

中美破产法律制度 比较研究

尹正友 张兴祥 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中美破产法律制度 比较研究

王欣新 著

中国政法大学出版社

中美破产法律制度 比较研究

尹正友 张兴祥 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中美破产法律制度比较研究/张兴祥著. —北京:法律出版社, 2009. 6

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9609 - 1

I. 中… II. 张… III. 破产法—对比研究—中国、美国
IV. D922. 291. 924 D971. 222. 9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 082125 号

中美破产法律制度比较研究
尹正友 张兴祥 著

编辑统筹 法律应用出版分社
责任编辑 韦钦平
装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

开本 787 × 960 毫米 1/16

总发行 中国法律图书有限公司

印张 17.5

经销 新华书店

字数 241千

印刷 保定市中国画美凯印刷有限公司

版本 2009 年 6 月第 1 版

责任印制 陶 松

印次 2009 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

网址/ www.lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

电子邮件/ info@lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司/010 - 62534456

西安分公司/029 - 85388843

上海公司/021 - 62071010/1636

重庆公司/023 - 65382816/2908

深圳公司/0755 - 83072995

第一法律书店/010 - 63939781/9782

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9609 - 1

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

尹正友,中国政法大学法学硕士、中国人民大学法学博士研究生,中国破产法论坛执行副主任,北京市炜衡律师事务所高级合伙人。长期从事破产法理论与实务工作,具有一定的理论修养和丰富的实务经验。新破产法实施后,先后担任了北京丹耀房地产有限公司、新疆证券有限公司、北京天坛地毯集团公司、中国华冠农业工程开发总公司等数十家破产企业的破产管理人负责人。著有《〈企业破产法〉的实施与问题》(当代世界出版社)、《破产管理工作规程》(中国人民大学出版社),与中国人民大学法学院王欣新教授共同主编《破产法论坛》第一辑、第二辑、第三辑(法律出版社)。

张兴祥,美国耶鲁大学法学硕士、中国政法大学法学博士,北京市炜衡律师事务所高级顾问。曾在国务院法制办公室工作多年,从事《行政许可法》、《全面推进依法行政实施纲要》等多部重要立法、文件的起草、研究工作,独著《中国行政许可法的理论与实务》(北京大学出版社)、《行政法合法预期保护原则研究》(北京大学出版社)等。现在一家世界五百强企业负责中国公共政策研究的法律顾问,研究、分析有关中国的经济管理与金融改革,多年来一直参与有关破产法、反垄断法、反不正当竞争法等重要法律的立法、司法解释起草的研究工作。

目 录

导论 中美两国破产法制的演变与特点	(1)
一、中国破产法制的演变与特点	(1)
二、美国破产法制的演变与特点	(4)
第一章 破产程序的启动	(8)
第一节 破产能力	(8)
一、破产能力的概念和立法模式	(8)
二、中国破产法对破产能力的规定	(9)
三、美国法中对破产能力的规定	(12)
第二节 破产原因	(14)
一、破产原因的概念	(14)
二、中国破产法对破产原因的规定	(14)
三、美国法对破产申请没有“破产原因”的要求	(17)
第三节 破产申请	(18)
一、破产申请主体	(18)
二、破产申请的材料	(24)
第四节 小结与借鉴	(26)
一、破产法适用范围方面	(26)
二、破产原因方面	(26)
三、破产申请方面	(27)
第二章 破产案件的管辖与受理	(29)
第一节 管辖	(29)
一、中国法对破产案件管辖的规定	(29)
二、美国法下专门的破产法院	(32)

2 中美破产法律制度比较研究

三、小结与借鉴	(38)
第二节 破产案件的受理	(40)
一、中国法对破产受理的规定	(40)
二、美国法下破产程序的开始	(41)
三、小结与借鉴	(44)
第三节 受理的效力	(46)
一、中国法下破产案件受理的效力	(46)
二、美国破产法下的自动中止制度	(49)
第三章 管理人及相关程序参与人	(62)
第一节 破产管理人的特征	(62)
第二节 破产管理人的法律地位	(63)
一、中国法下破产管理人的法律地位	(63)
二、美国破产信托人的法律地位	(65)
第三节 破产管理人的选任	(65)
一、中国破产管理人的选任	(66)
二、美国破产信托人的选任	(75)
第四节 破产管理人的薪酬	(78)
一、中国管理人的报酬	(78)
二、美国破产信托人的薪酬	(81)
第五节 管理人的职责	(82)
一、中国破产管理人的职责	(82)
二、美国破产信托人的职责	(85)
第六节 美国法下的“联邦托管人”和专业人士等的职能	(89)
一、联邦托管人(US Trustee)	(89)
二、专业人士	(90)
三、监督人	(90)
四、公益代表机构	(90)
第七节 美国法下对破产信托人的监督	(91)

