

# 债权受偿顺位省思<sup>\*</sup>

——基于破产法的考量

韩长印 韩永强

**摘要:** 中国债权受偿顺位遵循“担保物权绝对优先”与“普通债权平等受偿”两大规则。但当债务人丧失清偿能力,尤其是在发生大规模人身损害而遭遇破产的情况下,恪守这两项规则不仅会使人身侵权受害人得不到必要的救济,而且无益于实现侵权责任法遏制侵权行为之基本功能,形成法理上的严重不公和逻辑上的严重欠缺。基于侵权之债与合同之债在救济环节的差异,侵权之债原则上应该优先于普通合同债权;考虑到不可能、也没必要彻底动摇担保物权的优先受偿地位,以及人身侵权尤其是物质性人格权侵权之债相对于财产侵权之债应该具有的优位性,在侵权债务人破产时先行有限度地确立人身侵权之债的优先地位,不失为一种切实可行的备选方案。

**关键词:** 债权受偿顺位 人身侵权之债 有财产担保债权 普通合同债权 破产

作者韩长印,法学博士,上海交通大学凯原法学院教授(上海 200240);韩永强,英国阿伯天学法学院博士候选人。

随着2009年《侵权责任法》的颁布,我国由《民法通则》、《合同法》、《企业破产法》、《物权法》以及《侵权责任法》构筑的债权受偿顺位框架图谱基本形成,其核心内容表现为“担保物权绝对优先”与“普通债权平等受偿”两项规则。据此,无论债务人是否具备清偿能力,有财产担保的债权都具有绝对优先的法律效力,而侵权之债(包括人身损害赔偿之债)作为普通债权,<sup>①</sup>与包括普通合同之债在内的其他普通债权一起劣后于有财产担保债权。

上述债权受偿的顺位规则,在债务人具有清偿能力的情况下,其公平性与合理性至为明显,或者说,这两项规则的合理性基础是建立在债务人没有破产这一重要的事实之上。但在债务人破产之时,严格恪守上述债权受偿顺位,则有可能导致各种债权受偿结果的不公平和无效率。即便是2009年底颁布的《侵权责任法》,也和其他传统民事部门法一样,没有具体考虑侵权债务人破产这一特殊情形的损害赔偿规则。因而有必要以债务人破产清算程序中债权人的受偿顺

\* 本文系韩长印主持的国家社科基金项目“人身侵权之债的破产分配顺位研究”(批准号:08BFX032)的阶段性成果,本课题的前期研究曾得到上海市法学会的重点资助。作者特别感谢傅鼎生教授、徐澜波研究员、季立刚教授、冉昊副研究员、朱体正博士、魏磊杰博士先后对本文初稿提出修改意见,感谢匿名审稿人对文章提出富有针对性的修改意见。

① “普通债权”是《企业破产法》对没有财产担保的债权的统一称谓。《企业破产法》第109条规定:“对破产人的特定财产享有担保权的权利人,对该特定财产享有优先受偿的权利”。第110条规定:“享有本法第一百零九条规定权利的债权人行使优先受偿权利未能完全受偿的,其未受偿的债权作为普通债权;放弃优先受偿权利的,其债权作为普通债权”。

位为切入点,对“担保物权绝对优先”与“普通债权平等受偿”这两项规则予以重新考虑,从而在整体上推进对债权受偿顺位的思考。

## 一、大规模侵权事件与民商法的新课题

肇始于19世纪中期的工业革命催生了大量新型侵权事故,在某些范围内,产品责任、环境污染、危险作业等造成的严重大规模群体性侵权损害越来越多。西方发达工业国家一方面占尽先机,享受工商业发展带来的众多文明和社会经济福祉;另一方面也不可避免地先行遭受由此带来的包括大规模侵权事件在内的负面危害,随之而来的是诸多发展中国家在追求经济发展的过程中,不同程度地重演发达国家“工业灾害”的历史。

虽然工业产品的安全性能随着科学技术的不断进步总体上会不断提升,但由于技术发展的局限、现代工业产品种类的多样化及其应用的广泛性,工业产品事故有可能愈加突出。在大规模生产和大规模消费的时代,虽然事故概率未必高于前工业社会,但一旦发生产品质量、安全生产等工业事故,就可能造成成千上万人遭受损害(尤其是人身损害)。由于此类侵权事件涉及的受害者人数众多、时间跨度久远、损害赔偿金额巨大,被称为“大规模侵权”(mass torts)。<sup>①</sup>大规模侵权事件发生之后,许多企业不堪巨额索赔,被迫提出破产清算申请或者主动提出破产预防的救济申请。

近年来,大规模侵权事件在我国也呈现层出不穷之势,食品药品质量、安全生产事故、环境污染致害等方面的问题尤其突出。三鹿奶粉事件即为典型,并把相关问题推到了民商法理论的浪尖之上。三鹿集团进入破产清算程序前后,全国约有30万婴幼儿患者受到损害。由此产生的债务有:三鹿集团向中国乳制品行业协会先期支付的9亿元治疗费用,包括三鹿集团在内的22家责任企业主动支付的2亿元医疗赔偿基金以及对死亡病例、重症病例、普通症状进行赔偿的费用等。<sup>②</sup>2009年11月底,石家庄中院作出裁定,“终结已无财产可支配的三鹿破产程序。裁定中显示,三鹿对普通债权的清偿率为零”。<sup>③</sup>这意味着,结石患儿将无法从三鹿集团获得任何赔偿。

对于三鹿集团在濒临破产之前向中国乳制品业协会优先垫付医疗费用、死亡或者伤残赔偿款的做法,社会公众在破产处理过程中并没有提出任何异议。可见,对生命权、健康权侵害的优先赔偿,在伦理层面被社会公众普遍认同,但这种做法与“有财产担保债权优先受偿”、“普通债权平等受偿”的规则显然相左。因为按照《企业破产法》的规定,包括医疗费、赔偿金在内的各项赔偿费用只能作为普通债权列在一般优先权之后,与一般合同之债同等受偿,债务人在临近破产之际也不得向特定债权人实施任意的个别清偿。

那么,究竟是立法出了问题还是现实的做法违反了破产法的规定?人身损害的医疗、死亡和伤残赔偿费用是否应当优先于其他普通债权受偿?现行立法是否应当因应社会需求,对相关

① 从国内外相关案件涉及的具体侵权形态来看,大规模侵权案件主要涉及产品责任、医疗(医药)事故、环境污染、消费者保护等领域。(参见朱岩:《大规模侵权的实体法问题初探》,《法律适用》2006年第10期)

② 参见崔晓红:《三鹿破产,“后事”难了》,《新财经》2009年第2期。此外还有各级政府代垫的治疗费用。

③ 《三鹿破产 结石儿获赔无望》,《广州日报》2009年11月29日,A2版。

的债权受偿顺位重新进行反思并作出相应调整?

