

论我国个人破产庭外程序的体系构建

张善斌 翟宇翔

摘要:个人破产庭外程序既是破产案件繁简分流的内在要求,也是个人破产在我国顺利推行的有效途径,同时体现了破产程序的效率追求。我国司法外纠纷解决机制的发展及个人债务清理与个人破产的试点,为个人破产庭外程序的构建提供现实基础。破产和解制度存在独特价值且与庭外程序中的协商调解存在实质差异,二者应并存,共同服务于破产程序的进行。相较于选择模式,前置模式的庭外程序能够最大程度发挥庭外程序的作用,且与我国个人破产立法理念相符,应为现阶段的最佳选择。我国个人破产庭外程序应以调解为基础,融入信用咨询,并设立行政主导的破产事务管理部门,负责程序的运行。庭外程序中债务清偿协议的达成,需全体债权人一致同意,可赋予债务清偿协议以强制执行效力,同时也应设置完善的监督措施。在债务清偿协议无法达成或执行时,应及时采取措施,将案件转入庭内程序,使庭外程序能够与庭内程序顺畅衔接。

关键词:个人破产;庭外程序;庭外调解;债务清理

DOI: 10.19836/j.cnki.37-1100/c.2023.03.014

一、问题的提出

党的二十大报告指出,要“加快建设现代化经济体系”。破产制度作为社会主义市场经济制度的重要组成部分,对构建现代化经济体系意义重大。2006年我国颁布《中华人民共和国企业破产法》(以下简称《企业破产法》),但因缺少个人破产制度而被诟病为“半部破产法”。2019年7月16日,国家发展和改革委员会等13部委发文《加快完善市场主体退出制度改革方案》,提出要研究建立个人破产制度,重点解决企业破产产生的自然人连带责任担保债务问题。台州、温州、苏州吴江、淄博高青、东营等地也陆续开展“个人债务清理”的试点工作。随着《深圳经济特区个人破产条例》(以下简称《深圳个人破产条例》)的施行,个人破产制度在我国的探索已逐渐步入快车道。《深圳个人破产条例》首次规定了委托和解制度,允许债务人与全体债权人在庭外就债务清理自行委托相关组织进行和解,达成和解协议的可直接请求人民法院裁定认可。委托和解制度作为庭外和解的司法审查确认程序,赋予和解制度以独特制度价值,搭建了庭内外衔接的桥梁^①。但《深圳个人破产条例》未对庭外程序进行系统规定,使得庭外程序缺乏规范指引。与庭内程序相比,在庭外程序中解决纠纷具有成本低、对债务人负面影响小、效率高等优势^②。实施个人破产制度的国家和地区,多配套有相应的庭外程序,若我国的个人破产制度能够设置合适的庭外程序,将有益于我国将来个人破产制度的运行和个人债务清偿不能案件的处理。随着试点经验的逐渐积累和理论研究的不断完善,我国实施个人破产制度的条件也愈发成熟^③。《企业破产法》的修订已被纳入全国人大立法计划,个人破产制度的制定应为本次修订的重要内容^④。个

基金项目:国家社科基金一般项目“破产与担保制度协调的理论基础与实现路径研究”(22BFX078);司法部国家法治与法学理论课题研究课题“个人破产制度构建的难点与对策研究”(19SFB2040)。

作者简介:张善斌,武汉大学法学院教授,博士生导师(武汉 430000; shanbinzhang@163.com);翟宇翔,武汉大学法学院博士研究生(武汉 430000; zhaiyuxiang825@163.com)。

① 白田甜:《个人破产立法中的争议与抉择——以〈深圳经济特区个人破产条例〉为例》,《中国人民大学学报》2021年第5期。

② 殷慧芬:《个人破产立法的现实基础和基本理念》,《法律适用》2019年第11期。

③ 张善斌:《个人破产制度嵌入现行破产法之路径》,《法学评论》2022年第3期。

④ 王欣新:《个人破产法的立法模式与路径》,《人民司法》2020年第10期。

人破产制度在我国的确立已箭在弦上,庭外程序构建的相关研究也应紧密进行。

个人破产庭外程序^①与个人破产庭内程序相对应,是指在进入正式破产程序前必须或可选择进行的,债权人与债务人在庭外单独或在相关机构及其工作人员的参与下,就还款期限、还款方式、还款额度及相关限制性措施等进行协商以解决债务不能清偿问题的程序。学界已在介绍域外经验的基础上,对我国个人破产庭外程序的立法模式^②、债务清偿协议的达成与执行^③以及庭外机构的组成和资金来源^④等问题进行了初步讨论。但是现有研究仍然存在不足:其一,缺少对我国设置个人破产庭外程序的理论与现实基础的分析;其二,对于我国个人破产庭外程序的立法模式尚存争议,且未结合我国实际情况进行详细论述;其三,对于庭外程序的运作模式以及庭外机构的组建等问题,尚未形成较为系统的研究成果;其四,对于庭外程序中债务清偿协议的达成与执行及庭外程序与庭内程序的衔接等问题,现有研究少有涉及。

共同富裕是社会主义的本质要求和中国式现代化的重要特征^⑤,个人破产致力于拯救“诚实而不幸”的债务人,是共同富裕的底层制度,作为个人破产制度重要组成部分的庭外程序亦具有重要价值。本文拟从我国构建个人破产庭外程序的理论与现实基础出发,讨论其制度定位和立法模式,进而对我国个人破产庭外程序的具体制度进行构建,以期对未来我国个人破产立法提供些许思考。

二、构建个人破产庭外程序的理论与现实基础

(一)破产案件繁简分流的内在要求

个人破产案件相较于企业破产案件,虽案情简单、债权人数量少、债权总额较低,但数量通常较多。我国居民的消费观念逐步从满足生存需求向满足发展需求转变,随着网络金融借贷平台的发展,年轻人负债消费逐渐成为主流。因我国人口基数巨大,在个人破产制度正式实施后,希望通过其获得保护的债务人必然较多,司法资源将更加紧张^⑥。

对此,可从程序法中的费用相当性原则寻找借鉴。费用相当性原则又称成本相当性原则,指当事人利用诉讼程序或法官运作审判制度时,不应使国家和当事人的利益承担不必要的牺牲^⑦。复杂的程序会增加当事人的花费,进而影响程序的利用,最终影响社会整体上正义的实现^⑧。并且,因司法资源有限,若程序过于复杂,或者繁简安排不当,会导致司法资源的严重浪费。为了实现司法资源的

