

公司债券受托管理人原告资格研究

——困境及解决之道

蔡松*

摘要:按照现行诉讼法律制度,债券受托管理人不是能够代表债券持有人起诉的适格原告。但是,如果由债券持有人个人自行起诉,可能出现不同债券持有人在不同法院起诉的情况,这不仅不利于节约诉讼资源,而且还可能导致不同的法院就同一发行人违约的同一事实,做出不一致的裁判。为解决这一困境,参照比较法上的成果,由法律确认债券受托管理人代表持有人起诉是可行的,但这种原告资格的确认不应由证监会的行政规章来加以规定。

关键词:公司债券 受托管理人 原告资格
重复起诉

一、引言

《公司债券发行与交易管理办法》第50条第5

* 法学硕士,现供职于中信证券法律部。本文仅代表作者本人学术观点,与所任职单位无关。

项规定,债券受托管理人预计发行人不能偿还债务时,可以依法申请法定机关采取财产保全措施;第8项规定发行人不能偿还债务时,债券受托管理人可以接受全部或部分债券持有人的委托,以自身名义代表债券持有人提起民事诉讼。其中,第5项规定为沿袭2007年《公司债券发行试点办法》的规定,第8项为新增。

在债权债务纠纷中,一般来说,都是由债权人向法院提起财产保全申请,并作为原告向法院起诉,要求原告偿还债务。在上述规定中,受托管理人并非作为债权人的债券持有人,这不禁令人产生疑问,受托管理人是民事诉讼适格的申请人或原告吗?

在实践中,受托管理人作为申请人、原告的资格似乎不存在疑问。例如,“11超日债”违约事件中,该债券受托管理人中信建投证券向2014年度第一次债券持有人会议提交的议案一中,即提请持有人会议授权该受托管理人就逾期付息事宜对发行人提起民事诉讼,但由于议案未获得持有债券面值50%以上持有人同意,未形成有效决议,后续未再推进。^[1]再如,在“ST湘鄂债”违约事件中,受托管理人广发证券即在起诉前对发行人及担保人的银行账户及房产申请法院采取了保全措施。在经2015年第一次、第二次持有人大会审议同意后,广发证券还以自身名义代表债券持有人向北京市一中院起诉,要求发行人、债券担保人承担责任。法院受理了该案,并于2015年10月13日进行了开庭审理。^[2]但是,这种认可受托管理人正当当事人诉讼地位的做法在现行法律框架下是存在疑问的。^[3]

同样属于债券,由国家发改委主管的企业债券、人民银行主管的非金融企业债务融资工具却未规定相应的制度。当这类债券发生违约时,受托管理人并未代表持有人起诉,而是由持有人自行起诉。如保定

[1] 参见中信建投证券股份有限公司:“上海超日太阳能科技股份有限公司2011年公司债受托管理事务报告(2013年度)”。

[2] 参见广发证券股份有限公司:《关于“ST湘鄂债”诉讼进展的受托管理事务临时报告》(2015年5月8日发布)、《关于召开2015年第一次“ST湘鄂债”债券持有人会议的通知》、《关于召开2015年第二次“ST湘鄂债”债券持有人会议的通知》、《关于“ST湘鄂债”诉讼进展的受托管理事务临时报告》(2015年10月13日发布)。

[3] 杨宏芹、王兆磊:“中小企业私募债券受托管理人诉讼地位研究”,载《证券法苑》2015年第14卷。

天威集团有限公司2011年度第二期中期票据违约事件中,持有人即为自行起诉。^[4]这不禁令我们追问:如果受托管理人代表持有人起诉不存在法律障碍,企业债、非金融企业债务融资工具为何不利用这一制度?在现行的法律框架,尤其是诉讼法律框架下,债券受托管理人作为原告,以自身名义代表债券持有人提起民事诉讼的制度究竟是否存在法律问题?

