



北大法学文库

许德风 著

破产法论

解释与功能比较的视角

The Law of Bankruptcy
A Functional Comparative Study



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

北大法学文库

国家青年拔尖人才支持计划资助

许德风 著



破产法论

解释与功能比较的视角



The Law of Bankruptcy
A Functional Comparative Study



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

破产法论:解释与功能比较的视角/许德风著. —北京:北京大学出版社,2015.3
(北大法学文库)

ISBN 978-7-301-25615-2

I. ①破… II. ①许… 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(2015)第057071号



书 名 破产法论——解释与功能比较的视角

著作责任者 许德风 著

责任编辑 李 倩

标准书号 ISBN 978-7-301-25615-2

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址 <http://www.pup.cn>

电子信箱 law@pup.pku.edu.cn

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

印刷者 三河市北燕印装有限公司

经销者 新华书店

965毫米×1300毫米 16开本 34.25印张 600千字

2015年3月第1版 2015年3月第1次印刷

定 价 71.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

献给与本书一起成长的济容

序

1993年,我开始了在当时的北京大学法律学系的学习。当时的本科还分专业,我选了“经济法”。四年后,进入研究生阶段,我开始攻读民商法专业,一读七年。2004年,我完成了在北大的学业,获得博士学位,毕业论文题目为《论企业的买卖》。经过这一段时间的学习和研究,我初步确立了自己以民法为基础、兼涉商法的学术方向。毕业后,我于2004年8月开始在德国慕尼黑大学攻读博士学位,以《论担保物权在企业破产程序中的法律地位》为题完成了博士论文,并于2008年4月获得法学博士学位。

在二十余年的法学学习与研究中,破产法是我所接触到的最具挑战性、复杂且重要的法律部门。其牵涉实体法与程序法,实体法上又横跨主体(法人制度、公司法)、物权与债权等民法制度。不理解破产法,很难从真正意义上理解这些制度;反过来,不理解这些制度,也很难真正理解破产法。在法律之外,破产同时牵涉诸多层面的价值考量,是社会治理、市场规制均无法回避的议题。

2006年夏,我开始在北大法学院工作,为研究生和本科生讲授破产法课程。教学相长,八年来收获良多,本书也是对我在教学中的思考与研究的全面整理。在此特别感谢我的学生,同时也是极优秀的研究助手——曾燕斐、贺剑、曹志勋、关重、刘远萍、王晓媛、金印、茅少伟、殷秋实、朴文一、贺环豪、高羽腾、马欣、曾理、邵明潇等。诚如赵晓力教授所说,“(北大的)好学生不是教出来的,但你可以算在自己账上”,他们对我这一阶段的研究,给予了极为重要的激励和帮助。有这些冰雪聪明、善良厚学的学子的鞭策与协助,是为师者最大的幸运。

本书从开始撰写到定稿时间跨度过长,因此交稿时体例不统一、格式不一致等问题严重。李倩编辑在时间紧迫的情况下加班审稿,细致入微,使作品从形式到内容都有巨大改进,在此特别感谢。

凡例

一、书中以“[]”标示的、其后用楷体字阐述的内容,主要有背景、引申、提示、讨论、比较、提问、回答等。主要起辅助功能,可为读者进一步思考和研究提供线索。具体安排如下:

[背景]用于陈述相关的法律知识及背景信息。

[引申]供读者进一步研究法律问题使用。

[提示]用于提示一些重要的知识点。

[讨论]用于对一些争议问题的深入阐述。

[比较]用于对比较法上典型制度的介绍。

[提问]用于提出相关思考问题。

[回答]用于对相关思考问题的回答。

[案例]用于列举实例。本书多引用真实案例,但事实及裁判均有所简化。

二、文中所引用之法律、司法解释,均采缩略语。其中,我国法律,均略去“中华人民共和国”字样,并加书名号,如“《中华人民共和国企业破产法》”略为《企业破产法》,司法解释则以发文字号代之,如“《最高人民法院关于适用《中华人民共和国企业破产法》若干问题的规定(一)》”,略为“法释[2011]22号”;德国法律,均采德国联邦司法部(www.bmj.de)的统一缩略语,如德国《民法典》在引用德文时,被缩写为“BGB”;美国法律,采“美国法典”(U.S. Code)的标示格式,如《破产法》第361条被标示为“11 USC § 361”。

