

文章分享 | 《个人破产中的家庭住宅抵押问题及进路探究》

曹蕊 [浙江省破产管理人协会](#) 2023-01-05 19:00 发表于浙江



浙江省
破产管理人
协会

ZheJiang
Association of
Bankruptcy
Administrators
ZJABA

按语：本文是浙江省法学会破产法学研究会第二届主题征文优秀奖获奖文章。作者曹蕊，系上海交通大学硕士研究生。

感谢作者授权浙江省破产管理人协会微信公众号推送。

《个人破产中的家庭住宅抵押问题及进路探究》

曹蕊

【摘要】：伴随着家庭住宅抵押的普遍化和个人破产实践的推进，个人破产中的家庭住宅抵押问题亟待解决。目前国内的相关规范在这一问题上有较大缺失。个人破产清算和个人重整程序分立模式下的问题存在差异，需要分别寻求问题的解决进路。在个人破产清算程序中，家庭抵押住宅的处置面临是否豁免、抵押权能否实现以及如何实现的难题；在个人重整程序中，则存在住宅抵押权是否应该暂停行使以及暂停行使的理论基础、抵押

债权能否调整以及如何调整的难题。针对个人破产清算程序中的家庭抵押住宅，本文主张借鉴价值豁免理论，采取豁免价值保留模式，即抵押权人可实现抵押权，但同时为债务人保留豁免价值，除非抵押权的实现属于无益拍卖。针对个人重整程序中的家庭住宅抵押权难题，则宜以重整价值理论作为正当性基础；对抵押债权的调整，应当根据家庭住宅的价值与待清偿债权的关系作类型化处理，仅允许对“吃水线下”的房屋进行担保债权的剥离，从而实现债权的调减，否则只能通过协商一致优先、家庭住宅抵押特别条款作补充的方式进行偿债的纾缓。

【关键词】：家庭住宅；抵押债权；价值豁免；重整价值；家庭住宅抵押特别条款

近十年间，我国的居民负债杠杆率大幅上升，反映出消费贷、住房抵押贷款压力的加重，信用卡违约、房贷违约的频率也有所增加。^[1]2020年末，中国已有49.57万亿消费贷款，个人住房贷款余额超过30万亿，约占个人贷款的54.5%。^[2]根据对浙江台州国有商业银行的调研，按揭住房个人贷款占贷款业务的比重高达70%。^[3]可以窥见，房屋抵押与个人破产之间有着微妙联系：房贷是当前个人破产的重大诱因，而家庭住宅抵押的处置在个人破产中是一个普遍性问题。^[4]公众朴素的法感情关注个人能否保留家庭住宅以及家庭住宅上的抵押债权如何清偿等问题，在破产法研究视域下，这些问题背后的法理困境和解决进路有待深入探究。

一、现行立法对家庭住宅抵押问题的回应与不足

（一）《深圳个人破产条例》应对之不足

1. 家庭住宅豁免规范的缺失

豁免财产，也称自由财产，是指不纳入破产财产进行清偿而归于债务人的财产。^[5]从目的来看，其主要是为了保障债务人及债务人所抚养、赡养和扶养者的人权。^[6]

《深圳个人破产条例》第 36 条对豁免财产进行了划定财产类型式规定，同时设置了豁免财产的价值上限。^[7]仅基于该条文义，家庭住宅是否属于豁免财产尚不明确。若立法本意为将家庭住宅纳入豁免财产范围，或许第 1 款第 1 项规定的“债务人及其所扶养人生活、学习、医疗的必需品和合理费用”和第 2 项“因债务人职业发展需要必须保留的物品和合理费用”在解释论上尚有适用余地。然而，该条第 2 款和第 3 款的规定又似乎使其无从豁免：第 2 款规定，“价值过大”的财产不得豁免，第 3 款规定，除表彰荣誉和具有人身专属性的金钱外，豁免财产数额累计上限为 20 万。由于近年国内商品房单位面积均价已然逼近万元，家庭住宅很可能会被排除在豁免财产之外。^[8]

2. 豁免财产制度与家庭住宅抵押特别条款的关系模糊

《深圳个人破产条例》在豁免财产与家庭住宅抵押特别条款的关系上存在逻辑混乱，反映出我国对清算和重整程序的差异认知不足。

从规范的体系解释出发，^[9]《深圳个人破产条例》中的豁免财产似乎可同时适用于清算程序和重整程序：豁免财产的规定位于第三章“债务人财产”中，而“债务人财产”与第七章“破产清算”和第八章“重整”系并列关系。与此同时，《深圳个人破产条例》在“重整”一章中创设了“家庭住宅抵押贷款方案”这一概念，难免使人对其与豁免财产制度间的关系

产生困惑：重整中是否存在豁免财产制度？若家庭住宅属于豁免财产，为何仍要继续进行贷款偿还？

在比较法上，豁免财产多明确规定于清算程序中，因此家庭住宅的豁免问题也只在清算程序中存在，而家庭住宅抵押特别条款则是重整中的特殊制度。如我国台湾地区《消费者债务清理条例》将豁免财产规定于第三章第二节“清算财团之构成及管理”，该条例第 98 条规定，专属于债务人本身之权利及禁止扣押之财产，不属于破产财产。^[10]日本关于豁免财产的规定见于日本《破产法》，而该法仅适用于清算程序。^[11]考诸英美法系，英国《1986 破产法》中的豁免财产规定于“清算”部分。^[12]美国关于豁免财产的规定并非位于清算一章，但此种立法模式被认为可能带来法律适用的混乱。^[13]《深圳个人破产条例》在豁免财产的体系归位不明确，与美国法存在相似弊端。

