

# 论我国破产程序中的和解制度及其革新

邹海林

破产为清理债权债务的一种司法程序,存在无法克服的诸多缺陷。<sup>①</sup>这就给各国立法者提出了一项要求:创立既可以使债务人免于破产又使债权人少受损失,并能稳定社会经济和社会生活秩序的制度。破产制度发展到近代,和解制度应运而生。和解制度是为了克服和避免破产制度所不能克服的弊端而创设的一项程序制度。债务人不能清偿债务时,为避免受破产宣告或者破产分配,在法院的主持下,经与债权人会议磋商谈判,达成相互间的谅解,一揽子解决债务危机问题以图复苏的制度,称为和解制度。我国1986年颁布企业破产法(试行)规定了具有时代特点的和解与整顿制度,1990年民事诉讼法也原则规定了预防破产的和解制度。

和解制度为我国法律所确认,但是诸多理论和实务问题没有得到相应的解决,特别是我国和解制度的基本出发点不甚明确,致使我国的和解制度存在不可避免的缺陷。本文的目的在于通过分析和解制度的基本出发点,适度评价我国现行和解制度的缺陷,并就如何完善我国和解制度的几个重要方面提出论者的见解,以求能在学界达成某种程度的共识。

和解制度的基本出发点,即为和解制度的目的。有关和解制度的立法应当考虑如何充分有效地实现和解制度的目的。和解制度因其目的的差异而呈现出不同的特点,并表现为和解程序的差异。简言之,和解制度的目的可概括为三项:(1)避免对债务人适用破产程序;(2)避免法院宣告债务人破产;(3)避免通过破产清算分配破产人的财产。这样,和解制度就被划分为破产程序开始前的和解、破产程序开始后至破产宣告前的和解以及破产宣告后的和解。

破产程序开始前的和解,是指债务人有破产原因时,在破产申请前主动向法院申请,待法院许可后,同债权人会议之间讨论成立和解协议的程序。这种和解,在破产程序之外进行,可以有效地避免对债务人适用破产程序。有和解申请时,债权人不得向法院申请宣告债务人破产。<sup>②</sup> 债务人提出和解申请,经法院许可,全体债权人必须参加和解程序。这种和解,不属于破产程序中的和解,实际上也同破产程序无关,惟有在和解失败时,法院得以之作为宣告债务人

<sup>①</sup> 破产制度的缺陷主要表现为:第一,适用破产程序分配债务人的财产,限制债务人的人身自由和权利行使,不利于债务人的复苏。第二,适用破产程序处理债务人的财产,花费的程序费用高昂,耗费时间和精力,又使债权人受不应有的廉价分配,违背债权人的意愿。第三,适用破产程序对社会经济和社会生活将会产生无法估量的影响,特别是造成劳动者的失业,加重社会救济的负担。

<sup>②</sup> 日本和议法第15条规定了“和解开始排斥破产申请”的原则。

破产的事实。多数国家立法例普遍制定有和解法,以规范这种和解程序。例如,日本1922年和议法、德国1935年和解法、韩国1962年和议法等。但是,我国台湾地区则以破产法规定了破产程序开始前的和解,分为商会的和解和法院的和解。<sup>①</sup> 我国现行法没有规定破产程序开始前的和解制度,本文的研究也不包括破产程序开始前的和解。

破产程序开始后至破产宣告前的和解,是指法院受理破产申请后,尚未宣告债务人破产,债务人经向法院申请,同债权人会议达成和解协议,由法院裁定认可,中止或者终结破产程序的制度。1940年泰国破产法第1章第6节第45条至第60条专门规定了“破产宣告前的和解”。这种和解是破产程序受理开始主义<sup>②</sup> 立法例所适用的制度,目的在于避免法院宣告债务人破产。因各国立法上的差异,这种和解又具体分为二种:(1)破产程序开始后法定期限内进行的和解。我国企业破产法(试行)第17条规定:债权人申请破产的,债务人请求和解(整顿),应当在人民法院受理破产案件后3个月内为之。(2)破产程序开始后至破产宣告前任何期间进行的和解。破产程序开始后,债务人可以在法院作出破产宣告前的任何期间请求和解。英美法系诸国普遍推行这种和解。我国广东省公司破产条例第3章所定和解亦同。

