

我国破产法上行政责任的衰微与再造

张世君^{*}

摘要:当前,我国破产法上对行政责任的法律规定呈现衰微之势。然而,通过对现代破产法公私法交融性的分析,以及国外学界对破产制度功能的再讨论,可以清晰看到重构我国破产法上行政责任的合理性。我国应在破产法典中原则规定可以追究破产企业高管、破产管理人等的行政责任,但具体操作与适用的条款可安排于相关行政法规、规章之中。破产行政责任适用的情形应包括怠于申请破产的行为、非罪的破产诈害行为,而责任形式应慎用行政处分,但可适当拓宽对责任人资格罚的范围。

关键词:破产法 行政责任 行政处分 资格罚

DOI:10.16390/j.cnki.issn1672-0393.2015.05.033

2006年修订通过的《中华人民共和国企业破产法》(以下简称《破产法》)中,行政责任的规定呈现衰微之势,这与1986年的《破产法》呈现出较大不同。对此,有学者认为,破产法的私法性质决定了不适合于其中规定行政责任。^①在立法和学界的双重肯定之下再来讨论我国破产法上的行政责任问题似乎有些不合时宜,然而我国众多破产案件中存在大量非罪性的违法违规行为,仅依靠民事责任已难以有效遏制其发生。行政责任作为惩治和预防一般违法行为的利器,合理地恢复其在破产程序中的适用,值得我们考虑。虽然《破产法》第11章“法律责任”部分也规定了罚款、训诫、拘留等措施,但其实施主体皆为人民法院,适用场合较为特定,其性质为司法强制手段,并非真正意义上的行政责任。因此,如何对我国破产行政责任进行全面改造和完善,以适应当今情势发展的新需要,成为学界必须认真思考的问题。同时,全球范围内破产法的发展变化也要求我们再次审视破产法的公、私法属性之争,反思国内否定破产行政责任的已有观点,并借鉴国外学术研究成果,为再造破产法上的行政责任探寻理论依据。基于此,笔者拟对我国破产行政责任之构建进行粗浅探讨,陈一管之见,以就教于大方。

一、我国破产法上行政责任的现状与问题

1. 我国破产法上行政责任的衰微

对企业破产中的行政责任,1986年《破产法》第41—42条有着明确而直接的规定。同时,为了配合法律的实施,针对国有企业破产的特殊性问题,国务院于1994年和1997年先后发布了《国务院关于若干城市试行国有企业破产有关问题的通知》、《国务院关于在若干城市试行国有企业兼并破产和职工再就业有关问题的补充通知》(以下简称《补充通知》)等系列通知。在《补充通知》中,国务院明确要求,企业被宣告破产后政府有关部门应按照《破产法》的有关规定,对企业破产原因和责任进行调查和审计,依据情节轻重严肃处理;对企业破产负有重要责任的法定代表人,不得再担任其他企业的负责人;构成犯罪的,要依法追究刑事责任。对企业破产负有重要责任、情节严重的企业主管部门负责人,也要追究责任。

20年后,在2006年修订的《破产法》中,立法者去掉了关于企业法定代表人和上级主管部门领导人承担行政责任的条文,保留了民事责任、刑事责任的规定。但在其他相关法律、法规、规章之中仍可看到破产

^{*} 首都经济贸易大学法学院副教授、法学博士

^① 参见李永军:《重申破产法的私法精神》,《政法论坛》2002年第3期。

行政责任的身影。例如,《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)第 146 条规定了行业禁入的责任方式,担任破产清算的公司、企业的董事或者厂长、经理对该公司、企业的破产负有个人责任的,自该公司、企业破产清算完结之日起未逾 3 年,不得担任公司的董事、监事、高级管理人员。《金融机构撤销条例》第 33 条规定了撤职和开除的责任方式,在撤销清算过程中,被撤销的金融机构工作人员有法定行为之一的,尚不够刑事处罚的,给予撤职直至开除的纪律处分。《证券公司风险处置条例》第 60 条规定了罚款的行政责任,被处置证券公司的董事、监事、高级管理人员等有关人员有法定情形之一的,可处以其年收入 1 倍以上 2 倍以下的罚款。

前述规定有行政责任的法律条文不一而足,但不可否认的是,我国破产法上有关行政责任的规定已呈现出衰微态势。其表现为:(1)立法层次下降。在由全国人大颁布的《破产法》中,对行政责任的具体表述基本消失,虽然其他规范性法律文件中的个别条款有所涉及,但多以行政法规和部门规章进行规定,效力层次较低。(2)适用场合有限。破产行政责任主要适用于银行、证券等特定的金融行业,对大量普通商事企业而言,相关责任人员似乎没有承担行政责任的任何风险,法律责任以民事赔偿为主;若构成犯罪的,就直接追究刑事责任。(3)行政责任的承担方式单一。现有法律、法规对企业破产行政责任的设定主要表现为资格罚(限制和剥夺责任人的某类权利),而其他行政责任方式运用较少。

