



高等院校法学精品课教材

破产法

罗培新 主编 伍坚 副主编

91.92

格致出版社



上海人民出版社

本书是上海市第三期重点学科——经济法(S30902)的建设成果



高等院校法学精品课教材

破产法

罗培新 主编 伍坚 副主编

格致出版社



上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

破产法/罗培新主编. —上海:格致出版社:上海人民出版社, 2008

高等院校法学精品课教材

ISBN 978-7-5432-1499-6

I. 破… II. 罗… III. 破产法-中国-高等学校-教材
IV. D922.291.92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 164192 号

责任编辑 王 炜

美术编辑 路 静

高等院校法学精品课教材

破产法

罗培新 主编 伍坚 副主编

出版 世纪出版集团 格致出版社
www.ewen.cc www.hibooks.cn
上海人民出版社
(200001 上海福建中路193号24层)



编辑部热线 021-63914988

市场部热线 021-63914081

发行 世纪出版集团发行中心
印刷 上海商务联西印刷有限公司
开本 787×1092 毫米 1/16
印张 24.25
插页 1
字数 442,000
版次 2009 年 1 月第 1 版
印次 2009 年 1 月第 1 次印刷
ISBN 978-7-5432-1499-6/D·20
定价 36.00 元

序

破产是现代经济社会中的一种常见现象,其对债权人、债务人乃至社会整体利益,均构成重大影响。破产法的主要目标,就是对债权人、债务人与社会整体利益进行平衡,维护市场经济机制的正常运行。

早在1986年,我国即颁布了《企业破产法(试行)》以规范国有企业的破产问题,并于1991年在《民事诉讼法》中专设一章“企业法人破产还债程序”,以调整非国有企业法人的破产。2006年8月27日,十届全国人大常委会第二十三次会议通过了《中华人民共和国企业破产法》(自2007年6月1日起施行)。新《破产法》总结了过去20年以来我国破产实践的经验和教训,借鉴国外先进立法,在理念和制度方面多有创新。正如《人民日报》特约评论员所称,“法相宜则事有成”。破产法的修订,对于加快我国市场发展具有重大的现实意义,既为立法者贡献其法律智慧提供了广大的空间,也为学者们的研究提供了崭新的平台。

本书正是在这一背景之下编写而成。在写作过程中,笔者依据新《破产法》和司法解释的相关规定,结合市场经济发达国家的破产立法和学说,对破产法的基本原理和基本制度作了分析和探讨。本书的体例编排如下:

第一章破产和破产法概述,概述破产的一些基本知识,对破产的特征、破产的作用、破产法、破产法的立法原则以及破产法的历史沿革做了一个概括性的描述。

第二章——破产要件,主要阐述破产能力和破产原因的概念和特征。

第三章——破产申请与受理,主要分析两者的内容和效力。

第四章——破产管理人,着重讨论破产管理人的概念、确定、更换及其职责。

第五章——破产财产,着重分析破产财产的概念、构成要件以及范围。

第六章——破产费用和共益债务,主要阐述其概念、清偿顺序和清偿比例。

第七章——破产债权,主要分析破产债权的概念、范围和申报程序。

第八章——破产法上的权利,着重讨论别除权、取回权、撤销权、抵销权。

第九章——债权人会议,着重分析债权人会议与债务人委员会的组成及其职权。

第十章——破产重整,主要阐述重整申请和重整计划的制定、通过、批准以及执行。

第十一章——破产和解,主要分析我国《破产法》对破产制度的完善。

第十二章——破产清算,着重讨论破产财产的变价、清偿顺序及其分配。

第十三章——破产免责和破产复权,着重分析两者的概念、效力及适用条件。

第十四章破产责任,主要阐述破产过程中的民事、刑事、行政、司法四个方面的法律责任。

本书主要采取以下方法:

(1) 概念分析法。概念是所有研究的基本工具和出发点,它同时是破译制度信息的密码。例如,“破产”通常被认为具有以下两层含义:一是指客观状态,即债务人不能清偿到期债务时的财务状况;二是指法律程序,即当债务人不能清偿到期债务时,法院依据当事人的申请或依职权,将债务人的所有财产公平分配给全体债权人的一种特定的法律程序。破产法上的破产更多的是指第二种含义。

