

论浮动抵押财产确定制度

李 莉

内容提要:浮动抵押是在流动资产上设定的、为企业营运资本提供的担保。这决定了原始浮动抵押财产的典型形态是存货和应收账款,体现的浮动性也是抵押人经营中财产性质决定的浮动。在浮动抵押已登记的前提下,制度构建的重点应是追踪、识别和控制抵押财产的等价物。《民法典》中构建的浮动抵押财产确定制度,由于未把握住浮动抵押的上述本质,反而带来浮动抵押财产范围不当缩小和扩大的问题,也引起了浮动抵押财产确定是否影响浮动抵押权优先受偿时间的疑问。可行的路径是,正视《民法典》第396条当属结晶制度。在登记对抗主义的前提下,应仅从认定物权属性的层面解释《民法典》中浮动抵押财产确定制度,并效仿《美国统一商法典》第九编,在司法解释中扩大、巩固收益理念。通过收益的可识别性、已公示性延续、确定浮动抵押财产范围,以暂时公示结合长久公示,配合原始担保物与收益法律效力的关联性,确定收益上的优先受偿时间。收益制度可以与抵押权追及力、浮动抵押财产、质物类型划分思路兼容,促进动产抵押法制体系进一步成熟。

关键词:浮动抵押财产确定 收益 财产范围 优先受偿 确定性

李莉,北京科技大学文法学院讲师。

我国《民法典》第396条后段“债权人有权就抵押财产确定时的动产优先受偿”的规定,改变了此前《物权法》第181条用“实现抵押权时”限定“动产”的做法,化解了第181条带来的对该法第196条上确定浮动抵押财产是否为结晶制度的认识分歧,构建了明确的浮动抵押财产确定制度(下称“浮动抵押财产确定”)。通说认为,浮动抵押财产确定可以使浮动抵押转变为固定抵押。^[1]按常理,经过具有中介和桥梁作用的浮动抵押财产确定的疏导,浮动抵押已具备抵押权的效力确定性、财产转让后的追及力以及财产毁损后的物上代位性等相对完整的权能图谱,制度的功能已然实现,但实则不然。《民法典》中的

[1] 参见高圣平著:《担保法论》,法律出版社2009年版,第459页;曹士兵著:《中国担保制度与担保方法——根据物权法修订》(第四版),中国法制出版社2017年版,第309页;程啸著:《担保物权研究》,中国人民大学出版社2017年版,第435页。

浮动抵押财产确定不仅未回答抵押权类型转变前后的财产在范围上如何衔接的问题,也未回应抵押权类型转变对优先受偿效力开始时间有何影响的问题。有鉴于此,重新检视浮动抵押财产确定制度实有必要。本文拟从浮动抵押财产确定引发的问题出发,分析问题的成因,提出发挥制度功能的应然路径和具体建议,以求教于同仁。

一 浮动抵押财产确定后的可受偿财产范围失当

(一) 浮动抵押财产确定引起的财产范围问题

依照《民法典》第 396 条,浮动抵押优先受偿效力及于抵押财产确定时的动产;同时,该条规定浮动抵押设定时包括“现有及将有”的动产。那么,确定后的财产就仅包括现有的动产。这会导致浮动抵押财产确定时可受偿财产范围的失当。

1. 抵押财产范围不当缩小

从抵押权设定到浮动抵押财产确定,抵押财产类型不断变化,形态无法固定。即便浮动抵押设定时抵押物为单一类型,在财产确定时,流转后的抵押物也可能处于企业经营中的订货生产或加工销售等不同环节而表现为不同形态。例如,炼钢厂在 304 钢材上设定浮动抵押,在抵押财产确定时,304 钢材可能转变成购买的新矿石、未炼成钢的铁、已造好的 304 钢材以及为扩充生产线而购的车床,也可能是应收账款。

依照《民法典》第 396 条,作为原材料的新矿石、作为半成品的铁、作为产品的 304 钢材以及作为生产设备的车床均属抵押财产。而依照《应收账款质押登记办法》第 2 条,应收账款是付款请求权,不是动产,因此并非抵押财产。浮动抵押权人要保障自己的权益,就需要要求抵押人确保待财产确定时,抵押人的财产均为动产,不含应收账款。然而,商主体的正常经营活动具有共时性而非历时性,流通中的同一财产不会由于《民法典》第 411 条规定了四种固定时点的事由,而在某个时点都转变为抵押人特定的动产。如果采取相应措施保证此时抵押财产都为动产,有违抵押人的经营规律,并可能导致如下后果。

第一,已确定的抵押财产交换价值低。确定后的抵押财产中,除能直接抵债的现金货币外,其余财产均需出售。原材料、半成品是正常经营活动中的经营资产,一般不具有直接销售的用途,通常只有在抵押人破产、解散时,才会考虑售出。受限于此类财产可能的专用性强、有质保期限、市场淘汰率等因素,在出售时,其售价与正常经营过程中的同类型财产相比存在折扣率,其交换价值往往较低。而产品本属于高流动性财产,直到抵押权需要实现还存放在库房,原因很有可能是其没有销售市场。这都意味着,浮动抵押权人通过出售已固定抵押财产来实现抵押权的愿望,很可能由于抵押财产滞销、无法变现而落空。

第二,在浮动抵押权存续期间,经销商类的抵押人无法正常营业。例如,车辆^[2]手机^[3]的经销商若在其货物上设定浮动抵押,由于在这些行业中分期付款的信用交易方式十分常见,待浮动抵押财产确定时,抵押人拥有的大都是余款请求权。如果浮动抵押权人要确保抵押实现时有确定的动产,就要禁止抵押人从事分期付款买卖。而这种买卖属

[2] 参见方龙华、丁良喜:《汽车所有权保留买卖中的几个法律问题》,《人民司法》1998 年第 10 期,第 35 页。

[3] 参见卢岳、赵明阳:《手机分期付款真划算?》,《消费日报》2015 年 5 月 8 日第 A03 版。

于经销商最常态的交易方式、最便捷的盈利手段,被禁止就意味着抵押人很难正常营业,也就没有收入;相应地,被担保贷款难以获偿,抵押人借贷也就丧失意义。

实际上,在浮动抵押财产确定时,正常经营的抵押人的财产既包括动产,还应包括应收账款。法律排除了以无体物形式存在的财产,意味着对抵押财产的交换价值作了缩减,对应的抵押财产范围势必变窄,而《民法典》对如此处理的法理依据未置明文。

2. 抵押财产范围不当扩大

依照《民法典》第396条,浮动抵押财产确定时,抵押人的所有动产都是抵押财产。现金属于特殊动产,^[4]抵押人在财产确定时拥有的现金应属抵押财产。例如,汽车零售业往往采取销售和服务一体的经销方式,即通常意义上的4S店。汽车经销商的营业范围包括出售汽车、提供汽车售后服务两大类,营业收入包括出售汽车和提供服务所得。假设某汽车经销商在汽车商品上设立浮动抵押,待浮动抵押财产确定时,经销商所拥有的汽车和现金,均属于抵押财产。

