

当代破产法丛书

总主编 / 韩长印

执行主编 / 许德风 任一民

# 破产疑难案例研习报告 (2020年卷)

POCHAN YINAN ANLI YANXI BAOGAO (2020 NIAN JUAN)



主 编 / 韩长印

副主编 / 张旭东 何心月



中国政法大学出版社

当代破产法丛书

主 编/韩长印

执行主编/许德风 任一民

# 破产疑难案例研习报告 (2020 年卷)

主 编/韩长印

副主编/张旭东 何心月

编 者：韩长印 王家骏 张玉标 张旭东 何心月  
师若文 张 文 王雯慧 王旭升 李奕恺  
孙济民 施啸波 曹 越 沈博鸿 王文璐  
张世龙 张音宜 陈 铭 廖慧蓉

中国政法大学出版社

2020·北京

## 丛书编委会



**王卫国** 中国政法大学民商法学院教授，中国法学会银行法研究会会长

**王欣新** 中国人民大学法学院教授，北京市破产法学会会长

**杨忠孝** 华东政法大学经济法学院教授，上海市法学会破产法研究会常务副

会长

**齐明** 吉林大学法学院教授，吉林省法学会破产法学研究会会长

**徐阳光** 中国人民大学法学院教授，北京市破产法学会副会长兼秘书长

**刘敏** 最高人民法院民一庭副庭长，北京市破产法学会副会长

**章恒筑** 浙江省高级人民法院民四庭庭长，全国审判业务专家

**季诺** 上海市方达律师事务所高级合伙人，上海市律师协会会长

**陈峰** 北京大成（上海）律师事务所高级合伙人，全国优秀律师

**池伟宏** 北京市天同律师事务所管理合伙人，破产重组业务负责人

**郑飞虎** 广东金轮律师事务所高级合伙人，广州市破产管理人协会秘书长

**童丽萍** 上海电气集团首席法务官，全国优秀公司律师

## 总序

毋庸置疑，我国已经进入了信用和风险一并快速扩张的时代。24%~36%民间借贷利率的合法化及诸多领域高负债基础上杠杆交易的实施，又进一步放大了此种风险。在政策性软预算约束的惯性下，政府或者准政府机构对大面积违约的刚性兑付，以及部分地区依靠行政力量对困境企业进行以强扶弱的治标做法，尽管能将某些债务风险暂时掩盖起来，但诸多领域内风险的积聚，无疑会成为酝酿新一轮经济和破产危机的量变因子。实际上，有信用关系存在的地方，就可能有破产。只不过，当代社会对于破产制度的需求比以往任何时候都更为迫切。

早在1992年我国确立市场经济体制改革目标之前，1986年《企业破产法（试行）》的制定、颁布就突破性地给自己贴上了这样的历史标签：第一次在电视上直播立法机关现场讨论法律草案的场面；第一次以尚未通过的法律（《全民所有制工业企业法》）的颁布实施作为自身生效实施的前提。除此之外，该法不仅是在生效之前周知时间最长的法律（1986年12月2日~1988年11月1日），也是迄今“试行”时间最长的法律（1988年11月2日~2007年5月31日）。

然而，有目共睹的是，此后长时期内，破产法的实施效果并不理想。各种制度性替代措施和政策性替代因素借助于传统经济危困化解手段的普遍采用，以及“维稳措施”对破产功能的消解，使当初为获取市场经济地位而出台破产法的初衷几度被人怀疑。或许，包括破产法在内的整个法制的命运某种程度上就是在这样一波三折的风雨历程中艰难前行的！

2016年是现行《企业破产法》颁布的第10个年头，对破产法实施的推进来讲，这也是值得纪念的一年。这一年，最高人民法院为回应国家供给侧结构性改革和僵尸企业处理的政策精神，改变破产法长期得不到有效实施的现状，推出了一系列促进破产法实施的措施，包括但不限于：在中级人民法院设立专门的清算与破产审判庭（直辖市至少须有一个中级人民法院设立，省会城市、副省级城市所在地中级人民法院均应设立，其他中级人民法院由各高级人民法院会同省级机构编制部门统筹安排）；建成并开始运营全国企业破产重整案件信息网，发布实施了《关于破产案



件立案受理有关问题的通知》，实现了类似立案登记制的效应。此外，一些民间机构不失时机地建立了危困企业投资并购联盟、资产投资促进机构及信息共享平台等。通过学术论坛、微信群聊等正式或非正式方式，破产法学术交流、破产法理论与实务界的沟通均空前活跃，不少地方还成立了破产法研究会、破产管理人协会等学术和行业组织。我们欣喜地看到，政府、社会和市场终于认识到了经济发展对破产法不可或缺的内在需求以及破产法对社会与市场所具有的良性回应机能。

