浮动抵押能否适用《物权法》一般抵押条款

刘 媛

(河南财经政法大学法学院 郑州 450002)

【摘要】我国《物权法》将浮动抵押制度放在第四编第十六章抵押权第一节一般抵押权中规定,根据这种立法体例,浮动抵押要适用一般抵押权的规定。事实上,浮动抵押在受偿次序、权利保全、实现等方面的许多规则是不能适用于一般抵押条款的。我国立法应对浮动抵押专设一节加以规定,建立浮动抵押自身的符合逻辑的运行规则。

【关键词】物权法 浮动抵押 一般抵押 受偿次序 权利保全

一、问题的提出

为了方便企业融资、解决担保制度供给不足的问题,我国2007年颁布的《物权法》在第181条、第189条、第196条将浮动抵押作为一项新的担保制度进行了明确规定。浮动抵押是在一般抵押(也称固定抵押)基础上发展起来的,但浮动抵押与一般抵押有本质不同。浮动抵押人以其财产设定浮动抵押担保后,在浮动抵押期间,抵押人在正常经营范围内就担保财产仍享有自由处分权,继续从事生产经营活动,并可以买卖、清偿等方式处置其财产而不论财产是否在抵押范围之内,抵押权人不得干预,浮动抵押对抵押人的正常经营活动无影响和妨碍。随着抵押人在经营活动中对抵押财产的处分,可能导致抵押物的一部分脱离抵押人的控制,由第三人取得该财产的所有权,依附其上面的抵押权即告终止。而一般抵押中,从抵押权的设定到抵押权的实现,标的物是特定的,而且一般抵押一旦设定,抵押人虽然可以继续占有抵押物,但将丧失自由处分抵押物的权利。

尽管浮动抵押与一般抵押存在诸多区别,但我国《物权法》仍将浮动抵押制度放在第四编第十六章抵押权的规定中,而且将浮动抵押纳入“一般抵押权”规范之中。按照这种立法体例,浮动抵押除了应遵循《物权法》第181条、第189条、第196条对浮动抵押设立、公示、固化等问题的规定,浮动抵押还要适用一般抵押权的规定。当然,一些一般抵押权规范与《物权法》第181条、第189条、第196条关于浮动抵押规定相抵触的是规范不能适用的。除此之外,《物权法》第181条、第189条、第196条没有做出规定的地方,是否可以适用一般抵押权规范?对此问题,学界很少探讨,然而这却是浮动抵押法律适用不得不关注的问题。尤其是浮动抵押的受偿次序问题、实现方式问题、浮动抵押的保全问题等,笔者在以下重点讨论。

二、浮动抵押受偿次序对《物权法》一般抵押条款的适用

我国《物权法》没有对浮动抵押受偿次序作出特别规定。尤其是对浮动抵押权与一般抵押权之间的受偿次序没有作出特别安排。不少人认为在现行立法框架内,同一财产之上有数个抵押权,包括既有浮动抵押,又有一般抵押的,实现抵押权所得价款,按照《物权法》第199条对抵押权受偿次序的一般规定清偿。而根据我国《物权法》第199条的规定,在同一财产之上存在浮动抵押与一般抵押的,浮动抵押与一般抵押之间以登记为标准确定受偿顺序;浮动抵押与一般抵押均已登记的,按照登记的先后顺序清偿;顺序相同的,按照债权比例清偿;浮动抵押与一般抵押均未登记的,按照债权比例清偿。

然而,在浮动抵押设立后转化为一般抵押之前,抵押人可以在正常经营中继续处分抵押物,包括出卖、租赁、设定担保等,此时根据抵押权人不能对抗正常经营中交易第三人的原则,抵押人在正常经营中为第三人设立的一般抵押具有优先于浮动抵押的受偿顺序。如在英国,后设定的一般抵押优先于先设定的浮动抵押受偿,在浮动抵押固定化之前,基于浮动抵押标的物浮动性的特征,抵押人享有正常经营期间的自由经营权,根据举重以明轻的解释原则,设定一般(固定)抵押当然也在自由经营的范围之内,因此其在相关财产上设定的一项固定或特定抵押必然优于浮动抵押。

