

The Study of System of
Running Protection
in
Reorganization

破产重整中的
营业保护机制研究

王福强 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

The Study of System of
Running Protection
in
Reorganization

破产重整中的 营业保护机制研究

王福强 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

破产重整中的营业保护机制研究 / 王福强著. —北京: 法律出版社, 2015. 11

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8776 - 4

I. ①破… II. ①王… III. ①破产法—研究—中国
IV. ①D922. 291. 924

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 280735 号

©法律出版社·中国

责任编辑/吴 昉

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京易丰印捷科技股份有限公司

责任印制/沙 磊

开本/A5

印张/8.75 字数/226千

版本/2015年11月第1版

印次/2015年11月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8776 - 4

定价:32.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

导论 / 1

- 一、研究缘起 / 1
- 二、国内外研究动态及立法现状 / 3
- 三、本书的整体架构 / 5
- 四、本书的创新 / 7
- 五、研究方法 / 7
- 六、需要明确的问题 / 8

第一章 重整制度营业保护的一般理论 / 11

第一节 营业、营业权及营业自由 / 11

- 一、营业的概念内涵 / 11
- 二、营业权、营业自由及其限制 / 14
- 三、营业保护 / 17

第二节 重整制度下的营业保护 / 18

- 一、重整制度的发展及价值理念 / 18
- 二、利益平衡理论与重整制度 / 27
- 三、重整制度下的营业保护 / 38

第三节 营业保护的一般理论 / 44

- 一、营业保护的主体 / 44
- 二、营业保护的判断标准 / 46
- 三、营业保护的期间 / 47

第二章 重整制度营业保护机制之一

——营业授权 / 52

第一节 重整控制权的法律配置 / 52

- 一、控制权悖论:理论与实践的冲突 / 52
- 二、重整控制权的法律配置 / 56

第二节 营业主体 / 60

- 一、选择营业主体的考虑因素 / 60
- 二、既有的营业机构模式及评价 / 62
- 三、我国营业归属权的现状 / 67

第三节 营业授权的内容 / 68

- 一、概括授予的经营管理权 / 69
- 二、经营管理权的日常业务标准 / 71

第四节 融资手段的特别授权 / 74

- 一、融资:重整目的的现实选择 / 74
- 二、融资方式之外部融资:获得贷款 / 76
- 三、融资方式之内部融资:内部筹集资金 / 93

第五节 其他经营授权 / 101

- 一、财产使用和处分的特别授权 / 101
- 二、营业转让的特别授权 / 107
- 三、合同变更与解除的特别授权 / 111
- 四、人事管理上的特别授权 / 115
- 五、税收优惠的特别授权 / 118
- 六、股票发行的特别授权 / 120
- 七、重整计划提出权 / 122

