

我国金融破产制度立法刍议*

张世君**

摘要:金融破产制度是一个国家金融市场的重要组成部分。我国历史上证券公司等金融机构清理整顿中所反映出来的问题清楚地表明了建立金融破产制度的必要性与紧迫性。我国现有的金融破产制度主要由一些零散的法律法规组成,在价值理念、制度构造、立法技术等方面都存在较多缺陷。中国政府应重视金融破产立法,将和解、重整、托管、清算等各类市场退出方式有机结合,共同构成我国金融破产制度的整体;同时,还应将已有的行政手段与法院监管进行整合,建立公正高效的破产执行程序。

关键词:金融 破产 立法

* 本文是以笔者先前完成的若干关于金融破产制度的研究论文为基础整合而成,此次补充了一些新的材料。研究过程中,曾获“北京市属高等学校人才强教深化计划(中青年骨干人才培养计划)项目”资助。

** 法学博士、首都经济贸易大学法学院副教授。

一、问题的提出

自 20 世纪以来,金融市场的法律调控日渐成为国内外学术研究的重点领域。但以往研究多着眼于金融监管、风险防范、内部治理、存款保险等金融法律现象,对于金融危机发生后如何救助资本市场的相关法律问题却很少关注。2008 年随着美国著名的投行“雷曼兄弟公司”宣布破产,华尔街骤然掀起了人们始料不及的剧烈金融风暴,并迅速席卷全球。面对本次金融危机,各国政府一改往日态度,纷纷出手积极干预和介入,以避免本国遭受金融危机的严重冲击。这一历史变化,使得研究金融机构的市场退出和破产制度顿时成为学界热点。

由于西方发达国家均有比较完善的金融法、破产法,对于金融机构的市场退出,政府可依法采用接管、清算、重整等各类法治化手段。相比之下,中国政府解决此方面问题的路径却比较单一。以我国证券业为例,在 2005 年至 2006 年的清理整顿中,中国共处置 31 家高风险公司,其中有 19 家证券公司因违法、违规行为被责令关闭,7 家公司被撤销,4 家公司被撤销业务许可,14 家公司和 9 家营业部被暂停业务。综合治理期间,全国共清理账户一千多万个,监管部门指导其中 27 家风险公司实施了重组,使其达到持续经营的标准。^①

但细细考究我国政府对于证券公司的整改措施,会发现其带有明显的行政化干预色彩,而非真正的市场化退出方式。换言之,我国政府使用的整顿措施都不是纳入法治化轨道的常态制度,其根本特点在于“输血式”的简单处理,基本以政府行政管理层实施注资拯救计划为主,在很大程度上无法解决证券公司多年积累之沉痾痼疾。实践中往往是监管部门牵头,择机取消证券业务许可并予以关闭,由优质证券公司托管其证券营业部,按照有关收购意见,弥补保证金缺口,收购个人债权等。随着市场经济的深入发展,这种长期以来证券公司倒闭后绝

^① 参见“中国证券公司风险治理收官 有十九家违规被关闭”,<http://www.peflat.com/news/shownews.asp?newsid=11536>,2010 年 10 月 10 日访问。

大部分由国家偿付、政府买单的现状无法持久下去。特别需要指出:此种做法在短期内可以为投资者提供政府保护,但如此下去会造成投资者无法正确认识投资风险,对市场经济体制下“收益与风险自负”理念的实践不利。

其实,证券市场退出中的行政化方式大行其道仅仅是我国金融市场改革过程中的一个缩影。以证券市场为起点进行观察,我国的金融市场存在同样的问题。金融机构是以营利为其主要经营目的的企业组织,在竞争中产生亏损而破产倒闭是正常的市场现象。既然是市场竞争中出现的正常经济现象,就应按市场规律的要求来进入破产程序,这是法治环境下处理问题最有效的方式。但由于金融机构自身的高风险性,其倒闭或破产涉及不特定公众的切身利益,涉及金融秩序和社会秩序的稳定,因此,需要对金融机构经营管理不善而退出市场进行专门和明确的法律规制。而我国恰恰没有专门的金融破产制度,没有给金融机构的退出提供法治化的制度安排,问题的关键就在这里。

