

Singapore Management University

Institutional Knowledge at Singapore Management University

Research Collection Yong Pung How School Of Law

Yong Pung How School of Law

1-2004

A preliminary analysis of the amendments to the Japanese secured transaction law

Wei ZHANG

Singapore Management University, weizhang@smu.edu.sg

Follow this and additional works at: https://ink.library.smu.edu.sg/sol_research



Part of the [International Law Commons](#)

Citation

ZHANG, Wei. A preliminary analysis of the amendments to the Japanese secured transaction law. (2004). *Peking University Law Review*. 5, (2), 1-19.

Available at: https://ink.library.smu.edu.sg/sol_research/2316

This Journal Article is brought to you for free and open access by the Yong Pung How School of Law at Institutional Knowledge at Singapore Management University. It has been accepted for inclusion in Research Collection Yong Pung How School Of Law by an authorized administrator of Institutional Knowledge at Singapore Management University. For more information, please email cherylds@smu.edu.sg.

University of California, Berkeley

From the SelectedWorks of Wei Zhang

2004

A Preliminary Analysis of the Amendments to the Japanese Secured Transaction Law

Wei Zhang, *University of California - Berkeley*



SELECTEDWORKS™

Available at: http://works.bepress.com/wei_zhang/7/

日本担保物权法修改之初步研究

张 巍*

众所周知,自上世纪90年代以来,日本经济正经历着严重的衰退:土地价格巨幅下跌,不良债权大量出现,股指低位一再更新。为了缓解这种经济衰退,日本的法律界开始试图改革原有法律体制,以助经济走出低迷。最具代表性的领域是商法大改革(主要目的是健全公司治理结构)与民法担保物权部分的修改。

担保物权法的修改主要目的在于强化抵押权的效力,以助债权回收,减少不良债权数量,减轻金融机构负担。^[1]不良债权大量出现的一个重要原因是抵押物价格下跌,也就是所谓“土地神话”的破灭。为帮助债权人通过抵押权尽可能多地实现债权回收,日本最高裁判所(最高法院)首先采取行动,做出一系列判决,加强抵

* 张巍,日本早稻田大学大学院法学研究科。联系方式:上海市南京西路1515号嘉里中心20楼美迈斯律师事务所,陈丽雯转张巍;邮政编码200040;e-mail:redericklily@ruri.waseda.jp。

[1] 观日本民法典成立100余年来,抵押权始终处于担保物权的核心地位。以往担保物权法最明显的变化在于抵押物范围的不断扩大,这种扩大主要通过特别立法完成。自1905年开始,日本先后制定了“财团抵押三法”(《工场抵押法》、《铁道抵押法》、《矿业抵押法》)、《立木法》(以土地上的树木作为抵押物)、《农业动产信用法》、《汽车抵押法》、《飞机抵押法》、《建设机械抵押法》、《企业担保法》等一系列法律,逐步将抵押物的对象由不动产扩大到财团、动产和企业。从时间上看,上述法律多诞生于两个时期:一为明治末期到昭和初年,一为二战结束后的数十年间。在第一个时期,日本先后赢得甲午战争和日俄战争,国内经济经历了第一次高速增长,工业资本要求迅速扩大,而国内资金不足,为引入外资急需拓展信用方式,稍后到来的经济危机则使得农业资本希望通过扩展融资手段以自救摆脱危机。在第二个时期,日本经历了从战后的经济萧条到开始步入第二次高速发展的阶段,此时同样面临产业资本要求急速扩容而国内资本又明显不足的问题,于是,法律试图通过进一步扩大抵押信用的渠道来满足资本需求(有关日本特别担保法的发展,详见近江幸治:“日本民法の展闳(2)特别法の生成——担保法”,广中俊雄、星野英一编《民法典の百年(I)》所收,东京:有斐阁,1998年;该文的中文译文见段匡、杨永庄译:“日本民法的展开——特别担保法”,载《民商法论丛》第17卷,香港:金桥文化出版(香港)有限公司,2000年,页371)。从上述历史经济背景看,似乎这一系列特别法的生成代表了产业资本的利益,满足其不断扩大之要求。是次修改则非扩大抵押物之范围,而在强化抵押权之效力,其背景与以往似有不同,即并非直接出于产业资本之需求,而在于满足金融资本有效实现资本回收的目的。百余年来,伴随抵押权的这两波显著变化,其在金融担保中的地位总体上呈现不断强化的趋势。深入分析此背后的社会、经济动因也许会对中国担保物权法制的完备提供重要的参考,不过这些问题已非本文所能包含,亦非目下笔者知力所及,愿留待今后继续研究。

押权的效力。最具代表性的一是允许抵押权人按照物上代位规则收取抵押物租金的最判平元. 10. 27 判决;二是承认抵押权人可根据抵押权行使物上请求权要求抵押物不法占有人终止占有的最判平 11. 11. 24 判决。

随着问题的日益突出,光靠司法途径解决似有不足,于是法律修改便被提上议事日程。2001年2月16日法务省法制审议会正式设立担保、执行法制部会,开始着手调查、修改担保物权法与民事执行法(由于民事执行程序与抵押权的实行有重要关联,因此作为程序法之执行法亦与实体法的修改同步进行)。此后,经过10次会议,该部会于2002年3月19日提出《关于担保、执行法制修改要点之建议草案》(以下简称《建议草案》),^[2]征求各界意见。2003年3月14日,《为改善担保物权及民事执行制度之民法等部分修正案》(以下简称《修正案》)^[3]正式提交国会,并于同年7月25日获得通过。本文将结合笔者了解到的理论、实践情况,对是次修改作简要的介绍和分析。修改涉及的每一点几乎都可以成为一篇大论文的题材,而本文旨在概览全貌,并非深入细节。由于《建议草案》涉及的内容更多,更能反映日本担保物权法制存在的问题,因此本文以下主要依据《建议草案》的内容展开论述,并介绍《修正案》之内容。

一、留置权之修改

1. 现行制度之问题

日本的留置权与中国不同:首先,日本的留置权除适用于动产外,还适用于不动产;其次,按照日本民法的规定,留置权人本身没有申请拍卖标的物以实现其债权的权利,同时,对于其他债权人申请拍卖后的价款,留置权人亦无权优先受偿(实际上没有参与分配的权利)。但是,按照民事执行法的规定(继受主义),对不动产而言,拍得留置权标的物者必须先行偿付留置权人之债权,否则留置权人可继续留置标的物,以对抗应买人,对动产而言,留置权人可以拒绝向执行法官交出标的物,以阻止执行程序进行,于是,留置权便在实际上具有了优先受偿的效力。^[4]

对于这种留置权构造,有人认为其防御力(过强)与进攻力(过弱)之间不均衡,^[5]不过,这只是理论上的问题而已。实践中的问题主要是不动产留置权人提出种种诈害性的留置权主张,拒不交出不动产,由此令不动产拍卖价格降低,影响

[2] 参见《担保、执行法制の見直しに関する要綱中間試案》。

[3] 参见《担保物権及び民事執行制度の改善のびあの民法等の一部を改正する法律案》。在此之前,上述部会于同年2月5日形成了《关于担保、执行法制修改之要点》(《担保、执行法制の見直しに関する要綱》),是为《修正案》之基础。

