

# 论我国个人破产制度的构建

刘冰\*

**内容提要** 创建个人破产制度可以改变社会固有债务文化,树立破产免责理念,促进个人信用体系发展,建立信用标尺,保护债权人利益。同时明确“诚实”对债务人的价值指引,为诚实债务人提供低成本救济。随着经济社会发展,在企业破产制度、个人征信体系和执行制度发展等因素的推动下,创建条件逐渐走向成熟。构建个人破产制度是一项系统工程,需要研究个人破产制度的运行理论和规则。债务出清理论和信用公平理论分别在宏观和微观层面指导个人破产制度的运行,从法庭内和法庭外两个层面共同构成个人破产制度的运行规则。进而在个人破产制度运行机理的指导下构建我国个人破产制度,建立法庭外债务清理制度和法庭内债务清理制度。

**关键词** 个人破产 破产理论 破产规则 债务豁免

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2019.04.012

自2010年以来,我国居民家庭储蓄持续下降,居民杠杆率明显上升,2008至2017第二季度居民杠杆率由18%升到47.4%,这还不包括住房公积金贷款、P2P等其他渠道的债务,杠杆率水平几乎是新兴经济体中最高的。<sup>①</sup>短期内居民“加杠杆”可以刺激消费进而拉动经济增长,但当居民债务超过一定规模后会对消费产生抑制作用,影响到消费增速和企业经营活力。<sup>②</sup>与居民杠杆率高企对应的是个人消费信贷、个人住房抵押贷款持续增长,信用卡违约率、房贷违约率明显上升。毋庸置疑,我国个人负债问题已经成为不定时炸弹,无法判断何时会被引爆,一旦爆炸必会给社会带来无可估量的影响。至此,个人破产制度的呼声被推至高潮。

一直以来,个人破产问题被遗忘在改革的角落里,个人破产制度没有得到应有的重视。早在2000年初新破产法起草时就提出建立个人破产制度,但是当时有一些反对观点认为:一是中国传统的消费观念还是量入为出而不是超前消费,家庭需要为子女教

\* 华北电力大学人文与社会科学学院讲师,法学博士。本文系中国政法大学科研创新项目资助“深化供给侧结构性改革下市场出清机制研究”(项目批准号:19ZFG82012)的研究成果之一,受到中央高校基本科研业务费专项资金资助。

① 参见黄志龙、付一夫《大数据告诉你,中国人债务负担有多重》,载和讯网:<http://news.hexun.com/2018-01-18/192257596.html>,最后访问时间:2019年6月7日。

② 参见廖丽平、张锐《中国家庭债务率的客观描述与风险检视》,载《对外经贸实务》2018年第11期。

育、养老和突发事件等预期储蓄,另外城乡二元结构中的广大农民还不是真正意义上的消费者;二是我国老百姓习惯现金交易,还没有形成完善的个人财产登记和征信制度,个人破产制度难以建立起来;三是我国金融改革滞后,全国商业银行联网系统尚未建立,监控和查询存在体制和技术上的障碍,<sup>③</sup>社会保障体系尚不健全,个人破产制度缺乏配套措施。随后2004年全国人大常委会审议新《破产法草案》时删除了关于自然人破产的条文,理由是“条件尚不成熟”。<sup>④</sup>时移世易,这十几年来我国个人财产登记制度、个人信用信息建设、货币支付电子化等条件不断成熟,制定顺应国际发展趋势又符合我国国情的个人破产制度,对过度负债个人进行债务豁免或债务重组,有利于激励创新创业、改善营商环境,推动诚信社会建设,维护社会和谐稳定。鉴于此,笔者拟以创建个人破产制度意义为切入点,分析个人破产制度的立法环境及个人破产制度的运行机理,进而提出构建个人破产制度的进路,希冀为立法者提供参考,推动我国个人破产制度的创立。

## 一、创建个人破产制度的意义及条件

创建个人破产制度最重要的意义不在于制度本身,而在于制度所构建的个人债权债务的责任意识。这种责任意识至关重要,它是企业债权债务关系的意识基础,更是个人信用、企业信用和社会信用的基础。意义是对事务最终的认识,只有明晰了个人破产制度最重要的意义,才能正确审视创建个人破产制度现有的立法条件,做到不故步自封,勇于向前。

### (一) 创建个人破产制度的意义

近些年如山东“辱母案”屡见不鲜,债务危机向整个社会蔓延,将债务人和债权人逼得走投无路。<sup>⑤</sup>我国历史文化中不缺解决问题的思路,大禹治水尚且明白“堵”不如“疏”,立法者也应明白个人破产制度的重要性,了解国内个人债务、家庭债务堰塞湖宜“疏”不宜“堵”。经过多年的发展,个人破产制度不再是立法的“禁地”,立法机关正在给予应有的重视。立法机关对个人破产制度寄予厚望,希望个人破产制度力挽狂澜救债务问题于水火,改变社会固有的债务文化,树立破产免责理念,引导债权人重视个人信用在债权债务关系中的作用,重视对债务人进行“诚实”引导,为诚实债务人提供低成本救济。创建个人破产制度会对社会、债权人和债务人产生深远的影响,因此只有了解清楚其创建的意义,才能更好地把握制度构建的节奏。

#### 1. 对社会的意义: 改变固有文化 树立破产免责理念

谚约“杀人偿命,欠债还钱”,这是从古至今老百姓最朴素的认知。自秦汉以来民间

<sup>③</sup> 参见李曙光《破产法的转型:李曙光破产法文选》,法律出版社2013年版,第214页。

<sup>④</sup> 参见蒋黔贵《全国人大常委会关于〈中华人民共和国企业破产法(草案)〉修改情况的汇报》,载中国人大网:[http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2006-09/26/content\\_5354978.htm](http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2006-09/26/content_5354978.htm),最后访问时间:2019年6月8日。

<sup>⑤</sup> 参见龙卫球《关于“辱母案”债务的民法思考——如何认识和治理非法催债乱象》,载《紫光阁》2017年第4期。

逾期不偿债者,或如汉代罚债务人劳役,家属承担连带清偿责任;或如唐代罚债务人劳役顶债,辅以杖刑、笞刑逼债;或如宋代罚债务人杖刑外,变卖家产劳役顶债;或如明清罚其笞杖刑外,追本利偿还债权人。<sup>⑥</sup>直至清末,受西方文化冲击,曾尝试建立《大清破产律》,创建个人破产制度,因为社会各界对其中一些债务条款存在重大分歧,实施仅一年多即被废止。<sup>⑦</sup>随后1915年编成的《破产法草案》和民初大理院所著的破产判决案例和解释法令都固守破产不免责理念,强调破产不能成为债权消灭的原因。<sup>⑧</sup>虽然1935年南京国民政府时期颁布的《破产法》确立了个人债务破产免责制度,但是实施效果并不理想,社会各阶层均以破产为耻,债务人恢复支付能力后仍然会偿还债务。<sup>⑨</sup>

负债应偿,不容减免,一贯是我国债务清偿的理念。<sup>⑩</sup>这种理念不仅体现在各代律法中,更是与文化血脉相融,我国逐渐形成与债务清偿理念相关的道德风俗、意识形态和价值观等债务文化。这种债务文化在日常生活中的作用不逊于法律,其以一种“债务观”来引导人们的行为决策,帮助人们节省追偿债务的成本。但这种“债务观”已经不适应当下经济社会的发展,不能为整个社会提供最终的债务解决机制。而建立个人破产制度可以帮助社会树立破产免责理念,重新理顺社会日常债务关系,重新构筑新的“债务观”,对社会债务清偿文化进行引导。

## 2. 对债权人的意义: 建立信用标尺, 保护债权人利益

个人信用体系是社会信用系统的重要组成部分,其重要性日益凸显。一套完备的个人信用体系是个人破产制度实施的重要基础,个人信用体系就像是个人破产制度的标尺,可以事先帮助债权人判断债务人是否可信,事后帮助债权人保护合法利益。创建个人破产制度有利于从以下两个方面推动个人信用体系的发展,进而保护债权人的合法利益。

### (1) 促进个人信用信息全面融合

目前我国个人信用信息主要存在于两类机构中。一类是以银行为首的传统金融机构,人民银行、商业银行在信贷领域的数据优势无人可撼动,人民银行组织商业银行建立了征信系统。截至2014年底,个人征信系统累计收集信贷账户记录12.52亿个,其中有贷款账户记录4.52亿个。<sup>⑪</sup>除商业银行外,征信系统还接入了信托公司、财务公司、资产管理公司、租赁公司、部分小额贷款公司和保险公司。从2005年开始,人民银

⑥ 参见刘陆民《债务轻减制度与一般社会经济》,《法学丛刊》1935年(第3卷)第5、6期合刊,第85页。“我国自秦汉以来,虽人民所负公法上的债务一即租税,问获减免;而人民相互间的债务,或则如汉之逾期不偿有罚;或则如唐之违契不偿有罪;或则如宋之于违契不偿,责以笞杖外,更使家资尽者,役身折酬役;或则如明清负欠私债违约不还者,于分别笞杖外,并追本利给主。一言以蔽之,负债应偿,不容减免或延期而已。”

