

共益债务认定标准的问题检视与规则重塑

张 钦 昱*

摘 要:肇始于《中华人民共和国企业破产法(试行)》的共益债务制度,在发展过程中因共益债务认定范围逐渐清晰、类型固定封闭而呈现谦抑化倾向。考虑到其他破产程序当事人的利益,共益债务外延的扩张趋势应当得到逆转。通常理解的“为债权人共同利益”的共同利益判断标准,因与破产费用的本质属性混淆、利益主体过于狭隘而应当以“债务人财产受益说”替代。为社会公共利益、国家利益承担的债务因与共益债务的特质不相匹配而应被排除在共益债务的范畴之外。共益债务带有较强的企业复兴色彩,破产后融资便是典型代表。应当审慎对待新兴共益债务,以“实际必要”准则限制共益债务的数额与范围。在取消侵权之债共益债务资格的同时,应当强化管理人执业责任强制保险、建立受害者对责任人追索的替代机制。应当秉持促进企业复兴的思维,纾解破产后融资的时点、对象、目的等争议,为企业不良资产寻找市场化出路,在最大程度上保障债权人和企业的合法权益。

关键词: 共益债务 认定标准 破产费用 破产后融资 债务人财产 破产重整

2023年9月7日,十四届全国人大常委会将《中华人民共和国企业破产法》(以下简称《企业破产法》)的修改列入立法规划的第一类项目,即“条件比较成熟、任期内拟提请审议的法律草案”。^①在破产法修订的契机下,处于企业破产中各方争夺“风暴眼”的共益债务成为各界争议的焦点。有学者指出,《企业破产法》的既有规定限定过于严格,缺乏必要的灵活性,应当采取富有弹性的概括式条款规定共益债务。^②还有学者认为,只要债务人继续营业是经法定程序批准或者追认的结果,则为使债务人继续营业发生的债务就自然属于共益债务。^③既有文献为我们呈现出来的共益债务,是一幅与破产费用毗邻而生、6种类型逐一铺陈、以债权人共同利益为要义的简单图景,殊不知共益债务正面临共识性判断标准冰消瓦解、普通债权人质疑问难、内在品格

* 中国政法大学民商经济法学院教授
基金项目:北京市社会科学基金项目(22FXC026)

① 《十四届全国人大常委会立法规划》,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2023年第6号。

② 参见吴庆宝、王建平主编:《破产案件裁判标准规范》,人民法院出版社2009年版,第255页。

③ 参见郭云峰:《程序正义视角下的共益债务认定》,《人民司法》2021年第22期。

游移不定的巨大变迁。欲窥探共益债务的本来面目,须严格考察其演进历史、条分缕析其诸类型的内在线索、深刻领会其规范意旨,方能一探究竟。有鉴于此,笔者提出共益债务的类型法定、增益债务人财产、复兴企业的三大特质,希冀揭示共益债务制度的深层次机理,为识别处置共益债务提供全新思路。

一、共益债务认定标准的问题检视

共益债务具有偶发性,呈现出不确定的开放特征。对共益债务若不加约束,任其信马由缰,将显著放大不可预期的负面效应,致使债务人财产处在风险之中。对弱势群体、环境利益、侵权受害者的过度倾向性保护,恰是对其他利害关系人正当利益的不公平对待。此种厚此薄彼的做法亟须纠偏。

(一)历史沿革中共益债务基本图景的僵化

随着我国破产法体系的不断完善,共益债务的认定标准轮廓逐渐清晰。纵观其发展历程,立法者一直持谨慎态度,对共益债务的认定标准进行慎之又慎的考量。

1986年通过的《中华人民共和国企业破产法(试行)》[以下简称《企业破产法(试行)》]没有单独规定共益债务。一般认为,该法第34条第3项“为债权人的共同利益而在破产程序中支付的其他费用”是共益债务制度的雏形。^①作为破产费用的兜底条款,该项规定旨在涵盖“法律难以穷尽列举而应包括在破产费用范围内的费用”。^②由于该条仅有“为债权人的共同利益”与“在破产程序中支付”两个构成要件,理论界对何种情况可被归入“其他费用”的类型缺乏共识。有学者认为包括差旅费、补贴、复印资料费、办公用品开支等清算组必需的费用以及破产宣告后所发生的课税;^③有学者认为包括清算组追回财产的费用;^④有学者认为包括召开债权人会议的费用、债权调查的费用、追索债务和追索财产的费用、处理取回权人及别除权人的请求而支付的费用。^⑤2002年《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》将“破产案件的诉讼费用”细化为破产案件受理费、债权人会议费用、催收债务所需费用,但对共益债务兜底条款的表述未做任何修改。究其原因,司法解释的起草者不再以破产费用为基础理解共益债务,转而依据《企业破产法(试行)》第12条“人民法院受理破产案件后,债务人对部分债权人的清偿无效,但是债务人正常生产经营所必需的除外”的规定,认为共益债务包括清算组从事必要生产经营活动所产生的合同债务、清算组执行清算事务中侵权行为所应承担的债务、破产企业在破产后因不当得利而承担的债务、破产后因破产财产无因管理对管理人应承担的债务。^⑥跳出破产费用的窠臼,共益债务的认定却变得更加混沌。法条中缺乏对“正常生产经营”的解释与限制,使得任何符合该项标准的债务均可归属于共益债务。共益债务的外延过于开放,难以清晰界分。

