

破产法律制度比较研究

郑远民 著

湖南大学出版社

2002年·长沙

内 容 提 要

随着商品经济——市场经济的蓬勃发展,破产法制度获得了前所未有的发展。同西方国家比较完备的破产法制度相比,我国现行破产法显得很不完备,特别是我国加入世界贸易组织后,这一问题显得更加突出,因此急需完善我国的破产法制度。本书通过对西方国家破产法制度的深入剖析,采取比较研究和综合分析的方法,力图对我国破产中的若干问题进行探讨,并为完善我国的破产法制度提出自己的意见和建议。

图书在版编目(CIP)数据

破产法律制度比较研究/郑远民著. —长沙:湖南大学出版社, 2002.3

ISBN 7-81053-461-0

I. 破... II. 郑... III. 破产法—对比研究—中国、西方国家 IV. D922.291.924

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 015477 号

破产法律制度比较研究

Pochan Falü Zhidu Bijiao Yanjiu

郑远民 著

-
- | | |
|-------------------------------|-----------------|
| ☐ 责任编辑 | 谌鹏飞 |
| ☐ 特约编辑 | 贺 平 |
| ☐ 封面设计 | 张 毅 |
| ☐ 出版发行 | 湖南大学出版社 |
| | 社址 长沙市岳麓山 |
| | 电话 0731-8821691 |
| | 邮码 410082 |
| | 0731-8821593 |
| ☐ 经 销 | 湖南省新华书店 |
| ☐ 印 装 | 湖南大学印刷厂 |
-

- | | | | | | |
|-----------------------------|-------------------------|--|------|-----------------------------|-------|
| ☐ 开本 | 850×1168 32 开 | ☐ 印张 | 8.75 | ☐ 字数 | 204 千 |
| ☐ 版次 | 2002 年 4 月第 1 版 | ☐ 2002 年 4 月第 1 次印刷 | | | |
| ☐ 书号 | ISBN 7-81053-461-0/D·44 | | | | |
| ☐ 定价 | 14.00 元 | | | | |
-

(湖南大学版图书凡有印装差错,请向承印厂调换)

序 言

随着社会生产力和科学技术的迅猛发展，社会经济日渐繁荣，国际性的商品交换关系也获得了空前的发展，世界经济的一体化和市场经济的国际化趋势已经成为不可阻挡的历史潮流。在这一过程中，经济单位（企业）的破产也已经司空见惯。这就需要进一步深入地研究和探讨破产法理论，并在此基础上，制定和完善各国的破产法。不仅如此，还要加强各国在破产法领域的国际合作，以建构一种能适应现实需要的新的国际破产法制度。本书作者近几年来一直关注该领域的研究，本书就是作者研究心得的体现。

本书通过对西方国家破产法制度的深入剖析，采取比较研究和综合分析的方法，系统阐述了国际破产法的基本制度，对破产的法律涵义、特征、渊源、效力和基本原则等问题作了详尽的阐释，并在此基础上，对破产法上的程序和实体问题作了较为深入的探讨和研究。如对破产原因、破产管辖、破产程序、破产宣告以及破产债权、破产财团、破产费用以及取回权、别除权、抵销权、否认权等都进行了详细的探讨。另外，作者还比较全面地探讨了世界各国在这一领域的法律规定和有关国际立法，并结合我国破产法的立法和司法实践中的具体问题，提出了许多富有建设性的观点和意见。本书取材丰富，资

料翔实，结构严整，观点新颖，不失为一部融学术性和实务性于一体的具有自己独特特色的著作。相信本书的出版，将会对我国破产法和国际破产法的研究和发展起到很好的促进作用。

