

# 我国破产法引入衡平居次 规则必要性和可行性的反思

——从最高院发布的一则典型案例说起

党海娟

(西北政法大学 民商法学院 陕西 西安 710063 / 中国社会科学院 法学所 北京 100720)

**摘要:** 美国破产法上的衡平居次规则基于衡平法上的公平、正义理念,允许审理破产案件的法官对破产债权的分配顺位作出劣后调整。最高院2015年3月公布的典型案例“沙港公司诉开天公司执行分配方案异议案”,首次以判例的形式承认了美国法上衡平居次规则的借鉴意义。该案之后,我国破产法应否引入衡平居次规则成为一个学理上亟待解决的问题。虽然衡平居次规则在一定程度上可以弥补现行《公司法》法人格否认制度和《破产法》撤销权制度、无效制度的不足,但鉴于目前对衡平居次规则理论基础和更为具体的规则适用事由研究论证和经验积累的匮乏,以及衡平居次规则本身的局限性,认为无论是立足于必要性还是立足于可行性视角,我国破产法当下应引入衡平居次规则的观点都难谓妥当。

**关键词:** 衡平居次规则;非衡平行为;控股股东;股东债权;自由裁量权

**中图分类号:** DF411.92   **文献标识码:** A   **文章编号:** 1002-3933(2016)03-0065-12

## The Reflection on the Necessity and Possibility of the Establishment of the Equitable Subordination Rule in China

——From a classic case released by the Supreme People's Court

DANG Hai-juan

(School of Civil and Commercial Law, Northwest University of Political Science and Law, Xi'an 710063 /  
Institute of Law, Chinese Academy of Social Science, Beijing 100720 China)

**Abstract:** Based on the Equity Principle, The Equitable Subordination Rule admits the justice

收稿日期: 2015-11-26 该文已由“中国知网”(www.cnki.net)2016年1月11日数字出版,全球发行

作者简介: 党海娟(1976-),女,陕西长安人,西北政法大学民商法学院讲师,中国社会科学院法学所博士研究生,研究方向:民商法学。

has the power to adjust the order of claims in bankruptcy. In March 2015 Supreme Court released a typical case of “Shagang company v. Kaitian company executive allocation scheme of object case”, for the first time admitted the equitable subordination rules has reference meaning. After this case, whether China’s bankruptcy law should stipulate this rule become a theoretical problem to be solved. Although contrasted with the offset right in bankruptcy, the legal consequence of the Equitable Subordination Rule is more facile to the creditor. Limited by the current low numbers of bankruptcy liquidation of our country, and the deficiency of research on the theoretical basis and specific application situation of the Equitable Subordination Rule, And the naturak limitation of this rule, this paper argues that, whether based on necessity or based on the perspective of feasibility, Currently it is not suitable to introduce the Equitable Subordination Rule to China’s bankruptcy law.

**Key words:** the equitable subordination rule; the non equity conduct; controlling sharehoder; creditors rights of shareholders; discretionary power

### 一、最高人民法院典型案例案情和裁判要旨

2015年3月31日最高人民法院公布的典型案例“沙港公司诉开天公司执行分配方案异议案”以较为明确的表述在一定程度上承认了美国破产法上“衡平居次规则”。该案被告开天公司是原告沙港公司的债务人茸城公司的股东之一,因出资不足对茸城公司负有45万元的补足出资债务。沙港公司因请求支付货款及相应利息,此前还作为原告向茸城公司提起过另一起诉讼,沙港公司在获得该诉讼的胜诉判决后向法院申请了强制执行,执行程序因茸城公司缺乏可供执行的财产而被终结,但后来又因为茸城公司将注销而被恢复。恢复执行程序后,茸城公司8位股东(包括开天公司)因出资不实,负有补足出资义务而被追加为被执行人。2012年,被执行人之一的开天公司以茸城公司及其他出资不实股东为被告的另行提起两起诉讼(2012松民二初字第(商)第1436号案和2012松民三初字第(民)第2084号案),并在诉讼中主张茸城公司应与该8位股东在出资不实范围内连带清偿茸城公司拖欠开天公司的借款和相应利息,房屋租金和相应逾期付款违约金。开天公司在获得该两起诉讼的胜诉判决后也申请了强制执行。随后上述三起均以茸城公司为被执行人的执行案件被执行法院合并执行,在执行法院制定的《被执行人茸城公司追加股东执行款分配表》中,开天公司和沙港公司的债权被同等对待并以31.825%的相同比例分别清偿。沙港公司因此对执行款分配表提出异议并起诉至法院,主张开天公司因存在出资不足,不能参与被扣划股东执行款的分配。上海市松江区人民法院支持了原告方沙港公司的请求并在判决书指出:“有限责任股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任是公司法中一项非常明确的规定<sup>①</sup>,开天公司以对茸城公司享有债权而参与到对自身被扣划的股东执行款的分配中来,不仅对茸城公司其他债权人不公,而且和股东对公司负有出资责任的公司法规定不符”。而最高院更是将该案的典型意义总结为“出资不实股东因向公司外部债权人承担出资不实的股东责任并被扣划款项

<sup>①</sup> 参见我国《公司法》第3条。

后,能否以其对于公司的债权与外部债权人就上述款项共同分配。对此,我国法律尚未明确规定,而美国历史上深石案所确立的衡平居次原则对本案的处理有一定的借鉴意义。”<sup>[1]</sup>

