

破产撤销中后顺位抵押权的模式选择

季亚琪

宁波大学法学院, 浙江 宁波

收稿日期: 2023年3月3日; 录用日期: 2023年3月14日; 发布日期: 2023年5月12日

摘要

在当前经济快速发展、竞争愈发激烈的情况下, 企业破产的现象较为普遍, 破产人为了防止自己财产进入破产程序, 将自己的财产转移至别处或者以不合理的价格与第三人进行对债权人来说是诈骗的交易行为, 侵犯了破产债权人的合法权益。目前, 我国在法律上规定了破产撤销权用于解决上述问题, 但是在同一物上多个抵押担保的情况下行使破产撤销权仍然存在争议, 就后顺位如何保留问题, 存在抵押权顺位升进主义和抵押权固定主义两种模式。本文主要探究的是破产程序下应当采取何种模式的问题。

关键词

破产, 多重抵押担保, 利益保留, 顺位

The Mode Choice of Mortgage in the Middle and Rear of Bankruptcy Revocation

Yaqi Ji

Law School, Ningbo University, Ningbo Zhejiang

Received: Mar. 3rd, 2023; accepted: Mar. 14th, 2023; published: May 12th, 2023

Abstract

In the current situation of rapid economic development and increasingly fierce competition, the phenomenon of enterprise bankruptcy is relatively common. In order to prevent their property from entering bankruptcy proceedings, the bankrupt transfers their property to other places or conducts fraudulent transactions with a third party at an unreasonable price, which violates the legitimate rights and interests of the bankrupt creditors. At present, Chinese law makes bankruptcy revocation right to solve the above problems, but it is still controversial to exercise bankruptcy revocation right under the situation of multiple mortgage guarantee on the same thing, how to retain the latter, there are two modes of the mortgage right promotion doctrine and the mortgage fixed

doctrine. This paper mainly explores what kind of model should be adopted under bankruptcy procedure.

Keywords

Bankruptcy, Multiple Mortgages, Interest Retention, Rank

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

在实践的过程中,抵押对保障债权的实现,提高债务人的信誉具有重要的作用。为了防止破产人恶意转让财产而损害债权人的合法权益,破产撤销权的提出作为《中华人民共和国企业破产法》(下称《企业破产法》)规定的企业破产程序中的一项重要权利,在司法实务中为破产企业提供了诸多便利。但是,随着我国破产领域案件的逐渐复杂,破产撤销权的现行法律规定已经不足以支撑解决实务中出现的各种情况,尤其是随着担保制度融资功能的需要,超过担保标的自身价值的过度担保现象越来越普遍。一般来说,利率难以成为吸引贷款企业的有利优势,因此担保便成为了市场中争夺贷款业务的工具。债权人一方面为了保证自己的贷款条件更具有吸引力,往往降低担保审查门槛,另一方面为了债权的收回又要求有适格的担保标的缓解风险,这就导致多笔担保债权可能集于相同的担保物上。顺位升进主义和固定主义顺位模式选择在企业财产经营状况良好的情况下意义并不突出,不能由担保标的价值覆盖的债权可由企业的责任财产进行清偿。但是一旦企业进入破产程序,就意味着企业的责任财产极有可能已经不能清偿所有债务,如果既有的担保债权的顺位将决定着债权能否实现以及实现多少的问题。同时,即使担保标的的价值足以清偿所有债务,可能也会随着破产程序带来的标的贬值的现象。因此,抵押权顺位能否递进对破产程序中担保债权的实现具有重要的现实意义。

理论上,对于这个问题存在顺位升进和顺位固定主义两种模式,各个国家对于模式选择不尽相同。在我国学界存在争论,一方是基于后顺位抵押权人的合理期待和所有权弹性性原则而支持顺位升进主义,另一方从有利于融资的角度支持后顺位固定注意模式。实践中,我国法律法规对该情形并未作出明确规定。在司法裁判当中,法院裁判路径适用的是顺位升进主义模式。这样的判决思路在民事案件中有其一定意义,当企业进入破产程序后,法定追溯期内的抵押行为可能构成可撤销事由,此时对前顺位抵押权和后顺位抵押权的模式选择会对债务人的全部财产分配带来截然不同的影响。基于破产法追求的平衡利益原则,要充分考虑债权人的公平分配问题。本文旨在分析顺位升进主义和顺位固定主义两种模式的优弊端,分析在破产撤销权中应当适用何种模式的问题。

