

# 世界银行“商事破产”新指标与我国的法治应对

谢肇煌

(外交学院国际法系,北京 102206)

**摘要:**世界银行开展的新营商环境评估项目B-READY中的“商事破产”指标相较于旧评估项目DB中的“办理破产”指标,其价值目标和指标内容更为全面,评估方法更为完善。通过分析“商事破产”问卷可以预判,我国在新指标体系下有多项失分,应当采取相应完善措施弥补失分项。在“商事破产”新指标体系的指引下,我国应当明确规定公司濒临破产期间董事、高级管理人员的义务,完善有关程序自动中止及其例外的规定,建立健全小微企业破产程序,完善跨境破产制度,推进破产领域跨区域、跨系统、跨部门信息系统的互联互通以及破产程序相关信息的公开,进一步提高破产程序的效率。为切实优化营商环境,推动破产法的市场化、法治化实施,我国不应满足于获得该指标体系下的分数,而应持续推进更为全面和深入的破产法治改革。

**关键词:**世行评估;营商环境;商事破产;破产清算;破产重整

中图分类号:DF411.92 文献标志码:A

DOI:10.3969/j.issn.1008-4355.2024.02.04 开放科学(资源服务)标识码(OSID):



## 一、引言

世界银行营商环境评估始于2002年,首份《营商环境报告》发布于2003年。该评估项目通过收集和分析定量数据,对各经济体在评估时间内的商业监管环境进行比较,近年来对世界各经济体的制度变革有极为重要的影响。我国在世界银行营商环境评估的推动下采取了一系列改革措施,使得营商环境排名大幅攀升,从2006年的第108位提升至2020年的第31位。诸多研究显示,我国通过参与世界银行营商环境评估,在改善营商环境、优化资源配置、促进经济高质量发展方面成效

收稿日期:2023-11-20

基金项目:中央高校基本科研业务费专项资金科研创新项目(青年项目)“公司股利分配制度的国际比较研究”(3162022ZYKD02)

作者简介:谢肇煌(1995—),男,湖南衡阳人,外交学院国际法系讲师,法学博士。

显著。<sup>①</sup> 2023年5月,世界银行发布了新营商环境评估项目“Business Ready”(B-READY)的《方法论手册》与《说明及指南》,标志着营商环境评估的价值观和方法论迎来全面更新。为持续优化我国营商环境,推动我国经济高质量发展,有必要深入研究世界银行营商环境评估新指标体系,根据我国实际情况预判得分情况与评估结果,并针对问题采取相应对策。研究世界银行营商环境评估新指标体系,也能为构建我国的营商环境评估指标体系提供重要启示。

在以往的世界银行营商环境评估中,“办理破产”(Resolving Insolvency)一项一直是我国的薄弱环节。近年来,我国在“办理破产”一项的得分和排名几无变化,近6年最低时处于第61名,其他年份徘徊于第51至56名之间,显著低于我国营商环境总体排名。背后的原因既有我国破产法立法和实施本身的不足,也有数据采集与分析中的偏差,例如《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《企业破产法解释三》)引入的部分改革措施未得到世行专家的认可,可能还包括旧营商环境评估指标本身的局限。世界银行发布的新版《方法论手册》将该指标名称改为“商事破产”(Business Insolvency),依据新评估项目的价值观和方法论,大幅更新了原有指标内容,形成全新的破产法治评估指标体系。在深化供给侧结构性改革,加快构建新发展格局的背景下,有必要在准确理解世界银行营商环境评估新指标体系的基础上,对“商事破产”指标作出全面深入的解析,预判我国该项指标的得分情况,针对不足之处作出法治应对。鉴于“商事破产”指标体系并不一定能完全契合我国的现实需求,或许还有必要在满足指标要求的基础上,开展更为全面深入的破产法治改革,并探索构建我国的破产法治评估指标体系。

## 二、“商事破产”新指标的评估内容、方法与进步性

### (一)“商事破产”新指标的评估内容与方法

B-READY 指标体系中,10个主题对应的一级指标都由“三大支柱”构成:规制框架、公共服务和效率,每一支柱包含若干分指标。“商事破产”新指标的评估内容,相比原有的“办理破产”指标有了较大改动,其分为三大支柱:破产程序规则的质量、服务于破产程序的制度性和操作性基础设施的质量、实践中办理破产程序的效率。

支柱 I“破产程序规则的质量”评估的是特定经济体破产法规则的完备性,其分为以下分指标:(1)法律和程序标准,包括债务人濒临破产期间以及破产程序开始的法律规则、破产清算与重整程序的基本规则,以及法律对破产管理人专业技能的要求。(2)资产和利害关系人,包括债务人资产的管理以及债权人参与破产程序的法律规则。(3)特别程序,包括小微企业破产以及跨境破产的法律规则。支柱 II“服务于破产程序的制度性和操作性基础设施的质量”评估的是实践中破产程序的数字化、便利化、公开化及专业化程度,其分为以下分指标:(1)数字化和网上服务,包括网上法院

<sup>①</sup> 参见邹薇、雷浩:《营商环境对资源错配的改善效应及其作用机制——基于制造业层面的分析》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2021年第1期,第137页;宋林霖、何成祥:《优化营商环境视阈下放管服改革的逻辑与推进路径——基于世界银行营商环境指标体系的分析》,载《中国行政管理》2018年第4期,第68页;董志强、魏下海、汤灿晴:《制度软环境与经济发展——基于30个大城市营商环境的经验研究》,载《管理世界》2012年第4期,第18页。

(法庭)的发展程度、为破产程序提供的网上服务的互通性以及信息的公众可得性。(2)公职人员和破产管理人,包括破产法院(法庭)或破产法官的专业性,以及实践中破产管理人的专业技能。支柱 III“实践中办理破产程序的效率”分为以下分指标:(1)实践中的破产清算程序,亦即破产清算程序所需花费的时间和成本。(2)实践中的重整程序,亦即重整程序所需花费的时间和成本。

B-READY 评估中的 10 个主题各有不同的数据采集方式和范围。“商事破产”指标三大支柱的数据都通过咨询私营部门专家收集得来,而非通过企业调查收集得来。私营部门专家包括律师、法官、书记员、官方接管人(或许包括我国的清算组成员)、破产管理人、破产委员会官员等专业人士。

为确保各个经济体的专家咨询数据之间的可比性,“商事破产”主题使用了特别的参数,也即关于破产法和破产实践的具体特征的假设。第一个具体参数是对破产案件有管辖权的法院及其地点。“商事破产”主题适用于该经济体最大商业城市的有管辖权的法院。支柱 II 和支柱 III 评估的是该法院破产审判工作的质量。第二个具体参数是债务人公司。“商事破产”主题仅适用于有限公司(Limited liability companies, LLC),不适用有限公司以外的其他企业组织形式,比如合伙,也不适用于个人。“商事破产”主题假设的债务人公司,是在每个经济体最大商业城市中经营的国内有限公司。该公司是普通的商事公司,而非金融机构等特殊公司。该有限公司不能偿还到期的担保和无担保债务,或者债务人的负债超过其资产的价值。该参数仅适用于支柱 III,也即用于估算破产清算程序和重整程序各自的时间和成本。另外,“商事破产”主题仅适用于涉及多个债权人的法院(法庭)内重整和破产清算程序,不适用于自愿清算,协议安排或单个债务执行程序(如取消抵押物赎回权或接管)。<sup>①</sup>

## (二)“商事破产”新指标相较于原“办理破产”指标的进步性

原 DB 指标体系中,“办理破产”一级指标由回收率、时间、成本、破产框架力度几个二级指标构成。关于上述各级指标的具体内容,已有学者作出了较为详尽的解析<sup>②</sup>,本文不再赘述。B-READY 体系中的“商事破产”指标,相较于 DB 体系中的“办理破产”指标,其进步性包括但不限于以下几点:

首先,“商事破产”新指标不再片面聚焦于债权清偿率,而是综合考虑各方利害关系人合法权益的保护,以及程序本身的公正和效率。B-READY 体系着眼于私营经济整体的发展,设置了“企业灵活性”和“社会福利”两个评分维度,还对数字技术的采用、环境可持续性以及性别平等三个方面给予特别关注。与之相呼应,“商事破产”新指标从“企业灵活性”和“社会福利”两个角度评价破产法上的各项制度和实践,例如“清算和重整”分指标对应的“企业灵活性分数”和“社会福利分数”都是 5 分,而“管理债务人资产”分指标对应的“企业灵活性分数”和“社会福利分数”分别是 5 分和 4 分。各项分指标在这两方面的得分相加得出总分,就能反映各经济体的商事破产制度在提高企业灵活性和增进社会福利方面的实际效用。另外,“商事破产”新指标体系围绕职工债权、环境债权的保护专门设置了分指标,体现对债权人以外的其他利害关系人的重视;还围绕破产程序中的网上服务设

<sup>①</sup> See Business Ready, Methodology Handbook, May 2023, Chapter 11, Business Insolvency.

