

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

胡晓静

(吉林大学 法学院, 吉林 长春 130012)

摘要: 在中国的经济生活中,大量濒临破产或者已经实质破产的公司仍在继续经营,致使公司财产进一步消耗,进入破产程序后,企业债权清偿比例普遍较低,严重损害了公司债权人的利益。德国法的董事破产申请迟延义务与责任制度可以为我们所借鉴,构建我国的公司破产时董事责任制度,应该规定董事的破产申请义务与责任,区分旧债权人和新债权人并确定赔偿范围,重新确定破产条件,规定申请破产的期限,确定董事的过错条件,并给予其抗辩和免责的机会。

关键词: 公司法; 董事责任; 董事对债权人责任; 破产申请迟延责任

中图分类号: D913.991; D915.12 **文献标识码:** A **文章编号:** 0257-0246 (2017) 11-0230-10

在中国的破产实践中,经常出现的情况是:企业进入破产程序后,由于其负债远远高于净资产额,致使债权清偿比例极为低下。中债资信评估有限责任公司对94个包含普通债权清偿比例的有效破产案例进行了统计分析,其中破产清算的普通债权清偿比例仅为14.01%。^①2004年至2011年,西安市中级人民法院共受理破产案件110件,“多数破产清算企业破产清算财产少甚至没有财产清偿,债权人权益能够得到部分清偿的案件比较罕见。特别是国有企业破产案件,大部分国有企业在申请破产时停产多年并长期拖欠职工工资及医疗、抚恤费用,破产财产变现额尚不足以清偿拖欠职工的费用,债权人受偿率无从谈起,绝大部分破产案件的清偿率都是零”^②。大量企业在已经资不抵债或者长期支付不能的情况下,仍然通过贷款或者拖延债务继续经营,最后进入破产程序之后,本来充足的公司资产已经消耗殆尽,导致债权人的债权落空。但是,公司独立人格制度的存在,使债权人只能以公司财产获得清偿,也只能接受破产财产不足的结果,而那些明知或者应知公司已经资不抵债或者支付不能而仍然放任公司继续经营的董事却不需要对此承担任何个人责任。于是,本来旨在保护债权人利益的企业破产制度,却成为债务人免除债务的避风港。对于此种情况,很多国家在立法和司法实践中发展出了公司破产时董事对债权人的责任制度,通过对董事施加个人责任的威慑,促使其在公司资不抵债或者支付不能的情况下及时采取有效措施,阻止公司财产状况的进一步恶化,维护债权人的利益。然而,我国的《公司法》和《破产法》中尚缺少相关规定,《侵权责任法》也无法为债权人提

基金项目: 国家社会科学基金项目(11BFX037)。

作者简介: 胡晓静,吉林大学法学院副教授,研究方向: 公司法。

^① 胡彦宇《基于国内破产企业的债务清偿情况研究》,《中债资信评估有限责任公司专题报告》2013年第14期, <http://www.chinaratings.com.cn/uploadfile/2013/0422/635022209722808299.pdf>。

^② 《探索破产案件规律 提高法官司法能力——陕西省西安市中级人民法院关于审理破产案件的调研报告》,《人民法院报》2012年11月29日。

供权利基础。完善企业退出机制,减少空壳公司数量,维护债权人利益,在我国的立法中确立董事在公司破产时对债权人的责任制度是一个必要的选择。

一、中国公司破产时董事对债权人责任的立法缺失

1. 缺少董事对第三人责任的一般规定

《民法总则》确立了法人的主体地位,即“法人是具有民事权利能力和民事行为能力依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织”。按照通行的法人机关说理论,法人具有独立的民事主体地位,法人机关成员的个人身份被法人身份所吸收,在对外关系上,法人本身是唯一的责任主体,机关成员只是法人组织的一部分,既不能独立对外承担责任,亦不能与法人承担连带责任。基于此,《民法总则》规定“企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营行为,承担民事责任。”董事作为公司机关的成员,其执行职务的行为均被视为法人的行为,董事并无对外承担个人责任的空间。

《公司法》确立了董事对公司的忠实义务和勤勉义务,并对董事执行职务时违反法律、行政法规或者公司章程给公司造成损失的行为规定了赔偿责任。《公司法》第152条赋予了股东对董事的直接诉权,即董事违反法律、行政法规或者公司章程损害股东利益的,股东可以向人民法院起诉。这实际上确立了董事对股东的个人责任。股东作为公司成员具有特殊的法律地位,他们的表决权是董事身份产生的源泉,同时他们也是受董事职权行为影响最为直接的利害关系人。除此以外,《公司法》中再无董事对公司外主体的责任规定。

《证券法》第69条也规定了董事对证券投资者的个人责任,即发行人、上市公司公告的招股说明书、公司债券募集办法、财务会计报告、上市报告文件、年度报告、中期报告、临时报告及其他信息披露资料,有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏,致使投资者在证券交易中遭受损失的,发行人、上市公司应当承担赔偿责任,其董事应当承担连带赔偿责任,能够证明自己没有过错的除外。这只是针对证券市场的特殊性保护投资者利益和维护证券市场秩序而做出的特别规定,无法适用于该条文所涉范围之外的情形。

