



债务人自行管理中管理人的 功能定位与制度完善

——《企业破产法》修改背景下的省思

蔡嘉炜 李曙光

摘要: 债务人自行管理制度属于新一轮《企业破产法》修改的重点。在我国债务人自行管理的实践中,管理人的设置在一定程度上有助于缓释债权人对该模式滥用的顾虑,继而提升其适用率。但现行法律规定对于管理人的功能定位存在单一化的缺陷,制约了债务人自行管理制度的运行实效。我国应转变对管理人作为监督者的原有思路,并在参酌域外制度演进趋势的基础上,重塑管理人的复合功能定位。管理人除作为重整程序日常监督者外,还应作为重整程序的推进者及信息传递者,以助力化解纠纷、缓释控制权滥用顾虑并凝聚各方在困境企业拯救问题上的共识。在配套规则上应参酌主流经验,围绕职权设定、义务规则及履职保障等方面完善相关规定。

关键词: 企业破产法;债务人自行管理;管理人;企业重整;小微企业破产

DOI: 10.13734/j.cnki.1000-5315.2024.0314

收稿日期: 2024-06-11

基金项目: 本文系国家社会科学基金重大项目“防范系统性风险与健全金融稳定长效法律机制研究”(23&ZD157)、北京市社会科学基金重点项目“营商环境法治化与破产法现代化研究”(22FXA004)的阶段性成果。

作者简介: 蔡嘉炜,男,广东普宁人,法学博士,中国政法大学法与经济学研究院讲师,E-mail: caijw@cupl.edu.cn; 李曙光,男,江西景德镇人,中国政法大学法与经济学研究院教授、全国人大财政经济委员会《企业破产法》修改工作组成员。

债务人自行管理制度属于新一轮《中华人民共和国企业破产法》(以下简称《企业破产法》)修改的重点。该制度肇始于美国,并在各国重整制度改革过程中呈现出趋同态势。我国 2006 年《企业破产法》立法时移植了债务人自行管理制度,该制度的引入被普遍认为会有益于我国的企业重整实践^①。在制度移植之初,我国并未采取美国“纯粹式”债务人自行管理立法模式,而是采用了“折中主义”方案,即强制引入管理人并由其承担对自行管理人的日常监督职责^②。诚然,该模式实非孤例,不仅见于加拿大、法国、德国及日本等国家的相关立法以及司法实践之中^③,亦为近年来美国等国家的小微企业重整制度改革实践所广为采纳^④。较之于加拿大、德国等国家的情况,我国债务人自行管理制度下管理人的功能定位存在单一化的缺陷。事实上,通过对域外主流经验及其法制变革趋势的梳理可知,与之相似的监督人除作为自行管理人的日常监督机制外,

① 李曙光《我国破产重整制度的多维解构及其改进》,《法学评论》2022 年第 4 期,第 105—106 页。

② 有英国学者分析指出,“债务人自行管理以及管理人接管并非全有或者全无之关系,而是允许存在多种‘折中’形态”。参见:Gerard McCormack, “Business Restructuring Law in Europe: Making a Fresh Start,” *Journal of Corporate Law Studies* 17, issue 1 (2017): 192.

③ Michelle M. Harner, “The Search for an Unbiased Fiduciary in Corporate Reorganizations,” *Notre Dame Law Review* 86, issue 2 (2011): 469, 475, 507.

④ William L. Norton III, James B. Bailey, “The Pros and Cons of the Small Business Reorganization Act of 2019,” *Emory Bankruptcy Developments Journal* 36, issue 2 (2020): 388-89.

亦可积极充当破产程序推进者及信息传递者的关键角色^①。其复合角色定位的确立实则根源于重整实践的现实需求,初衷在于化解债务人自行管理模式下所存在的信息不对称的困局,且缓解当事人对于重整控制权滥用的顾虑,继而最终助益于凝聚各方在困境企业拯救方面的共识,提升利益相关方的回报^②。

我国学界既往对债务人自行管理模式下管理人功能定位问题的讨论,主要集中于某一国家相关制度的引介,以及对我国债务人自行管理模式的一般性评价^③。近年来,不乏学者关注小微企业重整中默示适用债务人自行管理模式的价值及机理^④。不过,相关研究对域外各主流立法模式的梳理多及于一斑而未见全貌,尤其是对管理人功能定位的演进过程以及管理人履职所需的配套规则体系的完善路径缺乏考察。在《企业破产法》修改以及小微企业重整亟需引入法律制度的背景下,重塑管理人的复合性功能定位并对相关配套制度予以完善,无疑正当其时。鉴于此,本文基于比较法学的功能主义视角^⑤,对域外法制度演进趋势进行系统性剖析,以助理解“折中主义”立法模式下管理人引入的实践趋势,以及各国相关立法改革的共识。

一 域外债务人自行管理模式中管理人的功能定位

尽管我国《企业破产法》第七十三条对债务人自行管理模式下管理人的监督职能已作出明确规定^⑥,但是,由于立法早期对管理人监督功能定位的认识模糊,以及与履职相应的配套体系性规则的阙如,在实践中致使管理人在履行监督职责及履职边界上无所适从。其根源在于,在制度设计之初,我国对域外制度发展的趋势在总体上缺乏全面性的比较法考察。事实上,对债务人自行管理模式中同样采取“折中主义”立法模式的其他国家或地区而言,其早期的法律移植经验及近期的改革趋势皆可资相互佐证的一点是:在各国债务人自行管理程序中承担类似职能的管理人的功能定位一直处于不断演进之中。也就是说,管理人除承担对自行管理人的日常监督职责外,通常还需有效胜任重整程序推动者及信息传递者等重要角色^⑦。“重整程序往往存在各方利益的激烈角逐现象”^⑧,该程序的有序进行及成功开展离不开各方的友好协商。可见,由管理人承担复合角色更多是为回应重整实践的现实需求,以妥善化解信息不对称的困局,凝聚各方在困境企业拯救问题上的共识,继而提升重整程序的开展效率及成功率^⑨。

首先,在依照债务人自行管理模式开展的加拿大企业重整程序(以下简称 CCAA 程序)中,尽管立法者起初寄希望于由监督人(monitor)^⑩承担有限监督职能,但基于实践的需求,监督人在部分大型、复杂的重整案件中的功能定位一直处于持续迭代之中,目的是避免基于信息不对称而产生纠纷,进而导致程序延误的问题,或避免自行管理人滥用程序等问题^⑪。为此,监督人不仅要协助自行管理人制定重整计划草案,还需要就商业决策、谈判技巧及财务问题等事项,向自行管理人提出建议。在实践中,监督人还承担着重要的信息

①我国有学者倡导,管理人除应承担监督职责以外,还需履行包括协调程序开展在内的其他多重职能。参见:李曙光、许美征《改革和完善我国破产重整中的关键制度》,吴敬琏主编《比较》,中信出版社 2019 年版,第 138—139 页。

②Michelle M. Harner, “The Search for an Unbiased Fiduciary in Corporate Reorganizations,” *Notre Dame Law Review* 86, issue 2 (2011): 475.