破产宣告后的和解,是指法院宣告债务人破产后,在破产财产最终分配方案实施前,经破产人请求而成立的和解。这种和解的目的在于,避免通过破产分配处分债务人的财产,防止债权人受破产分配的不利损失,以较为缓和的债务清偿办法清理债务。德国破产法称之为“强制和解”,日本破产法称之为“强制和议”,我国台湾地区破产法称之为“调协”。破产宣告后的和解,为大陆法系和英美法系所广泛采用。我国目前尚无明文规定破产宣告后的和解,而且在一般观念上则否认破产宣告后可以适用和解。

从我国企业破产法(试行)规定的和解制度进行观察,和解制度的基本出发点被严格限定了避免法院宣告债务人破产。人民法院受理债权人提出的破产申请后,债务人可以向法院申请和解。因为和解的目的在于防止破产宣告,所以一方面立法不可避免地削弱了法院在和解程序上的主导地位,债务人请求和解,和解程序自然开始,这似乎突出了和解优先的目标;另一方面立法又对债务人申请和解附加了诸多不应有的限制,例如,法定的和解申请期间(法院受理破产申请后3个月内或者破产宣告前)、非自愿破产案件等的限制,实际上则削弱了和解制度的目的功能。再者,我国立法者并未充分认识到和解制度避免破产分配的积极作用,似乎法院宣告债务人破产后,就只能进行破产分配而不存在进行和解的必要与可能。

我国民事诉讼法第202条规定:企业法人与债权人会议达成和解协议的,经人民法院认可后,由人民法院发布公告,中止破产还债程序。依该条的规定,人民法院裁定开始破产还债程序后,并未限制债务人请求和解的期间和条件。理论上,债务人可于破产程序终结前随时提出和解,民事诉讼法所定和解制度的目的已有扩大(包括避免破产分配)。但是,民事诉讼法所定和解制度,理论上的独立适用价值缺乏具体内容,适用起来不方便。究竟和解的前提条件如何、和解协议如何成立与生效、和解协议有何约束力、不能执行和解协议会发生什么后果等诸

<sup>①</sup> 我国引进和解制度始于本世纪初。到1935年,中华民国颁布破产法,首次完整地规定了和解法的内容。此一立法例在法典编撰体例上模仿英美法的立法结构,将和解程序单列一章规定在破产法中,又分为商会和解与法院和解两类。1935年中华民国破产法的最大特色,是创立了取材于中国民间商会和解习惯的商会和解制度。

<sup>②</sup> 破产程序的开始以法院受理破产申请为标志,不以破产宣告为必要。在此原则下,破产程序则以破产宣告为界被划分为破产宣告前的程序和破产宣告后的程序二部分。英美法系诸国、泰国等国的立法例从之,我国破产法同。

如此类的问题,如何解决?依最高人民法院的司法解释,可以参照企业破产法(试行)的有关规定办理。<sup>①</sup>可见,企业破产法(试行)规定的和解制度,奠定了我国和解制度的基础,适用民事诉讼法规定的和解,应当参照适用,而且也有必要参照适用。这样,民事诉讼法规定的和解制度的基本出发点,又回归到了企业破产法(试行)之下。

论者认为,我国破产程序中的和解制度非常有必要贯彻二个基本出发点,其一为利用和解制度避免法院宣告债务人破产;其二为利用和解制度避免通过破产清算分配破产人的财产。在立法层面上所要解决的问题,无非是如何才能充分有效地贯彻这二个基本出发点。

民事诉讼法第202条原则规定:企业法人与债权人会议达成和解协议的,经人民法院认可后,由人民法院发布公告,中止破产还债程序;和解协议自公告之日起具有法律效力。该条规定的和解制度之独立的适用价值,仍受到怀疑,已如上述。所以,我国现行的和解制度实际为1986年颁布的企业破产法(试行)所确立的和解制度。

