

破产法 研究综述

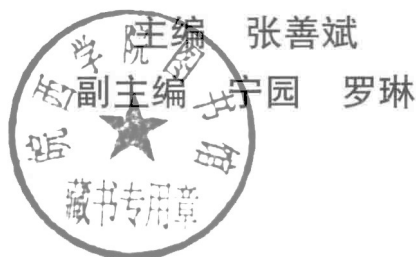
主编 张善斌
副主编 宁园 罗琳



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社

特别感谢湖北维思德律师事务所对本书出版的资助

破产法 研究综述



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

破产法研究综述/张善斌主编. —武汉: 武汉大学出版社, 2018. 11
ISBN 978-7-307-20626-7

I. 破… II. 张… III. 破产法—研究—中国 IV. D922.291.924

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 251890 号

责任编辑:陈 帆

责任校对:汪欣怡

版式设计:马 佳

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷: 武汉中科兴业印务有限公司

开本: 720 × 1000 1/16 印张: 44.75 字数: 732 千字 插页: 3

版次: 2018 年 11 月第 1 版 2018 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-20626-7 定价: 138.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。



张善斌

1965年生，湖北天门人，法学博士，武汉大学法学院教授，博士生导师，现为武汉大学法学院民商法教研室主任、中国法学会民法学研究会理事、湖北省法学会民法学研究会常务理事、湖北省法学会商法学研究会常务理事。主要研究方向为民法基础理论、人格权法、侵权法、合同法、物权法、公司法、破产法等。出版著作4部，发表论文30余篇。代表性成果为专著《权利能力论》，论文《民法人格权与宪法人格权的独立与互动》《死者人格利益保护的理论基础与立法选择》《公平责任原则适用存在的问题及对策》《集体土地使用权流转的障碍排除与制度完善》《人类胚胎的法律地位及胚胎立法的制度构建》等；多篇文章分别被《中国社会科学文摘》和人大复印资料转载。主持国家社科基金项目1项、中国法学会部级法学研究课题1项，以及横向研究课题“建设工程施工合同若干问题研究”“破产清算程序中和解若干法律问题研究”“供给侧结构性改革与破产法热点问题研究”等8项。



宁 园

1992年生，湖南邵阳人，现为武汉大学法学院2017级民商法博士研究生，先后师从张善斌教授、张素华教授。曾发表《不动产登记公信力及其修正》《论未成年人监护的价值理念——以国家干预及其尺度为视角》《论微博转发行为受著作权法保护的依据——兼论合理使用制度的完善》等5篇文章。



罗 琳

1992年生，湖北武汉人，现为武汉大学法学院2017级民商法博士研究生，先后师从张里安教授、陈本寒教授。曾发表《破产费用、共益债务与物权担保债权的清偿问题》《自然人破产中自由财产范围的划分问题探析》《建立与行政区划适当分离的司法管辖制度探究》等4篇文章。

编委会

主 编：张善斌

副主编：宁 园 罗 琳

撰稿人（以姓氏拼音字母为序）：

陈碧盈 高 琪 李 晨 李小勤 罗 琳

宁 园 谭俊楠 王姝越 徐 澍 余江波

翟宇翔 张善斌 周雯瑶

前 言

今年是改革开放四十周年，破产法施行三十周年。^①在此背景下，回顾破产法的发展历程，梳理和总结破产法研究成果具有特别的纪念意义。

破产法是市场经济的产物。我国在 1949 年之后的较长时期内实行高度集中的计划经济体制，否认商品经济的作用；没有健全的法人制度，企业尤其是国有企业只是政府部门的附庸，不是独立的经济实体；人们将破产法视为资本主义制度予以排斥，根本不承认社会主义企业有破产一说。在这种国家治理模式下，自然也就谈不上对破产法进行深入研究，更不可能制定破产法。改革开放之后，我国计划经济体制逐步向有计划的商品经济并最终向市场经济转变，在此过程中，企业的破产清算开始为人们所关注。

