

2005年第2期

总第3期

晟典律师评论

SD & Partners Law Review

晟典律师事务所 主办

我国破产程序中破产财产界定刍议

杨洲

国有企业破产案件中职工安置实务探析

李立坤

浅谈债权人会议

张巍松

新《破产法（草案）》中重整及和解程序评析

陈东

M公司破产案中企业接收、管理实例

余俊福



2005年第2期

总第3期

晟典律師評論

SD & Partners Law Review

主 编 周海荣 余俊福

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

晟典律师评论. 2005 年. 第 2 辑/周海荣, 余俊福主编.
—北京: 人民法院出版社, 2006.1
ISBN 7-80217-158-X

I. 晟… II. 周… III. ①律师业务—中国②破产法—研究—中国 IV. ①D926.5②D922.291.924

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 142156 号

晟典律师评论 2005 年第 2 期 (总第 3 期)

晟典律师事务所主办

主编 周海荣 余俊福

责任编辑 兰丽专
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话 (010) 85250571 (责任编辑) 85250516 (出版部)
85250558 85250559 (发行部)
网 址 www.courtpress.com
E-mail courtpress@sohu.com
印 刷 北京人卫印刷厂
经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16
字 数 278 千字
印 张 17.75
版 次 2005 年 12 月第 1 版 2005 年 12 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-80217-158-X
定 价 36.00 元

版权所有 侵权必究

《晟典律师评论》组织机构

顾	问	韩德培	江 平	徐静村	李昌麒
		赵秉志	张卫平		
编 委 会 主 任		钱伯明			
编委会副主任		陈治民	余俊福	丁新朝	陈利民
		朱敏雄	周海荣		
委	员	钱伯明	吉卫民	何阳春	许 捷
		徐育康	周海荣	尹 宏	苏作文
		叶安民	秦家才	陈华诚	蒋景春
		黎 伟	许汝俊	陈治民	陈小明
		李国然	许华英	张 文	朱敏雄
		陈利民	辛焕平	丁新朝	陈 东
		张伟宜	柯全海	曹世文	李 卫
		郑泽敏	申 凯	余俊福	祝理力
		郑建江			
主	编	周海荣			
副	主 编	陈 东	郑建江	胡 宜	
编	编 辑	沈咏键	冯 东	杨 洲	黎永绿
		王秀伟	黄建强	张巍松	李 军
		王 萍	周殿梁	高义融	李 欣
电 子 版 编 辑		王小安	林燕好		

卷 首 语

破产法的重要性与商业价值

李曙光*

破产法在中国接近四百家法学院中一直不是一个重头的课程，研究它的学者也不多。即便在我所属的中国政法大学这样一个法学学科比较齐全的学校，早先的破产法教学也是放在民法和民事诉讼法课程当中的，在经济法专业学生的课程里，也穿插在企业法课程中讲解一些破产法的基本知识。破产法教学与研究的这种贫弱状况是与中国法学界对破产法是实体法、程序法还是特别法的争议相关的。由于过于重视破产法的学科属性，反而忽视了其存在的真正价值。

近年来，破产法的教学在许多法学院有了改观，至少在中国政法大学，有五名以上的教授在讲授“破产法”、“比较破产法”和“破产法与企业重组”等课程。中国法学院对破产法这门课程起先的忽视和现在的重视完全是基于中国社会与市场转型而出现的一个有趣的现象。随着中国市场经济取向的改革的逐步深化，市场对于破产法的认识越来越深入，法学院的学生和企业界、金融界、商界对破产法的重视程度也越来越高。在

