

论建筑业企业破产重整的特性与模式选择

——兼评“分离式处置”模式

徐阳光 叶希希*

摘要 建筑业企业破产重整需要特别关注依附于建筑资质的“壳价值”如何保留、挂靠经营关系如何处理、在建工程如何处置等特殊问题。在重整模式的选择上,司法实践中创新尝试“分离式处置”的重整模式,旨在满足建筑业企业资质保留的需要,但这种类似于反向出售式重整的模式在法理评价上却不无争议。本文结合《企业破产法》关于重整计划约束效力条款的规定进行分析,论证了“分离式处置”模式的必要性与合理性,但也认为此类模式仍有待法律或司法解释进一步的确认。

关键词 建筑业企业 建筑资质 重整模式 分离式处置

2014年,温州中城建设集团有限公司(以下简称“中城集团”)以资产不足以清偿全部债务为由向温州市中级人民法院(以下简称“温州中院”)申请破产重整,浙江省高级人民法院于2014年3月14日批准温州中院将中城集团破产重整案交温州市瓯海区人民法院(以下简称“瓯海法院”)审理。2014年5月12日,瓯海法院经审查后裁定受理此案。瓯海法院在本案中首次以竞争方式选任破产管理人,以公开方式征选战略投资人,并探索性地提出“分离式处置”的思路,以图实现“无害化剥离资债,有效性利用资源,最大化保护权益”的目的。2015年4月,瓯海法院举行新闻发布会,通报中城集团破产重整计划已获得通过。

中城集团被誉为温州建筑“航母”,该案被媒体称为“我国首例特级资质建筑企业破产重整案件”,也是温州民间借贷局部金融风波爆发以来,通过司法重整处置“不良资产”的典型案件之一。^[1]中城集团破产重整案件反映出了建筑业企业破产的特性,法院在审理过程中面对各种疑难问题做出了司法实践的探索,尤其是“分离式处置”模式的运用,较好地解决了建筑业企业特许资质的保留问题,但此种模式的合理性、合法性,需要从法律上做出评价。本文以中城集团破产重整

等建筑业企业破产案件为切入点,梳理建筑业企业破产的特性,并重点对法院尝试的“分离式处置”模式进行法理分析,期待学界同仁的批评指正。

一、建筑业企业破产重整的主要特性

根据我国《建筑法》以及《建筑业企业资质管理规定》等法律法规的规定,建筑业企业是指从事土木工程、建筑工程、线路管道设备安装工程、装修工程的新建、扩建、改建等活动的企业。建筑业企业应当按照其拥有的注册资本、专业技术人员、技术装备和已完成的建筑工程业绩等条件申请资质,经审查合格,取得建筑业企业资质证书后,方可在资质许可的范围内从事建筑施工活动。建筑业企业从业范围可以涵盖全国各地,而且,在建工程多以分公司形式进行管理,同时也存在挂靠经营的情形,一旦陷入财务困境,在建工程处置、特许资质保留成为了破产案件审理中的疑难问题。我们根据实证调研掌握的情况,将建筑业企业破产案件的主要特性归纳为以下四个方面。

(一)建筑资质是企业最主要的“壳价值”

对于建筑业企业而言,资质是其立身之本,必须获得建筑资质才能正常经营。建筑资质的种类非常多,其中建筑工程施工总承包资质分为特级、一级、二级、三

*徐阳光,中国人民大学法学院副教授、中国人民大学破产法研究中心副主任、北京市破产法学会副会长兼秘书长;叶希希,浙江省温州市中级人民法院民六庭副庭长。本文为司法部2015年度国家法治与法学理论研究项目“破产重整制度研究”(项目编号:15SFB2025)的阶段性成果。

