



世界法学精要

Corporate and Personal Insolvency Law (Second Edition)

英国公司和个人破产法

(第二版)



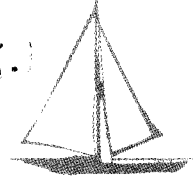
[英] 费奥娜·托米 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D956.1

18



英国公司和个人破产法

(第二版)

Corporate and Personal Insolvency Law
(Second Edition)

[英] 费奥娜·托米 著

汤维建 刘 静 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

著作权登记号:01-2005-1914

图书在版编目(CIP)数据

英国公司和个人破产法(第二版)/(英)费奥娜·托米著;汤维建,刘静译. —北京:北京大学出版社,2010.1

(世界法学精要)

ISBN 978-7-301-15469-4

I. 英… II. ①费… ②汤… ③刘… III. 破产法-研究-英国 IV. D971.21

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第115678号

书 名:英国公司和个人破产法(第二版)

著作责任者:[英]费奥娜·托米 著

汤维建 刘 静 译

责任编辑:李燕芬

封面设计:春天工作室

标准书号:ISBN 978-7-301-15469-4/D·2350

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路205号 100871

网 址:<http://www.pup.cn> 电子邮箱:law@pup.pku.edu.cn

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027 出版部 62754962

印 刷 者:北京大学印刷厂

经 销 者:新华书店

787mm×960mm 16开本 33.5印张 619千字

2010年1月第1版 2010年1月第1次印刷

定 价:68.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

内容简介

全书共有六编,紧密围绕破产法规则和实际运行状况展开而不囿于破产法本身,作者的体例结构也灵活独特、别具一格,令人耳目一新。首先,本书通过概论对英国破产法的结构、历史、债权人和债务人、司法外的债务执行以及与破产相关的接管程序的介绍,凸显了英国破产法的运行背景和制约主体,为接受破产制度本体论奠定了基础。第二编和第三编可谓个人和公司破产制度的本体论,按照破产程序的不同目的,第二编介绍了以避免破产或者清算的拯救为目的的程序和重要问题,因为“在活跃的市场经济中,某些冒险将不可避免地以失败告终”,英国破产法为破产者提供了以下内容:破产立法之外的拯救程序、个人以及公司的自愿整理程序、公司管理令程序、合伙拯救程序,以及拯救文化中雇员的地位。第三编则是对不能拯救的破产债务人适用的传统的、正式的破产程序:法定追债书、个人破产程序、自愿清算和强制清算、合伙破产清算的详细介绍。第四编和第五编涉及破产法中最需要关注的利益平衡问题。在破产法学界,就破产法的目标是否关系到债权人和债务人以外的主体以及社会利益,存在着不同的观点,本书作者支持破产法应当兼顾多种目标的观点。第四编围绕维持公信力展开,阐述了如何防止债务人、债权人以及那些控制财产的人滥用权力、应当由谁掌控财产的追求与分配等。本书通过揭示“谁控制破产程序”、破产调查如何展开、如何进行破产制裁、如何防范滥用有限责任特权者这四个子问题,表现出作者坚守英国保守传统的一面。在第五编中,本书直面破产中最为尖锐的矛盾,即债权人对破产财产的争夺。这是本书章节最多的部分,作者全面地探讨了破产财产的范围和可能增大的情况,以及债权人分配财产的原则、依据和程序,使读者能全面地了解债权人享有的权利和行使权利的方式。第六编是本书抛砖引玉的部分,简单地介绍了英国法院对跨国破产的管辖权以及认可的外国程序等问题。以下稍加展开。

第一章 导 论

破产是每一个认识到信用的功能的社会人所不得不面对的问题。破产法的根基已经深深地植入英国社会的法律史、社会史和经济史。破产是一个触及商业类法律的课题,在一定意义上,所有的商业合同都将面临在此刻或将来进入破产法院调查视野的风险。破产法采用了一种由债务人、债权人和社会三方紧密结合的结构形式,任何一种应对破产局面的机制都必须同时关注这三种利益。

一部优良的现代破产法应当同时追求多种目标。按照“公共池塘”哲学,破产法的目标是清收债务,但破产法的功能应当旨在提供一个可以对所有利益进行权衡的平台。

第二章 破产法的历史

英国法发展出了处理个人破产和公司破产的双轨制。和美国有所不同的是,在英国,“bankruptcy”一词仅仅适用于个人破产,而其他主体的破产,尤其是公司破产,则用insolvency一词。这是英国破产法的显著特征。