问题是,浮动抵押的法律定位是担保物权,是用物的特定价值充当对债权的担保。^[5]而动产抵押登记书或抵押物清单里记载的汽车不管历经几次流转、转变为何种形态,都不可能主动为车主提供服务,经销商提供服务所得的现金不可能体现抵押财产的特定价值。若把此类财产纳入抵押财产,则浮动抵押财产确定时的财产范围比设定时的宽泛,《民法典》对如此处理的法理依据亦未置明文。

(二) 上述问题的成因

通说强调浮动抵押财产具有两个特征:第一,在全部或部分动产上设定;第二,包括现有和将有的财产。而对于“全部”和“将有”这两个端居于浮动抵押财产特性之首的法律名词,目前学界并未结合其起源去探究语词含义,引起了理解上的机械、泛化,反而加深了对浮动抵押财产确定的徒劳依赖。

第一,使用“全部”这一表述,是为了传递抵押贷款时,抵押财产是流动资产的真谛。在创设浮动抵押概念时,英国法用“全部财产”(all assets)来界定浮动抵押财产范围。而全部财产又具有如下特征:“其与一类财产有关,这类财产在公司正常经营过程中不断变化。”^[6]英国法中没有用“部分”一词形容浮动抵押财产的做法。学界运用“部分”来形容浮动抵押财产,根源在于从财产范围的视角观察“全部”,认为“部分”是意定的、另一种情形的财产范围。

公司正常经营过程中,不断变化的动产就是存货(inventory)和账户收款(account receivable)。首先,设备用以维持正常经营,如果不更新换代,不用流转。一年以上、重复使用的设备被认定为固定资产,故正常经营中的企业用已购设备贷款实属鲜见。其次,存货和账户收款是周期性消耗、需要补充的资产。^[7]尤其是存货,在企业库房停留时间非常

[4] 参见其木提:《货币所有权归属及其流转规则——对“占有即所有”原则的质疑》,《法学》2009年第11期,第59页。

[5] 参见[日]我妻荣著:《新订担保物权法》,申政武、封涛、郑芙蓉译,中国法制出版社2008年版,第3页。

[6] See *In Re Yorkshire Woolcombers Association, Limited* [1903] 2 Ch. 284.

[7] See William D. Warren, Steven D. Walt, *Secured Transactions in Personal Property* (ninth edition), Foundation Press, 2013, p. 32.

短,被定性为流动资产。要创设能适应存货和账户收款的抵押制度,就要使抵押权人具有类似于接受固定资产抵押时其对抵押财产的可把握度,“全部的”就是塑造、固化流动资产抵押时的可控性。可见,“全部”的表述应始终基于存货、账户收款的场域。

第二,使用“将有的”表述,最初是为了宣讲、强化浮动抵押人对将有财产虽无所有权,却不影响抵押权成立的规则。在英国普通法上,权利人在将有财产上没有所有权,故不能提前转让将有财产,^[8]这是抵押人无权自由处分抵押物的原理。而英国衡平法打破了上述规则,允许“将有财产”(future property)成为抵押物,意味着抵押人可以自由处分抵押物,所以在浮动抵押定义中一再重申将有财产。

之后,“现有的”和“将有的”(present and future)常搭配使用,这是因为根据经营规律,现有的存货会变成将来的账户收款,而现有的账户收款又会用作经营,变成将来的存货。二者组合以描述存货和账户收款这两种相伴而生、密不可分的流动资产的流动属性。脱离将有财产使用的法律话语的时代和体系,并由于“现有”、“将有”这两个表征时间的词语有相对确定的含义,而一味地把它们视作区分浮动抵押与固定抵押的可靠标准,导致了《民法典》第396条中的时间确定、可受偿财产范围就可以确定的错误逻辑。

总之,在探求浮动抵押财产与物权特定性的匹配度中,孤立地理解、过度地强调“全部”“部分”“现有”“将有”等词语的表面含义,产生了浮动抵押财产漫无边际与抵押财产需特定要求之间的虚幻矛盾,学界自然期冀有一项能促使浮动抵押财产满足特定性的制度。而对于“固定”“特定”等带有“定”字的词语或许无意识的偏爱,使浮动抵押财产确定有了依存的温床。这固然能令财产范围相对明确,却牺牲了交易的连贯性,忽视了在真正的商事实践中,抵押财产能及时售出,是互惠双赢的基本事实,也在一定程度上偏离了抵押权人掌握抵押财产交换价值的初衷。

二 浮动抵押财产的确定干扰优先受偿效力的开始时间

(一)浮动抵押财产确定干扰优先受偿效力开始时间的表现

在判断浮动抵押优先受偿效力开始时间时,学界对其是否受抵押财产确定的影响未有共识,存在正反两种观点。

1. 结晶决定论及其不足

结晶决定论认为浮动抵押在财产确定前不具有优先效力,^[9]浮动抵押优先受偿效力始于抵押财产确定之时。这种论点囿于对英国结晶制度理解不足,结论欠缺说服力。

其一,未注意到英国法中结晶对决定优先顺位仅有间接作用。英国法中的浮动抵押优先顺位规则大致是:固定抵押(含浮动抵押设立后再设立的固定抵押)优先于浮动抵押;固定抵押优先于法定优先权(例如拖欠的员工工资);浮动抵押劣后于法定优先权。^[10]

[8] See G. F. Curtis, *The Theory of The Floating Charge*, 4 *The University of Toronto Law Journal* (1941), pp. 133-134.

[9] 参见李敏:《论我国浮动担保制度的系统性完善——以适用时况为切入点》,《法学》2020年第1期,第65-66页;曹士兵著:《中国担保制度与担保方法——根据物权法修订》(第四版),中国法制出版社2017年版,第309页。

[10] See M. G. Bridge, *Security Interests in Personal Property*, Oxford University Press, 2002, p. 290.

