

国家社会科学基金项目成果

Bankruptcy Law
— theory and normative research

破 产 法

——理论与规范研究

李永军 • 著



中国政法大学出版社

中国政法大学
CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE AND LAW

Bankruptcy Law
— theory and empirical research

破产法

——理论与规范研究

王欣新 著

● 中国政法大学出版社

国家社会科学基金项目成果

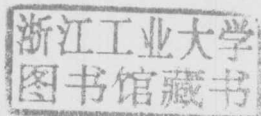
Bankruptcy Law
— theory and normative research

破产法

——理论与规范研究



李永军 • 著



浙江工业大学图书馆



71956035



中国政法大学出版社

2013 • 北京

图书在版编目(CIP)数据

破产法:理论与规范研究 / 李永军著. 北京: 中国政法大学出版社, 2013. 2

ISBN 978-7-5620-4651-6

I. ①破… II. ①李… III. ①破产法-研究-中国 IV. D922. 291. 924

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第023659号

- 书 名 破产法:理论与规范研究
PO CHAN FA LI LUN YU GUI FAN YAN JIU
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034 分箱 邮政编码100088
邮箱 academic.press@hotmail.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)
(010)58908437(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 720mm×960mm 16开本 29.5印张 530千字
- 版 本 2013年2月第1版 2013年2月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4651-6/D·4611
- 定 价 69.00元

- 声 明
1. 版权所有,侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题,由印刷厂负责退换。

序 言

Preface

我国现行破产法于2006年通过,应该说在世界上有影响的国家中,是最新的破产法。因为其他国家的破产法可能也有新的修改,但我们是重新起草而不是在1986年破产法基础上的修改,基本使命和理念都发生了根本的变化。现行破产法有以下几个最大的特点:①它规定了相互并列且有自己开始原因的三种程序,即破产清算、和解与重整。其实,在目前世界破产法的立法例中,将这三种完整的程序规定在一部破产法中的情况已不多见。美国破产法虽然从实质上看确实是有这三种程序,但是分别不同主体而规定的;日本等国已经废除了和解程序而代之以民事再生程序(据说比和解利用率和效果要好),并区别于公司更生法;德国法现行破产法是将和解与重整合在一起的,将重整视为和解的一部分。在我国破产法起草的过程中,也有起草组成员提出废除和解,但考虑到我国的实际情况和司法实践的经验,还是保留了和解程序。因此,我国破产法是这三种程序最完整、最典型的代表。同时,这三种程序相互并列,任何一种程序的开始,不以另外一种程序的开始作为前提条件(股东申请重整时有一点例外)。②我国破产法不适用于个人。按照我国现行破产法第2条、第135条及其他特别法的规定,也仅仅适用于企业法人及其他可以适用破产法的组织,不包括个人。这是一种价值取向的选择,并不是技术上的问题。其实,从世界其他国家的经验来看,最典型的破产是个人破产。因为,破产法的制度价值之一,就是使债务人从繁重的债务中解放出来,从而东山再起。而破产(清算)中的法人就无此机会。因此,一般国家的破产法首先是应该适用于个人的。而我国自1986年破产法以来,个人不能适用破产法似乎成为了一种根深蒂固的观念。我们必须明白,1986年的破产法之所以适用于法人,而且仅仅是国有企业法人,有以下2个原因:其一,当时,破产法的目的和使命就是配合国有企业的改革;其二,当时人们的观念很难接受个人破产;其三,我们也没有任何个人破产的司法经验和执业律师。但现在已经发生了

很大的变化，不仅人们的观念发生了变化，而且国家的经济结构和成分也发生了很大的变化。而且，从实际上说，目前的个人和家庭都是很需要破产法的。因此，从这一点上看，现行破产法出台之时，就已经滞后于社会的需要了。^③现行破产法仍然延续了1986年破产法规定的“破产程序的受理开始主义”立法例，破产法上规定的所有制度性效力从法院受理破产案件开始，例如，对债务人财产的接管、对债务人人身限制、对债权人权利的限制等。在这种立法例下，如果经过法院“审理”，债务人不具备破产原因的话，将难以逆转。因此，我国各级法院在司法实践中，应特别谨慎对待受理问题。

