

商法系列丛书

主编：徐学鹿

王卫国 著

破产法

市场主体法的基础理论与实务

人民法院出版社

商法研究丛书之五·市场主体法的基础理论与实务

丛书主编：徐学鹿

破 产 法

王卫国 著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

破产法/徐学鹿主编. —北京: 人民法院出版社, 1999

(商法系列丛书·市场主体法的基础理论与实务)

ISBN 7-80056-884-9

I. 破… I. 徐… III. 破产法-中国-普及读物 IV.D
922.292.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 66954 号

破产法

王卫国 著

人民法院出版社

(北京东交民巷 27 号 100745)

北京人卫印刷厂印刷

850×1168 毫米 1/32 9.625 印张 240 千字

1999 年 12 月第 1 版 1999 年 12 月第 1 次印刷

印数: 1—3000 册

ISBN 7-80056-884-9/D·956

定价: 15.00 元

丛书编委会

编委:

- 刘凯湘 北京商学院法律系教授、博士
司玉琢 大连海事大学前校长、教授、博士生导师
吴志攀 北京大学法学院院长、教授、博士生导师
吴慎宗 法制日报、中国律师报、长安杂志原总编、高级编辑
范健 南京大学法学院院长、教授
徐学鹿 北京商学院商法研究所所长、教授
张文显 吉林大学副校长、教授、博士生导师
曹建明 华东政法学院院长、教授
曾宪义 中国人民大学法学院院长、教授、博士生导师
王亦平 北京商学院教师、中国人民大学博士

名誉编委:

- 安德鲁·麦克吉 英国利兹大学法律系商法教授、商事
Andrew McGee 法律与实务研究中心主任
岩原绅作 东京大学法学部教授，日本法制审议会商法
部会委员
朴容燮 韩国海洋大学教授、韩国海事法学会会长、博士

主 编 徐学鹿

副主编 刘凯湘 王亦平

序

我们这个时代法律舞台上最重要的发展之一，是商法作为世界通用的法律越来越成为更多人的共识，商法世界统一化的潮流汹涌澎湃，势不可挡。但是，亚洲、非洲等发展中国家“他们之中的许多国家还没有来得及发展其本国的商法，就已经获得独立了”，把这些“国家所急需的商法提供给他们”，是对他们提供的最好的“技术上的帮助”，对他们来说“是无价之宝”^①。对这种现象我们可称作为“补课”。有名望的和公正的国际组织，以及不少的国际知名专家、学者，在亚太国家商法“补课”活动中，作了大量的工作，值得指出的是亚太法协一届又一届的会议总是研讨商法的理论与实务问题，目的无非是从理论导向上使亚太国家重视商法，从而使亚太国家从“无价之宝”中获得实际收益，让更多的人掌握商法“技术”，使这些国家因此而走向繁荣富强。在“补课”过程中，还值得提到的是《外国法律文库》的组织者，向我国推荐的两本有关商法的著作：《法律与革命》、《国际贸易法文选》，这两本书回答了商法补课的必要性，从理论上澄清了商法的诸多界限，可以说是商法“补课”的基本教科书。我国是亚太国家之一，1949年才结束了半封建、半殖民地的统治，走上了独立自主的发展道路，属于发展中国家。我国的商法“补课”情况至今如何呢？我想介绍我的学生在求职中的实际经历来说明问题。当

^① [英] 施米托夫著，江平主编，赵秀文译：《国际贸易法文选》，中国大百科全书出版社1993年版，第200页。

求职者表明自己是商法方向研究生时,对方总是发出这样的问题:什么是商法;商法与经济法有什么不同;什么是民商法;商法与民商法有什么不同等。发问者有法院、检察院等司法机关的,也有工商行政管理等政府机关的,有律师事务所的,有公司企业的,还有高等学校的领导人员等。这些有关商法的典型实例,充分说明了商法在我国“补课”的必要性。发达国家也经历过农业社会,但是,他们从农业发展中积累起来的资本,很自然地就转化成为商业资本,实现了商业革命;而我国漫长的农业社会延续了数千年,农业资本不仅很难转化成为商业资本,发了财的商人转而投资土地,使自己也成为不承担风险的地主。商业革命造就商法,商法也有助于推动商业革命。发达国家在这种良性循环中发达了,而我国却在资本不离土,以土地为中心的经济中,使小农经济社会保持了数千年。在一个存在自然经济、小生产方式汪洋大海的国度里,接受简单商品生产的理论、文化包括法律在内,具有天然性,可以说是根深蒂固、驾轻就熟,而对适应社会化大生产的理论、观念,包括法律,特别是商法,会自觉不自觉地采取种种办法加以阻挠。我们认识这些障碍,“这些障碍包括与法律本身相关的思想和行动的狭隘性和孤立性”^①。我们就要更加增强在商法问题上“补课”的自觉性。既然是“补课”必然有异于常规,它必然要比在常规中付出更大的精力。我们组织编撰这套《商法系列丛书》,就是为了在商法“补课”中,让人们能集中了解商法是什么,而且花较少的精力,获得较多的对商法的了解。从而把我们长期以来在这方面耽误了的时间,在短期内有效地追回来。并且,在市场经济条件下商法是市场交易的基本规则,商法对于市场经

