

## 论破产宣告的溯及效力

邹海林

中华人民共和国企业破产法(试行)第35条:人民法院受理破产案件前六个月至破产宣告之日的期间内,破产企业的下列行为无效:

- (一) 隐匿、私分或者无偿转让财产;
- (二) 非正常压价出售财产;
- (三) 对原来没有财产担保的债务提供财产担保;
- (四) 对未到期的债务提前清偿;
- (五) 放弃自己的债权。

破产企业有前款所列行为的,清算组有权向人民法院申请追回财产。追回的财产,并入破产财产。

本条为我国破产法确认破产宣告的溯及主义立法原则之基本规定。但是,由于我国历史上缺乏破产立法之传统,而旧中国时代制定的破产法,采以德国为代表的大陆法系破产立法所固有之破产宣告无溯及主义立法原则,再加上我国制定破产法当时,尚欠缺破产法理论的基础准备和详尽的研究,致使在学理上对本条的解释存在很大的分歧。这对于我国破产法的正确适用,以及在市场经济条件下完善我国的破产法,都极为不利。

### 一、理论上的误区

在破产法理论上,有关破产宣告的效力,向来存在着两种相互对立的破产立法主义。以德国破产法为代表的学者认为,破产宣告剥夺破产人管领和处分其财产的效力,只能及于破产人在破产宣告后所为的行为,对破产人在破产宣告前所为管领和处分其财产的行为,不生影响。这就是著名的破产无溯主义立法原则,并受到多数大陆法系国家破产立法的推崇。以英国破产法为代表的学者,则提出了与之不同的另一种理论,即破产宣告的溯及效力原则(Doctrine of Relation Back),破产宣告剥夺破产人管领和处分其财产的效力,溯及于破产宣告前临界期间内债务人的管领和处分财产的行为,并使之归于无效。<sup>①</sup>这两种破产立法主义是对立的,原因在于,由它们所派生的实体法制度,截然不同:破产无溯及主义立法原则,派生出破产撤销权制

<sup>①</sup> I. F. Fletcher: Law of Bankruptcy. Macdonald & Evans, 1978. p. 162.

度,破产溯及主义立法原则,则产生破产行为<sup>①</sup>无效制度。

破产无溯及主义立法原则和破产溯及主义立法原则的主要区别有:(一)破产宣告对债务人行为的效力期间不同。前者只对债务人在破产宣告后管领和处分破产财产的行为有效,即从破产宣告之日起破产人对破产财产不再享有管领和处分的权利;后者不仅剥夺破产人从破产宣告之日起管领和处分破产财产的权利,而且剥夺破产人管领和处分其财产之权利的效力,溯及于破产宣告前的临界期间。(二)破产宣告对破产人在破产宣告前临界期间内所为行为之评价后果不同。前者对破产人在破产宣告前临界期间内所为行为,不生影响;后者对破产人在破产宣告前临界期间内所为有害债权人团体公平受偿利益的行为,产生法定无效的后果。(三)相应的实体法制度不同。在破产法上,与破产宣告有无溯及效力相关的实体法制度,分为破产撤销权制度和破产行为无效制度。破产法否认破产宣告有溯及效力时,就不得不创立破产撤销权,来纠正或弥补破产人在破产宣告前所为不正当行为可能或已经给破产财产造成的损害;破产法承认破产宣告有溯及效力,明文规定破产无效行为,已经给破产财产的完整性提供了充分的保障,无需再创设破产撤销权制度。<sup>②</sup>

