

完善我国破产保护制度的若干思考^{*}

张亚楠

(上海政法学院,上海 201701)

摘要 破产保护与破产清算不同,其目的在于维护并实现破产企业的营运价值,维护包括债权人、债务人在内的所有利害关系人的最大利益。现阶段,我国破产保护制度实践面临案件数量少、审理期限长、危机投资者积极性不高等问题。影响破产保护制度有效实施的因素包括破产申请的动力不足、政府及法院的态度消极、管理人的执业能力有限等方面。我国《企业破产法》应设置合理的破产界限,设立破产重整的“债务人管理为原则,管理人接管为例外”的规则,以鼓励当事人提起破产申请制度,引入“预重整制度”,以完善我国破产保护制度,促进该制度的价值有效发挥。

关键词 破产保护 破产界限 破产重整 经管债务人 预重整

中图分类号:DF411.92 文献标识码:A 文章编号:1005-9512(2015)02-0009-12

DOI:10.15984/j.cnki.1005-9512.2015.02.002

一、问题的提出

破产保护制度又称破产预防制度,是现代破产法律制度的不可或缺的组成部分。^①破产保护相比于破产清算具有无可比拟的制度优势。破产清算的目标是对困境企业的财产进行快速的收集变现,并将变现所得在债权人之间进行概括分配,^②破产保护的目标则是,通过对相关权利义务的调整甚至债务人营业的重组,在对债务进行概括清理的同时,维持企业的营运价值。作为破产保护程序顺利实施的结果,企业财产将继续得到有效运用,利害关系人则可获得超过清算价值的运营溢价,员工的工作岗位可以得以保留,供应商与债务人之间的交往关系能够予以维持,甚至债务人所在的社区也会因此受益。^③

我国《企业破产法》设有破产和解与破产重整两种不同的破产保护程序制度。破产和解仅涉及无

作者简介:张亚楠,上海政法学院讲师,法学博士。

*感谢何欢博士在本文写作中提供的鼎力协助;感谢浙江省高级人民法院民二庭章恒筑庭长、京衡律师事务所副主任任一民律师对本文提出的宝贵意见。本文受“东芬兰大学基金会-中国访问教授项目”(University of Eastern Finland Joensuu Foundation- Chinese Visiting Professor Programme,503010/65351)资助。

① 有学者就认为,对于一部“可传颂百年,屹立不摇”的完整破产法典,破产保护制度(包括企业的破产保护与个人的破产保护)是不可或缺的基石,参见郑有为:《破产法学的美丽新世界》,台北元照出版公司2012年版,第208页、第227页、第230页。

② 参见韩长印:《经济滑坡下的破产救济》,《公民与法》2012年第12期。

③ Charles J. Tabb, The Law of Bankruptcy, Foundation Press, 2nd ed., 2009, pp.1039-1040.

担保债务的减免或展期,原则上并不涉及营业的重组,因此其适用的对象限于仅仅通过与无担保债权人的和解就能得到挽救的企业。相比之下,破产重整则是一种更为彻底、成本更高的破产程序,不仅可能涉及对无担保债权人、担保债权人甚至股东的权益调整,而且往往涉及对营业的重组。不可否认,我国已经根据破产保护的实现方式,即所需调整的权益内容以及是否需对营业进行重组,建立了破产保护制度的大致框架。但客观上讲,自《企业破产法》生效实施以来,破产保护制度的实施状况一直难以令人满意,其制度优势并未得到有效发挥,很大程度上沦为纸面上的法律而非行动中的法律。为建设统一开放、竞争有序的市场体系,建立透明稳定、可预期的市场规则,中共十八届三中全会《关于全面深化改革若干重大问题的决定》明确提出,必须“健全优胜劣汰市场化退出机制,完善企业破产制度”。作为现代破产法律制度不可或缺的部分,破产保护制度的改进已经迫在眉睫。本文拟对破产保护制度的实施状况及影响其实施的因素进行分析,并在此基础上就如何完善破产保护制度提供一些具体建议。

二、我国破产保护制度的实施状况

(一)破产保护案件的数量过少

自 1986 年《企业破产法(试行)》实施以来,我国破产法长期未能解决的问题之一就是破产案件的数量过少,许多本应通过破产实现市场退出或挽救的企业却并未进入破产程序。自 2006 年《企业破产法》实施以来,人民法院受理的破产案件数量总体上呈下降趋势。据统计,2006 年至 2012 年全国每年吊/注销企业的数量以及破产案件的审结数量如表 1 所示。^④

表 1 2006-2013 年全国年吊注销企业数量与破产案件数量对照表

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
吊/注销企业	67.2 万	81.46 万	87.14 万	77.47 万	78.07 万	79.09 万	73.50 万	暂无数据
破产案件	4253	3817	3139	3128	3567	2531	2100	1998

在本就为数不多的破产案件中,破产保护案件的数量更是少得可怜。据统计,截至 2009 年 10 月 28 日,总共只有 80 多家非上市公司申请了破产重整。尽管 2012 年非上市公司重整案件急剧增加,但也只有 116 件。在 2009 年,我国共有上市公司 1500 家,其中资不抵债的有 380 家,但截至 2010 年上半年,申请破产重整的只有 25 家。^⑤截至 2012 年底,总共也只有约 40 家上市公司申请了破产重整。作为一种成本更低的破产保护救济措施,破产和解案件的数量更是屈指可数。

不只如此,破产保护案件的地域分布也极不均衡。以 2012 年受理的非上市公司重整案件为例,116 个案件共分布在 15 个省级行政区,这意味着除台港澳地区外,有 16 个省级行政区全年均未受理任何破产重整案件。在这 15 个省级行政区中,广东、浙江与江苏所占的比重就超过了 75%,分别为 35 件、34 件、20 件。^⑥

