

主 办
中国破产法论坛组委会
承 办
中国人民大学法学院破产法研究中心
北京市炜衡律师事务所

POCHANFA LUNTAN

破产法论坛

第一辑



主 编◎王欣新 尹正友



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

D922. 29-53/5

:1

2008

主 办

中国破产法论坛组委会

承 办

中国人民大学法学院破产法研究所

北京市炜衡律师事务所

POCHANFA LUNTAN

破产法论坛

第一辑

主 编◎王欣新 尹正友



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

破产法论坛(第1辑)/王欣新等主编. —北京:法律出版社,2008.5

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8424 - 1

I. 破… II. 王… III. 破产法—中国—文集
IV. D922.291.924 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 054363 号

©法律出版社·中国

责任编辑/韦钦平

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/787×960毫米 1/16

印张/27.25 字数/456千

版本/2008年5月第1版

印次/2008年5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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 8424 - 1

定价:58.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

破产法论坛

(第1辑)

编辑委员会

主任:王欣新

副主任:刘兰芳 钱晓晨 张小炜 尹正友 王雨本

委员:王冰 朱庆标 赵继明 叶剑荣 宋全胜

孙晓敏 孙向齐 赵泓任 李江鸿 张艳敏

武涛 刘岸 史西岗 王道彦 聂丽黎

周鸿彬 任芳霞 范斌 袁成惠

主编:王欣新 尹正友

编辑委员会地址:

北京市海淀区北四环西路66号第三极大厦A座16层 邮编:100080

电话:010-62680923 传真:010-62680063 电子邮箱:pochan@whlaw.cn

前 言

20世纪90年代以来,为适应经济社会的发展,很多国家尤其是发达国家纷纷展开了轰轰烈烈的破产立法改革运动,对于破产法的一些重要制度进行了一系列革新。如美国分别在1994年、1998年、2000年、2001年、2003年、2005年通过新的破产法修正案,法国、英国、日本等国也先后对各自的破产法律制度进行了大幅度的调整。这些改革的力度之大、频度之高,是以往任何时期所不可比拟的,在世界范围内推动了对破产法律制度广泛的相互审视与借鉴,并且深深地影响了世界各国破产法制的建设与发展。

中国的破产立法迄今已经走过了22个春秋。1986年12月2日,第六届全国人大常委会第十八次会议通过了《中华人民共和国企业破产法(试行)》,将全民所有制企业的破产纳入法制轨道。1991年4月9日,第七届全国人大第四次会议通过了《中华人民共和国民事诉讼法》,在其第2编(审判程序编)中设第19章“企业法人破产还债程序”,适用于非全民所有制的法人型企业的破产案件。这些立法成果以及围绕其出台的相关司法解释、行政法规、规章等,对我国经济体制改革与市场经济建设起到了重要的促进作用。然而,随着经济体制改革的迅速进展,原有破产法律的很多制度设计日渐显露出落后与不合时宜。市场经济的纵深发展要求充分发挥破产法律制度对中国经济的调整作用,积极借鉴并吸纳各国成熟的破产立法经验和改革成果,这一切都在召唤一部新破产法的出台。2006年8月26日,经过长达十多年的充分酝酿与起草工作,在各界人士的翘首企盼下,一部新的《中华人民共和国企业破产法》终于破茧而出。多项重大制度创新和对不同经济性质市场主体的包容并纳,使得新破产法甫一出台即引起了社会各界的广泛关注。

为深入了解国际破产法制的先进经验和现实动态,及时整合国内破产法理论与实践研究的相关成果,不断推进新破产法配套法律体系和机制的完善,为有志于破产法研究的各界人士提供一个交流的平台,中国人民大学法学院

