

董事的破产申请义务制度构建

李旭梅

武汉大学法学院, 湖北 武汉

收稿日期: 2023年1月16日; 录用日期: 2023年3月7日; 发布日期: 2023年3月16日

摘要

《企业破产法》第7条规定了债权人、债务人及负有清算责任的人的破产申请权和破产申请义务。囿于利益考量, 债权人与债务人均有懈怠性。在现实的经济活动中, 大量陷入破产困局的公司仍营造出正常经营的假象, 致使公司财产处于不断贬值甚至流失的风险中, 这对新旧债权人的利益保护大为不利。可引入信义义务并对其进行扩张, 并借鉴德国的董事破产申请义务与迟延申请责任制度, 在企业濒临破产之际, 确立董事强制破产申请义务, 并明确董事不履行强制申请义务的责任性质与赔偿范围。这对填补我国破产启动程序的空缺以及理顺企业破产法与公司法的制度关系将大有裨益。

关键词

破产法, 公司法, 信义义务, 破产申请, 赔偿责任

The Construction of Director's Bankruptcy Application Obligation System

Xumei Li

School of Law, Wuhan University, Wuhan Hubei

Received: Jan. 16th, 2023; accepted: Mar. 7th, 2023; published: Mar. 16th, 2023

Abstract

Article 7 of the enterprise bankruptcy law stipulates the right and obligation of creditors, debtors and persons with liquidation responsibility to apply for bankruptcy. Because of the consideration of interests, both the creditor and the debtor are slack. In the real economic activities, a large number of bankrupt companies still create the illusion of normal operation, resulting in the constant devaluation of company property and even the risk of loss, which is very bad for the protection of the interests of old and new creditors. We can introduce fiduciary duty and expand it, and draw lessons from the German director's bankruptcy application duty and the deferred applica-

tion duty system; when the enterprise is on the verge of bankruptcy, we can establish the director's compulsory bankruptcy application duty, and clear directors do not fulfill the obligation of compulsory application of the nature of responsibility and the scope of compensation. This will be of great benefit to fill the vacancy of our country's bankruptcy start-up procedure and to straighten out the institutional relationship between the enterprise bankruptcy law and the company law.

Keywords

Bankruptcy Law, Company Law, Fiduciary Duty, Bankruptcy Application, Liability for Compensation

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

我国《中华人民共和国企业破产法》(下文简称《破产法》)第7条规定了破产程序的启动机制。根据该条,债务人、债权人以及依法负有清算责任的人可向人民法院申请破产清算。除第三款规定的“应当”外,对于债务人、债权人而言,均是“可以”提出申请,这应被理解为前两类申请主体享有权利而非负担义务。从破产申请的实务来看,因清算组申请启动破产程序的情况较为少见。上海法院系统2019年的案例统计显示,其近十年来所受理的破产案件中,由清算责任人申请破产的案件占比仅为5.9%。¹故总体而言,《破产法》第7条确立的破产启动是一种权利式启动。长期以来,我国破产领域呈现出进入破产程序的企业数量少、无产可破案件比例大的怪象,这提示我们现有的启动程序可能存在弊端。与之不同的是,域外法上还存在着一种义务式的启动模式,典型之例即为《德国破产法》15条第1款确立的董事强制申请制度,与之配套的是《德国民法典》第823条的责任制度。一个域外制度能否被成功植入实质上关涉两个问题:一是必要性问题,即德国法的立法理由在中国法的语境下能否成立尚待进一步明晰。二是可行性问题,即具体制度如何与现有的破产法制度乃至公司法制度衔接有待进一步探讨。沿此逻辑,董事强制申请破产义务在中国的确立才不会出现“排斥反应”。

2. 董事破产申请义务的必要性证成

各国破产法普遍将破产申请以权利的形式授予债权人与债务人,我国亦如此。但我国破产法实施以来,进入破产程序的企业数量并不多。以山东省为例,2007年至2015年间,山东法院新受理企业破产案件1807件。寻根溯源,破产案件少的重要原因之一便是企业破产程序启动难^[1]。这与权利式启动的弊端有关,具体而言,主要原因是债权人和债务人会出于不同利益考量产生懈怠心态。

