

《民法总则》视角下破产法的革新

刘 冰^{*}

摘要:《中华人民共和国民法总则》是民法典的开篇之作,具有纲领性作用,其不仅影响民法典分则的制定,还影响破产法的适用,主要表现在民事主体多元化与破产法适用对象单一、民事法律行为效力体系的整合与破产欺诈行为的调整两个方面。目前我国破产法只适用于企业法人,与《中华人民共和国民法总则》规定的民事主体分类并不匹配,应当建立个人、非营利法人和特别法人破产制度,进而形成与《中华人民共和国民法总则》主体分类相匹配的破产法律制度。《中华人民共和国民法总则》对民事法律行为效力体系作了扩充和整合,更加强调民事主体的责任意识和规则意识的调整,直接对破产欺诈行为造成冲击。《中华人民共和国企业破产法》对破产欺诈行为的规制是按照《中华人民共和国民法通则》中民事法律行为逻辑设计的,与《中华人民共和国民法总则》中的民事法律行为在效力体系构架方面不完全契合。应当从民事法律行为效力体系的角度调整破产欺诈行为的内容,以期能与《中华人民共和国民法总则》中的民事法律行为效力体系相衔接。

关键词:民法总则 破产法 民事主体 民事法律行为

2017年3月15日第十二届全国人民代表大会第五次会议表决通过《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》),自2017年10月1日起施行,自此中国民事法律制度开启了“民法典时代”。重新启动民法典的编纂是依法治国的根本要求,有利于形成完备的民商事法律规范体系,完善市场经济法律制度。更重要的是民法典制定可以推动其他法律的革新。在我国的立法史上,1986年《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)的颁布为1986年《中华人民共和国企业破产法》(以下简称《企业破产法》)、1991年《中华人民共和国民事诉讼法》以及2006年修订的《企业破产法》奠定了民事法律概念、理论和制度基础。^①如果没有1986年的《民法通则》将法人理论进行系统化和制度化,以企业法人为破产对象的《企业破产法》将不可能存在。民法中的物权、担保债权、合同等概念和理论均是破产法构成的支柱,对其具有重要的基础意义。虽然《民法总则》无论是作用还是地位都不同于《民法通则》,但其内容同样会影响其他法律的内在逻辑,破产法也不例外。有鉴于此,笔者将从不同的民法典立法体例着手,分析在民商分立和民商合一立法体例下民法典对破产规则的规定,进而研究《民法总则》中新的民事主体分类和民事法律行为效力体系的调整对破产法的挑战。应对这些挑战,需要对破产法的相关内容进行革新,制定个人、非营利法人和特别法人破产法,对破产欺诈行为进行调整等,以破产法的革新作为对《民法总则》的回应。革新的目的是保持与民事法律行为效力的顺畅衔接,最终使得破产法与《民法总则》保持内在逻辑的一致。

一、不同立法体例下民法典对破产规则的规定

民法典有“社会生活百科全书”之称,由此可见民法典在法律体系内部的地位之重,通常其他法律的运

^{*} 北京师范大学法学院博士后研究人员、中国政法大学破产法与企业重组研究中心研究员
基金项目:国家社会科学基金项目(16CFX045)

^① 参见孙宪忠:《我国民法立法的体系化与科学化问题》,《清华法学》2012年第6期。

行需要以民法典的运行为基础,^①破产法也不例外。民法典的立法体例有民商分立、民商合一两种模式,这两种民法典立法体例对破产规则的规定特点不同,数量或多或少,但均保持了对破产规则的谦抑性。民法典作为重要的民事法律体系的构建者,更多的是为破产规则提供法律概念、法律关系和法律原则等方面的基础性规则,并不过多介入破产法域。笔者以下将从民商分立与民商合一立法体例下的民法典着手,分析其对破产规则的规定,揭示民法典与破产规则之间的关系。

(一)民商分立下民法典对破产规则的规定

民商分立的渊源最早可追溯至中世纪,^②在中世纪的地中海沿岸威尼斯、热那亚、佛罗伦萨等商业发达的城市中形成自身独特的商事自治规约和处理商事纠纷的习惯法,这些规约和习惯逐渐形成了自己独特的概念和体系,与罗马法两者虽都是私法,但调整的范围并不相同。^③随着 16 世纪大航海时代和新大陆的发现,使世界市场出现,重商主义开始为国家所重视,商人间的规约和不成文习惯法开始向国际成文法过渡,民商分立的格局开始出现,直至 19 世纪初《法国民法典》和《法国商法典》先后颁布实施,才真正标志着民商分立。^④法国、德国、日本、意大利、荷兰、比利时、西班牙、葡萄牙等 40 多个国家均将私法划分为民法与商法两个体系,采用民商分立的立法体例。^⑤在采用民商分立体例的国家中破产法或为独立成法,或为商法的一部分,因而研究民商分立体例中民法典对破产规则的规定,也需兼顾商法典,方能了解全面。例如,2013 年 10 月修订的《德国民法典》对破产事宜规定有限,着墨不多。《德国民法典》围绕清算略作规制,主要规定清算人由董事会担任,也可以任命其他人进行清算,对董事会清算义务的要求适用于其他清算人。^⑥除了与清算有关的规定外,还包括董事会在担任清算人的同时,仍然可以继续保有董事会的法定地位,当清算人为数人时,与清算相关的决议需全体清算人一致同意方能通过等。清算人应了解公司的日常业务,履行催收债权、变卖财产、清偿债务、将剩余财产分配给财产归属权利人等责任,清算人可以为清算工作对外达成新的交易。《德国民法典》还规定社团财产不归属国库时,需要对其进行清算,社团支付不能时需要进行登记。虽然《德国民法典》中有关破产的内容只有寥寥几条,但并非不重视,而是因为商法典对商事主体破产事务的规范较多。^⑦