第八节 小结与借鉴	(92)
一、破产管理人的选任方面	(92)
二、破产管理人的监督方面	(93)
第四章 破产财产	(94)
第一节 破产财产的法律特征和范围	(94)
一、中国新破产法中破产财产的法律特征和范围	(94)
二、美国《破产法典》中的破产财产	(98)
三、小结与借鉴	(100)
第二节 破产撤销权	(101)
一、中国新破产法下的撤销权	(101)
二、美国破产法下的撤销权	(110)
第三节 取回权	(121)
一、中国法下的取回权	(122)
二、美国法下的取回权	(126)
第四节 破产抵销权	(127)
一、中国破产法上的抵销权	(128)
二、美国《破产法典》第 553 条抵销权的规定	(132)
三、小结与借鉴	(133)
第五章 破产债权	(134)
第一节 破产债权的界定	(134)
一、中国法下破产债权的界定	(134)
二、美国法下的破产债权的界定	(137)
三、附条件债权	(139)
第二节 破产债权的申报	(144)
一、破产债权申报的一般规则	(145)
二、破产债权申报的相关问题	(147)
第三节 破产债权的确认	(151)
一、中国法下破产债权的确认	(151)

4 中美破产法律制度比较研究

二、美国破产法下破产债权的确认	(152)
第四节 债权人会议	(156)
一、中国法下债权人会议的相关问题	(156)
二、美国债权人会议的相关问题	(161)
第五节 小结与借鉴	(163)
第六章 破产重整制度	(165)
第一节 重整计划的制订	(165)
一、重整申请	(165)
二、重整计划的必备内容	(168)
第二节 重整计划的通过与批准	(173)
一、重整计划草案的表决程序	(173)
二、重整计划的修改	(175)
三、重整计划的批准	(177)
第三节 重整计划的执行	(185)
一、中国破产法的规定	(185)
二、美国破产法的规定	(187)
三、小结与借鉴	(199)
第七章 破产和解制度	(200)
第一节 中国法下的破产和解程序	(200)
一、和解程序的适用	(201)
二、和解协议的效力	(203)
三、无效和解协议	(205)
四、和解协议的终止执行	(205)
第二节 美国的法庭外重组程序	(206)
第三节 小结与借鉴	(210)
第八章 破产清算制度	(213)
第一节 破产宣告	(213)
一、破产宣告的概念	(213)

二、中国破产法中的破产宣告	(213)
第二节 破产程序的转换	(217)
一、中国破产法下三种程序之间的转换	(217)
二、美国《破产法典》中的不同破产程序间的转换	(218)
第三节 破产财产的分配	(220)
一、中国破产法下的破产分配	(220)
二、美国《破产法典》规定的清算分配	(225)
第四节 小结与借鉴	(229)
第九章 跨境破产	(231)
第一节 跨境破产的管辖权问题	(231)
一、跨境破产案件管辖权的原则	(232)
二、中国跨境破产管辖权问题	(232)
三、美国跨境破产管辖权问题	(233)
第二节 破产程序的域外效力	(233)
一、破产宣告域外效力三种原则	(233)
二、中国破产法的规定	(235)
三、美国破产法的规定	(238)
第三节 小结与借鉴	(244)
附录	(246)

导论 中美两国破产法制的演变与特点

有经济主体进入市场就必然有经济主体退出市场,这是市场经济发展的必然的现象。经济主体退出市场的方式,主要有解散、撤销、并购、破产等。破产是指在债务人无力偿还债务的情况下,以其全部财产对债权人进行公平清偿的法律制度。破产法是关于债务人不能清偿到期债务时,对其进行破产宣告,并在法院的主持下对其全部财产进行清理、分配或者进行重整、和解等程序的法律规范的总称。

