

供给侧结构性改革与破产法的完善

(分报告 2)

目录

摘要.....	3
一、经济发展新常态与破产原因	6
(一) 产能过剩与僵尸企业	6
(二) 宏观经济形势与经济增速压力	7
(三) 影子银行与刚性兑付	9
(四) 信用缺失与信用危机	11
二、供给侧结构性改革与破产法功效	12
(一) 破产法是市场经济改革的基本法	13
(二) 破产法是市场经济运行的保障法	14
(三) 破产法是市场经济信用的维护法	15
三、我国破产法的实施困境及原因	15
(一) 破产法的实施困境	15
(二) 破产法实施困境的原因	19
四、我国破产法的完善	30
(一) 立法层面	31
(二) 执法层面	43
(三) 司法层面	49
(四) 营商环境层面	56

摘要

在经济发展新常态的宏观背景下，产能过剩引发的僵尸企业问题、L型经济运行走势导致的寒潮环境、影子银行与刚性兑付连带而生的系统性风险以及信用这一社会基本要素的缺失，表明我国的企业破产原因显著不同于其他国家。我国解决当前企业破产问题具有特殊性、繁复性和紧迫性。

供给侧结构性改革过程中，制度要素作为与劳动力、资本和技术并列的重要环节，是各项改革的根基、前提与保障。在充分贯彻供给侧结构性改革坚定不移减少过剩产能、斩钉截铁处置僵尸企业的过程中，应当充分发挥破产法中流砥柱的作用。一国破产制度完善与否，业已成为衡量其市场经济成熟程度的重要标志；破产法是市场经济运行的商事基本法，对债权人、债务人利益追求自身利益最大化的冲动提供了预防、禁止与限制性规定和程序化和公平清偿的制度化安排，与市场准入法、市场运行法同等重要；破产法是市场信用维护法，为激烈商业竞争中的债权人债务人提供一种稳定的预期。

我国破产案件受理数量近年来低位徘徊，大部分资不抵债的企业在退出市场时，本该适用的破产程序因为种种原因并未启动。这种情况阻碍了破产法的贯彻实施，使破产制度未能发挥其应有作用。破产法的实施困境缘于：第一，现行破产法欠缺个人破产制度、经营性事业单位破产制度以及与仲裁程序关系的协调、与劳动法相关制度的对接也存在瑕疵；第二，地方政府因认识偏差，不当干预破产案件的处置；第三，案件考核机制的不科学和法官的不专业所诱发的司法处置破产案件的内部问题，以及法院审理受到地方政府、金

融机构违规干涉和破产管理人非市场化选任所触及的司法处置破产案件的外部问题；第四，缺乏高素质破产执业共同体以及对破产案件进行系统管理的专业机构；第五，破产案件耗时过长、成本过大，影响适用者选择破产程序的积极性；第六，社会各界对破产法的厌恶和功能认识不足。

加强供给侧结构性改革、积极稳妥处置“僵尸企业”，需要推陈出新，依靠制度改革，从立法、执法、司法和营商环境四个维度完善破产法。

立法层面：短期内应该引入程序简易、成本较低、成功率较高的庭外重组机制和预重整机制，梳理担保债权与破产费用及共益债权的关系以及破产法与其它法律涉及优先权问题的规范竞合问题，明确破产程序与仲裁程序的关系，并且在破产程序中合理处置劳动合同问题。未来可以在破产立法中，建立个人破产、经营性事业单位破产的制度体系，将“半部破产法”填补齐备。

执法层面：应该设立破产管理局，作为司法部代管的国家局或内设局，负责破产法的实施与破产事务的管理，代表政府推动社会信用的强化和管理。应建立工商行政管理部门与法院的联动处置机制，将企业营业执照的吊销和注销程序同企业的清算程序关联，以充分保护债权人的权益。

司法层面：应该建构专门的金融与破产法庭，建议在巡回法院和部分省市高院设立破产与金融审判庭，专司破产与金融案件，以促使法院独立于地方政府的利益，独立而专业地受理审理涉及跨地跨界商业贸易与债权债务关系的破产案件。将选任破产管理人的权利交由债权人会议，这既符合破产法的基本立法宗旨，符合债权人利益，也符合市场在资

源配置中起决定性作用的指导思想。

营商环境层面：法律应当尊重市场的选择，尽量给予当事人更多的自治空间，为当事人提供更多的方法选择，降低破产实施的制度成本，并培育一个完备的破产债权交易市场，以使得破产程序对当事人更具有吸引力，让破产法真正地成为企业在市场退出阶段的良法。

正文

一、经济发展新常态与破产原因

（一）产能过剩与僵尸企业

我国 27 个大行业中 21 个产能严重过剩，既有钢铁、水泥、平板玻璃、有色、冶金等传统行业，又有风电行业、光伏产能等新兴产业，这些行业中的企业必然面临兼并重组或破产倒闭。此外，在我国调整产业结构和消费结构的背景下，一部分企业也面临着政策不支持、产业重叠以及在与诸如“互联网+”等企业竞争中被淘汰的命运。产能过剩这个结构性矛盾得不到解决，工业品价格就会持续下降，企业效益就不可能提升，经济增长也就难以持续。

产能过剩引发了僵尸企业大量滋生。何帆、朱鹤利用多种统计方法，得出截至 2014 年，中国上市公司中约有 10% 的僵尸企业。2016 年 4 月 8 日，《广东省人民政府关于全省国企出清重组“僵尸企业”促进国资结构优化的指导意见》指出，截至 2015 年底，广东省国有“僵尸企业”共计 3385 户。

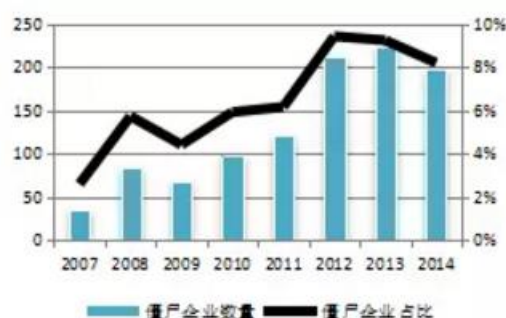


图 1：上市公司中僵尸企业占比¹

“僵尸企业”，是指已停产、半停产、连年亏损、资不

¹ 采用 CHK 方法 II 实际利润法 II 测度出的僵尸企业占比。数据来源于何帆，朱鹤：《中国究竟有多少僵尸企业？》

抵债，主要靠政府补贴和银行续贷维持经营，按照破产法应该破产清算但又没有破产清算的企业。“僵尸企业”已经丧失了自我发展能力和市场活力，处于停产或半停产状态，连年亏损、资不抵债，甚至是难以为继、濒临倒闭，没有生存空间。“僵尸企业”之所以“僵”而不死，是因为它们依赖非市场因素生存，靠政府补贴、银行续贷等方式获得给养，优胜劣汰的市场机制奈何不了。

僵尸企业对于经济的负面影响巨大。首先，僵尸企业加剧产能过剩。僵尸企业的存在会打断去产能过程。在市场需求减少时，本该减少的产能却没有减少，自然成为多余产能。这部分多余产能并不是因经营需要而出现的，而是僵尸企业阻碍了行业去产能的过程。其次，僵尸企业挤占社会资源。2016年1月，我国新增人民币信贷达到2.51万亿元，创下单月最高纪录。而同期全国工业用电量和规模以上工业增加值出现下降，这意味着大量的信贷资金并未流入实体经济。僵尸企业“冻”住信贷资金是其中一个重要原因。僵尸企业像无底洞一样吸收银行的贷款，使得银行难以将稀缺的资金投入新兴行业和创新企业。而小微企业转向影子银行等融资渠道，又会显著加大融资成本和金融风险。最后，僵尸企业阻碍推陈出新。若企业不必依靠创新、加快生产效率、节约生产成本即能维持生存，这对于市场各参与主体是显然是不公平竞争，进而引发其他企业的效仿。“大众创业，万众创新”的战略导向势必成为泡影。

（二）宏观经济形势与经济增速压力

增速回落是经济进入新常态的一个重要特征。近两年，我国呈现产业结构趋于优化，工业结构调整和转型升级加

快，城乡居民收入差距缩小，节能降耗不断推进，创新创业不断增加，新技术、新产品和新商业模式加快形成。尽管如此，经济下行压力加大仍是我国经济运行面临的最突出问题。一方面，主要经济指标呈现连续下滑态势。GDP 增速连续下滑，目前已经降至 2008 年金融危机以来的最低点。投资和消费目前都已经降至 21 世纪初的水平，外贸发展波动加大，虽然顺差较大，有利于经济增长，但出口绝对量间或下降；居民收入增速稳中趋落，政府财政收入增速回落至零附近，工业企业利润时隔两年再次下降，传统制造企业经营困难、外迁甚至破产倒闭现象不断出现。另一方面，经济下行状态尚无明显改观。国家统计局制造业 PMI 均连续半年左右在 50 附近徘徊，表明经济景气程度和企业对未来一个时期的预期不够乐观，经济下行压力近期难以根本缓解。

在当前全球经济和国内经济形势下，国民经济不可能通过短期刺激实现 V 型反弹，可能会经历一个 L 型增长阶段。在我国经济增长速度放缓但并未出现断崖式的急速下滑的新形势下，应允许一部分企业因竞争失败而退出市场。市场经济以自由竞争为重要特征。竞争的结果必然是优胜劣汰，进而推动社会发展进步。破产便是淘汰竞争失败者的一种方式，乃是市场经济社会发展发展到一定阶段必然出现的法律现象。市场竞争失败是企业破产的一般原因，是市场优胜劣汰的一般机制。在我国经济历经高速发展后的回落期，应允许部分企业因无法适应市场、经营不善或者产生过剩退出市场，以优化市场资源配置，促进社会信用的流转。

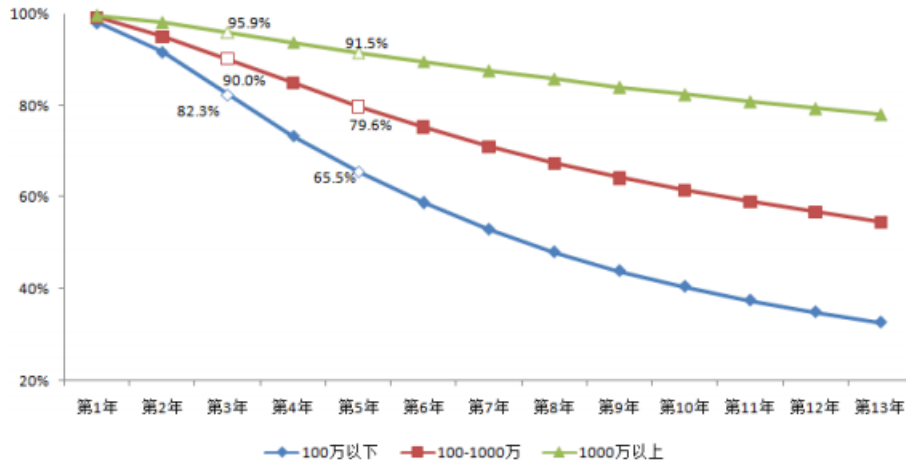


图 2：不同规模企业存活率曲线²

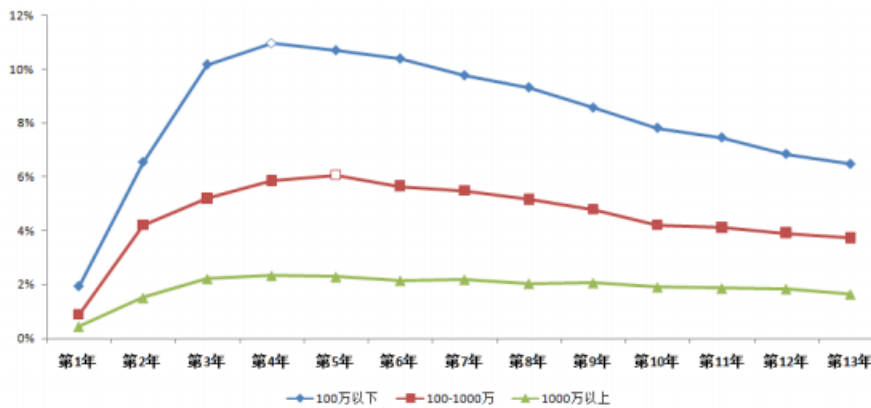


图 3：不同规模企业当期死亡率³

（三）影子银行与刚性兑付

我国现有的金融体系贷款环节繁琐，银行的间接金融垄断与 IPO 直接融资不畅是我国当前金融领域的显著问题。实体经济钱荒、中小企业融资渠道不畅，催生民间金融借贷市场，影子银行、高利贷和法外集资问题层出不穷。如今的民间借贷逐渐脱离“地缘、血缘、亲缘”关系，大量的社会融

