

民商法论丛

CIVIL AND COMMERCIAL

LAW REVIEW VOL. 58

◆ 梁慧星 / 主编

本卷要目

专题研究

【李洪波 曹爱民】

破产债权人论

【周奥杰】

见义勇为人为人受害的民法救济

【孙琳 刘耀东】

继承合同制度研究

【徐卓斌】

“虚拟财产”论析

【方乐坤】

精神利益保护视角下“侵权—契约”二分责任体系的完善

【袁震】

宅基地使用权设定及流转法律问题分析

【韩朝炜】

证券交易所的法律属性及其对司法的影响

【王东光】

论股份回购之财源限制

法条释评

【孙瑞玺 孙增芹】

论违约金：功能、构成及其与相关制度的关系

【张鹏】

我国著作权法上“个人使用例外”的法解释学论纲

法学方法

【朱兰春】

案例研究方法的检讨与进化：从微观分析到四元结构

程序问题

【赵景顺】

中国民事诉讼契约化的回顾与展望

【罗发兴】

两大法系诉讼滥用的比较和启示

【冯源】

论我国家事案件中司法调解的适用

域外法

【殷安军】

OR 2020：全球债法改革浪潮中的“瑞士声音”

【郝丽燕】

德国现行民事诉讼时效规则

【[英]伊丽莎白·库克 著 樊丽君 张敏译】

婚姻财产协议与英格兰—威尔士法律委员会的工作

【郑志峰】

澳大利亚名誉侵权法律规制的新发展及其启示

【[英]肖恩·哈蒙 [韩]金娜京 著 唐超译】

双准记：现代韩国医事法的漂移与惯性

【施鸿鹏】

美国侵权法中纯粹经济损失赔偿的故意与重大过失要件研究

国际问题

【刘廷涛 刘杨东】

WTO适用于竞争政策的可行性分析

资料

【殷安军 译】

瑞士债法总则改革学者建议草案 (OR 2020)

【王渊智 席斌 译】

【欧洲委员会】关于消费者权利指令 (2011/83/EU)

【王彤 戎璐 译】

【欧洲委员会】共同买卖法

【王彤 戎璐 译】

【王彤 戎璐 译】

【王彤 戎璐 译】

【王彤 戎璐 译】



第58卷

民商法论丛

CIVIL AND COMMERCIAL
LAW REVIEW VOL. 58

■ 梁慧星 / 主编

本卷各篇文章中的观点并不必然反映主编及出版社的立场。任何以转载、重印、翻译等形式复制本卷所載的文章均須事先获得主编和法律出版社的书面许可。

中文社会科学引文索引 (CSSCI) 来源集刊



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民商法论丛. 第58卷 / 梁慧星主编. —北京: 法律出版社, 2015. 4

ISBN 978-7-5118-7739-0

I. ①民… II. ①梁… III. ①民法—研究—文集②商法—研究—文集 IV. ①D913.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 060838 号

民商法论丛(第58卷)

梁慧星 主编

责任编辑 李峰沅
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2015年5月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印业有限公司

印张 24.375 字数 719千

印次 2015年5月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-7739-0

定价:65.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

【专题研究】

破产债权人论

——我国现行破产立法语境下的理性思考

..... 李洪波 曹爱民(1)

见义勇为受害人损害的民法救济 周奥杰(44)

继承合同制度研究 孙 琳 刘耀东(69)

“虚拟财产”论析

——虚拟事物上之利益及其保护方式 徐卓斌(86)

精神利益保护视角下“侵权—契约”二分责任体系的完善 方乐坤(103)

宅基地使用权设定及流转法律问题分析 袁 震(132)

证券交易所的法律属性及其对司法的影响 韩朝炜(170)

论股份回购之财源限制 王东光(223)

【法条释评】

论违约金:功能、构成及其与相关制度的关系

..... 孙瑞玺 孙增芹(249)

我国著作权法上“个人使用例外”的法解释学论纲

..... 张 鹏(275)

【法学方法】

案例研究方法的检讨与进化:从微观分析到四元结构

..... 朱兰春(295)

