

公司强制清算制度的破产化建构

何欢

内容提要:司法政策文件与地方性规范对强制清算制度进行的破产化建构,有其法理正当性。在事实层面,财务困境是导致公司怠于自行清算而适用强制清算的根本成因;在制度层面,强制清算与破产程序在程序构造与实体构造上均相契合。强制清算与破产程序本质上均属困境公司债务概括清理制度,就这一共同主题,不应仅因规定在公司法下或破产法下而有所不同,而应确保程序和实体上的相同问题均得到相同处理。公司强制清算制度的破产化建构未来应抛弃“分立式”思路而改采“一体化”思路,将强制清算纳入《企业破产法》统一调整。为此需整合与两类程序之启动和终结相关的规范,以确保破产法能恰如其分地适用于原属强制清算的场合。基于该思路,也能对两类程序原本面临的共同难题展开更为融贯的系统研究。

关键词:强制清算 破产程序 《企业破产法》修订 一体化立法

何欢,上海财经大学法学院副教授。

一 问题的提出

依公司法原理,公司解散除因合并、分立引发及破产解散外,为消灭尚存的法律关系及法人资格,均应进行公司清算。立法又将其分为两种类型:一是自行清算,即解散事由出现后公司自行成立清算组及时展开清算;二是强制清算,即公司怠于清算时,包括逾期未成立清算组、成立清算组却迟延或不当清算,经利害关系人申请由法院指定组成清算组进行清算。然不论1993年《公司法》、2018年《公司法》抑或2023年修订的《公司法》,对两种类型几无规则上的区分设计。唯2008年通过并经两次修正的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(二)》(下称“《公司法解释二》”)有部分规定仅适用于强制清算,2009年《最高人民法院关于审理公司强制清算案件工作座谈会纪要》(下称“《强制清算纪要》”)及不少地方法院就强制清算单独进行了细化规定。但学界对此暂无特别关注,而长期聚焦于“应清算而不清算”现象,争论重心仍是自行清算的

义务主体和怠于自行清算的责任等问题,^[1]而并未有更多视角切入。

出人意料,公司强制清算的细化规定最突出的特征竟是对《企业破产法》及其司法解释的借鉴。《强制清算纪要》不仅明确强制清算的管辖规则、具体审判庭与破产程序相同(第2条与第6条),得由具备破产管理人资质的中介机构或个人担任清算组并参照适用管理人指定规则(第22条)和管理人报酬确定规则(第25条),无法全面清算时得参照适用无产可破时的破产程序终结规则(第28条),还兜底性地规定“就公司法、公司法司法解释二,以及本会议纪要未予涉及的情形……可参照企业破产法及其司法解释的有关规定”(第39条)。2009年《江苏省高级人民法院关于审理公司强制清算案件若干问题的意见(试行)》(下称“《江苏强清意见》”)除在公司财产接管、债权申报审核、财产清理、财产处置及分配等章节大量“照搬”《企业破产法》,还引入了破产法独有的部分实体规则。后续制定的地方规范亦遵循此一制度建构思路。^[2]2016年《最高人民法院关于调整强制清算与破产案件类型划分的通知》更直接将强制清算与破产案件合并为同一案件大类。

这种“破产化”建构缓解了公司强制清算规范供给的不足,但也有诸多问题尚待回应。第一,破产化建构的法理不明。《强制清算纪要》第6条、第39条直言“公司强制清算案件在案件性质上类似于企业破产案件”,具有“具体程序操作上的相似性”。而既有观点强调二者存在根本差异,公司清算(包括强制清算)以足以偿还全部债务为前提,破产程序则相反。^[3]且后一观点似更合乎修订后的《公司法》第237条(修订前为《公司法》第187条)清算组发现公司资不抵债须立即申请破产之规定。第二,作为法理问题的另一面,破产化建构的限度不明。《强制清算纪要》开篇注明其调整范围为“有关程序和实体问题”且第39条明定实定法未予涉及时得概括参照破产法有关规定,最高人民法院的解读却强调自动冻结等破产法独有的实体规则不适用。^[4]地方法院的规范文件虽部分引入此类实体规则,但相互间并不统一。尤为核心地,对强制清算应多大程度上与破产程序相一致,欠缺明确指导。第三,与限度问题相关,破产化建构的前景不明。目前有关这种破产化建构的规定总体上层级较低,未来应否继续深化、如何更规范地对其加以探索,进言之,破产化的强制清算制度与破产法是何种关系,相互间如何协调,有无可能直接由破产法对强制清算加以调整,均有待深入探讨。

市场主体的退出与设立、运行同等重要。公司清算与破产程序是公司依法退出市场最主要的两种途径,以上问题不仅事关公司强制清算个案法律适用的妥适性评价和制度

[1] 参见梁上上:《有限公司股东清算义务人地位质疑》,《中国法学》2019年第2期,第260-278页;高永周:《清算义务人承担连带清偿责任的法理逻辑——评最高人民法院指导案例9号案》,《中南大学学报(社会科学版)》2014年第5期,第126-132页。

[2] 如2009年《北京市高级人民法院关于审理公司强制清算案件操作规范(试行)》(下称“《北京强清规范》”)、2015年《深圳市中级人民法院公司强制清算案件审理规程》(下称“《深圳强清规程》”)、2021年《沈阳市中级人民法院公司强制清算案件审理程序指引(试行)》(下称“《沈阳强清指引》”)、2022年《上海市破产管理人协会强制清算案件清算组工作指引(试行)》(下称“《上海强清指引》”)。

[3] 参见宋晓明等:《〈关于审理公司强制清算案件工作座谈会纪要〉的理解与适用》,《人民司法·适用》2010年第1期,第43页;李建伟主编:《公司法评注》,法律出版社2024年版,第939页。

[4] 参见宋晓明等:《〈关于审理公司强制清算案件工作座谈会纪要〉的理解与适用》,《人民司法·适用》2010年第1期,第43页。

建构总体思路的明确,更关乎整个市场主体退出制度基础框架的优化。在《公司法》已修订,《企业破产法》正在修订,2024 年《中共中央关于进一步全面深化改革推进中国式现代化的决定》明确提出“完善市场经济基础制度”“健全企业破产机制……推进企业注销配套改革,完善企业退出制度”的背景下,就此进行专门讨论更显必要。

二 破产化建构的事实基础

(一) 公司强制清算的根本成因

自 1993 年《公司法》起,公司清算制度便已陷入“应清算而不清算”的窘境。以行政解散为例,尽管该法规定主管机关应组织成立清算组,但每年被吊销营业执照的企业中许多并未依法退出市场。^[5] 就此,司法机关的思路与学界总体一致,即明晰自行清算的义务主体,强化怠于自行清算的责任。如《公司法解释二》第 18-21 条将有限公司的全体股东、股份公司的董事和控股股东确立为清算义务人。唯新修订的《公司法》第 232 条第 1 款已明确统一由公司董事作为清算义务人。又根据《公司法解释二》第 18 条第 2 款与第 20 条第 1 款,清算义务人怠于履行清算义务使公司主要财产、账册等灭失或未经清算便办理注销登记,致无法全面清算的,须对公司全部债务承担连带责任。但上述思路效果难言可观,直观证据就是新修订的《公司法》第 240-241 条对简易注销和强制注销的采纳。然不论明确自行清算的义务主体并强化其责任,还是简易注销及强制注销,均未认真考虑的问题是:为何公司出现解散事由后会怠于自行清算而需适用强制清算?

