



法学专业综合改革系列教材

破产法



殷慧芬 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



破产法

破产法



法学专业综合改革系列教材

破产法

殷慧芬 主编

主 编：殷慧芬

撰稿人：（以撰写章节先后为序）

李寒劲 黄吉品 殷慧芬



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

破产法 / 殷慧芬主编. —北京:法律出版社,
2014. 8
法学专业综合改革系列教材
ISBN 978 - 7 - 5118 - 6618 - 9

I. ①破… II. ①殷… III. ①破产法—中国—高等学
校—教材 IV. ①D922. 291. 92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 151876 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/彭 雨	装帧设计/贾丹丹
出版/法律出版社	编辑统筹/法律出版社上海出版中心
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京北苑印刷有限责任公司	责任印制/沙 磊
开本/720 毫米×960 毫米 1/16	印张/14.5 字数/257 千
版本/2014 年 8 月第 1 版	印次/2014 年 8 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	销售热线/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn	咨询电话/010-63939796
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
全国各地中法图分、子公司电话:	
第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908	
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995	
书号:ISBN 978-7-5118-6618-9	定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

出版说明

《破产法》教材体现应用型法律人才培养特点,教材内容强调系统性、明确性、先进性和实践性。

第一,教材以我国2006年《中华人民共和国企业破产法》及相关司法解释为主要依据,对破产法基本制度与理论作出系统的梳理。

第二,在教材内容的选择上,更倾向于满足学生的需求,注重基本概念、基本知识、基本原理的传授;内容阐述力求简明扼要,注重用简洁的语言阐明破产法的基本理论和基本制度。

第三,在学科知识上,做到与时俱进,注重对中国本土国情的考察,紧跟我国有关破产方面的最新法律法规、司法解释及行政法规的规定。

第四,在编写技巧方面,辅之以适当的案例,力求用实用明晰的案例对基本原理和法律规范进行说明,加强教材对学生学习兴趣的正确引导,培养学生分析和解决实际问题的能力。

本书各章撰稿人具体分工如下:李寒劲:第一、二、三章;黄吉品:第四、五章;殷慧芬:第六、七、八、九章。全书由殷慧芬统稿定稿。

由于是初次尝试,加上学术功力有限,书中疏忽和错误在所难免,真诚欢迎广大读者和专家学者批评指正。

编者
2014年1月

目 录

第一章 破产法概述	(1)
第一节 破产与破产法	(2)
第二节 破产法的立法原则	(7)
第三节 破产法的历史发展	(11)
第二章 破产申请的提出与受理	(19)
第一节 破产程序开始的要件与破产申请	(20)
第二节 破产案件的管辖与受理	(32)
第三章 管理人制度	(43)
第一节 管理人的概念与地位	(43)
第二节 管理人的选任与更换	(46)
第三节 管理人的职责	(50)
第四节 管理人的权利与义务	(53)
第四章 债务人财产	(59)
第一节 债务人财产概述	(59)
第二节 破产撤销权	(67)
第三节 取回权	(80)
第四节 破产抵销权	(88)
第五节 别除权	(94)
第五章 破产债权	(107)
第一节 破产债权概述	(107)
第二节 破产债权申报	(113)
第三节 破产债权的调查和确认	(125)

第六章 债权人会议	(130)
第一节 债权人会议的组成	(130)
第二节 债权人会议的召集与职权	(137)
第七章 破产重整	(145)
第一节 破产重整概述	(145)
第二节 重整申请的提出及受理	(149)
第三节 重整期间的营业	(154)
第四节 重整计划	(158)
第五节 重整计划的批准	(162)
第六节 重整计划的执行	(168)
第八章 破产和解	(175)
第一节 破产和解概述	(175)
第二节 和解的程序	(178)
第三节 和解协议的效力	(182)
第四节 和解失败的法律效力	(184)
第五节 法庭外和解	(187)
第九章 破产清算	(193)
第一节 破产宣告	(193)
第二节 破产财产的变价与分配	(199)
第三节 破产费用与共益债务	(207)
第四节 破产清算程序的终结	(211)
参考文献	(221)