应当承认, 整个债法体系以及包括侵权之债在内的债务清偿制度, 是建立在债务人具有清偿能力这一假定之上。因此, 民法关于债务清偿的规范, 除了争议较大的优先权制度外, 大多不考虑债务人缺乏清偿能力之情形, 不考虑在这种情形下如何合理处置不同类型债权人之间就破产财产的受偿顺位问题, 这个问题实际上留给了破产法。然而, 现实中的破产法更多地突出了其作为程序法的特质, 几乎不改变破产程序开始之前各种不同实体权利的性质, 以及合同法、物权法、侵权责任法等实体法中既定的权利排序规则。比如, 在对待普通合同债权与侵权之债的分配顺位方面, 破产法似乎并没有注意到现代社会频繁发生的人身伤害型侵权行为所造成后果的严重性及相关的破产救济问题, 忽视了侵权之债的特殊属性及其内在的特殊救济需求。同时, 包括侵权之债在内的普通债权一概劣后于有财产担保的债权受偿, 也使得那些有能力对企业侵权行为实施制约和监督、并能理性分担企业侵权风险的债权人(主要是担保物权人)缺乏监督债务人的动力, 债务人本身的自我约束动力也因此减弱。这些都在一定程度上削减了侵权责任法对不法行为的威慑和预防功能。

诚然, 当今各国民商立法普遍赋予有财产担保债权优先受偿的效力。如果动摇有财产担保债权的优先地位, 不仅会影响到企业的正常融资和商事交往, 影响到日常交易的安全、成本和效率, 甚至会在一定时期内影响到某些地方政府经济发展目标的实现, 并可能因此遭致银行和地方政府的反对。问题在于, 有财产担保的债权是否在任何情形下都应该具有绝对优先的效力? 人身损害赔偿之债是否在任何场合下都应当和其他普通债权处于同等受偿顺位? 进而, 如何协调有财产担保债权的优先地位与侵权之债的特殊性质和地位诉求, 已成为当下破产法、侵权责任法乃至整个民商法不得不共同面对和思考的问题。

## 二、侵权之债现行受偿顺位的法律评价

遵循《担保法》、《物权法》、《合同法》、《侵权责任法》的划一规定, 破产法首先在担保物权的优先效力问题上维持了传统民法的既定规则, 同时在契约债权和侵权之债的分配方面, 也仍沿袭传统民法的既定规则, 而没有对两种不同性质的债权区别对待。

《物权法》在借鉴两大法系相关立法经验的基础上, 对债务人可利用的财产担保的类别作出非常详尽的规定——乃至包括浮动抵押和应收账款抵押。这两项担保形式的确立, 意味着债务人不仅可以就自己零碎的原材料、半成品等设定抵押, 而且可以将未来的应收账款予以质押。据此可以推断, 当债务人陷入破产之时, 其可用于向普通债权人进行分配的财产所剩无几。如果此时债务人因为实施了大规模侵权行为, 不堪巨额侵权损害赔偿之累而陷入破产, 那么, 位居优先权地位的有财产担保债权人是否因事先对债务人的财务或现金流支持而同样难辞其咎? 下文将首先对有财产担保债权的公正与效率价值展开讨论。

### (一) 有财产担保债权绝对优先规则的公正与效率缺失

#### 1. 有财产担保债权绝对优先规则的公正缺失

不可否认, 如果着眼于债权人和债务人之间的意志自由对破产债权的分配顺位进行分析, 就会发现, 有财产担保债权的绝对优先地位公平合理, 因为无论是有财产担保债权的优先地位还是普通债权的劣后地位, 都是债权人与债务人基于平等自愿而进行合意谈判的结果。有财产担保债权人或许正是通过比较低的利率或交易条件换取相对较高的获偿概率, 而普通债权人则

可能是通过获偿几率的降低, 换取了较为优越的交易条件或较高的利率。<sup>①</sup> 这种安排看起来各得其所、相互持平。

但将有财产担保债权优先于普通合同债权的理论与侵权之债进行比较便会发现, 由于包括侵权之债在内的一些债权人, 通常无法事先预见到其债权是否确定发生, 以及发生后的规模或者额度, 更无法判断他人的担保对自己日后的债权可能产生的影响, 从而不能相应“调整”其债权的具体内容、数额或者风险, 所以始终处于“被动挨打”的境地。此种债权人又被称为“不可调整的债权人”(non-adjusting creditors), 即不能够通过意思自治而对债权的产生及相关的权利义务内容作出选择的债权人,<sup>②</sup> 侵权之债的债权人即属此种情形, 且其债权的产生具有非自愿或非合意特征, 属于非自愿和不可调整债权。<sup>③</sup>

正是由于侵权之债的受害人不能与债务人讨价还价, 因而, 当债务人将本来可以用作补偿侵权之债受害人的财产拿来设定担保时, 便缺少像普通合同债权人那样可以防范风险的救济机制。<sup>④</sup> 显然, 将这些并非基于合意的侵权债权, 嵌入到以合意为前提的合同债权的分配框架中, 并将有财产担保债权相对于普通合同债权的优先受偿顺位, 不加区分地适用于侵权之债, 在逻辑上是不成立的, 其结果必然对侵权受害人显失公平。

破产法的一个基本规则是, 债务人未经债权人同意, 不得降低该债权的破产受偿顺位。其他民事特别法在某种意义上也禁止当事人之间通过合意来改变既定的权利义务排序, 从而降低他人的权利顺位。<sup>⑤</sup> 但这个原则在有财产担保债权与包括侵权之债在内的普通债权之间并没有得到遵循。

## 2. 有财产担保债权绝对优先规则的效率缺失

财产担保的设定对于有财产担保债权人来说无疑具有积极意义。有学者将担保对债权人的收益概括为以下四个方面: 第一, 降低贷款前调查债务人资信状况的成本; 第二, 降低贷款后监督债务人合理利用贷款和维持资信的成本; 第三, 降低贷款本身的风险, 确保款项按期如数归还; 第四, 节省债权实现的成本。<sup>⑥</sup> 应当说, 这四个方面的概括十分贴切到位。

然而, 评价法律规则的效率高低通常难以绕过两项标准: 一是该规则是否为有效率的行为提供激励机制; 二是该规则是否在相关主体之间对损失之风险进行有效的分配(毕竟有些事故的发生是不可避免的, 所以, 风险分配同样重要)。<sup>⑦</sup> 就侵权之债的效率规则而言, 第一项标准

① Christopher M. E. Painter, "Tort Creditor Priority in the Secured Credit System: Asbestos Times, the Worst of Times," *Stan. L. Rev.*, vol. 36, no. 4 (April 1984), pp. 1050-1051.

② Reinier Kraakman, "Concluding Remarks on Creditor Protection," *European Business Organization Law Review*, vol. 7, 2006, p. 465. 美国有学者还指出了破产案件中不可调整型债权人的普遍性。参见 Elizabeth Warren & Jay Lawrence Westbrook, "Contracting out of Bankruptcy: An Empirical Intervention," *Harv. L. Rev.*, vol. 118, no. 4, 2005, p. 1197.

③ 为了分析的简便, 本文不把产生于有财产担保债权之前的合同债权当作非调整性债权对待, 因为其应当预见到债务人在其债权产生之后设定担保的可能性。

④ Christopher M. E. Painter, "Tort Creditor Priority in the Secured Credit System: Asbestos Times, the Worst of Times," p. 1055.

⑤ 比如, 《物权法》第194条第1款第2句规定: "抵押权人与抵押人可以协议变更抵押权顺位以及被担保的债权数额等内容, 但抵押权的变更, 未经其他抵押权人书面同意, 不得对其他抵押权人产生不利影响。"

⑥ 许德风: 《论担保物权的经济意义以及我国破产法的缺失》, 《清华法学》2007年第3期。

⑦ Christopher M. E. Painter, "Tort Creditor Priority in the Secured Credit System: Asbestos Times, the Worst of Times," p. 1058.