3. 家庭住宅抵押权的暂停行使与债权调整规则不明

《深圳个人破产条例》第 110 条规定，重整期间，债务人特定财产上有担保权，且该财产为重整所必需的，该担保权暂停行使，除非存在担保物损坏或价值明显减少的可能。该规定与我国《企业破产法》对担保权在重整程序中的限制基本一致。^[14]

然而，《深圳个人破产条例》第 114 条、第 115 条提出的“家庭住宅抵押贷款方案”概念与重整程序中的担保权暂停行使规则之间的关系有待探讨。《深圳个人破产条例》中，家庭住宅抵押权暂停行使的逻辑是：若债务人与债权人达成家庭住宅抵押特别条款合意，抵押权一律暂停行使。家庭住宅抵押权的暂停行使与特别条款之间的逻辑关系在此存在倒置：特

别条款本应为抵押权暂停行使规则的配套制度，而非抵押权暂停行使的实现方式。

与此同时，《深圳个人破产条例》也未明确家庭住宅抵押特别条款的具体内容，仅规定债务人和债权人可对抵押贷款的本金、利息、清偿期限和方式等内容达成合意。对于合意无法达成的情形，该条例并未给出可供选择的方案。

（二）地方性个人债务清理规范的局限

除《深圳个人破产条例》外，国内部分地方也陆续开始“类破产”实践，尤其浙江法院的个人类破产实践经验较为丰富。^[15]

地方性个人债务清理规范在模式分立上的尝试值得肯定。当前多地的个人债务清理制度可谓“类破产清算”，主要是以债务人财产对债权进行统一清偿后予以免责，但已有部分地方法院开始了“类重整”尝试。如《台州规程》在第39条中以债务人是否有未来预期收入为划分标准，规定了债务整理和债务清理两类程序，并在第7章对“债务整理程序”进行专门规定。

然而，个人债务清理虽已具备个人破产的制度外观，但本质上仍是执行和解阶段的特殊安排。^[16]个人债务清理的推进取决于债权人和债务人的意思自治，在二者地位悬殊、债权人让步几无可能的案件中，此类规范的有效性便存疑，尤其是家庭住宅抵押债权人多为银行等金融机构，其对于贷款的处置有严格的规程，欲使其让步并非易事。^[17]此外，在家庭住宅豁免的问题上，各地方规范并未超出《深圳个人破产条例》的框架，前述规范对家庭住宅抵押权的暂停行使和债权的调整也并未作出回应。

二、个人破产中家庭住宅抵押处置困境的法理分析

（一）清算与重整程序分立背景下问题的差异

随着个人破产制度不断发展，各国立法例也发展出了颇具特色的个人破产程序。如美国在《联邦破产法典》第7章“清算”外并行第13章“有固定收入的个人债务调整”，后者被学者称为“引领了21世纪破产的重整重建潮流和趋势的榜样程序”^[18]。日本则于2001年在《民事再生法》中新设小规模个人再生程序，主要适用于自然人个体经营者。部分问题在个人破产不同程序中的差异也逐渐显现，家庭住宅抵押的处置尤为如此。

1. 个人破产清算：快速免责的法律救济

作为破产法的“定海神针”^[19]，清算可谓个人破产中最为重要的程序。^[20]个人破产清算是对债务人无偿债能力的承认和宣告。^[21]其强调全面清理债务人财产进行变价分配，即时清偿全部债务，因此与其配套的是财产变价制度、财产分配制度，同时也更强调免责的及时。^[22]《深圳个人破产条例》规定的法定免责考察期为3年，最长可延长2年，债务人若清偿剩余债务达到一定比例，还可在1年或2年考察期届满后直接申请免责。^[23]

同时，清算的免责是一种法律干预下的强行免责，债权清偿比例和免责程度均取决于破产财产的多寡。然而，此种做法也有潜在弊端：债务人财产已最大程度被用于清偿，因此其想要实现经济上的重生将十分困难。^[24]由于个人破产既无法消灭自然人的法律人格，也无法终止其自然存在的状态，^[25]豁免财产制度因此成为个人破产清算程序的关键内容。

2. 个人重整：以未来收入“挣来”的再生机会

不同于清算中的一举清偿和免责，个人重整程序中的债务人以未来可预期收入“挣得”再生的机会。比之个人破产清算，个人重整实现免责的路径是一种“挣来的开始”^[26]，且在时效性上更为缓和。因此，豁免财产制度和失权制度与个人重整并不适配。

就免责的实现路径，在个人重整程序中，债务人以其未来收入进行偿债规划，并同时进行债务的调整，进而在重整计划执行成功后完成债务的清偿，而非直接免除余债。因此，在适用对象上，个人重整通常适用于有未来预期收入的债务人。在免责时效性上，个人重整相较于清算而言，也并不追求相当的快捷和迅速。

综上所述，个人重整并非纯粹的法律救济，“是一种法律救济、他人拯救和自我拯救相结合的程序”。^[27]基于制度功能上的差异，家庭住宅抵押的处置在清算程序和重整程序中也面临着不同的难题。

（二）清算程序中家庭住宅豁免与抵押权的抵牾

1. 豁免财产的制度渊源与制度目的

破产清算程序中存在豁免财产制度，家庭住宅又是保障债务人及其扶养对象的基本居住权利之重要资料，而以家庭住宅设置贷款抵押的情形十分普遍，此为家庭住宅抵押的处置困境之根源。家庭住宅抵押权与豁免财产制度的冲突系个人破产清算程序特有之难题。