* 中国政法大学教授，中国政法大学研究生院副院长。



中国政法大学，甚至成立了“破产法与企业重组研究中心”这样专门的研究机构。

在美国法学院，破产法是一门重要的课程。由于在美国并没有像中国这样的法学二级学科的划分，因此，破产法并没有所谓的学科归属，也不存在破产法是实体法、程序法抑或特别法的争议。在美国法学院，破产法就是一门和公司法、证券法、反垄断法等一样重要的法律实务课程。我可以举个例子来说明美国法学院对破产法的重视程度。在哈佛大学法学院，破产法的课程是由哈佛大学顶尖级的教授来讲授的。在哈佛法学院为数不多的法学教授中，至少有三位教授在讲授破产法的课程。2000年我在哈佛当访问学者时，旁听了伊丽莎白·沃伦(Elizabeth Warren)教授的两学期破产法课：债权债务人和高级破产法。这两门课程的时间各占一个学期，一周一次，一次三个学时。哈佛法学院每一届的JD学生是550人，由于沃伦教授本人是美国国会破产法改革与咨询委员会主席，也是哈佛法学院最著名的教授之一，加上破产法的重要性，因此选她课的学生每学期都在70人以上。沃伦教授上课用的是自己的讲义，每一单元的讲义都要学生自己掏钱去买，大约12美元一单元，一学期下来，八九个单元怎么也要100美元左右。美国学生在谈起破产法课程时，也普遍认为破产法是一门比较难学但很实用的课程。另外，在哈佛的法律、经济与商业研究中心的法律与经济课程上，用经济学的方法来研究破产法也是该课程的内容之一。我还在美国西部加利福尼亚州的帕帕戴大学(Pappperdine University)法学院旁听过Scarberry教授讲授的破产法这门课程。在该法学院每年约有300名学生入学，选修他课的有50余位学生。Scarberry教授送给我的他撰写的破产法教材长达千页，已经是第三版了。考虑到美国法学院的人数、选课机制（在数百门课程中只有六门是必修课）、学分制和破产法课程的难度，有这么多学生选修破产法这门课程，这足以

表明，在美国破产法是一门重要的法律实务课程。

在一个充分商业化的社会当中，破产法无疑是这个商业社会中最重要法律之一。现行的美国破产法是1978年通过的，通常被称为“破产法典（Bankruptcy Code）”，排列于美国法典第11章。1978年破产法虽然在1984、1986、1988、1990、1994、1998、1999、2001和2003年均作过修改，甚至2005年4月份美国总统布什还亲自签署通过了新的破产法修改草案，但是这部破产法的整体框架和基本内容并没有太大变化。美国破产法共计8章：第1章：一般条款、定义和规则；第3章：案件管理；第5章：债权人、债务人及破产财产；第7章：清算；第9章：市政债务的调整；第11章：重整；第12章：有固定年收入的农场主的债务调整；第13章：有固定年收入的个人的债务调整。关于美国破产法在美国社会中的重要地位及其作用，也可以举几个例子。美国破产法是美国联邦宪法提到的两部法律之一，破产法与宪法的关系问题也由此成为法学院破产法课堂上热烈讨论的题目之一，这在其他国家是少见的；在美国华盛顿国会山争论不已的有关破产法改革议案，亦是债权人集团、美国工会组织、破产律师协会和一些院外集团常年奔走、进行游说的热门议题。破产案件往往是美国主要的商业报刊《华尔街日报》等的头版新闻，像许多有影响的媒体头条报道过的安然公司、美国联航、世通公司这些震动世界的大破产案，都是美国联邦法院援引美国破产法第11章重整程序而加以受理的；在2003、2004这两年，美国个人破产的数量都超过150万件，对于对失业和破产极度敏感的美国社会来说，这个数据对于美国经济和社会稳定的冲击力不可低估。凡此种种，都说明破产法在美国社会中的重要性和对美国商业经济社会直接而深度的影响力。

破产法之所以重要，是因为它解决的是人类社会最久远、最活跃、最基本的关系之一——债权人与债务人关系问题，按



照沃伦教授的说法：一部破产法史就是一部债权人、债务人关系史。人类社会自发生商业关系以来，就存在债权与债务以及债权人与债务人的关系问题。普通人与商人的生活、生产以及交易，总会有借钱以及贷款的行为。借钱和贷款的行为一旦发生，就会产生债权人与债务人。债权债务关系中，欠债还钱，天经地义，构成一个基本的行为准则。天下攘攘，虽然最初债权人与债务人关系处于“蜜月”期，然而众多债权债务关系之中，总会有债务人无能力偿付的情况发生，债权人与债务人的良好关系开始破裂。在商业社会里，这种无偿付能力现象的发生具有多方面的原因。债务人的生活 and 经营能力不一，竞争的激烈和消费需求的变化，市场风险和不可预测的交易因素，恶意欺诈的商业交易行为的存在都会成为诱发或引发破产的因素。不论何种原因，债务人不能清偿到期债务，就使得债权人与债务人关系发生彻底的变化。而如何处理这种棘手的债权债务关系，特别是债权人如何最大化地回收债权就成为债权人与债务人关系法的主要研究对象。

