

## 企业破产清算中环境侵权债权之保护<sup>\*</sup>

### ——以董事责任为视角

孔梁成

(中国政法大学 北京 100088)

**摘 要:** 环境责任是企业社会责任的体现,虽然企业环境责任的重要性已经得到我国法的重视,企业环境责任在现行法中已有体现,但是我国现有法律法规对企业破产清算中的环境侵权债务未做周详规范,对环境债权人权利救济不足。破产法赋予“诚信但不幸”的债务人新生的立法宗旨,与环境保护法所秉持的债权人优先全额受偿的理念与规则之间产生了较大的张力,破产企业的环境债务难以得到全面清偿。应借鉴公司董事信义义务的规范要义,加强破产企业环境侵权债权保护,依据具体环境损害适用不同的责任承担机制,以董事与公司(企业)连带承担环境责任制度替代争议较大的环境侵权债权优先顺位制度,在市场监管机制的程序保障下,最大限度地保护环境侵权债权人权益。

**关键词:** 破产清算;环境侵权债权;信义义务;社会责任;连带赔偿

中图分类号:DF411.91

文献标识码:A

文章编号:1005-9512(2020)09-0124-15

DOI:10.15984/j.cnki.1005-9512.2020.09.010

近年来,我国环境事故频发,其中不乏江苏响水“3·21”爆炸事故等特别重大的突发环境事件,非突发性环境污染和生态破坏事件更是不计其数。这些环境事故严重危及着公众的身体健康和财产安全,破坏了生态环境,产生了重大社会影响。企业是造成环境污染和生态破坏的主要原因,在其生产经营活动造成环境损害时,应依法承担相应的侵权责任和生态环境修复责任。企业环境责任的重要性已得到我国法的重视。纵观当前有关企业环境责任的法律条文,多为原则性、框架性规定。对亟需规制的企业破产等特殊情形下的环境保护责任,存在法律漏洞,致使环境利益流失,通过申请企业破产或者恶意放弃财产等手段逃避承担环境责任的事件频发。现有研究主要从道德支撑、和谐定位、自我约束等原则性、方向性、框架性角度进行分析,理论价值较强,对企业的约束力度较弱,难以督促企业预防危害结果,承担社会责任。<sup>①</sup>为督促企业承担社会责任,在企业类营利法人主要为有限责任公司的情况下,有必要借鉴公司董事的信义义务,将违反信义义务的公司董事(含高级管理人员),以

作者简介:孔梁成,中国政法大学博士研究生,中国政法大学绿色发展战略研究院研究助理。

<sup>\*</sup> 本文系国家社会科学基金青年项目“改革开放40年来中国重要经济立法的方法论研究”(项目编号:19CFX064)的阶段性成果。

<sup>①</sup> 参见赵惊涛《企业环境责任确立的价值定位》,载《当代法学》2007年第5期;郑佳宁《新形势下企业环境责任的法律规制——以我国的特殊防治主体为研究视角》,载《中国政法大学学报》2013年第4期;马燕《公司的环境保护责任》,载《现代法学》2003年第5期;张钦昱《企业破产中环境债权之保护》,载《政治与法律》2016年第2期。

下同) 纳入环境责任的承担主体, 使其与环境侵权公司( 含其他类型的企业, 以下同) 承担连带责任, 督促公司董事诚信尽责履职, 既引导企业注重环境保护, 又给环境侵权债权人增添一重保障。

## 一、破产清算中环境侵权债权保护的困境与出路

### (一) 破产清算中董事职权与环境保护职责的错位

破产清算中的环境侵权债权, 是指企业在破产清算过程中产生或之前存续期间产生的, 没有及时处理而拖延到破产清算中的, 因债务人( 企业) 环境侵权行为引发的权利人请求债务人给付一定金钱或者履行特定行为的权利。

区分环境侵权债权与其他债权是分析环境侵权债权的核心, 我国《企业破产法》将破产债权分为担保债权、无担保优先债权、无担保普通债权三类。担保债权对设定担保权益的财产享有排他性的优先受偿权, 作为债务人的企业破产, 对担保债权的清偿一般不产生影响。<sup>②</sup> 对于破产企业的环境侵权债权而言, 它在破产债权中被归为何类将直接影响其受偿顺序和程度。其如果是担保债权或无担保优先债权, 就能获得优先受偿, 这对环境侵权债权的保护就比较有力。其如果被归为普通债权, 债权人充分受偿的可能性就相对较弱, 这不利于环境侵权责任的充分承担。<sup>③</sup> 在美国, 企业破产清算中环境债权的属性也并非完全没有争议, 争议主要集中在因侵权性质、时间、情势等的不同而对环境侵权债权的不同归类。例如, 破产申请前产生的环境清理费用通常被归为无担保普通债权, 破产申请后产生的环境清理费用大多被归为破产管理费用, 一些环保部门作出的环境污染罚款、环境清理行为之债等被归为无担保优先权。然而, 不是环保部门所有的相关权利都可以作为破产债权而要求破产企业履行责任。例如, 当环保部门对破产企业发布要求其停止环境污染行为的禁令时, 由于该请求未涉及货币给付, 也难以用货币衡量或替代, 环保部门的行为禁令就不能作为环境债权。<sup>④</sup> 因为在美国, “破产法的本质就是一种财产的强制执行制度”。<sup>⑤</sup> 换言之, 笔者于本文中对环境侵权债权的建构、类型化等讨论都是建立在债权人要求的补偿能被货币衡量给付基础之上的。

为弥补环境侵权债权保护的不足, 学者提出了诸如给予环境侵权债权超级优先权、<sup>⑥</sup> 创设企业环保基金、建构环境责任保险制度等诸多环境侵权债权保护制度的设想,<sup>⑦</sup> 对在企业破产程序中保护环境侵权债权提供了强有力的理论支撑。然而, 公司的人格是法律拟制的, 公司不能形成自己的意思并依这一意思而采取行动。公司污染环境、侵害他人的人身和财产的行为, 一定是由具体的人来决定并通过具体的人来实施的。当“决定去做”的董事作出了“去污染环境”的决定时, 作为法人的公司, 在实质上就沦为行为的工具了, 它们的作用与产生污染物的机器设备并无本质的差别。既然公司已经沦为董事牟取利益的工具, “决定去做”的董事才是真正的环境侵权人, 此时让“决定去做”的董事与公司共同承担侵权责任就顺理成章。在规制“决定去做”的董事层面, 当前国内学者大多从公司股东需在企业破产时对环境治理承担补充责任的视角出发, 鲜有从公司董事责任维度着手剖析。这直接导致对企业环境法律责任的整体性把握不够, 对环境侵权债权人救济不足, 对加害企业威慑乏力。因此, 从董事与公司共同承担公司环境侵权责任入手, 对于强化公司社会责任和环境守法具有促进作用。

<sup>②</sup> 参见王欣新《破产法》, 中国人民大学出版社 2011 年版, 第 292 页。

<sup>③</sup> 参见张剑波《美国破产企业的环境清理责任及其启示》, 载《重庆社会科学》2011 年第 4 期。

<sup>④</sup> 参见前注①, 张钦昱文。

<sup>⑤</sup> [美] 大卫·G·爱泼斯坦等《美国破产法》, 韩长印等译, 中国政法大学出版社 2003 年版, 第 3 页。

<sup>⑥</sup> See Richard L. Epling, Environmental Liens in Bankruptcy, 44 Bus. Law. 85 (1988-1989); Alexander Clarkson, In the Red: Towards a Complete Regime for Cleaning up Environmental Messes in the Face of Bankruptcy, 69 U. Toronto Fac. L. Rev. 31 (2011).