实践数据不经意透露了答案。浙江省温州市 2011-2015 年的 247 件清算义务人责任纠纷中,公司经执行而执行不能、经破产程序或强制清算而“无产可破”“无产可清”的有 228 件,占比 92.3%。^[6] 江苏省 2008-2018 年的 512 件同类纠纷中,仅 32 件中债务人未进入强制清算或破产程序,占比 6.3%。^[7] 上海市 2017-2021 年上半年的 546 件强制清算案件仅 67 件以“清算完毕”结案,占比 12.3%,且“清算完毕”不等于债权完全受偿。^[8] 不排除最高人民法院也注意到了公司财务困境与怠于自行清算的关联。最高人民法院有法官基于此种关联,主张应系统引入特别清算制度作为介于非破产清算与破产清算的制度安排。^[9] 2011 年《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)》(下称“《破产法解释一》”)第 5 条更是明定公司怠于自行清算而债权人申请破产的,推定公司达到破产界限。

为何财务困境会使公司怠于自行清算,且怠于自行清算大多发生在公司陷入财务困

[5] 参见李曙光、王佐发:《中国〈破产法〉实施三年的实证分析——立法预期与司法实践的差距及其解决路径》,《中国政法大学学报》2011 年第 2 期,第 60 页。另外,该规定亦已于 2006 年被废除。

[6] 参见潘光林等:《温州法院审理股东怠于履行清算义务案件若干疑难问题梳理》,《法律适用》2017 年第 8 期,第 24 页。

[7] 参见张俊勇、翟如意:《有限责任公司清算义务人主体问题研究》,《法律适用》2019 年第 19 期,第 91 页。

[8] 参见洪珏等:《强制清算与破产清算的转化与衔接机制研究》, https://mp.weixin.qq.com/s/x6Gp_SXVEC0El6j3mmeNPA, 最近访问时间[2025-03-01]。

[9] 参见刘敏著:《公司解散清算制度》,北京大学出版社 2012 年版,第 172-174 页。

境时?考察当事主体的利益函数,原因并不难发现。解散事由出现时,若公司资金充足,尽管股东的股权将因清算而消灭,但仍可获得剩余财产分配。因公司已无正常存续可能,其通常会愿意推动公司自行清算,至少并不抗拒。然若公司已资不抵债或不能清偿,因清算不具经济实益而不清算至少能保持现状,则其将缺少前述意愿。虽然新修订的《公司法》排他性地规定由董事作为公司清算义务人,财务困境仍有类似效果。一方面,董事不一定真正独立,而往往受制于股东。^[10]另一方面,董事即使确能保持独立,也会考虑履职回报与前景,选择“留守”并积极清算可能得不偿失。故尽管依修订前的《公司法》第183条,股份公司的清算义务人包括董事,但股份公司怠于自行清算的情形并不少见。

财务困境也是公司出现解散事由的最重要诱因。尽管有指导案例第8号这样的例外,但有例证表明,被诉请解散的公司陷入经营瘫痪乃至财务困境,是公司司法解散之诉的显著特征,被判解散的公司尤其如此。^[11]因未参加年检或无故停业而被吊销营业执照的公司中,亦有相当比例已达破产界限。^[12]就司法解散来说,若公司资金尚佳,就算治理上有冲突通常也达不到需解散公司的程度,否则“无异于杀死可能下金蛋的鹅”;^[13]即便被判解散,理性股东仍可能达成和解,以免公司被实际清算。^[14]故2005年《公司法》引入司法解散制度时便强调通常须同时满足财务困境要件。^[15]特别地,在新修订的《公司法》下,因第89条第3款受压制股东强制回购权的治理僵局纾解功能,^[16]该要件在司法解散纠纷中或被进一步强化。

将清算的成本纳入考量,更具说服力。公司清算一则事务繁杂,从2023年修订的《公司法》第234条(修订前为《公司法》第184条)对清算组职权事项的规定便可见一斑;二则需要审计、资产评估、法律等专业智识参与;三则仍需维持公司正常治理架构,根据新修订的《公司法》第236条第1款与第239条(修订前为《公司法》第186条第1款与第188条),清算方案与清算报告仍需股东会通过;四则用时较长,作为参照,强制清算虽有司法介入,但以上海为例平均用时仍接近一年。^[17]这就能解释为何怠于自行清算者以中小公司(包括中小股份公司)为主。尽管财务困境公司不排除有及时成立清算组的可能,但面对清算的难度与成本,往往仍会中途放弃甚至实施不当行为。

[10] 这也是新修订的《公司法》引入“事实董事”及“影子董事”有关规则的重要原因,参见王瑞贺主编:《中华人民共和国公司法释义》,法律出版社2024年版,第251-252、270-271页。

[11] 参见耿利航:《公司解散纠纷的司法实践和裁判规则改进》,《中国法学》2016年第6期,第222页;李建伟:《司法解散公司事由的实证研究》,《法学研究》2017年第4期,第123页。

[12] 参见王东明:《全国人民代表大会常务委员会执法检查组关于检查〈中华人民共和国企业破产法〉实施情况的报告》,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2021年第6号,第1242页。

[13] See Paul L. Davies, *Gower's Principles of Modern Company Law*, 11th edition, Thomson Reuters, 2021, p. 562.

[14] 参见张学文:《市场理性与法院自制——公司裁判解散的实证研究》,《法学评论》2012年第1期,第30页。

[15] 参见洪虎:《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国公司法(修订草案)〉修改情况的汇报——2005年8月23日在第十届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议上》,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2005年第7号,第581页。

[16] 参见徐方亮:《有限公司中的强制购买股权——以〈公司法〉第89条第3款为中心》,《环球法律评论》2024年第5期,第139-155页。

[17] 参见上海市高级人民法院商事庭课题组:《公司解散清算的功能反思与制度重构——从清算僵局的成因及制度性克服切入》,《法律适用》2023年第1期,第69-71页。

(二) 财务困境成因的体系验证

财务困境也能解释为何对违反清算义务课以严苛责任无法取得预想结果。法律责任的行为规制原理在于以责任的课处将目标行为的负外部性重新内部化,从而反向驱动当事人行为。但法律责任要起作用,其所产生的不利益或剥夺感应大于所欲实现的目标本身。就公司实际运行生态而言,因替公司担保或借款等原因困境公司的股东可能已将全部“身家”寄于公司,中小公司尤其如此,以致公司陷入财务困境时,除去对公司的股权其早已“无所可失”。^[18] 而董事即使独立于公司股东,也未必有动力积极清算,有的董事宁愿维持未清算状态,尤当考虑到若公司清算继而转入破产程序,根据《企业破产法》第 113 条第 3 款,其工资须按职工平均工资计算。又或者,股东或董事有不当损害公司利益的行为,即使积极清算仍需承担相应责任。故哪怕违背责任法的基本原理,于无法全面清算时令其对公司债务承担连带责任而不考虑实际损害大小,也难以迫使其积极清算。

类似地,财务困境亦能说明对清算义务人课以破产申请义务难以奏效。有学者也发现急于自行清算的公司几均已陷入财务困境,主张对清算义务人课以破产申请义务来破除“应清算而不清算”现象。^[19] 但当公司陷入财务困境,不论对公司法人资格、既有债务关系清理,还是对股东或董事的利益函数,公司清算与破产程序的效力并无实质不同,除非公司尚有通过破产重整或和解实现再生的合理可能。是以,财务困境公司通常也缺少自愿申请破产的动机。^[20] 亦因如此,一些国家或地区虽确立了董事破产申请义务,但效果并不理想。如德国尽管 1861 年就确立了该义务,但并未解决破产程序启动不及时的问题,约 3/4 案件因无力支付破产费用而无法启动,另有 1/10 虽能启动却也因此而终结。^[21] 在日本,营利法人董事的破产申请义务在旧商法典时代就已废除,公益法人理事的破产申请义务亦已于 2006 年废除。^[22] 我国台湾地区对破产申请义务的妥当性及其债权人保护功能亦多有质疑。^[23]

