

论破产撤销权次顺位抵押权的模式选择

朱玲霞

宁波大学, 浙江 宁波

收稿日期: 2023年1月31日; 录用日期: 2023年2月10日; 发布日期: 2023年3月8日

摘要

适用顺位升进主义的法国和日本, 适用顺位固定主义的德国和瑞士等国家的立法经验可以为我国采升进还是固定主义提供借鉴性经验。升进主义优势主要在于使抵押物所有人更易融资, 但客观上存在不当得利、不利于实现抵押权流通等缺陷。固定主义优越性可归结三点: 防止不当得利、有利于抵押物所有人利用先顺位再次融资、实现抵押权证券化, 但往往债权人不愿接受后顺位抵押权, 导致抵押物所有人融资受阻。基于对公平保护债权人、体现利益平衡原则的破产精神的考量, 应采顺位固定主义, 并先就被撤销后所形成的部分作为共益债权进行融资, 其次进入破产程序之前设定次顺位抵押权可发挥当事人的意思自治, 但当进入破产程序, 该约定不可对抗其他一般债权人。

关键词

顺位固定主义, 顺位升进主义, 破产, 抵押权

On the Mode Choice of Subordination Mortgage Right of Bankruptcy Cancellation Right

Lingxia Zhu

Ningbo University, Ningbo Zhejiang

Received: Jan. 31st, 2023; accepted: Feb. 10th, 2023; published: Mar. 8th, 2023

Abstract

The legislative experience of countries such as France and Japan, which apply the principle of ascending order, Germany and Switzerland, which are applicable to sequential fixedness, can provide reference experience for China to adopt the principle of ascending order or fixing order. The advantages of progressivism mainly lie in making it easier for the mortgagee owner to finance, but

objectively there are defects such as improper enrichment and unfavorable realization of the circulation of mortgage. The advantages of fixed doctrine can be summed up in three points: to prevent unjust enrichment, to facilitate the mortgage owner to refinance by using the first-ranking mortgage, and to realize the securitization of mortgage, but often the creditor is unwilling to accept the second-ranking mortgage, resulting in the mortgage owner's financing being blocked. Based on the consideration of the bankruptcy spirit of fair protection of creditors and reflecting the principle of balance of interests, the principle of subordination fixation should be adopted, and the part formed after the cancellation should be used as the common creditor's rights for financing, and then the establishment of subordination mortgage right before entering the bankruptcy procedure can give play to the party's autonomy of will, but when entering the bankruptcy procedure, this agreement cannot be against other general creditors.

Keywords

Sequential Fixedness, Sequential Progressivism, Bankruptcy, Mortgage

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

抵押权被誉为“担保之王”，在实务中，担保物价值往往大于某个单一债权，因此衍生出的“一物数押”问题屡见不鲜。随着我国破产领域案件的逐渐复杂，多重抵押中的次顺位抵押权应当如何行使是亟待解决的问题。在抵押权实现上，不同的次序排位意味着受偿的先后有别。当面对抵押人拥有足够的清偿能力时，破产撤销权的行使对于抵押顺位固定抑或是升进并无影响；但当抵押人资不抵债进入破产程序时，抵押财产便成为抵押权得以实现的关键保障，此时前顺位的抵押权若被管理人行使破产撤销权撤销后，次顺位的抵押权是否可以顺位升进？次顺位抵押权若是不足额抵押，得不到顺位升进的话其债权余额将被视作普通债权，故此时顺位升进与固定的选择对次顺位抵押权人便起着举足轻重的作用。本文旨在通过对比分析两种顺位主义优劣，及借鉴域外国家的立法经验，为我国完善破产撤销中次顺位抵押权的模式选择与实现方式问题提出相应的合理性建议。