² 数据来源于国家工商行政管理总局网站。

通过分析企业规模发现，企业规模越大，存活率越高，而且当期死亡率也会越低、趋势越平稳。企业规模越大，存活率越高。企业存活率与注册规模呈正比的态势。大规模企业由于其抗风险能力比小规模企业强，其生存曲线较为平稳；并且由于行业进入政策、规模经济、技术等壁垒，进入市场较谨慎等原因，较大规模的企业存活率比规模小的企业高。

³ 数据来源于国家工商行政管理总局网站。

企业规模越大，当期死亡率越低、趋势越平稳。从不同规模企业当期死亡率看，企业规模越大当期死亡率越低，其中注册资本 100 万元以下企业第 4 年当期死亡率最高，随后呈逐年下滑趋势；注册资本 100-1000 万元和 1000 万以上企业当期死亡率最高点并不明显，说明死亡率较为平稳，并且随着企业成立时间的增加，当期死亡率维持在相对较低的平稳状态。

资中介如担保公司、投资咨询公司参与其中担当起了掮客角色。这些机构一方面向公众承诺较高利率吸收资金，另一方面以注册资金和吸收款项承办高利转贷，一旦发生经营风险资金无法回收，这些中介公司往往只能采取暴力催债甚至被迫破产。中介机构造成的民间融资风险呈现多米诺骨牌效应，不但扰乱正常的金融秩序，冲击信用体系，还会波及所有的融资参与者，影响实体经济，直接拖累企业陷入债务危机。

诸多民间借贷模式类似于“庞氏骗局”，借贷资金仅仅停留在借贷市场空转，容易引发非法集资案件，更容易导致资金链断裂。民间借贷网络一旦形成，就会如同一个黑洞一样吸引着更多资金向这里聚集。许多投资者一旦卷入“利滚利”的游戏便难以退出，一旦某个环节出现问题，整个资金链条便会发生断裂，导致企业关停、业主逃逸事件频发，而一系列企业接连破产以及接踵而来的众多群体性事件，也增加了地方政府的维稳压力。

信托和银行各种理财产品的蓬勃发展活跃了我国的资本市场，但发展无序的金融衍生品市场却将本来风险较高的金融工具被包装成低风险甚至无风险的理财产品，即使产品本身出现问题，刚性兑付亦成为行业惯例。所谓“刚性兑付”，就是金融产品到期后，发行机构必须分配给投资者本金以及收益，当金融产品出现不能如期兑付或兑付困难时，发行机构需要兜底处理。事实上，我国并没有哪项法律条文规定信托公司或银行进行刚性兑付，刚性兑付只是信托和银行理财产品的一个不成文的规定。

由于刚性兑付的存在，本该由交易利害关系人、富裕的

投资人所承担的信托和银行理财产品的高收益，竟可以不承担风险。金融衍生品市场蓬勃发展的光鲜表面，深层次却是一种显失公平的“成本转嫁”，一些成本往往通过种种渠道，转移到其他人，将少数人所应承担的个别风险变成由多数普通人埋单，演变成系统性风险。在一向缺乏风险教育和风险意识的金融市场，人为地扭曲风险定价的原则，将可能为更大的危机埋下伏笔。一旦投资人大笔提现，“以新换旧”的运作模式将会拆穿，偶发的刚性兑付危机极易演变成行业甚至体系性危机，波及实体经济，产生体系性破产风险。

（四）信用缺失与信用危机

市场经济离开信用难以为继。一个诚实的市场，将会让客户提供公允价值的公司兴旺，并免予同欺诈者的竞争。破产法正是通过淘汰生产成本低、资源利用率低的企业，成功扼制濒死企业继续浪费社会财富，强迫其将丧失活力的社会资源释放，成功地将有限的社会资源按照使用最节约、产生效益最大的原则分别配置到社会经济各部门的社会资源配置规则。同时，破产法也将债权人的损失控制在合理的商业风险之内，维系市场经济的良性循环与发展。现代的市场交易已形成相互连续的锁链，及时防止资质较差的企业与其他市场主体发生交易，就可以防止其债务恶性膨胀。

因监管失效、处罚不力和救济渠道欠缺等因素而产生的吊销、注销等行政手段与破产程序衔接不畅，大量企业该退不退的怪异现象，对信用经济的良性运转构成极大威胁。受困企业被支持体“消极”干预而存活，不良债务如滚雪球般累积。市场经济“新陈代谢”的紊乱导致稀缺养分被诸如恶性肿瘤般的劣质企业挤占，有机体的能量被不断吞噬，产生

“劣币驱逐良币”的后果。有学者切中肯綮的评价：很多处于僵尸状态的企业占据大量的信贷资源，好像企业用了银行的糖做成了冰棍，还在不断的融化，这对金融债权、其他贸易伙伴的债权或劳动债权，均会造成潜在的损失。只有尽快将没有拯救可能的企业“快刀斩乱麻”地切除，盘活企业占据的优良资产并复归于债权人，债权人才得可能将复归资本再次注入鲜活的市场经济中，完成市场经济信用的良性循环。债务人也有机会从头再来，在破产法机制的保障下重铸信用，成为增进社会财富的信用节点。

此外，拥有良好信用秩序的社会，可以顺畅的整合物质资本和人力资本，提供资本运行效能，削减社会运行的摩擦力和离心力，像一种资本一样，创造出更好的社会资本。破产法在制度层面宣示企业退出市场的信用性，维护了社会的信用品质，提升了社会的共识和认同，增加了社会资本。破产清算程序中的政府援助等软预算约束措施，破坏了破产法通过市场手段和透明规则为债权人提供合理损益预期的机制。企业的生产重心不再聚焦于科技创新、节约成本和提高社会生产率以创造更多财富，而是关心如何利用软预算约束逃避风险或通过“寻租”得到潜在施援机构的宠爱。美国学者克里森斯与比特斯对保加利亚盛行的软预算约束综合症的分析也表明，预算约束越软，促进经济增长的适应能力、竞争能力和生存效率就越低。

二、供给侧结构性改革与破产法功效

人民日报在《七问供给侧结构性改革》一文中指出，供给侧结构性改革是指从提高供给质量出发，用改革的办法推进结构调整，矫正要素配置扭曲，扩大有效供给，提高供给

结构对需求变化的适应性和灵活性，提高全要素生产率，更好满足广大人民群众的需要，促进经济社会持续健康发展。供给侧结构性改革由凯恩斯主义秉持的投资、需求和出口的需求端“三驾马车”，转而侧重供给端侧的改革，致力于解决中长期经济问题。供给侧主要包括劳动力、资本、技术和制度这四大要素。

制度要素是供给侧结构性改革必不可少的一环，是各项改革的根基、前提与制度性保障。一国经济能够历经多年的持续高速增长，其背后的原因究竟是什么，许多的学者都进行过解释。一批思想家看到了更加深刻的原因。马克思·韦伯讲到，理性的法律制度是资本主义萌芽的前提和基础。诺思讲，这个世界之所以分为穷国和富国，主要在于制度的质量。科斯认为，保护产权和保护合约，是经济发展，经济增长的前提。哈耶克讲自发秩序是经济增长的秩序。这个自发秩序就是指普通法的支持和私人商业的自由。因此，可以说经济增长背后的真正力量，实际上是法律制度。

在斩钉截铁处置僵尸企业、坚定不移减少过剩产能、充分贯彻供给侧结构性改革过程中，应当充分发挥破产法中流砥柱的作用，合理运用破产法推动此次重大的结构性改革。

（一）破产法是市场经济改革的基本法

历史经验表明，在一些经济转型国家，破产法成为经济改革、避免经济危机及社会动荡的基本法。如一些计划经济向市场经济转轨的国家，俄罗斯、波兰、捷克、罗马尼亚越南等，这些国家的经济改革都是以修改和制定破产法为开端的。破产法在其经济改革的过程中扮演了主角，成为转型经济国家改革的“宪法”。这些国家的破产法制度完善与否，

也已成为衡量其市场经济成熟程度的重要标志。近十年来，随着信息技术的发展，许多市场经济国家从工业或后工业社会迈向信息社会，由“旧经济”过渡到“新经济”，经济竞争日益国际化。从这个意义上说，市场经济国家也在经历一次“经济转型”。在其新经济兴起和市场成熟化过程中，破产法也成为其经济改革的一个利器和避免经济危机及社会动荡的基本法。近年来，德国、日本、韩国、泰国、阿根廷等国，纷纷修改其破产法。即便连破产法最为先进的美国也在适应其国内和国内的新形势，提出新的破产法修正案。

（二）破产法是市场经济运行的保障法

市场经济所需要的法律结构由三部分构成：市场准入法、市场运行法和市场退出法。市场准入法通过对市场主体资质的规范保证参与市场竞争的主体的基本信用形式；市场运行法界定市场竞争的行为规则；市场退出法就是破产法，解决的是市场主体遭遇竞争失败的时候如何以对整个经济伤害最小的方式退出市场或者实现重生的问题。这三个层次的法律制度构建起一个市场经济的信用平台。

破产在经济上的本质是债务人对一个或多个（通常是多个）债权人不能清偿的状态，是正常的市场信用出现问题的状态，破产法律制度正是通过对这一问题的处理，恢复受到破坏的信用体系，维护经济的有效运行。破产法是市场中债权人债务人之间的一种游戏规则。它明晰了在产权移转、关联交易和日常经营活动中，哪些是禁止性行为，哪些是限制性行为，哪些是合理、规范的行为。在市场经济中，债权人和债务人往往是自私自利的，他们总是期望自身利益的最大化，因此在借贷和还贷、到期和延迟、担保和非担保等商业

行为中，他们经常玩“猫捉老鼠”或“老鼠戏猫”的游戏。即便发生不能清偿到期债务的结果，他们也总是希望抢先一步，先于对手得到最优于自己的利益。而破产法则对债权人、债务人利益追求自身利益最大化的冲动提供了一种预防、禁止和限制性的规定，同时也提供了一种程序化和公平清偿的制度化安排。

（三）破产法是市场经济信用的维护法

破产法是一台净化器，过滤污浊的雾霭。破产法能去粗取精，淘汰痼疾，促进整个社会有机体的健康活力。“历史经验也证明，没有行之有效的破产法，市场经济共同体就会发生脑血栓、心肌梗死等恶劣后果。”破产法为激烈商业竞争中的债权人债务人提供一种稳定的预期。它实际上告诉债权人债务人什么是市场竞争的底线，帮助债权人和债务人预测其行为结果，对其市场行为的成本和收益作合理的预期，把市场的不确定性和风险减少到最低限度。破产法提供了这么一种框架。债权人对其收回债权的可能，债务人对其偿还债务的能力，相关利益方如雇员对其利益减损的可能都有一个稳定的预期。没有破产法的保障，所有破产当事人都不可能进行正常、可靠、反复的商业交易和行为。

三、我国破产法的实施困境及原因

（一）破产法的实施困境

1、适用破产程序的企业数量低位徘徊

2006年，全国人大常委会审议通过了《企业破产法》，自2007年6月1日开始实施。但在新破产法实施过程中的一个突出问题是，全国破产案件受理数量不但没有增加，反而连续下降，这种情况阻碍了破产法的贯彻实施，使破产制

度未能发挥其应有的社会调整作用。对比新旧破产法颁布前后的破产案件结案数量，新破产法颁布后全国各级法院审理的各类破产案件结案数量呈明显下滑趋势，由《企业破产法》实施前的 4000 余件，变为 2014 年的 2059 件。

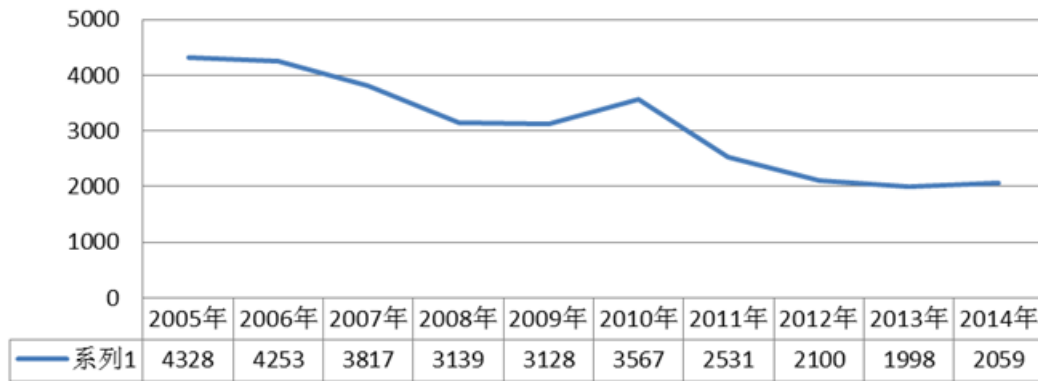


图 4：全国破产案件结案数量（2005-2014 年）

我国适用破产程序的企业数量较少，不足美国的 6%，西欧全部国家的 1% 左右。同时，我国 2014 年每千家公司进入破产程序的数量仅为 0.11 户，显著低于西欧平均 70 户的数量。

季度	2016 年 第 1 季度	2015 年 第 1 季度	2014 年 第 1 季度	2013 年 第 1 季度	2012 年 第 1 季度
公司破产数量	9208	7438	9146	11630	15890

表 1：美国公司破产案件数量（2012 第 1 季度-2016 第 1 季度）⁴

年份 国家	2013 年	2012 年	2011 年	2010 年	2009 年	2008 年
奥地利	5,747	6,266	6,194	6,657	7,076	6,500
比利时	11,740	10,587	10,224	9,620	9,382	8,476
丹麦	4,993	5,456	5,468	6,460	5,710	3,709
芬兰	3,131	2,956	2,944	2,870	3,275	2,612
法国	60,787	48,340	49,506	51,060	53,547	49,723
德国	26,120	28,720	30,120	32,100	32,930	29,580
希腊	392	415	445	355	355	359
爱尔兰	1,365	1,684	1,638	1,525	1,406	773
意大利	14,272	12,311	10,844	10,923	8,354	6,498

⁴ BankruptcyData, Quarterly Report of Business Bankruptcy Filings, New Generation Research, Inc..