一、中国破产法制的演变与特点

(一) 新中国破产法制的产生与发展

1986年12月2日,全国人大常委会颁布了《中华人民共和国企业破产法(试行)》,它在新中国历史上第一次承认破产制度,对建立现代企业制度、规范企业的破产行为发挥了一定的积极作用。但是,该法仅适用于国有企业,其适用范围过于狭窄,并且该法主要是为了配合国有企业改革,^[1]存在明显的缺陷:体现了过多的行政干预的色彩,也缺乏重整制度等一些基本的破产规则。实践中,非国有企业的企业破产问题仍然缺少法律依据。为此,1991年修订的《中华人民共和国民事诉讼法》增加了第十九章“企业法人破产还债程序”,对非国有的企业法人的破产问题作出规定。这两部法律颁布之后,国务院又分别出台了《关于在若干城市试行国有企业破产有关问题的通知》(1994年10月25日)和《关于在若干城市试行国有企业兼并破产和职工再就业有关问题的补充通知》(1997年3月2日)两个关于国有企业试行破产的通知。最高人

[1] 根据《中华人民共和国企业破产法(试行)》的规定,其实施日期是《中华人民共和国全民所有制工业企业法》实施满三个月之日。而在《中华人民共和国企业破产法(试行)》出台时,《中华人民共和国全民所有制工业企业法》还没有制定。以未来出台的一部法律的实施时间来确定当前通过的法律的实施日期,这在世界各国立法史上也是罕见的。

民法院也发布了一些司法解释,其中重要的有《关于贯彻执行〈中华人民共和国企业破产法(试行)〉若干问题的意见》(1991年11月7日)、《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(1992年7月14日)、《关于人民法院审理企业破产案件应当注意的几个问题的通知》(1997年3月6日)、《关于审理企业破产案件若干问题的规定》(2002年9月1日)。此外,《中华人民共和国商业银行法》、《中华人民共和国保险法》、《中华人民共和国证券法》分别对不同种类的金融机构破产作了相应的规定。这些构成了我国当时破产法的立法体系,存在着立法体例分散、多种破产程序并行、法条规定过于原则简单等特点。

1994年开始,我国着手进行新破产法的制定工作。由于对破产法的性质、宗旨以及在对职工债权与担保债权处置的关系上各方存在重大争议,新破产法立法工作进展较缓,直到2004年6月才首次提交全国人大常委会审议,2006年8月27日十届全国人大常委会第23次会议审议通过,并于2007年6月1日正式施行。

我国的新破产法共十二章136条,这十二章分别规定了总则、申请和受理、管理人、债务人财产、破产费用和共益债务、债权申报、债权人会议、重整、和解、破产清算、法律责任和附则。

2006年6月29日全国人大常委会通过的《中华人民共和国刑法修正案(六)》明确了破产犯罪的刑事责任。

(二) 中国破产法制的特点

1. 适用范围统一覆盖市场主体

我国新破产法的规定适用于所有企业法人,另外新破产法第135条规定:“其他法律规定企业法人以外的组织的清算,属于破产清算的,参照适用本法规定的程序。”由于新破产法是企业破产法,它不适用于自然人的破产。有关自然人的个人破产事宜,需要随着信用制度的完善由其他法律另行规定。

2. 破产原因上体现市场规律

关于破产原因,旧的企业破产法规定的是:“经营管理不善造成严重亏损,不能清偿到期债务”,将其作为国有企业改革的配套制度来规定,很难认定和

操作。新破产法规定:“不能清偿到期债务,并且资产不足以清偿全部债务的或者明显缺乏清偿能力的”,这样更具有可操作性,也反映了市场经济的运作规律。

3. 首次引入管理人制度

管理人是依照法律规定,在企业破产程序中由人民法院指定,负责债务人财产管理和其他破产事务的专业化、市场化的机构和人员。在旧《破产法》中,负责破产清算事务工作的是以政府官员为主体组成的清算组,行政色彩非常浓厚,往往从政府工作、社会稳定的角度考虑破产处置,导致整个清算组制度的定位存在严重的偏差。新《破产法》引入了管理人制度,规定了管理人的任职资格及相应的职责,使破产制度更加专业化和市场化。

4. 规定重整程序,鼓励企业再生

重整的目的是使面临困境但有挽救希望的企业避免破产清算,恢复生机。新《破产法》立足中国国情,借鉴国外经验,专章对重整的适用范围、基本程序、保护措施、重整计划等内容作了规定。为了增加重整成功的可能性,破产法对重整程序适用的条件较其他破产程序作适当放宽,规定企业法人有明显丧失清偿能力可能的就可以进行重整,以便尽早地拯救企业。

