

# 软预算约束视角下破产清算程序之反思及重构

张 钦 昱\*

摘要:作为市场机制硬预算约束之法律保障,破产法在我国的司法实践与立法预期存在较大差距,本质原因在于我国破产清算程序存在软预算约束,主要体现为以国有企业破产之优待和劳动债权之优先受偿为代表的制度性软预算约束,以及以行政力量之越位救助和退出机制之监管无效为代表的政策性软预算约束。因其破坏信用经济的良性循环、助长损害信用经济的不良行为、减损信用资本和社会财富,应对破产清算程序的软预算约束进行硬化。可以考虑在营造破产法良好实施氛围的契机下,从内部以信用为标准改造破产法系统,剔除、转化制度性软预算约束,同时从外部杜绝政府失灵触发的政策性软预算约束,并设立破产管理局和破产法院,作为硬化破产清算程序的保障机制。

关键词:破产清算 软预算约束 硬预算约束 信用

DOI:10.16390/j.cnki.issn1672-0393.2016.03.013

《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》强调要注重运用法治办法积极稳妥处置退出企业,实现市场出清。破产法在清理“僵尸企业”、淘汰落后产能,将资源要素从严重资不抵债或增长空间有限的产业中释放出来方面,发挥着举足轻重的作用,是供给侧结构性改革的重要依托。2006年修订通过的《中华人民共和国企业破产法》(以下简称《企业破产法》)承载了人们过多的愿景。然而令人困惑的是,《企业破产法》实施8年来,我国破产结案数量从2007年前的4000余件持续下降为2014年的2059件,<sup>①</sup>而美国和西欧国家的同期数据则分别上升73.55%和46.93%。<sup>②</sup>我国每千家公司进入破产程序的数量仅为0.11户,显著低于西欧国家平均70户的水平。<sup>③</sup>

立法预期与司法实践的显著差异已引起破产法学界和实务界的关注,一些文献剖析了我国破产立法与实践脱节的现状,对破产立法和司法实践具有一定的指导意义。<sup>④</sup>然而这些论述并未聚焦破产法功效不佳的根本原因。当前市场经济下,我国破产法难有用武之地的症结在于企业经营失败处置过程中的成本外部化问题,即破产清算程序的软预算约束现象。<sup>⑤</sup>因此,笔者以预算约束理论为视角,在剖析我国破产清算程序存在的缺陷后试图在制度设计与观念层面上实现破产清算程序软预算约束的硬化,以期对我

\* 中国政法大学民商经济法学院讲师、法学博士

基金项目:教育部人文社会科学研究青年基金项目(15YJC820078);国家社会科学基金青年项目(13CFX099);中国政法大学人文社会科学研究青年项目(15ZFYQ82002)

① 数据来源于最高人民法院2008—2015年工作报告,参见<http://www.chinacourt.org>,2016-01-10。

② See Kerry A. Mastroianni, The 2014 Bankruptcy Yearbook & Almanac New Generation Research, Inc., 24th Annual Edition, 2014. p. 1.

③ See Creditreform Economic Research Unit, Corporate Insolvencies in Europe (2013—14), Creditreform Economic Research Unit, 2014. p. 5.

④ 比如,有学者认为思想观念、法院、管理人制度、税收等因素是造成我国破产案件受理数量下降的原因。参见王欣新、徐阳光:《中国破产法的困境与出路——破产案件受理数量下降的原因及应对》,载奚晓明主编:《商事审判指导》2014年第1辑,人民法院出版社2014年版,第116—146页。有法官认为破产程序启动资金不足、企业注销手续烦琐、破产企业税负过重等是案件逐年萎缩的症结。参见刘敏:《破产文化暨破产制度的构建——在第六届中国破产法论坛上的发言》,载王欣新、郑志斌主编:《破产法论坛》第九辑,法律出版社2015年版,第11页。

⑤ 软预算约束是由匈牙利经济学家雅诺什·科尔奈于1980年在研究东欧国家经济转型时提出的概念,用来解释计划经济中的短缺现象。See Kornai, J.: The Economics of Shortage, North Holland, 1980, pp. 302—303.

国破产法理论及实践有所裨益。

## 一、分析框架：破产清算程序的软预算约束与硬预算约束

软预算约束借用微观经济学中与消费者行为决策有关的预算约束概念。消费者多种多样的偏好与面临约束之间的冲突决定了消费者对具体商品的独特选择。在消费者面临的众多约束中,由消费者收入决定的预算约束是最重要的构成类型。<sup>①</sup> 消费者在购买商品时,不能超过其可获得的资金来源,必然会受到收入水平和市场上商品价格的限制,这就是预算约束。<sup>②</sup> 预算约束具体划分为软预算约束与硬预算约束两种类型,判定标准主要有:企业是不是其投入品和产出的价格接受者;在税收征收数额或日期上是否有企业可以获得豁免;企业内部是否存在用以弥补日常开支费用的国家或其他主体的无偿拨款;企业是否完全依赖自有资金以及企业投资是否存在外部资金来源。<sup>③</sup>

软预算约束最早被用来描述一种状态:国有企业即便持续亏损也能生存下去,因为国家总是不断地、仓促地给予救助。当国有企业的经理或厂长在企业经营不善、举步维艰时,并不会担忧企业步入倒闭的险境,也不会有增加利润、优化结构和提高生存率以迎合市场的激励,因为国家往往会通过税收优惠、注资或补贴等措施确保国有企业维系生存。软预算约束的存在导致国有企业对投入的需求具有无限增长的趋势,软预算约束是造成社会主义国家普遍短缺的主要原因。<sup>④</sup> 软预算约束理论现已发展成一个基本的分析框架,其内涵也调整为受困经济体借助外部组织的救助而产生的利润外溢或亏损转嫁,即企业的成本由其他机构承担。在对地方政府的乱收费和乱摊派、股票与债券的风险衡量、金融危机中的困境金融机构救助、金融制度对经济增长的影响以及高等学校办学自主权等研究方面,软预算约束理论均能提供令人信服的支持。<sup>⑤</sup> 在软预算约束的分析框架中,受困经济体被称为预算约束体,外部组织被称为支持体。比如,中央银行若通过再贷款等方式向系统重要性银行提供流动性或注资,帮助其免于倒闭,则中央银行可以作支持体,商业银行相对应地被称为预算约束体。

