

“十二五”国家重点图书出版规划项目



李永军 王欣新 邹海林 徐阳光 著

# 破 产 法

(第二版)

P O  
C H A N  
F A



“十二五”国家重点图书出版规划项目·新世纪法学教育丛书



# 破 产 法



(第二版)

◆ 李永军 王欣新 邹海林 徐阳光 著



中国政法大学出版社

2017·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
  2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

### 图书在版编目（CIP）数据

破产法 / 李永军等著. —2版. —北京：中国政法大学出版社，2017.1  
ISBN 978-7-5620-7243-0

I. ①破… II. ①李… III. ①破产法—中国 IV. ①D922.291.924

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第322609号

---

- 出版者 中国政法大学出版社  
地 址 北京市海淀区西土城路25号  
邮 箱 fadapress@163.com  
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)  
电 话 010-58908435(第一编辑部) 58908334(邮购部)  
承 印 固安华明印业有限公司  
开 本 720mm×960mm 1/16  
印 张 18.5  
字 数 342千字  
版 次 2017年1月第2版  
印 次 2017年1月第1次印刷  
印 数 1~4000册  
定 价 39.00元

## 作者简介

**李永军** 男，1964年生，民商法博士、博士后。现为中国政法大学教授、博士研究生导师，中国政法大学民商经济法学院副院长。兼任中国民法学会副会长、北京市破产法学会副会长。为《企业破产法》起草小组成员。负责本书第一至三、七、九章的撰写。

**王欣新** 男，1952年生。现为中国人民大学法学院经济法教研室教授、博士研究生导师，中国人民大学法学院破产法研究中心主任。兼任中国“破产法论坛”组委会主任，最高人民法院破产法司法解释起草小组顾问，中国注册会计师协会破产清算专业指导委员会委员，中国证券投资者保护工作专家委员会委员。《企业破产法》起草小组成员。担任多家中外律师事务所、清算事务所的破产法专家顾问。负责本书第四至六章的撰写。

**邹海林** 男，1963年生，法学博士。现为中国社会科学院法学研究所教授、博士研究生导师，中国社会科学院法学研究所商法室主任。为《企业破产法》起草小组成员。负责本书第八、十至十五章的撰写。

**徐阳光** 男，1979年生，法学博士、博士后。现为中国人民大学法学院副教授、博士研究生导师，中国人民大学法学院破产法研究中心副主任，北京市破产法学会副会长兼秘书长。与王欣新共同负责本书第四至六章的撰写。

## 出版说明

“十二五”国家重点图书出版规划项目是由国家新闻出版总署组织出版的国家级重点图书。列入该规划项目的各类选题，是经严格审查选定的，代表了当今中国图书出版的最高水平。

中国政法大学出版社作为国家良好出版社，有幸入选承担规划项目中系列法学教材的出版，这是一项光荣而艰巨的时代任务。

本系列教材的出版，凝结了众多知名法学家多年来的理论研究成果，全面而系统地反映了现今法学教学研究的最高水准。它以法学“基本概念、基本原理、基本知识”为主要内容，既注重本学科领域的基础理论和发展动态，又注重理论联系实际以满足读者对象的多层次需要；既追求教材的理论深度与学术价值，又追求教材在体系、风格、逻辑上的一致性。它以灵活多样的体例形式阐释教材内容，既推动了法学教材的多样化发展，又加强了教材对读者学习方法与兴趣的正确引导。它的出版也是中国政法大学出版社多年来对法学教材深入研究与探索的职业体现。

中国政法大学出版社长期以来始终以法学教材的品质建设为首任，我们坚信，“十二五”国家重点图书出版规划项目定能以其独具特色的高文化含量与创新性意识，成为集权威性和品牌价值于一身的优秀法学教材。

## 第二版说明

本书第一版出版后，基于我国破产法研究的新成果、判例规则和许多地方性法规或者规章的出现，我们决定对《破产法》进行修订。修订的主要内容包括最高人民法院的司法解释、各级法院的判例规则以及一些地方性法规，也有一些典型的案例。在修订过程中，令我们纠结的是：我们知道，我国地方政府或者地方人大关于破产法的一些政策或者条例根本不具有“法律”的地位，本来不应该在教材中出现，或者说即使出现，也应该作为“反面”教材。但是，这种情况在中国非常普遍，如何在教材中反映才合适呢？2006年《企业破产法》出台时，有一个基本的目标，就是要使地方割据的破产法局面得到统一。但令人遗憾的是，《企业破产法》刚刚实施10年，却几乎又沦落到“任意解释”的地步，许多案例甚至已经曲解了《企业破产法》的立法原义，一些地方“法”也与《企业破产法》冲突。正是因为这样，我们在介绍地方“破产法”时，进行了比较小心的选择。这一次修订的另外一个特色是，作者中加入了青年才俊徐阳光。我们撰写这一本教材的初衷，是由三位起草《企业破产法》的教授（李永军、王欣新、邹海林）按照立法原义来写一本的破产法的“法学阶梯”，实际上也收到了良好的效果。但是，考虑到徐阳光博士是中国人民大学副教授，是北京市破产法学会的副会长兼秘书长，这几年来，一直活跃在破产法研究和实践的第一线，有许多丰硕的成果，吸收他加入，会使这一本教材增光添彩。对于这一次修订，他提出了很多好的建议。

承蒙各位同仁及广大读者的厚爱，该教材产生了较好的社会影响。我们这一次修订，也是为使本教材更好地为读者服务。希望这一次修订，没有辜负广大读者的期望。当然，也很希望广大读者提出宝贵的意见，以利于我们将来更好地修订。

李永军

2016年12月31日

## 序 言

---

我国《企业破产法》自2006年通过至今已经3年有余，但关于破产法的教材却少得可怜。原因可能很多，其中，大多是在评定职称等时，把专著看得很重而把教材看得很轻的缘故。因此，许多人逐渐对写教材失去了兴趣。但我始终认为，写本好的教材理应是一个教师的光荣与梦想。因为，法学教育离不开教材，而一本好的教材更会使许多人受益无穷。因此，作为《企业破产法》的起草者，我们三人（李永军、王欣新、邹海林）决定合作写一本破产法教材。

应该说，破产法是非常复杂的，其具有综合性：一方面，它既有程序性的规定，也有实体性的规定；另一方面，它涉及物权、债权、合同、侵权、知识产权、公司、证券、票据、保险等各方面内容，因此，要学习破产法，离不开民商法的帮助。另外，我国《企业破产法》无论与国外的破产法之横向比较，还是与以往的我国破产法之纵向比较，都有自己的特色，这些特色可以总结如下：①我国《企业破产法》的“破产”一词，实际上是将破产清算程序、和解程序与重整程序集于一身，应理解为“大破产”概念。《企业破产法》前七章的规定基本上采取“大破产”概念，如“破产债权”，并不仅仅是指破产清算中的债权，也包括和解与重整程序中的债权。②破产原因具有混合性。《企业破产法》第2条第1款规定，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。这一规定表明，不能清偿到期债务只有与资产不足以清偿全部债务或者与明显缺乏清偿能力这两个选择项中的任何一个组合在一起，才构成一个完整的破产原因。这三项中的任何一项都不能单独构成破产原因。③破产程序遵循法院受理开始主义。我国《企业破产法》规定，破产程序自人民法院受理破产案件开始，而破产程序一经开始，