破产制度之于我国，无论其制度本身还是其文化内涵，严格说来皆属舶来品。1986年《企业破产法（试行）》颁布至今虽已30年，但从其遭遇的多舛命运来看，难言其已达到“三十而立”的境界。破产程序的启动仍然较为依赖或许只是作为临时性措施的配套制度（例如“执转破”制度），而缺少必要的自治机能（比如破产启动程序的常态化），现有规则对诸多疑难问题的应对，很难说达到了得心应手、运用自如的程度。应当说，任何一项法律制度的实施，都需要参与制度运作的机构和个人对相关制度要素的准确把握和透彻理解。因而，我们不仅需要学习和借鉴破产法制先进国家的立法例及经验，也要基于国内的既有实践，培育我们自己思考、应对和化解破产法疑难问题的能力。

应当承认，我国近年来破产法制实践的展开，离不开诸多一线商事法官、破产管理人苦心孤诣、不畏险阻、知难而上、孜孜以求的努力。他们无怨无悔地宣传着破产法的理念，钻研着破产法的精髓。这种坚持不懈地推动破产法实施的卓越智慧和勇气，或许会成为我国破产法艰难实施历史中至为宝贵的民间记忆。在他们这股力量的强大感召和无私激励下，我们没有理由充当破产法制建设的旁观者，没有理由不投入到已现端倪的破产法实施的澎湃激流中去。

本套丛书由上海交通大学法学院破产保护法研究中心（以下简称“中心”）组编。中心致力于推进破产法学的繁荣和破产法制的进步，自成立以来得到了破产法理论与实务界诸多机构和同仁的鼎力支持，尤其是上海市方达律师事务所与浙江京衡律师事务所的无私帮助。中心在锦天城律师事务所、方达律师事务所的支持下，截至2015年，先后举办了4届“企业破产法实务论坛”，编辑刊发了10期《破产法通讯》；在浙江京衡律师事务所的支持下，中心于2014年开办了“中国破产保护法律网”（同时作为浙江省律协企业破产管理专业委员会的官网）。

本套丛书的组编工作启动于2014年，前三部著作于2015年完成初稿并由中国政法大学出版社完成版权翻译许可合同的签署工作。组编工作启动伊始就得到了好友章恒筑、任一民、许德风、季诺等破产法同仁的诚心赞同和支持。中心期望通过

丛书的出版，将境内外破产法方面的立法指南、改革报告、经典著作、学术新论、实务案例等素材陆续推出，以表明我们对破产法制事业一如既往的热爱和矢志不渝的信心。期待大家踊跃投稿，并欢迎大家不吝指正。

谨以本套丛书献给正在见证中国破产法制发展的人们。

韩长印

谨识于2016年9月3日

## 目 录

专题一	论破产界限与民法上债务不履行的界分 .....	1
专题二	分期借贷合同中破产原因的认定标准 .....	17
专题三	职工债权人提出破产申请的制度困境与可能出路 .....	26
专题四	债权人对连带债务人的破产挑拣申请权问题 .....	40
专题五	破产管理人在债权确认程序中的职权与责任 .....	56
专题六	担保物权人和保证人对破产费用的承担问题 .....	75
专题七	债权人会议相关问题研究 .....	103
专题八	破产受理后未分配执行款的权利归属问题 .....	135
专题九	破产撤销权对“贷款平移”行为的撤销问题 .....	152
专题十	偏颇清偿行为免于撤销的认定标准 ——以短期无息借款的偿还为列 .....	179
专题十一	银行就其占有的专户保证金行使破产抵销权问题 .....	194
专题十二	“买卖型担保”的性质及其在破产程序中的效力 .....	218
专题十三	“准共益债务”的法律适用问题 .....	236
专题十四	破产程序中未到期不动产租赁合同的解除权问题 .....	251



专题十五	破产程序中融资租赁合同的解除权问题研究 .....	269
专题十六	破产清算终结后债权人追收股东不实出资的程序选择与 受偿效果分析 .....	283
专题十七	“无产可破”案件受理的制度困境与出路 .....	322
专题十八	重整计划的执行不能与变更问题研究 .....	337
专题十九	重整计划分组表决规则对法院强制批准权的影响分析 .....	353
专题二十	破产重整程序启动的司法审查标准研究 .....	377
专题二十一	重整计划调整保证人责任的效力研究 .....	395
专题二十二	自然人与企业合并破产的理论基础与规则建构 .....	412
专题二十三	预重整制度的理论检视及其执行阻却效力辨析 .....	437
专题二十四	破产重整中的商业银行债转股问题浅析 .....	460
专题二十五	破产重整强制批准制度下绝对优先原则的缺失与完善路径 .....	475
专题二十六	上市公司重整与重大资产重组并行模式研究 .....	491
专题二十七	上市企业重整中控制权移转的法律问题研究 .....	509
附录	类案教学法在商事部门法教学中的应用 ——以保险法、破产法为样本 .....	542
后 记	.....	558