我国破产法第35条究竟从属于何种立法原则?依本条之规定,破产企业在破产宣告前临界期间内,所为五类处分财产的行为,为无效行为。无效行为是法律上已然确定不发生效力的行为,当事人之间不存在权利义务;无效行为自始无效,并不能因为当事人的承认、除斥期间、诉讼时效或无效原因的消灭而成为有效;无效行为具有绝对的意义,任何人都可以主张之。<sup>③</sup>我国民法通则第58条规定了7类无效民事行为,“无效的民事行为系当然无效,不待法院或仲裁机关之裁判,但当事人对于该民事行为之是否有效有争议时,不妨提起无效确认之诉。”<sup>④</sup>虽然我国破产法规定之破产无效行为,在构成无效的要件方面,有别于一般的无效民事行为,从而属于特别法上的无效行为,但是,特别法和普通法上的无效行为,其法律意义并无不同,尤其是它们都不能构成撤销权的客体。<sup>⑤</sup>可是,我国的众多学者,在解释我国企业破产法第35条时,却得出了几乎一致的结论:破产法第35条确认了一项“在破产程序中,债权人所享有的,并通过清算组来行使的”撤销权。<sup>⑥</sup>破产撤销权制度,与民法中的撤销权“具有相同的法律性质和目的,二者在成立的基础上也是相同的,这种基础就是被撤销行为的有害性、恶意性和不健全性”。<sup>⑦</sup>当然,有些学者也注意到了这个问题,并企图回避它,提出了否认权理论,<sup>⑧</sup>但是对这种理论的阐述,又提不出有力的根据;更何况,否认权理论明显来源于日本破产法中的否认权制度。日本破产法中的否认权,与以德国为代表的破产撤销权并无二致,是性质相同的一种制度。所以,学者对我国破产法第35条的研究,明显背离了我国破产法的基本规定,直接借用以德国

① 本文将我国破产法第35条所定五类行为称为破产行为。

② 邹海林、常敏:《论破产宣告的溯及效力》,《经济与法》1990年第7期。

③ 刘清波:《民法概论》,(台)开明书店1979年版,第140页。

④ 梁慧星:《民法》,四川人民出版社1988年版,第133页。

⑤ 破产撤销权是否否认破产宣告有溯及效力的破产立法所创设的一种制度,又称为废罢诉权,是民法撤销权在破产法上的扩张适用。德国、奥地利、日本、美国及我国台湾地区的破产法规定了此项制度。具体内容,可见陈荣宗:《破产法》,(台)三民书局1986年版,第249—270页;刘清波:《破产法新论》,(台)东华书局1984年版,第228—233页。

⑥ 王欣新:《析我国破产法中的撤销权》,《法学》1987年第8期。

⑦ 柴发邦:《破产法教程》,法律出版社1990年版,第224页。

⑧ 韩长印等:《浅析破产法上的否认权》,《法学研究》1993年第3期。

为代表的破产撤销权这一大陆法术语,来假定和推论我国破产法的规定,难免导致了法学理论上的悖论。

实际上,我国企业破产法第35条所列破产无效行为,属于特别法所规定之当然无效行为,根本就不能构成所谓的破产撤销权或否认权的客体。在我国破产法中,没有规定特别的撤销权制度;本条所列破产无效行为之所以无效,并不取决于清算组是否有撤销或否认该行为效力的意思表示,只取决于人民法院是否做出了破产宣告。破产无效行为,只是人民法院宣告债务人破产的程序效力,直接作用于债务人在破产宣告前的行为而使之无效的必然结果。很显然,本条吸收了英国破产法创立之破产宣告溯及效力原则,规定了我国特有的破产行为无效制度。

### 二、破产宣告溯及效力原则的适用

我国破产法第35条基于破产宣告溯及效力主义,对破产无效行为的时间构成和客体范围,作出了规定。但这里必须明确的是,破产宣告的溯及效力,只是破产宣告的程序效力,向破产宣告前的衍生,而破产宣告的程序效力,受严格地域范围的限制,只能及于内国法院管辖权所及地域范围内的行为和财产。所以,本条所依赖的破产宣告溯及效力主义,以破产宣告的属地主义为前提,5类破产无效行为只以破产人在破产宣告前于中国境内所为行为为限。<sup>①</sup>毫无疑问,破产人在破产案件受理前6个月至破产宣告之日的期间内,在中国境外有本条所列行为,是否构成无效,则只能依该行为发生地国家的法律予以确认,不能仅凭我国破产法规定之破产宣告溯及效力原则主张其无效。无论在理论上还是在实践上,对本条的正确适用,都必须以破产宣告溯及效力原则的属地主义前提为基础。

