

GE REN PO CHAN ZHI DU YAN JIU



个人破产制度研究

—以中国的制度构建为中心

刘 静◎著

YIZHONGGUODEZHIDUGO

中国检察出版社



个人破产制度研究

——以中国的制度构建为中心

刘 静◎著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

个人破产制度研究：以中国的制度构建为中心/刘静著. —北京：中国检察出版社，2010.4
ISBN 978 - 7 - 5102 - 0261 - 2

I. ①个… II. ①刘… III. ①个人—破产法—研究—中国 IV. ①D922.291.924

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 067916 号

个人破产制度研究 刘 静 著

出版发行：中国检察出版社

社 址：北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址：中国检察出版社 (www.zgjcbs.com)

电子邮箱：zgjcbs@vip.sina.com

电 话：(010) 68630385 (编辑) 68650015 (发行) 68636518 (门市)

经 销：新华书店

印 刷：北京鑫海金澳胶印有限公司

开 本：A5

印 张：8.5 印张

字 数：237 千字

版 次：2010年4月第一版 2010年4月第一次印刷

书 号：ISBN 978 - 7 - 5012 - 0261 - 2

定 价：25.00 元

检察版图书，版权所有，侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

内容摘要

在我国新企业法人破产法出台前夕，个人破产制度是否纳入立法，一度成为争论的焦点。时过境迁，立法对个人破产制度的搁置使得我们有机会再次冷静地反思中国的个人破产制度。个人破产制度是什么？中国能否将之纳入立法？如何构建？对这三个基本问题的解答，构成了本书研究中国个人破产制度的基本线索。

在没有个人破产制度立法传统的中国讨论个人破产制度的建构，颇有纸上谈兵的嫌疑。个人破产制度离我们是否真的那么遥远吗？个人破产的遥远是否意味着罗马将破产债务人的尸体予以瓜分的典故，有如中世纪意大利商人被砸烂长椅的传说。然而，个人破产的迫切，几乎是中国人无数奴隶足下的一方土地，就是刷卡成瘾的新新一族手里厚厚的账单。个人破产的规模可以小到不能清偿约三千元人民币的俄罗斯公民就可以申请破产；然而，个人破产案件激增对国家和社会的震荡之大，又能大到包括美国在内的西方各国不得不频频修改破产法，在激烈的争议中不断调整个人破产制度的立法宗旨和程序设计。

通过对历史的回顾，笔者认为，被学者们标榜为现代个人破产制度特征的免责制度、失权制度、破产再建功能，在古罗马或中世纪意大利破产制度中其实早已存在，现代破产法并没有我们一向以为的那样“现代”。英美法系破产法的历史地位借由英语的普及和文本的丰富被过度夸大。

面对“征信体系不完善”、“无产可破”、“个人破产制度以高度发达的商品经济为前提”的质疑，笔者揭示了个人破产制度和征信体系之间关系的正当定位，以个人破产制度的适用条件和个人破

产制度产生和发展的历史事实驳斥了前述谬论。在对典型国家个人破产制度发展道路的比较中，在对中国和其他国家立法背景的识别中，探寻个人破产制度产生和发展的动力来源。通过对中国诸多社会阶层负债群体的分析，对现有司法执行制度功能的探讨，以及对个人破产制度和实现社会公正、建构信用体制之间关系的重新定位，揭示个人破产制度立法的迫切需要和可行性基础。

笔者坚持以诚信、负责的理念构建个人破产制度的蓝图。在倡导个人破产制度及早纳入立法规划的同时，主张我国应制定统一完善的破产法，并有步骤地完善相关制度改革和机构人员的建设；建议个人破产的程序结构中，司法外破产和司法破产应当相辅相成，以积极的个人重整和及时的清算分配共同保证债务公平有效的清偿。我国应当针对不同类型的主体设计适当的程序规则，增强程序的可适性，实现程序之间合理的转换。对自由财产的甄别，对失权复权程序的安排，以及不同程序中不同免责机制的设计，不仅应当体现出个人破产制度对负债的清偿、诚实信用的激励，也需要为制度的执行者留下必要的裁量空间，检验个人破产制度执行者的能力与智慧。

