

变革中的破产法 理论与实证

吴长波◎著

BIANGGEZHONG DE POCHANFA
LILUN YU SHIZHENG



全国百
知识

变革中的破产法 理论与实证

吴长波◎著

BIANGEZHONG DE POCHANFA
LILUN YU SHIZHENG



知识产权出版社
全国百佳图书出版单位

责任编辑：熊莉 唐学贵

责任校对：董志英

文字编辑：马潇

责任出版：卢运霞

图书在版编目 (CIP) 数据

变革中的破产法：理论与实证/吴长波著. —北京：知识产权出版社，2012. 8

ISBN 978 - 7 - 5130 - 1383 - 3

I. ①变… II. ①吴… 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 (2012) 第 129884 号

变革中的破产法：理论与实证

吴长波 著

出版发行：知识产权出版社

社址：北京市海淀区马甸南村 1 号

邮编：100088

网 址：<http://www.ipph.cn>

邮 箱：bjb@cnipr.com

发行电话：010 - 82000860 转 8101/8102

传 真：010 - 82005070/82000893

责编电话：010 - 82000860 转 8176

责编邮箱：xiongli@cnipr.com

印 刷：三河市国英印务有限公司

经 销：新华书店及相关销售网点

开 本：880mm × 1230mm 1/32

印 张：9.5

版 次：2012 年 8 月第 1 版

印 次：2012 年 8 月第 1 次印刷

字 数：230 千字

定 价：30.00 元

ISBN 978 - 7 - 5130 - 1383 - 3/D · 1511 (4247)

出版版权专有 侵权必究

如有印装质量问题，本社负责调换。

前 言

破产法素有“经济宪法”之称，破产法律制度的完善与否，是衡量一个国家市场经济成熟程度的重要标志。在一些经济转型的国家中，破产法在经济改革的过程中扮演了重要角色，被这些国家奉为经济改革中的宪法。在美国法律体系中只有两部法律规定在宪法之中，一部是国际法，一部就是破产法。因此，在美国的法律体系中，破产法占有非常重要的地位。

由于我国长期受计划经济体制的影响，在很长一段时间里，企业的“关停并转”完全由行政命令来决定，作为市场主体退出机制的破产法律规范在很长时期内没能得到构建和完善。多年来，国营企业约有 1/4 处于亏损状态。1982 年有 444 家企业建厂后亏损总额超过盈利总额，其中 49 家历年盈亏相抵后净亏大于固定资产净值。过去，这些实际上早已破产的企业一直由国家给予财政补贴，长期无偿地占有其他盈利企业的劳动果实。它们的干部和职工对亏损也不负担任何责任。1986 年 12 月，第六届全国人大常委会第十八次会议通过《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）》）。《企业破产法（试行）》适用于经营管理不善造成严重亏损，不能清偿到期债务的全民所有制企业法人。随着非公经济在我国经济建设所占的比重越来越大，1991 年 4 月 19 日《中华人民共和国民事诉讼法



法》(以下简称《民事诉讼法》)第19章设立企业法人破产还债程序,将适用范围扩大到非全民所有制法人型企业。破产法的实施和民事诉讼法的修改,标志着我国破产制度的建立和完善,对深化改革、推动经济发展具有重要的价值。

随着有中国特色社会主义市场经济体制的完善,与之配套的破产立法也亟待变革,从而适应新时期市场经济发展的需要。2003年十届人大再次将破产法列入立法规划。新一届破产法立法起草小组成立。这一时期国有经济的比重按工业产值,已经从1978年的82%下降到2006年的9.7%,为破产立法作好了经济上的准备。经几番讨论和修改,2006年8月27日,第十届全国人大常委会第二十三次会议审议通过《中华人民共和国企业破产法》(以下简称《企业破产法》),建立起一套崭新的破产法律制度。该法从2007年6月1日起施行。从颁布到实施之间的准备期如此之长,是历来法律所没有的,充分反映了破产立法的复杂性。2007年4月23日,最高人民法院发布《关于〈中华人民共和国企业破产法〉施行时尚未审结的企业破产案件适用法律若干问题的规定》。破产法的修改和司法解释的发布较妥善解决了从计划经济向市场经济过渡过程中遗留的特殊问题,建立起破产法律新的博弈主体结构 and 博弈手段,有利于债务人、债权人、政府、企业职工以及其他利益主体在破产过程中的博弈。●