本书作者在攻读硕士和博士学位期间，我曾担任他的指导教师。值此书付梓之际，欣慰之余，特为此序。

李 双 元

2000年7月2日于岳麓山

目 次

第一章 破产制度与破产法的基础性问题研究

第一节 破产的法律涵义及其特征	1
第二节 破产制度与倒产制度	6
第三节 破产法与破产立法主义	12
第四节 破产法的内容、渊源、效力和基本原则	19

第二章 破产程序法诸问题之剖析

第一节 破产原因与破产能力	27
第二节 破产管辖	32
第三节 破产申请和受理	34
第四节 和解与整顿	45
第五节 破产宣告与破产清算	54

第三章 破产实体法制度研究

第一节 破产债权	67
第二节 破产财产	80
第三节 破产费用	90
第四节 取回权与别除权	98
第五节 抵消权与否认权	112

第四章 破产的法律责任

第一节 破产的行政责任	129
第二节 破产犯罪	138
第三节 免责与复权	149

第五章 国际破产法律制度的比较分析

第一节 国际破产制度概述	155
第二节 国际破产法律关系的主体	157
第三节 国际破产法的效力范围	162
第四节 国际破产法的统一化运动	164
第五节 国际破产程序及其法律适用	175
第六节 国际破产债权及其法律适用	197
第七节 国际破产财团及其法律适用	208
第八节 否认权、取回权、别除权与抵销权制度及其 法律适用	217
第九节 国际破产宣告	232

附录 1: 中华人民共和国企业破产法 (试行)	255
-------------------------------	-----

附录 2: 最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国 企业破产法 (试行)〉若干问题的意见》	263
--	-----

第一章 破产制度与破产法的基础性问题的研究

第一节 破产的法律涵义及其特征

一、破产的涵义

破产(bankruptcy, insolvency)一词源于拉丁语“Falletux”,语义为失败。从经济学角度来看,破产是指经营失败导致经济主体解体的一种客观状态,是经济主体消亡的一种方式。在市场经济中,“优胜劣汰”作为一个自然法则,是商品经济中的一种客观规律。这种通过竞争来达到“优胜劣汰”的法则同价值规律一样,不是哪个社会特有的现象,而是与商品生产和商品交换联系在一起,存在于各种商品经济形态中的共同现象,是一种经济发展的必然规律,即通过竞争,“优者存、败者亡”。在这一层意义上讲,破产更多地被理解为市场竞争中“优胜劣汰”这一客观规律发生作用的表现。不过,“优胜劣汰”作为经济活动的法则,并不能直接导致破产制度的产生。破产制度的产生不但是商品经济发展的历史必然,而且从法律角度来看,它又是国家经济法制的有机组成部分。因为无论从实体法或程序法来考虑,如果债务人的经济状况是正常的,即使有众多的债权人请求履行债务,也没有必要就债权制度和民事诉讼法做出特别补充,用债务人的全部财产进行清偿。但

是，正因为考虑到一旦债务人的清偿能力恶化，会出现各债权人作为自身利益纷纷要求债务人履行债务，由此造成混乱以及致使某些债权人因未及时行使债权而受到不公平清偿的情况，才有必要考虑合理处理债权人之间利害冲突，对债务人的全部财产进行强制管理和变价，使所有债权人得到公平清偿的机会。基于这样的考虑，创设破产法制度也就顺理成章了。

那么，什么是破产？纵观各国法律文献和学者们对破产所下的定义，其所包含的几个基本要素虽然相同，但仍然有所区别。如：日本的《法律学小辞典》为破产所下的定义是：“债务人不能清偿到期债务时，以将债务人的所有财产公平分配给所有债权人作为目的的审判上的程序。”英国的《牛津法律大辞典》将破产定义为“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”。

中国学者对破产一词的解释是，当债务人不能以其财产清偿债务时，为保护多数债权人并兼顾债务人的利益，由法院对债务人的总财产进行概括的强制执行，以使债权人获得公平清偿的程序。^①我国民事诉讼法第 199 条规定：企业不能清偿到期债务的，可依法宣告破产。^②

