

关于我国设立破产监管机构的思考

——以IAIR成员破产监管机构为参照

黄贤华

(华东政法大学法学院,上海 200042)

摘要: 设立专门的政府破产监管机构是IAIR成员国或地区的通行做法,其主要职能是跟踪破产法的实施、管理和监督破产从业者、作为公共管理人管理个人破产案件。我国没有设立专门的政府破产监管机构,而是由法院对破产管理人进行监督指导,但这种做法与法院本身的审判职能并不符合。我国可以借鉴IAIR成员的经验,设立专门的政府破产监管机构,通过跟踪破产法实施,提供政府公共服务,追究对破产负有个人责任的公司高管责任等,保障破产法的有效实施。

关键词: IAIR成员; 政府破产监管机构; 破产管理人; 破产法

中图分类号: D922.291.92

文献标识码: A

文章编号: 1672-433X(2017)05-0148-04

IAIR 是国际破产监管机构 (the International Association of Insolvency Regulator) 的英文简称,是汇集世界多国和地区政府破产监管部门的国际机构。自1995年成立至今,成员已有26个,包括美国、英国、新加坡、中国香港、加拿大、俄罗斯、澳大利亚、新西兰、芬兰、南非、毛里求斯、百慕大等。

综观IAIR成员的监管机构设置,主要有两个特点。第一,绝大部分为政府部门和行业专门机构。除泰国(未设监管机构)、南非(高等法院监管)外,其余国家或地区都在政府部门设立了专门的监管机构。IAIR设立政府监管部门的初衷之一是将行政监管与司法审查职能相区分。在政府监管机构之外,有的国家(或地区)还由主管律师、会计师等的行业专业机构对担任清算人的律师、会计师等进行监管。第二,监管机构设置无统一模式,但覆盖面广。过半数成员只设置一个监管机构,按照法律对破产事务具有全面的监管职能^①。IAIR的另外近半数成员设两个以上的监管机构,如澳大利亚政府破产监管机构视债务人情况不同而有所区分,其中证券投资委员会ASIC负责公司破产事务,金融安全委员会AFSA负责个人破产事务^②。

破产监管机构设立的目的在于保障破产法的有效实施和破产制度的顺畅运行,主要职能有:一是追踪破产

法实施,为决策者制定和实施决策提供实证基础。二是管理和监督破产从业者。三是作为公共管理人管理个人破产案件。四是追究对破产负有个人责任的董事等公司高管的责任。IAIR成员设立破产监管机构的具体作法,有效保证了破产法的实施。我国应借鉴其经验适时设立相关机构。

一、我国破产法实施中的行政因素

20世纪80年代至今,我国破产立法先后经历了1986年《企业破产法(试行)》和2006年《企业破产法》两部法律。前者仅适用于国有企业,后者适用于企业法人。在两部破产法的实施中,行政介入一直是我国破产法实施的鲜明特点。

1. 行政主导的国有企业政策性破产。在1986年破产法体系下,从破产工作的整体推动到具体案件所涉及的破产申请、资产清算、职工安置、呆坏账核销、破产终结等各个程序,每个环节都体现着强烈的行政化色彩。特别是政策性破产,通过职工补偿安置、金融债务核销、有效资产重组、中央财政补助等方式,成为政府给予国有亏损企业实施关闭破产的一项优惠破产政策支持。

在破产依据方面,行政立法与相关政策成为政策性破产的基本规范。1994年国务院《关于在若干城市试行国有企业破产有关问题的通知》(国发[1994]59号)、1997

收稿日期:2017-04-25

作者简介:黄贤华,女,华东政法大学博士研究生,主要研究破产法律制度。

①See Australian Country Report, IAIR 2016 Singapore, p. 1.

②See Country Questionnaire, IAIR2016Singapore, p. 28.

