

论股东债权劣后清偿规则

陈克*

摘要 公司危机阶段形成的股东债权,于公司资不抵债情形下,清偿序位劣后于普通债权。但该股东债权劣后清偿规则,在我国并无制定法上的依据。就其法律依据,本文从法律续造视角,将其定性为“全部残缺型体系违反法律漏洞”,并采取“创制性的补充”方式进行填补,从规范目的、平等原则、法理念、事物之性质四方面进行证成,且特别关注了规范对象与规范手段上合目的性。应强调的是:本文系针对法律漏洞填补缺乏范式的情况,尝试按照法学方法论,遵循“法律解释与法律续造的甄别→法律漏洞的确定→法律漏洞填补方式的选择、试错、证成”的步骤进行法律续造。以期通过这样的思想路径,让漏洞填补在理性的论辩中进行,尽可能使得法律适用获得更多的确定性。

关键词 股东债权劣后清偿 法律漏洞填补 创制性的补充

出资不实的股东就其对公司的债权,不能与外部债权人处于同等受偿顺序,否则既会导致对公司外部债权人不公平的结果,也与公司法对于出资不实股东课以的法律责任相悖,理论界和实务界称之为股东债权劣后规则。就此规则主要有以下几点解读:一是此源于美国的深石原则;二是股东对公司债权应劣后于其他普通债权;三是适用阶段是公司破产之际。^[1]笔者认为上述认识仍有可商榷之处,特别是在我国法定资本制背景下,应如何确定该规则的法律依据,以及如何具体化该规则的内容,是本文的关切所在。

一、问题的展开

就上述疑问,针对股东债权劣后规则本文做以下四个角度的切入。

首先,规范对象方面。该规则指向债权清偿事宜,当然应是考察此规则的一个方向,但债权清偿序位只是规制手段,为什么不同类型债权有不同清偿序位,关键对于产生股东债权的法律行为或事件有不同的法律评判,故产生债权的行为才是该规则规制的主要对象。

其次,规范目的方面。股东债权劣后规则的规范目的类似于美国法深石原则,都是为了制约可受非难控股股东的“公司风险外化行为”。^[2]简言之,是使得受益股东的债权劣后于普通债权清偿,赋予公司普通债权人优先的清偿序位,解决部分因“股东有限责任原则”所衍生的,外部债权未受清偿或无效率风险分配问题。

再次,制度安排方面。要审视规范目的如何与公司法、破产法进行衔接。股东债权劣后清偿,实质就意味着在认缴出资之外,还要扩张股东责任,在公司制度之下,股东有限责任是原则,扩张责任规则是例外。^[3]如何根据股东具体行为的性质,确定责任扩张的范围,如何在目的与手段之间求得平衡,是解决此问题的关键所在。

最后,司法实践方面。把握好规则对现行法律冲击,保证裁判结果的安定性。鉴于劣后清偿规则法律依据的缺乏,法律适用方法论上混乱。在实现规制目的的同时,亦要考察该规则背后的制度成本。既要股东承担其决策

* 陈克,法律硕士,上海市高级人民法院法官。

[1] 党海娟:“我国破产法引入衡平居次规则的必要性及可行性的反思”,载《河北法学》2016年第3期。

[2] 公司制度下,公司如造成大规模社会性损害,因股东有限责任,损害结果往往由他人或社会承担,此谓之公司风险外化。

[3] 参见[美]罗曼诺诺著:《公司法基础》,罗培新译,北京大学出版社2013年版,第95-97页。



的全部后果,减少代理成本的目的,又要降低因突破有限责任原则所造成的对公司制度冲击。要达成后一个目标,就应遵循法学方法论进行法律续造,让漏洞的填补在理性的论辩中进行,以期通过法律适用尽可能获得更多的确定性。^[4]

以上四点都是探讨股东债权劣后规则的主要方向,本文以第四点为重点,解决司法实践中如何正确进行该规则的法律适用,即如何进行法律解释与法律续造作业。考察侧重上,一方面,因为该规则的目的是实现对外部债权人的保护,主要就股东以自己债权来危害外部债权安全作为防御方向,当然要落实到股东行为的规制上,要否定评价股东不正当损害外部债权的行为。另一方面,既然是对外部债权的保护,又与公司资本制度具有不可分割性。规制股东损害普通债权的行为,必须在现行认缴法定资本制度背景之下进行审查,有利于减少该规则对现行制度的冲击。另外,德国亦采取法定资本制,对此问题其也有明定的规范内容,^[5]系可参考之立法例。

二、股东债权劣后清偿规则的法律依据审查

司法裁判过程可区分为认定事实、寻找相关法律规范、以整个法律秩序为准进行涵摄、宣布法律后果四个步骤,^[6]其中法律规范的寻找甚为重要,在裁判文书中是以法律依据的形式出现。之前,虽已阐述通过我国公司制度理解,及经济逻辑上可获得对股东债权劣后规则的正当性支撑,但就该规则的具体法律依据到底为何,仍需仔细考察。

就股东债权劣后清偿规则,或有观点认为可从法律原则当然得出,《公司法》第3条第2款“有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任”、《中华人民共和国民法通则》第4条“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则”的规定等,即可作为该规则的法律依据,但此与股东债权劣后清偿

无明显的针对性。且上述条款分别系股东有限责任原则和自愿、公平、等价有偿、诚实信用原则。而法律原则作为法律体系建构上的基础,^[7]一般性的案件并不可以涵摄其下。它主要是用来纠正被特定具体规范的法律适用,是作为法律解释中体系解释抓手出现,不应作为独立的法律依据。^[8]

而且法律原则不区分构成要件及法律后果,仅具有主导性法律思想的特质,不能直接适用以裁判个案。^[9]若一定要作为法律依据还需无例外的被具体化。故具体且正确的法律依据到底为何,仍需在相关部门法中进行进一步法律适用的作业。