可以降低侵权事故的发生概率以及事故预防的总成本，第二项标准则可优化对这些成本或损害后果的分配。按照这两个标准，有财产担保债权绝对优先规则对于债务人企业和普通债权人，并不必然是高效率的制度安排。

就第一项标准而言，有财产担保债权绝对优先规则至少会导致三种低效率行为：首先，对担保方式的过度依赖和担保的广泛采用，会扩大市场交易的社会总成本；其次，在担保的成本和风险比其他约束性协约低的情况下，绝对优先规则会导致债务人和债权人宁愿选择设定担保，而不选择或者较少选择用约束性协约作为交易风险的防范手段。<sup>①</sup>如此一来，债务人从事低效率行为的概率将会增加；再次，由于有财产担保债权人能够确保自己优先受偿，便会依赖此种优先受偿的顺位安排，放弃或者放松对债务人资金运用行为以及冒险行为的监督，而债权人疏于监督，可能难以保证债务人将获得的信贷等交易资源，投入到产品研发、产品质量的保障、侵权风险的防范等方面，甚至背离贷款的合理用途去从事侵权性的冒险活动。

就第二项标准而言，在债务人因面临巨额侵权之债而破产的情况下，有财产担保债权绝对优先规则意味着普通债权人（包括侵权之债）须承担企业侵权的风险，最终造成债务人侵权风险的外部化，从而在风险负担方面造成无效率。企业的财务状况决定了其财产大多会因融资或其他经营之需，而为有财产担保债权人设定担保，当企业破产时，能用于满足普通债权人清偿要求的财产往往所剩无几。其结果是，本来应当由侵权企业自身承担的侵权责任，实际上转嫁给了侵权之债的受害人。而如果由侵权受害人承担侵权风险，就不能有效促使企业为保证自身产品质量安全以及安全生产，去从事必要的研发活动或采取必要的预防行为，而有财产担保债权人的“资助”一定程度上扮演了“助纣为虐”的角色。

## （二）侵权之债与合同之债平等受偿规则的逻辑缺陷

虽然民法理论界已经为侵权责任法的独立地位提供了充分的理论支持，<sup>②</sup>并且从中可以发现侵权责任与契约责任至少在归责原则、举证责任、受保护的利益界定、赔偿范围、时效、能否抵消等方面存在诸多差异。<sup>③</sup>但这种区分并没有在债权的最终实现或者权利的最终救济方面体现出必要的差别待遇。

具体来说，普通债权同位受偿规则忽视了侵权之债与普通合同债权的如下差异：<sup>④</sup>

### 1. 两种债权救济的目的不同

在商品经济欠发达年代，合同当事人违约所须承担责任的方式，主要在于合同的实际履行。随着资本主义生产方式的出现，“作为原则，产品在其生产之初，对生产者及其所有权人就无任

① 此种“协约”（covenants），也称限制性协议，是指债权人（银行）和债务人约定的限制债务人非理性行为的制约规范或制裁规范。（参见许德风：《论担保物权的经济意义以及我国破产法的缺失》，《清华法学》2007年第3期）协约可以根据债务人和债权人的具体情况订立，以银行为例，其内容可以包括银行信用额度的限缩、贷款的提前收回、市场浮动利率体制下对债务人贷款利率设定的高低差异、法定贷款利率放宽限制后银行对债务人不利的浮动利率的采用，如果是贷款以外的担保交易，则其交易条件的优惠与否等。（参见Lucian Arye Bebchuk & Jesse M. Fried, “The Uneasy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy,” *Yale L. J.*, vol. 105, no. 4, 1996, pp. 900-902）

② 参见王利明：《合久必分：侵权行为法与债权的关系》，《法学前沿》第1辑，北京：法律出版社，1997年，第92—119页。张新宝：《中国侵权行为法》，北京：中国社会科学出版社，1998年，第28—31页。

③ 王泽鉴：《侵权行为法》第1册，北京：中国政法大学出版社，2001年，第77—79页。

④ 以下分析主要参见韩长印：《破产优先权的公共政策基础》，《中国法学》2002年第3期。

何使用价值而只有交换价值”，<sup>①</sup> 违约方承担责任的主要形式也就变为赔偿损失。

侵权行为中虽然部分侵犯财产的行为通过赔偿损失、修理等救济方式可以实现弥补受害人损失的目的，但对人身侵权损害而言，<sup>②</sup> 受害人的损失往往无论通过任何救济手段都难以弥补或者恢复原状，金钱赔偿仅仅是一种退而求其次的救济方法。侵权行为的受害人原本仅以所受损害的回复为目的（相当于合同之债中的“实际履行原则”），并且“回复以完全复原为理想，但多数场合里此为不可能，故代之以金钱赔偿，亦即以恢复原状为原则，金钱赔偿为例外”，<sup>③</sup> 然而，侵权的救济方式一旦沦落到以金钱赔偿来消弭侵权受害人的损害，赔偿本身便意味着受害人救济目标的落空。可见，两种债权赔偿方式的实现本身就蕴含着不合理成分。

### 2. 当事人可以采取的预防措施以及实际获得救济的效果不同

合同之债的当事人由于对合同风险有合理的预期，可以就对方当事人的违约行为采取诸如设定担保、同时履行抗辩、不安抗辩、变更或者解除合同等预防措施，否则，则意味着债权人在财产和心理等方面已经做好了风险自担的准备，或者债权人对违约风险或多或少存在一些主观上的疏忽。然而，侵权行为的发生对于侵权行为的受害人往往不可预期，很难事先采取相应的预防措施。再者，如果说对合同之债的救济体现为“增值”，那么对侵权之债的救济就体现为“保值”，在具体的人身损害赔偿案件中甚至可能体现为“保护无价的生命”或者保证身体器官和各器官功能的完整性。正如英国学者托尼·韦尔（Tony Weir）所言，侵权之债的规则主要起保护财富的作用，合同之债的规则应具有创造财富的功能。<sup>④</sup>

诚然，与合同之债相比，侵权之债除了致害人赔偿之外，还有社会保障制度和商业保险制度等多元的救济渠道。对待三鹿奶粉这种大规模侵权事件，长远和根本的解决之道，仍在于健全的社会保障与完备的商业保险制度，债务人破产之时仅仅依靠债务人有限财产的赔偿并不能解决“僧多粥少”的难题。但不可否认的事实是，我国社会当下的社会保障水平可发挥的救济作用非常有限，商业保险同样并不发达。退一步讲，即使侵权受害者可以从社会保险或者商业保险中获得补偿，也并不意味着，侵权受害者在获得保险赔付后不能继续请求获得侵权损害赔偿，或者必须接受其侵权损害赔偿请求权劣后造成的不利处境。《保险法》第46条规定的人身保险被保险人在获得保险赔偿后，有权继续向造成损害的侵权人索赔，便是这一法律立场的明证。故而，在社会救济之外寻求不同利害关系人之间对风险的重新分配方案，仍然是当下必须作出的选择。

### 3. 对债权救济的终极需求不同

尽管侵权诉讼中的举证责任倒置和无过错责任的确立，对于提高侵权受害人的胜诉几率和降低受害人的诉讼成本发挥了较为积极的作用，但其所能达到的最佳效果也仅在于有助于侵权受害人获得一纸可以强制执行的判决，并不能保证受害人获得充分补偿。而债权救济程序的终极意义在于保障债权的实现以充分救济债权人，而不是获取一张不能兑现的判决书。<sup>⑤</sup> 这种不能

① 我妻荣：《债权在近代法中的优越地位》，王书江等译，北京：中国大百科全书出版社，1999年，第13页。

② 本文限定的人身侵权之债的范围限于“人身损害赔偿”之债，即生命、健康和身体受到侵害的赔偿。为了行文方便，文章不对人身侵权之债与人身损害赔偿之债的用词作出区分。

③ 刘得宽：《民法诸问题与新展望》，北京：中国政法大学出版社，2002年，第633页。

④ Basil Markesinis, et al., *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, Oregon: Hart Publishing, 2006, p. 2.

