

■ 中国当代法学文库-研究生教学参考书

# 破产法学： 基本原理与立法规范

Bankruptcy Law:  
Basic Principles and Legislative Norms

齐明 著

齐明认为：

破产法的宗旨在于债权人整体权益最大化，  
兼顾债务人救济，同时维护社会主义市场经济秩序。

.....  
现行破产法建立了市场驱动模式、引入了破产管理人制度、  
债务人财产概念、共益债务制度和破产重整制度等现代化破产法律机制，  
推动我国破产立法发展到一个新的阶段

.....  
目前我国破产法条文较少、破产法原则尚在学界讨论中、  
司法解释不足，影响着破产司法实践顺利进行。



华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>



014004940

D922.291.92  
14

■ 中国当代法学文库-研究生教学参考书

# 破产法学： 基本原理与立法规范

Bankruptcy Law:  
Basic Principles and Legislative Norms

齐明著



D922.291.92  
14



北航

C1694280



华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>

中国·武汉

图书在版编目 (CIP) 数据

破产法学：基本原理与立法规范/齐明著. —武汉：华中科技大学出版社，2013.9

中国当代法学文库-研究生教学参考书

ISBN 978-7-5609-9347-8

I. ①破… II. ①齐… III. ①破产法-法的理论-中国 IV. ①D922.291.921

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 207567 号

破产法学：基本原理与立法规范

齐明 著

策划编辑：王 梓

责任编辑：李 娜

封面设计：傅瑞学

责任校对：九万里文字工作室

责任监印：周治超

出版发行：华中科技大学出版社（中国·武汉）

武汉喻家山 邮编：430074 电话：(027) 81321915

录 排：北京楠竹文化发展有限公司

印 刷：湖北新华印务有限公司

开 本：710mm×1000mm 1/16

印 张：16.75 插页：2

字 数：297千字

版 次：2013年9月第1版第1次印刷

定 价：36.00元



华中出版

本书若有印装质量问题，请向出版社营销中心调换  
全国免费服务热线：400-6679-118，竭诚为您服务  
版权所有 侵权必究

## 前 言

2006年《中华人民共和国企业破产法》<sup>①</sup>的颁布标志着我国破产法研究和立法取得了巨大的成就，开启了破产司法实践的新时代。与1986年破产法相比，现行破产法在私法化、法制化和技术化方面有了显著提升。

### 一、1986年颁布《中华人民共和国企业破产法（试行）》和1991年颁布原《中华人民共和国民事诉讼法》第十九章《企业法人破产还债程序》

1986年《中华人民共和国企业破产法（试行）》是我国第一部破产法。尽管其在随后实施的近二十年中饱受法学家批评，但是从经济分析的角度来看该部破产法在特定的历史阶段很好地完成了历史使命，即在付出最小成本的情况下保存了国有企业的优良资产，为随后进行的国企改革顺利进行做出了巨大贡献。为辅助国家宏观经济政策的顺利实施，1986年破产法贯彻了对债务人有利的立法政策，具体表现在破产申请提出、举证责任分配、优先权的设定、优先权之间的先后顺序、行政审批制度等，甚至还规定了毫无必要的破产免责制度，力图一劳永逸地清理国有企业的不良资产。

由于1986年破产法中的破产主体严格限定为国有企业法人，为弥补非国有企业法人破产制度缺失的不足，我国于1991年在《民事诉讼法》中增加了第19章“企业法人破产还债程序”对非国有企业法人破产进行规范，进而形成以企业法人为破产主体的破产法体系。同时在法律框架下，最高人民法院以颁布司法解释的方式灵活应对破产司法实践中出现的问题，使原破产法体系在实践中具有可操作性，填补了保证破产程序在司法实践中顺利实施的必要内容。

### 二、2006年颁布《中华人民共和国企业破产法》

与1986年的《破产法》相比，2006年《中华人民共和国企业破产法》首先是一

---

<sup>①</sup> 后简称《破产法》。



部私法化的法律，这意味着保护债权人和其他破产利害关系人的权利最大化实现，既是破产法的立法宗旨也是破产司法实践中应当贯彻的基本原则。虽然对于破产法的商法或者经济法属性在学界仍有争论，但不可否认现行破产法确立了保护债权人利益最大化的基本原则和规则、在破产程序的启动和进行方面采用了市场驱动机制、承认破产程序中存在的利益冲突并构建了破产法律权利分配和对抗机制、利害关系人对破产进行路径选择权等重要制度。破产法的私法定位充实了我国现行民商事法律体系中债务人丧失清偿能力时所引发法律问题的法律解决途径，激励破产法问题的学术研究和讨论，遵循发达国家破产立法轨迹，为我国破产法制化进行奠定了坚实基础。

其次，市场经济是法治经济，现行破产法为破产问题的解决提供了法制化的制度基础。现行破产法一改原有的从破产程序启动到破产财产管理以及破产分配均由政府主导、政府参与的做法，构建起在法院主导的破产程序平台上，独立的中介组织——破产管理人负责实施破产法律行为和管理行为，破产利害关系人依法运用自身权利参与破产程序的法制化制度设计。一方面，在立法中摒除了政府直接行政干预的规定，为破产程序进行提供了较为完整的立法依据；另一方面，在破产法与非破产法的关系上实现了较好的融合。破产法在尊重现行民法中优先权的基础上设定并完善破产优先权机制，对原职工债权优先于别除权和地方行政法规、规章设置破产优先权的现象进行了校正，保证破产程序能够公正、公开进行。

最后，现行破产法体现我国破产立法技术不断完善。破产程序中充满了利益冲突和权利抗衡，破产程序这一平台既要实现债权人整体利益最大化，又要满足不同破产利害关系人之间的相对公平；既要依赖市场机制实现立法目的，又要给政府宏观调控留有空间。现行破产法较好地解决了破产法体系与非破产法之间的关系和破产法体系内部机制构建的问题，进而使破产规则成为具有可操作性的多方博弈规则。破产法较少运用直接的强制性规定，而是通过引导利害关系人依自身利益实施其破产选择权推动破产程序的进行。一方面，现行破产法对原破产法规定中与非破产法体系显著冲突并且有违公平的规定进行了修正，另一方面，破产法在引入破产管理人、破产重整等制度的同时构建了其内在运行机制和相应的外部配套制度，例如对破产管理人的选任和薪酬问题，债权人会议对破产重整计划草案审议和行使表决权的分组问题等都作了规定。尽可能缓解了破产法因追求特殊立法价值而在制度上所彰显出来的特殊性给非破产法体系所造成的冲击。

### 三、我国破产法的未来发展

在2006年破产法框架基础之上，最高人民法院将陆续以颁布司法解释的方式贯

彻我国破产法的立法政策，理清现行破产立法中的模糊空间，并针对司法实践中出现的问题加以解决，进而形成完整、统一的破产法体系。未来我国破产立法的发展将在完善自身机制建设的同时，正确处理破产法与非破产法之间的关系问题以及私法化的破产程序与政府干预的问题。

首先，现行破产法将逐渐完善自身机制建设，使之具有可操作性和统一性。迄今为止，最高人民法院先后颁布了四项司法解释，分别针对破产管理人的选任和薪酬问题、新老破产法适用的交接问题和破产案件的受理问题，并将陆续颁布一系列的司法解释使现行破产法体系更具有操作性。应该看到，现行破产法体系中缺少破产程序应当遵循的基本原则，导致破产程序的进行缺乏合法性的依据，另一方面也使破产法体系缺乏统一性。因此，尽快确立我国破产法的基本原则对完善我国破产法的立法和司法实践都具有重要意义。由于长期受到 1986 年破产法单一性清算制度的影响，我国现行破产法在立法设计上对总则和分则之间、各分则之间、广义破产的概念和狭义破产的概念之间的逻辑关系和相互适用的关系并未理清。如现行破产法中先后出现的“破产”概念，有的指破产清算，有的则指包括破产清算、重整和破产和解在内的广义破产；又如破产法第八章和第九章用“重整”和“和解”来表述相关制度，而“破产和解”和“和解”之间存在重大区别，这些应当加以区分。

其次，虽然破产法建立在非破产法体系之上，并且在后者的基础上发挥作用，但是由于其自身独特的制度价值破产法在特定的领域对非破产法体系进行了突破，二者之间的冲突是潜在的而又是非常重要的，因此如何协调二者之间的关系亟待解决。现行破产法在妥善处理了原破产法中存在的职工债权优先性和别除权之间的关系之后，又面临着破产撤销权与善意第三人权益之间的冲突、如何界定破产法上“待履行合同”范围及其所涉及的可被纳入到“共益债务”范围的合同之债，以及破产程序的免责效力等一系列问题。这些问题的解决关系到奠定破产法在我国法律体系未来建设中的地位和确立破产法的效力。

最后，现行破产法的私法定位意味着破产程序去行政化。破产法的功能需要在发达的商品交易市场、人力资源市场和资本市场共同作用下才能实现，在市场机制不完善的情况下，政府的行政干预补充了市场机制在人员分流和破产重整资本导入方面的不足，但是随着市场经济的不断完善，政府干预破产案件的模式必然被由法院主导的在市场机制作用下的破产程序法制化模式所取代。去行政化并不意味着政府在破产程序中的完全退出，破产法的经济法属性要求政府通过制定宏观政策间接干预或者限于在经济危机等特殊经济事件中直接干预。破产法在立法政策上既应当充分认识到市场的作用，又应当对政府现阶段作用和未来政府干预的前提和限度有清晰的认识。

我国破产法经过二十余年的发展，从无到有不断发展完善，进而形成了较为成熟完整的破产法体系。在积极肯定我国现行破产立法所取得成绩的同时，仍然需要看到与其他民商事法律相比，破产法仍然属于年轻的法律，需要更为深入系统的理论研究和探索，更为统一完整的立法建设、配套法律法规的完善、更多高素质的法官队伍建设、职业破产管理人市场建设和相关市场机制的完善以配合破产司法实践的顺利进行。

本书系作者主持国家哲学社会科学基金一般项目“我国破产案件中劳动债权问题研究”（12BFX116）、教育部规划基金项目“我国破产重整制度的法经济学分析”（11YJA820056）阶段性研究成果。

