



当代法律科学文库



Principles of
the Guaranty Law

担保法专论

王乐兵 © 著



对外经济贸易大学出版社
University of International Business and Economics Press

当代法律科学文库

担保法专论

王乐兵 著

对外经济贸易大学出版社
中国·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

担保法专论 / 王乐兵著. —北京: 对外经济贸易
大学出版社, 2018. 8
(当代法律科学文库)
ISBN 978-7-5663-1951-7

I. ①担… II. ①王… III. ①担保法-研究-中国
IV. ①D923. 24

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 170889 号

© 2018 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有 翻印必究

担保法专论

王乐兵 著

责任编辑: 汪友年

对外经济贸易大学出版社

北京市朝阳区惠新东街 10 号 邮政编码: 100029

邮购电话: 010-64492338 发行部电话: 010-64492342

网址: <http://www.uibep.com> E-mail: uibep@126.com

北京九州迅驰传媒文化有限公司印装 新华书店经销

成品尺寸: 170mm×240mm 18.75 印张 326 千字

2018 年 8 月北京第 1 版 2018 年 8 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5663-1951-7

定价: 56.00 元

目 录

第一章 担保的基本原理 // 1

- 一、担保的经济价值以及担保法的法律地位与价值取向 // 1
- 二、担保的概念与特征 // 5
- 三、非典型担保 // 10
- 四、担保法体系的构建：人的担保与物的担保 // 18
- 五、担保与民间借贷 // 24
- 六、金融创新与担保制度改革 // 27

