

论债券发行人破产对债券投资者 损失认定的影响

曹明哲*

摘要:债券发行人进入破产程序将对债券投资者的损失认定产生影响,主要有四个方面。其一,债券发行人破产对债券违约诉讼中投资者的损失认定产生影响;其二,在民法典有关担保制度司法解释的影响下,债券发行人破产对投资者向担保人主张权利产生影响;其三,债券发行人在破产临界期内对债券投资者的本息兑付、追加担保可能会受到管理人行使破产撤销权的影响;其四,发行人重整还会对债券投资者的诉讼管辖产生影响。

关键词:破产 债券 债券持有人 违约 担保 破产撤销权

在市场化、法治化的债券违约处置中,破产程序是司法化解债券违约危机的重要方式之一。事实上,当债券发行人出现《中华人民共和国企业破产法》(以下简称《企业破产法》)第2条规定情形从而进入破产程序,在客观上有利于债券投资者、债券持有人利益的保护,尤其是能够保障债券投资者的平等受偿。例如,在进入破产程序后,发行人的个别清偿无效、发行人被司法保全的财产将解除保全措施、正在进行的执行措施中止等,上述规定能够实现全体债券投资者的公平受偿。无论是破产清算、重整还是和解,对于债券投资者利益的维护各有其优势。同时,债券投资者也会因发行人破产程序而受到诸多影响,本文拟从发行人破产对债券投资者损失认定影响的角度,结合司法实践,对相关问题进行分析。

* 北京市第一中级人民法院法官助理。

一、发行人破产对债券违约诉讼的影响

目前债券发行人进行破产程序的案件逐渐增加,在发行人的破产申请被人民法院受理前或者受理后,也仍然存在债券投资者请求发行人偿付本息的债券违约诉讼,就此时的损失认定应注意以下方面。

其一,破产申请受理时债券利息连同违约金一并停止计算。《企业破产法》第46条第2款规定,“未到期的债权,在破产申请受理时视为到期。附利息的债权自破产申请受理时起停止计息”。因此,出现发行人破产时,人民法院认定债券利息时应依照前述规定。此外,如前所述,有的募集文件明确了到期未付本息时的违约金(逾期利息),对于这部分违约金,司法实践中有裁判亦按照破产停止计息的规则处理,^①笔者赞同此种处理方式。这主要是因为,破产停止计息的规则主要是为了在破产程序开始时确定所有债权,保证破产程序的顺利进行和全体债权人的公平清偿,^②停止计算违约金亦为相同道理,这种方式也在地方法院的规范性文件中得以确认。^③

其二,人民法院受理发行人破产后,债券投资者的给付请求可以变更为确认债权的请求,人民法院也可以作出给付判决。在人民法院受理发行人破产申请之前,已经有债券投资者向人民法院起诉发行人请求偿付本息以及其他损失。在人民法院受理发行人破产申请后,对于这些未决的债券违约诉讼,实践中有的债券投资者将给付请求变更为确认债权请求;^④有的人民法院依职权将给付之诉变更为确认债权之诉;^⑤还有的债券投资者经人民法院释明后变更诉讼请求。之所以会将给付请求变更为确认债权请求,主要是为了避免与破产程序中发行人不得进行个别清偿的规则发生冲突,实现与破产程序的衔接,最高人民法院《关于〈中华人民共和国企业破产法〉施行

^① 江苏省常州市中级人民法院民事判决书,(2017)苏04民初135号;新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院民事判决书,(2019)新01民初126号。

^② 参见王卫国:《破产法精义》,法律出版社2007年版,第135~136页。

^③ 如根据《深圳市中级人民法院破产案件债权审核认定指引》第54条的规定,债权人申报的破产案件受理日以后的需债务人承担的债务利息不予认定;第55条规定:“本指引所称的债权利息,包括依照法律法规、生效法律文书、合同以及根据交易习惯应当计算的利息、逾期利息、罚息、复利、逾期还款或付款的违约金或滞纳金、资金占用费等。”《北京市高级人民法院企业破产案件审理规程》第157条规定:“破产申请受理前已产生违约金的,该违约金计算至破产申请受理之日。”