豁免财产制度的起源可追溯至古罗马法的财产委付制度：债务人自愿交出其全部财产时，应当酌情为其保留一部分财产使其能够维持生活，维系其“能力利益”^[28]。因此，豁免财产制度的起源就是为了保障债务人生存权。伴随个人破产理念的变革，豁免制度逐渐成形：在奉行破产有罪

主义的阶段，债务人的人权并未得到充分尊重，进入自由资本主义时期，破产的拯救功能才得到重视，豁免财产制度也应运而生。[29]例如，在英国，成文法直到 1705 年才将豁免财产制度引入，允许为破产人保留适当的津贴。[30]

同时，本文认为豁免财产制度的目的并不局限于生存权，还在于对发展权的保护。一方面，生存权和发展权是平等权和自由权的基础和前提。[31]但应注意的是，对债务人发展权的过度保护可能导致债务人获得“优位开始”[32]，甚至企图通过破产来改善经济状况。这是变相倾轧债权人利益，因此对债务人的发展权应予以谦抑的保护。

2. 抵押权与家庭住宅的豁免：无豁免，无冲突

前已述及，家庭住宅抵押与豁免财产制度的冲突是清算程序中的特殊问题。这一问题的解决，需首先厘清家庭住宅是否应当豁免，进而回答家庭住宅一旦豁免，抵押权如何实现的问题。可见，家庭住宅的豁免是两种制度冲突的根源，“无豁免，则无冲突”，然而“无豁免”可能导致债务人生存权与发展权保护不周，形成立法上的两难困境。

一方面，家庭住宅通常是债务人仅存的价值较大的财产。同时，“住宅作为家庭的交汇点，为家庭提供了保护”。[33]若“居者有其屋”尚且不能实现，债务人与其扶养对象流离失所，个人破产的“拯救”[34]目的将落空，也会给社会稳定带来负面影响。

另一方面，有观点认为，“房屋租赁非常普遍且便捷，家庭住宅即使不予豁免，债务人及其扶养对象的生存权和发展权也能得到保障。[35]家庭住宅在部分立法例中也的确不属于豁免财产，如英国《1986 破产法》。

然英国立法者也承认，将债务人从住宅中驱赶对其自身和其扶养对象都是灾难。由此可见，将家庭住宅排除在豁免财产之外将难以平衡债权人利益和债务人利益。[36]

3. 抵押权优先论与豁免财产优先论的博弈

在不同制度目的的博弈之下，目前破产法学界主要形成抵押权优先论与豁免财产优先论两种立场。持抵押权优先论的观点，主要基于两方面理由：破产法须尊重民事实体法上的物权规则；担保物权的目的是应当优先实现。持豁免财产优先论的观点，则主要立足于豁免财产的制度目的和社会效益。

首先，尊重实体法规则是破产法的基本原则之一，除非有特殊的政策考量。[37]破产法欲对业已成立的实体权利义务进行变更，需要有充分甚至压倒性的理由。[38]据此，在债务人无力清偿家庭住宅抵押债权而进入破产程序时，民法上抵押权实现的条件已成就，抵押权人请求就房屋实现抵押权并优先受偿并无实体法上的障碍。其次，抵押权优先论能够保障担保制度目的的实，对于破产程序中的债权人，保障债权切实实现这一功能尤其重要。[39]

然而，抵押权优先论也存在一个明显的弊端：豁免财产的制度目的落空。若豁免财产上的抵押权能实现无阻，担保权就如同“特洛伊木马”[40]一般，足以架空豁免财产的制度目的。此外，从制度效果来看，豁免财产保障了债务人及其扶养对象的基本生活水平，否则债务人及其扶养对象可能会成为社会福利制度的负担，抑或成为社会不稳定因素。[41]

（三）重整程序中家庭住宅抵押权实现的困局

1. 重整程序中家庭住宅抵押困境之根源

在重整程序中，家庭住宅抵押与债务人再生能力之间的紧张关系是问题的根源。

一方面，在重整程序和清算程序中，家庭住宅对个人生存权与发展权的重要性有不同的顺位。债务人的发展权在个人重整程序中主要表现为再生能力，这既是个人重整的正当性来源，也是个人重整中最为关键的利益之一。因此，在个人重整程序中，债务人通常可保留对自身财产的充分支配权。^[42]

另一方面，抵押权等担保物权在个人破产中为“别除权”，即可不依破产程序而实现的权利。^[43]由于债务人有保留其财产进行再生的需要，重整程序中限制担保权是有必要且有益的。^[44]此时抵押权人若选择实现抵押权，便会不可避免地带来再生利益与抵押权的冲突。对家庭住宅抵押债权的限制和调整将势必影响债权人利益的充分实现，且可能会对银行信贷业产生负面的溢出效应。^[45]

2. 抵押权暂停行使的理论基础探讨

破产法对担保权的限制是一个重要命题：担保权与破产之间存在竞争关系，前者解决的是债务人清偿特定债务的问题，而后者则是为了在债务人破产时实现债务的公平清偿。^[46]就企业破产重整而言，由于企业以其资产设置抵押进行交易已是常态，而保障破产企业在重整期间仍有运营能力是重整成功的必然要求，由此产生了担保权暂停行使的必要性。^[47]然而，此种必要性在家庭住宅抵押权的处置上是否存在，仍值得分析。

《深圳个人破产条例》以特别条款实现抵押权的暂停行使，存在逻辑上的错位，有违重整价值理论。家庭住宅虽然对债务人及其扶养对象的基本生存有重大意义，但其对债务人创造未来收入的影响不可一概而论。