2009 年 7 月修订的《德国商法典》规定了合伙人支付不能的具体规则和商人“支付不能程序”的商事登记制度。关于合伙人丧失偿付能力或者不能按期偿还债务的申请义务,其中明确规定非自然人合伙无清偿能力或不能偿付到期债务时,合伙人的代表机构及清算人均不得对非自然人合伙的债务进行支付。如果合伙人代表机构及清算人在不申请或不及时申请的情况下支付了非自然人合伙的债务,则合伙人的代表机构和清算人需要对此承担连带赔偿责任。^⑧隐名合伙人支付不能时的债务分配规则是:支付不能程序启动后,对外隐名合伙人与非隐名合伙人共同连带承担债务,对内隐名合伙人以出资额为限承担债务,超出其应承担的债务时,隐名合伙人可以就超出部分主张自己作为支付不能债权人的债权;如果隐名合伙人未缴足出资,则应在承担的债务份额限度内,将未缴足的出资给付给清算人。^⑨《德国商法典》规定的支付不能程序商事登记制度,直接体现企业从生到死都在法律规制之下,具有一定的体系性。^⑩当商人发生以下 6 种情形时应当记入商人的商事登记簿:(1)支付不能程序的开始时间;(2)废止关于支付不能程序开始的裁定;(3)废止临时支付不能相关保全措施及管理人的选任;(4)商人的自行管理的裁定及其废

① 参见王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社 2012 年版,第 4 页。

② 参见[美]艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,中国法制出版社 2005 年版,第 32 页。

③ 参见任先行:《商法原论》(上),知识产权出版社 2015 年版,第 382 页。

④ 参见[法]阿·布瓦斯泰尔:《法国民法典与法哲学》,钟继军译,载徐国栋主编:《罗马法与现代民法》(第 2 卷),中国法制出版社 2001 年版,第 188 页。

⑤ 参见郭峰:《民商分立与民商合一的理论评析》,《中国法学》1996 年第 5 期。

⑥ 参见《德国民法典》第 48 条。

⑦ 参见《德国民法典》第 47、49、75 条。

⑧ 参见《德国商法典》第 130a 条。

⑨ 参见《德国商法典》第 236 条。

⑩ 参见赵中孚:《民事立法评介》,中国人民公安大学出版社 2003 年版,第 120 页。

止,其他债务人需要法院批准的行为;(5)支付不能程序的中止和终结;(6)监督支付不能计划履行的起止时间和监督报告。^①综上所述,在民商分立下民法典较商法典对破产规则的规定更具有普遍性和原则性,对具体规则着墨不多。

(二)民商合一下民法典对破产规则的规定

民商合一的立法体例意味着,民法典不仅要为物权、合同、婚姻等民事制度奠定概念基础,还要为公司、证券、破产等商事制度搭建概念基础。^②对破产法律制度而言,在民商合一的立法体制中,民法典需对破产的规范承担更重的责任,既要有原则性规则,又要有具体规则。民法典高屋建瓴地形成自己的理论体系,其对社会生活的方方面面进行规范,是破产法发展的重要根基。那么,在采纳民商合一体例的国家中,民法典是如何引领破产法的呢?下面将以瑞士、意大利的民法典为例,剖析民法典对破产法的影响。

虽然《瑞士民法典》中没有专门的条文规定商事主体的破产,但在一些条文中有关自然人和法人破产的规定,为破产中财产处置提供了原则性的依据。^③例如,《瑞士民法典》第188条规定:“夫妻采用共同财产制的,如夫妻一方宣告破产,应当变更为分别财产制”。《意大利民法典》与《瑞士民法典》类似,对破产财产的处置作出了规定。例如,《意大利民法典》第30条规定:“法人被宣告消灭或者社团被决定解散时,应依本法典的施行规则实行资产清算”。夫妻共同财产遭遇破产时的处置原则,即配偶一方的破产可以导致夫妻共同财产制的解除。在《意大利民法典》的第五编“劳动”之第五章“公司(合伙)”中,规定了无限公司、股份有限公司、有限责任公司和“协同组织”公司可以依破产宣告而解散。^④从整体来看,《瑞士民法典》与《意大利民法典》中关于破产规则的法条并不算多。民商合一的国家,包括我国的《民法总则》,大多规定得较为原则,如我国《民法总则》中出现破产的条文数仅为2条,规定了法人解散时董事、理事或决策机构的成员的清算义务及违背清算义务应承担民事责任和法院另行指定其他有关人员组成清算组。^⑤在清算存续期间,法人只能从事与清算相关的活动等,^⑥这2个法条专门规定了清算。另有3个法条内容涉及清算,但并非法条主要内容。^⑦《民法总则》并未插手过于细致的破产事务,而是固守在民事基本法自己的阵地之上,但却为破产法搭建概念和理论的法律基础。

总而言之,虽然破产规则独立于民法典之外,但民法是我国法律体系重要的支柱,它对破产规则的影响不仅在于法律概念、法律原则,还在于法律体统的一脉相承。因此,破产规则无时无刻不在民法的影响之下,更应该积极革新其规则体系,回应《民法总则》,与民法保持内在的逻辑联系。

二、《民法总则》对破产法的挑战

《民法总则》较《民法通则》有诸多调整,这些调整对破产法产生了重要影响,主要体现在民事主体三分法和民事法律行为效力的整合等方面。民事主体和民事法律行为效力是民事法律关系的基础要素,它们的变动直接影响整个民事法律关系的变动,进而影响到作为特殊债权债务处置方式的破产制度。现行破产法适用对象仅是企业法人,适用对象单一,这与民事主体的多元化严重不匹配,制度衔接出现脱节。而破产法中关于行为效力的规定主要集中在破产欺诈行为上,这与《民法总则》中新民事法律行为效力所阐释的逻辑不符合。《民法总则》中新民事主体分类和民事法律行为效力的规定,都将直接挑战现行破产法的内在逻辑构成。