从债权人与债务人关系法角度讲，解决这些无力清偿到期债务现象的方法与手段无非是两种路径，一种是非法律的（法庭外的），一种是法律的（法庭内的）。而破产法就是处理无力清偿到期债务现象的最重要的法律方式。破产法本质上就是一种司法程序主导下的将无力清偿到期债务的债务人的财产公平清偿给债权人或者对债务人予以财务拯救的有秩序的文明的商业安排。这种司法性的商业安排解决的是基础性的债权与债务商业关系的程序与技术问题，这种司法性的商业安排不仅仅涉及债权人与债务人，它往往卷入更多的与这种商业安排和基础关系相关的利益方，包括股东、企业雇员、企业管理层、工会组织、政府、债务人家庭、破产律师、会计师等等，而破产法的复杂性也正在于此。由于破产法涉及到复杂的债权债务的商业安排、对交易的商业评估以及纠缠不清的法律关系，因此，

破产法本身具有极大的商业价值。在一起破产案件中，好的破产法和破产法案件的处理不仅能使债权人利益最大化，而且能够把破产案件涉及的所有利益主体方的利益“摆平”。进一步说，破产法也是一门复杂的、理论与实务相结合的、有实践与学术价值的科学。

编者的话

余俊福*

又值盛夏，本书成稿时距作者参与编撰《破产清算中的律师实务》^①一书出版已有9年，期间法律界期待已久的新《破产法》草案多次易稿，但始终只闻楼梯声。2002年9月，最高人民法院发布施行《关于审理企业破产案件若干问题的规定》，首次将散见于单行法、程序法、行政法规以及其他规范性文件中的企业破产法的内容归于一体，使企业破产法律实务领域有了一部可以遵循的蓝本。虽然《规定》处于司法解释层面，但足以使长期从事企业破产实务的工作者们深感欣慰。

本书作者从1993年起陆续开始承办企业破产清算业务，在此前的《破产清算中的律师实务》出版后9年中，我们期盼新的《破产法》颁布，以便根据案例、实务经验编撰新的破产清算律师实务书籍。随着最高人民法院《关于审理企业破产案件若干问题的规定》的施行，中国的企业破产法已基本成型，

* 晟典律师事务所合伙人、管委会成员，1984年毕业于北京大学法律系，1985年起从事律师工作，1993年起开始承办企业破产清算业务。

① 《破产清算中的律师实务》，人民法院出版社1996年10月出版，本文作者为副主编及主要撰稿人；该书为国内第一本正式出版的破产清算律师实务书籍。



因此，总结、归纳我们9年来在企业破产法律实务中的经验与问题具备了前提条件。此外，在我们晟典律师事务所制定的《十年发展规划纲要》中，明确规定今后2~3年陆续出版各律师专业实务专集，以总结、展示晟典律师事务所在各律师专业领域的成果，并为我国的律师实务发展尽一己绵薄之力，本书即是配合这一任务的第一次尝试。

为符合《晟典律师评论》的一贯体例，本书采取了独立成篇的文章形式，并按文章内容分为破产清算律师实务、法官论坛、新破产法理论研究、企业破产清算法律文书、破产法研究综述及论文索引等部分。其中，在律师实务部分按破产法主要章节内容安排了栏目标题。本书首重针对破产清算业务的各主要环节编撰文章，力求在总结企业破产清算律师实务的同时，对一些清算实务过程中遇到的疑难问题有所探讨，并为从事破产清算实务的法律界同仁提供一些便利。上个世纪90年代初，破产法在国内还是一门生冷的学科，从事理论研究和实务工作的法律界人士寥寥可数。但斗转星移，经过十数年，破产法的立法及理论研究均蔚蔚可观，这从本书的论文索引即可推知。而破产法实务工作似也成为一门炙手行业，特别是近年随着一批金融机构如证券公司及上市公司进入破产程序，投身破产清算的中介机构及人员激增。因此，总结在破产清算实务方面的经验、问题尤显重要。本书作者愿以这些实务总结文字，奉献并求教于在破产法实务界及理论界辛勤耕耘的各位法律界同仁！

目 录

卷首语

破产法的重要性与商业价值 李曙光 (1)

编者的话 余俊福 (1)

破产清算律师实务

破产申请和受理

破产案件申请与受理实务中的

几个问题 余俊福 杨 洲 (1)

论公司人格否认原则在破产案件受理

中的适用问题 陈 东 (17)

债权申报及债权人会议

浅谈债权人会议 张巍松 (26)

破产案件中保证人追偿权预先行使的

理论与律师实务 陈 东 (36)

