《民法典》背景下破产中的保证人债权

 ——对担保制度解释第23条第2款的反思

 摘要：《民法典》设置了法定代位权来加强追偿权，并对追偿权与法定代位权进行了法律上的同构处理，使法定代位权的限制同时适用于追偿权，《担保制度解释》第23条第2款为此将保证人追偿权在破产清偿顺位上劣后于债权人的债权。现行破产法制度与担保制度未做磨合衔接，导致这种劣后清偿的制度设计放到破产实践中引发保证人、债权人与其他债权人的利益冲突，保证人和债权人的利益均未能得到很好保护，令规范目的落空。所以需要变更原有的债权额申报模式，或通过对债权人代位权的解释以及双方自行约定规定的方法来保护债权人和保证人的权益。

关键词：《民法典》担保制度、法定代位权、追偿权、破产清偿顺位

1. **引言**

《民法典》在原有的担保制度基础上进行了较大的改动，最高院也在《民法典》实施前夜发布了《关于适用《中华人民共和国民法典》有关担保制度的解释》（以下简称《担保制度解释》），足见对《民法典》中担保制度的重视。而担保相关的债权是破产程序中相当重要的一部分，《担保制度解释》中有多条解释直接涉及破产程序，其中第23条第2款更是完全变更了传统破产法中保证人债权的处理模式，其规定“担保人清偿债权人的全部债权后，可以代替债权人在破产程序中受偿；在债权人的债权未获全部清偿前，担保人不得代替债权人在破产程序中受偿，但是有权就债权人通过破产分配和实现担保债权等方式获得清偿总额中超出债权的部分，在其承担担保责任的范围内请求债权人返还。”这种立法及司法政策上的巨大变化势必引发实践的连锁反应，如何理解这种变化，这种变化对于破产程序会造成怎样的影响以及在适用过程中是否会产生新的问题，都需要去研究分析。本文从规范本身出发，分析其规范依据与法理基础，再将其置于破产语境中考虑其可能产生的问题，并提供一些解决思路，以期抛砖引玉。

**二、《担保制度解释》第23条第2款的规范逻辑**

 **（一）“代替”的理解**

《担保制度解释》第23条第2款在逻辑结构上较为清晰，以债权人的是否债权全部清偿决定保证人能否“代替债权人在破产程序之中受偿”。然而，何为“代替债权人在破产程序之中受偿”？在《民法典》实施之前，《担保法》第31条规定“保证人承担保证责任后，有权向债务人追偿”，保证人在破产程序之中的受偿是其行使追偿权的结果。但《民法典》第700条规定“保证人承担保证责任后，除当事人另有约定外，有权在其承担保证责任的范围内向债务人追偿，享有债权人对债务人的权利，但是不得损害债权人的利益”[[1]](#endnote-1)，所谓的“代替”指的就是其中的“享有债权人对债务人的权利”。这代表《民法典》对于追偿权进行了全新构造，确立了法定代位权的概念。

保证人承担保证责任后，被清偿的债权本应归于消灭，但法律拟制债权继续存在，承担保证责任的保证人取得法定代位权。[[2]](#endnote-2)法定代位权又称法定债权转移，保证人在承担保证责任后可以继承债权人的权利，包括诉权与实体权利。在破产程序中，相当于保证人可以向债务人申报债权主张从自己履行保证责任完毕之日起继续按原债权约定计息至裁定破产受理之日，以及享有债权人的担保权。法定代位权设立对于保证人追偿权进行了加强，在追偿中取得债权人的地位，以使保证人从债权人的担保权等权利中受益，有利于保证人权利的救济。

**（二）法定代位权的限制**

法定代位权扩大了保证人追偿权的范围，但这种扩大与加强是有前提条件的。比较法上对于法定代位权普遍予以相应的限制，比如《德国民法典》774条规定“以保证人使债权人受清偿为限，债权人对主债务人的债权转移给保证人。该项转移不得使债权人受不利益而加以主张。”[[3]](#endnote-3)《民法典》编篡的过程中对此予以吸收借鉴，于是便有了第700条中的但书“不得损害债权人的利益”。最高院进一步将该但书在《担保制度解释》第23条第2款中具体为要先保障债权人的债权全部清偿，债权人全部清偿后，保证人才可在破产程序之中享有债权人的权利。

