

澳门破产（无偿还能力）制度检讨

The Review of the Macau Bankruptcy (Insolvencia) Institute

唐晓晴

TANG Xiao-qing

【摘要】 主要规定于《澳门民事诉讼法典》的现行澳门破产制度继承并吸收了葡萄牙自律令时代、法典化时代以来的传统与改良，并有所修订，但即使其已作过“重大的创新”，在面对回归以来澳门特殊与急剧发展的社会经济生活，以及相对落后的应对处理机制和滞后的法律现代化的现实时，则极为必要基于诸如“保护消费者”等合理的价值目标，对其“破产与无偿还能力双轨并行”的现行制度结构进行检讨和改良。无论是对旧的制度进行舍弃或是改良并加强对配套机制的建设以及引进符合当今破产法学新潮流的“余债免除制度”等废、立、改方案，都必须结合其背后的社会生活需要以及相关的价值判断进行考量。

【关键词】 澳门破产制度；葡萄牙传统；澳门社会生活；价值目标；破产与无偿还能力双轨并行

【中图分类号】 DF127 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2015-9206 (2015) 03-0051-10

Abstract: The current Macau bankruptcy institute which was prescribed mainly in the *Código de Processo Civil*, succeeded and absorbed the Portuguese tradition and evolution from the era of *Ordenações* and era of codification, and somewhat revised. Even “significant innovation” was made, but due to rapid and special development of social and economic life after Macau’s reversion, as well as lagging coping mechanism and legal modernization, it is absolutely essential to review and improve the current institutional structure of *Parallel of Falencia and Insolvencia*, based on the reasonable value target, such as “consumer protection”. Whether to abandon or improve the old regime and build the supporting mechanism and introduce the “Institute of *Exoneração do Passivo Restante*”, which accord with the new trend of current bankruptcy law, and the other acts of revocation, legislation and modification, all must be considered from the need of social life and the associated value judgments.

Key words: Macau Bankruptcy institute; Portuguese Tradition; Macau social life; Value Target; Parallel of Falencia and Insolvencia Institute of *Exoneração do Passivo Restante*

[收稿日期] 2015-03-11

[作者简介] 唐晓晴，男，1972年11月生，澳门大学法学院教授，研究方向为法人、民法基本原则、金融法、澳门法学教育、澳门私法史和法律文化、土地法。

一、引言

只有和社会生活相适应的法律制度才能算是好的法律制度；然而要判断一个法律制度是否与社会生活相适应并不容易，甚至不可能（因为适应与否是一个相对的、甚至主观的判断）。有可能的是在特定价值目标下对一个制度进行检视以观察其在多大程度上有助于这些目标的实现。对一个比较大的制度进行检视的另一个不可能是巨细靡遗地检视其方方面面；有可能的是（因而也总是）先行确立若干论题，然后按一定的“语法结构”对其进行检测。

本文要研究（检视）的是澳门的破产制度（也就是检视澳门破产制度是否与澳门的社会生活相适应）。假设读这篇文章的人并不完了解相关论题，要进行这一检视，则必须先对下面场景进行设定：

- 澳门的破产制度现状。
- 与破产法相关的澳门社会生活。
- 破产法的价值目标。
- 破产法的一般论题。

二、场境设定

（一）澳门破产制度的沿革与现状

现行澳门破产制度载于 1999 年制定的《澳门民事诉讼法典》，而该法典的草案是由 Borges Soeiro 法官所领导的一个专家小组（成员还包括澳门大学的 Cândida Pires 教授等）所草拟的。对比原先从葡萄牙延伸到澳门适用的 1961 年《葡萄牙民事诉讼法典》，这部新的法典无论是体例上还是内容上都作了较大的修订。尽管如此，整部《澳门民事诉讼法典》仍然继承了葡萄牙民事诉讼制度的传统，而且也有所取舍地吸收了葡

萄牙本国直到 1999 年以前的一些学说与立法成果。具体到破产制度，其继受与修订过程既有与作为整体的民诉法典一致之处，也有自身独特的地方。因此，简要地介绍一下澳门①破产制度的沿革将有助于下面论述的展开。

葡萄牙在中世纪纪律令时代已经有关于破产的法律规定，例如《菲利普律令 (Ordens Filipinas)》第五册第五十六题《阿丰索律令 (Ordens Afonsinas)》与《曼努埃法令 (Ordens Manuelinas)》便已有条文提及过‘不履行者 (defaulter)’一词②。18 世纪以后，葡萄牙王室又颁布了一系列规范破产的法律诏令，依次有 1756 年 11 月 13 日、1757 年 6 月 10 日、1769 年 5 月 30 日、1760 年 3 月 12 日与 1769 年 5 月 17 日公布之准照 (alváras régios)。到了 19 世纪早期，横扫整个欧洲的法典化浪潮也波及葡萄牙，且直接导致了第一部《葡萄牙商法典》的诞生（该法典颁布于 1833 年，主要草拟者为 Ferreira Borges；当中的第 11 至 13 节包含了规范破产的条文）。这部法典的寿命大约延续了半个世纪，到 1888 年被一部新的《葡萄牙商法典》（由 Veiga Beirão 负责起草）所取代；可是在对待破产制度的问题上，立法者决定不再将破产制度置于商法典之内，而是独立制定一部《破产法典 (Codigo das Falências)》（颁布于 1899 年 7 月 26 日）。可惜的是，破产制度单独立法的模式维持了没几年。到 1905 年，当新的《商事诉讼法典 (Codigo de Processo Comercial)》制定时，制定了没有多久的《破产法典》就被整部吸纳进该法的第四章第四节。③ 这一举措充分反映了 20 世纪早期葡萄牙立法者的法典中心主义和形式主义思想。在这一系列涉及破产的立法过程中，虽然该制度与商法典有分有合，可是葡萄牙立法者的思路在一个特定问题上是一以贯之的：破产制度基本上是一