2. 破产撤销权与多重抵押担保的概念辨析

2.1. 破产撤销权

破产撤销权是指破产管理人针对破产债务人在破产申请受理前的法定期间内进行了欺诈债权人或者损害全体债权人公平清偿的偏袒性清偿行为,向人民法院申请撤销上述两种行为的权利[1]。根据《企业破产法》第31条规定,在破产申请受理前一年内,如果破产债务人的财产发生了法律拟制的五种情形,破产管理人可以向人民法院申请行使破产撤销权。第32条规定了在破产受理前六个月内,如果债务人存

在破产事由,但是仍然从事减少自身财产而对某些债权人清偿,从而损害其他债权人利益的行为,管理人也可以行使破产撤销权。欺诈行为是指破产债务人在法定期间内减少自身全部财产而损害全体债权人利益的行为,比如无偿转让自己的财产、以明显不合理的高价或者低价进行交易、放弃到期或者未到期债权。偏袒性清偿行为是指破产债务人在法定期间内做出的使某些债权人优先于其他债权人清偿的行为,使受偿的债权人获得了优势地位[2],比如对没有财产担保的债务提供财产担保、对未到期的债务提前清偿。

破产撤销权的设立,不仅有利于交易的安全与稳定性,还能保障全体债权人公平地得到清偿。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题地规定(二)》第13条规定,“当管理人未依据企业破产法的规定行使破产撤销权,债权人可以依据《中华人民共和国民法典》(下称《民法典》)中关于可撤销民事法律行为的规定提起诉讼,并将因此追回地财产纳入破产财产中。”因此,《民法典》规定地可撤销民事法律行为地撤销权也为保护债权人地利益提供了保障,与破产撤销权相互衔接。

2.2. 多重抵押担保

多重抵押是指同一财产上设定多个抵押权的情况,该多个抵押权效力同时存在且或多或少存在冲突[3]。尤其是抵押财产不足以清偿抵押债权总额的情况,此时各债权人的利益存在冲突,如何公平的分配清偿顺序和比例尤为重要。而根据《民法典》第414条规定,“同一个财产上具有多个抵押权时的清偿顺序为登记优先,若都登记则按时间先后,若均未登记则按照债权比例清偿。”在这样的清偿顺序下,如果债务人具有充足的偿债能力,则即使次顺位的债权人是不足额抵押,也能从债务人除抵押财产之外的财产中受到一定比例的清偿。但是如果债务人资不抵债进入破产程序,则全体债权人只能就抵押财产受到清偿,此时对于后顺位的债权人而言可能存在不利地位。根据《企业破产法》第109条规定,“债务人特定财产的担保人可以就该财产优先受偿”,而不享有担保物权的债权只能作为普通债权进行清偿。若前顺位的抵押权被破产管理人行使撤销权撤销后,后顺位的债权人其顺位是升进还是固定,对其受偿存在影响,故需要分析抵押顺位固定主义和抵押顺位升进主义两种模式[4]。

3. 抵押权顺位模式及中国现状

抵押权顺位是指同一财产上设定多个抵押权的情形下,该抵押财产上的各个抵押权的先后受偿顺序[5]。如果在前顺位抵押权所担保的债权消灭,那么后顺位的抵押权能否递进,就产生了抵押权顺位升进主义和固定主义两种模式。

3.1. 顺位升进主义模式

顺位升进主义是指抵押权设定后,如果前顺位抵押权基于一定事由而发生消灭,则后顺位的抵押权可以替补消失的前顺位抵押权,从而进升自己的受偿的顺序。

起于日耳曼法[6],顺位升进主义的理论依据是抵押权的附随性原则和所有权弹性性原则的民法理论传统[7]。担保抵押的目的是保障债权的实现,因此没有债权就不会出现抵押权,因此根据抵押权的附随性原则,前顺位的抵押权因债权实现以外的原因消失的,后顺位的抵押权可以升进顺位。所有权的弹性性是指抵押权的设立是对抵押物的所有权人对抵押物的所有权能中处分权能的限制,一旦前顺位抵押权消失,所有权的内容又恢复到全部权能,随之,后顺位抵押权人便可以获得前顺位抵押权人的权利。其优势在于使抵押物所有人更容易利用后顺位设立抵押权,但是客观上会导致后顺位抵押权人不当得利的情况。

