

王利明:试论动产抵押 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E7_8E_8B_E5_88_A9_E6_98_8E__c122_486247.htm 【摘要】

我国应参照他国的立法经验，在未来的《物权法》中规定动产抵押制度。建议采用反面列举的方法，即只规定不得抵押的动产的方式，规定动产抵押的范围。动产抵押应采用登记要件主义为宜。动产抵押应当采用和不动产抵押不同的公示方式。应当规定动产抵押权不同于不动产抵押权实现的方式。所谓动产是指可以移动并且移动后不影响物的价值和效用的财产。传统上，不动产抵押在各种担保形式中占据极为重要的地位，从而被称为“担保之王”。发达国家至今仍十分重视不动产抵押，主要原因在于：一方面，不动产的价值较高、具有稀有性和不可移动性，且不易贬值，具有相对稳定性。不动产不仅不易贬值，就土地而言，还常常会发生增值。[1]另一方面，不动产的价值也容易评估，尤其是不动产可以通过登记的方法来表彰权利，公示比较简便，从而有利于保护担保物权人的权利。但现在随着担保的发展，动产抵押和其他以动产作担保的形式越来越多，作用越来越突出。动产抵押已经成为一种重要的担保方式。鉴于我国物权法草案已经对动产抵押作出了规定，本文拟从以下几个方面对其进行探讨。一、动产抵押制度的比较法分析 动产抵押(英文为chattel mortgage，moveable hypothec，法文为hypothèque mobilière)与传统抵押权的不同之处，就在于其抵押的标的是动产。动产是相对于不动产而言的，是指可以移动并且移动后不影响物的价值和效用的财产，动产抵押不以移转动产的占有

为要件。从法律上看，动产抵押的最大特点在于抵押人可以在继续保留对其动产占有的情形下，将该动产用于担保。在动产抵押中，一方面，抵押人以该动产的交换价值作担保，因此可以取得信用、获得融资；另一方面，所有人仍可以继续占有、使用该动产，从而能够充分发挥物的价值。因此，在现代市场经济社会中，动产抵押的作用日益突出。罗马法最初也采纳过动产抵押制度，但以后随着不动产物权制度的发展，抵押的标的仅以不动产为限，动产逐渐成为质押的标的。[2]也有学者认为，罗马法中的抵押和质押是统一的，二者并没有质的区别，因为诉权都是共同的，“只不过是词语上存在差异罢了”。[3]事实上，尽管罗马法没有形成完整的公示制度，但抵押和质押的区分仍然是明显的。罗马法的抵押制度对大陆法产生了一定的影响。典型的两大法系国家的法律在担保物权的结构上采取了“二分法”的模式，按照这种模式，担保物权体系是依据对动产和不动产的区分而分别形成抵押制度的。动产实行质押，不动产则采取抵押，这在很大程度上是因为考虑到不动产不能移动也不便于移转占有，因此不宜作为质押的标的，而应当作为抵押的标的。尤其是考虑到动产的特点决定了它适于以占有和交付作为公示方法，因而动产虽然可以作为质押的标的，但不能作为抵押的目的。按照这种模式，实际上已经否定了动产抵押。法国采纳了“两分法”的担保物权模式，《法国民法典》第2118条规定：“只有不动产才可以成为抵押的标的”。据此，大多数法国学者认为，质押和抵押的差别，应当根据客体是动产还是不动产而进行区分。由于抵押只限于不动产，因此抵押不能适用于不动产。不过，对抵押标的的范围能否扩展至动

产，学理上存在着争议“，动产抵押(hypothèque mobilière)”的表述曾经引起了法国学者的讨论。[4]法国法虽然原则上不承认动产抵押，但在例外情况下承认动产可以抵押，例如对于船舶的抵押、对于航空器的抵押[5]以及在机动车上设定的抵押。[6]除了这些特殊的形态以外，法国法上并不存在普通意义上的动产抵押，因为即便是对于那些赞成动产抵押的法国学者而言，也承认这一问题取决于登记制度的条件和效果。有人认为：“如果动产抵押的登记制度类似于不动产登记制度，可以授予优先权和追及权，……则可以考虑建立动产抵押制度。”[7]另外，还值得特别指出的是，法国法上抵押和质押的区分标准与中国法并不相同：在法国，二者是以设定的标的来加以区分的，凡是在动产上设定的担保物权形态，都统称为质押，而抵押只能在不动产上成立。在2006年法国担保法改革以后，也有所谓“不转移占有的质押(gage sans dépossession)”；在我们看来，这种方式其实已经类似于我们所说的动产抵押了。[8]《德国民法典》也没有承认动产抵押制度，基本上采用的是两分法的模式，《德国民法典》第1113条规定“，土地得以此种方法设定负担，使因设定负担而受利益的人享有由土地支付一定金额以清偿其债务的清理(抵押权)”。然而，随着社会经济的发展，仅仅将抵押限于不动产明显不适应经济发展的需要，由于动产质押具有明显的缺陷，因此德国民法实务上承认了一些非典型担保形式，即动产让与担保(security transfer of ownership)和所有权保留(retention of title)。在实务界商人还经常以存货(stock-in-trade)作为抵押，以此克服动产质押的不足，并充分发挥动产在担保中的作用，而德国的判例也承认这种抵押。[9]