<sup>②</sup> 参见罗培新:《世界银行营商环境评估:方法·规则·案例》,译林出版社 2020 年版,第 445-470 页。

置了一系列分指标,而网上服务的发展也能给全体利害关系人带来更多便利。破产程序具有强烈的外部性,牵涉的利害关系人众多,因此商事破产领域的良好实践应当尽可能实现各方利害关系人之间的利益平衡,以及各方利害关系人整体利益的增进。

其次,“商事破产”新指标更为全面地涵盖了破产法治的规则层面和实践层面,内容更为丰富。“商事破产”新指标中的支柱 I 包含了公司管理层在濒临破产期间的义务、法院(法庭)外的重组机制、债权申报、重整转为清算、程序自动中止、担保债权、职工债权和环境债权的优先顺序、小微企业破产、跨境破产等原“破产框架力度”指标未能包含的内容,勾勒出一个更具综合性和针对性的“破产框架”。另外,原有的“破产框架是否规定债权人有权批准或拒绝破产管理人的任命”这一指标被删去,取而代之的是“法律框架是否规定了选任或罢免破产管理人的机制”。对于破产管理人选任机制,各国立法例差异较大,因其公司法规范体系、相关法律传统和法律环境的不同,呈现出不同的模式。<sup>①</sup> 这一改动或许表明新指标体系更多地考虑到各经济体自身的现状与传统,淡化了原有的法系偏见。支柱 II 和 III 聚焦于实践中的破产法治,其中支柱 II 是原“办理破产”指标未能包含的内容,体现了对破产制度在实践中的数字化、便利化、公开化及专业化要求。

再次,“商事破产”新指标体系删去了原有的“回收率”指标,减少了对债务人企业参数的限制,从而优化了评估方法。支柱 III 评估的是破产程序的效率,其体现于时间和成本,不再评估各经济体破产制度的“回收率”。在原“办理破产”指标作为评估参数的米兰其酒店破产案例中,所谓回收率指的主要是担保债权人通过重整、清算或债务执行收回的债权占债权总额的百分比。然而,由于担保债权人有权在担保物价值范围内优先受偿,破产时间、破产成本更多影响的是无担保债权回收率,而不是担保债权回收率。<sup>②</sup> 与此同时,“商事破产”新指标减少了对债务人企业参数的限制,没有继续使用米兰其酒店破产案例或其他具体案例,只是假设了债务人公司的组织形式、地点等基本情况,也没有对债权分布情况作出限定。这些改动将有助于更为简捷而精准地评估破产程序的效率。

最后,“商事破产”新指标同等对待破产清算与重整,取消了原“办理破产”指标暗含的“重整优于清算”的假定,体现出对重整与清算之间关系更为准确的认知,有助于引导各经济体避免滥用重整程序。一方面,支柱 III 分别评估破产清算与重整的时间与成本,将清算与重整视作具有不同功能从而并行不悖的两种制度。原“办理破产”指标中,所谓“破产结果”,即破产程序结束后企业是作为整体继续运营还是被分割出售,也是“回收率”的计算依据之一。若企业作为整体继续运营,则得 1 分;若企业被分割出售,则得 0 分。新指标体系中,“破产结果”指标与“回收率”指标一同被删去。另一方面,支柱 I 中设置了“清算与重整程序”分指标,取代了原有的“重整程序”分指标;在“清算与重整程序”之下又设置了“重整转为清算”分指标,要求法律框架提供从重整程序转向清算程序的途径。联合国国际贸易法委员会《破产法立法指南》将“在清算和重整之间求得平衡”作为“有效力和高效率的破产法的关键目标”之一。<sup>③</sup> 只有对具有挽救价值的债务人,才能适用成本高昂的重整程

<sup>①</sup> 参见韩长印:《世界银行“办理破产”指标与我国的应对思路——以“破产框架力度指数”为视角》,载《法学杂志》2020年第7期,第8页。

<sup>②</sup> 参见高丝敏:《破产法的指标化进阶及其检讨——以世界银行“办理破产”指标为例》,载《法学研究》2021年第2期,第198页。

<sup>③</sup> See UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law (UNCITRAL 2005), p. 11.

序。若强行对没有挽救价值的债务人进行重整,结果必然是重整失败走向破产清算,此时破产财产进一步贬值,债权人利益将严重受损。从破产财产价值最大化的角度看,重整是为了保存企业的营运价值,如果债务人企业的所有资产被分割转让给其他企业也可以同样使用,甚至实现更大的价值,此时清算价值就大于营运价值,就应当破产清算而非重整。<sup>①</sup>

### 三、我国得分情况的预判

相比原“办理破产”指标,“商事破产”新指标在价值目标、指标内容、评估方法等方面都作出了重大变革。在B-READY营商环境评估即将启动之际,有必要在准确把握新指标体系内容和评估方法的基础上,依据我国破产法律制度与实践,对我国得分情况作出预判,然后根据预判的结果提出相应的改革措施。B-READY《方法论手册》中包含了各个主题的调查问卷,笔者将尝试回答“商事破产”主题问卷上的问题,预判我国的得分情况,为我国参与新一轮营商环境评估提供些许参考。对于支柱I,笔者将依据现行《中华人民共和国企业破产法》(以下简称《企业破产法》)及其司法解释,以及其他相关法律法规,例如2024年实施的新《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》),对所有问题作出解答。对于支柱II和支柱III,笔者仅将问卷内容译出,并基于“商事破产”主题的评估参数,从整体上作出预估,每一问题的具体解答留待实务界专家完成。

#### (一) 支柱I: 破产程序规则的质量

##### 1.1 法律和程序标准

###### 1.1.1 破产程序的开始及开始之前

1. 在这个法律框架下,对于陷入财务危机的债务人公司而言,下列哪些机制是可用的?

1a. 直接规定债务人公司的管理层负有的在接近破产期间避免破产或者在破产不可避免时最小化其程度的义务的机制。(否。《企业破产法》第125条仅规定了董监高“致使所在企业破产”时应承担民事责任,并未涵盖企业已经接近破产以及破产不可避免时董监高侵吞、转移企业资产,或放任企业资产流失,损害债权人利益的情形。<sup>②</sup>另外,《公司法》第191条规定了董事、高级管理人员执行职务给他人造成损害时将产生的赔偿责任。从解释论上看,该条可以包含董事、高级管理人员对债权人承担的赔偿责任,但显然并非“直接规定”董事、高级管理人员应当负有的上述义务。<sup>③</sup>)

1b. 在没有妨碍或阻碍的情况下,在法院系统之外和/或正式的司法破产程序之外执行基于合同的旨在与部分或全部债权人重组公司债务的庭外和解安排的机制或程序。(是。不仅如此,最高人民法院明确要求完善庭外重组与庭内重整的衔接机制,鼓励债务人与债权人进行协商,以及通过庭外调解、庭外重组、预重整等方式化解债务危机。<sup>④</sup>)

<sup>①</sup> See Douglas G. Baird & Robert K. Rasmussen, *The End of Bankruptcy*, 55 *Stanford Law Review* 751, 767 (2002).

