

梁慧星 / 主编

民商法 论丛

CIVIL AND COMMERCIAL LAW REVIEW

金桥文化出版(香港)有限公司



2003年第2号

总第27卷

VOL · 27

梁慧星 / 主編

民商法 論叢

CIVIL AND COMMERCIAL LAW REVIEW

ISSN 1002-8845



法律出版社

總第27卷

2005-12

梁慧星 / 主编

民商法论丛

2003 年第 2 号 / 总第 27 卷

金桥文化出版(香港)有限公司

民 商 法 论 丛 (总第 27 卷)

- 主编 梁慧星
责任编辑 王 玲
封面设计 石 磨
出版 金桥文化出版(香港)有限公司
港澳台及海外总发行 三联书店(香港)有限公司
中国内地进口总代理 中国出版对外贸易总公司
中国内地发行总代理 现代书店有限公司
北京办事处 电话(010)68028094
深圳办事处 电话(0755)55177258
印刷 永恒印刷
版次 2003 年 7 月第 1 版第 1 次印刷
书号 ISBN 962—86389—6—3
公司住所 香港中环干诺道中 68 号华懋广场二期
六字楼 A 室
公司电邮 goldenbridge@vip.sina.com
出版声明 版权所有 侵权必究

卷首语

本卷是民商法论丛第27卷(2003年第2号)。

【专题研究】栏选刊四篇论文:其一是解志国的《抵押证券研究》。作为担保物权的抵押权,其基本功能在维护资本的安全。为了促进资本的周转和循环,而将抵押权与证券结合,使抵押权伴随债权而流通,同时实现资本的加速周转、循环和保障资本的安全,从而充分有效地利用不动产的担保价值。这就是抵押证券的作用。本文意在为将来中国建立抵押证券制度作理论准备。其二是李金泽的《外资银行市场准入制度比较研究》。外资银行的监管,是当代各国银行监管当局关注的重要问题。本文在分析东道国对外资银行进行监管的必要性及各国银行法制有关外资银行市场准入制度的基础上,探讨了我国外资银行市场准入法制存在的问题及其对策。其三是王佐罡的《违约损害赔偿可预见规则研究》。违约损害赔偿的可预见规则,来源于英美法,最先规定在涉外经济合同法第19条、技术合同法第17条,新合同法予以保留,规定在第113条。本刊第24卷曾发表蓝承烈和阎仁河的《论违约损害赔偿的合理预见规则》一文。本文对此项规则的形成、发展及在审判实践中如何正确适用作了系统、深入的探讨,值得重视。其四是郭卫华的《性骚扰的法律调控》。在性侵害的诸种形态中,性骚扰发生频率最高,受害人最广泛。长期以来,如何制裁性骚扰行为及关于性骚扰法律对策的研究,未受到应有重视。本文研究了性骚扰的定义、源流、行为方式并提出了立法建议,值得理论、实务和立法各界参考。

【民法典编纂】栏刊登三篇文章:一是彭真明、常健的《中

国土地使用权制度的反思与重构》；二是陈苇、靳玉馨的《建立我国亲子关系推定与否认制度研究》；三是俞江的《履行不能的分类》。三篇文章都是针对我国正在进行的民法典编纂提出的立法对策建议，具有重要参考价值。

【域外法】栏刊登两篇文章：一是郭树理的《英国体育纠纷救济机制之法律问题探讨》。英国，大多数的体育纠纷是运动员或者俱乐部不服其所属体育组织的纪律处罚而引起，除非涉及刑事案件以及处罚程序违法或显失公平，司法机关一般不会介入，而由体育行业内部纠纷解决机制予以处理。本文探讨这种内部纠纷解决机制所涉及的法律问题，对于我国研讨、设计体育纠纷解决机制有重要参考价值。二是【美】安德鲁·F·波普尔的《美国 1997 年侵权法改革的谎言——正在牺牲弱势群体》。作者对美国自 1980 年代以来有关产品责任和侵权法的改革持评判立场，分析了侵权法改革背后的政治和经济背景，对 1997 年通过的免除志愿者侵权责任的志愿者保护法，以及未能通过的旨在免除生物材料的生产商的侵权责任的生物材料植入保障法案，进行了分析研究，认为改革严重限制了受到损害的消费者请求损害赔偿的可能性，严重不利于对依赖于上述主体提供的服务和产品的贫穷、年老、年幼和病弱的公民的法律保护。由黄静、秦绪栋翻译。