2. 破产行政责任衰微所引发的问题

1986 年《破产法》受时代所限,无论是立法理念还是立法目标均存在一定偏差。在法律责任的适用方面,则强调以行政责任、刑事责任等公法责任全面取代民事责任,因此一直为学界所诟病。伴随中国经济体制改革的逐步深化,政企分开,国有企业经营者的公务员身份不断弱化,大量民营企业、外资企业不断涌现,若再规定行政责任似乎显得逆时代潮流而动。于是 2006 年修订的《破产法》,毅然进行大胆改革和创新,对企业的破产法律责任特别是对破产企业高管、破产管理人等相关责任主体所应承担的民事责任进行较全面的规定,取消了企业法定代表人和上级主管部门领导人所应承担的行政责任。

细细考究,虽然改革方向是正确的,但针对我国企业的破产制度而言,适当保留行政责任仍有其必要性。全面取消破产法上的行政责任似乎有矫枉过正之嫌,无论是从微观个案的公正处理还是到中观的现代企业制度完善,再到宏观的法治系统建设,破产法上行政责任的衰微与缺失都在一定程度上产生了相应的问题。具体而言:

(1)破产行政责任的衰微可能有碍个案公正。中国当前仍存在大量中央国有企业(央企)和地方性国有企业,各类国有企业与各级政府也有着千丝万缕的联系,相当一部分企业的负责人直接由政府任命或来自政府,具有准公务员的身份,行政责任仍为规范其行为的强力手段之一。同时,还不排除某些企业所实施的破产违法行为可能在地方政府、企业主管部门的支持和默许下进行,地方保护主义在很多时候成为破产违法行为的保护伞。^①通过在个案中追究行政责任能在一定程度上抑制此类现象的发生。

(2)破产法取消行政责任影响了民事、行政、刑事三种法律责任之间的过渡和衔接,使破产法律责任制度的整体性、有效性遭到破坏。民事责任以轻微违法行为为制裁对象,注重补偿;刑事责任强调惩罚,严重损害社会利益的行为应受刑事制裁,但介于两者之间的尚未构成犯罪的一般违法行为适合于追究行政责任,其以公权力为后盾,对实施破产违法行为者具有较强的震慑力。如果缺失这一环节,从合法、轻微违法到犯罪之间就缺少一般违法的过渡地带,即由合法、轻微违法直接进入犯罪,而这并不利于破产违法行为的有效遏制。^②

(3)破产行政责任对构建现代企业制度并非一无是处。当今中国企业经营状况较为复杂,各类破产不法行为种类繁多、社会危害程度并不相同,需要运用多种法律手段进行综合治理。而行政责任所具有的惩戒功能、救济功能、教育功能,使其也能成为制裁破产违法行为、引导企业规范经营、构建现代企业制度的

^① 参见张世君:《破产企业高管的公法责任》,《中国矿业大学学报》(社会科学版)2014 年第 3 期。

^② 参见程春华、周立英:《破产法律责任的解析与完善》,《甘肃社会科学》2004 年第 4 期。

有效手段。

(4)规定破产行政责任亦符合我国构建法治社会的总体趋势。伴随经济体制改革的逐步深化,国家对经济关系的调整应在遵循经济规律的基础上进行,原先以行政干预全面取代市场调整的模式固然要摒弃,但政府对市场进行宏观调控仍然不可或缺,只是行政干预的手段亦要纳入法治轨道。破产法因处理企业退出市场时所发生的复杂经济关系,必然成为国家权力干预和介入较多的领域,其在法律上的体现之一就是行政责任的合理确立。因此,破产行政责任是破产法治建设的重要体现,重构破产行政责任也是我国破产法治系统构建的必然要求。

二、确立我国破产法上行政责任的理论依据

1. 对国内学界否定破产行政责任的理论反思

当前,国内学界反对破产法中规定行政责任的基本理论依据在于破产法的私法属性,认为行政责任作为一种公法责任无法与作为私法的破产法进行有效融合。然而,笔者却认为并非如此,破产法发展至今天,已经具有明显的公私法交融性,国家权力适当介入已不可避免。

随着公法私法化与私法公法化的变革,出现了公私法相互渗透融合的现象。这不是一个偶然的结果,它是社会由私—私对立和公—私对立向社会化复归,法律对社会关系的调整日趋社会化、精细化和专业化的必然结果。^①这里“私”与“公”的概念并不是在所有制的意义上加以运用,而是指自从古罗马公私法的概念提出以及相应部门法划分的历史形成以来,在法律中所表现出来的“私”的法律关系与“公”的法律关系的区别。私的法律关系就是以民商法为代表的私法,在主要以市场机制来配置资源的条件下,各类民事商事主体之间的交易活动应遵循市场规律,依据当事人意思自治原则,在实体的权利义务上,法律仅做指引,国家不得进行直接干预;而对那些需要体现国家意志的社会关系与经济关系,则因其含有公法的因素,国家可以法律直接介入进行干预。^②

