

破产企业董事对债权人责任的制度建构

金 春^{*}

摘 要：企业濒临破产期间董事通过放任持续经营和实施极度冒险的商业决策纵容公司亏损扩大的行为，在我国破产司法实践上造成了破产财产所剩无几，债权人只获得极低清偿的困境。《企业破产法》对此缺乏行之有效的规范，在立法论上，有建议提出通过引进域外法的破产申请义务或不当交易限制义务，确立破产企业董事对债权人承担赔偿责任机制。本文认为，我国的制度设计应当避免造成企业家的经营意愿遭受负面激励和企业过早启动破产。从企业濒临破产期间董事的义务角度，也呈现了通过债务谈判或庭外重组等法庭外机制尽力化解财务困境和破产危机的趋势转变。在解释论上，我国《公司法》中董事对公司的勤勉义务与责任之规定以及《企业破产法》第125条能够为当前的司法实践提供实定法依据。在立法论上，未来《企业破产法》的修订应结合企业濒临破产期间董事义务内涵的变革与发展，就破产企业董事对债权人损害赔偿责任制作出特别规定。

关键词：破产交易 破产申请义务 澳大利亚 董事 庭外重组

一、问题的提出

为实现破产财产的增值和债权人利益的维护，各国破产法或判例设有在破产程序启动后调整企业董事等在破产启动前行为的制度。这些制度包括法人格否认、撤销权、劣后处理董事等关联方的债权等机制。其中，对我国而言，向破产企业董事个人进行追责，特别是董事对债权人损害赔偿责任制度尤为重要。在实践中，大量企业在无力偿债或将要无力偿债的情况下，董事为了内部人和关联债权人的利益而转移公司资产，或者实施极度冒险的商业决策放任公司亏损扩大，使得企业最终启动破产程序时财产已所剩无几，并导致债权人获得极低的清偿。为促使濒临破产状态的企业尽快停止经营活动，以避免债权人债权面临更大风险，同时为防范董事滥用职权，国外破产立法与司法实践不同程度地肯定了破产企业董事对债权人责任承担机制。具体而言，企业濒临破产状态时董事负有特定的义务，违反义务将导致对

^{*} 金春（中国国籍），日本同志社大学法学院教授（京都大学法学博士）、中国人民大学法学院客座教授。作者感谢中国政法大学民商法学硕士林周汪同学在外法资料收集方面作出的贡献。

债权人的损害赔偿甚至刑事责任。其中,以英国法上的不当交易限制^[1]和德国法上的破产申请义务^[2]最具代表性,并对各自法系的其他国家产生了重要影响。

我国《企业破产法》对破产企业董事对债权人承担责任机制缺乏有效的规范,实践中也很少有案例。^[3]《企业破产法》在第125条第1款规定:“企业董事、监事或者高级管理人员违反忠实义务、勤勉义务,致使所在企业破产的,依法承担民事责任。”本款立法初衷与《公司法》在第147条、148条规定的董事等对公司负有的忠实义务和勤勉义务一脉相承。^[4]因此,本款被更多地理解为是针对导致公司陷入破产状态的责任,不包括已经陷入或将要陷入破产状态后,减损公司财产,致债权人损害的责任行为。^[5]尽管本款在解释论上有扩大适用的空间,^[6]在具体的责任追究机制上仍欠缺具体的规定。《企业破产法》第128条规定,债务人可撤销行为(第31条、第32条)和无效行为(第33条),损害债权人利益的,法定代表人等依法承担赔偿责任。^[7]该条针对的是破产撤销权指向的特定行为,无法全部涵盖企业陷入破产后董事等放任公司亏损不断扩大的一般性行为。

于此背景下,既往研究均不同程度地强调我国应当引进破产申请义务或不当交易限制。^[8]由于促进债务人尽早提出破产申请是我国企业破产实践中需要解决的重要问题,做为其应对措施之一,在立法层面,也有建议提出引进破产申请义务。^[9]不过,域外法的破产申请义务抑或不当交易限制,也面临着因知识丰富和能力较强的董事等离开公司,致使公司错过重整和恢复盈利机会的风险。同时,寻求避免承担责任的董事等有可能会过早地关闭一家本可存活的仍有生命力的企业或过早地启动破产程序,而不是力图通过债务谈判调解或庭外重组等法庭外机制尽力缓解摆脱财务危机困境。

