

论重整制度

王卫国*

内容提要: 本文分为三个主要部分,第一部分以若干主要发达国家为例,展示现代重整法律制度的产生、发展、现状以及趋势;第二部分围绕重整制度的四个主要特点,即债务清偿法与企业法相结合、私权本位和社会本位相调和、程序法和实体法相融合及多种法律事实及法律效果相聚合,阐明了重整制度的性质;第三部分论述了重整制度的理论根据,说明了建立重整制度的必要性、可能性和一般指导思想。

引言

长期以来,在企业破产问题上,存在着一个似乎是约定俗成并且无可动摇的观念:破产就是倒闭清算。这种观念的由来已久,可以由“bankrupt”(破产)的词源考据略见一斑。据考证,“bankrupt”一词,源于意大利语“banca rotta”,其中“banca”是“板凳”之义,“rotta”是“砸烂”之义。按照中世纪意大利商业城市的习惯,商人在市中心交易市场各有自己的板凳。当某个商人不能偿付债务时,依据习惯,他的债权人就砸烂他的板凳,以示其经营失败。^[1]从古时的“砸凳子”到现在的“摘牌子”,都意味着无力偿债者丧失经营资格,而只能坐视债权人瓜分其财产。

现代经济生活对传统的清算型破产制度提出了严峻的挑战,从而使立法者陷入了两难的境地:削弱或者弃置破产制度,将会造成大量的债务积淀和助长不公平清偿行为,从而销蚀社会经济的活力和秩序;而沿袭甚至强化原有的破产制度,又无法承受企业破产带来的巨大经济成本和社会成本,例如,资源损失、失业增加、连锁破产、税收减少、社区经济衰退等等。现代重整制度的诞生和成长,开辟了在不公平清理债务的前提下实现困境企业再建和复兴的途径,从而更新了破产法的观念和结构,并拓宽了民商法的思维空间。

中国的破产法,自1986年企业破产法(试行)公布以来,已经走过了近十年的历程。十年来,中国的改革取得了长足的进展,现实生活也提出了许多与破产法有关的亟待解决的问题。这些都为我国破产法的更新和完善提出了任务,提供了契机。目前,新破产法的起草工作正在积极进行,而重整制度已经纳入了起草者的设计蓝图。

* 本文作者系中国政法大学副教授,并为全国人大财经委员会破产法起草工作小组成员。

[1] Martin A. Fray, Warren L. McConico & Phyllis Hurley Fray, *An Introduction to Bankruptcy Law*, 2d Ed., P. 2.

一、当代重整制度立法概况

本世纪七十年代以来,在世界范围内出现了一场改革破产法的运动。首先是美国于1978年颁布新的联邦破产法,取代了业经多次修订的1898年破产法。接着,法国于1985年制定了《困境企业司法重整及清算法》,基本上取代了原有的1967年破产法。随后,英国于1986年制定了《无力偿债法》,取代了1985年的《破产法》,由此带动了英联邦成员国破产法(以及公司法)立法改革。而后,德国于1994年颁布了新的破产法(该法将于1999年施行)。目前,日本正在酝酿修订破产法,计划于民事诉讼法修订工作结束后着手实施。我国香港地区的破产法改革,也在进行之中。

这场破产法改革运动,有三个主要课题:第一是适应生产社会化的发展,建立和完善以企业复兴为目标的再建型债务清理制度;第二是应付消费者债务急剧膨胀的情况,制定专门的债务清理和免责制度;第三是顺应市场国际化的趋势,创设国际破产程序和推动破产领域的国际合作。重整制度的建立,是人们解决第一个课题所取得的成果。

下面是一些主要发达国家的重整制度立法概况。

(一)美国

美国破产法的重整制度是在本世纪逐渐形成和发展起来的。美国的1898年破产法,起初只有被称作“和解协议”(composition)条文的第12条。后来,人们逐渐认识到,第12条只够解决简单的债务案件。有着复杂资本结构的公司发现,破产法不足以处理它们的财务问题。于是,制定法以外的衡平法上的临时接管制度(equity receivership)应运而生,并盛行了许多年。

在1929年股市狂泻以前的商业衰退期间,国会在保留第12条的情况下,制定了被称作“延期偿还”(extention)条文的破产法第74条。该条的内容比第12条充实得多,但仅适用于个人债务人,而将企业拒之门外。该条包含的内容有:破产宣告(adjudication)的中止;债务人不被称作破产人;破产事务官(referee)有权批准建议案(而依第12条,仅法官得批准和解协议);债务人提出的和解条款(settlement)可以规定延期偿付或分期偿付,等等。在通过第74条的一年后,国会制定了第77B条,即企业重整条文。第77B条没有对小型商业实体与股份上市公司加以区别。于是,形形色色、大大小小的企业债务人都纷纷对这一条文大加利用。

第74条和第77B条都是在1929—1933年间的经济大萧条时期仓促作成的应急之策,难免考虑不周,有所疏漏。故其付诸实践后,大量诉讼随之发生。

1938年,国会对破产法进行了相当全面的修正,其中包括对和解协议、延期偿还和企业重整等条文的重大修正。这些被称作钱德勒法案(Chandle Act)的修正案,包含了关于重整方案的第11章。在此基础上,美国破产法形成了由第10章“公司重整”(Corporate Reorganizations)和第11章“偿债安排”(Arrangement)组成的一般企业重整制度,此外还有第8章中关于铁路重整的第77条和关于非法人实体不动产偿债安排的第12章。国会在五十年代和六十年代对第11章作了四次重大修订。例如,在1967年以前,只有在规定期间内申报的债权才能参加重整方案,在1967年以后,债权人可以在重整方案被批准前的任何时候申报债权。

1970年,国会组织破产法委员会,研究破产法改革问题。1971年,布鲁金斯研究所(Brookings Institute)发表了题为《破产:问题,进程,改革》的研究报告,即著名的“布鲁金斯报告”。1973年,破产法委员会发表了包含有新破产法建议稿的报告,其中引用了布鲁金斯报告的内

容。1977年,第95届国会第1次会议通过了第95—595国会报告。该报告对重整制度的改进与完善,提出了详细的分析和建议。^[2]1978年,卡特总统签署并颁布了破产改革法(Bankruptcy Reform Act of 1978)。该法的第11章“重整”(Reorganization)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、修正和补充,重新编排而成。该章不仅吸收了旧破产法重整制度的经验,而且注入了新的概念和规则。“第11章既可用于个人,也可用于法人和合伙。尽管该法并没有限定只用于商事债务人,典型的第11章程序应为商事案件。涉及商事债务人的第11章程序一般说来有以下五个步骤:(1)使债务人步入破产法庭;(2)营业的进行;(3)财务复兴计划的制备;(4)债权人对该计划的接受;(5)法院对该计划的批准。”^[3]需要指出的是,美国破产法的重整制度并非单纯由第11章构成,该法其他章节尤其是第3、5、7章的一些条文也适用于重整程序。例如,第362条关于单独追索债务的行为和诉讼以及担保权的行使于案件申请后自动停止的规定,第363条关于受托管理人或者占有中的债务人有权在继续营业期间使用和处分财产的规定,第364条关于程序期间因继续营业而发生的无担保之债可享有优先受偿权的规定,对于实现企业复兴都具有重要意义。

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%。^[4]

(二)英国及英联邦司法管辖区

英国法过去一向实行个人破产程序与公司破产程序相分立的体制,即破产法只适用于个人,而公司破产程序在公司法中规定。1982年6月,肯尼思·科克(Kenneth Cork)主持下的一个委员会提出了一份题为《无力偿债的法律和实践》的报告(习惯上称作“科克报告”),提出了公司破产与个人破产统一立法的方案,并在报告的第9章中设计了旨在实现公司复兴的管理程序。1986年,国会颁布了《1986年无力偿债法》(Insolvency Act 1986)。该法将1985年无力偿债法同1985年公司法的有关条文合并在一起,并作了一些修改和补充,成为既适用于企业又适用于个人的统一破产法。其中,涉及企业拯救与再建的是第1章“公司自愿偿债安排”(Part I—Company Voluntary Arrangements)和第2章“管理命令”(Part II—Administration Orders)。第1章只有7条,实际上是一套简化了的和解程序,它比1985年公司法的“清算与重建协议”(scheme of liquidation and reconstruction)(第582条)、“和解或偿债安排协议”(scheme of compromise or arrangement)(第425—427条)和很少被使用的“约束性偿债安排”(binding arrangement)(第601条)更为简便易行和节省费用。但是,由于该章的自愿偿债安排对于未表示同意的担保权人和优先权人没有约束力,并且该章没有暂停对公司进行诉讼和执行程序的规定,它对债务人的吸引力是比较有限的。第2章是新设的,共20条,实际上是一套重整程序。它的基本框架是:陷入债务困境的公司可以向法院申请一道管理命令;命令发出后,有担保和无担保的债权人均不得向公司追索债务;公司得在法院任命的管理人(administrator)的管理下

[2] House Report 95—595, Report of the Committee on the Judiciary, on Bankruptcy Law Revision, 95th Cong., 1st sess. (1977).