【国际私法】栏刊登两篇文章：一是已故美国著名学者卡弗斯的《法律选择问题批判》。本文已经成为“当代冲突法革命”中的一篇主打论文，是世界范围内公认的 20 世纪冲突法的经典文献。由宋晓翻译。二是杜焕芳的《委内瑞拉国际私法立法改革述评及其启示》。委内瑞拉于 1998 年颁布国际私法法典，于 1999 年生效。作为拉丁美洲第一部国际私法法典，其影响是广泛而深远的，对我国正在进行的国际私法立法有启示意义。

【判解研究】栏选刊三篇判例研究论文：一是于海涌的《论侵权行为与不当得利的竞合与选择——评广州市中级人民法院(2001)穗中法经终字第 00647 号民事判决》。二是杨凯的《寻找法律的精神和立法本意的最佳阐释——关于新《婚姻法》颁布实施后首例“涉婚行政訴訟案”法律解释与适用的思考》。三是陈真、邬辉林的《评广东省轻工业品进出口集团公司与香港 TMT 贸易有限公司商标权属纠纷上诉案》。【硕士学位论文】栏刊登张作峰的《论信用证付款银行的代位权》。【美国统一商法典】续刊孙新强翻译的《美国〈统一商法典〉及其正式评论(六)》。【资料】栏刊登《联合国国际贸易应收款转让公约》(由高润恒翻译)和《国际保理通则》(由柳洪翻译)。

中国正在进行的民法典立法,无疑是新世纪最受关注的立法工程。全国人大法制工作委员会的“汇编式”的民法典草案已在去年 12 月 23 日提交九届全国人大常委会进行了第一次审议。我在《政法论坛》2003 年第 1 期的“民法典笔谈会”发表了《松散式、汇编式民法典不适合中国国情》一文,在中国人民政治协商会议第十届全国委员会第一次会议期间又提出《关于纠正民法典立法中的任意性的建议》的正式提案。现将该提案内容转录如下,供读者参考,并“立此存照”:

我国正在进行的民法典立法工作中存在严重的任意性和轻视逻辑性的倾向。第八届人大王汉斌副委员长于 1998 年 1 月决定恢复民法典起草,并委托九位专家组成“民法起草工作小组”负责“起草”民法典。2002 年 1 月 11 日的民法典起草工作会议传达李鹏委员长的指示,也是“起草”民法典。但 9 月以后被立法机关个别同志改变为“汇编”民法典,将正式委托专家起草的、经两次专家讨论会讨论的“债权总则编”、“合同编”、“亲属编”、“继承编”草案废弃,而将现行《合同法》、《婚姻法》、《收养法》、《继承法》四部法律原封不动地“汇编”进

去,形成12月23日提交常委会审议的逻辑混乱、支离破碎的“汇编式”民法典草案。

立法机关个别同志为贯彻其“汇编”民法典的主张,无视立法的科学性和民主性,迄未组织专家研拟民法典的立法方针、指导思想、基本原则等并制定“民法典立法方案”。当一些专家批评“把理论搞乱了”,“讲课都没法讲了”的时候,个别同志马上反驳说:“我不管你好讲不好讲!”俨然以“立法者”自居,其对民法理论和民法学者的蔑视态度,令人心寒!!