就发生一系列针对债务人的财产及人身的效力，如指定管理人接管债务人财产，债权申报，未到期债权到期，债务人的法定代表人及其他管理人员未经法院许可不得离开住所地，民事案件的管辖也会因破产案件的开始而改变《民事诉讼法》关于管辖的一般规定，所有与债务人有关的民事诉讼均由破产案件的受理法院管辖，执行程序没有开始的不得开始、已经开始的中止执行以及民事保全措施的解除，等等。但是，按照我国《企业破产法》的制度设计和安排，法院受理破产案件后，还要进行如同民事案件的审理，并不一定意味着宣告债务人破产而进入清算程序，也可能开始和解、重整等程序。在这种立法体例下，法院裁定受理破产案件时，应特别谨慎。

④无论是破产清算程序还是和解、重整程序，只要债务人符合程序开始的条件，当事人都可以直接申请进入，无须先申请一种然后再转入其他程序。但是，如果当事人先申请了一种程序，在具备一定条件时，也能够转入另外一种程序，但和解与重整程序之间不能相互转换。这并不是技术方面的问题，而是价值取向问题。

⑤《企业破产法》的适用对象，如果从《企业破产法》第2条的规定看，仅仅适用于企业法人。但该法第135条却规定，如果其他法律规定企业法人以外的组织清算属于破产清算的，参照《企业破产法》规定的程序（例如，《合伙企业法》就规定合伙可以被宣告破产）。据此，《企业破产法》就不只适用于企业法人。另外，《企业破产法》第134条规定，商业银行、证券公司、保险公司等金融机构有该法第2条规定情形的，国务院金融监督管理机构可以向人民法院提出对该金融机构进行重整或者破产清算的申请。但是，应当注意的是，许多国家的金融企业法人恰恰是不适用破产法的，而是有专门的清算办法，而我国却按照一般破产程序进行，这也可以看作是我国破产法的一大特色。了解上述特色，对正确理解我国《企业破产法》将有所裨益。

在本书的写作过程中，我们都非常认真负责，但也难免出现错误，希望广大读者和同仁批评指正。这绝不是套话，而是肺腑之言。同时，本书的出版，得到了中国政法大学出版社及李传敢社长的大力支持，作者在此深表谢意。

李永军

2009年9月16日



## 第一编 总 论

<b>第一章 破产法概述</b> .....	1
第一节 破产与破产法 / 1	
第二节 破产法上的立法主义 / 5	
第三节 破产程序的结构与启动机制 / 10	
<b>第二章 破产程序的开始</b> .....	19
第一节 破产程序开始的实质要件 / 19	
第二节 破产程序开始的形式要件 / 25	
第三节 破产程序开始及其法律效力 / 27	
<b>第三章 破产法上的机构</b> .....	33
第一节 债权人会议 / 33	
第二节 债权人委员会 / 38	
第三节 破产管理人 / 41	
<b>第四章 债务人财产</b> .....	56
第一节 债务人财产概述 / 56	
第二节 破产撤销权 / 65	
第三节 取回权 / 106	
<b>第五章 别除权与破产抵销权</b> .....	122
第一节 别除权 / 122	
第二节 破产抵销权 / 137	
<b>第六章 破产债权</b> .....	149
第一节 破产债权概述 / 149	

第二节	破产债权的范围 / 152	
第三节	破产债权的申报 / 160	
第四节	破产债权的确认 / 182	
<b>第七章</b>	<b>破产费用与共益债务</b> .....	189
第一节	破产费用与共益债务的概念 / 189	
第二节	破产费用与共益债务的范围 / 191	
第三节	破产费用与共益债务的清偿 / 196	
<b>第八章</b>	<b>法律责任</b> .....	198
第一节	破产法上的法律责任 / 198	
第二节	导致企业破产的民事责任 / 199	
第三节	妨害破产程序的法律责任 / 200	
第四节	诈欺破产的赔偿责任 / 202	

## 第二编 重建型程序

<b>第九章</b>	<b>和解制度</b> .....	204
第一节	和解制度概述 / 204	
第二节	和解的程序 / 207	
第三节	和解协议的效力 / 211	
第四节	和解的取消及执行完毕的后果 / 212	
<b>第十章</b>	<b>重整程序</b> .....	216
第一节	重整程序的概念与特点 / 216	
第二节	重整程序的分类 / 219	
第三节	重整程序的制度构造 / 220	
第四节	重整申请及裁定 / 222	
第五节	重整程序的开始及其效力 / 225	
第六节	重整计划 / 228	
第七节	重整计划草案的拟定 / 229	

- 第八节 重整计划草案的表决 / 231
- 第九节 重整计划的批准 / 233
- 第十节 重整程序的非正常终结 / 236
- 第十一节 重整计划的执行 / 238

### 第三编 破产清算程序

- 第十一章 破产清算程序概述 ..... 241
  - 第一节 破产清算程序的概念及特点 / 241
  - 第二节 破产清算程序的结构 / 243
- 第十二章 破产宣告 ..... 246
  - 第一节 破产宣告概述 / 246
  - 第二节 破产宣告的裁定 / 249
- 第十三章 破产财产的变价 ..... 252
  - 第一节 破产财产变价概述 / 252
  - 第二节 破产财产的变价程序 / 257
- 第十四章 破产分配 ..... 261
  - 第一节 破产分配的特征及分配前的优先清偿 / 261
  - 第二节 破产分配的顺位 / 263
  - 第三节 破产财产分配方案 / 265
- 第十五章 破产清算程序的终结 ..... 272
  - 第一节 破产清算程序终结概述 / 272
  - 第二节 破产清算程序终结的原因 / 273
  - 第三节 清算程序终结的法律效果 / 276
  - 第四节 追加分配 / 277

# 第一编 总 论

## 第一章

## 破产法概述

### 第一节 破产与破产法

#### 一、破产与破产法的概念

##### (一) 破产的概念

我们通常所用的“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。就如学者所指出的，破产乃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，以使全部债权人满足其债权为目的的一般执行程序。<sup>〔1〕</sup>而本书所用的“破产”一词就是在第二种含义上使用的。

##### (二) 破产法的概念

由于各国或地区的破产法立法体例不同，使破产法具有广义与狭义之分：

1. 广义的破产法。广义的破产法包括三种程序，即破产清算程序、和解程序和重整程序。从这个角度，可以给破产法下这样的定义：为使各债权人获得公平清偿而对不能清偿到期债务的债务人所进行的一种特别程序。

2. 狭义的破产法。狭义的破产法仅仅指破产清算程序。从这个意义上说，

〔1〕（台）陈荣宗：《破产法》，三民书局1982年版，第1页。

破产法是为使各债权人获得公平清偿而对不能清偿到期债务的债务人所进行的一种特别清算程序。在现代破产法上，这就是指清算型程序。

3. 比较法上的参考。从各国或地区立法上看，有的国家或地区采用广义的破产法概念，有的国家或地区采用狭义的破产法概念，这主要取决于其破产法立法体例。

(1) 美国法。《美国破产法》采用广义的概念，其中包括破产程序、和解程序及重整程序，并且对各种程序的具体适用主体有限制性规定，较为灵活，实际效果较佳，故为世界各国或地区破产法立法的模范。我国在起草破产法时也进行了必要的参考。