第六节 营业授权的限制 / 123

第三章 重整制度营业保护机制之二

——对利益关系人的权利限制 / 127

第一节 权利限制理论概述 / 127

一、权利限制的正当性理论基础 / 127

二、权利限制的原则 / 129

第二节 自动停止制度——对债权人利益限制之一 / 130

一、自动停止制度的概念和内涵 / 130

二、自动停止的依据 / 131

三、自动停止制度的功能 / 133

四、自动停止制度适用的对象和时间 / 136

五、自动冻结制度的例外 / 139

六、自动冻结的结束 / 141

第三节 撤销权制度——对债权人利益限制之二 / 143

一、撤销权制度的法理基础 / 143

二、撤销权的构成要件 / 146

三、撤销权的适用范围 / 150

第四节 取回权的限制——对物权人利益的限制 / 156

一、取回权的定义 / 156

二、取回权的行使 / 158

三、取回权的限制 / 164

第五节 对抵销权的限制 / 166

一、破产抵销权概述 / 167

二、抵销权的行使 / 175

三、抵销权的限制 / 178

第六节 对行使股东权利的限制 / 180

一、破产重整中股东权利的界定 / 181

二、对股利分配请求权的限制 / 183

三、对管理层股权转让的限制 / 184

四、对股东管理决策权的限制 / 187

第四章 重整营业保护机制下利益关系人的利益保护 / 189

第一节 利益保护理论概述 / 189

一、充分保护的内涵 / 189

二、充分保护的法律理念 / 191

三、重整债权充分保护的原则 / 193

第二节 对担保债权人的充分保护 / 196

一、担保债权的界定 / 196

二、权利冲突的抉择——充分保护的理 由 / 199

三、救济途径的多元——充分保护的方 式 / 202

四、确保价值不减损——美国法律的探 索 / 209

五、例外保护与漏洞填充——充分保护的完善 / 217

第三节 对普通债权人的利益保护 / 221

一、因不同性质债权的冲突导致的保护 / 222

二、大债权人与小债权人冲突导致的保护 / 226

三、债权人与债务人冲突导致的保护 / 227

四、重整计划强制批准时的债权人保护 / 230

第四节 对债务人股东利益的保护 / 235

一、对债务人股东利益保护的价值分析 / 235

二、股东的重整申请权 / 237

三、对重整计划草案的表决权 / 239

四、重整监督权 / 243

第五节 对利益相关方的利益保护 / 244

一、对雇员利益的保护 / 244

二、对取回权人利益的保护 / 246

第六节 充分的信息披露 / 247

一、信息披露的主体 / 248

二、信息披露的范围 / 249

三、信息披露的程序 / 251

第七节 管理人的义务 / 253

一、勤勉义务和忠实义务 / 253

二、注意义务 / 254

三、保密义务 / 256

四、诚信义务 / 256

五、接受监督的义务 / 257

结论 / 261

参考文献 / 264

导 论

一、研究缘起

公司重整制度是一个精巧的利益纠纷解决机制,是公司众多利害相关者的利益平衡协调器。^① 作为现代企业破产法理论和实践的重心,它有两项基本的价值目标:一是实现困境公司的重整和重建,避免陷入清算境地;二是保证破产财产在债权人间公平分配。^② 要实现上述目标,就必须在以下相互冲突的目标中做好平衡:(1)如何公平对待重整后出借人;(2)如何公平对待重整财产;(3)如何为债务人提供合理机会进行重整。^③ 所有这些,都是以公司维持其营运价值为基础的。要维持其营运价值,就必须保持营业继续,让公司在营业过程中完成重建重生。营业是企业生命力的来源与生命力的表现,也是重整企业复活的必要出路。只有通过营业,才能保留企业的营运价值,才能维系各种投资者们利益与共的关系,才能实现社会政策所追求的公平和效率价值。但由于困境债务人已不具备正常的经营能力,如果没有法律的特别保护,其营业行为不可能进行。所以,重整营业保护问题就成为了重整制度的首要问题。为了维持困境债务人的营业,甚至

① 张世君:《公司重整的法律构造》,人民法院出版社2006年版,第4页。

② Weil, Gotshal & Manges LLP, *Reorganizing Failing Businesses*, Volume I, American Bar Association, 2006, pp. 1-9.

③ Marcia L. Goldstein, *Current Issues in Debtor in Possession Financing*, ALI-ABA Course of Study, June 9-11, 2005, p. 1.

动用国家强制力来对债权人的权利进行限制。保护营业,就是保护企业作为财产集合体、交易关系集合体和利益集合体存在。^①作为重整制度的首要任务,营业保护机制的存在才使重整制度成为优于和解制度的司法举措。

而陷入重整境地时,公司往往信用缺失,信心涣散,经营困难。且重整是一个对多方冲突利益的协调平衡过程,牵涉利益主体众多,利益关系人复杂。债权人、债务人、股东、重组方(新投资人)等各方主体在重整过程中都将表达不同的利益诉求,利益冲突凸显。重整制度的根本任务就是使重整中自利的参与方能够采用尽量低的成本协力拯救企业,而此时要维持营业继续,就必须由法律设计特殊的保护机制,给予其特别的授权,保证资金供应,激发重整信心,并给予受损害方以相应的救济。这正是本文所要讨论的命题。

