

新《破产法》重点知识点讲解（八）PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/265/2021\\_2022\\_\\_E6\\_96\\_B0\\_E3\\_80\\_8A\\_E7\\_A0\\_B4\\_E4\\_c67\\_265332.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/265/2021_2022__E6_96_B0_E3_80_8A_E7_A0_B4_E4_c67_265332.htm)

第九章 和解制度  
简述 在我国现行的破产法中，国有企业破产程序中和解和整顿是一双胞胎兄弟，他们相伴而生，互相依赖，形影不离。债务企业要进行破产和解，首先得由其上级主管部门提出整顿申请，整顿申请提出后，企业提出和解申请，并拟订和解协议草案，经债权人会议讨论通过，并经法院审查认可后，破产程序遂中止，整顿程序随即开始。由此不难看出，和解究其实质而言并不具有独立性，而是附属于整顿程序。非国有企业的破产程序中的和解，在《民事诉讼法》第202条作出了规定，和解的条件比较宽松，相对于现行破产法的规定，有利于提高和解程序的利用率。但是和解在司法实践中却不容乐观，在破产案件中和解的比例也非常少。因此，在此次新的破产法立法时，很多学者甚至提出删除和解程序，认为和解程序没有实用性，并且浪费有限的司法资源，有的学者认为新破产法之所以对和解程序进行了规定，也仅是在立法技术的层面上寻求感官上的好感，无论学术界怎样认识和解制度，新破产法毕竟对此作出了规定。新破产法关于和解制度的规定，其中最重要的是将和解程序单独作为一个程序，债务人可以直接向人民法院提起申请和解。这就是新破产法所设置的破产制度的第三个门，它与破产清算、重整相并列。其他一般性的规定，本章所规定的制度和重整的相关制度基本相似，在此就不再赘述。第十章 破产清算 鉴于前面对破产原因、破产界限等已经有过介绍，下面就几个需要注

意的问题，作简单探讨。

一、破产宣告前终结破产程序的情况 《企业破产法》第一百零八条 明确规定了破产宣告前应当终结破产程序的情况。在破产宣告前如果有第三人提供足额担保或为债务人清偿全部到期债务，或者债务人自己清偿全部到期债务的，人民法院应当裁定终结破产程序。我们认为这种情况在实践中很少会发生，并且这种规定在实际操作中也不好掌握，至少准确界定“全部到期债务”就是个难题。即便债务人在经济实力允许（或第三人愿意提供担保）的情况下，主观上有清偿全部到期债务的愿望，而现实中有的到期小额债权人长期怠于主张权利，并无法找到该债权人，客观上会造成债务人想全部清偿而无法全部清偿的情况，也为该条规定的履行制造了障碍。

二、对破产人特定财产享有担保权的优先受偿权 《企业破产法》第一百零九条 规定了享有担保权人的优先受偿权。该条规定本身不难理解，就是一个谁享有担保权谁就优先受偿的问题，但实践中有一个特殊情况还是值得我们探讨的，在国有企业破产中，对国有划拨土地的抵押能否算是‘破产人的特定财产’，这种现象普遍存在，并且本法第一百三十二条新规定的出台，对担保权的行使有极大的影响，界定清楚“破产人的特定财产”意义深远，目前理论界对该情况认识也不统一，基本上有三种观点，第一种观点认为划拨的国有土地使用权应当界定为‘破产人的特定财产’，从而适用第一百三十二条的规定。持该观点的学者认为，划拨土地使用权破产人依然拥有使用权，只是该使用权设定有一定的限制，在依法上缴土地出让金后，土地使用权变现的剩余价值应当由担保权人行使优先受偿权。第二种观点认为划拨的国有土地使用权不应当界定为‘

破产人的特定财产’，从而不适用第一百三十二条的规定。持该观点的学者认为，划拨土地的所有权系由第三人（国家）享有，破产人只是在无偿使用，在该土地使用权上设定担保权，是第三人也就是国家承担的担保，因其不是破产人的财产，也就不能认定是本法条所称的‘破产人的特定财产’。第三种观点认为，划拨的国有土地使用权应当认定为‘破产人的特定财产’，适用第一百三十二条的规定，但给担保权人造成损失的，债权人可向第三人（国家）主张赔偿，持该观点的学者认为，在对国有划拨土地设定担保时经过了国家相关部门的同意，而对职工的安置也是政府应承担的职能，因此，如果因安置职工从而损害担保权人利益的，国家应当承担赔偿责任，也更符合担保法的精神。以上观点从不同角度讲，均有其合理之处，这种情况也有待最高院司法解释的出台做出最后的定论。针对上述三种观点，我们更倾向于第一种观点。