⑦ 参见史洪智《古今转换与中外对接:近代“破产”概念的形成》,载《近代史学刊》2012年第1期。

⑧ 参见郭卫编《大理院判决例全书》,上海会文堂新记书局1931年版,第809页。

⑨ 参见王仲恒《论我国破产法上之免责规定》,载《法学杂志》1939年(第11卷)第1期,第34页。

⑩ 参见蔡晓荣《从负债应偿到破产免责:破产债务清偿责任衍进的中国法律史叙事》,载《法学家》2013年第6期。

⑪ 参见王晓明主编《征信系统建设运行报告(2004—2014)》,中国人民银行征信中心2015年版,第18页。

行积极推动法院、税务、工商、环保、质检、交通、不动产登记等公共信息纳入个人征信系统。<sup>⑫</sup>截至2018年8月人民银行征信系统已经接入各类放贷机构3900多家,日均查询个人信用报告477万余次。<sup>⑬</sup>另一类是以互联网企业和第三方金融平台企业为代表的互联网机构。钱存在支付宝、微信,购物网购均可直接支付。还有各种信用贷更是五花八门,比如花呗、借呗、京东白条、微粒贷等。这些网络消费和借贷产生的信用信息,一直游离在传统的个人征信系统外。创建个人破产制度可以改变这种割裂状态,为了配合制度的实施,立法者会从完善个人破产制度实施的角度促进这两类机构信息的全面融合。

## (2) 促进个人信用市场全面建立

与已经发展150多年的欧美和日本相比,我国个人信用经济无论是个人信用体系,还是市场运作机制都比较落后,还没有形成完备的个人信用市场。世界上主要有三种个人信用体系模式,分别是以政府为主导的欧洲个人信用体系,以银行协会为主导的会员模式的日本个人信用体系,以市场化、商业化为模式的美国个人信用体系。<sup>⑭</sup>这三种模式各有利弊,相对比美国模式对我国建立个人信用体系的参考价值更大。美国个人信用体系强调市场化和商业化,我国同样可以建立市场化、商业化的个人信用体系,开放非盈利、非市场化的央行征信体系,形成类似美国的个人信用产品,<sup>⑮</sup>债权人可以在市场中购买个人信用产品,了解债务人的征信情况,谨慎地决定是否借贷给债务人。综上所述,创建个人破产制度的意义不仅体现在事后债务处理上,更体现在事前债务关系引导上,引导债权人更加客观地、审慎地对待债务关系,而个人征信系统就是国家和市场提供给债权人的抓手,是帮助他们做决定的工具。

## 3. 对债务人的意义:明确“诚实”价值,提供低成本救济

个人破产制度可以帮助债务人摆脱债务,获得重新开始的机会,前提是债务人必须是“诚实而不幸”的人<sup>⑯</sup>。其中“诚实”是个人破产制度追求的一种核心价值观,并以此引导债务人的行为。个人破产制度可以通过两种方式对债务人的行为进行引导。一种是应得到免责的债务人得到免责。债务人获得免责的基础应该是债务人的“诚实”,债务人诚实报告自己的财产状况,没有采取隐藏、变卖、转移财产等行为,经过个人破产制度的救济,获得了债务免责。另一种是不应得到免责的债务人不能获得免责。构建个人破产制度的目的是挽救“诚实而不幸”的债务人,如果不是“诚实而不幸”的债务人得到债务免责,那么意味着对诚实债务人和债权人的不公平,这不是个人破产制度追求目标,不符合个人破产制度的核心价值。

<sup>⑫</sup> 参见齐砾杰《债务危机、信用体系和中国的个人破产问题》,中国政法大学出版社2017年版,第116页。

<sup>⑬</sup> 参见京东数字科技研究院与中国社会科学院大学互联网法治研究中心《2018年金融科技法律政策报告》,载中国金融新闻网: [http://www.financialnews.com.cn/kj/jrcx/201901/t20190124\\_153620.html?from=groupmessage](http://www.financialnews.com.cn/kj/jrcx/201901/t20190124_153620.html?from=groupmessage),最后访问时间:2019年6月11日。

<sup>⑭</sup> 参见孙志伟《国际信用体系比较》,中国金融出版社2014年版,第128页。

<sup>⑮</sup> 参见李曙光《个人信用评估研究》,中国金融出版社2008年版,第213页。

<sup>⑯</sup> 在英国布莱克时代“诚实而不幸”的标准是人应量力而行,不得超过其身份角色所允许的风险负担范围行事。参见许德风《论个人破产免责制度》,载《中外法学》2011年第4期。

个人破产制度不仅可以对债务人进行“诚实”价值观指引,还提供低成本救济。改革开放40年来,我国逐步建立了市场经济,个人投资、消费行为更是与时俱进蓬勃发展,而个人破产制度却一直搁置。在没有建立个人破产制度的情况下,社会和市场需要承担个人债务问题带来的一系列成本。例如所谓“老赖”的失信被执行人,相关机构对失信人采取限制其购买机票,乘坐高铁,限制担任金融机构的董事、监事和高级管理人员等惩戒措施。一些破产问题长期积累在执行制度中无法得到解决,整个社会都要支付巨大的成本。尤其是诚实债务人,需要承担的成本远远超过不诚实的债务人,创建个人破产制度可以帮助诚实债务人获得成本更低的救济,他们不需要在被列入“老赖”而生活不便,更不需要无止境地面对债权人的追偿,只需要符合个人破产制度的规定,就可以获得破产的救济,永远摆脱司法机关和债权人的追债。

## (二) 创建个人破产制度的条件

时代总会用自己的方式考验新的法律制度,无论何时建立都会面临重重困境和有利条件。全国人大常委会曾以“条件不成熟”删除了自然人破产相关的条文,时移势迁,十几年来,我国依法治国、市场经济、财产登记制度和个人信息信息技术都得到了进一步的完善,那么建立个人破产法条件是否成熟了呢?笔者认为建立个人破产法的条件已从不成熟走向成熟。

首先,《企业破产法》实施已逾10年,积累了大量司法经验,逐渐培育出成熟的破产观念。从2016年6月21日最高人民法院下发《最高人民法院关于在中级人民法院设立清算与破产审判庭的工作方案》以来,截至2017年底全国法院清算与破产审判庭97家,其中包括3家高级人民法院、63家中级人民法院、31家基层法院。<sup>①⑦</sup>在大数据、云计算等信息技术的支持下,最高人民法院开通了全国企业破产重整案件信息平台,实现法官工作、破产管理人工作、破产重整案件信息联网工作一站式管理,破产管理人成员17444人。2017年全国法院新收企业破产案件9542件,同比增长68.4%,审结6257件,同比增长73.7%。<sup>①⑧</sup>《企业破产法》实施10多年来,社会不再谈“破”色变,地方政府、上市公司和市场各方主体,尤其是消费者开始主动了解破产制度,社会意识发生了较大变化。<sup>①⑨</sup>我国积累了大量的司法经验,破产审判工作日趋完善,培养出一批专业破产法官、破产管理人和其他专业人员,经济社会开始了解和接受破产概念,这为建立个人破产制度提供了较好的司法基础。<sup>②⑩</sup>

其次,执转破制度确立后,重视运用破产制度解决执行问题,个人破产制度需求与

<sup>①⑦</sup> 参见最高人民法院《中国97家法院设清算与破产审判庭促“僵尸企业”破产审查》,载中国新闻网:<http://www.chinanews.com/gn/2018/03-06/8461092.shtml>,最后访问时间:2019年6月4日。

<sup>①⑧</sup> 《最高法召开发布会介绍法院审判工作情况》,载最高人民法院官网:<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-83772.html>,最后访问时间:2019年6月7日。

<sup>①⑨</sup> 参见吕斌《破产法十年再出发》,载《法人》2017年第10期。

<sup>②⑩</sup> 2017年6月15日最高人民法院《对潘定心提出的建立和实施个人破产制度建议的答复》中提到,“我们相信,随着中国特色的社会主义市场经济制度的发展与改善,全国人民代表大会或其常委会在总结《中华人民共和国企业破产法》实施的经验的基础上将适时制定个人破产法。”