[1]李伊琳:“中城建设破产重整宣告终止17亿元债务‘整体平移’”,载《21世纪经济报道》2015年3月20日第10版。



级。每一级的资质标准都会对企业资产、注册建造师等企业主要人员、企业近5年工程业绩等提出非常高的要求。比如一级资质标准要求企业净资产达1亿元以上,所拥有的一级注册建造师不少于12人,同时还对近五年承担过的工程有非常高的要求。^[2]实践中,顺利取得建筑资质的企业并不多,拥有特级、一级建筑资质的企业更是凤毛麟角。鉴于此,对于申请破产的建筑业企业而言,企业所拥有的建筑资质是战略投资人关注和青睐的重点,而建筑资质依附于企业,离开了企业就无法存续,因此,要充分发挥建筑资质价值的话,就必须使企业主体资格得以保留,从这个角度而言,建筑业企业的“壳”就成了一种稀缺资源。

比如在中城集团破产重整案件^[3]中,债务人企业于2007年2月7日经建设部核准,取得房屋建筑工程施工总承包特级资质证书(证书编号:A0014033030401),于2012年6月4日经住房和城乡建设部核准,取得房屋建筑工程施工总承包特级资质证书(证书编号:D133006165-12/9),是浙江省温州市唯一一家建筑施工特级资质企业,单独或者和他人合作拥有国家级工法6项以及十几项发明,取得包括中国建设工程鲁班奖(国家优质工程)在内的诸多奖项及荣誉。该企业进入破产重整程序后,以100%股权为主要标的向社会公开拍卖,最终由某公司和个人组成的联合竞买人以5800万元竞得,使依附于企业的特级建筑资质得以继续发挥效用。

(二) 挂靠经营模式下法律关系复杂

挂靠经营是指挂靠者挂靠在有建筑资质或信誉好的企业名下,以该企业的名义对外从事经营活动,被挂靠企业提供资质、信誉、技术、管理等方面的服务并收取一定管理费的经营方式。其特点主要表现在:其一,挂靠者通过借用被挂靠者的企业名称、资质证书、营业执照从而能够承揽工程;其二,挂靠者通常以被挂

靠者的分支机构、施工队或者项目经理部等形式对外开展活动;其三,挂靠者以被挂靠者的名义承揽到工程后,通常是独自组织实施,自主经营、自负盈亏,被挂靠者一般不参与工程施工。换言之,挂靠者是履行实体义务和最终享有权利的主体;其四,被挂靠者只是配合承接工程项目,比如根据要求提供资质证书、技术人员等,并非实际上真正履行所谓的管理义务,同时要以管理费、保证金的形式向挂靠者收取一定的费用。

近年来,在大规模重新规划和建设的过程中,建筑行业挂靠经营情形日渐增多,现在已经非常普遍,实践中进入破产程序的建筑业企业基本上都会存在挂靠经营的情况。比如温州市海城建筑工程有限公司(以下简称“海城公司”)破产重整案中可以反映出该公司所承包的建设工程项目,均是采取内部承包(挂靠)方式进行施工,即由承包的项目经理出财、出物、出人工进行施工,公司配合管理收取一定比例的管理费。^[4]在此情形下,建设工程施工涉及挂靠者、被挂靠者、开发单位及材料设备供应商等多方当事人,法律关系非常复杂。其中,开发单位与被挂靠者是建设工程施工合同的双方当事人;挂靠者与被挂靠者之间存在挂靠关系;材料设备供应商等第三方单独与挂靠者或与挂靠者和被挂靠者共同发生采购、租赁、定作等法律关系;开发单位与挂靠者虽没有直接的合同关系,但发生争议时作为发包人的开发单位可依据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第25条、第26条的规定,将负责实际施工的挂靠者与总承包人、分包人一起列为共同被告,同时,实际施工人以发包人为被告主张权利的,法院也可以追加转包人或者违法分包人为当事人。^[5]

(三) 在建工程如何处置成棘手难题

在建工程一般是指建设项目进入施工阶段后,从开工至竣工整个工程的统称,破产过程中其所处的阶

[2]一级资质标准要求申报企业近5年承担过下列4类中的2类工程的施工总承包或主体工程承包,工程质量合格:一是地上25层以上的民用建筑工程1项或地上18-24层的民用建筑工程2项;二是高度100米以上的构筑物工程1项或高度80-100米(不含)的构筑物工程2项;三是建筑面积3万平方米以上的单体工业、民用建筑工程1项或建筑面积2万-3万平方米(不含)的单体工业、民用建筑工程2项;四是钢筋混凝土结构单跨30米以上(或钢结构单跨36米以上)的建筑工程1项或钢筋混凝土结构单跨27-30米(不含)[或钢结构单跨30-36米(不含)]的建筑工程2项。