目前,我国《企业破产法》及相关的法律法规、部门规章及司法解释之中有个别处理金融破产问题的法律条文,但这些法律规则对金融机构进入破产的程序与实体制度规定十分简单。考虑到金融破产制度对经济发展及社会和谐之深刻影响,我国急需尽快构建金融破产制度,唯有此,才能为我国金融市场的健康发展提供法律制度层面的保障。

二、我国金融破产制度的现状和缺陷

(一) 现代破产制度的基本组成

破产的通常意义是指失败,在经济学上多指民商事主体经营活动发生严重亏损,经济上已经不可能继续下去;但是法律上的破产则有其特定的概念范围,是指在债务人不能清偿债务时所适用的偿债程序和该程序终结后的债务人身份地位受到限制的法律状态。^② 由该定义,

^② 参见邹海林:《破产程序和破产法实体制度比较研究》,法律出版社1995年版,第1页。

我们可以推论出破产制度的本质是一种债务人不能清偿债务时,保障债权人公平受偿的法定偿债程序。破产制度具有积极的价值,若没有破产制度,在债务人无力清偿到期债务时,根据以往的权利救济手段,债权人需要单独起诉,取得执行权利者可以申请强制执行债务人的财产,这样极易导致在债务人财产不足时,出现“先下手得强,后下手遭殃”的局面,特别是债权人各自纷纷起诉,而诉的标的却又同一,造成宝贵司法资源的浪费。而破产制度作为债务人财产的概括执行手段与程序,将债务人所拥有的全部财产在债权人之间公平地进行清偿,并通过法院的参与保障程序的公平公正。同时,对债务人的清算在一定意义上也可以防止单个企业经营失败后不利局面的扩大,切断债务锁链,避免经济恐慌。因此,破产法一直是市场经济中不可或缺的重要法律制度。但是,这种传统意义上破产法律制度的弊端也是显而易见的:^③对债权人来说,可能会出现虽然部分债权人可以通过一些途径获得债权的全额清偿,然而对其他债权人来说却有完全得不到清偿这种不公平现象发生的危险;对债务人来说,只要他们的经营状况稍有恶化,债权人就会争先恐后地追收债权,实际上就有逼使那些尚有重整希望的企业或个人最终陷于困境的危险;从国家及社会整体的角度看,由于上述现象的出现,在债权人之间、债务人与债权人之间都会产生深刻的争执,从而使企业经营或国家的经济秩序遭受损害的危险。

针对传统破产清算制度的缺陷,和解制度就应运而生了,即通过当事人双方自愿达成的协议而减免债务或延期偿还。和解与破产清算相比,有其自身独特的优势:^④第一,和解制度的成本比较小,往往能够使债权人得到比适用破产制度更多的清偿;第二,适用和解可以避免因破产宣告而给债务人所带来的各种公私法上的限制,避免商业信誉的完全丧失;第三,和解能够给债务人带来再生的希望,避免债务人破产时所发生的连锁反应,有利于社会经济秩序的稳定。但和解制度的意义是有限的,其弊端在于:它虽然通过和解协议的制定与实施来对债权人

^③ [日]竹下守夫:“倒产法的现代课题和日本倒产法”,刘荣军译,载《中外法学》1996年第4期,第68页。

^④ 李永军:《破产法律制度》,中国法制出版社2000年版,第370~371页。

和债务人加以双面调整,在了结债权债务的同时,维持债务人的存续。但是,其对债务人因不能清偿到期债务所引发利益纠纷的解决方法在视野上仍不够开阔,没有把如何真正地预防企业破产并挽救企业经营放在首位。和解制度所处理的只是企业外部的债权债务关系,但不能深入企业内部对其治理结构、经营方针、管理策略进行调整,不是一种积极型的破产预防制度,严格上说只是一次传统破产制度的近代改良而已。只有“现代重整制度的诞生和成长,开辟了在公平清理债务的前提下实现困境企业再建和复兴的途径,从而更新了破产法的观念和结构,并拓宽了民商法的思维空间。”^⑤