① 根据以有效性为标准的实证视角，回归前的澳门法被概括于葡萄牙殖民地法之内，经一定程序后，以几部重大法典为基础的葡萄牙法（尤其 19 世纪中期以后）均延伸适用到澳门，所以澳门破产法的历史沿革大致上与葡萄牙一致。

② Augusto Teixeira de Garcia: *Bankruptcy in Macao, in One Country, Various Legal Systems*, IEM Legal Series, Institute of European Studies, 1999, p. 253.

③ 同上书, p. 253; [葡] Mário Júlio de Almeida Costa: 《葡萄牙法律史》，唐晓晴译，澳门大学法学院出版，2004 年，第 308—309 页。

个商事制度。

在 20 世纪的 30 年代以前，葡萄牙一直都只有专为商人而设的破产制度，而没有为非商人而设的相应制度（背后的理由再清楚不过：立法者认为只有商人才会破产）；这一状况随着 1932 年颁布的第 21758 号训令（《无偿还能力制度》）的确立而改变；从此以后，葡萄牙法就开始了“无偿还能力制度”与“破产制度”双轨并行的状况。实际上，在 20 世纪 30 年代以前，葡萄牙立法者所制定的破产法都有一个思想前设：“商人是一个很难进入的职业”，所以人数很少，而且能进入这一职业就已经表明这些人的能力和诚信都已经得到证明。正如后来的葡萄牙立法者所指出的那样，根据这样的思想假设，当时的立法者不认为破产是会经常发生的，因而其程序复杂而冗长，费用更是高昂。然而 20 世纪以后的葡萄牙社会现实与司法实践所展现的情况却是，进入“商人”这个职业越来越容易，而向葡萄牙法院提起的破产案件也多不胜数。^① 面对这一新的社会现实，欧洲很多国家都修改了破产法，例如奥地利于 1914 年，瑞士于 1921 年，英国和德国于 1925 年，意大利于 1930 年，捷克于 1932 年等等。正是在这样的气氛下，葡萄牙立法者于 1935 年又制定了一部新的《破产法典》（第 25981 号法令）。很明显，这部新《破产法典》的主要政策目标之一是提高破产程序的效率。为此，它调整了破产的定义，修改了因耗时太长而久遭诟病的和解制度（Concordata），以及制定了专门为小商人而设的简易破产程序；另外，它又细分了“falência Causal”、“falência culposa”与“falência fraudulente”三种类型，以及确立了虚假破产罪。无疑，这部新法使破产制度在形式上再次独立，不再附属于《商法典》或《商事诉讼法典》^②。然而，立法者所理解的破产与商法的紧密且特殊的关系在其所提交之立法报告内

的一段话中表露无遗：“破产是经济和商业活动的一种病态表现，因此它的重要性应从有关活动的正当动态的反面总结。”^③

在法典中心主义思想的影响下，刚制定不久的《破产法典》又一次被收编纳入 1939 年制定的新《民事诉讼法典》。和几十年前的《商事诉讼法典》吸纳旧《破产法典》的情况差不多，这一次民诉法典吃掉新《破产法典》基本上也没有作大的修改。和上一次不一样的地方主要在于，这次进入的是《民事诉讼法典》而不是《商事诉讼法典》；实际上，这一差异并不是因为立法者对破产的理解有所改变，而是葡萄牙在诉讼法的层面实现了民与商合一的必然结果。在破产法的层面，立法者依然坚持以商人身份为识别标准；这一点从该国继续以单独立法（第 21578 号法令）处理非属商人之无偿还能力程序即可窥知。

葡萄牙学者一般认为，1961 年新《葡萄牙民事诉讼法典》内的破产制度是该国破产立法史上的一个重大转折点，即所谓从传统的“清算型破产（falência-liquidação；即法语 faillite-liquidation）”模式转向更新颖且符合欧洲潮流的“拯救型破产（falência-saneamento；即法语 faillite-assainissement）”模式。^④ 立法者在报告书中明确指出新的制度侧重于预防措施，尽力使企业继续经营而不是走向具毁灭性的司法清算。此政策目标下的制度设置表现为：加强债权人协议与和解的规定，使其既可作为避免破产的预防措施，也可以在宣告破产后作为中止破产的措施（第 1140 条与第 1266 条）、冻结利息（第 1196 条）等等；另一方面，新的法典又将非商人的无偿还能力清算也吸纳进来（1313～1325 条），使破产与无偿还能力两个制度首次归属于同一形式体系之内。

在澳门特别行政区设立以前，澳门民事诉讼

^① Luís Manuel Teles de Menezes: Direito da Insolvência, Almedina, 2011, p. 64.