<sup>②</sup> 参见张学文:《公司破产边缘董事不当激励的法律规制》,载《现代法学》2012年第6期,第99页。

<sup>③</sup> 有学者认为该条间接肯定了董事对债权人的信义义务,属于一种“隐形嵌入模式”。参见赵树文:《董事在公司财务困境下对债权人的信义义务》,载《学术论坛》2023年第1期,第56页。

<sup>④</sup> 参见最高人民法院《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称《九民纪要》)第115条、《关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见(二)》第17条。

2. 在这个法律框架下,对于陷入财务危机的债务人公司而言,下列哪些机制是可用的?(是/否)

2a. 开始法院(法庭)内清算程序。(是。《企业破产法》第2、7条。)

2b. 开始法院(法庭)内重整程序。(是。《企业破产法》第2、7条。)

3. 在这个法律框架下,对于破产的债务人公司的单个债权人而言,下列哪些机制是可用的?(是/否)

3a. 开始法院(法庭)内清算程序。(是。《企业破产法》第2、7条。)

3b. 开始法院(法庭)内重整程序。(是。《企业破产法》第2、7条。)

4. 这个法律框架允许什么作为正式破产程序开始的原因?

4a. 债务人在一般意义上不能清偿其到期债务。

4b. 债务人负债的价值超过其资产的价值。

4c. 4a和4b。(选此项。《企业破产法》第2条规定的破产原因可以分为两种情况:债务人不能清偿到期债务,并且资产不足以清偿全部债务;债务人不能清偿到期债务,并且明显缺乏清偿能力。<sup>①</sup>从文义上看,可以满足此问的要求。)

#### 1.1.2 清算和重整程序

5. 这个法律框架是否规定,在程序开始时,每个债权人应当收到通知,令他/她申报其债权,并明确债权发生的原因和数额?(是。《企业破产法》第14、49条。)

6. 在这个法律框架下,下列哪些条件属于债权人对重整计划投票时的要求?

6a. 有权投票的债权人基于权益的相似性或者其债权的价值被分为不同组别。(是。《企业破产法》第82条。)

6b. 每组债权人分别投票。(是。《企业破产法》第82、84、86条。)

6c. 每组内的债权人得到平等对待。(是。《企业破产法》第87条。值得注意的是,这一条件在《企业破产法》上属于人民法院强制批准重整计划的条件,不属于正常批准重整计划的条件。)

7. 这个法律框架是否允许债权人线上投票?(是。《企业破产法解释三》第11条。)

8. 这个法律框架是否明确要求,重整计划中明确的异议债权人预计获得的收益至少等于他们在清算中可以获得的收益?(是。《企业破产法》第87条。与6c一样,这一条件在《企业破产法》上属于人民法院强制批准重整计划的条件。在原“办理破产”指标体系中已有了这一分指标,而我国得到了分数。)

9. 这个法律框架是否提供了重整程序转为清算程序的途径?(是。《企业破产法》第88条。)

#### 1.1.3 破产管理人的专业技能

10. 破产管理人的选任是否受到规制?(是。《企业破产法》第22条。)

11. 下列哪些属于这个框架中规定的在一个破产程序中指定一家(个)破产管理人的最低资格要求?(必须具有至少3项才能得分)

<sup>①</sup> 参见王欣新:《破产原因理论与实务研究》,载《天津法学》2010年第1期,第20页。

11a. 最低年限的执业经验(是。《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8条。)

11b. 拥有法律专业的大学学位(最低是 J. D. 或者 LLB)或者会计专业学位(否。但现实中管理人通常拥有相应学位。)

11c. 拥有执业证书(是。《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6至8条。)

11d. 作为一家协会的登记会员(否。但现实中管理人通常是当地破产管理人协会会员。)

11e. 通过资格考试(是。《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6至8条。)

11f. 完成专业培训(否。但《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9条从反面规定,管理人“缺乏担任管理人所应具备的专业能力”的,不得担任管理人。)

11g. 没有犯罪记录或财务舞弊记录(是。《企业破产法》第24条、《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9条。)

11h. 其他,请解释

12. 这个法律框架是否列举出了破产管理人可能被取消资格的具体情形?(是。《企业破产法》第22条,《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(二)》(以下简称《企业破产法解释二》)第23条,《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33、34条。)

13. 这个法律框架是否建立了选择和任命破产管理人的机制?(是。《企业破产法》第13、22、24条,《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15至30条。)

14. 这个法律框架是否规定了罢免破产管理人的机制,而这个机制反映了破产管理人被任命的方式,也为该破产管理人提供了得到听审的权利?(否。《企业破产法》第22条、《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31至34条提供了更换管理人的机制,债权人会议有权申请人民法院更换管理人,这与管理人被任命的方式——人民法院指定相一致。被更换的管理人并未被明确赋予得到听审的权利,但有权作出书面说明。)

## 1.2 资产和利害关系人

### 1.2.1 债务人资产的管理

15. 这个法律框架是否规定了程序的自动中止?其他通常用来指代程序中止的术语包括程序的“冻结”或“暂停”。(是。《企业破产法》第19、20条。)

16. 这个法律框架是否明确规定了程序中止生效的准确时间(包括它生效和失效的日期)?(是。《企业破产法》第19、20条,《企业破产法解释二》第7、21、22条。)

17. 程序自动中止是否适用于下列几类财产上的担保权利的执行?(此题不计分)

17a. 不动产

17b. 动产/有形资产

17c. 无形资产

17d. 其他种类的资产

(在破产清算与破产和解程序中,原则上均不适用,但也存在例外情形。《全国法院破产审判工作会议纪要》第25条“担保权人权利的行使与限制”。在重整程序中,原则上均可适用,但也存在例外情形。《企业破产法》第75条,最高人民法院《九民纪要》第112条“重整中担保物权的恢复行使”。)

18. 这个法律框架是否规定了诉讼、追偿或者程序中止的例外情况?(是。如前所述,破产清算与破产和解程序中的担保财产,原则上不适用程序自动中止;重整程序中的担保财产,在例外情形下不适用程序自动中止。)

19. 上述程序中止的例外是否包括基于公共政策利益(例如控制环境损害或者其他对公共健康和有害的活动)的例外?(否。)

20. 上述程序中止的例外是否包括任何阻止滥用(例如用破产程序掩盖非法活动)的行动?(否。)

21. 在以下情况下,这个法律框架是否规定了这样一种可能性,使得担保债权人面对诉讼、追偿或者程序的中止可以获得救济?

21a. 当这一有负担的资产的价值因为破产程序的开始而正在减损(是。《企业破产法》第75条。)

21b. 当重整中或者出售营运事业的清算中不需要这一有负担的资产时(是。最高人民法院《九民纪要》第112条“重整中担保物权的恢复行使”。)

22. 在破产程序开始后,这个法律框架是否明确允许债务人公司继续履行现有的对债务人日常经营有益或有必要的合同?(是。《企业破产法》第18条。)

23. 在破产程序开始后,这个法律框架是否明确允许在履行合同的成本高于将要获得的收益时,解除负担过重的合同(在双方当事人均未完全履行他们的义务的情况下)?(是。《企业破产法》第18条。)

24. 如果是,这个法律框架是否明确允许抛弃或放弃负担过重的资产,当持有这样的资产的成本高于将要获得的收益时?(是。依据《企业破产法》第69条,管理人放弃权利,应当及时报告债权人委员会。依据《企业破产法解释三》,管理人放弃构成债务人重大财产的权利时,需要债权人会议表决通过,还要受到债权人委员会和人民法院的制约。)

25. 这个法律框架是否明确规定可以使破产程序开始前达成的以下交易无效,或者将其撤销?

25a. 优惠交易或者合同,其导致一个债权人获得多于它的债务人资产的比例份额的清偿,发生在债务人已经破产时,或者导致债务人破产(是。《企业破产法》第31、32条。)

25b. 估值过低的交易,其价格低于市场价值,或者作为赠物,发生在债务人已经破产时,或者导致债务人破产(是。《企业破产法》第31条。)

26. 这个法律框架是否明确规定这样一种可能性,使得债务人可以在破产程序开始后获得信贷(开始后的信贷),以资助破产程序期间它的持续需求?(是。《企业破产法》第69、75条,《企业破产法解释三》第2条。)

27. 这个法律框架是否赋予破产程序开始后的信贷相对于以下债权人的优先权?