据报道,自2007年《企业破产法》实施以来,2008~2010年三年间,人民法院共受理企业破产案件8633件,所涉破产财产总额12697.3亿余元;人民法院慎重对待利益涉及面较广的上市公司的破产重整工作,截至2010年年底共受理上市公司破产

● 尹秀超:“中国破产法立法进程的回顾与展望”,载于中国法院网:<http://blog.chinacourt.org/wp-profile1.php?p=146110>,最后浏览时间:2012-6-3。

重整案件 27 件；积极协调各级国有资产管理部門，较好地完成了部分国有企业关闭破产工作；按照国务院关于证券公司风险处置的总体布置，截至 2011 年 6 月底人民法院共受理证券公司破产案件 26 件。通过依法审理，实现了法律效果和社会效果的有机统一。人民法院在审理企业破产案件过程中，也积累了许多宝贵的经验，为我国破产法的进一步修改作出了理论和实践储备。^①

近年来，笔者一直从事商法学和破产法的教学、研究和实务工作，特别是在教学和实务工作中，笔者发现破产法的基础理论仍然存在诸多争议，立法还存在很多不足之处。理论界的争议和立法的不完善为司法实务带来了诸多困惑。带着对这些问题的疑惑，笔者对破产法中的基本制度进行了深入的思考和广泛的讨论。为更系统地对这些问题进行研究分析，本书在对我国现行《企业破产法》立法框架和笔者授课讲义框架整合的基础上而展开，结合国外破产法研究成果和立法经验以及我国两部《企业破产法》的具体制度进行理论方面的深入探究和实例层面的充分论证，以期能对我国破产法的完善有所裨益。我要感谢西南政法大学破产法学课堂上广大同学的积极参与，正是由于广大同学对诸多问题的质疑以及积极讨论督促我作出了书写此书的决定；我要感谢知识产权出版社的熊莉女士，使得本书能够顺利出版。另外，本书的顺利完成也得益于我的太太王欢女士对我生活的照顾以及对本书文字校正所作出的大量工作，在此一并表示感谢。

① 节选自最高人民法院副院长奚晓明于民二庭组织召开全国法院审理企业破产案件工作座谈会上的发言，载于最高人民法院网站：http://www.court.gov.cn/spyw/mssp/201110/t20111028_166449.htm，最后浏览时间：2012-6-3。

目 录

第一章 全球背景下的破产法变革	(1)
第一节 破产与破产法	(1)
一、破产	(1)
二、破产法	(4)
重庆某公司破产案	(10)
第二节 主要国家的破产法变革	(11)
一、破产制度理念之变迁	(11)
二、我国破产法的变革	(14)
第二章 破产程序启动的理论与实证	(22)
第一节 破产条件与破产案件	(22)
一、破产条件	(22)
二、破产能力	(23)
某公司破产能力争议案	(24)
三、破产原因	(25)
某公司破产案	(30)
四、破产案件	(31)
云南橡胶厂破产案	(32)
第二节 破产申请	(34)
一、破产申请的意义	(34)



二、破产申请权人	(35)
三、破产申请的撤回及其限制	(41)
第三节 破产案件的管辖和受理	(43)
一、破产案件的主管与管辖	(43)
广东国投破产案的管辖模式	(50)
广东国投破产程序为香港高等法院认可	(51)
二、破产案件的受理	(51)
河南省平顶山市新华区纺织品公司申请破产案	(60)
第三章 破产管理人制度的理论与实证	(63)
第一节 破产管理人制度概述	(63)
一、破产管理人的法律地位	(63)
二、破产管理人与几个概念的比较	(69)
第二节 破产管理人的选任	(72)
一、破产管理人的选任主体	(72)
二、破产管理人的任职资格和选任方式	(74)
首例破产案摇号指定管理人案	(79)
第三节 破产管理人的报酬与职责	(80)
一、破产管理人的报酬	(80)
二、破产管理人的职权	(83)
东星航空强烈抗议破产管理人言论，指武汉中级人民 法院裁定违法	(86)
第四章 债务人财产的理论与实证	(90)
第一节 债务人财产的界定	(90)
一、债务人财产及其性质	(90)
二、债务人财产的范围	(94)
广东证券公司揭阳营业处偿还垫付债券款异议案	(100)
广东国际大厦实业有限公司股权纠纷案	(102)