与软预算约束相对应的是硬预算约束。硬预算约束是指依据企业的资金运用不能超过资金来源的原则对经济主体行为的限制。<sup>⑥</sup> 硬预算约束是经济学理论的一个基本假设前提,预设所有的生产者和消费者均应在硬预算约束环境中活动。在一般情形下,市场上的每个企业均应受到硬预算约束,这是“看不见的手”机制发挥作用的隐含推论。企业应以其掌控的资源和盈利能力为边界,有效调控支出和负债规模,不应让利润外溢或亏损转嫁。硬预算约束的实质是优胜劣汰的市场机制。

硬预算约束与软预算约束在作用机制上存在如下分野。首先,在硬预算约束下,企业成本投入和销售利润直接关联到企业的生死存亡,“产品为王”是企业成功的唯一准则;在软预算约束下,企业因可以获得政府税收减免或国家的财政拨款,并不担心产品营销与经营绩效,反倒更关心能否从外界获得额外资源,这可能滋生权力寻租的弊端。其次,企业在硬预算约束的框架下具有向死而生的危机感,其对市场环境的风吹草动反应灵敏,通过及时调整经营策略能够适应价格涨跌;在软预算约束下,企业往往具有即使经营不善也会有其他“外援”托底的预判,不可避免地导致企业机构臃肿、员工人浮于事、经营层对产品转型升级时机动作迟缓,进而引发企业滑向产品滞销的泥沼。最后,企业在硬预算约束下受到利润和购买投入品价格的限制,自行承担经营失败的后果;而在软预算约束下,企业即使已停产、半停产、连年亏损、资不抵债,仍然可以通过政府补贴和银行续贷维持经营,这即是产生“僵尸企业”的根源。

① 参见[美]罗伯特·S.平狄克、丹尼尔·L.鲁宾费尔德:《微观经济学》(第七版),高远等译,中国人民大学出版社2009年版,第79页。

② See N. Gregory Mankiw, Principle of Microeconomics, South-Western, Third Edition, 2004. p. 393.

③ See J. Kornai, Resource-Constrained versus Demand-Constrained Systems, 47 Econometrica 806 (1979).

④ 参见[匈]雅诺什·科尔奈:《增长、短缺与效率》,潘英丽译,商务印书馆2013年版,第25页。

⑤ 参见周雪光:《“逆向软预算约束”:一个政府行为的组织分析》,《中国法学》2005年第2期;曹淑江:《高等学校的软预算约束与财务自主权》,《高等教育研究》2005年第10期。

⑥ 参见厉以宁主编:《市场经济大辞典》,新华出版社1993年版,第477页。

破产法作为企业有序、有效、公正退出市场的保障,是实现硬预算约束最后也是最重要的一环。破产机制是对市场主体的“硬约束”,是市场经济下企业优胜劣汰的净化器。而破产法则是一种硬约束的法律保障。历史经验证明,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,其他市场经济法律很难有效地发挥作用,从这个意义上说,破产法是市场经济中其他法律的前提。<sup>①</sup>若破产程序因外部诸多力量的干涉而难以启动,将使得确保企业正常经营时预算约束得以硬化的各种机制均前功尽弃。若破产程序启动后,债务人得益于支持体而将亏损转嫁,那么预算约束软化将产生债权人之间利益分配严重不均的后果,债权人竞相逐利的集体选择困境将严重冲击破产法存在的根基——实现破产财产有序、有效、合理地在权利人之间分配。<sup>②</sup>“一种软行为约束(排除某些例外的情况)绝不可能是有效的。”<sup>③</sup>因此,应当对破产清算程序的软预算约束采取硬化措施。

## 二、事实表现:破产清算程序的制度性软预算约束与政策性软预算约束

软预算约束是市场经济的基本特质之一,通过明确的法律制度或较为随意的政策指引表现出来。<sup>④</sup>相应的,笔者在此将源于破产法规定而使得预算约束体的成本非由自身承担的制度安排称为制度性软预算约束;将缺乏明确实施标准和条件而由支持体相机实施的非法规定的安排称为政策性软预算约束。

### (一)破产清算程序的制度性软预算约束

作为我国特色主体的国有企业在破产法上一直享有优待。在制定《中华人民共和国企业破产法(试行)》[以下简称《企业破产法(试行)》]的过程中,人们最为担心的问题之一是:制定和实施破产法后,企业破产现象会不会因此增加。<sup>⑤</sup>在破产立法的内部讨论阶段,社会各界就发生过激烈的争论。<sup>⑥</sup>事实上,我国制定破产法的最初指导思想是利用破产制度来促进经济体制改革,并不希望看到大量企业破产倒闭。<sup>⑦</sup>比如《中华人民共和国企业破产法(试行)》第3条规定,公用企业和与国计民生有重大关系的企业,政府有关部门给予资助或者采取其他措施帮助清偿债务的,不予宣告破产。整部《企业破产法(试行)》充斥着政府通过行政权力避免企业破产的立法思想。<sup>⑧</sup>

