



互联网治理与法律研究

丛书主编 李欲晓

日本电子记录债权法研究

RIBEN DIANZI JILU ZHAIQUANFA YANJIU

崔聪聪 著



北京邮电大学出版社
www.buptpress.com



互联网治理与法律研究丛书

丛书主编 李欲晓

日本电子记录债权法研究

崔聪聪 著



北京邮电大学出版社
www.buptpress.com

内 容 简 介

本书介绍了日本《电子记录债权法》的立法背景及其具体制度,分析了我国现行债权让与和债权质押法律制度的缺陷,在此基础上提出我国出台电子登记债权法的必要性并论证了其可行性。

本书可供立法机关工作人员、金融监管机构工作人员、网络企业的从业者参考使用,并可作为高等院校法学、金融学专业的研究生参考用书。

图书在版编目(CIP)数据

日本电子记录债权法研究 / 崔聪聪著. -- 北京: 北京邮电大学出版社, 2014. 8

ISBN 978-7-5635-4077-8

I. ①日… II. ①崔… III. ①债权法—研究—日本 IV. ①D931.33

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 176109 号

书 名: 日本电子记录债权法研究

责任著作者: 崔聪聪 著

责 任 编 辑: 王琴秋

出 版 发 行: 北京邮电大学出版社

社 址: 北京市海淀区西土城路 10 号(邮编:100876)

发 行 部: 电话:010-62282185 传真:010-62283578

E-mail: publish@bupt.edu.cn

经 销: 各地新华书店

印 刷: 北京源海印刷有限责任公司

开 本: 787 mm×1 000 mm 1/16

印 张: 11.5

字 数: 226 千字

版 次: 2014 年 8 月第 1 版 2014 年 8 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5635-4077-8

定 价: 29.80 元

• 如有印装质量问题,请与北京邮电大学出版社发行部联系 •

总 序

根据国际电联(ITU)近期公布的数据,到2014年底全球互联网用户将有近30亿,占世界人口的40%左右。人类由于互联网的出现已经不可逆转地进入到网络社会。知识平台、信息宝库、最佳交流工具、生活新方式,各类“溢美之词”表明网络正在成为人们生活不可或缺的组成部分,并不断地从思维、行为、工作和生活方式乃至社会关系等各方面改变人类自身。网络的去中心化结构使得人人都拥有发言权,这一切使人类从传统受时空限制的信息短缺时代解放出来;网络的跨国性使其突破了传统地理疆界的限制,进一步加速了全球化的步伐;在此基础上,网络对个人、社会、国家带来的从关系到结构的改变亘古未有。

在互联网早期人们期待没有政府、没有法律的时代不仅没有出现,而且成为笑谈。由技术规则牵引的网络社会进程才刚刚开始,人们就不得不面对着呼啸而来的各种网络失范行为。尽管有很多人尝试用技术手段解决网络空间的社会问题,但是网络滥用行为的低成本、无接触、隐秘性等彻底粉碎了这种设想,各类社会乱象的出现不会随着更为先进的技术出现而消亡;相反,社交网络、云计算、物联网、移动互联网和未来网络的出现,对网络的安全性、可靠性提出了更高的要求,特别是“震网”病毒、棱镜门事件等网络技术强国政府实施的网络滥用行为,表明个人权利、企业利益和国家安全在网络时代遭遇了前所未有的安全危机,而这些问题仅仅依靠网络技术是无法解决的。

截至2013年底,我国网民数已达到6.18亿,这一全球最大的网络用户群体将会随着网络应用的不断创新而保持高速的发展态势,这不仅在改变中国社会的生态结构,而且给中国的互联网监管带来了严峻的挑战。网络的放大效应,使个体、群体、社会组织、企业、国家的信息权利都被放大,而网络动员能力更对国家网络行政管理体制和应对能力产生了极大

的挑战。我国虽然通过制定单行法或修订原有法律的方式出台了一些网络法律规范,但现有网络演进仍是以技术规则为主导,网络法律体系缺失的状况不仅严重影响了中国网络社会的建设进程,而且损害了中国的国家形象和网络空间的战略利益。与此形成鲜明对照的是,网络发达国家在网络法律的架构中有着清晰的战略思路。战略层面的法律缺失更突显我国在网络发展顶层设计的欠缺,保障网络安全和促进网络发展的长效机制缺乏,不仅导致中国的网络未来发展具有极大不确定性,而且面对各类层出不穷的突发事件难以把握自身网络发展的主动性。