另外,从必要性角度讲,该命题有着很大的研究价值。首先,我国当前相关立法的缺失是研究的一大动因。我国2007年开始实施的《破产法》,新引进了重整制度。这是为适应经济全球化而采用的制度移植。制度移植必须考虑到我国的经济水平、法制环境等具体情况。种种因素导致破产法的规定过于原则,缺乏可操作性。具体表现为内容多为倡导性宣示,缺少细密规定。而相应的司法解释又迟迟未出台。如对于债务人融资问题,我国《破产法》仅在第75条,规定可以为贷款提供担保,再无其他规定,而这又是保持营业继续的最重要因素。法律缺乏规定,导致实务运作的混乱,有必要通过深入研究来统一司法实务的认识。其次,破产法律实务积累的经验也需要进行理论总结。近年来,由于经济的不景气,加之通货膨胀的影响,中外企业破产与重整案例不断增加。改革开放以来我国经济的飞速发展与全球石油及原材料价格持续高涨形成尖锐的矛盾,一方面经济的发展需要低成本的原材料;另一方面原材料价格的上涨必然对经济的高速平稳发展起到制约作用。在如此恶劣的经营环境下,许多企业面临着不

^① 王卫国:“论重整企业的营业授权制度”,载《比较法研究》1998年第1期。

同程度的困境与倒产的可能。自2007年《破产法》实施以来,各地法院已受理多起重整案例,^①积累了一些重整企业营业继续的经验。利用这些经验,以及借鉴、对比西方国家维持营业的经验,可以提炼出相应的营业指导规则。因而,研究如何对营业提供保护,可为破产立法提供借鉴。

此外,营业继续是重整成功的基本前提,如果没有具体的保护措施来保证营业的正常进行,重整也就成为了无源之水、无本之木。故而,对该问题,从理论层面进行挖掘和梳理,是十分必要的。以此作为选题,借鉴西方国家的做法,结合我国国情,可以为完善营业保护机制提供基本理论模型。

二、国内外研究动态及立法现状

在破产重整营业保护机制的研究方面,国内当前还缺乏研究,理论的准备严重不足。作为一种全新的制度,破产重整必须以现阶段市场经济模式为出发点,并且以重生再建为目的,以营业保护为手段,以营业继续为载体。但当前对重整制度的认识,基本还停留在对“目的”的认识上,相关论文多停留在重整的功能性论述和“法律文本”层面的简单介绍上。对于重整期间如何保持营业继续关注不多。即使有所涉及,也是在关注“目的”的同时涉及“过程”,很少有论文深入地分析营业过程中的种种问题。而事实上,采用何种保护措施来保证营业继续,恰恰是重整制度所要解决的首要问题。目前,就检索到的研究论文来看,只有部分学者开始关注该问题。王卫国教授曾对该问题做过精细的研究,他认为“重整以企业拯救为首要目标,建立被重

^① 破产法施行后,已有十余家上市公司提出重整申请。最近一起成功的重整案例是2008年昆明中院审理的云南聚仁兴公司重整案。该案中,债务人采取的营业措施,包括通过债权转股权的方式减少企业负债数额;通过债权收购、债务重组方式调整债务结构;通过调整内部管理机制,提高管理效率;通过改变经营模式,缩减经营模式等。这些,对今后的营业继续具有借鉴意义。载 http://www.yn.xinhuanet.com/newscenter/2008-11/25/content_15012981.html。

