

论小微企业破产程序中的“债务免责”指标及其实现进路

齐砺杰

【摘要】 如果大中型公司的破产清算与重整程序之间是质的差异，那小微企业的清算和重整程序之间只是量的变化。在清算程序的“债务免责”问题上，小微企业对相关规则的需求更接近于自然人的。而债务免责跟财产保留制度不过是一个硬币的两面。因此世行小微企业破产程序中的“债务免责”指标实际上表达的是：小微企业破产需要特殊的豁免财产制度，以期尽可能实现维持企业经营进而保障就业的立法目标。鉴于对重整成功率追求已经被世行专家团队所放弃，因此更优惠的小微企业破产清算制度，比所谓的重整成功更加现实可行。其中的关键是必须要有独特的破产清算程序尤其是适配的债务免责—财产保留规则，即不完全等同于个人破产中的现有制度，更不同于大中型公司破产程序中的。

【关键词】 小微企业 破产 债务免责 营商环境 豁免财产

【作者】 齐砺杰（1976—），男，河北泊头人，英国曼彻斯特大学法学博士。现为深圳大学法学院破产法研究中心主任、副教授。研究方向为商法、破产法。

中图分类号：D922.291 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-0602-（2023）06-0121-18

相较于世界银行原“营商环境评估”（Doing Business，以下简称“DB”）中的“办理破产”（Resolving Insolvency）一级指标，世行新的“营商环境供给项目”（Business Ready，以下简称“B-Ready”）体系中新一级指标“商事破产”（Business Insolvency）^{〔1〕}最引人注目的变化之一

〔1〕有学者认为应当翻译为企业破产，因为企业破产的对称为个人破产，而商事破产的对称为民事破产，各国法律中并无民事破产之概念。

就是引入了小微企业破产专门程序指标(属三级指标)。^[2]该三级指标中又包含了3个四级指标,分别是:(程序的)可得性与可行性(Availability and Eligibility)、程序转换(的可能)(Conversion of Proceedings)以及债务免责(Debt Discharge,或称债务豁免、余债免除等)。应该说这3个四级指标,目前在我国立法中都为空白,^[3]其中前两个四级指标一定程度上可以通过正在进行的《中华人民共和国企业破产法》(以下简称《企业破产法》)修订工作来完成,即使此次修订只是一次“小修”。

但是真正的挑战恐怕来自第3个四级指标即“债务免责”指标。因为小微企业、大中企业、普通自然人的重整—和解程序中的债务免责制度都是相同的:重整、和解之后主体存续,重整计划、和解协议之外的债务获得免除(但这属于当事人之间的意定债务免责)。真正的差别在于清算中的债务免责制度(真正意义上的法定免责),三类主体之间大相径庭。法人类企业(大中型公司)的破产清算中,因企业法人主体资格灭失而被天然豁免余债。普通自然人破产清算后,依法定而免责,自然人继续生活。最难以抉择的是小微企业(非法人企业占比较大)的破产清算,因为企业经营者承担无限(连带)责任,因此,企业本身的主体资格是灭失还是继续存续,对于经营者而言可能并无明显差别,立法上也面临是规定该类企业破产清算之后是继续存续还是必须予以注销的政策选择。

本文关注的是世行“商事破产”中小微企业专门破产程序的下级指标问题。第一章首先要厘清世行所说的“企业”在中国法语境下究竟应包括哪些市场主体?其中较为棘手的是我国的个体工商户是否应纳入小微企业破产范畴的问题。第二章探讨小微企业的划型标准,目前至少存在三种可能的选择,本文对此在深入辨析的基础上提出了独立见解。解决小微企业的概念及划型识别等前提性问题之后,第三章对小微企业破产清算中债务免责问题的特殊性(接近个人破产中的债务免责)进行了理论梳理。鉴于我国目前尚无全国性的个人破产制度,出于现实考虑,第四章探讨了实现小微企业破产清算特别程序下“债务免责”指标的简单路径,当然这些路径虽能暂时起效,但长远来讲对小微企业破产纾困并无真正的实益。最后一章探讨了小微企业破产免责的创新路径,即制定单独的既不同于公司破产清算的,也不完全等同于个人破产清算中的债务免责—财产保留规则。

一、何为中国法语境下的小微企业

根据世界银行中小(微)企业金融部门(the World Bank Small and Medium Enterprises

[2] 对于这个指标,世行前后出现的各种工作文件中对其称呼也是不断变化的。世行2022年新推出的BEE“营商环境”评估体系征求意见稿中,使用的官方表述为Micro, Small, and Medium Enterprises,直译为中小微企业,缩写为MSMEs。而在2023年最终定稿的B-Ready“营商环境供给项目”各种官方文件中,不同章节中分别使用Small and Medium Enterprises(直译为中小企业,缩写为SMEs,不包含微型企业)和Micro and Small Enterprises(直译为小微企业,缩写为MSEs,不包含中型企业)两种表述,后者主要使用在“商事破产”指标中。这透露了两个重要的信息:第一,世行评估体系的各种官方文件由多类撰写人参与,每个指标的参与专家各自不同。出于研究内容与写作目的的要求,所使用的术语有所差别同时也并未进行削足适履式的统一;第二,在“商事破产”领域,世行的专家们认为,中型企业跟大型企业可适用相同的程序。小微企业需要适用单独的程序。原因可能是这样一个事实:微型企业(如中国的个体工商户级别的),本应归自然人破产领域,不需要放入企业破产指标中考察。因为世界银行自DB“营商环境”评估中设立“办理破产”一级指标以来,只评估企业相关的破产程序,并不直接考虑个人破产问题,这一思路继续沿用至B-Ready指标体系中来并无不妥。但是由于目前世界上还有约一半的国家没有自然人破产程序,因此,为了防止小微企业根本没有任何可适用的破产程序,故特意在指标中设置了小微企业破产的专门程序这一指标。

[3] 虽然有《企业破产法》第135条:“其他法律规定企业法人以外的组织的清算,属于破产清算的,参照适用本法规定的程序。”但无法改变“空白状态”之结论。且不论“参照适用”究竟是适用还是不适用、具体如何适用,内容上该条仅允许非法人企业参照适用《企业破产法》进行清算,而不能进行重整与和解。即使是参照适用本法进行清算,也根本没有考虑非法人企业在投资者无限连带责任下,企业如何独立于企业投资者而独立进行破产清算的理论及实操难题。

Finance unit) 的数据, 中小(微)企业在大多数经济体中发挥着重要作用, 约占全球企业的 90%, 就业人数的 50% 以上,^[4] 因此专用于此类企业的破产程序的重要性也就不言而喻。但是对于中小微企业的定义, 目前国际上尚无统一的标准。根据各国的立法例及国际组织的现有规范性文件, 员工人数、预期营业额、资产总额、启动时的投资额、负债总额或类似的财务指标等都有可能成为中小微企业定义的单一或者共同基础。^[5] 世行 B-Ready 指标体系中, 仅在第五章(雇佣员工指标一章)中有提到相关定义, 采用的是员工人数标准, 即雇员少于 250 人(但并未规定下限)的私营企业, 被视为中小(微)企业, 除非调查问卷中对某些特定指标(如最低工资)另有说明。之所以选择这种规模, 是因为中小(微)型企业在全球企业中占比极大, 在新兴经济体的就业和 GDP 中也占比极大。^[6] 但此标准并非写在“商事破产”指标一章, 也未写在总则部分, 仅仅出现在第五章, 即雇佣员工或劳动就业(Labor)指标一章, 所用的术语也是“中小企业”(Small and Medium Enterprises)而非“小微企业”(Micro and Small Enterprises)。鉴于世行评估体系中每个指标的相关概念及方法论部分是由不同学科的专家组分头写作而成的, 因此并不能认为“雇佣员工”指标下对中小企业的定义就必然适用于“商事破产”指标中对小微企业的定义。

至于什么是世行所说的企业(enterprises), 指标体系的各类文件中并无明确解释, 应尽量采用较为宽泛的定义, 国内立法中最可比照的可能是《中华人民共和国市场主体登记管理条例》(以下简称《市场主体登记管理条例》)第 2 条中所说“需登记的市场主体”概念。^[7] “商事破产”指标所能涵盖或考察的具体企业类型, 依据《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)的规定, 在我国理论上至少应包括: 公司、农村集体经济组织法人(因土地权属性质目前对其破产能力尚有争议)、城镇农村的合作经济组织法人、^[8] 合伙企业、个人独资企业、不具有法人资格的专业服务机构。^[9]

最难处理的是我国的个体工商户(英文文献中较为接近的概念是 self-employed individuals, 直译为自我雇佣者,^[10] 与之相似的概念还有 sole proprietorships、^[11] 或者 individual businesses), 根据《民法典》归入自然人而非企业, 但是在劳动法领域中个体工商户被纳入个体经济组织,^[12] 不同于企业, 但似乎也不完全等同于民法上之自然人。在《民法典》颁布之前, 我国法学界对于个体工商户法律地位的学说, 据梳理大体有:^[13] 1. 自然人说、2. 准法人说、3. 特殊主

