



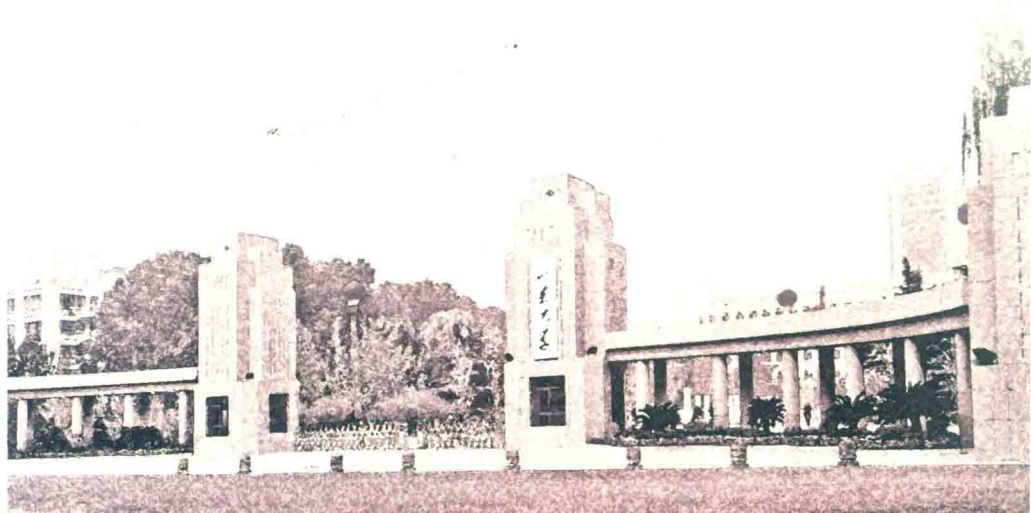
山东大学法律评论(2015)

Shandong University Law Review 2015

郑智航 主编

- ◎ 抵押权的实行方法与优先受偿权的方法
- ◎ 中国法上的抵押权保全——以《物权法》第193条为中心
- ◎ 韩国民法上抵押权的物上代位
- ◎ 转型乡土社会民间法的生成与实践——基于黔东南农村山林管护规约的分析
- ◎ 论征地拆迁中的新利益博弈——基于鄂东北Z村的考察
- ◎ 基因科技实验中医学人员的法律限制——以《贝尔蒙报告》为分析对象

山东大学出版社

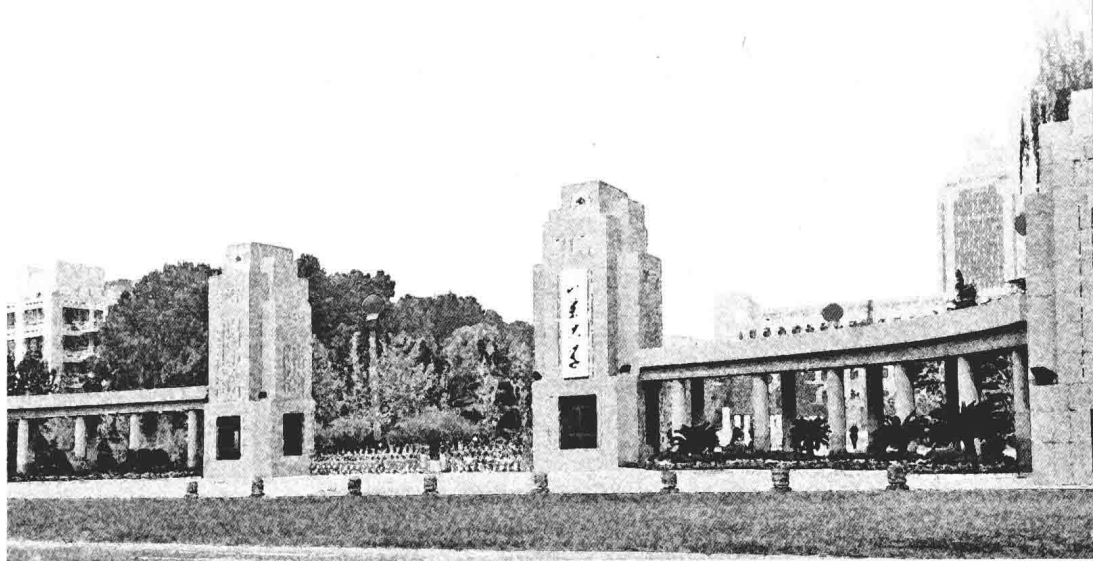


山东大学法律评论(2015)