卢森堡	1,016	1,033	961	918	698	590
荷兰	9,456	7,373	6,176	7,340	8,040	4,635
挪威	4,564	3,814	4,355	4,480	5,013	3,637
葡萄牙	9,300	8,605	6,077	5,144	4,450	3,267
西班牙	8,934	7,799	5,910	4,770	4,984	2,528
瑞典	8,015	7,737	7,299	7,510	7,892	6,298
瑞士	6,495	6,841	6,661	6,255	5,215	4,222
英国	16,013	17,748	18,467	17,690	19,908	16,268
合计	192,340	177,685	173,219	175,677	178,235	149,675

表 2：西欧国家公司破产数据（2008-2013 年）⁵

2、非司法程序退出市场的企业占比巨大

企业退出市场的方式有行政上的注销、吊销与司法上的破产两大类。注销、吊销成本较低，无须经过债权申报、债权人会议、破产宣告、变价和分配等繁琐程序。而作为妥善了结债权债务关系、债权人利益得以充分保障、实现市场经济信用并由法院为公信力背书的破产程序，即便经过 2006 年的全面修改，被适用的机率也较低。比如 2014 年，全国企业注销数量为 505866 户，而全国法院一共审结的破产案件为 2059 件⁶。适用破产程序的企业占有所有退出市场企业的比例的不足 0.4%，意味着有 99.96%退出市场的企业均能够做到资产大于负债，这是令人难以想象的。可以肯定的说，大部分资不抵债的企业在退出市场时，本该适用的破产程序因为种种原因并未启动。

⁵ Creditreform, Corporate Insolvencies in Europe (2013/2014).

⁶ 数据来源于国家工商行政管理总局网站和最高人民法院工作报告。

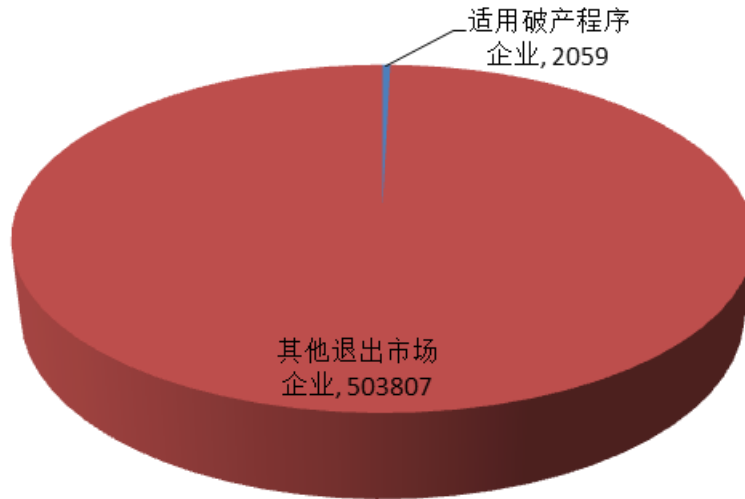


图 5：企业退出市场方式的数量对比（2014 年）

特别要指出的是工商行政管理部门吊销企业营业执照的数量。吊销营业执照是工商行政管理机关根据有关法律法规的规定，对有严重违法违规行为的企业依法做出的一种最严厉的行政处罚，吊销营业执照就意味着企业法人资格被强行剥夺，其民事主体资格、经营资格随之消亡，企业不得继续从事市场经营活动。全国通过吊销方式退出市场的企业数量每年约为 20 万至 40 万户左右，总体呈下降趋势。同时，以吊销方式退出市场的企业数量占全部企业数量的比例亦成下降趋势，且下降趋势较为明显。从 2008 年的 4.8% 下降至 2014 年的 1.2%。

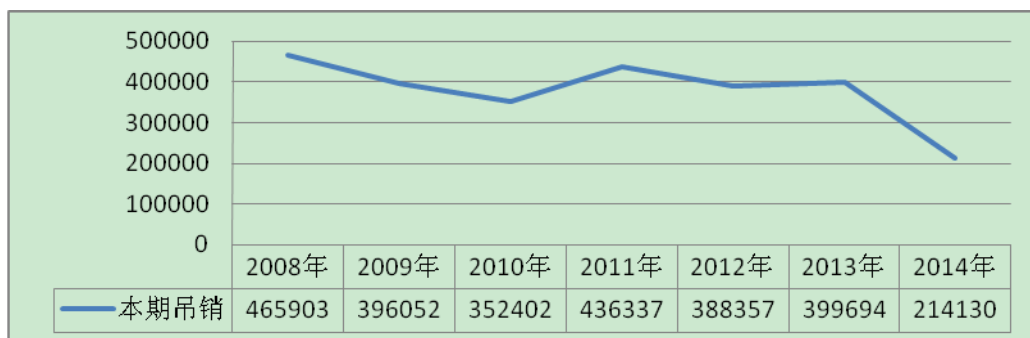


图:6：全国被吊销营业执照的企业数量

吊销营业执照后的企业仍须进行清算，并在向工商行政管理部门进行注销登记后方能退出市场，但是仍然有一些企业因为种种因素而未能向工商行政管理部门申请注销登记。2014年，吊销后又注销的企业数量仅占全部企业吊销数量的11.03%。这说明有相当多的企业在吊销后并未经过清算程序，即退出市场。债权人等利益相关者的利益难以得到充分保障。

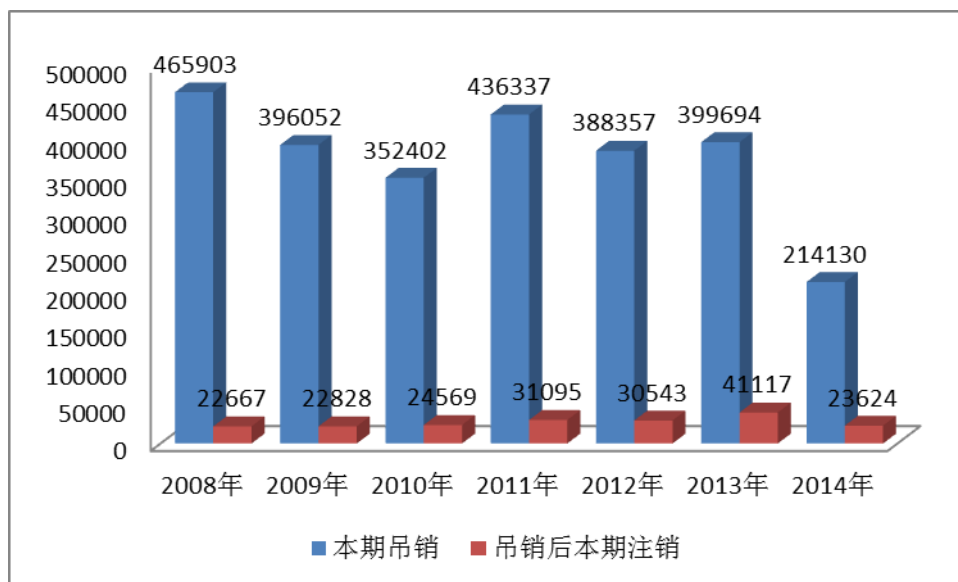


图 7：全国被吊销营业执照企业的数量与吊销后又注销的企业数量

（二）破产法实施困境的原因

1、法律依据的不完善

早在 1986 年，全国人大常委会就制定了《企业破产法（试行）》，对国有企业的破产作了规定。1991 年全国人大修订民事诉讼法，在第 19 章专章规定了“企业法人破产还债程序”。随着社会主义市场经济体制的逐步确立和国有企业改革的不断深化，要求我国尽快出台一部统一适用于所有企业的破产法。

全国人大常委会从 1994 年开始组织起草破产法。但由于社会保障制度、国企改革等方面改革不配套，企业破产法草案始终没有进入立法程序。十届全国人大常委会将企业破产法列入五年立法规划，2003 年 8 月组成新的起草组，再次启动起草工作。多次召开立法座谈会，认真听取各方意见，形成了较成熟的草案。2004 年 6 月 21 日，十届全国人大常委会召开全体会议，首次审议了企业破产法草案。2006 年 8 月 27 日，十届全国人大常委会第二十三次会议审议通过了《企业破产法》，于 2007 年 6 月 1 日起施行。《企业破产法》立足于中国国情和实践经验，注意解决现实问题；统一适用于各类企业法人；建立优胜劣汰和陷入困境企业的挽救制度；公平保护破产案件各方当事人的利益；注重平衡担保债权与职工债权之间的关系；维护破产法律制度的统一。

2007 年至 2013 年，最高人民法院先后发布了《关于审理企业破产案件指定管理人的规定》、《关于审理企业破产案件确定管理人报酬的规定》、《关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（一）》、《关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（二）》等一系列司法解释文件，与《企业破产法》一起构成了我国现行破产法的立法体系。

但是，《企业破产法》经过近 10 年的理论与实践检验，尚有以下问题需要检讨。

第一，欠缺个人破产制度。我国的《企业破产法》只是“半部破产法”，尚不存在个人破产制度。社会经济主体不仅包括企业，更包括亿万自然人（个人）。企业与个人共同织就了庞大的经济社会网络，无论是有组织的企业，还是独

立的个人，都有各类各样的债权债务关系，在自身的债务超过一定限度内，都需要用一定的措施来解决负债过高或流动性短缺的问题。西方发达国家早期商业繁荣的一个重要的原因是个人破产法的出现和发展，正是因为现实商业活动中有了个人破产，才带动了西方早期和后期成熟市场经济的出现。先有个人破产，后有企业破产，企业破产不过是个人破产的放大和延伸。只有建构个人债权债务责任意识，才能建构企业债权债务的责任意识，进而建构个人信用、企业信用然后扩展为全社会信用的责任体系，这是现代破产法的宗旨和目的之一。

我国与西方国家破产法的起源与立法背景有所差异。我国是社会主义公有制国家，个体意识和个人财产的保护较西方私有制国家有较大不同，这也造成了我国在破产立法起草和修改过程中，一直将个人破产制度排斥纳入。但是，破产法的适用范围应当是所有的企业与个人。若没有个人破产制度，破产法便不是完整的破产法。不仅债权人的债权难以有效偿付，而且债务人自身也会由于缺乏债务清理机制而陷入债务泥沼不能自拔。近年来常见的“跑路”、“自杀潮”便是这一问题的极端后果，对我国经济社会的健康运行影响深远。

其次，未对经营性事业单位的破产作出规定。所谓“事业单位”，是指在教育、医疗、科研、文娱、体育以及农业技术服务等领域为社会公众提供公共服务的机构和组织的总称。我国现有的事业单位绝大多数都是政府在传统计划经济时期投资设立的，是传统计划经济的产物，其资产也构成国有资产的一个重要组成部分。中国现有的事业单位定义为