在传统的破产制度中,法律关系主体主要为债权人和债务人,双方都是普通的私法主体。无论双方之间的利益冲突内容如何,其所牵涉的问题主要为经济损失分担、损害赔偿责任追究等方面,均为私法上的利益。特别是通过破产清算制度的安排,通过确立不同利益主体行使利益的方式、原则、次序等,将债权人和债务人之间的利益冲突限制在一个有限的范围内,解决这些利益冲突的手段主要是私法规范,行政责任等公权力手段几无适用的余地。因此,传统破产法的确具有浓厚的私法属性。但伴随法治文明的发展,破产制度也经历了从破产清算的单一功能到破产清算和破产淘汰的双重功能,再到破产清算、破产淘汰和破产再建的多重功能的发展过程。^③今天的破产制度已经成为包含清算、和解、重整在内的系统性法律制度,清算已不是破产制度的唯一目的,其他利益的考虑也成为破产制度的重要目标。在这一历史性的变迁之中,破产法的功能目标发生了变化,破产法的公私法交融性开始展现。

2. 国外学界关于破产制度功能争论的理论借鉴

面对破产法的变化,国外破产法学界展开了激烈的争论。由于私法与公法的划分主要出现于大陆法系国家,英美法系国家只有普通法与衡平法的划分,在具体的立法、执法、司法以及法学研究教育过程中没有采用类似的概念。因此,在破产法制较发达的英美法系国家,其学界并没有从公私法的角度展开分析,而主要围绕着破产制度的功能进行讨论。以杰克逊、贝尔德为代表的学者坚守破产法的传统功能。^④例如,杰克逊认为破产法是多数人债权的一种实现方式,是代替个别执行制度的产物,其目的在于减少交易

^① 参见史际春:《国有企业法论》,中国法制出版社1997年版,第79—80页。

^② 优士丁尼在其《学说汇编》中对此解释说:公法的规范是强制性的,它不得由个人之间的协议而变更;而私法规范则是任意性的,可依据当事人的意志而更改,它的原则是对当事人来说,协议就是法律。参见周相:《罗马法原论》(上册),商务印书馆1994年版,第83—84页。

^③ 参见付翠英:《从破产到破产预防:一个必然的逻辑演绎》,《法学杂志》2003年第1期。

^④ See Douglas G. Baird: A World Without Bankruptcy, Law and Contemporary Problems, V. 50: No. 2 (1987), pp. 184—185; Thomas H. Jackson, The Logic And Limits of Bankruptcy Law, Harvard University Press, 1986, p. 25.

成本、增加公共财产的总量并提高管理的效率,因而保护非公司债权人如雇员、经理、社区等其他主体的利益不应当成为破产法的目标。^① 依此观点,破产法应尽可能实现对债权人利益的保护,尊重当事人的意思自治,不应过多考虑其他利益主体,以避免国家权力的介入。克罗宾对杰克逊、贝尔德等人的主张进行了较为温和的修正,认为将破产法的功能仅局限为保护债权人过于狭窄,凡是那些因企业陷入破产而遭受损失的利益主体如经理、雇员、股东、侵权受害人等都可列入破产法的考虑范围。他提出两个原则来处理这些主体在破产法中的利益问题:一个是“包含原则”,指所有那些因企业财务危机而受到影响的主体均应有机会表达自己的利益诉求;另一个是“理性计划”原则,用来解决这些利益主体行使法律权利的程度和范围。^② 克罗宾在破产法所保护的利益主体范围上比杰克逊、贝尔德等人的主张要宽泛,但仍有一定限制,他所考虑的主要是那些与破产有直接关系的主体的利益,并不是最广泛的社会利益。

以沃伦和威斯特布鲁克为代表的学者对传统破产法的理论基础提出挑战。他们主张企业是现代社会经济的有机组成部分,企业是否能够持续经营下去并且如何变化都将对众多的社会主体利益产生影响,而这些人利益很难单纯采用经济的方法加以计算,因此破产法必须考虑这些客观存在的利益。^③ 沃伦和威斯特布鲁克的观点在西方世界引起积极的反响,许多学者撰文表示支持。富赖斯纳也认为企业对外牵涉着一张利益之网,如消费者、供应商,在当代的情况下还可能包括各种政府组织,因此企业破产所涉及的利益就很复杂。^④ 英国著名商法学家古德也对杰克逊、贝尔德的观点提出批评,认为在债权人利益之外确有其他价值利益需要保护,并结合英国的具体情况进行了深入的分析。^⑤

国外破产法学界的理论争论启示我们:观察破产法的视角要进行拓展。在现代市场条件下,破产法的功能已经悄然发生了转变。立法者对破产法律关系的思考变得更加立体和多维,充分认识到破产企业所牵涉利益的复杂性,开始突破仅考虑债权人、债务人的狭隘立场,经济秩序、公共利益被纳入法律调整的视野。因此,“现代破产法第一要尽可能的考虑债权人应得的利益;第二要考虑债务人的利益,为其提供免责和复兴的机会;第三,破产涉及的公共利益应当被整合进来,并且不诚实的债务人要受到惩罚”。^⑥ 而为实现对债权人、债务人、社会公众等多种主体的利益保护,就需要协调运用各类自治性和强制性法律规范(包括行政责任的追究),这使得现代破产法呈现出鲜明的公私法交融性特点。

