

合规视阈下预重整的建构

陶志超

(浙江六和律师事务所,浙江 杭州 310063)

[摘要] 合规治理总是与企业发展相伴,是企业健康持续发展的必要条件,不仅为企业在正常存续期间的发展保驾护航,在预重整等非正常存续期间也能提供强大的助力。首先,借助合规测试能够为预重整企业提供“诚实且不幸”的品格证明,柔化预重整企业的形象,降低与各利益相关者之间发生冲突的可能性和激烈程度。其次,通过有效的合规计划可以明确预重整的各参与方并细化各方的权利(力)边界,实现必要且恰当干预下最大限度的私权自救,以保证预重整更灵活、高效地进行。最后,在预重整中建立正向的合规激励,不仅可以引导企业通过自检自查在困境早期就进入预重整程序,以提高预重整的成功率,而且还可以在预重整过程中借助行政权、司法权等为企业注入脱困的动力。

[关键词] 预重整;合规测试;合规计划;合规激励

[中图分类号] F832.5;D922.291.92 [文献标识码] A [文章编号] 2096-0166(2024)04-0113-11

引言

美国加密银行(Silergate Bank)因无法按时提交年度报告而引发市场恐慌,最终于2023年3月8日宣布倒闭;同日下午,美国硅谷银行(Silicon Valley Bank)因资负期限错配引发流动性危机,出售210亿美元的可销售债券,因此遭受了18亿美元的亏损,并发行新股和优先股融资22.5亿美元,最终引发挤兑风波并于2023年3月10日关门。美国银行业接连的利空信息直接引发股民避险情绪,并导致美国银行股短期内普遍暴跌。无独有偶,瑞士信贷银行(Credit Suisse)因其最大股东沙特国家银行于2023年3月15日表示“绝不援助”后,与其相关的信用违约保护成本飙升至2008年金融危机时的水平,最终因瑞士政府介入于2023年3月19日以30亿瑞士法郎的价格贱卖给老对手瑞士联合银行集团(United Bank of Switzerland),同时还连累瑞士国家信誉受损。

从中不难发现,数字信息时代下的风险社会,各类信息途径在方便民众获取信息的同时也在悄然借助信息流提升了民众对信息背后风险的敏感度。特别是在经济领域,当市场出现某一利空信息时,信息关涉的利益相关者就会立即采取其所认为的对自身最为有利的避险行为,无形中对信息制造者产生了一种“踩踏效应”,以致信息制造者面对、解决危机的成本升高。因此,一旦当某一困境企业被宣告进入破产程序时,随之而来的不仅仅是无

[收稿日期] 2024-04-03

[基金项目] 海南省自然科学基金高层次人才项目(623RC509);海南经贸职业技术学院校级重点课题(hnjmk2022401)

[作者简介] 陶志超(1992—),男,江苏盐城人,浙江六和律师事务所律师,研究方向为法理学、民商法学。

数的债权人,还有资产大量缩水及内部运行机制趋于不正常的风险。正是基于此,在疫情叠加全球经济下行的大背景下,各界愈发关注有别于正式破产程序的预重整制度在助力企业脱困方面的优势作用,世界银行和国际破产协会更是在其联合编制的一份全球指南中,将预重整誉为帮助企业和个人度过经济困境的最佳路径之一^[1]。

一、预重整制度的定位

自美国于1986年第一次采用预重整模式帮助Crystal石油公司成功走出财务困境起,预重整制度从实践到立法得以迅速发展。目前,域外通常将预重整制度置于广义的破产法体系之中,但基本都强调行政机关和法院对相关事务的弱干预,坚持自由主义下债务人的积极自救^[2]。欧洲国家对预重整的制度定位甚至有去破产化的倾向并将其称之为“拯救程序”^[3],以强调当事人在整个程序中的作用。我国对预重整制度的正式探索相对较晚。2018年3月,中华人民共和国最高人民法院于《全国法院破产审判工作会议纪要》第22条中提出探索推行庭外重组与庭内重整制度的衔接。最高法对预重整制度的功能定位基本与域外预重整相符,体现了一种多元化解决纠纷的机制倾向,但在具体的范式探索中则更倾向于本土化。

