

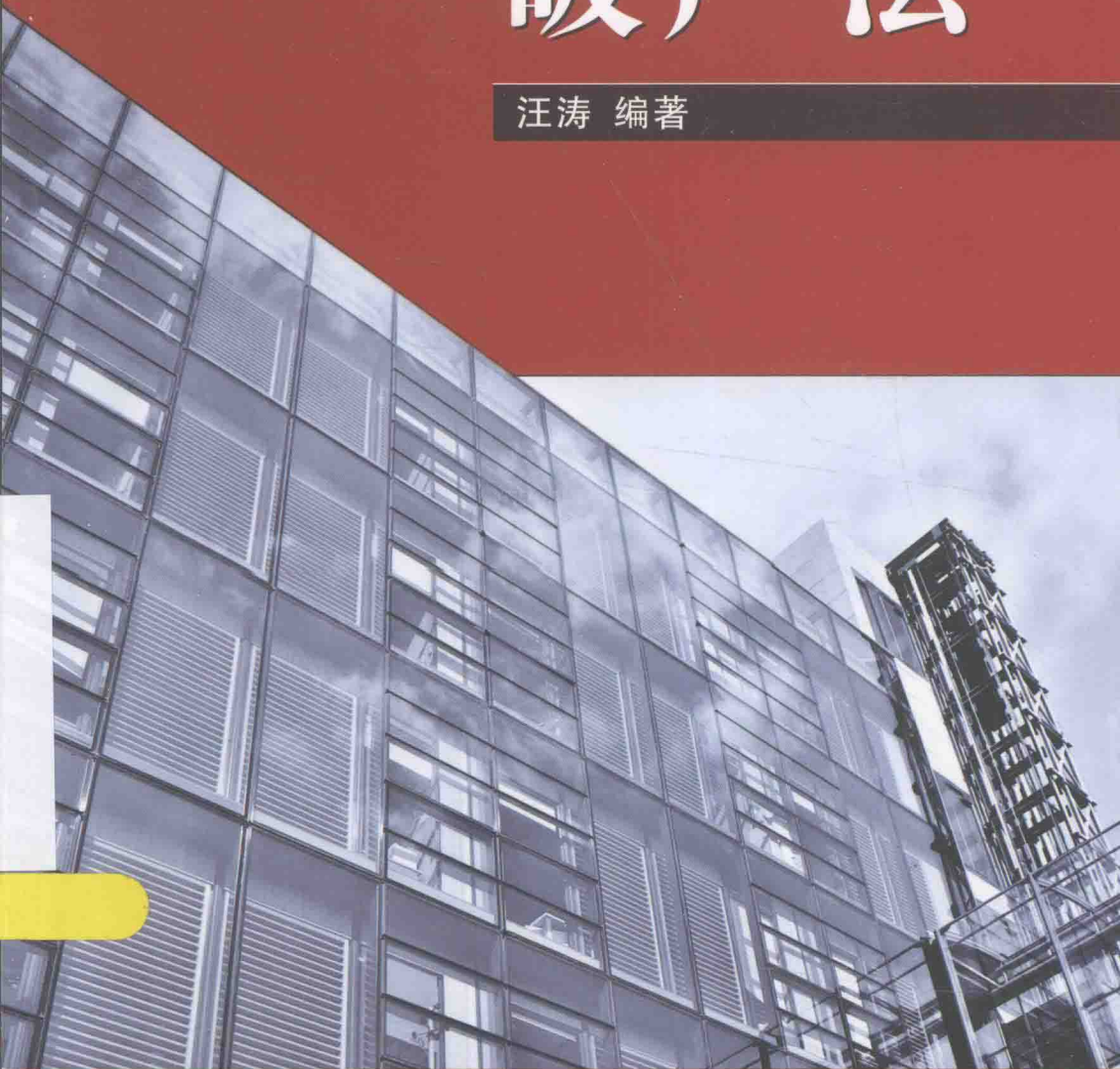
docsriver.com
商家本本店



Enterprise Bankruptcy Law

破产法

汪涛 编著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社



Enterprise Bankruptcy Law

破产法

汪涛 编著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

破产法/汪涛编著. —武汉: 武汉大学出版社, 2015. 6
ISBN 978-7-307-16067-5

I. 破… II. 汪… III. 破产法—研究—中国 IV. D922. 291. 924

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 126517 号

责任编辑:陈 帆 责任校对:汪欣怡 整体设计:马 佳

出版发行: **武汉大学出版社** (430072 武昌 珞珈山)
(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷: 武汉中远印务有限公司

开本: 720 × 1000 1/16 印张: 12.75 字数: 182 千字 插页: 1

版次: 2015 年 6 月第 1 版 2015 年 6 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-16067-5 定价: 39.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

目 录

第一编 总 论

第一章 破产与破产法概述.....	3
第一节 破产的概念与特征.....	3
第二节 破产法的历史变迁.....	4
第三节 破产法的功能和立法主义	11
第二章 破产的申请和受理	20
第一节 破产申请	20
第二节 破产申请的受理	23
第三章 破产法上的机构	27
第一节 破产管理人	27
第二节 债权人会议	30
第三节 债权人委员会	41
第四章 债务人财产	44
第一节 债务人财产概述	44
第二节 债务人财产的范围	46
第三节 破产撤销权	49
第四节 破产取回权	52
第五章 破产别除权与破产抵销权	58
第一节 破产别除权	58

第二节	破产抵销权	62
第六章	破产债权	67
第一节	破产债权概述	67
第二节	破产债权的范围认定	70
第三节	破产债权的申报与确认	74
第四节	未到期破产债权的清偿	79
第五节	不确定破产债权的处理	82
第六节	破产程序中的连带债务问题	84
第七节	破产程序中的保证责任问题	87
第七章	破产费用与共益债务	90
第一节	破产费用	90
第二节	共益债务	92
第三节	破产费用和共益债务的清偿	94
第八章	法律责任	97
第一节	破产法律责任概说	97
第二节	破产违法行为	98
第三节	破产犯罪行为	102
第二编 破产程序论		
第九章	破产重整程序	109
第一节	重整制度概述	109
第二节	破产重整的申请与审查	113
第三节	破产重整期间债务人财产的经营和管理	116
第四节	破产重整计划的制定和批准	122
第十章	破产和解程序	132
第一节	破产和解制度概述	132
第二节	破产和解程序的规则	138