^② 前引 3, Augusto Teixeira de Garcia, p. 253。

^③ 这一部分内容（包括当中所引述的西班牙和葡萄牙学者的观点）主要参考了 Henrique Vaz Duarte, Questões Sobre Recuperação e Falência, 2aEdição, Almedina, p. 23。

^④ 参见 Catarina Serra: A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito – O Problema da Natureza do Processo de Liquidação Aplicável à Insolvência no Direito Português, Coimbra Editora, 2009, p. 197; Luís Manuel Teles de Menezes: Direito da Insolvência, Almedina, 2011, p. 71。

方面的主要法律渊源就是上述的 1961 年《葡萄牙民事诉讼法典》(Código de Processo Civil)^①，但是到了 1967 年，由于新的《葡萄牙民法典》颁布，《葡萄牙民事诉讼法典》也相应地对 1967 年 5 月 11 日的第 47690 号法令作出大量的修改，而这些修改又在同年 12 月刊登于《澳门公报》。从 1967 年到 1999 年的 30 多年间，葡萄牙民事诉讼法经历了很多次的修订甚至改革，其中的一些修订适用于澳门，另一些则不适用。^② 然而就本文的研究对象破产制度而言，则 1961 年以后的所有后续修改（尤其是关于企业重整的内容）都不适用于澳门。一直到澳门特别行政区成立以后，才有了新的《民事诉讼法典》，而破产制度就被规定于第 1043 条至第 1184 条，新的《澳门民事诉讼法典》第五卷第七编第三章订立了有利于债权人的清算程序与相关的特别程序。此外，《刑法典》当中亦有若干规范破产的条文，譬如该法典第 223 条的蓄意破产罪、第 224 条的非蓄意破产罪以及第 225 条的袒护债权人罪。立法者继续保留破产与无偿还能力双轨并行的立法模式，但是经过概念的置换，过往作为适用标准的商人概念被换成商业企业主（参看《民事诉讼法典》第 1185 条至 1194 条之规定）。^③

现行《澳门民事诉讼法典》是由资深的法官与学者草拟的，草案起草人在谈到破产制度时，认为已经作了“重大的创新”。确实，简单地对比一下新旧条文即可发现，修改和增减过的条文数目所占的比例不可谓不大（整个破产清算制度只有 160 多条，而被删减的条文有 50 多条，增加了 20 多条，另外还有很多条文都经过修改。删减的部分主要是“falência Causal”、“falência culposa”与“falência fraudulenta”等几个破产类型，而增加的部分则是破产后的各种法律关系

的处理规则以及新设了“衍生破产（falência derivada）”制度的规定^④。根据起草人的概括^⑤，这些创新主要体现在以下方面：

- a. 为配合将来的《商法典》，将过往以商人为适用对象的破产制度改为以商业企业主作为对象，因而将破产状况定义（第 1034 条）如下：“不能如期履行债务之商业企业主，视为处于破产状况。”
- b. 有意识地选择将破产程序视为一个清算程序（processo liquidatório），因而不处理其他国家立法所关注的“企业重整（recuperação da empresa）”问题。
- c. 相对地强调破产制度公法性，因此债权人只可以向破产管理人提意见，但是却不可组成债权人协会。
- d. 为提高效率，规定破产程序为紧急性，优先于其他事务；另外，又加快了出售债务人财产偿还债务的程序。

（二）与破产法相关的澳门的社会生活

1. 经济方面

澳门城市不大，但是无论是经济总量还是人均收入都处于较高水平。然而，这样的经济表现并不是靠传统工业或现代高科技产业推动的；澳门经济的最大特点是产业结构单一：主要依赖在邻近地区具有垄断优势的博彩业，而这一产业的服务对象则主要为中国内地的赌客。尽管在博彩业的带动下，无论澳门政府还是居民的收入都呈爆发性增长，但是由于澳门地方不大，而且天然资源与人才资源都严重缺乏，其社会经济的各个环节都严重依赖邻近地区的输入或供应。因此，澳门的社会与经济生活绝对不可能做到封闭自足，从而也决定了其涉及经济环节的法律制度在一定程度上必须与外界接轨。

^① 该法在 1962 年 10 月 9 日刊登于《澳门公报》见 (Boletim Oficial de Macau) 第 40 期，并从 1963 年 1 月 1 日开始在澳门生效。

^② 关于葡萄牙民事诉讼立法在澳门适用的具体情况，请参见 Cândida Pires: Nota Justificativa-Código de Processo Civil (Texto Vigenteem Macau), Fundação de Macau, 1996, p. 5 – 8。

^③ Augusto Teixeira Garcia: Consequências da extinção dos efeitos da falência sobre a situação jurídica do falido, em Boletim da Faculdade de Direito, Ano III, N.º 26, Universidade de Macau, 2008, p. 329 – 330.

^④ 以上数据由本人博士生陈嘉敏协助整理。

^⑤ José Manuel Borges Soeiro: Nota Explicativa -Código de Processo Civil, Imprensa Oficial de Macau, 1999, p. LXV - LXVI.

