

论出资不实股东债权的受偿顺位

——对最高人民法院典型案例“沙港案”的反思

潘 林*

摘要:公司资本制度改革突出了股东以借贷替代出资的风险,其中财务披露与债务契约的债权人保护机制亦存在局限。在此背景下,最高人民法院的典型案例“沙港案”将出资不实股东债权劣后于外部债权受偿。“沙港案”在漏洞识别、比较法方法以及社会效果方面值得商榷。漏洞识别应奉行同等对待原则,将先前出资不实作为劣后受偿的正当理由会制造补偿性的出资不实责任体系内部的矛盾。比较法应遵循功能主义的方法论要求,出资不实股东债权不应适用补偿损害、矫正优势的衡平居次原则。社会效果须在成本收益分析的框架下展开,不应以抑制股东借贷为代价盲目扩张劣后受偿的范围。出资不实与资本显著不足存在本质区别,后者是股东债权劣后受偿的重要依据,对其进行判断的根据应是认缴资本与公司经营是否匹配而非是否瑕疵出资。

关键词: 出资不实 股东债权 受偿顺位 衡平居次 资本显著不足

一、问题的提出

最高人民法院2015年3月31日发布的典型案例“沙港公司诉开天公司执行分配方案异议案”^①(以下简称“沙港案”)涉及出资不实股东对公司债权的受偿顺位问题。法院认为出资不实股东对公司的债权无法就其因出资不实而被扣划的款项与公司外部债权人同等受偿,从而使出资不实股东债权劣后于外部债权受偿。

通常意义上,股东资金进入公司的形式为股权资本,公司并不负有返还资金的义务,股东作为剩余索取权人享受公司剩余收益,承担公司经营风险。股东向公司提供借贷、同时成为公司债权人的情况则打破了这一逻辑,此时公司负有返还股东借贷资金的债务。股东借贷是在公司融资实践中难以避免的现象,但当公司资产过分依赖于股东借贷而非股东出资时,股东与债权人在公司中通常的请求权顺位、关系格局将被打乱,股东本应承担的经营风险向外部债权人转嫁;同时,股东是公司的控制权人,可能会通过不公平交易、操纵公司优先清偿股东债权等机会主义行为给外部债权人的利益造成威胁。我国2014年旨在放松管制的公司资本制度改革则进一步放大了这种风险。这是因为,股权融资与债权融资是公司融资的两种方式,相应的,自有资本与公司负债是公司资产的两种来源,两者在某种程度上存在此消彼长的关系。在外部融资条件不变的情况下,由于出资与借贷的风险性存在本质区别,因此对股东出资的管制放松,会进一步强化股东向公司提供借贷的动机。

当公司进入破产清算程序时,出资不实股东债权是劣后于外部债权受偿还是与外部债权同等受偿,则

* 山东大学法学院副教授
基金项目:国家社会科学基金项目(17CFX074)

① 参见《最高法院3月31日召开新闻通气会公布4个典型案例》, <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-14000.html>, 2015-04-02。

不无争议。既有研究多为对域外制度的介评,^①在当时资本管制严格的背景下,少有对我国如何规范股东债权受偿顺位问题的严密论证。有鉴于此,笔者在理性认识资本制度改革局限性的基础上,通过对最高人民法院典型案例“沙港案”的反思,阐明出资不实股东债权的受偿顺位,并揭示股东债权劣后于外部债权受偿的基本类型以及在资本管制放松的背景下,法院为维护交易安全而确认并填补法律漏洞时应遵循的理念和方法。

二、股东借贷与公司资本制度改革:“沙港案”及其裁判背景

“沙港案”确立了出资不实股东债权劣后于外部债权受偿的裁判规则。资本管制的放松突出了股东借贷对交易安全的潜在威胁,资本制度理念的变化也无法确保对公司外部债权人的周全保护。股东债权的受偿顺位问题亟待资本制度改革后的公司立法与司法给出明确的立场和规范。而联系资本制度改革放松资本管制的背景,强调规范股东出资、保护公司债权人权益也成为媒体对“沙港案”的“典型”报道与解读。^②

(一)“沙港案”及其“典型意义”

在“沙港案”中,开天公司是茸城公司的股东,与其他股东共同存在出资不实的事实。在茸城公司被注销、无法满足沙港公司到期债权的情况下,开天公司与其他股东在出资不实的范围内向沙港公司承担责任,被法院扣划 696 505.68 元,其中包括开天公司出资不足的 45 万元。开天公司以其对茸城公司也享有债权为由,要求茸城公司股东在各自出资不实范围内对其承担连带清偿责任。关于开天公司能否与沙港公司共同分配被法院扣划的款项,法院认为,696 505.68 元执行款中开天公司出资不足的 45 万元应先由沙港公司受偿,余款再按比例由沙港公司和开天公司进行分配。

在“沙港案”中,法院在“我国法律尚未明确规定”的情况下,认为出资不实股东对公司的债权无法就其因出资不实而被扣划的款项与公司外部债权人同等受偿。也就是说,在补足出资后,^③其债权仍在出资不实的范围内劣后于外部债权人受偿,从而将出资不实股东对公司债权的受偿顺位问题确认为法律漏洞,并予以填补。按照最高人民法院对该案“典型意义”的评述,美国的“深石案”^④所确立的衡平居次原则^⑤对该类案件的审理“具有一定的借鉴意义”,否定出资不实股东进行同等顺位受偿的主张“社会效果较好”。

(二)“沙港案”的裁判背景

2014 年 3 月 1 日开始施行的公司资本制度改革放宽了对公司资本的管制,其中的重要变化包括取消法定最低注册资本限额,删除分期缴纳出资情况下的首次出资比例、缴足出资期限的限制(法律、行政法规、国务院决定另有规定的除外)以及由实缴登记制向认缴登记制的转变(募集设立的股份有限公司以及法律、行政法规、国务院决定另有规定的除外)。这一变化降低了公司准入门槛和设立成本,为公司释放了更大的自治空间。与此同时,配合政府行政职能的转变以及相应的配套措施如《企业信息公示暂行条例》的颁行、企业信用信息公示系统的投入使用,突出了以公司信用公示与债权人理性判断替代公权力干预的资本制度理念。^⑥