日俱增。我国执行问题由来已久,2016年、2017年生效裁判文书分别有49%、43%未自动履行进入执行程序,约18%的案件是“执行不能”案件,占未自动履行案件的40%,其中包括大量的自然人。<sup>①</sup>执转破制度打通了执行程序与破产程序的通道,企业执行不能案件可以通过破产制度化解,<sup>②</sup>但自然人执行不能案件却无个人破产制度。归根到底是个人破产制度的缺位导致矛盾向执行制度积累,亟须个人破产制度化解这些矛盾。截至2018年9月,全国法院累计发布失信人1211万例,以拒不执行判决裁定罪判处罪犯14647人。<sup>③</sup>经核查有部分被执行人已无财产可供执行,完全丧失履行能力,这些“执行不能”案件尽管可以纳入“终本案件”库,但是并不意味着执行终结,仅是对该案暂时终结,也不必然导致被执行人移除出黑名单。如果不建立个人破产制度,“诚实而不幸”的被执行人将背负司法压力和社会歧视,得不到“宽恕”,无法重新生活,其他自然人也会感到恐惧,降低消费和投资的意愿,进而降低经济社会活力。长期用执行制度代替个人破产制度解决问题,不利于社会的长治久安,应理顺个人破产制度与强制执行制度的关系,完善无财产可供执行案件的甄别退出机制。除此之外,最高人民法院为了加强执行工作,查控被执行人主要财产,建立了“总对总”网络查控系统,与中国人民银行、中国银行保险监督管理委员会、民政部、自然资源部、交通运输部、公安部等16家单位和3900多家银行业金融机构联网,<sup>④</sup>可以查询全国范围内自然人存款、车辆、不动产、证券、金融理财产品、网络资金、股权等信息。查控系统可以有效预防个人破产制度滥用,帮助个人破产免责制度的应用。

最后,互联网技术发展带动个人征信系统和个人财产登记制度发展,为个人破产制度实施奠定了基础。近些年我国互联网技术的发展世界瞩目,大数据、云计算等越来越多的先进技术应用在征信行业,形成了以中国人民银行征信中心为主,78家企业征信机构和8家个人征信机构为辅的传统征信体系;<sup>⑤</sup>以及以互联网金融为代表的,收录个人消费记录、社交记录、电商交易记录等信息的大数据征信系统。<sup>⑥</sup>如果整合传统征信系统和以互联网金融为代表的大数据征信系统,将会进一步提高个人征信系统的覆盖范围。另外,个人征信体系和个人破产制度是互相促进、共同发展的关系,不能简单地认为只要征信体系还不够完善就不能建立个人破产制度。应建立个人破产制度,引导个人征信体系的市场化、规范化发展,让个人破产制度与个人征信体系深度融合,进而改

<sup>①</sup> 参见《最高人民法院关于人民法院解决“执行难”工作情况的报告》,载最高人民法院官网: <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-83772.html>,最后访问时间:2019年5月6日。

<sup>②</sup> 参见王雪丹《试论破产程序与执行程序的竞争与共生》,载《江西师范大学学报》(哲学社会科学版)2018年第5期。

<sup>③</sup> 参见《最高人民法院关于人民法院解决“执行难”工作情况的报告》,载最高人民法院官网: <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-83772.html>,最后访问时间:2019年6月10日。

<sup>④</sup> 参见《最高人民法院关于人民法院解决“执行难”工作情况的报告》,载最高人民法院官网: <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-83772.html>,最后访问时间:2019年5月28日。

<sup>⑤</sup> 参见张雯多《我国个人征信市场研究》,载《吉林金融研究》2018年第10期。

<sup>⑥</sup> 可以参考欧盟《一般数据保护条例》,在《征信业管理条例》、《互联网信用报告条例》和《信用信息保护条例》的基础上对个人信用信息的采集和使用在个人破产制度方面的应用作出详尽的规定。

变个人债务的处理方式,促进经济社会进步和发展。随着4G网络发展,移动二维码支付改变了交易习惯,人们对现金的依赖程度有所下降,通过网络技术更容易监测到个人资金存储和使用情况。这种变化对传统个人财产登记制度造成了一定的冲击,个人财产除了房产和车辆等较大的不动产和动产外,大部分以股票、基金、虚拟货币和电子余额等形式存在,较以往现金存储更有利于个人破产制度的实施。如果建立个人破产制度,同样会推动个人财产登记制度的发展,推动国家建立更加完善的“新形式”个人财产登记制度,利用大数据技术保护和记录个人财产所有权,对其监控于无形。

综上所述,曾经的“条件不成熟”已是过眼云烟,需要立足于当前和未来发展,重新评估个人破产制度的创建条件,审慎客观地看待建立个人破产制度对我国现有法律体系带来的冲击,从宏观着眼找到个人破产制度的应然位置。

## 二、创建个人破产制度的机理

如果个人或家庭财务困境是一个孤立的小群体现象,不会给经济社会带来消极的系统性影响,还值得我们建立个人破产制度帮助债务人减轻相关的痛苦吗?显然是不值得。因为现代社会个人与经济社会融合的程度不断加深,个人债务产生的消极因素会向系统传导和积累,<sup>②7</sup>积累到一定程度后,个人债务问题不再是疥癣之疾,有成大患之兆时,就迫切需要建立个人破产制度及时出清系统中的债务,疗养病灶,保护经济社会的健康发展。因此,我们应系统研究个人破产制度的机理及其在特定环境下相互联系、相互作用的运行理论和规则,构建一个与社会、经济和法律制度一起共生共存、互相促进的个人破产制度。

### (一) 个人破产制度的运行理论

关于个人破产制度的理论,美国、日本、德国都有经典的论述。有基于人格尊严、社会福利、家庭保护、社会效用和人道主义的角度,有基于金融风险、债务人更生的角度,还有从信用体系、经济学视角研究个人破产法理论的,莫衷一是、众说纷纭,都十分有价值,<sup>②8</sup>但均未从整体论述个人破产制度的运行理论。个人破产制度不是一个孤立的系统,其运转会涉及个人信用体系、财产登记制度、社会偿债观念和规则、民事强制执行制度、破产欺诈等刑事制度、法院破产审判制度和行政机关破产管理规则等等。个人破产制度要与社会方方面面的规则衔接,才能真正实现制度的建立和融合,而运行理论可以指导个人破产制度如何构建和运行。基于此,笔者认为可以从宏观和微观两个层面论述个人破产制度的运行理论。

#### 1. 宏观运行理论:债务出清理论

<sup>②7</sup> 参见陈宏伟《过度消费与经济危机》,载《经济学家》2013年第11期。

<sup>②8</sup> 参见陈根发《破产免责制度的现代理论》,载《求是学刊》第1期;陈根发《破产免责制度的现代理论——以美国和日本为中心的破产免责法理》,载郭道晖主编《岳麓法学评论》(第3卷),湖南大学出版社2002年版,第168页。

债务出清理论借用了市场出清理论的部分含义,市场出清是指在价格机制的作用下,需求和供给迅速达到均衡的市场。在出清的市场中,没有资源限制、超额供给和超额需求,一切都是均衡的。<sup>②9</sup> 市场出清理论在《企业破产法》实施中得到了很好的应用,特别是“僵尸企业”出清方面。债务出清追求类似于市场出清的理想状态,个人破产制度在调节个人或家庭的债务过程中能够自动消除超额债务(无理智、超额的负债),使个人债务在经济社会系统中达到一种均衡,起到促进经济社会发展的作用。债务出清理论内容主要包括以下两点:

一是个人破产制度是调节器,随着经济社会变化而变化。经过40多年的改革开放,我国已成为世界最具发展潜力的国家之一。2013年至2016年间,我国对世界经济贡献率平均为31.6%,<sup>③0</sup>是世界第二大经济体,2020年将建立比较成熟的市场经济体制。这种情况下,我国却没有个人破产制度,依然靠民事法律规则和民间习惯来调节个人债务,显然跟不上经济的发展。虽然个人破产制度调整的对象是自然人,但是债务出清理论与市场出清理论在企业破产法中的含义类似,希望个人破产制度作为调节器及时出清自然人债务,该破产的破产,不要像“僵尸企业”那样留在经济社会中,与众多债权人无休止地纠葛下去。

另外,以美国破产法为例。1978年以前的破产法对个人债务人没有明确定义,随着美国个人消费经济的发展,1984年对破产法进行了修改,明确了以消费债务人为主要调整对象。随后1985年美国农业经济下行,导致农场主和渔民大规模破产,针对这个特殊群体,1986年《美国破产法》新增第12章<sup>③1</sup>专门调整农场主和渔民的破产问题。<sup>③2</sup> 经济发展因素是美国破产法修订的重要考虑因素,经济快速发展,债务人收入得到大幅度提升,债务承受能力与时俱进。为了鼓励更多的个人适用第13章重组债务,<sup>③3</sup>1994年《美国破产法》将第13章规定的未担保债务总额上限10万美元和担保债务总额上限35万美元分别调整到25万和75万。<sup>③4</sup> 从《美国破产法》修订的背景和内容可以看出,破产规则的变化与经济社会变化紧密联系,个人破产规则需要适应经济社会发展的变化,才能做好个人债务调节器。

二是个人破产制度是平衡器,以不抑制经济社会发展为目标。经济社会是一个庞大的系统,系统中的债务就像啤酒沫一样,没有则不新鲜,太多则啤酒就少了。消费、投

<sup>②9</sup> 参见[法]让·帕斯卡·贝纳西《不完全竞争与非市场出清的宏观经济学》,淡远鹏等译,格致出版社2015年版,第4页。

<sup>③0</sup> 参见国家统计局党组《贯彻落实新理念 奋力创造新辉煌——党的十八大以来新理念引领经济社会发展取得新成就》,载《求是》2017年第12期。