(2) 比较法分析。美国比较法学者库兰(V. G. Curran)指出:“正如比较是理解过程的核心一样,比较是一切法律分析的核心。比较就是对照其他的事物、领域来理解某一事物和领域。”它包括外国制度的比较,如对于公法人的破产能力,大多数国家排除破产程序对公法人的适用,但也有国家承认公法人有破产能力。在美国,一些地方上的市、县政府机构是依照公司法注册为自治团体而成立的,法律便允许其具有破产能力。在日本,一些公共性弱的公法人,也可具有破产能力。比较也包括新法与旧制的比较,如新《破产法》摒弃了《企业

破产法(试行)》第17条中“被申请破产的企业上级主管部门可以申请对该企业进行整顿”的规定,将其修改为“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”,等等。

(3) 点面结合法。找准切入点和问题点,可使专题研究深化,但其弊病在于忽视了与其他部分的联系;“面”上的讨论有助于对研究对象作鸟瞰式的整体考察,但亦有深度不够之短,惟有两者结合起来,才能相辅相成,相得益彰。全书在导论、第一章、第十四章中主要是运用综合性、全方位的“面”上思维;在第二章至第十三章中则侧重于在某一“点”上做出研究。

与其他教材相比,本书最主要的特点是理论联系实际,同时注重学生运用能力的培养。对每一个问题,本书侧重于介绍相关立法的具体规定,以及这些规定在适用时存在的问题。本书适合法学专业三、四年级的本科生使用。在每一章的学习中,学生应以“学习目标”中的要求为指引,深入掌握该章的具体内容和涉及的相关法律规定,最后通过“应用”部分的测试以巩固所学到的知识。

本书由罗培新教授组织编撰,共分十四章,具体分工如下:第一章、第十四章由伍坚撰写;第二章、第三章由金莉娟撰写;第四章由徐子良、符望撰写;第五章、第六章由陈坤撰写;第七章、第十二章由高汉撰写;第八章、第十三章由杜娟撰写;第九章由卢颖、吴双撰写;第十章、第十一章由王几高撰写。最后由罗培新教授、伍坚老师审定。

杜娟、卢颖对全书的编写付出了极大的智慧和辛劳,对此本书全体作者表示衷心的感谢。

由于作者水平和能力有限,虽然已尽极大努力,不足与错误之处仍在所难免,在此恳请专家、读者予以批评指正。

罗培新 伍坚

2008年12月

CONTENTS 目 录

第一章	破产和破产法概述/1
第一节	破产概述/2
第二节	破产法概述/6
第二章	破产要件/17
第一节	破产能力/18
第二节	破产原因/27
第三章	破产申请与受理/37
第一节	破产申请的提出/38
第二节	破产申请的审查和受理/45
第四章	破产管理人/61
第一节	破产管理人概述/62
第二节	破产管理人的确定和更换/68
第三节	破产管理人的报酬/83
第四节	破产管理人的职责/94
第五章	破产财产/113
第一节	破产财产的概念和特征/114
第二节	破产财产的范围/119
第六章	破产费用和共益债务/130
第一节	破产费用和共益债务概述/131
第二节	破产费用和共益债务的清偿/137
第七章	破产债权/144
第一节	破产债权的概念和性质/145
第二节	破产债权的范围/149
第三节	破产债权的申报与确定/154
第八章	破产法上的权利/171
第一节	破产别除权/172
第二节	破产取回权/188
第三节	破产撤销权/199

	第四节 破产抵销权/209
第九章	债权人会议/221
	第一节 债权人会议概述/222
	第二节 债权人委员会/236
第十章	破产重整/256
	第一节 重整制度概述/257
	第二节 重整申请的提出、审查和裁定/263
	第三节 重整计划的制定、通过和批准/269
	第四节 重整计划的执行/277
	第五节 重整期间的其他相关事项/279
	第六节 重整程序的终止和完成/283
第十一章	破产和解/289
	第一节 破产和解制度概述/290
	第二节 我国《企业破产法》对和解制度的完善/296
	第三节 和解申请及其审查/298
	第四节 和解的生效/302
	第五节 和解协议的履行/306
第十二章	破产清算/314
	第一节 破产宣告/315
	第二节 破产财产的变价/318
	第三节 破产财产的清偿顺序/323
	第四节 破产财产的分配/325
	第五节 破产程序的终结/330
第十三章	破产免责与破产复权/337
	第一节 破产免责/337
	第二节 破产复权/353
第十四章	破产责任/365
	第一节 破产民事责任与行政责任/367
	第二节 破产司法责任与刑事责任/370

