

# 破产程序 与破产立法研究

汤维建 著

人民法院出版社

# 破产程序与破产立法研究

汤维建 著

人民法院出版社

---

## 图书在版编目 (CIP) 数据

破产程序与破产立法研究/汤维建著. - 北京: 人民法院出版社, 2001.4

ISBN 7-80161-129-2

I. 破… II. 汤… III. ①破产-程序-研究-中国  
②破产-立法-研究-中国 IV. D922.291.92

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 17773 号

## 破产程序与破产立法研究

汤维建 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 18 印张 455 千字

2001 年 4 月第 1 版 2001 年 4 月第 1 次印刷

印数: 1-3000 册

ISBN 7-80161-129-2/D·129

定价: 30.00 元

## 序 言

启端于1978年十一届三中全会的“改革开放”政策，目前正以加速度向纵横两维积极推行，统得过死的计划经济体制日浸萎缩和式微，一个崭新的、充满活力的市场经济体制渐具雏形和规模。市场经济是法治经济，这个命题已赢得了国民的普遍认同。在市场经济法律体系的巨大网络中，调节和规范优胜劣汰现象的破产法无疑据有重要一席。越来越多的人认为，破产机制的建立健全与否，是国有企业经营机制能否转换、现代企业制度能否落实的关键，是市场经济体制能否在中国形成并深扎其根的关键，是“政企分开”等政治体制改革能否有所起色的关键，要而言之，是我国历经十五年之久的改革开放政策能否取得突破性进展的关键。

然而，当前中国破产立法与司法的客观现实却不容乐观。我国是一个缺乏破产法传统的文明古国，追求自然秩序中的和谐向来是其文化构建的最高价值取向。视“破产”若畏途，谈“破”色变的社会观念很难根本地扭转，尤其是，我国现在尚处于经济体制转型的十字路口，在计划经济中的行政权力约束趋于松弛和软化的同时，市场经济中的商业信用约束又未能有效形成。旧的矛盾难以解决，新的矛盾不断产生，新、旧矛盾盘根错节，相互掣肘，这些矛盾、困惑、难点聚焦在破产领域，便体现为一个相对完善的、能够基本适应市场经济发展的破产机制极难形成。财政金融、社会保障、劳动用工等体制上的未能趋优固然是其原因之要者，但立法本位上的含混与超前，具体规范上的遗漏与不

足，也是其中不可忽视的原因。前者的配套改革与创新已超出破产法的研究范围，本书不作研究。本书主要对破产立法中的基本问题进行相对系统的探讨和分析，并针对破产立法中提出来的各种制度层面的现实问题，提出解决的意见。正因如此，这本书的自始至终都可以看到诸如“修改”、“补充”、“完善”等字眼。这些意见，有的是针对破产立法宏观上的问题，比如说破产立法的目标模式、基本原则、指导思想等等，有的则是针对微观层面上的问题，例如债权人会议的组成、破产申请的主体等等。一言以蔽之，本书撰写的中心思想是通过对现行破产法的分析和评估，针对破产法的修改问题，提出有针对性的立法建议，其重点不在对破产法作出系统的理论阐释。

目前，企业破产法的修订工作正在紧锣密鼓的进行当中。这项修改工作进行得尽管颇具声色，但也面临着诸多难题有待解决，比如行政权力对破产司法的干预和渗透、“假破产”的预防与惩治、土地使用权的价值归宿及其评估机制、银行债权的保护与救济、国有企业破产的特殊规范、破产职工的善后安置、破产程序运作的速率与效益、破产清算与和解、重整的关系、个人破产的问题、国际破产的解决方案等等都需要给出明确的建言或答案。为此，一方面需要对外国破产法制进行系统的比较研究，揭示出蕴含其中的规律性趋势，另一方面，又要基于经济体制转换所提供的现实生活条件，充分认识我国破产法的历史背景、经济条件以及它的时代性、民族性和特殊性。如此两相结合，一部尊重国际惯例的、兼具“促进法”与“繁荣法”双重功能的、具有中国特色的破产法将会制定出来。我国将来的破产法无疑会在人类破产立法史上树起一面新旗，发挥其无可替代的独特价值。这样的研究视野要阔，立足点要高，思维方法要经常地保持辩证和实际。作者希望能够达到这样的研究效果。