^④ 关于吊/注销企业及破产案件数量的统计,参见李曙光、王佐发《中国〈破产法〉实施三年的实证分析——立法预期与司法实践的差距及其解决路径》,载李曙光、郑志斌主编《公司重整法律评论》(第 3 卷),法律出版社 2013 年版,第 501 页、第 518 页;国家工商总局企业注册局、信息中心《全国内资企业生存时间分析报告》<http://www.saic.gov.cn/zwgk/tjzl/zxtjzl/xxzx/201307/P020130731318661073618.pdf>,2014 年 3 月 17 日访问;周强《最高人民法院工作报告(摘要)》,《人民日报》2014 年 3 月 11 日。需要说明的是,对于注/吊销企业数量,所引数据存在冲突的,以国家工商总局的数据为准;对于破产案件数量,2010 年至 2013 年的数量为审结数量。

^⑤ 同上注,李曙光、王佐发文。

^⑥ 同上注,李曙光、王佐发文。特别值得一提的是浙江省,全省 2013 年共受理 346 件破产案件,审结 269 件,而全国 2013 年仅审结破产案件 1998 件,参见齐奇《浙江省高级人民法院工作报告》<http://www.zjcourt.cn/content/20130418000031/20140122000005.html>,2014 年 3 月 17 日访问。

与破产案件(包括破产保护案件)的数量过少相对应,我国有两种现象非常普遍。其一,是企业主及高管的“跑路”现象。与公司法定代表人或企业主负债潜逃有关的新闻报道可谓是屡见不鲜。据统计,仅青岛地区2003年至2008年就有206家企业主异常离开,涉及工人2.6万人;截至2011年10月,仅浙江省就有228名企业主出逃,9名自杀。^⑦其二,是“无产可破”(no-asset)及负债资产比畸高的现象。所谓无产可破,是指债务人的所有财产不足以支付破产案件管理费的情形。有律师对11家上市公司被裁定重整时的负债资产比进行了统计,发现负债资产比超过200%的为5家,100%-200%之间的为5家,100%以内的仅有一家。^⑧对于负债资产比畸高的上市公司,与其说其仍具有拯救的必要,还不如说由于我国证券公开发行所采纳的核准制所导致的上市公司的“壳资源”具有特殊的价值。

(二)破产保护案件的审理期限过长

1. 受理审查期限过长

破产保护案件的审理期限可分为两部分,即受理审查期限与破产保护程序本身的期限。受理审查期限过长,主要由两部分原因所造成。其一,破产界限的设置不甚合理。在实践中,审理法院往往将破产重整的原因等同于清算原因,要求债务人企业必须达到“不能清偿到期债务,并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力”的程度。^⑨尽管最高人民法院《关于适用〈企业破产法〉若干问题的规定(一)》建立了强制申请的破产界限推定规则,^⑩但该规则并不适用于自愿申请。最高人民法院民二庭负责人明确指出,自愿申请的破产原因和其提出破产申请的条件是一致的。^⑪其二,根据《企业破产法》第10条的规定,法院至多应在收到破产申请后3日内裁定是否受理,但在实践中,法院可能会基于各种原因延长受理审查的时间。举例来说,有法院因债务人无法提交与税务部门协商解决税收债权并形成双方认可的解决方案,而拒绝接受债务人的自愿重整申请。^⑫这一点在对上市公司重整申请的审查中体现得尤为明显,不仅需要逐级报送最高人民法院批准,还需要听取证监会的意见。^⑬更有甚者,法院会拒绝接收当事人提出的破产申请。^⑭

2. 保护程序的期限过长

即使在破产法制最为发达的美国,破产保护制度也曾因其成本过高而遭受过批评。^⑮这一点在我国表现得尤其明显,这里以2009年11月至2012年10月间受理的11个上市公司重整案件为例予以说明。^⑯根据本文的统计,对于这11个案例,拟定并提交重整计划所花费的平均时间(尚不包括计划的表决及批准时间)就超过了8个月。其中,最长的花费了14个月的时间,最短的也花费了3个月的时间。与之形成鲜明对比的是,美国新近的克莱斯勒与通用汽车这两个大型重整案件从破产申请

^⑦ 尹秀路:《跑路公司破产研究》,载王欣新、尹正友主编:《破产法论坛》(第8辑),法律出版社2013年版,第389-390页。

^⑧ 郑志斌:《中国公司重整实证研究》,载李曙光、郑志斌主编:《公司重整法律评论》(第1卷),法律出版社2011年版,第76页。

^⑨ 同上注,郑志斌文。

^⑩ 所谓强制申请,是指由债权人提出的破产申请。该司法解释试图将强制破产的条件进一步放宽。

^⑪ 何况,强制申请的破产界限推定规则本身还存在不当运用的可能,参见韩长印、何欢:《破产界限的立法功能问题——兼评〈企业破产法〉司法解释〈规定(一)〉的实际功效》,《政治与法律》2013年第2期。

^⑫ 赵一惠:《税收债务成功“清障” * ST 中华进入破产重整缓冲期》,《上海证券报》2012年10月16日。

^⑬ 由于我国破产程序的效力起始于破产受理,而非破产申请,在这段期间内,债务人或者利害关系人就可能为了自己的利益实施不利于重整的行为。参见郑志斌、张婷:《公司重整:角色与规则》,北京大学出版社2013年版,第11页、第18-20页。

^⑭ 弘捷电路(常熟)有限公司重整案当属一个例外,在债务人提出重整申请的当天法院就立案受理。该案案号为(2003)熟破字第0001号。在债务人自愿提起重整申请的当天,常熟市中级人民法院就以债务人“自2008年起订单量锐减,生产流动资金枯竭,并自2009年2月起停产……账册现有资产347319227.35元,难以清偿全部债务317606455.82元”,且债务人自己认为“其拥有成熟的技术,先进的生产设备及丰富的管理经验,有一定的国内国际市场,具有重整价值”为由,受理了重整申请。

^⑮ See Lawrence A. Weiss, Bankruptcy Resolution: Direct Costs and Violation of Priority of Claims, 27 J. Fin. Econ. 285 (1990).