1542年英国破产法实行的是破产有罪主义,其原因在于:鉴于形形色色的人狡猾地占有了他人大量财产后突然消失,或者紧闭家门而不打算向债权人偿还债务或履行义务,为其自身的享乐和优越生活,抛弃了理性、公平和良知,随心所欲地享有他们凭借信用从他人那里获得的物质财富。这是在1542年英国破产法的序言中写上的一段话,这一段话的目的主要是要解释实行破产有罪主义的合理性和正当性。阅读这段话,我们不禁感慨,历史竟如此相似!英国历史上460多年前出现的债务人逃废债务的情形,活脱脱地出现在我国的经济生活和社会生活中,我国法院在面对执行难的情境中,不也经常有这种无可奈何的抱怨吗?司法实践中不也出现了所谓禁止高消费、限制出境等措施吗?这一点而言,英国破产法的某些做法,以及这些做法的某种演变,对我们的立法和司法也不无启发意义。

商人破产受到了人道化的关心。1706年英国的破产法首先对商人实行了余债免责制度,这就是被视为破产法的基本价值之一的破产免责制度或破产免责主义。对此,撰写著名的《英国法释义》的布莱克斯通是这样解释的:“一般而言,商人是唯一容易在自身毫无过错的情况下,遭受意外损失和不能偿还债务的人群。如果人们在其他生活方式下背负了不能清偿的债务,他们必须承担自己的过失导致的后果。除商人以外,法律将其他任何人背负巨债视为不可宽恕的行为。”(第9页)从现在的眼光来看,布莱克斯通的上述论断未必能够站得住脚,显而易见,他对商人的诚信度是估计得过于乐观了。对

于商人是如此优待,而对于非商人则是迥然有别的另一种态度:“关于非商人破产的法律史大部分是监禁债务人的历史”。我们被告知,英国有著名的债奴监狱(Fleet),直到1869年,英国才废除债务人因负债而被投入监狱的制度历史。

第三章 债权人

债权人是破产法中的核心概念之一,其实,破产法最早就是为了保护债权人的债权而设定的公平兑现机制。而债权人的产生与信用这个词是关联在一起的,一定意义上可以说,没有信用经济,就没有债权人。信用是现代工业化经济的命脉,也是商业社会的基石。信用产业使那些拥有闲置资金的人通过将资金交给有资金需要的人使用而获得回报。消费信用是20世纪才成为规模的现象。消费信用为个人同时提供了金钱和非金钱的帮助,由此可见,消费信用可以在提高消费者的满意度和经济效益方面有利于资源的优化配置。整个信用世界的基础和保持对信用方面的法律框架的尊重依靠的是契约神圣的信念,这种信念要求不能清偿的后果应当是,债权人可以请求对不诚实或者轻率鲁莽的破产人进行有效的制裁。债权人包括个人债权人和商业债权人两种,商业债权人是指银行和其他机构性债权人。

第四章 债务人

在债务人这章中,重点有两个:一是债务人的种类问题,另一是债务人导致破产的原因。将破产人分为个人破产人和公司破产人两大类型是英国破产法的重要特点。在个人破产人中,又分为三种,就是:消费性债务人、非法人企业的经营者以及为破产公司承担保证义务的个人。这三类个人债务人在法律上的待遇是不同的,比如说,保证型的个人债务人便受到更多的立法关照,而消费型破产人则受到更多的立法制约。1986年的英国《破产法》规定,如果公司董事已经能够认识到公司将不可避免地进入破产清算,却仍然让公司继续经营的话,该董事要对债权人进一步的损失承担责任。这使我们想起了惩罚型破产的概念,据此,在一定条件下,公司的责任可能转化为个人的责任,公司的破产也会连带引起个人的破产。这对加强董事的法律责任,确保债权人的合法权益是有利的。1986年英国《撤销公司董事资格法》采用“影子董事”的概念,阻止那些事实控制公司的人通过不在公司正式担任董事的方式免于承担公司的经营风险之事情发生。

第五章 破产程序之外的债务执行

在狭义上说,破产程序本质上属于强制执行,所不同的是,它不属于个别的强制执

行,而属于概括的强制执行。这是其一。其二,即便债务人陷入破产境地,也未必一定导致破产程序的发生,是否通过破产程序来解决债务危机问题,取决于包括债权人和债务人在内的诸种因素的考虑。在英国,如果债权人不能说服债务人偿还债务,则可以向法院提出诉讼,寻求偿债判决。债权人所作出的选择通常可以分为三类:一类是债权人对拖欠债务的管理采取整体措施;一类是债权人采取强硬的商业措施;还有一类是债权人采用一套标准程序。采用整体措施的债权人拥有能发现拖欠债务的债务人的背景和具体原因的系统,并对具有支付能力的债务人提起诉讼,而对没有支付能力的债务人则采取包括申请破产在内的其他法律措施。采用强硬商业措施的债权人主要考虑以确保最低成本追讨拖欠的债务,采用标准程序则是直接提起诉讼。第一种方法受到倡导。