[3] David G. Epstein & Myron M. Sheinfeld, Business Reorganization under the Bankruptcy Code, p. 27.

[4] 数据来源于美国联邦法院行政办公室主任年度报告。

继续营业;管理人提出自愿偿债安排的建议,交债权人会议审议通过,并报法院批准。这套制度出台后,大受欢迎。在该法生效后的第一年中,英国法院发出管理命令的案件共有131起,而在同一期间,适用第1章程序的案件仅21起。^[5]

作为配套立法,英国在同一年还颁布了《1986年公司董事资格取消法》(Company Directors Disqualification Act 1986)和《1986年无力偿债规则》(The Insolvency Rules 1986)。前者规定了公司董事以及破产法上的清算人、管理人违反义务时的资格取消和处罚,后者实际上是1986年无力偿债法的实施细则。

美国1986年无力偿债法第2章对英联邦成员的立法有着重要的影响。例如,澳大利亚《1992年公司法改革法》(Corporate Law Reform Act)、加拿大《1992年破产及无力偿债法》(Bankruptcy and Insolvency Act 1992)和爱尔兰《1990年公司(修订)法》(The Companies (Amendment) Act 1990),都仿效英国1986年立法,建立了类似的重整制度。

这里还需要提到香港的破产法改革。1990年9月,检察总长(Attorney General)和首席法官(Chief Justice)指示香港法律改革委员会对关于无力偿债的法律和实践进行检讨并提交报告,其中要求“研究其他司法管辖区的现行的或拟议中的立法,特别是英国1986年无力偿债法和美国破产法第11章,并且考虑哪些改革是必要的或者值得采取的”。1995年6月,香港法律改革委员会无力偿债问题小组委员会完成了《有关拯救企业及在无力偿债情况下营商的咨询文件》。该文件设计了一套称作“临时监管”的程序,以便于企业与债权人达成自愿偿债安排,“其目的是提供一项在运作上既灵活快捷而又尽量符合经济原则的拯救程序。实现这个目的的方法是暂停在临时监管期间进行针对该公司的法律程序,并订定一套紧凑的时间表,让负责统筹监管程序的临时监管人按所订时间执行工作。”^[6]该委员会还提出了一份题为《临时监管和公司自愿偿债安排》的立法草案蓝本。

(三)法国

大陆法系国家的重整制度立法,成就卓著者,首推法国。法国在1967年的破产法改革中,曾在破产程序的范围内,采取过一些保护困境企业的措施,但收效甚微。1984年,法国制定84-148号法律,修改公司法的有关规定;设立了内部预警(alerte interne)程序以及和解清理(reglement amiable)程序,前者旨在使企业及时发现财务危机的预兆并采取措施防止事态恶化,后者旨在使企业与主要债权人达成延期偿还和削减债务的协议。1985年,法国公布85-98号法律《困境企业司法重整及清算法》(loi 85-98 du 25 janvier 1985, le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises),全面修改破产法,将立法重心转向再建型债务清理制度,其第1条开宗明义地指出,该法的立法目的在于“拯救企业,维持生产经营和职工就业,以及清理债务”。该法关于观察程序,重整计划,企业营业的继续或转让,债务人、债权人和职工在程序中的地位以及法院的作用的规定,都体现了这一思想。该法在制度设计上有两个重大的突破,一是实行重整前置,即原则上应首先适用重整程序,只有当企业没有重整复兴的可能时,才转入清算程序。二是实行社会本位,把社会利益置于优先地位,并扩大法院的权力,例如,重整计划无需债权人同意而直接由法院批准生效。

[5] L. S. Sealy & David Milman, Annotated Guide to the 1986 Insolvency Legislation, 2d Ed., P. 24, 38.

[6] 香港法律改革委员会无力偿债问题小组委员会《有关拯救企业及在无力偿债情况下营商的咨询文件》(摘要),中文本,第2页。

(四)德国

德国曾于1916年和1935年两度制定和解法。但是,和解法提供的程序已经陈旧,基本上已不能用于现代企业重建。1994年10月颁布的新《破产法》(Insolvenzordnung vom 6. 10. 1994)在第6编“偿债计划”中,设立了一套程序:在破产案件开始后,债务人或者管理人可以提出偿债计划,交债权人会议分组表决;偿债计划分为“陈述部分”和“形成部分”,前者用于说明有关事实,后者用于设定债务清偿方案,包括清偿顺位的安排、清偿条件的调整等等;经表决通过的偿债计划经法院批准后生效;经批准的偿债计划对所有当事人均有约束力;计划由管理人监督执行。同时,该法第7编“自行管理”中规定,在程序进行期间,债务人可以管理和占有财产,并在监督人的监督下从事营业。此外,该法还设有禁止债权人在程序开始后个别行使权利的规定。由此可见,德国新破产法实际上包含了一套可以操作的重整制度。

(五)日本

日本现有的重整制度,以《公司更生法》为代表。该法制定于1952年。当时日本正值战后经济复兴,大力引进外国资本特别是美国资本。在占领日本的联合国军司令部的指示下,乃制定该法。当时的目的是为外贸企业提供在陷入经济困境时得以维持和重建,而避免破产倒闭的程序。该法的基本构架模仿了当时美国破产法的重整制度。1967年该法进行了较大的修改。该法曾于六十年代被韩国和我国台湾作为重整制度立法的范本。但是,与七十年代以后的各国重整立法相比较,日本公司更生法已显陈旧。其主要缺点是,程序色彩过浓,实体规范不足,尤其缺乏保护重整期间企业继续营业的有力措施。尽管如此,该法在施行中仍然收到了积极的效果。从1982年到1991年的10年间,适用公司更生法的案件共有269件,平均每年27件。与破产案件相比,为数甚少。“但公司更生案件基本上以对社会影响重大的大企业为对象,因此,它的重要性是不能以案件的数量来衡量的。”〔7〕除此之外,日本还有《和解法》和商法中的公司整顿程序,也可以用于困境企业的重建与复兴。其中,和解法是以德国和奥地利的和解法为蓝本,而公司整顿程序则参考了英国公司法。这些立法,现在也已经陈旧。目前,日本已经认识到现行法律的不足,并正在积极着手准备进行破产法的修订和重整制度的改进。

以上事实表明,建立重整制度,拯救困境企业,是当代破产法改革和发展的大势所趋。这一趋势已经得到国际间的普遍重视。例如,国际劳工组织大会于1992年6月3日在日内瓦通过的《雇主破产情况下保护工人债权公约》指出:“注意到,自1949年保护工资公约通过以来,更多的注意力是放在恢复破产企业的问题上,并注意到由于破产对社会和经济的影响,如属可能,应当为复苏企业和保证就业做出努力”。〔8〕

二、重整制度的性质

重整,英文作reorganization,法文作redressement,日文作“更生”,乃指在企业无力偿债的情况下,依照法律规定的程序,保护企业继续营业,实现债务调整和企业整理,使之摆脱困境,走向复兴的再建型债务清理制度。

重整制度在性质上,具有债务清偿法和企业法相结合,私权本位和社会本位相调合,程序

〔7〕 竹下守夫:《破产法的现代课题与日本的破产法》(1995年5月3日访华讲演稿,未公开发表)。

〔8〕 《中华人民共和国国务院公报》1994年26号,第1056页。

法和实体法相融合和多种法律事实及法律效果相聚合的特点,试分述之。

(一) 债务清偿法和企业法相结合

重整制度兼有债务清偿法和企业法的性质。在这里,所谓债务清偿法,指的是在债务人无力清偿到期债务的情况下,依法在债务人现有财产的范围内,实现多数债权人之间的公平分配和债务了结。这里所说的企业法,指的是对陷入经济困境的企业,进行从产权、资本结构到内部管理、经营战略等多方面的调整和变更,使之恢复生机。重整制度的这种双重属性,是它有别于破产清算制度和传统的和解制度的一个重要特点;后者一般被认为属于债务清偿法的范畴。重整制度把清理债务与拯救企业紧密地结合在一起。一方面,它把债权人的权利实现,建立于企业复兴的基础上,力图使企业的营运价值得以保留,从而使债权人得到比在破产清算分配的情况下更为有利的清偿结果。另一方面,通过债务调整,消除破产原因,使企业摆脱经济困境,获得复兴的机会。这样,就在债务清偿法和企业法之间,建立起一种相互配合、相互补充的关系。

