

文章编号: 1674-5205(2016)05-0118-(009)

登记对抗主义下未登记抵押权在抵押人破产时的效力

张玉海

(上海交通大学凯原法学院, 上海 200240)

〔摘要〕 登记之对抗力旨在通过允许存有权利冲突的一方拒绝承认另一方的权利诉求来解决登记对抗主义下不可避免的“一物二卖”等难题。故,我国《物权法》规定的未登记不得对抗之善意第三人,仅限于就登记之欠缺具有正当利益之利害关系人。由此,采登记对抗主义的抵押权,在未登记时仍得对抗无担保债权。但在抵押人破产时,基于破产法之集体清偿属性,破产管理人得撤销未登记之抵押权。此外,在破产语境下,尚未进行的抵押权登记将因破产法之自动冻结制度而被禁止,甚至抵押权人于破产临界期内业已完成的登记亦会被管理人撤销。

〔关键词〕 登记对抗主义; 抵押权; 自动冻结; 破产撤销权

Abstract: Registration confrontation by allowing the third party to refuse to acknowledge the other party's right, when it can't coexist with the former, to appeal to solve the "properties being sold twice" issue, which is inevitable for registration confrontation doctrine. Therefore, under the Property Law of China, the bona fides third party, who can't be confronted without registration, should be limited to those stakeholders with legitimate interests. As a result, the pledges follow the registration confrontation doctrine, though without registration, can still be valid against the unsecured creditors. But when the mortgagor goes bankruptcy, due to bankruptcy law as a collective proceeding, the bankruptcy trustee should avoid the pledges unregistered. In addition, in the context of bankruptcy, the subsequent registration behavior will be banned due to the automatic stay, even the registration by the mortgagee in the critical period of bankruptcy will be avoided by bankruptcy trustee.

Key Words: registration confrontation doctrine; pledge; automatic stay; avoiding power

中图分类号: DF411.92 文献标识码: A

一、问题的引出

在“湖南省益阳市通程水泥有限责任公司与凌爱如别除权纠纷案”^①中,益阳通程水泥公司于2014年6月4日向湖南省益阳市赫山区人民法院申请破产重整,该院于2014年6月5日作出(2014)益赫民破字第2.1号民事裁定受理益阳通程水泥公司的破产重整申请,并指定湖南达盛资产管理有限公司为管理人。债权人凌爱如与管理人就凌爱如是否对其债权享有优先受偿权发生争议,凌爱如遂提起诉讼。

一审法院对双方当事人间的《抵押合同》予以认可,并认为双方在益阳通程水泥公司生产设备上设立的抵押权,自益阳通程水泥公司出具抵押物清单时设立,但动产抵押权作为物权具有排他性,其效力优先

于债务人之一般债权,登记与否不影响其物权优先效力,双方未对抵押的设备进行抵押权登记,并不影响抵押权的设立,但依法不得对抗善意第三人。第三人指的是对同一标的物享有物权的人,不包括债务人的一般债权人。二审法院对一审法院的观点予以认可,并进一步指出:对于机械设备上设立之抵押担保,依据《物权法》对动产抵押权设立的立法宗旨,登记并非动产抵押权的生效要件,动产抵押权未经登记不影响其作为物权的属性,其效力优先于普通债权。

上述案例所涉及之问题——采登记对抗主义之抵押权^②在未登记时于破产中对无担保债权人的效力,目前国内学者所给予的研究尚不足,尤其是从破产法视角展开的专题研究,在为数不多的研究中存在以下两种截然相反的观点:借鉴日本学者的观点将破

收稿日期: 2015-12-29

作者简介: 张玉海(1986—),男,山东潍坊人,上海交通大学凯原法学院民商法专业博士研究生。

^① 参见湖南省益阳市中级人民法院(2014)益法民二终字第199号民事判决书。

^② 本文所提之抵押权,若未作特殊说明,均指采登记对抗主义之抵押权。

产债权人归入绝对不得对抗的范围之内^①；主张对破产债权人无须特殊对待，在破产语境下仍应承认未登记之抵押权的对抗力^②。然而，笔者认为前述观点均存在诸多不足之处，前者一如许德风教授所认为的，但若采纳许德风教授的观点，则对当事人通过合同倒签等规避法律的行为难以进行有效规制，进而使得该制度存有结构之风险，故实有必要对该问题予以进一步研究。具体而言这一问题主要涉及以下几个方面：（1）在未破产时，未登记之动产抵押权得否对抗无担保之普通债权人^③；（2）对于这种非破产法下的对抗力，破产法是否一概予以尊重，尤其是在未登记得对抗无担保之债权人时；（3）未登记之抵押权人得否在发生破产时继续进行登记，这又可进一步划分为破产临界期内的登记问题与破产程序进行中的登记问题。上述3个问题，基于破产法须尊重非破产法的基本原则，第2个问题的回答无疑有赖于第1个问题的回答，而第3个问题虽未在所引案例中得到直接的反应，但未登记之抵押权的权利人就抵押权进行登记应否予以限制显然涉及到破产语境下未登记之抵押权的效力问题，本文一并予以讨论。

二、我国《物权法》上未登记抵押权的效力问题

对未登记之抵押权效力的理解无外乎以下三个层面：是否有效，具有何种效力，以及效力的边界，即在多大范围内有效。在我国，有争议者当为未登记之抵押权的效力范围，也即对于我国《物权法》所规定的登记对抗主义物权变动模式，在未登记时不得对抗之善意第三人的范围如何从解释论的视角给出自治的解释，而这无疑是解决前引案例所引发之问题的前提条件。故，本部分将着重探讨未登记不得对抗之善意第三人的范围问题。

（一）对我国既有登记对抗理论的检讨

我国物权变动模式的选择，在《物权法》立法时便存有巨大争议，最终生效之《物权法》仍坚持了二元并立的局面，即原则上采用登记要件主义，例外采取登记对抗主义。对此，有学者批评到：与其说是一种解决问题的完美方案，不如说是回避问题的妥协，概因债权形式主义主导下的形式主义和对抗主义在理念上的剧烈冲突。^④然而，立法既已作出了选择，基于法律保守主义的立场，便不应再轻言推倒重来。一如《日本民法》上的第176条、第177条，虽然百余年来引发了理论界的巨大争议，但却一直保持了当初的立法选择。而所争议者也不过是在既有立法框架下如何进行解释，才能既达到理论上的逻辑自治，又能回应现实的实践需求。立法，过于频繁的修改，毕

