



财经法治

中国破产法 原理与适用

The Theories and Applications of
China Bankruptcy Law

齐明 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中国破产法

原理与适用

The Theories and Applications of
China Bankruptcy Law

齐明 著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国破产法原理与适用 / 齐明著. —北京: 法律出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1019 - 4

I. ①中… II. ①齐… III. ①破产法—研究—中国
IV. ①D922.291.924

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 150061 号

中国破产法原理与适用

ZHONGGUO POCHANFA YUANLI YU SHIYONG

齐 明 著

策划编辑 解 锟

责任编辑 解 锟

装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印业有限公司

责任校对 杨锦华

责任印制 吕亚莉

编辑统筹 财经出版分社

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 19

字数 320 千

版本 2017 年 7 月第 1 版

印次 2017 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

上海分公司/021-62071639/1636

西安分公司/029-85330678

深圳分公司/0755-83072995

重庆分公司/023-67453036

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1019 - 4

定价:66.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

谨以此书献给辛勤养育我的父母,亲爱的哥哥,可爱的宝宝。

前 言

撰写本书的初衷是针对当前我国破产法司法实践与破产立法脱节的问题所展开的破产法解释与适用问题的研究,同时笔者也注意到自从2006年我国现行破产法颁布之后从冷到热关注度越来越高,破产法的实施面对着迫切的需求,但是破产法的理论研究却并没有跟上破产法实施的需求,更无从谈起对实践发挥指导作用。

笔者自从2008年从美国哈佛大学法学院与美国破产法领军人物 Elizabeth Warren 教授(现为美国联邦参议员,美国总统特别顾问,美国财政部特别顾问)研修破产法回国后发觉美国破产法典较之我国破产立法先进之处,开始从事中美破产法比较研究。直至2010年年初受吉林大学法学院委派去长春市中级人民法院民事审判三庭(破产业务审判庭)挂职锻炼中接触破产案件审判工作,发现中国的破产法问题在于理论与实践脱节、立法与实践脱节问题,潜心在中国现阶段经济和社会转型期间的特殊国情、社会、经济环境下的破产法实施问题,推动破产法的概念法学研究极为迫切。认为现阶段破产法的理论研究最大贡献应当在于破产法学基本理论框架的构建和对现行破产法法律适用问题的研究。在理论研究和实践讨论中发现,随着经济下行因素的压力,近年来破产法实践缺乏理论指导的真空环境下极速奔跑,大有极力挣脱破产立法的趋势。

自2007年6月1日《中华人民共和国企业破产法》(后简称《破产法》或者“现行破产法”)以来破产司法实践某种程度上陷入了破产法为废法的怪圈,表现为在破产法的实践操作过程中不承认现行立法的可操作性和体系性,并以此为由随心所欲的解释破产法,称之为“创新”。进而要求办理破产案件的法官随之一同创新,称为需要“有担当”。本书之所以称之为怪圈,是因为这种情况是在其他民事商事部门法实施过程中没有出现过的,为何单单破产法的实施出现这种问题?主要归因于以下两个因素:

首先,破产理论界没有很好地解决破产法与非破产法之间的关系问题,理论界没有提炼出破产法的基本原则和立法政策。影响到了破产法律体系内在的体系性和整体性,在破产法的主体轮廓不明确的情况下,无法解决破产法和非破产法之间的关系。结果导致破产法的特殊性被一味夸大,使破产法似乎无法与其他部门法融合。同时由于破产法作为特殊法的强势法律效力,在与之相冲突的时候又不得不优先适用破产法的规定,给人破产法不可理喻的印象。

