

破产
优先权之限制
理论
研究

张钦昱 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

破产
优先权之限制
理论
研究

张钦昱 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

破产优先权之限制理论研究 / 张钦昱著. —北京:
法律出版社, 2016. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9898 - 2

I. ①破… II. ①张… III. ①破产法—研究—中国
IV. ①D922. 291. 924

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 203201 号

破产优先权之限制理论研究

张钦昱 著

责任编辑 高 山 汤子君
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2016 年 8 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 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 11.5 字数 265 千

印次 2016 年 8 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 - 9898 - 2

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

在我的博士研究生中,在我身边时间最长的应该就是钦昱了,除了 2011 年他去美国纽约大学法学院读书获取学位这一年,从 2008 年始到今天,钦昱一直担任我的学术与工作助手。时长日久,我发现钦昱身上有多重的优秀品质。甘于奉献这一条,许多人真做不到钦昱那样。担任我的助理,那种事务的繁杂性应该到了“不足为外人道”的地步,但交办他的事,钦昱绝对不打折扣,做得又快又让人放心。即便到今天,钦昱博士毕业两年了,作为一所对学术要求很高、竞争激烈的著名大学的青年教师,个人的学术研究与课程教学时间是非常紧张的,但是钦昱还像以前一样,不仅仍然在担任助手工作,还兼任着破产法研究中心的秘书长并主持他所在的经济法研究所的党务工作。我诸多门弟子,有难题特别是学习与论文选题及写作方面的问题,也喜欢去找他,他也是来者不拒。钦昱最重要的品质是对学术真知孜孜不倦的追求精神,他对学术的热爱是许多人不及的。钦昱是东北人,长得高高大大,给人一种喜爱交友做事粗犷的印象,但

钦昱恰恰相反,他不擅言谈却又心细如发。奇怪的是,不擅言谈这点表现在公共场合以及同门聚会时,他基本喜欢待在角落的位置,似乎孤僻不合群,但他在课堂上又是最受学生欢迎的法大博士讲师。而心细如发这点体现在他平时的做事做人上,做事极其认真,对人真诚无假。我想,正是这一品质,使得他在学问追求上能独辟蹊径,发人之未发,发人之不能发。

钦昱的博士论文题目也是随了我的专业,写得是破产法中的优先权问题。借此机会,我也谈谈我对破产法中优先权问题的一些看法。

一、优先权问题是破产法中的大问题但并非破产法中的元问题

优先权问题是破产法中一个非常重要的问题,学界有观点认为优先权、雇员与职工权利保护问题是破产法中的一个元问题,我不太赞成这个说法,虽然我没有仔细想过这个问题,但从我直观感觉来讲这不应该是破产法的元问题。我认为破产法的元问题,或者说比较重要的问题(如果不是元问题的话),应该是债权人的保护问题。从破产法的原理来说,建立市场退出机制的目的是要建立一个公平竞争、优胜劣汰的市场体制与机制,“优胜”就是好的市场主体或企业应该鼓励,不过这不是我们破产法关注的问题,破产法关注的是“劣汰”,就是差的企业要从市场上淘汰。为什么要淘汰呢?因为这样的市场主体在浪费整个社会的资源,在给社会造成新的交易成本,会使社会失掉诚信。因此,从这个角度来说,在企业破产过程当中谁损失最大?是投资企业的股东?不应该是,作为股东,企业投资经营失败就得承担损失与责任,那是股东自己选择的结果。破产过程中损失最大的是债权人,债权人是把钱带给企业与股东的人,他贷款给企业是希望企业能做好做大做强,这是整个市场信用的基础,没有这个信用的话,就没有人会愿意借钱给别人,没有人借贷的话,整个市场就失去资金的活水,经济体就会“失血”。所以如果说要有元问题的话,那么债权人的保护应该说是破产法的元

问题。破产法之所以产生,一个最根本的原因就是要保护债权人的利益,对濒临破产的企业,债权人希望越早清算越好,越快清算越好,越快清算债权人能收回的贷款越多,越拖延时间债权人能收回的款项越少,好的市场经济就是一个价高者得、公平竞争、优胜劣汰、讲究规则的市场经济,可以迅速保护债权人的利益,这是一个元问题。