竟不是一件值得称道的事情。

近年来，对于我国《物权法》所规定的登记对抗主义应如何从解释论的视角进行理论阐释，已引起了学者的关注。学者龙俊认为，考虑到不动产登记簿的公信力已为我国所承认，且我国法律中明确规定“不登记不得对抗善意第三人”，而司法实践在登记对抗的问题上，又难谓有成熟的处理方式，故从立法目的与逻辑构成两个方面考虑，均应借鉴日本法上的信赖保护·权利外观说。^⑤而郭志京则在引述日本学者铃木禄弥的观点^⑥之上，认为登记对抗本身并不包含（新）物权变动，第三人物权的取得乃属于没有对抗力之后的另一个问题，应将二者相分离，而信赖保护说显然偏离了登记对抗的核心，但因日本在不动产上没有登记簿公信力制度和善意取得制度，其仍有存在

① 参见龙俊《中国物权法上的登记对抗主义》，《法学研究》2012年第5期；郭志京《也论中国物权法上的登记对抗主义》，《比较法研究》2014年第3期。

② 许德风教授主张我国《物权法》上采登记对抗主义的抵押等担保权在破产中依然能够对抗破产管理人或其他债权人，其论据主要包括以下几点：（1）我国大多数担保采登记生效主义，少数采登记对抗主义，若做出让步，则会造成体系上的混乱，出现“有优先受偿效力的抵押权”与“没有优先受偿效力的抵押权”的区分；（2）避免弱化登记对抗便利交易的制度功能；（3）随着浮动抵押日益广泛的应用，《物权法》第181、189条本身也将具有更强的一般公示力，即普通债权人应合理期待债务人的财产上可能存在未登记的抵押权等理由。参见许德风《破产法论——解释与功能比较的视角》，北京大学出版社2015年版，第403-404页。

③ 我国学者在讨论未登记不得对抗之第三人范围时所主张的未登记不得对抗之破产债权人，应指无担保之普通债权人，如龙俊便对此问题进行过专门论述（参见龙俊《中国物权法上的登记对抗主义》，《法学研究》2012年第5期）。而在破产法上破产债权人概念还包括有担保之债权人，如《企业破产法》第107条之规定，人民法院受理破产申请时对债务人享有的债权称为破产债权，故本文所着重讨论者亦限定于无担保之普通债权人。

④ 铃木教授认为，对于几乎所有的公信力说论者来说，其出发点都是渴望对二重买卖可以成立作出“理论上”的解释，但结果只不过是用一个难以说得清的制度去解释另一个难以说得清的制度。况且，即便有必要对二重买卖成立的可能性进行“理论上”的说明，是不是一定借助于公信力说，也是一个疑问。参见（日）铃木禄弥著《物权的变动与对抗》，渠涛译，社会科学文献出版社1999年版，第27-34页。

的体系空间;反观我国,因业已存在的善意取得制度^①,故难谓其在我国存在足够的体系空间,进而主张应回到登记对抗的本意之上借鉴日本法上的第三人主张说,在第三人主观要素上借鉴日本的“背信恶意者排除说”对我国《物权法》上的善意作扩大化解释。^{〔3〕}上述二位学者主要是从日本法的视角进行的比较法研究,但应注意,功能是一切比较法的出发点和基础。而每一种解决办法,从其功能方面考察都是一个统一体,并且应当包括在比较范围之内,尽管在各国的法律秩序中它的解决办法的具体措施和组成部分在体系上看来是如何的不同。^{〔4〕}⁶³故,在对日本法进行比较法研究时应持整体论的视角,唯有如此,方能正确地理解不同法域内具体制度与理论的真正确义。

对登记对抗力的正确理解无疑是理解“对抗的法律构成”这一问题至为重要的前提条件,而这实际上又涉及到登记的效力的问题。学者虽对登记的效力存有不同见解,但登记的对抗力,一般还是得到了多数学者的认可^②。“在法国能对抗叫 *opposabilité*,不能对抗叫 *inopposabilité*,即‘法律行为结果或无效结果产生的权利在对第三人的关系中没有效力’,也就是说一般有效的效力不能对一定的人主张,不能对抗一定的人,即对抗力用于承认一种相对的效力之时。将行为一般效力问题和得主张该效力的相对人的范围问题分开。”^{〔5〕}²³⁷换言之,法国法上有关对抗力原则的规定,其目的在于解决权利之间的冲突,无对抗力意味着赋予一方当事人的权利对于就该被争议的权业已进行了公示的第三人视为不存在,即第三人得无视该未予公示的权利。只不过由于物权总是通过其对抗力表现其特征,所以,物权之无对抗力事实上等同于物权对第三人无效力。^{〔6〕}⁵⁵⁶⁻⁵⁵⁹而我国亦有学者持类似看法,^{〔7〕}²³²⁻²³⁶本文亦予以采纳。就此,我们不难得出登记对抗与第三人的权利来源是两个完全分离的问题的推论。一如郭志京文在批判信赖保护说背离了登记对抗的核心时所言。不过,需注意的是,不应因此而认为“物权取得是属于主张没有对抗力之后的另一个可能的问题”,^{〔3〕}恰恰相反,第三人拥有引发冲突的权利乃是其得主张对抗的前提条件。这一点,可以从法国学者对法国《1955年法令》第30条^③的理解中清晰地体现出来,法国学者一般认为第三人得因权利无对抗力而受益须具备四个条件:一是应为特定权利承受人;二是其相对的应为同一出让人;三是应为争议权利的权利人;四是进行了有效的公示^④。而对于第三人权利来源的解释,则属于登记之公信力的范畴。