2.1. 破产申请权利式启动的弊端

从债务人角度观之,阻碍其主动推进自身破产的事由有以下几点:首先,对于破产企业自身来说,破产法第31条与第32条规定了管理人对人民法院受理破产申请前一定期限内债务人处理公司财产的行为享有撤销权,²这意味着股东与董事们因私利而转移财产的行为在进入破产程序后有被撤销的可能。其

¹ 参见《上海法院破产案件情况大数据深度分析报告》, https://www.sohu.com/a/307446595_100015913。

² 我国企业破产法第31条规定:“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撤销:(一)无偿转让财产的……(五)放弃债权的。”第32条规定:“人民法院受理破产申请前六个月内,债务人有本法第二条第一款规定的情形,仍对个别债权人进行清偿的,管理人有权请求人民法院予以撤销。但是,个别清偿使债务人财产受益的除外。”

次，对于股东来说，破产法第 35 条规定了破产后出资人的出资义务加速到期，在认缴资本制下，这一义务将给股东带来沉重的经济负担，股东自然会产生拒绝启动破产的心态。³最后，董事对于公司破产申请也是持排斥态度的。一方面，传统公司法认为，董事以实现股东利益最大化为目标，其仅对股东与公司负责。我国公司法第 46 条即规定了“董事对股东会负责”。因此，在公司处于正常运行状态时，按照公司法第 147 条与第 148 条的规定，董事既要忠诚于公司的事业和股东的利益，不得利用职权谋取私利，也要称职工作，在知情的基础上慎重决策。在公司处于濒临破产状态时，董事可能会为了股东利益，配合股东转移隐匿财产，有的董事本也就是公司的股东。更有甚者，为了挽救股东的利益破釜沉舟，做出极为冒险的商业决策，但仍以失败为结局，致使公司损失不断扩大，严重损害无担保债权人对公司剩余财产的索取权。美国安然公司进入破产后，才被发现在公司已经无力经营时，公司管理层不是采取积极措施避免破产或为减少债权人乃至投资人的损失而申请破产保护，而是隐瞒公司的真实财务状况继续保持经营。⁴这样的案例在我国破产企业中也并不少见。另一方面，出于对公司法第 146 条董事任职禁止情形之第三款规定的畏惧以及企业破产后，将面临失业的窘境，董事自然没有以债务人名义提出破产申请的意愿。

从债权人角度观之，其作为权利主体怠于推进破产程序的原因有三：首先，债权人对破产企业的信息了解存在滞后。信息不对称使得债权人不能及时发现对方企业陷入破产危机。其次，即使债权人已得知相关信息，但债务人企业一旦进入破产程序，无担保的债权就将作为普通债权参与受偿。特别是对已经获得首轮查封的债权人来说，进入破产程序进行整体受偿显然不如通过个案诉讼获得单独受偿划算。最后，我国破产程序中债权人整体受偿率较低，这意味着对于某些大额债权人来说，破产法提供的保护仅是杯水车薪。此时债权人自然会“理性期待”能凭借“人情”、“关系”获得偏颇性清偿而非申请债务人企业破产。

2.2. 破产申请义务式启动的优势

在意志观下，权利强调个人的意志自由[2]。如上所述，权利式启动已经严重地阻碍了破产法功能的发挥，因此，应当以域外为鉴，以义务式规定启动破产程序。这一模式的优势在于：首先，义务履行以责任为保障，带有强制性。从法律政策的角度考量，后果责任产生的威慑效果，有助于驱动义务人积极行为。在义务式规定的强压下，为避免担责，义务人会尽早的启动破产程序，避免破产财产的流失与贬值，并可更为积极主动地探索重整可能以进行自救。其次，企业内部成员直接参与企业的生产经营，对企业的变化更为敏感。相较于外部债权人，不存在信息不对称所导致的滞后性。最后，在权利式启动模式下，不仅在怠于申请破产期间新增加的债权无法得到完全受偿，也会影响到旧债受偿，而义务式启动伴生的责任制度却能为利害关系主体提供救济途径。因此，借鉴域外规定，确定我国董事的破产申请义务可以充分弥补当下破产法中破产申请规定所存在的不足。