^④ 北京市第二中级人民法院民事判决书,(2016)京02民初185号。

^⑤ 浙江省金华市中级人民法院民事判决书,(2019)浙07民初188号。

时尚未审结的企业破产案件适用法律若干问题的规定》第9条第2款也作出类似规定。^①但是,按照2019年《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称《九民纪要》)第110条的相关精神,人民法院没有必要向当事人释明改为确认之诉,管理人根据给付判决也能够确认债权,但是人民法院应在给付判决中说明,权利人只能在破产程序中依法申报债权,不能据此获得个别清偿。^②因此,债券投资者变更诉讼请求、人民法院作出给付判决均无不可。

其三,债券受托管理人、债券投资者的各自起诉、申报债权并不矛盾,但债券投资者不能重复获利。在当前的债券违约纠纷中,主要存在两种起诉方式:一种是债券投资者个别起诉,另一种是债券受托管理人集中起诉。二者的关系应当遵从《债券会议纪要》第6条的规定。破产程序中的债权申报中也同时存在集中申报与个别申报两种,既可以由债券投资者依据登记结算结构出具的持有人证明文件向破产管理人申报债权,也可以由债券受托管理人代债券投资者向破产管理人统一申报债权。比较而言,由债券受托管理人统一申报更符合2019年修订的《中华人民共和国证券法》第92条的立法目的、破产程序快速推进的目的,也符合债券受托管理人的职责定位。^③在这样的背景下,实践中,可能出现债券投资者已经单独向破产管理人申报了债权,但是债券受托管理人仍然在诉讼程序中向发行人主张偿付本息,对此应认为,债券投资者申报债权与债券受托管理人的起诉之间并不矛盾,但是,人民法院应当明确,此时各债券投资者不能因此而重复享有利益。^④

二、债券发行人破产对担保责任的影响

对于发行人破产程序中的担保责任,多依照《企业破产法》、《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)以及最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》(以下简称《担保制度司法解释》)的规则进行处理即可,本部分结合债券纠纷司法实践中常见的问题进行阐述。

^① 该条规定,“债权人就争议债权起诉债务人,要求其承担偿还责任的,人民法院应当告知该债权人变更其诉讼请求为确认债权”。

^② 参见最高人民法院民事审判第二庭:《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》,人民法院出版社2019年版,第559页。

^③ 对破产程序中债券类债权的处理,参见曹明哲:《论破产重整中债券持有人的权益保护》,载《福建金融管理干部学院学报》2020年第3期。

^④ 对此方面的处理,参见北京市高级人民法院民事判决书,(2017)京民初160号。

第一,破产受理时担保债务同时停止计息。《企业破产法》第 46 条规定,附利息的债权自破产申请受理时起停止计息,对于担保债务是否同时停止计息,《担保制度司法解释》第 22 条明确,人民法院受理债务人破产案件后,担保债务同时停止计息。

对于该问题,理论与实践存在较大分歧,“肯定说”认为,根据担保的从属性原则,担保责任范围应以主债务人实际承担的责任范围为限,故应停止计息;“否定说”则认为,破产止息规则是破产法作出的特殊安排,调整对象为破产债务人与其债权人之间的法律关系,担保人不得援引本条。^①在《担保制度司法解释》征求意见过程中,破产法学界主流意见亦采否定说。^②《担保制度司法解释》对“肯定说”立场的选择还是对担保范围从属性的贯彻,将担保人承担责任的范围限定在主债务,防止因债务人破产程序的久拖不决而再将担保人拖垮。

第二,发行人破产不影响债券投资者向保证人主张权利。对于债券投资者向破产管理人申报债权后还能否在破产程序终结前向担保人起诉,司法实践曾存在不同做法,在债券纠纷中也存在此类问题,如在“国泰君安证券股份有限公司与林和平公司债券交易纠纷案”中,发行人的担保人即认为,被告承担担保责任的范围需待发行人破产案件终结后才能确定,故该案应中止审理。但是,法院不予采纳,同时指出,由于债券受托管理人已经在发行人破产案件中代理债权人申报债权,故法院可以支持的金额中,应扣除债权人在发行人破产程序中可以分得的部分。^③