日本法上关于“对抗的法律构成”的诸学说,无论是信赖保护说,还是第三人主张说,在理论构造时均未完全放弃对第三人权利来源的论述,即未将对抗问题与第三人权利来源问题完全分离,区别仅在于程度的不同。从根本上说这在于日本法上之“对抗的法律构成”问题本来便源自如何对《日本民法》第176条与第177条间的关系,即对无权利法理问题与对抗问题进行解释,^{〔8〕}⁵⁰由此在构造二重转让的法律构成时第三人的权利来源问题便无法忽视,而成为应一并予以解决的问题。

另外,在日本,由于在分析权利人和第三人关系时所采取的角度,及为符合日本法的登记对抗主义规定,不得不构造了独具特色的观念性物权行为理论。日本学者主张的区分论实质上是杂糅了法国法内涵的区分论,在日本物权与债权的区分乃立基于支配权与请求权的区分,而非德国法那样立基于绝对权与相对权的区分,此外也没有德国法上物权是对一切人不作为的请求权的概念,而基于物权为支配权、债权为请求权这一基点建立的物权观念就是物权“有排他性而无对抗力”^⑤。基于此建构起来的日本物权法体

① 如人大法工委在对我国《物权法》第188条规定的抵押权“未经登记,不得对抗善意第三人”进行释义时便认为,抵押未登记时,如果抵押人在合同签订后又将抵押财产转让的,善意第三人可取得该财产,而抵押权人无权追偿,只能要求抵押人重新提供新的担保,或者要求债务人及时偿还债务。参见胡康生主编《中华人民共和国物权法释义》,法律出版社2007年版,第412页。另外,我国《物权法》是否承认了登记的公信力,在理论上尚有争议,有学者认为根据《物权法》第16条、第106条的规定,我国《物权法》实际上是对信赖利益予以保护的,由此可以认为我国已承认登记公信力。(参见崔建远《物权:规范与学说——以中国物权的解释论为中心》(上册),清华大学出版社2011年版,第173页;尹田《物权法》北京大学出版社2013年版,第150页;王利明《物权法研究》(上卷),中国人民大学出版社2013年版,第174-177页。)不过,也有学者认为我国《物权法》并没有承认登记公信力(参见孟勤国、申惠文《我国〈物权法〉没有承认登记公信力》,《东方法学》2009年第5期)。相关争论亦可参考程啸《不动产登记法研究》,法律出版社2011年版,第201页。

② 我国学者对登记公示的效力多有讨论,对此,常显先生与常宪亚教授进行了较为详细的总结,相关讨论参见常显、常宪亚《不动产登记与物权法:以登记为中心》,中国社会科学出版社2009年版,第224-231页。

③ 法国1955年1月4日法令第30条的规定“依第29条第1项应予公示的法律行为或司法决定,如未予公示,对以同样应予公示或公示的行为和司法决定而从同一让与人处取得同一不动产权利及对同一不动产设定并登记的优先权或抵押权的第三人,无对抗力。即使前述行为已予公示,如第三人引用的法律行为、司法决定权、优先权或抵押权公示在先,则前述行为仍为无对抗力。”参见尹田《法国物权法》,法律出版社2009年版,第550页。

④ 关于这四个条件的详细讨论参见尹田《法国物权法》,法律出版社2009年版,第556-560页。

⑤ 参见(日)星野英一《日本民法不动产物权变动制度——与母法法国法相对比》,第109页;转引自王茵《不动产物权变动和交易安全——日德法三国物权变动模式的比较研究》,商务印书馆2004年版,第51页。另外关于德国、日本、法国三国法上的物权、债权区分论的论述可以参见前述王茵书,第37-54页。

系与我国法究竟在多大程度上具有相似性实值得怀疑。毕竟,不同于日本法一体采登记对抗主义,我国《物权法》虽然规定了对抗主义的物权变动模式,但这只不过是作为例外,原则上仍以要件主义为主。

(二) 我国“对抗的理论构成”之再造与善意第三人的范围

综上,若要坚持功能主义的比较法态度,考虑到我国民法体系整体上以德国法为主、多元继受的格局,法国法并非全无借鉴价值,而以日本法作为借鉴的对象亦未必妥当。诚如前文所述,日本民法上的“对抗的法律构成”意在就对第176条与第177条间的关系进行解释。而这在日本法上之所以成为问题,笔者认为根源于日本在采意思主义的物权变动模式时,登记又缺乏公信力,由此,第三人便自然地面临着权利来源的诘问,进而也使得登记对抗面临解构的风险——第三人连权利都无法获得,又何谈得否对抗未登记之权利人。就实质而言,这一问题产生的根源在于登记公示之公信力缺失,故而不得不借助于理论上的构造。而对于我国完全可以通过第三人的善意取得制度^①实现同样的制度功能——对登记对抗下第三人的权利来源问题提供支撑,故而在我国所谓的“登记的法律构成”问题也便失去了存在的基础。由此,在我国需要着重讨论的问题应在于第三人之范围。

对此,除前述学者多有论述的日本法外,笔者注意到在我国台湾地区,“动产担保交易法”第5条第1款规定“动产担保交易,应以书面订立契约,非经登记,不得对抗善意第三人。”对于此处的第三人之范围,我国台湾地区学者有不同见解^②。但主流观点认为第三人应指当事人或其继承人以外,就该抵押权登记之欠缺具有正当利益之利害关系人。抵押物之受让人或其他物权取得人、查封抵押物之债权人或就此项强制执行声请参与分配之债权人均属之,其他第三人则不在此列。^{〔9〕163}理由主要包括以下几点:(1)参照日本司法实践之态度;(2)参照其所效仿之母法——《美国统一商法典》之态度,即未登记之担保权人不能对抗声请强制执行之债权人;(3)敦促动产担保权人从速登记,以降低因不能对抗善意之第三人而潜在之对物权保护绝对性冲击的目的。^{〔9〕173-174}而这在实质上采取了与法国法类似的态度,即仅基于登记对抗问题本身展开论述,亦取得了与法国法相类似的结果,即在第三人范围问题上仅限于具有正当利益者^③。当然,由于被比较的不同法域,在经济进程、司法制度、社会环境等诸多方面的差异,即使在外国形成且经过考验的解决办法,未经修改,也是不能够直

