

DOI:10.16366/j.cnki.1000-2359.2018.03.012

我国《破产法》偏颇性清偿制度的疏漏与完善

——基于比较分析的视角

董璐¹, 杨遂全²

(1.四川大学经济学院,四川成都610064;2.四川大学法学院,四川成都610064)

摘要:偏颇性清偿作为破产可撤销行为的重要类型,旨在通过行使破产财产的归入权,恢复公平清偿的破产环境,保护债权人的合法权利,因而在各国《破产法》中均占据重要地位。然而我国《破产法》的偏颇性清偿制度,不仅法律规定分散,而且对权利具体适用的供给不足,制度构造与其自身重要地位极不协调,势必影响制度功能的正常发挥。需借鉴美国和《德国破产法》关于偏颇性清偿的规定,立足于我国立法和司法实际,在行为的构成要件和权利行使要件上予以修正和完善,并扩大其内涵至保障交易安全和鼓励诚信经营,以续造《破产法》所体现的公平正义之核心价值。

关键词:《破产法》;偏颇性清偿制度;破产财产;破产环境

作者简介:司法部2015年度国家法治与法学理论研究一般项目(15SFB2025)

基金项目:董璐(1983—),女,四川大学经济学院博士研究生,乐山市中级人民法院破产与清算审判庭庭长,主要从事破产法研究;杨遂全(1958—),男,法学博士,四川大学法学院教授、博士生导师,主要从事民法、法经济学等研究。

中图分类号:D922.291.92 文献标识码:A 文章编号:1000-2359(2018)03-0071-08 收稿日期:2017-12-01

引言

何谓“偏颇性清偿”,严格意义上讲没有准确的定义,国内通说认为,偏颇性清偿是债务人在特定时间内对债权人实施了个别清偿行为,并导致该债权人所获得之清偿多于假设其未接受清偿时按照破产分配程序所能获得的清偿,由于该清偿行为损害了其他债权人的利益,应当被撤销以恢复清偿前的状态。

偏颇性清偿作为破产可撤销行为的重要类型,旨在通过行使财产的归入权,恢复公平清偿的破产环境,因而在破产法律中具有重要的地位,有学者甚至把它比喻为破产法律条文的心脏^[1]。在美国,以偏颇性清偿行为为中心的破产撤销权制度是《美国破产法》(《American Bankruptcy Act》)的中心内容,通过赋予管理人“强臂权”的方式撤销债务人的此类行为,最大限度地满足债权人的利益。在德国,撤销权也是《德国破产法》(《German Insolvency Act》)的重要内容。然而,如此重要的制度在《中华人民共和国企业破产法》(简称“《破产法》”)中仅用三十一条、三十二条进行概括规定,具体应用还需结合《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(二)》第十条至第十六条的规定,不仅法律规定分散,而且对权利具体适用的供给不足,偏颇性清偿制度构造与其自身的重要地位极不协调。因此,本文将立足于对国内外偏颇性清偿制度的比较,梳理当前制度存在的疏漏,并提出完善我国偏颇性清偿制度的建议。

一、比较视野下我国偏颇性清偿制度的疏漏

(一)我国《破产法》对偏颇性清偿行为的规定

我国《破产法》规定^①,如果对债权人的个别清偿满足在破产前1年内对没有财产担保的债务提供财产担保的,对未到期的债务提前清偿,或者出现破产原因后在破产前6个月内进行个别清偿,且该清偿不属于《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(二)》规定的例外情形,就属于偏颇性清偿。具体而言,主要是针对偏颇性清偿行为认定的行为构成要件、撤销权行使要件两个方面进行规范。

1.行为构成要件

第一,时间要件:清偿行为在破产申请受理前1年内发生,企业已经出现破产原因的,可撤销时间为破产申请受理前6个月。第二,主体资格要件:债务人出现破产原因或者由于清偿行为导致债务人出现破产原因的,债务人所实施的清偿行为构成偏颇性清偿,对债权人没有资格的特殊要求。第三,行为要件:(1)对没有财产担保的债务提供财产担保,如新设担保、超额担保或者对有财产担保的债权超过担保物价值进行清偿;(2)对未到期的债务提前清偿,或者虽然在破产受理时已到期,但是清偿行为发生在破产受理前6个月的。第四,例外要件:(1)债务人财产受益的个别清偿行为;(2)对以自有财产设定担保物权的债权进行的正常清偿;(3)因生效裁判而对债权人进行的自愿或非自愿的个别清偿;(4)为维系基本生产需要而进行的个别清偿;(5)为维持企业运转而支付报酬或者人身损害赔偿费用的。