应当看到,在债务清理和企业拯救这两个目标之间,后者是主要的方面。也就是说,重整制度的首要任务是实现企业复兴。正如美国学者安德森指出的:“重整法涉及的是陷入财务困境的商事企业的复兴。这种企业在正常情况为债务人即公司、合伙、个人或者其他有资格依破产法申请救济的实体所拥有。重整制度试图提出和解决困境实体所面临的三个方面的问题:(1)为了使陷于困境的债务人在经济上康复,应当采取何种财务决定和行动;(2)为使这种复兴对所有的当事人都不失公平,应当在债权人与股东之间达成何种权利调整;以及(3)如果企业复苏无望,因而不能继续营运,则债务人资产的清算应当如何进行,才能使之有条不紊并且使所有利害关系人得到最大限度的财产恢复。实质上,重整是通过法律机制实现财务解决以求造就稳定的、恢复活力的企业(business)的过程。”^[9]德国1994年破产法第1条(破产程序的目的)也规定:“破产程序的目的在于,通过对债务人财产的清算和变价分配,或者通过特别旨在维持企业的偿债计划中达成的安排,使债务人的债权人集体受偿,并使诚实的债务人获得免责机会。”其中明确指出了该法第6编所设立的重整制度是以企业维持为目的。英国1986年无力偿债法第8条第3款(取得命令的目的)规定,管理命令所要达到的是,“(a)公司及其全部或部分事业作为营运中企业的存续;(b)批准依据本法第1章的自愿偿债安排;(c)批准根据公司法第425条在公司同该条规定的人之间达成和解或偿债安排;(d)公司资产获得比在倒闭清算情况下更为有利的变价。”其中,企业的存续是第一位的目的。

在这里,我们切不可把拯救企业的意义仅仅理解为债权偿付的优化。实际上,重整制度所理解的企业,是一个多方利益的集合体,其中除了债权人和企业本身外,还包括了企业的职工和它的投资者。1977年美国国会在关于修订破产法的第95—595号报告中,明确地表达了这样的观念:“企业重整案件的目的,与清算案件不同,乃是重建(restructure)企业财政,从而使之能够继续营运,为雇员提供就业,向债权人清偿债务,以及为股东带来回报。”^[10]法国困境企业司法重整及清算法第1条也表明了同样的观念:“制定司法重整程序,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。”

日本也是从强化企业组织的角度来理解重整制度的性质的。正如龙田节所说:“公司的更生是对虽处于困境但却有再建希望的公司,谋求维持和更生的制度,就是如果偿还到期债务就

[9] John C. Anderson, Chapter 11 Reorganizations, P. 1-1~1-2.

[10] 前引[2]。

会给继续营业带来显著障碍的公司,或者有发生成为破产原因的事实危险的公司,按照公司更生法在裁判所的监督下,谋求其重建的一种制度。在公司的更生过程中,公司的经营和财产管理权限也转移到管财人手里,它和公司整顿不同,没有必要得到全体债权者的同意,利害关系人权利的变更,根据其多数决定进行,公司资本构造的变更也不按商法规定的手续进行。因此,公司更生的手续是有力而积极的。”^[11]台湾将重整制度规定在公司法中,足见其偏重企业法的倾向。正如陈荣宗所说:“公司重整不仅为预防破产而设,其更重要者为集公司债权人及股东之协力重建该事业之存在。”^[12]但是,日本和台湾的重整法概念,对其债务清偿法的意义认识不足,是一缺憾。

(二)私权本位和社会本位相调和

重整法打破了私法与公法之间的传统界限,实现了私权本位和社会本位的调和。也就是说,重整法把企业置于中心地位,并不仅仅是着眼于包含在企业中的各方当事人利益,而且是着眼于企业在社会经济生活中的地位及其兴衰存亡对社会生活的影响。诚如日本学者竹下守夫所说:“从1960年代开始,各国在技术革新的基础上逐渐促进企业的大型化,而在这些大型化的企业倒闭的情况下,从各方面来看都会给社会带来人们不愿看到的结果,这已为人们所认识。如果采取破产这一倒产处理方法的话,就会将那些投入了大量的资金,通过巨额资产的有机组合向社会提供有价值商品及服务的企业归于解体和消灭。这样一来,在那些企业工作的劳动者就会失去职业,从而产生为数众多的失业者。而且,一个企业本身并非独立地存在,它通过原材料供应、产品销售等等与很多企业联结起来了。所以,如果该企业因破产而被消灭,势必会对其他企业产生影响。这种人们不愿看到的结果,随着企业越是大型化,其影响也就越大。因此,当企业倒产的时候,人们并不希望立刻通过破产程序对之加以解体和消灭,而是尽可能地对企业进行重整也就是重建,让它存续下去。”^[13]

香港法律委员会也表达了同样的看法:“在我们看来,毋庸置疑,让一个能存活的营业体(*aviable business*),整个地或者部分地作为营运实体(*going concern*)而存续,较之任其倒闭而将其残余资产分配掉,更为可取。它对公司的股东是有利的,因为,只要公司存续,他们的股份就有可能变得有价值,而在公司破产倒闭时,他们什么也得不到。它对公司的普通债权人是有利的,只要他们由公司重整所获取的高于他们在倒闭清算中所得的分配额,此外,他们还可以保有一位客户。日益明显的是,有担保的债权人(通常是银行)应该以一种长远的眼光,超越所谓有担保意味着他们不受客户公司倒闭的影响这样一种观念。原本会消灭的就业机会也可以得到保留,至少是一定程度上的保留。所有这些,对于政府来说,无论是在财政收入方面,还是在社会关系方面,都是有意义的。”^[14]

一般地说,美国的重整制度比较偏重于私权本位。尽管如此,它仍然对重整的社会意义和社会目标给予了相当的关注。美国律师康伯格和特罗斯托指出,美国破产法第11章的基本目标是,“1. 债务人公司的复兴,使之‘重新开始’,从而能再次成为赢利的企业。2. 使债务人的

[11] 龙田节:《商法略说》,谢次昌译,甘肃人民出版社1985年版,第127页。

[12] 陈荣宗:《破产法》,台湾三民书局1986年版,第8页。

[13] 前引[7],竹下守夫文。

[14] *The Law Reform Commission of Hong Kong, Sub-Committee on Insolvency, Consultation Paper on Corporate Rescue and Insolvent Trading*, p. 10.

‘资产’的价值最大化,并在此基础上使依据重整计划对该债务人的债权人和股东的分配最大化。3. 避免债务人的清算,这种清算可能导致失业和经济资源的浪费,债务人的清算也可能对单个实体(如供应商和客户)造成不利影响,并且由于债务人公司及其雇用人员可缴纳的税收的减少而对社区产生不利影响。4. 鼓励利害关系人就债务人的财务困境达成一致同意的解决方案,这种方案将会带来依据重整计划对债务人的各类债权人和股东的公平的价值分配。”^[15]上列各项中,第3项可以说是概括了重整制度的直接社会目标,即对就业、经济资源、经济连带关系和税源的保护。而其余几项,即企业复兴、资产及分配价值的最大化和当事人之间的公平分配,从提高经济效率和维护交易公平的意义上讲,也具有社会的意义。因此,在重整计划制定程序的设计上,美国破产法第11章基本上采用了当事人意思自治的原则,把有关债权调整和企业整理的一系列事项的确定过程,看作是当事人行使权利、处分权利的协商过程,因而将企业的命运,在一定程度上交给了对企业享有债权和其他权益的人们。但与此同时,该章第1129条(b)款规定,法院有权不顾重整计划应当为每一类债权或权益的持有者所接受的规定,而批准该计划,“只要计划对于受计划调减而没有接受计划的每类债权或权益没有不公平的区别对待,因而是公正和衡平的即可。”该款还就“公平与衡平”的判断,规定了一些具体标准。这就是著名的“强迫接受”(cramdown)规则。概括地说,“强迫接受的概念是指,即使某些债权人或者股东不批准计划,也允许批准计划,如果它符合一定的公平标准的话。”^[16]

