

供给侧结构性改革背景下的 中国破产法

China Bankruptcy Law
under the Background of
Supply-side Structural Reform

赵万一 主编
吴长波 郭瑞 副主编



华中·元照 中青年法律科学文库

法外借



华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>

华中·元照 中青年法律科学文库

供给侧结构性改革背景下的 中国破产法

China Bankruptcy Law
under the Background of
Supply-side Structural Reform

赵万一·主编
吴长波 郭瑞·副主编



华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>

中国·武汉

图书在版编目 (CIP) 数据

供给侧结构性改革背景下的中国破产法 / 赵万一主编. — 武汉: 华中科技大学出版社, 2018.10

(华中元照中青年法律科学文库)

ISBN 978-7-5680-4631-2

I . ① 供… II . ① 赵… III . ① 破产法—研究—中国 IV . ① D922.291.924

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 223294 号

供给侧结构性改革背景下的中国破产法

赵万一 主编

Gongjice Jiegouxing Gaige Beijing Xia de Zhongguo Pochanfa

策划编辑: 王京图

责任编辑: 李娜

封面设计: 傅瑞学

责任校对: 梁大钧

责任监印: 徐露

出版发行: 华中科技大学出版社 (中国·武汉) 电话: (027) 81321915

武汉市东湖新技术开发区华工科技园 邮编: 430074

录排: 北京雅盈中佳图文设计制作有限公司

印刷: 北京富泰印刷有限责任公司

开本: 710mm×1000mm 1/16

印张: 29.75

字数: 400千字

版次: 2018年11月第1版第1次印刷

定 价: 98.00元



本书若有印装质量问题, 请向出版社营销中心调换

全国免费服务热线: 400-6679-118, 竭诚为您服务

版权所有 侵权必究

时代需要良善的破产法 (代序言)

兼具实体法和程序法双重属性的破产法无论是在商法中还是在诉讼法中都是一个被严重边缘化的内容，这一方面缘于中国破产实践的不充分，另一方面则根植于社会民众潜意识中对包括企业消灭在内的广义死亡概念的极度排斥性。但随着中国经济转型的加速，特别是去产能政策的持续推进和清理“僵尸企业”政策的广泛宣传，社会公众对企业存续的观念开始发生显著变化，普遍认识到和人的一生所必须经历的生、老、病、死一样，作为组织体的企业也难逃创设、发展、繁荣、衰败的轮回之道。可以说世间万物，皆需依新陈代谢之规律，正是在众多沉舟侧畔，才能领略千帆竞过的壮观，也正是在病树前头，才能彰显万木的欣欣向荣。生病虽然对我们没有积极的意义，但却是每个人都无法回避的。对企业来说，失败并不可怕，如果能从暂时失败中觅得良机，成为企业继续发展的阶梯，从这个意义上讲失败并不意味着死亡，而是意味着进化。破产法的出现给越来越多的企业提供了“试错”、创新，甚至冒险的机会。如果说创新是一个民族不断发展、不断进步的不竭动力的话，那么保护创业者的创新意识、创新信心和创新机会无疑是破产法义不容辞的神圣使命。

正像人生了病要治疗一样，企业生产经营出了问题后也要医治。要治病必须找到病根，然后针对不同的病使用不同的药方，采取不同的治疗手段，有的需要温补，有的则需要用虎狼之药，甚至需要刮骨疗毒，断臂求生。医生不能保证把每一个人都救活，更不能使人长生不老，因为世上根本就不存在能够使人起死回生的灵丹妙药，对无药可救之人，医生的使命就是尽量减少病人受到的病痛折磨，努力使病人活得更更有价值，死得更更有尊严。对毫无重生希望的困境企业进行无休止的输血和大规模的补充营养，只能减缓企业倒闭的进程，而无法使企业做到永远屹立不倒，至少对绝大多数企业来说是如此。

