

中国民商法专题研究丛书

梁慧星 主编

破产程序
和破产法实体制度
比较研究

邹海林 著

法律出版社

382234

梁慧星主编

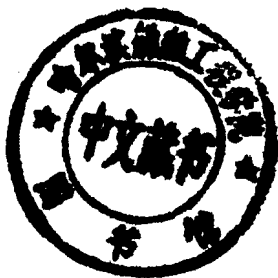
中国民商法专题研究丛书

破产程序和破产法实体制度
比较研究



法律出版社

382234



(京)新登字 080 号

破产程序和破产法实体制度比较研究

邹海林 著 梁慧星 主编

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/通县滨河印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/13.25 字数/353 千字

版本/1995 年 1 月第一版 1995 年 1 月第一次印刷

印数/0,001—4,000

社址/北京宣武区登莱胡同 17 号(100053)

电话/3266779 3266793

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN7-5036-1606-7/D·1284

定价:20.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

前 言

破产法,属于市场经济法律体系的组成部分,功能在于规范法院审理破产案件的程序以及法律适用。我国自1986年12月发布建国以来的第一部破产立法后,随后,学者对破产法进行了广泛的研讨;1991年民事诉讼法,对我国破产立法又予以了相应的补充;况且,经济体制改革已取得长足的发展,社会主义市场经济法律体系也正在逐步建立,各级人民法院已积极开展和加强了对破产案件的审判活动。我国现行破产立法有其积极的一面,但也有不足,特别是破产法的诸项基本制度不够完善。在这样的历史背景下,我们不能不认识到:我国必须要有完备的适合于市场经济环境的破产法,以保护债权人和债务人的合法权益,保证人民法院正确、及时审理破产案件。

研究破产法的诸项基本制度,特别是全面深入地研究我国现行破产法所定尚不完备的破产程序制度、债权申报制度、和解制度、债权人自治制度、破产程序中的财产管理人制度、破产财产的范围限定制度、破产无效行为制度、别除权、破产费用和共益债务、破产免责与复权制度等,对于改善我国破产立法及加强我国破产案件的审判,有着重要的意义。作者出于一片真诚和善意,立足于我国现行破产立法的经验和教训,密切联系我国人民法院审理破产案件的实践,并参照有关破产立法例,力求对上述破产法律制度的重大理论和实务问题进行深入论述,以期能够对我国破产法的完善提供理论依据、对我国人民法院审理破产案件提供参考。另外,作者还希望通过比较全面、深入地论述破产法的诸项基本制度,以本书的出版进一步推动我国破产法的理论研究。

本书的确不像一部系统简明的教科书,这或许是一种缺陷。但

是,本书各章节所讨论的问题有浅有深,且不以我国现行破产法所规定的制度为限,所涵盖的内容非教科书能够比拟,这或许又是它的长处。作者依据破产立法的结构以及法院审理破产案件的务实需求,以相对独立又互相联系的章节安排本书的结构和内容。实际上,本书所讨论的主题分为三个方面:其一,破产法的历史和概念问题;其二,破产程序基本问题,包括破产能力和破产原因、破产申请、破产程序的开始、债权申报、债权人自治、破产程序中的财产管理人、和解程序、破产宣告、破产财产的变价和分配、破产程序的终结以及破产免责和复权等;其三,破产法的实体制度,包括破产财产、破产无效行为、破产取回权、破产债权、破产抵销权、别除权、破产费用与共益债务等。

本书的写作历经五年,此间因种种原因曾有放弃出版的意图。承蒙中国社会科学院法学研究所研究员梁慧星先生的鼓励和支持,作者才又潜心研习,遂终成此书。

因作者水平所限,疏漏和不妥之处在所难免,敬祈读者批评指正。

作 者

1994年5月28日于北京
东直门外西八间房131号

目 录

第一章 破产制度与破产法	(1)
第一节 破产的概念	(1)
一、破产的定义	(1)
二、破产程序的特征	(2)
三、破产程序的性质	(3)
第二节 破产制度与倒产制度	(5)
一、破产制度的基础	(5)
二、破产制度的固有传统	(6)
三、倒产制度	(7)
第三节 破产法	(9)
一、破产法的内容与结构	(9)
二、破产法的渊源	(11)
三、破产立法主义	(14)
第二章 破产法的演变及其完善	(20)
第一节 古代的债务执行制度	(20)
一、引言.....	(20)
二、债务奴役制度	(20)
三、对人执行制度	(21)
四、对物执行制度	(21)
五、以刑代偿制度	(21)
六、古代债务执行制度的发展特征	(22)
第二节 中世纪后期破产法的萌芽	(23)
一、引言.....	(23)