[4] 近江幸治:《担保物権法》,东京:弘文堂,1998年,新版补正版,页28。

[5] 法务省民事局参事官室:《担保、执行法制の見直しに関する要綱中間試案》,《NBL》第735号,2002年,页9。

其他担保物权人(主要是抵押权人)回收债权。〔6〕

另一个问题涉及商事留置权。日本的商事留置权与民事留置权相比,最大的特点在于不需要被担保债权与标的物具有牵连性(只要是债务人的财产即可)。〔7〕现实中最常见的问题是:建筑发包人未付工程款(特别是发包人已经破产)时,承包人留置该工程的基地。由于日本将土地与建筑物视为两个独立的物,因此若根据民事留置权,要求留置物与被担保债权间具有牵连性,则承包人的留置权无法及于基地;但是通过商事留置权对牵连性的缓和,留置权便得以延伸至基地。然而对基地抵押权人而言,这种留置权完全是后发的,所以很难预测、回避,由此给其造成严重危害。

2. 修改方案

《建议草案》的主要意见是赋予留置权人优先受偿权(是否赋予申请拍卖权则有争论),同时废除民事执行法上的继受主义,改采消除主义(即标的物一经拍卖,其上之一切担保物权均告消灭)。此外,如果留置权具有优先受偿之效力,那么其与其他担保物权的顺位关系自然成为问题。一种处理是留置权效力优先,另一种则按照具备对抗力(即公示)之时间先后决定顺位。

关于商事留置权,《建议草案》的意见是:明确规定商事留置权不适用于不动产。

可是,《修正案》没有涉及留置权的修改。原因有二:关于一般留置权的修改,涉及与其他法律的配套问题;〔8〕关于禁止不动产商事留置权则牵涉到与下述不动产工事先取特权的协调,而后的修改本身还会引发诸多问题,〔9〕因此将留置权与不动产工事先取特权的修改一并搁置。〔10〕

3. 简评

针对留置权的修改,主要集中于不动产留置权,这种留置权与抵押权的冲突实际上很难避免。由于抵押权本身并非占有性担保物权,所以要求成立在先的抵押权人经常注意标的物是否被人留置(留置权人若无通知义务)势不可行(同样,即使留置权进行登记,也无法期待成立在先的抵押权人经常注意其后是否发生留置权登记)。纵然抵押权人知道了后发的留置权,亦缺乏有效方法维护自身利益。而从保护抵押权人的角度看,上述修正方案若非南辕北辙,至少无法解决主要问题。另一方面,其实不动产留置权需要实现的功能(及其政策考虑)基本上都可以通过先

〔6〕但是,究竟这种诈害的严重程度如何却未必清楚。根据山野目章夫在早稻田大学大学院“债权保全法(实体)”课程上的讲义,2002年。

〔7〕近江:同上注4所引书,页19—20。

〔8〕如果在执行问题上改采消除主义,那么自然应当允许留置权人参与分配,可是由于现行民事执行法要求事先登记债权金额者方能参与分配,而留置权目前无法登记,因此还存在程序上的问题。并且,对于不动产留置权是否应当登记、如何登记等问题也存在争论。

〔9〕参见本文第二部分。

〔10〕法制审议会担保、执行法制部会第15次会议议事录(下称《议事录》),见日本法务省主页:<http://www.moj.go.jp>。

取特权加以实现,因此,似乎彻底废除不动产留置权亦非不可行,或许还更为省力。

二、不动产先取特权之修改

1. 现行制度之问题

先取特权制度也是日本担保物权法与中国担保物权法的区别之一,国内或有称之为优先权者。^[11]作为一种法定担保物权,先取特权人在具备特定要件的情况下,可以优先于其他债权人(甚至担保物权人)受偿。这也是日本民法吸收法国民法一项表现。先取特权所担保的债权多是政策上需特加保护的债权(如受雇人之工资),一部分则体现了日本民法制定当时的社会特征与观念(如种苗、肥料之价款,丧葬费用),还有一些则政策因素不明(如动产、不动产买卖之价款)。根据标的物的不同,先取特权分为一般先取特权(以债务人的全部责任财产为标的,优先效力相对最弱)、动产先取特权和不动产先取特权。^[12]

不动产先取特权共有保存、工事、买卖三种,前两种的政策因素较明显(是为共益性债权),此次修改涉及的亦仅此二者。只要满足相应的登记要件,不动产先取特权可优先于成立在先的抵押权受偿,因此效力最为强大。不动产保存之先取特权与不动产工事之先取特权性质、效力大同小异,前者担保修缮费用,后者担保新建费用。因此,本文基本上将此二者一体考虑。

现在的不动产保存先取特权主要问题在于保存费用等债权额缺乏公正评价,同时,由于此先取特权只要在保存行为完成后及时登记(此点与工事先取特权不同),便可对抗在先抵押权人,因此很容易使不动产所有人与保存行为实施人串通,虚报保存费用,诈害抵押权人。^[13]

相对而言,不动产工事先取特权问题更大。该先取特权必须于工事开始前先行登记工事预算额,而实际费用超出预算的部分不得优先受偿。并且,优先受偿的范围仅限于不动产因工事而生的价值增加部分。^[14]但是,由于事先很难准确估算工事费用,另外,即使多作预算也没用(因为增加值由第三人认定),因此建筑业界对此条文的实用性颇有质疑。^[15]

2. 修改方案

对于不动产保存先取特权,《建议草案》的修改意见是:由法院挑选鉴定人^[16]对保存费用加以鉴定,在鉴定人认为合理的范围内方允许优先受偿。

《建议草案》对不动产工事先取特权的修改方案则是:工事完成后及时进行登

[11] 如王全弟、丁洁:“物权法应确立优先权制度——围绕合同法第286条之争议”,载《法学》2001年第4期,页52—58。

[12] 有关受雇人工资债权之先取特权的修改见本文第七部分。

[13] 同上注5所引文,页11。

[14] 增加值由不动产鉴定士认定。

[15] 同上注5所引文,页11。

[16] 日本有专门的不动产鉴定士。

记便可获得优先受偿的效力。与此配套,由于担心工事完成后不动产所有人不愿积极配合进行登记,因此有人建议将此项登记改为允许工事人单独申请。关于单独申请登记的问题,在此稍作介绍。由于日本的不动产登记制度采取形式审查主义,因此为加强登记的准确性,要求登记权利人与登记义务人共同申请登记,共同申请原则可以说是日本不动产登记法最笃守的原则。^[17]如果对不动产工事先取特权的登记网开一面,那么可能牵一发而动全局(由于此项登记缺乏实质特殊性),甚至导致共同申请原则的全面崩溃。

《修正案》考虑到鉴定程序将给抵押权人增添新的费用负担,故而没有包含不动产保存先取特权的修改;^[18]同样,鉴于前述与不动产留置权的协调、单独登记申请的可行性以及可能给标的物抵押权人造成的危害^[19]等问题,《修正案》也放弃了对不动产工事先取特权的修改。

