

.....

破产法的 “破”与“立”

《企业破产法》施行十周年纪念文集

.....

主 编 张善斌



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

特别感谢湖北山河律师事务所、湖北晨丰律师事务所对本书的资助

破产法的 “破”与“立”

《企业破产法》施行十周年纪念文集

主编 张善斌

图书在版编目(CIP)数据

破产法的“破”与“立”：《企业破产法》施行十周年纪念文集/张善斌主编. —武汉：武汉大学出版社，2017. 12

ISBN 978-7-307-19889-0

I. 破… II. 张… III. 企业破产法—中国—文集
IV. D922. 291. 92 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 307869 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：虎彩印艺股份有限公司

开本：720 × 1000 1/16 印张：32.25 字数：480 千字 插页：3

版次：2017 年 12 月第 1 版 2017 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-19889-0 定价：96.00 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2部，发表论文30篇。具有代表性的成果为专著《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》《〈国家赔偿法〉与〈侵权责任法〉调整范围之协调》《人类胚胎的法律地位及胚胎立法的制度构建》《论强制取得少数股东股权——简易式兼并探析》等；有4篇文章分别被《中国社会科学文摘》、人大复印资料转载。主持国家社科基金项目“人格权立法的价值定位及立法模式选择”、中国法学会部级法学研究课题“人格要素的商业化利用及其法律规制”以及横向研究课题“破产清算程序中和解若干法律问题研究”“拍卖法若干问题研究”“教育机构侵权责任研究”等多项课题。

前 言

破产法学术界和实务界的同行，常自嘲为“破人”，称破产法为“破法”。“破人”经常开“破会”研究“破法”，这是近年来才有的现象。如果把这一现象作为破产法开始兴盛的标志，甚至认为破产法的春天来了，未免过于乐观。从破产法司法实践来看，破产法在社会经济治理中尚未发挥其应有的作用。所以说，破产法的春天远没有到来。

破产法是实践性极强的法律。如果说法律的生命在于经验，那么破产法生命在于施行。遗憾的是，我国破产法施行情况并不理想。

现行破产法律制度始于《中华人民共和国企业破产法(试行)》。该法的颁布改变了社会主义不应有破产的观念，打破了国有企业不能破产的神话，确立了市场出清机制，也进一步完善了我国的法人制度，意义非同凡响。但由于受当时经济条件、社会治理需求和破产法观念影响，受适用范围窄、破产门槛高、相关配套措施缺失等因素制约，该法在1988年施行起的最初几年并没有发挥其应有的作用。1991年《中华人民共和国民事诉讼法》及相关司法解释逐渐完善了作为独立类型的破产审判制度。1993年深圳市中级人民法院成立全国第一个破产清算审判庭。此后全国法院破产案件受理数量逐年增加，1994年步入快速上升期，2001年达到9110件。2006年《中华人民共和国企业破产法》的颁行标志着我国破产法律制度进入了新时代。但是，《中华人民共和国企业破产法》实施情况并不乐观。从2006年至2010年，法院每年受理的破产案件数量分别为4253件、3817件、3139件、3128件、2366件，《中华人民共和国企业破产法》施行后破产案件受理数量不升反降，司法实践与立

法预期存在较大差距。^① 2013年法院受理破产案件数仅1998件，为1995年以来最低。破产案件数量萎缩的态势引起了学界、最高人民法院乃至立法部门的高度重视。对此，中国破产法论坛专题研究报告指出，破产案件受理数量下降的原因，从法律制度方面看，既有破产法本身有待完善、程序效率有待提高的原因，也有破产法之外其他法律不能与之衔接的问题。从相关主体方面看，既有法院自身观念保守、内部制度不健全和审判队伍建设不力的原因，也有法院外各种因素如配套制度不健全、不当行政干预、破产文化观念落后的原因，当然也有债务人缺乏申请破产的动机、债权人缺乏申请的动力等原因。^② 如何充分发挥破产法在市场经济中的作用，已成为立法部门、司法实践部门和理论界共同面对的课题。