(2) 德国法。德国 1877 年颁布的破产法（DKO）包括了破产清算程序与强制和解程序。但在破产法之外，1935 年又颁布了和解法（DVGIO）。对于 1877 年破产法，德国人自己作了这样的评价：1877 年颁布的《德国破产法》被誉为百年经典之作，与同时期颁布的《民事诉讼法》相比，直到现在只有较小的变动。这部经典浑然一体，完美无缺，还在继续受到美好的评价。<sup>〔1〕</sup>但德国的社会现实发生了变化，而且将破产法上的和解程序与破产法之外的和解法并列的做法，从实际效果上看是不可取的。<sup>〔2〕</sup>在此情况下，德国于 1994 年通过了新的破产法，将所有的程序均纳入破产法中，该法于 1999 年生效。由此可见，德国破产法采取的也是广义的破产法概念。

(3) 英国法与我国台湾地区“破产法”。英国法与我国台湾地区“破产法”的立法体例别具特色，破产法典中包括破产程序与和解程序，而将重整程序规定于公司法中。故也可认为，其采取广义的破产法概念。

4. 我国大陆破产法。我国大陆破产法将破产清算程序、和解程序与重整程序集于一身。故可以说，我国大陆破产法采取广义的破产法概念。

## 二、破产法的性质与内容

### （一）破产法的性质

破产法为私法，并属于大陆法系传统的商法的范畴，但其究竟为诉讼事件抑或非诉事件等，学理上存在争论。

有谓诉讼事件说，其理由是：①破产程序与普通诉讼程序虽有不同，然最后的目的则毫无差异。②债权的申报，等于通常诉讼的提起。申报债权如无异

〔1〕 资料来源于德国波恩大学教授瓦尔特·格哈德博士，在 1997 年由人大财经委组织的在北京王府饭店召开的“中德破产法研讨会”上的发言——“德国新破产法”一文，未公开发表。

〔2〕 资料来源于德国波恩大学教授瓦尔特·格哈德博士，在 1997 年由人大财经委组织的在北京王府饭店召开的“中德破产法研讨会”上的发言——“德国新破产法”一文，未公开发表。

议，其债权即为确定，记入债权人清册，与确定判决具有同等效力。③在普通的民事诉讼，债权确定后债务人不为清偿时，即可开始强制执行；在破产程序，破产财产的管理、变价及分配等，皆可为强制执行的程序。④普通的执行，是为单个债权人扣押债务人的财产而为个别的执行；破产则系扣押债务人的总财产而为全体债权人的利益所进行的总括执行，其有强制执行的性质，故可界定为诉讼事件。<sup>〔1〕</sup>诉讼事件说在德国为通说。

有谓非诉事件说，其理由是：①在普通的民事诉讼程序中，没有债务人就自己的财产申请假扣押的，但在破产程序中，债务人得为对自己破产宣告的申请；②在破产程序中，债权的申报与普通诉讼程序中请求法院确定私权的行为有较大区别，而且破产程序具有较浓厚的自治色彩；③破产人不仅丧失对财产的管理处分权，而且其人身也受到限制，这在普通诉讼程序中是不存在的；④破产的目的在于平等分配债务人的财产，与商事公司的清算程序类似，其为本于行政作用的处置，既无民事诉讼的要件，也无强制执行的性质。陈荣宗先生即主张此说，他认为，民事诉讼是债权人或债务人利用起诉的方法，请求法院以判决确定私权的程序；而非诉讼程序则是利用起诉或判决以外的方法，由法院介入私权事件而为处理的程序，仅有申请而无起诉，仅有裁定而无判决也。私权事件，之所以被归于诉讼事件或非诉讼事件，是基于立法政策上的要求。凡私权事件的处理，依事件的性质或情况，要求迅速处理，或证据明确而无必要以言词辩论方法调查证据者，立法上多将其列为非诉讼事件，以非诉讼程序迅速处理。破产事件，涉及多数债权人利益，且为避免债务人财产的分散或减少，自应有法院迅速介入为扣押的必要。又破产事件涉及财团债务和财团费用的问题，破产程序的进行非一般诉讼程序可比。为使法院能以职权主义方法，适当及时地根据具体情况开始破产程序，应以非诉讼程序为宜。<sup>〔2〕</sup>

有谓特殊事件说，其理由是：①破产程序的开始有债务人自行申请者，有法院依职权开始者，此种开始程序的方法与诉讼程序不合。②许多国家的破产法规定，除本法有特殊规定外，准用民事诉讼法的规定。其之所以用“准用”而不直接适用，是因为破产事件不属于民事诉讼程序，而属于特别程序。我国有的学者也主张此说，认为：①在立法结构上，除少数国家将破产法置于民事诉讼法或商法典外，各国一般通过特别法全面规定破产程序的特有规范。所以，破产法在立法形式上表现为特别法，这就为破产程序作为特别程序奠定了基础。②破产程序可以准用民事诉讼法的有关规定，主要是出于破产立法的技

〔1〕（台）刘清波：《破产法新论》，东华书局1984年版，第4页。

〔2〕（台）陈荣宗：《破产法》，三民书局1982年版，第11-12页。

[www.docsriver.com](http://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](http://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](http://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>





术考虑，一方面可以减少立法上的重复；另一方面可以弥补破产法上的不足。但是，破产程序准用民事诉讼法的规定并不构成破产法的主要内容，其只是破产程序在个别方面与民事诉讼程序或执行程序雷同的结果，从而不能依此将破产程序归为诉讼程序的范畴。③破产申请、破产案件的受理、破产宣告、债权申报、债权人自治、破产管理人、破产财产、破产债权、破产分配等破产法特有制度，决定着破产程序的实质，是民事诉讼程序、非讼程序、民事执行程序所不能包容的特别制度。<sup>〔1〕</sup>我们也赞同特别程序说。

## （二）破产法的内容

破产法中既有程序性的规定，也有实体性的规定，故引起了学者间关于破产法究竟为实体法抑或程序法的争议。这正体现了现代商事法律制度的特点。

1. 实体性规定：①债务人的破产能力；②破产财产；③破产法上的撤销权、取回权、别除权和抵销权；④破产债权；⑤破产费用；⑥共益费用；⑦免责制度；⑧破产宣告的效力；⑨破产原因。

2. 程序性规定（下面的“破产”一词是在广义上使用的）：①破产案件的管辖；②破产的申请与受理；③债权申报；④债权人会议；⑤破产宣告；⑥和解批准；⑦重整批准；⑧清算分配；⑨程序的终结。

## 三、破产法的制度价值

### （一）公平保护债权人利益

公平是破产法的第一理念，这种理念体现在以下两个方面：

1. 所有债权在破产程序开始时视为到期。按照民法的一般理论，债权尚未到期，债务人不负履行的义务，债权人也无权请求履行。如果这一规则运用到破产法上，就会使债权未到期的债权人不能参加分配。而等其债权到期时，债务人已无任何财产可供清偿。这样处理，对许多债权人极为不公。法律为避免这种情形的出现，规定在债务人被宣告破产时，其所有的债权均视为到期，而依破产程序申报并接受分配。

2. 所有债权按顺序和比例接受分配。这首先表现为破产法按照实体法或破产法的规定将所有债权区分顺序地进行清偿。就如日本学者伊藤真所言，就债权人之间的公平而言，因债权人的权利在实体法上各种各样，有的期待能从债务人的特定财产中获得清偿，有的期待能从债务人的一般财产中获得优先清偿。这样就产生了对债务人的特定财产享有担保的先取特权人、质权人、抵押权人，还有抵销权人。此外，在实体法上虽然没有作出特别的规定，但在需要