全文共分七个部分：

导论部分首先介绍了个人破产制度的基本含义，包括个人破产的不同语意，我国破产“个人”的范围，构成破产制度的基本要素，以及破产法、破产程序和破产制度的含义和关系。

第一章个人破产制度的历史考察。在最初的历史考察部分，本章择取汉穆拉比法典和古罗马三个不同的历史时期若干种不同的执行制度，根据破产制度的基本要素，辨析个人破产制度真正的起源。行至中世纪破产法的长廊，本章通过对砸烂长椅这一传说的考证，简要比较了中世纪意大利破产法和英国、法国的个人破产制度，得出了不同于既往学说的结论，即：这个时期的意大利破产法而不是后来的英国破产法奠定了近现代个人破产制度的基础；破产有罪到破产无罪等破产制度特征的转变，已经在此时拉开了序幕；意大利的局部地区甚至出现了相当先进而成熟的个人破产制度的

表征。

第二章个人破产制度的变革与现状。承继之前对历史的考察，在介绍了两大法系典型国家的现代个人破产制度各具特色的发展道路之后，本章对中国个人破产制度的产生和发展进行了简要的回顾和分析。通过中西方之间和同一国家不同地区之间个人破产制度不同发展状况的简要对比即可发现：个人破产制度持续发展的动力，不仅源于国内个人债务问题普遍存在的内在需求，也源于国家之间制度借鉴的外在催化，还源于各国破产制度本身的功能随着时代和债务制度文明的发展呈现出多元化、人性化的趋势，满足了解决各种不同层次的个人债务问题的不同需求。这就使得中国构建个人破产制度具有了一个普适性的理论背景。

第三章构建我国个人破产制度的现实思考。这一部分解决的是中国确立个人破产制度的必要性和可行性问题。就主体而言，在揭示了中国各种社会阶层都存在着不少面临债务危机、需要破产制度拯救的个人，包括因负债经营失败的商人、不能偿还房贷的房奴、高消费人群等之后，本章笔者回应了中国农民“无产可破”之类的质疑。在制度功能方面，个人破产制度具有债务分配制度所不具有的重建、预防和公平分配等功能；对于实现社会不同层面、不同角度的公平，具有其他制度无可取代的优越性。针对拒斥个人破产制度最为主要的理由“信用体制不成熟”论，本章笔者对个人破产制度与信用体制的关系进行了较为深入的分析，介绍了我国信用体制建设的现状和前景，提出了二者是互为条件的关系，应当在同时构建的过程中形成积极良性的互动关系，而不是消极等待外在条件的成熟和促进，否则，很可能造成二者同样滞后的局面。因此，我国迫切需要确立个人破产制度。当前，我国建构个人破产制度也具备了相应的基本条件。

第四章构建我国个人破产制度的基本主张和基本理念。在如何进行立法规划的问题上，笔者指出，个人破产制度应当及早纳入立法规划，并同时完善影响个人破产制度运行效果的相关制度和措施，包括完善物权制度和消费信贷制度，建立健全社会保障体系，

重视破产法官和破产执业人员的培养、破产行业队伍和规范的建设。将个人破产制度纳入立法框架后，我国应当将原有的企业法人破产法和个人破产法合并，制定一部适用于所有破产主体的统一破产法。这样不仅有利于我国破产法基本理念的贯彻一致和破产法系统自身的发展，也便于人民和面临债务危机的个人等相关主体对整个破产法和个人破产制度的理解和适用。在个人破产制度本身应当秉持哪些基本理念的问题上，笔者提出了个人破产制度的核心理念是：通过积极的重整促进债务的有效清偿；通过及时的清算保证财产的公平分配。这个核心理念又通过保护债权人利益、保护债务人利益和平衡保障社会利益，以及设计公正有效的程序四个基本理念予以贯彻。