2.撤销权行使要件

第一,行使撤销权的主体。我国《破产法》规定提起撤销权之诉是管理人的法定职权,并将此作为提起撤销权之诉的一般性规则。同时,为了防止管理人怠于行使撤销权,《破产法》规定了管理人怠于行使权利应承担的赔偿责任,并赋予债权人在管理人怠于履职和管理人职务终止后提起撤销权诉讼的权利。因而有观点认为,“管理人代表债权人行使撤销权”^[2]。笔者认为,这种观点存在以下问题:其一,管理人行使撤销权系法定权,各国《破产法》都规定管理人负有接管、管理、处分债务人财产的权利,这是管理人行使撤销权的权利来源。这一权利并非来自个别债权人的委托,更没有全体债权人的一致决议。其二,行使撤销权并非债权人大会的职权。如果管理人代表说成立,那么首先债权人大会需要有撤销权才能授权于管理人,但是《破产法》并没有赋予债权人大会撤销权。其三,债权人大会的召开程序复杂、成本高昂,如果行使撤销权的权利全部赋予债权人大会,那么就需要表决通过决议,这必然导致撤销权行使的低效。因此,管理人行使撤销权是《破产法》赋予其的法定职权。

第二,撤销权的权利期间。我国民法理论通说认为撤销权是形成权,应适用除斥期间的规定,这在《民法总则》第一百九十九条中再次得到明确:撤销权不适用有关诉讼时效中止、中断和延长的规定,到期权利即消灭。遗憾的是,在制定《破产法》时对管理人行使撤销权却没有规定具体期间,只要是在破产受理后至管理人职务终止前都能行使,即管理人的撤销权从破产受理之日起至职务终止之日止。从司法实践来看,破产案件因受财产处置难度和重整计划执行期的制约,往往审理周期较长,有的甚至持续5年、10年,这意味着管理人享有撤销权的期间可能会达到10年之久。

3.行使撤销权的法律后果。(1)返还财产。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》(二)第九条规定偏颇性清偿行为被撤销后债权人应当返还债务人财产^②。(2)承担民事责任。《破产法》第一百二十八条规定债务人实施偏颇性清偿行为,其法定代表人和其他直接责任人员依法承担赔偿责任。通常认为债务人作为拟制人,其行为体现的是权利机关的意志,具体实施是由法定代表人、实际控制人、董事、监事、高级管理人员等进行,因此,还应准用《破产法》第一百二十五条第一款之规定:“企业董事、监事或者高级管理人员违反忠实义务、勤勉义务,致使所在企业破产的,依法承担民事责任。”(3)承担行政责任。《破产法》第一百二十五条第二款规定:“有前款规定情形的人员,自破产程序终结之日起三年内不得担任任何企业的董事、监事、高级管理人员。”

^① 《破产法》第三十一条规定对没有财产担保的提供财产担保和对未到期债务提前清偿的行为可撤销,第三十二条规定了出现破产原因的个别清偿为6个月。

^② 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(二)第九条第一款:管理人依据企业破产法第三十一条和第三十二条的规定提起诉讼,请求撤销涉及债务人财产的相关行为并由相对人返还债务人财产的,人民法院应予支持。

(二)国外《破产法》对偏颇性清偿行为的规定

因为现行《美国破产法》具有先进性、系统性、全面性和易操作性等特点,已成为各国《破产法》建立或修订的蓝本。《美国破产法》将破产可撤销行为分为欺诈性转让行为和偏颇性清偿行为,并在法律中以各自独立的条文形式对构成要件加以规定。而德国法作为大陆法系的典型代表,没有明确使用“偏颇性清偿”的概念,偏颇性清偿行为尚作为学理概念存在于破产可撤销行为的类型中。对于同为大陆法系的中国来说,借鉴《德国破产法》对保持法律体系的连贯性更具有实际意义,因此,本文选取美国和德国的《破产法》作为比较的样本。

1.行为构成要件

第一,时间要件。《美国破产法》对于临界期的规定是,“对一般债权人:破产申请提出日之前90天内或90天时”或“对内部人(关系人):破产申请提出前介于90天和一年之间”;《德国破产法》对临界期的一般规定是,“破产申请前的3个月内或破产申请后”,对于有担保的债权特别规定清偿行为的临界期为“在启动申请前1年内或者在申请后作出”,关联人^①进行前述行为可撤销的时间是“破产申请前2年”^[3]。从临界期的确定上来看,两国《破产法》对普通债权人和关系人进行了区别性规定,为了防止关系人利用信息不对称损害其他债权人利益,对关系人进行偏颇性清偿的临界期规定了比普通债权人更长的期限。

第二,主体资格要件。美德两国《破产法》都将债务人处于“无力清偿状态”而为的清偿行为作为偏颇性清偿的必备要件,明确排除虽然资不抵债,但是有清偿能力的情形。对于债权人的主体资格都没有特殊限制,只要是在临界期内接受清偿的债权人都将成为偏颇性清偿行为的对象,但债务人在临界期到来之前已经以自有财产为债权人提供担保的优先权人除外。

