

简析我国《物权法》上的浮动抵押 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E7_AE_80_E6_9E_90_E6_88_91_E5_c122_485108.htm 《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。”该条首次于我国立法体系中确立了浮动抵押制度，这是我国担保法律制度上的一次重大立法突破。其意义不仅在于完善了担保物权体系，扩大了抵押财产的范围，也有利于企业融资和简化抵押手续，并不影响企业的正常经营活动，可以弥补传统抵押之不足。由于该类新型的抵押对于社会经济生活势必会带来一定的影响，因而对于该制度的基本概况、设立程序、权利实现方式等实有必要加以了解，本文拟对这些基本问题作出初步探讨。

一、什么是浮动抵押 浮动抵押，也有学者称之为浮动担保，是源自于英国衡平法上的一种物的担保类型，日本法上称其为企业担保。从我国《物权法》将其规定于第十六章第一节一般抵押权之中足见将其称为浮动抵押更符合立法本意。一般而言，浮动抵押是指抵押人以现有的和将有的全部财产或者部分财产为其债务提供担保，抵押人仍然占有、经营管理已设定浮动抵押的财产，当发生债务人不履行债务或者当事人约定的实现抵押权情形，抵押财产确定且债权人有权已该财产优先受偿的一种担保方式[1]。浮动抵押具备以下一些法律属性和特征：其一，担保物权属性。尽管浮动抵押中债务人或者第三人的责任财产特

定化时间不同于普通抵押，其显然仍属于一种物的担保。并且，债权人虽然不直接支配担保物实体，但可以基于浮动抵押权而支配担保物的价值，这仍然体现为物权的支配性本质。

其二，担保物的浮动性。抵押人用作浮动抵押的担保物可以是现存的财产或者将来的财产，可以是生产设备、原材料，也可以是成品、半成品，并不固定于特定的财产，浮动抵押人在正常经营过程中仍然可以对其自由处分。这种浮动状态，只有当《物权法》第196条规定的情形出现时，抵押财产方为特定。

其三，担保物的管理权不发生转移。担保物上设定浮动抵押后，浮动抵押人在抵押财产特定前仍然享有对担保物的自由处置权，这是浮动抵押区别于传统物的担保如抵押质押和留置的最重要法律特征。在浮动抵押中，抵押人以其全体或部分财产设定浮动抵押，对其正常经营活动并无实质影响，抵押人在正常经营范围内仍就担保物享有自由处分权，继续从事生产经营活动，并可以买卖、转让、清偿等方式处置其财产而不论其是否在抵押物范围之内。

二、浮动抵押的制度价值

(一) 安全价值 通常认为，安全价值在担保法的基本价值中处于首要的地位，这是担保法保障债权实现的立法宗旨之一决定的。浮动抵押的安全价值主要体现为：第一，固定抵押物面临着由于其自身性质和各种市场因素导致的贬值风险，而浮动抵押人在出现抵押物特定化之前可以自由处分抵押物，由此新取得的财产自动成为浮动抵押物，可以减少原抵押物贬值的风险。第二，浮动抵押物由许多不同种类的担保物组成，因而可以分散担保物权不能实现的风险，从而从更多途径保障了债权安全[2]。

(二) 效率价值 而作为市场经济条件下的担保法，其在关注债权实现的安全保障

同时，也必然要重视资金融通和商品流转过程中的效率问题。浮动抵押的效率价值也有多重体现：首先，浮动抵押在抵押物特定化以前，抵押人可以对抵押物享有自由处分权，充分发挥了抵押物的收益、使用价值，促进了物的有效利用，符合物权价值化的现代发展趋势。其次，可用于浮动抵押的财产，不仅包括抵押人已经取得的财产，也包括浮动抵押期间抵押人未来取得的财产，扩大了可用于抵押担保的财产范围，充分考虑到未来之物的期待利益，有利于促进资金融通。最后，浮动抵押合同签订和抵押权登记均可以一次完成，而不必就不同的抵押物分别签订合同和办理抵押登记，因而大大减少了交易成本。而浮动抵押物的占有和保管于抵押期间也无需发生转移，对债权人而言无疑是节省了保管和维护费用。