对于受委托专家参考各国经验所建议的、在我国民法理论界和实务界已经形成共识的许多重要规则,例如“禁止权利滥用”、“无法律时可以适用习惯”、“无法律和习惯时可以适用公认的法理”、“宗教财产归宗教法人所有”、“非法人团体”等等,仅凭立法机关个别同志认为“说不清楚”而拒绝予以采纳。反之,仅凭立法机关个别同志的意见或个别专家的意见,便轻率地规定一些既缺乏理论研究的支持,也没有国外经验可供参考的所谓“新型”民事权利,例如“信用权”、“取水权”、“居住权”、“性权利”、“驯养权”等等。

试问,创设所谓“取水权”,对于我国长江流域及广大降水充沛地区有何实益?依规定,从长江大河取水须经国家许可授予“取水权”,等于将江河湖泊的“水”视为“国家财产”,则江河湖泊洪水泛滥造成人民生命财产损害,等于是“国家财产”造成人民生命财产的损害,试问:国家是否应当承担损害赔偿?实则江河流水的取用问题在“相邻关系制度”中已有规则,至于干旱、缺水地区抽取“地下水”问题,可由行政法规或地方法规设立特别管理规则,何至于需要创设一种“新型”的民事权利?!

我国属于大陆法系,与英美法系不同。英美法系,法律规则是法官创制的,主要依靠法官的产生机制、法官的高素质和

陪审团制度,保障法院裁判的公正性和统一性。大陆法系,法律是立法机关制定的,主要依靠法律本身的逻辑性和体系性,保障法院裁判的公正性和统一性。法律愈有逻辑性和体系性,愈能保障审理同样案件的不同地区、不同法院的不同法官,只能从中找到同一个规则,据以得出同样的判决。可见,法律的逻辑性和体系性,实则是法律的生命线。

尤其我国法官队伍人数众多,平均学历不超过大专,法律素质参差不齐,地位和收入不高,容易受法律外因素的影响。一部逻辑混乱、支离破碎的“汇编式”民法典,将使审理同样案件的不同地区、不同法院的不同的法官,可以从中找到完全不同的规则,据以得出截然相反的判决。这样的民法典,不仅不能保障法院裁判的统一性和公正性,还会适得其反,使那些在法律外因素影响之下作出的不公正的判决“合法化”! 不仅不能遏制地方保护主义、行政干预和司法腐败,还会适得其反,进一步助长地方保护主义、行政干预和司法腐败!!

建议党和国家领导关注民法典立法的科学化和民主化问题,纠正民法典立法中的任意性,废弃“汇编式”民法典草案,另在法律委员会之下设立由学者、法官、律师组成的起草小组,研拟“民法典立法方案”,明定立法方针、指导思想、基本原则、基本制度和结构体例,据以起草一部逻辑严密、体系完整、内容进步、既符合我国实际又与国际接轨的中国民法典。

编者“本命之年”3月28日

目 录

卷首语

专题研究

- | | |
|------------------|-----------|
| 抵押证券研究 / | 解志国 / 1 |
| 外资银行市场准入制度比较研究 | |
| ——兼论我国外资银行市场准入制度 | |
| 存在的问题与对策 | 李金泽 / 42 |
| 违约损害赔偿可预见规则研究 | 王佐昱 / 113 |
| 性骚扰的法律调控 | 郭卫华 / 163 |

民法典编纂

- | | |
|---------------------|---------------|
| 中国土地使用权制度的反思与重构 | |
| ——兼评三部《物权法》草案相关规定 | |
| | 彭真明 常 健 / 188 |
| 建立我国亲子关系推定与否认制度研究 | |
| | 陈 苇 靳玉馨 / 245 |
| 履行不能的分类 | |
| ——兼议债法总则建议稿第 97 条的代 | |
| 偿请求权 | 俞 江 / 280 |