<sup>③1</sup> 专适用于农场主和渔民,债务人仍然拥有和支配财产,同债权人一起制定债务偿还方案。

<sup>③2</sup> 参见蒋贤锋《个人破产法立法调整的效果:美国经验及对我国的启示》,载《金融理论与实践》2015年第5期。

<sup>③3</sup> 债务人继续拥有和支配财产,但债务人必须在3-5年内还清债务计划中规定的债务额度。可以获得部分债务免责,免责额度取决于债务人的收入情况。另外,对涉及的债务总额有限制。

<sup>③4</sup> 参见何骥《文化语境下的我国个人破产制度构建之路——以美国相关立法为研究视角》,载《贵州社会科学》2013年第1期。

资和出口三驾马车拉动我国经济增长,2018 年中美贸易谈判等一系列因素导致出口拉动经济增长的力度正在减弱。2008 年以来政府大规模投资,带动整个市场投资热,导致诸多行业产能过剩,加之人口红利消失,投资对经济的拉动力度也在减弱。消费在贡献 GDP 的同时,我国居民杠杆率从 2008 年至 2017 年上升了 31.11%,仅 2015 年、2016 年两年内上升了 9.75%,增速远超美国、日本等国家发生经济危机前的最高值。<sup>⑤</sup> 个人债务杠杆会向整个经济社会传导,一旦失业率上升,将会引发房贷违约等系统性债务问题。个人、家庭债务问题就像是跷跷板,一面是增加个人债务可以刺激消费,进而拉动经济增长,另一面是过度举债会造成系统性债务问题,抑制经济增长。而个人破产制度就是跷跷板的平衡器,避免个人债务问题抑制经济社会发展。

综上所述,市场经济资源配置下个人破产制度是必不可少的存在。债务出清理论是市场出清理论在个人破产制度中的应用,目的与企业出清相似,希冀个人破产制度成为经济社会系统中个人债务的调节器和平衡器,使堵塞的债务问题可以得到解决,调节系统中的个人债务存量,使经济社会这个大系统中的个人债务可以达到一个平衡。既可以刺激消费拉动经济,又不会导致系统性债务问题,抑制经济发展,最终达到一个没有超额负债的均衡状态。

## 2. 微观运行理论:信用公平理论

所谓的信用公平理论是指以信用为尺,度量破产免责的对象,让债权人和债务人获得公平感,避免心理失衡,从而激励债权人和债务人在个人破产程序中的行为。信用公平理论是参考亚当·斯密公平理论,该理论的核心内容是如何调整因认知失调而导致的不公平感,可以通过某种行为恢复当事人的公平感,进而激励当事人的行为。<sup>⑥</sup> 以《企业破产法》为例,企业法人是虚拟人格,企业可以通过破产制度退出市场,注销法人资格,因此无论是存量财产清算还是重整增量财产分配都强调公平。<sup>⑦</sup> 企业破产制度中所有规定都是为了保护债权人、债务人和投资者公平博弈的权利。自然人则不同,破产制度可以限制自然人诸多权益,却不能消灭自然人,自然人会继续存续。显然,无论如何分配债务人的既有财产和未来收益,只要未全额偿还债务,债权人感受到的公平有限。为了平衡债权人的不公平感,需要利用公平、客观的个人信用体系来度量债务人的行为是否诚信,判断债务人是否可以获得债务免责,来保障债权人不会因为债务人的欺诈行为而失去收回债权的可能性,进而增加债权人的公平感。

个人信用对公平的度量主要体现在三个方面:一是破产免责申请前。个人申请破产最重要的目的是想获得债务免责,可以重新开始生活。债务人申请破产免责的基础是拥有足够的诚实,信用是证明其是否具有足够诚实的工具。如果日常债务人欠税,信用卡经常透支,不按约定还款,可以说明债务人不是“诚实而不幸”的人,日常信用不支

<sup>⑤</sup> 参见崔云、温娇月《透视我国居民杠杆率问题》,载《中国金融》2018 年第 20 期。

<sup>⑥</sup> 参见高梅《基于亚当·斯密公平理论的企业薪酬设计研究》,载《现代商业》2013 年第 32 期。

<sup>⑦</sup> 参见张钦昱《论公平原则在重整计划强制批准中的适用》,载《法商研究》2018 年第 6 期。

持破产免责。如果个人破产制度宽恕了信用不足的债务人,是对债权人的不公平;二是破产免责审查中。债务人需要如实说明自己的收入、财产和债务状况,不能隐瞒、藏匿财产。如果破产申请前债务人低价出售财产,或将财产赠予他人,一旦发现,可认为债务人存在欺诈行为,不是诚实的人,不符合免责条件;三是破产免责实施后。经过审查债务人得到了部分债务豁免,但需要在破产期间用未来的收入偿还债务,而债务人没有按照破产裁定规定按时、足额还款,逃避履行破产义务,法院可以剥夺其债务免责,追究债务人的民事或刑事责任。因此,债务人履行破产义务的行为,是个人信用行为的重要组成部分,是衡量债务人诚信的重要工具。

综上所述,信用公平理论并非是新创理论,只是将个人信用作为个人破产制度公平的度量工具。个人破产制度涉及债权人、债务人的切身利益,法庭外的债务咨询程序,法庭内的清算、重整程序和免责制度、自由财产制度,都应以个人信用为基础保障债权人和债务人的合法权益。

## (二) 个人破产制度的运行规则

各国(地区)个人破产制度都试图从法庭外和法庭内两个层面解决债务清理问题。法庭外债务清理程序顾名思义是没有法院参与的债务咨询、调解等程序。法庭内债务清理程序是有法院参与的诉讼程序,包括清算、重整等司法程序。法庭内和法庭外债务清理程序看似独立,实则相互配合,共同形成一个完整的个人破产制度。

### 1. 法庭外债务清理运行规则

不同国家和地区的法庭外债务清理程序名称不同。比如,美国称为“信用咨询”,德国称为“法庭外债务清理协商程序”,我国台湾地区称为“强制性债务调解”。不论称呼如何,法庭外债务清理程序的功能主要是债务咨询和调解促成债务偿还计划。<sup>⑳</sup>根据法庭外与法庭内债务清理程序的关系,可以分为强制性法庭外债务清理程序和选择性法庭外债务清理程序。<sup>㉑</sup>所谓强制性是指法庭外债务清理程序是法庭内债务清理程序的前置程序,<sup>㉒</sup>与强制性对应的是选择性法庭外债务清偿程序,破产申请人可以选择法庭外债务清理程序,也可以直接申请法庭内债务清理程序,不强制要求法庭外债务清理程序为前置程序。<sup>㉓</sup>

美国“信用咨询”通过制定合理预算、控制开支和限制借贷等方式建议和指导消费者财务管理,促进债务人和债权人达成债务管理计划(Debt Management Plan)。2005年

<sup>⑳</sup> 参见卜璐《消费者破产法律制度比较研究》,武汉大学出版社2013年版,第50页。

<sup>㉑</sup> 按照立法模式分类,强制性法庭外债务清理模式代表国家有美国、德国、荷兰、法国、卢森堡,选择性法庭外债务清理模式代表国家有2005年以前的美国、英国、澳大利亚、日本。

<sup>㉒</sup> See Jason J. Kilborn, *Out with the New, In with the Old: As Sweden Aggressively Streamlines Its Consumer Bankruptcy System, Have U. S. Reformers Fallen Off the Learning Curve?*, 80 Am. Bank. L. J. 435, 440, footnote 35(2006).

<sup>㉓</sup> 参见齐砾杰《债务危机、信用体系和中国的个人破产问题》,中国政法大学出版社2017年版,第153页。

《防止破产滥用及消费者保护法》<sup>⑫</sup>(*Bauppa*) 要求个人申请破产前必须接受信用咨询。<sup>⑬</sup> 德国消费者申请破产应提交指定机构或人士出具的法庭外调解失败证明,证明破产申请前 6 个月内债务人法庭外与债权人和解失败。<sup>⑭</sup> 如果在破产申请前 6 个月没有尝试法庭外债务和解,则不具备申请破产的条件。美国、德国是强制性法庭外债务清理模式的代表。如此重视法庭外债务清理是为了降低违约对债权人的伤害,帮助债务人管理好自己的收支,培养健康的财务观念,分担法院工作,节省司法成本,降低破产率。尽管强制性法庭外债务清理程序有诸多好处,但实践中也遇到了不少问题。如强制性可能导致制度流于形式,延长债务清理的时间,额外增加的费用让债务人雪上加霜,不利于恢复债务人经济能力。

与强制性法庭外债务清理程序相对应的是选择性法庭外债务清理程序,并不强制要求法庭外债务清理程序是申请破产的前置程序。英国的债务咨询发展较为成熟,1971 年伯明翰金钱纠纷咨询中心成立以来,消费者债务咨询业务快速发展,但英国立法并没有将重点放在债务咨询上,债务咨询只是提供给债务人一种服务选择,并不强制要求。<sup>⑮</sup> 《日本民事再生法》和新《日本破产法》实施后取消了强制协商制度,债务人可以在民事再生程序和破产清算程序中自由选择,无论消费者选择何种程序,都不以法庭外债务协商为前置条件。<sup>⑯</sup> 然而实践中常常出现债务人为了节省时间和金钱直接申请破产程序,不考虑法庭外解决债务,极大地增加了法院的工作量。为了解决这个问题,《澳大利亚破产法》规定预先声明制度,消费者申请破产之前可以选择提交一份意图提交破产申请的声明,这份声明可以中止执行程序 7 天。<sup>⑰</sup> 设置预先声明制度目的在于保全财产,鼓励债务人和债权人法庭外解决债务纠纷。