破产法研究中心与北京市炜衡律师事务所决定共同设立“中国破产法论坛”。论坛旨在对破产法领域的重大理论、实务问题展开深入、务实的研讨,全面推进我国破产法的研究工作,借此丰富对法律的解释、总结法律适用的经验、探求法律的精神,为立法和司法提供借鉴。作为一个常设性机构,“中国破产法论坛”将邀请国家立法、司法及相关行政主管部门、业内专家学者、资深律师等理论及实务界人士共同组成论坛组委会。同时,以此为平台,“中国破产法论坛”将每年举办一届高端研讨会,促进破产法领域相关各界人士的相互交流。每届论坛的论文将结集出版,作为中国破产法论坛定期刊物,以使更多关注破产法律制度的业内外人士分享研究成果,共同参与以不断推进我国破产法律制度的进步和完善。

现在呈现在各位读者眼前的文集,即是破产法论坛的第一辑。本书收录了来自国内外专家学者、法官、资深律师的30多篇论文,这些论文是我们从2006年12月23日至24日的“企业破产法国际研讨会”上精心筛选出来的。“企业破产法国际研讨会”是新破产法颁布以后,由商务部和中国人民大学法学院破产法研究中心联合举办的国内破产法领域的第一次高端研讨会。这次研讨会的共办单位还有:最高人民法院民二庭、日本国际协力机构、北京市经济法学会、中国人民大学经济法研究中心、中国人民大学财税法研究所、中国人民大学日本法研究所等。这次研讨会邀请并吸引了业内外众多知名人士的参加。全国人大法工委副主任安建先生,全国人大财经委副主任、企业破产法起草组组长贾志杰先生,最高人民法院副院长奚晓明大法官,商务部条约法规司尚明司长等领导亲自到会讲话。会上,来自日本等国的专家学者,以及来自中国人民大学、北京大学、清华大学、中国政法大学、中国社会科学院法学研究所、最高人民法院及其他人民法院、国务院国有资产监督管理委员会、中国证券监督管理委员会、国有大型企业、知名律师事务所等单位的领导、专家共聚一堂,围绕破产法立法理念的演进与革新、破产原因的理解与执行、《企业破产法》起草中的争议焦点问题、企业破产法中创设的各种新制度、跨境破产、新旧破产法在实施中的衔接等一系列法律问题进行了深入细致的交流,取得了丰硕成果,产生了重大的社会影响。

本书的第二、第三部分分别收录了北京市第一中级人民法院关于成立破产类案件专门审判机构的调研报告和“企业破产法国际研讨会”的会议文件和资料,我们相信对于关注我国破产法制发展和学术研究的人士来讲,这些同样不失为一个有益的学习和参考资料。

美国当代法理学家罗纳德·德沃金说：“知识的发展，首先是由促进参与发展的人们之间的观念交流来推动的。”中国破产法制的发展之路刚刚开始，在中国经济体制改革的大潮中还要不断地面临各种考验，我们真诚期望广大的专家、学者、法官、律师以及社会各界有识之士能够积极地关注中国破产法制的发展，热情地参与破产法制的研究交流，为中国法制体系的进步和完善添砖加瓦，贡献自己的一份力量。

王欣新
2008年4月

目 录

| 破产法总论 |

新破产法立法思想的创新	王欣新 / 3
论破产法的程序结构	李永军 / 12
论新破产法与金融机构破产的制度设计	李曙光 / 22
关于新破产法的若干思考	胡 健 / 33
企业破产法溯及力研究	孙晓敏 / 40

| 破产重整制度 |

我国企业再生程序的制度分析和适用	邹海林 / 59
论上市公司重整法律制度	王欣新 徐阳光 / 82
关于日本重整型企业破产制度的考察	金 春 / 101
上市公司重整中的股东权益	贺 丹 / 110
企业重整中担保物权的法律保护 ——从债权人的角度展开	莫初明 / 118
略论新破产法之重整制度	曹培倩 / 126