(一) 预重整制度的共识与分歧

虽然国内理论界对预重整的关注和探究要远先于实务界,但近年来实务界对预重整的探索脚步也在不断加快,并开始逐渐形成制度层面的设计。总体而言,目前各界对预重整的定位存有基本共识,即预重整是将法庭外债务重组与庭内重整程序结合形成的“混合程序”^[4-5],其目的是以更经济的方式助力企业走出财务困境。除此之外,各界对预重整制度还有如下几个维度的共同认识。首先是预重整中信息披露的重要性。因债务人与其利益相关者之间存有信息壁垒,若债务人不能做出准确且充分的信息披露,利益相关者将无法做出最为适当的抉择。因此,信息披露是预重整制度的核心问题^[3],其往往决定着债权人等利益相关者是否同意对债务人进行预重整^[6]。其次是预重整具有周期短的优势。无论是域外的经验,还是域内的实践,都显示预重整案件相较于重整案件花费的时间短,通常不及正式重整时间的一半。譬如,Crystal石油公司借助预重整程序在短暂的3个月内就再次焕发生机。又如,温州吉尔达鞋业有限公司预重整案中,仅用50天就通过了预重整计划。再次是预重整具有成本低的优势。一方面,周期的大幅缩短必然会反映为直接成本的降低;另一方面,预重整可以最大限度地降低因信息公开所产生的诸如商誉减损、客户流失等间接成本。最后是预重整能提高重整成功率。预重整制度的灵活性能克服传统重整制度程式化的窠臼及纯私力救济时的“钳制效应”(hold up)^[7],以便利益相关者们更容易达成一致意见。

然而各界对预重整的具体模式却有着较大的分歧。由于理论界对预重整的先行,其认识和解读基本承袭于美国及西欧等国的制度表述,排斥政府主导、法院主导的预重整模式。特别警惕预重整成为“干预者”双赢工具的可能^[8],以免空置现有的重整制度,并主张本源性预重整的制度建构^[1],因而本质上倾向于“自由主义”范式。譬如,德国《鼓励重整法》所言的给予债务人“喘息期限”(Breathing Period)实际上就是经济学中“休克疗法”的制度性

表述。实务界则刚好相反,政府、法院等积极参与预重整,如预重整要经过法院的审查受理,由法院确定预重整期限、指定临时管理人等。实务工作者认为法院的推动为预重整注入了司法权的背书,更具公信力,客观上可以促进各方进行协商谈判^[9]。此外,预重整企业的信用恢复、税务征收、土地出让和转让、企业登记、社会维稳等都需要借助“府院联动”^[10]。可见,预重整的实践更倾向于“干预主义”范式。

理论界与实务界在预重整制度上的分野实质就是对经济治理问题的分歧。然而这种分歧并非不可弥合。纵观经济发展史可知,随着经济学家对财富认识的深化和对货币理论的完善,传统经济治理的范式从“干预”经济治理过渡到“自由”经济治理。而随着经济危机爆发周期的缩短,以凯恩斯主义为代表的“新干预”治理范式再次回归。一种主张将“看不见的手”和“看得见的手”有机统一,以推动经济社会持续健康发展的理念开始慢慢流行起来^[11]。如是,预重整作为助力经济主体脱困的装置,其建构也应当遵循“新干预主义”的基本范式。实践也佐证了“新干预主义”范式的预重整的合理性和必要性。有学者调查显示,美式预重整下,预重整企业再次重整率高达普通重整的2倍,计划的执行失败率甚至超出普通重整的2倍^[12]。显然,自由式预重整存有很大的隐性弊端。另一组数据也显示,在破产实务中清算案件占破产案件数的90%以上,而破产重整案件和破产和解案件合计不足10%^[13],这从侧面反映了企业在非正常存续期间已基本无力完成纯粹的私力自救。但在现有体制下不当的干预也确实有演变成地方保护主义的风险^[7]。因此,预重整制度应当是适度干预下利益相关者自主最大化的自救机制。

(二) 预重整制度的合规性表述

“新干预主义”范式下,如何实现“自由”与“干预”之间的衡平是构建预重整的首要问题。预重整作为类破产制度或者说破产制度的延伸,其影响不仅仅关涉债务人及其债权人的私益,还关涉社会或社会中的其他群体的利益,应当承认并保护这些公共利益^[14]。这就意味着预重整所关涉的权益通常具有社会属性,其“虽然具有一定的消极权利的侧面,但是主要表现为一种积极的权利”^[15],强调通过国家对经济社会的积极介入以保障权利的实现。因此,从法理上看,预重整制度当界定为私权社会化的装置,适用私法社会化的范式(私法自身的社会化)^[16],即主要是为了补充以权利本位为基础的近代私权制度的不足,但并不是限制而是为了更好地保障权利的实现^[17]。因此,预重整的干预应当表现为对自由不足的补充,其核心目标是债务人财产的保值增值,而非保护债务人本身^[18]。换言之,对预重整的干预与否要以使所有利益相关者有所增益为内生性要求。

若根据利益牵连性程度的不同,则可将利益相关者分为:内部利益相关者(员工、股东等)、外部利益相关者(供应商、客户等)及外部潜在利益相关者(潜在投资人等),见图1。各利益相关者的利益基准通常又不尽相同。譬如,内部利益相关者的利益基准通常建立在内部规定、公司章程、职业规范等之上;外部利益相关者更多地强调行业标准、交易惯例等;外部潜在利益相关者则偏向于商誉、商业道德等。因而一种更为宽泛的合规性基准,譬如“规矩、规则、法规、制度、政策、道德、惯例、习惯、标准等”^[19],更符合众多利益相关者的诉求,适宜作为串联整个预重整的指引,既告诫债务人应当“符合法律规定及其内部规章制度和商业道德的要求”^[20],也提示政府、法院私域边界之所在。实际上,合规对预重整的契合