〔1〕 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5页。



社会保护这一点上, 还有区别于一般债权人的特别债权人。在破产程序中, 必须从有限的清偿财源中决定对以上各种性质的债权人的清偿份额和顺序。原则上, 对在实体法上具有同一性质的债权人平等对待, 而对不同性质的债权人根据其差异来分别对待的做法是符合公平理念的。<sup>[1]</sup> 其次, 当破产财产对同一顺序的债权人不足清偿时, 按比例清偿。各国破产法对此均有明确规定。

### (二) 弥补传统民事救济手段的不足

按照传统的民事救济手段, 各债权人为个别诉讼, 对于取得执行名义的债权可对债务人的财产为强制执行。其间会出现一种极不平等的现象: 当债务人的财产不足以清偿全部债务时, 先为诉讼而取得判决的债权人可能会得到全额清偿, 而起诉在后或没有起诉的债权人可能会分文不得。另外一个客观效果是: 一旦债务人的经济状况不佳, 各债权人就会纷纷起诉, 以获得先为执行。所以, 为避免这种不足, 有必要建立破产清偿制度。

### (三) 给予债务人以重新开始的机会

传统破产法以保护债权人为要而对破产人实行惩戒主义, 破产程序的目的在于使各债权人获得公平清偿, 但债务人在破产后并不能获得免除债务的优惠。这样, 就使得债务人没有申请破产的积极性和原动力, 其结果是即使出现了破产原因, 债务人仍不申请破产, 使得财产继续减少, 而最终对债权人不利。现代破产法既体现了对债权人的保护, 也体现了对债务人的保护, 最大的特点是对于符合法定条件的诚实的债务人进行免责, 以使其摆脱债务, 东山再起。

### (四) 及时切断债务膨胀, 保障经济秩序的良好运行

现代市场交易是一个相互联系的锁链, 各交易主体均是这条锁链上的一环。一个主体破产, 往往会影响到其他主体, 引起连环破产。所以, 对于不能清偿到期债务的债务人及时宣告破产, 以防止其与更多的主体发生交易, 切断其债务的膨胀, 有利于保护经济秩序良性运行。

## 第二节 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、学理与判例观点进行的总结, 它们反映了破

[1] [日] 伊藤真:《破产法》, 刘荣军等译, 中国社会科学出版社1995年版, 第7~8页。

产法上的主要原则。这些原则大体有：

### 一、商人破产主义与一般破产主义

这是关于破产法适用范围上的立法原则问题，也即有关破产能力问题。所谓商人破产主义，是指仅对具有商人身份的人开始破产程序的立法主义。此种立法例起源于《拿破仑商法典》。法国法系国家，如比利时、意大利等国在历史上均采用这种立法例。

所谓一般破产主义，乃是不分商人或非商人，均可适用破产程序的立法原则。德国法系国家及英美法系国家采取一般破产主义。采此主义的国家，其破产法均不规定于商法典中。

在商人破产主义与一般破产主义之外，还有一种所谓的折中主义立法例，即破产制度虽不规定为商人所特有，但在适用破产程序时，有商人身份者适用商人破产程序，非商人适用非商人破产程序，并分别于法典中设立两种不同的破产程序。在历史上，普鲁士、奥地利、西班牙、丹麦等国曾采用之。

在现代社会，绝大多数国家采用一般破产主义，即具有民事行为能力的人均可适用破产程序。但是，《企业破产法》仅仅适用于企业法人，甚至连商个人都不适用，可以认为是采取了有限制的商人破产主义，这种适用范围在现代国家已经非常少见。

### 二、自力救济主义与公力救济主义

所谓自力救济，是指债权人依靠自己的力量占有、变卖债务人的财产而自我受偿的行为。破产法贯彻自力救济的结果产生了自力救济主义。这种救济主义起源于罗马法，为中世纪许多国家所继受。自力救济主义的实行，导致了债权人权利的滥用，最终让位于公力救济。

所谓公力救济，是指完全由法院占有、变卖债务人的财产而对债权人进行分配的制度。相对于自力救济而言，公力救济虽然克服了自力救济时债权人权利滥用的情形，但却造成了公共权力对个人意志的过分侵入，即法院的意志代替了债权人的自治。

现代各国破产法的趋势是公力救济与自力救济相结合，即在法院严格监督下的债权人自力救济，如各国破产法均设立债权人的自治机构——债权人会议，允许债权人会议选任监督人为全体债权人的利益监督破产程序的进行。有的国家的破产法甚至允许债权人选任破产管理人。

### 三、破产原因的列举主义与概括主义

破产原因的列举主义，是指将构成破产程序开始的各种原因一一列举，只要符合法律规定或判例要求，就可对债务人开始破产程序。所谓破产原因的概括主义，是将破产原因作概括性和定义性的规定。

历史上英美法系国家一般采用列举主义，这与其判例法的法律渊源有关，因为每个判例所确定的破产法规则就构成一个原因。列举主义的优点是简单明了，对破产原因的认定比较容易，易于司法适用。但缺点是列举毕竟有限，很难将所有破产原因囊括其中。但在英美法系，由于其判例法的特点，在法律没有规定时，法官可以造法，所以，即使列举不能囊括，法官也可以将其作为新的判例规则加以创设。但在大陆法系这种列举主义就不可取了，因为在大陆法系国家，法官创设法律的权力受到极大的限制。美国破产法在1978年以前采用破产原因的列举主义，而在1978年修改破产法时，改列举主义为概括主义。

大陆法系国家破产法一般均采用概括主义立法原则，其优点是能够抽象地囊括所有破产原因，具有较大的弹性。但缺点是在司法适用中往往不如列举主义那样容易判断，也不易操作。我国现行《企业破产法》采取概括主义。

#### 四、破产程序的受理开始主义与宣告开始主义

所谓破产程序的受理开始主义是指破产程序以法院受理破产案件为标志，而不论是否对债务人宣告破产。在采取这种立法例的国家中，破产程序一般包括受理程序、审理程序、宣告程序和分配清算程序。我国《企业破产法》即采取受理开始主义。<sup>〔1〕</sup>

所谓破产程序的宣告开始主义，是指破产程序的开始以对债务人的破产宣告为标志，在没有对债务人进行破产宣告前，破产程序并没有开始。大陆法系国家大多采此主义。

#### 五、破产宣告的申请主义和职权主义

所谓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。体现了“不告不理”的原则。

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

申请主义与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，也不能对之进行破产宣告，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。

〔1〕 关于这一点，明显可以从我国《企业破产法》第15~20条等的规定中看出来。

从我国《企业破产法》的制度设计看，我国采取的是以“申请主义”为主，而以“职权主义”为辅的原则，即一般情况下，没有当事人申请，法院不得对债务人开始破产程序。但是，如果法院已经应当事人申请而开始了和解或者重整程序，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。

#### 六、和解前置主义与分离主义

所谓和解前置主义，是指法院在对债务人宣告破产前，应当先进行和解程序，只有在和解不成时，方可进入破产程序。所谓和解分离主义，是指将破产程序、和解程序视为两种独立的程序，当事人可以自由地选择，法院不予干涉，破产宣告并不以先行和解为前提。

我国现行破产法规定了清算、和解与重整三种程序，在具备法定原因时，当事人可以任意选择进入其中一种程序而无需先进行某一程序。因此，可以认为我国采取的是分离主义。

#### 七、惩戒主义与非惩戒主义

所谓惩戒主义，是指将破产视为犯罪行为而加以处罚。采取惩戒主义的破产法不仅对破产人的人身自由进行限制，而且破产人的职业地位及公法权利的行使也受到限制。破产人所受的公法与私法上的限制，只有在具备法定条件时才得以复权程序进行恢复。