重整债务人的营业保护机制、维持债务人营业并进行拯救是重整制度的重要内容之一。重整制度的营业保护机制,可以概括为三个基本概念:营业授权、自动停止和充分保护……营业授权处于中心地位,而自动停止和充分保护则对营业授权起着保障和补充的作用。”^①可见王卫国教授着重指出营业保护的突出重要地位,并对此制度进行了自己理解与构建的阐述。李永军教授则从程序结构和利益平衡机制的角度,阐述了破产重整程序中,债权人与债务人、债权人与债权人等重整关系人间的利益矛盾与平衡性制度的安排,指出了破产法律所设计的相应规则。^②邹海林教授也指出:“企业重整的目标,不仅要清理债务人的债务,以维护债权人利益;而且要实现企业的未来发展,维护社会生产力和社会公益。为实现企业重整的多重目标,重整过程中可以采取法律允许的多种手段重组有债务危机的企业。”^③李曙光教授认为:“重整制度的优势之一,在于重整措施的多样化。债务人可以灵活运用重整程序允许的多种措施达到恢复经营能力、清偿债务、重组再生的目的,如不仅可采取延期偿还或减免债务的方式,还可采取无偿转让股份,核减或增加公司注册资本,将债权转化为股份,向特定对象定向发行新股或公司债券,转让营业、资产等方法。”^④这些文章,从不同角度对营业保护的规则组成、运作模式、救济程序进行了论证,为如何研究营业保护机制指明了方向。

市场经济较发达的国家,基本都建立了破产重整制度,通过维持营业,赋予其相应权利,实现再建重建。就美国来说,虽然许多州法院根据各自的司法实践制定了相关的营业指导规则,但在联邦法的层

① 王卫国:《破产法精义》,法律出版社2007年版,第210页。

② 李永军:“破产法的程序结构与利益平衡机制”,载中国民商法律网,<http://www.civillaw.com.cn/Article/default.asp?id=43091>,访问时间2015年8月20日。

③ 邹海林:“我国破产立法中的几个问题”,载http://www.love5005.com/rwstd_detail.asp?unid=536&nclassid=42,访问时间2015年8月20日。

④ 李曙光:“破产重整有利于上市公司重组”,载中国找法网,<http://china.findlaw.cn/gongsifa/pochanfa/pochanzhongzheng/pochanzhongzhengzhidu/5614.html>,访问时间2015年8月20日。

面,对营业保护机制没有系统的规定,而是散落在各个具体规定中。^①美国的破产重整制度,集中体现在《破产法》第11章中。其他章节尤其是第1、3、5章的一些条文也适用于重整程序。例如,第362条关于自动停止的规定,第363条关于使用和处分财产授权,第364条关于获得信用的规定等,对于实现营业维持都具有重要意义。就营业维持而言最重要的是再融资问题,各州根据自己的法律实践,分别制定了各自的融资规则,其中以纽约州的融资指导规则影响最大。^②理论上,美国学者对于重整制度的研究也比较深入,他们关注细节、关注可操作性,内容上重点关注重整再融资、优惠及欺诈性交易、破产财团财产重构及债权人委员会的运行等问题。^③对于如何从整体上构建一个相互衔接的营业保护机制,专门论述的文章并不多见。英国1986年《无力偿债法》的重整制度未规定债务人自行营业的授权,仅规定管理人“可以做公司事务、营业和财产的管理所必要的一切事情”(第14条第1款)。英联邦成员的重整立法,基本上都采用了这种模式。日本与此情况类似,《公司更生法》第53条将已作出更生手续开始的决定时,公司的事业经营以及对财产的管理和处分的权利授予给了财产管理人行使。

三、本书的整体架构

为达本书的研究目的与计划,本书除导论和结论外,全书共分为四部分,分别从不同角度阐述了营业保护机制的构建与适用。

第一章为重整制度营业保护的一般理论。文章首先对营业、营业权、营业自由和营业保护等进行了检讨,对民法上的权利在重整中的窘境进行了反思。文章认为,重整制度的发展,实现了从保护债权人,

① 美国许多州法院,根据本州的司法实践,制定了相关的营业指导规则。参见 Guidelines For Financing Requests § II. A. 1 (Bankr. S. D. N. Y. 2002)。

② 同上。

③ See Well, Gotshal, Manges LLP, Reorganizing Failing Businesses, ABA Section of Business Law.