27a. 仅有无担保债权人(选此项。《企业破产法解释三》第2条。)

27b. 担保债权人和无担保债权人

27c. 法律框架没有规定这样的优先权

(按照计分要求,只有在法律框架规定了破产程序开始后的信贷相对于所有债权人的优先顺序时,才能得到相应的1分。因此,我国无法得到这1分。原“办理破产”指标体系下同样存在该分指标,我国被认定为失分,相关问题已有学者作出详细论述,本文不再赘述。)

### 1.2.2 债权人参与

28. 这个法律框架是否要求破产程序中有一个债权人委员会或者其他债权人代表?(是。《企业破产法》第67至69条。)

29. 这个法律框架是否赋予了债权人(单个地或者通过债权人委员会或者其他形式的债权人代表)要求获得有关债务人营业和财务事项的最新信息的权利?(是。《企业破产法解释三》第10条。)

30. 这个法律框架是否规定了破产程序期间债权的顺位?(是。《企业破产法》第113条。)

31. 担保债权人是否对其担保财产享有高于所有其他债权人的绝对优先权?(是。《企业破产法》第109条。)

32. 职工债权是否享有相对于以下债权人的优先权?

32a. 担保债权人(否。但是《企业破产法》第132条规定,该法公布之前发生的职工债权,在无担保财产不足以清偿时,应从担保财产中优先于担保债权人受偿。)

32b. 普通无担保债权人(是。《企业破产法》第113条。)

32c. 没有这样的优先权

33. 环境债权是否享有相对于以下债权人的优先权?

33a. 担保债权人

33b. 普通无担保债权人

33c. 没有这样的优先权(选此项。)

34. 这个法律框架(无论在破产法还是劳动法中)是否包含一个处理破产程序中职工和雇员债权保护问题的特别制度?(是。《企业破产法》第6、8、11、48、59、67、82、83、113、132条,《企业破产法解释二》第24条,等等。)

### 1.3 特别程序

#### 1.3.1 小微企业

35. 这个法律框架是否规定了旨在清算无法存活的小微企业以及重整可以存活的小微企业的专门程序?(否。第36至38题不得分。)

36. 如果是,这个法律框架是否允许适格的债务人在财务危机的早期申请开始破产程序,而无需证明破产?

37. 这个法律框架是否规定了这样一种可能性,使得小微企业的简易重整程序可以转为清算

程序?

38. 这个法律框架是否设定了小微企业破产程序中债务豁免的条件,以及拒绝债务豁免的标准?

### 1.3.2 跨境破产

39. 这个法律框架是否确立了跨境破产的规则,以及外国程序获得承认的明确的程序?(否。《企业破产法》第5条、最高人民法院《全国法院破产审判工作会议纪要》第49至50条围绕跨境破产程序作出了原则性的规定,但我国尚未建立全面系统的跨境破产规则,也未规定外国破产程序获得承认的明确程序。鉴于上述客观情况,世行专家和答题专家更可能将该题判定为“否”。)

40. 这个法律框架是否规定了国际破产程序中法院和破产管理人之间的协作?(否。理由同上题。并且,《全国法院破产审判工作会议纪要》第50条虽然提出“开展跨境破产协作”,但并未明确人民法院和破产管理人各自的职责。)

对于支柱 I 中的问题,我国大部分能得分,但仍存在重要的失分项。这些失分项包括:法律框架并未直接规定债务人公司的管理层在债务人濒临破产期间负有的义务;对程序自动中止的例外的规定不够全面;并未赋予环境债权相对于担保债权和普通无担保债权的优先地位;并未规定专门适用于小微企业的破产清算和重整程序;并未全面系统地确立跨境破产规则以及外国破产程序获得承认的明确的程序,也并未规定国际破产程序中法院和破产管理人之间的协作。

## (二) 支柱 II: 服务于破产程序的制度性和操作性基础设施的质量

### 2.1 数字化和网上服务

#### 2.1.1 网上法院(法庭)

41. 这个破产司法系统是否已经实现了数字化,以及/或者被并入了该经济体最大商业城市的最新网上法院(法庭)?

42. 对于债务人和债权人而言,以下哪些法院自动化特征在破产程序中得到了执行?

42a. 网上提交破产申请

42b. 网上支付法院费用

43. 是否需要随初始债权提交复印件?

44. 实践中完成网上支付是否需要与银行、法院或邮局发生物理上的互动?

45. 有管辖权的法院(法庭)是否拥有功能完备的网上案件管理系统?

46. 对于下列人而言,以下哪些案件管理的特征在破产程序中得到了执行? 请选择所有适用的:

46a. 法官; 46b. 破产律师; 46c. 破产管理人

——在网上寄出和收到通知

——在网上管理和提交案件的程序文件

——查看和获取法院命令和决定

47. 债权人和债务人能否在网上监控破产程序的情况?

48. 案件管理系统和网上申报系统是互联互通的吗?

49. 网上拍卖是否在有关法院进行?
50. 在破产程序中的网上拍卖期间,会发生下列哪些实践做法?
- 50a. 现场拍卖需要与网上拍卖同时进行
- 50b. 要求投标人交保证金
51. 虚拟听证能在有关法院(法庭)进行吗?
- 2.1.2 为破产程序提供的服务(网上服务)的互通性以及信息的公众可得性
52. 实践中,为破产事务设立的网上案件管理系统是否与外部系统相连,从而允许与其他行政机关(例如商业/商事登记机关和法律执行机关)交换数据?
53. 在公布的破产程序的判决和信息中,以下数据和信息是一般公众可以获取的吗?
- 注意:这些数据和信息可以通过任何方式公布,包括在官方公报上、报纸上、互联网上、法院(法庭)网站上或者公众可以获取的破产登记表上公布。
- 53a. 有管辖权的法院(法庭)作出的有关破产程序的判决
- 53b. 该经济体每年破产程序数量和种类的数据
- 53c. 破产程序平均时长的数据
54. 有没有一个公众可以获取的记载破产从业者和/或有资格提供破产服务的企业的登记册?
55. 这个登记册是否通过在官方公报、报纸、互联网或法院(法庭)网站上发布而使得一般公众可以获取?
- 2.2 公职人员和破产管理人
- 2.2.1 破产法院(法庭)或破产法官的专业性
56. 在该经济体最大的商业城市,有没有一个专门致力于破产事务的专门破产法院(法庭)或者一个商事法院(法庭)中的一个法官/部门/法官席?
57. 这个法院(法庭)、部门或法官席的名称,或者这个破产法官的职位名称是什么?
58. 这个法院(法庭)在实践中是完全正常运转的吗?(要求所有破产事务都被指派给他们)
59. 在最大的商业城市,所有破产事务是否被指派给现有的商事法院(法庭)/破产法院(法庭)/破产法官?
- 2.2.2 实践中破产管理人的专业技能
60. 实践中能观察到以下哪些破产管理人的资格/要求?
- 60a-60h. 最低年限的执业经验;拥有法律专业的大学学位(最低是 J. D. 或者 LLB)或者会计专业学位;拥有执业证书;作为一家协会的登记会员;通过资格考试;完成专业训练;没有犯罪记录或财务舞弊记录;其他,请解释。(以上均与 11a-11h 相同。)

对于支柱 II 中的问题,应当根据我国最大商业城市上海的实际情况作答。上海破产法庭于 2019 年 2 月 1 日正式成立。根据最高人民法院的批复,上海破产法庭管辖上海市辖区内区以上(含本级)工商行政管理机关核准登记的公司、企业的强制清算和破产案件(上海金融法院、上海铁路运