所谓非惩戒主义，是指破产程序仅针对债务人的财产进行，对破产人的人身不为公私法上的限制。

在历史上，大陆法系国家多采取惩戒主义，但现代各国多以非惩戒主义为原则，而以有条件的惩戒主义为例外。

当然，惩戒主义与非惩戒主义是针对自然人而言的，因我国破产法仅仅适用于企业法人，故这一问题在我国破产法上没有意义。

#### 八、破产的普及主义与属地主义

所谓破产的普及主义，是指主张破产宣告的效力及于域外，即一内国法院所为的破产宣告，不仅及于破产人在宣告国的财产，而且及于其在国外的财产；而所谓破产的属地主义，是指一国法院所为的破产宣告的效力仅仅及于破产人在宣告国的财产。

普及主义贯彻“一人一破产”的原则，使破产债权人可以得到更多的利益，为许多发达国家所主张。属地主义将破产宣告的效力仅限于宣告国，有可能使破产人受到二次破产宣告。但应当特别指出的是，虽然有许多国家主张普及主义，但真正实行的并不多。

我国《企业破产法》对此问题采取了特别的处理原则，即规定我国法院宣告的破产对其他国家采取“普及主义”，而对其他国家法院的破产宣告则采取

“不承认主义”。《企业破产法》第5条规定：“依照本法开始的破产程序，对债务人在中华人民共和国领域外的财产发生效力。对外国法院作出的发生法律效力破产案件的判决、裁定，涉及债务人在中华人民共和国领域内的财产，申请或者请求人民法院承认和执行的，人民法院依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则进行审查，认为不违反中华人民共和国法律的基本原则，不损害国家主权、安全和社会公共利益，不损害中华人民共和国领域内债权人的合法权益的，裁定承认和执行。”这里执行的实际上是中国法院作出的裁定，而不是外国法院裁判的自动生效。

### 九、破产宣告的溯及主义与不溯及主义

所谓破产宣告的溯及主义，是指破产宣告的效力不仅及于宣告后债务人对财产的处分行为，而且使债务人在破产宣告前法律规定的时间内所为的有害于债权人的财产的行为归于无效。英国、法国及我国《企业破产法（试行）》均实行这一制度。

所谓破产宣告的不溯及主义，是指破产宣告的效力仅仅及于宣告后，而对宣告前债务人所为的财产行为不生影响。但为弥补其不足，又辅之以撤销制度。日本、德国破产法均实行这一制度。我国破产法既规定了撤销制度，又规定了无效制度。可以说，同时采取了溯及主义与不溯及主义。

### 十、破产财产的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范围的。所谓固定主义，是指破产财产以债务人在受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，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，而且也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。

### 十一、免责主义与非免责主义

这是以破产程序终结后债务人对未能在破产程序中清偿的债务是否负有继续清偿的责任为标准而作的分类。所谓免责主义，是指破产人在破产程序终结后，即免除债务人对剩余债务继续清偿的责任。而所谓非免责主义，是指破产人在破产程序终结后，不免除对剩余债务继续清偿的责任。

由于非免责主义使债务人没有申请破产的积极性，最终不利于债权人及社会经济秩序，故现代各国一般采用有条件的免责制度。也就是说，在破产法中规定债务人不能免责的消极条件，如恶意转移财产或有不利于债权人的财产处分行为等，如果破产人不具有这些消极条件，即可免责。

应当指出，免责仅对自然人才有意义，因为只有自然人才会在破产清算程

序终结后生存下来，而法人在破产清算后就不再存在，所以规定其免责与否也就没有任何意义。由于我国破产法仅仅适用于企业法人，故我国破产法上根本不存在这一问题。

### 第三节 破产程序的结构与启动机制

#### 一、程序设计的基本思路

##### (一) 概述

我国《企业破产法》共设计了三种程序，即破产清算程序、和解程序与重整程序。由于我国破产法使用的是“大破产”的含义，因此，有的地方虽然称为“破产”，但却是三种程序共用的部分，如“破产债权”；有的地方所称的“破产”，仅仅是就“破产清算”而言。这主要是在破产法立法的过程中，为了简便程序，按照“一个大门，三个小门”设计的缘故。搞清楚这一点，对解读破产法十分重要。

所谓“一个大门，三个小门”，是指将“破产清算程序”“和解程序”与“重整程序”统称为“破产程序”，适用“大破产”概念，可以将之称为“大门”；而“破产清算程序”“和解程序”与“重整程序”是一个个具体的程序，可以称之为“小门”。就好比一个“三室一厅”的房子，大厅是公共部分，而每个室是三个不同的房间。

##### (二) “三种程序”的共用部分

“三种程序”的共用部分包括：①申请程序；②公告与通知程序；③管理人及其职责；④破产债权；⑤破产债权的申报；⑥债务人的财产；⑦破产费用与共益债务；⑧取回权、抵销权、撤销权；⑨法律责任等。

##### (三) “三种程序”开始的原因

“三种程序”开始的原因既有重合也有区别，具体来说：①破产清算程序与和解程序开始的原因是相同的，即《企业破产法》第2条第1款的规定：“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。”②重整程序开始的原因有二：一是“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”；二是“有明显丧失清偿能力可能”。

##### (四) “三种程序”的适用对象

从其他国家或地区的立法来看，在三种程序的适用对象上存在重要的差别：破产清算程序适用于任何一种主体，既包括自然人与法人，也包括合伙

(我国台湾地区“破产法”、德国破产法、日本破产法、美国破产法、英国破产法莫不如此)。按我国台湾地区“破产法”、德国破产法及日本破产法的规定,和解程序的适用对象与破产清算程序的相同。美国破产法区别不同主体而适用不同程序,其第七章清算程序与其他程序在主体上存在差别。

但就重整程序适用的对象来说,各国与地区差异较大。日本、英国及我国台湾地区的重整制度仅适用于股份有限公司,我国台湾地区及英国的重整制度就规定在其“公司法”中。其中,我国台湾地区“公司法”对其适用范围有更严格的限制,根据该法第282条的规定,以公开发行股票或公司债的股份有限公司为限。其立法理由是,公司重整如果范围太宽,则很可能发生以重整为手段达到规避破产或拖延债务履行目的的流弊。公司法之所以规定“公开发行股票或公司债之股份有限公司”为重整的适用对象,则表示重整重在谋求保障社会整体利益,而不是仅为满足企业个体的需要,充分说明了公司重整对社会经济发展与社会安全的积极的政策意义。而非公开发行股票或公司债的公司,可能是家族公司,自无重整的必要。即使为非家族公司,若不是公开发行股票或公司债的股份有限公司,或者是无限公司、两合公司,因其对社会大众利益影响较小,也无适用重整程序的必要。<sup>[1]</sup>日本的立法理由除以上所列外,重整实务得出的另一结论是,重整程序的费用远远高于破产清算程序和和解程序,小公司往往难以支撑,因而在日本的重整实务中,重整程序一般适用于大公司。但关于大公司与小公司的划分标准并不明确,在实务中,全由法官自由裁量,一般也是上市公司,这与我国台湾地区“公司法”的规定恰好不谋而合。对小公司而言,最好适用和解程序,这也是目前日本对破产制度修改的一种重要的意见。

