中、英企业破产拯救制度的比较研究

杜　军 *

摘　要　英国的公司自愿整理程序、管理程序、整理计划程序使企业破产拯救制度呈现出一种立体化结构，无论企业是否陷入破产境地，其都可以选择相应的法律制度来帮助其清理债务、减轻负担。而且，英国企业拯救中法院、破产执业者以及企业管理层的职能划分清晰，衔接顺畅，整个制度运行效率较高。当前我国在处置僵尸企业过程中要对有运营价值的企业尽可能多兼并重组，少破产清算，这就要求运用重整、和解等手段对陷入困境的企业及时拯救。在立法上，应当设立便利企业尽快进入拯救程序的制度，在司法上，应当进一步探索解决企业拯救的目的、方式等基本问题。

关键词　公司自愿整理　管理程序　整理计划程序　重整

我国企业破产法建立了重整、和解法律程序来帮助困境企业进行拯救。2007 年企业破产法实施以来到 2017 年 2 月，在 A 股上市的公司中有 51 家进行了破产重整。〔1〕但是总体上看，企业拯救的效率、效果仍有待评估。英国企业拯救实践也曾面临与我们相似的问题。英国 1986 年《破产法》制定前，肯尼斯·科克领导的委员会（即科克委员会）作出的《破产法律与实践》报告就设计了旨在重整经营困难公司、恢复公司经营活力并实现良性发展的管理程序。〔2〕但 2001 年英国政府在破产改革的白皮书《破产：第二次机会》中认为当时的制度没有有效地推动拯救文化，管理程序使用率之低也令人失望。白皮书总结其原因在于拥有浮动担保的担保债权人有能力通过指定接管人来阻止企业进入管理程序。〔3〕所以，2002 年英国开始重塑《破产法》，畅通进入管理程序的通道，提高企业拯救的效率。本文拟对英国现行企业拯救制度进行介绍，以对我国企业重整、和解等企业拯救制度的设计和运作提供借鉴。

一、英国企业拯救法律制度

在英国，出现破产情形的企业可以适用相应拯救制度。而且尚未出现明显破产情形的企业也可以适用拯救制度。英国法认为，成功拯救的主要条件就是企业要在尽量早的时候寻求帮助。为了配合公司尽早进入程序，《破产法》第 214 条在解释上被认为如果公司董事已经能够认识到公司将不可避免地进入破产清算却仍让公司继续经营的话，该董事对债权人的损失要承担责任。在拯救程序的启动上，不仅债权人、债务人企业及其董事等可以启动，而且整个拯救程序可以在法庭之外完成。这些制度为不同类型的企业进行拯救提供了多种选择。

（一）企业拯救的三种基本制度

英国企业拯救基本制度是公司自愿整理程序、管理程序和整理计划程序。

1. 公司自愿整理。科克委员会认为即使债务人的少数债权人不同意整理，也应当提供债务人与债权人达成一项有效集体协议的可能性。1986 年《破产法》引入了自愿整理来落实这一目的。公司自愿整理和个人自愿整理的区别是：个人自愿整理必须在债务人破产或者濒临破产的时候才能进行；公司自愿整理则不受此种限制，无论是否破产或者是否资不抵债，均可以实施。〔4〕根据《破产法》第 1 条，公司自愿整理可以概括为：在有资格担任破产职业人或被授权担任被任

* 杜军，最高人民法院民二庭法官，法学博士。

〔1〕赵惠妙："上市公司破产重整中的政府干预实证研究"，载《第八届中国破产法论坛论文集》（下册），第 141 页。

〔2〕Kenneth Cork, Report of the Review Committee on Insolvency Law and Practice，1982,Cmnd 8558.

〔3〕参见英国 2001 年贸工部：Insolvency – A Second Chance，第 2.1 节。

〔4〕Fiona Tolmie, Corporate and Personal Insolvency Law(second edition),Cavindish Publishing Limited,2003,p.85.

?1994-2017 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

命人的人同意作为被任命人或监督人时，公司的董事可以向公司以及公司的债权人提出达成清偿公司债务的和解协议或公司事务安排方案的建议。[5] 这一制度的逻辑是：相对于公司外部人而言，公司内部人尤其是公司的董事最了解公司的财务状况。把债务整理的启动权交给债务人可以便利其一出现危机时就及时拯救，避免贻误时机。董事提出的上述建议书都要提交给其建议的（破产执业者等）被任命人。实践中，这些材料都是在提前咨询相应的破产执业者后形成的。[6] 董事提交材料即意味着程序启动。被任命人应当在 28 日内向法院提交一份报告，表明他对整理获得批准和实施的合理预期。公司自愿整理启动中法院的地位非常消极，甚至有观点认为与法院唯一相关的就是将规定的文书提交法院。

2. 管理程序。根据 1986 年《破产法》，公司要进入管理程序时必须要先向法院申请管理令，未获得管理令不得启动管理程序。[7] 而这一要求恰恰就成为了行政接管程序的支持者宣扬行政接管而贬抑管理程序的重要理由。因为，行政接管可以由浮动担保权人在法庭之外直接任命接管人进而能够非常便利地启动破产程序，而管理程序则不能在法庭之外由当事人自行启动。所以自法律 1986 年实施以来的 10 多年中，管理程序基本上被行政接管架空，进而很多企业实际上被清算，企业拯救文化并未得到发扬。针对这一情况，2002 年英国《企业法》剥夺了浮动担保权人可以在法庭之外任命行政接管人的权利，作为对银行、非银行金融机构等浮动担保权人的补偿，该法同时授予浮动担保权人可以在法庭之外任命管理人而启动管理程序。[8] 这是启动管理程序的第一个途径。[9] 2002 年《企业法》还规定公司或者公司董事会也可以庭外任命管理人，但是要将任命通知副本提交法院。