输法院管辖的破产案件除外)、衍生诉讼案件、跨境破产案件以及其他依法应当由其审理的案件。<sup>①</sup>上海破产法庭积极探索运用“网审+网债会+网拍”等信息技术手段赋能破产案件办理,运用网上听证方式审查启动破产程序,运用网络系统申报审核债权,推行“网债会”(网络债权人会议)系统,在财产处置方面创新“网询+网拍+网推”模式。<sup>②</sup>基于上述实践,在“2.1.1 网上法院(法庭)”和“2.2.1 破产法院(法庭)或破产法官的专业性”两个指标下,大多数题目我国应该都能得分。上海破产法庭大力促进管理人队伍专业水平提升,持续加强履职监督管控,三年督导管理人提交履职工作报告2200余份,建立管理人履职业绩档案500余份,还积极给予履职指导支持,与市管理人协会合作开展履职督促。<sup>③</sup>因此,“2.2.2 实践中破产管理人的专业技能”这一指标对应的第60题,我国应该也能得分。但是,“2.1.2 为破产程序提供的服务(网上服务)的互通性以及信息的公众可得性”这一指标,可能是我国的薄弱环节。在网上服务的互通性方面,我国各地各部门“条块分割、信息孤岛”问题突出,“大平台、大数据、大系统”建设中标准规范、配套制度、纵横协同还不到位,跨区域、跨系统、跨部门信息系统融合仍有困难,建立健全信用体系任重道远。<sup>④</sup>在信息的公众可得性方面,全国企业破产重整案件信息网上可以查询到破产案件裁判文书和管理人名册,但对于每年全国破产案件数量和种类,以及破产程序的平均时长,一般公众似乎难以获得数据。

### (三) 支柱 III: 实践中办理司法破产程序的效率

#### 3.1 实践中的清算程序

61. 根据该经济体最大商业城市的实践:

61a. 一家破产公司(以上说明所定义的)完成清算程序需要耗费多长时间?

61b. 一家破产公司(以上说明所定义的)完成清算程序需要花费多少金钱?

#### 3.2 实践中的重整程序

62. 根据该经济体最大商业城市的实践:

62a. 一家破产公司(以上说明所定义的)完成重整程序需要耗费多长时间?

62b. 一家破产公司(以上说明所定义的)完成重整程序需要花费多少金钱?

对于支柱 III 中的问题,与支柱 II 一样,应当根据我国最大商业城市上海的实际作答。在时间方面,相较于原“办理破产”指标,“商事破产”新指标体系的评估方法可能对我国更为有利。从2015年到2020年,我国在“办理破产”指标下“时间”一项均被认定为1.7年。应当注意到,原“办理破产”指标下的评估是以受到严格限定的米拉其酒店破产案例作为参数,并认定在我国企业破产制度下米拉其酒店必然重整失败转为清算,因此其计算得出的1.7年是重整失败转为清算的整个

<sup>①</sup> 参见黄安琪:《上海破产法庭成立》,载新华网,[http://www.xinhuanet.com/politics/2019-02/01/c\\_1124075793.htm?baike](http://www.xinhuanet.com/politics/2019-02/01/c_1124075793.htm?baike),2024年3月18日访问。

<sup>②</sup> 参见《上海破产法庭以“网审+网债会+网拍”赋能 促进案件提质增效降成本》,载澎湃新闻网,[https://www.thepaper.cn/newsDetail\\_forward\\_14857898](https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_14857898),2024年3月18日访问。

<sup>③</sup> 参见《上海破产法庭三周年工作情况》,载微信公众号“破产法实务”,<https://mp.weixin.qq.com/s/e9Y5W4Z6TOFZMEuiJGUAmA>,2024年3月18日访问。

<sup>④</sup> 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——2021年8月18日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议上》,载中国人大网,[www.npc.gov.cn/cz/kgfb/202108/t20210818\\_312967.html](http://www.npc.gov.cn/cz/kgfb/202108/t20210818_312967.html),2024年4月9日访问。

过程的时间,而这个时间通常是各类破产案件中最长的。<sup>①</sup>“商事破产”新指标体系放宽了债务人企业参数的限制,对实践中清算和重整程序的效率分别估算,克服了原有评估方法的局限,能更为客观地反映我国破产程序的效率。从我国上市公司重整的数据看,2023年上市公司重整案件从法院受理到重整计划执行完毕均不到1年。<sup>②</sup>值得注意的是,此处评估的是司法程序的时间,因此预重整的时间不应当包括在内。

在成本方面,B-READY《方法论手册》规定,破产程序的总成本(债权人和债务人承担的成本)按照所定义公司价值的百分比记录,这些成本包括诉讼费用、律师费用、破产管理人费用以及其他费用(拍卖商、会计师和其他各项费用)。从2015年到2020年,我国在“办理破产”指标下“成本”一项均被认定为22%。在评估破产程序的成本时应当注意,律师费用和破产管理人费用在大多数情况下是重合的,只有在会计师事务所担任管理人并聘请律师事务所或律师协助履行管理人职责时,才可能存在律师费问题。另外,在清算组担任管理人的情况下,清算组中政府部门工作人员不收取报酬,其他机构或人员的报酬根据其履行职责情况确定。并且,人民法院在初步确定管理人报酬方案后,可以根据破产案件和管理人履行职责的实际情况进行调整。<sup>③</sup>因此,特定企业破产程序的成本取决于债务人企业和破产案件的具体情况。在我国参与新一轮营商环境评估时,有必要将上述情况向世行专家说明。

#### 四、我国破产法律制度的完善:以“商事破产”新指标为参考

通过解答世界银行营商环境评估新指标问卷,找出我国的失分项,有助于发现我国在该领域制度建设的薄弱环节。针对这些薄弱环节完善我国破产法律制度,不仅能提高我国在新一轮营商环境评估中的分数和排名,更能切实优化我国营商环境,助力我国经济高质量发展。下文将围绕“商事破产”新指标体系支柱I中的五个重要失分项对应的问题展开论述,提出适宜我国的完善措施。

##### (一)公司濒临破产期间董事和管理层负有的义务

当公司濒临破产,即将资不抵债或者不能清偿到期债务,债权人面临无法对公司的债权的现实威胁。然而,由股东选任的董事和管理层此时却可能罔顾债权人利益,侵吞、转移公司资产,或者任由公司资产流失。因此,诸多学者主张公司濒临破产期间董事和管理层负有受信义务的对象应扩张至债权人。<sup>④</sup>联合国国际贸易法委员会《破产法立法指南》第四部分即聚焦于企业濒临破产期间董事的义务,其内容涵盖了该种义务的性质和范围、义务产生的时间、负有义务的人、违反义务

<sup>①</sup> 参见王欣新:《营商环境破产评价指标的内容解读与立法完善》,载《法治研究》2021年第3期,第136页。

<sup>②</sup> 参见申林平:《中国上市公司破产重整2023年度报告》,载上海市锦天城律师事务所网,<https://www.allbrightlaw.com/CN/10475/8bc776292e2e7821.aspx>,2024年3月18日访问。

<sup>③</sup> 参见最高人民法院《关于审理企业破产案件确定管理人报酬的规定》(法释[2007]9号)第8、9、14、15条。

<sup>④</sup> See e.g. Raymond T. Nimmer & Richard B. Feinberg, *Chapter 11 Business Governance: Fiduciary Duties, Business Judgment, Trustees and Exclusivity*, 6 *Bankruptcy Developments Journal* 1, 31-32 (1989); Christopher W. Frost, *Running the Asylum: Governance Problems in Bankruptcy Reorganizations*, 34 *Arizona Law Review* 89, 110 (1992); Harvey R. Miller, *Corporate Governance in Chapter 11: The Fiduciary Relationship between Directors and Stockholders of Solvent and Insolvent Corporations*, 23 *Seton Hall Law Review* 1467, 1485-1488 (1993).

