

民事诉讼程序之于破产案件适用

韩长印 郑金玉*

内容提要：破产程序中存在着大量的纠纷，这既是法院行使审判权参与破产程序的基础，也是正确理解我国破产法关于适用民事诉讼法审理破产案件的规定的规定的前提。基于破产案件的特殊性，对于性质不同的纠纷应当适用不同的审理模式：实体权利纠纷，原则上应适用通行的民事诉讼审理模式，而破产程序性争议以及围绕破产方案发生的争议，则应采用职权主义模式进行审理。只有这样才能在保证破产程序运行正当性的同时满足其迅捷性和公益性的需求。

关键词：破产案件 审判权 审理模式

在我国，1986年《中华人民共和国企业破产法（试行）》〔以下简称企业破产法（试行）〕和2006年8月通过的《中华人民共和国企业破产法》（以下简称新企业破产法）均有关于破产案件审理程序适用民事诉讼法的规定。^{〔1〕}破产法之所以采用这种概括性的援用条款，除了因为这样可减少法律规范的重复外，根本原因还在于彰显破产案件审理程序对民事诉讼程序规则的可适用性。然而不得不承认的是，少有学者对民事诉讼程序规则之于破产案件审理的可适用性进行专门的基础理论研究，对破产程序中法院审判权的运行方式以及破产管理人、破产债权人在其中享有哪些程序权利的认识也不那么明确，更谈不上对不同纠纷应适用审理模式的深入探讨。而这些都是适用民事诉讼程序规则审理破产案件亟需解决的基本理论问题，本文拟就此做出初步分析。

一、破产案件适用民事诉讼程序规则的理论前提

（一）破产程序的性质认定

适用民事诉讼程序审理破产案件，首先涉及民诉程序与破产程序性质上的兼容问题。总体来说，民事诉讼程序（主要指审理程序）属于裁决民事实体权利义务纠纷、规范审判权与诉权运行的法律规范；而关于破产程序的性质，理论上分歧较大，主要有总括执行程序说、非讼程序说、诉讼

* 韩长印，上海交通大学法学院教授；郑金玉，河南大学法学院讲师。

本文系作者研究破产程序问题的论文之一，另一篇为《破产实体要件的审理程序研究》（发表于《现代法学》2006年第1期）。本文初稿完成后，上海交通大学法学院研究生张磊提出了修改意见，特此致谢。

〔1〕《中华人民共和国企业破产法（试行）》第6条：破产案件的诉讼程序，本法没有规定的，适用民事诉讼程序的法律规范。《中华人民共和国企业破产法》第4条：破产案件审理程序，本法没有规定的，适用民事诉讼法的有关规定。

程序说、特殊程序说等多种主张。^{〔2〕}对破产程序性质认识的差异直接决定着民事诉讼程序规则在破产程序中适用的具体范围。

传统上,在认识破产程序性质时,人们很容易对照民事诉讼中的强制执行程序,将其描述为债务人无法正常清偿债务时适用的一种总括性执行程序。的确,从传统的以破产清算为主导的破产程序角度分析,总括性执行程序说并没有什么问题,破产程序的主要任务就是公平清偿债务,而不是解决纠纷。与强制执行程序一样,所有需要在这种特别“执行程序”中实现的“执行根据”、“执行名义”,在破产清算时必须是确定无争议的。但问题是,如果坚持这样一种观点的话,则无论是从程序设置的基本理念方面,还是从法院的角色和权力运行方式以及利害关系人权利义务方面考虑,破产程序都将与民事诉讼审理程序截然不同,后者的规则在破产程序中应毫无适用的余地。因为执行程序与审理程序的任务不同,其以强制实现法律文书既定内容为主要任务,所以其中应几乎没有需要裁决的问题(即便有也须转移到审判庭采用审理程序进行处理),值行人员没有听审的权利与义务,故没有适用民事诉讼审理程序的基础和必要。适用于审判程序的诸多原则,如言词原则、公开原则、直接主义以及辩论原则,在强制执行程序中均不能适用,即使是处分原则,要想在强制执行程序中得到适用也必须先经过修正。^{〔3〕}

但事实上,即便持总括性执行程序观点的学者也会承认,破产程序的任务与强制执行程序的任务差别很大,任何国家的破产法、破产程序都不可能局限在执行规范的范畴之内,必然要面对大量的需要法院裁判的纠纷,比如破产实体要件的审理、破产宣告裁定的做出、破产和解程序、重整程序、清算程序中的众多破产方案的裁定认可,以及其他与破产财产相关纷争的大量审理裁判等等。“纠纷”、“裁判”渐渐改变了破产程序的纯粹程序性质。其结果,破产程序的目标渐渐多元化了,现实中的破产制度需要设置许多周边程序来满足当事人不同的程序需求,比如,设置破产债权确认诉讼程序以确认有争议的债权,设置破产和解程序与重整程序以拯救破产企业等,只是不同的立法例所包括的周边程序的具体范围不同而已。可以看出,破产程序实际上是容纳多种程序在内的一种复合型程序,其中除了总括执行程序的性质外,自然也包括纠纷的审理程序,由此,“总括性执行程序”的观念就显得不合时宜了。

除此之外,在破产程序性质的争论中具有实质性影响的还有诉讼程序说与非讼程序说,二者的争论直接触及到了破产程序的正当性与效率性问题,更加体现了讨论破产程序性质的目的所在。对诉讼程序与非讼程序的辨析向来比较复杂,^{〔4〕}但我们可以确定两个基本的区别标准:一是该程序是否以“实体权利义务关系的判断”为主要任务;二是主体之间是否发生了实质性争议进而形成争讼关系。如果这两个方面的回答都是肯定的,该程序就是诉讼程序,否则就是非讼程序。

对照这两点标准,我们会发现,破产程序包含有非讼因素。首先,从整体上来说,破产程序的最终任务确实不是裁判实体权利义务关系,而是判断债权人是否有通过这种特殊程序实现债权债务关系的资格和权利,这是一种程序权利而非实体权利。其次,破产程序中有大量具体的非讼内容,比如债权人会议的决议程序、破产重整方案的制定程序、破产财产经营管理方案的决定程序,和解程序、重整程序中更是有不少破产事务与实体权利义务的判断没有直接关系。再次,在程序主体的争讼关系方面,破产债务人的权利在破产程序中受到严格限制,甚至会丧失与债权人争讼的地位;而债权人组成了一个利益目标基本一致的共同体——债权人会议;破产管理人则为全体债权人利益考虑,相对中立、公平地处理破产事务。这些程序主体在许多破产事务处理过程中确实不存在对立

〔2〕就此问题我国台湾破产法学者讨论较多,参见刘清波:《破产法新论》,台湾东华书局1984年版,第5页以下;陈计男:《破产法论》,台湾三民书局1992年版,第12页以下。

