



EW Barker Centre for Law & Business
Faculty of Law

EW Barker Centre for Law & Business Working Paper 21/03

NUS Law Working Paper 2021/005

破产界限和破产清算：解析和构建
(Insolvency and insolvent liquidation: Analysis and Construct)

Wee Meng Seng (lawwms@nus.edu.sg)

[Uploaded February 2021]

© Copyright is held by the author or authors of each working paper. No part of this paper may be republished, reprinted, or reproduced in any format without the permission of the paper's author or authors.

Note: The views expressed in each paper are those of the author or authors of the paper. They do not necessarily represent or reflect the views of the National University of Singapore.

破产界限和破产清算：解析和构建

魏铭声 *

摘要

破产清算（或破产清盘，简称清算或清盘）和重整在《企业破产法》里是处理破产公司的最重要的正式程序。正确理解清算的性质对市场经济的运行有重大的意义。本文从理论的高度，情景模拟和对商界的一些观察对破产界限和清算进行分析，阐释一般法下的收债和清算的关系、破产界限的含义、清算的集体性质和清算在市场经济的重要功能；尤其聚焦商业破产的定义，即债务人未清偿一项债权人要求债务人清偿的没有实质争议的到期债务即为商业破产，解释为什么这个定义公平合理并且会优化营商环境。

【关键词】：清盘；破产清盘；破产界限；商业破产；资不抵债破产

* 魏铭声，新加坡国立大学法学院副教授；亚洲法律学会联席会长；EW 巴克法商中心副主任。感谢邱腾对本文所提供的协助研究、润色文字及校对工作。作者承诺对该篇文章的内容全权负责。

引言

中国的《企业破产法》包含三种适用于企业的破产程序：破产清算（第十章）（本文简称清算）、重整（第八章）以及和解（第九章）。其中，重整程序比清算程序获得更大的关注度，其中一个重要的原因是因为重整程序能够拯救破产企业。但是，我们也不能忽视清算，因为清算和重整是相辅相成，缺一不可的。若缺少完善的能够将没有拯救价值的破产公司进行清算的制度，市场经济将无法有序运行。对于那些缺乏拯救价值的破产公司，它们应该被清算，把它们的资产分配到生产性目的上来。若非如此，它们将会继续恶化下去并借贷越来越多不能偿还的债务。如果这种情况变得普遍，那必然会对国家的经济造成巨大的伤害。

中国政府已表达了处置大量僵尸企业的决心。¹有拯救价值的僵尸企业应该被拯救，其他没有拯救价值的企业应该被清算。为达此目的，清算程序的破产界限必须被恰当地理解和运用。遗憾的是，《企业破产法》的破产界限引起了诸多争议，并具有不确定性。²本文的第一个目的是对破产界限从理论的高度和情景分析，阐释启动清算的破产界限的含义。其中将尤其聚焦于商业破产的定义，即债务人未清偿一项债权人要求债务人清偿的没有实质争议的到期债务即为商业破产，解释为什么这个定义是公正合理的。

这里涉及的一个重要问题是清算的功能和性质。一个未获清偿的普通债权人可以选择通过执行法庭的判决或仲裁庭的仲裁来获得清偿，另一个办法是通过债务人的清算获得部分清偿。清算最基本的功能是普通债权人的最后的收债方法。这就需要我们研究一般法下收债和清算收债两种偿债机制有何差异或相似的地方，这两个机制的关系等问题。本文将在剖析破产界限的部分里列明这些问题，在解释他们的过程中阐述清算不仅为债权人的私

¹ 近年来，中国各省政府相继出台处置“僵尸企业”的文件，如河北省人民政府《关于处置“僵尸企业”的指导意见》（冀政字【2016】66号）、河南省人民政府办公厅《关于省属企业处置“僵尸企业”的若干意见》（豫政办【2017】147号）、浙江省人民政府办公厅《关于加快处置“僵尸企业”的若干意见》（浙政办发【2017】136号）等。

² 例如，许德风教授认为，《破产法司法解释（一）》第4条虽对“明显缺乏清偿能力”的认定进行了列举，但是“明显缺乏清偿能力”规定本身不科学，解释的规定也同样是混乱的：第一项与“资不抵债”难以区分；第2-4项与“不能清偿到期债务”同义。参见许德风：《破产法论——解释与功能比较的视角》，北京大学出版社2015年3月第1版，第102页。还比如，中国《企业破产法》第二条中将“不能清偿到期债务”和“资不抵债”合并作为破产的一般原因，在全世界都是非常罕见的，在制定之时，就因不合理而遭到了多数专家的反对意见。参见安建主编：《中华人民共和国企业破产法释义》，法律出版社2006年版，第378页。

