

企业破产与政府职责

Government Responsibility on Enterprise Bankruptcy

尹正友◎著

- 企业破产需要政府履行适当职责
- 企业破产政府的基本职责及其履行
- 企业破产程序前的政府职责
- 企业破产程序中的政府职责
- 企业破产程序后的政府职责



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

企业破产与政府职责

Government Responsibility on Enterprise Bankruptcy

尹正友◎著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

企业破产与政府职责 / 尹正友著. —北京:法律出版社, 2010. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0841 - 7

I. ①企… II. ①尹… III. ①企业—破产—研究—中国 IV. ①F279. 21

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 100734 号

企业破产与政府职责
尹正友 著

编辑统筹 法律应用出版社
策划编辑 韦钦平
责任编辑 韦钦平
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京外文印刷厂
责任印制 陶 松

开本 787 × 960 毫米 1/16
印张 17. 75
字数 275 千
版本 2010 年 6 月第 1 版
印次 2010 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress. com. cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www. lawpress. com. cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0841 - 7

定价:39. 00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

导论	(1)
一、企业破产需要政府履行适当职责	(1)
二、有关企业破产的政府职责的履行具有一定的特殊性	(4)
三、在企业破产的实践中政府职责履行的状况不理想	(5)
四、目前理论上对有关企业破产的政府职责的研究严重匮乏	(6)
五、本书的研究方法	(11)
第一章 企业破产需要政府履行适当职责	(13)
第一节 政府与市场的关系	(13)
一、重商主义与国家干预的兴起	(14)
二、古典学派的经济自由主义	(15)
三、资本主义大萧条时期的罗斯福新政与凯恩斯主义	(20)
四、20 世纪 50 年代以来的几种主要观点	(24)
五、市场失灵、政府失灵与政府职责及其履行	(49)
第二节 有关企业破产的政府职责履行的必要性	(54)
一、作为一种市场行为的企业破产与政府职责	(54)
二、破产企业利益相关者的利益平衡与保护需要政府履行适当 职责	(55)
三、减少企业破产给经济安全和社会稳定造成的严重不利影响 需要政府履行适当职责	(84)
第二章 有关企业破产的政府基本职责及其履行	(88)
第一节 企业破产需要政府履行的基本职责	(88)
一、发达市场经济国家有关企业破产的政府基本职责	(88)
二、我国有关企业破产的政府基本职责	(90)
第二节 有关企业破产的政府职责履行的基本原则	(102)
一、人文原则	(103)

2 企业破产与政府职责

二、稳定原则	(106)
三、公平原则	(106)
四、效率原则	(107)
五、法治原则	(108)
六、有关企业破产的政府职责履行的基本原则之间的关系	(120)
第三节 有关企业破产的政府职责履行的基本方式	(122)
一、授益行政行为	(122)
二、行政裁量	(129)
三、行政指导	(135)
第三章 企业破产程序前的政府职责	(141)
第一节 企业破产程序前政府职责履行的必要性	(141)
一、大面积的企业破产需要政府履行适当职责	(141)
二、关系重大的企业破产需要政府履行适当职责	(142)
三、减少企业破产所带来的严重不利影响需要政府履行适当职责	(148)
第二节 企业破产程序前政府的基本职责	(149)
一、预防企业破产	(149)
二、减少企业破产所带来的严重不利影响	(160)
三、打击弃企逃债等各种违法行为	(160)
第三节 金融机构破产程序前的政府职责	(161)
一、美国有关金融机构破产的政府职责履行	(162)
二、我国有关金融机构破产的政府职责履行	(167)
三、我国有关金融机构破产政府职责履行所存在的问题	(175)
四、我国有关金融机构破产政府应履行的职责	(178)
五、有关我国金融机构破产的制度建议	(178)
第四节 公用企业和特大型企业破产程序前的政府职责	(180)
一、公用企业破产程序前的政府职责	(180)
二、特大型企业破产程序前的政府职责	(184)
第四章 企业破产程序中的政府职责	(185)
第一节 企业进入破产程序后行政权与司法权的关系	(185)
一、人民法院司法审判权在破产程序中的主导地位	(185)