这种接轨既可能源于政府的有意识行为（例如CEPA等区域合作协议的签订），也可能是商业活动按本身的规律自然形成的（例如传统上金融机构从香港进入，澳门没有股票市场，所以博企要到香港上市等等）；无论是那一种情况，都可能引起制度与经营策略的互动。例如，由于澳门没有股票市场，所以澳门的破产制度没有专门考虑上市公司的问题，澳门破产制度的特殊性可能会成为其在香港或其他地方申请上市的有利或不利因素，金融机构在向澳门个人或企业发放信贷时需要对不同的破产制度进行不同的风险评估等等。

另外，由于政府与博彩企业吸纳了澳门大部分的劳动人口，而这两领域的工资一般比较高，所以就形成了一个具有很强购买力的消费者群体，这个群体其实是澳门社会的主要构成；另一方面，澳门除了政府、博企与金融机构外，其他大部分企业都以中小企业的形态存在。

最后，博彩的存在也导致了病态赌徒现象，这些赌徒往往输得倾家荡产，还欠一大笔债，也没法破产解脱^①。

这样的社会现实有没有可能对破产制度提出新的要求，或是否构成现行制度存在的理由，非常值得关注。

2. 专业人员与机构建设方面

破产案件可能涉及大量财产清算以及向债权人作出分配，这个过程冗长而繁复，为使工作顺利展开，在很多环节都需要专业人员的参与。各国的破产制度对专业人员的参与方式与从业要求都有所不同。例如在美国，破产法官与破产律师向专门和专业化的方向发展，除此之外，破产仲裁、破产管理等业务都已经形成规模。这些团体

很多时候更形成利益集团，左右破产立法的走向。在英国，从 19 世纪起就建立了行政化的破产管理体制，破产律师的发挥空间就不大。可是政府委任的监察人却必须专业或得到专业人员的协助。

澳门的情况是，破产案件的数目不多，法院既没有专门处理破产的法官，也没有专门从事破产业务的律师，因此法院与私人部门处理破产案的经验都有所欠缺。根据可查资料（在澳门，只有高级法院与终审法院的判决是允许公众查阅的），自特别行政区成立以来，澳门法院所处理的破产案件还停留在个位数，而且从一些判决可见，法院对这类案件的处理并不成熟。^② 另一方面，澳门特区政府也没有仿效英国法那样将破产程序行政化，所以特区政府内也没有专门处理破产案的专业部门及人员。

3. 其他制度的配套

破产案件的其中一个高发区域其实是个人信贷，尤其是涉及房屋及汽车等大额消费信贷（不论有无物的担保）。

澳门的不动产交易制度都不利于降低信贷风险。例如直到现在为止，在不动产领域，澳门法律并没有任何限制预售以及对预售给予信贷的措施。信贷机构甚至有可能在产权未明确的情况下向房产预购人发放信贷（所谓的三方约制度）或对同一财产发放多重信贷。^③

4. 法律文化与司法实践的衔接

澳门的原有法律制度（包括破产法）源自葡萄牙，现行制度与葡萄牙破产法的渊源也很深。然而，值得注意的是，自上世纪 80 年代开始，

^① 近日就有团体在媒体上公开说澳门没有破产法，政府应该立法。其实澳门有破产法，只不过没有采纳余债免除制度而已。

^② 在澳门终审法院第 18/2008 号案卷（作为中级法院第 490/2007 号案卷以及初级法院第 CV2-06-0002-CFI-J 号案卷）中，记录着这样一个案件：一家公司已经被第一审法院宣布了破产，可是由于第一审法院审理该案时没有依法安排合议庭而仅仅是由独任庭审理，结果在判决作出后，其中一个债权人向中级法院上诉后胜诉，而终审法院也维持中级法院的决定。这样一个结果是值得深思的，因为在民事诉讼中，究竟由独任庭还是合议庭审理是由法院安排的，一个依法本应由合议庭审理的案件被安排由独任庭审理显然是法院工作的疏忽。这一疏忽当然是会引发严重后果的，因为破产一经宣布，就会引起一系列的债权债务发生变化，很多索偿或债权登记的案件会向法院提出。当已宣告破产的案件被推翻，后面的一系列案件和债权关系就会陷入混乱。

^③ 有关这些制度的具体情况，参见唐晓晴：《预约合同法律制度研究》，澳门大学法学院，2004 年，第 264—282 页；另见何骏豪：《关于澳门的预售楼花制度中所存有的风险》，载《法学论丛》，第 8 期，澳门大学法学院，2008 年，第 95 页。

葡萄牙破产法经历了很多次的修改，其现行制度无论在理念与具体规则上均与澳门完全不同。另外，还必须注意的是，近年来不仅仅葡萄牙的破产法多次修改，与澳门邻近及相关的法域也频繁地修改破产法。

破产法在邻近地区以及澳门法律的历史渊源地不断修改很可能会造成如澳门终审法院院长在 2009—2010 年司法年度开幕礼讲话中所描述的情况：

“有葡萄牙法律界的朋友对我讲，最近十多年来，欧洲传统大陆法系国家的法律现代化进程步伐很快，各种新型的诉讼手段和争议的解决办法均朝简化诉讼程序和非司法解决途径方向发展，这方面澳门的变化不大，因此，再过几年，如要研究葡国法制史的话，恐怕要去澳门特区才行了。我们也不难发现同一时期内祖国内地在法律现代化方面所取得的瞩目成就。要指出的是，《基本法》规定，特区成立后法律基本不变，但并非一成不变，而是在保留原有法律基本原则和根本制度的前提下，应当根据特区发展的实际情况作出适当调整。”^①