<sup>⑦</sup> 参见前注①, 张钦昱文。

用。

## (二) 优先权语境下对环境侵权债权人救济的不足

“美国法律体系中,没有任何两部法律的冲突可以与破产法与环境法相提并论”。<sup>⑧</sup>以维护社会公共利益为己任的破产法与环境法原本应在各自的领域内各司其职,共同促进社会系统良性运转。然而,当负有治理环境污染责任或环境污染损害赔偿责任的企業申请破产时,两者便出现交集,并产生了一定的张力。一方面,破产法秉持“平等就是公平”的价值理念,将实现债权人的平等受偿并给于债务人新生作为其使命。<sup>⑨</sup>在公司财产有限、各方矛盾尖锐、盈利前景不明的破产情势下,破产法的公平原则又是维系各方利益的平衡器,如何精准把握公平尺度是检验我国破产法学发展水平、把脉司法文明进程和厘清我国经济法治完善发展的试金石。<sup>⑩</sup>另一方面,环境法以维护“公共环境利益”为要旨,赋予政府环保部门支出的治污费用及受害人的损害赔偿债权以优先受偿的地位。<sup>⑪</sup>然而,企业进入破产清算必须全程受到破产法的规制,如果环保法和破产法的制度设计不能有效衔接和协调,前述由企业承担环境治理、修复和赔偿的责任最终都会变成只具有宣示意义的“口号”。

关于设定企业破产程序中的优先权,理论界和司法实践中的主要分歧当属环境侵权债权优先权问题,主要体现在由环境污染造成的自然环境侵权债权和人身损害赔偿债权是否具有优先性问题。持肯定观点的学者认为,优先权的配置在有效保障受害人合法权益的同时,可以倒逼企业改进生产经营模式,避免更大范围的环境损害发生。尽管创设此优先权有必要,但针对该优先权的顺位问题存在争议,有的学者主张该债权与职工工资债权同位受偿,有的学者主张优先于一般优先权受偿。与之相对的是,有的学者认为由于环境侵权引起的行为禁止或行为履行令,例如停止污染或清理污染等责任承担方式,无法依据我国《企业破产法》第 114 条的货币衡量方式进行分配,而环境侵权债权优先权又会破坏债权人稳定的投资预期,诱发债务人的道德风险——遗弃污染财产等现象的出现。<sup>⑫</sup>

### 1. 环境侵权债权与有担保债权的冲突

根据我国《企业破产法》第 75 条的规定,企业在重整期间,债权人对债务人特定财产享有的担保权暂停行使,但在和解程序及破产清算程序中是否终止行使担保物权,我国法并未明确规定。由此,有学者认为应对此作扩大解释,将担保物权行使的限定有区别地扩展到所有破产程序,在破产清算完成前不应对其财产进行分配,以此来保障债务人财产总量,对后续债权人尤其是环境侵权债权给予更充分的清偿保障。其实,这种主张没有考虑到破产清算与重整的本质差异以及担保物权的根本特性。

担保物权设立的初衷就是要在债务人丧失清偿能力时,能够从抵押财产上得到优先清偿。尽管在破产实务中,担保物权一般也是在全部破产财产处理完毕后统一按分配方案进行清偿,但破产程序耗时长,担保物权人因无法及时行使其抵押权,必然要承担一定的损失,如利息损失。特殊情况下,抵押物毁损或者灭失而无替代物的,担保物权人可能面临更为严重的损失,更不用说通过保障债务人财产总量来保障债权人利益了。况且,担保物权在破产法上具有优先清偿的效力,在破产程序中统一分配破产财产之时,担保物权人对抵押物仍具有排除其他债权人受偿的优先效力。换言之,优先行使担保物权不影响债务人财产总量,不会实质损害其他债权人利益,而重整对担保物权进行限制,是避免因担保物的执行而影响整个重整程序;事实上,破产清算不同于重整,破产清算程序本质上与执行程

⑧See Sherren, Patents, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Court Handbook Series, 313 PATENTS 427 (1991) (Practicing Law Institute).

⑨See Elizabeth Warren, Bankruptcy Policymaking in an Imperfect World, 92 Mich. L. Rev. 336 (1993).

⑩参见张钦昱《论公平原则在重整计划强制批准中的适用》,载《法商研究》2018 年第 6 期。

⑪See 42 U.S.C. § 9604, 9607. 参见美国《公共健康和福利法》(The Public Health and Welfare)第 9604 条和第 9607 条。https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title42&edition=prelim, visited on 25-5-2020.

⑫参见钟健生《破产程序中的优先权:冲突解决与体系建构》,载《西南民族大学学报(人文社科版)》2018 年第 5 期。

序无异,只不过要依照破产法规定的顺位清偿债务。既然迟早要清偿债务,担保物权本身就具有优先于其他债权人受偿的权利,即使在破产程序中,这种权利也不应被否认,否则将动摇物权法、担保法的制度根基。从法理角度分析,对于调整进入企业破产清算或者重整程序的担保债权而言,物权法、担保法是一般法,破产法是特别法,在破产法没有明确规定的情况下,重整的规定不能当然扩大适用至破产清算。虽然这样会受到弱势群体和环境公益债权人的挑战(他们认为担保债权人应当完全或部分让利于其他债权人),但不能以牺牲整个法律适用规则和物权法、担保法的清偿原则为代价来平衡社会利益。在此前提下,完全可以通过创设环境公益基金、责任保险、公司董事环境侵权责任等多元化的社会救济机制来保障环境侵权债权人的利益得到充分实现。

## 2. 环境权益与其他社会公共利益的冲突

和绝大多数国家一样,我国在立法实践中出于对劳动者的弱势地位的考量,赋予职工债权以优先受偿地位。我国《企业破产法》第109条和第113条规定,职工工资和医疗等费用债权的受偿顺序仅次于特定财产担保债权、破产费用及共益债权。与大多数国家就职工债权类别、范围、受偿额度予以限制不同,我国《企业破产法》对职工债权的规定是开放式的,不对此做类型区分而予以区别对待。这种开放式职工债权规定旨在不遗漏任何一种可能成立的职工债权,有利于让更多的职工债权人以比较优先的顺序参与破产财产清偿分配程序,保障职工的生存权利。在环境侵权债权的保护方面,有必要将其置于与职工债权同一受偿顺位,从而优先于国家税收债权。

环境侵权债权人属于弱势群体,环境侵权债权具有生存权和人身权属性,同时,环境侵权行为的影响又具有广泛性和严重性,基于社会稳定和公共利益的考虑,此类债权应当得到全面而优位的保护。<sup>⑬</sup>如2011年的日本福岛核电站泄漏、我国常州的毒地案等环境事故,给当地乃至世界范围内的环境都造成了难以挽回的严重后果,若其无法及时得到补偿和恢复,不特定的很多人的生存环境将难以维系。此外,环境侵权债权影响的深远性等特征也决定了当发生严重的环境事故时,往往具有不可逆性,且侵权债权数额十分巨大,污染企业极易陷入破产状态。被污染受损的环境若迟延修复治理,不仅加重修复难度,更会带来高昂的经济成本,最后得不偿失。如果对环境侵权债权不以优先权进行保障,环境侵权责任则根本无法实现,长此以往将给予污染企业逃避环境治理责任的捷径即申请破产,从而给公众的生态环境权益带来更大的损害。

我国《企业破产法》第113条将破产人欠缴的其他社会保险费用和所欠税款等债务作为破产清算程序中第二清偿顺序予以清偿,其核心体现的是税收优先权的思想。通说认为,税收关乎国家财政利益,财政利益又关系民生,所以税收债权债务应属于公法之债,具有优先权地位。自20世纪末以来,域外税收债权优先权呈现明显弱化趋势,德国、英国、澳大利亚等国逐渐将税收债权剔出优先权范围,即便在没有否认税收优先权的国家,其多数在税收的效力登记、适用范围、适用形式上也有所限制。我国《税收征收管理法》和我国《企业破产法》作为同一位阶的法律,它们对税收优先的相关规定也不一致。依据我国《税收征收管理法》第45条,税收债权优先于无担保债权,同时按债权成立时间的先后确定与担保物权的受偿顺位。依据我国《企业破产法》第109条和第113条,税收债权的优先权受偿顺位仅优于普通债权,次于担保债权和职工债权。由此,税收优先权在适用上极易产生混乱,若将其置于环境侵权债权之前,由它产生的顺位之争议,势必会以时间浪费为代价影响后续环境侵权债权的受偿状况,而环境治理的紧迫性又决定了治理环境污染需特别注重时效。税收作为国家财政的最重要来源,其秉持“取之于民,用之于民”的理念,而破产企业的环境侵权债务的发生原因在于企业的经营行为侵犯了公众生存和发展权利。如前所述,环境污染治理和环境恢复就是一场与时间赛跑的博弈,做得越早,效果越佳。既然如此,为什么不能节省时间成本,先让环境侵权债权人优先受偿,而