《担保制度司法解释》第 23 条第 1 款明确规定,债权人申报债权并不影响其向担保人起诉。2018 年发布的《全国法院破产审判工作会议纪要》(以下简称《破产会议纪要》)第 31 条即作出规定,^④《担保制度司法解释》第 23 条第 2 款前句延续上述规定精神,也明确此时的担保人可代替债权人在破产程序中受偿,但债权人未获全部清偿的除外。值得注意的是,此时但书的法律依据是《民法典》第 700 条,即“保证人承担保证责任后,除当事人另有约定外,有权在其承担保证责任的范围内向债务人追偿,享有债权人对债务人的权利,但是不得损害债权人的利益”。所谓“不得有损于债

^① 案例与学说梳理,参见沈伟、吕启民:《破产止息规则下保证责任从属性之惑及疑解——兼议独立保证入典》,载《上海财经大学学报》2020 年第 1 期。

^② 参见王欣新:《论债务人进入破产程序后其保证债权应否停止计息》,载《人民法院报》2018 年 12 月 12 日,第 7 版。

^③ 上海金融法院民事判决书,(2018)沪 74 民初 160 号。

^④ 该条规定:“破产程序终结前,已向债权人承担了保证责任的保证人,可以要求债务人向其转付已申报债权的债权人在破产程序中应得清偿部分。”

权人”主要是指在担保债权部分清偿时,担保人不能先于债权人优先受偿。^① 故此时担保人不能在破产程序中优先于债权人受偿。此外,依据担保范围从属性,担保人承担的责任范围不能大于主债务,故《担保制度司法解释》第23条第2款规定,担保人可就债权人超额受偿的部分,在担保人承担担保责任的范围内请求债权人返还。

第三,破产重整、和解对担保人责任的影响。依据《企业破产法》第124条,债权人依照破产清算程序未受清偿的债权,可要求保证人继续承担清偿责任,依据《企业破产法》第92条第3款、第101条,债权人对保证人享有的权利也不受重整计划或和解协议的影响,上述规则在《担保制度司法解释》第23条第3款前句得以体现,即债权人在破产程序中未获全部清偿的,可以请求担保人继续承担担保责任。

同时,依据《企业破产法》第94条和第106条,按照重整计划、和解协议减免的债务,自重整计划、和解协议执行完毕时起,债务人不再承担清偿责任。故为了防止出现对同一笔破产债权进行重复清偿,^②避免发生保证担保的破产债权比其他破产债权获得更多比例的清偿,违反破产法同类债权平等清偿的原则,^③《破产会议纪要》第31条明确规定,“保证人承担保证责任后,不得再向和解或重整后的债务人行使求偿权”。^④《担保制度司法解释》第23条第3款后句亦延续上述规定,故此时担保人承担的担保责任范围例外地大于主债务。

三、债券发行人破产后偏颇清偿撤销权的行使

实践中,在债券发行人偿付债券投资者本息后不到6个月的时间内,即进入破产程序,此时发行人的破产管理人可否依据《企业破产法》第32条有关撤销权的规定,对6个月之内发行人的本息兑付行为予以撤销?此方面的典型案例为“山东胜通集

^① 参见谢鸿飞:《共同担保一般规则的建构及其限度》,载《四川大学学报(哲学社会科学版)》2019年第4期。

^② 王欣新:《〈全国法院破产审判工作会议纪要〉要点解读》,载《法治研究》2019年第5期。

^③ 贺小荣等:《破产清算、关联企业破产以及执行与破产衔接的规范与完善——〈全国法院破产审判工作会议纪要〉的理解与适用》(下),载《人民司法(应用)》2018年第16期。

^④ 在此之前,最高人民法院在《关于代为清偿的连带债务人是否有权向破产和解的债务人继续追偿问题请示的复函》(〔2010〕民二他字第15号)中曾指出:“债权人如果已在主债务人的破产和解或者重整程序中全额申报了债权,其未得清偿的部分可以向保证人或者连带债务人主张。但保证人或连带债务人履行完剩余的清偿义务后,由于对于任何实质上源于同一债务的普通债权,在破产程序中只能得到与其他普通债权相同的受偿比率,而不能得到二次清偿,并因此得到高于其他普通债权人的清偿比率;因此,保证人或连带债务人承担清偿责任后不得向破产和解、破产重整的债务人追偿。”