3. 整理计划程序。整理计划程序不是《破产法》规定的程序，而是英国《公司法》规定的程序。原先英国 1985 年《公司法》第 425 条对这一程序作出了规定，现在 2006 年《公司法》则在第 26 章全面规定了这一制度。[10] 这一程序之所以规定在公司法中，是因为它不仅仅适用于公司破产时，在公司合并、收购或者为规避适用收购指令采取替代收购方式时，它都有广泛地适用。[11] 这个程序的核心是制定一个计划（scheme）去重组股东的权利和公司债务，所以这个程序中受影响的群体分组表决是必须的步骤。当然，计划一旦被依法表决通过并经法院批准，计划中涉及到的股东的权利和债权人的权利都将被相应地调整，即使某些股东和债权人并不赞成这种计划。[12]

（二）程序的运作

1. 公司自愿整理的运作。在 2000 年修改《破产法》之前，公司自愿整理中债务人公司不能获得延期偿付期间，换言之，即便启动了公司自愿整理，债权人也仍可以向公司主张行使权利。2000 年《破产法》修改后，符合《公司法》规定的小公司在自愿整理中就可以从法院获得一个延期偿付期，一般为 28 天，最长可以延长到 2 个月。[13] 自愿整理中，董事继续控制公司。同时，对小公司，除非经法院许可，不能采取其他措施强制执行在公司财产上设定的担保或收回公司根据分期付款购买协议而占有的财产，不能发动或继续对公司的其他诉讼、强制执行程序或其他法律程序，而且在存在延期偿付期间时在该期间内浮动抵押不能固定。[14]

自愿整理中，被任命人应尽快制作整理方案并决定是否提交债权人会议和股东会议表决。在债权人会议上，有财产担保的债权人不参加投票，有优先受偿权的债权人也不参加投票，整理方案不得影响担保权人的担保权或优先权人的利益。债权人会议作出决议需要出席会议的债权人持有的债权额的 3/4 以上同意才能通过。在股东会议上，股东会决议要求出席会议的股东持有的

〔5〕Roy Goode,Principles of Corporate Insolvency Law(student edition),Sweet & Maxwell,2011,p.494-500.

〔6〕Roy Goode,Principles of Corporate Insolvency Law,p.500.

〔7〕英国《破产法》第 9 条第（1）款。

〔8〕Stephen Davies,Insolvency and the Enterprise Act 2002,Jordans Publishing,2003,p.45.

〔9〕Report of the Review Committee on Insolvency Law and Practice (1982) Cmnd 8558. 另参见英国《破产法》第 8 条和附表 B1。

〔10〕Louise Gullifer and Jennifer Payne:Corporate Finance Law:Principles and Policy,Hart Publishing,Ch.12.

〔11〕Roy Goode,Principles of Corporate Insolvency Law,p. 484.

〔12〕Vanessa Finch, Corporate Insolvency Law:Perspectives and Principles(second edition),Cambridge University Press 2009,p.480-481.

〔13〕参见英国《破产法》附表 A1, 关于延期偿付期间的第 8(3) 条，延期偿付期间延长的第 32(2) 条。

〔14〕英国《破产法》附表 A1, 第 18-19 条，第 20-22 条。

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

股权数半数以上同意才能通过。债权人会议和股东会议均通过整理方案的，整理方案当然通过。债权人会议通过股东方案而股东会议没有通过的，同样视为表决通过，但持异议的股东可以向法院提出申请。[15] 法院的处理可以是支持股东会的决议有效而不是债权人会议的决议有效，或者法院认为合适的其他结论。[16] 整个程序基本是在破产职业者和债务人公司主导下完成，只有一些可能的程序性事项或者相关人以整理方案不公正而提起诉讼时，法院才参与进来。

2. 管理程序的运作。进入管理程序后，管理人有权管理和控制公司的所有财产，有权采取对管理公司的事务、经营和财产有必要或有益的行动。具体地讲，第一，管理人可以罢免公司原先的董事和管理层，可以任命新的董事和管理层。而且，未经管理人同意，公司负责人不得对公司行使管理权，董事有与管理人合作的义务。[17] 实际上，管理人通常被视为法院的官员，同时，又必须作为善意、勤勉的公司代理人为全体债权人利益行事。[18] 第二，管理人可以处置或处分设置了浮动抵押的财产，就如同该浮动抵押并未设置一样，也可以处置固定担保物。当然如果处分了浮动抵押财产或固定抵押财产，浮动抵押权人可以对变现的收益享有优先权。而且，2002 年《企业法》还授予管理人不经法庭许可就向担保权人和优先权人进行分配，以及经过法院许可向无担保债权人分配的权利。[19] 第三，制定管理方案的建议书。这是管理人最核心的工作。建议书要确保债权人利益得到公平清偿，建议书一般应提交债权人会议通过，但是如果所有债权人的利益都能得到全额清偿，或者无担保债权人不能获得任何清偿，或者公司拯救和营业拯救都无法实现，那么可以不再召开债权人会议，直接向法院提交管理方案建议书或者通知法院。[20] 第四，管理程序中，公司受到保护，债权人不得侵扰管理中的公司。

3. 整理计划程序的运作。这一程序可以由债权人、公司股东、或者清算中公司的清算人以及管理程序中公司的管理人向法院申请召集债权人会议的命令而启动。[21] 过去十几年，尤其是在全球金融危机后的复苏中，整理计划作为重整财务困境公司的一项工具得到越来越广泛的应用。相对于公司自愿整理，整理计划有一个更加有利的地方，那就是对计划投反对票的担保权人、优先债权人、无担保债权人都要受计划的约束。这个程序对少数派债权人的保护是双重的，第一，权利将受到计划影响的人将被分组开会并进行表决；第二，无论是在分组时还是在最终批准计划时，法院有很大幅度的参与，法院的审查过程不是仅仅履行橡皮图章程序，即使多数人赞同计划，法院也可能为了保护少数人利益而拒绝批准计划。但是，除非每一组表决通过计划，法院不得强制批准计划。所以多数派对少数派的“填塞”（cram down）是有限的，其只允许存在于同一组内，而不能存在于组与组之间。[22] 整理计划程序没有法定的延期清偿，所以，在制定计划和计划生效间的时间段内，单个债权人可以向公司主张权利或寻求救济。[23]