<sup>⑬</sup>参见王明远《环境侵权救济法律制度》,中国法制出版社2001年版,第147页。

要先交纳税款再由国家进行第二次分配呢?这种做法不免有多此一举之嫌。因此,对国家税收债权而言,其受偿顺位应当置后于环境侵权债权。

### (三) 解决问题的基本路径

在企业破产清算中,针对环境侵权债权具体的受偿顺位,比较适宜的做法应是将其定为在担保物权之后、税收债权和普通债权之前,与职工债权同一顺位。我国《企业破产法》的宗旨是,既公平对待所有债权人,公平合理地分配债权,也保护“诚信但不幸”的债务人,使其有重生的机会和能力。<sup>⑭</sup>破产程序中的优先权制度作为平等受偿原则之例外,其传递的价值理念要求人们不应管中窥豹,仅将诸如环境侵权债权在内的弱势群体债权通过单纯前置其受偿顺位来使之得到保障,而是应跳出“优先顺位之争”。应在坚守破产法、环保法、担保法的基础上,积极创设第三方保障机制来平衡各方债权人的利益,有必要创设董事与公司共同的环境侵权责任承担制度,与环境保险制度、企业环境保护基金制度等一起来平衡各方债权人的利益,如此才能充分发挥破产带来的正面效应,反过来也能增加破产企业的清偿能力,缓解破产清算程序中的环境责任困境。

## 二、董事与公司共同的环境侵权责任承担制度:破产清算中董事信义义务的变化

市场经济的发展与交易形式的复杂化,使企业从单一的组织关系逐步转变为交易工具。董事作为公司主要的决策的制定者和执行者,其所承担的信义义务指向企业利益的最大化,对企业的整体运行起着至关重要的作用。这意味着董事义务规则设置是否合理将对企业制度目标能否实现产生直接影响。破产作为企业运营发展中一种特殊的状态,保护债权人的合法利益就成为此时董事信义义务的直接指向。换言之,企业破产清算中董事履行信义义务的内容已经从董事对股东的内部组织关系转移至董事对债权人的外部关系。

### (一) 风险负担理论下董事信义义务的转变

从加害人责任角度出发,经济学上的信托基金理论与风险负担理论为企业破产清算中董事连带保护环境侵权债权奠定了基础。长期以来,信托基金理论被视为企业进入事实破产时董事信义义务对象从股东向债权人转化的理论基石。该理论起源于 1824 美国的 Wood v. Dummer 案,该案主审法官斯托里认为,董事最终对谁负责需要根据董事所掌握的信托基金的真正所有权人来决定。<sup>⑮</sup>在企业总资产不足以清偿公司的总负债时,且在没有合理理由可以相信企业在接下来一段时间内可以扭亏为盈时,企业的资产就不再属于股东所有,实质上转变为债权人交与董事手中的信托基金。由此引发的董事信义义务所指向的不再是实现企业资产的长期增值,而是转变成使现有财产保值以供债权人获得清偿。该理论和规则一直受到质疑,主要理由就在于将信托基金理论运用于企业破产中债权人利益的保护与信义法的内在逻辑不相吻合。<sup>⑯</sup>信义法中的信义关系一般以委托为基础,董事由股东选举产生,两者同属企业内部人员,故而可视为是一种委托关系,适用信托基金理论自然顺理成章。然而,债权人是企业的外部人,其与企业多是通过合同或侵权等法定原因发生关系的,其与董事之间并不存在委托关系,仅仅因为企业资不抵债就推定董事是债权人的受托人,在逻辑上难以自圆其说。除此之外,不同类型的债权人在适用上的区别问题,以及干预企业的正常经营、降低董事工作积极性等方面问题,都成为信托基金理论的局限性。

因为存在争议,信托基金理论被认为是“在公司法领域没有比它能够引起更多混乱的法律概

<sup>⑭</sup>参见蔡唱、郑显芳《论实体合并破产实务和理论的冲突与调适》,载《山东社会科学》2019 年第 10 期。

<sup>⑮</sup>See Wood v. Dummer, 30 F.Cas.435(no 17, 944) (C.C.D.Me.1824).

<sup>⑯</sup>See John C.McCoid, Corporate Preferences to Insiders,43 S.C.L.Rev.805,826 (1992).

念”,1991年特拉华州衡平法院的莱诺斯案是董事信义义务转化的一个标志性判例,该判决被称为“公司法哲学的新变化”。该案涉及濒临破产时期董事的信义义务问题,因而也让董事信义义务转化产生了信托基金规则之外的一个新的理论,即风险负担理论。在莱诺斯案中,涉案企业仅仅处于濒临破产期而非事实破产期,企业的资产不能当然推定为债权人的信托资产,因而信托基金规则显然无法适用。审理该案的法官艾伦认为“至少在企业濒临无力清偿时(in the vicinity of insolvency),董事会成员不仅是剩余风险承担者的代理人,还应当对企业自身承担义务。”<sup>①⑦</sup>“企业自身”被解读为包含债权人在内的所有的企业利益相关者,这是因为濒临破产企业的债权人利益可能受到董事高风险投资行为的侵害,董事往往以此追求高额回报以挽回股东利益的损失。承担风险的高低与所获收益的多少成正比是市场经济规律,公司作为最重要的市场经济主体也遵循着该规律。公司正常经营时,董事利用投资者对企业的投资资金进行运营,可能投资得不到收益,其最终风险将由股东承担。因此企业在作出商业决策时首先应考虑公司股东的利益,其次才考虑债权人利益,这是风险理论和公司制度使然。这也对董事行为有明确的导向和激励,避免董事在进行商业决策时过于保守而错失商业机会。然而,这一状况会随着企业经营状况变化而发生变化,尤其在企业处于破产边缘或者已经处于事实破产时,就有必要在这特殊的状态下重新反思董事、股东和债权人之间的关系:在有限责任的保护之下,董事的高风险行为的正向收益归股东,反向损失的风险最终只能由债权人承担。

风险负担理论源于经济学的资本结构理论。股东与债权人之间的利益冲突是公司治理的核心问题。公司的资本结构一旦引入债权,则股东与债权人的利益冲突已产生。实证研究表明,这种冲突的激烈程度随着企业财务状况的恶化程度加深而不断增加。一旦企业陷入资不抵债,即在资本结构上负债超过资产,两者的冲突将达到极致。<sup>①⑧</sup>此时,作为剩余控制权人的董事的行为规则将决定股东与债权人两大群体的切身利益。当公司财务状况不断恶化,原有信义义务结构所体现的企业权力分配格局可能造成较高的代理成本,需要作出相应的调整。因此,如果企业财务陷入困境,公允价值将取代在正常经营时处于首位的经济效率价值而被优先选择,管理层的信义义务开始向债权人转化,信义义务的转化程度取决于企业财务的恶化程度。<sup>①⑨</sup>公司资不抵债的程度越高,就应当有越多的信义义务从股东向债权人转移。<sup>②⑩</sup>之后,“公司自身”一词被逐步解释为“债权人”。同时,风险负担理论也成为破产时期董事信义义务转化的又一个理论依据。

综上所述,无论是信托基金理论还是风险负担理论,在企业进入事实破产或者濒临破产边缘时,董事都需将信义义务指向包括环境侵权债权人在内的所有债权人,保障他们的债权在企业剩余资产中得到有效分配。如果董事没有尽到信义义务而使环境侵权债权人利益最终无法得到保障,则由董事承担相应的赔偿责任。经过多年的实践发展,信托基金理论与风险负担理论已经成为资不抵债企业的债权人最常用的主张自身权益的理论武器,也是公司法上董事对公司和股东的信义义务在破产法上对侵权债权人所出现的延伸。

## (二) 社会责任理论下董事信义义务的扩张

由企业经营活动造成的环境污染和生态破坏,显示了人与自然的不和谐,更突出了人与人之间的不和谐。通过创设董事对企业经营造成的环境污染与生态破坏承担连带责任的制度,可以有效保证董事等高级管理人员在进行企业决策时充分考虑生态环境因素,警示其必须承担起环境保护的社会

<sup>①⑦</sup>See Credit Lyonnais Bank Nederland, N.V. v. Pathe Communications Corp. (1991 WL 277613, Del. Ch. 1991).