| 破产管理人制度 |

日本的管理人制度	山本克己 / 139
破产管理人制度的建立与我国律师业的新机遇	余俊福 / 147
破产管理人实务中的问题研究	尹正友 / 160
破产管理人聘用必要工作人员的问题研究	尹正友 / 171
新旧破产法管理人制度若干问题的比较	郭 辉 / 175

| 特殊企业破产与退市 |

论中国金融机构破产制度的构建	苗延波 / 193
日本金融机构危机处理法律制度	山本和彦 / 208
论新破产法条件下我国的存款保险立法	袁达松 / 213
金融机构市场退出法律制度研究 ——以新破产法第134条为起点的考察	张世君 / 226
银行破产预防机制 ——及时校正制度略论	贾剑非 / 234
略论风险证券公司的行政处置程序	孙晓敏 王明昊 / 242
浅析资产证券化中的破产隔离机制	王欣新 陈 祎 / 256
公用企业破产问题研究	罗传伟 孟雁北 / 264
合伙企业破产法律适用若干问题	段 威 / 271

| 破产法中的其他问题 |

论破产抵销权	王欣新 王中旺 / 283
破产程序中代偿取回权探讨	孙向齐 / 293
新破产法上税收债权若干问题研究	阎 海 / 301
从“自治权复位”看新破产法债权人会议制度	李志华 / 311
资产证券化 ——金融机构破产资产处置与债权人利益保护	孙荣华 / 318
新破产法实施后要重视保障职工权益	章福晓 / 341
漫谈企业破产法中职工权益的规定	王一鹤 / 345

| 调查研究 |

关于成立破产类案件专门审判机构的调研 ——北京市第一中级人民法院	/ 353
一、引言:破产类案件现状及趋势总述	/ 353
(一)概况	/ 353

(二) 国有企业破产案件受理情况及企业破产法的施行对国有企业破产的趋势影响	/ 354
(三) 非国有企业破产受理情况及公司法、企业破产法对非国有企业破产的影响	/ 355
(四) 破产派生诉讼案件存在的必然性和主要类型分析	/ 356
(五) 小结	/ 357
二、成立破产类案件专门审判机构的现实必要性	/ 357
(一) 破产制度的独特法律地位	/ 358
(二) 目前破产案件审理模式存在的问题和认识误区	/ 361
(三) 结论	/ 364
三、破产类案件专门审判机构的职能设计	/ 364
(一) 破产清算	/ 365
(二) 破产重整	/ 365
(三) 破产和解	/ 366
(四) 破产派生诉讼	/ 366
(五) 公司清算案件	/ 370
四、破产类案件专门审判机构的重点工作和调研内容	/ 371
五、结语	/ 372
研讨纪实	
企业破产法国际研讨会实录	/ 377

破 产 法 总 论

新破产法立法思想的创新

王欣新*

2006年8月27日,第十届全国人大常委会第23次会议审议通过了《中华人民共和国企业破产法》(以下简称新破产法)。新破产法以社会主义市场经济规律为立法基点,借鉴各国立法之有益经验,结合中国国情制定法律的基本制度。新破产法之新,首先就在于立法宗旨的创新;其次是根据新的立法思想,创立了各项新的破产制度,修改完善了原有的法律制度。现在我们所面临的工作,就是要以创新的立法思想指导新破产法的实施,改变在旧破产法立法与实施中形成的错误思维定式与执法操作惯例。立法虽然完成,但“革命尚未成功,同志仍需努力”。

