

从一起破产案件看破产法的修改与完善 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E4_BB_8E_E4_B8_80_E8_B5_B7_E7_c122_479666.htm 这是一起特殊的破产案件，笔者在办理过程中，从立法角度分析，发现我国目前的《破产法》及相关规定中，在审理破产案件时，对权利相对人的保护方面存在诸多的法律问题和立法建议，借此机会提出来，以便立法者们进一步的深入研究与探讨。

案情简介 1999年11月6日，兰州某集体企业（以下简称企业）与甘肃某房地产开发公司（以下简称开发公司）签订了一份《联建合同》，2000年8月28日，双方又签订了《联建补充合同》，两份合同约定，开发公司在该企业占用的划拨土地上全额投资开发建设八层1#、2#框架式综合楼，占地面积约800平方米，建筑面积约5600平方米。合同还约定，楼房竣工后，企业得33%房屋面积，开发公司得67%房屋面积；企业负责政府立项报告、批文、土地权属等相关资料、证明、协助开发公司办理有关手续。根据约定，开发公司开始组织拆迁、建设等工作。在该楼建设至封顶并对外预售，2001年9月20日双方发生纠纷。企业将开发公司诉之兰州市中级人民法院，要求解除合同，并承担损失，开发公司提起反诉，要求企业返还投资款500余万元。2003年5月27日，市中级人民法院一审判决认定：一是，双方签订的《联建合同》及《联建补充合同》违反了国家关于划拨土地不能转让、出租、抵押的禁止性规定，认定该合同为无效合同；二是，1#、2#综合楼归企业所有；三是，企业向开发公司返还200余万元的投资款。一审判决后，开发公司认为返还数额确认不准提出上诉，省高

级人民法院经过审理后认为：一审判决未针对原告的诉讼请求和原审被告的反诉请求进行审理，对工程的开发成本、前期投入未予审计和一并处理。对售房款未在本案中一并清算处理等，于2004年2月3日裁定撤销原判，发回重审。在该裁定送达时，企业早已向区人民法院提出宣告破产申请。同年2月区人民法院公告，该企业进入破产还债程序。该企业进入破产程序后，有以下一些法律问题值得研究与探讨：一、开发公司是债权人还是物权人 首先，在债权申报期限内，对开发公司是否申报债权存有两种不同观点。开发公司是债权人，应通过申报债权来实现自己的权利。其理由是，开发公司是投资方，是在企业划拨土地上投资兴建的楼房，根据无效合同双方返还的原则，开发公司应向企业交付楼房，企业向开发公司返还投资款项。开发公司要取得投款项，只有通过债权申报的形式来实现自己的债权。其次，开发公司不是债权人，是该在建楼房的物权人。其理由是，开发公司与企业没有债权债务关系，只是一种联建关系，至今，双方的联建行为虽已发生纠纷，但联建关系依然存在，开发公司是当然的共同共有的物权人，故没有进行债权申报。二、该在建楼房是不是破产企业的破产财产 我们首先应该注意到的是持该在建楼房是企业破产财产观点的人认为，企业是以土地为条件进行联合开发的，楼房是建在企业使用的土地上，是被企业控制和掌管的财产。何况，建设该楼时是以企业的名义向上级主管部门打的报告，并得到主管部门认可的，现在企业进入破产程序，该项在建楼房理应是企业的破产财产，应由企业对该楼行使处置权。再次是持该在建楼房不是企业破产财产观点的人认为：其一，该楼是双方联建行为的产物，不

是企业单方的财产，开发公司与企业对该楼具有共同共有的性质，双方在联建过程中虽发生纠纷，但至今联建纠纷未得到解决，联建关系依然存在，开发公司理应是该楼的共同共有人；其二，根据我国《土地管理法》、《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》以及最高人民法院《关于破产企业国有划拨土地使用权应否列入破产财产等问题的批复》中，都明确规定了，破产企业以划拨方式无偿取得国有土地使用权不属于破产财产，在企业破产时，有关人民政府可以予以收回，并依法处置。那么，作为联建一方的企业已破产，土地使用权将依照法律被收回，联建的条件已完全丧失，而作为联建另一方的开发公司却依然存在，应该根据“谁投资、谁受益”的民法基本原理由开发公司行使收购、补办相关手续、补交相关费用、完善各种手续来行使续建的权利。故企业破产清算组不应把该在建楼房列为企业的破产财产。