可见,结晶把浮动抵押区隔开并转变成固定抵押;抵押权性质明确后,再按抵押权类型适用优先顺位规则。因此,结晶对优先顺位可产生间接影响。

其二,未注意到英国法中结晶与登记效力没有冲突、无需调和的事实。英国法中的登记并非公示权利、促使权利取得对抗效力意义上的登记。在英国,只有公司才能设定浮动抵押,^[11]且是在发行公司债时,与债券信托契约(Debenture trust deeds)相伴而生,^[12]是在办理的公司债券登记中涵盖了浮动抵押。尽管英国公司法在之后要求浮动抵押必须登记,^[13]却也同时规定发行公司债券时,公司无需保存债券持有人的登记簿。

英国的浮动抵押是在公司登记机关和公司分别进行登记,^[14]登记是为了履行信息披露义务,效力是备案查阅。至于在客观上产生的公示浮动抵押的效果,对浮动抵押优先顺位并没有实际效力。我国《民法典》第414条、《物权法》第199条均规定,抵押权已经登记的,按照登记的时间先后确定清偿顺序,抵押权已经登记的先于未登记的受偿,说明登记时间决定优先顺位。如果认为浮动抵押财产的确定决定优先顺位,说明同一部法律中有两个决定优先顺位的元素,而这两个元素中的时间互斥性势必会引起两项制度的角逐,使浮动抵押优先顺位的开始时间含混不清。

2. 登记决定论及其不足

登记决定论认为浮动抵押优先受偿的效力始于完成登记。^[15]抵押财产确定时间晚于登记时间,自然不影响优先受偿效力的开始时间。这种解释方法基于美国式浮动担保,但论据有瑕疵。

其一,忽视了结晶与浮动抵押财产确定是一个事物。^[16]结晶源于英语“crystallization”,出现在衡平法中的浮动抵押案件。19世纪时衡平法官认为浮动抵押(floating charge)这种简称指抵押人可以在未来特定事由发生之前(如抵押人违约、公司清算等),自由处分抵押财产的一系列权限,^[17]包括抵押人自由处分抵押财产和自由处分权丧失的事由两个因素。以特定事由为转折点和管道,浮动抵押被疏导到固定抵押的框架内来处理优先顺位关系。在1904年 *Illingworth v. Houldsworth* 案中,法官把结晶定义为:浮动抵押处于动态和变动的状态,需要采取一些行动或者发生一些事由,使浮动抵押固定到抵押财产上。^[18]可见,结晶一直都是使浮动抵押变为固定抵押的特定事由的代名词,与浮动抵押财产确定是一个事物。

其二,忽视了美国法中没有结晶制度。有论者认为,在《美国统一商法典》第九编的

[11] See L. C. B. Gower, *Some Contrasts Between British and American Corporation Law*, 69 *Harvard Law Review* (1956), p. 1397.

[12] 参见习龙生:《公司债券受托管理制度的国际比较及立法建议》,《证券市场导报》2005年第2期,第4-5页。

[13] See Peter F. Coogan, John Bok, *The Impact of Article 9 of the Uniform Commercial Code on the Corporate Indenture*, 69 *Yale Law Journal* (1959), p. 255.

[14] 参见彭贵:《中英浮动抵押制度之比较》,《法律适用》2008年第1、2期,第54页。

[15] 参见王洪亮:《动产抵押登记效力规则的独立性解析》,《法学》2009年第11期,第97页。

[16] 参见龙俊:《动产抵押对抗规则研究》,《法学家》2016年第3期,第46页。

[17] See John Armour, *The Chequered History of the Floating Charge*, 13 *Griffith Law Review* (2004), p. 28.

[18] See *Illingworth v. Houldsworth and Another* [1904] A. C. 355.

浮动担保规则中，“结晶”仅作为担保权实现的要件。^[19] 实际上，该第九编并没有规定结晶制度。2019 年之前的第九编^[20] 在第 9-106 条有关账户和一般无形财产的官方评论中两次使用了“crystallize”一词，含义却并非财产固定事由，而是能够促使已履约方的付款请求权实现的一系列“附属权利”（ancillary rights）。2019 年之后的第九编则不再使用“crystallize”这个词语。所以，美国法中只有登记，没有结晶，不存在浮动担保财产确定与登记制度效力协调的问题。

我国实践中已出现二审法院纠正了一审判决中浮动抵押财产确定决定优先受偿时间的做法，认为浮动抵押优先受偿效力始于登记时间。^[21] 2019 年 11 月发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》第 64 点也明确，登记在先的浮动抵押优先于登记在后的动产抵押。可见，司法界似有推广登记决定论的决心。问题是，采纳登记决定论意味着，在财产尚不确定的情况下，浮动抵押依靠登记已获得对抗效力。而财产的不确定，说明此种对抗效力对应的可信赖程度要低于固定抵押中登记效力的可信赖程度；信赖程度弱，说明浮动抵押登记要比固定抵押登记的对抗效力弱。而我国法中并未对登记对抗的效力程度作出区分，登记决定论带来的差异化效力的结论，有违我国登记对抗制度的原理。

（二）浮动抵押财产确定干扰优先受偿效力开始时间的成因

1. 实务、学说借鉴源自英国而立法借鉴来源复合

据现有可考文献，中国首例浮动抵押贷款发端于 1985 年深圳特区沙角电厂 B 厂项目融资。^[22] 由于内地对资金有现实需要，该项目自始就接受了香港的浮动抵押。而我国香港的浮动抵押植根、延续了英国浮动抵押，^[23] 这使得在《物权法》颁布前，学界的相关研究主要是以国际项目融资为背景，以英国制度为比较对象。这都表明最初我国卷入了英国的浮动抵押模式，在融资互动中也不自觉地以英国的浮动抵押为底色。即便《物权法》颁布前，国内出现了浮动抵押融资，也仅呈现为融资成功的典范，^[24] 未出现鲜活的冲突促进学界研究视角的拓展。因此，我国浮动抵押的实践及学说保持了英国浮动抵押的基调。《物权法》第 196 条、《民法典》第 411 条均规定了可导致浮动抵押财产由不固定变为固定的浮动抵押财产的确定，这就是发端于英国的结晶制度。

2007 年，浮动抵押入法，其制度构建中有两方面借鉴了美国的规则。第一，《物权法》第 180 条、第 181 条列举的浮动抵押财产包括生产设备、原材料、半成品、产品。这源于《美国统一商法典》第九编的规定，其通过动产类型化列举的方式，解决动产抵押中动产确定性问题。第二，浮动抵押的设立适用登记对抗规则。这仍是以《美国统一商法典》第

[19] 参见李敏：《论我国浮动担保制度的系统性完善——以适用时况为切入点》，《法学》2020 年第 1 期，第 66 页。

[20] 参见 2001 - 2018 年修订 7 次的《美国统一商法典》第九编。

[21] 中国银行股份有限公司烟台分行与法国外贸银行股份有限公司上海分行案外人执行异议之诉二审民事判决书，上海市高级人民法院（2017）沪民终 287 号。

[22] 参见郭玉军：《国际贷款中的担保》，《法学评论》1995 年第 5 期，第 81 - 84 转第 61 页。

[23] 参见何美欢著：《香港担保法》（上册），北京大学出版社 1995 年版，第 363 - 373 页。

[24] 参见周桥、郑洪丽、刘涛：《浮动抵押担保融资——攀钢成都公司的贸易融资创新》，《财务与会计》2005 年第 9 期，第 10 - 11 页。

九编为模板而创设。动产抵押登记对抗是一般规则,浮动抵押亦遵守这一规则。^[25]因此,中国浮动抵押财产确定的相关概念群源自英国、美国两个国家,属于复合借鉴。

2. 借鉴的结晶和登记两项规则无法兼容

分属英美两国的、都有确定浮动担保优先受偿关系的两项制度在制度意旨、适用条件、法律效力等方面均不相同,无法兼容。

首先,英国结晶制度的主旨是使浮动抵押变为固定抵押。结晶往往由任命接管人引起。^[26]接管人通常由抵押人和债券持有人合意约定。^[27]换言之,债券持有人享有发起结晶事由的权利。接管人由专业信托机构担任;^[28]受债券信托契约的约束,接管人专为债券持有人的利益而设立。因此,浮动抵押结晶的宗旨是赋予信托人确保债券优先于股权受偿,本质是保证债券持有人优先于股东受偿。

