



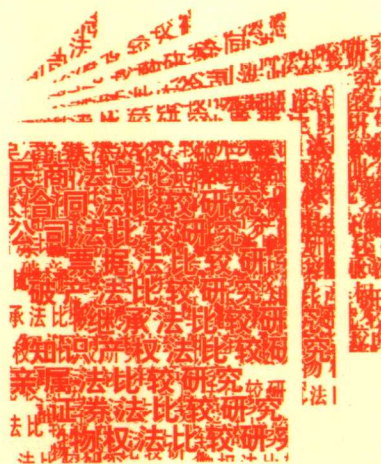
比较民商法丛书

主编/徐武生

破产法 比较研究

POCHANFABIJIAOYANJIU

付翠英/编著



中国人民公安大学出版社

比较民商法丛书

破产法比较研究

付翠英 编著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

破产法比较研究/付翠英编著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2004. 12

(比较民商法丛书)

ISBN 7-81087-872-7

I. 破... II. 付... III. 破产法—对比研究—世界

IV. D912.29

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 142898 号

破产法比较研究

POCHANFA BIJIAO YANJIU

付翠英 编著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市泰锐印刷厂

版 次: 2004 年 12 月第 1 版

印 次: 2004 年 12 月第 1 次

印 张: 15.75

开 本: 850 毫米 × 1168 毫米 1/32

字 数: 395 千字

印 数: 0001 ~ 3000 册

ISBN 7-81087-872-7/D · 660

定 价: 28.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.jgclub.com.cn

编委会名单

编委会主任 赵中孚

编委会委员 (以姓氏笔画为序)

王作堂 王益英 叶 林 田建华

龙斯荣 龙翼飞 李大元 刘天兴

汤 兴 巫昌祯 赵中孚 徐武生

梁叔文 崔建远 崔洪夫 谢邦宇

靳宝兰

执行主编 徐武生

总 序

比较民商法不是一种法律制度或法律部门，通常是指对不同国家或地区的民商法进行比较研究，也称比较民商法学，是比较法学的一个重要分支学科。在比较法学历史上，对民商法的比较研究是比较法学兴起的先驱和主流。自 19 世纪开始，比较法学在民法、商法等领域最为流行^①。第二次世界大战结束以后，比较法学虽然有了较大的发展，其研究范围不断扩大，但私法的比较研究仍占据主导地位，最有代表性的《国际比较法百科全书》就是以民商法为主要内容的。

比较民商法在全方位、多层面上开展对民商法的比较研究。其比较方法包括一般比较与部门比较，宏观比较与微观比较，横向比较与纵向比较，内容比较与形式比较，等等。但在诸种比较方法中，真正从方法论意义上讲的方法不外乎是两种，即“描述性比较”和“分析性比较”的方法^②。

“私法是众法之基，欲治公法必先治私法。”基于私法即民商法在世界各国法律体系中的地位，决定了开展民商法的比较研究具有重要的意义。当前，我国正在积极研究制定民法典，需要对世界上发达国家和地区调整市场经济立法中的先进法律规则和立法技术进行大胆借鉴和移植，这就要以民商法的比较研究为基

① 沈宗灵：《比较法总论》，北京大学出版社 1987 年 11 月版，第 23 页。

② 米键等译：《比较法律传统》，中国政法大学出版社 1993 年 1 月版，第 5 页。



础和前提。有比较才能有鉴别,才能择其优者而采之。在司法实践中,无论是私法的适用还是公法的适用,也都需要法律工作者开拓视野,熟悉世界上一些主要国家和地区有关民商法的基本规定和学说,掌握各法律部门之间的内在联系,从而在更高的层次上领会法的精神,不断提高执法和司法水平。对于法学教育和研究而言,开展民商法的研究更具有深远的意义。比较民商法为政法院系师生及科研人员提供了一些全新的信息,他们从中可以了解和尊重其他国家特有的民商法文化,从而更好地加深理解本国的法律,不断完善知识结构,提高研究水平,以便为本国的法制建设提供更科学、更可靠的理论指导。

目前,我国有关民商法的比较研究已经取得了一定的进展,出版了若干部比较民法的著作,有的高等院校还开设了比较民法的课程。但是,从总体上看,对于民商法的比较研究还不够全面和深入,有关比较民商法的著述亦未形成系列,这与有关本国民商法的研究是不成比例的。为此,我们编写了这套比较民商法系列丛书,期望推动法制建设和学术研究进一步发展。本套丛书包括:民商法总论比较研究、物权法比较研究、合同法比较研究、亲属法比较研究、继承法比较研究、知识产权法比较研究、公司法比较研究、票据法比较研究、证券法比较研究、破产法比较研究。