许多国家十分重视法庭外债务清理制度的价值,我国在构建个人破产制度时,要对强制性债务清理程序和选择性债务清理程序做出选择,同时还要考虑法庭外债务清理机构的组织形式和费用保障。比如,美国有成熟的信用咨询市场,信用咨询机构种类繁多,有非营利性机构、营利性机构、学校、教会、法律援助组织、律师等,但是只有美国托管人(U. S. Trustee Program)许可的信用咨询机构,才能成为破产申请前信用咨询服务的提供者。<sup>⑱</sup> 美国有 3042 个郡县,只能依靠市场提供咨询服务,政府没有足够的财力物力建立庞大的消费者咨询机构。《德国破产法》规定各州有权决定机构或个人向债务人

<sup>⑫</sup> 《防止破产滥用及消费者保护》是修订《美国联邦破产法》的一项立法,对《美国联邦破产法》做出几项修改,法案大多数条款适用 2005 年 10 月 17 日以后的破产案件。

<sup>⑬</sup> 《美国破产法》第 109(h) 条规定个人债务人提出破产申请前 180 天内须在有授权的非营利性咨询机构接受信用咨询。

<sup>⑭</sup> 参见《德国破产法》第 305 条第 1 款第(一)项。

<sup>⑮</sup> 参见[英]费奥娜·托米《英国公司和个人破产法》,北京大学出版社 2010 年版,第 281 页。

<sup>⑯</sup> 参见李飞主编《当代外国破产法》,中国法制出版社 2006 年版,第 710 页。

<sup>⑰</sup> See Jacob S. Ziegel, *Comparative Consumer Insolvency Regimes — A Canadian Perspective*, at 97 (Hart Publishing, 2003).

<sup>⑱</sup> See USTP, *About the United States Trustee Program & Bankruptcy*, at [http://www.usdoj.gov/ust/eo/ust\\_org/about\\_ustp.htm](http://www.usdoj.gov/ust/eo/ust_org/about_ustp.htm) (last visited on Sep. 19 2009).

提供债务协商服务,通常包括律师、会计师、仲裁员、公证人、债务咨询中心和消费者保护中心等机构或个人。德国有遍布全国的债务咨询中心,债务咨询中心由国家资助。<sup>④⑨</sup>除了美国、德国多元化咨询机构外,法国在全国范围内统一设立个人过度负债委员会,<sup>⑤⑩</sup>专门负责消费者个人法庭外债务清理工作。

综上所述,法庭外债务清理程序本质上是一种纠纷解决机制,咨询机构积极帮助债务人和债权人协商,主动提出债务偿还方案等建议。笔者认为我国建立个人破产制度应效仿美国、德国等国家,重视法庭外债务清理机制的运用,谨慎选择强制性和选择性立法模式。我国人口众多、情况复杂,如果采用选择性立法模式,可能会导致很多地方的债务咨询中心流于形式,将债务前期调解和咨询工作推向法院,法院不能短时间适应个人破产制度的实施,可能造成司法混乱。因此,基于国情应采取强制性法庭外债务清理程序,由法院认可或指定的律师、会计师、仲裁员等个人或社会中介机构提供债务咨询服务。对提供服务的机构和人员进行严格管理,设立机构市场准入条件和人员考核标准,与企业破产管理人制度相衔接,共同培育一个专业的破产职业群体。如果债务未达成和解,进入破产程序,这些中介人员可以被指定为破产管理人,债务咨询中形成的一些资料可以为后续的法庭内破产审理工作做准备。这样有利于缓解法院的工作压力,提高破产审判效率。

## 2. 法庭内债务清理运行规则

法庭内债务清理程序是一种诉讼程序,与企业破产程序相似,既规定破产条件、管辖法院、申请材料和申请程序等程序性内容,又规定债务人免责、自由财产和失权复权等实体性内容。在论述法庭内债务清理规则前,应明晰本文论述个人破产的概念,这里的个人破产与自然人破产和消费者破产含义不同,自然人与法人是相对的概念,自然人包括消费者。《民法总则》对自然人的范围有所规定,包括个体工商户、农村承包经营户,不包括个人独资企业、合伙企业等非法人组织。个人破产源于《美国破产法》中“individual”一词,个人既包括自然人,又包括法律上或事实上承担无限财产责任的非法人的个体企业。<sup>⑪</sup>使用个人破产概念还是消费者破产,各国(地区)选择不同。比如,《美国破产法》第13章适用的是“有固定收入的个人”(an individual with regular income),1986年《英国破产法》适用的是个人“individual”。1994年《德国破产法》第9章名使用的是消费者,适用对象是不从事或曾经从事独立经济活动的自然人。曾经从事独立经济活动的自然人不能有劳动债务。<sup>⑫</sup>《法国消费者法》中规定了破产条款。《日本民事再生法》

<sup>④⑨</sup> 参见沈冠伶《消费者债务清理制度之研究——从德国法之发展评析我国消费者债务清理条例》,载《台北大学法学论丛》2007年第63期。

<sup>⑤⑩</sup> 《法国消费者法》第331-1条规定,各省设立个人过度负债委员会,组成人员应包括该省代表为主席,国库主计官为副主席,法兰西银行当地代表为秘书,还应包括税务处主管、全法信用机构、投资企业协会、消费者与家庭协会等代表。

<sup>⑪</sup> 参见潘琪《美国破产法》,法律出版社1999年版,第5页。有一种观点认为“个人”就是自然人,个人破产是自然人破产。《布莱克法律词典》中“individual”的意思是不同于合伙人、公司以及组织的自然人。

<sup>⑫</sup> 参见《德国破产法》第304条第1款。

中的小规模个人再生程序和薪资所得者再生程序等。我国台湾地区“消费者债务清理条例”。本文论述的个人破产概念是参考《美国破产法》提出的,调整的是有固定年收入的个人,其中不仅包括消费者,还包括法律上或事实上承担无限财产责任的非法人的个体企业、合伙企业合伙人等。虽然有固定年收入的个人仅是一部分自然人,有许多主体并不包括其中,比如没有固定年收入的农村承包经营户、个体投资人。但是,我国与美国一样幅员辽阔,省情市貌各不相同,有固定年收入的自然人信用情况更容易被查询和监测,以此作为建立个人破产制度的突破口,再逐步建立更加广泛的个人破产制度更符合国情。<sup>53</sup>

法庭内债务清理制度应包括两个方面的内容。一方面是程序性规定。美国个人破产程序包括破产清算和重整程序。<sup>54</sup>日本个人破产程序主要有倒产程序、再生程序、小规模个人再生程序、所得者再生程序<sup>55</sup>和住宅贷款清偿程序等。<sup>56</sup>美国、日本个人破产制度中没有和解程序,这可能与法庭外债务清理程序存在有关,债权人和债务人可以在庭外达成和解。程序转换方面,法庭外和解失败后,债务人是否可以自由选择清算或重整,还是必须经过重整计划的谈判才能申请清算,需要反复论证和谨慎选择。因为程序设置对法庭内债务清理制度非常重要,它们直接影响个人破产制度的实施成本和效率。笔者认为应借鉴《企业破产法》规定,法庭内债务清理制度应包括重整和清算程序,债务人申请破产时可以自由选择清算或重整。不建议设置和解程序,法庭外债务咨询可以替代部分和解制度的功能,同时和解制度自新破产法实施以来,在我国司法实践和理论研究方面处于阙如状态,很难对其在个人破产制度中的表现有所期待。<sup>57</sup>

另一方面是实体性规定。个人破产制度中最重要的是免责制度,免责制度最早起源与英国,1705年《英国安妮法案》第一次规定破产免责制度,破产人向大法官和破产管理人证明自己符合法律规定的免责条件,获得准许后才能免责。<sup>58</sup>在随后的300多年里,破产免责制度随着个人破产制度在全世界生根发芽,演化出不同的模式,包括不免

<sup>53</sup> 《破产法》起草过程中对破产法的适用范围存在不同的认识,就新《破产法》是否适用于作为消费者的一般自然人。韩长印教授认为自然人分为纯消费和从事经营活动的自然人,从市场经济发展需要来看,自然人的破产问题迟早要纳入破产法的调整范围,这不是争议问题。参见韩长印《中国破产法的发展状况及法学论题》,载《法学杂志》2004年第5期。

<sup>54</sup> 第7章破产清算程序,公司、合伙和个人均可以适用,没有个人债务数额限制,但是只有个人可以适用免责制度。第11章重整程序,公司、合伙和个人都可以使用,对个人债务数额没有限制。第13章个人重整程序,仅限于有固定收入的个人,并限制债务数额。参见[美]大卫·G·爱泼斯坦《美国破产法》,韩长印等译,中国政法大学出版社2003年版,第19页。