该案的公布被普遍认为是最高法院首次通过判例的形式,承认了美国破产法中衡平居次规则的借鉴意义<sup>①</sup>。以该案为契机,应否将衡平居次规则引入我国破产法,成为学术界关心的问题。实际上,早在该案之前我国破产法学界就已经有很多学者撰文,建议我国《破产法》引入衡平居次规则以弥补现行《公司法》中法人格否认制度和《破产法》中破产撤销权制度、无效制度的不足,有效制裁利用对公司享有的不公平债权获得和公司其他普通债权人同等清偿比例的控股股东<sup>[2]</sup>。但以笔者之见,鉴于我国目前学术界对衡平居次规则理论基础及规则适用事由双方面研究论证与经验积累的匮乏,而此种立法建议亦和我国破产法实施中的主要和实际问题相去甚远,有盲目移植外国法制度之嫌。故无论是站在必要性角度还是站在可行性角度,都难谓妥当。

## 二、美国破产法中衡平居次规则的内涵、适用条件及其功能

### (一) 内涵

衡平居次规则(The Equitable Subordination Rule),又名深石规则(The Deep Rock principle)得名于美国联邦最高法院1939年2月27日判决的“泰勒诉标准石油和电气公司”案(Taylor v. Standard Gas & Electric Co.)。涉案破产债务人是一家名为“Deep Rock Oil Corporation”的从属公司,控制其股权的母公司名为“标准石油和电气公司”。该案因为在衡平法院审理,所以其判决所创立的股东债权居次规则以“衡平居次规则”流传于世。依《布莱克法律英语词典》,英美法中“衡平”二字的含义,指“公平、良心、公正,也延及由大法官法院(衡平法院)根据他们所发展和理解的衡平原则而加以确认、规定和实施的那些东西”<sup>②</sup>。衡平居次规则在“居次”前冠以“衡平”,意在强调在破产程序中,法院可以基于衡平法的公平、正义理念对破产债权的受偿顺序作劣后调整<sup>[3]</sup>。

在该案中,美国联邦最高法院撤销了原地区法院和第十上诉法院承认深石公司重整计划的判决,提出重整计划的有效性必须以深石公司普通债权人优先于控股股东得到清偿为前提<sup>③</sup>。该案之后,派佩诉立顿案(Pepper v. Litton)是另一则体现控股股东债权居次的经典案例。这两则案例被公认为是衡平居次规则的判例法肇始。1979年10月1日美国破产法

① 国内很多研究者在表述该规则时都使用“原则”一语,因而有“深石原则”、“衡平居次原则”之说。但以笔者之见,“原则”通常指能够体现一部单行法立法精神,从而指导单行法立法和司法活动的根本性规则。从这个意义上讲,构成本文逻辑起点的美国破产法上的“The Equitable Subordination Rule”表述为“衡平居次规则”或“深石规则”应更为贴切。

② “衡平”本身即是衡平法上的一项原则,衡平原则的内涵为“法官以抽象的公平、正义对各种利益加以平衡后,有选择地适用法律调整社会冲突,实现符合社会公认价值取向和社会进步的利益平衡点,进而对社会整体利益实现有效保护”。参见王泽鉴主编《英美法导论》,北京大学出版社2012年出版,第36-38页。曹光曜、陈红《试论衡平原则在司法实践中的运用》,载《社会科学》2003年第3期。

③ 306 U. S. 307.

首次以成文法的形式对衡平居次规则作出了明确规定<sup>①</sup>。其第 11 编第 510 条(c) 款谓“尽管存在本条(a) 和(b) 的规定, 经过通知和听证之后, 法院可以——(1) 根据衡平降格原则, 将参与分配的一项被认可的债权的全部或者部分降格到另一项被认可的债权的全部或部分之后, 或者将一项被认可的利益的全部或部分降格到另一项被认可的利益的全部或部分之后; (2) 命令被降格债权的担保归入破产财团。”<sup>[4]</sup>

## (二) 适用条件

美国破产法第 510 条(c) 对非衡平行为并没有作出严格的界定。或许正因为非衡平行为的表现形态各式各样, 所以这一个成文法条款具体适用情境的明确仍然被留给了判例法。而在美国判例法中, 作为不确定概念的非衡平行为其分类方法和具体适用并不统一。在“Matter of CTS Truss, Inc. 案中, 法院界定了三种应当对债权进行衡平降格的类型: 受托人滥用职责导致对其他债权人损害的案件; 第三人从结果上控制了债务人导致其他债权人损害的案件; 第三人欺诈其他债权人的案件<sup>[4]</sup>。而在此之外, 多数法院还认可另一种被非衡平行为的分类: (1) 欺诈、不合法、对信托职责的违反; (2) 投资不足; (3) 债权人把债务人仅仅作作为一种媒介或一种摆设”<sup>[4]</sup>。由是观之, 即使在衡平居次规则的起源地, 非衡平行为的认定也是模糊化的。更多的时候, 法官必须从确立该规则的原始案例“泰勒诉标准石油和电气公司”案(Taylor v. Standard Gas & Electric Co.) 和派佩诉立顿案(Pepper v. Litton) 中寻找启发。泰勒案中, 法院支持对控股公司享有的从属公司债权降格的根本原因是控股公司对从属公司的投资不足和控股公司对从属公司享有的债权源于控股公司的管理不当行为<sup>②</sup>。而在立顿案中, 法院认定控股股东(Litton) 债权应当被降格和否认, 主要基于控股股东为了达到使从属公司债权人不能获得清偿的目的, 精心策划并有预谋地使从属公司的财产通过自己事先设定的优先债权而转入了另一公司<sup>③</sup>。简言之, 美国破产判例法中的非衡平行为是一个非常具有弹性的概念, 不仅涵盖非法行为, 也包括一些合法但有害的行为, 比如疏忽或控制, 即控股股东合法但不尊重他人利益的控制行为所产生的债权。