本文力图在考察我国建立破产企业董事对债权人责任制度的必要性和理论依据的基础上,探究符合我国法律体系的制度建构,拟为当前司法实践提供解释论,同时提出更为行之有效的

[1] 英国1986年《破产法》第214条规定,公司已经进入破产清算等之前的某个时间,董事知道或者应当知道公司没有合理的期望避免破产清算仍继续了经营的,法院经清算人申请,可以宣布董事有责任为公司财产做出一定的支付,除非法院确信董事为公司债权人的潜在损失降至最低而采取了应当采取的每一措施(Wrongful trading rule)。此外,该法在第213条对欺诈性交易也作出规定。

[2] 德国《破产法》第15a条1款规定,法人处于无力偿债等状态的,代表机构成员等必须无过错、毫不迟延地,最迟三周以内提出破产申请(第1款以下省略)。违反破产申请义务的人,债权人可以对其提起侵权损害赔偿诉讼。另外,参见德国《民法典》第42条。

[3] 关于这一领域的早期的重要成果,参见韩长印:《经营者个人对企业破产的责任》,载《法学评论》2003年第1期。

[4] 王卫国:《破产法精义》(第二版),法律出版社2020年,第392页。

[5] 张学文:《公司破产边缘董事不当激励的法律规制》,载《现代法学》2012年第6期;胡晓静:《公司破产时董事对债权人责任制度的构建——以德国法为借鉴》,载《社会科学战线》2017年第11期。

[6] 《中华人民共和国企业破产法》起草组编:《中华人民共和国企业破产法释义》,人民出版社2006年版,第349页。

[7] 《企业破产法》第31条规定临界期内的无偿转让财产、以明显不合理价格交易、对没有财产担保的债务提供担保、提前清偿和放弃债权等行为;第32条规定的是偏颇清偿行为;第33条规定为逃避债务而隐匿、转移财产和虚构债务或者承认不真实的债务等无效行为。

[8] 同前注[5];郭丁铭:《公司破产与董事对债权人的义务和责任》,载《上海财经大学学报》2014年第2期;张世君:《破产企业高管对债权人损害赔偿的个人责任研究》,载《中国政法大学学报》2019年第5期。

[9] 参见刘贵祥:《中国破产法的实施和改革完善》,国际破产协会中国研讨会北京会议上的会议发言,2019年10月14日。

立法论。对破产企业董事的此类追责机制,既要能够有效约束董事在企业濒临破产后采取风险过大的行动,鼓励其及时地致力于缓解财务困境和破产危机,又要避免对企业家经营意愿的负面激励,导致过早地启动企业破产,应当实现维护债权人利益与保护企业董事正常行为的平衡。这正是联合国国际贸易法委员会于2013年7月18日发布的《贸易法委员会破产法立法指南》第四部分《临近破产期间董事的义务》^[10] 倡导的方向,更是本文研究指向的目标。

二、关于澳大利亚相关破产制度的介绍

目前,澳大利亚的公司立法和破产立法的相关规定比较完善。澳大利亚于1992年引进了董事的破产交易防止义务,作为原英联邦国家,破产交易防止义务与英国的不当交易限制一脉相承。但是,澳大利亚于2017年的立法改革中为破产交易防止义务引进了“安全港”条款,将董事在公司出现财务困境时及时通过征求重组顾问的咨询或庭外重组等法庭外机制,采取“将公司引向更好结果的合理措施”为法定免责事由。2020年3月,为应对新冠病毒疫情带来的经济震荡,澳大利亚领先于其他国家颁布了暂时中止破产交易阻止义务等的立法。这一系列立法改革体现着共同的趋势:鼓励董事及时通过庭外重组等合理措施尽力缓解财务困境和破产危机,将公司引向更好的结果,而不是强调提出破产申请。

(一) 澳大利亚的破产交易防止义务制度

澳大利亚的公司破产规定在于《公司法》(Corporations Act 2001)第5章。《公司法》第5章第5.7B作为清算程序的章节规定了为破产债权人进行的资产回收和补偿。其中第B3第588G条规定董事的破产交易防止义务:公司处于无力偿债(insolvent),公司董事仍令公司继续产生债务,或者因该债务之发生致公司陷入无力偿债,且行为时公司无力偿债的状态已经确定或应当对此抱有合理怀疑时,公司进入清算程序后,董事承担相应责任。董事被判承担赔偿责任的,赔偿金归属于破产财产并在无担保债权人之间分配。破产交易防止义务旨在防止公司在濒临破产期间董事仍持续交易,事实上与澳大利亚公司重整程序的代表-自愿管理程序(《公司法》第5章第5.3A)相辅相成。如果董事认为公司已经无力偿债或者将要无力偿债,就可以通过决议任命一位管理人,让其接管公司事务;否则,董事就可能由于违反公司破产交易防止而承担法律责任。