我国法学界酝酿和筹划建立破产制度始于 1980 年。当时主要是由民事诉讼法学者组成的民事诉讼法起草小组根据经济体制改革的实际情况，预测到经济改革必将催生破产制度，因此提出在《民事诉讼法草案》第 3 稿增添破产程序的建议。为了回避大家难以接受的“破产”一词，采用了“清产还债”概念，拟定了清产还债程序，该程序基本上包括了破产程序的主要内容。但由于经济体制改革深化程度不够，社会需求不强烈，理论研究不充分，再加上公众缺乏必要的心理准备，破产程序最终夭折。^②尽管破产程序在立法上的尝试失败了，但关于破产法的讨论仍在继续。当时，关于国有企业财产权性质存在占有权说、相对所有权说、用益权说等不同观点，学界没有达成共识。在实践中，当国有企业出现亏损不

① 《中华人民共和国企业破产法（试行）》（以下简称《企业破产法（试行）》）自 1988 年 11 月 1 日开始施行，于 2007 年 6 月 1 日被现行《中华人民共和国企业破产法》（以下简称《企业破产法》）取代。

② 参见柴发邦主编：《破产法教程》，法律出版社 1990 年版，第 40~41 页。

能偿还债务时，政府往往采取关、停、并、转等各种措施予以解决，因此国有企业不存在破产问题。但集体企业和私人企业可能破产，在我国建立破产诉讼程序是必要的。^①这可能是当时的主流观点。1982年中央文件将我国经济体制描述为“以计划经济为主，市场调节为辅”，1984年进一步提出“有计划的商品经济”的概念。在此背景下，学界就国有企业产权的性质逐渐达成共识，国家所有权与国有企业经营权相分离，国有企业经营管理的财产相对独立。1984年曹思源在《瞭望周刊》中发表了《试论长期亏损企业的破产处理问题》，提出应当确立企业破产制度。在1984年5月召开的第六届全国人大二次会议上，部分人大代表提出制定企业破产法的提案。同时，企业破产制度的试点工作开始在沈阳、武汉、重庆和太原等地进行。破产法成为当时的热门话题。

改革开放到1986年《企业破产法（试行）》颁布期间，是破产法研究的起步阶段。在这一阶段，学界围绕破产法，出版书籍6本，发表文章约101篇，其中绝大多数文章发表于1986年。^②

总体来看，这段时间理论界探讨的主要问题为是否应当建立破产法制度，对具体的细节问题涉及不多。现在看来，制定破产法似乎毋庸置疑，不是问题，但在当时特殊的时代背景下，这一论证十分重要，决定了破产制度的存亡。反对建立破产制度的主要理由在于，社会主义国家不会发生资本主义那样的经济危机，也不会有大批企业破产倒闭的现象。即使少数企业破产倒闭仅仅是整个社会总劳动中的一部分劳动减少、另一部分劳动增加的结构性调整。这种结构性调整，可以采取多种办法来进行，破产制度只是办法之一。而且国有企业资不抵债的原因不仅仅是由于内部经营问题，很大程度上是由于外部因素如政府大量干预企业经营造成的，在平等的市场经济还没有建立的情况下让企业承担资不抵债的风险并不公平。另外，建立破产制度的条件尚不成熟，在建立国有企业破产制度之前应当先制定国有企业法。主张建立破产制度的学者则强调破产制度在实现企业经营改革、优胜劣汰、促进商品经济发展、维护社会稳定等方面的作用，并

① 参见马俊驹：《试论我国法人的独立财产和有限责任》，载《北京政法学院学报》1982年第2期。

② 统计数据参见张善斌主编：《破产法文献分类索引》，武汉大学出版社2017年版。

认为公有制并不是破产的障碍。直至1986年12月2日《企业破产法（试行）》颁布，理论界对于是否要建立破产制度的争论才逐渐平息。表面上这是学界对于是否应当建立破产制度的争论，但考虑到当时的时代背景，实际上是政治、经济的变革对法学带来的影响，也是法学为适应社会需要作出的反映。

《企业破产法（试行）》出台至《企业破产法》颁布的这二十年，是破产法研究的成长阶段。这一阶段学界对破产法的研究全面开花，硕果累累，出版破产法书籍大约186本，发表论文大约2080篇，内容涉及破产法的方方面面。值得一提的是，1994年论文数量呈爆发式增长，从以前的几十篇到148篇论文，之后每年发表的破产法论文数量均在百篇以上。在民商法领域，破产法研究可谓异军突起，发展迅猛。在此阶段，破产法研究主要集中在对《企业破产法（试行）》的反思、破产法具体制度的完善、破产法的修订三个方面，其间始终贯穿着对域外破产法律制度的翻译、介绍和比较研究。