人权益提供了保障，同时也担负了极其重要的公共职能，即清算对优化市场经济运行的重要功能。

再者，清算作为债权人收债的一个方法的同时，我们不能忽略清算也是一个属于所有债权人的集体程序。那么应该怎样理顺清算中这两个具有一定冲突的原则间的关系呢？这里尤其需要研究的是怎样衔接破产界限和清算的集体性质。所以本文的第二个目的是阐释清算的收债功能和其集体性质之间的关系。

开始分析之前，笔者要强调两点。第一，本文是以理论，情景模拟和对商界的一些观察对破产界限和清算进行分析和论证。笔者相信所立足的几个基本原则和世界上大多数国家的清算相关的法律法规（以下简称“清算法规”）是大概一致的，退一步讲，即便事实并不如此，至少这些原则和英国、美国、中国以及其他沿袭英美破产法的国家或法域的清算法规是一致的。所以本文的分析并不针对某个国家的清算法规，而是普遍对前述的国家或法域有参考价值。第二，破产法（包括其中的清算法规）并不是由学者在象牙塔里靠抽象的思考产生，而是人类在经济活动中发展出来的法律。因此回顾该发展史对我们正确理解破产法的内涵并从中汲取经验和教训是不可或缺的。因此，本文在结尾部分简短地回顾了英国破产界限的发展，以期加强本文的论述和历史及实践的联系。

一、追债的情景假设

让我们从一个普通债权人进行追债的视角进行情景假设，在这个情景中，我们将分别考虑他不利用破产法和利用破产法的情况，以便更好地理解清算程序和破产界限的作用。

（一）非破产法下的情景

假设 A 公司以信用从 X、Y、Z 处获得商品或服务，并从银行那获得贷款。偿债期限届满时，A 公司没有偿付欠 X 的债务，同时 A 公司也没有偿付银行利息。X 和银行可选择的收债方法有哪些呢？如果银行是担保债权人，它可以通过出售担保物来实现其担保权，获得清偿。但该选择对普通债权人 X 来说并不可行。

如果不依赖破产法，X 的选择主要有以下两种。第一种选择是，X 通过向 A 公司施加压力或诉诸于自力救济以促使 A 偿付其债务。例如，X 可以通过向 A 公司赊账获得商品

或服务的方式，实现债权债务关系的抵销；第二种选择是，X 依靠向法院起诉或仲裁获得判决或裁决，再通过执行程序获得清偿。

这些方法都是一般法（如合同法、物权法、民事诉讼法等）的收债机制。这种收债机制是个人的而非集体的，也就是说，X 获得的清偿都属于他自己，他没有义务与 Y、Z 或 A 公司的其他债权人分享这些清偿。而要注意的是，Y、Z 或 A 公司的其他债权人也会采用这些方法。在 A 公司资产不足的情况下，速度最快的人才赢得了这场比赛。因此，这也被称为“抢占法”（grab law）。

（二）破产法下的情景

X 也能以 A 公司没有还债是破产公司为由，向法院申请清盘 A 公司。这通常也被称为“现金流破产”或“商业破产”。本文使用商业破产一词。

如果法院批准 X 的申请，它将任命清算人变卖 A 公司的财产来偿还全体债权人的债权。由于 A 公司已破产，普通债权人将无法获得全部清偿，X 只能获得 A 所欠 X 的债务的一部分。所以，清盘程序的收债机制不同于一般法上的收债机制，清盘程序是一种影响 A 公司所有债权人的集体还债机制。

作为集体收债机制，清盘程序必须具有以下属性：第一，它必须阻却 A 公司债权人的个别收债行为；第二，A 公司的财产应尽可能多地被保全；第三，它必须是普通债权人获得清偿的唯一途径，就是通过集中统一的机制向清算人申报债权。