[4] 《B-Ready 方法论手册》, 第 27 页。

[5] 《B-Ready 方法论手册》, 第 27 页。

[6] 《B-Ready 方法论手册》, 第 5.1.3 Firm Characteristics, 第 264 页。

[7] “本条例所称市场主体, 是指在中华人民共和国境内以营利为目的从事经营活动的下列自然人、法人及非法人组织: (一) 公司、非公司企业法人及其分支机构; (二) 个人独资企业、合伙企业及其分支机构; (三) 农民专业合作社(联合社)及其分支机构; (四) 个体工商户; (五) 外国公司分支机构; (六) 法律、行政法规规定的其他市场主体。”

[8] 截至 2022 年 4 月, 我国统计有农民专业合作社 222.4 万户。林丽鹂:《有条件有信心持续激发市场主体活力——访国家市场监督管理总局党组成员、副局长蒲淳》, 载《人民日报》2022 年 5 月 9 日, 第 2 版。

[9] 实践中, 可能还有“小微企业”是否应包括适格的外国公司分支机构的问题也值得讨论, 但由于该类主体涉及跨境破产是否可能之问题, 限于篇幅, 本文中暂付阙如。

[10] 这主要是一个税法概念, 因为独资企业主和合伙人都被认为是自我雇佣者。见美国国内收入署 (Internal Revenue Service, 即美国国税局, 缩写为 IRS) 官方网站上对自我雇佣者范围的界定, <https://www.irs.gov/businesses/small-businesses-self-employed/self-employed-individuals-tax-center>, 访问日期: 2023 年 8 月 17 日。

[11] 更接近于中国法意义上的独资企业, 但翻译为个体工商户也未尝不可。

[12] 《中华人民共和国劳动法》(以下简称《劳动法》)第 2 条。

[13] 蒋大兴:《超越“模仿企业/公司”的逻辑——中国小商人(个体工商户)法政策之定位优化》, 载《现代法学》2023 年第 2 期, 第 5 页。

体说、^[14] 4. 个体商人说、5. 微型企业说^[15]等数种,至今仍有进一步讨论之空间。当然如果根据2021年国务院公布的《市场主体登记管理条例》第2条,似乎还可以加上一个“需登记的市场主体说”。但无论何种学说,都难以否认目前我国的个体工商户中,至少有相当一部分(尤其是具有一定数量签订了劳动合同的雇员且具有字号的)具有跟企业几无差别的组织性商人的形态及性质。目前无论是理论上还是实践中,管理费的征收、帮手、学徒、雇员及其数量限制等用于区别个体工商户与其他经济组织形式的差别与特征,随立法修改都已不复存在了。个体工商户与个人独资企业、合伙企业、一人有限公司等经济组织形式的边界变得日益模糊或者在实质性淡化。鉴于我国长期对大、小商人的法律规制存在管理上的混同,即倾向于将对个体工商户的管理极尽“模仿企业/公司”之能事,在商事登记、从业人员、账户开设、财产主体、会计制度、纳税主体、责任承担、营业条件、市场监管等方面,并未对个体工商户给予区别于一般企业/公司的管理方式或特殊优待。^[16]因此,在讨论个体工商户是否应被涵盖在破产纾困特殊保护的对象之时,不宜将其排除在小微企业专门破产程序的适用主体之外,尤其是在目前全国范围内的个人破产制度尚未落地生根之时,^[17]以避免个体工商户陷入到两头保护不到位的尴尬境地。

当然在世行具体的评估过程中,为了方便考察,目标企业通常都是选取有限责任公司(或与其等同的法律实体)。但是世行长期以来所致力考察、新旧指标所意欲涵盖的是所有商事主体的“营商环境”,而绝不仅仅是“公司的营商环境”。因此,有充分理由相信,世行B-Ready评估体系中所说的“企业”跟美国《破产法典》第11章第5节(由2019年《小规模经营重整法》即Small Business Reorganization Act引入,)所指的“Small Business”^[18]以及欧盟委员会2003年通过的专门用于定义中小微企业的《中小微企业建议书》中的“企业”概念,^[19]逻辑外延大致相同。均宽于中国《企业破产法》中所说的企业,而包含各类非法人的小微企业和商自然人。因为无论从注册数量还是创造就业岗位的角度而言,小微企业和商自然人的总量及其对就业率的贡献都大于法人企业。^[20]总之,小微企业的概念核心是“小微”(规模)而非“企业”(类型)。因为在繁荣

[14] 认为个体工商户是特殊的民事权利主体,既有一部分自然人属性,又有一部分与法人相似的属性。李友根:《论个体工商户制度的存与废——兼及中国特色制度的理论解读》,载《法律科学》2010年第4期,第107-118页。

[15] 有学者建议,“微型企业说”是未来的改革方向。黄波、魏伟:《个体工商户制度的存与废:国际经验启示与政策选择》,载《改革》2014年第4期,第100-111页。

[16] 蒋大兴:《超越“模仿企业/公司”的逻辑——中国小商人(个体工商户)法政策之定位优化》,载《现代法学》,2023年第2期,第3页。

[17] 深圳目前所立的个人破产案件中,债务人(夫妻)已经出现了多个个体工商户。如李某某、温某个人破产重整案(2022)粤03破124、125号(个22、23)和王某、蔡某个人破产重整案(2022)粤03破369、370号(个28、29)。

[18] 根据美国《破产法典》第11章第5节,(Small Business)“债务人——(A)除第(B)目另有规定外,是指从事商业或商业活动的人员(包括该人员的任何关联公司,该公司也是本篇下的债务人,但不包括主要活动为拥有单一房地产资产的人员),其在提交破产申请或获救济令之日非或有、已清算的担保和无担保债务总额不超过\$7,500,000(不包括欠1个或多个关联公司或内部人士的债务),其中不少于50%是由债务人的商业或商业活动引起的,……”

[19] Commission Recommendation of 6 May 2003 Concerning the Definition of Micro, Small and Medium-sized Enterprises (2003/361/EC). 该建议书附件第一条就是企业的定义:“企业被视为从事经济活动的任何实体,无论其法律形式如何。这尤其包括从事工艺或其他活动的个体经营者和家族企业,以及经常从事经济活动中的合伙企业或协会。”

[20] 在国务院新闻办公室2022年11月1日举行的政策例行吹风会上,国家市场监督管理总局、国家发展改革委、司法部、税务总局有关负责人介绍《促进个体工商户发展条例》有关情况时,公布的数字显示:截至2022年9月底,仅全国登记在册的个体工商户就达1.11亿户,占市场主体总量的2/3,是2012年的2.75倍。而且这些登记在册的个体工商户,未来大量会转为各类企业。2022年10月1日,国务院公布《促进个体工商户发展条例》,自2022年11月1日起施行,《个体工商户条例》同时废止。《促进个体工商户发展条例》第13条:“个体工商户可以自愿变更经营者或者转型为企业。变更经营者的,可以直接向市场主体登记机关申请办理变更登记。涉及有关行政许可的,行政许可部门应当简化手续,依法为个体工商户提供便利。”

经济、增加就业、推动创业创新、方便群众生活等方面真正产生效果的从来都是而且永远都将是商业主体的规模和数量而非主体的类型。

二、“商事破产”指标下小微企业的划型标准探讨

鉴于什么是(中)小微企业目前全球没有统一的定义,世行允许各国根据具体国情界定本国的(中)小微企业。如前所述,世行公布的B-Ready指标体系在一级指标“雇佣员工”中,采用的是员工人数标准,即雇员少于250人的私营企业被视为中小(微)企业。而在之前2018年世行工作组名为《拯救企业家、拯救企业:中小微企业破产处理建议》的著名报告中,曾在“办理破产”指标部分,建议以企业申请破产时所负担的债务数量作为衡量是否中小微企业的标准。^[21]该建议跟现行美国《破产法典》第11章第5节所规定的相一致。欧洲部分国家和亚洲的韩国等,^[22]也都以债务数量作为启动特别破产程序的标准。无论员工人数标准还是债务金额标准,都属于较为简单的单一指标划型方式。

相比而言,我国2017年修订的《中华人民共和国中小企业促进法》(以下简称《中小企业促进法》)采用的是较为复杂的多样化标准。该法第2条规定:

“本法所称中小企业,是指在中华人民共和国境内依法设立的,人员规模、经营规模相对较小的企业,包括中型企业、小型企业和微型企业。

中型企业、小型企业和微型企业划分标准由国务院负责中小企业促进工作综合管理的部门会同国务院有关部门,根据企业从业人员、营业收入、资产总额等指标,结合行业特点制定,报国务院批准。”

此前我国中小企业的划分是依据2011年6月18日发布的《中小企业划型标准规定》(工信部联企业〔2011〕300号)文。2017年之后国家统计局颁布了新的划型标准,即《统计上大中小微型企业划分办法(2017)》(国统字〔2017〕213号)文,在上述条文的基础上,依照不同行业,^[23]根据现行统计制度(现有的统计口径),规定了从业人员、^[24]营业收入、^[25]资产总额(资产总计)三类具体的企业划型指标,制定出较为复杂的评判列表(即不同行业,根据不同的人员、收入、资产数量来划分为不同规模的企业,并没有无行业差别的单一标准)。据2021年4月间的消息,由

[21] World Bank Working Group on The Treatment of MSME Insolvency, Saving Entrepreneurs, Saving Enterprises: Proposals on the Treatment of MSME Insolvency, 2018, p.27.