美国法中的登记是担保权优先受偿关系的决定因素,为保证这一点,登记被赋予两层意义。第一,通过登记把记录在融资声明上的信息展示给公众,供相关利益主体查阅,完成登记通知的步骤。通知赋予其他主体交易前查询登记簿的义务,从而成为构建后续优先受偿关系的核心。^[29]办理了登记的担保权因登记而获得优先受偿效力,其他有竞存关系的权利因担保权未办理登记而获得优先受偿效力。第二,通过登记使浮动担保财产自始具有确定性。这通过在融资声明里描述浮动担保财产完成。^[30]描述方式有二:其一,在融资声明中,按照合理可识别标准描述担保财产;其二,在融资声明中用“所有财产(或动产)”描述,待到最终达成贷款交易时,基于创设完善的担保权益(perfected security interest)的附着(attachment)要求,在签字生效的担保协议中对担保财产作出合理可识别的描述。^[31]

其次,英国的结晶制度要对顺位关系发挥作用须有两个前提。其一,结晶前,只是宣称在现有和将有的财产上设立浮动抵押,浮动抵押的客体并不确定。结晶后,浮动抵押成为固定抵押,根据结晶时间来判定财产范围。其二,浮动抵押本质是现存的(present)抵押。浮动抵押权人对抵押财产应有控制力,即债券持有人享有发起结晶事由的权利。而抵押权人对结晶时间或前或后的自主调控力,间接影响浮动抵押的顺位关系。

美国的先登记者优先规则有以下适用前提:第一,担保物类型化,为担保物达到“合理可识别”的描述标准创造条件;第二,把担保物分为原始担保物(original collateral)和收益(proceeds),便于区分取得担保权对抗效力的方式和时间;第三,担保财产包括嗣后获得的财产(after-acquired property),^[32]嗣后获得的财产不一定是担保财产,其包括但不限于收益;第四,担保权在可识别收益上自动成立,原始担保物上的公示效力可以延续到收

[25] 参见王洪亮:《动产抵押登记效力规则的独立性解析》,《法学》2009年第11期,第90-91页。

[26] See Peter F. Coogan, John Bok, The Impact of Article 9 of the Uniform Commercial Code on the Corporate Indenture, 69 *Yale Law Journal* (1959), p. 258.

[27] See John Armour, The Chequered History of the Floating Charge, 13 *Griffith Law Review* (2004), p. 29.

[28] 参见习龙生:《公司债券受托管理制度的国际比较及立法建议》,《证券市场导报》2005年第2期,第4-5页。

[29] See Dan Coenen, Albert J. Givray, Deborah McLean Quinn, Paul Hilton, Special Project the Priority Rules of Article Nine, 62 *Cornell Law Review* (1977), p. 839.

[30] UCC 9-504.

[31] UCC 9-203 (b) (3) (a).

[32] UCC 9-204 (a) and (b).

益上,延续的效力期限为 20 天。

最后,在英国法中,结晶前的浮动抵押具有休眠效力,^[33]权利并无实际效力,不可能参与优先顺位的竞争,权利内容不必包括顺位。结晶后,被激活的浮动抵押有效,才开始考虑顺位关系。而美国浮动担保登记与先登记者优先的顺位规则相伴而生,优先受偿就是浮动担保权的权利内容,登记只是显性化、固定化了优先受偿关系。

总之,英国法不需要处理担保物自由处分后,担保物实况与担保合同描述不吻合这一冲突。美国法则不仅自始要确保对担保财产的描述合理可识别,还需解决担保财产流转后继续维持其等价物合理可识别的问题。可见,登记和结晶制度的运作机制具有相当大的差异。这二者同时出现在《民法典》中,对明确顺位关系非但没有加强作用,反而由于两项制度确定的优先顺位开始时间不同,使《民法典》相关规则逻辑混乱、适用不便。

三 浮动抵押财产确定功能定位的应然逻辑

(一) 浮动抵押财产确定双重功能的适用困境

1. 作为责任财产范围确定方式的正当性不足

在认定浮动抵押财产范围时,《民法典》文本以及学界观点都仅强调浮动抵押财产确定使抵押财产从不确定变成确定,即把抵押财产确定在抵押权定性中的作用捆绑适用到浮动抵押财产范围认定中,并认为可以发挥同等作用,而未涉及浮动抵押财产的确定方式。实务中,法院在自行选择浮动抵押财产确定方式时,出现了下述误区。

第一,对责任财产范围的理解具有任意性。有的法院把浮动抵押财产限定为同一类型的动产,即初始登记中抵押财产是产品的,财产固定时就只考虑产品,不考虑原材料、半成品。^[34]有法院认为,只要抵押财产于抵押合同签订后获得并处于销售状态,该抵押财产就是将有财产,当事人之间即成立浮动抵押。^[35]前者的限缩性理解与后者的扩张性理解,均有较强的任意性。

第二,要求以书证证明浮动抵押财产确定时存在特定抵押财产。有法院认为,动产浮动抵押合同、动产抵押登记书是记载抵押财产的书证,如果其中记载的内容无法证明有特定抵押财产,则无法诉求在担保物上实现抵押权。^[36]这种审判思路是,在浮动抵押设定时财产范围理应不确定,浮动抵押合同以及登记书中将抵押财产描述为“现有的和将有的”亦符合法律规定。浮动抵押财产确定仅说明浮动抵押需要在特定时间点固定,至于固定在哪些财产上仍需证明。如果浮动抵押权人持有的上述书证所描述的财产不确定,

[33] See *In re Standard Manufacturing Company* [1891] 1 Ch 627.