3. 现代破产法公私交融性的理论阐释

破产法属性的改变,源于社会环境的变化。现代社会是鼓励市场主体追求利益最大化的社会,围绕企业的设立、经营、破产等各种行为,诸多利益主体相互作用。如果说正常经营状态下的企业是这张复杂利益关系之网中的一个连接点,在现代商业生活中扮演着关键而又重要的角色,那么走向死亡与消灭状态的企业所涉及的利益问题就更加突出。古典经济学认为企业竞争所致的破产是市场经济“优胜劣汰”、“适者生存”规律的自然体现,可以有效地配置社会资源,增加社会福利。但现代企业理论则表明,企业作为利益聚焦点,客观上在更加广泛的领域内起着平衡各种社会利益关系的重要作用。企业因为经营不善而进入破产程序将导致利益之网上连接点的脱落,引起利益损害的连锁反应。对此,有学者一语中的:“公司破产后涉及千百万人的利益,由此造成的财产损失及对社会生活的影响都非常巨大”。^⑦ 就破产债务人而言,此时已无法满足所有的权利要求,而各利害关系人都竭力想使自己的利益最优并最大化受偿,股东的投资、普通债权人与担保债权人的债权、政府的税收、管理者的职位、雇员的就业、消费者与供货商等诸多利

① See Thomas H. Jackson, *The Logic And Limits of Bankruptcy Law*, Harvard University Press, 1986, p. 25.

② See Donald Korobkin, *Contractarianism and the Normative Foundations*, pp. 575—589, in Vanessa Finch, *Corporate Insolvency Law—Perspectives and Principles*, Cambridge University Press, 2002, p. 33.

③ See Warren, *Bankruptcy Policy*, *The University of Chicago L. Rev.* V. 54 Summer 1987 pp. 775—814.

④ See A. Flessner, *Philosophies of Business Bankruptcy Law: An International Overview*, in Jacob S. Ziegel, *Current Development in International and Comparative Corporate Insolvency Law*, Clarendon Press Oxford, 1994, p. 19.

⑤ See R. M. Goode, *Principle of Corporate Insolvency Law*, London Sweet & Maxwell, Center for Commercial Studies, 1990, pp. 38—39.

⑥ Fiona Tolmie, *Introduction to Corporate and Personal Insolvency Law*, London Sweet & Maxwell, 1998, p. 34.

⑦ 谢怀斌:《外国民商法精要》,法律出版社2002年版,第40页。

益纠缠在一起,围绕着同一个财产客体产生冲突,此消彼长。^①

这种情况的出现,导致现代破产法的制度设计与安排呈现出公私法交融的特点。例如,破产重整制度力图通过重整实现拯救企业、将破产所带来的巨大外部性降低到最低程度的目标。破产重整所追逐的是一种概括的整体利益,其体现为对社会经济秩序的维护,是一种客观存在而又模糊抽象的公共利益。但是,参加破产重整程序的却都是具体的利益相关者,他们所要求的是尽快实现的、清晰可见的有着具体内容的私人利益。通过经济秩序健康稳定发展所表征出来的模糊抽象的公共利益如何具体化并落实到每个人的身上,成为困扰立法者的现实问题。围绕着所剩无几的债务人财产,有着明确利益诉求的当事人抵制企业重整的阻力是显然的,“私”与“公”的利益矛盾如何解决成为破产重整制度的核心考虑因素。为了对破产企业实施拯救,以实现长远的“公”益,现代破产法限制了重整中的“私”益,禁止担保债权人行使担保权、允许法院强制批准重整计划、推行分组表决机制等等,无一不体现出强烈的公法色彩。

破产法公私法交融性的另一个集中体现就是公法、私法等各类法律责任手段的综合运用。面对破产程序中各类利益的全面保护,立法越来越需要协调运用不同的法律责任手段,实现对经济生活的综合、立体、交叉调整。在主体多元、利益多元、社会关系分化整合的当今社会,为应对市场经济关系复杂多变、相互联结又相互渗透的局面,静态地分割出一块特有的专属于某一法律责任手段调整的社会关系领域已经几无可能。既然现代破产制度中的众多法律关系不仅涉及“私”也涉及“公”,那么破产立法就可以运用公权力色彩明显的公法手段(包括行政责任的追究)将相关利益主体的法律问题一并纳入自己调整的范围以更好地解决。可以说,现代破产法的发展已在很大程度上改变了传统破产法的私法属性,使其公法属性大大强化。因此,为实现破产法的功能目标,引入适当的行政责任并不违反破产法的本质属性,反而契合了破产法的公法化趋势。^②