第二章 人的担保——保证 // 37

第一节 保证概述 // 37

- 一、保证的制度演进：信用保证—商业保证—保证保险 // 37
- 二、保证的概念与特征 // 41
- 三、保证的类型 // 44

第二节 保证合同 // 46

- 一、保证合同的概念与特征 // 46
- 二、保证合同的当事人 // 46
- 三、保证合同的内容与形式 // 51

第三节 保证期间 // 53

一、保证期间的概念与性质 // 53

二、保证期间的确定 // 54

三、保证的消灭 // 56

第四节 保证法律关系的内容 // 58

一、保证人的权利 // 58

二、保证人的保证责任 // 63

第五节 特殊保证 // 65

一、共同保证 // 65

二、最高额保证 // 68

第三章 人的担保——承诺函 // 71

一、担保性承诺函 // 72

二、非担保性承诺函 // 73

三、如何判定承诺函是否构成担保法意义上的保证 // 75

四、具有担保法意义上保证效果的承诺函无效的法律后果 // 77

五、承诺函在我国担保法上的地位 // 78

第四章 物的担保总论 // 81

一、担保物权的概念与性质 // 81

二、统一的动产担保物权体系的构建 // 84

三、担保范围及其效力 // 92

四、担保物权的公示 // 97

五、担保物权的实现 // 103

第五章 物的担保——不动产抵押权 // 113

第一节 不动产抵押的基本原理 // 113

一、不动产抵押的概念 // 113

二、不动产抵押的特征 // 114

三、抵押权的流转 // 119

四、金融创新背景下传统担保制度的功能变异：以住房抵押贷款证券为例 // 122

第二节 不动产抵押权的取得 // 128

一、不动产抵押权的取得方式 // 128

二、抵押财产 // 130

三、不动产抵押合同 // 134

四、不动产抵押权的登记 // 137

第三节 抵押当事人的权利 // 141

一、不动产抵押人的权利 // 141

二、不动产抵押权人的权利 // 146

第四节 抵押权的实现与消灭 // 148

一、抵押权的实现 // 148

二、抵押权的消灭 // 148

第五节 特别抵押权 // 149

一、共同抵押 // 149

二、最高额抵押权 // 152

第六章 物的担保——动产抵押权 // 159

第一节 动产抵押权概述 // 159

一、动产抵押权的基本原理 // 159

二、动产抵押权与动产质权的比较 // 162

第二节 动产抵押权的取得与设立 // 165

一、动产抵押权的取得 // 165

二、动产抵押权的设立 // 168

三、动产抵押权的公示 // 172

第三节 动产抵押权的效力 // 179

一、动产抵押权所担保的债权范围 // 179

二、动产抵押权效力所及的标的物的范围 // 180

三、动产抵押权对抵押权人的效力 // 182

第四节 特殊动产抵押——集合动产抵押 // 184

一、集合动产抵押概述 // 184

二、集合动产抵押的登记 // 185

三、集合动产抵押权的实现 // 186

四、应收账款质押和集合动产抵押的冲突及其解决 // 187

第七章 物的担保——动产质权 // 195

第一节 动产质权概述 // 195

一、动产质权的概念 // 195

二、动产质权的特征 // 196

三、动产抵押与动产质押的制度竞争 // 199

第二节 动产质权的取得 // 202

一、基于法律行为取得 // 202

二、基于法律行为之外的原因取得 // 204

第三节 动产质权的效力 // 205

一、动产质权担保债权的种类 // 205

二、动产质权担保债权的范围 // 205

三、动产质权标的物的范围 // 207

四、出质人的权利义务 // 208

五、质权人的权利义务 // 209

六、动产质权的实现 // 212

第四节 动产质权的消灭 // 213

一、质权抛弃 // 213

二、质物的返还 // 214

三、质物占有的丧失 // 214

四、质物的灭失 // 214

第五节 特殊动产质权 // 215

一、营业质权 // 215

二、最高额质权 // 217

三、金钱质权 // 218

第八章 动产担保物权——权利质权 // 219

第一节 权利质权概述 // 219

一、权利质权的概念与特征 // 219

二、权利质权的性质 // 220

第二节 权利质权的取得 // 221

一、权利质权的当事人 // 221

二、权利质权的标的 // 222

三、权利质权的设定 // 227

第三节 权利质权的效力 // 229

一、权利质权的效力范围 // 229

二、出质人的权利义务 // 231

三、质权人的权利义务 // 233

四、权利质权的实现 // 235

第四节 权利质权的消灭 // 237

一、出质权利的消灭 // 237

二、混同 // 238

三、标的物的返还或丧失占有 // 238

第五节 应收账款质押 // 239

一、应收账款概述 // 239

二、应收账款质押的交易本质 // 243

三、应收账款质押的公示 // 244

四、应收账款质押的效力 // 249

第六节 股票质权 // 255

一、担保物权型股票质押 // 255

二、担保物权型股票质押向权利让与型的变迁：股票让与质押的构造及其效力 // 256

三、中国股票质押制度的重构 // 263

第七节 其他权利质权 // 266

一、存款单质权 // 266

二、票据质权 // 269

三、知识产权质权 // 272

第九章 留置 // 275

第一节 留置权概述 // 275

一、留置权的概念 // 275

二、留置权的特征 // 277

三、留置权的历史沿革与发展 // 278

四、留置权与其他权利的比较 // 280

第二节 留置权的取得 // 281

第三节 留置权的效力 // 284

一、留置权的适用范围 // 284

二、对所有权人的效力 // 285

三、对留置权人的效力 // 285

第四节 留置权的实现 // 286

一、留置权的实现条件//286

二、实现留置权的后续处理//288

第五节 留置权的消灭 //289

一、因另行担保的提出而消灭//289

二、因丧失对留置财产的占有而消灭//289

三、因清偿期延缓而消灭//289

后记//291

第一章

担保的基本原理

在传统的民法体系中，担保的作用一直为民法学者所忽视，作为人保的保证在债法中处于边缘位置，相比于关于物权和所有权的基本原理方面的海量研究成果，对担保物权的研究却显得微不足道。在当前民法典的编纂讨论过程中，学者花费了大量的时间和精力去讨论人格权的立法保护模式和策略问题，却忽略了作为市场经济融资活动基础法律制度的担保法的作用，更无人提出应将担保法独立成编予以规定的建议。