非企业法人，分为如下三类：一是行政类事业单位机关法人，即直接承担政府行政职能、为政府提供服务的事业单位，主要从事监管、资质认证、质检、鉴证及机关后勤服务等方面的事务，如中国证券监督管理委员会、中国保险业监督管理委员会；二是公益类事业单位，社会团体法人，即承担公共事业发展职能、为社会提供服务的事业单位；三是生产经营类事业单位，事业单位法人，即从事非商事业，具有固定社员或独立财产的组织，承担中介沟通职能、为市场和企业服务的事业单位，主要从事科教文卫等社会事业和与公共基础设施建设、公用事业服务相关的事务，如公立医院、大学科研机构、博物馆、影剧院、各种职业培训中心等。以上三类事业单位中，显然只有第三类，即从事生产经营类的事业单位，才可能出现破产事由。因此，对事业单位破产的讨论应局限于生产经营类的事业单位在可能出现资不抵债时的应对与处置。

从总体上看，我国事业单位提供了大量的就业机会，并为政府和企业减轻了巨大的社会负担，对中国经济和社会发展作出了重大贡献，尤其是在推动社会事业发展和扩大公益服务供给方面起到了十分重要的作用。但时至今日，在传统计划经济体制下形成的事业单位已是问题丛生，弊病重重，难以适应目前中国市场经济的需要，严重制约了经济和社会的协调发展。具体表现在事业单位盘子过大，占用了大量的国有资产，同时尚需由国家财政通过巨额拨款加以养护。这在很大程度上造成政府财政负担过重，以致于无力发展那些真正具有社会公益性的社会事业，当然也导致了国家进行产业结构调整 and 基础设施建设的资金匮乏，间接影响了产业结

构的优化升级及国民经济的可持续发展。

再次，对仲裁与破产程序的关系规定缺位。《企业破产法》对仲裁采取了一贯友好的立场。根据《企业破产法》第 20 条的规定，当债务人破产申请被法院受理后，已经开始的未决诉讼或仲裁应当中止，待法院指定的管理人接管债务人财产后，该诉讼或仲裁恢复进行。《企业破产法》对破产之前的未决诉讼或仲裁的影响只是“暂停”的效果，待管理人就位后，由管理人负责处理破产受理之前的未决仲裁。

《企业破产法》并未对进入破产程序后当事人能否提起仲裁程序进行规定。《企业破产法》第 21 条规定：“人民法院受理破产申请后，有关债务人的民事诉讼，只能向受理破产申请的人民法院提起”。该条款调整的是破产受理后的诉讼只能向破产受理法院提起，即通常所说的集中管辖。立法者在此仅用了“诉讼”一词，而没有使用与第 20 条相同的“诉讼或者仲裁”这一术语。对于破产债务人破产之前的签订有仲裁协议的合同争议在破产后，可否提起仲裁，破产法对此问题未做规定。

最后，与劳动法相关制度衔接不畅。在中国历来的破产立法与政策当中，一直把劳动者权益的保护放在第一位，先解决人的问题。那么当企业申请被法院受理后，诸如尚未到期的劳动合同的处置问题是适用《劳动合同法》还是《企业破产法》，就变得棘手起来。

2、地方政府的实施偏差

2016 年 6 月 1 日是破产法实施 9 年的纪念日。这部历经重重磨难才破茧而出的法律，其实施现状并不令人满意，其中一个重要原因是地方政府对于破产法的认识存在偏差，职

能出现错位。在现行破产立法较为粗糙和不完善的现实背景下，地方政府容易以行政思维的惯性处置困境企业的破产问题，将本该贯彻市场在资源配置中起决定性作用的破产企业纾困和清算程序行政化。

破产法应作为规制政府处置破产企业的善治之法。作为关于信用的基础性法律，完善的破产法有助于社会信用的提高。破产法从制度上提出了治恶机制，如破产责任，如反欺诈交易。从商业习俗上，破产法的作用，是降低经济生活中的交易成本，让市场经济更有序，它有利于提高市场的公平与效率，有助于稳定人们的预期。

3、司法处置的内外困境

在处理破产案件时，司法机制面临内部和外部的双重困境。

（1）内部困境

第一，破产案件考核机制的不科学。破产案件复杂，涉及相关利益方众多，但在现行法官绩效考核系统中，法官投入的审判时间较多，而绩效考核却并未相应增加，花费多而受益少。这势必导致法官对于破产案件的抵触情绪。法官不愿意受理、甚至拒绝审理破产案件。

第二，审理破产案件法官的不专业。我们尚缺乏胜任裁判破产案件的专业破产法官。破产案件涉及法律关系众多，利益盘根复杂，需要法官掌握公司企业法、金融法、物权法、房地产法等等多学科知识并融会贯通。在破产重整案件中，称职的破产法官还应既具有专业的破产法律知识和理念，又具有基本的破产重整商业判断能力。因此，破产案件对法官的专业素养要求极高。而我国法院法官的轮岗机制，以及由

于破产案件较少而导致的缺乏专设的审理破产案件的破产法官，使得法院在处理复杂破产案件时，难免捉襟见肘。相比美国破产法官的 14 年任期，我国法官的流动性大，专职审理破产案件的法官寥寥。

（2）外部困境

首先，法院处置破产案件时的不独立。在“稳定压倒一切”的思维下，一些地方政府因认为法院受理破产案件可能带来社会的不稳定而“让”地方法院不受理，这直接造成了通过司法程序退出市场的企业数量远远少于行政手段的吊销和注销。地方政府害怕破产，缘于地方政府畸形的政绩观：现在有些地方政府的官员直接在经营城市、经营企业、经营整个地区，书记扮演董事长角色，市长扮演总经理角色，全员投入、全官参与，直接干预企业经营和经济活动，混淆了政府与市场的边界，而且每一任地方官员都力图为政时政绩优良，对“破产”一词避之不及，而不论亏损严重企业的真实状态，反正烂摊子还有下届政府处理，他们认为破产是对其执政能力检验的不祥之兆。他们要求当地的律师等法律服务人员直至法院去帮助应当破产的企业不是正常地去法院走破产程序，而是通过其他途径解决债权债务问题。

由于财政权和人事任免权受制于地方政府，法院受到地方政府较多的牵制，独立性不强，审判难以完全独立。这导致法院需要协调国资、工商行政管理、劳动保障、税务和土地管理等政府部门以及党委、政法委、公安、检察院等机构，权威性不足。法院应当处于主导整个破产程序的核心地位，是破产程序中异议的裁判者，是各方利益博弈的平衡者。破产案件对法官的特殊要求是不仅会开庭，还应会开会；不仅

是裁判，还应会谈判；不仅是办案，还应会办事。法院在破产程序中作用的发挥，依赖于专业性较强的法官和独立审判的保障。

其次，法院处置破产案件时受到金融机构的牵制。银行、证券、保险、信托等金融机构对于一个地方企业的发展、经济的繁荣具有至关重要的作用。持有破产企业债权的主体主要是银行等金融机构。一旦企业进入破产清算程序，债权人持有的破产债权的偿付率极低，这将导致银行等金融机构并不愿意甚至阻挠企业进入破产程序。由于担忧融资渠道的不畅，法院在受理及审理破产案件时，不得不考虑到金融机构的切身利益，对公平、公正地处置破产案件顾虑重重。

最后，破产管理人选任机制的错位。我国破产法规定裁定受理破产申请案件的同时，应由法院而不是债权人会议或债权人委员会指定管理人。这样的破产管理人制度不利于培育活跃的破产市场和市场中人及其组织。市场中介以及执业者的缺乏反过来又会阻碍我国破产实践的市场化和效率。当代破产实践的趋势是让专业破产组织和执业者用市场化的方法帮助债权人及时控制并营救困境企业。而我国当前的破产管理人制度设计没有为市场中介组织及时介入困境企业提供充分的空间和手段。这将导致只有在企业经营陷入清算的困境时才不得不申请破产，法院摇号选出的管理人若发现待接手的企业往往没有剩下多少有价值的财产而消极怠工，以至于被有幸选中的管理人往往并不因为被选中而感到“幸运”的一个主要原因。

4、破产机制的非市场化运行

我国目前破产程序的运作存在过多的非市场化因素，需

要完善。比如，高素质破产执业共同体的缺乏。高素质的破产执业共同体既是企业破产市场化的产物，也是现代破产法理念的内在要求。企业申请破产不再是一种耻辱的标记，而是一种商业策略。即企业把申请破产作为一种解决困境实现转机的策略。重整制度的设计就是围绕着这一理念展开的。现代重整实践中产生了转机管理团队，这种团队以执业共同体的形式发展成国际化的组织。转机管理组织在不同的国家和地区建立分支机构（TMA），其分支机构遍布美洲，欧洲和亚洲。从广义上讲，破产法执业共同体应该包括法官、律师、会计师等围绕破产理论和实务组成的具有共同理念和专门知识的执业共同体。我国目前尚缺乏这种制度支持，法官甚至可能和其他执业人士，尤其是律师对立。

此外，我国目前各级工商行政管理部门作为公司等企业的注册登记和注销、吊销管理部门，没有能力也没有动力管理企业破产案件并监督注销或吊销的企业是否逃避破产。法院负责审理破产案件，但也没有能力和动力对破产案件进行系统的管理。至于未来的个人破产案件的数据管理和分析，工商行政管理部门和法院更缺乏能力和动力。此外，破产法是一个实践性非常强的部门法，牵涉的面和部门很广，需要一个统一机构，追踪督促其实施，负责实施中操作规程的制定，并总结经验教训的基础上为立法的修改提供建议，有助于推动破产法立法质量的不断完善。

5、破产成本与收益匹配的状态

破产程序的成本包括直接成本和间接成本。前者如律师、会计师等中介人员的服务费用。例如，美国重整的法律服务费用和管理费用平均占债务人财产价值的 3%到 25%。

后者是指那些常被忽略的时间成本、机会成本等隐性成本，如破产程序使得生产资料不能及时流通产生的延误成本和破产程序结果的不确定性成本。例如，一项研究表明执行美国破产法第 11 章的平均时间超过 17 个月。破产程序的收益表现在企业资产能够及时从闲置状态或没有效率的状态流向能够发挥其最大用处的部门，提高了生产效率和资源配置效率。如果重整能够成功，雇员专用资本的节约、债权人债权和股东股权的全部实现、以及重整后公司的价值的提升，都是破产程序的巨大收益的直接体现。

作为债权债务的解决方式之一，与清算相比，破产和解最大的优点本应是效率和灵活性，但遗憾的是，破产和解的制度设计并没有体现出这些优点。中国破产案件的审理周期较长。虽然考虑到破产案件个案情况差别大、涉及矛盾多、各项清算事务处置周期长，很难以一刀切的形式对案件审限做出硬性规定，《企业破产法》并没有明确的破产案件审理期限的规定，但法条中明文出现的审理破产清算案件的期限最长就达到 202 天。实践中，破产程序在各地法院普遍耗时较长。比如江西高院对 2007 年至 2012 年已经审结的共 529 件破产案件的统计来看，破产案件的审理期限有 312 件超过 1 年⁷。浙江省各级人民法院在 2008 年至 2012 年审理时间在一年以上的企业破产案件占审结案件总量的比例分别为 66%、40%、58%、48%、54%⁸。破产程序每延长一天，破产财产的有形损耗甚至流失的风险就会增加一分。在经济利益的驱动下，许多企业与债权人不愿意通过司法途径进入破产程

⁷ 刘洪芳等：《完善企业破产制度 促进市场经济健康发展——江西省高院关于破产申请情况的调研报告》，载《人民法院报》2013 年 11 月 7 日。

⁸ 浙江省高级人民法院民事审判第二庭：《2013 年浙江法院企业破产审判报告》，载李曙光、郑志斌：《公司重整法律评论》（第四卷），法律出版社 2015 年版。

序。此外，对比新旧破产法实施前后的破产案件审限，并未出现明显变化。比如，北京市朝阳区人民法院，2000-2007年破产案件立案共32件，平均审理周期782天⁹。2008-2010年破产案件立案共45件，平均审理周期890天¹⁰。这其中固然有破产和解案件的适用为人忽视有关，但破产和解制度本身设计的不合理难辞其咎。

此外，诸多破产管理人的选任非市场化运作，薪酬与案件规模、金额及复杂程度不成比例，破产管理人的抵触情绪较大，拒绝履行职责的事件屡见不鲜。

6、文化传统与商业习惯的影响

虽然破产法在我国早已制定实施，但我国传统观念认为“破产”是件不吉利的事情，人们会尽可能通过其他途径而非破产程序解决债权债务问题。

社会公众包括政府官员和企业家等对破产制度的功能仍认识不足，没有真正理解破产法在市场经济中的重要社会调整作用，没有认识到破产法解决债务人丧失清偿能力情况下的债务清偿问题，是在保障商品经济正常秩序的信用商品交换关系，是在维持社会的经济公平与正义。没有认识到健全的企业退出机制对市场经济的重要作用。毕竟，经营失败且无法挽救的企业犹如社会之恶性肿瘤，对其破产切除手术越犹豫拖延，向健康企业传染的范围就越大，不仅会将其他企业拖破产，使更多的职工失业，企业财产也会消耗流失殆尽，使社会问题更加难以解决，为社会危机更危险的爆发积蓄能量，只有及时对其破产清算才能保证市场经济优胜劣汰