<sup>55</sup> 小规模个人再生程序适用于自然人的个体经营者。所得者再生程序适用对象是工薪阶层,有固定职业或薪酬的在职或退休等群体。

<sup>56</sup> 住宅贷款清偿程序包括回复期限利益、偿还期限延长、冻结本金三种类型。参见刘静《个人破产制度研究——以中国的制度构建为中心》,中国检察出版社2010年版,第105页。

<sup>57</sup> 参见张钦昱《破产和解之殇——兼论我国破产和解制度的完善》,载《华东政法大学学报》2014年第1期。

<sup>58</sup> 参见张晨颖《破产免责制度中的平衡理念》,载《浙江大学学报》(人文社会科学版)2006年第2期。

责<sup>59</sup>、许可免责<sup>60</sup>和当然免责<sup>61</sup>三种模式。笔者认为,我国人口众多,个人信用体系建设尚未完善,采取当然免责模式可能会造成一定程度的制度滥用,不利于维护社会公平。不免责模式又不符合我国经济社会的发展和世界破产法发展趋向,与其他两种模式相比,许可免责较为适合我国的国情。

### 三、创建个人破产制度的进路

“正式的自然人破产处理制度设计的一个重要方面,是其与解决财务困境的非正式制度的良性互动。正式破产系统的一个重要功能是鼓励非正式的协商和解决,即债权人和债务人‘在破产阴影下的讨价还价’。自然人破产政策出现的一个明显趋势,是倾向于非正式谈判的替代程序,避免债务人和债权人之间正式的干预。”<sup>62</sup>创建个人破产制度要处理好法庭外和法庭内债务清理制度的关系,还要注意他们与其他法律制度之间的衔接,做到循序渐进地融合。

#### (一) 法庭外债务清理制度

法庭外债务清理制度功能定位是促进债务人和债权人达成和解,制定债务清偿计划,避免债务人破产。为了避免法庭内债务清理制度被滥用,笔者认为应建立强制性的法庭外债务清理制度,债务人只有进行法庭外债务咨询,并有咨询服务人员提供的证明材料和债务咨询过程中产生的法律规定的文件,才能向法院申请破产。强制性法庭外债务清理本质上是一种债务咨询服务,服务的内容、人员和资金保障是制度核心。

##### 1. 债务咨询服务内容

关于债务咨询服务的内容,各国规定有所不同,美国信用咨询基金会(National Foundation for Credit Counseling)信用咨询内容主要包括:(1)提供财务管理方面的建议;(2)提供解决财务问题的措施;(3)制定财务支出计划,预防破产;(4)与客户达成债务管理计划。<sup>63</sup>英国公民咨询局的债务咨询内容包括:(1)收集和整理债务人信息;(2)编制收入和支付预算表;(3)分析债务人债务结构,有针对性地提出偿还措施;(4)协助债务人与债权人沟通协商。<sup>64</sup>参考美国、英国等国家的经验,我国债务咨询服务内容应包括两个方面:

<sup>59</sup> 不免责是指个人破产制度中没有免责制度,债务人破产清算后未偿还的债务仍需要继续偿还。采取不免责的代表国家有巴西、墨西哥、阿根廷、意大利、瑞士等。参见韩中节、高丽《破产免责制度立法模式的比较考察及借鉴》,载《法学杂志》2010年第10期。

<sup>60</sup> 许可免责是指个人破产制度中有免责制度,但是债务人必须符合法律规定的条件,法院裁决其免责才能获得债务免责。采取许可免责的代表国家有日本、印度、新加坡、德国、法国等。

<sup>61</sup> 美国是当然免责的典型国家,债务人在破产程序结束后都可以获得免责,除非有法定的不免责事由存在。

<sup>62</sup> 韩长印主编《世界银行自然人破产问题处理报告》,殷慧芬、张达译,中国政法大学出版社2016年版,第56页。

<sup>63</sup> 参见前引<sup>62</sup>,卜璐书,第77页。

<sup>64</sup> See CAB, Help with Debt, at [http://www.adviceguide.org.uk/index/life/debt/help\\_with\\_debt.htm#consumer\\_credit\\_counselling\\_service\\_\(cccs\)](http://www.adviceguide.org.uk/index/life/debt/help_with_debt.htm#consumer_credit_counselling_service_(cccs)) (last visited on Sep. 26 2009).

一方面是债务咨询。债务人进行债务咨询是想寻找摆脱财务困境的办法,许多债务人不懂财务和法律知识,需要专业人员帮助他们理顺自己的债务状况,以及提供摆脱财务困境的方法。债务咨询服务人员可以告知债务人需要提供哪些基本材料,比如债务人工资流水单、债权人名册和证明债务关系的合同、单据等材料,债务咨询服务人员对债务人提供的信息进行汇总,编制收入、支出和债务表,分析导致债务人陷入财务困境的原因,针对原因提出解决措施。另外,债务咨询服务人员在理顺清楚债务人情况后,帮助债务人判断是否符合破产条件,获得破产免责。如果债务人符合破产条件,需要向法院提供债务咨询报告,债务咨询服务人员要为债务人撰写报告,帮助债务人向法院内债务清理程序过渡。

另一方面是债务管理。债务管理是指债务咨询服务人员在理清债务人收入、支出和债务后,提出解决债务危机的可行性方案,对有希望与债权人达成和解的债务人进行劝说,说服债务人与债权人就利率、偿还期限、偿还方法和额度等问题进行协商。债务咨询服务人员可以在协商的结果上对债务管理计划修改,最终促成债务人和债权人达成债务管理计划,由债务咨询服务人员负责监督实施。在美国,债务人按照债务管理计划,将需要还债权人的款项付给咨询机构,再由咨询机构支付给债权人。<sup>⑤</sup>我国可以在司法局下开设一个部门专门负责监督,债务人可以先将款项打到部门的指定账户,然后再由部门转给债权人,如果债务人未按照约定还款,该部门可以开具未收到款项的证明。

综上所述,债务咨询服务人员要编写债务咨询报告,报告内容应包括:(1)债务咨询申请表,申请表包括债务人名称、工作单位、地址、电话和邮箱等内容;(2)已知债权人名单,名单包括债权人名字、联系方式和债权额度等信息;(3)资产负债明细表;(4)合同明细表,包含借条、房屋租赁等法律文件;(5)收入支出明细表;(6)财产抵押状况明细表;(7)债务人财产状态陈述和分析;(8)债务偿还计划(初案、修改案)及未成功和解说明。

## 2. 债务咨询服务组织

债务咨询服务组织应被理解为管理和组织债务咨询服务人员的机构,鉴于债务咨询是个人破产制度的重要组成部分,在考虑债务咨询服务人员的管理问题时应厘清与企业破产管理人之间的关系。《最高人民法院关于审理企业破产案件指定管理人的规定》规定,高级人民法院或所辖中级人民法院应分别编制中介机构管理人名册和个人管理人名册,社会中介机构和个人申请编入名册的,应向所在地编制管理人名册的人民法院提出,由法院负责审定。<sup>⑥</sup>个人债务咨询服务人员的管理应与企业破产管理人相衔接,由所在地的高级人民法院或中级人民法院制定个人债务咨询服务人员名册,与企业管理人相似,个人债务咨询服务可以分为中介机构和个人。另外,允许企业破产管理人申请加入债务咨询服务名册,这样有利于培养职业管理人,让有实力、有经验的机构破

<sup>⑤</sup> 参见沈达明、郑淑君《比较破产法初论》,对外经济贸易大学出版社2015年版,第90页。

<sup>⑥</sup> 参见《最高人民法院关于审理企业破产案件指定管理人的规定》第2.4条。

产管理人和个人破产管理人帮助个人债务人解决问题。

法院应对债务咨询服务人员实行分级管理,分为一、二、三等级。律师事务所、会计师事务所等中介机构为第一等级,律师、会计师和仲裁员等专业人员为第二等级,其他符合法院规定的债务咨询服务人员为第三等级。<sup>⑦</sup>根据债务咨询业务特点和实践状况,规定低等级债务咨询服务人员向高等级晋升路径。为了更好地服务债务人,还应对债务咨询服务人员加强后期考核工作,建立法庭外债务咨询信息系统,所有的债务咨询业务材料最后都要上传信息系统保存,方便法院对服务人员的工作进行监督、管理和考核。

