



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

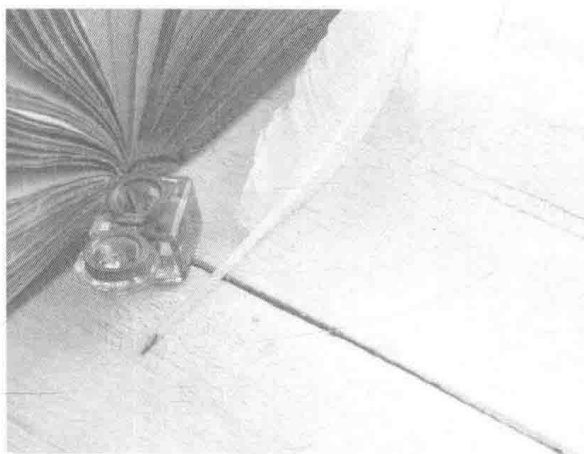
VOL.3

# 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。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 .....	李求轶/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

[www.docriver.com](http://www.docriver.com)

---

搜索商家 巨力电子书





# 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。也正因为此，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。为对应该要求，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。

第二，各经济团体与行政机关迫切希望能够“扩大担保范围”，主张创设①能使手头商品的担保化成为可能的“动产抵押”制度，与②能使企业全体的担保化成为可能的“财团抵押”制度。在当时，司法省与学者就德国、瑞士、比利时和奥地利的动产抵押制度展开了研究。但是最终实现的立法，仅有《渔业财团抵押法》与《农业动产信用法》这两部法律。

### (三) 消费信用关系

经济发展陷入低迷的同时，让与担保以及买回、再买卖预约成为高利贷、地下钱庄牟取暴利的手段。当时出现了大量的相关判例，其主要的争议焦点就是，这些行为究竟是真正的买卖，还是担保行为。判例·学说中的“让与担保”概念与清算法理，都是在那一时期确立起来的。

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
1922年（大正十一年）《信托法》 1925年（大正十四年）《渔业财团抵押法》 1931年（昭和六年）《抵押证券法》（德国《抵押证券法》的移入） 1932年（昭和七年）《不动产融资损失补偿法》 1933年（昭和八年）《农业动产信用法》（德国等国的动产抵押制度的移入。日本最早的动产抵押制度）	1918年（大正七年）大阪商工会议所·关于动产抵押制度的必要性的汇报 1927年（昭和二年）商工审议会关于中小工业金融改善方案的“手头商品的资金化”（商品担保）的汇报 1929年（昭和四年）商工审议会关于零售商制度改善方案的①事业全体作为财产集合的抵押化，与②以商品作为担保的动产抵押法的制定的汇报 1937年（昭和十三年）东京市中小工商业振兴调查会·关于担保范围扩大手段的工业动产抵押法的制定以及权利担保化的汇报 1938年（昭和十三年）商工省零售业改善委员会关于零售业金融改善手段的①商业财团的创设，②商业动产抵押，③电话担保金融等的决议 * 让与担保相关判例的大量出现（大正末期～昭和八年前后） * 在让与担保、动产抵押的研究风潮中出现大量论文
1941年（昭和16年）一般担保（特别法 general mortgage）	昭和十年进入战时体制，法现象消灭



## 五、战后复兴（1945—1955年前后）

### （一）法现象

“二战”结束后，动产的财产性价值日益高涨，制定“动产抵押”制度的必要性开始凸显。第一，是汽车抵押制度。在战后复兴的过程当中，搬运大量物资的汽车起到了很大的作用，但是由于动员与过度使用，从昭和二十五年开始，汽车开始出现大面积老化，以至于不得不进行更新换代。第二，电源开发、道路整備、各种土木工程、山水治理等战后复兴措施，都依赖于机械化，但是建设公司缺乏物的担保，无力购买建设机械，所以有必要完善使建设机械本身能够作为担保物的担保制度。第三，同样的现象也出现在航空运输业，航空公司基本不可能通过抵押不动产购买航空飞机，所以有必要完善使航空飞机本身能够作为担保物的担保制度。