^① [美] 伯尔曼著,江平主编,贺卫方等译:《法律与革命——西方法律传统的形成》,中国大百科全书出版社1993年版,第Ⅱ页。

济，犹如空气对于人一样重要。因此，在商法问题上不能仅是被动地“补课”，而是要在市场经济立法体系的模式选择、总体设计、具体立法规划等诸多方面，充分享受后发性利益，主动地“开新课”，全面创新适应中国社会主义市场经济的新的商法体系。《丛书》在这方面作了一些尝试，以便引起大家共同来探讨建立我国市场经济创新制度体系的兴趣。19世纪问世的近代商法，延续了近两个世纪，20世纪50年代问世的《美国统一商法典》，结束了近代商法的历史。在商法世界统一的时代潮流中迎来的21世纪，将是一个商法的新世纪，让我们与世界上所有的国家满怀激情的迎接商法的新时代。

《商法系列丛书》在组稿和编写中，得到了中国人民大学、北京大学、吉林大学、南京大学法学院，中国政法大学、华东政法学院、大连海事大学、北京商学院等的大力支持，在此谨表诚挚的感谢。《丛书》成书时间仓促，加之水平等方面原因，存在的谬误敬请读者批评、指正。

商法在我国是一个崭新的领域，为便于展开学习、研究、讨论，主编在统稿中没有将丛书作者的不同观点、见解加以统一。这样更有助于读者思考、鉴别不同的观点、主张，从而有利于形成科学的、创新的、具有社会主义市场经济特色的我国的商法体系，有利于这一领域理论与实务的繁荣。

徐学鹿 于北京商学院商法研究所 1999年3月



主编简介

徐学鹿 北京商学院商法研究所所长、教授。主要著作有《商法概论》(1986年),《商法》(1991年),《改革开放中的商法理论与实践》(1991年),《商法教程》(1997年),普通高等教育“九五”国家级重点教材《商法学》(1998年)等专著、主编、参编著作逾千万字。在各种法律类核心期刊发表商法、经济法论文逾百万字。多项作品获奖。系部级及享受国务院特殊津贴专家、获英国剑桥国际名人传记中心“20世纪杰出人物”称号,并获“20世纪杰出成就奖”。

目
录

序	徐学鹿 (1)
1. 破产与破产法	(1)
1.1 破产的概念	(1)
1.2 破产法的性质和作用	(7)
1.3 破产法的立法准则	(16)
2. 破产法的历史沿革	(23)
2.1 大陆法系破产法历史	(23)
2.2 英美法系破产法历史	(30)
2.3 中国破产法历史	(35)
3. 我国现行破产法	(44)
3.1 我国现行破产法规范	(44)
3.2 破产法的一般规定	(48)

4. 破产案件的申请和受理	(56)
4.1 破产案件的申请	(56)
4.2 破产案件的受理	(61)
4.3 破产无效行为	(68)
4.4 债权申报	(75)
5. 债权人会议	(79)
5.1 债权人会议的概念和地位	(79)
5.2 债权人会议的组成和职权	(81)
5.3 债权人会议的召开程序	(86)
5.4 债权人会议的议决程序	(91)
6. 和解程序	(95)
6.1 和解的概念	(95)
6.2 和解程序	(99)
7. 破产宣告	(110)
7.1 破产宣告的程序	(110)
7.2 破产宣告的效果	(119)
7.3 破产清算组	(125)
8. 破产清算	(138)
8.1 破产财产	(138)
8.2 取回权	(148)
8.3 破产债权	(152)

8.4 破产抵销权	(161)
8.5 别除权	(166)
8.6 破产费用	(172)
8.7 破产变价和分配	(177)
8.8 破产程序的终结	(187)
9. 我国破产法改革的若干问题	(190)
9.1 破产法总则	(190)
9.2 破产案件的申请和受理	(198)
9.3 债权人会议	(216)
9.4 和解程序	(219)
9.5 重整制度	(226)
9.6 破产清算	(253)
9.7 简易破产程序	(281)
9.8 破产法律责任	(283)