[3]参见浙江省温州市瓯海区人民法院(2014)温瓯商破字第5-6号民事裁定书。

[4]参见浙江省温州市瓯海区人民法院(2015)温瓯商破字第8-2号民事裁定书。

[5]董建中、高玲:“建筑行业挂靠纠纷审理中存在的问题及解决对策”,载《法律适用》2007年第6期。

段也是不断变化的。建筑业企业破产案件普遍会面临在建工程的处置问题,如何更好地处置在建工程对破产重整具有非常重要的意义,主要表现在一下方面:其一,在建工程通常涉及面广,本身的维稳压力大。比如在浙江某房地产企业破产重整案中,各类债权人或利益相关者诉求强烈,部分债权人甚至利用网络、电视等媒体制造舆论压力,有些购房户就曾邀请浙江卫视对楼盘破产一事进行曝光,其债权人也曾通过某省级报纸记者以采访为名进行施压。若处置不当,就极有可能引发群体性事件进而影响社会稳定。其二,在建工程作为建筑业企业的重要资产,其有效合理的处置会对债权人合法利益产生非常重要的直接影响。如果在建工程能够续建成功,则可以大大提高债权人的清偿率。比如广东某房地产企业破产重整案,是法院通过执行程序转到破产重整程序的首例,最终使涉案在建工程顺利竣工验收,职工债权、优先债权和税收债权均获得100%的清偿,普通破产债权的受偿比例也远远高于适用破产清算的受偿比例,达到了多方共赢的效果。其三,在建工程能够成功续建实际上是对其价值的提升,若无法续建或者不能得到有效合理的处置,则遭受损失的不仅仅是企业本身,资源无法充分利用、烂尾工程的存在也会对城市发展产生影响,让整个社会蒙受损失。

在建筑业企业破产案件中,虽然在建工程的处置非常重要,但是如何做到有效合理的处置却面临诸多难题。一方面,工程施工进度不一,存在已完工未结算、正在施工、刚接手、停工等不同情形,对不同情形的在建工程应作整体变价处理还是分类处置,以及处置的时间节点应如何把握等问题,权衡利弊的难度较大。另一方面,如前所述,对于涉及挂靠经营的在建工程,其工程款到底是要作为破产财产进行追收还是将其予以剥离进行独立核算,是建筑业企业破产案件中需要根据具体情况进行解决的难题。比如在中城集团破产重整案件中,涉及在建工程79个,多为挂靠经营,且遍布全国各地,每个工地的施工进度不一,甚至个别工地处于停工状态。^[6]如果将挂靠经营的在建工程全部作为破产财产,则会面临在建工程结算、质量担保责任等问

题,而且由于实际承包人无法从中城公司获得工程进度款,必然导致在建工程的停工,3万余建筑民工以及广大材料供应商很有可能成为新的问题,引起巨大的社会动荡。如果将在建工程予以剥离进行独立核算处理,则存在法律依据不够明确的问题。

(四) 债权构成多样致审查难度较大

建筑业企业涉及在建工程的款项收取与支出,其资金来往异常频繁,债权审查困难,各方矛盾突出。比如中城集团破产重整案件中,债权结构复杂,数额庞大,申报债权总额达5167631741.42元,而且涉及对内分公司共55个、对外长期投资公司9家,资金往来情况非常复杂。^[7]又如海城公司破产重整案中,经审查确认的债权既有金融机构的担保债权,也有税收债权和劳动债权,普通债权中既有供应商货款,也有民间借贷债权,诉求的差异使得各方利益难以平衡。^[8]实践中部分建筑企业有内账和外账之分,财务操作不规范,以及部分民间借贷债权人申报债权时隐瞒真实的数据,只提交对其有利的证据,都加剧了债权审查的难度。

