



中国社会科学院文库 · 法学社会学研究系列
The Selected Works of CASS · Law and Sociology

破 产 法

—— 程序理念与制度结构解析

BANKRUPTCY LAW IN CHINA: Theory and Practice Analyses

邹海林 著

中国社会科学出版社

 中国社会科学院创新工程学术出版资助项目



中国社会科学院文库·法学社会学研究系列

The Selected Works of CASS · Law and Sociology

破 产 法

——程序理念与制度结构解析

BANKRUPTCY LAW IN CHINA: Theory and Practice Analyses

邹海林 著

中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

破产法：程序理念与制度结构解析 / 邹海林著. —北京：中国社会科学出版社，2016.9

ISBN 978 - 7 - 5161 - 9127 - 9

I. ①破… II. ①邹… III. ①破产法 - 研究 - 中国 IV. ①D922.291.924

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第245096号

出版人 赵剑英
责任编辑 任明
责任校对 石春梅
责任印制 何艳

出版 **中国社会科学出版社**
社址 北京鼓楼西大街甲158号
邮编 100720
网址 <http://www.csspw.cn>
发行部 010-84083685
门市部 010-84029450
经销 新华书店及其他书店

印刷装订 北京市兴怀印刷厂
版次 2016年9月第1版
印次 2016年9月第1次印刷

开本 710×1000 1/16
印张 35.75
插页 2
字数 586千字
定价 98.00元

凡购买中国社会科学出版社图书，如有质量问题请与本社营销中心联系调换

电话：010-84083683

版权所有 侵权必究



中国社会科学院文库
法学社会学研究系列

The Selected Works of CASS

Law and Sociology

《中国社会科学院文库》出版说明

《中国社会科学院文库》（全称为《中国社会科学院重点研究课题成果文库》）是中国社会科学院组织出版的系列学术丛书。组织出版《中国社会科学院文库》，是我院进一步加强课题成果管理和学术成果出版的规范化、制度化建设的重要举措。

建院以来，我院广大科研人员坚持以马克思主义为指导，在中国特色社会主义理论和实践的双重探索中做出了重要贡献，在推进马克思主义理论创新、为建设中国特色社会主义提供智力支持和各学科基础建设方面，推出了大量的研究成果，其中每年完成的专著类成果就有三四百种之多。从现在起，我们经过一定的鉴定、结项、评审程序，逐年从中选出一批通过各类别课题研究工作而完成的具有较高学术水平和一定代表性的著作，编入《中国社会科学院文库》集中出版。我们希望这能够从一个侧面展示我院整体科研状况和学术成就，同时为优秀学术成果的面世创造更好的条件。

《中国社会科学院文库》分设马克思主义研究、文学语言研究、历史考古研究、哲学宗教研究、经济研究、法学社会学研究、国际问题研究七个系列，选收范围包括专著、研究报告集、学术资料、古籍整理、译著、工具书等。

中国社会科学院科研局

2006年11月

目 录

导论	(1)
第一节 破产法的理念与制度	(1)
一 破产和破产观念	(1)
二 破产观念的发展	(3)
三 破产程序的特征	(5)
四 破产程序的性质	(6)
五 破产法的内容与结构	(8)
六 破产法的性质	(9)
七 破产法的渊源	(13)
八 破产立法主义	(16)
第二节 破产法的功能定位演变	(22)
第三节 我国破产法的制度创新	(27)
第四节 变革中的破产法	(30)
一 破产程序的制度重构与理念的实践适应性	(31)
二 重整程序中的利益平衡机制	(32)
三 关联企业破产的相关问题	(34)
四 自然人破产制度的具体规范设计	(35)
五 以重整程序制度为核心的金融机构破产制度	(37)
第一章 破产程序的结构	(39)
第一节 破产程序的结构模式	(39)
第二节 破产程序的适用对象	(41)
一 基本原理：民事主体的破产能力	(41)
二 破产法对自然人的适用	(43)

三 破产法对法人的适用	(49)
四 我国破产法对合伙企业的适用	(53)
第三节 破产原因	(54)
一 破产原因	(54)
二 破产原因的立法例	(56)
三 不能清偿债务	(58)
四 不能清偿债务的构成要素	(61)
五 有明显丧失清偿能力的可能	(65)
六 合伙企业的破产原因	(66)
第四节 破产申请主义	(68)
一 破产程序与破产申请	(68)
二 债务人为破产申请人	(70)
三 债权人为破产申请人	(72)
四 破产申请的提出	(78)
第五节 破产程序的开始	(82)
一 破产申请的审查	(82)
二 非自愿破产申请的异议	(84)
三 破产申请的受理	(86)
四 破产程序开始的效力	(88)
五 破产程序的地域效力	(90)
第六节 破产程序的转换	(94)
一 破产清算向重整程序的转换	(94)
二 破产清算与和解程序的相互转换	(95)
三 和解程序与重整程序的相互转换	(96)
四 重整程序向破产清算的转换	(98)
第二章 债权申报与调查	(100)
第一节 债权申报的程序价值	(100)
一 债权申报的意义	(100)
二 债权申报制度的功能	(100)
第二节 债权申报期限	(102)
一 债权申报期限的立法例	(102)
二 法院酌定债权申报期限	(103)

三 问题与讨论	(105)
四 债权申报期限的性质	(107)
第三节 债权申报的方法和范围	(108)
一 债权申报的接受者	(108)
二 可申报的债权范围	(110)
三 债权申报的豁免	(113)
四 债权申报的形式	(115)
五 债权申报的效力	(119)
第四节 未申报债权的救济	(119)
一 未申报债权	(119)
二 未申报债权的法律后果	(120)
三 债权申报期限的顺延	(122)
四 补充债权申报	(123)
第五节 申报债权的调查和确认	(124)
一 申报债权的调查	(124)
二 申报债权的确认	(129)
第三章 管理人中心主义	(135)
第一节 管理人的法律地位	(135)
一 管理人的定义	(135)
二 管理人中心主义	(136)
三 管理人法律地位的学说	(139)
四 管理人在我国破产程序中的地位	(143)
第二节 立法例上的管理人	(147)
一 英美法系的管理人制度	(148)
二 大陆法系破产法上的管理人制度	(150)
三 我国台湾地区的管理人制度	(151)
四 我国的管理人制度	(152)
第三节 管理人的产生	(153)
一 管理人产生的法律形式	(153)
二 管理人的任职资格	(158)
三 指定管理人的原则与方式	(163)
四 指定管理人的决定与公告	(165)

