

“聚焦破产”丛书

改革开放四十周年 破产法热点透视

主编 张善斌

副主编 夏勇 张亚琼



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

谨以此书祝贺武汉大学恢复法科教育四十周年

感谢湖北山河律师事务所对本书出版的资助

 “聚焦破产”丛书

.....

改革开放四十周年 破产法热点透视

.....

主编 张善斌

副主编 夏勇 张亚琼



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

改革开放四十周年破产法热点透视/张善斌主编. —武汉: 武汉大学出版社, 2019.3

“聚焦破产”丛书

ISBN 978-7-307-11366-4

I.改… II.张… III.破产法—中国—文集 IV.D922.291.924-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 024740 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)

(电子邮箱: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷: 武汉中远印务有限公司

开本: 720×1000 1/16 印张: 31.75 字数: 518 千字 插页: 2

版次: 2019年3月第1版 2019年3月第1次印刷

ISBN 978-7-307-11366-4 定价: 98.00 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。

前 言

对于“破人”而言，2018年值得铭记。在这一年里，我们回顾了改革开放四十年的伟大成就，总结了破产法施行三十年的风风雨雨，也见证了几件有影响的“破事”。2018年3月6日，最高人民法院发布《全国法院破产审判工作会议纪要》，从管理人制度的完善、破产重整、破产清算、关联企业破产、执行程序与破产程序的衔接等方面明确了破产审判工作的总体要求，为破产审判工作指明了方向，对破产审判中的若干具体问题作了明确规定。2018年8月24日，曾经的世界500强渤海钢铁集团进入破产重整程序，其1920亿的金融债权成为我国破产案件之最，这是继重庆钢铁股份有限公司成功破产重整之后又一重大破产案件，受到广泛关注。2018年9月7日，全国人大常委会将《企业破产法》修订纳入全国人大立法规划。2018年10月24日，周强院长代表最高人民法院向全国人大常委会报告关于“基本解决执行难”工作时，建议推动建立个人破产制度，完善现行破产法。修订《企业破产法》和建立个人破产制度是当前破产法立法中最热门的两个话题。

还有一件值得一提的事情：世界银行2018年发布的《2019年营商环境报告》显示，中国营商环境总体评价在190个经济体中位列第46位，较上一年度上升了32位。破产是化解企业债务危机的重要方式，也是优化资源配置，提升企业质效的重要手段。破产法是市场经济法律体系的重要组成部分，是市场经济的产物，也是市场经济的晴雨表。破产法律制度完善程度及其实施效果是检验一个国家或地区是否实现市场经济的重要指标，是评价营商环境的重要因素。正因为如此，世界银行将“办理破产”作为营商环境的评估指标，主要考察办理商业破产所需的时间、成本、结果和回收率，以及破产法律框架的优点。中国营商环境总体评价的上升令人欣慰，但在11项量化指标中，“办理破产”的指标在190个经济体中位列第61位，落后于总体评价，让“破人”汗颜——破产法拖后腿了！

破产法需要修改完善，破产法实施效果需要大幅提高，“破人”责无旁贷。

在此背景下，武汉大学法学院联合湖北省高级人民法院于2018年11月17日举办了“第二届破产法珞珈论坛——纪念改革开放四十周年暨破产法理论与实务研讨会”，旨在回顾和总结改革开放四十周年来破产法的立法和司法经验，研究目前破产法存在的问题，展望破产法的未来。本次论坛围绕“破产审判工作机制研究”“管理人制度实践与完善”“重整制度实践与完善”“破产清偿制度”“关联企业破产问题研究”等主题展开讨论，取得了丰硕的成果，现精选其中的38篇论文结集出版，以飨读者。

本书收录的论文中，既有关于破产法的理论探究，也有破产法实践的经验总结；既有学术新秀的锐意创新之作，也有经验丰富的破产审判专家的实践反思。这些文章分别从不同角度总结破产法的经验，探讨破产法的热点问题，提出完善破产法律制度的建议，对于破产法的理论研究和司法实践具有十分重要的意义，充分展现了学者、法官和管理人对破产法的理性思考与开拓进取的创新精神。当然，由于时间仓促，书中定有不少错误，敬请读者批评指正！