其次,破产法所处理的案件纷繁复杂,破产法法条不足以也没有必要把破产程序中所涉及的全部破产法问题规定,而是充分运用其他部门法提供的法律依据。现行破产法一共136条,远远不能解决破产法实施中所面临的全部问题,如果孤立地仅把破产法和司法解释看待破产程序中的法律依据,而不考虑在破产程序中寻找非破产法的法律依据的话,必然得出破产法不具有可操作性的结论。但是不仅破产法的实施,其他法律的实施也都要在中国现行的法律体系构建的平台下考虑法律依据的问题^①,这是破产法研究和实施中的误区^②。一些简单的破产法于其他法律之间的关系容易解决,如确定债务人财产范围时,我们不约而同寻求物权法依据,审查破产申报的债权时,我们向合同法、民法通则、民事诉讼法等法律寻找依据,但是涉及出资人权益调整等稍微复杂或者涉及既得利益的问题上,破产法律实践不去公司法或者证券法寻找法律依据,而是动辄批评破产法规定存在空白,需要在实践中创新与突破,这个问题不得不引起我们的警惕与反思。

① 公司法的实施也是如此,如果没有合同法、物权法确定公司内部外部的契约关系,财产关系,那么公司法也将成为不具有可操作性的法律。

② 在司法实践中,呈现出不去其他部门法中寻找破产法实施的法律依据,而是一边强调破产法没有提供依据,一边进行所谓的创新不断突破破产法的法律底线。

现行破产法是否具有可操作性?这是现行破产法实施中的前提性问题,也是其他部门法实施中所没有遭遇过的质疑。在此前提下,产生两种不同的结果,也就是如果现行破产立法不具备可操作性,那么按照破产法的精神或者自己所领会的破产法的精神进行创新,甚至需要较大规模的创新以确保破产司法实践的顺利进行;相反,如果现行破产立法自身具有可操作性,那么破产法实施中所遇到的问题需要严格遵守破产法的规则、原则得以解决,读懂破产法的规则、原则和立法政策就成为第一要务,进而通过解读和适用现行破产法寻找解决司法实践中所遇到问题的答案,这既是破产从业人员所应该做的,也是法律人所擅长的。

本书认为,虽然我国现行破产法确实存在一系列问题,但是这并不影响其能够给破产程序的顺利依法正确实施提供足够的法律依据,也不影响现行破产法作为全国人大立法的应有效力。

对破产法质疑的出现是破产法的实施与破产法立法和理论严重脱节的结果。一方面,破产法的实践者心中充满对现行破产法的不信任,未经仔细研究和系统性的学习就认为其不具有可操作性,进而本能地倾向于在破产法之外寻找办理案件的依据;另一方面由于破产法的理论体系没有完全建立起来,不能体系化完成对现行破产法的解释与适用问题,一些破产法的基本原则和理念在破产实务界未能达成共识,表现为破产案件的处理中实务操作者对破产法的一些基本问题都没有达成共识,对相同或相似问题的处理方法五花八门。

目前我国破产立法经验和立法技术都不是十分完善,在立法层面表现为由于破产法理论缺失而导致破产法律机制不统一、重要破产法律制度操作层面尚缺乏必要的共识、破产专业性原则缺失。同时 1986 年破产法 20 年的司法实践不仅在司法实践上给法官和公众带来了一系列的误导,而且会反作用于我国破产法的理论研究,导致一部分破产法专家学者仍然使用原有的破产法理论解释和解决新破产法的适用问题,对现行法的误解和误区在本书阐述中一并澄清。

本书认为有必要正本清源,厘清破产法的功能与限制,区分破产法作为商事部门法所能够发挥的功能和来自于政治、经济、社会、文化等方方面面面对破产法功能所提出的要求。认清前者,我们能够看到破产法的实有功能及其局限,一方面从内部加强破产法各个机制的完善和调配统一协作;另一方面从外

部完善破产法发挥作用所需要的配套机制^①,并解决好破产法实施中破产法和非破产法之间的关系问题。认清后者,能够摆正破产法的实施在国家的大政方针中的正确位置,确定我国破产法未来立法修改和为我国破产法实施制定司法政策确定长久目标。