第一章 破产法概述

| 本章概要 |

破产是当债务人出现不能清偿到期债务的财务危机时,为保障债权人和其他相关主体的利益,运用司法力量对债务人采取的破产预防措施和破产清算程序。现代意义上的破产法律制度抛弃了债务人有罪破产的观念和不免责主义,更加注重破产和解、破产重整等破产预防制度对债务人的拯救再生作用。破产法的立法宗旨不仅在于公平保护债权人的清偿利益,更在于赋予债务人自救再生的机会,同时也有利于市场经济秩序的健康运行。各国由于基本国情和立法传统的差异,在长期的破产立法历史沿革中形成了一定的制度差异。我国1986年颁行的《企业破产法(试行)》是在由计划经济体制向市场经济体制转变的过程中产生的。由于这部法律欠缺可操作性并具有一定滞后性,在2006年颁布的新的《企业破产法》,旨在适应我国现阶段市场经济发展的现实需要。

| 学习重点 |

通过本章的学习,了解传统意义上和现代意义上破产和破产法的概念、破产法的立法历程,熟悉破产法的主要内容和立法宗旨,掌握破产法上破产的基本概念、破产法的各种立法原则、破产法的制度创新等重点内容。在此基础上深刻理解破产立法对于债务人、债权人和其他相关利益主体的积极意义。

第一节 破产与破产法

一、破产的概念

破产概念在不同语境中有不同的含义。在经济生活中,破产通常是指当事人在经营活动中发生严重亏损,财务状况显著恶化,已经到了难以为继的程度。在法律意义上的破产,包括作为事实状态的破产与作为法律程序的破产。作为事实状态的破产,是指债务人不能清偿到期债务的客观事实状态;债务人出现了资不抵债或者停止支付的情形,即债务人具有破产原因。作为法律程序的破产,是指当债务人不能清偿到期债务时,为了保障债权人的正当受偿利益,运用司法力量对债务人启动的特别程序。

在破产法上而言,破产的概念包括狭义和广义两种含义。狭义上的破产,仅指破产清算,是指当债务人不能清偿到期债务时,由法院根据当事人的申请,依法宣告债务人破产,将债务人的全部财产依一定程序进行变价并公平分配给全部债务人的清算程序。广义上的破产,是指当债务人不能清偿到期债务时,由法院根据当事人的申请,对债务人的全部财产进行清算并公平分配给债权人的清算程序或对债务人实施的旨在恢复其偿债能力的再建型程序,包括破产清算程序、破产重整程序和破产和解程序。狭义上的破产以清算债务人财产并公平分配给债权人 as 唯一目的;广义上的破产不仅强调多个债权人之间就债务人的财产公平受偿,更注重债务人自身偿债能力的恢复和重建,预防债务人步入破产清算的境地。

破产的概念经历了由狭义到广义的发展过程,这也是传统意义上的破产向现代意义上的破产转变的过程。在传统破产法上,破产必然伴随着倒闭清算的结果。从词源上说,bankrupt 一词源于意大利语“banca rotta”,banca 意为“板凳”,rotta 意为“砸烂”,意指“摊位被毁”。该词来源于中世纪后期意大利商业城市的商人习惯法。当时商人们在市中心交易市场中各有代表自己摊位的板凳,当某个商人不能偿付债务时,其债权人就按照惯例砸烂他的板凳,以示其经营失败。这一商人习惯法逐渐发展为破产法律制度。在传统破产法领域,长期以来存在一个约定俗成的观念即破产就是倒闭清算,也即穷尽债务人的一切偿债手段满足债权人的偿债需求,并对债务人持有比较明显的惩戒主义的立法态度。在现代破产法上,破产首先是一种事实状态,但这种事实状态并不等同于传统意义上的破产事件,因为它并不必然导致清算程序的发生。当债务人处于无力偿债的状态时,债务人与债权人可以有各种不同的选择,可以通过协商找出解决债务问题的办法如延期偿还债务,或依照破产法向法院提出破产清算或破产重整申请。即使破产清算申请被法院受理