不仅如此。合规治理作为实现企业健康持续发展的必由之路,对企业的助力不仅仅在于规避风险,更是一种“品格认证”。预重整企业若拥有相对完善的合规治理体系,则通常可以被认定为“诚实而不幸”的债务人。这既能降低利益相关者之间的信赖、沟通等成本,也能为债务人获取来自公力的干预性帮助提供正当性。

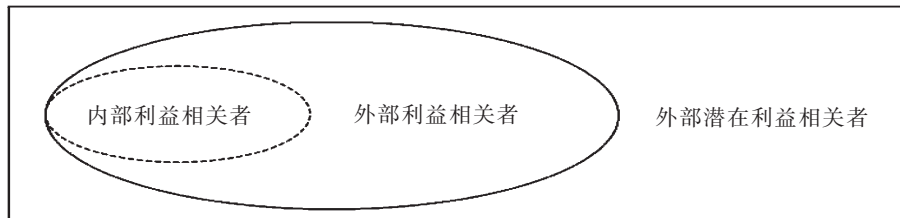


图1 预重整利益相关者关系示意图

若将合规作为预重整制度展开的内在驱动,还能更切实地回答一直伴随预重整制度的三个问题:什么样的企业可以适用预重整制度?预重整中,政府、法院、管理人(或称为第三方辅助机构)及债务人等各自的角色如何设定?预重整对债务人的救济机制是什么?合规视阈下的答案分别是:通过合规测试,制定合规计划,施行合规激励。此外,合规问题通常与困境企业具有伴生性,困境企业对合规问题的回答或解决实际上就表现为自我救赎的一种现实径路。譬如,域外就有相关案例证明,企业在开展合规整改后,其订单数量急速增加,实现企业收益年同比增长翻倍^[21]。又如,湖南建工集团通过自我的合规整改,解决了贷款融资上的困境,也挽回了声誉上的重大损失^[22]。而理论层面上现有的合规体系对预重整制度的具体建构也有着重要借鉴意义。合规理论“以风险为导向”演化出“风险识别—风险评估—风险应对”的路径^[23],既可以启示利益相关者关注债务人陷入困境的深层次原因,也可以指引利益相关者在关注重大核心利益的同时,选择、确定“以解决问题为导向”的敦本务实的预重整方向。例如,债务人陷入困境主要是由于债权性融资造成的,那么预重整的重点就在于如何通过合规手段化解财务风险。至此合规视阈下的预重整可以表述为:以合规为线索指引各利益相关者通过合力,既为预重整企业脱困创造一个相对有利的内外机会环境,又保证其纯粹商业行为不受任何实质性的干预,以期最终实现债务人的自我拯救。

二、合规测试:预重整的准入机制

法律制度本质上是一种激励机制,它会引导人们在成本和效益之间进行衡量并作出选择,合理的法律制度应是一种有效率的激励机制,让人有意愿去做出与社会最优结果相一致的行为^[24]。例如,当下我国检察机关主导的“合规不起诉”改革。诚然,类似的合规激励也不应当局限于刑事领域^[25],民事领域中预重整之于合规也应当呈现为一种激励装置,即预重整是“法律法规赋予建立合规管理制度的企业以特别法律‘红利’”^[26]。如此预重整势必要设置一定的合规性准入机制。一方面在于保证预重整程序的有效性,筛选出真正值得拯救的困境企业,并最大限度地将预重整助力企业脱困的成果延续至预重整成功之后;另一方面则在于引导更多的企业加入合规建设,既为预重整企业本身提供内在动力,也能尽可能地压缩部分不良企业试图通过预重整达到“逃废债”目的的机会空间。

(一) 合规测试作为预重整准入的必要性和适当性

域外学者萨勒诺和汉森曾指出,有远见且愿意并有能力承担预重整费用的债务人是预重整成功的基础因素之一^[27]。因此,实践中预重整制度本身就应内含“预先审查”机制,以尽可能地提高债务人的预重整成功率。我国对预重整实践的准入设置通常实行双重筛选“价值+维稳”,即困境企业具有重整的价值和可能^①,且预重整的适用有利于维护社会稳定。诚然,如此设置有很强的现实意义,但是这样的基准很难为实务人员所把握。首先对困境企业重整价值及重整成功率的判断具有很强的主观性及专业性,而法律人的经验判断通常又不适用于纯商业问题的审视,以至于无法对预重整的适用起到限缩作用。其次,社会维稳一直都是破产实务中难以规避的问题,使得许多地方法院或政府倾向于先适用预重整程序以缓解维稳压力,导致预重整有被滥用之嫌,进而有“增加制度性成本”的风险。因为只有成功的预重整案件才会比传统重整案件更具成本优势^[28],否则对预重整的利益相关者而言只会表现为负担的加重。因此,当下预重整的实践急需一把实用的尺度以审视困境企业。