三、本案存在的法律问题（1）该在建楼房是破产企业的破产财产还是联建双方的共有财产？我国《企业破产法（试行）》和最高人民法院《关于审理企业破产案件若干问题的规定》中对破产财产作了明确规定：（一）债务人在破产宣告时所有的或者经营管理的全部财产；（二）债务人在破产宣告后至破产程序终结前取得的财产；（三）应当由债务人行使的其他财产权利。一、二项的表述较好理解，第三项的界定范围太广，“其他财产权利”指哪些范畴，在实践中不易操作，容易给审判者留下各自不同的理解和解释，造成执法水准的不统一。本案中所涉在建楼房是否属于应当由破产企业行使的其他财产权利？根据上述双方所执的不同观点，这一问题难以从现有的法律、法规和司法解释中得到答复，应

尽快制定统一的立法解释，避免执法混乱现象的发生。（2）当前，法院审理企业破产案件时，就破产财产的范围主要依据的是我国《企业破产法（试行）》和最高人民法院《关于审理企业破产案件若干问题的规定》。但在我国《企业破产法（试行）》和最高人民法院《关于审理企业破产案件若干问题的规定》中，对本案所涉的问题没有明确规定，给开发公司如何行使自己的权利出了难题。如按第一种观点即开发公司以债权人的身份申报债权的话，开发公司的利益将严重受损，几百万元的投资将大大缩水，自己辛苦多年投资兴建的楼房成了别人的“战利品”，企业等于拿开发公司的钱清偿了自己的债务，这有违法律公平原则和对等原则，也不利于保护相对权利人的权益，形成了对破产企业利益的偏重而忽视了对相对权利人的利益保护。我们知道，现有《企业破产法（试行）》中规定的对权利人实现自己权益的途径有两条：第一是通过申报债权来实现自己的权益；第二是通过清算组行使取回权、别除权、抵销权，除此之外没有别的途径。这两条规定中，对通过清算组行使取回权、别除权、抵销权的法律监督程序规定的不到位，即在取回权人、别除权人、抵销权人无法实现自己的权利时，应通过什么法律途径来解决？应明确和加强这一方面的规定。本案中开发公司虽无权行使取回权、别除权、抵销权，在法律上似乎只给开发公司留下了申报债权这一条路，但这绝对不是立法本意。因为最高人民法院《关于审理企业破产案件若干问题的规定》第65条规定：“债务人与他人共有的物、债权、知识产权等财产或者财产权，应当在破产清算中予以分割，债务人分割所得属于破产财产；不能分割的，应当就其应得部分转

让，转让所得属于破产财产。”这一规定，为共有人取回财产提供了法律依据。但在实践中，如果共有人向法院和清算组对共有财产提出了书面申请，但法院和清算组都对该申请不作任何口头和书面的答复，共有人又将通过什么法律程序来实现自己的权益呢？从现有的《企业破产法》和最高人民法院《关于审理企业破产案件若干问题的规定》中，确难找出程序上的规定和答案。只有2004年6月17日最高人民法院审判委员会第1317次会议上通过的《关于破产清算组在履行职责过程中违约或侵权民事纠纷案件诉讼管辖的批复》中规定：“企业被宣告破产后，清算组因履行清算职责对他人违约或者侵权引起的民事诉讼，发生在破产程序终结之前的，由受理破产案件的人民法院管辖，在破产程序中一并处理。”这在诉讼程序上，给权利相对人留下了可以提起诉讼的依据，但是，这一司法解释是最高人民法院给湖北省高级人民法院的批复，对其请示的内容和在什么情况下才构成破产案件中的侵权行为界定不明确，不利于其他法院参照执行。（3）

目前，破产案件管辖权中存在的问题。根据最高人民法院《关于审理企业破产案件若干问题的规定》第一条原则规定的是由债务人住所地人民法院管辖。债务人无住所地（办事机构）的，由其注册地人民法院管辖。第二条规定的是根据破产企业工商行政管理机关核准登记的行政区域来确定管辖权。即第一：基层人民法院一般管辖县、县级市或者区的工商行政管理机关核准登记企业的破产案件；第二：中级人民法院一般管辖地区、地级市（含本市）以上的工商行政管理机关核准登记企业的破产案件，含纳入国家计划调整的企业破产案件；第三条规定的是上级人民法院审理下级人民法院管辖