二、劳动债权破产优先性的历史渊源

那么在企业破产过程当中,会涉及雇员权益保护的问题。雇员问题怎么理解呢?我个人理解雇员权益保护问题不主要是破产法的问题,比如说欠薪,欠薪不是破产法的问题,有许多企业在经营状况好的时候就开始欠薪了,一欠一年甚至数年。老板有钱时,为什么让他欠薪,当时就可以诉讼嘛。不应拖到破产时才诉,当时就可以起诉,工资是周结还是月结,一周或一月没有拿到工资就可以去法院告你,怎么会有欠薪呢?不存在,这不是破产法的问题,任何一个企业如果在成立的第一天就开始欠薪,那就不是一个正常的企业。肯定是企业运作了相当长一段时间,存续了相当长的一段时间,为什么会发生企业欠薪呢?欠薪主要是因为其他法律执行的不好,《劳动法》、《劳动合同法》、《工资条例》等执行的不好,跟破产法没有关系。破产法中的欠薪只能说是破产的那一两个月工资有可能拿不到,那不是一个大问题,只是一两个月的工资拿不到而已。但是在破产处置过程当中,会有一些特别情况,比如,企业会以各种各样的方式给员工一些利益,如员工的福利、员工的期权,我答应你只要在我这干,三年以后我会给你10万元,现在两年九个月了,还差三个月,结果破产了一分钱都没拿到。还有企业跟社会、跟政府打交道可能会拖欠一些保险金或养老金的上缴,再加上几个月的欠薪,这个是正常的,前面的欠薪几年是不正常的。在这种情况下,雇员的权利问题就出来了。劳动债权的面是很广的,他的五险一金,还有病假产假欠薪,残疾人有专门的残疾补助,那么这些不是在欠

薪里面的,是在另外一些领域,都算劳动债权。把这些所有的欠债搁在一起,这可能是一笔比较大的数额。在一个企业,在一个市场主体经营失败的时候,这就成为一个比较大的债权额了。这个债权额足以和其他债权额形成对抗,因为他人数量众多,企业越大,这部分的债权额也就越大。如果一个企业有1万个职工,每个人被欠100元,那么这个债权额就有100万元了。如果每个人被欠1万元,那就是1个亿啊。这是完全有可能的,如果把各种奖金、保险、福利、补贴,在中国还有计划生育费等这些加起来,那可能就非常大了。具体到每个员工,这个权利并不是特别大,但是如果合拢起来,这个权利就非常大了。所以雇员的权利问题就出来了。

在这种情况下,这种劳动债权是优先的,还是与其他债权一样公平,或是滞后的,就存在这样一个问题。在中国历来的破产立法与政策当中,一直把劳动债权保护放在第一位,先解决人的问题。中国为什么会这样,是因为中国工人拿的工资一直是很少的。在计划经济下,中国的工人是工厂的附属物,所有的东西都是工厂、企业在给他的,比如说住房、各种奖金福利的发放、医院看病、上学等。如果这个企业一旦倒闭的话,他就什么都没有了。所以中国的计划体制下是以低工资、高额的隐形的福利来作为对价,工人拿的工资很少,一个月几十块、几百块或几千块钱,但是背后是隐形的高福利。房子是单位分给你的,虽然没有产权但你可以住,然后有托儿所、幼儿园,有医院,有学校,有电影院,甚至有火葬场,你死了都由单位负责埋单。中国是这么一套体制,所以一旦这个企业没了,这些职工能干嘛去?他拿的不是一个对价的工资,所以他当然要给你闹事。这些工人这么多年为企业奋斗,每个月拿几十块几百块钱的工资,最后什么都不管了,因为企业破产了,房子也被收回去了,连住的地儿都没有了。这肯定要闹事,这要看到,是中国的特殊问题。所以在中国,企业一破产,职工员工问题就成为处置企业的

头等大事,历来是把员工放在第一位的,所有的企业破产之前,先拿钱归还员工。

与之相反,西方国家不是这样的问题,他们每位雇员都是独立的个体,只要一破产,该走人走人,为什么呀?马上就转到社会福利社会保险去了。西方发达国家社保体制很完善,因为所有的保障金每个企业都给你交了,你的养老金、医疗金给你交了。你小孩上学,没有哪个企业还给你建学校,都是社会公共性支出,都是公费医疗、公费养老、公费教育,比如他的义务教育到高中等,他都给你解决了,所以西方发达国家不存在类似中国的问题。西方国家存在的就是雇员在企业正常用工过程中一些少额的欠薪和一些福利支出,以及员工持股问题,那就是他们所谓的雇员权益保护,但实际上在破产时工人没有什么重大权益要保护可言,雇员权益马上转到社保基金上去了。如果说有权益的话,比如说企业原来每个月给他交 2000 元的保险金,这个企业一经营不善,只能给他交 200 元。交的金额比以前少了,只有这样的差别。所以要看到中国和西方是不一样的,因此在西方法律中对劳动债权的保护与我们国家有比较大的区别。在讨论中国破产法立法的时候,中国社会正在发生比较大的历史转型,正在从计划经济向市场经济转型。我们既要解决所谓的每一个人附属于一个计划主体的问题,即国有企业,要让国有企业走向市场的问题,又要解决职工往哪里去的问题。所以中国是处于这么一个困境当中。破产法为什么有意思,有研究价值,为什么那么多次成为关注的热点?因为中国的社会经济转型是一个系统工程,我们的破产法就是在这样一个时代交错的过程中出台的。我们一方面想把国企员工按照市场合同制、纯粹的市场主体方面改革,另一方面还要解决历史上这批已经为国企工作几十年的工人的安置问题,他们存在着一个身份转换的问题。所以 2006 年《破产法》第 132 条规定,破产法颁布实施以前,企业破产时劳动债权优先,优先于担保债权。但