从2015年开始的以去产能、去库存、去杠杆、降成本、补短板为重点的供给侧结构性改革为破产法的勃兴带来了新的机遇。供给侧结构性改革必然伴随着落后产能的清理淘汰，需要更多地运用法律手段，有效处置“僵尸企业”，推动企业兼并重组进程，提高破产清算效率。为配合供给侧结构性改革，进一步健全市场主体救治和退出机制，最高人民法院2016年7月28日下发了《关于破产案件立案受理有关问题的通知》，改革破产立案制度，从诉讼流程上清理破产启动的障碍。2017年1月出台了《关于执行案件移送破产审查若干问题的指导意见》，以促进和规范执行案件移送破产审查工作，保障执行程序与破产程序的有序衔接，化解执行积案。在这一背景下，法院受理破产案件数量快速攀升。2016年受理5665件，比2015年的3683件增长了53.8%；截至2017年7月31日，法院已经受理4700余件。破产法成为处置“僵尸企业”、淘汰落后产能的重要抓手。但是，破产法的春天并没有真正到来，还有许多重大问题需要研究：破产审判在供给侧结构性改革中的地位角色、政府与法院在破产审判中的关

^① 参见李曙光、王佐发：《中国〈破产法〉实施三年的实证分析——立法预期与司法实践的差距及其解决路径》，《中国政法大学学报》2011年第2期。

^② 参见中国破产法论坛组委会：《中国破产法的困境与出路——破产案件受理数量下降的原因及应对》，《商事审判指导》2014年第1期。

系，尚不明确；截至2017年上半年，全国法院的清算与破产审判庭从2015年年初的仅5家增至90家，其中包括3家高级法院、57家中级法院、30家基层法院^①，破产审判组织专业化仍有待进一步提升；破产案件受理难的现象仍然存在，“执转破”困难重重；破产重整中如何维护债权人的利益，如何发挥企业拯救作用，法院如何恰当行使强制裁定；破产清算中如何平衡各债权人的利益，如何保障房地产公司破产中购房消费者的利益；如何完善管理人制度，明确管理人的职责权限，充分调动管理人的积极性，细化对管理人的选任、管理和监督机制；此外，还有个人破产、合伙企业破产、关联企业破产、跨境破产等问题，都需要进一步研究。

在供给侧结构性改革深化之时恰逢《企业破产法》施行十周年，中国人民大学法学院、法制日报社等纷纷组织研讨会^②，学者、立法人员、法官、律师、会计师、公司法务人员等积极参与，共同隆重纪念这一重要时刻。在此背景下，武汉大学法学院联合湖北省高级人民法院于2017年6月17日共同举办了“第一届破产法珞珈论坛暨《企业破产法》施行十周年纪念研讨会”，旨在总结立法和司法实践经验，研究前沿理论问题，为推动供给侧结构性改革、完善与发展我国破产法律制度贡献智慧。会议围绕着“司法经验总结与前沿理论探讨”，“执转破问题”，“重整制度”，“管理人制度”，“个人破产、关联企业破产及其他”五个专题展开研讨。本书收录的正是各位作者提交会议并于会后修订的论文。

本书有以下几个特点：一是关注热点。在淘汰落后产能、处置“僵尸企业”的供给侧结构性改革背景下，大部分论文紧扣时代脉搏，就司法实践中的热点问题展开研究，如《“执转破”：何以可能及如何

^① 截至2017年上半年，全国法院破产案件受理数量、清算与破产审判庭数量参见《最高法通报破产审判妥处“僵尸企业”有关情况》，《人民法院报》，2017年8月4日，第1版。

^② 中国人民大学法学院、中国人民大学破产法研究中心、北京市破产法学会联合有关部门于2017年6月3日共同主办“第八届中国破产法论坛暨《企业破产法》实施十周年纪念研讨会”。法制日报社于2017年9月6日主办“《企业破产法》实施十周年研讨会”。

实现》《“执行转破产”制度的反思与完善》《破产重整疑难问题研究》《试论破产管理人制度及其完善》等。二是理论和实务并重。从作者单位来看，来自理论界的论文有 17 篇，来自实务界的论文有 16 篇；从论文内容来看，既有前沿理论探讨，如《论个人破产重整制度》《破产重整原因的反思与重构》《论我国自然人破产制度中自由财产的范围》等，也有司法实践经验的总结，如《破产案件中司法权和行政权的边界与衔接》《论经济转型视角下破产重整程序之适用》《困境房企重整复苏之路径分析》等。三是实用性强。所有论文都是针对具体制度，就司法实践中的具体问题进行研究，对破产实务有一定的指导作用，如《〈执转破指导意见〉的理解与适用》《法院外破产和解的功能阐释及运用》《破产程序中让与担保权人的权利实现路径》等。