的企业破产案件，或者将本院管辖的企业破产案件移交下级人民法院审理，以及下级人民法院需要将自己管辖的企业破产案件交由上级人民法院审理的，依照民事诉讼法第39条的规定办理；省、自治区、直辖市范围内因特殊情况需要对个别企业破产案件的地域管辖作调整的，须经共同上级人民法院批准。笔者认为，以工商核准登记企业确定管辖权有其弊端。弊端一是，破产清算组一般都由同级人民政府职能部门的人员组成，这些人员大都管理企业多年，有的是企业的直接上级主管部门的领导，在参与清算中，带有明显的倾向性，考虑企业或职工的利益过多，忽略了对相对权利人的权益保护，有的甚至严重侵害其他相对权利人的权益。弊端二是，同级法院在监督指导清算组的工作时，有形无形的都要受到清算组成员或组长、副组长观点的影响，出现指导监督不利或者是侵害相对权利人权益现象的发生；弊端三是，来自同级人民政府或同级人民政府领导人的干预，导致侵害其他权利人的利益。在这种管辖制度中，应设有监督机制，由上级人民法院对审理破产案件的法院进行监督，以形成对审理法院在审理破产案件时的监督制约机制，避免出现损害相对权利人权益现象的发生，确保审理破产案件的公正、公平性。另外，根据最高人民法院审判委员会2004年6月17日第1317次会议上通过的《关于破产清算组在履行职责过程中违约或侵权民事纠纷案件诉讼管辖的批复》“企业被宣告破产后，清算组因履行清算职责对他人违约或者侵权引起的民事诉讼，发生在破产程序终结之前的，由受理破产案件的人民法院管辖，在破产程序中一并处理。”这一规定不利于破产案件中对侵权的审理。其理由是，第一，审理破产案件的法院和

清算组是相互沟通和协商确定方案的一体，在实践中也就是说，清算组的决定从一个侧面已代表了审理法院的意志，如清算组不代表审理法院的意志，清算工作将得不到法院的支持，清算组也无法落实清算方案；第二，在破产案件中，如发生侵权行为，由审理破产案件的法院审理侵权纠纷，实际上是让审理法院自己审理自己造成的侵权事实，纠正自己的错误决定，这在情理上也是不可能的，在审判程序上权利人的权益仍不可能得到审判上的保护。（4）对取回权人、别除权、抵销权人、共同共有权利人来说，在破产案件中如何实现自己的权利，这是一个重要的法律问题。现有的法律、法规中对此规定不明确，应是立法的一大缺陷，应予完善。目前，我国《企业破产法》第16条4款规定：“债权人认为债权人会议的决议违反法律规定的，可以在债权人会议作出决议后七日提请人民法院裁定。”第37条规定：“清算组提出分配方案，经债权人会议讨论通过，报请人民法院裁定后执行。”最高人民法院《关于审理企业破产案件若干问题的规定》中第25条2、3款规定：“人民法院作出破产宣告裁定前，债权人会议与债务人达成和解协议并经人民法院裁定认可的，由人民法院发布公告，中止破产程序。人民法院作出破产宣告裁定后，债权人会议与债务人达成和解协议并经人民法院裁定认可，由人民法院裁定中止执行破产宣告裁定，并公告中止破产程序。”第38条规定：“破产宣告后，债权人或者债务人对破产宣告有异议的，可以在人民法院宣告企业破产之日起10日内，向上一级人民法院申诉。上一级人民法院应当组成合议庭进行审理，并在30日内作出裁定。”上述规定都是解决破产宣告或和解的程序问题，而该司法解释

第43条规定的“债权人认为债权人会议决议违反法律规定或者侵害其合法权益的，可以在债权人会议作出决议后7日内向人民法院提出，由人民法院依法裁定。”我国《企业破产法》第37条规定的“清算组提出破产财产分配方案，经债权人会议讨论通过，报请人民法院裁定后执行。”这两条规定都是赋予债权人在清算过程中认为清算组对实体问题处理不公或认为清算组侵害了债权人的合法权益时解决问题的渠道和程序。而在企业破产法和相关司法解释的规定中，都没有对取回权人、抵销权人、别除权人、共同共有人认为清算组在财产清算中侵害了自已的利益后，应当如何行使和保护自已的权利？通过什么程序来解决清算中存在的问题？是通过诉讼解决还是向上一级人民法院申请复议解决应在立法中得以明确。目前形成的局面是，一旦清算组在破产清算和财产分配中，侵害了相对权利人的权益时，给权利人只留下了一条路，即以债权人身份申报债权后，再以债权人的身份向清算组提出自已的权利主张，否则，将没有渠道和途径实现自已的愿望和权利主张。特别是当清算组侵害了自已权利的行为发生后，权利人向主审法院提出主张权利的书面申请后，主审法院对主张权益的申请不予答复或不予理睬时，权利人的权益将无处状诉，形成告状无门和无法实现自已权益的尴尬局面。根据现有规定，假如取回权人、抵销权人、别除权人、共同共有人没有申报债权就无法参加债权人会议，不能参加债权人会议将无法行使或通过法律规定的途径来解决清算组或审理法院在财产清算中存在的违法问题。这样，对权利人来说，一切权利都等于“放弃”。因为，只有这一条规定：“债权人认为债权人会议决议违反法律规定或者侵害其合