[34] 以《物权法》第 196 条为逻辑起点,在北大法宝寻找相关案例,从笔者搜索到的十几篇案例来看,浮动抵押财产处理上,设立合同时如果浮动抵押财产是玉米,财产固定时就只考察玉米,设立合同时如果是钢锭,固定时财产就只考察钢锭,等等。

[35] 九三集团(黑龙江农垦)金粮经贸有限公司诉前郭县放丰粮油有限责任公司等合同纠纷再审案,最高人民法院(2016)最高法民再 275 号,此处指向二审判决。

[36] 参见中国民生银行股份有限公司上海分行诉上海鼎企商贸有限公司等金融借款合同纠纷案,上海市第一中级人民法院(2014)沪一中民六(商)终字第 185 号。

则无法证明抵押财产范围。如果在上述文件中写明浮动抵押财产的名称、数量等,又可能因为无法满足浮动抵押设立时财产应该具有不确定性的要求,而令浮动抵押的效力从根本上被否定。^[37]这就陷入了“没有 A 就没有 B,但当 A 是 A, A 就无法证明 B,当 A 证明了 B, A 就不是 A”的逻辑怪圈。

第三,把介入权行使程度等同于浮动抵押财产确定与否。有法院把抵押权人实现浮动抵押权时的介入权与抵押财产确定杂糅在一起,将抵押权人介入权的行使程度作为判断抵押财产是否确定的依据。^[38]这本质是把浮动抵押权自力实现方式与浮动抵押财产确定混为一谈。

可见,法院在探寻抵押财产确定前后的财产范围间的关联性、关联度等问题上的权宜之计,均缺乏正当性依据。实务中,有的抵押人甚至把浮动抵押财产确定理解为抵押财产再评估,从而逾越了抵押财产确定的步骤,进行随意性估价,损害了浮动抵押权。^[39]究其根本,浮动抵押财产确定方式不明、已有的方式正当性不足是其有机可乘的基底。

2. 作为优先受偿效力起算标准的效果不清晰

在主张浮动抵押财产确定有决定优先受偿效力开始时间功能的法院中,有法院认为浮动抵押财产确定前,其他担保物权优先于浮动抵押。^[40]有法院则进一步阐释了确定之后的优先受偿规则,认为确定后的浮动抵押优先于之后设立的担保物权^[41]以及其他无担保债权。^[42]有的法院认为浮动抵押不能优先于浮动抵押确定之前依法设立的其他担保物权。^[43]这三种观点中,浮动抵押权可以对抗的范围并不一致。因此,浮动抵押财产确定后的受偿顺序并不清晰。

综上所述,源于英国法的浮动抵押财产确定双重功能,在英国的登记制度、结晶条件、破产制度等制度环境中,是可行且必要的。我国浮动抵押财产确定并不具有类似的制度环境、原理体系,完全继受英国法中结晶制度延展出的双重功能,不具有现实性。

(二) 限缩解释现行法中浮动抵押财产确定的含义

上述适用困境揭示,正是对我国法中浮动抵押财产确定双重功能的期望,使该制度功能超负荷,弱化了其应具有的体现确实的功能。严格意义上的物权特定原则,指物权仅成立于特定的、单个的物上,以保持物权之清晰性。基于浮动抵押财产的流动性,其无法严

[37] 参见济南铁路物资总公司诉江阴市奥达钢铁贸易有限公司等案,济南铁路运输中级法院(2015)济铁中执复字第1号。

[38] 参见四川东连融资担保有限公司等诉杨叔伦等排除妨碍纠纷案,四川省成都市中级人民法院(2014)成民终字第4016号。

[39] 参见朱黎、华碧琼:《破产重整中浮动抵押权人权利保护问题研究》,《宏观经济研究》2016年第11期,第51页。

[40] 例如四川东连融资担保有限公司等诉杨叔伦等排除妨碍纠纷案,四川省成都市中级人民法院(2014)成民终字第4016号。

[41] 参见中国银行股份有限公司烟台分行与法国外贸银行股份有限公司上海分行案外人执行异议之诉二审民事判决书,上海市高级人民法院(2017)沪民终287号,此处指向一审判决。

[42] 参见中国银行股份有限公司杭州市萧山支行与杭州龙发机械有限公司、浙江杰美装饰公司有限公司等金融借款合同纠纷一审民事判决书,杭州市萧山区人民法院(2014)杭萧商初字第2421号。

[43] 参见平安银行股份有限公司青岛分行与青岛海能达燃料有限公司、王亚丽等金融借款合同纠纷一审民事判决书,山东省青岛市中级人民法院(2014)青金商初字第473号。

守上述原则,却可以通过变通达到同等效果。例如德国法院认为,只要库存可以确定,就满足特定性,即特定性的功能是为了确定。^[44] 德国学者将其引申为,确定并非物质上的、空间上的特定,而是一种思想上的概念,是一种观念,功能是通过客体的明确进而明确物权人的法律地位。^[45] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》(下称“《担保制度解释》”)第 53 条规定,担保合同可以对担保财产概括描述,描述需要达到合理识别的程度。换言之,对担保财产的描述要达到可以辨别财产界线的程度。这本质是司法界对担保财产特定性的变通理解。因此,浮动抵押财产确定是物权特定原则在浮动抵押中的表现,但同时凸显浮动抵押财产不拘泥于传统物权特定性,紧扣抵押权支配交换价值的法律特性。据此,理应限缩解释《民法典》中“确定”的含义,纯化、强化浮动抵押财产确定的法律特性。具体而言,应作如下把握。

第一,《民法典》第 396 条后段中的“确定”,应解释为抵押财产具有确定性。依照《担保制度解释》第 53 条的规定,浮动抵押设定时,财产因为合理识别的概括描述而确定。在浮动抵押权实现时,浮动抵押财产经过多次流转;与此相适应,第 396 条后段“抵押财产确定时”的规定,应是在明确流转后的浮动抵押财产仍需具备确定性,以确保财产确定性的延续,而非一定要经过《民法典》第 411 条中所指的任一事由。至于浮动抵押权实现时财产确定的标准,仍应与《担保制度解释》第 53 条中的合理识别标准保持一致。而财产确定的方法,则应在未来的司法解释中构建收益模式,以实现这一标准。

第二,《民法典》第 411 条中的“确定”,应解释为浮动抵押财产不能再自由流转。通说意义上第 411 条中的“确定”意指浮动抵押财产的确定事由。^[46] 上文已述,第 411 条本质上在是效仿英国的结晶制度。依照《担保制度解释》第 53 条,浮动抵押财产设定时因为确定而具有特定性,这与结晶之前财产不确定的制度前提相左,故这种解释并不恰当。事实上,在浮动抵押财产从抵押权设立到权利实现时均具有确定性、且有相应确定方法的制度条件下,《民法典》第 411 条“抵押财产自下列情形之一发生时确定”的规定,是指浮动抵押财产在发生任一法定情形时就不能再自由流转、浮动抵押权人无权再处分浮动抵押财产,而并非指浮动抵押财产因法定情形而确定,亦非确定事由。

据此,则可以搭建自抵押权设立到实现中,浮动抵押财产均具有确定性的整体框架,除去抵押权实现时财产范围再确认中杂乱无序的步骤。同时,制度功能的聚焦,可以彻底割断浮动抵押财产确定与浮动抵押权优先受偿效力开始时间之间的含混关联,消除浮动抵押财产确定在优先受偿效力开始时间问题上的功能僭越,实现浮动抵押财产确定名实相副,纯化其法律特性,凸显浮动抵押权人具有可支配的确定财产这一特征,从而发挥其在浮动抵押物权定性层面的作用。^[47]