⁹ 北京市朝阳区人民法院民四庭：《规范管理，完善制度，推进破产案件常态化审理》，载王欣新、尹正友主编：《破产法论坛》（第七辑），法律出版社2012年版，第84页。

¹⁰ 周荆、唐旭超：《论破产案件的审限管理》，载王欣新、尹正友主编：《破产法论坛》（第七辑），法律出版社2012年版，第93页。

竞争基本规律的实现。否则，便是对法制观念的破坏，是对市场经济秩序的人为破坏。

此外，在旧破产法实施过程中采取的政策性破产做法，也给人们对破产法的正确理解与实施造成一定误导，形成了对破产案件受理与审理程序的错误观念和思维定式，形成了一套错误的操作惯例，对当事人特别是债权人提出的破产申请采取消极态度，得不到政府明确表态同意或支持的破产申请案件，法院往往多方推诿，不愿受理。

四、我国破产法的完善

《中华人民共和国国民经济和社会发展第十三个五年规划纲要》在第一篇“指导思想、主要目标和发展理念”第五章“发展主线”中指出，“着力推进供给侧结构性改革……必须用改革的办法推进结构调整，加大重点领域关键环节市场化改革力度，调整各类扭曲的政策和制度安排，完善公平竞争、优胜劣汰的市场环境和机制。”在第五篇“优化现代产业体系”第二十二章“实施制造强国战略”中指出，“综合运用市场机制、经济手段、法治办法和必要的行政手段，加大政策引导力度，实现市场出清。坚决淘汰落后产能。通过兼并重组、债务重组、破产清算、盘活资产，加快钢铁、煤炭等行业过剩产能退出，分类有序、积极稳妥处置退出企业，妥善做好人员安置等工作。”

2016年政府工作报告亦将“加强供给侧结构性改革，增强持续增长动力”作为2016年的重点工作，政府工作报告指出，“着力化解过剩产能和降本增效。重点抓好钢铁、煤炭等困难行业去产能，坚持市场倒逼、企业主体、地方组织、中央支持，运用经济、法律、技术、环保、质量、安全等手

段，严格控制新增产能，坚决淘汰落后产能，有序退出过剩产能。采取兼并重组、债务重组或破产清算等措施，积极稳妥处置‘僵尸企业’”。

无论是处置“僵尸企业”、降低企业成本、化解库存、提升有效供给，还是防范和化解金融风险，解决的根本办法都得依靠制度改革，推陈出新。鉴于《企业破产法》在实践中存在诸多弊端，建议在以下四个维度对破产法进行改进完善。

（一）立法层面

1、短期政策建议

（1）引入庭外重组机制

庭外重组是指，陷入困境但有复兴可能的企业与其债权人之间以协议的方式，对企业进行债务调整和资产重组，以实现企业复兴和债务清偿的一种法庭外拯救手段。庭外重组可以适用债务减免、债转股、贷款、增资及并购等各种方式，无需经过较为固化的法庭程序，不存在绝对的法定要求，充分尊重当事人的意思自治，能够激发当事人的动力，而且更加灵活、快捷、费用低廉，可以避免公开的调查和外部监督，保护企业的声誉，有利于债务人和债权人在相关市场上维护市场信用，保护企业资产的价值，因此可以大大减少解决债务问题的总成本。

鉴于我国破产重整与破产和解的程序冗余，耗时较长，成本较大，《企业破产法》应当精简冗长繁复、难以充分实现债权人意志的程序设计，考虑引入庭外重组机制。庭外重组机制对我国破产法的良好实施将有特别的借鉴意义。我国的中小企业占到企业总数的 94.15%，成为促进经济增长的生

力军。但相较于大型国有企业，中小企业的抵抗风险能力较弱。中国目前破产案件的申请主体也以中小企业为主。比如，2012年浙江省法院新收的143件企业破产案件中，债务人企业为中小企业的比例占90%以上¹¹。

中小企业往往债权债务关系简单，涉及的债务总额不是很高，企业可供处置的财产较少，甚至存在大量无产可破的案件。若经过繁琐而复杂的破产程序，不仅债权人不能及时受偿，其受偿份额也所剩无几。而庭外重组机制的灵活性可以快速、有效和友好的解决争议，实现债权人与债务人共赢。此外，中小企业一般禁不起旷日持久的、成本昂贵的普通程序拖延，迫切需要快速审理以使破产人和债权人之间的债权债务关系早日得到了结。将庭外重组机制引入破产程序，将显著增加破产程序对于当事人的吸引力，增加企业破产的效率，减少中小企业的破产成本，将债务人的更多财产分配给债权人，同时给法院减负。

仅就纠纷解决量的比例而言，庭外重组机制在功能和效益、效果上早已远远超过了诉讼，其充分发挥了当事人的自主性和功利主义的合理性，采用常识化的运作程式，争取做出接近情理的裁决，为债权人快速受偿提供了成本低、收益高的制度选择，体现了简便、灵活的特点。

（2）建立预重整机制

预重整机制，是指债务人向法院提出破产申请前，预先与其他利害关系人协商、决定重整计划之内容以及各利害关系人权益的保护，在取得一定比例的利害关系人同意后，再向法院提出重整申请。此时，因为重整计划的内容已经取得

¹¹ 徐建新：《破产案件简化审理程序探究》，人民法院出版社2015年版，第3、10页。

利害关系人的同意，故法院原则上应该采取较为宽松的标准认可重整计划，以期迅速进行重整程序。

预重整在美国已是一项成熟制度，其具有低成本与高效率的优势。首先，预重整能够降低整体管理费用，预重整模式一般很快就能结案，并且可以避免相关的诉讼。其次，破产前成立的债权人委员会可以继续担任破产程序提起后的债权人委员会角色，从而节约了时间成本和业务适应成本。最后，债权人在提起重整程序前必须就预重整计划进行谈判、起草并通过计划。这样申请重整后法院需要做的工作大大减少，成功的预重整案件必然比传统重整案件花费的时间少，而且成本也低。

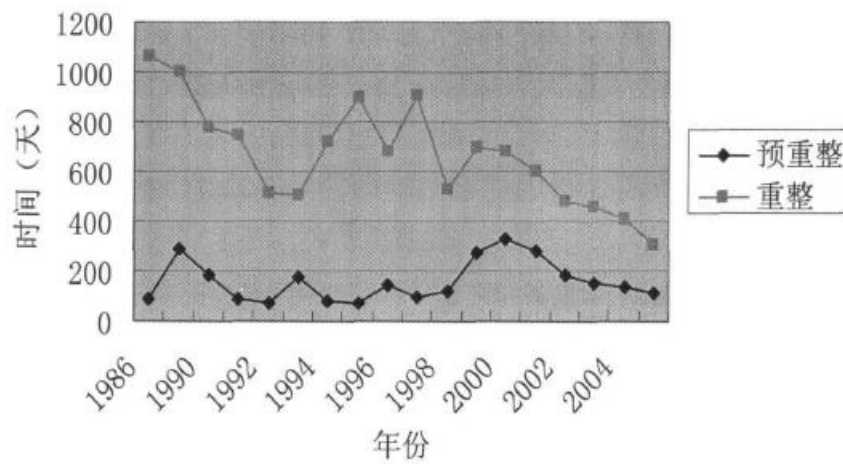


图 8：美国预重整与重整持续时间的平均值比较¹²

我国公司在重整过程中，各种名目的直接成本非常高，法律中规定的有：诉讼费用，包括重整受理费用、职权调查费用、公告费、送达费、法院召集重整协议表决费用、证据保全费用、财产保全费用、鉴定费用、勘验费用；管理人执行职务费用、报酬和聘用工作人员的费用、管理人执行职务

¹² Bankruptcy Research Database.

所需的其他费用、管理人报酬、监督人报酬以及聘用工作人员费用。而间接成本则更具有不确定性，有时甚至可能超过直接成本。在我国，若法院审查认为困境公司的重整申请符合法律规定，则裁定企业重整，并予以公告，然而法院对于此裁定花费的时间并无限制性规定，在这段时间里，债务人很有可能错失了商业机会，缺少效率，而且在整个程序中，双方掌握的信息往往是不对称的，与和解程序和清算程序相比，重整相对复杂，过程时间也很长，因此成本增加。

应当引入预重整制度，解决繁复的案件，以快速高效低成本地拯救困境企业。破产法应该有明确的制度承认，支持预重整的存在，肯定预重整的法律效力。立法的目的是要保证鼓励当事人采用申请前谈判机制，维护当事人在法庭外就重整计划达成的同意与确认，尤其是已经得到多数债权人支持的重整计划，同时又要利用预重整的规定，制约少数不同意在重整谈判中通过计划的债权人，约束少数人通过重整计划。只有这样，才能够给双方当事人一个对于未来的合理预期，即谈判后会有一个预重整程序认可并通过庭外谈判的成果，以期降低成本与风险。具体而言，破产法应在重整程序中，肯定申请前各方当事人谈判之效力，即加入肯定预重整效力的内容。

（3）厘清破产财产分配顺位

《企业破产法》吸收了各国破产法对担保债权特别保护的 国际经验，在第 109 条规定：“对破产人的特定财产享有担保权的权利人，对该特定财产享有优先受偿的权利”，确立了担保债权其优先受偿的地位，但在我国优先权问题仍然是一个法律规定不清晰、法律之间互相冲突打架的问题。如《企

业破产法》对担保债权与破产费用及共益债权的关系就没有特别清楚的界定。按照破产法原理，即便是在债务人无担保财产，不足以清偿破产费用的情况下，也不得从担保财产中清偿与其无关的费用。但司法实践中却不是如此。

又如，破产法与其它法律涉及优先权问题的规范竞合问题，如我国海商法中的船舶优先权并未纳入我国破产法当中，虽然船舶优先权制度的设计目的在于保护特定海事债权人的利益，但司法实务中却经常出现特定海事债权人无法实现船舶优先权的情形，包括船舶优先权消灭的情形与数个特定海事担保债权无法同时得到清偿的情形。还有建筑工程价款优先权，《合同法》第 286 条和最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》创设了该制度，我国破产法中并没有明确规定建筑工程价款优先权，故在企业破产程序中，建设工程合同债权性质属于一般合同债权性质还是优先债权性质，除了与担保债权之外，与其它优先债权是什么关系都值得细细厘定。

因此，破产法应对各类优先债权进行细化，越细越有操作性，同时也应当将所有种类的破产优先权均纳入一部破产法中，避免过多优先债权种类的存在减损普通债权人的合法权益。

（4）明晰破产与仲裁的关系

随着过去几十年国际贸易特别是跨国投资的发展，仲裁因其独到的优势如保密性强、可在多个国家或地区得以承认并执行，被商界所推崇。同时，在金融危机阴影未退、全球经济前景不明的大背景下，企业投资失败后的破产清算与重整程序也变得越来越重要起来。总体而言，仲裁程序基于当

事人事先在合同中达成的书面仲裁协议或当事人在争议发生后达成书面仲裁协议而解决当事人之间争议的程序，其存在的基础在于当事人之间的合意。正常的仲裁协议包括当事人选定的仲裁机构及地点，所适用的程序规则及实体规则。基于当事人对仲裁机构的信任与对当事人意思自治的尊重，法院对仲裁的监督仅限于程序方面是否存在错误。

与仲裁的意思自治原则相反，破产清算程序则注重在债务人财产不足以清偿全部对外债权的情况下，在破产法院主导或监督下，在所有债权人之间按照优先顺序有序清偿。同时，各国破产法大都制定了破产程序中涉及债务人的所有争议均集中到破产法院管辖审理的制度，意在提高破产程序的效率。某种意义上讲，破产程序涉及利益主体众多，破产法院会更多关注公共利益的实现。在破产程序中，如遇有破产债务人与某债权人之间存在未决之仲裁协议时，两种程序之间的冲突与协调就更为突出。正如美国联邦法院第二巡回区 Walker 法官在美国航运公司破产案中所论：“破产与仲裁犹如地球之南北两极，破产势不可挡地走向集中，而仲裁不遗余力走向分散”。破产法院对仲裁程序的不信任由纽约州 Simon 法官所述可见一斑：“仲裁员仅仅是自治之个体，受订约当事人所托来解决仅对他们而言重要的事项。他们没有公共责任，也不应当来处理当一方不能履约时涉及到被保险人及第三方索赔人利用的事项。处理这类争议只能交由管理人，为公共之利益，当然在法院监督之下。”