企业破产法(试行)第4章规定:债权人申请宣告债务人破产的,债务人的上级主管部门,在人民法院受理破产案件后3个月内,可以申请对债务企业进行整顿;整顿申请提出后,债务人应当向债权人会议提交和解协议草案;债权人会议与债务人达成和解协议的,经人民法院裁定认可后,发布公告,中止破产程序;债务人的上级主管部门负责确定债务企业的整顿方案,对债务企业进行整顿,整顿的期间不能超过两年,整顿情况应当定期向债权人会议报告;债务人经过整顿,能够执行和解协议的,由人民法院终结破产程序;债务人在整顿期间,不执行和解协议、或者财务状况继续恶化、或者实施严重损害债权人利益的行为,由人民法院终结债务人的整顿,宣告其破产;债务人整顿期满,不能执行和解协议的,由人民法院宣告债务人破产。

我国的现行和解制度,立足于尽量避免企业被宣告破产,实现了和解与整顿两种制度的结合。所谓和解,是指人民法院受理债权人提出的破产申请后3个月内,债务人的上级主管部门申请整顿,经债务人与债权人会议就和解协议草案达成一致,由人民法院裁定认可而中止破产程序的制度。所谓整顿,是指债务人同债权人会议达成的和解协议生效后,由债务人的上级主管部门负责主持并采取措施力求使濒临破产的企业复苏并能够执行和解协议的制度。

和解与整顿结合在一起,是我国现行破产法所创最具时代特征的和解制度:第一,和解是整顿的前提,整顿是和解成立的必然结果。和解与整顿是避免破产宣告的不可分割的两个阶段。第二,和解与整顿是两个相对独立的程序,和解是破产程序的组成部分,而整顿却相对独立于破产程序之外。第三,整顿是实现和解目的的积极手段。第四,和解与整顿制度专门适用于国有企业,对非国有企业的破产预防不具有普遍的推广价值。

但是从总体上讲,我国现行和解制度尚存在4个方面的缺陷:

1. 和解制度在立法体例和运用上未实现一体化。和解制度作为防止或者避免破产的程序制度,应当由统一立法加以规定,保持程序制度在各个方面的协调和一致。但是,我国现行和解制度在立法上和运用上,离和解制度的统一化要求相甚远。由于我国破产立法受所有制观念的限制,受经济体制改革进程的约束,企业破产法(试行)规定了适用于国有企业的和解与整顿制度,民事诉讼法则规定了适用于非国有企业的和解制度。再者,立法上的不统一,导致适用具体

<sup>①</sup> 最高人民法院1992年7月14日法发[1992]22号第253项。

程序制度的不一致,适用于国有企业的和解制度,包括对企业的整顿内容;而适用于非国有企业的和解制度,则为单纯的和解制度。所以,很难想象,在我国建立和发展社会主义市场经济的环境下,这种以所有制为基础的立法体例、以所有制为基础的多重和解程序制度能够适应市场经济主体地位平等的需求。

2. 政府行政参与破产程序的色彩过重。和解程序作为破产程序的组成部分,不应当有政府行政的积极参与,政府行政更不应当超越法院的地位而成为和解成败的主角,否则,将会有政府行政干预法院独立行使对破产案件的管辖权之嫌,也不符合政府行政对市场经济主体的活动实施宏观调控这一改革模式。我国现行法对适用于国有企业的和解与整顿,全面贯彻了政府行政的积极参与。首先,债权人申请宣告债务人破产时,是否申请和解,债务人本身没有决定权,其上级主管部门(政府行政)却享有决定权。其次,债务人和债权人会议达成和解协议后,经人民法院裁定认可,中止破产程序,其后的整顿由债务人的上级主管部门负责,把政府直接管理企业经营活动、整顿亏损企业的行政措施引入了破产程序。政府行政积极参与和解成立后的企业整顿,结果使得政府整顿亏损企业的行政措施,演变为政府行政参与法院审判程序的合法途径,不可避免地带有计划经济的鲜明特点。这只能说明一个事实——政企不分,这自然不符合建立和发展市场经济、加强国家对企业的宏观调控的既定方针。在这个层面上,必须对我国现行破产法进行彻底的革新。