<sup>①⑧</sup>See Laura Lin, Shift of Fiduciary Duty upon Corporate Insolvency: Proper Scope of Directors' Duty to Creditors, 46 Vand. L. Rev. 1485, 1489 (1993).

<sup>①⑨</sup>See Ramesh K. S. Rao, David Simon & Sokolow Derek White, Fiduciary Duty to the Lyonnais: An Economic Perspective on Corporate Governance in a Financially Distressed Firm, 22 J. Corp. L. 53, 75 (1996).

<sup>②⑩</sup>See Steven L. Schwarcz, Rethinking a Corporation's Obligations to Creditors, 17 Cardozo L. Rev. 647, 678 (1996).

责任,防范环境损害于未然。在企业破产清算中加强董事的环境责任,也是社会分担责任机制的一种表现,有利于保障环境侵权债权人的合法权益,并维护社会的和谐稳定。

利益相关者理论是支持企业社会责任的主要理论依据。传统公司法理论认为,企业利益应认定为全体股东的利益,企业之存续目的在于追求全体股东利益的最大化。利益相关者理论则提出,企业是一个由物质资本提供者(股东)、人力资本提供者(雇员)以及其他利益相关者之间组成的“契约网”,各利益相关者在企业投入各种要素,以取得单个主体无法获得的集成收益,企业就是各种要素的组合和利益相关者利益的联结。<sup>②</sup>企业的设立及存续不仅仅源于股东的投入,因而不能将公司捆绑于股东之上。企业是一个独立并超越于股东的、有着其自身利益的自我实体,其并不从属于股东的意志而存在。基于企业的创立形成一个独立的法律秩序和法律人格,该法律人格不但源于股东,而且源于社会利益在内的其他利益相关者。这也意味着企业利益并不是一个抽象的概念,而有其实际内容,除股东利益外,其他利益相关者的利益也应为利益所涵盖。毋庸讳言,股东利益的最大化不应是企业的唯一目标,企业的决策不能仅仅考虑股东的利益最大化,而是还需考虑其他利益相关者的利益。总之,企业利益的实现主要依赖董事的商业决策,故公司的社会责任也就依赖于董事的履行。据此,社会责任就成为企业追求自身利益的题中之义,董事成了企业保障公共利益实现的首要责任担当者。

综上所述,债权人属于企业的利益相关者的观点是学界共识,企业债权人保护也是公司法学界研究的热点和重点问题。保护债权人并非是对传统公司法理论中的“公司股东利益至上”的完全否定,而是对维护整个社会经济有序、健康、长远运行的回应。具体到在企业进入破产清算程序后实施经营行为造成的环境污染,或者在企业正常经营期间产生的环境损害没有及时解决拖延至企业破产清算阶段,作为利益相关者的环境侵权债权人的权益保障就迫在眉睫。董事作为企业的实际经营人,对企业的运行负有直接责任,如果因董事违反信义义务而造成环境损害,由董事与公司共同承担环境侵权债权责任就成了题中应有之义。

### (三) 企业不同经营状态下董事信义义务的变化

在不同的经营状态下,基于债权人在公司资产中承担的风险和收益,需要不同的保护债权人的法律规则,以有针对性地去实现股东利益与债权人利益之间的平衡。美国的理论与实务界将公司的状况分为正常运营、事实破产、濒临破产、实际破产等四类。

其一,企业正常运营时以股东为受益人。股东是公司的所有者,在公司清算时对公司资产索取权处于末位,由此在公司各主体中承担着最大的风险。董事和管理层对公司承担信义义务,因此,当公司经营状况良好时,董事信义义务的内容自然是使股东利益最大化。换言之,在这一阶段,董事不对债权人承担信义义务。此外,在此情形下,债权人从公司中获得的收益已经被其与公司订立的合同锁定,其在公司资产中不享有衡平法上的利益,债权人得到合同法规则的保护,信义义务法律规则因而不对债权人提供额外的保护。

其二,企业事实破产时以债权人利益优先。事实破产指公司陷入无偿付能力状态,尚未申请破产。此时,债权人成为董事信义义务的受益人,这已经成为美国司法界的共识。正如特拉华州高等法院前首席沃塞法官所指出的“董事的经营决策可以倾向于维护债权人的利益,前提是这一决策符合公司的最佳利益。然而,我们必须牢牢记住‘最佳’利益的内涵——董事对谁承担义务以及在何时承担义务。当公司趋近于无偿付能力时,公司价值最大化的受益人将从股东转变为债权人,但是董事信

<sup>②</sup>参见李建伟《论公司社会责任的内涵界定与实现机制建构——以董事的信义义务为视角》,载《清华法学》2010年第2期。

义义务的对象不变。”<sup>②</sup>沃赛法官的这段话概括了美国法官对丧失清偿能力公司的董事所承担的信义义务的基本观点:在此情形下,董事仍对公司承担信义义务,该信义义务的受益人从股东转变为债权人。美国法院对董事以债权人作为信义义务受益人的分歧体现为对债权人地位的不同看法,即债权人是否在此特定情形下是董事信义义务的唯一受益人,还是仅仅加入董事信义义务受益人的行列。值得注意的是,即便主张债权人与股东一起成为董事信义义务受益人的人士亦认同,当债权人与股东的利益发生冲突时,董事应优先服务于债权人的利益。

其三,企业濒临破产时应平衡股东和债权人的利益。莱诺斯案是主张董事在公司濒临破产时对债权人承担信义义务的代表性案件。在莱诺斯案中,主审法官威廉·艾伦判定董事在公司临近破产边界时,应当综合平衡互相冲突的股东利益和债权人利益,而不应偏袒任何一方,因为此时董事会不仅仅是股东的代理人,也对公司本身承担义务。<sup>③</sup> 艾伦法官在这里所指的“公司”是代表包括股东、债权人等多元主体的利益共同体。值得注意的是,法官在该案中仅要求董事“考虑”债权人的利益,而没有要求董事以债权人为受益人承担信义义务。由此可以看出,美国董事在公司濒临破产状态下承担的义务不同于其在公司丧失偿付能力时所承担的义务。

其四,企业实际破产时以债权人作为受益人。2007年5月,在北美洲天主教教育规划基金诉盖瓦拉案中,特拉华州最高法院否定了莱诺斯案中所确立的濒临破产是董事义务转移的引发条件这一观点,认为只有在公司实际破产时,董事对股东的信义义务才转移至债权人。<sup>④</sup> 特拉华州最高法院的诺贝尔法官认为,当公司有偿付能力时,剩余索取权人是股东,因为他们是公司运营和价值增长的最终受益人;当公司实际破产时,这些剩余索取权人就变成债权人,取代了股东的位置,因此董事信义义务的受益人应从股东转为债权人。<sup>⑤</sup> 特拉华州最高法院支持了董事义务转移的理论。这意味着,债权人在公司实际破产时,不仅受合同法或侵权法的保护,而且可以从公司法中找到相应的救济途径。