现行破产法自颁行至今，也已经经过了接近7年的时间。经过这一段时间的检验，证明我国破产法是一部很好的法律，比较适合中国的国情，为司法实践提供了有力的支持。同时，也不可否认的是，经过这7年的适用，也暴露出一些问题和不足。尤其是在这一时间内，受到了金融危机与经济危机的严峻挑战，各国也都在纷纷修改其破产法律制度，使我国破产法暴露出很多立法时没有考虑到的状况。另外，在我国还有一个特殊的情况，那就是与法律配套的组织和人才储备的不足。破产法是一个相当复杂的法律制度，它不仅涉及实体法，也涉及程序法；不仅涉及私法的物权制度、债权制度、知识产权制度、商事法律制度，也涉及行政法、金融法和经济法（在我国可以这样称呼）、社会和劳动保障制度。例如，一个公司在重整时，如果股东不同意，是否可以强行削减公司股东的股份以有利于引进资金？我国司法实践中大量的重整案件，都是通过这种方式进行的，甚至有的案件中，对一人公司的股东的股份强行削减为1%。这种做法是否符合破产法和公司法的基本原则和规范？就很有争议。另外，像税收债权应如何对待？是否需要申报？有异议时应如何处理？在企业重整时，这种债权如何对待和处理？职工的工资债权及社会保障等也是破产法需要一揽子解决的问题。而这些问题，有些在破产法中并没有明确的规定，需要实施者根据其他法律判定。因此，需要人才储备。而我国由于缺乏这种经验和人才，使破产法的实施面临很大的问题。1992年的俄罗斯破产法颁布时，立法者在其说明中就特别担心由于缺乏具有实践经验的人才队伍而造成法律实施的困难。我国破产法的实践也证明了这一问题。但是，经过7年的实践，我们的人才储备也渐渐强大，但制度又没有给这些人才提供更大的成长空间。这种状况也确实令人担忧。最高人民法院也在为破产法的正确实施努力和谨慎地制定司法解释，已经逐步地在公布司法解释各个部分。我们应该乐观地认为，需要本身就会开辟新的道路。

有些东西是本人力所不能者，我所能够做的工作除了积极的呐喊之外，就是

序 言

针对这些问题，从破产法律规范上进行解释，从理论上进行说明和阐述。这也是本书的基本目的。可以肯定地说，本书中有许多不当和错误，希望前辈和同行能够不吝指教。

本书是国家社科基金的项目成果的出版，感谢国家社科基金的支持，使我能够顺利完成本项目并出版此著作。同时，感谢中国政法大学出版社的大力支持，特别是李传敢先生和刘利虎先生的大力支持。

李永军

2013年1月27日

目 录

Contents

序 言	1
第一章 破产法概述	1
第一节 破产与破产法	1
一、破产与破产法概念	1
二、破产法的性质与内容	3
三、破产法的立法宗旨	6
四、破产法的制度价值	8
第二节 破产法上的立法主义	10
一、一般破产主义与商人破产主义	10
二、自力救济主义与公力救济主义	11
三、破产原因的概括主义与列举主义	11
四、破产程序的宣告开始主义与受理开始主义	13
五、破产宣告的申请主义与职权主义	13
六、和解前置主义与分离主义	14
七、惩戒主义与非惩戒主义	14
八、破产普及主义与属地主义	14
九、破产宣告的溯及主义与不溯及主义	17
十、破产财产的固定主义与膨胀主义	17
十一、免责主义与非免责主义	18

第三节 破产程序的结构与启动机制	
——以我国破产法规范为考察	18
一、程序设计的基本思路	18
二、程序启动机制	24
第四节 破产法上的利益或职权冲突及平衡机制	26
一、破产法上各种利害关系人的利益平衡	26
二、债权人自治与法院强制的平衡	36
第二章 破产程序的开始	39
第一节 破产程序开始的实质要件	39
一、破产原因	39
二、破产主体资格	49
三、破产障碍	52
第二节 破产程序开始的形式要件	56
一、破产程序的开始以申请为原则而以职权为例外	56
二、接受申请的法院应对该破产案件有管辖权	57
三、跨界破产的管辖原则	66
第三节 破产申请及受理	67
一、破产申请	67
二、破产申请的审查和受理	90
第三章 破产程序开始的法律效力	98
第一节 破产程序的开始对其他程序的影响	98
一、对民事诉讼程序的影响	98
二、对正在进行中的民事执行程序的影响	98
三、对于后续与破产债务人有关的诉讼的影响	101
第二节 破产程序开始对破产人人身权利的影响	103
一、秘密通讯自由的限制	104
二、居住迁徙自由的限制	104
三、拘传	105
四、监禁	105