本书的出版得益于湖北山河律师事务所的资助，得益于武汉大学出版社的鼎力支持，对此，我们表示衷心感谢！

张善斌

2019年3月

目 录

第一部分：破产审判工作机制研究

- 人民法院在审理企业破产案件中的几个法律适用问题探讨
 杨汉平 (3)
- 破产案件中维稳应对的实证分析 张亚琼 (15)
- 管理人视角下府院联动机制的建议 ... 尹爱国 潘忠华 上官艳云 (31)
- 试论破产债权涉及刑民交叉问题的处理
 ——以万宝粮油有限公司涉嫌集资诈骗罪为例
 汤正旗 罗全忠 李光胜 (39)
- 如何应对破产案件里的刑事犯罪困局 金 琳 (54)

第二部分：管理人制度实践与完善

- 破产案件中管理人职务履行问题研究 吴 凤 田 清 (67)
- 论管理人的民事责任 游艳玲 (77)
- 论管理人制度下债务人利益的保护 方一治 (91)
- 管理人制度中法院与债权人会议的权责分配
 ——以债权人保护为视角 陈碧盈 (106)

第三部分：重整制度实践与完善

- 上市公司重整中出资人权益调整的检视与完善
 ——基于 51 家上市公司重整案件的实证分析 曹文兵 (121)
- 上市公司重整计划强制批准制度的反思与建议 周雯瑶 (135)
- 我国重整计划制定权主体的完善 徐 琛 (148)
- 论我国预重整程序中引导人制度的构建 刘晓菲 杨雪琴 (159)

引入预重整制度的合理性分析	
——以实证分析为切入	康 鹏 (172)
论破产边缘化企业庭外重组的突破及其程序研究	
——兼谈预重整制度本土化的思考	孙 健 (183)
出售式重整的运行模式	黄玉道 (198)
海工船舶企业重整问题研究	
——以启东海工船舶企业破产案为例	朱焕东 (212)
再议后续重整申请权	
——兼评《企业破产法》第七十条第二款	张亚琼 (220)
论上市公司重整与重大资产重组的衔接机制	鲁斯琪 (229)
论重整中担保物权行使的自动中止	蒋婷婷 (245)
重整期间出售的在建工程房屋上抵押权的涂销	刘汝梁 (259)

第四部分：破产清偿制度

破产清算中的税收债权清偿顺序研究	蔡德耀 (271)
房企破产中购房款优先返还的法律问题和解决思路	
——在商品房买卖合同解除的情形下	王 栋 (281)
破产变价中承租人优先购买权及其限制	余江波 (288)
破产法视角下的银行扣款还贷行为	郭晓晴 (306)
人身侵权之债在企业破产中的清偿保障研究	刘学美 (318)
论对职工优先权的合理限制	
——以社会实证分析为基础	胡宇驰 (331)
别除权之法定特别优先权	戴雄伟 (341)

第五部分：关联企业破产问题研究

供给侧改革背景下实质合并破产制度的构建与完善	
——以 16 件关联企业实质合并破产案件为分析样本	杨俊广 曹文兵 (355)
关联企业实质合并重整实证研究	黄 赢 范文杰 (374)
从《破产法立法指南》探索合并破产之类型	胡 涛 陈 维 (388)
关联企业实质合并破产规则研究	吴永盛 (408)
关联企业实质合并破产的适用标准与限制因素	田冰雅 (420)

第六部分：其他

- 破产和解制度存废论 张善斌 翟宇翔 (435)
- 论破产的域外效力 弭 晶 (447)
- 论跨境破产中我国承认外国破产程序条件的完善 孟可心 (460)
- 执行转破产程序中相关问题及对策研究
..... 刘 霞 陈新友 路艺婷 (476)
- “执转破”程序启动机制之修缮 陶 强 (484)