### 三、破产清算中董事环境侵权责任的强化

董事信义义务的受益人随着企业经营状态的变化而变化应当成为强化董事环境侵权责任的基础核心。早在1991年,莱诺斯案成为美国司法实践中董事信义义务转变的节点;随后的赫尔斯案明确了当公司处于事实破产乃至濒临破产时期,董事对债权人直接承担信义义务的理念,将传统意义上董事仅对企业承担信义义务延展至债权人。<sup>⑥</sup> 泛泛地谈论企业应承担社会责任,不将这种责任与董事的义务联系起来,将会使企业社会责任永远停留在纸面上,从而沦为一个空洞的口号,而无法变为实际的行动。具体到企业破产清算情形,厘清董事信义义务指向受益人的变化情况以及债权人提起派生诉讼等,都应成为董事承担环境责任程序的重要环节。

#### (一) 雇主责任理论下董事环境责任的延伸

与自然人之间的侵权行为相比,环境侵权行为一般由经过严密组织化的法人或社会组织实施,在责任发生(如由雇员实施)与责任承担(如公司独立承担责任,而董事可能游离于责任之外)上存在独特之处。以自然人侵权为模型构建的侵权责任规则已不能完全适应法人侵权行为。雇员在执行雇佣事务过程中造成第三人损害的,雇主对该损害一般承担过错推定责任或者无过错责任,这是近代以来

<sup>②</sup>E. Norman Veasey & Christine T. Di Guglielmo, What Happened in Delaware Corporate Law and Governance from 1992- 2004? A Retrospective on Some Key Developments, 153 U. Pa. L. Rev. 1399, 1431 (2005).

<sup>③</sup>See Credit Lyonnais Bank Nederland, N.V. v. Pathe Communications Corp. (1991 WL 277613, Del. Ch. 1991).

<sup>④</sup>North American Catholic Educational Programming Foundation v. Gheewalla, 930 A. 2d 92. (Del. 2007).

<sup>⑤</sup>参见徐晓松、徐东《我国〈公司法〉中信义义务的制度缺陷》,载《天津师范大学学报(社会科学版)》2015年第1期。

<sup>⑥</sup>Brandt v. Hicks, Muse & Co. (In re Healthco Int'l, Inc.), 208 B. R. 288, 300 (Bankr. D. Mass. 1997).

普遍的法律规则。例外的规则是,如果该雇员在执行雇佣事务中对第三人造成损害是故意的或者有重大过失,则该雇员与雇主一起对受害第三人承担连带的侵权责任,或者雇主对受害的第三人承担侵权责任后,有权向有故意或者重大过失的雇员追偿。<sup>②7</sup>

最高人民法院于 2003 年 12 月 26 日发布的《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《人身损害赔偿解释》)对此采用了连带责任和责任追偿的双重规则安排,《人身损害赔偿解释》第 9 条第 1 款规定“雇员在从事雇佣活动中致人损害的,雇主应当承担赔偿责任;雇员因故意或者重大过失致人损害的,应当与雇主承担连带赔偿责任。雇主承担连带赔偿责任的,可以向雇员追偿。”<sup>②8</sup>公司董事作为公司的高级雇员,由股东大会选举产生,对公司、股东负责,在企业日常经营管理中起着决定性的作用,强化董事的环境侵权责任是强化公司社会责任的重要组成部分。虽然公司属于法律意义上的民事主体,但是公司的行为需要特定自然人(如其法定代表人、雇员等)实施。因此,规定故意或者重大过失的董事在此种情形下承担直接的环境侵权责任(如连带责任)或者间接的环境侵权责任(如被雇主追偿)是十分必要的。这既有利于环境侵权债权人损害赔偿请求权的实现,也有利于规范董事的行为,要求其在执行雇佣事务过程中谨慎行事,避免或者减少损害的发生。

由此,依据《人身损害赔偿解释》第 9 条第 1 款的规定,在环境侵权领域,董事因故意或者重大过失造成污染,致使受害人遭受损害的,董事与其公司对该受害的第三人承担连带赔偿责任,公司在承担连带责任后有权向董事追偿。通过这样的安排,既保证环境侵权债权人的损害赔偿请求权得到实现,又能在一定程度上抑制基于故意或者重大过失的污染事件的发生。

## (二) 破产清算中董事环境侵权的连带责任

公司董事的责任与其地位与职权相挂钩。1980 年美国国会通过了《综合环境反应、赔偿与责任法》(Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act, CERCLA),其通常被称为《超级基金法》(Superfund Law)。美国《超级基金法》“针对责任人建立了‘严格、连带和具有溯及力’的法律责任。严格和具有溯及力的责任意味着不论潜在责任方是否实际参与或者造成了场地污染,也不论污染行为在污染发生时是否合法,潜在责任方都必须为场地污染负责”。<sup>②9</sup>连带责任意味着联邦环境保护局有权对任何一个能够找到的潜在责任人追索全部修复费用。可见,在美国《超级基金法》的调整范围内,以适用连带责任为常态,这与日常法律规则运行中连带责任的适用范围日渐缩小呈现出强烈反差,形成了其极具特色的连带责任:其一,不关注行为特征,只是基于身份,行为人即使没有排放等污染行为,也可能由于所有者身份而承担责任;其二,不关注因果关系,在侵权责任的构成要件中,原告在提起损害赔偿之诉时,不要求原告证明被告与环境损害存在因果关系,只需证明被告属于规定的四类责任主体之一即可。

虽然我国《侵权责任法》第 65 条和第 66 条(相当于我国《民法典》第 1229 条、第 1230 条)规定了环境侵权实行无过错责任与举证责任倒置制度,环境侵权受害人作为原告在提起损害赔偿之诉时,并不需要原告证明被告损害行为的主观过错以及被告损害行为与环境损害之间存在因果关系,但是美国《超级基金法》中的“潜在责任人理念”,实质是通过扩大责任主体,将环境污染发生前后各个过程中可能涉及的责任人都囊括其中,以期治理环境污染提供充分的责任保障,也值得我国借鉴。

在制造资源集团案中,特拉华州上诉法院法官指出,当债权人以董事违反信义义务为由提起诉讼时,其所提起的诉讼应界定为派生诉讼,债权人应视为以公司代表人身份提起诉讼。当企业陷入破产状态时,债权人转变为企业剩余资产的所有者,这并没有改变董事违反信义义务对公司造成的损害的

<sup>②7</sup>参见张新宝、庄超《扩张与强化:环境侵权责任的综合适用》,载《中国社会科学》2014 年第 3 期。

<sup>②8</sup>谷昔伟《“责任减轻规则”在用人单位追偿权案件中的适用》,载《法律适用(司法案例)》2018 年第 22 期。

<sup>②9</sup>State of Ohio v. Georgeoff, 562 F. Supp. 1300 (N.D. Ohio 1983).