① 参见朱慈蕴:《公司法人格否认法理在母子公司中的运用》,《法律科学》1998 年第 5 期;傅穹:《公司低资本化下的诉讼展开》,《西部法学评论》2008 年第 6 期;赵万一、侯东德:《德国公司法上的替代自有资本股东借贷制度研究》,《西南民族大学学报》(人文社科版)2008 年第 6 期;孙向齐:《我国破产法引入衡平居次原则的思考》,《政治与法律》2008 年第 9 期;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》,《法学杂志》2011 年第 5 期。

② 参见周斌、葛晓阳:《出资不实股东不能同顺位受偿》,《法制日报》2015 年 4 月 1 日;茗柏:《严守保护债权人合法权益的最后防线》,《无锡日报》2015 年 11 月 18 日。

③ 在本案中,因出资不实而被法院扣划款项与补足出资具有同等意义,并且法院的裁判意见也体现了扣划的 45 万元实质上是对欠缴出资的补足。

④ See 306 U. S. 307, 59 S. Ct. 543 (1939).

⑤ 衡平居次又称“控股股东债权请求权延迟”。参见邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社 2009 年版,第 219~222 页。

⑥ 参见宋大涵:《关于〈中华人民共和国海洋环境保护法〉等七部法律的修正案(草案)的说明》, http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2014-03/21/content_1867673.htm, 2016-06-02。

1. 放松资本管制:以借贷替代出资的风险

尽管公司资本的神话早已被打破,^①公司理论与实践逐渐聚焦于公司的资产信用,^②但是公司注册资本(未约定分期缴纳的情况)或者公司设立时到位的首期出资(约定分期缴纳的情况)至少是公司的初始资产,是公司启动营业赖以依存的物质条件。法定最低注册资本限额以及首次出资比例、缴足出资期限限制的取消在本就脆弱的信用环境中给交易安全和公司债权人保护带来了冲击。注册资本数额极小的公司被称为“侏儒公司”,股东认缴高额出资但公司成立时首次到位的出资极少并设定了漫长的出资缴纳期限的公司被称为“无赖公司”。^③对“侏儒公司”和“无赖公司”,如果公司初始资产无法启动公司的正常营运,那么只能依赖于借贷,并且最可能的借方往往是设立“侏儒公司”或者“无赖公司”的股东尤其是控制股东。此时,控制股东实际上是以借贷替代了出资。

股东以借贷替代出资会产生公平和激励方面的问题。由于股东借贷是公司负有偿还义务的债务,而股权出资作为投资不得由公司返还,因此股东借贷资金的风险得以降低。但是,股东作为公司的投资者、所有者,不同于债权人,其对公司不存在固定的请求权,作为剩余索取权人,其股权出资理应承受公司的经营风险。在股东作为公司债权人尤其是担保债权人的场合下,股东能够在公司营业价值下跌时实现自我保护,又能通过持有股份而获取公司营业提升所带来的利益,^④这对外部债权人而言有失公平。如果公司事后发生资不抵债、无法满足全部债权的状况,那么此时如何确定外部债权人与股东债权人的受偿顺位,如何在外部债权人与股东债权人之间公平分配公司财产?同时在股东以借贷替代出资、资信状况欠佳的“侏儒公司”或者“无赖公司”中,控制股东极有可能滥用控制权利为公司强加不公平的交易条件,或通过其他机会主义行为保证自身债权优先获得足额清偿,从而进一步加重外部债权不获清偿的风险,此时如何确定股东债权的受偿顺位?值得探讨。

2. 公示企业信用:财务披露与债务契约机制的局限

依据公司对其财务状况的披露,通过债务契约实现风险管理是外部债权人的重要保护机制。对股东提供大量借款、严重依赖股东借贷的公司,第三人有机会和自由拒绝与其交易。如果选择与其交易,那么也可以使借贷的条件更为严苛,如提高借款利率、要求股东个人提供担保、限制公司机会主义行为以及公司违约时的贷款加速到期等,以有效应对债务不能清偿的风险。债务契约的实践“体现对法定资本制功能的替代”。^⑤资本制度改革突出了财务披露与债务契约机制在资本管制弱化的背景下保护交易安全的功能,但这一机制在实现外部债权人的保护方面并不乐观。具体而言:

第一,我国企业信用信息公示的内容范围存在局限,外部债权人对公司负债、担保等资产信息的获取存在不确定性。依照《企业信息公示暂行条例》的规定,资本信息尤其是股东或者发起人认缴和实缴的出资额、出资时间、出资方式等信息自信息形成之日起20个工作日内通过企业信用信息公示系统向社会公示。但是,相比资本信息,公司的资产信息更能体现其信用状况。现有的做法则是,公司资产总额、负债总额、对外提供保证担保等重要资产信息由公司选择是否向社会公示,查询公司选择不公示的信息须获得公司同意。“可想而知,未经公司同意的资产信用判断将是多么没有确定性。”^⑥尽管这一做法有其保护公司商业秘密等合理考量,但是就辅助外部债权人对公司信用做出判断而言,具有明显的局限性。比较法方面,欧盟和日本要求所有公司根据适当的会计标准置备财务报表并供公众查阅;美国信用机构出售的信用评估报告成为重要的市场替代机制;这些国家和地区的审计师和信用评级机构则充当着财务披露质量的

① 参见赵旭东:《从资本信用到资产信用》,《法学研究》2003年第5期。

② 也有学者认为,“资产信用说”属于合同法范畴而非公司法范畴,“资产信用说”对“资本信用说”的彻底否定,实质是忽略了两说据以实现的合同法机制与公司法机制之间的平衡。参见陈甦:《资本信用与资产信用的学说分析及规范分野》,《环球法律评论》2015年第1期。