(三) 构建收益模式以真正发挥浮动抵押财产确定的功能

浮动抵押财产多次流转、形态变化后,可能出现两种情形,即流转后的抵押财产与原

[44] [德]鲍尔·施蒂尔纳著:《德国物权法》(下册),张双根译,法律出版社 2004 年版,第 609 - 610 页。

[45] 参见高富平著:《物权法原论》(第二版),法律出版社 2014 年版,第 748 页。

[46] 参见黄薇:《中华人民共和国民法典释义(上)》,法律出版社 2020 年版,第 797 - 799 页。

[47] 有论者认为,浮动抵押权有违物权特定原则,不是物权。参见侯国跃:《浮动抵押逸出担保物权体系的理论证成》,《现代法学》2020 年第 1 期,第 77 - 78 页。

始抵押财产类型相同或者不同。企业通过浮动抵押获得贷款,用以充实营运资本。^[48] 营运资本类型固定,^[49]且金融机构在放贷时会测算抵押人的营运资本需求。^[50] 这种锚定资本需求的基调和类型约定俗成的固定,说明抵押财产的出售收入要么继续购买与原始抵押财产类型相同的财产,要么表现为应收账款、现金、现金等价物等。无论流转后的抵押财产分流成何种形式,其财产类型是固定的。相应地,流转后与原始抵押财产类型相同的抵押财产就能确定;而流转后与原始抵押财产类型不同的财产只要能追踪、识别、控制原始担保财产的等价物,财产也可以确定。此种流转后的情形在我国现行法律中制度供应不足,应巩固、扩大现行法中收益的概念和理念,效仿《美国统一商法典》第九编中浮动担保效力及于收益的模式,使流转后与原始抵押财产类型不同的抵押财产有可确定的路径。

1. 收益模式的具体内容

《美国统一商法典》第九编允许、保证担保人自由开展正常交易,确保抵押权的效力及于处分获得的收益。^[51] 同时,第九编始终贯彻登记是构建清晰的担保权优先受偿制度的一般规则,并把制度构建重点放在解决担保物多次流转后与登记内容的衔接问题上。第九编先通过担保物类型化的方式来公示原始担保物,解决公示时浮动担保物的识别问题;再藉由收益这一抽象概念,全部涵摄了浮动担保物流转后的等价物,目的是不破坏浮动担保物的可识别性;接着,把收益分流到具体的担保物,就可以维持浮动担保物的可识别性。而流转后浮动担保公示效力的延续,则由收益上的自动公示和登记公示两项制度解决。

2. 我国法中已有收益概念

《民法典》共有 26 处使用了“收益”一词,其中有 9 处用作名词。传统民法中,名词意义上的收益(Nutzungen)是孳息(Früchte)的上位概念,^[52]还包括“依物或权利的使用方法所产生的利益,即‘使用利益’”。^[53] 换言之,收益的本质是所有使用利益。《民法典》中名词词性的收益是多义词:可以指使用利益,例如《民法典》第 861 条规定的技术成果收益;有收益权的含义,例如《民法典》第 268 条规定的出资人收益权;还包括所有利益的法,例如《民法典》第 1062 条规定的生产、经营、投资收益属于夫妻共同财产。可见,《民法典》中收益的含义已不限于使用利益,可以包括最宽泛意义上的、由于流转而获得的利益。

同时,收益的概念与孳息、物上代位物互不冲突。《美国统一商法典》第九编中的收益包括《民法典》中的孳息、物上代位物、转让价金等。^[54] 收益的精髓是能自由流转,流转之后的收益,被称作收益的收益,收益的收益如果符合公示条件,就会成为担保物,流转后最后一次的收益才是最终的收益。^[55] 所以,孳息、物上代位物植根于传统民法中单次、单

[48] See John F. Dolan, *Commercial Law: Essential Terms and Transactions* (second edition), Aspen publishers, Inc, 1997, pp. 109 - 110.

[49] 参见鞠晓生、卢荻、虞义华:《融资约束、营运资本管理与企业创新可持续性》,《经济研究》2013 年第 1 期,第 7 页。

[50] 参见石战辉:《对流动资金贷款需求量测算方法的探讨》,《金融理论与实践》2013 年第 9 期,第 60 页。

[51] 抵押权人对抵押物的变价权,是物权支配性的体现。参见庄加园:《动产抵押的登记对抗原理》,《法学研究》2018 年第 5 期,第 79 页。

[52] 参见[德]鲍尔·施蒂尔纳著:《德国物权法》,张双根译,法律出版社 2004 年版,第 31 页。

[53] [德]迪特尔·梅迪库斯著:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社 2013 年版,第 892 页。

[54] UCC9 - 102 (a) (64).

[55] See William D. Warren, Steven D. Walt, *Secured Transactions in Personal Property* (ninth edition), Foundation Press, 2013, p. 37.

笔交易,一经产生,只涉及用其清偿债务的时间认定和清偿方式问题,不涉及自由流转的问题。而收益沿袭商事经营性的理念,生于流通、用以保障流通、本质不惧流通,因此,收益与孳息、物上代位物又具有不同的理念。总之,在抵押制度中使用收益的概念与《民法典》中相关名词无冲突,具备扩大收益理念的前提。

3. 我国具备收益模式运行的制度环境

我国也具备收益模式运行的制度基础。收益模式既可以从结构上弥合现行法律规定下浮动抵押权效力断裂的问题,又能与既存的登记制度良性互动,具体分析如下。

第一,收益模式可以使浮动抵押权效力延续。《民法典》第 406 条已承认动产抵押的追及力,所以浮动抵押也应具有追及力。问题是,为什么浮动担保中从不强调追及力?以《美国统一商法典》第九编为例,如果其中有排除适用追及力的特别规则,受这些规则规制的交易免受追及力影响。比如,正常经营买受人可以排除浮动担保追及力的适用。^[56]无论是从生产商处购买存货的销售商,还是从销售商处购买消费品的消费者,都属于正常经营过程中的买受人,均可排除追及力的适用。而且,前述规则虽是法律的特别规定,但浮动担保中购买存货的买受人数量众多,特别规定适用面广,使第九编浮动担保有追及力的一般规则反而相形见绌。《民法典》第 404 条规定了正常经营买受人规则,也可以阻却浮动抵押追及力的真正行使。差别在于,在《美国统一商法典》第九编中,追及力被阻却后其效力可以及于收益,而我国没有这一规则。况且,《民法典》第 390 条规定的抵押权代位物不含浮动抵押财产处分后的等价物,所以追及力被阻却后,浮动抵押权效力出现断裂。而引入收益模式则可以使浮动抵押权的效力顺理成章地得以延续。