本套丛书的作者分别来自中国人民公安大学、中国人民大学、对外经济贸易大学、中南财经政法大学、厦门大学以及全国人大常委会法工委及中国证监会等单位,既有理论界的专家教授,也有相关部门的法学工作者。他们均为中青年学者,大都具有博士学位,理论功底扎实,学术造诣较深;思维敏捷,锐意进取,常年活跃在相关领域的学术前沿,且熟悉具体的实务操作,为保证丛书的质量奠定了坚实的基础。

本套丛书编委会由国内若干知名民法学者组成,北京市民商

法研究会会长赵中孚教授任编委会主任，中国人民公安大学徐武生教授任主编，统一负责书稿的审定和修改工作。

由于目前新兴法学中许多理论和实践的新问题层出不穷，囿于编者水平，定有偏颇和失当之处，敬祈读者批评和指正。

最后，由衷地感谢在本套丛书的策划、出版过程中付出了大量心血的中国人民公安大学出版社策划一部全体编辑。

编者

2004年8月

作者简介

付翠英，女，中国人民大学民商法学博士、中国政法大学民商法学硕士、中央民族大学法学学士。现任北京航空航天大学法学院教师、副教授、民商法硕士生导师。北京法学会民商法分会理事、中国婚姻法学会理事，中国律师协会会员。北京正平律师事务所兼职律师。

主要研究领域包括民法、知识产权法、公司法和破产法。

参加编写的著作有《公司法通论》、《法理学——体系与方法》、《知识产权法学》、《台湾法概论》、《国际产品责任法研究》等；参加翻译的著作有《日本生产方式的转移》一书。

撰写的论文主要有《论中国企业破产预防体系之构造》、《从破产清算到破产预防——一个必然的逻辑演绎》、《关于建构中国企业破产

重整制度的几点思考》、《论破产和解和破产重整的法理基础》、《日本民事再生法介说》、《美国破产法上自动停止制度研究》、《无权处分法律关系及其调整》、《无权代理的内涵及其界定》、《论胎儿的民事法律地位》、《完善我国著作权法的若干思考》、《复印技术对著作权的影响》、《民商法理念与市场主体的完善》、《产品责任归责原则探析》、《论抵押权的效力》、《商业秘密权的刑法保护》等，分别在《法学研究》、《法律科学》、《法学论坛》、《法学杂志》、《金陵法律评论》、《人民检察》、《法律适用》、《广西政法干部管理学院学报》、《北京航空航天大学学报》等杂志及《活的法律》、《无权处分问题研究》、《民事立法评介》、《诉讼法的理论与实践》、《中关村立法研究》等论文集上发表。

前 言

比较法在中国有一个历史性的责任和任务：那就是中国法律的现代化。^① 笔者对破产法进行比较研究，也抱着这样一种目的——中国破产法的现代化。法律的现代化并没有一个统一的标准，也无法用统一的标准去衡量什么样的法律才是现代化的法律，但是，有一点是可以肯定的，现代化的法律应当是与时俱进、对现代社会发挥调整作用的法律。中国破产法虽然施行了十几年，但却被认为是失败的法律。尽管该法律在制定之初，从内容和结构上都借鉴和参照了发达国家的破产法，但却没有在中国发挥应有的作用，因此，中国现行破产法与现代化的法律还有一定差距。如何实现破产法的现代化，不仅是中国立法者的任务，也是我们法学研究者的任务。法律的进步和法制的完善，一方面取决于社会的客观条件和客观需要，另一方面则取决于法学研究和法学教育的发展状况。当今中国学者对于破产法的研究虽然已经相当深入，但都是囿于对中国破产法律制度的解释和论证，缺少对发达国家破产法理论的深入比较研究。再加之，各国破产法的不断修订和更新，我们以前的研究成果有些已经显得过时。随着世界破产法的改革和社会经济的发展，破产法传统理念已经有了一个质的飞跃。在破产法新理念指导下的许多制度和规则都有待改进。因此，我们需要通过对外国破产法之间、中外破产法之间的立法比较，解读各国破产法的构成，发现破产法的发展规

