

论破产重整融资中债权的优先性

丁 燕

(青岛大学法学院,山东青岛 266071)

摘要: 破产重整融资中的债权优先性规则发轫于19世纪美国大型铁路公司重整,鉴于该规则所具有的公平、效率及利益平衡等价值,各国破产立法纷纷予以确认。从规则设计角度分析,主要包括不同层级贷款优先权与共益债权的优先性两大类,但两者的立法构造与适用范围均不同。检视我国相关立法的缺陷与疏漏,建议:一是明确将“重整程序中为债务人继续营业而应支付的借款”界定为“共益债务”,优先于无担保债权受偿;二是将此优先权向前延伸至重整程序申请后至法院裁定前的阶段;三是构建超级优先权,使其优先于既存担保债权,但须符合实体和程序之前提要件;四是将此优先权向后拓展至重整程序转清算程序中。

关键词: 破产重整;新融资;优先受偿

中图分类号: D922.291.92 **文献标志码:** A **文章编号:** 1009-8003(2019)03-0111-08

破产重整程序以“拯救企业为目标”,在危机中寻找生机,管理人身兼重任,需从法律、财务和经营三个层面开展各项工作,其中,重整融资意义重大,乃重整成败之关键。破产重整实务中,有意向出借资金的主体通常会直截了当地提出自己的诉求,即要求保障其出借资金的安全性,换言之,即要求其债权获得优先受偿。从破产法学研究视角出发,本文将探讨一系列现实中存有争议之问题,如:为何赋予破产重整融资中债权以优先性?如何在立法层面构建具体类型并厘清边界范围?我国关于此内容的立法现状如何?有无缺陷?若相关立法存有缺陷与疏漏,应如何修订与完善?

一、破产重整融资中债权优先性规则的立法价值

(一) 历史追溯:赋予优先性的缘由

重整融资制度起源于19世纪经济大萧条时期美国大型铁路公司重整,为阻止国家铁路公司的整体清算,需要提供资金给困境中的债务人,使其继续经营,当法院通过“平衡接管”司法介入时,各种创新类型不断涌现,而以证券表现形式为主的金融创新日益发挥重要作用。^①几乎从一开始,法庭就允许赋予有助于重整成功的资金提供方享有特殊的优先受偿权,如最早的“接管者证书”,由此获得的贷款可以使铁路公司在很长的重建期间内继续经营。

实际上,不仅仅是国家铁路公司,其他众多寻求破产保护的企业在进入重整程序后仍然缺乏足够的资金进行重组。对于这些因现金流不足而窒息的企业来说,营运资金的增加对生存至关重要。但从一般商业判断角度出发,由于企业已陷于财务困难,可能无人会向重整企业发放新资金,即使重整企业具有再建可能,但由于缺乏资金将难以维持营运,无法顺利重整。简言之,尽管各国破产重整法律制度能

收稿日期:2019-02-20

基金项目:本文系2017年度国家社会科学基金项目《公司破产重整融资法律制度研究》(17BFX092)的阶段性研究成果。

作者简介:丁燕(1979-),女,新疆乌鲁木齐人,法学博士,青岛大学法学院副教授,主要研究方向:公司法、破产法与金融法。

^①参见 Peter Tufano, Business Failure, Judicial Intervention, and Financial Innovation: Restructuring U. S. Railroads in the Nineteenth Century, 71 Business History Review 1, 1997.

能够为处于困境中的债务人提供帮助,但是却不能神奇地产生现金,因此,债务人必须找到一个愿意注入新资金以使企业生存下去的银行或者投资者。为吸引、鼓励各方向重整企业注入新资金,解除对于风险的不确定性所带来的不信任,破产法律须赋予新资金供给者以优先权,否则若无新资金注入,重整只能在各种成本的耗费中走向失败。

经过长期的演变与发展,美国1938年钱德勒法案和1978年破产法案在立法层面明确了重整融资中债权的优先性。立法的核心内容是通过给予重整融资中债权以优先地位,减轻或消除资金提供方对重整未来及其资金回收的不确定性产生的各种顾虑,从而成功筹集所需资金,使重整企业得以维持生存并持续经营。^① 其他各国破产法律也纷纷探索,构建了本土化的重整融资中债权优先性规则。