⑤ 基于受害人有时候进行诉讼的成本以及诉讼本身给自己带来的痛苦可能远远大于伤害本身，胜诉判决

充分受到保护的风险加上预防手段的欠缺,使得两种债权在终极的救济方式和救济程序方面并未区别开来。而两种债权之间合意与非合意、自愿与非自愿、可事先防范与不可事先防范的差异,都需要在债权实现的先后顺位上体现。

侵权责任法的功能有三:对受害人予以赔偿、对侵权行为人予以惩罚以及预防侵权行为的再次发生。但当实施侵权行为的企业陷入破产之时,侵权法的预防和惩罚侵权作用,由于侵权人的不复存在而失去了意义,或者仅仅具有“画饼充饥”的作用,对于受害人而言,补偿作用则可能凸现为唯一可以期待的目的。但令他们始料不及的是,破产法程序中的补偿可能只是按比例或者零分配。

据此,有必要率先在破产法中对侵权之债与普通合同之债的受偿顺位作出区分。<sup>①</sup>因为,除了侵权行为之债所具有的非自愿、不可调整的基本属性外,侵权行为发生之后的人身损害(甚至包括具有人格利益的财产损害),几乎都不可能通过恢复原状等金钱赔偿之外的责任方式获得充分救济。

### 三、侵权之债受偿顺位的提升方案及评析

早在1978年美国破产法改革前夕,便有学者意识到侵权债务人破产之时,矫正侵权之债受偿顺位的必要性,<sup>②</sup>但当时并未引起充分的关注。之后,受一系列大规模侵权案件的持续影响,美国破产法理论界开始越来越多地讨论这一问题,<sup>③</sup>并以美国《统一商法典》第9条“担保交易”修订讨论为契机,提出了诸多旨在提升侵权之债受偿顺位的方案,兹择其要评介如下。

#### 1. 中间顺位方案

中间顺位方案,是指赋予侵权债权劣后于有财产担保债权、优先于普通合同债权的受偿顺位。<sup>④</sup>该方案一方面可以使侵权之债得到比现行同位受偿规则更有力的债权保障;另一方面降低了普通合同债权的受偿顺位,促使这些合同债权人以更广泛的监督来确保债务人更好地履行义务。但该方案并未动摇有财产担保债权的绝对优先地位。因此,当债务人的财产仅能满足有财产担保债权人的受偿要求时,该方案不仅不能保证有财产担保债权人对债务人形成有效约束,<sup>⑤</sup>而且可能迫使一些普通债权人竞相要求债务人提供财产担保,从而转化为有财产担保债权人。<sup>⑥</sup>

#### 2. 与有财产担保债权同位方案

的顺利取得也弥足珍贵。

- ① 包括美国在内的一些国家的破产法规定,故意侵权之债所生债务属自然人破产中不可免责的债务,就是对此种债权所赋予的特殊保障措施。
- ② Stephen Allen Edwards, "Tort Claims under the Present and Proposed Bankruptcy Acts," *U. Mich. J. L. Reform*, vol. 11, no. 3 (Spring 1978), pp. 440-441.
- ③ 《康奈尔法学评论》曾专门就此问题组织了一次论坛并刊发了一系列相关的论文。(参见 *Cornell L. Rev.*, vol. 82, no. 6, 1997)
- ④ Christopher M. E. Painter, "Tort Creditor Priority in the Secured Credit System: Asbestos Times, the Worst of Times," p. 1077.
- ⑤ Abhinav Ashwin, "Tortious Liability of Company in Winding Up: An Analysis," *Comp. Law.*, vol. 26, no. 6, 2005, p. 176.
- ⑥ Christopher M. E. Painter, "Tort Creditor Priority in the Secured Credit System: Asbestos Times, the Worst of Times," p. 1079.

侵权之债与有财产担保债权同位方案,是指给予侵权债权与有财产担保债权相同的受偿地位。<sup>①</sup>该方案提升了侵权之债的分配顺位,使侵权之债能够与有财产担保债权一同加入到对债务人企业的约束和监管当中,侵权债权人的受偿也得到了更多保障。在提升侵权之债的受偿地位方面优于前述中间顺位方案。<sup>②</sup>但该方案存在如下缺陷:其一,由于担保权设定和实现方面所应遵循的时间顺序原则,它会使那些早先为企业侵权行为提供融资、并应为该结果承担责任的有财产担保债权人,通过在先行使担保权来规避相应风险,把债务人的侵权风险留给产生于其后的那些或许并不应对损害负责的债权人;<sup>③</sup>其二,由于有财产担保债权既可能针对不同的特定财产设定担保,也可能针对同一特定财产设定两个以上的担保,而后者是按照担保权设定的先后顺位来满足担保权的清偿要求,在侵权之债与有财产担保债权同位受偿规则下,如何确定顺序不同的担保权与侵权之债之间的受偿顺位本身也是个复杂的问题。

### 3. 超级优先方案

超级优先方案,是指侵权债权在破产程序中的受偿顺位优先于有财产担保债权。该方案在某种程度上可以确保有财产担保和普通债权人通过提高交易条件或利率、停止进一步向债务人授信、加强监管等方式,促使债务人更好地履行其注意义务,最终使债务人的侵权成本内部化。<sup>④</sup>但该方案存在如下两方面的问题:其一,彻底动摇了担保绝对优先的原则,有走向极端的嫌疑;其二,必然会相应增加企业的融资难度,某种程度上也会遭致一些以追求经济增长和改善投融资环境为主要目标的地方政府的反对。<sup>⑤</sup>

### 4. 裁剪方案

裁剪方案是指从债务人设定担保财产的价值中裁剪一定比例给普通债权人(包括侵权债权人)。<sup>⑥</sup>裁剪方案的难题在于,其适用范围仅仅限于债务人的部分财产(即可设定为浮动抵押的那部分财产),故其实际作用十分有限。即使可以通过立法扩张其适用范围,另一个更大的问题仍无法克服,即债权人可以要求担保人设定超额担保,削弱裁剪效果。

### 5. 部分优先方案

部分优先规则是指将一部分或者一定比例的有财产担保债权额转化为普通债权,仅部分削弱财产担保债权的优先顺位。该方案主要包括“可调整优先”和“固定比例优先”两种规则。<sup>⑦</sup>

① Christopher M. E. Painter, "Tort Creditor Priority in the Secured Credit System: Asbestos Times, the Worst of Times," p. 1079.

