

我国破产立法的若干观念

邹海林

我国1979年开始经济体制改革后,稳步探索有计划的商品经济在中国的运用,1986年12月颁布了《企业破产法(试行)》;后在1991年修改《民事诉讼法》时,又补充增加了“企业法人破产还债程序”一章。但是,由于诸多原因,特别是立法观念上的原因,造成我国破产立法的形式多样化、立法条文简单化,结果使得我国的破产立法在程序制度和实体制度上以及在适用上,存在难以解决的众多问题,远不能够适应我国建立社会主义市场经济体制的客观需求。在这样的历史背景下,第八届全国人大常委会立法规划正式提出重新制定破产法。全国人大财经委员会负责主持起草新破产法的工作,自1994年2月开始,虽数度起草、修改新破产法的草案,但历经二年有余,至今仍未能步入法案审议程序。究其原因,主要在于我国破产立法的观念问题没有得到彻底解决。有鉴于此,特撰此文,以期能对我国今后的破产立法工作有所促进。

一、破产和破产观念

破产为一种司法程序制度,但是若想给破产确定一个适用于所有法律制度体系和文化传统的观念,却是不可能的。在不同的国度和不同的历史时期,适合于不同的法律制度体系和文化传统的破产观念,具有不同的内涵,从而也创造了不同内容的破产法。

在传统意义上,破产是法院对不能清偿到期债务的债务人的全部财产,为概括的强制执行而公平分配给全体请求权人的程序。^①传统意义上的破产,实质为彻底清算债务人财产的制度,只不过创造了一种不同于民事执行制度的司法执行程序。依照这种制度,债务人不能清偿债务时,法院依照一定程序强制变卖债务人的全部财产,并依照法定方式或者比例分配给全部债权人。传统意义上的破产,其实质内容在于清算债务人的财产,可以归结为破产清算制度,对此,近现代立法例甚至无异议地加以反映。当然,破产清算这种观念在现代仍具有重要的价值,这是破产制度创立和发展的胚胎。

破产清算制度存在其固有的缺陷,主要表现为:1. 适用破产清算程序分配债务人的财产,限制债务人的人身自由和权利行使,不利于债务人的复苏。2. 适用破产清算程序处理债务人的财产,花费的程序费用高昂,耗费时间和精力,又使债权人受不应有的廉价分配,违背债权人的意愿。3. 适用破产清算程序对社会经济和社会生活将会产生无法估量的影响,特别是造成劳动力的失业,加重社会救济的负担。^②这就给各国立法者提出了一项要求:创立既可以使债务人免于破产清算、又使债权人少受损失,并能稳定社会经济和社会生活程序的制度。这种要求必然导致破产观念的革命性转变。

破产清算制度发展到近代,和解制度应运而生。^③和解制度,是为了克服和避免破产清算制度的弊端而创设的一项程序制度,它是债务人不能清偿债务时,为避免受破产宣告或者破产分配,通过法院经与债权人会议磋商谈判,达到相互间的谅解、一揽子解决债务危机问题以图复苏的制度。自十九世纪后期,英国1883年在破产程序中引进和解程序,比利时1886年颁布预防破产的《和解法》,在世界范围内掀起了一场变革破产观念的立法运动,且至今没有停止;本世纪三十年代以来,在和解制度的基础上又产生了重整制度。重整制度着眼于协调社会利益、债务人和债权人的共同利益,是破产观念最具现代化的标志。和解制度和重整制度的产生和运用,不论在近代还是现代,更不论在西方还是东方,对于传统的破产观念无疑都是一场具有深远历史意义的变革,它不仅影响着立法者对破产程序模式的构造和选择,而且直接推动着破产观念的更新和现代化。例如,美国1938年对《破产法》进行全面修正,成

功地规定了公司重整程序；1979年通过破产立法的改革，对重整程序在适用灵活性和价值方面予以了进一步的完善。需要说明的是，破产观念自近代产生防止或者避免破产清算的和解制度开始，日益具有了更为丰富的内涵，只不过其变革或者现代化的程度在各国并不完全相同，但是，破产制度向破产清算制度、和解制度和重整制度协调作用的方向发展的趋势，不容怀疑。