最高人民法院法官在《当前审理企业破产案件需要注意的几个问题》一文中指出，企业破产法规定的法定专属管辖不能排除仲裁条款的效力，在约定仲裁条款有效的情况下，

应由当事人依照民事诉讼法的规定通过仲裁方式解决纠纷。但依据相关仲裁法理论，通说认为合同中的仲裁协议条款独立于合同存在，不因主合同被认定无效或解除而被认定无效或被解除，属于单独的合同。同时，《企业破产法》第18条规定破产管理人有权选择解除或履行债务人破产前签订的合同，对于前述独立的仲裁合同，管理人当有权选择解除或履行仲裁协议。因此，在债务人进入破产程序后，应由管理人选择承认或拒绝仲裁程序。

（5）完善劳动合同法实施中的问题

在企业破产程序中，应当从以下几个方面处置企业职工的问题，完善《企业破产法》相关规定。

首先，秉持《企业破产法》规定的在分配程序中担保债权优先于职工债权的规定。对于担保债权和职工债权的清偿顺序问题，《企业破产法》采取了“新老划断”的办法，规定在新法公布以前出现的破产，职工债权优先于担保债权，破产人无担保财产不足清偿职工工资的，要从有担保的财产中清偿。在新《企业破产法》公布后，将优先清偿担保债权，职工工资和其它福利从未担保财产中清偿。这一独创性规定，和中国国情密切相连，主要是考虑三方面的因素：第一，《企业破产法》与《担保法》的关系，按照《担保法》的规定，担保抵押资产并不纳入到破产清偿顺位当中，而是独立于破产财产之外的资产；第二，市场经济转型过程中，法律制度安排必须具有处理中国特色问题的智慧，对于复杂的职工债权问题的处理，既要考虑中国的现实情况，又要把它纳入到市场经济法律的整体框架来考虑，职工的社会保障问题在今后应更多地靠完善社会保障制度来解决；第三，金融机

构与债权人风险的考虑，如果担保债权不能依法实现的话，对金融机构等债权人将是一个巨大的打击，金融机构与债权人自身也有可能破产，那涉及的人群会更大。《企业破产法》的规定既考虑了中国的历史遗留问题的解决，又考虑了与国际惯例接轨。

其次，应由破产管理人决定破产企业的职工劳动合同的效力。关于企业破产后劳动合同的效力，有三种主要观点。第一种观点认为，劳动合同应于企业被宣告破产时终止。原因在于《劳动合同法》第44条规定，“用人单位被依法宣告破产的”，劳动合同终止。第二种观点认为，自管理人通知解除劳动合同之日终止。原因在于，依据《企业破产法》第18条，破产管理人享有待履行合同的挑拣履行权，因此，管理人接管破产企业后，应由其决定职工的劳动合同是继续有效抑或解除。第三种观点认为，劳动合同自人民法院裁定受理破产申请之日终止。理由是：根据《企业破产法》第44、46、48条规定，只有在人民法院受理破产申请时破产企业所欠的职工权益才能成为破产债权，而且未到期的债权此时应视为到期，故劳动合同应于该基准日终止，才能固定职工的劳动权益。考虑到在企业进入破产程序后，《企业破产法》对于破产程序的规定优先于《劳动合同法》的适用，以及由于破产申请受理前发生的劳动债权属于优先的破产债权，破产申请受理后发生的劳动债权，无论劳动合同是否终止，都属于“为债务人继续营业而应支付的劳动报酬和社会保险费用”，作为共益债务优先受偿，并不因劳动合同未终止就变成破产债权。因此，上述第一种和第三种观点均存在缺陷，应采纳第二种观点，即由破产管理人决定破产企业的职工劳

动合同的效力。

最后，应通过社会保障等多渠道保障职工权益。公司法、劳动法等法律对劳动关系的保障上是有倾斜的，而破产法也已经考虑到对劳动者的保护，例如职工债权在破产财产的分配程序中能够得到优先受偿。因此，不宜再通过破产法对职工给予更多补偿。应通过社会保障法和社会保险法等强化对职工权益的保障，妥善运用中央下拨的 1000 亿元专项奖补资金，重点用于职工分流安置。

2、长期政策建议

长期政策建议主要指应扩大破产法的适用范围。在当时社会条件下，《企业破产法》仅仅将企业纳入调整对象，成为“半部破产法”。当前，应当将所有市场主体均纳入破产法的适用范围，亦即建立个人破产制度与科教文卫等单位的破产制度。

(1) 建立个人破产制度

个人破产制度是指作为债务人的自然人不能清偿其到期债务时，由法院依法宣告其破产，并对其财产进行清算和分配或者进行债务调整，对其债务进行豁免以及确定当事人在破产过程中权利义务关系的法律规范。

《企业破产法》没有涵盖个人破产内容，不是一部完整的破产法。在新的全球金融与经济环境下，在中国市场经济进入到关键阶段，加快建立个人破产制度（自然人破产、消费者破产）具有重要性与必要性。

第一，个人破产是公司企业破产的基础。西方发达国家早期商业繁荣的一个重要的原因是个人破产制度的出现和发展，先有个人破产，后有企业破产，公司企业破产不过是

个人破产的放大和延伸。个人信用、企业信用、商业信用、社会信用是一个信用链，是现代破产法规制的宗旨和目标。

第二，从各国破产法立法来看，个人破产制度也是所有市场经济国家破产法的重要内容，美国的个人破产又称为消费者破产，在美国破产法第7章、第13章等章节中。英国、澳大利亚、德国、法国、日本的破产法中，个人破产制度都是其重要内容。从实践来看，发达国家个人破产案件的数量在整个破产案件数量比例上占了绝大部分。据美国破产协会2014年1月6日公布的统计，在2013年，美国申请破产的企业和个人总数为107万件，个人破产约为103万件。在2010年，美国个人破产的申请数曾达到150多万件。

第三，我国实施个人破产已初步具备条件。近年来中国的金融体制正加速改革，住房、汽车以及家庭消费品信用贷款在快速发展，个人信用记录制度也在迅速建立，这为个人破产制度的实施提供了基础条件。央行公布的支付体系运行总体情况报告显示，截至2015年三季度末，全国银行卡在用发卡数量52.52亿张，同比增长10.66%，环比增长4.37%，全国人均持有银行卡3.85张，人均持有信用卡0.30张。报告显示，信用卡坏账风险依然存在。截至第三季度末，信用卡逾期半年未偿信贷总额384.33亿元，占信用卡应偿信贷余额的1.32%。第三季度，全国银行机构共处理电子支付业务271.38亿笔，金额553.07万亿元。其中，网上支付业务82.12亿笔，金额432.81万亿元。近年来个人消费信贷急剧增长，意味着中国人长期信奉的量入为出的消费观念已被打破。中国已迈入负债消费时代，房奴、车奴及卡奴相继出现，“负翁”正一跃成为这个时代的消费主力。

第四，我国市场经济体制已初步确立，社会更加开放，个人自由度更大，私人财富和私有财产也在增多，如果没有与这些新现象相匹配的法律制度，特别是个人破产制度，那么市场经济将会成为无源之水。2015年有70多万家中国企业办理吊销与注销手续，通过工商行政部门而不通过法院破产程序退出市场，这其中有许多个人独资企业与合伙企业。

个人破产既可以适用破产清算程序，又可以适用破产重整程序。个人清算程序，也称直接破产，即法律程序把债务人财产变卖作价，公平清偿给债权人。在留下基本生活物品之后，消费者一次清算完毕，全部财产清偿给债权人，从此债务一笔勾销了结。在破产清算程序中，申请人到法院呈递申请，由管理人接管破产财产，债务人有权保留一定的财产作为基本生活保障。申请人需要递交的破产申请文件包括：申请表，联系方式等；已知债权人名单；全部资产、负债明细表；所有合同明细表，含房产租约，对个人债务人而言，未申报的债务将得不到豁免；债务人财产状况陈述书；收入支出情况明细表；财产抵押情况明细表。

个人债务的重整程序，是指债务人申请通过分期付款的方式偿还债务，目的是尽可能多的偿还债权人。个人债务重整的重心在还款计划，债务人与债权人制定详细的还债计划，这个计划也要债权人同意，一般是在一定年限内必须偿还。个人债务的重整程序的申请要件包括：债务人必须是个人，债务人必须有固定收入，个人债务人债务数额不得超过一定限额，债务人必须出于诚信，债务人必须制定出一个合理可行的债务重整计划，只能由债务人主动向法院提出申请，不能由债权人申请。

当债务人的破产申请被法院受理后，即产生自动中止的效力。在法院提起或继续进行的有关债务清偿的诉讼、强制执行在清算申请提出前法院已作出的付款判决、通过非司法方式以任何手段获得债务人财产或使债务人支付任何现有债务以及对债务人的债务进行的抵销，均需要暂停。个人破产程序最终使得债务人的债务被豁免。债务豁免是指，在清算分配程序完结以后，债务人对剩余的负债不必再清偿的一种制度。消费者破产，取得债务豁免是破产的主要目的，甚至是唯一目的。债务豁免的范围包括破产宣告前产生的债务。需要指出的是，法院有权拒绝对欺诈性地转让或藏匿财产的债务人给予债务豁免。个人收入的纳税与侵权责任赔偿则为不可豁免的债务。

（2）建立经营性事业单位的破产制度

在市场经济下行期，众多经营性事业单位也面临着沉浮与兴衰。比如，有些学校则因债务缠身、入不敷出，出现了严重财务危机，继而倒闭破产，只得无奈地退出了市场。部分学校倒闭破产的出现，是经济与社会发展的一个缩影，也是教育发展过程中的一种自然的现象，在某些情形下，更可能是市场经济条件下优胜劣汰的一条重要的教育与法律途径。因此，有必要对经营性事业单位的破产作出规制。

对于现在大量存在的、属于生产经营类但公益性较弱的事业单位，如经营类文化事业单位，应坚决地将其推向市场，使其转变为自主经营、自负盈亏的企业，让其在市场中与其他主体进行公平竞争，利用市场机制提高其效率并实现资源的优化配置，同时也能达到减轻国家财政负担的目的。对于公益性很强的事业单位，如医院、学校、科研机构等，应保

留一定数量，由国家财政拨款进行养护，但要剥离其现有的营利业务，限定其不得进行营利活动，使该类机构真正致力于为社会大众提供公共服务，同时亦可有效防止国有资产的流失。而对于那些既有公益性又存在营利空间的领域，如公共医疗单位，应该允许其中一部分进行股份制改革，将其彻底推向市场。

因此，应在对不同事业单位进行分类改革的基础上，对于充分或部分市场化的单位建立相应的优胜劣汰制度，促使占用较多国家资源、享受财政扶持，却未能充分有效地提供相应服务和积极公正履行应尽职责的单位停止运转。

（二）执法层面

1、设立破产管理局

建议借鉴英美等国及香港特别行政区等管理破产事务的经验，在我国设立破产管理局，推动破产法的实施与修改，管理破产方面的行政事务。破产管理局作为“破产程序的看门人”，为促进破产体系的完整和效率，保护所有股东、债务人、债权人和公众利益而努力。

破产管理局的宗旨、目标、策略和预期效果应包括以下三个方面：

首先，保护破产法体系的完整性，促使公众遵守破产法律和规则。为了达到上述宗旨和目标，破产管理局可以对不遵守破产法的个体提出控诉，并在刑事调查中协助识别违法犯罪行为。

其次，提高破产法体系的效率，使得破产案件得以及时有效的解决。为了达到上述宗旨和目标，破产管理局可以监督破产管理人并提供信用查询服务等。

最后，实现破产法实施的不断演进，使得破产程序在信息披露、管理、破产方案制定、财产评估等方面与时俱进。为了达到上述宗旨和目标，破产管理局可以改进破产案件的记录系统、提供培训等。

