



金融商法论集

JINRONG SHANGFA LUNJI

主 编 朱羿锳

副主编 李杏杏 梁 森



暨南大学出版社
JINAN UNIVERSITY PRESS

金融商法论集

JINRONG SHANGFA LUNJI



主 编 朱羿锟

副主编 李杏杏 梁 森



暨南大学出版社
JINAN UNIVERSITY PRESS

中国·广州

图书在版编目 (CIP) 数据

金融商法论集/ 朱羿锟主编; 李杏杏, 梁森副主编. —广州: 暨南大学出版社, 2018. 4
ISBN 978 - 7 - 5668 - 2358 - 8

I. ①金… II. ①朱… ②李… ③梁… III. ①金融法—中国—文集 IV. ①D922. 280. 4 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 061020 号

金融商法论集

JINRONG SHANGFA LUNJI

主 编: 朱羿锟 副主编: 李杏杏 梁 森

出 版 人: 徐义雄
责任编辑: 黄文科 李倬吟
责任校对: 徐晓越
责任印制: 汤慧君 周一丹

出版发行: 暨南大学出版社 (510630)
电 话: 总编室 (8620) 85221601
营销部 (8620) 85225284 85228291 85228292 (邮购)
传 真: (8620) 85221583 (办公室) 85223774 (营销部)
网 址: <http://www.jnupress.com>
排 版: 广州尚文数码科技有限公司
印 刷: 虎彩印艺股份有限公司
开 本: 787mm × 960mm 1/16
印 张: 12. 5
字 数: 300 千
版 次: 2018 年 4 月第 1 版
印 次: 2018 年 4 月第 1 次
定 价: 48.00 元

(暨大版图书如有印装质量问题, 请与出版社总编室联系调换)

前 言

2017年广东省研究生学术论坛国际商法分论坛是广东省研究生教育创新项目。论坛的成功举办得到了广东省学位委员会办公室、暨南大学、暨南大学中国（广东）自由贸易试验区研究院法治化营商环境研究中心及全国各兄弟院校，尤其是民商法、经济法及国际法学界的大力支持。截至论坛征文活动规定的论文提交截止日期，承办方共收到来自清华大学、中国人民大学、浙江大学、武汉大学、厦门大学、澳门大学等全国30余所高校博士、硕士研究生发来的应征论文120余篇，在收到投稿论文后举办方组委会组织论坛学术委员会对论文进行评审。经过校外评审专家匿名评审并讨论后，21篇优秀论文的作者受邀参会。此外，还邀请了数十名广东省外的研究生、广州及深圳两地的在校法学研究生参加了论坛，实际参与论坛学术研讨的共计100余人。

此次论坛的主题是“中外金融商法热点问题：理论与实践”，参会论文从理论到实务、从国内到国外，题材广泛。研究生们围绕着金融商法实践中所涌现的如区块链、资管计划、共享单车、监管沙盒等金融创新所产生的金融与法律交叉问题展开了热烈的讨论，展示了民商法学与金融实践及创新监管的交叉视域下法学界新生代的国际眼光和开阔视野。虽然部分研究生的参会论文在规范性与论证层次上仍有一些缺憾，但整体上达到了一定的高度，体现了良好的学术素养。论坛中，参与研讨的研究生就问题的争议点进行剖析和阐释，并指出讨论中的优点和不足之后，参与研讨的研究生在学术素养与基础知识的积累上，均达到了论坛训练、培养新人的学术目标，因而受到论坛学术委员会专家和点评嘉宾的高度肯定。

在论坛的举办过程中，我们特别安排了研究生作报告并由相关专业的研究生进行评议。由研究生自行开展学术探讨，再由点评嘉宾进行归纳和总结，这种注重报告和评议的形式不仅锻炼了研究生的讲演和思辨能力，也良好地展现了暨南大学法学学科悠久的历史与民商法学、经济法学的良好学术交流和传承，受到与会嘉宾和研究生们的一致好评。

2017年是暨南大学法学学科设立90周年，为了回顾90年来暨南大学法学学科走过的路程、传承前辈求真务实的精神、明确时代赋予的使命，也为了向社会展示我国金融商法理论与实践的热点问题和法学界新生代的

学术实力，同时给参会研究生提供更广阔的学术交流平台，组委会精选了部分参会论文，同时选摘暨南大学投稿学生论文进行结集出版。希望在各位学界同仁及新生代的共同努力下，我国的民商法学、经济法学及金融交叉学科的理论研究与实务探索不断取得新的进展和更大的成功。