第三,行为要件。《美国破产法》第547(b)使用了“转让”来描述偏颇性清偿行为:(1)转让的对象是债务人的财产利益;(2)转让的目的是或为了债权人的利益;(3)转让的原因是债务人在此之前对债权人负有债务;(4)转让时的客观状态是“债务人无力偿债”; (5)转让发生在临界期内;(6)转让的结果是使个别债权人获得的实际清偿多于假设转让没有发生时其可能依据破产清算分配方案所获得的清偿。一个转让行为只要满足前述6个条件并且不在第547(c)所列举的行为之列,即为偏颇性清偿行为^{[4]577}。《德国破产法》规定:“破产程序启动前作出的,对破产债权人不利的法律行为可撤销。”^[3]该规定不区分是积极作为还是消极不作为,甚至是第三人完成的法律行为,只要对破产债权人不利,均可撤销。具体来说,有专属撤销行为、直接致人不利的行为、故意损害行为、无偿行为、新设担保行为、票据付款受领行为等。这一规定并没有对哪些属于偏颇性清偿行为予以明确。对比《美国破产法》,偏颇性清偿重点在通过转让实施了“清偿”,而清偿以债务人对债权人负有债务为前提,因此前述五种情形中故意损害行为 and 无偿行为的给付对象由于不是特指债权人,不属于偏颇性清偿行为,第三人实施的转让行为也不属于偏颇性清偿行为。

第四,结果要件。已经获得清偿的债权人受偿比例多于假设清偿行为没有发生时该债权人按照破产分配方案所应获得的清偿比例。美国《破产执业者专题》对判断偏颇性后果的方法进行了详细介绍:(1)确定财产总额:以破产申请日为基准点,对可分配的破产财产进行价值评估,包含偏颇性清偿的财产。(2)确定破产清算的应然分配额:假设没有进行偏颇性清偿,按照破产清算程序进行分配,各类债权人所能获得的财产分配额。(3)确定个别债权人可能获得的分配额:尚未清偿的债权(不含偏颇性清偿的财产数额)依据清算程序所应获得的财产数额之和,加上偏颇性清偿的财产数额,即为该债权人实际可能获得的财产数额。(4)比较个别债权人可能获得的分配额与破产清算的应然分配额,如果前者大于后者,就是偏颇性清偿^[5]。由此可见,除非按照破产清算的分配方案,其他债权人能够实现全额受偿,否则与其他债权人相比,个别债权人就实现了优待,出现偏颇性清偿。一个更简单的方法是,只要受偏颇性清偿的财产与受益人所享有的债权之比,大于尚未清偿的其他同类债权(不含偏颇性清偿的财产数额)依据清算程序所应获得的财产数额之和与其他债权总数之比,就属于出现偏颇性清偿后果。德国仅仅以对债权人不利为结果要件,没有美国这种详尽的规定。

第五,主观意思要件。《美国破产法》不考虑债务人进行偏颇性清偿时的主观意思表示,也不考虑受益人

^① 参见 BGH Z131,189,192 f.;129,236,244 f.;BGH ZIP 1988,247,248;Hirte,ZInsO 1999,429 ff.;Kirchhof,ZInsO 2001,825 ff.;Paulus, WM 2000,2225 ff.;Ropohl,NZI 2006,425 ff.

的主观状态,即使对善意的受让人也可以追回财产,但对其提供了权利救济,即该受让人在其付出的价值范围内,有优先受偿权。《德国破产法》强调债权人的主观状态为偏颇性清偿行为的一个主要构成要件,债务人尤其是交易相对人和转得人的主观意思是否为恶意,对撤销权的构成具有一定影响^[6]。如《德国破产法》第130条明确临界期内的清偿行为可撤销需“债权人在债务人行为时知道债务人已经无支付能力,或者知道已提出破产程序开始申请”,第131条对关系人采用“推定其知道债务人行为将损害其他债权人利益”^{[4]56-57}。由此可见,在是否考虑主观意思上,美国和德国破产立法的价值取向有根本差异。

第六,例外要件。《美国破产法》认为,如果“转让”对于企业经营是十分重要的,并且并不损害偏颇性清偿的目的,或者这种“转让”通过维持潜在破产者的经营从而有助于企业的继续,那么这种转让就应当作为偏颇性清偿的例外。能够归属于企业债务人清偿之例外的情形有六种:(1)债务人以获得债权人提供的新价值为目的以自有财产进行交换,这种新价值的交换事实上时间非常接近,以至于可以用“同时”来表述;(2)债务人为了获得债权人继续提供的信用,在正常商业经营中或者日常财务管理中所进行的款项支付,虽然这些支付是对债务的清偿,但是这种清偿属于从事正常的商业行为,如果不进行这些行为反而会增加债务人破产的可能;(3)债务人以价款担保方式或者信用方式与债权人交换作为新价值的财产;(4)债权人受益于偏颇性清偿后对于债务人重新提供了新价值,因而清偿没有对其他债权人造成损害;(5)如果浮动担保是手续完备的,只要担保物价值的增加不是以减少破产财产的价值为代价,这种担保地位的提高就不能被撤销;(6)依据法律的强制力而非基于协议或者判决产生的法定担保是不可撤销的^{[4]577}。德国是以受让人的主观善意作为撤销的例外,也就是说,只要受让人证明自己在交易时是善意的、合理的和必要的,就不能对其行使撤销权。