1. 破产与破产法

1.1 破产的概念

一、传统的破产概念

(一) 作为法律地位的破产

从历史上看,无力偿债总是与“破家荡产”或“失败(fallitux)”紧密相联。^①所以,在传统破产法上,“破产(bankrupt)”意味着一种法律上的地位,它必然地伴随着倒闭清算的结果。《布莱克法律词典》对bankrupt一词的解释是:“一个人不能清偿到期债务的处境或地位。应受破产法约束的情形。一个人(根据1898年破产法)构成‘破产行为’,因而可能被其债权人送上法庭,或者一个人的境况使他有权通过申请破产而受益于

^① 参看,李伟民主编《法学辞源》,中国工人出版社1994年版,第933页“破产”条。

破产法的情形。”^①从词源上讲，bankrupt 一词源于意大利语“banca rotta”，banca 意为“板凳”，rotta 意为“砸烂”。它来源于中世纪后期意大利商业城市的习惯。当时，商人们在市中心交易市场中各有自己的板凳。当某个商人不能偿付债务时，他的债权人就按照惯例砸烂他的板凳，以示其经营失败。^②事实上，在破产法领域，长期以来存在着一个似乎是约定俗成并且无可动摇的观念：破产就是倒闭清算。“从古时的‘砸凳子’到现在的‘摘牌子’，都意味着无力偿债者丧失经营资格，而只能坐视债权人瓜分其财产。”^③

（二）作为清产还债程序的破产

在法律上，“破产 (bankruptcy)”常常被用作指称在债务人无力偿债的情况下以其财产对债权人进行公平清偿的法律程序。日本《新法学辞典》对“破产”的解释是：“债务人陷于不能清偿其债务的场合，以对所有债权人将债务人的总财产公平清偿为目的的程序。”^④台湾教科书亦认为：“破产乃债务人在经济上发生困难，无法以其清偿能力对全部债权人之债权为清偿时，为解决此种困难状态，利用法律上之方法，强制将全部财产依一定程序为

① Black's Law dictionary: "Bankrupt. The state or condition of one who is unable to pay his debts as they are, or become, due. Amenability to the bankruptcy laws. The condition of one who (under the Bankruptcy Act of 1898) has committed an 'act of bankruptcy', and is liable to be proceeded against by his creditors therefor, or of one whose circumstances are such that he is entitled, on his voluntary application, to take the benefit of the bankruptcy laws."

② 参看, Martin A. Fray, ..., An Introduction to Bankruptcy Law, West Publishing Company, 1992, p. 2.

③ 王卫国《论重整制度》，《法学研究》1986年第1期，第81页。

④ [日]我妻荣《新法学辞典》，中译本，中国政法大学出版社1991年版，第782页。

变卖及公平分配，使全部债权人满足其债权为目的之一般执行程序。”^①与此相似，英国《牛津法律指南》对 bankruptcy 的解释是：“国家通过特别指定的官员的行动对债务人的财产实施占有，并在满足优先债权和优先权的情况下对该财产加以变卖和按比例分配给债权人的程序。它的目的在于保护债务人免受个别债权人的不正当压力，保证债权人之间的公平清偿，并且最终使债务人免除责任从而能够重新开始。”^②

二、现代的破产概念

（一）作为事实状态的破产

现代破产法上的无力偿债，与传统破产法上的无力偿债有着显著的区别。按照现代的破产法概念，“破产”首先是一种事实状态。这种事实状态，英文作 insolvency，意为“无力偿债”。

英国《牛津法律指南》对 insolvency 的诠释是：“无力偿还全部债务的状态。无力偿债本身并无法律后果。在英国，申请宣告无力偿还债务是一种可对之发布接管令的破产行为。”^③

① 陈荣宗《破产法》，三民书局版，第1页。

② The Oxford Companion to Law: “Bankruptcy. The proceeding whereby the state, acting through an officer appointed for the purpose, takes possession of the property of a debtor so that it may be realized and, subject to certain preferable claims and priorities, distributed ratably among his creditors. It has the purpose of protecting the debtor from undue pressure by certain creditors, of preserving fairness among the creditors, and finally, of discharging the debtor from his liabilities and enabling him to start afresh.”

③ The Oxford Companion to Law: “Insolvency. The state of inability to pay debts in full. By itself insolvency has no legal consequences. In England the filing of a declaration of inability to pay debts is an act of bankruptcy on which a receiving order may be made.”