第五章我国个人破产制度的程序结构。该章考察了德国、日本、俄罗斯、美国、英国、法国当前的个人破产程序结构，对个人以及相关主体是否具有破产能力加以辨析，并对一国破产法体系中个人可以适用的程序以及若干种程序之间的关系加以梳理，总结规律，为构建我国个人破产制度的程序结构提供参照。在我国个人破产程序结构的安排上，笔者提出了一个以标准司法程序为个人破产的基础程序，以标准司法程序、消费者破产程序、财产破产（遗产破产和夫妻或家庭共同财产破产）为个人破产的主干程序，以合伙人破产和住宅贷款清偿的特殊规则为辅助，以司法外破产程序为有力补充，构建一个立体生动、切实可行的个人破产程序系统的主张。

第六章个人破产的特殊制度。围绕个人破产的三大特殊制度：自由财产制度、免责制度、失权复权制度，笔者在比较典型国家立法例的基础上，对构建我国自由财产制度、免责制度和失权复权制度提出了初步的设想。我国的自由财产制度应当采取列举和概括相结合的立法方式，由最高人民法院结合各地区经济发展的具体情况，确定自由财产的单项和总量的最高限额。在个人破产免责的问题上，笔者主要借鉴大陆法系的立法，针对不同程序设置了不同的免责规则，以激励债务人积极清偿、诚实信用地履行个人重整计

划，在实现自救的同时，保护债权人的合法权益。设计合理的失权复权制度对于我国信用体系的完善具有特别重要的意义，笔者对破产法上失权复权制度和其他的失权复权制度进行了甄别，深入地探讨了不同类型的失权复权，并对我国失权复权的设计提出了初步的意见。

目 录

导 论	(1)
一、个人破产制度的基本含义	(1)
二、选题意义	(9)
三、研究体例	(17)
四、研究方法	(20)
五、研究特点	(23)
第一章 个人破产制度的历史考察	(26)
第一节 个人破产制度的起源	(26)
一、对汉穆拉比法典第 117 条的重新评价	(26)
二、古罗马时期的执行制度	(29)
三、个人破产制度真正的起源	(37)
第二节 中世纪和近代破产法的传说	(42)
一、关于砸烂长椅的传说	(42)
二、中世纪意大利的破产法律制度	(46)
三、英国破产法律制度的曲折路径	(48)
四、对意、英、法三国个人破产制度发展史的 比较	(51)
五、关于“破产观念的转变”	(52)
第二章 个人破产制度的变革与现状	(56)
第一节 西方国家个人破产制度的嬗变	(56)
一、法国个人破产制度的嬗变	(56)

二、德国个人破产制度的嬗变·····	(58)
三、美国个人破产制度的嬗变·····	(60)
第二节 中国破产制度的产生和发展·····	(63)
一、清朝和民国时期的破产制度·····	(63)
二、中华人民共和国的破产制度·····	(65)
三、我国台湾地区的破产制度·····	(66)
四、香港特别行政区的破产制度·····	(67)
五、澳门特别行政区的破产制度·····	(68)
第三节 现代个人破产制度的发展动力·····	(70)
一、个人破产立法的基础动力：个人债务危机·····	(71)
二、个人破产制度的主要动力：功能多元化·····	(77)
三、个人破产制度发展的重要动力：全球化·····	(79)
第三章 构建我国个人破产制度的现实思考·····	(84)
第一节 面临债务危机的个人·····	(86)
一、个人负债经营投资的失败·····	(87)
二、房贷危机·····	(90)
三、过度消费·····	(94)
四、其他可能破产的人群·····	(96)
五、关于“无产可破”和“一般破产主义实 行的前提”·····	(99)
第二节 个人破产制度的必要性与可行性·····	(102)
一、个人破产程序和参与分配程序的比较·····	(103)
二、建立个人破产制度是实现社会公正的需要·····	(106)
三、关于“信用体制不成熟”论·····	(112)
第四章 构建我国个人破产制度的基本主张和基本理念·····	(119)
第一节 构建我国个人破产制度的基本主张·····	(120)
一、立法规划宁早勿迟·····	(120)
二、制定统一的破产法·····	(122)