从这些概念中可以看出，作为法律意义上的破产应当包含有两层含义：第一，债务人丧失清偿能力，不能清偿全部债务的状态；第二，破产是以司法审判形式而实施的清偿程序，即由法院审判破产案件，分配破产财产，有关当事人应当遵守的法定程序。因此，将这两层含义结合起来，破产的法律涵义应

① 程清波：《国际破产法研究》，湖南师范大学出版社 1995 年版，第 1 页。

② 《中华人民共和国企业破产法（试行）》第 3 条亦同。

当是：债务人不能清偿到期债务，法院根据有关当事人的申请，将债务人的破产财产依法分配给债权人的特定的法律程序。

二、破产的法律特征

破产作为一种概括的债务清偿执行程序，其目的在于剥夺不能清偿到期债务的债务人对其全部财产的管理处分权，从而使全体债权人取得公平受偿的机会。它具有以下的法律特征：

(1) 破产是一种法定的偿债方式。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，倘若法律上没有作出特别规定，一般的民事诉讼程序或者执行程序，是很难解决这一问题的。因此创设了破产程序来解决这一问题。

(2) 破产以债务人不能清偿到期债务为前提。债务人不能清偿到期债务是破产的根本原因，这表现为两种情形：一是债务人的全部资产尚不足以清偿全部到期债务；二是债务人的全部资产虽足以清偿全部债务，但因资金周转不灵而无法清偿全部到期债务。破产只不过是债务人不能清偿到期债务的事实予以法律确认，即通过法院的司法程序来裁决承认债务人事实上的破产状态。^①

(3) 破产以公平清偿全部债务为宗旨。在债务人不能清偿到期债务时，通常有若干债权人，而债务人的全部资产又不能满足所有债权人的清偿要求，这就需要利用破产制度来合理地解决这一问题，以公平地清偿全部债务。^②

(4) 破产是一种执行程序。当债务人不能清偿全部到期债务

① 如《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。在实践中，还有一种情况，即债务人虽然已经资不抵债，但因该企业具有良好信誉，则不能将它视为不能清偿到期债务而宣告其破产。

② 我国现行破产法称之为“清算组”或者“破产清算组织”。

时，一旦选择了破产还债程序来清偿债务，就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之下，没有法律的特别规定，其他任何人或机构都不能处分或者执行破产人的财产。

至于作为执行程序的破产程序在法律上具有什么性质和特征，学者们意见不一，概括起来主要有三种观点：诉讼事件说、非讼事件说和特殊事件说。^①

1. 诉讼事件说。这种观点认为，破产制度是由破产法确立的，以保证破产财产完整并使破产债权得到公平的清偿，以使债务人得到重生，从而避免社会经济秩序混乱的一种特殊的权利保护制度。破产程序是一种诉讼事件，原因是：在破产程序下，债权人申请破产还债在性质上相当于提起民事诉讼；债权经申报无异议而记入债权具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。

2. 非讼事件说。这种观点认为，破产术语非诉讼制度，其主要理由在于，破产程序允许当事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，也与一般的民

① [台] 陈荣宗：《破产法》，三民书局 1986 年版，第 5~6 页。

事诉讼程序不同，所以，破产程序只能是非讼事件。

3. 特殊事件说。这种观点认为，破产程序的开始，除有债权人申请以外，债务人自己也可以提出申请；在特定情形下，法院还可依职权开始破产程序；况且，破产程序有它自身的众多特点，不是诉讼程序和非讼程序所可以比拟的，更不能一般地适用民事诉讼或者非讼程序规范，准用民事诉讼法的规定。因此，破产程序应当是一种独立的特殊程序。