第二节 破产撤销权和破产无效行为	(103)
一、破产撤销权的界定	(103)
二、撤销权的适用范围	(107)
三、破产法中的可撤销行为与无效行为的关系	(111)
四、撤销权的行使及其效力	(112)
北京市华强奇苑房地产开发有限责任公司与徐欣荣破产 撤销权纠纷案	(116)
徐州一企业先卖设备再破产被法院驳回	(117)
第三节 破产取回权及其行使	(119)
一、破产取回权的界定	(119)
二、破产取回权的分类及其法理基础	(124)
三、破产取回权的行使及其法律效力	(130)
股民保证金取回权纠纷案	(131)
嘉明电力公司信托存款取回权纠纷案	(132)
开封市北达商贸有限公司诉北京五谷道场食品技术开发 有限公司破产取回权纠纷案	(134)
第四节 破产别除权及其行使	(136)
一、破产别除权的界定	(136)
二、别除权的权利基础	(139)
三、别除权的行使	(142)
某市毛纺厂破产案	(143)
第五节 破产抵销权及其行使	(144)
一、破产抵销权的界定	(144)
二、破产抵销权与民法上的抵销权的关系	(146)
三、破产抵销权的行使及其法律效力	(148)
湘江公司破产案	(151)
第六节 破产费用和公益债务的范围及其支付	(153)



一、破产费用与共益债务概述	(153)
二、破产费用及其范围	(154)
三、共益债务及其范围	(157)
四、破产费用与共益债务的支付	(161)
海燕公司破产案	(163)
本案中的赔偿款是破产债权还是破产费用	(165)
第五章 破产债权人及其自治性组织的理论与实证	(167)
第一节 破产债权的确定	(167)
一、破产债权的界定	(167)
二、破产债权的申报与确认	(172)
日本第一劝业银行安慰函担保债权确认异议案	(175)
掉期合同债权确认纠纷案	(177)
第二节 债权人自治组织：债权人会议和债权人委员会	(179)
一、债权人会议及债权人委员会的设置	(179)
二、债权人会议的召集和召开	(184)
某市国有企业破产案	(186)
第六章 重整、和解与破产清算程序的理论与实证	(190)
第一节 重整程序的制度安排和实证分析	(190)
一、重整程序的概念和特征	(190)
二、重整程序的立法例	(192)
S*ST 朝华科技重整案：充分利用壳资源	(193)
第二节 重整程序的启动	(194)
一、重整申请人	(194)
二、重整申请的实体要件和形式要件	(196)
三、法院对重整申请的审查和裁定	(198)
第三节 重整期间及其营业	(199)

一、重整保护期的界定	(199)
二、营业授权制度	(200)
三、自动中止制度	(202)
四、充分保护制度	(204)
全国首例适用新破产法审理的破产重整案	(206)
第四节 重整计划的制订与执行	(208)
一、重整计划的制订	(208)
二、重整计划的通过、批准与执行	(210)
第五节 重整程序的终止和完成	(217)
一、重整程序的终止	(217)
二、重整程序的完成	(218)
全国首例上市公司破产重整案审结	(219)
第六节 和解程序的制度安排和实证分析	(221)
一、破产和解的基础理论	(221)
二、和解程序的启动	(226)
三、和解协议的生效与执行	(228)
三水公司首次在破产宣告后适用破产和解程序	(232)
沈阳中院成功审结一上市公司破产和解案	(234)
中辽国际破产案	(236)
第七节 破产清算程序的制度安排和实证分析	(239)
一、破产宣告及其法律效力	(239)
二、破产财产变价	(242)
三、破产财产的分配	(244)
四、破产程序终结和追加分配	(250)
三鹿破产案财产分配完毕结石患儿无法获得赔偿	(254)
甲股份有限公司破产案	(257)
广东国际信托投资公司破产案债权清偿有新进展	(260)