在债权人尚未得到完全清偿，而债务人行使代位求偿权，保证人与债权人存在潜在的利益冲突，将可能使债权人的利益受损。此制度设计来源于古老的法律格言，即∶代位求偿权不可对抗被代位者——“nemo contra se subrogare censetur”。[[4]](#endnote-4)最高院在“不得损害债权人利益”的理解上也持相同的意见，认为债务人和保证人的关系属于内部关系，债务人、保证人与债权人的关系属于外部关系。在内部关系与外部关系相冲突的情况下，要优先满足外部关系，只有在外部关系满足以后，才能处理内部关系。[[5]](#endnote-5)

**（三）法定代位权与追偿权的同构**

需要注意的是，以上所讨论的限制是针对法定代位权，那么债权人全部债权未受偿之前，保证人不得代替债权人受偿是否可以适用于一般追偿权，即保证人仅行使追偿权而不主张代位债权人的权利时，是否仍受上述限制？从学理上说，追偿权是法律赋予已为给付的债务人一新设的请求权，与法定代位权存在诉讼时效、与债务人抗辩理由等方面的差异，二者并非完全一致。[[6]](#endnote-6)在欧洲大陆法系国家，追偿权与法定代位权一般分作两款规定，不得损害债权人利益的规定位于法定代位权的款项之中。包括法国、比利、德国、奥地利、西班牙等国民法典。主要强调的是保证人在代位行使债权人权利时特别是担保权时，不得损害债权人的利益，但未对保证人原本享有的追偿权做出限制。[[7]](#endnote-7)在立法上按竞合关系处理，给予保证人行使法定代位权或追偿权的选择权，让其自行选择行使最有利的救济方式。

我国《民法典》第700条对于追偿权与法定代位权并未分作两款规定，仅以逗号隔开，从语法结构上来说，“不得损害债权人的利益”的但书涵盖前文的“向债务人追偿”和“享有债权人对债务人的权利”。且《担保制度解释》第23条第2款采用“代替债权人受偿”而非“享有债权人权利”的措辞，说明其针对的是债权的清偿，属于追偿权与法定代位权重合部分。追偿权是基础性的权利，决定了法定代位权的成立及其范围。法定代位权则是在追偿权基础上予以加强，在于发生代位后保证人在追偿可以享有债权人对债务人的诉权和实体性权利如债权上担保、继续计息等，虽然理论依据不同，但从权利范围上法定代位权包含了追偿权。故二者的法律本质属于同构关系，为一种权利的不同解释路径，我国《民法典》对于法定代位权的限制也适用于追偿权。[[8]](#endnote-8)《担保制度解释》第23条第2款的规定更接近于美国的立法模式，美国破产法规定若保证人在破产开始前向主债权人清偿了部分债务，则该保证人可以在债务人破产程序开始时申报债权（无论是按照追偿权还是按照法定的债权让与），但是，保证人的债权应当劣后于主债权人的债权，在主债权人获得全额清偿之前，不得受偿。[[9]](#endnote-9)可谓异曲同工。

此外，保证人与债权人的利益冲突在追偿权中也是存在的。在债务人财产有限的情况下，保证人行使追偿权将导致债权人可以受偿的金额减少，损害债权人利益。

假设案例：甲向乙借款1000万，丙为甲债权提供连带保证，后债权到期，丙归还乙800万元，甲无法清偿到期债务进入破产程序，甲总共破产财产为180万元，除向乙的借款外还有1000万债务，债务合计2000万元。

如丙此时行使追偿权，乙的受偿金额为200×180/2000=18万元，如丙不行使已偿还800万元的追偿权，乙的受偿金额为200×180/1200=30万元。丙行使追偿权将导致乙损失12万元的受偿金额，损害债权人乙的利益。所以从保护债权人的角度考虑，对于保证人的追偿权也要加以限制，担保人和债务人的财产应当首先保障债权人的实现，而后再考虑内部的责任分担。

**三、规范目的与实践的割裂**

 （一） **难以保障债权人利益**

经过对《担保制度解释》第23条第2款的分析，该规范的目的显然是为了更好地保护债权人的利益，所以对保证人的追偿权予以限制，从规范理念上符合《民法典》担保制度的基本精神。但当这种限制具象为只有在债权人债权全部清偿完毕后，保证人追偿权债权才可受偿的规范条文，即将在破产程序中债权人的债权优先于保证人的追偿权债权，这种限制便可能与原有的规范目的相背离，产生一系列的问题。

