

我国破产重整期间的公司治理及管理模式评析

张文举

(上海交通大学 法学院,上海 200030)

摘要:在如今“僵尸企业”林立的经济与社会环境下,破产重整无疑是能够满足各方诉求的有效途径之一。企业破产重整期间其内部治理状况也将发生显著的变化,而关键就在于管理模式的确立。根据我国现行破产法,重整期间困境企业存在破产管理人和经管债务人两种管理模式。这两种管理模式的区别在于重整期间公司控制权的归属,各国对在此期间管理模式的选择也有众多差异。结合重整期间公司治理的变化,其核心问题——管理模式的优劣与完善无疑将成为重整制度得以顺利适用的关键。

关键词:破产重整;公司治理;破产管理人;经管债务人

中图分类号:D922

文献标志码:A

文章编号:1673-291X(2016)17-0178-04

公司治理的基本原则可以被高度概括为经营者对不属于契约直接规定的范围内的决策具有控制权。在正常运转状态下,公司治理结构中涉及的主体主要是股东会、董事会、经理以及监事会,他们之间形成了几种常态关系:股东会与董事会之间的信托关系;董事会与经理人员之间的委托代理关系;监事会与董事会和经理人员之间的监督与被监督关系。

在正常运转的公司中,利益冲突主要体现在公司债权人和公司股东之间。债权人希望看到的是公司正常运作,以期按时足额地偿付债权,至于公司是否能够创造更多的盈余其并不关心甚至抵制。而公司股东则希望在资金一定的情况下让公司承受更大的风险进行更多的投资,从而创造更多的利润,因为其作为股东只需在自己的出资额内承受损失。这时拥有公司控制权的经营管理层就要成为利益冲突调停的核心,既要满足公司股东的利益需要又要保护债权人的安全^[1]。公司治理结构以控制权为杠杆,通过在公司内部利益相关者之间配置控制权,达到对各项权益进行公平、均衡的分配。

一、破产重整期间的公司治理——以“公司控制权”为要点

(一)破产重整期间公司治理发生的变化及特点

在申请破产重整后,困境企业在破产重整期间的公司控制权将由重整人行使。虽然可以说,重整企业与正常企业相比,对其运转经营以达收益最大化的本质目的并没有发生变

化,但是重整企业的治理却会在此期间表现出许多独有的特性。

1.重整期间的公司控制权

重整期间公司控制权的变化主要发生在两方面,一是控制权的实施范围,二是控制权的实施主体。与企业在正常状态下运作的时候相比,破产重整期间的控制权范围在一定程度上缩小了。例如,当重整人需要出卖或者出租一些价值较大的债务人财产时需要征得债权人和法院的同意。但是在这特殊时期,企业的控制权也多了特殊的属性,如对于破产重整申请前一定时期内债务人进行的欺诈性偿还交易和偏颇清偿行为的撤销权等。

当进入破产重整程序后,困境企业往往处于实际或者可能的资不抵债的境遇,股东基于对公司出资而产生的控制权已经不复存在。这也恰恰是债权人债权的体现,此时公司的控制权已经转移到了债权人手中。公司之所以能够进入破产重整程序以及接下来重整程序的顺利开展、重整计划的顺利执行依靠的是债权人的让步,而在此期间最大的风险承受者也是债权人,应当遵循“债权人利益优先”的原则。但是,进入重整程序并不意味着股东丧失全部的控制权,股东对公司仍然有一定影响力,但不妨碍公司控制权的重心转移至债权人,由债权人组成的债权人会议在破产重整治理结构中成为决策性机构^[2]。

2.重整期间的利益冲突

在美国,这种进入重整程序后依旧负责公司运营的债务人被称作“经管债务人”(Debtor in Possession,简称DIP);而在我国《企业破产法》语境下,虽没有这一称谓,但破产法第73条规定下的自行管理的债务人与其并无实质差别,所以本文认为可以将这种在重整中依旧由债务人自行进行财产和营业管理的模式称为“经管债务人模式”。

