

破产法体系构建的功能主义指向及其市场依赖

齐 明 焦 杨^{*}

内容提要：破产法是私法，其制度构建指向以债权人权益保护为核心的功能体系，其功能实现需依赖市场机制完成。商品交易市场、人力资本市场和破产管理人市场的构建和完善对破产法功能发挥至关重要。破产立法与司法应当充分认识破产法运行的市场经济背景，并且一方面积极地将市场机制编织到破产法体系的功能体系构建中，另一方面在客观评价市场机制发达水平的基础上，对市场机制的不足与失灵的情况适当的运用公权力介入模拟和补充。

关键词：破产；私法；市场机制

从 1986 年我国出台第一部《企业破产法（试行）》到二十年后颁布《企业破产法》，破产法在市场经济领域发挥的重要作用越来越受到人们的关注。破产法成为我国构建社会主义市场经济法律体系必不可少的组成部分，然而对于破产法与市场经济之间的关系，例如破产法运行的经济环境和市场经济发展对破产法功能发挥所起的反作用却缺乏深入研究。作为与市场经济密切相关的商事法律，破产法不仅单向为市场经济提供法律规范，而且破产法的功能发挥需要市场机制运行为基础。只有认识到破产法功能与市场之间的互动关系，才能够更好的构建我国的破产法体系，通过构建和完善破产法实施的必要经济环境，保证破产司法的廉洁性，完善我国现行破产制度和把握破产立法未来的发展方向。

一、破产法的私法定位及其功能

我国现行破产法确立破产法的私法地位，其私法性具体表现在以下几个方面：

首先，破产程序中当事人对其自身利益实现具有充分的选择权。现行破产程序可以从申请清算、和解或者重整启动，并可以通过清算、重整或者和解终结，因此与 86 年破产法相比，破产当事人对于破产程序的启动和程序进行的路径具有更多的选择权。

其次，破产程序本身的启动、进行和终止受到私权博弈推动，公权力的介入应被限定在维持破产秩序的范围内。当事人有权决定是否申请进入破产程序、何时进入何种破产程序和如何终止破产程序，与此相比法院的作用被限定为提供破产平台，同时在有限的情况下依当事人申请做出

^{*} 齐明，吉林大学法学院副教授；焦杨，中国工商银行吉林省分行营业部法律事务处处长。本文系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）与国家哲学社会科学基金项目“我国破产案件中劳动债权问题研究”（12BFX116）阶段性研究成果。

实质性的决定⁽¹⁾。

再次,就破产制度对整个社会经济网络所发挥的清理不良资产的功能来看,该功能依赖破产利害关系人私权行使所产生的联动作用实现。私权行使不仅极大的降低了实现该社会功能的社会成本,而且避免了公权力随意介入市场经济私权结构体系并对其产生破坏的可能。在充满利益冲突的博弈中,破产法的功能只有依赖市场经济机制才能得以实现。市场机制为当事人做出判断提供参数,并且为最终变现分配提供手段。只有完备的市场才能降低资本重新配置的成本进而实现破产的社会效率;相反如果没有完备的市场破产法不但不能实现其经济目标,反而会造成资源的浪费并引发一系列的社会问题⁽²⁾。破产程序,尤其企业破产涉及到债务人财产和企业员工的变现和分流,破产法的功能发挥需要依赖商品交易市场(实物资本市场⁽³⁾)、人力资本市场和破产管理人市场⁽⁴⁾得以实现。市场机制越发达,破产法的功能发挥就越充分,不发达的市场机制必然会制约破产法的功能发挥,进而在破产法的司法实践中产生问题。

二、市场机制对破产法体系功能实现的作用

破产法是市场经济的产物,脱离市场经济的大背景破产法就失去了其生存环境。破产法体系运行无法完全通过其自身的法律机制完成,必须依赖其外部的基本市场机制才能够实现。从企业的资产和人力资源来看,企业破产的功能发挥需要商品交易市场和人力资本市场得以支撑。除此之外,构建我国破产管理人市场对于破产法体系的内部建设来说也同样重要。可以说,这三项市场机制的发达程度决定了破产法体系能否正常发挥功能和在何种程度上发挥作用。