【程序问题】

- 中国民事诉讼契约化的回顾与展望 赵景顺(326)
- 两大法系诉权滥用的比较和启示 罗发兴(345)
- 论我国家事案件中司法调解的适用
——以台湾地区“家事事件法”司法调解之改革为借鉴
..... 冯 源(367)

【域外法】

- OR 2020:全球债法改革浪潮中的“瑞士声音” 殷安军(387)
- 德国现行民事诉讼时效规则 郝丽燕(408)
- 婚姻财产协议与英格兰—威尔士法律委员会的工作
..... [英]伊丽莎白·库克 著 樊丽君 张 敏 译(429)
- 澳大利亚名誉侵权法律规制的新发展及其启示
——以2006年《统一诽谤法》为中心 郑志峰(445)
- 双准记:现代韩国医事法的漂移与惯性
..... [英]肖恩·哈蒙 [韩]金娜京 著 唐 超 译(474)
- 美国侵权法中纯粹经济损失赔偿的故意与重大过失
要件研究
——兼议对本国司法实践的启示 施鸿鹏(508)

【国际问题】

- WTO适用于竞争政策的可行性分析 刘廷涛 刘杨东(541)

【资料】

- 瑞士债法总则改革学者建议草案(OR 2020) ... 殷安军 译(564)
- 欧盟关于消费者权利指令(2011/83/EU)
..... 汪渊智 席 斌 译(602)
- 欧洲共同买卖法 张 彤 戎 璐 译(624)

【硕士学位论文】

- 论违约损害赔偿之计算 陶文敬(692)

破产债权人论

——我国现行破产立法语境下的理性思考

李洪波 曹爱民

目 次

引言：破产悲剧的主角

一、角色转换：从债权人到破产债权人

二、破产债权人的权利架构及运行机制

三、破产债权人行为的规制：风险控制の应然状况

四、鼓励或者抑制：破产债权人参与破产程序的制度保障

余论：换一个角度看问题

引言：破产悲剧的主角

被喻为经济宪法的破产法律制度肇端以来，无论是名义上还是理论上，均标榜以债权人利益最大化为追求的目标，也即债权人始终是以唯一或者最大受益人的身份参与其中。但是，作为破产利益归属者的债权人，在现代破产法律制度的运行中，却往往被置于永远受伤的境地，而且从制度运行的中心逐渐沦落到利益实质上被边缘化的地位，使人不禁发出“为什么受伤的总是债权人”的“天问”。学者在梳理破产法的发展轨迹时，曾形象化地指出：“破产法也经历了由广场到剧场的

变化。”^①实际上,从“剧场化”的视域来考量,破产债权似乎始终应该占据着强势的“主角”位置,全部剧情的设计都要围绕破产债权人的利益来展开。但现代破产法却使破产债权人的角色日益弱化,剧场中弥漫着淡化破产债权人主角地位的氛围,或者讲,多元角色的渐次登场,不断弱化着破产债权人的剧情,使破产成为诸多角色角逐利益的公共舞台。这种多元利益所有者的博弈,实实在在地损害着破产债权人的“剩余索取权”。尤其是在社会利益的冲击下,破产债权人或许已经被挤到了剧场的一角,至少其主角角色被淡化,其利益也就被有效地稀释了。从而,破产债权人从强势的利益归属者成为了不幸的利益被剥夺的弱势者,因而在诸多参与的主体中,也是最为脆弱、最易受到伤害的角色。“可怜的债权人,不管选择交易伙伴时是否有疏忽,一旦相对人破产,不管是合同债权还是非合同债权,都让债权人显得那么无助和无奈。”^②因此,重视日益被忽视被淡忘的破产债权人,唤醒沉睡的冷漠的破产债权人,仍是我们破产法制任重而道远的目标追求。

一、角色转换:从债权人到破产债权人

按照学界通行的观点,所谓债,即指因民事法律行为或者法律的直接规定,在特定的当事人之间产生的请求为给付的权利义务。^③“作为一种民事法律关系,债必须包括债权和债务两个方面,是债权债务的统一体。”^④债权与债务相互依存,债权即是指在债的关系中,债权人请求特定的债务人依据债的规定为特定的给付行为的权利。故债的主体就是债权人和债务人,其中享受权利的人即债权人,而负有义务的人则是债务人。