(一) 基于债权清偿来审查劣后清偿规则的法律依据

既然对股东债权的规制要落在产生该债权的源头上,但其债权属性应是审视劣后清偿规则法律依据的一个方向,但此方向在不同部门法中也有不同视角。

首先是公司法的视角。公司法将公司融资分为股权和债权融资,债权融资中没有区分股东债权与普通债权,更不消说明确股东债权劣后于其他债权。若认为公司发生危机之际股东贷款实质即为股权融资,依据《公司法》第186条第2款“公司财产在分别支付清算费用、职工的工资、社会保险费用和法定补偿金、缴纳所欠税费,清偿公司债务的剩余财产,有限责任公司按照股东的出资比例分配,股份有限公司按照股东持有的股份比例分配”的规定,股东债权应劣后于普通债权等清偿。此体现了将案件与规范等同处置的思维操作,^[10]该观点先行确定了《公司法》第186条为应适用之法律规范,再将股东债权包摄于“股权融资”该事实要件,进而得出“劣后于普通债权清偿”之法律后果,典型的三段论。但要考虑的前提问题是:股东债权到底是债权的特殊类型,还是实质上的股权。不否认股权与债权在现代公司制度中存在互动、趋同现象,特别在公司债的股份化与股份的债券化方面。^[11]但股东债权虽然有替代公司出

[4] 参见[德]齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第3页。

[5] 参见[德]莱塞尔等:《德国资合公司法》,高旭军等译,法律出版社2005年版,第643-648页。

[6] [德]魏德士:《法理学》,丁晓春等译,法律出版社2005年版,第289页。

[7] 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,法律出版社2007年版,第594页。

[8] 同注[6],第320页。

[9] [德]拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第353页。

[10] 参见[德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2011年版,第89页。

[11] 刘俊海:《现代公司法(上册)》,法律出版社2015年版,第286-287页。

资之“用”，但并无股东名册、章程、公司登记机关记载成其为股东之“实”，显然不是股权。既然不是股权，三段论中股东债权属于股权的事实小前提，以及之后的涵摄作业皆不能完成，不能适用《公司法》第186条，也就不能得出股东债权应劣后清偿的结论。

其次是债法与物权法视角。规制公司对外债权的，除公司法外主要是合同法和物权法的原则。^{〔12〕}而在前述部门法中，统领多个债权与一个债务人之间的清偿关系的，系债权平等原则。除有担保的债权之外，债权人无论是股东还是其他人，其债权仅具相对性，无排他效力，故以同等地位并存，^{〔13〕}清偿序位并无差异。可见，债法和物权法领域不能依据主体类型来确定清偿序位，若直接将股东债权劣后于普通债权清偿，与债权平等原则相悖。

最后是执行分配与破产法视角。对于多个债权人参与被执行财产分配的，《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》（以下简称《民诉法解释》）第510条规定的清偿序位为：执行费用>优先受偿债权>普通债权，并明确普通债权按照其占全部申请参与分配债权数额的比例受偿。同样，《破产法》第109条、第113条也规定，公司债权清偿序位为：有担保权的债权>破产费用和共益债务>社保和税款>普通破产债权。都体现了在债务人资不抵债情形下，出于对经济规律与政策考量，立法者按债权产生的原因及本身属性来界定债权类型，进而确定清偿顺序，^{〔14〕}不过不同主体的一般债权并没有区分清偿序位。据此，依据上述法律条款，对普通债权应按债权数额不同比例来进行清偿。

由是，基于债权从上述视角来看，股东债权劣后清偿规则与公司法、债法、物权法、破产法、执行分配相关规定的基本精神相悖，不能以主体不同来区分一般债权的清偿顺序。

（二）基于不正当行为来审查劣后清偿规则的法律依据

若转换视角，就股东“不正当”的以债代股行为

作为规范对象，即股东采取向公司借款而非出资，来承担经营风险的方式，挽救濒临破产公司，企图向其他债权人转移部分经营风险来保障资金安全。既然是公司的融资问题，公司法自然是搜寻法律依据的主要方向，其事关债权人利益保护当然涉及公司资本制度，又与股东行为有关，《公司法》第20条兼具上述内容，应作为考察对象。

《公司法》第20条第1款关于“公司股东……依法行使股东权利，不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益”的规定，看似与劣后清偿规则调整公司不同债权之间的清偿序位无直接联系。但该条款是调整股东与债权人之间利益冲突，而上述股东“不正当行为”的实质是股东通过控制公司，以公司为工具来规避投资风险，可能导致公司债权人利益受损，有滥用股东权利之嫌，故《公司法》第20条第1款又有适用之余地。由是，从该条款调整股东与债权人之间利益平衡的规范目的出发，其反对就股东债权和普通债权作出当然的同等评价，其中股东是否存在滥用股东权利是重要的判断因素。

需指出，除注册资金之外为实现经营目的公司还需其它资金来源，也包括股东自己提供的借款。公司需要资金，经常性的利息支付也给股东带来收入，且不存在公司与债权人之间信息不对称的问题，对两者来说都是一个正当弥补公司资金需求的广泛采用的手段。^{〔15〕}但是，一个正直的商人本应该向公司提供资本的时刻，股东只希望借款来发挥公司资本的功能，^{〔16〕}股东借款是对依据相对于公司目的和业务规模来说“太小的”注册资金进行补充，手段与目的并不匹配，可能牺牲普通债权人的利益。另外，对风雨飘摇的公司，股东意图挽救，即便采取向公司提供借款形式，如前所述该款项作为风险资金性质毋庸置疑，如果允许股东在提供借贷避免公司破产目的没有实现情况下，又允许其撤回资金，这自相矛盾并违反诚信原则，德国法上称之为融资风险后果自负。^{〔17〕}这就具有了不正当行为的属性，法律就不能将股东债权与其他普通债权平等对待。