合规测试在很大程度上可以作为现有预重整适用基准的具体尺度。一方面,合规是现代企业健康可持续发展的必要条件。如果企业具有较高的合规风险且无法采取措施加以应对,那么企业也很难被评价为具有重整价值及重整可能性。另一方面,破产实践中群体性事件的爆发很大程度就在于少数人越过合规机制攫取超额利益,因而困境企业若无法通过合规测试就意味着其无法从根源上降低乃至规避群体性事件发生的可能。此外,组织合规语境下,合规更具丰富内涵,其不仅体现了他律性,也包含着自律性,适宜作为综合性指标。若辅之以《合规管理体系 要求及使用指南》(GB/T 35770-2022/ISO)等指引文件还将使得合规相较于现有的预重整实践基准具有可视化的优势,更具可操作性。此外,可视化的准入基准还可以将决定权的行使置于阳光之下,压缩权力滋生腐败的空间,使得预重整的进行更显公正、公平。

(二) 合规测试作为预重整准入的设置及作用

预重整中合规测试的进行应当遵行“先总体再细分,先内部再外部”的思路,即首先评价困境企业自身是否存有合规建设,是否存在合规性问题;其次再对困境企业做专项的合规测试,关注并说明各分项领域内的合规状况;再者还应评价困境企业是否对供应商等外部利益相关者进行了必要的合规审查或要求对方做出合规承诺,以测试困境企业的合规风险意识;最终则应形成独立的合规报告,报告应就困境企业是否需要在后续经营活动中完善合规建设,就其当前困境与自身合规状况之间的牵连关系给出评价或意见。困境企业则须在进入预重整前,将自身的合规报告向预重整受理机关及有意愿参与预重整的各利益相关者提交,以供其判断困境企业是否值得通过预重整进行救济。

虽然合规治理对于困境企业而言首先表现为一种负担,但若困境企业能够通过合规测

^① 参见《全国法院破产审判工作会议纪要》第14条:重整企业的识别审查。破产重整的对象应当是具有挽救价值和可能的困境企业;对于僵尸企业,应通过破产清算,果断实现市场出清。人民法院在审查重整申请时,根据债务人的资产状况、技术工艺、生产销售、行业前景等因素,能够认定债务人明显不具备重整价值以及拯救可能性的,应裁定不予受理。

试则将大大降低其预重整的难度和成本。首先,合规治理的作用之一就是培养企业内部的道德和诚信文化^[29]。合规测试的通过则意味着债务人是“诚实而不幸的”,从而能够柔化债务人的形象,最大限度地缓和与债权人之间的关系,特别是降低来自弱势群体的敌视。其次,合规测试能使债务人更为准确地披露信息,增加信息使用者的信赖程度。实践中破产审计、评估通常只基于本专业视角对有限信息(如表内财务信息)发表专业意见,并不能完全且准确地反映债务人的真实情况。合规测试则不同,其通常是多维度的评价。譬如,透过债务人应付职工薪酬科目、债务人与员工的往来科目并辅以询问、调查等方式可以测试出债务人的董监高是否存在道德风险。又如,根据债务产生的原因、发生的时间等评价债务真实的金额和性质。最后,合规测试的通过还能对信息公开所引发的风险形成对冲。虽然信息披露是公认的预重整核心机制,决定着债权人是否同意参与预重整。但是当下实践中预重整的公开性特质,使得债务人及其利益相关者承担了许多诸如商誉减损、客户流失、雇员离职等间接成本。而合规测试则通过对债务人提供“品格保证”和对披露信息进行合规化表述,以削弱“破产信息”所产生的负面效应,从而最大程度地增强供应商、客户、投资人等各方利益相关者的信任。

三、合规计划:预重整的运行机制

各界认为预重整的核心任务就是在预重整期间制定、表决并通过预重整计划草案,但对具体的实现路径却未能做规范化建构,以致理论与实务的认识分野。预重整实践中,多地制定的预重整工作指引或者推出的典型案例中都推崇政府、法院在案件进程中的积极作用。理论学者则认为预重整并非我国破产制度的法定程序,仅是实践需要而设置的庭前协商程序,其主要遵循的仍是公司法和民法规则、原则^[30]。因此,理论学者们多认为预重整的实践中存有异化现象^[31]。诚然,二者立意都有其可取之处,但都忽视了以债务人财产为基础的利益共同体的意愿倾向。实务中,有相当部分的债务人选择预重整就在于其实控人不想失去控制地位,因而并不愿意政府、法院对预重整有过多干预。但也有一部分债务人因所处行业特殊抑或其他考量,必须借助政府、法院的公信力背书才能有效推动预重整的进程。所以,以何种方式决定预重整的参与方及各参与方具体的角色并不可一概而论,需因事而变,因时而变。简言之,预重整的实践需要“客制化”的脚本。而合规视角下,预重整的脚本就是合规计划。