^① 王艳华:“《破产法》的‘剧场化’解说——以债权人为核心看《破产法》的疑点与困惑”,载王保树主编:《中国商法年刊(2007)》,北京大学出版社2008年版,第482页。

^② 付翠英:《破解企业破产的10大法律难题》,中国法制出版社2008年版,第194页。

^③ 杨立新:《债与合同法》,法律出版社2012年版,第20页。

^④ 王利明、郭明瑞、吴汉东:《民法新论》(下),中国政法大学出版社1988年版,第251页。

(一) 破产债权人概述

1. 破产债权:法律的限定

破产债权是破产法的中心范畴。然而,我国现行破产法缺乏对破产债权概念及特征的法律属性的描述,导致表述不一,在理解和适用上产生歧义。《企业破产法》第44条和第56条规定债权人应当按照法律规定的程序行使权利,第107条则将破产债权概念的适用限于破产宣告之后,也即仅仅适用于破产清算程序,这显然与整部法律的体系相矛盾,也与其自己界定的时间节点相矛盾。^①

根据我国现行法的规定,所谓破产债权,是因破产程序启动前原因成立的,经依法申报确认,并得由破产财产中获得清偿的可强制执行的财产请求权。^② 破产债权是在破产程序启动后由特定债权演化而来的,也即破产债权是以破产的债务人为对象、特定化了的债权,其受偿要受到债务人破产财产的限制,在法定程序经过后,不管其是否得到全额或部分满足,均应归于消灭。^③ 学理上,一般将破产债权概念分别从实质意义上和形式意义上进行论述。

(1) 实质意义上的破产债权。也即从实体法的角度看,破产债权是在破产程序开始前成立的对债务人享有的金钱债权或能够以金钱量化的债权,其反映了破产债权静的形态,即债权的实体内容与本质,它表明破产债权是由于其他实体法产生的财产请求权,而非破产法新创

^① 根据破产法的规定,破产债权成立的时间节点应是在破产申请受理之时,而从案件受理到破产宣告通常需要相当一段时间间隔。另外,《企业破产法》采取了破产重整、和解、清算三个程序规定在一起的立法例,也即“一个大门,三个小门”程序设计。(李永军、王欣新、邹海林:《破产法》,中国政法大学出版社2009年版,第10页)作为破产程序中的概念,仅仅限于破产清算程序中适用,显然过于狭窄了。故本文是作为通用概念进行论述的,也即不但适用于破产清算程序,也适用于破产重整程序、破产和解程序。不将破产债权概念限定在宣告破产之后,而将申请受理后对债务人所享有的债权均泛称为“破产债权”。(范建、王建文:《破产法》,法律出版社2009年版,第172页)另外,为了照顾上下文及行文的方便,本文有时将“债权人”和“破产债权人”通用。

^② 王欣新:《破产法》(第3版),中国人民大学出版社2011年版,第169页;沈志先主编:《破产案件审理实务》,法律出版社2013年版,第174页。

^③ 李国光主编:《新企业破产法条文释义》,人民法院出版社2006年版,第267页。

设的权利,也非基于破产法上的原因而产生。^①我国对破产债权在立法上采取了限缩主义的态度,将破产债权成立的时间节点固定于破产申请受理之前,故也称固定主义立法原则,这一点也是各国通例。^②这体现了破产立法独有的制度价值:最大限度地满足符合条件的债权人的利益需求。但也有例外,如从破产申请前存在一直延续至申请受理后才得以完成的行为所产生的债权,管理人决定解除合同时对相对方产生的损害等因破产法的直接规定而成为破产债权。

(2)形式意义上的破产债权。也即从程序的角度讲,破产债权系依破产程序申报、确认从而得以破产财产受偿的财产请求权,其反映了破产债权动的形态,即债权实现的形式。其表明破产债权是由一般债权在债务人进入破产程序时转化而来的一种权利,它能够参与破产程序,并能够按照破产法的制度安排得以实现。我们通常讲的破产债权,一般是指程序上的概念范畴,其实质上的含义只是表明其脱胎于实体法的权利内容而已,实质上的破产债权若不转化为形式上的破产债权,在破产程序中就没有任何意义。^③该含义预示着破产债权真实的法律地位,也揭示着其角色困惑之源。