接下来需要探讨的问题是：第一，什么是商业破产，为什么我们要用它作为清盘的界限？如果 A 公司欠 X 的债务额度很小，还能满足破产界限吗？X 只需证明 A 公司不能偿还欠 X 的债务就可以了，还是说 X 应该被要求证明 A 公司也不能偿还其欠 Y、Z 的债务，甚至是普遍不能偿还其所欠的债务（即破产法学者常说的一般违约）？商业破产的定义是否应该考虑 A 公司没有清偿债务的原因？如果 A 公司辩称其不欠 X 债务，即债务本身存在争议的情况下，应该如何处理？第二，为什么上面的分析里面没有提到资产负债表破产呢？这是国际上通用的 *balance sheet insolvency* 的中文译词。但是因为《企业破产法》里的用词是资产不足以清偿全部债务，即资不抵债，所以本文选择使用“资不抵债破产”一词。资不抵债破产的含义是什么？如果 X 想证明 A 公司属于资不抵债破产，X 会面临哪些困难？什么样的债权人必须依赖资不抵债破产来证明破产界限呢？第三，个人债权人

X向法院发起了申请，但清算程序是一个影响A公司所有债权人的集体程序。难道法律不应该在程序中给其它债权人至少一次发言机会吗？法律如何平衡两者间利益呢？下文将就此一进行讨论。

二、对商业破产界限若干问题的分析

本部分将运用逻辑并参考商业世界的运行规则，来探讨刚才所提到的问题，然后在更广泛的背景下评估商业破产界限和清算对优化市场经济运行的重要意义。

（一）商业破产界限的定义

法律是否应当要求债务必须达到一个最低额度（例如1000人民币）才能构成商业破产？本文认为，从逻辑上讲，不应当存在此类要求。首先，选取这样的最低额度没有任何理论基础，确定任何额度都是武断和缺乏依据的；其次，就债务人有无偿债能力的证明力上，无力偿还一个小额债务并不比无力偿还一个大额债务在证明债务人无偿债能力上证明力弱，相反地，这是对债务人缺乏清偿能力的一个更有力的证据。

第二个问题是，提起清算申请的债权人是否需要证明该破产公司普遍地不能偿还所欠的债务？美国学者普遍把商业破产概括为多重违约。³原因很简单，在现实和想象中，一个商业破产的公司往往无力清偿多项债务。但如果因为这样就认为无力清偿多项债务（即多重违约）是证明商业破产的一个必要条件，那就犯了倒果为因的错误。这里我们不能不了解单次违约和多重违约之间的关系。

首先，仅仅无力清偿一项债务（单次违约）这一情况的可能性极小，在单个债权人申请债务人破产的背后，一般都隐藏着多重违约，这是因为，当债务人濒临破产的境地时，他必须决定用有限的现金去偿还哪一些债务，来为自己争取更多的时间。通常他们会优先偿还强势的债权人，并尝试对其他债权人进行部分偿还。这时，除非只获得部分清偿的债权人同意债务已全部清偿，不然即代表债务人多重违约。反之，仅仅发生单次违约意味着，除某个债权人的债务之外，债务人偿还了所有其他债权人的全部债务，除了极特殊的情况，这种可能性在现实中发生的概率是可以忽略不计的。因此，除了在极端情况下，单次违约即意味着多重违约。

³ 参见冀宗儒：《美国破产法案例评选》，对外经济贸易大学出版社2006年版，第79、109-110页。转引自许德风：《破产法论——解释与功能比较的视角》，北京大学出版社2015年3月第1版，第103页。

其次，向法院提出清盘申请是个体债权人的权利，要求其证明存在多重违约意味着对这项权利的实质性侵害。如果多重违约是商业破产的界限，那么单独一个债权人就不能向法院申请清盘令，他必须要找出其他未被偿付的债权人，并说服他们共同向法院提出对债务人公司清盘的申请。这对普通的债权人来说并不容易，因为债权人之间很可能互不认识。

(二) 债务人因资金周转不灵而不能还债

本文认为法庭无需检视公司不能偿还债务的原因，但以下两种情况需要进行一些分析。

第一种情况是如果债务人辩称自己资产充足但遭遇了现金流动性问题因而不能还债，即债务人认为如果给他足够的时间，他可以通过变现财产以获得现金来还债，甚至有能力和偿付所有的债务。换句话说，债务人以资产负债表为判断依据，自称具有偿付能力，所以没有破产。

本文认为，除非巨大严峻的金融风暴影响了整个经济环境的资金流动性，否则这种辩解应该被驳回。因为，如果债务人确实资产充足，他可以这些资产为担保向银行贷款。更重要的是，一个拥有到期债权的、未被偿付的债权人并没有义务给债务人留足时间去变现资产以偿还债务，他有权要求债务人立即偿还债务，债务人也有义务在债权人提出要求后立即进行偿还。