团股份有限公司管理人与山东省国际信托股份有限公司请求撤销个别清偿行为纠纷案”^①,在该案中,破产管理人请求撤销胜通集团于2018年11月2日向“山东信托华创锐进4号债券投资集合资金信托”等债券持有人兑付胜通集团2015年度第一期中期票据共计2120万元款项的行为,人民法院最终没有支持管理人的诉请。由此产生的一般性问题是,在债券清偿场景下,发行人向全体债券投资者兑付部分或全部债券本息后不满6个月被申请重整或破产清算的,管理人根据《企业破产法》第32条的规定请求人民法院撤销该清偿行为的,人民法院是否应予支持。

(一)主观善意与撤销权的行使

在前述案例中,法院未支持管理人撤销权的一个重要理由是债券投资者接受发行人的本息兑付有合理期待,并且无主观恶意,法院也明确指出,能否撤销要看债权人主观属于善意或恶意。从《企业破产法》第32条的规定来看,其中并不含债权人主观要件,符合破产临界期内的清偿行为即符合行使撤销权的客观要件。

对于偏颇行为的撤销是否需要考察债权人的主观善意和恶意,是一个颇具争议的问题,“破产撤销权的制度设计,是平衡多种相互冲突的社会利益诉求之后的结果;而各个国家不同的社会状态自然会导致不同的破产撤销权制度设计。如果立法者经过权衡认定某种类型的交易属于有害交易,那么就会将其划为破产法上的可撤销权行为。为了达成良性平衡,一种常见的对策是针对不同类型的交易行为设置不同的证明责任分配机制。例如,某些交易行为的撤销必须以受让人在交易发生时知晓特定事实为前提——破产法可以推定其知晓,但也应该允许受让人反证其并不知晓”^②。

比较法上,德国、日本规定了主观善意恶意要件。美国《1898年破产法》曾经明确规定,必须证明该偏颇债权人具有相信债务人在给付时已经资不抵债的合理理由。但是美国《1978年破产法》却试图抛弃这种立法例,其认为,债权人的主观状态与公平分配原则没有任何关系,如果必须证明债权人对债务人的资不抵债是知情的,对因破产前的偏颇给付而使能从破产财团获得的分配大大减少的具有相似地位的其他债权人来说,偏颇撤销规则所能提供的救济将微乎其微。^③ 根据美国《1898年破产法》,

^① 参见山东省东营市中级人民法院民事判决书,(2020)鲁05民初112号。

^② [美]杰伊·劳伦斯·韦斯特布鲁克等:《商事破产:全球视野下的比较分析》,王之洲译,中国政法大学出版社2018年版,第88~89页。

^③ 参见[美]查尔斯·J.泰步:《美国破产法新论》(第3版)(中册),韩长印等译,中国政法大学出版社2017年版,第537页。

管理人实施撤销时需证明在给付时债务人已事实破产,这种举证责任的分配在实践中极大地限制了偏颇撤销规则作用。美国《1898年破产法》采纳的解决办法是针对非关联关系人的偏颇清偿,推定债务人在日的偏颇期限内已经破产。^①而与此同时,偏颇清偿可以撤销的其中一个例外是常规营业例外,其目的是让债务人常规财务关系不受干扰,因为其并未影响偏颇撤销一般政策目标的实现,即防止债务人或债权人在债务人行将破产时实施反常行为。这项原则的存在似乎还间接肯定了可责性的原则。^②有学者指出,美国破产法虽然未明文提及主观要件而对债权人提供直接保护,但其在现行法上设置了诸多的偏颇清偿例外,以校正未规定主观要件所带来的失衡。^③