根据《美国破产法》的规定,个人、合伙、公司均能援引其第十一章“重整程序”的规定,但证券经纪人、商品经纪人或铁路部门都不能主动申请适用其第十一章的程序对自己进行重整。除此之外,能作为其第十一章重整对象的债务人的,仅限于在美国有住所或居住的人以及在美国有营业所或财产的人。另外,对农场主及非营利单位也不得提出适用第十一章程序,因为《美国破产法》在经1984年及1986年两次修改之后,新加了关于对农场主债务重整的第十二章。

根据法国1985年1月25日第85-98号法律,即《法国困境企业司法重整及清算法》第2条的规定,重整程序适用于所有商人、手工业者、农业经营

[1] (台)杨建华:《商事法要论》,三民书局1984年版,第155页。



者及私法人。对于商人，司法重整程序的开始必须具备两个条件：①停止支付必须发生于债务人吊销商事登记册上的登记之前；②程序必须在吊销后一年内开始。在司法实践中，没有在商事登记册上登记而从事商业活动的人，被视为商人。以自己的名义为他人从事商业或手工业活动的人，也同样被视为商人或手工业者，但判例不容许通过为他人从事商业活动或手工业活动而逃避司法重整程序的现象存在，所以对他同样适用司法重整程序。<sup>〔1〕</sup>

在我国2006年《企业破产法》的起草过程中，对于重整制度的适用范围问题存在较大的争论。有人主张应当对重整程序的适用范围作出严格的限制，最好是限制在股份公司甚至是上市公司。因为重整程序是一种成本高、社会代价大、程序复杂的制度，它更多地是保护社会整体利益，而将债权人的利益放在次要位置。与和解制度相比，重整程序中的公力干预较强，对债权人的限制以及债权人所作出的牺牲较大，故它要求重整对象必须是有社会价值的企业。另外，如此大的社会代价，一旦重整不成，会给债权人及股东造成极大的损害，尤其是担保债权人最不愿援用此程序。因而，立法应当严格限制其适用的范围。同时，法院在审查重整申请时，应严格谨慎，除非确认债务人确有“重建”的希望，不能轻易许可其开始重整程序。也有人认为，立法不宜对重整程序的适用范围作出过于狭窄的规定，而是由法院在具体适用过程中，根据具体情况进行掌握。通过后的破产法显然采取了最后一种主张，2006年《企业破产法》第2条规定其为企业法人。因此，在我国《企业破产法》中，破产清算程序、和解程序与重整程序适用的对象没有任何差别，都是企业法人。但法院在司法实践中应该认真履行审查义务，严格掌握适用的原因和条件，以免给其他债权人，特别是担保债权人造成损害，导致社会资源浪费。在这一方面，美国破产重整的经验和教训可以借鉴。按照《美国破产法》第十一章的规定，破产重整适用的主体可以分为两大部分：一部分是中小型企业；另一部分是大型股份上市公司。中小型企业通常不能将程序持续到批准方案的阶段就陷入破产的深渊。因此，将中小型企业提出第十一章的申请看做是几乎必然导致清算的挣扎阶段，是十分贴切的。与此相反，大型企业提出第十一章的申请通常会致某种形式的公司重整，这种重整是成功的，因为至少企业的某一部分继续经营而被保存下来。导致上述结果的一个主要原因是因为第十一章程序的巨大费用。<sup>〔2〕</sup>

〔1〕 沈达明、郑淑君编著：《比较破产法初论》，对外贸易教育出版社1993年版，第229页。

〔2〕 [美] 大卫·G. 爱泼斯坦、史蒂夫·H. 尼克勒斯、詹姆斯·J. 怀特：《美国破产法》，韩长印等译，中国政法大学出版社2003年版，第732页。



### （五）程序的开始与转换

无论是破产清算还是和解、重整，只要债务人符合程序开始的条件，当事人都可以直接申请进入某一程序，无须先申请一种然后再转入其他程序。但是，当事人先申请了一种程序后，在具备一定条件时，也能够转入另外一种程序。在此需要特别注意的是：

#### 1. 破产清算程序与重整程序之间的转换。

（1）破产清算向重整程序的转换。债权人申请对债务人进行破产清算的，在人民法院受理破产申请后、宣告债务人破产前，债务人或者出资额占债务人注册资本1/10以上的出资人，可以向人民法院申请重整（《企业破产法》第70条第2款）。

（2）重整程序向破产清算的转换。重整程序开始但具备法定事由的，可以直接转换为破产清算程序，具体来说有以下几种情况：首先，在重整期间有下列行为之一的：①债务人的经营状况和财产状况继续恶化，缺乏挽救的可能性的；②债务人有欺诈、恶意减少债务人财产或者其他显著不利于债权人的行为的；③由于债务人的行为致使管理人无法执行职务的；④债务人或者管理人未按期提出重整计划草案的（《企业破产法》第79条）。其次，重整计划未获通过或者没有获得法院的强行批准（《企业破产法》第87、88条）。再次，已经被债权人会议通过的重整计划未获得法院的批准（《企业破产法》第88条）。最后，债务人不能执行或者不执行重整计划（《企业破产法》第93条）。

#### 2. 破产清算程序与和解程序的相互转换。

（1）和解程序向破产清算程序的转换主要有四种情况：①和解计划未获得债权人会议的通过（《企业破产法》第99条）；②经债权人会议通过的和解协议未获得人民法院的认可（《企业破产法》第99条）；③债务人不能执行或者不执行和解协议（《企业破产法》第104条）；④和解协议是因债务人的欺诈或者其他违法行为成立的（《企业破产法》第103条）。

（2）破产清算程序向和解程序的转换。债务人可以在人民法院受理破产申请后、宣告债务人破产前，向人民法院申请和解（《企业破产法》第95条）。破产宣告后，债务人不得再提出和解申请。但许多国家或者地区的破产法对此并不禁止，如德国破产法、日本破产法及我国台湾地区“破产法”。但在我国台湾地区“破产法”上，破产宣告后的和解行为称为“调协”。

3. 破产和解程序与重整程序之间不能相互转换。和解程序与重整程序之间能否转换？对于这一问题，绝大多数国家的立法持肯定的态度。例如，根据《法国困境企业司法重整与清算法》第2条及第4条的规定，以非商业公司的形式从事的农业经营者，在适用重整程序之前，须首先适用和解程序，在和解

不成时，再适用重整程序。除此之外，任何债务人根据 84-148 号法律与债权人达成和解协议，但不按和解协议向债权人履行财产义务时，均可适用重整程序。即使和解协议已经达成，但尚未履行或正在履行过程中的，根据日本重整法及美国破产法，也允许利害关系人提出重整程序开始的申请。其理由是：