(一)民事主体的多元化与破产法适用对象的单一性

① 参见《德国商法典》第32条。

② 参见殷安军:《瑞士法上民商合一立法模式的形成》,《中外法学》2014年第6期。

③ 参见陈夏红:《外国如何在民法典中回应破产法》,《法制日报》2016年8月3日。

④ 参见《意大利民法典》第2308、2448、2497、2541条。

⑤ 参见《中华人民共和国民法总则》第70条。

⑥ 参见《中华人民共和国民法总则》第72条。

⑦ 《中华人民共和国民法总则》中涉及清算的3个法条分别为第71、73、107条。

《民法总则》将民事主体分为 3 类,即自然人、法人、非法人组织。^①《民法总则》中民事主体分类的变动是适应我国经济社会发展的需要,同时也是对法人制度的重大变革。^②民事主体三分法及其法人概念和体系的变化将随着《民法总则》的实施逐步影响到《企业破产法》的司法实践,因为新的民事主体分类必然会挑战破产法的逻辑体系。其中最重要的挑战是《民法总则》多元化民事主体分类对破产法适用对象单一性的挑战。具体而言:

1. 自然人破产规则之立法缺位

民事主体三分法中的“自然人”概念取代了《民法通则》中的“公民”概念,在本质上更为强调经济主体的平等。《民法总则》第 2 章中规定的自然人包括一般自然人、个体工商户和农村承包经营户。^③关于一般自然人的法律规范日趋完善,个人参与商业活动越来越深入,消费需求更是不断升级。现阶段,我国鼓励国民进行消费,刺激经济持续增长,社会整体消费观念正逐步转型。^④“截止至 2016 年末,全国银行卡在用发卡数量 60.15 亿张,同比增长 14.53%,全国人均持有银行卡 4.39 张,其中,人均持有信用卡 0.33 张。信用卡逾期半年未偿信贷总额 537.50 亿元,环比增长 11.8%,占信用可应偿信贷余额的 1.51%。”^⑤由此可见,中国人长期信奉的量入为出的消费观念已被打破,超前消费和负债消费逐渐成为主流,每个人都可能遇到债务问题,因此个人破产制度对拯救财务状况恶化的个人或家庭十分必要。

个体工商户是指从事工商业经营并依法登记注册的自然人个体或家庭,个体工商户可以起字号。截至 2015 年 4 月底,全国个体工商户 5 139.8 万户,资金数额 3.2 万亿元,直接吸纳就业人数近 2 亿,这些个体工商户同样可能陷入财务危机。^⑥农村集体经济组织成员依法取得农村土地的承包经营权则为农村承包经营户。与个体工商户相比,农村承包经营户的数量更多,这是我国的土地政策决定的,政策允许农户自愿成立农民专业合作社或以土地出资入股企业,农村承包经营户的经营方式增多,经济活动范围扩大,与市场接轨的同时也给经营带去很多风险。这些数量众多的个体工商户和农村承包经营户的财产与家庭财产往往难分彼此,其债务通常也是个人债务或家庭债务,需要承担无限责任。当下,关于个体工商户和农村承包经营户的债务承担规定仍有许多不明之处,并且尚无个人破产制度可以宽宥他们以及对其债务免责、赋予他们获得新生的机会。

从各国破产法立法来看,个人破产法是破产法的重要组成部分,同时也是市场经济国家的重要标志。例如,从英国、德国、法国、日本的破产司法实践来看,个人破产案件的数量占整个破产案件数量的比重较大。^⑦在俄罗斯,2016 年其自然人和个人企业家破产数量总计为 19 658 个,而法人和农场的破产数量为 12 602 个,2017 年上半年自然人和个人企业家破产数量总计为 13 225 个,法人和农场的破产数量为 6 438 个,可见俄罗斯个人破产数量远高于法人和农场的破产数量,占到破产总数的 6 成以上。^⑧显然,《民法总则》中的自然人这一民事主体对破产制度的需求并未被满足,《企业破产法》只能算半部破产法,并未将自然人这一主体纳入调整范围。^⑨

2. 法人破产规则之适用不全面

《民法总则》将法人分为营利法人、非营利法人和特别法人。《民法总则》第 73 条规定:“法人被宣告破产的,依法进行破产清算并完成法人注销登记时,法人终止。”此条系法人的一般规定,承认了所有类型的法人均可作为破产清算的主体。而《企业破产法》仅规定了企业法人适用,并未按照营利性法人、非营利性法

① 参见《中华人民共和国民法总则》第 2、3、4 章。

② 参见罗坤:《我国民法典法人基本分类模式选择》,《法学研究》2016 年第 4 期。

③ 参见《中华人民共和国民法总则》第 2 章。

④ 参见赵万一、高达:《论我国个人破产制度的构建》,《法商研究》2014 年第 3 期。

⑤ 中国人民银行支付结算司:《2016 年第三季度支付体系运行总体情况》,《金融会计》2016 年第 12 期。

⑥ 参见国家工商行政管理总局:《2015 年 4 月全国市场主体发展报告》,http://home.saic.gov.cn/sj/, 2018-01-11。

⑦ 参见《欧洲与美国破产数量统计》,载李曙光、郑志斌主编:《公司重整法律评论》(第 4 卷),法律出版社 2015 年版,第 483 页。

⑧ единый федеральный реестр сведений о банкротстве,http://bankrot.fedresurs.ru/, 2018-01-10。

⑨ 参见《中华人民共和国企业破产法》第 2 条。

人和特别法人的分类进行适用。另外,对营利性法人中的国有企业和金融机构的破产,是否应与其他营利性法人有所区别,在《企业破产法》中没有详细的规定。^① 虽然非营利法人不以营利为目的,不向股东和出资人分配利润,但不代表非营利法人不参与市场经济活动,不对外进行民事活动,只要与外界有经济往来就可能发生债务,一旦发生债务就有破产的可能。破产后财产该如何处置,尤其是捐赠的财产是否可以用来偿还债务,目前破产法并未对这些作详细规定。而新增加的特别法人中,机关法人有独立的经费,承担法定的行政职能,可以从事为履行职能所需要的民事活动,可能涉及债务问题。^② 与机关法人类似的基层群众性自治组织法人,它们为了实现管理职能对外从事民事活动,与机关法人同样可能面临债务难题。例如,地方政府为机关法人,许多地方政府一直为债务问题所困扰,财政部公布的数据显示,截至2017年12月末,全国地方政府债务余额164 706亿元,其中一般债务103 322亿元,专项债务61 384亿元。考虑到并未将部分政府性债务平台的债务纳入地方债统计口径,真正的地方债规模远不止这一数字。^③ 我国是中央集权国家,地方财政不完全独立,地方政府面对债台高筑的局面能否利用破产规则,从债务中解脱出来重新发展,目前的破产法并未涉及。关于另外两类特别法人,农村集体经济组织法人和城镇农村的合作经济组织法人仅在《民法总则》中有所规定,这种新的法人分类和概念暂时在其他民商事法律中还未形成系统性的规定,尤其是在破产法中,更未考虑过它们的破产能力。