第二,收益模式可以与登记原理相容。浮动抵押登记是对权利的登记,且权利性质是物的担保,因而抵押财产必须登记。而登记哪些抵押财产,应体现抵押权人意思自治。抵押权实现时,登记簿中的担保物已变成原始担保物的等价物,除非当事人另有意思表示,法律理应推定抵押权的优先受偿效力可以涵盖所有等价物。《民法典》第 396 条的规定未经当事人意思表示的步骤,即把部分等价物排除出抵押物,本质是立法对当事人意思自治的不当干预,也无法与登记的对抗效力协调。

收益模式则可以通过两个层次与登记制度协调。首先,收益的概念能够保证登记簿中的担保物与其转让之后的等价物之间互相衔接。收益指处分原始担保物之后所有的嗣后获得财产,是概括性概念,不强调担保物的具体类型,形态具有随机性。所以,收益可以容纳所有类型的担保物。其次,收益是原始担保物的收益、已完成公示的收益,对抗效力始自原始担保物上担保权登记之日。如果收益是可识别的现金收益或者与登记簿中担保物类型相同,则不用再登记公示,可自动获得对抗效力。如果收益与登记簿中的担保物类型不同,收益上的担保权有法定的自动公示期。当事人可以决定是否在此收益上设定担保,如果是,则在法定期限内办理公示手续即可。^[57]可见,收益制度可以与登记制度、当事人意思自治的原理有效融合。

[56] UCC 1-201 (b) (9), UCC 9-320 (a).

[57] UCC 9-315 (c) (d).

四 实现浮动抵押财产确定双重功能的具体路径

未来的司法解释可以从下述两方面构建更为具体的、可以替代实现浮动抵押财产确定双重功能的规则。一方面,通过收益的可识别性、已公示性,满足浮动抵押财产确定性的要求;另一方面,通过收益与原始担保物的关联性,使收益上优先受偿权的开始时间臻于逻辑自洽。

(一) 构建具有可识别性和已公示性的收益规则

1. 优化浮动抵押财产类型

第一,担保财产既要应有尽有,类型划分又要精当。为了不遗漏流转后的等价物,浮动担保财产应包括所有类型的担保财产。因此,类型化浮动抵押财产时,要兼顾有体物和无体物。同时,一项存货从原材料一直到送达消费者,涉及到生产、运输、存储、保险、支付等环节,每一个环节都有数量庞大、财产形态不稳定的种类物、权利凭证、支付凭证等,对物或者权利作详尽的具体描述没有可行性。《担保制度解释》第53条业已承认了概括描述,这可以减轻描述负担。该条同时规定,概括描述须达到合理识别的程度。类型化担保物是概括描述的方法之一,如果类型构建得恰当,则可省去判断描述是否合理识别的步骤,提高效率。现行法在这一方面仍有提升空间,可以通过优化类型,提高识别担保财产的精准度。

第二,现行法中有体物的类型宜再扩张。《民法典》第396条规定浮动抵押财产包括原材料、半成品、产品和生产设备。其中,原材料、半成品、产品源于《美国统一商法典》第九编第9-102(48)定义“存货”时(d)项的全部内容和(b)项的部分内容。一般而言,不同类型的企业有着不同的存货。贸易型企业的存货只包括用于再出售的商品,而制造业企业则会包括原材料、在产品 and 产成品。^[58]可见,《民法典》仅规定了生产商的存货,没有包括经销商的商品、服务商提供服务时消耗的各类材料、从事租赁、买卖、服务业时涉及的库存、租赁物等财产。同时,《民法典》将《美国统一商法典》第九编中的设备改造为仅限于生产设备,忽视了诸如运输设备等服务设备。质言之,《民法典》选择的担保财产使对经销商的规定结构性缺失,对比实务中由于浮动抵押贷款制度供应不足而由经销商创设的动态质押,^[59]上述选择的实践理性高度存疑。鉴于登记簿查阅人通常为商主体,而商主体一定是从其经验出发,基于交易实践中的习惯用语来理解标的物的类型。所以,可以在未来的司法解释中进一步扩大有体物的范围,直接采用“存货”“设备”的概念。

第三,现行法中无体物的类型宜再概括。我国法中的浮动抵押原始担保物在流转中会有两重变身。一是财产形式的变身,变化后的收益不仅包括有体物,还包括所有因动产流通而生的无体物。二是担保权类型的变身,依照《民法典》第440条,动产上的权利成立权利质权。这意味着浮动抵押财产流转后的收益若表现为权利,则逸出了抵押权的客体范围,只能是质权客体,即在作为收益的无体物上成立了权利质权。由于《民法典》采

[58] 参见高顿财经研究院:《财务报告、规划、绩效与控制》(第二版),中国财政经济出版社?年版,第29页。

[59] 参见常鹏翱:《论存货质押设立的法理》,《中外法学》2019年第6期,第1534-1537页。

取权利质物具体列举的立法技术,常态意义上的权利质物就是该条第(一)项至第(六)项规定的六类。而这六类担保物可容纳的财产类型毕竟有限,更难及时包括经济生活中出现的新型财产形态,例如分期付款买卖合同就不能成为权利质物。因此,无体物类型宜再概括。时机成熟时,可以参照《美国统一商法典》第九编中对无体物的分类思路,把用于投资的无形财产统称为投资财产,把商业活动中经常用到的文件划归为半无形财产,把无法包括到上述类型中的无形财产都称作其他无形财产,以提高与商事实践的吻合度。

2. 构建系统的现金收益追踪制度

前文所述案例表明,商事活动中现金流是常见的财产形态、收益类型,而我国对现金采特户质的担保模式在很大程度上已无法适应商事活动的高流动性。因此,需要在商事视野下构建现金收益的追踪制度,通过确保现金收益的可识别性来稳固现金担保时的确定性。

第一,明确存放浮动抵押财产现金收益的账户是一般账户。首先,浮动抵押的收益,一定可以由抵押人自由支配;相应地,存放现金收益的账户,也是抵押人可以自由支取的账户。这意味着该账户不是专用于担保的特户,一般账户即可。其次,一般账户中的资产进行的入账出账活动不构成债权让与,不受《民法典》第 445 条已出质应收账款不得转让的限制,符合《民法典》第 440 条应收账款款项可以浮动的规定。

第二,构建追踪一般账户中出售存货形成收益的识别方法。从现金收益的流向看,其部分用来购置新的有体物,新的有体物就是现金收益的收益,可以通过类型化和公示结合的方式追踪。如果直接将现金收益存入一般账户,就存在追踪的问题。此时,可以区分未取款和已取款两种情形追踪。首先,入账到一般账户的收益,客观上已无法与其他钱款区分,在没有取款的情形下,抵押权人只要证明账户中已存入一定金额的现金收益,且其间未有取出现金的行为,此时账户中的钱款已经增长,增长值让账户变得可识别。其次,收益与一般账户中非收益现金混同后,又进行了取款活动,此时可以效仿《美国统一商法典》第九编,采取最低中间余额规则(lowest intermediate balance rule)来解决这一问题,^[60]即从一般账户中所取的款项,先从非收益额度中扣除,非收益额度不足时,再从收益额度中扣除,扣划完毕后如有余额,仍然是收益。

3. 暂时公示和长久公示相结合是收益已公示性的内核

我国法律只在实体法意义上认为原物与孳息是派生关系(此处不考虑收益外延范围的大小),区分二者的意义是孳息与原物分离后,应属于有权收取孳息的人所有。^[61]物上代位物则代替原物。担保权在孳息、物上代位物上优先受偿是担保权效力的延续。在这种思路下,孳息、物上代位物上均不用再公示。事实上,公示是优先受偿效力的先决条件,不用公示的根源是已经办理了公示,且公示效力在延续。原始担保物与收益类型相同时,或者担保物是可识别的现金收益时,均无需再公示,公示效力可以延续。原始担保物与收益类型不同时,即公示内容中不包括作为收益的新形态等价物时,公示效力则无法延续。

[60] See William D. Warren, Steven D. Walt, *Secured Transactions in Personal Property* (ninth edition), Foundation Press, 2013, p. 235.

