

当代破产法丛书

主 编 / 韩长印

执行主编 / 许德风 任一民

美国破产法新论

(第3版)(上册)

The Law of Bankruptcy, Third Edition



by Charles Jordan Tabb

[美]查尔斯·J. 泰步/著

韩长印 何 欢 王之洲/译



中国政法大学出版社

中国破产法研究

主编 王欣新
副主编 王欣新 王欣甫 王欣达

美国破产法新论

（第四版）（上册）

The Law of Bankruptcy, Third Edition



中国政法大学出版社

CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL ECONOMY AND LAW PRESS

100081 北京 中国政法大学

● 中国政法大学出版社

当代破产法丛书

主编/韩长印

执行主编/许德风 任一民

美国破产法新论

(第3版)(上册)

The Law of Bankruptcy, Third Edition



by Charles Jordan Tabb

[美]查尔斯·J. 泰步/著

韩长印 何 欢 王之洲/译



中国政法大学出版社

2017·北京

The Law of Bankruptcy, Third Edition

by Charles Jordan Tabb

© LEG Inc., d/b/a West Academic Publishing.

This translation *The Law of Bankruptcy, 3rd Edition* by Charles J. Tabb is published by China University of Political Science and Law Press Co., Ltd. through an arrangement with LEG Inc., d/b/a West Academic Publishing.

Licensed for distribution in Mainland China only. Not for export.

本书中译本经由 West Academic Publishing 授权翻译出版。

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

美国破产法新论/(美)查尔斯·J.泰步著；韩长印，何欢，王之洲译.—北京：中国政法大学出版社，2017.12

ISBN 978-7-5620-8006-0

I. ①美… II. ①查…②韩…③何… ④王… III. ①破产法—美国 IV. ①D971.222.9

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第325046号

书 名	美国破产法新论 MEIGUO POCHAN FA XINLUN
出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路25号
邮 箱	fadapress@163.com
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908435(第一编辑部) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	720mm×960mm 1/16
印 张	93.5
字 数	1831千字
版 次	2017年12月第1版
印 次	2017年12月第1次印刷
印 数	1~3000册
定 价	198.00元

丛书编委会



王卫国 中国政法大学民商法学院教授，中国银行法研究会会长

王欣新 中国人民大学法学院教授，北京市破产法学会会长

杨忠孝 华东政法大学经济法学院教授，上海市法学会破产法研究会常务副会长

齐 明 吉林大学法学院教授，吉林省法学会破产法学研究会会长

徐阳光 中国人民大学法学院副教授，北京市破产法学会副会长兼秘书长

刘 敏 最高人民法院民一庭副庭长，北京市破产法学会副会长

章恒筑 浙江省高级人民法院民四庭庭长，全国审判业务专家

季 诺 上海市方达律师事务所高级合伙人，上海市法学会破产法研究会副会长

陈 峰 北京大成（上海）律师事务所主任，全国优秀律师

池伟宏 北京大成（广州）律师事务所高级顾问，原深圳市中级人民法院破产庭审判长

童丽萍 上海电气集团首席法务官，全国优秀公司律师

总序

毋庸置疑，我国已经进入了信用和风险一并快速扩张的时代。24%~36%民间借贷利率的合法化及诸多领域高负债基础上杠杆交易的实施，又进一步放大了此种风险。在政策性软预算约束的惯性下，政府或者准政府机构对大面积违约的刚性兑付，以及部分地区依靠行政力量对困境企业进行以强扶弱的治标做法，尽管能将某些债务风险暂时掩盖起来，但诸多领域内风险的积聚，无疑会成为酝酿新一轮经济和破产危机的量变因子。实际上，有信用关系存在的地方，就可能有破产。只不过，当代社会对于破产制度的需求比以往任何时候都更为迫切。

早在1992年我国确立市场经济体制改革目标之前，1986年《企业破产法（试行）》的制定、颁布就突破性地给自己贴上了这样的历史标签：第一次在电视上直播立法机关现场讨论法律草案的场面；第一次以尚未通过的法律（《全民所有制工业企业法》）的颁布实施作为自身生效实施的前提。除此之外，该法不仅是在生效之前周知时间最长的法律（1986年12月2日~1988年11月1日），也是迄今“试行”时间最长的法律（1988年11月2日~2007年5月31日）。