③ 参见甘培忠:《论公司资本制度颠覆性改革的环境与逻辑缺陷及制度补救》,《科技与法律》2014年第3期。

④ 参见[英]保罗·戴维斯、[英]莎拉·沃辛顿:《现代公司法原理》,罗培新等译,法律出版社2016年版,第36~37页。

⑤ 刘燕:《公司法资本制度改革的逻辑与路径——基于商业实践视角的观察》,《法学研究》2014年第5期。

⑥ 陈甦:《资本信用与资产信用的学说分析及规范分野》,《环球法律评论》2015年第1期。

“看门人”。^① 以上机制在我国远未发育成熟。

第二,外部债权人存在多种类型,并非所有类型的债权人都可以充分利用财务披露与债务契约的保护机制。为公司提供商品和服务但不要求公司立刻付款的贸易债权人、以银行为代表的机构贷款人以及债券投资者等持有公司发出的付款证明的人被认为是具有特殊重要性的债权人类型。^② 公司参与的交易并非总能够对风险进行充分协商,即使是自愿债权人,在交易中也并非都有机会和余地查询与判断交易对象的信用状况。不同于机构贷款人,在诸如制造商、批发商等贸易债权人所涉及的大量交易中,快速的周转率以及众多的流水账决定了合同条款通常是统一而非个性化的。^③ 要求贸易债权人调查与其交易的每一个公司的财务状况、通过债务契约的个别设计实现自我保护是不符合经济现实的。

第三,债务契约本身存在诸多局限。基于合同的不完全性,对债权人利益产生负面影响的各种行为难以被全部预见,合同条款的监督履行和强制执行的成本高昂。在竞争性的环境中,如果其他贷款人的限制条件较少,那么为了与公司达成交易,竞争压力可能迫使债权人放弃原本希望拥有的保护措施。^④ 此外,实证研究发现,公司债券发行中限制性的债权人保护措施在减少,这或许可归因于过多的限制性条款会使公司丧失商业机会。^⑤

三、出资不实股东债权劣后受偿的纠缠:“沙港案”的裁判误区

“沙港案”及其确立的出资不实股东债权劣后受偿的裁判规则,在法律漏洞的识别、比较法方法的运用、对判决社会效果的追求 3 个方面存在误区。相应的,出资不实股东债权的受偿顺位问题并不构成应予填补的法律漏洞,出资不实股东债权不应适用衡平居次原则,将出资不实股东债权劣后受偿是成本大于收益的做法。先前出资不实的事实不应影响股东债权与外部债权的同等受偿顺位。

(一)漏洞识别误区:出资不实股东债权的受偿顺位不构成法律漏洞

在“沙港案”中,开天公司对茸城公司享有债权,同时因对茸城公司出资不实,又对其负有欠缴出资之债。在股东对公司负有到期债务同时又对公司享有到期债权而公司无法偿还全部到期债务的情况下,关于股东对公司债务的偿付、公司对股东债权的满足以及股东与外部债权人的受偿顺位问题,结合“沙港案”中法院的做法,在法体系中,存在 3 种可能的解决方案。方案一,股东对公司债权与公司股东债权相互抵销,若不允许抵销,则又存在两种可能的方案;方案二,股东满足公司债权后补充公司的责任财产,这部分责任财产由股东和外部债权人按比例同等受偿;方案三,股东满足公司债权后补充公司的责任财产,这部分责任财产由外部债权人优先受偿,股东债权在此范围内劣后受偿。

“内存于任何法律中的原则是:同类事物同等处遇。”^⑥ 同等对待原则“要求对实质上相同的事物同等对待,而对实质上不同的事物不同对待。这一概念建构过程首先以发现被比较的事实状况的相同之处和不同之处为开端,然后对此种不同之处是否可构成不同对待的正当理由,甚至是否要求不同对待进行考察”。^⑦ 而这种对事物一致性、不一致性的权衡比较“是漏洞填补和法律解释的核心考量模式”。^⑧ 按照同等对待原则,3 种不同的方案应该对应不同的事实和利益状态。如果存在同类事物不同对待或者不同事物同等对待的情形,那么便可确认需要填补的法律漏洞。

第一,方案一不应适用于本案事实,欠缴出资之债与其他债不应获得法律的同等评价,股东对公司的

① 参见[美]莱纳·克拉克曼、[美]亨利·汉斯曼等:《公司法剖析:比较与功能的视角》,罗培新译,法律出版社 2012 年版,第 128~135 页。

② 参见[加拿大]布莱恩 R. 柴芬斯:《公司法:理论、结构和运作》,林华伟、魏曼译,法律出版社 2001 年版,第 72~73 页。

③ See Kathleen Kinney, Equitable Subordination of Shareholder Debt to Trade Creditors: A Reexamination, 61 Boston University Law Review, 444 (1981).

④ 参见[加拿大]布莱恩 R. 柴芬斯:《公司法:理论、结构和运作》,林华伟、魏曼译,法律出版社 2001 年版,第 86 页。

⑤ See Morey W. McDaniel, Bondholders and Stockholders, 13 The Journal of Corporation Law, 236-237 (1988).

⑥ [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 252 页。

⑦ [德]齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社 2009 年版,第 20~21 页。

⑧ [德]齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社 2009 年版,第 106 页。

债权与公司对股东的补足出资之债权不得抵销,尤其是在公司丧失清偿能力的情况下。因为在此种情况下,股东债权的实际价值已然贬损,与名义数额之间存在差额。此时若允许股东对公司的债权与公司对该股东的补足出资之债权抵销,“相当于股东变相抽回实际清偿与抵销清偿之间差额的注册资本”。^①《中华人民共和国企业破产法》并未明确将欠缴出资之债作为破产抵销权行使的例外,《最高人民法院关于破产债权能否与未到位的注册资金抵销问题的复函》识别并填补了这一法律漏洞,并且得到了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(二)》[以下简称《破产法司法解释(二)》]的进一步确认。

第二,在不允许抵销的前提下,在既有的法律规范框架内,对“沙港案”而言,方案二将获得适用。即由出资不实股东补足出资,再由股东债权人和外部债权人就补足的出资按比例同等受偿。方案二的立场在于补足出资后,股东与外部债权人的债权平等。股东的身份、先前出资不实的事实并未被现有法律规范识别为“不同事物”,从而不应影响股东债权的受偿。这是因为,基于债的相对性,债权平等是债法领域的基本原理。^②