第十一章 破产宣告程序·····	143
第一节 破产宣告·····	143
第二节 破产财产的变价和分配·····	146
第三节 破产程序的终结·····	147
主要参考文献·····	153
附录 破产法及相关司法解释·····	161

第一编 总论

第一章 破产与破产法概述

第一节 破产的概念与特征

一、破产的概念

破产(Bankruptcy)一词来源于拉丁语“Falletur”,意思是失败。^①在日常生活中的基本意义主要指:一是比喻事情全部失败;二是指丧失全部财产。法律上的破产是商品经济发展到一定阶段的产物,严格意义上讲是资本主义商品经济发展到一定阶段的产物。法律上的破产是处理经济上破产时债务如何清偿的一种法律制度,即在债务人不能清偿债务时,由法院强制执行其全部财产,公平清偿全体债权人的法律制度。^②我国的《法学大辞典》对破产所下的定义是“债务人不能清偿到期债务或负债超过资产时,由法院强制执行其全部财产,公平清偿全体债权人,或者在法院主持下,由债务人和债权人会议达成和解协议,避免倒闭清算的法律制度”。^③从该定义可以看出,法律上的破产包含两层含义:一是指破产状态,即债务人出现不能清偿到期债务或负债超过资产的状态;二是指法院对出现破产状态的企业强制执行其全部财产,公平清偿全体债权人的程序。

① 柴发邦主编:《破产法教程》,法律出版社1990年版,第1页。

② 王欣新:《破产法》(第3版),中国人民大学出版社2011年版,第3页。

③ 邹瑜、顾明主编:《法学大辞典》,中国政法大学出版社1991年版,第1295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>



二、破产的法律特征

通常认为，破产的法律特征主要有以下几项：

(1) 破产是一种执行程序。通常学者认为破产是一种概括的执行程序，即为全体债权人的利益而对债务人的全部财产进行的执行程序。普通的民事执行程序则是为个别债权人的利益而进行的。两者虽有区别，但作为执行程序的基本性质是相同的。正是因为破产属于执行程序，所以在破产程序中不解决当事人之间的实体争议，破产程序中如果出现实体争议应当另行通过诉讼途径解决。

(2) 破产是在特定情况下适用的执行程序。破产虽然本质上属于执行程序，但是，其和一般执行程序不同，这种程序的启动必须具备一定的前提条件。对于这种前提条件虽然各国规定不尽相同，但是一般均和债务人不能清偿到期债务有关。至于不能清偿的原因有可能是资不抵债，也有可能是由于流动资金不足，导致不能清偿到期债务。

(3) 破产是以债务人全部财产为清偿对象。破产是以债务人的全部财产对全体债权人进行公平清偿。由于是以全部财产进行清偿，而财产是企业承担民事责任的基础，所以，破产清算后，债务人将因丧失企业承担民事责任的基础而导致主体资格的消亡。

(4) 破产是一种公平清偿债务的程序。在债务人破产的情况下，通常有若干债权人，同时债务人的资产又不能满足所有债权人的全部清偿要求，这就需要对全体债权人进行公平的清偿。需要强调的是，对全体债权人的公平清偿并不等于平等清偿，而是根据不同性质的债权确定不同的清偿顺序，相同性质的债权按照相同的比例进行清偿。公平清偿是破产程序中应当遵循的一项重要原则。

第二节 破产法的历史变迁

一、罗马法上的债权平等受偿制度

破产制度是由债务执行制度逐步演化而来的，因此，探究破产

制度的变迁必须从债务执行制度开始。考察破产法的发展历史，往往离不开对罗马法上诉讼程序中执行程序的回溯。因为从一定程度上讲，早期破产法虽然源于欧洲中世纪后期城市商业经济的法律革新，但是它却是取材于博大精深的古罗马诉讼程序制度。^①

罗马共和国在《十二铜表法》中确立的对债务人债务的执行程序是一种对债务人人身和财产的双重扣押制度。例如，《十二铜表法》第3表中规定，普通债务到期时，债务人有30日的宽限期设法还债。如逾期仍不能清偿，债权人即可以武力扭送债务人至法官前，以手触其身，陈述负债的原因和数额以及债务人未能清偿的事实。此时，被告不得反抗。如果被告不能清偿债务，也不能和原告达成和解，又无亲友出面作保，法官即裁判将债务人交与债权人。债权人即可将债务人囚于私牢，羁押期为60日。在此期间，债务人虽丧失自由，但不丧失行为能力，仍可与债权人进行和解。此间，债权人应将债务人带至市场三次，宣布其应偿的数额，寻求他人担保，或使其亲友怜悯而代为清偿。如60日的羁押期满以后，债务人仍无法还债时，债权人即可将债务人出售于国外为奴，甚或杀之。如有数个债权人时，则共享出卖的价金，或分割其尸体。^②在此种规定之下，众多债务人因惧怕沦为奴隶或者被杀死而丢弃财产逃亡，造成许多无主财产。在此情况下，无主财产归先占者所有，但对于其他债权人则有失公平，于是，罗马法上出现了对债务平等清偿的制度。其中“财产趸卖”和“财产分期出售”已经较为明显地显示出债权人平等受偿的观念，且“财产分期出售”更接近于现代破产制度。该制度规定，财产不足清偿时，则按下列顺序办理：①首先支付为各债权人的共同利益而产生的费用，如管财人的报酬、拍卖财产的费用等；②如债务人在价金分配前死亡的，支付其丧葬费；③清偿抵押债权，各债权依其抵押的先后顺序和优先债权性质分配，例如修理房屋、船舶等贷款债权；④清偿普通债

^① 李国光主编：《新企业破产法教程》，人民法院出版社2006年版，第10页。

^② 周枏：《罗马法原论》，商务印书馆1994年版，第869页。

权，如不足，则对各债权按比例分配；⑤偿还因侵权行为所产生的债务；⑥如债务人死亡而生前曾立遗嘱的，则将剩余财产分配给受遗赠人。^①由此可以看出，罗马法上的“财产分期出售”制度已粗具破产制度的雏形，对中世纪后期产生的商事破产程序具有重要的影响。