二、建立政府与人民法院、破产管理人的联动机制,确保破产程序顺利进行	(186)
第二节 政府在破产程序中的一般职责	(188)
一、维护稳定与保护职工权益	(188)
二、工商登记	(193)
三、破产财产查封、扣押、冻结的解除	(195)
四、税收政策的优惠	(197)
五、文件不完备的情形下相关工作程序的适应性调整	(199)
第三节 政府在特殊破产情形下的职责	(202)
一、特殊类型企业破产程序中的政府职责	(202)
二、无产可破情形下的政府职责	(224)
三、破产欺诈情形下的政府职责	(229)
四、涉及大规模侵权的企业破产程序中的政府职责	(231)
第四节 政府对企业破产所涉行政管理事务的职责	(236)
一、目前我国对企业破产所涉行政管理事务的立法安排和实务操作	(236)
二、国外及我国香港地区的相关规定	(240)
三、我国企业破产官方管理机构和官方破产管理人的设计	(243)
第五章 企业破产程序后的政府职责	(252)
第一节 企业破产程序正常终结后的政府职责	(252)
一、企业破产程序正常终结后政府的一般职责	(252)
二、企业破产程序正常终结后政府的善后职责	(254)
三、企业重整计划执行阶段的政府职责	(256)
第二节 企业破产程序非正常终结后的政府职责	(257)
一、因不配合人民法院裁定而终结破产程序的政府职责	(257)
二、因债务人财产不清、人员下落不明而终结破产程序的政府职责	(258)
结论和展望	(259)
参考文献	(262)
后记	(276)

导 论

本书是对有关企业破产的政府^{〔1〕}职责及其履行进行研究,而之所以选择这个研究主题是基于四个方面的理由:一是企业破产需要政府履行适当职责;二是有关企业破产的政府职责的履行具有一定的特殊性;三是在企业破产实践中政府职责履行的状况不理想;四是目前理论上对有关企业破产的政府职责的研究严重匮乏。

一、企业破产需要政府履行适当职责

竞争规律是市场经济的基本规律之一,而竞争必然会带来市场主体的优胜劣汰。企业的破产属于市场竞争机制对于低效率企业和经营失败企业作用的结果,属于一种市场行为。而由于市场经济是一种以市场作为资源配置基本方式的经济体制,因此在市场经济中,作为一种市场行为的企业破产理应由市场来自行调节。并且正是通过对这些低效率和经营失败的企业的淘汰,才使得资源能够流向更加有效率的企业和用途,从而保证了市场的效率。

但在现实中,我们会看到一些这样的现象,例如,即使在崇尚自由竞争的市场经济国家——美国,也会有企业特别是特大型企业(如通用汽车公司)在出现财务危机、陷入严重经营困境时,联邦政府往往会决定对其进行巨额注资,对其实施破产预防或依法推动对其进行破产保护,使其避免被破产清算的命运。在本次金融危机引发的美国几起重大破产事件中,美国政府大都持挽救企业的态度,甚至拨巨资进行救助。^{〔2〕}此外,美国政府还对出现危机的美国国际集团(AIG)、“两房”(房利美和房地美)以及美林证券等特大型企业注

〔1〕 本书所说的政府是从狭义上讲的,指行政机关,而在介绍西方经济学有关政府与市场关系的不同观点时所提到的政府有时是从广义上讲的,指立法、行政和司法的总称。

〔2〕 美国的这几大破产事件分别是雷曼兄弟、华盛顿互助银行、通用汽车和CIT银行破产事件。当然,对于雷曼兄弟,美国政府出于多种考虑,最后还是选择了放弃。参见<http://finance.ifeng.com/money/roll/20091103/1420416.shtml>, 2009年1月12日访问。

2 企业破产与政府职责

入巨额资金进行救助。^{〔3〕} 在市场经济如此发达和完备的美国,其政府的行为似乎与其标榜的自由竞争市场经济国家不符?

事实上,企业破产虽然是市场竞争机制调节的结果,是市场效率的体现,但企业破产同时又会会对经济社会和民众的基本生活产生严重不利影响。破产企业的一个基本特点是资源的有限性。因此,企业破产所产生的一个重要问题就是如何解决破产企业与其利益相关者之间的利益矛盾、如何合理有效地平衡破产企业各利益相关者之间的利益以及如何让破产企业甩掉债务包袱给予其东山再起的机会。而对这一问题的解决,仅仅依靠市场的自行调节是无法完成的,相反,有时会带来混乱的状况,并可能打击市场运行的信用基础,破坏市场秩序。由此,要实现市场的效率,就要规范企业破产,维持市场秩序,而这需要国家的适当干预。

