



德衡律师集团
DEHENG LAW GROUP

客户通讯 & 律师观点

公司法业务中心 > 企业重组与破产业务团队 主办

2016年8月19日 | 第2号

企业重组与破产业务团队理论研讨

【研讨要点】

破产程序的启动

【研讨笔记】

我国经济进入新常态、根据国家经济结构调整转型发展的战略部署，依照破产法律程序清退僵尸企业、重组危机企业、淘汰过剩产能，得到了越来越多人的理解和认同。但如何启动破产程序，很多企业并不是很了解，本文简要介绍破产法的概况以及破产程序的启动相关法律问题，供参考。

一、破产法概述

破产，是指债务人因不能偿债或者资不抵债时，由法院根据当事人的诉请或依职权宣告债务人破产并依破产程序偿还债务的一种法律制度。

我国破产法一直采用广义破产法概念，即采用将清算程序、和解程序与重整程序集于一身的立法模式。由于破产法中利益和冲突复杂，而破产程序又有诸多不可预测性，因此破产法的立法宗旨一直没有确切的答案。比如：和解或重整让债务人继续经营下去，对债权人更有利否；当对于同一债务人的清算、和解、破产申请并存时，法院应优先受理和开始哪个程序；我国破产法对有些需要法官裁决的事项并没有规定明确的依据，导致法官较大的自由裁量权。但破产法在公平保护债权人与债务人利益、弥补民事救济手段的不足、减轻债务人负担重整旗鼓、促进经济秩序良好运行等方面发挥着重要的作用。

破产程序不属于民事诉讼程序，而属于一种对债务人财产进行概括执行的特殊程

序，只是个别方面准用民事诉讼法的有关规定，以减少立法重复与弥补破产法的不足。

破产法的使用范围分为直接适用范围和参照适用范围，直接适用范围是所有企业法人；参照适用范围是其他法律规定企业法人以外的组织破产清算的，以企业为主，但不限于企业，涵盖合伙企业、农民专业合作社、民办学校等社会组织，并且有其他法律明文规定这些组织的清算属于破产清算。

二、破产程序的启动

（一）破产的原因

1、宣告原因

我国破产法对破产的原因采用复合式规定。

《企业破产法》（以下简称“破产法”）第2条第1款规定：企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的，依照本法规定清理债务。《最高人民法院关于适用〈企业破产法〉若干问题的规定（一）》（以下简称“破产法司法解释一”）第1条规定：债务人不能清偿到期债务并且具有下列情形之一的，人民法院应当认定其具备破产原因：（1）资产不足以清偿全部债务（2）明显缺乏清偿能力。可见不能清偿到期债务、资产不足以清偿全部债务、明显缺乏清偿能力都不是独立的破产原因，不能清偿到期债务与资产不足以清偿全部债务或明显缺乏清偿能力任何之一组合，方能构成完整的破产原因。

（1）不能清偿到期债务

破产法司法解释一第2条规定：下列情形同时存在的，人民法院应当认定债务人不能清偿到期债务：（1）债权债务关系依法成立（2）债务履行期限已经届满（3）债务人未完全清偿债务。

预期违约能否作为不能清偿的债务而申请破产，各国有不同的规定。按照我国破产法规定，预期违约中的债务不能作为申请破产的依据。

（2）资产不足以清偿全部债务

破产法司法解释一第3条规定：债务人的资产负债表，或者审计报告、资产评估

报告等显示其全部资产不足以偿付全部负债的，人民法院应当认定债务人资产不足以清偿全部债务，但有相反证据证明债务人资产能够偿付全部负债的除外。

（3）明显缺乏清偿能力

破产法司法解释一第4条规定：债务人账面资产虽大于负债，但存在下列情形之一的，人民法院应当认定其明显缺乏清偿能力：（1）因资金严重不足或财产不能变现等原因，无法清偿债务（2）法定代表人下落不明且无其他人员负责管理财产，无法清偿债务（3）经人民法院强制执行，无法清偿债务（4）长期亏损且经营扭亏困难，无法清偿债务（5）导致债务人丧失清偿能力的其他情形。

2、申请原因

《破产法》第7条规定：债务人有本法第2条规定情形，可以向人民法院提出重整、和解和破产清算申请。债务人不能清偿到期债务，债权人可以向人民法院提出对债务人进行重整或者破产清算的申请。企业法人已经解散但未清算或者为清算完毕，资产不足以清偿债务的，依法负有清算责任的人应当向人民法院申请破产清算。

该条规定了不同的当事人、不同的申请及不同的申请原因。债务人可以申请重整、和解和破产清算，但理由必须满足破产法第1条规定的复合条件。债权人只能申请重整或破产清算，理由是债务人“不能清偿到期债务”即可，这解决了债权人无法掌握债务人经济情况而举证困难的问题。清算中的法人的破产申请原因为“资产不足以清偿债务”。