二、欧洲大陆的破产制度

罗马法上的诸多制度随着西罗马帝国的灭亡而日渐衰退。但是在欧洲城市文明出现之后，它对西欧各国产生了不同程度的影响。意大利破产法起源于中世纪意大利北部地区所流行的债权人私人财产扣押制度以及后来裁判上的假扣押制度。假扣押程序，系仅凭债权人单方提出的债权证明和扣押原因证明，由债权人取得法院对债务人财产的假扣押命令，债权人凭借假扣押命令获得对债务人身体或者财产的执行。罗马法复兴时期的意大利法学家将假扣押制度视为罗马法上的财产委付制度，而且伴随北部自由城市的发展，商人之间需要快速简易的破产程序来处理破产事务，因而在程序上出现了以债务人停止支付为破产原因的商人破产制度。这是后来各国所采取的商人破产主义立法例的开端。从中世纪的意大利开始，破产制度以保护公共利益为理念，逐步取代了罗马以维护私人利益为理念的破产制度，所有的破产均由法院负责受理。近代意大利破产制度起源于1865年6月25日颁布施行的意大利破产法，1883年1月1日施行的《商法典》第3卷即为意大利现行有效的破产法。

法国的破产制度继受了罗马和意大利的制度。1667年的《里昂破产法》即为法国最初的成文破产法。1673年颁布的《商事条例》第9章至第11章包含破产的相关规定，成为较为完整的破产法。1807年的《商法典》第3卷成为法国破产法，标志着近代法国破产法的形成。法国破产法以停止支付为商人破产的原因，而非商人则以不能清偿为破产原因。此后，法国破产法经多次修订，将商人破产主义改为一般破产主义。

^① 周相：《罗马法原论》，商务印书馆1994年版，第907页。

德国的破产制度仅有假扣押程序的固有法。债权人为了保全其权利，可以拘禁债务人，并扣押债务人的财产。在债权人有多人的情形下，先行进行假扣押的债权人可以优先于其他债权人获得清偿，这一制度称为执行优先主义。到了15—16世纪，德国一方面继受罗马和意大利的破产制度，采纳债权人自力救济制度；另一方面又保存其固有法。1855年的普鲁士破产法是德国最早的破产法，采取折中主义的立法例，商人与非商人均可宣告破产。1877年德国颁布了统一后的破产法，并于1898年修订，此后于1994年再次作出重大修订，原法中的“破产”一词也由“Konkurs”替换为“Insolvenz”（支付不能），^①成为德国现行的破产法。1927年，德国颁布了和解法。

英国、美国是判例法国家，以不成文法为主，但是破产法均表现为成文法。英国在1542年就出现了成文的破产法，适用于商人和非商人。1861年英国颁布的破产条例经多次修订成为现行的英国破产法。英国破产法采取和解先置主义和免责主义。美国于1800年首次颁布联邦破产法，仅限于商人破产。此后，又于1841年、1876年、1898年颁布联邦破产法，现行的破产法是1978年颁布的破产法。^②

三、中国破产法的历史发展

（一）旧中国破产法的历史

由于我国曾长期处于农业社会阶段，工商业不发达，加上“父债子还”的传统观念根深蒂固的影响，在社会关系的法律调整上并未产生对破产制度的需求，债务人即便不能清偿债务，实践中也无破产的必要。所以，我国清末以前的律法中，并无对破产制度的规定。到了19世纪中叶，伴随我国门户的开放，中外贸易不断

^① 杜景林、卢谌译：《德国支付不能法》，法律出版社2002年版，第1~2页。

^② 李飞主编：《当代外国破产法》，中国法制出版社2006年版，第443页。

繁荣，由传统的重农抑商转变为工商并举的政策，因而产生了破产制度的社会需求。1906年，由修律大臣沈家本起草《破产律》，共69条，主要适用于商人的破产。《破产律》引入西方破产法的理念和制度，例如免责主义、债权人平等原则等，为今后破产法的立法奠定了基础。由于《破产律》第14条规定债权人平等受偿原则，与当时先赔偿洋款后赔偿官款的规定冲突，遭到有关政府部门的反对，《破产律》于1908年被废止。

1911年辛亥革命之后，国民党重新制定各种法律。1915年由前北京法律修订馆拟定破产法草案，内容分为实体法、程序法、罚则三编，共337条。该法以德国破产法、日本旧破产法为蓝本，虽具备破产法的梗概，然亦有错误失当之处，当时未能公布实施。^①1927年，司法部将该破产法草案呈准暂予施行。1934年，又颁布《商人债务清理暂行条例》，共68条，不分章节，其主要目的在于采用强制和解制度，而在和解不成时，使债权人可利用清算程序迅速实现其权利。1935年4月，立法院民法委员会开始起草《破产法》。当时，农村经济面临衰落的危机，工商业倒闭事件屡屡发生，个人无力偿债者也比比皆是。为适应社会对破产清算程序的需求，破产法采一般破产主义，并将破产清算程序与破产和解程序同时规定，对破产人实行非惩戒主义和免责主义。该法分总则、和解、破产、罚则等四章，共159条，于1935年7月17日公布，翌日公布《破产施行法》，均自同年10月1日起施行。该法经1937年和1980年的局部修改，目前仍为我国台湾地区的“破产法”。

（二）新中国的破产法律制度

我国的现代破产法律制度是在计划经济体制向市场经济体制的过渡中，随着企业法人制度的逐步确立和完善而建立起来的。^②我国统一的全国性破产立法是于1986年12月2日第六届全国人大常

^① 王晨雁编著：《经济法律新论》，中国审计出版社2000年版，第161页。

^② 王晨雁编著：《经济法律新论》，中国审计出版社2000年版，第161页。

委会第十八次会议通过的《中华人民共和国企业破产法（试行）》（以下简称《破产法（试行）》）。鉴于《破产法（试行）》仅适用于全民所有制企业，而全民所有制企业以外的其他企业同样需要破产法的调整，所以，1991年4月9日，第七届全国人大第四次会议通过的《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》，已被修订）于第二编“审判程序”中专设第19章“企业法人破产还债程序”，适用于全民所有制企业以外的具有法人资格的其他企业的破产案件。^①

