

胡宝海 著

现代金融担保法研究

—— 不动产担保及其证券化理论



日本研究博士丛书

PDF

前 言

现代金融担保法以现代金融交易上的金钱债权保全问题为调整对象，是现代民法的重要组成部分。不动产担保作为物的担保制度，居于现代金融担保法的核心地位。本书以不动产担保及其证券化问题为研究对象，借助法解释学的方法、比较法学的方法、法社会学的方法、法与经济学的方法等展开讨论。结构上分为“不动产担保法研究”和“不动产担保证券化研究”上下两编，全文约 30 万字。

金融担保法作为民法体系的有机构成，是既古老，又年青的学科。所以谓之“古老”，担保制度伴随人类社会信用经济的产生而产生，在罗马法时代，已经形成较为完备的制度体系；所以谓之“年青”，本世纪以来，金融经济的飞速发展，尤其是第二次世界大战后金融创新的日新月异，新型的担保形式在金融交易实务上被不断地开发出来，并通过判例法和特别法的形式固定下来，担保法成为现代民法颇为活跃的部门。

本书着眼于现代金融交易上的不动产担保问题，在研究过程中，贯穿如下问题意识：其一是，传统民法担保物权制度的局限与现代金融担保法的形成。本世纪以来的金融担保实务的新发展，迫使形成于 19 世纪末的传统担保物权理论与制度发生变革，为现代金融担保法的形成创造契机。其二是，金融担保与信用经济的互动关联。担保是信用关系的法律表现和保障，信用是担保法的经济基础。担保制度将随着信用经济的不断创新而发展、变革。其三是，现代债权管理与不动产担保的风险分散。债权风险管理是现代债权管理的重要内容，现代金融交易的风险多发，对不动产担保的风险管理提出了新课题，要求以全新的视点审视不动产担保问题，从而构筑更富效率、更加安全的担保法制体系。

其四是，日本不动产担保制度对中国的借鉴价值。日本在现代市场经济确立和发展过程中，大胆移植大陆法系和英美法系的担保法律制度，积累了丰富的担保法制的理论与实践经验，对我国建立社会主义市场经济的担保法制体系颇具借鉴意义。

不动产担保证券化是当今不动产金融的最发达的形态，该领域存在美国和德国两种证券化模式。肇始于本世纪 70 年代美国的金融资产证券化已成为当今金融发展的世界性潮流，证券化金融商品以其在安全性、收益性、流通性上的优势为内驱力，在欧美金融市场发展迅猛。纵观证券化发展的历史，不动产担保证券化为其最初的且最基础的形态，正是不动产担保证券化在法律制度和金融技术上的积累，方成就今日金融资产证券化之蔚为大观。我国现行的法律制度体系和证券市场的发育程度固然距证券化的要求相去较远，但在经济全球化、自由化的今天，我们不能无视证券化的世界性潮流，无法回避我国经济发展对证券化的需要，尽管证券化在我国可能要经历艰难的探索过程。证券化制度的研究对大力推进现代市场经济体制改革的我国，无疑具有重要的战略意义。

不动产担保及其证券化理论问题带有实务先行和高度的法律技术性特色，将伴随实践的发展和理论的深入而日臻完善，本书仅为对该领域的基础性理论探讨，有待于今后进一步拓展。

著 者

1997 年 4 月

于中国社会科学院法学研究所

目 录

前 言	(1)
-----	-----

上编 不动产担保法研究 ——中国·日本不动产担保制度之比较

第一章 序论	(5)
第一节 不动产担保法在现代金融担保法上的地位	(5)
一 现代金融担保法的对象与体系	(5)
二 不动产担保法在现代金融担保法上的核心地位	(6)
第二节 信用理论与不动产担保法	(8)
一 信用理论是现代金融担保法学的基础	(8)
二 信用与担保的互动关系	(9)
三 关于信用的理论	(12)
第三节 债权风险、债权管理与不动产担保	(16)
一 现代债权管理的新课题	(16)
二 担保交易的功能分解	(18)
第四节 中国与日本不动产担保法比较研究的意义	(19)
一 日本民法对中国民法的影响	(19)
二 中日不动产担保法比较研究的可能性	(20)
三 日本不动产担保法制与法理对中国的借鉴价值	(21)