第一章 破产和破产法概述

学习目标

通过本章学习,你应能够:

掌握破产的概念、特征及其作用。

掌握破产法的概念及其立法原则。

了解我国破产法的历史演变及新破产法的主要变化。

引入案例

南方证券破产还债案

2006年8月16日,深圳市中级人民法院在第四审判庭公开开庭,宣告南方证券股份有限公司(以下简称南方证券)破产还债,并指定成立破产清算组对南方证券进行破产清算。

1992年12月21日,南方证券经中国人民银行批准发起设立,注册资本10亿元。2004年1月2日,因南方证券严重违法违规经营,管理混乱,中国证监会、深圳市政府宣布对南方证券实施行政接管。2005年4月29日,南方证券因挪用巨额客户交易结算资金,被中国证监会取消证券业务许可并责令关闭。根据南方证券行政接管领导小组的委托,深圳市政府于同日成立南方证券清算组,负责南方证券关闭后的清算工作。受南方证券清算组委托,德勤华永会计师事务所有限公司深圳分所出具德师(深圳)报财字(06)SS第003号《南方证券股份有限公司2005年12月31日执行商定程序的资产负债专项报告》。上述报告的审计结果显示:截至2005年12月31日,南方证券的资产总额为106.31亿元,负债总额为228.08亿元,资不抵债金额为121.77亿元,资产负债率高达214.55%,已严重资不抵债。2006年6月6日,中国证监会批复同意南方证券破产还债。

此次将南方证券告上法院的是蓝波湾公司。蓝波湾公司与南方证券于2003年6月10日签订《资产委托管理协议书》，协议约定：申请人蓝波湾公司委托被申请人南方证券管理资产3000万元，有效期自2003年6月10日至2004年6月10日止，但协议期满后，南方证券未能如期归还上述3000万元委托资金。2006年7月7日，蓝波湾公司以南方证券不能清偿到期债务为由，向深圳市中级人民法院依法申请南方证券破产还债。7月12日，深圳市中级人民法院发布受理公告。

资料来源：《深圳中院昨宣告南方证券破产》，中国证券网，http://www.cnstock.com/newspaper/2006-08/17/content_1409578.htm，2007年12月7日。

第一节 破产概述

一、破产的概念

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。“破产”一词，一种说法认为源于拉丁语“Falletux”，意思为失败；^①另一种说法认为源于16世纪意大利语“Banca Rotta”，意思为“砸烂的板凳”。根据中世纪意大利商业城市的习惯，商人在市中心交易市场各有自己的板凳，当某个商人不能偿付债务时，债权人就砸烂他的板凳，从而使其丧失经营资格。^②从词源考证来看，破产通常是指失败或经营失败。

作为法律术语的破产，通常被认为有以下两种含义：一是指客观状态，即债务人不能清偿到期债务时所处的财务状态；二是指法律程序，即当债务人不能清偿到期债务时，法院依据当事人的申请或依职权，将债务人的所有财产公平分配给全体债权人的一种特定的法律程序。破产法上的破产更多的是指第二种含义。

二、破产的特征

1. 破产是一种特殊的债务清偿程序。

债务人在债务到期后必须清偿，这是一种最为常见的法律行为。但是，一般的债

^① 参见柴发邦主编：《破产法教程》，法律出版社1990年版，第1页。

^② 参见王卫国：《论重整制度》，《法学研究》1996年第1期。

务清偿以及民事诉讼中的强制执行只以债务人的部分财产作为清偿基础,不会导致债务人主体资格的消灭。而破产以债务人的全部财产作为清偿的基础,并在债务人为企业时通过消灭债务人的主体资格实现债务清偿的目的。