谨以此书献给辛勤培育我的父母，亲爱的哥哥，可爱的宝宝。

作者

2013年5月

# 目 录

<b>第一章 破产法概述</b> .....	1
第一节 破产和破产法 .....	1
第二节 破产法的社会调整作用 .....	24
第三节 破产立法发展沿革及其特点 .....	27
第四节 我国破产法的适用范围 .....	31
<b>第二章 破产申请的提出与受理</b> .....	45
第一节 破产原因 .....	45
第二节 破产申请的提出 .....	51
第三节 破产申请的受理 .....	54
第四节 自愿破产原则 .....	60
第五节 待履行合同在破产程序中的处分 .....	67
<b>第三章 管理人制度</b> .....	75
第一节 管理人制度概述 .....	75
第二节 管理人的选任 .....	78
第三节 管理人的职责与报酬 .....	83
第四节 重整期间公司控制权二元模式探究 .....	88
第五节 破产重整期间的企业控制权 .....	95
<b>第四章 债务人财产</b> .....	105
第一节 债务人财产、破产财产与破产财团概述 .....	105
第二节 债务人财产的范围 .....	112
第三节 破产撤销权 .....	117
第四节 债务人财产的收回与清理 .....	122
第五节 抵销权 .....	126
<b>第五章 破产债权</b> .....	130
第一节 破产债权的申报 .....	130
第二节 破产债权的确认 .....	143



第六章 债权人会议 .....	148
第一节 债权人会议的组成 .....	148
第二节 债权人会议的召集与职权 .....	155
第七章 破产和解制度 .....	166
第一节 破产和解制度概述 .....	166
第二节 和解程序的进行 .....	169
第三节 和解协议的法律效力 .....	174
第八章 重整制度 .....	179
第一节 重整制度概述 .....	179
第二节 重整申请和重整期间 .....	213
第三节 重整计划的制定 .....	216
第四节 重整计划的执行、监督与终止 .....	221
第五节 破产重整中的公司治理 .....	223
第九章 破产清算 .....	234
第一节 破产宣告的变价和分配 .....	234
第二节 破产宣告的法律效力 .....	242
第三节 破产费用和共益债务 .....	245
第四节 别除权 .....	247
第五节 破产程序的终结 .....	251
参考文献 .....	254
后记 .....	258

# 第一章 破产法概述

“公司倒闭，有时它们在轰然巨响中坍塌；有时像漏气的气球一样慢慢下沉。但是无论快慢，安静还是震耳欲聋，一度辉煌的公司早晚都要面对它们的最终命运。在自由市场经济中，商业失败的可能性历来都与成功的渴望一同存在，是导致公司在危险中所忽视的阴影。

商业破产法是处理陷入困境中公司的有机的体系。对一些公司来说，破产就像是坟墓和随后阅读遗嘱的过程；破产法官将会主导公司的命运和财产的分割。然而，对另外一些公司来说，类似的现象更早期地发生在更好的地方。挣扎中的公司在医院里，虽然希望能够幸存，但是却不得不面临即将到来的死亡的可能。”<sup>①</sup>

## 第一节 破产和破产法

### 一、破产的概念和特征

#### (一) 破产的概念

谈及破产，法学家、社会学家、经济学家分别做出了不同的定义。美国破产法学者道格拉斯·白耶德认为破产一词来自中世纪意大利打破不能清偿债务的商人的柜台的习俗，并认为破产一词从产生时就带有商人破产主义和破产惩戒主义的

---

<sup>①</sup> Elizabeth Warren, Chapter 11: Reorganizing American Businesses, p. 1, 作者手稿。这段文字形象地描绘了企业陷入破产的形态可能是逐渐的、悄无声息而又无人关注的渐渐没落直至申请破产，在这种情况下债务人的经营管理层能够有足够的时间采取破产预防措施，通过申请破产重整或者提前与债权人和解的方式预防破产清算的到来；也有可能是突发式地进入破产程序，这种情况很可能伴随着债务人企业的经营管理层事先掩盖企业不良财务状况、转移或者恶意处分财产的行为发生，例如2001年美国安然公司破产。应该看到，经济网络中的企业丧失清偿能力具有一定的普遍性，破产程序只是解决债务清偿问题的一种法律手段，而非全部。破产法提供对随后产生债务不能清偿的问题的不同法律解决途径。从解决企业法人丧失清偿能力的方法上来看，无非就是将其拆分变现的破产清算方式或者对其进行救助、使其休养生息以致恢复其清偿能力进而履行债务的方式，即破产重整方式。

色彩。<sup>①</sup>《现代汉语词典》中破产的词条中写明：破产指“丧失全部财产”<sup>②</sup>。王欣新教授认为“法律上的破产是指处理经济上破产时债务如何清偿的一种法律制度，即对丧失清偿能力的债务人，经法院审理与监督，强制清算其全部财产，公平清偿全体债权人的法律制度”<sup>③</sup>。我国《法学大辞典》写明：破产是“债务人不能清偿到期债务或者负债超过资产时，由法院强制执行其全部财产，公平清偿全体债权人，或者在法院主持下，由债务人与债权人会议达成和解协议，避免倒闭清算的法律制度”。<sup>④</sup>日本《新法学词典》中写明：破产是“债务人陷于不能清偿其债务的场合，以对所有债权人将债务人的总财产公平清偿为目的的程序”。<sup>⑤</sup>英国《牛津法律大辞典》中写明：破产是“政府通过其为此目的而任命的官员取得债务人的财产，从而将其变卖，而且通过优先请求及优先顺序把债务的财产按比率分配给债权人”的“一种程序”。<sup>⑥</sup>《元照英美法词典》中写明：“破产是个人、合伙、公司或市政法人等无力偿还到期债务的状况”。<sup>⑦</sup>

综上所述的众多破产概念体现了对破产实体要素的不同理解，其中包括了对于破产原因的不同理解、对破产是状态还是程序的不同理解以及对于破产目的的不同理解。对破产的不同解释影响着特定国家或者地区的破产立法。也就是说，如果社会意识普遍认为破产就是诚实可怜的债务人因为经济危机或者其他社会经济事件导致的丧失清偿能力，那么破产法在保障债权人利益的同时，应当设定有效地保护债务人继续生存、生活甚至重新返回经济社会的法律机制。对于破产概念的不同解释体现了不同国家和地区、不同时期对破产的理解。在市场经济发达的国家，在法律上有意义的破产的概念通常是指商主体破产或者除商主体之外的放贷债务人或者信用卡债务人丧失清偿能力的情况，而在商事活动并不发达的国家或地区则往往指向了不区分主体的丧失清偿能力的情况，这种对破产主体不加区分的理解，对法律体系中的破产法构建增加了难度。

在破产法英文文献中，常常会出现 bankruptcy 和 insolvency 的概念，对二者的区分比较重要。前者是指破产，现代法上破产的概念往往与法院所做出的判决或者裁定对其状态加以确认相关联；而后者是指债务人丧失清偿能力的状态，日本法上称之为“倒产”。bankruptcy 和 insolvency 二者存在着密切的联系。

① Douglas G. Baird. *The Elements of Bankruptcy*. New York Foundation Press. 2006, p. 4 “The word *bankruptcy* derives from the medieval Italian custom of breaking the benches of banker or merchant who absconded and left creditors unpaid. As the roots of the word suggest, the first English bankruptcy statutes were directed at merchant debtors, and they were viciously punitive.”

② 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》（第三版），商务印书馆 1996 年版，第 984 页。

③ 王欣新：《破产法》（第二版），中国人民大学出版社 2007 年版。

④ 邹瑜、顾明主编：《法学大辞典》，中国政法大学出版社 1991 年版，第 1295 页。

⑤ [日] 我妻荣：《新法学大辞典》，中国政法大学出版社 1991 年版，第 782 页。

⑥ [英] 戴维·M·沃克：《牛津法律大辞典》，光明日报出版社 1988 年版，第 81 页。

⑦ 薛波主编：《元照英美法词典》，法律出版社 2003 年版，第 132 页。

1. 债务人丧失清偿能力不一定破产。现代破产法强调私权启动,当债务人丧失清偿能力时,如果没有破产利害关系人提出破产申请,那么法院通常没有权力依职权启动破产程序,因此,债务人也不可能得到法院的破产确认。

2. 破产是解决债务人丧失清偿能力的最佳法律解决途径。破产法专门为了解决债务人丧失清偿能力所引发的债权债务关系而创设建立,为众多的债务人因丧失清偿能力而产生的债权债务关系的最终解决提供特殊的相对公平的原则和设计手段。

3. 丧失清偿能力的债务人不一定进入破产程序。如前所述,如果没有破产利害关系人提出破产申请,破产程序可能就不会启动,因此专业化的破产程序规则就不会在特定的债务人丧失清偿能力的案件中得以适用,进而产生的问题就是破产法所设计的破产欺诈预防措施、债权人利益最大化原则、待履行合同的处分规则、为了实现债权人利益最大化和债权人之间公平分配的特殊规则无法适用,难以取得破产程序所产生的效果。

4. 进入破产程序的债务人企业不一定真正丧失清偿能力。破产法的构建和功能发挥以债务人真正丧失清偿能力为前提。债务人丧失清偿能力是较为抽象的状态,是债务人总负债和总资产二者之间的比值。在财产登记制度不完善的法域中可能会发生债务人通过转移或隐匿财产或者虚构债务的方式主张自己或他人丧失清偿能力,满足破产原因,进入破产程序,以寻求破产保护或者破产免责的非法利益。因此,破产原因的立法构建和破产启动程序的严格把关对于预防破产欺诈来说至关重要。

## (二) 破产概念的法律特征

1. 从对债务的清偿角度看,具有执行程序的属性。破产程序以债务人丧失清偿能力所引发的债权债务关系解决为立法设计的目标,客观上发挥了强制性的消灭债权债务关系、满足债权实现、促进债务履行的法律效果,具有执行程序的属性。甚至有学者认为破产法就是民事执行程序法,而破产法的完善在于提升拆分破产企业的效率,将破产法程序法化<sup>①</sup>。破产程序的执行程序属性表现为对与特定债务人相关的全部债权债务关系的总括性执行程序,这种总括性的执行程序能够均衡地实现全体债权人权利之间的公平。作为总括性的民事执行程序,破产程序具有其自身的特点,即破产程序只能够解决金钱债务或者能够转化为金钱债务的债权债务问题,涉及一般人格权的损害赔偿之债,除非能够转化为金钱之债或者能够用货币衡量,否

