

论《企业破产法》修订中期货公司 市场退出制度构建路径^{*}

张善斌^{**} 张 振^{***}

摘要:我国《企业破产法》《期货和衍生品法》对期货公司市场退出之规定语焉不详,期货公司在面临市场退出时存在法律适用困境。期货公司应当具备破产能力,但其较之于非金融机构的一般企业而言存在较大特殊性。期货公司属于典型的金融机构,破产重整、和解以及清算程序均可适用,这需要在修订《企业破产法》时予以明确。同时,立法者亦应当加强对与期货公司破产相关的其他规范性文件体系化构建,完善期货公司监管制度,使期货公司进入破产程序前后的监管态势达到动态平衡。

关键词:期货公司 市场退出 破产 监管

^{*} 本文系 2021 年上海期货交易所合作课题“新发展格局视角下期货立法的基础性制度体系建构——以提升大宗商品价格影响力和健全‘四大体系’为切入点”阶段性研究成果。

^{**} 武汉大学法学院教授,博士生导师。

^{***} 武汉大学法学院博士研究生。

一、问题的提出

2022年8月1日,我国《期货和衍生品法》正式施行。作为期货和衍生品市场的主要参与者,期货公司扮演着关键角色,《期货和衍生品法》对期货经营机构亦作出了专章规定。公开数据显示,目前我国共计拥有期货公司150家。^[1]并且,随着期货和衍生品市场持续发展以及《期货和衍生品法》施行,我国期货公司数量亦会不断上涨。对于企业个体而言,有“生”就会有“死”,有进入就会有退出,此乃现代市场经济的自然规律。可以说,规范市场退出秩序是实现文明社会的重要路径。^[2]近年来,党和国家屡屡发布文件强调加快完善市场主体退出制度改革。依照《期货和衍生品法》第62条的规定,期货公司申请破产应当经国务院期货监督管理机构核准。由此可知,期货公司具备破产能力,其符合破产情形时,可以依照法定程序申请破产。然而,除了对期货公司申请破产设置了国务院期货监督管理机构核准的前置条件之外,《期货和衍生品法》并未就期货公司的破产进行进一步规定。根据《企业破产法》第134条的规定,“商业银行、证券公司、保险公司等金融机构”有《企业破产法》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破产清算的申请。由此观之,期货公司是否属于《企业破产法》第134条中“金融机构”的范畴,以及对于破产程序中的重整、和解、清算,期货公司是否均可以适用,现有法律并未作出明确规定。对此,理论界存在不同意见。有观点认为,期货公司破产只能清算而不能重整。^[3]另有观点认为,期货公

[1] 数据参见中国期货业协会官方网站:<http://www.cfachina.org/informationpublicity/futurescompanyinformantionpublicity/qhgsjbqk/>,2023年8月20日访问。

[2] 参见张钦昱:《公司市场退出法律制度的嬗变逻辑与进化路径》,载《政治与法律》2021年第2期。

[3] 参见温观音:《期货公司破产法律问题初探》,载《法学杂志》2009年第5期。

司发生符合破产原因对应的情形后可以进行破产清算或重整。^{〔4〕}

2021年8月18日,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》正式发布,其中明确指出要“加快法律修改工作,完善破产法律体系”,并明确了将金融机构破产纳入《企业破产法》的修订工作范围的立法思路,待《企业破产法》修订完成之后,由国务院有关部门同步做好对相关部门规章、规范性文件的修改工作。而在金融机构破产入法的过程中,无法回避的一个重大问题即如何对期货公司破产进行有效规制,以及《企业破产法》修订之后,如何为国务院相关部门对期货公司破产的具体特殊性问题制定相应的规范性文件留出适当空间。鉴于此,基于法律衔接以及学术观点的龃龉,有必要对期货公司市场退出的破产程序规范作出明确厘定。^{〔5〕}

二、期货公司市场退出破产程序规范的制度逻辑

(一) 期货公司破产能力之证成

破产能力概念源于德国法上的破产能力理论,系指具有破产原因的债务人在法律上可以适用破产程序的资格。^{〔6〕}破产能力是构成法院依法宣告债务人破产的充分条件,如果不具有破产能力,法院则不得宣告债务人破产。^{〔7〕}我国现行《企业破产法》虽然并未明确规定“破产能力”,但依照其第2条之规定,我国破产程序的适用范围限于企业法人。同时,依照其第134条之规定,商业银行、证券公司、保险公司等