域外法

英国体育纠纷救济机制之法律问题探讨 郭树理/320

美国 1997 年侵权法改革的谎言

——正在牺牲弱势群体

【美】安德鲁·F·波普尔 黄 静 秦绪栋译/379

国际私法

法律选择问题批判

【美】卡弗斯 宋晓译 宋连斌校/418

委内瑞拉国际私法立法改革述评及其启示 杜焕芳/459

判解研究

论侵权行为与不当得利的竞合与选择

——评广州市中级人民法院(2001)穗中

法经终字第 00647 号民事判决书 于海涌/479

寻找法律的精神和立法本意的最佳阐释

——关于新《婚姻法》颁布实施后首例“涉婚

行政诉讼案”法律解释与适用的思考 杨 凯/494

评广东省轻工业品进出口集团公司与香

港 TMT 贸易有限公司商标权属纠纷

上诉案

陈 真 邹辉林/508

硕士学位论文

论信用证付款银行的代位权

张作峰/538

美国统一商法典

美国《统一商法典》及其正式评论(六)

孙新强译/604

资料

联合国国际贸易应收款转让公约

高润恒译/647

国际保理通则

柳 洪译/668

专题研究

抵押证券研究

解志国

目 次

壹：抵押证券的基本理论

- 一、抵押证券的含义和形态
- 二、抵押证券的机能
- 三、抵押权证券化的条件
- 四、德国的抵押证券模式
- 五、日本的抵押证券模式
- 六、抵押证券两种模式之比较

贰：抵押证券的制度结构

- 一、抵押证券的发行
- 二、抵押证券的交易

壹:抵押证券的基本理论

一、抵押证券的含义和形态

所谓抵押证券,是指用以表征抵押权和/或债权的证券,即企业或金融机构将其资产负债表上的抵押权或抵押权和债权转为证券交易。作为权利与证券相结合的一种形态,抵押证券实现了抵押权与证券的结合,这种结合通常表现为以下几种形态:

1. 抵押权化体于登记机关发行的证券,即抵押权用该证券来证明和体现。此场合下,抵押权的交易被证券的交易所取代。这种类型的抵押证券以德国法上的抵押证券(Hypothekenbrief)^[1]为典型。

2. 抵押权担保的债权化体于指示证券或无记名证券,即债权用该证券来证明和体现。此时,债权的流通被债权证券的流通所代表。但此场合下,抵押权并不化体于该证券,其只不过是依据抵押权所具有的附随性与债权一起流通。此种形态的抵押与证券的结合,如,法国学说和判例所承认的基于指示式或无记名式证券的抵押权,德国民法承认的基于同样的债务证券的保全抵押权(《德国民法典》第1187条—第1189条)^[2]。其实,就此种抵押与证券的结合的形态而言,并不是一种典型或真正的抵押证券形态,这种形态下,因抵押权的流通受到限制,因此其并没有被证券化,并不是作为一个投资的手段而存在的。因此,可以说,此种抵押与证券虽实现了结合,但没有实现抵押权证券,不能将其列入抵押证券的一种形态。

3. 抵押权和其担保的债权化体于一种有价证券,由该有

价证券来证明和体现。此时,债权和抵押权一起流通,该流通依据证券的背书转让来实现。因此,对于债权人来说,可以依据抵押权这种物的担保和背书这种人的担保两种信用来保障其债权的实现。日本的抵押证券即属适例。

二、抵押证券的机能

资本的安全与加速周转和循环,为近代市场经济的客观要求。关于资本的安全,投资者依凭一般的抵押制度即可得以实现。而要实现资本的加速周转和循环,使资本在流动中获得增值,则非有赖于抵押证券不可。^[3]这是因为,传统抵押权是一种担保物权,其基本功能为担保债权,这种担保功能大大增强了债权债务关系的稳定性与安全性。而现代社会资金的融通和商品的融通基本上是依赖债权债务的形式而进行的,显然抵押的担保功能本身便有这对促进资金和商品融通的间接的积极意义,然而毕竟也就只是间接的一般意义上的融资功能,其重在维护资本的安全,而对于如何实现资本的加速周转和循环则显得力不从心。而抵押证券则弥补了这一不足,它将抵押权与证券结合在一起,使抵押权伴随着债权的流通而流通,从而实现了现代市场经济所客观要求的资本加速周转和循环,同时还兼顾了资本的安全性。此外,也使不动产担保价值得到充分有效率地利用。