对此,我国颁布了《企业破产法》等相关法律法规,通过严格的司法程序,规范企业破产,解决企业破产所产生的上述问题,保障市场信用,维护市场秩序,实现市场效率。而《企业破产法》的良好实施和对上述问题的有效解决还需要政府履行适当职责:

第一,企业破产往往会涉及大量的行政管理事项(如各种手续的办理),对这些行政管理事项的高效恰当的处理关系着企业破产程序的高效顺利进行,而对这些行政管理事项的处理本身就是政府应当履行的职责。

第二,由于存在其他法律法规与《企业破产法》的规定不衔接的地方,导致企业破产中政府职责的模糊甚至冲突,从而影响破产程序的顺利进行和对破产企业利益相关者的利益保护。因此,有时就需要政府积极履行适当职责,行使行政立法权,做好相关立法工作以更好地与《企业破产法》相衔接;在来不及制定相关法规规章时,需要政府积极地对其工作作一些适应性调整。

第三,对破产企业各利益相关者的利益平衡与保护,是在《企业破产法》所规定的法律制度框架下进行的,由人民法院主导企业破产的整个司法程序,由破产管理人处理绝大部分的企业破产事务,由债权人会议决定破产企业的重

〔3〕 参见“美国政府正式公布救助 AIG 新计划”,载 <http://chinese.wsj.com/gb/20081111/bus082823.asp>;朱周良:“美国启动史上最大救市 政府接管两房”,载 <http://news.qq.com/a/20080908/000069.htm>,2009年1月12日访问。

要决策,由债权人委员会监督破产管理人的工作以及企业破产程序中的其他事务。然而单靠这些机构或组织,并不能充分有效地平衡和保护破产企业各利益相关者的利益。例如,职工权益的保护问题^{〔4〕}、消费者权益的保护问题^{〔5〕}以及大规模侵权^{〔6〕}的受害者权益保护问题等。

然而,企业破产并不仅仅是市场效率的体现;有时恰恰是市场失灵——市场不能保证宏观经济的稳定——的体现。例如,在经济危机的情况下,对出现的大面积的企业纷纷破产倒闭、工人失业、经济衰退等现象,以市场为导向的《企业破产法》所规定的法律制度框架往往不足以有效应对。在这种情况下,需要政府进行适当干预,防止大面积的企业破产或关系重大的企业破产,及其对经济社会所带来的严重不利影响,弥补市场失灵。在当前全球金融危机的背景下,很多国家实施的救市计划就是为了有效地应对此次金融危机,^{〔7〕}客观上防止大面积的企业破产和特大型企业的破产及其所带来的大量失业、经济衰退、社会动乱等严重不利影响。特别是人们在面临危机对市场自身的缓慢调节不再充满耐心时,政府的适当干预则至少解了燃眉之急,在一定程度上安抚了人们惶恐不安的心情,而这对拯救人们的信心、走出危机具有重要意义。因此,企业破产及对企业破产的预防都需要政府通过给付行政等履行适当职责。

〔4〕 这里所说的职工权益的保护,不仅仅包括《企业破产法》所规定的对所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用,应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用,以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金等的保护,还包括对职工的失业救济,主要是最低生活保障以及为失业职工提供就业岗位和就业机会。

〔5〕 某些企业的破产会对消费者产生很大影响,如大型汽车企业的破产,将会导致消费者无法继续从其处享受汽车的维修、零部件的更换等售后服务。

〔6〕 所谓大规模侵权,来源于美国法上的“mass torts”,大体是指“基于一个同质性的侵权事实在大范围内引起了众多受害人遭受不同程度的侵害,尤其是人身侵害”。朱岩:“从大规模侵权看侵权责任法的体系变迁”,载《中国人民大学学报》2009年第3期。大规模侵权是现代社会才出现的一种特殊侵权形态,目前大规模侵权的事件已有很多,例如,国外比较著名的有美国的“石棉事件”,国内有“三鹿奶粉事件”、“齐二药事件”、“松花江污染事件”、“重庆开县井喷事件”等。

〔7〕 此次全球金融危机爆发以来,很多国家都采取了各种救市计划,如我国的4万亿经济刺激计划、美国的两次救市计划,其他实施救市计划的还有法国、西班牙、德国、荷兰、葡萄牙、奥地利、英国、俄罗斯、日本、韩国、澳大利亚等。参见“全球各国救市计划”,载 <http://www.szcw.com/file-3674.html>, 2010年3月15日访问。