③有研究注意到了管理人承担复合职能定位的可能性,但并未就域外主流经验及其变革趋势进行全面梳理(参见:包丁裕睿《论重整程序中自行管理债务人的权限与监督》,《中国政法大学学报》2021 年第 4 期,第 144—148 页),其他更多的研究则仅关注制度的宏观考察(参见:张思明《破产重整债务人自行管理模式的适用性分析》,《商业研究》2019 年第 1 期,第 147—152 页)。

④有学者认为,债务人自行管理模式应作为中小微企业重整程序中的常态化或默认模式。参见:王佐发《中小微企业危机救助的制度逻辑与法律建构》,《中国政法大学学报》2020 年第 6 期,第 127 页;金春《中小微企业重整中出资人权益保留的理论证成与路径选择》,《清华法学》2023 年第 6 期,第 52—53 页。

⑤杰弗里·塞缪尔《比较法理论与方法概论》,苏彦新译,法律出版社 2020 年版,第 80—85 页。

⑥除此之外,《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法〔2019〕254 号)第 111 条,对债务人自行管理模式下管理人的监督职能,同样作了概括性的规定。

⑦李曙光、许美征《改革和完善我国破产重整中的关键制度》,第 145 页。

⑧Jonathan M. Seymour, “Against Bankruptcy Exceptionalism,” *University of Chicago Law Review* 89, no. 8 (2022): 1930.

⑨Michelle M. Harner, “The Search for an Unbiased Fiduciary in Corporate Reorganizations,” *Notre Dame Law Review* 86, issue 2 (2011): 475.

⑩与我国破产法在企业债务人自行管理程序中所采用的“管理人”概念不同,加拿大及德国企业破产法对承担类似角色的主体均采用的是“监督人(monitor / sachwalter)”的概念。为使表述更契合原义,下文在讨论后者语境时将统一采用“监督人”的术语。

⑪Janis Sarra, *Creditor Rights and the Public Interest Restructuring Insolvent Corporations* (University of Toronto Press, 2003), 144-146.

传递职能,以便满足债权人对及时获取相关信息的现实诉求。与此同时,监督人也在纠纷化解中开始扮演着愈发重要的角色^①。对监督人所承担的前述复合角色的定位,加拿大学界中的主流观点多持肯定态度,并认为这是程序有效开展所不可缺少的部分^②。

其次,受到《美国破产法典》第 11 章重整程序的启发,法国于 2005 年立法引入了保护程序(safeguard procedure),其初衷在于拯救面临资不抵债财务风险但尚未真正陷入破产境地的困境企业^③。在该类程序中,债务人需受到法院强制指派的司法管理人(administrateur judiciaire)的监督。从立法目的看,司法管理人的引入起初意在保护债权人的利益,协助自行管理人围绕重整计划草案制定事宜并展开谈判^④。与加拿大监督人制度的相似之处在于,司法管理人通常由法院在个案中予以强行指派,并在实践中承担着三方面的复合职能:一是监督并协助债务人开展企业经营管理活动^⑤;二是协助重整计划草案的制定以及相关的谈判活动,为此,管理人往往需帮助债务人妥协和解决各方对于重整计划草案内容的分歧,并促使各方围绕计划达成协议;三是司法管理人还承担着重要的信息传递职能,并向法院报告有关案件进展等方面的信息^⑥。

再次,同样作为“折中主义”立法模式代表的德国,其现行破产法在债务人自行管理程序中亦强制引入了监督人(sachwalter)。按照德国立法者的预设,监督人除需对负责自行管理的债务人进行日常监督,行使诸如破产撤销权以及受理债权申报等权限以外,还肩负着及时向法院及各方主体传递信息等复合职能。事实证明,监督人的强制设立,在德国债务人自行管理制度移植初期,对于凝聚各方共识以及维系各方对重整程序开展的信心方面具有显著作用^⑦。德国学界的主流观点对此亦十分认可,认为对监督人的功能定位本身不宜过分狭隘。因为熟谙破产专门知识且中立性较强的破产管理人的积极介入,将有助于协调各方分歧并支持重整谈判活动的开展,继而更好地推动重整程序的规范有序进行^⑧。

最后,尤为值得注意的是,近年来,各国在小型企业重整立法改革过程中,强调采纳以债务人自行管理模式为主导,同时辅之以监督人强制引入的“折中主义”立法模式。美国在 2019 年出台了《小型企业重整改革法案》,该法案对其本国小型企业(small business)重整法律制度进行了大幅度革新,明确要求在该类程序中须强制指派管理人(trustee)^⑨。其中,管理人的介入并未取代现任管理层,而是由后者继续负责企业的日常经营事务以及重整计划草案的制定。由此可见,有别于一般的破产法典,《美国破产法典》第 11 章重整程序,美国小型企业特别重整程序采用的事实上是与德国、加拿大等国相似的“折中主义”立法模式。并且,同样值得注意的是,管理人亦承担着一种复合性职能,除了要承担日常监督职责以外,还须具体协助债务人制定重整计划草案,并确保当事人得以严格遵循重整计划的安排获得公平分配^⑩。此外,在日常经营管理活动开展方面,管理人还须积极协助自行管理人作出决策,并协助其与债权人之间展开谈判活动,同时也为法院以及

① Janis Sarra, "Ethics and Conflicts, the Role of Insolvency Professionals in the Integrity of the Canadian Bankruptcy and Insolvency System," *International Insolvency Review* 13, issue 3 (2004): 177.

② Janis Sarra, "Ethics and Conflicts, the Role of Insolvency Professionals in the Integrity of the Canadian Bankruptcy and Insolvency System," *International Insolvency Review* 13, issue 3 (2004): 177-178.

③ Alexandra Kastrinou, "Comparative Analysis of the Informal Pre-Insolvency Procedures of the UK and France," *International Insolvency Review* 25, issue 2 (2016): 106-07.

④ Paul Omar, "A Reform in Search of a Purpose: French Insolvency Law Changes (Again)," *International Insolvency Review* 23, issue 3 (2014): 201.

⑤ Emilie Ghio, "Transposing the Preventive Restructuring Directive 2019 into French Insolvency Law: Rethinking the Role of the Judge and Rebalancing Creditors' Rights," *International Insolvency Review* 30, issue 2 (2021): 57.

⑥ Michelle M. Harner, "The Search for an Unbiased Fiduciary in Corporate Reorganizations," *Notre Dame Law Review* 86, issue 2 (2011): 504-508.

⑦ 依照《德国破产法》第 284 条第 1 款的规定,监督人可就特定事项为债务人提供咨询意见,或结合案情需要提供其他形式的协作。参见:何旺翔《〈德国破产法〉中的债务人自行管理——兼评我国〈破产法〉第 73 条》,《江苏社会科学》2008 年第 1 期,第 123 页。

⑧ Gottwald/Haas, *Insolvenzrechts-Handbuch*, 6. Auflage 2020, Verlag C. H. Beck, § 88, Rn. 102-106.

