

PCFYLSY

YSJSY



破产法原理释义 与实践适用

佟金玲 著



辽宁大学出版社
Liaoning University Press

PCFYLSY



YSJSY

破产法原理释义 与实践适用

佟金玲 著



辽宁大学出版社
Liaoning University Press

图书在版编目 (CIP) 数据

破产法原理释义与实践适用/佟金玲著. --沈阳:
辽宁大学出版社, 2011. 8
ISBN 978-7-5610-6461-0

I. ①破… II. ①佟… III. ①破产法—法律解释—中
国②破产法—法律适用—中国 IV. ①D922. 291. 925

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 165675 号

出 版 者: 辽宁大学出版社有限责任公司
(地址: 沈阳市皇姑区崇山中路 66 号 邮政编码: 110036)
印 刷 者: 抚顺光辉彩色广告印刷有限公司
发 行 者: 辽宁大学出版社有限责任公司
幅面尺寸: 148mm×210mm
印 张: 7
字 数: 180 千字
出版时间: 2011 年 8 月第 1 版
印刷时间: 2011 年 8 月第 1 次印刷
责任编辑: 郭胜鳌
封面设计: 韩 实
责任校对: 晓 鸥

书 号: ISBN 978-7-5610-6461-0
定 价: 18.00 元

联系电话: 024—86864613
邮购热线: 024—86830665
网 址: <http://www.lnupshop.com>
电子邮件: lnupress@vip.163.com

前 言

破产是市场经济发展到一定阶段必然出现的法律现象。破产法是市场经济社会法律体系的重要组成部分。破产法属于实体法与程序法相结合的特别法。在现代社会里，破产法律制度完善与否，已成为一个国家、一个社会信用、法制现状优劣的标志之一。我国破产法律制度的现状是：内容少、原则性规范多、效力层次低，而破产法律关系涉及当事人众多，法律关系复杂，包括破产程序启动、破产宣告、全面清理破产企业的债权债务、合理分配破产财产、配合政府有关部门妥善安置职工及破产法律责任的承担等各个方面的内容。

鉴于此，本书以破产法律现象为研究对象，以 2006 年 8 月 27 日我国第十届全国人大常委会第二十三次会议审议通过的《中华人民共和国企业破产法》为参照，吸收和借鉴国内外破产法相关研究的具有代表性的思想和观点，并结合我国当下破产实务的情况，阐明破产程序、破产的管理人、债权人会议、破产重整制度、破产和解制度、清算制度等相关制度的基本原理，以适应新经济形势下，对全体债权人的公平清偿，债务人正当权益的维护，社会整体利益的保障，促进我国社会主义市场经济秩序和谐发展。

破产法原理释义与实践适用

本书既可以供各层次法律院校研究人员和广大师生参考使用，也可以供司法实践工作者参考使用。

作 者

2011 年 4 月

目 录

第一章 破产法概述.....	1
第一节 破产和破产法.....	1
第二节 破产法的历史发展.....	7
第三节 破产法的效力和作用	16
第二章 破产申请与破产案件的受理	23
第一节 破产要件	23
第二节 破产申请的提出	35
第三节 破产案件的受理	47
第三章 破产管理人	58
第一节 破产管理人概述	58
第二节 破产管理人的选任	62
第三节 破产管理人的职责和报酬	71
第四章 破产财产、破产费用与债务制度	80
第一节 破产财产	80
第二节 破产费用.....	100
第三节 破产债权.....	105
第五章 债权人会议.....	118
第一节 债权人会议概述.....	118
第二节 债权人会议的组成和职权.....	128

第六章 破产重整	139
第一节 重整制度概述	139
第二节 重整申请和重整期间	142
第三节 重整计划的制定和批准	145
第四节 重整计划的执行和终止	153
第七章 破产和解制度	159
第一节 破产和解制度概述	159
第二节 破产和解程序	167
第三节 破产协议的法律效力	176
第八章 破产清算	179
第一节 破产宣告	179
第二节 破产财产的变价和分配	188
第三节 别除权	196
第四节 破产程序的终止	201
第九章 破产犯罪与法律责任	205
第一节 破产犯罪概述	205
第二节 我国破产犯罪的立法及处罚	207
第三节 法律责任	210
第四节 附 则	212
参考文献	215

第一章 破产法概述

第一节 破产和破产法

一、破产的概念和特征

(一) 破产的概念

从词源考证，破产（bankruptcy）一词源于16世纪意大利语“Banca Rotta”，意思为“砸烂的板凳”。根据中世纪意大利商业和城市的习惯，商人在市中心交易市场各有自己的板凳，当某个商人不能偿付债务时，其债权人就砸烂他的板凳，从而使其丧失经营资格。