五 管理人的更换	(166)
第四节 管理人的职责	(170)
一 管理人的职权范围	(170)
二 重整程序中的管理人职责问题	(181)
三 管理人与法院的权力分配问题	(183)
四 管理人与债权人会议的权力分配问题	(185)
第五节 管理人职务的执行与报酬	(186)
一 管理人执行职务的独立性	(186)
二 管理人的注意义务	(187)
三 管理人的损害赔偿責任	(189)
四 管理人执行职务的报酬	(190)
第四章 债权人自治	(193)
第一节 债权人自治的价值基础	(193)
第二节 债权人自治的立法例	(195)
一 债权人自治的立法例	(195)
二 债权人会议模式	(196)
三 债权人委员会模式	(197)
四 我国破产立法上的债权人会议模式	(197)
第三节 债权人会议的地位和成员	(199)
一 债权人会议的意义	(199)
二 债权人会议的地位	(200)
三 债权人会议的成员	(201)
第四节 债权人会议的职权	(204)
一 债权人会议的职权	(204)
二 调查债权	(206)
三 监督管理人	(208)
四 议决债务人财产的管理	(209)
五 议决重整计划	(210)
六 议决和解协议	(210)
七 议决债务人财产的变价和分配	(211)
八 决定债权人委员会的设置和选任	(212)
第五节 债权人会议的召开	(212)

一 债权人会议的召开及出席	(212)
二 第一次债权人会议	(214)
三 债权人会议主席	(217)
四 必要时召开的债权人会议	(220)
第六节 债权人会议决议	(222)
一 债权人会议决议	(222)
二 债权人会议决议的形成	(224)
三 不能形成债权人会议决议的救济	(227)
四 债权人会议决议的约束力	(229)
五 债权人会议决议的撤销	(231)
第七节 债权人委员会	(232)
一 债权人委员会的意义	(232)
二 债权人委员会的设置	(234)
三 债权人委员会成员的选任	(236)
四 债权人委员会成员的解任与辞任	(239)
五 债权人委员会的职权	(240)
六 债权人委员会的职务执行	(245)
第五章 破产程序中的财产	(247)
第一节 债务人财产	(247)
一 债务人财产的意义	(247)
二 破产财产	(248)
三 债务人财产的特征	(249)
第二节 债务人财产的限定	(251)
一 限定债务人财产的方法	(251)
二 限定债务人财产的争议	(253)
第三节 债务人财产的范围	(260)
一 债务人财产范围的“两分法”	(260)
二 债务人在法院受理破产申请时所有的财产	(261)
三 债务人在破产程序期间取得的财产	(271)
第四节 债务人财产的确认真	(272)
一 确认债务人财产的基础	(272)
二 确认债务人财产的方法	(275)

三 债务人的自由财产	(278)
四 债务人位于境外的财产	(280)
第五节 债务人财产的管理	(280)
一 管理债务人财产的专属性	(280)
二 接管	(281)
三 清理、估价和保管	(282)
四 利用和处分	(283)
五 诉讼或仲裁的承受	(284)
第六节 撤销与无效	(284)
一 破产无溯及主义	(284)
二 破产撤销权	(287)
三 涉及债务人财产的无效行为	(295)
第六章 破产程序中的权利	(298)
第一节 破产程序中的类型化权利	(298)
第二节 破产费用和共益债务	(299)
一 破产费用和共益债务的意义	(299)
二 破产费用和共益债务的属性	(301)
三 破产费用和共益债务之债务人	(303)
四 破产费用的范围	(306)
五 共益债务的范围	(310)
六 共益债务的类型化	(311)
七 破产费用和共益债务的受偿	(316)
第三节 破产取回权	(319)
一 取回与破产取回权	(319)
二 取回权的类别	(321)
三 取回权的性质	(321)
四 取回权的基础	(323)
五 取回的要件	(327)
六 取回权与诉讼时效	(331)
七 特殊取回权	(331)
第四节 别除权	(339)
一 别除和别除权	(339)

二 别除权的特征	(341)
三 法定的别除权之基础权利	(342)
四 解释上的别除权之基础权利	(345)
五 别除权的行使	(346)
第五节 破产抵销权	(349)
一 破产法上的抵销	(349)
二 破产抵销权的特征	(352)
三 破产抵销权的适用	(354)
四 民法抵销在破产程序中的适用	(357)
五 破产抵销权行使的限制	(357)
六 破产抵销权的行使	(360)
第六节 可受分配请求权	(364)
一 可受分配请求权	(364)
二 优先顺位请求权	(364)
三 破产债权	(365)
第七章 重整程序	(371)
第一节 重整程序的制度价值	(371)
一 重整程序的概念	(371)
二 重整程序存在的正当性	(372)
三 重整程序的类型化	(376)
四 重整程序的特点	(377)
第二节 重整程序的制度构造	(379)
一 重整程序的立法结构	(379)
二 重整程序的制度构造	(381)
第三节 重整程序的开始	(382)
一 重整申请	(382)
二 关于出资人的重整申请	(384)
三 关于金融监督管理机构的重整申请	(385)
四 重整申请的审查	(387)
五 重整程序开始的原因	(388)
六 重整程序开始的裁定	(389)
七 重整程序开始的效力	(390)

第四节 重整计划的制作和批准	(396)
一 重整计划的概念	(396)
二 重整计划的特点	(397)
三 重整计划(草案)的内容	(397)
四 重整计划草案的制作	(399)
五 重整计划草案的讨论	(402)
六 分组表决制度	(403)
七 重整计划草案的表决	(408)
八 重整计划的批准	(410)
第五节 强制批准重整计划	(412)
一 重整计划强制批准的意义	(412)
二 强制批准重整计划的程序条件	(414)
三 强制批准重整计划的实质条件	(415)
四 重整原因的多样性对强制批准重整计划的影响	(418)
五 强制批准重整计划的公平对待原则	(421)
六 强制批准重整计划的裁定	(428)
第六节 重整计划的执行	(428)
一 重整计划终止重整程序的效力	(428)
二 重整计划对债务人和债权人的约束力	(429)
三 重整计划的约束力边界	(430)
四 重整计划的执行人	(431)
五 重整计划的执行监督	(432)
六 重整计划的终止执行	(434)
第七节 重整程序的非正常终结	(437)
一 重整程序的非正常终结	(437)
二 重整程序非正常终结的原因	(438)
三 重整程序非正常终结的后果	(439)
第八章 和解程序	(440)
第一节 和解程序的制度价值	(440)
一 和解程序的概念	(440)
二 和解程序的制度价值	(441)
三 和解程序的类型化	(441)

