

# 我国破产原因制度的反思与完善

齐明\*

内容提要：破产原因是指债务人事实上丧失清偿能力的状态，既是破产法所致力于解决问题的前提，又是破产程序据以启动的正当性的基础。破产原因制度与破产撤销权制度和破产立案审查制度形成有机的联动作用，坚持撤销权的刚性立法和破产原因制度对债务人丧失清偿能力的状态的客观描述，赋予法官相应的自由裁量权，保证破产程序的正当性，强化破产原因的反破产欺诈功能。

关键词：破产原因；功能定位；破产撤销权；反破产欺诈

破产原因是指债务人事实上丧失清偿能力的状态。其既是破产法所致力于解决的全部问题的前提，又是破产程序据以启动的正当性的基础。具备破产原因即意味着损失的实际发生，随后展开的破产程序与其说将有限的破产财产变现分配，不如说根据破产法规则将该损失在所有破产利害关系人之间进行分配。从这个损失分担的角度来看，有学者认为“未发生破产原因的情况下启动破产清算程序”不会“损害债权人利益”的观点<sup>(1)</sup>是不成立的。自我国《中华人民共和国企业破产法》（后简称破产法）2006年颁布后，最高人民法院于2011年8月颁布实施《关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（一）》（后简称司法解释一），据此我国破产原因制度初步建立。我国破产原因制度立法在司法解释中被修正标准过低，容易诱发破产欺诈发生。在司法实践中导致破产法官在决定是否受理破产申请问题上自由裁量权过少，防止破产欺诈的屏障作用难以发挥。基于破产原因在破产法功能发挥中所占据的重要地位，正视破产原因的原理和立法设计，对我国现行制度进行反思并完善至关重要。

## 一、破产原因的二元属性及制度立法困境

### （一）破产原因的二元属性——问题与门槛

债务履行问题超出社会公权力所能够解决的范畴，当债务人丧失清偿能力时，如何处分债务人和债务人财产是意义深远的社会问题<sup>(2)</sup>。债务人丧失清偿能力的情况普遍发生在现实社会的各个角落。个体的信用作为债务关系达成的基础具有不确定性，因此债务履行也具有不确定性。担保只能在一定程度上提高债务履行的可能性，而不能根本避免债务不履行情况的发生。在大多数的情况下，债务履行须依赖债务人的清偿能力才得以实现。

\* 齐明，吉林大学法学院教授、博士生导师。本文系作者主持的国家社科基金“我国破产案件中劳动债权问题研究”（12BFX116）和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。

(1) 王欣新《破产原因理论与实务研究》，天津法学，2010年第1期，第18页。

(2) [美] Mann, B. H. *Republic of Debtors* [M]. Harvard University Press, 2002, P 2.

破产法针对债务人丧失清偿能力这一问题产生，后者是破产法律体系构建所围绕的核心问题。破产原因的存在意味着损失的实际发生，破产程序负责设计并实施该损失按照一定规则在权利人之间分担的规则。与其他法律制度相比，破产法在解决由债务人丧失清偿能力所引发的非常态债权债务问题能取得更为科学、合理并高效的法律效果。破产法通过提供债权债务总括性处理的平台追求债权人整体利益最大化目标和维持破产秩序，进而实现债权人权利保护、债务人救济和社会利益均衡保护。债务人丧失清偿能力的情况下，可以选择进入破产程序自愿申请破产寻求破产保护和免责，债权人也可以申请强制破产以寻求破产分配。

破产原因制度也是进入破产程序的门槛<sup>(3)</sup>。债务人丧失清偿能力所引发的债权债务问题是破产法产生的前提，后者围绕前者构建法律制度。立法者把债务人丧失清偿能力这一状态概括为破产原因引入到破产法体系中，发挥着衡量破产程序准入标准的作用，应该说破产原因标准的满足是破产程序启动的基本前提。作为破产程序的准入标准，破产原因制度应当对破产程序的申请中的债务人进行甄别，将不真正满足破产原因者拒之门外。否则破产程序产生的结果将影响破产程序，乃至破产法本身的正当性。

## (二) 破产原因制度的立法困境

破产原因制度设计关系到破产法能否真正发挥其应有功能，关系到破产程序是否能够产生正当法律效果的重要问题，但其制度设计绝非易事，面临着立法政策和立法技术的双重挑战。

首先，破产原因本身抽象难以进行法律描述。破产原因制度应忠实于对“债务人丧失清偿能力”这一抽象状态的法律描述，因此制度设计应保持客观。但是在法律上准确描述清偿能力不存在比证明其存在更难实现。债务清偿具有数额和期间双重维度，债务人在约定的期间支付约定数额之金钱给债权人即可证明债务人的清偿能力，而除此之外的任何情况都可能表明债务人清偿能力之丧失<sup>(4)</sup>。但这可能只表明了债务人没有依约履行的客观事实，却缺乏证明债务人清偿能力欠缺的必然性。