破产法理论通常把重整期间负责债务人企业的继续运营的主体称之为“重整人”。

收稿日期:2016-06-19

作者简介:张文举(1991-),男,河南洛阳人,2015级法律硕士研究生,从事破产法、保险法研究。

正常情况下债权人与公司之间只是外部的纯粹的债权债务关系,此时债权人并不会介入公司的内部治理,只是通过外部制约手段如提起给付诉讼与执行解决其权益的保护问题,公司的控制权人需要以股东的利益得失作为衡量标准。但是此时重整人是债务人财产的代理人,债务人财产成为其受信义务的核心,与债务人财产相关的所有利害关系人成为其受信义务的对象。这样也就使得债权人的角色从外部制约转化为了内部治理,使得外部利益内部化,使得债权人成为影响公司控制权的主体。这些对象包括公司股东、普通债权人、担保债权人、职工债权人、法定债权人等众多的利益群体或个体。不可回避,这些不同类的利益群体或个体之间,甚至同类的利益群体或者个体内部都有着复杂的利益冲突,例如,债权人整体与股东之间的利益冲突、普通债权人与担保债权人之间的利益冲突。因此,重整人要同时向公司股东和债权人的利益负责,合理地处理更加复杂化的利益冲突成为了其控制权实施的关键所在。

3.重整期间的受信义务

重整期间重整人受信义务的变化主要体现在受信义务的对象及内容两方面。如前所述,公司控制人的受信义务以公司财产的所有权为基础。如今,在破产重整期间公司净资产为负值或是可能为负值的情况下,可以说针对债务人财产这样一种特殊的财产存在形态,与其相关的所有利害关系人,都将成为重整人所要受信的对象。

在公司正常运转的情况下,公司控制人的受信义务主要是忠实、勤勉地负责公司的运营与决策以及根据股东各自所占的份额对公司的收益进行分配。这些义务内容在重整期间,也是重整人所要负责的内容。有所不同的是,破产涉及对已经陷入经济困境的公司进行重整或者清算,其目的在于对破产的损失进行分配并且在可能的情况下,以能够提升公司价值和减少所有关系人损失的方式运营公司资产。因此,重整人在破产重整期间的受信义务不仅包括了对债务人财产收益的分配,更重要的是其必须将破产重整这一妥协过程中的损失在各利害关系人之间进行合理的分配。

4.重整期间的司法介入

从法律适用层面来看。正常运转状态下的公司治理最基本、最主要的法律依据是《公司法》,上市公司还要遵守《证券法》。但是在进入破产程序后《企业破产法》将被当做特别法优先适用并发挥主导作用,与《公司法》《证券法》共同构成了破产程序所要适用的法律体系。这些法律有着不同的社会属性和法律思路,但是有主有辅、互补相承,对重整程序中的公司治理和公司控制权的行使产生影响。

从司法机关的干预层面来看。根据《企业破产法》规定,法院在整个重整程序中发挥着主导作用,重整期间几乎所有的重大事项都需要法院来最终确认。例如:破产重整程序是否受理、管理人的指定、更换、报酬与处罚、对相关业务的许可、重整程序的终结、重整计划的批准与执行、整个重整程序的监督等等。可以说,法院决定着重整的最终走向,法

院也从来没有像在重整程序中如此全面、具体地介入到公司治理结构中^[9]。

(二)破产重整期间控制权的内容及重要地位

《企业破产法》第25条规定了破产管理人的主要职责;第73条及第80条规定了债务人自行管理的申请程序及管理职责。而在所有的重整职权中以重整计划的制订最为重要。从内容来看,重整计划由重整人拟定草案,以各方利害关系人对权利义务关系的调整和妥协为前提,以维持公司继续营业,谋求再生为目的,最终由各方利害关系人表决通过,经法院认可而生效。从重整计划的表决过程来看,重整计划的表决分组也由重整人完成,由于破产重整计划是通过分组后的债权人表决进行决定是否通过,所以控制权人可以间接影响方案在债权人会议上被通过的几率。重整计划是重整制度的核心内容,重整人制订的重整计划的质量将直接决定重整能否成功,这也正是重整期间公司控制权受到各方利害关系人关注的重要原因之一。

此外进入重整程序后,重整控制权的一项重要内容就是对债务人财产进行概括接管和检查、调查。对于在破产程序开始前一定时期内债务人所实施的欺诈性清偿和偏颇清偿行为,重整人可以行使撤销权。对于公司的日常经营业务,重整人要尽到合理的经营管理职责。所以,在此期间控制权的得当行使将对债务人财产的“增值保值”以及重整成功起到决定性的作用。

