



任何一个法律领域都需要一个学者专家群体承担研究、维护、推进该法律领域的职责，担保物权法尤其如此。

第三辑

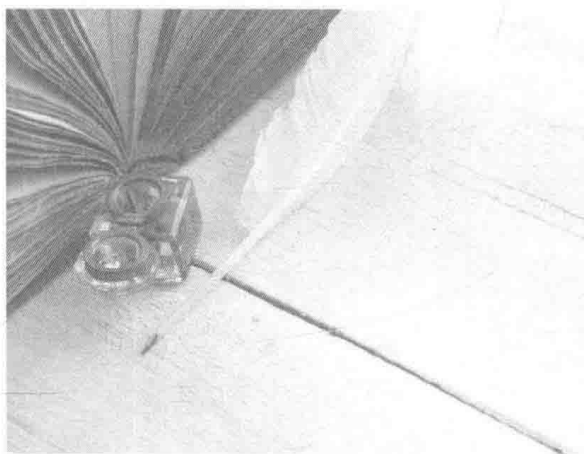
VOL.3

担保法 理论与实践

主编◎董学立

副主编◎汪华亮 陈红梅

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



第三辑

VOL.3

担保法 理论与实践

主 编◎董学立

副主编◎汪华亮 陈红梅

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

担保法理论与实践·第3辑 / 董学立主编. —北京:
中国法制出版社, 2018. 4

ISBN 978 - 7 - 5093 - 9335 - 2

I. ①担… II. ①董… III. ①担保法 - 中国 - 文集
IV. ①D923. 24 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 045290 号

策划/责任编辑 任乐乐 (lele_juris@163.com)

封面设计 李宁

担保法理论与实践 (第3辑)

DANBAOFA LILUN YU SHIJIAN (DISANJI)

主编/董学立

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

开本/710 毫米 × 1000 毫米 16 开

版次/2018 年 4 月第 1 版

印张/26.25 字数/352 千

2018 年 4 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 9335 - 2

定价: 79.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 010 - 66033393

传真: 010 - 66031119

编辑部电话: 010 - 66071862

邮购部电话: 010 - 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社印务部联系调换。电话: 010 - 66032926)



担保法理论与实践研讨会简介

在海内外各界同仁的关心和支持下，自2015年起，由中国民法学研究会主办、南京财经大学法学院承办的中国民法学研究会小型系列学术研讨会之“担保法理论与实践”研讨会已经成功举办三届。来自海内外的专家学者和实务界人士，共聚一堂，发表意见、阐述主张、形成共识，有力地推动了担保法理论与实务的良性互动，取得了丰硕的成果。会议论文集《担保法理论与实践》第一辑、第二辑和第三辑已由中国法制出版社出版发行。

序 一

我国在改革开放前实行单一公有制基础上的计划经济体制，不存在包括担保物权制度在内的物权法。20 世纪 80 年代初改革资金使用体制，由“无偿拨款”改为采取“融资方式”，因缺乏有效担保手段而发生严重的“三角债”和巨额不良债权问题。于是在制定物权法之前，1995 年先制定担保法。担保法包括物的担保（担保物权）和人的担保（保证合同）。虽属于“亡羊补牢”，且受到不动产登记制度和登记机构不统一的制约，却仍然对于此后减少和避免“三角债”和不良债权发挥了重要作用。时隔 12 年之后，被称为在社会主义法律体系中“起支架性作用”的物权法终于颁布施行。为了保障金融机构的合法权益，化解和回避融资风险，保障社会主义市场经济持续稳定的发展，物权法在总结担保法实施以来的实践经验基础上，参考发达国家和地区的经验，规定了较为完善的担保物权制度。

担保物权，属于物的担保。俗话说“跑得了和尚跑不了庙”，相对于人的担保即保证合同，物的担保更为切实可靠。金融机构发放贷款，采用担保物权予以担保，最方便、最有效。担保物权，是确保金融机构债权清偿和化解金融风险最有效的法律手段。物权法施行以来的经验表明，物权法所规定的较为完善的担保物权制度，对于保障金融机构的合法权益，化解和回避融资风险，保障企业及时获得融资，满足经济发展对资金的需求，保障社会主义市场经济持续稳定发展，已经和正在发挥极其重大的作用。

任何一个法律领域都需要有一个专家学者群体承担研究、维护、推进该



法律领域的职责。担保物权法尤其如此。我国物权法所规定的不动产抵押、最高额抵押、动产抵押、动产不动产集合抵押、特别动产集合抵押及动产质押、权利质押、应收款质押等，都是服务于融资的。历史上的担保，以保全债权为目的，叫作保全型担保；现在人们设立各种担保权已经不是为了保全债权，而是为了融资，称为融资型担保，属于商行为。更不用说实践中已经存在，并且还将不断产生的法律没有明文规定的各种非典型担保。可以说，在整个物权法乃至整个民法领域，担保物权法是与实践结合最为紧密、最为变动不居的法律领域。研究担保物权法，如果不了解实践、掌握实践、理论与实践密切结合，单靠文本研究是不行的。