三、在提及法律时,若未加书名号,则为泛指。如“破产法”泛指有关破产的各种法律、行政法规、规章和司法解释。

四、文中所用注释,采《北大法律评论》的注释体例。需要说明的是,作为一个新兴学科,破产法在各个方面的发展都不尽完善,共识有限,很多规则需参酌现行法的其他部门,需借鉴比较法的制度,故本书对重点问题的论述

都标明了注释,以方便读者进一步检验和研究。

五、对于书中的一些关键性结论,将以黑体字标出,以示其重要性。

六、本书在引用文献时,使用了完整的注解,即,虽然某一文献被重复引用,但后续引用中也注明了文献的全部信息,以方便阅读。不过,对一些经常引用的文献,在该文献第一次出现时写明了完整的文献信息,同时注明简注的形式,此后都采取简注。采用简注的文献设文献目录于书后,以方便检索。另外,在后注使用前注文献时,使用“同上注”(中文文献)、“*ibid.*”(英文文献)及“*a. a. O.*”(德文文献)等方式标出文献信息,同时附加页码信息。

七、本书中所涉西文图书使用简注的文献目录(文献末尾括号内为简引信息)

(1) Alan N. Resnick et al. (ed.), *Collier on Bankruptcy*, 16th Edition, Matthew Bender, 2011 (*Collier on Bankruptcy*).

(2) Wolfram Henckel et al. (Hrsg.), *Jaeger Großkommentar zur Insolvenzordnung, Recht de Gruyter*, 2004, 2007, 2008, 2011 (*Jaeger-Bearbeiter*, § 1 Rn. 1).

(3) Säcker et al. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Verlag C. H. Beck, 4. Aufl. Und 5. Aufl., 2010 bis 2015 (*MünchKomm-Bearbeiter*, § 1 Rn. 1 BGB).

(4) Bork, *Einführung in das Insolvenzrecht*, Mohr Siebeck, 6. Aufl., 2012 (*Bork*, 2012).

(5) Warren, *Bankruptcy in United States History*, Harvard University Press, Da Capo Press, 1935 (*Warren*, 1935).

(6) Skeel, *Debt's Dominion: A History of Bankruptcy Law in America*, 2001, Princeton University Press, 2001 (*Skeel*, 2001).

(7) Carruthers, et al., *Rescuing Business: The Making of Corporate Bankruptcy Law in England and the United States*, Clarendon Press, 1998 (*Carruthers & Halliday*, 1998)

(8) Barid, *Elements of Bankruptcy*, Foundation Press, 2nd, 3rd, 4th Edition, 1993, 2001, 2006 (*Barid*, 1993/2001/2006)

(9) Bassenge et al. (Hrsg.), *Palandt—Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB)*, C. H. Beck, 2014 (*Palandt-Bearbeiter*, § 1 Rn. 1).

(10) *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, de Gruyter (*Staudinger-Bearbeiter*).

目 录 | Contents

| | |
|-----|---------------------|
| 001 | 第一章 导论 |
| 001 | 一、破产的经济根源 |
| 003 | 二、平等清偿与顺序清偿 |
| 004 | 三、破产程序概述 |
| 011 | 四、破产法的适用范围 |
| 011 | 五、破产法的性质 |
| 014 | 六、破产法与其他法律的关系 |
| 029 | 七、破产法的目的与功能 |
| 034 | 第二章 破产法的历史 |
| 036 | 一、破产法史概述 |
| 037 | 二、德国破产法简史 |
| 045 | 三、美国《破产法》简史 |
| 056 | 四、中国近代破产法 |
| 060 | 五、中华人民共和国破产法 |
| 063 | 六、破产立法与公共选择 |
| 066 | 七、对我国破产立法、破产法修改的反思 |
| 068 | 第三章 破产法的基本原则 |
| 070 | 一、程序性原则 |
| 076 | 二、实体性原则 |