美国曾经有个叫库柏的医生说过，要防止疾病发生，就要把善待疾病看得像防止疾病一样重要，这句话后来被延伸为库柏定律。用在破产领域就是，要防止企业破产倒闭，就要把善待破产看得像预防破产一样重要。生病并不可怕，可怕的是一味地讳疾忌医，因为“寡人无疾”的故意掩饰并不能消灭病痛，而只能加速疾病的扩散，直至使人堕入病入膏肓的死亡绝境。对遭遇“僵尸企业”困境的企业而言，如果一直抗拒救治，同样也会使自身积累越来越多的消极因子，成为社会单纯的负担。而面对疾病所进行的积极治疗和救赎不仅可以造就久病成医的神话，而且可以把濒临死亡的企业从生死线上拉回正常运转的轨道。从某种意义上说，破产程序就是这样一种救生民于水火，解企业于倒悬的制度设计。就世界破产法的发展趋势来看，破产法已从经营失败有罪和惩戒债务人逐步过渡到宽容经营失败和救济债务人，平等保护债务人，“残忍”的破产法变得越来越善良。如若没有破产程序，在企业回天乏术之际才想起利用法律拯救自己，其结果只能是破产倒闭一条路。而完整的破产制度除破产清算外，还包括破产重整和破产和解制度。对于陷入困境的企业和个人，破产法不是一破了之，而是想尽一切办法，努力激发其发展潜能，尽力减少因企业破产而给社会造成的震荡。因此破产法虽非妙手回春的圣医，但却是慈悲为怀的白衣天使，对于尚具有拯救价值和发展潜力的企业，通过对其债权债务的重整，内部机制和机构的革新，生产

经营业务的吐故纳新，使其能够重新焕发活力。而对于那些毫无拯救希望和拯救价值，其存在只会徒增社会财富消耗和社会负担的“僵尸企业”，破产法则会高扬替天行道的大旗，迅速精准地将危害社会机理正常运行的病灶企业清除出去，同时采取适当的隔离措施，切断病灶企业和其他正常企业之间的交互联系，防止破产企业的恶性病菌污染健康的社会经济环境。因此从这个意义上说，破产法绝非滥杀无辜的法律屠夫，而是匡扶正义、救众生于危难的侠士。

就我国来说，经过改革开放 40 年的经济高速发展，中国创造了数倍于此前时代总和的社会财富，培育出了数千万个市场主体。但我们也应清醒地看到，虽然我们有阿里巴巴、腾讯、华为等足以傲视全球的行业翘楚，但也存在众多的低端企业、问题企业乃至病态企业。中国经济的持续健康发展必须依赖市场运行机制的调整和转型，经营对象和经营内容的优化，经营组织形态的升级和换代，正是在这一时代背景下，中共中央高瞻远瞩，提出以供给侧结构性改革为主线的新发展理念。而破产法作为以优化资源配置，解决企业产业深层次矛盾为己任的法律，集市场化法治化手段化于一身，既会在化解过剩产能、淘汰落后企业方面大显神通，也会在助推我国经济实现攻坚克难、发展方式转变、经济结构优化等方面一展身手。

随着社会各界特别是司法机关和地方政府对破产法认识的逐步接受，学术界与实务界对破产法相关问题研究的热情高涨，研究领域不断拓展，研究内容不断深化，研究成果俯拾皆是，以中国破产法论坛为代表的各类型破产法论坛如雨后春笋般出现。在西南地区，由西南政法大学主办的西部破产法论坛于 2016 年首次举办时就受到社会各界大力支持并取得了极大成功。正是受社会各界对破产法问题高度关注热情的感染，我们于 2017 年 10 月又积极举办了第二届西部破产法论坛，这次论坛同样群贤毕至，高论迭出。为了使更多的没有机会亲自参与此次盛会的社会各界人士能够分享与会专家就中国破产法的理论建构和实践应用所发表的真知灼见，并为国内外破产法学同行的研究和交流提供更加丰