另外需要说明的是, 虽然诞生美国破产法中衡平居次规则的两则先例中, 被居次的债权都属于控股股东, 但第 510 条(c) 中被衡平降格的债权并不以控股股东为限。换言之, 股东以外对公司享有债权的人只要其存在非衡平行为, 也完全有可能被债权降格, 但相较

① 美国破产法成文化的开始是 1800 年美国联邦制定的第一部破产法, 但之后该法在 1803 年遭到废止。1803 - 1841 年, 联邦破产立法处于空白状态。1841 年联邦颁布了名为“倒产法”的破产法, 该法仅施行了 18 个月, 该法废止后直至南北战争结束, 美国一度无破产立法。1867 年, 美国国会通过了一部承认商人自愿破产的新破产法, 但不幸的是, 该法在 1878 年也还是很短命地被废除。此后, 在 1898 年, 又一部新的破产法问世, 该法适用时间相对较长, 直至 1979 年。1979 年 10 月 1 日美国破产法又经历了一次重生, 新破产法取代了此前的 1898 年破产法, 此后美国破产法在 1994 年, 1998 年, 2000 年, 2001 年, 2003 年还做出过几次较大的修订。参见大卫·G·爱泼斯坦、史蒂夫·H·尼克勒斯、詹姆斯·J·怀特《美国破产法》, 韩长印等译, 中国政法大学出版社 2003 年 9 月出版, 第 1 - 4 页。

② 306 U. S. 307.

③ 308 U. S. 295.

于股东,股东以外的债权人其非衡平行为的范围相对较窄,比如股东以外的人在投资不足时其债权一般不会被降格。或者也可以说股东以外的债权人被允许在较大范围内保护自己的债权<sup>①</sup>。

### (三) 功能

衡平居次规则的功能可以概括为以下几个方面:首先该规则的核心是保证从属公司的所有债权人能够得到公平的清偿。正因此,该规则并不关注从属公司的债权人是否应该以及其具体被清偿的数额,而只关注在债权及其数额确定的前提下,债权应当在哪一个顺位得到清偿。另外,随着美国破产判例法的不断发展,衡平居次规则的适用对象有不断扩大的趋势,以至于从属公司的董事、高级职员抑或关联关系人、普通债权人都有可能因为非衡平行为而导致其债权被居次清偿。

其次,衡平居次规则的适用条件较之于其他一些保护从属公司债权人利益的制度而言,门槛较低。具体而言,若控股股东的某些不公平行为没有触及从属公司独立主体形式,法人人格否认制度一般很难被援用,但很有可能此时可以适用衡平居次规则。也正因此,该规则被我国很多学者认为可以更为有效地解决破产企业的关联债权问题<sup>[5]</sup>。

再次,该规则能够以较为温和的方式制裁破产企业的不正当关联债权。所谓“温和”特指适用该规则的法律效果。比较衡平居次规则和破产法中撤销权、无效制度与公司法中的法人人格否认制度的法律效果,我们不难发现,衡平居次规则以肯定不正当的关联债权有效存在为前提,借助破产法上的清偿顺序,在关联债权人和其他普通债权人之间建立了一种新的利益平衡。而破产法中撤销权、无效制度以及公司法中的法人人格否认制度不仅导致不正当债权本身被否认,甚至于公司法人人格否认案件中的控股股东还要对从属公司债务承担连带责任,以至从属公司破产殃及控股公司亦连锁破产<sup>[5]</sup>。

最后衡平居次规则的定位是补偿性的,依该规则超出其他破产债权人损失之外的债权应平等受偿而不应该被劣后<sup>[3]</sup>。补偿性定位意味着本文开头所述最高院典型案例“沙港公司诉开天公司执行分配方案异议案”,若严格适用衡平居次规则,其结果应当是开天公司对茸城公司的债权以开天公司对茸城公司负担的补足义务为界被划分为两个部分:补足出资义务数额以内的债权劣后;超出此数额的债权则应当和沙港公司在同一顺位平等受偿。