四 和解程序的立法例及其在我国的发展	(443)
第二节 和解程序的选择	(445)
一 《企业破产法(试行)》与和解程序	(445)
二 《民事诉讼法》(1991年)与和解程序	(448)
三 《企业破产法》与和解程序	(449)
四 和解程序的实益	(450)
五 我国和解程序的特征	(452)
第三节 和解程序的开始	(454)
一 和解申请	(454)
二 和解协议草案	(455)
三 许可和解裁定	(456)
四 许可和解裁定的效力	(458)
五 管理人	(459)
六 和解程序中的债权人会议	(459)
七 和解协议草案的表决	(460)
八 认可和解协议的裁定	(461)
九 和解程序目的受挫	(462)
第四节 和解协议的执行	(463)
一 和解协议的约束力	(463)
二 和解债务人的地位	(464)
三 和解债权人的地位	(466)
四 不受和解协议约束的请求权	(467)
五 执行和解协议的效果	(470)
第五节 和解废止	(471)
一 和解废止	(471)
二 和解废止的申请	(473)
三 和解废止的法定事由	(474)
四 和解废止的效果	(475)
第六节 自行和解	(479)
一 自行和解的意义	(479)
二 自行和解协议的达成	(479)
三 自行和解的当事人	(480)

四 自行和解协议的效力	(481)
第九章 破产清算程序	(483)
第一节 破产清算程序的构造	(483)
一 破产清算程序的概念	(483)
二 破产清算程序的特点	(484)
三 破产清算程序的结构	(485)
第二节 破产清算的申请与受理	(485)
一 破产清算的申请	(485)
二 破产清算申请的受理	(487)
第三节 破产宣告	(488)
一 破产宣告的概念与特征	(488)
二 破产宣告的原因和事实	(489)
三 破产宣告的裁定	(494)
第四节 破产财产的变价	(498)
一 破产财产的形成	(498)
二 破产财产的变价	(498)
三 破产财产的变价方法	(498)
四 破产财产变价时的优先购买权	(501)
五 破产财产的变价程序	(502)
六 管理人变价破产财产的效力	(507)
第五节 破产分配	(508)
一 破产分配及其特征	(508)
二 破产分配前的优先清偿	(509)
三 破产分配的顺位	(510)
四 破产财产分配方案	(514)
五 破产分配的实施	(516)
第六节 破产清算程序的终结	(521)
一 破产清算程序的终结	(521)
二 破产清算程序终结的申请主义	(522)
三 破产清算程序终结的原因	(523)
四 破产清算程序终结的裁定	(526)
五 破产清算程序终结的法律效果	(526)

六 追加分配	(528)
第七节 破产免责	(531)
一 破产免责的意义	(531)
二 破产免责的立法例	(532)
三 破产免责与我国的破产立法	(534)
四 许可免责制度的要素	(537)
第八节 复权制度	(544)
一 复权制度的立法例	(544)
二 复权制度在我国的情况	(546)
三 当然复权制度	(548)
四 许可复权制度	(549)
参考文献	(552)

导 论

第一节 破产法的理念与制度

一 破产和破产观念

破产的概念内涵如何，是我国破产法研究的切入点和首先要回答的问题。“破产为一种司法程序制度，但是若想给破产确定一个适用于所有法律制度体系和文化传统的观念，却是不可能的。在不同的国度和不同的历史时期，适合于不同的法律制度体系和文化传统的破产观念，具有不同的内涵，从而也创造了不同内容的破产法。”^①我国自1986年开始引进和建立破产制度，到2007年基本完成破产制度的现代化改革，破产的概念内涵都是一个颇具争议的话题。我国的破产立法并没有对“破产”一词给出定义，如何在法理上解释“破产”就有了空间。

一般而言，破产是指债务人不能清偿债务的事实状态。对于“破产”的释义，我国古代汉语就有“倾家荡产”的语义；而与“破产”相当的拉丁语 Fallitax 在语义上亦为“事业失败”。对“破产”所为语义上的理解，指的就是债务人不能清偿债务的这种状态。在这里，我们不妨将债务人不能清偿债务的事实状态，称为事实上的破产。事实上的破产，可有多种表现形式，但主要可以概括为两类。一类是指债务人丧失了继续经营事业的财产承受能力。例如，债务人的财产不足以清偿，或者债务人的信用不足以担保清偿债务。另一类是指债务人发生了债务清偿不能的财务危

^① 邹海林：《我国破产立法的若干观念》，《中央政法管理干部学院学报》1996年第4期。

机。例如，债务人由于支付手段的欠缺而难以清偿到期债务。但是，语义上所理解的“破产”并非法律制度上所称破产。在法律上所使用的破产一词，以债务人不能清偿债务的事实状态为基础，有其特定的概念范围，并以债务人不能清偿债务的事实状态所产生的法律上的效果为其核心要素。概括地说，破产是指债务人不能清偿债务时所适用的偿债程序和该程序终结后的债务人的身份地位受限制的法律状态。^①

有学者认为，通常所用的“破产”一词实际上有两种含义：一是指客观状态；二是指法律程序。作为第一种含义上的“破产”，是指债务人不能清偿到期债务的客观事实状态。它主要用于描述债务人的经济状况。而第二种含义上的破产，是指法院根据当事人的申请或依职权，对不能清偿到期债务的债务人所进行的一种特别程序，是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的债权为清偿时，为解决此种困难状态，利用法律上的方法，强制将全部财产依一定程序为变价及公平分配，使全部债权人满足其债权为目的的一般执行程序。^②

也有学者认为，“破产”可在多层含义上理解，但通常都在经济意义上或者法律意义上加以使用。经济意义上的破产是指债务人的一种特殊经济状态，在此状态中，债务人已无力支付其到期债务，而最终不得不倾其所有以清偿债务。法律意义上的破产，指的是一种法律手段和法律程序，通过这种手段和程序，概括性地解决债务人和众多债权人之间的债权债务关系。^③

还有学者认为，破产作为法律上的用语，有实体和程序两重意义。前者指债务人不能清偿到期债务时所处的财务状态。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。^④