性质。这已经为美国司法界所普遍接受。该法官对此进一步解释,公司清算的事实并没有改变董事承担信义义务的对象,那就是公司。公司的清算只是使得债权人成为董事因违反其义务致使公司资产价值减损而利益受到侵害的主要团体,并因而有资格提起诉讼以对侵害行为寻求救济。相应地,公司陷入清算并不会把归属于公司的诉讼请求转化为归属于债权人的诉讼请求。制造资源集团案再次确认了当公司陷入无偿付能力状态时,董事对公司承担信义义务,而债权人是这一义务受益人的法律规则。基于这样一种认识,债权人对董事提起的诉讼应定位为派生诉讼,而非直接诉讼。<sup>③</sup>虽然法官后来在该案的判决书中进一步指出,他们提出的前述观点并不意味着完全抹去债权人就从事违反信义义务的行为提起直接诉讼的可能性,如果董事所从事的行为仅对某个特定债权人而非债权人整体的利益构成侵害,则该债权人可以提起直接诉讼,但是当董事行为对部分债权人的利益构成伤害,以及出现多个特定债权人共同起诉等情况,他们并没有做进一步分析。

公司董事作为市场经济活动中重要主体,其对社会环境责任的承担除了受到来自内部法律的强约束外,更重要的还是应接受来自外部市场的监管,依靠市场的需求去调节企业的经营行为,才是保障董事落实公司环境责任的真正内在驱动力。产品、资本、人才作为外部市场中最重要的构成因素,不仅可以提供公司运营状况和承担社会责任的信息,而且可以为社会公众评价董事的经济活动与践行社会责任的状况提供评估与监督机制,以此对董事承担环境责任形成有效约束。在企业破产清算中更是如此,从董事自身的立场来看,其承受作为企业最后存续阶段中的环境责任,既是对企业对股东坚守信义义务的体现,也可以在未来重新进入人力市场谋职时提升自己的价值,其得到新用人单位青睐的可能性也就越大,于公于私,于过往于将来,对他们来说都十分有益。

此外,公司承担环境责任的情况还应当为市场所充分知悉,这是市场对董事履行环境责任有效约束的前提。这就要求建立完善的公司环境责任信息公开披露机制,防止在破产清算中作为破产管理人的董事,为了盲目增加债务人财产或抱着企业将在法律上“死亡”而不需要承担责任的心理,进行不考虑环境后果的经济活动。

#### 四、破产清算中董事承担环境侵权责任的限定

董事承担环境侵权责任法律机制重在明确董事对公司环境损害的责任范围。为了防止矫枉过正,引起董事责任泛化导致的企业经营风险,破产清算中董事承担环境侵权责任应有所限定,这种限定主要体现为建构董事承担环境侵权责任的救济权利与救济程序。

##### (一) 商业判断规则缺失下董事责任的泛化

在探讨完善我国董事环境责任的法律制度建构之前,有必要先行论述当前我国破产企业中董事义务设置之现状,以期能更好地借鉴域外成熟经验,达到“不仅为我所用,更为我善用”的目的。我国《公司法》第21条、第149条、第152条等规定的公司董事责任范围仅限于适用公司负有忠实义务和勤勉义务领域,仅限于损害公司或公司股东利益的情形,<sup>④</sup>并没有关于公司董事对债权人所负义务的相关规定。可见,我国《公司法》所规定的董事信义义务受益人并未涵盖公司债权人,这也直接造成当下董事在进行商业决策时,大多直接忽略企业债权人的权益,哪怕企业处于濒临破产或已经进入破产程序之中的情形。

我国《企业破产法》中关于公司董事承担个人责任的规定主要是该法第125条和第128条,从中不能当然得出公司董事应对债权人承担责任的结论。该法第125条是追究公司董事造成公司破产的

<sup>③</sup>Production Resources Group L.L.C. v. NCT Group, Inc. 863A. 2d 772,790(Del.Ch. 2004).

<sup>④</sup>参见前注①,张钦昱文。

责任而非直接对债权人承担责任的规定。该法第 128 条中的“法定代表人”和“其他直接责任人员”也并不能完全等同于公司董事,因此即使公司董事实施的行为造成了破产财产的减损,损害了债权人的利益,也难以根据该条追究公司董事的个人责任。在实践中,人们通常认为,债权人的权利可以通过合同保护及“公司人格否认”这两个途径得以维护。关于合同保护,依照传统公司法理论,债权人作为公司固定收益索取者不能成为信义义务的受益人,其与公司除了契约关系外,不享有任何权利。“公司人格否认”虽然在特定条件下可令股东对公司债权人负责,但这一制度在我国《公司法》中的规定得比较原则,且适用条件较为苛刻,不足以保护公司债权人的利益。在司法实务中,董事在企业破产清算时更是一边倒地只需对公司与股东承担责任,直接对债权人负责的情形屈指可数,所以更谈不上董事直接对环境侵权债权人承担义务一说。英美法系与大陆法系对信义义务主要内容与基调的认识是统一的,注意义务与忠实义务两者不可或缺,<sup>②</sup>它们构成信义义务的全部内容,但其各有侧重:注意义务从积极的方面要求董事要以企业的利益而行为,主要解决董事“懈怠”的问题,是对“勤”的要求;<sup>③</sup>忠实则是从消极的方面禁止董事从事有害企业的行为,重点解决董事“不忠”的问题,是对董事“德”的要求。<sup>④</sup>是故,只有将两种义务结合,才能促使公司实现利益的最大化。

虽然 2018 年我国《公司法》作了修订,但其规范重心仍放在忠实义务上,用大量的条文规定了包括遵纪守法、限制自我交易、不侵占公司财产、保守公司秘密以及信息披露等董事的忠实义务。对于董事的注意义务,其第 147 条规定,董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程,对公司负有忠实义务和勤勉义务;其第 112 条规定,董事有亲自出席董事会会议的义务;第 150 条规定,董事有列席并接受股东质询和配合监事(会)行使职权的义务。显而易见,我国《公司法》对董事注意义务仅有原则性规定,内容单薄无力,更缺乏对注意义务的内涵以及行为模式的界定。2014 年修订的《上市公司章程指引》(以下简称《指引》),对注意义务有较详细的规定。《指引》第 98 条规定,董事对公司负有下列勤勉义务:(1) 应谨慎、认真、勤勉地行使公司赋予的权利,以保证公司的商业行为符合国家法律、行政法规以及国家各项经济政策的要求,商业活动不超过营业执照规定的业务范围;(2) 应公平对待所有股东;(3) 应及时了解公司业务经营管理状况;(4) 应当对公司定期报告签署书面确认意见以保证公司所披露的信息真实、准确、完整;(5) 应当如实向监事会提供有关情况和资料,不得妨碍监事会或者监事行使职权;(6) 法律、行政法规、部门规章及《指引》规定的其他勤勉义务。此外,《指引》还授权公司根据实际需求在章程中增加对本公司董事勤勉义务的要求。然而,《指引》只是证券监管机构制定的指导性文件,在法律体系中位阶较低,适用范围较小,缺乏强制效力。因此,其根本不足以完全弥补我国《公司法》对董事注意义务内容规定的缺失。注意义务作为董事“主动出击”和积极经营企业的直接调整规则,其对外不只是代表企业的业务水平,更是代表企业社会责任的担当。因此我国《公司法》对董事注意义务内容规制的欠缺对内不利于企业自身的经营发展,对外不利于企业彰显承担环境治理等社会公益责任的形象,由里及外,影响企业可持续发展。

由忠实义务与注意义务构成的信义义务为利害关系人主张权利奠定了法律基础,但针对董事的直接诉讼很容易使董事执行职务的责任泛化,导致董事在经营决策中过于谨慎,贻误商机。因此,在公司诉讼制度发达的国家,法院通过漫长的裁判经验积累,创设了商业判断规则,将“重大过失”作为审查董事是否违反注意义务的标准,并逐渐发展成为一项法院自我约束的原则,通过划定司法介入与公司自治之间的界限,以防止法官滥用自由裁量权而影响董事的商业判断。<sup>⑤</sup>