第六章 接 管

接管在历史上属于执行担保的一种手段而产生,本质上属于破产外的非诉讼程序。1925年的英国《财产法》规定了接管人的法定权利。对于接管的功能问题始终存有争议。一种观点认为,行政接管制度将过多的权力置于一个可能对其他债权人不公正的债权人的掌控之下,而该债权人缺乏足够的动力寻求可以清偿其他债权人的破产财产的最大化价值,同时还可能对经营带来失败的后果。因此,基于公平和效率,采用集中程序更为有益,比如说管理程序和公司自愿整理程序。在这些程序中,所有债权人都应尽到注意义务并有机会参与程序。可见,英国有较为发达的破产外债务整理程序。在这一点上,应特别注意将行政接管制度和财产法上的接管制度区别开来。

第七章—第十二章 拯救文化

缘起于美国的拯救文化也作为企业文化的一种,吹拂到了英伦三岛,形成英国破产法上的各种破产拯救制度。当然,在英国,拯救制度也适用于个人。对于个人而言,拯救文化的内涵在于:很多破产者应当受到关注复苏胜过关注惩罚的仁慈对待,无论在个人拯救上抑或在公司拯救上,拯救文化原则的适用都会在不同程度上削弱债权人在传统上拥有的强势地位。拯救文化之所以受到立法者的极力倡导,乃基于下述缘由:信用体系将会带来法律应当及早识别并解决的损害问题;应当保护破产者免受债权人的侵害和不当要求的困扰;除债务人和债权人外,还有其他主体的利益受到破产的影响;应当采取措施使那些能够为国家的经济活力做出贡献、有生存能力的商业企业得以存续;同时,破产法保护合同承诺的强制执行能力是有益于整个社会的。这些是拯救文化赖以繁盛的理论根据。可以断言的是,拯救文化预示和规定着现代破产法发展的趋势和方向,值得认

真研究。

第十三章—第十八章 破产和清算程序

在破产清算程序中,我们首先遇到的概念是法定追债书程序。这个程序最初是作为债权人证明其公司债务人无力清偿的一种方法而被引入立法之中的,后来立法扩大了它的适用范围,将个人债务人也包括在其中了。这对破产原因的证明是一个极大的简化。其中运用的法律原理实际上是推定法则,以此取代了之前复杂的对破产行为加以具体证明的成规和做法。对我们影响最为深刻的是,在英国破产法中,破产原因被具体化为破产行为,而破产行为又有多种表现形式,这些表现形式之间并无严格的逻辑关联。这反映了英国立法的经验主义特征。法定追债书程序的广泛适用,表现了司法对立法的能动作用。法院必须把握的一个问题是应当在什么范围内允许债权人用法定追债书向可能有支付能力的债务人施加压力。法定追债书是用于确定债务人支付不能的一种途径,因此它不能适用于追索债务人由于支付不能而不能清偿之外的原因所形成的债务。换言之,法定追债书是一种特殊的法律文书,仅能运用于破产程序的假定环境中。债务人对此可以提出异议。清算程序包括个人破产程序、公司自愿清算程序、公司强制清算程序以及合伙组织的破产清算等。

第十九章—第二十三章 维持公信力

除前述拯救文化外,这部分的内容是较为精彩、也是作者较为重视的内容。这两部分内容,一个是对债务人伸出的文明的橄榄枝,一个是对债务人高高举起的大棒。前者是现代破产法的崭新内容,后者是传统破产法内容的现代延伸。这两方面内容有点类似于翘翘板的游戏,时而倾向于这一头,时而偏向于那一头,就其本质而言乃是对债权人、债务人以及社会公共利益之间关系和利益的某种平衡。破产法始终在寻找这种平衡点中发展。

维持公信力!这是市场经济内在精神的表征。没有公众对破产体制所应有的起码的公信力,破产法就会沦于债务人的逃债法,破产法的天平就会完全失衡,市场经济的信用机制便会荡然不存。如何维持公信力呢?简而言之,就是不应当轻易免除那些延缓清偿债务人的清偿义务。诚然,坚守商业道德和鼓励履行经济义务是破产法的一个基本目标。破产不应当成为那些对自己失败的耻辱或者对在自己的管理下公司经营失利和责任安之若泰的人轻易得到解脱的一种方式。在这个方面,有四项工作要做:其一,要探究破产人的行为是否存在过错与过失。其二,如果对前一个问题的回答是肯定的,