<sup>①</sup> 见19世纪80年代美国破产法学界围绕破产法的目的展开的论战。以道格拉斯·白耶德教授为代表的学者持有破产法程序法化的观点,认为破产法应当局限在破产清算法的范围内,重点应当放在提升拆分企业的效率和将财产变现分配的效率上;以伊丽莎白·沃伦教授为代表的学者认为破产法除执行程序法外还应当有接管和支持债务人企业更生的功能,因此破产法应当广义地包括破产清算程序、破产和解程序和更为重要的破产重整程序在内。沃伦教授的观点在论证中得到了广泛的认同,其一方面赋予破产法更多的实体法意义和研究,另一方面体现在破产重整制度被美国破产法第11章所确认,破产重整制度以及对陷入经济困境中的债务人企业积极鼓励支持的方法广泛地应用到政府救治涉及到国计民生和其他社会公共利益密切相关的重要企业当中。2008年在美国由次信贷危机所引发的全球性的经济危机中,布什政府出台总额为7280亿美元的救市计划,中国政府出台的4万亿人民币的经济促进计划都体现了破产重整的思想。



[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 定制及广告服务 小飞鱼  
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接  
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 商家 本本书店  
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为  
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 定制及广告服务 小飞鱼  
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接  
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



则属于非破产法所能够解决的范围。

2. 从启动原因来看，破产是在特定情况下使用的一种法律程序。破产程序的启动必须以债务人真正丧失清偿能力为前提，否则破产程序对债权债务关系的处理结果难以具备正当性。债务人丧失清偿能力这一实然状态的出现意味着债权人债务人之间的损失在所难免，从这个角度来看，与其说破产程序执行债务人财产给债权人进行分配，不如说破产程序是分配损失的法律程序。如果债务人并非真正丧失清偿能力，而破产程序又必然性地分配损失，结果必然导致有不当得利的情况出现，破产程序也就丧失了正当性。因此，破产原因的存在是破产程序启动的正当性前提。除此之外，破产程序是总括性的民事执行程序，是若干民事执行程序的集成，其成本高于单独进行的民事执行程序。因此一般认为破产程序的启动应当以债务人存在多数债权人作为前提。破产程序的价值包括了债权人之间的公平受偿，如果只存在一对一的债权人债务人关系，那么破产程序的启动既是司法资源的浪费，又有违破产制度的初衷。

3. 破产是对债务人现存全部法律关系的彻底清算，在破产人为法人的情况下，还直接导致债务人民事主体资格消灭的法律后果。我国目前只有一部企业破产法，其破产主体严格地限定在企业法人的范围内。破产清算制度以拆分企业并将其财产变现分配为手段解决债权债务关系，最终以债务人企业的财产全部被变现分配为结果，进而债务人企业被注销。其积极效果体现在社会经济网络中的不良资产得以消灭，既不至于继续浪费社会资源，也不至于对其他优良资产的经济运行造成威胁；其消极效果在于破产清算常常导致大量员工失业、企业财产难以以最高市场价格成交、企业长期运行所形成的具有经济价值的财产与财产之间的配合关系、人与财产之间的关系、人与人之间的关系<sup>①</sup>被打破后需要重新磨合创设，结果造成社会财富的浪费。

4. 破产程序的实施宗旨是债权人保护<sup>②</sup>和对债务人适当救济<sup>③</sup>，并进而实现对社会整体利益的维护。债权人利益、债务人救济和社会公共利益是破产程序所追求的价值目标。但是当三者发生冲突时，如何排列破产法所力求实现的价值位阶成为需要解决的问题。从破产法发展脉络来看，破产立法的发展经历了从债权人保护中心主义到债权人保护与债务人救济均衡主义再到兼顾社会公共利益的不同阶段。尽管随着社会的发展，各国均已经摒弃了古罗马时代通过使用酷刑折磨债务人、关押债务人、羞辱债务人甚至将其变卖为奴隶等情况使其清偿债务的方法，但是不可否认在

<sup>①</sup> 公司关系理论。如生产特定成品的不同机床之间的关系，熟练的技术工作人员操作特定机床的能力，管理层与公司职工之间的相互配合关系等具有经济价值，在企业拆分之后，这些经济价值完全丧失。

<sup>②</sup> 债权债务关系构成了几乎所有民商事法律关系的基本元素，债权实现则是消灭债权债务关系的基本手段。如果债权不能够得到完善的法律保护，那么必然会连锁性地影响到法律对其他法律关系的维护，甚至引发社会道德危机。

<sup>③</sup> 有学者提出债务人权益保护的观点，笔者并不赞同。在债权人和债务人之间的关系中，“债务人”这一称谓的提出本身就是为了强化其自身所负义务之目的，在二者之间难以提及法律所应当保护的债务人的权利。在更为广义的民法意义上包括的债务人作为自然人所享有的人身权利已经受到了人身权相关法律法规的保护，破产法在其基础之上发挥功能，既不能对其违反，也不至于施加特殊的人身权保护。

债权债务关系中，债权人的权益是法律首先所应当关心的核心问题。当债务人丧失清偿能力时，破产法需要追求的目标既要使债权人整体利益最大化，又要使债权人之间实现公平清偿。当债权人个体利益与债权人整体利益发生冲突的时候，应当以债权人整体利益为主。债务人救济只能兼顾，其救济程度取决于社会经济发展程度和社会保障体系的发达程度，终究不能成为破产法追求的核心问题，或者说破产法也无法实现对丧失清偿能力的债务人或其他破产利害关系人实施全面救济的目标。社会公共利益的维护体现了破产法的经济法属性，学界普遍认同的关系到国计民生的企业或者承担着重要社会公共职能的企业不能进行破产清算，如国防军工企业、电力企业、通讯企业等由于其具有不可替代的社会公共职能而不能被注销。在2008年经济危机中美国政府和学者所提出的“大企业不破产”<sup>①</sup>的原则充实了破产法领域内社会公共利益的内容。在债权人保护、债务人救济和社会公共利益三者之间，应该清醒地认识到破产法是难以兼顾的。我国于2006年颁布《中华人民共和国企业破产法》一改破产法大而全地力图解决债权债务问题及其所引发的社会问题的立法政策，而确定了较为明确的私法定位目标。由此，笔者认为债权人保护为破产法的核心价值和评判破产法优劣的有效标准；在经济发展水平显著提升有能力实施债务人救济的前提下，可以兼顾破产法对债务人的相关救济<sup>②</sup>；而社会公共利益往往涉及国家安全、社会稳定、金融秩序、缓解金融危机产生的社会经济不良影响问题应当成为国家对破产司法实践进行宏观调控的重点内容。

### （三）破产程序的法律性质

破产程序不同于诉讼事件或者非诉讼事件，其具有特殊的法律性质，属于特殊的独立法律程序。

首先，破产程序不是诉讼事件。虽然与一般的民事诉讼相同，破产程序目的在于实现当事人的权利，但是破产程序的进行并不以当事人提起诉讼和法院受理并作出判决为基础，破产利害关系人参与破产程序也不同于参加诉讼。破产程序既包括了人民法院所提供的司法平台和公权力的引导作用，同时也包括了更多破产利害关系人之间的博弈，相比之下私法自治占有更大比重。

其次，破产程序不是非诉讼事件。破产程序是在法院主持下开展的，引入独立中介组织破产管理人参与，各破产利害关系人参加的充满利益冲突和平衡的债权债务解决平台。破产程序既利用破产利害关系人对自身利益的追求推动破产程序向前发展，同时也强调程序在合法性框架之下公平、有效的进行。由于破产程序有时会涉及社会公共利益，因此在特定的情况下，公权力可以施加干预或者通过破产重整的方式对宏观经济进行调控。进而破产程序具备了公权力主导并监督、私权利推动

<sup>①</sup> Too big to fail.

<sup>②</sup> 我国现行破产法中的破产主体严格地限定在企业法人范围，因此作为西方债务人救济之观点的主要论据“人文主义关怀”没有适用于我国破产法的空间。相关更多的可能会涉及破产企业职工的安置和职工债权的优先清偿问题。



并监督的特征。不仅如此，破产程序融汇了诉讼事件在内，例如破产法规定的撤销权的行使方式、债务人企业涉诉案件的集中管辖等，表明了破产程序不同于非诉讼事件的特征。

破产程序是融汇了诉讼事件与非诉讼事件，具有独立的制度追求、基本原则、保证手段的特殊法律程序。破产程序不是私力救济的手段，破产程序只有在法院受理破产申请的前提之下才能够启动，同时也只有在人民法院做出破产宣告的裁定之后，债务人企业才能够被称为破产人，其组织者只能是人民法院。破产程序的法律性质也决定了破产法本身要维护破产秩序，这种破产秩序不仅体现为破产分配顺序特定、破产分配时间特定以及禁止插队原则，同时也表现为破产利害关系人或者非破产的民事交易行为不能够通过契约或者其他方式排除破产规则。例如，甲乙二人在商品买卖合同中约定，如果合同任何一方破产，那么该合同自动解除，这样的条款无效。再如，如果甲乙在买卖合同中约定，一旦合同任何一方破产，那么双方均有解除或者承担未履行或者未履行完毕的合同的权力，这样的条款同样无效。

破产程序具有独立的制度追求，那就是在债务人丧失清偿能力的前提下，尽可能最大化地实现全体债权人的利益，并且将有限的债务人财产在全体债权人之间进行分配。破产程序不追求其实现不了的完全公平，而是奉行实用主义，利用有限的资源实现其确定的公平原则。例如同类债权人之间按比例进行清偿，优先权人优先清偿等。可以说破产程序的这一制度追求从一开始就具有与民事诉讼或者民事执行程序不同的出发点。破产法在非破产法的基础上创设、发展，并且形成了自身独特的制度机制。例如，破产法具有与民事法律规定中不同的有关撤销权、出卖人取回权、待履行合同处分规则等机制，进而能够实现其所追求的制度价值。

## 二、破产法的概念和性质

### （一）破产法的概念

白耶德教授认为破产法典的功能在于使与债务人有关的所有事项可以在单一的平台得以解决。<sup>①</sup>一般认为，破产法是规定在债务人丧失清偿能力时，法院强制对其全部财产清算分配、公平清偿债权人，或通过债务人与债权人会议达成的和解协议清偿债务，或进行企业重整，避免债务人破产的法律规范的总称。

对破产法概念的理解从其形式意义上来看，包括狭义理解和广义理解。破产法的狭义理解是指破产法典；广义理解的破产法是指包括破产法典以及其他破产法律、法规等在内的破产法律规范的总称。从破产法的实质意义上来看，狭义破产法单纯指破产清算制度；而广义破产法则包括破产清算、破产和解和破产重整在内的多种破产法律制度。从破产法的历史上来看，破产法诞生于破产清算制度，随着破产法在近现代的演进发展，逐渐形成了包括破产清算制度、破产和解制度和破产重整制

<sup>①</sup> “The bankruptcy code is designed so that the debtor’s affairs can be sorted out in a single forum.” Douglas G. Baird. *The Elements of Bankruptcy*. New York Foundation Press. 2006. p. 24.



