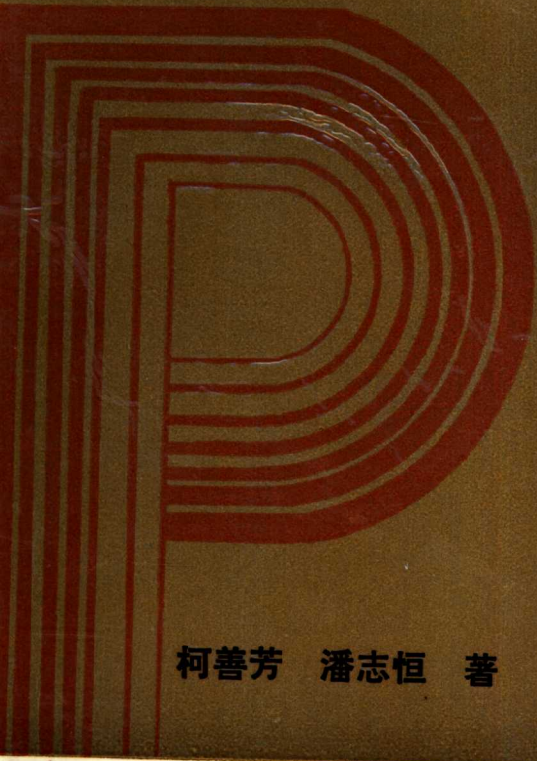




柯善芳 潘志恒 著

破產法概論

广东高等教育出版社

CFGL

破产法概论

柯善芳 潘志恒 著

广东高等教育出版社

23
286870
m2

责任编辑 杨明新

破 产 法 概 论

柯善芳 潘志恒 著



广东高等教育出版社出版

广东省新华书店经销

广东省佛冈县印刷厂印刷

787×1092毫米 32开本 14印张 300千字

1988年5月第1版 1988年5月第1次印刷

印数1—11000册

ISBN7-5361-0096-5/D·10

定价 3.40元

序

《破产法概论》一书即将出版，它是我国建国以来第一部介绍破产法的专著。这是一件十分值得庆贺的事！它对我们当前的法学理论建设、法制建设以至社会主义现代化建设都有着积极的意义。

我拜读了全书的原稿，深受启益，愿将所思所得提供广大读者参考、交流，批评指正。

（一）赵紫阳同志在“十三大”后答记者问题时说，今年全国人大会议后将可能通过和颁布工业企业法。该法实施三个月后，企业破产法将正式试行。《破产法概论》一书在这样的时候出版，对企业破产法的试行无疑将起积极的推波助澜的作用。

（二）“破产法姓‘资’，是资本主义社会允许大资产阶级‘大鱼吃小鱼’的剥削阶级法律”，“社会主义岂能容许破产？”这是较长一段时间以来人们之间存在的一种片面观点。其实，社会主义及其法律要建立在社会发展的客观规律之上，资本主义的法律也有和不得不有反映客观规律性的方面，是有着它们之间不可切断的科学连续性即批判继承性的。

破产法作为一部完整的法典，它的产生、形成与发展为商品经济及其规律所决定。商品经济的基本规律，一是价值规律，二是竞争规律。竞争的实质内容就是优胜劣汰，劣汰的结果主要表现为经营管理上的“破产”和这种关系的法律

化、制度化。不许破产，劣汰的竞争不是真正的竞争，它不可能促进商品经济按规律地健康和顺利地得到发展。基于此，我深深敬佩党和国家领导人的谋略胆识和英明决策，也对作者的智慧和努力深表敬意。本书作者参考了二十多部国内外关于破产法的专著（中外文本），二十多个国家（或地区）的破产法，以大量资料、从不同角度论证和说明了制定我国破产法的必要性——历史趋势与现实基础；并对不同国家、不同法系、不同学派的观点进行比较研究，析其异同，判其优劣，取其精华，觅其真谛，系统而全面地介绍了破产法的历史、基本理论、基本概念和基本知识。这不但为我国破产法的实施鸣锣开道，为其服务，还起到理论研究“突破禁区”、“填补空白”、“繁荣研究”的作用。