富的研究资料，我们在得到作者授权的前提下，特从与会代表所提交的会议论文中，根据优中选优的原则精选出 33 篇汇编成此书，以飨读者。值得说明的是，在论文选择过程中，虽经编辑者的仔细甄别，仍不免有遗珠弃璧，有些很有见地的论文，也因某种原因不得不忍痛割爱或大幅度地压缩篇幅，因此本论文集不但不能完全展现本次论坛的学术全貌，而且也不能完全反映各位作者的远见卓识。全书按照研究对象的不同划分为九个板块，涵盖的内容包括破产程序中的金融债权保护问题，破产程序中的民间借贷、担保及相关法律问题研究，房地产企业破产相关法律问题研究，“执转破”相关法律问题研究，关联企业合并破产法律问题研究，破产管理人相关法律问题研究，企业融资及债转股相关法律问题研究，破产债权审核确认相关法律问题研究，破产法立法修改与完善相关法律问题研究。在论文的编辑排版过程中，我们对文章的学术规范性、原创性等方面进行了多番审查，并在不违背作者原意的情况下对文字进行了简单加工，虽经多次校对，但仍不免有舛错遗漏的现象发生，尚祈读者给予理解与原谅。愿各位破产法同人携手共进，孜孜以求，深入到破产法理论研究和实践的前沿，创作出更多更接地气的璀璨佳作。

最后，我由衷感谢社会各界对西南政法大学民商法学院和西部破产法论坛的关心和支持，正是由于你们的呵护和支持，使我们的西部破产法论坛从一棵稚嫩的幼芽逐步成长为一株充满生机活力的小树。希望你们今后能够继续支持论坛的学术活动，使西部破产法论坛尽快成长为一棵能够辐射全国并有一定国际影响的参天大树！

是为序。

赵万一

2018年3月26日于重庆

目 录

一、破产程序中的金融债权保护问题研究·····	1
论银行破产债权人的类别化保护····· 韦忠语、王玮玮	3
破产实践中金融债权保护问题之初探·· 李乐敏、俞鲁烽、陈 维	24
企业重整程序中金融债权的保护····· 张 英	39
二、破产程序中民间借贷、担保及相关法律问题研究·····	51
破产撤销权对生效文书确认的担保行为的行使——以两例案件的 相反裁判为研究样本····· 周东瑞、徐 德、张敦臣	53
破产审判中涉及刑民交叉若干问题研究 ——以非法吸收公众存款犯罪与民间借贷为例····· 周 爽	65
破产与担保交叉法律适用问题研究 ——以民事诉讼案件为视角····· 田 力、赵金阁	76
民间借贷破产债权核查的法律问题及实务处理····· 谭光权	84
破产程序中金融债权人抵押物处置问题的探索 ——以管理人实务为视角····· 范丰盛	94
担保债权与破产费用优先权：基于法条的解读与 分析····· 粟宝珍、林安源、李忠伟	104
破产企业保证债务的承担与追偿问题探究····· 程 松、伍云端	116
企业破产重整中民间借贷法律问题研究····· 项军权、潘明杰	123

三、房地产企业破产相关法律问题研究	131
法律类推规则下担保债权的有限性	
——基于房地产企业破产中抵押权顺位的审视	董璐 133
房地产企业破产案件中资产处置方式实务	
探析	王牧、李冠颖 149
以商品房买卖形式为借款作“担保”行为模式研究	
——兼破产案件中购房人的身份认定	马涛 161
房地产企业破产程序中未履行完毕合同的处理	张汐 169
以房抵债债权在破产法中的定位与清偿	
——以全国 80 份裁判文书为样本	毛荧月 179
四、“执转破”相关法律问题研究	193
“执转破”之实践困境与对策研究	蒋睿 195
五、关联企业合并破产的问题研究	207
关联企业破产处置路径可行性探讨——以 Z 系关联	
企业合并破产案为例	李斌、郑宏、刘恋、吴晓晨 209
关联企业实体合并破产的法理基础与实务研究	马建伟、李静 226
破产实质合并规则的构成要件	孙易 246
六、破产管理人相关法律问题研究	275
破产管理人制度的反思与完善	曹守晔、王晓利 277
论我国管理人自治组织的建构与完善	张俊勇 289
七、企业融资及债转股相关法律问题研究	305
企业资产证券化融资中的破产隔离法律	
问题研究	吴长波、张姝嫫 307
论我国企业重整融资困境及其对策	谢肇煌 327
企业破产重整中银行债转股的规范构造	
——兼与杨松教授商榷	刘山川、梁伟亮 344
八、破产债权审核确认相关法律问题研究	359
公证债权文书执行审查程序与破产债权确认之诉的	