澳大利亚1992年《公司法修改法》(Corporate Law Reform Act 1992(Cth))第一次确立了破产交易防止义务,^[11] 学界认为这项规定是从英国不当交易限制引进的。^[12] 20世纪

[10] <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/zh/leg-guide-insol-part4-ebook-c.pdf>>。参见第一部分(背景)之7。

[11] 澳大利亚自20世纪30年代起引进了与破产相关的董事责任制度,最早是参照英国法制定了欺诈性交易及其刑事处罚制度。See Niall Coburn, Insolvent Trading in Australia: The Legal Principles, in COMPANY DIRECTORS' LIABILITY FOR INSOLVENT TRADING 73, 73-74 (Ian Ramsay ed., CCH Australia and the Centre for Corporate Law and Securities Regulation, 2000) <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=924314>。

[12] See Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency Law(C), edited by Jacob S. Ziegel, 317 (Oxford Clarendon Press, 1994)。

80年代初,澳大利亚的经济状况极为困难,包括信用卡信贷便利化、高失业率以及利率波动在内的经济和社会环境的变化,导致破产案件数量增加。澳大利亚法律改革委员会于1988年发布了《哈默报告》,该报告的提议导致澳大利亚破产法发生了根本性变革,包括引入自愿管理程序以及破产交易防止条款。^[13]《哈默报告》第七章主要论述了董事责任和丧失董事资格的事由,以回应董事应对“不负责任的行为特别是影响到公司债权人的行为承担责任”的政策导向。该委员会强调,在董事鲁莽决策的情况下,应当追究其个人责任,以增加债务人的破产财产和提升对无财产担保债权人的分配。^[14]破产交易防止义务最终增设在与破产撤销权同一位置(《公司法》第5章第5.7B),正是体现了增加无担保债权人分配的立法目标。

从《公司法》588G条规定中可以总结出违反破产交易防止义务的构成要件,由清算人对这些要件承担证明责任。第一,破产交易防止义务只适用于董事,而不适用于其他公司管理人员。第二,在交易发生时,公司必须是已经处于无力偿债(insolvent),或者因该交易而陷于无力偿债事实破产的状态。^[15]第三,在交易发生时,存在合理基础可以怀疑公司陷于无力偿债或因该交易而将陷入无力偿债,并且董事知悉或应当知悉关于该项怀疑的合理基础。

《公司法》第588H条也规定了关于破产交易防止义务的一些抗辩事由,如果董事能够证明这些事由,则可免于责任。第一,董事具有合理的理由预期在交易时公司具备偿还能力。第二,董事合理地信赖专业认识(会计师等)提供的认为公司具有偿付能力的信息。第三,董事因正当理由而未参加公司经营决策。第四,董事已采取所有合理措施避免债务的发生。

法院若判决董事违反破产交易防止义务,董事将对此承担民事赔偿责任、甚至民事惩罚(《公司法》第588G(2))、刑事责任(《公司法》第588G(3)条)。澳大利亚证监会可以申请法院向董事作出民事惩罚命令和失格命令(《公司法》第1317H条、第206C条)。在实践中,很少有董事被处以刑事责任。^[16]民事赔偿责任是最主要的承担责任方式。《公司法》第588M条规定,若董事违反破产交易防止义务,应当对无担保债权人因该交易而遭受的损失进行赔偿。在民事惩罚程序或者刑事责任追究程序中,法院都可以作出民事赔偿的命令(《公司法》第588J条、588K条)。清算人具有对董事提起损害赔偿诉讼的原告适格(《公司法》588M(2))。赔偿金将归属于破产财产,因损害特定债权人而产生的赔偿金也归属于破产财产。^[17]在清算人没有提出申请的情况下,债权人征

[13] Australian Law Reform Commission General Insolvency Inquiry Report No. 45 (1988)(referred to as the Hammer Report).

[14] Michael Murray and Jason Harris, *Keay's Insolvency: Personal and corporate law and practice*, (Lawbook Co., 10th edn, 2018), p637.