我国《企业破产法》其实已有清算义务人破产申请义务的规定,唯效果同样欠佳。根据《企业破产法》第 7 条第 3 款,企业法人应清算而未清算或未清算完毕,且资不抵债的,“依法负有清算责任的人应当向人民法院申请破产清算”。根据文义,“依法负有清算责任的人”包括自行成立或强制指定的清算组,及未成立清算组时的清算义务人。^[24] 在“北大法律信息网”进行检索,截至 2024 年 3 月 1 日,援引第 7 条的裁判文书总计 19602 篇,但援引第 7 条第 3 款的仅 715 篇,其中,真正涉及“依法负有清算责任的人”申请破产

[18] 这也是当前企业主自身破产的主要原因。参见白田甜:《个人破产立法中的争议与抉择——以〈深圳经济特区个人破产条例〉为例》,《中国人民大学学报》2021 年第 5 期,第 4 页。

[19] 参见梁上上:《有限公司股东清算义务人地位质疑》,《中国法学》2019 年第 2 期,第 264-276 页。

[20] 参见韩长印、何欢:《破产界限的立法功能问题——兼评〈企业破产法〉司法解释〈规定(一)〉的实际功效》,《政治与法律》2013 年第 2 期,第 3-4 页。

[21] 其余案件平均清偿率也仅 3-5%。参见[德]莱因哈德·波克著:《德国破产法导论》,王艳柯译,北京大学出版社 2014 年版,第 5 页。

[22] 参见[日]山本和彦著:《日本破产处理法入门》,金春等译,法律出版社 2016 年版,第 48 页。

[23] 参见刘连煜著:《现代公司法》,我国台湾地区新学林出版股份有限公司 2019 年版,第 569 页。

[24] 参见宋晓明等:《〈关于债权人对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〉的理解与适用》,《人民司法·应用》2008 年第 17 期,第 21 页。

清算的案件仅 230 件。由清算义务人申请的仅 26 件,加上由自愿清算组申请的合计也仅 65 件,年均不足 4 件。且即使现有案件数量,也极可能是僵尸企业出清等行政因素的结果。盖由清算义务人申请的 26 件案件,均发生在国务院 2015 年年底提出僵尸企业出清的政策要求后。

财务困境也有助于说明为何债权人通常不愿申请公司强制清算,以及为何 2008 年后案件数量开始增加。1993 年《公司法》第 191 条便规定,公司未及时自行清算的,债权人得申请强制清算。但理性债权人先考虑的总是实现个人债权,一般不会去申请强制清算。即使“落后债权人”,考虑到可能的收益与申请成本往往也会放弃申请。债权人通常缺少申请公司强制破产的动机,原因与此类似。^[25]而 2008 年后案件数量增加,主要还是由于 2008 年《公司法解释二》第 18 条第 2 款与第 20 条第 1 款规定,股东或董事怠于自行清算致无法全面清算时,须对公司债务承担连带责任。但作为适用条件,不少法院强调只有经强制清算或破产程序才能证明无法全面清算及债权人损失之存在。^[26]

事实上,就强制清算或类似制度对破产法加以借鉴绝非个例。《日本公司法》不仅将有资不抵债之虞和显著妨碍清算之状况并列作为对股份公司启动特别清算的条件(第 510 条),还规定了对债权人个别追偿的冻结,包括对强制执行和债务抵销的自动冻结(第 515 条、第 517-518 条)、对担保权行使的裁定冻结(第 516 条),及债权人会议有关规定(第 546-562 条)。我国台湾地区“公司法”对特别清算有类似规定(第 335 条第 2 款、第 341-346 条)。英国的公司清算则直接由《英国破产法》规定,分为自愿清算(包括股东自愿清算与债权人自愿清算)与强制清算,对破产清算则无单独规定;债权人自愿清算以自愿解散之公司无法于 12 个月内清偿所有债务为条件(第 89 条),强制清算将不能清偿与无故停业、法院认定正当公允(典型如自愿清算不畅时^[27])并列作为启动条件(第 122 条);自愿清算得裁定冻结个别追偿(第 A1 编),强制清算得适用自动冻结规则(第 130 条第 2 款),所有清算程序均适用偏颇撤销规则(第 239 条)。根据《美国破产法典》第 303 条(h)(2),申请破产前 120 日内曾就公司清算指定托管人或接管人,构成对强制破产申请作出破产救济令的独立条件。概言之,强制清算之公司几均已陷入财务困境实为普遍现象,而非中国所独有。

三 破产化建构的制度基础及限度

(一) 实体构造的契合

1. 债权实现方式的契合

就实体层面而言,债权实现方式可分为个别追偿与概括清理两种。个别追偿是破产

[25] 参见韩长印、何欢:《破产界限的立法功能问题——兼评〈企业破产法〉司法解释〈规定(一)〉的实际功效》,《政治与法律》2013 年第 2 期,第 4 页。

[26] 如江苏省 2008-2018 年审理的清算义务人责任纠纷中,未经强制清算或破产程序,要求清算义务人担责的诉请均未获支持。参见张俊勇、翟如意:《有限责任公司清算义务人主体问题研究》,《法律适用》2019 年第 19 期,第 91 页。

[27] See UK Insolvency Act § 124 (5).

程序外的实现方式,强调当事人意思自治下的权利个别行使,遵循“先到先得”规则。即使经由强制执行程序,也须适用当事人处分原则,当事人对程序进展仍有相当支配权。唯个别追偿易导致债权人挤兑和债务人资产的不效率运用,尤其在债务人陷入财务困境时。^[28] 为应对这种情形,破产程序内的概括清理强调统一清理所有债务。根据《企业破产法》第六章,破产程序启动后所有债权便应经申报(仅劳动债权免于申报)依破产程序有序行使,迟延或不申报须承担不利后果乃至实体失权。^[29] 为阻断个别追偿,《企业破产法》还设有自动冻结与偏颇撤销两项规则。根据该法第 16 条、第 19 条、第 75 条第 1 款及 2018 年《全国法院破产审判工作会议纪要》(下称“《破产审判纪要》”)第 25 条,破产程序启动后不得为个别清偿,保全措施须解除,执行程序须中止,担保权原则上也须暂停行使;根据该法第 32 条及第 31 条第 3 项,破产程序启动前 6 个月内对个别债权的清偿,若彼时债务人已达破产界限,及破产程序启动前 1 年内追加财产担保,原则上应撤销。

公司清算中的债权实现同样具有一定概括性。这种概括性首先源自公司清算要求尽快消灭剩余法律关系及公司人格,以回复法律秩序之确定。我国台湾地区“公司法”第 87 条第 3 款、第 334 条明定自行清算原则上须 6 个月内完结。大陆《公司法解释二》第 16 条对强制清算有类似规定。为确保“尽快”,比较法上均要求统一申报债权以集中清理债务。新修订的《公司法》第 235 条第 3 款(修订前为《公司法》第 185 条第 3 款)同时规定,申报期间不得清偿债务,以免债权人争相行权使现金流断裂进而造成破产挤兑。^[30] 为阻却债权的任意行使,《日本公司法》第 503 条与我国台湾地区“公司法”第 327 条、第 329 条还规定无正当理由未于规定时间申报债权者不列入清算(已知债权人除外),仅得由剩余财产获偿,且股东已获之偿付应予保护。《公司法解释二》第 14 条第 1 款虽允许其参与清算,但也强调无正当理由不得影响债权人已获之分配及股东已获之偿付。美国《特拉华普通公司法》第 180 条(a)(2)则直接规定未按要求申报债权将实体失权。

但强制清算对概括清理的需求迫切得多,而限于统一申报债权。一则,因公司几均已陷入财务困境而难以清偿全部债务,与破产程序一样须确保所有债权人均有参与并获偿的机会。故《江苏强清意见》第 47 条规定,未到期、附条件、附期限,诉讼、仲裁未决的债权得参照《企业破产法》第 46-47 条进行申报。^[31] 二则,更重要地,个别追偿的零和性更明显,更易引发债权人挤兑,须与破产程序中一样加以更严格限制且不限于债权申报期间。故《日本公司法》虽规定自行清算中债权人得就迟延受偿主张赔偿,担保权及清偿未损及其他债权时不受申报期间禁止个别清偿之限(第 500 条),但特别清算中就算强制执行与债务抵销亦须自动冻结(第 515 条、第 517-518 条),担保权的强制实现和特别清算启动审查期间的强制执行也得裁定冻结(第 516 条、第 512 条第 1 款第 2 项)。英国不仅

[28] See Barry E. Adler et al., *Baird & Jackson's Bankruptcy: Cases, Problems, and Materials*, 5th edition, Foundation Press, 2020, pp. 23-24.