面对日新月异的网络信息社会,我们一方面要及时调整传统法律中不适应网络信息社会的部分,另一方面还要针对网络信息社会的新问题,及时出台专门的网络管理和网络用户权益保护的法律法规,构建和完善信息时代下的网络法律体系。面对喧嚣纷杂的网络社会,保持沉静平和的研究心态,从基础理论到公共政策等各个方面构建我国网络法律体系具有重要的理论意义和实践意义,是网络信息时代维护国家安全、保证社会稳定、保障个人权利的应有之义,是我国由互联网大国迈向互联网强国的重要尝试。

李欲晓教授主持的“十二五”规划国家重点图书——《互联网治理与法律丛书》将陆续由北京邮电大学出版社付梓出版,这是中国互联网治理进程中的一件艰辛工作,是中国学者在网络环境下坚守学术精神、致力社会基础研究、为国家民族未来发展求真知、寻真识的可贵努力,希望该套丛书能为国家和社会迫切需要解决的网络法律体系和网络社会规则体系建设问题提供理论的思考和决策的支撑,为网络社会综合治理能力的创新和实践提供支持,为制定符合我国网络社会发展特点和规律的网络空间战略提供法理准备和参考。是为序。

前 言

从2014年年初开始,互联网金融成为国内一个炙手可热的话题,无论是传统金融的互联网化,还是新兴的互联网金融服务,都将会推动传统金融的创新和改革。当前,不仅要防控互联网金融可能引发的金融风险,而且要借助网络技术,通过金融创新降低传统金融服务的风险。电子登记债权让与是增强债权流动性、降低商业银行贷款风险的有效手段。我国应借鉴日本《电子记录债权法》的规定,创设全国统一的电子登记债权市场,采用电子登记的公示方式,破解指名债权双重让与的难题,确立电子登记债权让与的无因性、抗辩切断以及电子登记保证制度,以解决指名债权在流通层面上的缺陷,实现我国债权融资法律制度的现代化,缓解企业,特别是中小企业的融资困境。

本书介绍了日本《电子记录债权法》的立法背景及其具体制度,分析了我国现行债权让与和债权质押法律制度的缺陷,提出我国出台电子登记债权法的必要性并论证了其可行性。全书分为7章,第1章向读者介绍本书选题的缘起、国内外研究的现状以及本书研究的目的;第2章界定了电子登记债权的含义和法律特征,重点阐释了意思表示在电子登记债权行为中的特殊规则以及电子登记的效力问题;第3章至第6章是本书的核心,介绍了电子登记债权流转的整个流程,即电子登记债权发生、让与以及消灭;第7章提出我国应借鉴日本《电子记录债权法》的规定,创设电子登记债权市场。

本书使用的日本《电子记录债权法》及其相关立法资料均为日文原文,因本人“半路出家”学习日语,所以翻译过来的资料难免有“夹生饭”问题,恳请学界前辈和同仁批评。本书是“北京高等学校青年英才计划项目(编号:YETP0464)”的阶段成果,同时受国家出版基金资助,在此表示感谢。

目 录

第 1 章 引言	1
1.1 选题的缘起	1
1.1.1 债权在近代社会中的优越地位	1
1.1.2 债权流动化	1
1.1.3 日本《电子记录债权法》的立法目的	3
1.1.4 中国创设电子登记债权市场的积极意义	4
1.2 国内外研究现状分析	5
1.3 研究目的	6
第 2 章 总论:电子登记债权行为	9
2.1 电子登记债权界定	9
2.1.1 电子登记债权概念之语词	9
2.1.2 电子登记债权的含义与法律特征	11
2.1.3 电子登记债权的类型	14
2.2 电子登记债权行为的特征和构成要件	14
2.2.1 电子登记债权行为的概念和法律特征	14
2.2.2 电子登记债权行为的构成要件	18
2.2.3 电子登记债权人(电子登记债权利用主体)的范围	19
2.3 意思表示	19
2.3.1 意思表示存在缺陷在直接当事人之间的法律后果	19
2.3.2 意思表示存在缺陷时对善意第三人的效力	20
2.3.3 意思表示存在缺陷时电子债权登记机构的责任	22
2.3.4 意思表示存在缺陷时对消费者的保护	22
2.4 电子登记的基本问题	23
2.4.1 电子登记的概念和类型	23