三、我国破产法上行政责任的制度再造

1. 破产行政责任立法模式的选择

再造我国破产行政责任,大体有三种立法模式:(1)在破产法中全面恢复对行政责任的规定,详细设计破产行政法律责任的适用对象、场合和形式。(2)在破产法中仅对行政责任进行原则规定,在其他涉及企业破产问题的法律法规之中对行政责任进行细化规定。(3)单独出台关于破产法律责任的司法解释,对责任主体应承担的各类法律责任进行统一规定。

以上三种模式,各有利弊。第一种模式突出了破产违法行为的行政责任性质,似乎可以借助于破产法的较高法律效力和整体威慑机制,更好地发挥遏制破产违法行为的作用。但在如今的客观情势下,企望一部破产法永远能够容纳所有的法律责任条款是不合时宜的,恐怕也难以实现。第三种模式充分考虑到了破产法律责任的特殊性,专门针对该问题出台相关司法解释,可以使破产法制运行更加完备化和体系化,方便于法律责任的理解和适用。但此类司法解释尚无先例可循,仍需要破产审判实践经验的积累。相比之下,第二种模式采取折中态度,不啻为一较好选择。这是因为,这种模式一方面考虑到破产程序的特殊性,应在破产法中保留关于行政责任的原则性规定,作为责任追究的框架结构和规范指引;另一方面,结合不同的场合和行业特点,将破产行政责任的具体适用规定于相关法律法规之中,以加强对破产违法行为的打击和预防。这种模式既强调破产不法行为和破产法的关联性,对违法者的制裁也不会必然减弱;同时也尊重我国现有破产法制的客观实际,便于实务部门运用和操作。

就我国而言,虽然《破产法》取消了对行政责任的规定,但在《公司法》、《金融机构撤销条例》、《证券公司风险处置条例》等法律、法规之中仍有零散规定,大体算作第二种模式,可以此为基础进行立法的再造。

^① 参见张忠野:《公司重整制度若干问题研究》,载顾功耘主编:《市场秩序与公司法的完善》,人民法院出版社2000年版,第325页。

^② 我国有学者明确指出,破产法同时具有民商法与经济法双重性质,破产法体现出经济法的理念,注重通过国家的介入维护社会整体利益,合理调节当事人利益间的平衡。参见王欣新:《论破产立法中的经济法理念》,载史际春、邓峰主编:《经济法学评论》(第四卷),中国人民大学出版社2003年版,第331页。

换言之,破产法中应有关于行政责任的一般原则和基础规范,并可对其他规范性法律文件中设置破产行政责任发挥一定的指导作用。同时,不同行业(如金融业)的特殊性又决定了立法者必须在某些问题上进行相应的改进,以更好地完成一般规则的具体化适用。基于此,可以确立如下的立法思路和立法体例:首先,修改《破产法》,对破产法律责任进行整体思考和设计,增加破产行政责任的基础性、原则性规范,并能对其他法律法规中的相关规定具有指引作用。其次,适时由最高人民法院以司法解释的形式,制定有针对性的更加具体的规范意见,对破产法律责任包括行政责任进行较为详尽的规定。最后,在不违反破产法基本原则和基本规定的情况下,政府监管部门可结合不同行业的特点对现有规章进行清理、修订,将其中的行政责任条款予以删除、修改和细化,使之符合行业需要。

2. 破产法上行政责任的适用主体

在我国行政法学界,对行政责任由谁承担,学者们存在不同观点。有学者认为行政责任指的是相对人的责任,有学者认为行政责任指的是行政主体和相对人双方的责任,还有学者认为行政责任仅指行政机关的责任。这些学者对行政责任定义上的偏差,是其分析角度的不同所致,因关注点的不同而存在差异。^①由于破产程序是在人民法院主持下的债权债务概括清偿程序,行政机关较少介入该司法程序,因此本文对行政机关的行政责任不做探讨。

目前,我国破产法将自然人破产排除在外,仅适用于企业破产。但企业的一切活动必须通过其内部机关来完成,而企业的内部机关总是由独立的自然人组成,因此企业意志的形成和行为的实施最终依赖于作为其机关成员的自然人——企业高管——的努力。可以说,行政责任的落实最终还是在企业高管的身上。通过强化企业高管的行政责任,就能在一定程度上遏制破产违法行为的发生。因此,破产行政责任的适用主体主要应是企业高管以及其他自然人主体,但也包括特定情况下的企业组织。因此,在确立破产法上行政责任的主体时应注意结合时代与市场的需要,对责任主体适当扩大至如下范围。

