

破产程序中让与担保权人的权利实现路径

冉克平*

内容摘要 让与担保作为一种非典型担保,是所有权因现实经济生活的需要而呈现灵活、弹性运用的状态,是当事人意思自治和交易习惯的产物,具有存在的正当性和必要性。破产法中的让与担保权的处理,重点在于两个层面的问题:一是根据让与担保的法律构成,明确让与担保权人在破产程序中的规制模式。根据让与担保的担保权构成理论,在破产程序中应赋予让与担保权人别除权而非取回权。二是根据破产别除权特性,平衡担保权人和担保提供人之间的利益以及担保权人与无担保债权人之间的利益。让与担保权人在担保设定人破产时应当享有优先受偿权,并能就物上代位权行使代偿别除权,以期更好地维护担保权人的利益,降低担保权人的风险。但对于让与担保容易滋生的过度担保和秘密担保行为也应予以规制。

关键词 让与担保 别除权 撤销权 过度担保 秘密担保

DOI:10.19404/j.cnki.dffx.2018.02.006

一、问题的提出

让与担保自产生之初就存在众多的争议,经过一百多年的发展,让与担保制度的合法性和正当性已经为相关国家或地区解决^{〔1〕},但仍存在一些质疑,在一定程度上影响着让与担保的应用。这其中以让与担保的公示问题、流质契约问题最为突出。

让与担保因具有担保融资之功能而在经济生活中具有强大的生命力,虽对其有效性问题在历史上存在不同争论,但现已被各国判例所确认,并为学说所承认,故肯定说现为各国之通说。

从我国司法实践看,早在1999年台州市中级人民法院在“临海市工艺服装秀品厂破产清算组诉临海市第四建筑工程公司让与房屋产权担保债务逾期未履行返还房产权案”判决中指出:“……这种担保方式不是抵押,而是让与担保。当事人上述行为不违反法律的禁止性规定,也不违反社会公德,不损害社会公共利益,根据合同自由原则,应是有效的。”^{〔2〕}该案被视为让与担保的经典案例。后来,最高

*武汉大学法学院教授,博士生导师。

〔1〕在德国、日本以及我国台湾地区判例很早就承认了让与担保的效力,并为明示让与担保的法律构成进行努力。学说中虽然以前有人认为是无效的,但今天已经不存在这种见解了,大家都在配合判例为找到适当的法律构成而提出种种的建议。参见〔日〕我妻荣《新订担保物权法——我妻荣民法讲义》,申政武、封涛、郑芙蓉译,中国法制出版社2008年版,第543页。

〔2〕最高人民法院中国应用法学研究所编《人民法院案例选》,人民法院出版社2001年版,第185页。

人民法院在“王绍维、赵炳恒、郑文超等股东资格确认纠纷案中”，^{〔3〕}更是肯定了债权人的担保权利。另外，在“港丰集团有限公司与深圳市国融投资控股有限公司、长城融资担保有限公司等纠纷案”^{〔4〕}中，法院肯定了债权人的优先受偿权。

纵观判例可以看出，各级各地法院对于让与担保的态度各异，以不违反法律、法规禁止性规定而肯定者有之；有以违反流质契约禁止、违反物权法定等而否定其效力；有对其态度暧昧、规避迂回、犹抱琵琶、讳莫如深者。^{〔5〕}为解决司法审判之乱象，对让与担保制度给予立法确认和规范实有必要。

二、破产法上让与担保制度的法律构造

让与担保涉及破产法的首要问题是担保人或债权人被宣告破产时，担保权如何定性的问题。解决问题须先厘清让与担保的性质，主要有两种观点：所有权构成理论和担保权构成理论。具体分析如下：

（一）所有权构成说

所有权构成说源于罗马法上的信托行为理论，由于信托行为的性质存在着“相对转移”和“绝对的转移”，将信托理论应用于让与担保时，也就形成了“相对的所有权转移说”和“绝对的所有权转移说”。

（1）相对的所有权转移说。该说认为，仅在外在关系上发生所有权转移，而在内部关系上并不转移所有权。该说提倡将此说作为承认信托人在受托人破产的场合享有取回权的根据。此外，该说还认为，以当事人的意思为根据对第三人而言，受信人无疑是完全的所有权人，但在内部关系上却并非所有权人。^{〔6〕}