“丧失清偿能力”本身即包含着债务人发自内心的努力清偿债务而未果的道德约束如果债务人的道德感缺失，或者把申请破产视为一种等同于履行债务的消灭债务之手段<sup>(5)</sup>，那么将在破产法体系构建的基础和破产程序进行的最初就埋下了破产滥用和社会道德沦丧的种子。债务人丧失清偿能力有时表现为债务人的资产小于负债的账面变化，有时表现为到期债务无法清偿，或者债务人对到期债务简单的置之不理<sup>(6)</sup>。然而债务人丧失清偿能力的表现还不仅限于此，他们会在过度负债之下由一个极端走向另一个极端，即在破产救济的掩护下转移、藏匿、低价或无偿转让财产，因此类似的种种迹象也能够反推出破产原因存在的结果<sup>(7)</sup>，或者以此为转移举证责任的契机。

如何界定债务人清偿能力所依据的破产财产范畴同样值得考虑。对于企业法人债务人来说，用其全部财产清产债务显然无可厚非，然而自然人破产情况则有所不同。自然人在破产程序终结后仍然需要生活，如果破产程序剥夺自然人债务人的全部财产权以切断债务，那么很难说这是一种解脱。因此破产程序往往为自然人债务人保留一部分剥离破产程序的财产，以便债务人今后能够维持生活并重新开始经济生活。自然人破产中的自由财产制度使债务人清偿能力的概念变得更加抽象模糊，充满了主观性和立法政策性选择。

(3) 齐树洁 《破产法研究》，厦门大学出版社 2004 年，第 130 页。

(4) 例如债务人在约定的期间内未支付足额金钱、超过约定的期间才支付足额金钱或者债务人超过约定的期间也未支付足额金钱等。

(5) 前引 [3]。

(6) 王欣新 《破产法》(第二版)，中国人民大学出版社，2007 年 9 月，第 47-53 页。

(7) 陈计男 《破产法论》，三民书局 1980 年版，第 28-29 页。

其次,如何制定宽严相济的破产原因制度关系到破产程序处理的债权债务关系的类型和范围,进而决定破产法发挥作用的范围。如果破产原因制度规定过于主观抽象,将导致除债务人之外的其他人难以证明。只有债务人对自己的清偿能力最为清楚,其他人只能通过外部表现对债务人的经济状况进行推断。因此各国立法将抽象的破产原因具体化概括为若干客观事实的存在,然而这些客观事实既难以全面概括破产原因所包含的深层含义,也难以容纳破产原因所应当蕴含的道德标准。进而破产原因制度在实质上越来越偏离破产法所针对解决之问题的初衷,而更多的倾向于出于破产法体系化的需要而建立的破产准入机制,这为破产司法实践中所导致的道德缺失和破产滥用留下了隐患。

债务清偿的时间性使问题复杂化。债务都附有清偿期限,而不能无限期的存续。当债务人不能清偿到期债务时,对破产原因考察应考虑时间性,即债务人能否用未来收入清偿债务和债务人能否用未来收入清偿债务<sup>(8)</sup>。未来收入显然是债务人清偿能力理所当然所包括的内容,如果债务人的未来收入足以清偿债务,那么认定债务人丧失清偿能力是不正当的。但债务人之未来收入的或然性和时间上的不确定性会置债权人于被动地位,因此破产立法是否承认未来收入属于判断债务人丧失清偿能力的要素似乎对债权人和债务人的影响更微妙,即在破产清算中的破产原因制度原则上只考虑在债务已届清偿期时的债务人清偿能力问题<sup>(9)</sup>,而把是否承认债务人未来收入、如何利用未来收入清偿债务等问题置于破产重整和破产和解制度中加以解决。这意味着,在债务清偿中的数额和时间这两个重要因素之间的权衡也在发生着变化。

债务人的未来收入能否被用来清偿债务的问题意义深远,因为这决定着债务与债务人之间的附着程度。在对债务人宽容的破产法律体系中,破产程序通过在破产程序终结后赋予破产免责切断债务与债务人间的关系,使债务人得以彻底从债务中解脱;而对债务人较为严厉的破产法则要求债务人用破产程序终结后的一定期间内所获收益清偿债务,之后才能获得免责。另外一个极端就是破产无免责制度,债务人不能清偿到期债务把债务人送进总括性的清算债务人财产的程序,债务人从此踏上了处于监督之下的利用现有的和未来的收入清偿债务的漫长旅途。从另一角度来看,这也取决于社会对债务存在期间的容忍度。债务如同枷锁,既折磨债务人给其痛苦,束缚其自由,又可能成为债权人驾驭债务人的工具。在债务的枷锁下,债务人丧失了自由决定行为的能力,意志遭到扭曲,同时丧失了创造社会财富的动力。债权人往往通过其自身的有利地位迫使债务人服从,使其沦为工具。