目前,主要是法国和日本等国家采用此模式。对于该模式“不当得利”的问题,法国和日本等采用

顺位升进主义的国家规定在所有权与抵押权同时发生时，承认所有人抵押权。不仅如此，日本推出抵押权证券化模式，在一定程度上缓解了抵押权难流通的困难。

3.2. 顺位固定主义模式

顺位固定主义是指当同一物上有数个抵押权存在时，前顺位抵押权消灭后，后顺位抵押权的顺序不变[8]。

顺位固定主义最先源于罗马法，罗马法被“双重典质”的规定所限制，长久以来无法在抵押财产的余额上进行再抵押，所以在突破限制之后形成了顺位固定主义[9]。现在被德国与瑞士等国家采纳。其着重强调抵押权自身的价值，认为抵押权可以独立存在、发挥效力，这样不仅可以保障特定债权，还可以作为一种流通载体促进融资和交易。采用顺位固定主义模式，能避免不当得利、促进抵押物所有人利用前顺位进行二次融资、实现抵押权证券化。但是顺位固定主义也存在缺点，即债权人拒绝接受前顺位抵押权位置空白而后顺位抵押权不变的事实，从而增加了抵押物所有人融资的困难。对此，德国规定涂销登记请求权，瑞士规定预告登记的方式以解决上述问题，但是由于规定变多操作复杂的情况，在实践中这两项规定产生了高抵押权成本、工作效率低的问题。

此外，需要明确的是，上述所说的“前顺位抵押权消灭”不包括因拍卖、变卖或者折价抵押标的而消灭抵押权的情况，因为这些情况下，抵押标的已经被处分，其所具有的价值已经被部分或者全部支取，对于后顺位的抵押权来说，它们不可能通过位置的升进获取这部分利益，所以位置的升进已经没有意义。

3.3. 我国现状

在我国法律规范中，不论是《民法典》还是《企业破产法》都未直接明确规定我国采取的是顺位升进主义还是顺位固定主义，但是《民法典》第 414 条规定了已登记的抵押权的清偿顺序，体现的是顺位升进主义模式。

在司法实务中，司法实践者有的采取顺位升进主义，如在“杭州长命电池有限公司、浙江富阳农村商业银行股份有限公司东洲支行确认合同无效纠纷”一案中，判决书中写道：“长命公司作为后续顺位抵押权人，在前序顺位抵押权消灭后，抵押顺位升进，更有利于自身债权的实现。”¹在“中信银行股份有限公司丽水分行、浙江德加投资集团有限公司金融借款合同纠纷案”判决书中也出现了“第一顺位抵押权已归于消灭，此时第二顺位的抵押权升进为第一顺位抵押权”的表述。但是更多的判决是依据《民法典》第 414 条所确认的抵押权升进规则。具体针对破产案件，在判决书中几乎没有体现顺位升进还是顺位固定。但是关于破产撤销权行使后，后顺位抵押权的处置问题，在“重庆嘉丰汽车零部件股份有限公司申请破产重整案”中，破产管理人就重整计划草案，明确了对担保财产上设立的现有担保债权人之后的顺位抵押进行融资，前顺位的担保权人依旧可以从担保财产的变价款中优先受偿，不会对前顺位的担保债权造成实质性的伤害。²可见在破产实务中，破产管理人在不损害前顺位担保权人的利益情况下，对于不足额担保中的次顺位进行融资，从而扩大债权人分配的受偿总额。

在理论学界上百家争鸣：一方是支持顺位升进主义，比如王利明教授主张后顺位抵押权人对于前顺位抵押权的消灭存在合理期待，不符合不当得利的主观要件，因此不能视为不当得利；抵押权顺位可以获得升进是所有权弹性性原则的体现，当前顺位抵押权消灭时，基于所有权的弹性性，从而导致所有权的内容重新回到原来的状态，理应让后顺位抵押权人升进[10]。梁慧星教授认为采取抵押权顺位固定主义，并不会让债务人以最大化利用抵押物的价值，采取顺进模式才能更好的支配抵押物，因此其在《中国民