^① 参见付翠英:《破解企业破产的10大法律难题》,中国法制出版社2008年版,第177页。

^② 孙泊生主编:《中华人民共和国企业破产法(试行)诠释》,人民法院出版社1994年版,第178~179页。

^③ 参见张卫平:《破产程序导论》,中国政法大学出版社1993年版,第251页。

^④ 参见孙佑海、袁建国编著:《企业破产法基础知识》,中国经济出版社1988年版,第125页。

^⑤ 参见王卫国:《破产法》,人民法院出版社1999年版,第175页。

^⑥ 参见李国光、奚晓明、曹士兵:《正确理解〈关于审理企业破产案件若干问题的规定〉》,中国法制出版社2002年版,第216页。

“共益债务”由学理概念成功进入法律条文之中,始于2006年颁布的《企业破产法》。在之前2000年6月全国人大财经委员会发布的破产法修改草案——《企业破产与重整法》——中,共益债务仅包括3种类型:待履行合同之债、无因管理之债、不当得利之债。《企业破产法》的正式文本将类型扩充至6种,但秉持舍弃兜底性规定的思路,将共益债务的类型限于第42条明文列举的几种具体样态。几乎全部的公开立法资料均未对共益债务为何采取封闭式立法进行解释,^①但可以肯定的是,在《企业破产法》总共有8个列举条款出现兜底性规定的事实下,开放条款对共益债务的缺失显然不是立法者的无心之失。立法者注意到共益债务的膨胀对债务人财产的过度消耗,对普通债权人造成清偿不能的较大威胁。^②直接的证据体现在《企业破产法》第43条,该条规定了债务人财产不足清偿破产费用或共益债务时的3种处置情形,包括先行清偿破产费用、按照比例清偿以及管理人应当提请人民法院终结破产程序。这是立法者对冗余的共益债务造成债务人资产的“蓄水池”枯竭做出的预案。在企业因破产程序难以“开源”的前提下,立法者不得不对共益债务实施“节流”,以最大限度保障破产财产,类型法定便是限缩共益债务立竿见影的手段。

(二)“破产政策目标论”下共益债务范围拓展的检讨

在我国破产立法的历史沿革中,围绕破产法的立法目标,出现了“破产经济目标论”与“破产政策目标论”两种针锋相对的学说。“破产经济目标论”以虚拟协商为理论根基,将企业视为资产池,认为债务人与债权人都是理性人,能够在公司资不抵债时达成协议,以集体争议解决框架取代个别债务追索模式。各方选择达成并实施强制性的破产机制的原因在于该机制可以提升债权分配效率,避免当事人的债权追索成本。毕竟,当所有债权人有序行动时,就会考虑避免盲目分割出售债务人资产,为破产财团做出最优决策。^③在“破产政策目标论”下,破产法之所以独立为一个法律部门,是因为其致力于回应人类生活的某些实际需要。特定于债务清收问题,企业破产清算便是一个囊括道德与政治、效率与公平、私利与公益等复杂因素的矛盾集合体。企业是现代经济的组成细胞,任何企业都很难说只是债权人和企业所有者利益的集合,企业破产之时,雇员、供应商、顾客或者消费者以及政府都可能程度不同地遭受消极影响。^④因此,破产法的立法目标不再纯粹,立法者须关注所有利害相关人的福祉,各项制度设计要向弱势群体和整体经济利益倾斜。“破产政策目标论”虽然产生较晚,却大有后来者居上的趋势。在“破产政策目标论”的指导下,破产制度不仅衍生出重整程序,破产优先权也是“破产政策目标论”的典型体现。^⑤为贯彻多元利益保护目标,普通债权人不得不牺牲部分利益,以使得雇员、征税机关以及劳动债权、税收债权在破产程序中受到优待。共益债务也是“破产政策目标论”的产物。任何旨在增加债务人财产价值的共益债务,在客观上不仅保全了债权人利益,也保全了其他破产相关人的利益。共益债务会考虑待履行合同的相对方、无因管理人、不当得利人、留守的雇员等其他群体的特殊需要,将他

^① 参见朱少平、葛毅编著:《中华人民共和国破产法——立法进程资料汇编(2000年)》,中信出版社2004年版;安建主编:《中华人民共和国企业破产法释义》,法律出版社2006年版。

^② 参见付翠英:《论破产费用和共益债务》,《政治与法律》2010年第9期。

^③ 参见张钦昱:《重整计划制定权归属的多元论》,《社会科学》2020年第2期。

^④ 参见韩长印:《企业破产立法目标的争论及其评价》,《中国法学》2004年第5期。

^⑤ 参见王卫国:《论重整制度》,《法学研究》1996年第1期;韩长印:《破产优先权的公共政策基础》,《中国法学》2002年第3期。

们的清偿顺位置于普通债权之前,这与为破产程序运转提供不可或缺资金的破产费用截然不同。

在“破产政策目标论”的主导下,共益债务所保护的不仅仅是债权人的利益,而且是整个破产程序相关人的整体利益。为避免破产财产流失,从立法实践来看,德国、俄罗斯、韩国等国家均对共益债务采取封闭立法模式。^①各国对共益债务的识别也呈紧缩态势,这是在共益债务历经较长时间膨胀后理性反思的结果。1877年《德国破产法》第59条规定了4类共益债务,分别是破产管理人的交易或行为产生的请求权,承担待履行合同产生的请求权,因程序开始之前最后6个月时间迟延未付的工资薪金、竞业禁止的补偿、商业代理人的报酬请求权、企业养老给付的请求权、社会保险机构的保险费请求权以及因不当得利而产生的请求权。1994年《德国支付不能法》第55条完全取消了第三类请求权并对第一类请求权施以“不属于支付不能程序费用的债务”的限制。1922年《日本破产法》第47条规定了9种一般的财团债权,其中既包括破产费用,又包括共益债务;2004年全面修订的《日本破产法》第148条取消了“破产人及由其扶养人的抚养费”这一共益债务类型。《美国破产法》对共益债务类型的列举并非穷尽,但法院会谨慎核查新类别。例如,《美国破产法》第364条规定,破产法院在经过通知和听证后,会批准对授信方提供更大程度的保护。这是因为,破产法上的一项重要政策就是最大化破产财团的可变现价值,将各项开支控制在较低水平能为普通债权人保留尽可能多的可分配财产,以避免对共益债务的确认过分偏离破产法平等分配的基本准则。^②

在美国的破产案件中,企业一般会将80%的财产设定担保,剩下20%的破产财产优先清偿破产费用,而在破产费用中,仅管理人费用就占全部债务人财产的1%~6%;^③在我国,破产案件的诉讼费用依据破产财产总额计算,按照财产案件受理费标准减半缴纳,^④债务人财产的管理、变价和分配开支不菲。可想而知,在破产费用之外,留给共益债务的破产财产已然捉襟见肘,劣后分配的其他债权人份额更少。共益债务范围的开放性也破坏了债权人的稳定预期。共益债务发生与否、种类为何、数额多大具有不确定性,债权人难以评估放贷损益,致使诸多债权人知难而退,企业融资愈发困难。封闭的共益债务体系方能为普通债权人提供可预见、可重复并具有普适性的预期,确保市场上的各方当事人能够持续、反复且可靠地开展商业交易,即使后果产生偏差,也易为各方接受。