我国1986年颁布的《企业破产法（试行）》，在破产程序制度上构造了破产清算程序和解与整顿程序，正是莫基于这种经过变革的破产观念。有学者对我国《企业破产法（试行）》所确立的破产观念予以了高度评价，认为“在我国，破产概念的内涵并没有如同西方那样经历了长期的演变过程，而是从一开始就具有了最丰富的涵意，深刻地烙上了现代特征。”¹¹我国现行破产法实行破产程序受理开始主义，破产程序分为破产宣告前的程序和破产宣告后的程序两大部分，具体由破产案件的受理程序、破产案件的审理程序、破产宣告程序、破产清算程序组成；在破产程序进行中，还存在我国特有的和解与整顿程序。¹²所以，破产程序受理开始主义，没有严格固守“破产即为清算”的观念，而是在此之外引进了和解和整顿制度，使破产程序具有了广阔的适用余地，为有机协调和处理破产清算程序和解与整顿程序的关系创造了条件。但是，我们必须注意到，我国现行法规定的和解与整顿制度存在4个方面的缺陷：1. 和解与整顿制度在立法体例和运用上未实现一体化。2. 政府行政参与破产程序的色彩过重，不利于和解与整顿程序的适用。3. 僵化的程序制度妨碍了和解和整顿制度的灵活运用。4. 忽视了人民法院在和解与整顿程序上的主动作用，淡化了和解与整顿程序的司法能动性。¹³我国重新制定破产法，需要考虑的关键问题应当是如何建立最佳的破产程序。¹⁴

为此，我国重新起草制定破产法，不应当忘记我国现行破产法已经确立的具现代特征的破产观念，在破产程序受理开始主义的原则下，彻底革除现行和解与整顿制度的上述缺陷，将和解制度和整顿制度区别开来，创制相对独立的和解程序，作为供债务人在破产程序中可以适时选择并灵活运用的司法清理程序。¹⁵同时，考虑建立通过积极稳妥步骤拯救陷于困境的企业重整制度，并将之作为一项不可或缺的破产程序制度纳入破产法之中，以使我国的破产法的现代特征更加鲜明。总之，具现代特征的破产观念应当建立在破产清算程序、和解程序与重整程序相结合并协调发挥作用的基础上。

二、破产立法的指导思想

本人认为，破产立法的指导思想应当体现为：

1. 适应社会主义市场经济的需求。必须摆脱按企业所有制形态立法的传统模式，建立起全新的、以市场经济参与者地位平等化为目标模式的立法结构，彻底消除目前存在的多种破产程序的弊端，弱化政府行政在破产过程中的地位，加强立法技术和立法结构的研究，采取有效措施预防和制裁假借破产或者规避破产的违法行为，充实破产法的内容，制定一部能够基本适应我国市场经济发展需求的破产法。

2. 保护债务人、债权人的利益，并注重社会利益。破产是债务人不能清偿债务时所适用的一种特殊程序，目的在于分配债务人的财产或者拯救陷于危机的债务人。这不仅涉及到债务人的切身利益，而且涉及到众多债权人的利益平衡。考虑到这些方面，才能够客观地评价和安排破产法的不同层次的诸项基本原则：法院专属管辖原则、破产优先个别执行原则、公平受偿原则、平等参与原则、债权人自治原则、债务人责任限定原则等。除此以外，破产程序的进行与否，对社会公益或者利益均有相当程度的影响，诸如社会生产力水平的维持和发展、社会就业水平的维持和提高、社会救济负担的平衡和降低、社会乃至个人财富的保值和增值等方面。

3. 保证人民法院公正、及时地审理破产案件。破产法的本旨仍然属于程序性立法，所要解决的核心问题是，法院如何通过破产程序来处理债务清偿不能的客观事件，以维护债务人

的利益、协调债权人相互间的利益冲突，并处理好破产事件和社会利益之间的关系。所以，破产程序的适用必须做到公正和及时。破产法的创制以及法律规范的设计，应当做到术语规范准确、条文繁简适当、操作灵活便利，以保证人民法院能够公正、及时审理破产案件。