我国的破产制度是改革开放的产物，随着时代应运而生的同时不可避免地带有时代的烙印，有着时代局限造成的制度设计缺陷。学者将《企业破产法（试行）》的不足主要归纳为以下几个方面：适用范围窄，仅仅适用于全民所有制，将非国有企业排除在外；行政色彩浓重；法律条文过于粗糙；缺乏对债权人和债务人的权益保障；破产预防制度缺乏可操作性。同时，学界介绍了大量域外的破产法律制度，尤其是美国、日本、英国、德国、我国香港地区和台湾地区的破产制度；对于破产法的立法宗旨、破产能力、破产管理人制度、公司重整制度、破产撤销行为的识别、破产企业职工保护、债权人会议制度、税收债权问题、破产程序、劳动债权与担保债权的关系、政府在企业破产中的作用等问题进行了深入的研究和探讨。破产法研究为破产制度的完善提供了理论依据，推动了法律的修订、相关司法解释的出台。1991年修订的《民事诉讼法》增加了“企业法人破产还债程序”，至此，我国破产制度采用双轨制，即全民所有制企业适用《企业破产法（试行）》，非全民所有制企业适用《民事诉讼法》的规定。1994年，全国人大财经委员会组织新企业破产法的起草，并于1995年提交全国人大常委会审议，最终未获通过。新企业破产法的起草工作暂时搁置。2003年8月，破产法起草小组重新成立。此后的两三年，理论界研究重点突出，紧紧围绕企业破产法草案，集中研究破产法适用范

围（即自然人、上市公司、金融机构是否适用企业破产法）、重整程序、管理人制度等问题，为新企业破产法的起草提出了大量的建议。2006年8月27日，《企业破产法》颁布，并于2007年6月1日正式实施。

《企业破产法》颁布至今，是破产法研究的成熟阶段。这一阶段出版破产法书籍大约214本，公开发表文章大约2480篇。^①

在这一阶段，学界研究的重点主要是以下几个方面：一是对《企业破产法》的解释，包括对该法的总结评价，对法条的理解和运用。学界对《企业破产法》给予了较高评价，认为其有重大进步，主要体现在：取消双轨制的破产制度格局，对各种类型企业统一规范；将破产原因统一为资不抵债，不能清偿到期债务或者明显缺乏清偿能力；确立管理人制度；规定重整制度、和解制度，强调企业再生与挽救；制定了一系列规范破产的制度，避免“假破产，真逃债”的出现。^②二是就破产法的具体制度展开深入研究，如管理人制度，包括管理人的选任、职权、监督、管理人的报酬等；重整制度，包括预重整制度的构建，公司重整期间控制权的归属，重整计划批准、执行和变更，重整中法院的地位等问题；关联企业破产问题；特殊主体破产问题等。三是积极研究供给侧结构性改革面临的新问题。随着市场经济不断发展，我国供需关系面临结构性失衡，去产能、去库存、去杠杆、降成本、补短板刻不容缓。中央强调应当更加注重运用市场机制和经济手段，通过法治办法化解产能过剩的问题，完善企业退出机制。破产法成为去产能，推动供给侧结构性改革的利器。在此背景下，学界重点围绕着供给侧结构性改革、“僵尸企业”的处置、重整制度、关联企业破产、执行转破产等热点问题展开研究。四是研究跨境破产问题。我国与“一带一路”沿线国家的经济贸易交往日益密切，如何处理与这些国家的贸易、法律冲突也是当前的研究重点，其中就涉及如何处理企业跨境破产问题。从“一带一路”概念的提出到2016年韩进破产案，研究跨境破产的文章骤增。这一阶段对域外破产法制度介绍仍然集中在美国、英国、德国、日本、欧盟、我国台湾地区和香港地区，尤其是对美国破产法律制度进行介绍的文章占了所有关于域外破产制度文章的一半