[22] 如韩国《债务人重整与破产法》第2部分(重整程序)第9章(经营性小额收入者的简易重整程序)第293-2条第2款:“小额营业收入者,是指负有不超过总统令规定数额债务的营业收入者,其中,申请重整时重整债权和重整担保债权总额不超过50亿韩元;……”

[23] 共划分了农、林、牧、渔业,采矿业,制造业,电力、热力、燃气及水生产和供应业,建筑业,批发和零售业,交通运输、仓储和邮政业,住宿和餐饮业,信息传输、软件和信息技术服务业,房地产业,租赁和商务服务业,科学研究和技术服务业,水利、环境和公共设施管理业,居民服务、修理和其他服务业,文化、体育和娱乐业等15个行业门类以及社会工作行业大类(即总共16个行业)。

[24] 是指期末从业人员数,没有期末从业人员数的,采用全年平均人员数代替。

[25] 工业、建筑业、限额以上批发和零售业、限额以上住宿和餐饮业以及其他设置主营业务收入指标的行业,采用主营业务收入;限额以下批发与零售业企业采用商品销售额代替;限额以下住宿与餐饮业企业采用营业额代替;农、林、牧、渔业企业采用营业总收入代替;其他未设置主营业务收入的行业,采用营业收入指标。

工信部牵头的《中小企业划型标准规定》修订工作,已形成意见稿,正在征求意见。^[26]

综上,针对世行B-Ready评估指标体系中一级指标“商事破产”下的小微企业破产专门程序而言,判断是否小微企业的划型标准至少存在三种较为合理的方案:

(1)以单纯的雇员数量为标准:即在世行B-Ready评估指标体系中实现内部(各一级指标间)划型标准的统一;

(2)以单纯的债务总额为标准:即美国《破产法典》第11章第5节(小企业破产专门程序)所采用的标准;

(3)复合型指标:我国《中小企业法促进法》即未来修订后的《中小企业划型标准规定》所确定的划型标准。

本文主张采用第(2)种方案即单纯的债务规模作为区分是否小微企业的划型标准。理由如下:

1. 为什么不采用《中小企业促进法》的划型标准

小微企业的破产受案标准是否要采用《中小企业促进法》所规定的标准呢?并不必然。因为《中小企业促进法》所规定的划型标准无论是目的、功能、意义还是法律地位方面都有其独特性,跟世行所倡导的破产特殊程序适用主体之间存在相当的差异:

(1)标准的不同。人员、收入、资产信息对于实现“企业促进”这一目标是必须的,意在考察目标企业是否正常经营。人多、收入多、资产多,企业兴旺发达,就值得促进、值得投入更多的资源,一切顺理成章。易言之,《中小企业促进法》的基本思路跟市场化风险投资的逻辑是一样的,属于“有就再给你”的强者扶持政策。选优扶强、锦上添花才是最好的投资策略,即使是政府性投入也必须遵循这个规律无疑。此外,《中小企业促进法》是为了统计的方便而规定采用人员、收入、资产三类标准,即以是否有现成、方便可用的统计口径为重要的考量。现行中国统计制度中,一直都常态化地进行企业人员、收入、资产三类数据的统计,因此,直接采纳、继续沿用的成本最低、最为现实可行。

而小微企业的破产专门程序,则属于“雪中送炭”式的纾困路径。再好的企业,其发展壮大的过程也不可能总是一帆风顺。九死一生、败而不亡、愈挫愈奋恐怕才是很多科技独角兽(今天强大如华为、ASML、英伟达,当年也曾经有过命悬一线、死中求生的经历,可能还不止一次)破茧而出的必由之路。因此破产法所规定的划型标准,是为了办理破产案件的实际需要而采用的。企业通过重整计划、和解协议的难度或者是否方便给予尽快的破产免责,主要在于债权人数量和债权性质、金额大小等问题。且我国现行统计制度中并没有“企业申请破产时所负担的债务数量”这样的口径,债务多少也与企业是否值得促进没有必然联系(不能说欠债越多越需要多多扶持,同样也不能说债务越少越值得扶持,债务和促进之间没有正相关关系),当然不必也不会纳入到政府统计机关的统计范围内,因此不会体现为政府促进企业的分型标准(否则将无谓地增加统计工作的成本与难度)。

(2)标准的作用不同。采用债务金额标准,很大程度上就能实现对破产案件复杂程度的有效区分。

[26]从征求意见稿来看,中、小、微三种类型的具体标准根据企业从业人员、营业收入、资产总额等指标以及企业控股等情况,结合行业特点制定。对比2011年印发的《中小企业划型标准规定》(工信部联企业[2011]300号,以下简称“300号文”),意见稿将过去划分的16个行业,合并减少为9个,定量标准则有松有紧。在300号文中,农林牧渔四个行业,营业收入50万元以下为微型企业,而意见稿修订为营收300万元以下,即为微型企业。工业行业中,300号文中对中小企业认定标准为从业人员20人以下或营业收入300万元以下的为微型企业,而意见稿中将其修订为从业人员20人以下且营收为2000万元以下。在意见稿中,工业行业以及其他行业,中小企业认定标准都是双重的,包括从业人员数量和营收,以前为单项选择。

而且未必存在“指标越多越复杂，重整可识别性就越好”的情形。破产案件的复杂程度跟法院的人员配置、破产管理人的工作时长和报酬收取都直接相关。管理人工作中的重点、难点之一就是审核破产债权，而后续重整计划、和解协议的协商难度，也在于债权人会议中参与表决的债权人和债权额的数量及其多样性。债权总额少的，债权人人数通常也少，债权人的种类通常更为单一，管理人与之私下沟通、协商的时间成本、费用就低。且债务数量通常跟企业的从业人员、营业收入、资产总额等指标成正比，一个员工多、收入多、资产多的企业，不太可能因为一点小额债务就走到破产的境地。因此，采用债务数量标准，具有牵一发而动全身、提纲挈领之作用，是以简驭繁的有利抓手。

反之，追求多指标、复杂指标，反而可能会因为真实信息不足，而陷入识别的盲区。如小企业没有完善的会计资料、管理不规范，或者存在个人与企业的财产和债务混同的情形，会导致从业人员、营业收入、资产总额等指标严重失真。^{〔27〕} 相比而言，债务金额失真的情况虽然也有，但是可能性要低得多，尤其是对于融资难度一向较大的小微企业而言。^{〔28〕}

(3) 标准的地位不同。《中小企业促进法》统计这些指标主要是要用于企业促进，人员、收入、资产指标能够说明促进的必要性。组合使用兼具选入与选出的功能，大型、中型和小型企业须同时满足所列三类指标的下限，否则下划一档（如中型企业不能同时满足人员、收入、资产指标下限的，被视为小型企业）；微型企业则只须满足所列指标中的一项即可。

而债务金额标准是小微企业适用特殊破产程序的单一选入标准，其他的标准不是不可以使用，但是通常是作为选出标准来使用。即破产法可以将从业人员、营业收入、资产总额作为例外标准，即一旦符合规定的将被视为非小微企业而适用标准破产程序而非特殊程序。比如虽然债务数量不高，但是从业人员数量众多（当然这种情况现实中存在的可能性较低），则说明案件的复杂性另有来源，不宜被作为小微企业来办理破产。或者更常见也更合理的是，虽然债务数量不高，但是债权人认为小微企业有破产欺诈情形的，同样不能适用如简易程序一类的特别通道。因为债务数量虽然是好用的指标，但不是证明案件复杂程度的唯一指标。^{〔29〕} 即采用债务数量标准，并不妨碍立法同时规定其他指标用以否定债务数量标准。

〔27〕“小微企业经常可能是在没有另外单独的法人形式下运作，其商业债务和个人债务紧密混合一体，并且实行一种集中治理模式，所有权、控制权和管理权相互重叠（通常在一个家庭内）。可能很少或不存在商业记录，包括企业主、家庭成员、朋友和参与企业运营和融资的其他个人之间的交易记录。关键的商业资产（如工具或其他基本设备），可能没有明确确立的所有权。业主将个人资产用于商业目的，并将商业资产用于个人或家庭需要的情况并不少见。为小微企业提供的劳动和服务可能不按通常的商业惯例加以记录或支付报酬。”见联合国国际贸易法委员会第五工作组（破产法）：《简易破产制度文本草案》（A/CN.9/WG.V/WP.172），2021，第21页。