接转抄的。^{〔4〕24-25}而我国现行立法,正如学者所指出的,最致命的是在相同类型的物权上规定了不同的物权变动模式,导致了对物权的差别对待,无法保持理论上和逻辑上的一致性,而对基于法律行为的物权变动而言,模式的统一性乃是模式构建应当遵循的最根本的原则。^{〔10〕279-280}甚至有学者批判到,“明明是十两的秤砣,却非要用在十六两的秤上”。^{〔11〕61}故,若要对我国《物权法》上的登记对抗给出自治的理论解释,当比日本更为困难,而问题的最终解决,应有赖于物权变动模式的统一。从现实层面来看,考虑到我国台湾地区在较大陆更为完整地继承了德国法的大格局下,仍因应实践发展之需而参照《美国统一商法典》的立法例引进了采登记对抗主义的动产担保交易制度,其对待登记得对抗第三人之态度,即坚守登记对抗力内核的态度足资借鉴。具体到我国法下的登记对抗问题,亦应立足于登记对抗力的核心功能——解决争议权利的冲突问题,特别是在我国《物权法》虽未对登记簿的公信力予以明确规定,却也确立了善意取得制度的背景下,第三人权利来源的问题足可得到妥善解决。至于第三人的范围问题,笔者认为应将其限定于就争议权利具有正当利益者,进一步而言,不妨借鉴法国法上对得因权利无对抗力而受益的第三人所要求的四个条件予以限制,即:(1)应为特定权利承受人;(2)其相对的应为同一出让人;(3)

① 有学者甚至认为我国《物权法》区分登记生效和登记对抗,而不动产善意取得可以适用于所有不动产物权,故其制度价值大于登记公信力。参见孟勤国、申惠文《我国〈物权法〉没有承认登记公信力》,《东方法学》2009年第5期。

② 在我国台湾地区,理论上主要有以下几种学说:(1)广义说,认为不论是债权人或物权人,凡善意第三人皆属之;(2)狭义说,仅指善意之第三物权人而言,即一般债权人虽为善意,仍可对抗;(3)最狭义说,善意第三人仅限于对于同一标的物主张所有权者而言,不包括主张担保物权者在内;(4)折中说,认为此项善意第三人仅限于与债务人(抵押人)发生交易行为之第三人而言,其他情形则非该条效力之所及。参见谢在全《民法物权论》(下),新学林出版股份有限公司2010年版,第172页。

③ 如在法国,就1955年法令第30条第1项所规定的受益的第三人具体包括:不动产物权(所有权或其派生权利)的受让人、特定财产受赠人、租期超过12年的承租人以及3年或3年以上未到期租金权利的受让人、抵押权人或优先权人、扣押债务人财产的债权人。而对于普通债权人,即无担保债权的债权人,仅为一般担保权的权利人,不能从任何物权的转让或设定行为中获益。不过,其可通过扣押不动产的请求之公示及其他类似方式而变为特定权利的承受人。至于享有抵押权或优先权的债权人,根据1955年法令第30条的规定,其对不动产享有的特殊权利自不待言。相关讨论参见尹田《法国物权法》,法律出版社2009年版,第550-560页。

应为争议权利的权利人; (4) 进行了有效的登记^①。由此,对于无担保债权人,亦应如法国法与我国台湾地区立法那样,允许其通过司法查封、扣押而取得优先于未登记之抵押权人的地位。

根据《法国民法典》第2200条之规定“不动产扣押自其在不动产登记簿公示之日对第三人产生对抗力。凡是未经公告而进行的转让,或者在扣押之后才公告的转让,对实施扣押的债权人以及按照第2201条规定的条件取得不动产的人不产生对抗效力,但如果为清偿已登记的债权人与实施扣押的债权人本金、费用与利息而寄存在了足够的款项,不在此限。由此寄存的款项应专用于清偿这些债权人的债权。由于债务人原因,不是在扣押公告之前进行的登记,同样不能产生对抗效力,但应保留不动产出卖人、为取得不动产而提供借贷的借贷人以及共同分割人按照《民法典》第2379条与第2381条规定的条件登记了优先权的权利。此种优先权由第2374条之规定授予。”

(12) 488 不难看出,其在实质上是通过借助于登记制度本身所具有的公示作用而赋予了扣押——私法上的对抗效力。而在我国台湾地区亦有类似规定,其“强制执行法”第51条从查封对物、债务人及第三人三个维度对查封的效力进行了明确规定,即“查封之效力及于查封物之天然孳息。事实查封后,债务人就查封物所为移转、设定负担或其他有碍执行效果之行为,对于债权人不生效力。实施查封后,第三人未经执行法院允许,占有查封物或为其他有碍执行效果之行为者,执行法院得依职权或依声请排除之。”据此,“不动产物权之移转,在法院实施查封前已声请登记,但尚未完成,至查封后始登记完成,尚不得据以对抗债权人”。(13) A-82-A-83 即在我国台湾地区,债权人通过司法上的扣押同样可以取得私法上的对抗效力。我国现行《民事诉讼法》虽未对此一问题给予明确规定,导致现下缺乏直接借鉴上述立法例的法律基础,但是考虑到我国正在讨论中的“《中华人民共和国民事诉讼法草案(第六稿)》”第113条在查封对第三人的效力问题上所采取的态度^②,我们不妨对《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(法释〔2015〕5号)第510条中的“并清偿应当优先受偿的债权后”及第516条中的“在扣除执行费用及清偿优先受偿的债权后”中的“优先受偿债权”进行限缩解释,以将未登记之抵押权排除在外。

结合本文未登记之抵押权在破产中的效力这一论题,需要进一步予以说明的是,法国法在处理享有优先权或抵押权的债权人作为从物权的权利人,因与主物权的权利人无冲突而难以享有不得对抗的利益