（三）破产法“难产”，即使“产”了以后也仍免不了由于种种缺陷而引起“阵痛”，要不断完善，然而却又不能不“产”。这也是规律。当代社会不仅资本主义国家制订了破产法，并建立了破产制度，社会主义国家例如南斯拉夫、波兰、匈牙利等，从敌视到否定到承认，也都逐步的建立起或正在完善着各自的破产法律制度。制订与完善破产法的困难在于，要把“破产”这一被视为“坏事”的社会现象转化为好事，需要深入理解与掌握客观存在的辩证法则。美国联邦破产法曾四次废立，日本破产法同其商法从起草到正式公布实施经历了十七年之久。我国企业破产法制定过程中的争议看来仍是较少的，可以预见在实施以后也还会有争议，要不断完善。本书对我国企破产法的优点和不足，大胆的进行了探索，提出了看来是十分中肯的评价，还对各国破产法理论研究与实际推行中争论较大的问题发表了不同的看法。它对开展破产法的理论探讨，有重要的学术价值，对进一步健全

我国企业破产制度，也很有好处。

(四) 本书的两位作者都是青年作者，现均在实际工作部门从事实际工作。柯善芳同志是中山大学 1984 年干部专修科毕业生，潘志恒同志是厦门大学 1986 年获硕士学位的国际经济法专业的研究生。他们的探索、开拓和创新精神，正如“十三大”报告中所指出的，是“我们的理论和事业不断发展的希望所在”。把实际工作与理论研究结合起来，这种表率作用，是值得一提的。借此寄望于广大中青年实际工作者们也都大胆的拿起笔来，参加到探索、开拓、创新的行列中去。人民在盼望！国家在盼望！党在盼望！落后了的我国法学和社会主义法制建设十分需要！

本书的出版基本上仍是处女地上的处女作，不完善之处是在所难免的。看来主要是理论的阐述上仍要提高。马克思说过这样一句话，完善总是相对的，一个人只有至死时才有可能说他达到了完善。（大意）

预祝《破产法概论》一书出版发行成功！

吴世宦

1988年1月于中山大学法律系

目 录

序.....	(1)
--------	-------

第一编 总 论

第一章 破产与破产法概述.....	(2)
第一节 破产.....	(2)
第二节 破产法.....	(8)
第三节 破产制度的沿革.....	(14)
第二章 我国企业破产法的制定及其意义.....	(24)
第一节 企业破产法的制定.....	(24)
第二节 制定企业破产法的必要性.....	(32)
第三节 企业破产法的可行性.....	(38)
第四节 我国企业破产法的特点.....	(43)
第三章 企业破产法的总则.....	(48)
第一节 企业破产法的指导思想.....	(48)
第二节 企业破产法的适用范围及有关问题.....	(52)
第三节 企业破产法的基本原则.....	(57)

第二编 程序论

第一章 破产程序的开始.....	(66)
第一节 破产程序概说.....	(66)
第二节 破产程序开始的要件.....	(69)

第三节	破产申请的提出.....	(88)
第四节	破产案件的受理.....	(93)
第二章	破产宣告.....	(107)
第一节	破产宣告的原因及种类.....	(107)
第二节	破产宣告的效力.....	(112)
第三章	破产程序中的特别机构	(123)
第一节	破产程序中的特别机构概说.....	(123)
第二节	债权人会议.....	(124)
第三节	清算组.....	(137)
第四章	破产财产的分配及破产程序的终结.....	(148)
第一节	破产财产的分配.....	(148)
第二节	破产程序的终结.....	(155)

第三编 实体论

第一章	破产财产.....	(160)
第一节	破产财产概述.....	(160)
第二节	破产财产的构成.....	(167)
第三节	与破产财产有关的理论问题.....	(167)
第二章	取回权.....	(173)
第一节	取回权概述.....	(173)
第二节	取回权的分类.....	(178)
第三节	特别取回权.....	(181)
第三章	破产债权.....	(184)
第一节	破产债权的构成.....	(184)
第二节	破产债权的种类及算定.....	(188)
第三节	连带之债所生之破产债权.....	(190)
第四节	不得为破产债权的债权.....	(195)
第五节	破产债权的顺位及行使.....	(198)