2.3. 董事强制申请义务产生的缘由——信义义务扩张论

法律将破产申请义务施加于董事身上与信义义务有关。董事信义义务一般被认为只包括对股东的忠实义务与勤勉义务[3]。忠实义务指的是董事应当为公司的最佳利益行事，忠诚地履行职务；勤勉义务指的是董事应以一个理性人在相似情形下所应表现的谨慎、勤勉和技能，为实现公司利益最大化而努力工作[4]。根据我国公司法第 147 条的规定，董事信义义务指向的对象是公司。但公司是为股东利益服务的，公司利益最大化最终将转化为股东利益最大化。因此，信义义务实质上的指向是股东。在公司正常运营，流动性良好的时候，股东与债权人的冲突处于缓和阶段，公司为追求高利润而进行的

³ 我国企业破产法第 35 条规定：“人民法院受理破产申请后，债务人的出资人尚未完全履行出资义务的，管理人应当要求该出资人缴纳所认缴的出资，而不受出资期限的限制。”

⁴ 参见《美国安然公司破产案》，中国储运网，<http://www.Chinachuyun.com>，访问日期：2021 年 11 月 8 日。

高风险商业行为对债权人没有不利影响。债权人的债权利益由合同确定，在公司有足够偿付能力的情况下，债权人可以通过合同法规来维护自己的合法权益[5]。但在公司濒临破产时，股东实际权益接近为零甚至为负值，此时要承担公司经营失败风险的人变成了债权人，债权人对公司的权益顺位就将超越股东，成为公司的剩余索取权人。股东与债权人的利益也就必然会发生冲突。董事与股东出于自身利益考量以及行为的零成本，很可能会努力维持公司经营或是在机会主义驱动下进行高风险投资，但这些都会增加公司偿债资产减少的风险，进而致使债权人债权清偿比例进一步降低。因此，为有效维护公司债权人的利益，有学者提出，如果企业已经处于濒临破产的边缘，考虑到在公司事实破产时债权人取代股东成为企业资产分配的第一顺位，就应当明确董事信义义务的对象在此时已由股东延伸至债权人[6]。但在我国的商法体系中，这一命题是否成立经受着挑战。反对者认为，一方面我国是否应引入信义义务就值得争议；另一方面，构建新的董事义务体系，会动摇董事忠实义务的根基，加剧董事履行职务的困扰[7]。

我国现行法律中关于公司实际破产时董事对一般债权人义务的规定，主要体现在第 125 条与第 128 条。第 128 条规定的是管理人的破产撤销权，其终极目的是为了维护债权人的利益。第 125 条则规定董监高违反忠实、勤勉义务，致使所在企业破产的，依法承担民事责任甚至三年职业禁止。该条仅强调了董事等违反忠实勤勉义务致使所在企业破产的严重后果，是对公司法有关董事对公司的义务的重复和强调，并没有特别规定董事等主体对公司债权人团体额外承担义务或董事等对公司承担忠实勤勉义务时应当考虑债权人团体利益[8]。本条应被理解为董事针对公司陷入破产状态应当承担的责任，而不是公司即将陷入破产时，董事减损公司财产，致债权人受损的责任。也即从该条无法得出董事对债权人负有义务，更不能贸然做出扩大解释。因此，我国破产法中董事对债权人的责任义务规定是缺失的。

《破产法》具有倾斜保护债权人的价值取向。第 113 条规定了债权人对公司的债权优先于股东对公司的剩余索取权。人民法院受理破产申请后，成立债权人会议。第 61 条规定债权人会议有权决定继续或者停止债务人的营业，决定是否通过重整计划或和解协议。事实上，公司资不抵债时，债务人与股东及经营管理人员已经丧失了对企业的控制与影响，债权人成为了公司权益的剩余索取权人。按照该种法律安排，追溯到企业已经濒临破产但尚未提出破产申请期间，也应当坚持以债权人的利益为重。此时公司的董事在履行信义义务时，就应当将义务指向延伸至债权人[9]。若在此时董事仍然奉行股东至上主义，则存在着企业财产价值贬损乃至流失的风险，原本供债权人分配的财产减少，甚至进入破产程序后，债务人已“无产可破”，破产法“保护债权人的合法权益”的目的也将落空。

综上所述，本文以为，一方面，以信义义务为基础，将义务指向的对象延伸至债权人给董事破产申请义务提供了理论基础；另一方面，现行立法规定的缺漏，有必要对董事科以破产申请义务，从而可以更有效率地将本应破产的企业纳入破产行列，保护债权人利益。时值 2021 年全国人大常委会将公司法与破产法修改均列入立法计划之机，我国应当在公司法上引入董事信义义务，明晰董事信义义务与忠实勤勉义务的关系。具体而言，当董事发现公司陷入经济困境后，不应再做出任何有损债权人利益的行为，并应当及时履行破产申请义务。