(二) 本质界定: 公平、效率抑或利益平衡

所谓“本质”,应从精神上把握其事物之内在。亦即可以理解为构成其事物标的之本性及其重要意义内涵之特定基础。事物的本质是指实存事物标的之内在的本性及意义。^② 各国破产法律赋予重整融资中的债权具有优先性,其本质系公平、效率抑或利益平衡。

首先,公平、效率是法的基本价值体现之一,亦是调整经济活动法律制度的预期立法目标。在重整程序中,融资与海商法中的海难救助很相似,最明显的相似性表现在均为危难企业提供救助服务,以拯救企业为宗旨。鉴此,两者都以公平、公共利益和鼓励救助、提高效率为基本原则。在此前提下,赋予重整融资中债权人优先权和赋予海难救助者优先权就具有了正当性基础。^③ 一方面,尚若不赋予重整融资中债权人以优先权,则有益于拯救企业和债务人、股东以及其他债权人的融资成本,就无法在诸受益方之间合理分摊,有违公平理念。另一方面,尚若不赋予重整融资债权人以优先权,理性的投资人在对成本收益分析之后,将不会提供新资金。毕竟市场经济的心智工具是经济计算,经济计算的基本观念是资本和它的相关物“所得”观念。^④ 一旦重整企业无人接盘,将导致其彻底陷入困境而不能自拔,重整失败后可能最终转为破产清算程序。因此,优先权的设置具有吸引投资者的重要价值,从而促进效率,提高重整成功率。

其次,赋予重整融资中债权人以优先权亦是利益平衡的必然产物。实际上,一些权利应当优先于另一些权利受偿,本质上属于价值判断、取舍的根本性问题。法律制度的使命与法律秩序的目的即在于:承认某些利益;由司法过程按照一种权威性技术所发展和适用的各种法令来确定在什么限度内承认与实现那些利益;以及努力保障在确定限度内被承认的利益。^⑤ 对破产重整融资中的债权赋予优先性,主要基于如下价值判断:鼓励积极借贷,使其得到保障;以便筹集资金,提供重整所需并恢复经营能力,最终提高债权清偿率,有利于所有债权人以及股东和债务人。故各国破产法在认可重整融资必要性的同时,都会确立此种债权的优先受偿性。

最后,在利益平衡的基础上,应综合考量重整融资中债权优先性的范围及边界。即:如何向潜在债权人提出有吸引力的条件,以此鼓励该债权人贷款。同时鼓励和保护融资债权人的同时,必须考虑是否影响到原已存在的担保债权人或先前已对资产确立了权益的人的权利。比如,应当维护商业交易,保护债权人先前存在的权利和优先权,以及尽可能地对于获取信贷特别是获取有担保贷款的不利影响,此种不利影响有可能产生对于原已存在的担保权和优先顺序。还必须考虑到对无担保债权人产生的影响,此类债权人会发现剩余未作担保资产因优先偿还新贷款而消失,特别是如果重整将归于失败,由此导致未留下任何资产用于分配。针对这一风险,必须考虑到通过企业的继续经营以保全营运资产的价值将使这些债权人受益这一前景。^⑥

^①参见 David A. Skeel, The past, present and future of debtor-in-possession financing, 25 Cardozo L. Rev. 2004.

^②陈清秀《法理学》,元照出版有限公司2017年版,第48页。

^③参见 Seth Shicha, Debtors Qua Salvage, Superimposing Salvage Law Onto DIP Financing Agreements, American Bankruptcy Law Journal, 2016.

^④[奥]路德维希·冯·米塞斯《人的行为》,夏道平译,远流出版公司1991年版,第356页。

^⑤[美]罗斯科·庞德《通过法律的社会控制》,商务印书馆2010年版,第39页。

^⑥参见联合国国际贸易法委员会《破产法立法指南》(中文版)2006年。

二、破产重整融资中债权优先性规则的法律适用

由于赋予重整融资中债权以优先性具有公平、效率、利益平衡等价值,各国破产立法通过不同形式予以确认,但具体的表现类型及其范围、边界构造有所不同。主要有两大表现类型,一是不同层级的贷款优先权,二是共益债权的优先性。两者具体的立法构造与法律适用范围亦有所不同。

