

我国破产法的系统性反思与重构

——以世界银行《营商环境报告》之“办理破产”指标为视角

张 钦 昱*

摘 要:世界银行《营商环境报告》的“办理破产”指标早期仅考核破产时间、成本与结果,聚焦有担保债权人的利益,在加入以破产程序启动、债务人财产管理、重整程序、债权人参与等为内容的破产框架力度指标后,愈发关注各方主体的利益均衡,对健全我国破产制度具有较大参考价值。我国破产法近年修法多采取通过颁布司法解释的改革方式以提升“办理破产”指标的排名,但修法逻辑反复、债务人资产利用率较低、债权人对破产程序监督不足,致使我国回收率指标总体表现不佳,部分框架力度指标有待完善。应当以破产效益为核心理念,树立破产市场化、债权人参与常态化与运营资产整体化的观念,着力升级破产法体系,加大债权人选任管理人的自由度,加强债务财产信息披露的透明度。

关键词:营商环境 破产法 回收率 市场化 运营资产

一、问题的提出

作为优胜劣汰市场机制坚定捍卫者的破产法,在优化营商环境方面扮演着举足轻重的角色。世界银行每年发布《营商环境报告》,对全球 190 余个经济体的营商环境法律法规及其执行情况进行客观评估,其中的“办理破产”指标,^①旨在通过量化排名,良性地促使各国破产制度日臻完善。当下,越来越多的经济体开始以营商环境排名的提升为其经济改革的主要目标。例如,纳伦德拉·莫迪当选印度总理时,曾明确提出要把在营商环境排名中进入前 50 的目标,作为他执政的一个基准。^②

* 中国政法大学民商经济法学院副教授、破产法与企业重组研究中心研究员

基金项目:中国政法大学青年教师学术创新团队支持计划(19CXTD07)、钱端升杰出学者支持计划(DSJ CXZ180413)

① 在 2012 年前,《营商环境报告》中衡量破产的指数称为“关闭企业”(closing a business);自 2012 年起,改为“办理破产”(resolving insolvency),以更精准地体现该项指标的含义。需要指出的是,该项指标的内容和范围均未有变化。

② See Gerard McCormack, Why ‘Doing Business’ with the World Bank May be Bad for You, 19 European Business Organization Law Review, 649—676 (2018).

2020年《营商环境报告》中,我国“办理破产”指标排名较前一年上升10名,但“办理破产”子指标中“破产时间”较前一年下降2名,“破产成本”并无提升,“回收率”单项排名仅上升1名。除去“破产时间”与“破产框架力度指数”两项指标外,其他指标排名都远低于“办理破产”总指标排名。^①近5年来,我国“办理破产”指标的分数几无变化,稳定在世界第50名至第60名之间。这既有我国破产制度改革欠缺针对性、与“办理破产”指标的相关要求有一定差距的原因,也有世界范围内各个国家纷纷掀起破产制度改革浪潮,排名顺位迎头赶上的影响。随着对市场出清在营造良好营商环境中具有重要作用的深入认知,我国出台了系列完善破产与市场主体退出制度的政策。例如,2019年3月28日起施行的《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)》],正是为营造稳定公平透明、可预期的营商环境提供有力的司法服务和保障。^②从2020年《营商环境报告》中可以看出,《破产法司法解释(三)》为我国“办理破产”总指标排名的提升带来正外部性,但制度改革也没有全部被世界银行认可。在反思我国破产制度改革政策、对标国际高标准后,亟须反思我国破产法改革的进程。面对总指标中部分指标排名增长乏力、我国部分改革成果未被认可的现实,我们要反思我国在打造良好的破产法治方面还存在哪些不足,在哪些方面尚能有所作为?

深入研究分析“办理破产”指标,有利于革新我国破产法改革理念,平衡多元利益主体下的整体破产效益,发挥破产法重整再生的市场经济价值,制定针对性的排名追赶方略,反思与重构我国破产法,优化市场主体退出机制与营商环境,保障我国参与世行评估时能获得全面、准确反映破产改革成果的客观评价。笔者正是在剖析《营商环境报告》“办理破产”指标体系的基础上,梳理我国相关指标的改革成效,检讨既有破产制度与实践短板,并通过借鉴破产排名“优等生”的经验,在宏观理念与微观制度方面双管齐下,为健全破产制度、完善社会主义市场经济法治体系建言献策。

二、标准解构:各方共益的“办理破产”指标

何为“好”的破产制度,可谓见仁见智。对有担保债权人而言,保障其以最少的成本、最快的速度收回贷款的设计,是有效的破产制度;对普通债权人而言,能够满足其最大程度受偿的机制是受到赞许的;对出资人而言,理想的破产法需要承担企业死里逃生、涅槃重生的重任,以免其投资血本无归的厄运;对雇员而言,失业意味着难以养家糊口,破产法至少应当确保其获得体面补偿或不被扫地出门;对上下游的供销商而言,破产法应当在处置企业破产过程中,保障供销网络的完整性;对税务机关而言,债务人拖欠的税收之债妥善回收,是“好”的破产制度的应有之义。

面对纷繁复杂的各方主体利益,《营商环境报告》早期以“回收率”为其唯一着力点,仅将债权人特别是有担保债权人的利益诉求是否实现作为“有效”破产制度的评判标准。2015年后,评价体系引入“破产框架力度”指标,愈发关注其他利益相关方,以实现各方主体利益的均衡协调发展。^③