第一部分：破产审判工作机制研究

人民法院在审理企业破产案件中的 几个法律适用问题探讨

杨汉平*

内容提要：当前我国经济已由高速增长阶段转向高质量发展阶段。破产案件的审理正是促进中国经济结构不断优化、市场活力充分焕发和公司治理法治化的重要手段，是推动供给侧改革和市场信用提升的重要路径。但在具体的司法实务中，仍然存在规范供给不足和法律实践经验稀缺的问题。许多审判实务中的问题成为阻挡法院和法官实质公正审判和程序权利正当、充分保障的难点。笔者试图借助对基层破产审判实务中面临的主体角色定位不明、程序存在障碍、债权缺乏充分保障、与政府的协调与协作等问题的分析，寻求解决之道，为破产司法实践提供适宜的路径建议与可行的参考。

从市场内在的功能和外在的作用来看，其在资源配置方面更有效率，但这种配置不能保障公平正义。^① 破产制度既弥补了企业市场行为与公平竞争规范性之外的主体效能的规制问题，也完善了市场竞争优胜劣汰的善后处置。因此，破产案件的审理是当前人民法院优化经济发展结构，保持企业竞争活力和市场秩序的基本法律调整方法，也是通过法律手段和法治方法，解决企业竞争性困局与信用困境，促进经济社会高质量规范发展的重要制度路径。但是，在破产案件的审判实务中，由于立法资源供给不足和司法实践不充分等原因，客观上存在许多实际问题和争议需要明辨与厘

* 杨汉平，湖北省武汉市东西湖区人民法院专职审判委员会委员。

① 参见张守文：《政府与市场关系的法律调整》，载《中国法学》2014年第5期。

清。这就需要规范可行的解决办法，以实现经济的法治化和高质高效健康发展。笔者根据相关破产案件的审理实务，对审判实践中涌现的问题作梳理与探讨，并提出相关解决意见与建议，借此抛砖引玉，提高破产案件审判工作与相应诉讼程序的质量与效率。

一、申请破产的债权人在破产程序中死亡的处理

根据《企业破产法》规定，破产申请人既可以是自然人，也可以是企业法人或其他组织。因此，可能出现破产申请人在破产程序启动后死亡的情形。对于申请破产的自然人在破产程序中死亡案件，法院应当如何应对，是法院必须面对的现实困境。参照《民事诉讼法》第151条“原告死亡，没有继承人，或者继承人放弃诉讼权利”的规定，在一般民事案件中，原告死亡，没有继承人或者继承人放弃诉讼权利的，应当终结诉讼。但是，破产案件是一种集中偿债的公设程序，具有开放性，破产申请人只是破产程序的发动者，而实际行使债权人权利的是所有适格的破产债权人。因此，破产程序实质上潜在地认可了一个涉案的债权人集体。

破产案件具有涉及债权人众多、涉及诉讼利益广泛的特点，破产程序实质上亦具有对所有债权人开放，且所有申报债权的债权人均享有实质上的诉讼参与权和表决权的特殊性。因此，申请破产的自然人死亡后，不宜简单地终结案件。恰当的做法是，破产申请人死亡的，有继承人且愿意继承其债权和诉讼权利的，由继承人继受破产申请人的主体地位，继续破产诉讼。而当破产案件没有继承人，或者继承人放弃诉讼权利时，在第一次债权人会议召开前，依据不告不理和当事人自主处分诉权的原则，人民法院宜终结破产案件。若第一次债权人会议已召开，债权人会议实际已存在，只要人数和所代表的债权数额均过半数的债权人主张继续进行破产程序，人民法院就应当尊重其他债权人的意愿与诉求继续破产程序。原来申请破产的自然人债权人的法律主体地位由原本存在的潜在债权人替代，从而让实质上享有表决权，能够自主决定自身债权利益的适格债权人以主体身份继受破产诉讼，并借助债权人会议来表达和实现自己的权利。但是，人民法院应当通过裁定或其他适当方式公开告知或释明破产申请人变更的原因与理由，以充分保障破产诉讼集中清偿债权的目标的有效实现，并提高诉讼效率。