二、受托管理人提起诉讼:原告不适格及其法律效果

(一)受托管理人不是适格原告

按照民事诉讼法的规定,提起诉前财产保全的申请人必须是利害关系人,诉讼财产保全的申请人必须是一方当事人。何谓利害关系人,民事诉讼法及相关司法解释未做进一步规定。但民事诉讼法规定申请人在法院采取诉前财产保全措施后30日内不依法提起诉讼或申请仲裁的,解除保全,据此可以推知民事诉讼法所认定的利害关系人应当是有原告资格的人。另外,在我国台湾地区,也要求法院对于债权人提出的相当于财产保全的假扣押申请,要审查是否具备当事人适格在内的一般诉讼要件,也要求申请人要具备原告资格。^[5]因此,受托管理人是否有资格申请财产保全,关键在于其是否有权代表债券持有人起诉。

首先,在发行人不能偿还债务时,起诉要求发行人兑付债券本息,属于给付之诉。在给付之诉中,判断原告是否适格,关键是确定其是否是据以提出给付请求的实体法律关系的主体。^[6]在特殊情况下,我国破产法、公司法所规定的破产程序中的管理人、公司清算时的清算组,环保、消费者权益保护法所规定的机关和其他组织,合同法规定的代位

[4] 参见保定天威集团有限公司《关于收到河北省高级人民法院应诉通知书的公告》,2015年10月23日发布。

[5] 参见姚瑞光:《民事诉讼法论》,中国政法大学出版社2011年版,第514页。

[6] 参见张卫平:《民事诉讼法》,法律出版社2009年版,第143页;姚瑞光:《民事诉讼法论》,中国政法大学出版社2011年版,第64页。

行使债务人到期债权的债权人,其他国家或地区法律中所规定的遗嘱执行人、遗产管理人等虽然不是实体法律关系主体但对该实体法律关系有管理处分权利的主体,可以以自己的名义代表他人起诉。^[7] 其共同点都是法律对此有明确的规定。虽然《公司债券发行与交易管理办法》规定受托管理人接受持有人委托后,可以代表持有人起诉,但是根据《立法法》第8条的规定,诉讼和仲裁制度只能制定法律或由全国人大及其常委会授权国务院先行制定行政法规。因此,债券受托管理人代表持有人起诉,必须要由法律做出规定,或由全国人大及其常委会授权国务院以行政法规规定,而不能以行政规章做出规定。作为行政规章,《公司债券发行与交易管理办法》关于债券受托管理人作为当事人起诉的规定,不能使得受托管理人取得适格原告的资格。

其次,按照民事诉讼代理制度的规定,诉讼代理人必须要以被代理人名义进行诉讼,而不是以自身名义进行诉讼。^[8] 另外,按照民事诉讼法、民法通则的相关规定,除法院可以指定未成年人、精神病人住所地的居民委员会、村民委员会担任其诉讼代理人外,不管是法定代理人还是委托代理人,都必须要是自然人。债券受托管理人均不是自然人,难以根据民事诉讼代理制度,作为诉讼代理人代理债券持有人起诉。而且,即便是作为诉讼代理人,受托管理人也只能是以持有人名义起诉,而非以自身名义起诉。因而受托管理人难以依据民事诉讼代理制度取得以自身名义代表债券持有人提起民事诉讼的资格。

所以,债券受托管理人并非是债券持有人与发行人这一债权债务法律关系的债权人,在法律没有明确规定的情况下,不能以自己的名义代表债券持有人起诉要求发行人偿还本息。如果受托管理人以自身名义代表持有人起诉,属于当事人不适格,不具备诉讼要件。对于是否具备诉讼要件,法院应依职权进行主动调查,并基于诉讼要件欠缺而裁定驳回起诉,无须就起诉主张的实体法律关系进行审理;作为被告的债券发行人,也可以主张诉讼要件欠缺,请求法院直接驳回受托管

[7] 参见张卫平:《民事诉讼法》,法律出版社2009年版,第143页;姚瑞光:《民事诉讼法论》,中国政法大学出版社2011年版,第64~65页。

[8] 参见张卫平:《民事诉讼法》,法律出版社2009年版,第174页;姚瑞光:《民事诉讼法论》,中国政法大学出版社2011年版,第101页。

理人的起诉。^[9]即使法院受理并做出判决,且判决发生法律效力,对作为适格当事人的债券持有人也不发生法律效力。^[10]

(二) 受托管理人提起诉讼的法律效果

如果受托管理人代表持有人起诉,从法律效果来说:

第一,债券持有人在前一诉讼终结前或终结后另行起诉的,法院不能以构成重复起诉为由驳回起诉。^[11]