# 专题一 论破产界限与民法上债务不履行的界分

## 一、案件事实概要与问题的提出

本案破产申请人黄某某原系福建伊时代信息科技股份有限公司（以下简称“伊时代公司”）职工，2016年11月8日与该公司解除劳动合同，并完成工作交接。黄某某因与伊时代公司发生劳动报酬争议，于2016年9月21日向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，仲裁委于2016年12月1日裁决伊时代公司应向黄某某支付工资75 821.96元、经济补偿金45 404.81元。伊时代公司不服该裁决，于2016年12月16日向法院提起诉讼，法院于2017年2月27日判决伊时代公司应向黄某某支付工资74 363.99元、经济补偿金45 400.91元，合计119 764.9元。伊时代公司上诉后，二审法院于2017年5月27日判决驳回上诉，维持原判。黄某某于2017年7月27日向福州市马尾区人民法院申请强制执行，但至今执行未果。黄某某遂以伊时代公司拖欠其74 363.99元工资、经济补偿金45 400.91元及迟延履行期间的利息，且其申请执行而至今执行不能为由，向法院申请对伊时代公司进行破产清算。

一审法院认为：首先，启动破产程序事关企业的存亡，应当防止个别职工债权人滥用破产程序启动权影响企业的正常营业；其次，企业进入破产清算程序后可能影响到全体职工的生存利益，为避免此种情况的发生也应对职工债权人启动破产程序予以必要限制；再次，单个职工债权不能清偿与普通债权不能清偿，无论在规模还是在影响方面，都存在较为明显的差异，单个职工债权到期不能清偿的，不应认定为债务人企业具有破产原因；最后，现行法下个别职工债权人不能直接参与破产程序，同理亦不应允许个别职工债权人直接申请破产清算。法院遂裁定不予受理该破产申请。

本案引申出的问题是破产界限与一般债务的不履行行为应当如何界分。根据学界通说，破产原因（或称破产界限）是指法院对债务人开始破产程序或者宣告债务人破产的依据，是破产程序开始的实质要件。<sup>〔1〕</sup>一般而言，破产原因的核心要素是不能清偿，是指债务人对于已届清偿期而受请求的债务不能使之消灭的客观状态；

〔1〕 参见韩长印主编：《破产法学》，中国政法大学出版社2016年版，第38页。



而在衡量债务人是否构成不能清偿时，则又往往在不能清偿这一核心范畴之外引入停止支付（现金流标准）与债务超过（资不抵债标准）这两个概念。前者指债务人对到期债务积极地或者消极地、明示地或者默示地表示不能清偿的行为和状态，常被用作债务人不能清偿到期债务的推定原因；后者则指债务人的负债总额超过其积极财产总额的一种客观状况，通常适用于法人破产。<sup>〔1〕</sup>

尽管上述与破产界限有关的基本理论在学理上已较为成熟，但在我国现行的破产立法体系中，破产界限内涵的界定却仍然不甚清晰。具体而言，我国在《中华人民共和国企业破产法》（以下简称《企业破产法》）中将一般破产原因设定为“不能清偿且资不抵债”或“不能清偿且明显丧失清偿能力”，但又在司法解释中将“不能清偿”要件实质上解释为“停止支付”，<sup>〔2〕</sup>而将“明显丧失清偿能力”解释得更近于学理意义上的“不能清偿”。<sup>〔3〕</sup>然而，司法解释未一般性地明确“明显丧失清偿能力”（或言学理意义上的“不能清偿”）的内涵，只是对属于这一概念的事实情形作了有限列举。因此，面对现实中复杂的破产申请情形，法院在判断债务人究竟是否构成破产界限意义上的不能清偿时，缺乏较为统一的裁判标准，只能较多地依赖法官的自由裁量权，易造成实践中的混乱局面。<sup>〔4〕</sup>由是观之，在学理上明确破产原因意义上的不能清偿与一般性的、不应适用破产程序的债务不履行的界限，就显得十分必要。本文将首先对民法上债务不履行的准确形态与分类标准进行辨析，再检视比较法上各国对破产界限的规定，最终在应然层面上提出破产界限与民法上未达破产界限的债务不履行的区分标准。

