

江 平主编

《中国市场经济法律问题丛书》

建构和设计中国市场经济体制
操作性,理论性,建设性,可读性

优胜劣汰的 法律机制

——
破产法要义

作者:汤维建

优胜劣汰的 法律机制

——
破产法要义

作者：汤维建

(黔)新登字 01 号

责任编辑:梁 燕

装帧设计:黄筑生

优胜劣汰的法律机制

——破产法要义

汤维建 著

贵州人民出版社出版发行

(贵阳市中华北路 289 号)

文字六〇三厂印刷 新华书店经销

850×1168 毫米 32 开本 8.375 印张 197 千字

印数:5000

1995 年 4 月第 1 版 1995 年 4 月第 1 次印刷

ISBN7-221-03586-5/D·127 定价:7.90 元

序

法律对经济调整的重要性,是在持续不断的经济改革中逐渐显露出来的。旧有的经济体制主要依靠指令性计划来调节经济关系,其实质是一种行政手段,法律的作用则只局限于阶级专政的领域。这样,就切断了法律与经济的联系,萎缩了法的观念与法的地位。显然,旧的法律机制已不再适应于新的经济形势。市场经济体制的确立,尤其需要法律全面而深入地介入经济关系的调节之中。这不仅是因为需要以法律的名义来宣布市场的基本规则,以建立良性的市场秩序;还因为需要用法律来限制政府的权力,防止权力对市场的干预。毕竟,中国的市场经济并不是一个自发的进程,而是一场改革。无论是“破旧”还是“立新”,无不仰仗法律这柄现代“尚方宝剑”。从这个意义说,“市场经济就是法治经济”,决非危言耸听的妄断,而是一个科学的命题,也是一个革命性的命题。

二

然而,如同经济领域的改革一样,法律本身也面临着改革。旧有的法律机制是为着旧有的体制而建立的,无论是其所隐含的价值,还是作为其外在表现的规则体系都已无法适应新的市场经济体制的需要。平等、自由、效益、权利等市场经济法律的基本价值,无论如何都是我们固有的法律观念所不能包容的,甚至被视为“洪水猛兽”而予以拒斥。公司法、证券法、票据法、反不正当竞争法、消费者权益保护法等等市场经济的基本法律,同样难以见容于我们固有的规则体系之中。国人乃至法学家所熟知的法律,在观念上是“阶级斗争”的工具,在形式上则等同于“刑法”。因此,建立市场经济法律机制必然是一个“破旧立新”的过程。法的观念需要更新,法的体系需要重构。这自然是一个艰难的历程,不仅需要敢于反省的道德勇气,而且需要精密的理论研究。这一历史重任,理所应当地落在了中国法学界的身上。

三

应当承认,对于市场经济法律机制的研究,学者们已发表了不少颇有见地的论著。但这仅仅是一个开端,尚缺乏全面、系统和细致的研究。为了从更深层次上研究并解决社会主义市场经济的法律问题,贵州人民出版社以罕有的勇气和远见,组织并出版本丛书。本丛书共包括九本专著,内容涉及了市场经济法律问题的方方面面,其中不少著作都是第一次从法律上作出比较系统的论述,如《财产权的革新——信托法论》、《于联合中求发展——企业集团的

法律透视》、《市场交易的第三主体——非法人团体研究》等。本丛书最大的特色在于：不受现行法框架的制约，完全从市场经济规律出发，以设计理想的市场经济法律制度为重心；语言和结构上也力求生动活泼。因此，本丛书不仅具有一定的理论深度，而且，具有很强的针对性，可操作性，适合社会各界人士阅读。我确信，本丛书的出版，必将推动市场经济法律机制的理论研究朝纵深方向发展，对市场经济法制建设的实践也不无启示意义。

四

当然，市场经济法制建设是一项跨世纪的宏伟工程，决非是一朝一夕所能完成之事。市场经济法律机制的理论研究，也需在实践中不断丰富和发展。因此，本丛书不可能一劳永逸地解决所有的问题。况且，由于时间有限，著者的水平也有待于提高，因此，缺点乃至错误在所难免，希望读者提出宝贵意见，以期共同推进市场经济的法制建设。诚如是，则本丛书的出版也就达到其目的了。