朱羿锟

2017年10月

目 录

前 言	(1)
-----------	-------

第一编 营商环境

破产法下银行加速到期条款的效力	王依超 (2)
商事租赁优先承租纠纷实证研究	
——基于 2016 年 246 份判决书	刘江芮 (11)
“立法冲突”下的票据质押效力探究	王伟强 (20)
应收账款质押在企业融资应用中的法律问题研究	窦 帅 (27)
“一带一路”倡议与《贸易便利化协定》的关系研究	王 蔚 (36)
试论单次征税原则在 BEPS 行动计划中的应用	程玉霄 (44)
中国国际投资转型背景构建下“一带一路”争端解决机制研究	莫 雪 (53)
“名人效应”下的实体企业人格融资机制探析	
——以隐名 IP 证券化为分析框架	李国俊 (62)
明星 IP 估值调整的法律分析	张 弛 (73)

第二编 公司证券

创新公司治理模式若干思考	
——以阿里巴巴集团“湖畔合伙人制度”为视角	陈奕豪 (86)
中国法律环境下实现涉外对赌目的的可行性路径分析	郭燕明 (93)
试论上市收购中资管计划的法理基础	张 盼 (102)
收购人违反“举牌”规则表决权限制的法理基础分析	
——以被收购方救济手段为视角	莫子君 (113)
企业并购中资管计划的法律分析	
——以宝万杠杆收购案为例	李伟杰 (122)
上市公司反收购中焦土战术相关法律问题分析	
——以慧球科技为例	喻 茜 (130)
上市公司章程中反收购条款的可行性分析	苏珊珊 (136)

股权众筹小额发行豁免制度研究	麦施慧 (146)
绿色金融背景下我国碳金融交易的法律规制研究	杨博文 (156)
美国《众筹条例》中沟通平台制度的构建及启示	
——以《证券法》修订为契机	李 冬 (164)
ICO 众筹的法律风险分析	曾 楚 (172)
股权众筹信息披露制度的构建	
——基于美国相关制度的考察	刘定莲 (180)
论小额发行豁免制度的建立健全	
——以当前《证券法》新修订为契机	薛锐敏 (188)

第一编

营商环境

破产法下银行加速到期条款的效力

王依超*

【摘 要】集合我国具体法律规定和合同法法理分析，债务人正常经营时，加速到期条款合法有效。但在破产法的语境下，加速到期条款并不能产生规避破产撤销权的效果。原因在于破产法本身就是对合同法的例外规定，基于公平和商业效率干预属于当事人意思自治范围的合法行为。加速到期条款改变特定债权人的清偿顺序，违背了破产法平等清偿原则，清算管理人有权撤销。最后，在借鉴美国实践并结合我国的实际情况后，我们应当回归加速到期条款设立的初衷，正确发挥其预防、止损和加速破产的作用。

【关键词】加速到期条款 破产撤销权 平等清偿原则 偏颇清偿结果

一、问题的提出

（一）案件导入

A 公司与 B 银行订立融资合同，约定 B 银行向 A 公司提供借款，但合同约定当某些客观条件成就时，合同提前到期，此时 A 公司需立即向 B 银行偿还其借款。后 A 公司法定代表人去世，触发提前到期条款；同时 A 公司资不抵债向法院提出强制清算，各方就该债权是否适用破产撤销权诉至法院。该案历经一审、发回重审、二审，其间法院的态度大相径庭：一审认为破产法作为合同的特别法，应优先适用破产撤销权；^①该案发回重审后合议庭认为经加速到期条款宣告后的债权属于已到期债权，不属于对未到期债权的提前清偿；^②二审法院维持了原判，并认为公司在还款时并未处于资不抵债的状态，故不符合破产法适用条件。^③

前述融资合同中所涉及的争议条款又称“加速到期条款”^④，该条款的表述见诸《合同法》《贷款通则》条款，譬如《合同法》第二百零三条规定，借款人若未按照约定的借款用途使用借款的，贷款人可停止发放借款、提前收回借款或者解除合同。但在法定情形之外是否可以触发加速到期条款，即一方能否得以提前处置自身期限利益，未有明确叙述。前述法院在加速到期条款的效力认定上的反复，反映了对债务人提前

* 王依超，华东政法大学国际金融法律学院 2016 级硕士研究生。

① 参见上海市浦东新区人民法院民事判决书（2012）浦民二（商）初字第 3263 号。

② 参见上海市浦东新区人民法院民事判决书（2014）浦民二（商）初字第 4000 号。

③ 参见上海市第一中级人民法院民事判决书（2015）沪一中民四（商）终字第 2158 号。

④ 加速到期条款，是指商业银行在与企业签订贷款合同时，为防范市场风险、保障贷款安全，在合同中约定还款加速到期的条款。当借款人发生合同约定的情况时，如财务状况严重恶化、出现违约行为等，银行可以依据该条款使尚未到期的合同加速到期，从而提前收回贷款。参见王欣新：《银行贷款合同加速到期清偿在破产程序中的效力研究》，《法治研究》2015 年第 6 期，第 112—121 页。