## 二、民法上债务不履行的分类与标准

债务不履行是债法上的核心概念，系指债务人（或其应为之负责的履行辅助

---

〔1〕 参见韩长印：“破产界限之于破产程序的法律意义”，载《华东政法学院学报》2006年第6期。

〔2〕 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（一）》（以下简称《企业破产法解释一》）第2条规定，《企业破产法》文本中的“不能清偿到期债务”有三个要件：债权债务关系依法成立、债务履行期限已经届满、债务人未完全清偿债务。可见，该规定强调的是未清偿债务的外部客观行为，而非债务人的客观财产状况，实际上是学理上的“停止支付”而非“不能清偿”概念。参见王欣新主编：《破产法原理与案例教程》，中国人民大学出版社2015年版，第40页。

〔3〕 《企业破产法司法解释一》第4条对构成“明显缺乏清偿能力”的情形，均采用了“无法清偿债务”的表述，这些情形实质上也均可以被统归于学理上的“不能清偿”概念之内，故应被认为是一种将“明显缺乏清偿能力”解释为“不能清偿”的处理。可参见许德风：《破产法论：解释与功能比较的视角》，北京大学出版社2015年版，第102页。

〔4〕 参见易仁涛：“论我国破产原因之完善”，载《河南省政法管理干部学院学报》2011年第4期；孙允婷：“破产原因理论和实务问题探析——兼对《破产法司法解释（一）》的解读”，载《山西经济管理干部学院学报》2012年第2期。

人)未履行约定的或法定的债务。〔1〕一般而言,债务不履行可分为履行不能、履行迟延、不完全履行与拒绝履行四种形态。〔2〕以下,本文将试对这四类不履行形态各自的内涵与区分标准逐一作出介绍与辨析。

### (一) 履行不能

履行不能,又称给付不能,是指作为债权之客体的给付不可能状态。传统民法理论上,履行不能常被分为不同类型,并根据类型赋予不同的法律效果,其中重要的分类包括自始不能与嗣后不能、永久不能与一时不能以及全部不能与一部不能等。在我国,通说认为履行不能的法律效果大致如下:首先,自始履行不能不影响合同效力,法律后果与嗣后不能一致;其次,履行不能(无论自始抑或嗣后不能)发生后,如其可归因于债务人,则债务人原给付义务消灭并转换为损害赔偿义务,如其不可归因于债务人,则依风险负担规则处理;再次,于一时不能场合,其相当于履行迟延,应适用迟延的相关规则;最后,于一部不能场合,尚能履行的债务仍应履行,而非直接转化为损害赔偿等违约责任。〔3〕

同时需要注意的是,对于种类之债与金钱之债,一般并不发生履行不能问题。就种类之债而言,由于债务人所需交付之物并非特定物,即使出现毁损灭失等问题,通常至多仅构成给付困难,而不至于发生履行不能;就金钱债务而言,由于债务人对金钱债务负无限责任,故此类债务之不履行,原则上亦仅发生迟延,法律上不构成履行不能。〔4〕当然,在种类物客观上确实无法生产,以及金钱债务双方当事人约定以债务人现存财产为限等特殊情况下,可以构成履行不能。根据现行《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第109条、第110条的规定,一般也确认金钱债务不发生履行不能。〔5〕

〔1〕 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第476页。

〔2〕 就对债务不履行进行分类的立法构造而言,存在事实构成进路模式与法律效果进路模式之别。具体而言,“事实构成进路”以债的发展过程中遭遇的各种障碍为关注焦点,对履行障碍的各种具体形态分别加以规定并赋予不同的法律效果;“法律效果进路”则不区分各种具体的履行障碍类型,而统一采用“履行”或“不履行”的概念,进行概括性的规定。参见时明涛:“论债务不履行的基本构造”,载《学习与实践》2019年第2期。本文为方便起见,直接采“事实构成进路”模式指代该模式。

〔3〕 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第522页以下。

〔4〕 参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社2009年版,第235~236页;史尚宽:《债法总论》,荣泰印书馆1954年版,第364页。当然,在种类物客观上确实无法生产,以及金钱债务双方当事人约定以债务人现存财产为限等特殊情况下,可以构成履行不能。

〔5〕 《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第579条规定:“当事人一方未支付价款、报酬、租金、利息,或者不履行其他金钱债务的,对方可以请求其支付。”第580条规定:“当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的,对方可以请求履行,但是有下列情形之一的除外:①法律上或者事实上不能履行;……”对比之下不难推论出,我国法对金钱债务并未规定履行不能的情形,债权人有权要求继续履行。



## （二）履行迟延

履行迟延，又称债务人迟延或逾期履行，系指债务人能够履行，但在履行期限届满时却未履行债务的现象。履行迟延的构成要件一般有四：一是须有有效的债务存在；二是债务能够履行；三是债务履行期届满而债务人未履行；四是债务人未履行不具有正当事由。