国务院自1994年起对纳入国家计划调整范围内的国有企业实施政策性破产。政策性破产将债务人财产优先安置劳动者,突破了《企业破产法试行》的规定。比如依照政策性破产处置的国有企业土地使用权所得应作为安置费用优先安置劳动者;而适用普通破产程序的企业,其中通过划拨方式取得的土地使用权将被国家无偿收回。显然,政策性破产中,国家通过放弃划拨破产企业的土地使用权等措施,达到了向破产企业提供资金解决劳动者安置的目的。<sup>⑨</sup>通过特殊安排,国家间接承担了破产企业的大量劳动者安置费用和债权人损失,为特定时期的国有企业改革“埋单”。

破产清算程序制度性软预算约束的另一个表现是劳动债权的优先受偿。<sup>⑩</sup>劳动债权在有担保债权前得以优先受偿的本质,是国家通过商业银行对破产企业安置劳动者的变相补助。我国间接融资占企业融

① See Alan C. W. Tang, *Insolvency in China and Hongkong: A Practitioner's Perspective*, Sweet & Maxwell Asia, 2005. Foreword.

② 破产财产的合理分配是破产制度的核心所在。See Elizabeth Warren, *Bankruptcy Policy*, 54 U. Chi. L. Rev. 785 (1987).

③ [匈]雅诺什·科尔奈:《短缺经济学》(上卷),张晓光、李振宁、黄卫平译,经济科学出版社1986年版,第34页。

④ 参见崔之元:《“看不见的手”范式的悖论》,经济科学出版社1999年版,第95—96页。

⑤ 参见袁木:《关于制定企业破产法的几点认识》,《人民日报》1986年12月6日。

⑥ 甚至在全国人大召开会议讨论《企业破产法(试行)》时,在51名发言者中只有10人赞成通过。参见董胜:《大胆突破——中国企业破产成为现实》,吉林出版集团有限责任公司2010年版,第16页。

⑦ 参见邹海林:《破产程序和破产法实体制度比较研究》,法律出版社1995年版,第41页。

⑧ 比如《中华人民共和国企业破产法(试行)》第8、20、24、42条。

⑨ 再如,《国务院关于在若干城市试行国有企业破产有关问题的通知》第5—6项规定,政策性破产还规定国有商业银行的破产债权在计划调整的国有企业破产案件中可以进行呆坏账核销以及破产企业财产拍卖所得安置职工仍不足的,按照企业隶属关系由同级人民政府负担。

⑩ 有学者同时指出,除劳动债权优先权外,破产程序中的船舶优先权、民用航空器优先权同样效果不佳。参见冯辉:《破产债权受偿顺序的整体主义解释》,《法学家》2013年第2期。而有学者持有相反意见,比如林一:《侵权债权在破产程序中的优先受偿顺位建构——基于“给最少受惠者最大利益”的考量》,《法学论坛》2012年第2期。

资比例较大,提供间接融资的主要是国有商业银行,且贷款通常要求担保。当企业破产时,若被抵押财产首先用于偿还劳动债权,由于破产财产在企业安置劳动者后一般所剩无几,首当其冲的便是商业银行的债权。不过在破产程序中颗粒无收、呆坏账比例显著增长的银行并无倒闭之虞。受到“大而不倒”<sup>①</sup>规律的庇佑,银行常会得到国家救助,这在我国国有商业银行中表现得尤为突出。<sup>②</sup>因此,破产企业安置劳动者的成本看似由作为担保债权人的银行承担,最终的兜底者还是国家。

围绕劳动债权和有担保债权的清偿顺位的巨大争议,直接导致本该在2004年底提交全国人大常委会进行第三次审议的《企业破产法》于第二次审议后便意外搁浅。历经两年立法争论后,《企业破产法》改变了劳动债权的清偿顺位,将其置于有担保债权之后而优先于普通债权。不过,劳动债权优先权依靠外部债权人承担破产企业安置劳动者的成本的制度设计,仍是软预算约束的一种表现。有学者指出:“法制建设应当以促进经济发展为劳动者争取更多的利益为出发点,那种以为只有从一个破产企业财产中为劳动者‘多拿一块’才是维护劳动者利益的认识是片面的。”<sup>③</sup>通过实证调查近年来加拿大的破产案件,平均每个案件的劳动者债权数额迅猛增加,达到债务人财产的一半左右。<sup>④</sup>由于劳动者债权数额的不确定,企业破产概率难于估算,普通债权人更难估算对企业放贷的收益和风险。澳大利亚法律改革委员会发布的《一般破产调查报告》<sup>⑤</sup>指出:“劳动债权破产优先权在不断发展的社会福利等制度面前存在的理由越来越不充分。优先权剥夺了其他无担保债权人对破产债权的权利,特别是独立承揽人。这些债权人可能与劳动者一样处于受雇佣的状态,面临雇主的不公平待遇,却在破产来临时因被划归为普通债权人而没有得到应有的保护。”<sup>⑥</sup>各国也在反思劳动债权破产优先权制度,纷纷调整立法。<sup>⑦</sup>

## (二)破产清算程序的政策性软预算约束

企业破产是市场发挥资源配置作用的基本方式,市场存在失灵的客观规律需要国家对破产程序适当干预。但在我国转型期,政府职能的错位反倒成为阻碍破产程序正常展开的重要因素,这突出表现在政府出于政绩和声誉的考虑采用各种措施越权救助受困企业。时至今日,我国尚未有一家上市公司进行破产清算,甚至退市企业也寥寥无几。<sup>⑧</sup>其中,政府所扮演的救助者角色毋庸置疑。据统计,2010年67家濒临退市的\*ST公司共获各项政府补贴近22亿元,平均每家3200万元,这使得大部分公司扭亏为盈,成功“保壳”。<sup>⑨</sup>

我国国有企业破产案件结案数量呈明显下降趋势,从2011年国有企业占当年全部破产案件审结比重的超过51%,逐年下滑至2014年的27%。<sup>⑩</sup>政策性破产结束后国有企业的真实破产数据表现,或许与政府因政绩观、维稳压力、税收衰退等而干预企业进入破产程序息息相关。有法官指出,如果有大中型企业退出市场,不干预不仅意味着地区生产总值的减少、地方财政收入的流失,而且意味着晋升机会的减少。<sup>⑪</sup>

① “大而不倒”指当一家商业银行陷入财务或流动性困境时,政府往往会通过各种方式救助。比如,在金融危机时,中央银行作为“最后贷款人”向系统重要性银行提供再贷款或注资,使系统重要性商业银行“大而不倒”。See Robert A. Hetzel, Too Big to Fail: Origins, Consequences and Outlook, 77(6) Federal Reserve Bank of Richmond Economic Review 3(1991).