我国《公司法》在完善董事注意义务的同时,没有引入商业判断规则,这给没有违反信义义务而

<sup>②</sup>参见朱圆《论美国公司法中董事对债权人的信义义务》,载《法学》2011 年第 10 期。

<sup>③</sup>参见施天涛《公司法论》,法律出版社 2014 年版,第 421 页。

<sup>④</sup>参见刘凯《控制股东的信义义务及违约责任》,载《政法论坛》2009 年第 2 期。

<sup>⑤</sup>参见[日]佐藤孝宏《董事对第三人责任——从比较法和社会整体利益角度分析》,载《河北法学》2013 年第 3 期。

需要承担环境责任的董事带来了巨大压力,长此以往会影响董事商业决策的积极性,过于保守也就脱离了公司的本质特征即逐利性,造成市场缺乏活力,经济疲软。<sup>③</sup>然而,人们也要警惕商业判断规则的“双刃”性。过于强调商业判断规则,将使股东对董事提起的违反注意义务之诉变得毫无价值,只要董事的行为符合相关要件,即可免责,法院不能对董事商业判断的正当性进行任何实质性审查,这可能使董事的行为过于宽纵,商业判断规则就如形同虚设。此外,根据我国《公司法》第149条的规定,董事、监事和高管在执行公司职务时,违反法律、行政法规或公司章程的规定,给公司造成损失的,应当承担赔偿责任。然而,以“重大过失”作为董事承担责任的过失要件并没有在其中得到反映,这会导致我国司法权介入公司治理时出现法官自由裁量权过大的弊端。

## (二) 衡平原则下董事环境责任的救济

我国没有商业判断规则的相关法律规定,导致公司董事承担环境责任具有泛化的风险。基于企业、董事、债权人、环境等多种法益的平衡与保护,环境侵权债权成立的时间、董事主观有责性等要素对董事承担环境侵权责任,以及对董事事后行使追偿权也起到至关重要的作用。

环境侵权债权的成立时间于董事对环境侵权债权责任的承担与否及实现程度关系重大。依据成立时间,环境侵权债权可分为破产受理前与受理后(破产受理后,笔者于本文中只讨论其中的清算阶段)。

其一,以破产时间为节点,破产程序开始前,企业正常运营阶段出现的环境污染、侵权等行为产生的债权,因没有及时处理而拖延至破产清算中,则董事应与公司一起承担环境侵权连带责任,此时董事本质上是为公司正常存续期间的环境责任承担义务;破产清算开始后,可分两种情况设定规则。第一,董事作为破产管理人实施自行管理时,因为破产清算过程中产生的环境侵权债权,此时董事在其中的作用可参照公司正常运营时作出判断,即董事对此环境侵权债权承担连带责任。第二,由法院指定管理人时,按照司法实践,此时一般由债务人、债权人以及法院各派一名代表组成破产管理人负责破产事务。在这种法院指定管理人的情况下,又可分为两种情况设定规则。一是董事被选为债务人(企业)的代表参与破产管理活动时,若因为董事(破产管理人之一)的决策在破产清算中产生环境侵权债务,则董事应对其产生的环境侵权债务与破产企业一起对环境侵权债权人承担连带责任。基于时间节点讨论的四种情况,不论董事违反信义义务与否,基于企业此时处于资不抵债的状态,为了给予环境侵权债权人足够的保护,均需与企业一起对环境侵权债权人承担连带责任。一方面,让董事承担连带责任有利于环境侵权债权人的损害填补,因为赔偿的主体增加了,且在企业资不抵债状态下,董事的赔偿能力可能更强。另一方面,毕竟环境侵权行为是公司实施的,公司应该为其自身的治理结构没有阻止“侵权命令”的产生和侵权行为的后果负责。二是董事没有被选任为债务人代表参与法院指定管理人模式下的破产活动时,董事也就无需对在破产清算中产生的环境侵权债权承担责任。在前一种情况下,需要讨论违反信义义务与否对董事承担企业环境责任的影响。如果董事因为违反信义义务,而使企业背负环境侵权债权,则对于企业和环境侵权债权人,董事都作为过错一方,即董事对企业和债权人都需承担赔偿责任或侵权责任,此时不论董事身处破产程序前还是清算程序中,均需对环境侵权债权承担责任。基于我国《公司法》第20条规定的企业法人的独立人格,目前债权人只能向公司主张权利,公司事后可向存在过错的董事追偿。这样的程序设置直接导致了如若企业的资产不足以清偿环境侵权债权时,环境侵权债权人的利益将无法得到保障。所以在未来的程序设置中,可以参照美国的经验,当企业处于事实破产和实际破产时,赋予环境侵权债权人直接起诉董事的权利,即此时董事与企业一起对环境侵权债权人承担连带责任。

其二,在董事没有违反对企业的信义义务而使企业造成环境污染,由此产生环境侵权债权情况

<sup>③</sup>参见梁爽《董事信义义务结构重组及对中国模式的反思——以美、日商业判断规则的运用为借镜》,载《中外法学》2016年第1期。

下,董事出于对公司追求利润的价值选择,对内(公司)没有过错,所以对外(环境侵权债权人)承担责任的应是公司,董事无需承担连带责任。如果企业有足够的资金用于清偿环境侵权债权,则在这样的条件下讨论董事责任没有意义。问题在于,如果企业没有足够的资金清除环境侵权债务,或是因此而陷入破产,或是董事作为破产管理人在企业破产清算中作出的经营决定导致的环境污染,那么,因为债务人(企业)没有足额的资金用于清偿环境侵权债权人的债务,按照我国《公司法》和我国《企业破产法》的规定,基于公司独立人格,环境侵权债权最后的受偿会受到很大影响。在这样的背景下,出于企业社会责任的考量,以及环境污染的严重性与危害性,在企业陷入资不抵债时(董事对企业无信义义务之过错),可由董事对企业的环境侵权债务承担连带责任。在债权人层面,如果严格按照责任份额大小要求债务人各自承担,会严重延误环境侵权债权的清偿,不利于环境污染的及时治理;在责任人层面,在有多个责任人的情形下,责任人出于对自己利益的保护,会殚思竭虑地采取诉讼策略对责任加以否定,这样势必会导致债权人在诉讼中投入过多资源,浪费时间成本。连带责任有助于鼓励责任人与环境侵权债权人进行和解,节约诉讼成本。董事对企业负有信义义务,对其他利益相关者也负有信义义务,董事在社会经济中的特殊地位决定了其在对企业负责的同时,未必也尽到对环境保护等社会公共利益的义务。因此,可以借鉴美国《超级基金法》中严格、连带的责任规则设计,对造成环境污染企业的董事课以连带责任,以回应环境侵权债权保护的现实之需。值得注意的是,此连带责任的范围以董事的收益为限,可以是一段时间的工资绩效,也可以是这个项目给他带来的红利,不然将影响董事在企业经营中的积极性,背离企业设立之目的,从而影响整个市场经济的健康发展。

基于对环境侵权债权人的保护,在企业资不抵债而进入破产清算的情况下,不论董事违反信义义务与否,也不论违反义务时其主观状态如何,均需与企业一起对环境侵权债权人承担连带责任。然而,在事后的具体责任划分时,需要区别对待,当董事没有违反信义义务时,在董事清偿环境侵权债权后,因为企业已经陷入资不抵债,所以无法通过商业判断规则给予董事豁免,但可以利用董事责任保险予以补偿。董事虽然承担责任,但这是基于社会责任的担当,其在进行商业决策时对公司也已经尽到注意义务,对公司并没有过错,是故,不能用对外的信义义务之违反来惩罚董事对内经营之尽忠职守。在董事违反信义义务时,需要分析董事违反义务时的心理状态如何。如果董事主观上持故意,则董事对内(企业)对外(环境侵权债权人)均需承担责任,此时不能依据商业判断规则予以豁免,从外部也不能用董事责任保险予以补偿,应由董事承担责任。如果因董事的过失造成环境污染,此时董事有过错,但主观上并无让环境污染结果出现的故意,在商业判断规则不能给予豁免的情况下,应当对董事通过责任保险进行补偿。

在董事对企业的环境侵权债权清偿后,两者怎么划分责任,是否豁免董事责任以及追偿等问题,应由董事与企业之间通过公司章程等协商决定。纵使这是内部关系,也不应对债权人外部关系的受偿造成影响,但在清偿后,基于董事与公司之间的特殊关系,除了在董事故意违反信义义务产生企业环境侵权债权时由董事独立承担责任外,其余情况下,均应考虑用商业判断规则、董事责任保险制度等对董事给予补偿,否则势必会否定董事自由裁量权对董事经营决策的激励效果,既增加了董事信义义务的不确定性,也增加了董事从事蕴含风险的交易行为的交易成本,股东亦将承受因司法标准的不确定而带来的成本。当董事不能确定其个人可能承担的经营风险时,在做出决策时就会比较保守,公司也将因此丧失一些商业机会。