不难发现，履行迟延与履行不能的区别主要在于，前者之履行为可能，而后者之履行实为法律上或事实上不可能。须注意的是，针对确定与不确定期限的债务，履行迟延的成就条件有所不同：在债务有确定履行期限的场合，我国法采“期限代人催告”原则，期满之后无须债权人催告，债务人即陷入迟延，仅在往取债务与票据债权情况时有所例外；在债务无确定履行期限的场合，我国法认为唯有在债权人进行催告、并经过一段合理准备时间后，如债务人仍不履行，方陷入迟延。<sup>〔1〕</sup>构成履行迟延的债务人，将承担继续履行、赔偿损失等责任。

## （三）不完全履行

不完全履行，又称不完全给付，指债务人虽已履行债务，但履行不符合债务之本旨，我国立法上称为“履行合同义务不符合约定”。一般认为，不完全履行可分为两大类：一是加害给付，即债务人在履行时损害了债权人履行利益以外的一般法益，如生命权、健康权、所有权等，近似于传统德国民法上所谓“积极侵害债权”概念；二是瑕疵履行，即债务人虽为履行，但其履行在标的物的品种、规格、数量、内在质量等方面不符合合同约定。<sup>〔2〕</sup>

从概念上看，不完全履行与履行不能、履行迟延以及下文将述的拒绝履行相比，前者的履行虽不完全，但尚有可认为履行的行为，而后三种不履行形态则属于无履行的消极状态。构成不完全履行的债务人，可能承担重做、修理、减价、损害赔偿等责任。不过需要注意的是，对于金钱之债或种类之债而言，有数量瑕疵的不完全履行实际上等同于履行迟延，债务人承担继续履行、赔偿迟延损害等责任。<sup>〔3〕</sup>

## （四）拒绝履行

拒绝履行，指债务人能够履行而违法地向债权人表示不为履行。本质而言，拒绝履行是一种不履行合同的意思通知，<sup>〔4〕</sup>此种意思通知既可以是明示的，如以口头、书面等方式作出通知；亦可以是默示的，即以自己的行为表明不履行合同义务。<sup>〔5〕</sup>

〔1〕 参见韩世远：“履行迟延的理论问题”，载《清华大学学报（哲学社会科学版）》2002年第4期。

〔2〕 参见韩世远：《履行障碍法的体系》，法律出版社2006年版，第108页。

〔3〕 参见史尚宽：《债法总论》，荣泰印书馆1954年版，第388、399页。

〔4〕 参见郑玉波：《民法债编总论》，中国政法大学出版社2004年版，第268页。

〔5〕 参见时明涛：“论拒绝履行”，载《广西政法管理干部学院学报》2018年第1期。

与履行不能相比,拒绝履行一般并非无履行能力,只是有不履行之意思,而履行不能强调债务人客观上无能力履行,不问其主观意思,唯有在债务人故意使自己陷于履行不能之时,可构成拒绝履行与履行不能之竞合;与履行迟延相比,拒绝履行之形成不问时间点,债务到期前后均可构成拒绝履行,而履行迟延则必发生在履行期届满后,故债务到期前债务人不履行的意思通知构成拒绝履行,而债务到期后则同时构成履行迟延与拒绝履行;与不完全履行相比,拒绝履行既无给付之意思,亦无实际给付之行为,而不完全履行则是债务人确实已经履行,但履行不符合债之本旨。<sup>〔1〕</sup>

### 三、比较法上破产界限的检视

世界主要法域关于破产原因的立法大致可分为概括主义与列举主义两类,前者将债务人应进入破产程序的事实抽象为一个或几个“破产原因”,法官认定债务人符合“破产原因”时可以开始破产程序,主要为大陆法系国家所采;后者则对诸多“破产行为”进行列举,债务人具有列举行为之一即可开始破产程序,主要为英美法系国家所采。<sup>〔2〕</sup>不难想象,要对“不能清偿”的内涵外延作准确界定,主要参考依据是实行概括主义的大陆法系国家的相关立法。不过,鉴于美国在1978年、英国在1986年的破产法修改中都相继采取了概括主义立法模式,<sup>〔3〕</sup>本文认为,英、美破产立法仍可资借鉴,对本文论题亦实有助益。以下,本文将逐一检视德国、日本、英国、美国四国关于破产原因的立法,归纳各国立法上“不能清偿”的构成特点。

#### (一) 德国法关于破产原因的规定

1999年《德国破产法》在第17条第1款中将“支付不能”规定为破产程序的一般开始原因,并在第2款中将支付不能定义为“债务人不能履行到期支付义务”。<sup>〔4〕</sup>对支付不能的判定,则应以债务到期日债务人所能支配的以及短期内可获取的资金与到期债务总额进行对比,分析不能履行债务是个案还是常态。<sup>〔5〕</sup>从定义看,德国法对“支付不能”这一概念的界定较为宽泛,这实际上也是立法者为保持判定支付