相比之下,法国的重整制度则将社会本位提到了十分显著的地位。正如中国学者沈达明、郑淑君所述,法国1985年困境企业司法重整及清算法“所考虑的主要是经济和社会问题,把法律因素放在次要地位,法律所关注的是为企业的前途找到妥善的办法,把了结过去的负债放在次要地位。总之,法国现行的重点为救活作为生产工具、就业机会的企业”。^[17]因此,该法关于重整计划制定程序的设计,实行了较彻底的干预主义原则,即,重整计划由法院任命的管理人在债务人和鉴定人的协助下拟定(第18条),并听取债权人的意见(第20、24条),法院在听取各有关当事人的陈述后作出标准裁定(第61条)。这意味着,债权人和其他权利人除了向法院陈述意见外,对于重整计划的制定没有任何决定权。虽然这种程序设计的利弊得失,还有待实践的进一步验证,但这种将社会利益置于优先地位的立法取向,总的说来是值得肯定的。而且,法国立法者的这种大刀阔斧的改革和进取精神,对于那些至今仍受私法与公法严格分立的传统观念束缚的人们来说,也许多少会有一些“振聋发聩”的作用。

(三)程序法和实体法相融合

基于拯救企业的需要,重整制度有必要采取一些保护性措施,来维护企业的继续营业。而这些保护性措施所针对的,首先是来自债权人的“攻击”,即债权人行使权利的行为,例如,追索债务的诉讼和强制执行,有财产担保的债权人行使对担保物的处分权,以及其他单独索取清偿支付和单独对债务人的财产实施的行为。其次,保护性措施还要针对企业在无力偿债的情况下从事营业所面临的困难,例如,因信用下降而难以获得贷款,待履行合同的相对人要求解除合同或者要求继续履行合同,因裁减人员所引起的劳动争议等。所以,重整制度对债务人企业的

[15] Alan W. Kornberg & Patrick J. Trostle, Chapter 11 of the United States Bankruptcy Code, Reorganization Theory and Selected Caselaw Results, p. 1.

[16] 前引[1], P. 539.

[17] 沈达明、郑淑君:《比较破产法初论》,对外贸易教育出版社1993年版,第220页。

营业保护,不仅需要程序法上的安排,还要有实体法上的措施。

如果说,通过重整实现企业拯救的一个关键是维持生产经营,那么,我们可以说,设立强有力的保护性措施是建立行之有效的重整制度的至关重要的环节。而设立一套强有力的保护性措施,则离不开一系列的实体法规定。例如,对债务人或者管理人的继续营业授权以及占有、使用和处分财产的授权,赋予为企业继续营业提供贷款或者供应货物的新债权人以优先受偿权,对债权人行使担保物处分权的限制,确认重整企业享有待履行合同的解除权和履行权,以及劳动合同的变更或解除权,等等,都涉及到对既存的实体权利的处置和新的实体权利设置。^[18]因此,重整立法必须突破程序规范与实体规范截然分立、不可混合的教条和偏见,本着重实际、讲实效的务实精神,把各种有用的程序规则和实体规则冶于一炉,融为一体,使之能够适应现实需要,解决实际问题。

总的说来,美国、法国、英国和德国的最新重整立法比较成功地实现了程序法和实体法的融合,而日本(以及韩国、台湾)的已有重整立法,基本上没有超出程序法的范畴。因此,后者对企业继续营业的保护,基本上局限于诉讼中止和执行中止一类的程序性措施,而在实体权利的处理上,则处于裹足不前,无所作为的状态。

当然,我们绝不可轻视程序制度的意义,因为公正的程序是实现公平而有效率的债务清理的基本保证。而债务清理的公平的效率,不仅关系到债权人和其他当事人的权益保护,而且关系到债务人在妥善处理债务的基础上的复兴。因此,只有使程序法规则与实体法规则形成一个有机的整体,重整制度才可能实现其多重目标和多重价值。

(四)多种法律事实及法律效果相聚合

重整制度沿着债务清理和企业拯救两条主线,本着私权保护和社会利益保护双重目标,通过程序上和实体上的法律调整,引起一系列法律关系的发生、变更和消灭。从这个意义上讲,重整是一个综合性的法律事件,一个由多种法律事实和法律效果聚合而成的民事法律关系变动过程。

重整包含了对多种法律关系的调整。其中主要有:(1)债权关系,包括,对重整债权的约束、保护、变更和清偿,待履行合同的解除或继续履行,为企业经营而新缔结的借贷、买卖、租赁合同,为清偿债务而出让财产的合同,聘请律师、会计师等专业人员的合同,等等;(2)物权关系,包括对企业财产的保全,对担保物权的限制,取回权的行使与限制,企业产权的出让,等等;(3)投资关系,现有股东的权益保护和权利限制,债权转换为股权,增加或减少资本,新股募集,等等;(4)劳动关系,包括,职工的权益保障,人员裁减以及被裁减人员的补偿、安置,等等;(5)税收关系,包括,欠税的清理,重整期间继续营业的税收问题,等等。此外,重整还可能涉及到某些经济行政管理关系,如商业登记、不动产登记、抵押登记等等。由于多种法律关系的存在,形成了多种当事人介入重整程序的局面。实践中,主要的当事人是债务人、债权人、债务人的股东(或者其他形式的出资人)和企业员工。

重整是引起上述法律关系发生、变更或者消灭的概括的法律事实,其中包括了一系列的行为和事件。这里所说的事件,最常见的就是程序上的事件,如重整的开始、终止或终结。这些程

[18] 参看,美国破产法第 361~365、1107、1108、1113 条,英国无力偿债法第 11(3)、12、14(1)、15 条,法国困境企业司法重整及清算法第 31、33~35、47~49 条,德国 1994 年破产法第 87~91、96、103~108、120、122~123、229、270、271、275、282 条,日本公司更生法第 37、53、67 条。

序事件的发生,总是对当事人的程序权利和实体权利产生一定的效果。例如,重整开始后,债权人非依法定程序不得行使其权利。又如,重整因计划执行完毕而终结后,债务人对于重整债权依照重整计划被削减的部分免除清偿责任。而这里所说的行为,可分为以下种类:(1)民事行为与非民事行为,前者指引起民事法律关系如债权关系、物权关系或投资关系变动的行为,后者指引起非民事关系如劳动关系、税收关系、行政管理关系变动的行为。重整程序中发生的主要是民事行为。(2)民事行为中的表意行为与事实行为,前者指通过意思表示引起某种预期民事效果发生的行为,如债权申报,对重整计划的表决,主张或者放弃某项财产权利的表示,解除或者继续履行合同的通知,等等;后者指基于某种既成的作为或不作为,依据法律的规定而引起某种非预期民事后果的行为,如债务人的诈欺行为,恶意导致财产减少的行为,个别清偿行为,等等。(3)程序行为与非程序行为,前者是指在重整程序中发生并受重整程序规范的行为,如申请行为、提交行为、表决行为、陈述行为,以及在程序范围内实施的其他民事或非民事行为;后者指发生于重整程序之外,不受重整程序规范,但对重整目标的实现有实质性影响的行为,如法庭外的协商,私自转移财产,等等。(4)当事人行为和司法行为,前者包括债务人、债权人、股东、职工等等的行为,管理人代表重整企业实施的行为也属于当事人行为;司法行为是指法院实施或者授权实施的行为,如通知、裁定、审查、采取强制措施等等。

重整过程中的上述行为和事件,引起一系列法律效果的发生。从某种意义上说,重整就是通过一系列有秩序的明智的行为和符合人们合理需要的事件,引起趋向制度预期目标的各种效果发生的过程。重整法上的效果,包括程序法上的效果和实体法上的效果。程序法上的效果,体现为司法机关的裁定或决定,如案件受理、批准重整计划等等。实体法上的效果,是重整制度的主要目的所在,可以分为:(1)法律关系的发生,如,为继续营业订立的合同,财产出让合同,债权转换为股权的协议,等等;(2)法律关系的变更,如重整债权的削减,债务延期、分期偿还,等等;(3)法律关系的消灭,如双务合同的解除、债的抵销等。