5. 有关国有企业破产的规定体现了原则性与灵活性的统一

国有企业破产问题是企业破产法起草中的一个难点问题。《企业破产法》第133条规定:“在本法施行前国务院规定的期限和范围内的国有企业实施破产的特殊事宜,按照国务院有关规定办理。”这样规定,主要考虑是国有企业在我国经济发展和改革开放中发挥了重要作用,承担了巨大的改革成本。为解决这一问题,国务院对一些实施破产关闭的国有企业,制定了专门的政策,包括职工安置方案、破产财产处置、破产预案制定、清算组、银行呆坏账核销等,这些特殊政策还要持续一段时间。由于上述政策措施只适用于特定的国有企业,其范围在国务院文件中已经明确规定,加之这些政策具有过渡性质,因此,企业破产法在规定该法统一适用于所有企业法人的同时,对这些列入国务院国有企业政策性关闭破产计划企业的破产问题作了例外规定,授权国务院在2007年6月1日前确定适用特殊政策的国有企业按照国务院规定办理,此后

所有国有企业的破产完全依照破产法执行。

另外,新《破产法》第 132 条还规定对破产人在 2006 年 8 月 27 日之前拖欠的职工债权要优先于担保债权受偿的超级优先权,亦为灵活折衷体现。

二、美国破产法制的演变与特点

(一)美国破产法的产生与发展

1. 破产法的历史

美国的宪法中就有有关破产制度的规定。1787 年美国宪法第 1 条第 8 项规定国会有 18 项权力,其中第 4 项权力为“国会有权制定合众国全国的……统一的破产方面的法律”。

在破产领域,美国联邦层面的主要法律是《破产法典》(Bankruptcy Code)。1898 年,国会通过了破产法,其后经过了不断修订。现行有效的破产法是 1978 年制定的。新法制定以来,不考虑对个别条文小的修改,大的修订有三次,第一次是 1984 年对破产法院管辖权的修订,第二次是规定了针对家庭农场主的新的债务调整形式,建立了全国性的美国联邦托管人(United States Trustee)系统,第三次是 1994 年的破产改革法,对自然人个人破产与企业的商业破产均有大的改革。

美国联邦最高法院根据美国法典第 28 篇第 2075 条授予的权力制定了相关的破产程序规则(Federal rules of bankruptcy procedure)。此外,美国联邦民事诉讼规则的相关内容也会予以适用。联邦各地方法院还可以在与联邦规则不冲突的前提下制定本地的破产程序规则。

2. 破产法的结构

1978 年美国《破产法典》制定的时候,只有八个奇数章节(1、3、5、7、9、11、13、15),1986 年增加了第 12 章,第 15 章中的有关美国联邦托管人的内容被美国法典第 28 篇所取代。现在,美国《破产法典》项下有 8 章内容,可以分为两大部分:前三章是对所有类型破产案件均适用的通则;而其他的五章则调整不同的破产程序。其中,第 7 章是清算程序,第 9 章是市政机构的破产程序,第 11 章是重整程序,第 12 章是农场主破产程序,第 13 章是自然人债务人的债务调整程序。在提起破产申请时,申请人必须选择前述章节中的某一章规定的

程序并且只有一种程序予以适用。当然,法院受理申请后可以转换到另一章规定的程序。

3. 其他与破产有关的联邦法律

美国法典第 28 篇有许多内容与破产有关:第 6 章有关破产法官的任命、义务及职能,第 39 章有关美国联邦托管人,第 85 章有关破产管辖权;第 87 章有关破产管辖地。美国法典第 18 篇第 151 至 155 条还对破产案件中的不实陈述及侵占等行为规定了刑事责任。

美国税收法典规定,公司如果未破产,则债权人放弃索要的债权部分将记为应税收入,而在破产或者重整程序中减免的债权额可抵冲抵扣直到不计税。根据税法,执行重整计划而转让财产,可以免交抵押登记税及其他类似的税。

4. 各州有关债务清收的法律制度

联邦的《破产法典》仅在债务人破产时适用,在未破产的情形下,债权人、债务人的权利义务是由在有关交易有管辖权的州适用相关的债务清收法律规定。这些法律既包括州法,也包括破产法以外的其他联邦法律。例如,联邦法律限制对工资进行债务抵扣,规范收债的做法,保护享受联邦福利的人的请求权,对联邦政府税收及其他税外收入的征收给予特别权力。

在州法下,债务人一般利用两个程序与债权人集体就债务进行重组或协商,一是债务协商 (composition) (包括延期支付);债务人与两个或多个债权人协商在债务人清偿部分债务后即视为全部结清,它只对参与的债权人有效。债务协商与延期支付有时被称为和解 (workout);二是以物抵债 (assignments for the benefit of creditor),债务人自愿将特定财产转让给受托人,指示其清算该财产并将收益分配给选择参加这一抵债计划的债权人。^[2] 在《破产法典》与相关州在债务清收的法律程序的适用上,一旦有人提起破产申请,根据相关州法进行的有关债务清收的程序都要中止。

为了保护债权人利益,普通法规定了欺诈性转移财产无效的制度,但是各州这方面的规定不一致且复杂。1918 年,美国统一州法委员会起草了《欺诈

[2] Brian Blum, *Bankruptcy and Debtor/Creditor*, 3rd version, Aspen, 2004, p. 64.