在目前的立法背景下,虽然存在董事对公司外特定主体承担个人责任的特别规定,但这只是出于特殊利益主体保护的考虑,我们既缺少董事对第三人责任的概括性规定,也缺少董事对债权人责任的一般规则。

2. 缺少公司破产时董事对债权人责任的特别规定

《破产法》中关于包括董事在内的企业管理者个人责任的规定,未包括董事对债权人责任。我国《破产法》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。”有人认为该规定中包含了董事对债权人的责任。^①显然这是对该条文内容的误读。董事、监事和高级管理人员承担忠实义务和勤勉义务的对象是公司,违反该义务致使公司破产当然应该对公司承担责任。而且,该规定追究的是导致公司破产的责任,而非因公司破产而损害其他主体利益的侵权责任。

依据《破产法》第128条规定,债务人有本法第31、32、33条规定的行为,损害债权人利益的,债务人的法定代表人和其他直接责任人员依法承担赔偿责任。该条文针对的行为包括:无偿或低价转让公司财产、对无担保的债权人提供担保、对未到期的债权提前清偿、对个别债权人进行清偿、放弃债权等。当“法定代表人”或者“其他直接责任人员”为董事时,可以说该条文也包含了董事对债权人的个人责任的规定,但该条文针对的是特定的行为,而非以董事的义务为出发点。所以,尽管我国破产实践中大量存在公司空壳化运营导致极低的债权清偿率的现象,由于缺少对此的专门规定,即

^① 郭丁铭 《公司破产与董事对债权人的义务和责任》,《上海财经大学学报》2014年第2期。

使债权人的利益因此受到损害,也无法在《公司法》或者《破产法》中找到追究董事个人责任的法律依据。

3. 《侵权责任法》无法为公司债权人提供请求权基础

公司虽然已经具备破产的条件,但是隐瞒公司的真实状况并仍然对外开展经营活动,造成公司经济状况正常的假象。当公司最终进入破产程序之后,由于没有及时终止经营活动,造成公司资产进一步恶化,债权人本应获得的债权清偿比例被减少,甚至完全不能从公司资产获得清偿。债权人的债权因而受到了损害。

《侵权责任法》第2条第2款列举了18项受保护的“民事权益”,以“部分列举+兜底性条款”的方式,展现了侵权法保护客体的大致范围。“权益”可以分解为“权”和“益”,即“权利”和“利益”。其中,“权”以绝对权为典型,债权是作为“益”受到保护,即“第三人行为侵害的不是债权人对债务人的相对权,而是债权人依法所享有的债权权益,其实为纯粹经济损失”^①。第三人侵害债权虽然应该作为一种纯粹经济损失给予赔偿,在适用上应受到严格的条件限制,在主观要件上应以故意为条件,即所谓的恶意侵害债权。^②董事在公司濒于破产且无恢复可能的情况下仍使公司继续经营的行为,虽然造成了公司债权人债权利益损失的客观后果,但在主观要件上,却很难成立董事加害债权人债权的故意,特别是针对某个特定债权人的债权。实际上,董事这样做的目的仅仅是出于对股东及其自身利益的考虑。公司的继续存续,会保证董事的工作机会和职务地位,其当然缺少主动停止经营的动力,特别是当公司的董事主要由股东出任的时候,更会存在为了股东利益铤而走险的风险。公司责任财产有限的保护及董事个人责任的欠缺,必然会带来董事极力保持公司存续而极易忽视债权人利益的后果。所以,公司进入破产程序之后,尽管因公司未及时终止经营活动造成债权人可获得的偿债资产减少甚至消失殆尽,债权人也不能依据《侵权责任法》第2条第2款和第6条追究董事的个人责任。

二、公司破产时董事对债权人责任规制模式的选择

如果考虑在立法上构建公司破产时董事对债权人的责任制度,首先应该考虑采用何种规制模式。基于立法理念、传统的不同,世界各国及地区形成了不同的公司破产时董事对债权人责任的规制模式,大体说来,以英国法上的不法交易责任型和德国法上的破产申请迟延责任型最为典型。

1. 不法交易责任型

在英国,公司破产时董事对公司债权人承担民事责任的法律规则被称为“不当交易”规则(the wrongful trading rule)。英国法上对于公司陷入财务困境或者濒临破产时董事的个人责任的规定,始于1928年英国《公司法》关于“诈欺交易”的规定:在公司清算的过程中,若发现公司之前于经营业务的阶段具有诈欺债权人的故意,法院可以根据破产管理人、债权人或其他负有出资义务之人的申请,命令董事对公司债务承担无限清偿责任,并且可以免除公司对董事所负债务或解除以公司资产对董事所提供的担保。这一规定随后被1929年英国《公司法》所吸收,并同时为董事规定了民事及刑事责任。1948年英国《公司法》延续了这一规定,并将责任主体扩及所有参与诈欺交易之人。然而,1948年英国《公司法》遭到了众多批评。依据该规定,破产管理人、清算人、债权人或者其他负有出资义务的人必须证明行为人主观上确实为不诚实及道德上具有可非难性,才可以请求董事负民事责任,这显然是民刑责任构成要件不分的结果。^③英国1984年政府白皮书——“破产法的修改框架”