然而，有目共睹的是，此后长时期内，破产法的实施效果并不理想。各种制度性替代措施和政策性替代因素借助于传统经济危困化解手段的普遍采用，以及“维稳措施”对破产功能的消解，使当初为获取市场经济地位而出台破产法的初衷几度被人怀疑。或许，包括破产法在内的整个法制的命运某种程度上就是在这样一波三折的风雨历程中艰难前行的！

2016年是现行《企业破产法》颁布的第10个年头，对破产法实施的推进来讲，这也是值得纪念的一年。这一年，最高人民法院为回应国家供给侧结构性改革和僵尸企业处理的政策精神，改变破产法长期得不到有效实施的现状，推出了一系列促进破产法实施的措施，包括但不限于：在中级人民法院设立专门的清算与破产审判庭（直辖市至少须有一个中级人民法院设立，省会城市、副省级城市所在地中级人民法院均应设立，其他中级人民法院由各高级人民法院会同省级机构编制部门统筹安排）；建成并开始运营全国企业破产重整案件信息网，发布实施了《关于破产案

件立案受理有关问题的通知》，实现了类似立案登记制的效应。此外，一些民间机构不失时机地建立了危困企业投资并购联盟、资产投资促进机构及信息共享平台等。通过学术论坛、微信群聊等正式或非正式方式，破产法学术交流、破产法理论与实务界的沟通均空前活跃，不少地方还成立了破产法研究会、破产管理人协会等学术和行业组织。我们欣喜地看到，政府、社会和市场终于认识到了经济发展对破产法不可或缺的内在需求以及破产法对社会与市场所具有的良好回应机能。

破产制度之于我国，无论其制度本身还是其文化内涵，严格说来皆属舶来品。1986年《企业破产法（试行）》颁布至今虽已30年，但从其遭遇的多舛命运来看，难言其已达到“三十而立”的境界。破产程序的启动仍然较为依赖或许只是作为临时性措施的配套制度（例如“执转破”制度），而缺少必要的自治机能（比如破产启动程序的常态化），现有规则对诸多疑难问题的应对，很难说达到了得心应手、运用自如的程度。应当说，任何一项法律制度的实施，都需要参与制度运作的机构和个人对相关制度要素的准确把握和透彻理解。因而，我们不仅需要学习和借鉴破产法制先进国家的立法例及经验，也要基于国内的既有实践，培育我们自己思考、应对和化解破产法疑难问题的能力。

应当承认，我国近年来破产法制实践的展开，离不开诸多一线商事法官、破产管理人苦心孤诣、不畏险阻、知难而上、孜孜以求的努力。他们无怨无悔地宣传着破产法的理念，钻研着破产法的精髓。这种坚持不懈地推动破产法实施的卓越智慧和勇气，或许会成为我国破产法艰难实施历史中至为宝贵的民间记忆。在他们这股力量的强大感召和无私激励下，我们没有理由充当破产法制建设的旁观者，没有理由不投入到已现端倪的破产法实施的澎湃激流中去。

本套丛书由上海交通大学法学院破产保护法研究中心（以下简称“中心”）组编。中心致力于推进破产法学的繁荣和破产法制的进步，自成立以来得到了破产法理论与实务界诸多机构和同仁的鼎力支持，尤其是上海市方达律师事务所与浙江京衡律师事务所的无私帮助。中心在锦天城律师事务所、方达律师事务所的支持下，截至2015年，先后举办了4届“企业破产法实务论坛”，编辑刊发了10期《破产法通讯》；在浙江京衡律师事务所的支持下，中心于2014年开办了“中国破产保护法律网”（同时作为浙江省律协企业破产管理专业委员会的官网）。

