

世界银行新营商环境指标与我国破产法修改

李曙光* 蔡嘉炜**

摘要 世界银行新营商环境指标,在设计理念、指标内容以及评估方法上,较之以往均存在显著的革新。商事破产作为新营商环境指标的十大核心指标之一,被认为在提升全球各经济体营商环境方面,有着不可忽视的关键作用。准确把握新营商环境指标的改革初衷、商事破产指标中各指标细项之具体内涵,及指标所对应的最佳实践做法与其理论基础,是该项目未来在本土得以有效实施的关键。从规则的体系性完善角度出发,在此次《企业破产法》修改中有必要对标域外破产制度改革的最新趋势及最佳实践做法,重点围绕破产临界期董事义务、跨境破产、小微企业破产重整以及重整新融资制度等方面,以系统性方式修改和完善相应的规则,从而有效助推我国市场化、法治化和国际化营商环境的建设。

关键词 新营商环境指标 商事破产 营商环境 小微企业破产 跨境破产

引言

世界银行(以下简称“世行”)《营商环境报告》因指标评估的覆盖范围面广、评估报告发布周期稳定,且评估内容也能做到相对客观及可量化,故历经 10 余年的实践发展,俨然成为了国际影响力巨大的“全球性公共产品”。有鉴于原营商环境评估项目存在数据瑕疵问题,及其在调研方法论上所遭受的质疑,世行于 2020 年停止原《营商环境报告》项目运行。之后历经多轮调研,世行最终在 2022 年正式推出新版营商环境评估项目即“B-READY 项目”。新项目在方

* 中国政法大学法与经济学研究院教授。

** 中国政法大学法与经济学研究院讲师。本文系国家社科基金重大项目“防范系统性风险与健全金融稳定长效法律机制研究”(项目编号:23&ZD157)和北京市社会科学基金重点项目“营商环境法治化与破产法现代化研究”(项目编号:22FXA004)的阶段性研究成果。

法论以及指标内容设置等方面对原项目均进行了大幅革新,进而也带来了诸多新议题,亟需进行深入的理论解构。

作为新营商环境评估项目核心组成内容之一的商事破产(business insolvency)指标,相较于原办理破产指标而言,其重要性有增无减。尤其在内容构成及方法论基础上,商事破产指标更是进行了迭代更新。于此背景下,本文的研究意在穿透纷繁复杂的指标设置之表象,回归项目出台之原点,从源头上剖析世行新营商环境评估项目改革的理论逻辑以及具体实施的机理,以期妥善地把握项目运行的未来走向,并就我国在本轮评估中的有效应对举措予以深入探寻和谋划。

一、世行新营商环境评估项目之改革动因及其内容改进

透过对世行新旧营商环境评估项目演进的比较分析,及对于其改革历程的溯源式考察,将有助于更好地厘清 B-READY 项目的改革初衷,从而更准确地把握其改革重点及研判其实际运行路向。

(一)原《营商环境报告》的不足

2021年9月16日,世行集团高级管理层决定终止原《营商环境报告》的发布及其数据调研活动。究其原因,除该项目本身于数据收集以及公开方面所受的诘难以外,亦与其长期以来在研究方法上所存在的放松管制和自由主义立场偏向问题广受质疑存在紧密关联。^[1]

首先,早在世行原《营商环境报告》发布之初,即有学者质疑称其方法论存在显而易见的法系偏见。具体从方法论层面上观测,《营商环境报告》及其排名建立在拉波尔塔(La Porta)等学者团队所提出的“法律起源”学说之上。该学说长期以来被质疑称不免带有强烈的普通法法系偏好,认为普通法系国家在经济发展以及金融市场培育方面,表现要普遍优于大陆法系国家。其主要理据在于,前者的判例法传统在灵活性方面相较而言具备显著优势。然而,这一点长期以来备受来自法国等大陆法系传统国家的学者的质疑,认为如此不免过分武断且脱离实际。^[2]

其次,不乏观点认为,受到“法律起源”学说的影响,世行原《营商环境报告》及其打分方法的设置,难以避免因循“去管制化”的西方自由主义经济之思想逻辑。这具体体现为,原报告在指标设置问题上,带有“更低水平的监管将带来更好的评分结果和排名”的立场偏向,进而易于忽视其他诸如社会公平、生态环境可持续发展等重要价值目标。并且,世行评估报告亦并未就

[1] 参见(英)杰拉德·麦考马克:“为何世界银行《营商环境报告》可能弄巧成拙?”,朱天宇译,载李曙光、刘延岭主编:《破产法评论》(第2卷),法律出版社2020年版,第174页。

[2] See Catherine Valcke, “The French Response to the World Bank’s Doing Business Reports,” *University of Toronto Law Journal*, Vol. 60, No. 2, 2010, pp. 1-20.

法律规则本身的质量情况加以审慎考察。^{〔3〕}

再次,项目数据被质疑存在一定的缺陷。长期以来,世行营商环境评估项目被质疑称,通过一套标准体系来实现量化式比较法目的的做法,难免潜藏科学性偏颇的风险。而数据搜集过程中的不透明性,以及数据操纵风险难以消除的问题,则更进一步加剧项目报告本身的缺陷性。^{〔4〕} 譬如有学者指出,原办理破产指标用以计算债权清偿率的方法,至少存在如下缺憾:首先,债权清偿率的确定在相当程度上带有主观性,原因是其统计的基础数据主要从问卷受访者以及对部分样本企业的案例研究中获取。但显然,对许多国家而言相关数据实际上皆难以觅得,故而报告内容的可靠性不免存疑。其次,项目小组在数据评估上更多是基于“纸面之法”,而非对相关法律实际适用情况的有效考察。并且,在项目所采用的评估手段上则同样不免略显“粗糙”,因其惯常使用的是一种“全有或者全无”的评估方法。^{〔5〕}

最后,世行《营商环境报告》在排名存废问题上也颇受争议,因为排名数据在一定程度上有诱导经济体之间开展监管竞争之虞。不乏学者指出,报告出台本身仅能诱导排名改善,而无法真正起到解决经济体发展过程中所面临的实际问题之作用。^{〔6〕} 此外也有观点质疑称,报告本身对于意在提高排名的经济体而言,固然可能带来额外的修法激励,但这些修法举措的实际效果将是有限的。因而,学者认为“《营商环境报告》应摆脱它对于排名的执念,不应将复杂的法律政策制定与执行简化为单一的排名”。^{〔7〕}

(二)新营商环境指标项目的革新

在终止原评估项目的同时,世行随即宣布其将致力于开发一种新方法,来就全球经济体中私营企业部门的商业和投资环境进行有效评估。这个新方法,即后来的 B-READY 评估项目。尤其值得注意的是,世行在新营商环境评估项目出台之时,对原《营商环境报告》所受到的质疑,总体上于其《概念文件》^{〔8〕}以及《方法论手册》^{〔9〕}中均有针对性的回应:

〔3〕 See Timothy Besley, “Law, Regulation, and the Business Climate: The Nature and Influence of the World Bank Doing Business Project,” *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 29, No. 3, 2015, pp. 100-118.

〔4〕 See Benito Arrunada, “How Doing Business Jeopardizes Institutional Reform,” *European Business Organization Law Review*, Vol. 10, No. 4, 2009, pp. 556-558.

〔5〕 See Gerard McCormack et al., *European Insolvency Law: Reform and Harmonisation*, 2017, Northampton: Edward Elgar Publishing, p. 16.

〔6〕 See Simona Benedettini and Antonio Nicita, “Towards the Economics of Comparative Law: The Doing Business Debate,” *Comparative Law Review*, Vol. 1, No. 1, 2010, pp. 10-13.

〔7〕 参见麦考马克,见前注〔1〕,第 193—194 页。

〔8〕 See World Bank Group, “Business Enabling Environment: Concept Note,” https://thedocs.worldbank.org/en/doc/2250b12dfe798507f7b42064378cc616-0540012022/original/BEE-Concept-Note-December-2022.pdf?_gl=1*ri5tun*_gcl_au*MTM3OTA4NjU0OS4xNzIzMTU2MzUw, last visited on 20 July 2024.