(一) 商品交易市场对债务人财产的定价和变现作用

要对破产人财产进行分配,首先必须对债务人财产进行全面、准确地评估⁽⁵⁾,确定破产债权和债务人财产是破产程序中至关重要的环节⁽⁶⁾。如果说“企业的显著特征就是替代价格机制”⁽⁷⁾,那么对企业的价值评估就需要重新利用价格机制才能够完成。破产法体系只有在自由市场的背景下才具有可行性,因为其更为关注债务人财产的市场价值,即市场交易价格。对债务人财产的价值评估既决定了破产程序能否启动⁽⁸⁾和如何开展,也决定了破产利害关系人在破产程序中的利益博弈中的方式⁽⁹⁾。破产程序中债务人财产的价值确定和变现必须在有限的时间内完成,这依赖发达的商品交换市场才能完成。

(1)我国破产立法完全排除了破产程序启动的职权主义模式,而把破产程序启动权完全交给破产利害关系人行使。只有在特定的情况下法院才能够实质性的介入破产程序,例如公司法188条确定了处理公司解散事务的清算组申请破产的义务,或如法院在特定情况下有依当事人申请有裁定强制重整的权力。

(2)李曙光、王佐发《中国破产法实施的法律经济分析》,《政法论坛(中国政法大学学报)》2007年第1期,第12页。

(3)前引(2),李曙光、王佐发,第13页。

(4)同样重要的还有资本市场,资本的流动速度和利用效率决定了债务人企业的潜力能够被发达资本市场挖掘出来,在进入破产程序前或者在程序中获得资金注入,通过破产预防制度获得拯救。然而与商品交易市场、人力资本市场和破产管理人市场相比,资本市场机制对于破产法功能发挥来说更像是锦上添花作用。

(5)李曙光《破产财产的评估与变价》,法制日报2008年2月17日,第007版。

(6)Douglas G. Baird. The Elements of Bankruptcy [M]. New York Foundation Press. 2006: 14.

(7)[美] 罗纳德·H·科斯《企业的性质》[美] 奥利弗·E. 威廉姆森、西德尼·G. 温特编. 姚海鑫,邢源源译《企业的性质》,商务印书馆2010年版,第24页。

(8)《企业破产法》(2006)第43条“破产费用和共益债务由债务人财产随时清偿。债务人财产不足以清偿所有破产费用和共益债务的,先行清偿破产费用。债务人财产不足以清偿所有破产费用或者共益债务的,按照比例清偿。债务人财产不足以清偿破产费用的,管理人应当提请人民法院终结破产程序。人民法院应当自收到请求之日起十五日内裁定终结破产程序,并予以公告。”

(9)债务人财产价值对债权人、债务人、股东和潜在投资者来说都很重要。他们往往可以通过财产价值与负债额的对比决定如何实现自身权益最大化,是否申请重整或者是否决定对债务人企业进行投资。

市场常常受到人为因素的影响,或者由于商品本身的特殊属性⁽¹⁰⁾导致难以形成高效率的自由市场,在此情况下通过市场机制确定财产价值需要付出高昂的时间成本⁽¹¹⁾。为了提高效率,破产程序往往采取模拟市场集中竞价的价格确定机制——拍卖进行。司法拍卖制度指向模拟自由市场,这要求尽可能避免交易中的人为控制。长期以来破产法体系承担着对债务人财产进行司法评估的责任⁽¹²⁾,并依赖拍卖对债务人财产这一破产法的核心要素进行评估。破产程序不可能无限期的拖延进行,债权人需要尽可能缩短的实现债务人财产的货币化过程,否则将会增加债权人实现债权的成本。因此,准确快捷的特点使拍卖既弥补了商品交易市场缺乏快捷性的缺点,又满足了破产程序对财产准确评估的需要。然而值得注意的是,与真正的自由市场相比,拍卖过程更容易受到人为的控制,因此应当对拍卖机制进行有效的监督和规范,防止司法腐败的发生。