二、共益债务认定标准的理论廓清

共益债务为人诟病的一个重要原因在于标准模糊不清。《企业破产法》第42条仅设定了“人民法院受理破产申请后”的时间要件,旨在与普通破产债权界分。这样的单一标准既与破产费用

^① 参见《德国支付不能法》,杜景林、卢湛译,法律出版社2002年版,第31页;《俄罗斯联邦破产法》,李飞主编:《当代外国破产法》,中国法制出版社2006年版,第270~272页;《韩国债务人重整与破产法》,齐砺杰等编译:《五国破产法汇编:美国、英国、澳大利亚、新加坡、韩国》,法律出版社2023年版,第976~977页。

^② 参见[美]查尔斯·J.泰步:《美国破产法新论》(中册),韩长印、何欢、王之洲译,中国政法大学出版社2017年第3版,第748页。

^③ See Lynn M. LoPucki, Joseph W. Doherty, The Determinants of Professional Fees in Large Bankruptcy Reorganization Cases, 1 Journal of Empirical Legal Studies, 111-112 (2004).

^④ 参见《诉讼费用交纳办法》第14条第6项。

的认定依据重叠,也无法帮助债权人会议识别适格的共益债务,存在共益债务制度被滥用的风险。需要在时点要素之外,为共益债务的划定提供理论指引。

(一)“共同利益说”的质疑

从字面意思上理解,共益债务是为共同利益而产生的债务,“共同利益”自然是共益债务的题中之义,理论界对其成为共益债务的标志性标准似无争议。不过,考察共益债务的历史沿革、内涵和外延,将“共同利益”作为判定共益债务的核心标准有以下 3 个疑问挥之不去。

其一,共同利益能否作为判定共益债务的独立标准?共益债务在《企业破产法(试行)》中是以破产费用兜底条款的形式存在的。^①随着我国破产法的不断发展,2006 年颁布的《企业破产法》单列一章为“破产费用和共益债务”,使得“共益债务”脱离于“破产费用”,成为一个独立的法律概念。此时,倘若仍认为破产费用与共益债务均以共同利益为内核,立法为何将它们冠以不同的名称,又为何将“共同利益”的简称特别授予共益债务,该如何对两者进行明确界分?需要明确的是,清偿顺位的先后有别并不能作为一个合理解释。以受偿顺位反推一个债务是属于共益债务还是破产费用,这是因果倒置的错误思维。

其二,共同利益标准能否作为一个独立标准?“共同利益”本是《企业破产法(试行)》对共益债务清晰可见的表述,却在 2006 年颁布的《企业破产法》中被删去,新法仅保留了“人民法院受理破产申请后”的时间要件。这不禁让人怀疑在立法转换背景下,共同利益标准是否被立法者有意淡化甚至消除?

其三,共益债务为了维护谁的利益?通说认为,共益债务旨在保护全体债权人利益。^②但诸如无因管理、不当得利等产生的共益债务,并非直接增加全体债权人的福利,“债务人财产致人损害所产生的债务”更是对债权人造成了危害。况且在重整程序中,共益债务与其说有利于全体债权人,不如说直接造福债务人更为恰当。此外,当普通债权人、职工、税务机关等不同种类的债权人出现利益分歧时,该以何者为重,如何协调各方权益并确保全体债权人利益得以提升?遗憾的是,在“共同利益说”下,这些问题都难以得到合理解释。

(二)“债务人财产受益说”的证成

破产法将提升债务人企业价值和减少债权人遭受损失作为基本理念。保护破产财产自然应成为共益债务制度建构的基本逻辑。而通常认为的“为全体债权人共同利益”的共益债务判别标准,恰恰是破产费用的核心判定要素,与共益债务毫无关联。

对破产费用与共益债务的区分,不妨从破产费用与共益债务两者语词的后半部分着手分析。一方面,破产费用中的“费用”指“花费的钱、开支”,在会计学上是指“企业在日常活动中发生的、会导致所有者权益减少的、与向所有者分配利润无关的经济利益的总流出……符合费用定义和

^① 参见薄燕娜主编:《破产法教程》,对外经济贸易大学出版社 2009 年版,第 110 页;霍敏主编:《破产审判前沿问题研究》,人民法院出版社 2012 年版,第 133~134 页。

^② 参见韩长印主编:《破产法学》,中国政法大学出版社 2016 年第 2 版,第 183 页;李永军、王欣新、邹海林等:《破产法》,中国政法大学出版社 2017 年第 2 版,第 190 页;王欣新:《破产法》,中国人民大学出版社 2019 年第 4 版,第 353 页。

费用确认条件的项目,应当列入利润表”。^① 由此,费用的落脚点在所有者即出资人权益的减少。^② 破产程序中,与出资人权益直接冲突的就是债权人利益,毕竟出资人劣后于有担保债权人、享有优先权的债权人及普通债权人受偿。在此语境下,因清偿债权人而产生的各项债务人财产的损耗才是破产费用的真实含义。“犹如汽车不可能在完全不耗油的状态下自动行驶一样,在成本为零的条件下实现权利,这终究不过是个空想而已。”^③ 另一方面,与破产费用不同,共益债务中的“债务”是指“债户所负还债的义务,也指所欠的债”,^④ 在会计学上指“企业过去的交易或者事项形成的、预期会导致经济利益流出企业的现时义务”。^⑤ 导致经济利益流出企业的义务可能归属于债务人,如债务人财产致人损害产生的债务源于债务人前期的管理不慎。共益债务因而可以是管理人为债务人的利益在履行职务时所产生的对外债务。^⑥ 由此,似乎能够简单地总结为:共益债务是为了债权人和债务人的共同利益而发生的。随着共益债务的不断偿付,债务人的造血功能逐渐恢复,受益群体也由债务人、债权人扩展到企业职工、上下游的供应商与批发商以及社会公众、社区环境等。共同利益的享有主体不再局限于债务人及全体债权人,而是扩至破产程序中的所有利益相关者。