[15] 不过,公司陷于“无力偿债”的准确时点往往存在着不确定性,See *supra* note 14 at 639; スティシー・スティーラー「オーストラリアにおける取締役の倒産取引阻止義務についての考察」比較法雑誌 53-2号(2018)。

[16] 但最近发生了几宗案件,比如 ASIC(2015) Former Kleenmaid director jailed, 15-283MR, Friday 2 October 2015, <<http://asic.gov.au/about-asic/media-centre/find-a-media-release/2015-releases/15-283mr-former-kleenmaid-director-jailed/>>。

[17] See *supra* note 13 at 320; *supra* note 14 at 637.

得清算人书面同意（《公司法》第588R条），或法院的同意后（该法第588T条），或公司进入清算程序六个月后清算人不起诉时经三个月催告后，可以提起诉讼（该法第588S条）。在制度引进过程中，有观点认为，应当赋予个别债权人以起诉和直接接受赔偿金的权利。但是未被采纳。澳大利亚法律改革委员会认为，破产程序的目标是债权人之间公平受偿，因董事责任而获得的赔偿金不应当仅由有财力提起诉讼的债权人单独享有。^[18]

（二）关于破产交易防止义务的2017年修改——“安全港”条款

根据澳大利亚立法者的制度设计，债务发生的时点以及公司在该时点是否已处于无力偿债的状态是针对破产交易防止义务提出索赔的重要考虑因素。然而，无力偿债的时点很难判断，对董事而言具有极其不确定性，加上董事可以提出的抗辩事由有限，业界很早就指出破产交易防止义务会迫使董事为避免承担个人责任而提出辞职。^[19] 2008年世界金融危机发生后，澳大利亚的公司融资贷款难度加大，濒临财务困境的公司整体增长。澳大利亚政府开始担心破产交易防止义务迫使董事在公司出现经济危机的早期阶段就任命管理人启动自愿管理程序而不是尝试债务谈判或庭外重组。司法型的外部管理程序成本高，并且，过早的启动会导致企业价值的巨大毁损和第三方终止合同的不利后果。^[20] 政府的这种担忧似乎与实践中被判违反破产交易义务的案例少已经无关。此外，澳大利亚《公司法》第180第（2）条规定了商业判断原则，该条适用于普通法或衡平法上的注意与勤勉义务，即董事对公司的义务。因此，业界对破产交易防止义务中能否也适用商业判断原则而展开了讨论。^[21]

破产交易防止义务的修改终于在2015年澳大利亚迎来近二十五年来大规模的破产立法改革时启动。2015年12月7日，澳大利亚政府生产力强化委员会（Productivity Commission）公布了多年的研究调查成果——《调查报告书》（Inquiry Report on ‘Business Set-up, Transfer and Closure’）^[22]。《调查报告书》中提出的修改建议是：董事因违反破产交易防止义务为由被起诉的，可以以自己任命了重组顾问（与自愿管理程序的管理人不同，这种任命不产生转移财产管理权和业务执行权的效力），制订和研发了公司的重组计划方案为由进行抗辩，以获得免责。^[23]

2017年9月18日，《财政部修改法（2017年企业激励2号）》【Treasury Laws Amendment (2017 Enterprise Incentives No. 2)】（以下简称“2017年修改法”）正式通过了澳大利亚联邦议会审议，关于破产交易防止义务的修改部分于次日起实施。^[24] 根据2017年修改法，澳大利亚《公司法》第588GA条引入了“安全港”条款，当董事被诉违反第588G

[18] See supra note 13, para 279, 320.

[19] See supra note 14 at 898; Elliott v ASIC [2004] VSCA 54; 10 VR 369.

[20] See supra note 14 at 898; see also Michael Murray and Jason Harris, Keay's Insolvency: Personal and corporate law and practice, (Lawbook Co., 9th edn, 2016) p560.

[21] Pamela Hanrahan, Ian Ramsay and Geof Stapledon, Commercial Applications of Company Law, (OUP, South Melbourne, 2017), p. 251.

[22] < <http://www.pc.gov.au/inquiries/completed/business/report> >.

[23] 金春：《澳大利亚破产法立法改革近况》，载王欣新主编：《破产法茶座》（第一卷），法律出版社2016年版。

[24] <https://www.legislation.gov.au/Details/C2017A00112>.