4. 总结我国司法实务经验，参照其他国家或者地区的有益经验。我国不仅制定了《企业破产法（试行）》，而且修正了《民事诉讼法》，实现了破产立法从无到有的突破；最高人民法院针对破产程序作出了相应的司法解释，各级人民法院积极开展了破产案件的审判工作，司法实践的经验积累正在发展；我国学界对破产程序和破产法实体制度的理论研究，已取得一定成果，这些是我国重新制定破产法的基础准备。重新制定破产法，必须处理好现代破产立法的继承问题，凡是适合市场经济发展的现行法律制度以及司法实务经验，应当写进新破产法中；此外，重新制定破产法还必须充分考虑我国的国情，特别是我国国有企业目前存在的现状，在破产法上作出适当的安排。除此以外，采用比较法的途径完善我国的破产程序规范，在立法技术上成本低、效益高，所以，在起草破产法时，有必要积极吸收和借鉴国际上破产立法的有益经验，为我所用。

三、破产法的适用范围和破产原因

破产法的适用范围所要解决的问题，是什么样的民事主体可以适用破产程序？1986年，我国《企业破产法（试行）》在适用范围上，目标选择不当；其选择国有企业为适用对象，力图通过破产促进国有企业的改革，这一良好愿望未能得以实现，这和我国立法者当初制定破产法的指导思想不无关系。选择国有企业作为适用破产程序的突破口，首先是对破产法的作用认识发生错误，其次是对破产法的适用环境的主观判断有误，^⑩结果造成国有企业的破产地《企业破产法（试行）》颁布后近十年还是步履艰难，同时也造成我国立法成本的浪费。

我国现行的破产立法将适用范围限定于所有的企业法人。^⑪但是，重新起草破产法要否扩大破产法的适用范围，引起了广泛讨论，目前主要有以下三种意见：第一种意见认为，破产法应当适用于中国境内的所有企业法人和自然人。第二种意见认为，破产法仅适用于在中国境内的所有企业法人，不适用于自然人。第三种意见认为，破产法应当适用于中国境内的所有的企业法人和依法核准登记的非法人企业。关于破产法的适用范围的分歧点，实质在于是否允许自然人适用破产程序，以及在多大范围内允许自然人适用破产程序。是否允许自然人破产，在理论上不应该有障碍，允许自然人破产，在立法技术上也不会存在障碍，因为破产法为清理债务清偿不能的程序法，它的运作不因为债务人为法人还是自然人而有所不同，在破产程序中，自然人和法人的差别，惟在于其适用破产程序后的财产限定和债务承担有所不同，这些差异不影响破产法扩大范围适用于自然人。实际上，破产法是否应当适用于不能清偿债务的自然人，回答这个问题的障碍主要来自于对破产程序实际操作上的担心；对破产程序适用于自然人的实际操作上的担心，在目前情况下因为缺乏理论论证的实践基础，故难以仅从理论上予以否定，这样，在第二种意见和第一种意见之间产生的妥协意见，即第三种意见或许能够受到立法者的青睐。^⑫

但是，本人始终认为，破产法的适用范围扩大到自然人，有利于贯彻我国民事立法企业法人和自然人主体地位平等化的目标，有利于更加充分地发挥破产法调节资源重新配置的固有功能，有利于满足我国日趋发展的市场经济结构的客观需求。^⑬

破产原因，是指法院适用破产程序的前提条件，非指导致债务人破产的“原因”，以及非仅指法院宣告债务人破产而清算其财产的原因。所以，破产原因应当具有较为广泛的内涵。关于破产原因，《企业破产法（试行）》以三元结构、民事诉讼法以二元结构加以规定，对人民法院审理破产案件、认定破产原因造成了一定的障碍。破产原因应当实现一元化，即“债务人不能清偿到期债务”、“停止支付”则推定为“不能清偿到期债务”，重新制定破产法对此已基本取得共识。

但是,如何理解“不能清偿到期债务”,仍有分歧。第一种意见认为,目前国有企业亏损比较大,不能清偿债务的情形复杂,有必要对国有企业“不能清偿到期债务”附加一些限制性的条件,如亏损的程度、负债率、不能清偿债务的时间等量化标准。第二种意见认为,破产原因为法院宣告债务人破产的唯一依据,在认定的标准上对所有类型的债务人均应当同一;在立法上,破产原因为法院审理破产案件需要认定的事实问题,各种不同类型、行业、规模的企业,不能清偿到期债务的具体情况各不相同,不能对破产原因予以量化。第三种意见认为,法人不能清偿到期债务、并且已经“资不抵债”的,才能构成破产原因。