第四章 别除权 (有财产担保的债权)	(202)
第一节 别除权的概述	(202)
第二节 别除权的构成	(205)
第三节 别除权的行使	(207)
第五章 抵销权	(210)
第一节 抵销权的概述	(210)
第二节 抵销权的构成及行使	(212)
第三节 抵销权的扩充与限制	(215)
第六章 破产费用 (财团债权)	(220)
第一节 破产费用概述	(220)
第二节 破产费用的范围	(223)
第三节 破产费用的拨付与顺位	(227)
第七章 追回权	(230)
第一节 追回权概述	(230)
第二节 追回权的构成及其范围	(234)
第三节 追回权的行使、效力及消灭	(238)

第四编 和解与整顿

第一章 概 说	(242)
第一节 和解与整顿的定义	(242)
第二节 和解与整顿制度产生的历史背景	(247)
第二章 我国和解与整顿制度的特点	(252)
第三章 和解与整顿程序之开始	(257)
第一节 和解与整顿程序开始之要件	(257)
第二节 和解与整顿程序开始之效力	(262)
第四章 整顿方案的制订与实施	(265)
第一节 整顿方案的制订	(265)
第二节 整顿方案的实施	(268)

第五章	和解和整顿的程序终结·····	(269)
第一节	和解与整顿程序终结的原因·····	(269)
第二节	终结和解和整顿程序的方法和结果·····	(271)

第五编 罚 则

第一章	罚则概说·····	(274)
第二章	刑事处罚·····	(276)
第一节	破产犯罪概述·····	(276)
第二节	诈欺破产罪·····	(282)
第三节	过怠破产罪·····	(287)
第四节	渎职破产罪·····	(291)
第五节	破产犯罪的其他种类·····	(295)
第六节	与破产罪名、刑罚有关的问题·····	(299)
第三章	行政处分·····	(302)
第四章	经济处罚·····	(307)

附录:

一、〔波兰〕关于改善国营企业的经营及其破产的法律·····	(309)
二、香港破产条例·····	(318)
三、日本破产法·····	(371)
后 记·····	(433)

第一编

总论

第一章 破产与破产法概述

第一节 破 产

我国古代封建社会，没有“破产”一词。《后汉书·齐武王绩传》虽有“倾身破产，交结天下雄俊”之说，但这里的破产，是指拿出自己全部家财，去从事某种活动，与我们现在所说的破产，是内容完全不同的两个概念。到了近代，才从拉丁语中引进了“破产”概念。拉丁语的原文fallitux，是指“失败”的意思。而我们日常所说的破产，包含着两个方面的意思：一是指做某件事或者实现某个计划的“失败”；一是指经济活动到了不能继续维持下去的状态，即经济活动的“失败”。这两个方面的意思，实际上都是拉丁语中破产一词的具体运用。而作为法律概念的“破产”一词，当然是指经济活动的“失败”，它也包含了两种情形：一种是指，负债超过资产，因“资不抵债”而不能清偿债务，这叫事实上破产，或称为真正破产。另一种是指，债务虽仍未超过资产，但不能以足够现金支付到期债务，必须以部分固定资产变卖为现金才能清偿，倘若如此，其经营活动则无法继续维持下去，因此而被宣告破产，称为法律上的破产。