### （二）法的对应

针对上述“第一”的现象，使在汽车上设定抵押权成为可能的《自动车抵押法》制定出台。在当时，一台汽车的价值堪比一栋房屋，所以在汽车上设定抵押权是有意义的；时至今日，由于所有权保留被广泛使用，几乎已经没有人汽车上设定抵押权了。基于同样的理由，针对上述“第二”的现象，《建设机械抵押法》制定出台。但在今天，融资租赁已经相当普遍，建设机械抵押权也很少再被使用了（每年50件左右）。针对上述“第三”现象的法的对应，就是《航空机抵押法》。现在，航空飞机抵押也基本上被融资租赁取代了。

生产技术的发展带来的动产高额化，必然会导致“动产抵押”制度需求的产生，上述几部法律所对应的就是这种制度需求。同时，将高额化的动产与不动产同一视之，并能够在高额的动产上设定的“抵押权”的做法，遵从的是大陆法系的“抵押”观念。

此外，日本制铁废止后成立的八幡、富士两家钢铁公司，因不使用一般担

保（战前 general mortgage），而工厂财产抵押又太过烦琐，所以日本就以企业不破产为前提（大企业），效仿英国的浮动抵押（floating charge）制定了《企业担保法》。因为不存在破产的可能性，所以担保力（优先受偿的效力）相对较弱。时至今日，或许因为直接金融已经非常发达，该法律已不再被适用了。

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
1951年（昭和二十六年）《自动车抵押法》 1952年（昭和二十七年）《航空机抵押法》 1954年（昭和二十九年）《建设机械抵押法》 1958年（昭和三十二年）《企业担保法》	* 古典的抵押权概念被运用于动产（德国法式的观念）  * 英国 floating charge 的移入

## 六、飞速经济成长（1955年前后～1973年11月）

### （一）法现象

日本战后的复兴是比较顺利的，特别是“受益”于1950年朝鲜战争的美军订单，日本的经济得以恢复到战前水平。那一时期，日本的工业化高速发展，各地都形成了联合企业，生产力迅速赶上了西方资本主义国家，与德国并列为第二大工业国。

在高速成长期的后半期，受到美国经济社会的影响，对不保有物品资产的企业提供资本的融资租赁产业与信用产业快速发展起来。

### （二）生产信用关系

第一，在日本经济快速发展的过程中，银行对资本生产过程集中性地投入了大量的资本，而银行对企业的支配力也随之不断增强。这就是政府与银行为维持间接金融所采取的“护送船团方式”。

第二，在增加对中小企业的信贷额度的同时，越来越多的银行开始要求中小企业提供包括性最高额抵押。针对该现象，法务省在1955年作出了否定包括性最高额抵押的通告，这一通告引起了全国银行协会与日本辩护士联合会之间的论战。最终，在1971年，“最高额抵押”制度作为妥协的产物被确定下来。需要注意的是，日本的最高额抵押权，完全没有受到德国最高额抵



押制度的影响，该制度的产生，完全是为了对应日本本国的交易习惯。

第三，关于高额大型动产产品的购买，自1970年（昭和四十五年）起融资租赁逐步兴盛。采取租赁方式购买建设机械或飞机等现象非常普遍。因此，可以说1946~1949年所引进的各种动产抵押方法的使命已然终结（原本这些抵押制度就存在诸多限制，不能自由使用）。

### （三）消费信用关系

随着汽车分期付款的出现，汽车抵押开始衰退，并被所有权保留取代。该方法现在依然是常见的担保方法之一。

所谓高速经济成长，是指以生产过程扩大为基础的一种现象。因此，资本循环所带来的利润追求就有了无限的可能，而银行则将闲余资本集中投资于生产过程中。其结果是消费信用被排除在外（事实上，银行也一般不对普通大众进行贷款），因而消费者不得不依赖“路边金融”（民间借金、高利贷）。因此，在此时期，牟取暴利的“民间借金”横行，这也发展成了严重的社会问题。