〔9〕 See World Bank Group, “Business Ready Methodology Handbook,” <https://thedocs.worldbank.org/en/doc/357a611e3406288528cb1e05b3c7dfda-0540012023/original/B-READY-Methodology-Handbook.pdf>, last visited on 20 July 2024.

首先,针对法系传统偏见的质疑,世行在2023年5月1日发布的《方法论手册》中明确强调,新项目“并不倾向于任何特定的经济体系或者法律传统,而是专注于能够适用于身处不同发展阶段的经济体系、且具备牢固研究基础的良好做法”。“良好做法”(good practices),则是“基于世行集团、其他多边国际组织、专业研究机构以及相关学术研究文献所确立的,且能够得到国际公认的标准做法”。^[10]以商事破产指标为例,“良好做法”包括如下的规则文本:首先,世行所制定的《世界银行有效破产制度与债权人/债务人机制的准则》(下文简称《世行准则》),其主要是在汲取世界范围内的最佳破产实践经验之基础上凝练而成。^[11]其次,《联合国国际贸易法委员会破产法立法指南》(下文简称《立法指南》),以及作为立法指南“附件三”的《跨国界破产示范法》等指引性规范文件。

其次,针对“去管制化”以及“排名竞争”之疑虑,在此次评估项目中世行同样也有所回应:一方面,世行在2022年发布的《概念文件》中即明确强调,B-READY项目出台的目标并非旨在促进彻底的放松管制,而是“拟介绍各经济体的法规框架的具体情况,及阐明各经济体政府为私营企业部门所提供的公共基础设施服务质量之间的细微差别”。^[12]另一方面,新项目不会如过往般专注于经济体的排名,而是以分数为基础进行报道,同时描述其跨主题的变化、分析其不同经济体分组中的差异,并评估其在一段时间内的总体趋势,以及该经济体相对于世界上拥有“最佳表现”经济体的一种进步情况。^[13]

再次,针对数据操纵和缺乏透明度的质疑,世行则强调新项目在数据收集以及报告制作的环节上,将遵循最高的数据诚信标准。这其中包括:完善的数据收集程序、强有力的数据保护措施,以及内容明确的批准协议。此外,新项目将通过引入数据透明度以及具备较高可复制性的保障机制,来强化公众以及相关利益主体对其数据和报告内容公正性的信心。^[14]

最后,新项目还充分重视法律实施维度之考察。亦如前述,原世行《营商环境报告》建立在“法律起源”等理论学说基础上,后者被质疑往往更关注于法律规则本身,而非规则在实践中的实际适用情况。但如一些学者所言,从比较法学方法论的角度来看,该等研究路径难免存在缺陷,因其只关注于“纸面之法”。^[15]有鉴于此,新项目“不仅要收集法律上的信息(即制定法意义上的成文法律法规),还要收集事实上的信息(即能够反映法律法规实施情况的信息)”。^[16]

[10] See World Bank Group, *supra* note 8, p. 6; see World Bank Group, *supra* note 9, p. 6.

[11] See World Bank Group, “Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes (Revised 2021 Edition),” <https://www.worldbank.org/en/topic/financialsector/brief/the-world-bank-principles-for-effective-insolvency-and-creditor-rights>, last visited on 20 July 2024.

[12] See World Bank Group, *supra* note 8, p. 6.

[13] See World Bank Group, *supra* note 8, pp. 14-15.

[14] See World Bank Group, *supra* note 8, pp. 15-16.

[15] See Ralf Michaels, “Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law,” *American Journal of Comparative Law*, Vol. 57, No. 4, 2009, pp. 776-777.

[16] See World Bank Group, *supra* note 8, p. 4.

为了更好地反映法律实施的具体情况,新项目将使用两种主要的数据采集方法,其中包括专家咨询和私营企业层面的调查。这也意味着,新项目更注重市场主体的反馈,以及强调对企业适应性以及社会效益的考察。^[17]

二、商事破产指标所参照的最佳实践做法及其理论诠释

商事破产指标较之于原有的办理破产指标,尽管在逻辑体系以及内容构成方面历经重大改革,但其作为十项核心指标之一的地位及重要性显然丝毫未减,并将继续作为新营商环境指标评估体系中的关键组成部分。本文认为,非经由商事破产指标背后之理论基础的溯源式考察,及对各个指标细项内涵以及打分细节的审慎分析,恐难围绕新项目的实施路径达成妥善的学理共识,并有效指导我国此轮破产法改革实践。鉴于此,本部分拟对新商事破产指标的深层次理论逻辑予以诠释,并就其所对标的“最佳实践”做法作对照分析。需先行叙明的是,囿于篇幅限制及出于论题集中之便,本部分仅探讨破产法规框架支柱(即支柱一)的相关议题。

(一) 商事破产指标所参照的最佳实践范本

如前所述,《立法指南》与《世行准则》皆属于获得全球广泛认可的有关企业破产法律制度的最佳立法范本,二者出台之目的,均意在为各国政府或政策制定者在完善本国破产法律制度时提供有益的立法参考。^[18]

1. 《联合国国际贸易法委员会破产法立法指南》

《立法指南》最早源于1999年联合国大会向其下属国际贸易法委员会所作出的一项提议,亦即“应当强化企业破产活动开展的实效”,该指南最终也于2004年获得联合国大会通过。^[19]在规范文本出台的形式上,颇为值得注意的是,负责起草《立法指南》的第五工作组,并未寻求通过制定公约或示范法的方式来推动各国企业破产法的一体化进程,因此举不免带有“全有或全无”的强制性色彩。相较而论,其认为以立法指南方式加以综合呈现的示范性规则文本,则兼具灵活性及务实性之优势,从而也有助于消除各国的潜在顾虑,继而帮助其通过立法改革方式循序渐进地采纳《立法指南》及其规则框架,并从中实现破产法现代化之目标。^[20]

[17] See World Bank Group, *supra* note 9, pp. 8-15.

[18] See World Bank Group, *supra* note 8, p. 91.

[19] 参见联合国国际贸易法委员会:《贸易法委员会破产法立法指南》,载联合国国际贸易法委员会网站, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media—documents/uncitral/zh/05—80721_ebook.pdf, pp. 1-2, 最后访问日期:2024年8月20日。

[20] See Susan Block-Lieb and Terence Halliday, “Harmonization and Modernization in UNCITRAL’s Legislative Guide on Insolvency Law,” *Texas International Law Journal*, Vol. 42, No. 3, 2007, pp. 479-480.

从《立法指南》的制定目标和特点视角上观察,事实上不难发现其本身带有强烈的实用性色彩。从制定目标上看,《立法指南》意在“作为各国立法机关在制定新法律法规或审查现行破产法律法规体系是否完备时的重要参考”。其中,指南中所建议的规范性内容则“旨在协助各国建立高效和有利的破产立法框架,使之能反映破产法领域的现代发展和趋势”。〔21〕从特点上看,首先,为便于理解以及实施,《立法指南》中列入了大量评注性内容,并借此就条文背后之逻辑理路与制定方式对各国立法者加以指导。其次,《立法指南》在规则设计时,更侧重于反映出有关问题处理的全球性共识,或至少是各国实践中的主流做法。再次,当对特定问题的规则指引内容无法形成统一性共识之时,则《立法指南》将依照可量化的标准提出建议(如自动中止的期限规定)。最后,《立法指南》带有极为明确的鼓励困境企业开展重整的立法导向,并认为重整制度属于现代“破产立法的核心要素”。〔22〕

2.《世界银行有效破产制度与债权人/债务人机制的准则》

与《立法指南》相似,作为具有里程碑意义的《世行准则》,其制定初衷同样是为评估各国破产制度与债权人权利规则体系的有效性,同时透过提供统一性的规则文本框架的方式,为各国政策制定者出台相关法律法规改革举措提供重要指引。回顾过去,《世行准则》最早发布于2001年,其出台的目的在于回应1990年代末的亚洲金融危机,以期通过高效的破产法制定方式实现经济体内金融市场的高效运转,并助力于抑制系统性金融风险。〔23〕随后在历经多轮咨询后,世行则于2005年、2011年、2015年以及2021年间陆续推出多个修订版本,从而逐步完善了包括小微企业破产制度等在内的规则体系内容。