本书收录的论文，著者不同，风格各异，均秉承学术创新追求，以期对司法实践乃至今后立法有所裨益。文章或有疏漏和不足，敬请读者批评指正。

张善斌

2017 年 11 月

目 录

第一部分 破产法司法经验总结与前沿理论探讨	(1)
破产案件中司法权和行政权的边界与衔接	杨俊广 曹文兵(3)
法院外破产和解的功能阐释及运用	张善斌(19)
企业破产案件中的税收债权及其保护	张亚琼 金琳(40)
税务机关是破产申请主体	覃柳翠(52)
破产程序中让与担保权人的权利实现路径	冉克平 谭玲妮(67)
破产程序中抵销制度的反思与完善	刘忠民(88)
我国应确立更为宽松的破产标准	余亮亮(105)
第二部分 执转破问题	(117)
“执转破”：何以可能及如何实现	
——兼评《最高人民法院执行案件移送破产审查	
若干问题的指导意见》的得失	夏勇(119)
“执转破”制度研究	黄芳(131)
“执行转破产”制度的反思与完善	
——以法院内部审查审理机制为视角 ...	王杰兵 吴亦伟(142)
《执转破指导意见》的理解与适用 ...	辛志奇 王鑫 金恒(150)
论执行转破产的启动困境及其出路	唐瑞(171)
第三部分 重整制度	(183)
论经济转型视角下破产重整程序之适用	程继伟(185)
困境房企重整复苏之路径分析	
——以“家美天晟重整案”为例	张亚琼(197)

破产重整疑难问题研究	杨 亘(214)
破产重整原因的反思与重构	吴亦伟(224)
破产重整程序中市场化投资人招募制度探析 ——以J公司为例	孙 杨(237)
破产重整投资人招募之类型化分析	张亚琼(249)
ST上市公司保壳重整必要性质疑	高 琪(268)
第四部分 破产管理人制度	(283)
试论破产管理人制度及其完善	熊晓明 胡美琴(285)
破产管理人监督机制的法律分析	熊 丰 彭 娟(293)
从案例实践的角度剖析会计师事务所新角色: 破产管理人	左北平(308)
个人管理人制度的障碍及其排除	陈 雯(320)
破产管理人的损害赔偿責任	李小勤(341)
论“无产可破”案件中管理人报酬基金的建立	胡峻豪(358)
破产管理人的合同解除权限制问题之探讨	陈超然(374)
第五部分 个人破产、关联企业破产及其他	(389)
论个人破产重整制度	文 杰(391)
构建我国个人破产制度之我见	曹世春(404)
论我国自然人破产制度中自由财产的范围	罗 琳(418)
合伙企业破产问题研究	谭俊楠(438)
认缴资本制下公司破产的再审视 ——以债权人保护为视角	胡 帅(450)
房企破产中“以房抵债”问题之处置思路探析 ——从管理人债权审查的角度出发	杨宗帅 范文杰(467)
房地产企业破产之期房消费者的权利保护 ——以完善预告登记制度为主要路径	梅晗钰(477)
香港和内地跨境破产管辖问题探析	周雯瑶(492)

第一部分
破产法司法经验总结与前沿理论探讨

破产案件中司法权和行政权的 边界与衔接

杨俊广 曹文兵*

摘要：破产案件具有高度的专业性与复杂性，既涉及纷繁复杂的法律问题，也牵涉一系列诸如职工安置、税费减免等社会问题。2007年《企业破产法》实施以来，每年进入法院的破产案件数量偏少的原因除了思想观念、现行体制、机制等外，另外一个不容忽视的因素在于政府与法院的沟通协调机制不健全、不完善，更深层次的原因在于企业破产的社会转轨成本政府负担缺失^①，它在很大程度上掣肘了批量破产案件的依法受理。如何有效地处理法院司法权^②与政府行政权的关系，俨然成为破解企业破产案件受理难、确保企业破产程序顺利推进亟待解决的重大理论和现实课题。