三、配套制度的修订和配套措施的推行·····	(127)
第二节 构建我国个人破产制度的基本理念·····	(134)
一、保护债权人的利益·····	(135)
二、保护债务人利益·····	(137)
三、衡平保护社会整体利益·····	(141)
四、公正有效的程序设计·····	(149)
第五章 我国个人破产制度的程序结构·····	(154)
第一节 典型国家个人破产的程序结构·····	(154)
一、德国·····	(154)
二、日本·····	(159)
三、俄罗斯·····	(162)
四、美国·····	(165)
五、英国·····	(169)
六、法国·····	(171)
第二节 我国个人破产的程序结构·····	(173)
一、我国个人的破产能力·····	(173)
二、我国个人破产程序的框架设计·····	(191)
第六章 个人破产的特殊制度·····	(208)
第一节 自由财产制度·····	(208)
一、自由财产制度概述·····	(209)
二、自由财产范围的确定·····	(212)
三、自由财产的确认证程序·····	(220)
第二节 个人破产免责制度·····	(223)
一、免责制度概述·····	(223)
二、免责制度的发展·····	(226)
三、我国免责制度的构建·····	(230)
第三节 个人破产失权复权制度设计·····	(239)
一、失权复权制度概述·····	(239)

二、破产法上失权复权制度的识别·····	(242)
三、失权复权的类型·····	(245)
四、我国失权复权制度的构建·····	(251)
参考文献 ·····	(253)
结语 ·····	(260)

导 论

一、个人破产制度的基本含义

(一) 个人破产的语意

欲对个人破产制度加以研究，必先界定研究命题的范畴，明确破产制度所应具备的基本要素，为进一步的研究奠定基础。

在汉语中，破产有法律上、经济上、通俗引申用法上三层语意。国内早有学者指出，法律上的破产概念与经济（或经济学）上的破产概念的区别在于：第一，经济上的破产主要是指经营者在经营上是盈利还是亏损，在长期严重亏损且无法扭转的情况下，企业无法维持存在，便可认定为在经济上破产。经济上的破产并不一定导致法律上的破产；反之，当事人在法律上破产之时，在经济上或许尚存一丝生机。第二，经济上的破产只表明一种客观的经济状况，并不能说明人们主观上对其采取的解决办法。但法律上的破产则是人们为解决这一经济现象而主观设立的法律制度，是以破产立法的存在为前提的。即便在破产法存在的情况下，也并非凡经济上破产的债务人在法律上也自动破产，仍需要经当事人申请、法院作出破产宣告后，才得进入破产程序。^①除此之外，汉语中的破产在日常表达中的第三种语意则是指所谋之事遭受失败，社会主义中国的惯常表达“敌人的阴谋破产了”，即是这一层含义。因此，在法律意义上，破产是一种针对债务人资不抵债这种状况而设置的法律制度，规范从申请破产到破产终结的一系列法律程序。在经济意义上，破产是指债务人陷入资不抵债、不能清偿债务这样一种状态中，也被称为客观事实或事实状态的破产。而在通俗的引申含义

^① 王欣新：《破产法专题研究》，法律出版社2002年版，第4~5页。

中，破产则是指某件事情的失败或者缺乏；通俗的语意往往代表了人们对该事物朴素的认识和最初的好恶。这三层含义在人文社会科学领域各有归属。作为法律程序和法律制度的破产是法学及其他相关学科的研究对象。作为债务人资不抵债、不能清偿的经济现象，破产主要是社会学和经济学要关注的社会经济现象。而通俗引申意义的破产则属于文学修辞的范畴。进一步分析，只有法律意义上的破产才能成为一种制度，具备制度的基本要素；经济意义上的破产仅仅是一种客观的社会经济现象，没有上升到社会制度或者经济制度的层面。当然，作为法律制度的破产是为解决经济意义上的破产这种债务困境而设置的。因此，法律意义上的破产是本书的研究对象，而经济意义上的破产作为对象之对象，是问题的根本，规则调整的缘起。所以，本书的研究将立足于破产制度，不吝笔墨地探寻经济破产和法律破产的关系。