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
1955年（昭和三十年）一揽子最高额抵押的禁止（法务省通告）（全国银行协会、日本辩护士联合会争论） 1971年（昭和四十六年）最高额抵押权	* 日本原有制度（×德国最高额抵押） * 1963年（昭和三十八年）日本租赁公司设立（美国法） * 商品购买时所有权保留的普及 * 自昭和五十五年起，主张对“民间借金”进行规范（辩护士会） * 代物清偿预约判例法理的确立（昭和四十二年）

## 七、石油危机带来的世界性恐慌（1973年12月~1983年2月）

### （一）法现象

经历第一次石油危机（1973年12月）和第二次石油危机（1979年）后，石油价格飞涨，西方资本主义经济不得不将政策调整为低成长经济模



式，国民消费也随之下滑。

由此产生了银行的“借款紧缩”政策，生产信用、消费信用都受到了极大的影响，但特别显著的是，不能从银行得到借款的人群（包括中小企业及个人），为融资而使用了“民间借金”。在法律上，“民间借金”（没有银行的银行）如何认定是一个难题，在经济学上，美国的这种实际情况也受到了广泛的关注和研究。

## （二）生产信用关系

相对银行借款紧缩政策的开始，很多企业都拓展了“直接金融”的方法。

## （三）消费信用关系

第一，消费信用（个人及经营、家庭消费不分离的中小企业）“民间借金”和地下钱庄极其严苛的收债行为，演变为社会性问题，这也导致了“民间借金二法”的出台。

第二，作为高利贷资本运动，暴利行为从让与担保模式转换成了未包含清算法理的代物清偿预约模式（可单独使用，也可与抵押权并用）。由于相关纠纷大量地涌向法院，于是最高裁判所在昭和四十二年承认了代物清偿预约的清算法理。受此影响，昭和五十三年《假登记担保法》制定出台。

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
1978年（昭和五十三年）《假登记担保法》 1983年（昭和五十八年）民间借金二法（《贷款业限制法》制定，《出资控制法》修订）成立	* 代物清偿预约的立法化 * 关于没有银行的银行（民间借金），美国实际研究

# 八、泡沫经济（1986年12月~1991年2月）

## （一）法现象

20世纪80年代是日本经济最为活跃的时代，以此为背景迎来了不动产



价格高涨、股票市场活跃的“泡沫经济”时代。关于泡沫经济发生的原因，有很多说法，其中一种说法是，由于 20 世纪 80 年代的美国陷入了通货膨胀、长期不景气与国际收支赤字的三重烦恼中，为解决这些问题，各国协商达成了 1985 年 9 月的广场协议和 1987 年 2 月的卢浮宫协议，这些协议直接导致了美元贬值和利率降低。

与美国的不景气相反，在 20 世纪 80 年代，日本经济呈现活跃状态，迎来了不动产价格飞涨和股票市场活跃的“泡沫经济”。因此，以担保价值上涨为背景，抵押权被广泛应用。

## （二）法的对应

第一，不动产价格暴涨，担保价值也随之不断上涨，这使得民法上的抵押权被广泛应用。

第二，“海外债券发行风潮”现象，日本企业的高业绩被世界广泛认可，中小企业纷纷“逃离”经费使用受到限制的间接金融，通过外国市场（英国、瑞士）进行了无担保直接融资。

第三，“海外债券发行风潮”也导致了日本债券市场的空洞化。感到危机的政府及金融机构终于承认了日本国内的无担保债券。

第四，日本开放引进了在美国经济不景气时，拯救企业于危机之中的典型无担保金融的 CP（商业票据）。CP 是无担保发行的借用证书类票据，但因日本采用垂直的行政划分，所以采用了本票的形式。

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
1977 年（昭和五十二年）证券交易审议会基本问题委员会报告——提案无担保债权 1980 年（昭和五十五年）前后可转换债券形成无担保债券 1987 年（昭和六十二年）解除 CP（商业票据）发行禁止（美国的影响）	* 20 世纪 70 年代后半期开始，迎来海外债券发行风潮 * 关于 CP，旧通产省积极导入的态度与法务省限制的态度形成了鲜明的对比