度三项内容的法律制度。

## (二) 破产法的特征

1. 调整范围仅限于债务人已经丧失清偿能力。债务人丧失清偿能力是破产法产生和发挥功能的前提,随着债务人丧失清偿能力这一实然状态的出现所引发的种种债权债务关系是破产法解决的对象。因此破产法是在特定的情况下发挥重要的作用,其功能其他法律无法替代。一方面,破产法的价值目标和运行机制针对债务人丧失清偿能力这一状态设计并体系化,另一方面,如果破产程序失去债务人丧失清偿能力这一前提而启动,那么将产生不正当的法律后果。值得注意的是,对于债务人丧失清偿能力这一状态的认定,不同国家在不同时期有不同的认定标准。破产立法政策通过制定宽严程度不同的认定标准来决定破产法发挥作用的范围、债务人企业或者自然人进入破产程序受到破产保护的难易程度,甚至间接对宏观经济运行发挥调控作用。

2. 实体与程序内容合一的综合性法律。破产法包括了实体性和程序性的法律规范,其中从形式上来看,实体性法律规范主要关于破产原因、破产财产、破产债权、取回权、别除权、抵销权、破产费用和共益债务等内容规定;而程序性法律规范主要关于破产申请与受理、管辖、破产宣告、债权人会议、管理人、破产财产的管理、变价与分配、破产程序的终结、和解程序、重整程序等规定。破产立法不仅将破产法的实体法和程序法内容体现为具体的法条,而且原则上也体现了对实质正义的追求和对破产秩序的维护。<sup>①</sup>

3. 破产法的基本制度主要源于民事债权和民事诉讼与执行制度,并根据破产程序的特点、原则加以变更,实体法内容得以扩充发展,对当事人的权利、义务予以必要的扩张或限制,同时兼顾社会利益的保护。从立法层面上来看,破产法在非破产法体系之上建立产生,然而由于其运行前提的特殊性和追求目标的特殊性,破产法也体现了对非破产法的突破。重其所重,轻其所轻。从而体现了其调整对象的特殊性和其独立存在发挥功能的意义。例如,破产法特殊的平等原则——“平等即公正”,债权人整体利益保护原则,破产免责制度等。

4. 破产法是市场经济法。破产法是商品经济产生发展的产物,其自身功能的发挥依赖市场机制才能够完成。从破产法产生的历史来看,其最初产生于具备简单商品经济社会的古罗马国家,并且其最初的破产主体限定为商人。直至今日,西方破产法学界也倾向于将破产主体限定在特定的信用卡债务、房贷或者农场或其他经营性债务人的范围内,而不是将其视为解决日常债务的法律手段或者将其视为解决贫困法。值得注意的是,破产法的功能依赖商品交易市场、人力资源市场和资本市场才能发挥出来,例如债务人财产的变现、破产企业职工的人员分流以及破产重整程序的资金引入需要市场机制才能够完成。市场机制越发达,破产法的功能发挥得越

<sup>①</sup> 例如《中华人民共和国企业破产法》第31条和第32条设定了破产撤销权制度,而第31条指向了损害债权人整体利益的欺诈性转让财产行为,第32条则指向了破坏破产秩序的偏颇清偿行为。

充分，市场机制不健全，那么也会直接影响到破产法功能的发挥。

### （三）破产法的性质

破产法的性质在不同国家、不同历史阶段呈现出不同的特征。破产法产生之初是为了实现债务清偿之目的而设立的总括性的债权债务清理程序，其性质显然是解决私权关系的民商法。随着社会经济的发展，破产程序所涉及的企业巨人、金融危机引发的大规模企业破产倒闭、个人破产所导致的社会稳定和民生问题成为破产法立法者的关注点，立法者开始重新思考破产法的目标和制度手段，并且试图运用破产法缓解金融危机所产生的巨大社会经济创伤和解决社会问题。导致破产法的立法政策和司法程序向经济法的方向倾斜，例如我国1986年《中华人民共和国企业破产法（试行）》中规定了严格的政府部门预先审批制度、职工债权优先于别除权的规则、对破产程序中的企业进行整顿等明显带有政府行政干预的立法痕迹。同时发达资本主义国家也越来越重视破产法的公法功能，例如2008年美国为了缓解金融危机所产生的重大影响，出台了7280亿美元的政府救市计划，通过政府向危难中的企业注入资金的破产重整方式刺激市场。我国现行破产立法趋向于回归破产法的私法性质。我国现行破产法导入了市场驱动机制，关注债权实现，保护债权人以及其他破产利害关系人的合法权益，尽可能地规避了政府公权力的不当介入。笔者认为我国破产立法在朝着去行政化的私法轨迹发展。

破产法的制度价值在于实现债权。破产法基于债务必须履行的债权人主义立法政策产生，发展至今债权保护仍然处于破产法的核心目的。债权人保护、债务人救济和社会公共利益三者成为现代破产法所追求的目标，笔者认为这三者之间债权人保护是第一顺序的目标。从破产程序的启动来看，自愿破产和私权启动已经成为了世界各国破产立法的通行做法，政府或者法院无权依职权启动特定债务人企业的破产程序。私权启动的核心在于债权的存在和围绕着债权债务关系所存在的个人利益，因此只有合理、完善地保护债权人利益，破产法机制才能够得以运用，否则破产法必然遭到摒弃。

如果忽视破产法的私法属性，那么必然导致破产法的功能无法实现，进而使其沦为恶法。反观我国原破产法和过去的破产司法实践，1986年破产法混淆了破产法的公私法属性，将其设计成为破产免责法、国企职工安置法和政府干预经济法，甚至本末倒置削弱了债权人在破产程序中所应当具有的权利，进而导致一方面破产程序虽然实现了债权债务清理功能，但是却没有在债权人得到保护的前提下进行；另一方面，虽然破产立法被赋予了实现如此众多的社会职能的美好期待，但是法院所主导的破产程序没有权力真正付诸实施。诚然，在经济危机、公司巨人和民生问题上破产立法确实需要考虑社会公共利益因素，但是这并不意味着破产法就因此而被纳入到政府直接行政干预的公法范畴，相反应当在认识到破产法具有宏观调控功能的前提下，通过市场机制和政府、法院引导实施间接干预。

未来我国破产法功能的发挥应当依赖市场经济手段，逐步实现去行政化。破产法是商品经济的产物，其功能的发挥依赖商品交易市场、人力资源市场和资本市场

等市场经济手段才能够实现。破产程序最显著的特点在于债务人财产货币化,并且利用现金进行破产分配。在债务人财产货币化的过程中,必然涉及资产评估、变现、管理等因素,在发达的商品经济中,商品高速流转并且商品成交的价格能够接近商品的真实价值,而较少会因为为了满足商品变现的效率而牺牲商品的交易价格。发达的人力资源市场可以及时地分流破产企业的员工,满足其生存、生活和再就业的需要。发达的资本市场可以满足破产重整程序所需要的大量的资金支持,使其顺利进行。由此可见破产法的功能能否实现以及在多大程度上可以实现取决于特定法域市场经济的发达程度,在市场经济欠发达的地区,市场经济手段的空缺往往由行政权添补。长期以来,我国破产司法实践不得不求助于政府解决下岗工人再就业问题,求助政府解决引入战略投资人问题,进而形成了行政权干预破产程序的不良模式。笔者认为未来我国破产法的发展和司法实践的顺利进行必然走一条发展市场经济手段和去行政化的道路。

笔者认为从我国现行破产立法和我国法制建设的需要来看,破产法应当被纳入商法的范畴。首先,破产法起源于商法。破产法产生于商品经济萌芽的古罗马,奉行商人破产主义。也就是说破产法产生之初只适用于商人之间的债权债务关系,而不适用于民事债务的清理。从破产法的现代发展来看,信用经济对塑造破产法体系产生了巨大影响作用,时至今日仍然很难说破产法是解决贫困的法律,发达国家的自然人破产制度指向城市信用卡持有者、房屋贷款者、农场主等进行的商业借贷行为,而并非因为贫困而产生的民事债务。应该看到,由于高昂的司法成本,破产法不应该也无力承担解决诸多琐碎的民事债权债务关系纠纷,而必然只能为商事债权债务关系服务。其次,我国现行破产法将破产主体严格地限定为“企业法人”,其调整对象是典型的商主体。目前我国破产法并没有将破产主体扩大为包括公法人或者自然人主体的范围,进而简化了破产程序的复杂程度,同时也使破产立法的制度价值更为单纯地倾向于债权人利益的实现。破产程序为不同破产利害关系人提供了私权博弈的法律平台,在破产程序中破产利害关系人运用权利杠杆夺取最大化利益。再次,破产法充分考虑技术性和效率的需要。破产程序是市场竞争的延续而不是市场竞争的终止。一方面破产程序不能久拖不决,另一方面破产程序需要实现债权人整体利益最大化。破产管理人的职能既包括配合法院保证破产程序顺利实施的公权力职能,也包括接管债务人企业,对债务人财产进行经营、管理、处分、变现等经营性职能,如果破产法设计缺乏技术性,那么必将导致债务人财产受损进而导致债权人利益受损,破坏破产法的制度价值。

### 三、破产法的原则

法律原则是法律的基础性真理、原理,或是为其他法律要素提供基础或本源的综合性原理或出发点<sup>①</sup>。法律原则的确定对法律体系的构建来说具有重要的作用,既

<sup>①</sup> 张文显:《法理学》,高等教育出版社1999年版,第74页。

为法律规则制定提供指导解决疑难案件的依据，又可以作为审判的依据。<sup>①</sup>关于破产法体系的原则，目前我国破产法著作中却鲜有提及。本文将构成破产法的基本原则归纳为自愿破产原则、公平效率原则、商业判断原则、整体利益原则和绝对优先原则。