⑨ 《美国破产法典》第 1183 条规定。

⑩ Paul W. Bonapfel, "A Guide to the Small Business Reorganization Act of 2019," *American Bankruptcy Law Journal* 93, issue 4 (2019): 571, 582-587.

债权人提供或传递信息^①。

综上所述,从域外主流立法以及实践经验来看,在债务人自行管理程序中引入中立的第三方管理人或监督人,并由其承担多重职能的共识已然渐趋清晰。这些国家的经验可相互佐证的一点是,由管理人或监督人承担重整程序的监督者、推动者以及信息传递者三个方面的复合角色本身不仅必要而且可行。这有利于纠正重整程序中的信息不对称问题,并促进程序纠纷的化解,继而在提升重整成功率的同时强化对利害关系人的权益保护。尤其具有启发意义的是,百余年来领债务人自行管理制度变革风气之先的美国,其全国性破产法协会于2014年所发布的《美国破产重整制度改革调研报告》中,明确建议应改革现有关于监察人的法律制度,这在相当程度上代表着该国实务以及理论界中的主流见解。其中,该报告分析指出,当前在《美国破产法典》第11章重整程序中所引入的监察人(examiner)所承担的调查性工作过分单一,无益于抑制潜在的制度滥用风险以及缓释程序中所固有的利益冲突等问题。鉴于此,美国破产法协会在肯定并主张维持现有的债务人自行管理法律框架的同时,认为应对相关监察人制度进行改革。相应地,该协会提出了“财团中立人(estate neutral)”制度设计,以期替代当前的监察人制度,而这一思路无疑也极大地影响了2019年小型企业重整立法的制定和出台。其中,除承担监督职能以外,财团中立人还须承担调解僵局以及化解纠纷等方面的职责^②。可见,由管理人承担复合角色符合域外实践趋势以及立法改革思潮,值得我国借鉴。

二 本土视野下管理人的复合功能定位

承前所述,尽管各国因自身公司治理水平、债务文化以及重整法治发展阶段的不同,故而在自行管理制度规则的设置上各具特色,但在监督人承担复合角色定位方面存在共识。尤其是通过监督人或管理人的设置,防止债务人自行管理程序走向“失控”、继而损及债权人利益的同时,使其发挥凝聚各方在企业拯救方面的共识作用,已构成这些国家在完善本国债务人自行管理制度时的重点。作为债务人自行管理制度实践的“后发”国家,我国为实现重整谈判顺利进行以及重整程序高效开展的目的,着眼于域外相关立法以及实践最新进展成果,转变对管理人仅作为程序监督人的孤立定位思路,显然十分必要。

(一)重整程序的推进者

目前,我国实践中对于管理人所扮演的程序推进者角色的重要性,总体上还缺乏充分认识^③。笔者认为,除协助制定重整计划以外,中立的第三方破产管理人在我国债务人自行管理程序中,理应起到重要的协调谈判或者化解相关纠纷的推进作用。管理人不仅要缓和不同利益主体之间的紧张或冲突关系,为重整计划草案的制定创造有利条件,同时也要切实维护各利益主体对自行管理债务人的信任和对重整程序公平性的信心^④。从域外的立法及实践可知,由管理人承担这一角色具有必要性和可行性。譬如,在基于债务人自行管理模式开展的加拿大CCAA程序中,监督人可基于法院的指令起到“联络枢纽”作用^⑤,一旦程序各方当事人在估值问题上出现难以协商的争议时,监督人应同时扮演化解和协调争议的角色。不少学者观察到,在加拿大自行管理程序中监督人实则愈发频繁地起到驱动(navigate)债务人开展复杂重整程序的作用,如为自行管理债务人提供商业判断、谈判技巧及财务方面的建议,同时扮演调解人或重整程序开展的推进者角色,推动各方围绕切实可行的重整计划草案尽快达成一致意见^⑥。

在我国,企业重整程序易于成为利益冲突各方展开激烈角逐的竞技场,冲突一旦处理不当则极有可能减

^①Edward J. Janger, “The U.S. Small Business Bankruptcy Amendments: A Global Model for Reform?,” *International Insolvency Review* 29, issue 2 (2020): 257.

^②美国破产法协会《美国破产重整制度改革调研报告》,何欢、韩长印译,中国政法大学出版社2016年版,第40—42页。

^③值得注意的是,近年来在我国部分地区的破产审判指引性文件中,对于管理人在债务人自行管理程序中理应扮演的程序推进者角色开始有了初步认识,如《广州市中级人民法院关于破产重整案件审理指引(试行)》(穗中法〔2020〕89号)第五十二条规定,“管理人应承担如下职能:……(六)为重整计划草案的协商和制作提供有利条件”。

^④Barry L. Zaretsky, “Trustees and Examiners in Chapter 11,” *Southern California Law Review* 44, issue 4 (1993): 937.

^⑤Janis Sarra, “Entre Loup et Chien: Restructuring under Canadian Insolvency Law and Proposals for Legislative Reform,” *International Insolvency Review* 12, issue 2 (2003): 91.

^⑥Janis Sarra, “Entre Loup et Chien: Restructuring under Canadian Insolvency Law and Proposals for Legislative Reform,” *International Insolvency Review* 12, issue 2 (2003): 91-92.

损企业财产价值,并致困境企业财务复苏的目标无从实现^①。当债权人等利益相关主体之间本身存在严重的分歧,甚或存在冲突关系的情况下,如何有效且快速地调和各方分歧以减少程序拖延,并促使当事人就重整计划草案尽快达成一致,成为摆在我国困境企业、债权人以及法院等相关主体面前的一个棘手难题。在这个意义上,管理人对促进各方谈判和有效沟通发挥着重要的协调作用:一方面,对于在债权人之间存在严重冲突的案件,破产管理人可及时介入,并协助各方就相关的争议问题达成一致,以便推动重整程序的快速开展;另一方面,即便各方不存在严重的冲突或对抗关系,对享有困境企业经营管理权并负责制定重整计划草案的自行管理人而言,倘若希望在有限时间内维持困境企业的正常运营,并促使重整计划草案得以顺利批准通过,其首要任务在于稳定供货商等利害关系主体的情绪,并积极营造有利于开展谈判以及协商合作的氛围,因此,具备中立地位的管理人的及时介入以及协调,可为自行管理人与利害关系人(如债权人及股东等)开展协商和谈判活动创造有利条件。总之,管理人通过积极采取纠纷调解手段,使各方围绕债权债务清偿问题以及维持企业持续运营等关键议题尽快达成一致意见,从而推动重整计划草案获得快速通过。否则,倘使债务人与各利害关系人之间的冲突导致谈判拖延甚或僵局持续,则会给破产财团带来额外耗损,进而降低债权人的清偿水平。