但是二者不能混为一谈。破产法不是解决一切社会问题包治百病的神药,也不是解决社会贫穷问题的手段。无论从破产法的商事部门法定位,还是从破产法自身宗旨^②的设定来看其自身想做的和能做的都局限于在法律的框架下运用市场手段来解决特定丧失清偿能力的债务人所引起的债权债务问题。

例如,破产法只解决债务问题而不解决贫穷问题^③。贫穷可能是导致债务产生并导致债务人丧失清偿能力的原因,但是这绝非破产法所能够解决的问题。正相反破产法所解决的典型的过度负债问题恰恰不是由于贫穷引起的民事债务,而是由于商业投资或者经营引起的商事债权债务关系^④。贫穷问题是社会问题,需要社会综合治理方式能够解决。

从我国现行立法规定来看,破产程序的作用限于解决围绕特定债务人周围的一系列债权债务问题,对该债权债务关系的处理对人不对事。在我国现行破产法实施中,破产程序终结并不意味着债权债务关系的彻底消灭,而是切断了特定债务人与其他债权人之间的债务链条,连带债务人或者保证人仍然需要承担清偿责任。也就是说,经过破产司法债务清偿程序之后,结果只限于破产中的债务人只需要按照一定的债务调整比例对原有债务进行清偿,并没有导致原有债权债务关系的彻底消灭。

这是我国立法政策决定的问题,我国1986年《中华人民共和国企业破产法(试行)》中明确规定了“破产程序终结后,未得到清偿的债权不再清偿”^⑤。至于其债权不再清偿是指针对破产人,还是包括全部连带债务人和保证人的问题现在已经没有必要再去追问。但是现行破产法删掉了这一破产免责条

① 齐明:《破产法体系构建的功能主义指向及其市场依赖》,载《当代法学》2012年第5期。

② 《破产法》第1条。

③ 笔者在2008年3月应 Bill Whitford 教授邀请赴美国威斯康星大学法学院做题为“Legal Thinking of Establishing Consumer Bankruptcy System in China”讲座,在随后的研讨中 Whitford 教授陈述自己对破产法的理解“破产法只解决债务问题不能解决贫困问题,在确定破产法的功能和局限时不能将二者混为一谈”。给笔者留下的印象极为深刻。

④ 即便是自然人破产法也主要针对房贷和信用卡借贷产生的债务问题。

⑤ 《中华人民共和国企业破产法(试行)》第38条。

款,进而明确了在现行破产法的实施中的两件事情:首先,只要破产程序终结之后债务人主体资格没有消灭,那么就应当对未经处理的债务继续履行^①;其次,连带债务人或者保证人显然不能因为破产程序的终结而免除其履行责任^②。当债权人(尤其是金融债权人)利用其强势地位在缔结借贷合同的时候要求债务人企业绑定股东和实际控制人的时候,我国破产法中缺乏自然人破产制度和缺乏破产免责制度的弊病就显现出来了,导致的实际后果不仅在实践上刺破了公司面纱,而且使若干自然人陷入痛苦的过度负债的深渊^③。

本书在归纳总结破产法原则的基础上,致力于解决现行破产法的适用问题,希望通过本书体系化的论证与阐述,呈现在读者面前一部具有可操作性、成体系的破产法,呈现给读者一部规则适用明确,并且规则之间有确定的法律原则串联起来的破产法。这样的解释与适用能够给破产法实施提供必要的参考,有助于破产法的实践者们就一些破产法的基本问题达成共识,进而推动我国破产法实施依法有序进行。本书内容上先介绍相关的破产法理论和立法例,之后再以2006年的破产法法条为教材逐条开始解析,在解析中不断的渗透破产法的相关理论。力争探索和建立适合中国国情,具有中国特色的社会主义破产法学理论体系,并且理论与实践相结合,形成对我国现行破产立法适用的权威解读为破产法律实践提供法律依据。