[61] 参见周相著:《罗马法原论》(上册),商务印书馆 2009 年版,第 314 - 315 页。

可以采纳《美国统一商法典》第九编暂时公示与长久公示结合的方式,先认定浮动担保权人短期内在收益上存在已公示的担保权;这本质是法律推定收益的公示效力。如果想在收益上获得长久的浮动担保权,需要再在初始登记机关办理登记,即在融资声明中加上作为收益新形态的、流转后的担保物,使公示决定优先受偿效力规则得以贯彻。

(二) 确定收益上的优先受偿时点

同一类担保物,作为收益与非收益时,在其上设立的担保权优先受偿开始时间不同,应该对二者有所区分。可以采纳《美国统一商法典》第九编的做法,已公示的收益,基于与原始担保物间法律效力的关联性,优先受偿时间始于原始担保物公示时。唯需注意的是,原始担保物与收益法律效力的关联性以原始担保物与收益在交易中的前因后果关系为基础,如果丧失这个基础,原始担保物登记后,浮动担保人获得的财产仅属于嗣后获得的财产,而非收益。^[62] 例如,《民法典》第416条规定的价款债权抵押权,即第九编中的价款债权抵押权(Purchaser Money Security Interest, PMSI)项下的担保物,属于浮动抵押人嗣后获得的财产。浮动抵押权人在价款债权抵押权项下担保物上的权利劣后于价款债权抵押权人,这也是因为价款债权抵押权项下的担保物是由价款债权抵押权人资助购买,与原始担保物无交易中的因果关系,不属于收益。

五 结语

《物权法》颁布后,从学界对浮动抵押的讨论焦点看,大部分集中于登记、应收账款等主题,通过动产类型化列举的方式解决担保财产确定性的思路完全被遗忘。《民法典》第396条明确了浮动抵押财产确定对于浮动抵押财产范围的限定作用,且该条原本意欲与《民法典》第411条的浮动抵押财产确定事由互相参照解释、达到体系统一,避免有关《物权法》第196条该如何定性的问题。^[63] 但以时间为确定财产范围和隐含的优先受偿关系的判断标准,无视现行法中登记的文义和效力,反而使浮动抵押在确定财产范围和优先受偿效力开始时间的问题上,愈加游离在英美两种域外实践之间,无法结实地在我国法律中扎根。

浮动抵押财产需要经常性卖出买入由其流动资本本性决定,浮动正是用以形容这种特点。收益与原始抵押财产之间由于流转而具有法律效力上的关联性,浮动性是有规律的浮动,是受企业经营性质、市场供求规律约束的浮动,并非全按当事人意思创设的、担保物漫无边界、无法掌控的浮动。学界通说认为的浮动抵押的特殊性,也应该从这种意义上理解。因此,无需过度强调浮动抵押的浮动性,^[64] 而应该从制度构建的每个环节入手,保

[62] 区分嗣后获得的财产和收益,在破产中具有很大作用。依照《美国破产法典》第552条的规定,申请破产之日起,在后获得的财产上不允许再通过附着产生担保权益,即在这样的财产上担保权人不享有优先受偿权。此时,究竟一项财产属于后获得的财产还是收益,就十分重要。

[63] 关于《物权法》第196条定性的争议,参见龙俊:《动产抵押对抗规则研究》,《法学家》2016年第3期,第45-46页。关于《民法典》相关条文的解释,参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义(上)》,法律出版社2020年版,第766-767页。

[64] 吉尔默(Grant Gilmore)认为美国人提起浮动抵押这个概念,从感情上并非是赞赏,而是蔑视和愤怒。See Grant Gilmore, *Security Interests in Personal Property*, The Lawbook Exchange, Ltd., 1999, p. 359.

证浮动抵押的效力。

目前,我国施行统一动产登记已成定局。国务院于 2020 年 12 月 29 日发布《关于实施动产和权利担保统一登记的决定》,根据该决定,自 2021 年 1 月 1 日起,在全国范围内实施动产和权利担保统一登记。实践中亦已有中国人民银行征信中心的动产融资统一登记公示系统,囊括了诸多类型的担保登记。在此前提下,应把浮动抵押财产确定制度的功能定位为财产的特定化,纯化《民法典》中该制度的法律特性;再构建收益制度以追踪抵押财产,坚持收益的已公示性,确保登记在优先受偿关系中发挥决定作用,从而使浮动抵押的立法特性更加清晰。唯其如是,也才能使固定抵押与浮动抵押齐头并进。

[本文为作者主持的 2018 年度教育部人文社会科学青年基金项目“商事视阈下动产担保物的收益及顺位规则研究”(18YJC820037)的研究成果。]

[**Abstract**] Floating charge is a security set up on current assets to provide working capital. This determines that the typical forms of the original personal property for floating charge are inventory and accounts receivable, and the ‘floating’ is also determined by the nature of the property in the operation of the mortgagor. Provided that the floating charge has been registered, the focus of institutional building should be to trace, identify and control the equivalent of the mortgaged property. The system of crystallization of the property of floating charge in the Chinese Civil Code fails to grasp the nature of floating charge and, as a result, leads to the problem of improper reduction and expansion of the scope of floating charge property, and to the question of whether it would affect the priority time of the floating charge. A feasible solution to this problem is to take Article 396 of the Chinese Civil Code as the crystallization system, interpret this system only at the level of determination of the attributes of real rights under the premise of registration antagonism, introduce the idea of proceeds from Article 9 of the Uniform Commercial Code, expand and reinforce this idea in judicial interpretation, and determine the priority of the proceeds through the identification of proceeds, the continuation of the publicity, the determination of the scope of the floating charge property, and the combination of temporary and long-term publicity, and in light of the relevance of the original collateral and the legal effect of the proceeds. The introduced proceeds system is compatible with the pursuit of free disposal of mortgages, the classification of floating charge assets and the types of charges in China and, as such, can promote the maturity of the legal system of personal property security.

(责任编辑:余佳楠)