(一) 不同层级的贷款优先权

不同层级的贷款优先权以美国法为代表。在美国法上,对于破产重整程序中的贷款确立了不同层级贷款优先权,降低了投资风险,很大程度上抵销了其对营运价值信息不对称带来的交易成本,使重整融资制度得以迅速发展。《美国联邦破产法》第 364 条根据债务人融资的难易程度,区分四种情形,确立了不同层级的优先权,通常情况下,融资越困难,贷款人拥有的优先权层级就越高。如第 364(a) 款规定,债务人在企业一般营运^①时获取的无担保信用,无需法院批准,该债权与行政费用^②居于相同之受偿地位。第 364(b) 款规定,债务人在企业一般营运之外获取的无担保信用,只有在通知、听证并获得法院批准后,该债权才能与行政费用居于相同之受偿地位。第 364(c) 款规定,在债务人无法藉由前述两种方式获得资金之情形,只有在通知、听证并获得法院批准后,债务人获取的无担保信用优先于所有行政费用之受偿顺位或者在有担保负担的财产上提供较后顺位的抵押担保权。第 364(d) 款规定,若债务人无法藉由前述三种方式获得资金,且既存担保权人已得到适当保护,此时,在通知、听证并获得法院批准后,债务人获取的信用融资优先于已经存在的担保债权。前述债务人获取的融资方式中,后三种都需要法院批准,为避免以后就法院裁定的相关争执影响已延展信用债权人的利益,而进一步影响对重整程序中债务人提供信用的意愿,若该债务人系出于善意延展信用,即使法院之授权裁定因上诉而被撤销或修正,亦不影响交易之效力及该债权人因而所获得之优先权。^③

美国破产法上有关不同层级贷款优先权规则设计精致,既契合了现实复杂商事交易活动的需求,又合理平衡了各方利害关系人之间的利益。其英美法系的判例法特征显著,主要体现为后三个层级贷款优先权,都只有在通知、听证并获得法院批准后才可实施。其中,第 364(d) 款的规定,常常被形象地称为“超级优先权”。此乃美国法上的创新,对大陆法系的民法理论形成挑战,对贷款人保护力度之大成为最富有吸引力的贷款诱因,但其适用门槛也不低:要求前三种方式无法融资成功时,且对有担保债权人给予保护后,法院才可以赋予该种类型的贷款人以超级优先权。

在具体的法律适用中,如何理解第 364(d) 适用的条件呢? In re DEVLIN 185 B.R.376(Bankr.M.D. Fla.1995) 一案对此作了很好的诠释。法院在审理这个破产法第 11 章的重整案件时,债务人提出其获得的新融资享有超级优先地位。

基本案情如下:债务人是位于佛罗里达州代托纳海滩北大西洋大道 900 号的拥有 220 个房间的度假汽车旅馆的经营者。该度假汽车旅馆的空调设备、锅炉和热水器等已经破旧不堪和老化,无法正常使用。通过招标更换上述设备,至少需要花费 123,920 美元。债务人没有资金支付,因此必须获得外部融资来更新设备。Irene L.Devlina,即债务人的母公司,同意提供这种融资的前提是它在债务人的不动产上获得第一顺位的优先权。如果债务人的重整失败,案件或许会转换至第七章清算程序。一旦转换,后顺位请求债权人的预期偿付将会很少。因此,在这种情况下,赋予新资金提供方以超级优先权,是债务人获得融资来更新设备的唯一途径。目前美国信托公司(以下简称“RTC”)持有度假汽车旅馆第一顺位优先抵押权,该抵押担保了大约 230 万美元债务。即使 Irene L.Devlina 在更换设备上的花费所具有的清偿顺位优先于 RTC 公司的抵押权,RTC 公司在度假旅馆的利益也会得到足够保护,故 RTC 并未反对债务人的融资提议。在这一提议的听证会上,根据《美国联邦破产法》第 11 章第 364(d)(1) 款的规

^①所谓一般正常营运之判断,可考量该交易是否不符债权人之预期而使公司承受与过去不同之经济风险,或是否属其他从事相似事业者于一般营运时曾从事之行为等因素。

^②美国法上的所谓行政管理费用,依照美国联邦破产法 501(b)(1) 款,包含财团管理、税金与罚款等。

^③参见 Stephen L.Sepinuck, Linda J.Rusch, Gregory M.Duhl, Problems and Materials On Bankruptcy Law And Practice, Second Edition 2013, West Academic Publishing, p472.