综上所述,《民法总则》规定了法人均有破产能力,但《企业破产法》却只适用于企业法人,现有的破产法律制度并不适应法人主体类型的发展,导致不同类型法人对破产规则的需求得不到充分的满足,这些法人无法有序地退出市场,给经济社会的发展留下诸多难题。

3. 非法人组织破产规则之破产能力规定不完善

《民法总则》第102条规定:“非法人组织不具有法人资格,但可以依法以自己的名义从事民事活动。非法人组织包括个人独资企业、合伙企业和不具有法人资格的专业服务机构等。”非法人组织是《民法总则》在民事主体分类上的一个重大突破,将之前有规定而未作归类的合伙企业划为非法人组织。《民法总则》第104条规定,非法人组织的财产不足以清偿债务的,其出资人或设立人承担无限连带责任,第107条规定,非法人组织解散应当依法清算。除《民法总则》的规定外,《中华人民共和国合伙企业法》第92条规定:“合伙企业不能清偿到期债务的,债权人可以依法向人民法院提出破产清算申请,也可以要求普通合伙人清偿。合伙企业依法被宣告破产的,普通合伙人对合伙企业仍应承担无限连带责任。”2012年12月最高人民法院在《关于个人独资企业清算是否可以参照适用企业破产法规定的破产清算程序的批复》中明确规定“个人独资企业应当适用《企业破产法》第135条的准用性规定,个人独资企业可以参照适用《企业破产法》”。但是,《企业破产法》并未明确规定合伙企业和其他类型的非法人组织可以适用企业破产规则以及在适用中该如何变通。非法人组织存在的问题,不仅是破产规则不完善,而且是非法人组织是否具备破产能力的问题,非法人组织不具有独立的人格,缺少独立的民事责任承担能力,那么其破产能力该如何界定,破产能力是否应向自然人延伸,延伸后就会涉及自然人破产能力的问题。^④ 破产规则逻辑的缺失,对现有的破产法框架构成一定的挑战,因为现行破产法没有规定当普通合伙人或设立人承担无限连带责任时,是否可以视为自然人破产。

基于破产法适用主体与《民法总则》规定的民事主体类型不能契合的现状,《民法总则》中民事主体新的划分方式为建立和完善个人、法人和非法人组织破产法律制度指明了方向,这有利于破产法的发展,更有利于保持民事法律体系的完整性。总而言之,《民法总则》对民事主体的重新划分既是对破产法单一适用的挑战,又是破产法革新的灯塔,为其指明发展的方向。

① 参见李曙光:《破产法的转型》,法律出版社2013年版,第195页。

② 参见《中华人民共和国民法总则》第97条。

③ 参见中华人民共和国财政部:《2017年12月地方政府债券发行和债务余额情况》,http://yss.mof.gov.cn/zhuantilan_mu/dfzgl/sjtj/201801/t20180117_2797514.html, 2018-01-11。

④ 参见王艳华主编:《破产法学》,郑州大学出版社2009年版,第58页。

(二)民事法律行为效力体系的革新与破产欺诈行为制度的守旧

《民法总则》在第 6 章“民事法律行为”中将“民事法律行为”内涵进行扩充和整合,其不仅包含合法的法律行为,还包括效力待定、可撤销和无效的行为,努力化解原《民法通则》与《中华人民共和国合同法》规定法律行为(合同)效力规则的双轨制矛盾。^①民事法律行为效力体系的革新,直接影响《中华人民共和国企业破产法》中破产撤销行为和无效行为。“在破产法理论中可撤销行为和无效行为通常被统称为破产欺诈行为,与其相关的内容集中在《企业破产法》第 31、32、33 条中,法条所包含的逻辑是依据《民法通则》与《合同法》中关于可撤销行为和无效行为的理论逻辑而设计的,与《民法总则》中民事法律行为的效力体系不完全契合,无法顺畅衔接。”^②特别是民事法律行为中的可撤销行为和无效行为,与破产可撤销行为和无效行为的不衔接。那么,《民法总则》新的民事法律行为的效力体系与破产欺诈行为有哪些需要啮合之处呢?下面将对此进行详细分析:

1.《民法总则》中可撤销行为与破产可撤销行为

《民法总则》中可撤销行为具体包括:基于重大误解实施的民事法律行为;一方欺诈或第三方欺诈使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为;一方或第三方以胁迫手段,使交易对方违背真实意思实施的民事法律行为;利用对方处境困难乘人之危,不能准确判断时,实施显失公平的民事法律行为。^③《民法总则》中的可撤销行为围绕的中心是民事法律行为人的意思表示是否准确、真实。而《企业破产法》第 31 条规定:“在人民法院受理破产申请前 1 年债务人无偿转让财产,以明显不合理的低价进行交易的,为没有担保的债务提供担保的,提前清偿未到期债务,放弃债权等 5 种行为,赋予管理人可以请求法院撤销的权利。”第 32 条规定,在人民法院受理破产申请前 6 个月,债务人已经出现破产情况,仍对个别债权人清偿的行为,管理人有权请求法院撤销。破产可撤销行为主要是指在企业丧失偿付能力的情况下,债权人或债务人利用信息不对称转移资产,提前或偏颇性清偿,损害其他债权人的合法权益的行为,破产规则赋予了管理人对这些行为的撤销权,这是破产制度中不可或缺的救济规则。通过对比《民法总则》和《企业破产法》中的可撤销行为,不难分析出破产可撤销行为的性质。通常情况下破产可撤销行为相对人之间的意思表示不存在瑕疵,是双方合意的行为,与《民法总则》规定的民事可撤销行为不同。如果是为了逃债而无偿、以不合理价格转让财产的,为普通债务提供担保,提前清偿债务或是放弃债权的,那么行为相对人之间需要串通,而串通损害其他债权人合理利益的应属于无效民事法律行为。同时破产可撤销行为还可能与破产无效行为产生竞合,如为了逃债无偿转让财产,与隐匿、转移财产无异。^④由此可见,《企业破产法》规定的 5 种可撤销行为,既与《民法总则》中的可撤销行为不衔接,又与无效民事行为和破产无效行为产生竞合,界限不清晰缺乏一定的开放度,不利于民事法律体系的融合。