## 内容导读

破产法是实体法和程序法的统一。本书拟以对破产程序的系统探讨为中心，紧密结合现行破产法的实证分析以及典型实例，围绕我国破产立法应当关注的核心问题和焦点问题，对破产立法所涉及的问题进行了相对系统的探讨。

### 第一章：破产法的历史发展

破产法的发展历史与商品经济的发展历史是呈同步状态的。古罗马是破产法赖以萌芽的摇篮。在此基础上，欧洲中世纪的破产法获得了长足的发展，并由此直接引导出大陆法系国家破产法律及其传统的形成与延续。大陆法系国家破产法的基本特点就在于强调对债权人合法权益的维护，而对债务人的保护则显得相对薄弱；同时，它们也比较强调法院在破产过程中的职权指挥作用，债权人自治的原则相对不受重视。英美法系破产法的发展历史相对欧洲大陆来说要短暂得多。虽然英美破产法的萌发与成长也受到了古罗马法和欧洲中世纪法的深刻影响，但是，它也有自身的特点。英美破产法在宣布和推行破产无罪原则、破产免责原则、一般破产主义以及破产和解与重整制度等方面，在一定意义上都起了领头羊的作用，带动了人类破产法朝民主化、人道化和现代化方向的进步和发展。研究外国破产法的发展历史，不仅对建设和繁荣我国的破产法学具有重要的意义，尤其对我国目前的破产立法有重大的现实借鉴价值。我们从中得到的启发是：破产法的发展离不开商品经济的发展，前者是后者的折射和客观描述

而已；破产法的发展有其自身的客观规律，任何国家的破产立法都应当从其所处的历史阶段出发，以解决实际问题为鹄的，而不宜人为地截取客观规律，越其位而盲目比附。

## 第二章：破产概念的内涵解析

在历史上，破产概念的大变化主要有这样几种界标：一是由破产有罪转化为破产无罪；二是从破产不免责转化为破产免责；三是从清算型的破产转化为预防型的破产；四是从非自愿型的破产转化为自愿型的破产；五是从所有权型的破产转化为非所有权型的破产等。这几种转变，大致勾画出了破产法发展的历史轨迹。破产概念内涵的变迁，就是破产法发展历史的缩影和高度抽象。这要求我们要历史地、发展地、辩证地看待破产的概念，形成全面而正确的破产观念。

## 第三章：破产程序的目标模式

在破产程序中提出目标模式的概念，无疑引进了一个重要的方法论，开辟了破产程序研究的新视角和新境界。通过以历史上出现过的和存在着的破产法的宏观考察和比较研究，笔者发现破产程序大别有三大目标模式：即债权保护模式；债务救济模式和社会本位模式，这三大模式的依次嬗变与更迭，构成了破产法历史发展的大致轨迹，并表征着蕴含于其中的民主、科学与文明程度的不断提高。我国现行破产法所规制的目标模式应界说在社会本位的模式范畴内。但是，在我国目前新旧经济体制的转轨时期，这一模式显露出了诸多缺陷和不足，它们相互作用在一起，以致一个适应或基本适应市场经济发展的破产机制迄今尚未形成。为了根本地改变这一状况，形成一个能够在较长时期内适应中国现实经济以及特殊经济形态发展的需要，笔者认为，我国破

产立法一定要首先从观念上转变模式，明确我国破产立法究竟应当采取何种立法本位，然后才在此基础上全面引进破产法上的国际惯例、各国的通常性做法，并结合中国实际，制定出一部既符合破产法律制度发展的内在规律，又适合中国国情、行之有效的新型破产法典。