破产宣告及破产清算

M公司破产案中企业接收、

管理实例 余俊福 (46)

员工安置

国有企业破产案件中职工安置实务

探析 李立坤 (57)

破产财产的处置和分配

我国破产程序中破产财产界定刍议 ... 杨 洲 (73)

破产案件中劳动债权优先受偿的

律师实务 陈 东 (97)

论税收权在破产程序中的法律保护 ... 陈 东 (106)

破产程序终结

破产清算工作报告的制作 ... 余俊福 杨 洲 (114)

法官论坛

金融债权遭遇劳动债权：破产分配谁优先

..... 曹士兵 (118)



谈破产企业国有划拨土地使用权的处理

原则及方法 汪 晖 (122)

新破产法理论研究

个人破产制度之我见 黄 滔 (128)

略论我国上市公司破产的实施 焦丽娟 (140)

新《破产法(草案)》中重整及和解

程序评析 陈 东 (151)

企业破产清算法律文书

企业法人破产还债申请书(债权人) (173)

企业法人破产还债申请书(债务人) (175)

×××××××有限公司破产清算工

作预案 (176)

××中级人民法院宣告破产公告 (180)

××中级人民法院公告 (181)

××××××有限公司破产案接管工作

报告 (182)

关于××××××公司持有××××股

份有限公司股份的调查报告 (187)

×××××××有限公司清算阶段财

务收支管理办法 (188)

×××××××有限公司清算阶段人

事管理办法 (190)

×××××××有限公司清算阶段日

常经营管理及印章使用办法 (192)

×××××××有限公司清算阶段资

产管理办法 (194)

××××××××公司破产债权初步

审核报告 (196)

××××××××公司清算组清偿债务

通知书 (197)

××××××有限公司财产评估委托书

..... (198)

限期搬迁通知书·····	(199)
×××××××公司清算破产财产分 配方案·····	(200)
×××××公司清算组关于领取法院 裁定办理债权分配的通知·····	(202)
关于×××××实业有限公司涉诉情况 的汇报·····	(203)
×××××××公司破产案清算工作 报告·····	(206)
企业破产清算法律、法规及司法解释索引	
企业破产清算法律规范索引·····	(215)
1. 法律·····	(215)
2. 行政法规及国务院文件·····	(216)
3. 部委规章及规范性文件·····	(222)
4. 司法解释及司法解释性文件·····	(230)
5. 地方法规及规范性文件·····	(235)
6. 地方高级法院指导意见·····	(240)
破产法研究综述及论文索引	
1996—2004 年近 10 年破产法理论研究综述 辑要及评述·····	(242)
破产法相关论文索引·····	(251)
编后记·····	(266)

破产案件申请与受理实务中的几个问题

余俊福* 杨 洲**

破产，从破产立法的原意理解是指债务人不能清偿到期债务的一种事实状态，根据最高人民法院《关于审理企业破产案件若干问题的规定》（以下简称《规定》）第三十一条的规定，这种“不能清偿到期债务”的状态是指，债务人的债务履行期限已经届满且缺乏呈连续状态，并且债务人缺乏清偿债务的能力。从破产清算实务的角度，“破产”与“破产程序”经常混用，是指债务人不能清偿到期债务时，为保护多数债权人和兼顾债务人的利益，法院依当事人申请和依职权对债务人财产进行分配的一种程序。破产案件的申请与受理是破产程序中的重要阶段，其涵盖了破产程序中哪些民事主体可以成为破产人的问题、破产人在什么条件下可以进入破产程序的问题，以及人民法院对上述问题是如何管辖、审查并最终决定启动破产程序，等等。本文拟从律师破产清算的角度，对破产案件的申请与受理中的法律问题加以探讨。

一、债务人的破产能力

（一）我国现行法律规定的债务人的破产能力

债务人的破产能力，是指债务人能够适用破产程序解决债务清偿问题的资格，也就是民事主体可以被宣告破产的资格。各国破产法对债务

* 广东晟典律师事务所律师、合伙人、管理委员会成员。

** 法学硕士，广东晟典律师事务所律师。



人破产能力的规定从适用原则上讲,存在两种立法主义,即商人破产主义和一般破产主义。商人破产主义形成于中世纪意大利沿海商业城市。该主义主张在债务人不能清偿债务时,只对以营利为目的活动的商人适用破产程序解决,对一般人仍适用民事强制执行程序解决。采此理论的国家在立法上多不将破产法作为独立法典,而是作为商法典的一部分。大陆法系中的拉丁法系国家往往采此主义,如意大利、比利时、法国(1967年前)。一般破产主义主张对所有人不能清偿债务的情况均适用破产程序解决,不因是否为商人而有区别,如英国、美国、德国、日本等国。由于现代社会中商人的概念已为法人、公司、企业所取代,20世纪后各国制定的破产法中几乎不再采商人破产主义,一些过去采商人破产主义的国家也有改行一般破产主义趋势。商人破产主义和一般破产主义的区别主要体现在对自然人的破产法适用上。