① 这一阶段的破产法文献统计截至2018年8月31日。

② 参见王卫国：《新破产法：一部与时俱进的立法》，载《中国人大》2006年第9期。

以上。此外，也有文章介绍了巴西、印度、越南等国的破产法律制度。

这一阶段的研究成果，无论是出版的著作还是发表的文章，在数量上都远超前两个阶段之和。学界研究视野更为开阔，研究成果涉及破产法各个领域。破产法研究队伍不断壮大，一是法官、律师等积极加入破产法研究，其研究成果在破产法总体研究成果中的占比大幅提高；二是涌现出众多优秀的年轻学者，其中不乏在美国、英国、德国、日本等发达国家取得博士学位的留学回国人员，他们为破产法研究带来了新资料、新视角、新方法和新气象。

纵观破产法研究近四十年的历程，可以说，破产法研究历史是一个不断推进破产制度市场化的历史。从否认破产制度到肯定社会主义也存在企业破产，正是市场化的成果，承认破产就是把企业推向市场。在《企业破产法（试行）》颁布之后理论界普遍认为我国破产制度行政化色彩过重。促进破产市场化的努力体现在学者对于各个具体问题的探讨中，例如破产债权清偿顺序如何确定，尤其是劳动债权、税收债权的顺位问题，管理人如何构成及权利范围多大，重整中强制批准适用的条件，债权人会议的权利范围，等等。除此之外，还有学者提出，就破产个案而言，需要通过增加法律制度和配套措施，减少对于政府的依赖，促使破产制度的市场化，^① 恰当划分行政权和司法权的界限、细致调整重整中企业控制权的配置，积极回应特殊领域（如互联网领域和金融市场领域）、特殊主体（如公司集团和非营利组织）对于破产的需要。^② 只有这样，破产市场化才能真正发挥破产制度的作用。深圳市中级人民法院在这方面先试先行，积极探索，成效显著。但在全国范围推行“市场化破产”还有大量工作要做，需要顶层设计和具体制度配套，需要学界、立法和司法实务部门共同努力。

在隆重纪念改革开放四十周年之际，本人组织破产法研究团队编写了这本《破产法研究综述》，收集和整理破产法文献，回顾破产法研究的发展历程，归纳各种学术观点，简要介绍破产法研究成果和争论问题，力图

^① 参见王欣新：《论破产法市场化实施的社会配套法律制度建设》，载《人民法院报》2017年6月14日第7版。

^② 参见贺丹：《市场化的破产与破产的市场化》，载《人民法治》2017年第11期。

全面展示改革开放以来破产法研究成果，为破产法的学习、研究、教学和司法实践提供翔实的学术资料。

本书的特点在于：一是对近四十年来我国破产法研究成果进行梳理和归纳，通过本书能迅速地对我国破产法研究有概观性的了解，是一本极好的指南。二是对于破产法领域中存在的争议较大、尚未达成共识的一些问题，在归纳学者观点的基础之上，尝试性地提出一些浅见，希望能对未来的研究有所裨益。三是本书不仅关注理论界的研究成果，还关注实务部门编写的关于破产案件操作规程、典型案例剖析方面的论著，力求使理论研究和实务操作紧密结合。四是本书归纳的内容不仅包括破产法研究已取得的成就，还包括破产法领域目前尚未解决的问题和供给侧改革背景下出现的新的矛盾和挑战。

面对海量的资料，编写本书需要勇气，更需要时间和人力投入。虽然作者力图穷尽一切破产法研究成果，力图客观公正地介绍各种学术观点，但遗漏是不可避免的。同时，本书撰稿人较多，可能存在表述不一致的地方。且研究水平有限，某些问题的综述粗略了一些，归纳和提炼不到位，有些地方表述不够准确。敬请读者批评指正。

本书不仅是对过去四十年破产法研究成果的回顾，也是对我国破产法未来的展望。希望通过回顾和总结，助力学界涌现出更多的优秀成果，推动我国破产法向更好的方向前进。

张善斌

2018年11月

目 录

第一章 绪论.....	1
第一节 中国破产法三十年的动荡与变革.....	1
第二节 中国破产法的理论意义.....	5
第三节 中国破产法的缺陷	15
第四节 中国破产法的未来	27
第二章 特殊主体破产	37
第一节 金融机构破产	37
第二节 合伙企业破产	48
第三节 自然人破产	54
第四节 关联企业破产	64
第三章 破产原因	73
第一节 概述	73
第二节 破产原因与其他概念区分	81
第三节 破产原因的理论理解	91
第四节 我国规定的破产原因	97
第五节 合伙企业的破产原因.....	101
第四章 破产财产.....	104
第一节 破产财产的概念.....	104
第二节 破产财产的性质.....	107
第三节 破产财产的范围.....	112
第四节 破产财产的类型.....	117
第五节 破产财产的接管与管理.....	130