由重整制度的性质,我们多少可以窥见,现代商法正在朝着目标复合、价值多元、部门综合和规范协同的方向发展,从而改变以往的目标单一、价值划一、部门分立和规范冲突格局。

三、重整制度的理论根据

重整制度的理论根据,涉及到两个基本的问题:第一,为什么需要建立重整制度?第二,重整制度为什么能够达到其设立的目的?这就是所谓必要性和可能性的问题。

当然,重整制度的理论根据对于这一制度的建设和实施过程也具有指导意义。

需要指出的是,重整制度的创立和早期发展不是依据于某种既成的概念或设计,而是依据于实际需要和经验;它是实践的产物而不是理论的产物。但是,这并不妨碍重整制度在其发展过程中逐步展现出它所蕴含的理性精神,也不妨碍我们对这些固有或应有的理性内涵加以总结和阐发;尽管迄今为止,各国在这方面的理论成果还很少见。

我们可以把重整制度的理论根据概括为三个论题,这就是营运价值论、利益与共论和社会政策论。这三个论题是相互联系的。其中,营运价值论无论在历史上还是逻辑上,都处在出发点的位置。

(一)营运价值论

现代企业可以从三个意义上来理解。第一,它们是财产的集合体;第二,它们是交易关系的

集合体;第三,它们是利益的集合体。这三个方面的意义,使企业构成了担负着多种社会经济职能的实体。在这些不同的意义中,财产集合体的概念是最基本的。因为,资源(或者说,资本、资产)是交易和利益的物质前提,也是企业法律人格的现实基础。

重整制度最初的理论根据是建立在“营运价值”(going concern value)的基础之上的。所谓营运价值,就是企业作为营运实体的财产价值,或者说,企业在持续营业状态下的价值。在许多情况下,企业的营运价值高于它的清算价值,即高于它的净资产通过清算变价所能获得的价值回收。正如1977年美国第95届国会关于破产法修订的委员会报告指出的:“企业重整的前提是,被用于其所由设计的工业生产的资产,其价值远远高于同样的资产被零散出售时的价值。”“重整比清算在经济上更有效率,因为它维持了企业的就业和资产。”^[19]美国破产法第11章的实践也证明,“一般地说,在企业拥有实际资产或者能够由未来营运产生实际利润的情况下,第7章的清算并非最可取的选择。即使清算程序确实是唯一的最后选择,大多数有相当规模的企业经由第11章,在债务人或者债权人委员会的管理下,通过缓慢而有秩序的债务清偿而得到的利益,将会大于通过第7章的迅速清算而得到的利益。那些与企业有利害关系的人们一般都较为了解待出售的资产的情况,并且更乐意通过第11章来提高价值回收率。”“而且,企业的资产在继续营业的情况下,其价值比迅速变价所得要高得多。此外,无形的利益如商誉、可继续享受的税收减免、主要人员和有利可图的待履行合同,都会由依据第7章的强制清算而丧失,而这些无形利益可以通过重整加以保留,这无论对债务人还是对债权人都是有利的。”^[20]

总的说来,企业资产的营运价值高于清算价值的原因,主要有以下三点:

1. 营运价值包含了资本组合的成本。例如,成立公司的各种费用,配置资源的费用(如购买设备的费用),员工培训的费用,保险费、律师费等维持企业所必要的开支,技术革新的风险和正常交易风险所带来的成本,等等。这些成本不能被物化在可供清算变价的财产中(而且也未必已经或者能够转嫁给客户,尤其是在市场竞争激烈的情况下)。也就是说,在企业资产清算变卖的情况下,由这些成本所形成的那一部分营运价值会全部或大部分丧失。换句话说,任何购买者要把他从清算变价中购得的破产财产变成一个具备其破产前的正常生产经营规模和营利能力的企业,都必须重新支付这样的资产组合成本。

2. 营运价值包含了无形的资产和利益。例如,商业信誉,供应渠道,客户网络,公共关系,内部的协作和团结,企业文化,技术秘密,商业情报,特许经营权,待履行的有利可图的合同,由以往的施惠行为得到的潜在的交易回报,由以往的经营活动获得的可望在今后享受的某些税收减免,等等,甚至有时还包括企业的名称。这些基本上都无法在清算时出售变现。而这一切对一个营运中的企业来说,都是其创造价值的重要因素;而且,这些因素的获得一般都需要直接或间接地付出经济上的代价。

3. 企业资产在清算变卖中可能存在着价值损耗。例如,清算人因为企业财产缺乏必要的技术知识,或者缺乏出售这类财产的必要经验,并且因为缺乏最大限度地获取资产价值回收的内在力,而不能获得较高的变卖价值。又如,由于市场需求不足或者供应过剩,尤其是在经济衰退或萧条时期(而企业困境往往发生在此时期),破产财产难以变现或者不得不在较低价位上变现。

[19] 前引[2]。

[20] 前引[9],p.1-3。

在以上三种原因中,前两种通常是不可避免的。一般地说,即使是熟练的清算人在正常的甚至较好的市场行情下,除非他能够将企业资产按营运价值出卖(这通常是很难做到的),他几乎不可能收回企业的资产组合成本和变卖企业的无形资产及无形利益。

企业资产的营运价值高于清算价值的理论,还有一个重要的理由,就是在多数情况下,企业具备破产原因即无力清偿到期债务,不是因为它的资产贬值,而是因为它的财务上的困难。这种财务困难可能归咎于经营上的失误,也可能归因于市场的变化(如原材料价格猛涨,经济萧条造成产品滞销)或者其他不可逆料的外部因素(如本国政府的紧缩政策,外国政府的贸易制裁)。这意味着,一个破产企业有可能在营运状态下仍不失为具有营利能力的资本实体。

(二)利益与共论

承认保存企业营运价值的必要性,还仅仅是提供了一种经济上的合理目标。在法律基于种种理由而必须保留破产清算制度的情况下,要实现这一合理目标,必须采用一种能够促使当事人尤其是债权人自愿选择以保存企业营运价值的方式行使权利的产权安排。换句话说,如果被保存下来的营运价值仅仅属于债务人而不能使债权人受益,或者说,如果债权人的清偿利益只能寄托于企业资产的清算价值,那么,毫无疑问,债权人宁可选择清算分配。因此,法律制度需要作出一种安排,以便使债权人成为保存企业营运价值的第一受益者。这意味着,法律应当使债权人成为重整企业的事实上的所有人,从而在债权人和债务人以及债务人的投资者之间,建立起一种利益与共的关系,使他们共同致力于拯救企业的过程。

关于债权人与债务人的利益与共关系,一位叫彼得·戈根的人曾经在国会听证会上讲述了这样一段饶有趣味的故事:“一个宾夕法尼亚州的男孩受到了镇上的表彰,因为他潜入水中救起了他的同伴汉斯,后者是在滑冰时误履薄冰而落水的。当镇长热情洋溢地对这个男孩的超乎寻常的勇敢大加赞扬后,这个男孩直言不讳地说:‘我不明白你的这番关于见义勇为的废话有什么意义。我当时不能不救起汉斯。他穿着我刚买来的名牌冰鞋。’”在这里,戈根是要把债权人描写成“一个不得不拯救债务人以便挽救自己的贷款的人”。与此同时,他也认为,反过来,把这位救人者看成是债务人也未尝不可,因为,债务人也必须“避免债权人蒙受太大损失以便保护他自己的生存”。^[21]这也许是用了一种最为浅显的方式来解说利益与共理论。

一些学者对利益与共论作出了更为精确的解释。例如,在美国,道格拉斯(Douglas)、贝尔德(Baird)、托马斯·杰克逊(Thomas Jackson)和罗伯特·斯科特(Robert Scott)都主张,一般意义上的公司破产和特殊意义上的第11章都应当致力于使那些投资于债务人的人的财富得到最大限度的保护。超越破产的概念,法律把这些人解释为有权享有债务人资产的人,并且把这种秩序解释为这些请求权人得以满足的秩序。有担保的债权人首先受偿,然后是无担保的债权人,再后是股份持有者。当一家公司处于无力偿债的状态时,债权人在事实上就是该公司的所有者。总之,上述学者都主张破产程序应当为债务人的所有者的集体利益而起作用。^[22]

关于债权人对无力偿债的债务人的财产享有支配权的根据,可以用民法上的债的一般担

[21] Testimony of Peter Coogan, Hearing Before the Subcommittee on Civil and Constitutional Rights of the House Committee on the Judiciary, 94th Cong., 1st Sess. on H. R. 31 and 32, September 19, 1975, p. 395.