既然现实生活中确实存在着经济活动中的破产（失败）

现象，为维护整个社会的正常经济秩序，保护债权人的合法利益，也使债务人得以摆脱经济困境，就需要有一个特别的强制程序。因此，破产法应运而生。

一、破产法中的破产概念

在这里，破产是指债务人不能清偿到期债务时，为保护多数债权人的利益，使之能得到公平满足的一种诉讼程序。破产法中的破产概念，具有以下特征：

（一）债务人不能清偿到期债务，这是从债务人的经济活动状态来考察破产的特征。所谓“不能清偿到期债务”，是指债务已到期，但债务人不能清偿。所谓“清偿”，是指全部偿还，而不是部分还清。债务人只能偿还个别或部分债务时，不能认为有“清偿”能力，只有能还清全部债务时，才能视为有“清偿”能力。因此，清偿是相对于全部债务而言的，而不是指个别或部分偿还。所谓“不能”，是指不具有偿还能力。无偿还能力在客观上表现为：债务人既无现金支付到期债务，也无相当资产作抵押获取款项用于还债，又丧失信用无力借新债还旧债。在主观上表现为：债务人明确的表示，对已到期债务将持续地不能支付。若暂时资金周转不灵不能支付，或者因一时遗忘未能及时支付，不能视为债务人主观上已明确表示无清偿能力。所谓“到期债务”，是指债务已到了支付的期限。债务尚未到应支付的时间，即使债务大于债务人的资产，也不能对其宣告破产。如某企业向银行贷款一百万元，五年后还本息，而该企业头两年经营不佳，略有亏损，其资产已不足一百万，但仍能支付到期债务，此时，则仍不能以其“资不抵债”为由，宣告破产。有的国家以债务人“资不抵债”为破产界限，在我国企业破产法制定过程

中，也有人主张采用“资不抵债”作为破产界限。^①但正式颁布的《中华人民共和国企业破产法〈试行〉》（以下简称企业破产法），摈弃了这一主张，而采用“不能清偿到期债务”为破产界限。

（二）存在两个以上（即多数）的债权人，这是从破产制度产生的必要性来考察破产的特征。破产以存在多数债权人作为前提，如果只有一个债权人，只须采用一般民事执行程序即可清偿债务。当存在多数债权人时，如果仍采用一般民事执行程序，就会出现债权人对债务人的财产竞相请求执行的情形。捷足先登的债权人就有可能得到全部或大部分偿还，后者则只能部分偿还或根本无所偿还，这既违背了法律的公平原则，也势必会引起债权人之间的争讼，危及社会经济秩序的稳定。这就需要有一个有别于一般民事执行程序的特别执行程序，来调整债权人之间以及债权人与债务人之间的法律关系。而破产程序，一方面禁止债权人之间竞相请求执行，防止债务人厚此薄彼的个别清偿；另一方面强制执行债务人的全部财产，按一定的比例分配给债权人，使之得到公平的满足。这既维护了法律的公平原则，保护了债权人的合法权益，也有利于社会经济秩序的稳定。因此，建立破产制度十分必要。

（三）使债权人得到公平满足，或者说使债务得到公平的偿还，这是从建立破产制度的目的来考察破产的特征的。所谓“公平满足”，是指将债务人的财产，按照一定的程序和

^①见《法学研究》1984年第五期，刘晓星：《论建立我国企业破产制度》；《法学季刊》1985年第三期，王河：《建立符合我国国情的破产制度》。

比例，公平合理的分配给各债权人；当只能部分偿还时，不能清偿部分，也由各债权人共同分担损失。这正是破产法于十三世纪在意大利商业城市诞生时的最初目的。

（四）破产法中的破产是处理破产事件的一种诉讼程序，这是从事物的性质来考察破产的特征的。所谓“诉讼”，是指法院和债权人、债务人及清算组等诉讼参与人为解决破产案件所进行的一切活动。从破产申请到破产宣告，从债权登记到财产清理，从破产分配到破产终结的诉讼活动，无疑应遵循一定的程序。简言之，破产法中的破产，是依照一定程序处理破产事件的诉讼活动。