是为序！

江 平

1994年8月7日

前 言

套句老话说,破产法的历史可谓渊源流长,十分古老。它缘起于古代罗马,中经欧洲中世纪发展到近代,其基本格局已经奠定。现代以降,日渐高涨的社会化大生产为它的发展开辟了崭新境界。完全可以认为,无论是在大陆法抑或英美法,蕴含于破产法中的民主、科学与文明,均已达到了它所可能的极致。

回观中国法制史,破产法长期以来竟无一席之地。直到 1840 年鸦片战争以后,它才伴随西方国家的商品一起拥进了中国传统文化的夹缝当中。“死亡与再生”的痛苦体悟再一次袭上心头。但是,中国传统文化毕竟有着惊人的超稳态结构,破产法犹如在“如来佛”的巨大掌心里,只蹦跳了几个回合,便力有不逮地销声匿迹了。中国大陆再也听不见破产法的声音。在高度集权的计划经济体制的支配下,它自圈自点地背着手走进了“冷宫”。在那里它悄然安睡了达 30 多年。1978 年十一届三中全会在它身上沉重地敲了一鞭,1982 年的《民事诉讼法》(试行)企望将它唤醒而未果,直到 1986 年,已较成形的市场经济才隆重地将它推向前台,使之成为

当今中国改革队伍中的生力军。但是,1989年“六·四”以后,治理整顿的国家政策再度使之“冻结”。然而,历史毕竟为自己开拓着道路。1991年邓小平一声南巡讲话,犹如和煦的阳光,久旱的甘霖,又迅速使它复苏。这一次,恐怕它已坐上了“终身制”的交椅。

我国企业破产法是一部怎样的法律?也就是说,它具有什么样的作用?对此,学者们往往偏执一端,有以下三个概念:即促进法、清算法和防破法。这三个概念无疑都有部分道理,但同样无疑地,它们都没有说出全部道理。辩证地看,我国的企业破产法首先应当划归促进法的范畴,其次它还是一部清算法。值得争议的是,它是不是属于防破法?企业破产法是促进法,意思是说,它不能消极地等待适法环境完全成熟以后才能发挥作用,而应当以积极能动的姿态,参加到社会变革的洪流中去,为经济体制由计划向市场的尽快转轨贡献力量。这样一个历史使命,深刻地反映了当下中国经济发展的急迫要求,使之镌刻上了鲜明的中国特色,并在人类破产立法史上树起了一面新旗。这是立足于宏观层面对它作出的性质界说,在微观层面,它还执行着一般破产法所通有的清算功能。在我国,这“清算”两字与其促进功能是紧密联在一起的。“清算”意味着企业产权界线的明晰化、破产主体的独立化、债权意识的神圣化和企业机制的高效化。这些正是“促进”当中的应有之义。至于防破法,这个概念只是到19世纪末才产生的,在现代西方国家它方兴未艾,代表着破产法发展的基本趋势。“尽可能地保存企业”已成为经常回旋于西方立法者和司法者耳畔的警言策句。对此,正处于市场经济发育状态的中国,应当作出怎样的回响?是移植还是排拒?立法已早于现实作出了回答:是移植。但是,经过8年多的破产法试行,现实对立法作出了逆向反弹:应当排拒。所以如此的缘故就在于:目前正在中国破土而出的市场经济,无论在形式上或内容上,都不能同以垄断为特征的现代西方经济相比拟,作为经济现象法律表述的破产法,自然也不应以预防破产为价值取向的现代西

方破产法为参照背景。我们所要强调和追求的，是债权人利益的保障本位，而非债务人利益或社会利益的保障本位；是破产清算的目的观，而非破产预防的目的观；是破产结果的正常发生，而非破产后果的竭力避免；是破产事件的程序化解决，而非事实破产的法外消化；是实现破产程序的司法独立，而非行政因素的全面渗透，等等。所有这些是中国现实经济规律要求于我们的恰当抉择。若说撰写这本书稿的心里体悟，这一点，恐怕是最主要的。

最后，需要说明的是，囿于作者学力有限，本书中不当之处、疏漏及至错讹难于避免，祈望专家、同仁不吝指正。

作 者

1994年8月

目 录

序	(1)
前 言	(1)
第一章 破产法的历史考察	(1)
一、古罗马时代的破产法	
——破产法的初步形成	(3)
二、欧洲中世纪的破产法	
——破产法开始走向成熟	(8)
三、近代资本主义时期的破产法	
——破产法基本格局的奠定	(12)
四、现代资本主义时期的破产法	
——破产法的发展出现了新趋势	
.....	(15)
第二章 破产宣告的国际效力	(27)
一、导论	(27)
二、三大立法主义的评介	(31)
三、各主要国家及地区的实际做法	(35)
四、破产普及主义由国内走向国际	(40)