对上文案例进一步分析，如果保证人丙在债权人乙未完全受偿前无法获得受偿，这首先将导致丙的财产损失，丙无法获得800×180/2000=72万元的清偿金额，而丙实际未完全履行保证责任，若丙无其他财产，对乙利益造成的损失将更大。乙在自己的200万元债权中固然可以多获得12万元的受偿，但对于其向丙继续主张保证责任的受偿角度而言却损失了72万元可以清偿的财产，实际损失60万元。

从保证人丙的角度考虑，如果按《担保制度解释》第23条第2款规定，只要乙的债权未得到全部清偿，丙就无法代替乙在破产程序中受偿。那么丙在面临甲破产时有两个选择，第一，清偿全部1000万元债权，代替乙以1000万元债权在甲的破产程序之中申报并受偿，这当然是理想的情况。第二，丙确实无力清偿全部债权，为保障自己利益，丙对乙先不予清偿，待乙在甲破产程序中受偿1000×180/2000=90万元后，再在乙未能受偿的910万元履行自己的保证责任。除此之外，只要丙在甲陷入破产程序后其追偿权均无法得到有效的保障。对于无力承担全部责任或者承担的保证责任本身就未覆盖全部债权的保证人——比如假设丙承担的是最高额800万的保证，为使自己损失减到最低，必然倾向于选择延后至待债权人先行从债务人处受偿后再履行自己的保证责任，这对于债权人来说也是不利的，作为债权人来说自然希望债权尽早实现。

**（二）清偿顺位问题**

《担保制度解释》第23条第2款导致保证人追偿权与债权人的剩余债权之间存在事实上的劣后关系。这在保证人与债权人之间无可非议，但破产程序中还存在其他债权人，如何处理保证人的追偿权债权与其他普通债权的顺位关系就成为一个问题。根据文义，只要债权人全部债权未得清偿，保证人即无法在破产中受偿。鉴于进入破产程序后债务人处于资不抵债的状态，普通债权人的债权只能按比例予以清偿，意味着债权人的债权在破产中几乎不可能得到完全清偿，保证人也无法在破产程序中受偿。这使本来在债权人与保证人之间的相对顺位关系在破产程序中被放大，沦为彻底的劣后债权。

而破产程序中的劣后债权原本针对的是一些带有惩罚性性质的债权比如行政罚款、民事惩罚性赔偿金、刑事罚金等[[10]](#endnote-10)，这类债权具有制裁债务人的性质，考虑到让债权人来承担债务人的罚款是不公平的，所以在破产财产有限的情况下应优先满足补偿性的债权。但追偿权与此类债权不同，其不符合破产法意义上的劣后债权的定义，追偿权本身性质属于补偿性的债权，将其作为劣后债权处理与破产债权顺位体系基本逻辑存在冲突。

**（三）保证人权利缺位**

而且劣后顺位还会产生保证人的程序性权利问题，在实践操作以及域外立法来看，一般认为劣后债权人不享有表决权等程序权利，比如日本破产法第142条第1款就规定劣后破产债权不享有表决权。[[11]](#endnote-11)将追偿权债权作为劣后债权处理，一方面保证人的程序性权利无法得到保障，另一方面对于破产程序来说相当于追偿权债权不被列入被统计的债权数据之中，造成追偿权债权事实上的缺位。具体到前述案例之中，相当于保证人丙800万的债权，在整个破产程序之中都处于沉寂状态既无法得到清偿也无法行使对应的权利，在债务人甲破产的表决、分配程序中实际上计算的债权总额只有1200万元，800万元追偿权债权本应享有的清偿份额被破产程序中全体普通债权人所享受。其中债权人享受保证人追偿权的份额具有正当性，但其他债权人享受该部分份额则无任何法律上的依据，构成不当得利。

当然，可将保证人的债权作为或有债权，作待定处理，赋予保证人在破产程序中临时表决权，保证追偿权债权在破产程序可以参与并行使相应权利，待在最终分配前根据债权人是否完全受偿决定追偿权债权是否可以受偿，不过这仍然无法解决分配时追偿权债权的缺位问题。