[29] 根据 2021 年《上海市浦东新区完善市场化法治化企业破产制度若干规定》第 6 条第 2 款,已知债权人收到申报通知和失权后果告知后,无正当理由未按时申报的,视为放弃债权。

[30] 参见王瑞贺主编:《中华人民共和国公司法释义》,法律出版社 2024 年版,第 328 页。

[31] 另参见《北京强清规范》第 58-59 条;《深圳强清规程》第 47-48 条;《沈阳强清指引》第 61-62 条;《上海强清指引》第 82 条第 2 款。

区分自愿清算与强制清算对个别追偿的冻结有不同规定,甚至还规定了偏颇撤销规则。

2. 价值增进目标的契合

破产程序强调债务概括清理,最根本目标是增进债务人财产价值(也即利害关系人整体利益),以一种有别于意思自治的方式重新实现资源优化配置。^[32]就此,破产法上有一类规则重在使债务人财产摆脱债权人的个别追偿,为价值增进提供法律上的可能而不积极介入价值实现的商业判断。债权申报、自动冻结及偏颇撤销规则均属此类。另一类规则相反,甚至不惜突破前一类规则。根据《企业破产法》第18条,管理人对双方均未履行完毕的合同(即待履行合同)有继续履行与否的专属选择权,以保留有利可图者而抛弃累赘者,且继续履行不仅不受冻结,根据该法第42条第1项因此所生债务还得作为共益债务优先受偿,以换取相对方配合。根据该法第32条的但书,“个别清偿使债务人财产受益”构成偏颇撤销的例外。该法第39条则规定,为鼓励对困境公司的异地赊销,卖主得于其破产后取回在途货物而不论所有权已否变动,且管理人得支付价款换回货物而不受自动冻结的限制。根据该法第42条第4项,为鼓励与债务人相交易,债务人继续营业所生债务均属共益债务。整个重整制度亦属后者,其首要理念即企业运营价值高于清算价值。故根据该法第75条第2款及第81条第1项,得为重整营业而融资,并得通过重整计划调整债务人经营方案。

基于利害关系人保护的一般理念,破产法外的债权实现有时也会考虑债务人财产的价值增进。如2019年《关于在执行工作中进一步强化善意文明执行理念的意见》第9条指出,为尽可能实现财产真实价值,执行变价应以网络司法拍卖优先。公司自行清算时对公司财产的清理也不例外。如新修订的《公司法》第234条(修订前为《公司法》第184条)对清算组职权的规定所示,公司清算最重要的任务即清理公司财产,清偿债务并将剩余财产分配给股东。是以,公司财产价值的实现系公司清算的应有之义。故在德国,清算人通常会尝试将被清算之企业作为有机整体出让,以实现其运营价值。^[33]

强制清算与破产程序一样,须将价值增进作为根本目标,且价值增进与概括清理互为表里。其一,因无法清偿所有债务,只有财产价值增进方能最大限度实现债权人利益,且与破产程序一样,这也是债权人自公司受偿的最后机会。^[34]《日本公司法》第535条第1款第2项甚至规定特别清算中可以融资。其二,与破产程序一样,强制清算的概括性能为公司财产的统一有序运用及价值增进提供法律上的可能。在日本,特别清算中裁定冻结担保权行使的最典型理由就是清算财产价值实现的需要。^[35]更关键地,《江苏强清意见》更是效仿破产立法以激励与困境公司交易,而不惜突破强制清算期间对债权个别实现的限制:一是采卖主取回权规则,且清算组得支付价款换回货物(第56条第2款);二是

[32] See Thomas H. Jackson, Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements, and the Creditors' Bargain, 91 *Yale Law Journal* 857, 859-868 (1982).

[33] 参见[德]托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔著:《德国资合公司法》,高旭军等译,上海人民出版社2019年版,第788页。

[34] 参见《北京强清规范》第24条、第66条。另参见《江苏强清意见》第20条、第62条;《深圳强清规程》第19条、第59条;《沈阳强清指引》第47条、第75-76条;《上海强清指引》第65条、第75条第2款。

[35] 参见[日]山本和彦著:《日本倒产处理法入门》,金春等译,法律出版社2016年版,第211页。

采共益债务概念及待履行合同规则,因继续履行待履行合同和“为公司继续营业”所生的债务均享有共益债务的优先顺位(第 59 条)。^[36]《日本公司法》第 537 条第 2 款及第 565 条也规定,只要最终不损及其他债权,特别清算中仍得为个别清偿。在英国,待履行合同制度和偏颇撤销的新对价例外(偏颇清偿在给公司带来新价值范围内不予撤销)同样适用于强制清算。^[37]

(二)程序构造的契合

1. 债权人程序参与的契合

不同于常态的公司治理,破产程序作为公司治理的特殊场景,明确赋予债权人广泛程序参与权。公司治理最重要的原则之一是剩余控制权与剩余索取权应保持正比关系,以减少代理成本。在常态公司中,股东是剩余索取权人,但剩余索取权具有“状态依存性”,公司陷入财务困境时,因债权人也实际承担公司经营边际风险,自应增强对其的控制权配置。《企业破产法》第七章便仿照公司法而采债权人自治原则,将债权人会议确立为债权人参与破产程序的自治机构。2019 年《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(三)》(下称“《破产法解释三》”)第 15 条更明定对债权人利益有重大影响的财产处分均须经债权人会议通过。这种以债权人自治为中心的设计是许多国家的选择。《美国破产法典》虽未采该原则,而是以司法对抗制为中心设计破产程序中的公司治理/程序参与架构,但同样强调债权人控制权的强化,债权人对与其利害相关的几乎所有事项,均有权提出请求或异议并由法院居中裁判。^[38]

公司自行清算时,尽管其权利能力限于清算目的所需范围,且董事、经理等失去业务执行权而由清算组或清算人负责具体清算事务,但公司重大事项的决策权仍归股东会。如前所述,清算方案及清算结束后的清算报告均须经股东会通过。另根据新修订的《公司法》第 230 条、第 232 条第 2 款,股东会有权议定自愿解散之公司继续存续而不再清算,另选董事以外的人选作为清算组成员。《日本公司法》第 479 条第 1 款、第 480 条及第 483 条第 3 款规定,股东会有权解任非由法院选任的清算人,修改章程而不再设置监事,及选择作为公司代表的清算人。我国台湾地区“公司法”第 325 条第 1 款还规定,对非由法院选派之清算人,其报酬由股东会议定。英国对股东自愿清算,也有大致类似的规定。^[39]

强制清算因公司几均已陷入财务困境,债权人也成为剩余索取权人,与破产程序中一样须增强对其的控制权配置。盖若公司重大事项决策权仍归股东会,将不必要地引发股东及清算组与公司债权人间的代理成本。根据《日本公司法》第 546 条第 1 款及第 567 条,特别清算得于必要时召集债权人会议以确定其团体意思,债务清偿协定须经债权人会议多数决通过。英国的债权人自愿清算与强制清算中,债权人得参与清算人指定,主导成

[36] 另参见《深圳强清规则》第 43 条第 1 项。

[37] See Dennis Faber et al., *Treatment of Contracts in Insolvency*, Oxford University Press, 2013, pp. 135-174; Kristin van Zwieten, *Goode on Principles of Corporate Insolvency Law*, 5th edition, Thomson Reuters, 2019, pp. 671-675.