(1) 和解程序与重整程序具有共同的开始原因，对这一点，无论是我国《企业破产法》还是国外的破产法或者其他法律都持肯定态度。

(2) 和解程序与重整程序具有完全不同的制度目标与价值。具体而言：

第一，制度价值不同。重整程序的直接目的在于挽救企业的生存，而和解程序的直接目的在于处理债权债务关系。和解虽然也是为了避免债务人受破产宣告或受破产分配，但它只能消极地避免而不能积极地加以预防。从实质上说，和解制度与破产清算制度一样，重在清偿，有时债务人（非自然人）与债权人通过和解的方式解决完债权债务关系而使债务人消灭。但与破产宣告不同的是，通过和解解决债权债务关系，对债务人的名誉有利。况且，和解费用较破产清算费用少，债权人可得到更多的清偿，因而在实践中，债权人更愿意适用和解程序。但是，这也恰恰反映出和解制度的局限性：债权人主观上并不关心债务人的生与死，对债权人来说，债务人（法人）生存只是为了对其债权进行更多的清偿。如果和解协议执行完毕而企业能继续生存下来，是和解的客观结果而非债权人的主观愿望。除此之外，和解制度并不像重整制度那样对各类债权人有很强的约束力。和解对于有担保物权的债权人无任何约束力，和解程序开始，担保物权人可直接行使担保物权，即别除权。在实务中，往往是担保物权一经执行，企业财产便所剩无几，从客观上使企业复苏的可能化为乌有。故和解制度不能积极地挽救企业。重整制度则与之不同，重整的目的即在于拯救企业，并且是积极地挽救而非消极地防止与避免。法国重整法与日本重整法（更生法）于其第 1 条均开门见山地指出了重整的目的在于拯救企业，正是围绕着这一目的，重整制度规定了比和解制度更强的效力。重整程序一开始，不仅所有的民事执行程序均应中止，禁止债务人向个别债权人为清偿，而且对债务人的特定财产享有担保物权的债权人也不能按一般民法程序行使其担保物权，须按重整计划的安排行使。这一规定使得重整，即对债务人的拯救在客观上有了物质保障。

第二，程序开始的申请人不同。从包括我国《企业破产法》在内的世界各主要国家的和解制度看，和解申请是法律赋予债务人的特权，只有债务人才可以提出，债权人不能提出和解申请，法院也不能依职权宣告和解程序的开始。重整程序的开始原则上也以申请为依据，但申请人的范围较和解广泛，不仅债务人可以提出，债权人、符合一定条件的公司股东均可提出。根据法国 1985

年第 85 - 98 号法律，法院可以依职权或经共和国检察官的请求宣布重整程序的开始。

第三，效力不同。根据各国的和解制度，和解协议经法院认可后，仅对无担保的债权人产生效力，对于就债务人的特定财产享有担保权的债权人则不生效力，担保权人可以直接行使担保物权以获得满足。而重整则不同，重整程序一经开始，对所有的债权人，包括有担保物权的债权人均产生效力，担保物权人不得依一般的民事程序行使担保物权，必须依法申报债权并参加重整程序，其担保物权的行使或债权的受偿必须按重整计划的规定。

第四，措施不同。单就措施而论，和解制度的措施较为单调，它主要是靠债权人的让步，即债权人减免债务或延期支付的方式，给债务人以喘息的机会而获得清偿，但重整措施较为丰富，除债权人的减免或延展偿付期限外，还可以将企业整体或部分转让、租赁经营等。正像宫川知法所说的那样：“公司更生是以大股份有限公司为对象的再建型程序……是一个对公司营业的继续和再建具有强有力的手段且手段丰富的制度。”<sup>〔1〕</sup>

第五，债权人与法院的作用不同。在和解程序中，和解能否成功，完全取决于债权人，法院仅仅是消极地确认和解协议而不能在认为和解协议草案合理公平、具有可行性时强行许可。但在重整程序中，由于法律对不同利益的债权人分为不同的表决组，从一定程度上分化了债权人的阵营，为通过重整计划减少了障碍。另外，从《美国破产法》第 1129 条及我国《企业破产法》第 87 条的规定看，法院在特定条件下，可以不顾债权人的反对而强行许可重整计划。大部分国家的破产法的设计思路是：

我国《企业破产法》禁止程序在和解与重整之间进行转换，这也可以看成是我国破产法的一个特色。主要是考虑到和解与重整都属于再建型程序，当事人在程序开始时就应当进行理性的选择，一旦选择某一程序，就不能再进行转换，以减少程序性成本。当然，这不是理论上的问题，也不是立法技术上存在困难，而是我国立法政策的选择。

## 二、程序启动机制

### （一）程序启动概述

任何一个程序，无论是“破产清算”“和解”还是“重整”，都无任何前置性规定，当事人均可以直接申请进入，即在具备法律规定的原因后，当事人可以直接申请对债务人开始“破产清算”“和解”或者“重整”程序。而不像

〔1〕〔日〕宫川知法：“日本倒产法制的现状与课题”，于水译，载《外国法译评》1995年第2期。

《企业破产法（试行）》，如果债务人想申请和解程序，还必须在债权人对债务人提出破产申请后方可启动（《企业破产法（试行）》第17条）。

## （二）程序的启动主体

我国《企业破产法》规定当事人可以直接申请对债务人开始“破产清算”“和解”或者“重整”程序，对于什么主体能够启动这些程序均有明确规定，具体来说：

1. 破产清算程序的启动。破产清算程序的启动仅能够由债权人或者债务人进行。债权人申请债务人破产清算的，为“非自愿性破产”，债务人自己申请对自己开始破产清算程序的，为“自愿性破产”（《企业破产法》第7条）。

2. 和解程序的启动。和解程序仅仅能够由债务人提出，而债权人或者债务人的出资人都不能提出。这是大多数国家的通例。我国破产法也遵循了这一通例，《企业破产法》第95条规定：“债务人可以依照本法规定，直接向人民法院申请和解；也可以在人民法院受理破产申请后、宣告债务人破产前，向人民法院申请和解。债务人申请和解，应当提出和解协议草案。”

3. 重整程序的启动。重整程序既可以由债务人启动，也可以由债权人启动，同时，具备特定条件的出资人也可以启动这一程序。我国《企业破产法》第70条规定：“债务人或者债权人可以依照本法规定，直接向人民法院申请对债务人进行重整。债权人申请对债务人进行破产清算的，在人民法院受理破产申请后、宣告债务人破产前，债务人或者出资额占债务人注册资本1/10以上的出资人，可以向人民法院申请重整。”由此可见，出资人提出对债务人重整的，必须具备三个条件：①必须是“债权人申请对债务人进行破产清算”；②时间必须是在“人民法院受理破产申请后、宣告债务人破产前”；③出资额占债务人注册资本的1/10以上。因此，按照我国破产法，出资人不能直接启动重整程序，而只能申请从破产程序转换而来。

## （三）金融机构的破产程序的启动

《企业破产法》第134条规定，商业银行、证券公司、保险公司等金融机构有本法第2条规定情形的，国务院金融监督管理机构可以向人民法院提出对该金融机构进行重整或者破产清算的申请。由此可见，对于金融机构的破产程序，在启动上有两个特点：

1. 无论是债权人还是债务人都不能启动对金融机构的破产程序，只有国务院金融监督管理机构才能启动。

2. 即使是国务院金融监督管理机构，也只能对金融机构启动重整或者破产清算程序，而不能启动和解程序。

#### （四）法院主动对破产程序的启动

一般情况下，法院是不可以启动破产程序的，但是，在特殊情况下，符合一定条件时，也可以启动破产程序。我国《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》<sup>〔1〕</sup>第513条规定：“在执行中，作为被执行人的企业法人符合企业破产法第2条第1款规定情形的，执行法院经申请执行人之一或者被执行人同意，应当裁定中止对该被执行人的执行，将执行案件相关材料移送被执行人住所地人民法院。”第514条规定：“被执行人住所地人民法院应当自收到执行案件相关材料之日起30日内，将是否受理破产案件的裁定告知执行法院。不予受理的，应当将相关案件材料退回执行法院。”第515条规定：“被执行人住所地人民法院裁定受理破产案件的，执行法院应当解除对被执行人财产的保全措施。被执行人住所地人民法院裁定宣告被执行人破产的，执行法院应当裁定终结对该被执行人的执行。被执行人住所地人民法院不受理破产案件的，执行法院应当恢复执行。”第516条规定：“当事人不同意移送破产或者被执行人住所地人民法院不受理破产案件的，执行法院就执行变价所得财产，在扣除执行费用及清偿优先受偿的债权后，对于普通债权，按照财产保全和执行中查封、扣押、冻结财产的先后顺序清偿。”由此可见，法院对于破产程序的启动是有条件和限制的：①这种启动限定在执行程序中；②被执行人的企业法人符合《企业破产法》第2条第1款规定的破产原因；③法院经申请执行人之一或者被执行人同意；④法院启动的程序仅仅限于破产清算而不包括和解与重整程序；⑤执行法院的移送或者启动仅仅相当于申请，被移送法院还要根据法定程序来审查决定是否开始破产程序。因此，它不属于依职权开始的破产，即不能称为“职权主义”。