重整制度是对虽处于困境但却有希望复兴的企业法人实施的旨在挽救其营业的再建型特殊破产程序与制度。重整制度使债务人免于清算解体,不仅出资人有希望继续收益,债权人也有希望获得比破产清算程序中更多的分配资产,在各方利益相关者都有希望获益的情况下达到促使企业维持经营和再建的目的,在实现适者生存、优胜劣汰的同时,减少企业倒闭的消极性外部影响,帮助企业复兴,化解经济危机。重整制度反应了破产立法理念和功能的变迁,人类充分认识到濒临倒闭公司所牵扯利益关系的复杂性,对于利益冲突的解决开始突破仅考虑债权人、债务人的狭隘立场,经济秩序、公共利益被纳入法律调整的视野。重整制度的产生与发展是破产立法本身由被动回应向主动运用转变的必然结果,是破产法对濒临倒闭企业所涉复杂利益关系调整日趋精细和深入的结果。^⑥

目前,我们所理解的破产制度多为广义的解释,通常将破产清算以外的各种以避免破产为目的的和解、重整、特别清算、托管制度等也都视为破产制度的重要组成部分。我国的新破产法也将和解、重整等重要内容包含在内。

(二)我国金融破产制度的现状

我国的金融界和法律界人士早就呼吁中国应尽快建立适用于金融

^⑤ 王卫国:“论重整制度”,载《法学研究》第18卷第1期,第81页。

^⑥ See Kevin J. Delaney, *Strategic Bankruptcy*, University of California Press 1992, p. 5. 在该书中,作者用“reaction”到“action”的转变指代这一破产法的发展趋势。

机构破产的法律法规,以使金融机构得以依法退出市场。那么,我国现行关于金融破产的基本或主要立法有那些呢?据笔者考察,我国的金融破产法律制度主要由《商业银行法》、《保险法》、《企业破产法》、《民事诉讼法》及相关的行政法规、部门规章及司法解释组成。析之如下:

1. 关于破产清算的制度

我国关于破产清算程序的基本制度已经建立。2006年8月27日通过的新《破产法》,共十二章136条,详细规定了破产清算程序中的实体制度和程序制度。其中,第134条明确规定了商业银行、证券公司、保险公司等金融机构符合破产法规定情形的,国务院金融监督管理机构可以向人民法院提出对该金融机构进行重整或者破产清算的申请。另外,根据我国现行的民事诉讼制度,对企业法人的破产还债程序,可以适用1991年的《民事诉讼法》。需要注意的是,商业银行法中也略略规范了银行的市场退出问题。另外,根据相关信托法律的规定,信托投资公司可以被解散、撤销或进入破产程序。《保险法》也规定了保险公司的整顿制度。但从总体上看,由于我国没有专门的金融破产制度,所以金融机构所适用的破产清算规则主要就是上文所述的企业破产法。

2. 关于企业再建的制度

企业重建制度主要是指和解制度与重整制度,两者的立法旨趣在于恢复和重建债务人的营业,避免清算倒闭。和解制度有法院外和解与法院内和解之分,前者指当事人双方自愿就债权债务达成以债务减免或延期偿还等为内容的和解协议,法院不参与其中。后者是在法院的监督下,当事人双方就债权债务的清偿方式达成和解协议。从立法上看,则又可分为破产法上的和解制度与单独立法的和解制度。关于破产和解的制度,我国一直将其置于《企业破产法》之中,并没有进行单独立法,新《破产法》第九章专门规定了和解制度。对于重整而言,新破产法第八章,共计三节25条规定了中国的破产重整制度。同时,新破产法明确规定金融机构不能清偿到期债务时,可以适用和解或重整。

3. 其他制度规范

除法律层面的立法外,我国还有一些可以适用于金融机构市场退

出的其他规范,如最高人民法院所颁布的关于适用企业破产法和民事诉讼法的司法解释,国务院及其各部委所颁布的通知与命令,其中值得一提的是,2001年颁布实施的《金融机构撤销条例》。依据该条例,中国人民银行有权对经其批准设立的具有法人资格的金融机构依法采取行政强制措施,终止其经营活动,并予以解散。金融机构撤销条例在现有破产法律制度之外确立了一套针对金融机构的行政清算程序,导致政府处理金融机构市场退出随意性较强,缺乏一种有效的约束机制来制约其行为和权力。因此,条例最终并没有解决金融机构的债务问题,撤销的法律后果是既不还债,也不破产,使金融机构清算陷入僵局。特别是2003年银行业监督管理法出台后,明确了银监会对银行业金融机构接管、重组和撤销的权利,条例的法律效力和适用余地被极大削弱,由中国人民银行负责银行业金融机构撤销工作的制度已经名存实亡。