仔细分析《民法总则》与《企业破产法》中的可撤销行为设立的意图,还可以发现另一个冲突之处。即使在破产程序中,企业的法人身份依然保留,应对企业的行为负责,应遵守民事法律的规定,有权对意思表示存在瑕疵而实施的民事法律行为进行撤销,同时也可能被交易相对人行使撤销权。而《企业破产法》仅在第 31、32 条中规定管理人在涉及债权人公平清偿或保护债务人财产的情况下实施撤销权,并未提及普通民事法律行为,管理人是否有权行使撤销权。^⑤另外,破产法的法条设计并未将民法的意思表示对行为效力的判断精髓融入破产规则中,常常无法有效穿透和识别隐蔽的破产欺诈行为。基于《民法总则》在我国法律体系中的基础性地位,《企业破产法》对可撤销行为的表述应与《民法总则》中对可撤销行为的表述衔接,强化破产欺诈行为特征的认定。

① 参见杨立新:《我国〈民法总则〉法律行为效力规则统一论》,《法学》2015 年第 5 期。

② 李曙光:《〈民法总则〉对破产法修改有推动作用》,《经济参考报》2017 年 5 月 9 日。

③ 参见《中华人民共和国民法总则》第 147、148、149、150、151 条。

④ 参见《中华人民共和国企业破产法》第 33 条第 1 款。

⑤ 参见韩世远:《后世私法对罗马法 Actio Pauliana 的继承及中国法上债权人撤销权的构成》,载杨振山、桑德罗·斯奇巴尼主编:《罗马法·中国法与民法法典化》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 282 页。

2.《民法总则》中无效行为与破产无效行为

《民法总则》中无效行为^①因欠缺生效的根本要件而不发生法律效力,行为始终无效。而《企业破产法》第33条规定的无效行为指的是为逃避债务而隐匿、转移债务财产的,虚构债务或承认虚假债务等,是较为恶劣的破产欺诈行为,无效行为较可撤销行为恶劣程度更甚。《民法总则》规定的无效行为的范围较《企业破产法》第33条规定的无效行为的范围大,并且《企业破产法》第33条无效行为的规定与《民法总则》中无效行为的判断标准是契合的。但问题是破产法是否能扩大无效行为判断的视角,而不是仅仅聚焦在保护债权人利益这个层面,扩大破产无效行为的范围一方面有利于与民事无效行为衔接,另一方面有利于破产法内在逻辑的更新,适应多变的交易环境。

综上所述,民事法律行为效力体系的整合,直接影响破产欺诈行为的调整,应深入领会《民法总则》可撤销行为和无效行为评价的精髓,以此来指引破产欺诈行为认定标准的革新方向,而不应仅仅局限在保护债权人公平受偿和债务人财产完整这两个角度。破产欺诈行为应该积极与《民法总则》的民事法律行为效力衔接,赋予管理人更多的职责,在破产程序中将意思表示不真实或缺乏要件的民事法律行为及时妥善处理,才能从根本上保护债权人和债务人的利益。

三、《民法总则》视角下破产法的嬗变

面对《民法总则》对民事主体分类和民事法律行为效力的调整以及其对现有破产规则的挑战,笔者认为应该重新理顺破产法律体系,积极对《民法总则》作出回应,对我国的破产法进行完善,改变破产法适用主体单一的尴尬局面。同时还要关注民事法律行为效力体系的变化,改变破产欺诈行为的逻辑,使破产欺诈行为保持与《民法总则》中民事法律行为效力的逻辑一致,与民事法律行为效力顺畅地衔接,在积极回应《民法总则》的同时,从系统性角度与其保持自治。如果继续保守于《企业破产法》,寄希望于对其进行修修补补就可适应司法实践,这种想法无异于是一厢情愿的空中楼阁,在没有基础民事法律体系支撑的情况下,现有破产法律规则在适用时不仅将陷入逻辑不顺的窘境,还会在经济主体退出市场过程中起到不好的示范作用。因此,笔者认为应该从《民法总则》视角下对破产法进行完善,建立个人破产法,同时将非营利法人和特别法人纳入破产法范围内;从完善民事主体破产能力入手,理顺破产欺诈行为与民事法律行为的效力关系,使得破产规则真正成为市场的完善之法。具体而言:

(一)制定个人破产法

《企业破产法》只规定了对“企业”适用,而一般自然人、个体工商户、农村承包经营户的破产问题并未涉及,与《民法总则》规定的民事主体类别并不契合,破产法适用的主体没有与《民法总则》中的民事主体呼应。我国应当加快制定个人破产法,这不仅是完善破产法律制度的需要,更是现代破产法规制的宗旨和目标。个人破产制度的重要性可以从以下几个方面进行分析:

1. “首先,个人破产制度是公司、企业破产制度的基础。西方资本主义商业萌芽和繁荣的一个重要原因是个人破产制度的出现和发展。”^②企业破产是在个人破产基础上发展起来的,是个人破产的放大和延伸。^③个人破产制度的基础是个人信用制度,个人信用又是企业信用、商业信用和社会信用的基础。^④个人信用制度在整个信用体系中的地位如此重要,那么个人信用制度的维护工作更应被重视,个人信用制度不仅需要建立、管理,更需要破产制度帮助个人信用体系进行出清,帮助已经丧失信用的个人有序退出市场活动;其次,我国实施个人破产制度已初步具备条件。近年来我国信用体系建设不断加快,网络借贷、购物、信用贷款、失信人名单、移动支付等信用体系的快速发展,为个人信用记录制度的建立和个人破产制度