我国学者以不同视角对破产的概念进行界定，概括起来主要有经济意义上的破产与法律意义上的破产、作为法律事实的破产与作为法律程序的

① 参见邹海林《破产程序和破产法实体制度比较研究》，法律出版社1995年版，第1页。

② 李永军：《破产法律制度》，中国法制出版社2000年版，第6—7页。

③ 参见汤维建《破产程序与破产立法研究》，人民法院出版社2001年版，第30—31页。

④ 参见齐树洁主编《破产法研究》，厦门大学出版社2004年版，第1页。

破产、实体上的破产与程序上的破产等。就法律层面而言,学者对破产概念所作的解释基本一致,认为作为一种法律事实,破产是指债务人不能清偿到期债务的事实状态或财务状况;作为一项法律制度,破产乃是指对不能清偿到期债务的债务人所进行的一种特别程序,即破产程序。^①

二 破产观念的发展

在传统意义上,破产是法院对不能清偿到期债务的债务人的全部财产,为概括的强制执行而公平分配给全体请求权人的程序。^②传统意义上的破产,实质为彻底清算债务人财产的制度,只不过创造了一种不同于民事执行制度的司法执行程序。依照这种制度,债务人不能清偿债务时,法院依照一定程序强制变卖债务人的全部财产,并依照法定方式或者比例分配给全部债权人。传统意义上的破产,其实质内容在于清算债务人的财产,可以归结为破产清算制度,对此,近现代立法例甚至无异议地加以反映。当然,破产清算这种观念,在当代仍然具有重要的价值,因为它是整个破产制度创立的胚胎和发展的基石。

破产清算制度发展到近代,和解制度应运而生。和解制度,是为了克服和避免破产清算制度的弊端而创设的一项程序制度。当债务人不能清偿债务时,为免受破产宣告或者破产分配,债务人以法院为平台,经与债权人会议磋商谈判,达到相互间的谅解、一揽子解决债务危机问题以图复苏的程序制度,为和解制度。自19世纪后期开始,欧洲的许多国家开始了和解程序的立法,在世界范围内掀起了一场变革破产观念的立法运动,且至今没有停止。例如,英国1883年在破产程序中引进和解程序,比利时1886年颁布预防破产的《和解法》。20世纪30年代以来,在和解制度的基础上又产生了重整制度。重整制度着眼于协调社会利益、债务人和债权人的共同利益,是破产观念最具现代化的标志。例如,美国1938年对《破产法》进行全面修正,成功地规定了公司重整程序;1979年通过破产立法的改革,对重整程序在适用灵活性和价值选项方面予以了进一步的完善。和解制度与重整制度的产生和运用,不论在近代还是现代,更不论在西方还是东方,对于传统的破产观念无疑都是一场具有深远历史意义的变

^① 参见邹海林、周泽新《破产法学的新发展》,中国社会科学出版社2013年版,第13页。

^② 参见陈荣宗《破产法》,(台北)三民书局1986年版,第1页。

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



革。它不仅影响着立法者对破产程序模式的构造和选择，而且直接推动着破产观念的更新和现代化。^① 需要说明的是，破产观念自近代产生防止或者避免破产清算的和解制度开始，日益具有了更为丰富的内涵，只不过其变革或者现代化的程度在不同的法域并不完全相同。但是，破产制度向破产清算制度、和解制度与重整制度协调作用的方向发展的趋势，则是不容怀疑的。

我国 1986 年颁布《企业破产法（试行）》，在破产程序的制度构造上，创设了破产清算程序和和解与整顿程序，已经在相当程度上反映了这种经过变革的破产观念。有学者对我国《企业破产法（试行）》所确立的破产观念予以了高度评价，认为“在我国，破产概念的内涵并没有如同西方那样历经了长期的演变过程，而是从一开始就具有了最丰富的含义，深刻地烙上了现代特征”。^② 我国《企业破产法（试行）》实行破产程序受理开始主义。破产程序可以划分为破产宣告前的程序和破产宣告后的程序两大部分，具体由破产案件的受理程序、破产案件的审理程序、破产宣告程序、破产清算程序组成；在破产程序进行的不同阶段，还可以适用我国特有的和解与整顿程序。破产程序受理开始主义，没有严格固守“破产即为清算”的观念，而是在此之外引进了和解与整顿制度，使破产程序具有了更广阔的适用余地，为有机协调和处理破产清算程序和和解与整顿程序的关系创造了条件。^③

就破产的观念而言，应当与特定的语境相联系。作为法律的立足点，破产首先是一种法律事实，即指债务人不能清偿债务的事实状态。至于“不能清偿债务”的具体形态，如不能清偿到期债务抑或不能清偿全部债务，则取决于法律的具体规定。由于破产的法律事实是引起破产法律关系变动的客观依据和必要条件，故也称“破产原因”。在法律制度的构造上，破产是指破产程序，即债务人不能清偿债务时，经申请而由法院根据破产法之规定清理债权债务的程序。破产是一种概括的执行程序或债务清

① 参见邹海林《我国破产立法的若干观念》，《中央政法管理干部学院学报》1996年第4期。

② 汤维建：《破产概念新说》，《中外法学》1995年第3期。

③ 参见邹海林《我国破产立法的若干观念》，《中央政法管理干部学院学报》1996年第4期。

理程序，以债权人的公平受偿为目的。^①《企业破产法》所赖以生存的基础，为我国破产立法已经确立的具有现代特征的破产观念，依循破产程序受理开始主义的体制，创制相对独立的和解程序，作为供债务人在破产程序中可以适时选择并灵活运用的司法清理程序；同时，建立以积极稳妥步骤拯救陷于困境的企业重整制度，并将之作为一项不可或缺的破产程序制度纳入破产法之中，使得我国破产法的现代特征更加鲜明。^②总之，破产即破产程序，具有现代特征的破产观念应当建立在破产清算程序、和解程序与重整程序相结合并协调发挥作用的基础上。

三 破产程序的特征

破产是一种概括的执行程序，借助于公权力的介入暂时剥夺不能清偿债务的债务人对其全部财产的管理处分权，赋予全体债权人以公平受偿的机会。破产程序具有以下四个特征。

第一，破产是一种法定的债务清理程序。当债务人不能清偿债务时，如何清理和管控债务人的财产，以满足多个债权人或不同利害关系人的清偿要求，非有法律之特别规定，民事诉讼程序或者执行程序，均难以解决这样的问题。破产程序为法律特别规定的可资利用的一揽子清理债权债务关系的专门程序。《企业破产法》第2条规定，债务人有破产原因的，“依照本法规定清理债务”或“依照本法规定进行重整”就表明了这种立场。

第二，破产以债务人不能清偿债务为前提。^③债务人不能清偿债务是破产程序适用之原因。破产只不过是债务人不能清偿债务的事实状态的法律确认，即通过法院的司法裁决承认债务人事实上的破产状态。以此为基础，不同的利害关系人通过破产这一程序平台实现其相互间的利益之再分配。