第三,法院否定方案二的适用意味着,法院认为既有法律规范在出资不实股东对公司债权受偿顺位问题上的沉默是法律漏洞,应予填补。开天公司已经因出资不实而被法院扣划款项以补充茸城公司责任资产,在此,被法院识别的“不同事物”以及“不同对待的正当理由”只能是先前出资不实的事实。按照法院的裁判理由,“若允许出资不实的问题股东就其对公司的债权与外部债权人处于同等受偿顺位,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”。此处的语焉不详使“公平”与否难以在一个被普遍接受的、明确清晰的框架下做出只有唯一正确结论的判断。那么,公司法对出资不实的“问题股东”课以了怎样的法律责任?先前的出资不实是否因此法律责任而成为“不同事物”?这一法律责任是否构成给予先前出资不实的股东债权“不同对待的正当理由”?

公司法对出资不实股东课以的法律责任以“补足出资”为核心内容,是一种旨在填补出资的补偿性的责任。首先,股东出资不实,应该向公司补缴,发起人承担连带责任。其次,股东出资不实,还可能承担违约责任。《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)明确规定,有限责任公司出资不实股东承担违约责任的对象为已按期足额缴纳出资的股东,而非公司。在股份有限公司中出资不实股东承担违约责任的依据是发起人协议,根据合同的相对性原理,从解释论的角度看,此时责任承担的对象为发起人,也非公司。^③最后,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》[以下简称《公司法司法解释(三)》]第13条第2款规范了出资不实股东对公司债权人的补充赔偿责任,这也是本案中沙港公司的请求权基础。这一补充赔偿责任是“股东出资责任的一种变通履行方式”,^④具有补充性和有限性。^⑤从责任范围看,局限在未出资本息,与出资不实股东向公司补足出资无异。该规则的特殊性在于股东向公司债权人直接承担责任,从而降低公司债权人的维权成本,提高公司债务清偿的效率,仍是一种填补性的责任,并不具有惩罚性。

在出资不实股东补足出资的前提下,公司法这一补偿性而非惩罚性的出资不实责任体系无法将先前出资不实的事实识别为“不同事物”,进而构成对先前出资不实的股东债权“不同对待的正当理由”。在“沙港案”中,出资不实股东的债权不能就补足的出资或被法院扣划的款项与外部债权人同等受偿。在出资不实股东补足出资的前提下,法院以先前出资不实的事实作为“不同对待的正当理由”,在以补足出资为取向的出资不实责任体系中惩罚了出资不实股东。这一惩罚性的方案与补偿性的出资不实责任体系相矛盾,

① 王欣新:《破产企业出资人欠缴的注册资本不得与其破产债权抵销》,《人民法院报》2007年8月30日。

② 参见王泽鉴:《债法原理》,北京大学出版社2013年版,第60页。

③ 有学者批判了出资不实股东向其他股东或发起人承担违约责任的规定,认为在公司成立后,其应向公司承担违约责任。参见朱慈蕴:《股东违反出资义务应向谁承担违约责任》,《北方法学》2014年第1期。

④ 张其鉴:《论认缴制下股东补充赔偿责任中的“不能清偿”标准——基于回归公司法立场的分析》,《政治与法律》2017年第3期。

⑤ 参见梁上上:《未出资股东对公司债权人的补充赔偿责任》,《中外法学》2015年第3期。

从此种意义上讲,法院对这一法律漏洞的确认并不妥当。

(二)比较法方法误区:出资不实股东债权不适用衡平居次原则

最高人民法院在对“沙港案”典型意义的评述中认定,“美国历史上深石案所确立的衡平居次原则对本案的处理具有一定的借鉴意义”。^①于此,法官试图运用比较法方法填补其所确认的出资不实股东对公司债权受偿顺位问题的法律漏洞。

1. 方法论要求:功能主义

以比较法方法填补法律漏洞的裁判方法和思维程序的基本方法论要求是功能主义,即超越国别(地区)法律规则中的概念、术语以及个案中的片断性事实,凝练功能性范畴和一般分析框架。

第一,以比较法方法填补法律漏洞要求法官对外国法律进行法理层面的阐释。法官对本国(地区)案件的裁判仅得依据本国(地区)法律,不得直接适用外国法律,是一国(地区)内法秩序的当然要求。因为如果外国法律能够直接左右境内案件的裁判结果,那么将严重干扰本国(地区)法律的权威和诉讼主体的预期。在本国(地区)案件的裁判中,对外国法律的援引意味着法官已将该外国法律视为一项法理规则。^②在我国台湾地区,“填补法律漏洞之‘材料’,非系本国(地区)法上既有之规定或制度,而是采自外国立法例时,则应认为系以外国立法例为第1条之法理而适用”。^③将外国法律作为法理规则适用要求法官对相关规范、判例进一步抽象,梳理背后的逻辑框架和理论脉络,对制度起源、制度内核、制度目标等制度法理作出阐释。

第二,法官对该制度法理的阐释应以功能主义为取向。法官通过将此法理与待裁判案件进行比照,以决定该法理能否填补已经确认的法律漏洞。同时,国外某一规则存在于作为整体的国别法律体系与制度环境中,其内涵在这一特定的体系与环境中被定义。从此种意义上讲,局限于个别概念、术语或个案片断性事实的研究极易造成对规则的误解。运用比较法方法填补法律漏洞,要求法官对外国法律制度作功能性而非概念性的检视。^④“全部比较法的方法论的基本原则是功能性原则,由此产生所有其他方法学的规则——选择应该比较的法律,探讨的范围,和比较体系的构成等等。”^⑤这就要求法官在国外规范、判例等规则载体中凝练功能性范畴,以功能性范畴阐释国外制度法理,并以功能性范畴抽象出待裁判案件中法律问题的一般分析框架,进而判断能否展开通过比较法的漏洞填补。

