

浮动抵押逸出担保物权体系的理论证成

侯国跃

(西南政法大学, 重庆 401120)

摘 要: 具有担保功能的权利, 并非都是担保物权。如果一项权利既不符合担保物权的特征, 亦有违物权法的基本原则, 就不属于担保物权。对比浮动抵押与担保物权的特征可以发现, 浮动抵押有担保功能但并非担保物权。在民法典编纂背景下, 宜将浮动抵押从担保物权体系剔除。考察比较法资料, 结合“charge”的词源语义, 遵循语言翻译的忠实严谨原则, 宜将“floating charge”译为“浮动担保”而非“浮动抵押”。至于浮动担保何去何从, 相对合理的方案是将其嵌入合同法域, 规定于我国民法典合同编之“合同的担保”章节, 以此彰显民法典的体系性与逻辑性。

关键词: 浮动抵押; 担保物权; 民法典体系; 优先权

中图分类号: DF521

文献标志码: A

DOI: 10.3969/j.issn.1001-2397.2020.01.06 开放科学(资源服务)标识码(OSID):



《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。”由于该条使用了“抵押”“抵押权”“优先受偿”等法律术语, 且该条位于《物权法》第四编(担保物权)第 16 章(抵押权)之中, 加之, 《物权法》第 189 条和第 196 条也对应地规定了抵押登记和抵押物“结晶”(crystallization), 故理论与实务界通常将该条规定解释为浮动抵押。学者一般也以此为基础进行概念界定。^①诚然, 立法规定与法律解释将浮动抵押引入我国担保物权体系的用意已确定无疑, 但学者针对《物权法》的前述规

收稿日期: 2019-10-20

基金项目: 司法部 2018 年度国家法治与法学理论研究项目专项任务课题“乡村振兴战略实施中法治保障问题研究”(18SFB5012)

作者简介: 侯国跃(1974), 男, 四川广元人, 西南政法大学民商法学院教授, 博士生导师, 西南政法大学最高人民法院应用法学研究基地副主任, 重庆仲裁委员会仲裁员, 法学博士。

致谢: 西南政法大学民商法学院博士研究生刘玖林同学在本文资料收集、文献整理、文稿校对、文字修改等方面付出了辛勤劳动, 在此谨致谢意!

^① 如高圣平教授认为, 浮动抵押是指企业、个体工商户、农业生产经营者以其现有和将有的生产设备、原材料、半成品、产品设定抵押, 抵押人在正常经营活动中可自由处分其抵押财产, 在发生法定或约定事由时, 抵押财产得以确定, 抵押权人就此确定的抵押财产优先受偿的一种特殊抵押。参见高圣平《担保法论》, 法律出版社 2009 年版, 第 449 页。

定褒贬不一,讨论的焦点主要集中在六个方面:第一,抵押人的范围应否仅限于特定主体;^①第二,抵押标的物应否包括不动产、应收账款与知识产权;^②第三,抵押人正常经营活动的具体标准为何;^③第四,浮动抵押之限制性条款的法律效力如何认定;^④第五,浮动抵押接管人制度如何建构;^⑤第六,浮动抵押的效力顺位如何设计。^⑥由此我们发现,受《物权法》浮动抵押条款的影响,学者研究的视角与观察的问题虽有不同,但都将浮动抵押置于担保物权体系之中。实际上,检索我国物权法或担保法教科书,浮动抵押属于担保物权,似乎已成学术社群的常识定论。^⑦但浮动抵押属于担保物权这一命题是否毋庸置疑,学者对此未予任何质疑。笔者拟通过法教义学方法从浮动抵押与担保物权的特点、效力出发,试图证成浮动抵押并非担保物权,故在我国民法典编纂之际,相对合理的方案是将浮动抵押逃出担保物权体系。需要说明的是,在对浮动抵押的特征、性质予以释清之前,笔者在行文时将继续沿用“浮动抵押”这一概念。

一、反躬自问:浮动抵押的独特品格

概念的清晰与明确,体系的严格与严密,是现代理论科学发展的一大趋势。只有概念清晰与明确,体系才能合理与严密。^⑧因此,欲讨论浮动抵押与担保物权的体系,首先需要对浮动抵押这一法律概念的基本特征进行科学界定。所谓特征(个性),指一事物之所以区别于他事物而独有的特殊性质。因此,讨论浮动抵押的特征,须满足以下标准:该特征必须能够使浮动抵押区别于其他事物且该特征为浮动抵押所独有。就浮动抵押的特征,学界观点莫衷一是,笔者拟从证伪与证立两个维度来明晰浮动抵押的特征。

① 参见王磊《〈物权法〉中浮动抵押制度的缺陷及其完善》,载《新疆社会科学》2007年第6期;韩艳《我国动产浮动抵押制度之检讨与完善——评〈物权法〉第181、189条》,载《浙江工商大学学报》2008年第2期;李定毅《动产浮动抵押担保的风险及其防范》,载《法学杂志》2009年第3期;周泽新《浮动抵押的历史渊源与制度构造——兼评我国物权法上的浮动抵押制度》,载《河北法学》2010年第11期;王仰光《比较法视野下的动产浮动抵押人范围研究》,载《岭南学刊》2012年第6期;马新彦、卢冠男《浮动抵押制度的价值冲突与解决——以我国浮动抵押制度的全新阐释为目的的研究》,载《山东社会科学》2015年第11期。

② 参见陈伦伦《浮动抵押在造船抵押融资中的适用》,载《上海海事大学学报》2009年第1期;马勇《浮动抵押立法目标的反思及制度完善》,载《云南大学学报法学版》2011年第6期。

③ 参见李政辉《论浮动抵押》,载梁慧星主编《民商法论丛》第14卷,法律出版社2000年版,第725-727页;高圣平《担保法论》,法律出版社2009年版,第455-458页;董学立《论“正常经营活动中”的买受人规则》,载《法学论坛》2010年第4期,第88-92页。

④ 参见关涛《浮动抵押刍议》,载《法学论坛》2007年第3期;秦美奇、王奇《论浮动抵押制度的具体适用》,载《经济问题》2008年第8期;方丽《浮动抵押贷款担保业务风险及防范》,载《现代金融》2010年第7期;严鸿雁《论我国浮动抵押制度中债权人保护规则的完善》,载《武汉金融》2011年第5期;陈广华、王筱婷《浮动抵押之限制性担保条款的确立》,载《金融理论与实践》2015年第6期。

