



重整制度的比较考察

——从信息和风险的角度切入*

艾佳慧

提 要: 基于一种比较法视野, 本文对美、法、德等国的重整制度进行了简要考察, 并运用法律经济学的基本逻辑和思想, 从信息和风险的角度讨论了决定重整制度是否有效的几个制约条件, 总结出一个简单的重整制度有效性规律。以此标准考察, 由于欠缺拥有较高司法能力和良好职业操守的法院系统, 忽略债权人自治、缺少促进重整过程中有效信息交流的现行法律规则可能会催发更多的司法腐败并激发债务人更多的机会主义行为。

关键词: 风险; 信息; 重整制度

一、引言

作为国际先进立法经验和破产程序的现代化标志, 重整制度被隆重引入了2007年6月1日正式实施的《中华人民共和国破产法》(第8章)。^[1] 由于经济转轨时期的当代中国存在大批处于财务困境的国有企业, 也由于当前并不太完善的社会保障体系, 很多人都期待重整制度的实施能发挥其拯救破产企业、减少失业和维护社会经济秩序的预期功能。因此, 重整制度的引进被视为新破产法最耀眼的创新亮点之一。^[2]

* 作者艾佳慧, 女, 南京大学法学院副教授, 北京大学法学博士, 北京大学光华管理学院博士后, 研究领域为法律经济学、法律社会学及司法制度, 代表作有《司法判决书中“双高”现象的一种社会学解释》、《“禁”还是“不禁”, 这是个问题》、《司法知识与法官流动》、《中国法院绩效考评制度研究》、《中国法官最大化什么》等。E-mail: jiahui2004@sina.com

[1] 具体内容见《中华人民共和国破产法》第8章“重整”。

[2] “比如, “新企业破产法呈现十大创新亮点”, 资料来源于中国发展门户网, 网址:

<http://www.chinainsol.org/Article-show.asp?ArticalID=1295>. 访问日期: 2007年10月6日; 陆琳: “新企业

重整制度，是指经利害关系人的申请，在法院的主持和利害关系人的参与下，对已具破产原因或有破产之虞而又有再生希望的债务人进行生产经营上的整顿和债权债务关系上的清理，以期使之摆脱经营和财务困境，重获经营能力的特殊法律程序，本质上属于破产预防体系的重要组成部分。^[3]虽然自 20 世纪 70 年代以来，在世界范围内出现了一场从清算向重整转向的破产法改革运动，但与具有悠久历史的破产清算和和解制度相比，^[4]重整程序其实具有鲜明的时代性和美国性。

首先，重整作为一种破产程序的历史并不长，即使从首次规定公司重整程序的 1898 年美国破产法算起也不过百余年。在理念的层面，重整制度在 19 世纪末的“粉墨登场”在很大程度上体现了国家对自由放任市场哲学的怀疑和反对；在制度实践的层面，市场失灵带来的经济危机和商业凋敝急需一套能够有效挽救企业并使其重生的法律制度。因此，在经济危机的阴影下，破产法不仅是一个市场退出法，更应该是一个以社会利益为重的企业再生法。

其次，作为当今一种在各国破产立法中具有普遍和当然地位的“现代化”程序，重整制度其实具有极强的美国性。“由于不可忽视的经济实力的因素，以及实用主义的立法理念，美国破产法对两大法系的破产法都产生了深远的影响并引导了二战以后破产法发展的历史潮流，其立法和判例往往成为其他西方国家的‘模版’”。^[5]而且不仅是西方国家，在全球化和发展市场经济的大潮中，美国破产法也是诸多发展中国家学习的榜样。而各国学习、模仿的焦点当然就是号称能够使破产企业“凤凰涅槃”般获得重生的重整程序了。

但一个具有时代性和地方性的制度实践何以成为席卷全球的立法潮流？各国制度移植的“名”和“实”是否一致？如何不一致，是哪些方面不一致，又会分别带来什么样的制度实践后果？其对我国重整制度的设计和实施又有什么启示和提醒？而且即便是被视为模仿对象和移植样本的美国重整制度，其可能的制度“软肋”和“痼疾”又是什么，如何解决？对这些问题的探究和回答不仅有助于我们深入认识重整制度的“前世今生”和成败得失，将重整背后的历史背景和深层动因合乎逻辑地展开、梳理和讨论还有助于我们理解中国现行重整制度中隐含的问题及其解决。

由于市场经济中主动或被动进入重整程序的破产利害关系人都是“趋利避害”的有限理性人，由于重整制度中各方当事人之间严重的信息不对称^[6]（比如重整能否成功在很大程度上依赖于申请重整的破产企业有无重建希望，但该信息却基本上掌握在破产企业经理人手中，不管是债权人或是法院都很难核实和鉴别），更由于重整过程中多种所有权人必然的利益冲突以及以未来为导向的重整程序必然面临的市场风险和不确定性，要实现制度设计者预期的社会功能和目标，重整制度的设计必须解决信息有效披露和多种所有权人之间的风险分担问题。正如张维迎所指出的，“法律的首要目的是通过提供一种激励机制，诱导当事人事前采取从社会角度看最优的行动。”作为一种集体性的、在资不抵债情形下展开的谈判程序，