〔4〕 参见巫文勇、陈杼晖:《我国〈期货投资者保障基金管理暂行办法〉修改若干问题》,载强力主编:《长安金融法学研究》(第7卷),法律出版社2016年版,第102页。

〔5〕 本文仅在正式法律的修订层面对期货公司破产入法作出探讨,对于期货公司破产的具体特殊性应用问题,应当留待法律修订完成之后,由国务院相应部门制定相应的行政法规或部门规章。限于主题及篇幅,本文对此不予论述。

〔6〕 参见张艳丽:《破产能力探究》,载《北京理工大学学报(社会科学版)》2004年第1期。

〔7〕 参见周永生:《破产法定条件及程序探析》,载《河北法学》2002年第1期。

金融机构在一定情形下亦可适用破产程序。^{〔8〕}由此可见,企业法人、金融机构属于具备破产能力的主体。从法律规定的具体内容来看,《企业破产法》在对金融机构的范围进行界定之时,采取了列举式的形式,即商业银行、证券公司、保险公司等,虽然其间并未明确规定期货公司,但法律条文之中明确规定了“等”字,为期货公司适用破产程序留出了必要空间。此外,我国现行《企业破产法》颁布于2006年,囿于彼时我国市场经济远不如此时成熟,期货市场的发展更是不可与当前同日而语,但又为了给法律的适用扩大与时俱进的应用空间,其第134条方才作出了“商业银行、证券公司、保险公司等金融机构”的表述。如今,我国《期货和衍生品法》已然出台,尽管第62条第1款第1项对期货公司申请破产设定了应当经国务院期货监督管理机构核准的限制条件,然而通过文义解释,期货公司的破产能力无疑得到了法律的肯认。《期货和衍生品法》通过对期货公司可以申请破产的确认,也强化了《企业破产法》第134条的可适用性。可以预见,在《企业破产法》即将全面修订的背景下,期货公司的破产能力会得到《企业破产法》的明确承认。

(二) 期货公司破产的境外法考察及我国镜鉴

破产法目的之一在于在适当时候启动破产程序,以便破产财产能够充分清偿债权人、工人、税收和其他国家利益,并使优质公司能够进行重组。^{〔9〕}考察境外发达经济体规制包括期货公司在内的金融机构破产的立法模式,其近年来的立法及司法状况表明,用以规范金融机构破产的法律制度事实上已不局限于单纯的破产法,而是以破产法提供的破产制度为基本框架,辅之以其他相关法律制度,后者主要是囿于期货公司等金融机构破产的特殊性。这种特殊性在于金融机构破产程序

〔8〕 《企业破产法》第134条仅明确列举了商业银行、证券公司、保险公司三类传统金融机构,其他金融机构以“等”字进行概括,缺乏明确性。由此导致实践中对其他亦具有较大规模和影响力的金融机构是否同样适用《企业破产法》第134条的规定模糊不清。参见王斐民:《金融机构破产综合立法体系研究》,载《中国政法大学学报》2021年第4期。

〔9〕 Emil Priskić/Lucija Bačić, Bankruptcy as a Function of Company Revitalisation Abstract, Učenje za poduzetništvo, 2(2012), S. 357.

中司法力量介入或干预的尺度有别于非金融机构。例如,在美国,由于破产法并未设置金融机构破产的专门条款,实践中虽然主要以破产法为依据来规范金融机构破产程序,但在具体案例中又和非金融机构破产存在不尽相同的操作模式。例如,在美国最大的金融机构之一雷曼兄弟(Lehman Brothers)破产案后,国会通过了有序清算机构(Orderly Liquidation Authority)法案,这是针对系统重要性金融机构(systemically important financial institutions)破产的一种监管替代方案,被纳入2010年《多德-弗兰克华尔街改革和消费者保护法》第二编。^[10] 在德国,立法机构从2011年开始,通过修订金融投资经纪和资产投资的法律,对所谓的“灰色资本市场领域”进行有效监管。^[11] 在西班牙,除了常规的破产程序之外,还涉及一整套针对金融机构财务状况的法律监管机制,在分析金融机构内部的逐案贷款决策方面发挥着重大作用。^[12] 在日本,在完善破产法律制度的过程中,理论及实务界已逐渐对早期预防破产、持续营业、保护债权人、集团性处理以及追究责任的必要性等问题达成共识。^[13] 对于期货公司而言,由于其经营领域往往涉及能源、农产品等与国民经济息息相关的实业,一旦进入破产程序,势必对行业及市场发展造成重大影响。^[14] 正因如此,境外发达经济国家或地区一方面注重对常态经营状态下的期货公司的监管,另一方面又积极完善与破产法相关的金融法律法规,使其在出现破产原因乃至进入破产程序后,能够更好地匹配破产制度,实现破产制度目的的最优化。