可以理解最高院作出该款规定本意是为了督促保证人尽早履行自己的保证责任，全部清偿债权人的债权，在全部清偿后，保证人可以享有债权人对债务人的权利，对保证人与债权人应该说是理想的双赢局面。可现实中往往保证人无法全部清偿债权人的全部债权，特别是最高额保证不足以覆盖全部债权的情形之中，保证人不可能也没有义务承担超出最高额保证部分的债务，此时保证人已全部履行自己的保证责任却无法行使自己的追偿权。加之《担保制度解释》第13条明确只在两种情形下保证人之间可以互相追偿[[12]](#endnote-12)，保证人这部分损失只能自己承担，积极履行保证义务的保证人便受到了不利益，而不履行义务的保证人却得到了利益，这也违反法律基本原则——过错者不应得利。

**四、可能的救济途径**

**（一）超额受偿何以可能**

《担保制度解释》第23条第2款后有一句但书，“但是有权就债权人通过破产分配和实现担保债权等方式获得清偿总额中超出债权的部分，在其承担担保责任的范围内请求债权人返还。”对保证人的权益给予了救济途径。然而，债权人的债权通过破产分配和实现担保债权获得超额清偿在实践中是不可能的。因为债务人进入破产程序说明其已经资不抵债，其财产不足以清偿全部债权，故债权人在破产程序中只能按比例予以分配，超额清偿则意味着清偿比例超过百分之百，与破产制度的基本前提相悖。即使债权人的主债权上有债务人相应财产的担保，最理想的情况下也只能获得全额清偿。而且根据《民法典》第392条混合担保的处理规则，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权，在债务人责任财产未变现前，保证人并不需要承担保证责任。

不过上述结论是基于债权人申报的债权是扣除掉保证人已清偿的债权部分，如果允许债权人按照原债权金额全额申报债权，便有可能超额受偿。仍以上文案例为例，如果债权人乙不按剩余债权200万元而是按照原债权额1000万元进行申报并参与分配，并且债务人甲的破产财产增加至500万元，债权人乙就可以获得1000×500/2000=250万元的受偿金额，超额受偿50万元，保证人丙可就该50万元要求乙返还。此时1000万元债权在破产程序之中得到了完全的保护，800万元追偿权债权的权益不会因债权人与保证人内部清偿顺位的问题而在破产程序中缺位。对于债权人而言，此种处理方式增加了承担保证责任的责任财产，更符合担保制度的多重保障原则。对于保证人而言其利益也不会受损，因保证人对其担保的主债务的剩余部分仍要承担清偿责任，相当于用自己在破产程序中受偿的金额继续偿还剩余债务，超额部分也可以要求债权人返还。最后对于其他债权人而言，这样处理也不会有损其利益，因为债权总额并没有发生改变，由谁来行使这1000万元债权在破产程序之中的权利对其他债权人并不发生影响，相反还可以避免其他债权人对保证人追偿权债权部分的份额不当受偿的情况。

**（二）债权额保留模式的可行性**

比较法上，存在允许债权人在破产程序中按原有债权金额申报的立法模式，比如《德国破产法》第68条规定：“就同一给付负全部责任之一人或数人之财产开始破产程序时，债权人得于各破产程序，在其未受全部清偿以前，就破产程序开始时所得请求金额为主张。”即在一人或数人连带债务人破产程序开始后无论其他连带债务人是否有对债务进行过清偿，债权人都可以按破产程序开始时申报的债权额向破产债务人主张债权而无需扣减破产后的清偿部分。此种立法被称为宣告时现存额主义或剔除主义，日本在立法上也采此模式。而瑞士则更进一步，《瑞士民法典》第217条规定“债权人自共同债务人受偿债权一部分时，无论共同债务人对破产债务人有无求偿权，债权人得于破产债务人之破产程序就债权原有全部金额行使权利。”即不管原有债权的一部分是在破产前或之后是否得到清偿，债权人均可以原债权成立时的总额作为破产债权的数额，此种立法模式被称为成立时债权额主义或保留主义。[[13]](#endnote-13)

 我国破产法则比较保守，根据《企业破产法》第52条以及最高院《关于适用<中华人民共和国企业破产法>若干问题的规定（三）》第5条第2款的规定，仅在债务人和保证人均进入破产程序的情形下，债权人可以全额向各个管理人申报债权，且不因在一方破产程序中受偿而做调整。并未规定在保证人未破产情形下，保证人在债务人破产后进行清偿，债权人是否要对债权进行调整，更遑论发生在破产之前的清偿行为。实务中，对于破产前清偿部分的债权一般在债权申报之中予以扣减，如果债权人对该部分不予扣减也未告知管理人已从保证人之处已部分受偿，管理人可能将其认定为虚假申报债权。