我国破产立法也被认为是采用商人破产主义,还被认为是商法人破产主义,即只有获得法人资格的商人才具有破产资格。《民法通则》第四十五条的规定,企业法人因被依法宣告破产而终止;《破产法(试行)》第二条规定,该法适用于全民所有制企业;《民事诉讼法》第一百九十九条的规定,企业法人因严重亏损,无力清偿到期债务,债权人、债务人都可以向人民法院申请宣告破产还债。由此可见,在我国,破产主体首先必须是具有独立的民事责任能力的法人组织,其次必须是以营利为目的、从事生产经营的组织,亦即只有企业法人才有破产能力,而其他民事主体暂不具有破产能力。

(二) 实务中的几类破产主体

1. 形式上依然存续的企业法人

所谓形式上依然存续企业法人,是指已经设立并且未歇业或被吊销执照而在法律上视为处于存续状态的企业法人。根据我国立法规定,法律上处于存续状态的企业法人,当出现法律规定的不能偿还到期债务的破产原因又无法与债权人和解时,可以依法向法院提出破产申请。我们之所以在这里提出“形式上”依然存续的概念,主要是实践中会出现以下问题:一种情况,所谓形式上依然存续,是指作为债务人的企业法人营业执照未被有权机构吊销,并且依然存续经营,一旦符合法律规定的破产条件,可以启动破产程序;另一种情况,作为债务人的企业法人营

业执照虽未被有权机构吊销，但早已人去楼空，虽然企业在名义上依然存续，但在实践中根本无法进入破产程序；还有，就是债务人由于各种原因歇业、被吊销营业执照，其有可能依然经营或下落不明，这类企业能否进入破产程序，理论中和实践中都有颇多争议。

2. 歇业、被吊销执照的企业

实务中，歇业和被吊销营业执照的企业不断增加，这些企业绝大多数没有进行清算，大量的债务被长期悬置，债权人利益很难得到保障。立法对有关企业歇业、吊销执照方面的规定不甚完备，当企业歇业或被吊销执照后不进行清算，其债务最终如何履行，尤其是当出现资不抵债无法偿还到期债务时，其是否能适用破产程序进行分配，需要在立法与实务中予以明确。

对于歇业和被吊销执照的企业法人的法律性质，理论上一直存在着不同的认识。一类学说是“人格消亡说”，这种学说否定清算法人具有独立人格。另一类学说包括“人格中止说”、“人格假存续说”和“人格存续说”，这些学说肯定清算法人的人格，但对于这种人格的来源基础认识不同。其中比较符合实际，并为多数学者以及各国立法所采用的是“存续说”。该学说认为，企业法人人格在清算完毕和企业注销前没有消灭过，企业人格在清算期间存续，而且还是原来的企业法人，只是目的发生了变化，这时的企业法人被称为“清算法人”。

我们在此问题上赞同“人格存续说”，理由有以下几方面：（1）从法理上讲，不认定歇业企业、被吊销执照企业具有法人人格，难以解释这些企业何以有权利能力从事清算活动，以及处理发生于歇业、被吊销执照前的债权债务；（2）承认歇业法人与被吊销执照企业法人具有破产的资格对于解决债务遗留，防止债务空置也具有现实的意义。由于现有法律、法规对该类企业退出市场和清算问题的规定尚缺乏明确的规定，导致实践中出现大量虽已歇业或被吊销执照但却没有进行清算的企业，或未经清算已被注销的“企业”。如果不认为这类企业具有法人人格，将造成对这些企业进行诉讼的障碍。于是不进行清算成了企业或其股东逃避债务、企业股东规避出资义务、企业管理人员转移或者侵占企业财产的手段之一。而在确定此类企业具有法人资格的前提下，制定相应的清算规则以及其他规则，有利于防止债务悬置。事实上，最高人民法院在司法解释上也确认歇业和被吊销执照的企业法人具有法人资格。最高