

预重整制度市场化模式之构建及证成

俞鲁烽*

浙江振邦律师事务所律师 浙江省诸暨市 311810

摘要: 预重整也被称为预先包裹式重整,其是指因债务企业陷入危机而受到影响的债权人,在破产重整程序启动之前,自愿就债务企业的重组进行谈判并制定重整计划,并且为使该计划发生效力而启动的程序。关于预重整的学说包括庭外重组说、司法程序说以及混合说三类,混合说是当前学界的主流观点。在目前的司法实践中,预重整的主导模式主要包括政府主导、法院主导和市场主导三种模式,从法经济学的角度分析,市场主导的模式是成本最低、效率最高的一种模式。此外,目前我国关于预重整的相关规则建设尚不完备,因此应当在市场主导模式之下设定相关的预重整规则。

关键词: 预重整; 政府; 法院; 市场法; 经济学

随着我国市场经济发展逐渐趋于成熟,破产法律制度对于创新经济活力,化解企业危机所起到的作用更加至关重要。有学者将我国的重整制度分为三种类型。第一类是单纯的完全由当事人主导的庭外重组,此种类型的重组方式用于拯救刚刚陷入困境,财务问题尚不严重的企业,由当事人自行协商解决企业困境。第二类是依据《破产法》规定的破产重整程序。其是借助法院的司法手段对企业进行挽救,该方式所针对的企业往往财务问题非常严重,随时存在破产的可能性。第三类是预重整制度,即由当事人在庭外依据一定的规则达成重整协议,再由法院确认该协议的效力。该种方式所针对的企业陷入困境的程度介于第一类和第二类之间,企业财务确实存在困难,但是并未达到病入膏肓的程度,此种情况在实践中占比数量最多。本文限于篇幅限制,故将研究重心置于第三种类型,即预重整制度中,重点研究预重整制度的几种主导模式,并选择市场化的模式作为构建预重整制度的基础。除此之外,本文也将探讨市场化模式之下预重整制度构建的规则及相关的法经济学检验过程。

1. 论证前提: 预重整制度法律性质之辨析

预重整也被称为预先包裹式重整,联合国《破产法指南》将其定义为:因债务企业陷入危机而受到影响的债权人,在破产重整程序启动之前,自愿就债务企业的重组进行谈判并制定重整计划,并且为使该计划发生效力而启动的程序。在比较法视野下,英国的预重整制度采取金融机构监管模式,由英格兰银行主导整个进程;美国则不同,其预重整制度与正式的重整程序之间的联系非常密切,并且由法院主导展

开。日本最具有代表性的预重整程序为事业再生ADR,该团体的构成人员主要有资深的律师、会计师、税务师和学者等,该团体负责制定重组计划并使之生效。

1.1 预重整制度定性之学术分野

在学术研究层面,关于预重整制度定性的有关学说主要包括庭外重组说、司法程序说以及混合说三种学说。

1.1.1 庭外重组说

庭外重组说的主要观点为:预重整实质意义上是法庭外重组的一种特殊形式,其对于困境企业的挽救分为两个阶段。其一为在预重整规则约束范围之内的庭外重组阶段;其二为由庭外重组阶段转为法庭内审查批准的阶段。具体来说,在企业遇到财务危机之际,由当事人自愿组成谈判小组对挽救企业的有关活动展开商事谈判,如果通过该谈判当事人之间就挽救企业的活动达成了一致,则当事人之间的相关活动则止步于此,不会进入到破产法规定的破产重整阶段,当然也无须进入到预重整阶段,其整个过程就是传统意义上的庭外重组。^[1]若当事人之间无法达成完全一致,则需要由法院对当事人在庭外重组阶段达成的决议进行审查认定,此种由法庭外重组的自主协商附加司法审查强制力的方式即为预重整。

1.1.2 司法程序说

该说将预重整这一制度定性为从法庭外债务重组到正式的重整的具有衔接意义的程序。该说并未对预重整制度界定清晰的定义,也并未指出在该说指导下预重整制度的规则应当如何制定,只是将其作为破产法规定下正式重整程序的