第五章 破产债权	134
第一节 破产债权的概念	134
第二节 破产债权的特征	135
第三节 破产债权的范围	140
第四节 破产债权的申报与确定	144
第五节 破产债权的清偿顺序	163
第六章 破产权利	192
第一节 撤销权	192
第二节 取回权	217
第三节 别除权	229
第四节 抵销权	238
第七章 重整	251
第一节 概述	251
第二节 重整的启动阶段	256
第三节 重整的进行阶段	264
第四节 重整计划的执行与监督	300
第五节 重整的终结阶段	310
第六节 重整制度的配套制度	314
第八章 和解	319
第一节 概述	319
第二节 和解程序	333
第三节 和解协议的效力	347
第四节 和解失败	356
第五节 我国和解制度的完善	363
第九章 破产清算	368
第一节 破产宣告	368
第二节 估价、变价和分配	378

第三节	破产程序终结	390
第十章	管理人	395
第一节	管理人的概念	395
第二节	管理人的法律地位	399
第三节	管理人的选任	409
第四节	管理人的职责	427
第五节	管理人的报酬	433
第六节	对管理人的监督	438
第七节	管理人制度的完善	442
第十一章	债权人会议	462
第一节	债权人会议	462
第二节	债权人委员会	484
第十二章	破产程序	496
第一节	破产程序的性质	496
第二节	破产管辖	499
第三节	破产程序的启动	502
第四节	破产保全	515
第五节	破产程序与民事诉讼程序的衔接	521
第六节	执行案件移送破产审查程序	532
第七节	简易破产程序	538
第八节	破产程序中的其他问题	543
第十三章	破产法中的职工保护	549
第一节	概述	549
第二节	职工保护的范围	555
第三节	破产程序中的职工保护	566
第四节	破产中劳动争议的解决	573

第十四章	跨境破产	579
第一节	跨境破产的含义	579
第二节	破产的域外效力	580
第三节	跨境破产的管辖权问题	585
第四节	跨境破产的法律适用	597
第五节	外国破产裁判的承认与执行	600
第十五章	破产责任	608
第一节	概述	608
第二节	对妨害破产程序的强制措施	610
第三节	破产民事责任及其附随效果	616
第四节	破产行政责任	641
第五节	破产犯罪	648
第六节	关联企业破产责任	675
主要参考文献		679
后记		705

第一章 绪 论

第一节 中国破产法三十年的动荡与变革

通常意义的“破产”一词，一指客观状态，二指法律程序。而诚如学者所言，破产是债务人在经济上发生困难，无法以其清偿能力对全部债权人的债权为清偿时，为解决此种困难状态，利用法律上的方法，强制将全部财产依一定程序为变价及公平分配，以使全部债权人满足其债权目的的一般执行程序。^①如果说制度在人类社会中的产生、存在、变化具有某种必然性，在何时、何地、以何种方式产生具有历史必然性，那么今天的破产法可能就是这种必然性的结果。贸易、投资以及其他经济领域的全球化发展使经济文明共同性更趋于必然，选择市场经济实际上就意味着选择了破产制度。现有的法律都是建立在真实经济基础之上的，由于技术、文化、观念等的变化，商业活动，尤其是金融活动实际上已经突破了现有的国别限制，电子商务、数字货币等已经出现了第四维，都在现实地影响破产制度。

中华人民共和国成立后的破产法律制度是在计划经济体制向市场经济体制的过渡中建立起来的。^②1984年，《瞭望》周刊第9期以《试论长期亏损企业的破产处理问题》为题，发表了关于“企业破产整顿法”的方案设想，^③这是我国第一篇公开发表的关于创建破产制度的文章，引发了理论界对破产法律制度的探讨，学者们讨论的重点主要围绕三个方面，即

① 陈荣宗：《破产法》，台湾三民书局1982年版，第1页。

② 王晨雁：《经济法律新论》，中国审计出版社2000年版，第161页。

③ 曹思源：《试论长期亏损企业的破产处理问题》，载《瞭望周刊》1984年第9期。