2.4.2	登记机构的选择	24
2.4.3	电子登记的效力	24
2.4.4	申请人	25
2.4.5	申请方式	29
2.4.6	电子债权登记机构进行登记时应遵循的基本规则	30
2.4.7	无权申请时电子债权登记机构的法律责任	31
2.5	电子登记债权行为的代理	33
2.5.1	电子登记债权行为的无权代理	34
2.5.2	电子登记债权行为的表见代理	40
2.5.3	电子登记债权行为的越权代理	41
第3章	电子登记债权发生	45
3.1	电子登记债权发生的概念和要件	45
3.1.1	电子登记债权发生的概念	45
3.1.2	电子登记债权发生的要件	45
3.1.3	电子登记债权发生的效力	46
3.2	发生登记的法定必要登记事项	48
3.2.1	法定必要登记事项的概念	48
3.2.2	债务人支付一定金额的意思表示	49
3.2.3	债权金额	49
3.2.4	电子登记债务人的必要信息	50
3.2.5	电子登记债权人的必要信息	51
3.2.6	登记编号和登记日期	51
3.2.7	是否认可类似空白票据的电子登记债权	52
3.3	发生登记的法定任意登记事项	52
3.3.1	法定任意登记事项的概念	52
3.3.2	支付日期	53
3.3.3	分割支付	53
3.3.4	当事人就利息的约定	53
3.3.5	电子登记债权作为信托财产	54
3.3.6	电子登记债权的限制事项	55
3.3.7	当事人约定排除善意取得及人的抗辩切断的适用	56
3.3.8	期限利益丧失的约定	57

第 4 章 电子登记债权让与	58
4.1 电子登记债权让与的概念和要件	58
4.1.1 电子登记债权让与的概念	58
4.1.2 电子登记债权让与的构成要件	58
4.1.3 让与登记	60
4.2 电子登记债权让与的效力	61
4.2.1 让与人的担保责任	62
4.2.2 禁止让与约定的效力	66
4.2.3 电子登记债权双重让与	68
4.2.4 电子登记债权期后让与	70
4.3 电子登记债权抗辩限制	72
4.3.1 电子登记债权抗辩限制的范围及内容	72
4.3.2 电子登记债权抗辩限制的目的和理论依据	73
4.3.3 电子登记债权抗辩限制的例外	74
4.4 电子登记债权的善意取得	78
4.4.1 电子登记债权善意取得的概念	79
4.4.2 电子登记债权善意取得的构成要件	80
4.4.3 电子登记债权善意取得的效力	82
4.4.4 电子登记债权善意取得的除外规定	83
4.5 电子登记债权让与中的消费者保护	84
4.5.1 排除善意取得及抗辩切断的例外	84
4.5.2 善意取得适用的例外	85
4.5.3 人的抗辩切断适用的例外	85
第 5 章 电子登记保证	86
5.1 电子登记保证的含义和特征	86
5.1.1 电子登记保证的含义	86
5.1.2 电子登记保证与民事保证、票据保证之比较	87
5.2 电子登记保证的成立	89
5.2.1 电子登记保证的当事人	89
5.2.2 电子登记保证的成立要件	90
5.3 电子登记保证的效力	92

5.3.1 电子登记保证债务	93
5.3.2 电子登记保证人的权利	94
第6章 电子登记债权消灭	99
6.1 电子登记债权消灭的原因	99
6.1.1 支付	99
6.1.2 抵销	101
6.1.3 混同	102
6.1.4 消灭时效	103
6.2 电子登记债权消灭原因发生后的效力	106
6.2.1 支付的效力	106
6.2.2 抵销的效力	111
6.2.3 消灭时效完成的效力	112
6.3 电子登记债权消灭的程序	115
6.3.1 电子登记债权消灭的程序要件	115
6.3.2 当事人申请	117
6.3.3 电子债权登记机构登记	119
6.3.4 支付登记的效力	120
第7章 中国债权融资法律制度的完善	
——以借鉴日本《电子记录债权法》为中心	122
7.1 中国现行债权让与和债权质押法律制度的缺陷	122
7.1.1 我国现行债权让与法律制度的缺陷	122
7.1.2 现行债权质押法律制度的缺陷	125
7.1.3 现行债权质押和债权让与规则之间存在冲突	127
7.2 中国创设电子债权市场的积极意义	128
7.2.1 缓解企业特别是中小企业融资难的困境	128
7.2.2 破解指名债权双重让与的难题	129
7.2.3 解决传统债权在流通层面上的缺陷	129
7.2.4 增强电子登记债权的流动性	130
7.2.5 缓解执行难的问题	131
7.3 借鉴日本《电子记录债权法》的必要性和可能性	132
7.3.1 规范电子登记债权市场的途径	132
7.3.2 中国借鉴日本《电子记录债权法》的必要性	134