放弃期限利益行为的认定,以及与《企业破产法》第三十一条^①具体制度之间的嫌隙。

笔者拟从破产撤销权出发,与德国、美国等国的破产法进行比较法研究,进一步对破产撤销权的要件及其保护的法益进行分析,探究加速到期条款与破产撤销权之间制度、法益的博弈与权衡,以期提出实践时在利用加速到期条款清偿债务落入破产撤销权所涵摄范围的案件中可行的处理模式。

(二) 加速到期条款的效力

加速到期条款源于美国。早在19世纪60年代,法院已判决加速到期条款是有效的,早期实践中将加速到期条款主要分为两种类型:第一种是允许债权人在债务人违约的情况下加速,并列举构成违约的情况,违约情况通常是指不支付本金或利息,我国银行通常规定该类型的加速到期条款;第二种是当债权人觉得其债权不安全时,可随意引起加速。但一般会施加一些限制,如果法院认定债权人是恶意行事的,或者该条款是不合情理的,那么这个条款就不会被执行;同时,若加速条款规定在债务整体到期时,要求债务人支付原先的合同期限利益,那关于期限利益部分的约定将不会得到法院的支持。^②

加速到期条款不但有其法律基础,从法理上来说,基于合同契约自由原则,银行加速到期条款有效。国内学者对于银行加速到期条款的性质已有较多的阐释,主流观点均认为银行加速到期条款有效,双方当事人自由意思表示达成合意,债务人承诺在特定情形下自愿放弃期限利益的行为,当然有效。^③同时,亦有学者注意到借贷双方在此情形下并非事实上的平等,加速到期条款往往是银行单方面制定的格式条款,实践中存在着引起加速到期的事由过于宽泛而借款人不具有和银行协商、修改条款的权利的情形。但基于金融安全和贷款安全的考虑,不认为银行出具的加速到期格式条款无效。^④支持这一结论的其他观点认为,虽然从借贷关系的表面来看,银行相较于借款人处于强势地位,但银行需要这样的不安抗辩权,因为其需承受未来合同履行的不确定风险。^⑤由此可见,学术界普遍认为,加速到期条款的效力不存在争议,但对于具体引发加速到期的事由则需再行判断,法院可认定特定的事由无效。^⑥

通常认为,引起加速到期条款生效的事由有以下几类条款:①违反借款合同本身的条款,包括违反陈述和保证、不履行还本付息义务、变更贷款用途等;②先兆性违

① 《中华人民共和国企业破产法》第三十一条:人民法院受理破产申请前一年内,涉及债务人财产的下列行为,管理人有权请求人民法院予以撤销:……(四)对未到期的债务提前清偿的。

② LEAF F P. Acceleration clauses in sales and secured transactions: the debtor's burden under section 1-208 of the U. C. C. Boston college law review, 1970 (3).

③ 杜一鸣:《破产撤销权制度对加速到期条款的适用》,《黑龙江省政法管理干部学院学报》2016年第6期,第74-77页。

④ 丁锐:《银行贷款加速到期条款的法律性质及司法规制》,《人民司法(应用)》2015年第15期,第95-98页。

⑤ 王卫国:《银行提前收贷纠纷的司法对策》,见《第四届企业破产法实务论坛文集》,2015年。

⑥ 徐阳光:《破产法视野中的银行贷款加速到期与扣款抵债问题》,《东方论坛》2017年第1期,第93-100页。

约事件或者预期违约事件^①，例如，交叉违约事件就是最典型的预期违约事件^②，此外还有债务人涉讼，影响本合同债权人利益、债务人经营能力或者清偿能力受限等^③；③债务人的其他风险因素或者事件^④。其中，交叉违约条款的适用争议最大，许多学者建议限缩交叉违约事由的适用，当引起加速到期的事由并不会导致债权人债权的安全问题时，法官可依据公平原则认定约定的个别事由无效，进而认定银行依个别事由宣布贷款加速到期的行为无效。^⑤

笔者认为，无论从法条本身还是合同法契约自由的精神来看，加速到期条款只要在合同订立时双方意思表示真实自由，不存在欺诈、胁迫或重大误解的情形，该条款就合法有效。但正如学者所说的，实践中借款合同多为银行提供的格式合同，贷款人通常不具有与银行进行协商、变更条款的权利。因此，加速到期条款所适用的事由需特定、明确，过于宽泛和模糊时则可能落入《合同法》规定的“排除对方主要权利的格式条款无效”的范围内。