(三)我国现行金融破产制度的缺陷

综观上述我国金融机构所能适用的破产制度,可以看出,由于历史与时代所限,这些规范不可避免地带有较多缺憾。

1. 制度设计理念滞后

金融事业的发展应与市场经济相契合,金融机构若不能完全市场化并按照市场规律的基本要求去竞争,将孕育巨大的金融风险。但竞争就意味着优胜劣汰,金融领域也不例外,因此,必须需要一个正常的金融市场退出机制。但是我国从制定破产法之初就没有考虑到这一点,没有给金融破产立法应有的地位。每当金融机构出现问题,解决手段基本为国家干预和行政介入,长此以往,这并不利于维护金融体系的安全和稳定并促进经济社会的和谐发展。从2005年证券公司各种整顿措施就可以看出,缺乏有效的破产法律会使得金融市场竞争失败者的退出行为捉襟见肘。

2. 立法价值取向偏斜

我国已经存在众多的破产立法,包括某些涉及金融机构破产处置的条款,但这些立法在价值取向上发生了偏斜。众多立法的目的是将破产法当成了促进改革的一项措施,导致了破产法无法发挥自己应有的功能。在这种价值观的引导下,政策救市、政府救市的观念深入人心。许多投资者和社会公众的风险意识与责任意识缺乏,造就了众多

的市场投机行为和心态。另外,以配合国企改革为目标的立法也容易忽视债务人和债权人的保护问题,事事以政府企业改革优先考虑,既有可能损害债权人的利益,也对债务人利益维护没有益处。

3. 金融破产制度系统支离破碎

一方面,在法律的层面上形成了按照所有制立法的局面,形成了两套破产程序,分别适用企业破产法和民事诉讼法。另一方面,在破产制度内部也未能建构起和谐的破产程序系统,和解制度、重整制度等均十分简陋。在处置金融机构的破产事件中没有明确的法律规范可依,使用的整改手段也多种多样。这不仅破坏了金融破产制度的统一,对金融机构科学合理退出市场也造成了制度上的障碍。

4. 行政干预破产的色彩浓厚

比如,在《企业破产法》中,整顿的提出、方案的制定与实施,都由行业主管部门把持,法院发挥不了司法监督的作用,计划经济传统浓厚,无法适应现代金融企业重整的需要。同时,政府干预和介入后,出于各种非市场化因素的考虑,可能导致处置的非公正性。比如,行政性处置金融机构的随意性很强,若没有明确的立法配合,就会造成行政手段与司法发生纠纷。因此,必须尽快发挥金融破产制度的功能与价值,将以行政性关闭、托管、重组为主的处理模式,转向依据破产程序处理的市场化模式。

5. 金融破产制度立法技术落后

一些基本的概念和术语使用并不适当,立法的结构也比较简单,某些应有的制度没有确立,实践中经常使用的金融机构危机处理手段还缺乏应有的法律定位。由于立法的简陋,导致了有关部门不得不颁布大量的法律解释、通知、条例、决议等文件来指导实践,造成法律适用混乱。

三、国外金融破产制度的新近发展与启示

(一) 国外金融破产制度的新近发展

为了能够有效地处置金融企业经营困难而濒临倒闭的问题,一些

国家对本国的破产制度进行了改进,无论是立法制度还是执行制度颇值得我国学习和借鉴。

比如,美国早在1989年就颁布了《金融机构重建改革执行法》,成立了“清理信托公社”,负责有关储蓄信贷机构的存款保险和监管体制的重建,并给予必要的授权。该机构在进行集中管理和清理过程中不仅设法导入了数量巨大的公共资金,还采取了包括证券化等一系列措施来化解不良资产。2008年金融危机后,美国对自己的金融法律制度进行了反思。2010年7月21日,美国总统奥巴马正式签署《金融监管改革法》,其中也有关于金融机构有序清算的规定。该法案要求,公司股东和无担保债券人将首先承担破产所带来的损失,破产公司高管的责任也将被追究。另外,金融监管机构将通过资产超过500亿美元的金融机构收费,用以偿还大型金融机构破产清算费用。大型金融机构,特别是具有系统重要性的金融机构应定期上报一旦经营失败所需的迅速、有序的破产清算预案,以便在经营失败时可以根据计划快速有序地关闭金融机构,降低对金融市场的风险。^⑦