^① 本文的各项数据、指标含义、调查问卷内容,除特殊说明外,均来自历年世界银行《营商环境报告》,参见 <http://www.doingbusiness.org/en/reports>, 2020-03-04。

^② 参见乔文心:《完善民事程序规则 规范破产案件审理:最高法发布优化营商环境两个司法解释》,《人民法院报》2019年3月29日。

^③ 第一份《营商环境报告(2004年)》包含的破产指标有六项,分别为:破产时间、破产成本、绝对优先权保留、有效结果的实现、破产目标指数、法院权力指数;自2005年起,改革为破产时间、破产成本及破产结果。鉴于第一份报告的实验性色彩及与后续年份的非连续性,本文将不予分析《营商环境报告(2004年)》的破产指标。

（一）以偿付结果为导向的回收率评估

稀缺的债务人财产是债权人受偿的唯一源泉。债务人的资产池在其进入破产程序后，一般仅能被动地消耗。债务人财产留存得越多，债权人得到的份额自然越多，即回收的债权比例越高。“办理破产”指标的第一部分设计出破产时间、破产成本及破产结果三个子指标，进而计算得出回收率指标，以考察一国或地区破产程序运行的成本与收益。回收率指标旨在降低破产程序的运行成本，扩增债务人留存财产，提高债权人回收的债权份额，从破产程序的偿付结果上均衡债务人与债权人的利益。

第一，破产时间。以效率促进公平清偿秩序的实现，是破产法一直追寻的目标。例如，联合国国际贸易法委员会《破产法立法指南》以“确立有效力和高效率的破产法的关键目标和结构”作为第一部分的主题，并将“及时、高效地解决破产事务”作为各国破产法应当确立的关键目标之一。^①企业的破产“战线”拉得越长，需要应付的麻烦就越多。此时的企业本就鲜有盈利能力，资产池由于只出不进，将随着时间的流逝渐渐枯竭。企业的资产价值也会随着时间流逝而减损。此外，重整程序拖得越久，案件结果的偿付可预期性越差，这将动摇管理层与职工的信心，致使供货商和消费者为规避重整失败转向破产清算的风险而另寻他处。

第二，破产成本。“办理破产”指标所衡量的破产程序成本，并不等同于程序经过可能发生的全部花费。《中华人民共和国企业破产法》（以下简称《企业破产法》）第五章规定了两大类成本，即破产费用和共益债务。前者是指保证破产程序启动和顺利进行所需支付成本的各项费用的总称，后者是指为全体债权人可获得的偿付利益而由债务人财产负担的债务的总称。^②“办理破产”指标仅以其中的破产费用为蓝本，以破产程序漫漫征程的重要经常性支出为底线，圈定以下费用为破产成本：法庭费用和政府税费、破产管理费、拍卖费、评估费和律师费以及其他一切费用和成本。

第三，破产结果。衡量破产债务偿付状况的落脚点在回收率指标。回收率的计算方法是综合各国通货膨胀情况得出贷款利率与债务人总资产的乘积，再用债权人可以回收的债务人财产数额除以前述乘积。其中，债权人可以回收的债务人财产数额由破产结果减掉破产程序成本和债务人财产的折旧价值得出。如果债务人能够维系运营价值，破产结果等于债务人的财产总额，若债务人财产被拆出售，该数值要在债务人财产总额基础上打七折。贷款利率经国际货币基金组织《国际金融统计数据》、各国中央银行及《经济学人》信息部公布的数据综合得出。为了计算现实回收率，在计算时会考虑破产程序运行期间各国的通货膨胀情况，以避免最终的回收率计算出现偏差。

（二）以程序民主为要义的破产框架力度

破产带来羞耻感、恐惧和无知，破产法模式变革的具体化进程面临着诸多障碍：严重的破产羞耻感无疑是关键诱因。^③据调查，企业家将破产置于创办企业恐惧之首，远高于无规律的收入及工作的不稳定性。^④消弭破产的污名化绝非一朝一夕之功，适度照顾债务人等其他利害关系人的利益是重塑破产法良好面貌的开端。破产框架力度指标由破产程序启动、债务人财产管理、重整程序、债权人

^① See United Nations Commission on International Trade Law, Legislative Guide on Insolvency Law, United Nations Publication, 2005, p. 12.

^② 参见齐明：《破产法学：基本原理与立法规范》，华中科技大学出版社2013年版，第245页。

^③ 参见[匈]蒂伯·塔基提：《破产耻感与再生政策》，李泽民译，载李曙光、刘延岭主编：《破产法评论》（第1卷），法律出版社2018年版，第56～57页。

^④ See European Commission, Entrepreneurship in the EU and Beyond, 2012, http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_354_en.pdf, 2019-05-28.