(二)重整程序的监督者

在债务人自行管理程序中引入管理人或监督人问题上,域外主要存在强制引入以及任意引入两种主要立法模式。前者指从立法层面规定在个案中强制引入监督人,以履行对自行管理人的日常监督职责,如德国、加拿大以及我国企业破产法的相关做法。后者指由法院结合个案需要作出任命监督人的裁定或者命令,如日本的监督人^②以及《美国破产法典》第11章重整程序中的监察人制度^③。

对我国而言,在新一轮修法中坚持现行《企业破产法》第七十三条的立法思路,并遵循强制引入管理人作为重整程序监督者的做法,显然属于更契合本土实际的选项。诚如有些学者所言,在自行管理人制约机制的设计问题上必须清晰地认识到的一点是,“对重整程序应施何种程度的外部监督,取决于每一个国家的具体政治、文化和经济环境”^④。结合我国现阶段公司治理的实践情况、债务文化以及债权人对困境企业现任管理层普遍存在不信任问题等因素的考察,笔者认为,短期内不宜简单地移植美国式纯粹债务人自行管理的立法模式,必须坚持引入中立第三方管理人并由其履行日常监督职责的“折中主义”的立法模式。事实上,即便债务人不存在欺诈行为,引入作为常设监督机制的破产管理人,亦可缓和现任管理层和债权人之间的不信任甚或敌对紧张关系,继而缓释债权人对债务人自行管理模式滥用的顾虑。从长远看,此举亦可提升各利益关系主体对作为“舶来品”的债务人自行管理制度的信心,以提升该制度的移植效率和本土适用成功率。

首先,我国当前以集中持股为主的股权结构及公司治理水平尚待提升的实际情况,决定了不适合采用“纯粹式”债务人自行管理立法模式。对此问题,美国学者哈恩(Hahn)曾深刻地指出:“之于股权结构更为集中(concentrated ownership)的国家而言,移植债务人自行管理制度时宜采‘共决模式’(co-determination),而非(美国式)‘纯粹式’自行管理立法模式,道理在于,在集中持股结构的公司治理环境下将极易加剧债权人利益受损风险。”^⑤尤其值得注意的是,作为债务人自行管理制度发源地的美国,其债务人导向的重整制度实则脱胎于所有权和控制权“两权分离”的股权架构基础^⑥。因此,无论管理层更换与否,自行管理人作为破产企业的代表并不会明显偏向股东利益。事实上,立法者对此也往往假定申请进入重整程序的公司管理层,能

^① Douglas G. Baird, "The Uneasy Case for Corporate Reorganization," *Journal of Legal Studies* 15, issue 1 (1986): 144.

^② 对于日本再生程序法上监督人制度的一般性分析,参见:山本和彦《日本倒产处理法入门》,金春等译,法律出版社2016年版,第130页。

^③ 对于美国破产法上监察人制度的一般性分析,参见:查尔斯·泰步《美国破产法新论》,韩长印等译,中国政法大学出版社2017年版,第1159-1160页。

^④ 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123页。

^⑤ David Hahn, "Concentrated Ownership and Control of Corporate Reorganisations," *Journal of Corporate Law Studies* 4, issue 1 (2004): 147-149.

^⑥ 对于“两权分离”问题的一般性分析,可进一步参见:周游《公司法上的两权分离之反思》,《中国法学》2017年第4期。

够作出有利于公司整体利益最大化的商业决策^①。

我国公司普遍存在集中持股的股权结构,而两权分离形态的公司并非主流,由此带来了公司治理的不少难题。譬如,对于我国当前普遍存在的集中持股的家族企业而言,其管理层通常主要由家族成员出任,或由该家族所挑选并产生。这通常意味着,被选中的管理层成员一旦作为自行管理人,则更有可能将家族的利益置于公司经营目标的第一优先顺位,即便为此需选择牺牲部分债权人的利益作为代价^②。在此背景下,尽管建立在“纯粹式”债务人自行管理模式基础上的《美国破产法典》第 11 章重整程序确实在美国已取得了非凡的成功^③,然虑及我国股权结构以及治理水平与美国所存在的显著差异,直接“照搬”甚或复制美国的债务人自行管理制度显然并不合适。更好的做法应是充分结合我国公司治理的实际,坚持引入美国纯粹式债务人自行管理制度的“改良版本”,即在个案中强制引入管理人的“折中主义”的立法模式。

其次,管理人的强制引入亦有助于在制度移植的初期,缓释债权人等利益关系主体对债务人自行管理程序滥用的顾虑,继而提升对该制度的接纳度以及程序的适用成功率。对此,德国破产法经验即可资说明:该国起初在移植美国自行管理制度的路径上并不“纯粹”,同时强制引入了监督人制度。从立法目的上观察,监督人的引入除意在强化对债权人的利益保护外,本身亦带有一定的政治考量因素。此举也折射出德国立法者对债务人自行管理制度可能在移植后出现水土不服问题存在深切顾虑。相较而言,其立法者认为,在债务人自行管理程序中强制引入监督人,将有效制约自行管理人控制权的行使。而这一点,恰是本身争议颇大的债务人自行管理制度最终得以于 1994 年破产制度改革时引入到《德国破产法》中的关键前提^④。

综上,从某种程度上看,陷入财务困境的企业的管理层对公司陷入困境可谓“难辞其咎”,因此,债权人对原管理层继续负责重整企业运营的能力难免心存疑虑。此时,作为程序监督者的管理人的强制引入,恰有助于使各方当事人确信案件相关信息将得到充分的调查和披露,自行管理人的行为也将获得有效约束。尤其是对公司治理状况尚待提升、企业内控机制薄弱以及债权人普遍抱有对困境企业管理层不信任姿态的我国而言,在个案中强制引入类似于德国法上监督人的立法安排,对有效约束自行管理人的不当行为,并抑制其中潜藏的利益冲突以及降低代理成本具有重要作用。

(三)重整信息传递者

在当前实践中,我国对管理人在债务人自行管理程序中所具备的信息传递作用以及缓释信息不对称方面的重要性,总体上仍缺乏深入认识。实际上,管理人之所以需要肩负信息传递者的使命,原因也在于债务人自行管理模式下固有的信息披露难题。首先,结合事前角度观测,负责自行管理的债务人有着充分的选择隐瞒一些于其不利的公司内部信息的倾向,因为此类信息中通常涵盖了证明管理层存在自利行为或利益冲突行为的证据^⑤。其次,从事中角度观测,负责自行管理的债务人,通常还控制着企业重整程序开展过程中的信息传递事项,因此,也易于导致其他主体难以及时获取信息。再次,法院及相关利害关系人也面临类似信息获取的难题:一方面,作为重整程序“把关人”的法院,其在信息获取上亦存在相当的局限性,甚至在有些情况下,法院也可能因缺少必要的实时监督信息,致使其难以及时采取有效行动约束自行管理人的行为、追究其从事不当行为(如转移资产或怠于行使破产撤销权)的责任,或者在债务人重整业已丧失可行性的情形下,不能及时裁定终止自行管理或将重整程序转为清算等;另一方面,包括债权人在内的利害关系人固然可借由债权人会议召集或从债务人所出具的信息披露声明中获取关于案件进展的有效信息,然而,此类信息的获取难免存在局限性及滞后性,这可能导致部分权益受侵害的当事人因无法拥有充足的背景信息,而对自行

^① David Hahn, “Concentrated Ownership and Control of Corporate Reorganisations,” *Journal of Corporate Law Studies* 4, issue 1 (2004): 147-49.