二、有关企业破产的政府职责的履行具有一定的特殊性

有关企业破产的政府职责的履行与企业常态经营下的政府职责的履行相比会产生一些新变化,出现一些新特征。这些变化主要表现在以下四个方面:

第一,由于债权人取代股东成为破产企业最重要的利益相关者,以及破产企业资源的有限性及其所导致的破产企业利益相关者之间的利益矛盾升级,如果不能有效地平衡和保护破产企业各利益相关者的利益,则很可能导致破产秩序的混乱,甚至社会秩序的混乱。在这种情况下,政府针对破产企业的有关职责的履行相比企业处于常态经营的情况,将更多地表现为一种授益行政行为,而不宜再表现为不利行政行为,^{〔8〕}否则一方面是将不利行政行为的后果转嫁到破产企业的各利益相关者身上,另一方面也会因进一步减少破产企业本来就有限的资源而加剧破产企业各利益相关者之间的利益冲突。

第二,由于我国相关法律法规与《企业破产法》的规定存在不衔接的地方,以及破产企业不再继续营业等特殊原因,导致针对破产企业的某些行政管理事项的办理不能严格符合规定和政府相关行政管理部门的要求,从而影响破产程序的顺利进行。这就要求政府相关行政管理部门针对破产企业的特殊情况,在遵循法律规定的前提下,对其工作作出适应性的调整,保障破产程序的顺利进行。在这种情况下,政府的职责履行相比企业处于常态经营的情况将会也应该更多地表现为行政裁量。另外,由于针对破产企业的政府授益行政行为的增加,也将导致政府行政裁量的增加。

第三,现实中的企业破产,往往是破产企业已经资不抵债。这就意味着破产企业各利益相关者的利益损失,特别是对于那些清偿顺序靠后的普通债权人来说,如果再出现破产资源极度有限甚至无产可破的情况,他们的利益将很难得到保护。更为重要的是,对于那些因破产企业的侵权而遭受巨大人身损害的受害者来说,现行《企业破产法》并没有将其债权作为优先顺序的债权,而是与普通债权一样放在了最后的清偿序列。这些情况都很有可能会导致无法受到有效保护的利益相关者的极度不满,引发社会的不稳定。但政府在谋求

〔8〕 授益行政行为和不利行政行为是国内学者对行政行为的一种分类,参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》(第3版),北京大学出版社、高等教育出版社2007年版,第181页。国外也有学者将不利行政行为称为侵益行为,参见〔日〕南博方:《行政法》(第6版),杨建顺译,中国人民大学出版社2009年版,第40页。

社会稳定,采取必要措施维护社会秩序的时候,宜采取柔性的行为方式,如通过行政指导进行规劝、说服、建议、协商等,从而实现官民和谐、社会和谐。而且,行政指导作为经济自由主义和国家干预主义融合、折衷的产物,随着人们对政府与市场关系认识的深入和对政府服务职能的需求,行政指导越来越成为政府行政的重要组成部分。有关企业破产的政府职责履行方式在很多情况下应更多地侧重选择行政指导行为。

第四,由于企业破产会涉及大量的行政管理事项,因此政府相比企业处于常态经营的情况将会增加一些新的职责。按照我国现行《企业破产法》的规定,在企业进入破产程序后,由破产管理人代表破产企业管理绝大部分事务。^{〔9〕}但对破产管理人的监督、管理,如对破产管理人个案中的选任、指定、报酬的确定以及对整个破产管理人行业的监督、管理等,依照我国现行《企业破产法》的规定,都是人民法院的职责。然而,由于人民法院本身中立裁判者的角色定位,使其不太适合这些工作,因此由政府来履行这部分职责相对更加妥当。相应的,破产事务中涉及的其他一些行政管理事项,如对破产案件的统计、分析与管理等,也比较适合由政府来履行相应职责。另外,有关企业破产的政府职责的履行,往往还会涉及众多政府行政管理部门的协调行动,有时可能需要由某个政府行政管理部门牵头协调各部门之间的行动。例如,对于企业破产中出现的一些新问题、新情况,可能会由于相关政府行政管理部门之间的职责规定不明确而无法得到有效处理,这就需要政府设立专门的企业破产官方管理机构进行统一协调。