## 五、破产清算中环境侵权债权保护制度的完善

### (一) 扩充环境侵权中董事信义义务之规定

信义义务作为一种控制代理成本的法律机制,并非僵化不变,这已在欧美国家得到了确立。公司

整体经营状况的变化,会导致董事信义义务的间接受益主体由股东向债权人转化,且在义务内容、实现程序上可能发生调整。<sup>⑤</sup>此外,如今现代公司的金融化、互联网化等趋势决定了公司的治理结构与传统公司相比已经发生天翻地覆的改变。由于公司在破产清算过程中,无论是股东还是债权人,抑或是董事等,都可能存在不同的利益诉求。具体到破产清算程序中,以债权人为例,债权人可分为优先债权人和普通债权人、环境债权人和非环境债权人;即使同是环境债权人,也有合同债权的环境债权人和侵权债权的环境债权人,以及董事违反信义义务造成污染,企业作为内部债权人和通常意义下的外部债权人等之分。不同的利益诉求,决定了董事对环境债权人信义义务的规则也不可能是整齐划一的,需要具有一定的相对性和灵活性。如在环境合同债权的情况下,环境债权人作为自愿债权人,不存在所谓的外部性,因此此时董事承担的信义义务的适用无需突破现有公司的责任框架;在环境侵权债权的情况下,盖因环境侵权债权人是非自愿债权人,他们没有机会通过谈判程序来保护其利益,风险的外部性也更为明显,董事的信义义务可以适度延展至环境侵权债权人。

在坚持破产企业中债权人利益倾斜的基础上,也应当建立董事责任衡平分担机制,确保在企业破产清算程序中的环境侵权债权仍能得到较充分的保障。衡平分担机制有助于缓解董事连带责任所产生的不公平,对预防董事懈怠、过于“谨慎”等具有重要作用。如果多个责任人责任比例不同,连带责任必然会导致多个责任人之间产生责任分担的不公平,虽然环境侵权债权人在提起诉讼时,被告需要承担连带责任,但同时也应赋予被告在承担责任后向其他责任人提起分摊请求权,在审理分摊请求权时,法院应结合董事类型、损害发生的原因、过错程度以及作用力大小等因素在责任人之间进行分摊,从而实现最终责任的公平承担。<sup>⑥</sup>

总之,我国《公司法》中对董事信义义务的设定,需要在司法实践经验积累的基础上,以破产清算中环境债权的类别,以及董事是否违反信义义务为基点,分别规定不同的适用规则。

## (二) 突破环境侵权中董事信义义务之对象

董事作为公司治理的核心,其承担的信义义务所指向的对象也直接决定了该义务的受益人为谁。传统公司法理论认为,董事应当且仅当对公司负责,并以实现股东利益最大化为目标,因而董事义务规则的受益对象非公司和股东莫属。然而,这一论断具有一个隐含前提,即公司处于财务上的健康状态。一旦公司陷入破产,这种观点和规则就受到了挑战。鉴于目前我国的《公司法》与我国《企业破产法》仍采传统观点,对于破产企业中董事信义义务的受益对象始终限缩于公司和股东,没有突破延展至侵权债权人,认为环境侵权债权人不能直接对董事主张权利,这就给环境侵权债权的保护带来巨大压力,在公司人格独立规则的保护下,董事的环境责任全部转嫁给公司,企业如若没有足够的资产进行清偿,最后只能将环境债务转交给政府或者让环境债权人自己买单。如此,完全背离我国《环境保护法》规定的“污染者负担”原则,同时也是对付出环境保护成本、履行环境保护义务的企业的公平,更是对环境侵权债权人生存权利的一种剥夺。

诚如美国在破产实践中的做法,当企业处于事实破产、濒临破产以及实际破产时,规定董事的信义义务都将以债权人利益为先,或者说都需要特别考虑债权人的利益。尽管在企业经营不善陷入资不抵债时,董事是否要将原本对公司与股东的信义义务移转至债权人还有争论,但至少,债权人在这一时期应作为董事信义义务的间接受益者已有共识,并赋予债权人整体可向董事行使派生诉讼的权利,单个特定债权人(如环境侵权债权人)可以直接向股东起诉,以此来保障破产企业中债权人的利益。因此,笔者认为,我国的法律制度不能拘泥于传统的思维,而是要紧跟现实的社会需求,借鉴有关国家的经验。在我国企业破产清算时,董事信义义务的受益对象应从公司与股东转向债权人,抑或是

<sup>⑤</sup>参见陈鸣《董事信义义务转化的法律构造——以美国判例法为研究中心》,载《比较法研究》2017年第5期。

<sup>⑥</sup>参见翁孙哲《中美污染场地修复治理中关于连带责任的立场研究》,载《理论月刊》2017年第2期。

增加债权人作为董事信义义务的受益人,以达到在破产清算时董事保护环境侵权债权之目的。

## 六、结 论

企业破产程序中董事责任的制度构建对于在企业经营中维持各个阶段各个主体的利益平衡起到重要作用,是在利益冲突剧烈的破产活动中实现实质正义的基本制度平台。由于企业结构中存在的委托—代理机制,传统公司法认为董事作为公司的实际控制人,只需对公司或股东负责,法律对董事的行为在特定条件下也需承担社会责任没有详细要求。董事的作用是不可忽视的,在董事行使经营决策权时,企业只是其代言人,因此,董事对公司的义务要求应类推于债权,制度构建更应该考虑到董事在企业中所应承担的义务与责任。如果将对环境损害的赔偿责任主体限定为企业或者股东,这仅仅是事物的表象,董事作为实际侵权人却躲在企业的身后,这恰恰是控制人愿意看到的局面。并且,实践中企业进入破产程序后,很难对包括环境侵权债权在内的诸多社会公益债权进行足额赔偿,实务中也缺乏可操作性规则,不利于社会责任的真正实现。因此,对于破产企业中环境侵权债权的保护还必须求助于更为具体的法律规则和制度。完善我国相关的法律规则,探讨合理突破现有法律架构的可行性,适度追究负责作出实施该行为决定的董事等高管的直索责任,建立真正的董事责任与义务体系以及相关的公司客观行为的评估体制,创造真正有效的环境侵权债权人保护制度,乃是我国在今后的法律发展中亟需完善的内容。

(责任编辑:徐澜波)

## On the Protection of Environmental Tort Claims in Enterprise Bankruptcy

—From the Perspective of Directors' Liability

Kong Liangcheng

**Abstract:** Environmental responsibility is the embodiment of enterprise social responsibility. Although the enterprise environmental responsibility has been valued by China's legislature and embodied in the existing legislation, but China's current laws and regulations do not specify the debt of environmental tort in enterprise bankruptcy liquidation or provide enough right remedies for environmental creditors. There is a great tension between the legislative purpose of the bankruptcy law of protecting the new lift of "good faith but unfortunate" debtor and the philosophy and rules of environmental protection law of making full and preferential payment to creditors, thus making it hard to fully pay the environmental debts of the bankrupt enterprise. China should learn from the normative essence of the fiduciary duty of company directors, strengthen the protection of environmental tort claims of bankrupt enterprises, apply different liability mechanisms based on specific environmental harms, replace the controversial preferential order of environmental tort claims with a system of joint and several environmental liability between directors and the company (enterprise), and protect the rights and interests of environmental tort creditors to the maximum extent under the procedural guaranty of the market regulatory mechanism.

**Keywords:** Bankruptcy Liquidation; Environmental Tort Claims; Fiduciary Duty; Social responsibility; Joint and Several Liability for Compensation