### 三、对衡平居次规则理论基础归纳的反思

衡平居次规则产生的理论基础,依支持引入该规则观点的论述,来源于三个方面:其一,权利禁止滥用原则;其二,控股股东应基于诚信原则行使控股权严守诚信义务,并引美国

---

① 只要不违反美国破产法中可撤销行为偏颇性清偿或欺诈性转让的规定,债权人被允许利用自己的债权人地位为自己的债权获得担保。非关系人的债权人一般只在对其债务人的控制达到了相当于一个真正的关系人的控制所能达到的程度时,其债权才应被衡平降格。非关系人债权被衡平降格的经典案例是 *In re American Lumber Co.* 案。该案中的债权人因为对债务人提供贷款,实际控制了后者的经营活动,并有意使债务人仅仅向自己偿债,以致其他债权人只得到很少或干脆得不到清偿。参见大卫·G·爱泼斯坦、史蒂夫·H·尼克勒斯、詹姆斯·J·怀特《美国破产法》,韩长印等译,中国政法大学出版社,2003年9月出版,第446页。

Brandise 法官所言“诚信义务因大股东拥有掌控公司的权力而产生”；其三 权责一致原则的要求 即权力的享有必须匹配以相应的责任 控股股东既然享有对公司的实际支配权 相配套地 就必须对权力的不当行使负担一定的法律责任<sup>[6]</sup>。

然而在笔者看来 上述三方面对于衡平居次规则理论基础的推演归纳存在以下值得反思之处：首先 权利禁止滥用原则禁止滥用的对象是“权利”而非“权力”，可是检视衡平居次规则适用之具体场合 所谓股东权利早已借由控股的事实 在实质上完成了从“权利”到“权力”的华丽转身。简言之被禁止滥用的并非表象上的“权利”，而是股东基于控股对公司拥有合法的控制力。在“权利”已经切换为“权力”的背景之下 依然坚持以权利禁止滥用原则来解释衡平居次规则 似乎颇显牵强。

其次 所谓诚信原则和权责一致原则 一方面本质上都在强调大股东的控股权力意味着相应的法律责任 差别仅在于诚信原则基于诚信义务为大股东的控制权力划定了一个弹性的法律责任边界 而权责一致原则中权力相附随的责任其产生条件和边界则较为模糊。另一方面 二者都不能很切中要害地解释：为何原则违反的法律后果是且只能是控股股东的债权在破产清算或重整程序中的分配次序被降格 而不能是其他 如债权被彻底否认。

最后 追根溯源 美国破产判例法中的深石案本身并没有那么复杂的理论基础推演和归纳 而仅仅是衡平法上基于债权人应被公平、平等对待理念而赋予法官的一项自由裁量权。在确立“深石规则”的泰勒诉标准石油和电气公司案中 针对申请人的诉求 法官实际仅仅只表达了这样的观点“申请人请求适用所谓的工具化规则 依该规则深石公司被视为是标准石油和电气公司的一个部门或分支机构 标准石油和电气公司因此应被排除在分享深石公司收益的范围之外。确切地说 工具化是一种简便的方法 通过该方法 较为宽泛、模糊的衡平规则得以被明确。而衡平规则意味着 被普遍地和基于最主要设立目的理解为一个法律实体的公司 其实体地位有时——确切地说 是在承认其法律实体地位将导致欺诈和不公平的结果时——是可以忽略的。衡平规则一直被用来为适当情况下受到大股东侵害的小股东提供救济。”<sup>①</sup>美国最高法院法官认为，“深石公司重整计划的有效性并不取决于计划所承认的对标准石油和电气公司的负债数量（负债数量具体表现为深石公司应当给予标准石油和电气公司一定数量的股权） 而仅仅和该债权的分配次序有关。即若普通债权在分配顺序上优先于控股股东标准石油和电气公司所享有的债权 则重整计划应是有效的。”<sup>②</sup>并因此撤销了第十巡回上诉法院和地区法院承认标准石油和电器公司作为深石公司控股股东对深石公司享有优先于普通债权获得分配的重整计划判决<sup>③</sup>。上述这些观点虽然和权利禁止滥用原则 诚信原则 权责一致原则不发生根本上的冲突 但若说后者是前者的理论基础似缺乏足够的说服力。

① 306 U. S. 307.

② 译自 TAYLOR ET. AL. INDEPENDENT COMMITTEE V. STANDARD GAS & ELECTRIC CO. ET. AL 案判决书原文 306 U. S. 307.

③ 美国联邦最高法院对该案的最终判决结果表现判决书的最后一行：“reversed” 306 U. S. 307.

#### 四、对适用衡平居次规则四类情形的反思

支持将衡平居次规则引入我国破产法的学者往往引述美国 Blumberg 教授对非衡平行为的四种归类: (1) 控股股东对从属公司出资不实, 债权因此应视为对出资的补足故而在受偿时衡平居次; (2) 控股公司对从属公司行使控制权时违背了信义义务 (Fiduciary Standard); (3) 控股公司无视从属公司独立人格违背了法律的规定; (4) 资产混同和输送。并认为其可以作为我国破产法适用该规则的四类具体情形<sup>[7]</sup>。但依笔者所见, 上述四种归类存在以下不合理之处:

就第一种类型股东出资不足而言, 有以下问题值得推敲。出资不足和债权人债权得不到清偿两种事实同时存在时, 债权人不能得到清偿并非一定由股东出资不足引发。尤其是在我国现行公司法将注册资本制度由实缴改为认缴的当下, 公司法学者针对出资的普遍共识是: 出资仅仅是公司资产的初始状态, 是静态的初始资本。公司在成立后, 基于运营活动的展开, 其资产不断变化, 而正是这一不断变化的资产才真正是债权人获得清偿的保障。注册资本认缴制允许出资人依公司章程只认缴而不实缴出资。逻辑上, 控股股东未依章程履行缴纳出资义务, 其所承担的法律风险只应当是一方面向公司补足出资, 另一方面, 向其他股东承担违约责任。要言之, 股东出资和公司资产并非一个概念, 简单地用股东出资不足代替公司资产不足, 进而得出公司出资不足和债权人利益受损之间存在因果关系, 普通债权人必须优先于出资不足股东债权得到清偿无疑有失偏颇。在笔者看来, 导致股东债权适用衡平居次规则涉及资产方面的具体适用情形应为动态的投资不足, 即公司运营中的动态净资产因为股东的控制, 从而经常性地处在一种落后于其营业水平的状态, 以至于为了度过营业危机而其一次性或经常性地借贷。

就第二种类型控股股东违背信义义务而言, 适用公司法人格否认制度已经足以应对。股东滥用控股股权不论其直接目的是为逃避债务而隐匿财产, 抑或虚构、承认不真实的债权, 在本质上都属于股权的滥用, 而股权的滥用如在客观上造成导致公司财产不当减少, 依我国《公司法》第 20 条第 3 款, 公司不再被视为一个独立的法律主体, 控股股东必须对公司不能清偿的债权负连带清偿责任。换言之, 在法律评价上控股股东和公司被视为同一个法律主体。既然控股股东对公司享有的债权因为主体的同一而发生混同, 显然适用衡平居次规则已经没有了必要。

复次, 就第三类控股股东无视从属公司独立人格违反法律规定而言, 与前述第二种类型相似, 逻辑上债权的有效性已经动摇。具言之: 债权将或者因破产法中的撤销权、无效行为制度, 或者因构成控制公司与从属公司人格混同、财产混同而被彻底否认<sup>①</sup>。至于控制公司向其他关联公司输送利益的行为类型, 适用《公司法》第 21 条对关联交易规制条款和公司法

<sup>①</sup> 自 2006 年 1 月 1 日至 2010 年 10 月 1 日止 5 年期间, 基于对北大法宝案例数据库 99 个公司法人格否认案例的统计分析, 发现在请求适用刺破公司面纱, 适用法人格否认规则的理由中, 财产混同出现的次数最多, 在 99 件案例中的 74 件案例中出现, 而且刺破率在全部刺破理由中也最高, 达到 54.05%。参见黄辉《公司法人格否认制度实证研究》, 载《法学研究》2012 年第 1 期。

第 151 条股东代表诉讼的条款,债权人利益也完全可以得到救济。而如果不顾现有的《公司法》、《破产法》规定,自说自话地认为此时必须引入衡平居次规则对其他债权人而言方才符合公平、正义,不仅会人为地制造法律适用上的混乱,还会适得其反地使债权人依《公司法》或《破产法》本应获得的权益保障进一步弱化,显然并不妥当。

最后,上述归类将美国破产法中原本适用对象非常广泛的衡平居次规则限缩为只针对控股股东,表面上看虽然肯定了衡平居次规则应然的公平偿债功能,但实质上大大限制了这一规则实际功能的发挥。

## 五、对我国破产法引入衡平居次规则必要性的反思

### (一) 衡平居次规则和破产法平衡多方利益主体的价值导向转变无关

衡平居次规则在泰勒诉标准石油和电气公司案中的适用使标准石油及电器公司因不正当控制深石公司经营的行为所享有的债权,在深石公司破产重整计划中被劣后于普通债权得到清偿,仅仅能够说明,在功能上该规则可基于衡平原则实现对债权形式平等的实质修正<sup>[8]</sup>。然而若将这一功能夸大,认为它体现了“破产程序从债务免责到平衡多方利益主体,保障社会经济秩序的转变”<sup>[7]</sup>,则不免让人有些摸不着头脑。换句话说,适用衡平居次规则和破产法平衡多方利益主体之间并无内在的关联,传统破产法一直以来所奉行的保护债权人的理念也并未因为衡平居次规则而有所改变。将控股股东对从属公司基于不正当控制行为而享有的债权从优先获得清偿的债权中剔除出去,其制度功能只在于,使破产债务人的正当债权人获得实质上的平等保护,而与破产法平衡多方利益主体的价值导向无关。

### (二) 衡平居次规则亦无助于缓解我国的“一股独大”或“自动取款机”现象

有学者认为我国《破产法》引入衡平居次规则的一个重要理由是,该规则的明确可以使法院在审理从属公司破产案件时以适用该规则为由,阻却控股股东优先于其他普通债权人得到清偿的痴心妄想<sup>[7]</sup>。从而有助于缓解我国上市公司极为普遍的“一股独大”以及上市公司沦落为母公司“自动取款机”的现象。但这样的论证显然忽略了“一股独大”、“自动提款机”现象产生的根本原因,在于我国上市公司或脱胎于计划经济时代全民所有制企业,或经由家族控股的私人公司发展壮大而来的历史,以及我国公司法对关联交易规制的失范,而并非我国破产法缺失衡平居次规则<sup>[9]</sup>。因此,即使破产法以立法方式明确衡平居次规则,只要根因之影响不消除,“一股独大”或“自动取款机”现象不会因衡平居次规则的确立而得到质的缓解。