在我国，有学者将破产归结为诉讼事件。^①也有学者认为，破产是依特别法开始的特殊程序，不同于民事诉讼程序、非讼程序以及民事执行程序，其理由是：（1）在立法结构上，除少数几个国家将破产法置于民事诉讼法或者商法典内，各国一般通过特别法全面规定破产程序的所有规范。所以，破产法在立法形式上表现为特别法，这就为破产程序作为特殊程序奠定了基础。否则，立法上没有必要作出特别的安排。（2）破产程序可以准用民事诉讼法的有关规定，主要是出于技术上的考虑，一方面可以减少立法上的重复，另一方面可以弥补破产法规定的不足；但是，破产程序准用民事诉讼法的规定，不构成破产程序的实质内容，只是破产程序在个别方面与民事诉讼程序或者执行程序雷同的结果，从而不能因此将破产程序归入诉讼程序的范畴。（3）破产申请、破产案件的审理、破产宣告、债权申报、债权人自治、破产管理人、破产财产、破产程序的终结等各项破产程序的特有制度，决定了破产程序的性质，是民事诉讼程序、非讼程序和民事执行程序所不能包容的一种特别的法律制度。^② 本人认为，破产作为一种法律制度，既具有

① 柯善芳等：《破产法概论》，广东高等教育出版社1988年版，第5页。

② 邹海林：《破产程序和破产法实体制度比较研究》，法律出版社1995年版，第4页。

程序法的性质，也具有实体法的性质，是两者兼具的一种特殊的法律制度。

第二节 破产制度与倒产制度

一、破产制度的历史成因及经济与法律基础

所谓破产制度，是指当债务人不能清偿到期债务时，通过法定的破产程序，对债务人的财产进行清理、变价和分配，以使各债权人获得公平清偿的法律制度。我们知道，任何法律制度都是社会经济结构发展变化的产物。在商品经济社会，市场交易是主流的社会经济活动方式。而有交易就有可能产生债权、债务，从一定角度来看，社会资源的配置和重新配置也常常是通过债权、债务来实现的。破产制度作为清理债权、债务的一种方式，也是实现社会资源重新配置的一种不得已的手段。

在古罗马，由于存在商品生产与交换，就产生了为使债权人平等受偿的财产委付制度。后来，随着社会生产力和商品经济的进一步发展，中世纪欧洲大陆国家也逐渐确立了债权人平等原则，这就为建立商人破产制度提供了条件。到近代，由于资本主义生产关系的兴起和发展，商人破产制度得到了进一步的完善和发展。基于这样的分析，我们可以看出，商品经济——市场经济条件下的竞争是导致破产制度得以产生和发展的直接原因，实行破产制度是优胜劣汰的根本要求。但市场条件下的竞争并不构成破产制度产生的社会基础和历史成因，因为这种认识虽然也有它的合理性，却没有真正揭示需要破产制度的原动力。本人认为，市场经济条件下的竞争，不构成破产制度产生的根本原因，竞争导致的优胜劣汰不通过破产制度也能

够实现。破产制度产生和存在的根本原因在于，市场经济条件下的资源重新配置要求做到有序和公平。

我们知道，债务人不能清偿到期债务是适用破产程序的前提条件，而造成债务人不能清偿债务的具体原因则要比竞争复杂得多。它是与债务人所处的客观环境以及与债务人的主观努力密切相关的。如自然灾害的发生、国家经济政策的重大变更、商品价格、股票市场、银行利息以及汇率等客观因素的变动，债务人自身的经营失误、相对人的违约、第三人诈欺等，均可能导致债务人不能清偿债务。一旦发生这些情形，就可能损害国家乃至社会利益，于是就需要国家制定法律措施实现社会资源财富的重新配置，以减少损失，实现社会资源的重新配置，保证社会资源配置的有序和公平。也正是在这种意义上，破产制度才有存在的必要。

破产制度的产生，从法律角度来看，离不开法律地位平等原则的确立。正是这种平等的原则要求国家通过制定法律来调整不能清偿到期债务的债务人与债权人之间的债权、债务关系。纵观世界各国的破产法所规定的程序和实体制度，毫无例外地贯彻了债权人地位平等的思想，否则，就不能保证破产程序分配债务人财产的公正与合理。^① 实践中，当债务人不能清偿债务时，债权人可能会争先恐后地对债务人的财产采取行动，从而不仅妨害债权人行使请求权，而且有悖社会文明和秩序。因此，国家应通过破产制度来调整债务人和债权人、债务人相互间的利害冲突，确保所有债权人能够平等受偿。^② 为达到以上目的，应使债权人地位平等原则在破产法制度中得到切