一、立法宗旨的创新

新破产法确立了新的立法宗旨。应当说,立法宗旨问题在其他立法中往往并不为法官、律师等实务工作者所重视,甚至在理论界中也不是给予十分关注。因为在这些立法中,立法宗旨体现在各项具体法律制度中,只要使具体法律制度能够得到正确实施,不受到歪曲和干扰,立法宗旨自然就可以得到实现。但是在新破产法中,立法宗旨问题的地位则有所不同。第一,新破产法对旧破产法的立法宗旨进行了重大改变,并体现在具体法律制度的变革中。如存在行政干预等诸多弊端的清算组制度被改设为管理人制度,旧的行政性整顿制度被取消,创设了重整制度。对这些制度创新与变革,只有从立法宗旨的高度予以正确理解才可能得到顺利实施。第二,在新破产法立法中,对一些体现着立法宗旨的重要法律制度如何制定存在不同观点的重大争议,如国有企业的政策性破产是否保留、如何保留,职工债权与物权担保债权的清偿顺序如何确定、何者应当优先等问题,对这些争议的本质也只有站在立法宗旨的高度才能正确理解。第三,也是最重要的一点,就是在旧破产法的实施中发生了种种严重违背破产立法基本原则的失误,尤其是在政策性破产制度的错误导向

* 王欣新,中国人民大学法学院教授,博士生导师,全国人大财经委《企业破产法》起草工作组成员,最高人民法院《企业破产法》司法解释起草工作组顾问,中国人民大学法学院破产法研究中心主任。

下,立法宗旨在实施中被严重歪曲(这种歪曲即使在旧破产法下也是违法的),并由此形成一些错误的思维定式与执行惯例。所以,在新破产法出台之后,必须大力宣传、贯彻创新的立法思想,以保证新法在执行中不会再被歪曲,不受在旧破产法错误实施体系下形成的错误思维定式与执行惯例的影响,不会再有意无意地“穿新鞋、走老路”,不再重蹈旧破产法实施失败之覆辙,这是关系到我国破产立法之成败、市场经济体制之确立的重要问题,需要我们予以高度关注。

立法宗旨的创新,第一是明确了破产法的特殊社会调整目标,区分了其直接社会调整作用与间接社会影响的关系;第二是明确区分了破产法与劳动法、社会保障法等相关立法之间不同的社会调整范围,将不应属于破产法调整的破产企业职工的救济安置等社会问题排除在破产程序之外,从理论和实践上为破产法的实施扫除了最大的社会障碍;第三是排除了政府不正当的行政干预,从而避免因政府执政利益的影响而再度歪曲破产法的实施,同时强调政府必须履行其应尽的提供社会保障、安置失业职工等职责,保证破产法的顺利实施。

(一)明确破产法的社会调整作用

立法宗旨的改变反映了立法调整社会目标的变化。新破产法第1条规定,“为规范企业破产程序,公平清理债权债务,保护债权人和债务人的合法权益,维护社会主义市场经济秩序,制定本法”。这表明新破产法贯彻的是市场经济的理念,其立法目的就是“保护债权人和债务人的合法权益,维护社会主义市场经济秩序”。而旧破产法第1条则规定:“为了适应社会主义有计划的商品经济发展和经济体制改革的需要,促进全民所有制企业自主经营,加强经济责任制和民主管理,改善经营状况,提高经济效益,保护债权人、债务人的合法权益,特制定本法。”对比之下即可看出,旧破产法将“适应社会主义有计划的商品经济发展和经济体制改革的需要,促进全民所有制企业自主经营,加强经济责任制和民主管理,改善经营状况,提高经济效益”等与破产法无直接关系的其他社会目标列在立法目的之首位,而“保护债权人、债务人的合法权益”,则被放在了立法宗旨的最后。这反映出旧法中存在的计划经济体制的残余影响,以及人们对破产法调整作用认识上的偏差。新旧破产法立法宗旨的不同规定,反映出人们对破产法社会调整机制认识的逐步深化。

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。商品经济是直接以交换为目的运转的经济模式,商品交换一旦终止,市场经济就将崩溃。

在现代商品经济社会中,延期付款或交货的信用交易是商品交换最重要的方式(尤其是在生产经营领域),由此形成的信用关系及其法律表现形式——债,也就必然成为维系市场经济正常运转的决定性因素。债还可能因不当得利、无因管理、侵权行为等形成,但因商品交换而形成的债务关系始终在社会债务关系中占据主导地位。所以,保证债务关系的正常实现,维护债权人、债务人的正当权益,便成为保障商品交换、确立市场经济秩序的基础,这是任何一个市场经济国家在法律制度上必须妥善解决的基本问题。而不能或不愿公正解决债务关系保护问题的国家,不可能是一个真正的、完全的市场经济化的国家。