〔12〕〔英〕戴维斯等：《现代公司法原理（下册）》，罗培新等译，法律出版社2016年版，第1221页。

〔13〕王泽鉴：《债法原理（第1册）》，中国政法大学出版社2001年版，第10页。

〔14〕参见许德风：《破产法论——解释与功能比较的视角》，北京大学出版社2015年版，第191页。

〔15〕参见〔德〕怀克等：《德国公司法》，殷盛译，法律出版社2010年版，第380页。

〔16〕同注〔15〕，第382页。

〔17〕其他还有对债权人一般性的信赖保护意见剥夺真正的外部融资人的外在监控等理由。



回过头来再审视《公司法》第20条第1款,其规定公司股东应当依法行使股东权利,不得损害公司、其他股东、公司债权人利益,已经将股东债权问题涵摄其下,再考虑到股东“选借款舍出资”行为向其他债权人转嫁经营风险,对该行为的负面评价也是确定的,故反对直接将股东债权与普通债权同序位按比例清偿也是现行法的出处。

再观察《公司法》第20条第3款,其对实施滥用股东权利行为明确了法律后果,但除滥用股东权利,还要求符合逃避债务的目的要件、严重损害债权人利益的结果要件。虽然股东通过自有资金借贷企图规避部分的投资风险,可归入滥用股东权利,但是即便损害债权人利益,是否达到严重程度?意图向债权人转嫁部分经营风险,是否意味着逃避债务?需要通过就该条款进行法律解释后作出回答。前者,所谓“严重损害债权人利益”系不确定的法律概念,这类概念“需要满足价值的”判断,必须通过个案地通过评价来完成。^[18]若泛泛而论,因股东借款使得公司经营得到维系,但仍不能力挽狂澜,致使原来可得部分清偿的债务颗粒无归,可属于严重损害债权人利益的情形。后者,股东自有资金借与公司,虽然选借款不选投资,希望规避风险,目的在于挽救公司,但并非逃避债务。强行将股东自有资金向公司借款认定符合“逃避债务”的目的要件,既无视股东希望挽救公司的愿望,又将中性行为视为逃债;非但不符合该条款规制以公司为工具获利逃债的规范目的,更是逾越该“逃避债务”字义划定的可能的法律解释界限,^[19]故即便就《公司法》第20条第3款进行法律解释也无调整股东债权的余地。然而,同时亦不能无视《公司法》第20条第1款就股东借贷行为本身否定性评价。

综上,就股东在公司濒临破产阶段,同样“以债代资”形成股东债权,基于债权属性,依据《民诉法解释》

第510条、《破产法》第109条、第113条体现之精神,股东债权与普通债权处同等地位,应依据债权数额按比例清偿。源于形成此债权的股东行为,虽然《公司法》第20条第3款并非劣后清偿规则的直接依据,但第1款是反对直接将股东债权与普通债权同序位按比例清偿立场是确定的。那么,不同法律规范针对同一事实行为,态度上存在差异。

三、法律漏洞的确定^[20]

以上从债权清偿与不正当行为两个视角,对股东债权清偿序位评价并不相同,但上述法律规范能否调整“股东债权”所涉之法律事实存在疑问。若没有法律规范就此进行直接调整,或者缺乏妥当的法律规范来调整,就存在制定法上的法律漏洞,^[21]这又需从法律本身(以其规整计划为准)的完整性^[22]和统一性两个面向上进行考查。

(一) 法律本身的完整性的考察

缺乏完整性是指法律不足以完成正义地解决法律问题的任务,违反计划的圆满性,此处的所谓“规整计划”必须通过法律,以历史解释及目的解释的方法来探究。^[23]那么,完整性面向上的考察通常分以下两个步骤:首先要从立法者规整意向出发,排除立法者特意不做规制的特定问题。其次,是否存在一个应被规范的生活事实根本没有被规范,或未被作妥当的规范。^[24]

就股东债权劣后清偿问题,在债权清偿视角,事关替代公司资本的股东债权与普通债权应同等对待还是区别对待。债法领域从债权平等原则出发,基于债权没有排他性,效力上没有优劣之分。^[25]但该原则在其他部门法并不能完全适用,此在公司法上表现较为突出,公司制度的重大命题就是要解决股东与债权人之间利益冲突有关,不能僵化坚持股东债务与普通债权平等清偿,而必须就此等法律事实作体现立法规整意图之调整。且公司法通过资本制度对设立、存续阶段对此利益冲突进

[18] 参见[德]恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第136-137页。

[19] 同注[9],第221页。

[20] 法是无漏洞的整体,惟有制定法有漏洞,但这判断引为前提的是禁止司法沉默。

[21] 同注[18],第171页。

[22] 另有相类似概念为“法漏洞”,或称法秩序的漏洞,但法秩序本身应具备的开放性体系,其始终在演变之中,绝无终结之时,与确定漏洞的前提“违反计划之不圆满性”相悖,故本文采法律漏洞而非非法漏洞之说。

[23] 同注[9],第351页。

[24] 同注[7],第441页。

[25] 赵廉慧:《债法总论要义》,中国法制出版社2009年版,第26页。

行了规定；在公司危机阶段，就突出反映股东和债权人冲突的“股东债权应否劣后清偿”问题上缺乏规定，不利于普通债权人的正常期待，乃至不利于法律生活之安全。就立法者计划来说此应属规制对象，因此未予规整系法律漏洞。德国法上为区别于个别法条本身不圆满性的“规范漏洞”，^{〔26〕}将此法律体系脉络上的不圆满性称之为“规整漏洞”。^{〔27〕}

就不当行为而言，公司濒临破产阶段的股东借款，源于公司财务恶化，股东放弃依据《公司法》第182条请求法院解散公司，选择拯救公司。但没有选择出资，而以借贷替代出资，目的在于如公司最终破产，其至少尚得以债权人身份，参与破产财产分配，降低财务风险。无论从规避股东投资之不利益，还是将减少普通债权人分配数额来看，^{〔28〕}都属不正当之行为，有滥用股东权利之嫌。对此否定性评价已在《公司法》第20条第1款表述上得以流露。