^⑯ 关于这些案例,见前注^④李曙光、王佐发文,但未列明重整裁定时间或计划提交时间的2个案例并不包括在内。

的提出到重整计划的批准,总共分别只花费了 42 天与 39 天。考虑到裁定重整时负债资产比本就畸高,破产保护案件的审理期限过长将进一步加剧债务人资产的贬值,甚至降低破产保护的成功可能性,并最终损害债务人及债权人整体的利益。

(三)危机投资者的积极性不高

1.重整投资者的选择机制不明

破产和解只涉及无担保债权的减免或展期,所以危机投资者积极性不高的问题只可能出现在破产重整程序中。在破产重整程序中,常见的危机投资者包括两种,即重整投资人和重整放贷人。前者是指对重整企业的全部或重要资产进行收购,以参与并主导重整程序的投资者;后者则是指在破产重整程序中,为重整债务人提供贷款,以维持其继续经营的银行等金融机构。如前文所述,在裁定重整时,企业往往都已经严重资不抵债,难以依靠自身或者大股东的力量实现重整,因此实践中不少重整所采用的都是将企业资产“出售”给重整投资者,由重整投资者来主导重整进程的模式。^{①7}不过,对于出售式重整,当前最大的问题之一就是重整投资者的选择机制不明,这一点在江湖生态重整案中就体现得非常明显。在该案中,管理人最终选择了由广东华年作为重整投资者,而不是出价更高的浙江楠溪江公司。^{①8}由此也就产生了一个问题:重整投资者的选择标准是什么,选择权又应当归谁行使?对于这一问题,《企业破产法》并未加以明确。

2.重整贷款人的踌躇不前

对于重整债务人,一个棘手的难题就是如何迅速获得“救命”的运营资金,缓解资金链断裂的困局。原因非常简单,银行在决定是否放贷之前,最先考虑的就是贷款申请人是否具有偿债能力。诚然,在重整计划的执行过程中,重整投资者可以通过资产注入,为重整后的债务人提供运营资本,但重整程序中的运营资金同样重要,它有助于维护或改善债务人企业的经营状况,维持债务人资产的运营价值。为了激励放贷人向重整债务人提供贷款,《美国破产法典》第 364 条提供了管理费用优先顺位、超级优先顺位、第一优先权甚至黄金优先权等激励措施,并对重整贷款的决定程序等作了详细规定。尽管我国《企业破产法》第 75 条第 2 款规定,“在重整期间,债务人或者管理人为继续营业而借款的,可以为该借款设定担保”,但这一规定仍过于简陋,对于贷款的决定程序,以及如何协调原有的担保债权人与贷款人之间的顺位关系并无任何规定。这就使得该规定在实践中不具有可操作性,以致于重整程序的全部意义似乎就是为出售而出售、等待重整投资人的出现,不存在任何自救措施。

(四)困境企业的税务负担过重

首先,对破产保护程序中债务人原有税收债务(包括补税及税收罚款)可否减免的问题,实践中,税务机关往往要求债务人全额偿还税收债务,否则就不同意重整方案;即使法院强制批准了重整方案,税务机关依然可以以债务人未缴纳税款为由拒绝给企业开具相应税票,导致破产重整计划无法得到实际执行。为解决这种问题,不少地区现在采取的做法是:在个案基础上,由受理法院或上级法院与税务机关进行协商。这种做法发挥了一定的功效,但毕竟不能为当事人提供明确的规则预期。

其次,对于破产保护程序中债务减免是否构成应税所得的问题,目前不同地区税务机关在实务中存在不同理解。在破产重整案件中,债务人的原有债务通常会被减免,税务机关通常会将此债务减

^{①7} 参见李成文:《中国上市公司的内在逻辑与制度选择》,中国法制出版社 2012 年版,第 58-59 页。

^{①8} 关于该案的详细情况,参见胡军华:《宁卖低价不卖高价 蓝田重组被指内部操纵》,《第一财经日报》2011 年 5 月 23 日;郑洋:《温氏重组“蓝田”梦断 研讨会再冒火药味》,《证券日报》2011 年 5 月 30 日。另可参见韩长印:《破产程序中的财产处分规则——以“江湖生态”破产重整案为分析样本》,《政治与法律》2011 年第 12 期。该案中,普通债权最终的清偿比例仅为 1.77%,与模拟清算分配所得出的比例一样,因此很难说其重整实现了什么重整溢价,参见江湖生态重整管理人:《湖北江湖生态农业股份有限公司重整计划》,http://www.cninfo.com.cn/finalpage/2012-05-18/61017567.PDF,2014 年 3 月 17 日访问。

免视为企业所得,要求债务人企业缴纳所得税。在一些债务金额较大的重整案件中,债务人因此要缴纳巨额税款,极大地加重了重整的成本,也加重了潜在投资者参与重整的顾虑。对此,美国破产法采取了“债务免除收益”的做法,即为了给处于困境中的企业重生的机会,美国国会允许对因债务免除而产生的所得税进行特殊安排。这种安排实际上允许重整企业用将来可能发生的抵税收入,换取重整阶段的免税待遇,通过债务人与税务机关之间的协调实现了共赢,值得借鉴。

(五)与行政审批之间的配套问题

如前所述,不少破产重整程序采取的都是出售型重整的做法。如果重整企业原本就已具有一定规模,重整投资人也是同行业内实力较强的竞争者,就有可能引发反垄断审查的问题。如果重整投资人收购重整企业股权或资产后取得了重整企业的控制权(即《反垄断法》上所称的“经营者集中”),而且该等经营者集中涉及的新投资者及重整企业上一会计年度的营业额达到《国务院关于经营者集中申报标准的规定》中规定的标准,那么新投资者在实际收购重整企业股权之前,根据规定需要事先向商务部进行申报,并获得其准许。

破产重整程序作为司法程序,原则上应由人民法院主导,但上市公司的重整还涉及与证监会的行政审批权之间的衔接问题。一方面,在上市公司申请破产重整时,司法裁量权与行政审批权需进行衔接。对于上市公司的重整申请,目前享有最终受理决定权的实际上是最高人民法院,而最高人民法院在决定是否批准上市公司重整时,须征求并了解证监会的意见。因此,证监会的审查对于上市公司能否进行重整,起着至关重要的作用。另一方面,在破产重整计划实施时,司法裁量权与行政审批权之间也需进行衔接。在上市公司的破产重整中,一般分为“权益调整”及“资产重组”两个步骤。实践中,重整计划重点在于对企业的权益进行合法、合理的处置,对于资产重组的事项一般只作原则性、概括性的表述。重整计划的批准审查的重点也仅在于涉及权益调整的内容,资产重组的内容仍有待证监会在重整计划执行阶段的审查。因此,即使企业的重整计划得以通过,证监会仍可能以重大资产重组可能侵害中小股东利益等为由否决资产重组安排,使重整计划难以得到实施。