然而,若坚持共同利益标准,并将“共同利益”界定为“所有利益相关者的利益”,虽诠释了共益债务中“共益”的真实含义,但实际操作中将遇到障碍。是否要面面俱到地考虑每一方当事人权益,甚至虚拟的社会经济环境?倘若各方当事人出现利益冲突,该以何者为重,又该如何平衡协调各方利益?应当看到,全部破产程序参与者的利益均系于债务人财产之上,债务人财产越能实现保值增值,债权人能够获得的份额亦越大,债务人起死回生的概率越增,稳定职工就业、维护供销网络也就越有希望。例如,在“深圳市亿商通进出口有限公司等诉东莞市清溪金卧牛实业有限公司破产债权确认纠纷案”^⑦中,法院在判定重整程序发生后金卧牛公司向亿商通公司的借款是否属于共益债务时指出,该借款不仅为全体权利人目的,更是为维护破产财产利益而发生,遂应当认定为金卧牛公司的共益债务。事实上,在起草《企业破产法》时,立法机关正是在总结既有经验的基础上,将一些为债务人财产保值增值所产生的债务作为一个新的项目从破产费用中分离出来。^⑧ 由此,共益债务与破产费用彻底切割,彼此泾渭分明。共益债务应当脱离破产费用的共同利益标准,遵循其设立的底层逻辑,以保护债务人财产为识别依据。

(三)“债务人财产受益说”的限度

债务人财产本由企业占有、管理与支配。纵然各方均希望债务人的资产价值越来越大,但各自追求目的之不同使得他们对待破产财产的态度存在差异。无论是债权人、债务人还是其他破

^① 参见《企业会计准则——基本准则》第33、36条。

^② See Richard L. Cupp Jr., *Asbestos Litigation and Bankruptcy: A Case Study for Ad Hoc Public Policy Limitations on Joint and Several Liability*, 31 *Pepperdine Law Review*, 217 (2003).

^③ 王如铁、王艳华:《诉讼成本论》,《法商研究》(中南政法学院学报)1995年第6期。

^④ 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆2016年第7版,第1644页。

^⑤ 参见《企业会计准则——基本准则》第23条。

^⑥ 参见法律出版社法规中心编:《中华人民共和国企业破产法注释本》,法律出版社2010年第2版,第28页。

^⑦ 参见广东省高级人民法院(2014)粤高法民二破终字第2号民事判决书。

^⑧ 参见《中华人民共和国企业破产法》起草组编:《〈中华人民共和国企业破产法〉释义》,人民出版社2006年版,第153页。

产程序当事人,在面对债务人财产受益标准时不得偏颇对待。各债权人的债权能否成为共益债务,应当仅以是否有益于债务人财产为唯一准绳,不能掺杂其他考量因素。

一方面,不能将因社会公共利益所负的债务视为共益债务。维护社会公共利益是破产法的立法要义,破产法诸多规范体现出保护弱势群体的社会本位价值理念。须厘清的是,破产法对弱者权益保护的目标,并非必须由共益债务制度来承担,除破产体系外,可以寻求其他途径对这种群体性权利予以保护。破产法体系中,尚有其他机制兼顾弱者权益。例如,破产企业被拖欠工资的职工处于弱势地位,需要特殊照顾,《企业破产法》第 113 条便将职工对破产企业的债权列为第一受偿顺位。若对该项债权给予特殊照顾,将使得债务人财产只出不进,对债务人财产有百害而无一利。与此形成鲜明对比的是,如果给付职工劳动报酬和社会保险费用的目的是债务人继续营业,债务人财产可能会因而增加,此时职工债权属于共益债务便具有正当性基础。

另一方面,不能将因国家利益所负的债务视为共益债务。基于税收的公益性,《中华人民共和国税收征收管理法》第 45 条规定了税收优先权,要求企业在正常经营时“欠缴的税款发生在纳税人以其财产设定抵押、质押或者纳税人的财产被留置之前的,税收应当先于抵押权、质权、留置权执行”。企业进入破产程序后,《企业破产法》要求税收债权劣后于职工债权清偿,但没有直面其与有担保债权的顺位,税收债权也没有明文列举于破产费用和共益债务中。学术界中认为税收优先权属于共益债务之声不绝于耳。有学者指出,法院受理破产申请后的税款不是为了破产程序本身进行的需要而产生的,但可作为“为债务人继续营业……所产生的其他债务”纳入共益债务。^①暂不论破产程序启动后债务人能够缴纳的税款微不足道,对国家利益影响较少,国家不应利用其强势地位破坏债的平等性原则而与民争利,仅税收单纯地减损债务人财产的理由即可将其排除在共益债务范畴之外。“征税权的权威性毋庸置疑,但是处于困境中的企业所能承受的税收负担和权力压力已经到了最为敏感和脆弱的程度。”^②税务机关对债务人财产的隐忍克制对债务人或能产生“放水养鱼”的效果,债务人复苏后将产生更好的回报。我国甚至在一些特定领域对破产程序的新生债权直接明文规定免征相关税款。^③

综上所述,共同利益标准并不符合破产法中共益债务的本质属性,为了防范共益债务的过度扩张,确保在破产程序中各方的利益能够得到充分维护,应当将债务人财产受益作为共益债务的唯一识别标准,确保法律框架的明晰性,平衡各方权益。而关乎社会公共利益和国家利益的债务并不符合共益债务服务于债务人财产的根本法律原则,对这类情况应当采取其他途径予以保护。

三、共益债务认定标准的规则重塑

共益债务的价值不仅在于促进债务人财产的保值和增值,还肩负着促进企业复兴的重要使命,有必要对共益债务的标准进行重塑。对共益债务制度的修正,应限缩共益债务的范围,排除

^① 参见范志勇、叶俊丽:《破产程序中新生应缴税款的清偿顺位》,载熊伟主编:《税法解释与判例评注》(第 11 卷),法律出版社 2019 年版,第 272 页。

^② 徐阳光:《破产程序中的税法问题研究》,《中国法学》2018 年第 2 期。

^③ 参见《财政部、国家税务总局关于继续实施企业、事业单位改制重组有关契税政策的公告》(财税〔2023〕49 号)。

某些侵权行为所涉及的债务,不将其列入共益债务的范畴,这有助于确保共益债务制度更加精准地服务于债务人财产,为破产企业提供更多元化的支持,促进经济的稳定和发展。

(一)限缩共益债务的内涵与外延

为防止共益债务的不当扩张,保障债务人财产,对共益债务内涵和外延的界定,一方面需要以保守的态度来识别新兴共益债务,确保其符合共益债务的定义标准。另一方面,要在确保债务确实符合共益债务概念的前提下,审视债务的实质和必要性,以避免过于宽泛地将所有债务都纳入共益债务的范畴。