对于这一现象，笔者在过往发表的一篇论文中曾称之为澳门法律的孤岛化效应^②。

(三) 破产法的价值目标与相应的制度设置

正如一切法律制度的形成一样，破产法的发展同样是受到一些价值取向影响的。抽象的价值取向通过政策与立法而得到落实，可是任何通过法律落实价值目标的做法其实都是一种试错，而且价值取向本身也是会改变或反复的。最后，不同的价值观更可能竞合而导致新制度的产生。下面尝试总结一下在破产法的发展过程中曾经发挥过重要作用的价值目标以及其在该目标引导下的制度建设：

1. 保护债权人，惩罚债务人

传统上，保障债权人在最大限度上实现其权

利是破产法的最大目标。在该价值目标的指导下，破产法的核心内容是清算债务全部财产以偿付债权人。^③

另一方面，清算债务人的财产也是对债务人的一种惩罚，理由是债务人辜负了债权人对他的信任。^④

20 世纪上半叶以前欧洲各国（包括德国、法国、意大利、西班牙、葡萄牙等国）的破产法都体现出上述价值目标。

2. 拯救企业，保护社会整体利益

20 世纪 70 年代以后，由于石油危机，欧洲很多企业都出现严重的财政问题，最后走上破产之路。可是社会很快发现，一些破产企业的财产甚至连支付诉讼费都不够，无担保债权人和企业员工更是分文不获。这一状况导致欧洲一些国家开始反思其破产制度的价值目标，并于稍后提出“拯救企业，维持生产经营和职工就业，清理债务”等宗旨。60 年代的葡萄牙破产立法、70 年代的意大利司法实践、80 年代的法国破产法以及 90 年代的德国破产法均在不同程度上吸纳了这些价值观。^⑤

在这些价值观指引下所出现的新制度包括：允许债务人延期偿付、冻结利息、重整债务、余债免除制度等等。

3. 保护债务人，保护消费者

传统观念认为破产是一种病态社会现象，法律应该尽量避免其发生，甚至应该惩罚破产人。然而，到 20 世纪中后期，这种观念有了很大的改变。即使是观念比较保守的欧洲国家（如西班牙与葡萄牙），在观念上都已发生改变（西班牙学者 Joaquim Bisbal 在 1986 年的一部作品中认为，破产其实应被视为企业主的各种可能策略之一；稍后（1998 年），葡萄牙学者 José Santandré 也指出，企业经营困难是经济活动中

^① 转引自澳门特别行政区法院网站，《第 2009/2010 澳门特别行政区司法年度开幕典礼终审法院院长讲词》，pp. 11–12。

^② Tong Io Cheng, Wu Yanni: Legal Transplants and the On-Going Formation of Macau Legal Culture, in Rivista Giuridica ISAIDAT, Vol. 1, Issue 2, 2010, pp. 644–646.

^③ 郑冲：《法国破产法律制度简介》，载李飞主编：《当代外国破产法》，中国法制出版社，2006 年，第 340 页。

^④ 前引⑤，Luís Manuel Teles de Menezes, p. 52。

^⑤ 前引 8, Catarina Serra, 2009, p. 197; 前引 5, Luís Manuel Teles de Menezes, pp. 192–196; 另见郑冲：《德国破产法律制度简介》，载李飞主编：《当代外国破产法》，中国法制出版社，2006 年，第 2–4 页；前引 19, 第 340 页。

的一种正常情况)。①

另一方面，从 20 世纪 60 年代开始，消费信贷增长导致了消费者破产申请猛增，这一情况最终使美国在 1978 年大幅修改了“破产法典”。② 在这次修改中，消费者保护组织特别关注的是破产制度是否可以让债务人（消费者）获得重生或新的开始。后来包括德国破产法在内的欧洲立法都引进了消费者的观念。现代破产法保护个人债务人（主要是消费者）的最重要制度是破产人的“余债免除”③ (*Exoneração do passivorestante*)，也即英美法上的 Bankruptcy Discharge。

（四）破产法学的一般论题

法学论题的产生基本上可以按论题学的理论解释，其实质是注意力被吸引到一个问题点上。至于为什么会被吸引到这一个或多个点，虽然部分可根据潮流（时尚）理论解释，但具体而言则原因各异。

破产法学讨论一些什么论题其实会受到很多影响，例如论者的整个法律文化背景、个人学术偏好、上文所指的立法价值取向等等。本文所选取的下列论题当然也是各种不同因素作用的结果：