如果在同一类抵押财产上存在两个以上的浮动抵押,数个浮动抵押的受偿顺序能否按照《物权法》第199条的规定受偿?基于当事人的意思自治原则,当事人可以基于约定安排浮动抵押权优先顺序,而不适用《物权法》第199条的规定。但是抵押人不得与后设立的浮动抵押权人约定损害前一抵押权的受偿顺序。除此之外,如果数个浮动抵押权均已登记,或有的已登记、有的未登记的,基于登记的效力,可以按照《物权法》第199条的规定受偿。但数个浮动抵押都未登记的,因为未登记的浮动抵押权不能限制抵押人对抵押财产的正常处分行为,其效力处于休眠状态。浮动抵押转化为固定抵押才具有对抗效力,因此先固化的浮动抵押应具有优先受偿效力。

综上,浮动抵押的受偿次序只在小部分情形下可以适用《物权法》第199条的规定。我国浮动抵押权的受偿次序应根据其自身的性质进行专门的立法:同一财产之上既有浮动抵押,又有一般抵押的,一般抵押权设立在先,则一般抵押权优先于浮动抵押权受偿;浮动抵押权设立在先,在浮动抵押固化前在正常经营过程中设定的一般抵押权优先于浮动抵押受偿;同

一类财产之上设定数个浮动抵押的,有登记情形的,可以根据《物权法》第199条第1、2款的规定受偿,均未登记的浮动抵押之间先固化的优先受偿。

三、浮动抵押保全对《物权法》一般抵押条款的适用

在浮动抵押固化之前，如果抵押人恶意处分抵押物或者使抵押财产价值减少危及抵押权人利益的，抵押权人如何救济?根据《物权法》第193条对一般抵押保全权的规定,“抵押人的行为足以使抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求抵押人停止其行为。抵押财产价值减少的,抵押权人有权要求恢复抵押财产的价值,或者提供与减少的价值相应的担保。抵押人不恢复抵押财产的价值也不提供担保的，抵押权人有权要求债务人提前清偿债务。”为使抵押权人的债权可得到完全清偿,《物权法》赋予抵押权人保全其抵押权的权利,包括抵押财产价值减少的防止权、抵押财产价值减少的补救请求权、提前清偿债务请求权等。但浮动抵押权人能否行使《物权法》第193条规定的保全权保护自己的权利?

浮动抵押的本质特征就在于抵押人在抵押设定后固化前对抵押财产享有日常经营管理处分的自治权，以继续从事生产经营活动,这一点对抵押人来说至关重要。浮动抵押期间,抵押人处分抵押财产不必经抵押权人同意，抵押权人对抵押财产无追及的权利,这对保护交易安全也至关重要,也是抵押财产得以浮动化的根本原因。为了解释浮动抵押的这种特性,理论上产生了许可理论、未来财产抵押理论、受制于持有人权利的所有者利益理论等。尽管学者对抵押人的自由处分权解释不一,但都较为一致地认为,浮动性是浮动抵押最根本的特性,因此,抵押财产的变化对于浮动抵押来说是正常的,浮动抵押权人并不能因抵押人使抵押财产价值减少，而主张保全权利干预抵押人的行为。

当然,浮动抵押权人不能依据《物权法》第193条保护自己的权利并不意味着浮动抵押权人的权利不受保护，只是基于浮动抵押的特性，浮动抵押权人应有自己特殊的权利保护规则。比如英国法律赋予债权人一定的权利来限制抵押人的自由处分权,俄罗斯也规定了比较完善的债权人监督制度。通过赋予抵押权人一定的监督权，可以把抵押人的行为限制在正常经营活动范围内,以保护债权人的权利实现。对此我国《物权法》并没有规定,但是因为浮动抵押并不能简单适用一般抵押的保全制度,我国立法应在适当的时候明确界定抵押人“正常经营活动”的判断标准,并规定债权人的监督权,当抵押人的行为超出了正常经营的范围,危及担保权利实现时,债权人有权要求抵押人纠正,或者向法院申请禁令,终止该行为。如果抵押人的非正常处分抵押财产的行为严重影响到债权实现的,债权人可以使浮动抵押固化,结束抵押财产的浮动状态。