1. 以保守稳健态度甄别新型共益债务

近年来,《企业破产法》共益债务的封闭式立法以及类型法定的立法模式出现松动迹象,需要对此保持谨慎。2020年修正的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的解释(二)》[以下简称《破产法司法解释(二)》]共有9条涉及共益债务,占全部条文的近1/5。其中,第3条是清偿的规定,第4、30、31、33条是对《企业破产法》第42条第5项侵权行为规定的明确,第11、36条是对《企业破产法》第42条第3项不当得利规定的细化,第38条是对《企业破产法》第42条第1项待履行合同的特殊处置。较有争议的是第37条关于买受人破产,管理人决定继续履行的所有权保留买卖合同,出卖人因特定原因未能取回标的物时,买受人及其管理人造成损失的处置。第一种解决思路是因“买受人管理人无正当理由未及时支付价款或者履行完毕其他义务”,将其归于《企业破产法》第42条第1项待履行合同的的规定。第二种解决思路是因“买受人管理人将标的物出卖、出质或者作出其他不当处分导致出卖人损害”,将其归于《企业破产法》第42条第5项侵权行为的规定。^①两种解决思路存在分歧,但殊途同归,出卖人未能取回标的物对买受人及其管理人造成的损失均可作为共益债务受偿,这无疑将扩充共益债务的范围,增加普通债权人全额实现债权的概率。

破产法中“共益债务”的产生,则强调了一种新的权利分配模式,试图在破产情况下维持各方的利益平衡,以促进更为合理和公正的债务清偿。这样的规范性安排意味着对债权人权益实行更为严格的管控,以确保整个破产程序的公正性和可持续性。由此,共益债务的范围应当封闭保守,不得恣意创设;其规则表述必须简明清楚,不得抽象模糊。在出现新兴共益债务类型的争议时,应当秉持狭义的文本解释思路,对新类别共益债务的纳入保持足够的警惕。

2. 以“实际必要”准则过滤疑似共益债务

债务人财产受益标准当然要求共益债务的支出必须造福破产财团,但是否所有支出都能纳入共益债务的范畴?如果不加限制,琳琅满目的债务会因采取有利于债务人财产福祉的宽泛解释而涌入共益债务领域,致使其膨胀不堪。早在《企业破产法(试行)》实施伊始,就有学者指出,共益债务多花一分钱,可供其他债权人分配的破产财产就少一分钱,应当尽量节省。^②《企业破产法》有关共益债务的表述仅出现“为债务人继续营业”和“执行职务”两个限定性词汇。为限制共益债务在实践中的扩张趋势,《企业破产法》应当第42条的总括性规定中,除坚持共益债务是在法院受理破产申请后发生的债务外,对所有类型的共益债务施以“实际必要”的约束性条件。

^① 参见最高人民法院民事审判第二庭编著:《最高人民法院关于企业破产法司法解释理解与适用:破产法解释(一)、破产法解释(二)》,人民法院出版社2017年第2版,第418页。

^② 参见曹思源:《企业破产法指南》,经济管理出版社1988年版,第111页。

通过对共益债务增设必要的约束,筛选并淘汰对债务人资产无所裨益的债权类型,或者限制与债务人财产受益不成比例的债权类型,以实现债务人财产受益标准的真实意旨。例如,在“实际必要”准则的限制下,因无因管理而支付的共益债务应当以债务人财产的受益额为限,当无因管理人对自己负担的债务存在过失的,将适当降低债务人的责任。

下面以两起案件为例,分别探讨“实际”与“必要”的具体标准要求。首先,实际标准意味着债务人财产应获得直接的、实在的、重要的利益。在一起债务人因承担待履行合同产生债务的案件中,债务人为租赁债权人的两艘货船与债权人签订了租赁合同,但货船始终没有被使用。在破产程序启动后,管理人在最开始的两个月并没有决定解除或者继续履行租赁合同,债权人依据租赁合同一直将货船置于指定港口,没有让货船承运其他货物。两个月后,管理人决定解除租赁合同,债权人主张其两个月的损失当属共益债权。法院认为,管理人从未使用货船的事实,意味着债务人财产没有因债权人持续履行合同而获益。即使管理人具备随时使用货船的选择权并由此可能益于债务人财产,但管理人并未让这种可能性实际发生,债权人的损失可不按照债务人的共益债务处置。^①倘若债务人没有进入破产程序,债权人当然可因管理人的失职而获得不菲的赔偿。一旦债务人进入破产程序,判定共益债务的焦点则变为债务人财产是否因债权人的行为获得直接、实在、重要的好处。其次,必要标准要求债务人财产的收益应当大于其付出的成本。在一起债务人财产因无因管理所产生的债务案件中,债务人进入破产程序后因业务重组拟放弃经营铁路工程。美国爱荷华州政府认为债务人修建的铁路岔口风险重重,遂在清理该岔口后主张清理费用属于共益债务。法院认为,即使州政府的清理或能降低债务人在未来承担侵权责任的可能,但对于债务人“太少、太间接、太具有推测性”,最终拒绝了州政府的请求。^②在本案中,纵然无因管理发生在破产申请之后,但在比较债务人财产的收益与可能的清理费用之后,法院发现两者明显不相匹配,清理费用不符合“必要”准则,应被排除在共益债务范围之外。

(二) 褫夺侵权之债的共益债务资质

在维护各方权益的情境下,债务人财产受益标准要求能够衡量债务人财产的直接经济利益流入,即便权利人支付了成本或遭受了损失,债务人也无须将这些成本或损失视为共益债务的一部分。因此,有必要考虑取消某些侵权之债作为共益债务的资格,同时建立更为适宜的共益债务替代机制,以更好地平衡权利人与债务人之间的权益。

1. 取消侵权之债资格的机理

《企业破产法》第42条规定的前4种共益债务类型,均秉持债务人财产的受益标准,对债务人复兴有所裨益。例如,一般情形下,契约神圣理念要求合同当事人恪守信用,践行合约。破产法却赋予管理人或债务人在破产企业仍有履约能力的情况下,单方解除未履行完毕合同的决定权,合同相对方不享有对等权利。在各方利益出现矛盾的情况下,破产法在分配损益的关键问题上打破了合同平等性的基本准则,采取倾向于债务人的做法,使得破产企业的控制人在商业谈判中处于优势地位,正是出于债务人财产最大化的考量。由此,管理人或债务人能够摆脱对债务人财产构成累赘的合同,继续履行扩大债务人财产价值的合同,债务人财产价值的提升也成为衡量

^① See *American Anthracite & Bituminous Coal Corp. v. Leonardo Arrivabene, S.A.*, 280 F.2d 119 (2d Cir. 1960).