二、破产重整期间的公司管理模式及其完善

(一)国内外选任模式

在不同的立法体系下,破产重整期间的管理模式有所不同,其主要的区别在于公司控制权的归属。境外破产法大致有三种体例:第一,单一制。主要以英国和日本为代表。第二,选择制。主要以美国和德国为典型代表。这一管理方式为美国首创,即美国破产法第11章中的“经管债务人”(debtor in possession,简称DIP)制度。韩国以及我国台湾地区之相关制度与债务人自行管理并无本质差别,总体上应属于选择制。第三,并列制。法国的一般破产程序为并列制。

根据《企业破产法》我国确立的是管理人中心主义模式,规定所有的破产案件均需由法院指定管理人,破产重整期间的所有管理事务均由管理人负责。根据第73条规定,经债务人申请、法院批准,债务人可以在管理人的监督下自行管理财产和营业事务,法院规定的管理人职权由债务人行使。因此,我国的管理模式有着自身的特点,其不属于单一制,因为允许在管理人监督的情况下债务人自行管理的存在;也不属于选择制,一方面其以管理人模式为原则,债务人管理为例外,另一方面,即使是债务人自行管理,管理人也同样存在并对其进行监督。因此,这与具有典型代表意义的美国DIP模式有着显著的区别,后者以经管债务人模式为原则以指定管理人模式为例外。即企业一经申请破产,便自动享有自行管理公司的职权,除非利害关系人出于法定事由申请法院指定管理人并经裁定批准。

(二) 破产管理人模式的优缺点及其制度完善

1. 破产管理人模式的利弊分析

采用破产管理人模式的优点就在于,对困境企业进行及时接管,可有效防止债务人进行不当、欺诈甚至是犯罪行为,侵害其他利害关系人的利益。破产期间管理人对债务人财产及时的清查追回和有效得当的经营运作对于债务人财产保值增值至关重要。破产管理人更能够客观、公正、中立地代理破产财产,面对各方复杂的利益冲突做出相对独立合理的决策。

破产管理人模式的缺点在于:(1)在该模式下,公司控制权归属于管理人,所以即使是债务人已陷入经济困境,但其原管理层仍将怠于申请破产重整,从而错过了重整的最佳时期。(2)管理人通常情况下并不具备重整企业所属行业的经营技术和经营经验,这将影响公司经营的连续性,从而增加管理成本和经营成本。(3)管理人的报酬需要从债务人财产支出,而且这项支出不容妥协的和不菲的,因此这种模式也是增加重整成本的做法。如今不合理的报酬支付机制也并不能激励管理人付出巨大的心血去追回债务人财产,这都不利于重整。(4)破产管理人往往具有浓厚的行政管理属性,其作为与债务人财产并无利害关系的第三方并不太重视重整企业的商业化运作。(5)管理人的本职工作是促使重整计划顺利通过、重整程序顺利终结,而接下来重整计划则由债务人独立执行,至于重整计划是否切实可行、是否符合企业长远发展的商业利益并不为其所关心。(6)我国的破产管理人退出机制。当破产管理人不能胜任时,法院只能用另一组破产管理人来替换。在缺少保证新替换的管理人有效履行职能的激励机制和监督机制的情况下,更换管理人也常常是前途未卜。

2. 我国破产管理人制度的完善

我国破产立法所要解决的根本问题,并不是要否坚持管理人中心主义,而是在管理人中心主义的架构下,如何协调管理人、法院和债权人之间的关系。

破产管理人制度的完善必须着眼于这个制度本身的局限性以及实施过程所暴露出来的现实性问题。(1)管理人作为被指定介入的第三方,其自身经营能力的缺陷在所难免。因此,一方面,法院要充分利用市场机制来挑选业务精良,或在企业相关领域有所涉猎的管理人;另一方面,管理人要尽量雇用未违背忠实义务的原管理人员,从而尽快熟悉公司业务,缩短学习周期,最大化地挽回公司的损失。(2)没有任何绝对优势的价值可以绝对凌驾于其他价值之上,因此破产法的原则变成了和更好回答“损失应当如何分配”这一问题相关的众多因素的混合体^[4]。问题就在于其履行义务“分配损失”的标准却是缺位的,管理人的行为有了过大的不确定性和裁量的空间。结果就是,当一部分主体获益而另一部分主体承受损失时,利害关系人对管理人的质疑和管理人缺乏解释依据的无奈,因此应该明确损失分配的标准。例如:考虑到妥协的必然性,应该避免“多数人的暴政”或给予相应补偿的前提下,肯定个人利益让步整体利益的标准。再