① 曹险峰 《我国侵权责任法侵权构成模式》,《法学研究》2013年第6期。

② 张新宝、李倩 《纯粹经济损失赔偿规则:理论、实践及立法选择》,《法学论坛》2009年第1期。

③ 曾宛如 《公司之经营者、股东与债权人》,台北:元照出版有限公司,2008年,第192-194页。

指出,应当使无担保债权人的地位得到实质性的提高,董事应当对公司的财务状况有一个充分的了解以便及早采取措施降低债权人的风险。要想使董事不负责任的行为得到遏制必须强化董事的个人责任,白皮书指出,在确立严格的董事责任制度的同时,通过采用董事对不正当交易的个人责任制度,能够使董事的任意行为得到适当的约束,并且在公司面临破产的危险时采取灵活的处理方法可以使无担保债权人的地位得到实质性的改善。^①之后,1985年英国《公司法》和1986年英国《破产法》分别规定了诈欺交易的刑事责任与民事责任,在1986年英国《破产法》的第214条,又规定了不法交易的民事责任,即如果董事明知或者应知公司已濒临破产边缘仍使公司进行正常的经营活动,则在公司解散清算的过程中,法院可以根据破产管理人的申请,命其对公司资产支付适当的数额。对此需满足的条件是:(1)公司已进入破产程序;(2)在公司解散清算开始前的某一时点,知道或应当知道公司难免进入破产程序;(3)实施交易时任公司董事。然而,若该董事在知悉公司已不可避免地进入破产程序时,采取一切措施以使债权人可能遭受的损害降至最低的,不适用本条之规定。该规定的目的是“经由对董事个人责任之威胁来防范滥用特殊地位而做出的不负责任行为,违反了最低的行为标准,董事便需要承担责任,此即构成了公司独立人格的法定例外”^②。

2. 破产申请迟延责任型

在德国法上,“破产申请迟延责任”最早源于原德国《有限责任公司法》第64条第1款和原德国《股份法》第92条第2款关于业务执行人/董事破产申请义务(Insolvenzantragpflicht)的规定。2008年底德国《有限责任公司法》改革将所有公司法规中的破产申请义务均予以删除,同时德国《破产法》第15a条第1款第1句进行了统一规定,并适用于所有的公司类型。依照该规定,在法人支付不能或者资不抵债/过度负债的情况下,法人代表机关的成员或者清算人应无过失不迟延地,最迟在此情形出现后的三周的时间内,申请启动破产程序。其中,“法人代表机关的成员”就包括有限责任公司的业务执行人和股份有限公司的董事,前者虽不完全等同于董事,但具有相当于董事的法律地位和职权。

根据德国《民法典》第823条第2款的规定,违背以保护他人为目的的法律的人,对他人承担赔偿责任由此产生的损害的责任。此处的“以保护他人为目的的法律”被称为“保护法”(Schutzgesetz)。主流观点认为德国《破产法》第15a条即是为了债权人利益的“保护法”,因为该条文的目的在于将那些责任财产受限的企业排除于商业往来,并以此预防性阻止第三人的财产利益受到损害,或者因其与已经破产的有限公司签订合同而遭受损害。^③在德国《破产法》第15a条第4款和第5款规定的刑事责任之外,违反破产申请义务的有限责任公司的业务执行人和股份有限公司的董事还要依据德国《破产法》第15a条第1款第1句并结合德国《民法典》第823条第2款承担侵权损害赔偿责任。

3. 中国的选择

英国法上的不法交易规制模式和德国法上的破产申请迟延责任规制模式有着相同的立法目的,即通过设定董事的个人责任,促使处于破产边缘的公司尽快停止经营活动,以避免债权人的债权面临更大的风险。然而,二者在规制方法上却完全不同,前者是限制董事在公司破产边缘进行不当交易,后者要求董事在一定期限内提出破产申请。比较而言,德国的破产申请迟延责任规制模式更适合我国。

第一,破产申请迟延责任规则相对简单且具有较强的可操作性。依据德国《破产法》的规定,只要公司出现支付不能或者资不抵债的情况,董事即有义务在最长三周的期限内申请破产,此为法定

^① 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。

^② Richard Schulte, “Wrongful Trading: An Impotent Remedy?” *Journal of Financial Crime*, Vol. 14, 1996, p. 39. 转引自李飞《英国的不法交易规则研究》,《时代法学》2011年第5期。

^③ BGH NJW 1995, 398; OLG Naumburg GmbHR 1998, 184; Michalski/Haas/Ziemons § 43 Rdnr. 319; Ulmer/Habersack/Winter/Casper § 64 Rdnr. 125ff.; a. A. Altmeppen/Wilhelm NJW 1999, 673, 679. Siehe Priester/Mayer/Wicke, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 3 Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Verlag C. H. Beck München 2012, S. 984.