## 九、泡沫的崩坏（1990年）

### （一）法现象

1990年2月，股价暴跌拉开了泡沫经济崩坏的序幕，1991年到1993年这一期间被叫作泡沫崩坏期。但是，经济并没有在泡沫崩坏期结束后触底反弹，而是在之后又持续了10多年的低迷（螺旋式通货紧缩）状态。

1. 不动产价格骤然暴跌，以及不动产担保价值下落造成的被担保债权大打折扣，从而使进行融资操作的金融机构无法通过不动产担保实现债权。这就造成金融机构的融资债权成为不良债权，破产不断发生。其中的典型代表是“住宅专项金融公司”（住专）的消失。这个时期以后，银行、信用金库、损害保险等金融机构不断进行并购整合。

2. 与此同时，又出现了一种扭曲现象：出租公寓的所有权人一边声称抵押权不能实现，无力清偿债务，一边又通过出租公寓源源不断获得房租。

### （二）法的对应

泡沫崩坏之际，出现了以下法律对应。

1. 为处理不良债权，政府创设了“住宅金融债权管理机构”（日本版RTC）。这是在研究了美国处理不良债权时发挥了重要作用的RTC（资产重组托管公司）在不动产担保等方面的处理方法（证券化、批量出售、股权合作、拍卖）后，被引进日本的。

2. 伴随着债权的流动化（证券化）的发展，破产隔离SPC（特殊目的公司）的创设得到了认可。这是美国制度的移入。

3. 2003年，《民法》担保部分进行了修订，（a）对于不动产担保权的实现，除了传统的拍卖方式，还引入了“收益执行”；（b）阻碍抵押权实现的“短期租赁”制度被废止。

4. 学说、判例改变了旧有的民法解释理论，开展了倾向于保护融资金融机构（抵押权人）的解释论，并成为现在的通说。这是民法解释的一次重大变革。



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
<p>1992年《特定债权事业规制法》（《特债法》）</p> <p>1996年《住宅金融专项公司（住专）处理法》</p> <p>1998年《金融功能重组紧急措施法》（《金融重组法》）《特殊目的公司特定资产流动化法》（《SPC法》），《金融功能初期健全化紧急措施法》（《初期安定化法》），《债权管理回收业特别措施法》（《服务商法》），《债权让与对抗要件特例法》，《附最高额抵押权的债权转让临时措施法》，《拍卖手续圆滑化法》</p> <p>1999年《金融业者贷款业务债券发行法》（《无银行债券法》）</p> <p>2003年《民法》担保部分修订</p> <p>2004年《动产、债权让与对抗要件特例法》</p>	<p>* “住宅金融债权管理机构”设立（社长中坊公平）</p> <p>* 信用机构的创设</p> <p>* 2003年《民法》改正</p> <p>①收益执行的导入 ②短期租赁的废止</p> <p>因抵押权各规定的解释造成担保法理变化</p> <p>* 法定地上权、共同抵押（平成九年判例），物上代位（平成十年判例），抵押权侵害（平成十一年判例）</p>

## 十、经济危机导致的世界经济冷却

2007年美国“次贷危机”的发生，导致出现大量坏账，这引起了不动产资产价值的暴跌，拥有大量次贷债权的雷曼兄弟破产（2008年9月）。次贷危机导致了世界经济显著衰退，日本也受其影响，不动产担保价值大幅下降。这次经济危机的影响在日本持续到2014年年末才结束。

## 十一、市场的国际化和多样化

### （一）法现象

在21世纪的今天，随着市场的国际化与投资额的规模化，担保方法也逐步多样化起来。

第一，在发展中国家的铁道建设、核能发电厂建设、基础设施改建等特定项目上，广泛地使用了项目融资（PF）。即以该项目可带来的收益性为保

障（一种担保），由多个金融机构互相协调进行融资。

第二，在国内大型融资方面，银团贷款（联合贷款）迅速发展起来。该融资是针对借款方的大量资金需求，由复数金融机构结合成银团共同进行融资的方式。此时，代理行（负责组织银团贷款的金融机构）与借出方及银团之间，进行利率、期间等条件及合同履行的管理等的调节性事务。也可以说是已经脱离了“担保”的概念。