[38] See H. R. Rep. No. 95-595, 95th Cong., 1st Sess. 99-109 (1977).

[39] See UK Insolvency Act § 91-94.

立清算委员会以代表参与重大决策并代为接受清算人的履职汇报。^[40] 我国江苏、沈阳、深圳等地也有债权人参与方面的探索性规定。^[41]

2. 司法介入需求的契合

尽管破产程序系属诉讼或非讼程序尚有争议,但毕竟属于司法程序,司法的深度介入乃基本特征。具言之,因债务人财产有限而债权人众多,所涉利益冲突激烈异常,债务概括清理及价值增进的实现过程中不免影响到利害关系人权益,基于程序正义理应提供听审的机会,只是未必均采典型民事诉讼的形式。美国法中,赋予债权人等利害关系人广泛司法参与权的同时,破产法院的职责亦被限定为诉讼或争议的裁判,破产案件中的所有争讼均由法院居中裁判。^[42] 我国《企业破产法》虽强调债权人自治,且或有债权人自治权与司法裁判权如何分工、衔接的难题,但也明确规定了诸多应由法院裁判的争讼,包括但不限于:破产程序的启动与终结、破产衍生诉讼(如债权确认异议之诉、破产撤销及破产无效之诉)、管理人解任与否、债务人继续营业及重整程序中自行管理与否、担保权恢复行使与否、债务人财产管理/处分/分配方案批准与否、管理人报酬确定、重整计划及和解计划批准与否、追加分配许可与否。法院甚至还需承担特定司法行政职责,如管理人名册建立及维护、管理人选任及监督、相关信息公告、债权人会议主席选任等。

公司自行清算仍适用公司自治原则,通常排斥司法介入。自行清算之公司在治理上的特色仅在于存续目的限于清算所需范围、由清算组或清算人取代原经营层,此外与常态公司并无根本区别。故修订前后的《公司法》对自行清算中的司法介入均无规定。《公司法解释二》虽有五处规定,但有关争讼均为典型民事诉讼形式,且不论债权确认异议之诉(第12条)、清算组责任之诉(第11条、第15条第2款及第23条)或股东不当分配返还之诉(第14条第1款)均涉及利害关系人受有直接经济损失的情况,此种限度的司法介入在公司清算外同样存在,且同等适用于强制清算。我国台湾地区与英国也均强调,在特别清算或强制清算之外,法院的介入并非常规职权。^[43]

强制清算及类似制度自启动便有法院主动参与,与破产程序一样天然属于司法程序。根据《强制清算纪要》第36条,强制清算的终结亦需法院裁定。盖与破产程序一样,因公司几均已陷入财务困境而利益冲突格外激烈,为确保程序顺利进行同时基于程序正义,法院同样应积极介入,而常态公司的巨大自治空间不复存在。故我国台湾地区“公司法”规定,法院得解任并补选清算人、令清算人报告工作并为调查、保全公司财产(第337-339条)甚至指定检查人(第352条),得因情势紧迫而代债权人会议为决定(第346条第2

[40] See e. g., UK Insolvency Act § 100, 101, 103, 110, 165; Insolvency (England and Wales) Rules 2016 § 6.7 (5), 12.42 (2), 14.13, 17.23, 17.25, 18.20.

[41] 其中《深圳强清规程》第52条概括规定,“债权人可以组成债权人会议对财产变价、分配等重大事项进行表决,表决程序参照适用企业破产法的规定”。另参见《江苏强清意见》第62条第1款;《沈阳强清指引》第72条、第78条。

[42] 但为确保破产审判专业化,非均由破产法院最终审理。See Charles J. Tabb, *The Law of Bankruptcy*, 5th edition, West Academic, 2020, pp. 84-86.

[43] 参见柯芳枝著:《公司法论》,中国政法大学出版社2003年版,第500页;Vanessa Finch & David Milman, *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles*, 3rd edition, Cambridge University Press, 2017, p. 455.

款),债权人会议选任/解任监理人、通过及变更债务清偿协定的决议亦需经其认可(第 345 条第 2 款、第 350 条第 2 款)。《日本公司法》则概括规定特别清算受法院监督(第 519-522 条),债权人会议由法院主持(第 552 条)。《英国破产法》第 168 条第 5 款更是规定,强制清算中因清算人行为或决定而受影响者,均得请求法院撤销或变更。中国大陆对强制清算中的司法介入亦有探索性规定。《公司法解释二》规定强制清算中清算组由法院指定及更换,清算方案及债务清偿协定须经法院确认(第 8-9 条、第 15 条第 1 款及第 17 条),《强制清算纪要》第 36 条规定清算报告须经法院确认。地方规范的规定更加细致,如《江苏强清意见》至少有 24 处规定明确涉及强制清算中的司法介入。

(三)代小结:破产化建构限度的明确

不论破产程序或强制清算,都是关于困境公司债务概括清理的专门制度,所以二者才能在实体构造与程序构造上均相契合。作为进一步印证,二者在管理人(清算人)地位及职责上亦能够相契合。管理人(清算人)作为清算事务的具体执行者,实乃前述实体构造与程序构造的联结。不论债权概括实现、公司财产价值增进、债权人程序参与或司法权的介入,均与管理人(清算人)之履职密切相关。最大区别可能仅在于称呼不同,如我国法上在强制清算中称清算组,而在破产程序中称管理人。这就能解释为何《强制清算纪要》第 22 条规定了三种清算组指定方案,即由公司董监高组成(优先方案)、由具有管理人资质的中介机构或个人组成及由两类主体共同组成,但实践中往往径直参照 2007 年《最高人民法院关于审理企业破产案件指定管理人的规定》加以指定。对破产法而言,若无管理人(清算人)地位及职责上的契合,这样显然不利于管理人行业的专业化发展。

尤其要强调的是二者在实体构造上的契合,具体而言,在债权实现方式与价值增进目标上的契合。债权概括实现与公司财产价值及其所系之利害关系人整体利益的增进,正是破产法区别于普通民事法律及民事执行法(首重意思自治及个体权利实现)的特征之所在。是以,不仅程序性规则,破产法所独有的实体规则,亦均得适用于强制清算。《北京强清规则》第 22 条对自动冻结规则的采纳,《上海强清指引》第 78 条对债务抵销之冻结的规定,《江苏强清意见》第 56 条第 2 款对卖主取回权规则、第 59 条对共益债务概念及待履行合同制度的采纳,均得由此加以解释。唯因法理不明,如前文予以援引时所反映的,尚有失全面及统一。这也能解释为何英国将公司清算特别是强制清算规定在破产法中,而对破产清算未作单独规定,以及为何在美国,就公司清算指定托管人或接管人,构成对强制破产申请作出破产救济令的独立条件。归根结底,鉴于强制清算与破产程序共同的事实基础及制度构造上的紧密契合,强制清算的进行不应仅因规定在公司法下或破产法下而有所不同。更明确地说,就困境公司的债务概括清理这一共同主题,不论在程序或实体上,均须确保相同问题的相同处理。