^② 李曙光、郑志斌主编《公司重整法律评论:上市公司重整专辑(第 5 卷)》,法律出版社 2019 年版,第 70—72 页。

^③ Elizabeth Warren, Jay Westbrook, “The Success of Chapter 11: A Challenge to the Critics,” *Michigan Law Review* 107, issue 4 (2009): 603-642.

^④ Reinhard Bork, “Debt Restructuring in Germany,” *European Company and Financial Law Review* 15, issue 3(2018): 504-505.

^⑤ 韦斯特布鲁克等《商事破产:全球视野下的比较分析》,第 122 页。

管理人是否从事了欺诈转让或者偏颇清偿行为作出判断,继而难以及时有效地采取维权行动^①。在此情况下,管理人的强制引入将在债务人自行管理程序中作为法院及债权人的“眼线(eyes and ears)”,扮演重要的信息传递者的角色,并缓释债务人自行管理程序中的信息不对称问题。首先,管理人可通过向法院提交书面报告的方式帮助其作出知情决策,并借此确保各方当事人的利益得到妥善保护,管理人还可透过主动搜集信息,协助法院发现和约束自行管理人的潜在不当行为。其次,管理人的强制引入不仅可为参与重整程序中各方当事人提供更为丰富的信息来源渠道,还可提供重要的程序透明度以及相应的公平感,在很大程度上缓释对债权人保护不足的顾虑^②。不仅如此,管理人亦可为相关利益主体提供参与谈判和作出决策所需的必要信息。相关信息的充分流动,将帮助利害关系人作出知情决策,并在充分审视潜在风险的情况下帮助其选择最优决策^③。

事实上,从域外的立法以及重整实践的主流经验可知,管理人确有胜任此类角色。一方面,亦如前述,在实践中加拿大监督人除肩负着协助法院对债务人进行监督的职责外,还须评估和审查债务人公司所开展的活动,并将具体情况向法院报告。尤其在部分复杂的案件中,监督人在信息传递上所肩负的重要使命是监控债务人公司的现金流,并确保相关的信息得以按照充分、及时和准确的方式向法院和债权人进行传递。而一旦监督人发现债务人已丧失重整价值,则负有及时向法院和债权人委员会进行报告的义务,目的是避免重整程序出现无序拖延的问题,或避免已经丧失持续经营价值的困境企业继续存续,继而导致本就所剩不多的破产财产出现进一步耗竭的情况^④。另一方面,《德国破产法》规定,假使在重整程序开展过程中,监督人发现债务人出现资产明显不足以维系重整程序开展的情况下,则须立即向法院汇报,并同时向债权人提供相关基础财务信息。而为了实现这一点,监督人则须经常性地对债务人的财务状况进行审计,并从商业角度对债务人的债务情况进行评估,同时,监督人在程序开展期间还需要持续性地向法院以及利害关系人提供信息或报告,并使后者及时获知重整程序的最新进展情况。尤其是当监督人发现继续准许自行管理将致使债权人陷于不利境地或出现利益严重受损的局面时,则应立即通知债权人委员会或担保债权人等利益相关主体^⑤。

透过对域外主流经验的剖析可见,除强化监督力度以外,强制引入管理人以强化自行管理的信息获取和信息流动,并推动重整程序的高效开展,在一定程度上已成为包括加拿大以及德国等国家在债务人自行管理实践以及改革完善层面上的共识。

三 债务人自行管理模式下重构管理人的履职配套规则

由于我国《企业破产法》对债务人自行管理模式下管理人职权的设定以及履职配套规则的设置略为“粗疏”,因此,相关实践的开展总体上有赖于各地区法院出台在职权配置上作出细化规定的指引性文件^⑥。但此类“碎片化”式的地方性指引文件,不可避免地存在可预期性欠缺的不足。基于强化破产立法的权威性和破产法适用的可预期性以及管理人肩负的复合功能,重构与之相配套的体系性规则需要在新一轮《企业破产法》修订的过程中实现。

(一)管理人的职权设定

在立法阙如的背景下,我国债务人自行管理模式下管理人的职权设定,在实践中通常主要依据各地区人

^①Stefan Korch, “Chapter 11, Corporate Governance and the Role of Examiners,” *Emory Bankruptcy Developments Journal* 34, issue 2 (2018): 433.

^②Barry L. Zaretsky, “Trustees and Examiners in Chapter 11,” *Southern California Law Review* 44, issue 4 (1993): 946-955.

^③Michelle M. Harner, “The Search for an Unbiased Fiduciary in Corporate Reorganizations,” *Notre Dame Law Review* 86, issue 2 (2011): 512-517.

^④Edward S. Adams, “Governance in Chapter 11 Reorganizations: Reducing Costs, Improving Results,” *Boston University Law Review* 73, issue 4 (1993): 598.

^⑤《德国破产法》第 272 条第 3 款以及第 274 条之规定。

^⑥当前有关债务人自行管理模式下管理人的职权设定问题,大体仍由各地区人民法院借由指引性司法文件方式加以明确,典型例子如由重庆破产法庭和重庆市破产管理人协会出台的《破产案件管理人工作指引(试行)》的第九十九条规定。

民法院出台指引文件的方式加以明确,而具体的职权设定亦可因个案需要而有所不同^①。从总体上看,各地区人民法院所采取的思路在于,将财产管理以及其他经营性事权交由自行管理人行使,同时,允许受案法院基于个案需要授予管理人其他特定职权^②,此类思路值得赞同。本文认为,基于债务人自行管理制度的引入初衷、管理人和债务人的各自优势以及对管理人复合功能的定位,宜通过立法明确设定应由管理人行使的法定职权,其中,在管理人职权设定上所需要遵循的原则应包括:一方面,关于困境企业经营管理的职权,宜交由负责自行管理的债务人掌控;另一方面,针对重整程序开展以及可能牵涉重大利益或牵涉严重利益冲突的事务性权限,宜由管理人行使。