本套丛书的组编工作启动于2014年，前三部著作于2015年完成初稿并由中国政法大学出版社完成版权翻译许可合同的签署工作。组编工作启动伊始就得到了好友章恒筑、任一民、许德风、季诺等破产法同仁的诚心赞同和支持。中心期望通过

丛书的出版，将境内外破产法方面的立法指南、改革报告、经典著作、学术新论、实务案例等素材陆续推出，以表明我们对破产法制事业一如既往的热爱和矢志不渝的信心。期待大家踊跃投稿，并欢迎大家不吝指正。

谨以本套丛书献给正在见证中国破产法制发展的人们。

韩长印

谨识于2016年9月3日

译者前言

一、翻译本书的缘由

2010 年秋，我到美国伊利诺伊大学香槟校区从事富布莱特（Fulbright）访问研究，从合作教授泰步教授（Charles J. Tabb）那里获赠两本破产法专著。一本是泰步教授的独著，如今呈现在读者面前的这本著作；另一本是泰步教授和他的学生——伊利诺伊大学法学院的布鲁贝克教授（Ralph Brubaker）合著的另一本著作。两本书的风格并不相同，前者是原理阐述型，后者则是问题导向型。

当我看到泰步教授独著的这本书后，一下子被本书的写作风格吸引住了。与传统英美教科书以案例为主导不同，这本书既有对破产法原理和相关知识背景的系统介绍，又有对相关理论争点的客观引用和自己观点的明确表达，还有对典型案例的妥帖穿插和评价。法条的注释、理论的评析与案例的印证之间取舍得当，相得益彰，可称之为集原理、案例、前沿理论为一体的美国破产法“百科全书”。美国虽属判例法国家，但从破产法的立法及适用来看，不论是法官还是学者，对法教义学的重视，乃至咬文嚼字的功夫一点都不比成文法国家差。加之该书文字风趣幽默，结构有条不紊，写作风格特别适应大陆法系的阅读习惯和思维方式。遂爱不释手，并于 2011 年初开始在阅读之余做一些读书笔记。

2012 年回国后，我便邀请在上海交通大学攻读博士学位的何欢同学和在美国攻读博士学位的王之洲同学一道承担翻译工作。一开始翻译的是本书第 2 版，当时基于篇幅的考虑，并未打算将有关自然人破产的四章内容（即第 9、10、12、13 章）一并译出。但后来发现国内破产从业者对自然人破产的呼声和关注度日渐增高，遂决定增译有关自然人破产的内容，并于 2015 年初完成全书初稿。之后又对照 2014 年出版的第 3 版进行了校订，遂成此稿，书名定为《美国破产法新论》。

近年来，在最高人民法院的大力推动下，破产法的实施效果得到了极大的改观。破产法学的“显学”趋势也日渐明显，不仅越来越受到“官方”的重视，也

越来越为学者和实务执业者所青睐。最显著的例子是，杭州 G20 峰会上，中美两国元首会晤的中方成果清单指出：“中美双方认识到建立和完善公正的破产制度和机制的重要性。中方高度重视运用兼并重组和破产重整、破产和解、破产清算制度和机制依法解决产能过剩问题。在解决产能过剩问题过程中，中方将通过继续建立专门的破产审判庭、不断完善破产管理人制度以及运用信息化手段等方式推进破产法的实施。中美双方承诺最早从 2016 年开始，以论坛或互访等方式定期和不定期地就双方各自破产法的实施进行沟通和交流。”此外，北京的“中国破产法论坛”及其专题研讨会、上海的“企业破产法实务论坛”、浙江一年一度的破产管理人培训交流会、江苏的破产法论坛、深圳的“市场化破产高峰论坛”、河南的“中原破产法高峰论坛”等，参会人数动辄百余人，多则数百人，其他各地的破产法学术活动也渐趋活跃。