(六)金融机构“倒”而不“破”的问题

现实中,部分地方银行尤其是农信社因经营不善濒临破产的并不在少数。以全国近3000家农信社为例,经营状况较好的农信社只有几百家,不到总量的十分之一。考虑到金融机构破产问题涉及社会公众的切身利益,如果困境金融机构能够通过破产保护得到拯救,其价值与意义不言而喻。但在实际操作中,政府对银行等金融机构的退市及破产保护问题总是个案处理,一事一议。许多资不抵债的金融机构往往是通过行政手段进行救助,而缺乏相应的法律指引。除了监管机构,当地政府通常也会参与问题银行的救助。由于担心会危及社会稳定,各级政府一直不愿让倒闭银行通过破产程序退出市场。在中国金融业中,迄今为止,只有几家证券公司和一家信托投资公司(广东国际投资信托公司)的倒闭是通过司法破产程序解决的,尚未有银行破产的先例。由于缺乏一套法律框架和配套的监管制度,问题银行的清算重组过程非常漫长、效率低下。例如,中国金融史上第一家被行政关闭的商业银行即海南发展银行,13年来仍在行政清算过程中,尚未进入破产程序。

三、破产保护制度实施的影响因素分析

前文对破产保护制度实施中存在的问题进行了概括,不过在提供具体的解决方案之前,尚有必要对影响破产保护制度实施的因素即造成这些状况的原因进行分析。只有这样,才有可能对症下药。

(一)当事人破产申请的动力不足

破产申请动力不足,是破产制度所存在的一个“痼疾”。尽管破产救济措施在整体上均符合债务

人及债权人整体的利益,但却不一定符合个体的利益,¹⁹经常面临“个体理性导致的集体非理性”困境。对于债权人,在得知债务人存在财务危机后,他们肯定会立即展开个别追偿,而不是去申请破产保护;只有那些在勤勉竞赛中“落后”的债权人,才有可能申请破产保护。对于债务人,如果其已经资不抵债,不论采取何种分配模式,其都将一无所获;即使存在再生的希望,他们也不一定会主动申请破产保护,而可能会希望靠自己的力量来实现再生。加之,根据《企业破产法》第 13 条的规定,对于所有破产案件,都应当指定管理人。在重整案件中,只有在例外情况下,债务人才能自行管理财产和营业事务,这也会影响到债务人自愿申请破产保护的动机。这一点与美国恰恰相反,对于《美国破产法典》第 11 章上的重整案件,原则上债务人都得作为经管债务人(debtor in possession)自行管理其企业,只有在债务人实施了欺诈行为等少数情况下,才会指定管理人接管债务人企业。事实上,经统计可以发现,我国上市公司重整案件中,绝大多数破产程序都是由债权人提起强制申请所启动的。²⁰整体上看,法律似乎并未为当事人破产申请提供有效的激励机制。

(二)政府及法院对破产保护的态度消极

1. 政府对破产保护案件的态度

在影响破产保护制度实施的因素中,不能忽略的就是政府及法院对破产保护案件的态度。其中政府对破产保护案件的态度可以分为对上市公司与非上市公司来讨论。对于上市公司,如果没有办法通过其他途径予以挽救,地方政府往往会积极推动上市公司的重整。这是因为上市公司的数量往往构成地方政府政绩的衡量标尺,地方政府具有强烈的“保牌”动机。²¹对此,有两项事实可以佐证:其一,上市公司的管理人往往由地方政府的主要官员亲自挂帅,作为真正管理人的律师往往被排在最后;其二,上市公司重整案件的分布相对分散,并未像非上市公司重整那样出现“扎堆”沿海省份的情形。²²对于非上市公司,地方政府的的态度则因地区而不同。在民营经济相对发达、对民营经济依赖更大的地区,由于客观上对破产保护程序的司法需求更大,地方政府对其也持更为开明的态度。但在其他地区,由于职工安置等原因,地方政府对破产案件往往不同程度地存有消极心态。这一点从前文提到的非上市公司重整案件的地区分布就可见一斑。

2. 法院对破产保护案件的态度

法院对破产保护案件与破产案件本身的性质有关。“破产案件不同于一般的民商事案件,具有开庭与开会相结合、办案与办事相结合、裁判与谈判相结合的特点,程序复杂、费时费力,而法院内部的绩效考核还没有形成鼓励审理破产案件的机制,再加上一些企业破产引发的社会问题难以解决,法院受理破产案件的动力不足。”²³尽管对于陷入财务困境的上市公司,以及东部沿海省份的非上市公司,由于地方政府的积极推动,破产保护程序的受理情况相对较好,但从根本上讲,法院对破产保护案件的态度整体上并不积极,即便在东南沿海省份同样如此。以浙江省温州市为例,尽管该市破产案件的受理数量由 2012 年的 31 件增加到 2013 年的 198 件,但其中的破产重整案件仅有 22 件,而且这一成果还是在市法院系统实施“百名法官进企业活动”(明确提出全年受理 100 件破产案件的口号,并组织商事法官进驻风险企业,一对一分析困境,推动破产案件的受理)形势下所取得的。²⁴

¹⁹ 同前注^①,韩长印、何欢文。

²⁰ 前注^①,李成文书,第 57-58 页。

²¹ 参见前注^④,李曙光、王佐发、贺丹:《上市公司重整:实证分析与理论研究》,北京师范大学出版社 2012 年版,第 79-82 页。

²² 同前注^①,韩长印、何欢文。

²³ 《第五届中国破产法论坛会议综述》,载王欣新、尹正友主编:《破产法论坛》(第 8 辑),法律出版社 2013 年版,第 444 页。

²⁴ 参见浙江省高级人民法院:《2012 年浙江法院企业破产审判报告》,http://www.zjcourt.cn/content/20130607000005/20130723000030.html,2014 年 3 月 17 日访问;陈有为:《温州法院企业破产审判工作情况》,http://www.zjcourt.cn/content/20140113000001/20140113000009.html,2014 年 3 月 17 日访问;徐益平:《温州:濒临倒闭企业别跑路,破产吧》,《东方早报》2013 年 5 月 6 日 A15 版。