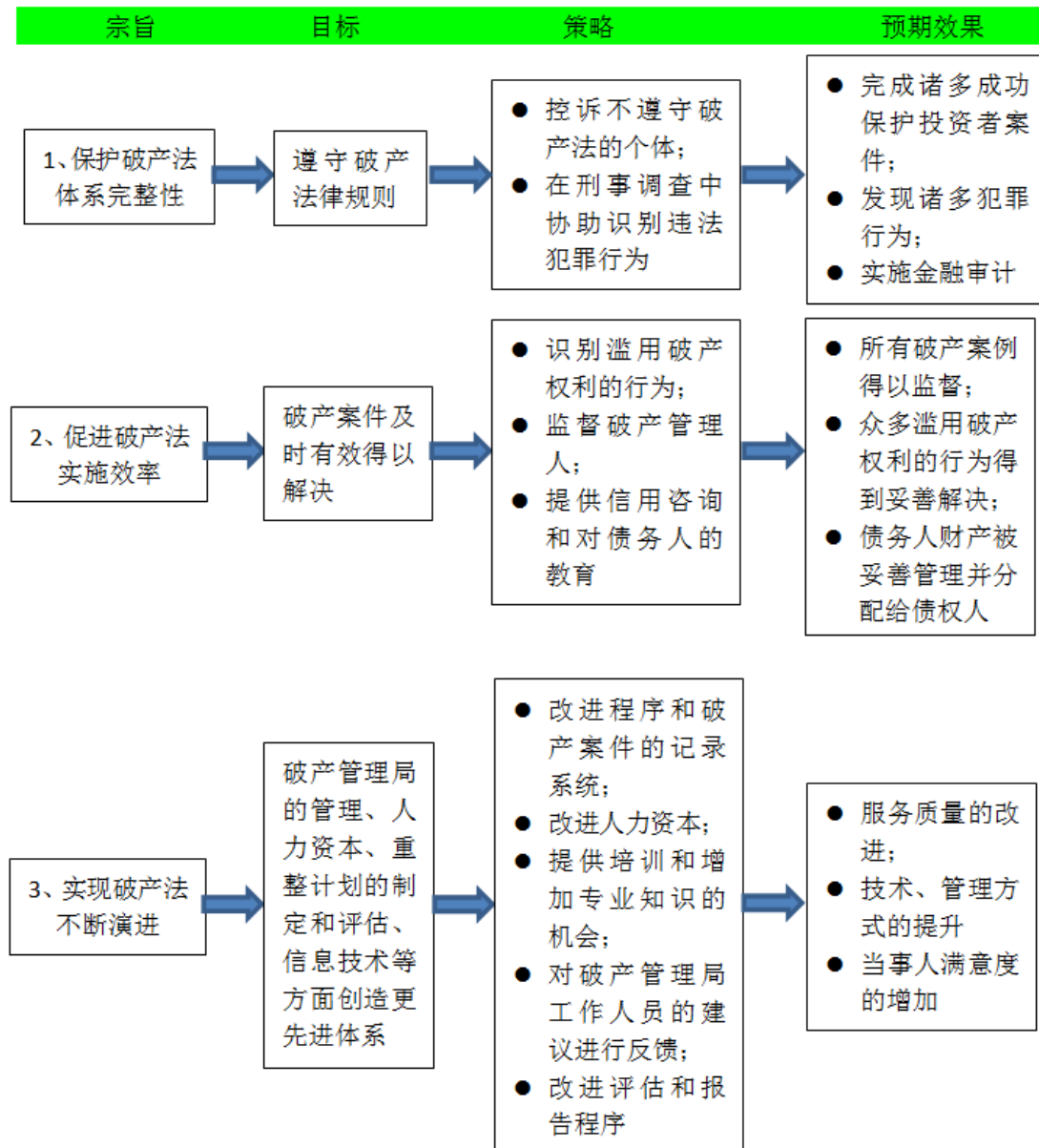


图 9：破产管理局的宗旨、目标、策略和预期效果

破产管理局在破产理论研究和实践中发挥重要作用。比如，各国类似的机构均整理统计出各国的破产案件申请数

量、列明破产案件的多种程序、刊登破产法改进报告、为社会公众提供破产案件查询服务。此外，破产管理局还成功履行了其他职责。比如 2012 年度，美国破产管理局就发现了 2120 起较为严重的破产犯罪案件。通过下表可以看出，美国破产管理局不仅详细统计出各个犯罪类别对应的案件数量，而且审查较为细致。

犯罪行为类型	数量	比例
税收欺诈（依据 26 U.S.C.§ 7201）	796	37.5%
不实陈述（依据 18 U.S.C.§ 152（2）和（3））	686	32.4%
藏匿（依据 18 U.S.C.§ 152（1）和（7））	530	25.0%
破产欺诈（依据 18 U.S.C.§ 157）	480	22.6%
盗窃身份	353	16.7%
房地产欺诈	133	6.3%
电汇欺诈（依据 18 U.S.C.§§ 1341 和 1343）	110	5.2%
银行欺诈（依据 18 U.S.C.§1344）	99	4.7%
隐藏、销毁、拒绝交出文件（依据 18 U.S.C.§ 152（8）和（9））	99	4.7%
虚假陈述	89	4.2%
伪造文件	46	2.2%
违反《萨班斯-奥克斯利法案》(Sarbanes-Oxley Act)(依据 18 U.S.C.§ 1519)	39	1.8%
侵占、挪用（依据 18 U.S.C.§ 153）	35	1.7%
在申请破产程序后接收财产（依据 18 U.S.C.§ 152（5））	31	1.5%
违反州法	30	1.4%
同谋（依据 18 U.S.C.§ 371）	23	1.1%
申请破产的准备人不遵守破产法（依据 18 U.S.C.§ 156）	22	1.0%
联邦欺诈	20	<1%
洗钱（依据 18 U.S.C.§§ 1956 和 1957）	19	<1%
连续申请破产	19	<1%
投资者欺诈	17	<1%
公司欺诈	16	<1%
虚假债权（依据 18 U.S.C.§ 152（4））	16	<1%
信用卡欺诈	15	<1%
刑事蔑视（依据 18 U.S.C.§ 402）	14	<1%
专业人士欺诈	12	<1%

犯罪行为类型	数量	比例
空壳欺诈	11	<1%
保险欺诈	8	<1%
贿赂（依据 18 U.S.C.§ 152（6））	7	<1%
健康保险欺诈	6	<1%
滥用法庭印章（依据 18 U.S.C.§§ 505 和 506）	6	<1%
妨碍司法	5	<1%
董事的利益冲突（依据 18 U.S.C.§ 154）	4	<1%
威胁适用暴力	4	<1%
违禁药品	2	<1%
违反移民规定	2	<1%
结构性	2	<1%
对债权人、债务人滥用确认的滥用	1	<1%
虐待儿童	1	<1%
网络欺诈	1	<1%
拒绝支付员工福利计划	1	<1%
恐怖主义	1	<1%

表 3：美国破产管理局发现的破产犯罪行为（2012 年）

关于建立破产管理局，可以学习美国经验，作为司法部代管的国家局或内设局，负责破产法的实施与破产事务的管理，代表政府推动社会信用的强化和管理。具体而言，应该赋予破产管理局以下职权。

第一，搜集破产法实施现状与问题，为精准实施破产法献计献策。破产管理局作为全国性破产管理人的自律组织，有途径追踪债务人财产的分配情况，了解各种债权的清偿情况，分析整理破产法的表现和效用，有能力推动立法领域和司法实践的发展。破产管理局应当开通破产重整及清算案件的信息平台，为债务人的信息披露与债权人的权益保护提供充分渠道。

第二，考察董事、监事和高级管理人员履行信义义务情况，发现和认定他们违反破产法的事实，追索董事、监事和

高级管理人员的责任，并将追索的数额在债权人之间公平分配。

第三，作为破产管理人的监督者与管理人，破产管理局可以监督检查破产管理人在破产程序中履行职责的情况，防止破产管理人滥用职权，以确保破产管理人完全按照法律规定清偿适格权利人，提升破产程序的效率。

第四，与国际性破产组织交流，促进中国破产法的国际化发展。各国破产法的发展越来越体现统一化、国际化的演变趋势。为了保护我国债权人在域外的合法权益以及为我国债务人在面对域外债权人追索债权时能够得到充分应对，应当确保破产管理局与联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）、国际破产协会（INSOL）、世界银行（World Bank）和国际货币基金组织（IMF）等机构保持密切联系，共同促进破产法的实施与完善。

2、建立工商行政部门与法院的联动处置机制

适用破产程序的企业数量与因注销、吊销而退出市场的企业数量的巨大落差，说明有众多企业为了逃避债务不经破产清算程序便退出市场。依据相关法律法规，企业可以根据章程规定主动选择终止，也可由工商局吊销营业执照而终止。终止的企业失去营业能力，但仍具有法律人格。终止的企业必须由清算组根据公司法进行清算之后才能到工商局申请注销。如果经过清算程序后尚有剩余财产，则把剩余财产分配给股东，然后清算组到工商局申请注销；如果清算组发现企业财产不足以清偿全部债务，则公司法上的清算程序转化为破产清算程序，按照破产法的规定对债权人进行清偿。问题是，实践中相当一部分企业为了逃避债务不经过清

算程序就退出市场。2008年我国市场上退出的企业达到最高峰，但近年来破产案件数量却在原本极低的基数基础上再次下降。可以假定有相当一部分企业本应该适用破产法退出市场却选择了逃避：不经破产清算就直接注销，或者甚至被吊销后不经注销就退出市场。由于未经过债务人财产的处置与分配，债权人的利益难以得到有效保护。

为了实现债权人利益的全方位保护，工商行政部门应与法院建立企业破产联动处置机制。目前，企业申请注销是由企业自行到报纸刊发注销公告，工商部门凭企业提交的注销广告认定企业履行了公告程序。因各类报刊繁多，纸质媒体读者减少等原因，许多公告的相关人难以获知公告，起不到公告的作用，刊发广告也增加了企业负担，并且企业清算程序缺少监督，难以充分保护债权人利益。更为重要的是企业被吊销营业执照时，诸多企业未经清算便直接丧失主体资格而退出市场，这往往使得债权人的贷款难以有合法程序实现清盘和分配。因此，有必要联合工商行政管理部门与法院，将企业营业执照的吊销和注销程序同企业的清算程序关联。

具体的步骤应设计为：工商行政部门应将未经过破产程序而被注销和吊销的企业名单，连同对该企业的行政处罚决定书或解散企业通知书一并及时提交给法院，从而启动企业的解散程序，由法院主持实施对该企业的特别清算程序。特别清算程序的特点是，法院和债权人直接加入并监督整个清算程序，清算组的清算权限受到限制。在清算过程中，如果清算组的清算方案不能被债权人接受，或不能被法院批准，则应终止特别清算程序，进入破产程序。同时，法院在执行破产企业的财产时，也可以向工商行政管理部门索要破产企

业的相关信息。

（三）司法层面

除了要阻遏地方政府在法院受理破产案件的干预批准权外，应在法院体制与内部考核机制上进行改革，以改变法院在破产案件中作用权威式微的状况，还应建立一支专业化的破产案件审理队伍。在现行司法框架下，法院受制于地方政府与专业能力，债权人也不能及时接管困境企业和实施重组，只能追究企业违约责任，这是我们破产司法体系的重大缺陷。可以借鉴美国的专门破产法院与破产法官制度，使破产法院独立于地方政府的利益，独立而专业地受理、审理涉及跨地跨界商业贸易与债权债务关系的破产案件。

1、建构专门的金融与破产法庭

法院一直被视为法律实施和实现正义的最后一道屏障，但是，我国法院在审判破产案件的独立性方面一直为人诟病，缺乏有力的监督。当法院的独立性为政府的利益所羁绊时，基本的公平会荡然无存。一些地方政府在处理一些简单的民商事利益纠纷时，往往把难题包袱丢给法院，但是只要一遇到破产案件，政府便马上贴上“维稳”的标签，立刻让法院成为实现地方政策意图的工具。地方政府官员在经济活动中非常活跃，但对“破产”一词却惟恐避之不及，认为辖下企业出现破产情形，是对其执政能力的挑战与仕途的不祥之兆。于是，政府官员们当企业特别是上市企业出现破产可能时，往往极尽所能促其重整，以保政绩。这种心态，加剧了政府在企业重整过程中的行为变异。地方政府不仅直接为企业寻找“婆家”，还亲力亲为充当管理人，直接越过法定的重整程序，主导一切，甚至忘了政府与法院的不同分工，

直接要求法院专题汇报。法院作用的式微，导致了地方法院在受理破产案件时，不得不要求有政府批准等为前提的附加条件，这就加剧了破产案件的减少，鼓励了市场失败者继续赖债逃债的行为，也使得破产法与法院法官的权威日益被蚕食。

美国专门的破产法院体系，因具有独立性、专业性和体系完备性及受到有效监督的特点，使其处于主导整个破产程序的核心地位，作为破产程序中异议的裁判者，各方利益博弈的平衡者能有效遏制“假破产、真逃债”现象，承担起扫除市场经济“信用垃圾”的职责。美国专门的破产法院体系可以为我国所借鉴。