② “我国曾多次向银行无偿注资或提供低息长期再贷款,对商业银行进行股份制改造。有学者统计出自1997年至2005年期间,我国向四家国有商业银行注资约9000亿元左右,截至2006年底,中国人民银行的再贷款余额近2万亿元。”参见施华强:《银行重组、金融稳定和软预算约束:中国经济转型时期的国家—银行关系及其政策含义》,《金融评论》2010年第1期。

③ 陈甦:《新破产法应当合理规定债权清偿的优先次序》,《中国社会科学院院报》2005年2月3日。

④ See Rupert Charttrand, Labor and Insolvency in the 1990s, 24 CAN. BUS. L. J. 193 (1994).

⑤ 澳大利亚法律改革委员会发布的《一般破产调查报告》(俗称《哈默报告》),是澳大利亚破产法改革最具影响的报告。

⑥ The Law Reform Commission; Harmer Report, Australian Government Publishing Service, 1988, section 722.

⑦ 劳动债权破产优先权的弱化有五种趋向:以劳动债权破产优先权各类型全面取消为代表的德国,以劳动债权破产优先权的数额和类型均有缩减为代表的日本,以劳动债权破产优先权清偿顺位变化为代表的巴西,以判例形式约束劳动债权破产优先权适用为代表的美国,以及变相限制劳动债权破产优先权为代表的英国。

⑧ 2012年12月24日,\*ST炎黄和\*ST创智的退市是继\*ST联谊退市5年后,再次实施退市的两家公司。直到2014年6月5日,\*ST长油才成为下一个退市公司。

⑨ 参见唐卫毅:《对濒临退市ST公司就该见死不救》,《中国商报》2011年7月12日。

⑩ 参见马剑:《2003—2012年人民法院审理破产案件的统计分析》,《法制资讯》2014年第3期。

⑪ 参见浙江省温州市中级人民法院课题组:《政府在企业破产审判中的定位及职能》,载王欣新、郑志斌主编:《破产法论坛》第10辑,法律出版社2015年版,第392页。

因此,地方政府一般不愿辖区内企业破产,尤其是那些资本密集、高产值的大型企业。此外,政府对民营企业的救助也不遗余力,在全国民营企业50强之一的海鑫钢铁和国内资本市场第一只事实违约的公募债券“11超日债”中均能看见政府兜底的影子。而震动一时的宝港公司破产案,虽然宝港公司是民营企业,当地政府仍将机场、铁路等国有资产作抵押获得贷款1.5亿元,贴补偿债资产,才平息了这场震动江苏南通的风波。<sup>①</sup>

退出机制的监管失灵是破产程序政策性软预算约束的另一种体现。我国企业每年退出市场数量众多,但适用破产程序的企业数量与吊销营业执照的企业数量相比极少。以2014年为例,全国企业注销数量为505866户,吊销数量为214130户,而全国法院一共审结的破产案件数量仅为2059件。<sup>②</sup>适用破产程序的企业数量仅为吊销的企业数量的0.96%,是全部退出市场企业数量的0.41%。适用破产程序的企业数量与退出市场企业数量的严重不匹配,显然不是因为我国企业经营状况良好,解散或吊销后绝大多数均有剩余财产,可以分配给股东而不必经历破产程序。一个恰当的解释或许是企业退出市场途径的监管无效。吊销营业执照后,企业仍应进行清算,并经注销登记后方能退出市场。但是,仍然有大量被吊销企业未能向工商行政管理部门申请注销登记。比如2014年,吊销后又注销的企业数量(23624户)仅占全部企业吊销数量(214130户)的11.03%。<sup>③</sup>众多企业资不抵债,在被吊销营业执照后,却可以不经清算或破产仍在市场存活。大量本该由企业承担的损失由于一直得不到清理,“被动”地由社会负担。“监管宽容”<sup>④</sup>导致的软预算约束难辞其咎。

### 三、消极后果:破产清算程序软预算约束对信用经济的冲击

市场经济本质上是一种信用经济,依靠信用维持秩序,促进竞争,保障参与者的权益。“市场经济中各种经济主体之间错综复杂的经济联系,全靠信用关系来维系。”<sup>⑤</sup>信用文化是现代市场经济的灵魂。<sup>⑥</sup>缺失良性的信用制度和信用文化,对一个社会而言是无法想象的。

破产法与市场准入法、市场交易法一道共同筑起市场经济的信用平台。破产法的各项制度应能体现市场信用,受到信用的约束,并通过信用对市场结构和交易运转施加积极影响。破产程序的外在目的,乃是确保开放之信用经济至上的地位。<sup>⑦</sup>而破产清算程序的软预算约束极大地挑战信用经济和社会信用体系,违背破产法促进信用经济正常发展的宗旨。

#### (一)破坏信用经济的良性循环

市场经济离开信用难以为继。“一个诚实的市场,将会让为客户提供公允价值的公司兴旺,并免予同欺诈者的竞争。”<sup>⑧</sup>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”。<sup>⑨</sup>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,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,

① 参见邓聿文:《“南通首富”破产案与政府理性抉择》,《第一财经日报》2007年12月7日。

② 参见《2014年度全国市场主体发展、工商行政管理市场监管和消费维权有关情况》,http://www.saic.gov.cn/zwgk/tjzl/zxtjzl/xxzx/201410/t20141016\_149085.html,2016-01-10。

③ 参见李曙光、郑志斌主编:《公司重整法律评论》第4卷,法律出版社2015年版,第462页。

④ See Jin-Wook Choi, Regulatory Forbearance and Financial Crisis in South Korea, 42(2) Asian Survey, 251 (2002).