一、担保的经济价值以及担保法的法律地位与价值取向

（一）担保与融资

在市场经济中，经济的发展取决于能否获取资金以及以何种成本获取资金。融资的形式有多种，如股权（包括公开上市发行股票）、债权融资、信托融资、融资租赁等。债权融资中最核心的问题是债权安全，而担保则是确保债权安全最重要的私法机

制。^{〔1〕}担保法是债权融资的基本法，保障债权实现是其基本功能。除了债权保障功能，随着金融创新的发展，担保的基本原理还被广泛用于债券发行、资产证券化、金融资产担保交易（如融资融券、股票质押式回购、杠杆收购等）和金融衍生品交易等一系列金融创新活动。可以说，担保机制普遍存在于一国之金融资本市场，并且是金融市场的核心运行机制之一。在这个过程中，担保法逐渐发展出了融资媒介功能，体现为由占有型担保物权向非占有型担保物权转变，由典型担保物权向非典型担保物权、由特定物担保物权向流通性财产之担保物权、由单一物之担保物权向集合物甚至企业整体财产为担保物的企业担保演进。

担保本身是一种风险防范机制，可以有效地消除债务人的信用风险，确保债权人的资金安全。但与此同时，担保也是金融市场杠杆运作的手段，其基本的运作原理是将流动性差的资产作为担保物换取现金进行其他生产经营活动，担保借贷获得的资金将增加债务人的负债水平，对其生产经营产生一定影响，杠杆的使用增加了债务人的经营风险，也便利了风险的扩散。同时，担保在便利借贷的同时，也催生了一些社会罪恶，尤其是民间高利贷多使用担保作为实现非法高利盘剥的制度工具，并引发了一系列暴力催收行为。

债务人的合同履行能力对于债权的实现具有至关重要的作用。债务人的违约行为随着经济发展的程度而呈现出更多的形态，不仅作为个人和中小企业的债务人会违约，甚至大企业、金融机构和政府都会因为财务困境而陷入违约境地，其因此所导致的破坏性也更加严重，甚至危及一国金融系统的安全。因此，担保在便利借贷的同时，因为债务人杠杆水平的增加与风险的扩散，当具有系统重要性债务人陷入财务困境或破产时，将会导致系统性金融危机的爆发。如美国 AIG、雷曼和贝尔斯登等金融机构因高比例的股票回购和衍生品交易陷入财务困境，最终被接管或破产。

（二）担保法的法律地位

1995 年《中华人民共和国担保法》（以下简称《担保法》）出台，我国首

〔1〕 这一观念影响到了近代各国或地区民法的立法模式，如法国民法典、日本民法典、意大利民法典、俄罗斯民法典以及我国澳门地区都没有将抵押权、质权、留置权规定在物权法中，而是在民法典债编中将其作为债的各种担保方式加以规定。但有学者对担保物权保障债权的基本功能提出了质疑，认为担保的对象是信用而非债权；从实证角度来看，担保物权的出现是由于信贷关系的发生，而非债权的发生，而且无论在古代社会还是现代社会中，都存在不是以债的存在为条件的担保物权。参见：徐洁：担保物权功能重新解读〔J〕，西南民族大学学报（人文社科版），2007（3）：129-130。

次将“担保法”确立为一个独立的民法部门，对各种担保制度作出了全面、系统的规定，使不同的担保制度集中在一起并因此成为能够加以统一适用的有机整体。2006年，法国立法者在《法国民法典》中新创第四卷“担保”，将原本分散的不同担保制度作为独立的一卷规定在一起。^{〔1〕}