在中国，“破产”一词有丰富的内涵。在日常生活中，经常用“破产”来比喻“事情失败”。这里是指彻底的、不可挽回的失败，如某人的阴谋破产了，某某计划破产了，通常具有贬义。在经济生活方面，“破产”指“丧失全部财产”，通常是指当事人的经济生活发生严重亏损，财务上无法维持下去，已经到了事业倒闭、倾家荡产的地步。

从经济学角度来看，破产是指经营失败导致经济主体解体的一种客观状态，是经济主体消亡的一种方式。从法律角度分析，破产一词具有特定含义。英国《牛津法律大辞典》将破产定义为“政府通过其为此目的而任命的官员取得债务人的财产，从而将

其变卖，并且通过优先请求及优先顺序把债务人的财产按一定比率分配给债权人”的“一种程序”。^① 根据日本《新法学辞典》的解释，破产是指“债务人陷于不能清偿其债务的场合，以对所有债权人将债务人的总财产公平清偿为目的的程序。”^② 我国《法学大辞典》对破产所下的定义为“债务人不能清偿到期债务或负债超过资产时，由法院强制执行其全部财产，公平清偿全体债权人，或者在法院的主持下，由债务人与债权人会议达成和解协议，避免倒闭清算的法律制度。”^③

对破产的法律概念，各国学者表述的角度、方式略有不同，但对破产概念的实质方面的观点基本相同，表述的差异主要是由于对破产法律制度的内涵作广义或狭义的理解造成的。

法律上的破产，是指处理经济上破产时债务如何清偿的一种法律制度，即对丧失清偿能力的债务人，经法院审理与监督，强制清算其全部财产，公平清偿全体债权人的法律制度。一般而言，破产概念专指破产清算制度，但对破产法律制度则有广狭两义的理解。通常对破产法律制度作广义的理解，将破产清算以外的各种以避免破产为目的的和解、重整法律制度也视为破产法律制度的组成部分，而不是将破产法律制度仅狭义地理解为破产清算制度。

（二）破产的特征

破产是商品经济社会发展到一定阶段必然出现的法律现象，是市场经济下优胜劣汰的必然产物。因而，破产主要具有下列特征：

1. 破产是一种清偿债务的特殊执行程序。一些学者认为破

① [英] 戴维·M·沃克：《牛津法律大辞典》，北京社会与科技发展研究所译，光明日报出版社1988年版，第81页。

② [日] 我妻荣：《新法学辞典》，中国政法大学出版社1991年版，第782页。

③ 邹瑜、顾明主编：《法学大辞典》，中国政法大学出版社1991年版，第1295页。

产是一种概括的执行程序，即为全体债权人的利益而对债务人的全部财产进行的执行程序。普通的民事执行程序则是为个别债权人的利益而进行的。两者虽有区别，但作为执行程序的基本性质是相同的。执行程序属于司法程序，所以破产必须在法院的管辖支配之下才能进行，其他机构没有处理破产事项的权力。另一方面，作为一种执行程序，破产制度与普通执行程序一样，不具有解决当事人间实体民事争议的功能。破产程序中没有设置为解决当事人间实体民事争议、保护当事人诉讼权利的相应程序。对债权人与债务人或其他利害关系人间的实体民事争议，各国破产立法均规定在破产程序之外通过诉讼程序解决。只有无争议的或已经法院和仲裁机关生效裁判确定名义的债权债务关系，才能在破产程序中得到执行。

2. 从启动原因看，破产是在特定情况下适用的一种法律程序。债务人不能清偿债务是破产程序发生的原因。除法律有特别规定外，在其他情况下不能适用破产程序。另外，破产作为概括性的、为全体债权人利益而进行的执行程序，其立法目的与一般执行程序不同，具有对一般债务清偿程序的排他性，即排除为个别债权人利益而对债务人财产进行的其他执行程序。所以在破产程序适用之后，其他与之相冲突的执行程序或清偿行为都应当停止，即破产案件受理之后，所有违背对全体债权人公平清偿原则的行为均不得进行。出于保护全体债权人利益的同一目的，有些国家或地区的破产立法甚至还规定，如果法院在民事诉讼和民事执行过程中发现债务人不能清偿债务，可以依职权将案件转入破产程序。此外，根据民事责任的履行优先于行政责任和刑事责任中对财产执行的原则，破产程序的启动还应当具有排除以上两种责任中对债务人财产执行的效力。