### 3. 债务咨询服务资金

债务咨询服务资金来源决定了服务质量和个人破产制度实施的成败,应予以充分重视。美国信用咨询服务发展比较成熟,他们的资金来源从最初的债务人偿还总额中扣除12%至15%给信用咨询机构作为费用,转变为向债务人收费和根据偿还额度、调解失败率等绩效收费,这样有利于缓解债务管理计划中的利益冲突问题,更显得公平。<sup>⑧</sup>各国解决债务咨询服务资金各有办法,除了美国的市场化运作外,还有法国的政府出资模式,运行资金由政府承担,不向债务人和债权人收费。仅靠政府出资,虽然有利于债务咨询服务的独立性,但是费用支出较大且需要投入大量的资源对费用审查和监管,并不适合我国目前的情况。对于初创的债务咨询制度,成本是一个重要考虑因素,应注意与破产管理人薪酬制度衔接,多渠道解决资金来源问题。法院负责编制债务咨询服务人员名册、监督和考核,最高人民法院可以效仿美国,建立固定收费和绩效收费的合理标准,推动债务咨询服务行业的市场化发展。为了解决部分债务人付费困难问题,最高人民法院可以资助一些服务中心,免费为符合条件的债务人提供服务,或是对咨询服务人员考核时加入免费咨询案件标准,要求债务咨询服务人员免费提供一部分服务,作为考核或晋升高一级别债务咨询服务人员的条件。

综上所述,法庭外债务清理制度的构建应重点考虑与法庭内债务清理制度和企业破产制度的衔接问题,既要服务好债务人和债权人,切实解决实际问题,又要对法庭内债务清理制度的实施提供助力,做好铺垫和辅助工作。同时还要避免对现有企业破产制度的相关规定造成冲击,尽量将制度创建的成本降到最低,才是对整个社会最大的负责。

### (二) 法庭内债务清理制度

可以先制定《个人破产暂行条例》,待制度相对成熟后可与《企业破产法》合并,制定统一的破产法。创建法庭内个人破产制度,应从个人信用更好评价和监测的、有3年

<sup>⑦</sup> 《深圳市中级人民法院破产案件管理人分级管理办法》第1、2条规定,对管理人名册中的社会中介机构实行分级管理,分为一、二、三级管理人,各级管理人依照本办法晋级、降级或者淘汰。

<sup>⑧</sup> 参见前引<sup>③</sup>,卜璐书,第72页。

以上固定年收入<sup>⑨</sup>的个人着手,再逐步建立适用于农村承包经营户等其他自然人的破产制度,让个人、家庭和社会有一个适应的过程,给制度创建和运行留有试错和纠错的空间。在明确调整对象的基础上,本文试图从程序、实体和特殊性规定三个方面构建法庭内债务清理制度。

### 1. 程序性规定

各国针对不同的破产情况规定了相应的处置程序,比如德国破产法对一般个人破产和遗产、婚姻共有财产等特殊破产分别规定相应的程序。除了特殊程序,普通程序有清算程序、重整程序和自行管理程序<sup>⑩</sup>,美国包括第7章清算程序和第13章重整程序,俄罗斯有清算程序、和解程序和简易程序。借鉴国外经验,我国法庭内债务清理程序可以设置清算程序、重整程序和简易程序。绝大部分符合破产条件的自然人财产和债务状况比较简单,建立与之相匹配的简易程序更符合效率要求,不建议法庭内设置和解程序是因为法庭外债务咨询可以替代和解程序的大部分功能<sup>⑪</sup>。关于法庭内债务清理制度的程序性规定,国外的经验固然重要,但与我国民事诉讼法律制度脱节,不会产生很好的效益。具体构建建议如下:

一是应与企业破产程序衔接。关于法庭内个人破产案件的管辖问题,既要利用企业破产制度已经形成的司法基础,又要与其有所区别。因为个人破产案件与企业破产案件相比难易程度、案件数量和审理特点都有所不同,不再适合中级人民法院管辖,应由债务人住所地或居住地基层法院管辖。在基层法院建立清算与破产审判庭是大势所趋。一方面,“执转破”制度实施以来,各地执行法院为了推进“执转破”工作,配备了专门负责执行案件移送破产的工作人员,这为基层法院建立清算与破产审判庭打下了一定的基础。另一方面,个人破产一审案件由基层法院管辖,二审由中级人民法院管辖,可以与企业破产案件管辖衔接起来,有利于破产案件的统一管理。

二是应与民事诉讼程序衔接。《企业破产法》第4条规定“破产案件审理程序,本法没有规定的,适用民事诉讼法的有关规定。”法庭内个人债务清理制度与《企业破产法》相似,个人破产案件审理程序,没有规定的适用《民事诉讼法》的有关规定。比如,可以适用《民事诉讼法》中有关裁定效力的规定。个人破产、企业破产与民事诉讼都属于程序法范畴,破产程序是特别的民事诉讼程序。另外,《关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第5、6条规定被执行人不能查封、扣押、冻结、拍卖、变卖和

<sup>⑨</sup> 固定收入是指以工资为主的收入,也可以认为是居民家庭的稳定性收入。《无锡市中级人民法院关于审理交通事故赔偿案件若干问题的指导意见》第29条固定收入认定标准:当事人提供下列证据的,人民法院经审核后 can 认定为有固定收入:(1)与用人单位签订的劳动合同及参与社保、工资领取凭证等其他原始证据;(2)事发前三个月以上领取工资的原始证据;(3)从事合法经营的登记文件及相应的纳税证明文件;(4)个人所得税纳税证明;(5)其他。对固定收入的法律界定还有待于进一步的明确,尤其是在创建个人破产制度的背景下。

<sup>⑩</sup> 债权人申请债务人破产后,债务人提出自行管理的申请,自行管理需债权人同意方能实施。

<sup>⑪</sup> 参见尹正友、张兴祥《中美破产法律制度比较研究》,法律出版社2009年版,第211页。

抵债的财产范围。这与个人破产制度的自由财产制度<sup>②</sup>密切相连。<sup>③</sup>破产法与民事诉讼法密切相关的还有自动中止制度,<sup>④</sup>因而构建法庭内个人债务清理制度应顾及到民事诉讼制度的相关规定,保证民事诉讼制度与个人破产制度的顺畅衔接。

三是应与债务咨询程序衔接。债务咨询作为法庭内破产程序启动的前置条件,债务人申请破产之前必须要进行债务咨询,法庭外债务调解失败后债务人向法院申请破产时应提交债务咨询报告,报告记录了债务人的财产收入、债务、债务调解计划和失败的原因等基本信息。债务咨询服务人员要对债务咨询报告内容的真实性负责,如果报告内容存在伪造、虚假信息,对债权人造成损害的,应追究债务咨询服务人员的连带民事赔偿责任,情节非常严重构成犯罪的,则需追究债务咨询服务人员的刑事责任。

## 2. 实体性规定

法庭内个人破产制度实体性内容包括债务豁免、自由财产和失权复权等制度,其中最核心的制度是债务豁免制度(又称免责制度),受篇幅所限,本文仅对豁免制度重点论述,提出一些构建建议。债务豁免制度是个人破产制度特有的制度,仅适用于自然人破产。破产免责本质上是公权力对私人债权的干预,强迫债权人放弃部分债权,<sup>⑤</sup>因此各国对破产免责制度的构建十分谨慎,谨慎主要体现在严格限制适用条件和债务免除范围两个方面。这两个方面内容具有足够的弹性,不同的国家可以根据本国的情况做出适当的调整。

### (1) 债务豁免的限制

清算程序和重整程序的适用条件不同,比如美国为了防止债务人利用第7章清算程序即刻获得债务免责,设置了“收入测试”,<sup>⑥</sup>对收入水平达到一定标准的债务人限制使用清算程序,鼓励他们使用《联邦破产法》第13章的重整程序,制定3至5年债务偿还计划。<sup>⑦</sup>

我国构建个人破产清算程序和重整程序,同样应限制债务人适用清算程序,鼓励债

<sup>②</sup> 自由财产制度是指个人申请破产后,债务人可以自由管理、使用和处分的财产。

<sup>③</sup> 2007年破产法制定过程中《破产法草案》137条第2款规定“当破产人为自然人时,破产人及其所抚养的人的生活必需费用和必要的生活用品不属于破产财产,破产人经破产清算人的同意,有权取回。”规定的自由财产内容与民事强制执行中的不可扣押、不可执行的内容完全相同。

<sup>④</sup> 《企业破产法》第19条规定“人民法院受理破产申请后,有关债务人财产的保全措施应当解除,执行程序应当中止。”《最高人民法院关于执行工作若干问题的规定》第102条规定“人民法院已受理以被执行人为债务人的破产申请的”,可以适用《民事诉讼法》第234条第1款第5项的规定裁定中止执行。

<sup>⑤</sup> 参见前引<sup>③</sup>张晨颖文。

<sup>⑥</sup> 收入测试是指综合债务人过去6个月的平均收入,申请州的平均收入、个人所得税可抵扣的支出和其他日常合理支出等情况,债务人每月偿还固定金额债务和开支之后还剩余100美元以上,债务人可以适用重整程序,债务偿还计划完成后可以获得债务免责。参见殷慧芬《美国破产法2005年修正案之评介——以消费者破产为视角》,载《安徽大学学报》(哲学社会科学版)2007年第1期。

<sup>⑦</sup> 在《破产滥用预防和消费者保护法》(BAPCPA)法案出台前,所有收入的债务人都可以申请第7章清算。法案出台后限制债务人申请破产清算,如果债务人的收入高于所在地收入的中位数,则债务人需要接受收入测试。法案的目的是通过收入测试,仔细检查债务人的偿还能力,使高收入人群难以获得第7章的救济。参见陈云良、梁杰《2005年美国破产法修改与世界金融危机——兼论破产法的经济调节功能》,载《政治与法律》2011年第4期。