从实体法原理上讲，若债权已经获得部分清偿，该部分债权即归消灭，故在法律未作特别规定的情况下，债权人自然无理由按原债权额进行申报，而应按受偿后的实际债权额申报。[[14]](#endnote-14)实务中在破产程序中的部分清偿后原债权的调整问题上，通常也是参照破产前受偿的情况予以处理，同样要求债权人对之前申报的债权予以调整。因为《企业破产法》第51条第1款规定：“债务人的保证人或者其他连带债务人已经代替债务人清偿债务的，以其对债务人的求偿权申报债权。”其中对清偿时间并未做规定，应当理解为包括破产前和破产后的清偿保证人均可以追偿权向管理人申报债权，该部分债权的权利既然已归保证人所有，债权人已申报的债权自然要扣减掉该部分，否则将产生债权的双重清偿风险。

在《民法典》实施之前，无论是债权人申报还是保证人申报对于该部分债权权利没有影响，原有处理模式并不会产生问题。但《担保制度解释》23条第2款对已清偿部分债权由债权人申报还是保证人申报人为地进行了结果上的区别对待——由债权人申报按照普通债权处理，保证人申报则变成劣后债权无法受偿，除非清偿债权人的全部债权。最关键的是，由保证人申报然后按劣后债权处理的结果不仅损害保证人的权益，同时也损害债权人的权益，因为保证人无法受偿也代表着保证人责任财产的减少。可见《担保制度解释》23条第2款的规定与我国破产法存在冲突，继续按照现有连带债务人债权申报额处理模式的结果，将既无法保护《企业破产法》第51条中的保证人追偿权，同时也与《民法典》第700条原本设想的充分保护债权人的利益的意图相悖。而允许债权人按照原债权额申报债权，或者说由债权人代为行使保证人部分清偿的追偿权债权则可避免这种尴尬。当债权都归于债权人名下，相对的清偿顺序便被消灭，使债权人和保证人的利益均得到保护。所以破产法原有的债权额处理模式已经无法与新的担保制度变化相适应，应予调整。

**（三）现行的变通做法**

希望通过破产法对连带债务人债权额处理模式进行修改调整来解决问题显然无法在短时间内完成。但是《担保制度解释》23条第2款已经实施，如果放任其与破产法之间的冲突不加补正对于债权人和保证人是不公平的。在法律未明确规定债权人可以代替保证人申报追偿权债权的情形下，笔者认为在现行法律规定下仍至少有两种的变通方法可以实现由债权人来行使保证人追偿权。

第一种是可以通过对《民法典》535条债权人代位权进行解释，将破产债权申报纳入该条文里“向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人对相对人的权利”的范围，作为一种代位权行使方式。因为在《民法典》536条债权人代位保存权的规定中写明债权人可以代为向破产管理人申报债权，举轻以明重，未到期的债权尚可以向管理人申报债权，已到期的债权没有理由拒绝其代位申报债权。从代位权的实质要件来看，仅履行部分保证责任的保证人对债权人仍负有保证债务，债权人为保障自身债权的清偿在破产程序中位行使保证人的追偿权，亦无不妥。需要考虑的是，一般代位权行使的前提是债务人“怠于”履行其债权从而“影响债权人债权实现”，主要表现为债务人对自身债务的不作为。但在破产程序中即使保证人即使行使自己的追偿权权利也会影响债权人债权实现，从结果来看保证人积极行使追偿权对于债权人而言确实又是不当的，而将保证人自行行使追偿权能否认定为“怠于”，有待商榷。

第二种方法，是由保证人与债权人通过约定的方式由债权人来行使保证人的追偿权债权。当然，约定由债权人代保证人在破产程序之中行使债权还是保证人将自己的债权转让给债权人也是一个问题。前者双方代为行使的约定能否令债权人取得像法定代位权所兼具的管理权特性，若无管理权仅为民事代理想要突破债权人与保证人之间的清偿顺位关系缺乏正当性。后者债权转让意味着全部权利转让给债权人，若保证人对其他保证人有追偿权，那在债务人破产程序终结之后债权人可能还要将债权转回给保证人，流程过于繁琐。换个思路，既然采取约定的方式，直接约定由债权人放弃对保证人优先的清偿顺位，[[15]](#endnote-15)再约定如由债权人代领保证人在破产程序中受偿的款项等方式来保障债权人的债权实现，如此更为简便。