2. 衡平居次原则的功能定位:补偿损害或矫正优势

在美国,股东债权并非自动居次于外部债权,股东劣后于外部债权人受偿需要满足一定的条件,即衡平居次。美国法院在衡平居次原则的适用中,发展出3步检验法:(1)股东实施了不公正的行为,(2)这一行为对其他债权人造成损害或者为股东带来不公正的优势,(3)将股东债权居次并不违反破产法。^⑥

美国的“深石案”是衡平居次原则适用中最具代表性的判例。在该案中,股东的不公正行为给债权人造成了损害。标准电气公司是深石石油公司的控制股东,其利用控制地位与深石石油公司达成一系列不公正的交易:深石石油公司向标准电气公司的其他子公司支付了畸高的管理费用和租金;深石石油公司在无力支付的情况下仍然宣布发放股利;深石石油公司对标准电气公司大量负债,标准电气公司对两者的往来账户收取高额利息。此外,深石石油公司还存在资本显著不足的事实。深石石油公司进入破产程序后,法院判令标准电气公司在往来账户中的债权劣后于深石石油公司优先股股东的请求权受偿。

“派佩诉立顿案”^⑦(以下简称“派佩案”)则是股东行为给股东带来不公正优势的范例。立顿作为公司的唯一股东,在派佩起诉公司要求支付专利使用费之后,立顿向公司请求支付拖欠多年的薪金,并使公司

① 《最高法院3月31日召开新闻通气会公布4个典型案例》,http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-14000.html,2015-04-02。

② 参见梁慧星:《裁判的方法》,法律出版社2012年版,第238页。

③ 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第2册),北京大学出版社2009年版,第21~22页。

④ See Sir Basil Markesinis, Jorg Fedtke, The Judge as Comparatist, 80 Tulane Law Review, 117 (2005).

⑤ [德]K. 茨威格特、[德]H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,法律出版社2003年版,第46页。

⑥ See Benjamin v. Diamond, 563 F.2d 692, 700 (1977).

⑦ See 308 U.S. 295, 60 S. Ct. 238 (1939).

向立顿作出判决认诺。派佩获得法院判决后,立顿执行了支付薪金的判决,在执行拍卖中购买了公司的资产,将该资产转移到新组建的另一家公司,并使公司申请破产。在破产程序中,立顿又就未获支付的部分提出请求。法院指出,董事和控制股东负有对公司的信义义务,进而将立顿的请求劣后于派佩。

股东行为给其他债权人造成损害或者为股东带来不公正优势是使股东债权劣后于外部债权受偿的前提,衡平居次原则的适用是对这种损害、优势的补偿或者矫正,并不具有惩罚性。民事案件中的原告仅以优势证据作为证明要求,作为道德上恶行的欺诈将通过其他机制予以惩罚,将衡平居次视为矫正性而非惩罚性更为合理和实际。^① 将衡平居次原则定位为补偿性而非惩罚性或许会受到如下质疑:(1)法院在适用衡平居次原则时,并未逐一审查股东与公司之间系列交易的每一环节,对每一环节作出公正性的评估,并基于此计算出债权人救济的确切数额;(2)股东债权居次的范围往往及于股东的整个债权,而非精确到股东从公司受有的不公正利益。但是,法院的这些做法往往是基于技术方面的局限,而非在衡平居次原则的适用中贯彻惩罚性的立场。例如,在“深石案”中,标准电气公司与深石石油公司之间的往来账户包含两者从1919年到1933年数以千计的借贷条目。显然,要求法院对这些条目逐一进行审查是不可能的。鉴于标准电气公司对深石石油公司的不正当控制,法院以两者关系的整体状况替代了对交易细节的考察,从而将往来账户中的全部债权劣后受偿。在“派佩案”中,立顿唯一股东以及董事的身份、对控制权利的滥用、薪金的债权内容也使法官做出了股东债权全部劣后的决定。衡平居次原则的适用立足于公司与股东之间的关系,考察股东对控制权利的滥用甚至股东与公司人格的混同。“深石案”与“派佩案”的共同之处在于公司与其控制股东之间的系列非法交易,这些交易能够支持揭穿公司面纱。衡平居次只不过是作为一种较为温和的救济。^② 衡平居次原则与公司法人格否认的适用依据在本质上具有同一性,法院的判断基于现代公司的复杂关系而非局限于一次不公正的交易或行为,只能由此做出股东债权全部劣后的决定而通常无法决定部分劣后的精确数额。

3. “沙港案”与衡平居次原则的错配

“类推”是一个不起作用的术语,更糟的是,它误导人,因为它听起来像是在找相似处,实际上它是在找不同点。”^③ 无论是从案件事实还是从裁判结果方面看,“沙港案”与衡平居次原则补偿损害、矫正优势的功能定位并不匹配。

第一,在“沙港案”中,法院并未从“损害”和“优势”方面把握案情,并未全面审查适用衡平居次原则应予检视的事实。在该案中法院认定的事实包括:“茸城公司股东各自应缴注册资本金数额和实缴数额的情况”“开天公司及其他股东出资不实的事实”“茸城公司欠付开天公司借款万元以及相应利息、房屋租金以及相应逾期付款违约金”。衡平居次原则的适用着眼于股东的不公正行为给债权人造成的损害或者为股东带来的不公正优势。对照美国法院适用衡平居次原则的经典判例,在“沙港案”中我国法院至少应查明开天公司持股比例等表明开天公司控制地位的事实、茸城公司是否存在资本显著不足的情况而非仅仅股东的出资不实、开天公司与茸城公司之间的不公正交易、开天公司对茸城公司“借款万元以及相应利息、房屋租金以及相应逾期付款违约金”债权的产生和相关交易条件对茸城公司是否公平。在这些衡平居次原则获致适用的关键事实上,法院并未做任何说明。

表一:“沙港案”与“深石案”案件事实对比

关键事实	“沙港案”	“深石案”
债权人身份	股东	控制股东
公司资本情况	出资不实	资本显著不足
借款情况	借款万元以及相应利息	大量负债,并收取高额利息

① See Robert C. Clark, *Corporate Law*, Aspen Law & Business, 1986, p. 65.