上述第一种意见和第三种意见,均没有摆脱“直观”说明破产原因的作法,似乎债务人“停止”清偿到期债务即“构成不能清偿到期债务”,所以,对债务人不能清偿到期债务必须加以条件限定,这是对破产原因的错误认识。实际上,破产原因在法律上有其确定的内涵,但是却构成法院审理案件的事实问题,是一个动态的观念,如同债务人的财务状况随时处于变化中一样,法院判断是否构成破产原因,应当依照债务人在某个特定期间的财务状况的客观事实,予以综合判断,而非简单的“加减乘除”。何况,具备破产原因,债务人并非必定走上适用“破产程序”的道路,也并非必然受破产宣告而清算其财产,破产程序仅为当事人选择适用的司法清理程序,破产原因的具备只为债务人适用破产程序提供了可能性;而且,现代意义上的破产,以破产清算、和解和重整制度协调发挥作用为基础,债务人具备破产原因后,可以利用破产程序所提供的各种有利手段或者机会,以图新的发展,对破产原因附加过于“苛刻”的条件,会妨碍破产程序制度的灵活运用。基于上述观念,本人认为重新制定破产法时,对破产原因的规定应当分为两个层次。首先,债务人不能清偿到期债务为法院适用破产程序的一般原因,在理解上同第二种意见。其次,企业法人的负债额超过其资产额的,为防止其债务继续膨胀而损害债权人的利益、增加社会生活的不稳定因素,有通过破产程序加以规制的必要。在这个意义上,企业法人的负债额超过其资产额的,不论其是否能够支付到期债务,均构成适用破产程序的特殊原因。

四、和解程序和重整程序

在我国理论和实务上,几乎一致认为和解程序的目的在于避免债务人受破产宣告而使债务人摆脱困境,所以和解应当着眼于债务人的复苏或者继续存在。我国现行破产法就是基于这样的考虑规定了破产宣告前的和解与整顿制度。这次重新起草破产法,仍有相当的人认为,和解就是债务人的复苏,和解以债务人的重建希望为目标。这就是说,如果债务人没有复苏或重建的希望,就没有必要进行和解。殊不知,这是对和解制度的重大误解,难怪我国现行和解制度不能发挥充分的作用。破产程序中的和解,只不过是一种不同于破产分配的债务清算方式,和解的目的只在于通过债务人和债权人的谅解让步而尽快了结债权债务,并不以债务人的复苏为唯一目标。所以,在破产程序进行中运用和解程序,可以有效地避免法院宣告债务人破产,或者可以有效地避免对债务人的财产实施破产分配。简言之,和解制度的目的可以归纳为3项:1. 避免对债务人适用破产程序;2. 避免法院宣告债务人破产;3. 避免通过破产清算分配破产人的财产。^⑩基于这样的考虑,重新起草破产法时,应当灵活设计破产程序中的和解制度,允许债务人在破产程序终结前的任何期间申请和解,以给予债务人选择和解的充分机会。

破产程序应当是一个开放性的程序。法院受理破产案件时或者后,尚未宣告债务人破产的,债务人请求和解,和解程序可以起到避免法院宣告债务人破产的作用;法院已经宣告债务人破产后,破产人有和解的条件而请求和解,和解程序可以避免通过破产清算分配破产人的财产。因此,我国破产程序中的和解制度应当有助于实现这两个目的,以增加债务人请求和解清理债务的机会。这样做,不仅有助于法院及时迅速地进行破产程序,而且又给予债务人请求和解的充分机会;既方便了法院对破产程序的操作,又方便了债务人和解时机的选择。