(二)《企业破产法》第32条主观要件的分析与解释

如前所述,我国的破产撤销制度在主观方面,采取严格的客观主义立场,不要求债务人或受益人具有恶意。^④但是理论界不少观点指出,应适度考虑债权人的主观善恶,“如果确实需要规定对此类行为的撤销,则应将可撤销行为限定在恶意所为的范围内,并对恶意的认定做出完善的规定。对于为继续生产经营等而进行的必要清偿不应被纳入可撤销的范围内。所谓恶意不仅要求债务人已知其不能清偿到期债务仍对个别债权人予以清偿,而且应要求接受清偿的债权人也明知债务人不能清偿的事实。此外对是否存在恶意,还可以根据被清偿的债权人与债务人有无关联关系或其他特殊利益关系确认”^⑤。“我国企业破产法第三十二条的偏颇清偿简略,容易造成打击面过大的情况,进而背离市场规律,危机交易安全,因此,可以利用这种表述模糊性,作出有利于善意破产债权人的解释”^⑥。司法实践中,也有持此观点者,认为偏颇清偿的撤销与合法受偿的个别债权人利益存在冲突,司法应平衡整体利益与个别利益,对于债权人接受债务履行出于善意的,不应撤销。^⑦

如果将债权人主观善意恶意考虑在内,则前述案件的结论是有道理的。本案债券属于公开发行,本息兑付完全系依据募集说明书以及发行人公开公告,债券投资者

^① 参见[美]查尔斯·J·泰步:《美国破产法新论》(第3版)(中册),韩长印等译,中国政法大学出版社2017年版,第563页。

^② 参见[美]查尔斯·J·泰步:《美国破产法新论》(第3版)(中册),韩长印、何欢、王之洲译,中国政法大学出版社2017年版,第577~578页。

^③ 参见许德风:《论偏颇清偿撤销的例外》,载《政治与法律》2013年第2期。

^④ 参见陈韵希:《论民事实体法秩序下偏颇行为的撤销》,载《法学家》2018年第3期。

^⑤ 王欣新:《撤销权研究》,载《中国法学》2007年第5期。

^⑥ 许德风:《论偏颇清偿撤销的例外》,载《政治与法律》2013年第2期。

^⑦ 参见张志新:《对个别清偿行为行使破产撤销权的构成要件》,载《人民司法》2010年第6期。

具有合理期待。从债券发行人的公告以及相应的兑付行为看,债券投资者有合理理由相信发行人并不具备破产原因,因此管理人不满足撤销权的行使要件。而且,根据债券本息的兑付交易实践,本息兑付并非系通过债券投资者与发行人“一对一”地私下进行,而是通过登记结算机构依法公开进行。如依据《深圳证券交易所公司债券发行上市审核业务指南第1号——募集说明书参考格式》(深证上[2021]453号),偿债计划中需明确:“本次债券本金及利息的支付将通过证券登记机构和有关机构办理。支付的具体事项将按照有关规定,由公司在中国证监会指定媒体上发布的公告中加以说明。”

(三) 危机期间的个别清偿撤销的其他例外

此外,偏颇清偿撤销大抵还有以下例外,或能够为前述案例的分析提供思路。

第一,附担保债权的个别清偿。依据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(二)》(2020年修正)(以下简称《企业破产法司法解释二》)第14条的规定,“债务人对以自有财产设定担保物权的债权进行的个别清偿,管理人依据企业破产法第三十二条的规定请求撤销的,人民法院不予支持。但是,债务清偿时担保财产的价值低于债权额的除外”。因此,《企业破产法》第32条的“对个别债权人进行清偿”,是指对无财产担保债权人的个别清偿,对有财产担保债权人的清偿不在此限,因有财产担保的债权人在破产程序中仍享有优先受偿权。但是,在担保物价值不足以清偿担保债权时,债务人对超出担保物市场价值的债权部分的清偿便属于偏袒性清偿。^①之所以如此规定,是因为虽然该清偿行为造成破产财产的减少,但在担保财产的价值高于债权额时,被清偿的债权人并未因此清偿而获得较之前更有利的地位,其他债权人也并未因此受到不公平对待。因为即使债务人未在危机期间内进行个别清偿,该债权人在破产程序中仍然对债务人设定的担保财产享有优先受偿的权利,因此该清偿行为不构成偏颇清偿。^②债券的类型中有附担保公司债,此时,依据上述规定,发行人的本息兑付行为便不属于可撤销的偏颇清偿。