直接适用《公司法》第20条第3款来调整股东借贷行为，已超越“股东逃避债务”可能之语义，^{〔29〕}即逾越法律解释范畴进入法律漏洞填补的领域。再者，即便硬性适用，得出股东因向公司贷款就要对公司债务进行连带清偿的结论，不符合公正这一法律秩序之基本精神，就“不正当行为”的处理上超越了为达到合适惩罚目的的合适手段，^{〔30〕}并非调整该事实行为之妥当的法律规范。

（二）统一性的考察

法律秩序的统一性要求消除法律秩序内部的矛盾，多数时候立法者通过具体的立法活动能够实现规范总体的内在和谐，这是法律秩序的统一和无矛盾性要求使然，当然也有例外。就股东债权与普通债权清偿序位，依据《民诉法解释》第510条，《破产法》第109条、

第113条，以及《公司法》第20条体现之精神，有不同之评价，在第一印象上存在规范矛盾。虽然法律体系中已形成特别法优于一般法、高级法优于低级法、后法优于前法等避免规范之间矛盾的规则，但涉及劣后规则的相关条款间并无上述规制规则所涉之关系，何况这些规制不是在逻辑上为当然，其成立有时甚至在理论上碰到困难，^{〔31〕}不具普适性。如果不能解决规范矛盾的话，主流观点认为相互矛盾的规范相互抵消，并产生了所谓的冲突漏洞。^{〔32〕}

不过，规范矛盾是在数个不同法律规范对同一抽象法律事实加以规范，并赋予不同的法律效果才产生的。^{〔33〕}《公司法》第20条调整的是产生股东债权的股东“不正当行为”，而其它条款是针对“归属不同主体的公司债权的清偿”问题，虽然在股东债权上存在连接点，但指向的法律事实不同，故不属于规范矛盾。而且“不正当行为”形成的股东债权，仅是该行为的载体，对于债权，债权平等原则决定了数个债权不论发生先后，均以同等地位并存，^{〔34〕}势必对普通债权人产生损害。但该债权产生明显不同于普通债权，不同事物应做不同处理，因此对特别债权的清偿序位做差别处理亦在情理之中，那么是否存在冲突漏洞就存在疑问了。但同时，鉴于《公司法》第20条第1款不完整性，第3款调整的不具妥当性调整已如上述。

综上，就股东债权清偿问题，应得出了缺乏妥当的调整规范的判断，这起源于具体化考虑上的规范欠缺导致规制后果欠合理。诚如之前提及，股东债权是不正当行为产生的后果，遂产生与普通债权的差异，从源头予以规范调整更具妥当性，故笔者认为法律漏洞填补的对象是“不正当的形成股东债权的行为”，清偿序位的调整只是规制的手段，之后阐述将据此视角

〔26〕 法律规范缺乏行为模式要件、法律后果要件，本身的不圆满导致无法适用，详见〔德〕拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第250-251页。

〔27〕 同注〔9〕，第251页。

〔28〕 公司处于经营危机，股东继续提供出资，若最终破产，股东无法期待盈余分配，且必须居次于债权人主张剩余财产分配请求权。

〔29〕 同注〔4〕，第88页。

〔30〕 同注〔18〕，第191页。

〔31〕 同注〔18〕，第201页。

〔32〕 同注〔18〕，第192页。

〔33〕 同注〔7〕，第396页。

〔34〕 参见王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社2009年版，第8-13页。



展开。

四、法律漏洞的填补

已确定就不正当行为形成股东债权的规制, 现有法律未作妥当性规定, 存在法律漏洞。该问题落实到《公司法》第 20 条第 1 款与第 3 款理解上, 还需就此条款作进一步整体上的法律解释作业。该条第 1 款在明确了股东不得滥用股东权利基础上, 而没有规定法律后果。第 3 款例举股东滥用公司独立地位、股东有限责任来逃避债务, 损害债权人利益的行为之后, 规定了要对公司债权承担连带清偿责任的法律后果。但对于同属股东滥用权利项下的, 以自有资金借贷, 意图与其他债权人共担经营风险的不正当行为, 没有规定。第 3 款明显又是第 1 款所涉法律事实的类型列举, 此情况下出现了法律就某上位案例之部分下位案例已予规定, 但对另一些应规制的下位案例没规定的全部残缺型体系违反法律漏洞。^[35]

从另一角度来看, 这是对应予规整事件而未规整的开放性漏洞。^[36]相对应的是“一般规定之应有特别限制规定之欠缺”^[37]的隐藏性漏洞。可能有的争议是《公司法》第 186 条虽然对公司债权应先于股东出资受偿已做规定, 但对于公司债权中债权人同时亦是股东的特别债权, 没有相应的以一个特别规范加以规定, 就形成了隐藏漏洞。然而, 上已提及劣后清偿规则主要指向的是“不正当产生”股东债权的行为, 并非由此产生的股东债权的结果, 与《公司法》第 186 条规制对象“公司债权与股东剩余价值请求权的关系”存在较大差异。故本文关注重点还是未就“不正当产生”股东债权的行为进行规定的, 全部残缺型体系违反法律漏洞 (同时亦是开放性法律漏洞)。

对法律漏洞的补充方法有类推适用、目的性扩张、反对解释、目的性限缩以及创制性的补充,^[38]笔者分别就此进行分析。

(一) 类推适用

类推适用是填补开放性法律漏洞的一种可能的方法。其依据在于: 两构成要件在法律评价上, 按正义要求, 同类事物应作相同处理。故将法律针对某构成要件 (A) 之规则, 转用于法律所未规定而与前述构成要件相类的构成要件 (B)。^[39]它是建立在规范目的基础上的价值评价, 由此它也只是试图从现有的法律中发现没有清楚表述的、被隐藏的评价, 而不是创造新法。^[40]