(二) 人力资本市场对破产企业职工安置压力的分流作用

人力资本市场的发达程度是判断企业破产给社会造成的影响和把企业破产置于宏观社会经济分析所必须考虑的重要因素。社会影响和社会成本常常是一个问题的两个方面,破产造成的社会问题越严重,那么随后解决该社会问题所需要投入的社会成本就越多。值得注意的是企业破产本身不能使市场变得完善,市场也无法解决大量企业倒闭所引发的员工失业问题⁽¹³⁾。大企业倒闭⁽¹⁴⁾给社会造成负面影响常表现在失业人数大量性、同时性和区域性。特定区域内突然出现的大量具有不同技能的失业人口既对当地政府安排再就业造成巨大压力,又考验区域人力资本市场的消化能力。如果企业是若干参与特定市场自由竞争主体中的一员,那么失业人员则很容易被其他的竞争企业所吸纳;相反,如果该企业在特定区域内具有垄断地位,那么破产所产生的员工难以在该地区找到新的容身之所。

(三) 破产管理人市场: 破产法功能发挥的关键

破产管理人制度是我国2006年破产法所新引入的制度,借以通过市场化的手段完善我国破产期间企业控制权主体制度。从破产立法所赋予破产管理人的职权来看,破产管理人主要承担着使债务人财产保值增值和协助法院完成破产程序两方面重要职能。我国的破产管理人市场初步建立,建立和完善破产管理人市场对未来我国破产司法实践至关重要。破产管理人市场需要大量的符合资质条件的人员在公平竞争的市场化平台上的广泛参与,这需要从保证破产管理人从业资质、保证自由竞争、建立健全激励和监督机制得以实现。

目前制约我国破产管理人制度发展的因素包括来自破产法体系整体构建不足、管理人制度本身的问题和缺乏科学有效的激励和监督机制等因素。现行破产法体系建立了破产管理人和公司原经营层在公司控制权主体上的二元模式,但实际上由于破产管理人缺乏职业经理人经营企业的职业技能,因此实施公司的经营只能是管理人在公司原经营层淘汰后的补充功能⁽¹⁵⁾。其次,由于破产管理人的薪酬主要依据破产案件标的额确定,尽管“考虑破产案件的复杂性”⁽¹⁶⁾,但是没有考虑破产案件可能持续的时间因素,致使难以调动破产管理人履行职能的积极性。再次,应当建

(10)例如房地产、古董、字画等特殊商品本身具有特殊性,没有相同商品所能构成的市场价值参照系。

(11)一般认为因为债务人再没有什么可以损失,因此这种时间上的成本由债权人负担。而在我国现行破产法体系下,这种时间上的成本也被转嫁给破产管理人承担。根据我国最高人民法院2007年4月4日颁布的《最高人民法院关于审理企业破产案件确定管理人报酬的规定》,破产管理人的薪酬主要根据受理案件的标的额确定,而与破产案件所进行的时间无关。

(12)Robert C. Clark, The Interdisciplinary Study of Legal Evolution [J], 90 YALE L. J. 1238, 1250-54 (1981).

(13)Elizabeth Warren. Bankruptcy Policymaking in an Imperfect World [J], 92 Mich. L. Rev. 336 (1993).

(14)2007-2008年金融危机中美国政府把“避免大企业破产”(Too big to fail)作为政府援助的一项原则。

(15)齐明《重整期间公司控制权二元模式探究——兼论我国破产管理人制度的不足与完善》,《求是学刊》2010年第5期,第97页。这种二元模式的划分,导致我国现行司法解释中对于破产管理人任职资质的要求是不全面的,因为没有经营管理技能的破产管理人无法在实际经营债务人企业的过程中实现债务人财产的保值增值,相反可能会造成损失。

(16)最高人民法院2007年4月4日《最高人民法院关于审理企业破产案件确定管理人报酬的规定》第9条。

立健全我国破产管理人的激励和监督机制⁽¹⁷⁾，进而吸引更多优秀人才参与破产管理人选人竞争，监督和约束管理人勤勉忠诚的履行职责，规范职业破产管理人市场的法治化经营。