## 二、破产原因制度在破产法中的应然功能定位

破产原因的二维属性决定了破产原因制度在破产法体系中,应发挥收纳债务履行问题到破产程序中得以解决和保证破产程序进行正当性的双重功能。从破产原因制度的体系功能构建上来看,一方面破产原因制度应当对债务人丧失清偿能力的问题进行如实描述,使此类问题都有可能进入破产程序得以解决;另一方面,破产原因制度应当严格破产程序的准入标准,将不满足破产原因的债务履行问题拒之门外。

### (一) 开放性的收纳破产问题功能

破产法针对债务人丧失清偿能力时所产生的债权债务问题产生,具有在此前提下发挥功能不可替代的优越性。首先,破产法针对债务人丧失清偿能力所产生的债权债务问题,追求债权人利

(8) Teresa A. Sullivan, Elizabeth Warren & Jay Lawrence Westbrook. *As We Forgive Our Debtors—Bankruptcy and Consumer Credit in America* [M]. Oxford University Press. 1989, P205.

(9) 因为债务人对未到期债务不负有履行义务,所以债务人不能清偿的债务必须是到期债务。

益保护、债务人救济和保护社会利益的多维目标，这是非破产法所不能够实现的。其次，破产法有效的建立了为实现债权人整体利益最大化、债权人个体之间公平有效获得财产分配的破产秩序、原则和价值位阶、以及对破产程序启动前特定期间内可能涉及的破产欺诈行为和不当处分财产行为进行审查和救济的机制。

破产重整制度与债务人丧失清偿能力的状态的联系则更为紧密。为了使陷入困境中的企业能够得到及时、有效的拯救，进入破产重整程序的门槛被设定的更低，即债务人丧失清偿能力时或有可能丧失清偿能力时即可申请进入破产重整程序。显而易见，宽容的重整原因<sup>(10)</sup> 突出了破产原因本质上的问题意识，使破产重整机制在问题刚刚发生时就开始发挥功能能够取得更好的效果。同时，破产重整制度不产生导致债务人企业主体资格消灭的法律后果，因此重整原因被放在低于一般破产清算程序准入标准的立法模式，将更多的决策权留给破产当事人衡量。

正因为破产法本身解决债务人丧失清偿能力这一问题的最优性，当破产原因出现时，破产程序及时启动符合债权人、债务人的利益，也更符合社会整体利益。但破产程序只能通过私权驱动启动，因此立法者在破产法律体系中构建激励破产程序及时启动的相关机制，如自愿破产机制<sup>(11)</sup> 和破产撤销权制度<sup>(12)</sup>。

## (二) 破产程序准入严格标准功能

破产原因制度是破产程序的准入标准，只有满足破产原因制度设定条件要求的案件才能够进入破产程序。破产原因一旦得到法院的确认就会产生启动破产程序的法律效力。一方面，债务人进入破产程序，法院任命破产管理人、债务人财产被管理人接管、债务人丧失自由处分财产和对债权人进行个别清偿的权利、债权人申报债权、债权人会议召开等一系列破产程序随即展开；另一方面，破产程序的启动阻却所有针对债务人的债务追讨行为，具体表现为针对债务人所进行的财产保全、诉讼和强制执行程序被中止，甚至可能扩展到债权人不得以任何法律途径或非法律途径对债务人的债务履行进行催讨或者对债务人本人进行滋扰，待履行合同的相对方失去了解除合同的权利<sup>(13)</sup>。

尽管我国破产法第 12 条 2 款规定了不具备破产原因而进入破产程序的债务人的退出机制，但是并不足以修正此类破产欺诈给当事人所造成的损失。首先，从破产程序的准入来看，法院决定着破产案件是否受理的同时也决定着债务人能否受到自动冻结保护。从目前我国破产立法来看法院对破产申请中破产原因的审查只是形式审查，即便是法官可能考虑到债务人有欺诈的嫌疑，但是破产法并未给法官的自由裁量权留有余地。自动冻结制度所施加的债务人破产保护的“生效和适用无须借助专门的冻结请求或命令”，破产程序启动“本身就可以自动产生冻结的效力，其效力的产生无需依赖任何其他条件。”<sup>(14)</sup> 我国破产法中对债务人保护尽管并非完全由债务人所主导<sup>(15)</sup>，而是自法院受理破产申请时才自动开始<sup>(16)</sup>，但是如前所述，如果债务人有事前准备，

(10) 破产法第 2 条第 2 款。

(11) 齐明，仇晓光 《我国破产法中自愿破产原则的反思与重构——从中美重整制度的比较出发》，东北师范大学报（哲学社会科学版）2010 年第 4 期。

(12) 破产撤销权制度对破产程序正式启动前的财产处分行为和债务清偿行为实施审查，倒逼债权债务关系人提出破产申请。

(13) 美国破产法上的自动冻结制度表现得尤为彻底和全面，不仅切断针对债务人的诉讼和执行法律途径和非法律途径进行的追讨债权行为，包括诉讼或者通过非诉讼渠道给债务人施加压力的行为，例如到债务人的工作单位散布债务人欠债不还的消息等，而且通过概括性的规定禁止一切对债务人的“破产歧视”。例如合同相对方不得因为债务人陷入破产这件事本身而主张与债务人解除合同。