该说较好地平衡了让与担保中转移所有权的法律形式与设定担保的实质目的。但却在德国和日本都遭到了批评。德国学者Lang认为，所有权绝对原则是私法上的神圣原则，除了法律特别规定以外，应当禁止在当事人之间约定相对的所有权。此外，根据日本所承认的一物一权原则，物权的信托行为是无效的，而只应当承认债权的信托行为。^{〔7〕}因该说割裂了所有权的整体，遭到学界的批评，从而逐渐过渡到绝对的所有权转移说。

（2）绝对的所有权转移说。绝对的所有权转移说是以罗马法上的信托Fiducia为原型的理论。该说认为让与担保的法律构成是“所有权的让渡+债权的约束”。标的物发生了绝对的所有权转移，债权人处分标的物，第三人无论善意或恶意，都可以确定的取得标的物的所有权。该说为德国和我国台湾地区的通说。

但是，该说在让与担保的内容与形式关系上过分强调形式而忽视实质内容；在当事人行为选择上过分考虑意思自治，忽视当事人在现实活动中地位的强弱差别；在法律功能发挥上偏重于行为的灵活、便利及其对典型担保制度的补充作用，忽视其对社会公正、公平的损害，从而使设定人处于十分不利的地位。^{〔8〕}更有甚者，采绝对所有权转移说的德国，在债权人破产时，将设定人的取回权作为例外情况来对待，就此而言，绝对的所有权转移说并不能对让与担保作出妥当的解释。

（二）担保权构成说

该说认为让与担保以担保债权受偿为目的而设立，故应认为其构成担保权。根据这个观点，让与担保仅仅是设定了一种担保，担保物的所有权仍归于担保人，故第三人不能马上取得所有权。此为日

〔3〕中华人民共和国最高人民法院(2015)最高法民申字第3620号民事裁定书。

〔4〕中华人民共和国最高人民法院(2016)最高法民申字第1689号民事裁定书。

〔5〕向逢春：《让与担保制度研究》，法律出版社2014年版，第125页。

〔6〕王闯：《让与担保法律制度研究》，法律出版社2000年版，第152—153页。

〔7〕前引〔6〕，王闯书，第156—157页。

〔8〕顾长浩：《论日本的让渡担保制度》，载《民商法论丛》（第10卷），法律出版社1998年版，第537页。

本通说。然而,如何理解让与担保作为担保物权的构造,存在着不同的观点〔9〕

(1)授权说。认为让与担保的实质不是移转所有权,只不过将换价权授予债权人,所有权仍由债务人保留。这一理论加强了债务人的地位,但又削弱了债权人的地位,存在矫枉过正的结果。同时,该说认为担保权人仅是外观上的所有权人,在当事人之间并不发生所有权转移的意思,这使得让与担保陷入虚伪意思表示的泥潭,因此现在持此主张者很少。

(2)二段物权变动说。该说认为让与担保的设定,发生二段物权变动,其一是观念上的,所有权移转债权人;其二则是将标的物之担保价值以外部分返还于设定人,担保权人仅为担保债权所能享有之部分。此种构成中,经过两次的观念上的占有改定,双方权利均具有对抗要件。但是该说要求设定保有担保价值之外的部分份额,该份额该如何确定将是一个立法和司法难题。

(3)期待权说。让与担保设定后,担保权人仅取得对所有权的一种期待权,当债务人不能按期履行债务时才实际取得所有权;反之,对设定人而言,则是待债务清偿之后对所有权得以回复的期待权,因而在债务履行期届满前,双方当事人均不得擅自处分标的物。期待权理论,揭示了让与担保的内外特征,较好地反映了其特性。但在民法上,期待权存有特性上暧昧不清的弊端。因而,遭到了德国学界的批评。在日本学界,认为该说与“二段物权变动说”有着同样的理论困境,因而该说的存在价值受到强烈的质疑。

(4)抵押权说。即认为动产让与担保实则为动产抵押权,标的物为不动产时亦可作同样解释。持该观点者主要是日本学者米仓明,他认为:“只要当事人作出了为了担保而转移所有权,既可以说明当事人有转移所有权的意思,也说明有设定动产抵押的意思。因此让与担保在实体关系上就是动产抵押,只是表示这一实体关系的用语不太确切和适当而已。”〔10〕谷仓明教授并将该说推广于不动产让与担保之中。批判者认为该说既承认为担保而转移所有权同时也有设定抵押的真意,难免有虚伪意思表示的嫌疑。况且,该说直接以抵押权理论解释让与担保,未将典型担保与非典型担保作区分,无法揭示出让与担保独有的法律特性。