第一步作业是寻找包含“与不正常产生股东债权的行为”相类似的法律规范; 第二步作业才是评价法律规范中构成要件与未规定构成要件的相类似性; 第三步是得出同等对待还是不同等对待的结论。其中又以前两个步骤最为重要, 该两步骤又互为因果, 规范寻找与相类似性评价是双向的, 通常在一种“眼光的往返流转”过程中进行, 是一个多阶段、逐步深入的选择过程, 需把大量值得审查的规范、解释可能和事实都纳入审视范围, 再在这些可供参考的范围上一步步缩小、精确化, 从众多的法律规范中拣出最类似的, 过程中要始终保持对寻找规范和类似性评价的交互参考。^[41]为效率起见, 本文不铺成选择过程, 直接以《公司法》20 条第 3 款进行类似性评价。

有观点提出我国运用股东债权劣后清偿规则是基于不当行为的债权人, 如所从事的行为产生不当利益, 或对其他债权人产生损害,^[42]遂得出股东“以股东借款来充当公司资本”的不正当行为,^[43]类似于《公司法》第 20 条第 3 款“公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任, 逃避债务, 严重损害公司债权人利益的”构成要件。虽然两者多为不当行为, 仅有行为类型与过错程度上区别, 前者是利用股东借款来逃避资本投入, 让普通债权人共担经营风险; 后者是利用公司法人资格、股东的有限责任, 让公司债权人利益

[35] 同注 [7], 第 416-418 页。

[36] 同注 [9], 第 254 页。

[37] 同注 [7], 第 433 页。

[38] 参见同注 [7], 490 页。

[39] 同注 [9], 第 258 页。

[40] 同注 [6], 第 371 页。

[41] 同注 [4], 第 130-131 页。

[42] 杨竹生: “贷款银行之责任风险——以美国法为论述依据”, 载《中原财经法学》2000 年第 5 期。

[43] 同注 [5], 第 628 页。

受损。但实质都是损害债权人的利益,故可就两者作相同评价,

但笔者认为,类推适用的类似性不是现实存在的,而是从某个特定角度从现有差异性中抽象出来的,这抽象的过程本身就是价值评价,既为评价就必须从法律条款的规范目的出发。考察《公司法》第20条第3款,其目的是规制股东使公司的行为脱离设立计划,或把公司作为破坏法律和公共秩序或侵害第三人权利的手段加以利用^[44]的行为。防止股东既利用公司为壳从事违法活动,又以有限责任来逃避责任,进而直接损害了股东利益,^[45]司法实践中多运用于人格否认。而劣后清偿规则中股东仅是以自有资金借贷给濒临破产的公司,仍希望公司维持并产生盈利,只为减少自身损失企图让其他债权人与其共担经营风险,在保障自身利益同时间接损害债权人利益,并不适宜将其视为对债权人直接侵害。^[46]此不仅是程度上区别,而是规制对象上逃避债务与共担风险(或称转嫁部分风险)的本质差异。

另一方面的差别显露在规制的依据上,《公司法》第20条第3款中,股东滥用权利利用公司独立地位侵占公司财产,损害公司利益。尽管《侵权法》第2条未将债权归入侵权客体,但具体行为要件、过错要件、责任承担上,与《侵权法》第6条、第8条、第13条规定的侵权责任诸要素没有差异,可视为此“准”侵权责任,是公司制度对上述行为规制的依据。而股东债权的劣后清偿规则,因有之前不正当行为,使得公司为不合营业常规之行为,才有劣后之安排。^[47]其适用与否视股东债权产生是否符合“公平”的衡平标准而定。故前后两者在规制依据上有准侵权责任与衡平原则之区别。

再一方面的根本差异也体现在规制的强度上,虽有倒果为因之嫌,但从利益平衡角度仍可作为补强之

理由。依据《公司法》第20条第3款规定,股东行为导致公司丧失公司法人人格,股东对公司责任承担连带责任。若股东债权劣后规则也接受对《公司法》第20条第3款类推适用之结果,股东非但不能就其对公司的债权要求清偿,还要由于该真实存在的债权,再就公司的其他对外债务承担连带清偿责任。股东债权人的责权利严重失衡,与类推适用追求的同类事物应作相同处理的正义要求相悖;且股东借款与因借贷本身致使自身承担公司债务连带责任系相互排斥的对立事务,^[48]硬要类推适用《公司法》第20条第3款,有悖事物的本质。

综上,鉴于股东债权劣后清偿规则,与《公司法》第20条第3款的规制目的、依据、强度上差别明显,类推适用该条款来处理股东债权清偿问题,并非公正、合目的性的。特别是两者规制目的的根本不同,而类推适用反复强调的是一个以内容评价为基础的“一般化的命题”,即已在法律上作出规定的情形与法律上没有做成规定的情形的同等对待,如果差异重要到应予区别对待的地步,就没有类推适用的余地,^[49]而根据上述分析从公正角度不能得出同等对待的结论后,故不能得出类推适用《公司法》第20条第3款的判断。

(二) 目的性扩张

目的性扩张与类推适用的相同点在于,两者均以既有的法律规范去填补法律漏洞。主要区别在于:目的性扩张依据的是立法目的,类推适用凭借的是平等原则;目的性扩张是为贯彻立法意旨,对法律条款升高据以类型化之特征,将之再予抽象化,以兼容其他无类似性案例,^[50]类推适用仅是进行相似性评价。

再审视《公司法》第20条,由于该条第1款规定的股东滥用股东权利,虽然覆盖了股东在公司危机阶段以自有资金向公司借贷的情形,但该款属于不完全规范,并无法律后果规定。第3款又是针对股东利用公司独立