四 破产化建构的一体化改进

(一)破产化建构的思路调整

强制清算或类似制度如何对破产法加以借鉴,比较法上有两种不同的思路。一种是

日本的思路,即意识到强制清算不同于自行清算,而与破产程序本质相同后,在公司法下设置专门规定并对破产法加以借鉴,可称为“分立式”思路,日本破产法学者直接称为“公司法上的倒产处理程序”。^[44]我国台湾地区仿日本例,亦采相同思路。另一种是英国的思路,即强制清算(乃至自愿清算)由破产法规定,而不区分强制清算与破产清算,可称为“一体化”思路。中国大陆的公司及破产法制,以及《强制清算纪要》及地方法院的破产化建构采纳的也是分立式思路。《公司法解释二》第17条对债务清偿协定的规定亦系以日本法为最终原型。前文提到,亦有论者主张系统引入特别清算制度。但在明确困境公司债务概括清理须确保相同问题相同处理后,有必要思考何种思路更可取,特别是鉴于日本及我国台湾地区亦有支持一体化立法者。^[45]

除分别立法的历史惯性影响及法律移植中的偏差外,分立式思路的主要理由包括如下方面。一方面,将特别清算或类似制度纳入破产法而正规化可能损及其程序简易性。特别清算的定位是“一种比破产程序更简便的协商型程序”,其核心是由特别清算之公司与债权人就债务清偿达成协议(须经债权人会议表决通过并经法院批准),以“根据个案的具体情况,灵活地变价债务人财产和分配变价款项”,仅当协议不可能通过或批准、未获通过或批准,方能由法院依职权启动破产程序。另一方面,将强制清算纳入破产法将对利害关系人造成心理障碍,“非破产”的特征有助于其广泛应用。^[46]我国台湾地区除强调程序简易性外,^[47]也有学者认为特别清算之公司虽有财务困境但未必资不抵债,宣告破产或继续推行普通清算均不适宜。^[48]有论者亦曾指出,《上海市外商投资企业清算条例》第4条不应直接将资不抵债作为特别清算的启动条件,而省略“之虞”或“之嫌疑”字眼。^[49]《公司法解释二》第17条引入债务清偿协定时,也强调当强制清算中“发现公司财产不足清偿债务”方能适用。只是,以上理由均有待商榷。

第一,特别清算之公司未必资不抵债的理由并不充分。一者,由破产法统一调整意味着自然也须适用破产界限规则。且如《企业破产法》第2条所规定的,破产界限的标准除“资不抵债”,还包括“不能清偿”,即资虽抵债但欠缺流动性而无力清偿到期债务。二者,破产界限的判断并非纯粹的财务评估作业。不论“资不抵债”或“不能清偿”均属财务概念,其评估天然具有主观性。更具实践意义的是利害关系人的申请本身,如前所述,理性利害关系人通常缺少申请破产及强制清算的动机,故提交申请本身即能为程序启动的妥当性背书。为及时提供救济,美国甚至规定破产申请一提交,破产程序便即时启动。^[50]故有无“之虞”“之嫌疑”字眼区别不大,引入特别清算作为介于非破产清算与破产清算的

[44] 参见[日]山本和彦著:《日本倒产处理法入门》,金春等译,法律出版社2016年版,第208页。

[45] 参见[日]谷口安平主编:《日本倒产法概述》,佐藤孝弘、田言等译,中国政法大学出版社2017年版,第13页;许士宦著:《债务清理法之基本构造》,我国台湾地区元照出版有限公司2008年版,第108-110页。

[46] 参见[日]山本和彦著:《日本倒产处理法入门》,金春等译,法律出版社2016年版,第208-209、212-213页;上柳克郎[ほか編]『注釈会社法(13)』(有斐閣,1990年)379-382頁。

[47] 参见廖大颖著:《公司法原论》,我国台湾地区三民书局2019年版,第441页。

[48] 参见柯芳枝著:《公司法论》,中国政法大学出版社2003年版,第514页;王文宇著:《公司法论》,我国台湾地区元照出版有限公司2018年版,第651页。

[49] 参见刘敏著:《公司解散清算制度》,北京大学出版社2012年版,第211页。

[50] See 11 U. S. C. § § 301, 303 (b).

中间安排并无必要。这也能解释为何日本将有资不抵债之虞和显著妨碍清算之状况并列作为依申请启动特别清算的条件,又为何将债务清偿协定作为特别清算中的普适安排,^[51]并明定只要协定不可能通过或批准、未获通过或批准,法院便得启动破产程序。

第二,特别清算较之破产程序的简易性以牺牲债权人利益为代价。其奥秘在于以强制前置且不透明的债务清偿协定取代债务人财产全盘清理变现后的债务清偿。根据《日本公司法》第 515 条及我国台湾地区“公司法”第 335 条,特别清算一启动,便排斥债权人的破产申请而只能就协定进行协商及表决,即使最终协定不可能通过或批准、未获通过或批准也只能由法院依职权启动破产程序,而债权人却要承担相应时间成本。根据《日本公司法》第 567 条、第 569 条,对协定的主要限制是须经债权人会议通过,且分配不少于依公司清算价值可获得者(即破产法上的最低清偿标准)。然为保护债权人利益,作为突破债之相对性以多数决就债务减免进行集体协商的前提,还须确保债权人对案件相关信息的全面知情。对此破产法上已有成熟经验,^[52]而日本公司法等均无规定。我国《公司法解释二》第 17 条亦排斥协定期间的破产申请,且未采最低清偿标准,但考虑到了债权人的信息劣势。尽管其应对(协定须经全体债权人同意)使集体协商型债务调整机制降低谈判成本的优势荡然无存,但于债权人未必是坏事。

第三,“非破产”的特征有助于特别清算广泛应用的理由也不成立。认为将特别清算或强制清算纳入破产法将造成适用障碍,与将破产法的适用困境归咎于“破产文化”“破产理念”的缺失一样,都忽略了市场主体趋利避害的本能。正如学者批评西班牙破产法时所说,与其归咎于文化或理念,不如说是因为破产法欠缺吸引力。^[53]利害关系人通常缺少申请破产及强制清算的动机,及《公司法解释二》第 18 条第 2 款与第 20 条第 1 款导致强制清算案件增加均是明证。而美国法则生动展示了适当提升对债务人的友好程度如何激励其及时申请破产。^[54]回到债务清偿协定,即便在日本及我国台湾地区,其较之破产法上的集体协商型债务调整更受欢迎,也只可能是前段所述之利益因素,而不会是因为系由公司法规定。进言之,即使强制清算的制度优势确属正当,也不能证成该种优势仅得规定在公司法下而在破产法下无从享有。

结合上述第二、第三两点,除去以债权人牺牲换来的简易性,将特别清算或强制清算单独规定在公司法下并无成本优势,尤其是考虑到国内法院至少在程序上已然将强制清算按破产案件办理。包括但不限于同样成立债权人会议,指定破产管理人作为清算组,参照适用管理人报酬确认规则。在此基础上,纳入破产法统一调整,确保偏颇撤销、待履行合同、共益债务等破产法实体规则的统一适用,同等地实现债务人财产价值增进的目标,显然是对利害关系人整体更为有利的安排。至于程序成本问题,破产法上本就一直在探

[51] 而不是如《公司法解释二》般,以是否资不抵债为标准分为适用协定及不适用协定两种情况。

[52] 参见韩长印:《简论破产重整计划表决的信息披露机制——以美国法为借鉴》,《人民司法·适用》2015 年第 1 期,第 33-36 页。

[53] See Aurelio Gurrea-Martinez, *The Low Usage of Bankruptcy Procedures: A Cultural Problem? Lessons from Spain*, 27 *University of Miami International & Comparative Law Review* 275, 275-307 (2020).