(5)担保权说。该说为目前日本学界之通说。日本学者吉田真澄认为:“让与担保的法律构成应依标的物的不同而不同:动产让与担保以动产抵押为其法律构成,不动产让与担保以伴随所谓私的实行方法的抵押权为其构成,权利让与担保则属于伴随着私的实行方法的权利质。”〔11〕他认为应采取定性相适应的公示方法。持相同观点的还有加藤一郎等学者。该说揭示了让与担保的担保之本质并且提出了相应的公示方法,代表了让与担保法律构成学说的发展方向。

随着让与担保在实践中运用的越来越广,我国学界对让与担保的探讨也越来越多。对于让与担保法律构成主要存在以下几种观点:所有权构成说〔12〕、二重所有权说〔13〕、担保物权构成说〔14〕和折中说〔15〕。所有权构成说是我国前几年的通说,随着对让与担保的深入研究,受德国、日本让与担保理论发展的影响,学者逐渐推翻此看法;二重所有权构成说仍然以所有权构成说为依据,而无视让与担保之担保目的,削弱设定人的地位,难免会受到德国、日本相对所有权构成说的质疑;折中说在坚持担保权构成说的同时,兼顾所有权构成说的合理成分,肯定了设立让与担保移转所有权的特有方式,此

〔9〕周栢:《罗马法原论》(上册),商务印书馆1994年版,第251页以下。

〔10〕〔日〕米仓明:《让渡担保之研究》,日本有斐阁昭和55年版,第44页。

〔11〕〔日〕吉田真澄:《让渡担保》,第72页下。转引自王闯:《让与担保法律制度研究》,法律出版社2000年版,第183页。

〔12〕参见梁慧星主编:《中国物权法研究》,法律出版社1998年版,第1062页;陈华彬:《物权法原理》,国家行政学院出版社1998年版,第770页;邹海林、常敏:《债权担保的方式和应用》,法律出版社1998年版,第408—410页;陈本寒主编:《担保法通论》,武汉大学出版社1998年版,第336页。

〔13〕梅瑞奇:《让与担保制度的法律构成》,载东方法眼网,2003年12月19日。

〔14〕参见梁慧星主编:《中国物权法草案建议稿》,社会科学出版社2000年版,第783页;王利明:《动产让与担保若干问题研究》,载王利明:《民商法研究》(第6辑),法律出版社2004年版,第315页;王闯:《让与担保法律制度研究》,法律出版社2000年版,第189页。

〔15〕前引〔8〕,顾长浩书,第539页。

种学说对担保权构成说起到了较好的补充作用,担保物权构成说是在日本担保权构成说的理论基础上发展而来,但又区别于担保权构成说,让与担保应成为一种独立的担保物权。由梁慧星教授负责的课题组所起草的《中国物权法草案建议稿》第414条规定可以看出,对让与担保法律构成和性质的理解倾向于担保权构成说,并认为债权人在担保期间不当处分担保物,构成对担保设定人“财产权”的侵害。^[16]让与担保作为一种独立的担保物权也具有可能,因此我们应大胆地进行理论和制度创新,应不断克服让与担保的弊端,肯定其新型担保物权的合法地位。

三、让与担保权人破产规制模式选择

由于让与担保标的物通常由设定人占有使用并依约定将其所有权移转于担保权人,一旦设定人破产,让与担保权人能依照破产法的规定行使何种权利,就成为一个颇有争议的问题。一种观点认为,债务人或担保人破产时,让与担保权人可依其所有权对担保物行使取回权。^[17]另一种观点认为,债务人或担保人破产时,让与担保权人对担保物享有别除权,而非取回权。^[18]由此可见,让与担保权在破产法中如何定性,采取何种模式予以规制更为合理,有待进一步论证。

采取取回权模式学者主要认为,让与担保权人享有标的物的所有权,因此担保权人在破产程序中享有取回权。在此问题上,采所有权构成理论的我国台湾地区“破产法”则规定,当设定人破产时,倘标的物在其占有中,担保权人自得行使取回权。唯破产管理人得清偿担保债权,以取回标的物,则属当然。^[19]坚持期待权构成说者也认为,担保权人在破产程序中可以根据其对标的物的所有权行使取回权。^[20]笔者认为取回权模式有待商榷。