### 三、破产财产的清偿顺序

《企业破产法》第一百一十三条是关于破产财产清偿顺序的规定，新破产法出现一个共益债务的规定，旧破产法中没有规定，共益债务通俗一点讲就是在破产程序中为了利害关系人共同的利益而形成的债务，这一类债务在旧破产法中归入了破产费用，没有单列。新的破产法虽然单列了共益债务，但仍然和破产费用在同一个顺序，只是在第一顺序中破产费用和共益债务不足时，破产费用优先于共益债务。新破产法相对于旧破产法在财产分配的顺序有以下变化，（1）明确列明了在第一顺序中支付劳动债权的项目，其中不包含失业保险和工伤保险，这就意味着新破产法实施之后失业保险和工伤保险将不在第一顺序中支付，而只能在第二顺序中支付。（2）新的破产法对

职工的集资款没有作出特别的规定，也就意味着将得不到特殊的保护。在没有转换成股份的情况下，集资款本质上就是一种借贷关系，职工的集资款应当按照普通债权在第三顺序中支付。（3）明确了破产企业的董事、监事和高级管理人员的报酬按照企业的平均工资计算，在现行的破产实践中，虽然各地也都对企业高层的工资作出了一定的限制，但没有统一的标准，新破产法对此进行了统一。

#### 四、对提存的分配财产予以特殊规定

《企业破产法》第一百一十七条、一百一十八条、一百一十九条规定了在破产财产分配时，对提存财产份额如何处理的三个特殊事项，并且旧破产法中没有规定，在新破产法实施后的实践中要充分注意，特别是债权人不要违背该规定中对时间期限的要求，以免造成不必要的损失。

第一、对于附生效或解除条件的债权，在分配时对其债权额由管理人向有关部门提存，以最后分配公告日为准，按照所附条件确定债权是否成立，债权成立支付给债权人，债权不成立分配给其他债权人。

第二、管理人对于提存的债权人未受领的分配额，以最后分配公告之日为准，满两个月仍不领取的，视为放弃受领分配的权利，将其分配额分配给其他债权人。

第三、在分配时对于诉讼或者仲裁未决的债权，管理人应当将分配额提存，以破产程序终结之日为准，两年仍不能受领分配的，将该分配额分配给其他债权人。

在以上三个规定中，均规定了特定的债权人一旦无权或不能受领提存款项，直接分配给其他债权人，但也都没有对提存款项数额不足以支付分配费用的情况作出规定，我们认为，在实践中我们可以比照本法第一百二十三条第二款的规定进行操作，在提存的款项数额不足以支付分配费用的，不再进行追加分

配，在扣除提存费用后上缴国库。1、新破产法第一百零八条规定：“破产宣告前，有下列情形之一的，人民法院应当裁定终结破产程序，并予以公告：（一）第三人为债务人提供足额担保或者为债务人清偿全部到期债务的；（二）债务人已清偿全部到期债务的。”2、新破产法第一百零九条规定：“对破产人的特定财产享有担保权的权利人，对该特定财产享有优先受偿的权利。”3、新破产法第一百一十三条规定：“破产财产在优先清偿破产费用和共益债务后，依照下列顺序清偿：（一）破产人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金；（二）破产人欠缴的除前项规定以外的社会保险费用和破产人所欠税款；（三）普通破产债权。破产财产不足以清偿同一顺序的清偿要求的，按照比例分配。破产企业的董事、监事和高级管理人员的工资按照该企业职工的平均工资计算。”4、新破产法第一百一十七条规定：“对于附生效条件或者解除条件的债权，管理人应当将其分配额提存。管理人依照前款规定提存的分配额，在最后分配公告日，生效条件未成就或者解除条件成就的，应当分配给其他债权人；在最后分配公告日，生效条件成就或者解除条件未成就的，应当交付给债权人。”第一百一十八条规定：“债权人未受领的破产财产分配额，管理人应当提存。债权人自最后分配公告之日起满二个月仍不领取的，视为放弃受领分配的权利，管理人或者人民法院应当将提存的分配额分配给其他债权人。”第一百一十九条规定：“破产财产分配时，对于诉讼或者仲裁未决的债权，管理人应当将其分配额

提存。自破产程序终结之日起满二年仍不能受领分配的，人民法院应当将提存的分配额分配给其他债权人。” 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)