南京财经大学法学院院长董学立教授长期致力于担保物权法的研究，最近发起创办名为“担保法理论与实践研讨会”的学术论坛，每年举行一次，邀请国内研究担保物权法理论和实践的学者专家，研讨有关担保物权法的立法、理论、实务与教学问题，并编辑出版《担保法理论与实践》连续性出版物，旨在推进担保物权法理论和实践的研究。笔者对此极表赞成。

是为序。

2015年7月21日于昆明退庐

序 二

由于国际贸易的兴盛、财产类型的不断增加及其蕴含价值的衍生变化、各行各业创业筹资或营运融资不同的需求等因素，担保物权制度的发展已迈入迥异于往昔的阶段，展现出多元的面貌和积极的社会功能。此时此刻，聚集两岸担保法学者和实务专家，举办担保法理论与实践研讨会，实具有检讨过去、针对现在、策励未来、承先启后的重大意义。对于主办、承办各单位的高瞻远瞩、掌握时代脉动，应给予热烈的掌声，并致上由衷的赞佩。

综观本次研讨会，充分反映出下列特色：一、参与者踊跃，不但有研究担保制度声誉卓著的学者，而且有各级法院的庭长、法官，更有金融实务的专家，发表论文共四十余篇，从不同方面相互沟通，理论与实务水乳交融，学者遂得确实意识实际问题所在，不流于空谈，而审判者于实务运作，解决个案，呼应社会需求时，仍能遵循担保法之规矩方圆，经由裁判表彰法律的规范价值，更能扮演法律续造的角色，理论与实务互动，激荡中蹦出火花，法律因此有了丰富的生命力。庭长、法官报告论文，热烈参与，足为台湾地区法院同仁的楷模。二、研讨会超过半数的论文都聚焦于实务，意味中国担保法实施近二十年，物权法施行近十年后，随着社会工商的繁荣，担保法制已于社会中落地生根，如雨后春笋，生机盎然。担保法深入民间，成为推动市场经济发展不可或缺的一只手，发挥促进金融流动的重要机能，朝着务实化、国际化发展。三、两岸法学沟通交流，充分发挥“他山之石，可以攻玉”的效果。让与担保的定位、流抵约款的效力或物上保证人与保证人间的

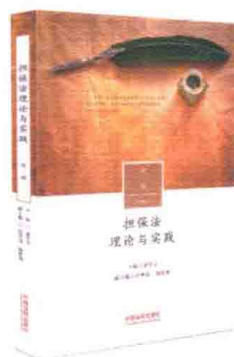


求偿权及承受权（追偿权及代位权），因此台湾地区曾经过激烈的探讨、摸索，后两者业于民法物权编2007年修正时，完成立法；让与担保虽未法制化，但其运用，于学说或实务大抵已建立常轨，且因物权编修正，2009年导入习惯法得为创设物权之法源，让与担保之担保权地位露出曙光。如今，在中国大陆地区，让与担保的盛行、流抵约款则在以物抵债中窜出，物保、人保间的关系以混合共同担保问题呈现，台湾地区的民法及其实践大抵可引为借镜，找到处理此类问题的一些方法。以上所述不过是荦荦大者，其他诸多正面效应，不胜枚举。可知，本次研讨会成果丰硕，绩效斐然。

物权法有故乡法之称，原来最具有本国色彩，但因为担保物权是以支配担保物的交换价值发挥其担保功能，和物的利用常受国土风情的影响不同，加上国际贸易发达，信用的授予，需以担保为后盾，担保法国际化的趋势遂方兴未艾。欧洲民法典示范草案（第九卷）的问世，以及联合国国际贸易委员会于完成担保交易法指南及知识产权补编之后，已于今年四月推出担保交易示范法草案，这对于担保法的未来，必有立竿见影的作用。面对两岸的华人，从速推动担保法的统一化，应是开展担保法理论与实践系列研讨之际，必须努力以赴的目标。本次研讨会承办单位之一的南京财经大学，其法学院董学立院长对担保法夙有专攻，就此任务负起领头角色，必是有识者共同的期盼，且拭目以待。