具体来看,《世行准则》作为当时首个得到全世界范围内公认的,且能够用以评估债权人/债务人关系以及破产制度有效性的立法基准,其内容主要是在有关破产制度以及债权人权利保护机制的国际最佳实践做法的基础上凝练而成。这一点,实际上也可从《世行准则》与《立法指南》的修法互动过程中得以探知。譬如,在《世行准则》2011年修订过程中,即充分吸纳了《立法指南》中一些有益的创新性规定(如企业集团破产及小微企业破产重整)。〔24〕围绕有效率的破产制度问题,《世行准则》则指出企业破产法律框架的完善目标须包括如下方面,如“实现企业资产价值以及债权人清偿率的最大化目标”,以及“确保对仍然具备持续经营价值的企业进行重整,从而为债权人带来更高的清偿率”等。〔25〕事实上,这些目标与《立法指南》的建议也同样存在高度的相似性。

〔21〕 参见联合国国际贸易法委员会,见前注〔19〕。

〔22〕 See Block-Lieb and Halliday, *supra* note 20, pp. 501-508.

〔23〕 See World Bank Group, “Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems (2001 version),” <http://documents.worldbank.org/curated/en/424141468762589301/Introduction-executive-summary-and-principles>, last visited on 20 July, 2024.

〔24〕 See World Bank Group, *supra* note 11, p. ii.

〔25〕 See World Bank Group, *supra* note 23, pp. 1-3.

(二) 商事破产指标的内容组成及其理论逻辑

透过对商事破产指标的相关调查问卷内容及其理据的解析, 本文的研究意在帮助政策制定者准确理解指标落地实施的具体方式, 以及研判我国未来可能的得分情况(见表 1)。

表 1 我国《企业破产法》与世行商事破产指标细项的规则对照表

指标	相关制度	规则缺失 (失分)	已有规则但尚待完善 (得分但并不完美)
支柱 1: 破产法律 法规	破产前程序	√	
	破产原因		√
	破产管理人		√
	跨境破产		√
	小微企业破产	√	
	重整新融资		√
	环境债权的优先清偿顺位	√	
	自动中止		√

1. 破产前程序及破产程序启动

除规定庭外重组机制及破产原因规则以外, 世行营商环境新指标将重点审视经济体对债务人于临近破产期间可能采取的法律手段。这其中即包括, 破产临界期困境企业管理层的特殊义务规则之设置。^[26] 具体来看, 在评估项目问卷的 1. 2. 1 部分内容具体设问如下, 即“经济体是否引入了董事在破产临界期的义务规则, 如避免破产或当破产不可避免之时采取及时性措施以减少损失?”若答案为肯定则经济体可获得相应得分。^[27]

理论上, 之所以要求董事以及管理层在破产临界期承担此类特殊义务, 其初衷在于缓释股东有限责任制度可能给企业董事或管理层带来的逆向激励风险。^[28] 这一义务在《世行准则》及《立法指南》等指标评估项目背景文献中, 实际上均得到强调, 亦被纳入此次商事指标的考评范围。其中, 除了《世行准则》建议 B2 以外,^[29]《立法指南》在其第四部分“企业临近破产期间企业董事义务”的建议第 255—256 条中, 同样明确倡导各国引入如下规定, 即“董事应于其知悉或应知悉破产临近或不可避免之时点, 有义务适当顾及债权人和其他利益关系人的利

[26] See World Bank Group, *supra* note 9, pp. 731-732.

[27] 问卷第 1. 2. 1 部分的第 1 题, see World Bank Group, *supra* note 9, p. 757.

[28] See Kristin Zwieten, “Director Liability in Insolvency and its Vicinity,” *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 38, No. 2, 2018, pp. 388-389.

[29] See World Bank Group, *supra* note 23, p. 18.

益,并采取合理的举措避免破产,或当破产不可避免时尽量降低资不抵债之程度”。^[30] 前述指南对于破产临近期董事义务的规制,主要采取的一种基于决策程序维度的思路以及立法模式,更强调企业财务风险的信息搜集及强化管理层的信息感知能力因素。^[31] 稍作观察后不难发现,我国在此问题上恐存在失分的情况,后文也将对我国未来可能采取的修法应对举措加以深入阐述,在此暂且不赘。

2. 破产管理人的专业能力

破产管理人在破产程序中所扮演的角色尤为关键,新项目在商事破产指标调查问卷中的第 11—14 题中,则将对关涉破产管理人制度的如下方面内容进行考评和打分。这其中具体包括,管理人任职资格条件、剥夺管理人执业资格的条件,以及个案中选任和罢免管理人的法定要求和听证机制等。

从背景文献上看,这些调研问卷中的问题设置所对照的最佳实践做法在于《世行准则》以及《立法指南》等文件的相关建议。一方面,《世行准则》在建议 D8 中针对破产代表人的选任、破产代表人的胜任性、中立性以及独立性,以及对其问责的法定标准等问题,均提出了较为明确的立法建议。^[32] 另一方面,《立法指南》于建议 115—125 也同样对管理人专业能力问题提出了下列具体建议:首先,《立法指南》认为在管理人从业资格规则的设计思路上,既不宜过于宽松也不应过分严苛,目的是确保管理人得以在具备一定履职胜任性的同时,尽可能扩大具备执业资格的管理人从业群体范围。^[33] 其次,围绕管理人的选任和指定问题,《立法指南》强调法院指定及债权人推荐管理人的两种模式,并无绝对的优劣之分。^[34] 此外,《立法指南》还对管理人薪酬及管理人资格剥夺等问题作出了明确指引,而这些指引同样考虑了不同立法模式的利弊得失,且亦反映在了评估项目的指标设置及问卷内容中。

3. 债务人的财产管理制度

债务人财产管理指标所评估的内容包括,债务人于破产程序开展期间内,围绕待履行合同处置、可撤销交易、重整新融资以及自动中止等相关规则的引入现状。结合我国《企业破产法》的规定,如下两方面问题殊值探讨:

①重整新融资制度。一般认为,重整新融资的引入对于重整程序的成功开展而言,具有不可忽视的重要意义,因其不仅有助于解决困境企业所面临的债务积压问题,还有助于向市场发

[30] 参见联合国国际贸易法委员会:《贸易法委员会破产法立法指南(第四部分)》,载联合国国际贸易法委员会网站,https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/zh/19-11272_zh.pdf, p. 30,最后访问日期:2024年8月22日。

[31] 有学者认为该立法模式的优势在于,基于管理层在企业行将陷入财务危机的情况下可能存在的行为心理学意义上的认知偏误问题出发,给出了行之有效的解决方案。对于相关规则的介绍,see Illya Kokorin, “The Future of Harmonisation of Directors’ Duties in the European Union: The Preventive Restructuring Directive and Group Insolvencies,” *International Insolvency Review*, Vol. 30, No. 3, 2021, p. 373.

[32] See World Bank Group, *supra* note 11, p. 34.

[33] See World Bank Group, *supra* note 24, pp. 156-157.

[34] See World Bank Group, *supra* note 24, p. 159.