后,无力偿债的债务人也并不必然进入破产清算程序,还可以寻求通过再建型程序清理债务从而最终避免清算倒闭的结果。也就是说,现代破产法对无力偿债案件的处理,并不以清算作为唯一的手段,倒闭清算并不是无力偿债的必然结果。破产法不再是单纯的清算法,可以担负起救助债务人特别是拯救困境企业的任务。当代的破产程序不仅包括以变价分配为目标的清算程序,而且包括以企业再建为目标的重整程序及和解程序。

二、破产法的概念与内容

(一)破产法的概念

从实体法的角度看,破产法是调整因债务人破产涉及的权利义务关系的法律规范的总称。从程序法的角度看,破产法是关于债务人不能清偿到期债务时,在国家司法机关的主持下通过适用破产程序处理债务人破产事件的法律规范的总称。与破产概念一样,破产法的概念也有狭义与广义之分。狭义上的破产法,是指当债务人不能清偿到期债务时,由法院宣告其破产并对债务人的全部财产进行清算以公平清偿各债权人的法律制度,仅指破产清算制度。广义上的破产法,是指当债务人不能清偿到期债务时,由法院宣告其破产并对债务人的全部财产进行清算或为了避免债务人进入破产清算程序所建立起来的破产预防法律制度的总称,即除了破产清算制度外,还包括和解制度与重整制度。

破产清算制度的适用对债权人和债务人均有积极意义。对于债权人来说,当债务人陷入破产境地时,通过破产清算程序变卖债务人的全部财产能使处于同等地位的所有债权人都获得公平的清偿,这也是破产清算程序的主要目标。对于债务人来说,当其不能清偿到期债务时,无谓地拖延时间必然引起债务利息及债务复加;而进入破产清算程序后,破产免责制度能帮助债务人尽快摆脱窘迫境地,了结过去的债权债务关系,获得重新开始的机会。然而,对债务人以破产清算的方式清理债权债务关系也会带来负面影响。例如,适用破产清算程序要对债务人宣告破产,会引起债务人及相关人员的信用危机;企业破产还会导致工人失业,引发部分劳动者的生存危机,有可能会引起社会的动荡不安。因此,如何克服和减少破产清算程序的负面影响,在相当长一段时间内都是破产法律制度需要解决的问题。和解程序与重整程序就是为了弥补破产清算程序的缺陷而产生的,旨在为债务人破产事件提供可供选择的多种途径和解决办法。

和解制度先于重整制度产生。作为预防破产的和解制度,首创于1886年比利时颁布的《预防破产之和解制度》。这一制度的确立对于传统破产法的变革产生了深远影响。由于破产清算程序拖延时间长,成本耗费大,在对破产财产的变价过程中也存在对财产进行廉价处理的可能,从而减少破产财产的变现价值。这些损失最终会转移给债权人。虽然债权人通过破产清算程序能够获得公平清偿,但通常所获清偿比例却是非常低的,其更需要一个相对简便且成本较低的程序处理破

产事件。而对债务人而言,一旦被宣告破产,债务人本身及相关人员的信用就会受到严重影响,也会使债务人不可逆转地步入清算消灭之路,故债务人其实更希望能够采取和解这种比较低调缓和的方式清偿债务。和解方式比破产清算程序更加简便,成本也较低廉,以这种方式解决债权债务关系能够满足债权人和债务人双方的需求。

重整制度是在和解制度产生后逐步形成的。和解制度已经克服了单一清算程序的一些弊端,但和解程序实际上是债权人与债务人制定并执行偿债计划的程序,重视对债务的清偿,更关注债权人的利益而忽视债务人继续生存的能力及社会利益,其主要目的是节约清算成本和提高债权人的受偿比例。而且在和解协议执行完毕后,多数债务人的经济实体仍然要走向消亡,劳动者失业问题仍然存在,负面影响仍未完全解决。所以,和解制度产生后,多数英美国家认为,破产和解仅是对破产债务的减额或延期清偿,只能使债务人的清偿能力暂时恢复,并未深层次触及债务人的生产经营能力,仍未能解决破产清算制度的根本问题。因此,应继续探求能深入企业生产经营内部并着眼于债务人清偿能力恢复的整理制度。故英国率先建立了公司整理制度,传入美国后形成了公司重整制度。“二战”后,日本借鉴英美立法经验,制定了较完善的《公司更生法》,建立了公司更生制度。重整制度是从关注债务人利益和社会生产力的角度出发而设定的制度,其主要目的是使债务人从经济困境中走出来,恢复经济实力后继续清偿债务甚至可以继续存续经营,最终避免清算消亡。如果债务人重整成功,既能克服破产清算所带来的所有负面影响,同时也能满足债权人的清偿要求,可谓“治标又治本”。但是,债务人重整是以牺牲债权人的部分利益为前提的,因此重整制度的适用有条件限制。法律一方面对重整条件作出限定性安排;另一方面规定重整方案须经债权人会议同意,保证债权人和债务人都能在其自由意志的情况下处分其财产权益。公司重整制度的确立,是对传统破产法的第二次革命,现代破产法的基本框架由此建立。