① 主要发生在破产重整和破产和解程序中,这种情况下债权人会议通过或者法院批准通过的债权债务调整的方案对债务人继续履行债务具有法律效力,对于主张债权的新债权人也具有约束力。

② 《中华人民共和国企业破产法》第92条第3款:“债权人对债务人的保证人和其他连带债务人所享有的权利,不受重整计划的影响”;第101条:“和解债权人对债务人的保证人和其他连带债务人所享有的权利,不受和解协议的影响。”

③ 当然如果他们足够幸运的话,可能反而会促使中国尽早出台自然人破产制度的出台。美国哈佛大学法学院教授 Bruce H. Mann 在其著作 *Republic of Debtors: Bankruptcy in the Age of American Independence* 中详细阐述了孕育自然人破产制度产生的社会、政治、经济和法律土壤。参见 Bruce H. Mann. *Republic of Debtors, Bankruptcy in the Age of American Independence* [M]. Harvard University Press. 2002。

前言	1
----------	---

第一部分 我国破产法概述

第一章 我国破产法的立法现状	3
第二章 现行《破产法》的基本脉络	5
第三章 现行《破产法》的几点特征	9
第四章 破产法的学习方法	19

第二部分 破产法的原则与立法政策

第一章 破产法的基本原则	25
第二章 我国破产法的立法政策	37

第三部分 现行《破产法》解读与适用

第一章 总则	43
第二章 申请和受理	50

第三章 管理人	69
第四章 债务人财产	83
第五章 破产费用和共益债务	98
第六章 债权申报	105
第七章 债权人会议	126
第八章 重整	137
第九章 和解	175
第十章 破产清算	185
第十一章 法律责任	213
第十二章 附则	219
《破产法司法解释(一)》解读	224
《破产法司法解释(二)》解读	246

第一部分 我国破产法概述

第一章 我国破产法的立法现状

从1949年至今,我国共颁行两部破产法,即《中华人民共和国企业破产法(试行)》(以下简称1986年《破产法》)(1986年颁布,1987年实施,2007年6月1日废止)和《中华人民共和国企业破产法》(以下简称现行《破产法》或《破产法》)(2006年颁布,2007年实施)。与我国现行法律体系中其他民商事立法相比,可以说破产法是非常年轻的一部法。《破产法》和《公司法》一样都是舶来品,我国没有破产法的理念或者传统,这为破产法的实施造成了一定的障碍。中国的法律史中也没有过破产法的立法或理念。相反,中国传统债法的文化与我国的现行《破产法》或者世界各国的现代破产法的理念表现得格格不入。在债法传统上,我们强调债的类物权性,即强调债权债务关系永恒存在,父债子还,夫债妻还,这种思想不仅与破产法相冲突,而且与现代民法理念相冲突。

这样的法律传统和法律理念的冲突必然会导致我国的破产法立法和法律实施上的困难。1986年《破产法》运行的效果不甚理想,在20余年的司法实践中饱受批评,究其原因不仅跟我国传统债法理念相冲突有极大关系,而且跟其在特定的历史阶段需要实现的特殊的社会效果直接相关。破产立法像投放到市场中的商品一样,立法者不仅期待较高的利用率,而且期待着较好的社会反响。然而破产法并非唯一解决债权债务问题的立法,破产程序也只有经过债权人或

者债务人提出申请才能启动,在人们对破产程序不了解、内在机制不健全的情况下,破产法的实施经过了一段时间的发展低谷。现行《破产法》实施深受1986年《破产法》的影响,因此我们在学习破产法和进行司法实践的过程中应该有一定的心理预期和宽容度,随时准备面对当事人的不理解。

与1986年《破产法》不同,整体说来现行《破产法》基本具备了现代化和国际化破产法的基本特征,现行《破产法》具备了独立的调整对象、独立的价值追求、立法宗旨、法律原则、法律规则,拥有各种法律机制和比较成熟的立法技术。