3. 董事破产申请义务的具体构建

3.1. 域外制度探微

3.1.1. 英国的不当交易制度与美国的破产加深责任

英国破产法上规定债权人与债务人可以申请企业破产。对于董事，没有对其负担明确的破产申请义务。1986 年英国破产法第 214 条规定了不法交易的民事责任—如果董事明知或者应当知道公司已经濒临

破产边缘仍使公司进行经营活动，则在公司解散清算时，法院可以根据破产管理人的请求，命其对公司资产支付适当的数额[10]。事实上，虽然英国并未正面规定董事的破产申请义务，但是通过规定董事在企业临近破产时继续交易的赔偿责任，无异于达到了促使董事积极进行破产申请的效果。

与之相同，美国破产法也未直接设立董事的破产申请义务。但美国法院在 2001 年的 Lafferty 案中，创立了“加深破产”原则。在该原则下，公司濒临破产时，董事做出不当经营决策而不及时申请破产，就可能会被债权人追究责任，因为其行为加深了破产[11]。该加深破产原则与英国的不当交易制度存在相似之处，均通过规定董事不及时申请破产的责任后果，间接对董事施加了申请义务。

3.1.2. 破产申请迟延履行

《德国破产法》第 13 条也是将破产申请的权利赋予给了债权人和债务人。同时，该法第 15 条第 1 款规定，法人支付不能或者债务超过时，代表机关的成员或清算人，有责任立即提出破产申请，至迟应当在支付不能或者债务超过发生后三周之内提出[12]。董事是上述代表机关的成员，则在满足前置条件时，其应履行破产申请义务。另《德国民法典》第 42 条第 2 款规定[13]，在公司资不抵债或者负债累累的情况下，董事会应当立即开始破产程序。申请迟延时，因过失对此应负责的董事会各成员，对于债权人因此而受到的损失负赔偿责任，并且是作为连带债务人承担赔偿责任。在德国法上，董事的破产申请义务是一项公法上的义务，并且是强行法义务。⁵不止于此，德国《有限公司法》第 64 条规定业务执行人就支付不能或债务超过确定后进行的支付对公司承担赔偿责任，从而对公司陷入破产困境时董事的交易行为进行了限制。该义务设定的目的是为债权人利益保护破产财产[14]。

3.2. 我国的董事破产申请义务构建

前文已述及，与权利式规定伴生的权利懒惰现象致使早该进行破产清算的企业迟迟无法进入破产程序，这极易使得公司财产进入破产程序后所剩无几，破产法的目的也就无从实现。对此，董事破产申请义务体系的构建成为了“治病良方”。在考察了域外法的成功经验后，结合我国的法律体系与实际情况，本文认为应当做出如下制度安排。

3.2.1. 义务的触发条件

首先应当明确的是董事何时应该履行申请破产义务。德国破产法第 15 条规定法人支付不能或债务超过时，董事须在三周内提出破产申请。法人支付不能也即不能清偿到期债务，债务超过即资不抵债。我国企业破产法第 2 条规定“不能清偿 + 资产不足以清偿”或是“不能清偿 + 明显缺乏清偿能力”的，方可申请破产。相较德国法的破产门槛而言，我国采取并列式的做法更为严格。本文认为对于董事破产申请义务的触发时点，应当与债权人、债务人可以进行破产申请的条件保持一致。只有当公司出现破产法第 2 条所规定的情形时，才能认定企业面临着破产困境。也只有企业在面临着无以为继的情况时，董事才能申请企业破产。这就要求董事必须履行忠实义务与勤勉义务，周全关注公司的经营状况。

3.2.2. 申请主体与期限

在申请主体方面，要考虑的是“董事会”是否为适格主体。《破产法》规定了债务人有权申请破产，根据《公司法》关于董事会与股东会的职权规定，可以得出债务人申请破产应当由董事会决议并经股东会批准。董事会内部意见可能并非完全统一。一决策一批准的机制也可能使得董事会决议在股东大会上被否决。为了规避集体决策的拖沓，防止董事的权利被董事会决议所架空，在规定董事破产申请义务时，应当明确是董事负有此种申请义务。值得强调的是，董事是义务主体，也是申请主体，董事进行破产申