〔28〕小微企业融资难是一个人人皆知的事实。大多数小微企业的资金主要来源于自筹资金、民间借贷、风险投资、银行贷款这几条途径。据2013博鳌论坛发布的《小微企业融资发展报告：中国现状及亚洲实践》（由博鳌亚洲论坛的官方杂志《博鳌观察》、中国光大银行以及工业和信息化部中国中小企业发展促进中心联合制作，项目主持人巴曙松）显示，在有融资需求的小微企业中，67%的选择向银行贷款。银行依然是为中小微企业提供融资服务的主力军。具体而言，从银行获得融资又主要有两种渠道：1. 以企业名义（采取公司形态的中小微企业其融资归入企业贷款业务）进行经营性融资，银行一般采取房产抵押或者权利质押的贷款方式，所以只要有担保物的存在（该房产无论是在企业主个人名下还是在企业名下），银行还是非常有意愿发放贷款的。如果没有担保物，则据全国工商联2012年发布的《我国中小企业发展调查报告》显示，90%以上受调查的民营中小企业难以从银行获得贷款；2. 非公司的企业以及以个人名义为企业经营进行融资。我国大量小微企业融资朝着“个贷化”的方向发展。名为个人贷款实为企业贷款的现象呈现出“普遍化”、“形式多样化”（包括名为个人消费贷款或个人信用卡透支等情形）的特征，造成银行类金融机构的贷款数据失真。王焱、张文斌：《小微企业融资“个贷化”现象调查与分析》，载《中国市场》2018年第25期，第51—52页。但是这种失真只是实际上企业的债务伪装成了非企业债务，而不是反过来。因此，这种失真对破产案件将企业债务规模作为案件分流依据的影响不大。

〔29〕World Bank Working Group on The Treatment of MSME Insolvency, *Saving Entrepreneurs, Saving Enterprises: Proposals on the Treatment of MSME Insolvency*, 2018, p.27.

(4) 各类国内法之间并不都需要以世行指标为依归。世行的指标某种意义上只是营商环境的一种底线设计,各国并非不可以有更高的目标追求。如《中小企业促进法》法中所能囊括的“促进”手段,如资金扶持、信贷优惠、用地补贴、评优奖励、政策导向与税收优惠等,就不是一般意义上的营商环境问题。服务不同立法目的国内法当然可以设置各自觉得最为合理的分型标准。

2. 为什么不采用单一的雇佣人员数量标准

首先,如前所述,《B-Ready 方法论手册》中出现的雇佣人员数量标准并非写在“商事破产”一章或总则部分,且评估体系中每个指标的相关概念及方法论部分是由不同学科的专家分头写作而成的,因此并不能认为“雇佣员工”指标中对小微企业的定义就必然适用于“商事破产”。因为在目前颁布的 B-Ready 体系其他官方文件(世行 2023 年与方法论手册同时颁布的《B-Ready 操作手册和指南》以及 2022 年底颁布的《BEE 项目概念说明》)中,都未见对小微企业的统一定义。可见,世行并没有把雇佣员工指标一章的划型标准强行用于其他 9 类一级指标的意思,因为那样做未必科学。

其次,破产案件的办理中,劳动债权是单一种类的债权。雇佣人员数量的多少,并不必然增加案件的复杂程度。实践中,小微企业破产重整、和解是否成功也主要不取决于劳动债权的债权人人数。我国目前决定重整、和解是否可能成功的最主要因素,往往取决于是否有银行等机构债权人以及具体是哪家银行等客观因素上的微小差异。目前情况下,如果是国有商业银行为债权人,则案件重整、和解的推动难度反而是最大的。因为出于内部风控的需要,任何案件债务的减免都需要总行批示才能办理。地方小银行因其内部管理层级较少,在这个问题上反而具有一定的灵活性。如果全部是供应链债权人则灵活度更高,抱团取暖式的重整、和解是成功率最高的,因为当债权人全部是破产企业的上下游企业,以保全供应链和拯救现有客户为目的的破产拯救手段,在救助债务人的同时也在(预防性)救助债权人自己。否则最终供应链断裂,债权人也难以独善其身。

再次,“商事破产”指标与其他指标最大的区别在于,它是一种司法类指标,而非行政类指标。必须考虑与该国现有的立法体系、法治环境、司法条件等相契合,起码要尊重案件实际办理的可能性。很难想象法院在破产案件中仅以企业雇佣人数的多寡作为繁简分流的依据。2020 年 1 月,全国人大常委会授权最高人民法院在部分地方开展民事诉讼程序繁简分流改革试点工作,^[30] 主要以诉讼标的金额为划型依据。破产案件中的争议标的金额就是债权总额,而案件的事实是否清楚、权利义务关系、争议大小等主要也是跟债权的类型有关。债权类型越多案件越复杂,而单一类型的债权(如劳动债权)数量大,可能会影响案件的复杂程度,但通常不构成决定性影响。当然实践中,破产及其衍生案件繁简识别标准极为复杂,^[31] 需要我国法院根据实际情况进一步摸索。但是鉴于目前破产债权总额的分型识别标准已经见于若干外国立法例中,多少证明了该标准的可行性,因此,本文

[30] 《民事诉讼程序繁简分流改革试点实施办法》中规定对于诉讼程序而言,事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单金钱给付类案件(即当事人仅在金钱给付的数额、时间、方式上存在争议),标的额为人民币 5 万元以下的,适用小额诉讼程序,实行一审终审。对于标的额在人民币 5 万至 10 万元的案件,允许当事人合意选择适用小额诉讼程序。

[31] 除散见在《民事诉讼法》和《民事诉讼程序繁简分流改革试点实施办法》等多个文件中的一般民事案件繁简分流识别标准外,各地法院很少制定相应的识别标准细则,原因是标准难免带有较大的主观性,如对“事实清楚、权利义务关系明确、争议不大”的判断标准就缺乏可操作性,一千个人会有一千个哈姆雷特。实践中多数法院会以卷宗数量和标的额及当事人人数多少作为判断案件难易程度的初步标准。而在破产衍生案件中,由于管理人作为债务人诉讼代表的参与,使得前述的判断标准进一步失效。因此有法官建议,“破产衍生诉讼案件的繁简识别标准需要在合理提炼要素的前提下制定基本原则,并辅之以个案识别特殊要素,在正面清单与负面清单的基础上,将定性问题定量化。”见王晓青:《破产衍生诉讼繁简分流实证分析——以上海法院近三年来受理的破产衍生诉讼案件为样本》, <https://m.163.com/dy/article/HUJDLDEM0514ILJ5.html>, 2023 年 8 月 18 日访问。

建议优先考虑采用该标准或者以债权额为主、参考其他标准的复合型案件分流标准。

此外,欧盟对小微企业的定义中,有一个“独立性企业”(Independent enterprise)或“自主性企业”(autonomous enterprise)原则值得特别注意,简言之就是该小微企业必须是一个独立自主的企业,而不是大中企业的一件“马甲”或者通过其控制着其他的大中型企业。欧盟是全世界最早关注中小微企业的重要国际组织之一,早在2003年欧盟委员会就通过了专门用于定义中小微企业的《中小微企业建议书》,目前该建议书依然有效,虽然关于中小微企业的分型标准在2005年时略有调整。根据该建议书正文第(9)和(10)条以及附件第1条第(1)–(3)款的规定,^[32] 小微(不含中型)企业指下列企业:

- “——员工少于50人,并且
- 要么
- 年营业额不超过1000万欧元,或者
- 年度资产负债表总额不超过1000万欧元,
- 是一个自主性企业。^[33]”

如果不对企业的自主性或独立性进行要求,小微企业可能就并非真正意义上的小微企业。那对其提供的优惠政策或利益倾斜就值得商榷。因此我国在定义小微企业时,是否应该采用这一识别原则?企业促进法与破产法视角下企业独立性问题是否需要差别对待?诸如此类的问题将非常现实地摆在立法者面前。鉴于企业独立性或自主性是一个非常复杂的公司法问题,涉及甚至超出关联企业、集团公司、投资者连带责任等一系列商业组织法的基本范畴,因此需专门的深入研究,限于篇幅本文不作展开。

三、小微企业债务免责的理论证成

小微企业特殊破产程序属于世行评估体系下的第三级指标(一级指标“商事破产”、二级指标:支柱一 破产程序法规的质量),其下还有3个四级指标,分别为:(程序的)可得性与可行性(Availability and Eligibility)、程序转换(的可能)(Conversion of Proceedings)、债务免责(Debt Discharge)。

其中“(程序的)可得性与可行性”是指专门为小微企业破产所使用的程序是可得与可行的。《B-Ready 方法论手册》中解释为:破产法中存在专门用于小微企业的简化破产程序,其中确立了债务人必须符合某种标准,才有资格参加该简化的清算或重整(含和解)程序,并规定了适格的债权人可以在什么条件下申请启动该简化程序,同时要求如果债务人在其财务困境的早期阶段申请重整的,无需证明其已无力偿债(当然更无需证明其有重整成功的可能性)。^[34] 相对而言,这一指标落实的难度不大。比如在目前正在修订的《企业破产法》中加入相应的简易或快速程序,并规定适用于特定条件的小微企业,就可以达到评估得分的要求。

“程序转换(的可能)”则是指:破产法中存在一种机制,规定在简化的重整程序中的任何时候,

[32] 见欧盟官网: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32003H0361>, 2023年8月30日访问。