第三，破产以公平对待所有的利害关系人为宗旨。债务人不能清偿债务时，利用破产程序可以合理地协调不同的利害关系人就债务人能够支配

^① 参见邹海林、周泽新《破产法学的创新发展》，中国社会科学出版社2013年版，第13—14页。

^② 参见邹海林《我国破产立法的若干观念》，《中央政法管理干部学院学报》1996年第4期。

^③ 参见《企业破产法》第2条。

的有限财产如何接受分配的利益冲突，使不同的利害关系人共同分担损失和共同享受利益；尤其是对债务人财产享有权利的同一顺位的请求权人，地位平等和接受分配的机会均等。^①

第四，破产是一种概括的公权力救济程序。破产程序要贯彻当事人自治的理念和制度，但其实质仍为公权力救济程序。债务人不能清偿债务时，一旦选择了破产程序，则必须受法院的概括执行程序的支配，所有的利害关系人非经破产程序，不得对债务人财产主张或行使权利。法院对债务人适用破产程序，应当指定（或任命）管理人接管债务人的全部财产，并执行债务人财产的管理、运营、变价和分配等各项事务；非有法律之特别规定，其他任何人或者机构都不能处分或者执行债务人财产。

四 破产程序的性质

（一）破产程序性质的学说

作为一种概括的执行程序，破产程序在法律上的性质如何，学说上主要存在三种观点：破产诉讼事件说、破产非讼事件说和破产特殊事件说。^②

1. 破产诉讼事件说

这种观点认为，破产程序和诉讼程序的目的，都在于确认和保护当事人的合法权益。在破产程序下，债权人申报债权无异于提起民事诉讼；债权经申报无异议而记入债权表，有相当于民事判决的同等效力；债权人提出破产申请，相当于诉讼中的财产保全；对债务人全部财产的执行，结果也与进行民事诉讼的个别执行程序相当；破产程序中债权人相互间的关系，类似于诉讼中的共同当事人；破产程序未规定的事项，可以准用民事诉讼程序的规定等。由此，破产程序主要是合并民事诉讼的保全、判决和执行诸程序的产物，以确定民事请求权和执行为终极目的，当然属于诉讼事件。

2. 破产非讼事件说

这种观点的主要理由在于，破产程序允许债务人自行申请宣告自己破产，实际为申请保全自己的财产；破产程序因有破产管理人制度和债权人

^① 参见《企业破产法》第16条（禁止个别清偿）、第44条（债权申报）、第87条（公平对待重整程序的利害关系人）、第113条（同顺位债权平等）等。

^② 参见刘清波《破产法新论》，（台北）东华书局1984年版，第5—6页；陈荣宗《破产法》，（台北）三民书局1986年版，第10—12页。

自治制度，同商事公司的清算程序类同；破产程序剥夺债务人（破产人）管理处分其财产的权利，并限制债务人（破产人）的人身自由，似与民事诉讼程序不同；破产程序在立法政策上，着重体现迅速简便的原则等，均非一般的民事诉讼程序可以相比。所以，破产程序只能是非讼事件。

3. 破产特殊事件说

这种观点认为，破产程序的开始，除有债权人申请以外，债务人自己也可以提出申请；在特定情形下，法院还可依职权开始破产程序；况且，破产程序有它自身的众多特点，不是诉讼程序和非讼程序所可以比拟的，更不能一般地适用民事诉讼或者非讼程序规范，准用民事诉讼法的规定，只不过是特例。所以，破产程序应当是一种独立的特殊程序。

（二）破产的特殊程序性质

破产是依特别法开始的特殊程序，不同于民事诉讼程序、非讼程序或者民事执行程序，理由如下。

第一，在立法结构上，除少数几个国家将破产法置于民事诉讼法或者商法典内，各国一般通过特别法全面规定破产程序的特有规范。所以，破产立法在形式上表现为特别法，这就为破产程序作为特殊程序奠定了基础。否则，破产立法上没有必要作出特别的安排。^① 在任何司法管辖权范围内，没有破产立法的专门规定，法院是无法适用破产程序的。

第二，破产程序可以准用民事诉讼法的有关规定，^② 主要是出于破产立法技术上的考虑，一方面可以减少立法上的重复，另一方面可以弥补破产立法有关程序规定的不足。但是，破产程序准用民事诉讼法的规定，不构成破产程序的实质内容，只是破产程序在个别方面与民事诉讼程序或者执行程序类似的结果，从而不能因此将破产程序归入诉讼程序的范畴。

第三，破产申请、破产案件的审理、债权申报、债权人自治、管理人

^① 我国《民事诉讼法》（1991年）第19章规定有“企业法人破产还债程序”。该法所规定的企业法人破产还债程序只不过是我国完善破产立法过程中的权宜之计，并不能说明破产程序是民事诉讼程序的组成部分。《企业破产法》已经建构了适用于所有的企业法人的破产程序，全国人民代表大会常务委员会《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》（2007年10月28日）删去了《民事诉讼法》（1991年）第19章“企业法人破产还债程序”，《民事诉讼法》（2007年）不再含有涉及破产程序的规定。

^② 《企业破产法》第4条规定：“破产案件审理程序，本法没有规定的，适用民事诉讼法的有关规定。”前述规定所称“适用”，在用词上实有不妥，应改为“准用”或者“参照”较为妥当。

中心主义、债务人财产、破产程序中的债权、和解程序、重整程序、破产清算程序、破产程序的终结等各项破产程序的特有制度，决定着破产程序的实质，这些均是民事诉讼程序、非讼程序或民事执行程序所不能包容的特别法制度。

五 破产法的内容与结构

破产法是破产制度的法律表现形式，是法院处理破产案件以及利害关系人行使权利的客观标准。概括地讲，破产法是关于债务人不能清偿债务而适用破产程序以清理债权债务关系的所有法律规范的总称。破产法的内容主要包括破产程序规范、破产实体规范和法律责任。破产程序规范主要规定破产案件的管辖法院、民事诉讼程序规范的准用、破产申请与受理、管理人的指定、债权申报、债权人会议、和解程序、重整程序、破产清算程序和破产程序的终结等制度。破产实体规范主要规定破产程序的适用范围、破产原因、债务人财产、破产无效行为、破产撤销权、破产债权、破产费用和共益债务、破产程序对法律行为的限制效力、别除权、取回权、抵销权、破产免责等制度。法律责任主要规定对债务人和破产程序的参与者涉及破产事项的违法行为或者犯罪行为的处罚制度。