② Abhinav Ashwin, "Tortious Liability of Company in Winding Up: An Analysis," p. 176.

③ Abhinav Ashwin, "Tortious Liability of Company in Winding Up: An Analysis," p. 176.

④ Christopher M. E. Painter, "Tort Creditor Priority in the Secured Credit System: Asbestos Times, the Worst of Times," pp. 1080-1081.

⑤ 甚至一定意义上也会影响到国际银团或者金融监管机构对该国国家风险的评估。但某种程度上看,这本身就是市场风险的一部分,因为如果没有破产,就没有这样的国家风险。

⑥ Memorandum from Elizabeth Warren to the Council of the American Law Institute, 转引自 Kenneth N. Klee, "Barbarians at the Trough: Riposte in Defense of the Warren Carve out Proposal," *Cornell L. Rev.*, vol. 82, 1997, p. 1469; Jesse M. Fried, "Taking the Economic Costs of Priority Seriously," *Quarterly Report*, vol. 51, no. 4 (Fall 1997), p. 328, note 6.

⑦ Lucian Arye Bebchuk & Jesse M. Fried, "The Uneasy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy," pp. 905-910. 值得注意的是,还有学者从“人文主义的视角”论证了部分优先方案的合理性,主张破产法原则上应当在债权人、债务人以及社会之间实现利益平衡之理念,那些更有能力抵御风险的大额债权人应该为了小额债权人利益而让渡其部分债权的受偿额。(参见 Karen Gross, *Failure and Forgiveness: Rebalancing the Bankruptcy System*, New Haven: Yale University Press,

可调整优先规则，是指将有财产担保债权中对应于不能调整的那部分债权额转化为普通债权，将剩余的债权额仍作为有财产担保债权对待。不可调整型债权人的受偿，仅以有财产担保债权中被视为普通债权的这部分价值为限。举例来讲，假定企业破产时其财产价值为 120 万元，债务总额为 300 万元，其中 100 万为有财产担保债权，100 万为普通合同债权，100 万为不可调整型（侵权）债权。假定没有担保债权的存在，三项债权将就 120 万元获得平均分配，每项受偿 40 万元。而在绝对优先规则下，有财产担保债权受偿 100 万元，另两项债权各受偿 10 万元，实际上是把本可用于分配给普通债权的 60 万元（各 30 万元）转移给了有财产担保债权。按照可调整优先规则的要求，有财产担保债权应当以不能调整的债权数额（在上例中为侵权之债的 30 万元）为限被视为普通债权，而后将此 30 万元返还给不可调整的侵权债权受偿，保留受偿 70 万，调整型的合同债权仍受偿 10 万。

可调整优先规则如果实施得当，可以消除绝对优先规则的低效率问题。但其不足在于，有财产担保债权人无法预测其债权中究竟有多少份额属于不可调整的债权额，使有财产担保债权的风险防范具有较大的不确定性。

固定比例优先规则是指将有财产担保债权的一定比例作为普通债权对待，对其余债权额仍承认其优先顺位。它与可调整优先规则相比，对于有财产担保债权人的不确定性更小，也较易于操作；与裁剪方案相比较，虽都是以特定比例的价值用于清偿普通债权，但要优于裁剪方案。原因在于：首先，裁剪方案仅适用于债务人的部分财产，不能适用于债务人的全部财产；其次，由于裁剪方案针对的是担保财产的价值，故有财产担保债权人可以通过要求增加担保价值，或者提供超额担保来消解裁剪的后果。而固定比例优先规则直接针对有财产担保债权人在破产债权申报时数额已经确定的有财产担保债权额进行“裁剪”，故无从规避。

不得不承认，美国学者提出的上述方案在美国并没有得到采用。一个基本的现实原因是：担保制度对现代社会经济发展不可或缺，如果动摇了有财产担保债权的优先地位，会导致更大的社会经济成本。更深层次的原因，则如哈里斯（S. L. Harris）教授和穆尼教授（C. W. Mooney, Jr.）在总结其对各种限制有财产担保债权优先方案的反对意见时指出的，“作为一个政治问题，这些方案不可能在现实中获得广泛支持和采用。企业冒险精神是美国社会结构中不可除却的一个特征”。<sup>①</sup>即使通过限制有财产担保债权的优先性，上述大多数方案仍然会被市场抛弃，因为最终获胜的必然是大大小小的各种市场参与者。<sup>②</sup>

但是英国的情况却很不同。<sup>③</sup>早在 1982 年，英国科克委员会（Cork Committee）在其破产法评价报告中就建议将浮动担保财产变价收益的 10% 提取出来用于保障非担保类债权的清偿，不过，在当时并未得到各方的支持。时隔 20 年之后，这种裁剪方案在英国得以施行。英国《2002 年企业促进法》（Enterprise Act 2002）第 252 条规定，清算人或者破产管理人须将被设定

1997, Chapter 10; Susan Block Lieb, "Book Review: A Humanistic Vision of Bankruptcy Law," *A m. Bankr. Inst. L. Rev.*, vol. 6, no. 2, 1998, pp. 471-472)

① Steven L. Harris and Charles W. Mooney, Jr., "Measuring the Social Costs and Benefits and Identifying the Victims of Subordinating Security Interests in Bankruptcy," *Cornell L. Rev.*, vol. 82, no. 6, 1997, p. 1371.

② Steven L. Harris and Charles W. Mooney, Jr., "Measuring the Social Costs and Benefits and Identifying the Victims of Subordinating Security Interests in Bankruptcy," pp. 1371-1372.

③ Gerard McCormack, *Secured Credit under English and American Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 31.

浮动担保的财产的“既定部分”(prescribed part)用于普通债权的清偿,且不得将该部分财产分配给享有浮动担保的债权人(除非该部分财产价值超过普通债权额)。该“既定部分”是指:如果设定浮动担保的财产价值不足1万英镑,则既定部分为该价值的50%;如果设定浮动担保的财产价值超过1万英镑,则既定部分为5000英镑,外加超过1万英镑部分的20%;但是在每一起案件中其总额不得超过60万英镑。不仅如此,英国新近的判例还确认:即使担保财产不足以清偿全部有财产担保债权,有财产担保债权人就其无担保部分的债权,也不得适用前述规定优先得到清偿。<sup>①</sup>之所以有别于美国,是因为总体上美国破产法是“亲债务人型”,而英国破产法则是“亲债权人型”。<sup>②</sup>英国《2002年企业促进法》的要旨之一,在于以倾斜于债务人和普通债权人的方式进行平衡调整,这种为了普通债权人利益而对有财产担保债权实施的裁剪方案,是该法平衡调整机制的一部分。<sup>③</sup>

如果说一国的经济立法更容易受本国相关经济力量的影响,那么,有关国际经济组织更可能超脱于这种直接影响。联合国国际贸易法委员会2007年12月发布的《担保交易立法指南》指出:立法者可以规定某些债权的受偿顺位优先于有财产担保债权,但这些债权必须最小化,并且须在破产法中予以明确规定。<sup>④</sup>这表明,该示范法肯定了内国立法可以在一定程度上对有财产担保债权的优先顺位予以减让,只是这种减让必须具有法律透明性。