① 我国学者对非通过破产程序解决债务人不能清偿债务问题的程序使用不同概念进行描述,如:“诉讼外债务清理程序”,见卜璐:《诉讼外消费者债务清理制度研究》,《法律科学(西北政法学报)》2014年第1期;“个人破产司法外程序”,见刘静:《个人破产制度研究——以中国的制度构建为中心》,北京:中国检察出版社,2010年,第193页;“庭外解决程序”,见王欣新:《用市场经济的理念评价和指引个人破产法立法》,《法律适用》2019年第11期;“法院外债务清理程序”,见卜璐:《消费者破产法律制度比较研究》,武汉:武汉大学出版社,2013年,第50页;“法庭外个人债务清理程序”,见熊杰:《推进法庭外个人债务清理的思考》,《人民法院报》2019年11月14日,第7版;“法庭外债务清理程序”,见刘冰:《论我国个人破产制度的构建》,《中国法学》2019年第4期;“非司法型个人破产”,见汤维建:《我国个人破产立法的制度框架构想》,《上海政法学院学报(法治论丛)》2023年第1期。上述概念的实质内涵相同,本文统一使用“个人破产庭外程序”。

② 赵万一、高达:《论我国个人破产制度的构建》,《法商研究》2014年第3期;张阳:《个人破产何以可能:溯源、证立与展望》,《税务与经济》2019年第4期;李宏伟:《我国构建个人破产制度的现实困境与法治对策》,《中州学刊》2019年第11期等。

③ 许德风:《论个人破产免责制度》,《中外法学》2011年第4期;赵万一、高达:《论我国个人破产制度的构建》,《法商研究》2014年第3期。

④ 刘冰:《论我国个人破产制度的构建》,《中国法学》2019年第4期。

⑤ 文丰安:《基于共同富裕的新型城镇化之路:重要性、障碍及实现路径》,《山东大学学报(哲学社会科学版)》2022年第6期。

⑥ 李宏伟:《我国构建个人破产制度的现实困境与法治对策》,《中州学刊》2019年第11期。

⑦ 吴金凤:《简易程序:法理、问题与立法完善之探析——兼论对小额诉讼程序的质疑》,《当代法学》2002年第8期。

⑧ 棚濑孝雄:《纠纷的解决与审判制度》,王亚新译,北京:中国政法大学出版社,1994年,第279-280页。

最优配置和司法效益的最大化,民事诉讼法即以此为出发点构建简易程序^①。破产程序与诉讼程序相同,均在法院内进行,破产案件的处理,亦会占用司法资源,因此可将费用相当性原则扩展到破产程序之中。个人破产案件较为简单但破产庭内程序费用较高,若其他非司法程序能够处理个人债务清偿不能问题,则可节约成本^②。个人破产庭外程序的设置,正是费用相当性原则在破产程序之中的表现之一^③。通过个人破产庭外程序,能够对个人破产案件进行筛选和分流,以确保司法资源的高效利用。在美国和欧洲国家个人破产制度的发展中,愈发强调庭外债务清理的重要性,甚至部分国家将其作为申请破产的前提^④。

个人破产庭外程序的构建及其与庭内程序的协同,不仅可以满足不同资产负债结构的债务人的需求,还能够贯彻成本效益原则,形成“庭外程序—简易程序—普通程序”的繁简分流体系,实现司法资源的合理分配和社会效率的最大化。

(二)个人破产顺利推行的有效途径

在法律移植过程中,处理外国法律与本土资源的关系至关重要^⑤。在实践中得到有效贯彻实施的法律,往往是与本国通行的习惯、风俗、传统文化等相一致或相近似的规范^⑥。个人破产制度作为外来制度,若想在我国生根发芽,亦应注重与我国本土资源的协调。

我国引入个人破产制度的困境在于其与民众的固有观念存在分歧。其一,受儒家“重义轻利”思想及对商人“无奸不商”的刻板印象影响,我国民众对商人的信任程度不高,即便是今天,普通民众仍对个人破产制度是否会沦为“逃废债务”的工具充满担忧^⑦。其二,我国传统社会中缺少对无力偿债者宽恕的观念,“无论在国家法还是民间习惯法层面,均不存在超乎一般的调整债权债务关系之破产免责规定”^⑧。虽随着社会的发展及对社会风险认识的加深,民众逐渐接受对债务人的适度宽容和债务减免,但观念的转变需要时间,当前我国民众仍未普遍形成宽恕和救济理念。上述分歧虽不至于成为阻碍个人破产立法的理由,但若不采取一定措施,会影响我国民众对个人破产的接纳,阻碍个人破产制度的推行。

我国构建个人破产制度之时需重视我国本土观念,既应在具体制度设置时与我国传统观念相符,也应注重制度对社会观念转型的推动作用,而个人破产庭外程序,恰可委以重任。一方面,庭外程序与我国社会传统相符,更容易被普通民众接受。真正深入人心的法律,并非人为创造的法律,而是尊重传统、体现民族精神的法律^⑨。在移植其他国家和地区的法律制度时,应考虑不同国家和地区在文化层面上可能存在的差异,并重视其在金钱与债务观念上可能存在的不同,让个人破产制度能够反映出本国文化中的独特观念与价值^⑩。受儒家“和为贵”和中庸之道的人生观念影响,我国习惯以调解方式解决纠纷^⑪,调解是我国传统的纠纷解决方式^⑫。近代以来,受西方法治观念冲击,我国开始注重司法和诉讼机制,但仍重视通过调解解决纠纷,并发展出了我国特有的“枫桥经验”和“人民调解”制

① 何文燕、廖永安:《我国民事简易程序之重构》,《中国法学》2002年第1期。

② 丁燕:《现代个人破产法的基础、价值与选择》,《上海政法学院学报(法治论丛)》2021年第4期。

③ 另一表现为简易程序的设置。葛平亮:《论自然人破产简易程序的体系性引入》,《经贸法律评论》2020年第5期。

④ 高思敏:《论个人破产“看门人”制度的构建》,《法治研究》2022年第4期。

⑤ 何勤华:《法的移植与法的本土化》,《中国法学》2002年第3期。

⑥ 苏力:《法治及其本土资源》(第3版),北京:北京大学出版社,2015年,第11页。

⑦ 张善斌、钱宁:《论个人破产制度构建的痛点——公众法意识的转型》,《商业研究》2021年第2期。

⑧ 蔡晓荣:《从负债清偿到破产免责:破产债务清偿责任衍进的中国法律史叙事》,《法学家》2013年第6期。

⑨ 宋玲:《中国传统法的民族精神与现代转化》,《中共中央党校(国家行政学院)学报》2020年第6期。

⑩ Martin N., “The Role of History and Culture in Developing Bankruptcy and Insolvency Systems: The Perils of Legal Transplantation”, *Boston College International and Comparative Law Review*, 2005, 28(1), pp. 1-78.