二、建筑业企业破产重整的模式选择

(一) 重整制度契合建筑业企业的行业特性

我国的破产重整制度作为挽救企业的核心制度,可适用于各类公司组织,与破产清算制度相比,破产重整制度具有介入时机提前、担保物权受限、参与主体多元等明显的制度优势。就建筑业企业而言,选择破产重整制度作为挽救困境的途径,除上述制度优势外,更有以下几方面的特殊考量。

第一,惟有破产重整制度方能保留“壳价值”。如前文所述,建筑业企业破产案件中,企业自身的资产往往大多都已经设定了抵押,甚或是存在多重抵押,如果选择破产清算程序,普通债权人的债权清偿率可能接近于零,但若能够重整成功,维持企业主体资格,“与主体不可分离的价值”如企业取得的建筑资质也就得以保留下来,该项无形资产的保留将大大增加债务人财产的价值,进而提高债权清偿率。简言之,建筑资质依附于企业而存在,如果企业进入破产清算程序,则建筑资质的价值将归零,所以要使建筑资质得以继续发挥其效用,则必须使企业主体能够存续,由此破产重整程序

[6]同注[3]。

[7]同注[3]。

[8]同注[4]。



的适用也就成了首选路径。

第二,选择破产重整途径有利于在建工程的处置。如前文所述,在建工程处置是建筑业企业破产程序中的棘手问题,虽然不易处理,但毋庸置疑,让企业存续下来更有利于在建工程的续建,更有利于维护社会的稳定。

第三,选择破产重整途径有助于企业继续履行对建造工程的质量保障义务。根据《建筑法》第58条至第62条的规定,建筑施工企业对工程的施工质量负责,建筑物在合理使用寿命内,必须确保地基基础工程和主体结构的质量;建筑工程实行质量保修制度。虽然在实践中也可以考虑通过在建工程的整体转让进而由受让方来续建并承担质量保障和保修义务,但这种操作必然会增加不可知的风险,也会相应降低债务人企业资产的价值。

上述理论层面的分析,也在个案实践中得到了明显的印证。以中城集团破产重整案件为例,根据瓯海法院新闻发布会公布的信息,该案重整较之于清算的价值优势在于如下方面。第一,单项直接损失比较分析。如果进行破产清算,那么中城公司将宣告破产,与主体不可分离的价值将不复存在,股权拍卖同时作废,中城公司可供债权人清偿的财产最少减少5800万元,而如果顺利重整则将增加用于清偿的财产金额5800万元。第二,综合可能损失比较分析。如果破产清算,将需要解除在建工程施工合同以及其他未履行完毕的合同,中城公司不但难以收回应收工程款,而且将面临巨大的违约责任、经济损失和法律负担,且破产期间产生的新的债务不同于破产受理前的破产债权,属于优先债务,该债务将优先于普通债权获得清偿,对于所有债权人而言,基本上意味着最终获得的清偿为零。第三,自身利益和法律责任分析。在建工地施工合同解除以后,在建工程结算、质量担保责任等问题,是一项长期而反复的工作,造成的社会影响和实际后果难以预料。

需要注意的是,尽管重整是解决建筑业企业困境的有效制度,但并不意味着我们惟重整论。在司法实践中,法院在受理建筑业企业的重整申请时,依然要严格遵循企业破产法及其司法解释的规定,把握审查的原则和标准。即便重整程序启动之后,因为重整计划的制定和标准、战略投资人的引进等问题都会出现重整无