实际上,我国相关立法已经为限制有财产担保债权的绝对优先性预留了空间,《物权法》第170条规定:“担保物权人在债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形,依法享有就担保财产优先受偿的权利,但法律另有规定的除外。”该条文中的“但书”或可表明立法者原则上允许在一定程度和范围内通过其他法律的规定适当降低有财产担保债权的绝对优先性。

#### 四、人身侵权之债相对于财产侵权之债的优先地位

在确定不同侵权之债的优先顺位时,首要问题是如何对侵权之债进行分类,以及根据哪些考量因素对不同的侵权之债进行优先权的选择。此种分类主要包括故意侵权与过失侵权、一般侵权与特殊侵权、人身侵权与财产侵权等。笔者认为,当前现实可行的做法是将侵权之债区分为人身侵权之债和财产侵权之债,以人身侵权之债优先于一定比例的有财产担保债权受偿为妥。

基于篇幅以及当前我国人身侵权之债发生的频率和严重程度,本文仅选取人身侵权之债相对于财产侵权之债的优先顺位作为分析样本。

《侵权责任法》第2条规定:“侵害民事权益,应当依照本法承担侵权责任。”“本法所称民事权益,包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”根据该条款对作为侵权客体的民事权益的分类,可以把侵权责任区分为人

① *Thornily v. Revenue and Customs Commissioners*, [2008] EWHC 124 (Ch).

② 参见Julian R. Franks and Walter N. Torous, "Lessons from a Comparison of US and UK Insolvency Codes," *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 8, no. 3, 1992, p. 70.

③ Gerard McCormack, *Secured Credit under English and American Law*, p. 32.

④ UNCITRAL, *Legislative Guide on Secured Transactions*, New York: UNCITRAL, 2010, Recommendation 83, p. 231; para. 93, p. 209.

身性侵权与财产性侵权两大类型,<sup>①</sup>而人身性侵权又可进一步区分为人格权侵权与身份权侵权,人格权侵权还可区分为物质性人格权侵权与精神性人格权侵权,其中物质性人格权侵权是指侵害生命权、健康权和身体权的行为。

笔者认为,破产法中的侵权之债应该从侵权客体的角度来认识其性质和意义。据此,本文把人身侵权之债的范围,限定在基于人格权中的生命权、健康权、身体权受到侵害而产生的损害赔偿请求权,亦即对人体的有形损害所产生的请求权,习惯上称为人身损害赔偿之债。与之对应,财产侵权之债则是由于财产权利与利益遭受侵权损害而产生的请求权。至于包括身份权侵权以及精神性人格权在内的其他人身性侵权,暂不列入本文的研究范围。

确立人身侵权之债优先顺位的根据主要有两个方面:首先,我国现实的社会经济条件不允许全部侵权之债都优先于普通合同债权。通过担保促进融资信贷和经济发展,并确保有财产担保债权优先实现的社会需求仍然比较强烈。如果财产侵权之债与人身损害之债都优先于有财产担保债权,极可能对金融信贷供给等产生抑制作用,不利于我国经济的稳定增长。其次,也是最重要的方面,人身侵权之债具有不同于财产侵权之债的内在属性和救济需求。这里,我们试结合我国社会经济发展所处的不同阶段,从立法政策权衡选择的角度进一步分析。

#### 1. 不同社会发展阶段人身对财产的不同依赖及保护理念的差异

财产是构成人类自然生存和社会生活必要的物质基础,因而人类对财产具有较大的依赖性,这对侵权受害人而言尤为突出。根据《侵权责任法》第16条规定,人身损害赔偿的一般赔偿范围包括:医疗费、护理费、交通费等为治疗和康复支出的合理费用,以及因误工减少的收入;造成残疾的,还应当赔偿残疾生活辅助具费和残疾赔偿金;造成死亡的,还应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金。有理由认为,人身侵权的上述赔偿既因人身侵害而生,又是为维持受害人后续康复或者发展所必需。如果受害人不能及时充分地得到赔偿,则其人身利益必然会受到消极影响,甚至有致残危险,威胁到被害人的活动自由。

然而,我们也应当看到,人身对财产(包括上述赔偿费用)的依赖在不同的社会发展阶段,其程度存在差异。

在人们没有摆脱温饱之前,人身对财产有高度的依赖性,剥夺一个人的财产,就意味着剥夺了一个人的基本生存条件甚至人格。毕竟丧失基本生存条件的人,即便从法律上并不丧失其人格,但因其可依法从事社会交易、参与社会生活、拓展自己生活空间的机会极少,易被社会边缘化。此时,对(仅仅具有生存依赖这一独有功能的)财产的保护应当置于对人身保护同样的地位。

当社会摆脱温饱、进入小康阶段之后,广大社会公众除了满足基本生存需求的必要财产之外,已经积累了数量不等的“富余财产”,此时,民众的财产可大致区分为两个功能不同的组成部分,即满足人们基本生存需要的“基本财产”以及超出基本生存需要的“富余财产”。相应的,对财产的保护就应当区分不同功能的财产,在保护顺位上区别对待,树立人身优先于财产的全新理念,对前者的保护应当优先于后者。这样才有助于改变侵权责任法预防功能虚置的现象。

进入小康阶段之后,树立人身权优先于财产权基本理念的理由主要表现为两个方面:一方

<sup>①</sup> 单清峰在其硕士学位论文中就“人身性债权”这一内涵给出了类似的定义。(参见单清峰:《人身性债权优先于财产性债权的法理分析》,硕士学位论文,四川大学法学院,2004年,第4页)但该定义实际上是指基于人身关系而产生的请求权,其外延广于“人身侵权之债”。

面,对“富余财产”的侵害,基本上不会危及民众的生存所需,而对人身权侵害的赔偿作为基本生存条件(受害人可能程度不同地丧失劳动能力)和基本医疗条件等方面的赔偿项目,应当与“富余财产”的赔偿区别对待;另一方面,我国的社会保障范围和程度还没有达到完全弥补侵权所造成的全部损害的水平,人身侵权受害人不仅很大程度上需要依赖侵权人的赔偿,而且需要侵权人对基本生存费用和医疗康复费用优先赔偿。而财产侵权的后果,除非关涉基本生存与生活条件,与维持生存并不直接相关。

## 2. 人身侵权救济相对于财产侵权救济的弱势状态及现行救济顺位的不当重合

众所周知,人身权承载着对人格和身份的双重法律保护,是人之所以为人所应当享有的基本权利,如果民事主体丧失这些权利,就丧失了做人的资格和人的基本尊严与价值。基于此,人身权才取得其在民法中的重要地位,并日益受到重视。<sup>①</sup>

法律对人身权中物质性人格权的保护,经历了同态复仇、自由赔偿、强制赔偿和双重赔偿四个时期。<sup>②</sup>在同态复仇时期,对人身损害的救济表现为“以血还血、以牙还牙”,其方式虽然残酷,但却表达了一个朴素的思想,即人、物有别,“血债要用血来还”,对人的损害不能以物来填补或救济,法律对人和物的救济在平行的轨道上运行;到了自由赔偿时期,法律对人和物的救济开始交叉,受害人及其血亲可以自由选择要求对方当事人金钱赔偿,或坚持血亲复仇;到推行强制性金钱赔偿之后,原本平行的两条轨道完全重合,对人的身体、健康、生命的侵害一律实行强制性的金钱赔偿。<sup>③</sup>