^① 江平：《比较法在中国》（第2卷），法律出版社2002年版，第1页。



律，进而为中国破产法的发展提出建议。

现代破产法是一部非常复杂的法律。从立法目标看，传统破产法的目标是清理债务人财产以清偿债权，债权人利益至上，目标单一；而现代破产法的目标却向多元化发展。既注重对债权人的保护，又充分尊重债务人，同时兼顾社会公共利益。从调整对象看，现代破产法已经超出了传统破产法的调整范围。传统破产法主要调整无力偿债情况下所发生的平等主体的债权人和债务人之间的法律关系，而现代破产法的调整对象已经扩大到债权人之间、债权人与债务人、职工与国家之间因无力偿债所发生的法律关系。从功能上看，传统破产法侧重通过企业解体实现债务清偿，而现代破产法侧重通过企业重建实现债务清偿。正是破产立法目标、调整对象以及功能的增加和转换，使现代破产法的性质发生质的变化。传统破产法主要是为了区别于个别强制执行而适用的集体概括执行程序，属于程序法范畴；传统破产法主要解决私法领域的平等主体之间的债权债务关系，属于私法范畴。而现代破产法为了实现多元化立法目标，在破产程序进行过程中，不仅适用民法规定的普通实体法规范，而且还适用破产法规定的特殊实体规范，这些特殊实体规范占去了破产法的大部分内容。因此，现代破产法不再是简单的程序法，而是“兼具程序法和实体法两者为规范的法律”。现代破产法为了实现企业重建目标，设立破产和解程序与破产重整程序，为处于困境中的企业搭建了复兴平台，破产法为平台上的企业设定了特殊的管理运作机制，从而使现代破产法又包含了企业法的因素。可见，破产法是集程序法与实体法、执行法与企业法、公法与私法于一体的法律，是一部非常特殊的法律。为此，本书作为对破产法的比较研究，建立的出发点是现代破产立法目标指导下的破产法构成。破产法的构成作为本书第一章的内容，现代破产法是在多元化立法目标指

导下，不论采取何种法律体系，何种表现形式，^① 其内容结构都是由破产预防和破产清算共同构成的统一体。在这个统一体下，不论使用怎样的破产法名称，也不论其设计了何种程序，只要是属于用债务人有限的财产清偿多于财产的多个债权人的债权的范畴，就认定为破产法的调整对象。如英国的《无力偿债法》、瑞士的《联邦债务执行与破产法》、法国的《企业困境防治法》等。

本书第一章界定了破产法的内容构成之后，第二章对各国破产立法状况及其特点进行纵向分析。认为，破产法与本国的经济状况紧密相连，一个国家经济的发展对其破产法产生直接的影响。现代破产理念的确立就是美国立法者用破产法对付经济危机的结果。如果说现代破产法所发生的立法理念上的质的变化，完全归功于美国破产立法者也不为过。美国现代破产法有两项特色制度，即破产重整和自动停止制度，它们对世界破产法改革产生了决定性影响，致使美国在 20 世纪的破产法领域处于领导地位。由于各国经济条件不同，破产法设计的程序和适用的制度规则也有相当程度的差异，各国破产立法都是独具特色，各有千秋。

从历史上看，破产法并非对所有的民事主体都适用。历来就有一般破产主义和商人破产主义之分，至今中国还实行商人破产主义。德国破产法学家给破产法的适用对象抽象出一个非常恰当的概念——破产能力。本书采用破产能力概念，没有用破产法的适用范围概念，这是因为破产能力突出了破产法适用者的主体性，而破产法的适用范围概念使破产人处于客体地位。破产能力是破产法赋予民事主体享有的通过破产程序清理债权债务关系的

① 有的国家及地区采取单一破产成文法的形式，如德国、法国、美国、泰国、我国台湾地区等；有的国家的破产立法是通过几个成文法或者分散于商法、公司法、民事诉讼法之中，如日本。