出重整成功具备较高可能性的积极信号。^{〔35〕} 鉴于此,世行评估小组于调查问卷的第 26 及 27 题中,即针对性地考察重整新融资的可得性及其清偿顺位的问题。尤其值得注意的是,对于清偿顺位而言,惟当新融资的清偿顺位不仅高于无担保债权人,且还高于担保债权人之时,经济体方才将获得相应得分(问卷第 37 题)。^{〔36〕}

该指标所对标的最佳实践范式,同样为《立法指南》以及《世行准则》。^{〔37〕} 其中,以《立法指南》中的规定至为详尽,其充分肯定了新融资的价值,并就新融资方债权清偿顺位优先于与既存债权人的正当性,以及所需要达致的利益平衡目标进行了深入阐述。具体而论,《立法指南》在建议 65—67 中肯定了于未设定抵押担保的财产上赋予新融资担保优先权,以及为新融资提供共益债务清偿顺位优先权的两种常见模式的价值。尤其值得注意的是,其还建议各经济体在立法时,引入允许当事人设定可优先于担保债权人清偿顺位的“超级优先权”规则。当然与此同时,《立法指南》也建议此类优先清偿顺位惟应在满足严格的法定前提下方得准许,包括但不限于为担保债权人的利益提供合理保护等。^{〔38〕} 仔细比较之下不难发现,此类规定大体上仿效的是《美国破产法典》的相关规定。^{〔39〕} 如后文所分析道,当前我国破产法缺少与重整新融资“超级优先权”清偿顺位的相关法律安排,这可能导致我国出现失分的情况。

②自动中止制度。自动中止制度引入的初衷在于为债务人留出一定的“喘息空间”,避免因各方的“资产抢夺竞赛”而引致无效率的债权清偿结果,或危及债务人财务重生目标的实现。^{〔40〕} 鉴于自动中止制度之重要性,世行评估小组也将选择对经济体中有关自动中止的期限、自动中止的例外及救济性规定进行打分。惟当经济体的破产法中至少具备前述两项明确规定之一时,方可获取相应分数。我国《企业破产法》在自动中止的例外性规定上不免存在缺失,因而恐存在失分的问题。

就自动中止而言,世行在指标细项设置上所参照的背景文献,一方面在于《立法指南》中有关自动中止方面的规定。首先,建议 35—38 对自动中止的例外情形作出了规定。其中,建议 35 中明确列举了如下的自动中止例外情形,如为遏制环境污染或损害公众健康的活动等。^{〔41〕} 其次,《立法指南》中的建议 50 则对自动中止的救济问题作出规定,即为防范抵押财产的价值贬损可采取如下救济举措,譬如由破产财产支付现金或提供附加担保权益等。^{〔42〕} 再次,《立法指南》在建议 49 中也对自动中止的期限及延长事由方面问题给出了明确建议。另一方面,

〔35〕 See George Triantis, “Debtor-in-Possession Financing in Bankruptcy,” in Barry E. Adler (ed.), *Research Handbook of Bankruptcy Law*, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2020, p. 177.

〔36〕 See World Bank Group, *supra* note 9, p. 760.

〔37〕 See World Bank Group, *supra* note 11, p. 24.

〔38〕 参见联合国国际贸易法委员会,见前注〔19〕,第 108 页。

〔39〕 参见联合国国际贸易法委员会,见前注〔19〕,第 106 页。

〔40〕 See Barry E. Adler et al., *Baird and Jackson Bankruptcy: Cases, Problems, and Materials*, 5th ed., St. Paul: Foundation Press, 2020, pp. 147-48.

〔41〕 参见联合国国际贸易法委员会,见前注〔19〕,第 79 页。

〔42〕 参见联合国国际贸易法委员会,见前注〔19〕,第 94 页。

相关指标细项设计的另一项核心背景文献即在于《世行准则》，该准则于自动中止的规定内容上与《立法指南》存在高度的相似性。

4. 债权人参与机制

该部分指标考察的内容，则主要涉及到债权人代表、债权人信息获取、担保债权的优先清偿顺位、劳工债权的清偿顺位等规定。其中尤其值得注意的是，世行项目小组强调债权人委员会制度作为债权人代表机制，将助力于克服后者所面临的集体行动困境，并作为提升其参与度的一个关键性的制度安排。^[43]与此同时，项目小组还指出，债权人委员会的高效运转将对潜在的破产程序滥用行为发挥切实有效的制约作用。^[44]

具体在调查问卷部分，世行评估小组将对债权人委员会的设置问题作重点考察，其中第28题具体考察的是，经济体所出台的破产法中“是否存在债权人委员会或者其他债权人的程序代表组织”。与此同时，调查问卷第29题重点考察的内容是，依照经济体的破产法规定，“债权人是否可单独或者借由债权人委员会获取破产程序相关的信息”，而惟有在获得肯定性答案时方可取得相应分数。

这一指标内容所对标的最佳实践做法，主要在于《立法指南》以及《世行准则》。比如，《立法指南》建议应明确“指派债权人委员会的机制，以便于提升（无担保）债权人在破产程序中的参与程度”。^[45]具体从规则的体系性建立之角度出发，《立法指南》针对债权人委员会成员的出任资格、组建债权人委员会的机制、债权人委员会的权利和职能，以及债权人委员会的费用补偿等问题，具体提出了10项立法建议（即建议126—136）。^[46]

5. 小微企业破产制度

鉴于小微企业在各国经济发展中之重要性，以及传统意义上的庭内正式破产程序对这类企业所存在的不适应性，新项目将具体评估经济体的破产法律法规框架中，是否存在对无持续经营能力的小微企业进行快速清算，和对有持续经营能力的小微企业进行重整的一套简化破产程序规则。新项目还将对可适用于小微企业破产程序的配套规则内容进行评估，这其中即包括，是否存在“对诚实的自然人债务人的债务免除保障机制”，以及“较短的法定程序开展期间限制、准入资格条件、程序启动标准，及程序转换之可能性”等内容。^[47]

具体来看，这一指标设置所对标的最佳实践做法，则主要在于《世行准则》以及联合国国际

[43] 该指标设置所着重参考的背景文献还包括苏珊·布洛克里布(Susan Block-Lieb)等学者的著述。See Susan Block-Lieb et al., “Representing the Interest of Unsecured Creditors: A Comparative Look at Uncitral’s Legislative Guide on Insolvency Law,” in Paul Omar (ed.), *International Insolvency Law: Reforms and Challenges*, London: Routledge, 2008, pp. 323-362.

[44] 参见《B-READY 方法论手册》第1.2.2部分。See World Bank Group, *supra* note 9, p. 733.

[45] 参见联合国国际贸易法委员会，见前注[19]，第202页。

[46] See Block-Lieb et al., *supra* note 43, p. 358. 此外，《世行准则》在C7.1条也提出了类似的立法建议。

[47] See World Bank Group, *supra* note 8, p. 93.

贸易法委员会在2021年发布的《贸易法委员会小微企业破产立法指南》(以下简称《小微企业破产立法指南》):一方面,《世行准则》建议,各国政府应制定专门的小微企业破产规则,对于仍然具备可持续经营价值的企业而言,应允许其以简易和高效的方式进行重整。另一方面,《小微企业破产立法指南》则更进一步指出,此类特殊破产程序问题处理的核心要素包括:其一,设置较短的程序开展时限,并限制程序期限延长的次数(建议12);其二,引入与小微企业破产程序申请“资格、申请和启动”等事项有关的一些规定(建议8、9以及建议15、16);其三,简化手续,其中即包括“对申报债权、债权确认以及程序受理的手续”;其四,简易重整程序中债务人的留任(建议13、14);其五,综合处理企业经营者个人的所有债务,包括一并处理企业个人担保等方面的连带债务问题(建议93、94)。〔48〕最后,明确小微企业在清算和重整程序之间进行转换的条件及其操作程序方面的规定(建议97、98)。〔49〕

从评估项目调查问卷所设置的具体问题上,首先,第35—36问属于对“小微企业破产法律制度的可得性以及适格性”方面内容的考察。〔50〕其次,第37问则涉及到经济体是否明确规定了有关小微企业从重整转向清算程序的法律框架。最后,第38问则将对免责以及拒绝免责的相关规定进行打分。对于前述问题,惟有当其均获得肯定性的答案之时,经济体方才能获得相应分数。不难看出,我国因缺乏与小微企业破产制度相关的专门规则而将出现失分的情况。