破产宣告的溯及效力受破产宣告前临界期间的限制。破产宣告的溯及效力在时间上无绝对意义,否则对财产流转关系的稳定、尤其是对商业交易的安全会产生极危险的负面影响。所以,承认破产宣告的溯及效力,破产法就必须设定临界期间制度。破产宣告前的临界期间,是指限制破产管理人主张破产人在破产宣告前的行为无效之法定期间。我国破产法规定之临界期间,为“人民法院受理破产案件前6个月至破产宣告之日的期间”。我国的临界期间制度极为类似于英国破产法的规定。英国破产法第37条规定破产宣告前的临界期间为提出破产申请前3个月至宣告之日的期间。这里的差别只不过是,英国法规定的临界期间比我国的短一些。临界期间对破产宣告的溯及效力所附加的限制,具有绝对的意义,任何人都不得对破产人在临界期间之外的行为之相对人,主张破产无效行为,纵使破产人的行为对债权人的团体利益有所损害亦如此。在这里不妨提示一下,破产人在临界期间之外有诈害债权人利益的行为,依我国民法得为无效或可撤销者,依民法之规定处理。在实务上,清算组对破产人之相对人主张破产法第35条所规定之利益,首先必须查明破产人之行为发生在破产宣告前的临界期间内。

破产宣告的溯及效力,只能及于破产法明文规定之特定破产行为。依我国破产法,这些特定行为有隐匿、私分或无偿转让财产,非正常压价出售财产,对原来没有财产担保的债务提供财产担保,对未到期的债务提前清偿和放弃自己的债权五类。由于我国法律对破产无效行为的规定比较单纯,除上述规定以外,没有再附加其他特别的限制,我们在理解上必须谨慎从事。

让我们来回顾一下英国法的规定。英国法视保护债权人公平受偿利益,为破产程序的第一宗旨,不允许债务人以任何方式损害债权人的一般利益。英国法院最初以判例认定,债务人的

<sup>①</sup> 只有少数几个国家主张破产宣告有域外效力,可在实践中却很难行得通。

诈害行为违背诚信原则而无效;后来在判例积累的基础上,形成了破产宣告的溯及效力原则,并完整地规定在了英国1914年破产法第37条中。可是,英国法上破产宣告的溯及效力,使得破产人在破产宣告前的临界期间内当然无权管领处分财产,且所为之交易亦属无效,对同破产人作交易之善意第三人的保护不利,故英国破产法第45条,又根据法院判例规定了“受法律保护的交易所不受第37条的约束。所谓受法律保护的交易所,实为基于诚实信用所为的交易所(bona fide transactions)。<sup>①</sup>因此,在英国法上,破产宣告的溯及效力之适用,不仅受限于破产宣告前的临界期间,而且受诚信原则的约束。这就是说,破产人在破产宣告前的临界期间,依诚实信用原则所为行为,不受破产宣告的溯及效力之影响。

具体到如何适用我国破产法第35条,部分主张撤销权的学者认为,应附加债务人主观上有恶意的限制,清算组行使撤销权,须以债务人的恶意性行为为要件;<sup>②</sup>另有部分学者认为,清算组主张本条规定之破产无效行为,不以债务人有主观恶意为要件,只以该行为损害了债权人的利益、该行为以财产性内容为标的、存在因该行为而获益的相对人以及该行为系在法定期间内所为为必要。<sup>③</sup>确实,我国破产法对破产无效行为,没有明确附加恶意性要件,但细观五类破产无效行为,似乎它们都存在债务人主观恶意性。恶意是善意的对称,其实质含义是“知”某种情形的存在。<sup>④</sup>