### （一）自愿破产原则

现代破产法体系中的自愿破产原则有两层含义。首先，与强制破产立法相区别，自愿破产原则体现现代破产体系的私法性质。破产启动只能依据当事人申请破产或者不申请的自由选择做出，而不能由法院或者政府的强制公权力推动。其次，自愿破产原则是破产体系和重整体系构建的基础。现实中由于债权人可能在破产程序中获得收益不多，债权人提出破产申请的可能性不大。因此破产程序的启动很大程度上取决于债务人公司自身。因为债务人公司的经营层对公司经营财务状况信息掌握得最全面，所以他们处于提出公司重整的最佳位置。

基于上述自愿破产的第二种含义，自愿破产作为一种破产法原则贯穿于整个制度构建中。从自愿申请破产的主体来看，公司原经营层希望即使在破产程序中仍然保留其在公司中的地位与控制权，同时希望公司重整成功能够使他们的事业在新的公司中得以延续。只有公司重整制度能够在不影响债权人利益<sup>②</sup>的条件下最低限度地提供上述保证，公司才有可能自愿提出破产申请。从公司重整在整个破产法体系中所处的地位来看，公司重整成功的可能性激励了债务人公司主动提出破产申请，因此在破产法体系中公司重整制度本身就是对自愿破产原则的贯彻。

美国公司重整制度全面地贯彻了自愿破产原则。破产法典通过保证公司原经营层在破产程序中继续保留公司的控制地位、尽可能独立地运用商业判断标准而不是司法强制标准实施重整期间的公司经营行为和通过赋予 DIP (Debtor in Possession, 破产债务人) 在排他性的法定期间内提交公司重整计划草案的权力，保证 DIP 在未来重整成功的公司中继续他们事业的可能性。在这些制度设计的激励机制下，自愿破产原则能够有效地在重整机制中得以贯彻实施。

### （二）公平效率原则

破产法中的公平原则是指在特定前提——债务人丧失清偿能力时——所实现的公平。与非破产法体系追求的绝对公平相区别，公司重整设定的公平原则建立在可行性的基础上。首先，公平是现实中可以实现的公平，而不是抽象的不能实现的公平。在债务人无力清偿的前提下，如果法律体系仍然试图实现债务人对债权人的完全履行，那么这是不能够实现的。此时该前提下唯一可行的法律调节只能是尽可能地对债权人的权利进行实现。因此，破产法体系放弃了高不可及的绝对公平，而力图实现可以实现的相对公平。

<sup>①</sup> 张文显：《法理学》，高等教育出版社 1999 年版，第 74 页。

<sup>②</sup> 除非债务人公司 DIP 被证明无能或者欺诈就会丧失对重整中公司的控制权，否则 DIP 被美国破产法体系默认为是在公司重整期间内控制经营公司的控制权主体。



追求债权人之间的平等源于债权自身所具有的平等属性。债权的平等性导致平等的债权应当在破产程序中受到平等对待。这不仅表现为债权人在启动破产程序上的平等权利,而且体现在公司重整制度构建中的方方面面。

破产法中的公平原则体现为法律体系对同类债权人之间的平等的保护。“平等就是公平”<sup>①</sup>。对同类债权人之间平等保护是公司重整秩序的要求。债权人在破产法所设定的秩序下实现其权利比无序地各自请求清偿需要较少的成本,这对社会整体价值的提升和债权人个体利益的保护来说都是有意义的。

### (三) 整体利益原则

所谓整体利益原则是指当债权人的整体利益与债权人的个体利益相冲突时,前者优于后者的原则。整体利益原则在重整制度中比在整个破产法体系中表现得更为突出。例如在债务人公司的主要财产被设定担保的情况下,优先权人可以不受公司清算或者和解程序的影响直接行使优先权,但是在重整程序中如果该财产被认定为对公司继续经营和公司重整成功所必不可少的重要性因素,那么优先权人就不能立即行使担保物权受偿。这是典型的整体利益原则的体现,但是整体利益原则不仅限于此,整体利益原则在整个破产法体系的制度构建中都得到贯彻。

整体利益原则为利益冲突的解决提供了原则性的标准,这对于规范在重整利害关系人之间竞争和构建权力平衡至关重要。重整期间的公司经营常常处于利益冲突的焦点,债权人整体利益原则为公司控制权人行使经营控制权和进行决策提供标准和依据。在做出公司经营决策或者对待履行合同的解决等可能影响利害关系人利益实现的经营决策时,应当遵循整体利益超越个体利益的原则。

### (四) 商业判断原则

债务人财产的价值决定着债权人可获分配的价值和公司重整成功的可能性,因此债务人财产的保值增值具有重要重整意义。重整制度赋予重整期间公司控制人重要的宽泛的权力,这些权力的实施必然对债务人财产的价值产生影响。这些权力在利益冲突与商业经营中的实施不仅会决定债务人财产的价值,而且对利益冲突中的不同利害关系人的利益会有所损益。因此,重整制度应当为公司控制权的实施设定标准。

商业判断原则是公司控制权实施的原则。重整期间控制权的实施应当遵循商业判断原则对公司进行经营,追求商业利益最大化。公司重整中的债务人财产表现为公司活的资产而不是静止的财产,因此需要商业经营而不是公权强制才能够实现其价值的增长。公司控制权的实施应当出自商业判断,降低成本,追求收益。

商业判断原则不仅为公司控制权的实施设定了标准,而且为控制权人行使经营权提供了制度保障。商业决策的做出常常会使利害关系人一方受益,而使他方受损。因此,商业判断原则的规范为公司控制人根据自己做出的判断进行决策提供了制度

<sup>①</sup> Warren, E. Bankruptcy Policymaking in An Imperfect World, Mich. L. Rev. 1993 (92): 336. “equity is equality.”



依据，保证其决策既能使债务人财产整体价值得到提升，又不受法院和债权人监督权的不当干扰。

### （五）绝对优先原则

绝对优先原则是为了保护债权人整体利益而设计的破产体系的分配秩序，即除非优先债权人接受公司重整计划或者全额受偿，否则重整计划中不能规定任何对次级债权人的清偿。在大多数的公司重整计划中，优先债权人都能获得不低于担保物的价值的全额清偿。作为次一级请求权人的一般债权人可以援引绝对优先原则要求在任何在其之下的次一级请求权人获得财产分配前获得全额清偿的要求，并依次类推。在现实的公司重整案例中，这通常意味着一般债权人希望在原股东获得新公司的股权之前获得全额清偿。如果一般债权人作为整体既不接受计划也没有全额受到清偿，那么债务人公司的股东就不能够参与分配，也就是说他们不能获得公司的所有权。所有权按比例让渡给一般债权人，或者出售给第三方。这与非破产法体系中关于公司法的相关规定并不冲突，即当公司陷入困境时，债权人应当在股东之前获偿。

在大的公开交易股份的公司重整中，这可能意味着持异议的一般债权人组将会在计划中以部分现金和部分新兴公司的股票的方式获得清偿。在小公司的重整中，可能不会出现新公司的投资者，因此所体现出来的绝对优先权问题并没有那么突出。

破产制度的价值建立在可行性的基础上。与设定应然的非破产法律体系不同，破产重整制度在特定的债务人丧失清偿能力或者存在这种可能的情况下尽可能地保证债权人最大利益实现并且平衡所有利害关系人利益维持破产秩序。从法律所追求的正义价值来看，破产制度追求可能在现实生活中实现的实质正义，集中解决债权的最后实现，关注分配价值。那么这种制度理念和追求的正当性就是建立在不完美的前提基础之上的。

债务人丧失清偿能力和债权人利益实现是一对矛盾冲突。重整制度在这种特定矛盾冲突中构建解决该矛盾冲突的法律途径。然而重整制度并非是破产法体系所提供的唯一的解决方法，多少年来美国破产理论和实务界一直对破产重整的制度价值持有异议。异议的焦点则集中在对清算程序和重整程序之间的选择问题上。破产重整的核心在于保护债务人公司的持续经营价值，这种持续经营价值建立在公司价值关系理论的基础之上。

破产程序不是市场竞争的终止，而是市场竞争的延续。破产程序的司法实践需要良好的自由竞争环境和资本市场以及非破产法体系的支持，否则破产制度的功能在实践中只能落空。破产制度的核心价值在于分配价值的提升，分配价值取决于财产的市场价值，因为只有债务人的财产经过市场流通才能够被转化成为可供债权人分配的价值。市场价值取决于财产的实际价值，但是与财产的实际价值存在差异。高效的自由竞争市场能够保证财产的市场价值不受不良因素的影响，无限地接近财产的客观实际价值。这对破产程序的进行至关重要。

公司重整需要大量的资金流入，及时可靠充分的资金流入保证了公司重整的顺

利进行并且提升了公司重整成功的可能性。这一过程不是依靠重整制度本身所构建的法律制度来完成,而是依赖高度发达的资本市场。资本市场的低效率或者缺失常常导致政府职能的扩张,由此产生腐败和公权力过度控制市场经济运行的局面发生。

重整制度是商品经济发展到一定阶段的产物,这样的历史背景表明重整制度的确立必然受到非破产法体系的影响并且给在其之前建立的非破产法体系造成一定的冲击。重整制度与非重整制度之间的关系问题也是史学界广泛争议的问题,而普遍的观点是尽量减少破产重整制度对现行法律体系所产生的冲击。重整制度依赖非破产法体系发挥作用,并且非破产法体系的完善保证了重整制度功能的最大程度发挥。

现代破产重整制度已经形成了高度发达的法律体系,自愿破产、公平效率、整体利益、商业判断和绝对优先原则贯彻始终。这些原则有的是破产重整特有的法律原则,有的则是破产法体系中普遍适用的法律原则。所有重整制度的原则体现了破产重整的内在逻辑在外化为立法过程中的要求。在司法实践领域,法律原则的设定规范法官自由裁量权的行使,并且为重整期间破产财团经营控制权主体实施自由财产的经营行为提供必要的法律依据。

#### 四、破产法的私法定位和市场依赖

从1986年我国出台第一部《中华人民共和国企业破产法(试行)》到二十年后颁布《中华人民共和国企业破产法》,破产法在市场经济领域发挥的重要作用越来越受到人们的关注。破产法成为我国构建社会主义市场经济法律体系必不可少的组成部分,然而对于破产法与市场经济之间的关系,例如破产法运行的经济环境和商品经济发展对破产法功能发挥所起的反作用却缺乏深入研究。作为与市场经济密切相关的商事法律,破产法不仅单向为市场经济提供法律规范,而且破产法的功能发挥需要市场机制运行为基础。只有认识到破产法功能与市场之间的互动关系,才能够更好地构建我国的破产体系。通过构建和完善破产法实施的必要经济环境,保证破产司法的廉洁性,完善我国现行破产制度和把握破产立法未来的发展方向。