三、市场机制对破产法体系功能实现的局限

在利用市场机制的同时，应当警惕市场机制对破产法体系运行所可能产生的负面影响并及时予以校正。破产法的功能发挥需要在自由市场运行的大环境下，通过立法者合理分配权利、设定破产秩序、理清破产法与非破产法的边界以合理运用市场机制发挥作用的平台，通过司法者尊重市场机制并基于公共利益的需要施加干预（如强制重整，接管金融机构等。维持破产秩序、利益冲突的权利均衡）和在市场失灵（金融危机）时用司法手段予以补充。破产法被编织在市场经济网络中，既要遵循市场的客观规律，有效地把用市场机制纳入其功能机制的发挥中，又要应对受到市场契约冲击所产生的新的破产法问题。主要包括克服市场机制盲目性、维护破产秩序（自由契约和债权交易）和应对市场失灵三个方面。

市场竞争和利益博弈是盲目的，这种利益较量的结果常常会导致破产程序走向歧途，因此需要公权力及时介入并予以校正。破产程序中的破产利害关系人过多地追求短期利益和其自身的权益，结果必然导致其决策在整个破产程序中产生负面影响。破产利害关系人不惜以更大的整体利益为代价追求破产程序中的自身权益，这为在一些情况下允许司法或者立法介入提供了正当性⁽¹⁸⁾。其次，利益冲突中的强弱势地位取决于破产立法在利害关系人之间的权利分配，而微观的权利分配往往会忽略宏观公共利益的存在。

建立和维持破产秩序能够有效的降低制度成本，因而破产法试图建立其具有特殊价值追求和调整手段的相对封闭的制度体系；然而由于其功能发挥所依赖的市场机制的开放性，破产程序不断受到其运行的外部环境所造成的冲击。这是自由市场经济所导致的必然结果，但也引发对破产法体系本质的思考。即能否用契约的方式修改破产法规则？

破产程序的长期性导致破产利害关系人的时间成本增加，破产债权交易则为债权人提供了把权利及时变现的手段。积极的债权交易能够预示关于债务人价值的市场评价和公司重整的可能结果，但同时也可能导致公司重整中的控制权发生变化。债权的交易者之所以购买债权是因为他们期待公司重整计划产生的债权收益会超过他们所付出的成本。而这里所谈到的收益不仅限于其分配收益，同样也包括在破产程序中的优势地位，即“购买破产公司的债权为的是能够主导公司重整。”⁽¹⁹⁾例如，为了在破产重整程序中占据控制地位而购买债权。这些交易者感兴趣的不是破产债权可能产生的分配收益，而是债权所产生的对重整事项的表决权，凭借优势表决地位通过他们的计划或者提出相反的计划。在 *In re Allegheny International Inc.*⁽²⁰⁾ 案中破产法院否定了受让人使用其否决权阻止债务人的计划通过的做法，并基于破产法典 1125 (e) 授权法院废除了受让人的投票权。尽管我国破产法中对债权交易没有明确做出规定，但是在破产法中对单纯以控制表决权为动机的债权交易进行限制⁽²¹⁾显然是必要的。

经济危机破坏了市场调节功能的发挥，因此有必要公权力的介入对之进行替代和补充。从

(17)前引〔15〕，齐明文，第98页。

(18)Frank Easterbrook& Daniel Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press. 17, 23, 25-27, 37-39 (1991).

(19)[美]小戴维·A·斯基尔《债务的世界：美国破产法史》，赵炳昊译，中国法制出版社2010年版，第270页。

(20)118 B. R. 282 (Bankr. W. D. Pa. 1990).

(21)Chaim J. Fortgang & Thomas M. Mayer, *Trading Claims and Taking Control of Corporations in Chapter 11*, 12 CARDOZO L. REV. 1, 4 (1990).