如,对于破产重整企业的股东来说,管理人应当考虑“债权人利益优先”的原则。(3)可以逐步建立管理人的资料数据库,准确全面地记录管理人的业务能力、过往的案件经验和结果以及诚信状况,从而依据这些来做出综合的评估,对管理人个人和中介机构进行评级,使其更好地服务到个案当中。(4)我国现行的管理人选任制度完全由法院主导,从管理人的指定到重大经营决定均需法院的同意。这项权利似乎不受任何监督和制约,这时权力寻租就可能出现,法院会通过管理人间接控制破产企业。可以考虑引入第三方机制来行使选派管理人的职能,其根据既定的条件选派出任管理人的候选人,然后再由法院根据第24条进行审查;在被全部否定时,则由第三方继续指派,并由法院继续审核,但是法院不得介入这个由第三方主导的选派过程。如果是债权人提出更换管理人的请求,第三方在选派过程中还要与债权人充分磋商。这样,既可以有效分担法院在管理人指定过程中的工作负担,也可以使整个破产重整过程更加客观、公正和高效。

(三) 经管债务人模式的优缺点及完善

1. 经管债务人模式的利弊分析

两种模式是控制权归属这一问题的两种解决思路,很大程度上是优势互补的关系,也正是运用这种对比思路来掌握其各自适用特点。

经管债务人模式的优势就在于:(1)由于这种模式下的显著特点就是公司控制权仍归债务人所有,所以公司的管理层则更有动力在企业重整的最佳时期或者之前及时提出重整的要求,从而避免企业由于对丧失控制权的担忧而在时间上增加对重整成功的不利影响。(2)在此模式下,债务人通常会坚持在重整期间继续营业,这也就保证了企业运转的连续性,从而有效降低重整的成本和重整程序给企业带来的负面影响。(3)通常来说,债务人的原管理层相比较管理人而言,对企业所属行业的管理经验,包括行政、财务、人事、经营策略等方面应该十分了解,这就减少了熟悉企业运作所带来的重整成本。在很多情况下,债务企业走向困境,是由整体经济的下行、债务人所在行业的市场波动(比如债务人经营所需商品价格的上涨),或并非源于管理层之过失或欺诈的)经营策略的失败所导致。在这些情形中,债务人的管理团队往往仍能保有来自利害关系人的信心,这对债务人的重整仍能视为一笔无形财产^[5]。(4)经管债务人在这种情况下要接受多方监督,其本身又是重整成功的最大受益者之一,因此,在这样更加健全有效的监督机制和激励机制下,重整企业将能更顺利地走出困境。

经管债务人模式的缺陷在于以下几点:(1)各利害关系人对原管理层根深蒂固的质疑。即很难断定管理层存在欺诈或过错,由于这些行为很强的隐蔽性,各方关系主体很难了解到企业内部的日常运转情况。所以,最起码可以说企业重整有受这种潜在危险威胁的可能性。(2)根据我国破产法规定,债务人将行使管理人的所有职权,其中包括撤销权的行使。由于这项不当行为本来就由债务人做出,其出于本能

一定会极力掩盖,所以这种模式也不利于客观、及时地对欺诈、违规行为进行审查。(3)进入破产重整程序,债务人可能会在所难免地对股东利益偏重。因此,面对重整期间复杂的利益主体,尤其是外部利益冲突内部化的情况下,这将非常不利于其客观、中立地平衡这中间的损益分配。

2.我国经管债务人制度的完善

第一,在经管债务人模式的适用条件方面。关于债务人具体在满足什么样的条件下,法院才能批准其采用经管债务人模式进行重整,立法并没有给出明确的解释。而在这种模式下作为典型代表的美国和德国立法体例值得参考。根据美国《联邦破产法典》第1104条的规定,只有在现任管理层有欺诈、不诚实、不称职或整体管理不当,或类似事由出现时,法院应当对管理人予以指定。这也从侧面回答了经管债务人模式和管理人模式的适用条件。德国《支付不能法》第270条规定,法院在满足一定条件的情况下许可债务人在财产监督人的监督下管理和处分破产财产。这些条件包括:债务人提出申请;破产程序开始申请由债权人提出的,该债权人同意债务人的申请;根据情况债务人自行管理不致延误破产程序或对债权人造成其他损害。