二、比较法的重述：一个纠正

部分学者支持经加速到期后的债权不受《企业破产法》第三十一条涵摄，因为银行作为善意受让人应基于诚实信用原则得到保护。^⑥ 参照德国破产法，管理人破产撤销权的行使应以受益人于受益时亦知道该事实者为限，以保护交易安全。^⑦ 当银行请求加速到期并获清偿时，并不知道公司即将陷入破产，其为善意受让人，出于对社会诚信和交易安全的保护，该清偿不应被撤销。

但结合各国破产法的具体规定，债权人的恶意并未被绝大多数的国家规定为破产撤销权的必要条件，即使是规定了债权人恶意或知情的德国破产法，债权人的恶意也不是管理人行使撤销权的必要条件。

破产撤销是指债务人财产的管理人对债务人在破产申请受理前的法定期间内进行

① 先兆性违约事件指某一事件的发生使得借款人违反贷款协议将成为可能或者必然，而不是指借款人违反借款合同本身的义务。

② 交叉违约事件是指债务人对其他贷款合同的违约，导致债权人有权认为本贷款合同也有违约风险，故加速到期本贷款合同。

③ 金明：《国际贷款协议中的交叉违约条款》，《比较法研究》1994年第21期，第354-359页。

④ 李春：《商业银行提前收回贷款的法律问题探讨》，《上海金融》2007年第8期，第72-74页。

⑤ 徐阳光：《破产法视野中的银行贷款加速到期与扣款抵债问题》，《东方论坛》2017年第1期，第93-100页。

⑥ 刘泽华、王志永：《银行宣布贷款提前到期的风险与防控：一起提前收贷纠纷案及其启示》，《银行家》2010年第5期，第120-122页；杜一鸣：《破产撤销权制度对加速到期条款的适用》，《黑龙江省政法管理干部学院学报》2016年第6期，第74-77页；张志新：《对个别清偿行为行使破产撤销权的构成要件》，《人民司法》2010年第6期，第32-35页。

⑦ 债务人的恶意为撤销权成立的要件，受益人的恶意为撤销权行使的要件。只有有限的考虑当事人的主观恶意，避免滥用破产撤销权，损害善意第三人的利益，才能够真正达到设立破产撤销权的目的，更好地维护民法调整的利益的正当性和交易的安全性的要求。参见邢丹：《破产撤销权的制度设计》，《当代法学》2005年第5期，第66-70页。

的欺诈债权人或损害公平清偿全体债权人的行为,有申请法院予以撤销的权利。^①我国撤销权主要分为一般撤销和特殊撤销。本文涉及的破产撤销权是指在法院受理申请一年内,债务人做出不当处分财产、减少可清偿财产和侵害债权人利益的行为时,如清偿未到期债权,破产管理人有权请求法院撤销。^②我国并未规定债权人恶意为破产撤销权的要件。

(一) 德国不同等偿付制度: 债权人的恶意

德国撤销制度的规定与我国较为相似,学者在论述破产撤销权时也多参考德国立法。德国将可撤销的行为分为三类:同等偿付^③、不同等偿付^④和故意损害行为。同等偿付与不同等偿付的区别在于该种清偿或担保在此时是不是适当的时间,是不是债权人应享有的。与笔者所讨论的情况最为接近的是不同等偿付,因加速到期条款使得债务人放弃了期限利益,而使得债权人提前受偿。相较于我国的制度,德国规定的法定可撤销期间较为复杂:在不同等偿付的情形下,当距离破产申请开始前不足一个月的不同等偿付可无条件被管理人撤销;而距离破产申请第二个月或第三个月的不同等偿付,在满足以下任意条件,管理人即可撤销:债务人在行为时已无支付能力或者债权人在行为时知道该行为损害破产债权人的利益。

由此可见,债权人的知情或恶意并不是破产管理人行使撤销权的要件,在不同等偿付中,即债务人的清偿行为按照合同约定不应该在此时受清偿或清偿方式不适当的,债权人的恶意并不是必要条件。在满足债务人行为时已无支付能力,即使债权人是善意的,亦可撤销。

(二) 美国偏颇清偿制度: 未规定债权人主观心态

美国将消除债务人在破产财产上利益转让项的制度称为偏颇清偿制度,主要规定在破产法第547、548条。根据美国破产法对偏颇性清偿的定义和可撤销条件的描述^⑤可知,转让行为必须发生在临界期内,转让时债务人处于无力清偿的状态,这要求债务人不但满足破产的形式要件(破产申请提出前90日内),并且需在实质上满足破产