义务,如有违反,就要承担损害赔偿责任。由于义务是确定的,只要能够判定公司实质破产的时点和继续经营的状态,即可判定董事违反义务。英国法上虽然没有规定董事的此种义务,但是1986年英国《破产法》第214条的最终立法目的也在于当公司处于破产边缘时,董事要确保公司能够立即进入清算解散程序。^①然而,进行破产清算仅仅是董事的选择之一,由于并不具有申请破产的义务,董事便拥有了一定的自由裁量空间和选择余地,这给法院事后评估其商业决策的合理性带来很大的难度和不确定性。

第二,破产申请迟延责任会对董事施加更大的压力。从董事自身利益角度出发,其必然不希望公司破产。公司独立人格的存在使高风险的商业决策通常并不会直接影响董事的个人利益,而公司破产将使董事失去其工作职位和获得工作报酬的机会。显然,拖延破产是董事自利行为的一个优先选择。强制董事在一定期限内提出破产申请及相应的个人责任风险则可以约束董事的这种机会主义倾向。同时,这一义务与责任的设定,也会促使董事在公司日常的经营中能够持续性地关注公司的经营状况,随时做出有效的应对决策。这不仅对债权人有利,对公司也同样有利。

第三,更好地保护债权人的利益。债权人往往很难知晓公司的真实经营状况。如果公司已经陷入支付不能或者资不抵债的财务困境,却仍然进行经营活动,不仅可能会继续减损公司资产而削弱偿债能力,而且第三人往往处于被欺骗的境地而承受巨大风险。“法定的破产申请义务的保护目的在于,使拥有有限责任资金的公司具备破产条件时远离业务往来,使债权人的利益不因破产情形的出现而受到损害或威胁”。^②美国破产法虽未规定董事的破产申请义务,但是司法审判实践中创立的“加深破产原则”也正是在此意义上创设了董事申请破产的间接义务。^③与其不设期限地留待董事自由衡量其应采取的措施,不如规定确定的期限,在该期限内,董事可以通过专业咨询对公司前景进行合理预测或者进行重整等尝试,如果期限届满公司仍无法摆脱困境,则应立即申请破产。确定的破产申请期限的设定,有利于使濒于破产的公司及时终止经营活动,为债权人留下尽可能充足的偿债资产。

第四,能促进企业退出机制的完善。企业破产制度的目的,不仅是使那些资不抵债的企业退出市场,也是为了让债权人尽可能地及时从债务人有限的资产中获得清偿。我国企业破产清算中极低的普通债权清偿比例很大程度上源于债务人因未及时申请破产而致使用以偿债的财产过度损耗。企业进入破产程序后,往往已经背负了高额的债务,远远高于其自身可用于偿债的资产数额。这种严重的资不抵债的情况,可以确定在短时间内无法形成。公司责任的独立性以及股东、董事责任的有限性,使债务人通常不会主动停止经营活动并及时申请破产。唯有以责任为威慑的外在强制力才能迫使公司及时启动破产程序,为债权人保有尽可能充足的公司财产。

我国2014年实施了公司注册资本制度改革并相应修改了《公司法》,注册资本最低限额的取消和纯粹的认缴出资制的采用,使新注册公司的数量呈井喷式增长。在这样的背景下,如何保证公司运营过程中的资产充足和如何建构完善的企业市场退出机制,是保护债权人利益的同等重要问题。基于目前大量公司超负债经营和偏低的破产债权清偿比例的现状,采取促使企业及时退出市场的措施,显然更为重要。董事迟延破产申请义务与责任制度的构建,能够强制董事随时关注公司的经营状况,及时申请破产,使那些长期资不抵债并丧失恢复能力的企业尽快退出市场,减少“僵尸企业”^④的数量。

^① 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。

^② Vgl. BGHZ 126,181ff.,转引自王东光 《德国联邦最高法院商事判例译评》,北京:法律出版社,2011年,第308页。

^③ “2011年的Official Committee of Unsecured Creditors v. R. F. Lafferty & Co., Inc.案创立了加深破产原则。基于该原则,当公司经营恶化濒于破产时,如果董事做出不当经营决策而不是及时申请破产,其可能会被债权人追究责任,因为其行为加深了破产。”参见郭丁铭 《公司破产与董事对债权人的义务和责任》《上海财经大学学报》2014年第2期。

^④ “僵尸企业”是美国经济评论员彼得科伊提出的经济学概念,专指那些无望恢复生机,但由于获得贷款或者政府的支持而免于倒闭的负债企业。2015年11月4日,党的十八届五中全会后的第一次国务院常务会议明确加快推进“僵尸企业”重组整合或退出市场。如果通过赋予公司董事以申请破产的义务与责任,则可以取代政府行政手段而借助法律手段减少甚至杜绝“僵尸企业”的出现。