(14) [美] Epstein, D. G. & S. H. Nickles & J. J. White, 《美国破产法》，韩长印等译：中国政法大学出版社 2003 年版，第 61 页。

(15) 美国破产法所确定的自动冻结启动的时间则被确定为破产申请提出并交至法院书记官处时即产生并生效，可见破产申请提出人在获得破产保护方面具有相当的主动权。见美国破产法典第 11 章 362 (a)。

(16) 我国破产法第二章列明了破产案件受理所产生的效力以及引起债务人保护等一系列外部效力。

通过提出破产清算申请获得破产保护并获得由此而产生的暂时中断债权人的追讨行为也并非难事。

其次，破产保护的自动施加应在破产原因确实存在的前提下。自动冻结制度是破产法体系中的有机组成部分，其功能决不是给所有债务人提供喘息之机，核心目标是使债务人财产保值增值，而非保护债务人本身。因此，失去破产原因真实存在的前提而施加的自动冻结制度就失去了其正当性的基础，其结果必然造成不公平后果。

再次，自动冻结的效力伴随着法院对破产案件的受理产生，即便随后债务人被发现不具有破产原因也只能将其逐出破产程序，自动冻结的效力丧失。然而不可否认的是债务人从法院受理到驳回破产申请这段时间里利用了破产保护，在自动冻结制度的庇护下，有可能实施转移、藏匿财产的行为，给债权人造成难以弥补的损失。可见，在破产程序准入的源头构建严格的破产原因制度对于反破产欺诈是十分重要的。

### （三）破产原因的制度设计

基于破产原因本身的抽象不确定性和对反破产欺诈的考虑，破产原因的制度设计应当注意如下几方面。

首先，破产原因的立法构建应当保证能够把所有涉及该问题的案例都能纳入该体系，进而由其自身决定是否选择破产程序作为解决该问题的手段。破产原因制度一方面应当努力对抽象的债务人丧失清偿能力之状态进行描述，另一方面应当从债务人丧失清偿能力时可能实施之行为进行列举，进而反推破产原因状态成立之可能。

其次，破产原因的立法构建应当成为把破产欺诈拒之门外的第一道反破产欺诈的制度屏障。立法者在将抽象的债务人丧失清偿能力的问题进行立法描述的同时，应当构建具有可操作性的严格的破产法准入标准，该标准既能准确的描述债务人丧失清偿能力该问题本身，同时又能够保证对该状态进行衡量的真实性，进而在制度上保证只有真正丧失清偿能力的债务人才能进入破产程序。

## 三、我国破产原因制度评析

我国破产法建立了由第2条为基础，第32条和第12条第2款为补充的有机的破产原因制度，而具体在司法实践中依据最高人民法院的司法解释一解决破产法第2条的法律适用问题。

### （一）破产法第2条

我国《中华人民共和国企业破产法》第2条第1款<sup>(17)</sup>设定了我国破产法体系的破产原因制度，体现了破产原因制度功能的接纳性和准入性的双重功能定位。与我国1986年破产法中的破产原因制度相比，现行破产原因机制设计具有可操作性，既设定了破产程序准入标准的直接表现“不能清偿到期债务”又考虑到了债务人丧失清偿能力的实质要件“资产不足以清偿全部债务”或“明显缺乏清偿能力”的双重情况，使破产原因的立法描述更加贴近破产法所指向的“债务人丧失清偿能力”之问题所在。然而破产法第二条所设定的破产原因机制虽然满足了破产法体系完整的要求，但是却弱化了其反破产欺诈之体系功能。

首先，破产法第2条第1款只规定了什么样的企业可以进入破产程序，而没有规定什么样的情况债务人不应进入破产程序，甚至没有给法官自由裁量权的发挥留有空间。这显然给那些事先已经做好利用破产程序实施欺诈的企业的欺诈行为留有余地。例如，甲企业的财产已经被乙丙

(17)《中华人民共和国企业破产法》第2条 企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的，依照本法规定清理债务。企业法人有前款规定情形，或者有明显丧失清偿能力可能的，可以依照本法规定进行重整。

申请保全并强制执行中，甲企业为了逃避强制执行，提出破产申请。在此情况下，即使法官明知甲企业申请破产是为了阻断其财产的执行程序，借破产保护之机转移或藏匿财产，但是由于破产法第二条没有给法官留有自由裁量权，法院也只好受理。可见，现行破产原因作为破产程序准入标准的立法设计无力招架意图实施破产欺诈的自愿破产清算申请，欺诈债务人企业能够利用法律选择进入以及何时进入破产清算程序以谋求破产程序所产生的对其有利的外部效力。