[22] Robert K. Rasmussen, The Efficiency of Chapter 11, 8 Bankr. Rev. J. 323 (1991). see, T. Jackson, The Logic and limits of Bankruptcy Law 20-27 (1986); Baird, A World Without Bankruptcy, 50 Law & Comtemp. Probs. 173 (1987); Scott, Through Bankruptcy with the Creditors' Bargain Heuristic, 53 U. Chi. L. Rev. 690, 700-07 (1986).

保理论来说明。所谓债的一般担保,是指法律以债务人所有的全部财产来担保债的履行。大陆法上的保全制度(代位权、撤销权)、强制执行制度的破产清算制度,都有一个共同的前提:债务人不履行债务时,债权人得依法律规定的方式或者程序,对债务人的财产行使权利;在此期间,债务人对财产的支配权处于停止状态。只有当债权人的债权获得满足时,债务人才能对剩余的财产行使支配权。如果债务人的财产不足清偿债务,则债务人丧失全部财产(此时,倘若债务人为企业,则该企业因失去必要的财产基础而告消灭)。

在破产程序中,法律基于公平清偿的目的,将债务人的财产置于一个管理人或者清算人的掌管之下。管理人根据债权人的集体意志——债权人会议决议或者监督人的指示——管理、处分和分配财产。从本质上讲,此时的财产是属于全体债权人的,或者说,其最终归属一般说来是属于债权人。

很明显,在破产程序中,债权人的利益是排斥债务人(以及债务人的出资人)的利益。也就是说,债权人和债务人是利益对立和冲突的双方。在这种情况下,为了保障债权,法律不得不剥夺债务人的现实利益,同时也剥夺了他的将来利益,即剥夺了他运用已有的财产和信誉所能获得的一切。破产人实际上是“一无所有”。对于诚实经营而不幸陷入财务困境的债务人来说,这是一个冷酷的结局,而且,这不仅意味着债务人的牺牲,而且意味着社会资源的浪费,因为无论是经营者的个人才能,还是企业的资产组合和无形资产,都是一种社会的资源。作为一种最低限度的制度补救,现代破产法设立了免责制度,给诚实而不幸的破产自然人以重新开始的机会。可是,免责制度并不能给那些诚实而不幸的破产企业带来“重新开始”的机会。

当然,还有一种较为积极的制度补救——和解。依照和解程序,通过当事人协商,达成关于债务延缓、债务削减以及其他清偿方式的妥协,可能使债务人免于破产倒闭的结局。但是,和解是以债权人的自愿忍让为条件的。在实践中,可能有许多因素使这种条件成为可望而不可及,例如,有担保的债权人满足于由即时处分担保物受偿,债权人急需现金,债权人对债务人的未来偿付能力缺乏信心,等等。我们不可能把债务人的利益或者社会利益作为债权人的行为动机。从理论上讲,和解方案如果不能给债权人带来比清算分配更大的好处,债权人不会作出自愿忍让。这种好处一般是指超过清算分配的债务清偿额;而且,这种超过的幅度,应当足以抵销债权人因延迟清偿而承担的风险和损失。此外,由通货膨胀、经济萧条、市场波动等因素带来的财产贬值风险,以及债务人基于自身原因或者制度原因的信用缺乏等等,往往也是导致债权人不接受和解方案的因素。

从产权安排的角度看,在和解成立后,破产程序终结的情况下,破产程序对债务人财产的拘束即告解除,债权人依破产程序取得的对债务人财产的支配状态亦告结束,债权人恢复对其财产的支配权。这样,由于债权人依和解协议受偿所寄托的财产被掌握在债务人手中,债权人的清偿利益也就处在某种“任人摆布”的地位。这也是许多债权人对和解存有疑虑的一个原因。

由此可见,传统破产关于债务人财产的产权安排采取的“非此即彼”——即“不是由债权人支配便是由债务人支配”——的方式,终究不能消除破产事件中债权人与债务人双方的利益对立与冲突,而困境企业的复兴机会和希望,往往就在这种对立与冲突中失之交臂,从而导致企业倒闭的悲惨结局。

重整制度对债务人财产的产权安排,实际上是一种“双重产权”的设计。具体说,在承认债务人及其出资人的已有产权地位的前提下,赋予债权人以财产支配者的法律地位。在这种双重产权的情况下,财产的实际支配被委托给一个中立者——法院或者法院任命的管理人。在重整

期间,可以由债务人继续占有财产和营业,也可以由法院任命的其他人接管财产和营业;在重整计划的制定过程中,债权人和债务人(以及债务人的出资人)都有发言权;除了债权人外,股东有时也享有对重整计划的表决权,或者至少是享有就重整计划的批准陈述意见的权利。总之,重整程序是一个多方协商机制,其协商决定的内容,不仅包括债务清偿方案,而且包括企业复兴方案。而这一切,都是建立在债权人和债务人均有产权地位的基础之上的。

那么,双重产权的理论根据何在?我们知道,产权来源于投资。要承认债权人的产权地位,必须首先承认债权人的投资地位。

投资就是一个财产主体将自己的财产转入另一个财产主体的名下,并于未来获取回报性偿付的行为。由投资行为产生的投资者的回报索取权,可以有两种形式,一种是固定回报,即有确定的偿付金额,并且通常有确定的支付期限;另一种是浮动回报,即与企业经济效益挂钩的回报,它没有固定偿付额,但有一定的利润分享比例或者分享规则。前一种即为债权方式,后一种则为股权方式。在支付顺位上,前者为优先。

由于债权的回报支付是数额固定并且优先于股权的回报支付,相对地说,处于数额未定且劣后受偿地位的股权持有人,对企业的效益更为关心。无论是从利益均衡方面讲,还是从追求企业效益最大化的动机方面讲,都应当安排股权在企业内部事务决定中的优先地位。除此之外,还有一个重要理由,那就是债权在一次或分期取得回报支付后即告消灭,因而债权的生命周期短,流动性大,这与股权的长期存续状态恰好相反。因此,即使主张债权人在企业正常运行情况下享有内部权力地位,实践中也难以操作。

债权人和股东都是将自己的经济资源投入企业的运行,从而获取自己期待的回报;他们的利益都是与企业的兴衰相联系的。从这个意义上讲,它们是利益与共的,但是,从分配的角度讲,它们又是利益对立或冲突的。分配冲突在任何一个利益共同体内部都是不可避免的;股东之间,合伙人之间,同一债务人的多个债权人之间,概莫能外。

由此可见,在企业陷入财务困境的情况下,如果将有关财产和债务的清理程序设计成单纯的利益分配机制,那么它就不免造成债权人与债务人之间,以及债权人相互间的利益冲突状态,即人人都想维护自己的利益,而不惜牺牲他人的利益。这时的企业,好比一匹病马,由于它的主人们已经失去了共同利益的关心,它面临着被屠宰分食的命运。显然,要拯救这匹病马,当务之急就是要让这些闹着要“杀马分肉”的主人们冷静下来,多想想他们的共同利益;如果大家一齐努力把它医治好,那么,大家都会得到更大的好处;按照前面论述的营运价值理论,“马肉”的价值(清算价值)小于“活马”的价值(营运价值),“杀马”造成的价值损失是大家的损失,而“救马”所挽救的这部分价值便是大家的获益。

在企业陷入困境之际,为了拯救企业从而挽救大家的投资,人们应该结成一种利益与共的关系。而且,在这种情况下,要求所有的权利请求都处于停止状态,所有的权利人都尽可能地加入拯救企业的行列(而不是“拿了就走”)。所以,在重整程序中,债权人和股东都成了企业“内部人员”,尽管他们的地位因权利形态的不同而有差别。

当然,利益分配在重整程序中仍然是一个无法回避的问题。人们对企业复兴的关切度必然地与他们的分配期待相联系。按照法律制度既定的分配秩序,有担保的债权处于优先受偿地位,然后是不同顺位的无担保债权,最后是股权。一般地说,分配地位劣后的权利人对企业复兴的关切度较高;在企业复兴的情况下,无担保的债权人通常能得到高于清算分配的偿付额,而股东则避免了投资丧失的厄运。相反地,分配地位优越的权利人,如担保权人,对企业复兴的关

切度较低,因而较为倾向于“杀马分肉”。这种情况的存在,决定了立法者要对下列三项措施给予必要的重视:第一,限制担保权人在重整期间的权利行使;第二,设立中立的并且受到监督的财产和营业管理机构;第三,建立以多边协商为基础的重整计划制度程序。