| | |
|-----|------------------------|
| 094 | 第四章 破产原因与破产申请 |
| 094 | 一、破产开始的基本理论 |
| 096 | 二、中国破产程序的异化与回归 |
| 099 | 三、破产程序开始的原因 |
| 111 | 四、破产申请 |
| 121 | 五、破产受理 |
| 125 | 第五章 破产程序开始的法律效果 |
| 125 | 一、破产案件受理的通知与公告 |
| 126 | 二、破产财产保全 |
| 130 | 三、处置破产中双方均未履行完毕的双务合同 |
| 161 | 四、诉讼的中止与继续 |
| 163 | 第六章 破产债权 |
| 163 | 一、破产债权的类型及其顺序 |
| 195 | 二、破产债权的申报 |
| 197 | 三、破产债权的确定 |
| 200 | 四、破产债权人会议 |
| 209 | 第七章 破产取回权 |
| 209 | 一、概述 |
| 211 | 二、一般取回权 |
| 222 | 三、债权的破产取回 |
| 238 | 四、取回权的行使 |
| 241 | 第八章 破产法院 |
| 241 | 一、破产法院概述 |
| 241 | 二、破产案件的管辖 |
| 244 | 三、破产法院/破产专业法庭的设置 |
| 246 | 四、破产法院的职权 |

| | |
|-----|------------------------|
| 248 | 第九章 破产管理人 |
| 248 | 一、管理人的资格 |
| 256 | 二、管理人的职责 |
| 257 | 三、管理人的法律地位 |
| 260 | 四、管理人的选任 |
| 273 | 五、管理人的报酬 |
| 283 | 六、对管理人的监督 |
| 287 | 第十章 破产程序中的担保物权 |
| 287 | 一、概述 |
| 288 | 二、担保物权与资本结构理论 |
| 289 | 三、对担保物权的成本收益分析 |
| 308 | 四、破产程序中担保物强制执行和变现的暂时中止 |
| 320 | 五、破产程序中担保物的使用和变现 |
| 337 | 六、我国破产别除制度的缺失 |
| 341 | 七、总结 |
| 344 | 第十一章 破产程序中的保证 |
| 344 | 一、保证的破产处置 |
| 349 | 二、保证与金融风险 |
| 352 | 三、保证的登记 |
| 359 | 第十二章 其他破产程序参加人 |
| 359 | 一、地方政府 |
| 361 | 二、证监会 |
| 362 | 三、重组方 |
| 364 | 第十三章 破产财团概述 |
| 364 | 一、概述 |
| 365 | 二、破产财团中的物权性财产 |
| 367 | 三、破产财团中具有人身属性的财产 |

- 369 **第十四章 破产撤销**
- 369 一、破产撤销的法律定位
- 374 二、破产撤销的一般构成要件
- 377 三、无偿行为的撤销
- 392 四、破产无效行为
- 393 五、偏颇清偿的撤销
- 396 六、偏颇清偿撤销的例外
- 418 七、撤销权的行使及其法律效果
-
- 431 **第十五章 破产抵销**
- 431 一、抵销在破产中的处置
- 432 二、破产程序中保护抵销的正当性
- 434 三、破产与抵销概念的深化
- 443 四、破产与抵销构成要件的重构
- 461 五、抵销与担保物权的顺序
- 461 六、抵销的范围
- 462 七、破产中的民法抵销
-
- 463 **第十六章 破产清算程序**
- 463 一、破产宣告
- 467 二、破产财产的变价与分配
- 471 三、破产程序的终结
-
- 472 **第十七章 破产重整**
- 472 一、破产重整制度概述
- 480 二、重整程序的启动条件
- 482 三、破产重整计划
- 498 四、破产重整中的债务人自我管理
- 500 五、重整计划的执行
- 502 六、重整计划执行的监督
- 504 七、重整程序的终止与重整计划的执行终止
- 507 八、破产重整制度的缺陷及其替代

| | |
|-----|--------------------|
| 513 | 第十八章 个人破产制度 |
| 516 | 一、个人破产制度的正当性与必要性 |
| 521 | 二、个人破产制度的建构 |
| 532 | 三、总结 |
| 533 | 后 记 |