条规定的破产交易防止义务时,“安全港”条款为董事抗辩提供了如下补充事由,从而免除其个人责任(第588GA条(1))。第一,公司董事在怀疑公司可能处于或已经处于无力偿债的状态后,即开始采取将公司可能引向更好结果的一项或多项措施,且该可能性的预测具备合理性(《公司法》第588GA条(1)(a));第二,案涉债务在特定期间内,^[25]由于上述相关措施而直接或间接地发生(《公司法》第588GA条(1)(b))。如果公司董事不能定期按时支付职工的工资等(含年金),或不履行税法要求的相关报告义务则公司董事不得援引“安全港”条款(《公司法》第588GA条(4))。

在判断董事的行动方案是否是“将公司引向更好结果的合理措施”时,应当考虑如下因素,并由董事自身对其进行证明:该董事是否确切地了解公司的财务状况;该董事是否采取了适当措施,防止公司高级管理人员或其他职工的不当行为对公司的偿债能力产生不利影响;该董事是否采取适当措施,确保公司的财务记录符合该类公司的一般标准;该董事是否向具备相关资格的主体处获得建议,以及该主体是否已获得足够的信息以提供适当建议;该董事是否正在制定或实施重组计划,以改善公司财务状况(《公司法》第588GA条(2))。

从修改过程中的修改建议以及最终立法的内容可知,2017年修改法并未将侧重点放在交易发生的时点或公司有无清偿能力上,而是放在董事是否为扭转财务困境和破产危机诚实且勤勉地履行了义务,即,是否采取了“将公司引向更好结果的、具备合理性的措施”。该措施应当具备合理性,但不要求确实带来了扭转财务的结果。《解释备忘录》明确指出,引入“安全港”条款的目的在于促进公司董事尝试庭外重组等法庭外机制尽力缓解财务困境和破产危机,从而取得相比于立即任命自愿管理人或清算人更好的结果。^[26]引进安全港条款后,公司董事就需要更好地监督公司的财务状况,及时以咨询重组顾问或债务谈判、庭外重组等方式尽力缓解财务困境,或在这些预期无法达到这一目的的情况下,申请破产程序。^[27]

(三) 新冠肺炎疫情期间破产交易防止义务的中止

2020年3月23日,澳大利亚联邦议会通过和实施了《新冠肺炎疫情经济性应对综合法(2020)》(Coronavirus Economic Response Package Omnibus Act 2020)。^[28]该法律由附件1至附件16构成,其中附件12“为濒临财务困境的个人和企业提供的临时救济”规定了三项内容:关于财务困境个人的修改、关于财务困境企业的修改以及对董事的破产交易防止义务的暂时中止的规定。这些规定旨在为受此次疫情影响而濒临破产的众多个人和企业提供一整套“安全网”(safety net)措施,包括在一定条件下对企业暂时中止适用司法型的自愿管理程序和清算程序,以帮助企业在疫情期间能够继续经营;个人则适用能够帮

[25] 关于“特定期间”的判断,参见澳大利亚《公司法》第588GA条(1)(b)(i)-(iv))。

[26] See Explanatory Memoranda, Treasury Laws Amendment (2017 Enterprise Incentives No. 2) Bill 2017, at [1.16]. (<<https://www.legislation.gov.au/Details/C2017B00100/Explanatory%20Memorandum/Text>>).

[27] See *supra* note 26 at [1.16].

[28] <https://www.legislation.gov.au/Details/C2020B00036>.

助其避免破产的相关措施。^[29]

关于破产交易防止义务的暂时中止是本次立法应对中的一项焦点。^[30] 具体而言,澳大利亚《公司法》增设了第588GAAA条“应对新冠肺炎疫情的临时救济”。该条规定,当公司债务的产生符合以下情况时,《公司法》第588G条规定的破产交易防止义务不予适用。即,(a)该项债务发生于公司正常经营过程中;且(b)该项债务发生于新增的第588GAAA条生效之日起6个月内,或在为实现该条目的的相关规则规定的更长期间内;且(c)该项债务发生于此次新“安全港”条款适用期限内,在指定管理人或清算人之前。换言之,自2020年3月25日起的6个月内,当其债务系因正常经营而发生时,^[31]董事就将适用新的“安全港”条款,以豁免破产交易防止义务的责任。根据该条(b)款(ii)项,新的“安全港”条款在6个月期间后仍有被延长的可能性,为可能出现的新问题而留下了采取适当措施的空间。破产交易防止义务的暂时中止不适用于不诚实或欺诈性负债的情形。^[32]