年国务院《关于在若干城市试行国有企业兼并破产和职工再就业有关问题的补充通知》(国发[1997]10号),以及财政部、劳动部、经贸委等政府部门相关配套文件构成国有企业破产的基本依据。在破产案件审理方面,1986年《企业破产法(试行)》关于破产申请、和解和整顿、清算组成等方面都赋予政府部门诸多权力。诸如第8条“债务人经其上级主管部门同意后,可以申请宣告破产”第20条“企业的整顿由企业上级主管部门负责主持”第24条“清算组成人员由人民法院从企业上级主管部门、政府财政部门等有关部门和专业人员中指定”等,都为政府直接介入破产案件提供了法律依据。

2. 现行破产法下的“府院联动”机制。随着2006年《企业破产法》颁布实施和政策性破产的结束,1986年破产法和国务院1994年、1997年制订的两个《通知》已不再适用。2006年破产法引入了国际通行的破产管理人制度,朝着市场化迈进了一大步。但由于企业破产将影响地方的社会经济发展和稳定,破产程序中的职工安置、案件启动的必要资金、无产可破案件管理人报酬、税收减免等特有难题,法院无能力独自面对和解决。因此,“紧紧依靠政府的力量”仍是法院审理破产案件的重要原则。现行破产法下,行政力量通过“府院联动”机制在破产法的实施和破产案件的审理中继续发挥着重要作用。2016年11月4日,浙江出台《关于成立省级“僵尸企业”处置府院联动机制的通知》(浙并购办[2016]8号),标志着“浙江僵尸企业处置和破产审判省级府院联动机制进入了实质性运作和深入推进阶段”^[1]。该《通知》规定了五项主要职责,其中包括:建立沟通协调机制,发挥政府各相关部门和法院的职能作用,协调解决地方政府和法院提交的破产企业审判涉及的产权瑕疵、债务处理、职工安置、税收优惠、信用修复、企业注销、金融机构参与、破产费用保障等问题。

二、我国设立政府破产监管机构的必要性

虽然行政力量在破产中起着非常重要的作用,但我国却并没有建立专门的政府破产监管部门。为此,有学者建议“设立破产管理局,作为国务院直属的一个政府部门来负责推动破产法的实施,管理破产方面的行政事务。”^[2]笔者认为,我国可以借鉴IAIR成员经验,设立专门的政府破产监管机构,理顺破产法实施中政府与法院的相互关系,推动破产法的实施。

1. 法院作为裁判中立者并不适合对破产管理人进行管理。2006年新制订的《企业破产法》引入了国际通行的破产管理人制度。人民法院和债权人会议成为管理人的监督机构,“管理人向人民法院报告工作”。最高人民法院要求全国法院“加强对管理人的监督、指导和管

理,着手建立管理人分级管理、升级降级、增补淘汰制度。”^①目前法院对管理人的监督管理除了选任、指定、更换、决定报酬外,还有分级、培训、考核、惩戒等。以管理人选任为例,除了编制管理人名册外,深圳中院、上海高院还实行管理人分级管理,浙江高院引入外省市管理人参与本地竞争。这种设置虽相比过去行政主导下的破产符合我国市场经济的发展要求,但与法院作为裁判中立者的机构性质和功能并不相符。法院作为裁判机构,其基本职能是审理案件,无论破产案件本身还是衍生诉讼的审理,管理人都需按照破产法的规定和破产程序的要求,将相关争议交由法院处理。比如依破产法第31条、第32条提起的破产撤销权案件中,管理人直接当原告,要求破产法院撤销破产企业的个别清偿行为。管理人不服一审判决,还可以提起上诉乃至申请再审,这在客观上形成了管理人与法院之间的“对立”,而管理人还面临法院对其的监督管理考核。此种安排对司法廉洁和效率产生何种影响,的确值得深思。从IAIR成员的设置来看,司法只是被动监督,实施主动监督的是政府部门。比如,美国实行联邦破产托管人USTP与破产法官相互独立的分权机制,即使破产法官无需任命,将争议带入破产审理的管理人,以便能够集中精力处理案件,同时由于USTP对案件处理结果本身无利害关系,可以确保其独一无二的中立地位^②。