Shandong University Law Review 2015

郑智航 主编

山东大学出版社



图书在版编目(CIP)数据

山东大学法律评论. 2015/郑智航主编. —济南:
山东大学出版社, 2016. 3
ISBN 978-7-5607-5511-3

I. ①山… II. ①郑… III. ①法学—文集 IV. ①D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 056920 号

责任编辑:张中华
封面设计:张荔

出版发行:山东大学出版社

社 址 山东省济南市山大南路 20 号
邮 编 250100
电 话 市场部(0531)88364466

经 销:山东省新华书店
印 刷:济南新科印务有限公司
规 格:720 毫米×1000 毫米 1/16
30.5 印张 515 千字
版 次:2016 年 3 月第 1 版
印 次:2016 年 3 月第 1 次印刷
定 价:48.00 元

版权所有,盗印必究

凡购本书,如有缺页、倒页、脱页,由本社营销部负责调换

《山东大学法律评论(2015)》

编 委 会

主 编 郑智航

副主编 郭娜娜 曹晟旻

编 委 韩林均 何晓斌 谢丽昫

目 录

东亚国家融资担保

- 抵押权的实行方法与优先受偿权的方法…………… [日]近江幸治(1)
- 日本法上的“抵押权的效力以及目的物范围”
- 我妻荣法则和其反论…………… [日]道垣内弘人(9)
- 担保价值下降时的债务人义务…………… [日]片山直也(15)
- 最高额抵押权…………… [日]鸟谷部茂(22)
- 日本物上代位研究…………… [日]平野裕之(32)
- 日本民法的共同抵押…………… [日]青木则幸(39)
- 抵押权的效力范围…………… [韩]尹喆洪(49)
- 担保物价值减少时债务人责任
- 以现行法及2013年修订案为中心…………… [韩]金星洙(59)
- 有关最高额抵押权的民法修订案
- 以2009年的法务部民法修订委员会草案为中心
- …………… [韩]金载亨(69)
- 韩国民法上抵押权的物上代位…………… [韩]权澈(80)

习惯法的法定地上权	[韩]李英俊(89)
抵押权优先受偿效力	[韩]安兑容(96)
中国法上抵押权效力与可及标的范围	申卫星(104)
中国法上的抵押权保全	
——以《物权法》第 193 条为中心	蔡立东(116)
论抵押权与租赁权的冲突及协调	
——对中国《物权法》第 190 条的解读	李志文 刘文钊(122)
中国法上的最高额担保制度	曹士兵 吴光荣(131)
抵押权实现与物上代位	刘宏渭(140)
中国法上的房地抵押法律关系	金路伦(149)
中国物权法中的共同抵押	
——制度缺失的现实困境与走出困境的途径	申政武(158)
公司对外提供担保的合同效力判断规则	周伦军(166)

理论纵横

论征地拆迁中的新利益博弈	
——基于鄂东北 Z 村的考察	吴秋菊(184)
转型乡土社会民间法的生成与实践	
——基于黔东南农村山林管护规约的分析	李 坤(198)
人民共和国怎样站稳脚跟	
——《社会契约论》中的公民宗教释义	周睿志(234)
理查德·波斯纳法官的 25 年	
——满意条款与波斯纳对莫林案的观点：难道波斯纳也犯错？	Scott Brewer 著，刘禹译(249)
宏观调控之救济	包晓丽(260)

权利研究

中国特色公民权利和政治权利发展道路	公欣欣(274)
-------------------------	----------

新兴媒介下言论自由的法律保护

- 以《侵权责任法》第三十六条“网络服务提供者侵权责任”对言论自由的压制为视角 郭娜娜(317)

劳动密集型企业劳资冲突法律分析

- 基于重庆市的实证研究 宋 琳(342)

基因科技实验中医学人员的法律限制

- 以《贝尔蒙报告》为分析对象 周殷杰 孟 雯(378)

司法制度

基层法院“案多人少”的界定与应对实践

- 以人民法院内部优化为视角 张 枫(387)

论新《刑事诉讼法》传闻证据的采纳

- 以英国上诉案件判决理由为基础对两种审判逻辑的思考 李亚凝(410)

刑事主观要素证明模式初探 王 燃(438)

法官与律师不正当行为关系的评判和预防 瞿桂东(464)