〔3〕参见〔德〕汉斯-约阿希姆·穆泽拉克:《德国民事诉讼法基础教程》,周翠译,中国政法大学出版社2005年版,第352页。

〔4〕参见王亚新:《社会变革中的民事诉讼》,中国法制出版社2001年版,第241页以下。

的争讼关系。但同时，破产程序中也包含有与非讼因素并存的诉讼因素。首先，破产程序中有许多破产实体权利义务需要法院的裁决，比如破产债权、破产撤销权、抵销权、待履行合同的解除权等。我们一般不在破产程序之外另设程序专门处理这些实体纠纷，而是将其融入破产程序由管辖破产案件的法院一并处理。其次，关于主体之间的争讼关系，在整个破产程序中，无论是实体问题还是程序问题抑或重大破产方案的决议问题，各个程序主体之间随时都有可能发生争议或出现对抗，我们不能因他们尤其是破产债权人之间的利益平行关系而否认他们之间发生这些争议的可能。

基于以上分析，破产程序的“特殊程序”性质说显然更有其合理性，但其“特殊”也仅在于将诉讼程序与非讼程序在不同的阶段进行排列组合，就不同的问题适用不同的程序加以处理。可以说，诉讼法理与非讼法理交错适用的理论〔5〕为设计破产程序提供了一个较好的思路。

我们认为，破产程序中的非讼因素与诉讼因素是交替出现的，如果偏执于将破产程序认定为纯粹的诉讼程序，势必会按诉讼法理来设计整个程序，贯彻辩论原则，注重程序结构设计上的对抗性，注重法官地位的中立性、消极性，这样虽然可以充分保障各方当事人的程序权利，但也会带来难以忍受的弊端：听任众多主体对千头万绪的破产事务纠缠不休，使破产案件的处理久拖不决。反过来，如果认定破产程序为纯粹的非讼程序，完全贯彻非讼法理，就可能限制甚至排除当事人争讼的权利，排斥听审程序，要求法院或其他主体独自决定一切，这种架构虽可实现程序的迅捷与高效，但会置当事人的程序权利于不顾，使当事人的实体权利失去保护屏障，处理破产案件的司法程序滑向行政程序，最终会使整个破产案件的处理失去正当性。可见，对破产程序性质的分析，一方面需要结合具体的立法状况、破产程序设置目标以及司法实际，另一方面更要考虑采用哪一种理论最有利于破产程序公正、效率的实现。如果仅抓住一点而不及其余，对破产立法与司法实践都将是有害的。

但是，关于破产程序是否存在或容许争议的问题，在我国新企业破产法制定过程中学者的认识并不完全一致。有学者担忧承认破产程序中的纷争可能会使破产程序陷入无休止的争讼当中，因此认为破产程序一定是没有争议的程序。没有争议，就说明这个程序没有想象的那么复杂，不需要去解决原被告双方的争焦点在什么地方，或者即使有争议也应由普通法院而不是管辖破产案件的法院进行审理。〔6〕诚然，确实有许多实体纠纷可以从破产程序中剥离出去由普通法院审理，但是并非所有的纠纷都有可能或有必要从破产程序中分离出去。这种纯化、无讼化处理破产程序的倾向是否有利于构建公正、及时的破产程序目标，尚需讨论。或许正像债权人自治与法院主导只是破产程序模式上两种相对终极的方案一样，绝对意义上的管理人中心主义也许并不是唯一理想的选择。我们并不是主张受理破产案件的法院包揽一切，只是认为对于破产程序中实际存在的固有纷争不能拒绝审理。法院完全可以根据破产案件的进程与自身的承受能力，决定是否分离那些在某种程度上可以分离出去的实体纠纷，因为破产法院和破产法官会更加深切地意识到破产案件中对实体争议及早裁

〔5〕 参见邱联恭：《程序制度机能论》，台湾三民书局1996年版，第65页以下。

〔6〕 如邹海林教授在一次演讲中说：“我们现在看到的破产程序，应该是一个没有争议的程序，包括清算、和解、重整，债权债务关系应该是清楚的，如果债权债务关系不清楚就不可能适用这个程序。所以说破产程序一定是没有争议的程序。这是它第一个大的特点。没有争议，就说明这个程序没有想象的那么复杂，不需要你去解决原被告双方的争焦点在什么地方。第二个特点，破产程序是管理人中心主义，管理人可以操作破产程序中所有具体程序的事务，不需要法官去运作……”参见王卫国、李永军、邹海林：《破产法十年》，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=15290>，最后访问时间：2006年6月26日。邹海林教授的这个观点是一种最为理想的破产程序模式，欲从根本上改善破产案件的审理效率。但邹海林先生自己也意识到，这种纯粹程序化的破产审理模式，一方面无法改变现有已经形成的破产程序事实上的混合样态，另一方面也难以排除在破产预防程序中的法院的主导角色。这种类似于程序主义和现实化经验主义的学说之争，在美国也存在，See Douglas G. Baird, *Bankruptcy's Uncontested Axioms*, *The Yale Law Journal*, vol. 108 (1998), pp. 573-599. Also see Thomas H. Jackson, *Bankruptcy, Non-bankruptcy Entitlements, and the Creditors' Bargain*, *The Yale Law Journal*, vol. 91, pp. 857-907.

决的可贵之处。另外,我们还可以根据纷争的性质,加大法院在相应审理程序中的职权作用,以提高案件审理的效率。

(二) 破产案件各方主体的权力(利)运行

适用民事诉讼程序规则审理破产案件的另一个重要理论前提就是法院参与破产程序的权力运行方式以及其他程序参与人在相关审理程序中的程序权限。破产事务纷繁复杂,加之参与其间的主体众多,无论是法院还是其他主体一般都扮演着多种角色。其中,法院担当的审判者角色似乎常被指挥、监管的角色所冲淡;破产管理人则往往以其对破产财产的管理、处分权为依据参与程序之中;债务人的权利受到较多的限制甚至其(法人)人格遭受贬损和否定;债权人常常以债权人会议的形式讨论、表决重大破产事务来保障程序向有利于债权人总体利益的方向发展。整个破产程序的运转似乎已不像民事诉讼程序那样以审判权和诉权为中心。那么,适用民事诉讼程序规则审理破产案件,究竟应该如何给法院与其他程序参与人的角色进行定位呢?