在亚洲,1997年金融危机发生后,为了弥补法定破产程序的不足,印度尼西亚组建了债务重组署和银行重组署分别负责处理非银行企业与银行债务重组的问题。另外,印尼还在考虑改组最高法院的法官,以增加他们处理破产重整案件的能力。^⑧泰国也动用“金融机构振兴基金”拯救濒临破产的金融机构。在印度,^⑨1973年和1979年的原油价格上涨给许多公司带来了财务危机,为了帮助企业摆脱困境,印度于1985年颁布了“困境产业公司法”,同时建立了一个准司法性质的“产业与金融重建委员会”以帮助处于困境的金融企业。其他国家,如波兰,^⑩尽管其破产法相当完备的,印度还是于1990年对破产法进行

^⑦ 参见“美国金融监管改革法案:历程影响和借鉴”,<http://www.cf40.org.cn/plus/view.php?aid=3060>,2010年10月20日访问。

^⑧ OECD, *Insolvency Systems in Asia—An Efficiency Perspective*, 1999, pp. 74–78.

^⑨ Omkar Coswami, *Corporate Bankruptcy in India—A Comparative Perspective*, OECD Development Center Studies 1996, pp. 1–4.

^⑩ OECD, *Corporate Bankruptcy and Reorganization Procedures in OECD and Central and Eastern European Countries*, 1994, pp. 109–127.

了修改,同时颁布了一部专门处理银行重整案件的特殊法律。

由此可见,当金融机构濒临破产并有可能威胁整个金融体系的安全与稳定时,各国政府几乎都不可避免地要运用各种手段对其妥善处置。其中,构建一个有效的金融破产制度是保障各国金融事业健康发展和国民经济稳定的重要工具。因此,在全球兴起的金融破产制度绝对不是历史的偶然,而是现代社会经济发展的必然要求。无论是比较发达的国家,还是作为后起之秀的发展中国家,都要基于金融企业和金融行业的特殊性构建自己的金融破产制度。

(二) 国外金融破产制度的启示

中国经过多年的改革开放,统一开放、竞争有序的社会主义市场经济体系正在逐步建立,作为其重要组成部分的资本市场体制也正经历着巨大的变革。市场经济的规则就是在遵循经济规律的前提下优胜劣汰,因此,任何一个国家都需要建立一套完整的市场竞争制度,包括市场准入制度、市场运行制度、市场管理制度和市场退出制度。金融领域自不例外,健全的金融市场制度是上述制度的有机结合。市场准入制度确保金融市场的竞争者是合乎法律和市场要求的;市场运行制度为金融机构之间的竞争提供良好的运行保障从而减少市场交易成本;市场管理制度则通过对金融业务运营的合规性、风险控制、资产质量等进行监管,确保其稳健经营;市场退出机制是在金融机构出现法定情况时,依法将其淘汰出金融市场的制度。上述各项金融制度构成了一个有机整体,金融破产则是其中不可或缺的组成部分。因此,我们必须重视金融破产制度的价值,加快立法进程。

在构建金融破产制度时,应避免原先一直将破产制度作为企业改制工具的固有思想。若按照企业的改制需要来制定金融破产制度,将会导致立法指导思想的偏差。换言之,我国的金融破产制度就难以符合客观社会经济发展的需要,就难以用规范的语言对金融市场的内在规律进行正确的描述与表达。若中国金融破产制度再次作为一种国有金融企业改革的工具先制定出来,并自上而下的推行,就会不可避免地成为国家公权力限制和干预较多的一个领域。而公共权力的介入,容易使个人权利以及作为市场竞争自治实体的金融企业的自主经营权受到限制,这种限制将阻碍金融破产制度在社会经济生活中积极作用的