⑤ 参见晏维友、刘凤月《动产浮动抵押的风险及防范对策》,载《安徽农业大学学报(社会科学版)》2011年第2期;张义华《论我国浮动抵押接管人制度的构建》,载《河南财经政法大学学报》2012年第4期。

⑥ 参见王磊《〈物权法〉中浮动抵押制度的缺陷及其完善》,载《新疆社会科学》2007年第6期;刘生国《论动产浮动抵押》,载《太平洋学报》2007年第10期;陈忠禹《动产浮动抵押制度实施中的问题与对策研究——兼评〈物权法〉的浮动抵押条款》,载《兰州商学院学报》2008年第5期;秦美奇、王奇《论浮动抵押制度的具体适用》,载《经济问题》2008年第8期;董学立《浮动抵押的财产变动与效力限制》,载《法学研究》2010年第1期;方丽《浮动抵押贷款担保业务风险及防范》,载《现代金融》2010年第7期;李莉《浮动抵押权人优先受偿范围限制规则研究》,载《西南政法大学学报》2014年第3期。

⑦ 学者均将浮动抵押编排至担保物权章节之下。参见徐洁《抵押权论》,法律出版社2003年版,第261页;江平主编《物权法》,法律出版社2009年版,第336页;高圣平《担保法论》,法律出版社2009年版,第443页;孙鹏、王勤劳、范雪飞《担保物权法原理》,中国人民大学出版社2009年版,第230页;梁慧星、陈华彬《物权法》,法律出版社2010年版,第335页;尹田《物权法》,北京大学出版社2013年版,第560页;崔建远《物权法》,中国人民大学出版社2014年版,第500页;郭明瑞、房绍坤、张平华编著《担保法》,中国人民大学出版社2014年版,第122页;曹士兵《中国担保制度与担保方法》,中国法制出版社2015年版,第306页;梅夏英、高圣平《物权法教程》,中国人民大学出版社2015年版,第359页;程啸《担保物权研究》,中国人民大学出版社2017年版,第427页。

⑧ 参见许中缘《论法律概念——以民法典体系构成视角》,载《法制与社会发展》2007年第2期,第72页。

(一) 对浮动抵押伪特征的驳斥

1. 标的物仅限于动产非浮动抵押的特征

《物权法》第181条规定浮动抵押的标的物为生产设备、原材料、半成品、产品。有论者据此认为,标的物仅限于动产系浮动抵押制度的特征之一。^① 笔者以为,浮动抵押的标的物为动产,仅是现象的描述,并非区别于其他担保类型的本质特征。就此,且不说较之“遥远”的动产质权,就连与之“紧邻”的动产抵押权,亦可说明标的物仅限于动产并非浮动抵押的独有特征。^② 最为关键的是,若将标的物仅限于动产定为浮动抵押的特征,势将与浮动抵押制度的现实构造不符。例如,英国法律中浮动抵押的标的物可以是动产,也可以是不动产。同样,美国法律中浮动抵押的财产亦不限于动产,还包括知识产权、商誉等无形财产。的确,法律制度设计立基于一定经济社会背景,民法教义亦有各自遵循的法律规范,但对某一制度特征的把握,切不可为“只言片语”所束缚,而应抓住其“最本源”的东西。^③ 个中缘由,犹如我们在界定自然人时,并不会将肤色作为其特征的道理一样明白易懂。

2. 抵押人限于特定主体非浮动抵押的特征

浮动抵押的主体范围受有限制,为域外国家或地区立法中的通常做法。譬如,英国《公司法》规定浮动抵押人须为公司(company);^④ 日本《企业担保法》规定浮动抵押人只能是股份有限公司(株式会社)。^⑤ 但从历史维度观察,浮动抵押人的范围呈现出扩大的趋势,如美国《统一商法典》第9编(担保交易)就规定,除公司外,合伙、个人等主体亦可成为浮动抵押人。是故,从浮动抵押发展趋势角度讲,浮动抵押人的主体将不断扩大甚至不受限制,抵押人限于特定主体为浮动抵押的特征,亦无从谈起。就我国浮动抵押制度而言,部分学者根据《物权法》第181条规定的浮动抵押人为“企业、个体工商户、农业生产经营者”,就冒昧地认为抵押人特定为我国浮动抵押的特征之一。^⑥

笔者认为,上述观点尚值商榷。一方面,特定主体不能为某种担保类型的义务主体,并非仅限于浮动抵押制度具备的法政策倾向。如我国《担保法》第8条规定“国家机关不得为保证人,但经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外。”不难发现,浮动抵押人的主体范围虽受有限制,但更多属于立法政策考量,而非其独有的、本质的、稳定的特点。另一方面,某种担保类型的担保人限于特定主体,亦非浮动抵押所特有,如见索即付担保。见索即付担保是指银

^① 参见崔建远《物权:规范与学说——以中国物权法的解释论为中心》(下册),清华大学出版社2011年版,第836-837页;曹士兵《中国担保制度与担保方法》,中国法制出版社2015年版,第306页;程啸《担保物权研究》,中国人民大学出版社2017年版,第428页。

^② 如动产抵押权,系指债权人对于债务人或第三人不移转占有、继续使用收益而供担保之动产,于债务不履行时,得就其价值(折价或变价的价款)优先受偿的担保物权制度。由此观之,动产抵押权的标的物亦仅限于动产。参见高圣平《担保法论》,法律出版社2009年版,第385页;李珏《动产抵押研究》,吉林大学2013年博士学位论文,第10页。

^③ 有论者从法律继受的角度指出,继受国根据本国国情对制度进行一定改造是正常的现象,但一项制度区别于其他制度的本质特征不会改变。参见钟维《民法典编纂背景下我国浮动抵押制度的释评与完善》,载《广东社会科学》2018年第4期,第233页。

^④ 英国法律中的浮动抵押只能由公司设立(在英格兰,所有公司均可设立浮动抵押;在苏格兰,仅法人公司可设立浮动抵押),但有一个例外,1928年《农业信贷法案》允许农场主设立浮动抵押。参见葛伟军《英国法律中的浮动抵押制度》,载《金融法苑》2005年第1期,第67页;彭贵《中英浮动抵押制度之比较》,载《法律适用》2008年第21期,第52页;高燕红《浮动担保制度研究》,中国人民大学2008年博士学位论文,第62页。

^⑤ 日本《企业担保法》第1条第1款规定“为担保公司发行的公司债券,股份有限公司(以下称为“公司”)的总资产可以作为一体,作为企业担保的标的。”参见日本电子政府综合窗口, https://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=333AC0000000106, 2019年10月13日访问。