破产法制度创新的六大亮点”，资料来源于国家发展与改革委员会网站，网址：

<http://www.sdpc.gov.cn/tzgg/jjlygg/t20061231-108097.htm>，访问日期：2007 年 10 月 6 日；汤维建：“析新企业破产法的九大创新”，《中国审判》2006 年第 9 期；沈理平：“新《企业破产法》的制度创新”，《法制与社会》2007 年第 4 期。

[3] 该定义来自程春华：《破产救济研究》，北京：法律出版社，2006 年，第 255 页。

[4] 破产清算制度最早可以追溯到古罗马时期。从“bankrupt”的词源上进行考证（该词源于意大利语“banca rotta”，其中“banca”是“板凳”之义，“rotta”是“砸烂”之义），我们发现在中世纪的意大利商业城市，已经有了被人们遵守和认可的破产清算习惯和相应的社会规范（由于商人在市中心各有自己的板凳，当某个商人不能偿付债务时，依照习惯，他额债权人就砸烂他的板凳，以示其经营失败）。和解的历史也与清算类似。参见，Martin A. Fray, Warren L. McConnico & Phyllis Hurley Fray, *An Introduction to Bankruptcy Law*, 2d Ed., pp. 2. 转引自王卫国：“论重整制度”，《法学研究》1996 年第 1 期，第 81 页。

[5] 胡健、王宏：“美国破产法律制度简介”，载李飞主编：《当代外国破产法》，北京：中国法制出版社，2006 年，第 443 页。

[6] 不仅债务人和债权人之间的信息不对称，就连债务企业经理人和其股东之间、债权人内部的有担保债权人和普通债权人之间，甚至法院和申请重整的债务人之间的信息也相当不对称。

重整制度的目标在于“减少那些与所有者权益多样化伴随而生的成本”，并选择或设计一些具体的法律规则“鼓励那些对于公司资产有利益的人以其作为一个整体更为喜欢的方式来使用那些资产。”^[7]

但中国现行《破产法》中的重整制度能实现这些功能吗？

二、美国重整制度的历史和特点

与时代的发展同步，美国破产法的重整制度是在 20 世纪逐渐形成和发展起来的。为了应对市场失衡带来的商业凋敝和大量企业破产，1898 年颁布的第四部联邦破产法第一次对公司重组的程序作出了规定，这也标志着重整制度的现代“分娩”。鉴于 1929—1933 年间严重经济危机给美国社会带来的重创，1938 年通过的《钱德勒法案》(Chandler Act) 进一步完善了意在拯救陷入财务危机企业的重整制度，不仅形成了由第 10 章“公司重整”和第 11 章“偿债安排”组成的一般企业重整制度，更确立了重整作为破产制度中一种重要破产预防方式的法律地位。20 世纪 70 年代初爆发的石油危机又一次造就了大量陷入财务危机的破产企业，企业拯救问题因此再次受到社会的普遍关注，重整制度的重要性和有效性也因此再度被放大和凸显。正是在此背景下，著名的布鲁金斯研究所(Brooking Institute)发表了题为《破产：问题，进程，改革》的研究报告(1971 年)，随后破产法委员会发表了受此报告影响的新破产法建议稿(1973 年)，国会也对重整制度的改进和完善提出了详细的分析和建议(1977 年)。进一步完善和强化了重整制度的 1978 年新《破产法典》正是在以上社会背景和立法基础上被颁布和实施。^[8]

综上所述，重整制度自出生以来的每一次重大变动都与解决经济危机带来的商业凋敝和解救突然陷入财务困境的破产企业有关。但一方面，“为一家失败的公司所可能产生的所有损害采取补救措施，这是很困难的，可能并不是一家破产法院力所能及的。……一个市场经济的主要特征之一就是，一些公司会失败，而推迟必然会发生的事情或勉强维持边缘化的公司，这种做法的坏处可能多于其好处。”^[9]另一方面，这一相对应应急性的举措在经济一旦恢复常轨后可能会出现。因为如果商品市场、资本市场和管理权市场的有效运转能够优化公司的资本结构并解决公司资产的有效配置，特定时代为回应和解决特定社会问题的相关立法必然凸显诸多制定者事先未预料到的不利实施后果，该制度导致的社会成本也可能远远超出立法者的预期。解决的办法有二：1、制定规则时考虑到破产当事人的机会主义冲动并事先制约之；2、随着社会和经济环境的变化进行增补和修改。因此，“没有任何制度能完全杜绝错误结果。它所能做的只是将该制度不能正常运转的概率降至最低。然而，当一项制度总是不能正常运转且故障严重时，一场法律变革就不可避免。”^[10]就美国重整制度而言，虽然其在制定之初尽量关照了信息在司法重整框架中的中心地位，但由于疏于解决多

[7] See, Baird, Douglas G. & Thomas H. Jacson(1984), “Corporate Reorganizations and the Treatment of Diverse Ownership Interests: A Comment on Adequate Protection of Secured Creditors in Bankruptcy”, 51 *University of Chicago Law Review*, pp. 97-130. 该文的精简版已有中文译本，参见[美]道格拉斯·G·拜尔、托马斯·H·杰克逊：“公司重组与多样所有者权益之处置：对破产中充分保护抵押权人的一个评论”，载威特曼编：《法律经济学文献精选》，苏力等译，北京：法律出版社，2006 年，第 336 页。

[8] 韩长印：“美国破产立法的历史变革和现实走向——写在《美国破产法》译后”，《上海交通大学学报（哲学社会科学版）》2004 年第 1 期；胡健、王宏：“美国破产法律制度简介”，载李飞主编：《当代外国破产法》，北京：中国法制出版社，2006 年，第 443 页。

[9] See, Baird, Douglas G. & Thomas H. Jacson(1984), “Corporate Reorganizations and the Treatment of Diverse Ownership Interests: A Comment on Adequate Protection of Secured Creditors in Bankruptcy”, 51 *University of Chicago Law Review*, pp. 97-130.