的责任、义务的执行、可适用的抗辩、救济、有权起诉请求执行该义务的人、这些诉讼如何得到资助等内容。<sup>①</sup>

依据“商事破产”指标的要求,公司濒临破产期间管理层负有的义务包括采取合理措施避免破产的义务,以及在破产不可避免时及时申请破产的义务。前者指的是采取合理措施监督公司的财务状况,避免或缓解财务危机,使债权人的损失最小化以及避免破产的义务。与部分或全部债权人协商开展庭外重组,是缓解财务危机、避免公司破产的重要方式。<sup>②</sup> 如果管理层开展交易的目的超出了化解财务危机、保存公司资产的范围,管理层就应承担民事责任。后者是指在公司事实破产后特定时间(通常很短,例如3周)内申请开始破产程序的义务,包括申请破产清算和申请重整。如果管理层未及时提出破产申请,就应当赔偿公司和债权人因此承担的损失。<sup>③</sup>

在《企业破产法》及相关法律法规中明确引入公司濒临破产期间董事、高级管理人员负有的义务,在我国有着突出的现实意义。我国商事实践中,企业符合破产原因但不敢破、不想破的现象比较常见,破产申请普遍不及时。<sup>④</sup> 《公司法》第191条规定了董事、高级管理人员执行职务给他人造成损害时产生的赔偿责任,从文义上涵盖了公司濒临破产期间董事、高级管理人员负有的义务,避开了围绕董事对债权人负有的受信义务的理论争议。<sup>⑤</sup> 但该条的表述较为原则化,其在具体情境下的行为指引、评价、预测、教育、强制等功能将因此弱化。笔者认为,增加个别法条远不足以真正落实公司濒临破产期间董事、高级管理人员负有的义务,我国应当对标联合国国际贸易法委员会《破产法立法指南》构建全面的制度体系。

具体而言,除了明确义务内容,还应当在以下方面作出明确规定:(1)义务产生的时间,是义务人知道或应当知道公司濒临破产或破产已经不可避免之时;(2)负有义务的人包括董事、高级管理人员以及其他实际行使控制权的人(例如控制股东、实际控制人);(3)违反义务的责任应当依据各个义务人对于损害结果实际发挥的作用具体确定,责任形式包括损害赔偿以及剥夺义务人担任董事、高级管理人员的资格;(4)可适用的抗辩包括义务人已经采取了必要步骤化解财务危机,保存公司财产,或者已经提出了破产申请,还有基于商业判断规则和章程免责条款的抗辩<sup>⑥</sup>;(5)有权起诉请求执行该义务的主体主要包括债务人和破产管理人,如果债务人和破产管理人不起诉,债权人和其他利害关系人也有权起诉<sup>⑦</sup>;(6)该类诉讼的费用应当作为破产费用。

<sup>①</sup> See UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law (UNCITRAL 2020), p. 3.

<sup>②</sup> See Antonia Menezes, Nina Mocheva, Sagar Siva Shankar, “Under Pressure”: Integrating Online Dispute Resolution Platforms into Pre-insolvency Processes and Early Warning Tools to Save Distressed Small Businesses, 45 (2) *Vilkapa* 79, 81-82 (2020).

<sup>③</sup> See UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law (UNCITRAL 2020), p. 11-14.

<sup>④</sup> 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——2021年8月18日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议上》,载中国人大网, [www.npc.gov.cn/cz/kgfb/202108/t20210818\\_312967.html](http://www.npc.gov.cn/cz/kgfb/202108/t20210818_312967.html), 2024年4月9日访问。

<sup>⑤</sup> 围绕公司陷入财务困境时董事和管理层受信义务的对象,向来存在争议。有学者通过实证研究发现,对于不同财务状况下公司董事和管理层受信义务的对象,美国(主要是特拉华州)法院判例中存在诸多不同观点。See Rutheford B. Jr. Campbell & Christopher W. Frost, *Managers’ Fiduciary Duties in Financially Distressed Corporations: Chaos in Delaware (and Elsewhere)*, 32 *Journal of Corporation Law* 491, 495-511 (2007).

<sup>⑥</sup> 参见陈鸣:《董事信义义务转化的法律构造——以美国判例法为研究中心》,载《比较法研究》2017年第5期,第69-71页。

<sup>⑦</sup> 参见金春:《破产企业董事对债权人责任的制度建构》,载《法律适用》2020年第17期,第109页。

## (二) 程序自动中止及其例外

当债务人陷入财务困境,不同的债权人出于自利动机,必然争相以各种方式控制和攫取债务人财产,以获得尽可能多的清偿。然而单个债权人的自利行为可能导致债务人财产的清算价值无法充分实现,或者剥夺债务人获得挽救的机会,从而损害各方整体利益,此即破产法上经典的“公共鱼塘”问题。自动中止规则旨在防止单个债权人抢先求偿,实现债务人财产价值和各方整体利益最大化,从而解决“公共鱼塘”问题。<sup>①</sup>因此,自动中止规则是破产法上处于核心地位的强制性规则之一。联合国国际贸易法委员会《破产法立法指南》第二部分“有效和高效率的破产法核心条文”包含了有关程序自动中止及其例外的规则。

联合国国际贸易法委员会《破产法立法指南》建议在破产程序开始时自动中止的程序、行动或权利的范围包括:涉及债务人资产及债务人权利、义务或负债的个别诉讼或程序的启动或继续;使担保权益具有对抗第三方效力的行动和强制执行担保权益的行动;针对破产财产的执行或其他强制措施;对方终止与债务人之间的任何合同的权利;对破产财产中任何资产的转让、抵押或其他处分的权利。<sup>②</sup>对照《破产法立法指南》的上述建议,可以发现我国《企业破产法》关于自动中止范围的规定是不完整的。《企业破产法》第19、20条仅涉及财产保全措施、执行程序、民事诉讼和仲裁,不包括对方终止合同权利的中止。实践中,承租人破产时出租人能否解除合同,法律并无明确规定,因而存在争议,而依照自动中止之原理,出租人合同解除权应受限制。<sup>③</sup>因此,虽然我国在“商事破产”问卷第15题能得分,但依然需要进一步完善有关自动中止的规定。

有时,特定债权人权利的及时行使涉及重要公共利益的保护,其重要性超过了自动中止规则旨在实现的债务人财产价值最大化的目标,因此需要为上述情形设置自动中止规则的例外情形。《企业破产法》和相关法律法规并无此类规定,因此我国在第19至20题失分。联合国国际贸易法委员会《破产法立法指南》第二部分包含了问卷第19至20题的要求,以及另外几种情形:金融合同的抵押权与净额结算;为保全对债务人的债权而启动的诉讼;就涉及人身伤害或家庭法的债权而针对债务人提起的诉讼。对于数额过于巨大的债权,例如大规模侵权损害赔偿债权,应当将其列入自动中止的范围之内,否则可能过早地耗尽债务人财产。<sup>④</sup>我国应当对标《破产法立法指南》,在补充自动中止规则适用范围的基础上,明确自动中止规则的例外情形。

## (三) 环境债权的优先地位

破产法上的环境债权,包括企业因其经营活动破坏环境而产生的一系列债权:因破坏环境对他人的身、财产造成损害而产生的损害赔偿债权;因破坏环境后修复环境而产生的债权;因事先采取环境保护措施而产生的债权等等。B-READY《方法论手册》并未明确环境债权的具体范围。《企业破产法》及相关法律法规并未规定环境债权的优先权,因此我国在问卷第33题失分。在破产程

<sup>①</sup> See Thomas H. Jackson, *Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements, and the Creditors' Bargain*, 91 Yale Law Journal 857, 860-868 (1982).

<sup>②</sup> See UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law (UNCITRAL 2005), p. 101-102.

<sup>③</sup> 各国(地区)立法普遍限制出租人解除权,以给债务人喘息之机,防止出租人“落井下石”,增加破产财产价值,保证破产(特别是重整)程序顺利进行。参见王欣新、乔博娟:《论破产程序中未到期不动产租赁合同的处理方式》,载《法学杂志》2015年第3期,第67页。

<sup>④</sup> See UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law (UNCITRAL 2005), p. 86-87.