### (三) 我国台湾地区公司法第 369 条之 7 并非美国破产法上的衡平居次规则

我国台湾地区公司法第 369 条之 7 规定“控制公司直接或间接使从属公司为不合营业常规或其他不利益之经营者,若控制公司对从属公司有债权,在控制公司对从属公司应负担之损害赔偿限度内,不得主张抵销。前项债权不论有无别除权或优先权,于从属公司依破产法之规定为破产或和解,或依本法之规定为重整或特别清算时,应次于从属公司之其他债权人获得清偿”<sup>[10]</sup>。该条款被很多国内学者解读为是衡平居次规则引入成文法的成功立法经验。台湾学者对该条款也大多肯定,认为其颇有制约控制公司外化其对从属公司控制风险,

保护非自愿债权人以及部分解决股东有限责任所衍生出的风险分配无效率的功用<sup>[7]</sup>。但从内容分析,该条款中控制公司对从属公司的债权,在从属公司为破产、和解、重整或特别清算时的清偿并非衡平居次而是自动居次。换言之,债权居次法律后果的出现不需要以美国破产法上的非衡平行为为界定前提。而说到立法借鉴,除美国破产法中体现衡平居次规则的第510(c)和若干衡平居次规则先例之外,还有第105(a)所确立的重新定性规则(The recharacterization of leases in Bankruptcy)<sup>①</sup>。以及大陆法系国家德国《有限责任公司法》第32a条的替代资本规则和其后的自动居次规则。由是观之,我国台湾地区公司法第369条之<sup>②</sup>到底是借鉴了哪一种立法体例,似乎还有待仔细鉴别。

另外值得强调的是,我国台湾地区的上述法律条文是被规定在其公司法而非破产法中。这意味着,从属公司其他债权人先于控股股东获得清偿的情形并非只能发生在破产或清算程序中,对于没有进入破产或清算程序正常运营的公司,该规则一样可以适用。因此,即使认可我国当前应引入衡平居次规则,引入该规则的单行法似乎也不一定只能是破产法,将更广泛的衡平规则适用情形规定于公司法中似乎也不失为另一种可能的选择。

#### (四) 衡平居次规则缺失亦非现行《破产法》对债权人保护不力的主要原因

我国现行《破产法》自2007年6月1日施行以来所面临的最主要问题是法院受理的破产案件数量,在企业退出市场数量呈逐年上升态势的背景之下,呈逐年下降的趋势。据统计,自2007年至2009年,我国大陆地区法院每年受理的破产案件分别是3,817件、3,139件、3,828件,与此同时,我国大陆地区每年退出市场的企业数量分别是814,600、871,400、774,700。<sup>[11]</sup>。该组数据反映出我国《破产法》施行以来,对很多破产债务企业事实上无从发挥其作用。于此同时,那些少数进入破产清算程序的破产案件所暴露出来的突出问题则是,非自愿债权人在现有的破产清算程序下赔偿来源有限,以及整体上重整程序和清算程序缺乏衔接和严格的适用先后界分。如此看来,现行《破产法》对债权人保护不力的主要原因显然并非其缺失衡平居次规则,相应地,即使《破产法》明确这一规则,也不可能从本质上改善对债权人利益保护不力的现状。

### 六、衡平居次规则的局限性

#### (一) 适用衡平居次规则,以法院基于衡平原则享有自由裁量权为前提

前文已述及,权利禁止滥用原则、诚信原则、权责一致原则作为破产法上衡平居次规则

① 1986年Roth Steel Tube v. CIR案以美国破产法第105(a)为基础,发展出一项由破产法院对名义上的股东贷款进行重新定性的规则。该规则以股东贷款在实际个案中的发生条件和贷款内容为审查对象,对名义股东债权的权利属性重新界定,界定的结果有两种可能:或为股权,或为债权。在具体的界定过程中,有11项指标,可以为界定的参考指标。即(1)名义股东债权法律文书的名称(2)名义股东债权有无固定的还款时间或还款计划(3)名义股东债权是否存在固定的利息或利率等等,参见王欣新、郭丁铭《论股东贷款在破产程序中的处理——以美、德立法比较为视角》,载《法学杂志》2011年第5期。

② 2009年石家庄市中级人民法院审理的三鹿集团破产清算案中三聚氰胺毒奶粉的受害儿童未来可能出现的潜损害即因缺乏赔偿来源未获赔偿。而2009年8月由武汉市中级人民法院破产宣告裁定启动的东星航空破产清算案,则暴露出我国现行《破产法》界分和衔接重整程序与清算程序失当的问题。

的理论基础都难称恰当,这恰好说明衡平居次规则成文法化的理论研究尚且薄弱,而者必然导致规则的具体适用事由依个案而有所不同,具有极大的不确定性。有学者认为美国界定非衡平行为的投资不足标准,含义模糊,难以把握,所以不宜借鉴,诚哉斯言<sup>[3]</sup>。而所谓在引入衡平居次规则时依“资本是否充足,控制权的行使是否适当,是否违背公司独立原则,是否存在财产和账户的混同”等行为类型对控股股东的不正当行为作出明确分类的主张,已如上文所述殊难让人赞同<sup>[7]</sup>。正如公司法构建法人格否认制度时所遭遇的那样,在成文法国家引入一项判例法上的具体制度,必然面临判例法中法官在具体适用情境中依自由裁量所享有的弹性、灵活与具体情境因牵强的共同因素被僵化地归类之间的根本矛盾。而这一矛盾的缓解在目前我国法院司法审判水平参差不齐的背景之下,无疑还会被放大再放大。