那么,要探究对该破产人应施以怎样的法律责任和法律制裁。其三,在允许破产人重新进行合法的商业活动的同时,破产人将来再次破产的几率应当得到控制,也就是说,法律不能允许破产人反复利用破产法豁免债务并获得其他利益。其四,破产的责任是否以及在多大程度上应当归咎于破产人以外的主体?也就是说,除破产人有可能受到破产制裁外,其他对造成破产结果存有过错的主体,也有可能受到破产责任的追究。可见,维持公众对破产法的底线信赖感,始终是破产立法所应关注的一个永恒性主题。

为此,本书作者在破产管理人制度、破产责任调查制度、破产犯罪与破产惩戒制度以及对法律资格限制制度等方面展开了充分探讨。

第二十四章—第三十四章 债权人对破产财产的争夺

破产财产是破产法整个领域中的核心范畴之一,如果没有破产财产,破产程序简直就没有继续进行的必要性。正因如此,破产法中通常有一个破产废止的制度对缺乏破产财产的破产程序加以提前的了结。在有多个债权人的情形下,破产财产的多寡还直接决定或左右着诸位债权人之间的关系紧张程度。因为破产财产的总量既定的前提下,债权人之间的分配份额完全取决于债权人所享有的诸种权益的性质以及由此所形成的先后排序。对于个人破产而言,还有一个问题,这就是本书第二十七章所提到的“豁免财产”的问题。豁免财产也称为自由财产,是免于破产分配的受破产法特别保护的财产,债务人对此享有专用权。这样一来,就产生了至少两大方面的利益矛盾:一是存在于债务人和债权人整体之间的利益矛盾,另一是存在于诸位债权人相互之间的利益矛盾。此外,还有一个存在于破产管理人与债务人、债权人之间的利益矛盾,但这后一个矛盾并非主要矛盾;主要矛盾存在于前两者当中。在前两者的矛盾中,债务人与债权人之间的矛盾集中表现在破产财产的范围界定上,这其中包括自由财产的范围。债权人相互之间的矛盾集中表现在破产债权的性质界定与数量确定上,这其中包括了担保债权、可抵消债权、可撤销债权、取回权、劳动者债权、劣后债权等范畴。正因为这两大矛盾异常剧烈地表现在破产程序、尤其是破产清算程序的全部过程,因而本书作者将这两个方面的内容合在同一编中加以阐述,并用“债权人对财产的争夺”作为醒目的标题,这显示出了作者的独运匠心和别出心裁,是本书中较富有理论思维的一个页面。

第三十五章 跨国破产问题导论

跨国破产也称国际破产或涉外破产,其定义犹如涉外民事诉讼,泛指一切含有涉外因素的破产案件。这里的涉外因素要么表现在主体方面,要么表现在客体方面。比如,

内国法院所启动的破产程序,其破产人为外国人,包括外国的公司和外国个人,这便是跨国破产案件,这是主体的跨国性所导致的国际破产纠纷。债务人为本国人,但债权人当中有外国人或外国公司,其所构成的也是跨国破产案件。再比如,在破产财产方面,也可能因带上涉外因素而形成跨国破产案件,如一个债务人受到破产宣告后,其财产被确认分布在世界各地,包括动产和不动产,这便构成跨国破产案件。跨国破产案件不同于单纯的国内破产案件的一个根本之点在于,前者需要其他国家法院或其他机构的合作配合,后者则由国内法院或其他机构完全自主处理。跨国破产纠纷及其处理程序是近段时期来产生的新现象,这个新现象随着经济全球化的日趋发展而变得日益普遍,因此作为破产法制领域中的崭新领域,其受到了日益强劲的关注。

在跨国破产问题上涉及两个方面的问题,一是程序问题,二是实体问题。程序问题通常按法院所在地国家的法律办事,但实体问题却存在着适用国际冲突法则的可能,因此某个国内的破产法在适用上便产生了较诸其他领域更为复杂的局面,这也使该领域的法学研究带上了独特性。这种特殊性最终体现在各国为解决跨国破产所致力的协调性努力上,英国在这方面可谓成果显著。

