

互联网经济发展与破产法变革趋势

贺丹

(北京师范大学法学院 北京 100875)

内容提要: 作为维持与重建市场主体信用基础的基本法律,破产法必须回应互联网经济发展对传统规则的挑战。互联网企业以专利权、客户信息等作为核心资产的特征对破产法中的资产处置提出了挑战,主要表现在融资的权利性质界定、客户资产的可出售性以及待履行合同的处置方面;互联网用户群有可能扩展现有的破产法的利益相关者范围,破产法需要对新的利益相关者对破产程序的参与提供规则设计;互联网构建在技术基础上的管理模式革新会使得破产法中管理人监督下的债务人自行管理成为主流的营业控制模式。“互联网+”的发展趋势要求法院进行破产程序的司法技术革新,以降低破产程序的成本。

关键词: 互联网经济 破产法 互联网+

DOI:10.16092/j.cnki.1001-618x.2016.02.010

一、引言: 破产法与互联网经济

当前,新一轮的互联网经济为经济发展带来了许多新的特征。经济的新特征将对社会结构与社会规则产生深远影响,既有的法律规则必须应对这些新的经济变化。法学界比较敏锐地注意到了这些新经济特征对传统法律规则的挑战,在竞争法、著作权法、财税法、刑法、法学理论等领域,均有研究互联网经济发展对法律规则影响的论文发表。而在破产法领域,目前国内尚无对这一问题的相关研究文献。事实上,作为维持与重建市场主体信用基础的基本法律,破产法对这一问题的研究与回应将具有基础性的特征。

破产法对于互联网经济的意义源于破产法的经济功能。破产法是信用经济的基础。无论是互联网企业通过股权与债权融资获得发展资

金,抑或当前蓬勃发展的互联网金融,均构建在信用的基础之上。互联网经济的本质也是信用经济。

首先,对于互联网经济发展而言,破产法规则是其安排交易关系、进行法律权利结构设计的重要法律基础。破产法为经济发展提供了风险分担的基本法律规则。经济发展中所面临的巨大风险是破产风险。大量监管制度以及担保等法律制度的存在均是为了避免破产风险。对互联网经济或者互联网企业来说,破产风险同样是其面临的重大经济风险。破产法在破产风险处置方面的作用体现在三个方面:其一,当破产风险发生时,破产法规则将破产风险在利益相关者之间进行分配,这种分配主要依据破产法确定的债务清偿顺序进行。其二,破产法提供了防止欺诈与优惠性清偿的法律制度来保证

作者简介:贺丹(1977—),女,汉族,黑龙江哈尔滨人,北京师范大学法学院副教授。

债权人之间的公平。其三,在进入破产程序后,破产法规定将影响非破产法所规定的法律关系,例如破产法中的自动中止制度、实质合并规则等等。

其次,破产法风险化解与资源配置的机制对于新型的互联网经济的良性有序发展至关重要。破产法提供了经济风险处理的重要机制。经济运行中累积的经济风险会增加经济发展的不稳定的因素,这些经济风险的集中爆发更会给经济带来难以弥补的损失。破产法通过重整制度的设计能够平稳地化解因企业困境而生的经济风险,并实现资源在不同市场主体之间的重新配置。

与此同时,法律规则不可避免地反映经济发展的特征,作为一种新的经济样态,互联网经济发展中的技术为主导的特征、共享经济模式以及新的企业管理模式的兴起都会为破产法规则带来新的课题。破产法为实现其经济功能的发挥,就必须进行规则调整,以回应这些全新的课题。本文将基于这一出发点,探讨互联网经济发展对破产法传统规则的挑战以及破产法的变革趋势,集中对互联网企业资产特征、互联网用户群、互联网管理模式对破产法规则的影响以及“互联网+”对司法技术的变革要求作出分析。

二、互联网企业资产特征与债务人财产处置的新问题

破产程序围绕债务人财产展开。互联网企业资产构成特征直接影响到破产程序中的债务人财产特征。20世纪90年代,互联网产业发源于美国并迅速蓬勃发展。2000年,美国经历了一次新经济泡沫的破灭,大量互联网企业破产。在这一过程中,互联网企业相较于传统的生产企业的债务人财产特征被破产业界所关注。传统企业的企业价值建立在其实物资产上,例如车间、产品库存、销售收入等,