3. 简评

不动产先取特权最大的问题在于威胁其他不动产权利人(抵押权人、不动产转得人)的利益,增加其权利的不确定性。为此,登记作为公示要件在此有特别重要的地位。一方面,某些政策因素要求给予特定债权人特别优先的法律地位,另一方面又需要尽量降低对第三人的不利影响,于是,日本民法便试图将登记作为平衡二者的一个阀门。可是,实际上登记是否能达到这种效果呢?笔者颇有怀疑。以不动产工事先取特权为例,目前的规定显然考虑到避免第三人遭受不测,结果令业界无法应用(实际发生的工事先取特权据说非常罕见);^[20]若按《建议草案》修改,业界的可利用性增加了,反过来,第三人的不测亦随之增加。《建议草案》的制定者认为,工事期间不动产实际为建筑商占有,足以起到公示作用,故嗣后登记亦无妨碍。^[21]问题是,这种占有不等于证明存在先取特权(从这个意义上说,这种公示违反常态:公示反映权利),更无法表明债权的额度。而对于第三人(无论抵押权人还是转得人)而言,是否存在先取特权、其担保之债权额都是至关重要的,直接牵涉到其商业决策(贷款利率、受让价格等等)。因此,或许可以大胆假设:这种修改带来的问题也许比解决的问题更多。《修正案》暂时搁置此项修改的做法不失为明智之举。

三、抵押权之修改(1)——强制管理

1. 现行制度之问题

泡沫经济崩溃后,日本的抵押权人面临着一大难题:无法通过拍卖抵押物充分

[17] 几代通、德本伸一:《不動産法》,东京:有斐阁,1994年,第四版,页71。

[18] 同上注10所引《议事录》。

[19] 指登记在后的先取特权得以优先于登记在先的抵押权。

[20] 据统计,平成13年(2001年)不动产保存先取特权、不动产工事先取特权以及建筑物买卖先取特权的合计登记件数仅为214件,涉及标的物亦不过231项(数据来源:日本法务省《第115民事、訟務、人權統計年報》)。

[21] 同上注5所引文,页12。

回收债权。抵押权设定时正值泡沫大盛,作为抵押物之不动产价格高涨,其时足以担保债权,甚至远远有余,而一旦泡沫崩溃,不动产价格一落千丈,低于甚至远远低于被担保债权额。于是,即使拍卖标的物,实现抵押权,亦不足以回收债权,这成为引发不良债权的一大原因。

为摆脱这种困境,日本的债权人(以金融机构为代表)急于在拍卖这种一次性实现抵押权的方式之外,另辟蹊径,找到更能保障债权回收的方法。他们想到的方法是通过物上代位,收取抵押人就抵押物所享有的租金债权,通过日长月久的租金累积来回收更多债权。但是,日本民法对于这种针对抵押物租金的物上代位态度并不明确。众所周知,抵押权与质权相比,一大优点是能够保证抵押人继续使用、收益抵押物,并可继续利用抵押物作为获取其他融资的担保。^[22]因此,如果承认此种物上代位,其实是剥夺了抵押人的一部分使用收益权能,与上述机能有违。^[23]另一个问题是,日本民法的相关规定内部存在矛盾。第371条^[24]规定,抵押权之效力原则上不及于抵押物之孳息,于是租金不属于抵押权效力所及之范围。而第372条却规定抵押权可以准用先取特权的物上代位规定,即第302条。而该条承认对先取特权标的物的孳息进行物上代位,于是,对抵押物孳息的物上代位似乎亦非不可。针对究竟哪个条文应优先适用,学界展开了激烈的争论。^[25]及至最高裁判所平成元年10月27日判决,允许抵押权人对租金行使物上代位权,从而将第371条的适用范围局限于天然孳息。至此,虽然学界仍有不同声音,^[26]但实际上针对租金的物上代位最终获得了承认。^[27]

可是,问题并未就此结束。通过物上代位,抵押权人固然增强了债权回收的能力,但实践表明其愿望并没有彻底实现。由于租金通常包含了对不动产的管理费用,所以抵押权人收取租金后把管理费用亦一并取走,而其并未承担管理之责。另一方面,抵押人在既无租金收入又无管理费可收的情况下,便放弃对抵押物的管理,任其荒废。于是,非但不动产收益日渐衰败,最终还将进一步降低抵押物的拍卖价格,从而令抵押权人增加债权回收额的理想难以实现。

2. 修改方案

针对上述问题,此次对抵押权修改的一项重要内容就是增设强制管理制度。

[22] 高木多喜男:《担保物権法》,东京:有斐阁,1993年,新版,页89。

[23] 近江:同上注4所引书,页138。

[24] 本文未加注明者,均指日本民法之条文数。

[25] 近江:同上注4所引书,页138。

[26] 如近江:同上注4所引书,页141。

[27] 在申请拍卖并依拍卖程序实施扣押后,抵押权人自然可以收取包括租金在内的各项孳息,这已由第371条但书规定。抵押权人如果申请实行抵押权、扣押标的物,虽然可以收取此后的租金,但是接下去惟有拍卖一途,所能收取之租金也仅限于自实施扣押至拍卖完成这一期间内发生者,所以抵押权人往往不愿意直接申请实行。然而,倘若不申请实行,便不能依第371条但书扣押抵押物,于是出现上述问题。

强制管理原先是民事执行法上的一项制度,即由法院委托第三人对执行标的物进行管理,并收取不动产收益,交给债权人以抵偿债权的方式。^[28]这一制度兼顾两个方面,一是以收益抵偿债权,二是继续对不动产之运营、管理以保障其价值。这两个方面恰好能够应对以上两个问题,同时由于强制管理是现有的制度,因此增设成本亦较低。

《建议草案》有两种修改意见。第一种意见更为大胆,主张设立单独的强制管理制度,作为与拍卖并列的一种抵押权实行方式。根据这种意见,抵押权人可以长期管理不动产,以收益回收债权。对此,反对者则认为,这种做法实际上长期剥夺了抵押权人的使用收益权能,违背抵押权制度的基本构造,即处分权归抵押权人,使用收益权归抵押人。^[29]第二种意见则较为保守,主张设立附属于拍卖的强制管理,即仅在自依据拍卖申请实行扣押时起至拍卖实际完成时止的期间内,允许对抵押物进行强制管理。

对此,《修正案》的民法部分仅对前述第371条作出修改,使抵押权之效力及于债务不履行之后抵押物产生的孳息,而在民事执行法的部分则基本采用了第一种意见。

3. 简评

附属型的强制管理期间过于短暂,往往不足以充分回收债权,与现行制度之区别不大,增设此项制度有多少实际意义值得怀疑。相反,独立型强制管理实际是化整为零,以时间换取金钱,有助于实现债权回收,也更符合引进强制管理的初衷。反对者的担心似乎没有必要,管理期间的长短最终将由债权额来限定,并非真的可以无限制地持续下去。此外,委托专门的管理机构进行管理,既可以防止抵押权人滥用权利,也能更好地维护抵押物之价值。因此,采用独立型方案大体合理。稍稍令人担心之处是:引进这种制度也许会增加管理的成本。