发挥。同时,当金融破产真正成为金融市场的正常退出渠道时,也能在相当的程度上锻炼社会公众的风险意识,金融破产意味着对存款人、投资者以及社会公众的有限保护。由于金融业是一个高风险的行业,破产制度的实施将避免国内政府部门对金融企业所提供的过度保护,使各方明确自己的责任。

总之,我国金融破产制度应当坚持这样的指导理念:设置合理的金融机构市场退出机制,使陷入困境的金融机构有序退出金融市场。这既是维护金融稳健运行、保障金融有序竞争的需要,也是提高金融市场配置资源效率、增强风险意识及维护市场纪律的需要。^①

四、我国金融破产制度的立法构建

(一)金融破产制度的立法构造

金融机构破产不同于一般的工商企业破产,稍有不慎就可能影响金融稳定,甚至引发社会风险。因此,在构建金融破产制度时,我们应当看到不仅整个金融行业与其他行业相比差异巨大,而且金融行业内部的银行业、保险业、证券业、信托业、投资基金业、期货业等不同金融领域彼此之间也存在不同,这是我们在进行各项制度构造时必须注意的问题。在中国金融破产制度的内部构造中,本文建议金融破产采取广义的理解,和解、重整、托管等市场退出方式应和清算制度有机结合,统一构成我国金融破产制度的整体。该制度将由若干具体的破产制度系统构成,简析如下:^②

(1)托管。托管在我国已经广泛使用,在未来的金融破产法中它应当是一种重要的程序。主要是由金融监管机构任命一名或多名托管人(主要是其他经营良好的金融机构)在一定期限内行使对问题机构的组织、人事、财产、经营的控制权,以便解决财务困难并恢复企业的经

^① 参见徐孟洲、徐阳光:“论金融机构破产理念之更新”,<http://www.bjpopss.gov.cn/bjpopss/xzlt/xzlt20050826a.htm.zh>, 2010年1月24日访问。

^② 此部分的论述较多地参考了国际法研究院:《亚洲开发银行技术援助项目:(TA)PRC3890 终期报告》,2003年12月,第150页以下内容。

营。(2)撤销。撤销是一种强制性的行政行为,在我国,该行为多称为关闭,一般是在金融企业出现了重大违法行为时采用。这种程序必须要求监管机关组建清算组并对金融机构清算。(3)清算。当金融机构出现资不抵债或无力偿还到期债务时,应当允许债务人或者债权人向人民法院申请进入破产清算程序,依法将金融机构的财产在债权人中进行公平分配和概括执行。清算对债务人的法律后果是严肃和严重的,必须在法院的主持下进行,要有严格的法律程序。(4)和解。在进入破产清算之前或破产宣告之前,有危机的金融企业可以与债权人达成和解,获得债权人的谅解,双方在相互妥协的基础上进行债务债权的处置。(5)重整。这是对濒临破产倒闭的金融机构进行拯救以使其恢复经营能力并获得再生,它不仅是对金融机构经营特殊性的考虑,也是现代破产法强调宽恕与拯救观念的具体体现。重整制度通过重整计划的制定与实施来促使金融机构走向重生,对其运用要慎重,该制度成本巨大,费事耗力,只能适用于有限的场合。(6)其他法律措施。除了行政或司法的程序外,也可考虑可能性的支持或救援机制,包括进一步提供有担保的贷款、资本注入或者资产或股权转让等。

鉴于我国金融破产制度系统支离破碎,存在不同破产程序和不同制度手段,因此,本文建议制定我国统一的《金融破产法》,将前述破产程序进行明确界定和设计。如果人大立法比较困难,可以考虑由相关政府部分出台金融破产条例和未来的新破产法一起适用于中国的金融机构。^⑬这不仅有利于法制的统一,对金融机构科学合理地退出市场也能提供制度上的保障。

(二) 金融破产执行制度的整合

除良好的金融破产立法制度外,还需要构建我国自己的破产执行制度。尽管有建议提出要组建专门的金融破产执行机构,但是在现阶段,把这个职能移交给一个独立的破产机构并不可取。我们可以考虑在各金融监管机构内部设立专门的对本行业金融机构进行处置的职能部门,监督任何金融机构的破产问题。对此,国内不乏有观点认为应当