参与四类指标构成,占“破产框架力度”指标的比例分别为18.75%、37.5%、18.75%、25%。所有指标均不仅仅反映有担保债权人的权益,而是反映了各类债权人、债务人等多方利益诉求。

第一,破产程序启动指标。该指标可分为启动主体与程序、启动标准两个部分,重点关注破产程序的“可获性”,即破产程序能否被简便民主地启动。只有债权人和债务人均能启动破产清算或破产重整程序,才是最佳的破产实践。一方面“办理破产”指标特别强调债务人对破产程序启动的自主选择权,确保其能尽早进入破产保护,避免损失的扩大。另一方面,两类破产程序应由申请人自主选择提起,确保申请人选择最有利于自身的途径。通常有现金流、资产负债表两种破产程序启动标准,分别对应债务人无法清偿到期债务与债务人资不抵债的情况。鉴于资产负债表以债务人的资产负债表为观察对象,易致破产界限由债务人操控,存在被滥用的可能,现金流标准遂被大多数国家立法采纳。^①

第二,债务人财产管理指标。该指标又由“待履行合同”“撤销权”“启动后融资”三大类指标构成。当企业陷入绝境时,如何对待众多尚未完全履行的合同是棘手问题。根据契约神圣理念,合同在一般情况下自然应当得到遵守,否则将丧失提升破产财团总体价值的机会;若强制债务人履行一些负担过重的合同,必然有悖于维系破产财团最大化的破产法基本准则。于是,公认的待履行合同处置规则是赋予管理人选择权,让其从破产财团整体角度,自主判断破产程序启动前债务人与对方当事人均未履行完毕合同的命运。“债权人之间的债权除具有优先受偿权者外,不考虑其发生时间的先后、金额之多寡、债权发生之原因,都应当平等地接受清偿。”^②当个别清偿或优惠清偿等规避债权平等性原则的行为能够被破产法撤销时,该国或地区的此类指标方能得到满分。进入破产程序的企业不一定歇业,其或能在“自动中止”^③等制度的保护下暂缓债权人追索债权,并通过持续运营熬过寒冬,谋求东山再起的机会。企业面临资金周转的难题,是否允许其获得新资本的注入?更为重要的是,如何对待新的融资,特别是在受困企业的吸引力断崖式下跌、新融资面临难以回收的极大风险的背景下?“办理破产”指标指出,若破产法允许债务人在破产程序启动后获得融资,并给予该融资以优先受偿待遇,则该破产设计是值得赞许的。

第三,重整程序指标。重整程序指标由“表决权主体”“分组表决”“异议债权人对待”三大类指标组成。仅有在被调整权益的债权人拥有重整计划草案表决权的情况下,表决权主体部分的指标才达到最优。例如,若担保债权人能够全部收回其债权,破产法就应当排除其表决重整计划草案的权利。为平等对待拥有实质相似权利的债权人,一个经济体的破产法应当将债权人分成若干组别,每组分别表决,并公平对待各组债权人。“异议债权人对待”指标旨在保护少数债权人的权益,保障其不会受到多数债权人的倾轧。该指标的具体要求是遵守“债权人利益最大化”或“清算价值保障”原则,即任何一个反对重整计划草案的利害关系人,依据重整计划草案都可以至少获得其在破产清算程序中原本可得到的清算利益。^④

第四,债权人参与指标。依据契约理论角度分析,剩余索取权和剩余控制权移至债权人,债权人成为破产企业的最终控制者,不过债权人负责具体的财产和营业事务不切实际,一般通过管理人或经

① 参见王东敏:《新破产法疑难解读与实务操作》(修订版),法律出版社2007年版,第40~41页。

② 王利明、崔建远:《合同法新论·总则》,中国政法大学出版社1996年版,第15页。

③ 参见[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60页。

④ 参见王欣新:《破产法理论与实务疑难问题研究》,中国法制出版社2011年版,第355页。

管债务人模式管理债务人。^① 该指标要求债权人应当享有下述四种权利:管理人任命权,即债权人委任管理人或否决其他人任命管理人的权利,借此缩减债务人管理的代理成本;重要事项决策权,即当债务人出售重要资产时债权人的强制批准权,防止债务人资产流失而债权人却不自知;信息获得权,即单个债权人获得债务人财产状况的权利,以弥补债权人与债务人之间信息不对称的“鸿沟”;决议反对权,即债权人对法院或管理人做出的债权确认决议的否决权,以防止因不良债权的混入而稀释债权人的分配数额。

三、困境剖析:破产法“软”“硬”实力进阶的梗阻

我国于2019年颁布《优化营商环境条例》,正是受到《营商环境报告》的启发与激励。尽管我国近年来在破产法领域的改革有所建树,但没有跟上破产法理论与实践的国际新潮流,相关措施大都无的放矢,没有针对“办理破产”指标的要求对症下药,致使我国破产法改革成果未得到世界银行认可,“破产指标”排名没有大的起色。

(一)破产法改革逻辑反复

自2004年世界银行发布《营商环境报告》以来,我国“办理破产”指标三降三升,其排名演变与我国破产法改革逻辑的反复密切相关。

颁布于1986年的《企业破产法(试行)》因早已与破产实践脱节,难以适应市场经济的发展需要,在实践中鲜有用武之地,与之配套的《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国企业破产法(试行)〉若干问题的意见》做出部分改良,但扬汤止沸,再加上政策性破产在实践中广为推广,我国“办理破产”指标排名逐年走跌至第80名。得益于2007年6月1日起实施的新《企业破产法》,我国“办理破产”指标排名于2008年显著攀升18名。不过,《企业破产法》实施过程中遇到始料未及的困境,如囿于严重的破产耻辱感,申请破产的企业远远少于退出市场的企业,再加上管理人角色定位模糊、专业性不强、中介功效难以发挥等因素,^②我国的排名一路探底至第82名。近年来,我国破产法领域颁布了一系列法规,助推建设现代化经济体系,着力服务构建新的经济体制,完善市场主体救治和退出机制。遗憾的是,上述对破产法改革的良好探索没有被世界银行认可,未能录入《营商环境报告》,成效也未显现于排名走势。我国并未对症下药地针对“办理破产”诸指标予以调整,致使资源和精力白白浪费。近年来多项举措的出台,正是着眼于我国“办理破产”指标的薄弱环节。在“债务人财产管理”指标中,我国在2019年《营商环境报告》的唯一失分点在于破产启动后的融资未能获得优先对待,不能吸引新的投资人向困难企业注资,企业便因难以获得“活水”而复苏。2019年3月28日,《破产法司法解释(三)》开始实施,其针对性地规定,破产程序启动后为债务人继续营业的借款优先于普通破产债权受偿,这使得我国的债务人财产管理指标终补齐短板。对我国破产弱项予以相应改善,这对我国提升“办理破产”指标排名起到了立竿见影的效果。在2020年《营商环境报告》中,“债务人财产管理”与“债权人参与”指标首次获得满分。

