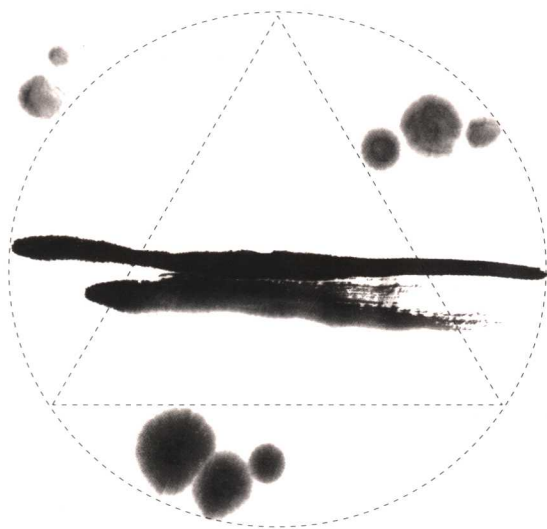


谢俊林 / 著

中国破产法律制度专论

ZHONGGUO POCHAN FALU ZHIDU ZHUANLUN



人民法院出版社

谢俊林 / 著

中国破产法律制度专论

ZHONGGUO POCHAN FALU ZHIDU ZHUANLUN



人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国破产法律制度专论/谢俊林著. —北京: 人民法院出版社, 2005. 7

ISBN 7-80217-055-9

I. 中… II. 谢… III. 破产法-研究-中国
IV. D922.291.924

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 069219 号

中国破产法律制度专论

谢俊林 著

责任编辑 胡玉莹

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号(100745)

电 话 (010) 85250565 (责任编辑) 85250516 (出版部)
85250558 85250559(发行部)

网 址 www.courtpress.com

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 890 × 1240 毫米 A5

字 数 320 千字

印 张 11.875

版 次 2005 年 7 月第 1 版 2005 年 7 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80217-055-9

定 价 25.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

念之中。破产法律制度的理论研究在我国较长一个时期里，是一个十分陌生的领域。

市场经济是法治经济。改革开放以后我国推行市场经济体制改革，与市场经济法律相伴生的破产法律制度亦破土而出。目前我国的经济体制改革正逐步深入，市场经济体系已经初步确立，而且正在不断地完善中。然而，无论是立法还是司法实践，当前中国破产法律制度的客观现实都不容乐观。在从计划经济向市场经济转型的过程中，行政权力约束日趋松弛，然而市场经济的商业信用约束尚未能有效形成。中国破产法律制度的问题并非是单纯的法律制度内的问题，根本上反映的是中国市场经济体制建立、改革过程中新旧经济体制交替、变化而产生的矛盾、困惑、难点。这些矛盾、困惑、难点聚焦在破产领域，便体现为一个相互完善的、能够基本适应市场经济发展的破产机制难以形成，相反却让一个纵横交错的庞杂的破产制度体系大行其道。冷静地反思这种制度体系的形成、实施及影响，是十分必要的。

随着经济日益全球化，破产法律制度标志着一个法域的经济信用程度，并且影响该法域的经济的发展。同时，我国新破产法的出台已经指日可待。新的统一

的破产法将结束目前我国实行的两套并行的破产制度，这将对我国当前市场经济的进一步发展起到推动作用。伴随着经济全球化浪潮的冲击，尤其是在中国加入WTO以后，可以预见的是，中国的破产立法将会得到更长足的发展。在这个过程中，破产法的理论研究的深入是极为重要的。如果一个法律的设立及发展不能够从其内在理论上说服人，这无疑会对这个法律的理论生长及其实践运作造成致命缺陷。

《中国破产法律制度专论》集中研究了中国破产法律制度的形成、实施、改革过程及趋势走向。这种独特的学术研究的视野，是跟著者谢俊林同志的学术背景和工作经历分不开的：谢俊林同志早年毕业于中山大学法学院，后留学于英国伦敦大学，这种中西结合的学术背景使她以一种更冷静、淡定的学术研究态度去研究中国破产法律制度；并且她长期以来从事企业法律业务的实务工作，这使她对破产法律制度的重要性有直接的深刻体会和更敏锐的触觉。《中国破产法律制度专论》不是一部大部头的著作，但能以瞩目的特色，为破产法理论的研究园地增添一片新绿，尽管它还会有不足之处，但不会妨碍它成为广大读者的良师益友。