综上,有关企业破产的政府职责的内容和职责履行的方式,相比企业处于常态经营的情况将会发生一些变化:授益行政行为的加强、行政裁量的扩张以及不利行政行为的减少。

三、在企业破产的实践中政府职责履行的状况不理想

在多年的破产实务中,笔者意识到有时政府并没有相应地调整其职责范围,并以适当的方式履行其职责,有关企业破产的政府职责履行的状况仍不理

〔9〕 有关破产企业的事务在企业进入破产程序之前是由债务人处理,而在人民法院裁定受理企业破产、指定破产管理人之后,则一般是由破产管理人负责;但在重整程序中,经债务人申请,人民法院可以批准债务人自行管理营业事务。参见《企业破产法》第25条、第73条的规定。

想。这主要表现为以下三个方面:

一是政府的不作为。这表现为,在《企业破产法》实施之后,行政机关并没有及时地针对企业破产的实际情形和特殊状况完善相应的立法,并对需要政府协调处理的事项作出积极的适应性调整。

二是政府的不适当作为。这表现为,一方面,政府超越职权的行为。在有些案件中政府的职责界限往往很难把握,政府的过多干预往往会使得破产案件的审理偏离正确的轨道,背离《企业破产法》公平清理债权债务、保护债权人和债务人利益的立法宗旨。例如,在某航空公司破产案件中,^[10]由于地方政府的不适当影响,人民法院最终没有采纳大多数债权人关于重整该航空公司的意见。另一方面,政府滥用职权的行为。例如,由于缺乏对现行《企业破产法》立法宗旨的深刻认识,政府部门往往仍简单地对破产企业进行行政处罚,这实际上是处罚了破产企业的债权人和其他利益相关者。

三是行政权与司法权衔接的不顺畅。例如,在上市公司重整中,对于重整计划的批准,由于《企业破产法》规定的不完善,往往会涉及先行政审批还是先司法裁定的问题。如果先行政审批,则由于《企业破产法》规定的时间太短,行政机关无法完成相应的工作;而如果司法裁定在前,行政审批在后,则违背了司法权的终极性,降低了司法权的地位,破坏了权力之间的相互制约与平衡。

四、目前理论上对有关企业破产的政府职责的研究严重匮乏

理论上对于政府与市场的关系已经达成了一些基本共识,例如,由于市场

[10] 该航空公司破产的大体案情如下:××航空是我国为数不多的民营航空公司之一。2009年3月15日,××航空因“无力偿还欠债,且内部管理薄弱”,应A市政府申请,民航局暂停了××航空的航线航班经营许可,××航空全面停飞。半个月之后,应××航空的债权人境外飞机租赁公司等对××航空的破产清算申请,A市中级人民法院立案受理了对××航空破产的破产申请,指定了由A市交通委等政府部门组成的清算组为管理人。××航空由此进入破产程序,但对于对××航空最终是破产清算还是破产重整,形成了争议极大的两种意见和两大阵营。一方以××航空的破产管理人和××航空的个别债权人代表,主张对××航空进行破产清算。他们的理由是××航空已不具有破产重整的事实基础。另一方以××航空的大多数债权人和××航空的股东为代表,申请对××航空进行破产重整。他们的理由是:首先,××航空仍具有破产重整的事实基础;其次,对××航空的重整是大多数债权人的意愿,并且他们愿意以延缓还款期限、债转股、注入资金等方式切实推动××航空的重整,并提出了切实可行的重组方案和具体措施。2009年6月12日,A市中级人民法院一审作出宣告××航空公司破产(清算)的民事裁定。对此,××航空的债权人向省高级人民法院提出了上诉,最终被省高级人民法院裁定驳回。××航空最终进入了破产清算程序。

失灵的普遍存在,政府应对市场进行必要的干预,但由于政府失灵同样普遍存在,因此政府的干预也要科学合理。正是基于政府与市场的关系,学者们对市场经济下的政府职责和社会主义市场经济下的政府职责进行了较多和较深入的研究,有关的论文和书籍可以说是汗牛充栋,但对于有关企业破产的政府职责的系统研究却相当匮乏,涉及这一主题的相关研究也只是在论述有关破产法律制度时顺便提及。

首先,国内方面,对有关企业破产的政府职责这一问题,还没有引起学术界的较多关注,相关学者只是在对金融机构、国有企业、上市公司等破产的法律问题或实务操作进行论述时提及,并没有针对有关企业破产的政府职责进行专题或系统研究。