但毫无疑问，无论是我国未来的破产法改革、破产法理论研究，还是破产实务操作，向破产法制先进国家参考借鉴都是不可或缺的。就破产法对经济社会生活所发挥的实际功效及破产法理论研究的深度而言，美国毫无疑问是目前最为发达的国家之一，其诸多做法都值得借鉴。本人曾于 2003 年主持翻译过大卫·G. 爱泼斯坦教授（David G. Epstein）等人所著的《美国破产法》一书，该书也是国内目前仅有的一部对美国破产法作过全面而系统介绍的学术成果。考虑到美国破产法已进行过数次修订，尤其是 2005 年那次重大而全面的修订，该书已经不能体现美国破产法制发展的最新进展，也无法充分满足对借鉴美国破产法的现实需求。而这本《美国破产法新论》不仅对美国破产法的基本原理做了论述，还对美国破产法 2005 年修法内容作了重点介绍，当可作为研习美国破产法的最新中文读本。

本书作者查尔斯·J. 泰步教授是美国最著名的破产法学者之一。泰步教授现为伊利诺伊大学（香槟校区）法学院 Mildred Van Voorhis Jones 冠名教授，曾任该院执行院长。他在该校讲授破产法等课程的时间已达 30 余年，称得上是“桃李遍美国”。泰步教授的影响力并不限于破产法学界，他曾由美国联邦最高法院时任首席大法官威廉姆·伦奎斯特（William Rehnquist）任命，担任过美国联邦破产程序规则顾问委员会的委员；还曾担任伊利诺伊州统一州法委员会委员。我国 2006 年企业破产法重新修改之时，泰步教授曾被聘为咨询顾问到北京提供咨询意见。

二、本书的借鉴价值

本书的原著篇幅长达 1300 多页（大 32 开本），内容覆盖美国各类主体、各类



破产程序的基本问题。作者除了对美国破产法的内容作出全面论述之外,还对不少问题表达了爱憎分明的观点。比如,在本书第二章中,作者就对第13章债务人提出破产申请前的信用咨询规则表现出不屑一顾的鄙视,并进行了深刻而尖锐的批评。

译者无意像在2003年翻译《美国破产法》时那样,用数万字的篇幅对全书进行一个全面、概括的介绍和提炼。毕竟中国破产法经过30余年的实践,读者已经对诸多破产法论题达到了较高的认知程度。何况即使用如此篇幅对中美破产法的可借鉴之处进行全面的比较,仍会有挂一漏万、以偏概全的顾虑。所以,这里只想“信手拈来”本书论述到的几处可供我们借鉴的内容作为参考。

(一) 破产裁判的专业化与联邦托管人制度

1. 联邦托管人的设置及其地位

美国于1978年破产法改革后开始了联邦托管人(United States trustee)制度的试点,并借助1986年10月通过的《破产法官、联邦托管人和家庭农场主破产法》将该制度在全美范围内永久地确立下来。

破产案件司法裁判职责和行政管理职责的区分改革是该制度的主要内容。破产案件的行政性管理事项交由在对应区域内专门设立的联邦托管人承担。联邦托管人是美国司法部的组成部分,由司法部长任命和监督。全美范围内共设有21个联邦托管人办公室,各地联邦托管人的工作由联邦托管人执行办公室(Executive Office)在办公室主任的领导下统筹协调。

联邦托管人在性质上属于独立于司法机关和立法机构的破产事务执行机构。在破产法的实施中充当捍卫债权人、债务人的权益以及公众利益的“看门人”角色,以保证破产法得到公正、有效、正确的实施。其在破产案件中不以谋求任何经济利益为目标,更不会充当联邦政府或州政府债权的代理人,而以维护破产案件中所有利害关系人的利益为工作目标。

联邦托管人的职权和职责主要包括:①管理人名册的确定、管理人的具体指定,包括管理人的培训、监督或撤换;②若为个案所需,召集和主持债权人会议,并由债权人来检查债务人的财务和营业状况;③对债务人、债权人、破产执业者及其他专业人员的欺诈行为和违法行为进行调查和追诉;④不同利益群体之间政策冲突的监控;⑤管理人和专业人员的报酬计算与发放的监督;⑥自然人破产所涉相关信用咨询机构的资质的评定和授予;⑦自然人破产申请适格性的监督、自然人破产免责的监督;⑧破产案件所涉相关报告或资料提交的监督;⑨更生性程序中重整计