② See Franklin A. Gevurtz, *Corporation Law*, West Group, 2010, p. 149.

③ [美]理查德·波斯纳:《法官如何思考》,苏力译,北京大学出版社2009年版,第168页。

交易情况	房屋租金以及相应逾期付款违约金	畸高的管理费用和租金
------	-----------------	------------

第二,“沙港案”的惩罚性与衡平居次原则的补偿性不符。在“沙港案”中,股东开天公司出资不实,茸城公司责任财产由此未获得充实,这加重了公司不能偿付债务的风险,损害了债权人利益。开天公司被法院扣划款项以补足茸城公司责任财产,开天公司因出资不实给债权人造成的损害由此得到补偿。对照衡平居次原则的适用,在“深石案”中,标准电气公司利用控制地位与深石石油公司达成的不公正交易减损了深石石油公司对外承担债务的责任财产,这一损害在法院判决标准电气公司的债权居次受偿之前并未获得任何形式的补偿或救济。在“深石案”中,将标准电气公司的债权劣后成为补偿深石石油公司其他债权人的唯一手段。而在“沙港案”中,法院判决开天公司债权在出资不实范围内劣后受偿是开天公司补足出资、补偿债权人后对债权人损害的第二重救济,因而具有惩罚性。

(三)判决社会效果误区:股东债权劣后受偿的成本收益分析

最高人民法院认为,在“沙港案”中出资不实股东对公司债权无法就补足的出资与外部债权人同等受偿、在出资不实范围内劣后于外部债权人受偿的做法“社会效果较好”。公司资本制度改革后交易安全所面临的威胁使偏向债权人保护的裁判立场更容易被社会接受和认可。但是,“公司法的目标与法律经济学的价值取向存在着天然的契合”。^①追求财富最大化的公司法,其制度与裁判的社会效果更多的不是朴素的道德情感和公平观念,而是权衡成本与收益之后的效益最大化。“沙港案”对股东借贷具有抑制作用,尤其是挫伤了股东通过向公司提供借贷以拯救困境企业的有益尝试,是一种成本大于收益的做法,不符合公司法中财富最大化的目标。

第一,就经济效益而言,股东是困境公司最理想的借贷方。首先,在公司困顿之时,股东可能是唯一有意向以相对合理的条件向公司提供借贷以挽救公司营业的主体。其次,股东更了解向公司提供借贷的真实风险,股东对风险的评估可能低于外部潜在的债权人,而股东做出这种判断所依据的信息又难以以合理的成本向外部潜在的债权人传递。^②最后,向公司提供借贷会影响股东在公司决策、管理方面的激励,会抑制股东过分冒险的冲动,会使股东对公司经营更具责任心。美国、德国、意大利等国家关于股东债权居次受偿的规范,普遍面对“阻遏股东机会主义行为和允许控股股东通过注入新的债权资本而挽救经营失败的公司”的权衡。^③美国破产立法中曾经有过控制股东对公司的债权应自动居次于其他债权人受偿的提案,但最终并未被国会采纳,“理由是这样使得母公司不会贷款给子公司,来帮助子公司解决财务困境,增加子公司的破产机会”。^④

第二,结合我国现实,盲目扩张股东债权居次受偿的适用范围并不符合经济理性。在我国,股东通过提供借款挽救困境企业的情况并不多见,在破产立法完善之前,反而是股东掏空、转移困境企业财产的情况大量存在。在一项实证研究中,样本中21家破产重整的上市公司,只有一家上市公司存在股东贷款。^⑤此外,融资难与财务脱困问题长期困扰我国中小企业,股东“给予企业诸如较低利率的优越贷款条件,同时向其他潜在融资对象传递企业的正面信息,促使资本成本的缩减”^⑥是重要的困境企业扭亏战略。因此,以股东借贷帮助企业摆脱困境的尝试和努力在当下的我国应得到鼓励。

第三,“沙港案”将出资不实股东债权劣后受偿的做法对股东出资不实等瑕疵出资行为会产生一定的阻却功能,但这一制度收益并非必须通过扩张股东债权劣后受偿的适用范围、打破衡平居次的制度逻辑来实现。股东瑕疵出资责任是一种“组织法上的成员责任”。^⑦公司作为组织,“本质在于社团性,而社团意

① 罗培新:《公司法的法律经济学研究》,北京大学出版社2008年版,第40页。

② See Robert C. Clark, *Corporate Law*, Aspen Law & Business, 1986, p. 70.

③ 参见[美]莱纳·克拉克曼、[美]亨利·汉斯曼等:《公司法剖析:比较与功能的视角》,罗培新译,法律出版社2012年版,第144~145页。

④ 邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社2009年版,第224页。

⑤ 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》,《法学杂志》2011年第5期。

⑥ 关键、李世辉、李伟斌:《中小企业投资类利益相关者关系质量、扭亏战略与财务脱困的实证研究》,《会计研究》2011年第7期。

⑦ 丁勇:《认缴制后公司法资本规则的革新》,《法学研究》2018年第2期。

志的特点在于程序,是由公司治理所确立的决策过程”。^①在我国,遏阻资本制度改革后股东的瑕疵出资行为,其核心仍是激活催缴程序、董事责任等组织法机制在资本约束方面的功能,而不必付出抑制股东借贷的制度成本。以股东债权劣后受偿应对股东出资不实,实属规制工具与规制目标不相匹配,缺乏效率意义上的合理性。^②

四、出资不实股东债权受偿顺位的进一步厘清:资本显著不足辨正

在“深石案”中,深石石油公司在公司设立伊始存在资本显著不足的事实,在资本不足以维持经营的情况下,转而依赖向股东大量举债。它与“沙港案”中开天公司的出资不实存在本质区别。“沙港案”及其确立的出资不实股东债权劣后受偿的裁判规则实际上混淆了出资不实与资本显著不足,前者并不影响股东债权的受偿顺位,后者则是“深石案”及衡平居次原则将股东债权劣后受偿的重要依据。