其次，破产原因之立法构建应当考虑到破产法特殊法律机制所产生之外部效力并依此构建其反破产欺诈防范机制。从破产法第二条之规定来看，其一、二两款分别规定了破产清算和破产重整的准入标准，然而对其二者之间关系却未作阐释。可以推断，当事人在条件满足时，既可以做出破产清算的申请也可以申请破产重整。然而考虑到破产免责给债权人造成的影响，当债务人丧失清偿能力的状态可认定为暂时性而非长期性时状态时，应当在债务人企业准入之清算和重整程序之间有所取舍才能满足债权人权益最大化之实质正义要求。当破产原因的存在具有长期性时，债务人企业进入破产清算程序并免责无可厚非；然而当破产原因的存在有可能在短期内获得扭转，那么即便债务人申请进入破产清算程序，出于债权人整体利益最大化的目的追求，法官应当有权裁定债务人进破产重整，以可期待之未来财产清偿债务。

## （二）破产法第 32 条和第 12 条 2 款

破产法第 32 条<sup>(18)</sup>关于偏颇性清偿行为可行使破产撤销权的规定把对债务人企业的破产原因状态审查追溯到了破产程序正式启动前 6 个月内。由于债务人丧失清偿能力和随后可能进入破产程序所引发的债务人丧失对财产处分权的可能，债务人可能在破产原因实际发生时做出一系列肆意处分其财产的行为，这些行为给债务人财产的价值造成贬损，给债权人整体利益造成损失，并且侵害破产秩序，因此破产法规定了具有追溯性效力的破产撤销权制度。

第 32 条通过对债务人企业破产原因状态的实质性审查，把破产法的效力追溯到了破产程序启动之前。破产原因状态与破产程序启动之间并不协调一致，一方面具备破产原因的企业不一定通过破产程序清理债权债务，另一方面进入破产程序的债务人企业并不一定真正具备破产原因。第 32 条的立法精神即在追求当“破产原因”（或者《破产法》第 2 条第 1 款所描述的情况）实际发生时，债务人应当自觉自动的申请进入破产程序的效果，否则除非最终通过自身的挣扎和努力彻底改善财务困境避免破产程序启动（或者破产程序在清偿行为完成之日起 6 个月后启动），其所有在破产原因实际发生的时刻到破产程序启动之时刻之间<sup>(19)</sup>所进行的清偿行为都可能被撤销，债务人对此应当充分知悉，债权人也应当了解这一点，进而自动放弃试图在破产程序启动之前谋取全部获偿的尝试。

可以说第 32 条扩大了破产原因在破产法中具备的问题作用的外延，使我国破产原因制度在立法上更加充实。由于债务人企业内部任何外部人之间信息不对称和在实践中缺乏对债务人清偿能力的有效监督，现实中难以保证当债务人丧失清偿能力时，破产程序这一有针对性的法律程序及时启动，进而保证较好的法律效果。破产法撤销权的规定倒逼具备破产原因的债务人企业及时自愿提出破产申请，防止债务不能履行导致的损失扩大，保证经济网络的交易安全。

但是，破产法第 32 条能否真正发挥作用受制于若干因素的影响，主要表现在撤销权立法过于刚性、破产程序中权力制衡机制不成熟和破产审查期限过长三个方面。

第 32 条本身所规定的撤销权的构成要件中不要求行为人主观恶意，进而导致破产撤销权过于刚性。虽然笔者认为在我国破产法实施的初期，撤销权的刚性立法政策无可厚非，但是在司法

(18)《中华人民共和国企业破产法》第 32 条规定“人民法院受理破产申请前 6 个月内，债务人有本法第二条第一款规定的情形，仍对个别债权人进行清偿的，管理人有权请求人民法院予以撤销。但是，个别清偿使债务人财产受益的除外。”

(19)限于破产程序启动前 6 个月内。

界仍然存在不同的声音。加之在司法实践中破产管理人依职权提出撤销权的主观能动性不强,结果导致撤销权在司法实践中往往被搁置,或者法官运用自由裁量权考虑其他因素对撤销权之诉做出不利判决,影响破产原因制度重要功能的发挥。

其次,第32条能够发挥作用取决于债权人申请破产的制衡作用。依据第32条的规定,只有当破产程序在可撤销行为发生之日起六个月内启动的前提下,撤销权才可以得以行使。如果债权人消极不作为,放任债务人个别清偿的发生而不积极提出破产申请,那么撤销权仍可能在实践中落空。

再次,法院审查立案期限制约作用。第32条中规定的六个月的期限从破产程序启动之时往前推算,其中包括破产申请提出和破产审查立案时间。在当前的司法实践中,较多的法院对受理破产案件存在为难情绪。尽管破产法规定了破产案件审查立案期限为“自收到破产申请之日起十五日内裁定是否受理”<sup>(20)</sup>,但是在实践中仍然存在基于种种其他原因拖延审查立案期限的情况。即便最终通过申诉或者上诉启动破产程序,但是仍可能错失适用第32条的机会。