四、浮动抵押实现对《物权法》一般抵押条款的适用

我国《物权法》第195条规定了一般抵押权的实现方式,即首先由当事人协商确定抵押财产折价或者以拍卖、变卖抵押财产实现抵押权，抵押权人与抵押人不能就抵押权实现方式达成协议的,抵押权人可直接请求人民法院拍卖、变卖抵押财产实现抵押权。

但这个规定是否适用于浮动抵押？从浮动抵押制度自身看，其一，浮动抵押的优势在于以财产结合体来担保债权实现,如果以一般抵押权的实现方式来实现浮动抵押权,难免各个财产被分别拍卖、变卖,财产结合体的优势无法体现。其二,浮动抵押设定后,抵押人可以继续自由处分抵押财产,这种制度设计对抵押权人极为不利。在当事人未就抵押权实现方式达成协议,人民法院拍卖、变卖抵押财产前,抵押人仍然占有抵押物，此时如何有效防止抵押人不当处分抵押财产甚至恶意处分抵押财产?《物权法》将可以设定浮动抵押的主体规定为企业、个体工商户、农业生产经营者,但除公司有严格的公司资本制度和财务会计制度能保障公司资本的稳定和财会信息的相对透明外,个体工商户和农业生产经营者、合伙在财务管理上缺乏约束和监督机制，很容易导致抵押人随意处分抵押财产。抵押人是否会损害抵押权人的利益而恶意处分抵押财产在很大程度上取决于抵押人的信用,导致《物权法》施行后几乎没有银行为中小企业和农民发放浮动抵押贷款。究其原因,与《物权法》过分放宽抵押人的范围,银行惧怕由此而引发的风险不无关系。在这种情况下,我国在浮动抵押权实现制度的设计上对债权人利益保障应有充分的考虑。但在有效维护债权人的利益方面,《物权法》第195条的规定是做不到的。

国外的浮动抵押制度，都对浮动抵押的实现规定了不同于普通抵押的程序规则,浮动抵押起源于英国衡平法,其特色之一就是接管人制度。在浮动抵押固化之后,通过接管人接收并管理抵押财产,一方面维持抵押人的经营,一方面保障债权人利益,还可以避免抵押人破产引起职工失业等社会问题。我国浮动抵押的实现也应规定与一般抵押不同的程序。我国已经在《企业破产法》中专门规定了管理人制度,在管理人的任职资格、选任取得一定的经验后,在此基础上以《物权法》修订的方式规定浮动抵押接管人制度，通过接管人制度防范抵押人在固化后处置抵押物,并就抵押物整体受偿负责。

五、小结

我国《物权法》将浮动抵押放在第十六章抵押权第一节一般抵押权中规定,然而,浮动抵押在客体范围、抵押人、抵押权的成立、抵押权的实现、当事人的权利义务等方面都与一般抵押存在许多区别，将浮动抵押规定在一般抵押权立法体系之中,忽视了浮动抵押和一般抵押的本质区别。

一般抵押是无法涵盖浮动抵押的，浮动抵押也无法适用一般抵押的相关规定,我国《物权法》的这种立法不仅不科学,也破坏了立法制度安排的科学性，限制了浮动抵押制度在我国的发展空间。因此,我国《物权法》应在第十六章抵押权中专设一节对浮动抵押加以规范,将浮动抵押的受偿次序、实现规则、债权人的监督权等特殊规则进行一体规定,建立浮动抵押自身的符合逻辑的运行规则。

主要参考文献

1. 刘保玉主编.担保法原理精要与实务指南.北京:人民法院出版社,2008

2. 季秀平.论浮动抵押及其运作实践中的问题与消解.淮阴师范学院学报(哲学社会科学版),2010;3