[33] 该小微企业不能是合伙人也不能是其他企业的关联企业(一般以控股25%以上为标准),为鼓励商业发展的特殊情况除外。

[34] 《B-Ready 方法论手册》,第733页。

如果法院确定债务人无力偿债且不可能重整成功的,该程序随时都可以中止并转为清算。^[35] 这个指标在我国目前《企业破产法》中有类似的规定(第78、79、88、93、99、103、104条),无论是清算转重整、和解,还是重整、和解(含重整计划与和解协议执行过程中)转清算,都有明确的规定,这在公司破产中并不存在问题。相对而言,小微企业破产中要单独实现这一指标的技术难度也不大,将现行《企业破产法》中的前述条文复制到小微企业破产的专门程序规定中即可满足要求。^[36] 但是如果将该指标跟下一个“债务免责”指标放在一起考虑的话,就将带来非常棘手的立法技术问题。

最为棘手的第3个四级指标即债务免责,《B-Ready 方法论手册》规定得有一定理解上的难度。原文为“Existence of provisions providing that the conditions attached to the discharge of the MSE's debt are kept to a minimum, in addition to specifying the criteria for denying a discharge”。^[37] 可翻译为“存在对小微企业债务免责所附条件保持在最低限度的条款,除了规定拒绝豁免的标准外”。《B-Ready 方法论手册》在该章之后所附调查问卷的第38题表述得更为清楚,即该指标考察的是“法律框架是否规定了小微企业破产程序中债务免责的条件,以及拒绝债务免责的标准”。^[38] 易言之,“债务免责”指标考察一国的破产法中,是否对小微企业破产程序中的债务人给予债务免责(债务豁免、余债免除)及其条件,虽然该国法律可以规定拒绝债务免责的条件,但是言外之意是除了少数法定的例外情形,应以债务法定免责为基本原则。

破产尤其是个人破产中的债务免责问题,一度成为我国破产学界的热点问题,很多学者进行过专门研究,^[39] 甚至上升到了宪法的高度。^[40] 实际上破产免责制度跟公司有限责任不过是一个硬币的两面而已,并无本质的区别。都是法律给予市场主体参与市场竞争的保护性制度,缺乏此类保护的话,鼓励投资者参与淘汰率极高的商业竞争就会过于残酷。在世行专家团队看来,有限责任和债务免责制度的差别,不过一个是事先划定资产范围的提前免责(前端免责制度),一个是事后划定破产财产范围的后置免责(后端免责制度),就其实质而言差异甚小,都是鼓励参与投资、参与

[35] 《B-Ready 方法论手册》,第733、762页和该章所附问卷的问题37(Questionnaire No.37)。

[36] 当然还有一个问题《B-Ready 方法论手册》中语焉不详,那就是小微企业的破产专用程序中需不需要设置清算转重整、和解的可能性,类似我国《企业破产法》第70、95条之规定。也就是受理清算案件之后,到破产宣告之前,程序是否能转换为重整、和解。这个问题看似简单,实际上牵涉的问题颇多,比如破产清算程序的申请人是谁、禁止反言原则、债务人继续经营的意愿、小微企业或者个人破产相比企业破产的特殊性等问题。

[37] 《B-Ready 方法论手册》,第733页。

[38] 《B-Ready 方法论手册》,第762页和该章所附问卷的问题38。

[39] 李永军:《论破产法上的免责制度》,载《政法论坛》2000年第1期,第23页;韩中节、高丽:《破产免责制度立法模式的比较考察及借鉴》,载《法学杂志》2010年第10期,第47页;许德风:《论个人破产免责制度》,载《中外法学》2011年第4期,第742页;蔡晓荣:《从负债应偿到破产免责:破产债务清偿责任衍进的中国法律史叙事》,载《法学家》2013年第6期,第93页;刘静、刘崇理:《建立我国个人破产制度若干问题研究》,载《人民司法》2020年第19期,第79页;欧元捷:《论个人破产建构的中国逻辑——以破产与免债的界分为起点》,载《山东社会科学》2020年第3期,第74页;刘颖:《日本的个人破产免责制度及其借镜》,载《经贸法律评论》2020年第5期,第61页;丁燕、孙若冰:《论我国个人破产免责制度的构建》,载《经济法学评论》(第20卷,2020年第1辑),中国法制出版社2020年版,第44页;徐阳光:《个人破产免责的理论基础与规范构建》,载《中国法学》2021年第4期,第201页;贺丹:《个人破产免责的中国模式探究——一个国际比较的视角》,载《中国法律评论》2021年第6期,第61页;马哲:《论个人破产余债免除制度在我国的适应性及其构建》,载《中国政法大学学报》2019年第4期,第171页。

[40] 《中国法律评论》2020年第6期有一个“破产法的宪法维度”专论板块,其中两篇文章考察了免责制度的合宪性问题。见王斐民:《个人破产法的宪法维度》,载《中国法律评论》2020年第6期,第25页;丁燕:《破产免责制度的合宪性考察》,载《中国法律评论》2020年第6期,第34页。

经营的重要手段。^[41] 因此也都必然是一国营商环境的重要组成部分和核心考量要素。

此外,破产免责还是一个全部市场主体的平等待遇问题。所有的市场主体,无论是法人还是自然人,都有客观上无法继续获得收益从而清偿债务的可能,法人可以是因为经营不善、技术老化,自然人也可以是因为年龄、健康等原因而无法工作,因此,客观上都有不能偿债之问题。^[42] 如果允许法人破产免责(而不追击其身后的股东),那自然人也应当具有同样的权利(而不影响其后的人生或者其家人)。也就是说全部市场主体之间待遇要平等,要么全部都可以破产,要么全部都不能破产,如果一部分主体可以破产,一部分主体不能破产,就成了“我欠你的要还,你欠我的可以不还”。市场逻辑就会发生断裂,而这种逻辑断裂,势必造成对宪法基本原则的违反。^[43]

有的人认为允许债务人破产免责,会对债权人造成损害。这种思维是错误的,首先,债务人获得破产免责不是没有高昂对价的,那就是会陷入到接近“社会性死亡”的信用惩戒状态。其次,债权人和债务人是相对的,每个市场主体都可能在这个场景、这个时间成为债权人,而在那个场景、那个时间成为债务人。即使是放贷的银行等金融机构,也不是只有债权人这一个身份(商业银行在放贷的同时也是存款人和央行的债务人)。因此,债权人还是债务人是相对概念,或者说“两者”根本就是潜在的同一个人。不存在破产免责有利于债务人而损害债权人利益的问题。最后,破产免责是对所有市场主体(潜在的债务人)给予的最低限度保障,可以理解为滴灌式的“精准扶贫”,这比一般意义的失业救济具有更为积极的社会意义。

因此,世行专家团队将债务免责作为考察小微企业破产专用程序的指标之一,恰好是该程序最核心的价值与功能的体现,那就是:第一步,鼓励小微企业优先选择重整(不需要证明其无力偿债),但由于小微企业所处的残酷竞争环境和缺乏技术门槛等天然劣势,重整的成功率不要指望过高(为此B-Ready指标体系放弃了对重整成功率即旧体系下“回收率”指标的考察);^[44] 第二步,当重整无法成功,就赶紧转入破产清算;第三步,便利小微企业通过破产清算获得债务免责。其核心思想就在于:促进或维护一个社会最为宝贵的企业家/创业者群体及其企业家精神的存在,尤其是在这样一个经济发展全球趋缓的后疫情时代。因为对于小微企业而言,大多数属于轻资产或无资产

[41] “19世纪末,随着对个人债务人的自由免责开始发展,另一项重要的法律创新也出现了,其目标也是鼓励冒险和创业活动。这种效果是通过允许个人通过拟制实体(即法人)做生意来实现的,并不是在失败后,而是提前提供救济。在19世纪中后期,各国开始放开私营公司(和其他有限责任实体)的登记,以保护个体商人免受未来商业责任的影响。现在,不仅像东印度群岛公司这样的大型跨国公司,普通小微企业也可以通过集中和限制投资资产池的风险敞口,提前限制其负债风险。拟制实体已经通过有限责任制度将提前解除义务授予其个人所有者。这方面的折衷方案是,允许债权人使用拟制实体的投资和累积资产,以支持针对该实体的信贷和其他债权。破产清算制度在协调债权人对破产企业实体的债权,并最终确定从债务人实体的有限资产中收回或损失这些债权方面发挥着重要的持续作用。” *World Bank Working Group on The Treatment of MSME Insolvency, Saving Entrepreneurs, Saving Enterprises: Proposals on the Treatment of MSME Insolvency*, 2018, p.25.

[42] 如《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第45条第一款:“中华人民共和国公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下,有从国家和社会获得物质帮助的权利。国家发展为公民享受这些权利所需要的社会保险、社会救济和医疗卫生事业。”

[43] 《宪法》第13条第一、二款:“公民的合法的私有财产不受侵犯。国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。”和第51条:“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”全部市场主体如果都能适用破产保护(破产中的债务免责制度),是不构成损害私有财产或他人的自由和权利的,因为大家的权利和义务是对等的,破产免责的概率对所有人都适用。因此,从立法的角度并不存在任何的歧视。但是如果只有部分市场主体如法人才能享受破产免责,而自然人不可以,则会造成歧视问题。

[44] 总资产少于400万美元的小型公司,占全部第11章重整案件的80%左右。E. Warren & J. L. Westbrook, “Financial Characteristics of Businesses in Bankruptcy”, 73 *Am. Bankr. L. J.* 499, 1999, pp.543-544, footnotes 80-82. 而其中90%以上的重整都是失败的,他们无法从第11章程序中顺利走出。对这些企业,尽快进行破产清算可能是更好的处理方法。D. G. Baird, “Revisiting Auctions in Chapter 11”, 36 *JLE* 633, 1993, pp.636-637.