《日本民法典》不承认动产抵押制度，但基于特定动产抵押的需要，只是在一些特别法如《海商法》、《工场抵押法及矿业抵押法》、《农业动产信用法》、《汽车抵押法》等法律中规定了动产抵押。但是，至今为止，日本学者都不承认一般意义上的动产抵押。[10]在日本，由于传统的动产公示方法不能适用于动产抵押，日本民法没有认可动产的抵押方法，第二次世界大战以后，伴随日本工业复兴、经济的发展，而采取了对特定动产实行抵押特别立法的模式。如日本颁布了《自动车(汽车)抵押法》(1951年)、《航空器(飞机)抵押法》(1953年)、《建设机械抵押法》(1954年)，其中规定了船舶、航空器、汽车、农业用动产、建设机械等可以设定动产抵押权。[11]迄今为止，在大陆法系国家，关于动产抵押制度很少有民法典对此明文规定，一般都只是将其作为非典型担保的一种形式由法律加以规定。就此而言，魁北克民法很有特色。魁北克在1971年的“动产担保法”中规定了动产抵押制度(Personal Property Security)。魁北克民法典第265条第1款规定，动产、不动产或动产和不动产的集合体都可以设定抵押；第2款规定，设定担保的时候不必移转占有，因此动产可以设定抵押；第2663条规定，动产抵押只有在登记后才能对抗第三人；第2696条规定，不移转占有的动产抵押必须采用书面形式才有效，财产由债务人继续占有。这实际上已规定了较为完整的动产抵押制度。英美法采取了与大陆法不同的模式，在19世纪末，美国在普通法上发展了动产抵押制度，以后各州都分别制定了相应的规则，从而使得美国关于担保制度的规定极不统一。因此，二次世界大战之后，美国的统一法运动开始逐步推动了担保法的统一。美国《统

—商法典》第9 - 109 规定，第九编适用于依合同在动产或者不动产附着物之上创设担保物权的交易，其形式若何，在所不问。依据该规定，无论是动产还是不动产，都可担保债务的履行，并统一适用该条规定。比较两大法系，可以看出，大陆法由于严格区分物权和债权、动产和不动产，因而原则上不承认动产可以作为抵押权的标的物。尽管此种做法在体系上是非常完整的，但它并没有适应现代社会经济发展的需要，显得过于僵硬。一方面，此种做法将动产排除在抵押之外，使得当事人可以选择的担保手段相对有限。另一方面，此种做法也不利于发挥动产作为担保物的价值，毕竟质押本身存在着明显的缺陷，许多动产在不能质押的情况下，就不能设定担保，从而使得动产的担保功能受到了很大的限制。尤其是在现代社会中，担保法以金融为中心的情况下，将动产排除在抵押之外，不利于资金的融通，从而促进经济的发展。而美国《统一商法典》在意思自治的理念下，承认当事人之间的担保安排，突破了传统大陆法上的为物权法定主义，使当事人根据自身利益的需要选择各种不同的担保形式。尤其是动产既可以作为质押的标的，也可以作为抵押的标的，使得动产能够充分发挥担保的价值。这种经验是值得借鉴的。从各国的发展趋势来看，抵押物的范围在不断地扩大，动产抵押也是一种新的发展趋势，当代担保物权的发展重心在于动产担保，从各国的立法例和国际公约来看，动产抵押越来越受到世界各国的广泛认同。正如王泽鉴先生所指出的“，在比较法上我们可以看到市场经济越发达的国家，其动产担保制度越发达。” [12]因而我国物权法应该突破传统的二分法模式，承认动产既可以作为质押的标的，也可以作为