因《破产法（试行）》共有6章43条法律规定，《民事诉讼法》中的“企业法人破产还债程序”一章只有8个条文。随着我国经济体制改革的不断深入以及对市场经济体制改革目标的确立，这些较为笼统的规定，无论是在实体权利的处理方面还是程序规范的适用方面，都不能完全满足经济体制改革和经济发展的需要，并日渐暴露出其诸多缺陷，影响到对破产关系的正确调整。从各方面的反映来看，这些缺陷主要包括：①受计划经济观念和体制的影响，立法理念和目标方面的偏差，因此导致存在许多部分或者全部与市场经济不能相容的规定；②立法内容过于简单、粗糙，诸多制度存在疏漏，法律规范缺少可操作性；③对国外已有的成功的立法经验与制度借鉴不足；④适用对象范围上存在较大的局限性，针对不同企业采取不同的制度，立法体制上的双轨制破坏了法制的内在统一性；⑤一些新法的出台使其与其他法律之间的相互协调性不够，与相关破产法规和行政规章，包括《国务院关于在若干城市试行国有企业破产有关问题的通知》之间存在冲突和矛盾，等等。

1994年3月，全国人大财经委员会根据第八届全国人大常委会立法规划的要求，着手组织《破产法》的起草工作。1995年9月，全国人大财经委员会将新破产法草案提交全国人大常委会。从公布的第八届人大常委会1995年的立法规划来看，《破产法》应属于1995年出台的立法文件之一。但因种种原因，破产法草案并

^① 曹胜亮、曾斌主编：《商法》，华中科技大学出版社2008年版，第203页。

未付诸审议。2003年，第十届全国人大财经委员会又成立新的破产法起草组。新的破产法起草组对破产法进行了积极起草，广泛开展了调研，多次召开立法座谈会，征求了各方面的意见，经过多次审查修改，于2006年8月22日经第十届全国人大常委会第二十三次会议，于2006年8月27日通过《中华人民共和国企业破产法》（以下简称《破产法》）。自《破产法》施行之日起，《破产法（试行）》同时废止。新《破产法》的颁布实施，使得我国企业破产法律制度更加完善。^①

现行《破产法》具有以下几个方面的亮点：

第一，将适用范围扩大到承担有限责任的各种所有制的企业法人，而不仅仅适用于全民所有制企业。

第二，将破产原因界定为“不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力”，而不是单纯用不能清偿到期债务或者资不抵债为标准，判断企业是否具备破产原因。

第三，将破产案件的适用程序由清算与和解整顿两种增加为破产清算、重整、和解三种。

第四，设立重整制度，对有拯救希望的企业法人以再生的机会，并对重整保护期间及其财产和营业管理、重整计划的制定、通过、批准和执行作了详细规定。

第五，设立破产管理人制度，并规定在人民法院受理破产申请的同时指定管理人，接管债务人的财产和事务。

第六，规定了破产程序开始后为全体债权人的共同利益以及破产程序的顺利进行而负担的共益债务，并规定了共益债务由债务人财产随时偿还的原则。

第七，设立债权人委员会作为破产监督人，监督破产程序的进行，实现债权人的自治需求。

第八，扩大了追加分配的财产范围，最大限度地保护债权人的利益。

第九，慎重地协调了破产程序中职工债权和担保权的关系，同

^① 范健、王建文：《破产法》，法律出版社2009年版，第32~33页。

时对有限制的职工债权规定了特别保护。

第三节 破产法的功能和立法主义

一、破产法的功能

破产法是市场经济法律体系的重要组成部分，对市场经济的发展起着重要的保障作用。法律是对现实社会关系的反映，同时又对社会关系的发展起着重要的导向作用。要改革阻碍生产力发展的旧经济体制，建立社会主义市场经济的正常秩序，必须依靠破产法来进行调整，破产法是市场经济中一部不可或缺的法律。破产法作为市场经济的重要法律主要具备以下功能：

(1) 利益衡平功能。传统破产法的立法的具体目标是清理债务人的财产以清偿债权，债权人的利益至上；但是现代破产法的具体目标趋向多元化，破产法不仅必须在总体目标和各项具体目标之间保持平衡，而且在这些利害关系方不同的利益之间保持平衡，同时必须在这些利益和有关社会、政治和其他政策方面的考虑之间保持平衡。只有一种比较好的破产程序，一种比较好的在法律制度下的商业安排，才能够让债权人、债务人以及相关利益者的利益得以平衡。对债权人来说，通过破产程序，可以使他们的债权请求得到公正的待遇，避免了在缺乏公平清偿秩序的情况下可能受到的损害；对债务人企业来说，破产制度可以起到两种作用，一是淘汰落后，二是起死回生（通过和解、重整、破产企业的整体变价来实现）；^① 对于社会而言，破产可以促进优胜劣汰，维护正常的经济秩序和社会稳定。所以，破产法具有利益衡平的价值。

(2) 维护正常经济秩序的功能。在市场经济条件下，当企业出现不能清偿到期的债务时，往往会影响到一批债权人、债务人，如果没有破产还债这一制度，有可能使大多数的企业陷入债务锁链

^① 王卫国主编：《商法》（第2版），中央广播电视大学出版社2008年版，第124页。

而难以正常有序地开展商事活动。现代社会具有连带互动作用，一个企业出现不能清偿到期债务的情况时，若不及时启动破产程序，其损害有可能扩大，势必拖累与其有依赖关系之多数企业，形成多米诺骨牌般之连锁倒闭，导致失业等动荡不安之严重社会问题。而企业以破产的方式了结债权、债务，类似于割掉自己身体的“毒瘤”，既能防止损害的进一步扩散，又能使经济活动恢复到正常的秩序状态。

(3) 优胜劣汰，保持市场主体活力的功能。市场经济的逐步确立和完善，使得市场主体间的竞争也愈加激烈。竞争本是市场经济的题中之意，其结果必然是优胜劣汰，一些不能适应市场要求的企业无疑将退出市场。在市场经济体制下，通过破产程序是淘汰一些不适应市场要求的企业的重要途径。通过破产程序，让那些不能清偿到期债务的，不能适应市场要求的企业合理有序地退出市场，把资源和机会让给更有实力和活力的其他主体，这无疑对保持市场主体活力是具有十分重要的意义的。

二、我国现行《破产法》立法宗旨的创新

2006年8月27日，第十届全国人大常委会第二十三次会议通过了《破产法》，自2007年6月1日起施行。现行《破产法》以社会主义市场经济规律为立法基点，借鉴各国立法之有益经验，结合中国国情，创新性地制定了破产法律的基本制度。