① 在历史上，古典的民事执行制度实行执行优先主义，即先获得执行名义的债权人，在执行程序中取得优先受偿的机会。

② [台] 陈荣宗：《民事程序法与诉讼标的理论》，第 144 页。

实的贯彻和落实，这在我国，现行破产法却仍然存在缺漏。如有关债权申报制度的规定，我国破产法对债权申报期间区别已知或者未知两种情况下分别对债权人规定了不同的债权申报期间，这显然没有做到债权人平等。^① 这里特别提出破产制度中的平等原则问题，其目的无非是希望我国的立法者在制定和完善破产法的过程中，能够从债权人地位平等原则出发，使我国的破产制度在各个方面更多地吸收世界各国的先进立法经验，以更趋完备和完善。

二、破产制度的宗旨和价值取向

如前所述，破产制度是一种当债务人不能清偿到期债务时，通过法定的破产程序，对债务人的财产进行清理、变价和分配，以使各债权人获得公平清偿的法律制度。我们知道，任何法律制度都是社会经济发展的必然产物。有商品交易的市场行为就会有债权、债务的发生，而社会资源的配置和重新配置则常常是通过债权、债务来实现的。破产制度是清理债权、债务的一种方式，也是实现社会资源重新配置的一种不得已的手段。这也可以看出，破产制度的目的就是当债务人不能履行到期债务时，通过法定的破产程序，使债权人获得公平清偿的机会。它的宗旨应该是通过对债权人和债务人之间的债权、债务的清理，实现社会资源的重新配置，以维护社会经济秩序，促进社会经济的良性发展。

在早期，世界各国的破产法制度始终把清算作为惟一的目的，这实际上是一种纯粹的财产执行制度。随着商品经济的发展，企业间的竞争日益加剧，破产这种社会现象愈来愈普遍。

^① 《中华人民共和国企业破产法（试行）》第9条第2款；《中华人民共和国民事诉讼法》第200条第2款。

与之相应，破产制度本身也在逐渐发展，到现在，破产制度实际上已渐渐演变成为一种社会经济活动的“自动调节器”，对债权人和债务人之间的利益关系以及整个社会经济秩序起着重要的调节作用。也就是说，破产制度不再是单纯保护债权人的利益，而是转化为兼顾债权人与债务人的利益的法律制度。基于这样的考虑，各国在立法中便创设了避免清算的强制和解制度和免责制度，其中，特别是免责制度还充分考虑到给予破产人以经济复兴的机会，使破产人在以其破产时的全部财产清偿债务后，对未清偿的债务不再负有清偿义务，从而在破产后仍然可能获得从事经济活动的机会和条件。^①

此外，预防和抑制破产的连锁反应，也是破产制度的一个目标。在市场经济社会中，任何一个商品生产者都不是孤立存在的，因而一个企业破产后，就有可能波及其他企业。特别是在资本主义社会中，母子公司之间的关系更是如此。而经济联系的范围越广，波及其他企业破产的可能性就越大，从这一意义上来说，破产正是抑制这种不良现象的法律制度。这在我国显得尤为突出。

总之，破产制度的宗旨和价值取向是当债务人不能清偿到期债务时，通过法定的破产制度来管理、变价和分配债务人的

^① 在破产制度的历史上，曾有相当长的时期盛行对破产人的惩戒主义和免责主义，即债务人被宣告破产后，其多种权利要受到限制，并且债务人在破产程序终结后对在破产程序中未清偿的债务仍免不了继续清偿的义务。这样，债务人一旦破产，就要承受经济的、政治的乃至社会的等多种压力，往往陷于绝望，对社会稳定 and 经济发展往往会带来不利的影响。正是基于这样的考虑，现代破产制度为了杜绝这种弊端，采取了非惩戒主义和免责主义，并允许和重视破产程序中的和解与整顿，从而使债务人（破产人）可能恢复继续进行经济活动的 ability。破产制度的这种促使债务人经济更生的特点，是破产制度的一个优点，也是破产制度宗旨的体现。