2. 破产程序的启动必须具备特定条件。

作为一种特殊的债务清偿程序,破产的启动必须具备法定的破产原因或破产条件。虽然各国破产法对破产原因或破产条件的规定不尽相同,但归根到底,破产程序的开始源于债务人不能清偿到期债务。不能清偿到期债务的原因,可能是债务人已经资不抵债,也可能是债务人的资产虽然多于债务,但却无法归还债务。在此情况下,债务人的不能清偿不仅严重损害了债权人的利益,而且会影响整个社会经济秩序,启动破产程序就非常有必要。如果不具备法定条件,就不得启动破产程序。

3. 破产是公平清偿债权的程序。

在债务人破产的情况下,通常存在若干债权人,并且债务人的全部资产常常不足以满足全部债权人的债权要求,因此,公平清偿债权成为破产程序的主要目的和基本原则。所谓公平清偿,并不是指平均清偿,而是指对不同类型的债权区别对待并对同类型的债权依照相同的比例清偿。

4. 破产是由法院实施的清偿程序。

与当事人之间的债务清偿行为不同,在整个破产程序中,从破产案件的受理到破产宣告、破产终结,法院自始至终居于主导地位。产生这一特征的原因在于两个方面:其一,破产常常并非出于债务人的自愿,甚至也不完全体现所有债权人的意思,破产带有一定的强制性,必须以司法强制力保证实施;其二,破产程序不仅将债务人的财产分配给债权人,而且,法院通过破产程序对债务人的主体资格作出了否定性评价,其直接导致债务人法律主体资格的消灭。

三、破产的作用

在市场经济社会中,破产兼有积极和消极双重作用。

(一) 破产的积极作用

1. 保护债权人的合法权益。

保护债权人利益可以说是破产制度产生的初始目的,也是最为基本的目的。在现代社会中,破产在这方面的作用主要体现在:(1)破产使债务得到清偿,终结了债务拖延的状态。当债务人深陷财务危机时,如果不采取任何措施而任由其苟延残喘下去,

债务人的资产可能进一步减少,债权人最终可能一无所获。而且,久拖不决的债务可能导致债务链在多个当事人之间形成,从而影响到整个社会的交易安全。(2)破产使得债务人以其全部资产对债权人实行公平分配。破产不同于一般的债务清偿程序,破产程序从开始到终结都在法院的主导下进行,债务人的行为受到严格的监督和制约。由此,破产不仅可以保证债务人以其全部财产最大限度地满足债权人的需要,而且还能确保有限的破产财产在债权人群体之间公平分配。

2. 保护债务人的合法权益。

从破产制度的历史演变看,保护债务人利益并不是破产最初的目的。因为在早期破产法中,债务人若不能清偿债务,往往面临被拘禁、奴役甚至杀戮的命运,此时债务人连最为基本的人身权利都得不到保障,更不用说其他权益了。随着社会经济的发展和人类文明的进步,破产立法的理念逐渐发生了变化,各国逐渐以分配债务人的财产作为债务清偿的方式。另外,法律对于债务人的态度也日趋宽容,这不仅表现为立法上从破产有罪主义发展到破产无罪主义,而且表现为破产免责制度在破产法中的确立。在破产程序终结后,对于债务人未能依照破产程序清偿的债务,在法定范围内免除其继续清偿的责任。债务人由此可以重整旗鼓,有机会走出债台高筑的困境,这体现了现代破产法一种新的价值取向。

3. 维护市场经济的正常运行。

破产能够维护市场经济的正常运行,这主要体现在以下两个方面:(1)通过破产及时清偿债务,扫除经济运行的障碍。现代社会经济中,各个市场主体之间的联系日益紧密,相互之间也存在较强的依赖关系。当某个市场主体陷入经营困境甚至濒临破产时,如果不及时处理,势必影响到与该主体存在交易关系的其他市场主体,从而导致整个社会经济秩序陷入混乱。反之,对符合条件的企业依法实行破产,能够有效地避免企业之间相互拖欠,减少失败企业对其他企业和市场经济运行的破坏。(2)优胜劣汰,实现资源的优化配置。优胜劣汰是市场经济社会中企业竞争的一般规律,企业破产制度为经营失败的企业退出市场提供了一条通道,使得社会经济保持生机和活力。在物质资料的生产和再生产过程中,企业既是社会财富的创造者,也是社会资源的占用者。根据经济学的基本假设,社会资源总是处于稀缺状态,因此,只有合理的配置资源,最大限度的提高资源的使用效率,才能满足人类社会的需要。通过破产制度,原先被较差企业占用的资源得以流向效率更高的企业或者行业,社会经济效率也得以提高。