三、中国公司破产时董事对债权人责任制度构建的内容

采用破产申请迟延责任的规制模式来构建我国的公司破产时董事对债权人责任制度，需要借鉴德国《破产法》第15a条第1款的规定，并结合我国的立法特点和实际情况加以分析。

1. 确立董事破产申请的权利、义务与责任

中国既有的关于破产申请主体的规定不能保证企业退出机制有效地发挥作用。依据《破产法》第2条和第7条的规定，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的企业法人可以申请破产清算，债权人也可以向人民法院提出破产清算申请，如果企业法人已解散但未清算或者未清算完毕，资产不足以清偿债务的，依法负有清算责任的人应当向人民法院申请破产清算。显然，对于债权人和债务人来说，破产申请更具有权利的意味而非义务。在没有外力强制的情况下，指望债务人自行停止经营活动以保证偿债资产的充足几乎是不可能的，除非资不抵债的情况已经严重到一定程度。这导致在实务中，债权人通过破产程序所能获得的债权受偿比率偏低，有时甚至为零，因此没有积极性提出破产申请。最高人民法院的统计数据表明，自2003年到2012年，全国法院共审结各类破产案件总计40483件，年均下降12.23%，主要原因在于：一方面，由于对破产功能的认识错误，导致很多不能清偿到期债务或明显缺乏清偿能力的企业并未申请破产，而是采取自生自灭的方式退出市场；另一方面，由于通过申请破产而最终受偿的债权较少，导致债权人不愿主动启动破产程序，更倾向于通过个案诉讼的方式寻求债权的实现。^① 2007年6月1日，我国开始实施新《破产法》，新《破产法》实施的一个突出问题是，全国破产案件受理数量不但没有增加，反而连续下降，这种情况阻碍了破产法的贯彻实施，使破产制度未能发挥其应有的社会调整作用，造成此局面的原因中，债务人缺乏申请破产的动机、债权人缺乏申请的动力也在其中。^②

德国《破产法》第13条将破产申请权利主体限定为债务人和债权人。同时，该法第15条第1款第1句规定，法人代表机关的每个成员，均有权申请破产。这一规定与第13条并不冲突，也没有扩大破产申请权利主体的范围，只是强调每个代表机关的成员均可以代表债务人提出破产申请，从而使该项权利凌驾于法律或者章程关于代表权及其行使的规定之上。德国《破产法》第15条规定的是特别的法定代理权，这与公司机关意义上的申请权人的代表权无关。如果该申请并非由全体机关成员提出，则需要满足另外的要件和程序上的要求，即破产原因必须被证明是可信的，法庭也要听取代表机关其他成员的意见。关于申请权具体化到机关成员的规定的目的在于简化申请程序。更深层次的原因之一即在于，防止因公司内部的争议而拖延申请破产，以此保护债权人的利益。^③ 与此权利相对应，德国《破产法》第15a条第1款规定了法人代表机关成员的破产申请义务，即在公司出现支付不能或者资不抵债情况的最长三周的期限内必须申请破产。如此分配破产申请权利和义务，使债务人没有可能拖延破产，债权人的利益得到了保护。

以德国法为借鉴，中国的立法上应该确立董事申请破产的权利和义务。中国《破产法》虽然规定了债务人有权申请破产，但具体应由哪个机关做出申请破产的决议或者代表债务人申请破产，《破产法》和《公司法》均未做出规定。根据《公司法》关于董事会和股东会职权的规定，申请破产应该由董事会决议并经股东会批准。然而，可以想见的是，董事会当然会站在公司和股东的立场上，不到迫不得已自然不会主动做出申请破产的决议，而股东受有限责任特权的保护，更是不会积极决议公

^① 马剑 《2003—2012年人民法院审理破产案件的统计分析》，《法制资讯》2014年第3期。

^② 王新欣、徐阳光 《中国破产法的困境与出路——破产案件受理数量下降的原因与应对》上，<http://www.bbls.org.cn/llyj/ShowArticle.asp?ArticleID=44954>，2016年1月17日访问。

^③ Klöhn, Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 3. Aufl., C. H. Beck Verlag 2013, Rn. 2ff.

司破产。所以,仅仅规定债务人有权申请破产,并不能达致及时破产保护债权人利益的立法目的。如果将代表债务人申请破产的权利落实到董事头上,则可以避免机关决策时因利益的博弈和意见的不统一而贻误申请破产的时机。任何一个董事,只要其认为公司已经具备了破产条件,均有权以公司名义申请破产,当然,其主张的破产事由必须是可信的,如果董事滥用此权利给公司造成损害,则应承担相应的法律责任。而且,人民法院听取其他董事意见的程序性设计,也可以为其他董事提供抗辩的机会。为了防止董事不主动行使其申请破产权利,再赋予董事在公司出现破产事由时的申请破产的义务,强制董事在法定期限内申请破产,能有效阻断债务人拖延债务、逃避破产的退路,有利于债权人利益的保护。

当然,与德国法不同,我们在确定董事破产申请义务的同时,应在同一条款规定相应的对债权人的损害赔偿义务。德国《破产法》第15a条只规定了破产申请义务,对责任并未提及,在适用时需要结合德国《民法典》第823条第2款关于违背保护他人法律的侵权责任的规定追究义务人的责任。在我国的《侵权责任法》中,并没有与此相对应的条文,如果仅规定了董事的破产申请的义务则仍然欠缺确定的责任条款,因此,不仅要规定董事在法定条件下申请破产的义务,还要规定违反此义务的责任后果,使其构成一个完整的请求权基础。