法权益的，可以在债权人会议作出决议后7日内向人民法院提出，由人民法院依法裁定。”这一司法解释，从字面理解，仅对债权人适用。对要实现其他权利的人来说，我国现有《企业破产法》和最高人民法院的司法解释中，对此无明确的规定，这对相对权利人来说显然是不公平的。（5）应加大对相对权利人权益的保护力度。我们知道，在破产案件的审理中，最关键和核心的问题是如何核定破产企业的资产问题。而核定资产的前提和基础是要分清哪些是破产企业的破产财产，哪些不属于破产企业的破产财产。虽说我国《企业破产法》和最高人民法院《关于审理企业破产案件若干问题的规定》中明确规定了破产财产和不属于破产财产的范畴，但我国《企业破产法》必定是在1986年12月2日颁布实施的，至今仍处在试行阶段。在社会主义市场经济飞速发展的今天，市场变化异常，各种情况层出不穷，仅靠近二十年前的市场发展状况来划定现有的破产财产范畴，已完全不适应当今社会发展的情况变化，更不可能包罗新问题的不断出现。从现有的《企业破产法》和相关的司法解释来看，片面强调了对债权人的保护力度，忽视了对其他权利人的保护力度，这样不利于投资环境的改善，不利于投资者加大对困难企业的投资力度，也不利于困难企业为摆脱困境而向社会吸引资金的局面。另外，从物权的角度分析，破产企业无论如何也不能拿别人的财产来清偿自己的债务，这是毋庸置疑的一条原则。破产企业更不能借破产之机，来侵吞别人的财产，这在法律上应该明令禁止。与此同时，还应加大对审理破产案件法院的审判监督职能，特别是对主审破产案件的法院在行使指导、监督职能不利的情况下，在权利人的权益受到侵害时，

在权利人的权益无法实现时，谁来对主审法院的违法、违规行为实行监督，纠正其错误的做法，给相对权利人一条申诉和主张自己权益的道路，这不得不令立法者认真的思考与完善。为解决这些问题，只有通过修改和完善立法加大在审理破产案件中，对相对权利人权益和投资者的保护力度，这样才有利于企业的发展，有利于投资者的利益，有利于市场经济的发展，（6）关于破产企业未履行完毕的合同，应该如何处理的问题。最高人民法院《关于审理企业破产案件若干问题的规定》第26条规定：“对破产企业未履行的合同，清算组可以决定解除或者继续履行。清算组决定解除合同，另一方当事人因合同解除受到损害的，其损害赔偿额作为破产债权。”这一规定，有三个问题需要明确并加以解决：第一，该规定明确表明是对未履行的合同清算组可以决定解除或者继续履行，那么，对正在履行的合同应当如何处理？是参照执行还是另行规定处理办法？这一问题在该司法解释中没有明确的文字表述，应该加以明确；第二，正在履行的合同如参照该条执行的话，合同是在申报债权的法定期限后才被解除的，其债权如何申报？本文所列案例已存在这一问题，在本文所列案例的审理中，至今已有10个多月，双方的《联建合同》虽发生纠纷，在审理联建纠纷期间，企业宣告破产，根据法律规定，联建纠纷一案已移送审理破产案件的法院，但在申报债权期限内，开发公司已向审理破产案件的法院和清算组提出了该在建楼房权益归属的书面申请，但主审法院始终不予理睬。这就发生以下两法律问题：第一，根据最高人民法院《关于审理企业破产案件若干问题的规定》第19条的规定：“人民法院受理破产案件后，以债务人为原告的

其他民事纠纷案件尚在一审程序的，受诉人民法院应当将案件移送受理破产案件的人民法院；……。”案件移送后，符合申报债权的情况当然走申报债权的路。如不符合申报债权的情况案件将如何处理？第二，本案案件移送后，双方的联建关系依然存在，合同的有效与无效没有生效的法律判决或裁定来认定，审理破产案件的法院能否对本案的核心问题作出判决或裁定？对作出的判决或裁定当事人有无上诉或申请复议的权利？第三，联建行为是在申报债权法定期限后被解除的，开发公司作为债权人申报债权的期限如何确定？应如何加入债权人行列？这些问题有待立法者进一步研究与思考。综上，在我国现有的企业破产法律、法规中，仅注重了对破产企业和债权人的权益保护，忽视了对相对权利人的权益保护，应予修改和完善。编辑：汤昊 haot@acla.org.cn 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