（三）企业拯救中的利益平衡

公司自愿整理中，整理方案通过后，其就如同债务人公司在会议上制定的一样发生效力。只要被通知了参加会议，那么无论债权人是否参加会议，都受到整理方案约束。不知情的债权人后来出现时，可以根据整理方案中可以获得的利益作出请求。学理上认为，将不知情和未获通知的债权人也纳入整理方案化解了很多问题。相关债权人如果对整理方案存有异议，其可以向法院提起诉讼。法院在判断异议是否成立时的标准是整理方案不公正地损害了某个债权人的利益或者会议存在一

〔15〕Roy Goode,Principles of Corporate Insolvency Law,p.500-504.

〔16〕英国《破产法》第 4 条。

〔17〕英国《破产法》第 14-16 条。

〔18〕Roman Tomasic,Choosing Between Corporate and Business Rescue:A Comparative Analysis of China,the Uk and Australia,2016 年清华大学 21 世纪商法论坛论文集，第 402 页。

〔19〕Roy Goode,Principles of Corporate Insolvency Law,p.449-450.

〔20〕英国《破产法》附表 B1，第 52 条。

〔21〕英国《公司法》第 896（2）条。

〔22〕英格兰—威尔士高等法院斯诺登大法官介绍，英国政府目前也在咨询破产专业人士，了解是否要（如果要，又如何）将美国式的跨组“填塞”引入英国法律中。参见 Richard Snowden 大法官 2017 年 1 月 9 日访问最高人民法院时的发言书面稿。

〔23〕Jennifer Payne：The Future of UK Debt Restructuring，载 2016 年《清华大学 21 世纪商法论坛论文集》，第 326-327 页。

?1994-2017 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

些重大违法行为。法院的这种事后救济还不是程序性和象征性的，比如有判例认为，在认定“不公正”时债务人抗辩其以同样的方式对待了所有债权人，这还并不充分，法院还需要作实质性的审查。〔24〕

管理程序中，2002 年为《破产法》制定的附件 B1 第 3 段规定管理程序必须实现以下三个目的之一：一是拯救公司使其继续运营，二是为公司的债权人在整体上获得比公司清算更好的结果，三是为了在一个或多个有担保权的债权人或优先债权人之间进行分配而变现财产。〔25〕而且，在目标的顺序上，首先是按照第一个目标进行管理，如果认为第一个目标不能实现或者第二个目的能够为债权人带来更好的效果，那么就应当按照第二个目标来管理，如果前两个目标都不可行，就应当追求第三个目标。很显然，在公司拯救上，并非以拯救公司这个“躯壳”为唯一目的。甚至有观点认为，第二个目标即债权人通过出售公司营业而获得最佳清偿才是真正的首要目标。〔26〕当然，具体采取哪种目标，取决于市场对企业的估值和商业谈判两大因素。实证研究表明，管理程序中资产出售仍然占主导地位，取样的样本中半数以上的结果是资产出售以及由此导致的不可避免的公司及其营业的消失。整体业务以营业价值出售占样本总数的1/3多一些,部分营业以运营价值出售的占6%。公司拯救结果非常少，只占整个样本数的 4%，即使这个数字也可能被高估。〔27〕

在整理计划程序中，通过将其与管理程序嵌套，困境中的公司既可以获得法定延期清偿，还可以获得较单独该程序下更广泛的“填塞”便利。比如在 2009 年的 Re Bluebrook Ltd 案件中，整理计划程序中的公司（集团）本应当分组表决，但是集团的资产甚至不能满足高级贷款人的债权，而低级债权人的债权位居高级贷款人之后，其在公司清算情况下不能获得任何清偿。为了不受低级债权人的反对的影响而重整集团债务，集团通过预重整并在管理程序中将其营业转移给一个新公司。计划规定，高级贷款人的债权转为对新公司股权，低级债权人仍留在原集团。低级债权人并不参与计划（因为他们在原集团的权力并没有受到影响），相应地也不需要低级债权人同意计划。低级债权人就这一计划向法院提出异议。法院认为集团的价值止步于高级贷款人，低级债权人对集团没有经济利益，所以低级债权人的反对并不影响法院批准计划。可以看出，这里面，低级债权人实际上在管理程序中被“填塞”了。〔28〕

二、中国企业拯救法律制度

中国企业拯救法律制度主要是企业破产法中规定的和解程序和重整程序。这两种程序都是在法院主导下进行，而且都需要由法院指定管理人。

（一）和解程序与重整程序的启动

1. 和解程序的启动。和解程序只能由债务人企业提出申请。该申请可以是债务人发现自己已经符合《企业破产法》第 2 条第 1 款规定的破产情形时就向法院提出，也可以是在债务人企业已经进入破产程序（比如破产清算程序）但法院还没有宣告破产时债务人提出。无论是因哪种程序启动，债务人企业都需要提交和解协议草案。在这里需要特别注意的是，《企业破产法》第 2 条第 1 款规定的破产情形包括两种，一种是债务人企业不能清偿到期债务且资不抵债，另一种是债务人企业不能清偿到期债务且明显缺乏清偿能力。这两种情形中，“不能清偿到期债务”是必要条件，资不抵债或者明显缺乏清偿能力只要具备其一即可。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）》第 2、3、4 条分别对“不能清偿到期债务”“资不抵债”“明显缺乏清偿能力”作了界定。无论怎样，和解的启动都是要企业已经陷入破产境地时才能发生。

2. 重整程序的启动。与和解程序相比，重整程序是一种更积极的债务整理方式，重整也是中国企业拯救中主要的方式。重整的启动，既可以由债务人、债权人在债务人企业出现破产情形或明显可能出现破产情形时

〔24〕Fiona Tolmie, Corporate and Personal Insolvency Law(second edition),p.97-100.