(一)资本显著不足的法理

公司的融资渠道通常分为股权融资与债务融资。股东出资形成公司资本,作为公司独立人格与对外承担责任的财产基础。不同于债权人对公司享有偿本付息的固定请求权,作为投资者,股东享受了公司的上升利益,也最终承担了公司的经营风险。因此,当公司资本与公司营业严重不相称,无法涵盖特定公司经营中合理的可以预见的风险,^③由于来源于股东出资、承受公司风险的股权资本不足以支撑公司运营,这就放大了公司不能偿付债务的风险,此时股东实际上是把本应由自身承担的投资风险转嫁给向公司提供借贷的债权人。这在本质上是股东对公司独立人格和股东有限责任的滥用。“公司资本显著不足,表明公司股东利用公司人格经营其事业的诚意欠缺。”^④过少的资本额也会扭曲公司经营的激励,因为“公司资本额越少,从事过度冒险行为的激励就越大”。^⑤由此它会导致公司法人格否认、衡平居次原则的适用。

但是,资本显著不足本身通常并不能成为股东债权劣后受偿的充分条件,一般要结合其他的不当行为综合认定。^⑥在美国的司法实践中,部分法院已明确表明这一立场。^⑦原因可归结为债权人理应知晓公司资本状况、避免抑制投资、资本显著不足这一概念过于模糊3个方面。^⑧

(二)我国法院对资本显著不足的界定

此次资本制度改革删除了法定最低资本限额,学界普遍认为资本门槛的取消会带来部分公司的低资本化,从而突出资本显著不足在公司法人格否认中的地位和作用。^⑨笔者使用中国裁判文书网、“北大法宝”数据库,以“资本显著不足”为关键词进行全文检索,形成案例样本。^⑩由于研究目的在于检视资本显著不足在法院判决中地位的变化以及我国各级法院如何界定资本显著不足,检索结果中剔除了对当事人资本显著不足的主张,法院未予回应以及法院仅仅在裁判理由中附带提及资本显著不足的情况。法院的“附带提及”如法院列举了公司法人格否认的种种理由,其中提及资本显著不足,但未做出界定和论证,这种情况大量存在。在剔除无关数据后,共获得24份2009年至2016年间审结的裁判文书。^⑪以此尝试分

① 邓峰:《代议制的公司——中国公司治理中的权力和责任》,北京大学出版社2015年版,第168页。

② 参见靳文辉:《消费者撤回权制度的反思与重构——基于法律经济学的分析》,《法商研究》2017年第3期。

③ See Robert W. Hamilton, Richard D. Freer, *The Law of Corporations in A Nutshell*, West, 2010, p. 211.

④ 朱慈蕴:《公司法人格否认法理研究》,法律出版社1998年版,第144页。

⑤ [美]弗兰克·伊斯特布鲁克、[美]丹尼尔·费希尔:《公司法经济结构》,罗培新、张建伟译,北京大学出版社2014年版,第58页。

⑥ See Robert C. Clark, *Corporate Law*, Aspen Law & Business, 1986, p. 67.

⑦ See *In re Brunner Air Compressor Corp.*, 287 F. Supp. 256, 264 (1968).

⑧ See Kathleen Kinney, *Equitable Subordination of Shareholder Debt to Trade Creditors: A Reexamination*, 61 *Boston University Law Review*, 435 (1981).

⑨ 参见赵旭东:《资本制度变革下的资本法律责任——公司法修改的理性解读》,《法学研究》2014年第5期;黄辉:《公司资本制度改革的正当性:基于债权人保护功能的法经济学分析》,《中国法学》2015年第6期。

⑩ 最后检索时间为2017年8月19日。

⑪ 就资本显著不足问题的论证,如果同时出现在原审以及生效判决中,那么以生效判决为准;如果出现在原审中,但生效判决并未提及,或者如果生效判决认为原审“认定事实清楚,适用法律正确”或当事人上诉的内容并未涉及原审就资本显著不足的判断,那么仍统计原审判决。

析涉及资本显著不足的公司法人格否认案例在数量上的变化以及法院如何界定资本显著不足及其认识上的变迁。

从时间分布看,涉及资本显著不足的案例数量总体上呈上升趋势。8年间,法院对资本显著不足的界定并没有出现明显的认识上的变迁。例如,在法定最低注册资本限额取消近3年后,最高人民法院仍以“没有证据证明DLS公司的注册资本低于法定限额”来回应当事人“DLS公司1万港币的注册资本与开展正常经营所需不成正比”的主张。^①样本中有两则案例没有对资本显著不足给出正面界定,法院通过排除注册资本低于交易数额的违法性、^②强调债权人对交易对象公司情况的注意义务,^③否定了当事人资本显著不足的主张。以瑕疵出资和资本与经营不匹配判断资本显著不足在司法实践中最为常见。其中,以公司资本与公司经营严重不匹配确认资本显著不足符合制度本意。以拒绝出资、未足额出资、抽逃出资等瑕疵出资情况为依据确认资本显著不足的案例占比最高,但如同“沙港案”混淆出资不实与资本显著不足一样,其存在认识上的误区。

(三)资本显著不足与出资不实的本质区别

第一,资本显著不足引致公司法人格的否认以及与人格否认本质同一但相对温和的衡平居次原则适用的原因,在于股东对公司人格与有限责任的滥用。因此,此处的“资本”应在公司独立人格、股东有限责任的意义上予以定义。股东承担有限责任的范围是其认缴资本,而非实缴资本、实际出资,这已被《公司法》第3条明确规定。同时,认缴资本而非实收资本是公司作为独立法人对外承担责任的基础,认缴资本与实收资本的差额是公司对股东的债权,^④《公司法司法解释(三)》确认了未履行、未全面履行出资义务以及抽逃出资等瑕疵出资股东在瑕疵出资范围内对公司债权人的补充清偿责任。因此,认缴资本才是公司人格的财产基础和股东有限责任的边界。资本显著不足是股东的认缴资本而非实际出资与公司营业的极端不匹配,股东将投资风险外部化,向外部债权人转嫁。此时股东有可能已经完全履行其承诺的出资义务,并不产生股东补缴的责任,其是否仍能享受有限责任的保护、公司是否仍具备独立法人资格则成为待决的问题。