2. 国外关于抵押权顺位的立法实践

2.1. 顺位升进主义国家立法例

次序升进主义，是指同一抵押物上有多个抵押权时，前次序抵押权因拍卖抵押物以外的原因消灭时，后次序各个抵押权当然依次升进。次序升进主义的立法理由在于，民法上之抵押权乃为担保债权而设，系从属于主权利即担保债权之从权利。抵押权既系以担保债权之清偿为目的，则于债权消灭时，自无继续存在之理由。此种立法例以法国、日本为代表。

2.1.1. 法国的立法实践

《法国民法典》从编纂时期直至完成都对私人所有权高度尊重，认为私人所有权是一种管领、排他和永久的权利，所有人不得通过法律行为而同意对其所有权的任何一种限制^[1]，而抵押权的设立无疑对所有权是一种限制，当先顺位抵押权消灭，所有权的负担除去以后，所有权自动恢复其圆满的状态，从而后顺位抵押权升进，《法国民法典》所确立的这项原则的精神与所有权弹性原则十分契合。从《法

民法典》第 2114 条“不管是以立法、司法还是协议的方式设立抵押权，抵押权顺位的确定都应按照登记时间的先后来排序”可以看出，法国以抵押权附随性理论为指导思想，规定抵押权的权能就是保全当事人的合法债权。

2.1.2. 日本的立法实践

日本现行民法典虽然编排体例上仿效《德国民法典》，却在担保物权法制度的制定上沿用了法国法的抵押权附随性理论。一方面，制定现行民法典时期，日本市场经济尚不发达，国内企业根本没有意识到以不动产进行融资的重要性，仅仅将抵押权定位在担保债权的功能上；另一方面，也是出于使法律移植与本国法律有机融合的角度考虑，因为日本早在明治维新前封建时期的法律中，在债权担保方面，就存在所谓“入质”（转移占有的不动产质）和“入书”（非占有的不动产担保）的制度。1873 年，日本制定《土地入质入书规则》时，以法国法为蓝本，将原来的担保制度的占有作为区分标准，上述两项制度均被完整吸收[2]。在之后制定旧民法典时也保留了原本内容仅是在名称上有所改变。所以在制定新民法典时，制定者保留了这两项制度，使得本国的法律传统得以延续。

2.2. 顺位固定主义国家立法例

在立法例上，同一标的物之上有多个抵押权存在时，对多重抵押中撤销利益的处理模式有次序升进主义与次序固定主义之别。次序固定主义，是指同一抵押物上有多个抵押权时，在先次序抵押权消灭时，后次序抵押权固定在原次序位置并不升进。次序固定主义的立法理由在于，“近代抵押权已自保全抵押向投资抵押进化，抵押权所支配之抵押物交换价值，乃是一项纯价值权，自应予以独立，俾得在金融交易市场上流通，扮演金钱投资媒介手段之角色，是以抵押权所支配之上述价值，自应处于独立与稳定之状态，抵押权次序之固定，即为其中一项重要原则”。德国和瑞士两国民法奉行该主义，其中德国法采取所有人抵押制度，瑞士法采取抵押权空位制度。

2.2.1. 德国的立法实践

顺位固定主义中关注抵押权的价值权本质并侧重于其相对独立性的特点在德国的所有人抵押制度中得到充分体现。在德国的所有人抵押权制度中，所有人抵押权可以分为两类：原始的所有人抵押与后发的所有人抵押[3]。原始的所有人抵押指不动产所有人预先以自己的名义在自己的不动产上设立的土地债务（由于此刻并不存在债权，所以只能是所有人土地债务）。原始的所有人抵押的功能在于不动产所有人可以预留在先顺位的价值，便于之后将其转让给他人或设定抵押权，从而实现融资的目的。后发的所有人抵押则原先是为他人设定的抵押权，但由于债权清偿等法定原因导致抵押权归于所有人。后发的所有人抵押根据不同情形会区分为所有人土地债务和所有人抵押权两类：若发生债权消灭、抵押权抛弃等情形，则会出现所有人土地债务；若抵押物所有人代替债务人清偿债务，为保障所有人的求偿权，抵押权会随同债权一同移转至所有人，形成所有人抵押权，担保的是所有人对债务人的债权（德国民法典第 1143 条第 1 款、第 1153 条第 1 款）。原始的所有人抵押与后发的所有人抵押不但可以克服不当得利之弊端，而且在顺位固定主义之下，每个顺位的价值能够保持相对独立与确定，抵押物所有人可以利用顺位上确定的交换价值进行融资，还可以在这个基础上实行抵押权证券化，将抵押权化体为证券从而在市场上流通。