〔25〕Vanessa Finch, Corporate Insolvency Law:Perspectives and Principles(second edition),p382. Footnote 92,93.

〔26〕Vanessa Finch,Re-invigorating corporate rescue.Journal of Business Law, 2003 (Nov).p.532.

〔27〕Sandra Frisby：“英国 2002 年企业法实施效果报告”，毅友译，载李曙光、郑志斌主编：《公司重整法律评论》（第 2 辑），法律出版社 2012 年，第 328 页。类似数据也可参见 The Insolvency Service:Enterprise Act 2002 Corporate Insolvency Provisions:Evaluation Report(January 2008),p.96.

〔28〕Jennifer Payne：The future of UK debt restructuring，p.329-330.

?1994-2013 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

向法院申请并经同意后启动，也可以是在债务人申请法院启动破产清算程序后但法院还没有宣告债务人企业破产时，由债务人企业的出资人向法院申请启动重整。无论哪个阶段向法院申请重整，法院在判断是否许可重整时，都需要确定债务人企业是否具备《企业破产法》第 2 条第 1 款或者第 2 款规定的情形。相较于第 1 款，第 2 款规定的是债务人企业“有明显丧失清偿能力可能”就可以进入重整，可见第 2 款一定程度上缓和了企业进入重整的条件，其目的是促使企业在出现可能支付不能的情势时就及时进行重整。

（二）和解程序与重整程序的实践

和解、重整程序虽然都具有拯救企业的功能，但是，在企业破产法制定之初，有学者就预言“除了小型的企业破产案会偶尔引用该程序外，中国的和解程序将是实践中援用最少的程序”。〔29〕法律实施近 10 年的效果看，和解程序的确远远不如重整程序应用广泛，全国法院每年适用和解程序处理的企业破产案件也不多。这种情况是由于两种程序的不同的功能所导致。

1. 和解程序的运作。和解程序启动后，债务人企业最主要的工作就是制定和解协议。和解协议的内容通常都是适当减免债务或推迟债务清偿期，总体上手段比较单一。一旦涉及到复杂的经营方案调整，往往都涉及到不同群体的利益，对不同的利益主体也有不同的影响。而和解协议又仅仅需要债权人过半数及所代表的债权额占无担保债权的 2/3 通过，并不需要按照受利益影响程度的不同对相关主体（比如大额债权人和小额债权人）进行分组表决，所以和解协议的表决方式无法确保复杂的重建方案能够公平公正，而对不公平的和解协议难以通过法院的审查。这是问题的一个方面。另外，和解中不限制担保权人行使担保权，这使得企业资产很快就被担保权人用于清偿债务，最终所剩无几，这种情况下很难再说企业通过和解恢复生机。

2. 重整程序的运作。企业进入重整后，不仅针对企业发动的强制执行程序中止执行，而且债权人享有的担保权也暂停行使。这可以为企业实施重整创造平静的外部环境。重整中可以在管理人监督下由债务人企业自行管理财产和制定重整计划草案，也可以由管理人管理财产和制定重整计划草案，但目前为止多数企业重整都是采用管理人管理财产和制定重整计划的方式。从实践情况看，一个通常的重整模式是，如果债务人企业不能清偿全部债务，那么债务人企业的出资人（比如公司股东）调整出一部分股权或者全部股权，该股权再配合债务人企业的其他财产（包括现金）要么直接用于向债权人抵偿债务，要么拍卖变卖后以现金向债权人抵偿债务。总之，债权人总能获得优于清算情形下的清偿。最后，被调整股权的股东出局。重整后有两种情况：一种情况是，债务人企业的主要资产被变卖，债务人虽然已经满足了所有债权人的利益，但自身企业也仅仅剩下一个“壳”，原有营业已没有实际经营的基础和价值。今后再向债务人企业注入其他资产开始新的经营。这种情况在上市公司重整中比较多见。另一种情况是，因为企业运营价值较高，所以新投资者对企业作出了较高的估价，企业有比较充足的资产清偿债权人而不必出售主要资产，所以最终债务人企业仍保留了主要资产，企业可以继续从事原先的营业事务。

（三）重整中的利益平衡

管理人制定重整计划草案后，应当由利益相关方分组（担保权人组、税款债权组、职工债权组、普通债权组等）表决。出席会议的同一表决组的债权人过半数同意重整计划草案，并且其所代表的债权额占该组债权总额的 2/3 以上的，即为该组通过重整计划草案。如果各组均表决通过，那么重整计划草案就通过。如果至少有一个表决组通过但其他表决组没有通过重整计划草案，那么按照《企业破产法》第 87 条，法院拥有强制批准重整计划的权力。

一般认为，上述第 87 条系仿效美国联邦破产法典第 1129 条中的绝对优先原则。但是，运用上述规则时中国实践中仍然有三个方面的问题存在很大的争议：一是是否坚持彻底的绝对优先。也就是说，顺序在前的权利人没有得到全额清偿前，顺序在后的权利人能否得到清偿？目前法律对此作出了肯定回答。比如，即使顺序在前的债权人没有获得足额清偿，顺序在后的出资人仍然可以保留一部分公司的股权。这种情况在中国上市公司重整实践中大量存在，即使公司资不抵债，但公司原先的股东仍能够继续持有部分股权。