3. 僵化的程序制度妨碍了和解制度的灵活运用。和解是为预防破产采用的程序制度,既要体现对债务人的宽容,又要周到照顾债权人的利益,要最大限度地实现和解制度的基本出发点,各项程序制度的设计不能过于僵化。可是,我国现行和解制度难以做到这一点。<sup>①</sup>首先,现行和解程序上的适用,受二个前提条件的限制:其一,可以请求和解的破产案件以债权人申请破产的案件为限,债务人自己申请的破产案件,不得再申请和解;其二,申请和解应当在人民法院受理破产案件后3个月内提出。这两个限制严重妨碍债务人灵活选择和解的时机,使和解制度的作用不能得到充分的发挥,没有任何理由可以拒绝债务人在自愿破产申请案件中申请和解的权利,<sup>②</sup>也没有理由否认债务人于破产宣告后请求和解的可能性与合理性。<sup>③</sup>同时,因为对于非自愿的破产案件,债务人既然可以在案件受理后3个月内请求和解,那么人民法院在债务人有和解请求前,可否宣告债务人破产呢?至少在目前是不清楚的,这实际上妨碍人民法院及时审理破产案件,适时宣告债务人破产。这说明立法没有理顺和解程序与破产程序的关系。和解制度的目的不单纯在于避免破产宣告,它还被用于避免破产分配。所以,妨碍和解制度灵活运用的僵化的程序制度必须革新。

4. 忽视了人民法院在和解程序上的主动作用。我国现行和解制度在程序上的不完善或者缺陷,妨碍了人民法院在和解程序中充分发挥其审判职能,再加上政府行政的积极参与破产程序这一因素,更加弱化了人民法院在和解程序中的主动性。首先,对于非自愿破产案件,国有企业

<sup>①</sup> 各国立法例少有将破产程序开始后的和解限定适用于债权人申请破产之案件的规定。和解为债务人的选择,不论债权人申请法院宣告债务人破产,还是债务人本人申请破产,均不妨碍债务人在合适的时候申请和解清理债务。例如,美国联邦破产法典第1121条(a)规定:“债务人在自愿提出开始破产程序的申请之同时,或者在自愿破产案件开始后或在非自愿破产案件开始后的任何期间,可以提出重整计划。”

<sup>②</sup> 除我国以外,各国立法例都规定有“破产宣告后的和解程序”。例如,泰国破产法第63条规定:“法院宣告债务人破产后,债务人可以请求和解。”

业的上级主管是否申请对企业进行整顿，人民法院似乎只有“等待”政府行政决定的地位，能否依不能清偿债务的事实宣告债务人破产，颇为值得怀疑；其次，政府行政申请整顿时，人民法院又只能“消极地”同意，因为法院没有法律上的依据对和解或整顿申请进行必要的实质审查，以决定是否允许债务人和债权人会议进行和解，惟有决定召开债权人会议讨和解方案的选择；最后，和解协议成立后，人民法院如何审查和解协议并作出认可或者不认可的裁定，人民法院又如何继续行使对企业整顿过程完结前的审判权等，都缺乏相应的法律依据。这样看来，我国现行和解制度不具有可适用性。和解程序的本质，仍为法院审判权范围内的司法清理程序。和解制度不能忽略人民法院的主动性。

### 三

我国破产法采用破产程序受理开始主义，和解制度的基本出发点应当贯穿在破产程序进行的始终。革新我国的和解制度，首先必须消除现行和解制度的上述弊端；其次是健全各项和解程序制度。基于这样的考虑，可以将和解制度设计为债务人于破产程序中适时选择的司法清理程序，总的精神可以概括为二个主要方面：

第一、立法上扩充我国现行和解制度的基本出发点，将和解限定于避免人民法院宣告债务人破产以及避免通过破产清算分配破产人的财产这样二个方面。人民法院受理破产案件后，尚未宣告债务人破产的，债务人请求和解，可以起到避免法院宣告破产的作用；人民法院已经宣告债务人破产后，破产人有和解的条件而请求和解，可以避免破产分配其财产。这实际上是要合理解决破产宣告与和解程序的关系问题，增加债务人请求和解清理债务的机会。和解是债务人避免受破产宣告的措施，但不是必经措施，和解请求与否只能取决于债务人的意愿，法院已开始的破产程序，不应当受未知的债务人申请和解的“意愿”限制，该进行的步骤和程序应当继续进行。所以，人民法院受理破产案件后，是否宣告债务人破产，不必考虑债务人有无和解申请的意愿。同时，即使人民法院已经宣告债务人破产，破产人仍然可以申请和解以清理债权债务。这样做，一方面有助于人民法院及时迅速地进行破产程序，另一方面又给予债务人请求和解的充分机会；既方便了人民法院对破产程序的操作，又方便了债务人和解时机的选择。这可以彻底解决我国现行破产法没有理顺的和解程序与破产程序之关系。