⁵ 与德国具有相似规定的有：日本《商法典》第 266 条之(三)规定，公司董事怠于宣告公司破产，如其有恶意或重大过失时，应对公司债权人负赔偿之责。我国台湾地区民法典第 35 条第 1 款规定，法人之财产，不能清偿债务时，董事应立即向法院申请破产。

请的决定，无须董事会进行集体决议。事实上，董事会作为企业的内部机关，也无法以机关的名义提起破产。任何董事，在发现公司具备破产条件时，均应当及时主动地以公司名义提起破产申请。董事在进行破产申请时应当承担证明责任，按照《破产法》第 8 条的要求提供申请所需材料，申请的事实与理由需为真实可靠。我国破产法赋予了债务人在债权人提起破产申请时的异议权，在董事提起破产申请时，为防止董事不当履行义务，也应当赋予债务人以及其他董事异议权。

破产申请关系公司存亡以及各相关主体利益，牵一发而动全身。该决策的做出要求董事慎之又慎，并非一朝一夕可成。考虑到商业交易的波动性及最高法颁布的《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)》第 17 条的精神，⁶应当对董事提起破产申请预留足够的决策空间。允许董事能够及时通过审查，判断是否还有可能对公司进行预重整以让公司获得重生，通过博弈做出最佳商业决策。因此，确定一个合理的法定期限是十分必要的。德国法上给董事预留了三周的法定时间，董事在这三周内可以穷尽拯救措施，但除非消除了债务超过或是支付不能的情形，否则董事最晚应在三周时间届满前提出破产申请。奥地利破产法给定的期限为 60 天。我国有学者认为，由于以具体的天数作为计算期限的单位是我国的通行做法，并且破产法的规定中，30 日出现的次数较多，因此建言以 30 日作为董事申请破产的期限。并且 30 日的期限也有助于董事有充分的时间进行进一步审查并做出恢复的努力，但又不至于因期限过长贻误破产申请的时机[15]。本文认为 30 日的期限较为合理。在董事素质良莠不齐的情况下，3 周的时间并不足够董事进行理智的判断与决策；60 天的时间过长，容易为股东转移财产留下行动空间。30 日期限的设置既给了董事充足的时间自救与斟酌，也与经济活动的效率精神相符。

3.2.3. 责任制度的构建

义务与责任相生相伴，只有对义务伴之以责任规制，义务才能得到充分的履行。董事负担破产申请义务也是为了维护债权人的利益，使债权人的债权最大比例受偿。如果仅规定董事负担破产申请的义务，而不对其未履行义务的责任后果进行规制，该规定势必沦为具文。我国台湾地区民法典第 35 条第 2 款规定了董事未及时进行破产申请致债权人受损害时，有过失的董事应负赔偿责任。我国破产法第 128 条规定，债务人有本法第 31 至 33 条规定的行为之一，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。该条所确定的责任主体是“债务人的法定代表人和其他直接责任人员”，现实中，公司的法定代表人时常也是公司董事，“其他直接责任人员”涵盖在公司履职的董事，可以把董事看作是该条所说的责任主体。该条是我国破产法中关于董事对债权人责任最为直接的规定。但该规定所规制的对象并不包含董事迟延申请破产的行为。在破产申请义务之下，无法利用该条要求董事对其迟延申请所造成的损失承担赔偿责任。因此，不仅要规定董事在满足法定条件时的破产申请义务，同时也要规定董事怠于履行该义务所应当承担的责任，从而形成完整的请求权基础。

责任性质方面，大陆法系国家和地区普遍将董事违反破产申请义务定性为侵权行为。我国法院在处理董事违反忠实勤勉义务侵害股东利益的纠纷时，通常是在《侵权责任法》的框架下对股东由此遭受的损失进行司法上的评价。⁷前文已述及，在公司陷入破产困境时，对公司享有索取权的人已经由股东转变成了债权人，公司财产事实上在此时就应当固定为破产财产，等待债权确定后进行分配。董事在此时不履行破产申请义务，致使公司财产贬损乃至流失，侵害的是债权人的财产利益。因此，在建构董事的破产申请义务制度时，董事违反此等义务所承担的责任应当定性为侵权责任。