务人适用重整程序。一方面债务人申请破产清算,经法院审查准予破产后即可获得债务免责,但是自法院裁定债务人破产之日起5年内债务人失去部分权利,限制其高消费,<sup>⑭</sup>限制出境,在征信系统记录“破产”字样,通过媒体公布破产信息和10年内不得再次申请破产等。<sup>⑮</sup>如果债务人存在藏匿、隐瞒和转移财产等破产欺诈行为,人民法院可以根据情节轻重予以罚款、拘留,构成犯罪的依法追究刑事责任。通过各种方式让社会了解债务人情况,可以对他的征信有全面的认识,避免债务人再次发生过度负债的情况。满5年,债务人自动复权,不再被限制高消费和出境。通过限制债务人部分权利,对其生活和工作造成不便,来震慑其他潜在破产清算申请人,同时防止债务人二次破产。另一方面债务人申请重整程序,需要提交债务偿还计划,计划3至5年每月固定偿还金额和总偿还债务比例,法院征得债权人(拥有2/3权益以上)同意后予以批准。适用重整程序的债务人,不限制其生活和工作的必要消费,不让破产程序对其生活和发展造成不良影响。尽管在个人征信系统中记录“破产”字样,但会备注重整,不影响获得银行贷款等融资权利。债务人选择重整程序,说明债务人是一个“诚实而不幸”的人,他们值得更多的信任和宽容。

### (2) 债务豁免的范围

公平对待每一个债权人是破产制度的内在要求,但并非所有债务都可以获得免责,有少数请求权被排除在免责范围外。笔者认为我国破产免责制度应予限制的免责范围包括以下几点:一是对子女抚养费。个人破产通常会对家庭产生影响,不允许债务人因破产而将家庭责任转移给其他家庭成员,应对家庭的责任免除。<sup>⑯</sup>家庭责任是非市场的责任,不应由破产制度调整。另外,笔者没有讨论关于离异配偶的扶养义务,是因为我国的婚姻制度与国外的不同,理应尊重现行的婚姻制度;二是政府罚款、罚金和罚没等债务,债务人故意侵权、欺诈、侵占和盗窃等犯罪行为产生的债务。<sup>⑰</sup>这两种行为涉及公共政策,而公共政策又涉及基本责任的合理分配,因债务人行为导致的这些债务不属于遵守社会规则的范围,不应视为破产免责救济的对象;三是税款和其他政府债务。公民有纳税的义务,公民缴纳税款和其他政府债务是基本义务,是债务人应负的责任,不应列入破产免责范围;四是教育贷款。通常国家提供教育贷款,政府用低息贷款帮助债务人接受教育,债务人可以终身受益。如果免除债务人这部分债务,将会给政府贷款机构带来沉重的负担,同时会起到不良的示范效应。

### 3. 特殊性规定

关于法庭内债务清理制度的特殊性规定,主要指遗产、婚姻共有财产和个体工商户相关的破产规定,他们破产涉及的财产分配规则与普通破产不同,应予以特殊规定。具体构建建议如下:

<sup>⑭</sup> 限制高消费范围,参见《最高人民法院关于限制被执行人高消费及有关消费的若干决定》第3条。

<sup>⑮</sup> 参见[德]莱因哈德·波克《德国破产法导论》(第6版)王艳柯译,北京大学出版社2014年版,第198页。

<sup>⑯</sup> 参见李永军《论破产法上的免责制度》,载《政法论坛》2000年第1期。

<sup>⑰</sup> 参见前引<sup>⑭</sup>,韩长印主编书,第146页。

第一 遗产破产。《继承法》第33条规定“继承遗产应当清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务 缴纳税款和清偿债务以他的遗产实际价值为限。超过遗产实际价值部分 继承人自愿偿还的不在其限。继承人放弃继承的 对被继承人依法应当缴纳的税款和债务可以不负偿还责任。”这规定了遗产偿债的原则 同时也是破产财产分配规则。除非继承人自愿拿自有财产偿债 否则仅以被继承财产为限支付税款和偿还债务。继承人没有明确接受继承<sup>⑫</sup>或者遗产已经分配 继承人可以申请启动破产程序 共同继承人可以单独申请。<sup>⑬</sup>除了继承人和债权人有权申请破产 遗产管理人或遗嘱执行人同样可以申请遗产破产。<sup>⑭</sup>

第二 婚姻共有财产破产。我国《婚姻法》规定了法定<sup>⑮</sup>和约定<sup>⑯</sup>两种财产制度 夫妻可以约定婚姻存续期间及婚前财产归各自所有 若负债务用自己的财产偿债 前提是第三人知道夫妻财产分开的约定。相比夫妻财产独立 夫妻共有财产的破产问题较为复杂。在法定情况下婚姻存续期间所得财产属于夫妻共有 约定情况下婚姻存续期间所得财产和婚前财产可以共同所有或部分共同所有。对于夫妻共同债务<sup>⑰</sup> 不仅需用夫妻共有财产偿还 同时以夫妻独立财产承担连带清偿责任。如果夫妻共有财产和独立财产不足以支付共同债务 则夫妻一起破产 离婚不影响夫妻共同债务的偿还规则和连带破产。如果夫妻一方在婚姻存续期间以个人名义所借超出家庭生活所需负的债务 除非构成表见代理 或配偶他方事后予以追认或分享了债务所带来的利益 否则不应认定为夫妻共同债务。借债方以自己独立财产和共有财产中的份额偿债 他方不用承担连带破产责任。

第三 个体工商户破产。个体工商户的债务问题,《民法总则》第56条已有规定,个人经营 收益也归个人 对债务负个人责任。家庭投资、经营或收益主要供养家庭 债务则属于家庭共同债务。事实上家庭共同债务不完全等于夫妻共同债务 我国历来有父母和子女生活在一起的习惯 父母常常会出资帮助子女或子女赡养父母 形成一个大家庭。但个体工商户家庭共同债务采取大家庭的概念 会涉及到父母赡养等问题 不利于建立个体工商户的破产规则。必须要对个体工商户家庭共同债务作出清晰的界定 所谓的“户”涉及的家庭共同债务仅指个体经营人及其配偶的夫妻共同债务 不宜代际延伸。

<sup>⑫</sup> 参见《德国民法典》第1943条 接受继承并不是遗产责任的前提。

<sup>⑬</sup> 继承人有破产申请权 是基于其继承了被继承人债务人身份的假设。

<sup>⑭</sup> 参见《德国民法典》第1975条。

<sup>⑮</sup> 参见《婚姻法》第17条规定的婚后财产共有制和第18条规定的法定特有财产制。

<sup>⑯</sup> 参见《婚姻法》第19条。

<sup>⑰</sup> 《最高人民法院关于审理夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》对夫妻共同债务作了详细解释:一是夫妻双方共同的意思表示;二是为家庭生活所需所负的债务;三是超出家庭生活所需的债务一般不属于夫妻共同债务。

## 结 语

构建个人破产制度是一个系统工程,要与现行的其他法律制度顺畅衔接。虽然国外有许多先进的立法和司法经验可以借鉴,但我们不应过度迷信国外的制度,应踏踏实实立足于国情,建立根植于我国文化和制度土壤的个人破产制度方是长久之策。我国人口众多,社会情况复杂,个人破产制度涉及到债务人和债权人核心利益,创建之初不可能做到面面俱到,从有3年以上固定年收入的群体入手更为务实。随着个人破产制度的建立和运行,会积累大量的实践经验和问题,我们可以在这些经验和问题的基础上反复进行制度改善,加强破产制度法律协作网络的构建,慢慢培育成熟的个人破产制度。随后可以逐渐扩大调整范围,不再限于有3年以上固定年收入的群体,还可以效仿美国,创建单独的农村承包经营户的破产制度等。本文虽尝试论述周全,但是因篇幅限制,而力所不逮,仅表达一些粗陋的观点和论证。

---

**Abstract:** The establishment of a personal bankruptcy system can change the inherent debt culture of society, set up the concept of bankruptcy exemption, promote the development of personal credit system, establish the credit scale, and protect the interests of creditors. At the same time, it can provide low-cost relief for honest debtors identifying honesty as the value guidance to the debtor. With the development of economy and society, the voice of society to build a personal bankruptcy system is getting higher and higher. Under the impetus of the enterprise bankruptcy system, personal credit information system and the development of enforcement system, the conditions for establishment are gradually from immature to mature. The construction of a personal bankruptcy system is a systematic project that requires studying the operational theories and rules of the personal bankruptcy system. The debt clearing theory and the credit fairness theory respectively guide the operation of the personal bankruptcy system at the macro and micro levels, and together form the operational rules of the personal bankruptcy system in and out of court. Additionally, China's personal bankruptcy system is constructed under the guidance of the operating mechanism of personal bankruptcy system, establishing the debt liquidation system in and out of court.

---

(责任编辑:王莉萍)