第二,履行生效法律文书或基于执行行为的个别清偿。《企业破产法司法解释二》第15条对此有明确规定,^③该条依据在于,除法院依法定程序可以撤销执行行为

^① 王欣新:《撤销权研究》,载《中国法学》2007年第5期。

^② 胡利玲:《如何理解破产临界期内个别清偿使债务人财产受益——对我国偏颇清偿例外的重释与情形补足》,载《人民司法》2019年第22期。

^③ 该条规定,“债务人经诉讼、仲裁、执行程序对债权人进行的个别清偿,管理人依据企业破产法第三十二条的规定请求撤销的,人民法院不予支持。但是,债务人与债权人恶意串通损害其他债权人利益的除外”。

外,其他人是无权否认其效力并加以撤销的,但在债务人丧失清偿能力的情况下,其在可撤销期间内基于对个别债权人的偏袒清偿等非法目的而利用执行名义进行的可撤销行为,违背公平原则,应予以撤销。^① 因此,一般而言,债券投资者或者债券受托管理人取得生效裁判,发行人基于该生效裁判进行本息兑付,不属于偏颇清偿可撤销的范围之内。

第三,惯常交易。“惯常交易例外”,是指对常规营业中产生的债务,在常规的财务往来或者依照常规的交易条件实施的付款行为,不受破产撤销权的追溯,其积极意义在于,可以鼓励债权人在债务人濒临破产之际继续保持与债务人的常规交易和财务往来,相应地保持债务人营业的连续性;同时,防止债务人在濒临破产之际采取非常规的付款或者交易行为。^② 在美国法上,偏颇清偿撤销的一项重要例外是那些符合“债务人正常商业与财务流程”,该项支付无论对债权人还是债务人而言都是通常而非反常的交易,该交易必须符合双方的交易习惯。^③ 《企业破产法司法解释二》第16条第2项的“债务人为维系基本生产需要而支付水费、电费等的”规定,属于偏颇清偿撤销的例外,是“惯常交易例外”这一原则的体现。这一原则在解释发行人兑付债券利息上是颇有说服力的。在绝大部分情形下,发行人向债券投资者兑付本息均是按照募集说明书的约定并有规律地偿还,形成发行人与债券投资者之间就利息支付的“交易习惯”,因此,至少债券利息兑付并不属于偏颇清偿撤销。

四、债券追加担保与破产撤销权的行使

对没有财产担保的债务在破产临界期内追加担保,本质上也属于偏颇清偿,因为实现破产债权人公平受偿是破产法所遵循的原则,在破产程序中,有财产担保的债权较之普通债权优先受偿,债务人在人民法院受理破产申请前一定期限内对没有财产担保的债务提供财产担保,意味着本应用于集体清偿的财产变成了有财产担保的债权人优先受偿的标的,从而使普通债权人通过破产程序所能够获得的清偿数额减少,这显然不符合破产程序实现公平清偿的目标。但是《企业破产法》第31条第3项将“对没有财产担保的债务提供财产担保的”行为与债务人无偿行为规定在了一起,有

^① 最高人民法院民事审判第二庭:《最高人民法院关于企业破产法司法解释理解与适用:破产法解释(一)·破产法解释(二)》,人民法院出版社2013年版,第232页。

^② 韩长印:《破产撤销权行使问题研究》,载《法商研究》2013年第1期。

^③ 许德风:《论偏颇清偿撤销的例外》,载《政治与法律》2013年第2期。

学者指出,这殊为不当。^①

在债券交易中,中国证监会《公司债券发行与交易管理办法》(2021年修订)第59条指出,“公开发行公司债券的受托管理人应当按规定或约定履行下列职责……(五)预计发行人不能偿还债务时,要求发行人追加担保,并可以依法申请法定机关采取财产保全措施”。因此,无论是在司法实践还是交易实践中,债券投资者或者受托管理人要求债券发行人追加担保,是十分常见的做法。但是,这一方式会受到破产撤销权的制约,主要是《企业破产法》第31条的规定,“人民法院受理破产申请前一年内,涉及债务人财产的下列行为,管理人有权请求人民法院予以撤销……(三)对没有财产担保的债务提供财产担保的”。在债券司法实践中,已经出现了此类案件,但是人民多不予支持。