[44] 参见安康主编:《中华人民共和国公司法释义》,法律出版社2005年版,第43-45页。

[45] 同注[44],第42页。

[46] 同注[15],第382-383页。

[47] 参见刘连煜:“公司法修订草案关系企业专章中深石原则相关问题研究”,载《公司法理论与判决研究》,三民书局1995年版。

[48] 同注[9],第290页。

[49] 同注[4],第99页。

[50] 同注[7],第499页。



法人地位、股东有限责任来逃避债务,损害债权人利益的规定的行为,明显是第1款所涉股东滥用股东权利的类型列举,虽然总体目的都是防范滥用股东权利,但第3款关注的是防止股东借公司壳来逃债,而劣后清偿规则是针对股东规避、转嫁经营风险。既然具体规范目的存在差异,而目的性扩张的依据就是规范目的,也就谈不上利用目的性扩张来填补股东债权劣后清偿法律适用上的漏洞了。

(三) 目的性限缩与反对解释

一个法律规范文义过于宽泛,将不该适用的法律事实包含在内,从该规范之目的出发,此法律事实就应依据“目的性限缩”,排除于规范调整范围之外。^[51]但本文所论股东债权劣后清偿问题,虽可归于《公司法》第20条第1款调整范围之下,但该款非明确法律后果之完全法律规范,不能直接作为股东债权劣后清偿的依据,无进行目的限缩之前提条件。

至于作为类比推理的限制而存在的反对解释,^[52]当颁布一条针对“确定的情况”的规定时,该规定当然不允许被类比延伸适用到其他非确定的情况中去。理由是构成事实已被充分列举时,仅肯定其法律事实“仅对应”该法律后果,同时也意味着否定其余情形的适用。^[53]这时才能以法律规定的反面去处理与构成要件不类似的案件事实。^[54]由是,若是要调整不正当产生股东债权的行为,必须先要有规范来穷尽正当的产生股东债权的行为模式,进而反向推理再得出相反的后果规定。然而正当的股东债权模式形成上具有不可穷尽性,故决定了构成要件也不完备性,也就是说不可能有反对解释产生的基础——对所有正当产生股东债权行为进行规制的法律条款,故客观上否定了反对解释之可能性。

(四) 创制性的补充来填补法律漏洞^[55]

就股东债权劣后清偿规则的法律依据搜索进行到此,亦已通过试错排除了法律解释,以及类推适用、目的性扩张等法律漏洞填补方式,只能说现行法上已不能找到具构成要件之形式的法律规范,以供攀附援引,^[56]相较于之前的法律解释与法律漏洞填补方法,已然进入法律发现的领域,要脱离现行法既有条款,做创制性的法律漏洞补充。对于拉伦茨教授将法律漏洞的填补区分为法律内的法律续造、^[57]借法益衡量解决原则冲突及规范冲突、超越法律的法律续造,^[58]考虑到后两者都属超越实然法既有条款的范畴,故此处笔者借用黄茂荣教授“创制性的补充”的表述,^[59]将后两者作为创制性的法律漏洞填补方法一并论述。

1. 创制性的法律漏洞填补

依照现行法或法律理念的扩张程度角度来看,法律解释、类推适用、目的性扩张(目的性限缩)、创制性的补充、立法,法律获取的理性逐次降低,^[60]但即便是创制性的补充与立法依旧不能脱离一定的法学方法论作为操作指引。

股东债权劣后清偿规则是在不否定债权属性的情况下,使得基于公司危机阶段因不正当行为而发生的股东债权,在公司清算偿债过程中劣后于其他普通债权清偿,其实质是针对股东滥用股东权利,应向公司充实资本而只提供借贷的非正当行为的矫正。得出上述结论,是以法理补充得出。此次《民法总则》第9条规定“处理民事纠纷,应当依照法律,法律没有规定的,可以适用习惯……”,其他立法例在习惯之后,通常还有“无习惯者,依法理”的表述,^[61]但也可将习惯解释为法律及事实上的习惯,法律上习惯即为法理,因此至少经由解释之后,法理有补正法源之用。当然法理可能仅为

[51] 参见梁慧星:《裁判的方法》,法律出版社2004年版,第164页。

[52] 同注[18],第185页。

[53] 参见克卢格:《法律逻辑》,雷磊译,法律出版社2016年版,第188页。

[54] 同注[7],第424页。

[55] 同注[7],第503页。

[56] 同注[7],第503页。

[57] 包括类推适用、目的性扩张、目的性限缩。

[58] 同注[9],第249-300页。

[59] 同注[7],第503-505页。

[60] [德]考夫曼:《法律获取的程序》,雷磊译,中国政法大学出版社2015年版,第186页。

[61] 我国台湾地区“民法”第1条即为适例。

抽象的正法价值观点或原则,尚需具体到以供法官直接适用于具体事例的程度,^[62]此即为创制性补充之作业。

立法目的、平等原则、法理念、事物之性质是笔者分析股东劣后清偿规则法律依据的四种法理存在样态,并从寻找一个与程序之可能结果相关的假定,以及对假定结果之证立两阶段展开。

2. 创制性填补中假定结果之预设

第一阶段是可能结果的假定。许多传统的法学方法论都强调涵摄这一法律获取的最后行为,对先于它发生的行为都避而不谈,这恰恰是不理性的,但法律适用是对已认识者的再认识,只有前见(暂时的判断)^[63]才能指明漏洞填补要向哪个方向努力,如何来对案例来进行规范上的定位,这在法律漏洞的创制性补充上尤其是如此。

虽说结果假定是种法感,无疑是先验的,但它预见到结果,本身是种把握法律漏洞填补方向的技巧,结构上是一种设证推论。^[64]这里的结果假定为“公司危机阶段形成的股东债权应劣后清偿”,此为某种说明性的假定,是从结论经由规则到法律事实的推论。^[65]此处是从《公司法》第20条第1款对滥用股东权利行为负面评价的目的论要素为出发点,主导于法律漏洞填补过程。^[66]且考虑同为滥用股东权利下位事例的公司危机阶段,股东不正当形成债权的行为,以及《公司法》第20条第3款已规整的股东借助公司外壳逃避债务的行为,后者负面损害强于前者。再结合相关立法例,假定股东债权应承担劣后普通债权清偿的法律后果。此时该假定是一种不确定的推论,它必须保持开放性,之后的阶段是对它的证成,包括试错与论证。