^⑥ 参见董学立《浮动抵押的财产变动与效力限制》,载《法学研究》2010年第1期,第65页;梁慧星、陈华彬《物权法》,法律出版社2010年版,第335页;郭明瑞、房绍坤、张平华编著《担保法》,中国人民大学出版社2014年版,第123页;程啸《担保物权研究》,中国人民大学出版社2017年版,第428页。

行应借款人请求开立的以贷款人为受益人的书面保证,只要贷款人向开证行提出付款的书面请求,银行就应当向贷款人支付约定的金额。^① 由是观之,见索即付担保的担保人为银行,也仅及于法律限定的主体。综上,抵押人限于特定主体非浮动抵押的独有特征。

3. 抵押物的集合性非浮动抵押的特征

所谓抵押物的集合性,是指浮动抵押物并非单一财产,而系基于某一经营目的而结合的多项财产。从时间层面观察,浮动抵押人是以现有或将有的财产设定抵押;从范围层面审视,浮动抵押物的初始形态系企业全部或某类财产的集合物。^② 结合我国《物权法》第181条,浮动抵押物即为生产设备、原材料、半成品、产品的全部或某类集合。基于集合物的基本性质,个别构成物之流转、更替,不影响该集合物之质的规定性。^③ 因此,浮动抵押标的物虽为集合财产,但并不违反物权法“一物一权主义”。^④ 学者基于上述逻辑,击鼓传花式地认为抵押物的集合性为浮动抵押的特征之一。^⑤ 但现象不等于特征,特征并非现象的简单描述。就前述观点,以财团抵押举例示之,抵押物的集合性为浮动抵押特征之一的命题不攻自破。财团抵押是以企业的特定财团为抵押物的抵押。不难发现,财团抵押的标的物亦具有集合性,因此,抵押标的物的集合性既非财团抵押的特征,亦非浮动抵押的特征。

有限不能证明无限。尽管科学规律不能证明,但可以通过反驳进行检验。^⑥ 笔者在前文正是通过证伪的方法指出,标的物仅限于动产、抵押人限于特定主体、抵押物具有集合性,并非浮动抵押的实质特征。下文将利用证立的方法诠释浮动抵押的真正特征。

(二) 对浮动抵押真品性的揭示

1. 浮动抵押标的物具有浮动性

相对于固定抵押形态而言,浮动抵押标的物仅具有种类或范围上的特定性。在浮动抵押“结晶”前,浮动抵押并非固定在特定动产之上,而是存续于抵押标的物范围内的整个财产之上。^⑦ 是故,浮动抵押最本质的特征就在于抵押物的流动性。^⑧ 浮动抵押是一种如同云彩而浮动于随时归入合意确定之范围的全部财产上的担保。^⑨ 详言之,在浮动抵押存续期间,由于生产经营活动照常进行,现有的财产将来不一定仍然有(“流出”),现无的财产将来可能拥有(“流入”)。^⑩ 此外,浮动抵押的标的物在形态上亦可发生变化,且浮动抵押当事人不须办理任何变更手续而自动成为抵押的客体,如生产资本与货币资本的转化。总之,浮动抵押的标的物具有可变性与浮动性。

2. 抵押人对抵押标的物具有自由处分权

耶林有云“目的是整个法律的创造者,没有赋予法条一个目的,也就是赋予其来源一个实践的

① 参见李燕《独立担保法律制度》,中国检察出版社2004年版,第35页;王传丽主编《国际经济法》,中国政法大学出版社2012年版,第304页;都伟《国际经济法研究》,光明日报出版社2017年版,第133页。

② 参见李政辉《论浮动抵押》,载梁慧星主编《民商法论丛》第14卷,法律出版社2000年版,第692页。

③ 参见李锡鹤《物权论稿》,中国政法大学出版社2016年版,第613页。

④ 参见高圣平、孔嘉《浮动抵押权登记制度研究》,载《中国工商管理研究》2009年第3期,第60页。

⑤ 参见李政辉《论浮动抵押》,载梁慧星主编《民商法论丛》第14卷,法律出版社2000年版,第692页;徐洁《抵押权论》,法律出版社2003年版,第264页;孙鹏、王勤芳、范雪飞《担保物权法原理》,中国人民大学出版社2009年版,第231页;王燕霞《论我国浮动抵押制度的完善》,载《改革与战略》2010年第6期,第47页。

⑥ 参见钱冠连《证伪论与语言学研究——西方语言哲学系列研究(之七)》,载《现代外语》2002年第2期,第113-115页。

⑦ 参见王仰光《动产浮动抵押权制度研究》,法律出版社2012年版,第6页。

⑧ 参见李政辉《论浮动抵押》,载梁慧星主编《民商法论丛》第14卷,法律出版社2000年版,第692页;徐朝贤、卢霞《浮动抵押制度的优缺点与立法构架探讨》,载《武汉科技大学学报(社会科学版)》2003年第4期,第47页。

⑨ 参见邹海林、常敏《债权担保的方式与应用》,法律出版社1998年版,第207页。

⑩ 参见董学立《浮动抵押的财产变动与效力限制》,载《法学研究》2010年第1期,第65页。

动机,就没有法条。”^①因此,解释法律,必先了解法律所欲实现何种目的,以此为出发点,加以解释,始能得其要领。^②自然,科学界定浮动抵押的法律特征,离不开对浮动抵押立法目的的探究。分析物权法立法背景资料可以发现,浮动抵押的最大优势是在特别事由成就之前,抵押人可以在正常经营活动中占有、使用、处分其名下财产,浮动抵押权利人无权对抵押人的正常经营管理活动进行干预。

立法者正是基于该制度之优势,实现企业资金融通与生产流通并举的立法目的,从而在《物权法》中对浮动抵押予以肯认。^③由此可见,在浮动抵押存续期间,浮动抵押人为实现正常运营的经济动因而处分抵押财产,无须征得债权人同意,抵押物的受让人取得的动产亦不承受浮动抵押负担。^④因此,抵押期间转让抵押财产,《物权法》第191条并不适用于浮动抵押,债权人对抵押财产亦无追及权。^⑤究其法理,浮动抵押在固定化之前,并非指向特定的财产,此时浮动抵押属“休眠的担保”(dormant security)。^⑥相反,若在浮动抵押合同中约定债权人对抵押物有追及权并且抵押人对抵押物仅有修缮的权利,此际,虽有浮动抵押之名,无浮动抵押之实,该抵押实为固定抵押(fixed charge)。^⑦