的类型,最有价值的资产可能只是创业者本人的人力资本。因此,无论如何努力,小微企业的重整成功率都会低于大中型公司的。^[45]在目前各国大中型公司的重整成功率都无法保证的背景下,单纯希望通过建立小微企业专用的破产重整程序就能实际拯救大量的小微企业,并不现实。真正有意义的是实现这些小微企业背后的创业者们的快速破产清算及债务免责,让失败的创业者们尽快开始新的生活或新一轮创业。

在一本关于微型金融的揭黑之作中,^[46]一位曾经的小额信贷从业者休·辛克莱(Hugh Sinclair)写道:“绝大多数人的命运是打工,而不是蚂蚁般的重复性创业。大工业化是社会脱贫之路。”^[47]对于这个结论,本文作者部分认同,那就是对于个体而言,读大学然后去“大厂”打工,确实是个体成功概率最高的路径。但这个结论逻辑上同样也存在错误,即经济学上的合成谬误(Fallacy of Composition):对局部说来是对的东西,(不能)仅仅由于它对局部而言是对的,便说它对总体而言也必然是对的。^[48]之所以说这是一种谬误,在于经济学领域中,微观而言是对的东西,在宏观上并不总是对的。如一户人家教育小孩刻苦学习,上大学,进“大厂”,成人上人,但家家都这么做,却无法如愿。合成谬误是缺乏创造性和开拓性的结果,会造成重复生产、资源浪费、供求单一、疯狂内卷……“大厂”之所以是“大厂”,一定是数量有限、门槛较高的,绝非人人都有能力或者机会去大厂打工。因此,小微企业不是主观上要不要办的问题,而是如果不办小微企业、不鼓励创业,就根本无法解决就业问题。因此,即使小微经济对经济总量的贡献微不足道(当然这并非事实),即使绝大多数人并不能通过这条羊肠小路走上人生的康庄大道,但是全社会保持绝对数量的小微企业,却是劳动力洪峰不至于造成灭顶之灾的泄洪渠和蓄水坝。从这个角度,立法层面尽力对小微企业及其背后的创业者进行破产纾困与拯救,其意义无论怎么说,都不算过分。^[49]

四、实现小微企业破产特别程序下“债务免责”指标的三条简单路径

明确了小微企业破产清算中债务免责的重要性,也论证了小微企业的债务免责实质是对其背后的创业者的债务免责之后。接下来是如何实现这一指标,也是技术上最为棘手之处。因为我国目前尚无全国性的个人破产制度(仅深圳经济特区有真正意义上的个人破产程序及法定债务免责),因此,小微企业尤其是非法人企业甚至个体工商户,如何实现其破产清算及债务免责,面目在理论和实践

[45] “据统计,G市法院35件重整案件中仅有2个案件属于典型的小微企业重整案件。……其他重整成功的债务人企业则均为上市公司及大中型企业,小微企业重整成功率不到6%。从G市法院的破产审判实践可知,小微企业想通过我国现有重整程序获得新生实属不易。”刘冬梅、席林林:《营商环境视域下小微企业重整中原出资人权益保留问题研究——以G市法院2018年—2022年的破产案件为研究对象》,载《法律适用》,2023年第3期,第32—33页。

[46] *Confessions of A Microfinance Heretic — How Microlending Lost Its Way and Betrayed the Poor* (译为《微型金融异教徒的自白:小额信贷如何步入歧途并背叛穷人》), Berrett-Koehler Publishers, 2012, 转引自张化桥:“三年后绝大多数非银金融将关门或瘫痪”, https://www.sohu.com/a/405464680_305272, 2022年8月15日访问。

[47] 作者认为孟加拉国、印度和不少穷国的小微金融固化了贫困、固化了小微经营,并举了例子,如某贫困山区的村妇借了小微贷款,在镇上卖菠萝切片,很赚钱。但当26个村妇都从不同的小贷机构获得微型贷款,到镇上一字型排开,卖菠萝切片时,不仅这些微贷都变成了坏帐,而且这些村妇们的家庭也被毁了:她们循环借钱、付高息,被压得喘不过气来,最终只能“起义”或者自杀。

[48] 保罗·萨缪尔森、威廉·诺德豪斯:《经济学》(第19版),萧琛译,商务印书馆2014年版,序言部分。

[49] 2008年欧盟委员会向欧盟理事会、欧洲议会、欧洲经济和社会委员会以及各地区委员会提交了一份函件,名为《“以小企业为先”——欧洲“小企业法”》(COM(2008)394,2008年6月25日定稿),虽然叫做“法”,其实就是10条重要原则,规定了一些旨在指导欧盟和欧盟国家一级政策设计和实施的优先事项,其中的前三条就是:1. 创造一个企业家和家族企业蓬勃发展、企业家精神得到回报的环境;2. 确保面临破产的诚实企业家迅速获得第二次机会;3. 按照“以小为先”的原则进行设计。

层面都存在断层,远非立法规定简易程序就可以轻易弥合的。首先,小微企业中的非法人企业甚至个体工商户,其投资者/创业者对企业债务承担无限(连带或不连带)责任,此类企业的破产清算中,企业本身是没有债务免责一说的,有的只可能是对投资者/创业者无限责任债务的免责;其次,由于我国目前没有全国性的个人破产制度,缺乏针对自然人债务的法定免责一说,因此,其投资者/创业者(只要不是公司)也就没有法定债务免责一说;再次,在现行法框架下仅公司可以实现破产清算中的债务免责,但其代价是企业法人资格的灭失,属于人死债消一类,而现实中的小微企业不太可能只包括公司一种类型,因此即使希望通过主体资格灭失来消灭企业债务,也会因无限连带责任的存在而变成一项“不可能完成的任务”。因此,非法人企业甚至个体工商户破产程序中的债务免责,在我国目前的法律框架之下,理论上构成一个悖论。

要通过相对简单的立法技术,利用当下《企业破产法》修订的时间窗口,破解这一悖论,即破解对于承担无限连带责任的小微企业的投资者而言,如何实现企业或该类投资者的债务免责的难题,有以下三种可能的技术路径,相对而言较为简单易行:

(一) 案件受理设限

只受理小微企业的重整、和解申请,不将其实质性导入破产清算。这里所说的“不实质性”导入破产清算,是指虽然规定了小微企业的破产清算程序,但是同时要求必须以重整、和解为其前置程序。之所以提出这个方案,是因为无论是企业还是自然人的重整、和解中,都因重整计划、和解协议的执行完毕而自然豁免余债。因此只要重整、和解成功,就可以规避清算中的债务免责难题。同时又因为规定了破产清算程序,可以满足“程序转换(的可能性)”指标的考察要求。

但这一方案的问题在于:实操中无法保证重整、和解个案必然成功。虽然可以通过案件识别、案件受理甚至预重整环节来提高个案重整、和解的成功率,但是无法保证一定能够成功,案件结果具有不确定性。一旦重整、和解失败或者重整计划、和解协议执行失败,后续不得不转入清算程序,还是会面临法定债务免责该如何操作的问题。

(二) 适用主体设限

仅针对小微公司立法,适用主体不包含需要创业者/出资人承担无限责任的市场主体类型,如果不符合世行关于“企业”的定义就干脆弃债务免责指标的单项分数。这一方案从分值的角度似乎是可行的,因为单独债务免责指标的分值并不高,办理破产一共29项四级指标,分值相同,在棘手的指标上放弃得分,可能是符合成本收益原则的。更何况世行进行评估时,为了方便,一般就是以普通的有限责任公司为考察的目标企业。所以制定仅针对小微公司的破产专用程序,未必不能获得相关指标的得分。

但这一方案的问题在于:为了得分而得分,以至于忘了参与世行评估的初心。因为从世行评估标准不断修改的努力中,看到的是国际社会对小微企业重视程度不断加深的过程。就业难题与经济增长缓慢是未来绝大多数国家都必将面临的难题,这会随着AI技术与机器人产业的发展而加剧。因此,国际社会呼吁增加对小微企业的经济支持与政策投入,目的是为了经济社会的繁荣稳定与可持续发展。不仅小微企业破产要呼吁建立专门的程序,甚至连小微企业的纠纷解决、仲裁程序甚至专利侵权诉讼等方面,都最好能为其量身打造专门的通道。^[50] 所以举凡有利于企业生存、发展的制

[50] Hafliði Kristján Larusson, “Expedited Arbitration – Meeting the Needs of SMEs”, 63 *Scandinavian Stud. L.* 169, 2017, p.177; Jean-Francois Roberge & Veronique Fraser, “Access to Commercial Justice: A Roadmap for Online Dispute Resolution (ODR) Design for Small and Medium-Sized Businesses (SMEs) Disputes”, 35 *OHIO St. J. on Disp. Resol.* 1, 2019, p.15; Mark C. Vallone, “System and Method of Funding SMES Commencing Patent Infringement Disputes”, 56 *Syracuse L. REV.* 181, 2005, p.189.