① 王欣新:《破产撤销权研究》,《中国法学》2007年第5期,第147-162页。

② 《中华人民共和国企业破产法》第三十一条:人民法院受理破产申请前一年内,涉及债务人财产的下列行为,管理人有权请求人民法院予以撤销:(一)无偿转让财产的;(二)以明显不合理的价格进行交易的;(三)对没有财产担保的债务提供财产担保的;(四)对未到期的债务提前清偿的;(五)放弃债权的。

③ 德国破产法第130条同等偿付:向一破产债权人给予担保或清偿或使此种担保或清偿成为可能的法律上的行为。参见李飞主编:《当代外国破产法》,北京:中国法制出版社2006年版,第56-58页。

④ 德国破产法第131条不同等偿付:(1)向一破产债权人给予担保或清偿或使此种担保或清偿成为可能的法律上的行为,若此种担保或清偿系该破产债权人不应享有、不应以此种方式享有或不应在此时刻享有。参见李飞主编:《当代外国破产法》,北京:中国法制出版社2006年版,第56-58页。

⑤ 美国破产法第547条(b)项规定:(1)除非本条(c)项另有规定,托管人可以消除债务人在财产上利益的任何转让;(2)转让是“指向或为了债权人的利益”;(3)转让是“为了或由于在转让发生之前归属于债务人的先行债务”;(4)转让时“债务人处于无力偿债状态”;(5)转让“在下列情况下发生——(A)在破产申请提出日之前90天内或90天时;或(B)在破产申请提出前介于90天和1年之间,如果该债权人在转让发生时还是内部人”;(6)“转让使债权人获得比原先更多的收益”。参见李飞主编:《当代外国破产法》,北京:中国法制出版社2006年版,第577-578页。

要件,即行为做出时债务人的确处于资不抵债的状态。^①美国可撤销的要件为“结果论”,即可撤销的偏颇清偿行为必须导致了偏颇结果,受清偿的债权人必须获得了比原来更多的收益。对于债权人的主观心态并无规定。

(三) 我国破产撤销权制度域外借鉴

比较各国破产法的规定,英国、日本及德国等国的破产法撤销权中规定了当事人的主观心态,但正如上文所详述的,债权人的知情或恶意也不一定构成德国破产管理人行使撤销权的必要条件:债务人已无支付能力却进行不同等偿付,此时无论债权人善意或恶意,均可被撤销。而以美国为代表的国家则不将当事人的主观心态纳入考虑范围。^②原因在于,破产撤销权的本质是防止债务人对个别债权人清偿,而是否损害其他债权人的利益,判断标准在于债务人行为有没有打乱债权处在清偿程序时的法定分配地位,使得债权人获得比原先更多的利益。^③由此可见,破产当事人的主观心态并不足以构成破产撤销权的“豁免”事由。

此外,美国和德国破产法关于撤销权的规定值得我国参考的有两点:第一,企业需实质处于破产阶段,即企业不但满足法定撤销期间,同时,企业必须事实上处于资不抵债的状态;而我国仅对破产外观进行了规定,以法院裁定破产为节点向前进行推定,而未考虑在这段时间内,企业事实上是否处于资不抵债的状态。在前文提到的案例中,二审法院在裁判时,对公司资产负债表进行了审计,认为账面资产大于负债,不属于破产撤销权的范围;这样的裁判思路值得推广。^④第二,美国司法实践确立了偏颇性结果比较的程序,首先确定债务人的总财产数额,确定在不发生偏颇清偿情况下该债权人所能获得的清偿;之后,确定现债权人实际获得的清偿,再进行比较。若实际获得的数额大于依法应取得的份额,则发生偏颇性后果。^⑤该程序能直观有效地认定是否发生了偏颇性清偿的后果,值得我国在实践中采用。

(四) 矛盾在我国显著的原因

美国银行界对加速到期条款的应用已有多年的实践,却少有文章论述破产法与加速到期条款的冲突,原因有两个方面:一方面,美国仅规定了三个月内债务人的个别清偿行为可撤销,以及一年内债务人以阻碍、拖延等为目的以不合理的价格转让财产或招致债务的行为可撤销,其不区分该笔债权是到期还是未到期。在此情形下,即使债务被加速到期了,亦不会影响到破产法上的清偿顺序,债权人亦不会得到额外的清

① 刘黎明、田鑫:《美国破产法之偏颇清偿制度及对我国的借鉴意义——兼论我国新破产法第32条及相关条款》,《法学评论》2008年第26卷第3期,第105-116页。