2.2.2. 瑞士的立法实践

瑞士采用的抵押权空位制度与德国的所有人抵押权制度在制度设计及实现效果方面具有共同之处，主要体现在以下两点：第一，抵押物所有人均可以为自己设立原始的抵押权；第二，当先顺位抵押权因债权清偿等原因消灭后，能够阻却后顺位升进，抵押物所有人均有权对先顺位作出处分，可将其作为其他债权的担保[4]。但是，抵押权空位制度与所有人抵押权制度在细节设计上也有不同，在德国的所有人

抵押制度中,某顺位抵押权所担保的债权因实行抵押权以外的原因而消灭时,抵押权不被所有权吸收,独立于所有权而存在,所有人可以保留该抵押权,也可以将该抵押权转让给第三人实现融资;在瑞士的抵押权空位制度中,该顺位的抵押权不能由所有人获得,而这点不同也最终体现在当抵押物所有人对该顺位的抵押权尚未处分时,实现抵押权时就不动产变价后所获价金分配的结果上:根据所有人抵押权制度,抵押物所有人在不动产变价后获得该顺位的价金,归于其一般财产而可为一切普通债权人担保;根据抵押权空位制度,依照《瑞士民法典》第815条规定:不动产担保权,在无优先不动产担保权存在的情况下,设定于后位时,或债务人未处分优先担保债券时,或优先债权的实际额少于登记额时,担保物变价后的卖金,无需考虑空位担保等级,而按实际的顺位在担保债权人中分配[5]。简言之,不动产变价后抵押物所有人无权获得该顺位的价金,该部分价金由后顺位的担保物权人按照实际的先后顺序分配[6]。由此可见,此种情形下所有人抵押制度更加侧重保护普通债权人,而抵押权空位制度更加侧重对后顺位抵押权人的保护。

3. 我国学者在抵押顺位制度上的观点

虽然目前我国尚未确定破产撤销权行使后的次顺位抵押权行使模式,然而,我国学界已然就多重抵押中的顺位选择问题争论多时,众多学者都曾各抒己见,对相关模式的选择提出自己的见解。我国学界百家争鸣的状态可以为政策的完善和制定提供思路。

3.1. 持顺位升进说

有学者在适用顺位升进主义上持积极态度。王利明教授认为,次顺位抵押权人对于先顺位抵押权的消灭存在合理的期待,不能视为不当得利;且抵押权顺位可以获得升进是所有权弹性原则的体现,当顺位在前的抵押权消灭,由于所有权具有弹性导致所有权的内容恢复,理应由次顺位抵押权人升位[7]。谭九生教授认为,抵押权顺位升进主义与我国现存法律相融,同时可以增强次顺位抵押权人对担保制度的信心,可以鼓励多重抵押以充分实现抵押物价值的最大化,从而获得更多的融资[8]。

3.2. 持顺位固定说

有学者认为应当抛弃顺位升进主义而采取顺位固定主义。陈华彬教授认为,顺位固定主义属于投资抵押权的特质,具有有利于资金融通的优越性[9]。此外,他也从意思自治的角度提出,虽然我国民法默许了抵押权的顺位升进主义,但应当规定当事人可通过约定排除其适用[10]。谢在全教授认为,当前顺位抵押权归于消灭,采取顺位升进主义使得次顺位抵押权人享有了其本不能支配的担保价值,且次顺位抵押权的升进使得所有权人无法利用前顺位抵押权消灭带来的融资机会,建议改为顺位固定主义[11]。具体到破产领域,韩长印教授就破产程序中遇到撤销利益是否保留问题的处理方法,主张采用顺位固定主义。一方面,适用顺位固定主义符合抵押权设定顺序的风险差别规则;另一方面,顺位固定主义符合破产法对债权人利益最大化和债务人公平受偿的要求[12]。