第二,由于受托管理人不是适格原告,其提起的诉讼不符合诉讼要件,经法院驳回后,不具有中断诉讼时效的法律效力。^[12] 最高人民法院《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》规定,向不特定对象发行的企业债券本息请求权不能提出诉讼时效抗辩,反面意思就是说,向特定对象发行的债券本息请求权,被告是有可能提出诉讼时效抗辩的。对特定对象发行的债券,在仅有受托管理人提起诉讼的情况下,诉讼时效不中断,持有人如果不采取其他措施主张权利,可能会导致其请求权因诉讼时效经过而遭到发行人抗辩。

第三,难以有效实现担保物权。债券发行人或第三方如以房屋、土地使用权等为债券本息提供抵押担保,一般采取由债券受托管理人、募集资金监管银行等机构担任名义抵押权人,代全体债券持有人持有抵押权。发行人违约后,如受托管理人根据民事诉讼法规定的实现担保物权特别程序,向法院申请实现担保物权,法院是否会以受托管理人不是主债权人作为由认定原告不适格存在不确定性。即使受理,如果被申请人以受托管理人不是主债权人作为由主张后者无权提出申请,是否属于最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第372条

[9] 参见姚瑞光:《民事诉讼法论》,中国政法大学出版社2011年版,第67页、第240~241页;张卫平:“起诉条件与实体判决要件”,载《法学研究》2004年第6期。

[10] 姚瑞光:《民事诉讼法论》,中国政法大学出版社2011年版,第67页。

[11] 判断是否属于重复起诉,按照最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第247条的规定,其中一点是判断前诉和后诉当事人是否相同。债券受托管理人虽然是代表持有人起诉,但由于其根本无权代表,因而持有人另行起诉,不属于重复诉讼。重复诉讼,包括两种情形:一是前诉正处于诉讼过程中;二是前诉裁判已经生效。关于前诉正处于诉讼过程中的重复诉讼,参见张卫平:“重复诉讼规制研究——兼论一事不再理”,载《中国法学》2015年第2期。

[12] 参见郑玉波:《民法总则》,中国政法大学出版社2003年版,第511页;张卫平:《民事诉讼法》,法律出版社2009年版,第282页。

第3款所规定的实质性争议,法院应当驳回申请,也存在疑问。如果法院以属于实质性争议为由驳回申请,则受托管理人另行起诉就面临当事人不适格,债券持有人起诉实行担保物权,又面临其不是担保物权人的窘境。担保物权的执行,将会面临极大的困境。

三、持有人自行起诉及其困境

(一) 自行起诉是持有人债权的应有权利

持有人作为债权人,在作为债务人的发行人未按约兑付本息的情况下,基于其债权所具有的诉讼上请求力,^[13]自然有权向法院起诉,要求发行人按约兑付本息,并承担违约责任。

发行人逾期支付债券本息时持有人起诉的权利,即使在限制持有人诉权进行限制的美国,也未进行限制。例如,美国律师协会“标准简化信托契约”(revised model simplified debenture)即规定,除非满足如下条件,债券持有人不得自行起诉:(1)持有人已通知受托人发生了违约事件;(2)至少持有25%债券本金的持有人要求受托人采取法律救济措施,并且对受托人采取该救济措施所可能发生的费用、损失以及责任给予充分的补偿;(3)受托人在接到通知后的60天内未采取法律措施。^[14]这一制度的目的在于:(1)确保所采取的法律措施不但得到足够多债券持有人的支持,并且也代表了同一类别债券持有人的共同利益;(2)使得受托人可以评估持有人所要求其采取的法律措施的合理性和可行性;(3)保护发行人不受那些有着不同于其他持有人的目的的部分持有人所采取的不必要的滥诉所侵扰。^[15]从字面来看,这一条

[13] 关于债权的诉讼上请求力,参见邱聪智:《新订民法债编通则》(上),中国人民大学出版社2003年版,第5页。

[14] 参见李莘:“美国公司债券受托人法律问题研究”,载《国际商法论丛》2004年00期。

[15] See Harold L. Kaplan and Mark F. Hebbeln, Foley & Lardner LLP, *The Anglo - American Indenture - Covenant Enforcement And Bond Defaults - U. S. Experience and Lessons From Canada and The U. K.* Prepared for the American Bar Association, Section of Business Law Spring Meeting, Vancouver, BC · April 16 - 19, 2009.