(1)企业高管。社会公众普遍认为企业高管就是高级管理人员的简称,但实际上,依据《公司法》第217条第(1)项规定,高级管理人员有着特定含义,是指除了董事、监事之外的经理、副经理、财务负责人、上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。从经济社会的实践来看,在企业、公司的实际权力结构中,无论是大陆法系国家还是英美法系国家,企业、公司的管理都是由董事、经理等各类经营者和管理者协同完成的。以《公司法》的规定为例,公司董事会是法定的经营决策机关,享有广泛的经营管理权力;监事会是法定的监督机关,负责对董事经营管理行为的监督;而经理等其他高级管理人员则由公司董事会聘任,行使具体的经营管理权力,也在一定程度上参与到公司的经营管理之中。从世界范围来看,公司董事、公司监事与公司其他高级管理人员之间兼职、交叉任职的现象也很普遍。有学者认为,“无论是董事、监事还是高级管理人员,现代公司法已愈来愈将他们视为一个整体,公司法按照公司治理的要求,赋予全部的公司领导人以相同的法律地位,强制性要求他们共同而无例外地负担着对公司的诚信义务,而在违反这些义务时,也无例外地负担相应的法律责任”。^②因此,本文对“董事、监事”和“高级管理人员”不作区分,以“企业高管”概念泛指对企业经营负有领导职责的所有公司高级管理人员。在破产程序中,各类企业、公司的高管可能因其所实施的严重破产违法行为(但尚不足以构成刑事犯罪)而导致给予其行政处分,或者课以剥夺资格、罚款等各类行政处罚措施。

(2)破产管理人。破产管理人是在破产程序开始后,由法院指定或债权人会议选任的,负责破产财产的保管、清理、估价、变卖和分配的职能机关。^③破产程序能否公正、公平、高效地进行,是紧紧与破产管理人联系在一起的。^④基于此,各国破产法均要求破产管理人勤勉尽责,忠实履职。目前,我国的破产管理人可由有关部门、机构的人员组成的清算组或者依法设立的律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所

① 参见张珏芙蓉:《论行政责任类型的体系构建》,《山东社会科学》2015年第4期。

② 李燕兵:《上市公司高管职务犯罪问题研究》,中国检察出版社2006年版,第20页。

③ 参见邹海林:《破产程序和破产法实体制度比较研究》,法律出版社1995年版,第225页。

④ 参见张军:《论破产管理人的法律地位》,《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2012年第4期。

等社会中介机构担任。人民法院也可以根据债务人的实际情况,指定相关机构中具备专业知识并取得职业资格的人担任管理人。依此规定,我国破产管理人的身份具有两重性:既有完全市场化的社会中介机构(如律师事务所),也有某些部门包括行政机关(如银行业监管机关、证券业监管机关)的人员组成。因此,对那些由行政机关及其工作人员组成的清算组担任破产管理人,但又实施破产违法行为者,完全可以课以行政处分。若破产管理人是律师事务所、会计事务所等市场化的社会中介组织时,也不排除对该中介组织和负有直接责任的工作人员追究行政责任。对此,我国亦有学者建议,当破产管理人实施了严重的违法违规行为时,债务人、债权人、人民法院都可以对相应的行政机关提出给予行政处罚的建议,课以警告、罚款、暂停执业、吊销执照、取消资格等各类行政责任。^①

(3)参与破产程序的其他主体。例如,为实施破产财产的拍卖、变价、折价、分配而参与进来的资产评估机构、税务师事务所、拍卖行、鉴定机构等,如果实施了破产违法行为,可以对该机构和直接责任人员追究行政责任,课以罚款、暂停执业、吊销执照、取消资格等责任形式。若破产债权人实施了有碍破产程序进行、严重损害其他债权人和债务人利益的行为,符合承担行政责任条件的,也应考虑追究必要的行政责任。另外,国有企业的上级主管机关,因其干预企业经营、渎职犯罪导致企业破产的,对其直接责任人员课以行政处分亦符合我国国情。当然,在市场经济体制改革不断深化的背景下,对前述机构和人员的破产违法行为追究行政责任不应成为常态化手段,应注意与民事责任的衔接和协调。

3. 破产法上行政责任的适用场合

结合国内外的破产立法和破产实践,承担行政责任的场合应包括以下两种情形。

(1)怠于申请破产的行为。现代企业基本为有限责任公司或者股份有限公司。相对于股东而言,有限责任制度实际上是将交易的风险分配给了债权人,如果交易失败,企业进入破产,股东仅以出资为限承担责任,而债权人则处于十分不利的地位,只能寄希望以公平公正的破产制度来实现债权。如果一个企业已经濒临破产的边缘,企业的高管就应当及时申请进入破产程序,以避免使善意的债权人遭受更大的风险。由于企业高管对企业的经营情况最清楚,有权利也有义务采取必要措施,在企业出现资不抵债、支付不能或因财务状况恶化而濒临破产时及时申请进入破产程序。通过进行破产事项的宣告和声明可使债权人、投资人、职工、政府等各方尽早获知企业濒临破产的消息,对他们采取利益保护措施十分有利。

对于企业、公司处于破产边缘时企业高管的法律义务及相应责任,我国破产立法尚处于空白。这导致实践中,一些企业已经发生亏损,而企业高管并没有及时采取有效措施避免企业经营和财务状况的进一步恶化,而是继续坚持经营活动并对外隐瞒企业的真实状况。甚至还有当公司处于破产边缘时,董事为了挽救自己在公司中的利益而孤注一掷地采取极度冒险的商业决策,在以失败告终时,公司的亏损进一步扩大,最终严重损害无担保债权人的利益。^②因此,法律应当规定企业高管的法定义务,要求他们将有关事项向有关方面通报,如通知政府监管机关、通知企业登记机关、通知企业的股东等并及时申请进入破产程序。若未能履行该项义务,监管机关可以对企业高管追究必要的行政责任。