（二）破产的申请

1、启动模式

破产程序启动时间各国不一，有宣告开始主义，受理开始主义。我国破产程序的启动是以法院受理破产案件为标志。

2、启动方式

我国破产法在破产程序的启动上采取申请启动原则。

有的学者认为是申请为原则，依职权为例外，例如《民事诉讼法司法解释》第513条的规定执行转破产程序。但即使依申请启动了执行程序后，由法院在具备法定

理由时依职权转入破产清算程序，也并非真正的依职权启动的破产程序，因为需要经过申请执行人之一或被执行人同意。裁程序只是简化了当事人另行申请破产的程序。虽然在重整和和解程序中，发生法定事由后，人民法院可以依职权直接宣告债务人破产，但这也是在重整和和解程序启动后的一种程序转变，并非真正依职权开始破产程序的制度。

3、破产申请主体

(1) 权利主体

破产程序通过免责机制实现对债务人的保护，从某种程度上对债权人与社会经济秩序也是一种保护，从这一方面看，申请破产是一种权利。

(2) 义务主体

《公司法》188条规定的公司解散过程的清算责任人的破产申请则是一项法定义务。即清算责任人发现公司财产不足以清偿债务的，应当立即向人民法院申请破产。否则应按《公司法》184条规定赔偿因不履行或不及时履行申请破产义务导致债务人财产减少，给债权人造成的损失。

4、破产申请的提出

(1) 债务人申请

我国公司法未就破产申请权问题作出明确规定，但参照公司法的相关规定，公司法人自行申请破产的，应当由依照法律或章程规定的权利机构作出决议。

我国破产法对于国有企业、金融企业的破产申请进行了限制，《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》第5条规定：国有企业向人民法院申请破产时，应当提交其上级主管部门同意其破产的文件；其他企业应当提供其开办人或者股东会决议决定企业破产的文件。按照我国金融法律法规也规定，金融企业申请破产的，不论是国有还是非国有，都要经过主管部门的批准。

(2) 债权人申请

根据不同的标准。可以将债权人分为不同的种类，哪些种类的债权人有权提出破产申请？

第一、普通债权人

普通债权的平等性决定了一旦债务人丧失清偿能力，其便只能通过破产程序获得公平清偿。因此普通债权人享有破产申请权。

我国目前对债权人申请破产方面没有明确限制，无论几个债权人，那怕一个债权人，无论债权数额多大，都可以提出破产申请。

第二、有担保的债权人

有担保的债权人也可以提出破产申请。

虽然有担保的债权人由特定的财产担保，债权的受偿不收破产程序的影响，但是实际上有担保的债权人只是获得债权人与担保权人权利的双重选择权，既可以行使债权，又可以在债务人不清偿债务时行使物权，即在破产法中行使别除权。剥夺担保权人的破产申请权，就意味着强迫有担保权的债权人行使担保物权，显然违反了担保权人的法定选择权。

第三、优先权债权

我国对职工债权人的破产申请权未作明确规定。原则上未予禁止即为有权。

对于税收、行政罚款等公法上的债权，虽然法律没有明确规定，但一般认为公法上的债权没有破产申请权。

第四、未到期债权

未到期债权没有破产申请权。

我国破产法规定的破产原因是“债务人不能清偿到期债务”“资产不足以清偿债务”双重条件，所以债务到期就是申请破产的前提条件之一。但未到期债权人可以参与其他当事人启动的破产程序，破产案件受理后，未到期债权视为到期。

第五、自然债权

自然债权的债权人没有破产申请权。自然债权，没有法律上的请求力与执行力，如超过诉讼时效、债务人抗辩时效的债权。

(3) 其他主体申请

第一，清算人申请。

《公司法》规定清算组发现公司财产不足清偿债务的，应当依法向人民法院申请破产。

《合伙企业法》规定合伙企业不能清偿到期债务的，债权人可以依法向人民法院申请破产，也可以要求普通合伙人清偿。《个人独资企业法》规定个人独资企业解散，由投资人自行清算或由债权人申请法院指定清算人进行清算。所以合伙企业与个人独资企业的清算人不应适用《破产法》第7条的关于清算人提出破产申请法定义务的规定。

第二、金融监管机构申请

《破产法》第134条规定商业银行、证券公司、保险公司等金融机构有破产原因情形出现的，国务院金融监督管理机构可以向人民法院提出对该金融机构的重整或破产清算的申请。

（三）破产案件的受理

1、破产案件的管辖

破产法第3条规定破产案件由债务人住所地人民法院管辖。但破产法对于破产案件的级别管辖未作明确规定。而《最高人民法院〈关于审理企业破产案件若干问题的规定〉》第2条规定的基层人民法院一般管辖县、县级市或区的工商行政管理机关核准登记的企业破产案件，中级人民法院一般管辖地区、地级市（含本级）以上的工商行政管理机关核准登记的企业破产案件，纳入国家计划调整的企业破产案件由中级人民法院管辖。

2、破产案件的审查

第一，管辖权。

第二，当事人的适格性。申请人是否有申请权，如税收债权人没有破产申请权。被申请人是否能依法适用破产程序，如事业单位法人、行政机关法人等不能适用破产程序。

第三，申请文件是否齐全。相关法律规定应提交主管机关、开办人或出资人的同一文件的，如果申请人未提交，则不予受理。

第四，被申请人具有破产原因的初步证据。债务人申请的，应提交财产状况说明、债务债权清册、财务会计报告、职工安置预案、职工工资支付和社会保险费交纳情况等证据材料。债权人申请的，应提交债权发生的事实与证据、债权的性质、数额、有无担保、债务人不能清偿到期债务的证据材料。