⑤ 胡健:《破产立法二十年:回顾与展望》,《华东政法学院学报》2006年第6期。

⑥ 参见林其屏:《找回缺失的信用》,江西人民出版社2007年版,第80页。

⑦ See Lawrence P King, Collier on Bankruptcy (Volume B), Matthew Bender, 15th Revised Edition, App. Pt. 4-314 ff.

⑧ Shahien Nasiripour, Elizabeth Warren's Farewell Note: "I Leave This Agency, But Not This Fight", Huffington Post, July 29, 2011, http://www.huffingtonpost.com/2011/07/29/elizabeth-warren-farewell-note\_n\_913425.html, 2015-08-25.

⑨ 丁云本、王新建主编:《社会主义市场经济实现论》,中共中央党校出版社1993年版,第18页。

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”功能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。<sup>①</sup>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。

### (二)助长损害信用经济的不良行为

市场经济是企业之间重复博弈的良好互动过程,破产法强化了该重复博弈机制对企业的约束机制,确保企业在退出市场时仍然守信。企业之间重复博弈的后果是企业的违约信息公开化,企业不敢轻易违约。但是,重复博弈会随着企业退出市场而终止,对企业违约的约束机制也随之失去效力。<sup>②</sup>破产法正是在企业退市后,延续重复博弈功效的强化机制。通过公平处置债权债务关系,破产程序避免了信用不佳的债务人与债权人之间的“捉迷藏”游戏,有效解决了债务人破产欺诈问题。若破产法难以发挥应有功能,将会极大降低社会生产效率,增加市场经济的交易成本。

由于破产程序软预算约束机制的存在,企业会产生市场惩罚机制不可信的错觉,“复活投机”<sup>③</sup>劣质项目。以劳动债权破产优先权为例,受困企业一旦意识到劳动债权的优先清偿可以为其所用,便可在经营不善时动员劳动者暂时延缓领取工资,将延迟发放的工资恣意挪作他用,试图为企业赢得转机奋力一搏。由于破产优先权至少会弥补劳动者一段时间的债权,劳动者往往漠视用人单位的恶意拖欠行为,不去积极追缴,或是主动暂缓领取工资,为企业做出牺牲。毕竟,劳动者基本上是稳赢不赔的,企业复苏后其劳动债权也相应转危为安;如果企业最终破产,劳动债权也会优先得以清偿。我国既没有对债务人滥用破产优先权的禁止性条款,也没有限制劳动债权优先受偿数额和期间的相关规定,这导致破产优先权诱发道德风险的可能性大为增加,后果也更为严重。<sup>④</sup>

### (三)减损信用资本和社会财富

在拥有良好信用秩序的社会,人们可以顺畅地整合物质资本和人力资本,提高资本运行效能,削减社会运行的摩擦力,良好信用秩序像资本一样,创造出更好的社会资本。<sup>⑤</sup>“社会中存在高度信任感,能够促进大规模企业的产生,如果大科层组织能够透过现代化信息技术,使小一点的公司慢慢转型并加入他们的网络,这时拥有高度信任感就如虎添翼了。”<sup>⑥</sup>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征的分析也表明,预算约束越软,促进经济增长的适应能力、竞

① 参见刘士余:《僵尸企业占用大量信贷资源》,http://finance.sina.com.cn/hy/20140708/095119638536.shtml,2015-12-01。

② 参见刘益:《信用、契约与文明》,中国社会科学出版社2010年版,第85页。

③ See Mitchell Janet, Strategic Creditor Passivity, Regulation, and Bank Bailouts, William Davidson Institute Working Papers Series No. 46, 1997. p. 5.

④ 参见郭娅丽、邵彦铭:《大规模侵权事件中未来侵权债权的法律保护——以“三鹿奶粉事件”为例》,《理论探索》2015年第6期。

⑤ 社会资本,即社会组织的那些可通过促进协调行动而提高社会效能的特征,比如信任、规范及网络等,社会资本是信任、社会网络 and 有效性三者的交融物和混合物。参见[英]肯尼斯·纽顿:《社会资本与现代欧洲民主》,冯仕政译,载李慧斌、杨雪东:《社会资本与社会发展》,社会科学文献出版社2000年版,第379—380页。

⑥ [美]弗朗西斯·福山:《信任——社会道德与繁荣的创造》,李宛蓉译,远方出版社1998年版,第41页。

争能力和生存效率就越低。<sup>①</sup>

#### 四、重构路径：破产清算程序软预算约束的硬化

破产清算程序的硬预算约束是维持市场经济免受信用经济病毒侵害的最后一道屏障。关于硬化预算约束的进路,存在“华盛顿共识”与“进化制度论”两种主要观点。可以把前者称为“大爆炸”或“休克疗法”观点,把后者称为“渐进主义”或“增量主义”观点。<sup>②</sup>赞成“华盛顿共识”的学者认为,硬化预算约束主要是一个外生的政策选择,取决于决策者的政治意愿;持“进化制度论”观点的学者则认为,软预算约束是与承诺的可信性相关,硬化预算约束是为此目标而进行的制度变动的内生结果。<sup>③</sup>笔者认为,两种观点是硬化软预算约束这个问题的两个方面,并没有根本性差别。“华盛顿共识”论证了规制作为外部因素的政府越权干预对硬化软约束的重要意义,而“进化制度论”则强调了法律制度内部革新对硬化预算约束的重要功效。