理论界有称破产为“事件”^①的，也有称为“程序”^②的，还有称“制度”^③的。从经济活动状态来说，破产当然是指发生了“资不抵债”或者不能清偿到期债务的事件。但是，破产法中的破产不是仅仅表明债务人经济活动状态的一般意义上的破产事件，而是包含着处理一般意义上的破产事件在内的诉讼活动。因此，我们在使用这一概念时，应该有所区别。至于程序，有诉讼程序和非诉讼程序之分，破产清算程序是一种诉讼程序，公司解体的清算程序是一种非诉讼程序。“程序”之说，是指前者呢，还是指后者？似乎不够明确。我们认为，破产是一个诉讼事件，破产程序应该是一种诉讼程序，而不是非诉讼程序。破产，是债务人不能清偿到期

①曹思源《破产的含义及破产法的基本作用》1986年9月17日《中国法制报》第三版。

②江平《西方国家民商法概要》。

③日本大阪市立大学教授 崎稜《企业的倒闭》，见《法学评论》1985年第2期。

债务；又存在多数债权人时，为使各债权人到得公平满足而建立起来的法律制度。因此，在一般情况下，说破产是一种法律制度，无懈可击。而在这里，我们认为，说破产是一种诉讼程序较之“制度”更为确切一些。

二、与破产有关的概念

（一）破产与清算。清算，有破产清算、一般清算和特别清算之分。对债务人宣告破产后，由法院选任清算人（亦称清算组、破产管理人等），负责破产财产的保管、清理、估价、变卖及分配，称为破产清算。破产，常称为破产清算。事实上二者是有区别的，破产一般指破产程序的全过程，而破产清算只是破产程序的一部分。但是，这一程序的终结，却标志着整个破产程序的结束。商店停止营业、公司解散时，对财产进行清理，以了结未完成的业务，收取债权，清偿债务，并移交剩余财产，称为一般清算。一般清算与破产清算均需依一定程序进行。但是，正如前述，一般清算是在当事人之间进行的一种非诉讼活动，故属于非诉讼程序；而破产清算却是在法院主持下，在诉讼参与人的参加下，为解决破产事件所进行的诉讼活动，故属于诉讼程序。股份有限公司进入清算程序的后阶段，发现资不抵债，理应适用破产程序时，依债权人之间的协商，采用简易的方法进行清算，称为特别清算^①。特别清算需要在法院的监督下进行，它介于一般清算程序与破产清算程序之间，因此，其性质二者兼而有之。

（二）破产与和解。和解又叫和议，是指债务人不能清

^①与第4页第③上注释同。

偿到期债务时，为避免解体性清算，提出减、免、缓还债务的方法和条件，与法定多数债权人达成和解协议，并经法院认可后，强制少数不同意和解的债权人执行，所以，这样的和解又叫强制和解。和解协议达成，破产程序即中止；和解协议完全履行，破产程序终结。若债务人不履行和解协议或有欺诈破产行为，和解程序废止，破产程序则继续。和解分为强制和解与一般和解两种；以上介绍的强制和解，实际上是破产法中的和解；一般和解，则是指和解法上的和解，如德、日等国除在破产法中规定强制和解程序外，还单独制定了和解法。一般和解，在和解协议得到认可后，程序就终结，和解条件的履行离开法院监督而委于当事人，和解的实效得不到保证。因此，一般和解的实质是无确定效力的私解。但无论是强制和解还是一般和解，都是为矫正破产的严酷性而设立的一种预防破产制度。

（三）破产与整顿。整顿又称为整理或重整，是指濒临破产的企业，为避免破产清算，而制定企业振兴计划，与债权人达成和解协议，经法院认可，强制利害关系人与其合作，以求得企业的复兴与续存的制度。破产清算导致企业解体，大批职工被解雇，给社会经济造成破坏。整顿避免企业解体消亡，给了濒临破产的企业最后一次挽救机会。因此，整顿与和解一样，是为矫正破产的严酷性而设立的预防破产制度，所以，各国立法都十分重视。有的国家将整顿规定在破产法中，如我国试行的企业破产法和美国联邦破产法；有的将它规定在公司法中，如英国；还有的另立单行法规，如日本。预防破产制度，越来越受到各国立法的重视，这是因为它对破产制度起到限制和补充作用，因而更有利于现代经济发展的需要。