由此可见,抵押人对抵押物的自由处分权,实为区分浮动抵押与固定抵押的最本质特征。^⑧也正因如此,债务人能够灵活地运用资产,使得财产处于流动状态,从而增加融资渠道和融资便利。当然,浮动抵押人在获得资金支持,使自己的生产经营免受不利影响的同时,还须保全债权人的债权得以实现。是故,债务人对抵押物自由处分须以经营存续为目的。

3. 特定事由的出现使浮动抵押转化为固定抵押

上文已谈及浮动抵押具有不特定性,抵押物形态变动不居,价值漂浮不定,使得浮动抵押的效力处于一种“悬浮状态”(suspended)。^⑨但债务人为债权人设定浮动抵押的目的,是为了保障债权人债权的实现,因此,在法定或约定的事由出现之际,债权人即可行使权利,将浮动抵押转化为固定抵押。因此,将浮动抵押转化为固定抵押的确定通知,乃浮动抵押权利人实现权利的必经程序,学者将这一过程称为浮动抵押的固定化或结晶。此时,浮动抵押人对抵押物不再具有自由处分的权利,即使为正常经营活动需要也不可。当然,在浮动抵押权利人通知确定后,如果该浮动抵押已登记,第三人为善意且属抵押人为正常经营活动而对抵押物进行的处分,此时浮动抵押权利人对转让物无追及权,第三人利益受到法律保护;相反,若抵押人对抵押物的处分行为虽为正常经营之需,但第三人具有主观恶意,亦不值保护。除此之外,在浮动抵押权利人通知确定后,如果该浮动抵押未

① 吴从周《概念法学、利益法学与价值法学:探索一部民法方法论的演变史》,元照出版有限公司2007年版,第140-141页。

② 参见梁慧星《民法解释学》,法律出版社2015年版,第229页。

③ 参见全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室编著《物权法立法背景与观点全集》,法律出版社2007年版,第641页。

④ 参见高圣平《担保法论》,法律出版社2009年版,第450-451页。

⑤ 笔者注意到,关于抵押期间抵押财产能否转让的问题,立法者的态度已从禁止转让转向许可转让,但修正后的法条仍将不适用于浮动抵押。参见《中华人民共和国民法典(草案)》第406条“抵押期间,抵押人可以转让抵押财产。当事人另有约定的,按照其约定。抵押财产转让的,抵押权不受影响。抵押人转让抵押财产的,应当及时通知抵押权人。抵押权人能够证明抵押财产转让可能损害抵押权的,可以请求抵押人将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有,不足部分由债务人清偿。”

⑥ 参见李莉《浮动抵押权人优先受偿范围限制规则研究》,载《西南政法大学学报》2014年第3期,第44页。

⑦ Stephen Atherton and Riz Mokai, *Charges over Chattels - Issues in the Fixed/Floating Jurisprudence*, 26 *The Company Lawyer* 10, 10-25 (2005). 转引自王仰光《动产浮动抵押权制度研究》,法律出版社2012年版,第9页。

⑧ 参见高圣平《担保法论》,法律出版社2009年版,第451页。

⑨ 参见高圣平、孔嘉《浮动抵押权登记制度研究》,载《中国工商管理研究》2009年第3期,第62页。

登记,第三人利益亦须保护,除非第三人具有主观恶意。^①

综上所述,浮动抵押的特征仅限于浮动抵押标的物具有浮动性、债务人对抵押标的物具有自由处分权、特定事由的出现使浮动抵押转化为固定抵押三方面。不难发现,浮动抵押已在一定程度上突破了物权法的“一物一权原则”与“物权特定原则”。

二、貌合神离:浮动抵押与担保物权之背离

在中国法律语境中,浮动抵押与担保物权系种属关系,是人所共知的常识,其根源在于浮动抵押与担保物权具有外观上的相似性。顾名思义,浮动抵押带有“抵押”字样,因此,立法将其归纳至担保物权似乎名正言顺。但笔者以为,这种观点的逻辑犹如将“物上保证”归入“保证”之范畴一样,多少显得有些浅俗粗暴。下文主要从浮动抵押与担保物权“神异”这一维度,证成浮动抵押并非担保物权。

(一) 浮动抵押与担保物权立法目的相错

实践证明,权利人所有之不动产、动产及权利,多系有机的配合,而在此配合之情形下,无论其使用价值或交换价值,均较其分别使用或交换时为高。^② 因此,为了最大限度获取融资并无碍企业(个人)永续经营和生产,立法者积极构建浮动抵押制度,以因应工商业、农业资金融通及动产用益之需要。要言之,根据物权法释义书,我国设立浮动抵押主要是为了解决中小企业和农民融资难问题。^③ 由此可见,我国《物权法》视域下的浮动抵押制度,主要着眼点为债务人利益,功能在于融资。但将浮动抵押置于我国《物权法》担保物权体系之中,根据当然解释的方法,浮动抵押制度的立法着眼点应为债权人利益,功能在于债的保障。不难发现,浮动抵押的法律制度与立法目的实际上发生了错位。详言之,担保物权是以确保债权的实现而设定的权利,其目的在于降低授信风险。^④ 担保物权的目性表明,具体担保类型应将债权人利益置于首位。回到《物权法》相关浮动抵押条款可以发现,该制度主要是为了解决中小企业和农民贷款难问题,进而促进经济的发展。^⑤ 综上,浮动抵押的立法目的并非与担保物权一致,立法者将其置于担保物权之下,实为“合而不一”。

(二) 浮动抵押与物权特定原则相异

作为物权法的基本原则,物权特定原则亦称物权确定性原则,是指物权仅能成立于特定的物上,即物权的标的物必须是特定的、独立的物。^⑥ 我国立法虽未明确规定物权特定原则,但根据《民法总则》第114条第2款、《物权法》第2条第3款的规定,“物权是指权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利”,其中,“特定的物”即为特定原则的体现。特定物是相对于不特定物而言的概念,是法律上已经能够和其他物有确定区分的物。^⑦ 作为贯穿法律始终的基本精神和基本理念,物权特定原则理应适用于担保物权。具体而言,担保物权是以支配特定财产的价值为内容的权利,到期未实现债权,担保物权人可基于支配效力,依自己的意思对担保物权标的物进行管领处分。因此,物权特定原则系物权