然而，在当前的民法典编纂中，立法者并未吸收先前成功的立法经验，也未考察国外立法例的最新进展，而是采取了1804年《法国民法典》和1896年《德国民法典》将担保法不同担保制度进行割裂、分别规定于民法典的不同编章中的做法：将“保证”作为一种具体契约规定在民法典“合同编”当中；将抵押、质押和留置作为三种担保物权规定在民法典“物权编”当中。此种编纂思路人为地割断了不同担保制度之间的有机联系，将原本作为一个有机整体存在的人的担保和物的担保体系搞得支离破碎，使“担保法”重新丧失了作为一个独立的私法部门的地位。

可以说，在民法典的编纂中，存在为“编纂”而“编纂”的严重问题，没有清晰的问题意识，具体到担保法的制度设计，其并未将现行担保融资实践中的相关问题纳入考虑视野。纵观当前国际范围内担保法改革的实践，其基本制度目标是实现担保制度现代化，保障融资交易的效率和安全，使担保法规则和担保登记体系清晰、统一，提高担保融资的信息披露水平，便利担保登记。当前，我国担保融资实践中存在登记体系不统一、登记机构分散多样、登记系统区域化运作阻碍全国统一的担保融资运行的问题，不利于当事人进行信息查询，部分担保物仍然不能进行登记，甚至存在主体歧视、排除某些非金融机构进行登记的做法，登记效力不确定、部分急需通过登记获取安全保障的交易无法进行登记，如融资租赁、所有权保留、回购、应收账款出售（详见后文讨论）等具有担保功能的制度急需通过登记确保债权人的担保权利。就我国而言，当前民法典编纂中被忽略的一个问题是如何建立适应我国需要的担保法律体系。根据全国人大法工委向有关单位征求意见的《民法典物权编》（草案）和《民法典合同编》（草案），立法者将担保制度切割后分别规定于“合同编”和“物权编”的做法体现了浓厚的德国民法意味，忽略了我国担保融资实践的发展需要。学者们更愿意去讨论一个能吸引更多人眼球但实际上并无多大实际意义的人格权独立成编的问题，却不肯花费时间和精力去研究一个对我国金融市场建设具有基础意义的法律制度完善问题。

〔1〕 李世刚：《关于法国担保制度的改革》[J]，政治与法律，2007（3）。

本书认为,对于独立的“担保法”体系不应轻易放弃,尤其是在当前奉行功能主义立法思路的民法典编纂中,更是有担保法独立成编的制度空间。应当借民法典编纂之际,系统梳理现行担保融资实践中存在的问题,尤其是新型担保融资交易及其登记问题,构建统一的担保法律制度框架,分别构建全国统一的不动产和动产担保登记体系,实现登记公示系统的统一,以便利权利公示和交易查询,实现担保交易的便捷和安全。

(三) 担保法的价值取向

在担保交易中,债权人和债务人之间的博弈时时存在。因此,担保法中常存在一个价值争论,即担保法到底应该保护债权人还是债务人,或者是要实现两者之间利益的平衡?

就此而言,债权人和债务人之间利益的衡平永远是动态的。从其历史发展来看,如英美法中的 mortgage (抵押),其制度不断建立、完善的过程,总是伴随着债权人与债务人之间的角力,回赎 (redemption) 和止赎 (foreclosure) 制度的建立就是债权人和债务人之间不断博弈的结果。就担保法的基本制度价值而言,如下文所述,其基本的制度功能是保障债权实现,因此,担保制度设计的基本出发点应该是保护债权人利益,但这同时也为担保制度划定了边界,即其仅以保障其债权实现为必要,不得因此额外牟利或者牟取暴利。

同时,债权人和债务人身份具有多重性和动态性,其在不同的法律关系中可能兼具债权人和债务人身份。以个人为例,其从银行申请住房抵押贷款时,即为债务人,银行为债权人;但同时,若其在该银行具有存款或购买了银行发行的金融债券,则其为债权人,银行为债务人。事实上,在不同的法律关系中,每个人或机构均可能成为债权人或债务人。就此而言,单纯讨论担保法应当保护债权人还是债务人没有任何意义,担保法应当关注的仅仅是确保债权的合理实现。从这个角度讲,担保法应该是一个实现债权的中性制度工具。