⑪ 戴健林:《法律社会心理学》,广州:广东高等教育出版社,2002年,第81页。

⑫ 宋明:《人民调解的正当性论证——民间纠纷解决机制的法社会学研究》,《山东大学学报(哲学社会科学版)》2008年第3期。

度。可以说,在法院外解决纠纷,既是我国传统特色,又符合我国现实需求。以调解和协商解决债务清偿不能案件的个人破产庭外程序强调人际关系和社会秩序和谐的价值观念,是尊重我国传统观念、反映我国文化价值的体现,更加容易为民众所接受。另一方面,庭外程序可推动我国民众偿债观念的转型。制度与观念分属法治文化的表层和深层,二者关系密切,观念支配行为,进而影响制度的形成。同时,良好的制度和规范又影响和塑造着人们的思想观念体系^①。“欠债还钱,天经地义”等传统观念已稍显过时,无法适应我国现阶段社会经济发展需求^②。但观念的改变并非一蹴而就,而个人破产庭外程序正是推动观念转变的重要抓手。个人破产庭外程序作为一种协商解决债权债务问题的程序,给予债务人与债权人自主或在一定机构调解下达成债务清偿协议的机会。债权人可以在庭外程序中提出自己的要求并与债务人就还债时间、还债数额、利息减免等交换意见,其间工作人员可以对债务人和债权人双方进行教育,使债权人逐渐接受破产免责和债务宽恕等理念。个人破产庭外程序可推动我国民众的债务清偿观念从“欠债还钱”向“协商还钱”再向“破产免责”逐渐转变。

(三)破产程序追求效率的具体体现

破产程序既追求公平又注重效率,对效率的重视程度在一定的意义上决定破产程序的完善程度。效率原则既要求破产程序在设计上的科学性、合理性和经济性,也要求程序之间的灵活转换^③。个人破产庭外程序的设置,正是破产程序对效率追求的体现。

其一,在庭外解决问题,可降低案件处理成本。破产庭内程序的运行不仅会消耗债权人和债务人的时间和金钱,还会造成债务人财产的贬损。相较而言,庭外程序的成本较低。在庭外程序中,相关中介机构可综合采用多种方式使债务人与债权人充分交流协商,避免双方过度对抗,使双方更快达成债务清偿方案,还可以根据具体案件的情况而采取与之相应的处理措施,减少债权人和债务人的金钱成本和时间成本。庭外程序的存在能够为双方提供在法院外解决债务纠纷的机会,使债务人有机会在庭外与债权人就债务清偿达成一致意见,解决债务清偿不能问题,避免适用成本较高的庭内程序,进而提高问题解决的效率。

其二,即便无法在庭外解决问题,庭外程序亦能提高庭内程序的运作效率。经济上的不效率有时因信息不足而导致,而庭外的债务咨询能够为债权人与债务人提供相关信息,使双方在进入庭内程序后能够更加理智地作出决策,提出更为合理的请求,从而降低法院处理案件的成本。并且,在庭外程序中提供咨询调解服务的相关人员亦可在庭内程序中被指定为管理人,庭外程序中对债务人资产状况进行调查形成的相关资料也可以在后续的庭内程序中继续使用,提高案件处理效率。

简言之,个人破产庭外程序的设置能够降低债务清偿不能案件的处理成本,提高案件的解决效率,使双方利益最大化,是破产程序追求效率的具体体现。

综上所述,个人破产案件数量通常远超企业破产,将大量占用司法资源,同时个人破产与我国传统观念存在分歧,更需考虑民众的可接受度。个人破产庭外程序能够对个人破产案件进行筛选和分流,确保司法资源的高效利用,且与我国社会传统相符,更容易被普通民众接受,还可推动我国民众偿债观念的转型,并与破产程序的效率追求一致。此外,庭外程序的设置为债务人与债权人提供在进入正式破产程序前协商的机会,避免债务人因进入清算程序而受过重的制裁和惩戒,并使债权人的债权免于遭受不应有的损失^④。因此,我国有必要构建个人破产庭外程序。同时,我国亦具有构建个人破产庭外程序的现实基础。首先,我国司法外纠纷解决机制已有长足发展。个人破产庭外程序本质上是法院外纠纷解决方式的一种,其主要依赖社会机构或行政机关的力量,使债权债务双方就债务的清

① 刘作翔:《法治文化的几个理论问题》,《法学论坛》2012年第1期。

② 汤维建:《制定我国〈个人破产法〉的利弊分析及立法对策》,《甘肃政法大学学报》2021年第6期。

③ 汤维建:《修订我国破产法律制度的若干问题思考》,《政法论坛》2002年第3期。

④ 汤维建:《我国个人破产立法的制度框架构想》,《上海政法学院学报(法治论丛)》2023年第1期。

偿达成协议。我国多元化纠纷解决机制的发展与实践经验的积累,可为个人破产庭外程序的构建和运行提供宝贵经验。其次,我国目前试点的个人债务集中清理,实质上是建立在自愿、协商基础上的庭外债务清理制度,可为今后我国个人破产庭外程序的建设提供借鉴^①。如浙江省遂昌县人民法院结合破解“执行难”问题的工作经验,探索并总结出能够实现债权人、债务人和第三方共赢的个人债务庭外重整程序的“遂昌样式”,可为我国个人破产庭外程序的构建提供重要参考^②。最后,我国已有构建庭外程序的相关尝试。庭外程序需要在相关中介机构的主导下进行,庭外机构的组建对庭外程序的运行至关重要,而我国已有组建庭外机构的尝试。例如,深圳已设置破产事务管理署,其主要职责之一即为“接受委托组织庭外和解”。深圳破产事务管理署组建与运行中的经验,可为将来全国性破产庭外机构的建设提供重要参考。

三、个人破产庭外程序的制度定位与模式择定

(一)个人破产庭外程序的制度定位

在明确我国个人破产应设置庭外程序后,应讨论庭外程序的制度定位,其中最重要的为明确其与破产和解制度的关系^③。早期学者多认为破产和解对于个人破产至关重要,甚至认为在个人破产领域,破产和解比在其他任何主体破产中更有意义^④。但因企业破产和解制度在实践中发挥的作用并不尽如人意,学界对其作用产生质疑^⑤。以致有学者认为,个人破产中庭外程序能够代替破产和解程序的大多数功能,我国应设置庭外程序且不再规定破产和解程序^⑥。对此,应明确破产和解制度的价值,并比较庭外程序与破产和解制度的功能与作用,讨论庭外程序在个人破产制度中的定位。

本文认为,破产和解具有制度优势,且能在个人破产程序中发挥重要作用。破产和解制度是指为避免破产清算,由债务人提出和解申请并提出和解协议草案,经债权人会议表决通过并经法院许可的解决债权债务问题的制度^⑦。一方面,相较于破产清算制度,破产和解制度具有程序简易、债权人利益最大化、保护债务人合法权益和维护社会稳定等优点^⑧。随着理论研究和实践探索的深入,企业破产和解案件的数量逐年上升,企业破产和解制度的重要性被逐渐认可^⑨。另一方面,破产和解制度在个人破产中同样能够发挥重要作用。与个人重整程序相比,和解程序具有不设置强裁规则、和解协议无需满足重整计划的批准条件、债务人和债权人可以直接协商清偿数额及时间等优点^⑩。并且个人破产和解的存在,使得债务人获得一次避免破产的机会^⑪,免受破产宣告而遭受名誉损失及公私法上的限制。