抵押的标的。二、动产抵押的必要性探讨 根据《担保法》第34条的规定，可以实行抵押的动产包括“当事人以其他财产抵押”的情况。尽管许多学者认为，从该规定中可以看出《担保法》并没有禁止当事人在实践中采用动产抵押的做法。但毕竟《担保法》中没有明确承认动产抵押。在物权法制定中，关于动产抵押设立的必要性以及相关模式，在学术界有几种不同的观点：第一种观点认为我国立法中不应当采用动产抵押，主要理由是动产抵押不适合于采用登记方式，且没有一套很好的公示方法将抵押的设定对外公示，因而对交易安全的保护是不利的。该制度的创设，不仅未能完全取代让与担保，反而造成了抵押权理论的混乱，破坏了民法物权体系的完整性。因此，主张应当废除动产抵押制度而完全用让与担保制度取而代之。[13]第二种观点认为应当采用动产抵押制度，此种观点认为，在采纳动产抵押制度之后，通过完善动产抵押公示制度和实行制度，以快捷、高效、低成本的登记制度和实行制度满足动产抵押权的公示和实行需求，完全可以维护交易安全。[14]第三种观点认为，在承认动产抵押制度的同时，可以引进让与担保制度。[15]此种观点认为，应当充分发挥动产担保的作用，但在动产担保制度的设计方面，必须要在动产质押之外规定不移转占有的动产担保形态。不过对这种不移转占有的担保形态，可以考虑在动产抵押制度与让与担保制度只选择其一。[16]这些观点都不无道理。在这里，首先需要探讨的是动产抵押制度有无必要，笔者认为，设定动产抵押制度的必要性基于以下三点理由。（一）充分发挥动产的效益，促进物尽其用 为什么要在动产上设定抵押？首先是为了充分发挥动产的效益，促进物尽其

用，因为在现代社会，随着社会经济和科技的发展，财产的形态发生了重大变化，不动产虽然重要，但这种资源总是有限的，土地以及其他自然资源又是不可再生的，但动产可以不断地被制造出来。尤其是随着生产力的高度发达，大型企业每天都生产出大批量的动产，比如汽车制造厂每天都可以生产出成千上万的汽车，动产的价值也在迅速增长。科技越发达、技术越进步，动产的价值就肯定会越来越重要。比如说，宇宙飞船的价值究竟有多大，甚至很难估量。信息的发展使个人的资料作为动产越来越重要、计算机软件的开发使软件具有重要的价值，假如法律允许动产抵押或采取其他担保形式，必将会极大地扩张担保标的物的范围。动产虽然具有移动性，但其交换价值是可以确定的，这也决定了动产可以作为抵押的标的。尤其是随着现代社会评估技术的发展，各种新型的动产如计算机软件等都可以提供担保。动产抵押的实行也有利于搞活金融，特别是有利于解决中小企业贷款时寻找担保方式的困难。毕竟不是所有的中小企业都有不动产可供抵押，但它们总能具有一定的动产可供抵押。设立动产抵押，可以进一步扩大担保物的范围，缓解中小企业融资的困难。我国80%的企业反映，经营中的主要障碍就是融资难。世界银行的一份报告也指出，中国小企业所获的信贷，还不如印度、泰国、韩国等国家类似企业的一半。其中一个重要的原因就是动产担保制度不发达，担保种类过于单一。

[17]对许多企业尤其是中小企业来说，不一定有很多不动产，但往往有不少的动产，而且动产可以大批量地被生产出来。因而，承认动产抵押，对于企业来说，无疑又是开辟了一种前景广阔的融资方式。基于这些考虑“，物权法草案”

有必要规定动产抵押。(二)当事人享有更多的选择担保类型的权利 承认动产抵押，实际上就是使当事人在动产质押之外可以选择动产抵押，从而具有选择更多担保类型的权利。允许动产抵押，可以使当事人在公示方法上有更多选择的空间。就动产的担保而言，如果债务人和第三人希望在以其动产设立担保的同时，进一步保留其对于该动产的利用的权利，或者债权人不愿意对该动产进行占有并保管，则可以对该动产不移转占有，而采用登记的方法，这样就必须设立抵押而不是质押。反之，如果当事人不希望保留其利用该动产的权利，或者债权人愿意对该动产进行占有并保管，则应当对该动产移转占有，而不必采用登记的方法，这样就必须设立质押而不是抵押。所以，动产抵押制度为当事人对于选择担保的方式，充分发挥担保的作用提供了机会。动产抵押的产生首先是为了克服动产质押的不足，传统民法认为，动产因其移动性的特点，只能成为质权的标的。在质押中，动产质押是其典型形态，而整个质押制度基本上是以动产为核心建立起来的，我国担保法也采纳了这种模式。在质押制度中，主要规定了动产质押，权利质押实际上是作为质押的特别规定而被规定的，然而，动产质押制度存在其自身的缺陷：一方面，由于动产的质押必须移转占有，而质权人仅享有占有权能，而不享有使用、收益权能，这就可能使其不仅不能从中获得一定的利益，另一方面反而还要对其占有的动产支付相应的保管费用。而对出质人来说，因其丧失了对质物的占有，从而不能发挥质物的效益。正是因为这一原因，动产质押制度的适用范围正在逐渐萎缩，其在交易中的作用也在逐渐降低。而动产抵押的方式也应运而生，其在现代经济中的作