2. 设立破产监管机构与政府公共服务与管理职能相适应。破产是一项系统工程,从启动到终结都离不开政府提供的公共服务。另外,提供社会公平服务也是政府作为社会管理者、公共产品提供者的职责。从浙江的实践来看,该地区破产审理进入“法治化、市场化、常态化”与“府院联动”机制和税费、工商政策协调机制等密不可分^[3]。比如浙江省瑞安市法院在破产程序中引入司法网络拍卖,允许管理人将破产企业财产依托淘宝网司法拍卖平台予以处置,通过“府院联动”机制,政府调整司法拍卖税负格局,买受人税赋从43%降至3.05%,并推出司法拍卖按揭政策,已有6家银行开展此业务,大大提高了司法拍卖成功率^[4]。“府院联动”机制重在解决破产处理中客观存在的职工安置、税收处理、工商注销等公共服务问题,但又存在“一地一做法”、“一案一协调”等地方性、临时性的不足,不宜作为破产审理法治化的常态。并且,“府院联动”机制涉及政府部门众多,如前述浙江省浙并购办[2016]8号文件涉及政府职能部门

① 《最高人民法院关于依法开展破产案件审理积极稳妥推进破产企业救治和清算工作的通知》。

② See United States Country Report to The IAIR Singapore, p. 1.

二十余家。部门众多 则很可能导致协调联动进展不顺。倘若“府院联动”下诸多政府职能归于破产监管机构一家行使协调 效率无疑将会大大提高。

3. 有助于厘清破产法实施中政府与法院的关系。在破产法的实施中 法院负责处理债务清偿等法律问题,而对于破产衍生的社会问题法院无职权亦无资源解决。但实际情况是 有些地方为了经济利益 插手法律事务 而另一方面 维稳等工作却落在法院头上 法院往往承担了审理案件之外过重的职责 消耗了大量司法资源,这也是造成破产案件受理难、审理慢的重要因素。由于破产案件的系统性和复杂性,“府院联动”成为当前破产案件审理的现实需要 但是 府院联动下哪些属于政府职责、哪些属于法院职责 政府在破产审理中的公共服务职能也缺少细化的可操作性规定。我们必须清楚地认识到 地方政府在企业破产中所要达到的目标与破产法的立法目标是存在差异的 不约束地方政府的行政权力 会破坏破产法的正确实施。”^[5] 设立政府破产监管机构 并不是让行政权力介入破产案件的审理 而是与政府在破产事务中的公共服务职能对接。为此 要在国家法律层面明确其基本职能 给予行政权力明确限制。

三、我国设立政府破产监管机构的主要职能

1. 跟踪破产法实施情况 提供政府公共服务 共同推动破产受理难问题的解决。跟踪破产法实施是 IAIR 成员破产监管机构的基本职能。比如 澳大利亚 ASIC、AFSA 定期公布破产数据。2015 至 2016 财政年度 澳大利亚进入各类破产程序的公司破产案件 13847 件;同期个人破产为 29527 件。2014 至 2015 财政年度 澳大利亚个人破产 28288 例,约占全国总人口 23,940,278 的 0.12%^①。加拿大 2015 至 2016 财政年度总共发生的破产为 126876 件 其中消费者破产是 122827 件 企业破产 4049 件。再看我国 2006 年《企业破产法》引入了市场导向的破产模式 并将适用范围扩大到了所有的企业法人,其他不属于企业法人的经济组织的破产清算也可以参照破产法。然而 新破产法施行 10 年来 我国破产案件不升反降^[6]。

2001 年全国法院受理的破产案件数量最多 为 9110 件 2006 年破产法制订后 破产案件数量反而下降了,2013 年最低 仅 1998 件。2010 年我国首次成为世界第二大经济体 2011 年至 2013 年 全国注销企业数量在 34.5 万至 41.6 万之间 同期全国吊销企业数量 41.6 万至 45.4 万。2014 年全国注销企业 49.2 万 2015 年更增加到了 75.8 万³⁴。同期 法院每年受理的企业破产案件数量仅二三千件 这显然与我国的经济规模及企业退出市场的客观情况极不适应。目前我国破产法庭数量很少 破产