首先,依据既存债务追加担保的撤销规则,所针对的必须是“既存债务”追加担保。在破产临界期内,对新债务设置担保是允许的,因为伴随新担保的设置债务人财产获得相应的增加,这并不损害债权人的利益。^②也就是同时担保行为不予撤销,同时担保行为也被称为同期交易,企业破产法规定对没有财产担保的债务提供财产担保的行为应予撤销,仅限于对无担保的债务补充提供财产担保,债务人与债权人在可撤销期间内签订主合同且同时签订抵押等担保从合同的,不在可撤销之列,因其不是对原无财产担保的债权补充提供担保,不具有改善某一债权人只有原有清偿地位的不公平性质。^③

其次,有一些情形下,虽然在签订主合同的同时签订了担保合同,但是担保物权的设立未履行相应的公示手续,在破产临界期,也就是在1年内,才履行了公示手续,这时应如何在破产撤销权之下处理?应当说,未办理公示手续的原因比较多,可能是债务人的拖延,也可能是债权人的怠于行使权利,还有可能是当事人所无法决定的客观因素(如登记机构原因等)。因此,可能的方式是具体问题具体分析,即由裁判者判断未办理公示手续的原因为何,若是因债权人自身原因导致,则可认为属于既存债务追加担保而予以撤销;若系因债务人或者其他客观因素导致,则确定债权人提出办理登记请求的时间后,视该请求是否在破产临界期内确定是否可得撤销。

当然,还有观点认为,应视债务人关于担保的承诺是否构成债权人放款的对价,

^① 许德风:《破产法论——解释与功能比较的视角》,北京大学出版社2015年版,第380页。

^② 参见王卫国:《破产法精义》,法律出版社2007年版,第90页。

^③ 李永军等:《破产法》(第2版),中国政法大学出版社2017年版,第97页。

以及担保设定与借款提供之间的时间差是否合理。如果原来的借款合同中约定出借人提供借款的同时债务人提供担保,应认为在借款与担保之间形成了互为对价的关系,不得撤销,同时当事人应当在合理的期限内完成担保设定手续,合理期限的确定参考登记流程、市场习惯等因素,如果在借款合同履行后很长时间内未完成登记手续,可认为债权人已就担保的设定为债务人提供了“信用”,可以撤销。^① 还有观点指出参照《美国破产法典》的规定,即只要担保物权在其基础合同生效之日起30日内得以公示登记,担保物权的创设与债务的成立就仍可视为实质性同时交易,如果超出30日,那么将不受偏颇安全港规则的保护,而应予撤销。^② 这种做法无疑可以倒逼当事人尽快办理登记,减少争议的发生,但基于对客观原因阻碍登记的考虑,或可将“在基础合同生效之日起”改为“自能够办理公示之日起”。

债券纠纷司法实践中也有此类案件,如在“东营佛思特生物工程有限公司管理人与长城嘉信资产管理有限公司破产撤销权纠纷案”中,涉案债券的发行与认购发生在2016年,但是担保协议的签订与担保物权的公示均发生在2018年12月,管理人依据《企业破产法》第31条的规定请求撤销。^③

对此,还应该注意的,如果担保物权设立未履行必要的公示手续,本身担保物权没有设立,故也就不存在撤销的问题,如同国外研究者所指出的那样,“如果债权人在设定其担保物权时未能遵守担保法的既有规则,则其自然不应期待其担保物权获得承认,因此,撤销不当设立的担保物权所实现的政策目标,早已在担保法中确立”^④。在我国,不动产抵押权未登记不具有物权效力自不待言,需要特别说明的是动产担保物权。《民法典》第403条规定,动产抵押未经登记,不得对抗善意第三人,也就是说动产抵押权不需公示即可设立,公示只是对抗要件,《担保制度司法解释》第56条明确,破产管理人属于不得对抗的第三人之列。换言之,未登记的动产抵押权在破产程序中不具有优先受偿的效力,故动产抵押权未登记与不动产抵押权未登记一样,在破产程序中均没有优先受偿的效力。