2.行使撤销权要件

第一,行使撤销权的主体。破产财产膨胀主义是破产撤销权制度存在的理论基础。撤销权制度的立法目的是依法实现破产财产的增加,最大化保障债权人的合法利益,所以撤销权的权利主体应是债权人。与此不同的是,两国立法却将行使撤销权的权利人明确为管理人,这就出现撤销权权利主体与行使主体相分离的现象。与此同时,两国《破产法》在管理人作为行使撤销权的一般主体之外,还作了例外规定。特殊主体的权利资格来源于对财产的控制和管理,资格的获取需要以没有管理人(美国法称之为托管人)为前提,因此通常适用于重整程序。《美国破产法》规定,重整程序中,不指定托管人的案件由经管债务人行使管理人的职权,因此撤销权由经管债务人行使。《德国支付不能法》第280条规定,在债务人对财产的“自行管理”程序中,由于不设立管理人,由财产监督人行使撤销权^{[4]104}。

第二,撤销权的权利期间。撤销权之诉作为破产衍生诉讼,其开始时间是破产受理之后,但是该权利行使之时效抑或除斥期间,美德两国规定不尽相同。《美国破产法》第546条(a)规定,依据《破产法》第544条、545条、546条、547条、548条或者第553条提出的诉讼行为或诉讼程序在下列事件之后不能被启动:(1)晚于(A)发出债务免除令之后两年,或(B)根据本法第702条、第1104条、第1163条、第1202条或第1302条任命或选举出第一个托管人之后一年,如果该任命或选举在本款(A)所列明的期限终止之前发生的话,或者,(2)破产案件被终结或驳回之时^{[4]573}。《德国破产法》第146条规定撤销权的消灭时效需遵循德国民法典消灭时效的一般规则,消灭时效的阻却事由也同样适用,通常自破产程序启动后、债务人行为被发现时起3年^{[4]62}。

第三,行使撤销权的法律后果。《美国破产法》没有明文规定撤销的法律后果,但是由于《美国破产法》奉行溯及主义,即破产宣告之效力溯及破产人在破产宣告前已经发生破产原因时所为的行为^[7],因此,撤销权的行使可导致:(1)托管人撤销权指向的转让行为无效;(2)基于破产财团利益而产生的转让财产的权利保留;(3)在相应案件中对受让人获得财产的追还或者对其他人获得的转让收益的追还^[8]。《德国破产法》采用“责任法理论”来确定撤销的后果,《破产法》第143条规定:通过撤销,法律行为的物权效力并不会被溯及性消灭,而是仅产生一个债法之返还交付请求权。如果他不能返还所得物或者只能以更差的状态返还,就要负等价赔偿责任^{[4]62}。因此,撤销的后果首要后果是成立返还请求权。其次,撤销相对人对管理人的请求权。《美国破产法》第550条(b)规定:第一受让人的任何直接或者间接的受让人如果支付了对价,并且对被撤销的转让行为的可撤销性是不知情的,或者是该受让人之后的任何直接或间接诚实可信的受让人的,托管人不能对其实施财产追还。《德国破产法》第144条规定,撤销权行使的结果是可撤销给付的受让人返还所受领的财务,其债权恢复。如果被撤销的是一种履行行为,那么撤销相对人因为管理人行使撤销权将会使这一合

同处于债务人未履行完毕的状态,因此,撤销相对人在此合同中的原从权利和担保权利自然相应恢复。如果管理人撤销的是未履行债务的负担行为,那么应当以破产财产返还撤销相对人已经作出的对待给付^{[4]62}。