此项修改为抵押权之实行开辟了新的途径,既应时世之需,又为今后抵押权效用的发挥提供了必要的舞台,对于中国的立法实践或许也有参考价值。

四、抵押权之修改(2)——涤除

1. 现行制度之问题

涤除就是抵押不动产所有权、地上权或永小作权的第三取得者,根据自己的评估,向抵押权人提供一定金额(涤除金额)的对价,如该金额得到抵押权人的承诺,则通过支付或提存来消灭抵押权的制度。如果抵押权人拒绝接受涤除金额,就必须申请增价拍卖,即以不低于涤除金额110%的价格拍卖抵押物,当无人应买时,则需以该价格自行买下抵押物。^[30]

[28] 《日本民事执行法》第93条—第111条。

[29] 同上注5所引文,页14。

[30] 第378—387条。

涤除是一项完全由第三取得者主导的制度,对抵押权人有诸多不利,长期以来一直是废止的焦点。其主要问题有以下三项:一是增价拍卖制度对抵押权人造成严重负担(抵押权人自身必须具备以涤除金额之110%买受抵押不动产的资力;必须具备迅速提供相应担保的资力;即使抵押权人不需要抵押不动产,仍可能必须买下该不动产,并要为之负担各项税赋);二是抵押权人的期限利益被剥夺(由于第三取得者在抵押权所担保的债权到期前也可以随时行使涤除权,因此抵押权人在履行期间的利息收益将被剥夺);三是滥用涤除制度的现象颇多。^[31]

值得注意的是,尽管涤除有诸多问题,但是保留涤除制度的声音非但在学界有相当市场,即使在实务界(金融机构)也非常有力,根据近期一项统计,50%的实务界人士赞同保留涤除制度,超过赞成废止的人数。^[32]究竟为什么这样一个历经批判的制度仍然有相当生命力呢?原因或许存在于日本社会的一些特殊问题上。

首先,涤除出乎意外地有助于债权回收。对抵押权人而言,通过收取抵押物代价来实行抵押权的途径主要是两条,一为拍卖(公的途径),一为变卖(日本称为任意卖却,是为私的途径)。拍卖有相当的成本,而且耗费时日,于是对抵押权人而言,如有第三人愿意买下抵押物,从而可以不通过拍卖回收债权,那么即使出卖价格稍为低廉,考虑到交易成本的节约以及债权的早期回收,也仍会乐意为之。而对愿意买受抵押物者而言,避开拍卖同样能节约时间、费用,也许还能以较低廉的价格购得标的物。因此,变卖不失为双方都乐意接受的一条途径。问题在于,这种私的实行方式效力不及公的拍卖,买受人买下标的物后,该物上的其他物权(主要是后顺位抵押权)并不消灭(而对于拍卖,日本采用的则是消除主义)。这样一来,变卖要真正实现其功能,非但需要双方合意,还需要标的物上的其他权利人一起来合意。然而,现实中有些后顺位抵押权人,特别当其不能就变卖价金获偿时,便有意不同意消灭其抵押权,从而阻挠变卖顺利进行。此时,如果买受人享有涤除权,就可以有效抵抗后顺位抵押权人,促进变卖顺利实现。在泡沫经济崩溃后的日本社会,涤除的这种潜在功能被戏剧性地发掘出来。是为实务界赞成保留涤除的最大原因。

其次,涤除制度在一些特定法律关系中确实有用。一种是土地开发时,开发商需要大规模收买土地,对于其上的抵押权负担,虽然通常可以协商消除,但是有些土地的抵押权人是黑社会性质的团体(所谓的地下金融者),会恶意拒绝消除抵押权,此时,如果开发商享有涤除权,有利于顺利实施开发。^[33]另一种情况出现在建筑物区分所有关系中。日本是个多震国家,而房屋结构又有许多是木造的,于是房屋物理性毁损、灭失便时有发生。事后需要对房屋进行修复、重建时,如果是区分

[31] 有关涤除制度对抵押权人之危害,以及涤除制度废止说,详见拙文“日本的抵押权涤除制度”,载《民商法论丛》第24卷,香港:金桥文化出版(香港)有限公司,2002年,页499。

[32] 《(根)抵当権制度に関するアンケート》,载《金融法务事情》2001年第1610号,页86。

[33] 参见座谈会《涤除制度は見直されるべきか》,鎌田薫发言,《NBL》第627号,2000年,页31。

所有的房屋就需由全体区分所有权人表决。此时如果大多数区分所有权人同意修复,^[34]那么作为对少数不同意修复者的补偿措施,日本法上规定了不同意修复者的出卖请求权,就是说他们可以要求同意修复的多数区分所有人以市价买下自己的区分所有部分;^[35]而在重建的场合,则规定有同意重建者^[36]的买受请求权,即允许其要求按市价买下不同意重建者的区分所有部分。^[37]如果同意修复、重建方买下的这部分房产附有抵押权,那么抵押权人仍可以阻止其重建。此时,如果使用涤除权,便可消除这一问题。

2. 修改方案

《建议草案》的修改方案有二:一是彻底废止这一制度,二是对现有制度进行修正。修正的核心是废除增价拍卖制度。也就是说,涤除权人提出涤除请求后,抵押权人作为防御措施,可以中请普通的拍卖(申请期限由原来的接到涤除通知后1个月延长为2个月),涤除权人作为竞拍人参加拍卖,如果拍卖最终无人应买(包括涤除权人在内),那么涤除就失去效力,抵押权继续存在。此外,为保护抵押权人的期限利益,规定涤除请求必须于抵押权担保之债权到期后方能提出,而抵押权人准备实行抵押权时,亦无需通知涤除权人。同时,取得抵押不动产之地上权、永小作权者被排斥于涤除权人范围之外。

涤除改革还附带涉及一个问题:由抵押权人主导来消灭抵押权。《建议草案》中提出:作为防御涤除的一种手段,抵押权人可以提供高于涤除金额的价金,向法院请求买下抵押物(当然,价款与被担保债权可以抵销),当抵押物价值低于被担保债权时,实际上就是以抵押物抵充部分债权(剩余部分成为无担保债权)。

《修正案》几乎全面吸收了修正之方案,但将行使抵押权消灭请求权(修改之后,“涤除”的名称已不再出现,而改称“抵押权消灭请求”)的时间规定的“因作为抵押权实行之拍卖而实施之扣押生效之前”。另外,对于抵押权人主导的消灭抵押权方式则未予采纳。

3. 简评

首先,围绕涤除制度的存废问题,日本的态度可谓是现实主义的,就是从实际需要出发,而不拘泥于理论上的利弊,由于涤除制度确实存在有用性,因此彻底废止它并非明智。

其次,就涤除制度而言,在特定的领域确实可能发挥相当作用,但是对于民法调整的主体部分(即一般的市场交易领域),可谓弊病颇多,且无其亦非不可。因此,笔者认为:是否考虑在特别法上(如住宅消费法、土地开发法、区分所有法等)为其留有一席之地便已足够?当然,如果这样处理,可能会引起抵押权效力的不统