美国《布莱克法律词典》对 insolvency 的释义为：“一个人无力清偿债务的状况；无偿还其债务的能力；缺乏偿付其债务的资力。一个人的资产与债务的这样一种相对状态，即前者在能够即时动用的情况下，不足以清偿后者。”^①

在英国法的历史上，insolvency 与 bankruptcy 是有区别的。英国曾于 1571 年至 1861 年实行商人破产主义。破产法适用于商人，而无力偿债的士绅（医生、律师、法官、神职人员和地主）则适用另外的债务清理程序。商人破产称为“bankruptcy”，具有惩罚和羞辱的性质，而士绅们无力偿债则称为“insolvency”，并无惩罚和羞辱之意。

按照现代通行的观念，无力偿债并不等同于传统意义上的破产事件，因为它并不必然地导致清算程序的发生。首先，当债务人处于无力偿债的状态时，债务人和债权人可以有各种不同选择。通常的做法是，通过协商找出解决债务问题的办法（例如，延期偿还），或者依照破产法向法院提出受理破产案件的申请。其次，破产案件受理以后，无力偿债的债务人也可以寻求通过再建型程序清理债务。也就是说，现代破产法对无力偿债案件的处理，并不以清算为唯一的程序手段。事实上，对债务人尤其是作为企业的债务人来说，无力偿债并不必然导致倒闭清算的结局。

（二）作为债务清理程序的破产

现在，“破产”在法律程序的意义上，已不再与“倒闭清算”相等同。破产法不再是单纯的清算法；它可以担负起救助债务人

^① Black's Law dictionary: "Insolvency. The condition of a person who is insolvent; inability to pay one's debts; lack of means to pay one's debts. Such a relative condition of a man's assets and liabilities that the former, if all made immediately available, would not be sufficient to discharge the latter."

特别是拯救困境企业的任务。自 20 世纪 70 年代以来,各发达国家纷纷改革破产法,采用重整程序,以强有力的法律手段对陷于债务困境的企业予以拯救。因此,今日的无力偿债概念,已经不同于以往的以倒闭清算为必然结局的破产事件概念。与此相适应,作为法律程序的破产概念也在内涵上发生显著的变化。当代的破产程序不仅包括以变价分配为目标的清算制度,而且包括以企业再建为目标的重整及和解制度。

除此之外,法庭外的协商解决(workout)也是处理无力偿债的重要手段。值得注意的是,有关无力偿债的法律不仅被适用于正式的司法程序,而且在企业通过协商解决摆脱困境的情况下也发挥着重要作用。另一方面,协商解决也是进行公司重组、实现企业拯救的主要方法之一。在工业化国家,“协商解决和不借助法院或正式破产程序的公司重组极为普遍。”^①

这种变革,使“无力偿债(insolvency)”概念在破产法上取得了前所未有的显著地位。在英国,1986年以前的破产立法称作“Bankruptcy Act”,而1986年的破产立法则改称“Insolvency Act”(该法在香港被译作“无力偿债法”)。在德国,1994年以前的破产法名称使用的是“Konkurs [Bankruptcy]”一词,而1994年的新破产法则改用“Insolvenz [Insolvency]”。在澳大利亚,Insolvency和Bankruptcy这两个术语在使用上已有明确的区分:前者用于法人破产,后者用于自然人破产;而法人破产程序与自然人破产程序有着各自不同的发展历程。^②在日本,学者们把无力偿债称作“倒产现象”,将倒产处理的法律程序分为清算型程序和

① Jacob S. Ziegel, *Current Development in International and Comparative Corporate Insolvency Law*, Clarendon Press 1994, p. 8.

② 参看, Roman Tomasic & Keturah Whitford, *Australian Insolvency and Bankruptcy Law*, 2nd ed., Butterworths, 1997.

重建型程序两类，前者包括破产和特别清算，后者包括公司更生、和议和公司整理。此外，还存在法庭外的“私的整理”程序。^①

三、小结

在破产法上，“破产”一词有多种不同的含义。而且，它的内涵是随着破产法的演进而不断丰富和发展的。因此，没有包罗无余和凝固不变的“破产”定义。对于破产概念的理解，需要注意以下几点。

（一）传统的破产概念与现代破产概念的区别

传统的破产概念以破产为法律事件，把倒闭清算作为债务人无力偿债的必然结果。而现代的破产概念则以破产为事实状态，在这种事实状态下存在着种种不同的处理方式和种种不同的可能结果。在企业无力偿债的情况下，现代破产法尤其注重通过某种拯救程序使企业复兴的法律政策。

（二）作为事实状态的破产概念与作为法律程序的破产概念的区别

按照现代的破产概念，无力偿债的事实状态只是适用破产程序的必要原因（破产原因）。没有破产原因就没有破产程序的适用；但破产原因的存在并不必然地导致破产程序的适用。在无力偿债的事实状态下，人们可以运用司法上的破产程序来清理债务，也可以采用法庭外的适当程序或方法来处理债务人的债务清偿问

^① 参看，[日]伊藤真《破产法》，中译本，中国社会科学出版社1995年版，第5~28页。