## (二) 替代资本规则和自动居次规则

虽然美国破产法中的衡平居次规则能够在不否定债权的情况下使基于不公平、不公正行为而发生的债权,在破产程序清偿顺序中劣后于其他普通债权。但倘若我们将眼界放得更开阔一些,会发现在该规则之外还有其他一些与该规则功能相仿,但更具可操作性的立法规则可资借鉴。

### 1. 替代资本规则

德国《有限责任公司法》在依 2008 年 11 月 1 日德国联邦议会通过的《有限责任公司法现代化与反对滥用法》(MoMiG)全面修订之前,在第 32a 条规定,“若股东在公司危机——即作为通常商人应向公司充实自有资本之情形——不向公司充实资本而只提供借贷,其在对公司财产开始的无支付能力程序中,只能作为后顺序的债权人主张其返还借贷的请求权。”<sup>①</sup>该条与衡平居次规则有着较为类似的法律制裁后果:股东在公司危机时向公司提供的借贷,在公司的破产程序中落后于其他普通债权人得到清偿。而其之所以被称为替代资本规则,主要源自于此时的借贷在一定意义上被视为出资,故其清偿顺位靠后。替代资本规则区别于衡平居次规则之处在于:其一,前者的适用对象仅限于公司股东,——虽然第 32a 条第 2 款和第 3 款第一句,将该条的适用对象扩充至特定第三人(该第三人向公司所提供的借款在经济上等同于股东借款或者由一名股东为其提供担保),但这种扩充仅仅是将实质上股东纳入,故其意义有限;后者的适用对象更为广泛,可以是公司股东以外的任何债权人。其二,前者的适用条件仅限于公司危机——依德国司法判例所确立的信用标准,公司危机指公司陷入的一种不利处境,在此处境下公司不能够按照市场通常的条件获得借贷以满足公司继续存在所必须的资本需求——而后者的适用条件也更宽泛,在涉及资产的不正当行为之外,还可能适用于很多其他债权人的不当行为<sup>[3]</sup>。

值得注意的是,第 32a 条之替代资本规则因同条第 3 项第 2、3 句在适用上有一定限制。

<sup>①</sup> 2008 年 11 月 1 日通过的《有限责任公司法律现代化和滥用斗争法》将《德国有限责任公司法》第 32a 条废止,并以破产条例第 30 条和第 39 条取代了该条。胡晓静,杨代雄译《德国商事公司法》,法律出版社 2014 年出版,第 7 页;格茨·怀克,克里斯蒂娜·温德比西勒著,殷盛译《德国公司法》(第 21 版) 2010 年出版,第 382 页。

具体而言,在下列两类情形股东借贷不应像出资那样被劣后清偿:其一,股东持股份额不超过公司原始资本的10%且没有参加公司的业务执行;其二,在公司危机时,出于公司重整目的而获得业务份额的贷款人<sup>[12]</sup>。

## 2. 自动居次规则

德国联邦议会于2008年1月26日,并于11月1日实施的《有限责任公司法现代化与反对滥用法》(MoMiG)对《有限责任公司法》作出全面修订<sup>[13]</sup>。修订之后,股东向公司提供资金的法律问题不再依已被废止的《有限责任公司法》第32a的公司法视角被规范,而改依破产的视角,由1999年1月1日生效的德国《支付不能法》(Insolvenzordnung)第39条第1款第5项和第135条、第136条进行规范<sup>①</sup>。而第39条第1款第5项规定,“(1)下列债权按照所列顺序后于支付不能债权人的其他债权受请清偿,在顺序相同时,按其数额比例受清偿:……5.以返还替代资本的股东借贷为内容的债权或具有同等地位的债权”<sup>②</sup>。这使得有限责任公司股东因对公司提供贷款而享有的债权在破产程序中,被无条件地分配在最后,即只在第39条第1款第1项至第4项所规定的前4顺位债权全额受偿后,才能获得清偿。第135条、第136条规定,在特定时间段内业已设定的股东借贷担保或实施完毕的股东借款清偿可以被撤销。综合上述法条,可以认为德国《支付不能法》为保证从属公司债权人能够得到公平清偿,实际上确立一项非常简单明了的规则:只要股东对从属公司提供贷款,则在破产程序中,无需对贷款原因或特定背景详细区分,即可径自将该贷款债权置于债权清偿顺序中的最末位。也因此学说上通常将上述条款所蕴含的规则称为自动居次规则。

比较德国法上的自动居次规则和替代资本规则,我们发现,二者的共性是都以从属公司股东债权作为唯一的适用对象,而区别仅仅是后者附加了股东贷款发生于公司危机这一时间维度的限定。因此以下评价或许对自动居次规则较为中肯:在保障从属公司债权人获得公平清偿与保障从属公司股东债权获得清偿的天平之间,自动居次规则以牺牲挽救或帮助从属公司并向其提供贷款的股东的平等受偿利益为代价,使从属公司债权人获得了简单、明了、易于举证的保护。