^① 《中华人民共和国民法总则》中无效行为包括无民事行为能力人实施的民事法律行为,以虚假意思表示实施的民事法律行为,恶意串通损害他人合法权益的民事法律行为,违背公序良俗的民事法律行为,违反法律、行政法规等强制性规定的民事法律行为等5种行为。

^② 李曙光:《尽快启动破产法修改 完善市场化退出机制》,《中国证券报》2016年6月2日。

^③ 参见齐明:《论我国构建自然人破产制度的必要性》,《当代法学》2007年第4期。

^④ 参见刘振环:《自然人破产制度、自然人信用体系与和谐社会的构建》,《学术交流》2005年第8期。

的实施提供了基础条件。2018年3月5日,中国人民银行公布了《2017年支付体系运行的总体情况报告》,报告显示截至2017年末,全国共办理非现金支付业务1608.78亿笔,金额3759.94万亿元。其中,网上支付业务485.78亿笔,金额2075.09万亿。^①移动支付业务快速增长,有利于利用大数据监测这些消费主力军的个人信用和财务状况,可以进一步完善个人信用体系,为实施个人破产制度创造条件;^②最后,个人破产制度是市场经济国家破产法的重要内容。美国的个人破产制度内容主要规定在《美国破产法》第7、13章中,^③其个人破产案件数量占到了破产案件总数的九成以上。^④而我国经过30多年的发展,市场经济体制基本确立,社会财富得到一定程度的积累,个人参与投资和消费行为逐渐增多,如果没有与社会发展相匹配的法律制度,特别是个人破产制度,将会抑制市场经济的活力,导致社会整体利益受到损害。近些年每年都有几十万家企业通过工商行政部门办理吊销与注销手续退出市场,这其中有许多个人独资企业与合伙企业,这些企业债务责任不会随着吊销、注销而消失,而是许多转为个人债务责任,但个人债务却得不到高效、合理的破产制度去消化。

2.《民法总则》在法律体系中的基础性地位,决定了破产法的立法改革需要回应《民法总则》的相关规定,与其有效衔接。《民法总则》调整平等主体之间的民事关系,个人破产制度与自然人的民事活动息息相关,建立个人破产制度是对民事法律制度的完善。因此,设计我国个人破产制度时应重点关注以下几个方面:(1)应该注重其实施的基础制度的建设,如征信体系、商业银行市场化改革、存款保险条例、消费者权益保护等。^⑤(2)个人破产制度的立法内容,需要考虑是否与现有破产法律制度统一,还是单独制定《个人破产法》或《个人破产条例》。^⑥其适用范围应与《民法总则》民事主体范围衔接,可以包括个人债务人,即一般自然人,合伙企业及其合伙人,个人独资企业及其出资人,其他依法设立的营利性组织和从事工商经营活动的自然人。^⑦(3)适用类别可分清算和重整两章。债务人可以向法院呈递破产申请,管理人接管破产财产,同时债务人可以保留一定的财产作为基本的生活保障。^⑧(4)应建立个人破产的债务豁免制度。^⑨消费者破产,取得债务豁免是破产的主要目的,在清算分配程序完结以后,债务人对剩余的负债不再负有清偿义务。以上是对设计我国个人破产制度的几点建议,但不足以涵盖整个制度,个人破产制度设计之难度,实施之复杂远超想象,尤其是要有完善的配套制度帮助其实施,这是整个社会法制完善进步到一定水平的成果。这个问题不仅仅涉及回应新实施的《民法总则》这一命题,更关乎未来民法典乃至整个民事法律体系的建设。

(二)加快非营利法人和特别法人破产立法

非营利法人和特别法人均具有法人资格,非营利法人虽然不以营利为目的,不向出资人、设立人或会员分配其获得的利润,^⑩但法律并未禁止非营利法人对外投资和经营营利项目,非营利法人可以兼具公益性质与营利目的,依靠经营投资达到更好的公益效果。非营利法人的公益目的与破产法并不背离,非营利法人同样可能因投资和经营遭遇债务问题,利用破产规则解决债务危机,对非营利法人同样应该适用。而特别法人,如机关法人同样可能面临债务问题。财政部公布的数据显示,2016年底地方政府一般性和专项性债务余额17.19万亿元,有部分政府性债务平台的债务未纳入该数据统计。^⑪我国是中央集权国家,

① 参见中国人民银行支付结算司:《2017年支付体系运行总体情况》,《金融会计》2018年第3期。

② 参见王利明:《破产立法的若干疑难问题探讨》,《法学》2005年第3期。

③ 参见李曙光:《破产法的转型》,法律出版社2013年版,第289页。

④ 参见美国破产协会:《美国破产重整制度改革调研报告》,何欢、韩长印译,中国政法大学出版社2016年版,第329页。

⑤ 参见赵万一、高达:《论我国个人破产制度的构建》,《法商研究》2014年第3期。

⑥ 参见陈明珠:《台湾地区〈消费者债务清理条例〉之评析——兼展望中国大陆之个人破产制度》,《中国政法大学学报》2008年第6期。

⑦ 参见李曙光:《〈民法总则〉对破产法修改有推动作用》,《经济参考报》2017年5月9日。

⑧ 参见[英]费奥娜·托米:《英国公司和个人破产法》,汤维建、刘静译,北京大学出版社2010年第2版,第18页。

⑨ 参见卜璐:《消费者破产法律制度比较研究》,武汉大学出版社2013年版,第47页。

⑩ 参见《中华人民共和国民法总则》第87条。

⑪ 参见《国务院关于2016年度中央预算执行和其他财政收支的审计工作报告》,http://www.audit.gov.cn/n4/n19/c96986/content.html,2018-01-11。

地方财政并不完全独立,地方政府是机关法人,面对如此庞大的债务,可能会遭遇破产危机,该如何处置?立法应对这一问题进行回应。同为特别法人的农村集体经济组织法人和城镇农村的合作经济组织法人与机关法人、基层群众性自治组织法人不同,不用履行行政职能,对外从事民事活动是其成立的内在驱动力。在市场经济中它们是民事主体,应与营利法人一样具有破产能力,但它的经济组织成员不同于一般意义上的股东,在破产实施过程中需要予以特别规定,这个问题同样需要立法去解决。