(三)我国《破产法》规定的疏漏

我国《破产法》就偏颇性清偿行为的规定与国外《破产法》立法例相较,虽然从表面上看似基本一致,但在具体内容上存在较大差异,导致在司法实务中若采用不同的立法例将出现不同的适用结果。例如,A公司向B银行贷款2650万元,贷款期限至2014年11月止,C公司为此提供抵押担保并办理了抵押登记。2014年10月,A公司与D公司约定,由D公司向B银行贷款以偿还A公司欠B银行的贷款。D公司随即向B银行贷款,并由C公司继续提供抵押担保。B银行如约向D公司发放贷款,并结清与A公司之间的债权债务。经查,D公司与C公司均由自然人E实际控制,A公司对E享有应收债权1400万元,通过D公司代为清偿的行为进行了抵消,剩余1250万元转为A公司向E的个人借款。2015年1月,A公司进入破产清算。管理人以A公司构成个别清偿提起诉讼,主张B银行返还A公司1400万元。在该案例中,如果采《德国破产法》的主观要件主义,B银行只需证明在接受清偿时不知道A公司已无支付能力即可排除破产撤销权的行使,即A公司对B银行的清偿行为不构成偏颇性清偿;如果采美国法的客观要件主义,只需看清偿结果是否让该债权人获得了比假设参加清算程序更多的利益,从而给其他债权人带来损失,则A公司对B银行的清偿行为已构成偏颇性清偿。然而就我国《破产法》而言,由于对偏颇性清偿在主观意思要件、结果要件上法律规定缺失,无法按照前述两种立法例所规定的判断方式得出明确结论。源其根本,即在于司法实务中就偏颇性清偿行为的认定可以援引的只有例外要件,即是否符合“使债务人财产受益”的行为判断标准,缺乏的是直接的法律规定,因此,在适用我国《破产法》就A公司对B银行的清偿行为是否构成偏颇性清偿行为时,既需要从行为构成要件上审定A公司对B银行的清偿行为是否满足时间要件、主体资格要件和行为要件,还需要审定是否存在“使债务人财产受益”的“受益”结果。由于在受益的指向是否系债务人财产、不损害的指向对象是否是全体债权人利益、受益的客观标准是否是财产的增加但不包含财产不变的情形、不损害的客观标准是否包含了等值的概念等等,都与美国法规定的“不损害”行为在指向对象和客观标准上不尽相同,因此,由于法律规定的缺失和不周延,我国偏颇性清偿行为在构成要件上的至少存在以下疏漏。

1.行为构成要件的疏漏

第一,行为的临界期规定过长且不尽。与国外3个月(或者90天)的规定相比,我国《破产法》规定临界期为1年,并且未对清偿关系人和普通债权人的临界期间予以区别,没有体现对关系人的规制。第二,结果要件不明确。美国和德国是以接受清偿的债权人是否得到特殊优待从而损害其他债权人利益作为衡量偏颇性清偿的标准,我国《破产法》最类似的表述是“使债务人财产受益”,重点关注的是债务人财产是否增加,而不是债权人的利益是否受损,与《破产法》公平清理债权债务的宗旨不符。第三,未规定主观要件亦未提供善意相对人的权利救济。虽然我国没有采用《德国破产法》的主观要件说,但也不同于《美国破产法》的规定,《美国破产法》虽然可以不区分相对人是否善意且对交易行为予以撤销并取回财产,但对该受让人在其付出的对价范围内提供了优先受偿权的法律保护,从而使善意相对人不会因撤销行为受到损失。我国《破产法》对善意相对人在行为被撤销后的权利保护缺失。第四,例外要件列举不彻底。对何为受益行为未进行定义,导致兜底条款被滥用,影响法律的统一适用;同时对善意第三人之受让行为是否作为例外疏于规定,影响构成要件的完整性。

2.撤销权行使要件的疏漏

进一步对上述案例进行分析,由于A公司对B银行的清偿行为符合我国《破产法》关于偏颇性清偿行为的全部构成要件且不属于任何例外情形,该清偿行为被撤销后将随之产生一系列法律问题:D公司与B银行的代偿合同如何处理?B银行失去的C公司为A公司提供的担保能否恢复?不能恢复时,B银行应当如何救济?我国《破产法》并没有对前述问题提供如何解决的法律依据,只赋予撤销相对人作为债权人申报债权的权利,没有明确对债权所涉及之从权利是否一并恢复,或者更进一步,如果从权利不能恢复时又该如何救济?而美国和《德国破产法》均在行使撤销权的后果中对撤销相对人的权利予以保护。由此可见,我国偏颇性清偿行为在撤销相对人的权利救济上存在明显疏漏。

除此之外,我国偏颇性清偿行为在撤销权行使要件还存在以下疏漏:第一,行使权利的主体规定不全面,对于重整中的债务人由谁行使撤销权没有进行明确,容易引发法律适用的争议或者推诿。第二,破产撤销权

的权利期限可能长达 5 年甚至 10 年,与除斥期间时间较短、期限明确的特点相冲突,有违民事法律体系的统一,不利于对管理人权利进行约束和监督。第三,对返还请求权没有明确是物权性质还是债权性质,也没有明确返还不能时适用折价返还应以何时作为财产价值评估的起算点。实践中通常有清偿行为发生时、破产申请受理时、撤销权之诉起诉时、财产当前价值等标准,缺乏明确的规定,影响司法的统一。