因此,现代意义上的破产法基本上是由破产清算制度、和解制度与重整制度三个部分组成。

(二) 破产法的内容

破产法中既有实体性的规定,也有程序性的规定,包括实体法和程序法两类规范。

1. 破产法的实体性规范。处理债务人无力偿债事件,总会涉及债权债务关系、法律责任等问题,这些都属于实体法规范的对象。而处理这类事件所适用的实体法规范,又包括两类:一是普通实体法规范,即在破产案件和非破产案件中均得适用的实体法律规范,如物权法、合同法、公司法、保险法、票据法等法律中的有关实体性规定;二是特殊实体法规范,即仅适用于破产案件的实体性规范,如有关破产能力、破产原因、破产财产、破产债权、破产无效行为、破产撤销权、破产取回权、别

除权、破产费用等实体性规定。

2. 破产法的程序性规范。破产法以债务清偿为首要目标。从债务清偿的角度讲,破产程序属于执行程序的范畴。执行程序有一般执行程序与个别执行程序之分。前者以破产程序为代表,是全体债权人集体受偿的执行程序;后者以民事诉讼法上的强制执行程序为代表,是单个债权人个别受偿的执行程序。债权人集体受偿是破产程序的显著特征之一,也是破产法的一项基本原则。具体来说主要包括以下内容:破产案件的管辖、破产案件的申请与受理、债权申报、债权人会议、破产宣告、和解批准、重整批准、清算分配以及管理人在人民法院的指挥和监督下处理破产事件的手段和措施等。

三、破产法的立法宗旨

(一) 公平保护债权人利益

传统破产法律制度的产生源于公平保护债权的理念。公平是破产法的首要原则,其意义在于当债务人没有足够的财产可供清偿给多数债权人时,为避免债权人之间的冲突和竞争,法律提供一个债权债务清理程序来解决多数债权人就债务人有限的财产提出清偿请求所致的冲突问题。破产法对债权人的公平保护主要体现在以下三个方面:

1. 所有债权在破产程序开始时,视为已到期。依据民法理论,债权尚未到期时,债务人不负提前履行的义务,债权人也无权请求提前履行。若将这一规则运用到破产法上,未到期债权的债权人应无权参加破产程序,这样就可能会使未到期债权的债权人最终无法参加分配;等其债权到期时,债务人已无财产可供清偿或破产程序已经结束。为避免这种不公平情形的出现,破产法规定,在破产程序开始时,所有的债权均视为已到期,各债权人应当及时申报债权并参加破产程序。

2. 不同性质的债权获得不同的清偿效果。一般而言,破产债权原则上是平等的,各债权人均有权在破产程序中就债务人有限的清偿财源公平受偿;但基于各债权的性质和优先顺序不同,各债权人所能获得的实际受偿顺序和清偿份额也不相同。就具体情形而言,债权人对债务人的特定财产享有抵押权或质权的,应当优先于其他债权人就特定财产获得清偿。对于无财产担保的债权,应当遵循如下清偿顺序:第一顺序为破产人所欠职工的工资、医疗伤残补助抚恤费用及应当支付给职工的补偿金;第二顺序为破产人欠缴的社会保险费用和所欠税款;第三顺序为普通破产债权,即不享有法律上优先受偿地位的破产债权以及虽然享有特定财产担保但债权人放弃担保或担保不足清偿部分的债权。

3. 同一性质的债权按照相同比例接受分配。破产财产应当按照破产清偿的顺序对破产债权进行清偿;但当破产财产对同一顺序的债权人不足清偿时,应当按照同一比例对该顺序中的全体债权人进行平等清偿。