第12条2款<sup>(21)</sup>则把破产原因的门槛作用延伸为标杆作用。与第二条相结合,我国破产原因制度要求债务人企业在进入破产程序之时满足丧失清偿能力的判断标准,而且需要在破产宣告之前的破产程序中一直保持这一状态,否则应当退出破产程序。这一点从破产程序分配损失的作用这一角度不难理解,破产原因的消失意味着损失的消失,那么继续进行损失分担就丧失了破产程序进行的正当性。

综上所述,我国现行破产法建立了围绕第二条,结合第32条和第12条第2款的,有机的形成了具有撤销权审查功能,和衡量破产程序启动标准和破产程序结果正当性标准的破产原因制度。尽管破产原因制度在司法实践中受制于一些因素的影响,尚未完全发挥作用,但是在立法上已经形成了相对完整、健全的运行机制。

### (三) 司法解释一

如何在司法实践中正确适用破产法第二条的规定,关系到破产程序能否启动、破产案件发生率和破产法能否在实践中真正发挥应有作用的重要意义,据此最高人民法院于2011年颁布实施了司法解释一,该解释全文共九条,专门对破产法中破产原因制度的适用问题进行了阐释。应该说司法解释一的出台对于破产法的实施具有必要性和重要意义。

司法解释一细化了破产法第二条的法律适用,使破产法官在进行破产案件立案审查时有法可依。正常经营的企业法人应否进入破产程序是决定企业和众多企业职工命运的大事,司法解释一使原本抽象的破产原因概念在司法实践中变得具有可操作性。切实保证符合司法解释确定标准的债务人企业能够及时的进入破产程序。

其次,针对2007年6月起新破产法实施之后,破产案件受案率下降的问题<sup>(22)</sup>,司法解释一降低了破产审查的标准,使更多债务人企业符合准入的标准。司法解释一简化了对破产法第二条中“不能清偿到期债务”的判断标准,将且界定为“未完全清偿债务”<sup>(23)</sup>。将破产法理论中的

(20)《中华人民共和国企业破产法》第10条第2款。

(21)《中华人民共和国企业破产法》第12条第2款规定“人民法院受理破产申请后至破产宣告前,经审查发现债务人不符合本法第二条规定情形的,可以裁定驳回申请。申请人对裁定不服的,可以自裁定送达之日起十日内向上一级人民法院提起上诉。”

(22)“新《企业破产法》颁布实施后全国法院受理破产案件的数量不升反降”见王丽美《企业破产原因应然内涵新探一兼论企业破产法的完善问题》,法学杂志,2014年第2期,第126页。很多企业没有通过破产程序清理债务,而被直接注销。王欣新《破产原因理论与实务研究》,天津法学,2010年第1期,第26页。

(23)《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(一)》第二条规定“下列情形同时存在的,人民法院应当认定债务人不能清偿到期债务:(一)债权债务关系依法成立;(二)债务履行期限已经届满;(三)债务人未完全清偿债务。”

“不能清偿”解释为“停止支付”概念<sup>[24]</sup>，明显降低了破产程序启动的门槛。

司法解释一的弊端也很明显。司法解释一的第二条混淆了“不能清偿”和“停止支付”二者的概念。前者须确认“债务人缺少必要的资金，因此他持续性的而不是仅暂时性地无能力偿还他的并非很小部分的到期且被正式追讨过的金钱债务”<sup>[25]</sup>；而后者则指“债务人以主观意思表示做出的外部行为，而不是其财产客观状况，这是其与不能清偿的主要区别”<sup>[26]</sup>。司法解释一在不顾破产法清晰表述的情况下，执意将“不能清偿”解释为“停止支付”缺少合理性，甚至缺乏合法性依据。

从“不能清偿”要求债务人企业实质丧失清偿到期债务能力的标准，到“停止支付”只要求债务人企业具备不清偿到期债务的表象，司法解释一所确定的破产程序启动的门槛明显降低了。降低了的门槛在实践中并没有导致更多的破产案件发生，但是却破坏了破产立法和司法解释之间的统一性。

同时，司法解释过于具体的列举式规定过度限制了法官在破产审查立案阶段的自由裁量权<sup>[27]</sup>。有时即便是明显的债务人<sup>[28]</sup>提出目的在于转移财产的申请，法官都缺少驳回申请的自由裁量权<sup>[29]</sup>，这显然是有违破产立案审查制度设置的初衷，也不利于预防破产欺诈行为。