综上,债权人要成为破产债权人必须依法律的规定,满足两个条件:一是实质意义上的破产债权的主体,二是参加破产程序。

(3)破产债权的演变轨迹。根据破产程序的设计,破产债权以申报为前提,以确认为基础,以受偿或其他安排为归宿。债权申报体现了破产程序为概括执行程序的特点,表明了债权人参加破产程序并遵循破产法规则的意愿,也是其以后行使权利的前提。“换言之,不申报的债权,无论其主体是否知道债务人破产的事实,其请求权皆随着申报权的丧失而一并消失。”^④但“一项债权在被法院确认之前只能当作潜在的债权”,^⑤因此,只有经过有权机关的确认,债权才称其为破产债权,

① 王延川主编:《破产法理论与实务》,中国政法大学出版社2009年版,第163页。

② 汤维建:《破产程序与破产立法研究》,人民法院出版社2001年版,第196页。

③ 李爱民:《论破产债权》,郑州大学硕士学位论文,第2页。

④ 汤维建:《破产程序与破产立法研究》,人民法院出版社2001年版,第206页。

⑤ [美]大卫·G. 爱泼斯坦等:《美国破产法》,韩长印等译,中国政法大学出版社2003年版,第459页。

否则,不管是否已经申报,都无任何意义,即不能转化为破产债权。通说认为,对债权的确认具有司法的性质,^①故能够行使债权确认权力的只能是法院。债权经过法院确认后,普通债权人实际上就成为了破产债权人,可以在破产程序中行使相应的权利,如对重大破产事项的表决等。破产债权通过破产法的制度安排,接受对债务人财产的最终分配或其他安排,最后将归于消灭,其命运的归宿并不以破产债权人的意愿为转移。

2. 破产债权人的法律地位:破产制度的构造基础

我国现行破产法适用的主体(即破产人)限于企业法人,企业法人的财产独立是其基本原则,从而作为债务人偿债的财产也是限定的(有限性)。信用是市场经济的支撑,而保护债权人的利益是维护信用经济良性运转的基本要求。^②作为市场主体法之一的破产法,其程序的设计均应围绕破产债权人利益这一中心而进行,否则,破产程序不可能得以启动和推进,破产制度的总体目标以及各个程序的目的也不可能达到,破产制度也就失去了其存在的价值基础,甚至破坏正常的市场经济秩序。我国《企业破产法(试行)》的实践,教训良多。从破产程序启动来看,破产申请的动因以及落脚点即是债务偿付不能。从破产程序的推动来看,不断满足破产债权人的各种利益诉求是程序前行的加力。破产制度构建的逻辑起点和归结点,也是破产债权人利益的保护问题。^③各项破产程序的逻辑起点:破产清算程序,目标是破产债权的公平受偿和清偿率的最大化;破产重整程序,目的是拯救债务人的事业,但亦促成债务人走出困境,恢复经济实力以继续清偿债务,且制度的设计必须以破产债权人的利益最大化为前提;破产和解程序,节约了

^① 《德国支付不能法》第178条:“……(3)就所确认的债权而言,并且是从债权的金额和顺序上看,登入债权表对支付不能管理人和全体支付不能债权人具有与确定判决同一的效力。”《德国支付不能法》,杜景林等译,法律出版社2002年版,第95页。我国破产法亦应明确赋予确认债权的效力问题。

^② 作为最主要的市场主体法的公司法也往往蕴含着债权人保护的精神。一般认为,公司法保护债权人的理由,首先是信息的不完整性,其次是债权人比股东承担更大的风险。此外,道德风险问题经常将债权人置于风险更大的境地。葛伟军:《公司资本制度和债权人保护的相关法律问题》,法律出版社2007年版,第39页。

