

浮动抵押制度在中小企业 贷款中的法律价值及风险防范

杨娟

(周口职业技术学院财经系 河南周口 466000)

【摘要】本文介绍了我国《物权法》确定的浮动抵押制度对中小企业贷款具有的法律价值,分析了该制度存在的不足以及可能带来的风险,并提出谨慎选择抵押合作人、完善抵押合同、设定限制性条款等防范风险的对策。

【关键词】浮动抵押 中小企业贷款 风险防范

一、浮动抵押制度概述

浮动抵押制度起源于英国,英国的判例法认为,公司的任何一项财产或全部资产(不分固定资产或流通资产、现在的资产或未来的资产)都能设立浮动抵押,但抵押权人不得干预企业的经营管理,也不得阻止抵押人处分企业的财产。在英国的影响下,美国、挪威、荷兰、日本和俄罗斯等国相继在立法中引进了浮动抵押制度,并且以其运作灵活的特性极大地满足了工商业的融资需求,成了“最具包容力且最为便利”的一种担保手段。

各国的浮动抵押制度归纳起来可概括如下:第一,将企业现在所有的和将来所有的全部财产,包括动产、不动产、无形资产和财产性权利,作为一个整体设定一个抵押权。第二,在日常经营过程中,抵押人对抵押财产仍享有自主经营权,可在正常经营过程中使用和处分抵押物。因抵押人的处分,脱离抵押人控制的财产自动退出抵押物的范围,流入企业的财产则自动进入。第三,当法定或约定的条件出现时,浮动抵押权人即可行使抵押权,此被称为浮动抵押的固定化,亦称为“结晶”,其效力使抵押人所有的全部财产成为确定的抵押物。第四,一般通过任命接管人的方式实行抵押权,接管人作为占有管理人管理抵押效力范围内的全部财产,既可以为抵押权人的利益进行经营,也可以将全部财产作为整体出售。

二、浮动抵押制度在中小企业贷款中的法律价值

我国《物权法》第181条规定:“经当事人书面协议,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,债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形,债权人有权就实现抵押权时的动产优先受偿。”绝大多数文献包括立法机关编写的文献,将本条理解和解释为动产浮动抵押。此外,第189条和第196条分别规定了抵押合同的登记效力和抵押权的实现情形。尽管我国对浮动抵押的规定还相当简略,但毕竟为中小企业提供了另一条融资渠道,对中小企业而言具有巨大

的法律价值和积极的现实意义。

1. 扩大了可抵押财产的范围,提高了中小企业融资能力。多数中小企业固定资产规模有限,土地使用权、铺面、厂房、设备等多靠租赁,并非其自有资产,因而可用于设定固定抵押的财产种类、数量、价值都十分有限。我国《物权法》将中小企业可抵押财产的范围扩至“现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品”,这一规定大大拓展了中小企业可抵押财产的范围,可将中小企业中大量存在的动产资源整合起来作为一个整体进行抵押,增加了中小企业获得银行贷款的机会和贷款的数额,提高了中小企业融资能力。

2. 手续简便,有利于提高贷款效率。传统的固定抵押担保贷款,如以土地、房屋为标的的不动产抵押,其登记手续十分繁杂,耗时较长,费用昂贵。而浮动抵押方式手续十分简便,双方只需要就担保范围等有关事项订立书面合同,在工商行政管理机关进行登记即可,无需制作财产清单,无需进行财产公示。银行有充分的时间了解并评定抵押物的财产价值,根据相应的抵押率确定未来债务的最高额,在该额度内,债务人可以根据需要与银行连续发生贷款业务关系而无需另行提供新的抵押,极大地提高了贷款效率。

3. 不妨碍经营自主权,有利于中小企业正常运转。浮动抵押是将企业的“生产设备、原材料、半成品、产品”进行“打包”抵押,在抵押期间债务人可正常使用和处分,其实质是债务人仍享有经营自主权。因债务人的处分,企业流出财产自动退出抵押物范围,企业新增财产无需任何手续即成为浮动抵押的标的物。浮动抵押担保方式将抵押权人对抵押人的影响降到最低,有利于中小企业提高经营流转效率,将抵押财产的使用价值与融资功能发挥到最大。