破产财产，使债权人获得公平清偿的权利和机会，从而预防和抑制破产的连锁反应，以实现社会资源的重新配置，维护社会正常的经济秩序，促进社会经济的繁荣和发展。

三、破产制度的产生和分类

从广义上来讲，破产制度所涵盖的范围很广，甚至也包括破产制度，^① 我们这里所指的破产制度是指债务人不能清偿到期债务或者发生债务危机时，为预防或者避免适用破产程序，或者为恢复和重建而请求法院干预的各种制度的总称。破产制度是商品经济发展到一定历史阶段的必然产物，是为促使债务人经济更生，实现社会资源重新配置的重要手段。它主要包括和解制度、公司特别清算制度和公司重整制度。

1. 和解制度。所谓和解制度，是指当债务人不能清偿债务时，为避免适用破产程序，债务人在有债权人申请破产程序前或者于破产程序中，主动请求法院许可并征得债权人谅解和让步，以清理债权、债务关系的一种制度。和解制度适用的条件，与破产制度相同，均为债务人不能清偿到期债务。但是，二者在目的、适用、效果等方面却有所不同，这表现为：（1）和解程序的目的在于避免适用破产程序，通过征得债权人的谅解和让步以在破产程序之外了结债权、债务关系；而破产程序的目的在于宣告债务人破产并由法定程序来管理、变价和分配债务人财产。（2）和解程序的适用一般须经法院许可，并征得债权人会议法定多数债权人的同意；而破产程序只取决于法院的裁定，无须取得债权人会议的同意。（3）和解程序并不剥夺债务人的财产管理权，从而能够避免对债务人财产的消极分

^① 谢怀斌：《资本主义国家破产法简介》，人民法院出版社 1990 年版，第 152 页。

配，事实上，这种和解程序所给予债权人的利益较破产为多；而破产不可避免地产生对债务人财产的消极分配，并剥夺了破产人对其财产的管理处分权，因此，债权人因破产所受清偿不可能是足额清偿。

2. 公司特别清算制度。所谓公司特别清算制度，是指当股份有限公司的财务发生困难或者有发生困难的趋势时，依照法院的命令清理公司债权、债务关系的一种特别的程序制度。这种制度一般由公司法加以规定。我们知道，股份有限公司的规模一般比较庞大，债权、债务关系复杂，当公司的负债超过其资产或者难以进行一般核算时，为保护债权人能够尽可能多地从公司财产中获得清偿，又避免公司破产所可能引发的不良社会效应，并适当地保护公司股东的利益，这就有适用公司特别清算制度的必要。公司特别清算制度起源于英国的公司法，现已被世界上多数国家所接受。从性质上看，公司的清算制度类似于破产制度，但要注意的是，公司特别清算制度，其手续要比破产程序简便得多，而且经法院认可的特别清算程序开始后，不得再对公司的财产适用和解、破产和民事执行程序。公司的特别清算制度有以下几个主要特征：（1）其目的是清理债权、债务关系，预防公司破产；（2）受法院的监控，不论是债权人、债务人还是股东大会决议请求特别清算程序，均须征得法院的许可，清算程序的终结亦须经法院的特别裁定；（3）由法院、清算人、债权人会议等共同实施清算程序，以保证特别清算过程的公正性；特别清算的结果依法院之裁定。债权人可以获得十足的清偿，或者清算协议执行完毕，法院可以宣告特别清算程序终结。对达成清算协议又不能执行的，法院得依职权宣告该公司破产。

3. 公司重整制度。所谓公司重整制度，是指当股份有限