〔29〕李曙光：“和解制度——李曙光谈破产法”，载《法制日报》2007 年 2 月 12 日第 11 版。

?1994-2017 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

问题的焦点是，普通债权人获得的清偿只要优于公司清算条件下其能获得清偿，就意味着重整计划是公正的。二是债务人未来的经营方案是否可行，如何判断？很多公司在重整中，其核心资产和营业都被出售，重整方案实施后企业仅仅留下了一个“壳”，这种方式其实谈不上未来经营的问题。进一步的问题是，究竟应当拯救公司这个实体或外壳，还是应当拯救公司的营业或核心资产，是一个必须解决的问题。三是法院如何运用强制批准权。如果重整计划草案没有得到全体表决组通过，那么法院是否都要介入。法院的强制批准权是否应当限于一定范畴。

三、中国与英国企业拯救的对比：英国经验的借鉴

从外观上看，中国企业拯救的两种制度（和解与重整）与英国企业拯救制度存在一定的对应关系。这为进行制度间的比较和借鉴提供了便利。但从具体制度的构造来看，两国间企业拯救制度又存在较大的差异。

（一）关于法律程序启动的激励

英国的公司自愿整理总体上是以债务人企业自身意愿为准而启动的。《破产法》下公司自愿整理中，整理手段既可以采取和解协议方式，也可以采取整理计划。具体地讲，和解协议方式适用于拥有大量无担保债权人的债务人公司。这种公司中，所有无担保的债权人将作为一个类别进行投票表决，表决中达到法定同意比例的，和解协议就直接通过。这种情况下，除非债权人以程序不当或不公平为由反对并向法院提出异议，法院完全不会介入。整理计划则常见于规模较大、情况较复杂的公司拯救。在这种方式下，债务如何偿还等具体内容由公司自行制定，法律并不作强制性要求。根据英格兰—威尔士高等法院理查德·斯诺登大法官的介绍，甚至债务人公司可以仅向部分类别的债权人提出和解方案而将其他债权人排除在外，只要公司具备足够的商业理由。〔30〕可以说，即使在公司自愿整理之下，债务人公司也有较多的手段和工具可供选择，可以及时进行债务整理。在管理程序方面，2002 年英国《企业法》也大大便利了管理程序的启动。除了《破产法》之外，英国刑事法律中还对未及时进行债务整理的债务人董事进行刑事制裁。所以，英国法律对企业拯救程序的启动似有较强的激励。中国和解程序和重整程序的启动均需要由法院批准，而且法院的批准具有实质性。这种模式下企业积极有效运用企业拯救法律制度的激励需要认真评估。

首先，无论是哪种程序，《企业破产法》第 2 条均要求进入法律程序的企业要具备破产情形，而且从该条规定的 3 种破产情形看，破产情形基本上都是要待企业已陷入重大债务危机时才可以启动。而企业是否陷入重大债务危机，最终的判断权在法院。比如，某公司资产负债表上记载资产是 20 多亿元，负债有 8 亿多元。该公司 20 多亿元的资产中，核心资产是该公司持有的另一家公司的股权，该股权价值至少为 16 亿元。该公司当时面临的问题是，一方面，该公司作为保证人为自己股东的很多债务（大约 30 亿元）向很多债权人提供了保证，该债务已经全部到期，债权人正在向该公司提起诉讼，估计债权人们都将胜诉，该公司迟早将会承担保证责任。另一方面，该公司的一个债权人已经取得胜诉判决，债权金额为几千万元，债权人正在申请 A 法院对该公司持有的上述股权强制执行，而 A 法院确定的该股权拍卖价不到 1 亿元。该上市公司很担心自己的核心资产（即价值 16 亿元的持股）被低价拍卖，而且一旦该核心资产被低价拍卖，那么该上市公司也就没有任何运营价值。所以，该上市公司请求 A 法院中止强制执行。后来，A 法院研究认为，自己的强制执行行为系依法作出，不具有中止执行的理由，该上市公司如果担心自己核心资产被拍卖后陷入更大的债务危机，其应当及时向法院提出破产申请。申请的理由应当是《企业破产法》第 2 条第 2 款中的“有明显丧失清偿能力可能”。经过法院的释明，该公司向法院提出了破产重整申请，法院受理了该申请，并同时依照《企业破产法》第 19 条的规定中止了对上述核心资产的执行程序。无疑，法院对企业进入破产发挥了重要作用。

其次，《企业破产法》第 8 条还规定债务人公司提起破产申请（包括和解、重整）时还要提交职工安置预案。一些法院常常以债务人公司没有提交职工安置预案或提交的安置预案不详细为由拒绝公司进入破产程序。事实上，企业陷入债务困境后，其自身其实很难提供具体可行的职工安置预案。将提供职工安置预案作为进入破产法律程序的前提，可能会增大企业及时进入法律程序的

〔30〕参见 Richard Snowden 前述发言书面稿。

?1994-2017 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

阻力。

再次，还要警惕制定其他法律规则时可能消解企业利用破产程序整理债务的积极性。比如，2013 年底公司法修改后，股东的出资期限可以由公司章程自由规定。如果一个公司的章程规定股东的出资期限是 3 年后，而公司目前又不能清偿到期债务时，单个债权人能否要求股东提前履行出资义务并向该债权人清偿。司法实践中，有的法院判定股东应当提前履行出资义务并向该债权人清偿，有的法院则拒绝债权人提出的这种请求而是告诉债权人对公司启动破产程序。最高人民法院目前正在对这类问题进行研究，今后可能会颁布统一的司法规则进行指引。在此，笔者个人的观点是，公司不能清偿债务就意味着其已经陷入债务困境，这种情况下公司全体债权人的债权均受到威胁，所以此时的着眼点应当是运用法律程序保护全体债权人的利益而不是仅仅满足个别债权人的保护。所以，相比支持债权人提起诉讼，更重要的是应当让企业及时进入破产程序以整理债务。