综上所述,我国《破产法》偏颇性清偿制度的疏漏不同程度地导致了破产案件审理中对债务人实施偏颇性清偿行为的认定困难,严重削弱了制度价值。一个完整、有序的制度要适用在事实上已经发生的案件上,需要案件事实能够客观地得以陈述,同时还要考虑到个别事实在认定时的重要。而我国《破产法》制度中对偏颇性清偿行为的规范恰恰不能完美地满足这两个条件,使得这一制度在《破产法》中的核心价值地位没有得到体现。由于制度的疏漏,使得偏颇性清偿行为建立在一个或者多个情势基础上并经过一系列“加工处理”后在外观形式上呈现出“迷糊”状态,最终使裁判者纠结并迷途于事实选择、解释及联结。

二、我国《破产法》偏颇性清偿制度的完善

要完善我国《破产法》关于偏颇性清偿行为的法律规范构架,应当立足于我国社会信用和经济秩序尚处于建立过程中且存在立法重视程度不够、制度健全不足、程序性规范操作性缺失及市场经济条件下对权利人利益保护不够,而对违规者法律制裁制度不完备等客观事实,在检讨这项制度存在的问题同时,针对我国国情,有选择地借鉴而不是照搬或者复制国外立法,重新制定或者修改我国《破产法》偏颇性清偿制度,从而使裁判者在认定偏颇性清偿行为是否存在时,能够穷尽法律性考量后,以感知为基础,通过对交易主体行为的解释、其他社会经验及社会基本价值加以判断。因此,我国《破产法》偏颇性清偿制度的构建应当满足如下条件:一是应当使立法者明确追求法的正当性及维护诚实信用原则的法律意义和法律目的;二是能够与构成破产制度的其他法律相互有机结合形成整体而不冲突或者矛盾;三是使裁判者在法律具体适用中,即便不同的裁判者对个案的考量可能有着不同的认识,但是所追求的个案裁判结果并不会偏离社会一般民众的通常理解。笔者认为,应从完善法律构成要件和行使权利要件、增加保障交易稳定和安全及增加鼓励诚信经营行为规定等着手。

(一)完善法律构成要件之规定

尽管我国《破产法》偏颇性清偿行为从法律构成上已经与国外接轨,但通过前文所论美、德两国与我国立法例之比较,笔者认为,对于法律构成要件之完善,尚可从以下方面予以完善。

1.从调整不特定债权人的临界期入手,并且对特定关系人规定特殊的临界期。我国《破产法》在立法时之所以不完全借鉴国外 3 个月(或者 90 天)的规定,是考虑到我国的企业在申请破产时的状况与国外不同,通常我国企业(尤其僵尸企业)在申请破产之前的很长一段时间(有的甚至 3 年 5 年前)就已经出现破产原因,在企业进入破产程序之时,偏颇性清偿行为早已过了临界期,因而《破产法》对临界的规定将形同虚设,这不利于保护债权人的合法权利。但如果过多考虑企业在进入破产程序前的很长时间内早就出现破产原因,从而将临界期规定过长,一方面将束缚企业合理利用资源进行自救,也不利于企业和债权人在法庭外达成重组协议。另一方面,《破产法》的发展方向是尽可能早地通过破产挽救程序实现企业更生,随着《破产法》促进市场经济正常发展的功能不断加强,企业长期僵局的情况也会成为一种历史的阶段性样态不复存在,故而没有必要为了特定情形刻意延长临界期。因此,建议采取 6 个月的临界期之规定平衡二者之间的矛盾。另外,对于关系人,由于其对企业经营信息的知悉能力高于普通债权人,可以借鉴国外规定,确定比普通债权人更长的临界期,建议明确该期间为破产申请前一年。

2.在保护善意相对人的基础上,可不增加主观意思要件。与《美国破产法》一样,我国现行《破产法》关于偏颇性清偿行为法条中没有规定应当考虑债权人在接受担保或者清偿时的主观状态,但前者又以特定条文保障了对善意相对人的损失提供权利救济,这是我国《破产法》偏颇性清偿制度的在构成要件上的明显疏漏。《德国破产法》对债务人就自身经营状况、是否出现破产原因采推定知道的原则,因此偏颇性清偿行为不考虑债务人的主观意思表示。究竟应增加主观要件之规定还是增加权利救济之补给?笔者认为,按照《德国破产法》的规定,债权人对债务人没有出现破产原因或者自己不知道或不应当知道债务人在行为时已经出现破产原因负有举证责任。再看我国对“善意”的举证责任,很长一段时间以来都无法律明确规定,以致司法实践操作不一,直到 2016 年《物权法司法解释(一)》第十五条第二款予以明确,即“真实权利人主张受让人不构成善意的,应当承担举证证明责任”。这与《德国破产法》将善意的举证责任分配给债权人的做法是相反的。从我