- 关于破产法性质的讨论。
- 公法性与私法性论题。
- 破产管理人。
- 余债免除。

三、澳门破产（无偿还能力）制度的理念检讨

（一）关于破产与无偿还能力的区分

尽管立法者在制定 1999 年《澳门民事诉讼法典》时声称，该法典内的破产制度已经作了重大的改动，但是本文却认为该制度最多也只能算

是 1961 年《葡萄牙民事诉讼法典》破产清算制度的更新版，而后者则继承了 1935 年的《破产法典》。

笔者作出这一判断的主要依据是，澳门破产法至今仍坚持“破产”（*Falencia*）与“无偿还能力”（*Insolvencia*）的区分。众所周知，这一区分的基础是商人身份的特殊性（很难进入、信用的保证）。然而，正如葡萄牙法学在 20 世纪 30 年代已指出的那样，很久以来，商人身份的取得已经不再困难，而以商人身份推定一个人的信用也不无疑问；另一方面，即使是实体法范畴民商分立的国家（例如葡萄牙）在诉讼法范畴内也多于 20 世纪实现民商统一。因此，这一区分在葡萄牙一直充满争议，早在 19 世纪末与 20 世纪初期，就已经有很多葡萄牙学者（例如 Francisco Fernandes, 1897; Eduardo Saldanha; Sa Carneiro, 1933; Silva Leal, 1937）指出，这一区分是没有意义的，因为破产宣告与无偿还能力宣告的效果基本上没有什么差别。④

澳门破产法在这个问题上的最大创新是将商人的概念替换成企业主⑤。确实如法案起草者所说的一样，这一替换避免了过往葡萄牙学界因商人身份的界定而引起的争议，而且也配合了《澳门民法典》和《澳门商法典》的相关修改。问题是，这一替换并没有改变澳门民诉法上破产与无偿还能力双轨并行的结构。这一点不作出改变，就难以回应葡萄牙法学家 100 年前就指出的困局：破产与无偿还能力制度在名称上、前提上、程序的操作上都有不同，可是效果却没有太大的不同。要回应这一困局，可以有很多方案。

倘若要为现行制度辩护，可能的方案有：

- 指出即使最终效果相同，程序的不同也是有意义的，因为这一差别反映了一些被普遍认同

① 这一部分内容（包括当中所引述的西班牙和葡萄牙学者的观点）主要参考了 Henrique Vaz Duarte, *Questões Sobre Recuperação e Falência*, 2a Edição, Almedina, p. 23。

② David A. Skeel, Jr. 著：《债务的世界——美国破产法史》，赵炳昊译，中国法制出版社，2010 年，第 192、200 页。

③ 关于其重要性，参见 Assunção Cristas: *Exoneração do Devedor pelo Passivo Restante*, em Themis, Edição Especial, 2005, pp. 165–182。

④ Catarina Serra: *Falência Derivadas e Âmbito Subjectiva da Falência*, Coimbra Editora, 1999, p. 40.

⑤ 关于澳门民商法上的企业、企业主等法律概念，参见唐晓晴：《企业作为法律关系主体与客体的可能性》，载王利明主编：《判解研究》，第 24 辑，2005 年，第 49–71 页。

的利益或价值。

- 指出效果有差异，而且即使这些差异不是很大，但仍然是有意义的。

倘若放弃为现行制度辩护，则选项会更多：

- 向现代欧美（包括葡萄牙）很多国家和地区的破产法靠拢，直接取消破产与无偿还能力的区分。

- 以自然人与法人的区分取代商人与非商人的区分，使无偿还能力制度与自然人对应，而破产制度则与法人对应；理由是自然人与法人在结构上有区别，所以处理方法也有不同。

- 以自然人和法人的区分为基础，在自然人的项下保留商人与非商人的区分，但是仅仅允许商人破产；理由是坚持商人作为破产制度的前提。

- 以消费者身份作为个人破产的前提（德国法的经验已经表明这一标准难以成功）。

澳门法律以商人与非商人的区分作为基础的破产与无偿还能力制度是特定价值观念（商人是一个有别于一般人的阶级）与法律传统之下的产物。这一价值前题和法律传统经过百年的论证与实践后已经展现出明显的不足，而且被大部分立法放弃，因此笔者认为，有改变的必要。这一必要性并非建基于澳门的特殊社会经济状况，而是建基于更为普遍的价值观和社会现实。

（二）关于破产重整制度的取舍

虽然一致认为葡萄牙在 1961 年已经转向拯救型破产立法，但是最能反映这种价值思想的立法举措却是稍后在 80 年代出现的一系列立法^①尤其是 1993 年的法典。这些新立法的最重要修订就是加入了破产重整（recuperação）制度。

对于葡萄牙破产立法的这些进展，澳门破产法的草拟者在 1999 年就已经有充分的认识，可是最终还是决定不采纳破产重整制度^②。澳门立法者没有更详细地说明理由，但是该立法选择背后的原因也不见得无迹可寻。当葡萄牙在 2003 年再次修订其破产法时指出很多进入了重整的企

业最终都以破产告终时，我们也就明白何以澳门的立法者会这样选择了。当然，葡萄牙也有意见认为企业重整成功的案例比率并不低^③。

至于企业重整制度是否适合澳门的社会经济状况的问题，笔者相信本文还没有条件作出一个有说服力的结论。

（三）关于破产管理的专业化

现代破产法中，破产管理是一个重要环节。各国破产法虽然有不同的处理方式（例如美国主要由专业的私人业者担任；大陆法系国家一般规定破产业务的从业者向法院负责，而英国则将破产管理行政化），但不可否认的是，由于破产管理工作复杂，其业务越来越趋向于专业化。