破产交易防止义务的暂时中止立法反映出,澳大利亚政府担心如果公司董事在疫情期间继续进行破产交易,他们将因破产交易防止条款下对公司债务承担个人责任的威胁而过早地申请司法型的外部管理程序。本次立法应对的主要目的在于促使企业与债权人共同面对疫情困境,分担损失,并通过咨询重组顾问、债务谈判或庭外重组等机制尽力缓解解决财务困境和破产债务危机,特别是关于破产交易防止义务的新“安全港”条款扩大了董事的免责范围,而“安全港”条款的目的原本就在于促进企业积极采取法庭外机制。

三、我国的制度建构

(一) 破产企业董事对债权人责任的破产法规制

确立企业濒临破产期间董事的义务和破产企业董事对债权人的责任追究机制的主要目的在于追回因董事行为而造成的价值损失的一部分,增加破产财产,这实际上是基于对无担保债权人利益保护的考虑。我国破产实践中不乏存在在公司陷入财务困境或陷入破产状态的情况下,为了内部人和关联债权人的利益而转移公司资产,进行公司

[29] EXPLANATORY MEMORANDUM to Coronavirus Economic Response Package Omnibus Act 2020, para. 12. 2, <https://www.legislation.gov.au/Details/C2020B00036/Explanatory%20Memorandum/Text>.

[30] 英国于2020年3月28日也采取了暂时中止不当交易限制的措施,采用相对严格的破产申请义务的德国也于2020年3月27日通过了包含暂时中止破产申请义务的法律。See INSOL INTERNATIONAL, WORLD BANK GROUP GLOBAL GUIDE: MEASURES ADOPTED TO SUPPORT DISTRESSED BUSINESSES THROUGH THE COVID-19 CRISIS, April 2020; Aurelio Gurrea-Martínez, INSOL INTERNATIONAL, WORLD BANK GROUP GLOBAL GUIDE: Corporate Insolvency: Responses in Times of Covid-19.

[31] EXPLANATORY MEMORANDUM to Coronavirus Economic Response Package Omnibus Act 2020, para. 12. 2 < <https://www.legislation.gov.au/Details/C2020B00036/Explanatory%20Memorandum/Text> >.

[32] Australian Government, FACT SHEET Economic response to the Coronavirus: Temporary relief for financially distressed businesses < <http://www.insolvencyresources.com.au/Papers/Treasury-Fact-sheet-Providing-temporary-relief-for-financially-distressed-businesses-22032020.pdf> >.

空壳化运营或放任公司亏损导致极低的债权清偿率的现象。破产企业董事对债权人责任机制,尤其是民事赔偿责任制度的建构,对扩充维护债权人利益的制度选择具有重要意义。建立行之有效的破产企业董事对债权人责任机制,更有助于产生对董事有所控制和约束的效果,防范其滥用特殊地位做出不负责任的作为/不作为或采取风险过大的行动,而是督促其及时地采取缓解财务困境和破产危机的措施,从而防止公司财产的持续减损和债权人的利益受损。^[33]

关于此类企业董事对债权人责任问题是由破产法来调整还是由公司法来调整存在不同的立法。但是,明确了破产企业董事对债权人责任的制度建构的目的之后,同时,鉴于被追究的董事行为发生在企业陷入破产状态或将要陷入破产状态的这一事实,笔者认为,在我国,破产企业董事对债权人责任机制应当作为破产法上的调整事项,在追究责任机制方面也须综合考虑我国企业破产法对债权人保护的规则和理念来加以确定。