(二) 给予债务人自救再生的机会

传统破产法为保护债权人利益而对破产债务人实行惩戒主义。破产程序的目的仅仅是使各债权人就债务人财产获得公平清偿,但债务人在破产程序结束后对其尚未完全清偿的债务仍负继续清偿的义务。这样就使债务人没有申请破产的积极性,其结果是即使出现了破产原因,债务人也不会主动申请破产,时间拖延会使责任财产持续减少,从而最终对债权人不利。

从破产法律制度的发展历程可知,现代破产法律制度既体现了对债权人的保护,也体现了对债务人的保护;不仅通过破产免责制度免除债务人对剩余债务的清偿责任,使债务人在破产程序结束后有机会东山再起,而且更注重对债务人自救机会的赋予和再生能力的培养。和解制度给予债务人在破产程序中和程序外与债权人重新达成偿债计划的机会,从中享受到部分债务的免除、分期或延期偿还债务进而避免遭受破产清算的好处,使债务人有可能继续存续并重现生机。重整制度给予债务人企业在出现或可能出现不能清偿债务的危机时尽早开始挽救程序的机会,并且允许债务人自己在出现经营或财务危机之时主动寻求破产保护和自力挽救,使债务人可以通过一定期间的重新整顿后重获生机。

(三) 保障经济秩序的良好运行

就整个经济秩序而言,一方面,破产法通过破产清算程序,可以消除破产状态下债务的恶性膨胀,避免连锁破产,使社会经济不致因某些企业主体的消灭而停滞或中断循环。同时,通过将经营水平低下、已丧失存在价值的企业淘汰出局,实现产业和产品结构的合理调整,从而促进整个社会经济的健康发展。通过和解程序和重整程序能够使尚具存在价值的企业继续经营,可以为社会成员提供更多的就业岗位,减少破产对社会的消极影响。同时,还可敦促其他企业增强危机意识,改善经营状况,避免和减少破产的发生。另一方面,破产法通过规范破产程序、规定债务清偿秩序,以期建立有效的破产秩序,可以使债务人、债权人和其他市场参与者对企业不能清偿到期债务的法律后果有明确的法律预期,并依据这种预期决定自己的交易行为。例如,债务人预见到破产的法律后果,就会倾向于谨慎贷款、积极还债和努力维持企业的财务流动性;债务人企业的管理层预见到企业破产后自己可能面临的责任追究,也不敢轻易在企业困境期间采取欺诈性资产处分或不公平个别清偿的做法;债权人可以依据破产预期制定自己的贷款策略和采取必要的债权保护措施。这样就有助于规范市场主体的交易行为,提高市场的诚信度和安全度。

第二节 破产法的立法原则

各国基于本国的经济、政治条件及历史传统等客观原因,以不同的立法原则指导本国的破产法立法。各国不同历史时期的破产法在破产能力、破产程序的启动、破产程序的效力等问题上采用了不同的立法原则。理论上对这些主要问题所采取的立法政策、学理与判例观点进行了总结,主要体现在以下几个方面:

一、商人破产主义、一般破产主义与折中主义

按照破产法适用的范围不同,可将破产法的立法原则分为商人破产主义、一般破产主义与折中主义。这也是有关破产能力的问题。

商人破产主义,是指破产法仅适用于商人破产事件,是仅对具有商人身份的人开始破产程序的立法原则,而对非商人仍适用民事强制执行程序。商人破产主义这一立法原则起源于1807年《法国民法典》。法国法系的其他国家如比利时、意大利在历史上均采用过这种立法例,多以法典的形式加以确立。

一般破产主义,是指破产法统一适用于一切破产事件,无论是商人破产还是非商人破产,均可适用破产程序的立法原则。该立法例多以破产法为独立法典。德国法系各国制定的破产法基本上都采取了一般破产主义。在英美法系国家,美国自1800年第一部破产法以来,就一直采取一般破产主义;英国在1986年以前对于公司破产和自然人破产分别适用公司法上的破产清算程序和破产法,直到1986年才将公司破产与自然人破产的立法统一起来,采取一般破产主义。