无疑,与民事诉讼程序中的法院相比,破产程序中法院负担的司法事务确有一部分与行使审判权没有直接关系,如法院选任和监督破产管理人、决定管理人的报酬、许可管理人对债务人财产的部分处理决定、听取管理人的报告、许可管理人辞职;召集、指挥第一次债权人会议;在和解、重整期间许可、同意债务人自行管理财产和营业事务等。但显而易见,法院参与破产程序并不仅仅是对其他程序参与人进行司法行政性的指挥和监督,其对破产程序中的一切争议仍有裁决权,而且这种裁决权与其他事务中的监督、管理、指挥权相比,尚占有主导地位,其差别不足以改变法院作为争议裁判者的角色定位。与企业破产法(试行)相比,我国新企业破产法引入了破产管理人制度,大幅度减少了法院在破产程序中承担的司法行政性职能,破产财产的具体管理和处分大多交由破产管理人负责。破产管理人在立法和法院的双重授权下处理各种破产事务,对破产财产享有广泛的管理处分权,^[7]同时,法院也因此从许多具体的行政性破产事务中解脱出来,相对专一地运用审判权处理破产纷争,突出其审判权行使者的角色。

对应于法院审判权,破产程序中其他程序主体是否享有诉权或诉讼实施权,似乎并无十分肯定的结论。我们认为,当事人的实体权利受到侵害,或发生纠纷,就应为其提供必要的司法救济,否则实体权利就失去了相应的程序保障。因此凡是涉及到重要的实体权利或是将产生重大法律效果的破产事务的处理,只要存在纠纷,并且当事人有诉的利益,就应赋予其诉权,具体则体现在当事人的申请权、异议权、提请裁定权,甚至起诉权之中。

关于破产程序中的破产管理人,虽然其主要任务是管理、处分、分配破产财产,但在适用民事诉讼程序规则时,其仍可能扮演民事诉讼当事人的类似角色。一方面,破产管理人并不享有强制实现其意志的权力,在许多情况下,他必须求助于法院的审判权对一定的事项做出判断,并赋予相应的法律效力。另一方面,破产管理人对破产财产实施的管理处分行为并不一定都符合其他程序主体的利益需求,后者完全可以对破产管理人的行为提出异议。^[8]我国新企业破产法第25条规定管理人有权代表债务人参加诉讼、仲裁或者其他法律程序,据此可以认为,破产管理人是基于法定的诉

[7] 正基于此,才有所谓破产案件处理的“管理人中心主义”学说的概括。参见邹海林:《我国破产立法中的几个问题》, <http://www.iolaw.org.cn/paper/paper279.asp>。最后访问时间:2005年7月16日。

[8] 在美国,对破产案件拥有行政职能的联邦托管人(United States Trustee)的绝大多数行为是具有不可争议性的,相关执行措施一般直接付诸实施,但他们不是司法官员,不能行使审判职能,不能判决因其行为引发的与破产财产有关的争议,联邦破产程序规则(Federal Rules of Bankruptcy Procedure)规定了对联邦托管人与破产案件管理有关的作为与不作为的司法审查程序。See Rule 2020 and the Notes, Federal Rules of Bankruptcy Procedure, <http://www.law.cornell.edu/rules/frbp/rules.htm>,最后访问日期:2006年1月21日。至于专司破产案件处理事务的破产托管人,则与我国破产管理人的角色大同小异。

讼担当取得诉讼主体资格,^[9]从而对破产事务享有诉讼实施权的。换言之,以当事人身份诉或被诉都是破产管理人诉讼实施权的表现,如果没有诉讼实施权,管理处分权就无法得到切实的保障,破产财产的保护也就无从谈起。

关于破产程序中的破产债权人,他们是破产程序的另一重要主体,既可以集体的名义,也可以个体的名义参与破产程序。其中,债权人会议是债权人集体参加破产程序的主要形式。关于债权人会议的性质众说纷纭,但其扮演的角色基本上可以认定为全体债权人的意思机关和权力机构,享有选举、表决等重要权利。尽管学者同时认为设置债权人会议的必要性之一在于全体债权人行使起诉权的需要,^[10]但考虑到立法赋予了债权人会议依自己意志直接决定许多重要事项的职权,应该说,行使诉权并非债权人会议解决问题、化解纷争的主要手段。而对单个债权人来说,一旦其利益在破产程序中受到侵害,期望依靠债权人会议的职权来全部有效地得到解决恐怕是不现实的,甚至债权人会议的决议本身就可能侵害其利益。^[11]因此,当特定债权人的权利在破产程序中受到损害,或就其债权是否存在以及实现的具体方式、时间等发生争议时,单个债权人更多地还是要依赖于诉权保护其正当利益。除了基于实体权利自然享有的诉讼权利外,债权人基于破产法的规定还享有另外一系列程序权利,比如对陷入破产状态的债务人有申请破产的权利,在破产宣告审理程序以及和解方案、重整方案、破产财产变卖方案、分配方案的审查程序中有参与庭审、提出异议的权利,享有要求法院撤销债权人会议的决议、撤销破产管理人就破产财产实施的管理处分行为的权利等。

关于破产程序中的破产债务人,其独立人格在整个破产清算程序中基本上被否定。事实上,限制甚至剥夺债务人对破产财产的管理处分权的确是有必要的,但在破产宣告前判断是否适用破产程序等一些争议性前提性问题时,并不应否认债务人的独立法人人格,其参与程序的权利仍应得到保护,而认可债务人具有程序的辅助参加人甚或程序的独立参加人的地位可以为其提供一定的权利救济机会。此外,构建破产和解、破产重整等破产预防程序,无疑均是以债务人具备主体资格为前提的。^[12]这些程序中遇到争讼性事务时,没有理由把债务人拒于审理程序之外。

综合以上两个方面的理论分析,我们对民事诉讼程序规则在破产案件中适用范围的基本判断就是:破产程序中只有涉及审判权与诉权之行使其的司法性、争讼性事项才有适用民诉程序规则的必要,非司法性破产事务无需审判权的参与,也就谈不上民事诉讼程序规则的适用了。^[13]而对需要适用民事诉讼程序规则审理的纷争的分析,以及相应审理模式的探讨则构成了下文的主要内容。

二、破产案件中实体性纠纷的审理程序

笼统认定破产案件的审理程序可以适用民事诉讼法的有关规定只是问题的一个方面。深入到破

[9] 参见[日]高桥宏志:《民事诉讼法——制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社2003版,第216页;另见江伟、邵明、陈刚:《民事诉权研究》,法律出版社2002年版,第201页。

[10] 参见汤维建:《破产程序与破产立法研究》,人民法院出版社2001年版,第221页以下。

[11] 因为债权人会议遇到争议事项只能以表决方式做出决议,而表决无疑只能采取多数决规则,会影响少数人的利益。

[12] 于此,美国法中对自然人破产程序中债务人死亡或丧失行为能力不同的处理方式就是一个较好的例证:债务人死亡或丧失行为能力的,清算程序并不因此受到影响而继续进行下去;但如果是预防性的重整程序、家庭农场主债务调整程序以及其他个人债务调整程序的,案件则要撤销,法院认为对债务人财产继续管理是可行且对各方都是最有利的情况除外。See Rule 1016, Federal Rules of Bankruptcy Procedure. <http://www.law.cornell.edu/rules/frbp/rules.htm>, 最后访问日期:2006年1月21日。

[13] 美国破产程序中也有两个主要部分。一部分是清算债务人的资产与债务……主要是行政管理性的而不是审判性的,因为它重在整理记录而不是解决产生纠纷的法律争议。另一部分是审理有关债务人占有资产的权利纠纷以及有关债务人债务的纠纷,这些纠纷的解决决定了诉讼请求人在该资产中所占份额。对此类纠纷的审理根据一般民事诉讼程序规则进行,在一些情况下还包括陪审团审理。参见[美]杰弗里·C·哈泽德、米歇尔·塔鲁伊:《美国民事诉讼法导论》,张茂译,中国政法大学出版社1998年版,第171页以下。