[34] 区分所有者及表决权各 3/4 以上。

[35] 《日本建筑物区分所有法》第 61 条。

[36] 区分所有者及表决权各 4/5 以上。

[37] 《日本建筑物区分所有法》第 63 条。

一,因此有必要加强公示手段,事先让抵押权人得以充分认识不同类型的抵押权,可能产生有无涤除权的不同效果。

再次,针对日本的修改方案,笔者认为抓住增价拍卖确实抓住了要害。不过,制度的宽严变化会带来其效用的此消彼长。涤除权人相对于抵押权人的地位变弱,自然导致涤除权人减少对涤除的利用,反过来,抵押权人会更积极地不接受涤除金额,而求助于拍卖。这样一来,真正需要通过涤除获取抵押物者便会遭受不利影响(比如,需要支出参加拍卖的成本,还将迟延取得标的物的权利)。于是,防止抵押权人滥用拒绝涤除之权利的问题是否也会随之而起呢?前面已经谈到,涤除之需否,其实最终取决于政策考量,应区分对待一般的第三取得者与特定的第三取得者,其与抵押权人的利害衡量亦应有所不同。所以,统一地在民事基本法上规定涤除制度,或许并非良策,毋宁在一般法上废除之,在特别法上则按原来的构造保留。

最后,《建议草案》提出的抵押权人以标的物抵偿债权的可能性(虽然仅仅作为对抗涤除的一种手段),对于抵押权人回收债权而言应是一条积极的出路。问题是,抵押物上存在后顺位抵押权人时,如何调整他们的利益仍费思量。从《建议草案》来看,抵押权人要以物抵债需由法院许可,如此实为一种公的实行方式,后顺位抵押权应随此实行而消灭。但是,如果后顺位抵押权人不同意先顺位抵押权人提出的价款,似乎不应径行消灭后顺位抵押权。参考现行假登记担保的做法,是否后顺位抵押权人可以提出拍卖请求呢?《修正案》没有涉及此点,具体原因不得而知,或许认为时机尚未成熟。

五、抵押权之修改(3)——短期租赁

1. 现行制度之问题

短期租赁也是日本抵押权法的一个特色。第395条引用第602条规定:在抵押物上设定的租赁权,于抵押权登记后进行登记者(法条虽言登记,判例却将交付亦包括其中),^[38]如果该项租赁权的期限不超过三年(建筑物)或五年(土地),则可以对抗登记在先的抵押权人。其结果是,即使实行抵押权,抵押物被拍卖,在此期限内,租赁权继续存在;拍卖之应买人不得要求承租人返还标的物。

此项规定超越了一般的“买卖不破租赁”,对抵押物的利用权人特加保护,其理论依据何在虽有多种观点,^[39]但从实际效果来看,在保护利用权的同时,抵押权(价值权)却遭到了妨害。由于存在短期租赁,使得抵押物的拍卖价格下跌,甚至可

[38] 近江:同上注4所引书,页177。

[39] 主要有三种观点:(1)设定抵押权后,抵押人的利用权受到相应限制,“短期”租赁即此种限制之体现;(2)短期租赁不属“处分行为”而属“管理行为”,故而抵押人可以为之;(3)抵押权系把握交换价值之价值权,原则上抵押权人不得干涉物之用益,而租赁属于利用权之范围,附加“短期”限制系出调和价值权与利用权之目的。参见近江:同上注4所引书,页171。

能无人应买。^[40]同时,又由于抵押人在抵押权登记后尚有设定短期租赁的可能性,抵押权人很可能降低对抵押物信用度的估计,减少融资金额,于是将妨碍有效利用不动产的担保价值,反过来也对抵押人造成不利。^[41]实践中,恶意使用短期租赁,妨碍抵押权实行的现象十分多见。例如,租赁合同约定非常低廉的租金或者提前(抵押权实行前)支付全部租金等。^[42]抵押权人出于自卫,甚至在设定抵押权的同时,以自己为承租人在抵押物上设定租赁权,并同时登记(所谓“并用型短期租赁”),抵押权人为对付短期租赁花费的苦心可见一斑。^[43]

虽然第 395 条但书规定:租赁害及抵押权时,抵押权人可请求法院解除此等租赁,但该但书实际上并未被充分有效地利用。^[44]关于解除的要件,通说与判例可谓几经变更,并且趋势互异:^[45]早期通说以诈害性的短期租赁为解除对象,而自上世纪 40 年代中期以后,学说上逐渐出现与其时之判例态度相似的有力说,即无论正常的还是诈害性的短期租赁,只要令抵押物价格下降、不足以清偿被担保债权的都属解除之对象,及至 80 年代中期俨然成为新的通说,原先的通说则变为少数说,直至今日。最初,多数判例不以诈害性为解除短期租赁之要件,而从 70 年代中期开始,许多下级法院判例却转而支持以往之通说意见,1991 年最高法院也认定正常的短期租赁不可解除,^[46]到 1996 年最高法院的态度再次变化,^[47]重新放弃诈害性要件。

若以诈害性为解除之要件,抵押权人无疑将要承担相当重的举证责任,何况,即使诈害性的短期租赁得以解除,正常的短期租赁也可能足以导致抵押物拍卖价格下降。^[48]反之,纵然不以诈害性为解除要件,抵押权人为解除短期租赁仍将付出相当成本:由于至少必须证明因存在租赁权而使抵押物价格下跌,并且跌至其被担保债权额以下,所以抵押权人必须提供债权证明,然后还要进行抵押物价格评估。这些手续非但费钱,而且耗时。^[49]由此可见,无论第 395 条但书的适用条件

[40] 这也许与日本人的不动产观有关,即日本人购买不动产通常是为了自身使用(“使用财产观”),因此当存在妨碍用益的租赁权时,不动产的价格便会受影响。参见生熊长幸:《执行妨害と短期賃貸借》,东京:有斐阁,2000年,页 516。

[41] 同上注 5 所引文,页 19。

[42] 日本还有两种特别的利用短期租赁妨害抵押权的方式:一种被称为“占有屋”,就是专门在抵押权实行前通过短期租赁占有抵押物,以谋求抵押权人向其支付放弃占有之对价(日本称为“立退料”);另一种是制造虚假租赁合同等,凭空捏造短期租赁,以妨害抵押权实行。

[43] 最判平元. 6.5 民集 43 卷 6 号 355 页判决否定了抵押权人设定的此种并用型短期租赁之效力。

[44] 高木:同上注 22 所引书,页 172。

[45] 参见生熊:同上注 40 所引书,页 86。

[46] 最判平 3.3.22 民集 45 卷 3 号 268 页。

[47] 最判平 8.9.13 民集 50 卷 8 号 2374 页。

[48] 特别座谈会《担保法の改正に向けて(下)》ジュリスト第 1214,2001 年,页 46,道垣内弘人发言。

[49] 同上注,页 47。

宽严如何,短期租赁本身给抵押权造成损害的事实几乎很难避免。

基于上述原因,废止短期租赁的呼声由来已久。可是,反对完全废止短期租赁者认为:否定正常的短期租赁不利于保护租房为居的普通住户。尤其是,在日本租房为居者仍有相当比例,而且专门用于出租的所谓“租赁用房”近来还增加迅速。租房者多是经济条件不佳者,从保护弱者这种社会法的观点出发,至少正常的短期租赁应予保护。^[50]