(三) 债务人拒不偿债

第二种情形是拒不偿债的债务人。债务人有能力偿还但拒绝偿还其所欠债权人的债务。在这种情况下债权人有两种选择：（1）对债务人提起诉讼，获得判决并申请执行；（2）以向法院申请清盘令对债务人施加压力，逼迫债务人还债。如果债务人坚持不清偿，就向法院申请清盘令。这里一个重要的问题是，法律是否应该在一般法上的收债机制和通过清盘程序收债的机制之间创建一个层级关系，并给予前者优先权。若如此，选择（2）就出局了，债权人只有在申请法院执行判决后债务依旧未获完全偿付才能申请清盘令。

本文认为，无论是理论上还是实践上的原因，法律都不应该将一般法上的收债机制作为清盘程序的前置程序，或者说把清盘程序归入次级权利。原因如下：第一，如果债务被承认或对债务的存在没有实质争议，那么就不应当由债务人来决定债权人应该以怎样的方式获得清偿。第二，被承认的债务或没有实质争议的债务与经过法院裁判确认的债务之间并无实质性区别。第三，一个未被偿付的债权人理应有选择决定使用哪种合法途径收债的

自由。强制规定只有在债务转化为经法院裁判确认之债务以后才能申请清盘令，是一种纯粹的资源浪费。第四，拒不偿债的债务人应当被督促或强制偿还债务。如果一个大公司拒绝向一个小公司偿付债务，那么小公司的处境将会非常艰难，因为它依赖于及时的付款来维持生存。以申请清盘令逼迫拒不偿付、顽劣的债务人还债的方法，对小债权人在急需现金以维持生存的时候是有价值的。虽然这会导致债务人和债权人关系的破裂，但在紧急关头，也只好两害相权取其轻。一旦把一般法上的收债机制作为前置程序，那么这项权利就被剥夺了。所以，法律规定上不应该把清盘程序归入次级权利。这里必须清楚理解的是，允许未被偿付的债权人申请拒不偿付债务人清盘不会造成有偿付能力的公司被清盘。债务人只需偿还债务，债权人便无法证明债务人商业破产，且债权人也因为不再是债权人而丧失申请清盘令的身份。所以，债务人在偿还债务后，可以马上根据相关法域的法律向法院申请撤销清盘申请或类似的救济。

(四) 当债务有实质性争议

如果债务人辩称其并不欠债权人任何债务，如债务人对债权人所声称的债务有实质性的争议时，应如何处理？为下文论述之便，本文把具有实质性争议的债务简称“争议债务”。如果法庭在清盘申请听证阶段接受了债务人的这个论点，那么债权人就不能证明债务人商业破产，法庭就会驳回债权人的清盘申请。另外，比这更根本的是既然债务的存在都不能确立，那么“债权人”的身份也无从谈起，故不具备申请清盘的适格主体地位。然而，由于清盘申请在听证之前已被公示⁴或消息已传开，债权人申请债务人清盘的事实已广为人知。这对于债务人的声誉将会造成严重的、难以挽回的损害。所以法律应该设置一个机制阻止这样的事情发生以保护债务人的利益。