从其本质来看,让与担保是以转移所有权为特征的担保方式,因此从外观上看,标的物的所有权移转给了让与担保权人,但是让与担保权人取得的是一种受限制的所有权。^[21]联邦德国最高法院于1979年10月24日作出的一项判决,也可以对此问题予以论证,该判决指出:“……担保所有权不是充分的、无限制的所有权,担保设定人破产的场合,它赋予担保权人的现实的权力不是从破产财产中分割财产,而仅仅是从中寻求单独的受偿。这不是某人从充分所有权中可以推断出来的权利。让与担保的整体目的在于保证担保权人能够依赖该被担保的财产满足其未实现的权利,同时允许最初由转让人保留它并且在商事交易过程中使用它。”^[22]纵观德国在破产法之外让与担保权的实现只能通过强制执行进行,担保权人无法直接要求所有物的返还。因此,按照破产法尊重非破产法的规范的原则,让与担保权应作为别除权对待。^[23]根据重视让与担保实质目的的理论,石川明指出,担保权人自破产程序中对担保物没有取回权,而有别除权。^[24]我国台湾地区也有学者认为:“信托人于受托人破产宣告情形,得就破产财团,就该项动产上之让与担保所有权为基础,主张别除权。”^[25]我国《破产法》第

[16]前引[12],梁慧星书,第783页。

[17]参见王欣新《破产法理论与实务疑难问题研究》,中国法制出版社2011年版,第223页。参见邹海林、常敏《债权担保的方式和应用》,法律出版社1998年版,第409页。

[18]参见李永军《破产法律制度》,中国法制出版社2000年版,第242页。相同观点参见王延川《破产法理论与实务》,中国政法大学出版社2009年版,第236页;王艳华《破产法学》,郑州大学出版社2009年版,第171页。

[19]谢在全《民法物权论》(下册),中国政法大学出版社2011年版,第1119页。同样的观点参见史尚需《物权法论》,中国政法大学出版社1998年版,第426页。

[20]可参考“临海绣品厂清算组诉临海市第四建筑工程公司案”,参见房绍坤、王莉主编《房地产典型判例研究》,人民法院出版社2003年版,第190页。

[21]王建源《让与担保制度研究》载梁慧星主编《民商法论丛》(第10卷),法律出版社1988年版,第793页。

[22]BGH,24 October 1979,转引自Securities in movables in German Law,by Rolf Serickp,29.

[23]许德凤《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329页。

[24][日]石川明《日本破产法》,何勤华、周桂秋译,中国法制出版社2000年版,第74页。

[25]陈荣宗《破产法》,台湾三民书局1982年版,第240页。

109条规定,破产程序中担保权人享有优先受偿的权利。就让与担保的担保本质来看,应赋予让与担保权人同其他典型担保权人一样的破产别除权。

从域外立法来看,在承认让与担保的大陆法系国家,一般承认其为别除权的基础权利。即使采所有权构成理论的德国也认为,设定人破产时,根据“换位原则”^[26]让与担保权人的法律地位发生了变化,担保设定人取回标的物的所有权,担保权人丧失了标的物的所有权。作为替代,担保权人取得一种类似质押权人的权利,即别除权,可以就设定人担保其债权等财产不依破产而单独地进行优先受偿的权利。在该财产不足以清偿其债权时,让与担保权人对余额的主张作为破产债权行使。^[27]对于德国《破产法》第51条规定的某些其他债权人视同质权债权人,实践中最重要的例子就是基于(动产)让与担保和(权利)让与担保的别除权。在此,尽管担保权人为所有权人,但他同样不能取回担保物,而只能请求别除受偿。因为从经济上来说,属于他的并不是物本身,而是体现为变价收益的物所代表的价值——这与质权完全相同。^[28]从日本立法也可以看出,让渡担保权者没有取回权,只有别除权。日本《国税征收法》第24条规定,作为滞纳处分,纳税义务人设定的让渡担保之标的物可以再次查封、换价。此外,临时登记担保法否定了临时登记担保权者的取回权(临时登记担保法第19条)。关于公司更生程序的判例也否定了让渡担保者的取回权(最高法院1966年4月28日判决,《民事判例集》第20卷第4号第900页)。^[29]在英美法系中,别除权的权利基础主要包括契约型、司法型和法定型担保,而让与担保正被包含于契约型担保物权之中,成为破产别除权的权利基础。