英国破产法在破产法的国际合作方面做出了三个方面的努力:一是通过国内破产法加以协调。1986年英国《破产法》第426条规定,在联合王国任何区域享有破产管辖权的法院都应该向联合王国其他区域或相关国家和地区享有管辖权的法院提供司法协助。这可以看成是英国立法者在协调“区域”破产冲突规则方面所获得的立法进步成果。二是通过加入欧盟立法框架加以协调。英国加入欧盟后,2002年5月生效的《欧盟欧洲理事破产程序规范》对英国产生效力。该《规范》旨在简化对互惠地位的承认和欧盟内部破产程序的执行。它为欧盟范围内的破产程序创立了统一的冲突法规则,明确了在欧盟范围内破产程序统一地向哪些国家开放、对于已经启动的破产程序应当相互承认和执行的规则。值得注意的是,该《规范》仅仅涉及破产法的程序规则层面,而对于破产法的实体内容,它并没有进行难度较大的协调。作为程序规范系统,它无需推进就可以直接影响各个成员国。尤其值得指出的是,该规范吸纳了破产法领域的最新发展成果,不仅规定了传统的清算程序,而且规定了现代的重整程序。三是认真对待联合国国际贸易委员会的《跨国破产示范法》。国际贸易委员会是致力于消除国际贸易壁垒的协调性机构,该委员会成立于1966年。1997年12月联合国大会批准于同年5月通过的《跨国破产示范法》,并建议各成员国审视本国的破产法、考虑支持示范法的颁布实施。在英格兰,2000年《破产法》第14条规定,示范法将通过颁布立法付诸实施,并将成为破产管理署战略计划的一个重要组成部分。

序 言

这是本书于1998年出版后的再版；过去的五年中发生的变化如此之快，以至于本书的很多部分几乎必须全部改写。已经或者将要取得的重大进展将影响本书更多的章节。相关法律的颁布（包括1999年福利改革和《养老金法》、2000年《破产法》、2000年欧盟破产程序规范、2000年《有限责任合伙法案》、2002年《企业法》）和大量的案例法（尤其是布鲁马克上诉案）带来了破产法领域的变化。随即而来的是公司管理令程序、自愿整理程序的修改和计划修改，破产行政接管制度也废除在即。破产案件中债权人可获得的财产、清算和破产中的分配令也发生了变化。在撤销董事资格、破产官员筹措诉讼费用、欧洲的跨国破产等领域，破产法都有重大的进步。人们已经能够感受到人权立法给破产法的若干领域带来的影响。英国工商部已经表达了将更为密切地关注过度负债问题的愿望；这也推动了这一课题相关领域的发展。

破产法还有更多的变革正在发生；2002年《企业法》规定的具体措施和新的公司法（该立法很可能包括个人担保登记问题的根本性转变）、企业转让条例的修订和民事强制执行程序的调整，都将在未来两年内实施和进行。英国还可能对管理程序和相应的破产程序进行完善。尽管本书所涉及的法律已经更新至2003年复活节，情况也很有可能发生变化，甚至是在书籍运到书店的这段时间中。需要提醒读者注意的是：有必要关注英国政府破产网（www.insolvency.gov.uk）和新命名的宪章事务部（www.lcd.gov.uk），并且查询最近的案例法。读者能很容易地在《破产律师》、《破产信息》、《托利的破产法律和实践》和《商业法学丛刊》上找到相关的论文；然而，破产法的延伸性质意味着，在几乎任何一种法律刊物都能找到关于该问题的论文。

本书希望在学生能承受的价格范围内，提供一本同时介绍公司破产法和个人破产法的读物。本书旨在为读者提供关于现行法律的框架性知识（这对联系实务也是有用的）和基础问题的介绍，并将揭示其他重要问题的根源；和初版一样，本书旨在为我们的学生

2 英国公司和个人破产法

进行更加广泛而深刻的研究提供捷径而不是让他们回避这些问题。破产法对专修法律交叉学科以及商业课程的学生而言,是尤其适于研究的课题;有届于此,本书对财产法中必要的概念仅作简单介绍,不提供也不打算提供相关的背景知识。

费奥娜·托米
金斯敦大学法学院
2003年7月20日

我国应尽快制定《个人破产法》(代译序)