[10] See Stephanie Massman, *Developing a New Resolution Regime for Failed Systemically Important Financial Institutions: An Assessment of the Orderly Liquidation Authority*, *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 4, 2016.

[11] Vgl. Tobias Riethmüller, *Auswirkungen des Kleinanlegerschutzgesetzes auf die Praxis der bankenunabhängigen Finanzierung, das Crowdfunding und Crowdlending*, *Der Betrieb*, 25(2015), S. 1451.

[12] See Matthew Smith & Francisco Alvarez, *Predicting Firm - Level Bankruptcy in the Spanish Economy Using Extreme Gradient Boosting*, *Computational Economics*, Vol. 1, 2022.

[13] 参见[日]伊藤真:《日本金融机构破产处置法制》,崔延花译,载《中国政法大学学报》2015年第5期。

[14] See Alexia Brunet & Meredith Shafe, *Beyond Enron: Regulation in Energy Derivatives Trading*, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 3, 2007.

事实上,我国早在20世纪90年代中期,便已产生首例国内期货公司破产案件。^[15]此后数十年间,随着我国期货市场的稳步发展,国家逐步建立规范期货公司运营的监管规范。《期货和衍生品法》正式颁行,标志着我国期货市场法律制度体系化构建已基本完成。考察我国现行《企业破产法》,其较之于先前的《企业破产法(试行)》虽然有巨大进步,但是囿于现行《企业破产法》制定之时,我国的金融市场仍处于蓬勃发展期,因而针对金融机构破产的相关条文仍不够完善。相较于境外发达经济体规制期货公司破产的法律制度,我国的制度供给已有一定滞后性,尤其是境外立法者已经充分认识到金融机构破产的特殊性,并探索出了一些可资借鉴的制度规则。^[16]在此情况下,我国应当借助《期货和衍生品法》施行以及《企业破产法》修订的契机,在期货公司市场退出的破产程序规范制度完善方面有所作为。

三、期货公司市场退出破产法规范的应然路径

(一)明确期货公司在破产法中的适用主体地位

我国现行《企业破产法》已赋予金融机构破产能力。然而,相关法律条文并未对金融机构的范畴给出明确界定。就已有研究成果来看,关于金融机构的界定亦并不清晰。例如,有观点认为,“破产金融机构指存在资不抵债情况而进入破产处置程序已被消灭主体资格的金融企业”。^[17]从文义来看,显然是将金融企业与金融机构视作等同概念。也有观点在界定金融机构范畴时,将非银行金融机构与银行金融机构作对比,认为非银行金融机构的判断标准是“不具备较强的信用创造能力”以及“没有银行字样”的金融机构,包括信托投资公司、融资租赁

[15] 参见杨永清:《首家期货公司申请破产的启示》,载《技术经济与管理》1996年第1期。

[16] 参见巫文勇、张崧:《国家干预视角下金融机构破产安全港保护制度规则和边界》,载《江西社会科学》2021年第1期。

[17] 黎四奇:《问题金融机构界定法律问题透视》,载《湖南大学学报(社会科学版)》2015年第4期。

公司、财务公司、证券公司、保险公司、城乡信用合作社以及共同基金公司等。^[18] 还有观点认为,界定金融机构须满足两个条件:一是该机构能以自己的名义拥有资产和承担负债,是能够独立从事经济活动并与其他实体进行交易的经济实体;二是该机构主要从事金融生产活动并向其他机构提供金融服务。^[19] 从现有立法对期货公司的规定来看,期货公司系依照《公司法》及《期货和衍生品法》设立,期货公司的设立与经营范围等均有法律明确规定,其从事资产管理业务还应当符合《证券投资基金法》等法律、行政法规的规定。可以说,期货公司属于现代市场经济中的典型金融机构的范畴。^[20]