（三）公平价值 浮动抵押的公平价值之重要体现就在于抵押法律关系主体间的地位平等。中小企业融资难问题的症结之一在于这些企业由于可以用于抵押担保的财产的有限性，并经常受到众多银行的歧视甚至是虐待。浮动抵押制度的确立，扩充了中小企业用于融资担保的抵押物范围，为那些发长前景看好、现有或者未来财产充足的中小企业至少在法律上扫清了部分融资障碍。而银行等金融机构，面临《物权法》对于浮动抵押制度的正式确立这一现实，势必要对其融资服务对象、担保及反担保措施要求作出适当的调整，从而为中小企业缓解融资难问题提供了新的机遇。

三、浮动抵押的设立

（一）设立主体 许多国家规定只有公司才可以设定浮动抵押，但美国对设定浮动抵押的抵押人之主体资格不作任何限制。我国《物权法》将设立浮动抵押的主体规定为企业、个体工商户和农业生产经营者，这充分反映了解决中小

企业贷款难，促进经济发展的立法目的。这一规定敞开了中国动产担保融资之门，对于缓解中小企业和农民融资难问题无疑具有十分重要的意义。（二）浮动抵押物 学说上认为，浮动抵押的标的物是企业全部或者一类财产的集合物，包括低压人经营过程中拥有的机器设备、原材料、库存物资、应收帐款、合同权利、无形资产等。有的国家规定设立浮动抵押的财产可以是公司的全部财产，包括债权和知识产权，也可以是公司的部分财产。根据《物权法》第181条的规定，我国设立浮动抵押的财产限于生产设备、原材料、半成品、产品，对企业的其他动产和不动产不得设立浮动抵押。之所以作此种限制，其原因可能是因为便于设立和公示，并避免该制度过于复杂而造成理解和适用上的困难。（三）设立方式如前所述，浮动抵押权属于担保物权的一种，而物权的绝对性决定了其设立不仅要遵循法定原则，还须公示，即通过公开通知或其他行为方式将权利存在的事实告诉第三人，由此产生对抗第三人的绝对权效力。根据上述原则，浮动担保物权的种类、内容、变动方式都必须依照物权法的规定，不能由当事人自由创设。而浮动担保物权的公示，目的在于产生对抗力和公信力。所谓对抗力，是指浮动抵押人可凭借已公示的浮动抵押权来排斥任何权利，以保护抵押权人的利益。而公信力是指外界信赖这一权属状况的真实、合法、有效，是公示在法律上的逻辑结果，依此而为之交易受法律保护。关于担保物权的设立方式，主要存在两种分歧：公示要件主义和公示对抗主义。依据前一种理论，设立浮动抵押除了当事人的意思表示的合意之外，还需要履行法定登记方式才能生效。若未经登记，则设立浮动抵押的行为不仅不能在当事

人之间发生法律效力，更不能对抗第三人。该学说偏重交易安全，但忽视了抵押设立的效率和当事人意思自治，因而存在着较大的缺陷。依据后一种理论，浮动抵押因当事人意思表示合意而成立，但必须履行法定抵押登记手续才能对抗第三人。这一学说兼顾交易安全和效率，符合合同自由原则，因而为我国《物权法》所采取。《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。”这一规定简便易行，并充分尊重了当事人的意思自治。

四、浮动抵押权的行使

浮动抵押权的行使，是指当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，浮动抵押权人就抵押物优先受偿的行为或过程。关于浮动抵押权的实现条件、对象以及方式，《物权法》已有明确规定，下面分别阐述。

（一）行使条件

1. 浮动抵押权有效存在。权利的有效创设是任何权利实现的首要前提条件。浮动抵押的设立有效须同时满足以下条件：
主债权合法有效；
抵押人主体合格；
抵押物合法；
签订设立浮动抵押的书面合同。
欲使浮动抵押权产生对抗第三人的效力，还须依法办理抵押登记手续。
2. 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。依据《担保法》和其他有关法律的规定，只有当债务人不履行债务时，债权人才有权依法实现抵押权。而《物权法》第170条、179条则明确规定，在两类情形下，抵押人可以依法实现抵押权：其一，债务人不履行到期债务；其二，发生当事人约定的实现抵押权的情形。这样规定的好处是充分体现了私法领

域中的意思自治，有利于债权人事先于合同中设定抵押权实现的条件，预先防范和控制风险，从而强化了抵押权的担保功能。例如，债权人与抵押人可以约定如果债务人擅自改变借款用途，则有权立即要求债务人偿还贷款，如果不能偿还即可实现抵押权。