案件由民商事法官兼办 加之案多人少的困境 法院本身缺乏动力去改变这一状况。再以上海为例 2011 年至 2013 年 全市吊销企业数量在 2.5 - 2.8 万家 注销企业数量在 2.4 - 2.6 万家。2013 年至 2015 年 受法律修改影响^② 吊销企业数量大幅下降 但全市注销企业数量仍在 2.1 - 3.3 万家之间 而因未依法公示年报被列入异常经营名录的企业至 2016 年 6 月底达到近 30 万家。然而,上海法院同期受理的企业破产和公司清算案件每年只在 100 件左右 两者形成鲜明对比。由此可见 绝大多数退出市场的企业并未通过破产程序的渠道退出。专门政府破产监管机构的设立 可以有效追踪破产法的实施并及时发现实施中存在的问题 提供决策参考依据。

2. 对破产管理人进行管理 并较好解决管理人协会设立及基金提存问题。我国对破产管理人并未实行资格考试制度 而是由法院综合执业业绩、能力、专业水准、社会中介机构的规模、企业破产案件的办理经验等因素制定评分标准 择优将社会中介机构或机构中的个人编入管理人名册。对于未依法履行职责的管理人 按照《最高人民法院关于审理企业破产案件指定管理人的规定》法院拥有更换、罚款、暂停执业、除名等权力。

目前 实务中较常见的一个问题是无产可破案件较多。根据上海法院破产管理人提交的材料统计 实施破产管理人制度以来 至 2014 年年中 上海法院企业破产案件结案 207 件 无报酬案件 27 件,占 13%;公司强制清算案件结案 122 件 无报酬案件 63 件,占 52%。无报酬案件合计占两类案件总数的 27.36%。管理人报酬无法获取甚至需自行垫付公告费等破产程序成本 较大地影响破产管理人工作的积极性。虽然有地方政府专项拨款解决此类问题^① 但这并非长效机制 《浙江省高级人民法院关于规范企业破产案件管理人工作若干问题的意见》第 20 条规定,“债务人财产不足以支付管理人报酬和管理人执行职务费用的 经债权人会议确认 可以将债权人对债务人未知财产的追索权以及对公司股东、董事、实际控制人等相关责任人的民事请求权全部或部分转让给管理人 以折抵管理人报酬和管理人执行职务的费用。”然而 此方式实务运用也不甚理想^[7]。有人提议设立破产管理人协会设置提存基金来解决此问题 但按照《社会团体登记管理条例》第 3 条的规定 应经其业务主管单

① See ASIC Country Report, IAIR 2016 Singapore, p. 8. AFSA Country Report, IAIR 2016 Singapore, p. 5.

② 以往吊销营业执照的最主要原因是企业未按时参加年检,2013 年底进行的商事登记制度改革将年检制度改为年报制度 因此吊销企业的数量大幅下降。

位审查同意,而法院显然不适合担任管理人协会的主管单位。其实,债务人无足够资产支付破产费用在其他国家也普遍存在,其解决方式是政府监管机构作为官方管理人接手。比如英国,原则上私人管理人赚不到钱的案件破产署指派官方管理人办理。政府从所有破产人的不动产变价款中提取 17% 的费用作为破产和清算不动产基金,用于管理无财产破产案件的支出^[8]。

就职能而言,政府机构比法院更适合监督、管理破产管理人,政府破产监管机构的设立也将使破产管理人协会及破产管理基金的设立问题迎刃而解。但是,在具体破产案件管理人指定方面,仍应当按照现行法律规定,由法院指定,目的是要尽量避免行政权力通过清算组或管理人过度介入破产事务,以防退回行政主导破产的老路。