偿债的成本,破产债权往往会得到更高的清偿率。②各项破产制度的归结点:如管理人制度、债权人会议制度以及债务人财产制度等。故破产各项程序与制度的设计,均体现了破产债权人能够充分行使权利的原则,并为其行权提供了多种手段与救济途径,同时辅之以更加理性的措施,如司法权的适当介入等。

(1)破产法的本质:债务清理法。追根溯源,破产法即肇端于债权人对债务人及其财产进行彻底的清理而满足其债权求偿权得以实现的制度。“债务清理,是贯穿破产法的一条红线,也构成破产法的主旋律。”①从制度经济学的观点来看,破产法不仅注意使每一个破产债权人在破产过程中得到公正、公平的清偿,而且注重追求有效率的结果,实现破产债权人成本最小化下的最佳产出。故破产债权始终是破产法上的中心范畴,对破产债权的保护,既是破产法逻辑的起点,也是破产法程序的终点。

(2)相机控制理论:破产债权人的剩余索取权。根据经济学理论,股东(所有者)是公司的剩余索取权人,而控制权应与剩余索取权相对应,故公司的最终控制权应授予股东。②但在公司破产状态下,由于其财产已不足以清偿全部债务,其全部资产和收益均需要用于清偿债权人,股东已没有任何取得剩余收益的可能性,因此也就不再能够承担任何风险,这时的控制权就应转移到实际承担企业风险的参与者手中。而债权人是实际上的风险承担者,也就成为了剩余索取权人,从而至少在理论上,破产债权人是破产企业的控制者,企业的控制权由股东转移给破产债权人。③“因而,债权人的相机控制权是企业破产时的一种治理安排。破产程序,实质是债权人的相机治理机制。”④从另一个角

① 王艳华:“《破产法》的‘剧场化’解说——以债权人核心看《破产法》的疑点与困惑”,载王保树主编:《中国商法年刊(2007)》,北京大学出版社2008年版,第483页。

② 李凯:“公司是谁的?——阿里巴巴合伙人架构述评”,载赵旭东、宋晓明主编:《公司法评论》(总第23辑),人民法院出版社2014年版,第178页。

③ 贺丹:《破产重整控制权的法律配置》,中国检察出版社2010年版,第43~45页。

④ 王艳华:“《破产法》的‘剧场化’解说——以债权人核心看《破产法》的疑点与困惑”,载王保树主编:《中国商法年刊(2007)》,北京大学出版社2008年版,第483页。

度来讲,全部破产财产是破产债权人实现其债权的总担保,是全体破产债权人的责任财产。企业法人的独立财产制和股东(所有者)的有限责任,决定了其承担责任的限定,在破产情形下,破产债权人当然成为了破产债务人财产的主宰。

(二)角色的转化,演示着债权人地位不断沉沦的轨迹

债权人的特性就是各自诉求不统一,即使在破产程序中,结构松散的债权人团体,也难以与其他机构(如债务人、管理人等)成为势均力敌的天平的一端。^① 债权人地位弱化的根源实际上主要在于有限责任的外部性导致的道德风险。在现代社会,随着资本主义的发展,有限责任的勃兴与极致化发展,对股东投资热情的鼓励成为主流,而对从另一个角度来讲同样也是投资人的债权人的利益普遍存在忽视的倾向。由于现代化公司的发展,利益相关者的范围愈益庞杂,社会利益占据了决策者的主要视野,似乎公平、正义的理念更加侧重于社会利益的维持,从而利益平衡的观点大行其事,而平衡掉的则往往是普通债权人的利益,也就是说,债权人的利益处于日渐被侵蚀的境地。“债权人面对进入破产程序的债务人,其高高在上的债权人地位也随之下降,成为破产债权人。”^② 债权人从此面对的是“万劫不复”的命运。

1. 对破产制度发达史轨迹的考察

从总体上来说,破产法制的发展轨迹是:债权人利益绝对主义→债权人与债务人利益平衡主义→债权人、债务人与社会利益并重主义,且愈益向社会利益倾斜的价值追求。^③ 也就是说,现代破产法的发展体