¹ 参见浙江省杭州市中级人民法院(2020)浙 01 民终 4851 号民事判决书。

² 参见重庆市大足区人民法院(2017)渝 0111 破 1 号之三民事裁定书。

法典草案建议稿》第 545 条中提出：“前顺位抵押权消灭后，后顺位抵押权按照先后顺序自然递进。”另一方是支持顺位固定主义，比如谢在全教授认为，如果前顺位抵押权消灭，后顺位抵押权升进顺位，那么后顺位抵押权将获得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[8]。

因此，按照社会的传统和法律习惯，我国在司法实务采取的是顺位升进主义，但在破产案件中，破产法追求的平衡利益原则使得其与民法在顺位选择模式不同，要充分考虑债权人的公平分配问题。

4. 破产撤销中后顺位抵押权的模式选择

不论是抵押权顺位升进主义还是固定主义，都有其本身的优劣。在破产程序中，笔者认为，应当先理清当前法规的适用问题，再回归破产法追求的价值，寻找与破产制度的立法目的更加契合的模式。

4.1. 在破产法视角下能否适用《民法典》第 414 条规定

在破产案件中，当前顺位抵押权被破产管理人通过行使破产撤销权而消灭后，原来应支付给前顺位债权人的财产或者已经支付给前顺位抵押权人的财产，管理人代替债务人收回财产。而在民法领域中，抵押权被撤销后，后顺位抵押权人可以升进。因此两个领域抵押权被撤销后产生的结果不同。这是因为破产法的立法目的之一是使得破产债务人的财产与破产债权人的到公平的分配，在这一立法目的下，当抵押权被撤销后，抵押权人原本应当分配到的份额将会分配给普通债权人，使得普通债权额增加。倘若此时抵押物存在多重抵押的情况，采用《民法典》第 414 条体现的顺位升进方式，则后顺位抵押权升进，那么破产管理人的撤销权设置就不存在意义，因为上述情况不会影响债务人的分配。因此，在破产案件中，不能直接适用《民法典》的规定。

4.2. 破产撤销权下采用后顺位固定主义模式的合理性

4.2.1. 符合抵押债权人与债务人的风险规则

从债权人角度看，在前顺位抵押权人获得清偿之后，债务人的财产仍有余额时，后顺位抵押权人才可以获得清偿。如果采取顺位升进主义模式，后顺位抵押权人因偶然情势，顺位升进，获得优先受偿的机会，属于不当得利。

从债务人的角度看，在同一物上设定多个抵押权，后顺位抵押权的设立往往利息较高，设定条件也比较严格，如果后顺位抵押权升进获得优先受偿的权利，其受偿数额随之提高，对于债务人而言极其不利，这是因为虽然债务人附有的担保负担可能维持不变，但是会使得因为前顺位抵押权消灭得以自由的财产重新陷入担保的禁锢之中，债权权利的变动会引起重整计划内容的修改，使得破产工作更加繁杂，增加了成本。

如果采用顺位固定主义模式，后顺位的担保债权可能因担保标的的价值不足转为普通破产债权。债权人当然会承受一定的损失，但其实债权人这种损失是属于意料之中，从某种意义上说破产原因的存在就预示着损失的存在，破产法不仅是分担债权利益也是在分担债务损失。

4.2.2. 后顺位固定主义符合破产法的基本理念，符合利益平衡原则

在债务人经营状况良好的情况下，基于担保物权的附属性，是以债权存在为基础，因此采取后顺位升进主义更符合，毕竟无债权，担保物权就无从谈起。但是，在债务人经营状况差并且进入破产程序后，采用抵押权后顺位升进主义会破坏破产债权人之间的公平受偿的平衡状态。

从保护债权人合法权益的角度分析，设立破产撤销权的目的是在破产程序中维护全体债权人的最大化利益和债权人的公平受偿，这也是《企业破产法》的立法宗旨[11]。具体而言，破产管理人撤销诈骗行

为,恢复抵押财产的价值,以维护全体债权人的利益;管理人撤销偏颇行为,则是为了使债权人得到公平受偿债务的机会。在《企业破产法》中,关于债权人的受偿,必须根据债权成立的时间做不同的判断,尤其是要区别破产程序开始前成立的债权。对于在破产程序开始前成立的普通破产债权,如果其通过追加担保等方式取得优先受偿的机会,那么该债权就属于破产撤销权的对象范围,最终在全体债权人之间按照顺位从破产财产中优先受偿。