1. 破产撤销权

不同于美国“纯粹式”债务人自行管理模式中的做法,德国及加拿大规定由监督人来行使破产撤销权。此类做法背后的理据在于,偏颇清偿以及欺诈转让交易等行为本身与负责自行管理的债务人本身可能存在一定的利益关系,而这类关系的存在,往往导致债务人缺乏提起行使此类权利或提起相关诉讼的积极性^③。《德国破产法》规定监督人负责行使针对欺诈转让或偏颇清偿等行为的破产撤销权^④,因为这类撤销权行使或撤销权诉讼的开展,对于提升破产财团的价值具有关键作用,但往往牵涉一定的利益问题,故撤销权转由第三方管理人来行使更合适。考虑到部分案件中特定债权人有可能成为撤销权诉讼的起诉对象或目标,将撤销权转交中立的第三方监督人来行使,则管理层仍得以继续与涉诉的债权人(如供货商债权人)保持贸易往来等关系^⑤。早在立法之初,实际上依循债务人自行管理模式开展的日本再生程序中,破产撤销权的权利配置问题一度成为棘手的难点问题。当时有观点认为宜参照《美国破产法》的规定,即赋予再生债务人(即自行管理人)撤销权的权限,不过,这一观点遭到了该国实务以及理论界人士的激烈反对,因为由债务人在再生程序中行使撤销权并推翻过去由自身所作行为的立法规定,尤其难以获得民众的理解和认同。鉴于此,最终日本《债务人更生法》规定由身为中立的第三方监督人来具体行使撤销权^⑥。在我国,考虑到“推翻自己所作行为”同样有悖于常理,且有鉴于破产撤销权行使过程中固有的利益冲突问题,更合适的做法应是由中立的管理人员来具体行使撤销权,以便更好地维护制度的正当性,并确保破产撤销权引入的制度功能得以有效发挥^⑦。

2. 信息调查权

重整中信息披露制度的有效设置和运转,是确保程序公平性以及债权人利益获得妥善保护的关键^⑧。比较法上的调查权通常属于自行管理模式下监督人所享有的核心职权。首先,即便采取不强制引入监督人立法路径的《美国破产法典》第11章重整程序,信息调查职权也并未径直授予负责自行管理的债务人^⑨。此外,在美国新近引入的小型企业重整程序中,管理人通常行使调查权,其目的不仅在于负责核实债务人的资产负债的真实情况和可持续经营价值,还在于发现自行管理过程中潜在的欺诈、不胜任经营管理或其他不当行为^⑩。其次,为切实履行报告和监督职责,加拿大监督人亦享有宽泛的调查权限^⑪。相较而言,德国对监

①在当前实践中,管理人的职权通常可依照《分工方案》进行设定并报经法院批准,参见《北京破产法庭破产案件管理人工作指引(试行)》第九十八条规定。

②如《贵州省高级人民法院破产审判工作实务操作指引(试行)》(黔高法〔2021〕99号)第111条规定。

③Stefan Korch, “Chapter 11, Corporate Governance and the Role of Examiners,” *Emory Bankruptcy Developments Journal* 34, issue 2 (2018): 416-425.

④《德国破产法》第280条规定。

⑤Barry L. Zaretsky, “Trustees and Examiners in Chapter 11,” *Southern California Law Review* 44, issue 4 (1993): 907.

⑥山本和彦《日本倒产法入门》,第127、146-147页。

⑦类似的规定实则也可见于我国当前部分地区的指引性文件。典型例子如由重庆破产法庭所出台的《破产案件管理人工作指引(试行)》第九十九条之规定。

⑧蔡嘉炜《破产中假马竞标模式的理论构造与制度构建》,《中国法律评论》2023年第3期,第221页。

⑨《美国破产法典》第1106(a)中(2)、(3)、(4)项规定。

⑩Paul W. Bonapfel, “A Guide to the Small Business Reorganization Act of 2019,” *American Bankruptcy Law Journal* 93, issue 4 (2019): 571, 584.

⑪《加拿大企业债权人安排法》第35(1)中(c)项规定。

督人的信息获取权和调查权作出了最为翔实的规定,为实现对自行管理债务人有效制约的目的,德国监督人同样享有宽泛的信息调查权^①。在实践中,为便于信息调查活动的开展,《德国破产法》准许监督人通过查阅债务人的会计账册、资产情况及会计凭证等手段及时获取有关债务人的重要财务信息,以期准确地审查和评估后者的商业运营及财务实际状况。此外,监督人还可指派由其委托的税务顾问或审计师,来代为入驻债务人的营业现场,并对相关的事务进行调查或者核实,而债务人则需积极加以配合,如为监督人提供密钥或者访问的权限密码。不仅如此,监督人还可检查债务人的会计账簿以及其他商业文件,其中包括债务人对外签订的合同、通信记录以及对内与员工签订的劳动合同等^②。与此同时,监督人还须具体负责调查债务人陷入财务困境的原因,如自行管理债务人是否存在违反业务的行为。而在对信息进行搜集和汇报以后,监督人还须按期或定时更新报告,以便法院和其他债权人从中及时掌握债务人重整程序进展的具体情况^③。对我国而言,有必要参酌域外的有益经验,赋予管理人充分的调查权或信息获取权,包括对债务人的财务信息的调查权以及与经营信息等有关的材料搜集权。

3. 重大交易审批权

从域外法角度观测,规定重大交易审批权几乎成为采纳“折中主义”立法模式国家的主流实践做法。首先,日本民事再生程序启动后,负责自行管理的再生债务人在财产管理处分和业务执行权方面通常不受影响,即再生债务人能够以程序开始前的相同条件继续运营企业。但是,为了保护债权人的利益,特定行为需经法院批准或许可后方可为之^④。其次,澳大利亚小型企业重整专家(SBRP)的职权,既包括非日常经营事项范围内的重大交易的同意权或批准权,还享有债务人重大交易开展的否决权。具体而言,尽管在小型企业重整程序中,公司董事继续掌控企业经营管理权,但是,倘若其希望开展日常事务范围外的重大交易,则须首先获得小型企业重整专家的同意^⑤。再次,《德国破产法》第 275 条第 1 款规定,对于正常经营业务范围之外的举债行为,债务人唯有在征得管理人事前同意的情况下才可以开展。倘若监督人对此明确表示反对,则自行管理人将不得开展前述行为。最后,尽管监督人在加拿大并无直接的批准权,但特别值得注意的是,在历经 2009 年立法改革以后,该国立法亦明确规定,监督人需对重大交易的合适性等问题向法院提出书面陈述意见,而法院则需审慎考虑监督人所提交的有关重大交易是否具备合理性和公平性的书面陈述,并据此决定是否批准重大交易事项。事实上,加拿大法院也在一些判决中明确强调,监督人的建议是法院最终批准重整企业重大交易的核心依据^⑥。我国有学者认为,在自行管理程序的开展过程中,若涉及到重大交易情形,交易应具体交由破产管理人报请法院批准^⑦。依本文见解,出于提升监督效率以及节约司法资源的考量,我国不妨参酌德国的立法经验,明确允许由管理人负责审批部分重大交易事项。