序中赋予环境债权优先受偿顺序,或许能使环境债权得到更多清偿,进而有利于环境保护。但如何设定优先受偿顺序,是优先于担保债权,还是仅优先于无担保债权,以及哪些债权属于优先受偿的环境债权,需要进一步研究。

破产债权的受偿顺序,是“商事破产”新指标体系增加的重要内容,原“办理破产”指标并无这一内容。然而,增加这一指标是否必要与合理,笔者认为值得商榷。首先,特定经济体法律框架下破产债权的受偿顺序,与该经济体的社会经济制度、历史文化传统密切相关,或许并不存在一个“标准答案”,即使存在,事实上也很难在所有经济体统一推行。法律上和实践中破产债权的受偿顺序,往往是不同的债权人群体不断博弈和斗争的结果。<sup>①</sup>其次,破产债权顺序规则的实际效果存在局限性,因为债务人陷入财务困境后,其破产财产价值通常很有限,此时设定再多优先受偿债权也并无实益。各国立法的发展趋势是逐步削减破产债权的优先受偿地位。<sup>②</sup>最后,若要提高环境债权的实际清偿率,并非一定要将环境债权的受偿顺序提前。加强事前环境监管、建立破产企业环境保护基金<sup>③</sup>、规定董事、高级管理人员与企业承担连带赔偿责任<sup>④</sup>,以及提高破产程序本身的效率,或许是更为有效的选择。

#### (四) 小微企业的破产清算与重整程序

小微企业在所有企业中占大多数,其具有治理结构和融资结构简单的特点,许多小微企业不采取有限公司形式,即使是有限公司,其股东或经理通常需要为公司债务提供担保。陷入财务困境的小微企业,其资产更少、融资能力更低、掌握经营控制权的股东从事机会主义行为的风险更高。传统的破产程序对于小微企业来说过于沉重、僵化和复杂。<sup>⑤</sup>因此,有必要针对小微企业的特点,为其设计更为简便的破产清算和重整程序。联合国国际贸易法委员会《破产法立法指南》第五部分即聚焦于小微企业破产法律制度。

我国《企业破产法》及相关法律法规并未规定小微企业的破产程序,因此我国在问卷第35至38题失分。依据《破产法立法指南》第五部分,简易破产程序的主要特征包括程序的任意性、更短的时限、更少的形式要求、以债务人自行管理为默认模式、在需要债权人批准的事项上可以实行默示同意等等。小微企业破产程序在整体制度框架、各方利害关系人的权利义务、破产程序的适用范围、申请和开始、公告和通知、破产财产的形成、保护和保全、对破产债权的处理、破产清算程序和重整程序各自的特点、债务的免除、程序的转换、程序开始前的事项等方面,都应具有不同于普通破产程序的设计。<sup>⑥</sup>我国应以评估指标为参考,全面系统地构建小微企业破产程序,而非仅满足于在指标上得分。

<sup>①</sup> See Mark J. Roe & Frederick Tung, *Breaking Bankruptcy Priority: How Rent-Seeking Upends the Creditors' Bargain*, 99 *Virginia Law Review* 1235, 1246-1270 (2013).

<sup>②</sup> 参见许德凤:《论破产债权的顺序》,载《当代法学》2013年第2期,第82页。

<sup>③</sup> 参见张钦昱:《企业破产中环境债权之保护》,载《政治与法律》2016年第2期,第152页。

<sup>④</sup> 参见孔梁成:《企业破产清算中环境侵权债权之保护——以董事责任为视角》,载《政治与法律》2020年第9期,第133页。

<sup>⑤</sup> See Aurelio Guerra-Martinez, *Implementing an Insolvency Framework for Micro and Small Firms*, 30 *International Insolvency Review* 46, 47-49 (2021).

<sup>⑥</sup> See UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law (UNCITRAL 2022), p. 1-37.

“商事破产”问卷第35至38题各自聚焦于小微企业破产程序的四个重要方面。第35题要求法律框架规定“旨在清算无法存活的小微企业以及重整可以存活的小微企业的专门程序”，该题最为重要，若该题得到的回答为“否”，随后三题均不得分。笔者认为，该题的表述意味着若法律框架仅在形式上规定了小微企业破产清算与重整程序，尚不足以在该题得分，而是应当通过具体的制度设计，使得小微企业破产清算与重整程序能切实发挥各自的功能。第36题要求法律框架允许适格的债务人在财务危机的早期申请开始破产程序，而无需证明存在破产原因。该题与《破产法立法指南》第五部分第294条建议一致。免除债务人提出破产申请时证明其满足破产原因的义务，能便利债务人尽早提出破产申请。由于小微企业资产微薄，其破产程序容错率低，尽早进入破产程序有利于提高重整的成功率，或者保障破产财产的清算价值得到充分实现。第37题要求法律框架允许小微企业重整程序转为清算程序，该题与问卷第9题遥相呼应，共同彰显了“商事破产”新指标体系平等对待破产清算与重整的理念。由于小微企业的脆弱性，在重整成功无望时及时转为破产清算程序的途径，对于债权人利益的保护至关重要。《破产法立法指南》第五部分第367至370条建议围绕程序转换展开，提出破产法应当规定不同程序在适当条件下相互转换的途径，以及相关的程序问题，例如对所有利害关系人发出通知、对异议的处理，还有重整融资债权的优先地位在转换为破产清算程序后依然得到认可等内容。<sup>①</sup>

较为特殊的是第38题，该题要求法律框架设定小微企业破产程序中债务豁免的条件，以及拒绝债务豁免的标准。依据《破产法立法指南》第五部分第354至361条建议，在简易清算程序中债务豁免应当迅速得到批准，而简易重整程序中的债务豁免以重整计划的成功执行为条件，在法院确认执行完成后立即生效；简易破产程序应当明确规定债务豁免的条件、不得豁免债务的范围、否决债务豁免的标准，这些都应被限定在尽量小的范围内，也即债务豁免的门槛应尽量低，范围应尽量广。<sup>②</sup>但是，由于小微企业的债务与企业主个人债务往往难以明确划分，合伙企业中的普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任，有限公司的股东则经常需要以个人财产为企业债务提供担保。因此，若没有个人破产制度的联动，在小微企业破产程序结束后企业主还将继续受到债权人的追索。若要真正实现债务豁免，使诚实而不幸的小微企业主能“轻装上阵”，必须建立健全个人破产制度，以及个人破产程序与小微企业破产程序合并或协调处理的规则。<sup>③</sup>从域外立法例看，美国2019年《小规模经营重整法》实质上是一种个人重整程序制度，其核心技术是建立在个人破产制度基础之上的。<sup>④</sup>虽然“商事破产”评估指标仅着眼于有限公司，但在破产法治改革中应当充分考虑到企业破产制度与个人破产制度之间的联动关系。

#### (五) 跨境破产制度的完善

完善的跨境破产制度，对于保障交易和投资的安全、实现债务人资产价值最大化、及时拯救财务困境企业、促进国际贸易和投资活动，具有极为重要的意义。联合国国际贸易法委员会2014年发

<sup>①</sup> See UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law (UNCITRAL 2022), p. 33-34.

<sup>②</sup> See UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law (UNCITRAL 2022), p. 30-32.

<sup>③</sup> 参见徐阳光、宋宜恬：《小微企业破产的特殊性及其规则构建》，载《法律适用》2023年第3期，第20页。

<sup>④</sup> 参见齐砾杰：《小企业重整程序该如何嵌入中国的破产法律体系》，载《中国政法大学学报》2021年第4期，第81页。

布的《跨境破产示范法》是当代影响最大的跨境破产规则,其围绕跨境破产制度相关重大问题提供了立法范本及理由,内容主要涵盖了外国代表<sup>①</sup>和债权人对本国破产程序的使用和参与、对外国破产程序的承认与救济、与外国法院和外国代表的协作、并行程序四个方面。2019年联合国国际贸易法委员会又发布了《关于承认和执行与破产有关的判决示范法》作为《跨境破产示范法》的补充。鉴于跨境破产制度的重要性,世界银行“商事破产”新指标体系中增加了相关分指标,问卷第39、40题要求法律框架确立跨境破产的规则,以及外国程序获得承认的明确的程序,并且规定国际破产程序中法院和破产管理人之间的协作。

我国现有的关于跨境破产的法律和规范性文件,仅有《企业破产法》第5条和最高人民法院《全国法院破产审判工作会议纪要》第49至50条。客观地说,上述规定过于原则化,操作性较弱;适用范围过窄,无法全面涵盖跨境破产制度的内容;规则缺乏透明度和可预期性,可能存在偏离国际统一规则的倾向。<sup>②</sup>在深化改革开放,加快构建“双循环”新发展格局以及实施“一带一路”倡议的背景下,我国亟须对标联合国国际贸易法委员会示范法,完善我国的跨境破产制度。