我赞赏著者在繁忙的工作之余，还不断深入学习、读书以提高自己，笔耕以启迪他人，庆贺之余，聊志数语，以向读者推荐。同时，我衷心地希望有更多的学术界、实务界的同行和朋友来关注我国破产法律制度的研究，以促进这个领域的不断完善、发展。

是为序。

端木正

2005年5月

* 中山大学法学院教授、常设仲裁法院（海牙）仲裁员、原最高人民法院副院长。

自序

中国的破产制度研究在中国理论界和实务界并非一个新兴的研究课题。中国已经有很多理论界和实务界的人士对破产问题进行了较为深入的探讨，并提出了各种政策性的建议，尤其是集中在对现行破产法存在的弊端评价方面以及对破产法具体规定修改的建议方面。

一部试行的国有企业破产法早在1986年通过，但却在此后的几年中很少得到实行，相反，由法律、行政法规、地方性法规、部门规章、地方政府规章和司法解释等组成的一个纵横交错的庞杂的制度体系却大行其道。目前，国内已有的对中国破产制度的研究成果虽汗牛充栋，但关于对中国企业破产制度形成的原因、形成过程中的影响因素、改革趋势走向的理性分析却鲜有全面、独到的论述。

马克思曾深刻指出：“只有毫无历史的人才不知道，君主们在任何时候都不得不服从经济条件，并且从来不能向经济条件发号施令，无论是政治的立法或市民的立法，都只是表明和记载经济关系的要求而已。”我们“不应忘记法也和宗教一样是没有自己的历史的”，法只是表达一定的社会关系的要求而已。也正如社会学法学家庞德指出：“法的任务和职能就是通过调整关系和安排行为的各种方式，使其在最少的阻碍和浪费的情况下给予整个利益方案以最大的效果。”笔者认为，作为对中国破产法律制度的研究，制度层面的研究（包括对现行

破产法律制度的条文分析、实施效果等方面)无疑是重要的,而对破产法律制度的形成、实施、改革过程进行深入的研究探讨将能更进一步地有助于加深对中国破产制度的研究。特别是在比较法视野的研究中,不仅要了解外国破产法的制度规范本身,还应当考察该法实施的社会经济背景,实施效果如何,放在中国会怎样。从各国之间在破产制度方面的借鉴情况来看,也没有哪个国家是完全照搬别国经验。只有加强对本国国情的研究,才能创造有中国特色的破产制度。而且,破产法实施的效果并不仅仅在于其本身规则的具体与否,更重要的是,它是否能与相关法律制度协同运作,比如,破产法实施过程中的一个突出问题是职工安置难,这就需要有一套完善的社会保障制度。研究破产制度应把它作为相关法律体系中的一节链条,关注法律整体效应的实现。

本书将集中研究中国破产制度的形成、实施、改革过程。在本书中,笔者通过回顾对中国破产法律制度的沿革,梳理目前破产法律制度框架的形成原因,结合变化中的制度内、制度外两方面环境对中国破产制度的实施情况及存在的问题进行动态的分析,阐明其面临的各种挑战,最后通过对新破产法草案的分析说明中国破产制度的改革方向并提出自己的建议。笔者希望能提供一种研究中国破产法律问题的崭新视角,为那些对在中国建立健全的金融和企业部门感兴趣的人们就有效破产制度的重要作用和实施情况及其将来在中国的发展提供新的视角和观点;而且中国破产制度的经验将能够为其他发展中国家——尤其是亚非拉国家——的破产制度的发展提供一种有益的借鉴的作用。

在破产程序的进行过程中,是否能够对破产财产的公平、科学的管理和处分,是使整个破产程序能否得以顺利进行的关键。在管理和清算破产财产的过程中需要在法院、债权人和破

产人之间寻找一个平衡点。因此，专门设立一个管理破产财产的机构，即破产管理人，是进行破产程序的必要要求。可以说，整个破产程序是以破产管理人作为中心而推进的，破产管理人在破产程序中发挥着至关重要的作用。然而，从严格意义上讲，我国尚未建立真正的破产管理人制度。笔者长期以来从事企业法律业务的实务工作，对破产管理人制度的重要性有直接的深刻体会。因此，笔者对中国破产管理人制度的建立给予了特别的关注，并进行了详尽的比较分析、研究。笔者认为，应该从我国的具体情况出发，借鉴外国的相关规定，建立完善的我国破产管理人制度。