折中主义,是指商人破产与非商人破产均适用破产法,但分别在法典中设立两种不同的破产程序,对于商人破产适用商人破产程序,对于非商人破产适用非商人破产程序。这一立法原则在17世纪由西班牙破产法确立。历史上,苏联、奥地利、丹麦、挪威等国都曾采用此种立法例;但如今仅葡萄牙、巴西、阿根廷等少数国家仍采此立法例。

在现代社会,由于商人的概念和范围早已突破传统商法典意义上商人的界定,而是扩展到包括一般自然人在内的一切民事主体。故20世纪以后,绝大多数国家的破产立法纷纷改采用一般破产主义,即具有民事权利能力的人均可适用破产程序。

我国1986年《企业破产法(试行)》及《民事诉讼法》采取的既不是商人破产主义或一般破产主义,也不是折中破产主义,而是特殊的企业法人破产主义。理论界

普遍认为其适用范围过于狭隘,应予扩大。^{〔1〕}尽管理论界与实务部门就到底应采取商人破产主义还是一般破产主义展开了激烈争论,但最终依据我国2006年修订的《企业破产法》的明确规定可知,这部法律直接适用范围仅限于企业法人,即我国现行破产法仍基本沿用了原有的特殊的企业法人破产主义的立法例。不过,该法还规定,其他法律规定企业法人以外的组织的清算属于破产清算的,参照适用破产法规定的程序,即允许经其他法律规定了属于破产清算的其他组织可参照适用破产法规定的破产清算程序。例如,我国2006年《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。”也就是说,合伙企业破产清算可参照《企业破产法》适用破产清算程序。总的来看,我国2006年《企业破产法》主要适用于企业法人而不适用商人个人,例外还可适用于合伙企业,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破产法立法中已经非常少见。

二、职权主义、申请主义与折中主义

这是按照破产程序启动方式的不同所作的划分。

职权主义,是指只要债务人具备破产原因,法院能够在当事人未主动申请的情况下,自行依职权受理破产案件,宣告债务人破产。在早期破产立法中,破产被视为一种刑事犯罪行为,故一些国家在破产程序启动上采取职权主义,由法院依职权主动对存在破产原因的债务人作出破产宣告。

申请主义,是指破产程序的开始必须由当事人事先提出申请,法院才能受理破产案件,进而裁定进入破产和解程序、重整程序或破产清算程序。随着经济和社会的发展,人们逐渐认识到破产只是商品经济发展的必然现象,国家并无干预的必要,故现在各国破产法基本上都采取此种立法原则。

折中主义,是指原则上破产程序依当事人的申请而启动,但在特殊情况下,法院发现债务人有依法应宣告破产的情况时,可依职权启动破产程序。例如,我国台湾地区“破产法”第60条规定:“在民事诉讼程序或民事执行程序进行中,法院查悉债务人不能清偿债务时,得依职权宣告债务人破产。”

三、惩戒主义与非惩戒主义

这是按照破产程序的适用是否对破产人的人身权利给予惩戒所作的划分。惩戒主义与非惩戒主义的分类仅适用于规定有自然人破产的立法例中。因我国破产法仅适用于企业法人,故这一划分在我国破产法上没有实际意义。

惩戒主义,是指将破产视为犯罪行为而加以处罚。破产法不仅对破产人的人身自由进行限制或剥夺,而且破产人的职业、地位及出任公职等具有人身性质的权利也受到限制。破产人被限制或被剥夺的自由和权利,只有在破产程序终结后、具

〔1〕 范健、王建文:《商法学》(第2版),法律出版社2009年版,第354页。

备法定条件时才能依照复权程序予以恢复。此立法例包含有对破产人惩罚之意。

非惩戒主义,是指破产程序仅针对债务人的财产进行,对债务人的人身不为公法或私法上的限制;或仅以对债务人人身拘束作为破产程序进行的辅助条件,一旦破产程序终结即自行解除,并无惩罚之意。