在解决我国破产清算程序中软预算约束的问题时应双管齐下,既应从外部积极营造企业破产的正确理念,杜绝“政府失灵”触发的政策性软预算约束,又应从内部以信用为标准改造破产法系统,剔除、转化制度性软预算约束,并借鉴美国的做法,设立破产管理局和破产法院监督硬化预算约束的过程,保障破产清算程序软预算约束的硬化目标得以顺利实现。

##### (一)前提:树立正确的破产观念

我国数千年来既不存在破产制度,也不具备孕育破产制度的文化土壤,破产法蕴涵的精神理念与我国传统文化相去甚远。在《企业破产法》实施多年的今天,人们对企业破产以及破产法的认知仍然没有根本改观。一提到破产,人们脑中呼之欲出的是生产凋敝、劳动者失业以及随之而来的群体性上访、社会不稳定等破产引发的“瀑布效应”。<sup>④</sup>地方政府往往“谈破色变”,对破产避之不及,希冀利用直接注资或减免税收维系地方支柱企业。法院往往还承担本职工作之外的维稳等政治功能,受理案件时不得不对破产申请推三阻四,破产审判更是举步维艰。体量较大的受困企业延续政策性破产的惯性思维,以既往贡献和社会利益要挟政府,等、靠、要思想严重。债权人也对其依据破产程序获得的分配不甚满意,债权人威胁欠债企业负责人“不还钱就砍人”的情况屡见不鲜,很多已经准备申请破产的民营企业主无奈之下只能选择跑路。<sup>⑤</sup>错位的破产观念导致破产程序中的“市场失灵”与“政府失灵”共生,形成我国特有的畸形破产实践。

在资源配置中市场起决定性作用的新形势下,应当强化企业破产不是衡量各地经济发展水平的指标。破产法也不是对企业经营失败的处罚法的认识,重塑破产理念与文化。良性的破产制度对债务人、债权人和社会利益均具有不可估量的价值。破产法的免责主义确保积重难返的债务人从债权债务关系中解脱,创业者拥有从头再来的机会。破产法透明、清晰、有序的运转机制避免债权人与债务人“猫捉老鼠”的游戏,帮助深陷其中的债权人及时公平受偿。破产法对企业优胜劣汰的预警作用是实实在在的。“这种宣告对全社会各企业则是一种颇富压力和促进作用的提示和引导,一切有感知的企业都将为之颤栗和奋进。”<sup>⑥</sup>

继续大力普及和宣传破产法的功能与理念,厘清对破产法的偏见与误解,积极营造破产法实施的良好氛围刻不容缓。企业经营者与劳动者应具有危机意识,不等不要,开拓进取。债权人应当对破产程序的保

<sup>①</sup> 参见[匈]雅诺什·科尔奈、[美]艾里克·马斯金、[比]热诺尔·罗兰:《解读软预算约束》,徐菁编译,载吴敬琏主编:《比较》第4辑,中信出版社2002年版,第81页。

<sup>②</sup> 参见[比]热诺尔·罗兰:《转型与经济学》,张帆、潘佐红译,北京大学出版社2002年版,第306页。

<sup>③</sup> See Gerard Roland, Ten Years After... Transition and Economics, IMF Staff Papers Vol. 48, International Monetary Fund, 2001, p. 8.

<sup>④</sup> 破产的“瀑布效应”是指一方的破产通常会产生产生涟漪效应,损坏破产人的债权人的清偿能力,环环相扣从而影响更广的范围,这样,破产经常掀起的是狂潮而非仅仅涟漪。参见[英]菲利普·伍德:《国际金融的法律与实务》,蒋丽勇、许懿达译,法律出版社2011年版,第57页。

<sup>⑤</sup> 参见王峰、李伊琳:《最高法报告称4万多起破产案中国企集体企业占八成》,《21世纪经济报道》2014年9月4日。

<sup>⑥</sup> 柴发邦主编:《破产法教程》,法律出版社1990年版,第14页。

障功能深信不疑,不贪婪,坦然接受投资风险引起的部分受偿后果。政府应有壮士断腕的勇气,不再对受困企业放纵溺爱。社会应视破产为顺其自然的正常现象,对难以适应市场的经营主体坚决通过破产程序“清理市场门户”。毕竟,任何以外部强行方式显示对弱者的妥协,都是对优胜者的变相抑制,是社会财富的巨大浪费。

## (二)进路:以信用为核心硬化软预算约束

区分制度性软预算约束与政策性软预算约束的意义,在于不同的软预算约束对约束体和支持体的动态激励机制不同。制度性软预算约束的目标具有一定正当性,故可以考虑在符合破产法价值的前提下,找到制度性软预算约束的替代机制,除给予支持体更为明确的救助承诺和约束体的纾困预期外,削弱对其他利益相关人的影响。而政策性软预算约束作为比制度性软预算约束更“软”的软预算约束形式,缺乏明确稳定的预期,约束体和支持体的博弈成本更大,引发的后果更不理想,因此应通过强化政府信用,彻底杜绝政策性软预算约束。

### 1. 制度性软预算约束的转化

在破产价值“多元论”<sup>①</sup>成为通说的当下,社会本位、实质正义等理念被注入破产法之中。<sup>②</sup>围绕弱势群体利益的保护、社会责任承担等中介目标,破产优先权、政策性破产等制度性软预算约束应运而生,为特定历史阶段破产法迎合人们的合理预期提供注解。但是,破产法是维护所有人权益的破产法,以平衡协调为原则。破产法上的特定制度不能厚此薄彼、偏袒一方,更不能以损害法律永恒的价值选择——信用——为代价。<sup>③</sup>信用应当成为衡量破产制度正当性的指针。为了既实现破产法的多重目标,又能对所有利益相关人“无公害”,制度性软预算约束应被调整为符合信用精神的替代制度。