#### **第四章：个人破产程序**

突破我国现行破产法狭隘的主体适用范围，建立包括适用于个人在内的统一破产法典，已成为我国破产立法呼之欲出的不二选择。本章在论证建立我国个人破产制度的必要性后提出，一般破产主义应成为我国个人破产程序的立法模式。并在此基础上，具体探讨和刻划了普通合伙、无限责任公司、有限合伙、两合公司、股份两合公司、个体工商户、农村承包经营户、自然人以及遗产等诸个人破产程序的特点，提出并解释了个人破产与法人破产的若干制度性差异。笔者认为，破产立法的主体应当与民事法律制度、经济法律制度的适用主体相一致，做到对市场经济主体的一体保护和一视同仁。这是市场经济赖以生成发展的根本，也是形成市场经济统一法律体系的必然选择。这一点，应当成为所有参与破产立法的同行们的共识。

#### **第五章：国际破产程序**

国际破产或跨国破产的现象由来已久，于今为盛。各国为此给出的解决对策素有不同，以致长期形成属地主义和普及主义半壁各占的复杂态势。这两种立法例其实各有优劣、利弊互存，且都持之有故，言之成理。但相较而言，普及主义的裨益较多，且符合破产法的发展规律，因而对它的采择已日渐成为共识。自然，普及主义不可能一步到位，其发展不仅有层次性和阶段性的



特点，而且注定困难重重，我国破产法对此未设明文规定，学理上的解说和倡导亦见仁见智，差距甚大。笔者主张，在严格司法审查程序、恪守对等原则的前提下，有限度、有步骤地积极推行普及主义。笔者同时认为，在我国面临加入 WTO 的现实背景下，选择破产普及主义，将破产法的视角始终扩展到国际舞台，时时刻刻考虑到同国际接轨，这是破产立法的必然选择。破产法就其本性而言，乃是一个具有国际倾向性的法律。

### 第六章：破产申请程序

债权人和债务人均不愿申请破产，是我国目前司法实践呈现出的突出难题。化解此一难题的途径除了从根本上完善破产程序的结构功能模式外，再就是增加申请破产的权利主体。例如，和解监督人、非破产清算人、有利害关系的第三人、股东代表等均应当享有破产申请权。但是，国有企业的上级主管部门和检察机关能否独立地提出破产申请？笔者认为，前者的答案应是否定的，后者则应予肯定。检察机关参与民事诉讼已经成为一个发展趋势，它应当能够对特殊的民事案件提起诉讼或申请，从而独立地启动诉讼程序或非诉讼程序。这其中应当包括破产案件的启动程序。这个职能一旦确立，检察机关就应积极地发挥它对经济发展的监督职能，以维护债权人和债务人以及社会国家的合法权益。破产原因应当如何设定，现在在理论上有很大的争议。这个问题在我国目前尤其显示出它的复杂性。破产能力、破产原因、破产障碍、多数债权人等诸因素中，惟有前二者才成为破产申请的必备要件。此外，本章还对破产申请的参加、撤回、暂停与驳回等程序变动因素作了探讨。笔者认为，破产的条件应当仅限于破产能力和破产原因两个方面，多数债权人不宜当作破产条件看待。

## 第七章：破产宣告程序

在以破产清算为惟一价值目标的传统破产法中，破产宣告程序居于核心环节。这种状况到了以价值多元化为基本特征的现代破产法中有了较大的改变。在破产程序的自始至终，它不再被视为不可或缺的必经阶段，而只是标示着破产案件的一种发展趋向，而不能包蕴破产程序的全部价值和终极意义。尽管如此，它的程序意义仍不可低估，在破产程序的通常状态中，它上承破产预防程序，下启破产清算程序，起着中介性和转折性的桥梁作用。破产清算的程序功能，正是自此得以逐步展示。

## 第八章：破产债权制度

破产债权是破产立法中的又一个核心概念。它是对一般债权观念的一个特殊使用，其范围和一般债权显有不同。在这个领域有一个非常特殊的债权概念值得探讨，这就是除斥债权的问题。除斥债权与劣后债权之间不可用“又称”一语等同起来。劣后债权尽管排在普通债权之后，但不失有受偿的机会，除斥债权则根本地没有受偿的可能。共同债务人中的一人或数人被同时或先后宣告破产，债权人应当如何申报债权？对此，有所谓瑞士法主义、法国法主义和德国法主义的不同做法。我国宜采德国法主义。债权人逾期申报不宜绝对排除其债权，相对效力主义更符合我国当前实际。法院对债权申报所作的裁定，不具有如同生效判决般的实体确定力，利害关系人不妨启动诉讼程序求得最终的确定。笔者认为，我国现行破产立法在这个领域存在着较多的问题。比如说，债权人逾期申报债权是否就应当一概排除其债权的行使和效力？我国现行法就是这样规定的，但这一规定显有严苛性和绝对性的缺点，应当改变。此外，笔者认为，我国目前采取