但是,恶意并非破产法第35条所定破产无效行为的本质特征。某些债务人主观上无恶意的行为,发生在破产宣告前的临界期间,对债权人的团体利益也有所损害,行为的相对人也有获益,例如债务人于民事诉讼过程中经法院调解而对无担保的债权提供担保,因其无恶意而使之有效,恐怕不符合本条之立法本意。某些债务人主观上恶意的不作为,例如破产企业因为怠于主张诉讼时效而使自己的债权行使不能(非恶意放弃债权),仍强调债权放弃的无效,与法理相悖。本人认为,把破产人的恶意,作为主张破产无效行为的要件,对保护破产债权人的利益不利;另一方面,绝对适用破产法第35条,而不考虑个别特殊情形的例外,难免有概念法学之嫌。事实上,破产人在破产宣告前的临界期间内,为破产法第35条所列行为,并非一概无效,已如上述。我国破产法在这一点上,有不够完备之处,需要我们做出合乎法理的解释。破产法第35条所列五种行为,凡属破产人之积极行为(即作为)者,绝对受破产宣告的溯及效力的支配而无效;凡属破产人之消极行为(即不作为)者,推定其为有恶意而构成无效,其能够证明系善意所为者,不在此限。在实践中不妨把握这样一项原则,清算组依破产法第35条,主张破产无效行为,不以破产人主观上存在恶意为要件,但是该行为系破产人之不作为而相对人以破产人的善意行为为对抗的,人民法院应要求相对人负举证责任。

现将我国破产法规定之适用破产宣告的溯及效力的特定行为分述如下:

1. 隐匿、私分或无偿转让财产。隐匿是破产人在破产宣告前的临界期间内,以采取他人不知的手段隐瞒、藏匿本应用于清偿债务的财产。隐匿财产之人在主观上有明显的躲避清偿债务的恶意,客观上又减少了责任财产的价值,属于对破产债权人的利益之诈害行为。私分是破产

① I. F. Fletcher: Law of Bankruptcy. Macdonald & Evans. 1978. P. 201.

② 柴发邦:《破产法教程》,法律出版社1990年版,第225—226页;柯善芳、潘志恒:《破产法概论》,广东高等教育出版社1988年版,第235—236页。

③ 韩长印等:《浅析破产法上的否认权》,《法学研究》1993年第3期。

④ 王家福主编:《经济法律大辞典》,中国财政经济出版社1992年版,第114页。

企业的成员,将本不属于自己的财产而属于破产财产范围内的财产,据为己有,存在不法谋取他人财产之恶意,是严重的侵权行为。无偿转让财产是破产人将本应属于破产财产的财产,以无代价或几近无代价的方式让渡给第三人,如赠与行为。破产人只有积极地作为,才能实施上述三种行为,故为破产法严加禁止。

2. 非正常压价出售财产。债务人在破产宣告前临界期间内,以明显低于财产的可售价值的售价出售财产,构成非正常压价出售财产。一般而言,不论破产人非正常压价出售财产的动机如何,只要其出售财产的价格明显低于该财产的可销售价格,例如低于可销售价格的40%以上,便可以认定其行为无效。何以构成非正常压价出售财产,完全是一个事实判断问题,对此发生异议的,只能由人民法院根据案件的具体情形,予以酌定。在这里,必须注意三个事实判断参数,其一是财产的售价明显低于其实际价值,其二是财产的售价明显低于其可销售价格,其三是财产的实际销售环境。

3. 对原来没有财产担保的债务提供财产担保。在破产案件受理前6个月以前没有财产担保的债务,破产人在破产宣告前的临界期间内,对该债务设定财产担保,构成对原来没有财产担保的债务提供财产担保。破产人为此项行为,使该无担保的债权人在破产程序中取得优先受偿的地位,违背破产程序债权公平受偿的宗旨,当属无效。构成此项无效行为,应注意以下几个方面:其一,受担保的债权已先于担保而成立,不论其是否成立于破产宣告前的临界期间之外。但是,于破产宣告前的临界期间内成立、并同时附财产担保的债权,不在此限。其二,只要提供财产担保的行为发生于破产宣告前的临界期间内,不论提供担保的原因发生在何时。或许破产人在破产案件受理前6个月以前,已经向无财产担保的债权人承诺提供担保,因此原因而对无财产担保的债权提供担保,亦无不同。<sup>①</sup>其三,对无财产担保的债权提供担保,不问债务人的主观恶意程度,效果相同。其四,财产担保只以抵押担保(质权担保)为限,留置权担保不在其列。留置权也是一种担保物权。<sup>②</sup>其成立于债务人不能清偿届期债务之时。债权成立在先,而清偿期在破产宣告前的临界期间内,债务人不能清偿债务的,尽管此时才发生债权人的留置权,但留置权为法定担保物权而非意定担保物权,自不应受破产宣告溯及效力的影响。