〔1〕 参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第三册),北京大学出版社2009年版,第66页;韩世远:《履行障碍法的体系》,法律出版社2006年版,第97页。

〔2〕 参见韩长印:“破产原因立法比较研究”,载《现代法学》1998年第3期。

〔3〕 参见汪世虎、陈英骅:“论英国破产法对我国债权人申请破产之启示——兼论我国《破产法》第7条第2款之完善”,载《河北法学》2014年第4期。

〔4〕 参见《德国支付不能法》,杜景林、卢湛译,法律出版社2002年版,第10页。

〔5〕 参见何旺翔:《德国联邦最高法院典型判例研究:破产法篇》,法律出版社2019年版,第3~4页。



不能时法律适用的灵活性所刻意预留的立法空白。不过，德国立法、司法与学术界亦普遍认同，为区分“支付不能”和“一时支付困难”，支付不能除上述定义外还需满足以下条件：债务人应处于持续性地而不是暂时性地无能力偿还其并非很小部分的到期债务的客观状态。<sup>〔1〕</sup>概而言之，即支付不能必须同时具备“持续性”和“显著性”。

至于对“持续性”和“显著性”两大标准的具体认定，可参考德国联邦最高法院2005年的判决予以判断。就持续性要件而言，若债务人只是在一定期限内缺乏清偿资金，且该期限不超过正常商事主体获得贷款的通长期限，则为一时支付困难，反之则为支付不能；而这一必要期限的时长，过往判例中存在从1周到3个月的不同观点，联邦最高法院则在本案中确认合理的必要期间应为3周左右。<sup>〔2〕</sup>就显著性要件而言，若债务人仅存在小额度的资金缺口、不能偿还小额度的债务，则由于其有很大可能恢复履行能力，则不宜认定其构成支付不能并使用破产程序；在“小额度债务”的数值标准上，学界和司法界人士的看法从5%到25%不等，而联邦最高法院在该案中最终确定数值标准应为总债务数额的10%左右。<sup>〔3〕</sup>当然，针对以上这些数值化的标准，债务人仍可在具体个案中通过举证证明其事实上仍具有偿付能力进而推翻支付不能的判定。

## （二）日本法关于破产原因的规定

2004年《日本破产法》在第15条中同样将不能清偿列为启动破产程序的一般原因，并在第2条第11款中将不能清偿定义为“债务人由于缺乏支付能力，就其到期债务普遍并持续性地无法偿还的状态”。<sup>〔4〕</sup>从该定义中可以看出，日本法对不能清偿内涵的界定与德国法类似，亦要求不能清偿须具有“一般性”和“持续性”。所谓“一般性”，是指债务人的资金与财产不能清偿全部到期债务；若债务人只是由于某些原因对特定债务不能清偿，而非对全部的到期债务缺乏清偿能力，就不能认为债务人无法清偿。<sup>〔5〕</sup>所谓持续性，是指不能清偿必须处于持续状态，不包括因一时资金短缺而出现的支付不能。<sup>〔6〕</sup>不能清偿还要求债务人穷尽所有手段均不能清

〔1〕 参见 [德] 莱茵哈德·波克：《德国破产法导论》，王艳柯译，北京大学出版社2014年版，第44页。

〔2〕 3周的期限也是《德国有限责任公司法》第64条中所规定的公司经理在发现债务无法清偿后，主动申请破产的期限。参见BGH NJW 2005, 3062 (3064-3065)。

〔3〕 法院认为，在债务人未偿付的比例高于10%标准时，债务人推定为支付不能，债务人欲抗辩则须举证证明其仍有能力偿债；而低于此标准时，破产申请人须提供其他充分证据，如债务人的经营不断恶化，方能证明债务人构成支付不能。参见BGH NJW 2005, 3062 (3066)。

〔4〕 参见李飞：《当代外国破产法》，中国法制出版社2006年版，第713页以下。

〔5〕 参见关效荣等主编：《中日企业破产法律制度比较研究》，辽宁人民出版社1996年版，第149页。

〔6〕 参见 [日] 石川明：《日本破产法》，何勤华、周桂秋译，中国法制出版社2000年版，第25页。

偿，即债务人无论以财产、劳务、信用等任何一种手段，都缺乏清偿债务的能力。因此，判断债务人是否处于上述不能清偿状态应综合其资产、负债、收入、支出、信用等情况进行判断：一方面，即使债务人拥有相当规模的财产，若其缺乏变现能力，也会被视为不能清偿；另一方面，即使债务人从资产和收益等角度看难以进行清偿，若债务人拥有足够的信用基础可获得新融资并延后清偿，则不应认定为不能清偿。<sup>〔1〕</sup>