的除斥债权立法例也应予改变。

### 第九章：债权人会议

除少数几个国家外，债权人会议在各国破产程序中均为必设的程序机构，债权人会议的程序运作事实上构成了破产程序的主体部分。各国对债权人会议的职权规定不尽相同，并由此确定了它同法院、破产管理人、破产人以及债权人委员会等程序主体的破产法律关系，破产程序的结构模式也基此奠定。我国破产法对债权人会议的职权设置，不仅范围过窄，而且不尽合理。将破产债权的审查权和确认权委诸债权人会议行使弊多利少，程序上和理论上也有诸多窒碍；将破产财产分配方案的讨论通过权赋予债权人会议行使，同破产清算组的职权难以协调。此外，确立债权人代表这样的程序组织以作为债权人会议的常设机构，也不失为完善立法的重要一环。笔者认为，债权人会议的职权应当采用诉讼原理和非诉讼原理相区别的方法论，重新科学设定；应当建立债权人代表作为对破产程序的监督机构，维护债权人的合法权益。此外，债权人会议的运作程序应当细化和具体化，不宜笼统粗而化之。

### 第十章：破产财产制度

破产财产与破产财团的概念辨析是我国学者提出来的独特课题。有所谓“完全差异说”、“部分差异说”和“等同说”的分野。笔者持“部分差异说”。但我国破产立法并无引进破产财团概念的必要。因为在汉语中，破产财产既可在集合的层面使用，亦可在具体的层面使用，一身而二任焉。破产财产系无生命之物，属客体范畴当无疑义，但近有学者新声夺人，提出主体说渐成有力说。此为笔者所不采。破产财产的范围乃由时间标准和空

间标准经之纬之。在空间标准宜采普及主义已如前述，其时间标准则以固定主义为发展趋向，膨胀主义几成绝响。将破产财产置于破产程序中作动态考察，法定财产、现实财产与分配财产等三大理论范畴相继凸现，其范围有别，机能各异。土地使用权、学校、医院、职工宿舍等福利性机构是否纳于破产财产供作分配？这是我国破产立法与司法中逼现而至的一大难题。对此，本文在破产财产的构成要件部分，力求从宏观与微观、原则与灵活、理论与实践等多维视角，给出解决问题的合理答案。笔者认为，在我国破产立法中，应当明晰破产财产的界限，并拓宽破产财产的内涵，将所有权、使用权以及其他用益物权等概念与含义均可纳入其中加以综合的规定。可以说，对破产财产制度的界定和规定将成为我国破产立法中具有特色的一个重要领域。

## 第十一章：破产管理人

破产管理人在我国称破产清算组。这是我国破产法独创的概念，它渊源于企业法中的“清算组”一语。在企业法中，清算组是专门设立的，对处于解散状态的企业进行清算的临时性机构。企业破产法使用此一概念，某种程度上反映了立法者对我国企业法人破产程序法律性质的认识 and 追求。这个概念尽管明白易懂，直观地表达了它在破产程序中的基本使命和应有功能，但是，它的内涵过于浅直和单一，难以涵盖破产法的多重功能，因而应当改用更加宽泛的能够包容现代破产法概念的新名称。外国破产法中对此种特殊机构的称谓不尽一致。英美法一般称之为“破产信托人”，大陆法一般称之为“破产管理人”，日本法则称之为“破产管财人”。笔者建议采用“破产管理人”这一说法。

## 第十二章：撤销权

撤销权最早缘起于罗马法上的“废罢诉权”制度，它首先在民法中发挥作用，嗣后逐渐扩及于破产法中，成为破产法上的重要制度。撤销权之在各国破产立法上的称谓并不尽一致，日本称之为“否认权”，德国称之为“取消权”，台湾称之为“撤销权”，英、美则称之为“否决权”。我国破产法采用“追回权”一语。笔者认为，这是破产法中一个极其重要的制度，我国破产法应予规定；至其概念名称，应当与民法上的相应制度保持一致，故仍宜称之为“撤销权”为妥。