3. 创制性填补中假定结果的证成

第二阶段是对假定结果的证成,在缺乏理性要素的假定结果产生后,要运用法学方法论来“理性的算计

非理性要素(假定结果)”。^[67]这里的证成应被构想成理解上的,涉及了法律论证,要实现在法律体系中正当、合目的的产生,^[68]论证理论又涉及了内在和外在证成规则。内在证成规则系判断假定结果是否从前提中逻辑的产生;^[69]外在证成规则被表达为保证前提之正确性的规则。在此,股东债权劣后清偿规则证成的前提为立法目的、平等原则、法理念、事物之性质,属于抽象正法价值观点或原则,正确性不言而喻,故就外在证立规则不展开阐述,主要关注于内部证成。同时,外部证成所涉相关原则等,其具体化尚未达到直接适用个案的程度,就将其具体化的工作在内部证成作业中一并展开。方向上集中于公司危机阶段之股东不正当形成债权属滥用股东权利基本评价下,如何与《公司法》第20条第3款规定股东“借助公司之壳行逃避债务之实”之情形相区别,并获得适当之法律规制。

立法目的上。借助于《公司法》第20条第1款,其为一般规定,已确定了对股东应依法行使股东权利之正当性评价基础,就公司危机阶段股东债权形成的法律事实,亦明确了行为模式与价值评价。《公司法》第20条第3款对借助公司之壳行逃避债务之实,规定该股东对公司债务承担连带责任的法律后果。但对于为继续濒临破产公司,“舍增资择股东借款”的不正当行使股东权利之情形,缺乏规制。后者系公司资本已严重不足后,股东为规避自身风险,不选择增资方式加强公司自有资本,而以自有资金向公司借贷。若公司危机不能解除,普通债权清偿情况势必更为恶劣,结果论上是普通债权人转嫁部分经营风险,^[70]依照《公司法》第20条第1款之规定,该行使股东权利之行为,应做负面评价。

平等原则角度。针对一般规定之下应有特别限制规定之欠缺,也应贯彻实现正义之平等原则。股东不依

[62] 同注[7],第472-473页。

[63] 这只是一种假定,它帮助找法者从方法—论证上去获得终局性的结论,学理上称之为诠释学上的先理解。

[64] 同注[60],第78-80页。

[65] 同注[60],第112页。

[66] 参见[德]施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第77-78页。

[67] 先验的法感是一种把握正确前理解的技艺,理性一词很难企及,故需要在后续作业中把证成作为规范性行为指令,以添加理性因素。

[68] 参见[德]考夫曼等主编:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2013年版,第504-505页。

[69] 参见[德]阿历克西:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第274-285页。

[70] 肖信平:“基于德国法与美国法谈公司法中名义上的资本不足”,载《湖北经济学院学报》2014年第10期。



法行使权利的,较多存在第3款已规定的逃避债务损害债权人利益,以及未规定的“以债代股”形成股东债权规避风险两种情形。在行为方式、损害结果、因果关系、过错程度比较点上,^[71]差异明显,不同事物应作不同对待,股东债权不应承担与第3款借公司外壳来逃避债务,对公司债务连带清偿之相同法律后果。

同理,就事物性质角度出发。《公司法》第20条第3款规定之情形,以及公司危机阶段不正当形成股东债权,同为违反公司资本制度之非依法行使股东权利的行为。我国依旧坚持的认缴式法定资本制度,只有在维护债权人保护的作用被认为具有价值时,才能赢得正当性,^[72]此背景下的法定资本概念若保持不变,应通过资本维持原则来规制股东损害债权人利益之行为,对损害公司规则的行为予以惩罚,对不当规避公司规则的行为予以矫正,两者救济程度和方式均应予以区别。

法理念角度。又可解析为正义、合目的性、法安定性三个要素,呈现了人类对至善之追求。鉴于第三个要素是符合前两个要素之当然结果,先按下不表。《公司法》第20条第3款规定的借助公司之壳行逃避债务之实,与公司危机阶段不正当形成股东债权之情形,分别属于对法定资本制度的直接损害与间接规避,违反社会公平正义的程度不同,法律对其矫正程度也应有所差异;再从合目的性出发,都追求手段与目的之适合;那么对间接规避行为的法律调整力度应弱于直接损害行为。

另一方面,股东债权形成于公司危机阶段,与普通债权的清偿竞争多发生于破产清算阶段,此际各种复杂的法律关系在同一时刻爆发,法律要兼顾多项相互冲突之价值,该背景下,即便股东债权与普通债务

类别并无差异,但一味强调平等清偿并不实际,^[73]应有衡平理念的介入。所谓衡平,应有优先规则的适用,就个人价值方面处境更糟的主体比处境更好的主体应获得优先保护,^[74]公司频临破产阶段形成的股东处境,既有有限责任的托底,又有对公司经营之信息优势,优于债权人,后者应获得优先保护。为此,只要股东债权劣后于普通债权清偿,保护目的即获实现,此为合目的性救济。^[75]

综上,股东债权劣后清偿规则的假设结果已被证成,就此问题之法律漏洞填补作用已告完成。

五、对股东债权劣后清偿规则的再度审视

上述对法律漏洞的填补确定了对这一问题规范方向及方式,就此背景下产生以下认识:我国严格区分了股权资本与债权资本的融资方式,对兼具前述两种特点的融资工具^[76]的“名股实债”等争议也源于此。前者作为公司原始资本,以及据此产生的经营过程中的增益资本等,发挥保障债权人利益和交易安全的功能;后者以资金注入公司,在贷款到期后返还本金并获得利息收益,其中部分是股东提供的贷款,作为一种正当的公司融资方式,法律不应加以干涉。