第二、立法上突出人民法院在和解程序上的主动性。和解程序为司法清理程序，何况和解程序开始于破产程序进行中，和解的成立对破产程序有中止或者终结的效力，所以和解必须完全处于法院的控制下，法院对和解程序的开始、中止或者结束应当有充分的自由裁量权。我国破产法必须解决人民法院对和解申请的形式审查和实质审查问题，赋予人民法院决定和解程序是否开始的权力；排除政府行政参与和解程序的弊端而将行政整顿措施剔除于破产程序之外，实现和解程序的单一化；完善各项和解程序制度，特别是赋予人民法院广泛的废止和解的权力，真正做到由人民法院主导和解程序的始终。

在上述精神之下，我国破产法应着力于完善以下 4 项制度：

#### (一) 和解申请及其法院审查

和解申请，是债务人或者破产人向法院请求同债权人会议进行和解的意思表示。债务人或者破产人申请和解，是和解成立的绝对要件。我国甚至可以考虑允许债权人向法院申请与债务

人或破产人进行和解,以增加和解成功的机会。<sup>①</sup> 法院开始破产程序后至破产程序终结前,除法律有特别规定者外,债务人或者破产人均可以向法院申请和解。申请和解,除向法院提交和解申请书外,还必须提交和解协议草案、财产状况说明书、债权清册、债务清册、以及本年度的有关会计报表。债务人申请和解时,法律要求提交的文件,应当一并提交。和解申请最为重要的文件为和解协议草案,法律应当对和解协议草案的基本条款作出强制性规定。

法院对和解申请应当予以形式审查和实质审查,以决定是否允许债务人或者破产人同债权人会议进行和解。具体言之,有下列情形之一的,人民法院可以依职权决定不召开债权人会议而驳回和解申请:(1)和解申请的形式或者内容违反法律规定的;(2)和解经债权人会议讨论否决后又提出和解申请,显无和解希望的;(3)债务人或者破产人在和解申请前,有严重违反债权人利益的行为;(4)有理由说明债务人或者破产人没有和解诚意;(5)有其他不能和解的正当理由。法院经审查和解申请,未发现有法定不能和解的情形,应当依法召集债权人会议讨论和解协议草案,和解程序即告开始。

### (二)和解协议的议决和认可

和解的成立,取决于二个因素:一为债务人或者破产人同债权人会议达成和解协议;二为法院裁定认可和解协议。和解申请除法院驳回者外,和解协议草案应当依法提交给债权人会议讨论议决。和解协议的议决,是和解程序的实质性阶段。债权人会议表决通过和解协议草案,应当由出席会议的有表决权的债权人过半数表示同意,且其所代表的债权额占全部无财产担保的债权额的 $\frac{2}{3}$ 以上。否则,和解协议草案即被债权人会议否决。

和解协议草案的表决,以一次表决为原则。但是,各国破产法都比较提倡以和解清理债权债务,和解未被债权人会议接受,一般不限制债务人或者破产人请求债权人会议再次表决和解协议草案。例如,伊朗破产法规定:债权人会议表决同意和解协议的债权人过半数,但是其所代表的债权额不足无财产担保债权总额 $\frac{3}{4}$ 的,则应当在一周内另行召开债权人会议再行表决。<sup>②</sup> 该立法例对我国完善和解制度有借鉴意义。

债权人会议表决通过和解协议草案的,应当作成书面形式,并由会议主席报请法院裁定认可。法院裁定认可和解协议前,应当审查和解协议的必要条款具备性、议决程序合法性、和解条件公平合理性和可行性、内容的合法性等诸方面。再者,利害关系人对债权人会议通过和解协议草案有异议,已依法向法院提出异议的,法院还应当审查所提异议是否成立,法院审查利害关系人所提异议时,应当传唤异议人予以必要的讯问。

除非和解协议的必备条款欠缺、或者表决程序不合法、或者和解协议的内容违法、或者执行和解协议将违反债权人的共同利益、或者和解协议不能够得到切实执行、或者和解协议因欺诈而达成、或者和解协议损害第三人利益、或者和解协议以合法形式掩盖非法目的、或者利害关系人对和解协议所提异议成立,法院应当裁定认可和解协议。认可和解协议的裁定应当是无条件的,不得对原和解协议为任何变更。