五、说明义务	106
六、公法或私法上的资格限制	106
七、破产宣告后法人地位的存续	107
第三节 破产程序开始对破产人财产的影响	108
一、破产财产的管理处分权归由破产管理人	108
二、对破产宣告前法律规定的期间内所为的有害债权人利益的行为的影响	111
三、对合伙关系的影响	112
四、对共有财产的影响	112
五、所有权保留	113
六、预告登记	115
第四节 对债务人在破产宣告前已成立的契约关系及对债权人的影响	
——管理人对双务合同解除权及其后果	116
一、破产管理人合同解除权的价值、立法例及规范解读	116
二、从规范的角度看管理人合同解除权的标准	122
三、从利益平衡看对管理人合同解除权的限制——以一个案例分析	123
四、对租赁契约的影响	125
五、对承揽契约的影响	126
六、对雇佣合同的影响	128
七、对于交互计算契约的效力	129
八、对于通过交易所而进行的买卖契约的影响	129
九、对委托契约的影响	130
十、对破产债权人的效力	130
第五节 我国破产法的受理开始主义模式反思与补救	131
一、问题的提出及意义	131
二、补救措施	131
第四章 破产程序中的必设和任设机构	134
第一节 债权人会议	135
一、债权人会议的法律地位	135
二、债权人会议的组成	137
三、债权人会议的职权	142

四、债权人会议的工作机制	144
第二节 债权人委员会	152
一、债权人委员会的法律地位及设置的必要性	152
二、债权人委员会（或监查人）的选任	153
三、债权人委员会的职权	156
四、债权人委员会成员的权利义务	157
五、债权人委员会成员的解任	158
第三节 破产管理人	158
一、破产管理人概述	158
二、我国管理人指定的具体问题	165
三、破产管理人的变更与解任	169
四、破产管理人的法律地位	171
五、破产管理人的职责	175
六、管理人与债权人委员会的关系	183
七、管理人的报酬	183
八、管理人的法律责任	186
第五章 破产债权及其申报	189
第一节 破产债权的概念	189
一、破产债权的含义	189
二、破产债权的特征	190
第二节 破产债权的范围	192
一、成立于破产程序开始前的债权	192
二、税收债权	192
三、附期限的债权	193
四、附条件的债权	194
五、债权人对连带债务人的债权	194
六、连带债务人及保证人的求偿权	196
七、因票据关系所生的债权	197
八、因交互计算关系而生的债权	200
九、因解除双务合同而产生的债权	200

十、保证人破产时债权人之被保证的债权	200
十一、其他债权	201
第三节 破产债权的申报	202
一、破产债权申报概说	202
二、债权申报的期限	203
三、债权申报的方式与内容	204
四、接受债权申报的机关	205
五、债权申报的效力	205
六、债权申报的撤回与变更	206
七、未申报债权的后果	206
八、无需申报的债权	208
第四节 破产债权的调查	209
一、破产债权调查概述	209
二、债权调查的方式	210
三、对异议债权的处理	212
四、对债权的确认	212
五、无需调查的债权	213
第五节 破产债权的计算	214
一、破产债权计算概说	214
二、未到期债权的计算	214
三、定期金债权	215
四、非金钱债权	216
五、外币债权	216
第六节 破产债权的行使	216
一、破产债权行使的一般规则	216
二、附条件债权的行使	217
第六章 破产费用与共益债务	219
第一节 破产费用与共益债务的概念	219
一、破产费用与共益债务的基本含义	219
二、破产费用与共益债务存在的理由和理论基础	220

破产法

三、破产费用与共益债务的基本特征	221
第二节 破产费用与共益债务的范围	222
一、破产费用与共益债务的立法例	222
二、破产费用的范围	223
三、共益债务的范围	225
第三节 破产费用与共益债务的清偿	228
一、破产费用与共益债务清偿的一般原则	228
二、破产费用与共益债务清偿中的顺序问题	228
三、债务人财产不足以清偿破产费用或者共益债务时的后果	229
第七章 破产财产	230
第一节 破产财产的一般概述	230
一、破产财产的概念	230
二、破产财产的性质	231
第二节 法定破产财产的构成	232
一、破产财产构成的时空限制	232
二、法定财产的具体构成（以属地主义为假定模式）	234
三、管理人依照破产法的规定行使撤销权而应收回的财产	236
四、债务人（破产人）将来取得的财产	237
第三节 破产财产的例外——自由财产	238
一、自由财产的制度价值	238
二、自由财产的构成	239
三、自由财产权利的行使	240
第八章 破产程序中的取回权	241
第一节 一般取回权	241
一、一般取回权的概念与性质	241
二、取回权的基础权利	244
三、取回权的行使	247
第二节 特别取回权	251
一、出卖人的取回权	251