但是,担保制度的这种中立价值自 20 世纪 70 年代末以来受到了破产法尤其是其破产重整制度的巨大冲击。在破产重整制度中,担保债权人的权利实现面临着严重的制度障碍,其“自动终止”制度阻碍了担保债权人权利的行使,致使债权人无法及时处分担保物而实现债权。由是之故,作为债权人的大型企业和金融机构纷纷通过金融创新构造了诸多本质上为担保借贷而形式上不属于担保借贷的金融交易,如资产证券化、回购等,以回避担保法和破产法的规范,尤其是规避破产管辖,从而实现及时变现和受偿,带来了严重的隐性担保

问题^[1]，对金融稳定产生了深远的影响。

二、担保的概念与特征

(一) 担保的概念

债的担保，是促使债务人履行其债务，保障债权人的债权切实得以实现的法律措施。能起到债权保障功能的制度有很多，典型的如并存的债务负担、抵销权、连带债务^[2]等制度，这些制度均能起到保障债权的作用，但其均为基于债之关系而固有的制度，债权的安全来自自身，而非外在的辅助的担保，因此这些制度并非属于本门课程所讨论的担保制度。^[3]担保与其他债权保障制度的区别在于：首先，担保是其所保债务以外的、辅助的“保障”，是附加于债务之上的；而其他债权保障制度则是债务自身的属性或源自其所处的法律状态本身。其次，担保是当事人意思表示的结果，而非其他制度或规则的作用。

以抵销制度为例，其目的在于简化支付，而非担保债权。就行使抵销权之债权人而言，在债务人财力不足之场合下，仍能为自己的债权给予确实及充分的清偿利益，故其具有类似于担保地位之机能。在债权实现的直接性和快捷性方面，抵销胜于担保。在双方的债权都能借助于抵销而得到实现的意义上，抵销也优于金钱担保。由是之故，在金融衍生交易以及回购交易中，通用的结算方式是“终止净额结算”，通过强制抵销实现彼此的债权，并且这种强制抵销在美国破产法上享有确定的法律保护，该制度旨在确保系统重要性金融机构能够及时实现债权，从而防止其受到债务人流动性危机的波及而陷入财务困境或破产。抵销保障债权的优势清晰地体现在破产程序中。《中华人民共和国企业破产法》（以下简称《破产法》）第40条规定，债权人在破产申请受理前对债务人负有债务的，可以向管理人主张抵销，而在破产申请受理后取得他人对债务人的债权的，不得抵销。由此可见，债务人破产申请受理前对债务人的负债可以

[1] 王乐兵：金融创新中的隐性担保——兼论金融危机的私法根源[J]。法学评论，2016（5）：57。

[2] 在多数债务人承担连带债务的情况下，其客观上扩张了责任财产的范围，即全体连带债务人的责任财产均为该债权实现的责任财产，从而增加了债权实现的可能性，在这个意义上说，连带债务与保证极为相像。但连带债务不具有下文所讲的补充性、从属性，从而无法被归类为担保法上的担保。参见：崔建远：“担保”辩——基于担保泛化弊端严重的思考[J]。政治与法律，2015（12）。

[3] 李世刚：法国担保法改革[M]。北京：法律出版社，2011：26。

通过抵销而获得清偿,担保债权的实现则受到破产程序的影响。但是,抵销终究是债权的效力表现,仅存在于债权人和债务人相互之间的债之关系中。

债的担保有一般担保和特别担保之分。一般担保,是指债务人必须以其全部财产作为履行债务的总担保,其并非针对特定的合同之债,而是担保债务人的全部合同的履行。此一般担保实为债法意义上的责任财产制度,“债务人的全部财产,并非分别担保各个单独之债权,乃构成全体债权人的共同担保,即责任财产”。^[1]但其缺陷同样明显,即在债务人没有责任财产或责任财产不足的情况下,债权人的债权便全部不能或不能全部实现。