第一章 导论

一、破产的经济根源

中秋过后,秋风是一天凉比一天。一天的下半天,没有一个顾客,我正合了眼坐着,忽然间听得一个声音,“温一碗酒。”掌柜也伸出头去,一面说,“孔乙己么?你还欠十九个钱呢!”孔乙己很颓唐的仰面答道,“这……下回还清罢。这一回是现钱,酒要好……”^①

鲁迅小说《孔乙己》结尾的这段场景,从侧面反映了破产的直接原因——信用交易(Kredit)。^②如果这世界上的所有交易都是“现钱”换“好酒”(即所谓“即时交易”),便不会有欠债不偿的现象,也当然不会有破产。^③

在远非以物易物或“一手交钱,一手交货”的现代社会中,“欠债”与“还钱”是基本的社会经济行为。当下的大多数人,即便没有直接从事过借款、还贷等行为,也难免会以债务人的身份与他人发生法律关系,如在使用非预付电话服务,拧开水龙头用水,甚至乘坐出租车等时,都“无意识”地成为了债务人……

① 鲁迅:《孔乙己》,载《新青年》1919年(第6卷)第4号。

② “没有信贷,破产自然也不可想象”(Wo es keinen Kredit gibt, da ist überhaupt ein Konkurs kaum denkbar)。Hahn, Die gesamten Materialien zur Konkursordnung, Berlin, 1881, S. 292.

③ 即时交易(Bargeschäft, simultaneous exchange)是很多法律制度的研究起点。正如有学者指出的,在仅存在即时交易的世界中,诸如合同法等调整信用交易的法律,并无存在的必要。“A simple barter or other simultaneous exchange, such as takes place at a supermarket checkout, where the customers unload their trolleys and hand over their money, typically does not involve a promise or agreement. In principle, such exchanges might therefore be regulated entirely by property law rules (specifying when the transfer is consensual, and thus valid), tort law rules (specifying when a transferor is liable for providing a defective good or making a false representation), and unjust enrichment law rules (specifying when a transferred benefit must be returned to the transferor).” Atiyah & Smith, Atiyah's Introduction to the Law of Contract, Clarendon Press, 6th Edition, 2005, pp. 3—4.

[引申] 关于借款关系,我国学者党国英有一段“超越”法律的说明:“公理者,抛开晦涩的学究式定义,可看作人们普遍接受的行为准则。如果一个行为准则能被社会冲突中敌对双方共同接受,这个准则就是社会所应奉行的高强度公理。”在这一公理的语境下,“欠债还钱是公理”。^①

抽象言之,信贷最主要的表现形式有二:资金信贷(loan credit)和货物与服务信贷(sale credit),前者即通常所说的借款,后者指一方先提供货物或服务,另一方受领后(分期)付款的情形。^②

[引申] 对于社会整体而言,信贷的存在,有助于经济的流畅运转;而对于个体企业而言,信贷的存在,有助于经营者最大限度地利用投资机会,即利用借来的资金,撬动更大的项目,获得更好的收益。这也是为什么在经济与法律实践中,将借款称作“杠杆”(leverage)的原因。

的确,如果足够谨慎,总是“量力而行”并且没有天灾人祸等意外,通常债是可以履行的。可惜现实世界不能完全排除小概率事件。实践中,总是有人过于冒险地负债。即使一贯谨慎的人,也难免会因不可抗力或意外事件而无法按时如数清偿债务。

[引申] 在《威尼斯商人》中,安东尼奥想为好友巴萨尼奥借钱。借款时,尽管夏洛克提出了“要是您不能按照约中所规定的条件,在什么日子、什么地点还给我一笔什么数目的钱,就得随我的意思,在您身上的任何部分割下整整一磅白肉,作为处罚”这一苛刻的条件,安东尼奥仍然签订借据,认为“我决不会受罚的。就在这两个月之内,离签约满期还有一个,我就可以有九倍这笔借款的数目进门”。事实上,安东尼奥的“全部财产都在海上”,而正如夏洛克所说,“船不过是几块木板钉起来的东西,水手也不过是些血肉之躯,岸上有旱老鼠,水里也有水老鼠,有