[10] 迈克·麦高伟：“实证研究和法律改革：英国经验”，郭志媛、曹咏译，载徐昕主编：《司法程序的实证研究》，北京：中国法制出版社，2007 年，第 27 页。

种所有权人之间的风险分担问题以及市场大环境的变换，自 1984 年来的数次修订，特别是 1998 年以来频频修改既有规则以防止机会主义的债务人及其经理对重整程序的滥用就表明了该制度内生且较难解决的一些问题（后文对此还有讨论）。

有了这样的历史视野和制度认识，我们再来研究美国现行破产法典第 11 章的相关规定。

美国现行破产法典第 11 章共 74 条（从第 1101 条至第 1174 条）四个部分，分别是“官员及管理”、“重整计划”、“确认后事项”和“铁路公司的重整”。^[11]不同于语言晦涩、体系繁杂、充斥了无数修订法案的 1898 年破产法，1978 年破产法中的第 11 章“重整”是在 1898 年破产法第 10 章、第 11 章、第 12 章和第 8 章中的第 77 条的基础上，经过整理、修改和补充，重新编排而成，是总结了 80 余年破产实践经验的产物。

虽然条款不多，第 11 章程序却相当详细和具体。但透过众多琐细的具体规定，我们发现美国重整制度主要具有如下特点。其一，充分尊重债权人（甚至特定情况下的股权证券持有人）的意见。这充分体现在债权人委员会有权选任、更换和中止破产管理人的任命上（具体见美国破产法第 1103 条、第 1104 条和第 1105 条）。其二，程序之间的转换非常灵活。不仅债务人可以将重整案件转换为第 7 章清算案件，只要经过了通告和听证程序，任何利益当事方、破产管理人和美国破产托管人也可以请求法庭将重整案件转换为清算案件，甚至法庭可以直接驳回当事人的重整申请，只要它认为清算对债权人和破产财产更为有利（美国破产法第 1112 条）。

其三，非常看重重整前和重整过程中的信息披露。由于债务人和债权人之间严重的信息不对称，为了帮助债权人或托管人追踪并撤销债务人对其不利的清偿行为，更是为了帮助债权人决定是提起重整还是清算申请以及正确评估重整方案并决定是否接受它，美国破产法认为债务人进入破产程序后的义务和代价就是充分披露其掌握的相关信息。第 107 条规定所有相关主体可以免费查询债务人提交的申请文件是破产法中信息披露制度的首次出现；第 1109 条规定证券交易委员会和任何与案件有关的利害当事人可以在任何时候就案件的任何问题向法院提出听证、参加听证或被听证的要求，这一广泛的听证权和质询权背后体现的其实也是一个信息披露问题。第 1125 条关注重整方案提交以后的信息披露和请求，不仅界定了“充分信息”的定义，在承认不同债权人对信息需求程度有差异的前提下还要求可能的表決人都要获取充分的信息，意在解决重整过程中各方当事人信息了解程度不一致的问题。^[12]

其四，给予法院在重整程序中的最终决定权。作为美国破产法两大创造之一的“法院强制规则”（另一个是“自动停止制度”，即一旦债务人向法院申请重整程序，所有债权人不得向债务人索债，除非向法院申请解除自动停止程序），是指如果债权人反对负债公司提出的重整方案，破产法庭仍可将重整方案强加给债权人，不过法庭需要以债权人利益和破产财产最大化的标准认定该重整方案没有减损反对方的权益才可以（具体规定参见非常详细的第 1129 条）。^[13]该制度最大的优势在于打破了利益不一致的债权人之间由于策略行动带来的谈判“僵局”，但法院并不比债权人了解该重整方案的实现概率和价值可能也是个问题。

综合以上四点，破产当事人在第 11 章中提出重整计划和是否采纳该计划在很大程度上是一个协商而非诉讼的结果，重整制度只是为各方当事人的行动规定了一个谈判框架和法律边界。通过促使债务人步入破产法庭、在保证继续营业的基础上制定财务复兴计划、安排债权人决定是否接受该计划以及法院对该计划的批准等程序步骤，有一定重生希望的破产企业

[11] 美国重整制度的具体内容，参见李飞主编：《当代外国破产法》，北京：中国法制出版社，2006 年，第 636-681 页。

[12] 对美国破产法中信息披露制度的更多、更详细的介绍，参见[美]大卫·G·爱泼斯坦、史蒂夫·H·尼克勒斯、詹姆斯·J·怀特：《美国破产法》，韩长印等译，北京：中国政法大学出版社，2003 年，特别是第 818-826 页。

[13] 虽然美国破产法院有这种“剩余决定权”（即拥有对陷入谈判“僵局”的重整方案的最终决定权和强加权），但在实践中，这种强加（cram-down）是非常罕见的。See, Kenneth Klee (1979), “All You ever Wanted to Know about Cram Down under the New Bankruptcy Code”, *American Bankruptcy Law Journal* 53, pp.133-171.