对于债务履行真正具有担保作用的是特别担保,即由特定人或物担保债之履行,主要是担保法、物权法所规定的各类担保方式,包括人的担保、物的担保、金钱担保以及所有权保留等,总体上可以分为以下两种方法:(1)增加债务人,进而增加债务履行的责任财产;(2)将债务人的某一项或几项财产从法律上特定化,专门用于清偿债务。^[2]

(二) 担保的法律特征

1. 担保的附随性

所谓附随性,又被称为“从属性”,是指担保从属于主债权债务法律关系,其产生、移转或消灭皆从属于被担保的特定债权的属性。罗马法上对具有不动产担保物权的附随性进行了严格规定,并一直影响到了后世的《法国民法典》与《意大利民法典》。《担保法》第5条第1款规定:“担保合同是主合同的从合同,主合同无效,担保合同无效。担保合同另有约定的,按照约定。”该条从法律上确认了担保的从属性特征。担保的从属性主要表现为:(1)发生上的从属性:担保之创设以基础债权存在为前提,债权不存在,担保不成立。以担保物权为例,《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)第172条第1款规定:“设立担保物权,应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效,担保合同无效,但法律另有规定的除外。”除此之外,我国并未像德国一样建立土地债务等非附随性抵押权。但第172条的但书,为未来引入非附随性担保物权预留了制度空间,从而满足企业融资和金融创新的制度需求。(2)移转上的从属性:附随债权一同移转。《物权法》第192条规定:“抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债

[1] 孙森焱.民法债编总论:下册[M].北京:法律出版社,2006:506.

[2] 沈达明.法国/德国担保法[M].北京:对外经济贸易大学出版社,2015:3.

权的担保。债权转让的,担保该债权的抵押权一并转让,但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”(3) 消灭上的从属性:债权消灭时,担保物权随之消灭。^[1]

同时,我国《担保法》并未僵化地坚持担保的从属性,而是规定了最高额保证(《担保法》第14条)和最高额抵押(《物权法》第203条以下),允许为将来产生的债权预先设立保证或抵押权,从而放松了对从属性的要求。但这种对担保从属性的放松并未完全满足我国商业实践的需要,理论界和实务界对非从属性担保的呼声也越来越强烈,尤其是对独立担保或独立保证。实践中,国际贸易中出现的“不可撤销的保函”“见索即付的保函”“见单即付的保函”等,均独立于主债关系,此类担保仅有补充性和保障债权切实实现性,欠缺从属性,但其效力均获得了我国人民法院的认可。我国于2016年12月颁布了《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》(法释〔2016〕24号)。独立保证可以满足当事人的多种交易目的,如省却交付现金尤其是跨境现金交付的繁琐(主要用于代替国际合同订立中押金的交付)^[2]、规避担保法对保证人的多项保护规则等,从而广受欢迎。但值得注意的是,独立保函虽然具有担保债权实现的功能,但不属于我国担保法规定的法定担保方式,故不适用我国担保法关于保证的规定。

从比较法上看,《德国民法典》关于担保物权附随性的不同规定尤其值得我国学界思考,其关于附随性的规定融合了罗马法的传统与普鲁士地方法的历史传统,并结合其国情进行了大力度的改革:在担保性抵押权构造方面继受了罗马法模式;而在土地债务上根本没有从属性,是具有独立性的物的担保;流通抵押权虽有从属性,但为了保护因信赖债权存在而受让的人时,从属性会被击破;证书式的证券抵押权完全按照有价证券法的基本规则确定,即债券的所有人或指示证券的权利人就是抵押权人(《德国民法典》第1187条第3句)。在抵

[1] 参见《物权法》第177条第1款,其规定:“有下列情形之一的,担保物权消灭:(一)主债权消灭……”