以上的论述并非试图证明,企业的命运应该完全掌握在各种投资者的手中。从根本上说,企业的兴亡应该取决于客观的市场法则。虽然我们不能否认,市场法则往往通过当事人的利益和行为机制体现并发挥作用,但是我们毕竟不能断言,当事人的意志和行为都符合市场法则。狭隘的利己动机以及形形色色的其他非理性冲动可能使当事人作出以牺牲企业为代价的任性的选择。因此,以拯救企业为基本目标之一的重整制度,不可将自己的理论根据局限在当事人利益的范围內。

(三) 社会政策论

创立和发展重整制度的动力,不仅来自当事人基于个别利益的个别理性判断,而且来自社会基于整体利益的整体理性判断。这种整体判断就是我们所说的社会政策。它所依据的理性标准就是效率和公平的价值。

建立重整制度,意味着“对迄今为止以破产为中心的倒产制度进行改革”。〔23〕这一法律改革的出现,在很大程度上是由于传统的破产中心主义所固有的缺陷引起的。

传统的破产中心主义的第一大缺陷,就是造成资产价值流失和失业救济、连锁破产等社会成本,导致社会资源的浪费。如前所述,一个现代企业的营运价值中所包含的资产组合成本和无形资产及利益,是旧时代的小作坊、小店铺所无法企及的。而且,一个现代企业的破产清算,其复杂性和费用消耗也远非往日的个人破产所能比拟。建立重整制度的着眼点,并非仅限于债务人的“重新开始”,而是整个社会的资源保护和资源有效利用。

传统的破产中心主义的第二大缺陷,就是造成普遍的“破产畏惧症”,导致社会的债务积淀。企业破产的严重经济后果、社会后果和昂贵的操作成本,不仅令债务人视为畏途,也使债权人望而却步。这种情况在那些经济欠发达、社会保障体系不够健全的国家,尤为显著。在今日,无论是中国,还是独联体和东欧国家,从债权人、债务人到政府、职工,普遍存在着畏惧破产甚至厌恶破产的心理。因此,企业破产案件在社会中已有的无力偿债事件中所占比例极低。在中国,这种情况导致了两个显著的结果,一是“捷足先登”式的诉讼大战和执行大战,即债权人纷纷避开破产程序而运用民事诉讼和执行程序寻求个别清偿,从而助长了地方保护主义的蔓延和地区间的司法冲突,并使地方法院变成了本地企业的追债帮手和保护伞。二是“有债不讨、欠债不还”的现象。一方面,讨债成本高,效果差,加上政府干预和其他体制因素,银行、原材料和设备供应厂商等主要债权人面对帐目上与日俱增的债权记录(包括越来越多的不良债权)束手无策,另一方面,“欠债有理,赖债有利”的心理,使越来越多的债务人心安理得。据报道,截至1995年7月,全国的“三角债”即企业相互拖欠的负债累积,已经超过一万亿元。

债务积淀,即社会中大量到期债务不能清偿并且越积越多的现象,是一种社会经济病态。债务积淀的消极作用不仅表现为债务数量的增加,而且表现为债权效益的下降。由此造成交易风险和成本提高和社会经济效率降低,从而使社会通过效益增长来消化积淀债务的能力削弱甚至消失。债务积淀销蚀着企业的活力和经济流转的信用基础,吞噬着银行资金和国库岁入,若不及时治理,势必给国民经济带来灾难性的后果。

〔23〕 前引〔7〕,竹下守夫文。这里所说的“破产”,指破产清算制度。

对于债务积淀,要采取综合治理的办法。从法律的角度讲,治理债务积淀应从治理交易环境和拯救企业两方面入手。一方面,要完善合同法和民事执行、破产清算等制度,加大敦促债务履行和强制债务清偿的力度,另一方面,要完善企业立法建立重整制度,实现企业的康复和再建,从根本上消除债务积淀的原因。

关于企业再建,存在着三种不同的立法政策。

第一种是放任主义,即任凭当事人自由协商,企业的命运完全寄托于当事人之间的合意。和解制度便是奉行这种政策。所以,如果债务人不提出和解方案,或者不能提出令债权人满意的方案,如果债权人不接受和解,或者没有足够的多数债权人接受和解,那么,企业就只有倒闭清算。

第二种是包办主义,即企业的再建完全由政府一手包办。其代表就是我国1986年企业破产法(试行)第4章。其中第20条明确规定“企业的整顿由其上级主管部门负责主持”,并规定,“企业整顿方案应当经过企业职工代表大会讨论”,“企业整顿的情况应当定期向债权人会议报告”。在这里,第一,债权人除了被告知企业整顿的情况外,对于企业整顿方案既无发言权,也无决定权;第二,企业的经营者完全被排除在整顿程序之外;第三,企业职工对企业整顿只有了解权和建议权,没有决定权;第四,人民法院对企业整顿完全不过问。可见,企业整顿方案完全由政府主管部门制定、决定和执行。由此,产生了两个重要的后果:其一,债权人对企业整顿不信任,因而很难在事前与债务人达成和解协议;而按照该法的规定,达不成和解协议,则不能开始整顿。其二,这种整顿程序不仅使主管部门获得了主持整顿的权力,也使他们承担起整顿的负担(包括财政负担)和整顿失败的风险,因此,企业的主管部门一般都缺乏“负责主持”整顿工作的积极性。实践证明,这种政企不分的包办式整顿程序是行不通的。

第三种是干预主义。所谓干预,前提是承认当事人的自由意志和鼓励当事人协商、妥协,这是它不同于包办主义的地方。而它与放任主义的不同之处则在于,法律制度对当事人的自由意志作了一些必要和适当的限制;而这些限制都围绕着一个目标,这就是促成重整的成功和企业的复兴。例如,在美国,“在破产法院主持下的重整为最明智的财务选择的情况下,某些原则出现了。首先,债权人之间为从债务人那里获得支付或者行使在债务人财产上的抵押物处分权的正常的‘勤勉竞赛’(race of diligence)必须停止,以便维持现状。重整的裁定以及重整所应采用的形式,只有在有合理的机会确定对所有的当事人最公平和最有利的调整时,才能作成。为了使债务人的事业被作为一个营运实体保存下来,同时对所有利害关系人的权利进行重组,法院行使某些权力对于维持债务人企业的经济生命,通常是必要的。法律把这些权力授予破产法院,其中包括:1. 阻止有担保债权人、税务机关、不动产所有人和其他人夺取财产或者取消对债务人有利的合同;2. 允许债务人借款和为借款而在债务人的财产上设置与现有债权人的抵押权相平等或者优先于它们的抵押担保;3. 批准债务人在重整计划中提出的资本结构调整措施,包括延期还债认可书(extension),延期偿付权(moratoria),债务削减(composition),债权转换成股权(exchanges of debt for equity),以及可能为债务人以稳定和能够赢利的状态重返商界所必要的其他类似的财务调整;4. 在有关事实充分披露以后,以及债权人就提交司法批准的最终计划发表实质性意见的表决程序以后,使那些不同意的债权人服从对多数债权人来说是可接受和有利的重整计划。”^[24]

[24] 前引[9],p. 1-3~1-4.

应当指出的是,首先,重整制度中的干预是司法干预而不是行政干预,这种干预必须以法律的规定为根据而不是凭法官的随意性。其次,这种干预从根本上说是符合当事人的共同利益的,因而不允许无限度地牺牲债权人的清偿利益去片面地强求企业拯救。公平清偿债务和企业复兴是互为因果的两个目标。它们相结合地实现着社会经济效率的客观要求。因此,作为重整制度设立理由的效率原则必定要贯彻在重整法制定和实施的过程中。效率的目标必须通过有效率的手段来实现。重整制度的创设是服从于利益最大化的社会经济目标,而它的设计又必须符合利益最大化和损失最小化的原则。正如美国学者拉斯姆森所说:“第11章是否有效率的问题可以从两个方面来观察:第11章是否有效率地促进了既定目标的实现,或者它是否体现了作为目标的效率本身。易言之,这个问题是,效率既是达到目的的手段,也是目的本身。”^[25] 干预主义的立法政策,从目的和手段两个方面都体现了效率原则。

公平是与效率相关联的价值。人们常常把公平看作是效率的对立物。其实它们二者也存在着一种相辅相成、相得益彰的关系。如上所述,重整法基于公平清偿的要求而进行的某些干预,如制止抢先受偿的“勤勉竞赛”,限制少数人的反对意见对重整计划制定的影响,等等,同时也体现了效率原则,如,有秩序的集体受偿的成本要低于你争我抢的“讨债大战”的成本,“少数服从多数”和适当的司法决断的成本低于漫无休止的谈判或者谈判失败的成本。从这个意义上讲,公平是重整制度达到既定目的的手段。