第二章 日本现代不动产担保法理论	
——“近代的抵当权论”的终结	(22)
第一节 “近代的抵当权论”的基本内容	(22)

一 序论	(22)
二 基本内容	(23)
第二节 关于“近代的抵当权论”的批判	(29)
一 对抵押权发展史观的批判	(29)
二 对抵押权本质论的批判	(30)
三 对抵押权特质论的批判	(31)
第三节 结论	(31)
第三章 日本现代不动产担保制度概观	(34)
第一节 日本抵押制度的立法沿革	(34)
一 地所质入书入规则	(34)
二 从鲍瓦索纳德草案到“旧民法”债权担保编	(35)
三 外国法的继受	(36)
第二节 明治民法典上的抵押制度	(37)
一 担保制度结构体系	(37)
二 抵押权制度的基本内容	(37)
第三节 抵押制度的新发展	(40)
一 抵押权附从性之缓和	
——关于“根抵当(最高额抵押)”的立法	(40)
二 抵押权标的物范围之扩大	(42)
三 权利移转型抵押制度之确立	(52)
四 抵押权流通性之增强	(57)
第四章 中国现行不动产担保法的基本理论问题	(73)
第一节 序论	(73)
第二节 不动产担保法的基础理论	(76)
一 抵押权的概念和功能	(76)
二 抵押权的法律性质	(77)
三 抵押权的诸原则	(79)
四 抵押权的设定	(80)

五	抵押权的效力与实现	(95)
第五章	不动产抵押权的执行制度	(122)
第一节	序论	(122)
第二节	日本不动产抵押权的执行制度	(123)
一	抵押权实行的要件	(123)
二	不动产抵押权的实现方式	(124)
三	抵押权与其他债权、担保权的竞合	(129)
四	抵押权对债务人一般财产的效力	(135)
五	日本不动产抵押权执行制度的新动向 ——日本《关于民事执行法一部改正的法律》 概要	(135)
第三节	中国不动产抵押权的执行制度	(138)
一	抵押权实行的要件	(138)
二	抵押权的实现方式	(139)
第六章	不动产抵押制度的功能界限 ——对日本住专问题的金融担保法学透视	(143)
第一节	住专的不动产担保问题	(143)
一	住专问题的由来	(143)
二	解决住专问题的相关法律	(146)
第二节	不动产担保的功能界限	(150)
一	土地神话的破灭	(150)
二	景气循环与担保风险的管理	(151)
第三节	不动产担保风险的分散化	(156)
一	保险制度的担保功能	(156)
二	信托制度的担保功能	(160)
三	不动产担保的证券化	(168)

下编 不动产担保证券化研究

第一章 不动产担保证券化导言	(173)
一 金融资产证券化的大趋势.....	(173)
二 证券化结构融资与传统融资交易之比较.....	(174)
三 不动产担保证券化的两种模式.....	(176)
第二章 美国不动产担保证券化研究	(178)
第一节 美国不动产担保制度概观.....	(178)
一 抵押法理.....	(178)
二 抵押市场.....	(194)
第二节 证券化的基础理论.....	(202)
一 证券化的定义.....	(202)
二 抵押证券化的基本结构.....	(219)
三 证券化发行媒介.....	(226)
四 证券化结构的内在法律风险控制.....	(244)
五 证券化金融产品投资者的保护	
——从美国银行、证券规制的角度.....	(254)
第三章 德国不动产担保证券化研究	(259)
第一节 德国不动产担保制度概观.....	(259)
一 序论.....	(259)
二 抵押权.....	(263)
三 土地债务.....	(273)
四 定期土地债务.....	(279)
第二节 德国抵押银行的法律基础.....	(280)
一 抵押银行的定义.....	(280)
二 抵押银行的三项规范原则.....	(283)
三 抵押银行的业务规制.....	(290)

四 抵押银行的监管机构.....	(296)
五 其它抵押金融机构.....	(299)
第三节 抵押债券.....	(301)
一 抵押债券的定义.....	(301)
二 抵押债券的基本结构.....	(305)
三 抵押债券的风险保证.....	(308)
四 抵押债券的样式和记载事项.....	(311)
第四章 证券化对中国的启示.....	(315)
第一节 序论.....	(315)
第二节 中国引入不动产担保证券化制度的法律 思考.....	(319)
一 对现行法律制度的评价.....	(319)
二 证券化法律环境的构筑.....	(319)
三 结语.....	(325)
主要参考文献目录.....	(327)
后记.....	(334)