(二)债务人资产利用低效

作为检测一国破产法实践运行情况的“软实力”,回收率指标难以通过一项改革取得立竿见影的

^① 参见张钦昱:《公司重整中出资人权益的保护——以出资人委员会为视角》,《政治与法律》2018年第11期。

^② 参见李曙光、王佐发:《中国〈破产法〉实施三年的实证分析——立法预期与司法实践的差距及其解决路径》,《中国政法大学学报》2011年第2期。

效果,一直是各国破产改革中难啃的“硬骨头”。与作为破产基础设施的法律文本较为扎实可靠相比,我国破产法在实践层面表现不佳,占《营商环境报告》全部指标一半比例的回收率指标在2020年仅排在第85位。

将回收率指标系统拆解,具体细微地观察三个子指标的表现情况,可以发现:其一,我国破产时间指标表现较优,位列世界190个经济体的第47位,是子指标中唯一高于我国“办理破产”指标总体排名及回收率排名的指标。下一步改革的重点,或将围绕进一步缩减各阶段的时限展开。毕竟,我国当前破产程序历经1.7年,距离破产时间排名第一的爱尔兰的0.4年、近邻日本的0.6年还有较大差距。其二,我国在破产成本方面表现不佳,位列世界后段,破产成本占债务人财产22%的比例也高于世界均值16.04%、经济合作与发展组织成员均值9.3%。平心而论,我国司法成本低廉;专业执业人士薪酬与拍卖采市场化运作,收费较高在情理之中;公共服务是企业在运营期间为破产财团保值增值而不得不付出的对价。值得商榷的是管理人成本与税费。依据《企业破产法》第25条,管理人职责的专业性和复杂性并不强于执业人士,甚至诸多管理人就是由执业人士担任,但债务人财产的5%—10%要给付管理人费用,比例较高。税务机关若对破产企业等闲视之,不给予其税收优惠,将不利于困难企业的重生。其三,我国与其他167个有破产实践的国家和地区一样,债务人在破产程序结束后将面临肢解的命运。造成这样结局的其中一个原因,在于破产清算而非重整程序是我国最常被用于处置破产企业的法庭内手段,债务人财产一般会经过拍卖而变价出售,鲜有因出售或企业恢复营运而得到整体保存。债务人资产落得被分割出售境地的其他原因,包括兼并重组市场不发达,参与活跃度和市场流动性不足,并购双方匹配困难;债务人资产利用的理念落后,债权人以尽快回收债权为常态,没有理解整体留存的运营资产反倒使其更多获益;对收购方的激励机制欠缺,受让方盈利面临较大风险的同时还须承受巨额负债,得不偿失。在传统破产理念影响下,债务人资产并未得到充分利用。

世界银行《营商环境报告》中的回收率指标根据办理破产程序的时间、成本与诉讼结果综合得出。回收率越高,表明破产成本越低,资产利用率越高,破产程序越完善。我国破产程序回收率始终徘徊在低位,破产程序呈现高成本、低收益的特征,破产程序对当事人而言并非雪中送炭,只是其面临债务困境的无奈之举。如果破产程序中资产利用现状得不到改善,破产制度对危困企业的吸引力仍然微乎其微,破产法促进社会信用流转、保障企业再生、实现市场主体优胜劣汰的功能便难以充分展现。

(三)债权人监督程序失灵

从我国“破产框架力度”指标各项得分观察,我国破产法条文并没有实现全副武装到“牙齿”的“硬度”,“重整程序”和“债权人参与”指标在近年改革中仍缺乏适应国际标准的点睛之笔。这两项指标的失分项与我国破产法对债权人的保护程序不够完善息息相关。

为更好地维护债权人利益,破产法通常会赋予债权人破产管理人任命权、重要事项决策权与重整计划表决权等具体权利,而不是单纯地将破产程序的监督权交给管理人或法院。世界银行专家在评估过程中,倾向于对赋予债权人监督破产程序权利的国家打出高分。我国因没有合理地赋予债权人参与重整计划决策的权利,使得债权人无法以投票方式监督重整计划对自身利益的分配,一直没有获得“重整程序”指标中“表决权主体”的分值。此外,在我国破产程序中,因为债权人始终无法监督破产管理人的选任和参与重要事项的决策,多年来也与“债权人参与”指标中“管理人任命权”和“重要事项决策权”两项得分无缘。

债权人权益受到调整是其获得表决权的逻辑前提。以无关人士的表决结果观察:若表决赞成,花费成本征求他们的意见属于多此一举;若他们表决反对,由于重整计划草案不涉及这些“外部人”的切