定,允许在债务人不能获得信用贷款时(债务人要证明他不能获得)法院授予其获取的新融资比其他任何财产都优先的权利。而且,法院认为,更换空调机组、锅炉、热水器是保护度假汽车旅馆价值并维持运营的必要措施。无论债务人是否重组成功,这些项目的更换皆能有利于度假旅馆所有利益相关者,故更换空调系统、锅炉和热水器是最符合债务人及其财产利益的。

综上,本案中,法院适用第364(d)所规定的前提条件有两个,第一,倘若不同意给予Irene L.Devlina在更换设备上的花费所具有的清偿顺位为第一顺位,则无法通过其他任何方式筹集到所需资金;第二,即使提供新资金的Irene L.Devlina在更换空调系统、锅炉和热水器上的花费所具有的清偿顺位优先于RTC公司的抵押权,但担保人RTC公司持有的约230万美元债务也不会受到影响。因此,法院裁决:债务人向法院提出新资金提供方享有超级优先地位的提议符合联邦破产法第11章第364(d)(1)条款,故批准该提议。为了保证支付123,920美元,Irene L.Devlin被授予在位于佛罗里达州代托纳海滩北大西洋大道900号的不动产上享有第一抵押优先权,优先于所有其他担保债权。^①

(二) 共益债权的优先性

所谓“共益”,是指对于全体债权人、债务人和股东均有益,重整中的融资主要用于拯救企业,维持“营运价值”,有助于重整成功,重整价值将在各利益主体之间分配。因此,将重整融资中的债权界定为“共益债权”具有逻辑自洽性,随时发生,随时清偿,优先于普通债权受偿。采取此种立法设计的主要以日本、中国大陆及台湾地区为代表,只是由于立法传统与技术的差别,日本称“共益债权”,我国台湾地区称“重整债务”,我国大陆称“共益债务”。在实务中,存在的争议为“共益债权”能否延伸至重整程序开始前?“重整债务”是否优先于担保债权?

1.“共益债权”能否延伸至重整程序开始前?日本调整企业重整程序的主要有两部法律,即《民事再生法》与《公司更生法》。日本企业往往会根据自身实际需要,择其一申请重整。如川崎电气由于主办银行破产,从而无法筹集可转换公司债券的偿还资金,于是申请通过《民事再生法》实施重整,并在重整融资中主要依赖重整基金的援助。日本八百伴公司的资金更多的是来自企业债务市场,故申请通过《公司更生法》实施重整,并在重整融资中主要依赖财团筹集所需资金。^②上述两部法律均将重整融资中的债权定性为“共益债权”,赋予其优先受偿性。如《民事再生法》第119条第5项、第120条、第121条以及《日本公司更生法》第127条第5项、第128条、第132条等。两部法律有关共益债权类型、性质与处理的规定基本相同,为避免重复,本文仅介绍《民事再生法》的相关规定。

《民事再生法》第119条对成为共益债权的请求权作了规定,其中第5项为“再生程序开始后再生债务人等为了再生债务人财产而进行的借款产生的请求权为共益债权”。之所以采用共益债权的表述,是基于再生程序开始前存在的原因发生的债权视为再生债权,与此相对,以程序开始后产生的债权为中心,构成再生债权人普通利益的债权是共益债权,随时可以获得优先清偿。该债权相当于破产程序中的财团债权,但是由于重整程序中没有类似破产财团的概念,因此,采用了共益债权的表述方式。属于共益债权的具体债权,大多与财团债权一致。主要指与程序开始后的再生债务人的营业、生活和财产的处分相关的费用。例如,为完成再生计划而产生的费用,为支付监督人等程序机构的报酬而产生的支出,新借款、原材料的买入以及其他基于对再生债务人的营业持续必不可少的行为而产生的请求权等,保全面管理人基于权限进行借款而产生的支出、报酬等,双方未履行双务合同中选择履行合同而产生的对方当事人请求权。^③

从共益债权的含义分析,共益债权发生的时间点系法院裁定破产重整之后,那么是否可以向前延伸至重整裁定之前呢?对于这个问题,《民事再生法》第120条作了规定,即对于再生程序开始裁定前(但在申请后)产生的债权,如果是再生债务人的重整所不可或缺的债权,以获得法院许可或者监督人同意

^①参见Elzbth Warren, Jaylawrence Newestbook, Kathering Rorter, John A.E.Pottow, The Law of Debtors and Debtors and Creditors(text, cases and problems), Seventh Edition, 2014, Wolters Kluwer Law & Business in New York, P436-437.