2. 修改方案

在《建议草案》中,针对房屋的短期租赁,废止与修正依旧两案并立。废止方案就是不论租赁期间长短,只要劣后于抵押权的,一律不能对抗抵押权人。不过,考虑到承租人未必知晓拍卖等实行措施的进行,并且需要时间寻找其他租赁物,该方案同时规定2个月的期间(宽限期),允许承租人在此期间内继续占有抵押物。另一项例外是:经全体抵押权人同意(并将此同意之意思付诸登记)的租赁,无论期限长短均可对抗抵押权人。此项例外考虑到现实中存在的租赁用房,抵押权人往往是建设融资人,因此同样希望房屋能租出去,以利债务人通过租金收入清偿债务。修正方案则主要是缩短租赁得以对抗抵押权人(及应买人)的期限,如租赁权登记后的2年,或者拍卖完成后的6个月。同时,该方案还要求应买人在租赁终止后承担返还押金的义务。^[51]而针对土地的短期租赁,由于不牵涉到住居保护问题,所以只有废止这一种方案。

《修正案》几乎全面接受了废止方案,只是将前述宽限期由2个月延长至3个月,而在国会最终通过时,又进一步将此期间延长为6个月。

3. 简评

在第395条但书的适用要件问题上,判例与学说的摇摆不定其实反映了牺牲抵押权保护正常租赁,还是牺牲正常租赁保护抵押权的两难之境。而这种两难或许可以说是短期租赁制度与生俱来的。在日本民法典初定之时,金融交易尚不发达,抵押权受侵害的问题未显突出,因此对正常之短期租赁的保护便处于优先地位。其后金融情事几经变化,判例学说的态度亦各有变化,及至近年泡沫经济崩溃,不良债权大量发生,金融业形势严峻,危及整体经济状况,最高法院终于确立起抵押权优先的政策。倘若遵循1996年判例的态度,实质已同废止短期租赁相差无几,但判例尚缺乏必要的保护承租人之措施。所以,此次修改采用的废止方案可谓在1996年判例的延长线上,并使其更加合理化。它立足于实际情况,既能减少对抵押权的侵害,同时对承租人而言亦非过苛。毕竟,抵押权登记于前,承租人完全

[50] 参见生熊:同上注40所引书,页101—102及页104;又见高木多喜男:“短期賃貸借をめぐる実体法上の問題点”,载加藤一郎、林良平(编):《担保法大系》第1卷,东京:金融财经事情研究会,1984年,页429。

[51] 在日本,不动产租赁往往需要事先交纳相当数额的押金(通常等于两个月的租金,如为商用房屋租赁甚至可高达几年的租金)。

可以知悉其存在,并采取相应防范措施(租金也会相应降低)。此外,即使存在短期租赁制度,承租人的租赁权也受一定的期间限制,到期同样必须返还标的物。因此,对于承租人来说,重要的是有合理期间寻找新的租赁物,较此更长的期间则非必须。由是观之,或许可以说《修正案》采纳该方案确是明智之举。

而修正方案则显得换汤不换药,一方面不足以有效解决侵害抵押权的问题,另一方面随着租赁权存续期间的缩短,保护正常之短期租赁的立法目的亦被模糊,可谓是一个欲兼顾反兼失的方案。

六、抵押权之修改(4)——最高额抵押

1. 现行制度之问题

最高额抵押制度中有一个特殊而重要的问题:被担保债权的确定(或称最高额抵押权的确定)。它表明最高额抵押关系的终结,一方面消除被担保债权的不确定因素,有利于抵押权设定者之安全,另一方面又是抵押权实行的先决条件,对抵押权人而言亦有重大意义。

可是,日本在制定最高额抵押法规的当时,片面突出了确定对最高额抵押权设定者的保护作用,却忽视了其对抵押权人的意义。^[52]于是,第398条之19的第2项只赋予设定者确定请求权。实践中发现,最高额抵押权不确定时,想要转让其担保的债权往往会有困难。这是因为最高额抵押权在确定前不具备附随性,被担保债权虽经转让,最高额抵押权却不随之转让,于是受让人所得之债权便成为无担保债权。此外,抵押权人若想在确定之前单独转让最高额抵押权同样不易。这是因为现行法规定最高额抵押权确定前要实施转让的,必须经抵押人承诺,^[53]所以当抵押人不愿协助或去向不明时,转让便无从实现。泡沫经济崩溃后,随着大规模处理不良债权计划的进行,金融机构需要将大量不良债权转让给处理不良债权的特别机构(所谓的SPV、SPE),而其中相当部分债权系以最高额抵押权担保。于是,最高额抵押权确定的问题便空前突出,抵押权人强烈要求享有确定请求权。^[54]

除抵押权人没有确定请求权外,妨碍最高额抵押权确定的另一问题是现行法规定了一些看似客观,实是主观的确定事由,从而令确定与否难以分辨。其中最严重者“交易终止”。^[55]对于一次性交易而言,终止也许确实可以通过客观情事判定,但对于持续性交易而言,是否终止着实难以仅凭客观事由推断。例如,尽管双方长时间未发生交易关系,但完全可能期待将来继续进行交易,此时不考察双方当事人的主观意思,实难断定交易是否终止,因此判例亦认定终止与否应根据主观意思判断。这样一来,非但当事人之外的第三人难以知悉交易是否终止,即使一方当事

[52] 参见铃木禄弥:《根抵当法概説》,东京:新日本法规出版,1998年,第3版,页113。

[53] 第398条之12、13。

[54] 参见《金融法務事情》2001年第1610号,页88;2001年第1618号,页6。

[55] 第398条之20第1项第1号。

人也会因为无法了解对方的意思而不知道交易是否已经终止。作为一项确定事由,交易的终止不仅对抵押权人有意义,而且对于设定人的其他债权人以及后顺位抵押权人也有重要意义。^[56]因而,实务界早已要求对“交易终止”这项确定事由重新加以考虑,务求明确化。^[57]

2. 修改方案

针对上述问题,《建议草案》的方案是:(1)赋予最高额抵押权人确定请求权(当事人对确定期日有约定者除外);(2)废止交易终止等确定事由。伴随第一点修改,还规定最高额抵押权人行使确定请求权后可单独申请确定登记。前面曾提到共同申请原则是日本不动产登记法的一项基本准则,因此,对于此项单独申请问题在学者中间曾有议论。不过,此项登记属于绝无仅有的登记事项,作为其登记原因之事实的真伪,纵无设定者参与,登记官亦易于了解。^[58]同时被担保债权额之确定也不会对抵押人构成特别不利。故而,多数意见赞成单独申请的方案。