著作方面,笔者以“破产”为正题名,以“中文基本图书”为限定项,利用中国国家图书馆馆藏目录里的高级搜索引擎搜到了截至2009年共有280本标题中含有“破产”二字的著作,其中没有一本是关于企业破产政府职责的专题或系统研究,对于政府职责,这些文献仅在论述相关破产法律制度时附带提及。例如,刘仁伍在《金融机构破产的法律问题》一书中只是提到了金融机构特别是银行破产程序中政府有关职能部门需要履行的一些监管职责,但并没有系统阐述政府的职责。^[11]属于这一类的还有季立刚、杨秋波、邓基联等的著作。^[12]

论文方面,笔者利用中国期刊网全文数据库,选择政治军事与法律选项,然后选择“法理、法史”、“宪法”、“行政及地方法制”、“民商法”、“刑法”、“经济法”、“诉讼法与司法制度”以及“国际法”等选项,再以“破产”为篇名,时间选择从1986年旧破产法颁布到2009年,更新项选择“全部数据”,范围选择“核心期刊”,匹配项选择“精确”,然后点击“检索”共搜到484篇包含以“破产”为篇名的法学论文,其中与企业破产有关的有357篇,内容有所提及政府职责的有36篇,而这其中标题表明论及关于企业破产政府职责或行政权的仅有4篇。按时间先后顺序分别是沈寅“行政干预与破产保护——企业‘划小核

[11] 参见刘仁伍编著:《金融机构破产的法律问题》,社会科学文献出版社2007年版,第235页。

[12] 参见季立刚:《银行破产法律制度比较研究》,学林出版社2006年版;杨秋波:《上市公司破产选择行为及其效应研究》,西南财经大学出版社2008年版;邓基联主编:《证券公司破产清算案件审理实务》,人民法院出版社2008年版。

算单位’现象的剖析”(1994年)、张竹英“政府在企业兼并破产活动中的法律地位探析”(1999年)、吴敏“银行破产中的权力结构分析——行政权与司法权在银行破产中的均衡”(2006年)以及丁艳“监管机构在银行破产法律制度中的定位”(2007年)。

沈寅在“行政干预与破产保护——企业‘划小核算单位’现象的剖析”一文中认为,政府有关部门支持下的“划小核算单位、分厂自主经营”^[13]的方法损害了债权人的利益,也违背了《民法通则》等现行有关法律的规定。而对困境企业的破产保护则是拯救和振兴亏损使其走出困境的最佳方法之一。^[14]

张竹英在“政府在企业兼并破产中的法律地位探析”一文中通过对政府在企业兼并破产活动的主要法律法规的梳理,认为政府在现实企业兼并破产中所享有的权利、所承担的义务和责任过度,这不仅加重了政府的负担,也不利于提高效率节省社会资源和财富,还容易导致各地政府为了地方利益,违规甚至违法操作。因此,要合理地设置政府在企业兼并破产中的权利、义务和责任,不应再走政府干预一切的老路。^[15]

吴敏在“银行破产中的权力结构分析——行政权与司法权在银行破产中的均衡”一文中认为,由于“银行破产的专业性、复杂性和对社会经济的影响决定了人民法院在破产中的作用是有限的”,我国银行业破产的权力结构是以行政权为主导的银行破产权力结构。^[16]

丁艳在“监管机构在银行破产法律制度中的定位”一文中认为,“考虑到银行破产的现实可能性和强烈的负外部性,各国法律都赋予了银行监管机构从破产预防、破产重整到破产清算一系列程序中充分的权力”。而我国对此还没有明确和完善的规定,因此,“如何尽快制定专门适用于银行破产的行政法规或规章并对监管机构在其中的定位加以合理界定显得尤为重要”。针对我国

[13] 划小核算单位、分厂自主经营,大体可指将目前在一个账套中核算公司资产负债状况和经营成果的模式变革为在多个账套中分块、同步核算公司资产负债状况和经营成果,从总厂分出各个分厂,然后由各分厂自主经营,但债务仍由总厂负责。

[14] 参见沈寅:“行政干预与破产保护——企业‘划小核算单位’现象的剖析”,载《法学》1994年第4期。

[15] 参见张竹英:“政府在企业兼并破产中的法律地位探析”,载《甘肃社会科学》1999年第1期。

[16] 参见吴敏:“银行破产中的权力结构分析——行政权与司法权在银行破产中的均衡”,载《财贸研究》2006年第3期。

目前对银行破产中监管机构定位的不足和缺陷之处,丁艳提出了四条建议:“第一,明确监管机构在破产程序中的权力,并对应由监管机构主导的接管、重整等救助措施加以详细规定。第二,完善银行组织机构建设。如建立存款保险制度。第三,明确监管机构介入的时机和破产审批的标准。第四,对问题银行的处置由行政关闭向依法破产转变。”^[17]