民法的损害赔偿本来只有自然恢复(恢复原状)和替代补偿(金钱赔偿)两种方法。由于自然恢复的方法无法用来保护人格方面的权利和利益,最终不得不以金钱赔偿作为替代补偿,这在绝大多数人身损害案件中也是唯一可行的办法。虽然两个领域救济途径的交叉,某种意义上讲是对人的主体性的尊重,是人类文明的进步,但把对人身侵权的救济方式转换成金钱请求权,并与财产的救济方式完全等同,无疑是把人降格为物。<sup>④</sup>为了弥补这一缺陷,至少在债务人破产这一特定情势下,应当承认人身侵权之债优先于财产侵权之债受偿的必要性。

当代民法应当秉承人重于物、人身重于财产的人本主义理念和精神,<sup>⑤</sup>应将人身侵权之债的受偿顺位提升于财产侵权之前。

## 五、人身侵权之债优先受偿与现行优先权制度的契合方案

### (一) 人身侵权之债优先权与现行优先权制度的契合

虽然我国《民法通则》没有规定统一的优先权制度,但民商特别法中的优先权规范已经大量存在。这些优先权既包括在债务人特定财产之上存在的特别优先权,又包括针对债务人一般

① 该方面论述可参见薛军:《人的保护:中国民法典编撰的价值基础》,《中国社会科学》2006年第4期。

② 杨立新:《人身权法论》,北京:高等教育出版社,2005年,第37—38页。

③ 单清峰:《人身性债权优先于财产性债权的法理分析》,第23—24页。

④ 单清峰:《人身性债权优先于财产性债权的法理分析》,第24页。

⑤ 参见王泽鉴:《侵权行为法》第1册,第35—36页。实际上,人重于财产(物),也是中国两千多年前追求的价值观念。例如:孔子得知马厩失火之后,首先关切的是人身安全,而非财产(马)是否受损。“厩焚。子退朝,曰:‘伤人乎?’不问马。”(《论语·乡党第十》之十七)

财产所享有的一般优先权。对于一般优先权,《企业破产法》第113条规定:(1)破产人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用,所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用,以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金;(2)破产人欠缴的除前项规定以外的社会保险费用和破产人所欠税款。

从上述第一顺位优先权的内容来看,其中“医疗、伤残补助、抚恤费用”、“应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用”以及“法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金”,均属于保障人身健康和获得医疗条件的必需费用。<sup>①</sup>这些费用的性质和用途绝大部分与人身侵权之债通常所计算赔偿的项目、内容、性质和用途相吻合。<sup>②</sup>

问题在于,尽管破产企业所欠本企业职工的“医疗、伤残补助、抚恤”等费用,与人身损害赔偿中各项赔偿费用的性质和基本用途没有太大差别,但在破产清算程序中,破产企业所欠本企业职工的上述债权被列入第一顺位优先权范畴,而企业之外的社会公众遭受企业人身损害的费用和请求权,却被列入普通债权,按比例进行分配。同样的债权性质、同样的赔偿责任类别和赔偿用途,仅仅因为债权人的身份不同,就内外有别,显然有违设立该项优先权制度的初衷,不能完全实现该项制度所追求的最终社会政策目标。

因而,既然破产法已经确立了与人身损害赔偿金功能十分类似的职工债权的优先顺位,<sup>③</sup>那么,为避免前述“内外有别”之弊端,应同时承认人身侵权之债的优先顺位。毕竟,优先权的排序,不应当因权利人的身份而有区别,而应当依照权利的性质(满足基本生存需要和医疗康复等需要的最低社会保障性质)差异,来确定是否统一赋予其优先受偿的顺位。

## (二) 人身侵权之债分配顺位的可选方案

如果仅仅基于有财产担保债权、普通合同债权与侵权之债在自愿性与非自愿性方面的差异,一概确定侵权之债的优先地位,就有可能矫枉过正。因为合意之债的债权人固然可以对企业的侵权风险事先作出判断和防范,但其对有些侵权之债的发生与否以及发生之后所产生的侵害后果的严重与否,并不当然拥有确切的判断和把握。况且,合意之债与侵权之债有时还会产生竞合,这就会影响到合意之债在债务人出现大规模侵权行为时对自身风险预见和防范的效果。侵权之债取得优先权地位之后,由于侵权行为的后发性特征,很容易置合意之债于被动不利的地位,这种被动性很大程度上会销蚀合意之债中债权人对债权风险防范的主动地位。正因为如此,有学者忠告:“当我们研究保护侵权之债受害人利益的各种方案时,我们必须注意平衡商事活动中各交易主体与社会上无辜和弱势群体之间的关系。”<sup>④</sup>可以看出,前文评介的国外学者关于侵权之债受偿地位的若干改进方案,并没有一种可供我们直接选择和运用。

但如果我们承认基于担保制度的绝对优先规则在效率和公正方面的欠缺,坚持进一步区分

① 按照《侵权责任法》第16条的规定,这属于“为治疗和康复支出的合理费用”。

② 从前引我国《侵权责任法》第16条的规定看,《侵权责任法》除了缺少造成残疾或者死亡时对“被扶养人生活费”的明确规定外,几乎完全肯定了2004年最高人民法院关于人身损害赔偿司法解释中的赔偿范围。

③ 实际上,确立企业清算时职工优先权的相关法律远不限于企业破产法,诸多商事组织法如合伙企业法、商业银行法、保险法等,以及民办教育促进法、民事诉讼法都有与此相似的规定(但诸多法律并没有随着2006年《企业破产法》的更新而在赔偿的范围和顺序上及时跟进)。

④ Abhinav Ashwin, “Tortious Liability of Company in Winding Up: An Analysis,” pp. 163-164.

契约之债与侵权之债,坚持人身重于财产的人本主义理念,同时又承认不可彻底动摇有财产担保债权优先这一现实主义的立法态度,那么最终只能形成一种折中的、具有事后风险分配功能的、<sup>①</sup>“固定比例优先方案”作为备选。该方案的核心内容,就是将有财产担保债权额中的一定比例作为普通债权,其债权额度所对应的担保财产优先用于清偿人身侵权之债(包括《企业破产法》第113条规定的人身侵权之债),这实际上是在有限的额度内,赋予人身侵权之债以超级优先顺位。<sup>②</sup>

如此排列的基本理由在于,一方面,上述方案已经对人身损害赔偿之债作出了特别的制度安排;另一方面,《企业破产法》第113条所规定的优先权(即工资、税收等)与侵权之债同属不可调整型非自愿债权;此外,人身侵权之债的优先权数额,只能限于有财产担保债权被“裁剪”的固定比例的债权数额。

再者,上述方案仅仅是选取有财产担保债权和普通合同债权作为参照对象。如果将《企业破产法》第113条所规定的一般优先权与上述方案一起分析,又将面临重新排序的问题。按照作者的思路,破产清算程序中凡有侵权之债和有财产担保债权竞合的,应当首先按照上述方案,将有财产担保债权中剥离下来的“固定比例”担保债权额所对应的担保财产的价值,优先用于满足人身侵权之债的赔偿要求,而后可将人身侵权之债的不足受偿部分合并于《企业破产法》第113条所规定的第一顺位优先权之中,财产侵权之债合并于该条规定的第三顺位之中。