这一形式上的诘难时的态度亦值得借鉴。对此,法国学者一般认为:在不动产转让的情形下,债权人可凭其享有的追及权对抗受让人,进而得从受让人手中扣押不动产抵押物,将之予以公开拍卖,并以其价款优先获得债务清偿;对于用益权或地役权在抵押权或优先权设定后又持续存在的情形,因其就不动产之原始状态下价值的权利而得对抗之;对于后续又设定其他抵押权的情形,则其因享有选择权而得对抗之。(6) 559

由此,在理解我国物权法上未登记之抵押权不得对抗的第三人范围时,亦应认为作为从物权的抵押权人与主物权人间存在实质的冲突。

三、破产法对未登记抵押权效力的初步修正: 得予以撤销

按上文观点,在抵押人未破产时,未登记之抵押权显然得对抗无担保之债权人。那么,是基于破产法尊重非破产法规范的基本原则在破产中对这种对抗效力予以承认,一如前文提及的许德风教授的观点,还是基于破产法所具有的集体清偿属性而予以特殊对待,以便平衡破产语境下无担保债权人与未登记抵押权人间的利益关系?对此,我国现行《企业破产法》并未予以明确规定,其更多的是一个立法论的问题。一如K·茨威格特与H·克茨所认为的,“每一位追求高质量的立法者都认为,从比较法学方面拟就一般报告或者特别地以专家鉴定的方式提供资料,乃是不可缺少的工作手段”。(4) 23 而笔者注意到,在境外立法例中,《美国破产法》通过独具特色的强臂撤销权制度有效地化解了在破产语境下无担保债权人与未登记抵押权人间的利益平衡问题。故,下文将着

① 需要予以补充说明的是,如本文前文业已提到的,我国物权变动问题的根源在于立法对本并不能同时共存的两种模式均予以了选择。在这一根本问题未能得到立法纠正前,对登记对抗问题的理论解释极可能会陷入到王茵博士所说的日本法的境地,即“虽寻求着一贯的解释理论,但却由于学者学派的分别,不同学者的解释,总是使之倾斜于德国法体系或法国法体系,而一种理论总是受到另一种理论的攻击,并且也始终能找到攻击点。”(参见王茵《不动产物权变动和交易安全——日德法三国物权变动模式的比较研究》,商务印书馆2004年版,第235-236页。)至于,我国将来物权变动模式的修正,则是一个基于我国实践经验之上的政策选择问题,而国外实践经验业已表明:无论哪种模式,辅之以必要的配套制度均可对交易自由与交易安全给出恰当的回应。

② 该条实质上借鉴了上述关于查封得产生实体法上的对抗力的立法例,其具体内容为“不动产查封后,第三人未经执行法院许可占有该不动产或者实施其他有碍执行效果的行为的,执行法院可以解除占有或者排除其妨害。手续完备且已实际采取查封措施后,第三人不得对查封不动产主张善意取得。查封没有公示的,不得对抗善意第三人。”参见江必新、贺荣主编《强制执行法的起草与论证(三)》,中国法制出版社2014年版,第599页。

重对美国法上的强臂撤销权制度做一研究^①,以便厘清其背后的机理,进而为我国有效解决此一问题提供比较法上的经验。

(一) 对未登记抵押权予以撤销的比较法经验——《美国破产法》上的强臂撤销权制度

根据《美国破产法》§ 544(a)(1)之规定,破产管理人可被拟制为在破产案件开始时对债务人享有债权的债权人,并就债务人全部财产享有普通债权人可得享有之司法优先权,且无须此类债权人的现实存在。而管理人行使强臂撤销权将使得该抵押标的物纳入破产财团,未登记之抵押权人则将转变为无担保债权人,参与最后的按比例分配。^{(14) 446} 需要注意的是,虽然§ 544(a)以破产申请之时作为判断时点,但§ 546(b)规定的非破产溯及规则(relation back rules)在此亦具有适用空间,即如果非破产法规定,该优先权完善的效力得“溯及”至第三人的利益产生之前的时点,那么在破产程序中,该优先权也会被视为在溯及时点就已告完善。为更好地理解该制度,下文将对其历史演变及法理基础做一简单介绍。

1. 强臂撤销权制度的演变历史

美国法上强臂撤销权的演变历史无疑是混乱不清的,对此,美国学者 John C. McCoid II 教授进行了详细的考察^②。根据 John C. McCoid II 教授的考察结果,强臂撤销权最早明确出现于 1898 年的《破产法典》,根据该法典 section 67a 之规定,因未登记(record)或其它原因而对破产债权人无效的担保(lien),对破产财团同样无效。不过,需要注意的是,并非所有的未登记之担保权都将因此而受影响,仅那些对债权人而言无效的才会被置之不理。不过,上述条文在 1938 年修法时被删除了。其原因并非认为前述对未登记之担保权的态度不对,而是认为经修订后的 section 60a, section 60b, 以及 section 70e 完全可以实现同样的目的。

由 section 67a 的内容看,若要否认未登记之担保对破产财团的效力需借助于债权人的身份。而管理人是否被授予了其所代表之债权人的权利,还是仅仅作为破产债务人的继任者角色的问题,是 1841 年《破产法典》与 1867 年《破产法典》面临的一个重要问题。基于 1841 年《破产法典》的判决似乎一致接受了管理人仅作为破产债务人继任者的角色的观点,但同时也存在作为少数派的不同观点。司法实践中的这种摇摆不定在美国最高法院身上得到了很好的体现,如其于 1870 年在 Bank of Leavenworth v. Hunt 案⁽¹⁵⁾中似乎采纳了印第安纳地区法官在 Moore v. Young 案⁽¹⁶⁾中的观点,即认为破产管理人不应被认

为仅为破产债务人之继任者的角色,其在收集财产时同样代表了债权人的利益。然而,在此后的 Gibson v. Warden 案⁽¹⁷⁾中最高法院法官 Swayne 却明确指出,破产管理人仅取得债务人的地位。

为彻底解决未登记担保问题,国会最终于 1910 年向前跨出了一大步,即通过 section 47a(2) 授予管理人拥有司法优先权的债权人身份。⁽¹⁸⁾ 需要注意的是,该条授予破产管理人的是一拟制的拥有司法优先权的债权人身份,即并不需要在破产时切实存在一拥有司法优先权的债权人。破产管理人的这一权利,在 1978 年《破产法典》中被进一步扩大,即其可以拥有在破产时业已进行了登记的善意买受人的权利。