款限制了持有人就包括发行人未按期偿还债券本息在内的所有违约行为进行起诉的权利。但是,实际上这一条款受到1939年信托契约法第316(b)条任何持有人在到期日后起诉要求支付债券本息的权利不应受到侵害和影响的规定的限制。因此,实际上持有人在发行人逾期支付债券本息的情况下,完全可以自主起诉发行人,不受上述条款限制。另外,针对除取得债券本息之外的权利,已有学者认为上述对持有人自行起诉权利的限制过于严格,应该予以放松。^[16]因此,各个债券持有人以自身名义独立起诉,是其作为债权人所应享有的权利。

综上,在受托管理人代表持有人起诉遇到上述难题的时候,比较简单的解决途径自然就是借助所有债权都具有的救济途径,由债券持有人自行起诉。这也是目前银行间市场债务融资工具发行人未按约兑付本息之后,债券持有人的选择,比如前面所提到的保定天威集团有限公司中期票据违约后持有人的选择。

(二) 持有人自行起诉所面临的困境

一是可能出现不同债券持有人在不同法院起诉,不但不利于节约诉讼资源,加重了法院解决纠纷的负担,还可能导致不同的法院就同一发行人违约的同一事实,做出相互不一致的裁判。如果债券发行文件中未约定发行人违约时的管辖法院,按照民事诉讼法的相关规定,持有人有权选择向被告住所地或者合同履行地提起诉讼。除被告住所地是唯一的之外,合同履行地,按照最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第18条的规定,应为债券持有人所在地。如果一部分持有人向被告住所地法院起诉,另外一部分人在自身所在地法院起诉,或者身处不同地域的持有人选择向自身所在地法院起诉,都可能出现由不同的法院进行审理,裁判的结果也可能会不同。即使债券发行文件中约定了唯一的管辖法院,如果持有人向约定的管辖法院以外的其他法院起诉,法院未按照规定移送所约定的法院管辖而通知发行人应诉,而发行人也应诉的话,该法院对案件也有管辖权;^[17]这

[16] See Marcel Kahan, *Rethinking Corporate Bonds: The Trade - Off Between Individual And Collective Rights*, New York University Law Review, October 2002.

[17] 参见姚瑞光:《民事诉讼法论》,中国政法大学出版社2011年版,第37页。

时如果还有其他持有人向约定的管辖法院起诉,就有可能导致不同的法院就基于同一发行人违约这一事实发生的一系列案件进行审理,并进而可能做出相互不一致的裁判。

二是不利于实现债券发行相关的担保物权。由于抵押权等担保物权登记在作为名义持有人的受托管理人名下,如果部分债券持有人自行起诉,则难以依据民事诉讼法规定的实现担保物权特别程序实现担保物权。在部分债券持有人起诉发行人并取得生效的胜诉判决之后,如果需要执行抵质押物,由于抵质押物由受托管理人代表全体持有人的利益持有抵质押权,不但难以通过拍卖、变卖等方式予以执行,而且即使进行拍卖、变卖,所得价款如果按照各债券持有人所持债券金额在全体持有人(包括未起诉的持有人)之间进行分配的话,由于未起诉的持有人并未起诉也未取得生效判决,法院向其分配变卖款项相当于在持有人未起诉的情况下通过执行程序对其未提出的诉讼主张主动进行裁判并予以执行,与法院作为裁判机构的角色是不相符的。

另外,需要注意的是,《民事诉讼法》第54条所规定的当事人不确定的共同诉讼制度并不能解决上述问题。首先,在共同诉讼中,代表人必须是本案当事人。^[18]在受托管理人不持有债券的情况下,其不能作为共同诉讼的代表人。即使受托管理人持有债券,其是否能够担任代表人,也取决于是否能够得到已登记的权利人的推选或者是法院的指定,并不是理所当然的就能够担任代表人的。其次,在债券发行人及各持有人所在地法院均有管辖权,受理法院为发行人或最先起诉的持有人所在地法院的情况下,法院做出的判决、裁定,是否适用于未向法院申请登记的持有人,存在疑问。尤其是,如果受理法院仅为最先起诉的持有人所在地法院,该法院对不在同一法院管辖区的其他持有人可能提起的诉讼并无管辖权,其判决、裁定是否能约束其他持有人,更是存有疑问。