根据对语词本身的考察，无论在汉语、英语还是法语中，破产一词最初都在某种程度上具有一定的贬义。在英语中，根据《牛津高阶英汉双解词典》的解释，名词 *bankrupt* 是一个法律术语，中文译为破产者，英文译为 “*person judged by a law court to be unable to pay his debt in full, whose property is then taken by the court and used to repay his creditor*”；动词 *bankrupt* 是使（某人）破产；形容词 *bankrupt* 则有三种语意，一是经法院宣判为破产的；二是无力还债的；三是指完全缺乏某种（良好事物），是一种贬义用法，如：*a society that is morally bankrupt*，意指“道德沦丧的社会”。在法语中，“*bankruptcy*”一词则从拉丁文中来，代表着欺骗和欺诈，因此，法国直到消费者破产法颁布之前，仍将免责限定在商人的界限内。消费者不能清偿债务则被称为“*deconfiture*”，同样具有不讨好人的语源，是从拉丁语而来，其语源照字面理解是通过浓缩而减少，象征意义则是浪费。^①

^① Jason J. Kilborn, What the United States Can Learn from the New French Law on Consumer Overindebtedness, *Michigan Journal of International Law*, Winter, 2005.

（二）破产制度的基本要素

欲抽象出破产制度的基本要素，必首先解决两个问题，一是如何剥离破产的非基本要素，二是如何对待破产从传统到现代的嬗变。正如美国学者李维瑟（Levinthal）在其著作《破产法的早期史》中指出的那样：“要给破产下一个适合于所有审判制度的定义是难乎其难的，因为不同的民族，不同的历史时期，有不同的法律制度体系。”^① 笔者的导师汤维建教授赞成其观点并进一步指出：从横向角度看，各国破产法因实行不同的原则或主义而有不同的程序结构，蕴涵于破产概念当中的内容因此而有所区别，比如商人破产主义和一般破产主义；债权人自力救济和法院公力进行主义。^② 从纵向角度看，破产概念自其产生后，并非是一成不变的，而是随着社会的进步，文明的发展，经常发生变化的。在历史上，破产概念的大变化主要有这样几种界标：一是由破产有罪转化为破产无罪；二是从破产不免责转化为破产免责……^③ 汤维建教授还认为，破产概念的若干变化，“都标示着破产观念的变化，以及内含于‘破产’概念中的破产目的观和破产价值观的变化。这些变化每发生一次，破产概念的内涵也相应地丰富一次，其文明档次也由此更上一层楼。但它们都是破产概念的大变化或者说质的变化，破产概念的小变化或者说量的变化则是连绵不断，经常发生的。要而言

① Robert L. Tordan 等：《破产法》，纽约，1985，第 20 页。转引自汤维建：《破产概念新说》，载《中外法学》1995 年第 3 期。

② 进一步展开的描述为：破产法上的这种原则或主义有很多，而且都是相配套的对偶范畴，比如商人破产主义和一般破产主义；债权人自力救济和法院公力进行主义；申请主义和职权主义；惩罚主义和非惩罚主义；免责主义和不免责主义；溯及主义和不溯及主义；普及主义和属地主义；固定主义和膨胀主义；和解前置主义和和解分离主义；等等。参见汤维建：《破产概念新说》，载《中外法学》1995 年第 3 期。

③ 进一步展开的描述为：在历史上，破产概念的大变化主要有这样几种界标：一是由破产有罪转化为破产无罪；二是从破产不免责转化为破产免责；三是从清算型的破产转化为预防型的破产；四是从非自愿型的破产转化为自愿型的破产；五是从所有权型的破产转化为非所有权型的破产等。参见汤维建：《破产概念新说》，载《中外法学》1995 年第 3 期。