现行《破产法》的创新首先体现在立法宗旨之中。法律的立法宗旨有时不为从事实务的工作者所重视，而具体的法律制度只有通过实务工作者的正确实施，立法宗旨才能得到实现。对现行《破产法》的立法宗旨应从以下几个方面理解。第一，现行《破产法》对一些具体的法律制度进行了变革，如将清算组制度改为管理人制度，创设重整制度等。对这些创新与变革，只有从立法宗旨的高度予以理解才能有助其顺利实施。第二，在现行《破产法》立法过程中，对一些体现立法宗旨的重要法律制度该如何制定存在过重大争议，如国有企业的政策性破产是否保留，职工债权与担保物权债权清偿顺序的确定等，对这些争议的实质与立法解决模式也

只有从立法宗旨的高度才能得到正确的理解与把握。第三，也是最重要的一点，就是在《破产法（试行）》的实施中发生了种种违背破产法基本原则的失误，尤其是在所谓政策性破产的不良导向下使立法宗旨在实施中被歪曲，并由此形成了一些错误的思维定式与操作惯例。在现行《破产法》实施后，必须大力宣传新的立法宗旨，才能保证新法在执行中不会被曲解，不会再有意无意地“穿新鞋走老路”，不再重蹈《破产法（试行）》实施失误之覆辙。这是关系我国破产立法之成败、市场经济体制之最终确立的重要问题，需要予以高度的重视。^①

立法宗旨的创新，第一是明确了《破产法》的特殊社会调整目标，区分了其直接社会调整作用与间接社会影响的关系；第二是明确区分了破产法与社会保障法、劳动法等相关立法之间不同的调整范围，将不属于破产法调整的职工救济、安置等社会问题排除在破产程序之外，从理论上为破产法的实施扫除最大的社会障碍；第三是排除了政府不正当的行政干预，从而避免因地方政府执政利益的影响而歪曲破产法的实施，同时强调政府必须履行其应尽的提供社会保障、安置失业职工等职责，解决法院审理破产案件的社会干扰，保证破产法的顺利实施。

（一）明确破产法的社会调整作用

现行《破产法》第1条明确规定，其立法目的就是为“保护债权人和债务人的合法权益，维护社会主义市场经济秩序”，这表明其贯彻的是市场经济的理念。而《破产法（试行）》第1条则将“适应社会主义有计划的商品经济发展和经济体制改革的需要，促进全民所有制企业自主经营，加强经济责任制和民主管理，改善经营状况，提高经济效益”等与破产法无直接关系的社会目标列在立法目的之首位，而“保护债权人、债务人的合法权益”则被放在了最后。这绝不仅是文字表述上的问题，它反映出人们对破产法调整作用认识的偏差以及《破产法（试行）》中计划经济体制残余

^① 王欣新：《新破产法立法宗旨的创新》，《检察日报》2007年11月9日。

的影响。新旧《破产法》立法宗旨上的变化，反映出人们对《破产法》社会调整机制的认识逐步趋向正确与深化。

多数人的债权可能在债务人不足清偿的有限财产上发生竞合，使原来仅存在于单个债权人与债务人之间的清偿矛盾进一步扩展到了多数债权人之间。这时，如根据一般民法原理允许债务人对个别债权人清偿，或允许债权人个别强制执行，则先偿还或先执行的债权人可能获得全额清偿，而其他债权人则可能分文不获，造成同等债权却得不到同等清偿的不公平现象。

在缺乏破产法调整的情况下，一方面，这迫使不甘利益受损的债权人不得不自力救济，维护其利益。但因国家未给债权人提供合法手段，便难免出现债权人抢占债务人财产，甚至非法拘禁债务人而逼债等违法行为。另一方面，债务人不仅要饱受多重讼累，而且对债务永远负有清偿责任。那些事业尚有转机的债务人要想避免企业倒闭，只能逐个与债权人达成和解，而这是非常困难的，在原有法律体系内是无法得到对事业重整的制度支持。另外，债务人在以全部财产清偿债权人尚且不足的情况下，对其财产已丧失实际利益，极易引发道德风险，如隐匿、抽逃资产逃避债务，进行破产欺诈或偏袒性清偿，损害债权人的利益。所以，当债务人丧失清偿能力时，要公正解决债务清偿问题，维护社会经济秩序，实现法的公平、正义的价值，就必须有一种与原有的债权制度和民事诉讼与执行制度不同的特别法律制度来调整，这就是破产法。

破产法的直接调整作用，是通过其特有的调整手段保障债务关系在债务人丧失清偿能力时的有序公平实现，解决对多数债权人的公平清偿，维护债权人和债务人的正当权益，维护社会利益与经济秩序。这才是破产立法的根本宗旨。就债务清偿而言，破产法将当事人的个别清偿转化为集体的清偿，纠正在破产临界期间债务人有碍公平清偿的行为，将债务人所有的财产集合起来，将所有的债权人组成团体，按照债权不同的性质、顺序、比例给予公平的清偿，这是破产法产生之初的主要调整作用，而后又逐步产生通过免责等制度维护债务人的正当权益，通过和解、重整制度预防破产发生，进而维护社会利益等调整作用。而破产法的间接影响，如改善经营

管理，提高经济效益或对产品结构、资源配置的调整，可以采取行政手段解决。唯独在债务人丧失清偿能力时对债务关系的调整上，破产法的作用是任何其他法律或行政措施所无法替代的。在理解破产法的立法宗旨时，必须以此作为基点，才能使人们真正认识其重要社会作用所在。

（二）区分破产法与社会保障法和劳动法的调整范畴

破产的社会涉及面甚广，由此产生的种种社会问题绝不是单独一部破产法就能全部解决的，这需要多个法律部门相互配合、综合发挥作用才能完成这个社会任务。其中，破产法着重解决的是债务清偿的法律问题，调整的主要是民事关系，而破产企业职工的社会保障、就业安置等问题应当由社会保障法、劳动法解决。

社会保障法律制度是以国家为主导强制性建立的。享受就业权利与社会保障是公民的宪法权利，也是国家对公民的义务。不同法律部门的基本原则、价值理念是不同的。破产法强调的是遵循市场经济竞争规律，保障对债务的公平清偿，维护经济秩序，而社会保障法更多地强调对人权的维护，是对社会弱势群体的特殊保护，是对市场经济之自然规律形成的利益体系作反向的政策性调整。如果把这两种不同的立法宗旨硬塞到一个法中，尤其是破产法中，必然会造成不同立法调整功能的混淆与立法原则间的冲突，进而人为地引发激烈的社会矛盾。