(一) 预重整中合规计划的制定

正如德国学者齐白(Sieber)所言,“合规计划规定的是一种对——首先是法定的,有时又是伦理的或其他的——预订目标的遵守程序”^[32]^[236]。虽然预重整在理论上是“一种私人谈判的产物”^[7],特别是在“庭外重组阶段”债务人及其利益相关者具有高度的自治性,但因“庭外重组阶段”的成果依赖法院在“庭内重整阶段”的确认,故而需要当事人将实现目标的具体路径告知政府、法院和管理人(或第三方辅助机构)。然由于每个债务人的特性又有所不同,使得合规计划必然不同^[33]。这就意味着债务人需根据自身及利益相关者的诉求拟定具体的路径,包括需请求政府、法院提供何种合理且必要的帮助,以便行政权、司法权和私权借以合规计划黏合一处,构造出一个特殊的时空。

因此,在制定合规计划时,首先,需要对合规测试所反映的合规性问题有所回应。既要体现对同意参与预重整的各利益相关者的合法权益的保障,也要体现对预重整受理机关的整改要求的落实,更要体现对未能直接参与预重整中的各利益相关者的原则性保护。其次,合规计划应当明晰预重整所要达成的目的,并围绕此目的及遵循“识别——评估——应对”合规风险的合规治理一般范式,细化合规计划的内容。最后,应当于合规计划中规范合规治理参与各方的权责。虽然预重整中债务人有助于行政权和司法权的需求可能,但预重整的内核毕竟是一种“私力自救”,不能无限放大行政权和司法权的干预,而应当秉持一种审慎的态度划分权利(力)边界。同时,最终的合规计划当由预重整受理机关牵头,各方修订、审议、通过并作备案。

(二) 预重整中合规计划的执行

预重整中合规计划的执行可以划分为前、后两个阶段:前一阶段主要为处理合规测试中所发现的且已纳入合规计划中的合规性问题;后一阶段则主要为应对推进预重整过程中所遇的合规性问题。但无论是哪一阶段,其都需管理人(或第三方辅助机构)贯穿其中,此间管理人(或第三方辅助机构)将扮演一个“申请者、应对者、答辩者”^[34]的身份,辅助预重整债务人在合规框架下达成预重整的目的。首先,管理人(或第三方辅助机构)需敦促并引导债务人在合规计划的框架下尽可能地以私力方式处理预重整相关事务,并对债务人所遇问题给出合规性建议。其次,管理人(或第三方辅助机构)也需在私力所不能及时,依循合规计划申请行政权、司法权对私权进行必要的限制和帮助。最后,管理人(或第三方辅助机构)还需在预重整过程中定期向法院作合规性报告,而法院所代表的司法权则以裁决者的身份居中决断是否需因债务人滑出合规框架的行为而终止预重整程序。所以,合规计划可以视为预重整企业以文本形式对“府院联动”需求的提前呈现,而合规计划的执行则是“府院联动”更为规范化的施行。如此,预重整中“效率的额外提高是可能发生的”^{[32]263-264}。

(三) 预重整中合规计划的作用

合规计划之于预重整体现了一种软法之治的拯救路径,虽然合规计划不如法律一样具有强制执行力,但对合规计划的背弃将消弭各方的合力并最终导致困境企业通过预重整实现自我救济的根本否定。因而预重整视阈下的合规计划还可以视作权利让渡的社会契约。首先,合规计划约定了预重整程序中各方的角色及权利(力)范围,以保证各方能够各行其是,提高预重整的效率。既能体现对预重整当事人意思自治的具体要求,降低或避免发生合规风险的可能,特别是道德风险;又能限制行政权、司法权对私权的不当干预。其次,合规计划不仅可以体现当事人达成基本共识的程度,规避钳制成本,还可以更好地衔接庭外重组和庭内重整,决定预重整的哪些成果可以延续到正式重整中,使得各方能更积极地参与、推动预重整。再者,合规计划是各方合意下为债务人提供重生的方法路径,其贯彻实施是“授人以渔”的体现,能让企业合规治理延续至预重整成功之后,可以巩固预重整的成果,降低二次重整的可能。最后,以合规计划作为契约载体使得当事人让渡有限权利变得可视化,为行政权和司法权对私权进行必要干预提供了正当性,不至于如“瑞信事件”中,瑞士政府对市场行为的不当干涉不仅没有真正地帮助到当事人,反而使得政府信誉受损,降低了外国投资者对当地营商环境的正面评价。