(三)管理人的执业能力不强

根据《企业破产法》的规定,原则上所有破产案件都必须指定管理人。因此,对于破产保护制度的实施,管理人的执业能力也是非常重要的一种影响因素。而在多数上市公司重整案件中,管理人往往由官员挂帅,由律师事务所或清算事务所担任管理人的情形反倒少见。尽管行政力量介入破产保护案件也有一定的合理性,但此类管理人的执业能力着实令人怀疑。另外,由于破产保护案件的地区分布不均,许多地方的正式管理人也许此前从未参与过破产保护案件的管理工作,至多只是参加了一些破产清算案件。除此之外,一个必须正视的问题是,最高人民法院《关于审理企业破产案件确定管理人报酬的规定》仅仅对破产清算案件中管理人的报酬进行明确规定,对于破产重整,则只是规定在确定报酬时应当考虑到管理人所做的实际贡献,这种笼统的规定显然也会对管理人参与破产保护案件、努力实现重整溢价的积极性产生不利影响。

(四)税务机关的权限不足

对于破产保护程序中的税收优惠问题,具有普遍适用性的规范性文件只有财政部、国家税务总局发布的《关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》(财税[2009]59号)。该通知第6条规定:“企业重组符合本通知第5条规定条件的,交易各方对其交易中的股权支付部分,可以按以下规定特殊性税务处理:企业债务重组确认的应纳税所得额占该企业当年应纳税所得额50%以上,可以在5个纳税年度的期间内,均匀计入各年度的应纳税所得额。”

实践中,国家税务总局从有利于企业发展的角度,在个案基础上对濒临破产的企业提供过不少的税收优惠。举例来说,在大连证券有限责任公司破产案中,对于与其破产及财产处置过程有关的税收,财政部、国家税务总局通知指出:对大连证券在清算期间接收债权、清偿债务过程中签订的产权转移书据,免征印花税;对大连证券在清算期间自有的和从债务方接收的房地产、车辆,免征房产税、城镇土地使用税和车船使用税;大连证券在清算过程中催收债权时,免征接收土地使用权、房屋所有权应缴纳的契税;大连证券破产财产被清算组用来清偿债务时,免征大连证券销售转让货物、不动产、无形资产、有价证券、票据等应缴纳的增值税、营业税、城市维护建设税、教育费附加和土地增值税;对大通证券股份有限公司托管的原大连证券的证券营业部和证券服务部,其所从事的经营活动,应按税收法律、法规的规定照章纳税。^⑤

然而,根据《税收征收管理法》第3条的规定,税收的减免只能由法律或者法律授权国务院制定的行政法规来规定。地方税务机关没有减免税款或同意分期缴纳税款的权限,对于在破产保护程序中发生的税收,也必须按期缴纳,破产保护计划不得约定进行分期缴纳。在实践中,甚至有法院因债务人无法提交与税务部门协商解决税收债权并形成双方认可的解决方案,而拒绝接受债务人的自愿重整申请。^⑥因此,对于破产保护程序中的税收征收,最大的问题在税务机关并不具有相应的权限。

(五)破产保护制度与相关制度之间的衔接不畅

对于反垄断审查,现实情况是,在重整计划提交债权人会议审议通过之前,新投资者与重整企业往往只能确定一个较为初步的股权收购交易方案,而无法根据商务部的要求给出该项交易有关的详细信息,包括预定实施集中的日期、预计完成日期等,更不可能提交与集中相关的全部交易文件。

对于证监会的审查,这种制度之间的龃龉同样存在。在咸阳偏转重整案中,其重整计划就直接规定,如果重整计划规定的债权清偿、资产重组、职工安置等事项,未能取得国家有关部门批准和股东大会通过,则重整计划将无法执行,咸阳偏转将进入破产清算程序。^⑦这一规定直接把破产清算的审批风险转嫁给了证监会等部门,并有“绑架”股东和证监会等部门的嫌疑,但这很可能是在破产保护

^⑤ 《财政部、国家税务总局关于大连证券破产及财产处置过程中有关税收政策问题的通知》(财税[2003]88号)。

^⑥ 同前注^⑤,赵一惠文。

制度与相关制度之间衔接不畅时的无奈之举。^⑳

(六) 银行破产的巨大影响

银行破产事关银行社会形象,是一项涉及整体银行业经营声誉的社会重大事件,一旦某银行发生破产,就可能“殃及池鱼”,其他银行经营也将遭受影响。银行破产不是单个银行的事,而是银行系统性、全局性的大事。银行一旦破产将牵一发而动全身,涉及范围宽、利益主体多,广大民众会产生恐慌心理,这对稳定银行经营安全更为不利。

四、完善破产保护法律制度的建议

(一) 破产保护制度配套机制的完善

1. 转变观念 辩证认识破产受理“堵”与“疏”的关系

这一建议针对的是地方政府对破产保护制度的态度。如前所述,破产保护制度的实施状况在很大程度上取决于地方政府的态度。就破产保护制度的健康实施而言,无论对上市公司过于“积极”的态度,还是对非上市公司过于“消极”的态度,均不可取。地方政府需要转变观念,正确认识破产案件的“堵”与“疏”之间的关系。

从资源配置的角度来说,破产制度(包括破产保护制度与破产清算)的价值就在于,在一定的社会资源——包括债务人财产,债务人与债权人、供应商等的交易网络等——的运用效率为负的情况下,通过出售、重组等措施将其重新投入积极有效的流转中去。也就是说,破产保护制度不仅不会有害于地方经济的发展,反而是大大有利于经济的长远发展,地方政府不应阻碍破产保护制度的实施。但是,作为资源的配置手段,破产保护制度仍应以市场为导向,行政力量的过分干预可能会造成破产保护制度的滥用,也有可能与破产法对权利顺位的安排相冲突。^㉑在现阶段,最为理想的情况是,地方政府对破产保护案件能够保持中立,不去阻挠破产保护案件的受理,而应在法院的组织下,为破产保护案件的开展提供必要的支持,比如重整投资人的前期引入、适当的维稳安排等。