《破产法（试行）》立法宗旨的错位更多地表现在其实施体系中。在国务院下发的《关于在若干城市试行国有企业破产有关问题的通知》（国发〔1994〕59号）和《关于在若干城市试行国有企业兼并破产和职工再就业有关问题的补充通知》（国发〔1997〕10号）等文件中，对职工的失业救济、安置费用等问题规定了一套与破产法基本原则不同（当然也与社会保障法不同）的政策性破产制度。依法破产与政策性破产的关键区别，绝不是对职工应否进行妥善安置（因为失业与救济问题本应由政府负责解决），而是职工救济安置费用应由谁承担，与破产有关的社会保障问题应由谁解决。前者之费用是从失业保险基金等社会保障基金中支付，不足者由各级政府财政承担，与破产有关的社会保障问题在破产程序之外

由地方政府解决；而后者则全部从破产财产包括担保财产中支付，实质上是转嫁由全体债权人承担，^①不足部分才由政府财政（包括中央政府专门给予的财政补贴）承担，与破产有关的社会保障问题在破产程序内名义上由法院解决。在这种政策导向下，地方政府可以不承担或少承担本应由其财政承担的职工救济安置费用，甚至还可能从中渔利。在巨大利益的驱动下，政策性破产被迅速普遍实施，甚至远远超过国务院原想控制的范围（一些地方甚至出现花钱买政策性破产指标的现象）。如前所述，政策性破产的错误之处与是否解决职工救济、安置问题无关，而是在于它硬将企业行政关闭措施冠之以破产名义实施，不仅败坏了破产的名声，而且形成了破产法的错误实施模式；在于它使地方政府通过所谓的政策又一次获得以行政干预破坏市场正常运行规律、侵蚀司法权力的机会，使地方政府可以将其狭隘的规避责任、减少财政支出的利益得以公开地以损害债权人利益的方式实现。政策性破产使对债权人利益的保护与对职工的救济、安置，这两个本应由不同立法解决的问题因“搬错了道岔而撞车”，导致发生激烈的社会冲突，破坏了市场经济秩序。现在，根据现行《破产法》及国务院的有关规定，政策性破产被限制在2008年年底终止，以后对职工利益的维护主要依靠社会保障法、劳动法等来解决。

（三）排除不正当的行政干预，明确政府应履行之职责

现行《破产法》努力排除旧破产立法与执法中普遍存在的政府不正当行政干预，纠正行政权力对司法权力的侵蚀，纠正政府财政对债权人利益的剥夺，确立了要以市场化的运作模式解决破产问题的基本原则。在现行《破产法》中并非完全没有国家意志的介入（这在现代社会是不可能的），但其介入被限制在合理、合法的范围内，如体现在涉及社会公共利益的企业如金融企业破产时，要经过国家有关部门的批准；在重整程序中设置法院强制批准重整计

^① 参见史际春、袁达松主编：《经济法学评论 第七卷》（2006），中国法制出版社2007年版，第140页。

划草案程序，以司法干预的形式体现国家对重要企业的保护，等等。

在旧破产法，尤其是政策性破产的实施中，从执法理念上就没有将对债权人利益的保护放在重要位置，而是把保障职工救济与安置等本应由社会保障法和劳动法调整，应由政府解决的社会问题放在审理破产案件的首位，并强迫债权人承担费用与成本。这种错误的做法经过长期的实践在一些人的头脑中已形成思维定式，只要企业破产，就有意无意地按政策性破产的模式办理。所以，如果不能扭转错误的执法思想、思维定式以及操作惯例，现行《破产法》的实施仍可能出现失误。

我们必须在法院与政府之间作出明确的分工，由法院负责在破产案件的审理中解决债务关系，实现对债权人、债务人合法权益的保护，由各级政府负责解决破产企业职工的就业安置、社会保障等问题。两种不同的社会职能、不同的调整对象、不同的工作，必须作出严格的划分，一定要法院、政府各司其职，共同配合，一起解决因企业破产而引发的各种社会问题。社会问题不是破产法所能解决的，更不属于法院的法定职责范围（法院根本不具备安置失业职工的社会资源），绝不允许地方政府将这些社会问题推给法院。过去对地方政府的政务工作曾有过所谓“一票否决制”，今后在破产法的实施上也应当采用这种制度。凡是在企业破产后不积极解决职工的就业安置、生活救济问题，把职工推向法院的政府部门和官员，要严肃追究其渎职责任。只有这样，才能真正使我国破产制度的实施走向正轨。

要彻底解决破产企业职工的救济与安置问题，必须靠社会保障制度、劳动就业制度来完善。这是我国在建立市场经济体制的过程中一个不可回避的难关，而以前对此一直不够重视，且陷入错误的解决模式中，反而导致社会诚信缺失，欺诈逃债案件时有发生。如不认真解决，会使市场经济体制建设在“破产”这一最后环节受到不利影响，从而不利于和谐社会的构建。

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
但请勿去除文件广告宣传页面

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>



三、破产法上的立法主义

破产法上的立法主义，实际上是学者对各国立法、判例与学理上关于破产法的主要问题所采取的立法政策、常理与判例观点进行的总结，它们反映了破产法的主要原则。破产法的主要原则大体有：

（一）商人破产主义和一般破产主义

依据破产法适用范围的不同，存在商人破产主义和一般破产主义。商人破产主义是指破产法只适用于商人破产案件。一般破产主义是指破产法适用于一切破产案例，而不论其是商人破产，还是非商人破产。在破产法发展的早期，各国一般均采用商人破产主义，但是法国自 1673 年在商事敕令中限定破产制度只适用于商人破产起，此制度就一直沿用至今。一般破产主义是现代各国破产法中大多采用的立法准则，个别国家也有例外规定，如英国自然人破产和公司破产分别适用不同的法律。我国至今还没有关于自然人破产的法律规定。

（二）清算主义和重建主义

依破产法立法目的的不同，存在清算主义和重建主义两种立法准则。清算主义是指制定破产法的目的是将债务人的全部财产用于清偿其全部负债。重建主义是指适用破产程序的目的并不在于破产还债，而是通过一定的手段和措施，使债务人得以拯救和复兴，以使债权人的利益得到保障。20 世纪 70 年代以后，破产企业重建制度在全球范围内被提出，并被广泛采纳。重建主义可以说是现代各国破产法中一项重要的制度。