五、我国破产宣告的国际效力	(41)
第三章 破产申请	(55)
一、序说	(55)
二、破产申请的法律要件	(56)
三、破产申请的主体	(60)
四、破产申请的参加	(63)
五、破产申请的撤回	(64)
六、破产申请的驳回与暂停	(66)
七、破产案例受理后的法律后果	(67)
八、破产能力	(70)
九、破产原因	(73)
第四章 破产财产	(81)
一、概念界说	(81)
二、构成要件	(82)
三、法律性格	(85)
四、立法例的比较	(86)
五、理论分类	(90)
第五章 破产债权	(93)
一、破产债权的实质要件	(94)
二、破产债权的形式要件	(96)
三、除斥债权	(96)
四、特殊情形的破产债权	(99)
五、破产债权人的法律地位	(102)
六、破产债权的申报与证明	(106)
第六章 债权人会议	(112)
一、设立债权人会议的原因	(112)

二、债权人会议的法律性质	(113)
三、债权人会议的组成	(113)
四、债权人会议的职权	(114)
五、债权人会议的召集	(117)
六、债权人会议的召开程序	(119)
七、债权人会议与法院、清算组的关系	(121)
第七章 破产管理人	(123)
一、破产管理人的法律性质	(124)
二、破产管理人的选任主体	(131)
三、破产管理人的选任范围	(132)
四、破产管理人的监督机制	(133)
第八章 破产宣告程序	(136)
一、概念、属性与立法例	(136)
二、破产宣告的种类	(138)
三、破产宣告的程序	(144)
四、破产宣告的法律效果	(147)
第九章 破产和解制度	(153)
一、破产和解制度的产生与发展	(153)
二、破产和解的法律性质	(155)
三、破产和解的种类	(157)
四、破产和解程序的立法例	(159)
五、我国破产和解制度的特点	(160)
六、破产和解程序的进行	(161)
第十章 破产整顿制度	(164)
一、破产整顿制度产生的原因	(164)
二、破产整顿制度的立法例	(166)

三、破产整顿与企业整顿的区别	(166)
四、我国破产整顿制度的特点	(168)
五、非全民所有制企业法人的破产整顿	(171)
六、破产整顿程序中的几个问题	(172)
第十一章 撤销权	(181)
一、关于称谓	(181)
二、撤销权的理论基础	(182)
三、立法例的比较	(183)
四、与民法撤销权的区别和联系	(184)
五、撤销权的法律性质	(186)
六、撤销权的归属主体	(188)
七、撤销权的行使范围	(190)
第十二章 别除权	(193)
一、别除权与担保债权的异同	(193)
二、别除权的内涵及其法律性质	(194)
三、别除权的基本特征	(195)
四、别除权的基础权利	(198)
五、别除权的行使	(204)
第十三章 取回权	(207)
一、内涵之刻画	(207)
二、特征之描述	(208)
三、性质之检讨	(209)
四、取回权的种类	(210)
第十四章 抵销权	(218)
一、概念与特征	(218)

二、抵销权的适用范围	(221)
三、抵销权的扩张	(222)
四、抵销权的限制	(226)
第十五章 企业破产法的修改与完善—— 制定统一的破产法典势在必行	(229)
一、修改《企业破产法》的原因	(230)
二、修改《企业破产法》应当坚持的原则	(234)

076359

第一章

破产法的历史考察

英国历史学家汤因比曾就文明的发展,提出一个著名的进化公式:即文明只能在挑战——应战的模式中成长,应战的成功与否可以决定文明的命运。同样,我们可以说,正是在这一“挑战——应战”的模式中,破产法才发展成为今天这个样子,才在各国法律体系中成为不可或缺的有机部门。