1. 构建非营利法人破产法律制度

非营利法人不以营利为目的,不向出资人、设立人或会员分配利润,以公益或其他非营利为目的的成立,上述几点是非营利法人的主要特征。但是,不追求营利、不分配利润、以公益为目的并不代表非营利法人不是市场主体,不参与任何市场经营,不与外界发生任何经济往来。非营利法人是《民法总则》规定的民事主体类别之一,非营利法人同样受民事法律的调整和规范,是独立的民事主体,拥有法人资格。在现实中,事业单位、基金会、社会团体等常常会参与经营一些营利性的项目,为自己的发展筹措资金,国家财政和社会募捐的资金只能作为其成立的基础,并不能支撑这些非营利法人的扩张和更好的服务社会,国家也并未禁止其从事营利性活动。作为市场参与主体,可能面临的经营风险并不会因为其公益性或非营利性就能够避免,非营利法人仍然可能遭遇债务危机,需要破产规则的帮助,清理债务或获得重生。^①因此,笔者认为我国应采用一般破产主义,非营利法人等民事主体具有破产能力,应该针对非营利法人运营的特点进行破产立法,帮助失败的非营利法人有序的退出。

《民法总则》中列举了事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构 4 种非营利法人,均以公益非营利为目的,可设理事会为执行机构。^②笔者认为非营利法人不同于营利法人,应只适用破产清算制度,而不需要重整制度。因为非营利法人绝大部分日常事务是以公益为目的,而以公益为目的的法人业务往往无法产生足够的利润说服债权人减免债务,取得法人整顿业务的喘息之机,对缺乏重整逻辑要素的非营利法人,重整制度自然无须介入。应规定理事会为清算义务人,在注销法人登记前,理事会作为清算组,应当在业务主管单位和其他有关机关的指导下完成清算工作。^③或是债权人向法院申请非营利法人破产,在法院的监督和指导下,理事会完成债权债务的清算,其中要重点清算基于人身关系产生的债权债务关系。例如,学校的学费,医院的医疗费,养老院的养老费用。^④此外,还应依法对其财产进行清点评估和草拟资产处置方案,非营利法人的资产组成通常较为复杂,它可能包括国家政策性扶持贷款、社会捐赠财产、经营的经济回报、国家或地方财政的拨款等等,破产规则应对不同性质的资产该如何处置予以规范。

2. 构建特别法人破产法律制度

《民法总则》中增加特别法人类别的原因在于:实践中特别法人在设立、终止等方面与营利法人和非营利法人都有所不同,难以归入这两类法人中,^⑤因此增设一类特别法人,有利于其更好地参与民事活动,也有利于保护其成员和与其进行民事活动的相对人的合法权益。^⑥特别法人是民法上具有民事权利能力和民事行为能力,依法享有民事权利和承担民事义务的组织。^⑦特别法人只有封闭的 4 种,并不是一个开放的概念,这 4 种特别法人中有的不能参与商业经营,但并不禁止它们以自己的名义对外参与民事活动,如机关法人可以购置办公用品等。有的特别法人可以介入投资、经营等活动,如城镇农村的合作经济组织法人。机关法人的种类繁多,笔者认为不应规定所有的机关法人具有破产能力,只有乡、镇以及县级以上地方政府方应具有破产能力,而它们的职能部门,如人民法院、检察院、税务、公安等部门不应具有破产能力。

① 参见李曙光:《破产法的转型》,法律出版社 2013 年版,第 125 页。

② 参见《中华人民共和国民法总则》第 87、89、91、93 条。

③ 参见 1998 年 9 月 25 日国务院第 8 次常务会议通过的《民办非企业单位登记管理暂行条例》第 16 条。

④ 参见张利国:《民办学校破产清算若干法律问题探究》,《武汉理工大学学报》(社会科学版)2012 年第 1 期。

⑤ 参见谭启平:《中国民法典法人分类和非法人组织的立法构建》,《现代法学》2017 年第 1 期。

⑥ 参见全国人民代表大会法律委员会副主任委员李适时于 2016 年 12 月 19 日在第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十五次会议第一次全体会议上所作的《全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国民法总则(草案)〉修改情况的汇报》。

⑦ 参见《中华人民共和国民法总则》第 57 条。

这是因为我国行政管理体制是按照一级政权一级财政原则建立的,我国地方财政是由省、县、乡三级财政组成,各级地方财政是同级地方政府(机关法人)行使职能的财力保证,而其他机关法人是没有财政收入和分配权的。同时机关法人不允许从事经营活动,那么自然没有营利业务,加之没有财政收入,法人资格又不能注销,如果规定乡、镇、县级以上政府所属的职能部门可以破产,既不能达成重组债务的目的,又将导致地方公共事务的混乱。另外,乡、镇、县级以上政府解决债务危机时,不应按照一般概念的清算和重整程序进行操作。具体理由包括:(1)无法对这些机关法人的财产进行清算。破产机关法人的财产是其履行公共事务管理职能的保障,一旦进行清算可能造成当地行政事务的瘫痪,不利于经济社会的稳定。(2)债权人的意志应受到法院和上级政府的制约。债权人可以参与债务协商,但无法像普通重整程序,可以根据自身利益决定通过或不通过重整计划草案,债权人的协商权和表决权将受到社会公共利益的限制。(3)机关法人的破产可以在法院、债权人和上级政府的监督下,通过理顺破产机关法人的支出,调整它的收支结构,对债权债务进行重组,制定偿还计划等程序来完成特殊意义上的“破产”终结债权债务关系。