同时,庭外程序与破产和解程序存在实质差异,无法相互取代。首先,二者目的不同。庭外程序的目的在于分流过滤破产案件,减轻法院的负担,为民众提供庭外解决问题的途径;而破产和解制度

① 王欣新:《个人破产法的立法模式与路径》,《人民司法(应用)》2020年第10期。

② 最高人民法院民二庭课题组:《司法实践视野下的自然人债务庭外重整程序》,《法律适用》2022年第2期。

③ 此处讨论的破产和解制度仅指破产庭内和解,即由债务人提出和解申请并提交和解协议草案,债权人会议采取“多数决”表决通过后,由人民法院裁定认可可以解决债权债务问题的和解,而不包括《企业破产法》第105条所规定的由债务人与全体债权人就债权债务的处理自行协商达成和解协议的和解。

④ 蒋国艳:《论我国个人破产制度的构建》,《广西社会科学》2010年第8期。

⑤ 齐明:《破产法学:基本原理与立法规范》,武汉:华中科技大学出版社,2013年,第167页。

⑥ 颜卉:《我国个人破产程序设置的模式选择》,《甘肃社会科学》2021年第2期。

⑦ 李永军、王欣新、邹海林、徐阳光:《破产法》(第二版),北京:中国政法大学出版社,2017年,第204页。

⑧ 李永军:《破产法——理论与规范研究》,北京:中国政法大学出版社,2013年,第386-387页。

⑨ 张善斌、翟宇翔:《破产和解制度的完善》,《河南财经政法大学学报》2019年第5期。

⑩ 刘静、刘崇理:《建立我国个人破产制度若干问题研究》,《人民司法》2020年第19期。

⑪ 沙淘:《建立我国个人破产制度的若干思考》,《华东政法学院学报》2005年第2期。

的价值在于预防破产,通过达成和解协议而快速结束破产程序,使债务人免受破产宣告并获得重生^①。其次,二者程序不同。庭外程序在法院外进行,债务人无需向法院申请和解并提交和解协议草案,债务清偿协议达成后亦无需法院认可;而破产和解程序在法院内进行,由债务人申请启动,和解协议经债权人会议通过后,还需法院的审查认可方能成立和生效^②。再次,二者权威性不同。庭外程序多由相关机构负责,法院并不参与,因而权威性较弱,容易出现一方欺诈另一方或者双方串通损害第三人利益的情形;而破产和解程序在法院内进行,由法院审查债权人会议表决通过的和解协议,并裁定是否认可,其权威性更强。最后,二者本质不同。庭外程序中的调解的本质为普通民事和解,债务清偿协议的达成需要全体债权人一致同意;而破产和解是一种强制和解,是债务人与多数债权人的和解,无需全体债权人同意^③。破产和解协议达成的可能性更大,即使在庭外程序中无法达成债务清偿协议,亦有在破产和解程序中达成和解协议之可能。

鉴于破产和解制度存在独特的制度价值,且与庭外程序存在实质差异,庭外程序不能取代破产和解制度,二者应并存,发挥不同功能,共同服务于破产程序的顺利进行。

(二)个人破产庭外程序的模式择定

构建我国个人破产庭外程序时不免要面对立法模式的选择,即前置模式抑或选择模式。选择模式不强制要求案件进入破产程序前必须进行相应的庭外处理,债务人可选择适用庭外程序或庭内破产程序。如在日本,个人债务人无力清偿借款时,可以在任意更生、特别调解、个人再生和破产这四种程序中根据自身具体情况进行选择,申请破产不以其他程序为前置要件^④。英国虽存在发达的债务咨询机构,但未强制要求在申请破产之前必须经过法院外的债务咨询,债务咨询只是作为一种可选择的服务提供给消费者债务人^⑤。而前置模式要求案件进入破产程序前,需要先进入庭外程序,只有无法在庭外程序中达成协议时或者获得相应的信用证明时才能进入破产程序。如德国要求债务人在进入破产程序之前需要经过庭外的债务清理与庭内法官主持的债务清理^⑥,美国要求债务人在进入破产程序180天前需要获得信用咨询证明^⑦。前置模式和选择模式的区别在于:前置模式能够使所有符合条件的案件尽可能在庭外处理,最大程度地实现司法资源合理分配,但可能造成程序拖延,反而增加成本;而选择模式则适用较为灵活,避免了程序的拖延与资源的浪费,可使债务人快速免责,但可能无法得到自觉适用。

对于我国个人破产庭外程序应采取前置模式还是选择模式,学界存在不同观点^⑧。本文认为,与选择模式相比,前置模式应为我国现实之选。首先,前置模式与我国个人破产立法理念相符。一些国家偏爱选择模式庭外程序的原因在于这些国家的个人破产制度相对宽松,为债务人申请破产设置了

① 付翠英:《破产法比较研究》,北京:中国人民公安大学出版社,2004年,第241-242页。

② 卜璐:《消费者破产法律制度比较研究》,武汉:武汉大学出版社,2013年,第81页。

③ 王欣新:《破产法》(第4版),北京:中国人民大学出版社,2019年,第270页。

④ 谷口安平主编:《日本倒产法概述》,佐藤孝弘、田言等译,北京:中国政法大学出版社,2017年,第239页。

⑤ 卜璐:《诉讼外消费者债务清理制度研究》,《法律科学(西北政法大学学报)》2014年第1期。

⑥ Kilborn J. J., "The Innovative German Approach to Consumer Debt Relief: Revolutionary Changes in German Law, and Surprising Lessons for the United States", *Northwestern Journal of International Law & Business*, 2004, 24(2), pp.257-298.

⑦ Wedoff E. R., "Major Consumer Bankruptcy Effects of BAPCPA", *University of Illinois Law Review*, 2007, 31(1), pp.31-66.