2. 改进法官绩效考核方法 推动破产裁判文书的“上网”

这一建议针对的是法院对破产保护案件的态度。如前所述,由于客观上破产保护案件所需期限较长,占用的司法资源较多,对法官的要求较高,而法官的绩效考核机制所关注的重点在于审理的案件数量,法院以及法官对破产保护案件的态度往往较为消极。因此,要促进破产保护制度的实施,也需要改进法官的绩效考核方法。令人欣喜的是,不少法院已经意识到了这一点,举例来说,深圳市中级人民法院、北京市第二中级人民法院等就设立了专门负责破产保护案件的合议庭。

当然,法院系统所作的努力并不局限于此。浙江省高级人民法院于 2013 年 6 月通过了《关于企业破产案件简易审若干问题的纪要》,在现行法的框架内简化程序,缩短破产保护案件的时限,创新财产申报、核查、评估、拍卖方式,减轻企业破产案件债权人和其他利害关系人的经济负担,降低司法成本。

^⑳ 咸阳集团股份有限公司董事会:《咸阳偏转股份有限公司关于法院批准重整计划的公告》,http://www.cninfo.com.cn/finalpage/2010-05-18/57962076.PDF?www.cninfo.com.cn,2014 年 3 月 17 日访问。

^㉑ 以 ST 超日重整案为例,债权人上海毅华金属材料有限公司于 2014 年 4 月 3 日就提出了重整申请,但直到 2014 年 6 月 26 日,上海市第一中级人民法院才“获准”裁定予以受理。在这一“漫长”期间内,不仅债权人纷纷抓紧展开个别追偿,“抢夺”债务人的财产,ST 超日位于上海总部的生产线也由于未能及时获得救济,陷入全面的停产。参见 ST 超日董事会:《ST 超日关于公司重大诉讼、仲裁进展公告》,http://www.cninfo.com.cn/finalpage/2014-06-21/64159795.PDF,2014 年 8 月 23 日访问;ST 超日董事会:《ST 超日关于公司总部生产线停产的公告》,http://www.cninfo.com.cn/finalpage/2014-04-22/63888244.PDF,2014 年 8 月 23 日访问。

^㉒ 关于地方政府主导破产重整的危害,详见前注^⑳,贺丹书,第 83-85 页。

裁判文书的“上网”不仅具有司法公开的功能,也可以倒逼法院及法官遵守法律法规,提高专业素养。但长久以来,在所有类型的案件中,破产案件裁判文书的“上网”情况是最差的。^③为推动破产案件的受理及审理,有必要实施破产案件的“上网”。与破产案件有关的所有争议及案件审理的各环节(包括应否受理、债权确认、合同解除等)的当事人的请求书、裁判文书等都应当上网公开,从而“倒逼”破产法得到实际的遵守。

3. 加快执业培训,形成高素质破产执业共同体

由于现阶段破产案件的数量较少,对于破产保护案件,法院及管理人在业务上都未必熟悉。以山西联盛重整案为例,该案所涉及的金融负债就达到了近300亿元,而受理法院却是一个基层法院——柳林县人民法院。^④暂不考虑其他因素,该院是否拥有能够妥善审理如此重大重整案件的专门法官,恐怕是值得怀疑的。在此种情况下,要提高破产执业人员的素养,有效的方法就是执业培训。

4. 妥善协调破产保护程序与行政审批权之间的关系

就涉及反垄断审查的破产重整案件,如果重整计划中涉及需要向商务部申报的经营者集中,可以考虑充分利用《经营者集中申报办法》中规定的参与集中的经营者与商务部事先商谈这一程序。一方面,对于需要进行反垄断审查的重整案件,应当向商务部寄送破产重整的受理通知,商务部接到通知后,应当积极参与到重整程序中来。另一方面,在正式申报前的商谈过程中,参与集中的经营者应尽可能地向商务部提供集中交易的详细情况及相关文件,商务部考虑到重整企业的实际情况酌情放宽申报文件要求,对所涉经营者集中进行预审,并就集中是否能够取得准许或集中交易需要做出的进一步调整给出初步意见。只有在商务部持肯定意见的情况下,人民法院才能认定重整计划具有可行性并予以批准。

对于上市公司的破产重整,证监会予以介入的必要性在于妥善保护公共投资者的利益。但这种必要性同时也决定着证监会介入的程度,除此之外,上市公司的破产重整均应由人民法院主导。因此,是否受理上市公司的重整申请应由人民法院根据债务人的财务状况予以决定,而没必要以证监会的审批作为受理破产案件的标准。道理很简单,有可能损害公众投资者利益的不是破产申请的受理,而是破产本身以及在破产程序外的不当拖延。由于自动冻结规则、破产撤销规则的存在,以及其所具有的必要挽救功能,破产制度反倒有利于公众投资者利益的保护(正是在这个意义上,整个破产制度都可以视为破产“保护”制度)。对于上市公司重整过程中的资产重组,为保护公众投资者的利益,证监会的审批目前仍是必不可少的。这也是我国对证券公开发行目前所采用的核准制所决定的。

为提升效率,避免行政审批影响破产重整的计划和进度,建议采纳与反垄断审查一样的处理办法。一方面,对于需要进行资产重组的案件,应当向证监会寄送破产重整的受理通知,证监会接收通知后,应当积极地参与到重整计划的制定中来。另一方面,在重整计划表决通过后,证监会应出具对于重整计划的意见。只有在证监会对重整计划持支持态度的情况下,人民法院才能认定重整计划具有可行性并予以批准。事实上,这正是《美国1898年破产法》第172条对公众公司重整所采取的做法。或许随着我国证券市场及证券法制的不断发展,对于上市公司破产重整中的资产重组,我国也可以像如今的美国一样,采用更为宽松的态度。^⑤