在债务人有清偿能力而不履行债务或对债务有争议时,通过民事债权制度和民事诉讼与执行制度便可以保障债的确认与履行,使被阻断的商品交换关系重新得以有序进行,维持市场经济的正常运转。但在债务人已丧失清偿能力,对到期债务无法还清的情况下,仍仅靠上述法律制度就不足以正确解决债务问题了。在债务人丧失清偿能力时,已无足够的财产还清所有债务,多数人的债权在债务人不足清偿的有限财产上发生竞合,使原来仅存在于债权人与债务人之间的清偿矛盾,进一步扩展到了多数债权人之间。这时如仍允许债务人对个别债权人主动还债,或允许债权人以强制执行方式实现债权,那么先偿还或先执行的债权人可能获得全额清偿,而其他债权人则可能分文不获,造成同等权利的债权却得不到同等清偿的不公平现象。

社会上不公平的现象是很多的,但上述问题的严重性在于,这种不公平现象在国家无破产立法的情况下是为原有法律所允许、所保护的,而这将产生恶劣的连锁后果。由于那些无法从债务人有限财产中获得清偿的债权人的正当利益不能得到法律的公平保护,不能得到国家公力救济,迫使其中不甘受损的债权人不得不自力救济,维护其利益。但因债权人无合法手段可用,便难免出现任意抢占债务人财产,甚至非法拘禁债务人逼债等违法行为。而没有破产法的调整,债务人不仅要饱受多重讼累,而且对债务永远负有清偿责任。那些事业尚有挽救可能的债务人要想避免破产倒闭,只能逐个与债权人达成和解,而这是非常困难的,其在原有法律制度的框架内无法得到对重整事业的特别支持。另外,债务人在其财产已全部成为债权人的清偿财产、对之丧失实际利益后,易引发种种道德风险,如隐匿、抽逃资产逃避债务,进行破产欺诈或偏袒性清偿,损害债权人的利益。这种混乱的状况必然导致商品交换无法正常进行,社会信用低下,债务关系不能顺利实现,破坏社会经济秩序。这里虽有当

事人自身的原因,但国家法律不能公正保障当事人的正当权益,制裁不当行为,恐怕才是更深层次的原因。故而,仅靠对当事人过激自力救济行为进行处罚,是不可能真正解决这些社会问题的,因为国家根本就没有制定正确解决这些问题的法律(某种意义上讲,也包括有法不依的情况)。

所以,当债务人丧失清偿能力时,要公正解决债务清偿问题,要保障社会经济秩序,实现法的公平、正义价值,就必须有一种与原有的民法债权制度和民事诉讼与执行制度不同的特别法律制度来调整,这就是破产法。

破产法的直接调整作用,是通过其特有的调整手段保障债务关系在债务人丧失清偿能力时的最终公平实现,维护全体债权人和债务人的合法权益,维护社会利益与正常经济秩序。这才是破产法立法的根本宗旨。就债务清偿而言,破产法就是要将当事人的个别清偿转化为集体的清偿,将破产人的所有财产集合起来,将所有的债权人也集合起来,按照债权不同的性质、比例给大家公平的清偿。