^②参见胥鹏《非破产重整和破产重整:美国的经验和日本的现状》, https://www.rieti.go.jp/cn/columns/a01_0161.html, 访问时间:2017年9月6日。

^③参见[日]山本和彦《日本破产处理法入门》,金春等译,法律出版社2016年版,第142-143页。

为前提,为共益债权。这些债权在再生程序未能开始而陷入牵连破产程序之时,在破产程序中视为破产财团予以保护。但需要注意,共益债权的无限制扩大将会损害其他普通债权人的权利,因此,《民事再生法》将其限缩为重整程序申请后裁定前的这一段期间内发生的借款可以属于共益债权,同时还要求此借款不可或缺并获得法院或监督人同意。而在重整程序申请前的借款则不属于“共益债权”,否则将会产生“偏颇性清偿”行为,形成新的不公。

综上,日本法上将重整融资中的债权界定为“共益债权”,具有法理基础,一是主要发生在重整程序启动后,二是该融资是为了重整中所有主体的利益。其最显著的特征在于,“共益债权”不仅包括裁定重整程序后发生的借款,还包括当事人申请重整到法院裁定重整期间的借款,均可以作为共益债权来赋予优先性进行保护。此规定无疑具有创新性和实务价值,将保护阶段提前,保障更为充分,有利于提升重整效率,促进重整成功。但与超级优先权相比,共益债权的保护力度仍相对有限。

2.“重整债务”是否优先于担保债权?我国台湾地区的重整制度主要规定于“公司法”中。根据债权成立于公司重整前或后之不同,分为重整债权与重整债务。所谓重整债务,系指公司在重整程序中所生之债务或费用,依法得不依重整程序而优先于一切重整债权而受清偿。^①如我国台湾地区“公司法”第312条规定,重整债务之种类包括有:一是维持公司业务继续经营所发生之债务;二是进行重整程序所发生之费用。事实上,就债权人的立场而言,重整债权及重整债务皆为对重整公司之债权,但我国台湾地区法学界多主张将重整债务正名为重整后债权、优先债权、先偿债权、裁定后债权或共益债权,以免被误会对重整公司所生之债务。

在实务中,重整公司采取的新资金筹资方式因个案不同会有所不同,但相同之处在于给予新资金优先偿付地位,将其定性为重整债务。比如大德昌石油化学工业股份有限公司、实隆纸业股份有限公司和信兴实业股份有限公司等。其中大德昌石油化学工业股份有限公司重整绩效显著。重要原因之一在于获得充分之融资,其经法院裁定重整后6日即1983年6月3日第一次重整监督人会议时,重整人即要求向中国信托及华侨信托申请保证额度各6000万元,作为营业周转金,立获许可,而开发基金投资之2亿元亦于1984年6月底投入,再者新的投资重任亦落在中国信托及华侨信托身上,这使得大德昌增资方面困难减少。^②

对于贷予重整中公司之维持营运、进行重整程序所需之新资金,在现行法下系属重整债务而优先于重整债权受清偿,此优先受偿权之效力且不应裁定终止重整而受影响。惟法条仅明文其优先于重整债权而受清偿,致重整债务得以何时请求清偿,存有疑义。经学者予以解读,认为所谓优先于重整债权而为清偿具有两种意义,其一,重整程序中之所有重整债权,不问有无担保,均非依重整程序不得行使其权利,亦即其债权陷于停止状态;重整债务则应随时清偿之。其二,重整债权,不问有无担保,均因重整计划而蒙受变更,并依重整计划而为清偿;反之,重整债务之债权人则不受重整计划之拘束,甚且重整计划中应确保重整债务之清偿而不得予以减免或变更。我国台湾地区“公司法”第312条所谓优先受偿,仅具前揭意义而已,并非重整债务恒得无条件优先于担保物权而就担保物受偿。为给予资金提供者以贷款予重整中公司之诱因,并杜争议,避免基于法律规定不明确而在解释适用上产生额外成本,以于法律中明文规定“重整债务得不依重整程序而随时清偿”为宜。因此,为确保债务人公司于重整期间能获取所需资金,并承接前述保障有担保债权人之一贯主张,无论重整期间新资金之提供者系原债权人或第三人,新资金之清偿顺序宜在有担保债权人之后,但在无担保债权人之前,以使重整程序得顺利进行。^③