（二）行使对象 由于浮动抵押物是处于随时变化中的财产，如不能将其转化为固定担保，则浮动抵押权人的权利无法实现，浮动抵押权的担保意义则为有名无实。因而，浮动抵押因一定事由而转化为特定抵押之制度设计，必然要存在于《物权法》相关配套规定。在英美法上，因一定的事由发生而导致浮动抵押变为特定抵押的过程被称为“结晶”（crystallization）。所谓结晶，又称为定型，是指在债权清偿期届满，债务人有不能清偿债务之虞或其他法定事由时，浮动抵押即结束此前一直持续的浮动状态，而发挥其效力。此时，浮动抵押就变为特定抵押，抵押物的范围由浮动变为固定，抵押权人可以依法行使抵押权。浮动抵押转化为固定抵押的法律效果，在于取消抵押人在正常经营过程中对担保物的自由处分权，抵押权人可依普通抵押取得全部债权救济手段。根据《物权法》第196条的规定，导致抵押财产确定的情形主要存在以下几种： 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。相比于一般抵押权的实现条件，浮动抵押财产确定情形增加了抵押人被宣告破产或者被撤销和严重影响债权实现的其他情形这一兜底条款，显然是立法者针对浮动抵押财产的浮动性和管理权不发生转移这些特性而专门作出的规定。

（三）行使方式 在英美法上，浮动抵押权的实现方式包括对抵押物取得

占有、出售抵押物、通过任接管人接收财产实现财产权并管理公司业务以及拍卖、浮动抵押人取得抵押物的所有权等多种形式。我国《物权法》的浮动抵押被规定于一般抵押之中，对其实现方式和程序并未作出特别的规定，即与普通抵押权的实现方式并无不同。根据《物权法》195条的规定，归纳起来主要有以下几种：1．协议取得浮动抵押物的所有权。这是由于浮动抵押权实现条件成就时，浮动抵押权人以抵押物折价受偿其债权，抵押物归其所有的一种抵押权实现方式。浮动抵押物的折价应当参照市场价格，由当事人协商确定，不得单方决定。当事人关于浮动抵押物折价由抵押权人取得的协议，不得损害其他债权人的利益。协议损害其他债权人利益的，其他债权人可以在知道或者应当知道撤销事由之日起一年内请求人民法院撤销该协议。并且，该折价协议只能在抵押权实现条件成就之后达成，否则可能因违反《物权法》第186条关于流质契约禁止之规定而无效。2．协议拍卖、变卖抵押物。以拍卖、变卖抵押物所得的价款优先受偿，是抵押权实现的基本方式之一。以浮动抵押物拍卖、变卖所得的价款受偿其债权，是浮动抵押权人的基本权利，也是浮动抵押权实现的目的和内容。较之一般的出卖，拍卖更能公平地实现抵押物的价值，所以在立法和司法实践中该种方式往往被置于首选的地位。浮动抵押人未能以拍卖、变卖浮动抵押物价金受偿的债权，属于普通债权，得与其他普通债权人一样从债务人的其他财产中受偿。3．请求人民法院拍卖、变卖抵押物。浮动抵押权人与抵押人不能就抵押权的实现方式达成协议的，抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押物，以从中所得的价款优先受偿。特别值得一提的是，《

《物权法》第195条的规定简化了抵押权的实现程序，降低了抵押权行使的成本，更有利于抵押权人的利益保护。按照《担保法》相关规定，如果当事人就担保物权的实现达不成协议，抵押权人只能向人民法院提起诉讼，即先通过诉讼程序获得确定的胜诉判决，然后再向法院申请强制执行。依照这种规定，抵押权人为实现抵押权必须预先支付大量的时间和金钱成本。而《物权法》第195条的规定，若双方没有就抵押权实现方式达成协议，则抵押权人可以直接请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。即抵押权人无须通过诉讼事件来实现抵押权而是可以在初步证明抵押权和主债权存在之后，直接申请法院拍卖、变卖抵押财产。此种申请拍卖的性质属于非讼案件，法院对当事人的申请仅进行形式上的审查，至于抵押权、被担保的债权是否存在等内容属于实体问题，法院不予审查。经过审查后，法院就可以作出强制执行的裁定，该裁定就是执行依据。如果债务人或者抵押人对于抵押权以及被担保的债权是否存在等实体法律关系有异议，那么应当由债务人或抵押人提起诉讼，并支付相应的诉讼费用[3]。然而，诚如有的学者指出，这一规定的贯彻也有待民事诉讼程序规则作出相应的修订和调整。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com