3. 追踪公司高管的诚信履职行为,净化公司治理环境。公司经营好坏与高管是否忠实履行职务、是否勤勉尽责关系密切。我国公司法第 147 规定,董事、监事、高管应当遵守法律、行政法规和公司章程,对公司负有忠实义务和勤勉义务。破产法第 125 条规定,企业董事、监事或者高级管理人员违反忠实义务、勤勉义务,致使所在企业破产的,依法承担民事责任。有前款规定情形的人员,自破产程序终结之日起三年内不得担任任何企业的董事、监事、高级管理人员。《最高人民法院关于债权人有关人员下落不明或者财产状况不清的债务人申请破产清算

案件如何处理的批复》规定:债务人的有关人员不履行法定义务,人民法院可依据有关法律规定追究其相应法律责任;其行为导致无法清算或者造成损失,有关权利人起诉请求其承担相应民事责任的,人民法院应依法予以支持。刑法也有虚假破产罪的规定。法院作为裁判机构,处于中立地位,只有受理案件后,才能依法审理。实务中由于缺乏一支有力的力量,去推动导致破产高管等的责任追究,相关民事责任、刑事责任或者限制任职资格的情形并不多见。上述条文往往成为睡眠条款,难以有效发挥作用。设立政府破产监管机构,对公司高管致使企业破产或欺诈破产提起追究,能够激活上述法律或司法解释的规定,通过责任追究与惩戒提示全社会,从而促进公司治理水平和社会诚信水平的提升。

此外,近来对于个人破产法的立法呼声很高。我国信用贷款快速上升,消费模式的改变和个人信用体系的建立为个人破产立法提出了必要性和可行性。在我国经济生活中,中小微企业占全国企业总数的 99%^[9]。银行在贷款给民营企业时,往往要求股东或者实际控制人个人担保,即便企业破产注销,个人责任仍难消除,只能惶惶不可终日^[10]。个人破产法的核心是债务免责,这就给予那些不幸却诚实的债务人最基本的生活保障和东山再起的机会。个人破产法是市场经济国家破产法的重要内容,从长远来看,由政府监管机构担任公共管理人管理未来的个人破产案件,也是可以借鉴的国际经验。

参考文献:

- [1] 北京市破产法学会. 浙江建立全国首个实质运作的破产审判省级法院联动机制[EB/OL]. [2016-11-16]. <http://www.bbbs.org.cn>.
- [2] 李曙光. 我国迫切需要建立破产管理局[M]//李曙光. 破产法的转型. 北京: 法律出版社, 2013: 190.
- [3] 浙江省高级人民法院. 2015 年浙江法院企业破产审判报告[G]//中国人民大学法学院. 第七届中国破产法论坛论文集, 2016: 1-11.
- [4] 浙江省瑞安市人民法院课题组. 僵尸企业司法处置情况的调研报告——以瑞安法院破产审判实践为范本[G]//中国破产法论坛僵尸企业处置与破产审判工作专题研讨会论文集, 2016: 34.
- [5] 王欣新. 破产重整不是损害债权人的制度[N]. 经济参考报, 2016-10-18.
- [6] 戴建敏. 中国企业破产率为什么那么低[N]. 21 世纪经济报道, 2016-10-29.
- [7] 伍光荣, 田文锋. 论香港清盘人制度及个人破产法可予我国的借鉴[G]//中国人民大学法学院. 第七届中国破产法论坛论文集, 2016: 594.
- [8] 最高人民法院民二庭. 最高人民法院关于企业破产法司法解释理解与适用[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 42.
- [9] 关欣. 未来中小微企业可以互联网为支点转型升级[N]. 人民日报, 2016-04-26. 伍光荣, 田文锋. 论香港清盘人制度及个人破产法可予我国的借鉴//中国人民大学法学院. 第七届中国破产法论坛, 2016: 596.
- [10] 徐阳光. 认真对待破产法: 基于立法、司法与科学的纬度[G]//中国破产法论坛僵尸企业处置与破产审判工作专题研讨会论文集, 2016: 21.

(责任编辑 彭建军)

①如温州市政府成立破产援助专项资金,拨款 200 万元用于支付在破产程序中产生的相关费用和管理人报酬。参见《2015 年浙江法院企业破产审判报告》载《第七届中国破产法论坛论文集》(2016 年)。