② 沈达明、郑淑君编著:《比较破产法初论》,北京:对外贸易教育出版社1993年版,第192页。

③ 刘黎明、田鑫:《美国破产法之偏颇清偿制度及对我国的借鉴意义——兼论我国新破产法第32条及相关条款》,《法学评论》2008年第26卷第3期,第106-116页。

④ 参见上海市第一中级人民法院民事判决书(2015)沪一中民四(商)终字第2158号。

⑤ 刘黎明、田鑫:《美国破产法之偏颇清偿制度及对我国的借鉴意义——兼论我国新破产法第32条及相关条款》,《法学评论》2008年第26卷第3期,第106-116页。

偿。另一方面,美国破产法第365条(e)项规定了破产约定条款(ipso facto clause)^①在破产程序中无效,^②因为这些在现行法下有效的合同条款在破产法下会妨碍企业重整、恢复的可能。在美国,少有文献论述加速到期条款和破产法的冲突问题,因为其已不构成一个问题。而在我国并未明确当该笔未到期债权恰好落入破产申请受理前六个月至一年的区间内是否适用加速到期条款。而加速到期条款是否在破产法下生效将产生巨大的区别,遂引发了大量争议。

三、破产撤销权的优先适用

(一) 破产法是合同法的特别法,应优先适用

1. 破产撤销权本身就是对合同意思自治的突破

首先,需明确的是偏颇清偿行为的撤销是“破产法上特有的撤销”,破产撤销权所指向的债务人清偿行为在合同法项下本就是正当合法的行为。^③因为债务人选择债权人进行清偿的行为本身是受民法保护的行为,并不具有法律上的瑕疵。从合同法来说,若债务人选择将仅剩的财产在众多债权人中根据自己的喜好选择一位进行偏颇性清偿,也不违反合同法。而破产法作为以国家公权力为后盾强力介入民法意义上的私行为,要求债务人对债权人进行平等清偿有其正当性,该正当性在于公平。具体而言,剥夺破产人对其财产的管理及处分的权利,限制其从事交易的自由,使得债务人不因债权人的外部原因如威胁逼迫等或债务人的内部原因如自身的偏好而在债权人中随意分配财产,从而最大限度地减少破产人给债权人整体利益造成的损失,并保障债权人就破产财产公平地受偿,以实现公平的目的。因此,破产法作为在公司资不抵债陷入破产程序中适用的特别法,本就可优先于合同法的适用,其平等清偿的原则凌驾于合同的意思自治之上。

2. 加速到期条款无法豁免破产撤销权

基于上述的论证,合法有效的加速到期条款所导致的清偿行为并非无法被破产法所撤销。破产法能否撤销的关键在于是否产生了偏颇受偿的效果,即“在债务人之间设置了歧视性待遇,破坏了债权人之间既定的平等分配原则,使部分债权人利益遭受了损失”^④。从上文提到的案例来看,若没有加速到期条款,银行的债权属于未到期的债权,债务人对其的清偿落入了《企业破产法》第三十一条的调整范围。我们若承认了加速到期条款在破产法下发生了使债权到期的效力,从本质意义上来看该条款改变特定债权人的清偿顺序,使银行获得了比原先更多的财产份额,违背了破产法的平等

① 破产约定条款:以一方陷入财务困境、资不抵债或者进入破产程序为触发条件的合同条款,允许另一方在此情况下变更或终止合同,或者加速、变更或终止合同下的具体权利义务。参见廖凡:《美国破产法金融合约例外条款评析》,《证券市场导报》2007年第5期,第11-17页。

② 廖凡:《美国破产法金融合约例外条款评析》,《证券市场导报》2007年第5期,第11-17页。

③ 许德风:《论偏颇清偿撤销的例外》,《政治与法律》2013年第2期,第22-23页。

④ 韩长印:《破产法学》,北京:中国政法大学出版社2007年版,第123页。

清偿原则,则会导致偏颇、不公平的结果。因此,加速到期条款若在破产法下发生效力,则事实上起到了保护个别债权人的债权、侵害其他债权人的债权、回避破产法平等清偿的效果。故加速到期条款在合同法项下的有效性无法阻却管理人对未到期债权的清偿行为行使破产撤销权。