当前,在《企业破产法》修订已被国家立法机关纳入立法工作计划的背景下,对于涉及金融机构破产的立法规范,理论界主要存在以下观点:一是“单独设章说”,即认为应当在《企业破产法》中设置“金融机构破产”专章,^[21]以“回应金融机构及其破产之特殊性”。^[22]二是“单独立法说”,即认为“在《企业破产法》中增设专章规定金融机构破产的时机还不成熟”,“未来的金融机构风险处置程序应当制定《金融稳定法》为引领而非以《企业破产法》为主导”。^[23]该观点不仅强调金融机构破产相对于一般企业破产的特殊性,亦强调在金融机构范畴内,不同类别的金融机构亦各自存在不同程度的差异。

以上两种观点的共同之处在于,均承认金融机构破产具有区别于非金融机构的一般企业的特殊性。以上两种观点均存在一定程度的合理性。一方面,从一般正义的角度来看,金融机构也属于企业,其破产问题似乎应适用普通破产法。但若适用传统的破产法律制度,可能在

[18] 参见胡新明、吴强:《非银行金融机构的内涵界定》,载《当代经济》2007年第19期。

[19] 参见胡晋豪:《关于金融机构的界定及分类标准化的探讨》,载《知识经济》2014年第19期。

[20] 有观点认为,结合我国实际现况,包括金融期货与实物期货在内的期货公司属于典型且值得进一步展开理论研究的金融机构。参见曾康霖:《依法治国,需要建立和完善企业破产制度》,载《东岳论丛》2016年第4期。

[21] 参见李曙光:《推进〈企业破产法〉修订 健全金融机构破产制度》,载《清华金融评论》2020年第2期。

[22] 贺雪喆、陈斌彬:《金融机构破产对现行〈企业破产法〉适用的挑战及因应》,载《南方金融》2021年第1期。

[23] 同前注[8],王斐民文。

金融机构破产中的某些特殊问题上缺乏有效的法律规制,无法实现特殊问题特殊处理的积极效果。^[24]另一方面,金融机构具有涉众性、基本服务性、风险外溢性等特殊性,且不同类型金融机构的特殊性强弱不一。^[25]例如,以期货公司与企业年金管理公司对比,二者虽然同为金融机构,但在破产处置的法律操作上,期货公司涉众性较强,保证金金额较大,与结算相关的法律问题较多,监管机构在风险处置阶段处于主导地位,这些特征与企业年金管理公司均有所不同。^[26]

对期货公司破产的立法规范,以金融机构破产应当归属何种法律调整为基础。而金融机构破产究竟应当在《企业破产法》中“单独设章”,还是在《企业破产法》之外“单独立法”,将对我国市场主体退出立法体系造成重大影响。从法律调整范围来看,《企业破产法》旨在调整市场主体退出的问题,这是其他法律所不能替代的。以前述主张通过金融稳定法以规范金融机构破产问题的观点来看,考察已经发布的《金融稳定法(草案征求意见稿)》,其定位是为防范化解重大金融风险提供坚实制度保障,并强调健全金融风险的事前防范、事中化解和事后处置,其事前、事中以及事后的防范或处置重在监管,^[27]并不涉及具体的金融机构破产制度规范。依靠《金融稳定法》为金融机构提供专门的破产制度规范不具有现实性,且与其应然的法律定位及调整范围不符。如果在《金融稳定法》基本内容已然定型的情况下,再将金融机构的破产事宜另行单独立法,势必面临诸多困境:一是金融机构在破产程序的适用方面,亦需要以《企业破产法》设立的制度为基本框架,如果将金融机构破产进行单独立法,容易与已有的企业破产制度规定重复;二是在当前我国破产制度逐渐完善的背景下,将金融机构破产独立于《企业破产法》,无异于对破产制度完整性和体系性的冲击;三是立法往往以必要为原则,强调金融机构破产的特殊性,并不意味着将其进行