通过重整程序获得了喘息和复兴的机会。^[14]不管对债务人及其员工，还是债权人和社会，该重整制度的有效实施可能都是一个“多赢”的制度安排。也因此，新破产法施行后，向法院提出重整申请的案件迅速增加：在该法生效的1979年为3042件，在法院开始正式实际适用该法的1980年增至5302件，1982年增至14059件，1982年至1988年平均每年20357件，为1979年的669%。而同期破产清算案件（第7章案件）的增长率仅为167%。^[15]

由于重整制度顺应了时代的需要，在融合个体利益和社会利益的基础上实现了法律效果和社会效果的统一，更由于二战后美国的经济实力和世界影响力，原产于美国的重整制度大量“出口”到其他西方国家和发展中国家。英国于1986年颁布《1986年无力偿债法》，其中的第2章“管理命令”就是一套重整程序；随后，众多英联邦成员国，比如澳大利亚、加拿大、爱尔兰等也效仿英国1986年立法，建立了类似的重整制度。德国1994年破产法改革最重要的特点之一就是增加了效仿美国破产法的重整程序；法国1985年颁布的《困境企业司法重整和司法清算法》也是在美国影响之下制定的旨在拯救企业、维持生产经营和职工就业的重要立法；日本早在1952年就模仿美国重整制度制定了《公司更生法》，1967年大幅度修改后又成为韩国和我国台湾地区重整制度立法的范本。即便是俄罗斯，其2002年制定的新破产法同样免不了受这一世界性立法趋势的影响，新增的“优化财务状况”和“外部调整”程序就是意在拯救企业的重整制度，由于太过强调对企业的鼓励和拯救，有人甚至将俄罗斯破产法称为拯救企业法。^[16]

三、各国重整制度的比较考察

在支持法律移植的人看来，重整制度在世界各国的蔓延和扩张正好印证了法律移植的有效性和必然性。但首先，有其“名”恐怕未必有其“实”。虽然都叫“重整程序”，各国具体制度上的安排却可能大不一样；其次，对于众多跟随这一世界性立法潮流的发展中国家（或者转轨国家），甚至部分发达国家而言，法律移植的效果不在于对规则输出国具体实体规则的模仿程度，而在于法庭的操守、能力以及立法和执法权力的有效配置。^[17]具体而言，纵观各国企业重整制度，虽然可以发现如下共同点，“第一，重整制度的目标是为了维持债务人企业的继续经营，同时使得债权人获得较清算程序更大的利益。第二，重整计划的提出人一般为债务人和破产管理人。第三，重整计划的通过需经过债权人分组表决和法院的认可。但破产法设计了鼓励通过重整计划的规则。第四，重整计划一般由占有中的债务人实施，原破产管理人对重整计划的实施进行监督。”^[18]但如果将各国重整制度的具体规则与前文总结的美国重整制度特点相比，差异以及相应的实施效果也就随之凸现。

以法国为例，其1985年制定的《困境企业司法重整和司法清算法》第一条就规定该法立法目的在于“拯救企业，维持生产经营和职工就业，以及清理债务”。就重整制度而言，实行重整前置（即原则上首先适用重整程序）和社会本位并扩大法院权力是其两大制度突破。

[14]需要指出的是，虽然根据法律文本，第11章既可用于个人，也可适用于法人和合伙，但由于重整程序需要耗费大量时间和费用，实际上典型的第11章程序往往为商事案件。更多相关的介绍，参见David G. Epstein & Myron M. Sheinfeld, *Business Reorganization under the Bankruptcy Code*, p.27. 转引自王卫国：“论重整制度”，《法学研究》1996年第1期，第83页。

[15]数据来源于美国联邦法院行政办公室主任年度报告。转引自王卫国：“论重整制度”，《法学研究》1996年第1期，第83页。

[16]更多对各国重整制度的介绍，参见李飞主编：“当代外国破产法”，北京：中国法制出版社，2006年。

[17]由于法律大多是不完备的，法庭也缺乏对导致伤害的行为进行标准化的能力，许成钢认为转轨国家应该把注意力从实体内容的移植转移到结构性移植（即立法和执法权力的有效配置）上来，法律移植效果很大程度上取决于法律的不完备程度。参见许成钢、卡塔琳娜·皮斯托：“转型的大陆法法律体系中的诚信义务：从不完备法律理论得到的经验”，载吴敬琏主编：《比较》第11辑，北京：中信出版社，2004年。

[18]李曙光、贺丹：“破产法若干重大问题的国际比较”，《政法论坛》2004年第5期，第68页。

[19]与美国重整制度相比,法国的重整制度设计“将债务人、债权人和股东排除在程序之外,大量权力被授予法院,整个重整程序就是由法院进行的新的资产、债务的重组和安排。”[20]由于忽视债权人的自治权(法院有任命、更换或增减司法管理人的职权)、缺少程序之间的自由转换和重整过程中的信息披露制度,[21]虽然美法两国法院都拥有重整方案的最终决定权,但与美国相比,“法国的破产重整制度实施得并不理想,收效甚微。每年在法国发生的计千万件破产案件中,绝大多数都以清算结束。”[22]也因此,法国立法机构不得已在1994年、2001年、2003年和2004年又对相应的制度进行了频繁的完善和修改。[23]俄罗斯的重整制度设计也存在同样的问题。由于赋予法院过大的权力(俄罗斯破产法第80条规定,财务优化程序中行政管理人的任命和免职都由仲裁法院决定)以及缺乏有效的信息披露制度,[24]虽然没有相关的实证研究佐证,我们可以推断俄罗斯重整制度的实施效果很可能并不乐观。