首先，破产法院具有独立性。美国联邦法院的经费是由联邦司法系统内的联邦司法会议在征求法院同意后，做出预算报告，也就是告知国会下一财政年度要用多少钱。国会审批预算报告后，法院即可在每年10月1日新的财政年度开始时得到经费。与联邦法院相反，美国各州法院的经费由各州拨备。由于州法院的财政受制于各州，州法院有时不得不与州政府妥协，受到州政府的掣肘。破产法院的法官虽然与一般的联邦法院法官任命程序有所不同，但是其仍然不受州议会或者州政府的干涉。破产法官由破产法院所在区法院的上级法院，即巡回法院进行任命。而对破产法官的免职则必须经过巡回区审判委员会的多数法官同意且必须经过严格的程序后才能生效。

其次，破产法官具有专业性。破产法院审理了诸如安然破产、克莱斯勒破产、通用破产案等在美国轰动一时的案例，在美国破产法学界和理论界具有极高的声望。由于破产法理

论与实践水乳交融，破产法官曾多次参与甚至主导破产立法，也用判例法影响了破产法的发展走向。因此，破产法官洋洋洒洒数十页的判决书往往成为破产实践者领会破产法律精髓的绝佳工具。破产法官的任期是 14 年，在这段时间里，破产法官会一直审理与破产法相关的案件，而不是依据民事法律、行政法律和刑事法律等进行审判。由于长时间专注研究一部法律，破产法官必然对破产法律有着深刻的认识；由于长时间集中审判破产案件，破产法官必然对破产程序了然于胸；由于破产法院将优秀的法官聚集在一起，他们必然可以碰撞出思维的火花，也可以对疑难案件共同探讨，妥善处理。

再次，破产法院的体系具备完备性。经过一百多年的发展，破产法院在美国所有区均已建立，并且法官数量众多。每个破产法院至少有一个破产法官，最多会有 22 个破产法官（美国加利福尼亚州中心法院）。此外，破产法官队伍庞大，已占有相当大的比例，美国加利福尼亚州东区法院破产法官和其他法官的比例甚至达到了 1: 1，最少的比例也有 1: 6（路易斯安那州东区法院）。平均而言，美国全国的破产法官与非破产法官的比例也基本上达到了 1: 2 的程度。

美国各州法院		破产法官人数	其他法官人数	美国各州法院		破产法官人数	其他法官人数
阿拉巴马州	北区法院	5	7	内布拉斯加州区法院		2	3
	中区法院	2	3	内华达州法院区法院		3	7
	南区法院	2	3	新罕布什尔州区法院		1	3
阿拉斯加州区法院		2	3	新泽西州区法院		8	17
亚利桑那州区法院		7	12	新墨西哥州区法院		2	6
阿肯色州东区和西区法院		3	8	纽约州	北区法院	2	5
加利福尼亚	北区法院	9	14		南区法院	9	28

州	东区法院	6	6	北开罗纳州	东区法院	6	15
	中心法院	21	27		西区法院	3	4
	南区法院	4	13		东区法院	2	4
科罗拉多州区法院		5	7	中开罗纳州	中区法院	2	4
康涅狄格州区法院		3	8		西区法院	2	4
特拉华州区法院		1	4	北达科他州区法院		1	2
哥伦比亚特区法院		1	15	俄亥俄州	北区法院	8	11
佛罗里达州	北区法院	1	4		南区法院	7	8
	中区法院	8	15	俄克拉荷马州	北区法院	2	3
	南区法院	5	17		东区法院	1	1
佐治亚州	北区法院	8	11	俄勒冈州区法院	西区法院	3	7
	中区法院	3	4		5	6	
	南区法院	2	3	宾夕法尼亚州	东区法院	5	22
夏威夷州区法院		1	3		中区法院	2	6
爱达荷州区法院		2	2		西区法院	4	10
伊利诺伊州	北区法院	10	22	波多黎各法院		2	7
	中心法院	3	4	罗德岛州区法院		1	3
	南区法院	1	4	南开罗纳州区法院		2	10
印第安纳州	北区法院	3	5	南达科他州区法院		2	3
	南区法院	4	5	田纳西州	东区法院	3	5
爱荷华州	北区法院	2	2		中区法院	3	4
	南区法院	2	3		西区法院	4	5
堪萨斯州区法院		4	5	得克萨斯州	北区法院	6	12
肯塔基州	东区法院	2	5		东区法院	2	7
	西区法院	3	5		南区法院	6	19
路易斯安那州	东区法院	2	12	犹他州区法院	西区法院	4	13
	中区法院	1	3		3	5	
	西区法院	3	7	佛蒙特州区法院		1	2
缅因州区法院		2	3	佛吉尼亚州	东区法院	5	11
马里兰州区法院		4	10		西区法院	3	4
马萨诸塞州区法院		5	13	华盛顿州	东区法院	2	4
密西根州	东区法院	4	15		西区法院	5	7
	西区法院	3	4	西佛吉尼亚州	北区法院	1	3
明尼苏达州区法院		4	7		南区法院	1	5
密西西比州	北区法院	1	3	威斯康辛州	东区法院	4	5
	南区法院	2	6		西区法院	2	2
密苏里州	东区法院	3	6	怀俄明州区法院		1	3

	西区法院	3	7			
蒙大拿州区法院		1	3	合计	316	666

表 4: :美国破产法院、破产法官与区法院、其他区法院法官的分布与数量

最后，破产法官的任免和破产法院的判决均受到了完备的监督。破产法官由破产法院所属的区巡回法院进行任命，要对候选人的学术背景、工作经历、发表文章、参与过的案例以及兴趣爱好等等经过面试和背景调查等多重考察；当破产法官严重渎职或者违反职业道德的情况下，巡回法院也可以及时地解除破产法官的职务。因此，破产法官的履职和解除职权受到了有效的法律监督。此外，美国区法院可以对破产法院的判决进行上诉审理，而区法院的上诉则由巡回法院负责。通过层层上诉审判的监督，破产法院的判决被置于法律监督的框架之下。

我国关于破产法庭的创建。《法院组织法》允许设立专门的法院，这为破产法院的设立找到了法律依据，而海事法院和曾经的铁路法院已有实例。现阶段，可以先从建立地方专职破产法庭入手，比如破产法庭在深圳等地已有试点。未来建议在巡回法院和部分省市高院设立破产与金融审判庭，专司破产与金融案件。这能够极大克服地方保护主义，剥离地方政府对破产案件的不当干预，最大程度实现破产案件的公正审理。

2、将选任管理人的权利交由债权人会议

我国目前管理人是由法院来委任并受法院监督。管理人被认为是一个法定的机构，管理人不代表哪个特定方的利益，而是代表破产案件、破产程序中所有参与者的利益，既代表债权人的利益，又代表债务人的利益，还代表雇员和政府的利益，甚至还代表法院的利益。

由法院决定管理人的人选存在以下弊端。第一，这种做法大大增加了法院的工作量。不同的破产案件可能对破产管理人有不同的能力要求，如果由法院来为破产的债务人企业和它的债权人选择管理人，就要求法院对债务人企业的状况和债权人的利益要求有充分的了解，而法院根本没有能力做到这一点。第二，法院难于选出最适当的管理人。出于减少法院工作量的考虑，有一种建议是法院建立管理人名单，从中挑选管理人或者采用轮换或抽签的方法选择。但这种做法根本不能选出最称职的管理人。而债权人出于对自己利益的关切，会力争选出最能够保护自己利益的管理人。第三，法院无法对管理人实施有效的监督。法院承担大量的司法工作，不可能对管理人管理债务人财产的日常工作进行监督。第四，由法院选择管理人会破坏法院在破产案件审理中的独立性，也将会导致管理人身份的失位和管理人责任的虚化。

正是由于上述弊端的存在，大多数国家的破产法（不论是英美法系还是大陆法系）都规定，管理人由债权人会议选任并受其监督，而其职责也由债权人会议委托授权而来。法院在管理人任命上的权力应该是消极的。一般情况下，法院只能直接裁定认可债权人的任命，除非债权人会议决定选任的管理人不具备担任管理人应有的法定条件，法院一般不能拒绝任命其为管理人。只有当破产案件的利害关系人对管理人的提出异议，法院才能对是否任命这一人选作出裁定。

管理人的人选应当由债权人会议决定，理由是：第一，保护债权人利益是破产法的基本立法宗旨。当一个债务人发生破产事实时，债权人的利益最易受到侵害。破产程序中其他相关利益方的利益都有一些相应的法律规范在保护，如雇

员的利益有劳动法、社会保障法等作为保障，因此，破产法应更注重保护债权人利益。而且债权人往往又是分散没有组织的，债权的数额又各有大小，债权人的权利利益不一，如果没有专业的富有经验的管理人来代表他们的利益的话，所谓在破产程序中实现债权人利益最大化是不现实的。第二，管理人作为债权人利益的代表，应由债权人会议选出。管理人主要是代表债权人的利益而负责管理、变卖和分配破产财产和处理破产事务的人，他是破产法“债权人利益充分保护”原则的主要体现者。在破产程序中管理人不是所有人利益的代表，而仅仅是债权人利益的总代表。不能把管理人的角色与法官混淆起来，管理人不是一个中立的第三方，管理人应更加倾向于债权人的利益以维持在破产清算等过程中债权人债务人利益博弈的一种平衡关系，实现破产过程中的债权人利益的最大化。因此，管理人应由债权人会议来选任。第三，债权人会议有动力也有能力选择管理人。在债务人进入破产程序后，债权人的利益与债务人财产的管理、经营、分配状况息息相关，甚至可以说此时的债务人财产就是债权人的财产，债权人最有动力也最有能力选择最有资格、最有能力管理债务人财产的管理人。由债权人会议选择管理人是一种效率更高的做法。

关于管理人的选任，应注意以下几点：第一，在指定管理人过程中，应该更多地征求债权人的意见，法院应该倾向于债权人的选择。第二，设计选择机制时，应该考虑管理人和债权人的竞争性，以市场化的形式。也就是说当债权人选拔管理人时，这个管理人必须是有竞争性的。目前实施的抓阄做法并不是最好的选择，应当考虑一些竞争性的机制，或

是市场化的设计。第三，管理人的资质应该设立一个门槛，由破产管理局负责。

此外，需要挖掘一批懂得困境企业拯救技术的专家担当专业的管理人。相关国资管理部门与地方政府应在金融机构、国有企业汇集一批专家型企业家，更应以开放心态引进民企与战略投资企业企业家介入僵尸企业的拯救与处置中来。这些专家应品行端正，熟悉管理，了解市场，懂法律，能融资，会协调；既有创意思想，又是谈判高手，还是降成本提效益的实干家。应放手让他们以市场化方式担任管理人，处理僵尸企业事务。在英美等发达国家，大型企业的重整重组，就有首席重组官（CRO）这种角色，在通用公司、雷曼兄弟公司等大型企业重整案件中，甚至底特律城市破产案中，首席重组官发挥了不可替代的作用。专门处置破产事务的企业风险管控与危机管理专业机构的大量涌现，更是催生了西方发达国家处置拯救重建困境企业这一成熟行业。我国上世纪90年代的去产能过程中，也涌现了一批这样的企业家与专业人士，应重视发挥这些专业人士的作用。

（四）营商环境层面

破产法是市场经济中的重要法律制度，它使得市场体制能够妥善处置没有效率的企业并重新配置失去清偿能力的债务人的资产。破产法的经济功能之一，就是降低社会成本并提高社会的竞争力。这种资产的重新配置，不仅包括实物资产，如机器和厂房，还包括人力资产，即雇员。所以，这种重新配置的效率，直接依赖于市场的完备程度。只有完备的市场，才能降低重新配置的成本，实现破产的社会效率。没有完备的市场，破产法不但不能实现其经济目标，反而可

能适得其反，造成资源的浪费并引发一系列的社会问题。

在营商环境方面，可以对破产法做如下完善。首先，法律应当尊重市场的选择，尽量给予当事人更多的自治空间，为当事人的谈判创造条件，如解决信息不对称问题。只有当谈判成本高昂，如出现双方垄断等违法行为时，法律才需要进行干预。其次，法律应给当事人提供更多的选择方法。不同企业面临的约束条件不同，使用的破产方法不同，法律允许并提供不同的破产方法，既可以降低交易成本，又降低了不确定性成本。第三，尽快完善市场经济法律制度，降低破产实施的制度成本。当务之急是健全以物权法为核心的财产法律制度。最后，我国应该努力培育一个完备的破产债权交易市场。市场化破产方法是否能够得到有效的实施，依赖于市场的完备程度，市场越完备，破产效率越高，越能够保证公平。如果能够创造一个信息完备的市场，则不论是请求权的交易，还是破产财产的拍卖或整体出售，都能够保证请求权以最优的价格得以实现。这不仅最大限度地维护了破产企业各利益方的权益，而且真正把破产企业的资源配置纳入到整个市场经济的资源配置范围之内，实现了市场经济大市场的统一，这才是破产法作为市场经济宪法的真正意义。