---

① 在其他著述中,也有学者径自将该法译为“德国新《破产法》”,而译作“支付不能”的主要目的在于表明该法涵盖了修订前的《破产清算法》(Konkursordnung)、《和解法》(Vergleichsordnung)和《总体执行法》(Gesamtvollstreckungsordnung)的规范内容。

② 《德国支付不能法》第135条规定:“法律行为系1.为合伙人或股东享有的、以返还替代资本的借贷为内容的债权提供担保的,或为具有同等地位的债权提供担保的,以行为是在申请开始支付不能程序之前最后十年的时间内或在此项申请之后实施的为限;2.为合伙人或股东享有的、以返还替代资本的借贷为内容的债权提供清偿的,或为具有同等地位的债权提供清偿的,以行为是在程序开始申请之前最后一年时间内、或在此项申请之后实施的为限,可以进行撤销。”第136条规定:“(1)法律行为以向一个隐名合伙人返还全部或部分出资为内容或以免除其在所发生损失中的全部或部分应有部分为内容的,以所依据的协议系在申请对营业主的财产开始支付不能程序之前最后一年时间内、或在此申请之后达成的为限,其可以撤销。即使隐名合伙已因协议解散,亦适用此种规定。(2)程序开始的原因是在协议之后才出现的,不得进行撤销。”参见杜景林、卢堪译《德国支付不能法》,法律出版社2002年出版,第73-74页。

## 结语

综上,于1939年诞生截至笔者行文之时已经拥有76年生命的衡平居次规则,要真正被引入我国《破产法》还需要经历漫长的道路。虽然如此,但现行《破产法》中衡平居次规则的空白,并不妨碍我国破产法院在破产案件审理过程中,援用美国、德国或我国台湾地区的判例或相关立法例作为个案中的股东债权或特定债权应当劣后于其他普通债权人的理由<sup>[14]</sup>。本文开头所列举的最高院公布的典型案例——“沙港公司诉开天公司分配方案异议案”即是一例。基于此,我们完全可以乐观地预期,随着类似司法案例和理论探索的不断积累以及研究的不断深入,股东债权及其他不正当债权劣后于其他普通债权人得到分配的制度在不久的将来,应该会以适当的制度形式被我国《公司法》或《破产法》明确。

## 参考文献:

- [1] 最高人民法院发布的四起典型案例[N]. 人民法院报. 2015-04-01(3).
- [2] 孙向齐. 我国破产法引入衡平居次原则的思考[J]. 政治与法律 2008(9); 曲冬梅. 企业破产中关联债权的困境与衡平居次原则的引入[J]. 东岳论丛 2011(7); 赵吟. 论破产分配中的衡平居次原则[J]. 河北法学 2013(3); 王泽禹. 衡平居次原则对关联企业不当行为的规制[J]. 社会科学家 2012(8); 胡田野. 公司资本变革后的债权人保护路径[J]. 法律适用 2014(7).
- [3] 王欣新, 郭丁铭. 论股东贷款在破产程序中的处理——以美、德立法比较为视角[J]. 法学杂志 2011(5).
- [4] 大卫·G·爱泼斯坦, 史蒂夫·H·尼克勒斯, 詹姆斯·J·怀特, 韩长印, 等译. 美国破产法[M]. 中国政法大学出版社 2003. 440, 443, 442.
- [5] 曲冬梅. 企业破产中关联债权的困境与衡平居次规则的引入[J]. 东岳论丛 2011(7).
- [6] 孙向齐. 我国破产法引入衡平居次原则的思考[J]. 政治与法律 2008(9); 曲冬梅. 企业破产中关联债权的困境与衡平居次原则的引入[J]. 东岳论丛 2011(7).
- [7] 孙向齐. 我国破产法引入衡平居次原则的思考[J]. 政治与法律 2008(9).
- [8] 曹宇. 债权的平等与优先——兼对债权平等理论的反思[J]. 河北法学 2012(10).
- [9] 夏小林. 国企与改革(上)——兼评被污名化的“国资一股独大”[J]. 管理学刊 2014(3); 朗澄. 民营上市公司“一股独大”现象及其影响分析[J]. 理论界 2008(2); 姜珊. 浅谈金字塔股权结构下中国上市公司的掏空现象及应对方案[J]. 经济研究导刊 2011(23); 吴红军, 吴世农. 股权制衡、大股东掏空与企业价值[J]. 经济管理 2009(3).
- [10] 廖崇宏. 关联企业之下行贷款之法律问题——以公司法第369条之7与美国法上深石原则(衡平居次法则)、德国法上股东贷款法制之比较为中心[J]. 军法专刊 2013(10).
- [11] 李曙光, 王佐发. 中国《破产法》施行三年的实证分析——立法预期和司法实践的差距及其解决路径[J]. 中国政法大学学报 2011(2).
- [12] 格茨·怀克, 克里斯蒂娜·温德比西勒. 殷盛译. 德国公司法·第21版[M]. 2010. 384.
- [13] 胡晓静, 杨代雄译. 德国商事公司法[M]. 法律出版社 2014. 7.
- [14] 郑智航. 外国法与案例在本国司法中的应用[J]. 环球法律评论 2014(2).

(全文共17 063字)