

## 解读新《破产法》

——访路伟律师事务所香港办事处合伙人尼尔·麦克唐纳

文/屈丽丽

屈丽丽，中国经营报记者

### 金融机构破产适用新法

**记者：**根据2006年8月27日新颁布的《中华人民共和国破产法》，国有企业和所有制企业将一视同仁。对此，很多人会问，如果国有资产没有受到特殊的保护，那么在破产过程中是不是会产生国有资产流失的问题？在这方面，如何通过制度的设计来最大程度的避免国资流失，并进行良好的职工安置呢？在国外，这些问题是如何处理的，他们的处理经验对目前的中国有多大的借鉴？

麦克唐纳：大多数发达国家的破产法律制度提供两种平行的制度，来应对资产转移问题。

第一是一套完整的法律架构，允许债权人或破产管理人追回破产前夕被低价转移给第三方的资产或以其他欺诈方式被转移的财产。在有些国家，追回期最长可以达5到10年。而正常的周期通常是6个月到2年。

此外，获得资产的一方还须证明他们为获得这部分破产财产全额支付了市场认可的价格，尤其是当获得资产的一方与破产方存在关联关系时。

第二个制度是拥有专业的反腐败机构或监管者，他们拥有足够的资源和权力对那些转移国有资产并且有腐败行为的人进行检控。国有资产特别容易因腐败行为而造成流失。政府应当保证那些有腐败行为的人得到检控，并且这部分国有资产能够返还到权利人手中。

**记者：**新《破产法》将破产法的使用范围扩大到所有企业法人，当然也包括商业银行等金融机构。不过有银行表示，如果按照新《破产法》的规定，在破产过程中先考虑职工债权，很可能造成很大的金融动荡。您怎么看这个问题？国外的金融机构在破产时是怎么做的？

麦克唐纳：我认为，银行或其他金融机构的破产应当适用与其他行业相同的破产规则。大多数西方国家赋予银行存款人一定的优先受偿权。

另一种可能是如上文所述要求相关金融机构设立基金或进行投保，以避免存款人在破产过程中受到太大的影响。这样的制度很有参考价值。任何一起破产，包括银行和其他金融机构的破产过程中，最重要的一点是破产公司的财产可以公平地进行分配。无论是职工还是存款人，如果一方被赋予了高于另一方的特别待遇或优先权，都背离了这一原则，我认为这是不公平的。

国外大部分金融机构在破产中都会在合规管理和遵守社会责任的同时，尽量维护自身利益（这也是股东的要求）。我认为，在破产过程中金融机构应当有权控制破产企业中的担保财产，或者采取自救措施（例如行使抵消权）保护自身利益，这需要在二者之间寻求一个平衡点。

涉外破产要熟悉当地规则

**记者：目前，很多中国企业走出国门，其资产、负债很多都会涉及到国外因素，我想了解在涉外破产过程中有哪些问题需要引起关注？**

麦克唐纳：中国企业需要注意采取措施，保证企业对外国破产企业的债权债务有纪录和存档。这样，中国企业在外国企业破产程序中维护己身的利益时就会有据可查。因为有些国家的制度更加倾向于保护本国债权人或者当地债权人的利益。这是中国公司海外经营时最需要注意的一点。

同时，中国公司应当注意在可能情况下尽量为自己的债权取得担保，担保形式包括抵押、信用证等。

最为重要的是，中国企业在进行相关的涉外交易以前，应当寻求当地法律及财务专业人士的意见，以避免违反当地法律，并保证在外方出现破产的情况下自身的权利得到充分的保护。

**记者：对于破产程序中的企业重组来说，重组过程中抵押物的使用权，重组管理人的选任标准及程序，国外是怎样规定的，您认为中国适合采用哪种方式？**

麦克唐纳：一些西方国家赋予了担保债权人在重组过程中控制和取得担保财产的权利。这些担保财产并不包括在破产财产的范围之内，不能将其变卖用来支付给未担保债权的权利人。包括美国在内的其它国家，法院禁止担保债权人在恢复性破产重组期间行使担保权。

另外，我认为这个过程实际上也是寻找一个平衡点的过程，一方面需要保证担保债权人的权利得到维护，同时又要保证破产重组有成功的可能，虽然后者意味着担保债权人的利益在中短期会受到一定的影响。

至于管理人的问题，大多数西方国家对重组管理人有明确的规定，有些国家的最低规定是，要成为重组管理人并控制破产企业，需要在专业知识上和相关专业领域内具有一定的技能和经验。实际上，在多数普通法国家，有几种类型的重组管理人（如清算人）是来自法院的官员。

总之，重组管理人至少对破产企业负有义务，应最大限度维护破产企业利益，避免利益冲突，这个角色在很大程度上相当于企业的董事长。

我无法确定哪一种模式更适于中国。中国当前的破产法草案吸收了不同法域的概念和观点。从理论上讲，这将会使中国未来的破产法更加清晰。在这种情况下，政府需要保证牵涉到破产和重组工作的法院和其他专业人士就破产法及其适用原则接受适当的教育，这样才能保证所有权利人的合法权利得到公平保护，而不只是倾向于保护特定的群体（例如职工或者中国本国的债权人）。

**记者：根据您在国内的司法实践，您认为中国企业在破产过程中还有哪些问题应该引起特别关注？您还有哪些建议？**

麦克唐纳：最主要的问题是，各级法院需要法治原则，公平透明地适用所有相关法律。否则，中国破产程序的效力仍然很难得到保证，也很难让产业界尤其是海外投资者相信他（她）们在投资受挫发生破产情况时，会受到公平的待遇。

版权所有 © SGLA 2008。

此出版物仅供阁下参考和兴趣阅读之用，无意作为完整全面的信息，并不构成亦不应予以依赖为法律意见。请根据自身情况寻求专门咨询。