## 第十三章：别除权

我国企业破产法中没有使用大陆法中“别除权”的名称，而是仿照英美法称之为“有财产担保的债权”。但破产法理论却深受大陆法的影响，普遍认同并使用了“别除权”的说法。应当认为，这两大概念形式地看各有可取之处，前者概括性强，富有特殊性；后者浅明易懂，内涵较为固定。笔者认为，我国破产立法中应当直接采用“别除权”一语。大陆法上的“别除权”，无论在内涵或者外延上，均有别于英美法上的“担保债权”，前者较诸后者是一个更为宽泛的概念。它不仅主要地包括“有财产担保的债权”，而且还包括“共有物上的负担债权”和由法律特别规定的其他享有别除权的债权。这就归结为：采用何种术语同立法的内容和体例是紧密相联的。

## 第十四章：追回权

破产人受破产宣告后，其财产即转由破产管理人全部接管。但在破产管理人接管之际，一方面对于破产人财产的法定范围并

不甚明了，另一方面又不可能在完全弄清后才开始实际地占有。有鉴于此种两难境地，破产法乃规定了依次发挥作用的两步骤：首先是概括占有制度，破产管理人据此可以自形式上占有为破产人控制的所有财产，以防止财产处于失控状态而散逸；其次是取回权制度，财产的所有权人或者支配权人据此可以将其财产自破产管理人的控制下取归己有。由此来看，取回权制度在破产法上所以有其必要，主要是为了维护取回权人的合法权益，同时确保破产财产法定范围的精确性和合理性。对取回权予以肯定和规制，是各国破产法的通例。我国破产法应当区分各种取回权的性质和情形具体地加以规定。

### 第十五章：抵销权

同破产人互负债务的破产债权人，在破产宣告作出后，即享有不依破产程序抵销其所负债务的权利，此即破产法上的抵销权。同别除权一样，抵销权究其本质而言，也属优先受偿权的范畴。我国现行破产法对此作出了规定，这一点是正确的，应予肯定。但是，虽然破产法上的抵销权在基本原理上乃渊源于民法上的抵销权，后者的一般规定，在与前者不相冲突的前提下，有着通常的适用性；但毕竟，前者对后者乃根据需要予以了加工和改造，融进了破产程序的特殊因素，从而使得二者之间产生了诸多差异。这些差异集中体现在对破产抵销权的限制和约束之上。这一点应当成为我国破产立法考虑的中心问题。

### 第十六章：破产和解程序

十九世纪末叶和解制度的崛起，可视为传统破产法和现代破产法之间的分水岭，破产程序的价值目标自此由一元走向多元。两大法系在和解程序立法例上的传统差异日渐缩小，立法的统一

化与和解前置主义的实行是其相互融合的理性归宿。在对各主要国家破产和解制度进行评介的基础上观照我国破产和解制度的诸项规定，不难发现，它有这样几大缺陷：即和解与整顿的联动性、和解分离主义的不彻底性以及和解条件的过于宽松化等。自然，克服这些缺陷便成为完善破产和解制度的直观选择。笔者同时指出，我国将来修订的统一破产法应当为各个破产主体设定统一的破产条件，而不宜区别对待。

### **第十七章：破产重整程序**

随着现代经济的整体化、社会化与规模化程度的日益提高，仅仅着眼于债务人偿债能力恢复的破产和解制度已被证明不敷实践所需，破产重整作为破产制度的又一创新乃应运而生。自此，清算、和解与重整便难解难分地融于统一的破产程序当中，破产概念的历史性转变趋于稳定。在法律渊源上，破产法、公司法或独立成法均已现实地成为各国规制重整程序的选择，我国目前可将它纳于破产法中作出统一调整。在理论层面，比较有内容可谈且值得一谈的乃是重整与其它相近制度的区别与关联。如果将重整与企业整顿、与清算、与破产和解、与法院外和解、与友好清理程序、与管理接管程序、与接管程序等制度程序的辩证关系解说清楚，对破产重整概念的界定和认识则庶几达于完整和明晰。笔者指出，我国修订的破产法应当注意使破产重整程序完全法律化和程序化，使之从行政整顿中分离出来，对它进行社会化和司法化双重改造。