第一,提供了资金运用的手段。抵押证券作为投资的对象,其利率较其他金融商品高,其结果,抵押证券为个人及法人提供了一种新的资金运用手段。^[4]

第二,为个人和中小企业提供了资金筹措的手段。在日本,经济的基调从高度成长向安定成长变化,此时设备资金短期回收困难,因此有必要筹措长期安定资金的企业在增加。为此,不能发行公司债等直接融资的中小企业或个人业主需

要一种筹措资金的手段。在这种情况下,对土地等不动产享有所有权的中小企业如果利用抵押证券制度,可以达到和大企业发行公司债从投资者处筹集长期安定资金相同的效果,使筹集长期安定资金成为可能。实际上,日本抵押证券法制定当时就想到了这一点。该法制定当时,不动产金融的大部分是对中小企业的融资,而对于大企业其可以依据附担保公司债信托法开辟资金筹集的途径。这样,抵押证券法的制定可以看出是专门为中小企业金融设想的。特别是近年来抵押证券公司债的运用开始好转,特别是抵押证券公司诞生以来,抵押证券在资本构成改善资金、营业店铺用地取得资金、娱乐设施建设资金、住宿设施建设改建资金、租赁大楼建设资金等领域得到充分的利用。在个人场合,利用抵押证券制度筹集住宅建设资金、用于出租的公寓和共用住宅等建设资金的事例呈增加趋势。^[5]此外,利用抵押证券融资,因为为了谋求贷款债权的流通化,所以对债务人(融资人)的贷款容易超长期,这样,对于融资债务人来说,就具有每年的偿还额减少并且可以选择与其收益性平衡的偿还期间偿还贷款的优点。^[6]

第三,抵押证券制度除了具有资金运用及资金筹集两方面的意义外,抵押证券制度使用于出租的大楼的建设资金等投资资金的回收和用于有效率的充分利用低收益的不动产或空闲不动产的设备投资资金的需要成为可能,从而有助于都市再开发,并且以抵押证券交易的发展为契机面向债权的流通化或证券化。^[7]

三、抵押权证券化的条件

(一)抵押权证券化的效益条件

1. 收益大于成本。只有当证券化的收益大于成本时,抵押权才能证券化。决定证券化成本高低的关键因素是该抵押

债权的信用、还款条件及期限等方面的情况。如果抵押债权的信用特征简单、还款条件明确、期限较长、证券化时评估费用低、资产担保者的担保费用也较低,则证券化的成本就相对较低。反之,则不适宜证券化。^[8]

2. 风险足够小。抵押债权的风险要比较小才适宜证券化。抵押证券的风险主要有两类:一类是抵押贷款风险。^[9]投资者购买抵押证券实际上是通过抵押证券间接放款,除非抵押证券得到安全的保证,否则投资者(抵押证券持有者)就需要或多或少地承担抵押贷款人遇到的风险。另一类是证券化风险。抵押权证券化是个比较复杂的过程,其中涉及较多参与者,任何一个参与者的活动都会对抵押证券的价格、评级等造成影响,这便是证券化风险。如抵押证券出售者的破产、担保者信用级别的降低、抵押权证券化参加者的舞弊行为等都会对抵押证券造成影响。

(二)抵押权证券化的法技术条件

为使向抵押权投放的金钱没有障碍的回收,就必须要求抵押交易的金融市场不断存在。所以,如果要求金融市场的不断存在,就有必要存在各种条件。条件可以分为围绕对抵押权投资自身的条件,围绕金钱市场的条件两种。^[10]前者细分为形式条件和实质条件。形式条件,意味着作为投资对象的抵押权获得适合高度流通的法的技术手段。具体来说,依据有价证券制度实现抵押交易的安全性和迅速性,即将抵押权和证券相结合。对此,实质的条件,是指作为投资对象的抵押权须具备安全、有利的投资客体的内容。而且,作为投资对象的抵押权,依据对不动产价值现实的支配,投资对象的安全性、有利性在法的意义上得以确保。^[11]

1. 形式条件

传统抵押权以登记为公示手段,因此抵押权的流通需要