划或偿债计划的制定工作的监督；⑩债权人委员会成员的指定与监督；⑪破产案件进度的监督、必要的破产审计的实施等。

为方便联邦托管人履职，包括破产申请在内的破产案件的相关文件副本和流程都要向联邦托管人抄送和报备。

2. 个案管理人的指定及其角色

在美国，个案中的破产管理人概由联邦托管人负责遴选和任命。需要说明的是，由于重整程序中以债务人自行管理为原则，只有当债务人企业的现有管理层存在诈欺、背信、不适任和严重的管理不善或者指定管理人替代现有管理层符合重整案件利害关系人的利益时，破产法院才会裁定指定管理人接管重整企业。

联邦托管人自身不得作为重整案件中的管理人。联邦托管人在指定个案管理人之前，会和各利害关系人就管理人的人选问题进行磋商，磋商对象通常包括债务人、各官方委员会、申请前后的贷款人和其他关键债权人。这些利害关系人也可向联邦托管人提出自己的推荐人选，但最终由联邦托管人独立判断和决定。对于重整程序中个案管理人的指定，联邦托管人会设置其认为必要的“技能组合”要求，比如有复杂金融诉讼经历的律师、对诈欺行为有丰富调查经验的个人等。

个案中的管理人必须回避相关利益冲突。基本的“白线规则”是管理人须独立于债务人，比如，不曾担任债务人的董事和高管，不曾在债务人名下拥有相关经济利益，不属于债务人的关联关系人或者关联关系人的亲属。

个案中的管理人还必须独立于所有的利害关系人，包括推荐其担任管理人的相关主体。为此，被指定的管理人必须披露与包括联邦托管人在内的所有利益主体间的关系，以增加程序的透明度并便于各利害关系人判断是否存在利益冲突。个案中管理人的客观性、独立性必须不存疑问，被选任的个案管理人需得到法院的批准。按照规定，债权人可以另行选举管理人以替代联邦管理人指定的管理人，但实务中几乎没有出现过这种情况。

第12章和第13章案件的管理人与第7章和第11章不同。对于每个司法辖区内所有的第12章或第13章案件，联邦托管人一般只任命一个自然人作为常设管理人，其主要职责是充任债务人的付款代理人。

按照规定，个案管理人必须缴纳保证金作为接受选任的条件，以作为其诚信履职的担保，管理人还须按月提交包含有债务人详细收支状况的工作报告。管理人执业的费用和开支作为管理费用（大致相当于国内的共益债务），其聘用相关专业人员的费用需要接受法院的审查。



泰步教授在本书中指出,破产法官的职责就在于以法官的角色行事。这一乍看起来可能是同义反复的表述,恰恰标志着20世纪70年代开始美国破产法对破产法官基本角色的准确定位。1973年之前,破产法官还被称为“破产公断人”(referee in bankruptcy),在个案中除承担司法裁判职责之外,尚需负责带有管理性的事务,例如主持债权人会议、会见当事人等。其中立性与专业性往往因此受到质疑,执业风险也相对较大。如今,行政管理层面的联邦托管人与破产法官职权的分设,加上个案当中管理人或经管债务人的设置,很大程度上消除了这方面的疑虑。

当前,我国整个法院系统都存在人少案多的问题,破产审判法官的人员配备更是捉襟见肘,破产行政管理事务的分流以及破产法官的专业化建设,或许可以借鉴美国上述已经成熟的做法。

3. 破产法官的专业化与破产核心争讼的界定

美国破产法是联邦立法,破产案件归联邦破产专门法院管辖,破产法院是联邦地区法院的组成部分。所有的破产案件均由专业破产法官审理,但破产案件所牵涉的相关诉讼或争议的处理则并非都由破产法官负责。