用也越来越突出。动产抵押的方式较之于动产让与担保，具有明显的优点。在不承认动产抵押的有些国家，为了克服动产质押的不足，在实务中被迫采纳了动产让与担保的方式，但这种方式存在明显的缺陷：一方面，这种方式并没有一套公示方法，而动产抵押毕竟可以进行登记。这对于保护交易安全十分必要，尤其是在中国转型时期信用低下，更需要通过公示方法将抵押权设立的事实对外公开的状况下。另一方面，动产让与担保在权利实现时不需要进行清算，这对债务人和第三人都可能是不公平的。而动产抵押毕竟需要通过一定的清算程序，才能使抵押权获得实现。此外，各国对动产让与担保都没有成文化的规定，就对传统民法的冲击而言，动产让与担保比动产抵押要严重得多。传统的物权法都以所有权为中心，然后推及用益物权和担保物权，所有权是一种最完整的物权，具有最完整的权能，但在动产让与担保中，所有权仅起担保作用，对传统物权法的体系构成了严重的影响；但在动产抵押的情况下，不涉及到所有权的权能问题[18]。但是，如果不承认动产抵押，在法律上又不承认动产让与担保，那么动产的担保只能采取动产质押的方式，而动产质押是一种低效率的担保方式。所以，为了提高动产作为担保的效率，有必要承认动产抵押。

(三) 动产抵押具有一定的公示方法 动产抵押首先意味着在公示方法上可以给担保人一种选择，因为如果简单地采用二分法的模式，那么当事人只能就动产选择质押的方式，而没有其他的可供选择的担保方式了。而在承认动产抵押的情况下，如果担保人愿意将其动产采取移转占有的方式设定担保，那么他设定的是质押。如果他不愿意移转占有，而采取登记的方式，那么他设立

的就是抵押。由于公示方法的不同选择，实际上使得担保人可以选择不同的担保模式，这就充分体现了意思自治的精神，更能充分发挥物的效益。所以，承认动产抵押的国家的法律，如魁北克民法典就明确承认了当事人对公示方法的选择权利。[19]应当看到，动产抵押可以进行登记，因此它是有一定的公示方法的，这也是动产让与担保所不具备的。尤其是考虑到，由于网络技术的发展，动产的低成本公示登记制度已经成为可能，所以，动产抵押既是可行的，也是必要的。例如，在美国，动产担保的登记只是提供某项动产已被担保的信息，第三人查阅登记时，只需了解在某项交易中某人是否提供了某种动产作为担保，如果想详细了解该担保物权的内容，还必须向担保人和担保权人进一步查询，[20]此种方式也称为一种描述性的登记。这种登记是比较简化的，它通常只是记载了担保人、担保权人和担保物，而且，这种担保登记的方式是以担保人的名录来编排，从而建立登记资料。

三、动产抵押的适用范围

动产抵押的类型比较繁多，既包括对传统动产的抵押，如船舶、机动车等财产设置的抵押，也包括对动物以及一些新型动产如软件设立的抵押。因此在法律上是不是需要具体列举可供抵押的动产的类型，或者只对可供抵押的财产进行抽象规定，对此存在不同的看法。笔者认为，就具体动产来说，并不是说所有的动产都可以设定抵押。我们说要鼓励动产作为抵押，不是说所有的动产甚至一些不能移转、不能变现的财产也可以抵押，法律上不能笼统地规定可供抵押的抽象的一般条款。尤其是在我国现阶段，目前处于市场经济的转轨时期，信用体系还没有建立，因此更应当对可供抵押的动产的范围作相对严格的限制

。[21]因此物权法严格限定动产抵押的范围是十分必要的。对抵押物的限制，在立法上可以通过两种方式来原因，一是正面列举可以抵押的动产，未予列举的则不得抵押，从而对抵押物进行限制；另一种是采用反面列举的方法，只规定不得抵押的动产。笔者认为，从正面列举来规定动产抵押的范围不一定妥当。从正面来看，需要列举可供抵押的财产类型“，物权法草案”第202条规定：企业、个体工商户、农村承包经营户的机器设备、原材料、产成品等动产，可以抵押。这实际上是从正面来界定动产抵押的，该条不仅规定了动产抵押，而且规定动产抵押的范围。需要指出的是，由于动产类型太多，正面列举不可能穷尽可以设定抵押的动产的范围，有挂一漏万之嫌，而如果不能列举穷尽的话，抵押人就很难将法律上没有列举的动产用于抵押，这可能会妨害当事人对动产的利用。尽管物权法列举了一些典型的动产，但仍然没有将一些重要的可供抵押的动产概括出来，例如存货就是经常可用于抵押的动产，但在该条中并没有反映出来。比较而言，笔者更赞成通过反面列举的方式，从国外一些国家的立法实践来看，也是采用这种反面排除方法的。对动产抵押的范围可以从下面三个方面进行限制：第一，法律上禁止流通的动产不能作为担保物，如枪支、弹药，限制流通物的流转虽然受到了一定的限制，但并不影响其作为抵押物，因为在实现抵押权时，可以采取法律所规定的流转方式。第二，对于价值比较低的在生产、生活中发挥较小作用的动产，如果允许其被设定抵押，其作用不大，[22]故而不宜设定抵押。因为抵押本身是为了担保债权的实现，如果抵押物的价值过小，起不到担保的作用，其所获得的收益和所付出的成