⁶该条规定：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。

⁷参见重庆市第三中级人民法院(2021)渝 03 民终 48 号民事判决书；北京市高级人民法院(2017)京民终 442 号民事判决书。

关于赔偿范围，按照德国联邦普通高等法院和学界的主流观点，以公司有义务提出破产申请为时间分界点，在此之前的已经存在的债权人作为旧债权人，且对旧债权人限定了不受优先权、担保权等权利保护这一要件；在公司已经实质破产后与公司缔结合同并已经向公司先行给付的债权人作为新债权人[16]。新旧债权人的区分，主要是为了区别赔偿。对旧债权人而言，赔偿范围为董事应提出但未提出破产申请时债权人本可分配到的债权额与公司破产后债权人实际受偿数之间的差额，此时的申请主体为破产管理人；对新债权人而言，若董事及时申请破产，其自然不会与公司缔约，因此其所获赔偿的范围是其全部债权即为此支付的费用。因为新债权人所遭受的损失为个人损失，因此由其自己主张赔偿。与之相反的是，澳大利亚《公司法》第 588M 条规定了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。清算人具有对董事提起损害赔偿诉讼的原告资格。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。事实上澳大利亚的破产交易防止义务强调破产财产的增值，因而对新旧债权人不加以区别对待。

本文认为，在公司事实上已经陷入破产困境而债务人与债权人均怠于申请破产时，董事若未及时提起破产申请，并与新的债权人签订合同进行交易，对此给新债权人造成的全部损失，应当由董事承担赔偿责任。对于新债权人而言，与其缔结合同的是公司董事，如果董事及时提起了破产申请，在理性经济人的考虑下，其必然不会与公司缔约。导致新债权人遭受此损失的，根本原因并非是公司破产财产的减少，在于因董事未及时申请破产而签订了不该签订的合同。此时由董事承担连带责任合情合理。有观点认为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，新旧债权人难以区分。若认可这种区分，就意味着个案中只能凭借债权人的主张予以定性[17]。允许众多的债权人对董事实施个别追偿，势必阻碍破产程序的进程和目标。且破产程序的集体清偿利益高于债权人个人利益的立法取向更为值得肯定[18]。在破产程序中，董事必然会对破产企业的财产状况进行整理，企业陷入破产困境的时点并不难认定，且破产程序复杂是世界各国企业破产的共性。其次，企业陷入破产困境前已经存在的债权人，其债权早已固定，企业陷入破产并非董事或是企业可以预见。但在企业身陷囹圄之时，董事明知企业生产经营困难，不仅不履行破产申请义务，反而在明知新债权人的债权注定无法实现时，仍然坚持与债权人订立合同。彼时，新债权人与旧债权人所面临的风险绝不可相提并论。因此，对于新债权人所遭受的损失，应当将董事列入赔偿之列。在集体公平受偿的原则下，区分新旧债权人，才是对“公平”这一价值追求最好的诠释。

3.2.4. 免责事由

董事违反申请义务时承担损害赔偿赔偿责任也是董事过错的结果。但对董事过错的判断极为困难，这一论断可由以下三个论据支撑：首先，商业决策是在一定的商业背景下做出的，判断董事行为的合理性需要将董事行为置于特定的语境中来做出判断[19]。法律的滞后性决定了规则制定者不可能完全预见到经营管理者未来会面临的决策难题，并做出符合现实要求的行为指示。以企业的破产结局来否定当时董事的努力难免有事后诸葛亮之嫌。其次，法官仅是法律知识的专家，其对董事在企业濒临破产的时点所进行的决策是否合理缺乏专业判断能力。最后，从公共政策的角度考虑，尊重公司经营管理者经营决策，鼓励其勇于尝试创新、勇于承担风险，符合公司和股东的长远利益以及国民经济的需要[20]。

因此，参考我国在司法实践中几乎仅以普通的合理谨慎之人的注意作为勤勉义务的判断标准，考虑到商事交易的特殊性，在认定董事未履行破产申请义务的责任后果时，原则上以理性人处理同类事情时所应尽的勤勉、注意和技能作为参照，综合考虑其他因素：对于具有专业能力的董事，譬如财会，其具备专业的财务知识与技能，自然对公司的财务状况以及商业决策的风险有更为深刻的认知，就应当提高对其的要求[21]。对于已经尽到上述义务的董事，应当免除其损害赔偿赔偿责任。在鞭策董事认真履