#### （五）程序开始的标志及效力

与其他国家破产法采取以破产宣告作为破产程序开始的标志不同，我国破产法采取的是破产程序自法院受理破产案件开始的立法例。如债权的申报、债权人会议的召开、破产程序对债务人人身与财产的限制等，从法院受理破产案件就开始发生。如《企业破产法》第17条第1款规定：“人民法院受理破产申请后，债务人的债务人或者财产持有人应当向管理人清偿债务或者交付财产。”第44条规定：“人民法院受理破产申请时对债务人享有债权的债权人，依照本法规定的程序行使权利。”第45条规定：“人民法院受理破产申请后，应当确定债权人申报债权的期限。债权申报期限自人民法院发布受理破产申请公告之

〔1〕 2014年12月18日由最高人民法院审判委员会第1636次会议通过，自2015年2月4日起施行。



[www.docsriver.com](http://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](http://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](http://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>



日起计算，最短不得少于30日，最长不得超过3个月。”第46条规定：“未到期的债权，在破产申请受理时视为到期。附利息的债权自破产申请受理时起停止计息。”第15条第1款规定：“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程序终结之日，债务人的有关人员承担下列义务：①妥善保管其占有和管理的财产、印章和账簿、文书等资料；②根据人民法院、管理人的要求进行工作，并如实回答询问；③列席债权人会议并如实回答债权人的询问；④未经人民法院许可，不得离开住所地；⑤不得新任其他企业的董事、监事、高级管理人员。”

但值得注意的是，在我国破产法上，至少从理论上说，破产案件的受理并非必然导致对债务人的破产宣告。那么，程序以案件受理为开始标志且对债务人或者债权人、债务人的债务人或者财产持有人等发生一系列法律效力，如果法院未对债务人做出破产宣告，将如何处理？这一问题，其实自《企业破产法（试行）》以来一直是我国破产法程序结构上的一个大的问题。该问题的解决不可能依靠制度来完成，只能要求法院在审查案件并决定受理时，应当谨慎与严格地审查。笔者对司法实践提出的建议是：我国法院在受理破产案件时，最好能够借鉴实行“破产程序宣告开始主义”之立法例国家和地区的做法，即不仅对破产原因进行形式审查，而且要进行听证程序，以确定程序开始原因的存在，从而避免出现程序开始但最后却不宣告债务人破产的被动局面。

## 第二章

## 破产程序的开始

## 第一节 破产程序开始的实质要件

## 一、破产原因

## (一) 破产原因的构成和内涵

破产原因是适用破产程序所依据的特定法律事实，是法院做出破产宣告的特定事实状态，是破产程序得以发生的实质条件。作为破产原因，它应该具备的特征是：①它必须是实际存在的事实状态，而不是债权人或债务人主观臆断出来的；②它必须是法律规定的事实状态，而不能以法定以外的事实做判断。

破产原因有单一原因和复合原因之分。所谓单一原因，是指以债务人不能清偿到期债务为破产的唯一原因；而复合原因是在不能清偿到期债务的基础上又加了其他条件。在我国现行法律当中，采取单一原因的有《公司法》《商业银行法》和《合伙企业法》。

《公司法》第187条第1款规定，清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后，发现公司财产不足清偿债务的，应当依法向人民法院申请宣告破产。《商业银行法》第71条第1款规定，商业银行不能支付到期债务，经国务院银行业监督管理机构同意，由人民法院依法宣告其破产。这两个法规定的都是单一原因，即只要出现财产不足以清偿债务，或者不能支付到期债务的，就是具备破产原因。《合伙企业法》第92条第1款规定，合伙企业不能清偿到期债务的，债权人可以依法向人民法院提出破产清算申请，也可以要求普通合伙人清偿。其规定的也是单一原因。

我国《企业破产法》对破产原因的规定是采复合式的。其第2条第1款规定，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。这一规定表明，不能清偿到期债务与资产不足以清偿全部债务或者与明显缺乏清偿能力这两个选择项中的任何一个组合在一起，才构成一个完整的破产原因。这三项中的任何一项都不能单独构成破产原因。《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）》（以下简称《企业破产法司法解释一》）第1条重申了这一精神：债务人不能清偿到期债务并且具有下列情形之一的，人民法院应当认定其具备破产原因：①资产不足以清偿全部债务；②明显缺乏清偿能力。

对于如何认定“债务人不能清偿到期债务”，上述解释第2条规定：“下列情形同时存在的，人民法院应当认定债务人不能清偿到期债务：①债权债务关系依法成立；②债务履行期限已经届满；③债务人未完全清偿债务。”我们认为，这样的解释不符合《企业破产法》立法原义，也不符合实际的情况，没有把民法上的“不履行到期债务”与破产原因上的“不能履行到期债务”明确区分开来，是一种错误的认识。因为，在合同法上，债务人未履行到期债务的，只有债权人催告后，才能解除合同。如果说，一个债务人与债权人的债权债务关系依法成立、履行义务到期，债务人未履行义务或者未全部履行义务的，就能够认定为“不能清偿到期债务”的话，几乎整个债法就变成了破产法了。因此，在这里，应该是：“债务到期未履行，经债权人催告后仍然没有履行或者没有完全履行的”，推定其不能履行，而不是“认定”债务人不能履行。因此，我们认为，最高人民法院的这一规定缺乏理论根据，是不严谨的，完全脱离了债法与破产法的一般区别。

对于如何认定“资产不足以清偿全部债务”，上述司法解释第3条规定：“债务人的资产负债表，或者审计报告、资产评估报告等显示其全部资产不足以偿付全部负债的，人民法院应当认定债务人资产不足以清偿全部债务，但有相反证据足以证明债务人资产能够偿付全部负债的除外。”这里用“认定”是正确的，因为已经有具体的根据——资产负债表，或者审计报告、资产评估报告。

## （二）“资不抵债”“明显缺乏清偿能力”与“不能清偿到期债务”的关系

有人认为只要债务人“资不抵债”的，就等于具备了破产原因。但是“资不抵债”从外在的表象来说，却不等于“不能清偿”。如一个企业总资产只有100万元，而总债务却有500万元，但该企业有良好的信誉，在债务到期时总能通过举新债还旧债的方式偿还。相反，假如一个企业有200万元的债务，有240万元的总资产，但如果其可用于偿债的款项只有80万元，显然也属于“不能清偿到期债务”。这也是理论上常讲的判断破产原因的“资产负债表标准”与“现金流量标准”的差别。

在国外的许多国家，“现金流量标准”是判断法人与自然人破产的通用原因，但“资不抵债”（债务超过资产）却仅仅是法人破产的原因（如德国与日本）。

在我国破产法上，资不抵债与不能清偿到期债务都不是独立的破产原因，