性转移财产示范法[Uniform Fraudulent Conveyance Act (UFCA)]》供各州采用,此法约被一半以上的州批准适用。1984年,根据美国《统一商法典》以及《破产法典》的新发展,美国统一州法委员会将UFCA修订为《欺诈性转移法[Uniform Fraudulent Transfers Act(UFTA)]》。UFTA规定了宣告无效的两种情况,一种是真正的欺诈(Actual Fraud)。债权人可以是在转移财产时享有债权的人,也可以是在转移以后享有债权的人,主要是看债务人的主观意图来认定财产转移行为是否有欺诈行为。以下情形可能存在欺诈行为:向内部人或者债务人的关系人转让财产,在诉讼或者在知道其他收债程序之前转让财产,在承担重大债务前转让财产等。二是推定的欺诈(Constructive Fraud)。这主要有两种情形:一是债务人未以合理的对价转让财产;二是债务人在转移财产时财产状况已经非常糟糕。

5. 破产法与州法提供的债务清收程序相比具有的特点

一是它是联邦法提供的救济手段。根据宪法,美国联邦政府制定的法律在全境内有最高效力且优先于州法适用。

二是它是债权人集体性的救济手段,覆盖债务人的所有财产与债务。

三是它是由专门法院、政府官员及个人组成并进行管理的一项制度。

6. 破产法院

美国破产法院在宪法架构上处于较奇怪的位置,它并不是联邦司法系统中独立性、自主性较强的普通法院的一支,而是美国联邦地区法院的一个组成单元。它的权力是由联邦地区法院授予的,且其司法职能的运作受制于联邦地区法院的最终控制。关于破产法院的产生、发展以及管辖权等事宜,本书后文将有专门论述。

(二)美国破产法制的特点

1. 破产法在政策取向上——一是坚持经济效率,最大化债权人的债权回收,二是提供社会安全网,给予严重困境但诚实的债务人重新开始的机会,强调重整、鼓励重整。

国会认为,在一个信用驱动的社会中,必须有一个适当的安全阀机制让诚实且运气不好的债务人有一个重新做人或者再组业务的机会,同时,让债务人

的业务继续运营可能也比清算更有利于国民经济,因为它提供了就业机会,企业能继续生产产品提供服务。同时,国会也认识到债权人的利益必须受到保护,以免受到不公正或者不平等的处置。因此,国会制定了《破产法典》以平衡债务人、债权人以及全体社会的利益。而《破产法典》制定后的历次修改也反映了不同时期、不同的利益集团试图通过立法重新配置有关权利、义务的努力。

2. 破产法受到美国联邦制度的影响,法律冲突在所难免。在美国,破产案件由联邦法院管辖。美国法典第 28 篇第 1334 条将管辖权授予联邦地区法院,而第 157 条则授权地区法院将破产事务转破产法院处理。但是,破产案件审理中涉及的实体问题往往是州法的管辖事项,各州法律的规定不同,在一定程度上影响了法律制度的统一。比如,对自然人个人破产时的财产豁免,担保物的范围及有效性,债权人债权的合法性,破产财团对财产的权限等问题,各州就有不同的规定。此外,美国的破产案件由联邦法院系统的不同上诉巡回法院管理,各上诉巡回法院对于同一问题存在不同的甚至冲突的解释。

3. 适用主体的广泛性。美国的破产法既适用于企业,也适用于自然人。根据美国《破产法典》第 101 条和第 109 条的规定,在美国居住或者在美国有住所地、营业场所或财产的自然人、公司和合伙等债务人皆可成为破产主体。根据美国《破产法典》第 109 条的规定,市政机构、铁路运输部门、国内保险公司、银行、储蓄银行、合作银行、信用合作社、住房贷款协会、信贷协会、股票经纪人 and 商品经纪人,或者依照《联邦存款保险法》规定的参保银行等类似机构都是破产主体。