5. 调整破产保护程序与普通执行程序的衔接

《企业破产法》第19条规定:“人民法院受理破产申请后,有关债务人财产的保全措施应当解除,

^③ 上市公司由于涉及信息公开的问题,因此其破产案件的部分相关信息仍可从证监会指定的信息公开网站获取,但这并不适用于非上市公司破产。

^④ 参见张月光:《山西联盛获准重整 金融负债近300亿》, <http://finance.21cbh.com/2013/11-30/zMMzcxXzk2NTgzMA.html>, 2014年2月24日访问。当然,这里也涉及破产案件的级别管辖问题。

执行程序应当中止。”该规定的立法原意是一旦债务人企业进入破产重整,则债务人财产应当“自动冻结”,各债权人或者其他权利人只能通过破产重整程序主张和实现自身的权利。但由于该条未明确保全措施解除和执行程序中止的效果是自动发生还是需要通过原保全和执行单位进行,最终起不到“自动冻结”的作用,导致管理人无法及时对债务人财产进行有效控制和管理,进而影响破产重整程序的进展及效果。实践中,原保全法院或者执行法院不愿或者迟延解除保全措施或者中止执行程序的情况比比皆是。如果针对债务人财产的保全措施是由其他机关(比如海关、税务、公安等部门)作出的,或者虽然由其他法院作出但属于刑事措施(比如罚金保全、罚款保全)而不属于民事保全,且上述相关国家机关又不积极解除保全措施,该条规定便流于纸面。因此,有必要明确规定保全措施的解除与执行程序的中止均可自动生效,并明确规定违反自动冻结应承担的损害赔偿乃至惩罚性赔偿的责任。

6. 为破产保护提供必要的税收优惠

必须承认,不少企业特别是中小型民营企业由于利润空间较小等原因,在经营过程中存在程度不同的偷税漏税的现象,这种现象固然不值得提倡,但如果在破产保护程序中要求其一律必须全额补缴,就可能会造成两种后果:影响这些企业申请破产保护的积极性,降低破产保护程序成功进行的可能性。因而有必要对《税收征收管理法》进行修订,明确应税企业进入破产程序属于酌情减税或免税的法定理由,并明确税务机关对此种情况下的减税或免税所享有的裁量权。

针对债务豁免引发的所得税问题,考虑到目前《企业破产法》的配套法律规定、税收法律及其配套规定均未对此问题作出明确的规定,实际操作中,重整企业大多采取各种方式以实际规避该等税收。考虑到破产重整的目的在于让企业通过重整程序整合优质资源,以使企业尽快走出泥潭,故而对破产保护程序中的债务豁免不应视为应税所得。

(二)《企业破产法》本身的完善

1. 设置合理的破产界限

要完善破产保护制度,首要任务就是设置合理的破产界限,避免不合理的案件申请和受理障碍。为推动破产案件的受理,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(一)》建立了强制破产申请的破产界限推定规则,只要申请债权人能够证明了“债权债务关系依法成立,债务履行期限已经届满,且债务人未完全清偿”,债务人就被推定达到破产界限,举证责任也由此转移至了债务人。但对于自愿申请,根据最高人民法院的解读,其申请界限与受理界限却均为“债务人不能清偿到期债务”且“资产不足以清偿全部债务或明显缺乏清偿”。对于自愿申请,特别是自愿的破产保护申请,应当放低破产界限的门槛,甚至可以像美国那样采取自动受理的模式。因为一方面,考虑到破产所带来的巨大后果,没有人会无故申请破产;另一方面,对于为逃债而不当转移财产,包括破产欺诈,更好的做法是由破产程序予以处理,而不是排除在破产程序之外而不予过问。^③

当然,对于破产保护程序,考虑到其高昂的成本,在受理前应予判断的另一个问题就是债务人是否具有重整成功或者和解成功的合理可能性。重整或和解的可能性涉及商业上的判断,这并非法官

^③ 当今的美国,作为对证券交易委员会(Securities and Exchange Commission)预先审查机制的替代,《美国破产法典》采用了信息充分披露机制。具体而言,在就重整计划进行表决之前,计划提交方须向有表决权的当事人寄送经法院批准的信息披露声明,向表决权人告知与重整计划有关的所有必要信息。这一机制背后的理念在于,在获得充分信息披露的基础上,利害关系人(包括公众投资者)能够自主做出最符合自己利益的选择,法院或证券交易委员会并不比他们更熟悉他们自己的利益所在,see H.R. Rep. No. 95-595, 95th Cong., 1st Sess., at 226 (1977)。当然,如今证券交易委员会仍有权出庭就重整案件发表意见,且在对信息披露声明进行批准之前,法院仍会将重整计划及信息披露声明寄送给证券交易委员会听取其意见,参见《美国破产法典》第 1109 条(a)款、《美国联邦破产程序规则》第 3017 条(a)款。

^④ 同前注^①,韩长印、何欢文。

的强项。可行的做法是:在受理阶段,对破产保护申请持较为宽松的态度,同时赋予利害关系方以驳回破产保护程序或者转换至破产清算的请求权,以在债务人财务状况彻底恶化时果断“止损”,避免破产保护制度的滥用。

2.以债务人自行管理为原则,管理人接管为例外

合理的破产界限对于推动破产案件的受理确实有所裨益,但其并不能为当事人提供破产申请的动力。完善破产保护制度,关键在于提供破产申请的激励机制,鼓励当事人提起破产申请,而不是“带病拖延”。在重整案件中,原则上由债务人自行管理(即 Debtor in Possession,简称 DIP)而不由管理人接管当可起到这样的作用。以 DIP 为原则,便是美国破产法上激励破产重整申请的重要机制。统计表明,美国商事破产案件中,适用《美国破产法典》第 11 章的重整案件占比超过了 25%。^③DIP 为原则之所以能起到破产申请的激励作用,至少有以下两方面的原因:其一,若以管理人接管为原则,债务人的董事、高管会担心其职位在破产受理后被替代;其二,破产法默认的一项原则是“谁管理,谁制定重整计划”,以 DIP 为原则,债务人能够保持对企业经营及破产重整计划的主导权,这意味着在计划内容的协商中,债务人将占有很大的优势。除了破产申请的激励之外,以 DIP 为原则还具有以下合理性。首先,债务人陷入财务困境,并不一定是因为经营上的不当行为,而可能只是因为市场的波动或者纯粹的商业因素。其次,债务人对于自身的财务和经营状况显然更为了解,而管理人在对债务人的状况充分了解之前,往往难以有效开展工作,这显然会影响破产保护的成功可能性。^④再其次,管理人的报酬须从债务人财产中开支,强行指定管理人意味着巨大的成本开支。^⑤