度,都应尽可能在正常版本之外推出一个“小微企业版”,才符合未来营商环境的发展方向。因此,如果为了评估得分而将非法人的小微企业排除在破产专门程序之外,颇有掩耳盗铃、买椟还珠的味道。

(三) 采用个人破产中的债务免责与豁免财产的规定

《深圳经济特区个人破产条例》(以下简称《深圳个破条例》)第108条中规定,债务人在破产清算之后经过3—5年的考察期,可以获得债务免责。同时第36条也规定:

“为保障债务人及其所扶养人的基本生活及权利,依照本条例为其保留的财产为豁免财产。豁免财产范围如下:

- (一) 债务人及其所扶养人生活、学习、医疗的必需品和合理费用;
- (二) 因债务人职业发展需要必须保留的物品和合理费用;
- (三) 对债务人有特殊纪念意义的物品;
- (四) 没有现金价值的人身保险;
- (五) 勋章或者其他表彰荣誉的物品;
- (六) 专属于债务人的人身损害赔偿金、社会保险金以及最低生活保障金;
- (七) 根据法律规定或者基于公序良俗不应当用于清偿债务的其他财产。

前款规定的财产,价值较大、不用于清偿债务明显违反公平原则的,不认定为豁免财产。

除本条第一款第五项、第六项规定的财产外,豁免财产累计总价值不得超过二十万元。本条第一款第一项、第二项的具体分项和各分项具体价值上限标准由市中级人民法院另行制定。”

因此,根据《深圳个破条例》的规定:

债务人财产^[51] - 允许保留的豁免财产 - 免责考察期内继续用于偿债的可支配收入 = 被免责的债务

同时,《深圳个破条例》也规定了不能免责的债务类型(第110条)以及因债务人不当行为而不予免责的情形(第111条),因此各相关条文之间构成了一个颇为严密的制度闭环。

因此,小微企业破产专门程序中可以规定:

(1) 在清算案件中,承担无限(连带或不连带)责任的出资人/创业者,分别或者单独在其法定责任范围内,依据与前述《深圳个破条例》相关条文相同或类似的标准(如豁免财产累计总价值不超过20万元内)承担企业的债务。

(2) 并在一定期限的免责考察期内,继续以其可支配收入中扣除必要生活费用后的部分,继续清偿债务,待免责考察期结束,企业所欠的未清偿债务余额,即获得免除,属于法律性质上不可免责之债或者因出资人/创业者的不当行为而不能获得债务免除的除外。^[52]

(3) 至于非法人的企业,属于债务人的谋生手段,并不一定需要被注销,在企业继续存续的情况下企业债务可随着出资人/创业者的无限责任的免除而获得免除。这一点构成与公司破产清算最大的区别。

[51] 《深圳个破条例》第32条:“人民法院裁定受理破产申请时属于债务人的财产和依照本条例裁定免除未清偿债务之前债务人所取得的财产,为债务人财产。”

[52] 当然这里值得讨论的细节问题很多,比如税收债权是否可以免除。目前《深圳个破条例》对税收债权采用的是“劣后但不免责”的办法。参考其他国家的立法例与税法相关理论,税收优先权并不是必然的,分别不同情况的破产背景下税收债减免征收可能是较优的解决方案。熊伟、王宗涛:《中国税收优先权制度的存废之辩》,载《法学评论》2013年第2期,第47页;杨治朋:《个人破产中税收债权的实现机制——以破产债务人的发展权保障为中心》,载《中国法律评论》2023年第4期,第215页。

但这一方案的问题在于：第一，相当于在没有全国性个人破产制度的情况下，展开了实质性的个人破产操作。且由于仅适用于小微企业经营者这一狭窄的主体，立法上对同为自然人的非经营/非创业人士会构成某种意义上的歧视。比如不能说破产拯救一个小微企业主就比债务免责一个华为的高级技术人员更加合理。且当代社会，经营、投资、消费等行为之间的区分难度极高。强行区分在实务操作方面会有较大的障碍。第二，小微企业的出资人/创业者参与经营的情况实践中可能比较复杂，如果一个人参与多个小微企业的经营，或者家庭成员共同经营一家小微企业，则其财产—债务关系会非常复杂。第三，最大的问题在于《深圳个破条例》中“豁免财产累计总价值不得超过二十万元”的标准过低且没有考虑对债务人投资份额的保留及继续投入的可能，难以激励企业的继续经营。总之，目前《深圳个破条例》规定的标准本来就是针对普通的非经营性自然人（消费者）所设计的，并未考虑继续运营小微企业的实际需求也不足为奇。

五、小微企业破产免责的创新路径：制定单独的债务免责—财产保留规则

（一）突破理念之维

小微企业破产的真正难度，不在于设计相关的破产程序，而在于如何激励小微企业继续经营，或者激励出资人/创业者继续投身创新创业活动（有戏称“创业创业就是创造就业”）。而对于企业继续经营而言，关键在于企业保留有财产，未来有盈利，而且盈利可用于继续经营。对于出资人/创业者继续创业的意愿而言，关键在于保留权益、未来可期。因此，根据小微企业的特点及其客观的需要，设计专门的，既不同于企业破产免责规则又不完全等同于一般消费者破产的债务免责—财产保留规则，可能是未来最为合理的一条路径。而这一条路径，目前全球并没太多现成的经验可以借鉴，因此某种意义上，可能成为我国在破产领域的一项意义重大的探索与贡献。也要求我国破产法界，首先要在三个方面更新对固有破产尤其是清算理念的认知：

第一，小微企业破产中重整 \approx 清算。需要特别明确的是，小微企业的重整、和解与清算之间的差别没有公司破产中的大。因为重要的不是企业本身，而是其身后的自然人，是企业的投资人/创业者。而对于自然人而言，无论是重整、和解与清算，结果大同小异，都是偿还部分债务后，豁免债务余额。差别只在于是通过协议方式（重整计划、和解协议）还是法定方式豁免。而之后，自然人还得继续生存并回归正常的经济社会生活中去。因此，公司重整 \neq 清算，两者主要区别在于法人外壳是否保留。而小微企业破产的特点更接近于自然人破产，其重整 \approx 清算。不抓住这一关键，则无法抓住小微企业破产的核心问题。

第二，小微企业破产重整 \neq 更换出资人。目前企业破产实务中普遍采用“重整=引进新投资者”模式，重整中如不更换股东就被视为是逃废债的象征。而“这届股东不行”的概念是完全不适用于小微企业重整的。因为既然是小微企业，本身就意味着缺乏技术门槛、垄断地位的保护，在竞争中处于人才、信息、管理的劣势地位。^[53] 小微企业是否有生存和发展希望，主要在于创业团队是否存在一定的竞争优势，如果创业团队被更换，为数不多的竞争优势荡然无存，通常也就意味着项目必然失败。反之，在小微企业获得成功之前，除极少数天使投资、风险投资者敢于介入之外，也不大可能有更多外部投资者愿意介入，因为投资者注重的是投资回报，大中型成熟企业的可预期回报

[53] 联合国国际贸易法委员会 第五工作组（破产法）：《简易破产制度文本草案》（A/CN.9/WG.V/WP.172），2021，第20页；联合国国际贸易法委员会 第五工作组（破产法）：《小微企业破产法立法指南草案》（A/CN.9/WG.V/WP.174），2021，第24页；WTO: Helping MSMEs Navigate the COVID-19 Crisis, 2020.