6. 跨境破产制度

新商事破产指标将评估经济体是否已经建立了跨境破产的法律框架,并能够对域外破产程序予以承认。与之相关,该指标将评估的因素包括经济体是否已经确立与程序管辖权、外国破产程序的承认、不同经济体法院之间的合作,以及准据法选择等问题相关的一些破产法规定。〔51〕与小微企业破产制度立法阙如及由此所导致的失分局面相似,我国在跨境破产制度的相关评估时,同样将可能因为规则缺失而可能致使在第39、40题中出现失分的问题。

具体来看,跨境破产指标所对应的最佳实践做法在于《联合国国际贸易法委员会跨国界破产示范法》(以下简称《跨国界破产示范法》)以及《世行准则》:一方面,《跨国界破产示范法》对于评估项目中所提及的若干指标细项均有所涵盖。这其中包括:管辖权(第10条)、对外国程序的承认和救济(第三章),以及各国法院就跨境破产问题的协调和合作(第四章)。〔52〕另一方面,《世行准则》的建议与前述示范法内容大体相似,其认为高效的跨境破产法律制度须涵盖以下关键因素,如“引入清晰且快速的据以认可域外破产程序之法律机制”,以及“在认可外

〔48〕 参见联合国国际贸易法委员会,见前注〔19〕,第25页。

〔49〕 参见联合国国际贸易法委员会,见前注〔19〕,第175页。

〔50〕 参见联合国国际贸易法委员会:《贸易法委员会小微企业破产立法指南》,载联合国国际贸易法委员会网站,https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/zh/msme_lg_insolvency_law_ebook_zh.pdf,第183页,最后访问日期:2024年8月22日。

〔51〕 See World Bank Group, *supra* note 9, pp. 91-93.

〔52〕 参见(美)杰伊·韦斯特布鲁克等:《商事破产:全球视野下的比较分析》,王之洲译,中国政法大学出版社2017年版,第199—200页。

国破产程序的基础上由法院批准提供救济”等(C15 条)。

综前,透过对新商事破产指标内涵的系统性解构后可察知,其指标内容的具体设置背后有着丰富的理论意涵,且还凝练了获得理论和实务各界所广泛肯认的最优实践做法。事实上,这些做法也普遍得到了各国立法者的高度肯定,对全球破产法改革所产生的影响不可谓不深刻。如何以此为抓手,并从中围绕我国现行破产法律制度的不足之处来对相应的规则完善路径予以深入阐释,则是本文余下部分的核心要务所在。

三、对标商事破产新指标展望我国《企业破产法》修改

在《企业破产法》修法理念和方法上,我国不仅需立足于中国的本土语境和国情,还需高度重视破产制度演进的世界趋向,并借鉴域外破产立法的普遍规律。^[53] 在此需先行澄清的是,本文无意将某一国的破产制度作为“标准答案”加以模仿,相反,本文拟紧密结合我国当前实际并就域外主流实践中,被广泛认可的、且被证明是行之有效的破产制度框架中汲取灵感,以期使相关的破产法改革举措能更有效地契合我国实际需求。就此而言,新商事破产指标恰可为我国《企业破产法》的体系性修改提供重要抓手,并帮助我国立法者在充分参酌域外改革趋势及主流经验之基础上,探寻我国破产法的科学完善之道。囿于篇幅所限,在下文的分析中对于新营商环境指标评估项目中所未涉及或明确表明不涉及的内容,譬如金融机构破产、个人破产等问题,暂不作探讨。

(一) 破产临界期董事义务规则

当财务困境的迹象开始显现但其影响尚未蔓延于企业经营活动之时,债务人将受惠于其与债权人之间及时开展的早期谈判活动,从而避免最终陷入破产境地。^[54] 盖因如此,各国破产法改革均强调债务人财务危机问题的早期介入,以便于提升困境企业的持续经营可能性,以及减少程序开展的时间与成本。确立破产临界期的董事义务规则实则契合域外立法的趋势,^[55]而该类特殊义务确立的必要性,主要体现为如下两方面因素:一则,在我国当前破产法的实施过程中,许多进入破产程序的企业尽管已长期亏损,但其往往因拖延破产申请导致出现资产持续耗损或显著流失之不利局面,在极端情况下这可能致使出现无财产可供支付破产费

[53] 参见李曙光:“我国破产重整制度的多维解构及其改进”,《法学评论》2022 年第 3 期,第 102—103 页。

[54] See Jennifer Payne, *Schemes of Arrangement: Theory, Structure and Operation*, 2nd ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2021, pp. 229-230.

[55] 除了《立法指南》以外,《小微企业破产立法指南》第 102 条同样引入了小微企业控制人在破产临界期义务方面的相关规定。

用的问题。^[56] 二则,倘使企业已经濒于破产境地,实际控制企业经营管理层或董事会的股东往往存在较强的“逆向激励”,进而更倾向于“放手一搏”以试图让困境企业得以起死回生。但过度冒险的经营行为或者投资决策之后果及其所产生损失的最终承担者,通常是公司的债权人。^[57] 事实上,对广泛存在于我国的集中持股型类型的企业而言,破产临近期实际控制人的投机主义行为风险甚至可能更为突出。故此,作为“大棒”机制的破产临界期义务规则设置,大体上系出于抑制董事等内部人员在此期间内从事机会主义行为,及妥善保护债权人利益的现实需要。^[58]

依本文见解,虑及新修订的《公司法》尚未就企业董事或其他高管于破产临界期的义务规则加以规定,故而从修法联动之视角出发,未来宜由《企业破产法》对董事于破产临界期所负有特殊法定义务作出规定,以解决实践中此类主体在破产程序申请上的激励不足或怠于申请,继而因此错失重整良机的问题。^[59] 在规则的具体设置上,本文认为应引入如下规定,即当对企业行使控制权的主体(如控制股东或董事)知道或理应知道,企业进入破产程序即将发生或不可避免时,则应具体承担如下的义务:一方面,公司董事须合理考虑债权人的利益。未来我国不妨参酌英国等国家的规定,^[60]要求董事于破产临界期须考虑债权人及相关利害关系人的利益,并采取及时行动以减少债权人、员工、股东以及其他利害关系人的损失。^[61] 另一方面,董事应采取合理的拯救行动避免企业真正陷入资不抵债的破产境地,且须避免以故意或者重大过失方式损害债务人的可持续经营能力和价值。^[62] 于此同时,在立法过程中也应配套引入董事责任抗辩事由的相应规定。^[63] 对此问题,《小微企业破产立法指南》的建议实则也可作为重要的立法参考,如“为避免进入破产程序或最小化资不抵债程度,公司董事已尽到了合理注意义务且已采取了积极拯救措施”(建议 B2.3)。

[56] 参见全国人民代表大会常务委员会执法检查组:《关于检查〈中华人民共和国企业破产法〉实施情况的报告》,载中国人大网,http://www.npc.gov.cn/npc/c2/kgfb/202108/t20210818_312967.html,最后访问时间:2024年7月18日。

[57] See Barry E. Adler, “A Re-Examination of Near-Bankruptcy Investment Incentives,” *University of Chicago Law Review*, Vol. 62, No. 2, 1995, p. 575.

[58] See Paul Davies, “Directors’ Creditor-Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency,” *European Business Organization Review*, Vol. 7, No. 3, 2006, pp. 309-315.

[59] 参见刘冬梅、席琳琳:“营商环境视域下小微企业重整中原出资人权益保留问题研究——以 G 市法院 2018 年—2022 年的破产案件为研究对象”,《法律适用》2023 年第 3 期,第 31—32 页。

[60] See Zwieten, *supra* note 28, p. 385.

[61] 参见《英国 2006 年破产法》第 214 条规定。

[62] 参见联合国国际贸易法委员会,见前注[50],第 182—183 页。类似的立法例,也可参见《欧盟 2019 年预防性重组指令》第 18 条规定。

[63] 英国破产法对此类抗辩事由有着较为详细的规定。See Andrew Keay, *Company Directors’ Liability and Creditor Protection*, London: Routledge, 2023, pp. 285-288.