(二) 企业濒临破产期间董事的义务——从破产申请向债务谈判或庭外重组等法庭外机制

接下来需要明确的问题是,破产企业董事对债权人承担责任的依据何在。债权人与公司订立契约,债权人与董事之间并没有直接的契约上的权利义务关系。

这一问题与企业濒临破产期间董事的义务内涵紧密相关。应当确立,企业濒临破产期间的董事的义务是及时采取合理措施,比如咨询重组顾问、债务谈判或庭外重组等法庭外机制,尽力缓解财务困境和破产危机,以免企业财产的持续性减损,而不在于破产申请本身或不当交易、破产交易的限制本身。^[34] 2013年《贸易法委员会破产法立法指南》第四部分《临近破产期间董事的义务》也提出建议,各国法律应当明确董事负有消除公司破产状态或尽力缓解破产状态的义务。^[35] 在我国,破产案件受理难尚未得到真正解决,^[36] 直接或间接赋予董事破产申请义务尚缺乏可行性。并且,最高人民法院在近几年颁布的一系列新规中均鼓励通过庭外调解、庭外重组等方式化解债务危机,拯救企业。^[37] 2020年5月15日,最高人民法院颁布《关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见(二)》,对疫情期间涉及的破产案件的审理提出了应对措施。其中第17条规定:企业受疫情或者疫情防控措施影响不能清偿到期债务,债权人提出破产申请的,人民

[33] 在我国民营企业破产的案件中,经营者往往为债权人提供了个人保证(参见金春:《个人破产立法与企业经营者保证责任》,载《南大法学》2020年第2期),因此尚不透明破产企业董事对债权人的责任制度是否实际上能够提升对债权人的分配,但这一事实并不影响此类责任制度建构的必要性。

[34] 尊重企业利用法庭外机制的意愿和权利也是日本立法者很早就废除董事破产申请义务的重要理由之一(日本旧商法和民法中有关董事破产申请义务的规定早在于1938年,2008年的立法改革中被删除)。现行日本《公司法》第429条中有关董事对第三人责任制度也不包含破产申请义务。参见田中亘『会社法』(第二版)〔东京大学出版会·2018〕361页;陈景善:《论董事对第三人责任的认定与适用中的问题点——以日本法规定为中心》,载《比较法研究》2013年第5期。

[35] 参见前注[10]的建议255-256部分。

[36] 参见贺丹:《企业集团破产:问题、规则与选择》,中国法制出版社2019年版,第174页以下。

[37] 最高人民法院《全国法院破产审判工作会议纪要》(2018)第22条、国家发展改革委及最高人民法院等十三部委《加快完善市场主体退出制度改革方案》(2019)第四(一)部分、最高人民法院《全国法院民商事审判工作会议纪要》(2019)第115条。

法院应当积极引导债务人与债权人进行协商,通过采取分期付款、延长债务履行期限、变更合同价款等方式消除破产申请原因,或者引导债务人通过庭外调解、庭外重组、预重整等方式化解债务危机,实现对企业尽早挽救。

(三) 解释论——董事对公司的勤勉义务

企业濒临破产期间董事义务的变化和发展,对探究我国破产法上企业董事对债权人责任的依据具有重要影响。根据我国公司法理论和司法实践,^[38]董事作为公司的代理人 and 受托人,与公司之间存在委托合同关系(《民法典》第919条以下)。我国《公司法》虽规定了董事对公司的勤勉义务(《公司法》第147条,148条),但因过于原则,亟需解释论予以弥补。^[39]一般意义下,董事申请破产会影响股东的利益,因而破产申请不属于董事对公司的勤勉义务(破产申请是董事的权利但难以构成义务)。但是,当公司濒临破产时,董事应当及时通过咨询重组顾问、债务谈判或庭外重组等法庭外机制,采取“将公司引向更好结果的、具备合理性的措施”,尽力缓解财务困境和破产危机,防止企业财产的持续性贬损,而这应当属于董事对公司的勤勉义务范畴之内。公司陷入破产状态或将要陷入破产状态后,董事如不采取上述任何措施放任公司财务状况恶化,导致公司财产继续贬值(从而致使债权人受损害)而引起公司启动破产的,董事有故意或重大过失时,对公司承担赔偿责任(《公司法》第149条)。^[40]企业启动破产程序后,《企业破产法》第125条将为当前的司法实践提供实定法依据。因为,根据立法者的本意,本条可以解释为涵盖企业濒临破产期间董事行为所造成的损失。^[41]此时,作为破产财产相关的衍生诉讼,管理人有权向董事等责任人员提起赔偿责任诉讼(参见《企业破产法》第20条、21条)。在破产程序启动前,债权人可以代为行使公司对董事的损害赔偿请求权(《民法典》第535条),但破产程序一旦启动,债权人实施的诉讼程序中止(《企业破产法》第20条),诉讼实施权由管理人接管。