第三，由“资产”（Asset）支撑的融资方法 ABL（Asset Based Lending）快速发展。这是一种从美国移植而来的方法，日本政府在 2000 年初期积极地推进，在 2010 年前后开始广泛应用。

## （二）法的对应

针对上述内容，尤其是与第三个法现象相关的法的对应，有如下几种。

1. 所谓资产，是指企业所拥有的动产（库存商品、原材料）和集合债权（现有及将来债权）。这些具有变动性质的资产被叫作“集合物”。其与德国法上的观念或浮动抵押的观念是相通的。

2. 合同形式一般为，“集合动产让与担保”及“集合债权让与担保”附“誓约书”（誓约条款、财务政权条款）。

3. 关于担保评价的方法，已经从“不动产转让价格”转变为“项目收益性价格”。

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
	<p>* ABL 相关 = 2007 经济产业省·ABL 协会设立以后，出台了各种动产担保融资扩大政策</p> <p>* 最高裁判所平成二十二年 12 月 2 日判决（民集 64 卷 8 号 1990 页·黄尾鲷事件）</p> <p>* 名古屋高等裁判所平成二十三年 4 月 14 日判决（金法 1921 号 22 页·银团贷款）</p>

## 十二、总结

总之，从法现象（经济金融状况变化）出发，可以按如下内容把握日本



担保制度的发展。

1. 日本的近代担保制度是移植了法国法、德国法而形成的。

2. 不动产担保制度在工业资本形成以前，作为（寄生）地主获取土地的手段，发挥过功能，但其中出现了更有效率的所有权担保（让与担保、回购、替代物预约清偿），以其异常的形式增加了利用度。

3. 工业资本形成以后，不动产担保由质权向抵押权转移，为调整基础产业以德国财团抵押为模板引进了财团抵押制度。另外，民法抵押权的解释也向此方向靠拢。

4. 因不断发生的经济不景气而造成疲敝的中小企业、农民，为增加信用额度，希望引入欧洲各国的动产抵押以及财团抵押制度那样的商品抵押或财团抵押，但最终除了农业用动产外均未能实现。

5. 战后复兴期在特殊情况的作用下，创设了动产抵押制度（但此后并未被使用）。

6. 泡沫期因不动产价格上涨而使抵押权被广泛应用。虽然是日本特有的情形，但与美国次贷的繁荣也有共通之处。

7. 因泡沫经济破灭致使不动产价格暴跌，造成（1）抵押权的解释变化，（2）担保评估的重点从不动产价格转移到项目收益性，（3）担保方法受美国法的影响，出现了 ABL、银团贷款等多样化发展。



# 日本法中的担保权信托

道垣内弘人\*

## 一、前言

日本于2006年制定了新的《信托法》。其中，第3条第1款及第2款认可了设立信托时可“设定担保或为其他处分于特定人”，即承认担保权可与被担保债权分离，独立成为初始信托财产。这种信托被称为“担保权信托(security trust)”。

担保权信托在以下场合尤为重要，如银团贷款等存在多个债权人、需要统一地行使权利的场所，或为方便移转被担保债权时的手续之场合。在以多个债权人为受益人、以担保权为信托财产的情况下，担保权将由受托人行使。而是否行使则根据交易的合理性来判断，如债务人财产状况的改善与否。譬如，当各债权人享有的抵押权顺序相同时，其中某人有可能不顾其他债权人的反对，违反合理地行使担保权。抑或者，移转被担保债权时，抵押权登记需随之变更，但在担保权为受托人所有的制度中，随着债权移转而转让的并非是担保权，而是信托的受益权，因此不必变更登记。