4. 顺位升进主义与顺位固定主义之比较

究竟应采哪一种立法例为优,需要进一步在价值判断的层面分析固定主义与升进主义本身的制度优劣,探究两者不同并加以对比,为做出正确选择提供依据。

4.1. 采顺位升进主义的优劣分析

次序升进主义能够提升债权人的信心,同时也有利于抵押人进行融资。保障债权人债权清偿正是抵押权所设定的目的,采取了抵押权次序升进主义模式之后,由于债无效、抵押权抛弃或撤销等一些抵押

权实现以外的原因而引起先位次抵押权的丧失，在后位次的可以再逐步的进行递进，即使在先位次的没有消灭，在后位次的抵押也只是处于不利之地位，但对在后位次的债权人来说却存在着一种期待，即期待先次序抵押权的消灭，同时后位次抵押权会存在比先次序更加优渥的抵押条件，这样更有利于不动产所有人的融资。

虽然顺位升进主义应用广泛，但是并非毫无问题：第一，先次序抵押权实现后，自然递进的后位次的抵押权人存在不当得利。第二，次序升进主义阻碍抵押权的证券化发展，因为，抵押权如果想实现其价值，那就需要使各当事人有预见可能的收益。但是，位次升进却使得预期利益处于不稳定的状态，交易各方都无法对自己的利益进行合理的预估，这样就抑制了抵押权的流通，其证券化的途径也将会难以去实现。第三，次序升进主义损害了不动产占有人的利益。而如果采用次序固定主义立法例，位次之间是相互固定的，后位次抵押权并不能依次升进，因此不动产所有人可以利用该位次的交换价值来增加融资。相反，次序升进主义则不能，这相当于提高了机会成本。

4.2. 采顺位固定主义的优劣分析

顺位固定主义在具体操作中确有其可行之处，其在法律效用上有其独到之处：第一，能有效防止发生不当得利的情况。它的实施可以避免在后顺位的押权人获得尅非其应有的交换价值而导致不动产所有人和一搬债权人的利益受损。第二，赋予了不动产所有人再次融资的机会。无论在先顺位的抵押权是使用空白担保制度抑或是所有人抵押制度，不动产所有人都可以就先顺位的顺位利益再次进行债权担保，先顺位的位次利益无疑会使得所有人的融资额度大大增加。这样就极为充分地利用了不动产的价值，而且无损在后顺位抵押权人应有么利益。第三，有助于实现抵押权的证券化。位置的固定内化到价值层面，即导致了各顺位上的顺位利益之固化，因此先顺位抵押权的灭失并不会改变后顺位价值，泣样就完全可以将抵押权送入市场流通环节，以推动抵押权证券化。这样有利于将抵押物的担保价值精细化，帮助所有人吸纳闲散资金。

当然，顺位固定立法模式也存在缺点：一方面，以所有人抵押制度为例，在不动产所有人为债权人设定后顺位抵押权之时，债权人因后顺位的天然固定，往往不愿意成为后顺位抵押人，这就使得重复抵押无法成立。另一方面，顺位固定难以平衡抵押权人和一般债权人之间的利益。如果所有人没有利用先顺位再次融资，那么最后实现抵押权时变价后的价金会使得所有人的一般财产由一般债权人得到受偿，这就使得在后顺位的抵押权人不能完全得到受偿，剩余应当得到清偿的抵押债权与一般债权处于同一地位上得到清偿，这无疑是不合理的。