但特定条件下,出现资本不足状态时,即公司不能支付当时到期债务且在其后一段时期内不具备偿债能力,债权人获得偿付受到了威胁。^[77]若公司不选择解散,又不增资,只可能发生两种情况:一是股东放任公司处以资本不足状态,不采取提供股东贷款等任何措施,即为实质上的资本不足;二是股东以贷款方式向公司提供资金,称之为名义上资本不足。针对第二种情形采取股东债权清偿应劣后于普通债权规则,其理由在于滥用私法自治为目的的私法契约之形成应不予承认,^[78]进而产生融资后

[71] 类比的有效性从根本上十分依赖比较点的选择,但此确定又很大程度的具有不确定性,但从既有规范相似行为模式之要素出发,提炼出要素行为,可一定程度接近确定性。

[72] 同注[12],第366页。

[73] 同注[14],第3页。

[74] 同注[60],第202-203页。

[75] 产生股东债权中也涉及法律规避,正如弗卢梅教授所言规避就是选择适用法律,由此实施的法律行为是否归于无效,取决于对该行为事实构成及规定这些事实构成的规范的解释,但在破产清偿过程中,注重多个法律关系的平衡,而非单个规避行为的效力。

[76] [英] 费伦:《公司金融法律原理》,罗培新译,北京大学出版社2012年版,第48页。

[77] 同注[76],第182-183页。

[78] 参见[日] 大村敦志:《民法总论》,江潮等译,北京大学出版社2000年版,第58-60页。

果责任的理念。^{〔79〕}公司危机发生时,股东虽然没有义务补足公司缺少的资本,但采取风险较小的股东借款,减轻自己的责任,使得债权人处于不利处境。股东借款在功能上替代了公司资本,就应在一定程度上澄清该项融资手段的法律后果。至少应将其视为风险资金,如果能挽救公司危机,就与普通债权平等对待,未能挽救,劣后清偿。同时,既然股东舍解散而选择注入资金,自应视为积极承担资金亏损,风险资金属性明确,不能出尔反尔,^{〔80〕}自然不能通过清偿来抽回风险资金。

在此认知背景下对股东债权的再度审视应有新的认识,特别是对股东债权、出资不实、人格否认等不同情形下不同规则的区分适用。鉴于该三类情形的连接点都是股东未履行法律、章程规定股东义务,但不同的违法形态对应不同的责任方式,在股东债权劣后清偿规则具体适用中,应予区分。

(一) 股东补足出资责任、劣后清偿规则、人格否认制度的区分适用

股东的出资不足补足责任与股东债权劣后清偿、人格否认之间适用范围应做清晰界定,前者源于股东认缴的出资义务,并未扩大通常意义上的股东责任。后两者都是因有限责任发生的对债权人的外部性问题。其中,以债代股使得公司处于名义资本不足状态,系股东为规避自身风险,兼有挽救公司之目的,应风险自担。但就此行为产生的损害就应进行补偿,但非惩罚。故法律形成股东债权劣后清偿规则,就股东与其他债权人间的利益进行调整。

这里的人格否认是指公司资不抵债,股东不采取提供股东贷款等任何措施,放任公司处于“实质上资本不足”状态。更有甚者,股东为逃避债务而通过公司隐匿财产,抑或虚构、承认不真实债务。此系严重滥用股东权利,导致公司财产不当减少,损害债权人利益,债权清偿责任就应穿透公司外壳直抵股东。^{〔81〕}

上述三种责任不严格区分适用,不仅人为导致了法律适用上的混乱,还会适得其反,使得债权人在原有公司法、破产法上获得的权利保障弱化。^{〔82〕}

(二) 区分适用视角下对股东债权劣后规则的再分析

具体到股东债权纠纷中,若同时该股东出资不足,其就应按照《公司法》第30条规定承担出资补足责任。一方面,公司对该股东享有出资补足债权,另一方面该股东又对公司也享有债权,法院不宜直接两者进行抵销,否则“不公平”。因如上所述,此处有“股东债权不足值”之情形,即公司资不抵债时,股东债权实际价值应依据可清偿比例而定,实质上已大幅低于名义债权额,如果允许股东将该债权与欠缴出资抵销,实际上是让股东以名不符实的债权来“不足额”地缴纳出资,违反了资本充实原则。^{〔83〕}应类推适用《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国破产法〉若干问题的规定》第46条,关于“债务人股东因欠缴债务人的出资对债务人所负的债务,不得与债务人股东对债务人的债权抵销”的规定。

再一方面,若要适用股东债权劣后清偿规则,受规制的股东债权应产生于公司危机阶段。故具体问题处理中还要审查股东债权的形成时间,结合证据反映具体情况,确定股东债权形成之际,公司是否已经进入了危机阶段。

还要补充的是,假如是在其他债权人对公司提起诉讼之后,股东存在虚构公司债务,意图利用公司法人地位,逃避债务的,就有人格否认制度适用之可能,此在相关案件审理中亦同样是需要审查之事项。

由此,股东对公司出资补足债务能否与股东债权进行抵销,股东债权劣后清偿规则适用范围的确立,以及是否还有人格否认之适用等各类情形应进行严格区分,都系在纠纷处理中,有待结合具体情况进一步完成的精细化作业。

(责任编辑:李国慧)

〔79〕同注〔5〕,第632页。

〔80〕施建州:“论公司法中名义上之资本不足”,载《玄奘法律学报》2005年第3期。

〔81〕同注〔5〕,第481页。

〔82〕同注〔1〕。

〔83〕参见最高人民法院民事审判第二庭编著:《最高人民法院关于〈企业破产法司法解释〉理解与适用》,人民法院出版社2013年版,第487页。