综上,在解释论上,董事对公司义务与责任的制度框架,为当前司法实践中追究破产企业董事的责任并最终实现对债权人损害赔偿提供了实定法依据。

(四) 立法论——破产法上董事对债权人责任的特别规定

理论上,债权人可以分为两大类:公司陷入破产状态前的债权人,以及公司陷入破产状态后,董事为持续经营明知无法偿还而与其交易(进行借贷、购买商品)的交易债权人。后者也称为新债权人,围绕新债权人对董事的损害赔偿权,各国立法与实践存在较大的差异。在德国的判例法上,新债权人可以独立地对董事提起侵权损害赔偿之诉,赔偿范

[38] 《公司法》第146条第2款使用了“公司……选举、委派董事、监事或聘任高级管理人员”的表述,委派和聘任具有委任、委托之意,侧面表明了二者之间的法律关系。参见王军,《中国公司法》(第二版),高等教育出版社,2017年,第365页。另外,参见《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(五)》(法释[2019]7号)第3条。

[39] 李建伟:《公司法》(第四版),中国人民大学出版社2018年版,第368页。

[40] 关于勤勉义务的主观要件,参见前注[39],第367页。

[41] 同前注[6],第349页。

围为其信赖利益损失，赔偿金归属于新债权人。^[42] 澳大利亚的破产交易防止义务则强调破产财产的增殖，对新旧债权人不予以区别对待。

如果强调新债权人的损失属于债权人的直接损失（即公司财产不贬损反而受益，因而无损失），债权人在破产启动前后均拥有对董事的独立的损害赔偿请求权。但是，企业濒临破产期间因董事未采取合理措施导致企业启动破产的情形下，债权债务关系往往错综复杂，既有债权人的直接损失又有公司的损失，新、旧债权人的区分难以实现。进一步，如果认可这种“区分”，就意味着个案中只能凭借债权人的主张予以定性。^[43] 企业启动破产程序后，如果允许众多的债权人对董事实施个别追偿，势必也阻碍破产程序的进程和目标。权衡利弊，当债务人陷入破产状态时，破产程序的集体清偿利益高于债权人个人利益的立法价值取向更为值得肯定。此外，我国企业破产实践对人身损害类侵权债权给予了优先保护，^[44] 但通常不对财产类侵权损害赔偿作特别优待。

鉴于此，从立法论角度，我国未来《企业破产法》修订时，应就破产企业董事对债权人直接承担的特殊侵权责任作出明确规定，以全部涵盖新旧债权人遭受的损失，根本性解决这一问题。具体而言，当企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力，董事（以及监事、高级管理人员）违反法律、行政法规或者公司章程的规定执行公司职务给债权人造成损失，董事有恶意或重大过失的，应当承担赔偿责任。^[45] 但是，为保护董事的正常行为和商业判断，解除其后顾之忧，还应就免责事由设置特别规定。尤其是通过咨询重组顾问、债务谈判或庭外重组等法庭外机制尽力缓解财务困境和破产危机，采取“将公司引向更好结果的、具备合理性的措施”，可以作为法定免责事由。最后，明确规定由管理人代表所有债权人向董事提起损害赔偿诉讼，并将赔偿金纳入破产财产。^[46] 此外，考虑到在这一立法规定下债权人对董事的损害赔偿请求权原本是基于特殊侵权行为责任的固有权利，同时也为使追究制度更具实效性，在管理人不提起诉讼等特定情形下，还应当赋予个别债权人代表全体债权人起诉的权利。

（责任编辑：李国慧）

[42] 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116页。

[43] 参见日本破产法学的有力说，谷口安平「倒産企業の経営者の責任」（鈴木忠一＝三ヶ月章監修・新実務民事訴訟講座（13），253頁；佐藤鉄男「取締役倒産責任論」（信山社・1991年），27頁，221頁。

[44] 例如，《全国法院破产审判工作会议纪要》第28条规定，对于法律没有明确规定清偿顺序的债权，人民法院可以按照人身损害赔偿债权优先于财产性债权、私法债权优先于公法债权、补偿性债权优先于惩罚性债权的原则合理确定清偿顺序。因债务人侵权行为造成的人身损害赔偿，可以参照《企业破产法》第113条第1款第1项规定的顺序清偿，但其中涉及的惩罚性赔偿除外。

[45] 剥夺企业董事资格的制裁（参见《企业破产法》第125条第2款），可以与民事赔偿并行采用或单独采用。

[46] 不同于破产财产相关的衍生诉讼，此时管理人的诉讼实施权更类似于环境公益诉讼或消费者诉讼中特殊团体的当事人适格。