而互联网企业的资产却由计算机程序、域名、知识产权或者知识产权的许可使用权等构成。互联网企业的融资模式以及运营模式也给传统以生产型企业为蓝本构建的企业破产程序提出了新的问题。这些问题主要表现在以下方面:

第一,互联网企业融资模式引发的权利界定问题。为互联网企业提供融资的融资方看中的往往并非互联网企业的资产,甚至也不完全是互联网企业的盈利能力。融资方对互联网企业的估值往往建立在互联网企业上市后的股价攀升以及转让股票的盈利。当前,互联网企业获得A轮、B轮、C轮融资的消息充满了网络新闻,多数新闻中仅仅披露互联网企业获得的融资数额,并未披露融资的方式和细节。而一旦互联网企业出现破产原因,相对于股权融资而言,破产法优先保护债权人权益,不同融资方式在破产法制度中会产生不同的权利顺位。在互联网企业破产之时,权益持有者拥有的是股权还是债权对于权利人影响极为重大。界定融资属于股权性质还是债权性质将成为法院面对的一个难题。这种权利界定的主要难点有两个方面:一是对介于股权和债权之间的融资工具在破产时的定性。许多互联网企业在融资过程中往往使用介于股权与债权之间的融资工具,例如京东的“可转可赎回优先股”。^①在融资协议未对企业破产时的清偿顺位作出安排的情况下,破产程序受理法院需要对权利性质进行重新界定。二是对于股东的债权融资的界定问题。在互联网企业的融资过程中,很多债权人都被给予了创始股。这些获得股权的债权人之后又通过债权方式向企业提供融资。在破产程序中,这些债权有可能会面临一个被利益相关者提出重新定性(Recharacteration)的问题。融资方之外的其他债权人可能会提出互联网企业未被合理资本化,公司股东的债权应当被认为

^① 《刘强东:核心能力是玩转资本,打造双层股权》,http://money.163.com/14/0709/15/A0NL7R2R00253G87.html,访问日期:2015年10月22日。

是对公司的股权出资,从而将公司股东债权的排序居次。^②

第二,关于客户信息的可出售问题。无论是破产清算或者破产重整、和解,对债务人财产的全部或者部分出售都是破产程序中的重要内容。在当前的互联网企业中,通过企业运营过程中的积累或者大数据及云计算分析所得,企业会持有大量客户信息以及客户偏好,对于部分互联网企业而言,这些客户信息或者客户偏好甚至是企业最具有价值的资产。为保护债权人利益或者实现企业重整,可能需要对这些资产进行出售。然而,我国目前互联网企业的客户名录或者客户偏好的出售存有法律障碍。2009年2月28日通过的《刑法修正案(七)》在《刑法》第253条之一分3款对侵犯公民个人信息的犯罪进行了规定。2015年8月29日通过的《刑法修正案(九)》又对该条作出了修改。修改后的法条第1款表述为“违反国家有关规定,向他人出售或者提供公民个人信息,情节严重的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;情节特别严重的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。”第2款表述为“违反国家有关规定,将在履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息,出售或者提供给他人的,依照前款的规定从重处罚。”第3款表述为“窃取或者以其他方法非法获取公民个人信息的,依照第一款的规定处罚。”第4款表述为“单位犯前三款罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照各该款的规定处罚。”《刑法》的规定实际上限制了互联网企业破产程序中的重要资产的出售,这不利于在互联网企业破产程序中最大限度地保护债权人利益。法律或者司法解释应当针对此种情况制定特别的破产程序适用例外,在受让人满足一定条件的情况下,允许在破产程序中出售互联网企业的客户信息和客户偏好。