行职务，正确决策的同时，不至于使得董事因为责任制度的束缚而畏手畏脚，延误商机，降低公司运营效率。

4. 制度建言

《破产法》的立法目的诚如该法第 1 条所言：“公平清偿债权债务，保护债务人和债权人的合法权益。”破产程序中的任何制度设计，其目的都是为了保护债权人的利益。但制度设计的主观性及滞后性，注定其需要不断完善。法律将破产申请以权利形式赋予给债务人和债权人，虽说二者与企业的利益相关度最高，但在理性经济人逐利的心态下，破产程序陷入启动难的困局。权利观失效，则义务观补位。应利用义务型条款加强对商主体的约束，董事破产申请义务的概念应运而生。借鉴其他国家和地区成功的司法实践，本文认为以下“三步走”的策略有助于董事破产申请义务体系的构建。第一，应将公司法上的信义义务进行扩张，明确在企业濒临破产时，董事信义义务的对象延伸至债权人。第二，建议将董事的破产申请义务规定在破产法第二章第七条中，并以现行法第二条的破产原因为义务触发时点，与债权人、债务人以及依法负有清算责任的人的破产申请构成完整的破产申请体系，同时明确 30 日的履行期限。第三，建议在现行法第一百二十五条下确立董事未及时履行破产申请义务的责任后果以及免责事由，并区分新旧债权人的赔偿范围。如此，便可构成“义务-责任”的完整闭环。

参考文献

- [1] 山东省高级人民法院. 依法处置僵尸企业有关情况的调研报告[J]. 人民司法, 2016(13): 10-14.
- [2] 朱庆育. 民法总论 [M]. 第 2 版. 北京: 北京大学出版社, 2016: 503.
- [3] 朱锦清. 公司法[M]. 北京: 清华大学出版社, 2019: 578.
- [4] 李建伟. 公司法[M]. 第 1 版. 北京: 中国人民大学出版社, 2008: 451.
- [5] 黄凯柯. 公司事实破产时董事对债权人个人责任制度的构建[D]: [硕士学位论文]. 上海: 华东政法大学, 2019.
- [6] 杨光. 企业濒临破产时与破产重整程序中的董事信义义务研究[J]. 法学研究, 2015(1): 137-144.
- [7] 叶林. 董事忠实义务及其扩张[J]. 政治与法律, 2021(2): 16-30.
- [8] 李小宁. 公司实际破产时董事对一般债权人的义务研究[J]. 湖南社会科学, 2017(4): 95-101.
- [9] 朱翔宇, 于永宁. 董事的破产申请义务研究[J]. 山东理工大学学报(社会科学版), 2021, 37(1): 34-35.
- [10] 英国破产法[M]. 丁昌业, 译. 北京: 法律出版社. 2003: 159.
- [11] 郭丁铭. 公司破产与董事对债权人的义务和责任[J]. 上海财经大学学报, 2014, 16(2): 83-89, 97.
- [12] 莱茵哈德·波克. 德国破产法导论[M]. 王艳柯, 译. 北京: 北京大学出版社, 2014: 40.
- [13] 德国民法典[M]. 台湾大学法学院, 台大法学基金会, 编译. 北京: 北京大学出版社, 2017: 30.
- [14] 德国股份法·德国有限责任公司法·德国公司改组法·德国参与决定法[M]. 杜景林, 卢谔, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 207-208.
- [15] 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[J]. 社会科学战线, 2017(11): 230-239.
- [16] Porzelt, K. (2013) Die Außen- und Innenhaftung im Recht der GmbH. Luchterhand Verlag, Munich, 73.
- [17] 许德风. 破产法论: 解释与功能比较的视角[M]. 北京: 北京大学出版社, 2015: 115.
- [18] 金春. 破产企业董事对债权人责任的制度构建[J]. 法律适用, 2020(17): 100-109.
- [19] 叶金强. 董事违反勤勉义务判断标准的具体化[J]. 比较法研究, 2018(6): 79-88.
- [20] 陈霄. 论经营判断规则在我国的引入及相关问题——以德国的立法和实践经验为参考[J]. 财经法学, 2015(4): 100-117.
- [21] 金剑锋. 公司管理层的法定义务和民事责任[J]. 法律适用, 2008(1): 10-16.