2007年始于美国并蔓延世界范围发生的经济危机中，倡导自由市场的美国政府出台总额达到7280亿美元的救市计划主动干预市场经济，采取放任小企业破产，拯救大企业，尤其是金融业的举措就充分证明了这一事实。值得注意的是，经济危机导致的市场失灵现象促使破产法的功能得以扩张。破产法发挥着预防经济危机、缓解经济危机给社会造成的破坏的功能，因此事实上经济危机发生之后常常成为破产立法的高峰时间。从美国破产法史来看，1800年、1841年和1867年破产法都是伴随着经济大萧条或者战后经济萧条产生的破产立法，“当经济危机来临时，国会匆忙通过破产法以缓解大范围的经济萧条。一旦危机过去，便不再需要联邦破产法。就像珀涅罗珀的织物一样，没事的时候国会迅速拆掉它的作品，时局艰难时才又忙碌起来。”⁽²²⁾直到1938年钱德勒法案的通过才将破产法的功能更多地与市场机制联系在一起，促使重整制度的提出和发展，使其作为重要的破产预防制度在破产法体系中确立下来。不难看出，如果把破产法视为单向服务经济而忽略破产法功能的发挥对市场机制的依赖，那么就会使其沦为拆分企业的程序，其立法追求也仅限于提升拆分企业的效率，进而失去破产制度本身的生命力。

四、对我国破产法体系构建的反思

与1986年破产法相比，我国现行破产法有了长足的进步和发展。其确定了破产法的私法地位，而且构建了破产重整和破产管理人制度，进而把我国破产立法借鉴和引进发达国家的先进经验并且在未来发展中与国际立法接轨创造了条件。现行破产立法充分体现了市场驱动的私权主导的破产运行体制，并且对公权力介入破产程序进行了限制。其功能不仅指向了债权人利益优于债务人救济，债权人债务人权益优于社会整体调节作用的价值位阶，而且其不同目标之间形成了以实现当事人权益为基础的联动作用。正如哈佛大学法学院沃伦教授所说“破产法体系从头到尾都是为了债务人企业的价值提升和减少债权人遭受损失而设计的”⁽²³⁾，因此债权人债务人⁽²⁴⁾的选择决定了破产法社会调节功能能否发挥。在我国破产主体限于企业法人的立法背景下，债务人救济功能被明显弱化，进而债权人利益最大化成为我国破产法功能得以根本发挥的关键因素。一方面，只有债权人权益得以实现，才能有效实现对破产法社会调解功能的联动作用；另一方面只要债权人权益保护的破产功能得以发挥，破产法社会调解功能也能实现。

然而由于我国市场经济发展水平低，难以提供破产法功能发挥所需的商品交易市场和人力资本市场，因此破产案件实际处理过程中对行政权的依赖，进而为破产案件中的腐败现象或者“权力寻租”留有空间。笔者认为在我国破产法的未来发展中去行政化在所难免，与此同时大力加强我国市场经济建设，完善破产法功能发挥所倚重的市场机制，用市场调节机制替代政府权力的直接干预是实现我国破产案件法治化的根本途径，同时应当着重注意如下问题。

首先，协调政府调节与市场机制之间的关系。破产法作为新的法律制度在我国法律体系构建中只有短短的二十几年的历史，而1986年破产法从一开始就给我国破产法体系的发展奠定了挥之不去的重政府调节的深刻烙印。政府调节下的破产法体系在计划经济中发挥了其应有的功能，即为计划经济初步转型阶段和依法治国建设社会主义法治体系的初期提供企业法人的市场退出机

(22)前引〔19〕，小戴维·A·斯基尔书，第27页。

(23)Elizabeth Warren. Business Bankruptcy [M]. Federal Judicial Center. 1993: 7.