^② See *In the Matter of Chicago, Rock Island and Pacific Railroad Co.*, 756 F.2d 517 (7th Cir. 1985).

管理人处分待履行合同正当性的基础。鉴于债务人已不能清偿到期债务或资不抵债,即使管理人同意继续承担合同义务,相对人也会顾虑重重,在履约时如履薄冰,致使交易成本陡增,债务人财产增值的目的便难以达成。^① 破产法遂将管理人或债务人承担待履行合同而生的债务作为共益债务,以激励合同相对人。再如,在无因管理之债中,无因管理人享有债权的原因,在于其在没有法定或约定义务的前提下自愿实施管理行为,旨在避免债务人财产受到损失。在不当得利之债中,受损人享有债权的原因,在于债务人财产在没有法律原因的前提下受益。在债务人为继续营业支出的有关债务中,雇员等享有债权的原因,在于债务人财产可能因继续营业而增加。

债务人财产受益标准要求债权人必须为债务人财产的保值增值付出努力,有能够衡量的直接利益流入债务人财产池。反之,即便权利人支付成本或遭受损失,债务人也无须将该成本或损失作为共益债务。例如,在《企业破产法》第42条第5项规定的“管理人或者相关人员执行职务致人损害所产生的债务”和第6项规定的“债务人财产致人损害所产生的债务”等侵权之债的情形中,纵然受害者遭受损失,该损失归因于债务人且债务人与损害结果确有因果联系,但这些债务也应当被排除在共益债务的范围之外,盖因其徒增债务人财产的负担。

管理人及有关人员确实为债务人财产的维护和增加贡献力量,但他们的失职行为有损于债务人财产价值,由此而生的债务与债务人财产受益标准背道而驰。《企业破产法》第42条强调共益债务必须是管理人或相关人员“执行职务”时产生的侵权行为之债,试图通过雇主责任的侵权责任规则原理,将管理人的失职行为归咎于债务人。无论是采取英美法系国家的“信托说”还是大陆法系国家的“财团代表说”,管理人均非破产企业的工作人员,故其行为不是职务行为。鉴于管理人须“勤勉尽责,忠实执行职务”且具备独立承担民事责任的能力,故无论其为执行职务还是有其他目的,其致人损害的债务均应由其自行承担。此结论也在《企业破产法》第130条中得到印证,该条规定管理人“给债权人、债务人或者第三人造成损失的,依法承担赔偿责任”。依据《破产法司法解释(二)》第33条的规定,在共益债务覆盖受害者损失后,受到影响的其他债权人可就债务人财产减少的数额,再向管理人追责。暂且不论这样的规定早就为《企业破产法》第130条所涵盖,在破产财产单方调减的情形下,若允许利用共益债务随时清偿因管理人故意或重大过失导致他人损害产生的债务,则是以牺牲破产程序其他参与者的利益优待侵权责任受害者,属于对受害者的过度保护。故应当拆除共益债务这一连接受害者与管理人的非必要桥梁。

应当基于同样原因,废除将债务人财产致人损害产生的债务作为共益债务的规定。在美国“壁管与钢产品公司破产案”^②中,从事机动车保险杠、钢管等加工生产业务的壁管公司因经营不善进入破产程序,美国田纳西州健康与环保署发现因积水该公司工厂容器中的三氯乙烷正在溢出,于是田纳西州环保部门将清理环境污染的费用作为共益债务申报。诚然,若将清理费用作为普通债权意味着偿付不能的可能性较大。受到污染的土地、厂房、设备等资产也与公众健康和安全息息相关,选择将债务人财产致人损害产生的债务作为共益债务,使债务人不得拒绝履行债务或抛弃财产,利用超级顺位的环境债权这一场及时雨,缓解环境治理的燃眉之急的做法未免矫枉过正,对普通债权人无异于一场无妄之灾。无论是普通债权人、管理人还是对清理费用享有债权

^① See Larry E. Ribstein, Partner Bankruptcy and the Federalization of Partnership Law, 33 Wake Forest Law Review, 795 (1998).

^② See *In re Wall Tube & Metal Products Co.*, 831 F.2d 118 (6th Cir. 1987).

的环保部门,对污染事件的发生没有任何责任,最终由普通债权人承担了最为不利的法律后果,对他们也难言公平。

2. 建立共益债务的替代机制

“法律好比一所房子,应随时加以修理,加以洗刷;漏的地方应弥补,旧的地方应调换,每日黎明即起,洒扫庭除,这样才始不负祖宗置产的苦心。”^①若贸然更换拆除房子的部分结构,可能产生牵一发而动全身的效果,导致法律大厦的轰然崩塌。同理,取代侵权之债的共益债务资格,需要以建立相应的替代机制为前提。

第一,推行管理人执业责任强制保险。作为取消管理人致人损害共益债务的“代偿机制”,遵循财产保险的一般原理,在被保险人即管理人出现保险范围的事项时,保险人径直向受害者赔偿,避免了管理人因资产不足、推诿责任对受害者造成的不便。《企业破产法》第 24 条第 4 款要求管理人是自然人的,必须参加执业责任保险,最高人民法院《关于审理企业破产案件指定管理人的规定》据此规定自然人申请编入管理人名册的,应当提交执业责任保险证明。实践中,非自然人的管理人一般以律师执业责任保险或会计师执业责任保险代替管理人执业责任保险。但是,律师或会计师执业责任保险不具有强制性,遇到极端情形时难以抵御风险。例如,2018 年 8 月,一家律师事务所在担任管理人期间因失职行为被债务人索赔 12.6 亿元。^② 2018 年 12 月,河北省推出了全国首单破产管理人职业责任保险省级统保保单,承担全省管理人在破产案件中承担的经济赔偿责任。^③ 这是管理人执业责任保险迈向强制化、专业化、独立化的有益尝试。