3. 抵押债权调整的理论基础与潜在弊端

《深圳个人破产条例》虽然提出“家庭住宅抵押贷款特别方案”这一概念，允许债务人继续偿还债务，然而从条文的设计来看，该方案的“特别”之处无从得知，方案的具体内容全然取决于当事人的意思自治。此种处理方式的潜在弊端在于：若房屋价值呈现增势，则债务人更倾向于延长清偿期以保留房屋，若房屋价值已在“吃水线下”^[48]，则债务人更愿意由债权人实现抵押权。前一种情形下，债务人可能清偿能力不足而二次违约甚至再破产，后者则可能导致银行等金融机构债权人积压大量低价房产，给房地产市场和金融市场带来冲击。^[49]

三、个人破产中家庭住宅抵押的处置进路

（一）破产清算程序中家庭住宅抵押与豁免财产冲突的化解

抵押权优先论和豁免财产优先论本质上均是对冲突的权利进行了择一的取舍，却难免造成对另一种权利的倾轧。考诸比较法上的家庭住宅豁免实践，价值豁免理论为抵押权实现提供了理论基础。因此，可采取豁免价值保留模式，同时借鉴民事执行中的“无益拍卖”^[50]原则，从而在特殊情形下家庭住宅得以直接豁免。

1. 比较法的不同处理模式及分析

（1）我国台湾地区和日本不豁免模式

我国台湾地区和日本采取不豁免模式并不意味着二者不关注债务人的生存权和发展权，而更可能是因为二者可借助社会福利制度解决债务人及其扶养对象的生存问题。如我国台湾地区住房福利体系以《住宅法》的“社会住宅”政策为核心，^[52]而日本自上世纪五十年代起逐渐完善“公营住宅”制度，为低收入家庭提供简易住宅，有较为完备的住房保障体系。^[53]

我国大陆住房保障体系自上世纪九十年代才随着城镇住房商品化逐渐建立。经济适用房和廉租房制度为中低收入群体提供了选择。然而，经济适用房和廉租房制度仅适用于城镇居民，且在落实的过程中面临诸多障碍。^[54]不豁免模式对社会福利制度，尤其是住房保障体系，提出了更高要求，而我国住房保障体系短期内可能无法受此重担，如盲目借鉴不豁免模式，可能导致破产问题的压力外溢。

（2）英国财产扣押模式

英国虽然也采取了家庭住宅不豁免模式，但允许在特殊情形下由债务人保留住宅，将家庭住宅从破产财产中剥离，但若管理人就该住宅根据第313条申请了财产扣押令，债权人仍然享有优先受偿权。^[55]财产扣押令本质上是一种司法担保权。^[56]前述规定实则并非关于家庭住宅抵押权处理的特殊规定，但由于其使得债务人可以保留住宅，被部分学者认为有较大的借鉴意义。^[57]

然本文认为，英国的财产扣押模式并不能从根本上解决问题，甚至有可能违背破产免责原则。在家庭住宅上申请扣押只是延迟了抵押权的实现，亦即该住宅上的抵押权负担仍然存在，此时难谓债务人通过破产获得了免责，债务人仍有丧失其家庭住宅之虞。

（3）美国有限撤销权模式

美国对于家庭住宅的豁免较为慷慨，而在处理家庭住宅上的抵押权冲突时，采取了较为保守的态度，以尽量平衡债权人和债务人利益。具体而言，《联邦破产法典》第 522 条第 (f) 款第 1 项规定，为避免担保权掏空豁免财产，对于下列两种类型的豁免财产上的担保权，债务人有权进行撤销：第一，司法担保权对豁免财产造成损害的部分；第二，特定动产上的非占有且非按揭型担保权。后者对家庭住宅抵押权并无适用余地，而前者的适用范围虽然包括家庭住宅抵押权，但被质疑并无实益：在许多州的破产法规则下，司法担保权本就不得加诸豁免财产，因而无从撤销。[58]

2. 家庭住宅价值豁免原则的启示

破产虽然不处理贫困问题，但更不应创造贫穷或加剧贫困。不豁免模式虽然绕开了家庭住宅豁免与抵押权的冲突问题，但可能会将压力转嫁至我国并不完备的社会保障体系。本文认为，美国法的价值豁免原则可作为调和抵押权优先论和豁免财产优先论的进路。

家庭住宅的豁免之关键问题是家庭住宅是否一律可从破产财产中剥离，若债务人的家庭住宅是价值颇高的豪宅，则豁免该住宅将难以使人信服。此时，价值豁免原则的重要性就凸显出来：家庭住宅虽然属于豁免财产，但破产法并非一律豁免家庭住宅这种“物”，而是允许豁免家庭住宅的一定价值额度，因此价值豁免也被称为部分豁免。[59]换言之，超出一定价值的家庭住宅仍应作为破产财产用于清偿债务，债务人仅对该价值范围内的价款享有直接利益，而不能直接保留住宅。此外，价值豁免原则与家庭住宅豁免的正当性来源相契合。家庭住宅虽然也承载了债务人的家庭情感，

但其主要功能和豁免目的仍然是债务人的基本生存和发展，精神利益的保障居于次位，故不宜直接豁免住宅本身。

3. “两害相权取其轻”的豁免价值保留模式

基于价值豁免原则，本文提出豁免价值保留模式，即家庭住宅抵押权人的变现权原则上不应受限，但应在债权实现程度上作出一定的妥协：就可获得的清偿数额，若家庭住宅的价值无法同时满足抵押债权和豁免价值，此时抵押债权人应当让利于债务人，由债务人保留相应数额的豁免价值。对于抵押债权受到损害的部分，应纳入普通债权进行统一清偿。如此既可实现债务人的居住利益，也能尽量降低抵押权优先论的负面效应。