产程序各部分的具体内容可以发现,这些需要审理的司法性或争讼性事务自身在性质上仍有很大的差别,应当在加以区分的基础上适用不同的审理模式。根据破产案件具体事项的自身性质,我们认为,破产程序中需要法院审理的纠纷可以分为实体权利纠纷、破产程序性纠纷以及与破产方案有关的纠纷三大类别。本部分首先分析破产案件中实体权利纠纷的审理问题。

虽然理论上有所谓“破产法是债法的特别法”^[14]之说,但破产程序中除了常见的债权债务纠纷外,还有所有权、股权、知识产权等实体上的纠纷,只不过进入清算后,所有的权利义务关系最终都纳入统一的清算程序罢了。对于在破产程序启动前就已存在的、或程序启动后才显现出来的实体纠纷如何处理,是否承认其相对的独立性,企业破产法(试行)包括相应的司法解释与新企业破产法采取的态度并不相同。根据前者,破产案件受理后,与债务人有关的案件原则上都要终结诉讼,转由受理破产案件的法院管辖。然而,后者并未明确规定由该法院进行审理,事实上这些纠纷的审理程序最终被省略了,破产企业的债务人或财产持有人只能在执行时通过提起异议的形式请求法院裁定他们与破产债务人之间的实体纠纷。^[15]这与真正意义上的诉讼显然大不一样。就破产程序启动时已经系属的诉讼,新企业破产法规定其应先中止,然后由破产管理人代替债务人仍在原法院继续进行诉讼。^[16]这种规定保证了各方当事人可获得与普通民事诉讼案件一样的程序保障,同时也减轻了审理破产案件的法院的负担,是一明显的进步。^[17]而就人民法院受理破产申请后“有关债务人的民事诉讼”,新企业破产法第21条则规定,只能向受理破产申请的人民法院提起。^[18]那么,我们应如何理解这里的“有关债务人的民事诉讼”?这些纳入破产程序中的民事诉讼案件应采用什么样的审理模式?相应的诉讼程序与处理破产基本事务的程序之间又是什么样的关系?

结合新企业破产法的相关内容,不难理解,“有关债务人的民事诉讼”应是指以债务人一方当事人、以实体权利义务纷争为内容的一般性民事诉讼。这类诉讼可能是由债务人或破产管理人甚至其他主体为维护破产财产利益针对相关主体而提起的,也可能是相关主体为维护自身利益针对债务人提起的。这类诉讼中发生争议的实体权利,应源于一般的民商事法律规范,包括所有权、担保权、股权、知识产权、债权等。对此,我们认为,受理破产申请的法院应采用通行的民事诉讼模式来审理“有关债务人的民事诉讼”案件。这既是由此类实体权利争议自身的性质决定的,也是由其在破产程序中的独立性决定的。因为实体纠纷一般并非破产程序所固有,即使不启动破产程序,争议仍是潜在的,与破产程序启动时已系属的纠纷相比,破产程序的启动并不构成改变其审理程序的充分理由。因此,这些“只能向受理破产申请的人民法院提起”诉讼的实体纠纷应享有与一般实体

[14] 李永军:《破产法律制度》,中国法制出版社2000年版,序第1页。

[15] 参见1991年《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国企业破产法(试行)〉若干问题的意见》第12、13、14、45、46条;2002年《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》第19、20条。1991年意见第46条规定:“破产企业的债务人或财产持有人收到人民法院的上述通知后,应当按通知的数额、时间向清算组清偿债务或交付财产;对通知的债务数额或财产的品种、数量等有异议的,可在7日内请求人民法院予以裁定;逾期既未清偿或交付又未提出异议的,由清算组申请人民法院裁定后强制执行”。2002年规定的第73条规定:“清算组应当向破产企业的债务人和财产持有人发出书面通知,要求债务人和财产持有人于限定的时间向清算组清偿债务或者交付财产。破产企业的债务人和财产持有人有异议的,应当在收到通知后的7日内提出,由人民法院做出裁定。破产企业的债务人和财产持有人在收到通知后既不向清算组清偿债务或者交付财产,又没有正当理由不在规定的异议期内提出异议的,由清算组向人民法院提出申请,经人民法院裁定后强制执行”。这里把对财产的品种、数量等实体方面的异议,一律纳入了法院裁定的范围。这样做虽可收到程序迅捷之效,却明显违背了民事诉讼法上关于裁定适用范围的规定。

[16] 新企业破产法第25条规定:管理人履行下列职责:……(七)代表债务人参加诉讼、仲裁或者其他法律程序。第20条规定:人民法院受理破产申请后,已经开始而尚未终结的有关债务人的民事诉讼或者仲裁应当中止;在管理人接管债务人的财产后,该诉讼或者仲裁继续进行。

[17] 顺便提及的是,破产管理人代替破产债务人进行诉讼,性质上应当是承继破产债务人的诉讼。出于诉讼成本及程序安定方面的考虑,破产债务人已做出的诉讼行为原则上仍然有效。但管理人应根据破产法对债务人的诉讼行为(特别是实体上的处分行为)进行甄别,对那些有损于破产财产的行为可向法院请求撤销,对方当事人可以就此提出异议。

[18] 但不知这一规定会不会与民事诉讼法中专属管辖的规定发生冲突。

爭議同樣的程序待遇，只有這樣才符合新企業破產法認可其獨立性的目的。同時，這類嵌入破產程序中的民事訴訟程序應具有很強的獨立性，與法院裁定破產宣告、破產方案等基本破產事務的程序之間可以是並行關係，甚至直到破產財產分配完畢、破產程序終結；這些“有關債務人的民事訴訟”仍然可以繼續進行。^[19]

需引起我們注意的是，實體權利糾紛是否也應該包括破產法上規定的具有破產屬性的實體權利導致的糾紛。這類實體權利如撤銷權、待履行合約解除權、破產抵銷權等，是特別法上的實體權利。^[20] 其實，這類實體權利所涉內容仍是當事人的基本財產權利，在破產程序中具有很明顯的獨立性，與一般的民事實體權利沒有根本性區別，由此引發的爭議當事人完全有權利提起訴訟，相應地，其審理程序在破產法未做具體規定的情況下，適用民事訴訟程序就是順理成章的。從訴的類型具體說來，新企業破產法第 31、32 條規定的管理人行使撤銷權引發的訴訟為變更（形成）之訴，^[21] 第 33 條規定的有關債務人財產無效行為的認定是確認之訴，管理人根據第 35 條的規定向債務人出資人追繳其所認繳但尚未繳納的出資以及根據第 36 條追回破產企業董事、監事和高級管理人員利用職權從企業獲取的非正常收入和侵占的企業財產而引發的訴訟是給付之訴。此外，新企業破產法第 48 條規定的關於職工要求破產管理人更正關於職工的工資和醫療、傷殘補助、撫恤費用、基本保險等費用清單引發的糾紛屬於勞動糾紛，職工就此向人民法庭提起的訴訟亦可歸入“有關債務人的民事訴訟”，由法院採用通行的民事訴訟模式進行審理。