第二章 现行《破产法》的基本脉络

现行《破产法》一共 136 条,分十二章:

第一章为总则部分,共 6 条。在学习总则部分时需要注意,首先,总则没有列出破产法的原则,而破产法的原则在贯穿破产法的立法和实施过程中又是极为重要的;其次,在破产法体系化理解过程中应当注意现行《破产法》的总则并非完全局限于第一章的总则部分,同时分散于其他章节。例如,破产宣告、破产分配、债权人会议、管理人等章节的规定同样适用于其他章节,也应当视为总则的一部分。

第二章申请和受理,解决破产程序应否启动、启动何种破产路径的问题。

第三章是破产管理人制度,该制度是现行《破产法》新创设的制度,在很大程度上借鉴了美国破产法的相关规定。可以说破产管理人制度是我国破产法立法机制中的重中之重,它的重要性首先表现在破产管理人在破产案件中直接决定着债务人财产能否保值增值的问题,而债务人财产又是破产法中的核心问题。债务人财产是资金池,如果资金池干涸了,那么就没有把程序继续下去的必要。我们从《破产法》的规定中不难发现破产管理人的权力很大,管理人的职权在现行破产法的有机构建中发挥相当大的作用。一方面立法者对破产管理人寄予厚望,另一方面最高人民法院对管理人制度充满期待和担心,这从两个关于破产管理人的司法解释同时在破产法实施之前出

台足以看出。

第四章债务人财产是现行《破产法》新创设的概念。在1986年《破产法》中没有债务人财产的概念,只有破产财产的概念,两者从时间点上划分的区别在于在破产宣告之前称为债务人财产,在破产宣告之后称为破产财产。1986年《破产法》规定,破产程序的启动方式是宣告破产,或者说法院作出宣告破产就标志着破产程序的启动,债务人财产这个概念是没有适用空间的。无论是债务人财产还是破产财产,都是破产法中的核心问题,所以破产法规定,如果债务人企业的债务人财产的价值连破产费用都支付不了应该裁定终结程序;而如果债务人财产的价值超过了它所负债务的总价值的话,那么也不适用破产程序。在某种程度上,债务人财产的价值是决定破产程序是否启动、如何启动、何时启动以及启动的正当性的前提性问题。

第五章规定破产费用和共益债务。共益债务是一个重要的概念。对于1986年《破产法》来说,我们一直在纠结的问题是破产分配顺序,探讨如何排序更加合理。但现行《破产法》中引入共益债务后,在某种程度上使原来的破产清偿顺序变得不那么重要了。因为当我们研究讨论破产分配顺序时,现行《破产法》所规定的开放式的共益债务这一范畴加到前面了。共益债务的“插队”直接影响职工债权的实现。从总体上看,相对1986年《破产法》而言,现行破产法对职工债权保护做出了巨大牺牲。这种改变存在如下两点正当性:首先,1986年《破产法》的破产主体是国有企业,国有企业的职工为国家做出过巨大贡献,其工资标准不是按照人力资本市场定价确定的,因此当企业破产时,存在众多历史遗留问题需要解决,所以要在破产法中体现优先保护职工债权的目标。而现行《破产法》实施过程中,国有企业改制问题基本处理完毕,同时由于我国的《社会保障法》于2011年颁布实施,因此破产企业职工的问题基本可以用市场化的方式解决。其次,现行《破产法》是一部市场经济背景下的破产立法,力图通过市场机制来化解破产程序中出现的問題。

从司法实践的角度来看,破产利害关系人通过对破产共益债务的研习、掌握和论证都在争取把自己享有的债权纳入共益债务的范围中去,一旦纳入其中就可以实现两方面的优先受偿,即金额上的足额优先受偿和时间上的优先受偿。

第六章债权申报。现行《破产法》修正了1986年《破产法》逾期申报^①的

① 1986年《破产法》规定破产债权申报期之内不申报债权视为自动放弃债权。