到债务人和债权人利益并重,再到内部人与外部人利益并重的过程,体现了企业运营机制与退出机制相结合、私权本位与社会本位相结合的特征。重整制度营业保护的理论依据在于经济学上的外部性理论、政治学上的公共政策理论、管理学上的利益与共论。

第二章是全书的重中之重,对营业保护机制最重要的营业授权进行了论证。首先本章论述了重整企业控制权法律配置的转变,认为最终控制权与经营控制权实现了分离,并最终决定了营业机构的模式。其次,本章对于营业授权的种类、方式进行了探讨,认为它们是保证营业继续的关键环节,并最终决定着是否能重整成功。最后,文章对如何制约营业保护措施的滥用进行了探讨。本章中,融资手段的授权又是论述的重点。本章认为,企业再融资的成功与否,是能否重整成功的关键因素。法律必须设计精良的制度,保证债务人的融资能力。为此,本章从外部融资与内部融资两个方面,论述了一个困境企业所需要的融资授权。本章指出了各种融资方式可能面临的困难及相应的对策,并为我国的重整融资提出了建议。

第三章对重整制度营业保护机制下利益关系人的权利限制进行了论述。认为对权利限制存在正当性的理论基础,限制以一定程度上损害债权人等的利益为代价,其基本原则是全面限制和充分保护相结合。文章区分不同权利的性质,论述了如何对债权、物权、股权等权利进行限制。

第四章作为对权利限制的救济,从利益平衡的角度,论述了对担保债权人、普通债权人、利益相关方采取的营业保护措施。本章认为,营业保护的关键是确保权益不减损。而权益不减损的方式,根据受保护的对象的不同的方式。本章认为,信息披露及概括性义务,也是充分保护的要素之一。

结论部分指出,法律主要是通过整体上的权利授予、细节上的权利限制、全面的充分保护来构建的。各种保护措施,从强力赋权到合理控权,从权利规制到相应救济,从内部治理到外部监督,都对重整债务人的营业继续提供了强有力的支撑。并指出构建我国完善的营业

保护机制所需要的制度基础。

四、本书的创新

1. 初步构建了营业保护机制的整体架构。围绕破产重整制度的两个主要目的,拯救企业与公平清理债务,本书将在对各利益主体的利益进行均衡调整的基础上,以保护公共利益为宗旨,初步构建营业保护机制的框架。本书认为,营业保护机制是一个综合的系统,主要由营业授权、权利限制、充分保护三部分组成(除此以外,还有一些下位的机制,如监督机制、程序转换机制等)。它们是综合有机的整体,协力发挥着维持营业进行的作用。围绕这些措施的实践中实施问题进行实证化研究,是本文的一大特色与创新。

2. 阐述了营业维持中再融资的若干路径。从比较法的角度,分析了困境公司所面临的最大难题——重整融资(refinancing),对融资的条件、导致的冲突及相应的救济渠道等进行了详尽的分析。文中所引述的一些材料、所阐述的一些理念,对于国内破产法的理论研究、实务操作都有一定的借鉴意义。

3 扩展了利益保护的内涵和方式。传统意义上的利益保护,特指保护有担保债权人。本书认为,以往的这种认识是不全面的,该种保护,不仅应该包括担保债权人,还应该保护普通债权人、职工等。文章对充分保护的方式进行了论述,分析了确保权益不减损的若干途径。

五、研究方法

(一)比较研究方法

“只有傻瓜才会因为金鸡纳霜(奎宁)不是在自己的菜园里长出来而拒绝服用它。”本文的出发点是我国企业破产重整中债务人营业保护机制的研究问题。在此方面,由于我国破产重整制度是制度整体移植的结果,且我国破产法及相关法律的适用时间不长,理论储备与实务经验都相对欠缺,因而在对破产重整企业营业保护机制的研究中,对外国法的比较、分析以及对国际组织发布的建议性文件的比较