**（四）非全额担保情形下的追偿权**

无论是代位权还是约定转让，其法理基础都是保证人未全部履行保证责任，债权人对保证人仍享有部分债权。如果保证人仅为债权人部分债权提供担保，保证人全部履行了自己的保证责任，上述变通做法在此种情形下便无法适用。保证人既已全部履行自己部分的保证责任，对债权人不再负有债务，债权人就无权利要求保证人将已履行部分的追偿权交由自己行使，否则保证人将承担超过自己保证范围的责任。在这种情形下限制保证人追偿权在破产程序中的受偿是否合理？

通常语义上的全部债权指的是债权人对债务人所享有的所有债权，放在《担保制度解释》23条第2款语境之中，这种理解可能会产生争议。因为存在债权人对债务人存在数笔债权而保证人仅对其中一笔债权提供担保的情形，如果保证人对其的担保的债权全部履行完毕，而管理人或法院以债权人其他保证人未担保的债权未清偿完毕为由将其追偿权债权劣后处理，这显然对于保证人过于不公，也违背破产法中债权人平等受偿原则，此时应当视为债权人的“全部债权”已经得到清偿，允许保证人正常行使自己的追偿权。那么在一笔债权中保证人部分地提供担保是否也应按此模式处理？对于这个问题，与我国立法模式最为接近的美国曾在In reTri－union Dev.Corp.一案 （314Ｂ.Ｒ611（2004））中，当事人对已为清偿的连带债务人获得的代位求偿权是次于债权人的全部债权还是次于被保证的债权发生争议，法官就认为第二种看法是合理的。因为如果要求连带债务人（如保证人）既清偿保证范围内的债务，同时其代位求偿权还次于主债权人的剩余债务，那么这种安排将与《美国破产法》第502(e)(2)条的规定相冲突。[[16]](#endnote-16)这将保证人对债权人的义务限制于其向债权人提供担保的债权部分范围之内。

国内学者对此则有不同意见，谢鸿飞教授认为即使就部分债权提供担保的保证人承担全部责任后，也“只有在债权人的全部债权受到清偿后，担保人才能代替债权人在破产程序中受偿。”[[17]](#endnote-17)因为此时如不对保证人的法定代位权予以限制，将全部债权理解为被保证的债权，那已履行完毕的非全额担保保证人依据《担保制度解释》23条第2款之规定，可以代替债权人行使其权利，特别是担保物权，这无疑导致债务人的责任财产减少，损害债权人利益。此外，基于多重保障原则，设立担保是为了强化债权人的债权，连带债务人的财产应先满足债权人的债权而后再用于内部的追偿。

但问题在于破产程序之中还存在其他债权人，保证人劣后所让出的利益并非为债权人所享受，而是被其他债权人享受。就像前文案例之中加上其他债权人的1000万元债权后，丙参与分配对乙所造成的损失为12万元，而丙不参与分配，丙却会损失72万元，而且无论乙与丙的债权金额如何变化，丙的损失一定会大于乙的获利，永远存在被其他债权人所享受的差额部分。当然，保证人与债权人可以约定保证人给债权人补偿因保证人参与分配所造成的损失，债权人放弃清偿顺位，这可能导致债权人趁机向保证人索取更多的利益。所以美国法的处理模式更像是出于利益衡量而得出的结果，牺牲债权人较小的利益来换取对保证人利益的保护，目前对此尚无两全的解决方案。

**五、结语**

《民法典》第700条对以往的追偿权制度进行了修正，强化追偿权的同时也对其加上了不得损害债权人利益的限制，《担保制度解释》23条第2款是该规则在破产程序中的具体化。然而，经过上文的分析可以看到，最高院在《民法典》正式实施前夜发布的《担保制度解释》中的23条第2款仍存在诸多问题。其未能充分考虑到破产程序在债权人与保证人的利益平衡之中还存在其他债权人这个变量，简单地将未清偿完毕债权人全部债权的保证人追偿权一概劣后于债权人的债权受偿，导致放在实际操作中债权人与保证人的利益都可能会受到损害，与现行破产法制度也难以配套。若是为出于保护债权人的利益考量，似乎采取审慎且平和的方法更妥当，比如规定保证人行使追偿权对债权人造成损失的，债权人有权要求保证人对损失部分进行赔偿。不管怎样，可以预见的是，在《担保制度解释》23条第2款实施后，保证人、债权人以及其他债权人之间利益冲突必将产生诸多问题，倒逼立法、司法机关对相关制度进一步完善。