身利益,他们的表决缺乏合理解释。^① 切身权益受到现实冲击的债权人,因承担牺牲自我而换取企业重燃转机的后果,赋予这些债权人对重整计划草案说“不”的权利,符合公平原则;与重整计划执行结果毫无关联的债权人,不应当赋予他们干涉他人命运的权利。依据我国《企业破产法》第 82 条,包括有担保债权人、拖欠工资等的职工、拖欠税款的税务机关、普通债权人,都可以表决重整计划草案。例如,截至 2019 年底,我国全部 61 起上市公司重整案件中,仅有“科建股份重整案”“中银绒业股份重整案”“庞大汽贸集团重整案”“莲花健康重整案”4 起案件因职工债权完全受偿而不设职工债权组,其他案件中只要有职工债权或税务债权,即使这两类债权得到全额清偿,权益没有受到丝毫影响的职工债权人和税务债权人,也享有对全部重整计划草案的表决权。对比在重整单项获得满分的国家,《美国联邦破产程序规则》第 9024 条规定,重整计划即使通过,也可由利害关系人在裁定作出后 180 日内申请撤销;《日本公司更生法》第 232 条规定,在法院裁定重整计划时,管理人、公司、债权人、股东、因更生而负担债务者或提供担保者等利益相关人,可以就更生计划陈述认可或不认可的意见。早在 2000 年 6 月《中华人民共和国企业破产与重整法(草案)》中,我国便要求在法院裁定批准重整计划前,应当开庭审理,听取管理人、监督人、当事人及有关部门和专家的意见。^② 只是在《企业破产法》的正式文本中因为程序的繁琐而删除。面对我国“表决权主体”指标多年来未有提升的窘境,增加表决权主体对重整计划可行性的异议权或能够带来柳暗花明的效果。

我国在“破产框架力度”指标部分表现最为糟糕的是债权人参与指数,在 4 项要求中除“决议反对权”“信息获得权”符合要求外,其他 2 项均失守。理性来看,世界银行“办理破产”所采取的指标体系,更多是破产行业 2.0 时代的标准,但我国还在 1.0 时代苦苦跋涉。^③ 在国际破产立法向着更为注重各方利益协同并举的发展趋势下,我国基础性的债权人保护工作做得还不够扎实,实属不该。具体分析之,《企业破产法》第 22 条明确了管理人应当由法院指定,债权人会议认为管理人不能依法、公正执行职务或者有其他不能胜任职务情形的,可以申请人民法院予以更换。必须注意的是,债权人会议对管理人的任命仅享有申请更换权,并没有任命、批准或拒绝的权利,这直接与“办理破产”指标的要求相悖。债权人会议的职权包括通过债务人财产的管理方案、通过破产财产的变价方案以及通过破产财产的分配方案,从中难以推导出债权人享有对债务人大量重要资产出售的决定权。《破产法司法解释(三)》规定管理人处分债务人重大财产的,应当事先制作财产管理或者变价方案并提交债权人会议表决,债权人会议表决未通过的,管理人不得处分。该规定有效地填补了债权人会议职权的缺漏,但成为财产方案的表决主体仅意味着其可以通过或否决变价方案,而无法更改财产方案。毕竟,除对财产方案享有投票权外,债权人重要事项决策权的重要内容还包括参与制定重大决策、对决策内容提出异议及更改的权利。因此,《破产法司法解释(三)》对债权人会议职权的理解尚显片面。当债权人被赋予重整计划制定参与权、异议救济权时,“债权人参与”指标的要求才在我国真正落地,法院主导型的破产监督失灵才能发生质变,作为破产企业新控制者的债权人才能更好地监督破产程序。

^① See Maurice Axelrad, Voting Rights of Creditors and Stockholders in Chapter X Reorganizations, 105 University of Pennsylvania Law Review, 692—701 (1957).

^② 参见《中华人民共和国企业破产与重整法(草案)》第 106 条。

^③ 参见陈夏红:《如何看待我国“办理破产”排名的下降?》, https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_2632344 /11/15/2018, 2019—06—08。

四、观念纠偏：以破产效益为本位的理念革新

效益即资源配置价值最大化,是衡量一切法律乃至所有公共政策适当与否的根本标准。^① 破产法并不直接产生效益,其效益体现在以较低的破产成本获取最大的资产收益。破产成本与资产收益贯穿破产程序始终,是检验破产程序适当性的标尺。我国破产程序成本较高,债务人常常面临被肢解的命运,债权人的债权回收率自然较低,破产程序对经济社会的整体效益不佳。破产法的进化应当顺应经济发展规律,提高债务人业务经营收益;以破产效益为核心,提高债权人在破产程序中的参与度,充分发挥债权人参与破产的积极性、主动性,保障债权人的决策权、选任权。破产法的理念革新应当从瓜分债务人剩余资产的落后观念向盘活债务人有效资产的效益观念转变,着力保留破产资产的整体运营,从本源上解决债务人的经营困境,提高债权人的受偿份额。