法继续继而转入破产清算的可能。因此,建筑业企业破产案件的处理,需要具体情况具体分析,避免出现“为了重整而重整”的现象。

(二)传统重整模式无法满足建筑业企业的实践需要

建筑业企业破产重整程序中,需要认真考虑重整模式的选择问题。从各国的理论与实践分析来看,重整模式主要包括存续型重整、出售式重整、清算式重整等三种模式。

企业存续型重整,是通过债务减免、延期清偿以及债转股等方式解决债务负担,并辅之以企业法人治理结构、经营管理的改善,注册资本的核减或增加,乃至营业的转变或资产的置换等措施,达到企业重建再生之目的。其标志性的特点,是保持原企业的法人资格存续,在原企业的外壳之内进行重整,虽然企业的主人——股东可能会发生变更。存续型重整是最为传统的重整模式,也是理论与实务界大多数人理解的重整制度应有的基本模式,但就建筑业企业而言,适用存续型重整模式,存在两个方面的难题:一是因为“不良”资产无法剥离,影响了整体接盘的价格,减损了债务人财产的价值;二是无法切断或有债务,导致重整程序中的融资困境。换言之,进入破产的建筑业企业的负债金额大、资产与负债情况异常复杂,以接受全部资产、债权债务为特点的存续式重整缺乏客观基础,很有可能会导致无法引入战略投资人。

出售式重整,又称事业让与型重整,是将债务人具有活力的营业事业之全部或主要部分出售让与他人,使之在新的企业中得以继续经营存续,而以转让所得对价以及企业未转让遗留财产(如有)的清算所得即清算价值,清偿债权人。其标志性的特点,是不保留原债务人企业的存续,在事业转让之后将债务人企业清算注销,事业的重整是以在原企业之外继续经营的方式进行,体现了“重整制度重在挽救事业而非企业本身”的理念。^[9]出售式重整在美国通用汽车公司和克莱斯勒公司破产重整案件中得到了很好的运用,例如,通用公司重整计划规定设立一家新的通用汽车公司,老通用公司将其优质资产出售给新通用公司,所得价款用于还债,老通用公司则进行破产清算。这一重整方式使用通用公司在申请重整后以40天的时间就完成了重整计划的实质性工作,新通用公司则在成立后发展良好,不

[9]王欣新:“重整制度理论与实务新论”,载《法律适用》2012年第5期。

到1年半的时间内就发行股票、成为上市公司,该案适用的法律依据正是美国破产法第363条资产出售的规定。^[10]我国法律未明确出售式重整模式,但也并未禁止,因此,山东淄博钜创纺织品有限公司重整案就采取了出售式重整的模式,取得了良好的效果。^[11]如王欣新教授所言,出售式重整的最大优点在于,可以有效隔断收购者与破产企业未申报债权、行政处罚、抵押优先权、供水供电供气等原有债务的联系,保障其不受在重整程序中未处置债权的继续追讨,避免重整的失败。建筑业企业破产重整程序中,同样需要切断前述或有债务的联系,但因其行业特性使然,更为重要的是追求壳资源的价值最大化。根据我国现行建筑法律法规的规定,建筑业企业的各项特许资质与债务企业主体资格融为一体,主体一旦消灭,则壳资源荡然无存。因此,出售式重整无法满足建筑业企业的重整需要。

清算式重整,是指在重整程序中直接制定清算计划。所谓清算计划,是指以清偿债务为目的,对债务人财产进行清算、出售、分配的计划,与破产清算并无实质区别,但借用了重整规则解决了清算的问题。就我国的情况而言,单独将其作为一种重整的方式尚无必要,但是可以考虑在重整程序启动之后、重整计划草案难以制定或未能通过时,允许直接制定清算计划,在债权人会议表决通过并经法院批准后执行,而不再将重整程序转为破产清算程序。这一方式可以节省许多程序成本,减少时间、费用、人力的浪费,更有利于维护债权人的权益。^[12]该模式以消灭债务人主体资格为目标,显然也不契合需要保留债务人主体资格和特许资质的建筑业企业破产重整的实践需要。

(三) 建筑业企业破产中对重整模式的最新探索

上述三种重整模式都无法成为建筑业企业破产重整的最佳模式,瓯海法院在中城集团破产重整案件、海城公司破产重整案件中积极探索,尝试了一种“资产平移、分离式处置”的重整模式,值得我们关注和研究。瓯