2. 强臂撤销权的法理基础

从上述历史演变中,我们不难发现,对于强臂撤销权正当性的证成,历史上人们主要从秘密抵押之规制及管理人可取得债权人权利的角度进行论述。不过,因其在解释上存有的一些严重漏洞,现已被主流学者抛弃。首先,§ 544(a)(1)并不要求实际存在因未登记状态而被误导的无担保债权人,甚至不要求存在任何无担保债权人,管理人就得行使其强臂撤销权。其次,对于普通债权人通常会对公共档案进行查阅,只是往往难以发现债务人财产的真实权利状况的假设也不成立。^{(14) 447} 事实上,多数无担保债权人在提供无担保信贷之前并不会对财产的登记状况进行查阅,由此,非破产程序中将劣后于未完善担保债权的持有人的重大风险便应由无担保债权人自己承担。而对于管理人的身份路径,早在 19 世纪便有法官进行了反驳,破产程序的开始便意味着禁止债权人再通过司法途径获取司法优先权,因此,其仍只能享有非破产法上的权利。⁽¹⁹⁾

现在,学者们多接受 Jackson 教授的观点,即认为在破产之外,未登记之担保债权人会面临无担保债权人的竞争,因后者可通过获取司法优先权的方式取得优先于未登记担保债权人的受偿地位。若未登记之担保债权人率先完成登记,则其获得优先地位;若无担保债权人率先取得司法优先权,则其将优先于未登记之担保权人。而破产的发生中断了这一竞赛;在破

① 国内外一些学者在研究时,通常把英美普通法的物权变动规则同法、日的意思(对抗)主义(参见常昱、常宪亚《不动产登记与物权法:以登记为中心》,中国社会科学出版社 2009 年版,第 203 页),本文亦采之,而这也便为本文后续就美国破产法上处理未登记担保权的强臂撤销权制度进行比较法研究提供了一个基本的前提。

② 本文关于美国法上强臂撤销权制度的历史演变过程较多地参考了美国 John C. McCoid II 教授的研究成果。See John C. McCoid II, bankruptcy avoiding power unperfected security interest, 59 Am. Bankr. L. J. 175 1985.

产申请之后,担保债权人不得再对其担保物权进行完善,无担保债权人也无法再取得司法优先权。这实际上就宣布了上述未决竞赛的结果是“平局”:担保财产将归入破产财团,所有的无担保债权人,包括之前的担保债权人,只能对其进行公平分配。更关键的是,在无破产时,二者均有获胜的机会,故,二者间的竞争是公平的。^[20]

(二) 我国《企业破产法》引入强臂撤销权的可行性分析

结合美国学者对强臂撤销权正当性的理论论述,我们不难推论出:基于《美国统一商法典》未登记之担保权人虽得优先于无担保债权人,但在破产前无担保债权人仍处于与之公平竞争的局面,故未登记之担保债权人并不能一定享有这一优先地位。而破产的发生却阻止了这种公平竞争的继续,未登记之担保债权人将因之而固化这一原本不确定的优先地位,由此,若破产法不进行干预,将带来不公,即有违破产法之债权平等原则——毕竟在未破产时,未登记之抵押权人与无担保债权人谁能最终就抵押物取得优先受偿的地位尚未最终确定,而对于抵押权,若其不能就抵押物获得优先于他人的受偿地位亦难称之为抵押权^①。而通过拟制管理人取得司法优先权人的身份则可纠正前述不公的受偿顺位,从效果上讲,较之单纯地让管理人继承无担保债权人身份更具公平性。由此,也便解释了为何 Jackson 教授将其归入破产撤销权,^[10]即其来源于破产法自身所具备之集体清偿的属性,而非如欺诈撤销那样,实际上来自于破产法之外,乃对本身便属不法行为的规制,亦非如偏颇撤销那样服务于破产法对债权人同等对待的立法目标,以规制私自转移破产财产的行为。

既然强臂撤销权与我国《企业破产法》业已确立的欺诈撤销权与偏颇撤销权具有完全不同的理论基础,也便无法再通过解释论的途径将其纳入我国既有立法,进而只能寻求立法的途径。那么,美国法上的强臂撤销权制度是否与我国既有的破产法体系存在冲突呢?我国学者在论述破产法的目的时亦认为,破产法所创设的集体清偿程序可以有效避免平等原则存在的诸如可参与分配的主体有限、可分配的财产特定等缺陷,及优先原则必然会导致的债权人之间就抢先执行债务人的财产而展开恶性竞争。它既可能使债务人的总资产价值得以维持甚至增加,又可能提高债务人资产处置的效益,还可以降低用于预防他人的“损人利己”行为而必须付出的防御性代价,它在使所有债权人的集体行为统一于破产程序的前提下,使每个债权人的获偿状态更好。^[21]由此可见,在我国

《企业破产法》中引入美国法上的强臂撤销权制度并不存在理论上的障碍,即美国学者用于论述强臂撤销权正当性的破产作为一集体清偿程序所具有的制度价值亦为我国学者所认可。而且若此,又可以妥善处置我国司法实践中业已存在的问题。

此外,较之于学者龙俊与郭志京之见解^②,采取直接撤销未登记之抵押权的态度更有利于实质的公平。原因在于:其一,若采取未登记不得对抗之态度,破产债权人(实为无担保之普通债权人),在破产时将因未登记而受益,即得优先于未登记之抵押权人就该抵押物优先受偿,那么考虑到破产之大背景,未登记之抵押权恐将极难就抵押物获得任何清偿;而若采取美国法上予以撤销的方式处理,抵押物将被归入破产财团,而未登记之抵押权人则会以无担保债权人的身份参与到对破产财团的分配中。其二,采取由管理人直接撤销的模式可以避免未登记不得对抗时在解释上的诸多不便之处,如是否须对所有的无担保债权人逐一进行得否主张对抗的检视,是否须由无担保债权人主动提出等等。