在破产立法例上,有一个重要的对立范畴就是一般破产主义和商人破产主义。这对范畴是就破产法的适用主体范围而言的,按照一般破产主义,破产法适用于所有个人、法人及非法人组织。任何组织和个人,无论是何种原因引起的债务清偿不能,均可以根据破产法加以处理,也即他们都具有破产能力。商人破产主义则将破产能力仅仅赋予具有商人资格的个人和组织。世界上多数国家,尤其是英美国家,采用的是一般破产主义,只有少数大陆法国家采用商人破产主义。目前的趋势是,实行商人破产主义的国家也逐渐放弃传统立法例,向一般破产主义靠拢。我国由于种种缘故,破产法的适用范围受到了两大限制:一是破产法仅仅适用于具有法人资格的组织;二是只有具有企业性质的法人组织才能适用破产法。套用上述概念,我国的破产法适用范围可以称为“商法人破产主义”,也就是在商人破产主义所涉及的范围中,还要减去作为自然人的商人。应当说,这种关于破产能力的立法例,在当今世界各国,显得比较保守,范围也是最狭窄的。如果要扩大我国破产法的适用范围,则需要从两个方面进行:一是对事业性单位、非盈利组织等企业法人以外的法人组织或非法人组织来说,是否应当具有破产资格、是否需要接受破产制度的调整?二是对个人来说,破产法是否应当赋予个人以破产的能力或资格?以上是两个相对独立的问题。这里只论及个人破产资格的问题,不涉及组织性破产的资格问题。

一、我国应当制定《个人破产法》的理由和根据

(1) 制定《个人破产法》是完善我国破产法律制度体系的需要。目前我国《企业破产法》的适用对象仅仅局限于企业法人,不适用于其他法人和个人,造成了我国破产制度不够健全的弊端。破产制度不健全,直接影响了规范市场经济法律体系的完善和健全,从而在一定程度上制约了市场经济的发展,影响了市场经济法律秩序的有序形成。应该说,我国目前所见到的讨债赖账等非诚信现象,是与我国破产法制度不够健全、存在盲区

有一定关联的。

(2) 制定《个人破产法》是破解“执行难”的需要。众所周知,执行难是一个普遍存在的社会负面现象。这个现象的长期客观存在,直接损害了社会主义法制秩序的稳定发展,影响了我国的经济秩序和社会秩序。造成执行难的原因是多方面的,但是对于处在破产状态的债务人,无法适用破产机制将其所负债务彻底了断,从而长期悬而未决,这也是造成执行难的一个客观原因。在我们所见到的各种执行难的案例中,有一部分实际上就是破产案件,如果按照破产制度来解决,就能极大地缓解执行难的困境。

(3) 制定《个人破产法》有助于对债务人实行破产保护。现代意义上的破产法与自由资本主义时期的破产法有相当大的区别,现代的破产法除了具有公平清算债务人的财产、平等保护债权人的合法权益这一功能外,还有一个主要的功能,就是对陷入债务困境的债务人进行破产救济和司法强制保护。从一定意义上说,现代的破产法就是对债务人的人道保护法,是对债务人利弊并存、利大于弊的人性化制度,是以人为本的法治思想的体现。比如破产中如有可能,就需要对债务人的债务进行一揽子的强制和解,为其减免债务或者延期偿还债务。即便在破产清算中,也需要对债务人的生活必需品和最低生活水平给予保障,这被称为“自由财产制度”。在破产清算程序结束后,还可以对剩余债务实行免责处理。因此,对个人实行破产处理,既可以避免其逃债赖账,又可以对其实行切实的司法保护,及时解免其债务,使其能够尽快恢复元气,重整旗鼓,重新投入新的生活。

二、目前制定《个人破产法》的条件已经成熟

目前制定《个人破产法》的条件已趋成熟,主要表现在:

(1) 从观念上说,人们对破产的事实已经能够接受。自古以来,我国民众对破产是比较排斥的,认为“父债子还”是优良传统,而破产则是不光彩的事情,竭力回避乃至忌谈“破产”二字,甚至对负债还抱有“千年不还、万年不赖”的不健康心态,债务包袱十分沉重。有人因为炒股或消费而负债后,就跳楼了事,认为这样可以一了百了。殊不知,通过破产也能够一了百了。我国从1986年就制定了国有企业破产法,1991年通过民事诉讼法的修订,将破产法的适用范围进一步扩大到所有的企业法人。扩大适用范围后也没有发生人们事先担忧的那种大规模破产、影响社会稳定的不良现象。目前对于企业及企业管理层而言,破产的观念已经能够接受了,除诈欺性破产外,他们面对破产毫无羞耻可言。目前个人破产也面临着相似的观念转变问题,初看起来,许多个人仿佛还难以接受破产这个现象和事实,但一旦这个制度实施了,很快人们就会适应之,而且会自觉接受破产法的调整,并善用破产法来寻求司法保护,从而合法地、彻底地免除债务。