Contents

Financing Guarantee in Southeast Asian Countries

Methods of Mortgage and the Technique of the Priority of Claim	Chikako Koji(1)
“Effect of Mortgage Rights and Boundary of Target Object” in Japanese Law	Michigaki Chihirohito(9)
The Obligation of Debtors When Collateral Value Goes Down	Katayama Naoya(15)
Mortgage Subject to Ceiling	Toritani Bemo(22)
Subrogation in Japanese Law	Hirano Hiroyuki(32)
Joint Mortgage in Japanese Civil Law	Aoki Noriko(39)
Effectiveness of Mortgage Rights	Yoon Cheol Hong(49)
The Responsibility of Debtors When Collateral Value Goes Down —Based on the Current Law and the Amendment in 2013	Sung-su Kim(59)
Amendment of Civil Law about Mortgage Subject to Ceiling —Centered on the Draft Civil Law Revision Committee in	

Ministry of Justice in 2009	Kim Jae Hyung(69)
Subrogation of Mortgage Rights in Korean Civil Law	
.....	Kwon Chul(80)
Legal Surface Rights in Customary Law	Lee Young Joon(89)
Validity of the Priority of Compensation of Mortgage Rights	
.....	Ahn Tae Yong(96)
Validity of Mortgage Rights and Scope of Subject in Chinese Law	
.....	Weixing Shen(104)
Warranty of Mortgage Rights in Chinese Law	
—Centered on Article 193 of Property Law	Lidong Cai(116)
Conflict and Harmonization of Mortgage Rights and Lease Rights	
—Interpretation of Article 190 of Chinese Property Law	
.....	Zhiwen Li & Wenzhao Liu(122)
The System of the Maximum Guarantee in Chinese Law	
.....	Shibing Cao & Guangrong Wu(131)
Implementation of Mortgage Rights and Subrogation of Mortgage	
.....	Hongwei Liu(140)
Legal Relation of Real Estate Mortgage in Chinese Law	
.....	Lulun Jin(149)
Joint Mortgage in Chinese Property Law	
—Realistic Difficulties of System’s Deficiencies and the Way	
to Get out of the Trouble	Zhenwu Shen(158)
The Rule to Judge Contract Potency of the Corporate External	
Guaranty	Lunjun Zhou(166)

Studies on Theories

New Interest Game in Land Acquisition and Demolition	
—Based on the Survey of Z Village, Northeast Hubei	
.....	Qiuju Wu(184)

- Generation and Practice of Folk Law in Transitional Rural Society
 —Based on Forestry Management Regulation in a Village
 of Southeast Guizhou Province Kun Li(198)
- How People's Republic Can Get a Firm Foothold
 —On the Interpretation of Civil Religion in *Social Contract Theory*
 Ruizhi Zhou(234)
- Judge Richard A. Posner's Twenty-five years
 —Satisfactory Article and Posner's Opinion on Maureen's
 Case: Does Posner Make Mistake Also?
 Scott Brewer, translated by Yu Liu(249)
- Legal Remedies for Macro-Control Xiaoli Bao (260)

Studies on Rights

- The Developing Road of Civil and Political Rights with
 Chinese Characteristics Xinxin Gong(274)
- Law Protection for Freedom of Expression under New Media
 —View in Suppression of Freedom of Expression in *Tort Law Liability*
 Article 36 Internet Service Provider Tort Liability
 Nana Guo(317)
- Analysis of Labor-intensive Enterprises' Labor Disputes
 —Based on the Empirical Research in Chongqing ... Lin Song(342)
- The Legal Restriction of Medical Personnel in Scientific Experiment of Gene
 —Based on the Analysis of *Belmont Report*
 Yinjie Zhou & Wen Meng(378)

Studies on Judicial System

- Definition and Response to the Problem of "Many Cases but Few Judges"
 —From the Perspective of Optimization within the Court
 Feng Zhang(387)

The Admissibility of Hearsay Evidence: Overall Fair or Absolute Right
Reasons for Judgment
—Differernt Trial Logical Thinking Based on British Appeals
..... Yaning Li(410)

On the Proof Mode of Criminal Subjective Elements ... Ran Wang(438)

The Judgment and Precaution of the Improper Relationship
between the Judge and the Lawyer Guidong Qu(464)

东亚国家融资担保

抵押权的实行方法与优先受偿权的方法

[日]近江幸治*

关于抵押权,如将其与质权进行比较,由于抵押权的设定者在保留对抵押标的物的占有的同时,依然能以该抵押标的物对债权进行担保,所以可以将其理解为是对标的物的“价值(流通价值)权”的支配,当债权无法得到清偿时,通过发动处分权实现“价值(返还)”的制度。与其相对,所谓质权,就是将标的物的占有移转至债权人,使其能够支配该标的物的“用益价值”。以这些基本原理为前提,本文将对日本的抵押权的实行方法与优先受偿权的方法进行考察。