交错与区隔·····	邬 砚	361
九、破产法立法修改与完善相关法律问题研究·····		377
公司重整中对债权人利益的保护·····	吴长波、张 萍	379
浅述供给侧结构改革制度在企业破产的作用·····	刘秋玲	389
金融债权在破产程序中的角色定位及暂停行使·····	徐元永	402
债权清偿中的优先顺位问题探讨		
——以执行程序与破产程序的比较为视角···	丁保国、王 萍	411
破产程序中税收债权优先性探究·····	李文喜、李 皓	425
破产企业缺陷产品责任探讨·····	陈 莉	435
论破产财产的积极管理·····	韦忠语、韦子唯	447
后 记·····		463

一、破产程序中的金融债权 保护问题研究

论银行破产债权人的类别化保护

韦忠语 王玮玮*

内容摘要:商业银行破产具有与其他企业破产所不同的特殊性。在债权人的构成上,商业银行涉及众多不特定债权人如存款人、理财产品购买者、同业拆借银行等,不同债权人与银行构成不同的法律关系。每一类债权人都有着不同的利益诉求,并在不同程度上对社会的稳定和国家金融安全造成不同影响。在商业银行破产中,合理界定各类不同的债权人,对其利益进行类别化保护,可以最大程度地保护各类债权人的利益,以确保一国金融体系的安全和社会秩序的稳定。

关键词: 商业银行破产 类别界定 清偿顺序 类别化保护

央行副行长张涛在“2016陆家嘴论坛”上表示,对于经营出现风险、经营失败的金融机构,要建立有序的处置和退出框架,允许金融机构有序破产。^①中国人民银行西安分行行长白鹤翔在2017年“两会”期间也提出,完善金融机构破产机制是利率市场化和公平竞争的自然要求,允许金融机构有序破产是有效保护债权人利益和金融消费者合法权益的内在要求,并提交了《关于尽快制定金融机构破产法》的提案。^②

* 韦忠语,西南政法大学副教授,重庆海川资产清算服务有限公司董事长;王玮玮,西南政法大学民商法硕士,重庆坤源衡泰律师事务所律师。

① 参见付敏杰:《允许金融机构有序破产重在制度设计》,载《中国证券报》2016年6月15日。

② 参见马悦:《〈金融机构破产法〉应加快破题》,载《中华合作时报》2017年3月17日。

上述重要讲话打破了我国居民长期以来对银行的盲目信任，也打破了银行“大而不能倒”的惯性思维。事实上，我国银行体系以隐形的国家信用作支撑，银行稳定的表象掩盖了我国银行业内的危机与风险，其实很多银行举步维艰，有的已处在破产的边缘。^①随着存款保险制度的出台以及银行金融机构坏账率的不断攀升，商业银行破产在我国势在必行。然而，由于现代商业银行经营模式的复杂性和交易对手的广泛性，使得商业银行一旦破产，便涉及众多社会主体的利益冲突。这些利益主体大多会以债权人的面目出现在破产程序当中，使得商业银行破产程序呈现出债权人人数众多、债权性质复杂、对金融安全和社会稳定影响重大等特征。如何准确界定不同性质的债权人，厘清其中复杂的法律关系，使各类债权人得到合理切实的利益保护，是推进商业银行依法退出市场，提高破产程序效率必须面对的课题。普通破产程序中将债权人简单分为职工债权、有财产担保债权、税收债权和普通债权的“四分法”，在商业银行破产中显然已力不从心。面对人数众多且法律关系复杂的债权人群体，我们有必要另辟蹊径，综合运用破产法、商业银行法、信托法、合同法、存款保险条例、贷款通则等法律、法规，对商业银行破产中的债权人作类别化分析，在厘清其法律关系的基础上，根据破产法规则和国家的政策导向，合理保护各类不同债权人的利益，以提高商业银行破产程序的效率，推进破产法的全面实施。