(2)《企业破产法》的实施,已经为处理个人破产事务积累了较为丰富的经验。从推进法制的战略步骤来看,我国对破产法的制度和实施是讲究章法的,也是很审慎的。首先我国推行的是《全民所有制企业破产法》,该法为人民法院处理国有企业法人组织的破产提供了较为系统的规范和程序规则,为有序解决国有企业法人的破产提供了保障,也为人民法院从不知破产为何物到能够娴熟处理棘手的破产案件积累了经验。正是在这丰富经验的基础上,1991年修改《民事诉讼法》时增加了一章专门规定了“企业法人破产还债程序”(第19章),除扩大了破产法的适用范围外,还增加了诸多适应于非国有企业法人破产的崭新制度,如破产原因、破产和解等。企业破产相对于个人破产而言更为复杂。从国外立法经验看,无论是英美法国家还是大陆法国家,其破产制度都是首先从自然人破产入手,然后逐步推广到各类企业。这说明,企业破产更为复杂,涉及的问题更多,企业破产还往往牵涉到个人破产,如在无限责任的公司破产时、在公司破产中负有个人责任的管理人的破产等等。通过《企业破产法》的实施及大量破产案件的处理,人民法院对于破产程序的各个程序环节都已非常熟悉,对于破产中遇到的各种问题也有考虑和对策性研究,最高人民法院通过数个司法解释也对破产程序的运用经验进行了总结和概括,一个较为成熟的具有中国特色的企业破产处理机制已经稳定地形成,这就为个人破产制度和机制的形成奠定了一个很好的基础。事实上,个人破产机制稍有别于企业破产机制,它们在程序的构筑上基本上差不多,都有破产申请、破产受理、破产财产、破产债权、破产宣告、破产管理人、破产和解、破产清算、破产惩戒以及破产犯罪等制度和程序。因而对于个人破产,仅需在某些特殊方面作出特殊规定即可,如遗产破产、余债免除、资格限定与复权等等,从立法技术上说,并不存在特别的困难。

(3)《民事诉讼法》、《合伙企业法》等法律中已有个人破产制度的雏形。《民事诉讼法》第235条(五)规定:对于自然人的强制执行,如果被执行人确实无财产可供执行,并且已丧失劳动能力,且无其他财产来源,人民法院则应裁定终结执行程序。执行程序的终结就意味着执行程序不再继续进行下去,以后也不再恢复,即便被执行人重新有财产可供执行也不例外。这种规定本质上就是破产法则,这里包含了破产法适用的基本要素,如破产的条件、破产的免责等等。因此,《民事诉讼法》的该条规定,其实就可以看做破产规范的特殊运用。在最高人民法院的司法解释中,对于企业债务人的强制执行,如果财产不够充分,不能满足所有债权人的全额清偿要求,则实行参与分配制度。所谓参与分配,就是由债权人申报债权,在同等条件的债权人之间,用债务人的全部财产进行公平分配。这实际上就是破产清算,所不同的乃是,通过强制执行的参与分配不能消灭债务企业的法人资格,而破产则可以注销法人的资格,使其在法律上不复存在。《合伙企业

法》也规定,在合伙企业符合法定条件的情况下,可以被宣告破产;合伙企业的破产必然连带合伙人的个人破产。因为合伙企业的债务是由合伙人承担最终的连带责任的。因此,在《合伙企业法》中实际上已经规定了个人破产;所缺乏的,仅仅是对个人破产的处理程序而已。《民事诉讼法》、《合伙企业法》以及最高人民法院的司法解释等都已或多或少地涉及了个人破产问题,可以说,这些立法或司法解释的出现,都是对我国个人破产法的一种呼唤。

(4) 某些特殊的政策性安排也需要由个人破产制度来落实。在四川省汶川特大地震灾难中,许多个人实际上都已进入破产境地,他们在地震后变得一无所有,更不用说去偿还借款、贷款或按揭房款等债务了。在这种情形下,中央采取特殊的免债救援措施,由中国银监会下发了《关于做好四川汶川地震造成的银行业呆帐贷款核销工作的紧急通知》。据该通知,银行的这些呆账贷款全部核销。这无疑是人道主义的免债举措,值得充分肯定。但从法律上说仍有遗留问题需要进一步解决,因为该文件仅仅核销了银行的呆账,而并没有进而免除债务人的债务;债务人的债务在法律上依然存在,只是在他们不偿还债务时,银行的呆账可以核销而已。这就不能彻底达到该特殊政策性安排的善意目标;因为该文件的真正意图是要免除灾民的负债,但该意图因为缺乏个人破产机制而难以奏效。如果有个人破产法可资运用,则人民法院可以根据债务人的申请对其宣告破产,全部豁免其债务,银行则根据上述政策性文件核销因此而出现的呆账。这个事例也可以充分看出,个人破产制度对于免除处在困境中的债务人的债务是多么重要和不可或缺。同时也可以看到,政策性安排的法制化是非常重要的策略性选择机制。