破产欺诈伴随着破产法的产生和建立而出现。广义的破产欺诈既包括了欺诈破产行为，也包括了在破产临界期间，明知债务人已丧失清偿能力的情况下或在破产程序中，采用欺诈的手段实施的妨害公平清偿，损害债权人利益的行为<sup>[30]</sup>。可见破产欺诈可以分为两种类型，即通过进入破产程序而实施的欺诈和在破产程序中所实施的欺诈。对于前者而言，欺诈人以逃避债务履行为目的，以设计或通过欺诈手段进入破产程序的方式实施破产欺诈<sup>[31]</sup>；后者中，债务人在破产程序中运用欺诈手段损害债权人的利益。在前一种通过进入破产程序的方式所实施的欺诈中，欺诈的行为在进入破产程序之时就已经完成，这引起我们对破产程序的准入机制和破产法本身正当性的思考。

首先，破产欺诈与破产法的内部构建紧密相关。作为总括性处理债权债务关系的破产程序始于破产保护，终于债务免除。破产法本身在保护债权人利益的同时，对债务人施以救济。为了满足债务人财产保值增值的需要，破产法体系在客观上给债务人施以庇护，使其可能在债权人的穷追猛打中获得喘息之机，避免债务人财产因之受到贬损。破产法独特的制度价值、概念、目标、原则和理念为破产欺诈的产生提供了制度根源，为此破产法的正当性屡屡遭到挑战<sup>[32]</sup>。

其次，破产程序的外部效力致使破产欺诈行为的产生。尽管我国目前破产法学界对于债务人

[24] 见王欣新《破产法》(第二版)，中国人民大学出版社，2007年9月，第47-52页。

[25] 【德】莱茵哈德·波克，《德国破产法导论》(第六版)，王艳柯译：北京大学出版社，2014年11月，第44页。

[26] 见王欣新著《破产法》(第二版)，中国人民大学出版社，2007年9月，第52页。王欣新《破产原因理论与实务研究》，天津法学，2010年第1期，第23页。邢丹《破产原因的反思与解析——兼对〈企业破产法〉第2条的解读》，当代法学，2007年底3期，第119页。

[27] 司法解释一共九条，其中“人民法院应”的表述出现了八次。

[28] 依据司法解释一的规定，法官对于债务人自愿提出破产清算的申请基本没有自由裁量权。

[29] 韩长印教授也认为破产立案审查应当审查破产申请提出的目的，见韩长印《破产界限之于破产程序的法律意义》，华东政法学院学报，2006年第6期。

[30] 邓高虹《破产欺诈的法律责任研究》，国家图书馆博士论文库2004年4月江西财经大学硕士学位论文，第2页。

[31] 我国2006年《中华人民共和国刑法修正案(六)》在刑法第162条之一后增加一条，作为第162条之二“公司、企业通过隐匿财产、承担虚构的债务或者以其他方法转移、处分财产，实施虚假破产，严重损害债权人或者其他利益的，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处二万元以上二十万元以下罚金。”而其中“虚假破产”指债务人未发生破产原因而在隐匿、转移财产后通过虚假破产的行为逃避债务。

[32] 【美】Mann, B. H. *Republic of Debtors* [M]. Harvard University Press, 2002, P174-175.



财产的法律定位<sup>(33)</sup>尚不明晰,但是不可否认的是债务人财产的保值增值与债权人最终能够实现的权益息息相关,因此提升债务人财产的价值是破产法的一项根本目的。基于该目的而构建的自动冻结制度、企业的控制人单方处理待履行合同权以及破产免责制度等都使破产法的介入打破了非破产法体系中的债权债务法律关系,产生了有利于债务人的外部效力,致使破产程序成为为破产逃债的代名词,破产程序成为债务消灭的一种选择<sup>(34)</sup>。

破产法特殊的内部体系构建和所产生的外部效力提供了滋生欺诈的土壤,致使当事人只要进入破产程序,就能实现其逃避债务或全部债务履行之目的。因此,建立健全破产程序的严格准入机制,深入探讨破产原因理论并对破产原因制度进行合理的功能主义构建对预防破产欺诈具有重要意义。

破产原因制度一旦脱离了对“债务人丧失清偿能力”这一实然状态的真实、客观的描述,破产法难以保证其正常运行和导致法律后果的正当性,司法解释一所暴露出的弊端恐将破产法沦为人们心目中的恶法。

#### 四、我国破产原因制度的完善建议

在破产原因制度上,应当清晰地认识到破产原因本身作为破产法所致力于解决的问题和破产程序启动门槛的二维属性,在正确的定位基础上完善我国破产原因制度的立法政策和具体制度设计。

首先,破产原因制度应当忠实于对债务人“丧失清偿能力”这一客观经济状况的法律描述。债务人丧失清偿能力所产生一系列债权债务问题的解决是破产法所致力于解决的基本问题,也是核心问题。破产原因制度越贴近于对债务人“丧失清偿能力”这一经济状况的描述,破产法的正当性越能够得以维护。相反,如果过分强调破产原因制度作为破产程序启动的门槛作用,脱离客观实际人为地对其调整容易使破产法的发展和破产程序的开展脱离正当性轨迹。笔者认为司法解释一对“不能清偿”的解释脱离了应有的权限,应当进行修正并实现对破产立法规定的回归。