韩国《信托法》于2011年修正时，也在第2条信托的定义中承认了“委托人可向受托人移转……设定的担保权”。不过，韩国的判例法理中，较之于将担保权视为信托财产的一部分，将标的物的所有权移转至受托人，使受托人按照担保目的管理标的物的方式能使债权人在委托人破产时处于更有利的地位，因此，比起“担保权信托”，“担保目的信托”的运用更加广泛。

\* 道垣内弘人，男，日本东京大学教授。



这里的“担保目的信托”是指，如虽然信托的设立是以将债务人的不动产所有权由债务人移转至受托人的形式，但受托人需要为了作为受益人的债权人而采取相应的行动。具体而言，当债务人破产时，受托人变卖该不动产，将所得金钱交付受益人，由此完成受益人债权的回收。然而，虽然受托人享有标的物的所有权，但“担保目的信托”中的受托人的权利是否可超出担保权人的权利这一问题在韩国法上仍有争议，存在判例变更的可能性。

就以上问题而言，中国信托法并未承认担保权信托，但随着银团贷款等的发展，有意见认为，存在承认该制度的必要性。

担保权信托的问题已成为日本法上的重要争论点，将来也可能成为中国法、韩国法上的重要问题。

本文将围绕担保权信托展开，阐明日本正在讨论的问题点。内容将仅限于其中最热门的话题，即被担保债权何时因担保权的行使而消灭这一问题。

## 二、学说的状况

担保权信托设立期间，担保权为受托人所有，行使时也由受托人作为担保权人参与相关程序。因此，通过该程序获得的金钱首先会被交付于受托人，受托人再根据债权数额将金钱交付受益人。那么，与债务人相关的是，被担保债权何时消灭呢？是金钱被法院交付至受托人时，还是由受托人交付至受益人时？关于这一问题存在着对立的意见。

首先，存在着被担保债权在金钱被法院交付至受托人时消灭这一见解。这一见解基于《信托法》第55条。《信托法》第55条规定：“在担保权为信托财产之信托中，信托行为中订定受益人成为该担保权之被担保债权之债权人时，身为担保权人之受托人，处理信托事务，得申请实施该担保权，并得受领拍卖价金之分配或清偿金之交付。”该条文主张在实体法上受托人受领清偿的效果也是及于受益人为前提的。

但根据该见解，债权人之受益人将承担受托人不将金钱交付受益人的风险。的确，在信托法上，受托人负有各种各样的义务，但无法保证这些义务都被逐一履行。从法院受领到金钱的受托人可能会将金钱为自己所用。

因此被担保债权在金钱被法院交付至受托人时消灭这一见解的持有者们

主张设立担保权信托时债权人之受益人的同意是必要的。即以债权人的同意作为使债权人承担风险的正当化依据。但纵观日本法，并不能找到债权人之受益人的同意是担保权信托设立要件的法律依据。

与此相对，有人持有“被担保债权在因行使担保权而获得金钱的受托人将金钱交付债权人之受益人时才消灭”这一见解。根据这一见解，担保权信托设立时不需要债权人之受益人的同意。

### 三、直接设定方式和二阶段设定方式的区别之必要性

笔者认为，设立担保权信托时债权人之受益人的同意之必要并无法律依据，所以金钱被法院交付至受托人时被担保债权消灭这一见解并非总是妥当。但并不意味着被担保债权在因行使担保权而获得金钱的受托人将金钱交付债权人之受益人时才消灭这一见解都正当。

有必要以直接设定方式和二阶段设定方式来加以区别。担保权信托的设定方式被认为有两种。直接设定方式和二阶段设定方式。直接设定方式是指债务人（也可以是物上保证人，但以下仅讨论债务人之情形。这并不会改变问题状况）为委托人，在设立信托时，以受托人为担保权人设立担保权之设定方式。与之相对的，二阶段设定方式是指，首先在债务人与债权人之间设立担保权，以债权人为委托人，将担保权移转给受托人的方式设立信托，以委托人之债权人为受益人之设定方式。