然而,问题在于我国在进行具体制度构建时是否需要像美国法上那样赋予管理人一拟制的司法优先权。笔者认为大可不必。从前文介绍的美国法上的强臂撤销权制度的演变简史不难发现,美国法上之所以做出此种安排,在于此制度初创时立基于通过赋予管理人债权人的权利来对秘密抵押问题进行处理,只不过此种认知现已被主流理论所抛弃,由此形成了现下主流理论论说与具有历史延续性的具体制度构造在逻辑上的非连贯性,即赋予管理人司法优先权与管理人得撤销间缺乏内在的逻辑关联性。换言之,《美国破产法》通过援引《美国统一商法典》而赋予管理人的司法优先权仅得对抗未登记之抵押权人而非撤销,而管理人得撤销的理论基础却在于破产这一集体清偿程序的自身特性。

四、破产法对未登记抵押权的扩大限制:破产临界期及破产中继续登记的禁止

未登记之抵押权在抵押人破产时的效力问题,除前述得撤销的问题外,还存在抵押权人得否继续就未

① 如在法国法上便认为,司法实践中,抵押权和不动产特别优先权仅在债权人对不动产实施扣押时方能表现。参见尹田《法国物权法》,法律出版社2009年版,第517页。

② 二人均主张在债务人破产时,破产债权人得主张因与未登记物权人存在实质冲突而应采取不登记便不得对抗的态度,不过二人立论的理论依据有所差异。参见龙俊《中国物权法上的登记对抗主义》,《法学研究》2012年第5期;郭志京《也论中国物权法上的登记对抗主义》,《比较法研究》2014年第3期。

登记之抵押权进行登记的问题。在非破产法下,对于采登记对抗主义的抵押权,若尚未登记,抵押权人当然有权继续进行登记,且进行登记之时点亦不存在任何限制,只不过需要由抵押权人自己承担因未登记或迟延登记而带来的不利后果。但在破产法语境下,未登记之抵押权人仍能继续不受限制地进行登记吗?此一问题又可细分为以下两个维度,即在破产临界期内进行的登记与破产开始后进行的登记,下文将分别予以讨论。

(一) 破产临界期内继续进行登记的偏颇撤销问题

对于破产临界期内进行的登记,能否为破产法所认可,就其实质而言涉及到的是对其进行是否属于破产法所禁止的偏颇行为的评价问题。为此,有必要首先对偏颇撤销权之法理基础做一诠释。

从理想的状态出发,破产法应以债务人出现破产原因时的债权人间的权利秩序或者权利义务格局作为其调整债权人相互关系的基础。我们不妨将此时的秩序称之为债权人权利顺位的“原始秩序”。但由于对破产原因出现时点进行准确判断在实践中往往不具可操作性,也即在实践中破产原因出现的时点往往不能与进入破产程序的时间保持同步^①,这便产生了“原始秩序”不能直接延续至破产程序中的问题,即产生了“原始秩序”被扭曲的风险。为尽量降低此种风险,立法上只能以破产申请日为基准并向前推定至特定日期,并对试图破坏这一“原始秩序”的行为予以撤销,以便维护破产法之对债权人进行同等对待的目标。而在此偏颇期起始时点后出现的试图改变债权人权利秩序的行为,便打破了债权人间的这种“平等对待”关系,即具有了偏颇性,由此也便构成了偏颇撤销权存在的基础。美国知名破产法学者 Thomas H · Jackson 教授曾经指出,偏颇撤销权旨在将债权人试图在破产程序前扩大其债权以增加其可得分配份额的行为,或债务人在债权人授意下采取的类似行为所取得的财产予以取回。^{〔22〕130}就其效果言,可以说偏颇撤销权冻结了偏颇期起算时至破产程序正式启动期间的债权秩序^②。

基于上述对偏颇撤销权的理解,我们不难发现,在破产临界期内进行的登记,对于其他原本可因未登记而受益之第三人(如虽设立时点晚于该未登记之抵押权,但却率先完成登记之抵押权人)而言,显系提升了未登记抵押权人在此后破产程序中的受偿地位,故可基于偏颇撤销权予以撤销。而在美国法上,对于未登记之担保权与优先权,亦认为虽然只要在破产申请之前完成登记,便不再受强臂撤销权的约束,

但其仍可能被管理人基于第 547 条认定为偏颇行为,进而被管理人撤销。^{〔14〕}需注意的是前文提及的美国法上 § 546(b) 规定的非破产溯及规则(relation back rules)作为一种偏颇撤销的例外在此亦具有适用空间。这实际上涉及的是登记发挥作用的时点问题,即在特殊情形下得拟制登记实际发生作用的时点较登记实际发生之时点向前溯及一定期间。考虑到我国现行《物权法》并未对此一问题作出明确规定,故前述美国法上的规定对于我国的借鉴价值实有赖于今后我国登记制度的进一步发展。

(二) 破产中继续进行登记的自动冻结问题

对于未登记之抵押权于破产程序中禁止其继续完成尚未完成之登记当属无疑,否则将使得原本管理人得予以撤销的未登记之抵押权转变为不得撤销之已登记的抵押权,进而使得该部分债权人获得清偿优待,有违破产法目标的实现。

而从比较法的视角看,国外立法对此亦多有明确规定。如《日本破产法》第 164 条明确规定,在已发生停止支付等后,作出以权利的设定、转移或者变更来对抗第三人所必需的行为(包括临时登记、临时注册)的情况下,其行为属于自权利的设定、移转或者变更之日起经过十五日后才得知发生停止支付等的,在破产程序开始后,为破产财团而可以否认。不过,基于在该临时登记或者临时注册之外出现的临时登记或者临时注册,已进行正式登记或者正式注册的,不在此限。前款的规定,准用于产生取得权利的效力的注册。^{〔23〕785}《法国商法典》亦有类似规定,根据其第 622-30 条之规定,抵押、质押及优先权,在开始司法重整程序的判决作出后不得再予登记^③。而《美国破产法》则在 § 362(a) 中对此作出了明确规定,其中第 4 项主要指向禁止在债务人财产上创设、完善(perfect)或执行任何担保(lien),第 5 项则禁止以担保破产前业已存在之债权为目的而创设、完善(perfect)或执行任何担保权(lien)。然而遗憾的是,我国《企业破产法》及其司法解释虽对自动冻结进行了多