本之间不成比例，因为也不必要在其上设定抵押。第三，有一些动产与个人的生产、生活密切相关，是个人生活的必需品，如个人专业书籍、家庭生活必需品，这些财产本来不具有可强制执行性，所以也不能抵押。在比较法上我们看到，这部分财产在许多国家也是不能设定抵押的。例如加拿大魁北克省民法典第2648条规定，用于装备其主要住宅的动产、用作家用的生活必需品、从事职业活动所需的工具不能作为抵押物。[23]除了上述不能抵押的之外，笔者认为其他动产都是可以设定抵押的。反面列举的优点在于将一些禁止抵押的动产列举出来，剩下的就是可供抵押的动产，这样实际上就是采纳了抽象概括的方法。在确定动产抵押适用的范围时，应当将动产抵押和其他形式的抵押形式区别开来。第一，动产抵押原则上只能适用于有体动产，而不包括无形财产。在我国，既然区分了动产质押和权利质押，这实际上就是区分了动产和权利。尽管根据《担保法》第81条，权利质押也可以适用动产质押的规定，但这只是一个准用性规定，即在法律对权利质押没有作出特别规定的时候，准用法律关于动产质押的规定，而不是说动产就包括了权利。我国物权法也严格区分了动产和权利，权利主要采用了质押的方式，至于权利抵押只限于法律有特别规定的情形。不应在权利质押中包括动产抵押，反过来说，动产抵押也不应包括权利质押，而只限于有体动产。第二，动产抵押不包括集合物的抵押。有一种观点认为，动产抵押在学理上也包括了集合物中的动产。集合物担保也属于动产担保的范畴。[24]笔者认为，动产抵押在性质上是一种与集合物相对应的特定物的抵押，尽管集合物中的一部分财产也包括动产，但这些动产已经与其

他的财产结合为一体，共同成为集合物担保的标的。如果将动产抵押等同于集合物抵押，这就意味着将集合物中的动产与集合物中的其他财产分离，这就无法发挥集合物抵押的制度优势。正是因为这一原因，笔者认为，在法律上要严格区分动产抵押和集合物抵押。第三，动产抵押不包括在建工程的抵押。所谓在建工程，就是指正在建造中的尚未竣工的工程，例如在建房屋、在建设设施等。关于在建工程抵押的性质，学界存在不同的观点。一种观点认为，在建工程还没有竣工，不构成不动产，也不构成物权法所说的物，所以不能作为物权的客体。另一种观点认为，在建工程虽然不是不动产，但是可以作为动产，所以在建工程可以作为动产抵押的标的物。还有一种观点认为，在建工程可以作为一种权利，但不是作为一种物来作为抵押的标的。“物权法草案”第180条规定“，正在建造的建筑物、船舶、飞行器”可以抵押，但在建工程抵押属于何种类型抵押，草案并未对其作明确规定。笔者认为，在建工程抵押本身不属于动产抵押，它在设定方式、公示方法、实现规则等方面都有其不同于动产抵押的独特之处。

四、动产抵押的公示方法

动产并非都难以公示。在动产中有一类动产称为“注册动产”，如机动车、船舶、飞行器等，[25]这类动产本身是应该注册登记的，因此可以通过登记的方式进行公示。但是大量的动产是很难通过登记来公示的。如前所述，传统民法之所以否定动产抵押，就是认为动产抵押缺乏与之相对应的公示方法，特别是动产因其固有的流动性等特点，很难实行登记。一方面，动产大多具有种类物的特点，在交易中可以互相替代，且由于动产流动性大，所以登记记载的动产可以被同种类的动产替代。另一