根据二阶段设定方式，债务人并不是信托设定的当事人。在与债权人的关系之中，债务人不过是与债权人签订了设立担保权的合同，而信托的设立则是在债权人与受托人之间进行。这样的话，需保证债务人不会因信托的设立而陷入不利的局面。债务人享有一旦担保权被行使、金钱被法院交付则被担保债权消灭的利益。然而，设立担保权后，若担保权人设立担保权信托，该利益丧失，受托人行使担保权后受领的金钱被交付至债权人之受益人时被担保债权方才消灭的话，债务人将承担受托人并没有将金钱准确无误地交付债权人的风险。这并不妥当。另外，设定担保权信托的委托人之债权人是信托设定的当事人，可认为，根据信托设定，委托人之债权人授予了受托人受领清偿的权限。这时，应该认为在受托人受领分配时被担保债权消灭。





与之相对的,根据直接设定方式,债务人其自身设立了信托,所以受托人因行使担保权而受领的金钱未被交付债权人之受益人的风险由债务人承担也并不奇怪。因此,担保权信托的设立不需要债权人之受益人的同意,受托人将金钱交付债权人之受益人时被担保债权随即消灭。

但是,虽说根据直接设定方式时不需要债权人之受益人的同意,实际上取得同意也未尝不可。债权人之受益人同意设立担保权信托时,将其理解为根据该同意,债权人之受益人授予了受托人受领清偿的权限的场合也是存在的。

不过,原则上,受托人因行使担保权而受领的金钱未被交付债权人之受益人的风险由信托设立的当事人之债务人承担。

#### 四、其他问题

在日本,围绕担保权信托,还存在着诸如下述的其他问题。

(1) 受益人,并未被抽象地规定为“被担保债权的债权人”,当指明特定对象为受益人时,被担保债权被移转的场合将如何处理。

(2) 复数的受益人存在优先劣后之分时,会影响债权人之间的优先劣后关系。

(3) 可以承认以自我信托的方式设立的担保权信托吗?这一问题也正被讨论。

在这些问题中,仅简单地提及一下问题(3)。

日本信托法关于自我信托的设定使用了“自己所有的一定财产”(《信托法》第3条3号)这样的文字表达。也就是说,委托人以自己所有的财产作为信托财产设立信托。根据这一文字表达,以自我信托的方式设立担保权信托时,存在是不是不能采用直接设定方式这一问题。即采用直接设定方式时,随着信托的设立,担保权才会相应地存在,信托设立之时,委托人的财产中并不存在“担保权”。因此,该担保权不是“自己所有的一定财产”。

然而,根据二阶段设定方式,在信托设立前担保权已被设立,担保权在信托设立时属于债权人“自己所有的一定财产”,担保权人之债权人可以作为委托人以自我信托的方式设立担保权信托。这样的话,设立信托时没有理



由只禁止直接设定方式，以直接设定的方式去设定难道不也应可能的吗？自我信托的场合，设立信托时并没有处分行为，与信托合同或依遗嘱设立的信托在文字上有差异也是当然的，但文字差异并不应成为决定因素。

再者，通过自我信托，以直接设定方式设立担保权信托的话，抵押权人和所有人将一致。不动产的所有人将成为以该不动产上的抵押权为信托财产的受托人。然而，当前抵押权的抵押权人取得了标的不动产的所有权时，若存在后顺序抵押权，则前抵押权并不消灭，将产生所有人抵押的状况（《民法》第179条第1项但书）。抵押权人的地位和所有人的地位被分开考虑。这样的话，自我信托的场合是不是也可以将所有人的地位和抵押权人的地位分开考虑呢？

另外，《韩国信托法》第3条第1项第3号中提及了“将信托的目的、信托财产、受益人（第106条的公益信托的场合则指第67条第1项的信托管理人）等予以特定，并规定以自己为受托人的委托人的宣言”，但其中并未使用“自己所有的一定财产”这样的措辞，所以可能不会产生这样的问题。

## 五、结语

正如开篇所述，纵观日本、中国以及韩国，担保权信托现如今仅在日本成为一个颇具争议的问题，但本问题今后可能会在中国、韩国被提上议程。