[54] 参见何欢:《债务清理上破产法与执行法的关系》,《法学研究》2022 年第 3 期,第 151-152 页。

索提升破产程序的效率,故此完全可在统一的基础上加以探讨。

分立式思路最大的弊端还在于其本身,即将本可由破产法统一调整的困境公司债务概括清理分为出现破产以外的解散事由但怠于自行清算和直接申请破产两种情形,由公司法与破产法分别调整并排除前一情形中破产法的适用而仅是有限借鉴,但又承认公司法有其限度有时仍需启动破产程序。此种做法既浪费立法资源,也导致体系上的紊乱和当事人法律预期不稳定,更不必说我国又将强制清算分为适用协定与不适用协定两种情况。就困境公司债务概括清理而言,分立式思路也无法确保相同问题相同处理,更何况我国尚未充分认识强制清算和破产程序的相同本质。悖论还在于,尽管分立式思路理论上也能做到与破产法相一致,如公司法中亦规定前述信息披露要求,但如此为何还要采该思路?此外,分立式思路客观上造成了学术研究的“两不管”现象。将强制清算或类似制度单独规定在公司法下,结果是公司法和破产法学界对其均缺少关注。故不论是为相同问题相同处理,立法资源节约及体系之简明,还是当事人法律预期的稳定及学术研究的融贯,强制清算制度的破产化建构都应改采一体化思路,由《企业破产法》统一调整。

(二)一体化思路下的规范整合

1. 程序启动规范的整合

第一,默认的破产程序类型。《企业破产法》共设有破产清算、破产重整、破产和解三种具体的程序类型,作为破产程序启动的申请主义的体现,申请人对启动何种程序享有选择权,除非拟申请重整或和解这两种再生型程序,却无法证明公司具有成功再生的合理希望。但将强制清算纳入破产法统一调整后,对公司已出现解散事由的情形却不应赋予申请人前述选择权,而应将破产清算作为默认的程序选择。原因是强制清算与再生型破产程序的制度初衷并不适配,由于已出现解散事由,公司原则上不复有存续理由,而再生型程序试图在债务概括清理的同时通过拯救措施使企业免于退出市场。^[55] 尽管根据新修订的《公司法》第230条(修订前为《公司法》第181条)及《强制清算纪要》第18-19条,若解散事由嗣后消除,得终结清算并使公司继续存续,但这毕竟属于例外。是以,除非证据表明申请破产时解散事由已消除,利害关系人仅得提出破产清算申请。

第二,破产界限的举证。对公司出现解散事由且未消除时的破产清算申请,又可根据具体申请理由,分为直接以达到破产界限为由和以公司怠于自行清算(包括不当清算)为由两种情形。前一情形应直接适用破产法上的现有规则,不因出现解散事由而不同。具体说来,债权人强制申请时仅需证明对债务人享有合法、到期的未偿债务,举证责任便告转移,但债务人自愿申请时需证明自己已达到破产界限。^[56] 关键是后一情形,即《破产法解释一》第5条若确有怠于自行清算之实,得推定公司达到破产界限的规定是否适用于债权人以外的主体申请时。其实之所以有此推定,依据便是怠于自行清算之公司几均已

[55] 对“依法负有清算责任的人”,《企业破产法》第7条第3款仅规定其破产清算申请义务,原因亦在此。

[56] 参见宋晓明等:《〈关于适用企业破产法若干问题的规定(一)〉的理解与适用》,《人民司法·应用》2011年第21期,第25-27页。

陷入财务困境的客观事实。但这种事实不独存在于债权人申请时,其他主体(包括债务人)以公司怠于自行清算或不当清算为由申请破产时,亦应有此种推定的适用。此外,从立法论的角度,为确保破产救济的及时提供,对债务人自愿申请破产,《企业破产法》将来可考虑统一降低证明标准,甚至采美国法上的即时启动规则。

第三,破产申请权人的范围。新修订的《公司法》第 233 条第 2 款和《公司法解释二》第 7 条列举的有权申请强制清算的利害关系人有债权人、股东、董事及行政解散决定作出机关。根据《企业破产法》第 7 条,债务人及债权人有权、“依法负有清算责任的人”有职责申请破产。结合《公司法》对清算义务人的界定,“依法负有清算责任的人”包括自行成立或强制指定的清算组及未成立清算组时的公司董事。将强制清算纳入破产法统一调整后,债权人得在公司出现解散事由后申请破产自无疑问,有疑问的是公司自身和自行成立的清算组能否以怠于自行清算为由申请破产,公司股东及未成立清算组时的公司董事能否申请破产。但考虑到公司已出现解散事由,应抓紧清算以退出市场,亦应允许这些主体申请破产而不必限定具体申请理由。如前所述,真正的问题是公司出现财务困境后,这些主体往往怠于履职行权,故对其申请破产应当鼓励而非否认。类似地,对行政解散决定作出机关因公司怠于自行清算而申请破产也应予以肯定。

第四,破产申请义务的存废。《企业破产法》第 7 条第 3 款规定了“依法负有清算责任的人”的破产(清算)申请义务,将强制清算纳入破产法统一调整后,强制清算组的破产申请义务不复存在,但对自行成立的清算组及未成立清算组时的公司董事应否保留该义务,抑或应如不少学者主张的将其作为普适义务而不讨论是否出现解散事由?^[57] 答案均为否定,更佳选择是废除该义务。强调利害关系人通常缺少破产申请动机不等于对破产申请义务的肯定,前文提到,因公司财务困境导致的利益分歧,增设义务及责任通常无法再有效规制董事行为。除此之外,还有其他理由:其一,董事信义义务的指向对象只能是公司,股东、债权人皆系透过公司而与董事产生交集,信义义务也不应随公司财务状况变化而增减,否则不免形成“寒蝉效应”;^[58] 其二,困境公司即便出现解散事由,公司利益维护也不只有申请破产这一种途径,保持董事选择的开放并将重心落在避免公司状况恶化上更为合理;^[59] 其三,就算是为保护债权人,也应看到其申请破产的举证难度已然极低,不能因其怠于行权而对董事施以惩戒;其四,若是为推动破产法的适用,则应回归问题根源即破产法欠缺吸引力本身,增加破产法的友好程度,以吸引当事人主动申请破产。

2. 程序终结规范的整合

要将强制清算纳入破产法统一调整,还需对破产程序终结有关规范与原本的强制清算终结规范加以整合。正常终结的情形自不必论,需讨论的是与程序简易退出及转换退

[57] 参见邹海林著:《破产法程序理念与制度结构解析》,中国社会科学出版社 2016 年版,第 71-72 页;解正山:《论公司临近破产时的董事义务及问责制——基于公司法与破产法交错视角的思考》,《当代法学》2022 年第 6 期,第 121-132 页。

[58] See Laura Lin, Shift of Fiduciary Duty Upon Corporate Insolvency: Proper Scope of Directors' Duty to Creditors, 46 *Vanderbilt Law Review* 1485, 1485-1524 (1993).

[59] See Stephen J. Lubben, The Board's Duty to Keep its Options Open, 2015 *University of Illinois Law Review* 817, 817-829 (2015).