一、抵押权的实行方法

(一)法定换价制度

1. 拍卖

(1)抵押权以及抵押权实行方法的沿革

拍卖是抵押权的典型实行方法。当被担保债权无法得到清偿时,抵押权人可基于其通过抵押权的设定而获得处分权(排他性支配权),将抵押标的物变价处分,从卖得价款中优先受偿。其实在(日本)民法典制定时,拍卖制度在日本并不存在,是从法国法、德国法继受而来的制度。

1873年(明治六年),在受到法国法影响而制定的《土地担保规则》中,抵押权及其实行方法的拍卖制度首次得到规定。在《土地担保规则》中,抵押以“书入”(かきいれ),而拍卖以“竟卖”(せりうり・ちょうばい)这两个术语的形式出现。

但是,在那个时代的日本,不动产(土地)的流通市场并不发达,并且对

* 作者简介:近江幸治,早稻田大学法学院教授。

应流通市场的法律制度也未建立,因此不动产抵押,甚至可以说是完全没有得到运用。而那一时期的不动产担保主要是采用转移用益性权利的质权。

之后,到了1890年(明治二十三年),由法国学者 Boissonade 起草的日本最初的统一《民法典》,制定完成。但是,由于该法典和日本的国情不相符,引起了非常强烈的反对,并导致法案施行的延期(所谓的民法典论争),最终被废止。这部民法被称为“旧民法”。

在旧民法中,抵押的用语由之前的“书入”变为了“抵当”(该法“债权担保编”第195条以下)。此外,原先作为拍卖术语的“糶壳”,也为了和1890年制定的民事诉讼法保持一致,转而采用“競壳”这一用语(该法278条)。(1890年的)这部民事诉讼法是由德国学者 Hermann Techow 起草而成,可见在这一时期,法国法与德国法在概念上有混杂不一致的现象存在。

1896年(明治二十九年),以德国法潘德克顿体系作为基础的现行民法典取代了旧民法,抵押权制度也得到了完善。此外,在前文所提到的以强制执行程序为中心的1890年《民事诉讼法》中,关于抵押权的实行方法的规定暧昧不清,所以在1898年(明治三十一年),规定了担保权实行方法的《拍卖法》制定出台。由此,担保权的实行区别于强制拍卖的任意拍卖这一点,得到明确化。

(2)抵押权利用在日本社会的意义

虽然抵押权制度及其实行方法得到了相当的完善,但是在产业资本·金融资本成形的1910年之前(或许之后一段时间也是),抵押权仍无法摆脱无人问津的尴尬。

若问其原因,首先,作为银行融资对象的企业或是个人投资家所使用的担保方式,主要是1890年代以后形成风潮的股权担保以及公司债券包销。银行开始涉足一般消费者贷款,即消费信用,则是20世纪60年代之后的事了。

此外,关于农地的担保(农村信用),在当时的日本,不动产(土地)的价值依然是用益价值,而不动产的流通市场也不发达。因此,农地的担保方式主要采用移转用益权的不动产质押,以及移转所有权但不移转用益权的附买回特约买卖或再买卖预约。这些方法不同于抵押权,其基于用益(所有权)的确定性转移可能形成“流池”(流担保)。

(3)抵押制度以及实行方法的展开

到了1945年之后,在日本社会的工业化与农地的近代化的进程中,由于土地价格飙升,不动产流通市场正式进入发展期。民法上的抵押权规定

虽没有变化,但是通过特别法的制定,多样的抵押权制度(1950年代初的汽车·道路交通事业·建设机械·飞机,1971年的最高额抵押等)得到了确立。另外,对于抵押权的实行方法,则由旧拍卖法与民事诉讼法统合制定的1979年《民事执行法》来规制。

2. 收益执行

所谓收益执行,就是在抵押权的不动产能够产生租金等稳定收益的情形下,抵押权人可以立即申请或者在拍卖的同时申请担保不动产收益执行(《日本民事执行法》第180条)。收益执行是以强制执行形态之一的强制管理(《日本民事执行法》第93条以下)为准则的担保权执行方法,担保权人收取并管理不动产的收益(天然孳息,法定孳息),且以此抵充被担保债权,来实现债权的优先受偿。