基于破产案件本身的综合特征,许多不同种类的事项和“争讼”(proceeding)问题往往交织在一起。如果简单做一分类,可将它们大致分为三类:①不涉及任何争讼的常规性管理事务,比如通知的送达、管理人的指定、财产的实际拍卖与分配等。前文业已提及,这些事项已交由联邦托管人及管理人(或经管债务人)负责。②仅因破产案件的进行才发生的关于破产“核心”问题的争讼事项。这些核心争讼采取的形式既可能是“异议程序”,也可能是“对抗制程序”。前者包括解除冻结的申请、债权的异议、财产豁免的异议、出售财产的申请、重整计划批准的异议等;后者更接近传统民事程序,包括破产免责的异议程序、偏颇行为的撤销和追偿诉讼等。③即使不存在破产案件,在破产程序之外也可能产生的“相关争讼”。相关争讼除相对方恰好是破产债务人或其结果可能与破产案件有关外,与破产案件并无其他任何关联。相关争讼所采的形式与传统的民事诉讼也不存在任何区别。

在美国,破产法官享有对破产案件中的所有“核心争讼”进行“听审和裁判”的权力。换言之,破产法官可以对核心争讼作出终局裁判,该裁判仅能由宪法第3条法官在上诉中进行复审。美国《司法及司法程序法》§157(b)(2)非穷尽性地列举了16种破产核心争讼事项,依次包括:(A)破产财团的管理事项;(B)债权与财产豁免的确认或不予确认,以及债权的估价;(C)破产财团对债权申报人提起的反诉;(D)信贷获取的决定;(E)破产财产交还的争讼;(F)关于偏颇交易的

诉讼；(G) 解除自动冻结的争议；(H) 关于欺诈转让的诉讼；(I) 债务的可免责性的决定；(J) 免责的异议；(K) 优先权的有效性、范围、顺位的判决；(L) 计划的批准程序；(M) 财产的使用或出租的决定；(N) 财产出售的决定；(O) “其他影响破产财产的清理变现或债权债务……关系的调整的争讼”；(P) 外国破产程序的承认和《破产法典》第 15 章下的其他事项（这一项系 2005 年新增）。

而对非核心争讼，除非所有当事人同意，破产法院无权作出终局裁判，破产法院只能向联邦地区法院提供关于事实认定与法律结论的建议。不仅如此，联邦地区法院甚至可以放弃对这类争讼的管辖，由经验更丰富的州法院进行审理。

在我国，业界公认破产案件具有“办案与办事相结合”“开庭与开会相结合”“裁判与谈判相结合”的特点。我国《企业破产法》第 21 条也明确规定：“人民法院受理破产申请后，有关债务人的民事诉讼，只能向受理破产申请的人民法院提起。”不仅如此，实务中，在重整计划执行中产生的诉讼也可能由受案法院管辖。前种集中管辖的做法固然可能出于破产案件办案效率的考虑，但在提高办案效率的同时，是否需要顾及司法权的合理配置和司法资源的合理分配，是否考虑破产裁判事项与非破产裁判事项的划分并进行合理的案件分流，对美国的做法或许也有甄别和借鉴的必要。

（二）破产程序的及时启动与自动冻结

在美国，无论是债务人提出的自愿申请，还是债权人提出的强制申请，均会直接导致破产程序的启动、自动冻结的触发及破产财团的成立。两种申请在效力上的区别仅仅在于：自愿申请的提交本身即产生破产救济令签发的效力；而强制申请则需要法院在审查之后作出破产救济令。是故，破产申请的及时提出在美国至少具有两方面的功能：①直接产生对个别执行行为的冻结效力，及时阻断对债务人的个别追偿；②可以保证对相关可撤销行为的撤销不至于超过破产撤销权的追溯期。这种以破产申请作为程序启动时点与自动冻结的触发时点的安排，可以最大限度地保障破产申请的目的得以实现。

尽管强制申请的提出不会自动构成破产救济令的签发，但破产救济的及时性在强制申请上体现得或许更加明显。在强制申请的场合，只要不违反自动冻结，债务人在法院作出破产救济裁定前仍在相当程序上保留财产与事务的自主权。为防止债务人在强制申请提出到破产救济令作出这个间隔期（gap period）内实施损害债权人利益的行为，导致强制申请的目的落空，债权人可以请求法院作出一系列的临时措施，比如指定临时管理人、下达限制债务人处分财产的临时禁令等。