破产法在调整债务关系的同时,对市场经济必然会产生广泛的间接社会影响。它可以进一步完善市场经济优胜劣汰的竞争机制,利用破产的压力,促进企业改善经营管理,提高经济效益;通过破产与重整制度,优化社会资源的配置与使用,调整社会的产业与产品结构等。破产法在这些方面的社会影响是不容忽视的,但应清醒地看到,这都是通过破产法对债务关系的全方位调整而间接实现的。不能将这些间接社会影响理解为我国制定破产法的根本动因与宗旨,更不能以此来说明破产法存在的必要性,否则便是本末倒置,必将产生危及破产法存在价值的错误认识,使破产法在制度设计与实施中承担一些其不应有的社会职能,妨碍了其本质调整作用的发挥。因为对破产法间接影响所及的问题自有其他法律制度负责调整,破产不过是对问题的解决可能产生客观影响的一种辅助性社会制度,并非绝对不可缺少或不可替代的。如企业的竞争淘汰机制可通过企业兼并、终止等,乃至“关、停、并、转”的行政措施实现,改善企业经营管理、提高经济效益的途径更是多方面的,而对产品结构、资源配置的调整,甚至可完全采取行政手段解决。尽管这些调整手段不一定适合于各种情况,有些甚至违反经济体制改革的方向,但确实可以在不适用破产法的情况下起到相应的调整作用。唯独在债务人丧失清偿能力情况下对债务关系的调整上,破产法的作用是任何其他法律或行政措施所无法替代的。因此,在论述破产法的立法必要性、理解立法宗旨时,必须以此作为基点,才能让人们认识到其重要作用所在。

(二) 区分破产法与社会保障法和劳动法的调整分工

破产法产生之初的主要调整作用,是在债务人丧失清偿能力的情况下解决多数债权人的公平清偿问题。而后,在其发展过程中又逐步产生通过免责制度维护债务人的正当权益,通过和解、重整制度预防破产发生,进而维护社会利益等其他的社会调整作用。

但需要注意,债务人破产后产生的种种社会问题绝不是单独一部破产法就能全部解决的,这是需要多个法律部门相互配合、综合发挥作用才能完成的社会任务。其中,破产法着重解决的是债务清偿的法律问题,调整的主要是民事关系,而破产企业职工的失业、社会保障等问题应当由劳动法、社会保障法解决。社会保障制度是以国家为主导建立的,它具有强制性,享受就业权利与社会保障是公民的宪法权利,也是国家对公民承担的义务。不同法律部门的基本原则是不同的,价值理念也是不同的。在破产法中,强调的是对债务清偿的公平和市场经济的优胜劣汰、资源的优化配置等。而劳动法、社会保障法强调的是对弱势群体的特殊保护与社会保障,是对原有的市场经济利益体系作反向的政策性调整。如果把这两种不同的立法原则硬塞到一个法中,尤其是破产法中,会造成不同立法间调整功能的混淆,不同立法宗旨、调整原则间的矛盾,进而引发激烈的社会矛盾。

需注意的是,破产立法宗旨的错位虽然在旧的立法中有所存在,但更多的是表现在法律的实施与执行中。在国务院为国有企业破产试点工作而下发的《关于在若干城市试行国有企业破产有关问题的通知》(1994年)和《关于在若干城市试行国有企业兼并破产和职工再就业有关问题的补充通知》(1997年)等文件中,对职工的失业救济、安置费用等问题规定了一套与破产法基本原则不同的政策性破产制度,在司法实践中与依法破产构成两个不同的破产法实施体系。依法破产与政策性破产的关键区别,不是对职工应否进行妥善安置,而是职工救济安置费用由谁承担。前者由失业保险基金等社会保障基金中支付或由各级政府承担,而后者则全部从破产财产包括担保财产中支付,实质上是转嫁由全体债权人承担。在错误的立法与行政导向下,政策性破产使对债权人利益的保护与对失业职工的救济、安置这两个本应由不同立法调整的问题因“搬错了道岔而撞车”,发生激烈的社会冲突。根据新破产法的立法宗旨,有违反破产法、担保法等立法之嫌、损害债权人利益的政策性破产将被限期终止,对破产企业职工利益的维护将依靠劳动法、社会保障法等解决。

在新破产法的起草工作中,曾有人主张将对破产企业职工的安置、保障等