前置程序,也称其为“准正式重整”。司法程序说区别于其他学说最主要的观点是其认可在预重整的过程中采取司法介入以及强行政介入的效力。比如在预重整程序尚未进入法庭审批阶段之前,法院可以决定管理人的人选用以监督管理债务人,抑或者由政府相关部门督促当事人向法院提交预重整的申请等。

1.1.3 混合说

混合说也被称为中立说,该说认为预重整并不是介于法庭外重组与正式重整的桥梁,不是两者之间的过渡程序,而是融合了前述两者之间的部分特征,兼具当事人的意思自治与司法程序的强制性,具有私法自治及国家强制干预的双重属性。混合程序说来源于世界银行对于企业纾困机制的分类(包括庭外重组、加强庭外重组、混合程序以及正式的重整程序)。世界银行将预重整制度归纳于混合程序之下,认定该制度兼具私人属性及司法属性,但是应当以当事人的意思自治为主,司法强制为辅,因为预重整的工作量大部分都发生在庭外重组阶段。

2. 路径选择:预重整市场化模式之选择

笔者整理了大量的企业预重整的案例,发现预重整模式的启动主要有三种主导方式,包括政府主导的模式,法院主导的模式以及市场化模式三种。笔者将分别介绍这三种模式在实践案例中的体现,并分析其利弊,阐述选择市场化模式之理由。

2.1 主导预重整的三种模式

2.1.1 政府主导的预重整模式

纵观我国市场经济的发展历程,在市场经济的不同阶段,都面临着企业新老交替的问题。我国企业大批量进入破产重整程序一共包括三个阶段。第一个阶段是1990年至1994年,在这五年期间,国家通过清理三角债、银行销债以及财政注资的手段来解决国有企业的困境。清理三角债,是由国家动用行政资源解决企业拖欠债务的一种方式。1990年,国务院专门成立清理三角债的领导小组,由国家财政和银行投入大量的资金,以期解决企业之间的债务链。银行销债,则是通过银行的呆坏账准备免除企业的部分债务。财政注资,是由国家财政向企业注入资本,维持企业的正常运营。第二阶段为1994年至1998年,在这期间,政府主要采用优化资本结构的方式对企业进行兼并、破产。1994年国务院发布了《关于在若干城市试行国有企业破产有关问题的

通知》,决定在18个试点城市实行“实施企业破产必须提前安置好企业职工”的指导方针,在确保下岗职工再就业权利的前提下,运用企业破产的方式偿还历史债务。第三阶段为1998至2007年,这一阶段的主要任务是设立四大国有金融资产管理公司来处理银行的不良资产。金融资产管理公司主要是通过债转股的方式对银行的不良资产进行处理。综合分析在《企业破产法》颁布以前我国企业重组的各个阶段,将会发现无论哪个阶段的企业重组都是由国家行政机关主导和推动的,在《企业破产法》颁布以后,这种“惯性”并没有停止,行政机关仍然在企业的预重整案件中扮演着重要的角色。

2.1.2 法院主导的预重整模式

法院主导下预重整一般发生在债权人或者债务人向法院申请对企业进行破产重整之后,法院裁定受理之前。法院接收到当事人的申请后,会委派相关人员对企业的财务状况,经营管理状况等进行调查,判断企业是否存在预重整的可能;其次,由当事人制定重整计划并进行表决;最后,法院决定是否受理当事人提交的重整申请。这种方式在深圳、北京、南京等地的法院运用非常普遍,法院在整个预重整程序中起到了极大的推动作用。比如2018年公布的“全国十大典型破产案例”中,北京理工中兴科技股份有限公司破产一案便是法院主导企业预重整的典型代表。北京中兴科技股份有限公司成立于1992年,注册资本为2.5亿元,1993年经海南证监会批准在中国证券系统上市交易,截止到2017年年底,该公司已经负债过亿,但是经有关机构评估,该公司的净资产仅为900余万元,严重资不抵债。因此债权人以该公司不能清偿到期债务为由,向北京市第一中级人民法院申请破产重整。北京市第一中级人民法院由法官五人组成合议庭审理此案。法院受理该案以后,有一些战略投资人看中了濒临破产的中兴股份有限公司作为上市公司的“壳”的价值,遂表明可以作为战略投资人对该公司进行注资,以挽救该公司于水火之中。