随着重整实践的发展,我国台湾地区“公司法”有关重整制度的规定渐渐不适应现实需求,当地“司法院”制订了2007年债务清理法草案,该草案将重整制度纳入其中,并作了全新规定。为吸引新资金的投入,草案借鉴了美国法上有关超级优先权的规定。如草案第209条第2项规定,为法人事业之更生,有设定先顺位担保权之必要,而法人已无其他财产可供设定担保,且担保权人拒绝以同一条件给予新融

^①参见柯芳枝《公司法论(下)》,三民书局2005年版,第491页。

^②参见罗建勋《公司如何重整》,永然文化出版股份有限公司1994年版,第296-297页。

^③参见王文宇《公司法论》,元照出版有限公司2016年版,第581-582页。

资情形,管理人得申请法院以裁定代替其设定先顺位担保权予新融资提供者。不过,于上述两种情形,对于原担保人之权益影响甚大,故法院就管理人书面申请为裁定前,应使其有陈述意见之机会,以保障其程序权。而且,于重整计划中,应使原担保人就其权利标的物在裁定之时价额度内有优先受偿权,以保护该担保债权人原有之优先受偿权。此优先权即使转换成清算程序之情形,仍作为财团债权而使其具优先权,俾能确保该权益。^① 该项规定虽为重整融资提供了强大诱因,但相比美国法上的不同层级贷款优先权规则,仍需检视并寻求更具逻辑层次性的制度设计。

三、我国破产重整融资中债权优先性规则之检视

(一) 我国现行立法之缺陷

从理论上分析,重整期间借贷的资金主要用于企业恢复经营能力所需,旨在为债权人、债务人、职工等诸多主体谋利益,应由各利益主体分担成本,因此,将其定性为破产法上的“共益债务”,随时发生,随时清偿,并无不妥。但我国《企业破产法》对此却无明文规定,语焉不详。总体而言,我国现行立法主要存在以下不足:

第一,虽然我国《企业破产法》第75条规定,“在重整期间,债务人或者管理人为继续营业而借款的,可以为该借款设定担保”。此规定旨在保障新资金提供方的权益。但进入破产重整程序的企业往往已陷入财务困境,资产基本都已供担保,并无净资产可以为新融资设定担保。倘若尚有资产可供担保,则需要立法明确其与既存担保债权之间的优先顺位问题。

第二,我国《企业破产法》第42条有关“共益债务”的类型共列举了六项,其中第四项规定,“为债务人继续营业而应支付的劳动报酬和社会保险费用以及由此产生的其他债务”。争议焦点在于“其他债务”是否包括重整中的借款所生债务。从法解释论角度出发,若采扩张解释方法,“其他债务”应包含借款所生债务。所谓“扩张解释”,系指法律规定之文义,失之过于狭隘,不足以表示立法之真意,因而扩张法文之意义,以期正确适用而言。扩张法文之意义,须在文义可能之范围内始可,亦即必在文义“预测可能性”的射程之内。苟其内涵相同,或为其内涵所能涵盖时,在不违背立法之目的,殆均可扩张解释。^② 尽管法院在司法实务中可以将“其他债务”扩张解释为“包括重整中借款所生债务”,并将其认定为“共益债务”的类型之一,但从完善立法视角分析,《企业破产法》未来修改时,应采明确列举的立法模式,将其纳入“共益债务”的法定类型中。

第三,当企业重整失败后,重整融资中债权的优先受偿性是否受影响?对于新资金提供方而言,非常担忧其优先权受重整失败风险的影响。各国破产立法为消除重整融资中债权人的后顾之忧,降低交易风险,通常规定,重整融资中债权的优先性不受该授权被撤销或变更的影响。如《美国联邦破产法》第364(e)款规定,依照本条规定出借资金而享有优先权的债权人,如系善意,则法院对该授权的撤销或变更,并不影响该优先权。^③ 联合国国际贸易法委员会《破产法立法指南》明确要求,破产法应规定,在重整程序转为清算程序的情况下,在重整中给予启动后融资的任何优先权均应在清算中继续得到确认。^④ 反观我国《企业破产法》的相关内容,则未涉及。仅第93条第一款规定,债务人不能执行或者不执行重整计划的,人民法院经管理人或者利害关系人请求,应当裁定终止重整计划的执行,并宣告债务人破产。第四款规定,有本条第一款规定情形的,为重整计划的提供执行的担保继续有效。上述条款显然未赋予重整融资中债权人在上述情形下继续保有优先权,无形中增大了资金提供方的法律风险。