方面，动产常常能被大批量地生产，很难描述其特征，正是因为这一原因，动产很难实行登记。如一台20英寸的海尔电视机与另一台20英寸的海尔电视机之间很难说有什么区别，如果登记一台20英寸的海尔电视机，很难指明是这一台而不是另外一台海尔电视机。在我国实践中，曾经对动产抵押采取公证的方式来作为其公示方法，笔者认为，公证的方式具有很强的证明力，但它只发生在当事人之间，第三人很难查阅，所以其不宜作为一种公示方法。尤其是因为到公证机关办理登记是不符合交易习惯的，因此一般人是不会去公证机关查阅的。笔者认为，动产抵押既然是抵押的一种类型，因而也应该采取抵押的公示方法，即必须要采取登记的公示方法。问题在于，如果当事人选择动产抵押，是不是只能采取登记这种公示方法，登记是否属于强制性的要求，是否在承认动产抵押的情况下，也可以进一步地选择其他的公示方法，这是我国物权立法中一个值得探讨的问题。

(一) 关于动产抵押是否必须登记以及登记的效力问题 关于动产抵押的公示方法主要应当是登记而不是其他方式，对此在学界并没有争议。但关于动产抵押究竟应该采用登记要件还是登记对抗，目前存在争论。一种观点认为：由于我国《担保法》立法的实践历来主张采取统一的登记要件，在制度设计上，不能够在同一制度中设计两种不同的登记效力，否则会造成法律适用上的不统一。毕竟交易安全和善意第三人权利安全是远比动产抵押权人利益更为重要的问题。而另一种观点认为：动产和不动产抵押在性质上不同，因此对动产抵押应该采取登记对抗主义。理由在于：一方面，登记对抗赋予了当事人一定的意思自由，由于登记不是抵押权的生效要件，当事人可

以根据具体的情况自主决定是否进行抵押权登记。一般不动产抵押需采用强制性的登记，而动产抵押可采用也可不采用。[26]此外，登记对抗可以便捷交易，因为登记对抗主义中，登记不具有强制性，可以说更加符合经济效率的要求。正是因为动产抵押公示方法不能确定，我国“物权法草案”中采用的是登记对抗主义，不强迫当事人必须办理登记，不登记只能在当事人之间产生效力，但不能对抗第三人。笔者认为，采用登记对抗这种模式，仍然存在着诸多的问题，因而需要进一步探讨。一方面，此种模式可能会造成体系冲突。我国“物权法草案”原则上采取登记要件主义。对抵押权制度而言，不动产抵押都是采取登记要件主义，未经登记，抵押权不能设定。这样就给当事人一种合理的预期，在设定抵押权时，未经登记就不能产生抵押权，如此，交易当事人也要查阅是否有抵押登记。但在动产抵押的情况下，如果允许未经登记就可以产生抵押权，这就与整个抵押权制度产生冲突。另一方面，采用动产抵押的关键在于建立完备的动产登记制度。关于动产抵押的公示方法的选择问题，不仅仅是关系到当事人选择担保方式的问题，而且也关系到交易的安全和秩序问题。因为动产抵押如果未经登记就可以设定的话，那么当事人就会在设定动产抵押时，再将该动产转让给第三人，从而形成多重抵押。在第三人恶意还是善意缺乏判断标准或者很难判断的情况下，就很容易损害交易安全，损害第三人的利益。

(二) 关于公示方式 动产抵押要采用登记的方式，但在登记方面，动产抵押在公示方法上应当具有和不动产抵押所不同的方式，一方面，不动产抵押在公示内容上大多需要较为完整的描述，但动产抵押在公示内容上大多仅需简

单地描述担保物。从比较法的角度来看，动产抵押只需登记当事人、担保物等，不需要登记主合同的交易内容，登记内容比较简单。这主要是因为动产很难找到它独特的特征，很难对它进行准确的描述。但是笔者认为，在法律上仍然有必要对动产抵押的客体作详细的描述。因为对动产抵押的标的物描述得越详细，那么就越可能在抵押实现时防止当事人对标的物进行替代。另一方面，不动产在抵押时常要求评估，但因为动产的范围相当广泛，特点和外观也很不一样，价值也常常难以确定，要求每一项动产都进行登记和评估，登记机关将不堪重负，当事人也不甚其烦。[27]所以对每一件动产都要进行登记是非常困难，对动产的描述也可以采取成批量的、计件的方式进行描述。动产抵押由于其客体的流动性和可替代性，其在抵押权实现时最大的难点就在于如何防止债务人将已经抵押的动产进行替代。例如，将工厂里的存货以其他低劣的货物加以替代。所以，要求动产抵押在设定时必须要尽可能地确定抵押物的真实价值，[28]如果可能的话，要尽可能在登记时描述出抵押物的特征和价值。在动产设定之后，要尽可能实现对其的监管。