^① 此处言及的“善意”“恶意”,认定时并不关注买受人是否知道或者应当知道标的物已设有浮动抵押这一事实,而以买受人是否知道或者应当知道浮动抵押权利人以《物权法》第196条规定之情事通知确定抵押财产为据。

^② 参见郑玉波《民法物权》,黄宗乐修订,三民书局股份有限公司2011年版,第387页。

^③ 参见全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会编《中华人民共和国物权法释义》,法律出版社2007年版,第398页。

^④ 参见江平主编《物权法》,法律出版社2009年版,第272页;郭明瑞《担保法》,法律出版社2010年版,第74页;孙宪忠编著《物权法》,社会科学文献出版社2011年版,第300页。

^⑤ 参见全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会编《中华人民共和国物权法释义》,法律出版社2007年版,第398页。

^⑥ 参见[日]田山辉明《物权法》,陆庆胜译,法律出版社2001年版,第9页;[德]鲍尔·施蒂尔纳《德国物权法》(上册),张双根译,法律出版社2004年版,第65页。

^⑦ 参见孙宪忠编著《物权法》(第2版),社会科学文献出版社2011年版,第98页。

与债权的根本区别之一。^①

回到浮动抵押,在内容上以债务人现有以及将来所有的财产进行担保,正如上文所述,浮动抵押标的物具有浮动性,且抵押人对抵押物有自由处分的权利。因此,浮动抵押实与物权特定原则相悖。虽然有学者为此辩护,认为抵押物的特定性表现为抵押实现时的特定性,只要在抵押实现时,抵押物为特定即可。^②并且,持“观念—物论”的学者认为,特定的一物并非物理上的特定而系观念上的特定。^③但是,物权特定主义是指直接支配特定财产的权利,而非仅指权利实现时财产特定。试想,就一般债权而言,债权人向债务人主张债权时,债务人的责任财产难道不特定吗?更要紧的是,如果把将来的财产纳入“观念的一物”范畴,将使物权特定原则“名存实亡”,亦会使担保物权变得“苍白无力”。因此,浮动抵押与物权特定原则相异,非担保物权之属。

(三) 浮动抵押与公示公信原则相悖

与债权相比,物权需要而且能够公示,而债权一般不须或不能公示。物权公示的旨趣在于让世人知道某物有没有权利主体、主体是谁和权利状态如何。^④因此,根据公示公信原则,权利人只有履行公示行为,方能产生权利人希冀的法律效果。为实现“静态秩序,动态安全”^⑤的法律价值,物权变动须经登记或交付,否则不生物权效力,亦无对抗善意第三人之效力。质言之,欲发生物权效力,须有物权行为发生。^⑥

端视我国浮动抵押,其并无任何物权行为。根据《物权法》第180条与第188条之规定,以“生产设备、原材料、半成品、产品”抵押的,“抵押权”自抵押合同生效时设立;未经登记,不生对抗善意第三人之效。需要指出的是,此处提及的“生产设备、原材料、半成品、产品”系泛指抵押人现有的以及将有的财产,由此,浮动抵押当事人不可能在具体的抵押标的物上开展登记行为。当然,若真在某一抵押标的物上进行确定的浮动抵押登记,亦与该制度目的相异。除此之外,《物权法》第189条提及的浮动抵押登记实为对债务人就某物(或将来取得的某物)向债权人设立浮动抵押这一事实进行登记。

可以发现,浮动抵押登记的对象、内容实与担保物权中的登记发生了偏离,前者更多是对抵押人的登记,而后者是对担保物的登记。^⑦由此可知,即使对浮动抵押进行登记,亦不能使第三人知晓交易的标的物已负有“担保物权”。^⑧因此,在浮动抵押场域下,善意取得制度亦无“用武之地”。那么,如何理解《物权法》第189条第1款提及的“未经登记,不得对抗善意第三人”呢?笔者以为,此处虽非善意取得制度的效力使然,但此为浮动抵押当事人在抵押人住所地市场监督管理部门办理的登记,基于行政公信力而产生针对“非正常经营交易”行为人的对抗效力。

综上所述,浮动抵押与物权法基本原则、物权法律效力、担保物权的特点格格不入。因此,具有担保功能的权利,并非等同于担保物权。如果一项权利既不符合物权法的基本原则,亦不符合担保物权

① 参见孙宪忠编著《物权法》,社会科学文献出版社2011年版,第98页。

② 参见高圣平、孔嘉《浮动抵押权登记制度研究》,载《中国工商管理研究》2009年第3期,第58页。

③ 参见张俊浩主编《民法学原理》(上),中国政法大学出版社2000年版,第388页。

④ 参见高富平《物权法原论》,法律出版社2014年版,第218页。

⑤ 刘保玉《物权体系论——中国物权法上的物权类型设计》,人民法院出版社2004年版,第1页。

⑥ 我国虽未承认德国物权行为制度,但我国《物权法》第15条中的区分原则实为该制度的体现。

⑦ 浮动抵押所担保的债权数额并不确定,且担保标的物并不具体,担保标的物对应的价值亦不确定,实践中往往是就某类财产盖然性的“登记”填写一个将有的目标价值。然而,一般担保物权登记的具体担保标的物明晰、价值确定,浮动抵押体现的担保利益,实际上并非依赖“物”的信用,而系“人”的信用,因此,与其说浮动抵押是对担保物的登记,毋宁说是对抵押人的登记。

⑧ 坦率地讲,也正是因为如此,部分学者认为浮动抵押的担保力相当羸弱。但笔者以为,任何法律制度均有其优势与劣势,立法者应尽可能多地提供制度供给,以备市场主体选择适用。参见孙鹏、邓达江《动产动态质押的生成逻辑与立法表达——以民法典物权编动产担保立法为中心》,载《社会科学研究》2019年第5期,第91-92页。

的特征,还称其为担保物权,实有强词夺理之嫌。

三、端本正源: 浮动抵押法律效力的理论突围

在证成浮动抵押并非担保物权的同时,需要释疑的是,既然浮动抵押并非担保物权,那么,设有浮动抵押的债权,与一般债权相比又有何差异?同时,如何解释浮动抵押权利人相较于一般债权人的优先受偿权?对此,无疑需要对浮动抵押的法律效力进行检视。