以 DIP 为原则当然有一些例外。法律有必要赋予利害关系人以指定管理人的请求权,从而保证在必要情况下(比如债务人于申请后实施了有害重整的不法行为时)能替换管理人。^⑥另外,对于债务人的重整计划提交权有必要施以一定的期限限制。在该期限内,只有债务人能够提交破产保护计划,超过该期限的,其他利害关系人也可以提交重整计划。只有这样,才能保证重整计划的协商在公平的基础上进行,避免债务人利用其专属的制定权迫使他人接受不利的条款。

3.引进预重整制度

预重整制度是美国破产法上的一项制度。在美国,很多困境债务人的债务重组都是在破产程序之外完成的。这样做能免去适用《美国破产法典》第 11 章程序的高额金钱及时间成本。但是,异议债权人并不受其约束。两全其美之策,就是既发挥法院外债务重组的速度与效率优势,又能使异议债权人也受到程序的保护并受债权人集体意志的约束。而预重整就具有这样的功能。所谓预重整,就是指在正式申请重整之前,债务人就已经协商制定了重整计划,并就重整计划完成了主要债权人的意见征集,向法院提交重整申请只是为了取得法院对重整计划的批准,从而使其具有对异议债权人的约束力。预重整也存在一个变体,即“预锁定”重整。这一机制下,在正式申请前,债务人并未制定重整计划,而只是与其他当事方签订“锁定协议”(事先同意重整方案的债权人不得到时候反悔)来达到征集表决意见并赢取所需表决票数的目的。预重整最适合于无需调整业务而只需调整资本结构的债务人。这方面,其与我国的破产和解制度有一定相似性,但后者只适用于无担保债权。实践中,我国浙江等地区,已开始尝试通过预重整与司法重整相结合的方式拯救困境企业并积累了一些经验。因此,对于预重整的做法,在符合平等协商、信息披露充分的条件时,立法应当予以承认。

^③ 参见 http://www.uscourts.gov/uscourts/Statistics/BankruptcyStatistics/BankruptcyFilings/2013/1213_f2.pdf, 2014 年 2 月 24 日访问。

^④ 我国破产重整实践中出现的一种现象是,有的管理人在被指定后,立即全员聘任债务人管理层的原班人马或委托外部同行业的第三方。

^⑤ 同前注^③, Charles J. Tabb 书,第 1060-1061 页。

^⑥ 关于《美国破产法典》第 11 章破产中指定管理人的事由,参见《美国破产法典》第 1104 条(a)款。

4.改进重整融资制度

对于破产保护程序中的债务人,营业的维持往往需要以获得运营资本为前提。尽管可以寄希望于重整计划执行过程中重整投资人的注资,但考虑到重整期间较长,重整期间内运营资本的及时获取至关重要。否则,在重整计划批准之前,因债务人的财务所限就可能丧失成功重整的良机。即使是破产重整以“出售”为目的,运营价值的维持显然也更有利于债权人整体利益的保护。但是,重整融资最大的难题就在于,由于对债务人还款能力的担心,贷款人往往不愿意为重整债务人提供“输血性”融资。正因为如此,《企业破产法》第 75 条第 2 款明确规定可以为重整融资提供担保。但这一规定在实践中的可操作性尚显不足。一方面,重整融资应当由谁决定?重整融资的决定程序不仅关乎贷款合同的效力,也关乎放贷人提供资金的风险。在美国,常规营业范围内的信贷交易不需要法院的批准,但在常规营业以外获取授信或举债则需在通知债权人并提供其参加听审、表达意见的机会后,由法院批准。考虑到《企业破产法》尚未引入“常规营业”的概念,目前可行的做法是明确规定重整融资须经法院的批准。另一方面,破产重整案件中可能出现的情况是,债务人的所有财产或者潜在贷款人比较青睐的财产上已经设定了担保。在美国,经管债务人可以为放贷人提供破产财产上的“第一优先权”(priming lien),即降低其他优先权的顺位,而赋予后成立的优先权以第一顺位。³⁸不过此时对那些被排挤的优先权人,也应提供一定形式的“充分保护”(adequate protection)。为促进重整融资,我国《企业破产法》不妨也规定,必要的情况下得为放贷人提供第一顺位的担保物权。

5.加快金融机构破产保护立法

在加入 WTO 及中国银监会设立之后,我国已经越来越重视对银行的市场准入和持续监管,然而在市场退出的法律方面却鲜有实质性改变。目前,中国已建立了一套相对成熟并适用国际规则的银行监管标准,在这种情况下,建立适合中国国情的金融机构市场退出的长效机制已显得十分迫切。对于经营差、风险高、资不抵债的金融企业,应当依法实施破产清算或者破产保护。为防止类似海南发展银行的情况再次出现,法律应当对金融机构的破产能力进行明确规定。事实上,根据《商业银行法》第 68 条的规定,银行的接管并不构成法院破产受理的障碍。《商业银行法》有必要明确规定:银行达到破产界限的,得依照《企业破产法》进行债务清理;具有挽救价值的,得自愿或强制进入破产保护程序。

当然,金融机构破产所涉及的不仅是破产能力的问题,其中的一些问题应当由国务院进行特别的规定。举例来说,对于金融机构的破产原因,由于流动性标准不能反映银行的实际危机程度,资产负债表标准没有考虑银行的高杠杆率、派生存款的负债扩大、资产质量的衡量等诸多因素,二者都不宜在银行破产中适用。因此,有必要赋予监管机构启动破产程序的直接申请权和当事人申请破产情况下的前置审批权,并结合监管需要,出台专门规定,从资本充足率、资产质量状况(不良贷款比率)、管理状况、盈利状况、流动性比率和市场风险状况等方面,确定银行破产的原因。

(责任编辑:陈历幸)

³⁸ 参见《美国破产法典》第 364 条(d)款。