以设立浮动抵押。^[11]依据1928年农业信贷法案,农场主可以设立浮动抵押。^[12]而在 Thomas v. Kelly 一案中,枢

密院明确判定禁止在个人及合伙财产上设定浮动抵押。^[13]可见,在英国,有限责任主体及农场主均可作为浮动抵押人。故认为英国浮动抵押人限于公司的论据并不准确。此外,在确立浮动抵押人范围的宽窄时,各国主要基于立法目的的考虑,比如日本《企业担保法》仅适用于股份公司债的担保,而美国将其适用于所有的商主体。^[14]所以,并不是所有浮动抵押制度都将浮动抵押人限于公司,而且即使在英国,法律改革的方向也是扩大浮动抵押人的范围^[15]。

3. 误读3:浮动抵押的标的物是抵押人的全部财产

有学者认为,抵押人以其现有或将有的全部财产设立的抵押才属于浮动抵押。^[16]但是有些国家或地区将浮动抵押的标的物限于抵押人的部分财产。比如,依据丹麦法,不能在不动产及其附着物,超过5吨以上的船舶、航空器和其他依据丹麦法已经设定抵押或者质押的特定财产,已使用过的车辆、证券、票据、存款、现金上设定浮动抵押。^[17]再如,我国《澳门商法典》第928条规定,浮动担保系指以不动产以外之全部或部分已用作或将用于经营企业之财产为标的之担保,其效力处于中止状态,直到发生法律或者合同所规定之依据后,债权人促使担保结晶为止。担保之浮动性应在设立文件上明示约定。^[8]可见,浮动抵押标的物的范围是不是抵押人的全部财产,是各法域针对各自的情形决定的,在抵押人的部分财产上也可以设立浮动抵押;而且在有些法域仅能在部分财产上设立浮动抵押。所以在抵押人的全部财产上设立浮动抵押,只是个别国家浮动抵押制度的特征,而不是所有国家浮动抵押制度的特征。

4. 误读4:浮动抵押权实行程序具有特殊性

有学者认为,浮动抵押权的实行应由浮动抵押权人向法院提出申请,由法院发布查封公告,并指定抵押人财产的管理人,抵押人适用公司破产程序。^[16]但同为浮动抵押制度,美国《统一商法典》9-610条(a)项规定,违约发生后,担保物权人可以根据担保物当时的状况,或者依任何商业上合理的准备处理,出卖、出租、许可使用或者以其他方式处分担保物的任何部分或者全部。^[4]在美国的实践中,债务人违约后抵押人权利的实现,并没有固定的模式。实现抵押权的方式可以是清算变卖财产,也可以在破产程序之外对企业进行重整,并不限于接管企业。^[15]因此这一特征也仅是英国及英联邦所属国家和地区所规定的浮动抵押制度的特征,而不是所有国家浮动抵押制度的特征。

三、对误读的思考

从以上的分析可以看出,笔者与相反意见者的主要区别在于对浮动抵押制度的理解。如果先将少数国家的浮动抵押制度理解为所有国家的浮动抵押制度共有的特征,则会犯以偏概全的错误;将某国浮动抵押制度的某些表象作为浮动抵押制度的本质特征,也会妨碍我们对浮动抵押制度的理解和实践操作。

浮动抵押制度的误读,将导致对我国《物权法》第181条、189条及196条所规范的制度认识的偏差。如果将误读的制度作为浮动抵押制度,那么这3个条款属于特别动产集合抵押应是一个合适的界定。^[12]但是,这3个条款规范的真是特别动产集合抵押吗?依据我国对担保物权的界定,担保物权必须使抵押主体之外的第三人明确标的物上担保物权的存在;故登记或者交付标的物,详细地描述标的物的状况就成为立法必然的选择。但浮动抵押登记仅仅对标的物范围进行概括描述,如果将其理解为特别动产集合抵押,当事人在查询登记后并不知道具体标的物上是否设立了浮动抵押,故此,这必将对以“担保物”为特征的担保物权登记查询方式带来冲击。此外,在浮动抵押设立后,抵押人在正常经营活动中可以自由处分抵押物,因此查询登记的选项为“抵押人”应更为妥当;而传统依标的物为查询对象的担保物权登记查询方式将无法适应这一新的担保方式。