研究就显得尤其重要。世界各国的破产重整营业保护的发展经验与实务案例可为落实、完善此一制度提供可直接吸取的经验借鉴。功能的一致性可以帮助我们借鉴别国有益的经验和探索,为我所用,这既可以减少制度创新的失误成本,也能提高我国在第三人履行制度研究中的制度安排的能力。

(二) 利益衡量与经济分析方法

利益衡量与经济分析方法作为法学研究的重要方法,本书也多次采用。利益衡量通过利益的比较分析,可以妥善平衡重整各方参与人的利益。而经济分析方法通过成本、收益、效率等经济学视角,对制度的选择进行经济性分析,这可以帮助我们以经济合理的方式进行制度的选择,有效降低制度施行的成本。

(三) 案例分析与实证分析方法

比较法学者大多认为,法学研究不应仅关注文字上的法律,相反应该更多地关注“运行中的法律”。这种“运行中的法律”最直接的体现就是众多的案例和判例。拉贝尔教授曾言:“有法律而无相关判例,犹如仅有骨骼而无肌肉。”判例学说不但补充法律之不足,而且也常修正变更法律之内容。判决往往是法律规范、法政策判断和社会道德伦理辐射等综合信息的载体,针对具体案件判决的比较才能深入一国体制体系最深处,理解法官对特殊案件的种种考量。无论是大陆法还是普通法,判例都体现着最为真实的规则以及其背后的利益平衡与价值选择,因而具有无可比拟的价值和意义。破产法作为一门实践性的法律,对重整中营业保护机制的研究离不开对大量案例的整理、分析,案例分析与实证分析因而就具有了十分重要的意义。它可以为研究提供理论模型。在刚刚设计出重整制度的中国,采用此方法可以为探索营业保护机制提供各种可能方案。

六、需要明确的问题

(一) 本书的适用对象

本书虽以普通上市公司为基本适用对象。但是,从涉及社会公众

利益的角度看,银行因“太大不能失败(too big to fail)”^①和存在“系统风险”(system crisis),^②因而更具有代表性。现实中,美国银行业不断出现破产保护,引发全球性经济危机,这也说明对银行重整的分析具有现实需求。但是,银行由于其特殊性,其康复分为两部分:一是不属于司法重整的支付不能调整程序,二是属于司法程序的破产重整。本文涉及的银行重整,主要指第二部分的司法重整。

而且,本书所要讨论的是重整制度中营业保护的独有机制。就普遍适用于和解、清算、重整制度的共同机制,如债权人撤销权制度等,本文不做讨论。即使对于重整过程中的问题,如重整方案,从某种程度上说它是营业维持的结果,与如何进行营业维持无关,故也鲜有涉及。

(二) 营业保护机制的结构

营业保护机制是一个复杂的机制,是一个配套的工程。它的组成,绝不是本书所列举的三个部分所能涵盖的。并且,即使在三个机制内部,本书也并没有述及全部的下位机制,而只是选择了笔者认为极其重要的部分进行论述。这种选择,一方面是篇幅所限,另一方面也是为了做到重点突出。本文的重点是营业授权及其相应的救济机制。重中之重则是困境企业的融资机制。

在论述融资授权时,有两种方案,一是将赋权与控权统一放置于融资机制中进行论述,二是将赋权与控权分离,将前者作为营业授权的部分,后者作为充分保护的部分。出于逻辑上的考虑,本书采用了第二种方案。虽然做到了逻辑上的统一,但有可能挂一漏万,对一些控权措施无法述及。

① 指银行在存在一定规模的情况下,债权人会认为其足够强大,不会经营失败。如果其经营失败,通常能期望到政府通过紧急财政援助来求助。See Claudia, Lessons from System Bank Restructuring-A Survey of 24 Countries, IMF Working Paper WP/97/161 (1997).

② 指银行经营的失败,影响到超过 20% 银行系统的整体存款的情况。See Claudia, Lessons from System Bank Restructuring-A Survey of 24 Countries, IMF Working Paper WP/97/161 (1997).