4. 增加了融资渠道,有利于保障银行信贷资金安全。浮动抵押方式用一系列浮动的现在和未来的财产确保交易的安全,抵押物的价值是在“结晶”时确定的,一旦债务人出现违约、发生停业清算等事件时,银行可立即封押,避免了传统

抵押中抵押物价值过早确定的风险。用精巧的制度设计克服了抵押物品种单一和市场对抵押物价值所带来的贬值风险,有利于保障银行信贷资金的安全。

5. 可有效避免因实现抵押权而导致中小企业破产。在传统固定抵押中,一旦贷款无法偿还,拍卖、变卖不动产和机器设备会对中小企业带来致命打击,很可能导致企业丧失生产经营能力而破产。浮动抵押方式是将企业的生产设备、原材料、半成品、产品作为一个整体抵押,企业一旦出现债务危机,银行既可以接管企业的营业,在动态的经营和管理中使贷款得到逐步偿还,也可以在最终依法取得企业的全部财产后将企业整体拍卖或转让,不损害企业的整体价值。

三、中小企业贷款中浮动抵押的风险

1. 中小企业自身的风险。在我国,绝大部分的中小企业是民营企业,普遍经营规模小、技术水平低、资金实力差,银行不愿与之打交道。加之我国缺乏完善的信用体系建设,即使是信用好的中小企业,也缺乏完整可共享的信用记录,难以获得银行较高的信用评级,自然会影响到其获得银行贷款。部分民营中小企业还存在内部管理不够规范、财务制度不健全、为逃避税收甚至存在多本账问题。这些问题的存在无疑加大了银行信贷的风险。即使银行对中小企业采用固定抵押担保的贷款方式,都存在较大的风险,更不愿轻易采用浮动抵押,任由抵押物自由流进流出的担保方式。

2. 我国的浮动抵押制度本身存在缺陷和风险。2007年修订的《物权法》第181条规定:“经当事人书面协议,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,债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形,债权人有权就实现抵押权时的动产优先受偿。”这一规定被视为是我国浮动抵押制度的首次尝试。第189条规定:“企业、个体工商户、农业生产经营者以本法第一百八十一条规定的动产抵押的,应当向抵押人住所地的工商行政管理部门办理登记,抵押权自抵押合同生效时设立;未经登记,不得对抗善意第三人。第196条规定:“依照本法第一百八十一条规定设定抵押的,抵押财产自下列情形之一发生时确定:(一)债务履行期届满,债权未实现;(二)抵押人被宣告破产或者被撤销;(三)当事人约定的实现抵押权的情形;(四)严重影响债权实现的其他情形。”

我国对浮动抵押制度的规定仅此三条。虽然表明了我国为中小企业增加融资渠道的决心,但浮动抵押整个制度的运行方式、债权人的抵押权如何实现、债务人的义务如何履行,抵押物价值评估标准和统一科学的评估规范程序等法律都没有作出明确规定。立法之粗糙使这项新制度缺乏可操作性。银行在办理浮动抵押时,随意性较大,容易导致抵押物价值评估有欠准确,既对债务人不公,又损害了银行的信誉。

3. 抵押人自由处分抵押物的风险。在浮动抵押设定后、抵押财产“结晶”前,抵押人仍可自由处分抵押物,这种抵押物“浮动性”的特点使抵押财产一直处于动态变化中。因抵押

人的处分,脱离抵押人控制的财产自动退出抵押物的范围,这就为抵押人通过恶意处分财产逃避银行贷款成为可能。并且《物权法》没有规定抵押权人对抵押人及抵押财产相应的监督权,抵押权人无法掌握抵押人的生产经营状况及抵押财产的价值变化,非常被动,于抵押权保护非常不利,实践中极易导致骗贷风险的发生。《物权法》亦未禁止在浮动抵押之上继续设定固定抵押,但对浮动抵押权人是否享有优先权却无规定,这些都导致浮动抵押权人的权益面临较高风险。