相比而言,德国重整制度的效果要好得多。德国新破产法(1999年1月1日起正式实施)增加的重整程序“加强了破产债权人的自主决定地位,是否以及如何实现债务清偿,是将债务人的财产变现分配还是对债务人的企业进行清理整顿(包括重整和转让),均由破产债权人决定。”[25]不仅如此,直接影响破产重整效率的破产管理人也是由债权人会议选任或者更换(德国破产法第57条和第59条)。以美国重整制度为样本,德国的重整制度安排保障了债权人相当的自治权,给予了程序转化上的适当弹性(第231条)并在信息的强制披露上有所规定(具体见第154条、第232条和第234条)。^[26]因此,一个符合市场经济要求并能使破产各方当事人更加灵活有效解决问题的重整法律框架虽然一开始不被看好,但实践表明这一机制能够对破产程序的进行作出灵活和有效的反应,原先对它的怀疑也在逐步减退。英国及其英联邦国家的重整制度由于同样秉承债权人自治的原则并对重整中的信息问题有所关照,实施效果也不差。需要特别提及加拿大的重整制度设计。加拿大破产法规定有担保债权人原则上不受自动冻结制度的拘束,但法院为给予债务人喘息的空间,可准予自重整起最多六个月的期间内,停止有担保债权人权利的行使。在这种情况下,负有大量有担保债务的公司就不得不寻求有担保债权人的支持,而有担保债权人可能只让有生存能力的公司开始重整程序。有担保债权人在重整程序开始前扮演的筛选角色意味着公司重整的高成功率。因此,在加拿大,重整并非只是最终清算前的一个过渡状态,有超过50%的公司在经过重整后依然存在。^[27]

由于重整程序必须面对的信息问题和风险问题,只从比较以上几个国家的重整制度安排,我们就可以发现一个简单的重整制度有效性规律,那就是一国的重整制度设计越是保障

[19]这是王卫国先生的总结,参见王卫国:“论重整制度”,《法学研究》1996年第1期,第84页。

[20]汪世虎:“我国公司重整制度的检讨与建议”,《现代法学》2006年第2期,第137页。

[21]《法国商法典第六卷:困境企业》第621-8条、第621-10条分别规定了法院对司法管理人的任命权和更换权;通观该“困境企业”的相关立法,基本上缺少促进重整过程中信息有效传递和交流的条款,也没有赋予当事人,特别是债权人的程序转换权。法国重整制度的相关条款参见李飞主编:《当代外国破产法》,北京:中国法制出版社,2006年,第358-407页。

[22]汤维建:《破产程序与破产立法研究》,北京:人民法院出版社,2001年,第378-379页。

[23]对法国困境企业重整制度相关改革的介绍,参见王玉梅:“法国困境企业重整制度的改革及其启示”,《法商研究》2004年第3期。

[24]俄罗斯重整制度(包括优化财务状况和外部调整两章)的具体规定,也请参见李飞主编:《当代外国破产法》,北京:中国法制出版社,2006年,第212-260页。

[25]郑冲:“德国破产法简介”,载李飞主编:《当代外国破产法》,北京:中国法制出版社,2006年,第6页。

[26]以上德国破产法的相关条款,也请参见李飞主编:《当代外国破产法》,北京:中国法制出版社,2006年,第31-32页、第65页、第89-90页。

[27]Thomas C. G. Fisher & Jocelyn Martel, Should We Abolish Chapter 11? Evidence From Canada, 28 *Journal of Legal Studies* (1999), pp. 237-238.转引自汪世虎:“我国公司重整制度的检讨与建议”,《现代法学》2006年第2期。

债权人自治、越能促进企业信息的真实披露，其实施效果就越好，反之，效果就越不好。如果以此为标准，美国、德国、英国和加拿大等国家的重整制度实施效果较好，而法国、俄罗斯、日本^[28]（包括以日本重整制度为立法模版的韩国和我国台湾地区^[29]）等国家和地区的重整制度实施效果不太好。因此，同样是法律移植，在法院操守和能力相当的前提下，移植的是制度的“名”或表面规则还是移植了制度的精髓和本质决定了法律移植的实际效果。^[30]而对于众多法治不太健全的发展中国家，在进行这一法律移植之前恐怕还要考虑一下本国法院和法官的司法能力能否担当鉴别破产企业真实信息的重任。