资格，其与破产法适用范围的本质内容是相同的。故继第二章之后，第三章对各国破产能力立法进行横向比较研究。

破产法自产生至今，程序法的性质始终没有改变。罗马破产法律制度的概括强制执行性还继续为现代破产法所保留，因此，体现概括强制执行性的传统破产法中的破产清算程序也是现代破产法的重要内容。与破产清算程序并行的是破产预防程序，破产预防程序是现代破产法的重要内容。两者在程序的启动、运行规则以及发生的法律效果方面都有极大的差异。故笔者在第四章和第五章对各国关于破产清算程序和破产预防程序的体系以及制度规则等方面进行比较研究，发现各国的破产清算程序的启动、运行规则以及法律效果等宏观层面基本是相同的，不同的只是微观层面。而各国的破产预防程序则是形态迥异，极具可比性。故在对破产清算程序的比较中，笔者以中国破产法规定的清算程序为参照，对比其他国家的规定来修补中国破产清算程序的不足。而对破产预防程序，笔者侧重点评了现代破产法的标志性内容——美国的破产重整制度，预测了传统破产预防程序——破产和解的未来命运，同时对各国破产预防体系进行了概括总结，提出中国的破产预防程序应当是由法院外整理、破产和解及破产重整架构起来的多元化的破产预防体系。

企业债务人一旦进入破产程序，其原有的管理机构就受到限制或者被依法组织的管理机构取代。这是各国的通例。破产管理机构的设置使破产法又具有企业法性质。设置怎样的破产管理机构是破产法目标实现的关键，是提高破产效率的保障。第六章通过对各国破产管理机构设置模式的比较，笔者得出的结论是：破产企业的管理应当建立在权力制衡的基础上，采用类似公司内部治理结构的模式，由债权人会议（关系人会议）、破产管理人和监督人三个机构组成。这三个机构在法律规定的框架下，各司其职，使破产程序得以顺利和有效地运行。

不论是破产清算程序，还是破产预防程序，其程序启动必须符合两个最基本的条件：一是债务人的破产财产足以保障破产程序的运行；二是必须有多于破产财产的破产债权存在。破产程序一经启动，破产财产的保值就成为破产程序运行的基础和直接目标。如何实现保值，各国采取的最直接的也是最有效的措施就是破产保全。破产保全是保证债务人的财产不减少，防止债权人滥用债权而采取的强制性措施。本书第七章标题为“破产保全制度比较”。该章重点对最富特色的美国破产法的自动停止制度进行了介绍与评价，同时与日本的破产保全体系进行了对比分析，之后提出了建立健全中国破产保全制度的设想。

破产管理和破产保全制度及时地使债务人财产得到了管理和保护，破产财产的清理和破产债权的概括实现步入正轨。破产财产和破产债权的确定成为程序进行的重点。破产财产是破产程序进行的基础，破产债权的实现是破产程序运行的目标。哪些财产属于破产财产，哪些债权属于破产债权，各国立法规定的内容不同。故第八章和第九章对破产财产和破产债权的相关立法规定进行比较，从中可以发现各国破产立法受政策性影响的事实，而不是一种纯粹的逻辑推理选择。

现代社会的企业，为了融资需要，把企业财产基本上都设定了担保。民事实体法赋予债权人可以对担保的财产实行担保权而获得优先受偿。在破产法中，担保债权人是否还享有如此优厚的待遇呢？第十章“担保权的破产法地位比较”给出了答案。担保权的优先受偿性因破产立法目标的改变而受到影响，至于如何影响，影响到什么程度则是该章所要解决的问题。

通过对上述内容所体现的制度规则的比较，我们发现各国破产法不是完全遵循逻辑推理和破产法理来使用并设计相应的概念和制度规则，而是更多地依据本国的经验和具体实践。因此，屡见不鲜的情况是，一些乍看起来是同等的程序或制度，其实却发

挥着不同的功能；而形态迥异的制度反倒发挥着相似的功能。因此，在对各国破产立法的目标、破产程序进行比较分析时，既有体系性思考，也有问题性思考，但最终还是以本国法律制度为核心，考察在本国建立破产秩序中所需要的制度方面，外国法是如何实现的。与此同时，在对具体破产程序和破产实体制度的比较中，力求确定一些破产立法指标来衡量不同国家破产法律制度的发达程度。因此，笔者在对现代破产法的比较研究中，除了采用规范分析等基本法律方法外，还根据各国破产制度所产生的背景进行简要剖析，以明了破产法在各国法律体系中所处的地位及其发展趋势。