出相关的规范的整合。

第一,程序的简易退出。程序简易是分立式思路将强制清算单独规定在公司法下的重要理由,在将强制清算纳入破产法后,还有无简易退出的途径?《企业破产法》有两条规定与破产清算程序的简易退出有关:一是第108条,破产宣告前“第三人为债务人提供足额担保或者为债务人清偿全部到期债务”或“债务人已清偿全部到期债务的”,破产清算程序无继续之必要;二是第105条,“债务人与全体债权人就债权债务的处理达成协议的”,得终结破产程序。^[60]适用要件上,前者由于债权均已得到保障,无需债权人个体同意;后者不要求全部到期债务均得到清偿或足额担保,但基于债之相对性及意思自治原则,须得到全体债权人同意。要想既不对全部到期债权为清偿或保障,又无需全体债权人同意,仅得在债务人具有成功再生的合理希望时转换至再生型程序方可达成,且须满足集体协商型债务调整的相关要求。这种强调债权人保护的立场也适用于公司出现解散事由后启动的破产清算程序,没有理由仅因公司出现解散事由便减少对债权人的保护。如前所述,《日本公司法》及我国台湾地区“公司法”试图将债权人集体协商“嫁接”到特别清算,却又不遵循集体协商的要求,实难为破产法所接受。这进一步说明破产程序的简易化构建属于系统工程,绝非将特定程序类型规定在公司法下便能完成。

第二,程序的转换退出。根据《强制清算纪要》第18-19条,强制清算的公司也可通过消除解散事由来终结强制清算并继续存续。将强制清算纳入破产法统一调整后,对公司出现解散事由后启动的破产清算程序,还能否仅通过消除解散事由实现程序退出和公司存续?答案是否定的,即便解散事由确已消除,考虑到公司已进入破产程序,为利害关系人整体尤其债权人利益计也不应因此便终结程序。也因此,《强制清算纪要》的前述规定或稍显“不负责”,只顾及解散事由已消除而忽视了财务困境的应对。于此情形,要使公司继续存续,须同时证明公司具有成功再生的合理希望,将破产清算转换至再生型程序。就这种解散事由消除基础上的程序转换,有以下几点尚待明确。

一是解散事由消除的认定。对自愿解散,关键是继续存续决议是否系由公司有权机关作出。按新修订的《公司法》第230条,继续存续须经股东会决议。但根据《破产法解释三》第15条,破产程序中公司重大事项决策权归属于债权人会议,且股东因个人利益因素往往怠于再参与公司事务,故对自愿解散后启动的破产清算程序,公司继续存续决议应由债权人会议而非股东会作出。对行政解散,若涉及行政解散决定的撤销之诉或复议,则有诉讼(复议)代表身份是否适格的问题。破产程序启动后,公司原经营层的职权已遭剥夺,《企业破产法》第25条第1款第7项也规定应由管理人“代表债务人参加诉讼”。故此时应由管理人作为行政解散决定撤销之诉的诉讼代表,若该诉讼在破产程序启动前已开始,应中止审理待管理人接管后继续进行。对司法解散,仅当事人达成公司存续和解协议尚有不足,还需解散判决作出法院的确认。

二是转换申请权人的范围。新修订的《公司法》第230条及《强制清算纪要》第18-

[60] 第105条虽位于“和解”章,但也适用于破产清算。参见王卫国著:《破产法精义》,法律出版社2023年版,第379页。

19 条均未明确何者有权以解散事由已消除为由请求终结强制清算。而根据《企业破产法》第 70 条第 2 款及第 95 条第 1 款,对破产清算至破产重整的程序转换,申请人限于债务人及出资占注册资本 1/10 以上的股东;对破产清算至破产和解的程序转换,则限于债务人。对公司出现解散事由后启动的破产清算程序,若解散事由已消除,转换申请人的范围是直接适用既有规定还是应有所变通?鉴于解散事由消除此时并不构成破产清算程序终结的理由,其唯一目的只可能是转换至再生型程序,转换申请由谁提出反倒不重要。且利害关系人不仅缺少破产申请动机,通常也缺少申请程序转换的动机。为促进公司再生,只要与程序转换具有利害关系,不论债务人、债权人、公司股东(也不论持股比例高低)或原经营层,均应赋予转换申请权。

三是再生希望的认定。《破产审判纪要》第 14 条对此有一般性规定,即可“根据债务人的资产状况、技术工艺、生产销售、行业前景等因素”加以判断。但对公司出现解散事由后启动的破产清算,若试图消除解散事由并转换至再生型程序,成功再生的合理希望的认定有何不同?总体上,较之由破产清算转换至再生型程序的常规情形及直接申请再生型程序,态度应更严格。更具体地,还应根据解散事由的不同而分别考查:涉及自愿解散的,因继续存续未必符合原经营层的预期,应确保公司治理结构仍然完整或至少具有配合再生进行的必要人员;涉及行政解散的,须考查公司仍否具备相应的营业基础、违法行为是否得到整改、责任人员已否除名等;^[61]涉及司法解散的,则须考查股东间的和解协议是否履行及公司内部的治理僵局是否确已消失。

五 代结语:向一体化融贯研究继续努力

公司法乃至整个商法的发展,总是适应实践需求的规则淘汰不适应者的过程。公司法上以低层级规范对强制清算制度“自发”进行的破产化建构便是范例。但作为改革方向,未来应在必要规范整合的基础上,将强制清算纳入《企业破产法》统一调整,以确保不论程序或实体上相同问题均得到相同处理。这并不是因为破产法本身全无缺陷,或者说破产法的现有规定全都优于公司法关于强制清算的规定,而是因为二者关涉的是困境公司债务概括清理这一共同主题,而法律总是追求体系之简明、内在一致性与当事人法律预期的稳定,而非相反。本文对“应清算而不清算”现象背后的行为机理的揭示,亦可作为对新修订的《公司法》增设的应对措施(即简易注销和强制注销)之妥适性展开后续讨论的基础。在一体化立法的思路下,对强制清算制度和破产法原本面临的共同难题,包括但不限于(破产)程序启动的激励机制的建立、破产临界期董监高不当行为的规制、(破产)程序的简易化构建、公司再生的促进及再生型程序的完善、债权人自治权与法院司法权的分工衔接,未来也能展开更为融贯的进一步研究。

[61] 对行政解散,还有解散事由消除的时机问题。目前实践中有“先重整再消除解散事由”的做法(参见 2023 年《上海市加强改革系统集成提升办理破产便利度的若干措施》第 18 条),但该做法恐有违再生希望要件。即便是为提升重整效率,也可先临时消除或附条件消除解散事由再申请再生。

Bankruptcy-Oriented Construction of Corporate Compulsory Liquidation System

[**Abstract**] There is virtually no distinction between the new Company Law and the original Company Law before the amendment in the rules on compulsory liquidation and self-liquidation. However, the Supreme People's Court and a number of local courts have separately detailed compulsory liquidation by means of low-level norms such as symposium minutes and court rules. The most notable feature of these norms is the reference to the Enterprise Bankruptcy Law and its judicial interpretations. This approach, namely the "bankruptcy-oriented" construction of compulsory liquidation, could be justified. At the factual level, financial distress is the fundamental cause of a company's resistance to self-liquidation and the commencement of compulsory liquidation, and this is a universal phenomenon, not unique to China. At the institutional level, compulsory liquidation and bankruptcy proceedings are compatible with each other in terms of both procedural structure (creditor participation and demand for judicial intervention) and substantive structure (method of debt collection and value enhancement goal), as well as the role and duties of the liquidator, which links procedure and substance. Compulsory liquidation and bankruptcy proceedings both are collective debt collection regimes of distressed companies, and in respect of this common theme, we should not differentiate between them merely because they are stipulated by corporate law or bankruptcy law, but ensure that the same issues are dealt with in the same way, both procedurally and substantively. In the future bankruptcy-oriented construction of the compulsory liquidation system, China should abandon the "discrete" approach of stipulating compulsory liquidation and bankruptcy liquidation under corporate law and bankruptcy law respectively, and adopt the "integrative" approach instead, incorporating compulsory liquidation into the revised Enterprise Bankruptcy Law for unified regulation. This is not because the bankruptcy law itself is without flaws, but because the law always pursues simplicity, internal consistency, and stability of legal expectations of the parties. However, the integrative approach is not simply handing over the regulation of compulsory liquidation to the Enterprise Bankruptcy Law by deleting the provisions on it from the corporate law, but requires the integration of provisions related to the commencement and termination of these two types of proceedings to ensure that the relevant provisions of the bankruptcy law could be appropriately applied to what was formerly a compulsory liquidation. Based on this approach, we could conduct a more coherent study of the common conundrums originally faced by these two types of proceedings, such as the establishment of incentives for commencement of proceedings, the regulation of improper behaviors of directors and supervisors during the twilight zone of insolvency, and the construction of simplified procedures.