就具体的豁免价值数额，本文认为不宜进行一刀切的规定。由于家庭住宅的豁免主要是为了保障债务人及其扶养对象的居住权益，因此可予豁免的数额按一定年限和债务人所在地廉租住房货币补贴标准计算较为妥当。此种模式有助于与有限执行原则建立联系，对于破产中的家庭住宅抵押债权人也有可预期性。

此外，在家庭住宅的价值尚不足以实现豁免价值的情形，可借鉴执行程序中的“无益拍卖”规则，由债务人保留家庭住宅，禁止抵押权的变现，因为家庭住宅的低价值已是事实，实现抵押权并不会使债权人获益，反徒增程序成本。

（二）重整程序中家庭住宅抵押的处置进路

1. 比较法不同处理模式及分析

表 2 比较法上家庭住宅抵押在重整程序中的处置模式

法域 内容	我国台湾地区	日本	英国	美国
抵押债权类型	债务人为建造、购买或改良住宅所必要形成的抵押债权	用于建造、购买住宅或取得住宅用地、借地权形成的分期付款债权	未明确	仅以债务人家庭住宅设定担保的债权
抵押权是否暂停行使	是	是	未明确	是
抵押权的暂停行使如何实现	撤销加速到期，由债务人选择家庭住宅抵押特别条款	撤销加速到期，由债务人选择家庭住宅抵押特别条款，同时向法院申请中止拍卖程序	未明确	纠正违约以撤销加速到期
抵押债权能否调整	是	是	未明确	否
特别条款的内容	逾期部分延期清偿型；部分本金冻结型	逾期部分延期清偿型；整体延期清偿型；	未明确	未明确

法域 内容	我国台湾地区	日本	英国	美国
		部分本金冻结 型		
法律依据	《消费者债务 清理条例》第 43条、第54 条、第54条 之1	《民事再生 法》第196条 至第199条	未明确	《联邦破产法 典》第1322条 第(b)款第(2) 项、第(3)项、 第(5)项

(1) 我国台湾地区和日本的法定特别条款模式

我国台湾地区、日本的法定特别条款仅适用于为购买、修建家庭住宅产生的贷款债权，而不适用于为其他类型的债权。可窥见的是，我国台湾地区和日本的立法者是以家庭住宅按揭法律关系为基本模型进行规则的设计，推定贷款购买住房的债务人处于相对弱势地位，因而予以特殊保护。然而，此种限制忽视了家庭住宅本身所承载的居住利益，限定债权类型的逻辑不够周延。相比之下，美国《联邦破产法典》第1322条第(b)款第(2)项关于债务人破产时可对家庭住宅抵押债权纠正违约的规定，就并未限定债权类型。虽然该条在实务中仍主要适用于家庭住宅按揭，^[60]但立法并未预先进行自我限定，本文以为更为妥当。

此外，就抵押权的暂停行使，法定特别条款模式的实现路径值得商榷，在此不作赘述。

(2) 美国的自动中止和禁止调整模式

美国在此问题上更为保守，采取了禁止调整模式。这一模式核心内涵包括以下两个方面：1. 抵押权可由债务人纠正违约而暂停行使；2. 禁止对抵押债权进行任何调整（包括本金、利率、偿还期限、偿还频率等）。

就抵押权的实现，美国破产法以担保物权“自动中止”为原则，仅在缺乏“充分保护”的情形下可解除中止，个人破产亦是如此。^[61]其抵押权暂停行使的理论基础仍是重整价值理论。在抵押债权调整问题上，美国破产法实践则显得不够慷慨。《联邦破产法典》第1322条第(b)款第(2)项赋予了债务人调整担保债权的权利，包括延长还款期限、调减债权额或二者兼备，但在 *Nobelman v. American Savings Bank* 一案（以下简称“*Nobelman* 案”）中，此种调整被解释为不适用于家庭住宅抵押债权。^[62]这实质上是对银行债权人的妥协。^[63]

2. 抵押权暂停行使的自动中止原则及例外

(1) 抵押权原则上暂停行使

本文认为，就家庭住宅抵押权的处理，应回归重整中的担保权限制一般规则，采取“自动中止”为原则、解除中止为例外的处置逻辑，即进入重整时推定家庭住宅属于重整必需之财产，从而原则上暂停抵押权的实现。这有助于引导债务人选择重整程序进行经济再生，实现重整的制度价值。^[64]

如此也更符合清算和重整程序分立的目的。相较于一举消灭全部债权债务的清算程序，重整对于债务人的激励在于以未来收入换取重生的机会，避免破产宣告和失权。为实现此目的，重整程序中通常由债务人自行管理财产和营业事务。^[65]就家庭住宅的处置，债务人在清算程序中无法保留其家庭住宅，若重整程序也作类似处理，程序的分化将会变得模糊，也难

以实现“诱导债务人利用更生程序而非破产或清算程序清理债务”^[66]的效果。

(2) 抵押权可予实现之例外

暂停行使原则的例外，首先是家庭住宅不具备“重整所必需”这一属性。家庭住宅的处置关涉债务人在破产后的经济生活重建能力和生活质量。^[67]对于部分以家庭住宅作为主要经营场所或劳动场所的债务人，如个体工商户，家庭住宅甚至攸关其能否成功重生：研究显示，我国个体工商户的生活资料与生产资料界限并不明晰，相当数量的个体工商户以其家庭住宅兼作经营场所。^[68]