进一步，如果以重整制度是否同时有效解决了重整程序中债权人、债务人之间的信息不对称和市场风险分担为标准，即便是被世界各国争相效仿的美国破产法第 11 章其实也不合格。前文总结的四大特点中最重要的债权人自治和信息披露只不过是高昂的谈判成本和协调成本部分解决了重整程序中的信息不对称问题，却丝毫没有解决破产企业经理层、一般债权人、股东和有担保债权人由于其不同的风险态度和利益取向对待重整市场风险的动机差异以及随后的机会主义行为。有担保债权人往往希望公司及时清算以便尽快收回其资产，但美国破产实践中的第 11 章申请状都是由公司管理者提起的，他们进入第 11 章的目的不在于该章程序对公司资产保护是否最好，而仅仅在于重整“在他们看来是保住自己工作的一个方法，至少是保持一段时间”。因此，由于第 11 章程序缺少在多种所有权人之间进行市场风险分担的有效机制，该程序“通常是为管理者、股东和其他不具优先权的所有者赢得时间，但却损害了更为优先的所有者。它通常只是通向第 7 章或州法下的清算程序的一个中转站。”^[31]美国加利福尼亚州中区联邦破产法官巴里·拉塞尔博士也指出，“可以清楚地看出，第 11 章程序是迎合了债务人的需要。债务人可以从自动中止执行中获得收益，借以摆脱严重的经济状况所造成的危机。”^[32]意在拯救企业和保障社会利益的美国重整程序很反讽地成了债务人实际上的紧急“避难所”和破产“中转站”。

因此，从 1998 年起，美国国会多次提出的破产法修正案都与防止对包括重整程序在内的破产制度的滥用紧密相关。2000 年的破产修正议案缩短了第 11 章债务人享有的提出方案

[28] 日本的情况可能有点特殊，虽然债权人在重整程序中的地位不高，但一方面由于主银行制在商界的普遍存在，一个企业由于资不抵债而被申请破产或重整的机会可能并不多；另一方面，由于“公司更生存在多重程序，从申请到终结，最少也需要 1000 万日元的费用及七八年的时间，如此费用与时间与其他法律整理相比，其负担是非常大的……公司更生只能用于有再建价值的企业。”因此要说其重整制度的实施效果不好可能有些牵强。关于日本破产法的情况，还可参见[日]宫川知法：“日本倒产法制的现状与课题”，《外国法译评》1995 年第 2 期。

[29] 1962 年制定的韩国《公司重整法》仿效了 1938 年美国破产法的第 11 章和日本的《公司更生法》，但 1997 年亚洲金融危机以来凸显了原有制度的诸多缺陷，因此于 1998 年、1999 年和 2001 年就强化债权人地位、增加重整透明度和缩短重整程序时间等方面进行了多次修改，更多相关的介绍，参见[韩]金星钧：“韩国再建型企业倒闭制度中的重整”，《比较法研究》2005 年第 4 期。我国台湾地区的重整制度效仿的也是日本《公司更生法》，由于民商合一的制度设计，台湾破产法放在“商法”编中。不过由于正文中提及的原因，台湾重整制度实施的效果可能并不好。前几天，台湾大学财经法教授王文宇先生来北大举办讲座，会后和他聊起台湾的破产制度，王教授就坦言重整往往一拖几年，甚至十几年，浪费了不少社会成本而实际效果却并不好。

[30] 有学者将法律移植的原因归结为以下四点：1、实用性动机；2、政治动机；3、象征性动机；4、盲目移植，认为一个成功的法律移植的条件是“引入的法律规则的使用方法与母国相同，并根据本地条件进行修正”。而“引入的法律规则的使用方法与母国相同”就是我所言的法律移植的“实”。参见[日]神田秀树，[美]屈尔蒂斯·米约普：“重新审视法律移植：日本公司法中的董事诚信义务”，载吴敬琏主编：《比较》第 11 辑，北京：中信出版社，2004 年，第 146-147 页。

[31] See, Baird, Douglas G. & Thomas H. Jacson(1984), “Corporate Reorganizations and the Treatment of Diverse Ownership Interests: A Comment on Adequate Protection of Secured Creditors in Bankruptcy”, 51 *University of Chicago Law Review*, pp. 97-130. 该文的精简版已有中文译本，参见[美]道格拉斯·G·拜尔、托马斯·H·杰克逊：“公司重组与多样所有权益之处置：对破产中充分保护抵押权人的一个评论”，载威特曼编：《法律经济学文献精选》，苏力等译，北京：法律出版社，2006 年，第 336 页。

[32] 摘自加利福尼亚中区联邦破产法官巴里·拉塞尔博士 1994 年在中国最高人民法院的报告。转引自李永军：《破产重整制度研究》，北京：中国人民公安大学出版社，1996 年，第 54 页。

和恳请接受方案的专有时间；2001年的修正议案更进一步加强了债务人的义务和责任；2003年的破产法议案目的仍在于防止债务人的机会主义行为和对破产程序的滥用。尤其需要提及2005年10月18日开始实施的破产法最新修订案，由于之前的破产程序往往“被赌徒、购物狂和向债权人隐瞒自己财产而在免征田产税的外州购置房产的百万富翁们滥用”，该修订案对1978年破产法进行了制定以来的最大修订。就第11章程序而言，修正案的变化主要体现在两个方面。一是“限时重组”，即进入破产保护的公司必须在18个月里完成重组计划，公司的独占权期限不可以无限制延长。而在此之前，企业从提出破产到列出重组计划是没有任何时间限制的。二是进入重整程序的公司将受到严格限制，不再可以通过支付丰厚的薪水这一手段挽留高层主管人员。新法案规定，破产公司任何管理人员的“留任奖金”都不能超过普通工人平均工资水平的10倍，并且“留任奖金”只能发给那些能证明自己有其它可提供同样或更高薪资待遇工作机会的人员。^[33]可以看出，美国破产修订案意在通过苛刻的法律规定减少债务人和公司经理层的机会主义行为，但从制度设计的深层机理来看，仍然没能有效解决重整程序中多种所有权人之间的风险分担问题。