我国应当搭建跨境破产制度的总体框架。一方面,应当在《企业破产法》第5条和最高人民法院《全国法院破产审判工作会议纪要》第49至50条的基础上,完善我国跨境破产制度的一般条款,包括适用范围、与本国参与的其他国际条约或公约的适用关系、对人民法院和破产管理人的一般授权、公共政策例外、据以解释跨境破产规则的原则等内容。参考国际主流跨境破产规则与实践,我国法院承认和执行的对象,不应仅限于外国法院作出的发生法律效力破产案件的判决、裁定,而应扩张至外国破产程序,以及与破产程序有关的判决和裁定。应当从推定互惠或先行给惠的角度解释《企业破产法》第5条中的“互惠原则”,以突破传统互惠原则对跨境破产程序的限制和阻碍。<sup>③</sup>另一方面,完整的跨境破产制度应包括以下五个方面:外国破产管理人和债权人对本国破产程序的使用和参与、对外国破产程序的承认与救济、与外国法院和外国破产管理人的协作、并行程序(关于同一债务人的国内外并行的破产程序)、对与外国破产程序有关的判决和裁定的承认与救济。

在确立跨境破产制度总体框架的基础上,为满足第39题的要求,应当明确规定外国破产程序获得承认的程序。该程序包括有权申请承认外国破产程序的主体(外国破产管理人)、申请时应提交的材料、人民法院承认外国破产程序的条件、承认外国破产程序的法律效力、申请后以及承认后人民法院可以提供的救济、外国破产管理人持续提供信息的义务、对债权人和其他利害关系人的保护等内容。为满足第40题的要求,应当明确规定跨境破产程序中法院和破产管理人之间开展协作的权利(力)和义务。人民法院和破产管理人应当尽可能协助外国法院和外国破产管理人,并与外国法院和外国破产管理人直接沟通。协作的领域包括人事任命、信息沟通、债务人财产和事务的监

<sup>①</sup> “外国代表”意为某一个在外国破产程序中得到授权管理债务人的资产或者事务的重组或清算,或者作为外国程序的代表行事的人或主体(包括被临时任命的),通常指的是破产管理人。See UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation (UNCITRAL 2014), p. 4.

<sup>②</sup> 参见雷雨清、王欣新:《〈跨国界承认和执行与破产有关判决的示范法〉与我国相关立法的完善》,载《法律适用》2019年第19期,第67页。

<sup>③</sup> 参见石静霞、黄圆圆:《跨界破产中的承认与救济制度——基于“韩进破产案”的观察与分析》,载《中国人民大学学报》2017年第2期,第42页。

督管理、法院批准或执行有关程序协调的协议、有关同一债务人的并行破产程序等等。

## 五、结语

新的世界银行营商环境评估项目 B-READY 相比原 DB 评估项目,在价值目标、指标内容、评估方法上皆有重大革新,形成了更为全面客观的营商环境评估指标体系。我国自参与世界银行营商环境评估以来,总体排名稳步提升,营商环境得到切实的改善。为进一步优化营商环境,推动我国经济高质量发展,有必要深入研究 B-READY 评估项目,根据我国实际情况预判得分,并针对失分项采取必要的改革对策。同时,应当充分认识到世界银行营商环境评估项目的局限性<sup>①</sup>,在将其作为重要参考的同时,不应过分看重营商环境排名,而应着眼于我国营商环境的切实改善。

B-READY 评估体系下的“商事破产”指标,相比原 DB 评估体系下的“办理破产”指标,亦有诸多进步之处。“商事破产”指标具有更为全面的价值目标和指标内容,以及更为完善的评估方法,能为各经济体提供更为客观的评估标准和更为有效的改革指引。我国在“商事破产”指标下能获得大部分分数,但仍有重要的失分项,有必要针对失分项采取相应完善措施。在“破产程序规则的质量”方面,我国应当系统性地构建企业濒临破产期间董事、高级管理人员的义务、程序中止及其例外、小微企业破产、跨境破产等方面制度,但是否应当赋予环境债权优先受偿地位值得商榷。在“服务于破产程序的制度性和操作性基础设施的质量”方面,我国应当着力推进破产领域跨区域、跨系统、跨部门信息系统的互联互通,以及破产程序相关信息的公开。在“实践中办理破产程序的效率”方面,我国应当进一步提升破产清算与重整程序的效率,对于我国破产程序时间和成本估算中应当考虑的特殊情况,有必要向世行专家充分说明。

首先,支柱 I“破产程序规则的质量”包含的指标内容均“点到即止”,并未触及更具体的制度设计,同时还遗漏了一些重要制度,例如没有明确重整计划正常批准和强制批准的区别。其次,支柱 II 和 III 仅以各经济体最大商业城市作为调查对象,对于各地经济发展水平差异较大的经济体如我国,此种调查显然无法反映破产法的整体实施情况。并且,支柱 II 和 III 遗漏了一些能反映破产法实施情况的重要指标,例如破产案件的数量、政府和法院联动处置破产事务的机制、重整程序中的税收制度与重整企业信用修复制度等。即使我国在支柱 II 和 III 获得满分,也不足以保证支柱 I 要求的法律规则在现实中得到正确实施。再次,依据 B-READY《方法论手册》,“商事破产”主题仅采用专家咨询作为数据收集方法,而不开展企业调查。但通过开展企业调查了解市场主体对破产法实施现状的观点和感受,对于评估破产法的实施效果实为必不可少。最后,“商事破产”主题仅着眼于普通商事公司的破产程序,并未关注个人破产、金融机构破产、上市公司破产、国有企业破产等方面的特殊问题。这些特殊问题与各经济体特有的制度环境紧密相关,或许是出于同质化方法论的要求,“商事破产”主题并未将这些问题纳入指标体系。但若要使破产法充分发挥作用,必须针对这

<sup>①</sup> 有学者指出,B-READY 评估体系存在法系偏见、评价体系缺乏普适性、盲目强调“去监管”以及政治性导向等局限性。参见孔经纬、王建文:《论我国司法营商环境评价指标体系的建构——以 B-READY 范式为参照》,载《北方法学》2024 年第 1 期,第 112-115 页。

些问题构建与实施相应的制度。

鉴于“商事破产”指标体系的上述局限性,若要切实优化营商环境,推动破产法的市场化、法治化实施,就不能满足于获得“商事破产”指标下的分数,而应推动更为全面和深入的破产法治改革。在法律规则制定层面,对于问卷中得分的制度,以及问卷并未要求的制度,都应认真对待,如果实践中相关争议和纠纷较多,则应及时制定相关规则。在法律规则实施层面,应当以经济发达地区为引领,在全国逐步推进破产程序的数字化、便利化、公开化、专业化,完善府院联动机制以及其他支撑破产法市场化、法治化实施的配套制度。在调查破产法实施情况时,应当将专业人士和利害关系人均纳入调查对象范围,从而能更准确地揭示破产法实施中的薄弱环节,并采取具有针对性的改革对策。■

## Analysis of the World Bank's New Index of “Business Insolvency” and China's Legal Response

*XIE Zhaohuang*

(Department of International Law, China Foreign Affairs University, Beijing 102206, China)

**Abstract:** The index of “Business Insolvency” in the new Business Environment Evaluation Project B-READY carried out by the World Bank is more comprehensive in value objectives and index content and more perfect in evaluation method than the index of “Resolving Insolvency” in the old evaluation project DB. Through the analysis of “Business Insolvency” questionnaire, it can be predicted that China has many lost points under the new index system, and corresponding reform measures should be taken to make up for the points lost. Under the guidance of the new indicator system of “Business Insolvency”, China should clearly stipulate the obligations of directors and senior managers during the period when the company is approaching insolvency, improve the provisions on the automatic stay of proceedings and its exception, establish and improve the bankruptcy procedure for small and micro enterprises, perfect the cross-border bankruptcy system, promote inter-regional, inter-system and inter-departmental information systems in the field of insolvency and make information related to insolvency proceedings public, and further improve the efficiency of insolvency proceedings. In order to effectively optimize the business environment and promote the market-oriented and law-based implementation of the bankruptcy law, China should not be satisfied with the score under the index system, but should continue to promote a more comprehensive and in-depth reform of the bankruptcy rule of law.

**Key words:** World Bank evaluation; business environment; business insolvency; bankruptcy liquidation; bankruptcy reorganization

本文责任编辑:黄 忠  
青年学术编辑:赵 吟