##### (一) 破产法的私法定位和功能指向

与一般的强制债务履行的民事执行程序不同,破产法在目的追求上表现出更为复杂的价值体系。我国现行破产法确立破产法的私法地位,破产法的私法性具体表现在以下几个方面:

首先,破产程序中当事人对其自身利益实现具有充分的选择权。每个人都是其自身权益最大化的代表,他们为自身利益做出选择,并取得行使选择权的收益。当然,私权行使必须在破产法框架内进行,不能够超越破产法所设定的边界。现行破产程序可以从申请清算或者重整启动,并可以通过清算、重整或者和解终结,因此与1986年破产法相比,在现行破产法里破产当事人对于破产程序的启动和程序进行具有更多的选择权。

其次,破产程序本身的启动、进行和终止受到私权博弈推动,公权力的介入应被限定在维持破产秩序的范围内。当事人有权决定是否申请进入破产程序、进入何

种破产程序和如何终止破产程序，与此相比法院的作用被限定为提供破产平台，同时在有限的情况下依当事人申请做出实质性的决定<sup>①</sup>。破产程序既不是清理债务问题的唯一法律程序，也并非在任何情况下都能产生最佳的效果。如果当事人认为不能从启动破产程序中获得自身利益的最大化，那么就没有必要承担启动破产程序的成本<sup>②</sup>。

最后，就破产制度对整个社会经济网络所发挥的清理不良资产的功能来看，该功能主要依赖破产利害关系人私权行使所产生的联动作用实现。私权行使不仅极大地降低了实现该社会功能的社会成本，而且避免了公权力随意介入市场经济私权结构体系并对其产生破坏的可能。从现代破产法的发展来看，公权介入的范围主要集中在两个方面，即维持关系国计民生的企业的持续经营和主动清理可能对整个社会经济产生巨大破坏的不良资产。除此之外，当事人的自由意志在破产秩序范围内受到充分尊重。

我国破产立法充分体现了这种市场驱动的私权主导的破产运行体制，并且对公权力介入破产程序进行了限制。在此破产法的私法定位基础上，破产法的功能指向不仅形成了债权人利益优于债务人救济，债权人债务人权益优于社会整体调节作用的价值位阶，而且其不同的功能目标实现之间形成了以实现当事人权益为基础的联动作用。正如哈佛大学法学院沃伦教授所说“破产法体系从头到尾都是为了债务人企业的价值提升和减少债权人遭受损失而设计的”，因此债权人债务人<sup>③</sup>基于实现其自身权益所做出的选择决定了破产法社会调节功能能否发挥。在我国破产主体限于企业法人的立法背景下，债务人救济功能被明显弱化，进而债权人利益最大化成为我国破产法功能得以根本发挥的关键因素。一方面，只有债权人权益实现的功能得以发挥，才能有效地实现对破产法社会调解功能的联动作用；另一方面只要债权人权益保护的破产功能得以发挥，破产法社会调解功能也必然能够得以实现。

在充满利益冲突的博弈中，破产法的功能只有依赖市场经济机制才能得以实现。破产程序是充满利益冲突的法律运行机制，破产利害关系人必须在纷繁复杂的破产程序和机制中对自身利益实现做出判断进而做出选择。市场机制为当事人做出判断提供客观现实的参数，并且为最终变现分配提供手段。只有完备的市场，才能降低资本重新配置的成本，实现破产的社会效率；相反，没有完备的市场，破产法不但不能

① 我国破产立法完全排除了破产程序启动的职权主义模式，而把破产程序启动权完全交给破产利害关系人行使。只有在特定的情况下法院才能够实质性地介入破产程序，例如公司法第188条确定了处理公司解散事务的清算组申请破产的义务，或如法院在特定情况下依当事人申请有裁定强制重整的权力。

② Bruce H. Mann. Republic of Debtors: Bankruptcy in the Age of American Independence. Harvard University Press. 2002. pp. 252 - 253.

③ 债务人主动启动破产程序的时机和方式对债务人财产的保值增值具有巨大影响，因此债权人在破产程序中的权益实现有赖于债务人的配合。我国破产法应当建立对债务人企业控制人主动申请破产的激励和监督机制，从而使自愿破产制度的作用能够在司法实践中得以发挥。见齐明、仇晓光：《论我国自愿破产原则的反思与重构——从破产重整制度的中美比较视角出发》，载《东北师范大学报》（哲学社会科学版）2010年第4期。

实现其经济目标,反而会造成资源的浪费并引发一系列的社会问题<sup>①</sup>。破产程序,尤其是企业破产涉及债务人财产和企业员工的变现与分流,破产法的功能发挥需要依赖商品交易市场(实物资本市场<sup>②</sup>)、人力资本市场和破产管理人市场<sup>③</sup>得以实现。市场机制越发达,破产法的功能发挥就越充分,不发达的市场机制必然会制约破产法的功能发挥,进而在破产法的司法实践中产生问题。

## (二) 市场机制在破产体系中的功能构建

破产法是市场经济的产物,脱离市场经济的大背景破产法就失去了其生存环境。破产法体系运行无法完全通过其自身的法律机制完成,必须依赖其外部的基本市场机制才能够实现。从企业的资产和人力资源来看,企业破产的功能发挥需要商品交易市场和人力资本市场支撑。除此之外,构建我国破产管理人市场对于破产法律体系的内部建设来说也同样重要。可以说,这三项市场机制的构建与完善决定了破产法律体系是否能够正常发挥作用和在何种程度上发挥功能。

### 1. 商品交易市场的定价和变现功能

要对破产人的财产进行分配,首先必须对破产财产进行全面、准确地评估<sup>④</sup>,确定破产债权和债务人财产是破产程序中至关重要的环节<sup>⑤</sup>。如果说“企业的显著特征就是替代价格机制”<sup>⑥</sup>,那么对企业的价值评估就需要重新利用价格机制才能够完成。破产体系只有在自由市场的背景下才具有可行性,因为其更为关注债务人财产的市场价值,即市场交易价格。首先,对于债务人财产的评估是决定公司应当进行拆分清算,还是应当保留其继续经营价值进行重整的重要依据。我国破产立法没有对重整主体作过于狭窄的限制,而是把清算或者重整的决定权赋予了司法机关<sup>⑦</sup>。没有市场机制作为参照系,就不能为企业清算或重整的决定提供正当的依据。其次,破产程序的运行模式在于将所有债权债务关系货币化之后进行分配。在司法实践中,没有市场机制进行货币化那么随之进行的分配也不可能实现。再次,破产程序是自由市场竞争的延续,破产利害关系人之间的博弈在破产程序进行期间仍将继续。破产

① 李曙光、王佐发:《中国破产法实施的法律经济分析》,载《政法论坛》(中国政法大学学报)2007年第1期。

② 李曙光、王佐发:《中国破产法实施的法律经济分析》,载《政法论坛》(中国政法大学学报)2007年第1期。

③ 同样重要的还有资本市场,资本的流动速度和利用效率决定了债务人企业的潜力能够被发达资本市场挖掘出来,在进入破产程序前或者在程序中获得资金注入,通过破产预防制度获得拯救。然而与商品交易市场、人力资本市场和破产管理人市场相比,资本市场机制对于破产法功能发挥来说作用更像是锦上添花。

④ 李曙光:《破产财产的评估与变价》,载《法制日报》2008年2月17日第007版。

⑤ Douglas G. Baird. *The Elements of Bankruptcy*. New York: Foundation Press, 2006. p. 14.

⑥ [美] 罗纳德·H·科斯:《企业的性质》。[美] 奥利弗·E·威廉姆森、西德尼·G·温特编:《企业的性质》,姚海鑫、邢源源译,商务印书馆2010年版,第24页。

⑦ 李永军:《破产法的程序结构与利益平衡机制》,载《政法论坛》(中国政法大学学报)2007年第1期。



程序在利益多元化冲突和竞争下进行，摒弃竞争机制而动用公权力推动的破产程序必然导致破产司法腐败的产生。因此，承认市场机制在破产程序中的重要作用并建立健全财产评估机制是构建和完善破产体系的根本前提。

对债务人财产的价值评估既决定了破产程序能否启动<sup>①</sup>和如何开展，也决定了破产利害关系人在破产程序中利益博弈的方式<sup>②</sup>。破产程序中债务人财产的价值确定和变现必须在有限的时间内完成，这需要依赖发达的商品交换市场才能完成。在完美的商品交易市场上，商品的市场价值等于商品本身的价值，因而债权人能够就债务人有限的财产获得最大化的权益实现。虽然完美的商品市场并不存在，但是商品交易市场越发达，商品的市场价值就越接近商品本身的价值，债权人能够在破产程序中获得权益最大化实现。

然而市场常常受到人为因素的影响，或者由于商品本身的特殊属性<sup>③</sup>导致难以形成高效率的自由市场，在此情况下通过市场机制确定财产价值需要付出高昂的时间成本<sup>④</sup>。为了提高效率，破产程序往往采取模拟市场集中竞价的价格确定机制——拍卖这种方式来进行。司法拍卖机制构建的目标指向完全自由市场，这要求尽可能避免交易中的人为控制，和尽可能实现对模拟自由市场的人为塑造。长期以来破产法体系承担着对债务人财产进行司法评估的责任<sup>⑤</sup>，并依赖拍卖对债务人财产这一破产法的核心问题进行评估。拍卖作为司法评估机制，其优点在于能够通过模拟市场机制对债务人财产的价值进行评估并保证评估过程高效率进行。破产程序不可能无限期地拖延进行，债权人需要尽可能缩短实现债务人财产货币化的过程，否则将会增加债权人实现债权的成本。因此，准确快捷的特点使拍卖既弥补了商品交易市场缺乏快捷性的缺点，又满足了破产程序对财产准确评估的需要。然而值得注意的是，与真正的自由市场相比，拍卖过程更容易受到人为控制，因此应当对拍卖机制进行有效的监督和规范，防止司法腐败的发生。

## 2. 人力资本市场

人力资本市场的发达程度是判断企业破产给社会造成的影响和把企业破产置于

---

① 《中华人民共和国企业破产法》（2006）第四十三条“破产费用和共益债务由债务人财产随时清偿。债务人财产不足以清偿所有破产费用和共益债务的，先行清偿破产费用。债务人财产不足以清偿所有破产费用或者共益债务的，按照比例清偿。债务人财产不足以清偿破产费用的，管理人应当提请人民法院终结破产程序。人民法院应当自收到请求之日起十五日内裁定终结破产程序，并予以公告。”

② 债务人财产价值对债权人、债务人、股东和潜在投资者来说都很重要。他们往往可以通过财产价值与负债额的对比决定如何实现自身权益最大化，是否申请重整或者是否决定对债务人企业进行投资。

③ 例如房地产、古董、字画等特殊商品本身具有特殊性，没有相同商品所能构成的市场价值参照系。

④ 一般认为因为债务人再没有什么可以损失，因此这种时间上的成本由债权人负担。而在我国现行破产法体系下，这种时间上的成本也被转嫁给破产管理人承担。根据我国最高人民法院2007年4月12日颁布的《最高人民法院关于审理企业破产案件确定管理人报酬的规定》，破产管理人的薪酬主要根据受理案件的标的额确定，而与破产案件所进行的时间无关。

⑤ Robert C. Clark, *The Interdisciplinary Study of Legal Evolution*, 90 YALE L. J. 1238, 1250-54 (1981).