[24] 参见张世君:《中国金融机构破产的理论探索与制度构建》,法律出版社2017年版,第46页。

[25] 同前注[8],王斐民文。

[26] 参见颜宇泽:《期货公司破产处置的立法选择与建议》,载《北方金融》2022年第5期。

[27] 参见李曙光、周栋:《金融稳定长效机制的基本法》,载《中国金融》2022年第8期。

单独立法为必要。换言之,在统一的《企业破产法》之内对金融机构破产予以规定,在《企业破产法》内部通过恰当的体例安排与条文设计,完全可以在保证破产制度统一的前提下,兼顾金融机构乃至其范畴内不同类别的金融机构破产的特殊性。这种做法无疑更为高效和科学。

由此,鉴于我国金融机构破产与非金融机构一般企业的破产具有极大区别,在破产制度完善的过程中,可通过提取公因式的方法对金融机构破产的一般性特征进行归纳,将金融机构破产进行专章规定。其中,为了稳固金融机构进入破产程序的法律通道,首要的条文设计便是对金融机构的内涵与外延作出明确界定。宜采取“列举+概括”的形式为包括期货公司在内的金融机构的破产法律制度的可适用性作出明确规定,将期货公司明确规定在金融机构的范畴之内,以明确期货公司在《企业破产法》中的适用主体地位。

在对金融机构破产进行专章规定的同时,不可忽视的是,如银行、保险、证券、期货、信托等在具备金融机构的一般特性的同时,亦具有其自身不同于其他类别的金融机构的特征。归纳起来,期货公司破产之特殊性主要体现在以下4个方面。

一是在期货资产的担保性质方面,由于期货交易的实然形态,相对于市场经济的其他商品,期货资产具有明显的高杠杆属性,使期货市场的风险较之其他市场而言更易“传染”。当然,我国《期货和衍生品法》中所规定的中央对手方机制在一定程度上也有防范风险扩散的作用,但从期货公司运行状态来看,缺乏科学的市场退出机制,对于我国期货市场的健康发展将极为不利。事实上,从境外立法与实践情况来看,通过明确的法律制度为陷入困境的期货公司提供破产隔离处置路径,是一种有效化解期货市场系统性风险的重要手段。^[28]

二是在大宗商品对于国家经济的安全性方面,如今期货市场的全球化程度已高度发达,而期货品种作为大宗商品,如黄金、大豆、原油等,这些商品交易往往具有交易规模大、交易主体众多、影响范围广等特征,并且这些商品本身既深受国际市场价格影响,又与本国的国计民

[28] 参见李寿喜、张晨:《世界顶级期货交易商破产原因探究——来自曼氏金融的教训》,载《技术经济与管理研究》2018年第5期。

生息息相关,对国家经济的安全性有重大影响。

三是在终止净额结算方面,在期货合约存续期间,如果期货公司发生破产等违约事项,守约方有权终止合同涵盖的所有交易,在计算每个被终止交易的盈亏后进行轧差计算,最终确定应由一方支付给另一方的单一金额。《期货和衍生品法》中的终止净额结算规则,本身是期货和衍生品交易过程中的专有规则,然而,当其适用于破产情形时,就需要与破产法上管理人的合同履行选择权、撤销权、抵销权等制度相协调。^[29]

四是在破产财产方面,以期货交易过程中的保证金为例,理论界对于保证金的性质尚存在不同认知,^[30]如财产所有权说、金钱质押说、信托担保说、特殊担保说等,^[31]依照《期货和衍生品法》第76条第2款之规定,期货经营机构在注销相关业务许可证前,应当结清相关期货业务,并依法返还交易者的保证金和其他资产。^[32]依照该规定,一般而言,在“返还交易者的保证金和其他资产”之前,期货公司已完成破产程序。如何在处置期货公司破产过程中,对保证金等不属于破产财产的相关权益人资产予以充分保护,亦是我国破产制度完善过程中不可避免的话题。

对于以上期货公司破产的具体操作问题,即便《企业破产法》修订后设置“金融机构破产”专章,也并不意味着所有涉及金融机构破产的规则都需要纳入《企业破产法》。金融机构破产规则变动性较强,无论采用何种立法模式,众多技术性规范都应于效力层级较低的部门规范