^① 刘俊海教授认为,债权的五大属性决定了债权人的相对弱势地位:债权是请求权;债权是相对权;债权具有期限性;债权具有平等性和民主性;债权具有财产性。由此也“决定了《白毛女》中的杨白劳与黄世仁这一经典的债权债务关系中的强者由‘黄世仁’转向了现代经济生活中的‘杨白劳’”。刘俊海:《现代公司法》(第2版),法律出版社2011年版,第541~542页。

^② 付翠英:《破解企业破产的10大法律难题》,中国法制出版社2008年版,第194页。

^③ 有学者从债务人的角度进行了概括,认为破产法的发展,“先后或交叉经历了从有罪破产到无罪破产的转变,从债务人破产的不免责到给予免责的优惠,从单纯清算型的破产到预防型破产的进步,从非自愿的破产发展到债务人自愿的破产等”。李国光主编:《新企业破产法条文释义》,人民法院出版社2006年版,第4页。

现了破产预防主义的法制思维,破产制度的价值取向发生了异化。我国《企业破产法》第1条规定:“为规范企业破产程序,公平清理债权债务,保护债权人和债务人的合法权益,维护社会主义市场经济秩序,制定本法。”第6条规定:“人民法院审理破产案件,应当依法保障企业职工的合法权益,依法追究破产企业经营管理人员的法律责任。”从立法意图来看,对包括债权人、债务人在内的各利益主体权益平衡,特别是对社会利益的重视是显而易见的。在破产程序和具体制度的设置上,如破产清算、重整、和解程序的平行安排,债务人财产制度、管理人制度、债权人会议及债权人委员会制度、分配顺位制度以及破产法律责任制度具体设计等,无不浸透着利益平衡的精髓,但社会利益优先的思维更是贯穿始终。在此,破产债权人的利益不可能不被稀释,虽然不可能被完全忽视。而破产债权人在破产事件中的地位也就经历着从绝对主角,到并列主角,甚至有向配角滑落的危险。

2. 破产制度对债权人实质意义的拷问

“破产程序是总括的执行程序、终极的执行程序、最后的执行程序。”^①从债权人的角度来说,破产制度就是集体清偿机制,其完成了从强制执行到概括执行、从个别执行到集体执行的兑变,体现的是在债务人不能清偿全部债务的情形下,债权人求偿从效率到公平的价值转变。但在破产制度下,债权人的权利行使方式、力度等受到了非常大的影响。

(1) 破产制度对个别债权人行为的规制和约束。破产法既然是集体清偿制度,自然对债权人个别的求偿行为作出了普遍的规制,特别是对于普通的一般债权的限制更加明显。而且为了全体债权人的一般利益,破产法将债权人行为的约束前溯至破产申请之前的某个阶段,如对偏颇性清偿的禁止等。“债务人一旦进入清算或者破产,就受到无担保债权人共享可得财产的集中制度的拘束。”“随着破产程序的正式开始,提出或者执行无担保的个体权利请求权即告以终结并转化为在破

^① 李国光主编:《新企业破产法条文释义》,人民法院出版社2006年版,第6页。

产中申报债务的权利。”^①美国的自动冻结制度也是针对债权人对债务人进行的诉讼或非诉讼形式的追债行为而设定的。^②

当然,随着破产程序对债权人索债行为方式的限定,债权人也完成了“茧化”为破产债权人的彻头彻尾的改造,从此,破产债权人必须“带着镣铐跳舞”,个人行为要服从集体受偿程序的规制。破产债权人集体决议的效力具有普遍性,对全体债权人均具有约束力,不管其是否参与了破产程序的活动,或者对决议投了反对票,也即破产法赋予了集体受偿程序的优越地位。^③而且,破产债权人行权的前提要受到申报和确认程序的限制,即使因遭遇不可抗力等障碍而难以行权,也不构成阻却相应程序的理由。