谢在全

2015年10月28日



担保法理论与实践（第一辑）

978-7-5093-6725-4 69元



担保法理论与实践（第二辑）

978-7-5093-8021-5 79元

目 录

【担保法理论】

日本担保法的历史与外国法的影响	近江幸治/3
日本法中的担保权信托	道垣内弘人/17
物上代位：以收益担保的制度设计为指向	片山直也/22
日本法中的 ABL (Asset Based Lending) 交易模式	青木则幸/27
顺位升进主义与顺位固定主义的立法论分析	鸟山泰志/31
浮动资产担保权之建立	
——以台湾地区企业资产担保法草案为中心	谢在全/35
民法物权编质权制度修改的若干问题	刘保玉 魏振华 庄晨曦/79
物的担保的性质与立法构造	徐 洁/96
《物权法》“担保物权”部分的修订建议	张保红/105
担保物权法编纂建议	董学立/116
动产让与担保的立法论	高圣平/139
非典型担保的法律结构	李求軼/173
权利质权客体问题之探讨	陈本寒/180
法国不动产质权制度探析	于海涌/201
论我国实现担保物权程序的完善	李林启/213
民法典编纂与商事担保的立法重塑	曾大鹏/232
论担保权的非物权性	肖楚钢/246
论我国保证制度的几个问题	温潘红/257



【担保法实践】

冒名担保下保证人责任论	施建辉	沈敏敏/279
查封、扣押行为对最高额抵押权所担保债权确定的影响		
——基于法解释学角度的论证	翟如意	297
“三权分置”下农地经营权抵押存在的问题及对策	田韶华	杨晓青/308
论劳动债权的性质与留置权的适用		
——评最高院公报案例“长三角商品交易所有限公司诉 卢某某返还原物纠纷案”	姜丽丽	322
买卖型担保性质与效力的重新审视	杜换涛	332
破产申请受理日起的利息保证人仍应担保但不可追偿	鲁荣杰	345
破产程序中担保物权的行使与限制	武文俊	姚 彬/360
流押禁止的合理性探讨	陈雪堂	375
物保和人保并存的法律适用		
——兼评（2016）最高法民终40号民事判决书	姜海峰	381
试论不动产买卖合同担保的性质与规范路径	林承铎	胡 兵/399

担保法理论

担保法理论与实践

日本担保法的历史与外国法的影响

日本法中的担保权信托

物上代位：以收益担保的制度设计为指向

日本法中的ABL(Asset Based Lending)交易模式

顺位升进主义与顺位固定主义的立法论分析

浮动资产担保权之建立

民法物权编质权制度修改的若干问题

物的担保的性质与立法构造

《物权法》“担保物权”部分的修订建议

担保物权法编纂建议

动产让与担保的立法论

非典型担保的法律结构

权利质权客体问题之探讨

法国不动产质权制度探析

论我国实现担保物权程序的完善

民法典编纂与商事担保的立法重塑

论担保权的非物权性

论我国保证制度的几个问题



日本担保法的历史与外国法的影响

近江幸治*

翻译人：徐肖天 孙 蕊

一、导言

本文将以日本法作为基轴，以日本担保制度比较研究中外法的影响为视点，对日本法进行介绍。

法的比较研究，可从“法的移植与变更”与“法现象的共通规范的摸索”两个角度展开，本文主要就后者进行分析。在“移植”阶段之后，比较研究在“共通规范的摸索”阶段的有用性，主要体现在对新的“法现象”的对应上。此处所提到的“法现象”，是指“需由法律对应的一定事实的发生”，即历来法律规范难以应对的性质相异的事实的发生。在面对这种课题之时，法的比较研究就具有极大的实用性。

因此，本文将围绕法的移植的过程，以及在移植之后有重要意义的法现象的发生，就外国法对日本担保制度所产生的影响进行简单概述。

二、近代担保制度的创设

（一）法现象

在封建时代，因田地买卖受到禁止，担保手段仅有“质入”（用益担保）。到了明治初期，作为资本主义经济基础的土地买卖获得解禁，但由于

* 近江幸治，男，日本早稻田大学教授。



登记制度不完善，土地所有权仅能够通过“地卷”体现。因此，在当时，土地担保是通过移转地卷来进行的（即所有权担保）。但是，仅根据地卷移转，很难判断是土地买卖，还是担保（质入或书入），这就导致了担保关系的混乱。在此背景下，日本社会出现了希望担保制度能够得到整备的呼声。也正因此，在日本，担保相关的法律整备早于其他法律制度开始。

（二）商品交易规范的创设与担保制度的整备

最初的与担保相关的立法，是模仿法国担保制度制定所成的《地所质入书入规则》（1873年，明治六年），在该法律中，占有担保（质入）与非占有担保（书入）被区分开来。在此之后，日本先照搬法国法制定了旧民法（1890年，明治二十三年），又根据德国潘德克顿体系重新编定了明治《民法》（1898年，明治三十一年），日本的近代担保制度也随明治《民法》的完成而确立下来。这一时期的担保制度，有两点需要特别注意。