(二) 破产管理人制度

1. 管理人选任制度

我国《企业破产法》及相关司法解释主要采法院指定管理人的立法模式。诚然,该等模式在破产法立法的初期,着实显现出了一定的程序效率性及公平性的优势。然随着实践的发展,如下的一些缺陷亦不免开始渐次显现:一方面,此类做法不仅可能引致法院过度介入个案经营管理事务,致使其中立裁判者的地位受到削弱,同时还易于引致管理人责任“虚化”的问题。另一方面,由法院指定管理人的做法,也易于致使个案中管理人能力与破产案件复杂性和处理难度无法有效匹配。^[64]

从域外立法经验观之,强化债权人或债权人自治组织在管理人选任问题上的参与度,可作为解决前述问题的一个思路。一方面,《美国破产法典》在 1994 年立法改革时一改以往做法,选择对第 1104 条规定做出实质性修改。如此一来,在第 11 章重整程序中的债权人也由此得以自主选任管理人。^[65] 另一方面,绝大部分欧陆国家虽大多采取的是法院选任或指定管理人之立法模式,但近年来也有不少国家开始渐次寻求强化债权人在管理人选任过程中的参与度。^[66] 基于减轻法院负担、强化个案管理人的胜任性及保障债权人利益的考虑,未来我国有必要从立法层面强化管理人的市场化选任机制,并明确增加由主要债权人或临时债权人委员会推荐管理人的规定。

2. 临时管理人制度

引入有关临时管理人制度的专门规定,属于域外主流国家的通行做法。其典型适例包括:一方面,在 1994 年美国破产法修正案出台以后,美国破产管理署可选任临时管理人,当然在此过程中其也需就具体的人选问题先行征求所有利害关系人的意见。其中,债权人委员会即有权对管理人的人选提出建议,尽管此类建议本身通常并不具有强制约束性。^[67] 另一方面,《德国破产法》对临时管理人的法律地位,及其具体应承担的职责问题做出了明确界定,比如看管和保存债务人的财产、在启动破产程序之前负责维系企业经营管理事务的运转,以及审核债务人的财产状况,并判断其资产是否足以支付破产程序开展的费用等。^[68]

未来在我国《企业破产法》修改时,宜增加临时管理人的规定,而在临时管理人的具体职责

[64] 参见刘贵祥:“我国破产法的实施与改革完善”,载李曙光、刘延岭主编:《破产法评论》(第 2 卷),法律出版社 2020 年版,第 5—10 页。

[65] 具体依照第 1104(b)款的规定,美国破产管理署可召集(临时)债权人会议,并由其选任无利害关系的从业人员担任案件的破产管理人。对于相关问题的分析可进一步参见 Harvey R. Miller, “The Changing Face of Chapter 11: A Reemergence of the Bankruptcy Judge as Producer, Director, and Sometimes Star of the Reorganization Passion Play,” *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 69, No. 4, 1995, p. 458.

[66] See McCormack et al., *supra* note 5, pp. 80-82.

[67] See Whitman L. Holt et al., “The Appointment and Removal of United States Trustees,” in Diehl Ostrovsky and Resnick Sommer (eds.), *Collier Compensation, Employment and Appointment of Trustees and Professionals in Bankruptcy Cases*, New York: LexisNexis Publication, 2018, p. 28.

[68] 参见《德国破产法》第 22 条规定。

及选任方式规则设计上则不妨参酌德国法的规定,亦即由法院结合个案的情况加以综合确定。理据在于,实践中以公开竞争方式选任管理人往往耗时不菲,由及时选任的临时管理人负责在正式管理人任命之前切实履行正式管理人的职责,将有助于防止困境企业经营管理出现“真空期”,继而可起到妥善保护债务人财产之作用。从规则设置层面上看,除职责、权利和选任规则以外,未来还应对临时管理人的资格条件(应与一般管理人相同)、临时管理人向正式管理人转换的标准(应视乎履职情况是否良好因素),以及报酬计算模式(如由法院综合个案情况裁量确定)等方面内容引入体系性的规定。

(三)重整新融资制度

不论是对企业价值的保存,抑或对于工作岗位乃至社会福利的增进而言,重整新融资的引入都具有重要之实益。正因如此,各国均在不同程度上通过立法方式引入重整新融资优先权法律制度(见表2),并希望以此激励潜在的融资方或投资人向企业积极投入资金,继而为困境企业带来其亟需的流动性。^[69]

本文认为,鉴于当前我国困境企业重整新融资获取的需求极为突出,但重整新融资市场较为薄弱的现状,在此次《企业破产法》修改中,应通过强化清偿优先顺位规则的供给以完善有关重整新融资引入的法律激励机制。目前我国仅从立法以及司法解释层面,确立了共益债顺位优先权清偿模式,为更好地应对标新商事破产指标的打分要求,有必要在充分参酌域外的有益经验之基础上,在破产法修改过程中引入超级优先权的立法模式,并明确重整新融资“超级优先权”授予的法定要求,以及与之相关的配套规则体系内容。

表2 重整新融资优先清偿顺位的立法模式

	重整新融资优先权模式	国别	核心特点
1	超级优先权	美国、新加坡、加拿大	惟当满足多重法定条件并经由法院批准后,新融资方可获得优于既存担保物权的超级优先清偿顺位
2	共益债顺位优先权	中国大陆地区、日本、荷兰、菲律宾、泰国、南非等	惟当满足法定条件并经由法院批准后,新融资可获得共益债务/破产费用顺位的优先清偿权;或在未设抵押权的无负担财产上新设抵押权等
3	无法定优先权	英国、澳大利亚、阿根廷、智利、越南、中国台湾地区等	允许经由当事人协商自治方式确定新融资方,并由法院审查批准方式引入新融资

具体而言,一方面,我国应借鉴域外法上的主流经验,明确重整新融资“超级优先权”授予的法定条件以及相应的救济规则。比较法上,美国法院通常须依照《美国破产法典》第364(d)条规定来决定是否批准“头等优先权”(priming lien)。为此,法院应审慎考察的个案事实因素包括如下方面:当事人是否已穷尽其他融资渠道或方式仍无法以合理对价方式获取新融资、重

[69] See Kenneth Ayotte and David A. Skeel Jr., “Bankruptcy Law as a Liquidity Provider,” *University of Chicago Law Review*, Vol. 80, No. 4, 2013, pp. 1560-1561.

整程序是否具备成功开展的合理可能性,以及是否为担保债权人提供了“充分保护”等。^[70]究其根本,此类规定的目的意在确保“新融资不会成为资金提供方从既存债权人处不当转移财富之手段”,以及新融资引入的对价等条件系经过市场机制运作而达致的公平竞争结果,从而借此避免出现潜在的不公允性问题。^[71]另一方面,我国未来还应完善与通知和听证等程序性权利有关的配套救济规则体系,以此避免利害关系人因时间紧急而难以获取充分信息和及时提出异议,进而被迫赞同新融资引入的不利局面出现。这方面的立法例即包括《美国破产程序规则》第 4001(c)条的规定,其要求个案中应当至少提前 15 天向债权人发出与重整新融资引入有关的通知。类似地,加拿大破产法同样规定,在法院决定批准新融资超级优先清偿顺位之前,应当及时通知债权人。在此过程中,担保债权人等利害关系人可向法院提出异议,主张新融资的数额以及优先清偿顺位在该案情形下并不具有适当性。^[72]

(四)自动中止制度

我国《企业破产法》在第 16、19 及 20 条中规定了“三中止条款”,然而对照世行营商环境新指标要求及域外主流国家的最佳实践做法,我国现行法仍稍显不足:

一方面,目前我国《企业破产法》缺少自动中止的例外性规定。尤其是针对诸如环境侵权问题(如污染物处理)、公共卫生安全防护,以及打击证券欺诈行为等牵涉公共利益等事项,我国在自动中止规则上并未设置例外性情形。较之而论,于制定法层面明确自动中止的例外情形,属于更为主流的做法。举例而言,《美国破产法典》在 362(b)条中即对自动中止的例外性规定进行了详尽列举,这其中包括基于刑事程序,以及政府职能履行等事由产生的行政执行行为,如土地使用(land use)、公共健康和卫生安全、劳工保护,以及金融稳定、证券监管等。此类规定背后的理据亦正如美国立法者所阐释道,即“并不希望破产程序成为环境污染侵权者的‘庇护天堂’”。^[73]于我国而言,未来有必要参酌域外法的有益经验,将包括维护公共健康和卫生安全等在内的若干情形,明确列举作为自动中止的例外性事由。

另一方面,我国现行法围绕与破产重整案件无关的抵押担保财产应当如何解除自动中止,以及如何为债权人提供权利救济手段等问题上,总体上也缺乏体系性的规定。^[74]于我国而言,宜从如下方面完善自动中止的救济规则:首先,应对自动中止救济的具体事由作出规定。其中重点应针对担保物处于持续贬损状态,以及重整缺乏成功可能性等情形,为担保债权人提

[70] See *In re Bluner* (1986) 66 B. R. 109, 113 (BAP 9th Cir.).