(2)有担保债权人乃至其他享有优先权债权人的权利也受到不同程度的限制。从总体上,破产法是程序法,债权人法律地位的确定原则上应尊重其他实体法律的规范。“但是,破产法发展到现代,法的本位开始由个人权利向社会权利转变。在此背景下,担保债权传统上那种至高无上的优越地位受到了挑战和冲击。它们不再被普遍认为具有独立于破产程序完全实现的优越性,同其他债权一样,它们也要服从解决破产案件的大局。债务人为了履行和解协议,实现重整计划,往往需要担保债权人作出程度不等的谅解和让步,而这种谅解和让步在法院权力的干预下总是带有强制因素。”^④如在重整程序中对有担保债权行权的限制,和解程序对相应债权人行权的限制,即使在清算程序中,有担保债权的实现亦应遵循债权申报制度的规定,并尊重破产财产整体变现优先原则等。

3. 破产临界状态下债务人(破产人)财产制度

企业财产所有权属于股东(出资人),股东是企业的最终所有者,这是显而易见的道理。但从债权人的角度考察,“一般来说,债务人的

① [英]费奥娜·托米:《英国公司和个人破产法》(第2版),汤维建、刘静译,北京大学出版社2010年版,第273、274页。

② 潘琪:《美国破产法》,法律出版社1999年版,第13页。

③ 王卫国:《破产法精义》,法律出版社2007年版,第132页。

④ 汤维建:《破产程序与破产立法研究》,人民法院出版社2001年版,第227页。

全部财产是债权人实现债权的总担保,是全体债权人的责任财产。”^①只是在企业正常经营的状态下,债权人一般不会去关注债务人财产的质和量的问题,也无权介入企业的管理过程,甚至对企业的内部管理一无所知。债务人破产后,其虽然仍是破产财产的法律上或形式上的主体,但它已经丧失了对它的管理权和处分权,因为在破产程序开始后,其他债权人即共同拥有了对破产财产的法定抵押权,且该抵押权具有统一性,而不是分散为诸债权人的具体权利。^②也就是说,“当企业濒临破产时,债权人才是公司真正的风险承担者和剩余财产索取者,我们应当合理地归还其控制权,赋予债权人状态依存的管理或监督职能……”^③但实际情况是,“简言之,破产申请提交之后,债权人可以呼吸,可以吃饭、睡觉,也可以梦熟黄粱,但对债务人的财产只能够望而却步。”^④在债权人走向破产债权人的过程中,作为现代版的债权人“黄世仁”针对债务人“杨白劳”的强势地位可能就会发生相互转换,也即意味着一旦成为破产债权人,则必然面临着受损害的命运,而且几乎是不可避免的。

4. 针对债务人财产的利益博弈

作为市场最主要的主体,企业在其交易过程中,会形成形形色色的利益关系,从这个角度来看,“公司破产是公司内部与外部各种权利主体博弈、权利重组的过程”。^⑤实际上,在企业破产过程中,围绕债务人的财产,存在着诸多不同质的利害关系人,总其要者,大体可以包括:取回权人、别除权人、法定优先权人(职工债权、公法债权等)、共益债权人、一般破产债权人以及其利益直接或间接受到影响的利益主体,如企业的上下游客户、社区公共利益、大规模侵权以及环境侵权的受害人

① 王东敏:《新破产法疑难解读与实务操作》,法律出版社2007年版,第4页。

② 汤维建:《破产程序与破产立法研究》,人民法院出版社2001年版,第220页。

③ 丁广宇:《有限责任公司的债权人保护理论与实践》,法律出版社2011年版,第211页。

④ [美]大卫·G·爱泼斯坦等:《美国破产法》,韩长印等译,中国政法大学出版社2003年版,第62页。

⑤ 仇晓光:《公司债权人利益保护对策研究》,中国社会科学出版社2011年版,第106页。

等。就破产债权人来讲,主要存在三个矛盾需要进行平衡:一是存在于债务人和债权人整体之间的利益矛盾;二是存在于破产管理人与债权人之间的利益矛盾;三是存在于诸位债权人之间的利益矛盾。^①也可以说,存在着对内、对外两大利益矛盾冲突关系。

(1) 对外:主要是两对矛盾的冲突或平衡

①破产债权人与债务人(破产人)及其相关人的博弈。“现代破产法在给予善意的债务人免责的同时也为债务人提供了逃避债务的可能性”,^②而且债务人的经营者(高管人员)也存在“损公肥私”的潜意识,特别是在企业濒临破产时欲望更甚,从而对破产债权人将来对破产财产的分配利益造成实质性的损害。但在利益的博弈过程中,破产债权人并没有更有利的手段阻止相对人对其利益的侵蚀。