一、商业银行破产债权人类别化保护的必要性

现行的破产清偿规则是以维护破产程序效率、保障人权、尊重公共政策和其他法律制度为基础设计的，因而形成了除破产费用和共益债务之外的“四分法”规则：为维护程序效率而赋予破产费用和共益债务优先清偿，为尊重担保法制度而使物权担保权人就担保物优先受偿，为保障人权而让职工债权优先受偿，出于对公共政策的尊重而使国家税收优

^① 参见赵万一、吴敏：《我国商业银行破产法律制度构建的反思》，载《现代法学》2006年第28卷第3期。

先于普通债权受偿。由于商业银行特殊的金融机构地位，商业银行的营业通常以自身的信用作为交易的保障，其债务的形成较少存在担保的情形，故其债权人群中几无有担保的债权人。然而，由于现代商业银行营业业务的综合性，使得商业银行事实上形成了数量越来越多、种类复杂的负债。公共政策的影响，亦使银行产生了特殊的债权人群体（如社保机构、企业年金存款人等）。银行中间业务和金融衍生品业务的发展，更使商业银行的隐性债务进一步增加，随之形成的债权人种类也就更加复杂，甚至一些“类债权人”也会在破产程序中主张债权。^①这些出于不同原因而形成的各类债权人（含“类债权人”），其与银行的法律关系也不尽相同，若机械地按照现行的“四分法”对债权类别进行划分，极可能损害某些债权人的利益，甚至引发金融动荡和社会秩序的不稳定。因此，对商业银行的债权人进行类别划分，对不同类别的债权人实施不同的保护措施，确保不同类别的债权人获得适合于自身法律地位的切实保护，不失为提高商业银行破产效率的捷径。

（一）商业银行债权人结构复杂、人数众多，法律关系交错

作为一国的信用中介，商业银行分别与资金的富裕者即存款人和资金的短缺者即借款人之间达成契约关系，通过负债业务集中社会闲散资金。^②这属于商业银行的传统业务，也系基本业务。除此之外，商业银行营业的综合性、开放性以及公共政策的影响，使其形成了庞大的债权人群体，特别是银行中间业务和金融衍生品业务的开展，使银行的债权人构成变得更加复杂多样。从主体形态上看，银行债权人既有自然人，也有企业事业单位和其他组织（如各种协会、公益性基金等）；从数量上看，银行债权人在理论上没有数量边际，且显性债权人的背后往往还隐藏着大量的隐性债权人（如社保资金的背后是成千上万的社保受益权

^① 类债权人：即类似债权人，指虽然通过银行进行交易，但实际上对银行并不享有请求权的人，如银行代理信托产品的买受人、委托贷款的委托人等。

^② 参见李苗：《论商业银行破产中债权人的法律保护》，载《湖南行政学院学报》2009年第2期（总第56期）。

人，他们虽不能直接向银行主张债权，却是真正的生存利益权人）；从地域上看，银行债权人遍及国内各地区的各个社会阶层，甚至遍及全球；从交易方式上看，他们既可能是存款人，也可能是存款保险机构，还可能是各种中间业务委托人、买受人或者金融衍生产品的买受人。