（三）免责主义和不免责主义

依破产清算结果的后果看，存在免责主义和不免责主义两种立法准则。免责主义是指破产程序终结后即免除债务人在破产程序终结后无法清偿的那部分债务，以使其解脱。不免责主义是指在破产程序终结后，债务人无法清偿的那部分债务依然存在，当债务人恢复偿债能力时，仍要进行清偿，直至清偿全部债务为止。

(四) 惩罚主义和非惩罚主义

依对债务人是否有人身的惩罚，存在惩罚主义和非惩罚主义。惩罚主义是指当确定债务人破产时，债务人要接受人身上的惩罚，如予以拘禁。非惩罚主义是在破产程序中，不得对债务人人身给予一定惩罚。惩罚主义自古已有。随着社会文明的进步，现代各国破产法均已摒弃此主义，而采非惩罚主义。

(五) 固定主义与膨胀主义

破产财产的固定主义与膨胀主义，主要是用来界定破产财产的范围。所谓固定主义，是指破产财产以债务人在破产宣告时所拥有的财产为限，而不包括破产人在破产宣告后取得的财产。

所谓膨胀主义就是指破产财产不仅包括破产宣告时债务人所拥有的全部财产，而且包括破产宣告后到破产程序终结前所取得的财产。我国破产法采取膨胀主义。

(六) 申请主义与职权主义

破产宣告的申请主义，是指对债务人的破产宣告以对债务人的破产申请为根据，没有对债务人的破产申请，法院就不会对债务人宣告破产，突出了“不告不理”的原则。

破产宣告的职权主义，主要是指法院不依当事人的申请而是在查明债务人有破产的原因时，依职权宣告债务人破产的立法原则，体现了公力救济主义的特点。

申请主义和职权主义各有其利弊：申请主义体现了私法自治的特点，但有时会造成不公平，因为即使法院知道债务人有破产原因，也不能对其进行破产宣告，不利于对全体债权人的保护；职权主义体现了国家的干预，但过分干预也会影响私法的自治性，甚至有时会造成程序性成本浪费。故现代破产法以申请主义为原则，而以职权主义为例外。从我国 2006 年《破产法》的制度设计来看，采取的是以申请主义为主，而以职权主义为辅的原则。即在一般情况下，没有当事人的申请，法院不得对债务人启动破产程序，但如果法院已经应当事人的申请进入了和解程序或者重整程序，在和解不能或者重整不能时，法院可以依职权宣告债务人破产。

第二章 破产的申请和受理

第一节 破产申请

一、破产申请的概念

所谓破产申请就是破产申请人依法向有管辖权的人民法院提出，请求裁定对债务人适用破产程序的民事法律行为。由于我国破产程序的启动采取申请主义，所以破产申请是启动破产程序的绝对条件，没有相应的主体提出申请，法院就不能启动破产程序。需要强调的是，破产申请只是启动破产程序的动因，并非是破产程序的开始。

二、破产申请的主体

1. 债权人

债权人提出的破产又称非自愿性破产。按照《破产法》第7条第2款的规定，“债务人不能清偿到期债务，债权人可以向人民法院提出对债务人进行重整或者破产清算的申请”。对债权人利益的保护是《破产法》的重要价值目标之一，因此，债权人作为破产申请的主体应是不言自明之理。

2. 债务人

根据《破产法》第7条第1款之规定，债务人具有《破产法》第2条规定的情形，债务人可以向人民法院提出重整、和解或者破产清算的申请。债务人提出破产申请的重要原因是因为现代破产法规定了债务人的免责制度，这是对债务人提出破产申请的有利激

励。一个诚实的债务人可以通过破产程序而获得免责的优惠，从而摆脱债务危机。正是这种有利的激励使得更多的债务人产生了申请破产的原动力。只有适当的免责制度，才能使债务人具有适时申请破产的积极性，所以，在各国，90%以上的破产案件是由债务人而非债权人提出的。但是，债务人不能滥用破产免责制度，债务人提出破产申请时必须符合不能清偿到期债务且资不抵债或者明显缺乏清偿能力的条件。

3. 依法负有清算责任的人

《破产法》第7条第3款规定：“企业法人已解散但未清算或者未清算完毕，资产不足以清偿债务的，依法负有清算责任的人应当向人民法院申请破产清算。”所谓“依法负有清算责任的人”，依照相关的法律确定，例如，在公司清算的场合，根据《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）第183条的规定，包括有限责任公司的股东、股份有限公司的董事或者股东大会确定的人员以及特定情形下人民法院指定有关人员组成的清算组。企业法人已解散但未清算或者未清算完毕的，属于清算法人，即为清算目的而存在的法人。企业法人解散是指企业因发生章程规定或者法律规定的除破产以外的事由而停止业务活动，进入待清算状态或者实施清算的过程。此时，其法人人格在法律上视为存续，但其营业资格已经丧失。如果企业存在资不抵债的事实，则应当适用破产清算程序清理债务。《破产法》第7条第3款的规定是关于依法负有清算责任的人在破产法中的一项特别申请义务而非权利，所以，清算义务人无权选择不提出破产申请，也不得故意拖延申请。清算义务人违反此项义务不及时申请，导致债务人财产减少，给债权人造成损失的，应当承担赔偿责任。

三、破产申请的提出

根据《破产法》第8条的规定，提出破产申请，应当采用书面形式，即“提交破产申请书和有关证据”。“破产申请书”采用法院规定的统一格式。“有关证据”是指破产申请书所列事项的真实性证明，例如，用于证明申请人身份真实性的文件（如企业法

人的营业执照、公民的身份证或护照等)；用于证明申请事实和理由的文件（如债权人用以证明债权有效存在和债务人到期不履行的合同、借据、催款通知书等）。依据《破产法》第8条第2款的规定，破产申请书应当载明：①申请人、被申请人的基本情况；②申请目的；③申请的事实和理由；④人民法院认为应当载明的其他事项。债务人提出申请的，还应当向人民法院提交财产状况说明、债务清册、债权清册、有关财务会计报告、职工安置预案以及职工工资的支付和社会保险费用的缴纳情况。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（一）》第6条之规定，债权人申请债务人破产的，应当提交债务人不能清偿到期债务的有关证据。