从司法实践来看,法院判决不仅承认让与担保的存在,而且承认让与担保的优先受偿。如在“玉灿、吴俊与福建渝商投资有限公司、丁建辉民间借贷纠纷案”^[30]中,一审法院承认了让与担保制度为非典型物的担保制度,以转移所有权担保债权的担保形式法律未明确规定,但亦未禁止。协议是当事人的真实意思表示,内容不违反法律强制性规定,依法应认定有效。……让与担保作为一种物的担保制度,仅存在优先受偿问题。让与担保人可以以担保物获得优先受偿。二审法院也认为此种担保方式未违反法律、行政法规效力性强制性规定、禁止性规定,不侵害他人的合法权益,是有效的。由此可以推翻一些学者从立法和法院裁判未明确承认让与担保角度否认让与担保权人别除权的观点。^[31]

让与担保作为别除权的权利基础应予以承认。这也证明了,虽然所有权构成理论法律构成简单、易于理解,但涉及破产问题时与担保的设定初衷相悖,应当坚持担保权构成理论,在破产程序中赋予让与担保的权利人以别除权,这也已为当前理论界所认可。^[32]

四、让与担保权人别除权的实现

(一)优先受偿权

以担保物权为基础的别除权在破产法上的具体表现,就是别除权人就债务人的特定财产即别除

[26]德国判例和学说认为,让与担保设定人破产时,根据“换位原则”,被担保人的法律地位发生了变化,其丧失了对让与担保标的物的所有权,而取得了类似质权人的地位,获得别除权的,设定人取回担保标的物的所有权,让与担保标的因此成为破产财产的一部分。双方当事人法律地位的此种变化是基于这样一种认识,让与担保标的的是一种手段超过目的的担保方式,让与标的物的所有权与担保目的不相当,因此被过度让与的担保权利由被担保人信托持有,以避免设定人因处于弱势地位可能遭受的不测。被担保人单独优先受偿后未受清偿的债权部分,可将余额作为破产债权。Securities in Movables in German Law, by Rolf Serick, p88.

[27]前引[21],王建源书,第775页。

[28][德]莱茵哈德·波克《德国破产法导论》,王艳柯译,北京大学出版社2014年版,第137页。

[29]前引[24],石川明书,第75页。

[30]参见福建省高级人民法院(2014)闽民终字第360号民事判决书;参见河北省石家庄市中级人民法院(2014)石民三初字第00221号民事判决书。

[31]王卫国等《破产法原理规则案例》,清华大学出版社2006年版,第185页。

[32]前引[24],石川明等书,第74页。

权标的物享有排他的优先受偿的权利。一般来看,被担保人似乎是对其他债权人的攻击进行防卫的“幸运的占有者”。但是,无担保之债权将会努力推翻被担保人较强的法律地位。他们会根据撤销权的规定或者说明担保性让与是无效的,或者证明是有损害赔偿义务的。^[33]因此,作为与质权相似的权利,担保性所有权也必须在与担保提供人其他债权人的竞争中证明自身是有效可靠的,在破产程序中也是如此。

撤销权的依据是无担保(破产)债权人的第一种防卫之可能性。^[34]破产撤销权制度的设立在于防止债务人运用欺诈行为或偏袒性清偿行为等方法损害债权人的利益,通过撤销制度保全债务人的财产,保护无担保债权人的利益,实现破产财产在全体债权人间的公平分配。如前所述,让与担保“形式上转移了所有权,实则为担保”,转移所有权仅仅是担保之假面,担保价值超过担保债权尤其是事后过度担保实属常态。因此,在破产程序中常受到“以明显不合理的低价进行交易”和“事后担保”的质疑。

第一,以明显不合理的低价。让与担保在于解决中小企业融资难的困境。本质上,一方提供资本,另一方提供技能的合作,是社会分工的体现,是当事人之间自愿的选择,体现了交易中债权人的资本优势与债务人投资专长的互补。^[35]债权人能够容忍债务人利用借款进行投资经营,债务人也愿意为该笔借款承担必要的担保风险。因此,某些看似“以明显不合理的低价”或“无偿”转让财产,也应推定其具有合理性。在此背景下,对于“无偿”或“明显不合理的低价”事实上是要求主观要件的,只是并未直接体现在对当事人交易时主观状态的判断,而是将其吸收到交易价格是否合理的认定上:若交易符合诚信要求并且是正式的交易,即便交易价格与市场交易价格有出入,也应推定交易价格合理。^[36]在“港丰集团与国融公司股权转让一案”^[37]中,双方约定以1元的价格转让100%的股权。双方以如此低的价格转让股权,但最高人民法院最终依然参照《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第24条的精神认为此种合同约定,各方的意思表示为以标的物优先受偿,并非取得所有权。由此可见,即使在当事人设置让与担保时,可能存在以明显不合理的低价转让担保标的物的可能,但法院也会以归属清算的方法承认让与担保权人的优先受偿权。例如在“工艺服装绣品厂与四建建筑案”中,二审法院认为讼争的房屋价值大大超过担保的债权,约定显失公平。但四建公司在所担保的债权范围内对讼争房屋享有优先受偿权。日本在“就让与担保权人在设立人停止支付后,对标的物进行估价并通过代物清偿进行清算一案”,最高裁判所撤销并发回承认否认权行使(破第72条第2号)的二审判决,并作出如下判示:代物清偿在被担保债权额的范围内有效,它不能成为否认权的对象。^[38]由此判决可见,最高人民法院肯定了让与担保的实质,并不能以明显不合理低价转让财产而认为存在欺诈性转让而予以撤销。