最后,与危机期间个别清偿一样,《企业破产法》第31条对既存债务追加担保的撤销,从法条描述上也没有关于债权人善意与恶意的要件。

^① 参见许德风:《论偏颇清偿撤销的例外》,载《政治与法律》2013年第2期。

^② 参见任一民:《既存债务追加担保的破产撤销问题》,载《法学》2015年第10期。

^③ 山东省东营市中级人民法院民事判决书,(2020)鲁05民初299号。

^④ [美]杰伊·劳伦斯·韦斯特布鲁克等:《商事破产:全球视野下的比较分析》,王之洲译,中国政法大学出版社2018年版,第89~90页。

五、发行人重整计划执行对债券投资者诉讼管辖的影响

发行人破产重整计划执行期间,有债券投资者以其他虚假陈述行为人如中介机构为被告,在中介机构所在地有管辖权的中级人民法院提起证券虚假陈述责任纠纷,此时产生的问题是,人民法院是否应将案件移送至发行人所在地法院?

首先,在一般意义上,就重整计划执行期间诉讼的管辖,司法实践中历来存在两种观点。一种观点认为,重整期间只是破产案件整个审理期间的一部分,重整计划执行阶段仍然属于破产案件审理期间,因此重整计划执行期间,有关债务人的民事诉讼仍应当适用《企业破产法》第21条有关集中管辖的规定。另一种观点认为,重整计划执行期间,法院除了听取管理人的监督履职报告之外,基本上无其他破产程序需要处理,在此意义上,继续由破产受理法院集中审理有关债务人的民事诉讼案件,尤其是新事实或者事件引发的诉讼已无太多必要。^①

《九民纪要》第113条第2款指出,重整计划执行期间因重整程序终止后新发生的事实或者事件引发的有关债务人的民事诉讼,不适用《企业破产法》第21条有关集中管辖的规定,除重整计划有明确约定外,上述纠纷引发的诉讼不再由管理人代表债务人进行。

其次,在债券虚假陈述责任纠纷领域,该问题也同样存在争议。如在“深圳市融通资本管理股份有限公司等与亿阳集团股份有限公司等证券虚假陈述责任纠纷案”中,债券投资者以中介机构为被告在中介机构所在地法院起诉,被告提出管辖权异议,法院应移送至发行人(破产债务人)所在地法院管辖,^②相反观点则主张不予移送。^③

^① 参见最高人民法院民事审判第二庭:《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》,人民法院出版社2019年版,第572~573页。

^② 法院认为,《企业破产法》第21条规定:人民法院受理破产申请后,有关债务人的民事诉讼,只能向受理破产申请的人民法院提起。中信信托公司、融通资本公司、对外经贸信托公司向本院提起本案诉讼时,亿阳集团已向哈尔滨中院提起破产重整申请。现亿阳集团虽处于重整计划执行阶段,但中信信托公司、融通资本公司、对外经贸信托公司起诉主张的发行人存在虚假陈述行为及承销机构未尽勤勉尽责义务等相关事实发生在哈尔滨中院受理亿阳集团重整申请之前,本案不属于重整计划终止后发生的事实或事件引发的有关亿阳集团的诉讼。且三原告均认可已向相关管理人申报涉案债权,申报数额与本案诉请金额一致。故本案审理结果与亿阳集团重整程序密切相关,哈尔滨中院对于亿阳集团重整案件的整体情况更为了解,应当由哈尔滨中院集中管辖,本案应当由哈尔滨中院审理。北京市第一中级人民法院民事判决书,(2020)京01民初480号。

^③ 典型如“蓝石资产管理有限公司与辽宁知本律师事务所等证券虚假陈述责任纠纷案”,北京金融法院民事裁定书,(2021)京74民初1号。

对此,按照《九民纪要》第 113 条第 2 款的规定,是否移送管辖主要视诉讼是否因新发生事实而引起。就债券纠纷而言,由于人民受理破产案件后,未到期的债权视为已到期,故无论债券是否发生实质违约,在重整计划中必然会涉及发行人(破产债务人)就债券的兑付问题;况且在司法实践中,在破产案件受理前,基本上发行人早已发生债券违约,无法兑付债券本息。因此,债券违约事实是发生在重整程序终结之前的。此外,债券投资者以证券虚假陈述责任纠纷起诉中介机构,指向的是中介机构在债券发行中未尽勤勉尽责,上述行为也并非重整计划执行阶段新发生的事实。