基层群众性自治组织的职能^①以公共事务和公益事业为主,但它们同样处于经济社会中,为了完成自身的职能需要对外参与民事活动,那么就可能面临债务问题。^②关于基层群众性自治组织中的农村村委会的破产问题,可以与农村集体经济组织联系在一起讨论,农村集体经济组织是农村集体经济的主体,它的主要职能是做好集体资产的管理工作,以保值增值集体资产为使命。但是,村委会同样有管理村民集体财产的职责,两者存在职能交叉,一个是自治组织,一个是经济组织,那么在面对债务困境时该如何处置呢?笔者认为应将村委会与农村集体经济组织合并视为一个债务人,无论是从财产角度看,还是从破产法律关系角度看,都是宜合不宜分。关于居民委员会的破产问题可以从它的组织性质入手,居民委员会是城市居民自治组织,其自治成员并不是法律意义上的股东或合伙人,这些自治组织一旦陷入债务危机,债权人可以按照破产法的规定申请基层群众性自治组织清算偿债。但是,又不能通过清算程序注销它的自治组织资格,它仍需要继续存在承担公共事务。同时应在清算过程中划清基层群众性自治组织独立的财产界限,明确基层组织破产清算后债务免责的规定,还要规定清算间隔期,不能反复清算。

城镇农村的合作经济组织法人与农村集体经济组织法人的处境类似,目前尚无法律可以理顺清楚合作组织法人中的成员与股东权利义务的分别,尤其是在破产重整中,该如何通过调整成员权利来获得债权人的让步,都有待民事基础法律体系的进一步完善,方能进一步探讨。综上所述,我国仅有一部《企业破产法》,并未明确规定可以适用于非营利法人和特别法人,而《民法总则》仅在法人的一般规定中对清算做了部分规制,并未做详细规定,这给法律适用带来一定的难题。因此,应当加快制定非营利法人和特别法人的破产规则,有效规范其债务解决机制和市场退出机制。

(三)破产欺诈行为与《民法总则》民事法律行为体系相衔接

《民法总则》中可撤销、无效民事法律行为的范围较《企业破产法》中可撤销、无效行为范围略大,且各自判断可撤销和无效行为的标准不同。基于《民法总则》在法律体系中的基础性地位,我国破产规则的革新应考虑与《民法总则》法律行为的衔接问题,修改破产撤销权和破产无效行为的相关规定,为在破产程序中妥善处理各种民事法律关系提供依据。

破产撤销权的范围主要在《企业破产法》第31、32条规定的可撤销行为范围内,主要内容集中在偏颇性清偿等破产欺诈行为,而《民法总则》中规定的可撤销行为认定标准是以民事主体意思表示的真实性为核心建立的,只有违背真实性方可撤销。笔者认为应当扩大破产撤销权的范围,不应将目光仅仅聚焦在因

^① 基层群众性自治组织法人是城市和农村居民按照地区设立的群众自我教育、自我管理、自我服务的自治组织,包括城市居民委员会和农村村民委员会两类,其主要职能是管理本地区的公共事务和公益事业,调解民间纠纷和协助维护社会治安,开展精神文明建设等事务。

^② 参见卫学莉:《基层群众性自治组织职能定位与优化》,《人民论坛》2015年第26期。

为偏颇性清偿^①而导致债权人无法获得公平清偿这个单一目标上,^②应将民事可撤销行为理论引入到破产法可撤销行为理论之中。管理人可以对可撤销的民事行为行使撤销权,申请法院撤销该行为,而不再需要债务人或相对人向法院另行提起诉讼。笔者提出上述建议是基于以下三个理由:(1)破产法是集中处置债权债务的程序法,与债务人相关的纠纷都属于破产法院管辖。^③ 债务人基于虚假的意思表示与相对人缔约,或是相对人违背真实意思表示与债务人缔约,这些缔约当属于可撤销的民事法律行为,应当归属于破产规则。因此,将撤销权范围扩大更有利于管理人处理之前遗留下来的可撤销民事法律行为,节省人力成本和司法成本。(2)破产法院集中管辖与债务人相关的纠纷,将可撤销民事法律行为纳入破产撤销权范围内,由管理人行使撤销权,避免债务人或相对人另向法院请求司法救济,更有利于提高破产案件的处置效率。(3)我国的破产立法应当改变原来按照《民法通则》中民事行为效力逻辑创设的可撤销行为,应与时俱进保持与新的《民法总则》法律体系的衔接,不断革新我国的破产规则。

《企业破产法》第33条规定,为了逃避债务而隐匿、转移财产,虚构债务或者承认不真实的债务,这些涉及债务人财产的行为无效。第33条规定内容的本质是无效民事法律行为,或是债务人与第三人恶意串通转移、隐匿财产,或是违背公序良俗虚构债务等,这些行为损害了债权人的利益,当然无效。由此可见民事无效行为的范围包含了破产无效行为。破产无效行为的判断标准与民事无效行为的判断标准一致,只是民事无效行为的具体含义在破产语境下做了进一步的细化。既然判断标准相同,那么笔者认为应扩大破产无效行为的认定范围,与《民法总则》中的民事无效行为的内在逻辑保持一致。借助民法无效行为理论,扩大破产无效行为的范围及其溯及力,从而在司法实践中有利于管理人及时对民事无效行为做出判断,提请破产法院对其进行确认,提高破产案件的处理效率,有利于保护社会整体利益。

综上所述,破产规则应积极保持与《民法总则》中的民事法律行为效力相衔接,根据民事法律行为理论的调整,对破产欺诈行为的内涵做出相应的规范。同时破产理论研究应加强对民事法律制度变动的关注,保持与民事规则的契合,以有利于保持我国法律的体系化,进而有利于减少破产规则在司法实践中适用的阻力。

四、结语

破产法的制定和实施离不开一个国家的民事法律基础,民法典即是民事法律基础中最重要的一部分。破产法需要民法典用法律概念、法律原则、法律关系和法律理论构建的民事法律制度,因为只有在民事法律基础上,破产法才能在法律体系内顺畅的实施,发挥其应有的作用。而《民法总则》是民法典的总纲,其对破产法的重要性不言而喻,《民法总则》相较于《民法通则》做了诸多调整,这些调整使破产法面临一定的挑战。为了应对挑战,破产法需要时刻自省,革新其制度,使破产法保持与《民法总则》内在逻辑的有机统一,化解因法律之间不契合带来的冲突,更好地发挥其应有的作用。

责任编辑 翟中鞠

① 参见李志强:《论破产法上的偏颇性清偿》,《政法学刊》2008年第2期。

② 参见王欣新:《破产法》,中国人民大学出版社2007年版,第23页。

③ 参见王卫国:《破产法精义》,法律出版社2007年版,第138页。