综上,持有人起诉虽具有法律基础,但缺乏可行性。

[18] 参见张卫平:《民事诉讼法》,法律出版社2009年版,第161页;姚瑞光:《民事诉讼法论》,中国政法大学出版社2011年版,第88页。

四、持有人自行起诉困境解决的两种经验及优劣分析

(一) 债权人团体起诉/受托人代表持有人起诉

在法国等大陆法系国家,直接承认公司债债权人团体的主体性,以债权人会议为债权人团体的意思决定机关。在这种模式下,公司债债权人团体具有民事主体资格,自然可以以债权人团体的名义起诉,诉讼主体资格不存在问题。例如,法国1966年7月24日法律第293条直接规定“同一时期发行的债券的持有人当然组成一个享有民事资格的群体,以维护他们的共同利益”。^[19]从而认可了债券持有人团体的民事主体资格,并进一步规定由发行合同任命或者由持有人大会选举产生的持有人群体的代表(法人或自然人)为持有人大会决定的执行机关。债券持有人代表在得到持有人大会批准之后,可以在法院进行涉及本期债券持有人群体利益的诉讼。

在美国,采取的则是由受托人以自身名义、代表持有人利益起诉的模式。发行人违约之后,受托人承担的责任不再是如发行人违约之前那样,仅仅是完成信托契约中明确约定的职责,而是需要按照一个“谨慎的人”(a prudent man)在管理自身事务时所应采取的措施去行使信托契约所赋予其所可采取的措施。在发行人逾期兑付债券本息的情况下,其出于免责的考虑,自然会积极主动地提起诉讼,而持有人在受托人积极提起诉讼的情况下,自然也乐于接受。而基于信托制度,债券持有人对债券享有受益人所有权(beneficial ownership),而受托人则为了债券持有人的利益而对债券拥有法定产权(legal title)。按照这一安排,受托人“必须依照法律和信托条款的规定,像信托财产的所有人一样,行使他所拥有的权利”;^[20]美国1939年信托契约法第310(a)4条也规定,受托人有权行使债券持有人所有的全部法律上的权利。因此,

[19] 转引自[法]伊夫·居荣:《法国商法》(第1卷),罗结珍、赵海峰译,法律出版社2004年版,第823页。

[20] 《欧洲信托法的原则》第5条第1款,引自[英]D. J. 海顿:《信托法》,周翼、王昊译,法律出版社2004年版,第207页。

其代表债券持有人起诉的资格自然也不存在疑问。

由于持有人是以持有人团体名义起诉、受托人是代表所有持有人利益起诉,法院或仲裁机构对持有人团体、受托人所做出的裁判对持有人当然地具有约束力,既能有效避免多个持有人在不同法院、不同时间点起诉给发行人等各方带来的讼累,又能避免多个裁判之间所可能产生的冲突。

(二)效率占优的美国经验:受托人起诉,持有人团体形成团体意思

首先,实际上,持有人团体起诉和受托人代表持有人利益起诉这两种方式,看似存在重大差异,其实仔细分析,并无实质性差异。如法国认可公司债债权人团体的主体性,但债权人团体也需要通过债权人会议以形成团体意思,也需要债权人代表去落实如起诉发行人等事宜,而发行合同也通常都会确定债权人代表或通过选举选出代表,实际上发提起诉讼、开展诉讼工作的也是作为受托人的债权人团体代表,与英美法系中的受托人并无原则性区别。

其次,在英美国家,受托人无须经由债权人会议决议,即可采取提起诉讼、行使担保权等措施,但是在对受托人发出指令、对发行人违约做出让步等事宜时,也需要通过债权人会议决议的形式以形成债权人团体的意思,^[21]并由受托人予以执行。

因此,不管是法国还是美国,通过债权人会议以形成债权人这一团体的团体意思,并通过代表或受托人去落实团体意思,这一点可以说是共通的。不过,相对于英美法系受托人可以自行根据是否有利于维护债权人利益的判断而决定是否采取诉讼等手段而言,以法国为代表的债权人会议制度,需要通过债权人会议达成决议后方能由代表根据决议采取行动,在效率上不及英美法系。

也许是考虑到以法国为代表的债权人会议制度在效率上的缺陷,日本及我国台湾地区均兼采受托人制及公司债债权人会议制。如日本公司法第702条、第705条规定,公司发行公司债,必须确定公司债管理人,委托其为公司债权人进行清偿的受理、债权的保全及其他公司债的管理,有实施必要的一切裁判上或裁判外行为的权限。第706条则