### (三)和解协议的效力

和解协议是债务人和债权人会议间成立的债务分期清偿或者减成清偿、以避免适用破产程序清理债务的书面协议。依我国现行法的精神,和解协议自法院裁定认可后,发生中止破产

<sup>①</sup> 美国联邦破产法典第1121条(c)参照。

<sup>②</sup> 同参德国破产法第182条、日本破产法第307条、韩国破产法第279条。

程序的效力、并约束债务人和债权人。但是，和解协议对债务人提供财产担保的债权人不生影响，以及对和解协议生效前所进行的破产程序也不发生影响。

破产程序的中止，奠定了债务人或者破产人的和解义务人<sup>①</sup>地位。和解义务人免受破产程序的支配，只受和解协议的约束。第一、和解义务人应当无条件地执行和解协议。第二、和解义务人未完全执行和解协议前，不得对个别债权人给予和解协议外的特殊利益。第三、和解义务人依和解协议取得相对免责利益，以执行和解协议为条件免于承担债权人让步的债务清偿责任；但是，免责利益不及于债务人的保证人和其他连带债务人。与之相对应，和解债权人非依和解协议规定的条件，不得行使权利，更不能对债务人要求和解协议规定外的利益；债务人依和解协议已免除的债务，和解债权人不得再为主张。

此外，和解协议生效后，因法定原因而又废止和解的，和解债权人依和解协议已接受的清偿，在续行的破产程序中可以对抗任何第三人。这就是说，债权人已经依据和解协议接受的清偿，不论其受偿额是否超过破产分配应受偿的比例份额，在续行破产程序中均不受影响。<sup>②</sup>

### (四) 和解废止

和解废止又称为和解撤销，是指法院根据债权人的申请或者依职权，裁定废除已经生效的和解协议。破产法上的和解，实质上是债权人对债务人作出的让步，使债权人相互间的公平分担不能受偿的债权损失，债务人不执行和解协议、或者不能执行和解协议、或者严重违反债权人的共同利益，法院应当废止和解以救济债权人。和解废止，分为法院依申请废止和解与法院依职权废止和解。<sup>③</sup>

和解协议生效后，破产程序中止。人民法院是破产案件的审判机关，有视情形决定恢复破产程序继续进行的权力，可以依职权废止和解。再者，破产程序的中止，也不产生解散债权人会议的结果，债权人会议及其选任的监督人（会议代表），有权对债务人执行和解协议进行日常监督；所有的债权人依和解协议，有要求债务人执行和解协议的请求权，并监督债务人公正合理地执行和解协议。债权人会议、监督人以及和解债权人，都可以申请人民法院废止和解。<sup>④</sup>和解义务人有下列情形之一，人民法院可以依申请或者依职权废止和解：(1)拒绝执行和解协议的；(2)违反条件迟延执行和解协议的；(3)不能执行或者财务状况继续恶化而足以影响执行和解协议的；(4)有破产法规定的严重损害债权人利益行为的；(5)给予个别和解债权人以和解协议规定外的特殊利益的；(6)毁弃帐簿或者有关财产文件的；(7)违反法定的说明义务的；(8)和解协议因当事人诈欺或者采取其他非法手段而成立的；(9)为破产犯罪行为而应受刑事处罚的。人民法院裁定废止和解时，应当一并裁定宣告债务人破产；已经宣告破产的，应当裁定继续进行破产清算程序。

（作者单位：中国社会科学院法学研究所）

责任编辑：张 涵

<sup>①</sup> 和解义务人为受和解协议约束的债务人或者破产人。与和解义务人相对的债权人为和解债权人，即和解协议成立前发生的、受和解协议约束的所有无财产担保的债权人。

<sup>②</sup> 日本破产法第340条、韩国破产法第312条、我国台湾地区破产法第56条2项参照。

<sup>③</sup> 泰国破产法第60条、日本破产法第332条和第333条参照。

<sup>④</sup> 企业破产法（试行）第21条，最高人民法院1991年法（经）发[1991]35号第38项参照。