第二,事后担保。根据我国《企业破产法》的规定,事后担保行为应按偏颇清偿对待。因偏颇清偿所撤销的行为在破产之外本是正当合法的行为,若非因破产行为不会被撤销。^[39]那么让与担保可否运用偏袒性清偿之理由予以撤销,尚需具体讨论。让与担保的特点为先转移标的物的所有权,动产会转移占有或以占有改定的方式予以公示,不动产一般会予以登记,一般不会存在偏颇性清偿可能。值得研究的是,需要登记的而未予登记的动产或不动产如何处理。我国担保物权采取的是以登记生效为原则,登记对抗为例外的担保设定方式。若担保是在借款提供的同时提供,此时担保提供人通过担

[33][德]鲍尔、施蒂尔纳:《德国物权法》(下册),申卫星、王洪亮译,法律出版社2006年版,第626页。

[34]同上书,第629页。

[35]Baird et al.,*Fraudulent Conveyance Law and Its Proper Domain*, 38Vanderbilt L.Rev.829,838(1985).

[36]Baird et al.,*ibid.*, 38Vanderbilt L.Rev.829,838(1985).

[37]中华人民共和国最高人民法院(2016)最高法民申字第1689号民事裁定书。

[38]最高判昭和39.6.26民第887页。因仅借室权的正常估价额就超出了被担保债权,所以承认了对超出部分和日常用具、电话加入权部分的否认。

[39]前引[23],许德凤书,第393页。

保获得借款,属于清偿使债务人受益的情形(《企业破产法》第32条第2款),不存在撤销的可能。但当事人应在合理期限内完成设定登记手续。若在借款合同签订后很长时间内未予登记,而在债务人进入破产临界期内才完成担保设定手续,很可能会视为事后担保而以偏颇清偿为由予以撤销。德国法上对此也持相同的观点。^[40]德国《破产法》认为:一项法律行为视为在其发生法律效力时实施,需登记的法律行为(包括预登记)视为在提交申请时实施。程序启动后实施的法律行为直接归于无效。同时也规定了不动产善意取得的适用,但是根据德国《破产法》的规定此类取得也可以被撤销。^[41]如果在借款合同履行后一段时间,才提供的担保,双方不存在对价,若该担保的设定发生在破产临界期,可构成事后担保而予以撤销。

对于采登记对抗主义的担保,若担保合同和借款合同同时生效,则不构成事后担保。即使在非占有转移型的让与担保中,普通债权人也应该合理期待债务人财产上可能存在未公示的担保。在德国法的让与担保制度下,债务人之普通债权人应合理预见到债务人财产上已为他人设定让与担保,进而承受其“对抗”效力的问题。目前德国通说认为社会一般概念早已接受企业将其几乎所有动产设置让与担保的事实。^[42]尤其以担保设定人未来可能取得的物进行担保时,在签订担保合同时,担保设定人尚未取得担保标的物,^[43]但在担保设定人进入破产临界期后取得担保标的物,例如内容发生变动的集合物、加工材料等。那么进入破产临界期后设定人取得的标的物是否属于增加债务财产担保而可以撤销的情形。采登记对抗主义的担保,在担保合同和借款合同生效时担保即已设立。根据《企业破产法》第31条第3项行使撤销权,强调的是对没有财产的担保提供担保,才可以撤销。最高人民法院司法解释对此也予以肯定(法释(2013)22号第14条)。由此可见,我们应充分尊重当事人之间的意思表示,只要该让与担保合同未有失公平,未变相对外转移财产,不应被撤销。否则,在破产申请受理前,债务人便因缺乏信用,难以维持必要的经济活动。但从物权法上采登记对抗主义原则的美国和日本,为规避秘密担保在破产法上对此采取的却是严格的登记生效规则来看,在立法中也应注重防范债务人和别除权人设立事后担保而规避法律的行为。