5. 破产撤销后次顺位抵押权的模式选择

上文已经对顺位升进与顺位固定主义的相关理论和所适用的国家作了具体的介绍，笔者认为，在破产领域中，判断何种模式选择更合适的标准，应当判断是否符合破产法的精神。

5.1. 顺位固定主义模式适用的证成

因此，就破产程序中遇到撤销利益是否保留问题的处理方法，笔者主张采用次序固定主义模式。其理由主要有以下两个方面：一是次序固定主义模式符合破产法追求债权人公平受偿的基本理念。如果说在债务人没有陷入破产境地时采取次序升进主义有其一定的积极意义，并且更符合担保物权的从属性特征的话，那么，在抵押义务人进入破产程序后仍然恪守抵押权的次序升进主义，将会严重背离破产法保护债权人公平受偿的立法宗旨。以法院裁定破产程序开始为限，之前形成的债权为破产债权，进行平等分配；之后形成的债权为共益债权，可以随时受偿^[13]。如果一项抵押权是在破产程序开始前成立的且不属于同时抵押的情形，在破产程序开始后因其顺位发生变化改变而获得优先受偿的地位，破产管理人可

以行使破产撤销权予以撤销，撤销的原因则是因为其影响了其他债权人公平受偿。换言之，如果在破产程序开始前的法定追溯期间内在同一个债务人财产上已经形成了两个或两个以上的抵押权，若前顺位抵押权没有被撤销，次顺位抵押权不能被清偿的部分只能作为破产债权清偿；而若次顺位抵押权在前顺位抵押权被撤销后获得了升进，则原本作为破产债权清偿的部分将被优先清偿。这样便产生了次顺位抵押权人可以更多地获得优先清偿，与其他债权人之间厚此薄彼的问题，故此时采取顺位升进主义不能满足破产法公平保护债权人利益的精神。

二是次序固定主义模式可以实现债权人利益最大化的要求。当抵押权价值之和小于或等于抵押财产价值总额时，适用哪种顺位模式都无关紧要。但当抵押权价值之和大于抵押财产价值总额时，当占据大部分抵押财产价值的前顺位抵押权被撤销，次顺位抵押权如果升进必然会占据该部分价值，但若是次顺位抵押权顺位保持固定，该部分较大的价值可以用于清偿破产债权，显然增加了债务人财产用于后续分配的总额，更能满足债权人利益最大化的要求。综上所述，在破产程序中，破产撤销权行使后次顺位抵押权适用顺位固定主义，更符合破产法公平保护债权人利益的精神。

5.2. 顺位固定主义模式的具体适用

但上文提到的顺位固定主义依然存在的缺陷需要法律制度对此予以修正。笔者结合德国和瑞士的顺位固定主义的立法经验，提出下述对应的解决路径。

首先，破产管理人应当对前顺位抵押权被撤销后所形成的财产空白额度进行融资，以达到债务人财产价值的最大化。在适用顺位固定主义的前提下，前顺位抵押权被撤销后必定形成一个抵押权的空白，此时次顺位抵押权不能进行升进，若不进行融资，该部分财产份额将被收回归于破产财产用于对一般债权的清偿。而在破产程序中，行使破产撤销权与处置该部分财产份额的主体都是破产管理人，此时管理人若对该部分财产份额进行有效的融资，可以大大提高债权人分配的总额，对债务人起死回生也具有积极意义。

在实际操作中，为了打消投资方的顾虑，获得行之有效的融资，应当将前顺位抵押权被撤销后所留下的空白债权份额作为共益债权进行融资。根据《企业破产法》第42、43条的规定，共益债务可以随时受偿，《破产法解释三》第2条也规定，在经过债权人会议或法院的许可后，管理人可以借款，该借款的受偿顺位高于普通债权低于担保债权，并且为此借款设定担保时要按照《民法典》第414条所规定的顺序清偿。在此基础上，若管理人经过相关主体允许后进行融资，并对该融资在前顺位抵押权撤销后留下的份额上设定抵押，则该融资便获得了高于普通债权甚至高于原次顺位抵押权的清偿顺位。在该前顺位抵押权份额内的融资，投资方可以行使别除权优先受偿；在该前顺位抵押权份额外的投资，投资方依然享有高于普通债权的清偿顺序。此时投资方在对破产企业进行投资时，更有理由相信可以获得优先清偿，有利于降低融资的难度，合理利用前顺位抵押权撤销后留下的空位，为拯救债务人打通资金渠道^[14]。