(一) 对浮动抵押财产部分继受人享有对抗权

债务人责任财产为债权人债权之总担保。若债务人消极使财产流失或积极与第三人耗损财产,债权人的债权自有不获清偿之虞。故法律赋予债权人代位权与撤销权,以保全其债权之实现。^①其中,债权人撤销权是指债权人就债务人放弃债权、无偿转让财产、以明显不合理低价转让财产等危害债权实现的行为,有权请求人民法院撤销该行为的权利。^②可以想见,债权人撤销权在一定程度上可以有效阻却债务人不正当减少积极财产或增加消极财产,以保障债权得以完满实现。但为了避免过分干扰债务人的行为自由,债权人撤销权的成立在构成要件上较为严苛,如客观上须有诈害行为的存在,并导致债务人因此陷于无资力,且主观上债务人与受让人行为时明知行为之结果将有害债权人之债权清偿。^③由是,囿于举证责任的困厄,实践中单纯地仰赖债权人撤销权,事实上很难有效阻遏债务人责任财产非正常减少情事的发生。相反,除受“买受人保护规则”^④对抗外,对浮动抵押权利人并不需要满足严苛的构成要件而达至债权人撤销权之法效,即浮动抵押权利人对浮动抵押财产部分继受人享有对抗权,债务人处分浮动抵押财产并不会对债权人债权之清偿造成实质影响。

申言之,浮动抵押虽未限制债务人对浮动抵押财产的处分行为,但其自由处分以“正常经营活动”为限,因此,当出现债务人放弃浮动抵押财产合同价款、无偿转让浮动抵押财产、以明显不合理低价转让浮动抵押财产等情事时,浮动抵押财产继受人并不能对抗浮动抵押权利人就该财产主张优先受偿权。与债权人撤销权相较,浮动抵押权利人并不需要举证证明债务人之处分行为客观上诈害债权并致债务人陷于无资力,同时无须证明债务人与受让人行为时主观上具有恶意,此外,浮动抵押权利人对浮动抵押财产继受人,无须通过诉讼请求人民法院撤销,而系当然享有对抗效力。不仅如此,即便债务人处分浮动抵押财产乃“正常经营活动”范畴,若继受人未支付合理价款或未取得(通过交付)浮动抵押财产,在浮动抵押“结晶”时,浮动抵押权利人仍可对抗继受人,而就浮动抵押财产优先受偿。由此可见,浮动抵押制度相较于债权人撤销权制度,不仅在行权成本方面更为经济,而且在保护强度方面更有益于债权人债权之清偿。如此,在已有保证制度存续的法律体系下,即便证成浮动抵押非担保物权之属,债权人对浮动抵押财产部分继受人享有的对抗权,亦足以证明浮动抵押独具的优势。

(二) 对债务人之浮动抵押财产享有优先受偿权

诚如笔者业已表明的观点,非因债务人正常经营交易行为而继受浮动抵押财产之继受人,受浮动抵押权利人之对抗。此际,债权人有权就浮动抵押财产优先受偿。但需要增信释疑的是,既然浮动抵押并非担保物权,为何浮动抵押权利人对债务人之浮动抵押财产享有优先受偿权?笔者认为,浮动抵押优先受偿效力之法理根据有二:一方面,优先受偿效力并非担保物权独具之法效。诚然,担保物权具

① 参见林诚二《债法总论新解——体系化解说》(下册),瑞兴图书股份有限公司2019年版,第189页。

② 参见江平主编《中华人民共和国合同法精解》,中国政法大学出版社1999年版,第62-63页。

③ 参见韩世远《合同法总论》,法律出版社2018年版,第460-469页。

④ 根据《物权法》第189条之规定,浮动抵押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。有论者据该条之文义,命其为“买受人保护规则”。参见董学立《论“正常经营活动中”的买受人规则》,载《法学论坛》2010年第4期,第88页。

有优先受偿效力,但该效力并非担保物权区别于其他民事权利之核心标准,如在破产清算程序中,破产费用并非具有担保物权之债权,然而根据《破产法》第113条之规定,其与公益债务一道居于第一清偿顺位。另一方面,法律赋予某项权利优先效力并非完全基于法律逻辑,某些时候乃出于立法政策考量。检讨现行法中的优先权制度,如《公司法》第71条规定的有限公司股东优先购买权、《合同法》第230条规定的承租人优先购买权以及《合同法》第286条规定的建设工程价款优先权,均非物权,但法律仍赋予相应的优先权效力,莫不因为制度背后承载的特别立法政策。申言之,股东优先购买权主要是对有限公司人合性的考量,承租人优先购买权在于稳定既已建立的社会生活秩序,建设工程价款优先权着重对劳动者生存利益的保护。同样,浮动抵押的优先受偿效力,也是出于特别立法政策考量之结果。

如前文所陈,浮动抵押是为了实现资金融通与生产流通并举之目的,从而解决中小企业和农民融资难、融资贵之现实问题。赋予浮动抵押权利人优先受偿权,正是考量这一立法政策之结果。基于一般法理,利益的法律表达方式并非仅限于权利路径。从表面来看,是对债务人苛以更重的法律义务,实则是从义务层面进一步赋予中小企业和农民更多权益,以促成其进一步发展。试想,如果债权人不能就浮动抵押财产优先受偿,资金又怎会流向中小企业和农民手中,资金融通与生产流通并举之目的又如何实现?

此外,需要廓清浮动抵押与抵押权、质权等担保物权发生冲突时的清偿顺位问题。根据《物权法》第189条第1款之规定,未登记之浮动抵押权利人仅能在第三人具有恶意时,就浮动抵押财产享有优先受偿权。此时,浮动抵押权利人的受偿顺位滞后于抵押权、质权等担保物权。问题的关键在于,经登记的浮动抵押与抵押权、质权等担保物权发生冲突时,何者优先受到清偿?对此,根据“举重以明轻”的当然解释原理,即便浮动抵押已经登记,尚不可对抗正常经营活动中的第三人,那么因正常经营活动而创设的抵押权、质权等担保物权,效力上显然优先于浮动抵押权利,设定时间在此不问。与之相伴,非因正常经营活动而在浮动抵押期间创设的抵押权、质权等担保物权,同样根据“举重以明轻”的当然解释原理,非因正常经营活动而继受浮动抵押财产的继受人尚且受到浮动抵押权利人的对抗,非因正常经营活动而在浮动抵押期间创设的抵押权、质权等担保物权当然滞后于浮动抵押权。

综上所述,浮动抵押虽非担保物权,并不代表浮动抵押之于债权人与一般债权无异。同时,肯认浮动抵押的优先受偿权,并非担保物权的法律效力使然,而系解决中小企业和农民融资难、融资贵之现实难题的立法政策考量。因此,浮动抵押并非担保物权,相对合理的方案是将其“驱逐”出担保物权体系。