二、破产案件审判与破产诉讼案件审判中法官的回避

破产案件是法院根据申请人申请，对不能清偿到期债务并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的债务人进行清产还债的案件。破产诉讼案件则是债务人、债权人对债权表记载的债权有异议时，通过起诉要求确认争议权利或变更权利的存在、给付顺序或给付条件等的诉讼。依据《企业破产法》的规定，破产案件和破产诉讼案件均在债务人住所地法院进行，因此有些法院往往将两类案件直接交由同一法官审理。提出争议和审理争议的为同一法官，可能形成先入为主的认知与成见，从而影响不同程序对纠纷的分权审查与纠偏的公正救济性。比如一房二卖的合同当事人之一对先期另一买方申报并经法院裁定确认的债权表记载的债权有异议时，提起优先债权的确认之诉。如果此案件仍然由原作出裁定确认债权表中相关债权成立的法官审理，则涉及法官审理自己的裁判的问题，对当事人救济权利的行使显然不公。因此，破产案件的审判法官不宜担任破产诉讼案件的审判法官，避免将破产案件的审判思维与偏见带入破产诉讼案件的审理之中，使破产案件与破产诉讼案件适当区别开，以实现审判独立和相互监督，实现破产救济之诉权的有效行使，从而更加充分和理性地维护破产当事人的合法权益。因此，破产案件和破产诉讼案件的审判分权与回避，既可以充分保障当事人获得公正审判的诉讼权利，又可以促进司法权力的正当运作与相互监督，实现司法权力的规范行使。

三、进入破产程序的破产企业尚未完成的工作或产品的成品化费用及其负担

破产程序中的破产财产或者破产财产之外的偿债财产可能并未形成完整独立的市场价值，比如产品未形成成品、建筑工程尚未完工或竣工验收。债务人作为产品生产方，产品后期的投入应当由其承担，并列入破产债务。但是，产品生产者或者建筑企业进入破产程序后，大多无力承担此项成品化的费用，如果债权人或管理人不能介入或向市场筹集资金，促进成品化工作，实现既定交易，那么破产企业和相关债权人将面临更大的损

失与危困局面。特别是在房地产开发企业的破产案件中，大批的购房消费者不能获得可交付的房屋，其基本的居住权利将受到损害，引发重大的稳定问题。因此，未完工程项目或商品的成品化费用的合理投入和公平负担，成为破产案件不能回避的现实矛盾，也是破产当事人各方都面临的难题。要使完成工作或产品成品化的相关新增费用的负担做到既公平、合理，又权利义务一致，就需要理性的权衡与审慎的取舍。

以房地产开发项目设备生产企业为例，可能且可行的做法如下：

其一，确定竣工验收前后的时间节点。竣工验收前，房屋未特定化，合同不能履行，因此就不存在由作为合同债权人的买方负责筹措此项费用的问题。而竣工验收后，如果存在后续费用，一般应当由破产债务人依据既定的合同来承担由于资金链断裂所造成的后果。