(二) 破产的消极作用

企业破产在促进社会经济发展的同时,往往也会产生巨大的社会成本。

第一,债权人通过破产清算所得的财产,金额往往低于债权额,导致债权人蒙受损失。这是因为:(1)企业之所以破产,大多是已经资不抵债,不能清偿到期债务。因此,即使将破产企业的全部财产抵偿债务,债权人也难以得到全部清偿。(2)破产企业的财产在变现时往往远低于其实际价值,这又使破产企业的资产总额下降。(3)企业破产本身所需费用较多、时间较长。根据我国现行破产法的规定,破产财产应优先用于清偿破产费用和共益债务,接着用于清偿破产人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用,所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用,以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金;然后用于清偿破产人欠缴的除前项规定以外的社会保险费用和破产人所欠税款;最后才是清偿普通破产债权。此时,可供债权人分配的资产已经所剩无几了。

第二,企业破产使企业归于消灭,这对企业、企业的投资者都是沉重打击。此外,在各国破产法上,企业经营管理者在企业破产后不仅要承受名誉损失,而且在一定年限内还受到不得担任特定职务等诸多限制,利益受到巨大影响。

第三,企业破产必然导致部分职工失业,尤其是大型企业破产,可能导致大批劳动者失业。在社会保障制度不健全的情况下,大量失业人员的存在极有可能恶化社会治安状况,影响社会经济的正常秩序,危害社会经济发展的稳定环境。^①

微型案例

1999年1月11日,经央行批准、广东省政府同意,广东国际信托投资公司(以下简称广国投)作为债务人向广东高院申请破产。同月,广东高院受理此案,并于2003年审理结案。由于当时仍有部分破产财产的处置和对外债权追收工作未完成,广东省高院依照最高人民法院《关于审理企业破产案件若干问题的规定》第97条,保留清算组,继续负责破产财产的处置和对外债权追收的工作,完成追加分配等善后清算事宜。

自2003年以来,广国投清算组已向债权人进行过三次破产财产分配,前三次分配债权清偿率共计12.52%。2008年2月4日,新华网记者报道称,广国投破产清算组将于近日向200多家广东国投的境内外债权人进行第四次破产财产分配。至此,广东国投破产案的债权清偿比例达到15.52%。清算组表示,会在法院的指导和监督下加快剩余部分破产财产处置和对外债权追收的力度,尽快实现下次破产分配,最终完成广东国际信托投资公司破产清算的善后工作。

^① 参见李文龙、王蓓红编著:《企业破产问答》,经济科学出版社2000年版,第5—9页。

资料来源:赖雨晨、孔博:“广东国投进行第四次破产财产分配”,新华网,http://news.xinhuanet.com/newscenter/2008-02/04/content_7566696.htm,2008-2-8。

点评:虽然广国投破产案早在2003年便已审结,但清算组历经4年艰辛,不过是使债权清偿比例达到15.52%,破产对债权人利益的消极影响由此可见一斑。

第二节 破产法概述

一、破产法的概念

破产法是指规范破产程序的各种法律规范的总称。破产法有广义和狭义之分,广义的破产法即实质意义上的破产法,既包括专门规范破产程序的法律,也包括民法、商法、刑法、诉讼法等法律中有关破产程序的规定;狭义的破产法即形式意义上的破产法,仅指专门规范破产程序的法律。通常所称的破产法是指狭义上的破产法。

破产法虽然主要规范破产程序,其内容仍然包括程序性规范和实体性规范两大部分。其中,程序性规范主要涉及破产案件的管辖、破产申请与受理、债权申报、债权人会议、破产和解、破产重整、破产宣告、清算分配等内容;实体性规范主要涉及破产能力、破产债权、破产财产、破产费用、共益债务、撤销权、取回权、别除权、抵销权、免责制度等内容。当然,程序性规范是破产法的主要构成。