四、中小企业贷款中的浮动抵押风险防范对策

1. 中小企业加强自身建设。中小企业首先应积极完善内部管理,严格执行国家财务管理制度,会计报表信息真实准确,坚决杜绝多本账、假账现象。摆脱家族式、手工作坊式的落后管理模式,以先进科学的现代方法管理企业,提高企业的透明度,便于银行了解并予以评估。其次要加强诚信建设,诚实信用是企业应该遵守的职业操守,是社会给予的最高道德评价,是企业的无形资产和品牌。中小企业应不断提高在银行的信用等级,为顺利适用浮动抵押制度创造条件。

2. 银行谨慎选择浮动抵押合作人。根据《物权法》第181条的规定,我国浮动抵押的主体范围为“企业、个体工商户、农业生产经营者”,这与世界上多数国家将浮动抵押主体范围严格限定为公司制法人不同。这种担保方式本身就要求抵押人资历雄厚才能将“浮动性”的风险降至最低。但我国现阶段金融制度还不发达成熟,迫切需要改善各层次经营者融资难的现状,故而将浮动抵押的主体扩大为企业、个体工商户、农业生产经营者,反映了我国迫切缓解贷款难问题的决心。但中小经营者的信用度普遍不高,又造成浮动抵押制度实行难、银行风险高的问题。在目前我国信用体系不健全而抵押人主体范围过宽的情况下,最佳的风险防范措施只能是在设定浮动抵押时谨慎选择抵押合作人。并且在设立浮动抵押前,对债务人进行实地考察,严格审查抵押物的所有权是否明晰、是否存在瑕疵,认真分析抵押物的市场需求是否旺盛,是否供过于求,抵押物是否便于保存、价值是否相对稳定、是否容易变现等问题。力求全面掌握贷款人经营管理的实际情况、信用状况和抵押人动产的实际价值,最终选择具有一定经营规模、信誉良好、业绩优良、资产负债比例合理的个体作为适用浮动抵押担保方式的对象,并给予公平合理的贷款额度。

3. 完善抵押合同,加强对抵押物的监管。《物权法》第189条规定:“企业、个体工商户、农业生产经营者以本法第一百八十一条规定的动产抵押的,应当向抵押人住所地的工商行政管理部门办理登记。抵押权自抵押合同生效时设立;未经登记,不得对抗善意第三人。依照本法第一百八十一条规定抵押的,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。”依本条规定,浮动抵押合同签订后应及时办理登记,以防范未登记带来的法律风险。登记时,抵押权人可要求明确记载抵押财产的种类和范围,包括抵押财产的名

称、数量、质量、状况、所在地、所有权或使用权归属,以便日后更好地实现抵押权。此外,抵押权人还应加强对抵押物的监管,有效规避抵押物“浮动性”的风险。

目前实践中通行的对浮动抵押标的物的监管手段主要有两种:第一种监管方式是由抵押权人、抵押人和第三方签订三方协议,由第三方作为监管人对抵押物承担监管责任。实践中第三方一般为具有资质的金融、仓储或物流公司。第三方提供货仓、存放抵押财产,并对抵押财产登记入册。如果抵押财产需要流出时,须取得抵押权人书面同意,并由监管人做好登记。如果流出数量较多时,抵押人应在一定时间内补齐,如不能及时补齐,监管人应及时通知抵押权人。如因监管人的责任导致抵押物减少或毁损,则由监管人和抵押人对抵押权人承担连带责任。第二种监管方式则是由抵押权人自己派专人进行监管。这种监管方式一个明显的优势就是可以减少债务人贷款成本。但其劣势是没有第三方赔偿责任做保障。从规避风险的角度来看,第一种监管方式更有利于保护抵押权人的利益,但显然会增加债务人的负担。实践中,采用第一种监管方式一般需事前订立一份完备详细的监管协议并约定好监管规则,将监管协议作为浮动抵押合同不可撤销的附件进行登记,万一将来有纠纷,可增大胜诉的几率,最大限度确保权益的实现。同时周密细致的监管措施也是必不可少的,抵押权人至少应做到,要求保管人定期提供关于抵押物的报告,定期或不定期到抵押物保管场所进行检查,此举是为了了解抵押物的保管现状、抵押财产目前的数量,有无重大变动,及时与保管人提供的清单进行核对。一旦发现异常,及时基于合同的约定,要求提前实现抵押权,必要时毫不迟疑地采取财产保全措施。