第三,关于互联网企业破产中的待履行合同问题。《企业破产法》第18条对管理人在破产程序中对待履行合同的挑拣履行权作出了规定。在法院受理破产申请后,管理人对破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同有权决定解除或者继续履行。管理人决定继续履行合同的,对方当事人应当履行;但是,对方当事人有权要求管理人提供担保。管理人不提供担保的,视为解除合同。在互联网企业破产所涉及到的合同中,专利权许可使用合同在待履行合同处理方面会引发较多问题。特别是在互联网企业重整过程中,要确保企业重整成功,就需要互联网企业继续有权使用获得许可的专利。此时,专利许可使用合同是否是一个未履行完毕的合同就会产生争议。如果认为专利许可使用合同是尚未履行完毕的合同,则对方有权获得担保。但如果认为专利许可使用合同的专利技术已经被互联网企业使用,合同已经履行完毕,则对方当事人无权获得担保。目前破产法规则对于此类合同的性质认定尚缺乏明确规则。

三、互联网用户群与破产利益相关者范围扩张

破产法的发展历程表明,破产法律是一个逐步扩展其关注的利益相关者范围,从单一的债务集中清偿程序发展为基于公共政策考量,进行企业拯救、风险分担与疗治经济创痛的市场经济基本法的过程。迄今为止,这种利益相关者范围扩张经历了两个阶段:第一阶段,从仅关注债权人利益发展到兼顾债权人与债务人利益。在破产法发展的早期,破产程序就是债务集体清偿程序,法律仅关注债权人的利益,規制重点在于对债权人的公平清偿和对债务人欺诈行为的防范。在1542年亨利八世通过的英国首部破产法中,破产人被作为准罪犯对待。^③直至1705年的安娜法案(Statute of Anne),法律首次给予了合作债务人免责的机会。破产法逐

^② William D. Warren, Daniel J. Bussel, David A. Skeel, JR., BANKRUPTCY, Foundation Press 9th ed., 2012, P443~445.

^③ Charles Jordan Tabb, The History of the Bankruptcy Law in the United States, 3 Am. Bankr. Inst. Rev. 5 1995.

步由仅保护债权人利益发展为公平保护债权人与债务人利益。之后,在美国破产法发展过程中,债务人利益逐渐成为破产法立法考量的目标。^④此时破产法理念有三个内涵:债权人对债务人财产的公平分配,保护债权人不受债务人的欺诈行为损害,保护诚实的债务人不受债权人伤害。^⑤第二阶段,基于债权人与债务人核心法律关系基础上的利益相关者范围扩张。主要表现为美国的破产重整制度对破产法所关注的利益相关者范围的扩大。在大型公司出现的背景下,债务人破产影响到包括公司股东、债券持有者、公司员工、公司管理层之内的更为广泛的利益相关者利益。在1929年至1933年的大萧条之后,基于公共政策考量,钱德勒法案按照铁路重整的“平衡接管”制度构架起美国破产重整制度。在重整制度构建后,尽管从对破产程序参与权的角度看能够通过破产程序表达其权利诉求的利益相关者仍然是与破产企业存有债权债务关系的利益相关者,但破产重整的成功将实质性地提升企业所涉及的全部利益相关者的利益,破产法关注的利益相关者范围实质地扩大了。

互联网企业的商业模式使得其进入破产程序时,企业涉及的利益相关者范围较传统企业的债权人、债务人、雇员等会进一步扩大至互联网产品的用户群。新一代互联网企业强调“用户至上”,在以电子商务、广告和增值服务为主要盈利模式的商业模式中,其前提都是要拥有巨大的、免费的用户群。^⑥互联网企业在前期发展中“烧钱”构建的正是这一巨大的免费用户群,打车软件通过付费方式吸引大量用户使用其应用就是一例。在这一背景下,当互联网平台出现不能清偿到期债务的情形时,互联网平台所联结的用户群将成为一个不可忽视的利益

相关者群体。这种利益相关者群体可以被区分为两种情形:一种情况是由互联网平台联结的一组供方和一组需方,例如打车软件的情形。^⑦另一种情况是互联网产品的使用者同时也是网络产品的提供者,例如YouTube,用户在观看视频的同时也上传自己制作的视频。随着互联网服务的扩展,互联网服务甚至将发展为“一站式在线生活平台”。^⑧由此,在互联网平台企业因不能清偿到期债务而倒闭之时,这些广泛的用户群体将成为受到重大影响的人群。此时,互联网企业适用破产重整程序进行企业拯救的正当性论证将不可避免地涉及到对用户利益相关者权利的维护内容。