(24)债务人主动启动破产程序的时机和方式对债务人财产的保值增值具有巨大影响，因此债权人在破产程序中的权益实现有赖于债务人的配合。我国破产法应当建立对债务人企业控制人主动申请破产的激励和监督机制，从而使自愿破产制度的作用能够在司法实践中得以发挥。见齐明、仇晓光《论我国自愿破产原则的反思与重构——从破产重整制度的中美比较视角出发》，《东北师范大学报（哲学社会科学版）》2010年第4期，第29页。

制⁽²⁵⁾。应该说,在破产法对市场机制客观依赖下,当市场机制相对薄弱时,那么公权力就必须介入模拟市场机制的角色,以保证破产法体系的功能得以发挥。破产法体系构建中大比重的政府干预在当时孱弱的市场机制难以担当重任的大背景下发挥了积极的作用,然而在二十年后伴随着经济全球化和法律全球化的今天,我国所亟待解决的问题就是在已经确定了我国的市场经济地位、我国破产法的私法定位、债权人保护的优先价值位阶并且不能否认破产法功能发挥对市场机制的依赖的情况下,是否仍然需要依赖广泛政府干预的模拟市场机制功能构建,还是应当回归市场机制的重要调节作用。

对于我国的司法实践来说,建立健全市场机制主导的财产评估机制异常重要。尤其目前破产法理论和立法都没有对破产财产的性质做出合理的解释⁽²⁶⁾,一方面承认破产财产的客体地位,另一方面对破产财产的财产权主体没有定论。这导致破产财产在理论上处于类无主物的地位,成为残酷破产实践的利益博弈中的牺牲品。尤其是当涉及到国有财产时,债务人对破产财产毫不关心,债权人对破产财产垂涎欲滴,但是心有余而力不足,进而成为了任人宰割的唐僧肉,破产拍卖成为实践中司法腐败的高发区。当前我国在解决破产案件中所涉及到的职工安置问题,破产重整中的资金注入等问题上,政府的参与发挥着至关重要的作用。但这只应该是现阶段我国市场经济不发达时破产案件处理的过渡模式,而不是最终模式。破产案件的去行政化一方面依赖我国市场经济建设的长期稳步发展,不断完善健全商品交易市场和人力资本市场,另一方面需要在这过渡阶段中建立健全对破产案件中政府权力的监督和制约,防止破产腐败案件的发生。

其次,破产法体系功能构建应当基于市场机制并围绕以债权人保护为核心的价值位阶展开体系化建设。破产法的立法构建和完善需要以债权人权益保护为核心,以公权力维持公共利益价值为补充。既要把市场机制编织进入破产法功能主义的构建中,又要使破产立法体系尊重市场机制减少破产本身对经济制度和非破产法制度的冲击。长期以来,我国破产法体系肩负了“职工安置法”和“国有企业拯救法”等过多的期待和职责⁽²⁷⁾,并因此导致破产法的功能定位不明确,难以完成体系化机制构建。不仅破产法制度目的抽象不明确,而且破产法不同机制之间缺少严密的逻辑性、关联性和互动性。我国现行破产立法充分体现了债权人保护这一核心价值,并为构建以债权人权益保护为核心价值的破产法体系,破产法机制之间形成分工和互补关系,进而形成有机的法律体系奠定了良好的基础。值得注意的是,破产法体系不仅服务于社会经济并产生社会效益,而且在特定情况下也可能对社会经济以及社会道德所产生的负面作用。尽管破产法的运行依赖市场经济和非破产法体系,但是破产法体系具有其自身的价值追求、公平概念和秩序,例如破产撤销权对善意取得制度的影响、破产对待履行合同相对方权益的影响、以及破产免责制度等破产法中“权利倾斜性配置对受益人和潜在受益人的道德风险”⁽²⁸⁾等。这些对破产法体系运行的外部环境所产生的影响无疑会增加特定债权债务解决所需的社会成本,因此除非在特殊情况下,破产法律制度构建应当尽可能以对现有的运行环境产生最小影响的原则展开。

责任编辑:李国强

(25)从86年破产法条文本身来看,债权人在破产程序中的权益实现显然不是立法者最关心的问题。

(26)王欣新《破产法(第二版)》,中国人民大学出版社2007年版,第151页。

(27)李永军《重申破产法的私法精神》,《政法论坛(中国政法大学学报)》2002年第6期,第28页。而事实是,由于缺乏明确的破产法功能价值位阶,破产法既难以实现其应有的功能定位,也难以实现附加的其他职能。

(28)应飞虎《权利倾斜性配置研究》,《中国社会科学》2006年第5期,第125页。