⑧ 建议采取选择模式的观点有:刘静:《个人破产制度研究——以中国的制度构建为中心》,北京:中国检察出版社,2010年,第192-193页;熊杰:《个人破产救济程序的选择与建构》,《人民司法(应用)》2020年第10期;刘颖:《日本的个人破产免责制度及其借镜》,《经贸法律评论》2020年第5期。建议采取前置模式的观点有:卜璐:《消费者破产法律制度比较研究》,武汉:武汉大学出版社,2013年,第66页;赵万一、高达:《论我国个人破产制度的构建》,《法商研究》2014年第3期;刘冰:《论我国个人破产制度的构建》,《中国法学》2019年第4期;张阳:《个人破产何以可能:溯源、证立与展望》,《税务与经济》2019年第4期;李宏伟:《我国构建个人破产制度的现实困境与法治对策》,《中州学刊》2019年第11期等。

较宽松的条件和较少的障碍^①。而我国目前财产登记和监管制度尚不健全,诚信机制和失信惩戒措施有待完善,加之民众破产观念尚未形成,对破产的接纳程度不高,个人破产制度的设置应较为严格。如为防止个人破产制度被滥用,我国应设置较高的破产申请门槛^②。而前置的庭外程序,相当于提高了个人破产申请的门槛。在庭外程序期间,相关机构工作人员会要求债务人提供资产证明和债权债务清册等相关材料,并通过审查上述材料,了解债务人的资产负债状况,明确其是否真正“诚实而不幸”,防止债务人滥用破产程序逃债。

其次,相较于选择模式,前置模式能够最大程度发挥庭外程序的作用。如前文所述,破产审判资源稀缺和公众破产观念淡薄是我国个人破产立法面临的阻碍,此时更应该发挥庭外程序保证司法资源合理分配和顺畅个人破产制度落地的作用。相较于选择模式,前置模式一方面能最大限度地分流个人破产案件,节省司法资源,减轻法院的负担,使得有限的司法资源能够得到最好的分配;另一方面,前置的庭外程序亦可通过债务咨询和调解协商,最大限度地发挥其引导正确债务观念、推动我国民众偿债观念转型的作用。此外,前置模式还能增加在庭外解决债务问题的可能,使得债务人能够在庭外解决纠纷,避免因进入庭内程序而造成大量时间和金钱成本,即便无法在庭外解决问题,庭外程序亦能提高庭内程序的运作效率,减少处理问题的成本。

最后,从世界范围来看,选择模式未得到广泛适用,而前置模式逐渐成为立法主流。一方面,越来越多的国家将庭外程序前置。如美国在2005年之前采取选择模式,但个人破产申请人数过多,为防止免责制度被滥用^③,2005年美国国会通过《预防滥用破产与消费者保护法案》,增设强制的前置信用咨询程序,要求提交破产申请的个人债务人在破产申请日前180日内,接受经授权的、非营利的信用咨询机构提供的信用咨询服务,并提交信用咨询报告^④。另一方面,各国也考虑到前置模式的弊端,并进行相应的改革。如德国2006年对消费者破产程序进行修订,将明显无希望达成债务清偿协议的情形排除适用庭外程序,以限制前置庭外程序的适用范围^⑤。此修订使那些无和解可能或毫无偿还能力的债务人可直接进入庭内程序,减少当事人时间和费用的支出,加速程序的进程。可以说,将个人破产庭外程序前置并限制其适用范围正逐渐成为当前各国个人破产制度的改革方向^⑥。

综上所述,前置模式的庭外程序应为我国现阶段的最佳选择。在采取前置模式并以其为基础进行制度构建时,需明确以下几个问题:其一,前置模式并非要求全部案件都要先经过庭外程序的处理,存在可以直接进入庭内破产程序的例外情形。如《美国破产法》即规定了免除债务人接受前置信用咨询要求的情形^⑦。《德国破产法》也规定前置庭外程序的例外情形,对于显然无成立可能的,允许其不通过庭外程序而直接进入庭内程序^⑧。我国亦应对前置庭外程序的例外情形进行规定。其二,前置模式的庭外程序虽然存在一些固有的缺陷,但是可以在具体制度的构建中予以弥补。例如,为防止程序的拖延,可顺畅庭外程序与庭内程序的衔接,在庭外程序开始前、庭外程序进行中和债务清偿协议执行中,若出现债务清偿协议无法达成或无法执行的情形,应及时采取相应措施,使符合条件的案件

① 卜璐:《诉讼外消费者债务清理制度研究》,《法律科学(西北政法大学学报)》2014年第1期。

② 孙颖:《论我国个人破产法律制度的构建》,《现代法学》2006年第3期。

③ Landry R., “Ten Years after Consumer Bankruptcy Reform in the United States: A Decade of Diminishing Hope and Fairness”, *Catholic University Law Review*, 2016, 65(4), pp.693-711.

④ 殷慧芬:《美国破产法2005年修正案述评》,《比较法研究》2007年第2期。

⑤ 沈冠伶:《消费者债务清理制度之研究》,《台北大学法学论丛》2008年第1期。

⑥ 卜璐:《诉讼外消费者债务清理制度研究》,《法律科学(西北政法大学学报)》2014年第1期。

⑦ Victoria L. V., “The Exigent Circumstances Exception to the Pre-Petition Credit Counseling Requirement under the Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005: Exigent or Extreme?”, *DePaul Business & Commercial Law Journal*, 2008, 6(2), pp.265-314.

⑧ 李飞主编:《当代外国破产法》,北京:中国法制出版社,2006年,第115页。

尽快转入庭内破产程序。又如,可赋予在庭外达成的债务清偿协议以强制执行力,并对债务清偿协议的执行进行监督,以弥补其强制力的缺失。相关制度的构建将在下文具体展开。

四、个人破产庭外程序的制度构建

(一)庭外程序运行方式的选择

庭外程序的运作方式主要可分为三种,即和解型、调解型与信用咨询型。和解型以我国台湾地区2007年“消费者债务清理条例”中规定的金融机构协商程序为典型,其特点是由债权人和债务人自主协商,得出债务清偿方案;调解型以法国等欧洲大陆国家的债务清偿协商委员会调解制度为代表,其特点为债权人和债务人在第三方机构的调解下,互相妥协让步,得出债务清偿协议;信用咨询型则以美国和加拿大为代表,其特点是由信用咨询机构对债务人的财产和信用状况进行调查得出的信用咨询报告,作为判断是否能够进入个人破产程序的依据。对于我国个人破产庭外程序应当采取哪种模式,学界观点不一:有学者建议借鉴美国的法庭外债务咨询模式^①,也有学者建议采用德国的双重债务清偿和解模式^②,还有学者建议采取单一庭外和解的模式^③。本文认为,我国个人破产庭外程序应采取综合的债务清理调解模式,以调解为主要手段,并将信用咨询贯穿调解的始终。理由如下:

其一,相较于和解,调解更加符合我国需要。我国民众的不免责观念和破产羞耻观念仍重,债权债务双方通过自行和解达成债务清偿协议希望不大,可能导致和解型的庭外程序形同虚设。而调解与和解的区别在于调解有第三方介入^④,专业第三方不仅能够为双方提供资产负债报告等信息,为双方协商提供基础材料,而且其前期进行调查债务人资产状况、厘清债务关系、制定偿还方案等工作,还可为后续司法程序提供辅助^⑤。第三方的存在,能够引导双方进一步交流理解,互相让步,促成债务清偿协议的达成,提高庭外债务清偿协议达成的成功率。因此,存在第三方居中协调的调解模式更具优势。