更进一步,互联网平台用户甚至有可能实质性地参与互联网企业的破产程序。首先,互联网平台用户可以基于传统的债权债务关系参与互联网企业的破产程序。当互联网平台用户与互联网平台企业之间存在债权债务关系时,这些平台用户便可以基于其债权人身份参与互联网企业的破产程序。其次,在互联网平台企业的破产重整或者和解等拯救程序中,互联网平台用户有可能基于其用户体验参与到互联网企业价值的拯救过程中。用户的参与方式包括将其享有的免费服务转换为付费服务,或者作为一个整体与债权人进行谈判,通过偿付减债后的债务成为互联网平台的新的所有者。在传统的重整过程中,因企业资不抵债而被排除于重整计划参与外的股东可以通过为企业重整提供“新价值”而在重整后的企业中保留权益。互联网用户完全可能成为重整中的一个新的“新价值”来源。而要在破产程序中实现这一点,重整计划的制定权和参与权与披露需要面向更广阔范围的互联网用户进行。在互联网用

④ Tabb, Charles Jordan, History of the Bankruptcy Laws in the United States, Am. Bankr. Inst. L. Rev. 3 (1995): 5.

⑤ Louis Edward Levinthal, The Early History of Bankruptcy Law, University of Pennsylvania Law Review and American Law Register, Vol. 66, No5/6 (Apr., 1918) pp223 ~ 250.

⑥ 周鸿祎《转型企业必须理解四个互联网经济特点》, <http://www.iceo.com.cn/renwu2013/133/2014/0213/275133.shtml>, 访问日期:2015年7月12日。

⑦ 唐清利《“专车”类共享经济的规制路径》,载《中国法学》2015年第4期。

⑧ 罗小鹏、刘莉《互联网企业发展过程中商业模式的演变——基于腾讯的案例研究》,载《经济管理》2012年第2期。

户人数众多的情况下,面向互联网用户筹资拯救互联网平台的过程将不可避免地成为一个“众筹”过程,这就要求破产法与证券法等法律互相协调,为互联网用户参与的破产拯救提供一个公开发行的豁免空间。

四、互联网企业管理特征对破产管理模式的新要求

当破产法由清算主义发展到现代的再建主义的破产法后,重整程序的出现使得破产管理模式,特别是重整中的营业控制模式成为破产法的一个核心问题。在世界范围内,破产重整企业的营业控制模式存在着美国的“占有中的债务人”(Debtor in possession)模式与英国破产法中管理令的管理人接管两种模式,其他国家在构建其破产重整管理模式时对这两种营业控制模式进行了一些修改。^⑨以我国为例,在《企业破产法》的重整制度设计中,对于重整期间的营业控制作出了以下规定:《企业破产法》第73条“在重整期间,经债务人申请,人民法院批准,债务人可以在管理人的监督下自行管理财产和营业事务。”第74条“管理人负责管理财产和营业事务的,可以聘任债务人的经营管理人员负责营业事务。”根据该规定,在重整期间内,重整企业的营业控制仍然贯彻了管理人中心主义,但在不同的情况下,这种管理人中心控制又可能出现三种情况:一是管理人监督债务人自行管理财产和营业事务;二是管理人对债务人的财产和营业事务进行管理;三是管理人聘任债务人企业的经营管理人员对企业的营业事务进行管理。

然而,现有的破产管理模式建立在现有公司制企业的管理制度之上。现代大型的公司制度产生了专门的经理人阶层,经理人的工作是对信息进行处理。而这种信息处理的程度与范围都与其所处的信息交流网络特征相关。美国公司法学者克拉克在其专著中分析了现有的五种不同的信息交流网络,分别是平等合伙人交

流网络、严格的指挥链方式、易接近领导者的网络、爆炸性组织与分支层级体系。^⑩现有的公司采用的主要是分支层级体制,也叫科层体制。这种科层体制使得公司的信息层层传递于公司的高层管理者。在破产程序中,破产管理人接管所替换的正是公司的高层管理者,公司的科层体制使得管理人有可能通过取代高层管理者的方式来接管企业的管理。当然,在企业濒临破产之时全面接手企业,并且在维持企业继续运营的同时实现企业的拯救具有相当的难度,因此,在实务中,重整营业控制往往又派生出多种变种,例如聘任原企业的经理层继续运营、托管给同类企业的经理层或者未来的战略投资方,以及由专业的企业拯救专家接管等多种做法。