不同结构的债权人不仅意味着债权人与银行具有不同性质的法律关系，也意味着不同债权人群体对于破产清偿的不同预期以及对不同清偿率的承受能力。对于小额储户而言，不能清偿或过低的清偿率可能会殃及其基本的生存空间，而对于受公共政策因素影响的储户（如社保机构、公益性基金等）来说，不能清偿或过低清偿的结果，对机构本身可能并无太大影响，但却会损及其背后广大群众的利益，从而引发社会的动荡。但对于某些债权人特别是“类债权人”而言，不能或较低清偿，则可能仅损及其投资收益，即便是损及本金，也可能仅仅是其众多经营行为中的一次失误。因此，科学划分银行债权人的种类，对于准确把握清算程序中的清偿顺序，殊为必要。

（二）商业银行资本结构复杂，营业信息不对称

高负债经营是商业银行营运的典型特征，也是全球银行业的营业惯例。按照中国银监会的要求，商业银行的核心一级资本充足率不得低于 7.5%，一级资本充足率不得低于 8.5%，资本充足率不得低于 10.5%。^①这意味着，在银行业庞杂的营业内容和庞大的资产结构背后是高额负债，在银行的资产结构中，银行的自有资本仅占极少的比例，其余的资产均由负债构成。据统计，截至 2017 年 6 月 30 日，我国 25 家上市银行的资产负债率均超过 92%，平均资本充足率仅为 11.62%，且核心一级资本充足率普遍在 7.5%~8.5% 之间。^② 商业银行呈现出自有资本与负债资本并存且以负债资本为主的资产构成状态。这种资产结构状态虽然符合商业银行营运的惯例，也符合法律规定，但同时意味着商业银行的

^① 参见《商业银行资本管理办法（试行）》。按照这一试行办法，对系统重要性银行的这三项指标的要求分别为：5%、6% 和 8%。上述资本充足率指标均包含计提储备资本。

^② 数据来源于各上市银行 2017 年半年报报表。

营运资本主要是大量来源于各种渠道的存款、委托经营资金以及银行自营业务获得的销售资金。这些资金来源中，既有大量的居民公众存款，也有数额巨大的单位和机构存款（如企业事业单位、社保机构、协会和公益性组织等），还有银行开展自营业务获得的销售资金（包括代理业务和自营的理财业务等），以及同业拆借获得的短期资金。

基于私人财产的隐私性和金融行业稳定性的原因，银行的经营具有一定的保密性特征。不同身份的主体对银行业的经营信息具有不同的获取和解读能力。普通储户和投资者通常基于“银行不会没钱”的传统思想，根据自身的方便和利益追求来决定与商业银行交易，企业则更乐于与可能为其提供融资便利的银行交易。由于公共政策的影响，公益性的机构如社保机构、公益性基金等可能更多的是考虑资金的安全性，因而会尽可能选择看上去规模更庞大的商业银行。而风险偏好较强的投资者，则大多会选择可以获取较高预期收益的银行进行交易。尽管不同的交易方式最终会产生不同的法律关系，从而在法律上确定交易主体在银行破产中的法律地位，并因此锁定其清偿顺序。但不可否认的是，不同的交易主体在交易前或交易过程中，对于银行营业信息的获取能力和解读能力是千差万别的。信息的不对称，可能会使某些交易者从一开始就处于极不公平的地位，例如，小额的储蓄居民在选择开户和存款时往往具有一定的随机性，他们会将利息高低、交通便捷、方便存取等直观因素作为考量的重要因素，不去也无法探究银行是否面临重大经营危机。又如，企业在开设银行账户时，更多的是考虑将来开户银行能为其融资提供足够的方便，并不会也不可能去考查银行的实际经营状况，相反，当企业需要融资时，它反而成为被考查的对象。此外，银行自营理财产品的不规范，也使得某些具有风险偏好的人不知不觉地丧失自我保护能力，从而在交易一开始就陷入不平等的状态。相对于个人储户、企业和普通投资者，公共机构和公益性组织对信息的获取和解读能力显然更强，但出于对公共利益的考虑，这些主体也可能会因为公共政策的影响不得不将资金存入政策指定的银行，如，社保资金只能存入国有五大行。但