^⑬ 原中国银监会副主席唐双宁曾提出,我们需要研究建立金融破产的法律制度,以改变中国长期以来金融机构倒闭后个人存款绝大部分由国家偿付的现状。

构建金融破产的行政前置程序,该程序大致可概括为:金融机构将破产申请提交到监管部门,由监管部门决定是实施清算、重整等法律手段,还是实行政接管、重组、政府拯救等行政手段。该观点认为,若金融机构经行政前置程序再交由法律手段解决,则不仅有利于使有复兴希望的金融机构通过市场化方式再生,并逐步抵御行政力量的介入,从而增强金融企业的竞争力,有助于保护债权人利益。^⑭

但是,在监管机构内设立上述部门可能产生另外一个问题,即如何处理行政手段与司法手段之间的关系。前文中构想的接受、托管、撤销等手段基本上是行政手段,其实施无须司法的介入,启动程序和任命的决定都由监管机构直接作出,不需要法院的正式批准。而清算、和解、重整等手段要受到破产程序的严格制约,启动程序和任命破产财产管理人以及清算人的决定都得由法院作出,通常也得在法院的监控下进行。行政手段灵活、快捷、效率更高,但是严重的行政干预思想可能对保护相关主体的利益并不有力,而且此类程序不透明,有时缺乏公正性。如果采用司法程序或手段,在法院公正客观的立场下处理金融机构的破产问题对当事人会更公平,但是费用比较昂贵、时间比较冗长,更为麻烦的是,现阶段法院的法官专业金融知识相对匮乏,效率未必高。

因此,应当对这两种程序的执行制度进行重构。针对行政手段的缺陷,可以考虑部分地通过在行政制度中纳入适当的行政复议或类似的听证程序加以弥补。而对于法院来说,应当建立专门的破产法院或在法院内部设立必要的破产法庭。但最佳的模式应是一种混合形式的制度,也就是说,要赋予相关的破产机构尽可能多的行政自由裁量权,但所有重大的决定都得经过法院的批准或确认。在诸如程序启动、临时措施、财产处置、强制执行和程序终结等各个阶段情况都是如此,而其他比较行政性的事项,包括程序的条件、管理的实施、谈判、和解、回收债务以及临时性和最终的支付都可以通过委任的方式加以处理。^⑮

^⑭ 我国金融业的诸多人士提出了该观点,包括高层官员、专家学者、企业家等,使其成为了呼声很高的倡议,并在各大金融报刊上频繁出现。

^⑮ 参见国际法研究院:《亚洲开发银行技术援助项目:(TA)PRC3890 终期报告》,2003年12月,第141页以下内容。

由于目前中国的特殊国情,无论是组建专门的破产法院还是在金融机构破产事务中增设行政审查程序都有些遥远,因此,在我们自己的金融破产制度中应采用上述的混合模式,将已有的行政手段与法院监管进行整合,从而实现将法院司法介入的权威性、公正性与行政机关处理问题的简洁性、有效性较为完美结合的目的。

五、结语

《中华人民共和国企业破产法》第134条规定:“商业银行、证券公司、保险公司等金融机构有本法第2条规定情形的,国务院金融监督管理机构可以向人民法院提出对该金融机构进行重整或者破产清算的申请。国务院金融监督管理机构依法对出现重大经营风险的金融机构采取接管、托管措施的,可以向人民法院申请中止以该金融机构为被告或者被执行人的民事诉讼程序或者执行程序。金融机构实施破产的,国务院可以依据本法和有关法律的规定制定实施办法。”可以说,该条规定为中国出台系统完整的金融破产制度奠定了合法性基础。但是该条的规定仅是一个开始,况且这一制度的开始并不是独立的,它实际上是一个法制系统工程,需要一系列配套法律制度的建设,需要注意与现有制度的衔接与配合。因此,在中国构建完善的金融破产立法包含了更大范围的改革,比如,建立市场经济体制、推进经济体制改革以减少行政干预等更为艰巨的任务。在一定意义上,这是种更高层次、更为宏观的破产立法构建。

⑩ 《破产法》第2条规定了企业法人的破产界限。