(一)破产法理论的市场化导向

破产法是保障完全丧失竞争力的市场主体及时退出、尚存生产能力的市场主体得到救济再生的最后一道屏障。我国在2006年制定《企业破产法》时,强调破产法的立法宗旨是“维护社会主义市场经济秩序”,在立法文本上针对市场化做出了大量全新的制度设计。然而,在《企业破产法》实施过程中,我国破产法在市场化道路上还有较长的路要走。破产程序中行政权与司法权错位,法院行政管理与司法审判职能混淆现象时有发生,政府对企业的“软预算约束”层出不穷。再如围绕有担保债权与拖欠劳动者工资在破产程序中清偿顺位的争议,致使我国《企业破产法》延迟颁布2年。最终,政策性破产时优先对待职工的做法让位于优待有担保债权人,这为有担保债权人提前锁定了风险,激励其大胆为企业提供资金。不过,《企业破产法》实施10年有余,人们对企业破产以及破产法的认知仍然没有根本改观。一提到破产,人们脑中呼之欲出的是生产凋敝、劳动者失业以及随之而来的群体性上访、社会不稳定等破产引发的“瀑布效应”。错位的破产观念与文化累加,致使在处理企业经营失败的外部化问题时,人们往往呼吁政府的大力干预,将为企业职工纾困解困、保障社会秩序的问题置于优先序列。^② 面对这些破产制度在我国适用中的痛点,回归破产市场化,制定市场化的破产法才是解决问题的正道。

在充分总结实践经验的基础上建立市场化、法治化、常态化的解决机制是破产法实现市场化实施的关键,是深化市场经济体制改革中必须解决的问题。^③ 破产法的市场化改革包含监管机构理念的嬗变与破产环境的优化两个维度。应当推动“府院联动”机制,转变行政机关监管理念,以市场化、法治化手段引导市场主体及时退出,盘活重整企业的资产,维系企业生产力,激发企业盈利潜质。破产程序应当适应新技术的发展,如健全全国性重整网络平台与破产资产网拍平台,弥补投资人与债务人的信息不对称,构建良好的信息传导环境,降低交易成本。需要健全破产财产专业管理的人才市场,利用行业专家的知识、信息优势,迅速对接不同层次主体需求,让资产自由地根据供给与需求流动,最大化实现破产资产价值。

(二)债权人参与监督的常态化思维

伴随着《企业破产法》的颁行,破产法理念经历重大变革,从单一的债务集中清偿程序发展成为企

① 参见[美]波斯纳:《法律的经济分析》(上),蒋兆康译,中国大百科全书出版社1997年版,第13页。

② 参见张钦昱:《僵尸企业出清新解:强制注销的制度安排》,《法学杂志》2019年第12期。

③ 参见王新欣:《论破产法的市场化实施》,《人民法院报》2017年12月6日。

业拯救、风险分担与疗治经济创痛的市场经济基本法。^① 作为债务无法清偿的投资风险最终承担者,债权人一直是破产法保护的重要对象。

按照 1990 年诺贝尔经济学奖获得者美国学者米勒的观点,在企业无力还债时,应当认为企业股东已经丧失了对企业的权益,从而其所有者资格也失去了存在基础,企业的债权人应当成为新的企业控制人:因为股东在公司的净资产低于零后,由于有限责任制度的保护,往往采取高风险投资博取高利益的行为,如果不加以限制,很容易损害债权人的利益;而债权人为了降低回收投资风险,比股东更有动力选择有助于企业实现价值的破产解决方案。^② 激励债权人积极参与监督,将债权人参与监督的思维贯穿于制定破产法律制度全过程,确保债权人享有充足的监督权、参与权,实现程序民主,是破产制度改革中亟须树立的当代破产法治理念。破产法追求符合市场经济利益的债务调整方式。当债权人监督权被束之高阁,债权人利益无法在破产程序中得到保障时,投资者为防止债权无法回收,在未来决策中势必更加保守,会将自有资金优先投向具有足够信用背书的大型企业,这将使得本就融资困难的中小企业雪上加霜,而这些最为渴望资金的中小企业恰恰代表新经济的希望。任何削减债权人破产事务监督权、重要信息知情权的法律设计都不适合继续存在于破产法律的语境中,保障债权人在破产程序中的监督才是符合破产法效益目标的不二法则。

为推行债权人参与监督的常态化思维,协调债权人、管理人与法院之间的职权配置,重塑债权人控制权,提高破产制度效用,立法机关应当明确厘清债权人会议的职权,健全债权人异议救济制度,确保债权人畅通便捷行使监督权,完善破产管理人对债权人的信义义务,扩充债权人在破产程序中的话语权,将保障债权人参与监督的常态化机制深刻地融入破产法的每一个条文之中。执法、司法机关须转变思维,允许债权人会议利用现代网络通讯技术等形式召开,尽可能地为债权人参与监督创设途径,着力保障债权人的参与权。

(三)运营资产至上的整体化观念

在破产法的理念由刑罚惩戒、建立债权人的有序清偿秩序转换到现代的以企业复兴为导向后,瓜分企业资产,将其价值分配给债权人不应再成为唯一选择。破产企业如果能够不拆分出售财产,而是以整体出售等方式维系运营价值,就能够更好地发挥资产组合所带来的远超单独出售的正向协同效应,为债权人带来更高的破产回收率。

企业从组建到营业需要花费一定的时间。当下,“多证合一,一照一码”“证照分离”、登记电子化改革正如火如荼地展开,企业仍须成功获得融资、购买资产、招募培训员工等前期筹备始得成立。企业必须持续开拓创新,维系生产供货链条,赢得消费者青睐,积淀商誉,上市公司还要维持昂贵的信息披露等成本。企业的整体运营资产不仅包括厂房、土地、机器等实物样态存在的有形资产,精通企业业务的骨干、多年积累的商誉和既有的商品供销网络等都是企业在市场竞争中的有力武器。倘若公司破产清算,财产被变价出售,供销网络瓦解,有机的企业生态系统分崩离析,将各种要素聚合、打磨、糅合在一起发挥最佳合力的“无形”价值将随之消逝。企业的其他隐形财产或也出现减损,如破产清算企业的应收账款较之正常企业更难回收。也就是说,对于同样的资产,零散出售会比持续运营的价值低得多,这就是企业运营资产的魅力。