宏观社会经济分析所必须考虑的重要因素。社会影响和社会成本常常是一个问题的两个方面,破产造成的社会问题越严重,那么随后解决该社会问题所需要投入的社会成本就越多。在破产制度中表现为债务人企业应当进行拆分清算,还是应当对其进行重整以减少职工失业的问题。从社会资源有效利用来看,企业倒闭一方面意味着该企业不能够高效率地运用其所拥有的生产资料,即该社会资源不能够被该企业充分有效地利用实现效益最大化,另一方面印证了企业资产流向其他企业最终走向能够使其产生最大社会财富的企业的正当性。值得注意的是完美的人力资本市场并不存在,事实是企业破产本身不能使市场变得完善,市场也无法解决大量企业倒闭所引发的员工失业问题<sup>①</sup>。

与企业破产导致的企业财产价值贬损不同,破产所导致的大量员工同时失业给特定区域造成较大影响进而引发社会问题。大企业倒闭<sup>②</sup>给社会造成负面影响常表现在员工失业的大量性、同时性和区域性。特定区域内突然出现的大量具有不同技能的失业人口既对当地政府安排再就业造成巨大压力,又考验区域人力资本市场的消化能力。如果企业是若干参与特定市场自由竞争主体中的一员,那么失业人员则很容易被其他的竞争企业所吸纳;相反,如果该企业在特定区域内具有垄断地位,那么破产所产生的员工难以在该地区找到新的容身之所。他们面临或者迁徙或者重修其他技能的选择。无论员工迁徙还是重修其他技能,都在消耗社会成本,而如果他们不这样做,将会导致特定时间和区域内的失业率攀升等严重社会问题。法院在决定债务人企业的去留时,不仅需要考虑破产程序所产生的经济影响,而且需要在对人力资本市场的分流能力有准确客观的认识的基础上做出决定。

值得注意的是,职工安置和劳动债权保障问题仍然是我国破产司法实践中法院不可忽视的重要问题。职工安置和劳动债权问题一旦不能得到妥善解决,将会引起职工上访甚至其他群体性事件的发生,因此法院在处理破产案件中必然需要考虑妥善处理这些不是法律问题的问题。而地方政府往往在处理破产企业职工相关问题的同时,把他们的影响力施加到整个破产程序中。因此,有必要不断完善我国的人力资本市场,通过市场机制化解破产企业职工重新安置给法院处理破产案件所带来的压力,同时避免政府对破产程序的干预。

### 3. 破产管理人市场:破产法功能发挥的关键

破产管理人制度是我国2006年破产法所新引入的制度,借以通过市场化的手段完善我国破产期间企业控制权主体制度。从破产立法所赋予破产管理人的职权来看,破产管理人主要承担着使债务人财产保值增值和协助法院完成破产程序两方面的重要职能。前者如接管企业并对企业实施经营控制<sup>③</sup>、审查嫌疑期内债务人企业的财产

<sup>①</sup> Elizabeth Warren. *Bankruptcy Policymaking in an Imperfect World*. 92 Mich. L. Rev. 336 (1993).

<sup>②</sup> 2007—2008年金融危机中美国政府把“避免大企业破产”(Too big to fail)作为政府援助的一项原则。

<sup>③</sup> 《中华人民共和国企业破产法》第25条。

[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 定制及广告服务 小飞鱼  
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接  
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 商家 本本书店  
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为  
但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 定制及广告服务 小飞鱼  
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接  
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>





处分行为、实施撤销权<sup>①</sup>等，后者如申请撤销偏颇清偿行为<sup>②</sup>、调查债务人财产状况，制作财产状况报告、提议召开债权人会议等。由此可见，破产管理人在破产程序中发挥了重要的关键性作用，其功能既指向了破产制度的核心——债务人财产，又决定着破产程序能否高效有序地进行。

目前我国的破产管理人市场初步建立，建立和完善破产管理人市场对未来我国破产司法实践至关重要。破产管理人市场需要大量的符合资质条件的人员在公平竞争的市场化平台上的广泛参与，这需要从保证破产管理人从业资质、保证自由竞争、建立健全激励和监督机制得以实现。

目前制约我国破产管理人制度发展的因素包括来自破产法律体系整体构建和管理人制度本身的问题以及缺乏科学有效的激励和监督机制等。现行破产法体系建立了破产管理人和公司原经营层在公司控制权主体上的二元模式，但实际上由于破产管理人缺乏职业经理人经营企业的职业技能，因此实施公司的经营只能是管理人在公司原经营层淘汰后的补充功能<sup>③</sup>。其次，由于破产管理人的薪酬主要依据破产案件标的额确定，尽管“考虑破产案件的复杂性”<sup>④</sup>，但是没有考虑破产案件可能持续的时间因素，致使难以调动破产管理人履行职能的积极性。实践中破产案件的持续时间相对较长，在薪酬固定的情况下，破产管理人不仅需要冒可能长期履行职责的风险，而且根据破产管理人须与本案无“利害关系”的规定，承担在此期间不能受理任何与该破产案件有利害关系的诉讼与非诉讼业务所造成的损失。进而在客观上造成或者律师、会计师怠于参与破产管理人市场，或者担任职责后希望尽快拆分企业以便快速结案，而这些都不利于我国职业破产管理人市场的形成和发展。再次，应当建立健全我国破产管理人的激励和监督机制<sup>⑤</sup>，进而吸引更多优秀人才参与破产管理人选任竞争，监督和约束管理人勤勉忠诚地履行职责，规范职业破产管理人市场的法治化经营。

### （三）市场机制对破产法功能发挥的缺陷和校正

我们在利用市场机制的同时，应当警惕市场机制对破产法体系运行所可能产生的负面影响并及时地施加干预予以校正。破产法的功能发挥需要在自由市场运行的大环境下，通过立法者合理分配权利、设定破产秩序、理清破产法与非破产法的边

① 《中华人民共和国企业破产法》第31条。

② 《中华人民共和国企业破产法》第32条。

③ 齐明：《重整期间公司控制权二元模式探究——兼论我国破产管理人制度的不足与完善》，载《求是学刊》2010年第5期。这种二元模式的划分，导致我国现行司法解释中对于破产管理人任职资质的要求是不全面的，因为没有经营管理技能的破产管理人无法在实际经营债务人企业的过程中实现债务人财产的保值增值，相反可能会造成损失。

④ 中华人民共和国最高人民法院2007年4月12日发布《最高人民法院关于审理企业破产案件确定管理人报酬的规定》第9条。

⑤ 齐明：《重整期间公司控制权二元模式探究——兼论我国破产管理人制度的不足与完善》，载《求是学刊》2010年第5期。



界以合理运用市场机制发挥作用的平台,通过司法者尊重市场机制并基于公共利益的需要施加干预(如强制重整、接管金融机构等,维持破产秩序、利益冲突的权利均衡)和在市场失灵(金融危机)时用司法手段予以补充。破产法被编织在市场经济网络中,既要遵循市场的客观规律,有效地把市场机制编织到其自身功能中,又要应对受到市场契约冲击所产生的新的破产法问题。主要包括克服市场机制盲目性、维护破产秩序(自由契约和请求权交易)和应对市场失灵三个方面。

市场竞争和利益博弈是盲目的,这种利益较量的结果常常会导致破产程序走向歧途,因此需要公权力及时介入并予以校正。尽管破产程序中的市场机制导入基于市场参与者能够做出比法院更好的决策,但是他们过多地追求短期利益和其自身的权益,结果必然导致他们的决策在整个破产程序中产生负面影响。因为一旦债务人丧失清偿能力,那么每一个债权人都不得不参与到对破产财产的争夺中,这不仅是为确保其债权得到全部清偿,而且因为债权人十分清楚即便自己不参与竞争,其他人照样会去争取,最终自己将一无所获<sup>①</sup>。为了自身权益最大化,破产利害关系人甚至不惜以更大的整体利益为代价,这为在一些情况下允许司法或者立法介入提供了正当性<sup>②</sup>。其次,利益冲突中的强弱势地位取决于破产立法在利害关系之间的权利分配,而微观的权利分配往往会忽略宏观公共利益的存在。显而易见,公共利益是抽象宽泛的范畴,破产立法缺乏对该范畴的整体把握,并且无法准确具体地把对公共利益的保护完全纳入到司法实践的法条中。因此,当破产博弈导致公共利益受到威胁时,公权力就有必要介入破产程序中,例如对特定企业进行强制重整、对职工债权人施加特殊保护等,在这些公权力介入的背后存在着本应赋予职工的劳动关系所包含的利益。

建立和维持破产秩序能够有效地降低制度成本,因而破产法试图建立其具有特殊价值追求和调整手段的相对封闭的制度体系;然而由于其功能发挥所依赖的市场机制的开放性,破产程序不断受到其运行的外部环境所造成的冲击。在破产体系致力于挽救企业陷入经济困境所产生的损失的同时,在破产之外精明的商人们也在思考如何尽量避免其商业伙伴可能陷入破产导致的损失。这是自由市场经济所导致的必然结果,但同时也引发了对破产法体系本质的思考。那就是人们能否用契约的方式对破产法规则进行修改,甚至超越破产法体系而通过意思自治对债权债务关系进行解决。

最典型的形式表现为当事人通过契约的形式放弃破产制度自动冻结保护的问题。自动冻结制度是破产法对申请破产的债务人所施加的不受破产程序之外的债权人诉讼或者请求清偿干扰的保护机制。一旦破产申请被受理,那么对一切债权人请求债务清偿的请求和诉讼的阻断就不需要申请而自动进行。从其立法目的来看,自动冻

<sup>①</sup> Thomas H. Jackson. *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*. Harvard University Press. 1986. p. 124.