4. 债权申报受理权

考虑到在实践中债权申报易于潜藏的问题,尤其是当控股股东或者其他内部人与关联企业之间存在错综复杂的借款时,更是容易出现债权清偿认定不当的问题,进而导致出现其他债权人利益受损的情况。包括加拿大、德国以及美国的小型企业重整法案,均明确规定由管理人或监督人来负责受理债权申报。譬如,加拿大破产法规定,监督人需负责审查债权申报。另外,《德国破产法》第 270 条亦规定,由监督人来承担债权申报的受理职责,所有债权人都应当向监督人申报其所持有的债权。而依照《德国破产法》第 283 条的具体规定,监督人有权就已经登记的债权提出异议。未来我国不妨借鉴德国以及加拿大的相关立法规则,规定由管理人来行使债权申报的职权。

①《德国破产法》第 274 条第 2 款规定。

②《德国破产法》第 274 条第 2、3 款规定。

③《德国破产法》第 274 条第 2 款以及第 22 条规定。

④日本《民事再生法》第 41 条第 1 款规定。

⑤ Roger Dobson, Katie Higgins et al., "Legislative Update: New Australian Insolvency Law Reforms Enacted for Small Businesses," *Jones Day Business Restructuring Review* 20, issue 2 (2021): 7-9.

⑥ Alfonso Nocilla, "Asset Sales under the Companies' Creditors Arrangement Act and the Failure of Section 36," *Canadian Business Law Journal* 52, issue 3 (2012): 230-236.

⑦王欣新、李江鸿《论破产重整中的债务人自行管理制度》,《政治与法律》2009 年第 11 期,第 83—88 页。

5. 其他相关职权

除明确列举的职权以外,各国立法通常允许由法院结合推进程序开展或出于缓释个案中可能潜藏的冲突问题,由法院裁量监督人所需要承担的职权,我国不妨对其中的有益经验予以借鉴。譬如,在《美国破产法》上,起初监察人按照立法预设主要承担的是调查的角色,但美国法院也会结合个案的开展需要,要求其承担程序促进的角色,可见,美国监察人的具体职能设定在个案中具有相当的灵活度^①。类似地,基于个案需要,加拿大法院同样要求监督人承担任何适当的职能^②。

(二) 管理人的义务规则

1. 义务内容

在债务人自行管理程序的开展过程中,除一般性的忠实义务以及勤勉义务外,管理人还应当承担如下的一些具体义务。

其一,监督义务。包括管理人对债务人进行日常监督,并从中发现可能损及债权人利益的不当行为,以及对重整可行性的持续审查和监督。依照《德国破产法》第 274 条第 2 款规定,监督人负有检查债务人经营状况与资产概况以及监督债务人费用支出的职责。从立法目的来看,该义务的设定旨在确保债权人利益能够得到充分保护,尤其要避免出现债权人利益不当受损的情况^③。类似地,加拿大监督人的具体职责规定在《企业与债权人债务和解法(CCAA)》的 11.7(3)款中,该款规定监督人需监督公司的财务及商业运营事务,并向法院提交有关公司商业事务和财务事务的报告,包括公司的现金流预期是否存在任何重大的不利变化等^④。在我国,监督义务同样理应作为管理人义务规则设定时所应涵盖的核心内容。为此,管理人须对自行管理人的管理权和处分权行使进行日常监督,包括抑制自行管理人可能从事的资产非法转移行为,或其他可能严重损及债权人利益的不当行为。此外,管理人还须对公司的经营管理和财务账户予以监管,确保债务人不能从事任何可能导致债权人或其他利害关系人利益受损的行为。

其二,报告义务。这一义务设置的可行性及必要性在域外法上的主流经验中已得到充分验证。一方面,《加拿大破产法》规定,监督人须确保债务人能够严格依照法院的裁定来开展相关的重整程序活动^⑤,监督人尤须在债务人可能出现重大不利变化的情况下,向法院提出特别报告,以遏制自行管理人从事的一些可能导致破产财产陷入枯竭境地的行为。此外,针对是否批准新融资的问题,亦需由监督人进行调查和核实债务人的资产及商业运营状况,并由其向法院提交相应的书面报告,供法院后续决定是否予以批准。通常而言,监督人的肯定性意见是法院批准新融资的重要依据^⑥。另一方面,《德国破产法》第 272 条亦对监督人的报告义务作出了明确的规定。在个案实践中,监督人有义务对债务人的经营以及管理事务做到充分知悉,并向债权人报告自行管理债务人的最新情况,此举的初衷是为避免重大损失出现,并帮助债权人更好地作出知情决策^⑦。当前我国各级法院所出台的破产审判相关指引性文件,总体上也强调监督人在特定情形下负有申请终止自行管理的义务^⑧,其有益思路值得借鉴。依本文见解,我国宜从立法层面,针对管理人的通知义务和申请终止自行管理的义务作出明确规定。首先,应明确管理人通知义务履行的触发条件。具体而言,当自行管理人无法执行重整计划、重整计划不具有可行性,或自行管理程序继续开展将给债权人利益造成严重损失

^① Barry L. Zaretsky, "Trustees and Examiners in Chapter 11", *Southern California Law Review* 44, issue 4 (1993): 959.

^② Janis Sarra, *Creditor Rights and the Public Interest Restructuring Insolvent Corporations* (University of Toronto Press, 2003), 144.

^③ Haas, in: Gottwald/Haas, *Insolvenzrechts-Handbuch*, 6. Auflage 2020, Verlag C.H.Beck, § 88, Rn. 102-106.

^④ Janis Sarra, "Ethics and Conflicts, the Role of Insolvency Professionals in the Integrity of the Canadian Bankruptcy and Insolvency System," *International Insolvency Review* 13, issue 3 (2004): 167, 177-178.

^⑤ Lynn M. LoPucki, George G. Triantis, "A Systems Approach to Comparing U.S. and Canadian Reorganization of Financially Distressed Companies," *Harvard International Law Journal* 35, issue 2 (1994), 307-308.

^⑥ Janis Sarra, "Debtor in Possession Financing: The Jurisdiction of Canadian Courts to Grant Super-Priority Financing in CCAA Applications," *Dalhousie Law Journal* 23, issue 2 (2000), 343-361.

^⑦ Kern, in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 4. Auflage 2020, Verlag C.H.Beck, § 262 Rn. 6-10.