其二,信用咨询可与调解有机融合。信用咨询存在独特优势,其不仅能对债务人的资产负债状况等进行核实,为调解程序的进行提供基础。同时,信用咨询通常与债务人教育制度结合,使债务人能够学习如何管理财物、了解破产的原因、保持良好的个人财务状况,避免再次破产^⑥。但是,信用咨询的适用需要有较为发达的信用咨询市场、值得信赖的信用咨询机构和信用意识较高的公民,而我国尚未具备较为完整的信用市场,单独采取信用咨询型庭外程序可能无法达到预期的效果。对此,可考虑在构建我国个人破产庭外程序时将信用咨询与调解适当整合,以调解为主要内容,并将信用咨询融入调解过程中,由相关机构调查债务人资产负债情况,并以此为依据出具调解意见。将调解与信用咨询有机融合,一方面能避免单纯的信用咨询在我国运行困境,另一方面,能够同时发挥调解和信用咨询的制度优势,共同助力庭外程序的进行。实践中,两种程序也有融合趋势。如在信用咨询程序中,咨询顾问经常需要在双方间就偿还计划的条款进行调解,大多数情况下单纯的咨询会发展成协商调解^⑦。我国台湾地区曾经设想使协商与信用咨询互相独立,但后来遭到反对,其中一个重要原因即为

① 刘冰:《论我国个人破产制度的构建》,《中国法学》2019年第4期。

② 杨显滨、陈风润:《个人破产制度的中国式建构》,《南京社会科学》2017年第4期。

③ 沈俊森:《我国个人破产制度研究》,《海南金融》2018年第9期。

④ 宋朝武:《调解立法研究》,北京:中国政法大学出版社,2008年,第139页。

⑤ 卜璐:《诉讼外消费者债务清理制度研究》,《法律科学(西北政法大学学报)》2014年第1期。

⑥ Berry R. E., McGregor S. L. T., “Counselling Consumer Debtors under Canada’s Bankruptcy and Insolvency Act”, *Osgoode Hall Law Journal*, 1999, 37(1-2), pp. 369-385.

⑦ 杰森·J.吉伯恩:《个人破产法比较研究》,徐阳光、李丽丽译,北京:法律出版社,2022年,第24页。

二者不应割裂开,而应适当整合^①。

(二)庭外程序主导机构的设置

庭外程序主导机构,即主导个人破产庭外程序运作等相关工作的机构。债务清偿协议的达成与执行,与主导机构密切相关,若无适当的机构参与,庭外程序不仅可能无法起到应有的作用,还有可能成为债权人压榨债务人的工具。因此,应建立相应的机构,为个人破产庭外程序提供高水平的中介服务,保障其正确顺利实施^②。

域外的庭外程序主导机构可分为行政型和社会型,二者各具特点。行政型以法国为代表。法国负责个人破产庭外程序的机构为“个人负债委员会”,该机构由政府代表、银行代表、国库代表、法律专家和当地社区工作者组成^③,既能够代表债权人、债务人等社会多方的利益,也有效保证了程序的运行效率,同时具有一定的科学性。而社会型以美国和加拿大为代表。加拿大的消费者债务人在无法清偿债务时,可寻求非营利信用机构的帮助^④。社会型机构的优点在于,不占用政府资源,同时可根据需要增减工作人员以应对不同情形。对于我国庭外程序主导机构的选择,有学者认为,可由消费者协会、商会、行会等专门机构主持庭外协商^⑤;还有学者认为,中国银行业协会为全国非营利团体,具有较为完善的分支机构网络,适合主持庭外程序^⑥。

综合分析比较两种性质的庭外机构,并结合我国相关制度基础,本文认为,我国应选择行政型机构。首先,社会型机构不宜处理个人破产庭外事务。个人破产案件相较于企业破产案件数额较小,且存在大量的无产可破案件,相关机构所能获得的报酬较少,甚至无法获得报酬,其付出和回报可能不成比例^⑦。因此,社会型机构的积极性可能会不高,有怠于处理个人破产庭外程序中的相关工作之可能。同时,社会型的机构不免受利益影响而不能保持公正,可能操纵市场、有违诚信而给债权债务双方造成伤害^⑧。即使存在相应的监管措施,债权人仍有可能与庭外机构串通,在庭外程序中损害债务人的利益。我国台湾地区“消费者债务清理条例”中规定的金融机构协商程序,即被学者认为实质上是金融机构剥削债务人的工具^⑨。

其次,法院不应主导庭外程序的进行。虽然由法院参与庭外程序的进行并予以适当监管是较为理想的选择,且能够顺畅与庭内程序的衔接,但法院不应也无法负责庭外程序的运行。一方面,庭外程序设置的的目的之一即为在庭外解决部分债务清偿不能案件,分流个人破产案件,减轻法院的负担。若再由法院负责庭外程序的运用,会增加法院负担,与庭外程序的设置目的相违背。另一方面,法院应当将司法职能与行政职能进行区分,以保证法院能够专注于作出公正裁判^⑩。目前,我国法院在处理破产案件中的非司法性社会问题时,对政府机关的行政支持与服务存在强烈的依赖。因此,个人破产制度的设计应当明确法院的职责,使其专心于司法事务的处理。

最后,行政型机构符合我国需要。其一,个人破产中需要行政介入。个人破产的行政介入,是对

① 沈冠伶:《消费者债务清理制度之研究》,《台北大学法学论丛》2008年第1期。

② 王欣新:《个人破产法的立法模式与路径》,《人民司法(应用)》2020年第10期。

③ Kilborn J. J., “La Responsabilisation de l’Economie: What the United States Can Learn from the New French Law on Consumer Overindebtedness”, *Michigan Journal of International Law*, 2005, 26(2), pp.619-671.

④ Ben-Ishai S., Schwartz S., “Credit Counselling in Canada: An Empirical Examination”, *Canadian Journal of Law & Society*, 2014, 29(1), pp.1-20.

⑤ 刘静:《个人破产制度研究——以中国的制度构建为中心》,北京:中国检察出版社,2010年,第194页。

⑥ 卜璐:《消费者破产法律制度比较研究》,武汉:武汉大学出版社,2013年,第181页。

⑦ 熊杰:《个人破产救济程序的选择与构建》,《人民司法(应用)》2020年第10期。

⑧ Gross K., Block-Lieb S., “Empty Mandate or Opportunity for Innovation? Pre-petition Credit Counseling and Post-Petition Financial Management Education”, *American Bankruptcy Institute Law Review*, 2005, 13(2), pp.549-570.