[29] 同前注[8],王斐民文。

[30] 参见樊健:《论客户期货交易保证金的信托法律构造》,载《法学》2019年第2期。

[31] 参见万国华、李铭:《我国期货保证金的法律性质和权属》,载《南京社会科学》2015年第6期。

[32] 依照2017年《期货交易管理条例》第28条第3款的规定,期货公司向客户收取的保证金,属于客户所有。2019年《期货公司监督管理办法》第81条进一步规定:“客户的保证金和委托资产属于客户资产,归客户所有。客户资产应当与期货公司的自有资产相互独立、分别管理。非因客户本身的债务或者法律、行政法规规定的其他情形,不得查封、冻结、扣划或者强制执行客户资产。期货公司破产或者清算时,客户资产不属于破产财产或者清算财产。”然而,2022年《期货和衍生品法》却删去了保证金归客户所有的规定。由此,关于保证金的法律性质问题仍然存在可以探讨的空间,并且不同性质的认定会对期货公司破产中债权人的利益产生重大影响。

性文件、操作指引中加以规定,并根据金融市场变化及时调整修改,以弥补统一立法对不同类型金融机构特殊性关照不足的缺憾,避免频繁修法影响法律的安定性。^[33]在对金融机构破产的共性问题通过破产法进行统一规定之后,法律可以进一步授权国务院期货监督管理机构结合期货公司的特殊问题制定具体实施办法。

(二) 期货公司可适用破产程序之厘定

从法律条文构造层面来看,无论是外国还是我国,在制定破产法时并未将期货公司排除在重整、和解、清算的任意一项制度的适用范围之外。鉴于我国如《商业银行法》《保险法》《企业破产法》等立法已对金融机构的破产清算作出相关规定,理论界一般亦认可破产清算可适用于金融机构,^[34]本文拟从更深层次的法理视角对期货公司是否可适用破产清算之外的破产重整或和解程序作出厘定。

对于期货公司可适用的破产程序,我国理论界已有学者表达了相应论断。例如,有观点认为,期货公司在破产程序中只能适用破产清算,而不能适用破产重整。其理由主要有两点:一是重整的目的在于维持企业的持续运营价值,而濒临破产的期货公司实际上已丧失运营价值,并不存在重整的必要;二是期货公司在成立和运营中处于被持续严格监管的状态,且其监管标准远远高于普通企业,当期货公司出现破产原因时其已丧失作为金融机构的业务资格,在此前提下便失去了重整的可行性。^[35]

以上论断有待商榷。设立破产制度的动因或目的在于为全体债权人而非特定的债权人有利的司法程序,各国对于金融机构的重整与救助程序虽然与普通企业破产适用的重整等具体规则有所差异,但并未就此否定破产重整等司法程序对于金融机构的适用性。同时,境外学者普遍认为,金融机构作为以营利为目的的企业,和其他商事企业一样

[33] 参见余江波:《司法主导型金融机构破产程序:现实反思与优化路径》,载《南方金融》2023年第2期。

[34] 参见朱天华、滕岩:《浅谈金融机构破产相关法律体系的完善》,载《法学杂志》2009年第5期。

[35] 同前注[3]。

具有破产资格,具备适用于重整等程序在内的破产法律制度。^[36]对于陷入破产程序的期货公司而言,尽管其出现了经营困境,启动破产程序与丧失拯救价值仍不能直接画等号。期货公司是否具备运营价值,亦不以是否进入破产程序为标志,需要结合期货公司的内部架构、经营策略、产品的市场力等多方面进行综合判定。另外,反对破产重整程序可适用于期货公司的另一个理由是,期货公司的严格监管已使其丧失了适用破产重整程序的可行性。然而,期货公司作为我国金融机构体系的重要组成部分,其经营势必对我国市场秩序产生广泛影响。加强对期货公司的监管力度是不可或缺的市场治理手段,这亦是境外发达经济体的通行做法。从制度属性来看,监管体制更倾向于一系列动态的治理措施的体系化集合,而破产重整则是为具有拯救价值的企业提供有力救助措施的制度规范。前者适用于更广泛意义上的市场主体,包括其正常经营状态下以及进入破产程序之后的所有时间节点;而后者则仅适用于具有拯救价值的市场主体进入破产程序之后。以此观之,监管与破产重整二者尽管有所交叉,在一定形态下可能会互相影响,但绝非对立关系。基于期货公司的金融机构特殊属性以及比一般企业更为严格且规范的监管措施,在一定程度上不仅不会影响其破产重整的可行性,反而会提高具备拯救价值的期货公司在进入破产程序之后的重整的可行性及可能性。