另外,我国法律规定破产程序开始后,相关责任主体需要继续承担配合破产程序进行的义务:协助破产管理人、法院等进行相关财产和物品的移交;接受询问和调查,并如实回答,不得在破产程序开始后随意离开住所或者出国等等。对此,《破产法》规定了妨害破产程序进行的司法强制措施,可以在一定程度上对各类不法行为起到抑制作用,为避免责任承担的重合,此类行为可不再课以行政责任。

(2)破产诈害行为。经济实践中破产诈害的行为多种多样。从时间看,有的发生在破产程序启动以后,有的却在破产程序开始前的临界期内实施,而损害结果发生于破产程序开始后;有的行为以诈害债权人为故意,而有的行为以诈害某些投资者为故意;有的行为诈害程度较轻,仅导致民事赔偿责任的追究,而有的行为却可能构成犯罪;有的行为是债务人或债权人实施,而有的行为则可能是破产程序中的各类中介

^① 参见张艳丽:《破产管理人的法律责任》,《法学杂志》2008年第4期。

^② 参见张学文:《公司破产边缘董事不当激励的法律规制》,《现代法学》2012年第6期。

机构、组织实施。对此,笔者认为,凡是在破产程序中故意实施的有损于破产程序进行,但并未构成犯罪的各类危害破产利益的行为均为破产诈害行为。从学理上可以将欺诈交易、偏颇清偿、不当交易以及其他违反法定义务的行为归为破产诈害行为。

破产诈害行为具有以下两个方面的特征:一是行为的有害性,即该行为导致破产财产的减少,从而损害了破产清算利益。从有害的角度看,主要是企业高管、债权人、破产管理人的行为引起债务人作为对外债务履行保障的基础财产的丧失,这种财产的丧失或者使债务人陷于濒临破产倒闭的状态,或者减少了在随后的破产程序中可用于破产分配的财产。至于该行为是法律行为或者事实行为,则在所不问。二是行为的法定性。所谓法定性是指诈害行为的种类、发生的期间等都需要法律的明确规定。例如,在美国,破产诈害行为主要由《联邦破产法》、《统一欺诈转让法》以及《美国统一商法典》第六编有关大宗转让的条款规定。在英国,破产诈害行为则由《1986 年破产法》明确规定。在我国,则散见于《破产法》第 31、32、33 条以及《金融机构撤销条例》、《证券公司风险处置条例》等相关法律、法规之中。

我国 2006 年修订后的《破产法》关于破产诈害行为的法律规制,较 1986 年《破产法》有很大进步,但相比于其他国家破产法,还存在诸多不完善之处,如缺乏对行为和行为类型的定义、适用主体范围有限、反欺诈制度不够完善等。^① 特别是破产诈害行为因其情节状况、危害程度不同可能导致性质上的差异,出现一般的民事欺诈、严重违法的破产欺诈、构成犯罪的破产欺诈等等。因此,我国还应当从法律责任体系的意义上进行通盘考虑,用系统论的观点整体上考虑不同责任种类之间的界限、各责任种类间的衔接以及各种责任的协调与平衡。^② 破产法应将追究行政责任作为明确的反欺诈手段,综合运用罚款、吊销执照、取消资格、行动限制等各类行政处罚措施,进一步建立健全对破产诈害行为的法律规制。

4. 破产法上行政责任的承担形式

行政责任有多种分类,如内部行政责任和外部行政责任、补救性行政责任和惩罚性行政责任、财产性行政责任和非财产性行政责任等等。^③ 从承担的形式上看,我国的行政责任主要体现为依法对责任人所实施的惩罚性措施,包括行政处罚和行政处分两大类,^④前者是对违反法律法规的责任主体所给予的惩罚性措施,后者是对行政机关工作人员违法失职行为的处罚。其中,行政处罚包括拘留、罚款、剥夺资格(如吊销许可证和执照)、责令停产停业、没收财产等;行政处分包括警告、记过、记大过、降级、撤职和开除等。