与美国法不同,包括我国在内的大陆法系国家,均系以破产案件的受理作为破产程序的启动时点与自动冻结的触发时点。根据我国《企业破产法》第16条与第19条的规定,“人民法院受理破产申请后,债务人对个别债权人的债务清偿无效”,“人民法院受理破产申请后,有关债务人财产的保全措施应当解除,执行程序应当中止”。从破产申请对个别追偿的阻断来说,这种规定的救济功能显然不如美国法来得及时有效。该规定无法阻止破产申请提出之后、法院受理申请之前这段时间内债权人的“哄抢”行为,对破产申请与破产受理之间间隔较长的上市公司破产案件而言,其危害性更大。加之《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(二)》第15条将“经诉讼、仲裁、执行程序对债权人进行的个别清偿”作为偏颇撤销的例外,可能变相产生激励申请后、受理前这一“空档期”哄抢债务人财产的效果,这一立法缺陷的危害或许更加突出。

大陆法系中一些破产法制较为发达的国家或地区为应对这一不利局面,往往设有破产临时保全机制。根据该机制,债务人与债权人均可在破产申请提出之后请求法院作出具有保全效力的临时性裁定或禁令。但在我国,仅2017年1月发布的《最高人民法院关于执行案件移送破产审查若干问题的指导意见》(法发〔2017〕2号)第8条具有类似功能。根据该条规定,“执行法院作出移送决定后,应当书面通知所有已知的执行法院,执行法院均应中止对被执行人的执行程序”。由于该条规定只适用于“执行转破产”案件,且需执行法院“书面通知所有已知执行法院”,并不具有普适意义。概言之,作为现阶段的改革目标,或许有必要全面确立破产临时保全机制;长远看来,则应改为以破产申请提出作为破产程序启动与自动冻结触发的时点。

以破产受理的时间作为破产程序启动时点的另一不利影响在于,确保嫌疑行为处于破产撤销追溯期内的目标可能无法实现。由于破产受理的审查必然需要一定的时间,破产申请提出之时尚位于追溯期内的行为,在破产受理之时可能就已经超出了追溯期限。现阶段无法做到以申请作为程序启动时点的情况下,最佳的应对办法就是尽可能地缩短破产受理的审查时间,这样做也有利于对个别追偿行为的尽早阻断。《企业破产法》对破产受理的审查也设置了严格的时间限制。根据该法第10条之规定,人民法院原则上应于22日内裁定是否受理,最长应于37日内裁定是否受理。不仅如此,《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)》(法释〔2011〕22号)对破产受理的要件与审查程序也有明确的规定。

应当看到，当前实务中对破产申请的审查期限过长的问題，除了法定的审查期限未得到遵守，立案法院还往往在法定审查要件之外进行了不必要的额外审查。比如，在“法定代表人下落不明且无其他人员负责管理财产，无法清偿债务”的案件中，有的法院还要“不辞辛劳”地对债务人的财产状况、银行账户进行调查。由此造成的后果就是，只要及时受理原本可以撤销的清偿行为或财产处分行为，最终将无法撤销。

当前，企业欠缺及早启动破产程序的激励机制和约束机制的事实会进一步加剧破产撤销制度实际功效不佳的困境。业界形成的共识就是：无论是债务人还是债权人，通常情况下都缺少提起破产申请的动因。而由于欠缺上述两种机制，债务人企业的高管不仅在债务人陷入困境后选择恰当的时机申请破产，反而可能趁机从事高风险的交易，甚至“破罐子破摔”“一不做、二不休”，以致将陷入财务困境的企业直接“挥霍”成“无产可破”的企业。即使最终有人提起了破产申请，待到破产受理之时，其不当行为的“罪恶”也可能因早就超出了破产撤销权的追及范围而不被追究。“无产可破”案件的普遍化及管理人报酬基金在各地的建立即为明证。