由于日本法上证明债务人构成不能清偿状态难度较高，实践中债权人较常使用的做法是基于停止支付行为推定债务人不能清偿。根据日本法院的判例，停止支付最典型的表现是6个月内在票据交换所两次未能兑现其票据，由于此时债务人的银行交易将被停止，几乎等同于宣判经济上死刑，理性债务人必然会为兑现票据竭尽全力，故此种情况下只能视为债务人因确实无力清偿而停止支付。<sup>〔2〕</sup>

### （三）英国法关于破产原因的规定

1986年《英国破产法》在第122条中将不能清偿（Unable to pay its debts）列为公司的一般破产原因，并在随后的第123条中规定了不能清偿的内涵。根据该法第123条（1）（a）～（e）的规定，构成不能清偿的情况主要包括：①对公司拥有750英镑以上到期债权的债权人，以法定形式发出书面的要求债务人偿付到期债务的请求，并送达公司的注册办公室，且公司在随后的3周内未支付该金额或提供担保或提出和解以合理满足债权人的；②公司不能履行法院判决、裁定、命令等执行依据的；③法院有足够证据认定公司在债务到期时无力清偿的。<sup>〔3〕</sup>不难发现，前两种情况属于法律明确列举的、可直接被认定为不能清偿的破产原因情形，而第三种情况则是在无列举情形产生时将判定是否存在不能清偿的裁量权交予法院。此时，法院会综合考虑债务人行为与经营状况等，根据每一个案的具体情况去具体分析判定是否构成不能清偿。<sup>〔4〕</sup>

根据判例法，英国法院在认定不能清偿时主要有以下要点。首先，债务人须是通过任何手段、在任何情况下均无法清偿债务。法院应从商业经营的视角出发，考察债务人当时的全部债务、全部资产、经营状况、盈利预期、潜在借款对象等因素，判断债务人是否确实不能清偿债务。<sup>〔5〕</sup>若债务人虽无足够的现金或资产用于清

〔1〕 参见〔日〕山本和彦：《日本破产处理法入门》，金春等译，法律出版社2016年版，第50页。

〔2〕 参见〔日〕山本和彦：《日本破产处理法入门》，金春等译，法律出版社2016年版，第51页。

〔3〕 参见《英国破产法》，丁昌业译，法律出版社2003年版，第107页。

〔4〕 See Venessa Finch, *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles (2nd edition)*, Cambridge University Press, 2009, p. 147.

〔5〕 See Royston M. Goode, *Principle of Corporate Insolvency Law (4th edition)*, Sweet & Maxwell, 2011, pp. 122—123.



偿，但其有“显著的可能性”（significant probability）能够在可预期的时间内获得借款或通过变卖资产筹措资金以清偿到期债务，则不构成不能清偿；当然，若可以证明债务人在新借贷合同到期后仍可预期地无力偿还该贷款，则仍构成不能清偿。<sup>〔1〕</sup>此外，若有证据证明债权人能够允许债务人对到期债务延期再做清偿，或是无证据表明债权人要求在债务到期后立即偿还的，则该笔债务将不被认定为不能清偿的债务。<sup>〔2〕</sup>其次，判断债务人的清偿能力，不仅需要考虑已到期的债务，还包括一定的还未到期的未来债务。如前所述，鉴于是否构成不能清偿依赖于对债务人整体资产状况的判断，故应考察的债务不仅限于破产申请受理之时到期的债务，还应考虑既存的未届清偿期的债务（existing debts payable in the future）以及或然与潜在的债务（contingent and prospective liabilities），若它们将在合理的未来（reasonably near future）到期且届时债务人无力清偿，则债务人构成不能清偿。<sup>〔3〕</sup>最后，在债权人获取债务人经营信息较为困难时，可以依靠某些事由推定债务人构成不能清偿。一般而言，在债权人请求履行后债务人仍拒绝清偿一项无争议的债务，债务人即可推定为不能清偿，<sup>〔4〕</sup>除非债务人能证明其未清偿是基于其他原因。<sup>〔5〕</sup>其他推定事由包括债务人的管理人员承认其公司无可供债权人执行的资产、公司在运营费用之外无财产可提供给债权人进行清偿、存在其他多个债权人向同一债务人要求清偿等。<sup>〔6〕</sup>

#### （四）美国法关于破产原因的规定

美国自1978年《美国破产法》起即在第303条（h）中对强制破产程序设定了两项启动原因，一是债务人整体性未清偿到期债务（generally not paying its debts as they become due）；二是在程序启动前120日内对全部（或大部分）债务人财产指定了保管人（custodian）。<sup>〔7〕</sup>根据立法者的观点，前一项原因标志着债务人已全面陷入财产困境并影响债权人整体利益的情形，也即不能清偿的情形出现，而后一项

---

〔1〕 See *Re A Company* (No. 006794 of 1983) [1986] BCLC 261; *MacPlant Services Ltd v. Contract Lifting Services (Scotland) Ltd* [2009] SC 125.