第二,从资本显著不足在美国司法实践中的适用看,考察资本是否充足的时间点通常在公司开办营业之时,^⑤除非公司后续扩张了营业的规模和风险。^⑥对公司初始资本充足,但后续经营遭受损失导致无法偿付债务的情况,一种观点是在公司成立时(或者公司介入新的营业时)考察资本充足与否,另一种观点是在未获清偿的债权人提出诉求之时。这一分歧实质上源于对一个基本问题的不同认识,即股东是否有维持充足资本的持续性义务。^⑦“我国学界常将资本维持原则定义为公司应当维持与注册资本相应的资产。这种脱离分配语境的定义极易引发歧义。公司并无维持与注册资本对应的资产的义务……”^⑧从有限责任原理看,股东在公司成立时以符合营业性质的充足资本换取了有限责任的保护,在后续经营中,股东并不负有此种持续的注资义务。所谓资本维持,也是在消极意义上使用的。“资本维持原则并不保证公司资本免受商业风险,它所针对的是公司股东或董事人为减少公司资本、损害债权人利益的机会主义行为。”^⑨

“资本”的概念在美国公司法中早已被虚化。^⑩实际上,法院在此考察的是固定的初始资本而非变化的公司资产是否与公司营业风险相匹配。切换到我国的制度语境,股东认缴资本是在公司章程中固定的

① 参见最高人民法院(2016)最高法民申1041号民事裁定书。

② 参见最高人民法院(2011)民申字第1220号民事裁定书。

③ 参见广东省广州市中级人民法院(2016)粤01民终1517号民事判决书。

④ 参见胡改蓉:《“资本显著不足”情形下公司法人格否认制度的适用》,《法学评论》2015年第3期。

⑤ See *Consumer's Co-op. of Walworth County v. Olsen*, 142 Wis. 2d 465, 486 (1988).

⑥ See William P. Hackney, Tracey G. Benson, *Shareholder Liability for Inadequate Capital*, 43 *University of Pittsburgh Law Review*, 898-899 (1982).

⑦ See Robert W. Hamilton, Richard D. Freer, *The Law of Corporations in A Nutshell*, West, 2010, p. 215.

⑧ 丁勇:《认缴制后公司法资本规则的革新》,《法学研究》2018年第2期。

⑨ 刘燕:《重构“禁止抽逃出资”规则的公司法理基础》,《中国法学》2015年第4期。

⑩ 参见邓峰:《资本约束制度的进化和机制设计——以中美公司法的比较为核心》,《中国法学》2009年第1期。

资本数额,后续的瑕疵出资或出资不实造成了公司资产对资本的不当偏离,并产生公司对股东的债权。资本显著不足考察的应是股东为公司经营设定的资本、为自身责任划定的边界,而非股东瑕疵出资或出资不实行行为造成的公司资产损失。

第三,资本显著不足作为公司法人格否认与衡平居次的判断依据是衡平性规范。衡平性规范具有抽象性和模糊性,并不设定确定的事实状态,其适用依赖法官的自由裁量。^① 资本显著不足是对公司资本与经营风险是否匹配的判断。这一判断需要法官结合特定行业属性包括商业周期的稳定性、必要的现金流、营业风险等分析公司债务股本比的合理性以及考察特定公司的财务特性。^② 法定最低资本额要求则与公司资本是否充足的判断没有关联。^③ 以出资不实乃至出资不实导致实际到位资本低于法定限额认定资本显著不足“侧重形式的衡量,而忽视了实质的探究”,^④使对资本显著不足的判断失于简单化乃至僵化,并不符合这一规范的衡平法属性。

五、结语

对“沙港案”技术、方法、效果3个维度的反思表明,出资不实股东债权的受偿顺位问题并不构成应予填补的法律漏洞,不应适用衡平居次原则,以抑制股东借贷为代价盲目扩张股东债权劣后受偿的适用范围有违经济理性。不同于资本显著不足,先前出资不实的事实不应该影响股东债权与外部债权的同等受偿顺位。

我国公司立法在股东债权受偿顺位问题上的沉默的确在某些情形下无法回应对公司外部债权人的保护与股东不公正行为的规制问题,构成法律漏洞,尤其是在资本管制弱化的背景下,亟待填补。此时,司法机关应及时启动司法解释的制定工作程序,在司法解释中对股东债权劣后于外部债权人受偿的情形予以类型化。结合本文的分析,其范围应谨慎划定,基本的类型应包括:公司资本显著不足,股东以向公司提供借贷替代对公司的出资;股东滥用控制权利,与公司之间的交易显失公平而产生的股东债权;股东滥用控制权利,通过使公司为自身债权提供担保、操纵公司对债务的清偿时点等不公正行为使股东债权获得相对于外部债权的不公正优势。

公司资本制度改革促使商事审判在公司法自身规则供给不足、商法体系相关规则配套不全的条件下思考并适应公权力管制与干预弱化后的公司资本秩序。交易安全与商人诚信的考量会带来确认并填补法律漏洞的裁判冲动,被最高审判机关作为典型案例的“沙港案”就是例证。司法机关的这种反应会促进我国公司制度的理性生长,但前提是:对法律漏洞的确认不应制造体系上的矛盾,对比较法方法的运用应遵循功能主义的方法论要求,对社会效果的追求应在成本收益分析的框架下展开。

责任编辑 翟中鞠

① 参见蔡立东:《公司人格否认制度的衡平性》,《吉林师范大学学报》(人文社会科学版)2004年第1期。

② See Kathleen Kinney, *Equitable Subordination of Shareholder Debt to Trade Creditors: A Reexamination*, 61 *Boston University Law Review*, 447-450 (1981).

③ See Franklin A. Gevurtz, *Corporation Law*, West Group, 2010, p. 92.

④ 蔡立东:《公司人格否认制度的衡平性》,《吉林师范大学学报》(人文社会科学版)2004年第1期。