企业是市场经济的主体，中国企业在成长壮大并走向世界的过程中，必然伴随着债务风险的涤荡。如何帮助企业管理并消弭债务风险，将越来越成为未来营商环境竞争的重要因素。中国的企业拯救法律制度应当从方便企业债务整理的角度进行改良，应当为化解企业债务危机提供更低成本和更多种类的选择。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 513 条规定了缺乏债务执行能力的企业转入破产程序制度，开启了积极运用破产程序整理企业债务的征程。下一步企业拯救立法中，提供更便捷和有效的企业债务清理途径应当是重要的关注。

（二）关于企业破产管理的模式

英国的公司自愿整理和管理程序的实施，都倚赖于一批具有专业知识和技能的破产管理人，这些破产管理人在法律身份上是破产执业者（Insolvency Practitioner，即 IP）。

第一，关于破产执业者的资格。在英国，迄今为止破产执业者也不超过 2000 人（2009 年大约 1700 人左右），[31] 且按照要求全部为自然人。获得破产职业者首先要通过破产考试联合会组织的考试，通过考试后再向有权授予执业许可的机构申请职业资格。这些有权授予执业许可的机构很多都对授予对象有破产事务工作经验的要求。从 2016 年 9 月起，共有 5 家有授予权的机构，分别是：特许注册会计师协会、破产执业者联合会、英格兰和威尔士特许会计师协会、苏格兰特许会计师协会、特许会计师管理委员会。[32] 另外，代表贸工部（原名。2009 年后更名为商业、创新和技能部）国务秘书的破产管理署原先也具有授权资格，但自 2016 年 9 月就已经不再具有授权资格。[33] 获得授权机构的授权后，破产执业者的从业资格也只有 3 年，此后为了继续从业，破产执业者必须列举自己在这 3 年中在一个案件中已被任命为相关的破产官员，或者至少完成 500 小时更高层次的破产工作。[34] 破产执业者的资格也可以被撤销。在政府层面则有破产管理署来为破产执业者设定规范。

第二，关于破产执业者的角色。因为有非常专业的破产执业者，所以英国的企业拯救程序以及破产清算程序均是由破产执业者主导，尤其是，公司一旦进入管理程序，公司原先的管理层就被剥夺权力，[35] 由破产执业者全权负责公司的经营和管理财产。这种模式也被称作 PIP（Practitioner In Possession）模式。虽然实务上，破产执业者担任管理人后并非与原管理层不能共存，原管理层还可能被管理人保留一定的职务，但整个公司的运作是在管理人手中。在美国，虽然其采取迥异于英国的 DIP（Debtor In Possession）模式，似乎债务人原管理层控制着重整中企业，但是实际上公司原管理层在重整期间被撤换的比例甚至远高于法院直接撤换原管理层的比例。[36]

第三，关于管理人的报酬。管理人的报酬是按照管理人在管理程序中处置的财产数量或者管理人付出

〔31〕Vanessa Finch:Corporate Insolvency Law:Perspectives and Principles(second edition),p.203. Footnote 136.

〔32〕Lorraine Conway,Regulation of Insolvency Practitioners (IPs),Number CBP5531, 4 October 2016.

〔33〕Ibid. Also See Vanessa Finch: Corporate Insolvency Law:Perspectives and Principles(second edition),p.183.

〔34〕参见 2005 年《破产执业者规则》第 8 条，第 10 条。

〔35〕Roy Goode,Principles of Corporate Insolvency Law,p.452.

〔36〕Lynn.M.LoPucki,etc. A Systems Approach to Comparing U.S. and Canadian Reorganization of Financially Distressed Companies, Vol. 35, Harvard International Law Journal 1994,p.305.

?1994-2017 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

的合理时间或承担的事务来确定，一般是由管理人与债权人协商确定。〔37〕但是，总体上法官具有很大的决定权，可以对管理人报酬进行调整。在英国富而德律师事务所调研中，〔38〕该所专门从事破产执业者工作的律师以及毕马威（KPMG）公司会计师均介绍，实务中为了体现管理人报酬的公平性，有时甚至由独立的第三方来对管理人报酬进行评估，这种做法在整理计划程序中更为常见。

我国企业拯救中的破产管理人可以由律师事务所、会计师事务所和清算事务所来担任，也可以由在这些机构中执业的个人来担任。当然，并不是所有的该类机构和个人都当然具有管理人资格，省级法院或部分中级人民法院建立有专门的管理人名册，只有进入名册的机构和个人才能担任管理人。这种方式目前表现出的问题有以下几方面。第一，虽然法院设置了管理人名册，但进入名册的要求过低。很多进入名册的机构和个人实际上并未办理过破产案件，这样的破产执业者很不利于处理破产事务。目前有的法院采取的办法是，将进入名册的管理人分为1、2、3等级别，1级管理人可以办理重大复杂案件，尤其是可以办理企业重整案件，2、3级管理人只能办理一般案件和简单案件。第二，破产管理人缺乏统一的管理机构。目前的基本情况是，律师事务所由全国律协管理，会计师事务所由会计师协会管理，破产清算事务所则没有专门的管理机构。全国层面更没有统一的管理人监管机构。在最高人民法院及其他有关部门的共同推动下，最近，河北、福建、吉林3个省成立了省级破产管理人协会，广州、济南、温州市成立了市级管理人协会。但是全国性的破产管理人协会并没有成立。而且，当前，在政府层面更是没有专门的破产监管机构，破产管理事务缺乏统一的指导和协调。第三，管理人的来源比较狭隘，在上述律师事务所等3个机构之外，其他很多熟悉企业经营和拯救的机构难以成为管理人。对此，最高人民法院已经号召地方法院拓宽管理人的来源，要让更多的懂经营、懂技术的专业人士进入到管理人队伍中。