我们应该将董事申请破产的义务和责任规定在《破产法》中。德国法上的破产申请义务原来规定于各个特别法中,后来统一规定于《破产法》第15a条,适用于所有的企业类型。我国的《破产法》第7条第1款规定了债务人有申请破产的权利,如果在其后将具体的代表债务人提出破产申请的代理权赋予各个董事,并规定出现破产事由时的强制破产的义务和责任,则会形成债务人破产申请权利义务责任规则的完整有机体系,使法律适用更为简单,在效果上也使债务人破产申请权利与义务落到实处。

需要注意的是,破产申请权利和义务是专属于董事个人的。如果董事会对是否提出破产申请无法达成一致,即使在表决时个别董事反对多数董事的意见赞成提出破产申请,也不足以免除个人责任。^① 股东大会的决议也如是。之所以将申请破产的具体的权利和义务落实到董事个人,就是为了避免机关决议架空债务人破产申请权,防止破产程序的启动遭遇阻碍,以保障畅通的企业退出渠道,维护债权人利益。

2. 区分债权人及其赔偿范围

赋予董事破产申请的义务是为了保护债权人的利益,保障其获得充足的破产财产清偿。因此,哪些债权人能够因破产申请迟延申请赔偿,赔偿范围又该如何确定,也是构建董事破产申请迟延责任需要解决的重要问题。德国《破产法》第15a条的保护范围涉及全部公司债权人,不论其请求权何时及基于何种原因产生。按照德国联邦普通高等法院的意见和主流观点,根据请求权产生时间的不同,将公司的债权人区分为旧债权人和新债权人。旧债权人指在公司应申请破产之时已经是债权人,并且没有通过留置权、优先权、担保权等受到保护的人;新债权人则指在公司已经实质破产之后与公司缔结合同且已经向公司先行给付的债权人。^② 新债权人只针对合同之债的债权人,侵权之债、不当得利之债、劳动之债等的债权人,即使在应申请破产之后获得该债权,也作为旧债权人。新旧债权人的区分与破产申请义务的目的有关。破产申请义务的保护目的不仅在于为了债权人利益保有破产之时公司的既有资产,还在于保护潜在的新债权人,使其避免与已实质破产公司缔结交易并因此遭受损失。^③

新旧债权人的区分主要是为了进行有区别的赔偿。对于旧债权人来说,只能请求对比例损失(Quotenschaden)进行赔偿,即因迟延申请破产致使公司债权偿付比例的减少。对于新债权人来说,

^① Lücke/Schaub (Hrsg.), Vorstand der AG, Verlag C. H. Beck München 2010, Rn. 152.

^② Vgl. Porzelt, Die Außen- und Innenhaftung im Recht der GmbH, Luchterhand Verlag 2013, Rn. 73.

^③ Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht 2. Aufl., C. H. Beck Verlag 2014, Rn. 77.

其可以要求信赖损失 (Vertrauensschaden) 的赔偿, 即因其不知公司已经实质破产而信赖公司仍具有偿付能力而与公司签订合同所产生的损失, 也称为“消极利益” (negative Interesse)。另外, 新债权人还可以主张期待利益的损失, 即其原本可以另外获得的利益, 比如因其向公司供货而致使无法满足第三人的供货需求, 或者造成供货能力不足。对于新债权人通过诉讼向破产公司主张其付款请求权所支付的费用, 基于德国《破产法》第 15a 条的保护目的, 也属于可赔偿的破产申请迟延损失。^① 总之, 对于新债权人的赔偿, 就是使其处于未与公司签订合同时的状态。

新旧债权人主张权利的主体亦不同。根据德国《破产法》第 92 条的规定, 债权人在破产程序启动之前或者之后因属于破产财产的资产的减少而共同遭受的损失, 在破产程序中只能由破产管理人主张损害赔偿。因此, 旧债权人的比例损失不是由债权人自己主张, 而是由破产管理人统一主张。只有因欠缺财产而被拒绝启动破产程序时, 债权人才可以自己主张权利。新债权人的损失取决于很多个人因素, 并不是多数债权人因公司破产财产减少而遭受的“共同损失”, 而是“个人损失”, 因此由其自己主张。区分新旧债权人并进行区分赔偿, 更能彰显公平。当公司已经具备了支付不能或者资不抵债的破产条件时, 在此之前缔结合同的债权人的债权原本就无法全部实现, 而只能按照一定的比例从破产财产中获得清偿, 其因破产申请迟延受到的损失只是实际获得的清偿额与应获得的清偿额之间的差额。对于新债权人来说, 如果董事及时履行申请破产的义务, 则其不可能与公司缔约。因此, 董事迟延履行义务给新债权人造成的损失恰恰是其全部债权及为此支付的费用。当然, 如果在缔结合同的时候, 已经有明显的情况表明公司有支付不能的风险, 仍然与公司缔约的债权人对其自己由此遭受的损失也要承担一定的责任。在我国的董事破产申请迟延责任制度的构建中, 要考虑以实质破产条件出现的时点划分债权人及其损害赔偿范围, 对债权人进行有针对性的保护。