在《物权法》修改后,我国国家工商总局修改的《动产抵押登记办法》并未对浮动抵押进行特别规定,这种依然以“物”为登记查询重点的传统方式,对浮动抵押登记方式并不适用。原因在于查询后的结果对当事人并无意义,他仅仅是了解了抵押人在其财产上设立了浮动抵押而已。出现这种情况的原因是多方面的,而将浮动抵押制度的表象作为本质特征来把握,将本属于浮动抵押制度的规范进行了误读,可能也是造成这种现象的原因之一。因此,我们应当探本溯源,明确浮动抵押制度的含义,澄清不当的误读,这样才能有利于我国《物权法》中浮动抵押制度的恰当适用。

[参 考 文 献]

- [1] 陈本寒. 财团抵押、浮动抵押与我国企业担保制度的完善[J]. 现代法学, 1998(4): 53.
- [2] 何美欢. 香港担保法[M]. 北京: 北京大学出版社,

- 1995:598.
- [3] Gough W J. Company Charges[M]. 2nd ed. London: Butterworths, 1996:221.
- [4] 美国法学会, 美国统一州法委员会. 美国《统一商法典》及其正式评述(第3卷)[C]. 高圣平, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2006:216.
- [5] [英]丹尼斯·吉南. 公司法[M]. 12版. 朱羿锟, 译. 北京: 法律出版社, 2005:385.
- [6] Roy Goode. Commercial Law[M]. 3rd ed. London: Penguin Books Ltd., 2004:662.
- [7] Derek French, Stephen Mayson, Christopher Ryan. Mayson, French & Rayon on Company Law[M]. 21st ed. London: Oxford University Press, 2004:343.
- [8] 中国政法大学澳门研究中心, 澳门政府法律翻译办公室. 澳门商法典[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999:261.
- [9] 魁北克民法典[M]. 孙建江, 郭站红, 朱亚芬, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2005:359.
- [10] 意大利民法典[M]. 陈国柱, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2010.
- [11] [英] Paul L Davies. 英国公司法[M]. 樊云慧, 译. 北京: 法律出版社, 2007:79.
- [12] 葛伟军. 英国公司法: 原理与判例[M]. 北京: 中国法制出版社, 2007:292.
- [13] Fitzpatrick P G. Why not a partnership floating charge[J]. Journal of Business Law, 1971:20.
- [14] 王仰光. 动产浮动抵押权制度研究[M]. 北京: 法律出版社, 2012:99.
- [15] 全国人大常委会法制工作委员会民法室. 物权法(草案)参考[M]. 北京: 中国民主法制出版社, 2005:12.
- [16] 梁慧星. 特别动产集合抵押[N]. 人民法院报, 2007-09-13(6).
- [17] Carsten Ceutz. Company charges in denmark—New sources of finance and new combinations[J]. Newsletter Insolvency, Restructuring and Creditors Rights, 2006:12.

(上接第69页)

的义务和责任, 为消费者参与食品安全监管体制提供法律保障和法律规范。具体可以考虑在食品政策和法律法规的制定、食品安全风险评估、食品安全信息公开等环节引入公众参与机制。^[3] 其次, 建立消费者参与食品安全的保障机制。营造全民参与的环境, 保障消费者参与权益, 降低参与成本, 为消费者提供参与的安全环境, 解除其后顾之忧。再次, 建立消费者参与的补偿和激励机制。对于消费者正当维权、举报的费用予以补偿, 减少参与的费用和成本, 消除参与的经济性障碍。

[参 考 文 献]

- [1] 刘丹松. 当前食品安全监管法律实践问题研究与分析[J]. 当代法学, 2012(2):156.
- [2] 于志勇. 改革食品安全监管机构: 美国的经验与思考[J]. 特区经济, 2010(1):89.
- [3] 谭德凡. 我国食品安全监管模式的反思和重构[J]. 湘潭大学学报: 哲学社会科学版, 2011(3):77.
- [4] 颜海娜. 我国食品安全监管体制改革——基于整体政府理论的分析[J]. 学术研究, 2010(5):43.
- [5] 宋强, 耿弘. 关于构建中国大食品安全监管体制的探讨[J]. 求实, 2012(8):44.
- [6] 俞可平. 治理与善治[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2000:87-96.