关键词：破产案件；司法权；行政权；权力边界

一、破产案件中行政权适当介入的必要性

破产审判中行政权的适当介入主要基于以下几个方面的考虑：

* 杨俊广，武汉市中级人民法院环境资源审判庭庭长。曹文兵，武汉市中级人民法院环境资源审判庭审判员。

① 王欣新、王斐民：《政府与市场之间的经济法——以政府保障破产法实施为例》，《经济法学评论》2011年第12卷，第39页。

② 在我国，司法权包括法院行使审判权和检察院行使检察权，本文所称司法权仅就法院行使审判权而言。

(一) 司法权固有的特质决定了法院根本难以解决企业破产所引发的社会问题

诚如汉密尔顿所言：“司法权在构成国家权力体系的立法权、行政权和司法权中是最弱的一个权力。司法部门既无强制，也无意志，而只有判断；而且为实施其判断亦需借助于行政部门的力量。”^①司法权的本质属性是判断权，司法判断是针对真与假、是与非、曲与直等问题，根据特定的证据(事实)与既定的规则(法律)，通过一定的程序进行认识。^②司法权明显具有消极性、被动性、谦抑性、中立性、独立性的特征，以公平与公正优先为价值取向，只服从于法律，从而确保它的行使不受其他力量的影响，排除非法律力量的干涉。司法权的这些特性也决定了法院在其职能范围内仅审理涉及债务清偿的问题，并不具有调配、整合社会资源及社会动员能力，仅凭法院的司法裁判难以统筹解决破产审判中常常会遇到的诸如企业风险处置、资产变现、职工安置、税收减免、引入战略投资人、为企业提供政策帮扶等社会层面的行政事务性问题。司法权在解决企业破产所引发的社会问题方面存在着相当的局限性。而行政管理发生在全社会生活的全过程，它不一定以争端的存在为前提，其职责内容可以包括组织、管制、警示、命令、劝阻、服务、准许、协调等行动。^③政府行政权具有主动性和扩张性，以效率优先为价值取向，偏向于积极主动干预社会公众的经济和生活，其目的是“维护社会的安全秩序与普遍的社会福利与公共服务”。^④政府具有三个基本职责：“第一，保护社会，使之不受其他独立社会的扰害侵犯。第二，尽其所能，保护社会上各

① [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》，程逢如等译，商务印书馆1980年版，第391页。

② 孙笑侠：《司法权的本质是判断权——司法权与行政权的十大区别》，《法学》1998年第8期，第34页。

③ 孙笑侠：《司法权的本质是判断权——司法权与行政权的十大区别》，《法学》1998年第8期，第34页。

④ 季涛：《行政权的扩张与控制：行政法核心理念的新尝试》，《中国法学》1997年第4期，第78~88页。

个人，使不受社会上任何其他个人的虐待压迫，即设立严正的司法机关。第三，建设并维持一定的公共土木事业及一定的公共设施。”^①企业破产附带产生的系列社会问题显然属于政府应尽的职责，无论是维护职工队伍的稳定，还是与债权人的沟通、投资人的谈判，政府都具有其得天独厚的条件，而且政府还具有在劳动社会保障、金融监管、工商、税务、公安等方面的职能资源优势，^②政府具有公共服务和社会管理的职能，应当依法为实施市场化破产程序创造条件。行政权力只在破产法外部为其创造良好的社会环境和法制环境，使破产程序突破行政权力的瓶颈，真正实现司法权指导下的私权自治。^③

（二）破产案件自身固有特性及企业破产法的性质决定了行政权应当适度介入

企业破产案件往往表现出法律关系多元化、利益指向广泛化、触及的利益主体多、矛盾纠纷复杂化、费时费力、法律适用与企业管理复合化、社会影响巨大等特征。它不仅牵涉破产企业与其债权人、债务人之间的各类债权债务关系，还涉及物权、股权、知识产权、证券、保险等法律问题，甚至还涉及劳动、土地、税务、工商等行政管理等部门之间错综复杂的管理关系，具有开庭与开会相结合、办案与办事相结合、裁判与谈判相结合的特点，加上我国计划经济体制历史遗留问题复杂，不可避免地嵌入政府行政管理职能的内容，这也就决定了破产案件的审理不仅是一个单一的事实认定与法律适用问题，而且是一项需要统筹兼顾、多方协调、整体推进的多元化系统工程。企业破产必然对包括债权人、职工、出资人或股东、消费者、破产管理人等在内的破产企业利益相关者产生重大而深刻的影响。我国现有社会保障制度和保障体系不健全、保障措施不够完善及企业破产法的