二、古罗马诉讼程序的演进·····	(23)
三、中世纪商事破产制度的发端·····	(25)
第三节 大陆法系破产法之演进 ·····	(27)
一、大陆法系破产法·····	(27)
二、法国破产法的演进·····	(28)
三、德国破产法的演进·····	(30)
四、意大利破产法的演进·····	(32)
五、日本破产法的演变·····	(33)
第四节 英美法系破产法的演进 ·····	(34)
一、英美法系破产法·····	(34)
二、英国破产法的演进·····	(36)
三、美国破产法的演进·····	(37)
第五节 我国破产法及其完善 ·····	(38)
一、引言·····	(38)
二、我国破产法的创制·····	(39)
三、我国破产法的完善·····	(41)
第三章 破产能力与破产原因 ·····	(45)
第一节 民事主体的破产能力 ·····	(45)
一、民事主体的破产能力·····	(45)
二、自然人的破产能力·····	(46)
三、法人的破产能力·····	(49)
第二节 破产原因的立法及其适用 ·····	(54)
一、破产原因·····	(54)
二、破产原因之立法例·····	(55)
三、不能清偿债务·····	(57)
四、债务超过·····	(61)
五、破产的障碍·····	(63)
六、对我国现行法所定破产原因的评价·····	(64)
第四章 破产申请 ·····	(68)
第一节 破产程序与破产申请 ·····	(68)
第二节 破产申请人 ·····	(70)

一、破产申请人	(70)
二、债权人为破产申请人	(71)
三、债务人为破产申请人	(77)
第三节 破产申请的提出	(81)
一、破产申请及其分类	(81)
二、破产申请的形式要件	(82)
三、破产申请提出的期间	(84)
四、破产申请的效力	(86)
第五章 破产程序的开始	(88)
第一节 开始破产程序的立法例	(88)
一、破产程序及其立法例	(88)
二、开始破产程序的条件	(89)
第二节 破产法院管辖权的确定	(91)
一、破产案件的专属管辖	(91)
二、破产管辖的立法例	(92)
三、我国法院的破产管辖权	(93)
第三节 破产申请的受理	(95)
一、破产申请的受理	(95)
二、破产申请的审查	(95)
三、破产申请的受理及应为处置的事项	(98)
四、受理破产案件的通知和公告	(100)
第四节 破产案件受理费的预交	(103)
第五节 破产程序开始后的效力	(105)
一、破产程序对债务人行为的限制	(106)
二、破产程序优先于民事执行程序	(108)
三、破产申请撤回的禁止	(110)
第六章 债权申报制度	(112)
第一节 债权申报及其立法例	(112)
第二节 债权申报期限	(115)
第三节 债权申报的形式和范围	(120)
第四节 逾期未申报债权的效力	(124)

第七章 债权人自治制度	(129)
第一节 债权人自治的立法例	(129)
第二节 债权人会议的地位和组成	(131)
一、债权人会议的地位	(131)
二、债权人会议的性质	(132)
三、债权人会议的成员	(134)
第三节 债权人会议的召开	(136)
一、债权人会议的召开及出席	(136)
二、第一次债权人会议	(138)
三、债权人会议主席	(141)
四、必要时召开的债权人会议	(143)
第四节 债权人会议的职权	(144)
一、债权人会议的职权之立法例	(144)
二、调查和确认债权	(145)
三、讨论议决和解协议	(147)
四、讨论议决破产财产的处理和分配方案	(148)
第五节 债权人会议的决议	(150)
一、债权人会议的决议	(150)
二、债权人会议决议的表决	(150)
三、债权人会议决议对债权人的约束力	(153)
四、债权人会议决议的执行禁止	(154)
第六节 监督人	(157)
一、设置监督人的意义	(157)
二、监督人的设置和选任	(158)
三、监督人的职责	(160)
四、监督人职务的执行	(162)
第八章 和解制度	(163)
第一节 和解制度及其立法例	(163)
一、和解制度的意义	(163)
二、和解制度的发展	(164)
三、和解制度的特征	(165)