破产法在 2007 年正式实施后,回归到正常的清偿顺位。

三、破产法中关于劳动债权与担保债权的优先效力比较

优先权在破产法中有若干划分方式,中国破产法划分比较简单一点,只有四个优先权,即担保债权、劳动债权、税收债权和普通债权。在破产清算时按这四个顺位依次清偿。破产法建立这个顺位的意义和价值在于,这是一个给定预期讲究效率的交易安排,以最大化保护债权人利益。比如担保债权优先,担保债权先于其他债权得到受偿。如果一个企业破产,还剩下机器、设备、房屋、土地,只要所有财产加起来的权利不超过担保债权的数额,那么担保债权人全部拿走,后面的债权人一分钱都拿不到。这个优先不是优先一两元钱,这个优先是全部拿走。只有上一顺位的债权得到了全部清偿之后,有剩余的话,下一顺位才有受到清偿的可能。美国破产法上的优先权划分为十几种,而中国只有四种。这就出现了一些问题,最大的问题就是担保债权置于什么顺位?在发达的市场经济国家,几乎都是担保债权绝对优先。为什么担保债权优先呢?就是鼓励债权人去放贷。债权人放贷会担心对方经营失败后钱收不回来,而债务人股东如果把房子、土地等抵押给债权人,在企业经营失败时债权人可以就这些抵押财产变价优先受偿,那么债权人就免除了放贷的后顾之忧,这是市场商量协议的结果。担保权的设置对于破产制度和整个市场经济来讲,是一个市场商量协议的结果。即这边有人敢借,那边有人敢贷,一旦企业破产了,其他债权人都同意担保债权人优先。但是在中国,就跟这一理念与制度相冲突了。在计划经济之下,企业破产首先要解决人的问题,万一这些劳动债权人闹起来怎么办?所以我们就在这一困境当中进行政策选择,1986 年的破产法,即原来的国有企业破产法,和 1993 年的政策性破产,都是劳动债权优先。但劳动债权优先没有解决市场经济优胜劣汰问题,没有解决债权人的保护问题,这个是破产法的元问题。当然职工也是债权人,但是这

个债权人相对于市场经济交易秩序与交易费用及预期的重要性来讲,是次于担保债权人的,担保债权人是市场经济中最应保护的人。只不过是我们的这个体制扭曲了,劳动债权是给职工的,因为他长期是低工资靠福利,国企为什么不能把那个福利转化为工资直接给工人呢?我们这么多年改革就是这样过来的,在这一过渡过程当中,有特殊的职工权益保护问题,因此新《破产法》第 132 条规定破产法颁布实施以前劳动债权优先,颁布实施以后担保债权优先,就回到了跟世界上绝大多数国家规定相一致的规则上来。今天虽然没有国企职工这个概念了,就只是合同工了,国营单位也不分房,不办医院,不办学校了,但这些问题我们并未解决,我们 20 年前、30 年前遇到的那些问题,现在并未最终解决。因为国家社会保障体制还未建立起来,破产法的理念与制度还未深入人心。

破产中优先权规定是权利细分的规范,在具体制度上各国差异还是很大的,比如美国破产法把优先权划分为十几种,规定的很细,比如有学生贷款,有些学生毕业没找到好的工作还不起贷款,其贷款银行就具有破产中的学费优先权。比如各项行政罚款,这些罚款往往名目繁多,这项权利有没有优先权?如果一个人消费者破产了,那么这些罚款是不是有优先权?美国的优先权实际上都有排序的,劳动债权始终是重要排位在先,但不是在最优先的。在美国,包括所欠政府税费、环境污染的罚款、车超速的行政罚款等,这些都有优先权,为了鼓励农业生产,粮食生产商也有优先权,但劳动债权始终排在这些债权的前面,包括职工的保险费、养老费等。美国在 2009 年次贷危机的时候,因为雷曼兄弟拖欠保险费,并且他们的保险费很高,还有拖欠工资、期权的变现等,出现大量的员工诉讼,这些债权一旦被法院确认,就是劳动债权,具有优先权。但是所有这些优先权的优先性都次于担保债权,可见美国破产法对担保债权的保护。