这两项修改方案亦为《修正案》全面采纳。

3. 简评

日本的最高额抵押制度总体上看具有相当的先进性,在实践中发挥着非常重要的作用,但在立法当时,或许过多强调了设定者的弱势地位,因而在确定请求权问题上有偏重保护设定者之处。^[59]是次修改意识到其中的偏颇之处,有意使制度更具实效,同时亦未失设定者与抵押权者之间的平衡。因此,笔者以为修改方案值得赞同。有关最高额抵押的制度构造,日本的经验可供中国借鉴,这两项修改似乎在中国法制上也会有用武之地。

七、其他修改

除上述几项主要修改之外,此次修改还涉及以下三个问题,由于其影响面较小,这里仅作简要介绍。

1. 受雇人工资之先取特权

现行民法第308条将此项先取特权担保的债权范围限定于最后6个月的工资债权,但现行商法上的公司受雇人之先取特权担保的债权范围却较此为广:一方面不限于工资债权,只要是公司与受雇人之间因雇佣关系发生的债权均可属之;另一方面亦不存在最后6个月的期间限制。^[60]二法间的此种差异似乎没有什么合理性,为消除这一差异,此次《建议草案》和《修正案》均将民法上受雇人工资先取特权的担保范围改为与商法一致。

[56] 近江:同上注4所引书,页234。

[57] 《根抵当権実に関するアンケート》,载《金融法務事情》1993年第1342号,页47。

[58] 山野目:同上注6所引讲义。

[59] 近江:同上注4所引书,页219。

[60] 日本商法第295条。

现行法下,此项先取特权为一般先取特权,因此优先效力很弱,^[61] 为了加强对劳动者的保护,《建议草案》除扩大其担保债权范围外,还建议强化其对其他担保物权(乃至税收等公债权)的效力。但是,有人指出过分强化此项先取特权后,可能侵害抵押权人以及一般债权人之利益。^[62] 《修正案》对此采取了谨慎的态度,仅扩大范围,未强化效力。

有学者指出:基于雇用关系而生的先取特权应是“小范围、大效力”,所以此次修改似乎方向不明。^[63] 从保护劳动者,兼顾其他债权人(特别是抵押权人)的立法政策出发,笔者认为这种观点颇值赞同。《修正案》的修改方案似乎仅仅实现了法律内部统一这一形式上的目的,对于实质问题仍有探讨的余地。

2. 记名债权之债权质

现行民法第 365 条规定:以记名债权出质的,若该项债权存在债权证书,以此等证书之交付为质权生效要件。问题是记名债权未必都有债权证书;对某些债权而言,到底何为债权证书亦不明确(如不动产租赁合同是否属于押金返还债权之证书?);而债权证书遗失、被藏匿的情况也时有发生。这些因素令债权质的效力平添许多不确定性,当事人时常为之所苦。另一方面,记名债权质的对抗要件为通知第三债务人或第三债务人承诺,^[64] 因此,债权证书的交付并不具有公示质权的作用。^[65]

基于上述考虑,《建议草案》本拟将记名债权质的此项生效要件废止,但《修正案》却仅将其范围加以缩限,规定如果在债权转让时需要交付债权证书的,那么以此债权人质时,也要以债权证书的交付为生效要件。《修正案》如此修改的理由来臻明确。

3. 土地与建筑物的一体拍卖

由于日本将土地与建筑物视为两项独立的物,因此土地的抵押权人并非当然具有对其上之建筑物的拍卖权。现行民法第 389 条规定,土地设定抵押权后,设定人在其上建造的建筑物,抵押权人可与土地一同申请拍卖。但是,如果此等建筑物系由第三人建造,土地抵押权人便不能申请拍卖其上之建筑物。土地上增添建筑物之后,土地本身的价格通常会大幅度下降,如将土地单独拍卖,很少有人愿意应买,抵押权之实行由此变得困难。^[66]

职是之故,此次修改规定:土地设定抵押权后,其上之建筑物即使由第三人建造,只要该第三人不具有对抗抵押权人之事由,抵押权人即可申请将土地与建筑物

[61] 一般先取特权非但劣后于动产、不动产先取特权,与抵押权之间的优劣关系亦据登记先后而定。

[62] 同上注 5 所引文,页 11。

[63] 山野目:同上注 6 所引讲义。

[64] 第 364 条。

[65] 同上注 5 所引文,页 12—13。

[66] 同上注 5 所引文,页 18。

一体拍卖。不过,《修正案》同时规定土地抵押权人的优先受偿范围仍以土地拍卖所得之价金为限。

这项修改同样可以被视为强化抵押权效力以利金融交易之一环,在土地与建筑物分离的特殊法制下应该是可取的。

八、启示

目前,正值中国民法典制定的高潮期,担保物权法自然是其中不可或缺的组成部分。此次日本的担保物权法修改或许也为我们的立法提供了一些有益的启示。笔者在此想从立法论的角度谈其中三点,作为本文之结论。

1. 担保物权法的本质是市场法

应该看到,担保物权法本身是为促进资金融通、提高标的物的信用度而存在的。对于异时交易而言,“债权”本身极为不确定,它仅仅表明债务者应当履行,却无法保证其具有履行的意思和能力。^[67]因此,异时交易中“信用”成为不可或缺的要害,没有信用作为保障,人们只能停留于“一手交钱,一手交货”的同时交易阶段。^[68]信用者,无非两种,一为人之信用,一为物之信用。长期以来,由于对人之信用缺乏客观有效的评价机制,从而使物成为主要的信用手段,^[69]担保物权法正是对物之信用的法律保障,为此,它必须最大限度地,保证标的物交换价值得以实现。而交换价值的最终评价、实现都有赖于市场的选择,即交易主体的自主选择,这种选择使成本得以内部化,促使资源向最有效的方向流动。因此,为使标的物的交换价值得到最有效利用,担保物权法就必须尊重自主选择,设法促进成本的内部化。从这个意义上说,担保物权法本质上是市场法,有别于以国家强制代替自主选择的社会法。

对于物的使用价值暨利用权问题,不应过多寄望由担保物权法来解决,因为使用价值本身与信用保障无关。如果认为物的价值是一定的,那么使用价值的增强也就意味着交换价值的减弱,或曰信用度的降低。由此可知,通过担保物权法来保护利用权将与该法的初衷背道而驰。那么,如何解决利用权与价值权的冲突呢?其实,在正常情况下,这种冲突也能通过市场选择得到解决。如果具备必要的信息,利用权人同样有可能将成本内部化,而物权公示制度正提供了这些必要信息。因此,当利用权人得知标的物的使用价值因存在担保物权而有减少之虞时,便可以降低为获得利用权而支付的对价,从而使成本内部化。反之,当价值权人得知标的物上存在利用权,因而其交换价值可能减少时,他同样可以通过减少融资金额、提

[67] 近江:同上注4所引书,页1。

[68] 其实,即使同时交易也可能存在信用问题,例如出卖物的品质保证等。

[69] 近年来随着信用评级机制的不断完善,人之信用得以加强,从而出现了由有担保信用向无担保信用转变的势头。参见近江幸治:“有担保主義の動搖と「信用」問題(一)”,载《早稻田法学》第63卷第4号(1988年)。

高融资利率等方法将成本内部化。所以,担保物权法既重视信息的公开(公示原则),又强调交易者的地位不受后发事件的干扰(优先原则),以保障市场的自主选择机制充分发挥作用。概言之,调和价值权与利用权的关键不在于担保物权法对后者特加保护,而在于充分调动市场的力量。