笔者希望此书能够对中国破产法的理论研究有所裨益。必须承认的是，受时间和精力所限，加之能力有限，随之研究的深入，笔者愈来愈产生心有余而力不足的感觉。因此，虽然笔者已经尽自己的最大努力，但错误疏漏之处仍恐难免，敬请读者不吝指正。

谢俊林

2005年夏季于广州

目 录

绪 论	(1)
-----------	-----

第一部分 中国破产法律制度的历史沿革

第一章 1978 年以前中国破产法律制度的历史沿革	(14)
---------------------------------	------

第一节 中国历史上首部破产法	(15)
----------------------	------

第二节 中华民国(1912~1949 年)的破产 法律制度	(22)
--	------

第三节 中华人民共和国 1978 年以前的破产 法律制度	(27)
---------------------------------------	------

第二章 中国的经济、法律体制改革与新中国的

第一部破产法	(33)
--------------	------

第一节 中国的经济体制改革	(33)
---------------------	------

第二节 中国相关的法律体制改革	(37)
-----------------------	------

第三节 新中国的第一部破产法	(44)
----------------------	------

第三章 中国现行破产法律制度的基本框架

及其形成原因	(58)
--------------	------

第一节 现行中国破产法律制度的基本框架	(58)
---------------------------	------

第二节 市场经济的发展:决定破产法律 制度不断的变化	(62)
-------------------------------------	------

第三节 “中国特色”的法制建构过程:法律 与现实的差异	(74)
--------------------------------------	------

第四节 破产法律制度的实践与中国破产法律制度不断的变化	(81)
-----------------------------------	------

第二部分 中国现行破产法律制度存在的问题及挑战

第四章 中国现行破产制度存在的问题及

挑战之一:法律问题	(90)
-----------------	------

第一节 立法模式	(91)
第二节 破产申请与受理	(96)
第三节 债权人会议	(110)
第四节 和解和重整	(112)
第五节 破产宣告	(118)
第六节 破产财产	(120)
第七节 破产债权	(125)
第八节 别除权	(127)
第九节 破产责任	(128)

第五章 中国现行破产制度存在的问题及

挑战之二:外部因素	(134)
-----------------	-------

第一节 破产企业职工安置	(135)
第二节 银行不良资产	(142)
第三节 企业逃废债务	(154)
第四节 破产机构的作用与能力	(158)

第六章 中国现行破产制度存在的问题及

挑战之三:WTO 与经济全球化的要求	(162)
--------------------------	-------

第一节 WTO 和经济全球化对中国社会的冲击	(163)
第二节 WTO、经济全球化背景下中国破产法律制度面临的要求	(170)

第三节	中国破产法律制度应有的回应措施	(175)
第四节	WTO、经济全球化背景下的 中国的跨界破产法	(179)
第三部分 改革中的中国破产法律制度		
第七章	《中华人民共和国企业破产法(草案)》	
评析		(198)
第一节	新破产法草案简介	(199)
第二节	新破产法草案的若干重大改革	(201)
第三节	新破产法草案存在的若干问题	(214)
第八章	改革中的中国破产制度及其发展前景	(229)
第一节	相互作用中的中国市场经济与 破产制度	(229)
第二节	中国破产制度的立法思路	(233)
第三节	展望:改革中的中国破产制度	(236)
第四部分 破产管理人制度研究		
第九章	破产管理人的法律地位之探析	(259)
第一节	国外有关学说述评	(260)
第二节	我国现行《企业破产法》的破产 清算组的法律地位	(268)
第三节	我国破产管理人的法律地位之思考: 破产管理人职业化	(273)
第十章	各国破产管理人制度之比较研究	(283)
第一节	破产管理人的立法例	(284)
第二节	破产管理人的选任	(286)
第三节	破产管理人的职责范围	(298)
第四节	破产管理人的监督机制	(308)

第五节	破产管理人的报酬与责任制度	(312)
第十一章	我国破产管理人制度之构建	(320)
第一节	我国现行破产管理人制度存在的缺陷 ...	(320)
第二节	我国新破产法草案关于破产管理人 制度的规定评析	(331)
第三节	对我国破产管理人制度的构建之 设想	(341)
结 语		(365)