(二)代偿别除权

让与担保多数情况下,是由担保设定人占有,担保标的物尤其是非占有转移型的动产让与担保很容易被担保设定人予以处分。若担保设定人处分了担保标的物,让与担保权人能否就物上代位权行使优先权?从德国、日本立法来看,担保物权上的物上代位一样适用于让与担保。争议最大的是,保险金请求权能否为让与担保之代位物。依德国所有权构成理论,标的物所有权已转移于被担保人,担保权人为自己的利益投保,则保险金请求权当然归属于担保权人。因设定人已经失去标的物的所有权,若为标的物投保,该保险契约应为无效,不生保险金请求权效力。^[44]对此有学者反对认为,标的物价值一般情形下总是大于被担保债权,担保提供人对标的物有期待权或返还请求权,待债务被适当履行后可回复标的物所有权,且标的物通常由担保设定人占有、使用、保管,不能认为设定人对标的物无保险利益。^[45]而日本我妻荣先生认为:让与担保人为所有权人利益而签订的损害赔偿保险契约有效,但应该承认设立人的返还请求权,在设立人为所有权人利益签订的损害保险契约无效(岐阜地判昭和34.3.23民第528页),但认为非占有转移型让与担保中,在两个场合有效——保险金请求权被

[40]德国《破产法》第142条仅排除了对直接履行的即付交易的撤销。而联邦法院将《破产法》第42条的适用限于一致性清偿,由此仅排除了《破产法》第130条的撤销,而并不排除依据《破产法》第131条以及第133条的撤销。

[41]前引[28],莱茵哈德·波克书,第112—113页。

[42]前引[23],许德凤书,第404页。

[43]德国让与担保的标的物主要为动产(包括有价证券……,还包括担保设定人在未来能够取得的物,基于附条件让与产生的期待权);日本对让与担保适用客体为具有可转让性和特定性财产均可以(包括流动资产、流动债权以及正在形成中的或可能形成的浮动财产等权利)。

[44]谢在全:《民法物权法论》(下册)中国政法大学出版社1999年版,第914页。

[45]前引[5],向逢春书,第53页。谢在全先生在其后修订版中也采此观点,参见前引[19],谢在全书,第1117页。

转让给了让与担保权人和为他设立质权的场合下有效。^[46]我国《担保法》肯定了抵押权人和质权人对赔偿金所享有的权利。^[47]可见,原物毁损、灭失后,他物权人对原物的代偿财产可以延伸到其代位物,即便代位物是货币形态的赔偿金。但让与担保权人在破产程序中能否像担保设定人行使代偿取回权一样行使代偿别除权,尚需进一步考证。

在2013年,最高人民法院在法释(2013)22号第32条中,明确规定了代偿取回权^[48]而未明确规定代偿别除权。德国《破产法》关于别除清偿的规定中,也并没有与《破产法》第48条的代偿取回^[49]类似的规定。但公认的一点是,如果由于破产管理人对无权出卖担保物而损害别除清偿,就允许准用代偿取回,进行代偿别除。只要债权人请求权依然成立,他就可以类推适用《破产法》第48条,就对待给付请求权来请求别除清偿。只要对待给付还可分辨地存在于财团,给付本身就成立别除权标的,否则,便仅剩损害赔偿请求权和不当得利请求权。反之,如果债务人在程序启动前已无权出卖了担保物,则不能类推适用《破产法》第48条,因为此时该规则与整个体系相矛盾。^[50]日本学者石川明指出:“在担保物权之标的物的所有者,因标的物被拍卖、租赁、毁损、灭失而得到的金钱以及其他物品(代位物)的场合,担保物权的效力及于此代位物。”^[51]对先取特权者基于行使物上代位权而提出的分配要求不能拒绝,即使是在债务者接受破产宣告后也可以行使物上代位权。^[52]因此为减少担保权人的风险,保护担保权人的利益,也应在破产程序中承认让与担保权人的代偿别除权。