在对现代破产法的比较研究中，大体采用的是叙述与评价的研究方法。叙述主要是对外国破产法的产生背景、体系及其特点的纵向比较；评价则是就发挥同一功能或者类似功能的制度进行横向比较，总结范例与模式。前者是基础性比较，其叙述有赖于材料的真实和全面，有赖于对外国法的正确理解，仅此一点要做到准确也实属不易。后者作为深层次研究，只有正确理解、把握基础性问题，才可能作出相应地评价，才可能发现外国法和本国法的共同性和差异性，从而达到借鉴、吸收与发展的目的。

对于本书的资料来源，笔者力求“新”和“准”。20 世纪末的破产法改革运动使许多国家的破产法都进行了重新修订，对于破产法的重要程序和制度都有所改变。如日本 1999 年颁布的《民事再生法》、2002 年 12 月全面修订的《公司更生法》、1994 年修订的《法国破产法》（1985 年颁布）、2002 年修订的《英国破产法》（1986 年颁布）、1999 年《泰国破产法》、2002 年《阿根廷破产法》等以及美国破产法的改革动态在本书中都有所反映。

在现有的资料下，本书难以包罗所有国家的破产法，也难以对破产法的所有问题进行研究。在有限的综合资源面前，笔者只

能选择那些具有可比性的、能够适应中国国情的、有借鉴意义的制度规则进行研究，同时探究发达国家破产法的沿革轨迹，以期待对中国破产法以及中国破产立法者的思维有所改变。当然，任何一种分析所使用的法律指标方法难免具有主观性。一个好的研究者运用某种技术时会尽量地避免研究中可能带有的这样或者那样的缺陷，这正像量子物理学中所说的“测不准原理”一样，研究对象的客观性受到研究工具的限制。作为社会科学，问题的复杂性在于研究的对象和研究者个人的价值观念、利益的影响。^①因此，对于破产法的比较研究，很大程度上也融入了作者的意识形态和价值判断，这样难免使问题的研究显得片面或带有某些偏见。如果作者不带任何偏见地根据影响各国法律制度形成的各种因素进行考虑，或许能够得到理想的结论。然而，事实上不但研究者很难做到，就是破产立法本身除了各国经济、政治制度的影响之外，也会受其他偶然或未知的因素的影响。经济形势的变化可能使破产立法目标的确立具有暂时性，但暂时性的目的也会导致破产立法理念发生质的飞跃。甚至权威的重要人物的特殊的个人偏好也能够对破产法律制度产生重要的影响，如美国的钱德勒、英国的科克（Kenneth Cork）等。因而，破产法抛弃了法系传统，实现各自为政。但破产法的理论和实践都表明，破产法律制度并不是在各国相互隔绝的环境中独立发展的，它是在开放的、与各国破产法律制度相互接触、相互借鉴中形成自己的独特体系的。现在，很难找到一个国家破产法体系的全部，即破产程序、制度规则、概念，以及破产法实践和破产法意识完全是自己独立创造的。在破产法领域，互相的吸收和移植不仅在同一法系内部，而且两大法系之间的移植与吸收也极为明显。由于两大

^① 朱景文：《比较法社会学的框架和方法》，中国人民大学出版社2001年版，第8页。



法系之间的日益趋同，比较法学家便把一个国家的法律制度分为两个部分，一部分是固有法，即该国土生土长出来的东西；一部分是继受法，即从外国法中借鉴、移植和吸收来的东西。按照这一标准划分，中国破产法可以说是地道的继受法。既然中国古代没有破产法，在有了破产法以后又有相当长的一段时间被废除且缺乏破产法产生的土壤，现行破产法的制定则是在自己缺乏调整某一类社会关系的法律规范的情况下，通过借鉴外国的比较成熟的破产法弥补空白。这种做法虽然从理论上说避免了代价高昂的法律实验，但却因为没有把外国的破产法律制度与本土情况进行很好的嫁接，使得现行破产法成为“失败的法律”。面对“失败的法律”，我们无须再对其进行重复的指摘和批判，我们的眼光应当面向未来。中国破产法正在进行修订，因此，本书侧重就破产法律制度的功能规范以及程序体系进行全方位比较，找出它们的相同和相异之处，并进行肯定或否定的评价；找出规范适用中存在的问题以及规范异同产生的原因及其可能的发展趋势，从而为中国破产法的改革和完善服务，达到笔者所期待的或者所奢望的实现中国破产法现代化的目标。如果说该目标定得过于理想，笔者也但愿通过《破产法比较研究》一书，能够打开我们的眼界，刺激我们的思想，向我们提供新的论据，激发想像，促进我们新的发展。