之，破产概念的量的变化和质的变化相结合，使之不可避免地带上了变动不居性。”^①

然而，从另一个角度考察前述变化，正因为破产制度的这些界标处于不断变化的过程中，在分析破产概念的内涵和破产制度的基本要素时，要为“破产”给出一个没有地域性和历史性的定义，前述呈现出相对状态的若干对关系所对应的界标元素几乎都应该排除在外。这是因为，在不同的历史时期、不同的地域，破产制度正是在这些标准元素的坐标上，从一端向另一端流动，或者在两个极端之间徘徊。原则上，各国破产制度的发展轨迹显示，各国不可能在个人破产的免责、司法介入、适用等元素上始终保持恒定，也不可能当代呈现出极端的特性，如：没有国家会赋予所有破产债务人绝对和完全的免责，也很少有国家丝毫不减轻破产债务人的清偿责任。所以，这些元素应当是某个或某些具体破产制度的特征而非破产制度的本性和共性，而不能成为破产概念内涵的关键词。虽然，它们才是考量一国破产制度特点和制度偏向的关键指标。

第二个问题从第一个问题引申而来，关系到破产制度目的、性质和内容的重大变化。虽然传统破产和现代破产适用的前提同样是债务人资不抵债、不能清偿到期债务，但随着法律和经济制度文明的发展，传统破产和现代破产的程序内容、目的、法律性质和程序类型已经有了重大的区别。传统破产是一种狭义的破产，清算是债务人无力偿债的唯一程序。现代破产则是一种广义的破产，是针对债务人资不抵债、不能清偿到期债务这种事实状态而采取的各种债务清理程序，包括清算、重整、破产和解等；且破产程序的展开也不再局限于法院内，有了司法外的破产程序和司法内的破产程序之分。就目的和法律性质而言，传统破产仅仅是一种执行程序，对债权债务关系的处理服务于清算执行的目的。现代破产则不仅有执行程序的性质，还是一种介乎民事执行法、民法和商法之间、解决债权债务矛盾的民商事调整手段，侧重于破产预防、有效破产和破产

^① 汤维建：《破产概念新说》，载《中外法学》1995年第3期。

重建的协调一致，具有令债务人重整再建复苏和避免再次破产的持续性目的和多功能性。在这个角度上，破产的内涵既要抽象地涵盖前述多种含义，又要同时警惕包罗万象而没有识别能力的泛泛之谈。

在前述分析的基础上，现代和传统破产程序可以抽象出调整对象、根本目的和基本途径三个基本属性。

首先，破产程序是在债务人遇到债务清偿困难，出现支付不能、资不抵债或者停止支付等破产原因时，据以调整债权债务关系的法律和程序。债权债务关系是法律生活中最为基本、普遍、重要的法律关系，破产法规范的则是解决债权债务关系的最后矛盾的法律关系。无论破产法的理念、规则的设定和调整是否涉及债权人和债务人之外的利益主体和利益关系，破产从根本上是由债务人不能清偿债务引发的，它对其他利益主体的影响也是经由对债权人和债务人的调整和规范而发生。因此，古往今来，各国的破产首先可以抽象出来的元素是破产制度针对的事实状态是债务人支付不能，在这一点上达成的共识不能简单地等同于将支付不能视为破产原因，而要重视其作为破产制度的调整对象的本质。

其次，无论破产的主要功能是清算、再建还是预防，破产制度都要经由一个更为直接而基本的目的实现前述功能，那就是更加公平有效地清偿债务。公平清偿在清算程序中得到集中体现，而对有效清偿的逐步重视带来了破产程序多样性发展的趋势，占据了与公平清偿同样重要的地位。抛开债权人公平有效受偿这个根本目的，对债务人能否获得新生、坏账呆账能否及时清理、商业营运、金融秩序和社会保障、社会是否具有良性自生能力和国民经济有无充足发展动力等方面的考察，都不足以抵消破坏债权债务关系良好运行带来的恶果。但是，这并不是说债权人公平有效受偿是破产的唯一目的，也并不意味着这个目的不可能在某些场景下出于别的政策考虑而退居破产别的功能之后。但是，在整个破产制度的基本面上，让债权人公平有效受偿是破产最为直接、稳定和在概率上居于主导地位的目的。破产制度的设计必须要以之为先，而在需要其让步的