〔2〕 See *Re Capital Annuities Ltd* [1978] 3 All ER 704.

〔3〕 See *Re Cheyne Finance Plc* [2008] 2 All ER 987; *BNY Corporate Trustee Services Ltd v. Eurosail—UK Plc* [2013] 1 WLR 1408.

〔4〕 See *Cornhill Insurance Plc v. Improvement Services Ltd* [1986] 1 WLR 114.

〔5〕 例如，法院曾在—个案件中认定，当债务人在与债权人达成某些特定的协议条件后就将倾向于清偿时，未清偿的事实不能推定出债务人构成不能清偿。See *Royston M. Goode, Principle of Corporate Insolvency Law (4th edition)*, Sweet & Maxwell, 2011, p. 129.

〔6〕 See *Re Douglas Griggs Engineering Ltd* [1963] Ch 19, [1962] 1 All ER 498; *Re Chic Ltd* [1905] 2 Ch 345; *Re Tweeds Garage Ltd* [1962] Ch 406, [1962] 1 All ER 121.

〔7〕 See 11 U. S. C. § 303 (h) (2018).

原因则是表明前一项原因很可能成立的特定实例。<sup>〔1〕</sup>此外，美国法还对有资格申请强制破产的债权人范围作出了限制：一是申请人数须达到最低数量限制，若债务人的债权人总数超过12人，则至少应有3个共同申请人，反之则需要1个申请人即可；二是债权人申请的无担保债权额须达到最低金额限制，根据最新一次破产法的修改，申请人申请的无担保债权总额须超过15 775美元才允许进行破产申请；三是债权人申请的债权不得为“或然”（contingent）债权。<sup>〔2〕</sup>

那么，如何理解美国法上“整体性未清偿到期债务”的内涵？美国判例法上认为主要应对以下因素作出考量：未清偿债务的项数及在所有负债中的比例、未清偿债务的金额及在所有负债中的比例、未清偿债务的经常性程度、未清偿债务的平均拖欠时间、未清偿债务对债务人的重要程度、债务人的整体财产状况等。<sup>〔3〕</sup>当债务人未清偿的债务在数量和金额上较大（或至少相对于债务人的经营规模和资产金额而言较大），且不清偿的状态持续时间较长并呈现出一种有规律的状态，而从债务人的经营状况看其并不能通过足够的现金或是其他替代方式清偿债务，便应认定债务人构成“整体性未清偿到期债务”。<sup>〔4〕</sup>总而言之，法院应对债务人的融资与负债状况作出一种“整体性考察”（totality test），而不能仅因零星债务未清偿而认定债务人构成不能清偿。<sup>〔5〕</sup>

#### 四、破产界限与一般债务不履行的应然界分

##### （一）构成破产界限的三项基本标准

综合上两节论述，本文认为，作为破产原因的“不能清偿”与民法上未达破产界限的债务不履行之间大致存在三项基本区别，也就是说，法院在判定债务人是否达到破产界限时，一般须考虑三项基本标准，其具体如下：

1. 不能清偿应具有显著性。作为破产原因，不能清偿不能仅是债务人对个别到期债务的不能清偿，否则无疑会导致对司法资源的浪费。<sup>〔6〕</sup>为确认不能清偿的此项特性，有的国家设定了债权人破产申请时主张的最低未清偿债权额，如英国法上

〔1〕 参见 [美] 查尔斯·J. 泰步：《美国破产法新论》，韩长印等译，中国政法大学出版社2017年版，第178页。

〔2〕 See 11 U. S. C. § 303 (b) (2018).

〔3〕 See, e. g., In re All Media Properties, Inc., 5 B. R. 126, (Bankr. S. D. Tex. 1980); In re Edwards, 501 B. R. 666, (Bankr. N. D. Tex. 2013).

〔4〕 See, e. g., In re CLE Corp., 59 B. R. 579 (Bankr. N. D. Ga. 1986).

〔5〕 See, e. g., In re Vortex Fishing Systems, Inc., 277 F. 3d 1057 (9th Cir. 2002); In re Focus Media, Inc., 378 F. 3d 916 (9th Cir. 2004).

〔6〕 参见王欣新主编：《破产法原理与案例教程》，中国人民大学出版社2015年版，第37页。