另一方面,公平也是重整制度的目的之一。也就是说,建立重整制度也是为了实现社会公平的目标。这里所说的公平,不仅仅是指公平清偿。破产清算也是以公平清偿为目标。重整制度所要实现的公平,还有更深的一层含义,那就是要顾及破产事件影响所及的那些非请求权人和其他案外人的利益。

企业破产事件对社会的影响是由内向外逐渐辐射的。首先是企业和它的债权人以及它的股东,即,企业面临着倒闭的结局,债权人和股东面临着财产的损失;其次是企业的职工、它所在的地区以及它的交易伙伴,即,职工面临着失业以及其他经济利益的丧失,社区面临着税收减少、失业救济负担甚至地方经济的衰退,交易伙伴面临着失去订单或者失去供应来源;再其次是其生计与该企业的营业有关联以及与前两类人有害关联的人,例如,工厂周围的商店、饭馆等服务行业因工厂倒闭而难以为继,债权人因该破产事件受损失而无法对他的债权人履行债务,从而使后者也陷入困境,当地居民因企业破产带来的地方财政困难而不得不忍受公共设施、社会福利乃至社会治安等方面令人不满的状况。

一般说来,破产清算程序和和解程序都仅仅考虑到破产事件对第一类人的影响(而且,在第一类人中,总的说来也只考虑到债务人与债权人的关系),而对其他各类人则熟视无睹或者无暇顾及。因此,我们很难说这是一种符合社会公平原则的制度设计。随着企业在现代社会经济生活中的地位和影响日益增强,随着企业间相互连带关系的日益密切,随着社会公平问题在法律政策天平中的份量日益加重,那种将破产法的制度设计局限于“债务人与债权人关系”的思维框架已经陈旧和过时了。今天,我们如果仍然用中世纪或者工业革命初期的小商人破产事件来度量当代的企业破产特别是大中型企业破产,那将是十分可悲的观念错位。

应该说,扩大对破产事件社会影响的关注范围以适应现代公平价值的要求,是当前破产法改革运动中的一个重要的观念更新。这种观念更新在那些重整制度发展较早的国家已经出现。

[25] Robert K. Rasmussen, 前引[22], p. 323.

例如,在美国,“在将注意力集中于法人破产的时候,其他学者,例如伊丽莎白·沃伦(Elizabeth Warren)和杰伊·威斯特布鲁克(Jay Westbrook)主张,破产法应当注意到另外一些问题。一个问题就是破产对债务人的雇员和对所在社区的影响。这些学者关心那些在破产程序以外拥有寄托于债务人资产的法律上可予承认的利益的人们。但是,他们还主张,对这些当事人的关心应当与对那些并不对债务人享有法律上可予承认的非破产请求权但毕竟受债务人继续营运影响的人们的关心相平衡。”^[26]

当然,更大范围地关心那些受破产案件影响的人们,并不意味着必须扩大案件当事人的范围。那样做将会增加案件的操作难度和成本,并且最终也难以实现公平的目标。一个比较妥当的安排是,把这种更广泛的社会关怀融合到程序和规则的设立过程中。也就是说,法律制度本身应当反映或者顾及这些人们的利益诉求。这些外围的受影响者的利益,正是寄托于企业的复兴,因此,我们说,重整制度的建立,以及它所采用的旨在实现企业复兴的种种有力措施,本身就适应了社会公平的需求,体现了对多数人的关心和保护,除此之外,法律还直接设立了一些保护非请求权人的规定。例如,美国破产法第1113条(集体谈判协议的拒绝)中关于雇员应受到公平对待、受托管理人应当向雇员代表提供有关信息和与之诚恳协商的规定,第1114条(退休雇员的保险津贴的支付)中关于法院任命退休雇员委员会的规定,以及受托管理人就变更退休津贴与退休者代表协商的有关规定;法国困境企业司法重整及清算法中关于雇员代表的选任及其参与重整程序的多处规定,第18条关于重整方案如需裁员,应当指明为失业雇员的重新工作和获得补偿而采取的措施的规定,等等,都体现了对劳动者的非债权利益的关心与保护。

解决社会利益冲突是现代法律的一项基本任务。企业是一个由多方利益组成的利益集合体。从这个意义上说,破产法上的企业,是一个面临危机的利益共同体,也是充满着利益冲突的共同体。在这种利益冲突的状态下,如果人们没有患难与共的意识和同舟共济的精神,如果法律制度不为他们提供利益调和与权利妥协的机制,那么,这个利益共同体就不免在“散伙分财”和“弃船逃生”的氛围中分崩离析。

我们必须明确一个观点:集合在企业名下的财产是社会资源和国民财富的一部分,集合在企业名下的交易关系是市场体系的一细胞,集合在企业名下的利益是社会经济活力与秩序的一动因。我们绝不能把重整制度为实现企业再建而采取的种种保护性措施错误地看作是“债务人借以逃债的手段”。立法者如果因为不懂得珍惜企业的营运价值,不懂得企业乃是包括债权人在内的全体投资者所拥有,不懂得企业兴亡与社会中诸多方面的利益攸关,而轻易地否定或者放弃建立重整制度的努力,那么,他们就会犯下不可原谅的历史性错误。

结 语

经验和理性都告诉我们,建立重整制度,拯救困境企业,无论在经济上还是法理上,无论在理论上还是实践上,都是合理的、正当的、必要的和可行的。为了中国的改革开放和稳定、发展、

[26] Robert K. Rasmussen, *ibid.*, p. 324. See, E. Warren & J. Westbrook, *The Law of Debtors and Creditors* 379-403 (1991); Nimmer, *Negotiated Bankruptcy Reorganization Plans: Absolute Priority and New Value Contributions*, 36 *Emory L. J.* 1009 (1987); Warren, *Bankruptcy Policy*, 54 *U. Chi. L. Rev.* 775, 796 (1987).

也为了中国的法制现代化,我们必须坚决地迈出这一步:在新的破产法中设立重整制度。

早在1986年我国制定企业破产法的时候,起草者就曾经提出这样的设想:“对达到破产界限而有可能挽救的企业,通过与债权人达成延期或减免还债的协议,并经人民法院裁定认可后进行整顿(简称法定整顿),力争使其重新恢复生机和活力。”^[27]按照当时的草案规定,达到破产界限的企业,可以请求调解整顿;调解整顿方案经债权人会议通过,并经监管会审查后,由法院作出裁定;监管会由法院任命,负责监督整顿,并向法院报告工作。^[28]这实际上就是一个建立重整制度的思路。遗憾的是,在草案的审议过程中,由于迁就了计划经济体制下形成的依赖行政权力的思维定式以及一些人的畏难情绪,这一设想被轻易地否定了,并且被轻易地代之以包办主义的、现已被实践证明是行之有效的行政整顿制度。^[29]

由于缺乏科学的、行之有效的重整制度,企业破产法不可避免地落入了传统的破产中心主义的窠臼,从而无法摆脱高成本和“破产畏惧症”的双重困扰。现在人们常叹“破产难,不破产也难”。难就难在没有一种既能避免破产倒闭的后果,又能积极、公平地清理债务的法律机制,以及没有一套既能挽救有重建希望的困境企业,又能淘汰挽救无望的落后企业的综合性整体方案。今天,当我们面对全国上下要求更新破产法的强烈呼声时,我们不能不承认,我们已经为一部没有重整制度的破产法付出了昂贵的代价。

从根本上说,制度选择是一种公共选择。从某种意义上讲,制度选择的理性程度,代表了一个民族的文明素质。立法者应该站在国家和民族的整体利益、现实利益和未来利益的立场,来评价制度过程中出现的各种主张。

有一句古老的法谚:法律不溯及既往。这句话似乎可以引伸为:法律总是面向未来。法制进步的历史告诉我们,立法者可以是理想主义者,也可以是现实主义者,但不可以是守旧主义者。或许,我们有希望看到,新的破产法,还有今后陆续颁布的其他民事、商事法律,能够展现出跨世纪中国开拓进取、奋发向上的风姿。

[27] 张彦宁:《关于〈中华人民共和国企业破产法(草案)〉的说明》,载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》1986年第7号,第17页。

[28][29] 参见宋汝芬:《全国人大法律委员会对〈中华人民共和国企业破产法(草案)〉审议结果的报告》,出处同上,第19页。