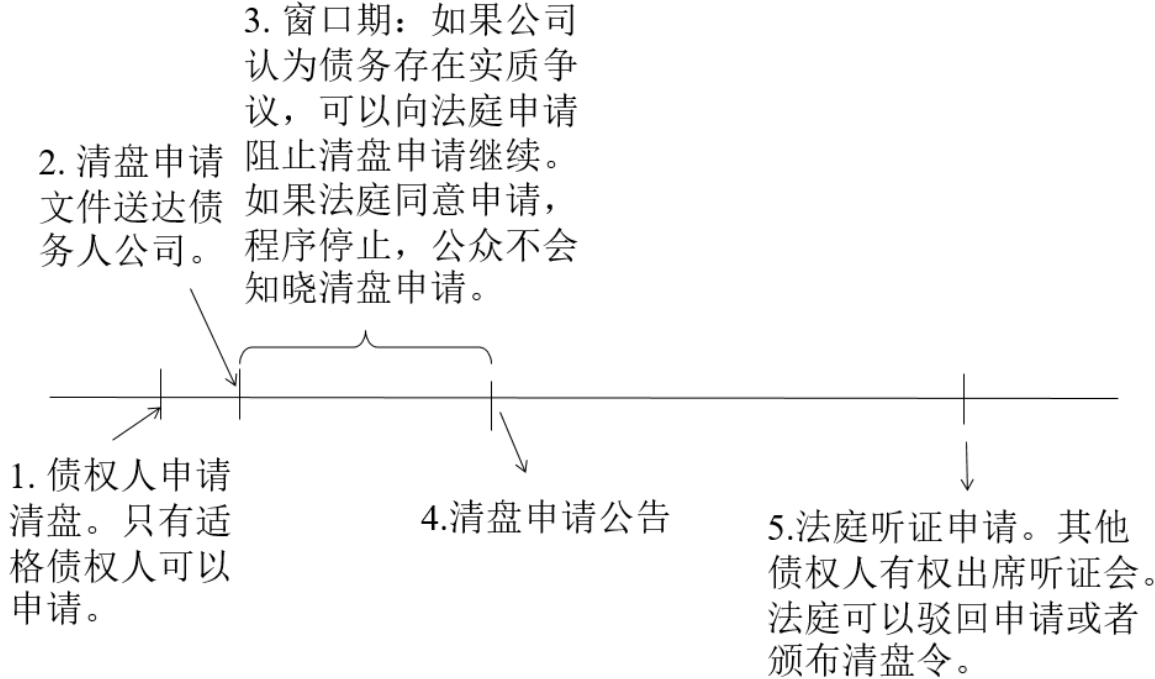
一个办法是在债权人递交申请清盘的文件后不立即公告这个申请并对其严格保密，留一个“窗口期”（比如一个星期）以便让债务人有机会向法庭陈述债务存在有实质性争议，如果法庭接受债务人的辩解，那么如上所述，“债权人”由于不具备申请清盘的适格主体地位，清盘申请就会被终止。此时既未进入听证阶段，更重要的是清盘申请也未被公告，这样便有效地保护了债务人的利益。

⁴ 具体可参见后文“清盘程序流程图”，从图中可知，在法庭听证申请之前，法庭早已对清盘申请进行公告。

以上的分析说明一个道理，法律需要平衡债务人和债权人之间的利益冲突。一方面，居心叵测的债权人可能利用申请清盘令来对债务人施加非法压力，促使其偿还争议债务。另一方面，顽劣的债务人也可能会在窗口期向法庭提起一系列无中生有的异议来辩解说债权存在实质性争议，以便终止债权人的合法清盘申请。那么法庭应该如何处理双方对债权是否属于争议债权的这一争论呢？

本文认为，法庭在这时候是不应裁决此争议的，主要的原因是如果清盘程序被用来裁决债务是否真实存在的话，那就等于允许债权人利用清盘程序来确立债权的存在，这不仅会对债务人造成巨大的压力，也是对清盘程序的滥用。对于有争议的债权，债权人正确的做法是通过诉讼或仲裁去确定债权的存在与否。所以，除非法庭能从债权人和债务人提交的书面证据判断债务人提出的债权属于争议债权的辩解是不成立的，法庭则应当终止债权人的清盘申请。

下面的图表比较形象地解释上面所论述的清盘申请流程，希望对读者有所帮助。



(清盘申请流程图)

三、衔接商业破产界限和清算的集体性质

以上关于商业破产界限的论证必须解决一个问题：作为集体程序的清算程序，如果允许单个债权人基于单次违约就可向法院申请公司清算，那么如何顾及全体债权人的集体利益呢？这里我们必须处理好两个存在冲突的原则间的关系，向法院提出清算申请是个体债权人的权利，但是清算程序是集体程序。在理论上，一个合适的方法是在单个债权人提出破产申请后，法庭通知所有债权人这个程序已经启动，并允许他们出席清算申请的听证会。这意味着从逻辑上讲，清算程序申请的听证会有两个步骤。在第一个步骤中，申请清算程序的债权人必须证明公司已经破产。

如果债权人不能完成举证责任，法庭必须驳回申请。如果债权人证明公司已经破产，法庭就具备命令公司清算的权力，但它并不一定会这么做。法律必须提供法庭足够的裁量权去决定是否命令清算。裁量权的运用就是听证会的第二个步骤。法庭在第二个步骤可考虑各种因素，⁵其中一个很重要的是听取其他债权人的意愿。如果债权占多数的债权人因合理原因反对公司清算，法庭一般应当尊重他们的意见。

这两个步骤背后所蕴含的法理为：第一个步骤下，证明债务人破产表示在申请破产的债权人和债务人之间的关系中，法律与正义是站在债权人这边，法庭应倾向于批准债权人的申请。但是，由于清算是一个集体机制，债权人所“援引”的是全体债权人的权益，所以第二个步骤落实了对其他债权人权益保护，体现了清算的集体机制的特点。