但是,由于法律、文化、政治、经济等诸多原因,破产法在各国的缘起、生成和发展,并不总是呈同步状态的。在法律制度史上,“言必称罗马”,破产法的最早渊源也可回溯到古代罗马。罗马时期的破产法,尽管为破产法的近现代提供了雏形,但毕竟受制于当时的历史条件,因而只能是粗糙的、简陋的,而且往往带有武断、残暴和愚昧落后的原始传习。只是经由欧洲中世纪发展到近现代,破产法中科学与民主的比重才日渐增大,并逐步臻于成熟。如果说,传统破产法对古代破产法是完成了一场前所未有的变革,那么,现代破产法对传统破产法变革的历史意义也绝不逊色。同大陆法的古老历史相比,英美破产法的发展历史则短暂得多。英国只是到公元 1542 年,才在亨利八世的统治下出现第一部关于破产的成文法,美国破产法的先声,迟至 19 世纪初叶才能听到。这是两大法系

的破产法的一大不同,但相异最大的,还不是时间上的早晚,而在于它们之间基本性格差异,既有原则、观念上的,也有制度、程序上的。隐伏于此背后的,乃是文化背景的深刻差异。尽管同其他法律制度一样,两大法系的破产法律制度正在相互交流和渗透中不断靠拢和融合,但可以认为的是,两大法系破产法上的种种区别,在相当长的历史时期内还会延续发展。

破产法对我国而言是个极为陌生的概念,从清末算起,它的历史顶多不过百把年。新中国诞生迄今已逾 40 年,但它的第一部破产法却迟至 1986 年才被通过试行,而且在贯彻实施上充满艰难。但无论如何,随着改革开放的深入,市场经济体制的逐步形成,使推行破产法社会环境已经发生了变化,破产法开始由纸面走向生活。这种可喜的现实需要有完善的立法紧紧跟上。反观我国破产立法,无论是《企业破产法》(试行)或者《民事诉讼法》中的“企业法人破产还债程序”,尽管它们的起点较高,一开始就能自觉地融于破产法的现代进程当中,基本上反映了破产法发展的一般规律,但毋庸讳言,它在许多方面仍不够完善,甚至存在严重的缺陷。其具体制度、程序上的相互冲突,不尽合理,可能还在其次,最重要的,是它在结构体系、功能模式上的模糊性和混杂性,以及由双轨机制所造成的制度紊乱和程序脱节,缺乏真正一以贯之的破产目的观和价值观。此外,由于诸多原因,个人破产制度迄今尚处于襁褓之中,未能纳入议事日程。所有这些,都需要尽快地克服、弥补和完善。自宏观角度看,这是一个系统工程,必须将它置于同其他制度的相互联系中进行,而不是单靠破产法的自身完善就能奏效的。但自微观角度看,将理论研究的触角置于历史层面,借助于敏锐的历史洞察力,对历史上存在过但被逐步扬弃的,以及现今仍起作用的各种破产原则、制度和程序,进行一番认真的研究、甄别和论证工作,从而吸取其中有益、富有生命力的内容,恐怕是这项工程中的题中应有之义。

一、古罗马时代的破产法—— 破产法的初步形成

到公元前 2000 年左右,人类历史的巨轮驶入了古罗马时代。尽管古罗马社会仍属奴隶制社会形态,但商品生产与商品交换在这个时代已相当发达,并成为其经济运行的主要形式和基本特征。正是在这个孕含以后资本主义社会主要因素和特点的古罗马诞生了被恩格斯称为的“商品生产者社会的第一个世界性法律”。^① 此即卷帙浩繁、近乎无所不包并对后世产生巨大影响的罗马法体系。从时间上看,它包括从公元前 485 年颁布的《十二铜表法》到公元 528 年查士丁尼大帝所主持编纂的《国法大全》之间的所有法律、法规、敕令及权威性法学著述。这中间的时间跨度长达千年,罗马法体系的庞杂和容量由此可以想见。在这个巨大的法律体系网络中,破产法占有重要的一席,它的产生和发展历史也与之相应。因此,欲考察古罗马破产法,必须将它分为几个阶段来进行。

(一)罗马王政时代的原始执行制度。在学术界,《十二铜表法》颁行以前的古罗马一般称为“罗马王政时代”。这个时代,同古代中国的奴隶社会、封建社会一样,整个社会盛行着崇尚农业、鄙夷商业的风俗和观念,商业被视为卑贱的社会活动和生产活动,唯有“会说话的工具”——奴隶方可从事,罗马市民一概不允许涉足其中。因此,这时尽管罗马的私法不仅完备,而且发达,但专门调整商业活动的商法却一直未能形成独立的法典,具体的商事法规均包容于私法当中。与之相应、相关的破产制度及其程序也从只能见

^① 见《马克思选集》第 4 卷,第 248 页。