[2] 20世纪60年代起,法国银行开始提供“被进口方第一次索要时立即付款”的新型业务即“独立担保”,也被称为“见索即付”和“银行信用”。该类担保模式使得招标方(债权人)愿意放弃债务人立即交付押金的传统方式,接受这种银行一经要求立即支付“押金”的方式。在国际商事领域,银行的“见索即付”义务并非直接担保合同的正常履行,而是担保立即支付“押金”(这些是在没有“独立担保”时,本该于主合同订立时就应当交付的金额)。这正是国际商事中“独立担保”的独立性的来源,其结果是,提供“独立担保”的银行不可以主张与被担保合同履行有关的抗辩而拒绝支付担保金额。参见:李世刚. 法国民法典对“独立担保”制度的确立——法国民事立法新特点之实例解读[J]. 社会科学,2012(1):111.

押权善意取得的情况下,受让人获得的只是一项抵押权,绝对没有取得对人债权。^{〔1〕}这至少表明担保的从属性被大大弱化了。^{〔2〕}从德国和瑞士的制度实践来看,其选择多样化的不动产担保物权,实为一个明智选择,因为不动产担保物权之间的自由竞争,已经显现出一个明显的走向,即选择规定土地债务式的抽象担保,是大势所趋。^{〔3〕}土地债务相对于附随性担保物权胜出的原因在于,其设立简便、费用低廉,独立于被担保债权之存在而存在,尤其是其变动较少涉及土地登记簿的登记变更,频繁的债权关系的变动并不触及不动产担保物权,也为将来创设担保预留了制度空间。

同时,伴随着流通性抵押权和土地债务制度的流行,德国资本市场发展出了独具特色的潘德格雷夫(pfandbriefe)抵押债券。在普鲁士“七年战争”之后,为了恢复被战火摧毁的经济、实现经济复兴,普鲁士时任国王腓特烈二世建立了德国的土地银行制度,为农业和农场主提供大量信贷,其制度工具就是借助于后世所称的潘德格雷夫抵押债券,并最终实现了由保全抵押到投资抵押的发展,现代抵押权出现了独立化、价值化、证券化的发展趋向。这一新型资产证券化模式后来传播至整个欧洲,发展出了庞大的欧洲抵押支持证券市场。^{〔4〕}

同样,在英美法系国家,受制于其担保法对附随性的严格坚持,对其开展住房抵押贷款支持证券形成了制度障碍,为此,华尔街设计了一系列克服或规避抵押权附随性严格限制的市场创新机制,如MERS(Mortgage Electronic Recording System,抵押电子记录系统),使得其可以代替大多数的贷款银行作为名义上的抵押权人,当作为会员的贷款银行之间转移抵押贷款时,其只需要在MERS内部进行电子登记即可,而无须到各州的不动产登记机构进行抵押权变更登记,这极大地便利了抵押权在金融市场上的流转,并且极大地降低了抵押权

〔1〕 [德] 鲍尔,施蒂尔纳:《德国物权法:下册》[M]. 申卫星,王洪亮,译. 北京:法律出版社,2006:28,40,42-43.

〔2〕 瑞士担保物权制度也有类似的制度安排,其既有具有附随性的土地担保转让证书制度(《瑞士民法典》第824条以下),也有无附随性的、负有纯粹物权责任的定期金,以及特别的负担抽象物权以及人的责任的流通性债券(《瑞士民法典》第824条以下)。参见:[德] 罗尔夫·施蒂尔纳:《附随性与抽象性之间的不动产担保物权及其在欧洲的未来》[J]. 王洪亮,译. 清华法学,2006(2):234.

〔3〕 [德] 罗尔夫·施蒂尔纳:《附随性与抽象性之间的不动产担保物权及其在欧洲的未来》[J]. 王洪亮,译. 清华法学,2006(2):235.

〔4〕 王乐兵:《欧洲资产担保债券与中国资产证券化:改革、比较与借鉴》[J]. 法学杂志,2017(10):121-122.