关于公司破产时董事对债权人责任的请求权主体, 各国 (地区) 有不同的规定。英国法将该权利赋予破产管理人, 由破产管理人以自己名义, 为无担保债权人的利益申请并受领后, 分配于无担保债权人。爱尔兰公司法规定破产管理人、重整人、债权人和负有出资义务的人均有申请权, 南非、新西兰和新加坡法律则允许债权人、股东和破产管理人提起, 我国台湾地区的“民法”将此权利赋予各个债权人。^② 德国法上针对不同的债权人种类确定不同的请求权主体, 有其合理之处。从损害产生的原因看, 旧债权人的损害源自公司破产财产的减少, 因此在计算损失数额的时候会基于相同的比例, 破产管理人也会通过公司的账簿直接确定债权人的损失, 由其作为公司代表统一主张共同损害不仅可以避免多重诉讼, 也可以避免因债权人的理性冷漠而不当免除侵权人的责任, 特别是能够保证债权人得到同等对待。^③ 破产管理人要计算每一个旧债权人的比例损失, 并将这一数额置于特别财产项下且只能用于旧债权人的债权清偿。^④ 破产管理人的薪酬与破产财产的价值相关, 如果其不实现共同损失的赔偿请求权, 则会依据德国《破产法》第 60 条承担责任, 这使破产管理人有动力为了债权人的利益主张破产申请迟延损害赔偿请求权。对于新债权人来说, 其损失并非来自于公司破产财产的减少, 而是因公司未及时申请破产而签订了不该签订的合同。每个新债权人的损失计算各有不同。今天, 不断地在判决中得到承认: 每个新债权人在破产程序之外依据诉讼法的一般规则主张个人损害赔偿请求权; 德国《破产法》第 92 条不适用。^⑤

3. 重新确定破产条件

董事履行破产申请义务的前提是公司已经具备了破产条件。在德国法上, 董事承担申请启动破产

^① BGH Urteil vom 27. 4. 2009-II ZR 253/07, siehe: BGH: GmbH: Insolvenzverschleppungshaftung und Umfang des Schadensersatzes, DSIR 2009, 1384.

^② 曾宛如《公司之经营者、股东与债权人》, 台北: 元照出版有限公司, 2008年, 第205、221-222页。

^③ Freitag, Insolvenzverschleppungshaftung als ausschließliche Außenhaftung, NZG 2014, 447.

^④ Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. C. H. Beck 2014, Rn. 76.

^⑤ Klöhn, Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung 3. Aufl. Verlag C. H. Beck 2013, Rn. 256.

程序的义务的前提是公司支付不能或者资不抵债,这也是德国《公司法》第17条和第19条规定的作为法人破产程序启动的原因。按照德国《破产法》第17条第2款第1句解释,支付不能指的是债务人不能履行到期支付义务。“决定性因素是债务人没有了支付能力,而不是他不愿意支付。”^①通常情况下,债务人已经停止支付即可被认为是支付不能。这里的支付不能指的是因为公司欠缺流动资金而长期没有能力清偿其到期债务,通常不能清偿的债务至少达到已到期债务总额的10%,并且此种状况至少已持续三周。^②如果流动资金缺口能够在三周之内添补上,则不认为是支付不能,而只是支付中断(Zahlungsstockung);如果流动资金缺口在公司全部负债的10%以下,则不会导致支付不能的发生。支付不能不同于“濒临支付不能”(德国《破产法》第18条),前者指的是已经实际发生了不能履行到期债务的情况,后者指的是预见到债务到期时无法进行支付;前者产生了业务执行人/董事的申请启动破产程序的义务,后者仅构成业务执行人/董事可以启动破产程序的理由。按照德国《破产法》第19条第2款的解释,资不抵债指的是债务人的财产不足以清偿其全部债务。如果债务人的财产不能覆盖其全部债务即认为是资不抵债。但是,并非在一般的资产负债表中,而是通过所谓的“资不抵债资产负债表”(berschuldungsbilanz)对此进行确认,其账面价值以积极的继续经营预测时的“继续经营价值”和消极的继续经营预测时的“清算价值”予以标示。当然,即便是存在积极的继续经营预测,如果资不抵债资产状况表表明债务超过资产价值的,董事仍然负有申请启动破产程序的义务。^③

