

“十一五”国家重点图书出版规划项目



李永军 王欣新 邹海林 著

# 破产法

PO  
CHAN  
FA

中国政法大学出版社

「十五」国家重点图书出版规划项目  
新世纪法学教育丛书

# 破产法

◆ 李永军 王欣新 鄧海林 著

中国政法大学出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

破产法 / 李永军等著. —北京: 中国政法大学出版社, 2009. 11

ISBN 978-7-5620-3401-8

I. 破.. II. 李.. III 破产法 - 研究 - 中国 IV. D922. 291. 924

中国版本图书馆CIP数据核字 (2009) 第188239号

---

出版发行 中国政法大学出版社  
出 版 人 李传敢  
丛书编辑 张越 彭江 刘海光 汤强  
经 销 全国各地新华书店  
承 印 固安华明印刷厂

---

787×960 16开本 16. 5印张 300千字

2009年11月第1版 2009年11第1次印刷

ISBN 978-7-5620-3401-8/D•3361

定 价: 28. 00元

---

社 址 北京市海淀区西土城路25号  
电 话 (010) 58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)  
通信地址 北京100088信箱8034分箱 邮政编码 100088  
电子信箱 zf5620@263. net  
网 址 <http://www. cuplpress. com> (网络实名: 中国政法大学出版社)  
声 明 1. 版权所有, 侵权必究。  
2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

## 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，民法研究所所长。兼任中国行为法学会副会长兼秘书长。负责本书第一至三、七、九章的撰写。

**王欣新** 男，1952年生，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，中国“破产法论坛”组委会主任。《破产法》起草小组成员，最高人民法院破产法司法解释起草组顾问。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。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、中国社会科学院法学所教授、博士研究生导师。现任中国社会科学院法学所商法室主任。《破产法》起草小组成员。负责本书第八、十至十五章的撰写。

## 出版说明

“十一五”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“十一五”国家重点图书出版规划项目的出版，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。

中国政法大学出版社

### 序 言

我国新《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，大多是因为在评定职称等时，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《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2006年新《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我国新《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。新《破产法》前七章的规定基本上是采取“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。新《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。我国新《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。但是,按照我国新《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,<sup>[1]</sup>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。但是,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新《破产法》的适用对象,如果从新《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)。那么,《破产法》就不止适用于企业法人。另外,新《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。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,相反在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,对正确理解我国新《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。这决不是套话,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

[1] 王欣新:“破产案件的申请与受理(下)”,载中国民商法律网,访问日期:2003年6月22日。我国现行《破产法》仍然沿用这一设计。但国外的破产法一般都规定,破产程序自破产宣告开始。

## 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> ..... | 18  |
| 第一节 破产程序开始的实质要件 / 18     |     |
| 第二节 破产程序开始的形式要件 / 23     |     |
| 第三节 破产程序开始及其法律效力 / 26    |     |
| <b>第三章 破产法上的机构</b> ..... | 31  |
| 第一节 债权人会议 / 31           |     |
| 第二节 债权人委员会 / 36          |     |
| 第三节 破产财产管理人 / 39         |     |
| <b>第四章 债务人财产</b> .....   | 53  |
| 第一节 债务人财产概述 / 53         |     |
| 第二节 破产撤销权 / 59           |     |
| 第三节 取回权 / 91             |     |
| <b>第五章 别除权与抵销权</b> ..... | 103 |
| 第一节 别除权 / 103            |     |



第二节 抵销权 / 117

第六章 破产债权 ..... 127

第一节 破产债权的概念及申报 / 127

第二节 破产债权的确认 / 151

第七章 破产费用与共益债务 ..... 158

第一节 破产费用与共益债务的概念 / 158

第二节 破产费用与共益债务的范围 / 160

第三节 破产费用与共益债务的清偿 / 165

第八章 法律责任 ..... 167

第一节 破产法上的法律责任 / 167

第二节 导致企业破产的民事责任 / 168

第三节 妨害破产程序的法律责任 / 169

第四节 诈欺破产的赔偿责任 / 171

## 第二编 重建型程序

第九章 和解制度 ..... 173

第一节 和解制度概述 / 173

第二节 和解的程序 / 176

第三节 和解协议的效力 / 180

第四节 和解的取消及执行完毕的后果 / 181

第十章 重整程序 ..... 184

第一节 重整程序的概念与特点 / 184

第二节 重整程序的分类 / 187

第三节 重整程序的制度构造 / 188

第四节 重整申请及裁定 / 190

第五节 重整程序的开始及其效力 / 193

第六节 重整计划 / 196

|      |            |       |
|------|------------|-------|
| 第七节  | 重整计划草案的拟定  | / 197 |
| 第八节  | 重整计划草案的表决  | / 199 |
| 第九节  | 重整计划的批准    | / 201 |
| 第十节  | 重整程序的非正常终结 | / 204 |
| 第十一节 | 重整计划的执行    | / 206 |

### 第三编 破产清算程序

|             |                  |       |
|-------------|------------------|-------|
| <b>第十一章</b> | <b>破产清算程序概述</b>  | 209   |
| 第一节         | 破产清算程序           | / 209 |
| 第二节         | 破产清算程序的结构        | / 211 |
| <b>第十二章</b> | <b>破产宣告</b>      | 214   |
| 第一节         | 破产宣告概述           | / 214 |
| 第二节         | 破产宣告的裁定          | / 217 |
| <b>第十三章</b> | <b>破产财产的变价</b>   | 220   |
| 第一节         | 破产财产的变价          | / 220 |
| 第二节         | 破产财产的变价程序        | / 225 |
| <b>第十四章</b> | <b>破产分配</b>      | 229   |
| 第一节         | 破产分配的特征及分配前的优先清偿 | / 229 |
| 第二节         | 破产分配的顺位          | / 231 |
| 第三节         | 破产财产分配方案         | / 233 |
| <b>第十五章</b> | <b>破产清算程序的终结</b> | 240   |
| 第一节         | 破产清算程序的终结概述      | / 240 |
| 第二节         | 破产清算程序终结的原因      | / 242 |
| 第三节         | 清算程序终结的法律效果      | / 244 |
| 第四节         | 追加分配             | / 246 |

# 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即是在第二种含义上使用的。

##### （二）破产法的概念

由于各国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，所以，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。

---

〔1〕（台）陈荣宗：《破产法》，三民书局1982年版，第1页。

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，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。从各国立法上看，有的国家采用广义的破产法概念，有的国家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>但德国的社会先是发生了变化，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，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。申报债权如无异议，

〔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。

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。故破产为非诉讼事件。陈荣宗先生即主张此说，他认为，按民事诉讼，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，其所以归于诉讼事件或非诉讼事件，原因在立法政策上的要求。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，故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，除本法有特殊规定的，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术考虑，一方面可

[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。

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，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以清偿。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而为清偿。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，但在需要社会保护这一点

---

〔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。

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,而诉讼在后或没有诉讼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,各债权人就会纷纷诉讼,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,破产程序的目的仅仅是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,它们反映了破产法上的主要原则。这些原则大体有:

---

〔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。

### 一、一般破产主义与商人破产主义

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，还有一种所谓的折衷主义立法例，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，即具有民事权利能力的人均可适用破产程序。但是，我国2006年新《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。有的国家破产法甚至允许债权人选任破产管理人。

### 三、破产原因的概括主义与列举主义

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,即使列举不能囊括的,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《破产法》采取概括主义。

#### 四、破产程序的宣告开始主义与受理开始主义

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。我国新《破产法》即采取受理开始主义。<sup>〔1〕</sup>

所谓宣告开始主义,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

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