3. 在破产语境下,加速到期条款无效

在债务人破产情形下,加速到期条款所具有的涉他性使得其无法发挥效力。当债务人陷入资不抵债的情形,该条款从一个双方当事人之间的条款变成了涉他性条款,这不再是双方当事人可以意思自治的范围,即使从合同法来讲,给他人设定义务的合同条款未经他人同意亦是无效的,双方的约定使得其他普通债务人不得不承担让位于银行劣后清偿的义务,即给第三人增加了负担。究其本质,在企业处于破产状态下,银行、债务人就加速到期条款的适用已不再是自涉行为,而是涉他行为,对其他债权人的债券产生了影响,因此也就产生了外部性的问题,^①即债权人就合同条款享有的权利与其他债权人的债权产生了冲突。这是合同无法解决的问题,合同法所能解决的是权利、义务明确的法律关系,无法解决在权利冲突时应当保护谁的问题。^②而这个问题,破产法给予了回答,基于公平原则,债权人应按份额平等清偿。

然而,正如菲利浦·伍德所说的那样:“债权人平等清偿只是情感上的虚构,现实中‘别除权’‘优先权’等的存在使得同等地位的普通债权人只能获得很少的清偿甚至无法清偿。但是这样的受偿顺序的不平等必须得到一些具有说服力的政策的支持。”^③由此可见,破产法的平等清偿原则可以有例外,而银行加速到期条款能否成为一种优先权、别除权,在下文进行详述。

(二) 加速到期条款无法发生优先权或担保物权的效力

加速到期条款若能在破产法的语境下使得债权到期,究其实质,其实是在特定情形下起到了赋予特定债权人优先受偿的效力,起到了“优先权”^④的作用。我国现有的优先权均为法律直接规定。因为优先权的设定一般具有很强的公益性或者是为了推行一定的社会政策,^⑤加速到期条款虽在合同法以及其他规范文件中有其法条基础,但没有任何条文规定其能直接产生优先受偿的效果。此外,结合目前我国现有的优先权所保护的法益来看,优先权多是出于平等原则对处于弱势地位的债权人以保护,那么银行作为加速条款使用最多的主体,对其进行保护的原因是什么呢?银行本身并不属于传统的弱势群体,同时银行所处的金融行业所带来的金融安全风险和银行破产所带来

① 约翰·密尔著,程崇华译:《论自由》,北京:商务印书馆1959年版,第95-100页。

② 张晓燕、何德旭:《系统重要性银行的外部性:基于法学视角的分析》,《金融评论》2017年第9卷第1期,第68-72页。

③ 菲利浦·伍德著,姜丽勇、许懿达译:《国际金融的法律与实务》,北京:法律出版社2011年版,第70页。

④ 优先权又称“先取特权”;特定的债权人依据法律的规定而享有的就债权人的总财产或特定财产优先于其他债权人而受清偿的权利。参见谢怀栻:《外国民商法精要》,北京:法律出版社2002年版,第158页。

⑤ 申卫星:《论优先权同其他担保物权之区别与竞合》,《法制与社会发展》2001年第7卷第3期,第41-47页。

的金融风险并不足以构成对其进行保护的原因,因为破产法本身即确立了商业银行与非银行金融机构等具有破产能力。^①美国仅对金融衍生品这一特定产品例外规定了加速到期条款在破产法下有效,原因在于金融衍生品涉及的交易往往具有高金额、高杠杆、高风险等特点,并且交易范围相对集中,一家金融衍生品机构的破产很可能直接引发市场崩溃,因此给予“安全港”制度^②,而当银行所进行的也是常规的借贷业务时,并不能享有这样的特殊性。由此可见,加速到期条款无法成为优先权。

加速到期条款是否可以构成某种担保权利,答案也应是否定的。根据破产法的规定,对特定财产享有担保权的债权人,可以就该财产享有优先清偿的权利,即别除权。担保权的存在的确实可以使得债权人从普通债权人的平等清偿地位中脱离出来、优先受偿,但必须满足三个条件:其一,对特定财产享有担保权,银行的加速到期条款并未指定特定财产,其要求债务人履行债务的范围指向债务人全部的财产;其二,担保物权法定,当事人不能根据约定创设担保物权的种类;其三,公示是担保物权的生效要件或者对抗要件,即公示为担保物权不可缺少的一部分。公示的目的在于使第三人知悉标的物之上的权利负担,从而评估交易风险,维护交易安全。^③若银行通过合同与债务人约定的未经公示的条款,能产生凌驾于其他债权人优先受偿的效果,这才是对交易安全的破坏,使得其他债权人丧失了对自己债权安全程度的合理预期。

(三) 回归加速到期条款的设立初衷——规范资金用途与资产结构

实践中,若银行仅仅将加速到期条款作为规避破产法的工具从而保护银行债权的话,那么将与加速到期制度的设计初衷相背离,也无法发挥其真正的作用——通过规范债务人的资金用途和资产结构,从而保护债权的安全。