国法律体系的统一性出发,我国《破产法》不宜采用《德国破产法》规定的债权人主观要件主义,更宜借鉴美国立法例,对善意受让人的权利予以保护,已经支付的对价作为共益债务优先受偿。此外,对于受让人为债权人之外的善意第三人时进一步加强保护。以交付房屋并办理物权变更为例,如债务人按照债权人的指示向善意第三人进行清偿,应当撤销的行为是债务人向债权人的清偿行为,而非房屋的登记行为,房屋受让人以合理对价取得房屋所有权,不撤销登记不会对破产财产造成损害,因此撤销登记对于破产财产的归位不是唯一和必须的途径,将这样没有任何害处的正当的交易行为列入可撤销的范围,实有违法律的正义价值^[9]。

3.修改“使债务人财产受益的行为”为“不损害债务人财产的行为”。有观点认为“使债务人财产受益的行为”这一表述逻辑不通,因为任何“清偿”都会造成破产财产的减少而不会使其增益^[10]。从可撤销行为的结果要件来看,这种表述确实存在矛盾。我国《破产法》规定偏颇性清偿行为之所以可撤销是因为清偿导致债务人财产减少,从而损害了全体债权人的共同利益。但是“受益”二字从文义上意味着“财产增加”,排除了“非受益”的等价行为。继续上文所述案例,如果D公司与A公司之间没有任何利害关系,D公司自愿以自有财产为A公司偿还债务,从结果上说A公司的债务总额没有增加,只是债权人进行了替换,这种清偿行为自然是不可撤销的。因此,与定义受益相比,借鉴美国的“不损害行为”更为合理。

(二)完善行使权利要件之规定

1.在《破产法》重整章节中补充撤销权人之规定。重整中有债务人自行管理和管理人管理两种模式,在债务人自行管理的模式下,由于财产和经营的管理权由重整中的债务人享有,故可借鉴国外经验,明确此时提起撤销权之诉系债务人享有的权利,但也是其职责。同时,管理人对此仅负有监督的权利和义务,若重整中的债务人怠于行使撤销权导致破产财产有不当减少的可能时,管理人可以径行责成债务人尽快全力纠正,若遵循私力救济优先无法取得效果的情况下,可以提请债权人会议形成决议提起撤销权之诉。

2.确立明确的撤销权行使期间。《中华人民共和国合同法》(简称“《合同法》”)第七十五条规定:债权人撤销权的期间为1年,从知道或者应当知道撤销事由之日起算。自债务人的行为发生之日起超过5年的权利消灭。《中华人民共和国民法总则》(简称“《民法总则》”)第一百五十二条对于行使撤销权期间也作了相同规定。因此,无论是从法律体系的统一,还是与域外规定的协调,管理人的撤销权期间也应当予以限制,可以参照《民法总则》关于债权人行使撤销权的期间,对行使破产撤销权的期限规定为“自管理人(重整中可能是债务人)知道或者应当知道撤销事由之日起1年内,或者自债务人行为发生之日起5年内”。

3.完善偏颇性清偿行为被撤销后的权利救济。我国《合同法》已经确立了撤销后的债之返还请求权,第五十八条规定:“合同无效或者被撤销后,因该合同取得的财产,应当予以返还;不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失,双方都有过错的,应当各自承担相应的责任。”偏颇性清偿制度应当对行为撤销后的债之返还请求权和折价补偿权利予以明确,确定估价时间节点,鉴于财产的价值受市价的影响而波动,建议以交易时的市场价值作为确定返还价值的基准点,既能让管理人准确判断交易行为是否对债权人造成损害,又能增加相对人交易风险的可预见性。

4.增加善意第三人保护和保证、担保等从权利恢复的规定。对于支付合理对价取得财产的善意第三人,不可撤销相应财产权利,不得主张返还。对于担保无法恢复的,可借鉴美国立法的补偿原则,将此作为共益债务予以清偿,并明确债权人接受偏颇性清偿后将财产出售给善意第三人的,后行为不可撤销。

(三)增设保障交易安全和鼓励诚信经营的为可撤销之例外规定

规定偏颇性清偿行为的例外是为了对债权人提供保护的同时,不过分损害交易的稳定和安全。但是我国《破产法》并未对有益于交易稳定和安全的行为作为例外予以规定。如浮动担保行为,在设定担保之时担保物的价值与受理破产时不一定相同,不能因为受理后担保物价值的增加而对浮动担保予以撤销,只要债务人没有恶意促成担保物价值的增加从而实现了对债权人的偏颇性清偿,该行为便不可撤销。再如,担保登记发生在临界期内的行为是否构成无财产担保的债权提供财产担保的行为?笔者认为,如果是首次办理登记,在合理期限内(如美国法规定的15天),可以认定为例外情形予以排除,结合我国的实际,合理期限可以适当放宽至30天,在此期间进行的登记不视为偏颇性清偿行为。如果是续登记,则需要考虑我国财产登记制度的实际。我国存在登记机关在办理登记时设定期限的问题,但这并非当事人双方的约定,因此登记到期并不等同于合同双方的担保权利义务到期,如果是登记到期后在临界期内完善续登记的行为不是偏颇性清偿行为,不可撤销。