日本经济在20世纪80年代,伴随着股票市场的活跃与不动产的飙涨达到巅峰点,即所谓的泡沫经济。但是,1990年11月前后,市场突然急速陷入低迷,到1991年初,经济的泡沫崩裂,股票与不动产价格狂跌,泡沫经济崩溃。而不动产的价格,在东京都心部的房产有的甚至跌到了1/20。

由于泡沫经济崩溃,设定在不动产泡沫价值上的抵押权发生担保不足,致使金融机构无法全额回收贷款。另一方面,收到高额融资却无力返还的债务人(特别是拥有大量租赁房产的出租公寓业者),面对债权人的抵押权实行加倍阻碍。在这样的背景下,许多金融机构由于抵押权无法实现、贷款无法收回而破产。

鉴于租赁公寓的业主不返还贷款还能够每月从出租公寓获得稳定收入,因此对业者的租金收入进行管理,并从中实现优先受偿的收益执行制度在2003年创立。

收益执行,是以德国法中的强制管理(Die Verwaltung)为范本制定而成的。德国的强制管理制度是基于执行名义,对抵押不动产实行强制管理,强制性地以该不动产的收益抵充债务(《强制拍卖强制管理法》第164条以下),日本的收益执行的构造,就是模仿德国该制度的。

收益执行是通过掌握担保物所产生的孳息的担保价值,并管理其收益,使抵押权人能够得到优先受偿的实行方法;另一方面,对不动产的担保评价,不仅停留在对不动产的流通价值的评价,同时对不动产收益的担保价值也进行评价的做法,在1970年前后开始普遍化、一般化。这与收益执行并没有关系,而是受到了美国担保评价方法的影响。

(二)私的实行制度

与上述的法定换价制度(拍卖、收益执行)不同,当债务人不履行债务时,在抵押权人与抵押权设定人之间存在着使担保权人优先受偿的特别方法。这些方法统称为私的实行。

1. 流押(抵押直流)

(1)判例(抵押直流有效)

关于抵押直流,并没有如流质合同禁止规定(《民法》第349条)般的禁止条例。那么抵押直流是否有效?

关于这一点,在民法典制定当初便有议论,民法典的起草者认为,流质也好抵押直流也罢,基于契约自由的原则皆应认定为有效。在众议院对质权进行审议时,鉴于不动产质权的重要性,虽追加了流质禁止规定(现行《民法》第349条),但对抵押权则没有追加同样的禁令,为此,判例^①对抵押直流作出了肯定性判断,而学界通说也与判例保持了一致。

在欧洲(罗马法,法国法,德国法),抵押直流自古以来便被禁止,与此相对,日本法则采取了相反的态度,判例与学说都认为押直流有效。

(2)代物清偿的预约

使抵押直流发挥实质性机能的,是代物清偿的预约。所谓代物清偿的预约,就是在契约自由原则的前提下,约定债务人不履行债务时,以提供一定的价值物(移转其所有权)的合同作为替代,并且在发生债务不履行时,债权人有权移转请求权,这一权利通过不动产登记法的预约登记制度来确保(《不动产登记法》第105条2款)。当债务人无法履行债务时,通过预约登记,债权人可以获得该不动产的所有权来抵充债务,与抵押直流在实质上有相同效果。

因此,代物清偿的预约可以说在实质上与抵押直流是同一制度。此外,代物清偿的预约与抵押权设定可以并用,如若并用抵押权设定与代物清偿预约合同,则在形式上变为附抵押直流特约的抵押权设定了。代物清偿预约就是通过这种形式得到运用的。

但是,这一制度对于债务人而言,却有使其失去价值高于债务额的不动产的风险,换言之,该制度也有着容忍债权人获得暴利的一面。针对这点,判例^②受学说的影响,确立了排除暴利的清算法理。于是,在高利息成为社

^① 大判明41·3·20民录14辑313页。

^② 最判昭42·11·16民集21卷9号2430页。

会性问题的 1978 年(昭和五十三年),以排除代物清偿预约的暴利为目的的特别法《预约登记担保法》制定出台,代物清偿预约的名称也改为预约登记担保。

综上所述,作为日本的抵押制度的实行方法,可以不经由法定换价制度的抵押直合同(私的实行)即被视为有效,同时对于超出债务额的部分进行清算的清算法理也得到了确立。

2. 任意出卖

债务人不履行债务时,不采用法定换价制度,也可以基于债权人全员的“同意”将抵押标的物出卖抵充债务。这种被称作任意出卖的制度被广泛使用。^① 由于并非经过法定的换价制度,所以这也可以被看作是私的实行的一种类型。