五、动产抵押的实现

在动产抵押设定之后，如果债务人不能到期履行债务，抵押权人有权对动产进行拍卖。动产抵押权在实现方面也具有不同于不动产抵押权实现的特点。第一，动产抵押的实现方式与不动产抵押的实现方式大体上相同，但在抵押权的实现方面，由于某些动产价值很难有一个公正的市场价格，评估作价有时也比较困难，且成本相对较高，这就决定了，有许多国家法律对动产抵押的实现方式作了一些特殊的规定。例如，允许动产抵押权的实现在更大范围内自力救济的途径，如美

国、加拿大都允许在不违反公共秩序的前提下自力取回动产；但在我国，在动产抵押实现时，现行法律仍然不允许采用自力救济，主要考虑到一旦允许自力救济，即抵押权人可以取走动产，会引发多方面的问题：一是会造成变相的设定高利贷现象，因为抵押人会因为一时的窘迫，以高额的抵押物来换取相对低额的贷款，这与我国担保法上禁止流质契约的立法本意是相违背的。二是容易引发当事人间冲突，徒生很多纠纷。在我国目前的法制环境下，没有法院等公权力的介入，当事人很难自己解决纠纷。三是会损害其他债权人的利益，因为完全由抵押权人取回抵押物，如果抵押物的价值明显大于被担保债权的价值，一旦实行私力救济，其他债权人就不可能再从抵押物剩余的价值中受偿了。第二，由于动产常常是种类物，所以在债务人将一批动产抵押之后，债务人还有可能将该动产再次予以处分，但抵押权人对已经处分的动产不一定能够追及，这就有可能会损害抵押权人的利益。在这方面，笔者认为可以借鉴我国台湾地区的有关立法经验。我国台湾地区“动产担保交易法”第17条规定，“债务人不履行契约或抵押物被迁移、出卖、出质、移转或受其他处分，致有害于抵押权之行使者，抵押权人得占有抵押物。”这实际上赋予了抵押权人一种追及的效力。抵押权的追及效力方面，动产抵押与一般抵押权也不尽相同，由于动产抵押公示的特殊性，追及力在动产抵押领域成为很矛盾的制度。动产所有权本以占有为公示方法，而动产抵押权以登记为公示方法，交易第三人并没有查询登记簿的义务，[29]而且很难通过占有认定动产的权属状况，这样就使抵押权人很难行使追及权。因为第三人在与动产的占有人进行交易的时候

候，很难知道动产占有人是无权占有的。所以，笔者认为，应当尽可能赋予动产抵押权对动产的追及效力。第三，关于动产抵押权的实现方式，我国现行法并没有作出规定。按照现行立法规定，抵押权的实现首先可以由抵押权人和抵押人就抵押物的变价达成协议，如果不能达成协议，则必须要向人民法院起诉，在法院作出确认抵押权人的担保权之后再通过强制执行程序来执行抵押权。这种方式成本过高，因为在动产抵押的情况下，必须要通过诉讼程序特别是通过强制执行程序来实现抵押权，成本过高导致抵押权的功能无法发挥，[30]而我们又不承认私力救济，如何通过公力救济来实现抵押权是一个值得探讨的问题。笔者建议在动产抵押权方面，如果当事人不能就抵押权的实现达成协议，可以直接向人民法院申请拍卖或变卖。如果主债权和担保权没有争议，也可以直接申请人民法院强制执行，这样可以有效地节省执行成本。当然如果对主债权或担保权本身存在争议，则还必须在法院提起诉讼，确认主债权或担保权。第四，关于动产抵押权与法定留置权的关系，动产抵押权与法定留置权在法律上经常发生竞合的问题。由于抵押权不以占有的移转为要件，所以在抵押权设定以后，抵押人仍然有权继续占有抵押物，他又可能把已经设定抵押的财产交给他人搬运、修理等，因不能支付费用而产生留置权。例如甲将其汽车一辆设定抵押给乙，后来因为汽车出现故障，甲将汽车交丙修理，甲欠丙修理费1万元，不能支付，丙将该汽车留置，乙提出该汽车已经设定抵押，他对该汽车享有抵押权，应当优先于留置权受偿，丙认为其享有的留置权应当优先于抵押权受偿。在抵押权和留置权发生冲突的情况下，哪一种物权应当优先适