四、破产申请的撤回

根据《破产法》第9条的规定，人民法院受理破产申请前，申请人可以请求撤回申请。《破产法》之所以如此规定，是因为我国破产法采取的是受理开始主义，即法院收到破产申请之时，程序尚未开始；只有当法院对破产申请作出受理裁定时，程序才告开始。除清算责任人外，申请人向人民法院提出破产申请是行使法律赋予的权利，其撤回申请也是行使权利。但是，申请人的撤回权是有时间限制的，即请求撤回申请只能在人民法院受理破产申请之前。在人民法院受理破产案件后，申请人请求撤回破产申请的，应予驳回。如同在普通民事诉讼中原告撤诉一样，由于破产事件已经进入司法权的控制范围，当事人处分自己的权利要受制于司法机关的决定。因此，人民法院对于申请人提出的撤回申请的请求，有权审查其处分权利的正当性以及考虑其撤回行为是否存在恶意的权利滥用，是否有害于其他当事人的合法权益等，并最终以此裁定的形式决定是否准许其撤回申请。

五、破产原因

我国关于破产原因的立法，虽然不同的规范性文件对破产原因

的表述不尽相同，但均采用概括主义的立法模式。根据我国有关破产立法和司法解释，目前我国对破产原因的表述主要有三种：

(1) 1986年《破产法（试行）》第3条规定，企业的破产原因为“因经营管理不善造成严重亏损，不能清偿到期债务”。所谓“不能清偿到期债务”，根据《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》第31条的解释是指：①债务的履行期限已届满；②债务人明显缺乏清偿债务的能力。债务人停止清偿到期债务并呈连续状态，如无相反证据，可推定为“不能清偿到期债务”。

(2) 1991年《民事诉讼法》(已被修订)第199条规定，企业的破产原因为“因严重亏损，无力清偿到期债务”。

(3) 2013年《公司法》第188条规定：“公司清算结束后，清算组应当制作清算报告，报股东会、股东大会或者人民法院确认，并报送公司登记机关，申请注销公司登记，公告公司终止。”

(4) 2006年《破产法》第2条规定：“企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的，依照本法规定清理债务。”

综合上述规定，可将我国债务人的主要破产原因概括为三个，即“不能清偿”、“停止支付”和“债务超过”。其中，“不能清偿”是债务人破产的实质原因，“停止支付”和“债务超过”则是辅助原因。

第二节 破产申请的受理

一、破产案件的管辖

我国《破产法》第3条规定：“破产案件由债务人住所地人民法院管辖。”按照《中华人民共和国民事诉讼法通则》(以下简称《民法通则》)的规定，法人以它的主要办事机构所在地为住所地。企业法人的住所，应按经企业登记机关核准登记的住所地确定。

二、破产案件申请的驳回

破产案件申请有下列情形之一的，人民法院不予受理或驳回：

(1) 不符合破产条件。如债务人无破产能力；不存在破产原因或存在破产障碍；对债权人的债权异议成立；请求人无破产请求权；法院无管辖权。

(2) 破产逃债。如债务人有隐匿、转移财产等行为或在法院受理债务人的破产申请后，发现债务人巨额财产下落不明且不能合理解释财产去向的。

(3) 债权人借破产申请毁损债务人商业信誉，意图损害公平竞争的。

对被驳回的破产申请，申请人可在裁定送达之日起 10 日内向上一级人民法院上诉。

三、破产案件受理的时间

破产案件受理是破产程序开始的标志，时间为受理通知书做出的时间，不以送达时间为准。按照《破产法》第 10 条第 1 款的规定，债权人提出破产申请的，人民法院应当自收到申请之日起 5 日内通知债务人。债务人对申请有异议的，应当自收到人民法院的通知之日起 7 日内向人民法院提出。人民法院应当自异议期满之日起 10 日内裁定是否受理。

四、破产案件受理的法律效力

(一) 对债务人的效力

(1) 债务人处分财产权的限制。破产案件受理后，债务人处分和管理财产的权利应当受到限制。因为债务人与债权人之间的利益冲突表明债务人具有现实的损害债权人利益的动机。我国《破产法（试行）》中没有规定在破产申请受理后到破产宣告之间债务人处分与管理财产的权利，仅规定债务人向破产宣告后成立的破产清算组移交财产，在制度上存在债权人利益保护的缺漏，是立法缺陷。《破产法》规定，法院在破产申请受理的同时指定管理人，该

规定弥补了《破产法（试行）》的缺陷。

(2) 个别清偿行为的限制。破产程序开始的目的是公平地清理债权债务关系，或者在破产清算程序中合理分配破产财产。债务人对个别债权人的个别清偿行为与破产程序公平清偿、集中清偿的基本价值相违背。个别清偿行为实际上就是对个别债权人的优先清偿。当然，个人清偿行为的限制不是对个别清偿行为的绝对禁止。为保证破产受理之后债务人营业的继续维持，债务人仍然有可能与其他人发生往来而实施清偿行为。为了保证这种交易不影响债权人的利益与破产程序的进行，在程序上应当规定这种个别清偿行为在管理人接管以前需经过法院同意，在管理人接管以后当然由管理人决定；在实体上应当规定以继续进行生产经营为前提，以债务人与债权人负对等义务为条件。

(3) 债务人的人身限制。破产程序开始后，债务人的身份地位受到一定的限制。在一般破产主义立法体例中，自然人债务人被申请破产后，其人身自由受到限制。其限制的范围包括迁徙限制，通信自由的限制，接受法院的传讯与庭审，通过列席债权人会议以及其他方式接受债权人、破产管理人、破产监督人的询问等。在上述措施不足以维护破产程序的有效进行时，法院可以羁押债务人。在法人破产的场合，债务人人身自由的限制主要体现在法人机关的组成人员或者其他经营管理人员的身上。

我国《破产法》将对债务人法定代表人的人身限制作为对法定代表人的一项义务要求进行了规定。按照规定，自人民法院受理破产申请的裁定送达债务人之日起至破产案件终结之日止，债务人企业法人的法定代表人承担下列义务：妥善保管其占用和管理的财产、印章和账簿、文书等资料；根据人民、管理人的要求进行工作，并如实回答询问；列席债权人会议并如实回答债权人的询问；未经人民法院许可，不得离开住所地；不得新任其他企业的董事、监事、高级管理人员。经人民法院决定，承担上述义务的人员可以扩大到企业的财务管理人员和其他经营管理人员。

(二) 对债权人的效力

(1) 债权到期。破产程序是为全体债权人利益设计的概括执