四、弃旧图新:浮动抵押逸出担保物权体系的立法思路

诚然,浮动抵押既不符合担保物权的特征,亦有违物权法的基本原则,其并非担保物权。但是,在浮动抵押隶属担保物权体系已经成为我国既有“立法惯例”的现实境遇下,欲进一步证成“浮动抵押应逸出担保物权体系”,还需要明示浮动抵押置于担保物权体系的弊病,并指明浮动抵押在即将颁行的民法典中的体系安排。

(一) 将浮动抵押置于担保物权章节有悖民法典形式理性

法律有实质以及形体两种元素。法律实质虽善良,但其形体若不完美,则犹如“多病的才子”。^①上文既已证成浮动抵押非担保物权,则在立法中将浮动抵押置于担保物权章节,必然欠缺合理性。笔者以为,“法治是治国之重器,良法是善治之前提”,欲实现国家治理体系和治理能力现代化,可靠保障

^① 参见[日]穗积陈重《法典论》,李求铎译,商务印书馆2014年版,第5页。

是走良法善治之路。然而,要实现这一形态的法治,首要前提是构建形式科学、结构严谨、内部和谐的良法。具体而言,对待我国民法典编纂,立法者应做到科学立法,遵循提取“公因式”的立法体例,构建符合形式逻辑理性的私法规则体系。正如德国学者维亚克尔所言,“法典化并非汇集、汇编、改进或重整现有的法律,而是在于通过新的体系化的和创造性的法律来构建一个更好的社会。”^①概言之,每种法律必然属于一种法律体系。^②体系是民法典的生命,缺乏体系性与逻辑性的“民法典”,只能被称为“民事法律的汇编”,而不能被称为民法典。^③反观浮动抵押,若在明知其并非担保物权的情况下,仍将其嵌入担保物权体系,实为张冠李戴。在立法体例上,将破坏潘德克顿体系的逻辑严密性;在立法原则上,将与我国科学立法原则相抵牾;在实施效果上,将给人们传递一个错误信息,即浮动抵押为担保物权。^④因此,浮动抵押逸出担保物权体系,既具备合理性亦合乎必要性。

(二) 浮动抵押宜嵌入合同编

浮动抵押逸出担保物权之列,又将何去何从?笔者以为,在民法典分编未独立设置担保编的背景下,^⑤将浮动抵押纳入民法典合同编,具有相对合理性。

首先,将浮动抵押置于合同编合乎法律逻辑。债具有动态性,债之担保乃债的关系重要一环。浮动抵押与债权具有天然的联系,担保债权实现系其制度功能之一。需要究问的是,肯认浮动抵押债之担保功能,是否意味着浮动抵押乃人的担保或物的担保?的确,人的担保与物的担保乃债之担保的一对范畴,但债之担保有广义与狭义之分。其中,广义上的债之担保并不局限于人的担保与物的担保,还包括债的保全、信用证、并存的债务承担等。^⑥由此可见,债之担保类型具有开放性,言明浮动抵押债之担保功能,并非一定要将其与人的担保抑或物的担保相映射。事实上,浮动抵押既非指以第三人信用以及全部财产作为债权实现的人的担保,又非指在特定财产上依法设定的物的担保,而是与人的担保、物的担保并列的、独立的担保类型。一方面,与预告登记制度阻却创设新的物权类似,浮动抵押具有阻却债务人基于非正常经营过程而处分浮动抵押财产之功能,从而确保债务人部分责任财产免于非正常减少之危险。另一方面,与建设工程价款优先权的建构逻辑类似,债权人就浮动抵押财产优先受偿的法理根据并非担保物权法效之当然结果,而系基于特别立法政策(引导资金流向中小企业和农民手中)之法律照顾。

其次,将浮动抵押置于合同编合乎科学立法精神。从承租人优先购买权以及建设工程价款优先权等特别优先权制度可以看出,合同编规定优先权已非新创。在某种程度上,将具有优先权的浮动抵押置于合同编,合乎立法先例。况且,浮动抵押涉及的第三人多为债务人之交易相对人,将浮动抵押置于合同编更能兼顾债之相关制度,由此可以有效避免法律体系的逻辑紊乱。^⑦

最后,将浮动抵押置于合同编更有助于司法适用。一个具体案件发生,法律人根据专业知识,第一步就是辨明请求权的基础或可罚性的基础。^⑧一方面,将浮动抵押置于合同编,对于法官将往往涉及大量债之交易关系的案件事实与相关法律规范准确涵射(subsumption)更有助益。另一方面,将浮动抵

① 转引自王利明《民法典体系研究》,中国人民大学出版社2012年版,第1页。

② 参见[英]约瑟夫·拉兹《法律体系的概念》,吴玉章译,中国法制出版社2003年版,第2页。

③ 参见王利明《民法典体系研究》,中国人民大学出版社2012年版,第12页。

④ 参见周旺生《立法学》,法律出版社2004年版,第84-85页;李林主编《依法治国与法律体系形成》,中国法制出版社2010年版,第30页。

⑤ 根据2019年12月28日在人大网公布并征求社会公众意见的《中华人民共和国民法典(草案)》,民法典分则由物权编、合同编、人格权编、婚姻家庭编、继承编、侵权责任编共六编组成。

⑥ 参见王利明《债法总则研究》,中国人民大学出版社2018年版,第650页。

⑦ 参见孟勤国、冯桂《论担保权的性质及其在民法典中的地位》,载《甘肃社会科学》2004年第5期,第133页。

⑧ 参见刘幸义《法学概念与体系结构:法学方法论文集》,翰芦图书有限公司2015年版,第150页。

押置于合同编在立法指向上更为明确,使民众能够更为清晰地认识到浮动抵押并非担保物权。因此,将浮动抵押置于合同编具有正当性。

那么,浮动抵押应具体规定在合同编之何处呢?笔者以为,债之担保乃债的关系中重要一环,为丰润债权制度的体系性与逻辑性,民法典合同编宜在第一分编(通则)第四章(合同的履行)之后增设一章(合同的担保):一方面,可以很好地为浮动抵押找到安身之处,将浮动抵押规定在“合同的担保”章节之下;另一方面,可以为新型担保腾出一定的规范与解释空间。综上所述,将浮动抵押纳入民法典合同编,有着逻辑上的合理性、立法上的科学性和适用上的便利性。