附录 1	中华人民共和国企业破产法	(262)
附录 2	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）	(290)

第一章

全球背景下的破产法变革

第一节 破产与破产法

一、破产

（一）概念和特征

作为一种重要的偿债程序，破产是竞争性商品经济发展的必然产物。根据《现代汉语词典》的解释，破产是指事情失败，丧失全部财产；在拉丁文中，破产为 *Falletux*，意思是指失败；在意大利语中，破产被表示为 *Banca Rotta*，意思为砸烂的板凳^①；在英语中，破产为 *bankruptcy*。破产一词有多种含义，通常可以从两个方面进行理解。一是指一种客观状态，即债务人不能清偿到期债务的客观事实状态。在此状态中，债务人已无力支付其到期债务，而最终不得不倾其所有以偿债务。二是指一种法律程序，即当债务人不能清偿到期债务或者明显缺乏清偿能力的，法院根据当事人的申请或依职权，以债务人的所有财产公平清偿全体债权人或者实现企业拯救的法律制度。它是一种法律手

① 根据中世纪地中海沿岸意大利商业城市的商人习惯法，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，债权人就砸烂他的板凳，从而使其丧失经营资格。



段和法律程序，通过这种手段和程序，概括性地解决债务人和众多债权人之间的债权债务关系或者实现企业重生。破产法上的破产是就第二种含义而言，主要有以下特点。

(1) 破产是一种特殊的偿债手段。基于债权债务关系的存在，当债务到期以后，债务人必须对债权人为一定的给付行为，用以清偿债务。但是，和一般的债务清偿不同，破产作为一种特殊的偿债手段，伴随着债务的履行行为，债务人有可能消灭主体资格。

(2) 破产适用的前提即破产原因是债务人不能清偿到期债务或者明显缺乏清偿能力。破产程序的适用必须是基于法定破产原因的出现，即债务人不能清偿到期债务，或者明显缺乏清偿能力，有不能清偿到期债务之虞时方可适用。如果不具备法定的条件，任何人不得随意启动破产程序。

(3) 破产的主要目的在于使债权人获得公平清偿或实现企业重生。在一般的债务履行中，如果债务人不能清偿到期债务，应债权人的申请，适用民事诉讼法中强制执行程序即可满足债权人实现债权的目的。但是，如果债务人存在多个债权人，并且债务人的总资产不足以清偿所有债权人的债权时，则需要适用破产程序，使债权人在破产程序中按照破产法规定的顺序和一定的比例将债务人的所有财产公平、合理地分配给债权人，从而实现对债权人的公平保护。除此之外，破产重整制度的应用则有利于濒临消亡的企业按照法定的程序进行重整，实现重生。

(4) 破产是一种由法院实施的概括性执行程序。就一般的债务清偿而言，一般不需要法院的介入，并且多为一方履行、一方受偿的一对一的相对行为。与一般的债务清偿行为不同，债务人一旦适用破产程序，就必须接受管辖法院概括性执行程序的支配。从破产案件的申请到受理，从破产宣告到破产案件的终结，

从破产重整到破产和解，都必须允许管辖法院的介入。

破产有广义和狭义之分，广义上的破产包括破产清算、破产和解和重整程序；而狭义上的破产仅指破产清算程序。我国现行《企业破产法》采广义破产说。

（二）破产法律制度的目标模式

经济基础决定上层建筑，作为上层建筑的破产法的变革必定是对社会经济发展的有力回应。不同时代的发展有着自身的特色，反映在破产立法领域，则体现为不同时期的破产立法反映了不同时期立法者基于当前经济现状的考虑而出现的不同的目标模式。所谓破产法的目标模式，是指立法者通过破产立法、司法而意欲实现的预期和理想。就目前而言，破产法主要有三大目标模式。^①