四、对中国重整制度设计的启示

“项庄舞剑”，“意”却仍“在沛公”。对以美国为首的各国重整制度的仔细梳理和比较考察，最终落脚点还在于我国重整制度的有效引进和设计。通过分析二战以后各国移植美国重整制度的成败得失，甚至美国重整制度自身难以解决的“痼疾”，作为一个正处于社会转型和经济转轨时期的发展中国家，引进能够融合个体利益和社会利益的重整制度对中国而言虽然非常重要和必要，但一个成功的制度移植和引进却需要具备以下前提：其一，一个具有良好操守和司法能力的法院系统；其二，要移植就要移植该制度的精髓，而不是一些看起来重要的表面规则。尤其需要关注是否引进了那些使得该制度得以有效实施的配套措施；其三，需要理解所移植制度的好处在哪里，其自身不能解决的问题又在哪里，并思考在本国的条件下如何创造条件尽量解决该问题。只有做到了这些，我们移植的重整制度才能真正实现倡导者所言的拯救企业、维护社会经济秩序的积极性功能。

运用前述标准，我们来考察中国现行重整制度能否有效解决信息和风险问题。

作为现行立法的创新亮点之一，中国立法者跟随国际通行惯例在破产法中专章规定了重整制度（即第八章“重整”），共计24个条款（自第70条至第94条）三个部分，分别是“重整申请和重整期间”、“重整计划的制定和批准”以及“重整计划的执行”。仔细研究一下中国的重整制度，可以发现隐藏在相对简单条款下的一些特点。其一，重整程序中的法院主导权。不仅破产管理人的选任、更换和离任由法院一手操办（第22、29条），而且是否接受债务人重整申请（第10条）、有担保债权人能否在特定情形下恢复行使担保权（第75条）、债务人的董事、监事和高管人员能否转让其持有股权（第77条）、是否裁定终止重整程序以及是否在债权人意见不一致时最终批准重整计划方案（第78、79、87条）等重要的决定权通通掌握在法院手中；其二，缺乏应有的信息披露制度。不管在重整开始前还是在重整开始后，除了第8条要求破产申请人提交破产申请书和有关证据，现行法律缺少强制债务人披露企业相关信息的规则；其三，程序之间的转换缺乏灵活度。只有在如下三种情形下，即重整期间出现债务人经营状况恶化等情形（第78条）、债务人或管理人未按期提出重整方案（第79条）以及重整计划执行期内债务人不能执行或不执行重整方案（第93条），法院才能裁定终止重整程序并宣告债务人破产。^[34]

[33]更多内容，参见胡芳：“美国破产法27年来最大修订 新法推限时重整”，资料来源于新浪网，网址：<http://finance.sina.com.cn/roll/20051018/0349352196.shtml>。访问日期：2007年9月21日。

[34]以上相关条款，请参见2007年6月1日起正式实施的《中华人民共和国破产法》。

如果以美国重整制度为标准，我们的制度移植很明显并不到位。首先在足以影响重整效率的破产管理人制度安排上，美国采纳的是债权人拥有管理人选任更换权的“债权人模式”，中国的却是由法院掌控和主导的“法院模式”。^[35]其次，美国重整程序中可依利害关系人的申请召开有助于信息交流和信息披露的听证会，而中国的重整制度中丝毫看不到相似的以信息披露为目的的制度安排。其三，美国重整程序给予了债务人、利害关系人选择转换破产程序的权利，而中国的重整程序只在时间已经耗费、成本已经发生、重整已然失败的情形下才能转换到破产清算程序。其四，虽然美国重整制度给予了法院在债权人谈判“僵局”出现时的最终决定权，但一来其灵活的程序转换已经极大地减少了出现谈判“僵局”的可能性，二来美国法院在整个重整程序中的法定权力远远小于中国法院，三来美国法院和法官的司法能力和职业操守远远高于中国法院和中国法官，因此考虑到中国司法现状，中国重整程序中的法院主导权就可能问题多多。前文提到的法国重整制度（由于忽视债权人利益和缺少信息披露制度，其实施效果并不太好）其实早该是我们立法时的“前车之鉴”。

更进一步，如果以现行重整制度能否同时有效解决重整过程中的信息和风险问题为标准，问题就更大。由于重整必然面临的市场风险，由于重整计划的长期性和不完备性，更由于重整程序中多种所有权人不一致的利益动机和风险态度，处于信息优势方和重整计划执行方的债务人，特别是债务人的管理人员在重整过程中肯定会有很多损害债权人利益的“敲竹杠”（hold-up）行为和机会主义行为^[36]。能否有效解决重整中的风险分担直接关系到重整制度的实施效果和制度成败。但把中国破产法中涉及重整的 24 个条款反反复复看了好几遍，也没有发现有哪一条关照（不要说解决）了重整过程中债务人可能的机会主义行为及其背后的风险分担问题。美国的重整制度虽然也没有完全解决这一问题，但至少 2005 年的修订案规定了“限时重组”和“限制高管薪水”两大意在减少债务人机会主义行为的法律规则。