根据以上域外立法的经验,我国可以在以下几个方面明确该模式的适用条件:(1)核查债务人及其管理层是否有违背受信义务的行为。包括在申请破产之前和破产程序开展之后,其是否有欺诈、不当或是违法的行为。(2)破产重整程序启动的主体。如果是债务人自己,则通常应该准许;如果是债权人启动,则应该经过债权人的同意。(3)申请破产重整是否是为了拖延债务的履行,从而作为损害债权人利益的一个筹码。(4)债务人自身是否具备重整期间自行管理的能力,这包括自身的商业经营能力、经营意愿和前期是否做了充足的准备。(5)最后应该是实质考察方面,那就是经管债务人模式是否会损害债权人的利益,这应该是审核的实质性要求。

第二,在经管债务人的申请时间方面。根据破产法第73条,债务人须在破产重整期间提交自行管理的申请,也就是必须在法院对破产重整的申请作出受理裁定后才能提交自行管理的申请。而根据第13条,人民法院裁定受理破产申请的,应当同时指定管理人,管理人将立即全面接管债务人的企业。这样严格按照法条的文义解释造成的结果是,法院

准许债务人自行管理之后,管理人就要尽快再将刚刚接收的全部事务移转给债务人,这个过程显得烦琐多余。因此,要求债务人只能在法院受理重整申请后方可提出自行管理申请,与重整程序对效率的追求相悖,而且其他各国立法一般也不对债务人提出自行管理的时间进行限制^[1]。

如果允许债务人在受理申请批准之前就可以向法院提请自行管理,且一并作出是否受理重整和是否批准自行管理的裁定将有多方面的好处。(1)这样可以提高法院的工作效率。其可以同时审查两方面的申请,而两项申请本来在内容上就是互通的,因此可以避免重复工作。(2)减少了债务人与管理人之间反复移交公司财务和管理工作的繁琐程序,从而减少了重整的成本。(3)如果债务人可以更早地提请自行管理申请,也将更有效地激励债务人尽早提出重整申请。

第三,在经管债务人与管理人的职责划分方面。破产法第25条规定了关于管理人的一些基本职责;在第31条规定了管理人对于债务人不当行为的撤销权;在第35条规定了管理人对于股东催缴出资的职权。而第73条第二款规定,已接管债务人财产和营业事务的管理人应当向债务人移交财产和营业事务,本法规定的管理人的职权由债务人行使。如果机械地按照第二款的后半段理解,则管理人的所有职权都应交由债务人行使,这显然是不合理的。根据立法的本意,应该按照第二款的前半段理解,即在经管债务人模式下,管理人向债务人移交的应该是财产和营业事务性职权,出于利益衡量的考虑,以下职权依旧应该由管理人行使。(1)调查和检查权。这个权力本来就是在管理人接管债务人财产后的一项基本职权。这项工作可以使所有利害关系方对债务人的财产状况有个客观真实的了解,以便之后在充分享有知情权的基础之上做出各自的选择。(2)撤销权的行使。如上所述,这项职权本来针对的就是债务人之前的不当行为,因此如果由债务人来行使,必定影响公正的处理。同理,与之类似的要求出资未到位的股东足额缴付出资和对债务人财产的追回都应由管理人负责。(3)管理人的监督职能。正如破产法所规定的,债权人要在管理人的监督下自行管理。因此,之前管理人应行使的监督权,以及在管理人模式下债权人、法院对管理人行使的监督权也同样适用于经管债务人模式下。比如,对于重大资产处分的监督、对债务人信息披露的监督等。

参考文献:

- [1] 齐明.论破产重整中的公司治理——美国经验及其借鉴[J].当代法学,2009,(2):133.
- [2] 韩长印.债权人会议制度的若干问题[J].法律科学,2004,(4):25.
- [3] 霍敏.破产审判前沿问题研究[M].北京:人民法院出版社,2012:271.
- [4] ELIZABETH WARREN.Bankruptcy Policy[J].54 U.Chi.L.Rev,1987.
- [5] 韩长印.美国破产法协会:破产重整制度改革调研报告[M].何欢,译.北京:中国政法大学出版社,2015:17.
- [6] 王欣新,李江鸿.论破产重整中的债务人自行管理制度[J].政治与法律,2009,(11):87.

【责任编辑 杜娟】