二、破产法的立法原则

在破产法的历史演进过程中,各国在破产法的适用范围、破产财产的构成等方面采取了不同的立法原则。破产法的立法原则指导着破产法的制定,是破产法主要内容的抽象和概括。理论上,破产法主要有以下立法原则:

(1) 商人破产主义与一般破产主义。

商人破产主义是指破产法只适用于商人而不适用于非商人,这一原则起源于法国商法典。一般破产主义是指破产法适用于不能清偿债务的所有债务人,而不论债务人是否为商人。一般破产主义实质上承认所有法律主体均有破产能力,为近代英、德立法所提倡,是现代破产立法的主流趋势。我国现行企业破产法适用于企业法人。

(2) 自力救济主义与公力救济主义。

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,称为自力救助。从历史上看,自力救助主义源于古罗马法的债务执行制度。由于自力救助主义往往损害债务人的利益,近现代各国破产法大多对自力救助加以限制,实行法院监督下的自力救济主义,即破产管理人由债权人选任。公力救济主义是指由法院对债务人的财产进行占有、管理、变价和分配的制度,破产管理人由法院选任。我国现行破产法实行公力救济主义。

(3) 破产程序受理开始主义和破产程序宣告开始主义。

所谓破产程序受理开始主义,是指破产程序始于法院受理破产申请。在这种立法原则之下,破产程序一般包括受理程序、审理程序、宣告破产程序和破产清算程序,其中可能包括和解程序和重整程序。英美法系国家普遍实行这一立法原则,我国现行破产法也采用这一原则。

所谓破产程序宣告主义,是指破产程序始于法院宣告债务人破产之时。在这种立法原则之下,破产程序包括破产宣告程序和破产清算程序,其中可能包括和解程序和重整程序。大陆法系国家大多采取这一立法原则。

(4) 破产宣告申请主义与破产宣告职权主义。

法院宣告债务人破产应当根据债权人或债务人的申请为之,此种立法原则称为破产宣告申请主义。相反,破产宣告职权主义是指法院无须依据当事人的申请即可依职权宣告债务人破产。现代各国大多采取破产宣告申请主义,其立法理由在于:债务人破产并不当然产生危害社会的后果,因此国家不应过多干预。但是这一原则也有其缺陷:当债务人已无清偿能力却无人申请其破产时,诸多债权人可能难以公平受偿。我国现行破产法采取的是破产宣告申请主义。

(5) 和解前置主义与和解分离主义。

和解前置主义是指在向法院申请债务人破产前,应当先试行和解,和解不成才能宣告债务人破产。英国破产法采取这一立法原则。而在和解分离主义之下,和解程序和破产程序各自独立,申请破产不以先进行和解为要件。大陆法系多数国家采取和解分离主义。根据我国现行破产法,债务人向法院申请宣告破产不以先进行和解为前提。

(6) 破产普及主义与破产属地主义。

破产普及主义是指一国法院所作的破产宣告不仅及于债务人在该国的财产,而且及于债务人在国外的全部财产。这一原则奉行“一人一破产”的理念,能够为债权人提供更多的保障,但忽视了他国的主权和利益,在现实中常常难以执行。破产属地主义是指一国法院的破产宣告只对债务人在该国的财产有效,而不及于债务人在国外的财产。

(7) 破产溯及主义与破产不溯及主义。

破产宣告剥夺破产人管理处分其财产的效力,溯及于破产宣告前临界期内债务人的行为而使之归于无效,这种立法原则被称为破产溯及主义,其目的在于防止债务人恶意诈害债权人的利益。破产不溯及主义是指破产宣告剥夺破产人管理处分其财产的效力只能及于破产人在破产宣告后所为的行为,不影响破产人在破产宣告前所为的行为。相对而言,破产不溯及主义不利于债权人利益的维护,因此采用破产不溯及主义的破产法往往又设立撤销权制度作为补救。

(8) 固定主义与膨胀主义。

所谓固定主义,是指破产财产以债务人在破产宣告时所有的全部财产为限,不包括债务人在破产宣告后取得的财产。所谓膨胀主义,是指破产财产不以破产宣告时债务人所有的财产为限,破产宣告时债务人所有的财产及破产宣告后破产程序终结前债务人取得的财产均构成破产财产。当然,固定主义与膨胀主义的区分仅对自然人破产才有意义。