其二，按合同是否具有可继续履行性来确定。在合同不解除并可继续履行时，应先由破产债务人承担此费用，特别是尚未完工的房屋建筑工程或者大型定制设备等半成品的成品费用。由于破产债务人陷于破产绝境就是因为其已发生资金链断裂，无资产无能力继续完成合同义务，因此，在债务人无力或继续履行亦不为多数债权人认可的情况下，期待债务人完成未完工作已不可能。此时，如果相关的合同债权人认为继续履行合同，实现房屋或产品交付，对于合同债权人来讲是更加有利的选择，就应当允许相关合同债权人筹措成品化的费用，并由其先行垫付，由管理人组织债务人原有的产能或者其他社会力量继续完成其成品化工作，借助合同相对人的力量促成交易，最大限度促进交易实现。但是，这种完成成品的费用应当得到相关合同债权人的个别认可。比如，在进入破产程序后，原合同约定的交付任务尚未完工，管理人或者债务人又无能力或不主张继续履行合同时，若合同债权人认为继续履行合同有益于保护或实现其更大的利益，人民法院就应当准许合同债权人先行筹措此项需要新投入的完工费用，以实现在破产债务人无力负担继续履行合同义务的情况下最大化可交易行为，尽力减少待决交易和影响购房者居住权的重大矛盾的数量。而对新增的完成合同的费用这一次要的新生之债，则可以由垫付了筹措资金的合同债权人再行作为破产债权进行后续的破产债权申报。从而实现对合同债权人合法权利的恰当保护。由于这一债权的生成源于破产债务人的不动产交付义务，而债权人并无过错，且已经支付了超过合同约定总价款的百分之

五十以上的费用，债务人应当履行给付合同给定房屋的义务。按照《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》（以下简称《执行异议和复议规定》）第29条“金钱债权执行中，买受人对登记在被执行的房地产开发企业名下的商品房提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持：……（三）已支付的价款超过合同约定总价款的百分之五十”的规定，在债权人先行垫付后，其债权应当具有排除其他债权执行的优先性，以此保障合同相对人的居住权益的充分实现。但是，对于一般商品的成品化的费用，由于其不具有债权保护的优先性价值，故其只能作为普通破产债权对待。当特定的需方债权人作出了相关投入后，其因此所生合同衍生债权，不宜作为共益性债权优先受偿，只能作为一般债权进行破产债权的后续申报，并不享有优于其他普通债权的优先受偿权利。在此，需要说明的是，由于合同债权人的成品化投入资金的先行垫付并不可能百分之百地得到破产清偿，为保护合同债权人的合法利益，在保障债权人意思自治的同时，应当赋予合同债权人对成品化费用部分支出的真实性、合理性及其量化额度提出异议或者进行相应诉讼的救济权利，以充分保障合同债权人的相对利益。作出这样的规定，可以激活破产制度中债权人（合同相对人）的个别积极性，从而通过债务人的破产管理和债权人良性介入的制度安排，全面地促进交易，实现破产主体的最大利益平衡与权利实现。

此外，还需要说明的是，按照上述最高人民法院的《执行异议和复议规定》第29条关于“金钱债权执行中，买受人对登记在被执行的房地产开发企业名下的商品房提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持：……（三）已支付的价款超过合同约定总价款的百分之五十”的规定，确认合同履行程度的量化标准只能适用原商品房买卖合同所确定的价格，不应适用于发生破产造成成品化支出的增加的工程建设费用。但当新的费用明显过大，致已付比例严重低于合同约定总价款的百分之五十时，如果需要继续履行合同，法院就必须释明相关增加的费用并明确分配其负担义务，以促使相关合同当事人尽力履行新增加的成品化费用的合同价款的一半，以妥当保护合同相对一方的合法权利与债权实现，促进交易互利性的实现。