四、和解制度的立法例	(166)
第二节 我国现行法的缺陷与革新	(169)
一、我国现行法规定的和解制度	(169)
二、我国现行法规定的和解制度的缺陷	(171)
三、我国现行和解制度的革新	(174)
第三节 和解的程序	(175)
一、和解申请及其要件	(175)
二、和解协议草案	(176)
三、和解申请的法院审查	(178)
四、和解协议的议决	(178)
五、和解不成立	(180)
六、和解的成立	(181)
第四节 和解协议的效力	(182)
一、和解协议对破产程序的优先效力	(182)
二、和解协议约束债务人的效力	(184)
三、和解协议对和解债权人的效力	(185)
四、和解清偿对续行破产程序的对抗效力	(186)
第五节 和解废止	(187)
第九章 破产宣告	(191)
第一节 破产宣告的裁定	(191)
一、破产宣告及其特征	(191)
二、破产宣告的具体情形	(192)
三、破产宣告的裁定	(195)
四、破产宣告的裁定的送达	(197)
五、人民法院宣告国有企业破产的应急措施	(199)
第二节 破产宣告的效力	(200)
一、破产宣告的效力	(200)
二、破产宣告对破产人身份地位的限制效力	(201)
三、破产宣告对破产人财产上的效力	(204)
四、破产宣告对破产人已为法律行为的影响	(208)
五、破产宣告的地域效力	(212)

第十章 破产程序中的财产管理人制度	(217)
第一节 财产管理人制度的立法例.....	(217)
第二节 临时财产管理人.....	(219)
一、临时财产管理人的指定	(219)
二、临时财产管理人的职责和职务的执行	(221)
第三节 破产管理人及其选任.....	(225)
一、选任破产管理人的法律形式	(225)
二、破产管理人的指定和变更	(227)
第四节 破产管理人的地位.....	(231)
一、关于破产管理人之地位的学说.....	(231)
二、破产管理人在我国破产程序中的地位	(234)
第五节 破产管理人的职责和职务执行.....	(235)
一、破产管理人的职责	(235)
二、破产管理人职务的执行	(242)
三、破产管理人执行职务的报酬	(245)
第十一章 破产财产	(247)
第一节 破产财产的概念和特征.....	(247)
第二节 破产财产的范围限定.....	(248)
第三节 我国现行破产法所定破产财产的范围.....	(254)
第四节 破产财产的确认.....	(260)
第十二章 破产无效行为制度兼述破产撤销权	(264)
第一节 破产无效行为的立法例.....	(264)
第二节 破产无效行为制度的适用.....	(267)
第三节 破产无效行为的后果.....	(274)
第四节 破产撤销权.....	(277)
第十三章 破产取回权	(282)
第一节 破产取回权及其分类.....	(282)
第二节 一般取回权的基础和行使要件.....	(284)
第三节 一般取回权的性质.....	(289)
第四节 一般取回权行使不能的救济.....	(291)