在破產程序中適用與一般民事訴訟幾無二致的訴訟模式審理實體性糾紛，美國應算是一個典型。美國聯邦破產程序規則在第七部分專章規定了一種破產對抗程序（adversary proceedings），^[22] 適用於收回破產財產發生的糾紛，判斷抵押權及其他財產權益的有效性、優先性以及這些權利涉及的范围引發的爭議，以及請求法院批准一同出售債務人與其他主體共有財產引發的爭議。此外，該破產對抗程序還適用於破產免責的決定、異議和撤銷，撤銷對破產重整一類的計劃方案的批准，獲得禁令及其他同等救濟措施，排列劣後權益等一系列重大破產事務的處理所引發的糾紛。這部分規則的指導思想就是使破產法院尽可能地採用與聯邦地區法院適用的民事訴訟程序相同的訴訟模式審理以上事項。破產對抗程序中詳細規定了其適用聯邦民事訴訟程序規則（Federal Rules of Civil Procedure）的范围，涉及到民事訴訟程序的每一個細節，要么將聯邦民事訴訟程序規則的主要內容直接併入程序，要么略加改變予以採用，甚至破產對抗程序的內容、編號與聯邦民事訴訟程序規則的絕大部分內容、編號也是相對應的。^[23] 而未被直接引用的主要是關於陪審團審理的有關規定，但這些規定在破產程序規則的第五章與第九章則有所反映，仍有被適用於處理以上事項的可能，一般不會引起審理程序的根本性改變。這樣，在破產程序中，與破產財產有關的實體糾紛以及其他重要破產事項，實際上是由破產法官按照通常的民事訴訟程序來審理的。這樣做或許是由于前文提到的。破產法官對破產案件程序迅捷性的切身體驗更為真切，較之于由普通法院法官審理相關爭議更

[19] 新企業破產法第 47 條規定，附條件、附期限的債權和訴訟、仲裁未決的債權，債權人可以申報。第 119 條規定，破產財產分配時，對於訴訟或者仲裁未決的債權，管理人應當將其分配額提存。自破產程序終結之日起滿二年仍不能受領分配的，人民法庭應當將提存的分配額分配給其他債權人。第 122 條規定，管理人於辦理注銷登記完畢的次日終止執行職務。但是，存在訴訟或者仲裁未決情況的除外。

[20] 在美國，由於破產法的立法權歸屬聯邦等方面的原因，有關破產法能否創設實體權利的問題在理論界存在着較大爭議。

[21] 學者大多主張債權人撤銷權或者破產法撤銷權之訴系形成之訴與給付之訴的合併，即在有關破產撤銷權性質的形成權說、請求權說、折衷說、責任說等四種學說中，採折衷說。詳見王家福主編：《中國民法學·民法債權》，法律出版社 1991 年版，第 182 頁；另見韓世遠：《合同法總論》，法律出版社 2004 年版，第 394 頁以下。

[22] See Federal Rules of Bankruptcy Procedure, Part VII. <http://www.law.cornell.edu/rules/frbp/rules.htm>, 最後訪問日期：2006 年 1 月 21 日。

[23] See Notes to Rule 7001, Federal Rules of Bankruptcy Procedure. <http://www.law.cornell.edu/rules/frbp/rules.htm>, 最後訪問日期：2006 年 1 月 21 日。

能把握案件的效率高低,同时由于适用了严格意义上的民事诉讼程序,程序公正的目标同样能够得到保障。

最后需特别提及,实体权利纠纷中还有破产债权的确认问题。因债权确认涉及到当事人在破产程序中的基本利益,学者几乎一致认为债权确认应属司法性事项,最终结论应由法院做出。因此,债权争议既不是破产管理人管理处分的内容,也不是债权人会议决议的事项,而应遵循一般民事争议的解决规则,适用诉讼程序进行审查确认。根据新企业破产法第58条的规定,破产债权的确认有两种情况:一是管理人编制债权表经债权人会议核查后,债务人、债权人对债权表记载的债权无异议的,由人民法院裁定确认;二是债务人、债权人对债权表记载的债权有异议的,由受理破产申请的人民法院通过诉讼来确认。这两种确认债权的方式都涉及到审判权的运用,但前者是非讼方式,而后者是诉讼方式。^[24]我国破产法并未要求法院在进行债权确认之前主持债权调查,我们认为,即使采用非讼方式,法院也应公开开庭对无异议的破产债权做出确认,破产债务人、破产管理人必须出庭,其他债权人可以出庭,而所涉债权人应该出庭,由法庭对债权逐个核实,最后做出确认或不予确认的裁定。我国破产法虽未明确规定债权确认裁定的效力,但很明显,确认债权的裁定从理论上讲应具备生效判决的效力,从程序保障的角度考虑,有必要设置一个哪怕仅仅是形式意义的开庭裁定程序来保证可分配债权得到确认的正当性。没有被法院确认的债权应视为有争议的债权,由该系争“债权人”决定是否诉诸于债权确认诉讼。这是因为采用债权确认诉讼确定有异议的破产债权是许多国家的通例,我国不应例外。而债权确认诉讼就是普通的民事诉讼,其一切程序均应按照民事诉讼法的规定去处理。同时,由受理破产案件的法院管辖破产债权确认诉讼,构建完善的债权确认诉讼程序,采用普通共同诉讼来酌情合并审理破产债权争议,可以相对集中、迅捷地处理大量的破产债权确认纠纷,便于破产案件管辖法院管理破产案件,统筹安排破产程序。

三、破产案件中程序性纠纷的审理模式

破产案件中,破产程序本身的启动、展开及终结也需要法院运用审判权做出判断。破产程序本身就是破产法律规范体系的基本内容之一,具体涉及到破产程序的启动,破产宣告,破产和解与重整程序的启动和终结,以及破产清算程序的启动、破产结案等,这类事务并不涉及实体权利的争执,我们不妨称之为破产程序性事项。破产程序每进入一个关键阶段都会涉及到一系列事实的认定和判断,围绕破产程序性事项发生的争议就是破产程序性纠纷。

关于破产程序事项,新企业破产法一般都明确规定由法院裁定,属于审判权固有的作用范围。在这里需要探讨的是,这些关键的程序阶段的裁定是否应经过一个审理程序,是否存在适用民事诉讼规则的问题。对此可以从两个方面加以考察:一是破产程序性事项的重要程度、复杂程度,所涉当事人利益大小及相应裁定的法律效力如何,由此判断是否应该给予利害关系人相应的程序保障;二是此类事项处理过程中是否会发生相应的争议。

毫无疑问,破产案件中这些带有根本性的程序问题直接决定了破产程序自身的命运,相关裁决的法律效力也关乎各个主体的利益能否实现及实现方式。具体说来,破产程序正式启动会使债权人的权利受到限制,债权人只有申报债权等待通过破产程序得到清偿,未按期申报的债权甚至存在被除斥的可能;破产和解、重整程序的启动涉及到债务人能否获取“再生”机会,是否裁定认可和解协议、批准重整计划进而决定是否中止或终止和解、重整程序,涉及到较为复杂的法律事实认定及相关利害关系人的权利处分,当然也会产生相应的法律效力,直接决定债务人的命运与债权的最终清偿情况;破产宣告除了确认破产宣告的要件、破产清算的条件是否具备外,还涉及到宣告的时机