(5) 修订后的《民事诉讼法》所增加的若干执行措施,就其实质而言乃属于破产措施的范畴。为了破解执行难,2007年民事诉讼法修改增加了若干重要的执行措施,旨在强化执行措施,构筑执行威慑机制,解决执行难。这些措施包括:限制出国出境;公布被执行人名单等等。此外,还有的法院尝试推出了敦促执行的“限制高消费令”。所谓限制高消费令,是指对负有履行义务的被执行人为公民的,在未履行义务前,其消费行为将受到限制。限制高消费令是对被执行人行为自由的一种限制,适用对象主要是对法院生效裁判负有履行义务的自然人、法人或其他组织。许多有履行能力的被执行人故意采取转移、隐藏财产等手段,在司法部门面前伪装出无履行能力的假象,拒绝履行法定的给付义务,使已经生效的裁判得不到兑现。而另一方面又私下进行高消费活动,一掷千金,肆意消费和挥霍。法院由于很难找到他们的财产,也就无法对他们实施法律制裁。针对这一情况,法院经过长期的调查研究和充分的理论论证,决定推行“限制高消费令”,希望通过限制被执行人的高消费行为,堵住法律在执行工作中的漏洞,使恶意赖债者“有钱花

不了,有钱不敢花”,让他们恶意逃债的目的不能得逞,从而迫使其履行法定的给付义务。这些措施是因实践之需而产生的,有其合理性,但值得探讨的乃是其法理性。限制出境、公布名单、限制高消费等这些限制人身自由、增加人身压力的措施,是非常严厉的制裁性措施,它们不能在手段意义上用来作为强制执行的措施,而只能在结果意义上用做破产的制裁措施。在债务人被宣告破产后,采用上述限制人身自由的措施才具有法理的正当性。反之,如果有了个人破产制度可资运用,则对这些讨债赖账者可以首先实行破产宣告,在实行破产宣告后,对其实行上述限制人身自由的措施,就名正言顺了。

三、关于制定《个人破产法》的若干建议

(1) 在立法模式上,应当采用独立立法的形式。对于《个人破产法》的立法模式,从理论上说无非有两种选择:一是修改现行的《企业破产法》,在该法中增加个人破产的相关内容,并将《企业破产法》更名为《破产法》,许多国家都采用此种立法例。采用此种立法例的好处在于:可以统一规定破产制度的体系,节省立法成本。但采用这种立法例也有弊端:《企业破产法》刚刚修订通过,现在又要修改,在立法规划上不好安排。此外,个人破产中有许多制度都具有特殊性,在企业破产法中加上个人破产的内容,势必要对该法进行大修大改,这也没有必要。因为该法的实施情况尚需总结,这种总结尚需时日,目前仅仅为了增加个人破产就修改该法,显得不够慎重。笔者主张单独制定《个人破产法》的形式。理由主要在于:其一,单独制定《个人破产法》有助于强化宣传效果;其二,单独制定《个人破产法》在立法技术上可以更好地处理,在该法中仅需规定个人破产的特殊制度和程序即可,无需面面俱到,重复《企业破产法》的内容;其三,实行企业破产和个人破产的双轨制,也有成例可以依循。例如,在现在统一破产法制定前,原来的国有企业破产和非国有企业破产实行的就是规范上的双轨制,在立法技术上,作为先前通过的《全面所有制企业破产法》属于一般法,而制定在后的《民事诉讼法》“企业法人破产还债程序”则作为特别法,仅仅就适用于非国有企业的特殊的破产制度和程序加以补充性规定,而并不是完全自给自足形成独立的体系。对于个人破产和企业破产,也可以采用这种立法先例,从立法技术上说并不特别困难。

(2) 建立个人财产申报和信用体系等配套制度,确保《个人破产法》得以良性运行。首先要建立个人财产申报制度,防止个人通过破产程序逃避债务。反对制定个人破产法的观点有一个理由认为,建立个人破产制度,会使恶意逃债行为获得合法渠道获得成功。其实,不制定个人破产法,试图逃债的个人也同样甚至更加容易逃避债务,制定个人破产法,加强对个人破产行为的制度约束,加大对恶意逃避债务者的惩戒力度,可以有效地防