其次,应当充分认识破产原因制度贯穿于破产嫌疑期、破产审查期和破产程序期间的纵深作用,和有机的链接破产撤销权制度、破产审查制度以及破产程序中资格审查制度的横向联动作用,保证破产程序功能得以充分发挥。破产原因制度绝非单纯的在对破产申请进行立案审查时才需要考虑的标准,而是贯穿于破产程序进行始终的破产管理人和法官都需要考虑的重要因素。坚持破产法中关于撤销权制度刚性立法,倒逼债务人企业在破产原因具备时主动提出破产申请,促使债权人关注债务人企业的实际经营状况,把债权实现受到威胁时积极申请破产作为符合自身利益最大化的法律途径,进而间接实现提高破产案件受案率的效果,笔者认为这才符合我国破产法未来长期健康发展。

再次,破产原因制度最直接作用于破产案件的审查标准,一方面应当给立案审查留有充分地自由裁量空间,另一方面规范破产案件审查程序,对因立案审查等因素造成延误而不能适用 32 条的情况予以解决。与立案申请制不同,在破产程序启动的问题上我国破产法采取了申请受理制,也就是只有法院裁定受理破产申请才标志着破产程序的正式启动,也随之产生破产程序启动的一系列效力。可见在决定破产程序是否应启动、何时启动和启动何种程序问题上既要谨慎又要

(33)王欣新 《破产法(第二版)》,中国人民大学出版社 2007 年版,第 150-153 页。

(34)正如布什总统在签署 2005 年破产法案的新闻发布会上所说,“我们的破产法体系是美国安全网络的重要组成部分。它们为丧失清偿能力的人提供全新开始的机会。但是破产法应该永远都是我们法律体系中最后寻求的帮助。” Press Release, White House Press Office, President Signs Bankruptcy Abuse Prevention, Consumer Protection Act ( Apr. 20, 2005) available at <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2005/04/20050420-5.html>.

做到及时。如果把法官的自由裁量权限定的过窄，那么难以发挥法官的经验和对案情的判断，在破产法官专业化培养过程中，破产原因制度应当逐渐放宽法官在立案审查上的权限。

破产程序启动的时间直接决定破产撤销权可以适用的范围，因此应当对破产法第 32 条所规定的六个月期间进行合理界定，并且对因超过期限仍主张撤销权的情况进行区分。笔者认为在证明实施偏颇清偿行为之时破产原因确实存在的前提下，如确因法院拖延审查期限而导致超期的情况，应当将 32 条“法院受理”的时间适当调整为法院应当受理的时间，以保证破产撤销权制度与破产原因制度的联动作用，进而贯彻破产撤销权制度的立法意图得以实现。

再次，应当建立严格的破产原因或者破产程序准入机制<sup>(35)</sup>，进而从源头上杜绝利用破产程序外部效力所进行的破产欺诈。严格的破产原因制度不仅需要完善我国破产法体系自身构建，而且应当建立健全破产法之外的破产原因相关的资产和债权评估机制。从我国现行破产原因制度来看，债务人不能清偿到期债务和债务人资不抵债的事实存在是判断破产原因成立的构成要件。从司法实践来看，债务人不能清偿到期债务的事实往往不存在争议，而后一要件则涉及到债务人资与债之间的对比，其判断标准值得商榷。债务人的资产往往包括现金、资金、财产和可变现之权益，其真实价值通过审计报告进行评估。从破产程序来看，在法院对债务人所负债务的判断依据依靠债务人自身申报，受理案件后发布公告才有可能吸引债权人进行申报，至于债务人和债权人所申报之债权是否存在和债权额度的实质问题需要破产程序开始后债权人会议才能够确定。可见，在债务人自愿申请破产的情况下，法院判断破产原因是否存在的依据都是债务人所提供，尤其债务人所提出的债权数额没有经过利害关系人的验证，即便之后发现债务人所提出破产债权并不存在或者存在虚报，但是破产程序启动所产生的诉讼和执行切断的效力已经产生。因此，应当建立健全严格的破产程序准入机制，通过客观务实的资产和债权<sup>(36)</sup>评估机制作为判断破产原因是否存在的判断标准。

责任编辑：齐 明

(35)我国对破产原因制度采取了先纳入后矫正，宽进严出的立法模式。我国破产法第十二条第二款规定“人民法院受理破产申请后至破产宣告前，经审查发现债务人不符合本法第二条规定情形的，可以裁定驳回申请。申请人对裁定不服的，可以自裁定送达之日起十日内向上一级人民法院提起上诉。”

(36)在司法实践中，债务人财产中的应收账款和债权的估值与最终实现的数额差距较大，这往往是由于债务人企业急于行使自身的权利，使应收账款和债权超过诉讼时效而沦为自然权利，失去法律保护。而债务人企业所申报的破产债权在现实中也存在是否仍受到法律保护的问题，因此有进行评估的必要。