[24] 参见前引[10],汤维建书,第213页。

及其他宣告破产情形的认定问题，如在重整期间，债务人的经营状况和财产状况是否继续恶化，是否缺乏挽救的可能性，债务人是否有欺诈、恶意减少财产或者其他显著不利于债权人的行为，是否存在由于债务人的行为致使管理人无法执行职务的情形等；破产程序的终结裁定涉及到认定破产责任、确定剩余债务免除的程度、范围等重大问题。

由于这些关键的程序环节会带来如此重要的法律后果，程序的选择和处置在众多主体之间存在不同意见、发生争议也就不可避免。这类程序性事项处理程序的设置也就直接决定着破产案件处理的正当性。因此，将破产程序性事项置于法院审判权的作用范围内，规定由法院对此进行裁定是很有必要的。我们认为，这些程序性裁定的做出无疑也需要经过一定的审理程序，相应地也必然关涉到民事诉讼程序规则的适用问题。然而，需要进一步探讨的是，审理破产程序性争议应采用什么样的审理模式。

民事诉讼的审理模式大致可以归结为当事人主义与职权主义两大类型，差异主要在于法院与当事人之间的权限与责任分配有所不同，具体表现在“审理对象的形成”与“程序进行”两个方面。^[25]一般的民事诉讼程序中，关于诉讼请求实行处分原则，就案件事实和证据实行辩论主义已被认为是一项不言自明的基本原则。无论德国法、法国法，还是美国法上的民事诉讼，当事人之间的对抗式辩论都是其共通的特征。^[26]但需要注意的是，民事诉讼并不是无条件适用辩论主义，涉及公共利益的诉讼，或普通民事诉讼中涉及公序良俗、权利滥用及诚实信用等带有强烈公益色彩问题时，通常都认为不再适用基于私法自治的辩论主义，而应由法官依职权主义探知做出判断。事实上，辩论主义与职权主义并非完全对立，只是各有自己的适用领域，二者可以相互借鉴，相互补充，甚至交叉适用，只是在不同的诉讼模式中体现的程度不同而已。

采用职权主义模式审理破产程序性纠纷是本文的基本观点之一。与实体权利纠纷不同，在破产案件的程序性事项和程序性纠纷中，适用处分原则与辩论主义的基础并不存在。破产程序的启动、展开及终结已不完全是两造之间的私权利益争执，关于破产程序关键环节的裁决涉及到所有参与主体的利益，表现出突出的公益性。破产程序的公益性除可能表现为对国家利益、社会利益的影响外，更表现为对所有破产参与人的“共益性”，即破产程序的启动、展开及终结涉及全体破产案件参与人的利益，对所有参与人产生共同影响。个人只能自由决定和处分那些仅仅影响到其自身利益的实体或程序权利，而“公益性”的破产程序则不应在单个的程序主体处分之列。这样，当事人主义、辩论原则所依赖的“个人行为、个人负责”机制在破产程序事项审理中并不存在。这就要求法院在这些关键性程序环节的审理、裁定中，既要听审不同主张，给予不同主体表达异议的机会，又不能受这些主张、异议的限制，而应根据破产债务人的实际情况，结合公共政策对审理破产案件的要求，依职权决定破产程序性事项的审理范围，适时地做出破产程序方面的裁定。^[27]裁定的事实

[25] 在审理对象形成方面，当事人主义包括处分原则与辩论主义。处分原则就是由当事人自由决定提出什么样的诉讼请求；辩论主义就是由当事人承担主张事实、提出证据的责任。具体说来辩论主义有三层内涵：一是直接决定法律效果发生或消灭的必要事实只能由当事人提出；二是法院受当事人自认的约束；三是证据应由当事人提出。与诉讼请求方面的处分原则相对应的就是职权干涉主义；与辩论主义前两个内涵相对应的，将确定事实所必需资料的探寻作为法院职责的原则就是职权探知主义，与第三个内涵对应的则称为（证据的）职权调查主义。参见前引〔9〕，高桥宏志书，第329页以下；〔德〕奥特马·尧厄尼希：《民事诉讼法》，周翠译，法律出版社2003年版，第119页以下。在程序进行方面，把诉讼程序运行的主导权交给当事人，法院只负责在最后做出判决来终结诉讼，这样的诉讼进行模式就是当事人进行主义。相反，由法院负责程序的运行，享有诉讼指挥权，这样的诉讼进行模式就是职权进行主义。参见〔日〕谷口安平：《程序的正义与诉讼》，王亚新、刘荣军译，中国政法大学出版社2002年版，第134页以下。不过，现实中的诉讼模式已不是纯粹的当事人主义与职权主义两大模式所能概括，按照法院与当事人的分工与权限，将当事人主义与职权主义各个方面进行不同的组合，就出现了多种诉讼模式的具体样态。

[26] 参见上引谷口安平书，第22页以下。

[27] 但不能以破产程序采用职权主义态势就主张法院能够依职权启动破产程序，这里存在法院依职权主动干预社会生活的“度”的问题。

根据也不受当事人辩论原则的限制,法院可以主动探求事实真相,要求当事人提交证据,也可以依职权调查证据以寻求对破产程序关键环节裁定的准确性。在满足程序运行正当化基本需求的前提下,把程序具体运行的样式交给法官根据具体情况去把握,可以达到程序经济与程序迅捷的双重目标。但我们这里强调的职权主义只是与一般民事诉讼中的当事人主义相比较而言的,是在要求法院审理破产程序事项、程序纠纷的基础上提出的,绝不意味着法院对程序性事项拥有绝对的专断权,在这些关键程序环节的裁定中,法院不得拒绝审理、不得拒绝给予利害关系人提出异议、参与程序的机会。

此外,对于破产程序性事项的审理实行职权主义也是由破产程序在效率性方面的特殊要求所决定的。破产事务千头万绪,参与程序的主体人数众多,纠纷层出不穷,其效率性要求比一般的民事诉讼程序更为迫切,尽快终结破产案件是众多程序主体与社会公众对法院的基本要求。如果我们过分强调法官在破产程序中的中立性、消极性,贯彻辩论原则,强调当事人主义,讲究这些程序性纠纷审理结构上的对抗性,必然会在关键环节的裁决上浪费过多的时间,影响破产程序整个案件的进程。因此,基于破产程序纠纷的复杂性和影响的广泛性,法院一方面必须依赖审判程序来保障破产程序裁定的正确与程序运行的正当,另一方面完全可以采用职权主义模式审理这些程序性事项以满足公益、效率等价值目标的需求。