然而，实务中也存在家庭住宅并非重整所必需的情形，如家庭住宅为价值较高的别墅等豪宅，债务人的未来收入对该房屋的依赖性并不明显。此时家庭住宅对债务人的发展权和再生能力的影响较小，允许抵押权人实现抵押权可能更为妥当。^[69]因此，债权人可通过证明家庭住宅并非债务人实现经济再生所必需，申请解除抵押权暂停行使的限制。

此外，债务人欲保有家庭住宅还应当通过重整中的最佳利益原则测试。最佳利益原则的核心是重整程序中债权人可获得的清偿不能低于其在清算程序中可获得的清偿。^[70]若重整对于债权人而言无利可图，则重整为债务人提供再生机会也欠缺正当性，因重整中债权人妥协和等待的目的就是为了实现债权的更优清偿，“达成债务人和债权人双赢的局面”。^[71]

3. 抵押债权调整的类型化处理

对家庭住宅抵押债权进行强行性调整是重整与和解程序分立的必然要求。全部债权人和债务人的合意是和解程序的正当性来源，^[72]而重整的

正当性在于债务人再生利益，不在于债权人的全体同意。这也是重整计划强制批准制度之基础。重整程序中，若前述调整也是任意性的，抵押债权人主动让步或自愿接受债权调整方案的可能性微乎其微，重整的效率价值和再生价值被弱化。^[73]因此，家庭住宅抵押债权调整的强行性是重整与和解程序分立的内在要求。然而，从比较法的经验来看，此种调整需要进行类型化处理，避免在规则设计上出现适用场景的偏差。

对于抵押债权具体如何调整，日本和我国台湾地区的法定特别条款模式和美国的禁止调整模式适用的场景存在差异，我国家庭住宅抵押债权的调整应当基于房屋价值进行类型化处理：对于“吃水线下”的家庭住宅，我国可突破美国禁止剥离模式之窠臼，确立家庭住宅抵押债权的剥离规则，以实现家庭住宅抵押债权额的调减。对于“吃水线上”的房屋，则以法定特别条款模式进行清偿的纾缓。

对于“吃水线下”的房屋，由于房屋现值尚不足以偿还剩余抵押债权，因此抵押债权可分割为房屋价值范围内的受担保部分和超出房屋价值的未受担保部分。将未受担保部分剥离为普通债权，从而对其进行统一清偿，这既是物的担保之有限性的必然要求，也不会对金融市场造成过度冲击。

对于“吃水线上”的房屋，对抵押债权进行调减的确缺乏理论基础。即使是出于保障债务人重整成功之目的，也不应偏离抵押的担保属性。从比较法的经验来看，法定特别条款的内容对于债务人能否重整成功有较大的影响。若仅回复期限利益，则本质上并未对债权进行调整，而只是给了债务人纠正违约的机会。本文认为，对于不触及债权额的特别条款，清偿期限、清偿频率和单次清偿额是关键。

就逾期部分延期清偿型特别条款，其不涉及尚未到期的债权，加之债务人需在重整计划执行时对逾期债权进行清偿，将会加重重整计划执行期内的单次清偿负担，并不可取。^[74]整体延期清偿型特别条款则有助于减轻债务人单次清偿负担，但由于重整计划执行期有限，应当允许对权特别条款的执行期限作延长处理，且应当考虑到债务人的年龄，以避免债务人因年老体弱而无力执行，但考虑到债权人的期限利益，这一期限也不宜过长，此外，部分本金冻结型特别条款可更大程度减轻债务人在重整计划执行期间的偿债负担，将部分本金及全部利息于后期偿还，有助于提高重整成功的可能性。同时，特别条款的选择权当归于债务人：债务人本身即为重整计划草案的制定者和提交者，特别条款也属于重整计划的一部分，因此由其作出选择并无不妥。

四、结语

个人破产作为破产制度之源起，在破产法流变中不断丰富自身的制度架构与制度价值。随着我国市场经济的不断完善，《深圳个人破产条例》的先行先试为国家层面的个人破产立法揭开了大幕。与此同时，房屋问题作为我国居民日常生活负担的痛点，也是个人破产中的重要议题。《深圳个人破产条例》关注到了家庭住宅抵押债权的特殊性，却回应乏力，地方法院的“类破产”尝试也存在属性不明和规范缺失的问题。现行强制执行制度与个人破产之目的和效果均存在差异，无法解决破产法视域下的特殊问题，只能提供有限的借鉴。因此，对家庭住宅抵押的处置在个人破产中面临的困境，有必要予以体系性思考。

作为家庭的港湾，住宅既是维系家庭的根基，也是许多人终生奋斗的安身之所，若因经济下行或突遭意外而让债务人“安居乐业”的梦想付诸东流，难谓明智。我国未来个人破产立法在解决家庭住宅抵押的处置问题时，应遵循破产法基本逻辑，同时对债务人利益予以充分且适当之关照。

参考文献及注释

[1] 参见刘冰：《论我国个人破产制度的构建》，载《中国法学》2019年第4期。

[2] 参见《2020年金融机构贷款投向统计报告》，来源于中国人民银行，网 址 <http://www.pbc.gov.cn/goutongjiaoliu/113456/113469/4180902/2021012916035124207.pdf>，最后访问时间：2022年3月13日。

[3] 参见最高人民法院民二庭课题组、周庆、殷慧芬等：《自然人破产程序中的住房抵押贷款债权处理规则研究》，载《法律适用》<https://kns.cnki.net/kcms/detail/11.3126.D.20220211.1016.010.html>。