除了破产重整可适用于期货公司之外,破产和解程序对于期货公司而言亦存在广泛的适用空间。事实上,破产和解程序作为破产再生制度的重要组成部分,可以克服破产清算程序的诸多弊端,世界各国均对其有所规范。^[37]在司法实践中,虽然我国现行破产和解制度缺乏有效的监督机制,往往导致债权人进行破产和解的信心与动力不足,但不能因此而否定破产和解的制度价值甚至否定破产和解程序适用于金融机构。恰恰是因为实践的不足,才更加迫切需要建立有效、独立、强

[36] 参见巫文勇:《金融机构破产程序性规则修正研究》,载《山东社会科学》2012年第10期。

[37] 参见陶乾、张世君:《意大利破产和解制度的发展及经验借鉴》,载《社会科学战线》2016年第10期。

大的监督机制。^[38]从一定意义上讲,破产和解程序的有效运行需要强大的监督机制来支撑,这与金融机构破产比一般企业破产更需要强大的监督机制作保障是类似的。理论界一般均承认破产和解具有有别于破产重整与破产清算的独特制度价值。通过破产和解,既可以拯救企业、预防破产,又可以有效清理债权债务。^[39]从现行法律体系来看,我国已有部门法明确肯定了金融机构可以依法进行破产和解,如《保险法》第90条的规定。对于期货公司进入破产程序之后,符合破产和解的条件的,法律无必要亦不应当予以禁止。

(三) 完善与《企业破产法》相衔接的其他法律制度

如上所述,规范包括期货公司在内的金融机构破产,单单依赖破产法制度建构是不够的。期货公司从设立、运营,再到破产,需要强大的市场监管规范作以配套,如《期货和衍生品法》通过专章的形式对期货经营机构的设立和存续期间的诸多问题予以了规定,并就期货和衍生品所涉及的监管问题进行了专章规定。但是,《期货和衍生品法》所规定的监管规范,更多的是基于期货和衍生品交易常态化的考量或者是对交易风险的防范,且被监管主体远不止期货公司。关于期货公司进入破产程序之后的监管问题,《期货和衍生品法》并未作专门规定。如今,境外对金融机构破产的制度构建已呈现明显的“双线制”,即以破产法所提供的基本规则为制度框架,同时充分考虑金融机构破产的特殊性,在破产制度之外通过其他关联制度加强对金融机构进入破产程序前后的监管。我国在全面修订《企业破产法》的背景下,同时亦加强了以《金融稳定法》为代表的相关法律制度体系的构建完善,与境外规范金融机构破产的“双线制”立法形态趋势是不谋而合的。

需要指出的是,若将金融机构破产以专章形式纳入日后的破产法,除了需要明确期货公司的破产法适用主体地位以及可适用之破产程序,还需要加快针对期货公司破产的监管规范构建。不仅包括已有的制度规范中针对期货公司破产的监管规范,还包括法律实施过程中涉

[38] 参见邹杨、丁玉海:《破产和解制度的反思:价值、规范与实践的统一》,载《海南大学学报(人文社会科学版)》2013年第6期。

[39] 参见张善斌、翟宇翔:《破产和解制度的完善》,载《河南财经政法大学学报》2019年第5期。

及具体规范应用的相关行政法规、司法解释以及行业规范等规范性文件。^[40]

代结语

若《企业破产法》进行修订,为了避免不必要的歧义,建议立法者在列举可适用破产程序的金融机构主体之时,对期货公司予以明确规定。我们不但需要归纳出金融机构不同于非金融机构的一般特性,而且应正视不同类别的金融机构自身的特性,同时还应当构建起完善的事前、事中、事后监管制度。对于期货公司破产而言,其是将金融机构破产统一纳入《企业破产法》的关键一环。当然,对于在金融机构破产的一般性规定之后,如何对包括期货公司在内的各类金融机构作出符合其自身特性的具体规定,还有待理论界与实务界的共同研究与探讨。

(编辑:姜沅伯)

[40] 参见张善斌、钱宁:《论破产法修订应考量的几个重要关系》,载《宁夏社会科学》2022年第4期。