更加稳健。因此,小微企业即使想更换出资人,往往也找不到合适的“接盘侠”。

第三,债务免责及其衍生制度(如财产保留甚至盈利保留)才是小微企业破产的核心手段。此次世行将债务免责作为第四级考察指标是大有深意的,尤其是联系前一个四级指标“程序转换的(的可能)”,世行传递出来的信息就是:如果要搞小微企业破产,就不能只想着重整(因其成功概率无论如何都不会太高),而是必须要有破产清算和债务免责,否则就谈不上小微企业破产。因此,考察目前全球为数不多的小微企业破产制度,美国《破产法典》第11章第5节小企业(或翻译为小规模经营)重整程序的主要技术手段是废除绝对优先原则(等同于个人破产中保留豁免财产),即允许在债务偿还完毕之前,保留投资者的部分投资份额,这是目前债务免责—财产保留的“小微企业版”之一种模式。^[54] 但该模式以美国的个人破产制度为基础,并非单独运行的。

而我国目前,破产清算债务免责的观念尚未深入人心。^[55] 要树立这一观念乃至接受其他更为先进的衍生性制度,如对绝对优先原则的扬弃等,尚需时日,但这也是小微企业破产务必要树立起来的重要认知与理念。没有这些理念及其制度的配套,小微企业破产专门程序恐怕只会徒有外在的躯壳而没有内里的灵魂。

(二) 债务免责及其衍生制度的具体构建

在小微企业的破产中,创业者/经营者是最核心的要素,因此如何激励经营者及时进入破产程序并从破产中获得从新开始的机会,是小微企业破产专门程序设计中最为重要的环节。关于债务免责及其衍生制度的具体建议如下:

1. 激励经营者以各种方式保留企业及其经营

在小微企业破产中,不光重整、和解的目的是保留企业及其经营,即使是破产清算,也不以注销企业为必然的解决方式。因此现行《企业破产法》第121条“管理人应当自破产程序终结之日起十日内,持人民法院终结破产程序的裁定,向破产人的原登记机关办理注销登记。”应明确规定不适用于小微企业破产。但仅仅不注销企业,并不能保证其有条件继续经营,继续经营的前提在于为企业保留适当的财产。

2. 保留适当的豁免财产以便于继续经营

《深圳个破条例》规定自然人破产中“豁免财产累计总价值不得超过二十万元”,在深圳经济特区这样的地方,20万元财产保障家人的日常生活恐怕都困难,继续经营是没有可能的。但是这里最大的问题在于:第一,小微企业债务人保留多少财产合适?第二,如果为了保留财产继续经营,那为何要用破产清算程序而非重整程序,也就是说小微企业破产中,清算跟重整的边界在哪里?

要先回答第二个问题,才会对第一个问题有某种解决思路。目前深圳个人破产实践中,无论是已立案还是审结的案件中,主要是重整案件,清算与和解案件极少。^[56] 具体原因限于篇幅不在此处讨论。已经办理完结的重整案件中,除了极少数例外,所达成的重整计划都有非常相似的一条,就是根据重整计划,债务人将偿还所欠债务的本金(尤其是针对金融债权),而利息部分得以免除。这种现象主要是因为金融机构总部对分支机构的风控要求所致,即如果不偿还本金,机构债权人不会(即总部不允许)同意重整计划。因此,债务人偿还100%的债务本金,免除之外的债务,保留剩

[54] 齐砺杰:《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64页。

[55] 《深圳个破条例》实施近三年办理结案的个人破产清算案件目前仅一件。主要原因就在于对于个人法定免责制度的实施,还有较大的顾虑。

[56] 如《深圳个破条例》实施以来,所立案及结案的案件中,95%以上是重整案件,清算案件的数量极少甚至少于和解案件。这跟《企业破产法》实施的情况大相径庭。

余的全部财产，就成为目前自然人破产重整案件中不成文的惯例，可称之为“重整基准线”。虽然并没有什么特殊的理由，但是这条线很大程度上反映了目前债权、债务双方围绕自然人重整制度进行利益博弈的最佳平衡点。设计小微企业破产清算的债务免责—财产保留规则，就可以沿着这条基准线进行制度界分设计，这很可能就是目前最易于各方接受的一种“路径依赖”方案。^[57]

因此，本文提出一种债务免责方案，即假设重整制度中以偿还100%债务本金为对价换取保留债务人及其所经营的企业剩余的所有财产为常态，可将清算制度中偿还的债务本金百分比与保留给债务人及其所经营的企业的剩余财产百分比相挂钩。^[58] 即如果债务人清算当时所进行的偿还能达到债权本金70%的，可保留给债务人及其所经营的企业其现有财产的70%，以便继续经营，以此类推。同时辅之以自然人破产中保留财产的金额作为下限，即以上述公式计算与自然人破产中法定保留财产的金额二者中较高的金额作为小微企业债务人保留财产金额，剩余的债务同时免责。这一方案的好处有四，第一，清算中保留财产的数量以及清算与重整的差别两大难题同时可以得到解决；第二，更好地体现了小微企业重整与清算之间是一种渐变的关系而非天壤之别；第三，不需要再考虑债务人财产保留的地区（收入、物价）差别、行业差别等因素；第四，隐含对小微企业财务健康关键性指标（资产负债率）的一种目标性指引。

3. “未来收入”中保留一定比例的盈余投入再生产

除保留豁免财产之外，还可以允许小微企业保留一定比例的未来盈余，投入企业的再生产。清算程序中，《深圳个破条例》规定了3—5年的免责考察期，考察期内有继续偿债的义务（在扣除必要的生活成本之后），这相当于对债务清偿采取了膨胀主义。因此，无论是目前深圳的个人清算还是重整，都既有实际豁免财产的问题，又有未来能保留多少“可预期收入与预期外收入”的问题，因此可以说在未来收入的保留问题上，也是重整≡清算。

无论是豁免财产还是预期收入的留存，小微企业创业者所需的经营资金通常都要高于普通工薪阶层的日常生活开支。因此，要想小微企业继续经营，除如上所建议允许保留更高比例或金额的（尤其是用于企业生产经营的）豁免财产外，还要允许保留高于生活需要的未来收入部分，以鼓励创业者能兑现重整后企业股权的买入期权（当该小微企业是公司时）或者追加经营投资。

当然这里也涉及一个保留多少未来盈余的问题。鉴于上述第2点方案在保留清算程序下现有财产时未考虑免责考察期的继续偿债问题，因此，本文建议考察期内的继续偿债金额下限是必要生活成本和企业维持经营的最低必要流动资金额度（实务中这个计算可能会有一定的技术难度），上限不超过本金中未偿还的剩余部分。即如果债务人清算当时所进行的偿还能达到债权本金70%的，可保留给债务人及其所经营的企业其现有财产的70%，且债务人企业未来继续偿还的部分最多不超过清算时债务本金未偿还部分的30%。否则，债务人在清算中的偿债比例会超过在重整中的。易言之，小微企业债务人在清算中的待遇，应当介于其在重整中可能的待遇与普通自然人破产清算中的待遇之间。如果超出这个区间，小微企业理论上会走重整或和解，而不会走清算程序；如果低于这个区间，小微企业在破产中所获得的保护还不及普通的自然人，那设定专门程序的意义荡然无存。

[57] 法律上的路径依赖现象不仅客观存在而且也是必要的。Oona Hathaway, “Path Dependence in the Law: The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System”, 86 IOWA L. REV. 601, 2001, p.605; Frederic G. Sourgens, “The Virtue of Path Dependence in the Law”, 56 SANTA CLARA L. REV. 303, 2016, p.310.

[58] 当然也可以将预期可通过债务免责考察期（3—5年）所进行的偿还也加入清算所进行的偿还中，但这样操作会有一些的技术难度，因为未来债务免责考察期的继续清偿金额难以预测，且不易进行“违约”处理。

当然这一方案也并非完美无缺。这与我国目前暂时没有全国性个人破产制度作为基础有关,因此也不同于任何一个国家的成文立法。在目前阶段,属于重大创新,立法难度高,并非所有技术问题都能被完美解决,比如用于企业经营的担保财产(如前厂后家或前店后家式的房产)该如何处理的问题。且由于目前仅比照《深圳个人破产条例》的规则与实践进行理论对接与设计,具有一定的局限性。

结论

不同于大中型公司破产重整—清算程序之间较为清晰的质化差异,小微企业破产重整—清算程序之间仅存在不太明显的量化差别。这使得在设计针对小微企业的债务免责—财产保留规则时,应当对标的是个人破产制度而非公司破产制度。但是一般自然人破产清算下的债务免责—财产保留规则并不以企业继续经营为目标,也不完全适应小微企业清算的客观需要。因此,独特的专为小微企业破产(尤其清算程序)设计的债务免责—财产保留规则,才能与小微企业破产专门程序指标相匹配。易言之,世行B-Ready新指标体系中,小微企业破产专门程序下的三个4级指标之间,存在非常明确的内在逻辑,所传递出来的信息就是:如果要搞小微企业破产,不能只依靠重整(其成功率必定不会太高),而是必须要有破产清算和适配的债务免责—财产保留规则。不看到这一层,则对设置小微企业破产专门程序指标目的之理解会出现重大偏差。

(责任编辑 陈夏红)

Abstract: If there is a qualitative difference between the bankruptcy liquidation and reorganization procedures of large and medium-sized companies, then the differences between liquidation and reorganization procedures of small and micro enterprises are only quantitative ones. On the issue of "debt discharge" in the liquidation process, small and micro enterprises' demand for relevant rules is closer to that of natural persons. The debt discharge and exempt property systems are just two sides of the same coin. Therefore, the World Bank's "debt discharge" index in the bankruptcy proceedings of small and micro enterprises actually means that the bankruptcy of small and micro enterprises requires a special exempt property system to help them achieve the legislative goals of long-term management and job security. Given that the unrealistic pursuit of successful reorganization has been given up by an expert team of the World Bank, a more favorable bankruptcy liquidation system for small and micro enterprises proves to be more practical and feasible. The key is to have a unique bankruptcy liquidation procedure, especially a set of appropriate rules of debt discharge—exempt property. The rules are not exactly equivalent to the existing system in personal bankruptcy procedures, but also different from that in the bankruptcy procedures of large and medium-sized companies.

Keywords: small and micro enterprises, bankruptcy, debt discharge, Business Ready, exempt property