(三) 浮动抵押宜更名为浮动担保

上文已经证成浮动抵押宜嵌入民法典合同编,然浮动抵押基于其“抵押”字样,将其一成不变地嵌入债权体系,又显得有些不伦不类。因此,为避免滋生“合同编规定抵押”之虞,笔者建议将浮动抵押更名为浮动担保,以避免给人们产生错误导向。就浮动式财团抵押究竟称为浮动抵押抑或浮动担保,在该制度制定之初就存有争议。一种观点认为,英国的 floating charge 制度既可译成浮动抵押,又可分为企业担保、浮动担保、浮动债务负担或浮动财产负担。^①第二种观点认为, floating charge 制度宜译为浮动担保、流动担保或企业浮动资产担保权,持该观点的主要为我国台湾地区部分学者,从我国台湾地区“企业担保法(草案)”第3条第4项即可窥见一斑。^②第三种观点即通说认为, floating charge 制度系抵押的属概念,而担保乃抵押的种概念,基于种属关系,称之为浮动抵押更显科学。^③

从词源角度出发,高圣平教授认为,英国法中“charge”一词与大陆法系的抵押(权)相似,意指既不移转担保物的占有,又不转移担保物所有权的物上担保,故将之称为“抵押”最佳。^④查法律词典,“charge”并无“抵押”之意,与之意思相近的表述为“担保、负担”;再查“floating charge”,其译文为“浮动担保”。^⑤此外,考察比较法资料, floating charge 制度在英国法中有另外两种用法: floating security、floating mortgage,只是以 floating charge 最为常见,^⑥美国法以 floating lien 称之。^⑦不难发现, floating security、floating mortgage、floating lien 的用法更能印证 floating charge 被称为“浮动担保”的准确性。因此,正如美国翻译学家尤金·A·奈达所言,“翻译即译义”,根据翻译的忠实严谨原则, floating charge 制度在我国宜称为浮动担保。至于第三种观点即译作浮动担保会破坏概念的种属关系,笔者以为该理由不足以支撑其结论。类似地,公司分为有限责任公司与股份有限公司,称谓上未避讳“公司”字样,但从来都没有人认为这种称谓会破坏公司分类上的种属关系。总括上述,将浮动抵押纳入合同编时应将“浮动抵押”更名为“浮动担保”。

① 参见陈伦伦《浮动抵押在造船抵押融资中的适用》,载《上海海事大学学报》2009年第1期,第90页;高圣平《担保法论》,法律出版社2009年版,第443页;程啸《担保物权研究》,中国人民大学出版社2017年版,第427页。

② 目力所及,持该观点的有史尚宽教授、郑玉波教授、黄宗乐教授、陈荣隆教授、谢哲胜教授、谢在全教授、邱俊哲律师。参见邱俊哲:《特殊抵押权之研究》,中兴大学1977年硕士学位论文,第77页;史尚宽《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第331页;陈荣隆《两岸担保物权法之比较》,载《进入二十一世纪的两岸民法——孙森森教授七十华诞祝寿论文集》,元照出版有限公司2004年版,第516页;郑玉波《民法物权》,黄宗乐修订,三民书局股份有限公司2012年版,第389页;谢哲胜《民法物权》,三民书局股份有限公司2012年版,第415页;谢在全《台湾地区“企业资产担保法”草案刍议》,载董学立主编《担保法理论与实践》第2辑,中国法制出版社2016年版,第20页。

③ 参见李政辉《论浮动抵押》,载梁慧星主编《民商法论丛》第14卷,法律出版社2000年版,第688页;徐朝贤、卢霞《浮动抵押制度的优缺点与立法构架探讨》,载《武汉科技大学学报(社会科学版)》2003年第4期,第47页;徐洁《抵押权论》,法律出版社2003年版,第261页;王利明主编《中国民法典学者建议稿及立法理由·物权编》,法律出版社2005年版,第449页。

④ 参见高圣平《物权法担保物权编》,中国人民大学出版社2007年版,第317页。

⑤ 参见薛波主编《元照英美法词典》,法律出版社2003年版,第215页、第516页。

⑥ 参见鲍为民《Floating Charge——浮动抵押》,载《河北法学》2004年第11期,第41页。

⑦ 参见辛丝雨《美国动产担保交易制度与判例》,法律出版社2015年版,第7页。

五、结语

一种制度如果不受到批判,就无法得到改进;任何东西如果永远不去找出毛病,那就永远无法改正。^①特征是一事物区别于他事物的独有特性,浮动抵押的特征体现为浮动抵押标的物具有浮动性、债务人对抵押标的物具有自由处分权、特定事由的出现使浮动抵押转化为固定抵押。由是观之,浮动抵押与物权特定相异,与担保物权立法目的相错,且浮动抵押制度缺乏物权公示行为。概言之,浮动抵押并非担保物权。在浮动抵押未登记时,浮动抵押与一般债权无异,仅能对抗恶意第三人;在浮动抵押已登记时,浮动抵押权利人除可对抗恶意第三人外,基于制度存续价值与特定的立法政策,还可以对抗非正常经营活动情形下的善意第三人。因此,浮动抵押宜逸出担保物权体系。至于浮动抵押何去何从,相对合理的方案是将浮动抵押更名为浮动担保,使之嵌入合同编,具体规定于未来民法典合同编下“合同的担保”章节。这一方案,可彰显民法典的体系性与逻辑性。■

The Theoretical Proof of Excluding the Floating Charge from the System of the Security Interest

HOU Guo-yue

(Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, China)

Abstract: Not all rights with the function of security belong to the security interest. A right does not belong to the security interest in the event that it does not conform to the characteristics of the security interest and violates the basic principles of the Property Law. Comparing the characteristics of the floating charge with the security interest, it is obvious that although the former has the security function, it does not belong to the security interest. In the context of the codification of the Civil Code, it is advisable to exclude the floating charge from the system of the security interest. Under the condition of researching information of the comparative law, combining with the etymology and semantics of “charge”, and abiding by the principle of faithfulness and rigor in language translation, it is favorable to translate “floating charge” as “浮动担保” rather than “浮动抵押”. As for the floating charge, the relatively reasonable program is to absorb it in the field of the Contract Law, and to provide it in the chapter of “Guarantee of Contract” under the contract part of the Civil Code, so as to demonstrate the Civil Code being systematical and logical.

Key Words: floating charge; security interest; the system of the civil code; the priority

本文责任编辑:邵海

^① 〔日〕边沁《政府片论》,载法学教材编辑部西方法律思想史编写组编《西方法律思想史资料选编》,北京大学出版社1983年版,第480页。