破产案件的职权主义审理模式也包含程序运行方面的职权进行主义,即要求破产程序性事项的审理程序由法院来掌控。为了保证审判权的高效行使,协调众多主体的诉讼行为,对案件行使“管理权”、“指挥权”是审判权所必需的。在大陆法系国家的民事诉讼实践中,与实体形成方面坚持当事人主义为主的原则相对照,在程序形成或进行方面却经历了一个从当事人进行主义为主演变到以职权进行主义为主的历史过程。^[28]同样缘于诉讼迟延的困扰,英美法系国家也纷纷从上个世纪末开始加强法官对诉讼程序的控制。在美国,法院处理复杂的诉讼案件时经常要求法官早早地对案件进行有效的监管,本着积极主动、严格公正的原则进行案件管理。^[29]而由于破产事务的繁杂,法院在破产程序中应更积极主动地发挥案件管理职能和诉讼指挥职能以服务于其审判需要。

最后需要指出的是,上文关于破产程序性事项、程序性纠纷审理模式的主张,实际上也是根据与之性质相同的民事诉讼中诉讼要件通常采用的处理方式提出的。在德国、日本的民事诉讼理论与实践,法院在对案件进行实体审理与实体判决前,要求诉在程序上必须是合法的。诉的合法性判断标准就是诉讼要件,大致包括法院有管辖权、当事人合法(诉讼当事人能力、诉讼行为能力)、诉讼标的合法(系特定、具体的诉讼请求,一事不得二诉,当事人对该诉讼标的有诉的利益)三方面。诉讼要件的判断原则上要求以口头辩论的形式进行审理,当事人对诉讼要件有异议时更应如此。诉讼要件是审判权合法运行的基础,法院必须依职权对其进行审理。如果缺少诉讼要件或就诉讼要件存在与否不明确时,法院必须驳回诉讼,而不得对实体问题裁判。如果诉讼要件具备,法院则可以立刻以特别的中间判决认定诉的合法性。^[30]在英美法系国家的民事诉讼中,法院对常见的当事人要求驳回诉讼之类有关诉讼程序动议的处理,与德、日诉讼要件的审理判断问题的性质也是一样的。可以说,民事诉讼中的诉讼要件是其程序性问题的集中表现,破产程序性事项的审理、裁定与民事诉讼的诉讼审理、诉讼判决性质相同,完全可以按照诉讼要件的处理模式去处理。但破产程序的步骤更多,程序环节环环相扣,法院在一步步推进破产程序的同时,相关裁定也带来了很大的影响,甚至可能会有实体方面的法律效力,^[31]所以如果在破产程序性事项上出现错误判断,程

[28] 参见王亚新:《对抗与判定》,清华大学出版社2002年版,第158页以下。

[29] See Moore's Federal Practice: Manual for Complex Litigation, fourth, at 7-13, Federal Judicial Center 2004, LexisNexis.

[30] 参见前引[25],尧厄尼希书,第176页以下;[日]中村英郎:《新民事诉讼法讲义》,陈刚等译,法律出版社2001年版,第153页以下。

[31] 如法院做出的关于破产清算程序终结和破产免责的裁定会使债权永久性消灭。

序的运转就不仅仅是资源浪费的问题。因此，审理破产案件的法院应抱着比民事诉讼的诉讼审理更为慎重的态度审理、裁定破产程序纠纷。

四、破产方案的裁定程序

除上文所述实体权利纠纷以及破产程序性纠纷需要法院适用民事诉讼程序规则进行审理外，其他诸如破产重整、破产财产管理、变价、分配等重要的破产方案，新企业破产法也明确规定应由法院裁定认可。这些破产方案^[32]对于整个破产案件带有根本性影响，并决定着破产案件的基本结局，如何规范相应的裁定程序也应是破产法固有的基本内容。

但与破产程序性事项不同的是，这些破产方案并不以破产程序自身为处理对象，相关的裁定也不以引起破产程序的改变为直接目的。再者，破产程序事项是法院审判权固有的作用对象，即只有法院才有权对破产程序做出决定，而破产方案一般属于债权人会议决议或其他主体管理处分的破产事务，并不必然要求审判权全面参与。但由于相关主体形成破产方案后往往需要法院裁定认可并赋予其法律效力，或是在不同主体之间发生争议需要法院裁决，甚至在其内部出现分歧而做不出决议时，最终也需要法院进行判断，审判权的参与仍是必不可少的。法院对这类事项的裁决也同样涉及适用民事诉讼程序规则的问题。下文结合我国破产法的规定，就债权人会议表决通过一些破产方案过程中可能出现争议的处理问题做一探讨。

破产法往往把一些重要的破产事务交由代表全体债权人利益的债权人会议表决。我国新企业破产法规定的债权人会议享有的职权大致包括：核查债权；申请人民法院更换管理人，审查管理人的费用和报酬，监督管理人；选任和更换债权人委员会成员；决定继续或者停止债务人的营业；通过重整计划；通过和解协议；通过债务人财产的管理方案；通过破产财产的变价方案；通过破产财产的分配方案等。由于这些决议的事项大多涉及到所有债权人在破产程序中的根本利益，围绕这些破产方案产生纠纷以至于无法做出决议的情形在实践中并不少见。因债权人会议决议事项发生争议，新企业破产法明确规定由法院裁决的有：1. 债权人认为债权人会议的决议违反法律规定，损害其利益的，可以自债权人会议做出决议之日起15日内，请求人民法院裁定撤销该决议，责令债权人会议依法重新做出决议（第64条）；2. 关于债务人财产的管理方案及破产财产的变价方案，经债权人会议表决未通过的（第65条）；3. 对于破产财产的分配方案，经债权人会议二次表决仍未通过的（第65条）。然而，关于这些重大破产方案的具体裁定程序，我国企业破产法（试行）以及新企业破产法基本上都未做规定。^[33]

债权人会议毕竟是众多利害关系人的集合体，其按照多数决规则对重大破产事务做出的决议很难顾及到所有主体的正当利益，所以，对这些方案的裁定应有相应的审理程序为相关主体提供司法救济，允许对这些方案提出异议是正当程序的必然要求。但与上文所论破产程序性事项一样，由于这些方案的选择具有突出的公益性和效率性要求，法院审理这些方案时应充分发挥职权作用，现实地选择恰当的审理模式，依职权主动探知方案的合法性甚至可行性问题。但考虑到破产法明确赋予了债权人会议对这些方案的决议权，法院如无正当理由也不能自行变更方案的内容，通常只能做出批准或撤销决议、同时责令债权人会议重新表决的裁定。

在这些裁决程序中，法院可以尽量发挥职权作用自由裁量庭审的繁简，这种做法即使在十分讲

[32] 为行文方便，本文中“破产方案”是破产财产管理方案、破产财产变价方案、破产财产分配方案、破产重整计划、破产和解协议以及其他重要破产事务处理中形成的一揽子措施的总称。

[33] 新企业破产法中只有第65条有所规定：对前两款规定的裁定（即关于破产财产管理方案、破产财产变价方案、破产财产分配方案的裁定），人民法院可以在债权人会议上宣布或者另行通知债权人。