(三)优先受偿权的限制

让与担保以所有权移转为基本形式,很大程度上依从于当事人的意思自治。当事人的意思自治若不在法律的控制下,让与担保有可能被滥用甚至妨害交易安全。正如我妻荣先生所言:“让与担保还存在着不少损害第三人,特别是普通债权人的危险。”^[53]因此,为了确保破产债务人及普通债权人利益的充分实现,也有必要对让与担保优先受偿权作适当的限制。此种限制并非一定对债权人优先受偿权带来负面效应,在很大程度上也能产生一种正面影响。让与担保作为一种担保物权同样需遵循典型担保物权在破产程序中的诸多限制,对此也已有学者在其著作中阐明,^[54]在此不再赘述。对于让与担保物权需要予以重点强调的主要是让与担保制度容易滋生的过度担保行为和秘密担保行为。具体而言:

第一,过度担保。通常情况下,让与担保权人会要求担保人提供价值高于主债权一定比例的担保物。甚至直接在担保合同中约定若到期不偿还,则远远超过本息总额的标的物将确定地转移归债权人或者以标的物租金为名收取高额的利息。德国《破产法》对高于一定比例的担保物也予以承认。但是为保障无担保债权人的利益,也有必要对此进行一定的限制。德国最高法院1997年的一项判决,原则上如果担保物的价值在所担保债权的160%以下,就不构成过度超额担保。^[55]超额担保比例的确定受诸多因素的影响,这是立法技术需要考量的问题。对此值得借鉴的是在法律上对让与担保的超额担保比例作适当的限制。

在非破产程序中,让与担保可以弥补抵押、质押等拍卖手续上的缺陷,由当事人自己决定折价方

[46]前引[1],我妻荣书,第568页。

[47]参见《中华人民共和国担保法》第58条和第73条。

[48]最高人民法院关于适用《中华人民共和国企业破产法》若干问题的规定(二)第32条:“债务人占有的他人财产毁损、灭失,因此获得的保险金、赔偿金、代偿物尚未交付给债务人,或者代偿物虽已交付给债务人但能与债务人财产予以区分的,权利人主张取回就此获得的保险金、赔偿金、代偿物的,人民法院应予以支持。”

[49]《政府草案》第60条曾有一条规定,后来被法律委员会删除,但它其实无意废除这一早在旧法中就得到认可的代偿别除权。见BT-Drs.12/7302,160。

[50]前引[28],莱茵哈德·波克书,第143页。

[51]前引[24],石川明书,第82页,脚注1。

[52]同上书,第84页。

[53]前引[1],我妻荣书,第544页。

[54]前引[23],许德凤书,第307页。

[55]同上书,第330页。

法清偿,所以通常会低价变卖担保标的物,也正是让与担保的这个作用容易被暴利行为所利用。^[56]德国《破产法》为防止此类现象的发生,特别规定将变现权收归破产管理人行使。^[57]我国学者在典型担保物权中也有同样的观点。如王欣新教授认为:“别除权人要求依法行使其优先受偿权时,应由管理人依法定程序处置担保物。”^[74]但我国现行法并没有对此予以明确规定,实务操作中也是以“拍卖”的形式变现。因此未来立法可以考虑将变现权赋予破产管理人,由此更有利于担保物变现价值的最大化,也将是更有效率的安排。

第二,秘密担保。担保性所有权让与提供的是一个秘密的质权,在外部难以被辨别。尤其非占有转移型的让与担保以占有改定作为公示方式,那么在破产程序中,担保债权人和担保提供人还可能存在秘密的担保交易,便会给普通债权人带来一种危害,即信赖于外观表象,并且认为债务人是有信用的风险。这可能会导致担保合同违反风俗。^[75]在德国《破产法》第138条对担保性所有权让与有效性评断中作了规定,如果其要件满足,那么该担保物就属于债务人的财产。甚至若违反第826条的规定,让与担保权人需要对无担保债权人承担损害赔偿义务。德国还通过判例的形式确立了贷款给予人检验义务,即检验担保性所有权让与对债务人财产影响的义务。尤其是债务人陷入破产时,贷款给予人更应尽到谨慎的检验义务。^[76]由此判例德国对担保性所有权让与泛滥限制取得了较好的成效。我国在建设让与担保制度时,对此种检验义务或者注意义务可资借鉴。

[56]前引[1],我妻荣书,第542—543页。

[57]Jaeger-Henckel, §51Rn.10 ff InO.

[58]前引[17],王欣新书,第398页。

[59]前引[33],鲍尔、施蒂尔纳等书,第632页。

[60]同上书,第633页。