7.3.3 中国借鉴日本《电子记录债权法》的可能性	136
7.4 中国在借鉴日本《电子记录债权法》过程中应注意的问题	140
7.4.1 在科学评价的基础上借鉴	140
7.4.2 进行体系性借鉴	141
7.4.3 用域外法律的先进精神涤荡固有法律传统中的落后理念	141
7.4.4 确立成功与否的科学标准	143
7.4.5 “借鉴他国法律会引致自生秩序和立法秩序之间产生张力”论 之批判	144
参考文献	146

第1章 引言

1.1 选题的缘起

1.1.1 债权在近代社会中的优越地位

在农业社会,土地作为社会中最重要财产,被认为是“所有财富由此产生的源泉和质料”^[1]。工业社会以降,机器取代了土地成为社会中最重要财产^[2]。随着知识经济的来临,土地、机器等有形财产在社会总财产中的比重不断下降,知识财产的比重不断上升。可以预见,在不远的将来知识财产将成为社会中最重要财产。由此可见,社会形态变化导致了财产形态发生巨大变化。社会形态变化影响的不仅仅是财产形态,而且使财产权的地位发生了深刻变化。伴随着社会形态的更迭,社会经济形态发生了由“相对静止”到“频繁交易”的变化,结果不仅提高了债权在财产权中的比重,而且提升了债权在财产权中的地位,债权由从属于物权的地位独立出来,并取代所有权在社会中处于优越地位。

就现代交易观而言,债权人因契约所生之预期利益,因责任之保障而有其现代化之经济意义,从而,一般债权乃能由债务人主观因素分离而客观化,^①使之成为让与之标的,学者间称之为权利流动化^[3]。债权地位的提升源于财产的流动化,债权优越地位的体现与保持亦依赖于债权的流动化。近年来,企业充分利用保有的资产实现融资手段多样化,银行为了满足资本充足率监管的要求,实现资产组合管理和资本的有效利用,广泛地利用债权进行融资,从而催生了债权让与和债权质押等债权融资手段。

1.1.2 债权流动化

对企业而言,既不能负债太多,也不能保有太多的债权。债权流动化可以改善

^① 债务人的主观因素是指债务能否履行取决于债务人的主观因素。笔者认为债务是对债务人的一种约束,而非债务人的自由,所以债务人并不具有是否履行债务的自由,因此债权债务关系中,并无债务人的主观因素可言。

企业的自有资本比率和负债比率。对受让人和让与人双方而言,债权流动化可以有效地平衡企业的资产负债状况。除此之外,债权流动化对让与人和受让人而言还具有以下积极意义。

1. 对让与人的积极意义

(1) 债权让与之防范债权风险功能

债权之标的为给付,债权的满足依赖于债务人的给付行为,因此债权内含的利益是通过债务人的履行实现的。在债法责任从人身责任转变为纯粹的财产责任之后,债务人的诚信程度和支付能力对债权的实现有根本的影响。同时,债权使人类打破了对财产支配上的时空障碍^[4]。由于履行存在时间差(绝对的同时履行并不存在,总会有时间上的先后),因此债权存在风险。再者,债务人通常对多数人负债,致使债务人的责任财产远远小于债务总额,债权的平等性以及破产法采取的平均受偿主义,更加剧了债权人不能受偿的风险。特别是交易越发频繁和复杂更加剧了债权无法受偿的风险。为降低交易风险,保障债权安全,债法规定了债的担保、债的保全以及抵销等制度,但这些制度不是万能的,不能绝对保障债权安全。因此债法应创设多种保障债权安全、防范交易风险的制度供债权人选择,债权让与即是降低债权风险的一种有效制度设计。