四、合规激励:预重整的救济机制

正如诺贝尔经济学奖得主阿比吉特·班纳吉在其《贫穷的本质》一书中所举的“接种疫苗的事例”^①一样,有形可见的正向激励更能为人们的行为提供动力,并可能导致最终成本的降低和效率的提高^[35]。同样,如此效应在预重整中也适用。预重整的进程由经济和法律两个因素驱动,其中经济因素是主要驱动力。从经济视角看,整个预重整过程就是债务人向其主要债权人等利益相关者寻求风险投资的过程。但与普通风险投资又有所不同的是此时的债务人往往是一个“双高”企业,即高经营风险和高财务风险。因而预重整的制度设计不应当将过多的义务成本配置给债权人等利益相关者,否则预重整对于他们而言将是资本惊险的一跳。因此,不能为使预重整更具操作性,武断地规定“在重整程序开始前已接受或反对重整计划,将被视为已按照企业破产法的规定接受或反对该重整计划,该表决结果拘束所有的债权人、债务人企业和股东”^[36],若如此设置只会增加主要债权人等利益相关者的决策成本,使得预重整中很难达成重整的合意,变相地延长了重整的“久期”,最终只会导致一个原本希望降低制度成本的设计反而加重了制度成本。

(一) 预重整中行政维度的合规激励

正如刑事合规中“合规不起诉”的激励,合规视阈下的预重整首先应当在行政维度构建适当的激励机制。实践表明仅凭债务人与债权人的合力,多数债务人在“自然地”进入预重整或重整程序时已错失了“重生”的机遇期^[37]。因此,政府应当为通过合规测试和遵循合规计划的预重整企业提供“达尔”,增加债务人及利益相关者进入预重整的冲动,唯有如此才能期待更多的企业通过自检自查在困境早期就进入预重整程序,让传统破产实务中所遇的诸如维稳等问题解决于萌芽期。详言之,预重整中应当建构一个公力维持下的“豁免机制”,在私域之外而又对私权有影响的维度,如税务、征信、社会维稳等方面,给予债务人必要且合理的积极干预。以房地产企业为例,增值税、土地增值税等通常是房企在重整程序中不可忽视的直接成本。若预重整企业具备合规特性,则可以建构税款“特留份”机制,即预重整企业在纳税义务发生时无须以现金方式即时向税务机关缴付税款,而是提供等额的担保即可,从而减轻预重整企业在预重整前期的现金压力。又如,征信通常也是房地产企业实现外部融资和存货去化的重要影响因素。若能借助公力建构合规担保机制,即企业若通过合规测试则可对其征信进行修复,如此可很大程度地避免债务人因融资难的问题而无法实质性地推动预重整程序。

(二) 预重整中司法维度的合规激励

“预重整的法律定性是当事人的庭外重组活动,所以在预重整活动终止后,无论是成功还是失败,或是因情况变化不需要继续进行,债务人自动恢复其预重整前的原有经营与法律状态,不存在直接被法院强制转入破产清算或重整程序的问题。”^[37]因此,合规视阈下预重整制度的设计预想应当是一个可逆的“沙盒机制”。对于合规债务人及参与预重整的主

^① 政府免费地向贫困人群提供疫苗注射服务时,人们常因路程等原因并无很强的意愿去接种疫苗,致使政府为推行这项工作不得不长期派人驻扎在疫苗接种点。然而当改变接种方式时,即向每次接种的人提供2磅达尔(即干豆,当地的主食),疫苗的接种率竟然提高了7倍。最终,不仅提高了疫苗的接种效率,也降低了疫苗接种的总成本。

要债权人而言,只要其遵循合规计划,且无不合规之处,那么只需要承担商业风险而无须顾虑法律风险,即各方因推动预重整成功而作出的某种不利妥协或自认不会被延续至后续的正式破产程序中。预重整作为多元化纠纷解决机制可参照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百零七条、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第六十七条的规定,认定主要债权人深度参与债务人内部以化解纠纷的行为并不构成在其他法律程序中对自身不利的自认。换言之,预重整参与者之间所达成的一切临时合意都是“假性妥协”,若预重整失败,其将有机会退回原有的法律状态。法理上这种设置也是恰当的。预重整并非所有而是有限利益相关者的利益博弈,就利益和风险的分配而言,并不能在利益共同体内均衡配置。因此,正式破产程序对预重整的承接只能是客观层面。