在历史上,破产立法多采惩戒主义。破产对债务人而言不仅意味着倾家荡产,更意味着其政治生命、社会生命甚至自然生命的消灭。随着文明的进步,各国立法普遍转向非惩戒主义。现代各国破产法在自然人破产问题上的基本政策是给予债务人重新开始的机会,一般采取非惩戒主义。但对于有破产欺诈等违法行为以及有渎职行为的企业负责人,仍予以制裁,即在例外情况下实行有条件的惩戒主义。

四、破产属地主义与破产普及主义

这是按照破产程序是否具有域外效力所作的划分。

破产属地主义,是指一国法院所为的破产宣告的效力仅及于破产人在宣告国领土内的财产,而不对债务人位于其他国家的财产直接发生效力,除非债务人位于域外的财产被财产所在国的债权人扣押或在财产所在国再次开始破产程序。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。属地主义是各国破产立法普遍采取的立法例。

破产普及主义,是指一国法院所为的破产宣告的效力及于债务人的所有财产。也就是说,破产不仅及于破产人在宣告国的财产,也及于其在国外的财产,其他国家应当协助破产管理人收集当地的破产财产,制止个别债权人的优先受偿。普及主义贯彻“一人一破产”原则,使破产债权人可以得到更多的受偿保障,在理论上较为合理。但坚持这一原则须以承认外国破产程序的域外效力为前提,忽视了各国的主权原则及不同的经济利益,使得国内法院破产宣告的效力难以取得他国的承认,^[1]故传统上为大多数国家所拒绝。所以,虽然有许多国家主张普及主义,但真正实行的并不多。

20 世纪以后,世界各国之间的经济往来日益密切,随着跨国公司的迅速发展和国际贸易的频繁发生,许多跨国破产案件中关涉的破产财产位于不同的国家已成为普遍现象,这就迫使各国不得不重新审视破产程序的域外效力这一问题。为了使本国债权人的利益最大限度得到保护,就要尽可能将债务人位于国外的财产都纳入破产财产中。相较而言,普及主义比属地主义更能使债权人得到充分的保护。故现今越来越多的国家如英国、美国、德国、法国、意大利转而采取普及主义。而我国 2006 年《企业破产法》对此问题采取了特别的处理原则,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

[1] 齐树洁主编:《破产法》,厦门大学出版社 2009 年版,第 10 页。

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”。据此规定,依照我国破产法开始的破产程序具有域外效力,对债务人位于其他国家的财产采取普及主义。而对其他国家法院作出的有效破产案件判决、裁定则采取有条件地裁定承认和执行,即并不是直接承认和执行他国法院作出的有效判决和裁定,而是按照一定原则进行审查后再裁定是否承认和执行。这里承认和执行的实际上是中国法院作出的裁定,而不是外国法院的裁判在我国领域内自动生效并执行。

五、免责主义与不免责主义

这是按照破产程序终结后债务人对其未能在破产程序中清偿的债务是否负有继续清偿的责任所作的划分。这种分类仅适用于规定有自然人破产的立法例。

免责主义,是指在破产程序终结后,债务人对其在破产程序中无法清偿的剩余债务不负继续清偿的责任,使其得以解脱。

不免责主义,是指在破产程序终结后,在破产程序中未能清偿的债务依然存在,债务人于日后恢复偿债能力时,仍须继续清偿。

不免责主义注重对债权人利益的保护,但对债务人过于严苛,使债务人长期甚至终身陷于债务泥潭而无法解脱。这就使债务人从根本上没有申请破产的积极性,最终结果仍不利于债权人的利益,也不利于经济发展。因此,现代各国一般采取有条件的免责主义,即在破产法中规定债务人不能免责的消极条件如债务人恶意转移财产或有其他不利于债权人的财产处分行为,如果破产人不具有这些消极条件,即可在破产程序终结后免责,即免责的范围局限于诚实的债务人。早期的破产法均采不免责主义。免责主义源于英国,进而扩展到英美法系,最后扩及大陆法系,现为各国破产法所普遍采用。^{〔1〕}

应当注意,免责或不免责仅对于自然人破产才有意义。因为只有自然人会在破产清算程序终结后仍然生存,而法人在破产清算后将不再存续,所以规定其免责与否没有任何意义。由于我国破产法仅适用于企业法人,故根本不存在这一问题。

〔1〕 范健、王建文:《商法学》(第2版),法律出版社2009年版,第357页。