4. 设定限制性条款。浮动抵押制度的优势和缺陷都在于抵押财产的“浮动性”,设押期间抵押物的价值并非一成不变,抵押人在正常经营范围内对抵押财产仍有很大的自由处分权,我国法律亦不禁止在浮动抵押财产上设定固定抵押,这就意味着浮动抵押权人可能面临着同一财产上有两个以上的优先权人的情况。而我国《物权法》对浮动抵押权的优先权效力规定并不明确,这使浮动抵押权人的权益面临非常高的风险。如何降低风险是采用浮动抵押方式的债权人迫切希望解决的问题。根据实践中银行等金融机构的做法,可探索适用在浮动抵押合同和监管协议中增设限制性条款的方法来对债务人的自由处分权予以一定程度的限制。

限制性条款的内容通常有三类:一是在一定范围类限制抵押人未经抵押权人同意处分其财产;二是在浮动抵押合同中约定禁止抵押人在已设押的财产上再设优先于该浮动抵押权的固定抵押;三是约定抵押权提前实现的具体情形。从性质上讲,限制性条款属于抵押人与抵押权人之间的约定,当抵押人违反限制性条款时,根据合同的相对性原则,仅对抵押权人负违约责任,对于第三人没有约束力,抵押权人不能以限制性条款来对抗第三人,这就导致限制性条款的效力

非常弱。为避免这一情况的发生,增强限制性条款的效力,应对限制性条款进行登记,以方便可能与抵押人就抵押财产发生权利义务关系的第三人查询。登记后的限制性条款便起到了公示的作用,具有了“对世”的效力,第三人不能再以“善意”为由对抗抵押权人。成功约定的限制性条款可较好地阻止抵押人出于非法目的将抵押财产转移给后来的继受人,防止债务人过度借贷,而且几乎不发生担保成本,能较大程度地保护债务人的资产,维护债权人的利益。

5. 采用混合担保方式,重视应收账款质押。根据《物权法》第181条的规定,我国可用来设定浮动抵押的财产仅为“生产设备、原材料、半成品、产品”。不包括不动产、知识产权、商标权等企业无形资产。实践中,可在设立浮动抵押的同时,设立以不动产、土地使用权等为抵押物的固定抵押,亦可结合实际情况设立动产质押或权利质押的担保方式,以分担浮动抵押担保方式的风险。同时,应收账款是经济生活中大量存在的一项债权,在我国,大约一半的中小企业资产是以应收账款和存货的形式存在。在国外,应收账款、存货等被看作是最有价值的担保物。在美国,动产担保的70%是应收账款。因此,设立应收账款质押是值得充分重视的一件事。

我国法律亦提供了相应依据。《担保法》第75条规定:“下列权利可以质押:(一)汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单;(二)依法可以转让的股份、股票;(三)依法可以转让的商标专用权,专利权、著作权中的财产权;(四)依法可以质押的其他权利。”应收账款是一种债权,应收账款质押本质上是一种权利质押。担保法第75条第四款关于“依法可以质押的其他权利”的规定,就给普通应收账款债权质押的合法性地位留下了空间。从国外的立法来看,应收账款作为一种普通债权来设定质押,也得到许多国家如德国、瑞士等的立法承认,是公认的分散浮动抵押担保方式风险的最佳选择。

浮动抵押担保方式在我国的确立,很大一部分原因是为了缓解中小企业贷款难的现状。虽然还存在很多问题,但对于完善担保形式、增强对物的有效利用,提高抵押人的融资能力等具有巨大的实用价值。可通过实践经验和理论探索来逐步完善这一制度,使之更好地发挥作用。

主要参考文献

1. 杜文聪. 从英美法的浮动抵押制度看我国企业担保制度的完善. 中州学刊, 2006; 4
2. 李冬, 谢庆. 浮动抵押: 银行担保的“双刃剑”. 西部论丛, 2008; 9
3. 全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室. 物权法立法背景与观点全集. 北京: 法律出版社, 2007
4. 全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室. 中国物权法条文说明、立法理由及相关规定. 北京: 北京大学出版社, 2007
5. 计红. 浮动抵押制度对银行信贷业务的影响及其风险控制. 财会月刊, 2011; 8