澳门破产立法对破产管理提出了一些要求，可是从制度设置的角度，该法既不以破产业务的专业化为前提，也没有为其专业化创造条件。澳门的破产管理现时缺乏组织性支持，一般做法是，依法委任一名律师去管理破产财产。由于案件不多且报酬不高，他们往往不太积极管理有关事务，而且也欠缺专业性。之所以需要有专业服务，是因为破产财产一般都是复杂的；根据《澳门民法典》第 596 条规定，债务的履行系以债务人全部可查封的财产承担责任。从实体法的角度作考量，要求执行的债务将由债务人可被查封的全部财产作担保。因此，不仅债务人的不动产可被查封（《澳门民事诉讼法典》第 723 条），甚至债务人的动产（《澳门民事诉讼法典》第 734 条）以及权利（《澳门民事诉讼法典》第 742 条）均可被查封。但不妨碍于破产程序中出现绝对不可查封的财产（《澳门民事诉讼法典》第 705 条）或相对不可查封的财产（《澳门民事诉讼法典》第 706 条）。另一方面，亦有可能出现完全或部分不可查封的财产（《澳门民事诉讼法典》第 707 条）^④。以上种种财产状况使管理人的工作十分繁重，如非专业人士，恐怕很难有这样的能力和时间把工作做好。

^① 前引^⑧，Catarina Serra, p. 199。

^② 前引^⑬，José Manuel Borges Soeiro, pp. LIV-LVI.

^③ 前引^⑫，Henrique Vaz Duarte, pp. 362 - 363。

^④ Maria do Rosário Epidânia: Os efeitos substantivos da falência, Publicações Universidade Católica-Porto, 2000, p. 119.

缺乏专业支援的状况对于澳门破产法的适用与继续发展是非常不利的。无疑，以澳门这样一个只有 50 万人口的小市场，要养活一大批专门从事破产业务的私人业者是几乎不可能的，但是这并不表示破产管理业务的专业化不可能。当需要为必须，而市场本身又难以解决的时候，政府就应该负担起机构建设的责任。

(四) 关于余债免除制度

债务人的免责或债务解除是个人破产的核心概念。这一制度于 1705 年首次出现在英国破产法中。^① 进入 20 世纪，研究者很多都认识到，使处于财务困境的债务人有机会重新开始以及保护债权人在破产财团中的利益是破产法的两个基本目标。^②

然而，对于大部分申请破产的个人而言，主动申请破产的唯一目的就是通过破产程序解除债务。自 20 世纪末期以后，很多国家的破产法都采纳了破产人“余债免除”（译自葡语 Exoneração do passivorestante；此制度源于英美法的 Bankruptcy Discharge）制度（包括与澳门毗邻的香港地区、中国大陆、与澳门法律有密切关系的葡萄牙、在大陆法系版图上具有巨大影响力德国、在当今世界引领立法潮流的美国等等）。实际上，学界早已认识到，在公司破产的情况下，既不会也不需要解除债务，因为公司破产可以解散；可是在个人破产的情况下，债务解除就很有意义了，因为个人不可能像公司一样解散，假如破产也不解除债务的话，破产人将会永远被债务缠身，而个人也就没有申请破产的积极性了。当然，在获得解除债务之前，破产人的财产必须被彻底清算，而且在法律规定的特别情况下（主要是因破产人的行为不当，例如隐匿财产），破产人的债务不会获得解除。^③ 毫无疑问的是，破产债务的解除对债务人而言是一项利益，但是对于相应的债权人而言却是损失^④，因此立法者必须权衡（而且并不是任何债务均可获得免除）。

过往一直不接受破产债务解除制度的葡萄牙自 2003 年颁布《企业无偿还能力与企业重整法典》开始，也引入了“剩余债务解除”（Exoneração do Passivo Restante）制度（第 235~248 条）。该国学者也认为，破产债务解除并不会对债权人构成重大损害，因为经过清算后，破产人剩下的财产已经非常有限。另外，作为该国的法律也规定破产人在破产后五年内所获得的收入必须交由一个信托人依法分配予各债权人（第 239 条），因此债务的解除不仅仅给予破产人一个重新开始的机会，而且也使债权人有更多的机会获得偿付。最后，该学者也采纳了德国学者的意见，认为破产人可能因为失业、离婚或新的商业概念不成功等不幸原因而导致破产，所以在伦理上也值得获得一个重新出发的机会。^⑤

澳门的破产清算制度处于民事诉讼法典之内，而《澳门民事诉讼法典》是在 21 世纪前夕（1999 年）制定的，草案负责人也声称新的破产清算制度作了大量的修订与创新；根据上文所述的世界立法潮流以及澳门相关立法的历史背景，解释者很容易就会形成这样的印象：澳门法律也采纳了破产债务解除制度。这种印象与《澳门民事诉讼法典》的以下条文互相对照后，甚至还可得到强化：

第 1183 条第 1 款 C:

1. 遇有下列任一情况，破产对于破产人所产生之效力即告终止：
 - a)
 - b)
 - c) 审定破产管理人最后账目之裁判确定后满五年；
 - d)
 2.
 3. 应破产人请求，须在有关登记之破产登录中附注上述裁判。

^① 前引^②，David A. Skeel，第 6 页。

^② D. Stanley & M. Girth: *Bankruptcy - Problem, Process, Reform*, Brookings Institution Press, 1971, p. 20.