中国 2006 年《破产法》虽然吸收了各国破产法对担保债权特别保护的
国际经验,《破产法》第 109 条规定:“对破产人的特定财产享有担保
权的权利人,对该特定财产享有优先受偿的权利”,确立了担保债权
其优先受偿的地位,但在中国优先权问题仍然是一个法律规定不清晰、
法律之间互相冲突打架的问题。如企业破产法的本身条文,对担保债
权与破产费用及共益债权的关系就没有特别清楚的界定,按照破产法
原理,即便是在债务人无担保财产,不足以清偿破产费用的情况下,也
不得从担保财产中清偿与其无关的费用。但司法实践中却不是如此。
又如,破产法与其他法律涉及优先权问题的规范竞合问题,如我国海商
法中的船舶优先权并未纳入我国破产法当中,虽然船舶优先权制度的
设计目的在于保护特定海事债权人的利益,但司法实务中却经常出现
特定海事债权人无法实现船舶优先权的情形,包括船舶优先权消灭的
情形与数个特定海事担保债权无法同时得到清偿的情形。还有建筑工
程价款优先权,《合同法》第 286 条和最高人民法院《关于建设工程价
款优先受偿权问题的批复》创设了此制度,我国破产法中并没有明确
规定建设工程价款优先权,故在企业破产程序中,建设工程合同债权性
质属于一般合同债权性质还是优先债权性质,除了与担保债权之外,与
其他优先债权是什么关系都值得细细厘定。优先权很重要的一点就
是要对各类优先债权进行细化,越细越有可操作性。所以破产法规定
的是很具体的东西,哪些构成优先债权,这是一个很重要的问题。

我上面谈到的都是有关破产法优先权的一般理论,钦昱的博士学
位论文《破产优先权之限制理论研究》,可以说开辟了另一学术路径,它
从破产优先权对信用的挑战入手,以法律供给限制理论为基础,运用经
济法的核心原则——利益平衡原则,指出其在破产法中不仅表现为对
债权人和债务人之间的利益进行调整,还表现为对债权人之间的利益
相互平衡,提出了破产优先权限制理论的框架设想,并结合具体破产优

先权类型,考察我国破产优先权的立法缺陷,为我国破产优先权的限制机制提供政策建议。

该文提出破产优先权的限制方法有三种:限制破产优先权人范围、优先权类别以及优先权的额度与期间。限制破产优先权的补偿方法分为三个层次:以责任人追索法为代表的最优方法,以财产出售法、合并重整融资法、破产隔离法为代表的交易调整设计法,以及适用于具体破产优先权类型的特别方法。破产法院和破产管理局为破产优先权限制机制的实施提供了有力保障。

以劳动债权破产优先权和税收债权破产优先权为例运用破产优先权的限制理论。劳动债权破产优先权过度干涉市场在资源配置中的作用,难以充分及时补偿劳动者并且代替劳动者承担责任,世界各国和地区在立法中多对其进行限制,并形成立法趋势。劳动者保护基金和以非经营性资产为代表的对特定资产的处置方法是限制劳动债权破产优先权的补偿方法。由于税务机关信息获取途径广泛、权力实现保障手段丰富以及应对风险的实力较强等因素,税收债权破产优先权同样受到质疑,各国限制税收债权破产优先权的趋势较为明显。

《企业破产法》第113条从优先权类型、清偿顺位等方面界定了破产优先权的轮廓。立法上宽泛的规定突显破产优先权的种种弊端:权利人过泛、类型过多和限额较高。我国有必要依照法律供给限制理论,针对优先权缺陷,借鉴参考国外的趋势和经验,构建我国的破产优先权限制机制。我国董事、监事和高级管理人员的优先权资格应被进一步限制,新型破产优先权不应再得以创设,既有破产优先权类型需要得到检讨,我国也可以从持续失业时间、资产负债率等因素入手设计破产优先权的限额和期间。依据条件不同,我国可以先后引入和实现对董事、监事和高级管理人员的责任追索、交易调整设计法以及建立劳动者保护基金等破产优先权限制的补偿方法。