互联网的信息传输技术改变了传统的管理模式,使得企业中的合伙人平等交流网络成为可能,每个人都有权在其权限范围内决定问题并且对所有的集体决策都有平等的表决权。^⑪企业管理模式将不是单向的科层体制,而成为多边的、多中心的信息交流系统。在互联网企业管理中,领导者的模式将呈现多中心的项目模式,在这种合伙人平等交流网络中,每个人都可能成为单个项目的领导。由此,传统的破产管理模式中以管理人接管模式控制重整企业运营的做法将遭遇极大困难。因为取代部分管理者的做法已经不能意味着接管全部企业。此时,占有中的债务人的营业控制模式,由于其能够保留债务人的原有管理模式,将在互联网企业重整中发挥出优势。

当然,由债务人原有管理层继续管理互联网企业的营业控制模式,同样不能避免现有对对此种模式的质疑。《联合国破产法立法指南(2004)》中指出:“债务人对企业经营保留控制权的做法,‘也可能存在弊端,其中包括将重组过程用于显然不可能获得成功结果的情形,拖延不可避免的结局,其结果是资产继续流失,而

⑨ 贺丹《破产重整控制权的法律配置》,中国检察出版社2010年版,第72~115页。

⑩ [美]罗伯特·C·克拉克《公司法则》,胡平等译,工商出版社1999年版,第667~676页。

⑪ 同注⑩,第669页。

且债务人有可能在控制期间不负责任地行事,甚至采取欺骗手段,从而破坏重组和债权人的信心。”^⑫因此,《企业破产法》第73条规定的“债务人可以在管理人的监督下自行管理财产和营业事务”有可能成为互联网破产重整的主流营业控制模式。

五、“互联网+”与破产司法程序技术变革

目前,“互联网+”已经成为各行各业的发展趋势。李克强总理在2015年政府工作报告中提出“制定‘互联网+’行动计划,推动移动互联网、云计算、大数据、物联网等与现代制造业结合,促进电子商务、工业互联网和互联网金融健康发展,引导互联网企业拓展国际市场。”尽管政府工作报告指出的是互联网技术与现代制造业的结合,但在这一趋势影响下,我国司法机关也已经开始探索互联网与诉讼程序的结合。^⑬实际上,在破产程序中进行此种技术变革存在特别的意义。互联网技术的使用可以极大地节约司法成本,而对于破产企业而言,这意味着破产费用的极大节约,从而实质地增加用以清偿债权人的债务人财产。从破产司法程序技术变革的角度,这种“互联网+”的思路可以体现为三个层次。

第一个层次是破产的申请以及相关文件的送达。在这个层次上美国的做法可以提供一定的借鉴。美国的网上破产申请通过“法院电子记录公众入口”网站(PACER——Public Access to Court Electronic Records)^⑭进行。申请人可以在该网站上注册账户,之后在该网站的E-FILE栏目下选择相关法院进行破产申请。与此同时,美国破产法院行政管理办公室(Ad-

ministrative Office of the U. S. Courts—AOUSC)成立了破产通知中心(Bankruptcy Noticing Center—BNC),以通过邮件或电子资料交换系统(Electronic Data Interchange—EDI)向相关方制作和发送破产法院通知(Electronic Bankruptcy Noticing—EBN)。电子通知相对于纸面通知而言,成本更低,信息传递更为便捷,而且当事人将不再存在丢失纸面通知的可能。^⑮破产法院倾向于推荐当事人使用电子资料交换系统。

在破产申请层面,互联网交易的便捷和效率还对破产申请的法律效力提出了新的要求,目前我国《企业破产法》对于破产程序采取的是受理主义,破产申请在被法院受理后方可发生中止执行和中止强制措施效力,单独的破产申请不发生中止效力。在互联网交易高速进行的今天,如果破产申请不能够产生中止执行的法律效力,破产申请与破产受理之间的时间间隔将有可能造成债务人财产的流失,或者影响企业重整成功的可能性。因此,我们需要对《企业破产法》的破产申请效力进行修改,使得网络上的破产申请具有自动中止执行的效力,之后法院有权对破产申请进行审查受理,驳回不符合破产法规定的破产申请,但破产申请一旦被受理,则自动中止的效力可以追溯至网上破产申请之时。