3. 破产是对债务人全部法律关系的彻底清算，在破产人为法人的情况下，还直接导致债务人民事主体资格消灭的法律后果。破产对债务人全部财产的清算，必然使其丧失继续经营的财

产基础，从而丧失经营资格，并因终止经营导致对其全部法律关系的清算。这种清算由破产管理人即我国法律规定的清算组在法院主持下进行，而不是由当事人自行进行。同时，破产还产生一些对债务人人身、资格和财产等方面权利限制的后果。

4. 破产程序实施的宗旨，是要保证债权人的公平清偿和对债务人正当权益的合理保护，并进而实现对社会利益的维护。破产法所要解决的主要矛盾，是多数债权人之间因债务人有限财产不足以清偿全部债权而发生的相互冲突。故而破产法针对此情况下一些问题的处理作有特殊规定，设有专门的制度，例如关于破产撤销权、破产抵销权、别除权等方面的法律规定。此外，破产程序对债务人的正当权益也作有一些特殊的保护规定，如通过和解制度、重整制度与免责制度的设置，达到避免破产发生，以及免除诚实的债务人通过破产程序未能清偿的剩余债务的立法目的，以鼓励其在破产之后仍能积极参与社会经济活动，为社会和个人创造新的财富。

二、破产法的概念与性质

破产法有广义和狭义之分。狭义的破产法，专指破产法典，如我国 2006 年 8 月 27 日通过的《中华人民共和国企业破产法》；广义的破产法，包括狭义破产法在内的、有关破产程序和破产实体的一切法律规范的总称。如《商业银行法》、《保险法》、《公司法》、《合伙企业法》，国务院颁布的《关于在若干城市实行国有企业兼并和职工再就业有关问题的补充通知》，广东省发布的《广东省公司破产条例》等立法中有关破产的相关规定。

破产法的基本内容从性质上可分为实体性法律规范、程序性法律规范和罚则。实体性法律规范主要包括破产原因、破产财产、破产债权、取回权、别除权、抵销权、撤销权、破产费用等内容。程序性法律规范主要有破产申请与受理、管辖、破产宣告、债权人会议、破产管理人、破产和解、破产重整、破产清

算、破产程序的终结等内容。罚则部分主要规定对破产犯罪行为等违法行为的处罚、债务人的免责与复权等内容。在立法体例上,各国法律规定也有所不同。有的国家在破产立法中将实体性规范、程序性规范、罚则等内容分别各自规定,有的国家则将法律规范按照破产程序进行的先后顺序统一规定,不作实体与程序性质之分。目前我国的破产立法采取的是后一种立法方式。

对于破产法的性质,究竟属于哪一个法律部门,或者是否构成独立的法律部门,从各国立法来看,有的国家将其作为民事诉讼法的一部分,如葡萄牙;有的国家将其归入民法或商法,如法国、意大利在商法典中设有“破产编”;有的国家将其作为独立的法律部门,如英国、美国、德国和日本。

在我国法学界,关于破产法性质的认定主要存在以下五个学说。第一个学说主张破产法是经济法的一个分支;第二种学说主张破产法应属于民商法范畴;第三种学说调和前两种学说,将破产法的性质视为兼具民商法和经济法双重性质的法律;第四种学说认为破产法应归入程序法范畴;第五种学说则坚持破产法是一种既包括实体法又包括程序法的特殊法。

总之,关于破产法性质的学说和立法模式众说纷纭,笔者将破产法的性质概括为以下几点:

1. 破产法的综合性质。破产法所要解决的债务人无力偿债问题,是一个涉及多种社会关系和多方利益诉求,同时又关系到社会的经济发展和政治安定的问题,因此,它具有多重的目标,需要运用多种法律机制进行综合调整。破产法规范类型的综合性,决定了它的作用的多重性。

2. 破产法是特别法。破产法是以无力偿债事件为对象,依据特定的政策目标而制定的法律规范。破产法与普通的民法、商事法和民事诉讼法之间既有联系也有区别。破产法的规则在基本原则和法律概念上,应当尽可能与普通法律保持一致,以实现规范协同。另一方面,破产法又有一系列不同于普通法律的特殊规

则。所以，在处理破产案件时，破产法规则总是处于优先适用的地位。

3. 破产法的灵活性与强制性。从实际出发，尽可能公平而妥善地处理无力偿债情况下的债务清偿问题和尽可能减少破产事件带来的消极后果，是实施破产法必须遵循的基本指导思想。因此，破产法不仅允许当事人自行协商解决，而且鼓励当事人在破产程序中通过谈判和妥协达成协商解决，并提供了相应的程序条件。当然，这并不意味着可以动摇破产法规则的强制性。这种强制性是公平清偿秩序的保障。公平清偿是破产法的灵魂。