(9) 破产免责主义与破产不免责主义。

破产程序终结后,债务人在满足一定条件后对未依照破产程序受偿的债权不再负清偿责任,这种立法原则被称为破产免责主义。与此相对,破产不免责主义是指破产程序终结后,债务人对债权人未能依照破产程序受偿的债权仍有清偿责任。这两种立法原则均只适用于自然人破产的情形。现代各国一般采取有条件的破产免责制度,即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),不具备这些消极条件的债务人可以免责或经一定期间后可以免责。

(10) 惩戒主义与非惩戒主义。

惩戒主义是指将破产视为犯罪行为而加以处罚的立法原则。在此原则之下,破产法不仅限制破产人的人身自由,而且限制破产人的职业地位和公法权利,这些限制只有在具备法定条件后通过复权程序才能消除。非惩戒主义是指破产程序仅针对债务人的财产进行,对债务人的人身不予以公法或私法上的限制。历史上,各国破产法多采用惩戒主义,但现代各国破产法多采用非惩戒主义,仅在特定情况下才实行惩戒主义。

三、破产法的历史沿革

(一) 破产法的起源

一般认为,破产法的起源最早可以回溯到古罗马的财产执行制度。古罗马社会早期,当债务人不能清偿债务时,根据《十二铜表法》的规定,债权人可以拘禁债务人迫使

其清偿债务,甚至可以出卖或杀死债务人以代替债务的履行。^①随着社会的发展,这种残忍的对人执行和私力救济手段逐渐受到限制,债权人也认识到将债务人处死对己不利。取而代之的是,债权人可以向裁判官申请执行判决之诉,债务人被强制终身或定期的服劳役以代替债务清偿。

到了罗马帝国时期,随着商品经济的不断发展,债务执行也从对人执行转变为对物执行,在此基础上产生了财产执行制度。在当时,对债务人财产的各种执行方式都必须取得裁判官的谕令,否则不得执行。其中,最有代表性的财产执行制度是财产委付制度。依该制度,当债务人不能清偿债务时,经两名以上有执行名义的债权人的申请,或者经债务人本人作出委付全部财产供债权人分配的意思表示,裁判官则谕令扣押债务人的全部财产,交由财产管理人变卖后将价金公平分配给各债权人。^②在一定程度上可以说,古罗马法中的财产执行制度是现代破产制度的萌芽。

(二) 大陆法系国家的破产法

公元13世纪以后,随着商业贸易的复兴和商业城市的兴起,破产制度应运而生。1244年,位于地中海沿岸的商业中心城市威尼斯制定了第一部比较详细的规定商人破产处理措施的《威尼斯条例》。1341年,米兰制定了类似的《米兰条例》。1415年,佛罗伦萨制定了《佛罗伦萨条例》。这三个条例只适用于商人,奉行的是商人破产主义。这些条例不仅对欧洲大陆各国的破产立法产生了深远影响,甚至一些内容也为英国习惯法所吸收。

不过,尽管意大利是近现代破产法的发源地,但在破产立法方面贡献最大的国家却是法国和德国。19世纪中叶以后,欧洲大陆各国多以法国和德国的破产法为蓝本制定了具有本国特色的破产法。并且,随着法、德两国殖民地的扩张,其破产法也对欧洲以外的许多国家产生了影响,最终形成了大陆法系破产法。有学者指出,大陆法系破产法的主要特点是:(1)各项具体制度以民商法典为基础,并且使用抽象的法律术语;(2)债权人本位主义色彩浓厚,对债务人保护不充分;(3)法院过多的干预破产程序,债权人自治地位相对较弱;(4)破产法的适用范围因各国历史传统的差异而有一般破产主义和商人破产主义之别。^③

(三) 英美法系国家的破产法

英美法系虽以判例法著称,但英美法系国家的破产法从产生之日起就是以成文法

① 参见王欣新主编:《破产法》,中国人民大学出版社2005年版,第14—15页。

② 参见顾功耘主编:《简明商法教程》,中国政法大学出版社2005年版,第233页。

③ 参见顾功耘主编:《商法教程》(第二版),上海人民出版社2006年版,第562页。