海法院在建筑业企业破产重整的司法实践中,重整方案以“明晰化框定资债,清算式引资重整,最充分利用资源,最大化保护权益”为指导思想,发挥出资人在重整中的积极作用,实现社会公共利益最大化,最大可能地体现破产法的挽救价值。该指导思想最终形成了两个明确的目标:一是要保留债务人企业的主体资格,维持来之不易的各类优质资质和企业荣誉;二是要切断战略投资人与债务人企业的或有债务之间的联系,也即重整后公司不承担破产申请受理前的所有破产债权(存留清单列明的须承担的行为债务除外),不享有存留清单列明之外的资产、权益。为此,设计了包括以下三个核心内容的重整方案。

1. 以企业100%股权转让方式公开引进战略投资人。一般而言,因债务人资不抵债,所有者权益为负数,债务人全体出资人的权益相应的也要调整为零,由管理人将其股权折价后进行公开竞价拍卖,代为转让给战略投资人,由战略投资人经营管理重整后的公司,并按股份转让合同等相关文件规定享有权利与承担义务。比如,海城公司破产重整案中,管理人通过媒体向全社会发出邀请战略投资人的预公告,两位潜在战略投资人进行了报名,其他多名潜在战略投资人表达了投资意向。后该公司将其所持有的国家房屋建筑工程施工总承包壹级、地基与基础工程专业承包叁级等优质资质以及其他部分财产作价后,以公开拍卖方式最终引进战略投资人。又如,浙江立鹏建设有限公司破产重整案中,管理人也是将该公司所持有的房屋建筑工程施工总承包壹级、钢结构工程专业承包叁级等无形资产作价后,通过公开拍卖方式以958万元的价格成交,成功引进战略投资人的。

2. 采取保留主体资格与资产剥离清算相结合的方式。其一,保留企业主体资格,继续持有国家房屋建筑工程施工总承包特级、壹级等优质资质,享有公司荣誉,重整后公司享有并承担列入存留清单的权利和行

[10]当然,理论界对于美国破产法在通用和克莱斯勒公司等重整案件中的运用不无争议,但该条款存在的必要性与合理性依然是值得肯定的,正如学者所言,“尽管第363条重整模式存在弊端,但全面禁止第363条模式似乎在实践中并不可行。一个更为可行的选择是:通过法律的修改,回复被扭曲的重整机制”。参见贺丹:“通用公司重整模式的破产法分析”,载李曙光、郑志斌主编:《公司重整法律评论(第2卷)》,法律出版社2012年版。

[11]赵玉忠“关于出售式重整相关问题的思考与探索——以淄博钜创纺织品有限公司重整案为视角”,载中国破产法论坛网,网址:<http://www.bbbs.org.cn/jdal/ShowArticle.asp?ArticleID=45082>,2015年12月10日访问。

[12]同注[9]。



为债务(协助义务、保修义务、清算义务等)。这里以股权转让合同的方式对债务人企业原有的分公司经营管理权和清算义务、继续履行合同的在建工程的合同权利和义务、已完工工程的保修义务、停工工程的后续权利义务以及是否接收职工等内容作出明确约定。其二,重整后公司不承担破产申请受理前的所有破产债权(存留清单列明的须承担的行为债务除外),不享有存留清单列明之外的资产、权益。战略投资人取得公司100%股权的对价按破产财产处理,专项用于破产费用、共益债务和破产债权的清偿。其三,存留清单之外的包括由管理人负责处置的在建工程在内的资产、负债等,由管理人依法处置,所得款项用于破产费用、共益债务和破产债权的清偿,并产生依法豁免未清偿部分债务的法律效力。