第五节	特殊取回权	·····	(293)
第十四章	破产债权	·····	(298)
第一节	破产债权的概念和特征	·····	(298)
一、	破产债权的意义	·····	(298)
二、	破产债权的特征	·····	(299)
三、	破产债权人	·····	(300)
第二节	破产债权的范围	·····	(302)
一、	破产债权的范围之立法	·····	(302)
二、	破产宣告前成立的无财产担保的债权	·····	(303)
三、	有财产担保而未能受优先清偿的债权	·····	(303)
四、	附期限的债权	·····	(304)
五、	附条件的债权	·····	(305)
六、	连带债务人的求偿权	·····	(306)
七、	债权人对破产的连带债务人的债权	·····	(307)
八、	票据付款人的追索权	·····	(309)
九、	破产管理人解除合同所发生的损害赔偿请求权	·····	(309)
十、	不属于破产债权的债权	·····	(311)
第三节	破产债权的算定	·····	(313)
一、	破产债权的算定的意义	·····	(313)
二、	债权额不确定的债权之算定	·····	(313)
三、	未到期债权的算定	·····	(315)
第四节	破产债权的行使	·····	(317)
第十五章	破产抵销权	·····	(320)
第一节	破产抵销权的概念和特征	·····	(320)
第二节	破产抵销权的适用和限制	·····	(323)
一、	破产抵销权的适用	·····	(323)
二、	民法抵销的适用	·····	(326)
三、	破产抵销权的适用限制	·····	(327)
第三节	破产抵销权的行使	·····	(330)
第十六章	别除权	·····	(333)
第一节	别除权的概念和特征	·····	(333)

第二节	别除权的基础权利	(336)
第三节	别除权的行使	(340)
第十七章	破产费用和共益债务	(344)
第一节	破产费用和共益债务的立法例	(344)
第二节	破产费用和共益债务的债务人	(347)
第三节	破产费用和共益债务的范围	(351)
第四节	破产费用和共益债务的受偿	(358)
第十八章	破产财产的变价和分配	(363)
第一节	破产财产的变价和分配概述	(363)
第二节	破产财产的变价	(365)
第三节	破产分配	(369)
一、	破产分配的依据和特征	(369)
二、	破产分配的顺位和公平原则	(371)
三、	破产财产分配方案的备制	(373)
四、	破产财产分配方案的执行	(375)
第四节	追加分配	(378)
第十九章	破产程序的终结	(382)
第一节	破产程序的终结概述	(382)
第二节	破产程序因和解而终结	(384)
第三节	破产程序因财产不足而终结	(386)
第四节	破产程序因破产废止而终结	(388)
第五节	破产程序因破产分配而终结	(389)
第二十章	破产免责与复权制度	(392)
第一节	破产免责制度	(392)
一、	破产免责制度的立法例	(392)
二、	我国破产法的现状与发展	(395)
三、	许可免责制度	(397)
第二节	复权制度	(401)
一、	复权制度的立法例	(401)
二、	我国破产法的现状和发展	(403)

三、当然复权制度·····	(405)
四、许可复权制度·····	(407)

第一章 破产制度与破产法

第一节 破产的概念

一、破产的定义

一般而言,破产指债务人不能清偿债务的事实状态。我国古代汉语释义“破产”为“倾家荡产”以及拉丁语 Fallitax 所释义之事业失败,就是指的这种状态。在这里,我们不妨将债务人不能清偿债务的事实状态,称之为事实上的破产。事实上的破产,可有多种表现形式,但主要可以概括为两类。一类是指债务人丧失了继续经营事业的财产承受能力,例如,债务人的财产不足以清偿、或者债务人的信用不足以担保清偿债务。另一类是指债务人发生了债务清偿不能的财务危机,例如,债务人由于支付手段的欠缺而难以清偿到期债务。有这两类情形存在时,我们可以说债务人“破产”了。

但是,在法律上所使用的“破产”一词,则有其特定的概念范围。破产是指债务人不能清偿债务时所适用的偿债程序和该程序终结后的债务人的身份地位受限制的法律状态。与此相关联,则产生了与破产不可分离的术语,主要可以概括为四个方面:其一,用于表明债务人不能清偿债务的事实状态,例如,法律上所称破产原因;其二,说明债务人的财产应受法定偿债程序的分配,例如,法律上所称破产程序或破产还债程序;其三,概括债务人的身份地位受法定偿债程序的限制,例如,破产人、破产财产;其四,用于反映普通法制度在破产程序中的变通适用,法律上又有破产债权、破产取回权、破产抵销权、破产无效行为等。