① 党国英:《欠债还钱的公理高于革命逻辑》,载《南方周末》2011年9月8日,F29版(至于文中所论的政府应履行当年游击队开具的借条并承担其他债务的观点,能否成立,已非民法问题,另当别论)。在美国法上,对这一问题也有较为一致的认识:“欠债还钱的道德义务被广泛支持。即使是在当前之消费者主义时代,无论破产程序改革的主张有多少,债权人于债务人违约时获取其财产的权利也极少受到异议(... the moral obligation to pay debts is widely supported. Even in the current era of consumerism the rights of creditors to reach debtor's property upon default is rarely disputed, however much procedural reform is demanded.)。" Resnick et al. (ed.), Collier on Bankruptcy, 15th Edition, Matthew Bender(Collier on Bankruptcy), Volume B, App. Pt. 4-307 (H. R. Doc. No. 93-137, 93rd. Cong., 1st Sess., Parts I., Chapter III.

② Roy Goode, Principles of Corporate Insolvency Law, Sweet & Maxwell, 2005, p. 2.

陆地的强盗,也有海上的强盗,还有风波礁石各种危险”。若船沉没,财产难免会遭受毁灭性的损失(当时的保险制度仍不发达)。^①

[背景] 根据国家工商行政管理总局的分析,自2000年到2012年,我国近五成企业年龄在五年以下:我国实有企业1322.54万户,其中,生存时间五年以下的企业652.77万户,占企业总量的49.4%;5—10年的435.24万户,占企业总量的32.9%;10年以上的234.52万户,占企业总量的17.7%。^②

二、平等清偿与顺序清偿

在债务人无法清偿债务时,破产法并不当然发生适用。若债务人只有一个债权人,则强制执行法就足以保障其利益的实现。仅在债务人同时有多个债权人并且其全部财产不足以偿还其所欠全部债务时,债务人与债权人、各债权人之间的关系才紧张起来:如何分配有限的财产?每个债权人各应得到多少清偿?此时,也仅在此时,破产法才有用武之地。

从理论上讲,在债务人的财产不足以清偿全部债务时其财产分配方式可以有以下三种:

(1) 优先原则,即谁先申请强制执行谁先获得清偿,直到债务人的财产被分光为止,未获清偿者自认“倒霉”;

(2) 时间顺序原则,即按照债务发生的时间,时间在前的先获清偿,在后的迟获清偿(或者相反);

(3) 平等清偿原则,即不计数额及债权发生的时间,各债权人按比例受偿。^③

平等清偿原则早在现代破产程序出现之前便有广泛影响,被现代各国立法普遍采纳。当然,在内容上,破产法规范要远比平等清偿这一原则复杂。一方面,实现平等清偿需要复杂的程序性规则;另一方面,债务人破产时,多项复杂的法律关系在同一时刻爆发,法律须兼顾多项常会相互冲突的价值,在该背景下,一味强调平等清偿也不切实际。因此,在学习和适用破产法时要特别留意平等原则的例外。

① [英]莎士比亚:《威尼斯商人》,朱生豪译,人民文学出版社1994年版,第5—21页,第一幕。

② 国家工商总局企业注册局等:《全国内资企业生存时间分析报告》,2013年6月,载国家工商总局网,<http://www.saic.gov.cn/>,访问时间:2014年12月3日。

③ Ian F. Fletcher, *The Law of Insolvency*, London, Sweet & Maxwell, 2nd Edition, 1996, p. 2.

三、破产程序概述

以下先以我国、德国与美国的破产法为例,简要介绍破产的基本程序,以便让读者对这套复杂制度形成总览的认识。

(一) 我国破产程序概览

我国《企业破产法》在结构上主要借鉴了美国《破产法》与欧洲大陆如德国的《破产法》,其基本程序如下:

1. 在利害关系人(债务人、债权人、清算责任人)提出破产申请后,法院将进行审查,经审查,认为该申请符合开始破产程序的条件,则裁定受理破产申请。此时,破产程序正式开始(第10条)。在受理的同时,通常法院将指定破产管理人,以取代债务人企业的管理者控制企业(第13条)。被指定的破产管理人可以是清算组,也可以是律师事务所、会计师事务所、破产管理人事务所,或者是具有执业资格的自然人。破产管理人有如下职权:收取债权、清偿必要的债务、决定继续或拒绝履行双务合同和行使破产撤销权等。