三、破产法的适用范围

根据 2006 年 8 月 27 日全国人民代表大会常务委员会通过的《企业破产法》（以下简称新破产法）第 2 条规定：“企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的，依照新破产法规定清理债务。企业法人有前款规定情形，或者有明显丧失清偿能力可能的，可以依照新破产法规定进行重整。”

可见，新破产法将适用范围限定为企业法人，这其中不仅包括国有企业法人，同时也包括承担有限责任的其他企业法人。现行法律规定不具有法人资格的合伙企业的合伙人、个人独资企业的出资人应对企业债务承担无限连带责任，这些企业破产，必然会连带牵涉到企业合伙人、出资人的个人破产问题。而我国目前尚未出台有关个人破产的程序规定。所以，新破产法第 135 条规定：“其他法律规定企业法人以外的组织的清算，属于破产清算的，参照适用新破产法规定的程序。”这意味着，合伙企业、个人独资企业的破产对新破产法规定的适用，由有关法律决定。《企业破产法（试行）》将适用的主体范围限制在具有法人资格的全民所有制企业。新破产法将适用主体范围扩大到所有的具有法人资格的企业，不再区分是否为全民所有制企业，这其中包括有

有限责任公司、股份有限公司和具有法人资格的集体企业、民营企业以及设在中国领域内的中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业等。一般来讲，商业银行、证券公司、保险公司等金融机构应该适用新破产法所规定的破产程序。但由于该类金融机构的种种特殊性，它们的破产应当优先适用新破产法第 134 条和其他相关法律的特殊规定，以及国务院制定的实施办法。

根据新破产法第 4 条规定：“破产案件审理程序，新破产法没有规定的，适用民事诉讼法的有关规定。”

破产法是实体法与程序法的结合。从程序法的意义上讲，破产法与民事诉讼法都是规定法院、当事人和其他诉讼参与人进行民事诉讼活动的法律，二者的关系是特别法与一般法的关系。民事诉讼法是基本法律，它的一般规定适用于破产案件，而破产法的特别规定则是对破产案件的特殊程序事项的特别规定。因此，根据特别法优先于一般法的原则，在法律适用上，对于破产案件中的程序事项，企业破产法有规定的应依照该规定，没有规定的，则适用民事诉讼法的有关规定。具体而言，主要有民事诉讼法的基本原则，关于级别管辖的规定，关于回避的规定，关于当事人委托代理人的规定，关于证据的规定，关于期间、送达的规定，关于妨害民事诉讼的强制措施的规定，关于诉讼费用的规定，等等。

第二节 破产法的历史发展

一、国外破产法的历史沿革

（一）大陆法系国家破产法的沿革

破产制度萌芽于古罗马时期。当时，以《十二铜表法》为代表的早期罗马法，在债务执行方面基本上采用人身执行制度。例

如，其第3表规定，普通债务到期时，债务人有30日的宽限期设法还债。如逾期仍不能清偿，债权人即可以武力扭送债务人至法官前，以手触其身，陈述负债的原因和数额，以及债务人未能清偿的事实。此时，被告不得反抗。如果被告不能清偿债务，也不能和原告成立和解，又无亲友出面作保，法官即裁判将债务人交与债权人。债权人即可将债务人囚于私牢，羁押期为60日。在此期间，债务人虽丧失自由，但不丧失行为能力，仍可与债权人进行和解。此间，债权人应将债务人带至市场三次，宣布其应偿的数额，寻求他人担保，或使其亲友怜悯而代为清偿。除了可以执行监禁的人身惩罚外，罗马法还规定债权人可以将债务人处死，或出卖于国外；如果债务人是被交给几个债权人，则他们可以将债务人切块分尸。

随着文明的进步，古罗马于公元前326年通过了帕特利亚法案（Lex Poptelia），仅指将因欠债的罗马平民处死或贩卖为奴隶。罗马法的债务执行制度逐渐由人身执行转变为财产执行。起初，出现了一种债务人以交付财产免于人身拘押的制度，称作“财产委付”。后来发展为裁判官介入执行程序中，根据具体情况可以强制将债务人财产清偿或变卖清偿的执行方式。因此可以说，罗马法的财产执行制度是现代破产制度的雏形。

中世纪之后，由于商业的发达，意大利为商业中心，其信贷关系和债权债务关系大量出现，调节这些关系的法律也应运而生。意大利破产法首创商人破产主义，以停止支付作为破产原因，并为保护债权人利益建立了预防债务人欺诈性转让财产的嫌疑期制度，可以追回被非法转让的财产。