(1)行政处分的适用。行政处分作为破产责任,并非国际社会的惯常做法,其缘由在于其只能使用于行政系统内部,即以责任人属于行政机关工作人员为前提。^⑤ 目前,我国企业经营的现状决定了行政处分适用的尴尬境地。这是因为,一方面作为社会主义公有制国家,我国仍保有相当数量的央企和大量地方性国有企业,它们构成我国的国有经济基础。各级国有企业的法定代表人和主要管理人员由国家行政机关委派,并可到相应政府机关任职,现行行政管理体制并没有完全将其排除在外,准公务员的身份毋庸置疑,适用行政责任的主体资格亦没有问题。另一方面,伴随我国市场经济体制改革的逐步深化,国有企业在管理方式方面正在慢慢脱离国家机关公务员的管理方式,行政处分方式的运用就可能显得软弱无力。^⑥ 因此,对非公有制企业,如私营企业、外商独资或控股企业,给予企业高管行政处分没有任何意义,但对体制内的国有企业负责人和上级主管领导仍可采用警告、记过、记大过、降级、撤职和开除等行政处分。对此,《中华人民共和国银行业监督管理法》第 48 条规定,银行业企业违反法律、行政法规以及国家有关银行业监督管理规定的,银行业监督管理机构可以区别不同情形采取内部纪律处分、警告等。《金融机构撤销条例》第 33 条规定:在撤销清算过程中,被撤销的金融机构工作人员有法定行为之一的,尚不够刑

① 参见张艳丽:《破产欺诈法律规制研究》,北京大学出版社 2008 年版,第 30 页。

② 参见张旭:《民事责任、行政责任和刑事责任——三者关系的梳理与探究》,《吉林大学社会科学学报》2012 年第 2 期。

③ 参见易凤兰、姚锐敏:《论违法行政责任的分类》,《中南民族大学学报》(人文社会科学版)2002 年第 2 期。

④ 参见张文显主编:《法理学》,法律出版社 1997 年版,第 156 页。

⑤ 参见程春华、周立英:《破产法律责任的解析与完善》,《甘肃社会科学》2004 年第 4 期。

⑥ 参见韩长印:《经营者个人对企业破产的责任》,《法学评论》2003 年第 1 期。

事处罚的,给予撤职直至开除的纪律处分。当然,对国有企业高管而言,行政处分使其职业声誉扫地,其后果可能比较严重,应遵循必要的正当程序。只有当监管机关确信行政处分有助于维护企业和债权人的利益时方可作出该决定,被处分的企业高管有权提出复议或诉讼以维护自己的合法权益。例如,在美国,被免职的企业董事或职员有权要求监管机构对该免职决定进行复议。^①我国破产法可以对特定行业、国有企业高管人员的行政处分措施进行规定,具体操作性规范需要在相关的行政法规、规章中进行细化规定。

(2)行政处罚的适用。从政府监管的角度出发,如果责任人违反法律规定,实施损害企业和债权人利益的行为,监管机关根据自己的监管职责可以对其实施行政处罚。例如,《金融违法行为处罚办法》第3条规定,企业的工作人员依照本办法受到开除的纪律处分的,终身不得在企业工作,由中国人民银行通知各企业不得任用,并在全国性报纸上公告;企业的高级管理人员依照该办法受到撤职的纪律处分的,由中国人民银行决定在一定期限内直至终身不得在任何企业担任高级管理职务或者与原职务相当的职务,通知各企业不得任用,并在全国性报纸上公告。

从现有规定看,对破产企业的行政处罚主要体现为以行业禁入为主的资格罚,适用对象极为有限,基本为企业高管,不包括其他责任主体;适用领域主要在高风险的金融业,对普通商事企业破产责任人威慑力不足且执行力较弱。有学者对此评价道:“无怪乎破产责任人破产之后不仅生活未受影响,而且某种意义上可能比破产前处境更为优越,譬如有的破产责任人在企业破产后成为政府官员,只不过不做公司董事而已。”^②反观国外立法,多有对破产人资格或权利的各类限制,如公法上不得担任公职候选人、律师、商务仲裁人、公证人等资格;私法上禁止担任公司经理、董事、监察人、监护人等。^③因此,对破产人的行政处罚,应当拓宽对破产人在各类公法与私法上的任职资格限制,普通商事企业负责人和责任人员也概莫能外。另外,对某些社会中介组织在破产程序中实施违法行为的,还可对该机构组织采取吊销执照、罚款等行政处罚措施。

综上,从立法技术角度考虑,建议在破产法中增加对中介组织、破产企业高管和其他责任人员的破产违法行为施以罚款、吊销执照、资格限制和责任免除的原则规定,并且不随着破产程序的终止而当然失效,需要破产人依法复权之后方能得到免除。^④在具体的适用程序中,由于人民法院对破产程序的进行承担引导和监督职责,但并没有直接行使行政制裁的权力,因此人民法院可先对具体责任主体的行政责任予以认定,然后通过撤销(或有限的司法变更)或司法建议等方式来达到让具体责任主体承担责任的目的。^⑤

责任编辑 翟中鞠

① 参见[瑞]艾娃·胡普凯斯:《比较视野中的银行破产法律制度》,季立刚译,法律出版社2006年版,第46页。

② 曾明生:《对完善破产责任体系的若干思考》,《企业经济》2005年第3期。

③ 参见周立英、邓斌:《浅议破产责任制度的重构》,《企业经济》2004年第8期。

④ 参见龚保华:《浅议权益破产法律责任》,《齐鲁学刊》2008年第3期。

⑤ 参见杨解君:《行政违法与行政责任对应关系论》,《法制与社会发展》2000年第4期。