4. 对未到期的债务提前清偿。债务人在破产宣告前的临界期间内,对未到清偿期的债务,予以部分或全部清偿的行为。法律允许债务人提前清偿债务。但是,当债务人有破产原因时,对未到期债务予以清偿,势必造成债权人的受偿机会的不均等,违背破产程序公平受偿的原则,为法律所禁止。这里应当注意区别,我国破产法第12条项下所定对部分债权人清偿(包括对届期债务和未届期债务的个别清偿)无效,不同于对未到期债务的提前清偿,它们是两种不同的制度。

5. 放弃自己的债权。债务人明示或默示地放弃债权利益,并将其让渡给相对人的行为。放弃自己的债权有作为和不作为两类。放弃自己的债权系作为者,当属无效;恶意的不作为者,亦属无效;能证明系善意的不作为者,可维持效力。

<sup>①</sup> 我国台湾地区破产法第79条规定,债务人在破产宣告前6个月内对现有债务提供担保的,破产管理人得撤销之,但是债务人对此项债务“已于破产宣告6个月前承诺提供担保者,不在此限”。该条之规定与我国破产法不能作同一的理解。

<sup>②</sup> 邹海林:《留置权基本问题研究》,《法学研究》1991年第2期。

### 三、破产无效行为的后果

依法理,民事行为无效,发生恢复原状或损害赔偿的后果;给付财产的,还应当返还财产。在债务人被宣告破产的情形下,恢复因破产无效行为所损害的破产财团利益,有两项内容:返还财产与赔偿损害。我国破产法第35条规定,清算组有权申请人民法院追回破产无效行为转让或让渡的财产或财产利益,但对损害赔偿未加规定。有学者认为,权利人因破产无效行为享有的“申请法院确认无效及由此产生的追回财产的诉讼权利,可视为一种因侵权行为产生的损害赔偿请求权”。<sup>①</sup>这种观点显然是缺乏根据的。因无效行为而追回财产的权利,是物的返还请求权,不是损害赔偿请求权。依破产法第35条而无效的行为,在债务人和相对人均均为善意的情形下,更无侵权行为可言。既然我国破产法规定了破产无效行为,那么因该行为已给付财产的,便有破产财团<sup>②</sup>返还请求权的发生,造成损害的,当有损害赔偿请求权的发生。

在民法上,因无效而发生之物的返还请求权,属于何种性质的权利,学者对之有两种解释。一为债权性质的不当得利返还请求权,二为物权性质的物权返还请求权。<sup>③</sup>我国台湾学者对此也有类似的解释,但是因行为人行为当时是明知、应知或不知,其后果有所不同。<sup>④</sup>本人认为,我国民法上因无效而发生之物的返还请求权,应考虑行为人的主观恶意程度,分别定性。无效行为因行为相对人明知或应知有无效之情形者,应以侵权行为论后果;因侵权而取得他人财产时,权利人得以其物权返还请求权,主张物的返还,物的返还不能时,相对人应负损害赔偿之责,相对人对物的返还不能是否有过错,在所不问。无效行为因相对人不知有无效的情形者,应以不当得利论后果;因不当得利取得他人财产,权利人享有债权性质的不当得利返还请求权,财产返还不能时,相对人仅对其有过错的行为,负损害赔偿的责任;从民法公平原则的角度出发,我们也不应当要求无效行为之无过错的相对人,负返还不能的责任。这对于正确理解和适用我国破产法第35条有极为重要的意义。

前已言之,破产无效行为因破产宣告的溯及效力而发生,属于破产法上的特有制度,不以破产人或相对人的主观过错心理状态为构成要件。在这一点上,它与民法上的无效行为有相当的差别。但是,在无效行为的法律后果方面,它们之间并无差别,故我国破产法才有因债务人的破产无效行为“追回财产”的规定。这里所说的财产,应作广义的理解,包括有形财产(如建筑物等不动产,机器设备、货币、有价证券等动产)和无形财产(如知识产权、债权等财产权利)。很显然,追回财产的基础,是因无效行为而发生的财产返还请求权。在实务中,请求返还的财产尚存在、且存在返还的现实性时,区分返还请求权是物权还是债权,似乎无太大的必要;但是,实务中的情形并非都是这么简单,适用法律则更不能缺乏对事物的定性。同上段分析的理由相同,因破产法第35条的无效行为产生之财产返还请求权,不能以物权或债权而一概论之,应当区别不同情形具体分析。