[21] 参见美国1939年信托契约法(Trust Indenture Act of 1939)第316(a)条。

规定,公司债管理人不经公司债权人会议的决议,不得实施……对全部该公司债因其支付的延期,因其他债务的不履行所生债务的免除或和解……^[22]我国台湾地区“公司法”规定发行公司债,应由发行人与受托人(以金融或信托事业为限)订立以公司债持有人为受益人的信托契约(第248条),受托人的职权为查核及监督公司履行公司债发行事项之权(第250条)、取得及持有公司债相应的担保权利(第256条)、召集债权人会议并执行债权人会议决议(第263条、第264条)。有学者认为,该法关于受托人的规定“无受领公司债偿还及为偿还所必要之一切诉讼上与诉讼外行为之权限……故宜于本法中明文规定受托人可为公司债债权人受领清偿及为偿还所必要之一切诉讼上与诉讼外行为之权限”。^[23]《公司债券发行试点办法》、《公司债券发行与交易管理办法》要求债券发行应聘任受托管理人,明确规定了受托管理人的职责,并要求需要就对持有人权益有重大影响的事宜进行决策时,通过持有人会议形成对全体持有人有约束力的决议,采取的也是兼采受托人制及债权人会议制。

五、解决之道:以立法解决受托管理人原告资格问题

(一) 持有人团体起诉不可行

首先考虑是否采取持有人团体作为一个主体提起诉讼的方式。其优点在于,目前证监会主管的公司债、国家发改委主管的企业债、人民银行主管的债务融资工具,均已建立并实施了持有人会议制度,各方对这一制度在认可、实施方面均有高度的共识。但是,可能面临如下问题:一是认可持有人团体法人地位可能存在法律障碍。按照民法通则的规定,法人应当具备必要的财产或者经费。而持有人团体,正常情况下,可能既无财产,也无经费。如果认可其法人地位,对现行法律规定

[22] 参见王保树主编:《最新日本公司法》,于敏、杨东译,法律出版社2006年版,第354页以下。

[23] 王文宇:《公司法论》,中国政法大学出版社2004年版,第354页以下。

的修改,其难度恐怕非常大。二是即使将持有人团体认定为《民事诉讼法》第48条所规定的其他组织,但由于该条规定其他组织由其主要负责人参加诉讼,而持有人团体难以确定主要负责人,且按照诉讼代理制度,也难以委托通常是法人的受托管理人参加诉讼。三是要以持有人团体的名义起诉,需要通过持有人会议决议的形式形成团体意思。但是,在有些情况下,可能难以形成有效决议(比如超日债违约事件中,持有人会议即难以就委托中信建投证券起诉形成决议),即使可以形成有效决议,也需要时间,可能会延误诉讼时机。

(二) 受托管理人难以通过信托架构取得原告资格

在美国,由发行人与受托管理人签署信托契约,明确发行人、受托管理人、持有人三者之间委托人、受托人、受益人的关系,^[24]基于受益人所有权(beneficial ownership)与法定产权(legal title)的区分,受托人由于对债券享有法定产权,自然能够起诉。但是,受益人所有权、法定产权的区分在我国却没有法律基础,债券持有人依据法律法规、债券发行文件对发行人所享有的债权是完整的,不存在不同的权能由不同的主体享有的法律基础。因此,受托管理人要取得适格原告资格,必须通过法律明文规定。

(三) 通过修法解决受托管理人原告资格问题

正如前面所分析的,《公司债券发行与交易管理办法》直接规定受托管理人原告资格,并通过持有人会议来对相关事宜予以决策的做法,基本上是可取的,只是其规范效力不足,需要在今后修订公司法等相关法律时,明确规定受托管理人原告资格。

在规定受托管理人原告资格时,非常重要的一点,就是要明确规定受托管理人为了债券持有人利益,可以采取必要的诉讼/仲裁手段,以自己的名义起诉债券发行人及相关机构或个人。在起诉时,受托管理人的身份就是诉讼担当人,即为持有人的诉讼标的的权利义务有当事人的诉讼实施权,从而为持有人担当诉讼的人。类似于破产法所规定

[24] 参见刘迎霜:《公司债:法理与制度》,华东政法大学博士学位论文,2008年。

的破产管理人、合同法代位权诉讼中的代位权人。^[25]