1. 债权人保护模式

对债权人进行破产保护，是破产法得以萌生的最初动因。债权人保护模式实行债权人自力救济主义、破产有罪原则、商人破产主义、破产不免责主义。在此模式的支配下，破产法中的全部原则、制度和程序，无不围绕债权人利益这一中心而构建和设置，债权人利益被置于绝对地位而受到立法者和司法者的重视和强调。相反，债务人利益则被置于次要地位考虑，充其量仅具有服务性和从属性的规范意义，有时甚至根本不被考虑。

2. 债务救济模式

债务救济模式实行破产无罪主义、破产免责主义、自由财产制度、破产和解制度、复权制度、自动中止主义。这种目标模式认为，破产法其实近乎是债务人的救济手段，因为破产案件的多数，都是启动于寻求司法救济的债务人的自愿行为。概言之，破

① 转引自谢俊林：《中国破产法律制度专论》，人民法院出版社2005年版，第7~8页。又见汤维建：《破产程序与破产立法研究》，人民法院出版社2001年版，第47~63页。



产法就是债务人的救济法。

3. 社会本位模式

社会本位模式是在债务人救济模式的基础上发展起来的，前者是后者的合理延伸，后者包含在前者当中，二者相辅相成，并不绝对排斥。其标志因素有三：一是国家极力全面渗透和干预破产过程，法院在破产程序中的能动地位空前地强化；二是破产职工的善后安置被纳入破产程序的制度构造当中；三是破产重整制度的创设和运用。

从全球破产立法的趋势来看，破产立法遵循了债权人保护模式向债务人救济模式再到社会本位模式发展的嬗变过程。我国现行破产法律制度采社会本位模式。

二、破产法

（一）破产法的概念和性质

破产法是指规范破产程序的各种法律规范的总称。有广义和狭义之分：广义上的破产法是指实质意义上的破产法，既包括专门规范破产程序的法律，如《企业破产法》，也包括民法、商法、刑法、民事诉讼法等法律中有关破产程序的规定；狭义上的破产法是指形式意义上的破产法，仅指专门规范破产程序的法律。通常所称的破产法是狭义上的破产法。从立法规范来看，虽然破产法是规范破产程序的法律，带有浓厚的程序性特征，但是，究其内容而言，破产法规范不仅包含大量的程序性规范，而且包含大量的实体性规范。前者如破产案件的管辖、破产的申请与受理、破产原因、债权申报、债权人会议、破产宣告、和解程序、重整程序、清算程序、破产终结等制度；后者如债务人的破产能力、破产债权、破产财产、破产费用、公益债务、免责制度、复权制度、破产法上的撤销权、取回权、别除权、抵销权等

制度。其中，程序性规范是破产法的主要内容，实体性规范是为程序的顺利开展而设定，是附属于程序性规范的，因此，破产法是一部兼具实体法和程序法性质的法律。

（二）破产法的立法原则

基于破产制度在各国的历史演变过程以及各国财产制度的不同等原因，各国在破产立法中采取了不同的立法原则。破产立法原则是指导破产立法、司法的根本性规则，是破产法规范的高度抽象与概括。从理论上来讲，破产法的立法原则主要包括以下内容。

1. 商人破产主义、一般破产主义以及折中主义

因破产程序可适用的主体不同，破产法采商人破产主义与一般破产主义，以及折中主义三种立法例。商人破产主义主张破产法仅适用于商人破产事件，而不适用于非商人主体，这种立法例起源于《法国商法典》。一般破产主义主张破产法适用于一切破产事件，无论是商人破产还是非商人破产。也就是说，一般破产主义承认所有法律主体均具有破产能力，为近代英、德等国所提倡，是现代破产立法的主要趋势。折中主义的体制，即破产法的实体部分统一规定，程序部分则分别规定。17世纪西班牙破产法发展了两种清算程序，一种适用于商人，一种适用于非商人。1829年《西班牙商法典》实行折中主义体制。此体制为葡萄牙、阿根廷、巴西等国所采用。

2. 解体主义与拯救主义

以是否需要债务人解体为标准，可分为解体主义和拯救主义。解体主义主张，破产程序的目的是将债务人的全部财产用来清偿全部负债。也就是说，要将债务人的资产全部变卖，以变卖所得的价金来偿还债务，债务人随着清算程序终结而注销主体资格，退出市场。拯救主义主张在保全债务人资产和营业的基础