(二) 具体规则再造之设计与理由

赋予重整融资中的债权以优先性主要基于如下立法理念:一是促进债务人获得融资,最大化债务人财产,维持企业“营运价值”;二是优先保护重整中新资金提供方的权益;三是对其权利可能因重整融资

^① 参见许士宦《债务清理法之基本构造》,元照出版有限公司2008年版,第219页。

^② 参见杨仁寿《法学方法论》,文太印刷企业有限公司2016年版,第204-205页。

^③ 参见11 U.S.C § 364(e)。

^④ 参见联合国国际贸易法委员会《破产法立法指南》(中文版)2006年。

中债权的优先性受到影响的当事人提供适当保护。^① 遵循上述立法理念,尝试对具体规则作如下设计:

第一,应明确界定重整融资中债权的法律属性为“共益债务”。

立法建议:将我国《企业破产法》第42条^②中第四项补充修改为“为债务人继续营业而应支付的劳动报酬、社会保险费用、借款以及由此产生的其他债务”,从而明确将企业被法院裁定重整后的借款界定为共益债务。与此同时,可以进一步效仿日本法,将其向前延伸至重整程序申请后法院裁定前的阶段,即在具体的法条设计上,可在第42条中增设一款,规定“当事人申请重整后法院裁定前的阶段发生的借款可视为共益债务,但此借款必须为企业重整必不可少的,且获得法院的批准”。

立法修改理由:明确重整融资中新资金的“共益债务”属性,承认其优先受偿性,主要基于“共益原则”,而承认“共益原则”是因为新资金的注入保全了债务人财产,或增加其价值,能促进效率,而赋予其优先权,也符合“依贡献而分配”的公平理念。^③ 另外,随着预重整在我国被广泛采用,为保障预重整期间的融资需求,有必要将此期间的借款视为“共益债务”优先保护,但为平衡各方利益,需要符合法院批准之前提要件。

第二,厘清重整融资中债权优先性的边界,具体如其与无担保债权之间的清偿顺位、其与担保债权之间的清偿顺位。

(1) 我国立法若明确规定重整中的借款属于共益债务,实际上就明确了其与无担保债权之间的关系,即前者优先于后者获得清偿;如《企业破产法》第43条规定,破产费用和共益债务由债务人财产随时清偿。第113条进一步规定,破产财产在优先清偿破产费用和共益债务后,再依次清偿职工、税款债权和普通债权。上述两个条款,足以证明共益债务优先于无担保债权。

理由:明确认可重整融资中新资金的“共益债务”属性,就是对其予以优先保护。因为优先保护的应有之义,即其优先于无担保债权。在破产重整债权优先顺位序列中,无担保债权总是处于后顺位,仅仅优先于股东权益。如果重整融资中的新资金不能优先于无担保债权的话,那么有关其优先性的论断将成为伪命题。

(2) 与担保债权之间的关系,倘若有资产可以设定担保时,需要明确新担保债权不能优先于既存担保债权。

立法修改建议:补充完善《企业破产法》第75条款为“在重整期间,债务人或者管理人为继续营业而借款的,可以为该借款设定担保,该担保可以在未抵押资产(含重整程序启动后获得的资产)上设定担保权益或破产财产中已抵押资产上设定的次级或较低优先的担保权益。”

立法修改理由:当给予优先于无担保债权人的诱因,仍不足以吸引资金提供方时,无疑在尚有资产可供担保的情况下设定担保,则可以鼓励资金投入的,但是新担保债权不能优先于既存担保债权,仍须恪守物权法中的一般原则。

(3) 特殊情况下,适用超级优先权,即优先于担保债权。

立法修改建议:即破产法应规定,如果现有担保债权人不同意,法院仍可批准设定同顺位或优先于先前存在的担保权的担保权益,但要满足特定条件,其中包括:(a) 给予现有担保债权人向法院申述的机会;(b) 债务人或管理人可以证明其无法以任何其他方式获得融资;以及(c) 现有担保债权人的利益得到保护。

立法修改理由:在特殊情况下,如不给予超级优先权,债务人根本无法融资成功,因此,超级优先权的规定非常必要。但是超级优先权是对物权法基本原则的突破,故应谨慎适用,只有在符合实质要件和程序要件时,才能适用。实体要件有二,一是债务人或管理人要证明其无法以任何其他方式获得融资,