3. 设立全资子公司平移剥离资债进行处置。为了依法有效处置债务人资产,实现债权人利益最大化,同时又不妨碍重整后公司的经营活动,在不损害债权人、债务人利益的基础上,采取对破产企业的资产、债权债务整体平移剥离的方式进行处理,并根据重整计划载明的清偿比例,依法有序公平清偿债务。其一,债务人全资设立子公司,由债务人委派管理人员,用以作为债务人清理资产与负债的替代主体,以清算债权债务为主要任务,所涉特别重大事项由债权人会议或债权人委员会决定。其二,除留存清单列明应移交给重整后公司以外的其他资产,包括债务人原有股东权益(含可能应收的款项及资产)、资产(含已确定及未发现之各项应收款)、债务(含已确认及应确认之全部债务)全部转移至全资子公司,管理人将清理所得根据《重整计划》向债权人分配。对因故无法转移的资产及负债,其处理结果亦转由该公司享有权利或承担义务。其三,在清理资产与负债过程中,对于债权人未依照《企业破产法》规定申报债权的,在重整计划执行期间不得行使权利,在重整计划执行完毕后,可以按照重整计划规定的同类债权的清偿条件向全资子公司行使权利,不得以任何理由通过任何方式、途径向重整后公司主张权利,但股权转让合同另有约定的除外。

三、建筑业企业“分离式处置”模式的法律分析

前述“分离式处置”的重整模式是为了应对实践中日渐复杂的案情而探索形成的,主要适用于需要存续

企业主体资格以保留特许资质的企业破产重整。虽然这样的模式在实践中取得了良好的效果,不少专业人士亦认为这样的模式符合破产重整制度挽救债务人事业的立法价值,但因为法律和司法解释没有明确规定,法院担心裁判依据不足,容易遭遇到通过破产程序逃废债务的质疑。比如中城集团破产重整案件中将不良资产剥离至新成立的全资子公司进行处理,就遭遇到质疑,导致法院在运用这些创新模式时顾虑重重,进而造成破产重整制度的多元价值不能有效发挥,迫切需要我们进行法律上的分析与评价。

(一) 分离式处置模式的归类分析

瓊海法院创设的“资产整体平移、分离式处置”的重整方案,不失为一种大胆的尝试,从类型上分析,审理法院倾向于定性为“清算式重整”,但我们认为,分离式处置模式,既有清算式重整的内容,亦有出售式重整的影子,但却很难归入这两类模式中去,如果非要作归类,我们认为,“分离式处置”模式更像是一种反向出售式重整。

首先,分离式处置模式有别于清算式重整。清算式重整一般是指债务人主体资格要消灭的重整模式,只不过在重整程序中避免了程序的转换,直接完成了清算的任务,且借用了重整的表决规则。分离式处置恰好是为了保留债务人主体资格而生,故于清算式重整有着本质的区别。

其次,分离式处置模式有别于出售式重整。出售式重整模式的主旨在于消灭债务人的主体资格,因而需要剥离优质资产;分离式处置模式则旨在保留债务人主体资格,进而需要剥离劣质资产,两者路径完全相反。正是在此意义上,我们认为,分离式处置更像是一种反向出售式重整模式。

我国目前尚未有学者从理论上界定反向出售式重整,惟有王欣新教授曾在分析“重整应当重实质而轻形式”的理念时,提到上市公司卖壳式重整即为反向出售式重整。^[13]我们认为,建筑业企业的分离式处置与上市公司的卖壳式重整存在明显的区别:分离式处置模式旨在维持债务人主体资格和资质进而保留主营业务,而上市公司的卖壳式重整虽然也保留了债务人主体资格和上市资格,但往往改变了债务人的主营业务。因此,从目的论而言,建筑业的分离式处置模式是一种符

[13]同注[9]。

合破产法精神的创新模式。

(二)分离式处置模式中的重整计划约束范围探讨

建筑业企业破产重整中适用分离式处置模式,需要解决一个关键的问题,即法院批准后的重整计划约束范围问题。中城集团和海城公司两则建筑业企业破产重整案例中,法院裁定批准的《重整计划》都依据《企业破产法》第92条的规定,将重整计划的效力表述为“对债务人和全体债权人均有约束力”,但与此同时,《重整计划》都设有债务全部转移至新成立的子公司的条款,并适用于未在破产程序中申报债权的债权人。例如,中城集团《重整计划》载明:“在清理资产与负债过程中,对于债权人未依照破产法规定申报债权的,在重整计划执行期间不得行使权利,在重整计划执行完毕后,可以按照重整计划规定的同类债权的清偿条件向该子公司行使权利,不得以任何理由通过任何方式、途径向新中城公司主张权利,但《中城公司100%股份转让合同》另有约定的除外”。对于该条款的法律效力,需要我们结合《公司法》和《破产法》的相关规定进行分析。