(三) 预重整中民事维度的合规激励

根据各地制定的预重整指引来看,基本都在预重整期间将债权人会议作为预重整事务的最高决议机构。换言之,债权人会议在预重整期间代行了债务人股东(大)会的职责,债权在性质上发生了股权化。但是在结果角度看,债权人又无法真正地享受预重整成功后除债权以外的成果,这就意味着债权人在预重整中所面对的是风险和收益错配的局面,唯一使其有动力支持预重整的不过是对实现原本债权的期望。质言之,风险收益错配的预重整存有道德风险,是不合规的。因此,有必要从法律层面给予债权人以风险补偿,使其真正拥有与债务人一起承担商业风险的冲动。简言之,在进入预重整时,参与预重整的债权人的债权由“普通债”自动成为“可转债”,这样既能对债权人的风险进行补偿,还能实现外部利益相关者内部化的设置,使得各方的利益更加紧密,进而降低彼此间的信任成本,也更愿意为预重整的成功注入驱动力。

五、结 语

现代(类)破产制度具有免债特质,这与人们根生于自然法中的善良本意相违背。因而(类)破产实践通常呈现为一个“互训”的动态过程。正如美国学者沃伦所总结那样,破产法始终随着经济的变化而变化,其制度设计根源于实务需求,且能因经济发展而与时俱进^[38]。同样,预重整作为破产实务需求的产物,必须具有求变的理论内核。一方面,预重整制度与所有的现行法律机制相同,必须置于特定的法域之内,不能脱离客观实在的束缚单纯做理论建构。另一方面,预重整作为一种灵活地救助困境企业的机制就必须以创新为驱动,而创新又通常表现为对现有限制的规避或突破。质言之,预重整的灵活性往往昭示着在具体实践中预重整可能存在“边界游走”的情形。因此,将合规寓于预重整的建构之中,不仅在于符合企业现代治理体系的要求,也在于通过合规监管为预重整过程中自救创新提供必要的边界指引,以求预重整制度能够最大限度地将“‘私法程序’与‘司法程序’予以结合,实现私力救济与公力救济的融合,以充分发挥庭外重组和庭内重整的双重优势”^[39]。

此外,联合国国际贸易法委员会在其制定的《破产法立法指南》中虽将预重整称为简易重整程序,但并不意味着其内容就是将“重整程序中的核心步骤(即债权审核、资产审计评估、重整计划制定、表决和通过等)”^[40]提前实施,否则会有空置正式重整程序的风险。预重整通常仅是有限利益相关者之间达成的预重整合意,并不具有普遍的代表性,也并非

必然遵循正式重整的表决规则。债权审核工作展开往往意味对债权人与债务人的协商空间作了限制,与预重整的灵活性相违背。相反,预重整的简易性应当体现为在合规指引下对债务人的债务作宏观核查,从而识别关键债权人和清理非法债务,以及达成预重整路径的多元化和创新性。

参考文献:

- [1]杨春华:《我国预重整制度探索研究》,《法律适用》,2022年第11期,第140-151页。
- [2]赵万一:《我国市场要素型破产法的立法目标及其制度构造》,《浙江工商大学学报》,2018年第6期,第29-42页。
- [3]邢丹:《“绿色原则”视阈下预重整制度的功能性建构》,《现代法学》,2022年第2期,第115-132页。
- [4]张婷、胡利玲:《预重整制度的理论与实践》,北京:法律出版社,2020年,第3-4页。
- [5]徐阳光:《困境企业预重整的法律规制研究》,《法商研究》,2021年第1期,第67-79页。
- [6]曹文兵、朱程斌:《预重整制度的再认识及其规范重构——从余杭预重整案谈起》,《法律适用》,2019年第2期,第35-45页。
- [7]王佐发:《预重整制度的法律经济分析》,《政法论坛》,2009年第3期,第100-112页。
- [8]王欣新:《预重整的制度建设与实务辨析》,《人民司法》,2021年第7期,第95-100,105页。
- [9]王玲芳:《混合企业救援实践下的预重整制度构建》,《法治研究》,2022年第4期,第42-50页。
- [10]《专访最高法院杜万华:如何加快推进破产重整》(2019年1月4日),<http://www.yunqingsuan.com/news/detail/48101>。
- [11]《习近平谈治国理政》,北京:外文出版社,2014年,第116页。
- [12] Foteini Teloni, Chapter 11 Duration, Pre-Planned Cases, and Refiling Rates: An Empirical Analysis in the Post BAPCPA Era, *American Bankruptcy Institute Law Review*, 2015, no. 23, pp. 571-600.
- [13] 龚家慧:《论我国关联企业实质合并预重整制度的构建》,《当代法学》,2020年第5期,第90-99页。
- [14] Great Britain, Department of Trade, Insolvency Law and Practice, Cmnd. 8558, para. 198, 1982.
- [15] 林来梵:《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》,北京:商务印书馆,2017年,第191页。
- [16] 李石山、彭欢燕:《法哲学视野中的民法现代化理论模式》,《现代法学》,2004年第2期,第36-41页。
- [17] 耿方、吴小敏:《民法的社会化分析》,《法律适用》,2005年第5期,第95-96页。
- [18] 齐明:《我国破产原因制度的反思与完善》,《当代法学》,2015年第6期,第111-120页。
- [19] 崔永东:《从法律激励视角看企业合规》,《法治研究》,2023年第1期,第123-132页。
- [20] 华东师大企业合规研究中心:《企业合规讲义》,北京:中国法制出版社,2018年,第1页。
- [21] 全国“八五”普法学习读本编写组:《企业合规通识读本》,北京:法律出版社,2022年,第57页。
- [22] 陈瑞华:《湖南建工的合规体系》,《中国律师》,2019年第11期,第88-90页。
- [23] 孙宋龙、谈倩:《企业合规计划书审查“五要素”》,《检察日报》,2021年7月30日,第3版。
- [24] 韦忠语:《破产财产经营论》,《法商研究》,2016年第2期,第95-104页。
- [25] 谭世贵、陆怡坤:《优化营商环境视角下的企业合规问题研究》,《华南师范大学学报(社会科学版)》,2022年第4期,第135-152,207-208页。
- [26] 中国企业评价协会企业合规专业委员会:《企业合规事务管理(高级)》,北京:中国法制出版社,2022年,第11页。
- [27] 董惠江:《我国企业重整制度的改良与预先包裹式重整》,《现代法学》,2009年第5期,第31-39页。
- [28] Courtney C. Carter, Saving Face in Southeast Asia: The Implementation of Prepackaged Plans of Reorganization in Thailand, Malaysia, and Indonesia, *Bankruptcy Developments Journal*, 2000, no. 17, pp. 295-330.
- [29] 布兰登·L. 加勒特:《美国检察官办理涉企案件的启示》,刘俊杰、王亦译等译,北京:法律出版社,2021年,第7页。
- [30] 刘成安、宋辉:《企业预重整程序效力问题研究》,《济南大学学报(社会科学版)》,2022年第5期,第152-160页。
- [31] 何心月:《我国破产预重整实践的现状与出路》,《华东政法大学学报》,2022年第5期,第180-192页。