前 言

现代金融担保法以现代金融交易上的金钱债权保全问题为调整对象，是现代民法的重要组成部分。不动产担保作为物的担保制度，居于现代金融担保法的核心地位。本书以不动产担保及其证券化问题为研究对象，借助法解释学的方法、比较法学的方法、法社会学的方法、法与经济学的方法等展开讨论。结构上分为“不动产担保法研究”和“不动产担保证券化研究”上下两编，全文约30万字。

金融担保法作为民法体系的有机构成，是既古老，又年青的学科。所以谓之“古老”，担保制度伴随人类社会信用经济的产生而产生，在罗马法时代，已经形成较为完备的制度体系；所以谓之“年青”，本世纪以来，金融经济的飞速发展，尤其是第二次世界大战后金融创新的日新月异，新型的担保形式在金融交易实务上被不断地开发出来，并通过判例法和特别法的形式固定下来，担保法成为现代民法颇为活跃的部门。

本书着眼于现代金融交易上的不动产担保问题，在研究过程中，贯穿如下问题意识：其一是，传统民法担保物权制度的局限与现代金融担保法的形成。本世纪以来的金融担保实务的新发展，迫使形成于19世纪末的传统担保物权理论与制度发生变革，为现代金融担保法的形成创造契机。其二是，金融担保与信用经济的互动关联。担保是信用关系的法律表现和保障，信用是担保法的经济基础。担保制度将随着信用经济的不断创新而发展、变革。其三是，现代债权管理与不动产担保的风险分散。债权风险管理是现代债权管理的重要内容，现代金融交易的风险多发，对不动产担保的风险管理提出了新课题，要求以全新的视点审视不动产担保问题，从而构筑更富效率、更加安全的担保法制体系。

其四是，日本不动产担保制度对中国的借鉴价值。日本在现代市场经济确立和发展过程中，大胆移植大陆法系和英美法系的担保法律制度，积累了丰富的担保法制的理论与实践经验，对我国建立社会主义市场经济的担保法制体系颇具借鉴意义。

不动产担保证券化是当今不动产金融的最发达的形态，该领域存在美国和德国两种证券化模式。肇始于本世纪 70 年代美国的金融资产证券化已成为当今金融发展的世界性潮流，证券化金融商品以其在安全性、收益性、流通性上的优势为内驱力，在欧美金融市场发展迅猛。纵观证券化发展的历史，不动产担保证券化为其最初的且最基础的形态，正是不动产担保证券化在法律制度和金融技术上的积累，方成就今日金融资产证券化之蔚为大观。我国现行的法律制度体系和证券市场的发育程度固然距证券化的要求相去较远，但在经济全球化、自由化的今天，我们不能无视证券化的世界性潮流，无法回避我国经济发展对证券化的需要，尽管证券化在我国可能要经历艰难的探索过程。证券化制度的研究对大力推进现代市场经济体制改革的我国，无疑具有重要的战略意义。

不动产担保及其证券化理论问题带有实务先行和高度的法律技术性特色，将伴随实践的发展和理论的深入而日臻完善，本书仅为对该领域的基础性理论探讨，有待于今后进一步拓展。

著 者

1997 年 4 月

于中国社会科学院法学研究所

上编 不动产担保法研究

——中国·日本不动产担保制度之比较



第一章 序论

第一节 不动产担保法在现代金融担保法上的地位

一 现代金融担保法的对象与体系

现代金融担保法作为现代民法体系的重要组成部分，以现代金融交易中的金钱债权保全问题为调整对象^①。金钱债权的保全问题恰似现代经济有机体的血液循环，小而言之，关系金融企业的兴衰；大而言之，牵涉国民经济的稳定乃至国家安全。金融担保法是现代市场经济中不可或缺的民事法律制度。

作为金钱债权的保全制度，现代民法创设了三方面的制度^②。首先是担保制度，即通过对债务人或第三者的责任财产加以特定化（责任财产与一般财产之法律分离），为债权人设定优先受偿权，称物的担保，即传统民法上的担保物权；或由第三者