很显然,“破产”在法律上,其意义不同于事实上的破产。正是由

于破产同法定之偿债程序不可分离,所以在通常情况下,破产与破产程序同义。破产程序是债务人不能清偿债务时、由法院依破产法之规定强制处理债务人的全部财产而公平分配给债权人的程序。学者多认为破产是“利用法律上之方法,强制将全部财产依一定程序为变价及公平分配,使全体债权人满足其债权为目的之一般执行程序”。^①日本出版的《法律学小辞典》定义破产为“债务人不能清偿到期债务时,将债务人的所有财产公平分配给所有债权人为目的的审判上的程序”。英国出版的《牛津法律大辞典》定义破产为强制“取得债务人的财产并予以变价,按债权受偿的先后顺序把债务人的财产按比例分配给债权人的一种程序”。我国出版的《经济法律大辞典》亦定义破产为“当债务人不能以其财产清偿债务时,法院对债务人的总财产进行概括的强制执行,以使全体债权人获得公平清偿的程序”。

二、破产程序的特征

破产是一种概括的执行程序,目的在于剥夺不能清偿债务的债务人对其全部财产的管理处分权,让全体债权人取得公平受偿的机会。它有以下特征:

破产是一种法定偿债手段。当债务人不能清偿债务时,如何分配债务人的财产,如何满足多个债权人的清偿要求,非有法律之特别规定,一般的民事诉讼程序或者执行程序,难以解决这样的问题。所以,法律特别规定有可资利用的专门程序,破产程序即为其一。

破产以债务人不能清偿债务为前提。债务人不能清偿债务是破产之原因,破产只不过是对债务人不能清偿债务的事实,予以法律确认,即通过法院的司法裁决承认债务人事实上的破产状态。《中华人民共和国企业破产法》(试行)第3条规定:企业不能清偿到期债务的,可依法宣告破产。^②

破产以公平清偿债权为宗旨。债务人不能清偿债务时,利用破产

① 陈荣宗:《破产法》,(台)三民书局1986年版,第1页。

② 《中华人民共和国民事诉讼法》第199条同。

程序可以合理地协调多数债权人之间就债务人的有限财产如何受偿的利益冲突,使债权人共同分担损失和共同享受利益,即同一顺位的债权人地位平等和受偿机会均等。

破产是一种执行程序。债务人不能清偿债务时,一旦选择了破产还债程序,则必须受法院的概括执行程序的支配。法院宣告债务人破产,则任命或者批准选任破产管理人^①负责破产人全部财产的管理、变价和分配事务,并处于法院的严格控制下;非有法律之特别规定,其他任何人或者机构都不能处分或者执行破产人的财产。

三、破产程序的性质

破产作为一种执行程序,在法律上的性质如何,学说上主要存在三种观点:诉讼事件说、非讼事件说和特殊事件说。^②

破产属于诉讼事件。这种观点认为,破产程序和诉讼程序的目的,都在于确认和保护当事人的合法权益。在破产程序下,债权人申报债权无异于提起民事诉讼;债权经申报无异议而记入债权表有相当于民事判决的同等效力;债权人提出破产申请,相当于诉讼中的财产保全;对债务人全部财产的执行,结果也与进行民事诉讼的个别执行程序相当;破产程序中债权人相互间的关系,类似于诉讼中的共同当事人;破产程序未规定的事项,可以准用民事诉讼程序的规定等。由此,破产程序主要是合并民事诉讼的保全、判决和执行诸程序的产物,以确定民事请求权和执行为终极目的,当然属于诉讼事件。

破产是非讼事件。这种观点的主要理由在于,破产程序允许债务人申请宣告自己破产,实际为申请保全自己的财产;破产程序因有破产管理人制度和债权人自治制度,同商事公司的清算程序类同;破产程序剥夺破产人管理处分其财产的权利,并限制破产人的人身自由,似与民事诉讼程序不同;破产程序在立法政策上,着重体现迅速简便

^① 由法院任命或者由债权人会议选任的负责破产财产管理、变价和分配事务的人员或者机构。我国现行破产法称之为“清算组”或者“破产清算组织”。

^② 刘清波:《破产法新论》,(台)东华书局1984年版,第5—6页。陈荣宗:《破产法》,(台)三民书局1986年版,第10—12页。