以劳动债权破产优先权以及国有企业特殊破产安排的制度性软预算约束为例。破产程序中对劳动者的倾斜保护体现了对社会公共利益的维系,但忽略了整个企业界获取资本的长期难易程度,一味地强调劳动者利益至上而漠视其他市场参与主体的合法利益。可以考虑设立劳动者保护基金,用以替代劳动债权破产优先权制度。<sup>④</sup>劳动者保护基金是指由政府(或)企业贡献出资金,以便在公司破产时偿付劳动者的制度。“在雇主因破产而无法偿债时,工人因其就业而产生的对其雇主的债权,需由担保机构保证偿还。”<sup>⑤</sup>新西兰等国家建立了劳动者保护基金或类似制度。<sup>⑥</sup>劳动者保护基金是保护劳动者的最好方法。与动辄历经数月、需要经过繁琐清算程序才能实现的破产优先权不同,劳动者保护基金支付给劳动者的时间更短,手续也更为简便。比如比利时相关法律规定,一旦破产程序开始后若债务人无法在15日内给付劳动者工资,劳动者保护基金便即刻启动偿付程序。<sup>⑦</sup>劳动者保护基金最为人称道的是其没有减损债权人的受偿额,精巧地实现了债务人、债权人、劳动者与社会之间的利益平衡。

至于国有企业破产处置的转化,可以考虑在国有企业破产时将非经营性资产的转让所得直接分配给劳动者。在计划经济体制下,国有企业劳动者的低工资及没有兑现的员工劳保福利,实际上隐含着对劳动者的历史欠债。诸如房产、公务用车等承担职工生活服务功能的非经营性资产本是劳动者的福利,劳动者理所当然地将企业的非经营性资产看作自己酬劳的一部分,甚至是相当大的一部分。因此,在国有企业破

<sup>①</sup> “一元论”以道格拉斯·贝尔德、托马斯·杰克逊等学者为代表,认为破产法存在的正当理由仅有一个,即实现债权人利益最大化。“二元论”以伊丽莎白·沃伦、杰·劳伦斯·外斯特布鲁克等学者为代表,认为破产法应该照顾到所有受到破产法影响的利益相关人。See Elizabeth Warren, Bankruptcy Policy, 54 U. Chi. L. Rev. 777 (1987).

<sup>②</sup> 参见卢代富:《经济法对社会整体利益的维护》,《现代法学》2013年第4期。

<sup>③</sup> 参见许章润:《法律的实质理性——兼论法律从业者的职业伦理》,《中国社会科学》2003年第1期。

<sup>④</sup> 劳动者保护基金亦被称为工资担保基金。参见侯玲玲:《比较法视野下倒闭企业工资风险分担机制研究》,《法商研究》2015年第2期。与以劳动者保护基金取代劳动债权破产优先权类似,有学者建议建立损害补偿基金,以解决大规模侵权纠纷中受害人赔偿不足的问题。参见刘水林:《风险社会大规模损害责任法的范式重构——从侵权赔偿到成本分担》,《法学研究》2014年第3期。

<sup>⑤</sup> 国际劳工组织《在雇主无偿付能力的情况下保护工人债权公约》第9条。

<sup>⑥</sup> 比如1996年《新西兰劳动权利法案》第86条规定,劳动者在企业破产时有权要求州政府秘书长从国家保险基金中支付工资、休假费用和一定的离职费用。

<sup>⑦</sup> See Janis Sarra, Widening the Insolvency Lens: The Treatment of Employee Claims, in Paul J. Omar, International Insolvency Law, Ashgate Publishing Limited, 2010. p. 312.

产时,国家应将非经营性资产作为历史劳动债权分配给劳动者,以实现对职工的社会保障承诺。这样的处置从法理上解决了其他债权人的疑虑,又避免国家额外拨款妥善安置劳动者,硬化了国有企业破产程序中的软预算约束。

## 2. 政策性软预算约束的消除

因未被整合入法,政策性软预算约束的灵活性较强,留给约束体和支持体腾挪空间更大,政策性软预算约束的可预期性自然大为减弱,对信用经济的危害更为明显。政府用公共预算对“该破不破”的企业违规输血,模糊了政府和市场的边界。当企业遇到困难,无论是债权人还是企业均希冀政府牵头进行和解或者进行注资,但这是以政府滥用职权、降低资源配置效率为代价的。有学者指出:“监管者有强烈的意愿使我们确信财政援助是必要的,即使事实上它并不十分必要……它可以使监管者的生活在许多方面变得混乱,用纳税人的钱在一两年内支持公司的重建只是暂时性的选择。”<sup>①</sup>即便在西方发达国家,破产程序中的政府援助也为人诟病。比如“克莱斯勒破产案”中政府的资助与安排交易受到评论家们的强烈谴责,被批评为公开地漠视《美国破产法》。<sup>②</sup>

确保政府简政放权、划清政府与市场的边界,是政府实现信用的防火墙,也是政府对市场信用的间接维护。“现实经济生活中存在的市场化以及反向的政府弥补市场失灵的‘双向运动’,必须结合现实问题辩证施治。”<sup>③</sup>具体到企业破产领域,政府不应以解决市场失灵的公共利益为名,利用政府之手直接救助因竞争失败而受困的企业,干涉市场的资源配置。正如美国学者查尔斯·沃尔夫所言:“企求一个合适的非市场机制去避免非市场缺陷并不比创造一个完整的、合适的市场以克服市场缺陷的前景好多少。换句话说,在市场‘看不见的手’无法使私人的不良行为变为符合公共利益行为的地方,可能也很难构造‘看得见的手’去实现这一任务。”<sup>④</sup>