2.1.3 市场主导的预重整模式

该模式强调当事人的意思自治,认为预重整制度的重点在于庭外重组,法院在重整中的角色定位比较消极,主要是提供相关的制度供给。有学者认为,在预重整制度中,法院应当保持克制,尊重当事人的意思自治,尽量不要插手预重整过程中的具体工作,只需要对达成的重整协议的内容进

行形式审查，其符合法律规定，是各方当事人真实意思体现即可认定其效力。重庆市第五中级人民法院发布的《预重整工作指引》便是该模式的典型代表。该指引将预重整制度分为两个阶段。第一阶段为“庭外重组阶段的预重整”，第二阶段为“破产申请审查阶段的预重整”。第一阶段，也就是在庭外重组阶段预重整的过程中，法院遵循不介入的原则，其更多的是充当监督者的角色，监督预重整的各方利益主体是否按照指引的规定进行重整，如果在此阶段重整的事项不符合规则规定的程序性事项，那么重整方案在后一阶段可能不会被批准。后一阶段的预重整，也就是审查阶段的预重整，法院的主要工作是受理相关利益方提交的预重整申请，并进行登记备案。法院在这一阶段也秉持不介入的原则，甚至破产管理人的人选也由当事人自行决定。

2.2 市场化主导模式之选择

2.2.1 政府主导模式的弊端

首先，不利于经济结构的转型发展。无数事实证明，市场是配置资源的最有效的方式。近些年来，在我国国家有的行业出现了产能过剩的情形，这些行业大都为资源密集型行业，如煤炭、光伏、钢铁、化工等行业。这些产能过剩的行业大都属于重工业领域，不仅不符合现代经济发展的要求，而且会对环境造成严重的污染。有不少企业资金链面临断裂的风险。当地政府出于维护社会稳定，保护地方企业的目的，往往给予这些企业财政注资，税收优惠，让本来就应当退出市场的企业仍然维持存续。而那些真正具有发展潜力、能够适应新形势下市场发展要求的企业却得不到政策的支持，这给我国经济结构的转型发展，去产能政策的实施带来了重重阻力。

2.2.2 法院主导模式的弊端

有学者指出，在目前我国的司法实践中，预重整制度面临的最大的问题是司法的不当干预特别严重。最高人民法院在《九民纪要》以及《破产会议纪要》中已经明确指出，预重整制度的基本定性为由债权人、债务人、出资人等利害关系人自愿进行的庭外重组活动。但是在司法实践中，有很多法院受到便利工作，减轻责任，提升业绩等各种因素的影响，逆向倒施，将正式的重整程序强加于本应由当事人自愿参与的庭外重组程序中，使得预重整变成了不受法律约束的“变相正式重整程序”。有些学者认为：司法干预是预重整制度的优势。对此观点笔者不敢苟同，该观点的实质性错误

是忽略了预重整制度的基本属性。如果说要论证司法干预企业拯救机制的合理性，确实可以列举出诸多理由，甚至法院可以采取正式的破产重整程序来解决司法干预的合法性的问题。但是令人不解的是，法院面对已有的法律规范（即正式重整程序）不用，却将司法干预强加于当事人庭外重组的过程中。此现象唯一的答案可能为司法机关在利用规则尚未达成统一预重整制度，来规避破产法上的法律责任。