中国企业重整程序中，企业财产和营业事务既可以由管理人控制，也可以在管理人监督下由债务人自身控制。换言之，PIP和DIP在中国都被许可。但是，从实际情况看，在上市公司中，更多地是PIP。当前，也有一种观点认为应当更多地借鉴美国的DIP模式，甚至全面移植DIP模式。但笔者认为，DIP模式在中国实际会面临更多的问题。因为，很多都认为破产是由于企业的管理层无能、缺乏效率等所造成，仍由他们控制企业，会使债权人难以信任。所以，立法者在制定法律时也是将PIP作为主要的管理方式，DIP作为补充。而且，当前，将破产等同于逃债的观念还比较强，很多案件中债权人财产的减少存在很多异议，DIP可能会增加债权人和债务人企业间的对抗。PIP作为主要的管理模式已使企业拯救模式形成了路径依赖，沿着PIP模式充分发挥破产执业者的积极作用也许是更务实的选择。

另外，在管理人的报酬上，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》第2条规定管理人的报酬按照破产企业未设定担保的财产的一定比例来计算。这种方式将管理人的报酬与其管理和实现的财产价值直接挂钩，能够激发管理人谨慎管理企业财产和积极回收企业资产从而最大程度实现债权人利益。在司法实践中，也出现了一些管理人按照上述标准计算后获得的报酬数额过大或过小的问题。笔者认为，目前应当在坚持法定计算标准的同时，应当根据个案情况适当校正管理人报酬数额，但是这种校正属于法官行使司法裁量权，仍仅适合作为一种补充手段。

（三）关于企业拯救中的谈判及制度保障问题

企业拯救的逻辑是：企业面临债务困境，要摆脱债务困境就需要与债权人协商最终在企业与债权人之间达成解决债务问题的框架。在理论上，其他债权人的对企业的债权可以由某一个的债权人整体收购，然后企业完全归属于该债权人所有，该债权人与债务人企业可以个性化地设计企业未来的经营和发展方案。在这样的逻辑中，最关键的就是债权人之间的谈判，而且谈判也只存在于债权人之间。这个极端的例子可以看出谈判在企业拯救中的重要作用。实践中，很少有单一债权人会全额收购其他债权进而单独面对债务人企业，所以各类债权人以及利益相关者与债务人企业间必然还需要进行各种谈判。

英国破产法律中非常突出地体现出了谈判的重要

〔37〕英国《破产规则》第2.47(2)条。

〔38〕2017年3月13日笔者访问该律师事务所时有关专业人士介绍的内容。

?1994-2017 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

性。从英国破产法看，该法大篇幅地规定谁有资格担任管理人、破产程序如何启动、担保权利的处理、破产财产的确定、债权人会议的程序、法院在判定公平性时的指导原则等，但对企业重整方案的认可问题，一切交由利益相关方谈判后确定。英国法律基本上没有授权法院对一个外在看来十分完美但未经利益相关方表决通过的重整方案予以强制批准的权利（除非在自愿整理方案表决时），而这一权力恰恰是企业拯救中法院功能最集中的体现。相反，英国破产实践中完全凭借当事人谈判而解决债务问题的替代性方案。所以，笔者认为，某种意义上讲谈判是企业拯救程序的核心。

中国企业拯救实践中，重整中的谈判恰恰是不充分的。比如：G 公司是一家大型股份公司，因经营不善，资不抵债，法院于 2008 年裁定受理其重整申请并指定管理人。后来，管理人制作的重整计划草案规定：G 公司的股东 W 公司需将所持有的该公司全部股份（股份比例为 36.67%）无偿让渡给重组方 L 公司。法院裁定批准了上述重整计划。但是在重整计划执行中，在办理上述股份过户登记时，管理人发现，因 W 公司自己欠银行的债务，上述股权之前已经经多家银行申请被其他法院进行了查封，W 公司无力偿还其他银行的债权，所以该股权上的查封未被解除。相应地，在重整计划执行中，因股权查封未被解除，所以股权无法过户。重整计划的执行受阻。管理人向法院请求解除上述股份上的查封。受理破产案件的法院认为，因为 G 公司资不抵债，所以股权价值为 0，W 公司的其他债权人不能从该股权上获益，在该股权上的查封措施可以直接解除（后来，还出现了一些类似案例）。上述例子中，W 公司的其他债权人在股权上享有担保权，此时法院能否直接解除该担保权利？

笔者认为，案例中的问题实际上是由于重整中谈判不充分所导致。G 公司重整中，管理人制作重整计划草案如果需要调整 W 公司持有的股权，就一定要告知该股权的实际受益人并与之进行积极磋商。W 公司也无力清偿债务，所以其股权的实际受益人应是 W 公司的债权人（比如上述的银行）。管理人在将该股权调整给 L 公司前应当与 W 公司的债权人进行谈判，确定股权的实际价值，然后在重整中给予相应补偿以促使这些债权人放弃查封或担保。经过谈判如果 W 公司的其他债权人放弃了查封或担保权，那么重整计划就可顺利地进行。如果谈判不成功，W 公司的其他债权人不愿放弃查封或担保，那么法院应当将该股权迅速拍卖并用于清偿 W 公司的这些债权人，然后再对股权的买受人进行股权调整（给 L 公司）。这种情况下，因为该股权既是资不抵债企业的股权，又可能在未来被调整给 L 公司，所以拍卖时的报价不会太高，W 公司的其他债权人就该股权拍卖款受偿。总之，在这类案件中，根本谈不上由法院来直接解除查封或担保权的问题，查封和担保权的解除，完全应当通过利益相关方的谈判来实现。

中国破产立法和司法实践中，应当特别注重谈判对重整的积极意义，应当建立促进、激励、鞭策相关方进行谈判的法律规则。在这方面，英国的破产法制实践为我们提供了一个好的样本。

（四）关于强制批准重整计划的问题

我国《企业破产法》第 87 条第 2 款规定法院可以强制批准重整计划。其主要理论依据是：如果重整计划被部分表决组通过，就意味着至少满足了部分利益相关者的利益。此时，如果仅仅因为其他表决组没有通过就一律否定重整计划的话，可能会损害上述同意重整计划表决组的利益。所以，此时有必要让法院掌握一定的判断权，由法院来最终决定是否强制批准重整计划。