此外,就我国《破产法》而言,在市场经济中诚信经营还没有成为一种常态,甚至破产欺诈和借破产逃债等不诚信行为仍旧存在的情况下,还应通过立法的指引作用,规定虽然形式上符合偏颇性清偿的构成但实质上系履行诚实信用义务的行为是可撤销行为之例外,以化解偏颇性清偿制度在面临道德问题时的困境。

三、结语

公平正义是法律的核心价值。破产程序作为对债务人所有负债的概括执行更应体现公平的价值取向。交易活动中“合同相对性”和“意思自治”必须在法律所规范的正常秩序下进行,尤其是在企业出现破产原因时,企业资产及其现金流等状况决定了债权人通过破产程序的概括执行得以部分清偿,那么,要确保债权人得以公平的分配,为债权人公平分配破产财产制定一套合理的规则有其现实的必要性。破产撤销权作为体现《破产法》公平原则的核心制度,在维护交易安全、倡导诚实信用、确保市场秩序中具有至关重要的作用。因此,偏颇性清偿行为作为破产可撤销行为的主要类型,旨在对处于临界期的不当清偿行为给予法律上的否定性评价,从而尽可能回归行为前的状态,保障债权人之间的公平受偿,从而有效遏制在实际生活中经常遇到的破产债务人在企业经营出现支付不能时,基于与债务人关系的疏远、自身利益等与特定的债权人恶意串通并实施清偿,最终导致其他债权人合法利益不能得以保障,使得这些债权人利益遭受损害的情形发生。当然,与此同时,作为衡量善法的客观标准,偏颇性清偿制度也不能以损害交易安全为代价来过分保护债权人利益。因此,需要对偏颇性清偿的行为构成要件、权利行使要件上的疏漏进行补充,并进一步增加保障交易安全和鼓励诚信经营的规定,形成完善的偏颇性清偿制度,以防止撤销权失之过宽,影响正常的交易秩序。

参考文献:

- [1]Richard I.Aaron, Bankruptcy Law Fundamentals, Clark Boardman Company, Ltd, 10-23,1987.
- [2]齐树洁.破产法研究[M].厦门:厦门大学出版社,2004:384.
- [3]波克.德国破产法导论(第6版)[M].王艳柯,译.北京:北京大学出版社:111-122.
- [4]李飞.当代外国破产法[M].北京:中国法制出版社,2006.
- [5]刘黎明,田鑫.美国破产法之偏颇清偿制度及对我国的借鉴意义:兼论我国新破产法第32条及相关条款[J].法学评论,2008(3).
- [6]王欣新.破产撤销权研究[J].中国法学,2007(5).
- [7]乔博娟:论破产撤销权之行使——兼析《最高人民法院关于适用〈企业破产法〉若干问题的规定(二)》[J].法律适用,2013(12).
- [8]大卫.G.爱泼斯坦,等.美国破产法[M].韩长印,等译.北京:中国政法大学出版社,2003:422.
- [9]崔艳峰,房绍坤.论主观意思在破产撤销权中的地位[J].贵州社会科学,2015(4).
- [10]许德风.论偏颇清偿撤销的例外[J].政治与法律,2013(2).

Study on the Omission and Perfection of the Partial Liquidation System of the Bankruptcy Law of China

——A perspective of comparative analysis

Dong Lu, Yang Suiquan

(Sichuan University, Chengdu 610064, China)

Abstract: As an important kind of the avoidance power in bankruptcy, the preferential transfer aims to recover the fair settlement circumstances in bankruptcy and protect creditors' legal rights by exercising disgorgement right of bankrupt property. It plays an important role in many countries' bankruptcy laws. But because of the dispersion of laws and rules, the supply shortage of specific rights application, and the incompatibility of system structure and its own significance, our preferential transfer which is regulated in the PRC bankruptcy law is bound to affect normal system function. Therefore, we need to make an effort in perfecting and modifying behavioral constitutive requirements and right exercising requirements, and expanding its connotation to protect transaction security and encourage integrity management by analyzing foreign statutes and relevant research on that matter as well as basing on the current practice and legislation in PRC bankruptcy law. And in this way, we can renewal fairness and justice which are the core value of the bankruptcy law.

Key words: bankruptcy law; partial liquidation system; bankruptcy property; bankruptcy environment; comparative analysis

[责任编辑 张家鹿]