此外，破产法还在以下两种意义上使用。其一是法典名称，指专门规定破产程序及其实体法制度的单行立法。例如，德国 1877 年《破产法》、英国 1914 年《破产法》、美国 1979 年联邦《破产法典》以及《企业破产法》等。其二是学科名称，指介绍、分析和研究破产法律制度的历史、发展及其规范解释和评价的科学。

以法典形式表现的破产法，其结构可以根据需要而设定，并不存在固定的模式。所以，各个法域的破产法在内容安排或结构上不完全相同，甚至存在巨大的差异。例如，德国 1877 年《破产法》区别破产程序规范、破产实体规范和罚则分别加以规定。依循德国法传统的日本《破产法》，也采用基本相同的方式。但即使这样的立法结构在破产法的现代化过程中，也相应地发生着变化。例如，德国 1999 年生效的《支付不能法》，因为程序制度的变化，在结构上与 1877 年《破产法》相比，已有许多不同。再如，在美国，立法者则按照总则、破产案件的处理、债权人和债务人及破产财团、破产清算、市政机构债务清理程序、公司重整程序、个人债务清理程序、美国破产管理人协会等内容来设计《破产法典》的结构。

破产法的结构，涉及破产法的适用是否方便的问题，总的原则应当体现出务实精神。《企业破产法》在结构上的安排是较为务实的，分别由总则、破产申请和受理、管理人、债务人财产、破产费用和共益债务、债权申报、债权人会议、重整、和解、破产清算、法律责任和附则 12 章构成。

按照法律调整社会关系的不同领域和不同方法对法律进行定义，是法学上通常采用的方法。对破产法概念的界定应尽可能反映破产法的基本面貌和本质特征，以便与其他法律尤其是其他债权债务清理法区别开来。概括地讲，破产法是关于债务人清偿不能时，通过清算债务人全部财产并依特定分配原则向全体债权人作公平分配以清结债权债务关系，或通过债务人与债权人会议达成和解协议来清偿债务并避免债务人清算，或通过重整计划的制定与实施以实现债务人财务复兴的法律规范的总称。破产法的内容包括破产程序规范、破产实体规范和罚则，其中以程序性规范居多，具体包括破产清算程序规范、和解程序规范和重整程序规范。

对破产法还可以从形式意义与实质意义、广义与狭义等不同层面理解。以是否以破产法命名为基础，可将破产法分为形式上的破产法和实质上的破产法。形式上的破产法，是指以破产法命名的破产法律规范，即破产法典。在我国，形式上的破产法是指 2006 年 8 月 27 日通过的《中华人民共和国企业破产法》（简称《企业破产法》）；实质意义上的破产法，是指在内容与破产案件处理有关的所有法律规范的总和。实质意义上的破产法包括以破产法命名的法律规范以及虽不以破产法命名却与破产案件处理有关的法律规范。在我国，除《企业破产法》外，实质意义上的破产法还包括民商事法律、行政法规、刑事法律中与破产相关的法律规定以及最高人民法院就破产法律的适用所作出的司法解释。广义的破产法是规定破产清算、和解以及重整的法律规范的总称。狭义上的破产法则是专门规定破产清算事宜的法律规范。《企业破产法》是内容涵盖破产清算、和解与重整的综合性规范体系，属于广义的破产法。

六 破产法的性质

我国学者关于破产法之性质的研究，主要着眼于三个方面的问题：第一，破产法是实体性规范还是程序性规范？第二，破产法是强制性规范还是任意性规范？第三，破产法是公法还是私法？

部分学者则认为破产法在本质上属于私法。有学者指出，我国已经是

一个加入 WTO 的市场经济国家，我们必须把所有的市场经济主体放在一个公平的环境中对待。在这种背景下，必须将破产法当作私法来起草，反映和体现私法的基本精神。^①也有学者提出，破产法以私法为本位，中国要完善破产法律制度，应该摒弃非私法目标的追求，实事求是地恢复破产法律制度的本来面目。^②

也有学者认为，破产法应属于民事特别法，主要理由是我国没有民商分立的历史传统，破产法的各项制度大多都是民事法律制度的延伸，可以用民事程序规范和民事实体规范来概括。^③

还有学者认为，尽管破产法的强制性规范为破产程序的有序进行提供了基本的法律保障，但破产法所执行的是破产人的“私”财产，破产法要保护的是“私”权利。破产法对实体权利的规定，是以民事法律规范对民事主体的“私权”保护为基础的；破产法所规定的实体权利，在本质上应属于私权。因此，在破产立法上，应当充分注意到债权人对其私权的处分权，在破产法的执行中，也应当充分注意对相关人私权的保护。^④

显然，学者对破产法具有的私法或民商法属性均不持异议，但破产法是否还兼具经济法属性，学者是有分歧的。持破产法兼具民商法和经济法双重性质观点的学者，其主要立足点在于破产法涉及社会整体利益以及由此而引起的国家干预，并继而以体现国家干预的具体破产法律制度加以印证。持破产法属于私法观点的学者则立足于破产法规制对象的私法主体性和私法主体在破产程序中的意思自治。

部分学者认为，破产法具有民商法和经济法双重性质。《企业破产法》应是主要兼具民商法和经济法双重性质的法律。在当前公、私法日益交融的情况下，法律部门的划分已呈现一定程度的相对性。同一部法律中可以同时存在具有不同法律部门属性的法律规范，可以有所交叉。如公司法、土地管理法等，既具有经济法的属性，也具有民商法的属性，可以从不同的角度研究，破产法也是如此。^⑤学者持此观点的理由是：破产法

① 李永军：《重申破产法的私法精神》，《政法论坛》2002年第3期。

② 参见谢俊林《中国破产法律制度专论》，人民法院出版社2005年版，第242页。

③ 参见李玉璧《商法原理》，兰州大学出版社2000年版，第175页。

④ 沈贵明：《破产法学》，郑州大学出版社2004年版，第9页。

⑤ 王欣新：《破产立法中的经济法理念》，中国人民大学报刊复印资料《经济法学》2004年第9期。

的立法宗旨经历了债权人本位—债权人与债务人的利益平衡本位—社会利益本位的变化过程。在现代社会中，债务清偿关系有时可能影响到他人利益乃至社会整体利益，尤其是涉及公用企业、金融企业、超大型企业的破产，会影响到社会公众的利益，产生严重的失业等社会问题。为此必须引入经济法的理念，需要国家的适当介入，从社会本位角度维护社会整体利益，才能完成现代破产法的历史使命。从各国破产立法的情况看，体现国家介入因素的制度主要有：对重整制度的设置，尤其是允许法院在部分利害关系人反对的情况下强制批准重整计划；当事人达成的和解程序，须经法院许可后生效等。破产法是一种司法程序，国家的介入体现为通过立法借助法院对相关的法律关系进行调整。国家权力的介入，本身就是对当事人利益的一种强制调整，而在这种调整中必然会对不同当事人的利益有所增损。尽管社会整体利益与社会成员个人利益在相当程度上是统一的，但两者也会出现不能完全兼得的情况，必须做出取舍。在那些需要法律维护社会整体利益的场合，依据经济法的理念，就应当采纳有助于维护社会整体利益的相关法律制度。如果仅仅从私法的角度考虑破产问题，难免会导致对国家介入调整社会整体利益的制度采取怀疑或否定态度。^①