① 韩长印等:《浅析破产法上的否认权》,《法学研究》1993年第3期。

② 我国法律未用破产财团这一术语。实际上,债务人的所有财产在破产宣告后以清偿债权为目的而集中于破产管理人(清算组)名下,破产管理人并非破产程序中发生的实体权利义务之承担者。所以,将为清偿债权的所有破产财产之集合体,视为破产法上拟制的权利主体,称为破产财团。破产管理人(清算组)代表破产财团为一切民事法律行为。在我国,破产企业为破产无效行为而转让财产的,由清算组以诉讼行使财产返还请求权或损害赔偿请求权。

③ 梁慧星:《民法》,四川人民出版社1988年版,第140—141页。

④ 刘清波:《民法概论》,(台湾)开明书店1979年版,第142—143页。

首先,破产人和相对人或者相对人明知或应知有无效的情形,仍为破产无效行为,破产人向相对人转让财产的,应以侵权行为论后果,破产财团享有之财产返还请求权为物权性质的返还请求权。在此前提下,转让的财产因灭失或毁损而不能返还的,不论相对人对此是否有过错,破产财团对相对人均享有损害赔偿请求权;转让的财产因相对人又转让给善意第三人而返还不能的,破产财团对相对人享有损害赔偿请求权或不当得利返还请求权;受让财产的第三人为恶意时,破产财团的物权返还请求权对转让的财产有追及效力,返还不能时,相对人与该第三人负连带责任。

其次,破产人为无效行为转让财产,而相对人不知有无效之情形的,应以不当得利论其后果,破产财团对相对人享有不当得利返还请求权;原物存在的,相对人应当返还原物;原物因灭失或毁损而不存在的,相对人仅在其有过错的情形下负损害赔偿责任;原物因相对人转让给第三人而无法返还的,破产财团对相对人有不当得利返还请求权或损害赔偿请求权。

破产人有破产无效行为而存在受益的相对人时,清算组代表破产财团主张财产返还请求权或损害赔偿请求权,不以诉讼为必要。诉讼只是行使请求权的一种方式,不是唯一的方式。当清算组在诉讼外行使请求权不能时,也才有必要以诉讼方式请求法院实现其请求权,即我国破产法所称“向人民法院申请追回财产”。在实务操作上,清算组应向人民法院提出确认(确认破产行为无效)和给付(请求返还财产或损害赔偿)之诉。

在民法上,无效行为因具备无效的原因而自始无效,并不能因为当事人的承认、除斥期间、诉讼时效或无效原因的消灭而变为有效;但是,因无效行为而产生的物的返还请求权和损害赔偿请求权,却受除斥期间或诉讼时效的限制。然而,破产无效行为是特别法上的无效行为,由此而产生的请求权,在特别法有规定的情形下,不受民法除斥期间或诉讼时效的限制,应适用特别法的规定。我国破产法第40条规定:“破产企业有本法第35条所列行为之一,自破产程序终结之日起1年内被查出的,由人民法院追回财产,依照本法第37条的规定清偿。”依本条之反对解释,自破产程序终结之日起1年后,即使发现有破产无效行为,人民法院也不得追回财产实施追加分配。这里的1年期间可以解释为破产法所定之除斥期间,该期间不得中断或延长。

因破产无效行为转让的财产,该财产利益应回归破产财团。我国破产法规定“追回的财产,并入破产财产”,意义正在于此。破产财产是全体债权人公平受偿利益的责任担保财产,绝对不允许对之进行分割,任何不经破产清算而转让破产财产的行为均为对全体债权人公平受偿利益的侵害,必须恢复到破产财产受侵害前的状态。所以,清算组向人民法院申请因破产无效行为而追回的财产,自应归属破产财产进行统一管理、变价和分配。

(作者单位:中国社会科学院法学研究所)

责任编辑:张广兴