① 王家福主编《中国民法学·民法债权》第91页以下；梁慧星著《民法》第268页以下；内田贵著《民法Ⅲ债权总论·担保物权》第7、183页以下。

② 作为金融担保的手段，传统民法设有保证、连带债务、质权和抵押权等制度。本世纪以来，伴随金融经济的飞速发展，暴露了现存金融担保手段的不适应性。于是，新型的、更高效率的担保方式，诸如最高额抵押、所有权留保、让渡担保等作为交易惯例在金融实务中逐渐固定下来，并通过判例法和民事特别法的形式获得了法律确认，形成了突破传统民法既定担保模式的担保法律体系，统称之为“金融担保法”。

关于日本金融担保法的形成，参照椿寿夫《现代金融担保法の課題》，《现代金融担保法の展开》所收，第11页以下；近江幸治《判例と担保物权法》，椿寿夫编《担保物权法》所收，第315页以下。

承诺于债务人发生债务不履行场合下代负债务清偿之责，称人的担保，即保证制度。其次，诸如代物清偿、抵销、债权让与、债权人取消权、债权人代位权等作为确保债权回收的法律制度，同样发挥担保的功效，本书拟称债权回收法，应当纳入现代金融担保法的体系范畴。此外，伴随金融技术“创新（innovation）”之日新月异，债权的证券化作为分散债权风险和确保债权回收的法律技术，亦应当成为现代金融担保法的重要内容^①。

现代金融担保法的体系内容如下（见第7页）：

二 不动产担保法在现代金融担保法上的核心地位

不动产担保法是以不动产为标的的担保制度。传统民法上一般设有不动产抵押权和不动产质权制度。不动产上的权利，诸如地上权、永佃权、采石权、矿业权等，亦可成为担保标的，称不动产物权担保。晚近的金融实务上，将让渡担保、卖渡担保、假

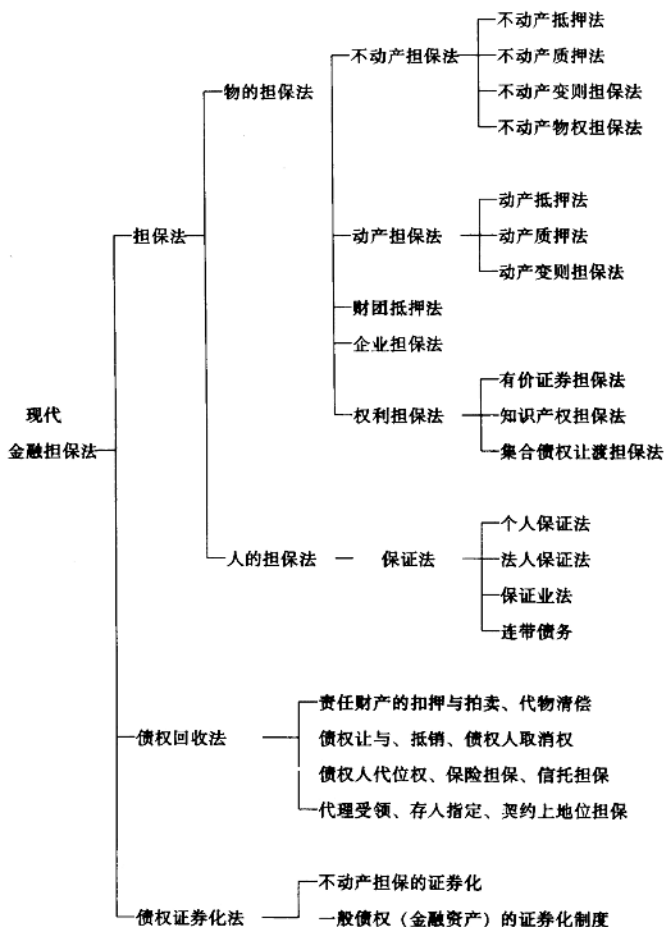
① 进入20世纪，特别是第二次世界大战以来，担保法成为民法最为活跃的领域，非典型担保形式的涌现给传统的担保物权法基础理论带来冲击，对担保法理提出了新的整合性要求，出现了制限物权型担保理论、权利移转型担保理论、类型化担保物权理论等对纷繁的担保实践加以体系化的理论尝试。关于现代金融担保法的体系问题，根据担保标的物的种类和性质加以体系化的理论即类型化担保物权理论，在金融担保交易实务上更易操作，更具指导意义，因此，本文采纳了类型化担保物权理论结构，将担保标的物大别为不动产、动产、权利。