另有学者在坚持破产法属于私法的同时，对破产法“兼具民商法和经济法性质”的观点进行了质疑，其理由是：破产法的对象还是作为私人的商主体，而非国家公权力机关；破产的提起主要还是依靠债权人与债务人的意愿，而非国家强制；在破产程序的进行中，虽然法院具有监督与引导功能，但破产法整体上奉行的还是债权人自治的理念。无论是破产清算，还是和解与重整，债权人始终起着决定性的作用，债权人组成债权人会议，通过该组织的民主运作来实现所有债权人的利益。至于说破产法中有太多的强制性规范，这是一个事实。但是商法作为保护交易安全与债权人利益之法，本身就比民法具有更多的强制要素，因为通过强制，可以使规则标准化，进而减少交易人预测的成本支出，而强制性的规范并不能改变商法的私法特性。另外，对众多利害关系人利益的保护与社会责任的倡导也不能成为破产法“公法化”的理由，因为这些“众多的利害关系人”

^① 参见王欣新《破产法》（第三版），中国人民大学出版社2011年版，第8—9页。

在本质上仍然属于债权人的范畴。^①

还有学者认为，破产法是私法，又具有公法的部分特征。私法与公法的划分是相对的。现代法律制度中存在着许多介于私法和公法之间的法。破产法中个人利益与社会利益之间、当事人意思自治与国家干预之间以及效率价值与公平价值之间呈现相互协调、沟通和配合的发展趋势。特别是在破产法改革过程中，面对破产的社会成本日益扩大，重整程序成为世界破产法的发展趋势，法院和行政干预也在增强，破产法的这种公私法融合的特点更加明显。^②

我国学者关于破产法性质的探究是存在分歧的。在立法理论上，强调破产法的经济法属性的学者多倾向于国家干预，而强调破产法私法属性的学者则多主张破产程序当事人的意思自治。但总体而言，我国学者关于破产法的性质的讨论，对于人民法院审理破产案件适用法律并没有产生过多的影响，破产法的性质的讨论对于破产立法的实践价值也没有凸显出来。

笔者以为，破产法的性质问题，是一个由破产法的内容和结构引申出来的问题。破产法应当属于何种性质的法律，虽有各种不同的学说，但界定破产法的性质应当从不同法域的破产法的历史传统和实践背景入手，不能一言以蔽之。

首先要说明的是，在个别大陆法系国家，例如葡萄牙，将破产法列入民事诉讼法范畴内，破产法属于程序法无疑。而在英美法系国家，破产法毫无疑问为程序法。

其次需要注意的是，在实行商人破产主义的国家，破产法不仅沿袭和保留了中世纪商事破产制度的固有特点，而且不少国家将破产法规定在商法典内，或者将破产法视为商法的内容。由此，在这些国家的实践和学理上，破产法可以归属于商事特别法。

最后，在其他法域，破产法应为民事特别法。破产法虽起始于中世纪的商人破产制度，但是在许多法域并没有民商分离的历史传统，更未将破产法限定适用于商人，破产法不构成商事特别法；破产法虽然包含程序法规范，但它还包含程序法所无法涵盖的实体法规范，不能将破产法单纯归

^① 王延川：《破产法理论与实务》，中国政法大学出版社2009年版，第3页。

^② 参见覃有土《商法学》，中国政法大学出版社2006年版，第161页；王艳华《破产法学》，郑州大学出版社2009年版，第14页。

结为程序法。实际上,在绝大多数法域,破产法的各项制度基本上是民事法律制度的延伸,可以用民事程序规范和民事实体规范来概括,破产法当属民事特别法。我国亦应如此。^①

七 破产法的渊源

破产法是处理破产案件的各种法律规范的总称,在立法形式上就不能只限于单行的破产法,必然呈现出破产法渊源的广泛性。具体言之,破产法的渊源主要有以下几种。

(一) 单行破产法

所有实行破产制度的国家和地区,都颁布有单行破产法。单行破产法构成一国破产法的最重要的渊源。有的国家将破产法内置于商法典内,但是商法典中的破产编发挥着单行破产法的作用。例如,埃及、比利时等国的商法典破产编。

单行破产法为我国破产法的最重要渊源。但在不同的历史时期,单行破产法的表现有所不同。例如,2007年破产法改革完成之前,1986年颁布的《企业破产法(试行)》构成我国破产法的基本渊源,《民事诉讼法》(1991年)第19章“企业法人破产还债程序”,则构成我国破产法渊源的重要补充,在规范非国有企业法人破产方面起着单行法的作用。目前,我国的单行破产法仅有《企业破产法》。

(二) 民商事基本法

民商事基本法主要是指规范民商事基本制度的法典,诸如“民法典”、“民事诉讼法典”、“商法典”等。各国在民商事基本法中均有关于破产的实体规范和程序规范,而这些规范也构成破产法的渊源。例如,日本《民法》关于法人破产(第70条)、清算法人的破产(第81条)、契约因破产而解除(第621条)等规定,构成破产法的渊源。在我国,《民法通则》关于企业法人因破产而终止(第45条)的规定等,亦为我国破产法的渊源。除民商事基本法有关破产的实体规范外,不同法域的单行破产法都有“准用或适用民事诉讼法规范”的规定,而依该规定得以准用或适用的“民事诉讼法规范”,自然也构成破产法的渊源。

(三) 民商事特别法

不同法域的公司法、合伙(企业)法、商业银行法、货物买卖法、

^① 参见邹海林《破产程序和破产法实体制度比较研究》,法律出版社1995年版,第11页。

保险法、票据法、证券交易法、不动产登记法等民商事特别法中有关破产事项的规定，构成破产法的渊源。例如，我国《公司法》（2013年）第188条关于公司清算人申请破产的规定、《合伙企业法》（2006年）第92条关于合伙企业破产的规定、《保险法》（2009年）第90条关于破产申请经保监会同意的规定、第91条关于保险公司的财产清偿顺序的规定等，构成我国破产法的渊源。