[71] See Triantis, *supra* note 35, p. 179.

[72] See Jennifer Payne and Janis Sarra, “Tripping the Light Fantastic: A Comparative Analysis of the European Commission’s Proposals for New and Interim Financing of Insolvent Businesses,” *International Insolvency Review*, Vol. 27, No. 2, 2018, p. 193.

[73] 也有学者认为,自动中止的例外性规定本身在相当程度上属于政治游说的结果。See Gerrad McCormack, *Corporate Rescue Law—An Anglo-American Perspective*, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2008, pp. 157-165.

[74] 参见《企业破产法》第 75 条规定。另外,最高人民法院所发布的《全国法院民商事审判会议纪要》(法[2019]254 号)同样对“重整所需”之要求予以了明确。

供必要的救济。对此问题《美国破产法典》第 362(d)条的规定可资参考,亦即担保债权人可基于其权益无法获得充分保护,或债务人对于抵押物不享有利益,抑或者抵押物并非重整程序成功开展所需为由,请求法院解除自动中止令。^[75] 其次,应针对自动中止的救济举措作出明确规定,包括但不限于提供替代性救济(如等值现金补偿、担保物置换等),甚或依申请解除自动中止裁定等。对此《美国破产法典》第 361 条规定,可为债权人提供的充分保护即包括定期支付现金担保品,或提供替代性救济(如就价值贬损的部分额外提供等值的抵押担保物等),^[76] 此类立法例也可资参照。

(五)小微企业重整制度

世行新营商环境评估项目明确将小微企业重整程序的相关规则纳入到考评范围,而我国《企业破产法》在小微企业重整程序的相关规定上付之阙如。于我国而言,从提高破产审判实效和降低破产程序成本的角度出发,未来需重点结合小微企业的特殊性,完善与之相关的重整程序规则:

首先,在小微企业重整程序启动申请的立法模式选择,以及相关制度的配套设计上,应注意缓释小微企业破产重整可能潜藏的程序滥用风险。事实上,美国立法改革及其破产实践经验表明,这一问题确实易于成为棘手的难题:美国在 1994 年通过修法方式引入小型企业特别重整制度后,但在之后的实践中频繁开始出现的问题是,缺乏持续经营价值的小型困境企业利用该程序无谓拖延对于债权人的清偿。关键是,鉴于此类企业实则根本无法实现重整成功之目的,故而这些程序的开展将带来无效率的结果。^[77]

在此类问题的解决上,域外法主要存在两种立法模式,即双通道准入模式以及单通道准入模式:一方面,双通道准入模式具体指代的是,在立法上同时设置简易清算和简易重整程序,如此一来小微企业债务人将得以自行选择进入任一程序选项。这方面的立法例,即包括澳大利亚和新加坡的相关规则。另一方面,单通道准入模式指代的是,将清算程序设置作为小微企业破产准入时“默认程序”,亦即,小微企业在提出重整申请时默认进入清算程序,而随后清算与重整程序之间通常则易于转换,其典型适例包括德国、西班牙以及日本的相关规定。于我国而言,未来不妨采用双通道准入模式,亦即,允许当事人自主选择清算或重整,道理在于,在破产申请以及法院受理阶段,判断企业是否具有可持续经营价值本身实则并非易事。^[78] 与之配套,结合商事破产指标中所倡导之做法,未来还应引入相应的程序转换机制,避免申请人滥用

[75] 《美国破产法典》第 361 条对何者构成“充分保护”进行了明确列举。

[76] 类似的做法也可见于《立法指南》中的建议 50。

[77] 对于相关问题的一般性分析, see Gerrard McCormack, “Rescuing Small Businesses: Designing an ‘Efficient’ Legal Regime,” *Journal of Business Law*, Vol. 30, No. 4, 2009, pp. 299-330.

[78] 需注意该模式下也存在不同的变体模式,比如印度小微企业破产法即采用启动申请默认为重整的立法模式。See Asian Business Law Institute and International Insolvency Institute, “Guide on the Treatment of Insolvent Micro and Small Enterprises in Asia,” <https://abli.asia/abli-publications/guide-on-the-treatment-of-insolvent-micro-and-small-enterprises-in-asia-april-2022/>, last visited on 20 July 2024.

重整申请,为此应准许法院依职权或者依照当事人申请方式及时将重整转换为清算程序。

其次,股东权益保留及绝对优先权规则的“软化”适用。这类做法之理据在于,一方面,对小微企业而言,其通常高度依赖于企业主的管理技能或者其在企业经营方面的专门知识。另一方面,股东权益保留也有助于激励企业实控人股东尽早提出破产申请,避免债务人的财务状况进一步恶化甚或导致“无产可破”的不利局面出现。从比较法视角观之,《美国 2019 年小型企业重整法案》在完善了小微企业重整程序要求的同时,并未如欧盟般引入相对优先权的概念。相反,其引入了公平公正测试,这要求债务人“以(未来 3—5 年内的)预期可支配收入”进行清偿,^[79]以此作为股东权益保留所需付出的“代价”。

再次,原则上中小微企业重整程序的开展,应以债务人自行管理作为主导性的重整控制权分配模式,除非存在不适宜由债务人进行自行管理的情形。^[80]理据在于,一方面,适用债务人自行管理模式不仅有助于降低程序开展的成本,且还能鼓励该类企业中实际控制人或管理层尽早启动破产程序。另一方面,在债务人自行管理模式下,原管理层的经营知识与技能通常亦有助于促进企业重整程序的成功开展,继而籍此提升债权人的受偿率。当然,与之相配套的是,在个案中应由管理人具体负责承担监督、纠纷协调等方面的角色,并负责评估企业的可持续经营可能性以及协助债务人制定重整计划草案。^[81]

最后,企业经营者连带保证责任合并处理机制。针对以个人独资形式成立的企业类型,或者有限责任公司的企业主或实际控制人为企业债务承担连带保证责任的情形而言,为实现重整目的,则通常需在企业破产及个人破产两个层面对相关债务问题进行协调处理。否则,“诚实而不幸”的企业主或为企业承担连带保证债务的股东,在申请进入重整程序方面将会出现意愿低下的情况或出现故意拖延申请现象,^[82]从而引致更多“无产可破”之无效率结果。

(六) 跨境破产制度

在新营商环境评估项目中,我国亦将可能因跨境破产制度相关的体系性规则阙如而导致出现失分的情况,因此有必要于《企业破产法》修改时,以专章形式对跨境破产制度的相关规则作出体系化规定。

1. 跨境破产制度的现状及其不足

较之于新营商环境指标的要求及域外法上的主流实践做法,现行《企业破产法》第 5 条远

[79] 参见《美国破产法典》第 1191 条。对于相关规定的理据分析,see Paul W. Bonapfel, “A Guide to the Small Business Reorganization Act of 2019,” *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 93, No. 4, 2019, pp. 608-615. 同样值得注意的是,《小微企业破产立法指南》的建议 86 也采取了类似的思路。