第一，这一时期担保的特征是以不动产质（用益质）为主的，抵押权很少被使用。这是因为采用资本主义生产方式的企业往往受益于殖产兴业政策，可以通过政府的特别会计直接获得融资。

第二，旧民法（法国流）中关于担保物权的规定有许多被保留下来，但在学说上主要采用的是德国流的解释。这一变化在比较法上要如何理解，在“法的继受为何”的这一视角下是具有探讨价值的问题。

担保相关立法	针对该法现象的判例·学说上的对应/外国法的影响
1872年（明治五年）田地永世买卖得到解禁 《土地买卖让与中地卷交付的规则》 1873年（明治六年）《地所质入书入规则》 《动产不动产书入钱粮借贷规则》 1875年（明治八年）《诸建筑物书入质以及买卖让与的规则》 1890年（明治二十三年）旧民法 1896年（明治二十九年）明治《民法》	* 法国法的移植 * 法国法的移植 * 德国法体系的移植（依旧保留许多旧民法的规定）

三、产业资本确立所带来的经济高速发展（1900年前后）

（一）法现象

以日清、日俄战争为契机，“产业资本”在日本得到确立，产业资本的确立需满足三大条件，即①再生产过程（近代化生产设备）的确立，②交通网（物资输送）的整備，③能源（电力、煤炭、石油）的确保，满足任何一个条件都需要大量的资本投入。但是，政府的殖产工业政策（企业可从政府直接获得融资）导致各大企业无须自力获取融资，结果就是企业极度依赖外国资本。另外，来自英国等国的外国资本也乐于将资本投入日本这一新兴市场，但为保障投资（认购公司债券）安全，外国资本对担保提出了要求。为对应要求，所谓的财产抵押三法应运而生（此外，作为外国资本的急先锋，英国强迫日本建立起对债权人提供较好保护的德国财团抵押制度，而非英国本国的担保力并不算强的浮动抵押“floating charge”）。

（二）生产信用关系

一方面，《民法》中的抵押权从那一时期开始得到运用，不发行公司债券的中小企业对抵押权的运用尤为普遍。但是，《民法》中的抵押权严格遵循特定性原则，所以抵押权作为生产过程中的信贷制度存在局限。对此，学说·判例开始主张应当扩大解释抵押权效力所及之范围（《民法》第370条）。法国、德国以及瑞士的民法规定以及相关的解释理论，都被作为扩大解释的依据。这一解释理论，已成为现在的通说·判例的基础。

（三）消费信用关系

消费过程中的信贷，在当时尚未出现，封建时代遗留下来的“高利贷资本”仍占主流地位。明治初期出现的寄生地主（高利贷与寄生地主往往重合）就是典型的高利贷。寄生地主的目的，是从自耕农处获取大量的收获物（收夺），不动产让与担保以及买回、再买卖预约是其常用的手段。这一现象一直持续到了“二战”爆发之前。

也就在那一时期，出现了大量介绍德国让与担保的论文。



担保相关立法	针对该法现象的判例·学说上的对应/外国法的影响
1905 年（明治三十八年）《附担保公司债券信托法》《铁道抵押法》《矿业抵押法》《工厂抵押法》 1909 年（明治四十二年）《轨道抵押法》《立木法》	* 德国财产抵押制度的移植（立法） * 抵押权效力所及之范围的扩大的主张（以德国法、法国法、瑞士法为基础的解释理论的展开） * 不动产让与担保的盛行 * 让与担保相关论文风靡一时（介绍德国法）

四、世界金融危机（包括对日俄战争后的恐慌）（1920 ~ 1938 年前后）

（一）法现象

日俄战争之后，日本的产业生产实现了飞速发展，但在那之后，日本陷入了循环性的“战后恐慌”，而更为严重的是，1927 年（昭和二年）开始的世界金融危机对日本造成了巨大的不利影响。日本的中小企业以及农业遭受到了明治以来最为严重的打击，陷入了经济低迷。在那一时期，出现了下述两种具有代表性的法现象。

第一，在陷入经济停滞之前，银行以间接金融的方式进行贷款，但受到金融危机的影响，其保有的大量贷款债权成为“不良债权”。

第二，由于遭遇了生丝、米价的暴跌以及冻灾饥荒，农村出现了长期性的农业危机；此外，中小企业因为难以获得融资，生产也被迫陷入停滞。

（二）生产信用关系

针对上述法现象，出现了下面的两种法律对应。

第一，政府为救援保有不良债权的地方银行，便以日本劝业银行作为窗口吸收附抵押权的不良债权。伴随政府救援行动的法律手段，是《抵押证券法》的制定出台。该法律的参照对象是《德国抵押证券法》，该法律为救援普鲁士贵族阶级，规定了还旧债借新债的处理方式。遗憾的是，该法律并未发挥预期的作用。反倒是《不动产融资损失补偿法》发挥了很好的作用。