^① [英]亚当·斯密：《国富论》（下卷），郭大力、王亚南译，商务印书馆2009年版，第211页。

^② 蒋馨叶：《无锡尚德太阳能电力有限公司破产重整案评析》，王欣新、郑志斌主编：《破产法论坛》（第10辑），法律出版社2015年版，第25页。

^③ 董灿：《论破产法中行政权力的定位》，《经纪人学报》2006年第3期，第83页。

法律架构都不足以充分有效地平衡与保护破产企业各利益相关者的利益，他们的利益若得不到妥当解决，必然会影响经济社会稳定，这就客观上必然要求政府行政权进行适当干预，借以弥补市场失灵。因为“政府有能力在破产企业的有限资源之外调动其他各种社会资源，解决人民法院、债权人会议、债权人委员会和破产管理人无法解决的问题”。^①“政府职能部门行使社会管理职能和促进经济发展职能，其中包含了涉及企业主体退出、依法破产的相关内容，政府职能部门发挥协调作用是其职责。”^②

（三）市场这只“看不见的手”本身固有的缺陷决定了行政权有适度介入之必要

企业破产是一种市场行为，是市场经济条件下企业竞争的必然结果，是企业参与市场竞争，接受优胜劣汰，优化产业结构，实现资源合理配置，提升市场率的一种有效形式。企业破产并不仅仅是市场效率的体现，有时恰恰是市场失灵——市场不能保证宏观经济稳定的体现。^③企业破产尤其是金融机构、上市公司、大型国有企业等重大企业的破产不仅涉及一个企业的生死存亡、众多债权人的经济利益，而且与企业职工的切身利益紧密相连，职工安置、社会维稳等问题的处理稍有不妥，极易引发群体性事件，会对经济安全、社会稳定产生巨大影响。

在旧破产法架构下的清算组模式中，是由法院商同政府，从政府相关职能部门中指定清算组成员，这些成员按照他们所在政府部门的职责分工去解决破产程序中遇到的社会层面的问题，在一定程度上起到了积极作用。但是这种过于僵化、行政命令式、强制性、政策性极强的企业清出方式完全不适用我国市场经济发展的要求。2007年《企业破产法》以市场化、法治化为导向，以保障债权人与债务人利益、

^① 尹正友：《企业破产与政府职责》，法律出版社2010年版，第84页。

^② 姚明：《法院受理破产案件与政府协调作用的发挥》，《中国律师》2010年第10期，第61页。

^③ 尹正友：《企业破产与政府职责》，法律出版社2010年版，第71页。

促进市场竞争机制良好运行为立法宗旨，借鉴国际先进立法经验首次引进了破产管理人制度，明确规定了破产管理人的一系列职责，贯彻了管理人中心主义理念，但并未明确规定解决社会层面问题的专门机构，大幅度地削减了政府行政权对破产案件的影响，政府也就淡化了处理破产程序中面临社会层面问题时的主动性和积极性。企业破产的市场化改革导向并不排斥政府保障法律实施的职能，^①亦并不意味着完全忽视和绝对弱化政府的职能作用，因为众多破产案件的审理亟需政府解决相关社会问题，完全切断或绝对回避政府行政干预几无可能，也不符合我国当前的现实国情。申言之，绝非完全摒弃行政权对破产案件的干预和介入，而是顺势引导和合理规范行政权在破产程序中的界限，将行政权的介入控制在合理的范围之内，充分发挥政府行政权对破产法实施的促进作用，减少其不利影响。“为此破产法的实施过程必须引入经济法的理念，需要国家的适当介入，从社会本位角度维护社会整体利益，解决各种社会资源配置的合理调控，才能完成现代破产法的历史使命。”^②“需要国家干预理论”是政府行政权介入破产审判的理论基石。从这种意义上讲，政府参与破产审判程序其本质上就是一种“国家干预”，这种干预是建立良好市场秩序所必需的，是国家调控和市场经济发展相协调的有效保障，也是社会主义市场经济发展的应有之义。

（四）域外破产立法例为我国政府行政权适当介入破产审判提供了有益经验

当今世界，在不少市场经济发展较为成熟的国家和地区，政府往往会采取譬如设立公共服务机构、提供财政资金、指导建立基金等各种形式介入破产案件的审理，确保了破产案件的顺利推进。美国1978年破产法改革中设置了新的联邦政府机构——联邦托管人机构，

^① 王欣新、王斐民：《政府与市场之间的经济法——以政府保障破产法实施为例》，《经济法学评论》2011年第12卷，第45页。

^② 王欣新：《论破产法在市场资源配置中的重要作用》，《中共杭州市委党校学报》2014年第6期，第18页。