第二,赋予受害者对责任人的追索权。细究债务人财产致人损害之债的发生原因,是破产企业的董事或高管(以下简称为董事)违背相应的信义义务所致,理应由他们承担相应责任。几乎所有国家均对破产中的董事责任有详细规定。《企业破产法》第 125 条也明确了董事对破产企业的责任,即董事违反忠实义务、勤勉义务,致使所在企业破产的,依法承担民事责任。问题的难点在于,公司在正常经营情况下信义义务的对象是公司及股东,在破产时能否扩充至债权人?应当看到,公司已进入破产程序,公司的剩余索取权和剩余控制权移至债权人,债权人已取代股东成为公司的实际所有人。另一个令董事向债权人承担责任的理论基础是“刺破公司面纱理论”。该理论源自《中华人民共和国公司法》第 190 条的股东直接诉讼,侵权之债的权利人在法理上可径行请求董事承担损害赔偿责任,其损失不再由不相干的共益债务“照单全收”。

褫夺侵权之债的共益债务资格,可以确保共益债务的定义更加清晰明了,保障债务人财产所获得的实质性利益。同时,建立管理人执业责任强制保险以及赋予受害者对责任人的追索权等替代机制,能够更加有效地平衡权利人与债务人之间的权益,避免将无关的侵权之债纳入共益债务的范畴。如此不仅有助于提高法律规范的适用性,也有助于促进公正和合理的法律实践。

(三)扩大解释“破产后融资”的内涵

复兴导向最为鲜明的破产后融资,在我国的确立却颇费周折。以“深圳市亿商通进出口有限公司等诉东莞市清溪金卧牛实业有限公司破产债权确认纠纷案”为突破口,我国司法实务界在面临破产后融资的定性时,首次承认新融资对破产企业重生的推进具有积极、必要的促进作用,具

① 吴经熊:《法律哲学研究》,清华大学出版社 2005 年版,第 227 页。

② 参见广东省高级人民法院(2018)粤民初 38 号民事判决书。

③ 参见张忠义、李彬:《破产管理人职业责任保险在河北诞生》,《中国银行保险报》2018 年 12 月 16 日。

有优先受偿的合理性。^① 理论界对此存有争议,将破产后融资认定为《企业破产法》第 42 条第 1 项的待履行合同,与通常认为的待履行合同成立于破产前的观念不符。^② 众多学者认为应将破产后融资归于第 42 条第 4 项的“其他债务”。^③ 不过,“其他债务”的法条表述前有“由此产生”的定语修饰,再结合前半句的“应支付的劳动报酬和社会保险费用”,得知第 4 项专指与劳动相关的债务,此观点亦被立法者赞同。^④ 针对上述争议,2020 年修正的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(三)》[以下简称《破产法司法解释(三)》]第 2 条明确给予破产后融资以优待,终于补齐我国在“办理破产”指标中“债务人财产管理”方面的短板。需要注意的是,该条明确只有“为债务人继续营业而借款”才享有优先权。破产企业继续营业,保留其运营价值,避免因分拆导致的资产浪费,这正是共益债务复兴导向的体现。

我国对破产后融资的规定仍较为粗糙,滋生出诸多争议案件。故应当秉持促进企业复兴标准,适度扩大解释破产后融资的内涵。《破产法司法解释(三)》第 2 条规定:“破产申请受理后……管理人或者自行管理的债务人可以为债务人继续营业而借款。提供借款的债权人主张参照企业破产法第 42 条第 4 项的规定优先于普通破产债权清偿的,人民法院应予支持……”下文将对该条争点以案例分析法释明。

其一,对破产后融资发生时点的划分应当采取实质主义。在预重整程序中,为破产企业继续营业的借款是否按照共益债务处置? 在浙江省首例预重整案件中,某房地产开发公司因资金链断裂中断其开发项目的建设。考虑到破产受理审查期间较长,为早日交房回款,在政府与法院的协调下某银行为项目融资 2.1 亿元。在该公司进入司法重整程序后,以复工融资方案为蓝本的重整计划草案被法院顺利批准。^⑤ 根据 2018 年《全国法院破产审判工作会议纪要》第 22 条的规定,在重整程序前破产参与人可以拟定重组方案,在重整程序启动后可以该方案为依据拟定重整计划草案。这意味着我国已然承认了预重整制度。在实践中,有的法院将预重整期间债务人为继续营业的借款作为共益债务处理。^⑥ 值得注意的是,发生在破产案件启动前的融资仍被法院认定为共益债务,是否与共益债务发生时点的基本要求相悖? 纵然学术界对此做法有“赞成说”和“否定说”两种截然不同的观点,^⑦ 考虑到重整申请被法院受理前法院已然实质参与案件,重整计划基本上是借款方案的完全延续,预重整的效果直接辐射于破产程序后,债务人财产因借款受益,为充分吸引资金、抓住企业复兴的时间窗口,应当采取实质性的认定逻辑,将预重整阶段的借款视为共益债务。

其二,对破产后融资对象的认定应当扩展至债务人的直接关联方。《破产法司法解释(三)》要求共益债务的借款须用于“债务人”继续营业,那么没有直接促进债务人实现该目标的借款可

^① 参见李震东:《重整中的新融资债务属于破产程序中的共益债务》,《人民司法》2014 年第 24 期。

^② 参见付翠英:《论破产费用和共益债务》,《政治与法律》2010 年第 9 期。

^③ 参见丁燕:《论破产重整融资中债权的优先性》,《法学论坛》2019 年第 3 期。

^④ 参见《中华人民共和国企业破产法》起草组编:《〈中华人民共和国企业破产法〉释义》,人民出版社 2006 年版,第 160 页。

^⑤ 参见曹文兵、朱程斌:《预重整制度的再认识及其规范重构——从余杭预重整案谈起》,《法律适用》2019 年第 2 期。

^⑥ 参见《江西省高级人民法院关于印发审理企业破产预重整案件工作指引的通知》第 33 条。

^⑦ 参见江丁库主编:《破产预重整法律实务》,人民法院出版社 2019 年版,第 91~92 页。

否被划为共益债务?在一起破产案件中,破产企业成立全资子公司并将盈利资产注入,该破产企业拟出售子公司并将所获价款归入母公司的破产财产。为实现上述设想,破产企业向债权人借款 80 万元。^① 本案争议的焦点在子公司的借款能否优先受偿。笔者认为,纵然破产企业与子公司是截然不同的法人,作为破产企业继续营业的自然延展,子公司受到破产企业的全权把控,其利润分红和变卖受益皆归于破产企业,将该笔借款作为共益债务的特例并无不可。