美国实践中可以把加速到期条款分为四类:①Payout 条款:主要是指限制分红条款,即当借款人——公司向其股东分红时,无论是以决议作出,还是股票回购、股票赎回等方式,债权人都有权宣布债权提前到期;②Capital Structure 条款:即通过资本结构来限制债务人为其业务融资的自由,债权人可以约定债务人可能产生的债务总额上限,即总额或资产负债或流动资产与流动负债的比率、消极担保条款^④等,一旦条件成就,债权人即可宣布债务到期;③Asset Substitution 条款:当公司从事合同约定的高风险和波动性资产替代固定和低风险资产的各种交易时,加速到期条款条件成就;④Event Risk 条款,主要是指第三方收购债务人公司一定比例的股权、公司合并、董事会组成发生变化等。以上的做法均是在降低债务人违约风险,保护债权人的债权安全。值得注意的是,加速到期条款并不是自动执行生效,而是债权人拥有选择权,若债权人未以明确的方式向债务人宣告,视为债务未到期,加速到期条款不发生效果。

美国学者认为,加速到期条款的作用主要在于,作为一种补充条款来确保借贷合

① 杨忠孝:《破产法上的利益平衡问题的研究》,北京:北京大学出版社2008年版,第60-63页。

② 廖凡:《美国破产法金融合约例外条款评析》,《证券市场导报》2007年第5期,第11-17页。

③ 高圣平、张尧:《中国担保物权制度的发展与非典型担保的命运》,《中国人民大学学报》2010年第5期,第92-101页。

④ 消极担保条款是指借款人不会(并且保证其附属公司不会)在自己的任何资产上创设或者保留现有的担保,其目的在于保证债务人的偿债能力与债权人的清偿顺序和地位。

同的顺利履行，以减少借款人为了自身利益行为而产生的代理成本。债权人可以通过事前监督的方式在债务人有不当行为时通过加速到期的方式来保障自己的债权。基于这一潜在的“威慑力”，债务人亦会减少试图侵害债权的行为，但这一作用主要体现于债务人正常经营的情形下。当债务人陷入财务困境时，加速到期条款起到不同的作用：它有助于开始破产程序，从而减少导致损害债权的风险。其背后的机理在于，当债务人的经营状况恶化，且有可能进一步恶化时，债权人往往会希望债务人进入破产程序，以固定债务人的资产，使得债权得以最大程度的清偿。为了达到这一目的，债权人可以通过提交非自愿的破产申请（an involuntary bankruptcy petition）来保护公司的资产不被滥用。在此情形下，若债务人不愿进入破产程序，法院只有当“债务人无法偿还到期债务”才会允许债权人的申请。加速到期条款“将未来的付款义务转化为适当的和到期的付款义务”的作用就是便于使债务人进入破产程序，并非基于该条款而要求债务人清偿债务以逃避破产法的平等清偿原则。

因此，加速到期条款可以更多地作为借贷合同的补充条款发挥确保借款合同顺利进行的作用，可以使得债权加速到期的债权人握有“筹码”，通过威慑和规制债务人的不当经营行为或损害债权的行为来保护贷款安全。

四、结语

在企业正常经营时，加速到期条款不会对合同以外第三人产生影响，债务人基于合意放弃期待利益的约定合法有效，银行可以据此条款要求债务人提前归还贷款并终止合同。但在破产法的语境下，加速到期条款的有效并不能产生规避破产法的效果。原因在于破产法本身就是对合同法的例外规定，它基于公平和商业效率的考虑，干预属于当事人意思自治范围的合法行为。基于加速到期条款而使债权到期并进行清偿的行为，从本质来看改变特定债权人的清偿顺序，使银行获得了比原先更多的财产份额，违背了破产法的平等清偿原则，清算管理人有权撤销；此外，即使在合同法的语境下，当企业破产时，加速到期条款已不再是当事人之间的自涉行为，而是涉及给其他债权增加负担的行为，未经其他第三人同意无效。最后，在借鉴美国实践并结合我国的实际情况后，我们应当回归加速到期条款设立的初衷，发挥适当的作用：①事前预防：银行等贷款方可就借款方的资金使用情况、借款人公司的负债和管理情况作出约定，在违反约定的情形下，加速到期债权。通过事前预防和威慑来保证债务人按照约定合理使用贷款，保护贷款人的贷款安全。②事中止损：当银行发现债务人有滥用贷款的行为时，以加速到期的方式要求贷款人提前偿还贷款或终止合同，以防止损失的产生。③事后加速破产：在企业进入资不抵债的状态、银行发现企业已无法继续生存的情况下，通过加速到期制度使其进入破产程序。由破产清算人对破产企业的资产进行清算也是一种提高经济效率的做法。