<sup>②</sup> Frank Easterbrook & Daniel Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press. 17, 23, 25 - 27, 37 - 39 (1991).

结制度不仅保护了债务人不受侵扰，保留实力有望将来重新开始的可能，而且保护了债务人财产不受债权人清偿竞争行为而遭受贬损。如果仅从成本收益的经济分析来看，很难判断市场中进行的自由约定和破产司法程序哪一个产生更大的效益，因此也难以确定维持特定破产秩序的意义。然而当债权人为多数时，债务人放弃破产保护的情况就涉及由此强加给其他债权人的成本。尽管放弃冻结保护表明了双方的合意，但是其他的债权人可能对债务人放弃自动冻结的权利毫不知情，因此弃权给这些债权人产生了附加成本。不仅如此，债务人的弃权结果必然与位于破产体系核心的债权债务统一清理的设计理念发生冲突，即破产制度所排除的“债权人在面对其他债权人在破产程序中的期待利益时所试图改变自身现存状态的努力<sup>①</sup>”。债权人对债务人财产的执行会打乱破产程序并破坏破产财产的整体价值，从而损害债权人整体的利益；而有担保债权人对特定担保物的实现也会导致此类损害，同时会影响随后可能进行的公司重整。如果其他债权人知道债务人已经同意放弃冻结，那么他们可能会通过更加紧密的监控或者坚持更为严格的信用条款随之调整他们与债务人之间的关系。

破产程序中的请求权交易则与此类似。破产程序的长期性导致破产利害关系人的时间成本增加，破产请求权交易则为债权人提供了把权利及时变现的手段。破产请求权的实现充满了不确定性，因此请求权交易市场充满了市场判断、谈判和博弈，然而正是这样的市场机制的灵活运作丰富了破产体系的灵活性和现实性。积极的请求权交易能够预示关于债务人价值的市场评价和公司重整的可能结果，但同时也可能导致公司重整中的控制权发生变化。请求权的交易者之所以购买请求权是因为他们期待公司重整计划产生的请求权收益会超过他们所付出的成本。而这里所谈到的收益不仅限于其分配收益，同样也包括在破产程序中的优势地位，即“购买破产公司的债权为的是能够主导公司重整。”<sup>②</sup>例如，为了在破产重整程序中占据控制地位而购买请求权。这些交易者感兴趣的不是破产请求权未来将会带来的分配收益，而是请求权所产生的对重整事项的表决权，凭借优势表决地位，他们可以通过他们的计划或者提出相反的计划。在 *In re Allegheny International Inc.*<sup>③</sup> 案中，破产法院否定了受让者使用其否决权阻止债务人的计划通过的做法，并基于破产法典 1125 (e) 授权法院依照基于恶意投票的规定废除了受让人的投票权。尽管我国破产法中对请求权交易没有明确做出规定，但是在破产法中对单纯以控制表决权为动机的请求权交易进行限制<sup>④</sup>显然是必要的。

① Thomas H. Jackson. *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*. Harvard University Press, 1986. p. 125.

② [美] 小戴维·A·斯基尔：《债务的世界：美国破产法史》，赵炳昊译，中国法制出版社 2010 年版，第 270 页。

③ 118 B. R. 282 (Bankr. W. D. Pa. 1990).

④ Chaim J. Fortgang & Thomas M. Mayer, *Trading Claims and Taking Control of Corporations in Chapter 11*, 12 CARDOZO L. REV. 1, 4 (1990).

经济危机使得破产法的功能难以再依赖市场机制得以实现,因此需要通过公权力的介入来实现原本市场机制应当完成的工作。从2007年始于美国并蔓延世界范围的经济危机中,倡导自由市场的美国政府动手干预市场经济,采取放任小企业破产,而出台总额达到7000亿美元的救市计划拯救大企业,尤其是金融业的举措就充分证明了这一事实。值得注意的是,经济危机导致的市场失灵现象促使破产法的功能得以扩张,并因此使其具有了生命力。通常我们认为,破产法发挥着预防经济危机、缓解经济危机给社会造成的破坏的功能,然而事实上经济危机常常导致破产立法的颁布。从美国破产法史来看,1800年、1841年和1867年破产法都是伴随着经济大萧条或者战后经济萧条产生的,“当经济危机来临时,国会匆忙通过破产法以缓解大范围的经济萧条。一旦危机过去,便不再需要联邦破产法。就像珀涅罗珀的织物一样,没事的时候国会迅速拆掉它的作品,时局艰难时才又忙碌起来。”<sup>①</sup>在美国破产立法发展的初期,破产法的功能限于拆分债务人企业和对债务人施加救济,因此破产法总是在经济萧条时产生,随着情况的缓解而被废黜,难以作为社会法律体系中的正常组成部分。直到1938年钱德勒法案的通过才将破产法的功能更多地与市场机制联系在一起,促使重整制度的提出和发展,使其作为重要的破产预防制度在破产法体系中确立下来。不难看出,如果把破产法视为单向服务经济而忽略破产法功能的发挥对市场机制的依赖,那么就会使其沦为拆分企业的程序,其立法追求也仅限于提升拆分企业的效率,进而失去破产制度本身的生命力。只要我们把握破产法与其外界的市场机制之间的关系并加以利用,那么破产立法的内容就会变得更加丰富,进而获得其自身的生命力并蓬勃发展。由此可见,我们在依赖市场机制完成破产法的功能的同时,需要随时关注市场机制运行的客观情况,及时甄别市场机制的不足,并且采取积极措施保证破产法的运行。

#### (四) 我国破产法体系化构建的反思和完善

与1986年破产法相比,我国现行破产法有了长足的进步和发展。其确定了破产法的私法地位,而且构建了破产重整和破产管理人制度,进而为我国破产立法借鉴和引进发达国家的先进经验并且在未来发展中与国际立法接轨创造了条件。现行破产立法充分体现了市场驱动私权主导的破产运行体制,并且对公权力介入破产程序进行了限制。其功能不仅指向了债权人利益优于债务人救济,债权人债务人权益优于社会整体调节作用的价值位阶,而且其不同目标之间形成了以实现当事人权益为基础的联动作用。正如哈佛大学法学院沃伦教授所说“破产法体系从头到尾都是为了债务人企业的价值提升和减少债权人遭受损失而设计的”<sup>②</sup>,因此债权人债务

<sup>①</sup> [美]小戴维·A·斯基尔:《债务的世界:美国破产法史》,赵炳昊译,中国法制出版社2010年版,第27页。

<sup>②</sup> Elizabeth Warren. Business Bankruptcy. Federal Judicial Center. 1993. p. 7.

人<sup>①</sup>的选择决定了破产法社会调节功能能否发挥。在我国破产主体限于企业法人的立法背景下，债务人救济功能被明显弱化，进而债权人利益最大化成为我国破产法功能得以根本发挥的关键因素。一方面，只有债权人权益得以实现，才能有效实现对破产法社会调解功能的联动作用；另一方面只要债权人权益保护的破产功能得以发挥，破产法社会调解功能也能实现。

然而由于我国市场经济发展水平低，难以提供破产法功能发挥所需的商品交易市场和人力资本市场，因此破产案件实际处理过程中对行政权的依赖，进而为破产案件中的腐败现象或者“权力寻租”留有空间。笔者认为在我国破产法的未来发展中去行政化在所难免，与此同时大力加强我国市场经济建设，完善破产法功能发挥所倚重的市场机制，用市场调节机制替代政府权力的直接干预是实现我国破产案件法治化的根本途径，同时应当着重注意如下问题。

首先，协调政府调节与市场机制之间的关系。破产法作为新的法律制度在我国法律体系构建中只有短短的二十几年的历史，而1986年破产法从一开始就给我破产法体系的发展奠定了挥之不去的重政府调节的深刻烙印。政府调节下的破产法体系在计划经济中发挥了其应有的功能，即为计划经济初步转型阶段和依法治国建设社会主义法治体系的初期提供企业法人的市场退出机制<sup>②</sup>。应该说，在破产法对市场机制客观依赖下，当市场机制相对薄弱时，那么公权力就必须介入模拟市场机制的角色，以保证破产法体系的功能得以发挥。破产法体系构建中大比重的政府干预在当时孱弱的市场机制难以担当重任的大背景下发挥了积极的作用，然而在二十年后伴随着经济全球化和法律全球化的今天，我国所亟待解决的问题就是在已经确定了我国的市场经济地位、我国破产法的私法定位、债权人保护的优先价值位阶并且不能否认破产法功能发挥对市场机制的依赖的情况下，是否仍然需要依赖广泛政府干预的模拟市场机制功能构建，还是应当回归市场机制的重要调节作用。

如前所述，公权力介入和市场机制调节作用在于提供破产法体系运行所需要的市场经济环境，在真正的正常发挥作用的市场经济环境中公权力介入应当发挥补充作用。虽然市场不可能永远做出正确的决定，然而市场机制却具有比其他的选项优越的特性。市场可能不完美，但是市场机制有望在做出财产分配决定上发挥比法院更高的效率。针对市场经济不健全和市场失灵两种情况，对于前者公权力介入的必要性、时机以及尺度应当基于对市场机制的评价进行，而对于后者而言公权力介入的必要性毋庸置疑，而介入的时机、尺度及其方式应当以满足破产法运行的需要和有利于市场重建为限度。当市场机制获得重新修复时，公权力应当主动决定

<sup>①</sup> 债务人主动启动破产程序的时机和方式对债务人财产的保值增值具有巨大影响，因此债权人在破产程序中的权益实现有赖于债务人的配合。我国破产法应当建立对债务人企业控制人主动申请破产的激励和监督机制，从而使自愿破产制度的作用能够在司法实践中得以发挥。见齐明、仇晓光：《论我国自愿破产原则的反思与重构——从破产重整制度的中美比较视角出发》，载《东北师范大学报》（哲学社会科学版）2010年第4期。

<sup>②</sup> 从1986年破产法条文本身来看，债权人在破产程序中的权益实现显然不是立法者最关心的问题。