其三,对破产后融资目的的理解应当区分营业与经营。倘若破产企业获得的融资对其继续经营无足轻重,能否满足共益债务的条件呢?例如,在一起破产案件中,破产企业已暂停经营,某债权人提出可与其协助联系当地政府主管部门完成厂区排水、变压器等配套工程,以实现企业财产的更大市场价值,在此过程中会涉及对外签订合同、负担债务。^② 但“营业”不等同于“经营”,营业是企业以利益最大化为目的的经济活动,其社会意义是创造和实现了新价值并使财富不断增进,其外延要大于经营。^③ 作为营业的组成部分,补强企业资产会为破产企业的运营添砖加瓦。在满足借款“实际必要”的前提下,确保该项借款享有优先权是共益债务的题中之意。

对破产后融资的规定,还有清偿顺位与“借款”的争论。前者表现为司法解释仅注明破产后融资优于普通债权受偿,而共益债务尚优于劳动债权和税收债权,那么破产后融资究竟可以优先于哪些债权得到受偿?后者表现为破产后融资方式多样,借款仅是其中一种且是最为简单的一种,司法解释的规定是否限于借款?对于这些争论,应当回归破产后融资制度的企业复兴本意,以能否有益于企业转危为安作为根本标杆。由此,破产后融资应当享有与其他共益债务完全相同的清偿顺位,应当将类似于借款的其他融资手段归入借款的范畴。

四、结 语

共益债务在当今已然变成频繁交易的客体,围绕其诞生的市场焕发出勃勃生机。繁荣的、竞争性的共益债务市场,能够为困境公司创造价值。近年来,我国浙江金融资产交易中心、河北省资产管理有限公司等机构相继设立了共益基金,依托交易平台或企业引入社会投资者参与困境企业的融资,通过市场化运作解决了部分破产企业的资金需求。2017 年至 2022 年,我国主动处置银行业不良资产超过 12 万亿元。^④ 鉴于破产法旨在为债权债务的有序解决提供舞台,共益债务可成为纾解企业不良资产问题的市场化机制路径。中国人民银行的一份报告就指出,鼓励建立专项投资基金,运用社会资金进入不良资产处置领域,对困境企业股权融资的同时归还金融机构贷款。^⑤ 不仅如此,共益债务机制在违约债、拍卖、房地产市场中也大有作为,通过给破产企业注入流动资金、完成企业在建项目的建设,使企业恢复正常运营及实现收益,能够在最大程度上

^① 参见北京市第一中级人民法院(2017)京 01 破申 24 号民事裁定书。

^② 参见樊星:《共益债务与破产法司法解释三的法律适用——基于北京京西峪鑫物资有限公司申请北京京西国利信机电设备有限公司破产清算案的分析》,《法律适用》2019 年第 12 期。

^③ 参见王福强:《破产重整中的营业保护机制研究》,法律出版社 2015 年版,第 14 页。

^④ 参见易纲:《国务院关于金融工作情况的报告——2022 年 10 月 28 日在十三届全国人民代表大会常务委员会第三十七次会议上》,https://www.safe.gov.cn/ningxia/2022/1124/2031.html,2023-11-29。

^⑤ 参见刘向民、武卓、牟田田:《不良资产市场化处置机制研究》,载李曙光、郑志斌主编:《危困企业并购艺术》(第 1 辑),法律出版社 2017 年版,第 104 页。

保障债权人和企业的权益。

2019年3月,全国人大财经委下发《开展法律实施情况评估工作的方案》,拟“在完善社会主义市场经济法律制度上多下功夫”。《企业破产法》成为首批3个评估对象之一,由此拉开《企业破产法》的修法大幕。为优化营商环境,完善企业退出机制,我国在《破产法司法解释(三)》中对共益债务制度的健全前进了一大步。《企业破产法》的修改已被十四届全国人大常委会纳入立法规划中。未来在法律修订过程中,关于共益债务的认定,《企业破产法》应当收窄外延、厘清内涵、确定标准,为共益债务服务各方参与者带来更多的效益。可以说,随着法律的日益完善,共益债务认定标准这一复杂问题应逐步得到澄清和规范,这不仅反映了法治的进步,也将为实践提供更为清晰和可操作的法律依据。

Abstract: Originating from the Enterprise Bankruptcy Law of the People's Republic of China (For Trial Implementation), the recognition of the scope of common interest debt has gradually become clearer and its types more fixed and closed, exhibiting a tendency toward restraint. Considering the interests of other parties in bankruptcy proceedings, the expansion of the scope of common interest debt should be curbed. The commonly understood standard of “for the common interests of all creditors” should be replaced by the “debtor's asset benefit” standard due to its conflation with the essential nature of bankruptcy expenses and the overly narrow identification of interest subjects. Debts borne for social or national interests, being incompatible with the characteristics of common interest debt, should be excluded from its scope. Common interest debt inherently reflects a strong focus on enterprise rehabilitation, with post-bankruptcy financing as a quintessential example. Emerging categories of common interest debt should be approached cautiously, with the “actual necessity” principle constraining their amount and scope. While removing the qualification of tort obligations as common interest debt, it is essential to strengthen compulsory liability insurance for trustees and establish alternative mechanisms for victims to pursue claims against responsible parties. Adopting a mindset that promotes enterprise rehabilitation, the framework should address disputes concerning the timing, subjects, and objectives of post-bankruptcy financing, seek market-oriented solutions for distressed assets, and maximize the protection of the legitimate rights and interests of creditors and enterprises.

Key Words: common interest debt, recognition standard, bankruptcy cost, DIP financing, debtor's property, bankruptcy restructuring