2.2.3 市场主导模式之选择

市场主导的预重整能够高效的配置资源，降低预重整所产生的信息成本。在该模式中，债务人要对债权人及其他利益相关方进行一定的信息披露，但是相比较于其他两种模式而言，该种信息披露是在相对保密和不公开的条件下去进行的，法院对其审查的标准也是比较低的，这样做既可以保护债务人的商业秘密不被泄露，又为困境企业的生产经营提供了信誉保障。再者，预重整是一项技术性非常强的制度，处理相关事务不仅需要拥有一定的专业知识，还要花费大量的时间、精力，才能够妥善处理。从司法实践的角度来看，法院在应对企业破产重整，预重整等相关事务时，普遍存在一定的困难。第一、我国的破产法律法规目前尚未完善，法官在裁判时可能会面临无法可依的局面。第二、在法院审理的相关案件中，破产案件占比数量较少，法官无法对破产案件形成快速有效的经验积累。第三、不管是在我国理论界还是在学界，破产法律制度历来不受重视，因此有学者感慨“破产制度是法律上的弃婴”，所以很少有法官具有完备的从事企业破产重整工作的能力。第四、由于法官对企业本身的组织架构、财务状况不太了解，所以在处理企业预重整问题时也比较棘手。因此笔者认为，由债权人和债务人基于谈判而决定企业命运的市场主导模式才是预重整制度选择的应然路径。

3. 规则构建：市场化主导模式之下的预重整规则构建

我国预重整制度要遵循市场化主导的模式，这是一项基本原则，不能违背该本质属性。在该基本原则之下，笔者认为，预重整制度的建立应当遵循以下规则：

第1、要明确预重整的基本性质。预重整是当事人之间进行的庭外重组与谈判，该程序是否进行是当事人自行决定的事项，无论是开始还是结束，都无需经过法院的批准。要在制度层面消除当事人申请预重整的各种门槛，减小当事人申请预重整的各种阻力障碍。但是，法院可以在企业预重整

阶段进行预登记,以便在正式的重整程序中便于法院的审查批准。此举法院不仅不会形成对预重整程序的实质性干预,还可以提升债权人等利害关系对预重整程序实施的信心。

第2、明确相关利害关系人申请预重整的条件。并不是所有的企业在面临债务管理危机时都能申请预重整,申请预重整需要具备一定的客观条件,有学者提出,预重整制度的一项社会性意义就是帮助那些即将进入重整程序的企业有一个自救的机会,使企业能尽早的进入自我挽救之路。

第3、明确在预重整程序中指定相关管理人的问题。笔者认为,在预重整程序中,虽然需要临时管理人参与该程序,但是也不能由法院指定相关的管理人,这将与所具有的庭外重组的性质相冲突。债务人可以与债权人商议在管理人名册中共同选定具有资质的中介机构担任预重整的管理人。在世界各国的经验中,预重整程序均是由中介机构主持,并不是由法院强制指定。

4. 结语

市场经济发展成熟的标志之一就是有健全的市场拯救机制和市场退出机制。目前,预重整制度作为一项新兴制度,在实践操作中还面临着很大的问题。比如一些地方制定的预重整规则,对预重整的基本性质还存在着定性错误,这些都需要及时纠正,否则在实践中就会形成错误的观念和操作惯

例,如果形成一定的制定惯性,对预重整制度市场化、法治化的进程将造成很大的阻力。因此笔者建议最高人民法院尽快出台有关于预重整的相关司法解释,明确预重整的基本原则和规则,结束当前全国各地制定预重整规则良莠不齐的现象,进一步提升我国的营商环境。

参考文献:

- [1] 王欣新:《预重整的制度建设与实务辨析》,载《人民司法·应用》2021年第7期.
- [2] 刘嘉明:《标准必要专利定价困境与出路——“法院—市场主体二元复合解决模型的构建”》,载《法学杂志》2021年第1期.
- [3] 陆晓燕:《市场化破产的法治内蕴》,法制出版社2020年版,第44页.
- [4] 陆晓燕:《“府院联动”的构建与边界——围绕后疫情时代市场化破产中的政府定位展开》,载《法律适用》2020年第11期.
- [5] 李曙光:《我国企业重整制度函待梳理》,载《资本市场》2012年第4期.
- [6] 丁燕:《破产重整企业债权融资的异化及其解决》,载《华东政法大学学报》2019年第4期.