[80] 譬如,个案中债务人存在《全国民商事审判工作会议纪要》(法[2019]254 号)第 111 条中所列明的情形。

[81] 《北京破产法庭中小微企业快速重整工作办法(试行)》也体现了类似的思路,而这一规定与我国《企业破产法》第 73 条的立法思路亦一脉相承。

[82] 参见蔡嘉炜:“重整计划引入调整保证责任条款之依据及其限度”,《理论探索》2023 年第 6 期,第 122—123 页。

未搭建起跨境破产制度的完整规则框架。于规则阙如背景下,过去我国采取的是立足于严苛的事实互惠原则基础上的一种司法审查模式,但此举在个案中易于引致诸多的不确定性因素。与之相应,在当前跨境破产的办案实践中,则不免需要更多地依赖于司法机关、管理人对跨境破产的认知、经验以及办案水平,以及在跨境合作能力乃至沟通程度等非法律层面的因素。但显然,这类司法实践操作模式不可避免地存在可预期较弱的弊端。事实上这也是截至目前而言,被我国法院承认的域外破产程序数量极为有限的关键根由。

2. 我国跨境破产制度的完善重点

本文认为,在此次《企业破产法》修改中,我国有必要采纳《跨国界破产示范法》总体规则框架,同时基于我国国情出发,以专章的体系性立法方式完善跨境破产制度,以更好地协调国内与国外两个市场的衔接。事实上,该示范法本身所具备的纯粹“程序法”属性,^[83]也意味着我国可结合自身需要对相关实体性内容加以调整或保留,使之更适合我国当前的国情以及立法传统。^[84]具体从规范层面出发,宜重点就如下方面内容完善相关规定:

首先,在域外破产程序以及判决或裁定的承认问题上,短期内宜采取符合我国国情的渐进式立法思路。固然,《跨国界破产示范法》已废除了互惠原则,但之于我国而言,短期内应采取从事实互惠逐步放宽至推定互惠,再到最终取消互惠原则的一种渐进式立法模式。^[85]于规范层面论,具体在域外跨境破产程序的承认和救济机制设计上,我国破产法应着重对如下两方面制度作出规定:一是,应明确外国代表人的概念以及准入的条件以及职权。^[86]二是,结合我国当前的实际情况,尤其是基于法官队伍在处理跨境破产案件方面的经验稍显不足的现实条件出发,有必要参酌韩国以及日本的经验,采取承认和救济分离之立法模式。^[87]与之相应,未来我国法院在承认域外跨境破产程序的同时,就具体的司法救济及协助措施的种类问题,可由法院依据个案综合情况进行裁量确定。如此,将可缓释自动救济模式下的程序失控风险,也可避免其法院过度谨慎导致实践中难以作出承认裁定的不利局面出现。^[88]

其次,应对于跨境破产平行程序等问题作出明确规定。为妥善保护我国债权人的利益,本文认为我国可重点参酌《跨国界破产示范法》第 28 条之规定,在平行程序的立法上采“主辅模式”的进路。亦即,当债务人企业于我国境内拥有资产,且案件的处理将牵涉我国债权人的清

[83] See Roy Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law*, 4th ed., London: Sweet & Maxwell, 2011, pp. 795-796.

[84] See Adrian Walters, “Modified Universalisms and the Role of Local Legal Culture in the Making of Cross-Border Insolvency Law,” *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 93, No. 1, 2019, pp. 58-59.

[85] 对于互惠原则利弊问题的分析, see Keith D. Yamauchi, “Should Reciprocity Be a Part of the UN-CITRAL Model Cross-Border Insolvency Law,” *International Insolvency Review*, Vol. 16, No. 3, 2007, pp. 145-149.

[86] 《跨国界破产示范法》第 9—14 条对于外国代表人问题作出了详细规定。

[87] 参见金春:“外国破产程序的承认与协助解释与立法”,《政法论坛》2019 年第 3 期,第 147 页。

[88] 对于分离模式的一般性分析,参见李曙光、贺丹:“破产法立法若干重大问题的国际比较”,《政法论坛》2004 年第 5 期,第 70—72 页。

偿利益维护问题时,则承认境外主要破产程序,本地债权人可依法申请向有管辖权法院启动我国破产程序,并使该程序在满足一定的条件下可产生域外法律效力。

再次,应对跨境破产程序的协助、沟通以及合作机制作出规定。新营商环境指标尤其强调沟通和协作机制的重要性,且也对其进行相应的打分。鉴此,本文认为不妨参酌《跨国界破产示范法》第29条的规定,即在本国程序优先的前提下,尝试在跨境破产程序的法院沟通问题上采取更为积极主动的姿态,并从中逐步积累更多跨境破产案件的处理经验。^[89]其中,近年来诸如《欧盟跨境破产程序沟通以及协作指引》,^[90]以及由美国及新加坡等国家发起的《破产司法网络指引(JIN指引)》项目,^[91]皆属于各国在跨境破产程序领域推进合作和沟通方面所付出努力的有力例证,而我国亦不妨在充分理解其运转逻辑的基础上择机加入。

四、余 论

展望此次《企业破产法》修改,本文认为还应具体从“内”与“外”两方面维度,省思我国现行《企业破产法》的体系性完善路径。申言之,于“内”而言,应强化《企业破产法》内部条文的一致性或统一性,以帮助强化规则适用之可预期性。于“外”而言,应强化与外部相关法律的协调与衔接,以最大程度地消弭《企业破产法》与其他法律规则之间所潜藏的冲突。我国《民法典》颁布后动产担保制度以及相关优先权制度等问题作出了诸多创新性规定,与此同时,司法实践中围绕诸如购房者优先权在包括破产程序中的处理问题,也犹待从破产法修改层面作出积极回应。同样,新《公司法》的颁布也对破产法律制度带来了诸多新议题,也有必要在修法过程中加以回应。

本文主要聚焦于新营商环境评估项目所涉及之关键议题的考察。应当承认,逐一解构商事指标中各个支柱及相关指标细项,并提出全面的制度改革建议颇费周章,实非本文在有限篇幅内所能够完成的任务。事实上,诸如预重整、实质破产合并、债权人委员会、环境债权清偿,以及重整信息披露等制度的体系性完善问题,同样亦属于本次《企业破产法》修法中的核心关切,然囿于篇幅限制本文难以全面涉及,期待学界同仁对各项指标内容的跟进讨论。

Abstract: The introduction of the World Bank's new business environment indicators marks signifi-

[89] 典型适例如《跨国界破产示范法》第四章。该章内容亦明确了制定国与外国法院和代表人之间的合作以及直接沟通机制。

[90] See Bob Wessels et al., “European Communication and Cooperation Guidelines for Cross-Border Insolvency,” <https://www.insol-europe.org/download/documents/1113>, last visited on 20 July 2024.

[91] 对于JIN网络的缘起与运作机理的详细介绍, see Emily Lee and Eric C. Ip, “Judicial Diplomacy in the Asia-Pacific: Theory and Evidence from the Singapore-Initiated Transnational Judicial Insolvency Network,” *Journal of Corporate Law Studies*, Vol. 20, No. 2, 2020, pp. 389-420.

cant innovations in terms of design philosophy, indicator content, and assessment methods compared to previous versions. Among the ten core indicators of this new business environment framework, business insolvency is considered to play a crucial role in enhancing the business environment of economies globally. Accurately understanding the original intent behind the reform of the new indicators, as well as the specific details within the business insolvency indicator and the theoretical foundations underlying the best practices associated with it, is key to ensuring the effective implementation of this project domestically. From the perspective of systematically improving the legal framework, it is necessary, in the upcoming amendments to the Enterprise Bankruptcy Law, to align with the latest trends and best practices in bankruptcy law reforms from other jurisdictions. The focus should be on systematically revising and improving the relevant rules in areas such as the duties of directors in the vicinity of bankruptcy, cross-border insolvency, the reorganization of small and micro enterprises, and new financing mechanisms for restructuring. This approach will effectively promote the development of a market-oriented, rule-of-law-based, and internationalized business environment in China.

Key Words: B-READY; Business Insolvency; Doing Business; Bankruptcy of Micro, Small and Medium Enterprises; Cross-border Insolvency

(责任编辑:高 薇)