^⑧ 譬如《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法[2019]254号)第111条规定,《贵州省高级人民法院破产审判工作实务操作指引(试行)》(黔高法[2021]99号)第112条规定,以及《重庆破产法院企业破产案件审理指南(试行)》(2020年4月2日经重庆市第五中级人民法院审判委员会讨论通过)第一百零五条规定。

等情况时,管理人须毫不迟疑地将相关信息及时报告法院。其次,应明确管理人通知义务履行的对象。除通知法院以外,管理人应向债权人委员会及时发出通知。倘若有迹象表明继续依照自行管理方式开展相关的重整活动将给债权人的利益造成严重损害时,管理人须及时将此情况告知债权人委员会及法院。再次,通知义务的履行原则上以书面方式,且管理人还须详细阐述具体事项,譬如背后可能存在的原因等内容。唯有如此,方可缓释管理人在通知义务履行上的风险,且能帮助债权人及法院及时作出针对性举措(如终止债务人自行管理程序等)。最后,在管理人违反通知义务的法律后果上,不妨参酌《德国破产法》的规定,即当管理人未能尽到及时履行通知的义务,则须就债权人所受损失承担赔偿责任。为避免因失职而承担赔偿责任,监督人须定期就债务人重整计划的履行情况加以审视^①。如此,才可最终实现督促管理人勤勉尽责的目的。

2. 责任承担

如前所述,我国《企业破产法》缺乏管理人责任认定以及损害赔偿相关配套规则,是导致管理人履行监督职责无所适从的症结所在。对此问题,在比较法上存在两类责任认定标准。其一,故意或者重大过失标准。譬如,加拿大在监督人履职行为的责任认定问题上,采取的是故意或严重过失标准。循此标准,倘若监督人本着善意方式行事,且在准备信息报告的过程中确实尽到了合理的谨慎注意义务,则对依照监督人所提交报告而采取行动并导致自身权利受损的债权人而言,监督人通常并不对其负有赔偿责任^②。与之类似的是,《法国破产法》对此亦有明确规定,监督人唯有存在严重过失的情形下方需承担相应责任。其二,一般过失标准。譬如《德国破产法》第 274 条第 1 款规定,在债务人自行管理程序中的监督人须依照第 60 条第 1 款的规定,对其因违反义务行为所引致的不利后果承担责任。而结合第 274 条第 1 款的规定可知,德国法院对监督人义务履行情况的司法审查,一般参照破产管理人的责任认定标准执行。因此,监督人仅在存有过失的情况下才需承担相应的责任。此外,依据第 274 条第 2 款的规定,监督人的监督对象是自行管理的公司经营管理层而非债务人。与之相应,针对前述违反监督义务行为所产生的过失责任,德国法院可视情况作出警告或罚款的裁定,而这类过失责任与一般破产案件中对破产管理人的问责方式相似^③。

对我国而言,在依照债务人自行管理模式开展的重整程序中,围绕管理人的责任认定问题,原则上宜采取故意或重大过失标准。在该类程序中,管理人所享有的职权相较于非自行管理模式下管理人所拥有的职权而言更为有限,且其通常并不实际参与企业日常经营管理活动,这也意味着其对重整程序的掌控力有所削弱。但倘若未来我国立法明确规定管理人须就自行管理人所从事的重大交易行为,或其他非日常经营范围内的行为作出批准,则不妨规定由管理人承担一般过失责任。因为,此时交易的开展原则上须经管理人同意,这也意味着,管理人也能够对可能严重损害债权人利益的重大交易行为施加更强的约束力。从债权相适应以及强化其履职实效的角度上看,有必要施加更为严苛的责任认定标准。

(三)管理人的履职保障

目前而言,无论是《企业破产法》及相关司法解释抑或是地方破产审判指引,均未就债务人自行管理模式下管理人的费用补偿范围及薪酬激励等问题作出明确规定。笔者认为,基于强化管理人履职实效的考虑,未来有必要在充分借鉴域外有益经验的基础上完善相关规定。

1. 管理人的费用补偿

在债务人自行管理程序中,管理人同样有权聘请专业人员来协助其开展相关的工作,其费用开支亦应作为破产管理费用获得优先清偿。究其根本,管理人是以维护债权人的利益为目的在行事,故而在此过程中所产生的履职费用,譬如聘请法律和其他专业人员的费用,皆应落入共益债务的范畴。循此逻辑,则监督人的费用理应优先于其他债权人获得清偿。对此问题,加拿大即采取了类似的立场,即监督人的费用及其他支出,通常经法院批准后从债务人的破产财团处获得清偿^④。

对我国而言,一方面,在债务人自行管理程序下,管理人同样有权聘请专业顾问以协助其履行职责,并就

①《德国破产法》第 60 条规定。

②《加拿大企业债权人债务和解法(CCAA)》第 23 条第(2)款规定。

③莱茵哈德·博克《德国破产法导论》,王艳柯译,北京大学出版社 2014 年版,第 209 页。

④《加拿大企业债权人安排法》第 11 章第 52 条(1)中(a)项规定。

实际支出的费用获得补偿。但另一方面,需注意的是,为实现债务人自行管理程序在控制成本方面的立法初衷,具体就聘请的人员数量及费用补偿总额,须由法院基于案件的复杂程度及企业财产与负债规模等因素加以综合判断,以便妥善控制个案程序开展的总成本。

2. 管理人的薪酬激励

依笔者所见,在自行管理程序中管理人的具体薪酬设定上,应遵循如下两方面原则。一方面,管理人的薪酬一般不应高于非自行管理模式或管理人接管模式下所能够实际获得的薪酬水平。如前所述,债务人自行管理模式的一项核心优势,即在于其可显著节约重整程序开展的成本,其中无疑包括管理人在薪酬开支上的减少。循此逻辑,在债务人自行管理程序中,管理人的薪酬应低于非自行管理模式下破产管理人所能够获得的薪酬水平,以便节省总体成本,这种做法实则也符合美国以及德国等国家的通例^①。对我国而言,在管理人薪酬设定上同样有助于发挥债务人自行管理模式在降低重整程序开展费用方面的优势,同时,管理人并不需要深入参与企业日常经营和重整计划草案的制定,故而工作量一般也较少。相应地,适当比照管理人接管模式按比例降低其薪酬即具有合理性及必要性^②。具体而言,我国不妨参酌《德国破产法》的规定,即原则上监督人的报酬应为破产管理人报酬的60%,且薪酬的授予需经由法院审查和批准^③。另一方面,管理人薪酬应与破产财团的规模相挂钩,尤其是需结合履职(如工作量)情况而定,如此亦可激励管理人积极履职以提升重整成功率。若个案涉及重大疑难的诉讼,或者存在需由管理人来进行处理的复杂纠纷等因素,则法院也可考虑准许其获得超过标准费率的报酬^④。一般认为,德国法所确立的管理人薪酬架构,有助于监督人与债权人的利益直接“挂钩”,继而强化其切实履行法定职责的激励^⑤。

[责任编辑:苏雪梅]

^①Paul W. Bonapfel, “A Guide to the Small Business Reorganization Act of 2019,” *American Bankruptcy Law Journal* 93, issue 4 (2019): 571-588.

^②何旺翔《破产重整制度改革研究》,中国政法大学出版社2020年版,第133页。

^③《德国破产法》第63—65条规定。

^④《企业破产法》第28条规定。

^⑤Stefan Korch, “The Mandate and Authority of Examiners,” *American Bankruptcy Institute Law Review* 26, issue 2 (2018): 281.