(2) 债权流动化是一种有效的融资手段

债权流动化对让与人而言是一种有效的融资手段,其结合了间接融资的灵活性和直接融资的市场性的双重优点,具体而言:①实现了融资手段的多样化和稳定化。除间接融资(向银行贷款)和直接融资(公司债券、股票)外,企业又获得了一种新的融资方式(市场型间接融资),可以突破现有金融机构的限制获得多数人的资金,使大规模融资成为可能^[5]。融资手段的多样化扩充了让与人意思自治的范围,让与人不仅可以选对自己最有利的方式进行融资,而且可以自由地决定价格,不再受其他融资的条件和期限限制。②减少与融资谈判有关的成本。企业向金融机构贷款时,需要花费大量的时间和劳力成本与许多金融机构进行谈判,企业感到苦不堪言。债权在公开市场上让与,企业可以与受让人在平等的基础上进行谈判,减少了与金融机构谈判的成本。③公平利率的实现。银行的贷款利率除了与贷款期限、供求关系、央行的利率水平、企业的平均利润率、通货膨胀的水平、经营成本有关外,债权风险的大小也是影响银行贷款利率的重要因素。债权的风险不仅受债务人清偿能力的影响,还和债权的流动性密切相关。贷款债权流动性提高后,金融机构的风险就会降低,贷款利率也会随之下降,这样,贷款人就能获得公平的利率。贷款利率的下降,降低了企业的运营成本,增强了企业的偿债能力,银行的债权风险亦随之降低,形成良性循环。④扩大企业的融资能力。银行将贷款债权让与后,加速了资金回笼的速度,从而提高了其放贷能力。贷款债权的流动性越高,银行自己保有的信用风

险就越容易移转。银行的风险降低后,就会提高对企业授信的积极性。银行资金的及时回笼和放贷积极性的提高会使银行向社会提供更多的贷款,这样可以提高企业的融资能力^[6]。企业融资能力的提高,可以有效扩大社会信用总量,而信用的放大可以使社会资源的利用效率大大提高。

2. 债权流动化对受让人的意义

一方面,受让人可以通过受让债权获得盈利。债权的交易价格除了和债权额有关外,还和债务人的信用状况和经济实力有关,但总体而言,债权的交易价格一般情况下会低于债权额,票据贴现的贴现率就是一个例证。受让人可以在受让债权后再次进行让与,或以受让债权作为主动债权抵销对受让债权的债务人的债务而赚取其中的差价获得盈利。另一方面,受让人可以通过抵销降低自己的债权风险。如甲对丙享有 100 万元的债权,乙对甲享有 100 万元的债权,乙将自己对甲享有的 100 万元债权让与丙,此时,丙请求甲履行 100 万元债务时,甲可以主张抵销,从而有效地降低自己对丙享有 100 万元债权的风险。^①

3. 债权流动化引发的问题

债权流动化在降低债权风险、便利企业融资以及改善企业财务状况的同时,也引发了一些问题,如债权存在与否的确认、各种抗辩的存在、禁止让与约定的确认和排除、双重让与的风险以及交易安全的保护等,法律对债权流动化进行规制因此成为必要。

1.1.3 日本《电子记录债权法》的立法目的

融资难一直是日本中小企业发展的瓶颈。过度依赖不动产担保和个人保证是企业融资难的一个重要原因,企业为摆脱上述限制,开始利用债权让与进行融资。特别是近年来,中小企业为降低票据遗失、被盗的风险以及管理费用的支出,采用转让应收账款债权的方式取代票据贴现进行融资,导致票据发行的数量逐年减少。日本银行业协会 2004 年公布的统计数据表明,日本票据交换金额在近 10 年间减少了约 80%^[7]。最终,企业丧失了一种有效的融资手段。随着票据融资手段的丧失,债权让与逐渐成为企业一种重要的融资手段。让与应收账款债权虽然在一定程度上缓解了中小企业融资的困境,但《日本民法典》第 467 条规定指名债权让与以“通知”或“债务人承诺”为对抗要件,不仅手续烦琐,而且因“通知”或“债务人承诺”并非有效的公示手段,既存在双重让与的风险,也在债权发生双重让与时不能有效地平衡各受让人之间的利益,债权让与制度并未发挥其应有效用。