[4] 家庭住宅是债务人及其所抚养、赡养和扶养的家庭成员所必需的居住房屋，“家庭住宅抵押”则是从我国房屋按揭制度中抽象出的法律关系。

[5] 参见范健、王建文：《破产法》，法律出版社 2009 年版，第 128 页。

[6] 参见邹海林：《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 253-254 页。

[7] 参见《深圳个人破产条例》第 36 条。

[8] 根据国家统计局公布的最新数据进行测算，2020 年前三季度的全国商品房单位面积均价为 9878 元/平方米。具体数据请见《中国房价步入“万元时代”，超 30 城市或出台收紧政策》，作者中国新闻网，来源于中国新闻网，网址 <https://www.chinanews.com.cn/house/2020/10-20/9317885.shtml>，最后访问时间：2022 年 3 月 13 日。

[9] 参见[德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 204 页。

[10] 我国台湾地区《消费者债务清理条例》第 98 条规定：“下列财产为清算财团：一、法院裁定开始清算程序时，属于债务人之一切财产及将来行使之财产请求权。二、法院裁定开始清算程序后程序终止或终结前，债务人因继承或无偿取得之财产。专属于债务人本身之权利及禁止扣押之财产，不属于清算财团。”

[11] 日本《破产法》第 1 条规定：“本法的目的是，通过对无法清偿债务或无清偿能力等的债务人所有的财产之清算程序进行规定，以妥善协调债权人和其他利益相关主体的利益以及债务人和债权人之间的权利关

系，目的是确保妥善并公平地清理债务人的财产等，并确保其有机会重新恢复经济生活。”

[12] 英国《1986 破产法》第 283 条第 1 款至第 3 款规定：“(1)就本编任何目的而言，破产人财产包括——(a)在破产案件开始时属于或归属于破产人的所有财产，和(b)依本部分的任何下列条文属于该财产或被视为属于前款财产的任何财产。(2)第(1)款并不适用于——(a)由破产人个人在就业，营业或职业中使用的必要的工具、书籍、车辆和其他设施的物品；(b)为满足破产人及其家人的基本家居需求而必需的衣物、床上用品、家具、家居设备及供应品。本款遵循第 4 章第 308 条（特定的排除在外的财产可由管理人赎回）。(3)第(1)款不适用于——(a)破产人根据信托为任何其他人持有的财产，或(b)被提名一项暂准的教会慈善的权利。”

[13] 参见胡玲：《债务人生存权益视角下的我国个人破产立法研究》，中国法制出版社 2014 年版，第 71 页。

[14] 参见《企业破产法》第 75 条。

[15] 这些地方规范主要包括：《浙江法院个人债务集中清理（类个人破产）工作指引（试行）》、《杭州法院个人债务集中清理工作操作指南（试行）》、《台州市中级人民法院执行程序转个人债务清理程序审理规程（暂行）》、温州市中级人民法院《关于个人债务集中清理的实施意见（试行）》、《苏州市吴江区人民法院关于个人债务清理的若干规定（试行）》、《东营市中级人民法院关于个人债务清理的实施意见（试行）》、《高青县人民法院关于企业破产中对有关个人债务一并集中清理的意见（试行）》、《成都市中级人民法院关于个人债务集中清理的操作指引（试

行)》等。为行文简洁之需要,前述规定分别简称为《浙江指引》、《杭州指南》、《台州规程》、《温州意见》、《吴江规定》、《东营意见》、《高青意见》和《成都指引》。

[16] 参见王欣新:《个人破产法的立法模式与路径》,载《人民司法》2020年第10期;另见沈芳君:《个人债务集中清理司法探索与个人破产立法设想——以浙江省为主要视角》,载《法治研究》2021年第6期。

[17] 参见齐砺杰:《个人破产的金融维度》,载《中国政法大学学报》2019年第4期。

[18] 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168页。

[19] 徐阳光:《英国个人破产与债务清理制度》,法律出版社2020年版,第81页。

[20] 参见卢林主编:《深圳经济特区个人破产条例草案建议稿附理由》,法律出版社2016年版,第301页。

[21] 参见韩长印:《破产法教程》,高等教育出版社2020年版,第283页。

[22] 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168页。

[23] 参见《深圳个人破产条例》第95条、第96条、第100条。

[24] 参见陈明珠:《台湾地区〈消费者债务清理条例〉之评析——兼展望中国大陆之个人破产制度》,载《中国政法大学学报》2008年第6期。

[25] 参见易有禄、万文博：《个人破产的法经济学分析》，载《江西财经大学学报》2019年第5期。

[26] 刘静：《个人更生类型程序的中国化路径》，载《经贸法律评论》2020年第5期。

[27] 刘静：《个人更生类型程序的中国化路径》，载《经贸法律评论》2020年第5期。

[28] 周枏：《罗马法原论》（下册），商务印书馆2017年版，第990-991页。

[29] 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298-210页。

[30] 参见 Garrard Glenn, Property Exempt from Creditors' Rights of Realization, Virginia Law Review, Vol. 26: 127, p. 127-150 (1939-1940).