- [32] 乌尔里希·齐白:《全球风险社会与信息社会中的刑法:二十一世纪刑法模式的转换》,周遵友、江溯译,北京:中国法制出版社,2012年。
- [33] 解志勇、那扬:《有效企业合规计划之构建研究》,《法学评论》,2022年第5期,第161-173页。
- [34] 陈瑞华:《合规顾问在有效合规整改中的作用》,《浙江工商大学学报》,2022年第6期,第35-50页。
- [35] 阿比吉特·班纳吉、埃斯特·迪弗洛:《贫穷的本质》,景芳译,北京:中信出版社,2013年,第39-64页。
- [36] 李连祺:《破产重整中债权协商制度存在的问题及解决》,《学术交流》,2012年第7期,第37-40页。
- [37] 王欣新:《建立市场化法治化的预重整制度》,《政法论丛》,2021年第6期,第73-85页。
- [38] Elizabeth Warren, Jay Lawrence Westbrook, *The Law of Debtors and Creditors-Text, Cases, and Problems*, Boston: Little, Brown and Company, 1991, p. 745.
- [39] 张艳丽、陈俊清:《预重整:法庭外重组与法庭内重整的衔接》,《河北法学》,2021年第2期,第43-58页。
- [40] 潘光林、方飞潮、叶飞:《预重整制度的价值分析及温州实践——以温州吉尔达鞋业有限公司预重整案为视角》,《法律适用》,2019年第12期,第37-43页。

[责任编辑:吴秋花]

Construction of Pre-reorganization under the Precondition of Compliance

TAO Zhichao

(L&H Law Firm, Hangzhou 310063, China)

Abstract: Compliance governance is always accompanied by the development of enterprises and is a necessary condition for the healthy and sustainable development of enterprises. It is a necessary condition for the healthy and sustainable development of the enterprise. It not only escorts the development of enterprises during the normal duration period, but also provides strong assistance during pre-reorganization and other non-normal duration. First of all, with the help of compliance tests, it can provide a “honest and unfortunate” character proof for pre-reorganized enterprises, soften the image of the pre-re-reorganized enterprise, and reduce the possibility and intensity of conflict between the stakeholders. Secondly, through an effective compliance plan, the participants of the pre-restructuring can be clarified and the rights (power) boundaries of each party can be refined, so as to achieve the maximum private rights and self-help under necessary and appropriate intervention, so as to ensure that the pre-restructuring is carried out more flexibly and efficiently. Finally, the establishment of positive compliance incentives in the pre-restructuring can not only guide enterprises to enter the pre-restructuring process at an early stage through self-inspection and self-inspection, so as to improve the success rate of pre-restructuring, but also inject impetus for enterprises to get out of difficulties with the help of administrative power and judicial power in the pre-restructuring process.

Keywords: pre-restructuring; compliance testing; compliance program; compliance incentives