德国法中关于破产认定所采用的支付不能或者资不抵债的双重标准更为全面,更有利于将那些陷入财务困境而无前景的公司清除出市场。我国《破产法》第2条规定“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的,依照本法规定清理债务。”虽然条文中并未提及“破产”一词,但从内容上看,可以认为该条规定的即是破产的条件:支付不能且资不抵债或者支付不能且明显缺乏清偿能力。比较而言,我国《破产法》规定的破产标准过于严格,单纯的支付不能尚不足以确认破产,“在实践中很可能导致许多公司通过拆东墙补西墙的方式来清偿到期债务,借以规避破产”^④,再加之我国《破产法》只是笼统地规定了债务人可以申请破产,更是造成大量的已经丧失支付能力的公司仍然继续从事经营活动。这不仅会造成公司财产的进一步减损,也会使新缔约的债权人直接陷入债权无法受偿的风险之中。如果将长期的持续性的支付不能与无继续经营能力的资不抵债分别作为破产认定的两种标准,则可以督促债务人及时履行偿债义务,也能避免公司陷入更深的债务危机而削弱偿债能力,以更好地维护债权人的利益。

关于公司是否已经具备破产条件的举证责任,在德国的司法审判实践中进行了分层处理:主张损害赔偿请求权的一方当事人要证明公司已经资不抵债,如果属实,则作为被告方的董事要证明存在积极的继续经营的预测,^⑤对此,应适用商业判断原则,给予董事必要的决策空间,因为法庭并不具备在事后对决策的合理性进行专业判断的能力。

按照我国《破产法》第8条的规定,破产申请人向人民法院提出破产申请,应当提交破产申请书和有关证据,破产申请书中要写明申请的事实和理由,如果债务人提出申请的,还应当向人民法院提交财产状况说明、债务清册、债权清册、有关财务会计报告、职工安置预案以及职工工资的支付和社会保险费用的缴纳情况。显然,公司已经具备破产条件的举证责任是由破产申请人承担的。未来构建董事的破产申请迟延履行责任制度,也应沿此规定,即谁主张谁举证,同时允许董事以继续经营合乎公司利益和商业判断标准进行抗辩。

① 莱茵哈德·波克《德国破产法导论》,王艳柯译,北京:北京大学出版社,2014年,第44页。

② BGH vom 24. 05. 2005, Az.: IX ZR 123/04.

③ BGH vom 05. 02. 2007, Az.: II ZR 234/05.

④ 白江《公司支付不能或资不抵债时申请破产的义务和责任》,《华东政法大学学报》2008年第1期。

⑤ Lücke/Schaub (Hrsg.), Vorstand der AG, Verlag C. H. Beck München 2010, Rn. 165.

4. 规定破产申请最长期限

考虑到商业经营的复杂性和企业维持原则，也要给予董事一定的决策空间，允许董事通过专业的咨询或者审查，判断是否存在成功的重整的可能并做出努力，从而避免破产。应该确定一个法定申请破产的期限。

在德国法中，此期限最长为3周。按照通行的观点，3周的期限始于支付不能情况的客观发生时点，而非业务执行人主观上觉察的时点。^①而且，3周的期限并不是程序法意义上的申请期限，仅仅意味着，应该在3周期限届满时无过错迟延地提出申请。只有客观上可以认为，支付不能或者资不抵债在3周期限届满后能够被消除时，才允许在3周期限届满时提出申请，否则必须在破产征兆出现时立即或者在3周期限尚未届满时就要提出申请。而且，这一期限是最高期限，在任何情况下均不可逾越。即使在此期间进行了重整的努力或者与债权人进行了和解谈判，也不允许超过这一期限。我国未来立法可以考虑将此期限规定为出现破产事由之日起30日内。首先，以具体的天数作为计算期限的单位是我国立法的通行做法，比如在《破产法》中，人民法院应当自收到重整计划草案之日起30日内召开债权人会议，自收到批准重整计划申请30日内裁定批准，等等，《公司法》中也多处出现30日、60日、90日的规定；其次，30日的期限既可以让董事有充分的时间进行进一步审查并做出恢复的努力，也不至于因期限过长贻误申请破产的时机。

5. 在适用上以董事有过错为条件

追究董事的破产申请迟延责任，应以董事具有过错为条件，即董事明知或应知公司出现破产事由，应申请破产而未申请。董事是否有过错，与其是否尽到了注意义务密切相关。董事应持续关注公司的经营状况，随时掌握公司可能出现的经营风险。公司陷入经营困境的情况下，董事要迅速了解公司的整体状况，为公司是否能够继续经营或者必须申请破产的决定做好基础性工作。如果公司已无恢复的可能，董事应及时申请破产，否则，由此造成公司财务状况继续恶化、扩大债权人损害的，对债权人承担损害赔偿责任。

对于董事过错的判断具有重要意义的是对破产的识别。在公司面临危机的情况下，董事持续监督公司财务状况的义务被强化，并由此产生破产识别义务（Insolvenzerkennungspflicht）。德国联邦普通高等法院的判决认为，业务执行人不能主张其自己不具备对资不抵债进行判断的能力，如果业务执行人自己不具备审查其是否必须履行破产申请义务的足够的知识，在出现公司危机征兆时，应不迟延地、在全面展示公司情况和公布必需资料的基础上，让独立的、对需解释问题具有专业资质的人为其提供咨询。^②

责任编辑：朱志峰

^① Siehe Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Aufl., Verlag Franz Vahlen München 2010, S. 470.

^② BGH, Urteil vom 27. März 2012 – II ZR 171/10 – OLG Koblenz, LG Mainz.