[31] 参见杨庚：《生存权和发展权是首要的人权》，载《首都师范大学学报（社会科学版）》1994年第4期。

[32] 吕梅竹：《个人破产中自由财产的范围》，中国政法大学2016年硕士学位论文。

[33] 自然人破产处理工作小组：《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97页。

[34] [英]费奥娜·托米：《英国公司和个人破产法》，汤维健、刘静译，北京大学出版社2010年版，第4页。

[35] 参见黄小林：《个人破产中的自由财产制度研究》，南昌大学2013年硕士学位论文。

[36] 参见[英]费奥娜·托米：《英国公司和个人破产法》，汤维健、刘静译，北京大学出版社2010年版，第300-302页。

[37] 参见许德风：《破产法基本原则再认识》，载《法学》2009年第8期，第59页。

[38] Douglas G. Baird. *The Elements of Bankruptcy*, New York Foundation Press, 2006, p. 5. 转引自韩长印，张玉海：《借贷合同加速到期条款的破产法审视》，载《法学》2015年第11期。

[39] 参见崔建远：《“担保”辨——基于担保泛化弊端严重的思考》，载《政治与法律》2015年第12期。

[40] 参见[美]查尔斯·泰步：《美国破产法新论》（下），韩长印、何欢、王之洲译，中国政法大学2017年版，第1000页。

[41] 参见[美]查尔斯·泰步：《美国破产法新论》（下），韩长印、何欢、王之洲译，中国政法大学2017年版，第865-867页。

[42] 参见殷慧芬：《论个人重整》，载《中国海洋大学学报（社会科学版）》2012年第6期。

[43] 参见王欣新：《破产别除权理论与实务研究》，载《政法论坛》2007年第1期。

[44] 参见许德风：《论担保物权的经济意义及我国破产法的缺失》，载《清华法学》2007年第3期。

[45] 参见自然人破产处理工作小组：《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133页。

[46] 参见许德风：《论担保物权的经济意义及我国破产法的缺失》，载《清华法学》2007年第3期。

[47] 参见陈本寒、陈英：《破产重整中有担保债权行使问题之检讨》，载《甘肃政法学院学报》2011年第2期。

[48] “吃水线下（underwater）”意为房屋的现值已经跌至待清偿的剩余房屋贷款以下，“吃水线上”则意为房屋的现值在待清偿的剩余房屋贷款以上。

[49] 参见齐砺杰：《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314-315页。

[50] 民事执行程序中的“无益拍卖”原则是指申请拍卖的标的物依拍卖保留价计算拍卖所得价款，若扣除优先权债权和强制执行费用后无剩余可能，但申请人仍希望继续拍卖时，则应重新确定高于前述标准的保留价，其本质是避免无经济效益的拍卖。参见陈明：《执行程序中限制无益拍卖原则的适用》，载《人民司法（案例）》2016年第11期。

[51] 由于美国允许各州破产法对《联邦破产法典》“选择退出（opt out）”，因此各州破产法规定与联邦破产法可能存在差别，本文中的美国立法例特指美国《联邦破产法典》。

[52] 参见万涛：《台湾住房保障政策演变与启示》，载《新常态：传承与变革——2015中国城市规划年会论文集（16住房建设规划）》，中国建筑工业出版社2015年版，第286-297页。

[53] 参见芦金锋、王要武：《借鉴日本公营住宅经验建立我国低收入家庭住房租金模型》，载《土木工程学报》2005年第12期。

[54] 参见陈文殊：《国外住房保障制度比较分析及其对我国的启示》，载《中共福建省委党校学报》2006年第10期。

[55] 参见英国《1986破产法》第283A条、第313条。

[56] 参见张永红：《英国个人破产案件的处理及启示》，载《人民司法》2020年第10期。

[57] 徐阳光、陈科林：《论个人破产立法中的自由财产制度》，载《东方论坛》2020年第3期。

[58] 参见[美]查尔斯·泰步：《美国破产法新论》（下），韩长印、何欢、王之洲译，中国政法大学2017年版，第1014-1015页。

[59] 参[美]大卫·G.爱泼斯坦等：《美国破产法》，韩长印等译，中国政法大学出版社2003年版，第594页。

[60] 参见[美]查尔斯·泰步：《美国破产法新论》，韩长印、何欢、王之洲译，中国政法大学2017年版，第1356页。

[61] 徐阳光：《破产法视野中的担保物权问题》，载《中国人民大学学报》2017年第2期。

[62] Nobelman v. American. Savs. Bank, 508 U.S. 324 (1993).

[63] 参见郑有为：《论自用住宅在〈消费者债务清理条例〉的应有地位——以美国〈联邦破产法典〉第十三章为讨论核心》，载《台湾本土法学杂志》2008年第102期特刊。

[64] 参见王欣新：《用市场经济的理念评价和指引个人破产法立法》，载《法律适用》2019年第11期。

[65] 参见《深圳个人破产条例》第109条。

[66] 许士宦：《消费者债务清理制度之新变革》，载《台大法学论丛》2008年第4期。

[67] 参见黄超艺：《我国破产程序中担保债权的行使与限制》，吉林大学2021年博士学位论文。

[68] 参见汪海粟、姜玉勇：《个体工商户的行业分布、生存状态及其或然走向》，载《改革》2014年第4期。

[69] 参见李忠鲜：《担保债权受破产重整限制之法理与限度》，载《法学家》2018年第4期。

[70] 参见许德风：《破产法论——解释与功能比较的视角》，北京大学出版社2021年版，第497页。

[71] 参见郑有为：《破产法学的美丽新世界》，元照出版社2012年版，第449页。

[72] 刘静：《试论当代个人破产程序的结构变迁》，载《西南民族大学学报（人文社会科学版）》2011年第4期。

[73] 参见郑有为：《论豪宅条款——兼论消费者债务清理条例对经济政策的巨大冲击》，载《律师杂志》2008年5月号第344期。

[74] 参见郑有为：《论豪宅条款——兼论消费者债务清理条例对经济政策的巨大冲击》，载《律师杂志》2008年5月号第344期。