我国当前已然重视重整程序的价值。最高人民法院主管破产审判的领导即指出“要改变重清算

^① 参见贺丹:《市场化的破产法与破产法的市场化》,《人民法治》2017 年第 11 期。

^② 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 2015 年版,第 85 页。

轻重整的观念”。^①“重整以企业拯救为首要目标,建立被重整债务人的营业保护机制、维系债务人营业并进行拯救是重整制度的重要内容。”^②如果说重整程序是以重振旗鼓的方式促使企业资产焕发生机,企业资产的整体出售则似改旗易帜,让更有能力的所有权人接管资产,拯救企业。

五、重构进路:以点破面的系统化创新

破产法律制度是维护破产参与人合法权益,服务结构性改革,构建高效透明市场化秩序的重要保障。作为营商环境的世界性展示,《营商环境报告》是近年来我国破产法改革一直努力对标的方向,人民法院破产审判工作也与优化营商环境中的“办理破产”指标密切相关。^③在进一步完善破产法律制度的过程中,应当直面《营商环境报告》中我国的特殊问题,结合当前中国改革发展的国情,坚持全面统筹与以点破面改革相统一的方法论,双管齐下推动我国企业破产法治环境的优化。

(一)“办理破产”指标的内在选择

一国破产环境影响本国企业退出市场的效率和企业涅槃重生的成本。良好的破产环境,在企业生长期有利于市场信用体系的建立,降低企业融资成本;在企业成熟期,有利于企业规划未来发展方向;在企业困境期,能够保障债权人的财产利益,提升债务人对企业重生的信心,减少企业再建的后顾之忧。

在破产法改革上,诸多国家或地区以“办理破产”指标为标准,调整其改革方向,进一步加深了破产法的趋同性。2018~2019年,14个国家和地区对标“办理破产”指标,对其破产法体系实施改革。近年来,我国持续优化营商环境,2019年我国营商环境排名跃升至第31位,但“办理破产”指标在190个经济体中排名第51位,落后于营商环境总体排名。我国破产环境并没有为市场经济“创收”,反而拉低了营商环境的整体表现。自2011年起,我国破产法领域颁布了一系列法规,旨在改善我国破产环境,但一些改革探索并未得到世界银行认可,对破产环境的改善也收效甚微,时常出现破产企业无法可依的局面。例如,我国在2019年颁布实施的《破产法司法解释(三)》在“重整程序指数”上的改革就未得到世界银行的确认。

我国对标“办理破产”指标的改革具有政策、经验、立法等方面的支持。自2018年以来,中央多次强调须为我国市场经济与行政体制改革营造良好的营商环境,营商环境建设成为这两年政府工作的重点内容。遗憾的是,当前我国的改革措施多集中于开办企业便利化、压减许可审批、创新监管及政务服务建设,较少涉及“办理破产”指标的优化。我国应在破产法改革中以“办理破产”指标为重点,补齐营商环境短板。

在各国破产法纷纷对标“办理破产”指标的国际大背景下,我国在破产法修订时引入“办理破产”指标,具有充足的国际实践经验。“新冠”疫情期间,我国服务业、制造业等行业遭受冲击,可以预见会有更多的危困企业面临债务危机,进入破产程序。因疫情而陷入危机的企业,并非唯有“清算消亡”一条路径选择,^④破产法须为这类企业提供丰富与多元的制度工具。此外,跨境破产、关联企业破产、金

① 参见李洪鹏、于忠洋:《最高法:破产重整要改变重清算轻重整的观念》,《法制晚报》2017年11月15日。

② 王卫国:《破产法精义》,法律出版社2007年版,第210页。

③ 参见最高人民法院民事审判第二庭编:《最高人民法院关于企业破产法司法解释(三)理解与适用》,人民法院出版社2019年版,“前言”第3页。

④ 参见李曙光:《破产审判助推抗击疫情》,《人民法院报》2020年4月2日。

融企业、自然人等特殊主体破产等新问题层出不穷,破产管理人协会制度、预重整制度、执行转破产制度与企业破产专项基金等新制度应运而生。现行《企业破产法》在原制度上的小修小补不过是扬汤止沸,破产法改革应当对标“办理破产”指标,进行结构性重组。

(二)“办理破产”指标的本土进路

1. 提升破产企业的营运价值

债务人企业营运价值的保留,是“办理破产”指标评估破产结果的关注焦点,能够维持企业持续运营的国家可以获得破产结果指标的单项满分。营运价值是企业持续营业状态下的整体价值,是包含无形资产与利益在内的资产组合价值。^①提升营运价值是资产再资本化的过程,即在市场交易中发现和实现营运价值,发现企业资产创造价值的潜力并使之具备融资能力,通过引进投资者赋予困境企业新的信用支持,将困境企业的资产转变成能融资的资产。维持企业资产与就业的重整制度,是营运价值理论的实践成果。重整成功的企业自然而然地维持了企业营业状态,企业营运价值高于其净资产通过清算变价所能获得的回收价值。