一旦受托管理人取得诉讼资格,前面提到的问题将会迎刃而解。首先,受托管理人为了避免承担责任,会积极地提起诉讼,将可能有效地避免持有人自行起诉所带来的问题。现阶段债券受托管理人主要是负责债券承销的证券公司,在发行人逾期未偿付债券本息的情况下,其需要承受包括舆论、监管等多方面在内的压力,不可能不积极地采取包括诉讼在内的法律措施解决违约事宜。而站在持有人的角度而言,与其费时费力自行起诉,在法律规定受托管理人有权起诉的情况下,还不如要求受托管理人起诉。在美国,一旦发行人逾期支付债券本息(除此之外,还包括信托契约所约定的其他违约事件),按照1939年信托契约法第315(c)条的规定,受托人需要按照一个“谨慎的人”(a prudent man)在管理自身事务时所应采取的措施去行使信托契约所赋予其所可采取的措施,如发行人逾期兑付债券本息,为了避免自身承担责任,受托人也不太可能不采取法律措施。因此,在明确受托管理人责任的前提下,受托管理人不对发行人及担保人提起诉讼的可能性很小。

其次,受托管理人代表全体持有人的利益持有抵质押权,自然可以依据民事诉讼法规定的实现担保物权特别程序实现担保物权,并在变卖、拍卖抵质押物后将所得价款基于受托管理人的职责在持有人之间进行分配。

再次,由于受托管理人是代表全体持有人起诉,受托管理人与全体持有人均为具有“同一性”的当事人,如果全部或部分持有人在判决确定前起诉的,则违反诉讼中的一事不再理;如果在判决确定后另行起诉,则所诉事项已为生效判决既判力所覆盖,违反判决确定后的一事不再理。^[26]前诉和后诉构成重复起诉。^[27]在这两种情形下,应按照最

[25] 参见沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》(上),人民法院出版社2015年版,第633~634页;骆永家:《既判力之研究》,“国立”台湾大学法律学系法学丛书编辑委员会1996年版,第139~140页。

[26] 姚瑞光:《民事诉讼法论》,中国政法大学出版社2011年版,第254页。

[27] 参见沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》(上),人民法院出版社2015年版,第633~634页;姚瑞光:《民事诉讼法论》,中国政法大学出版社2011年版,第254页;[日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第162页。

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247条的规定,裁定不予受理;已经受理的,裁定驳回起诉。这样一来,不同持有人在不同法院起诉所可能导致的讼累以及裁判相冲突的问题将能得到有效的解决。

最后,通过适当的安排,在极端情况下,即使受托管理人不提起诉讼,持有人自行起诉,也能避免多个法院对案件进行审理所可能导致的问题。持有人自行起诉的话,如前面所分析的,在现有法律框架下,的确可能会有发行人及其担保人住所地法院、原告住所地法院等多个法院对案件有管辖权,如果多个持有人在多个法院起诉,就可能导致多个法院对同一违约事件的发行人及其担保人进行审理。为此,可以考虑由相关的自律组织发布示范文件,要求债券发行文件中约定唯一的管辖法院,减少出现多个法院管辖的可能性。在确保管辖法院唯一的前提下,如果在受托管理人未起诉的极端情况下,部分持有人起诉的,可以适用《民事诉讼法》第54条的规定,由法院发出公告,通知其他持有人向法院登记,推选或由法院与持有人商定代表人进行诉讼,未参加登记的持有人,在诉讼时效期间提起的诉讼,也适用已做出的判决、裁定。这样,就既避免了不同法院对同一债券违约事件进行审理所产生的讼累,也避免了不同法院做出结果不一致的裁判等影响司法权威的情形。

六、结语

十三五规划建议提出,要“推进股票和债券发行交易制度改革,提高直接融资比重”,可以预见,债券占社会融资中的比例将会进一步上升;另一方面,近期湘鄂债、中钢债、山水水泥超短融、保定天威集团中期票据等债券违约事件,再一次将债券市场关注点引向债券违约。随着债券融资规模的进一步发展,违约也许将会成为债券市场的“新常态”,如何进一步推动投资者保护机制的建立,推动市场化、法制化债券违约风险处置机制的建立,也应当是债券发行制度改革的重要一面,而通过法律明确规定受托管理人原告资格,是一项极为重要的制度设计。