① 破产原因出现的时点与进入破产程序的时点不同的原因,除正文中所提到的原因外,还存在诸如债务人或债权人等适格当事人启动破产程序的态度等因素。

② 关于偏颇撤销权的立法定位与制度功能的进一步讨论可以参见韩长印、张玉海《借款合同加速到期条款的破产法审视》,《法学》2015 年第 11 期。

③ 据王茵博士之考察,法国《商法》第 490 条规定,债务人破产则破产债权人集团对破产者的所有物取得法定抵押权,破产财产管理人可进行登记,依据此登记,破产债权人成为第三人(参见王茵《不动产物权变动和交易安全——日德法三国物权变动模式的比较研究》,商务印书馆 2004 年版,第 132 页注释)。不过,笔者并未从前述英文版《法国商法典》条文中发现此一规定,故本文暂不予以采纳。

方面的规定,却并未涉及未登记之抵押权在破产程序中得否继续进行登记的问题,故有必要通过修法或司法解释的形式予以明确。

五、代结语

前文在对未登记之抵押权不得对抗的善意第三人的范围进行界定的基础上认为,在抵押人发生破产时,管理人得基于破产法所具有的集体清偿属性而主张撤销未登记之抵押权。此外,未登记之抵押权人不仅不得在破产中继续进行登记,而且在破产临界期内进行的登记行为亦面临被管理人撤销的风险。

然而,我国《物权法》所规定之登记对抗主义的物权变动模式并不局限于在船舶、飞行器和机动车辆等特殊动产之上设立的抵押权,对于前述特殊动产之物权,我国《物权法》实际上是在整体上采用了登记对抗主义。此外,《物权法》对土地承包经营权、地役权、宅基地使用权等不动产用益物权亦采对抗主义。

对于后面这些同样采登记对抗主义的物权在发生变动时,若其在破产发生前亦未完成相应之登记,那么,在破产中应如何处理,前文并未予以探讨。以一物二卖为例,在出卖人破产时,若善意第三人此时尚未完成登记,那么是否应允许其于破产程序中完成登记,进而取得标的物之所有权?否则,该标的物将因第一买受人之合同债权成立在先而由其获得。对于此类问题,《美国破产法》实际上是通过强臂撤销权制度一并予以处理的。根据《美国破产法》§ 544(a)(3)之规定,管理人得对未登记的不动产利益主张行使强臂撤销权予以撤销,该规定赋予管理人的同样是一拟制的不动产善意买受人的权利。若对其做进一步的比较法考察,对于我国立法所存在的前述问题的解决未必没有借鉴价值。不过,限于本文所讨论的重点在于未登记之抵押权在破产中的效力的问题,对于以上诸问题不再做详细论述。

参 考 文 献

- (1) 刘经靖. 评《中华人民共和国物权法(草案)》的物权变动二元结构[J]. 烟台大学学报(哲学社会科学版), 2005, (3): 293 - 298.
- (2) 龙俊. 中国物权法上的登记对抗主义[J]. 法学研究, 2012, (5): 136 - 153.
- (3) 郭志京. 也论中国物权法上的登记对抗主义[J]. 比较法研究, 2014, (3): 95 - 113.
- (4) [德] K·茨威格特, H·克茨. 比较法总论[M]. 潘汉典, 等译. 北京: 法律出版社, 2003.
- (5) 王茵. 不动产物权变动和交易安全——日德法三国物权变动模式的比较研究[M]. 北京: 商务印书馆, 2004.
- (6) 尹田. 法国物权法[M]. 北京: 法律出版社, 2009.
- (7) 孙鹏. 物权公示论——以物权变动为中心[M]. 北京: 法律出版社, 2004.
- (8) [日] 近江幸治. 民法讲义 II: 物权法[M]. 王茵, 译. 北京: 北京大学出版社, 2006.
- (9) 谢在全. 民法物权论(下)[M]. 台北: 新学林出版股份有限公司, 2010.
- (10) 常显, 常宪亚. 不动产登记与物权法: 以登记为中心[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2009.
- (11) 李凤章. 不动产登记制度的价值分析和路径选择[M]//江平, 杨振山. 民商法律评论(第2卷). 北京: 中国方正出版社, 2005: 33 - 61.
- (12) 罗结珍. 法国民法典[M]. 北京: 北京大学出版社, 2010.
- (13) 许士宦. 强制执行法·债务清理法[M]. 台北: 新学林出版股份有限公司, 2013.
- (14) Charles Jordan Tabb, The Law of Bankruptcy[M]. Foundation Press, 2009.
- (15) 78 U. S. (11 Wall.) 391 (1870).
- (16) Moore v. Young, 17 F. Cas. 711, 713 (No. 9,782) (C. C. D. Ind. 1868).
- (17) 81 U. S. (14 Wall.) 244 (1871).
- (18) S. REP. No. 691, 61st Cong., 2d Sess., accompanying H. R. 20575 (R). p. 6 (1910); H. R. REP. No. 511, 61st Cong., 2d Sess., accompanying H. R. 20575 (R). p. 6 (1910).
- (19) John C. McCoid II, Bankruptcy Avoiding Power Unperfected Security Interest[J]. 59 Am. Bankr. L. J. 175 1985.
- (20) Thomas H. Jackson, Avoiding Powers in Bankruptcy[J]. 36 STANFORD L. Rev. 725 (1984).
- (21) 韩长印, 朱春和. 参与分配制度与破产立法[J]. 当代法学. 2000, (1): 54 - 59.
- (22) Thomas H. Jackson, The Logic and Limits of Bankruptcy law[M]. Harvard University Press, 1986.
- (23) 李飞. 当代外国破产法[M]. 北京: 中国法制出版社, 2006.

(本文责任编辑 松 明)