虽然强制批准重整计划是美国法律的创造，但是从实践来看，美国法院只是在极少的案件中动用强制批准手段。[39] 强制批准在很多情况下只是一种事先的威慑手段。因为在债权人看来，法院有强制批准权，所以债权人最好是作出适当的让步而未必要一定坚持绝对理想的结果，以便节省自身时间和参与程序的成本。英国立法中，对于重整计划的表决则很不一样，英国法院基本上并不享有强制批准一个重整计划的权力。因为英国企业拯救并非是以维持公司这个“躯壳”的存在为唯一目的，英国管理程序中即使企业的整体资产被最终拍卖也是重整成功的标志，所以无论重整方案是决定在原企业内部进行债务重组和营业整合，还是通过整体资产拍卖方式出让“营业”，都完全可以由债权人等利益相关者自行表决决定，法院没有干预

〔39〕Peter.F.Coogan,Confirmation of a Plan under the Bankruptcy Code, Case Western Reserve .L. rev. Vol. 32, 1982, p.302.

?1994-2017 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

的必要。而在中国传统上，企业资产被整体拍卖并不是标准意义上的重整。中国企业重整中，尽量保存企业“躯壳”似乎成为了一种潜在的共识。所以，这些年来中国企业重整中，对法院享有的强制批准权似乎存在着过分的依赖。

一方面的问题是，很多企业拯救可以通过和解方式来完成，但是各方期望以法院最终的强制批准权作为保障，所以避开和解而实施重整程序。这增大了企业拯救的成本。比如，N 公司存在严重的债务负担，主要的债权人是 8 家银行。如果公司进入破产清算，那么银行的清偿率较低，而且该企业的经营还比较有前途，所以银行和该公司都不愿意该公司进入清算程序。该公司通过与银行协商，达成了债务清偿的意向。随后，该公司向法院申请进入破产程序。在破产程序的种类上，该公司选择的是重整程序。实际上，因为该公司作为债务人已经与银行等主要债权人达成了债务清偿方案，那么完全可以进入和解程序后由所有债权人表决通过即可。但是，该公司的担心是，和解程序中法院没有强制批准权，一旦银行改变之前的承诺，那么和解就难以成功，该公司就会转入破产清算。为了避免这一结果，企业最好进入重整程序，这样，即使不能最终就偿债方案达成一致，也还可以请求法院实施强制批准权。企业不至于进入破产清算。当然，该公司的这种担心或许可以理解，但是这种模式因并无真正的营业整合，所以并未实现重整的目的，而且即使法院行使了强制批准权，那也不是强制批准权所追求的目的。

另一方面的问题是，强制批准权如何行使似缺乏明确的规范或限制。中国《企业破产法》第 87 条第 2 款规定如果重整中担保债权、职工优先债权、税款债权能获得全额清偿，重整中无担保债权获得的清偿高于清算情形下可以获得的清偿，且对股东的权益的调整公平公正，重整确定的经营方案具有可行性，那么法院就可以强制批准重整计划。实践中出现的问题是，其一，无担保债权人在重整中获得清偿虽然高于其在清算程序中可以获得的清偿，但是其并未获得公司剩余的价值，其余的价值分配给了受偿顺序在后的股东。那么这种分配模式究竟应由债权人组和股东组充分协商后自由表决确定，还是可以由法院强制批准，应当反思。虽然法律规定了此种情况下法院享有这种权力，但法院是否毫无保留地行使这一权力，需要思考。毕竟，即使在美国法律中，强制批准权的行使也是以清偿顺序在前的利益相关人绝对优先为前提。在我国，即便要突破绝对优先规则，似乎也应附加“为了维护公共利益”这一前提。当然，这一问题需要立法来解决。其二，很多上市公司重整中，原先的资产被全部拍卖，未来的经营方案也不明确，甚至没有继续经营的可能。整个重整方案的核心仅是以上市公司的股权变价来清偿债务，使之满足对普通债权人高于清算情况下的清偿，从而保全上市公司这个躯壳。这样的重整方案提交法院后，有的法院也对其予以了强制批准。笔者认为，对这样的重整方案，法院不应行使强制批准权，如果这样的方案不能经过表决组通过，该类公司应当转入清算。虽然当前，中国上市公司这个躯壳还具有一定价值，但是随着未来中国市场化进程的深入，上市公司躯壳价值大幅缩水，法院的强制批准就更缺乏正当性。从长远看，法院的强制批准权应当考虑授权法院强制批准和不授权法院强制批准之间进行折中。

四、结语

英国为企业拯救提供多种途径，企业面临困境时也具有选择恰当程序积极进行拯救的动力。IP 在企业拯救中充分发挥程序推进、专业判断、促进谈判、利益平衡等重要作用。而且，伴随着预重整制度的进一步发展，法院在整个企业拯救中基本是置于市场之后，往往只是进行事后救济。这种模式下，企业自身、破产执业者、法院的角色非常清晰，整个制度的运行成本较低、效率较高，这是十分值得借鉴的。另外，英国企业拯救中比较彻底地摒弃了对企业“壳”的迷恋，能够真正实现对企业核心经营价值的保留和延续。中国企业拯救实践正在大步迈进，某种意义上讲英国当前的破产实践正与中国处于同一时空场域。中国企业拯救中，应当深刻反思并认真回答企业拯救制度尤其是重整制度的目的、基本结构以及企业拯救与营业拯救的关系等基本问题，在此基础上，要建立健全有利于充分发挥市场机制作用、有利于降低企业拯救成本、有利于困境企业及时有效拯救的法律规范。及时研究借鉴英国企业拯救经验，对中国企业拯救制度的完善乃至整体破产法律制度的完善，具有相当的积极作用。

（责任编辑：李国慧）

?1994-2017 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net