四、商业破产界限如何优化市场经济运行

综上所述，在债权人向法院申请公司清算后，法律上应该设置一个窗口期，在这期间清算申请不公告并严格保密，如果债务人认为债务存在争议，可以在这期间向法庭提出该争议。如果法庭接受债务人的说法，那么债权人就不具备申请清算的适格主体地位，法庭就会终止债权人的清算申请，这样该清算申请从头到尾都没有被公告。如果法庭不接受债务人的说法，那么清算程序继续，窗口期期满后法庭将公告该破产申请，通知所有的债权人，告知其有权利在清算申请的听证会上表达对该申请的支持或反对。

在清算申请听证会上，债权人必须先证明债务人已商业破产，即债务无实质争议且已到期，债权人已明确要求债务人清偿，但债务人并未清偿。如果法庭接受债权人的举证，

⁵ 需要注意的是，以既定、合理的原则保证法庭自由裁量权的行使十分重要，否则的话会导致个案裁判。

法庭就具备命令债务人清盘的权力。但由于清盘是一个债权人的集体程序，这仅是听证会的第一个步骤。在第二个步骤中，即便债务人已破产，如果债权占多数的债权人提出合理的理由反对债务人清盘，一般情况下法庭应该尊重他们的意愿。

上述关于商业破产的界限的观点可能会引发一些学者的疑虑，担心该界限太宽松并将使债权人申请清盘变得太容易，甚至导致大规模的企业清盘潮，大量失业和经济衰退问题。本文认为这些忧虑是因为对商业破产界限和清盘的理解不足造成的。

第一，在非常时期，尤其在金融风暴期或经济面临巨大不确定性的时期，比如 2008-2009 年的世界经济大衰退和 2020 年的新冠肺炎，这些忧虑是有一定道理的。但即便如此，为应对 2020 年新冠疫情对经济的冲击，各国政府的政策主要是推出各种纾缓措施以缓解企业面对的资金压力，并保障就业和民生，⁶暂时性地提高清盘的一些门槛并非抗疫政策的重心。

第二，除了这些非常时期，上述关于商业破产的观点在理论和实践上都是恰当的。以恫言向法庭申请清盘逼迫债务人还债通常不会是债权人的首选收债办法，而在这个办法无效后把恫吓付之行动更是债权人不得已而为之的决定。

第三，上述的忧虑的出发点过多地强调了债务人利益保护，忽略了债权人的正当权益，也忽略了商人收债难的这一大商界痼疾。⁷当债权人是一个小公司而债务人是一个不愿还债的大公司时，收债的难度就更大了。而小公司因为资金少，所以能否及时获得清偿对于维持公司的存续非常关键。上述的商业破产界限为债权人，尤其是小公司提供了最后的救济手段。⁸

⁶ 例如，中国最高人民法院于 2020 年 5 月 15 日颁布了《关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见（二）》，对如何审理新冠疫情期间涉及的破产案件提出了应对措施，以期达到尽早挽救困境企业、充分发挥共益债务融资制度功能等目标；美国颁布了《冠状病毒援助、救济和经济安全法案》（Coronavirus Aid, Relief, and Economic Security Act, CARES Act），主要通过 2 万亿元的经济刺激资金，以免息贷款等方式发放给各个企业。

⁷ 根据中国执行信息公开网发布的数据显示，截至 2021 年 2 月 11 日，处于失信状态中的失信主体已达 6353711 人。参见中国执行信息公开网，<http://zxgk.court.gov.cn/>，2021 年 2 月 12 日最后访问。同时，关于欠债不还的新闻报道亦屡见不鲜，如内蒙古蒙草生态环境（集团）股份有限公司曾被地方政府拖欠六亿元。参见《被多个地方政府拖欠 6 个亿，这家公司股价暴跌八成》，<https://finance.sina.com.cn/wm/2019-12-19/doc-iihnzhfz7016228.shtml>，2021 年 2 月 12 日最后访问。

⁸ 关于保护和救济小公司的重要性，最高人民法院咨询委员会副主任杜万华在宁夏第一届破产业务高峰论坛暨银川市破产管理人协会揭牌仪式中的演讲提到，“保护小型市场主体的生存环境和空间，是一个国家经济生存和发展的基础。如果中小微企业普遍倒闭，缩小生存空间，那整个国家经济的基础就不稳固，就会出现危机。”参见杜万华：《破产管理人的过去、现在和未来》，https://mp.weixin.qq.com/s/2MEdL_Z03dzvtbGJ-q7Z-Q，2021 年 2 月 12 日最后访问。