^③ William D. Warren, Daniel J. Bussel, David A. Skeel, Jr., *Bankruptcy*, 9th Edition, Foundation Press, Thomson Reuters, 2012, p. 127~128.

^④ 同上书, p. 28。

^⑤ 前引^⑤，Luis Manuel Teles de Menezes, p. 321~322。

第 1193 条：

1. 如无偿还能力人之财产经清算后全部债权人并未获全额支付，无偿还能力人仍须对尚欠数额承担责任。

2. 尚欠数额须以无偿还能力人嗣后所取得之财产支付；在无偿还能力程序中债权经审定之任何债权人提出申请后，得在该程序中扣押该等财产，随后对该等财产作清算，并按尚欠数额之比例将清算之所得分配予各债权人。

上述条文所导致的解释困难曾经对很多法律工作者造成困扰，几年前，当我将一些过往的学生和业界朋友向我反映的疑问告知我的同事（现行《澳门商法典》草案的起草人澳门大学的 Augusto Teixeira Garcia 教授）后，他曾经从历史解释、体系解释、目的解释以及学说权威见解等角度对有关问题作过详细的分析，^① 并得出结论认为：澳门现行法没有采纳破产人余债免除制度，但是相关法律条文的描述方式却很容易引起疑问（“A dúvida levanta-se, porque a lei, contrariamente ao que sucede em sede de insolvência,

como vimos, nada prevê para a situação.”^②

当然，撇除法律条文表达得不清楚的问题后，澳门破产法是否要采纳余债免除制度还是有很大讨论空间的。否定者的其中一个担心是，假如采纳破产债务免除制度，所有债务人都会争着申请破产来逃避债务的履行。^③

然而，难道让陷入破产的债权人有一个重新出发的机会不也是现代破产法的目标吗？既然破产程序都已经把一个人的财产全部清算，也对其经济生活作出严厉的限制，为什么不能在一段时间之后让他重新出发呢？破产案的多寡证明不了余债免除制度的不足，它只证明了余债免除制度更受债务人欢迎。要不要采纳这一制度仍然取决于一种抽象的价值判断。

承前所述，继受葡萄牙法律传统的澳门地区破产（无偿还能力）制度，在面对回归以来澳门特区快速发展变化的社会经济生活时，极为必要立足于诸如“保护消费者”等合理的价值目标，对于诸多现行具体的制度理念和安排进行合理的检讨和改良。

（责任编辑：刘君博 刘建）

^① 澳门现行法区分了破产清算与无偿还能力清算两个概念，在《澳门民事诉讼法典》中，各有独立的规定（前者为第 1143~1184 条；后者为第 1185~1194 条）；一如上文所述，只有商业企业主（包括公司和个人）才可申请破产清算，而非商业企业主则只能申请无偿还能力清算。在无偿还能力清算的情况下，法律明确规定（第 1193 条第 1 款）：“如无偿还能力人之财产经清算后全部债权人并未获全额支付，无偿还能力人仍须对尚欠数额承担责任。”由此可见，无偿还能力人的债务不会获得免除是非常清晰的。然而，在破产清算的情况下，对于同一问题（即破产人是否还需要支付尚欠之债务的问题），法律不仅没有相应的规定说明破产人在破产后“仍须对尚欠数额承担责任”，还在第 1183 条中规定破产对破产人的效力在“审定破产管理人最后账目之裁判确定后满五年”“即告终止”。于是，根据语言的逻辑，阅读这部法律的人很容易就会被导向作出以下结论：破产效力的终止意味着破产人在作出破产清算而且审定账日期满五年后就不再需要支付尚未清偿的债务。在以下文字中，Augusto Garcia 曾经如此生动地描述了这种解释方案，并清楚地指出了现行立法的荒谬：“因此，人们会说，假如法律在一个地方明确地作出了规定而在另一处不作规定的话，那是因为，对于尚欠债务的问题，法律不想将无偿还能力程序的解决方案用于破产程序。”“……要么这个规范是必须的，那么在无偿还能力的情况下为必须，在破产的情况下也为必须；要么它是不必要的，那么不论是对破产还是对无偿还能力而言，它都是不必要的。”然而，在仔细检视了澳门破产清算制度的整个发展过程（从 1905 年的《商事诉讼法典》开始到现行法的各个阶段的立法）并清楚指出其立法模版为 1882 年的《意大利商法典》之后，Garcia 仍然无法解释为何澳门的立法者会不对相关问题作出规定，只不过，综合分析了整个立法发展史以及不同阶段的权威学者（包括 20 世纪初的 Cunha Gonçalves, Barbosa de Magalhaes；20 世纪后期的 Fernando Olavo 等）的解说后，这位澳门学者还是认为在现行制度下，破产人的债务是不会被解除的。参见前引 11, Augusto Teixeira Garcia, pp. 329~344。

^② 同上书, p. 337.

^③ 前引①, Augusto Teixeira Garcia, p. 341.