其次，当债务人进入破产程序之前设定次顺位抵押权时，可以遵循《民法典》第414条的规定，发挥当事人意思自治的精神，但当债务人进入破产程序，该约定不可对抗其他一般债权人。当债务人尚未进入破产程序时，如果直接规定适用顺位固定主义，会剥夺了次顺位抵押权人获得合理升进的期待，尤其是在前顺位抵押权占据抵押财产份额较大的情况下，债权人往往不愿再设立次顺位抵押，这种情况不管是对重复抵押的立法初衷还是对债务人本身的经营都背道而驰。本文所确定的抵押权的顺位固定主义，仅仅适用在破产程序中。一旦债务人进入了破产程序，管理人接管债务人财产后，就需要站在全体债权人的角度进行考量，此时采取顺位固定主义可以更有效地进行融资与分配，对债权人与债务人都大有裨益。此外，破产法与民法中的不同规定并不会带来法律上的困境，根据“特别法优先于一般法”的原则，只有当债务人进入破产程序后才适用顺位固定主义，并不会妨碍企业正常的经营与融资。

6. 结语

破产程序中,当多重抵押中的前顺位抵押权所依附的行为被管理人行使破产撤销权撤销后,该行为丧失效力,该前顺位抵押权归于消灭。此时次顺位抵押权该何去何从,是自然升进填补前顺位抵押权撤销后留下的位置,还是顺位固定抑或是顺位升进,并且采取某一模式后如何具体适用,这都是破产实践中常见而又无法可循的。笔者立足于破产法保护债权人利益与利益平衡原则的精神要求,结合国外对顺位固定主义与顺位升进主义的立法实践,展示国内学界对此的不同观点,并进一步比较分析两种主义的优劣,认为我国对于破产撤销权行使后次顺位抵押权应坚持顺位固定主义的模式选择。

参考文献

- [1] 尹田著. 法国物权法[M]. 北京: 法律出版社, 2009: 126.
- [2] 陈本寒. 担保物权法比较研究[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2003: 63-66.
- [3] 陈华彬. 论所有人抵押权——基于对德国法和瑞士法的分析[J]. 现代法学, 2014(5): 39-48.
- [4] 安玲. 比较担保法[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2004: 187.
- [5] 殷生根. 瑞士民法典[M]. 北京: 法律出版社, 1987: 228.
- [6] 谢在全. 抵押权次序升进原则与次序固定原则[J]. 本土法学, 2000(7): 10.
- [7] 王利明. 抵押权若干问题的探讨[J]. 法学, 2000(11): 33-34.
- [8] 谭九生. 我国应采取抵押权顺位固定主义的质疑[J]. 当代法学, 2002(3): 89-91.
- [9] 陈华彬. 物权法研究[M]. 北京: 法律出版社, 2009: 346.
- [10] 陈华彬. 论编纂民法典物权编对《物权法》的修改与完善[J]. 法治研究, 2016(6): 16.
- [11] 谢在全. 抵押权次序升进原则与次序固定原则[J]. 台湾本土法学杂志, 2002(7): 7.
- [12] 韩长印. 破产撤销权问题研究[J]. 法商研究, 2013(1): 138-139.
- [13] 丁燕. 论破产重整融资中债权的优先性[J]. 清华法学, 2019(3): 114.
- [14] 郁琳, 樊星. 常态化疫情防控中破产审判的法律适用问题[J]. 法律适用, 2020(15): 81.