四、破产债务人和管理人在破产涉诉案件中的 诉讼资格与诉讼权利

正当当事人的理论基础是诉的利益，即“某一主体是否有资格成为某一具体案件的当事人，除了看其是否具有当事人能力外，还需看他是否对该案的诉讼标的存在‘诉的利益’”。^① 据此可以认为，管理人既是接受法院指定依法取得债务人企业权益清理职责的法律主体，也是具有相应职业能力与管理资格的企业管理人与诉讼实施者，具有破产债务实体利益的代表性和程序利益的主导权，因此，应当有权独立参与破产企业的管理与法律事务的处置。但是，同时不能无视与忽视的是破产债务人的法律地位——并不能因为管理人的确定而使其丧失民事诉讼的全部主体权利，其对于诉讼的结果仍然具有当然的诉的利益。因此，在所有涉及其财产处置与未来命运的诉讼中，其都应当具有诉讼参与的主体身份与地位。只不过其中一些民事权利可以由管理人代理行使。我国《企业破产法》第 25 条中规定管理人有接管、管理、处分债务人财产和代表债务人参加诉讼、仲裁或者其他法律程序的职责和权利。这种权利实际上取代了债务人进入破产程序前的完全民事主体权能。在破产程序终结，债务人被注销企业法人执照后，如果有与破产企业相关的后续民事纠纷的，也可以管理人为当事人继续进行诉讼。由此可见，管理人是依破产法确定的破产企业的权利代表，是一个寄生于困境企业或僵尸企业身上的特殊的寄生性法律主体。但是，我国的管理人并不同于英美国家作为破产受托人的管理人。^② 因此，笔者倾向于认为，管理人具有替代债务人管理与诉讼的独立诉讼主体地位，以实现集中偿还债务人的特定事务的管理性责任，但其权利义务的根本指向仍然是破产债务人而非信托或其他方式管理的财产，破产债务人仍应以自己名义并依附于管理人的代理权参加诉讼。《企业破产法》第 122 条规定：“管理人于办理注销登记完毕的次日终止执行职务。但是，存在

^① 李峤：《破产管理人的诉讼地位》，载《北京政法职业学院学报》2017 年第 2 期。

^② 参见吴在存：《美国破产重整及管理人制度的考察与启示》，载《人民司法（应用）》2018 年第 28 期。

诉讼或者仲裁未决情况的除外。”该规定表明，管理人的主体延续大于破产债务人，它还是破产企业注销义务的完成主体。在债务人被登记注销后，如果仍有债务人涉案纠纷未作出最终裁判的，仍然要以管理人为当事人进行诉讼。这不仅表明管理人具有代替债务人对外行使诉讼权利的资格与能力，而且也具有以其管理的权限进行善后诉讼的权利与责任，其权能是大于和强于债务人的，但并不能取代破产债务人地位。因此，在债务人总体上进入客体化和被动化的休眠状态下，管理人应当具有承继债务人诉讼权能的法律授权。但是管理人的主体性介入并不能根本替代破产债务人，其行为的结果仍然在客观上归于债务人承受。因此，我国管理人的法律地位只能是寄生和依附于破产债务人的临时公设性主体，其应当就自己的管理行为对破产债务人负责，并承担相应的责任。在其管理过程中，如有失职或损害债务人或其他相关人员合法权益的情形，还应当作为独立的民事主体承担管理过失之行为责任。而破产债务人则应当依法承受管理人对破产企业管理的所有相应的法律后果。因此，在破产诉讼中，破产债务人和管理人应当作为共同原告或被告连带参与诉讼，管理人可以一并代理行使破产债务人的诉讼权利。

但是客观上，在司法实务中，却形成了一种否定其诉讼承继主体地位的认识和裁判实践。虽然，这些裁判所针对的只是与破产管理相似的破产清算组，但其意义却不言自明。最高人民法院在“陈德荣与国营乐山造纸厂破产清算组职工破产债权确认纠纷申诉、申请民事裁定书”中认为：由于国营乐山造纸厂的破产程序尚在进行中，其主张的债权需在该破产企业的财产中得到给付，而破产企业财产在该企业未被注销前仍在该企业名下，并不属于破产清算组，故在破产企业未被注销之前，仍应以破产企业为被告提起民事诉讼。原一、二审法院裁定驳回陈德荣起诉正确。^①对此，笔者认为，这一认定具有一定的局限性。因为破产企业财产虽然在破产企业名下，但是依据《企业破产法》第20条和第25条关于管理人接管债务人的财产和接管债务人财产、印章和账簿、文书等资料职责的规定，此时，破产债务人的财产应当在管理人的接管控制之下，且破产债务人的诉讼权利亦已依法转由管理人接管行使（根据《企业破产法》第25

^① 参见最高人民法院（2015）民申字第3345号：陈德荣与国营乐山造纸厂破产清算组职工破产债权确认纠纷申诉、申请民事裁定书。