绪 论

从《中华人民共和国企业破产法（试行）》颁行至今所历经的是中国社会巨大变革的 19 年，其剧烈程度相信使置身其中的每一位中国人都难以忘怀。在市场机制对资源进行基础性配置的前提下，“无形之手”促使企业优胜劣汰，使资源向更有效率的生产部门流动。在竞争机制的作用下，企业破产是合乎市场规律的结果，破产法律制度作为一种制度安排，被立法者设计成为市场主体新陈代谢过程中各利益相关者所必须遵守之游戏规则。当今中国作为 WTO 成员已经融入到世界经济体系之中，法律制度作为“游戏规则”，已经不再游离于企业运行之外，《破产法》作为企业运行之规则对国民经济运行的影响是不言而喻的。

一、破产的法律涵义及其法律特征

（一）破产的法律涵义

在不同的国家和地区，人们对“破产”的法律涵义存在不同的理解。例如，我国台湾地区的法律教科书中将“破产”定义为：“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，为解决这种困难状态，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。日本《法律学小词典》中破产是“债务人不能清偿到期债务时,以将债务人所有财产公平清偿给所有债权人之目的审判上的程序”。^②英国的《牛津法律大词典》将破产定义为“政府通过其为此目的而任命的官员取得债务人的财产,从而将其变卖,并且通过优先请求及优先顺序把债务人的财产按一定比率分配债权人”的“一种程序”。^③

中国破产制度中的“破产”作为法律上的用语,有实体和程序两重意义^④。前者指债务人不能清偿到期债务时所处的财务状态^⑤。该状态既可指资不抵债即“债务超过”,也可指虽然资产大于负债,但因资金周转不灵,以致陷于停止支付的境地。后者是指债务人不能清偿到期债务时,为满足债权人正当合理的要求,就债务人总财产进行的以清算分配为目的的审判程序^⑥。中国现行《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。《中华人民共和国企业破产法(试行)》第3条也作了类似的规定:“企业因经营管理不善造成严重亏损,不能清偿到期债务的,依照本法规定宣告破产。”有中国学者认为,“当债务人不能以其财产清偿债务

① 见陈荣宗:《破产法》,三民书局,第9页。

② [日]《法律学小辞典》,有斐阁1982年版,第76页。

③ 《牛津法律大辞典》,光明日报出版社1988年版,第81页。

④ 齐树洁主编:《破产法研究》,厦门大学出版社2004年版,第1页。

⑤ The fact of being financially unable to pay one's debts and meet one's obligations. See Black's Law Dictionary, West Group, 1999, p. 141.

⑥ 中国有学者认为,今天为人们所使用的破产一词不仅指一种经济上的事实状态,也意味着一种法律上的地位。经济层面的破产是对债务人实际境况的客观描述;法律上的破产则是人们为解决经济的破产现象而主观设立的法律制度,以破产立法的存在为前提,要经过当事人申请、法院受理等必经程序才能进入。见王欣新主编:《破产法》,中国人民大学出版社2002年版,第6页。

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

笔者认为，破产作为一种法律制度，既具有程序法的性质，也具有实体法的性质；是两者兼具的一种特殊的法律制度。将实体与程序的两层含义结合起来，破产的涵义应该是：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

破产作为一种经济现象，是商品经济条件下市场竞争的必然产物；而作为一种法律制度则是对这种社会现象的特殊调节手段，是在体现对债务人救济的同时，为贯彻债权人平等原则而设定的一种司法上的特殊偿债程序。详言之，破产具有以下法律特征：

第一，破产是一种特殊偿债手段。与一般偿债不同的是，破产是以债务人的全部资产作为偿债基础的特殊清偿手段。债务人以其全部资产一次性偿债，并因此而丧失（或在一定期限内丧失）其主体资格，这是破产最直观的特征。

第二，破产是在特定情况下所运用的偿债手段^②。适用破产程序偿债必须有法定的事实前提。对这种前提的规定，各国

^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 近几年来中国不断地出现大型的破产案件。例如，见杨巍：“庆阳卷烟厂破产的背后”，载《人民法院报》2001年12月12日B4版（1998年5月甘肃省庆阳卷烟厂破产案，该厂拖欠银行贷款1.4亿元）；见“广东国际信托投资公司破产案”，载《最高人民法院公报》2003年第3期；等等。