

■ 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》^①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制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

^① 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十分重要的,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

第一章 破产法概述	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
第二章 破产申请的提出与受理	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
第三章 管理人制度	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
第四章 债务人财产	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
第五章 破产债权	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。”^①

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

^① 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。^①《现代汉语词典》中破产的词条中写明：破产指“丧失全部财产”^②。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”^③。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”。^④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”。^⑤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”。^⑥《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”。^⑦

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^①。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

^① 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。

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^①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^②和对债务人适当救济^③,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

① 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。

② 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。

③ 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”^①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^②;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

^① Too big to fail.

^② 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。^①一般认为，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

^① “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。^①

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

^① 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、企业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