这一方法,在理论上是依据破产管财人的管理处分权(《破产法》第 78 条 1 款),在获得法院许可后实行的(《破产法》第 78 条 2 款 1 项)。

这一方法的优点有:(1)可以以比拍卖更高的价格出卖;(2)可以比拍卖更快地出卖标的物;(3)可以使用拍卖无法使用的住宅贷款,从而吸引更多的购买者;(4)别除权人仅适用拍卖,不适用任意出卖;(5)对于别除权人而言排除不法占有在程序上很困难,但对管财人而言处理起来较为方便等。

任意出卖,从性质上可以理解为和解。这里所说的“同意”,包含了多种内容的同意、承诺。主要有:(1)不经拍卖的换价方法的同意;(2)分配内容的同意;(3)共同抵押情形下,后顺位抵押权人与物上保证人的代位权(《民法》第 392 条)不发生的同意;(4)共同抵押情形下,对于抵押不动产担保解除的担保保存义务(《民法》第 504 条)免责的同意等。

但是,举例来说,假若某人在共同抵押的物件的一部分被任意出卖时作出“同意”,那关于共同抵押物件的残余部分的处分及分配,其所期待的应该是按原来的共同抵押的原则得到分配,而不会是完全不考虑这些便“同意”任意出卖。因此可以说,仅强调和解性质而否定共同抵押的分配原则,并使得一部分债权人得到有利分配是不被允许的。

适用任意出卖,在出现得不到债权人全员的同意等情形下仍存在问题,因此该制度的简易化也在推进中(自民党调查会)。大部分的担保权人已经

^① 司法研究所编:《关于破产事件处理的诸多实务问题》,第 172 页之后;伊藤真:《破产法》(全订第三版修正版),第 419 页之后;上野隆司监修、高山满、田中博文、大坪忠雄、村山真一、藤原勉:《任意变卖的法律与实务》,第 2 页之后;近江幸治:《民法讲义 III》(第二版修订),第 172 页。

同意,却因为没有得到全员一致同意而无法出卖的情形下,所有人与作出同意表示的担保权人可以前往法院申请解除抵押权。如果未做出同意表示的担保权人在一定期间内没有基于自己的担保权申请拍卖,或是没有提出特别的出卖对象,法院将会倾向认可任意出卖。

二、优先受偿权的方法

第二部分,是关于抵押权实行结果的优先受偿权的方法。因为这一部分与第一部分的内容密切相关,且在前文已有一定介绍,所以仅作简单说明。

(一)优先受偿权的“优先”缘何而来

1. 德国抵押权的优先受偿权的实现

在德国,抵押权人从抵押物中得到受偿,必须经过强制执行程序(《德国民法》第 1147 条)。对土地的强制执行,包括:(1)债权的保全抵押权(Sicherungsypothek)的登记;(2)强制拍卖;(3)强制管理(《德国民事诉讼法》第 866 条第 1 项)。采用何种方法是债权人的自由,而且不仅可以选择一种方法,也可以与其他方式并用(《德国民事诉讼法》第 866 条第 2 项)。

强制拍卖是基于执行名义,对抵押不动产进行强制性的拍卖,债权人可从出卖金中取得受偿(《强制拍卖强制管理法》第 15 条以下)^①,而强制管理是基于执行名义,对抵押不动产进行强制性的管理,以该不动产的收益强制性的抵充债务(《强制拍卖强制管理法》第 164 条以下),这与日本的制度大致相同。^②

德国法并不认可日本作为基本原则的任意拍卖,抵押权的实行也仅能通过强制执行。进行强制执行,首先要取得能证明其法律上正当性的执行名义(Die durchsetzung)。所谓执行名义,就是指最终判决、和解记录报告、执行认诺公证文书等证明文件。基于执行名义,债权人在取得附有执行文的判决正本后可申请强制拍卖或强制管理(《德国民事诉讼法》第 724 条第 1 项)。

^① 越山和广:《德国不动产担保权的执行手续》,第 2 页之后。

^② 斋藤和夫:《德国强制抵押权和 BGB 编纂——德国不动产强制执行法的理论、历史、体系构造》,第 14 页中阐述,日本民事执行法继承了德国的“强制变卖”和“强制管理”的方法。关于强制管理这一点,具体可见新井刚:《德国强制管理制度论——不动产担保收益执行制度的比较法考察(一)(二)》,大阪学院大学法学研究 31 卷 1、2 号,第 245 页之后,32 卷 1 号,第 121 页之后。