二、行纪人的取回权	255
第九章 破产程序中的撤销权	258
第一节 撤销权概说	258
一、撤销权的概念与制度价值	258
二、撤销权制度与无效行为制度	260
三、撤销权的构成要件	261
四、撤销权的性质	268
第二节 撤销权的范围	270
一、对非正常交易的撤销	271
二、对优惠行为的撤销	272
三、对无偿行为的撤销	279
四、撤销权行使的限制	280
第三节 撤销权的行使与效力	284
一、撤销权行使的方式	284
二、撤销权行使的期间	284
三、撤销权行使的效力	285
第十章 破产程序中的抵销权	287
第一节 抵销权概述	287
一、抵销权的概念	287
二、抵销权的价值理念	288
三、抵销权的特征	288
第二节 抵销权的适用范围	290
一、破产债权与属于破产财产的债权的抵销	290
二、共益费用及共益债权与属于破产财产的债权之抵销	291
三、除斥债权与属于破产财产的债权的抵销	291
四、破产债权与属于破产债务人自由财产的抵销	291
五、除斥债权与属于自由财产之债权的抵销以及共益费用与共益债权与属于自由财产 的债权的抵销	292
第三节 抵销权的限制与扩张	292
一、抵销权的扩张	292

二、对抵销权的限制	293
第四节 抵销权的行使	297
第十一章 破产程序上的担保物权——别除权	300
第一节 别除权概述	300
一、别除权的概念	300
二、制度价值	301
三、我国破产法上的别除权制度	302
第二节 别除权的基础权利	303
一、抵押权	303
二、法定优先权	305
三、质权	306
四、留置权	307
五、让与担保	308
六、动产抵押	310
七、财团抵押（包括浮动抵押）	311
第三节 别除权的行使	315
一、别除权行使的一般规则	315
二、别除权行使的法律效力	316
第十二章 重整程序	317
第一节 重整程序概述	317
一、重整的概念和种类	317
二、重整制度的立法例	319
三、重整制度的产生与历史沿革	320
四、重整制度的适用范围	326
五、程序之间的比较与转换	332
第二节 重整程序的制度结构	344
一、重整程序的基本流程	344
二、重整的模式	345
三、重整期间	346
四、重整期间的担保物权与取回权	347

五、重整程序中的机构	348
第三节 重整程序的具体流程	350
一、重整程序的开始	350
二、重整计划及其制定	359
三、重整计划的内容	362
四、重整计划的通过与认可	368
五、未通过重整计划时的强行许可	373
六、重整计划认可的效力	375
七、重整计划的执行	379
八、重整程序的废止与终结	381
第十三章 和 解	384
第一节 和解概述	384
一、和解的概念	384
二、制度价值	386
三、对于和解制度功能的特别说明	388
四、关于和解的立法例	388
五、我国破产法上和解制度的特点	389
第二节 和解的程序	390
一、和解申请的提出	390
二、法院对申请的审查	392
三、债权人会议对于和解协议草案的议决	394
四、法院对于和解协议的认可或者否定	395
五、和解程序的终结	395
第三节 和解协议的效力	396
一、和解对于破产程序的优先效力	396
二、和解协议对于债务人的效力	396
三、和解协议对于债权人的效力	397
四、和解对于保证人、连带债务人的效力	398
五、和解协议所确定的债权的执行力	398
第四节 和解及和解让步的取消	399

破产法

一、和解程序的取消	399
二、和解让步的取消	402
第十四章 破产清算程序	403
第一节 破产清算程序概述	403
一、破产清算程序在破产法中的地位	403
二、清算程序的适用	403
三、破产清算程序的基本流程	404
第二节 破产宣告	405
一、破产宣告的概念	405
二、破产宣告的法律性质	408
三、法院宣告债务人破产的原因	408
四、宣告债务人破产的法律阻却事由	409
五、破产宣告后法院应为的事项	409
第三节 破产财产的管理	410
一、消极管理	410
二、积极管理	412
第四节 破产财产的变现	413
一、变现的意义	413
二、变现的原则与方法	413
三、变现的程序	416
四、对破产财产变现的限制	417
五、破产财产的出售与民商法上的优先权制度	418
六、对别除权标的物的变现	418
第五节 破产分配	420
一、破产分配概述	420
二、破产分配的依据——分配方案	421
三、债权人未能受领分配的法律后果	427
第六节 破产程序的终结及法律后果	427
一、破产程序的终结及事由	427
二、追加分配	431