^① 这种情形不多,但仍有可能发生。同时,作为甲而言,其虽不能通过自己积极的让与行为降低自己的风险,但可以通过主张抵销的方式降低自己的风险。

为简化债权让与对抗第三人的要件以及防范债权双重让与的风险,日本于1998年颁布了《与债权让渡的对抗要件相关的民法特例法》,^①该法规定向法务局进行债权让与登记也视为满足民法第467条第2款规定的“附有确定日期证书的通知”要件,从而简化了债权让与的手续^[8]。此后,债权让与得以顺利进行,企业融资的困境在一定程度上得到了缓解。但是,由于未采用统一的发生与让与登记系统而无法满足债权高速流动的需要,且因未形成全国统一的债权交易市场而限制了交易双方的选择空间,导致债权让与存在交易成本高、效率低的缺陷,同时合同中约定禁止债权让与的情形比较普遍,再加上债务人行使抗辩权或抵销权导致受让人的安全无法获得保障,因此应收账款债权让与难以迅速发展,债权让与无法最大限度地发挥其效用,企业(特别是中小企业)融资难的状况仍然没有彻底改观^[9]。

为避免指名债权让与的上述缺陷,日本国会于2007年6月20日通过了《电子记录债权法》。该法自2008年12月1日起施行,是世界上第一部规范债权电子化交易的法律,在世界上处于领先地位,内容包括电子记录债权的发生、让与、保证、质押以及电子债权登记机构的设立、登记业务的开展、对电子债权登记机构的监管等。依照日本电子记录债权法的规定,由全国银行业协会设立统一的专业机构进行债权让与登记,并采用电子方式进行,不仅有效地避免了债权双重让与的风险,而且降低了交易成本和提高了交易效率。此外,该法确立了电子登记债权让与的无因性原则和抗辩切断制度,并规定对债权的限制必须在电子登记簿上登记,未经登记,不得对抗电子登记债权人(包括受让人),既有效地保护了交易安全,又兼顾了债务人的利益,从而促进了债权流通,改变了企业的整体融资环境。

1.1.4 中国创设电子登记债权市场的积极意义

融资难一直是困扰中小企业发展的世界性难题。但与许多发达国家相比,我国的情况更为严重,融资难已成为制约我国中小企业发展的主要因素。特别是受当前全球金融危机的影响,中小企业的融资环境进一步恶化,中小企业融资难再度成为我国经济发展中一个极为紧迫的重大问题。针对中小企业融资难的问题,我国大量学者进行了可贵的探究并提出诸多对策,国家也出台了许多政策、措施,但到目前为止,中小企业融资难题仍没有得到有效解决。

影响我国中小企业融资的因素是多方面的,既有企业自身的内在问题,也有银行等金融机构的外部影响。我国中小企业外源融资渠道狭窄且缺乏有效的直接融资手段,导致中小企业融资过分依赖银行贷款。中小企业经营的不确定性和较高的倒闭率使银行面临着较大的风险,商业银行基于防范风险、提高资产质量而出现“惜

^① 该法在2004年11月25日被《关于动产和债权让渡的对抗要件的民法特例法》取代。

贷”倾向,同时成本与收益不对称又在一定程度上制约了商业银行对中小企业的金融支持,中小企业融资障碍因此而生。有效地降低中小企业对商业银行的贷款依赖、提高商业银行对中小企业融资的积极性是确保中小企业融资渠道畅通运行的关键所在,这需要扩大中小企业直接融资渠道和降低商业银行信贷风险两方面的有效结合。

中小企业融资难的问题是市场选择的结果。要想改变中小企业当前的融资困境,必须顺应市场经济发展规律,从内因上寻找中小企业融资制度创新的最优路径。无法有效利用应收账款债权进行融资是中小企业深陷融资困境的重要原因。他山之石,可以攻玉。借鉴日本《电子记录债权法》的规定,创设电子登记债权市场,可以为中小企业开辟新的直接融资途径,企业可以灵活地运用应收账款债权在企业间进行迅速、低成本的融资,减少了对银行借贷融资的依赖。银行通过电子记录债权市场让与贷款债权以增强资产的流动性,可以有效地预防和化解对中小企业贷款产生的风险,势必会提高对中小企业放款的积极性,从而改善中小企业的融资环境。

法律是保障和促进电子记录债权市场健康发展的必要手段,电子登记债权立法必须以科学的理论为指导。本书通过分析日本《电子记录债权法》的立法背景以及各项具体制度设计的理论基础,为中国电子登记债权立法提供理论准备。同时,电子登记债权制度在解决中小企业融资难题的同时,亦是对传统民商事法律制度的创新。日本《电子记录债权法》创立了许多新的利益调整机制和行为规则,如电子登记债权让与制度、电子登记保证制度、电子登记债权质押制度、债务人抗辩权的切断和抵销权的限制等。因此,本研究不仅具有重大的实践意义,对丰富和完善民商事法律制度亦具有重要意义。