就抵押权具体而言,如果债务与担保是同时作出的,那么这就不属于偏颇行为,不存在破产撤销权的问题。但是如果就上述后续追加担保的破产债权得情况,即在债权成立时未设定担保,而在受理破产申请前1年内,债务人以其财产为债权追加担保的行为就属于可撤销行为,因为追加担保使得原来的普通破产债权可以基于担保而优先受偿,违背了《企业破产法》债权人公平受偿原则[12]。同理,在破产程序开始前,如果存在多个抵押权人,且抵押权人之间本身存在受偿顺序,那么,在破产程序当中,如果破产管理人行使撤销权,撤销了前顺位抵押权,按照顺位升进主义原则,后顺位抵押权的受偿顺序改变将同样构成偏颇行为。因为如果没有破产管理人基于破产撤销权消灭抵押权,那么后顺位的抵押权人会因其是不足额担保的事实,从而使其剩余的无担保债权转化为普通破产债权,倘若此时采取顺位升进主义,有利于该不足额担保债权人,但是必定会与其他债权人之间产生不公平受偿的纠纷。

在实践中,破产管理人在不损害前顺位担保权人的利益情况下,对于不足额担保中的次顺位进行融资,从而扩大债权人分配的受偿总额,不仅可以维护了债权人的合法权利,还使得债务人最大化的利用抵押物的价值。

综上所述,笔者认为基于破产法的立法宗旨和当事人之间的利益考虑,采取抵押权顺位固定主义模式更符合。

5. 总结

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。此时后顺位抵押权应该升进填补前顺位抵押权撤销后留下的位置,还是顺位不变处在原位,会产生什么影响,后顺位抵押权如何实现等等问题都是破产实践中争议不断的。笔者结合破产法保护债权人利益与利益平衡性原则,借鉴域外的顺位升进模式和顺位固定模式的制度安排,提出我国应当完善撤销权行使后,后顺位抵押权的模式选择。在配套设施完善的基础之上,考虑到破产法对公平保护债权人提出的要求,有必要规定在我国破产程序中,破产撤销权行使后顺位固定主义模式。具体操作而言,破产管理人应当对前顺位抵押权被撤销后形成的财产空白额度进行融资。破产程序开始前,当事人在顺位约定时可以现行意思自治,但是当债务人进入破产程序,该约定不得对抗其他一般债权人。确定适用顺位固定模式之后,应当明确后顺位抵押权在行使过程中适用先行主义,即破产管理人应当提前对抵押财产进行审查和评估。此外,为了保护抵押权人的利益,规定在一定时间后抵押财产仍然无法变卖的情况下,抵押权人可以先参加普通债权的分配程序。

参考文献

- [1] 乔博娟. 论破产撤销权之行使——兼析《最高人民法院关于适用〈企业破产法〉若干问题的规定(二)》[J]. 法律适用, 2014(5): 43-49.
- [2] 李永军. 破产法——理论与规范研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2013.
- [3] 王利明. 担保物权制度的现代化与我国《民法典》的亮点[J]. 上海政法学院学报, 2021, 36(1): 1-19. <https://doi.org/10.3969/j.issn.1674-9502.2021.01.001>
- [4] 杨立新. 民法典物权编规定的抵押权新规则解读[J]. 法学论坛, 2020, 35(4): 13-22.
- [5] 谢在全. 民法物权论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.

- [6] 史尚宽. 物权法论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000.
- [7] 王利明. 物权法研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2007.
- [8] 谢在全. 民法物权论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2011.
- [9] 李媚. 罗马法上的重复抵押制度及其对中国法的启示[J]. 两岸民商法前沿, 2015(4): 12-18.
- [10] 王利明. 抵押权若干问题的探讨[J]. 法学, 2000(11): 22-41.
- [11] 韩长印. 破产撤销权行使问题研究[J]. 法商研究, 2013(1): 136-143.
- [12] 谢赢洲. 对于“破产法”第 79 条第 1 款所谓现有债务之研究[M]. 台北: 台湾五南图书出版公司, 1984.