第五、债权是否存在争议。法院将债权人的破产申请通知债务人后，债务人提出异议，法院认为异议成立的，告知债权人先行提起民事诉讼，破产申请不予受理。

第六、是否存在不予受理的其他情形。如其他债权人已经申请和重整或破产清算的。需要注意的是《最高人民法院〈关于债权人对于人员下落不明或者财产状况不清的债务人申请破产清算案件如何处理的批复〉》规定“债务人人员下落不明或者财产状况不清”已不再是破产案件受理的障碍。

第七，不同主体提出不同申请。法院受理破产案件前，申请主体提出的破产清算、和解、重整的不同申请，法院受理何种申请，破产法无明确规定。实践中，法院应召开听证会，组织各申请人协商确定具体的破产程序，协商不成的，根据债务人的实际情况依法受理相应的破产申请。

法院已受理其他债权人的破产清算申请的，债务人可以提出和解和重整申请；法院已经受理债务人破产申请的，债权人能否提重新申请，破产法无明确规定。

3、破产申请的裁定

(1) 不予受理裁定。

法院经审查发现有上述情形或法律规定的其他原因，应当作出不予受理的裁定。申请人对裁定不服的，可以向上一级法院上诉。

法院不接收申请或不出具书面文件的，可以按照破产法司法解释一第9条规定，向其上一级法院提出破产申请，上一级法院应责令下一级法院审查并作出裁定，下一级法院人不作出受理与否的裁定的，上一级法院可径行作出受理裁定，并指定下一级法院审理。

(2) 受理裁定。

法院经过形式审查与实质审查，认为符合要求的，应当作出受理裁定。对于受理

裁定当事人可否上诉，破产法没有明确规定，但根据只有法律规定可以上诉的裁定才可以上诉来推定，破产法仅仅规定不予受理破产申请的裁定可以上诉，所以受理裁定不能上诉。

（四）破产申请受理的法律效力

破产申请的受理标志着破产程序的启动，会产生组织、程序与实体等方面的法律效力。

1、管理人的指定

破产案件受理后，法院指定破产管理人，在法院的指导和监督下全面接管债务人企业并负责债务人财产的保管、清理、估价、处分和分配等事务。破产法规定人民法院裁定受理破产申请的，应当同时指定管理人。

2、程序效力

第一、有关债务人的保全措施应当解除。保全措施包括民事诉讼、行政处罚和刑事诉讼中采取的相关保全措施

第二、有关债务人的执行程序中止。但需注意：破产申请的受理对于已经执行完结的执行程序无溯及力；应当中止的程序仅限于以财产为执行标的的执行程序，非财产性执行程序不受影响；担保权人就债务人的特定担保物提起的执行程序不受中止影响，即将进行重整程序的除外。

第三、债务人的未结诉讼仲裁应当中止，管理人接管债务人的财产后，诉讼仲裁继续进行。

第四、债务人新发生的民事诉讼由破产案件受理法院专属管辖。

第五、债权申报程序启动。人民法院受理破产申请后，应对债权人进行通知、发布公告，启动债权申报程序。

3、实体效力

第一，限制债务人权利。债务人丧失对财产的控制权，全部财产由管理人接管，禁止债务人的个别清偿行为。债务人的有关人员应承担的妥善保管财产、印章、账簿、文书等资料；如实回答法院、管理人询问；未经法院许可不得离开住所地；不

得新任其他企业董监高等义务。

第二、限制股东权利。债务人的出资人尚未完全履行出资义务的，管理人应当要求其缴纳所认缴的出资，而不受出资期限的限制。重整期间出资人不得请求分配投资收益，董、监、高不得向第三人转让其持有的债务人的股权，法院同意的除外。

第三、限制债权人权利。债权人不能再主张个体救济，必须通过破产这一集体偿债程序实现其债权。

第四、产生的新权利。管理人的新权利主要体现在合同决定权、撤销权，债权人的破产抵销权以及破产费用和共益债务等新的债权。

基于拟破产清算的企业，多数属于资产、债务规模巨大、企业存续时间长、债务等错综复杂等原因，且涉及法律、税务等多方面问题，建议拟破产之前，务必向专业的机构和人员咨询，以便做好破产前的筹划工作，使企业破产清算工作稳步进行。

如对本客户通讯有任何疑问，请联络该团队负责人或您通常联系的集团律师。

王琳琳

wanglinlin@deheng.com

13708939630

济南

您也可能对以下话题感兴趣：

[企业破产、重组、清算类型案件操作；企业僵局的预防与破解。](#)

本文是德衡律师集团向客户及其他友好各方提供的法律通讯。本文所载信息不应被诠释为律师意见。如果您需要关于上述事宜的进一步分析或说明，请联络您最通常联系的律师。欲获取此通讯，请通过 <http://www.deheng.com.cn/ywly/>，查找本团队专栏，订阅本通讯。我们将定期向您发送。