1. 《民法典》第519条在连带债务人间追偿问题上也有相同规定，《民法典》第519条第2款规定“   实际承担债务超过自己份额的连带债务人，有权就超出部分在其他连带债务人未履行的份额范围内向其追偿，并相应地享有债权人的权利，但是不得损害债权人的利益。” [↑](#endnote-ref-1)
2. 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（二）》，人民法院出版社2020年版，第1391页。 [↑](#endnote-ref-2)
3. 陈卫佐译注：《德国民法典》（第4版），法律出版社 2015年1月版 第306页。 [↑](#endnote-ref-3)
4. ［德］冯·巴尔主编：《欧洲私法的原则、定义与示范规则：欧洲示范民法典草案》（第 1、2、3 卷），高圣平等译， 法律出版社 2014 年版，第 857页。 [↑](#endnote-ref-4)
5. 同注2，第1392页。 [↑](#endnote-ref-5)
6. 宋刚：《论连带债务中的追偿权之行使》，载《政治与法律》，2014年第5期，第69页。 [↑](#endnote-ref-6)
7. 同注4，第 858页。 [↑](#endnote-ref-7)
8. 参考谢鸿飞：《连带债务人追偿权与法定代位权的适用关系———以民法典第 519 条为分析对象》载《东方法学》 2020年第4期。 [↑](#endnote-ref-8)
9. See 11 U.S.C§509（c） [↑](#endnote-ref-9)
10. 我国破产法未明确规定“劣后债权”的概念，但最高院在2018年3月4日印发的《全国法院破产审判工作会议纪要》中第28条规定将惩罚性债权的清偿顺位位于《企业破产法》第一百一十三条所规定的顺序清偿之后。 [↑](#endnote-ref-10)
11. 【日】山本和彦著，金春等译《日本倒产处理法入门》，法律出版社，2016年11月版，第63页。 [↑](#endnote-ref-11)
12. 《担保制度解释》第13条规定仅在担保人之间存在相互追偿及分担份额、承担连带共同担保或者相互追偿但是无分担份额的约定时以及各担保人在同一份合同书上签字、盖章或者按指印的两种情形下可以互相追偿。除上述情形之外，承担了担保责任的担保人请求其他担保人分担向债务人不能追偿部分的，人民法院不予支持。 [↑](#endnote-ref-12)
13. 参考王欣新：《破产法》（第三版），中国人民大学出版社2011年版。第184-185页。 [↑](#endnote-ref-13)
14. 许德风：《 破产中的连带债务》，载《法学》2016年第12期，第95页。 [↑](#endnote-ref-14)
15. 清偿顺位属于债权人的权利，债权人可以放弃此种权利，如《民法典》第409条规定“抵押权人可以放弃抵押权或者抵押权的顺位。” [↑](#endnote-ref-15)
16. 参考许德风教授在《 破产中的连带债务》中的引注23，载《法学》2016年第12期，第98页。《美国破产法》第502（ｅ）（2）条要求对于在破产开始前和开始后保证人因为清偿而确定的债权一视同仁。该规定与上述判决无关联性，所以笔者认为这里法官应该依据的是第502（ｅ）（2）后的立法声明，该款立法声明中提到“ To the extent a creditor's claim is satisfied by a surety or codebtor, other creditors should not benefit by the surety's inability to file a claim against the estate merely because such surety or codebtor has failed to pay such creditor's claim in full. ”意为担保人或连带债务人满足债权人的债权范围内，其他债权人不应仅因担保人或连带债务人未能全额清偿该债权人的债权而受益于该担保人不能对破产财产主张债权。见https://casetext.com/statute/united-states-code/title-11-bankruptcy/chapter-5-creditors-the-debtor-and-the-estate/subchapter-i-creditors-and-claims/section-502-allowance-of-claims-or-interests，最后访问时间2021年5月11日。 [↑](#endnote-ref-16)
17. 程啸、高圣品、谢鸿飞著：《最高人民法院新担保司法解释理解与适用》，法律出版社，2021年3月，第152页。 [↑](#endnote-ref-17)