之所以削弱有财产担保债权的优先地位,除了有财产担保债权的公正与效率缺失之外,还在于《物权法》关于担保物权的规定,可能造成债务人在企业破产时,不可能给普通债权留下必要的责任财产。当物权法通过浮动抵押、应收账款质押等手段穷尽了担保债务人可以用作担保的一切财产,而不给普通债权预留哪怕是满足侵权受害人基本生活和医疗等费用的责任财产之后,立法对普通债权、尤其是人身侵权之债的“人道救济”问题,就会凸现出来。法谚有云,“财富是法律的产物”,某种意义上讲,不同债权之间利益和风险的分配实际上取决于法律制度的安排。当法律一方面允许有财产担保债权通过与债务人的自由协商和选择来为自己设定优先顺位,并确立侵权之债和普通合同债权的同位规则;另一方面又允许物权法完全挤占了人身侵权债权人可利用的责任财产时,侵权之债的不利地位及企业侵权风险的外部化就完全演变成了

虽然,政府基于其担负的“国家伦理义务”,往往会对安全生产等领域的大规模人身伤亡出手相助,但如果政府不是案件的当事人,法官便不得仅仅因为由政府补偿原告的损失会更好,就判令政府向原告支付赔偿金。(迈克尔·D.贝勒斯:《法律的原则》)一个规范的分析,张文显等译,北京:中国大百科全书出版社,1996年,第248页)何况,政府在大规模侵权与个别侵权的场合担负着不同的救济责任。在前种场合,政府可能会先行垫付或者直接支付赔偿款或者救济费用;而在小额侵权的场合,政府或许就不会出面。这其中除了取决于政府对大规模受害人承担的宪法上的救济义务外,还程度不同地受着与此相关的安全问责、舆论监督等因素的影响。必须指出的是,政府救济侵权之债可能产生相应的负面效应:首先,由于可期待政府的随时救援,以及政府作为“终极保险人”对侵权行为“买单”,必然会降低侵权债务人对侵权事件的注意程度,甚至诱发道德危险(Christopher M. E. Painter, Tort Creditor Priority in the Secured Credit System: Asbestos Times, the Worst of Times," pp. 1073-1074);其次,政府是否出手救济,可能会从侵权行为的政治、社会评价或者侵权企业的所在领域等方面进行考虑,而这往往超出当事人可以预期的范围之内,形成对侵权受害人救济与否的不确定性。不同的社会文化及社会环境,对侵权行为的影响以及救济方式是不同的。

需要说明的是,有财产担保债权中的固定比例究竟是多少,这需要立法者在担保制度创造社会财富的价值与其具有的效率问题进行对比考量、协调一定阶段内社会经济发展目标与人本发展目标之间的关系基础上加以确定。

立法在经济强者（而非弱者）之间的博弈。

在笔者看来，上述债权受偿顺位的排列，兼顾了以下多种优先权制度的基本理念：人身侵权之债的超级优先地位，贯彻了人本主义理念；侵权之债优先于普通合同之债，在将非合意之债与合意之债的区分推进一层的同时，贯彻了民法的意思自由原则；对有财产担保债权的固定比例优先，既承认了担保的制度价值，不至于严重冲击现行担保制度，又可通过有财产担保债权的固定比例劣后，使有财产担保债权人较之于在绝对优先规则下更加谨慎放债，从而对企业债务人具有较多的约束动力，促进了企业风险分配的内部化（至少可以弱化企业风险的外部化），某种程度上可收两全其美之效。

## 余 论

人与物、人格与财富孰重孰轻？这是一个永恒追问，似乎并没有终极答案。不同国家在不同时期所处发展阶段的不同以及所追求的社会经济发展目标的差异，决定了其在对社会和谐安定的追求、对弱者保护与救济效果的追求、对（大规模）侵权行为的防范机制和防范方式的追求等方面，相应地也存在差异，因而，在破产法和侵权法中，对侵权债权、有财产担保债权和普通合同债权的态度同样也存在差异，其间不同的立法态度未必有明确的是非对错之分。本文意在揭示，债权的受偿位序，并非只有现行立法一种可行方案。如果说目前实施上述方案的经济社会条件或者法制环境尚不成熟，未来一段时间内，我国破产立法或许需要寻求更多其他不同的选择可能。

改革开放以来，社会财富分配原则经历了从 /效率优先、兼顾公平0 向 /更加注重社会公平0 的转变。在 /以人为本、全面发展0 和 /更加注重社会公平0 这一科学发展路径和发展目标之下，有必要重新审视并理顺有财产担保债权、侵权之债（尤其是人身侵权之债）、普通合同债权等不同性质的债权在债权受偿图谱中的地位及其应有的和谐关系。而把人身侵权之债的分配顺位率先加以提升，也许不啻为践行我国社会经济科学发展观的重要一步。

1 责任编辑：张芝梅2

should be taken at the national level for early warning and prevention of economic risk.

(7) Governance Theory and Paradigmatic Progress in Public Administration

*Wang Shizong # 87 #*

The half-century long Simon/Waldo debate indicates that the crux of the issue of anomalousness and crisis in the classical paradigm of public administration lies in the politics-administration dichotomy and the resultant separation of value and efficiency. The various schools of public administration emerging since the 1960s have failed to effectively eliminate this anomalousness and crisis. Governance theory, born of globalization, localization and the crisis of the welfare state, breaks through a series of dichotomies including the politics-administration dichotomy in an attempt to bridge the gap between value and efficiency and thereby advance the development of public administration. Some scholars have therefore argued that it has achieved a paradigm revolution in public administration. However, an examination employing Kuhn's paradigm concept suggests that the approbation that governance theory has garnered in public administration circles has come at the cost of metaphysical and belief confusion and a prevailing pragmatism. Profound differences underlie surface agreement. The analysis of governance theory from the perspective of public administration paradigm indicates that such theory should have as its goal the establishment of a unified disciplinary logic and metaphysics and foreshadows a possible path for the emergence of a new paradigm of public administration.

(8) Reflections on the Sequencing of Creditors' Rights on the Basis of Bankruptcy Law

*Han Changyin and Han Yongqiang # 101 #*

In China, the sequencing of creditors' claims is determined by two major principles, namely "claims with secured real right have absolute priority" and "general claims are met equally." Nevertheless, when a debtor becomes insolvent, and especially in cases of bankruptcy due to massive tort liabilities arising from mass personal injury, adhering to these two principles not only fails to provide the necessary remedy for victims of personal tort but also fails to carry out the basic function of tort liability law, that of deterring tort behavior. This leads to grave legal injustice and logical deficiency. Due to the difference in terms of remedy, tort-related claims should, in principle, have priority over ordinary contract-related claims. Given that it is neither possible nor necessary to completely deny the priority of secured real right, and that claims arising from personal tort, and particularly from the infringement on material right of personality, should have priority over claims arising from property tort, a viable alternative would be to first establish limited priority for personal tort claims when the tort debtor becomes bankrupt.

(9) The Information Tool in Public Regulation

*Ying Feihu and Tu Yongqian # 116 #*

The selection of regulatory tools plays a crucial role in decision-making. Compared with traditional regulatory tools, information has distinct functional advantages. Its proper use not only encourages fair dealing and self-discipline among the parties to a transaction as well as the implementation of regulatory institutions, but also lowers costs. But theoretical studies are still