第四，上述的商业破产界限对维持市场经济的正常运作有着重要的甚至无可替代的作用。从整个国家经济层面来说，基本上，除了金融类公司，政府不会监控其他行业的公司的财务健康状况，市场经济依赖债权人主动对破产公司提起清盘申请来清理破产公司，以维持市场经济的正常运作。在市场经济下一定会有因公司经营失败而破产。如果失败的原因是因为该公司的商业模式不可行（即商业或经济失败），那么公司应被清盘，把其资产部署于新的商业活动，这对优化资产配置和提高经济效率有重要的意义。如果失败的原因是财务方面的原因，但商业模式是可行的（即财务失败），法律应该帮助公司重整债务以恢复继续经营的能力，这样可以保就业并减少资源的浪费。一个破产的公司应该尽早清盘或者重整。如若不然，破产公司将继续经营，甚至进行不当经营。

但遗憾的是，从公司内部治理来说，当一个公司陷入破产时，公司的股东和董事（“控制者”群体）可能被不正当地“激励”去继续经营甚至进行不当经营，而不是主动申请清算或拯救。因为，如果经营不成功，他们没有损失（此时的股东已基本丧失剩余索取权，经营失败的情况下损失的是公司的债权人，他们未来在破产程序中能够获得的清偿额将变少）；但若经营成功，公司还可能扭亏为盈。

所以市场经济需要一个有效的机制来促使破产公司进入清盘或重整。债权人对公司施加的压力，包括恫吓向法庭申请清盘令，将助推那些虽破产但仍有拯救价值的公司的董事采取重整行动，而没有挽救价值的公司则在法庭批准债权人的清盘申请后被清盘，这样市场经济才能良好地运行。上述的商业破产界限在保护债权人的私人权益时，也同时提供了这样一个机制来促使破产公司进入清盘或重整。如果背离了上述的商业破产界限的定义而把该界限的门槛提高，那么视提高的程度来看，可能的后果则是扰乱了市场经济的正常运作。

五、浅析资不抵债破产

资不抵债破产的定义很简单，即公司的总资产少于其总负债，其中负债部分还包括或有负债和预期负债。预期负债是将会在未来某个时间到期的债务，或有负债是在未来有可能发生的债务。国际上通用的 *balance sheet insolvency* 这个词的直接中文译名是资产负债表破产。本文不拟讨论国际上资产负债表破产的定义，仅指出在英国法下，所谓的资产负

债表破产就是资不抵债破产，其实英国的破产法相关条文⁹根本没出现 balance sheet insolvency 这个词，本文认为，balance sheet insolvency 这个词的出现是因为财务报表在商界所占的关键地位以及 balance sheet insolvency 是资不抵债破产为简洁之便的缩写英文词。资不抵债这个词在中文语境下简洁明了，已成为大众用语，这容易导致人们误以为破产界限就是资不抵债破产这样的认知。本文认为这个认知是有偏差的。

第一，未获清偿的债权人不需要在清盘申请的听证会上证明债务人已资不抵债。但是商业破产不适用于预期债权人和或有债权人，¹⁰他们需要另一种适用于他们的破产界限，提供预期债权人和或有债权人向法庭申请清盘的权力是合理且公平公正的。这是因为，一个资不抵债的公司完全有可能拥有足够的现金偿还现已到期的债务，但因其已资不抵债，却无法偿还较后到期的债务。这个结果，对于和到期债权人同样是普通债权人的预期债权人和或有债权人是不公平的，因此有必要允许预期债权人和普通债权人拥有向法庭申请清盘的权利和适用于他们的破产界限。资不抵债破产正是适用于预期债权人和或有债权人的破产界限。

第二，在实践中，债权人要证明债务人已资不抵债破产可能会非常困难。首先，债权人可能缺少必要的信息。只有当债权人是公司内部人士或者债务人的资产负债表是公开的，债权人才拥有可用来评估债权人的总资产和总负债的信息。其次，即便有这些信息，至少有两个原因还导致资产负债表只是判断是否构成资不抵债破产的起点。资产负债表中不包括或有债务，或有债务只在后附该报表的附注里披露。资产负债表以票面价值显示公司的负债（包括预期债务），并且可能以历史价值来显示公司的资产。但是资不抵债破产界限的衡量是基于当前的市场价值的，而对资产的估值、预期负债和或有负债的评估本就是见仁见智的，不同的评估方法、不同的专家会得出非常不同的数值。¹¹由于举证责任在债权人这边，上述这些原因使得债权人要证明债务人已经资不抵债破产具有相当大的不确定性，并且有可能非常困难。这和商业破产在实践中强大的实用性形成鲜明对比。

六、英国破产界限发展的简短回顾

⁹ See Insolvency Act 1986, § 123 (2).

