

不宜轻率规定“动产浮动抵押”

中国社科院法学所研究员、博士生导师 梁慧星

物权法草案(第四次审议稿)第二百零三条规定:“经当事人书面协议,企业、个体工商户、农户可以将现有的以及将来拥有的动产抵押,债务人不履行到期债务,债权人有权就约定实现抵押权时的动产优先受偿。”

本条规定的是“浮动抵押”制度。浮动抵押,或称企业担保,是以企业全部财产包括动产、不动产、知识产权和债权设立抵押的一项新型担保制度。从担保物权制度的发展看,浮动抵押发生最晚,源于英国判例法上的浮动担保,后为大陆法国家所仿效。

在此之前盛行“企业财产集合抵押”,或称“财团抵押”。实行企业财产集合抵押,须将企业全部动产、不动产和工业产权作成一份“财产目录清单”,并在不动产登记机关进行登记。在设定企业财产集合抵押之后,企业财产发生变化如设备更新等,必须相应地变更、修改“财产目录清单”,并到登记机构重新进行登记。此集合抵押“财产目录清单”的制作和变更、修改及重新登记,将耗费大量的人力、物力。设定企业财产集合抵押权后,“财产目录清单”所列各项财产被禁止处分,也不利于企业的经营活动。

浮动抵押制度,正好可以克服企业财产集合抵押制度的上述缺点。设定浮动抵押,无须制作财产目录清单,也不必就各项财产进行公示,仅须以书面形式订立浮动抵押合同并在企业法人登记机关进行登记即可,其手续非常简便。设立浮动抵押之后,企业新取得的财产,将自动成为浮动抵押的标的物。设立浮动抵押之后,企业对财产的处分权不受限制,企业仍可自由转让财产或者设定抵押;且浮动抵押的标的物,包括企业全部有形财产、无形财产和债权,显著增强了企业的担保功能。

但浮动抵押终究属于一种特殊的担保形态。因在浮动抵押权实行之前,企业仍可自由处分其财产,如在债权届期之前企业财产急剧减少、企业经营状况严重恶化,都将影响浮动抵押权之实现,甚至使债权人设立担保权的目的落空,对债权人甚为不利。有鉴于此,各国遂对浮动抵押权的设定人和受担保债权予以限制。如日本企业担保法规定,唯股份有限公司发行公司债,可以设定浮动抵押。这是因为对股份有限公司的财产状况有严格的监管制度,其运营状况通常也较稳定,股份有限公司设定浮动抵押对债权人的风险较小。股份有限公司发行公司债,通常金额大且期限长,适于设定浮动抵押予以担保。鉴于我国公司法规定,国有企业采取国有独资有限责任公司形式,如我国物权法创设浮动抵押制度,应规定设定人限于公司法人,将国有独资有限责任公司包括在内,以方便国有独资有限责任公司采用浮动抵押方式;同时,考虑到以浮动抵押方式进行项目融资的日益普遍,因此应扩大受浮动抵押担保的债权范围,包括项目融资和发行公司债。

浮动抵押,性质上为一种约定担保权,应遵循普通抵押权之设定方式,即应采用书面形式订立浮动抵押合同,并向登记机关办理登记。考虑到浮动抵押权至实行之前其标的物一直处于浮动状态,不可能在不动产登记机构进行登记,且浮动抵押权的实行将导致设定法人的清算和消灭,因此,为方便浮动抵押权的实行和保障债权人利益,应以负责公司法人登记的工商行政管理机关,作为设定浮动抵押权的登记机关。

浮动抵押权是存在于公司所有的不特定财产上的担保权,须待浮动抵押权确定后,才能发挥其担保作用。浮动抵押权实行为其确定事由,其理自明。设定公司破产将导致浮动抵押权实行,企业合并将导致合并前的公司一方或双方解散,亦将导致浮动抵押权的实行,因此,浮动抵押权的实行、企业合并或设定公司破产,同为浮动抵押权确定的事由。浮动抵押权一经确定,浮动抵

押权人即对确定时属于公司的全体财产，享有优先受偿的权利。

须特别注意的是，浮动抵押权的实行不同于普通抵押权的实行。实行浮动抵押权，应由浮动抵押权人向法院提出实行申请。法院受理浮动抵押权人的申请后，经审查符合实行条件的，应作出浮动抵押权实行的决定，同时发布浮动抵押权开始实行的公告和查封公司总财产的公告，并指定财产管理人负责管理公司总财产。财产管理人应当在公司总部所在地的工商行政管理机关进行浮动抵押权开始实行的登记。浮动抵押权的实行，必然导致公司的清算和消灭，因此应适用公司破产和清产还债的程序。

由上可知，浮动抵押制度的创设，是我国物权法上的一项重大举措。我国是否已经具备采用浮动抵押的社会经济条件？我国银行、企业界和法律实务界是否具备正确运用浮动抵押制度的条件？应如何发挥浮动抵押的正面功能而规避其消极作用？我自己也难免举棋不定，心存犹豫！

物权法草案（第四次审议稿）第二百零三条的规定，与发达国家通行的浮动抵押制度的区别在于：1.将设定人的范围扩及一切企业（包括公司企业、非公司企业、合伙企业、个体企业）、个体工商户、普通农户；2.仅规定动产可以设定浮动抵押，而将不动产、知识产权和债权等财产排除在浮动抵押标的物范围之外。

相对而言，不动产（包括土地使用权、建筑物和其他土地附着物）的价值要大，如果再加上知识产权和股票、票据等证券债权和普通债权，所发挥的担保功能肯定要比仅以动产设定浮动抵押的担保功能大不知多少倍！个体工商户、普通农户究竟有多少动产可以设定浮动抵押？究竟能够起多大的作用？个体工商户、普通农户设定浮动抵押，在哪一个机关进行登记？

犹须注意的是，对于个体工商户、普通农户现在和将来拥有的动产，甚至对于个体企业、合伙企业、非公司企业现在和将来拥有的动产，缺乏可行的监管制度，如何避免“骗贷骗保”行为的发生？如何保障债权人的利益？

从改革开放以来轻率开放“证券回购”、“委托贷款”和“保证保险的汽车融资”引发欺诈行为丛生，造成金融秩序混乱和银行遭受重大损害的教训，足可断言，在学术界对浮动抵押缺乏理论研究、司法实务界对实行浮动抵押缺乏心理准备的情况下，物权法草案（第四次审议稿）第二百零三条规定所谓“动产浮动抵押”制度，是非常轻率、非常危险的！建议断然删去！