为提升破产企业运营价值,拯救具有存续经营能力的困境企业,除重视重整程序价值与宣传业务持续运营会带来更多利益回报的理念外,建立健全以保障企业继续运营为目标的破产重整法律制度必不可少。近年来面对许多资产专用性较强或特殊资质的破产企业,为使这类优质资产能再生活力,避免拆分带来的效益减损,我国破产司法实践出现了多起以“山东淄博钜创纺织品有限公司破产重整案”^②为代表的将传统存续型重整制度与破产清算内容相结合的出售式重整案例。

2. 加大破产管理人选任的自由度

管理人需要决定债务人的内部管理事务,决定债务人的日常开支和其他必要开支,在第一次债权人会议召开之前决定继续或者停止债务人的营业,并且管理和处分债务人的财产。^③管理人在行使这些职权的过程中会涉及商业判断,存在犯错的空间,由其承担相应的责任当在情理之中。“在破产程序中法院起主导作用……管理人履行职责的终极目标,就是协助人民法院做好案件相关工作。”^④鉴于管理人执行职务应当向法院报告工作,^⑤法院成为管理人执业行为的背书人,法院将不得不卷入商业交易与安排。倘若发生决断错误,中立的法院该如何承担责任呢?

破产事务繁杂,挑战众多,应当由专业人士办理。破产案件的适格管理人,远非考取资格证书那般简单,也并非法院“按照管理人名册所列名单采取轮候、抽签、摇号等随机方式”^⑥就可以“草率”决定,管理人应当具有与该案特殊需求匹配的专业技能、丰富的执业经历与较佳的信誉口碑。《全国法院破产审判工作会议纪要》提出要完善管理人队伍结构、探索管理人跨区域执业、实行管理人分级管理、建立竞争选定管理人工作机制等措施提升管理人职业素养和执业能力,尚未在管理人选任方式等方面有所突破。未来在修订破产法时应当赋予债权人委员会依据案件具体情况自主选择管理人的权

① 参见王卫国:《论重整制度》,《法学研究》1996年第1期。

② 参见徐阳光、何文慧:《出售式重整模式的司法适用问题研究——基于中美典型案例的比较分析》,《法律适用(司法案例)》2017年第4期。

③ 参见《中华人民共和国企业破产法》第25条第(3)~(6)项。

④ 《中华人民共和国企业破产法》起草组:《〈中华人民共和国企业破产法〉释义》,人民法院出版社2006年版,第104页。

⑤ 参见《中华人民共和国企业破产法》第23条第1款。

⑥ 《最高人民法院关于审理企业破产案件指定管理人的规定》第20条。

利,实现作为受托人的管理人为作为受益人的债权人管理债务人财产,达到受益人利益最大化的目的。

3. 加强债务人财务信息披露的透明度

调查问卷关于“信息获得权”设计的问题具有两面性。“单个债权人有权获得有关债务人财务信息”不仅仅针对债务人、管理人等依申请公开信息的情形,还应当包括义务人主动披露信息的要求。例如,“办理破产”指标所依据的基础性文件——联合国国际贸易法委员会《破产法立法指南》——指出,“债务人在相当长的期间内而不仅仅是破产程序启动伊始,就其营业和财务信息具有持续披露的义务”。^①因此,《企业破产法》应当在第15条、第25条关于债务人义务、管理人职责的规定中,增加要求其向法院、债权人等真实、准确、持续、完整地披露相关信息的规定。重整程序中还须健全信息披露规则。特别是在重整计划草案起草期间,应当给予债权人及时获取信息或参与其中的权利。否则,若债权人对重整计划草案不甚满意,其只能待表决时行使否决权,致使企业重整失败,债权人为重整程序的既有投入成为明日黄花,造成两败俱伤的局面。

六、结语

“办理破产”指标并不展现一个商业领域营商状况的全貌,难免有以偏概全之嫌。^②但是,在该指标运转16年,已然成为世界各国和地区营商环境可比性权威依据的背景下,可以预见在较近的未来都难以有更为科学的指标能够取而代之。面对畅通企业退出市场通道的使命感、提升“办理破产”指标排名的压迫感、持续改善营商环境的迫切感,我们当前所能做的就是洞悉该指标含义,比照考核要求排查我国破产立法与实践的不足,对症下药地逐一完善,尽快提升我国的营商环境排名。在这一场指标排名的博弈中,各国或地区都是务实者,会瞄准目标精准施策,避免无的放矢浪费立法资源。

《优化营商环境条例》明确要持续优化市场经济活动“软环境”,对标国际先进水平,符合中国特色实践。2020年5月11日,中共中央、国务院出台《关于新时代加快完善社会主义市场经济体制的意见》,强调健全破产制度,实现市场主体有序退出,为社会主义市场经济体制改革强化法治保障。把破产指标纳入法治化轨道,以法治降成本、护自由、促效率,已经成为当前完善市场化退出机制、优化企业破产法治环境的以一持万之策。以系统性改革增强我国破产法律制度与社会主义市场经济体制的关联性与耦合性,主动创新强化新时代下的市场主体法治保障,有利于推动包括破产法律法规在内的社会主义市场经济法治体系的整体协调施力,实现经济活力、创新力与竞争力整体高质量发展。

责任编辑 翟中鞠

^① United Nations Commission on International Trade Law, Legislative Guide on Insolvency Law, United Nations Publication, 2005, p. 168.

^② See Gerard McCormack, Why ‘Doing Business’ with the World Bank May be Bad for You, 19 European Business Organization Law Review, 649—676 (2018).