第二个层次是债权人会议的召开方式以及投票方式的技术变革。互联网技术的发展可以极大地节约债权人会议的召开成本与投票成本。在国际仲裁可以通过网络方式进行的今天,^⑯债权人会议完全可以通过网络视频方式进

^⑫ 2004年联合国国际贸易法委员会《破产立法指南》(中文版),第149页。<http://daccess-ods.un.org/TMP/581468.194723129.html>,访问日期:2015年7月13日。

^⑬ 根据规划,到2017年底,广东157家法院的立案、阅卷、案件查询、文书送达等事务都能通过线上办理,将进一步实现法院建设信息智能化。吉林省的国内首家省级电子法院已于2015年6月启动。立案、缴费、举证、阅卷等步骤都可在网上完成。参见《中国法院推进“互联网+诉讼服务”》,http://news.xinhuanet.com/info/2015-07/20/c_134426628.htm,访问日期:2015年7月23日。

^⑭ <http://www.pacer.gov>,访问日期:2015年7月13日。

^⑮ <http://ebn.uscourts.gov/>,访问日期:2015年7月13日。

^⑯ 中国国际贸易仲裁委员会于2009年制定了网上仲裁规则,参见<http://www.cietacodr.org/defaultonlinearbi.html>,建立了网上仲裁系统,参见<http://odr.gzac.org/arbSite/main.action>。以上访问日期:2015年10月23日。

行。另外,在重整计划的投票方面,也可以通过网络投票的方式进行。目前我国通过网络投票方式进行的重整计划投票仅针对出资人组。重整计划中出资人权益调整方案的投票依托于中国结算的网络投票系统进行,同一股东须在网络投票与现场投票之间选择一种方式进行。在网络投票期间,股东在其开户的证券公司以买入证券的方式提交报盘指令进行投票。要建立更为全面的债权人投票系统,需要法院参考现有的股东网络投票的经验,构建相关的互联网投票系统,实现投票债权人的身份验证以及网络投票功能,从而促进破产程序的信息化与网络化。

第三个层次是债务人资产处置的电子化。法院对这一层次已经有相对成熟的经验探索。目前已有人民法院诉讼资产网作为全国诉讼资

产司法拍卖的统一平台。在淘宝、京东等网站上也已经开展司法拍卖。但破产程序不仅要求有司法拍卖的电子化平台,还需要存在一个在企业重整之时的投资人征集平台。目前的电子拍卖平台在投资人征集方面的功能发挥还存在不足。

法律在市场体制的发展和运行中起着实质性杠杆的作用。^①破产法的经济功能使得破产法规则会对互联网企业的交易安排产生根本性的影响。破产法必须关注与考虑互联网经济发展对债务人财产、债务人营业控制模式、破产所涉及的利益相关者等方面产生的影响,作出对应性的规则设计。同时,司法实践需要回应技术发展的新趋势,从而降低破产程序成本,从根本上保护债权人权益。

Internet Economy Development and Reform Trend of Bankruptcy Law

He Dan

Abstract: Bankruptcy law, as the basic law to maintain and rebuild the credit basis of the market, must respond to the challenge of internet economy development to the traditional rules. First of all, the intellectual property such as patent, customer information is the main assets of internet enterprises, which has brought challenges to the assets disposal in bankruptcy proceeding. This challenge is mainly seen in the financial rights identifying, sale of clients information and the rejection of executory contracts. Second, expanding internet user group is likely to expand the existing stakeholder range in bankruptcy law, so that bankruptcy law needs to provide the rules of participation in the bankruptcy proceedings for the new stakeholders. Third, the technology-based management mode in internet enterprise will make debtor in possession the mainstream of the bankruptcy business control mode. Finally, the development trend of "internet plus" requests the court to carry out the judicial technical reform in the bankruptcy procedure to reduce the cost of bankruptcy proceedings.

Keywords: internet economy; bankruptcy law; internet plus

(责任编辑:程绍燕)

① [美]詹姆斯·威拉德·赫斯特《美国史上的市场与法律》,郑达轩等译,法律出版社2006年版,第9页。