用在法律上一直存在争论。对此主要存在如下观点：一是先来后到说，即设立在先的担保物权应当优先于设立在后的担保物权；二是实行先后说，即哪一个担保物权实行在前，哪一个享有优先效力；第三是留置权优先说，该观点认为留置权是一种法定的担保物权，而抵押是一种约定的担保物权，所以法定的物权应当优先于意定的物权。[31]笔者认为，上述观点虽不无道理，但是比较而言，应当采纳留置权优先于抵押权的观点。一方面，留置权是法定的物权，抵押权虽然具有法定的物权的性质，但在我国一般是通过约定来产生的。另一方面，留置权人已经占有了留置财产，并且已经对留置财产进行了一定的加工，如果不允许其优先实现的话，抵押权的实现也非常困难。《司法解释》第79条第2款规定：“同一财产抵押权与留置权并存时，留置权人优先于抵押权人受偿”。最后须指出的是，承认动产抵押，将会对担保物权制度产生重大影响：一方面，质押因为要移转占有、对质物的利用的低效率，其适用的范围将逐渐减少，逐渐被动产抵押替代；另一方面，由于动产抵押的采用，将打破传统抵押制度的二分法体系，促进抵押制度的完善。由于动产抵押的确认将涉及诸多问题，且内容复杂，因此也有待于在法律上作进一步的探讨。【注释】[1]参见谢在全：《动产担保制度之最近发展》，载法学丛刊杂志社主编：《跨世纪法学新思维》，台湾2006年版，第318页。[2]高圣平：《动产抵押制度研究》，中国工商出版社2004年版，第12页。[3]陈本寒：《担保物权法比较研究》，武汉大学出版社2003年版，第7页。[4]Jacques MESTRE, Emmanuel PUTMAN et Marc BILLIAU (sous la dir. de Jacques GHESTIN), Trait é de Droit civil, Droit special des

SEumlr.eté s , 4e éd. , LITEC , 1997 , n ° 700 - 702. [7]Jacques MESTRE , Emmanuel PUTMAN et Marc BILLIAU , Droit spécial des SEumlr.eté s mobilières : une occasion manquée , in Recueil Dalloz , 2006 , n ° 19 , 11/ 05/ 2006 , pp.1299 - 1300. [9] Jacques MESTRE , Emmanuel PUTMAN et Marc BILLIAU , Droit spécial des SEumlr.eté s réelles , op. cit . , p. 461. [10]高圣平:《动产抵押制度研究》,中国工商出版社2004年版,第471页。 [11][日]近江幸治:《日本民法的展开??特别法担保法》,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第17卷),金桥出版社2000年版,第374页。 [12]王泽鉴:《动产担保制度与经济发展》,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第2卷),法律出版社1994年版,第112页。 [13]参见陈本寒:《动产抵押制度存废论??兼评我国民法(草案)对动产抵押与让与担保制度之规定》,载邹海林主编:《金融担保法的理论与实践》,社会科学文献出版社2004年版,第125~127页。 [14]参见高圣平:《美国动产担保交易法与中国动产担保物权立法》,《法学家》2006年第5期。 [15]参见梁慧星、陈华彬:《物权法》,法律出版社1997年版,第392页以下。 [16]参见高圣平:《美国动产担保交易法与中国动产担保物权立法》,《法学家》2006年第5期。 [17]中国人民银行研究局等:《中国动产担保物权与信贷市场发展》,中信出版社2005年版,第270页。 [18]参见高圣平:《美国动产担保交易法与中国动产担保物权立法》,《法学家》2006年第5期。 [19]根据魁北克民法典的规定,就公示方式而言,当事人既可以选择交付,也可以选择登记(第2663条)。如果采用交付方式进行公示的话,必须要对标的物直接占有(第2663条)。 [20]参见谢在全:《动产担保制度之最近发展》,载法学丛刊杂志社主编:《跨世纪法学新思维

》，台湾2006年版,第336页。 [21]参见毛瑞兆:《动产抵押立法模式选择》，《三晋法学》(第1辑),中国法制出版社2006年版。 [22]刘信业:《论我国动产抵押公示的缺失及完善》，《河南师范大学学报》2006年第3期。 [23]参见高圣平:《动产抵押制度研究》，中国工商出版社2004年版,第471页。 [24]Patrice Vachon, Le Code civil du Québec - Livre 6 - Droit des priorités et des hypothèques, <http://www.avocat.qc.ca/public/iiccqvachon6.htm#84>。 [25]参见毛瑞兆:《动产抵押立法模式选择》，《三晋法学》(第1辑),中国法制出版社2006年版。 [26]王闯:《动产抵押论纲》，《法制与社会发展》1995年第1期。 [27]张治峰、易继明:《动产抵押若干问题研究》，《中外法学》1997年第5期。 [28]参见毛瑞兆:《动产抵押立法模式选择》，《三晋法学》(第1辑),中国法制出版社2006年版。 [29]刘信业:《论我国动产抵押公示的缺失及完善》，《河南师范大学学报》2006年第3期。 [30]参见高圣平:《抵押权实现途径之比较研究》，《浙江社会科学》2005年第2期。 [31]许明月:《抵押权制度研究》，法律出版社1998年版,第304页。

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