重整程序和和解程序具有类似的功能,但它摆脱了和解程序消极避免适用破产清算的不利方面,是一种预防破产清算的积极制度。和解程序不能代替企业重整程序,企业重整程序要比和解程序挽救企业更为积极,重整的手段和目标是多方位的。我国《企业破产法(试行)》没有规定重整制度,该法第四章规定有和解与整顿制度,该整顿制度不同于严格意义上的重整制度。一方面,我国国有企业的亏损面比较大,濒临破产清算的企业比较多,存在的问题各不相同,让所有符合破产清算条件的企业都运用破产清算程序,不仅不现实,而且对社会生产力会造成浪费,同时也会产生社会不稳定因素,我国需要寻找强有力的方式帮助亏损或者濒临破产清算的企业走上复兴之路;另一方面,企业再生通过和解制度,当然可以解决一些问题,但和解不是企业再生的唯一途径,重整制度是对和解制度的全面发展。所以,我国重新制定破产法时,可以而且有必要规定企业重整程序。对此,理论上的呼声日渐高涨。

关于如何建立我国的企业重整程序,应当对重整程序的以下方面有清醒的认识:1. 重整程序适用范围限定。重整制度有扩大适用范围的趋势,但其原则上只适用于公司或者具有法人地位的企业。重整制度以企业的再建为直接目的,社会公益需求为适用该制度所应当考虑因素之一,程序的运行和效力相对复杂,因此不宜随意扩大适用范围。2. 法院地位至上。重整程序是由债务人或者债权人启动的,法院不依照职权开始重整程序;但是,重整程序是否应当开始,完全取决于法院的裁定许可;若法院裁定不许可重整的,债务人无法适用重整程序所给予的保护利益。特别是,重整程序开始后,所有重整活动均在法院的严格监督和控制下进行。3. 当事人自治的相对性。重整程序中的法院地位至上弱化了当事人自治的地位。企业的债权人和股东是企业重整的利害关系人,共同参与和策划企业的重整计划及活动,在相当程度上决定企业重整的命运,但是法院在他们的意愿之外可以采取补救措施,以维持重整程序的进行,或者对重整程序有最终的自由裁量权。^④4. 重整目标和手段多样化。企业重整的目标,不仅要清理债务人的债务,以维护债权人的利益;而且要实现企业的未来发展,维护社会生产力和社会公益。为实现企业重整的多重目标,在重整过程中可以采取法律允许的多种手段,例如改组公司而另立新公司、发行公司债券或者募集新股份、分立或者合并企业、债权转变为股权、暂停企业债务清偿等。5. 重整程序优先适用。企业重整程序开始后,对企业已开始的和解程序等任何民事执行或者司法程序必须停止。特别是,企业重整优先于担保债权的行使,对公司或者企业财产有担保物权的债权人,必须依照重整程序行使权利,在重整程序之外不得行使权利。

注释:

- ①陈荣宗:《破产法》,(台)三民书局1986年版,第1页。
- ②⑫邹海林著:《破产程序和破产法实体制度比较研究》,法律出版社1995年版,第163—164页,第49页。
- ③我国引进和解制度发生于本世纪初。1935年,旧中国颁布破产法,首次完整地规定了和解法的内容。此一立法例在法典编撰体例上模仿了英美法的立法结构,将和解程序单列一章规定在破产法中,又分为商会和解与法院和解两类。1935年旧中国破产法的最大特色,是创立了取材于中国民间商会和解习惯的商会和解制度。
- ④汤维建:《破产概念新说》,《中外法学》1995年第3期,第50页。
- ⑤邹海林著:《破产法若干理论与实务问题研评》,《民商法论丛》第1卷,法律出版社1994年版,第132页。
- ⑥⑬邹海林著:《论我国破产程序中的和解制度及其革新》,《法学研究》1994年第5期,第47—49页,第45页。
- ⑦唐海滨:《关于我国破产理论与实践的几个问题》,《中国法学》1995年第2期,第33—34页。
- ⑧⑪常敏、邹海林:《中华人民共和国破产法的制定》,《法学研究》1995年第2期,第77页,第74页。
- ⑨邹海林著:《破产立法应打破所有制界限》,《改革内参》1995年第8期,第23页。
- ⑩《企业破产法(试行)》仅适用于国有企业,《民事诉讼法》规定的“企业法人破产还债程序”适用于国有企业以外的其他所有的企业法人。
- ⑬参见《日本公司重整法》第232条和第234条。

作者单位:中国社会科学院 责任编辑:武晓黎