究程序对抗的美国破产实践与立法中也有所反映。在美国,有法官认为法院只有通过听审(hearing)程序才能履行其职责。诸如批准重整一类的方案,法院一般会采用听审的方式进行。听审时任何利害关系人都可以对方案提出反对意见。若有异议,案件的处理将遵循处理争议性事项(Contested matters)的一般规则,确保任何人都了解异议的理由,保证债务人和其他人都有争辩的机会。而如果没有反对意见,听审很可能就走走过场,许多听审完全可以在一间办公室内短时间完成。^[34]至于处理当事人对某些事项有异议的争议性事项程序(Rule 9014),则是美国联邦破产程序规则第九章总则规定的一种审理程序。该程序的适用范围比较广泛,债权人对批准、修改家庭农场主债务调整计划提出异议(Rule 3015)的审理,对破产法典第9章市政当局债务调整计划、第11章重整方案提出异议(Rule 3020)的审理,以及对联邦托管人的作为或不作为的司法审查程序(Rule 2020)都适用于它。实际上,只要存在事实性争议,除需要适用破产对抗性程序进行处理的外,一般都适用这种程序。该程序由寻求救济的当事人向法院提出听审动议而启动,法院通过送达告知对方,给予其合理的参加听审的机会。除另有规定或法庭决定外,破产对抗程序的大多数规定可以适用于争议性事项的审理,但那些可能使程序变得繁琐、拖沓的法律条文的适用会受到限制。^[35]可以看出,美国破产立法与实践的做法是,一方面尽可能提供机会按照民事诉讼程序审理破产争议性事项,保障当事人诉权落到实处,保障破产事务处理的正当性与妥当性;另一方面仍然让法官根据有无争议、争议事项的重要程度等自由裁量适用民事诉讼程序规则的范围,以免程序受到琐碎争议的过分纠缠,保障破产程序的高效性。

关于重大破产方案的裁定,我国新企业破产法第66条的规定很值得注意。该条规定:债权人向人民法院依照本法第65条第1款做出的裁定(即关于破产财产管理方案、破产财产变价方案的裁定)不服的,债权额占无财产担保债权总额1/2以上的债权人对人民法院依照本法第65条第2款做出的裁定(即关于破产财产分配方案的裁定)不服的,可以自裁定宣布之日或者收到通知之日起15日内向该人民法院申请复议。复议期间不停止裁定的执行。这个规定很自然会引出破产案件的一些裁定能否按照民事诉讼法规定提出上诉的问题。新企业破产法中,只针对不受理和驳回破产申请的裁定明确赋予了申请人上诉权,而对这些极其重要的破产方案的裁定,却采用了本院复议的形式。对此可能的理由是,这些事项关涉当事人在破产程序中的根本利益,不再给予一次权利救济与纠错的机会不够妥当,但在破产程序中,特别是破产案件的固有事项方面,我国立法没有赋予上诉权的惯例,于是就赋予了申请复议权。但这里设置复议程序的理论根据却不得而知,复议主体的设置以及复议结果与判决、裁定之间是什么关系,其效力与判决、裁定如何协调均存在疑问。同时,复议制度的纠错效果也远没有上诉制度明显。我们有理由认为,破产案件的上诉权并不是不可触动的禁区,没必要采用复议这种非常规的做法。就破产案件中一些固有事项的重要裁定,尤其是宣告破产的裁定以及破产财产管理、变价、分配方案的裁定等,赋予利害关系人上诉权也是完全可行的。^[36]当然,基于破产事务处理的紧迫性,可以考虑由一审法院决定是否立即执行裁定,上诉人也可以申请上诉法院决定中止执行一审裁定,这样做基本上不会因等待上诉结果而使整个破产程序受到耽搁。

在比较法上,美国联邦上诉程序规则明确赋予了当事人在破产程序中的上诉权。其第八章专章规定了破产上诉程序。当事人既可以选择向联邦地区法院上诉,也可以向破产上诉特别法庭上诉。对于联邦地区法院或破产上诉特别法庭的上诉裁判当事人还可以根据联邦上诉程序规则向联邦上诉

[34] 参见[美]大卫·G·爱泼斯坦等:《美国破产法》,韩长印等译,中国政法大学出版社2003年版,第668页以下。

[35] See Rule 9014, Federal Rules of Bankruptcy Procedure. <http://www.law.cornell.edu/rules/frbp/rules.htm>, 最后访问日期:2006年1月21日。

[36] 我国也有不少学者支持利害关系人对破产宣告有权上诉的观点。参见柴发邦:《破产法教程》,法律出版社1990版,第126页;邹海林:《破产程序和破产实体制度比较研究》,法律出版社1995年版,第197页。

法院上诉。上诉中一般允许口头辩论，如果法官一致认为口头辩论是无意义的，则可以不采用口头辩论的形式审理。但出于破产事务的牵连性及案件处理的迅捷性考虑，破产程序规则规定的上诉期限比一般民事案件上诉期限要短，即破产上诉要在裁决做出之后 10 日之内提出，而一般民事诉讼上诉的期限是 30 日。上诉法院可以发布加速处理上诉程序的指令，甚至有权在上诉期间决定中止对案件的处理，也可以延缓、修改或恢复、发布禁令，做出其认为适当的保持现状的决定，以保障随后的判决不至于落空。另外，联邦地区法院或破产上诉特别法庭也可以决定暂时不受理上诉请求，或暂缓执行关于上诉的规定。如果联邦地区法院或破产上诉特别法庭认为上诉是轻率和不必要的，应一方当事人的动议给上诉人申辩机会后，可以判令上诉人赔偿被上诉人 1 至 2 倍的上诉开支。^[37]可见，美国立法一方面给予破产当事人上诉的机会，另一方面也使之与一般的民事诉讼上诉程序有所区别，这正是保障程序公正性的前提下防止破产案件被严重拖延做出的一种明智选择。另外，日本破产法也是赋予当事人对某些裁定上诉权的典型立法例，当事人对驳回破产申请、破产宣告之类的裁决可以提起即时上告。^[38]因此，在这些国家，对破产案件重要事项的裁判结果提起上诉，无论理论上还是实践中都没有什么障碍。此种规定值得我国借鉴。

Abstract: Disputes abundant in bankruptcy procedures are not only the basis of courts' judicature in bankruptcy cases but also the prerequisite for understanding Chinese bankruptcy stipulations concerning application of civil procedures to bankruptcy cases. Given the particularity of bankruptcy cases, different judicature modes should be employed to disputes of different natures: principally, disputes over substantial right require the presently prevailing judicature mode employed in civil litigation, whereas disputes over bankruptcy proceedings and bankruptcy planning require ex officio judicature mode. Only by that means can both justice be ensured and efficiency as well as commonweal be satisfied in the run of bankruptcy proceedings.

Keywords: bankruptcy cases, judicial power, judicature mode

[37] See PART VIII, Federal Rules of Bankruptcy Procedure. <http://www.law.cornell.edu/rules/frbp/rules.htm>, 最后访问日期: 2006 年 1 月 21 日。

[38] 参见 [日] 石川明:《日本破产法》，何勤华、周桂秋译，中国法制出版社 2000 年版，第 47 页。