这些论点从大视野着手,从细微处着眼,提出了许多不同于一般破产优先权理论的创新观点,反映了钦昱博士独到的见地和敢于挑战传统理论的勇气。更重要的是,这些重要观点都是通过科学的方法与严谨的学术论证获得的,读者能从字里行间读到一个青年学者对学术真知的一丝不苟与对学术的热爱。而这正是该博士学位论文出版之时,我认为值得庆贺、值得期待的所在。

是为序。

李曙光

2016年5月于蓟门法大

缩略语

中国法律、法规及相关规范性文件缩略语表

《法院组织法》:《中华人民共和国人民法院组织法》

《公司法》:《中华人民共和国公司法》

《国有资产法》:《中华人民共和国企业国有资产法》

《合同法》:《中华人民共和国合同法》

《劳动法》:《中华人民共和国劳动法》

《劳动合同法》:《中华人民共和国劳动合同法》

《金融衍生产品交易主协议》:《中国证券市场金融衍生品交易主协议及其补充协议》

《破产规定》:《最高人民法院〈关于审理企业破产案件若干问题的规定〉》

《企业破产法》:《中华人民共和国企业破产法》

《企业破产法(试行)》:《中华人民共和国企业破产法(试行)》

《企业所得税法实施条例》:《中华人民共和国企业所得税法实施条例》

《商标法》:《中华人民共和国商标法》

《商业银行法》:《中华人民共和国商业银行法》

《社会保险法》:《中华人民共和国社会保险法》

《税收征管法》:《中华人民共和国税收征收管理法》

《停止年检通知》:《工商总局关于停止企业年度检验工作的通知》

《外资银行管理条例》:《中华人民共和国外资银行管理条例》

《刑法》:《中华人民共和国刑法》

《移交暂行办法》:《北京市破产企业非经营性资产移交暂行办法》

《证券法》:《中华人民共和国证券法》

《著作权法》:《中华人民共和国著作权法》

国际组织和各国法律文件缩略语表

《保护指引》:世界银行《有效破产和信贷人权利保护指引》(2005年修订版)(Principles for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems)

《第173号公约》:国际劳工组织《在雇主无偿付能力的情况下保护工人债权公约》(Convention concerning the Protection of Workers' Claims in the Event of the Insolvency of Their Employer)

《第180号建议书》:国际劳工组织《在雇主无偿债能力的情况下保护工人债权建议书》(Protection of Workers' Claims(Employer's Insolvency) Recommendation)

《哈默报告》:澳大利亚法律改革委员会《一般破产调查报告》(General Insolvency Inquiry)

《考克报告》:英国审查委员会《破产法与实践》(Insolvency Law and Practice)

《立法指南》:联合国国际贸易法委员会《破产法立法指南》(Legislative Guide on Insolvency Law)

目 录

引 言 001

- 一、研究背景:破产优先权梳理及疑问 001
- 二、文献综述:破产优先权的研究误区 005
- 三、研究范围:破产优先权的内涵与外延 015
- 四、研究起点:破产优先权的立法价值 019
- 五、研究方法 028

第一章 破产优先权对信用之减损 030

第一节 破产法的信用属性 031

- 一、破产法信用属性的证成 031
- 二、破产法信用属性的体现 039

第二节 破产优先权的信用困境 046

- 一、破产优先权影响企业的信用融资 046
- 二、破产优先权影响企业的信用经营 051
- 三、破产优先权影响企业的信用监督 055

第二章 破产优先权之法律供给限制理论 059

第一节 限制法律供给的指引:利益平衡原则 060

- 一、利益平衡原则的地位:学说梳理与
学科展现 061

二、利益平衡原则的内涵:以破产法为例 065

第二节 限制法律供给的成因:成本收益分析法的运用 069

一、法律供给的收益分析 070

二、法律供给的成本分析 072

第三节 限制法律供给的目标:法律供给有效区域 076

第四节 限制法律供给的前提:补偿性制度的创设 077

一、系统论的格局 078

二、弹性论的视阈 110

第三章 破产优先权限制之机制 121

第一节 破产优先权限制的衡量标准 121

一、社会利益与普通债权人利益的平衡 123

二、国家利益与普通债权人利益的平衡 125

第二节 破产优先权限制的主要方法 126

一、限制破产优先权的权利人 126

二、限制破产优先权的受偿额 130

三、限制破产优先权的类别 132

第三节 破产优先权限制的补偿方法 134

一、责任人追索法 134

二、交易调整设计法 142

第四节 破产优先权限制的实施保障 154

一、破产法院与破产法官 155

二、破产管理局 162

第四章 劳动债权破产优先权之限制 169

第一节 劳动债权破产优先权的特殊质疑 171

一、劳动债权破产优先权的含义 171