因而，我国未来立法改以破产申请的提出作为破产程序启动的时点之前，应当强化对破产申请的审查受理时限的遵守，避免额外设置破产受理的审查要件，防范由于破产受理审查耗时过长而导致债务人的不法或者不当行为最终无法撤销的情况发生。

（三）重整程序中债务人的自行管理

1. 债务人自行管理的政策考量

在美国，债务人在重整程序启动后，原则上可作为“经管债务人”（debtor in possession）继续保留对经营与财务事项自行管理的权利。换言之，债务人的现有管理层并不会因破产程序的启动而丧失对企业的管控，除非之后通过公司内部程序被撤换。

美国在1978年破产法改革之前，也曾采用过以管理人接管为原则的做法。在当时针对大型公司设计的再生程序中，只要债务人的负债总额超过25万美元，就必须指定管理人。不了解重整实务的人也可能会想当然地认为，指定管理人来取代债务人的现有管理层将是更加明智的做法。首先，现有管理层对债务人陷入破产很可能难辞其咎——无论其原因是能力不济、欺诈，还是过失。继续任用这些应当对债务人破产负责的管理层，并且让其领导债务人的重整事宜，对重整的顺利进行而言不是一个好办法。其次，如果管理层知晓即便其导致债务人陷入破产也不会丢掉



工作或丧失对公司的控制权，事实上会鼓励他们毫无顾忌地从事过度冒险的经营。概言之，坚持这一立场者认为，如果债务人的管理层在破产重整中原则上都能留任，那么导致债务人陷入破产的原因就更可能源自债务人内部的不当决策，而非外部的力量。

美国国会经过深思熟虑，在 1978 年破产法改革中改变了过去的态度，认为强制指定管理人的安排所产生的成本可能超过其带来的收益。具体而言：

第一，管理不当的程度并非那么严重，债务人的重整需求往往源于“纯粹的商业挫折”，而非“欺诈、缺乏诚信或整体管理不当”。如果说 1938 年制定《钱德勒法案》时重整制度的滥用还比较普遍的话。到 1978 年，国会认为情况已经发生了翻天覆地的变化，重整制度的滥用不再是普遍现象。此外，即便债务人的管理层存在过错，这些“坏家伙”们在破产申请之前或许已经被新的管理团队所替代了，此时没有必要再次撤换新上任的管理团队。简言之，强制指定管理人的做法可带来的积极意义是值得怀疑的。

第二，强制指定管理人的成本将会十分巨大。管理人指定的直接成本是必须向管理人及其雇用的专业人士支付报酬。此外，破产立法还必须考虑间接成本的存在。在获得管理人指定之后，管理人至少需要时间来熟悉债务人的业务状况与行业状况。或许等不及新上任的管理人完全熟悉债务人的状况，原本深陷困境的债务人便已经丧失了成功重整的最后一丝希望。原有管理层尽管未必是商业明星，但至少对债务人的经营状况已经非常熟悉，在重整进程中不大会错过任何再生的机会。正是基于这些理由，国会认为，“在大多数情况下，经管债务人的继续营业都会令债权人受益”。总之，以债务人自行管理可以避免引入外部管理人可能产生的成本、迟延和妨碍，但立法又同时保留了必要时指定管理人替代经管债务人的机制。

第三，债务人自行管理也具有鼓励债务人及时提出破产申请的积极功能。如果重整程序采纳强制指定管理人的安排，债务人在陷入财务困境的早期对破产申请很可能会持抗拒态度，毕竟管理层都不愿意丧失自己的高管职位。美国国会注意到，在 1938 年针对中小企业设计的挽救程序中，由于无需强制指定管理人，债务人对破产申请明显更加积极。自行管理之所以能够起到破产申请的激励作用，除了营业的进行不受程序启动的影响外，最大的一项因素就在于对于重整计划的制定，各国都遵循“谁管理、谁制定”的原则。通过重整计划的制定，包括重整中与利害关系人的协商及表决意见的征集，债务人可以在不损害其他利害关系人利益的前提下，最大限度地维护自身的利益。尽管为防止经管债务人滥用其重整计划制定权，立法