意大利于1865年颁布统一的破产法。1883年制定商法典，其中第三编为破产法。意大利于1903年制定《破产预防法》和《小破产法》，增设以预防破产为目的的和解制度和适用于小商人的简易清算程序。1942年，意大利放弃民商分离的立法体制，制定民商合一的民法典，但原商法典中的破产编未收入民法典，

成为单行的破产法。2002年，意大利颁布新破产法。

1667年，受罗马法和意大利法的影响，法国颁布了第一部成文的破产法律。1673年，法国国王路易十四颁布了著名的《商事敕令》，其中第十一章为破产制度的规定，标志着破产法的成文法渐告完备。法国在1807年颁布商法典，其第三卷为破产编，实行商人破产主义和不免责主义。1838年，法国对破产法大加修正，并将它从商法典中独立出来。第二次世界大战以后，法国曾于1955年修订破产法。1967年作重大修订，命名为《有关司法清理、财产清算、个人破产及破产犯罪的法律》。这仍然是一部清算主义的立法。1984年，制定84—148号法律，修改公司法的有关规定，设立了内部预警程序以及和解清理程序，前者旨在使企业及时发现财务危机的预兆并采取措施防止事态恶化，后者旨在使企业与主要债权人达成延期偿还和削减债务的协议。这是法国重建主义立法的开端。1985年，颁布85—98号法律《困境企业司法重整及清算法》，全面修改破产法，建立了以重整前置主义为特征的再建型债务清理法律体系。自1992年起，法国商法院开始较多地适用84—148号法律的和解清理程序，并逐渐形成了“早预防、早治疗”的思想。在此基础上，法国于1994年6月颁布了94—475号法律，即《企业困境防治法》。该法总结以往的经验，修改了84—148号法律的和解清理制度，加大了早期治理企业困境的力度。该法还对85—98号法律作了若干修正，以加强对债权人的保护。该法颁布后，受到法官、律师和企业家的欢迎，并在实践中得到日益广泛的运用。

在15、16世纪时，德国尚无统一的破产法。许多地方只有个别执行的程序，只有汉萨同盟的一些城市从13世纪开始，对死亡和逃跑的债务人适用破产程序。17、18世纪以后，德国开始受到西班牙法律的影响制定了许多法律，并形成了两类破产制度。其一是债务人主动提起的善意委付程序，其二是债权人为了阻止个别债权人扣押和执行财产的行为而提起的破产程序。债权

的调查和清算都由法院完成，欺诈性转让行为可被撤销，债权人较少参与破产程序。但这两种程序都未对债务人提供免责。德国在 19 世纪中叶，各邦纷纷制定破产法，其中公布最早、影响最大的是 1855 年《普鲁士破产法》。1871 年德国统一后，以该法为蓝本，编纂了 1877 年破产法典，该法典后来经过了多次修改。1916 年和 1935 年，德国两度制定和解法，以后经多次修订，但其拯救困境企业的效果不尽如人意。1994 年 10 月，德国颁布新破产法。该法分为 10 编，共 335 条。其中第六编和第七编属于重整制度。该法于 1999 年生效施行。

日本于 1881 年以德国法为蓝本，起草《商法典》，第三编破产法。该法典于 1890 年颁布，定于 1891 年施行，但因反对派阻挠，直到 1893 年才正式施行。1899 年颁布新商法典时，原破产编未列入，作为单行的破产法继续有效。日本于 1922 年公布新破产法，历经多次修改，沿用至今。同年引进奥地利立法例，颁布和解法。受英国影响，于 1938 年修正商法典时，又特别规定了公司整理和特别清算制度。第二次世界大战以后，引进美国立法例，于 1952 年颁布公司更生法（该法于 1967 年进行较大修改）。2000 年，日本颁布民事再生法，取代和废除了原有的和解法，扩大了企业重整程序的适用范围并加强了对债务人企业的拯救力度。

（二）英美法系国家破产法的沿革

英美法系国家破产法的诞生，略晚于欧洲大陆国家破产法。英美法系国家的破产法是以英国破产法为基础发展、演变而来的。英美法以判例法著称，但是它们的破产法长期以来是以成文法为基础的。

英国最早的破产法是 1542 年亨利八世颁布的《破产条例》。该法以保护债权人利益为宗旨。该法采用一般破产主义，凡不能清偿债务而有欺诈行为者，无论是否商人，皆适用该法。1705 年破产法，仍采商人破产主义，破产申请仅得由债权人提起，创