加强政府信用,消除政策性软预算约束,应采取如下措施。首先,政府应具有破产法的“底线思维”。政府配置资源的经济手段和行政手段应以法治为前提,确保政府不敢越权救助企业,而政府有限的救助也会通过预算等形式纳入人大和社会的监督。其次,政府应转变干预破产程序的固有思维。政府在破产程序中的角色应从直接管理转变为公共服务,消极避免转变为积极推动,行政主导转变为法治主导。政府应当利用其强制力和规模效应等优势,建立和维护企业破产秩序,确保债务人的信息披露透明准确,营造公平公正的清偿环境,协助法院执行破产裁定,并惩治破产欺诈或逃避破产程序的失信行为。政府也应在破产程序之外完善社会保障体系,解决劳动者的后顾之忧。最后,政府应改变对破产程序各参与主体的监管方式。比如银行业监管机构应秉持资本充足率等指标约束银行的不良资产率,并加强审查银行呆坏账的核销程序,以逆向改变政府对银行的非市场化干预。再如,国资监管部门应出台具体指标强制企业推行精益生产管理模式,以避免企业过度膨胀而产能过剩。<sup>⑤</sup>

### (三)保障:引入硬化软预算约束的实施与监督机制

软预算约束的硬化,离不开强有力的实施与监督机制。为此,需要设立破产管理局和破产法院,作为硬化破产清算程序的保障机制。

破产管理局作为“破产程序的看门狗”,<sup>⑥</sup>为促进破产体系的完整和提高破产效率,保护所有债务人、债权人、股东和公众利益而努力。破产管理局独立于立法机关和司法机关,便于其既作为政策的适格参谋者,又在法院之外提出破产法修改和完善建议,提供专业的决策参考。破产管理局工作的宗旨是促进破产

① [美]戴维·斯基尔:《金融新政:解读〈多德·弗兰克法案〉及其影响》,丁志杰、张红地等译,中国金融出版社2012年版,第112页。

② 参见张钦昱:《论破产财产出售的程序规制——以克莱斯勒破产案为例》,《法学杂志》2013年第2期。

③ 张守文:《政府与市场关系的法律调整》,《中国法学》2014年第5期。

④ [美]查尔斯·沃尔夫:《市场或政府——权衡两种不完善的选择/兰德公司的一项研究》,谢旭译,中国发展出版社1994年版,第34页。

⑤ 参见李曙光:《完善破产制度:推进供给侧结构性改革》,《中国法律评论》2016年第2期。

⑥ See House Report No. 989, 95th Cong., 2d Sess. at 88 (reprinted in 1978 U. S. Code Congressional & Admin. News at 5787, 5963, 6049).

法体系的效率,确保破产案件及时有效地解决,并实现破产法实施的不断演进。美国破产管理局、英国破产管理署等机构均在各自国家的破产法实践中发挥着举足轻重的作用。

破产管理局有整理统计破产案件申请数量、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等功能。我国可以考虑设立破产管理局作为国务院的直属机构,利用其统筹协调功能,在央行征信体系的基础上依托全国企业信用信息公示系统,对企业的信用链条进行全方位监控,对逃避破产程序的企业及时向社会公示,并移交告知工商行政管理部门或法院处理。破产管理局的设立势必对督促企业及时清理债权债务关系,扼制企业因“跑路”等情形引起的债务负担外部性问题有着积极的促进作用。

法院是破产程序中异议的裁判者、各方利益博弈的平衡者以及公平公正信仰的捍卫者。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。美国特设的破产法院较好地体现了破产审判的独立、专业和效率要求。比如美国破产法院的经费由国会审批、法官由巡回法院任命,州政府均无权干涉;破产法官的每届任期为 14 年,专属审理破产案件,除渎职或违反职业道德外不得被无故弹劾。这些制度设计确保法院不会成为地方政策意图的实施工具,公平公正地对破产案件定纷止争,树立法院与法官的权威。

由于财政权和人事任免权受制于地方政府,我国法院受到地方政府牵制较多。法官的流动性较大,专职审理破产案件的法官数量有限。因此,我国可以选择经济发展较好地区的基层法院和已有丰富破产审判经验的中级法院先行试点破产法院和破产法官制度,再择机推广。法院的独立性和法官的专业声誉,是确保破产审判超脱于地方利益羁绊的绝佳利器,是实现破产法律制度真正承担扫除市场经济“信用垃圾”职责的护身符,是硬化软预算约束体系中不可或缺的一环。

## 五、结语

市场经济的精髓在于市场主体之间的公平竞争。优胜劣汰应成为企业面临的严峻现实,而不再是停留在书本中哈姆雷特式的诘问。一个系统如果恪守传统抱残守缺,阻碍企业的自然更迭,就别想继续发展壮大,成熟演化。而破产法正是通过一套公平、高效和简便的程序,保障失败的市场主体有序地退出市场,防止市场信用经济链条断裂,提升全社会的资源配置效率。破产法不是死亡促进法,恰恰是捍卫市场经济良性运转的卫道士。因此,人们应正视破产法的巨大价值,不应对其排斥拒绝,甚至采纳一些制度或施行临时性政策以干涉、阻碍破产程序的正常开展。《企业破产法》目前在实践中遇到的始料未及的尴尬,其原因大抵在于此。《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》要求“完善企业破产制度”。企业破产制度的进一步完善,除了升级部分法律制度外,还有赖于全社会破产法律观念的共同提升,政府在破产程序中角色的重新定位,以及强有力的实施监督机制的构建。

责任编辑 翟中鞠