⑨ 黄国钟:《民事更生与破产法院——兼评司法院“消费者债务清理条例”草案(下)》,《司法改革杂志》2006年第4期。

⑩ 贺丹:《论个人破产中的行政介入》,《经贸法律评论》2020年第5期。

信用经济的维护,也是高效处理过度负债的风险、维护社会稳定和公共利益的需要,而构建主持庭外程序的破产管理行政机构,正是行政介入的表现^①。并且,债务人资产负债情况的调查、债务清偿协议的达成及履行情况的监督等也需行政机关参与。其二,行政型的庭外机构与现有个人破产立法探索相符。《深圳个破条例》创造性地设立承担破产办理中行政事务的“破产事务管理部门”,而破产事务管理部门的职责之一即为主持庭外和解,庭外程序由行政机关主导已为《深圳个破条例》所肯定。2021年3月1日,深圳市破产事务管理署挂牌成立,深圳市破产事务管理署运行中的相关经验能够为今后我国行政型庭外程序主导机构的组建提供借鉴。其三,行政型机构的运作资金主要来自政府拨款,因此能够在庭外程序的运行过程中较好地保持中立与透明,平等维护债权人与债务人的利益。

综上所述,本文建议我国设立行政型的庭外机构,一方面,能够减轻法院的负担,使法院能够集中精力处理案件,同时能够避免市场化的庭外机构的诸多弊端,尽可能保证处理过程与结果的公平;另一方面,行政型的机构能与政府各部门协同,在调查债务人资产负债状况、顺畅与庭内程序衔接、监督债务清偿协议方面具有天然的优势。在具体机构的构建上,可以借鉴深圳经验,设立一个综合性的管理破产事务的机构,负责处理包括主持庭外程序在内的个人破产中的非司法性事务,提高个人破产案件办理质效。

(三)债务清偿协议的达成与执行

我国个人破产庭外程序以调解和信用咨询为内容,通过相关机构的居中协调,使债权人与债务人互相让步,最终达成债务清偿协议。若债务清偿协议顺利执行完毕,则债权债务消灭。债务清偿协议的达成与执行,直接关系到庭外程序作用的发挥。

债务清偿协议的本质是民事契约,其达成是债务人与债权人意思自治的结果,需全体债权人一致同意。在债权人数量较多的情况下,可以考虑推举几位债权人代表组成债权人委员会,由债权人委员会代表全体债权人与债务人进行协商^②。债务清偿协议应当适用《民法典》中关于民事法律行为无效与可撤销的规定,但应结合庭外程序的特点而进行相应的调整,如为确保程序的效率,在因重大误解达成的债务清偿协议被撤销时,应允许双方再次协商;而在双方恶意串通或一方欺诈、胁迫另一方达成的债务清偿协议被撤销时,至少一方没有通过庭外程序解决问题的诚意,应不允许再次协商。

债务清偿协议达成后,即进入执行阶段,债务人应按照债务清偿协议中规定数额和时间等进行清偿。债务清偿协议的执行取决于债务人的自觉,为保证债务清偿协议的执行效果,应采取一定的措施。除赋予经公证的协议以强制执行效力^③,还应规定一定的监督措施。对于监督的具体内容,可从以下几个方面考虑:第一,监督人员。因个人债务数额通常较少且债权债务关系较为简单清晰,可由庭外机构的工作人员负责监督,同时,债权人在发现债务人有不当行为时可向庭外机构报告,由工作人员查证并采取相关措施。第二,监督方式。可要求债务人定期向庭外机构报告债务清偿协议的执行情况及财产变动情况,同时,工作人员也应进行定期监督。第三,监督内容。工作人员应主要监督债务人的工作状况和财产变动情况,重点考察其是否存在无偿转让财产、以明显不合理的价格进行交易、对没有财产担保的债务提供财产担保等情形。

若债务清偿协议执行完毕,则可申请人民法院裁定认可,人民法院裁定认可后,债务清偿协议的执行程序终止,双方债权债务消灭。若债务清偿协议执行不能,则应区分处理。第一,若债务人明确表示其拒绝执行债务清偿协议,或以行为表明拒绝执行债务清偿协议的,可认定为拒绝履行债务清偿协议,进而由庭外机构出具相关证明,转入庭内程序。第二,若债务人因为家庭变故、工作问题、身体状况等原因而客观上无法履行债务清偿协议,可由庭外机构协调双方再次沟通,若状况可在一定时间

^① 贺丹:《论个人破产中的行政介入》,《经贸法律评论》2020年第5期。

^② 李宏伟:《我国构建个人破产制度的现实困境与法治对策》,《中州学刊》2019年第11期。

^③ 赵万一、高达:《论我国个人破产制度的构建》,《法商研究》2014年第3期。

内改善,且债权人同意给予宽限,则可认定为双方再次达成协议,反之则应认定债务清偿协议执行不能,并出具相关证明,进而转入庭内程序。第三,若债务人死亡,债权人可根据我国《民法典》相关规定向死亡债务人的遗产管理人申报债权,并按一定比例获得分配;若债务人丧失民事行为能力,可由债务人的法定代理人负责债务清偿协议的执行,执行不能的转入庭内程序。

(四)庭外程序与庭内程序的衔接机制

为应对前置庭外程序可能造成程序拖延、时间浪费等缺陷,应顺畅庭外程序与庭内程序的衔接,在庭外程序中及时发现可能导致庭外程序无法继续进行的特殊情形,采取相应措施,使符合一定条件的案件尽快转入庭内程序,提高解决问题的效率。庭外程序与庭内程序的衔接主要发生在三个阶段:一是在庭外程序开始前;二是在庭外程序进行中;三是在债务清偿协议执行的过程中。因债务清偿协议执行的相关问题前文已有论述,下文主要讨论前两种情形。

其一,庭外程序开始前的衔接。对于庭外程序开始前出现哪些情形时,可以直接进入庭内程序,可以区分主观和客观两种情形进行讨论。(1)在主观情形方面。因庭外调解实质为民事调解,若债务人明确表示拒绝通过庭外程序解决债务不能清偿问题,其他人如何努力也是徒劳的,应当允许其直接进入破产程序。也是出于类似的考虑,我国《企业破产法》第95条第1款仅将和解申请权给予债务人,明确规定:“债务人可以依照本法规定,直接向人民法院申请和解;也可以在人民法院受理破产申请后、宣告债务人破产前,向人民法院申请和解。”但为尽可能提高庭外程序利用率,避免债务人因对庭外程序认知不足而选择回避,应在充分告知其庭外程序的好处及庭内程序可能对其带来的影响后,给予其一定的考虑时间,若其仍表示反对,则允许其直接进入庭内程序。同时,为避免债务人利用破产免责逃避债务,相关机构应对债务人的财产状况和资产负债情况进行调查,明确其是否符合申请破产的条件以及是否存在逃债嫌疑。而若债权人拒绝庭外协商,则不应直接进入破产程序。一方面,以债权人主观方面为不进入庭外程序的例外情形,将导致庭外程序减轻法院负担的目的无法实现。另一方面,债权人人数众多,若只要有债权人拒绝进行庭外程序即可直接进入破产程序,对债务人和其他债权人会有所不公。因此,若仅部分债权人反对,则仍应进入庭外程序,由工作人员对债务人的资产负债情况进行调查并就双方债务清偿的数额、时间与方式等进行协调。(2)在客观情形方面。按照《美国破产法》规定,在四种情形下,法院会免除债务人接受信用咨询的要求:第一,债务人能够证明“存在应予免除的紧急情形”;第二,债务人因为丧失行为能力或残疾而不能完成这一要件;第三,债务人正在服兵役的;第四,联邦托管人认为申请人所在的联邦地区内,信用咨询服务是不合理便利的^①。美国规定不进入庭外程序的例外情形,主要适用于债务人在客观情形下无法及时获得信用咨询报告以至于无法获得破产保护情况。我国前置庭外程序的主要功能在于在庭外调解协商以达成债务清偿协议解决债务清偿不能问题,以分流破产案件实现司法资源的合理分配,为保障程序运行的效率,快速解决债务清偿不能问题,应允许债务人因出现客观情形而直接进入破产程序,但应对客观情形作适当限制,以防被滥用为逃避庭外程序的工具。