椿寿夫等著《现代金融担保法的展开》一书将现代金融担保法的对象界定为现代金融交易上的各种担保形式的总称，包括传统民法上的担保物权及变则担保等，从体例上，由总论、担保论、金融论构成。

内田贵著《民法Ⅲ》着眼于金钱债权的回收，将传统民法的担保物权制度、变则担保，以及代物清偿、债权人取消权等债权回收及责任财产的保全制度等均纳入确保金钱债权履行的金融交易法，对传统的担保物权理论进行大胆突破和创新，颇富启迪。

此外，参照椿寿夫《担保法学的概观》，椿寿夫编《担保法理的现状与课题》所收，第1页以下。

(现代金融担保法的体系)



登记担保、所有权留保等所谓的变则（非典型）担保的技法应用于不动产担保，形成了以不动产抵押权、不动产质权、不动产物权担保、不动产变则担保等为内容的不动产担保制度^①。

作为不动产担保法主干的抵押权制度，“占据近代物的担保制度之王座”（我妻荣语），在现代金融担保法中处于核心的地位。其理由是，自担保标的本身的性质观之，不动产较一般动产，价值高且恒定，保值增值性优，安全可靠，因而，不动产作为担保标的被列为抵押制度的顶点^②；自担保制度发展史观之，担保法的基本原理，诸如公示原则、特定原则、物上代位等，均由不动产担保的发展过程得以确立，并围绕不动产担保而展开^③。

我国的担保法制确立伊始，无论在法律制度本身，还是担保法理上，存在颇多尚待完善之处^④。其中，不动产担保法的研究可谓当务之急，对其他担保制度的整备亦具有指导意义。鉴于此，本书首先对不动产担保展开理论探讨，以期抛砖引玉之功效。

第二节 信用理论与不动产担保法

一 信用理论是现代金融担保法学的基础

担保制度是信用经济的产物，是信用经济的法律保障。担保

① 川井健著《担保物权法》第10页以下。

② 高木多喜男著《担保物权法（新版）》第89页。

③ 关于抵押制度在法国、德国、日本等大陆法诸国的发展过程，参照柚木馨·高木多喜男著《担保物权法》第169页以下。

④ 崔建远《我国担保法的解释与适用》。

法的高度的法技术性和浓厚的实务先行色彩，无非是信用经济发展的外在表现和内在要求。担保法制法理与信用理论存在极为密切的关联^①，“对于物的担保制度的法学研究暨担保法学而言，信用理论是不可或缺的基础”。（铃木禄弥语）

二 信用与担保的互动关系

信用（credit, Kredit）一词存在多重意义，在经济学上通常定义为，以现有的财物或货币履行将来支付的一种承诺（Present goods or money in return for a promise to pay in the future）^②。信用即同时等价交换关系通过借贷的形式转变为异时等价交换关系，由利息维持其同时交换与异时交换的等价性。作为异时交换关系的信用：在法律学上表述为债权债务关系。信用交易发生于债权人和债务人双方当事人之间，换言之，信用是当事人关于债权债务的约定，就债权人而言，表现为对已承诺的将来偿付的请求权，就债务人而言，表现为将来必须履行的具有强制性的义务。债权关系基于信用关系以外的事由亦可发生，基于侵权行为的损害赔偿债权，基于不当得利的返还请求债权即是。金融担保的保全对象是金融交易上发生的金钱债权。金融交易债权的发生以信用关系为基础，而信用关系的发生基于债权人对债务人之可信任程度的理性判断。作为判断基准信用分析家归纳为所谓的“三C”，具体言之，首先为道德（Character），即债务人偿债的主观意志，法律上所谓的清偿意思；其次为资本（Capital），债务人的自有资本净值，法律上所谓的债务清偿能力（责任财产）；再次为能力（Capacity），由信用率表现的债务人的信用能力，即

① 关于担保与信用的关系，参照铃木禄弥著《物的担保制度の分化》第3页以下，槇梯次著《担保物权法》第1页以下。

② 周大中著《现代金融学》（北京大学出版社1994年）第44页以下。