这四篇文章中,沈寅的文章并没有论述企业破产中政府的职责,而是从一个角度批评了某些破产案件中政府的不当行政干预;其他三篇论文分析了政府在企业破产中履行职责的适当性和必要性,特别是对于金融机构尤其是银行破产的必要性。但不足之处在于,都没有提出政府在企业破产中应当履行哪些职责以及如何履行这些职责。

其他涉及本书讨论内容的一些文章,也没有系统阐述政府在企业破产中的职责,只是在论述相关破产法律问题时附带提及政府的一些职责。^[18]

接着,笔者利用中国知网的中国博士论文数据库,选择政治军事与法律选项,然后以“破产”为题名,时间从1999年到2009年(这个数据库最早收入的博士论文就到1999年),匹配项选择“精确”,共搜索到31篇包含以“破产”为题名的博士论文。

其中,钱晓晨在“论我国证券公司破产的法律规制”一文中论述了目前在我国专门制定证券投资者保护法的必要性和可行性。该文第二章专门论述了我国证券公司风险的行政处置与司法程序,介绍了我国证券公司风险处置以

[17] 参见丁艳:“监管机构在银行破产法律制度中的定位”,载《中国金融》2007年第9期。

[18] 这类论文有,杨宏琴:“中美证券公司破产法律制度比较研究”,载《国际商务研究》2007年第5期;王楠:“我国银行破产法律制度问题研究”,载《法学家》2007年第4期;李曙光:“新《企业破产法》与金融机构破产的制度设计”,载《中国金融》2007年第3期;倪浩嫣:“商业银行破产法律制度的完善”,载《山东社会科学》2006年第9期;黎四奇:“我国商业银行破产法律制度的现状及其矫正”,载《上海金融》2006年第9期;廖凡:“论证券公司的破产清算特别程序——以中美比较为视角”,载《法学》2006年第7期;赵万一:“我国商业银行破产法律制度构建的反思”,载《现代法学》2006年第3期;刘远生:“完善我国现行的破产企业职工救济制度研究”,载《理论与改革》2006年第1期;卢少敦:“论‘政策性’破产的若干法律问题”,载《福建论坛》(经济社会版)2003年第11期;杨冬梅:“破产法与破产企业职工权益保障”,载《工会理论与实践》(中国工运学院学报)2003年第1期;王欣新:“试论破产立法与国企失业职工救济制度”,载《政法论坛》2002年第3期;徐德顺:“国有企业破产与银行资产保全问题探索”,载《上海金融》1997年第7期;杜鹏程:“关于破产企业职工的待业救济和重新就业问题”,载《中央政法管理干部学院学报》1996年第3期;朱雅宜:“对破产企业职工安置问题的探讨”,载《人民司法》1994年第7期。

行政权为主导的基本模式和具体的行政手段以及对这些行政处置手段的司法配合与审查(如司法程序的“三中止”等)。但该文对政府职责的介绍仅是描述性的,而且也仅仅限于证券公司进入破产程序之前的风险处置阶段,并没有涉及其后的整个破产程序。^[19] 杨学波、吴敏和赵延军的博士论文,虽然有些内容提及有关企业破产的政府职责,但没有对此进行系统的阐述。^[20]

虽然前文所述表明我国学界对本书主题关注不多,但由于现实破产事务中出现的各种问题,引起了实务界人士对于有关企业破产的政府职责的关注,并引发了他们对有关企业破产的政府职责的自觉思考和有益探索。例如,第二届中国破产法论坛的主题之一就是“破产案件的审判与政府职责的分工与衔接”。笔者在该论坛上的主题演讲就提出了破产案件的审判职责与政府职责分工与衔接的框架性思路和现实中政府职责履行的相关问题。但即使如此,提交到论坛的相关方面的论文还是比较少,对于有关企业破产的政府职责更没有进行系统和深入的研究,大多也只是谈到有关企业破产的政府职责履行的重要性以及泛泛地提到政府的行政权应当与人民法院的司法审判权协同配合、分工合作以及对现有制度的描述性分析,但对于有关企业的破产政府应具体履行哪些职责,为什么履行这些职责,以及如何履行,遵循什么样的原则和方式,还没有进行系统研究。^[21]