1.2 国内外研究现状分析

近年来,电子记录债权一直是日本立法机关和法学界研究和讨论的热点问题。2005年4月,日本经济产业省发表题为《电子记录债权构想——以构筑IT社会的经济、金融基础为目标》的研究报告,系统阐述了创建电子记录债权市场的重要意义以及电子登记债权立法的必要性和可行性。日本电子债权研究会在2005年12月发表《电子债权有关的私法上的论点整理——电子记录债权研究会报告书》,阐述了电子登记债权法的私法基础及基本理论。2006年8月,日本法务省民事局参事官室公布了《电子记录债权法草案》和《电子记录债权法草案的补充说明》,主要内容包括电子记录债权的发生、转让、质押和电子债权机关的设立、监管等具体的制度设计及制度设计的理由。日本法学界也发表了大量的学术论文和相关著作。其中,具有代表性的著作是麻生裕介的专著《电子记录债权法的构造》(日本经济法研究会2007年

版),该书系统地阐释了电子记录债权法的各项具体制度;代表性论文有《电子记录债权法概要》(始关正光等,载《法理学》2007年第11期)、《促进电子记录债权法的活用——以IT相关法为视角》(佐藤良治,载《法理学》2007年第11期)。总体而言,日本学者对电子记录债权法的研究具有开创性,在世界上居于领先水平。

到目前为止,国内对这一问题的研究尚处于起步阶段。就公开发表的文献来看,有齐爱民教授的论文《论电子债权》(《社会科学家》2008年第2期),主要内容为电子债权的概念与民法性质、电子债权的成立要件、电子债权的管理机关及其民法地位、电子债权的发行、电子债权的转让及其效力、我国建立电子债权市场的重大意义等。此外,还有郭佳发表的论文《论电子债权》和王孟津发表的论文《电子债权制度:下一代金融产业化目标》。迄今为止,我国公开发表的有关电子登记债权的论文仅有3篇,因此电子登记债权制度尚未引起国内学者的广泛关注,特别是系统论述电子登记债权制度的文献,笔者尚未见到。

1.3 研究目的

2001年,《政法论坛》连续4期刊载了邓正来先生的论文——《中国法学向何处去》。文章刊出后,引起了法理学界的广泛关注或者说法理学者反应最为强烈,^①甚至使许多学者和邓先生之间的关系变得“紧张”。而部门法学者反应比较冷淡或者说是很少有人做出回应。邓先生首先从“中国新近制定的各种法律在中国社会巨大变化和制度急剧转型之情势中存在具体功效不足”这一现象入手,^②从法学研究的任务出发,即中国法学应服务于中国法治的发展,认为中国的法学理论必须对中国法律所存在如此之多的问题承担部分责任,因为它并没有因此而给评价、批判或捍卫立法或法治建设提供一幅作为判准的“中国法律理想图景”^[10]。

中国法学应当但未提供中国的法律理想图景,原因何在?邓先生认为,除了技术或意识形态的原因以外,还有中国法学在这二十多年中形成的若干不同甚或冲突

① 如《政法论坛》在2006年第1期集中刊发了8篇论文对邓先生提出的问题予以回应。

② 关于中国现行法律的具体功效问题,邓先生选取一个特例,即假冒伪劣商品在中国屡禁不止且出现了“打假法律越‘完善’、造假案件越泛滥”的情势。邓先生认为这种情形与以下因素相关:(1)与作为发展中国家的中国在当下世界结构之政治、经济和意识形态等因素的冲击下所必须面对的一种困境紧密相关。(2)中国社会转型阶段地方保护主义、地方政府监管和地方司法机构执法缺位的问题。(3)中国法学论者的问题,即中国法学论者对中国人时刻面临着的关乎人之身体健康和生命安全的“消费者权利”保护这个现实问题,并没有给予应有的关注,所关注的在很大程度上是有关“消费者”概念的明确性、有关消费者保护法律法规体系在逻辑上的自洽性、有关消费者保护法律法规在调整范围上的确定性,以及有关消费者权利在种类上的完善,而不是中国农民乃至中国人所经验的现实且具体的问题,更奢谈去研究和追问“消费者权利”在中国当下的政治经济安排或地方政府制度中为什么总是不能得到很好保护这样的“问题束”了。(见邓正来:《中国法学向何处去(中)——建构“中国法律理想图景”时代的论纲》,载《政法论坛》2005年第1期,第38~41页)