②破产债权人与管理人的博弈。美国破产法将破产托管人视为债权人的代表,而且主要代表无担保债权人进行破产事项的管理等。^③实际上,在破产程序的运作过程中,管理人与破产债权人之间既有合作,又有利益分歧。首先,这与管理人的法律地位相关。根据我国现行法的规定,管理人在破产程序中处于中立的法律地位,其独立行使职权。但管理人对破产财产的管理、处分以及在重整程序中的营业等履行职务的行为,均是围绕着破产债权人的主体利益进行的,也就是说,管理人与破产债权人在破产程序中行为的目标总体上是一致的。其次,管理人与债权人会议的职权具有互补性。“在破产程序中,管理人和债权人会议权力分置,破产法律制度安排两个主体在不同的角度或者层面上参与处理破产事件,享有不同职权或者权力,其目的是确保债务人财产价值最大化,公平、公正地对债权人进行分配。”^④因此,应注重协调两者之间的关系,即使在行使监督职权时,债权人会议及其债权人委员会也“应当尊重管理人的独立性,不能对管理人发布命令”。^⑤

① [英]费奥娜·托米:《英国公司和个人破产法》(第2版)“内容简介”,汤维建、刘静译,北京大学出版社2010年版,第6页。

② 齐树洁主编:《破产法研究》,厦门大学出版社2004年版,第627页。

③ 潘琪:《美国破产法》,法律出版社1999年版,第144页。

④ 王东敏:《新破产法疑难解读与实务操作》,法律出版社2007年版,第101页。

⑤ 王卫国:《破产法精义》,法律出版社2007年版,第200页。

最后,管理人与破产债权人确实存在利益的冲突,主要表现在管理人报酬的高低对债权人最终分配率的影响。从管理人角度讲,其想要获得更高的报酬;从破产债权人的角度讲,想要极力降低管理人的报酬水平;而从法院的角度讲,对于管理人的报酬应是其劳动的合理补偿。其实,破产债权人地位的降低,其权利不断被弱化,主要在于破产实践中被管理人以及法院的公权力不断的侵蚀所致,现行法在赋予破产债权人代表机构的功能、职权及监督制度的设计上存在着诸多不足。这样的制度设计是利益衡量的结果,且是建立在对债权人整体利益的考量之上的。

(2)对内:各种不同质债权之间的博弈。“破产法的前提是债务人对所有债权都无力清偿或停止支付,破产法的着眼点是债务人的事业马上就要崩溃。”^①从表面上看,债务的不能清偿是债务人与债权人之间的利益矛盾,但“这实际上是一种债权人之间的冲突(creditor-versus-creditor):每一个债权人都希望其他债权人的债权被划入免责的范围。破产法的首要目标就是在这些债权人中间设立受清偿的优先次序”。^②另外,破产制度的价值目标瞄准的是破产债权人的整体利益(一般利益),是债权人整体的公平受偿,而债权人的个人利益与之自然有冲突之处。破产政策就是在各破产债权人的利益博弈基础上,使他们之间的利益平衡达到最优状态。当然,博弈论告诉我们,利益的博弈一般会 是零和博弈或者负和博弈,正和博弈的结局很难企及,故破产债权人通过内部的竞争,作为整体的势力不可避免地削弱了。

(三)角色转化进一步促使债权人利益的分化与整合

“破产制度落实了债权平等的原则,使所有债权人实现债权的最后机会平等。这是破产制度对所有债权人的最重要的积极意义。”^③但是破产法毕竟是程序法,对于当事人所享有的实体权利,应当以其他相关法律为基础。故由于各种债权的性质以及相互之间的关系不同,在破产程序中所应享有的权利自应区别对待。

① 齐树洁主编:《破产法研究》,厦门大学出版社2004年版,第628页。

② 齐树洁主编:《破产法研究》,厦门大学出版社2004年版,第628页。

③ 王东敏:《新破产法疑难解读与实务操作》,法律出版社2007年版,第4页。