^①同^④。

^②我国《企业破产法》第42条规定:人民法院受理破产申请后发生的下列债务,为共益债务:(一)因管理人或者债务人请求对方当事人履行双方均未履行完毕的合同所产生的债务;(二)债务人财产受无因管理所产生的债务;(三)因债务人不当得利所产生的债务;(四)为债务人继续营业而应支付的劳动报酬和社会保险费用以及由此产生的其他债务;(五)管理人或者相关人员执行职务致人损害所产生的债务;(六)债务人财产致人损害所产生的债务。

^③黄健彰《法定优先受偿权》,元照出版有限公司2018年版,第15页。

证明义务人系债务人或管理人;二是对现有担保债权人要给予保护。程序要件,即担保债权人有机会申述。

第三,应明确重整融资中债权优先性在重整转为清算程序时,继续有效。

立法修改建议:将《企业破产法》第93条第四款补充修改为,“有本条第一款规定情形的,为重整计划的执行提供的担保继续有效;重整中的借款等融资债权继续具有优先受偿性,不受影响。”如此一来,倘若重整失败,转为清算程序时,前述重整融资中的债权优先性依然在清算程序中适用。

立法修改理由:重整本身具有不确定性,一旦重整失败,将会转入清算程序,此时对于之前已经给予优先权的重整融资中债权如何处理,亦成为各方争点。为避免纷争,也为了降低重整中新资金提供方的风险,提高其出借意愿,规定优先权在清算程序中继续有效合情合理。故借鉴联合国贸易法委员会的《破产立法指南》和《美国联邦破产法》第364(e)的规定作如上立法设计。

四、结论

破产重整融资至关重要,赋予其优先受偿权具有历史发展的必然性和逻辑自洽性,体现了法的公平、效率、利益平衡等基本价值。大多数国家(地区)都确认了重整融资中债权的优先权属性,但鉴于立法传统与技术之不同,体现法律性质的具体名称亦不同。如美国法上为“不同层级的贷款优先权”,日本法上为“共益债权”,我国台湾地区为“重整债务”,我国大陆为“共益债务”。虽然名称及特征纷繁多样,但对其的法律保护均趋于一致,即确立优先性,使其优先于无担保债权得到受偿。有些国家和地区,甚至赋予其享有超级优先权,在符合法定实质要件和程序要件时,其优先于既存担保债权受偿。与此同时,有些国家的立法还将重整融资中债权的优先性向前延伸至重整申请后法院裁定前的阶段,向后拓展至重整转清算阶段,从而构建了较为全面的优先权法律规则。反观我国立法,则存在缺陷与疏漏,笔者在进行比较与规范研究后,从立法层面提出如下修缮建议:第一,应明确将重整中的借款界定为“共益债务”,优先于无担保债权受偿;第二,建议突破“共益债务”定义中有关时间点的限制,将重整融资中债权的优先受偿权向前延伸至重整程序申请后至法院裁定前的阶段;第三,应构建超级优先权,使其优先于既存担保债权,但必须对担保债权人给予保护,并由债务人或管理人证明其无法通过任何其他方式获得融资以及担保债权人有机会申述;第四,应将重整融资中债权的优先受偿权向后拓展至重整转清算程序中。

Subject: Research on the Priority of Financing the Reorganization

Author & unit: DING Yan(Law School , Qingdao University , Qingdao Shandong 266071 , China)

Abstract: The Priority of financing thereorganization originated from the reorganization of large railway companies in the 19th century in the US. The essence of priority rules consists of the value of fairness , efficiency and balance of interests , so that various countries confirmed this rule in bankruptcy law one after another. From a rule design perspective , the priority of financing thereorganization mainly possesses two kinds of forms , namely the priority of loan at different levels and the priority of "common-benefit creditor's claims" , but the legislative structure and scope of application between them are quietly different. After reviewing our country's legislation , the essay puts forward four suggestions to make up for legislative defects. Firstly , it clearly defines "borrowing" in reorganization as "common-benefit debts" , which takes precedence over unsecured claims. Secondly , this priority is extended forward to the stage , which is after the parties have applied for reorganization and is before the court adjudicates. Thirdly , it is to construct a super-priority that takes precedence over the existing secured claims , but it must meet the requirements of the entity and procedure. Fourthly , this priority is extended back to the reorganization process to liquidation process.

Key words: reorganization; new financing; priority

[责任编辑:王德福]