其二,庭外程序进行中的衔接。在庭外程序进行中,若出现无法达成债务清偿协议等情形时,同样应与庭内程序顺畅衔接。除债务人明确表示拒绝外,还可从以下几个方面判断债务清偿协议是否具备达成的可能。第一,超过一定期限未达成债务清偿协议。效率是庭外程序的重要考量因素,为保证庭外程序的高效进行,应为债务清偿协议的达成设置一定的期限,若期限届满未达成债务清偿协议,则由庭外机构出具相关证明,经审查后将案件转入庭内程序,以防止程序的拖延,给双方当事人造成更大的损害。同时,若债务人或多数债权人认为有延期必要的,且存在延期后达成协议可能的,经庭外机构审查后,可允许适当延期。第二,双方关系恶化。债务清偿协议的达成以双方关系和谐为基础,若在庭外程序进行中,双方关系恶化,无法继续协商,可先对双方进行教育说明,若双方关系仍处

^① 查尔斯·J·泰步:《美国破产法新论》(第3版),韩长印、何欢、王之洲译,北京:中国政法大学出版社,2017年,第144页。

于恶化状态,可认定无达成债务清偿协议的可能,庭外机构应出具相关证明,经审查后将案件转入庭内程序。第三,无达成债务清偿协议之可能的其他情形。对于其他可能无法达成债务清偿协议的情形,可由庭外机构的工作人员根据具体情形进行判断。工作人员在进行判断时应综合考虑债务人的财产信用状况、工作状况、家庭状况、身体情况、债务数额、债权人数量、债务性质等因素。

五、结语

个人破产庭外程序是个人破产制度的重要组成部分,对于个人破产制度的顺利运行至关重要。个人破产庭外程序不仅能够合理分配司法资源,实现社会效率最大化,还与我国社会传统相符,可推动民众债务清偿观念的转型,而且能够降低案件的处理成本,体现破产程序效率追求。我国司法外纠纷解决机制的发展和个人债务清理与个人破产的试点,为我国个人破产庭外程序的构建提供了现实基础。庭外程序与破产和解制度存在实质差异,且破产和解制度具有独特优势,二者应共同服务于个人破产案件的处理。前置模式的庭外程序可最大程度发挥庭外程序的制度优势,能够适应我国目前相关信用机制不健全、民众对破产的接纳程度不高的社会现状,并与世界个人破产立法趋势相符。我国的个人破产庭外程序应以调解为基础,将信用咨询融入其中,并设立行政型的破产事务管理部门,主导程序的进行。债务清偿协议的达成需全体债权人一致同意,为保障债务清偿协议的执行,可赋予其以强制执行力并设置完善的监督措施。为克服前置模式庭外程序的固有缺陷,我国应顺畅庭外程序与庭内程序的衔接,在庭外程序开始前、庭外程序进行中以及债务清偿协议执行中,若出现债务清偿协议无法达成或无法执行的情形,尽快将案件转入庭内程序。

囿于篇幅,对于个人破产庭外程序运行中的细节问题,本文未作详尽讨论,有待学界进一步研究。期待本文的探索能够为我国个人破产庭外程序的构建提供理论支撑和立法参考,助推我国个人破产立法。

On the Construction of Out-of-court Procedure System of Personal Bankruptcy in China

Zhang Shanbin Zhai Yuxiang

(School of law, Wuhan University, Wuhan 430072, P.R.China)

Abstract: The out-of-court procedure of personal bankruptcy can settle debts out of court and collaborate with the in-court procedure of personal bankruptcy to realize the reasonable allocation of judicial resources and maximize social efficiency. In addition, the out-of-court procedure of personal bankruptcy, which is in line with Chinese social traditions, can be accepted by the public easily and can promote the transformation of people's thoughts about debt repayment. It is an effective way for personal bankruptcy to be successfully implemented in China. Moreover, the out-of-court procedure of personal bankruptcy reflects the value of the efficiency of bankruptcy law. It can not only solve problems out of court to reduce the expense of resolving bankruptcy cases, but also provide assistance for the in-court procedure and improve its efficiency. The development of alternative dispute resolution and the attempts of personal debt liquidation and personal bankruptcy provide the basis for the construction of out-of-court procedure of personal bankruptcy in China. The bankruptcy reconciliation system has its advantages and exerts a crucial role in the personal bankruptcy procedure. It differs from the mediation in the out-of-court procedure. Therefore, the bankruptcy

reconciliation procedure can co-exist with the out-of-court procedure to serve the processing of personal bankruptcy cases. A type of out-of-court procedure, which is considered the pre-requisite for every individual to file a bankruptcy petition, can maximize the advantages of the out-of-court procedure in ensuring the reasonable allocation of judicial resources and the smooth implementation of the personal bankruptcy system. It can adapt to the current social condition in China that the credit mechanism has not yet fully developed and the public find it difficult to accept personal bankruptcy. And this type of out-of-court procedure of personal bankruptcy is in line with the tendency of personal bankruptcy legislation worldwide. The advantage of mediation is that a third party in it can offer basic materials for the negotiation among the creditors and the debtors and provide assistance for the subsequent judicial proceedings. Although credit counselling also has its advantages, the basis for constructing an independent credit counselling system does not exist in China. Therefore, China's out-of-court procedure of personal bankruptcy should adopt a comprehensive debt mediation model which integrates mediation and credit counselling. Social institutions may lack the incentive to resolve disputes out of court due to the possible disproportion between expenditures and returns. In contrast, administrative institutions have advantages in investigating debtors' property and liabilities, connecting with the in-court procedure of personal bankruptcy and supervising the execution of debt liquidation agreements. Therefore, an administrative institution in charge of the operation of the out-of-court procedure of personal bankruptcy should be established in China. The achievement of a debt liquidation agreement requires the unanimous consent of all creditors in the out-of-court procedure of personal bankruptcy. To ensure the enforcement of the debt liquidation agreement, compulsory enforcement force should be given to debt liquidation agreements and perfect supervision measures should be set up. When a debt liquidation agreement cannot be reached or enforced, the case should be brought to in-court procedure timely.

Keywords: Personal bankruptcy; Out-of-court procedure; Out-of-court mediation; Debt settlement

[责任编辑:林 舒]