¹⁰ 因为对预期债权人来说，其债权尚未到期；对或有债权人来说，其甚至可能没有债权。

¹¹ 对破产企业的资产进行评估的方法有许多种，例如收益现值法、重置成本法、现行市价法和清算价格法等。不同的专家很可能会采用不同的评估方法，得出不同的评估价值。

英国的破产界限，从破产行为（acts of bankruptcy）到商业破产、资不抵债破产的发展，历时数百年之久。现行关于公司破产界限的规定，于《1907年公司法》中确立。英国破产界限的发展历史，就是它不断适应时代的发展进行调整与改变的历史。

（一）从破产行为到商业破产

在英国和世界很多其他地方，个人破产法的立法比公司破产法立法早很多。英国的第一部个人破产立法是亨利八世颁布的《1542年破产法令》。在这部法律下，债务人是否破产和债务人的财务状况无直接关系，而是取决于债务人是否有破产行为，例如逃离国境、“闭门不出”等等。

在十七世纪早期，英国国会（Parliament）为了适应商业社会发展的需要，扩大了破产法律下列举的破产行为，破产行为开始包括债务人没有偿还债务。到十九世纪四十年代早期，破产行为包括了许多没有偿还债务的例子，即商业破产。他们的普遍特征是，债务已届清偿期，债务被债务人承认或债务不存在实质性争议。

在1844年，英国国会通过新的法律第一次允许通过注册来设立公司，因此国会需要决定公司怎么样清盘，于是便借鉴了个人破产法，包括破产行为下的商业破产。经过十二年的探索和积累了宝贵的经验后，英国在《1856年合资公司法》开启了清盘程序的现代模式。自此，“无力偿还债务”一直成为清盘的理由之一，这也被称为清盘的破产原因。在《1862年公司法》中规定，清盘的破产原因有三种界限：1.债权人根据法律所规定的一系列程序条件要求公司偿债，而公司在三周内并未偿付、提供担保或和债权人达成和解；2.债权人申请执行经法院裁定之债务后发现债务未获完全清偿；3.债权人向法院证明公司无力清偿债务。¹²在1875年的一个重要判词中，¹³英国上诉法庭明确规定上述皆为商业破产，且第三个界限为商业破产界限的兜底条款。

（二）资不抵债破产

资不抵债破产迟至1907年才成为破产界限。《1907年公司法》给予了或有债权人、预期债权人申请清盘的资格，资不抵债破产同时成为清盘破产界限之一。英国现行的破产界限在这一法案中最终确立。

¹² Companies Act 1862, § 80.

¹³ *Re Globe New Patent Iron & Steel Co* (1875) LR 20 Eq 337.

七、结论

总结本文的主张有如下几点。第一，商业破产的定义，当债务人未清偿一项债权人要求债务人清偿的没有实质争议的到期债务时，即构成商业破产。第二，法律必须平衡债务人和债权人之间有关债权人向法庭申请清算的利益冲突。一个办法是设置一个窗口期，在这个时间段内清算申请不会被公告，让认为债权有争议的债务人向法庭提出撤销清算的申请。如果法庭认为债权确有实质争议，因此导致了“债权人”的地位并不能确立，那么法庭基本上应该终止清算程序。结果是该“债权人”应该通过诉讼或仲裁程序先确认债权，然后才能决定是通过执行该判决或裁决，即一般法下的收债方法，还是通过申请清算来收债。另一方面，如果法庭能从书面证据判断其实债务人所谓的争议不是有实质性的争议，那么法律规定上则应该给债务人一个短时间偿还债务。如果债务人基于任何原因没有偿还债务，那么清算程序将继续，该清算申请将被公告，而法庭将在听证会上判断债务人是否破产以及法庭是否批准债权人的清算申请。

第三，虽然申请清算是个别未受偿的债权人的个人权益，但是清算同时是一个为全体债权人的权益服务的集体机制。所以法律规定上必须衔接这两个有一定冲突的原则。一个办法是赋予法庭在听证会上判定债务人破产后仍拥有自由裁量权决定是否批准清算申请，这个裁量权保障其他债权人在听证会上对清算申请表示反对的权益。如果债权占多数的债权人因合理原因反对公司清盘，法庭一般应当尊重他们的意见。