### **第十八章：破产复权制度**

现代文明国家的破产法普遍实行破产无罪原则，竞相标榜破产不惩罚主义。从形式意义上说，这个命题殆可成立。但在破产

法渊源的实质层面，破产惩罚主义尚不能谓完全实现。因为，破产宣告一经产生法律效力，债务人遂变为破产人。破产人所承受的破产法律后果是双重的：一是破产法自身对破产人设定的法律后果。例如，破产人丧失对破产财产的管理权和处分权。二是破产法以外的其他法律法规对破产人设定的法律后果。这两种法律后果尽管同产生于破产宣告生效之时，但是，蕴含其中的立法理由和宗旨，以及解除或消失的时间是不一样的。前者是为了保证破产程序公正和顺利的进行，以及维护破产财产的安全性。破产程序一旦结束，其目的即已达到，破产人所受的各种限制便无继续存在的必要，因而自动解除。后者的设定与破产程序的进行无关，而是考虑到破产人在破产程序之外以及破产程序结束后应当受到怎样的限制和束缚，才不致影响社会公益、交易安全和公序良俗等。其原因，部分在于破产人所以破产，肯定有其经营能力、管理水平或者经济信誉上的不足，严重的，甚至还在破产前后掺杂有不诚实的、诈害的、偏颇的、不正常的行为。因而，破产法以外的某些公、私法基于其规范的权利义务特性，规定破产人在一定期限来到之前，或者在一定的事实发生之前，在社会领域、经济领域、政治领域乃至家庭关系领域，不得像正常人一样从事商业活动，担任社会公职、实施民事行为等。这就是破产法上的失权效果。这一效果反映在制度层面，便是所谓破产人的权利、资格限制制度。但是，现代社会的文明观念和人道观念要求，这种限制或失权效果不能一直延续下去，而应有一个终结的时候。这种终结过程的完成，便是由复权制度来体现和保证的。失权是复权的前提，没有失权，复权便无从谈起。这一非经济性的、无形的法律效果连同经济性的、有形的法律效果，一起成为债务人尽力避免沦为破产人的内在动因。笔者认为，我国破产法应当对复权制度作出明确、系统的规定。



## 第十九章：企业破产法的修改与完善

企业破产法的修改正在进行当中，如何使修改后的破产法适应不断深入的体制改革的需要，是一个必须要做而且要做好的历史性课题。笔者在分析现行破产法存在的诸多缺陷后指出，修改企业破产法在技术层面上应当坚持如下原则：即全面修改的原则、与国际惯例接轨的原则、多功能并进的原则、克服“破产难”的原则。在实质层面上，应当坚持破产程序司法管理原则、程序公正原则、兼顾债权人利益和债务人利益的原则以及效率原则；等等。在破产立法中，应当着重解决以下问题：即扩大破产法的适用范围，建立统一的破产法法典；撇清行政干预因素，实现破产机制的法律化和规范化；理顺和解与整顿的关系，实现两种制度的独立化和并行化；缩短办案时间，提高办案效率；增设简易程序；增设债权人代表与和解监督组等特殊机构；全面系统地规定破产犯罪；增加复权制度等等。

## 第二十章：对《企业破产法（试行）》的逐条评析

为了更有针对地进行破产法的修改，笔者认为，应当对我国现行破产法进行逐条解释和分析，并指出其弊端，提出每条的修改意见以及存废意见。这方面的研究目前看来尚不够充分。为此，本书作出了尝试。其目的仅在于：在承认法的继承性的基础上，为新法的出现做一些反思和剖析过去的工作。这项工作，无疑是整个破产法修订工程中的有机组成部分。

## 第二十一章：全面修订我国破产法律制度的若干重要问题

我国现行破产法在内容上显得过于简陋和粗放，缺乏可操作性，有许多重要的破产程序和破产制度均付诸阙如。而且，随着