其次,国外方面,就笔者目前的阅读范围来看,也很少有关于企业破产的政府职责的系统研究,只是体现于在对金融机构如银行的有关破产法律问题的论述中提及。例如,艾娃·胡普凯斯在《比较视野中的银行破产法律制度》一书中论述了政府行政权的及时和恰当介入对于维护银行金融系统稳定和维

[19] 参见钱晓晨:“论我国证券公司破产的法律规制”,对外经济贸易大学博士学位论文,2006年。

[20] 参见杨学波:“我国银行业破产法律制度分析与构建”,中国政法大学博士学位论文,2006年;吴敏:“论法律视角下的银行破产”,西南政法大学博士学位论文,2006年;赵延军:“商业银行破产制度设计研究”,中国政法大学博士学位论文,2007年。

[21] 这些论文有,王欣新、李江鸿:“破产法制中司法权与行政权关系探析”,载王欣新、尹正友主编:《破产法论坛》(第3辑),法律出版社2009年版;熊卫东:“破产案件审判与政府职责分工和衔接相关问题之探讨”,载《第二届中国破产法论坛论文集》,2009年;毛建:“破产案件的审判与政府职责的分工与衔接”,载《第二届中国破产法论坛论文集》,2009年;叶能强、陈永华:“中立、公平语境下的能动和互动——浅析破产案件中行政权和司法权的分工与衔接”,载《第二届中国破产法论坛论文集》,2009年;李佳:“破产案件审判与政府职责的分工与衔接”,载《第二届中国破产法论坛论文集》,2009年。

护公众利益的重要作用。^[22]

总之,目前对于有关企业破产的政府职责的研究还是非常匮乏,而且既有的研究也只是侧重于对企业破产为什么需要政府履行适当职责的研究,对于企业破产政府应当履行哪些职责以及如何履行好这些职责等问题的研究还基本上处于空白状态,即使有人谈到了有关企业破产的政府职责内容,大多也仅限于对现有制度的描述和介绍,并没有进行规范性的分析。

正是基于以上四个方面的原因,本书选择以“企业破产与政府职责”为研究主题,阐明企业破产为什么需要政府履行适当职责,政府应当履行哪些职责以及政府如何履行好这些职责等问题,以弥补目前理论研究的不足,并为有关企业破产中政府职责的履行提供参考。

五、本书的研究方法

首先,实证研究与规范研究。实证研究,“是在价值中立(价值祛除)的条件下,以对经验事实的观察为基础来建立和检验知识性命题的各种方法的总称”。^[23] 本书的实证研究体现在,通过对具体的案例和现行法律法规的介绍,分析和考察现实破产案件中的破产事务是怎样处理的,人民法院、政府、破产管理人、债权人会议在破产事务中各自履行了哪些职责,是如何履行的;以及通过现实中的具体案例表明政府在企业破产中的职责履行。规范研究,即从抽象的原则和一定的价值理念出发,对研究对象进行评价性的分析,并得出结论的一种研究方法,一般也称为价值分析方法。^[24] 本书的规范研究体现在,从政府与市场的关系的宏观角度和对破产企业利益相关者的利益平衡与保护的微观角度以及人文、稳定、公平与效率的角度,分析企业的破产为什么需要政府履行适当职责、政府应当履行哪些职责以及政府如何履行好这些职责等问题。

其次,比较研究。将两个或两个以上的事物加以对照,以说明它们在某些

[22] 参见[瑞士]艾娃·胡普凯斯:《比较视野中的银行破产法律制度》,季立刚译,法律出版社2006年版,第13~16页。从其他国外学者的破产法著作来看,也很少有关于企业破产的政府职责的系统研究。参见[日]石川明:《日本破产法》,何勤华、周桂秋译,中国法制出版社2000年版;参见[美]大卫·G.爱泼斯坦:《美国破产法》,韩长印等译,中国政法大学出版社2003年版。

[23] 张文显主编:《法理学》(第3版),高等教育出版社、北京大学出版社2007年版,第31页。

[24] 参见张文显主编:《法理学》(第3版),高等教育出版社、北京大学出版社2007年版,第29页;朱景文主编:《法理学》,中国人民大学出版社2007年版,第17页。