短期租赁与涤除并称为日本民法上调和利用权与价值权的两大制度,却又同为最容易被滥用,妨碍不动产金融的制度。如果从担保物权法的上述本质与机能出发,个中原因不难理解。涤除与短期租赁让后发事件影响到在先交易者的地位,令其无法预测成本并加以内部化,市场机制由此失灵。从这个意义上说,这两项制度既偏离担保物权法的目标,又妨碍其机能之实现。无论短期租赁还是涤除,实际上它们要解决的问题在市场以外(消费者保护、公共福利等),^[70]故而不应由市场法解决,而应由社会法加以解决。这些制度面对的主体并非市场中一般的交易主体,而是特定主体。可是,由于担保物权法本身是面向一般交易主体的,所以,当它们加入其中后,其自身之特性便被抹杀。其结果是:一方面对于需要利用此等制度者,制度无法为其提供充分服务;另一方面无需利用者却滥用频频,导致担保物权法的本来目的无法实现。

职是之故,笔者以为我国在制定担保物权法时应当坚持其固有目标,为交易主体的自主选择创造有利条件,切莫心有旁骛,欲将市场外的问题置于市场法之中解决。

2. 引入优先权应当谨慎

随着《合同法》第 286 条的诞生,少数学者主张我国应系统引入优先权制度,^[71]对此笔者认为应当谨慎。

要使特定债权具有优先于其他债权甚至担保物权的效力,必须有明确的政策考虑。所以首先不应笼统地说要不要优先权,而需仔细分析要不要哪一种优先权,特别不能因为日本、法国有哪些优先权,所以我们也要这些优先权。比如说,日本确实有丧葬费优先权,但是这跟日本人重视丧葬仪式有关,当时的立法理由是能让穷人也死有所葬。^[72]这样的优先权,中国是不是要,应该仔细分析,不可一笔带过。

其次,对于优先权的性质应有充分认识。近代民法的基本态度是:保护债权人

[70] 详见本文第四和第五部分。

[71] 如王全弟、丁洁:同上注 11 所引文。有关该条所定权利之性质,国内学者见解不一:有学者认为该项权利属于留置权(如江平(主编):《中华人民共和国合同法精解》,北京:中国政法大学出版社,1999年,页 223;孔祥俊:《合同法教程》,北京:中国人民公安大学出版社,1999年,页 618;余延满:《合同法原论》,武汉:武汉大学出版社,1999年,页 642);也有学者认其为优先权,其效力在所有的基于建设工程而产生的担保物权中,居于最优先的地位(崔建远主编:《新合同法原理与案例评析》,长春:吉林大学出版社,1999年,页 1220);还有学者认为其属于法定抵押权(如梁慧星:“合同法第 286 条的权利性质与适用”,载《民商法论丛》第 19 卷,香港:金桥文化出版(香港)有限公司,2001年,页 375)。不过,据笔者浅见,若从无需依从当事人意志,由法律强行变动权利关系的角度而言,无论留置权、优先权乃至法定抵押权性质并无实质区别。

[72] 我妻荣:《新订担保物权法》,东京:岩波书店,1968年,页 77。

之平等,如有特定债权人需要享有优先地位,则通过当事人之间的特别约定,即约定担保制度来实现。而优先权制度实际上是借助国家的强力,对此自由主义原则加以修正。^[73]从这个角度看,它已经脱离市场法的轨道,而具有社会法的色彩。该制度严重影响财产的交换价值,不利于财产流通;既危害其他债权人与担保物权人,也不利于债务人以优先权之标的物融资。其结果是:一方面交易安全遭到破坏,另一方面令财产价值无法充分发挥,导致极高的社会成本。特别是存在于债务人总财产上的一般优先权,可谓弊多利少。^[74]正因如此,近代民法对优先权的采用可谓慎之又慎,德国民法彻底抛弃一般优先权和不动产优先权,仅在动产上保留了一些法定质权,对这些法定质权特别强调加以公示。瑞士民法虽然有独立的法定抵押权制度,但亦要求以登记为成立要件,并依登记之先后确定与其他担保物权人的顺位关系。^[75]日本学习法国,较为完整地引进优先权制度,而这一点或许正是日本的担保物权法劣于德国、瑞士之处。^[76]从实践角度看,不动产先取特权在日本至多是个可有可无的赘物。^[77]当今社会随着信用制度的完备,应尽量避免优先权,而采用其他信用方式,特别在一般的市场交易领域,应予废止。只是出于特定的、过硬的政策需要,方可例外设置一些优先权。而此所谓政策,似乎主要应针对市场自身无法解决的问题,即所谓市场外部性问题(如保护劳动者等)。

日本此次担保物权法修改,在强化不动产工事先取特权的效力问题上最终采取了谨慎的态度,实可谓明智之举。反观我国《合同法》第286条的制度,甚至对登记亦无要求,对交易安全的影响恐较日本的不动产工事先取特权更甚。该制度实际产生了怎样的效果?建筑业的利益是否可寻找别的途径加以保护(例如保证、保险等)?这些问题虽非本文范围所及,但确有必要详加探讨。^[78]

3. 立法必须注重实践

透过日本的是次修改,我们或许可以再次认识到:法律的生命不在于逻辑,而在于经验。只有实践才会出真知,才能塑造优良的法律。这一点在最高额抵押的修改问题上表现尤为突出。不可否认,日本制定最高额抵押法之时,汇集了众多学者与实务家,对制度的构造是经过仔细研究的,因此,最高额抵押成为日本一项重要的金融担保手段,被广采用。但是,完全靠逻辑推理、精心预测毕竟力有不逮。像确定请求权的作用、交易终止的标准之类的问题,经验证明理论上的合理性未必

[73] 我妻荣:同上注72所引书,页55。

[74] 我妻荣:同上注72所引书,页56。

[75] 我妻荣:同上注72所引书,页51。

[76] 我妻荣:同上注72所引书,页214。

[77] 据统计,平成13年(2001年)3种不动产先取特权的登记件数总共为342件,涉及标的物537项;而同年抵押权登记件数为1,503,938件,涉及标的物3,694,850项;最高额抵押登记件数为377,259件,涉及标的物1,182,626项(数据来源:日本法务省《第115民事、讼务、人権統計年報》)。可见不动产先取特权的实际效用甚微。

[78] 于此方面,笔者为学力所限,未能及时、全面掌握国内学者的最新研究成果,恳请指正。

等于实践中的合理性。从立法角度说,随着实践的不断深入,对制度进行修改或许在所难免,不过,立法当时也应当尽可能地考虑到实践因素,务求实践中的合理性。

中国作为一个落后的法制国家,在这一点上反而可以具有优势,不仅有本国的实践为蓝本,还有外国的经验可以参照。同时,它也向我们的比较法研究提出了新要求,那就是不能停留于对外国法律、理论的研究,更要注重对其实践的研究,从而为中国的立法提供更为可靠的参考经验。

(初审编辑:罗 彧)

www.cnki.net