由于中国目前并没有一个司法能力和职业操守都值得信赖的法院系统，^[37]也由于我们重整制度的法律移植只得其“形”而失其“神”，因此，根据各国重整制度的实践经验和前文总结的重整制度有效性规律，将“宝”押在法院司法能力上的现行重整制度很可能不能实现立法者所希望的拯救破产企业、促进社会利益的公共目标，相反倒容易成为破产企业及其管理层拖延破产清算时间、获得重整收益的策略工具和法律武器。除此之外，由于法院拥有决定破产重整事宜的大量权力，不仅律所、会计师事务所、清算事务所等中介机构为了成为破产管理人向法院或法官“寻租”的冲动，债务人、债务人的董事和经理人，甚至普通债权人为了促成通过对自己有利的重整方案，也有可能贿赂法官以便获得本不属于它的那部分“准租”。因此，中国法院在破产事务中的高度集权最终很可能造成所有破产利害关系人纷纷向法院寻租的“寻租垄断”。对由于司法腐败已然成为中国人潜在“公共知识”而急需“正本清源”以便恢复司法声誉和法律权威的中国法院系统而言，新破产法相关制度的实施可能更是“雪上加霜”。

五、一点余论

20 世纪 70 年代以来，当代中国快速的经济转型和社会变迁生发了对规则之治的强大需

[35] 我的另一篇文章专门讨论了破产管理人制度，其中就有破产管理人制度采纳“债权人模式”还是“法院模式”如何影响到破产财产最大化的实现，参见艾佳慧：“破产程序中的合约安排”，未刊稿。

[36] “机会主义行为”是威廉姆森提出的概念，指由于合约的不完全性，有信息优势的一方当事人有在签约后追求自身利益最大化而损害另一方当事人的动机和行为。See, Oliver E. Williamson, *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, New York 1975; B. Klein, R. G. Crawford, & A. A. Alchian, “Vertical Integration, Appropriable Rents and the Competitive Contracting Process”, *Journal of Law and Economics*, 21 Oct. 1978, pp. 297-326.

[37] 近年来被媒体报道的法院腐败案件可谓数不胜数。一个对中国法院系统有可能存在一个高腐败均衡状态的理论分析，参见何远琼：“站在天平的两端——司法腐败的博弈分析”，《中外法学》2007 年第 5 期。

求，由于缺乏法治传统，在“自生自发”的社会秩序生长缓慢从而不敷市场经济和工商社会之用的前提下，法律移植和规则上的“拿来主义”实际上拥有一定程度上的现实性和正当性。因此，上个世纪90年代法学界热闹的“本土资源”和“法律移植”之争其实并非“水火不容”。^[38]对于以农业经济和村庄秩序为基础的乡土中国，强调本土资源和社会习惯当然无可厚非，而对于已经日渐融入世界市场、以工商经济为主轴的城市中国，吸纳和移植一些有助于降低交易成本和提高市场效率的国外有效立法却也言之有理。虽然就长期而言，乡土中国也在慢慢市场化，城市中国也在生发着一些属于自己的社会规范，但“本土资源论”者和“法律移植论”者眼中的中国分别是乡土中国和城市中国，因而其视角和论点可能有所偏颇却是可以成立的（虽然在理论和智识的层面上我们更看重和推崇前者）。

由于我国在市场经济实践中积淀的经验还不多，更由于经济一体化和市场全球化时代的到来（被大多数国家认可并实际履行的WTO规则就是明证），西方发达国家长期的制度实践其实为我国的市场经济立法提供了一个低成本、快速和潜在的丰富资源库。但就重整制度的移植而言，我们需要了解被移植制度的精髓和本质，也要了解其固有的不足和问题。因此，以一种实用主义的态度借鉴和引进国外的先进立法有其必要性。但有效的法律移植却更看重移植什么、如何移植以及如何根据本国的条件进行修正和完善。

以此为标准，我国新引进的重整制度正是在移植什么和如何根据本国条件进行修正上有所欠缺。基于各国重整实践，也基于理论和逻辑，本文推测现有重整制度的实施可能会带来高昂的社会成本，制度引进者预期的立法目标也可能化为泡影。制度的有效移植（更一般性的，制度的选择和设计）必须考虑制度所要影响的制度参与者的理性选择，考虑信息不对称和不确定性的永恒制约，并进而在考虑了现实条件的前提下制定或选择一些能够融合个体理性和集体理性，或者激励相容（incentive compatibility）^[39]的法律规则。这也是有效机制设计的基本要求。^[40]

（初审编辑：廖艳斌）

[38]相关的重要文献，参见苏力：《法治及其本土资源》，北京：中国政法大学出版社，1996年；何勤华：《法的移植与法的本土化》，北京：法律出版社，2001年；公丕祥：《中国的法制现代化》，北京：中国政法大学出版社，2004年；高鸿钧等：《法律移植与法律文化》，北京：清华大学出版社，2006年。

[39]即激励相容是机制设计理论中的一个术语，是指在市场经济中，每个理性经济人都会有自利的一面，其个人行为会按自利的规则行为行动；如果能有一种制度安排，使行为人追求个人利益的行为，正好与集体或社会价值最大化的目标相吻合，这一制度安排，就是“激励相容”的。

[40]一个对机制设计理论的介绍，参见田国强：“经济机制理论：信息效率与激励机制设计”，《经济学（季刊）》第2卷第2期，2003年1月，第271-308页。