首先,从《公司法》角度分析,需要评判子公司的成立是否属于公司分立的情形。我国《公司法》第175条规定:“公司分立,其财产作相应的分割。公司分立,应当编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出分立决议之日起十日内通知债权人,并于三十日内在报纸上公告。”第176条规定:“公司分立前的债务由分立后的公司承担连带责任。但是,公司在分立前与债权人就债务清偿达成的书面协议另有约定的除外。”如果分离式处置模式中,子公司的成立认定为公司分立情形,则依法应当通知并公告较妥。而且,子公司应与母公司对分立前的债务承担连带责任。对此,上述案例中的《重整计划》都经债权人会分组通过并经法院裁定批准,可视为公司与债权人之间的一种约定,“公司在分立前与债权人就债务清偿达成的书面协议另有约定的除外”的效力范围可辐射至未申报债权的债权人。

其次,从《破产法》的角度分析,需要考虑债务划归子公司的条款是否约束到未申报债权的债权人的问题。《企业破产法》第92条第1款规定:“经人民法院裁定批准的重整计划,对债务人和全体债权人均有约束力”;第2款规定:“债权人未依照本法规定申报债权的,在重整计划执行期间不得行使权利;在重整计划执行完毕后,可以按照重整计划规定的同类债权的清偿条

件行使权利”。根据该条规定,未依法申报债权的债权人,丧失的仅是在重整计划期间依法可以行使的权利,其依顺位和比例向债务人追收债权的权利仍然保留。那么,上述重整计划中明确,此类债权人“只能向该子公司行使权利,不得以任何理由通过任何方式、途径向债务人主张权利”,这种约定是否具有法律效力?“经人民法院裁定批准的重整计划,对债务人和全体债权人均有约束力”,一般认为,从法理和逻辑上分析,正是因为未申报债权者可依据第2款对债务人行使追索权,第1款才规定重整计划具有约束“全体债权人”的效力。这就涉及子公司的功能与定位问题。从分离式处置模式中设立子公司的目的来看,该子公司存在的意义在于成为债务人企业清算部分的承载主体,也就是说,该子公司是为完成重整计划中的清算任务同时切断债务人的或有债务而设立的。因《重整计划》经债权人会分组通过并经法院裁定批准,所以子公司这样的替代功能对全体债权人都是有约束力的。

第三,从清算的本义角度来分析,虽然《企业破产法》第92条第2款规定的未申报者“可以按照重整计划规定的同类债权的清偿条件行使权利”应是指有权向债务人行使权利,而分离式处置模式中,债务人主体资格依然存在,《重整计划》约定的可追索对象即子公司却因为清算完毕而被注销,彻底丧失了可追索的对象,在法律未予明确的情况下,此种约定难免会遭到质疑。但如果我们换一种思路来看,假设债务人选择的是破产清算程序,破产清算程序终结后,债务人的主体资格因为注销而消灭,未申报者事后也丧失了追索的对象。而完成重整计划中的清算任务是设立子公司的重要目的,因此分离式处置模式的这部分实施后果与破产清算程序的处置结果完全相同也就是自然而然之事了。

综上所述,我们认为,分离式处置模式中的此类条款,虽然从立法上找不到明确的依据,但从实施效果上评判,并未违背《公司法》和《企业破产法》的宗旨,也并未对未申报者的债权造成实质性损害,应予以肯定。当然,若能在司法解释中明确此种条款的法律效力,将为分离式处置的重整模式提供更好的依据。需要注意的是,在部分破产重整案件中,为了弥补个人破产立法的缺失,也出现通过重整计划的约定来免除个人连带责任的情形。对此,我们认为这种操作有待商榷,亦可能对未申报者的债权造成实质性侵害,值得关注和思考。

(责任编辑:李国慧)