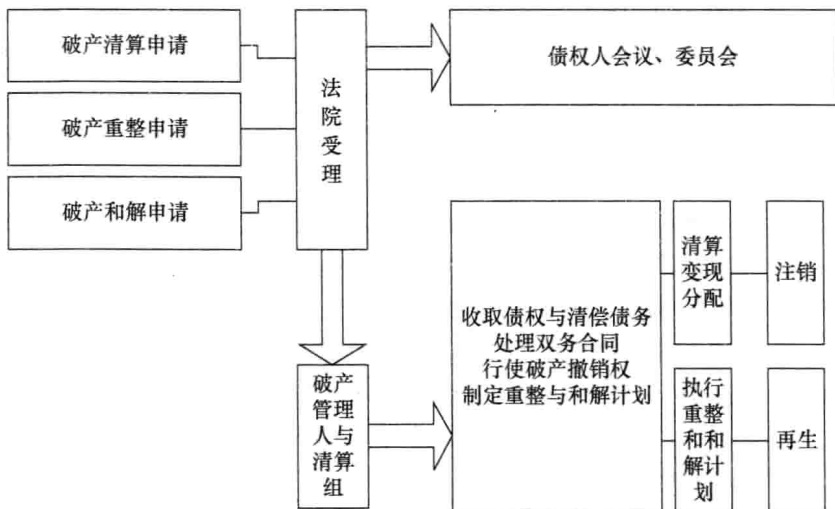
2. 自法院裁定受理之日起,破产程序开始对债权人和债务人发生诉讼中止、财产保全等法律效果(第15—20条),直至管理人接管债务人的财产、法院宣告债务人破产(清算程序)或裁定批准破产重整计划(重整程序)。

3. 和下述德国《破产法》中规定的先统一开始破产程序然后再选择清算或重整不同,我国《企业破产法》在当事人提出申请时即区分重整、清算与和解三种程序。在债权人提出清算申请的情况下,在法院作出破产宣告以前,经债务人或者债务人股东的申请,经法院裁定许可,有关的程序还可以转为重整程序,或者,在各方达成一致时,转为和解程序(第70条第2款,第95条第1款)。

4. 在清算、重整与和解三种程序中,我国立法者对破产重整寄予厚望,(紧接总则部分)将其规定于《企业破产法》第8章。债务人或管理人可以在法院裁定债务重整之日起6个月(必要时可以延长3个月)内提出破产重整计划(第79条)。法院在收到重整计划后,应(责令破产管理人)组织债权人会议表决。若获通过,则该计划对所有债权人——无论是否参加表决——都具有拘束力(第92条)。

5. 和下述德国、美国破产实践类似,实践中,我国大部分的企业破产仍以清算程序为主。因此,虽然现行法在排列顺序上将清算程序规定在重整程

序之后(第9章),但是这并不能改变清算程序在整个破产程序中更基础、更关键的地位。清算程序自法院作出破产宣告之日起正式开始(第107条)。在破产宣告后,有关财产将由破产管理人根据债权人会议通过的方案,以拍卖或变卖的形式变价(若是担保物,亦可交由担保物权人自行变现并从中受偿)。变价完成后,所得款项首先用来清偿破产费用和共益债权(第41、42条),剩余部分按第113条的顺序分配。



(二) 美国与德国破产程序概览

1. 德国《破产法》

[比较] 根据德国1994年修改、1999年生效的《破产法》(Insolvenzordnung^①),破产程序因债务人或债权人申请而启动。破产法院在接到申请后审查两项内容:其一,是否具有破产程序开始的前提即是否具有破产开始的原因(第16条以下);其二,是否有足以支付破产费用的破产财产(第26条)。在这个阶段,破产法院可根据情况采取保全措施(Sicherungsmaßnahmen),尤其是可以指定临时破产管理人,并发出一般转让禁止令。如果法院经过审查认为具有破产开始的原因,则将作出破

① 我国有学者将其翻译为“支付不能法”,显然不妥。该法规定的破产原因既包括支付不能,也包括资不抵债和其他情形,故译做“破产法”最恰切。实际上,在英国,拥有同样词根的“Insolvency Act”也被翻译为“破产法”。