（四）刑事法律

这里主要指刑事法律中有关破产犯罪及其刑罚的规定，构成破产法的渊源。对于破产犯罪，在立法上一般采用两种形式：一是在刑法典中规定破产犯罪，如法国、西班牙、瑞士、奥地利、德国及我国的澳门等；二是在破产法中专章规定破产犯罪，如英国、日本、我国台湾地区和香港地区。从现代不同法域的破产立法的发展趋势看，将破产犯罪的规定从破产法中移入刑法典，而且重新修改有关破产犯罪的构成要件，以及加大对破产犯罪的处罚力度是大势所趋。例如，德国1978年刑法改革后，有关破产犯罪的规定由刑法典专门负责。我国目前有关破产犯罪的规定，主要限于刑法的规定，诸如《刑法》第162条妨害公司、企业清算罪，第168条徇私舞弊造成企业破产及严重亏损罪等。

（五）最高法院的司法解释

这里主要指一国最高法院有关破产程序及其法律适用作出的所有司法解释。在英美法系国家，这些司法解释属于法院创制法律的范畴。例如，美国联邦最高法院1973年向国会呈交的联邦破产程序规则（Federal Rules of Bankruptcy Procedure），构成美国破产法的渊源。在大陆法系国家，即使这些司法解释依法尚不足以构成法律，也对下级法院审理破产案件有相应的实际约束力，故构成破产法的渊源。

在我国，最高人民法院的司法解释充当了法律渊源的重要角色。早在20世纪90年代初期，我国最高法院发布的《关于贯彻执行〈中华人民共和国企业破产法（试行）〉若干问题的意见》（1991年）和《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（1992年）第240—253项，成为我国破产法的不可或缺的组成部分。

目前，我国最高人民法院发布的有关破产的司法解释主要有《关于审理企业破产案件若干问题的规定》（2002年）、《关于〈中华人民共和国企业破产法〉施行时尚未审结的企业破产案件适用法律若干问题的规

定》(2007年)、《关于审理企业破产案件指定管理人的规定》(2007年)、《关于审理企业破产案件确定管理人报酬的规定》(2007年)、《关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(一)》(2011年)、《关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(二)》(2013年)。

(六) 国际破产法规范

国际条约中关于破产的规定,构成缔约国或者成员国内国破产法的渊源。例如,美洲国家会议通过的《布斯达曼特法典》(Codigo Bustamante)第328条和第329条以及第9编构成该法典接受国的内国破产法的渊源。

(七) 破产判例

在英美法系国家,法院依据成文破产法所作出的判例具有先例作用,构成成文破产法的重要补充;在大陆法系国家,虽然不承认判例为法律渊源,但是司法实践并未低估判例的参考价值而一直受到尊重,事实上也构成破产法的渊源。

(八) 其他渊源

在我国,法院在审理破产案件时可以引以为据的其他规范,也构成破产法的渊源。破产法的其他渊源主要有三种:其一为有关破产的地方性规范,如我国广东省1993年通过的《深圳经济特区企业破产条例》;^①其二为习惯;其三为法理。

就破产法的渊源而言,既然涉及了地方性破产立法,顺便探讨一下破产立法权是否可以由地方立法机关分享的问题。从域外破产立法的经验来看,在一国统一的司法管辖地域范围内应当避免地方立法机关分享破产立法权,这有助于消除多个破产程序同时存在的现象。在一国统一的司法管辖地域范围内,对同一债务人允许多个破产程序的同时存在,将直接影响司法权的统一,更严重的会涉及不同的法院所为破产程序的裁定是否会得到其他地方的法院无条件执行的问题;尤其是允许地方立法机关分享破产立法权,将造成不同法院所适用的破产程序所依据的“法律”存在差异。总体而言,破产立法权应当统一由中央立法机关行使,以在全国范围内实行统一的破产程序。极少有国家或者地区将破产立法权“托付”给地方

^① 该条例的前身为广东省人民代表大会1986年发布的《深圳经济特区涉外公司破产条例》。

立法机关的。众所周知，美国是一个联邦制国家，各州与联邦分享立法权，但是美国的联邦宪法却明文限定破产立法为联邦立法的范畴，各州在破产程序方面无权立法。^① 但在我国，对于这个问题似乎尚未达成共识。

“在理论上，破产立法规定人民法院审理破产案件的程序，人民法院代表国家统一行使审判权，地方立法机关不能够制定有关诉讼程序的地方性法规，以规制人民法院的审判过程，否则，会造成全国诉讼程序的不统一；因此，为保持破产程序在全国范围内的统一和规范，以维护法律的尊严，破产立法权应由全国人大统一行使。在实务上，允许地方立法机关分享破产立法权，难免会形成两种或两种以上的破产程序，给人民法院审理破产案件在运用法律方面设置障碍。所以，目前我国地方立法机关制定破产法规的现象，只可以理解为构成弥补我国全国性破产立法欠缺的权宜之计。”^② 因此，在我国社会主义市场经济已经获得较为充分发展的条件下，尤其是我国规范破产程序的全国性立法已经相对完善，地方立法机关分享破产立法权的状况应当无条件地予以纠正。

· 八 破产立法主义

各国立足于本国的经济、文化、政治环境以及历史传统等背景，创制和实施破产法的指导思想，构成破产立法主义。破产立法主义是各国破产法核心内容的高度概括，基本反映着一国破产法的现状和发展趋势。

（一）商人破产主义和一般人破产主义

这是涉及破产法的适用范围的立法原则。

商人破产主义是指破产法只适用于商人而不能适用于非商人的立法原则。近现代的商人破产主义立法，是中世纪意大利商业中心城市商人破产执行制度的产物，起始于1807年拿破仑商法典破产编。采用法国法系的大多数国家的破产立法，例如，比利时、意大利、埃及、西班牙、瑞士、伊朗、希腊、巴西、墨西哥、委内瑞拉、哥伦比亚、阿根廷等，均继承了法国商人破产主义立法传统。商人破产主义的实质，在于承认商人的破产能力，否认非商人的破产能力。但是，现代破产立法的趋势正在日益摆脱

^① Section 8 of Article I of U. S. Constitution.

^② 邹海林：《破产程序和破产法实体制度比较研究》，法律出版社1995年版，第13—14页。